

## 経済法 第3回 04/18

担当 中川晶比兒

### I 行為者の目的・動機は独禁法違反の成否において考慮されるか？

#### 【行為者の目的・動機とその考慮】

##### [1] 事業者団体規制でみた事例から

[1-1] 学習帳事件……文部省が通達で、学習帳の頁数を30枚または40枚と定めていた。<sup>1</sup>これを根拠に、独禁法に違反しないという主張は認められるか？

[1-2] A振興会事件……アスパラガス(ホワイト)の生産は、「缶詰業者側が、種子または苗を提供し、肥料代金を貸付け、栽培上の指導を行い、これに対し、…契約作付地において収穫されるアスパラガスの全量を缶詰業者に納入する」栽培契約が一般的であった。<sup>2</sup>このことを根拠にして、事業者団体の決定は独禁法に違反しないという主張は認められるか？

※ 公取委の審決等には、行為者がどのような背景・目的から当該行為を行ったかがほとんど書かれない。事案の一方的・一方的な理解に陥るおそれは高い。上記②の場合は risk sharing 契約であり、少なくとも一定期間は全量供給義務が正当化される。ただし、そのビジネスモデルを守るために競争制限が必要か、が独禁法で問われる問題。

##### [2] 独禁法違反行為を正当化するために主張される目的のタイプ<sup>3</sup>

###### [2-1] 他の法律を遵守する行為

……「独禁法以外の他の法律を遵守する目的で行われた行為は、独禁法に違反しない」という主張

###### [2-2] 競争促進的目的(市場取引を活発化させ、取引相手の利益になるもの)

……「当該行為は競争を促進する行為だから、独禁法に違反しない」という主張

###### [2-3] 社会公共目的(商品役務の取引相手だけでなく国民全体の潜在的利益になるもの)

……「安全性確保や環境保全といった正当な目的があるから独禁法に違反しない」という主張

##### [3] 行為者の目的による適法性の主張が退けられる場合

###### [3-1] 法遵守行為の主張が退けられる場合

①他の根拠法を遵守する目的自体が後知恵 hindsight にすぎず、当該行為を採用する際にそのような法律について議論された形跡がない(証拠による裏付けができない)。

《具体例》医師会による8条3号違反事件。「原告は、医療法が医療機関の地域的な適正配置を目指して定めている医療計画制度の趣旨に即して、会員に対し意見を述べていたにすぎず、原告の行為は独禁法に違反するものでもない、と主張する。」しかし原告医師会は、医療計画制度導入のかなり前から本件行為をしてきた。またそもそも本件地区では病床数が医療計画の定める必要病床数を満たしていない。<sup>4</sup>

<sup>1</sup> 高橋久「解説」公正取引 149号 37頁(1963年)

<sup>2</sup> 真道孝之「解説」公正取引 178号 32頁(1965年)

<sup>3</sup> 「競争促進効果」と「社会公共目的」を区別する用語法については、根岸哲編『注釈独占禁止法』72頁(川濱昇)(有斐閣、2009年)の叙述に依拠した。法令遵守行為は社会公共目的に近いが、本文では別立てとした。

<sup>4</sup> 東京高判平成13年2月16日判時1740号13頁(観音寺医師会事件)

②他の根拠法の強制力が弱い場合、当該根拠法に反した競争の実態があっても、そのような競争は、独禁法が(競争制限行為から)保護すべきである。<sup>5</sup>

[3-2] 競争促進目的・社会公共目的の主張が退けられる場合(共通)

①主張される目的が後知恵 *hindsight* にすぎず、当該行為を採用する際にそのような目的について議論された形跡がない(証拠による裏付けができない)。

②主張される目的を達成する手段として、当該行為(競争制限行為)が有効ではない。競争制限行為が目的との関係で、必要性・合目的性を欠く。

③主張される目的を達成するために、必要最低限の範囲で実施されているか。競争制限の程度が低い代替的な手段はないか。

《想定例》自主基準を設定するのであれば、数値基準に幅を設けて、事業者の個別の判断(競争的努力)の余地を認めるやり方が、代替的な手段となる。

※ 行為者の動機・目的は、不当な取引制限・企業結合・不公正な取引方法においては、競争制限効果を否定する事情として、また私的独占では排除行為該当性を否定する事情として、「正当化理由」<sup>6</sup>とも呼ばれる。

