

公正競争阻害性とその立証

宗田貴行

- 一 問題の所在
- 二 ドイツGWB上の議論
 - (一) はじめに
 - (二) 利益衡量基準と立証メカニズム
 - (三) 差別的行為の不当性の立証に関する連邦通常裁判所判決
 - (四) 検討
- 三 差別的取扱い行為に関する我が国の従来の事例の検討
 - (一) 第二次北国新聞社事件
 - (二) オートグラス東日本事件
 - (三) 東洋リノリウム事件
 - (四) 除虫菊事件
 - (五) 伊勢魚商協同組合事件
 - (六) 第二次大正製薬事件
 - (七) 検討
- 四 検討
 - (一) 公正競争阻害性
 - (二) 立証メカニズム
- 五 結語

一 問題の所在

独占禁止法（以下、「独禁法」とする）違反行為により被害を受けた者は、独禁法二五条訴訟を提起することと並んで、民法七〇九条に基づく損害賠償請求権を有するとされ、すでに活用されている。また、独禁法の近時の改正により、不公正な取引方法について独禁法上の差止請求権が導入された（独禁法二四条）。公取委の行政処分により認定されていない独禁法違反行為により被害を受けた者が民法七〇九条に基づく損害賠償請求訴訟を提起する場合や、独禁法二四条に基づく差止請求訴訟を提起することなく主張・立証する必要がある。しかし、独禁法違反行為の立証は、専門的知識、証拠収集力等の原因から、私人には困難である。従来、独禁法二四条に基づく差止請求についてはその利用が見られるが、請求が認容された事例は一件もなく、違反行為が成立しないとされる事例も多い。

しかし、民事訴訟において独禁法違反行為を立証しようとする原告が、いかなる事実を立証する必要があるのかについては、従来それ程明らかにされてきたとはいえない。独禁法違反行為に係る民事訴訟における独禁法違反行為の要件事実、要件事実⁶に該当する具体的事実である主要事実、及び主要事実を推定させる間接事実⁷はそれぞれ何かについて検討する必要があるといえる。

独禁法は、他の諸法とは異なり絶えず変化する市場を対象とする法である。そして、市場はときに急速な変化を遂げる可能性を有するものである。したがって、いかなる行為を独禁法上違法なものと評価すべきか否かは、問題となる市場の性格、それにその時々⁸の経済状況によって変化するものである。それ故に、独禁法上、違法性の要件（公正競争阻害性及び競争の実質的制限）は、条文においては、「不当に」や「正当な理由がないのに」「実

「質的」といった文言が用いられ、独禁法は一義的に違法性を画することを回避しているのである。⁽¹⁾

このようにいわゆる不特定概念の立証にあたっては、従来、例えば、「過失」の認定において問題となってきたように、⁽³⁾何が要件であるかが不明確であるがゆえに、何が立証されるべき事実であるのかを明らかにする必要が生じる。すなわち、例えば、「過失」「公序良俗」「権利濫用」等は、「弁済」や「履行期徒過」等とは異なり、高度に抽象的で規範的な評価を伴うものである。このため、例えば、「過失」の場合であれば、原告は「過失」という事実を立証するのではなく、「過失と評価される事実」を立証する必要がある。このことは、「不当に」や「正当な理由がないのに」という文言により規定されている独禁法上の不公正な取引方法の公正競争阻害性についても同様であると考えられる。独禁法二四条に基づく差止請求訴訟は、公取委の行政処分を前提としないものであるため、原告は違反行為の立証を公取委による違反行為に係る事実認定に依拠することはできない。また、公取委が行政処分により違反行為を認定していない違反行為により被害を受けた者が民法七〇九条に基づく損害賠償請求訴訟を提起する場合も、これは同様である。したがって、これらの訴訟の対象となる不公正な取引方法に関し、不特定概念により規定される「公正競争阻害性」と評価される事実は何であるのかについて、検討する必要があるといえる。

このような公正競争阻害性の立証メカニズムを説明することは、第一に、原告の立証の軽減、第二に、法的安定性を高め事業者の予測可能性を向上させること、第三に、要件論と立証論を明確に区別すること、第四に、弁論主義の適用のある主要事実とそれの適用のない間接事実との区別を明確化することに資するものである。

そこで、本稿においては、公正競争阻害性とその立証について、検討を行うことにする。⁽⁴⁾

二 ドイツ G W B 上の議論

(一) はじめに

ある事業者がどのような相手方とどのような内容の取引を行うかは、本来、その事業者にとって自由に判断すべき事柄である。このため、これが、差別的取扱い行為として、独禁法上違法な行為として問題とされることは例外的場面であるといえる。したがって、一般指定(昭和五七年公取委告示一五号)三項において、「不当に」との文言により、形式的要件が満たされても公正競争阻害性が推定されないものとされている。そして、従来、差別的取扱いを認定した公取委の事例が極端に少ないことは、この点と無関係ではなからう。また、差別の実質を持つ事例でも、取引拒絶(一般指定二項)として認定した事例が存在することも、この点に関係する。

本稿においては、以下の理由により、ドイツ G W B (ドイツ競争制限防止法) 上の差別的取扱い行為を参考にすることにする。

第一に、アメリカ反トラスト法という連邦法や E C 競争法という一国を超えた条約は、その地理的な適用範囲の規模が我が国の独禁法よりもかなり大きいこと、不公正な取引方法は競争制限行為(同法三条違反)よりも通常比較的小さな範囲で問題とされる行為であることに鑑みると、ドイツの G W B という一国レベルの法を選択した方が、我が国における独禁法上の公正競争阻害性の検討のために参考にし易いと思われることである。

第二に、ことにドイツの G W B を選択するのは、我が国の不公正な取引方法の立法時に参考にしたことである。第三に、我が国の差別的取扱い行為の事例は、極めて少ないのに対し、G W B 上の差別的取扱いの事例は豊富であり、それがたとえ取引拒絶の事例を含むとしても、参考にする価値があると考えられることである。

