

## 経済法 第 23 回 11/16

担当 中川晶比兒

### I 差別対価の規制

#### 【差別対価】

##### [1] 定義規定

###### [1-1] 継続的な差別対価供給(独禁法 2 条 9 項 2 号)

「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」

###### [1-2] その他の差別対価(独禁法 2 条 9 項 6 号に基づく一般指定 3)

「(差別対価)

3 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(昭和二十二年法律第五十四号。以下「法」という。)第二条第九項第二号に該当する行為のほか、不当に、地域又は相手方により差別的な対価をもつて、商品若しくは役務を供給し、又はこれらの供給を受けること。」

##### [2] 規制の意義

「差別的取扱いは、差別の相手方に対する抑圧効果・優遇効果を利用して、活発な競争単位を排除したり、その競争的行動を抑止するために用いられ、競争制限的な行為の実施手段としても利用される。」<sup>1</sup>

##### [3] 定義に関するいくつかの注意

[3-1] 「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>2</sup>

⇒ 単なる価格差ではない:

「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>3</sup>

※ 費用の違いや需給関係の違いで説明できない価格差が差別対価。差別対価それ自体が禁止されるのではなく、差別対価によって競争を制限する場合に禁止される。

※ 実質的に同一の商品又は役務:同じ商品であっても、商品の規格等を買手に併せて調整することが通常の産業もありうるから、個別に判断するほかないが、一般には商品カテゴリーや規格(内容量、品質等)の共通性を基準とするだろう。そのうえで、商品役務間に違い(差別化、好みの違いを含む)がある場合であっても、それが供給費用の違いまたは請求価格に大きな違いを生じさせないものであれば、実質的に同一の商品又は役務といえよう。

###### [3-2] 相手方は消費者でもよい<sup>4</sup>。

<sup>1</sup> 実方謙二『独占禁止法(第 4 版)』347 頁(有斐閣、1998 年)。

<sup>2</sup> 川瀨昇ほか『ベーシック経済法(第 5 版)』203 頁(泉水文雄)(有斐閣、2020 年)。

<sup>3</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>4</sup> 相手方が消費者である場合には、独禁法 2 条 9 項 6 号口を受けた規定であると説明されてきた。実方謙二『独占禁止法(第 4 版)』348 頁\*\* (有斐閣、1998 年)。

[3-3] 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。

#### [4] 不当性

[4-1] 差別的に安いこと<sup>5</sup>が、行為者の競争者との関係で市場閉鎖効果をもたらす場合

「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>6</sup>

⇒ 判例は、不当廉売と同じく、原価割れであることを要求する：

「同じ商品・役務であっても、その価格は地域性や相手方の諸要素によっても異なりうるから、地域や相手方によって価格が異なること自体が当然に違法となるものではなく、それ故、…「不当な」差別対価が禁止されているところである。そして、不公正な取引方法の一として差別対価を禁止する独占禁止法の趣旨は、…価格を通じた業者間の能率競争を確保することであり、…不当な差別対価であるかどうかは、当該売り手が自らと同等あるいはそれ以上に効率的な業者（競争事業者）が市場において立ち行かなくなるような価格政策をとっているか否かを基準に判断するのが相当である。そして、ここに競争事業者とは能率競争に参加している競争単位をいうから、当該売り手が達成可能な利益を生み出すことができる価格に対抗可能な価格を設定することができる効率的な競争単位をいうと解すべきであるので、競争事業者の効率性も当然考慮すべきであり、また、不当な差別対価に当たるかどうかの判断においては、原価割れの有無がその要素になるというべきである。」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