<sup>5</sup> (社)大阪バス協会に対する件・審判審決平成7年7月10日審決集42巻3頁。なお同審決は根拠法の運用がなされている限り、法遵守行為は独禁法違反にならないことを認めた。しかし、規制が失敗している場合には規制の改革を求めるのが本筋であり、競争制限行為を認めても問題を先延ばしにするだけである。

<sup>6</sup> この概念の立役者である白石教授のまとめた言及として、白石忠志『独禁法講義[第3版]』56-64頁(有斐閣、2005年)を参照。

## II 不当な取引制限の規制:概説

### 【不当な取引制限:主要な規制対象、規制根拠、規制の課題】

#### [1] 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。」

#### [2] 規制される典型行為

「不当な取引制限の典型は、複数の事業者が秘密裡に共同して価格を決定し、または製造・販売数量を制限するなど、相互に競争を回避する共同行為である。技術、製品、設備もしくは取引の相手方を制限する行為も同様である。…これらの共同行為は、通常、競争を制限することを目的とし、そのほかに社会に役立つ目的や効果がないものと考えられる。このように反競争的な性格の強い共同行為はハードコアカルテルと称される。」<sup>7</sup>

※ ハードコアカルテルとは、競争者同士による、価格協定、入札談合、数量制限または数量割り当て、市場分割（顧客割り当て・供給者割り当て、地域割り当て、商品分野割り当てによるもの）を行う反競争的な合意、協議に基づく行為、取り決めに意味する。<sup>8</sup>

⇒ これらの類型を言葉として覚えるのではなく、なぜこれらが（これらの行為をしない場合と比べて）取引数量を減らし取引価格上昇につながるのかを説明できるようにする。

※ 法的措置件数の大半が不当な取引制限事件である。平成28年度年次報告30頁

#### [3] ハードコアカルテルの弊害

[3-1] 「市場の競争で決定されるべき事項についてのカルテル（あからさまなカルテル）は競争制限だけを目的とする行為であり、何らかの社会的に望ましい効果を伴うことはない。…価格上昇などの弊害も直接にもたらされる。」<sup>9</sup>「カルテルは、買手に高価格を押し付け…ることを目的とする点だけからも非難に値するが…、当事者が隠れて共謀し悪行を行うところに強い悪性がある。カルテルは、表面では公正に競争しているように見せかけ、実際には話し合いで決めた価格を相手方に押し付ける点で「きたない」行為である。」<sup>10</sup>

[3-2] 「短期的にみても、カルテルは…産出量を制限し価格を独占的水準に設定する。…カルテルは長期的にみた効率の阻害を伴い\*、この点は、高価格が配分的正義に反するのと異なり資源の効率的な利用についての社会的な損失であり、もっとも重要な論点である。」<sup>11</sup>

「\* …限界事業者の[カルテル参加への]賛成を得るためには、合意の内容（価格水準など）を限界事業者の費用構造に対応させることを要し、それにより限界事業者が温存されてその退出を遅らせ、過剰な資源を当該産業に割り当てることになり資源の適正配分を妨げる。また当該業界が全体としてカルテルによる保護に安住するから、効率向上への経済的誘因が欠如し効率の達成も妨げられる。」<sup>12</sup>

#### [4] 規制する上での課題

[4-1] 「わが国では、行政指導などの公的介入により、独占禁止法違反のカルテルさえもが育成・利用されたのが

<sup>7</sup> 根岸哲編『注釈独占禁止法』74頁（稗貫俊文）（有斐閣、2009年）

<sup>8</sup> a "hard core cartel" is an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce. Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels, I. A. 2. a) (1998).