第四に、ドイツにおいて差別的取扱いを規定する G W B 二〇条は、主として民事訴訟で活用が見られており、

本稿のテーマにマッチするものといえることである。

(二) 利益衡量基準と立証メカニズム

GW B二〇条一項及び同条二項一文は、市場支配的地位にある事業者または相対的に優越的地位にある事業者が「正当な理由なく」「同種の事業者とは異なる取扱い」をする行為を規定している。⁽⁵⁾ この条文の構造上、「正当な理由のない」とあるため、正当性については、差別行為者が主張・立証責任を負うとされている。すなわち、判例において、差別行為（異なる取扱い行為）自体は、妨害行為と同様に主張・立証責任は被差別者にあるが、差別行為の客観的正当性についての主張・立証責任は差別者（Diskriminierende）にあるとされる。⁽⁶⁾

学説においても、異なる取扱い（差別行為）については、判例と同様に、正当性について差別行為者に立証責任があるとするのが、支配的見解である。⁽⁷⁾ すなわち、①同種の事業者とは異なる取扱い、②市場支配的地位又は相対的に優越した地位といった諸事実の立証により、違法性が推定されるため、当該差別行為の正当性を違反行為者が立証しなければならないのである。

そもそも、このように「異なる取扱い」について、行為者に正当性について立証責任があるとするのは、「この証明構造の正当性は、利益衡量において消極的傾向をもった評価づけが、同一の状況下での異なる取扱いによって示されるところに存在する。」⁽⁸⁾ からである。すなわち、前記①②の事実が存在する場合には、同一の状況下での異なる取扱いの事実が、利益衡量において消極的に作用するため、差別行為においては、正当性について行為者が主張・立証責任を負うのである。

そして、差別行為の違法性の判断においては、GW Bの目的、すなわち、競争の自由の確保に照らして諸関係事業者の利益が衡量される。⁽⁹⁾ 市場支配的事業者又は相対的に優越的地位にある事業者のなした同種の事業者とは

異なる取扱いの正当性の判断においては、前記①②に該当する事実の存在による違法性の推定を前提として、その反証がなされるところにおいて、後述する判例で明らかとなるように、被差別者の経済的不利益と違反行為者の経済的利益とが認定され、諸当事者の利益の比較衡量が行われているのである。¹⁰⁾

このように G W B においては違法性を推定するための事実として、市場支配的地位や相対的に優越した地位の事実などが機能していることは明らかであり、それ故に G W B 上の議論は、この点で、我が国の差別的取扱い行為の公正競争阻害性の立証について参考になる（四参照）。

(三) 差別的行為の不当性の立証に関する連邦通常裁判所判決

我が国においては、従来、差別的取扱いの事例が少ないことから、公正競争阻害性の認定のためにいかなる事実が要されるのかという点の検討のために、以下においては、行為者が行為の相手方に対し相対的に優越した地位を有する場合、言い換えれば、取引相手方が行為者に対し依存した地位にある場合の差別行為、及び市場支配的地位にある事業者による差別行為にかかる不当性の立証に関する G W B 上の連邦通常裁判所判決を検討する。

1 取引相手方が違反行為者に対し依存した地位にある事例

G W B は、被差別者が取引先変更について十分かつ合理的な可能性を有さない場合にも差別行為の規定（G W B 二〇条一項）は適用されるとしている。すなわち、G W B 二〇条二項一文は、中小規模の事業者が一定の種類の商品又は役務の供給者又は需要者として、取引先を他の事業者に変更する十分かつ合理的な可能性が存在しない程度に当該事業者及び事業者の団体に従属している場合に、差別行為を規定した G W B 二〇条一項が適用されうるとしているのである。

また、GWB二〇条二項二文は、「ある需要者が一定の種類の商品又は役務の供給者から取引慣行上の値引き又はその他の優遇 (Leistungsentgelt) の他に、同種の需要者には付与されない特別の利益 (Vergünstigungen) を得る場合には、当該供給者は当該需要者に対して第一文の意味で従属していると推定される。」と規定している。これは、我が国の流通・取引慣行に関する独禁法上の指針が差別的取扱いに関するリベート行為等を指摘した点や後述する第二次大正製薬事件に関し参考になるため、これについては、四において、検討を行う。

このような相対的に優越した地位にある事業者による差別行為に関するGWB上の判例は、以下のように、原告・被告を中心とした当事者の諸利益の衡量により違法性の有無を判断するところにおいて、行為者の力とその不当利用を考慮しているといえる。これを明確に示すのが、Allkauf-Saba 事件連邦通常裁判所一九八一年六月三〇日判決⁽¹¹⁾である。

本件は、電気機器メーカーである被告から商品の供給を拒絶されたセルフサービス型の大型小売店である原告が、かかる拒絶はGWB二〇条に違反する差別行為であると主張して、損害賠償請求又は商品供給義務の確認請求を行った事例である。

本判決では、①被告は供給者における主要グループに属する事業者であり、原告は被告に依存しているとの事実、②同種の事業者とは異なる取扱いとして供給拒絶を行ったことの事実が立証された上で、かかる異なる取扱いの正当性の主張・立証責任は被告にあるとされている。

たしかに、被告は原告への供給により「被告に著しい財産の損失が生じた」という不利益があると主張したが、被告の提示した諸条件⁽¹²⁾を満たせば被告は原告に供給する義務があり、被告から供給を受けられるという原告の利益を考え、被告の正当性は否定され違法性が認定され、商品供給義務の確認請求が認容されたのである。

このように判例において、差別行為の不当性の判断について、差別行為の行為者が優越的地位にある者である

ことを前提として両当事者の経済的利益の衡量が行われているのである。

2 支配的地位にある事業者による差別行為の事例⁽¹³⁾

次に、違反行為者が市場支配的地位にある事例については、ドイツにおいては従来多くの事例があるが、我が国においては、公正競争阻害性の明確化のために正当化事由の検討の必要性が説かれているところである⁽¹⁴⁾から、以下では、正当化事由があるとされた事例を中心に紹介し検討する。

