

# 経済法 第 16 回 10/01

担当 中川晶比兒

## I 不公正な取引方法の規制

### 【関連する規定の基本構造】

#### [1] 定義規定

##### [1-1] 独禁法 2 条 9 項

「この法律において「不公正な取引方法」とは、次の各号のいずれかに該当する行為をいう。

- 一 正当な理由がないのに、競争者と共同して、次のいずれかに該当する行為をすること。
  - イ ある事業者に対し、供給を拒絶し、又は供給に係る商品若しくは役務の数量若しくは内容を制限すること。
  - ロ 他の事業者に、ある事業者に対する供給を拒絶させ、又は供給に係る商品若しくは役務の数量若しくは内容を制限させること。
- …
- 三 正当な理由がないのに、商品又は役務をその供給に要する費用を著しく下回る対価で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<sup>1</sup>
- …
- 五 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、次のいずれかに該当する行為をすること。
  - イ…
  - ロ 継続して取引する相手方に対して、自己のために金銭、役務その他の経済上の利益を提供させること。
  - ハ…
- 六 前各号に掲げるもののほか、次のいずれかに該当する行為であつて、公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち、公正取引委員会が指定するもの
  - イ 不当に他の事業者を差別的に取り扱うこと。
  - ロ 不当な対価をもつて取引すること。
  - ハ 不当に競争者の顧客を自己と取引するように誘引し、又は強制すること。
  - ニ 相手方の事業活動を不当に拘束する条件をもつて取引すること。
  - ホ 自己の取引上の地位を不当に利用して相手方と取引すること。
  - へ …」

##### [1-2] 一般指定(昭和 57 年 6 月 18 日公正取引委員会告示第 15 号)<sup>2</sup>

「(共同の取引拒絶)

- 1 正当な理由がないのに、自己と競争関係にある他の事業者(以下「競争者」という。)と共同して、次の各号のいずれかに掲げる行為をすること。
  - 一 ある事業者から商品若しくは役務の供給を受けることを拒絶し、又は供給を受ける商品若しくは役務の数量若しくは内容を制限すること。
  - 二 他の事業者に、ある事業者から商品若しくは役務の供給を受けることを拒絶させ、又は供給を受ける商品若しくは役務の数量若しくは内容を制限させること。

<sup>1</sup> 文章の末尾が名詞形で終わるときは、「こと」「とき」で終わる場合を除いて、句点「。」を付けない。

<sup>2</sup> 一般指定の 1 は一般指定 1 項などと呼ばれる。

(その他の取引拒絶)

2 不当に、ある事業者に対し取引を拒絶し若しくは取引に係る商品若しくは役務の数量若しくは内容を制限し、又は他の事業者これらに該当する行為をさせること。

…

(不当廉売)

6 法第二条第九項第三号に該当する行為のほか、不当に商品又は役務を低い対価で供給し、他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあること。

…

(ぎまんの顧客誘引)

8 自己の供給する商品又は役務の内容又は取引条件その他これらの取引に関する事項について、実際のもの又は競争者に係るものよりも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引するように不当に誘引すること。

(不当な利益による顧客誘引)

9 正常な商慣習に照らして不当な利益をもつて、競争者の顧客を自己と取引するように誘引すること。

…」

## [2] 禁止規定:独禁法 19 条<sup>3</sup>

「事業者は、不公正な取引方法を用いてはならない。」

## [3] 独禁法上の措置<sup>4</sup>

### [3-1] 排除措置命令:独禁法 20 条

「前条の規定に違反する行為があるときは、公正取引委員会は、…事業者に対し、当該行為の差止め、契約条項の削除その他当該行為を排除するために必要な措置を命ずることができる。