<sup>9</sup> 実方謙二『独占禁止法（第4版）』154頁\*（有斐閣、1998年）

<sup>10</sup> 実方 154頁

<sup>11</sup> 実方 154頁

<sup>12</sup> 実方 155頁

実態であり、カルテルを法的に容認する適用除外規定や適用除外立法も…存在していた…。わが国ではカルテルが公的な目的達成のための政策手段として用いられており、カルテルの経済的・社会的な悪性の認識が低い。」<sup>13</sup>

[4-2] ハードコアカルテルは社会的に有用な目的や効果を持たないから、隠される。<sup>14</sup>

### 【不当な取引制限の定義規定】

#### [1] 典型的な規制対象行為の確認

[1-1] 「カルテルは、複数の事業者による競争制限的な協定ないし合意を意味する」。<sup>15</sup>「カルテル」とは、独立の事業者が…参加者の競争行動を制限するもので、…参加者の競争行動の自由を制約し競争条件を直接に阻害する…」。<sup>16</sup>

[1-2] 「独禁法は、書面によるカルテルだけではなく、口頭によるカルテル、さらには暗黙のカルテルをも禁止の対象としている。カルテルは、法的拘束力はもちろん、その違反に対して制裁を加えるような事実上の拘束力を有することも不可欠の成立要件ではなく、競争制限を内容とする事業者間の共同決定…であるかぎり、事業者間において相互に他の者の遵守を期待してその内容を遵守するといういわゆる紳士協定によっても成立する。」<sup>17</sup>

#### [2] 独禁法第2条6項

「この法律において「不当な取引制限」とは、事業者が、契約、協定その他何らの名義をもつてするかを問わず、他の事業者と共同して対価を決定し、維持し、若しくは引き上げ、又は数量、技術、製品、設備若しくは取引の相手方を制限する等相互にその事業活動を拘束し、又は遂行することにより、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。」

#### [3] 不当な取引制限の成立要件

- ① 複数の事業者
- ② 共同して
- ③ 相互にその事業活動を拘束し、又は遂行する
- 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

#### ※ 典型的な規制対象行為との対応状況

カルテル参加者の自由な競争行動の制限・制約 ⇒ 「相互に事業活動を拘束」

協定、合意、紳士協定 ⇒ 「共同して」

⇒ 不当な取引制限の行為の側面を規定するこれら二つの要件を総称して、共同行為と呼んでいる。

<sup>13</sup> 実方 157 頁

<sup>14</sup> 根岸哲編『注釈独占禁止法』75 頁(稗貫俊文)(有斐閣、2009 年)

<sup>15</sup> 根岸哲ほか『独占禁止法入門』85 頁(根岸哲)(有斐閣、1983 年)

<sup>16</sup> 実方 153 頁

<sup>17</sup> 根岸哲ほか『独占禁止法入門』86-87 頁(根岸哲)(有斐閣、1983 年)

## 【不当な取引制限の行為に関する要件】

## [1] 共同して(判例)

## [1-1] 東芝ケミカル事件の概要

①本件商品(プリント配線板用銅張積層板)は、テレビ等のプリント配線板の基材として使われる部品である。本件商品は量産品で製品差別化の程度が小さいため、製造販売業者間の価格競争が激しく、本件商品の加工ユーザーであるエッチングメーカーや最終需要者である家電製品等のセットメーカーによる値引き要求により下落傾向を続けていた。また昭和61年秋ころからは、フェノール、銅箔等の原材料価格も上昇傾向を示していた。そこで本件商品を製造販売する事業者8社は、昭和62年初めころから本件商品の販売価格の下落防止、その引上げ等についての意見交換、情報交換を行ってきた(01/28, 03/27, 04/14, 04/20, 04/30, 05/07, 06/10)。8社は本件商品の国内向け総供給量のほとんど全てを供給しており、なかでも大手3社(日立化成工業、松下電工、住友ベークライト)は、約70%のシェアを占めていた。