第一に、Rossignol 事件連邦通常裁判所一九七五年一月二〇日判決⁽¹⁵⁾は、世界的に有名なスキー板メーカーの子会社（同メーカーのドイツでの独占供給業者。以下 A とする。）が、スキー板小売店（以下、B とする。）に対し、スキー板の供給を拒絶した事例である。本件においては、A の市場支配的地位、同種の事業者とは異なる取扱いとしての供給拒絶の事実により、A に正当性の主張・立証責任があるとされ、特段の事情がない限り、世界的に有名な商標を有する生産者 A は供給を拒絶してはならないとされ、本件拒絶行為は違法性があるとされた。しかし、一九七四年以降の注文については、B が仕入れ値以下で A の製品を販売したことにより価格破壊が生じたことと消費者に誤認されるという A の不利益が生じたため、その供給拒絶には正当性があるとされたのである。

第二に、SB-Verbrauchermarkt 事件一九八一年三月二四日判決⁽¹⁶⁾がある。本件は、有名な玩具用品（玩具カーレース）のメーカーによるセルフサービス型大型小売店に対する商品の供給拒絶が G W B 旧二六条二項に違反するとして争われた事例である。本件においては、①同種の事業者、②被告の市場支配的地位、③供給停止の事実が原告（小売店）により立証された上で「正当性については被告に立証責任がある」とされた。その上で、原告が被告からの供給により受ける利益がかなり大きなものである一方で、原告が被告から提示された拘束条件（専門家を配置すること）に従った形での販売を行わないことにより被告に生じる経済的不利益が、原告に対する被

告の供給拒絶を正当化すると考えられるとされたのである。⁽¹⁷⁾

第三に、Universitätsportclub 事件連邦通常裁判所判決は、事業者団体又は市場支配的地位にあるとみなされる協会 (Verein) は、ある事業者が団体の定款上の原則に適合しない場合に、その事業者の団体への加入を拒否し得るとした。

第四に、EDV-Ersatzteile 事件連邦通常裁判所判決は、ある小売業者が、ある支配的地位にある生産者と競争関係にある事業者の商品を販売する場合に、その支配的地位にある生産者は、契約終了後にその小売業者に対し、もはや、さらなる補充品を供給する義務はないとした。

第五に、BMW-Direktändler III 事件連邦通常裁判所判決は、ある供給業者に強力な経済的地位があることは、必要十分な信頼の基礎を重大な契約違反により侵害した買い手との取引関係を維持することを、その供給者に対し強制しないとされた。

(四) 検 討

このように、GWB上の差別的取扱いは、以下の特徴があるといえる。すなわち、第一に、市場支配的地位にある事業者だけでなく、相対的に優越した事業者による一定の行為が違反となると規定されている点である。

第二に、こういった法律上限定を付した形で明記された行為主体が、同種の事業者とは異なる取扱いをした場合に、不当性が推定されること及び、その他の推定規定の存在により不当性の立証がし易いことである。

第三に、GWB上、取引拒絶行為が規定されておらず、供給拒絶や団体への加入の拒絶や契約締結の拒絶といった取引拒絶の事例が差別的取扱い行為として認定されるという関係にあることである。

第四に、従来から民事法規性が認められ、民事訴訟による活用が見られることである。

前述したGWB上の判例は、商品の供給拒絶や団体への加入の拒絶を差別行為として構成した事例である。我が国ではこういった商品の取引拒絶の事例は単独の取引拒絶（一般指定二項）として構成すべきであるのかという問題がありえる。

これについては以下のように考えられる。たしかに、公正取引委員会の流通・取引慣行に関する独占禁止法の指針（以下、「ガイドライン」という）等は、取引拒絶（一般指定二項）の問題として違法になる一定の行為を提示している。⁽²¹⁾しかし、ガイドラインは、違法となる典型例を示したものに過ぎず、そこで示された行為以外にも公正競争阻害性のある行為はいくらでも存在しうるものである。

例えば、商品の供給拒絶や事業者団体への加入の拒絶などは、GWB上の判例が示しているように、事例によっては、取引拒絶（一般指定二項）の公正競争阻害性について差別的という不当目的を有するものとして認定するだけではなく、正面から差別的取扱いは（一般指定四項）として構成することが適している場合もある。そして、原告の立証活動において重要であるのは、前述したように、違法性を推定させる事実がいかなるものであるかという点であるから、漠然と取引拒絶を問題とするよりも、それが差別の実体をもつことに注目して、事実を積み上げる方が、違法性を推定し易いことも明らかである。したがって、①ある事業者への供給拒絶が他の同種の事業者とは異なる取扱いであり、かつ②供給拒絶を行った事業者が市場支配的地位にあるか相手方が供給拒絶を行った事業者との取引に依存している場合には、公正競争阻害性が推定され独禁法上違法であるといえることが重要であるといえる。この意味において、事例によっては、我が国においても差別的取扱いは（一般指定四項）として商品の供給拒絶等の事例を把握し、前述のGWB上の判例を参考にすることが可能であり、かつ妥当である場合があると考えられる。

ところで、我が国における差別的取扱い行為の自由競争侵害の場合の不当目的型について、独占禁止法研究会報告「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」は、「競争者の商品の取扱い制限、廉売の防止等独占禁止法上違法又は不当な目的を達成するために用いられる場合が違法とされる典型例である」としている。ここで掲げられているように、競争者の商品の取扱い制限、廉売の防止の場合には、違法又は不当な目的として差別的取扱い行為の公正競争阻害性が認定される。これについて、前述したGW B上のRossignol事件連邦通常裁判所判決を参考にして考えてみると、市場支配的地位にある事業者による商品の供給の拒絶は、それが取引の相手方についてその相手方と同種の同一状況下にある他の事業者とは異なる取扱いを行っているという事実により公正競争阻害性が推定されるが、仕入れ値以下で当該製品を販売することにより価格破壊が生じたと消費者に誤認されメーカーに不利益が生じるとの事実によりこの推定は覆され、かかる供給拒絶には正当性があると考えられる。