2 第七条第二項の規定は、前条の規定に違反する行為に準用する。」

### [3-2] 課徴金納付命令:独禁法 20 条の 2～20 条の 7

「事業者が、第十九条の規定に違反する行為(第二条第九項第五号に該当するものであつて、継続してするものに限る。)をしたときは、公正取引委員会は、…当該事業者に対し、**違反行為期間**における、当該違反行為の相手方との間における…売上額(当該違反行為が商品又は役務の供給を受ける相手方に対するものである場合は当該違反行為の相手方との間における…購入額とし、当該違反行為の相手方が複数ある場合は当該違反行為のそれぞれの相手方との間における…売上額又は購入額の合計額とする。)に百分の一を乗じて得た額に相当する額の課徴金を国庫に納付することを命じなければならない。ただし、その額が百万円未満であるときは、その納付を命ずることができない。」(20 条の 6) …… 令和元年改正法施行(令和 2 年 12 月 25 日施行)後の規定

(補足)独禁法 18 条の 2 第 1 項

「この章において「違反行為期間」とは、第二十条の二から第二十条の六までに規定する違反行為のうちいずれかの違反行為をした事業者に係る当該違反行為をした日(当該事業者に対し当該違反行為について第四十七条第一項第一号、第三号又は第四号に掲げる処分が最初に行われた日(当該事業者に対し当該処分が行われなかつたときは、当該事業者が当該違反行為について事前通知(…第六十二条第四項において読み替えて準用する第五十条第一項の規定により公正取引委員会が…違反行為をした事業者に対してする通知をいう。…)を受けた日)の

<sup>3</sup> そのほか、事業者団体が不公正な取引方法をさせるようにすること(8 条 5 号)、企業結合の手段として不公正な取引方法を用いること(独禁法 10 条、13 条、14 条、15 条、15 条の 2、15 条の 3、16 条)も禁止される。

<sup>4</sup> なお、私人による差止訴訟は、不公正な取引方法に該当する行為に対してのみ認められている。独禁法 24 条。

十年前の日前であるときは、同日)から当該違反行為がなくなる日までの期間をいう。」……従前は課徴金の算定対象となる期間は 3 年間に固定されていた。

### 【解説】

[1] 不公正な取引方法は、独禁法 2 条 9 項 1 号～5 号並びに独禁法 2 条 9 項 6 号に基づく一般指定の○(1～15)及び特殊指定(後述)に定められた様々な違反行為(行為類型)を総称する概念。

⇒ 従って、ある企業行動・取引慣行が独禁法の定める不公正な取引方法に該当し独禁法第 19 条に違反するか否かは、独禁法の規定、一般指定、特殊指定の全てと照らし合わせる必要がある。<sup>5</sup>

[2] 不公正な取引方法はどのようにして競争を制限するか

[2-1] 「2 条 9 項 1 号～5 号および一般指定の 1 項～15 項…を見よう。いずれの行為にも、「不当に」、「正当な理由がないのに」または「正常な商慣習に照らして不当…」という 3 つの文言のいずれかが入っていることに気づくであろう。この 3 つの文言は、独禁法 2 条 9 項 6 号にいう「公正な競争を阻害するおそれがある」こと、すなわち公正競争阻害性を意味する。」<sup>6</sup>

[2-2] 「公正な競争を阻害するおそれ」とはどういうことか。それはいうまでもなく、独禁法の目的とする、公正且つ自由な競争秩序の維持という観点から答えられなければならないもので、(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、良質廉価な商品又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<sup>7</sup>が、不公正な取引方法に該当する。

[2-3] 不公正な取引方法の「禁止の目的には、①自由な競争の阻害を問題にする場合と、②競争手段や取引手段としての公正さを問題とする場合がある。②の公正さを問題にする禁止についても、競争者に対する関係での不公正さが問題となる場合と、取引の相手方に対する関係での不公正さ(抑圧性)が問題となる場合がある。」<sup>8</sup>

※ 不公正な取引方法の規制根拠である公正競争阻害性について、通説は、「自由競争阻害(自由競争減殺)」、「能率競争侵害ないし競争手段の不公正」、「自由競争基盤(取引主体の自由かつ自主的な判断により取引が行われること)の侵害<sup>9</sup>」の 3 つの側面<sup>10</sup>に分ける。しかしこれは、「公正な競争秩序」なる理想を想定したうえで、それが実現されていないことを公正競争阻害性と言い換えているだけであって、不公正な取引方法が誰に対するどのような弊害を根拠に規制しているのかについては明確にしていない。この 3 分類は入り口の分類であって、個々の行為類型がどのような意味で自由且つ公正な競争を制限するのか(当該行為がない場合と比べてどのように競争に影響するのか)を、直裁に一から説明し直した方がよいかもしいない。