②昭和62年4月14日 8社のうち7社は、台北市の福華大飯店で懇談した際、住友ベークライトから出席した6社に対し、プリント配線板用銅張積層板の販売価格の引上げについて協力要請があったのを契機に、松下電工の司会により価格引上げについて出席者が順次発言して意見交換がされ、他の各社の関係者が賛同する発言等をし、当時の原告[東芝ケミカル]の積層品営業部長[H]も、価格引上げには賛成するが三社が約束を守って決めたことは実行して欲しい旨の発言をした。

③昭和62年4月20日 学士会館会議室で開催された定例部会において、住友ベークライトから紙フェノール銅張積層板の国内需要者渡し価格を現行価格より1平方メートル当たり300円又は15パーセントを目途に引き上げること等が提案され、右提案を巡って意見交換がされ、値上げすること自体について積極的に反対する意見はなかったが、具体的な値上げ幅及び値上げ方法について業務委員会に検討させることとされた。

④昭和62年6月10日 学士会館で開催された臨時部会において、8社はプリント配線板用銅張積層板の国内需要者渡し価格の引上げについて意見交換を行い、日立化成の[s]から7月10日出荷分から紙フェノール銅張積層板の国内需要者渡し価格を現行価格より1平方メートル当たり300円又は15パーセントを目途に引き上げることが表明されたことを契機に、松下電工からは6月21日出荷分から、住友ベークライトからは7月1日出荷分から、同様に値上げすることが各表明された。残る5社については、大手3社の関係者から大手3社に追随して7月末までを目標として、同様に値上げを実施するように要請されたが、右要請に対し被審人[東芝ケミカル]を含め各社反対の意見は出なかった。本件臨時部会には、被審人から[T]と[H]が出席したが、[T]は前記[s]の値上げ表明の際には退席し不在であった。」

⑤8社は、本件臨時部会后、本件紙フェノール銅張積層板の値上げを社内に指示等し、また需要者らに対し右値上げを通知し、その要請をしている。

⑥公取委は、8社が共同して紙フェノール銅張積層板の需要者渡し販売価格を引き上げることにより、公共の利益に反して、紙フェノール銅張積層板の販売分野における競争を実質的に制限しており、独禁法3条に違反するとした。7社は勧告に応諾した<sup>18</sup>が、東芝ケミカルのみ応諾せず、審判審決に対する取消訴訟を提起したもの。

## [1-2] 意思の連絡:東京高判平成7年9月25日判タ906号136頁

「原告の本件事案における行為が、法三条において禁止されている「不当な取引制限」…にいう「共同して」に該当するというためには、複数事業者が対価を引き上げるに当たって、相互の間に「意思の連絡」があったと認められることが必要であると解される。しかし、ここにいう「意思の連絡」とは、複数事業者間で相互に同内容又は同種の対価の引上げを実施することを認識ないし予測し、これと歩調をそろえる意思があることを意味し、一方の対価引上げを他方が単に認識、認容するのみでは足りないが、…相互に他の事業者の対価の引上げ行為を認識して、暗黙のうちに認容することで足りると解するのが相当である(黙示による「意思の連絡」といわれるのがこれに当たる。)」

<sup>18</sup> 勧告審決平成1年8月8日審決集36巻22頁

## [1-3] 意思の連絡の立証: 東京高判平成7年9月25日判タ906号136頁

「もともと「不当な取引制限」とされるような合意については、これを外部に明らかになるような形で形成することは避けようとの配慮が働くのがむしろ通常であり、外部的にも明らかな形による合意が認められなければならないと解すると、法の規制を容易に潜脱することを許す結果になるのは見易い道理であるから、このような解釈では実情に対応し得ないことは明らかである。したがって、対価引上げがなされるに至った前後の諸事情を勘案して事業者の認識及び意思がどのようなものであったかを検討し、事業者相互間に共同の認識、認容があるかどうかを判断すべきである。そして、右のような観点からすると、特定の事業者が、他の事業者との間で対価引上げ行為に関する情報交換をして、同一又はこれに準ずる行動に出たような場合には、右行動が他の事業者の行動と無関係に、取引市場における対価の競争に耐え得るとの独自の判断によって行われたことを示す特段の事情が認められない限り、これらの事業者の間に、協調的行動をとることを期待し合う関係があり、右の「意思の連絡」があるものと推認されるのもやむを得ないというべきである。」