次に、我が国における資生堂事件・花王事件において商品の供給拒絶について一般指定一三条（拘束条件付取引）の適用の可否が検討されたが、これについては、商品の供給拒絶を差別的取扱い行為として構成した場合に、前述したSB-Verbrauchermarkt事件連邦通常裁判所判決が、原告販売店に専門的知識を有する店員を配置しないことによる被告の不利益を考慮し、かかる販売店への供給拒絶には差別行為の正当性があるとしている点、及び、BMW-Direktändler III事件連邦通常裁判所判決が供給業者に強力な経済的地位があるからといって必要十分な信頼関係を重大な契約違反により侵害した買い手との取引関係をその供給業者は維持しなければならぬといえないとした点が参考になるものといえる。

さらに、埼玉県不動産鑑定士協会事件判決が、協会への加入の拒絶には社会通念上合理的な理由があった点については、そのように判断された背景について検討する必要があるが、加入の拒絶を差別的取扱い行為として構成した場合に、前述したUniversitätssportclub事件連邦通常裁判所判決を参考にと、事業者団体や支

配的地位にある協会がある者に対してその団体又は協会への加入を拒絶したという事実により公正競争阻害性が推定されるが、定款目的に相応しくない者についての加入の拒絶であるとの事実によりこの推定は覆され、この拒絶について正当性があるといえるのである。

また、独占禁止法研究会報告「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」が述べるように、差別的取扱いは、為については、「自己」の競争者の事業活動を困難にさせるおそれがある場合、取引の相手方を競争上著しく有利又は不利にさせるおそれがある場合」に通説における自由競争侵害の場合の公正競争阻害性がある。これを前提にし、かつ前述した G W B 上の EDV-Einsatzteile 事件連邦通常裁判所判決を参考にすると、支配的地位にある生産者が契約終了後において補完品の供給を拒絶したことにより公正競争阻害性が推定されるといえる。しかし、商品の供給の相手方が自己と競争関係にある事業者の商品を取扱うことになったという事実により、この推定が覆され、その拒絶に不当性は認められないといえるのである。

三 差別的取扱いは、我が国の従来事例の検討

差別的取扱いは、公正競争阻害性について、通説は、自由競争の侵害の場合のみと捉えているが、すでにみたドイツ G W B 上の判例の検討に照らせば、これはかなり疑問があるといえそうである。そこで、以下においては、我が国における差別的取扱いは、従来事例を検討することにより、これについて検討を行うことにする。

(一) 第二次北国新聞社事件⁽²³⁾

本件は、石川県内で六割以上の市場占拠率を有する北国新聞を発行している北国新聞社が、富山県を主たる販売地域とする富山新聞の販売拡張を目指して、両紙がほとんど同じ内容の紙面であるにもかかわらず、富山新聞を月極めセット二八〇円、北国新聞を同三三〇円とした事例である。

第一に、本決定は、「被申立人が富山県下において特に前記のような低い価格で販売することは必然被申立人が石川県において有する北国新聞の優越的地位に基づく資力をこれに投入することを意味し、被申立人がこの方法によって競争する時は、富山県下の競争各紙は不当な圧迫を被り、その販路、顧客を奪われる危険のあることは容易に想像しうる処であり、²⁴⁾」とし、さらに、「継続購読を建前とする一般日刊新聞においてしかも相当程度に購読が普及していると認められる本件の地方において一度読者を失えばこれが回復には容易ならざるものがあり、勢いのおもむくところ他の競争紙はこれに対する相応の対抗策を講ぜざるを得ざるにいたり、かくては新聞業界における正常な競争秩序は破壊されるおそれがあるものといふべきである。」と述べている。

このように、本決定は、本件行為について、北国新聞社が富山県下において本件のような安値で販売した行為は、富山県下の市場において、他の競争者の事業活動を困難にさせるおそれ、ないし競争者を排除するおそれをする行為であるとしている。したがって、本決定においては、自由競争の侵害が認定されているといえる。なお、本件では、ほぼ価格差のみから公正競争阻害性を認定しているといえるところ、近時、トーカーイ差別対価事件²⁵⁾（東京地判平成一六年三月三一日（判時一八五五号七八頁）は、一般指定三項の公正競争阻害性について、市場の動向、価格コストの差、当該小売業者の市場における支配力、価格差を設けた主観的意図、設定低価格と原価との関係等を総合的に判断して決定するとしている。

第二に、本件について、少数説、すなわち競争基盤侵害の立場からは、むしろ北国新聞社が石川県下の力を不当に利用し、同県下で高価格を設定していた点が違法とされるべきであるとされる。²⁵⁾しかし、中央紙の普及もあ

るため、石川県下において、北国新聞社が独占的高価格を顧客に押し付けることができたかは疑わしいとの指摘がなされ⁽²⁶⁾、それ故に舟田教授は、有力な事業者たる北国新聞社が北国新聞と同一内容の富山新聞を一定期間低価格で販売したという力を背景とする戦略的低価格設定により、富山地区を主な販売地域とする競争者たる北日本新聞の自由な経済活動の遂行が侵害されたとされている⁽²⁷⁾。

(二) オートグラス東日本事件⁽²⁸⁾

本件は、自動車補修用ガラスの国内最大手の卸業者であるオートグラス東日本が、輸入品を取扱う小売店に対し、国産品の価格を引き上げ、かつ配送回数を制限することにより、取引条件等についての差別的な取扱い（一般指定四項）をした事例である。

第一に、自由競争侵害の有無について検討する。オートグラス東日本は、本件前記二つの行為により「取引の相手方」たる輸入品を取扱うガラス商を「競争上著しく不利にさせるおそれがある」といえ、取引の相手方たる輸入品取扱店と国産品のみを取扱っていた取扱店（以下単に「国産品取扱店」とする）間の自由な競争を侵害した（口の意味）といえる。配送回数制限が輸入品取扱店にとって重要なファクターであること、社外品のもつ重要性及び価格引き上げにより従来どおりの利益を生むことが困難となったであろうことから、これら二つを併せて、相手方を著しく不利益にしたといえ、自由競争侵害があると考えることができる。

