

## 経済法 第 24 回 07/06

担当 中川晶比兒

### I 私的独占の規制

#### 【関連する規定】

##### [1] 定義規定:独禁法第 2 条第 5 項

「この法律において「私的独占」とは、事業者が、単独に、又は他の事業者と結合し、若しくは通謀し、その他いかなる方法をもつてするかを問わず、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、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限することをいう。」

##### [2] 独禁法第 3 条

「事業者は、私的独占又は不当な取引制限をしてはならない。」

##### [3] 違反に対する独禁法上の措置

###### ①排除措置命令(独禁法第 7 条)

###### ②課徴金納付命令(独禁法第 7 条の 2 第 2 項、第 4 項)

第 2 項:「私的独占(他の事業者の事業活動を支配することによるもの…)」すなわち支配型私的独占について、  
10%の課徴金

第 4 項:「私的独占(他の事業者の事業活動を排除することによるもの…)」すなわち排除型私的独占について、  
6%の課徴金

###### ③刑事罰(独禁法第 89 条、第 95 条)

公取委は、「一定の取引分野における競争を実質的に制限する…共同ボイコット、私的独占その他の違反行為であって、国民生活に広範な影響を及ぼすと考えられる悪質かつ重大な事案」については刑事告発する方針を表明している<sup>1</sup>が、私的独占事件では使われたことがない。違反行為が繰り返し起こり、課徴金だけでは法律違反を十分に抑止できない立法事実があれば、より厳しい刑事罰が考えられるのだろう。しかし、私的独占事件は再現性の乏しい事案(限られた企業しか実行できないような、個性や特殊性の強い事案)が多いため、刑事罰にはなじまないであろう。<sup>2</sup>

#### 【私的独占規制の趣旨】

[1] 「私的独占」とは、非難に値する行為によって、独占の状態を作り出す行為である。<sup>3</sup>「私的独占の禁止は、事業者の事業活動に対する直接的な制約を排除するという役割を果たしている。カルテルの禁止が協定による内部的な相互拘束を対象としているのに対し、私的独占の禁止にあつては経済力が対外的に行使され他の事業者の事業活動が制限されることが問題となる。」<sup>4</sup>

[2] 「私的独占は、事業者が他の事業者の事業活動を排除または支配するという手段を通じて、…市場支配力を形成、維持、強化する…ことである…。市場を独占していることそれ自体を禁じているわけではない。また、市場を独占

<sup>1</sup> 「独占禁止法違反に対する刑事告発及び犯則事件の調査に関する公正取引委員会の方針」1(1)ア

<sup>2</sup> なお米国でも刑事告発は競争者間のカルテル事件に限定しており、カルテル事件であっても違法性に曖昧さが残る事案(判例法の方向性が確立していない場合や、これまで判断されたことのない新規の争点がある場合など)については、刑事告発を見送ることを示唆している。Antitrust Division Manual Ch.III C.1. (2015)

<sup>3</sup> 今村成和『独占禁止法入門[第 4 版]』30 頁(有斐閣、1993 年)

<sup>4</sup> 実方謙二『独占禁止法[第 4 版]』62 頁\*(有斐閣、1998 年)

している企業が独占的な高価格をつけることを禁止しているものでもない。独占的な高価格を設定することは、通常は、競争を排除したり支配したりする行為ではなく、市場支配力を形成等する効果ももたない。」<sup>5</sup>

[3] 「現実には多いのは、すでに市場支配力を有する企業が、新規参入企業や競争的な行動をとろうとする周辺の企業の事業活動を排除…することによって市場支配力を維持・強化する場合である。」<sup>6</sup>

※ 「私的独占」という表現については注意を要する。

まず、法律上唯一の供給者であることを認められた公的独占については、その独占事業に限っていえば、それを規制対象外にするものと解される。これは、参入規制によって、他の競争者を認めない(それゆえ当該事業について競争を認めない)ことを他の法律が規定しているため、それと独禁法を調整する趣旨である。たとえば、医療用医薬品を製造販売するためには厚生労働大臣の承認を受けなければならないが、そのプロセスにおいて、厚生労働大臣は、「品質、有効性及び安全性に関する調査」については、独立行政法人医薬品医療機器総合機構<sup>7</sup>にそれを行わせることができる(医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律<sup>8</sup>14条の2)。従って、同機構が行う調査事業(手数料支払を伴う)それ自体については、私的独占の禁止規定の適用はない。