「本件事案においては、すでに判示したように、八社が事前に情報交換、意見交換の会合を行っていたこと、交換された情報、意見の内容が本件商品の価格引上げに関するものであったこと、その結果としての本件商品の国内需要者に対する販売価格引上げに向けて一致した行動がとられたことが認められる。すなわち、原告は、本件商品につき、同業七社の価格引上げの意向や合意を知っていたものであり、それに基づく同業七社の価格引上げ行動を予想したうえで(とりわけ、右会合中に、住友ベークライトがした値上げについての協力要請につき、各社が賛同する発言をしている場において、原告の[H]は、価格引上げに賛同し、大手三社が約束を守って価格引上げを実行することを積極的に要求さえしていたものである。)、昭和六二年六月一〇日の決定と同一内容の価格引上げをしたものであって、右事実からすると、原告は、同業七社に追随する意思で右価格引上げを行い、同業七社も原告の追随を予想していたものと推認されるから、本件の本件商品価格の協調的価格引上げにつき「意思の連絡」による共同行為が存在したというべきである。」

## ※【歩調をそろえる意思の内容】:

「東芝ケミカル事件…で、東京高裁は以下のような事実認定を追加し特に強調している:

「当時の原告の積層品営業部長…も、価格引上げには賛成するが三社が約束を守って決めたことは実行して欲しい旨の発言をしたことが認められる。」

この事実は、意思の連絡が「何があっても歩調をそろえる」というような鉄の結束である必要はなく、「他者も守る(抜け駆けをしない)ならば、その限りで自分もやる」という程度の意思が成立していれば足りることを示している点で重要である…。」<sup>19</sup>

## [2] 相互に事業活動を拘束(相互拘束)

[2-1] カルテル合意「に制約されて意思決定を行うことになるという意味において、各社の事業活動が事実上拘束される結果となること」を意味する。多摩談合最高裁、最一小判平成24年2月20日民集66巻2号796頁

[2-2] 「所論は、価格に関し独禁法三条にいう「不当な取引制限」行為が行われたといえるためには、その違反を防止する有効な手段を伴った拘束力ある価格協定が締結される必要があるのであって、右拘束力を事実上不要であるかのごとき説示をした原判決は、法令の解釈を誤り、憲法三一条、三九条に違反する、というのである。」「所論にかんがみ、職権をもって判断すると、…石油製品価格を各社いつせいに一定の幅で引き上げる旨の協定…を締結したときは、各被告会社の事業活動がこれにより事実上相互に拘束される結果となることは明らかであるから、右協定は、独禁法二条六項にいう「相互にその事業活動を拘束し」の要件を充足し同項及び同法三条所定の「不当な取引制限」行為にあたるべきであり、その実効性を担保するための制裁等の定めがなかったことなど…の事情は、右結論を左右するものではない。」石油カルテル事件、最二小判昭和59年2月24日刑集38巻4号1287頁

<sup>19</sup> 中川晶比兒「独占禁止法における法的推論と経済分析」日本経済法学会年報35号112頁(2014年)