しかし、従来、取引の相手方を著しく不利にする場合であった従来の審決例⁽²⁹⁾においては、相手方が不利になることが問題とされたのに対し、本件では、相手方が不利になることにより、相手方の競争者が新たに輸入品を取扱うことが抑制されることが事例の特質といえるのであり、従来の審決例とは異なる。したがって、本件を取引の相手方を不利にする場合のみとすることは妥当ではない。オートグラス東日本の親会社たる補修用ガラスの最

大手の製造業者は、輸入品製造業者と競争関係にあると考えられ、また業界第一位のシェアを有する卸売業者であり、かなりの市場力を有するオートグラス東日本が、本件行為をすることにより、親会社の競争者たる輸入品メーカーを排除するおそれがある、ないし、その事業活動を不利にさせるおそれがあると考えられる。これは従来どおり、自己とその競争者との間の自由な競争を侵害した（イの意味）場合というよりも、取引流通慣行ガイドラインが参考になる場合といえる。すなわち、流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針第四取引先事業者に対する自己の競争者との取引の制限²においては、「市場における有力な事業者が、例えば、次のように、取引先事業者に対し自己又は自己と密接な関係にある事業者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又は取引先事業者に自己または自己と密接な関係にある事業者の競争者との取引を拒絶させる行為を行い、これによって競争者の取引の機会が減少し、他に変更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には、当該行為は不公正な取引方法に該当し、違法となる（一般指定二項（その他の取引拒絶）、一一項（排他条件付取引）または二三項（拘束条件付取引）」とされている。ここに例示されていないが、同様の場合に差別的取扱いが行われる場合も考えられ、本件がその場合である。すなわち、取引先事業者に自己と密接な関係にある事業者の競争者の製品を取扱う場合に差別的に取扱う行為を行う場合である（自己ではなく自己と密接な関係にある事業者の競争者であるから、イではなく、イとする）。ここでは、公正競争阻害性の認定のための事実として、①有力な事業者であること、②競争者の取引の機会が減少し、他に変更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ことが要されている。審決の認定事実から、①については認定されているとみることも一応できるかと思われる。しかし、「輸入品取扱店の増加を抑制している」という事実の認定のみから、②の認定は明確になされているとはいえないように思われる³⁰。

第二に、自由競争基盤の侵害の有無について検討する。本件においては、現時点では、輸入品はごく僅かな種

類に限られ、国産品の需要の占める割合・重要性が大きいため、各ガラス商は、オートグラス東日本の要求に匹敵しないわけにはいかないという関係にあった点も重要である。すなわち、輸入品の格安での販売に対する対抗措置として、オートグラス東日本が圧倒的な市場シェアを有することにより生じている前述の関係を利用して、輸入品を取扱うガラス商に対して、輸入品を取扱うのであれば、通常の価格での販売や配送回数を認めないとするにより、これから輸入品を取扱うとする国産品取扱店の意思決定に影響を及ぼした（輸入品は現在のとこる貨物自動車向けフロントガラスを中心に流通するに過ぎないと認定されているのであるから、今後さらに流通の種類・量が増加する可能性がある）のであるから、国産品取扱い店の取引先選択の自由が害されることにより、競争機能の制限が認められ、自由競争基盤が侵害されたといえ、公正競争阻害性が認められると考えられる。

(三) 東洋リノリウム事件³¹⁾

本件では、ビニルタイルメーカー各社が、ビニルタイルの価格カルテルを行うとともに、自己の販売価格の維持に資するため、工事店の協同組合の組織強化、アウトサイダーの加入促進を図り、組合員向けと非組合員向けの価格について格差を設け、さらに組合員のみに対し、取引数量に応じて組合を通じて割戻しを行った行為が問題となった。

第一に、自由競争侵害の有無について検討する。たしかに、本件においては、価格協定の実効性を確保するための手段として対価差別が行われたといえるものである。しかし、より本質的には、本件では、二社の行った対価差別は一枚五円程度で、末端価格のなかで大きな割合を占めていること、また、二社のシェアの合計は六五％であったことから、本件対価差別によって非組合員の競争上の地位が著しい影響を受けていることは、審決において明確に認定されてはいないものの、容易に推測でき、「取引の相手方を著しく不利益にするおそれがある場

合」といえ、これ故に、自由競争の侵害が存在したといえるのである。また、後述のように、これと異なって考
えることもできる。

第二に、自由競争基盤の侵害の有無について検討する。メーカー各社の結合による力が存在し、その濫用によ
り、取引の相手方（ことに非組合員である工事店）の取引の自由を侵害したといえる（自由競争基盤侵害ないし取引
の自由侵害³³）。

（四）除虫菊事件³⁴

本件は、国産除虫菊の購買量で約九三%を占める需要者団体協議会が、道、県の経済農業協同組合連合会との
取引を優先し、連合会の競争相手である集荷業者からは時期外れとなる八月末まで取引しないこと、及び購入価
格に差を設けた行為は、事業者団体が事業者に旧一般指定の二に該当する行為を行わせたとして独禁法八条一項
五号が適用された事例である。

第一に、自由競争基盤の侵害の有無について検討する。需要者団体協議会及び生産者団体連合協議会の要求に
従わざるをえない団体構成員らによる全体的な差別行為がある。かかる団体構成員らは、国産除虫菊購入量の
九〇%以上を占めるため、被差別者は彼らと取引しなければ事業活動が行えないという依存した関係にある。こ
の関係に乗じて、かかる団体が構成員をして差別行為を行わせた事例であるといえる（自由競争基盤の侵害）。

第二に、時期外れとなる八月末日までは取引してもらえないことや経済連が需要者団体協議会構成員に販売す
る価格よりもキログラム当たり二円安い価格で販売しなければならぬこと（間接事実）により、構成員事業者
の取引相手たる集荷業者が不利にさせられるおそれがあるといえ、「取引の相手方を著しく不利にさせるおそれ」
があるとされ、自由競争の侵害の場合の公正競争阻害性が認定されたといえる。