しかしながら、公的独占事業者が、自らが独占を認められていない分野で競争制限行為に関与した場合には公的独占事業者であっても、私的独占に該当する。(そのような実例として、日本医療食協会事件がある。同協会は国会でも取り上げられた結果、解散し、医療食加算制度自体も廃止された。)

#### 【私的独占の要件:概略】

##### [1] 全体像

- ①「事業者が」
- ②「単独に、又は他の事業者と結合し、若しくは通謀し」
- ③「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、
- ④「公共の利益に反して」
- ⑤「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」

##### [2] 複数の関与者がいる場合:

「結合」=株式保有、事業譲渡、役員兼任など<sup>9</sup>

「通謀」=取り決め、協定等

##### [3] 排除行為または支配行為

排除行為=他の事業者の事業活動の継続を困難にさせたり、新規参入を困難にさせたりする行為

支配行為=他の事業者の意思決定を拘束し、事業活動を自己の意思に従わせること

##### [4] 一定の取引分野:定義自体は不当な取引制限のそれを流用すればよい。

違反者のした排除行為・支配行為が対象としている取引及びそれにより影響を受ける商品範囲及び地理的範囲

※ 一定の取引分野の画定にかける作業量は、企業結合と不当な取引制限の中間くらい。競争が制限される商品市場の候補は簡単に分かる(当該被疑違反行為が対象にしている商品)。企業結合型の市場画定手法が必要となるのは、競争の実質的制限を否定する要素(競争者の供給圧力、輸入圧力、参入圧力など)をどこまで広く見る必要

<sup>5</sup> 川濱昇ほか『ベーシック経済法〔第4版〕』142頁(有斐閣、2014年)

<sup>6</sup> 川濱昇ほか『ベーシック経済法〔第4版〕』166頁(有斐閣、2014年)

<sup>7</sup> 独立行政法人通則法2条1項によれば、「独立行政法人」とは、「国が自ら主体となって直接に実施する必要のないものうち、民間の主体に委ねた場合には必ずしも実施されないおそれがあるもの又は一の主体に独占して行わせることが必要であるもの」を行うものとされている。

<sup>8</sup> 同法は、「薬事法等の一部を改正する法律」により、従来の「薬事法」から題名が変更されたものである。

<sup>9</sup> 厚谷襄児ほか『条解独占禁止法』40-41頁(向田直範)(弘文堂、1997年)

があるかを特定するため。この作業(行為者の値上げを抑制できる競争者の特定)は、競争の実質的制限の判定と同時にされる。需要の代替性や供給の代替性など、企業結合審査で使った手法をここでも使う場合がある。

#### [5] 競争を実質的に制限すること(競争の実質的制限)

[5-1] 不当な取引制限や企業結合で使われるのと同じ定義でよい:

「競争を実質的に制限するとは、競争自体が減少して、特定の事業者又は事業者集団がその意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる状態をもたらすことをいう」(東宝・新東宝事件、東京高判昭和 28 年 12 月 7 日高民 6 巻 13 号 868 頁)

⇒ NTT 東日本最高裁判決(最二小判平成 22 年 12 月 17 日民集 64 巻 8 号 2067 頁)は、上記フレーズを、「市場支配力の形成、維持ないし強化」と言い換えた。市場支配力が何かといえ、取引条件をある程度自由に左右することができる力のことであるから、内容的には同じ。

#### [5-2] 閉鎖型市場支配説

①品質・価格等の取引条件を競争者が提示し合うことによって市場で取引条件が決まるのが市場における競争である。「競争の実質的制限というのは、このような、市場のもつ競争機能を阻害すること」をいう。<sup>10</sup>

②取引条件をある程度自由に左右することができる場合には、市場のもつ競争機能が阻害されている。<sup>11</sup>

③市場のもつ競争機能が阻害される場合はもう一つある。「市場への参入障壁が築かれて」「新しい競争者の市場への参入が困難となっている場合と、既存の事業者が、市場から排除されて、競争への参加が拒まれている場合」である。これらは「事業者が市場の開放性を妨げている場合」として、「閉鎖型市場支配」と呼ばれる。<sup>12</sup>