※ 「事業活動」 = 原材料の購入、生産物の出荷・卸売・小売、サービス供給といった取引活動

[3] 又は遂行する

「共同して…その事業活動を遂行する」(共同遂行)という手段行為もまた、独立の要件であるか？

「相互拘束」…だけで「不当な取引制限」は成立する…。合意に基づく実行行為があれば、…「遂行」と呼んでいる。<sup>20</sup>

※ 共同遂行を使わなければ規制できないような事例は今のところ現われていない。

【共同性と相互拘束は別の要件なのか？】

[1] 意思の連絡が成立した状態はどのような状況か？

[1-1] 複数事業者による利害調整を経た「合意の成立・意見の一致により、共通の行動計画(将来どういう事業行動をとるべきか…)」が各参加事業者に提示されると、それを自己が遵守すれば他の事業者も合意の内容を守るであろうとの期待が成立する。この共通の計画は、共同の利潤追求にとってもっとも有利な行動基準(利害の調整の結果当事者が有利であると判断した)である。…ここでは、各当事者は、他の事業者も同様に認識していることを知り、そのため、自己が協定破りをしない限り他の事業者も協定を守るとの認識が成立する。<sup>21</sup>

[1-2] 「相互拘束」とは、共同行為の成立・実行の態様を説明したもので…、…自己が合意の内容を遵守すれば相手方も遵守するであろうとの期待が生じ、この期待の下に競争行動を各当事者が自制するという関係を意味する。ここでは、合意の内容を全員が遵守することによって全体の行動の一致が成立し、…それが全体としての相互拘束に該当する。それゆえ、相互拘束を立証するためには共同性の要件が立証されればよく、相互拘束それ自体を立証する必要はない。<sup>22</sup>「拘束性の証明は、…「共同性」(意思の連絡)が示されればそれで十分である」<sup>23</sup>

※ 「共同して」と「相互拘束」との内容的な接近。「相互拘束」という、狭い字義解釈(法の目的から離れた解釈)がされやすい(後述[2-2]参照)文言にこそ、意思の連絡にあたるものを読み込むべきだったが、してこなかったこれまでの学説の問題。<sup>24</sup>

共同して  
= 相互拘束

共同して 相互  
拘束

[2] 相互拘束に、共同性にはない意味を見出す見解

[2-1] 「取引段階を異にする事業者(売手と買手)の間の協定…には、①二当事者の間で、その一方にのみ制限を課す協定……、がある。このうち、①は、拘束の相互性を欠くため相互拘束が成立せず不当な取引制限に該当しない…。」<sup>25</sup>

<sup>20</sup> 今村成和『独占禁止法入門〔第4版〕』63頁(有斐閣、1993年)

<sup>21</sup> 実方 169-170頁

<sup>22</sup> 実方 170-171頁

<sup>23</sup> 根岸哲編『注釈独占禁止法』82頁(稗貫俊文)(有斐閣、2009年)(石油カルテル最高裁判決を引用する。)

<sup>24</sup> 中川晶比兒「多摩談合新井組判決」公正取引 721号 104-105頁(2010年)。なお、立法史においては、restrictの訳語として、「事業活動を制限する」という表現から「拘束」に変わったようである。西村暢史・泉水文雄「一九七四年独占禁止法の形成と成立」神戸法学 56巻 2号 165-166頁(2006年)

<sup>25</sup> 実方 164頁。なお、「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」(平成3年7月11日)第2部第2の3(1)注2は、取引先事業者等と共同して行う共同ボイコットが不当な取引制限に該当する場合があるとする立場を採用し、相互拘束にいう「事業活動の拘束は、その内容が行為者(例えば、メーカーと流通業者)全てに同一である必要はなく、行為者のそれぞれの事業活動を制約するものであって、特定の事業者を排除する等共通の目的の達成に向けられたものであれば足りる。」とする。

[2-2] 入札談合事件においては、談合メンバー間の貸し借り関係(相互に超過利潤を得られること)を違反成立の要件として要求し、「相互拘束」がないのではないかといった議論を展開する向きもある。

※ 「談合参加者全員にとってためになる正しい談合」であることをなぜわざわざ確認する必要があるのか、甚だ疑問である(お節介にも程がある)。

**【違反行為の終期】**

合意からの離脱と呼ばれることもあり、共同性ないし相互拘束の問題。