[4-2] 差別的に高いことが、取引拒絶と同じように（行為者の競争者または行為者の取引相手の競争者との関係で）市場閉鎖効果をもたらす場合

「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>7</sup>

《想定例》川下企業と資本関係にある川上企業が、川下企業の競争者に対して差別的に高い価格で役務を供給

《想定例》川下企業が川上企業と通じて、川上企業の競争者に対して差別的に安い価格で商品を購入

※ 取引拒絶との違いは、他の事業者に差別対価等をさせるという規定がないこと。従って、差別対価等をする事業者が違反者となる。

[4-3] 独占禁止法上違法な（他の）行為の実効を確保するための手段として、差別的に安い or 高い価格をつける場合

行為者による拘束（相手方の事業活動の制限）を守る相手方には安い価格で販売するが、守らない相手方には高価格で販売する。

カルテルをしている行為者が、価格競争を仕掛ける競争者の顧客に対してだけ、費用割れ販売する。

<sup>5</sup> 買い手が違反者である場合には一般指定 3 項の対象であり、差別的に高く購入することが競合する買い手との関係で市場閉鎖効果をもたらすかを検討することになる。たとえば「製品の原材料などを、他地域…よりも高く購入することにより、その地域内の競争者を排除しようとするような場合」。今村成和『独占禁止法入門（第 4 版）』128 頁（有斐閣、1993 年）。

<sup>6</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>7</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）。

[4-4] 独禁法上違法な他の行為の証拠はなく、競争を制限する目的で差別対価のみが行われている場合  
 ≪具体例≫ 帳合取引の義務付けとなるようなリベートを供与する場合

「事業者は、間接の取引先である小売業者に対しても、小売業者の当該事業者の商品の仕入高に応じて、直接に、又は卸売業者を通じてリベートを供与する場合がある。事業者がこのようなリベートを供与する場合において、小売業者に対するリベートの供与額を計算するに当たって、当該事業者の商品の仕入高のうち、特定の卸売業者からの仕入高のみを計算の基礎とする場合には、帳合取引の義務付けとしての機能を持つこととなりやすい。」<sup>8</sup>「このような機能を持つリベートの供与によって価格維持効果が生じる場合には、不公正な取引方法に該当し、違法となる(一般指定 4 項又は 12 項)。<sup>8</sup>

※ なお、公取委実務は、相手方が行為者との間で一定の約束を果たすことを条件として与えるリベートは、差別対価ではなく取引条件等の差別取扱いとして、一般指定 4 項を適用している。これは、「取引のつど取引数量に応じて支払われる割戻金・即引きなど、直接価格に影響を及ぼすものについては、対価に含まれるものとする<sup>9</sup>」ことが理由であって、リベートの場合に単価を計算できるか否かは、3 項を適用しないことの説明にならない。3 項も 4 項も判断基準の骨子に違いはないため、ここで具体例として挙げている。

(参考)「区域において一般電気事業者<sup>10</sup>であった小売電気事業者が、戻り需要<sup>11</sup>を希望する需要家に対して、不当に高い料金を適用する又はそのような適用を示唆することは、需要家の取引先選択の自由を奪い、他の小売電気事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあることから、独占禁止法上違法となるおそれがある。また、区域において一般電気事業者であった小売電気事業者が、戻り需要を希望する需要家に対して、不当に交渉に応じず、その結果従来小売供給していた料金に比べて高い一般送配電事業者による最終保障供給約款が適用されることとなることも、同様に、独占禁止法上違法となるおそれがある(私的独占、排他条件付取引、差別対価等)。<sup>12</sup>

※ [4-4]は[4-3]ばいがそれに該当しない場合であり、公正競争阻害性の内容は価格維持効果と市場閉鎖効果のいずれを目指しているかで判断する。不当性(弊害)発生シナリオとしては、取引拒絶の場合と同じ。

※ これら全ての場合に課徴金を課すのが合理的なのかは批判が少なくない(とりわけ[4-2]以降の場合について<sup>13</sup>)。

<sup>8</sup> 流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針第 1 部第 3 の 2(3)(H29.06.16)。