※ [5-1]は、被疑違反行為者が品質・価格等の競争的提示によらずに取引条件を決定できていることを問題視。

[5-2]は、被疑違反行為者の競争者が、品質・価格等の競争的提示(市場への参加)を阻まれることにより、品質・価格等の競争的提示によらずに取引がゼロにされていることを問題視。いわば、競争者の能率競争阻害だけを根拠に競争の実質的制限を認めるというのが今村説。

抱き合わせや取引拒絶、排他的取引では、これらの取引が正当な理由ないし競争促進的な動機でも使われるから、当該行為をしない場合と比べて行為者にとって利潤が増えるかどうかを見るべきと述べてきた。しかし、専ら競争者を排除することだけを目的とした行為(正当な理由のない場合)に限っていうならば、そのような詳しい分析はしなくても禁止してもよい、という主張は理解できる。ただし、能率競争阻害だけで禁止するのは不公正な取引方法(の一部の行為類型にとどまる)という体系的な理解からすれば、競争の実質的制限の解釈としてこれを導入するのは無理がある。

### 【排除行為の類型】

#### [1] 概論

排除行為には、不公正な取引方法に該当する排除行為と、いずれかの不公正な取引方法に該当するとはいえないものがある。排除行為が極めて抽象的に規定されているのに対して、不公正な取引方法は類型化され、要件がより詳しく書かれている。従って、排除行為に該当するかを判断するにあたっては、まず不公正な取引方法のいずれかに該当するかを検討するのがよい<sup>13</sup>。不公正な取引方法としての不当性(公正競争阻害性)の判断基準に照らして、不当性がない場合(競争促進的な動機や正当な理由によって公正競争阻害性がないとされる場合を含む)には、排除行為にも該当しない。

<sup>10</sup> 今村成和『独占禁止法入門〔第 4 版〕』14 頁(有斐閣、1993 年)

<sup>11</sup> 今村成和『独占禁止法入門〔第 4 版〕』14-15 頁(有斐閣、1993 年)

<sup>12</sup> 今村成和『独占禁止法入門〔第 4 版〕』15-16 頁(有斐閣、1993 年)

<sup>13</sup> もっとも、不公正な取引方法の中には、取引妨害(一般指定 14)のように要件が抽象的なものもあり、これは専ら私的独占の適用を回避するために使われる可能性もある。

## [2] 不公正な取引方法にも該当する排除行為<sup>14</sup>

### [2-1] 単独の取引拒絶(私的独占のみ課徴金)

不公正な取引方法としての単独の取引拒絶は、行為者の競争者の取引の機会を排除し(代替的な取引先の確保を困難にし)、その事業活動を困難にさせるおそれがある場合に不当性を持つ。この基準は、排除行為の定義にも合致する。

※ 「事業活動を困難にさせるおそれ」と「事業活動の継続を困難にさせる」との表現上の違いは重要ではない。むしろ重要なのは、取引拒絶がなければ競争者が発揮できた競争的努力(競争力)を、取引拒絶によって発揮できなくすること。それによって競争者の競争力(行為者の値上げを抑制する力)が弱まれば、行為者は値上げが可能となる(行為者が売り手の場合を想定)。

### [2-2] 排他的取引(私的独占のみ課徴金)

不公正な取引方法としての排他的取引は、行為者の競争者(新規参入者を含む)が代替的な取引先を容易に確保できなくすることにより、排他的取引がなければ競争者が行い得た競争的行動が困難になる<sup>15</sup>か、新規参入や研究開発投資インセンティブがなくなる場合に、不当性を持つ。この基準は、排除行為の定義にも合致する。

### [2-3] 抱き合わせ(私的独占のみ課徴金)

不公正な取引方法としての抱き合わせは、(i)従たる商品市場における競争者が代替的な取引先を容易に確保できなくすることにより、抱き合わせがなければ競争者が行い得た競争的行動が困難になる場合、(ii)主たる商品市場における新規参入意欲を損なう場合、(iii)従たる商品市場における競争者の事業活動を困難にすることにより、主たる商品と従たる商品を合わせた合計支払額を値上げする場合、に不当性を持つ。このうち、(i)と(ii)については排除行為の定義にも合致する。