(五) 伊勢魚商協同組合事件

本件は、伊勢魚商協同組合及び伊勢魚仲買組合が、伊勢地区における水産加工品の大部分を供給する卸売業者六社をして、組合員又は準組合員以外の者に対し差別的に取扱させた事例である（事業者団体が事業者に旧一般指定の二に該当する行為を行わせたとして独禁法八条一項五号が適用された）。

第一に、生産魚介類等の当該地区で大部分を供給している卸売業者たる鮮魚三名と塩干六名に対する伊勢魚商協同組合及び伊勢魚仲買組合の影響力については、本件申し入れを受け入れたという事実から強度のものであったことが窺われる。したがって、このような関係を利用して、両組合は鮮魚三名と塩干六名をして差別行為をさせた点に、本件行為の違法性の本質があるといえる（自由競争基盤の侵害）。

第二に、鮮魚三名からの拒絶によつて、また、塩干六名による取引時間の制限によつても、非組合員は、通常の仕入れが困難ないし不可能となったと認定されている。この事実により、取引の相手方を不利にするおそれがあるといえ、自由競争侵害が推定されうる。

(六) 第二次大正製菓事件⁽³⁵⁾

本件は、大衆医薬品の有力メーカーである大正製菓が、取引相手である小売店との間で、専売店契約を締結する者しか割戻し金及び加盟店部会への参加等一切の利益を認めないこと、および専売店契約上の義務を誠実に実行する者しか割戻金を交付せず、その義務を誠実に実行しない者にはあらかじめ差し入れ積み立てていた取引保証金の没収と近辺への競争小売店の配置という不利益を与えていたことに対し、正当な理由がないのに相手方の取扱いに著しい差別を設けたものとして旧一般指定の二が適用された事件である。

第一に、大正製菓の競争者たる他のメーカーとの関係でどの程度の市場力を有していたかは認定されておらず、

第一次段階侵害は認定されていないため、競争者の事業活動を困難にするおそれのある場合ではない。また、小売店とメーカーとの取引が行われる市場における競争に対して、本件行為がどのような影響を有するかという第二次段階侵害は認定されていないため、取引の相手方を著しく不利にするおそれのある場合とはいえない。本件行為では、有力な事業者である大正製薬が排他的特約店契約という違法な契約を補完する目的でなされたため、独占禁止法上違法な目的を実現する手段として差別的行為が用いられた場合とされているのである。

第二に、「大正製薬が小売店に課した拘束は、①かなり強度・厳格なものであり、小売店の自由な仕入れ活動および販売活動を強く制約し、かつ、②大正製薬の力および本件行為の対象となった小売店の数も、全国の薬小売店の中で無視できない程度の広がりをもっていることから、「顧客（小売店）の自由な決定を違法に侵害するものと判断すべきであると考えられる。」また、②については、大正製薬の商品は消費者間において知名度が高く、その商品を取り扱わない場合には、小売店は競争上かなり不利になるという意味で、大正製薬は一定の市場力を有していたといえる。すなわち、本件においては、「大正製薬が、最初に全体的な差別システムを形成することを意図し、それを維持するための統一的戦略を立て実行したこと、および、小売店は大正製薬の商品を取扱う以上、あるいは一定のリベートを得ようとする以上は専売店になることを強制されたことが」重要であり、本件差別的行為は、小売店の取引の自由を違法に侵害するものとして公正競争阻害性があるといえるのである（自由競争基盤ないし取引の自由の侵害³⁶）。このように、公正競争阻害性の意味を自由競争基盤の侵害と捉えたいうえで、本件行為を差別行為とすることは可能であり、かつ有用である。なぜなら、本件のように、メーカー間の市場における違反行為者の地位などが具体的に認定されない場合にも、取引関係における力の差から生じる違法性に鑑み、公正競争阻害性を認定しうるからである。

(七) 検討

前述した審決・判決においては、以下の点が重要といえる。

第一に、各事例について既に述べてきたように、従来の全ての事例で、自由競争の侵害だけではなく、自由競争基盤の侵害の存在が認められているということができ³⁷⁾る点である。たしかに、通説は、差別的取扱いの公正競争阻害性について自由競争侵害の場合のみとするが、従来の差別的取扱い行為の全ての事例で自由競争基盤の侵害が存在するといえるのであり、差別的取扱い行為の公正競争阻害性には自由競争が侵害される場合だけではなく、自由競争基盤が侵害される場合もあるといえる。³⁸⁾

第二に、以上のように従来の事例においては、公正競争阻害性の認定にあたり、自由競争の侵害の場合にも自由競争基盤の侵害の場合にも、被差別者の不利益を中心として、関係する諸当事者の諸利益を衡量しており、ここでは、市場における競争への悪影響の有無ではなく、個別的競争への影響の有無をみることが行われていることである。

これ以上の詳しい検討は、四で検討する。

四 検討

(一) 公正競争阻害性

公正競争阻害性については、今村成和教授による考え方(以下「第一説」とする)と正田彬教授による考え方(以下「第二説」とする)を中心として様々な見解が示されてきた。³⁹⁾

第一説は、①市場参入の自由と市場における競争の自由が妨げられ、あるいは②その競争が良質廉価な商品の

提供による能率を本位として行われなくなる可能性をもたらす点に公正競争阻害性が認められるとする見解である。⁽⁴⁰⁾

第二説は、公正な競争は、競争参加者の競争機能が自由に発揮できる状態、及び企業性を前提とした、企業の能率、商品の価格・品質などをめぐって自由な競争が行われる状態を指し、これらが侵害された場合に公正競争阻害性が認められるとする見解である。⁽⁴¹⁾