<sup>5</sup> 特殊指定では一般指定よりも違反要件が軽減されている(一般指定の定める要件の一部を立証しなくても特殊指定に違反する)場合があり、そのような場合には一般指定よりも特殊指定を優先適用するメリットが公取委側にありうる。

<sup>6</sup> 川瀨昇ほか『ベーシック経済法[第 5 版]』178 頁(泉水文雄)(有斐閣、2020 年)

<sup>7</sup> 今村成和『独占禁止法入門[第 4 版]』118 頁(有斐閣、1993 年)

<sup>8</sup> 実方謙二『独占禁止法[第 4 版]』260 頁(有斐閣、1998 年)

<sup>9</sup> 自由競争基盤は、自由に能率競争が行われるための前提条件であるという意味で、「基盤」という言葉が使われる。

<sup>10</sup> 田中寿編著『不公正な取引方法—新一般指定の解説』11 頁(商事法務、1982 年)は、「各行為類型がこの三つの側面のいずれに公正競争阻害性の主たる根拠を置いているかを整理することができるが、行為類型によっては、同時に他の側面を併せ持つことがあるのが通常であるように、この三つの側面は相互に排他的ではなく、各行為類型の違法性の判断に当たっては、いずれを重視するかを個別ケースごとに判断していく必要がある」とする。「公正競争阻害性というのはいわば一つのベクトルのようなもので、そのようなベクトルを構成する成分として、…三つの要素がありうるだろうと思います。…競争の減殺という一つの成分、競争手段の不公正さという一つの成分、それから、自由な競争基盤を侵害するという一つの成分の三次元のなかで、…合成されたベクトルとして、公正競争阻害性を観念できるのではなからうかと思えます。」(同 35 頁田中寿発言)

※ 公正な競争を阻害する「おそれ」は、抽象的危険性で足り、具体的な立証は不要であるとされる。<sup>11</sup>しかし、一定の取引分野における競争の実質的制限についても、価格がどれだけ上がるかという立証は要求していないが、取引相手にとって値上げ等の弊害が起こるメカニズムは示している。そうであるならば、公正競争阻害性についても、少なくとも行為者の取引相手にとって取引条件が悪化することを競争制限効果として問題視する行為類型については、値上げ等の弊害が生じるメカニズムについて、同じ程度の立証は必要であろう。弊害が起こるかどうかは、行為者及び競争者の地位(市場シェアやブランド力)と、当該行為が他の事業者の競争的行動に与える影響を具体的に見なければ判定できない事例も少なくないからである。<sup>12</sup>

※ これは、個別具体的な事例(個別具体的な市場)における競争の状況を前提事実として、弊害が生じるメカニズムが当該事案に妥当することを確認すべきであるという趣旨。弊害発生メカニズムの現実妥当性を認定する上では、証拠上現れていない状況を想定し<sup>13</sup>、行為者の被疑違反行為がもたらす影響について、将来予測をすることも許される。言い換えると、個別具体的な事案で証拠として集めることのできた事実のみを根拠に、弊害発生の見込みを判断するのではない。個別具体的な市場の競争状況を前提とした経済分析は、必然的に将来予測になる。つまり、経済分析は、当該行為者にとって弊害をもたらすことが利潤最大化になる(他の戦略よりも行為者にとって利潤増加となる)ことを確認することにより、行為者は自分にとって利潤の増加する行為(弊害発生をもたらす行為)を行うはずであるという将来予測を行う。

公正な競争を阻害する「おそれ」とは、個別具体的な事案(市場)における競争状況に限定した議論をしつつ、そこで実際には証拠上現れていない影響(将来予測としての競争に与える影響)をも評価してよいことを意味する。「一般的抽象的な危険性」はこのような趣旨の用語として理解されるべき。

### 【公正な競争とは】

[1] まっとうなビジネス活動をする企業からすれば、価格・品質・サービスを中心とした競争(能率競争)の観点からみてより優れた企業がより多くの顧客を獲得することが、公正な競争である。(貢献に応じた報酬として公正さを理解)  
⇒ このような状態が確保されることが、自由な競争及び自由主義市場経済がうまく機能する条件でもある。