<sup>9</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)。

<sup>10</sup> 一般電気事業者は、発電・送配電・一般家庭への小売を行ってきた電力会社(全国 10 社)のこと。

<sup>11</sup> 戻り需要とは、「区域において一般電気事業者であった小売電気事業者と電気の小売供給契約を締結していた需要家が、他の小売電気事業者との契約に切り換えた後、再び当該区域において一般電気事業者であった小売電気事業者との契約を求める場合の需要のことをいう。」

<sup>12</sup> 「適正な電力取引についての指針」第二部 I の 2(1)① iv (令和 2 年 10 月 7 日)。

<sup>13</sup> 「単独取引拒絶(一般指定 2 項)が累積違反課徴金の対象とならないのに、なぜ…差別対価が累積違反課徴金の対象となるのか、という疑問を提起できる。」白石忠志『独占禁止法(第 3 版)』361 頁注 78(有斐閣、2016 年)。なお 20 条の 3 ただし書にあるように、私的独占、不当廉売の課徴金が差別対価に先んじて適用される。

## II 取引条件等の差別取扱いの規制

### 【取引条件等の差別取扱い】

#### [1] 定義規定(独禁法 2 条 9 項 6 号に基づく一般指定 4)

「(取引条件等の差別取扱い)

4 不当に、ある事業者に対し取引の条件又は実施について有利な又は不利な取扱いをすること。」

#### [2] 不当性(公正競争阻害性)

[2-1] 差別的取扱い(優遇または不利益取扱い)が、行為者の競争者との関係で市場閉鎖効果をもたらす場合

《具体例》大分県農業協同組合に対する件・排除措置命令平成 30 年 2 月 23 日:こねぎを生産する農業法人 5 名が、大分県農協に販売委託するのに加えて、第三者にも出荷を行うようになったことから、大分県農協が、5 名が販売委託するこねぎについては、「味一ねぎ」という商標を使わずに無銘柄のこねぎとして販売することとし、4 名に対しては大分県農協が設置している集出荷施設での調整作業(洗浄・仕分け作業)及び出荷前作業(結束・梱包作業)を行わなかったため、4 名も農協への販売委託を取りやめた。

[2-2] 独禁法違法な他の行為の実効性を確保するための手段として行われる場合

[2-3] 独禁法上違法な他の行為の証拠はなく、競争を制限する目的で差別的取扱いのみが行われている場合

《具体例》オートグラス東日本(株)に対する件・勧告審決平成 12 年 2 月 2 日:補修用ガラスの卸売業者で東日本首位のオートグラス東日本が、輸入品を取り扱っている取引先ガラス商に対して、卸売価格を引き上げ、配送の回数を減らした。

### 【事業者団体における差別取扱い等】

#### [1] 定義規定(独禁法 2 条 9 項 6 号に基づく一般指定 5)

「(事業者団体における差別取扱い等)

5 事業者団体若しくは共同行為からある事業者を不当に排斥し、又は事業者団体の内部若しくは共同行為においてある事業者を不当に差別的に取り扱い、その事業者の事業活動を困難にさせること。」

#### [2] 存在意義等

[2-1] 「本項の行為主体としては、当該事業者団体若しくは共同行為の活動内容を左右し得る地位にある構成事業者やその意思を決定するに足る相当数の構成事業者だけでなく、共同経済事業等の事業を行っている事業者団体などが考えられる。」<sup>14</sup>

[2-2] 「事業者団体や共同行為における差別や排斥行為はまずこれら団体等の内部の私的自治の問題として処理されるべきことであるともみられるので、独占禁止法による排除の対象としては、「困難にさせること」と一段と要件をしぼった規定としたものである。」「事業活動を困難にさせる」とは、当該事業者が相当数の顧客を失ったり、円滑な事業の遂行が事実上できなくなる蓋然性が存在することをいうが、行為者の意図・目的、関連する客観的な諸事情等を個々具体的に勘案して判断されることとなろう。」<sup>15</sup>

※ 差別的に不利益取扱いする場合のみが対象

<sup>14</sup>田中寿編著『不公正な取引方法—新一般指定の解説』51 頁(商事法務、1982 年)。

<sup>15</sup> 同上。