独占禁止法研究会報告「流通系列化に関する独占禁止法上の取扱い」（昭和五五年三月一七日）は、「第一、第二の考え方のいずれかを排他的に採るとするのではなくて、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ことが有益である」とし、公正な競争は、①自由な競争の確保、②競争手段の公正さの確保、③自由競争基盤の確保、によってもたらされる状態であり、公正競争阻害性はこれらの三つの条件が侵害されることを意味するとしており、その後、独占禁止法研究会報告「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」（昭和五七年七月八日）も基本的にこの路線でまとめられ、この見解に従う考え方が現在における通説であるとされている（以下「第三説」とする）。⁽⁴²⁾

通説は、独占禁止法二条九項の各号及び一般指定各号の「不当に」等は、①自由競争侵害（客観的競争減殺効果）、②競争手段の不公正さ、③競争基盤の侵害（力の不当利用）といった内容をもつ公正競争阻害性であり、それらは、各々あるいは互いに結びついた形で公正競争阻害性を意味するとしている。⁽⁴⁴⁾

そもそも不公正な取引方法における公正競争阻害性は、「公正な競争を阻害する『おそれ』で足り、競争に対する一般的・抽象的な影響で足りるものであり、⁽⁴⁵⁾「公正な競争に悪影響を及ぼすおそれのあること」とされている。⁽⁴⁶⁾また、公取委の事例において、公正競争阻害性は、「ある程度において公正な自由競争を妨げるものと認められる場合で足りる」とされている。通説的理解は、要件としての公正競争阻害性については、自由競争の侵害

の場合であっても、「公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれのあること」と定義している⁽⁴⁸⁾。一方、公正競争阻害性の意味を「競争機能に対する制約」(自由競争基盤の侵害)と捉える少数説(第二説)⁽⁴⁹⁾においても、「市場における競争に対する影響の可能性を問題としていることはいうまでもない。」⁽⁵⁰⁾とされている。したがって、これらを総合的に理解すれば、「公正な競争に対する悪影響の可能性」という点で、両説は共通している⁽⁵¹⁾ことができる⁽⁵²⁾⁽⁵³⁾。

前述したように、差別的取扱い行為の従来のもので、自由競争の侵害だけではなく、自由競争基盤の侵害の存在が認められているということができるとは、自由競争侵害の場合も自由競争基盤の侵害の場合も、このように公正競争阻害性の要件が「公正な競争への悪影響の可能性」という統一なものと捉えられることを示しているといえる。

以上のように、「公正な競争への悪影響の可能性」を意味する公正競争阻害性には、第一に、自由競争侵害の場合(第一類型)、第二に、自由競争基盤を侵害する場合(第二類型)、第三に、競争手段の不正さがある場合(第三類型)とがある⁽⁵⁴⁾ところ、一般指定各項の各行為類型の公正競争阻害性が、これらのどの場合に該当するかは、各行為類型の特質に基づき判断されることになる⁽⁵⁵⁾。

(二) 立証メカニズム

前述したところから、不公正な取引方法一般における公正競争阻害性の要件事実は「公正な競争への悪影響の可能性」といえ、通説における公正競争阻害性の前述の3類型は、各行為類型ごとにそれぞれを具体化する事実を伴った形で主要事実となるところといえるところ、それらは具体的にはどのようなものであるのか及び、それを推定する間接事実は何かを具体的に明らかにする必要がある。

1 差別的取扱いの公正競争阻害性の立証

(1) 要件事実・主要事実・間接事実

独禁法における不公正な取引方法の一般指定において「不当に」とある場合には、形式的要件が満たされても、それにより公正競争阻害性は推定されない。これに対して、「正当な理由がないのに」とある場合には、当該行為が類型に該当する行為は原則として公正競争阻害性がある。そこで、原告が形式的要件に該当する行為を立証すれば、公正競争阻害性が推定され、これを被告が反証し覆す必要があるのである。このように、客観的証明責任が転換されたのではなく、原告側の立証する必要がなくなり、被告側に反証する必要が生じていると考えられている。⁽⁵⁶⁾

独禁法二条九項一号は、差別的取扱い行為として、「不当に他の事業者を差別的に取り扱うこと」と規定し、さらに一般指定三項は「差別的対価」を、一般指定四項は「取引条件等差別的取扱い」（同四項）を規定しているところ、これらの条項には「不当に」という文言があり、公正競争阻害性は形式的要件が満たされただけでは、通常存在するとはいえない。

このように不公正な取引方法において「不当に」という文言が付されている行為類型は、形式的要件が満たされた場合に公正競争阻害性が推定されるものではないため、公正競争阻害性について個別に判断すべき行為類型である。しかし、そこにおいて「さらに類型化した場合に、ある種の類型化された行為については、行為の外形からその公正競争阻害性が原則として認められる場合もある」⁽⁵⁷⁾。このように類型化された行為類型について、いかなる事実が存在する場合に、差別的取扱い行為の公正競争阻害性が認定されるのかという点について明らかにすることは、民事訴訟における差別的取扱い行為の立証軽減のために有益である。また、同時にこのような類

型化は、それにより法的安定性が高まり、事業者に対する法的予測可能性の向上に資するものといえる。

もとより公正取引委員会による「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」(平成三年七月一日)は、なら法的拘束力のあるものではなく、裁判所を拘束するものではない。このため、この指針において示されている違法となる各行為についての説明は、以下の意味において参考になるといえ、このような立証軽減及び法的安定性・予測可能性の向上に資するものである。すなわち、そこにおいて違法とされる各行為は、その行為のみが違法とされることを意味するのではなく、違法とされる行為を類型化し例示したものであり、そこにおいて示された「市場における有力な事業者」という事実等々は、主として間接事実として機能するに過ぎず、また、なら統一的基準を示したものではない。⁽⁵⁸⁾

ところで、差別的取扱い(一般指定三項・四項)の公正競争阻害性について通説は、前述の三要素のうち①自由競争侵害であるとし、差別的取扱いの公正競争阻害性が認められる場合(根拠)として、具体的には、①競争者の事業活動を困難にさせるおそれがある場合、②取引の相手方を著しく有利又は不利にさせるおそれがある場合、③独禁法上不当な又は違法な目的を実現する場合を挙げる。⁽⁵⁹⁾