[2] 公正な競争の阻害(競争手段の不正)を根拠に規制される場合

[2-1] 一般指定 8 項及び 9 項に該当する場合

①《ぎまんの顧客誘引の具体例》フランチャイズ本部が事業経験のない給与所得者から加盟を募るにあたって、実際には達成困難な金額を予想売上額として示すと共に、ロイヤリティ(加盟店が本部に定期的に支払う金銭)が他のフランチャイズチェーンと比べて実際よりも低いかにように説明すること。<sup>14</sup>

②《不当な利益による顧客誘引の具体例<sup>15</sup>》保険募集業務を行っている銀行が、融資先企業に対して、通常であ

<sup>11</sup> 根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説(第 5 版)』180 頁(有斐閣、2015 年)「「おそれ」とは、一般的・抽象的危険性を意味しており、当該行為によって公正な競争が具体的に阻害されたり、その蓋然性が高いことを意味しているのではない。」また、「不正な取引方法の規制をするための要件としては、具体的に競争を阻害する効果が発生していることや、その高度の蓋然性があることまでは要件になっておらず、公正競争の確保を妨げる一般的抽象的な危険性があることで足りると解される。」「そして、本件行為において、公正競争阻害性(市場閉鎖効果の発生)を肯定するには、商系業者の取引機会が減少するような状態をもたらすおそれがあれば足りるのであって、その状態の生じたことを具体的な根拠をもって立証することまでは要しないものというべきである。」高知農農業協同組合による排除措置命令取消請求控訴事件・東京高判令和元年 11 月 27 日。

<sup>12</sup> 「自由競争減殺が問題となる場合には、当該行為の一般的傾向だけで判断することが困難な場合は少なくない。具体的な市場状況の下で、当該行為がどのような影響を持ちうるかを明らかにして初めて公正競争阻害性の有無が判断できるものと考えられる。」金井貴嗣ほか編『独占禁止法(第 6 版)』267 頁(川濱昇)(弘文堂、2018 年)

<sup>13</sup> もちろん、個別具体的な市場においておおよそありえないような非現実的な憶測(例えば過去 10 年間参入がなく、市場環境に大きな変化がないに市場に新規参入が起こることを想定するなど)は、行為者も想定していない状況であって、考慮することは許されないであろう。

<sup>14</sup> 「フランチャイズ・システムに関する独占禁止法上の考え方」2 の(3)(平成 14 年 4 月 24 日)

<sup>15</sup> 規制例としては、野村證券(株)に対する件・勧告審決平成 3 年 12 月 2 日(審決集 38 卷 134 頁)がある。取引上重要な一部の顧客に対して、有価証券の取引により顧客に生じた損失の全部または一部を補てん(52 名の顧客に対して 279 億 1400 万円相当を補てん)した行為は、「投資家が自己の判断と責任で投資をするという証券投資における自己責任原則に反し、証券取引の公正性を阻害するものであって、証券業にお

れば行われない融資または著しく有利な条件での融資を提供することにより、銀行を通じて保険加入を申し込むことを誘引する行為。銀行が、通常であれば行われない融資を提供することにより、自己の子会社に有価証券の引受業務を行わせるよう誘引すること。<sup>16</sup>

### [2-2] 平成 21 年改正前の景表法(不当景品類及び不当表示防止法)

《具体例》痩せる効果がない飲料であるにも関わらず、利用者が痩せたかのような表示・広告をして販売した。

《具体例》輸入鶏肉に、「国産地鶏」と表示して販売した

《具体例》セール商品について、実際の販売価格よりも高い架空の価格を「通常価格」と表示して、50%OFF で販売した。実際には販売したことのない商品について、架空の通常価格を 21000 円と表示して、「50%OFF 10500 円」で販売した。

※ まっとうに商売している企業にとって、顧客獲得のやり方としてアンフェアだし、購入者にとってもアンフェア。ただし、このような行為が他の競争者の自由な競争を制限するかどうか(当該不当表示業者が、商品市場でどれだけの地位を占め、当該表示によってどれだけシェアを拡大できるか)を問うまでもなく<sup>17</sup>、規制される(競争手段の不正さゆえ)