⇒ (iii)については、特定メーカー商品(エレベータ本体、交換部品)のアフタービス(保守)について、一定の取引分野を画定できなければ私的独占の適用はない。抱き合わせがどのメーカーでも横並びに行われている場合には、私的独占が複数成立するという(独占の語感に反する)結論となりかねない。

※ 以上の3類型については、私的独占か不公正な取引方法は、多分に公取委の裁量で決まりそう。より大きな(市場規模または話題性の大きな)事件については私的独占として処理する圧力がかかりそうである。<sup>16</sup>

ただし重要なことは、不公正な取引方法としようが、私的独占としようが、その基本的な判断基準はほとんど違いがない点である(条文上の言葉使いは違っても同じことを問っている)。公正競争阻害性の「おそれ」を強調して、競争の実質的制限との違いを強調する立場が妥当でないことは、経済法 15 回 3-4 頁の※で述べたとおり。

### [2-4] 共同の取引拒絶(不公正な取引方法でも課徴金)

①「事業者が競争者や取引先事業者等と共同して又は事業者団体が、新規参入者の市場への参入を妨げたり、既存の事業者を市場から排除しようとする行為は、競争が有効に行われるための前提条件となる事業者の市場への参入の自由を侵害するものであり、原則として違法となる。」「共同ボイコットが行われ、行為者の数、市場における地位、商品又は役務の特性等からみて、事業者が市場に参入することが著しく困難となり、又は市場から排除されることとなることによって、市場における競争が実質的に制限される場合には私的独占又は不当な取引制限として違法となる。市場における競争が実質的に制限されるまでには至らない場合であっても、共同ボイコットは一般に公正な競

<sup>14</sup> 排除行為たり得る不公正な取引方法の類型については、排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針(H21.10.28)に依拠している。

<sup>15</sup> これをライバル費用引き上げ Raising Rivals' Costs と呼ぶこともある。

<sup>16</sup> 排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針第1(H21.10.28)では、「行為開始後において行為者が供給する商品のシェアがおおむね2分の1を超える事案であって、市場規模、行為者による事業活動の範囲、商品の特性等を総合的に考慮すると、国民生活に与える影響が大きいと考えられるものについて、優先的に審査を行う。」とする。

争を阻害するおそれがあり、原則として不公正な取引方法として違法となる。」<sup>17</sup>

②典型例:ボイコットされる相手が、「安売りをする流通業者」「新規参入者」「輸入品取り扱い業者」である場合

※ 原則違法とされているので不当性の中身は明記されていないが、市場閉鎖効果に求められているのは明らかであり、単独の取引拒絶の場合と不当性の中身は同じ。従って、共同の取引拒絶として不当性を持つ場合には、排除行為の定義にも合致する。

※ 私的独占になる場合(課徴金 6%)と、不公正な取引方法になる場合(繰り返し違反で課徴金 3%、独禁法第 20 条の 2)の識別基準は設定可能か?

閉鎖型市場支配説は、行為者が値上げ等の弊害をもたらすことが可能かどうかを検討しない点で、不公正な取引方法としての規制に親和的かもしれない。<sup>18</sup>他方で、超過利潤を得ているとは思えない多数の競争者が集まって共同の取引拒絶をした場合に、それを私的独占として 6%の課徴金を取るのも無理があろう(市場に存在する企業数によって、市場価格及び利潤は異なってくるから)。

[2-5] 不当廉売(不公正な取引方法でも課徴金)

①不公正な取引方法としての不当廉売は、平均可変費用または平均回避可能費用を下回る価格での販売によって、競争者の(従来行ってきた)競争的事業活動を困難にさせる場合に、不当性を持つ。この基準は、排除行為の定義にも合致する。

②なお、差別対価供給も不当廉売と同じく課徴金対象である:

[2-5A-1] 独禁法第 2 条 9 項 2 号の定義規定

「二 不当に、地域又は相手方により差別的な対価をもつて、商品又は役務を継続して供給することであつて、他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあるもの」