※ これらは、平成 21 年改正前後を問わず景表法違反である。平成 21 年改正前は、景表法は「公正な競争を確保し、もつて一般消費者の利益を保護することを目的とする」法律であり、これらの表示は、「公正な競争を阻害するおそれがあると認められる表示」であった。現在では景表法の違反要件から競争という言葉は完全に消えた。<sup>18</sup>競争手段としてフェアかどうか(能率競争と乖離した競争の仕方であるか)という視点はなくなり(もともと薄かった存在感が完全になくなり)、消費者保護立法の側面が強まった。

### [3] 公正な競争と自由な競争の関係

自由な競争を制限する行為は、競争回避行為であれ競争排除行為であれ、被害者にとってアンフェアな取引であると考えられるのであれば、自由な競争と公正な競争はその限りで重なっており、公正な競争は、自由な競争を被害者の観点からみて義務論的 deontological に言い換えたものにならない。

ける正常な商慣習に反するもの」とされた。現在では金融商品取引法 39 条 1 項で禁止されている。

<sup>16</sup> 「金融機関の業務区分の緩和及び業務範囲の拡大に伴う不正な取引方法について」(平成 16 年 12 月 1 日)第 2 部第 1 の 3(1)、第 2 部第 2 の 2(2)。

<sup>17</sup> 平成 21 年改正前の景表法に関する判決であるが、東京高判平成 16 年 10 月 19 日判時 1904 号 128 頁は、景表法違反行為があったとしても、「それ自体直ちに競争事業者に対する不法行為を構成するものではない。」という表現で同旨を述べている。このことはまた、景表法における「誤認される表示」の解釈として、「社会常識や用語等の一般的意味などを基準に判断して」当該表示から形成された認識が真実と乖離する可能性が高ければ足り、現実一般消費者の誤認が生じたことは要しないとする審決の立場((株)宇多商会に対する件・審決平成 11 年 10 月 1 日審決集 46 卷 42 頁)とも関連している。

<sup>18</sup> 現行法では「実際のものよりも著しく優良であると示す表示であつて、不当に顧客を誘引し、一般消費者による自主的かつ合理的な選択を阻害するおそれがある」もの(5 条 1 号)及び「一般消費者に誤認される表示であつて、不当に顧客を誘引し、一般消費者による自主的かつ合理的な選択を阻害するおそれがある」もの(5 条 2 号)が違反の要件になっている。

【特定産業における不公正な取引方法の禁止】

[1] 新聞業

新聞業における特定の不公正な取引方法(平成 11 年 7 月 21 日公正取引委員会告示第 9 号)

① 日刊新聞発行業者が、正当な理由(大量一括購読者向けであることなどの理由)なく、地域又は相手方により、異なる定価を付し、又は定価を割り引いて新聞を販売することの禁止。

② 戸別配達の方法により販売する販売店が、地域又は相手方により、定価を割り引いて新聞を販売することの禁止。

③ 日刊新聞発行業者が、販売店に対し、正当かつ合理的な理由がないのに、販売業者の注文部数を超えて新聞を供給するかまたは注文部数を指示することにより、販売業者に不利益を与えることの禁止

※ ②については、「不当に」という要件はない。洗剤などは、景品類なので程度問題として処理される。

[2] 大規模小売業<sup>19</sup>

「大規模小売業者による納入業者との取引における特定の不公正な取引方法」(平成 17 年 5 月 13 日公正取引委員会告示第 11 号)

優越的地位の濫用に相当する行為を禁止。

[3] 物品の運送又は保管を委託する事業者

「特定荷主が物品の運送又は保管を委託する場合の特定の不公正な取引方法」(平成 16 年 3 月 8 日公正取引委員会告示第 1 号)

優越的地位の濫用に相当する行為を禁止。

<sup>19</sup> 百貨店、スーパーのほか、ホームセンター、衣料専門量販店、家電専門量販店、ドラッグストア、コンビニエンスストア本部、通信販売業など。