[2-5A-2] 定義に関するいくつかの注意

①「差別対価とは、同じ事業者が、実質的に同一の商品について異なる地域または相手方により価格に差を設けることである。」<sup>19</sup>

「経済活動において、取引数量の多寡、決済条件、配送条件等の相違を反映して取引価格に差が設けられることは、広く一般にみられることである。また、地域による需給関係の相違を反映して取引価格に差異が設けられることも通常である。」「このような観点からすれば、取引価格や取引条件に差異が設けられても、それが取引数量の相違等正当なコスト差に基づくものである場合や、商品の需給関係を反映したものである場合等においては、本質的に公正な競争を阻害するおそれがあるとはいえないものと考えられる。」<sup>20</sup>

②課徴金対象類型で公正競争阻害性を「不当に」で表現するものは、これの他に優越的地位の濫用だけである。

※ 相手方は消費者でもよいとされる<sup>21</sup>が、沿革的には「不当に他の事業者を差別的に取り扱うこと。」(独禁法第 2 条第 9 項第 6 号ロ)を受けた規定のはずであるから、相手方は事業者でなければ独禁法を

<sup>17</sup> 流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針第 2 部第 2 の 1(H29.06.16)

<sup>18</sup> ただし、独禁法第 20 条の 2 の技術的問題点については中川晶比兒「複数事業者が弊害発生に関与する私的独占と課徴金」北大法学論集 63 巻 2 号 484-487 頁(2012 年)を参照。

<sup>19</sup> 川濱昇ほか『ベーシック経済法[第 4 版]』198 頁(泉水文雄)(有斐閣、2014 年)

<sup>20</sup> 「不当廉売に関する独占禁止法上の考え方」5(1)イ(ア)(平成 21 年 12 月 18 日)

<sup>21</sup> 田中寿編著『不公正な取引方法—新一般指定の解説』49 頁(商事法務、1982 年)

超えた一般指定ということになりかねない。

[2-5A-3] 不当性

「例えば、有力な事業者が、競争者を排除するため、当該競争者と競合する販売地域又は顧客に限って廉売を行い、公正な競争秩序に悪影響を与える場合は、独占禁止法上問題となる。」<sup>22</sup>「また、有力な事業者が同一の商品について、取引価格やその他の取引条件等について、合理的な理由なく差別的な取扱いをし、差別を受ける相手方の競争機能に直接かつ重大な影響を及ぼすことにより公正な競争秩序に悪影響を与える場合にも、独占禁止法上問題となる。」<sup>22</sup>

①差別的に安いことが競争者の事業活動を困難にさせる場合：不当廉売と同じく、原価割れであることが要求される(日本瓦斯事件、東京高判平成 17 年 5 月 31 日審決集 52 卷 818 頁)

②他の独禁法違反行為に協力させるために差別的に高い対価をつける場合

③差別的に高いことが相手方事業者の事業活動を困難にさせる場合

⇒「不当廉売に類似した規制である売り手段階の差別対価(略奪型)のみが 2 条 9 項 2 号の射程であるという解釈が合理的である。しかしながら、…立案担当者は、買い手段階の差別対価を含めてこれに該当すると解するようである。」<sup>23</sup>「差別対価が課徴金対象となったのは、とりわけ取引拒絶系差別対価について、政治的な要望が強かったからである。」<sup>24</sup>

[2-5A-4] 関連規定：課徴金がかからない規定として、差別対価購入(一般指定 3)及び取引条件等の差別取扱い(一般指定 4、相手方は事業者限定)がある。

※ 私的独占にされる場合は、地理的範囲が全国の場合に限定されそう。

[3] 不公正な取引方法に該当しない排除行為

<sup>22</sup> 「不当廉売に関する独占禁止法上の考え方」5(1)イ(ア)(平成 21 年 12 月 18 日)

<sup>23</sup> 川濱昇ほか『ベーシック経済法〔第 4 版〕』207 頁(泉水文雄)(有斐閣、2014 年)

<sup>24</sup> 白石忠志『独占禁止法〔第 3 版〕』360 頁(有斐閣、2016 年)