そこで、差別的取扱いの公正競争阻害性の要件事実は、前述したように、「公正な競争への悪影響の可能性」であるから、通説に従えば、この要件事実に該当する具体的事実としての主要事実は、自由競争の侵害(前述第一類型)の場合においては、前述①②③(①競争者の事業活動を困難にさせるおそれがあること、②取引の相手方を著しく有利又は不利にさせるおそれがあること、③独禁法上不当な又は違法な目的を実現すること)について当該取引との関係で形成される具体的事実であると考えられる。

そして、形式的要件に該当する事実、市場支配的地位にあること、市場における有力な事業者であること、売上げ減、顧客喪失等の具体的市場への影響を示す各事実等は、この主要事実を推定する間接事実となると考えら

れる。

このような形で、差別的取扱い行為の場合には、事実認定のための各事実（主要事実、間接事実）として前記④⑤⑥の各事実、及び市場支配的地位を有すること、有力な事業者であること、差別行為の形式的要件に該当する事実等がそれぞれ機能すると考えられるのである。

公正取引委員会の流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針（平成三年）第二部第三は、市場における有力な事業者（これが認められるかどうかについては、当該市場⁶⁰におけるシェアが一〇%以上、又はその順位が上位三位以内であることが一応の目安となるとされている）が、以下の手段により、競争品の取り扱いの制限を行い、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には、差別的取扱い（一般指定四項）に該当し違法となるとしている。すなわち、流通業者がいくらかで販売するか、競争品を取扱っているかどうか等によってリベートを差別的に供与する行為、メーカーが流通業者からマージンの全部又は一部を徴収し、これを一定期間保管した後に、当該流通業者に払い戻すこと（いわゆる払戻制）、流通業者間の一定期間における取引額全体に占める自社商品の割合や、流通業者の店舗に展示されている商品全体に占める自社商品の展示の割合（占有率）に応じてリベートを供与すること、著しく累進的なリベートの供与、帳合取引の義務付けとなるようなリベートである。そこで、これらの事実は、前述した「④競争者の事業活動を困難にさせるおそれがあること」を主要事実とした場合に間接事実として機能すると考えられる。

次に、自由競争基盤侵害の場合の要件事実、主要事実、間接事実については、以下のように考えられる。すなわち、差別的取扱い行為の形式的要件に該当する事実、優越的地位（依存性）の事実、取引先の拘束、取引条件の押し付け、不利益の告知の事実等の間接事実により、主要事実たる「当該取引における力の不当利用による競

争機能の制約」が推定され、それにより、要件事実たる「公正な競争への悪影響の可能性」が推定されると考えるのが妥当である。このように行為者の力は間接事実として機能し、主要事実においてその不当利用が問題となると考えられる⁽⁶¹⁾。

前述のように、GWB においては違法性を推定するための事実として、市場支配的地位や相対的に優越した地位の事実などが機能していることは明らかであり、それ故に GWB 上の議論は、この点で、我が国の差別的取扱行為の公正競争阻害性及びその立証について参考になるといえるのである。しかるに、GWB 上の差別行為の違法性を推定させる事実と独禁法上の差別的取扱行為の公正競争阻害性を推定させる事実が、以下のような形で対応していることが重要といえる。

第一に、GWB 上、市場支配的地位にある事業者が違反行為者とされる場合には、横の関係での行為者の力を問題としている場合であると考えられ、以下のように、我が国における自由競争侵害型に対応する。すなわち、GWB 上の差別行為の前述した①同種の事業者とは異なる取扱い、②市場支配的地位の事実が、我が国における公正競争阻害性の通説的理解の下での自由競争が侵害される場合における「形式的要件に該当する事実」及び「行為者の市場支配的地位」に対応するものといえる。

GWB 上、市場支配的地位については、以下のように規定がなされており、我が国にとって参考になると考えられる。

まず、GWB 一九条二項は、ある事業者が①関連市場において特定の商品又は営業上の役務の供給者又は需要者として競争者を有さない場合又は、②実質的に競争を行っていない場合、③競争者との関係で市場における優越した地位を有する場合に⁽⁶²⁾、その事業者は市場支配的地位を有するとしている⁽⁶³⁾。

次に、一事業者が三分の一以上の市場占拠率を有する場合には、当該事業者は市場支配的であると推定される。

さらに、複数の事業者は、次の場合には全体として市場支配的であると推定される。①事業者が三以下であり、その合計の市場占拠率が五〇％に達する場合、又は②事業者が五以下であり、その合計の市場占拠率が三分の二に達する場合である。但し、その競争条件の下で当該事業者間に実質的競争が見込まれること、又は、当該事業者の全体が他の競争者との関係で市場における優越した地位を有していないことを当該事業者が証明する場合は、この限りでない。

これに照らせば、我が国の公正取引委員会の流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針（平成三年）における「有力な事業者」（当該市場におけるシェアが一〇％以上）は、GWB一九条二項における「競争者との関係で市場における優越した地位を有する場合」ないし「一事業者が三分の一以上の市場占拠率を有する場合」と同様であるといえ、市場支配的地位にあると考えられる。

前述したGWB上の判例を参考にすると、我が国の従来 of 審決例である東洋リノリウム事件のように、一般指定四項（差別的取扱い）の「形式的要件に該当する事実」及び「行為者の市場支配的地位」といった事実が存在する場合には、主要事実である「相手方を著しく不利益にするおそれ」や「競争者の事業活動を困難にするおそれ」を具体的に立証しなくても、定型的に、要件事実たる個別的競争への影響を前提とした「公正な競争への悪影響の可能性」が推定されると考えられる。そして、我が国の従来 of 事例の検討から明らかになったように、GWB上の差別行為の違法性判断と同様に、自由競争侵害型においても、関係諸当事者の諸利益の衡量が行われるものである。

したがって、前述のように、差別的取扱い（一般指定四項）の「形式的要件に該当する事実」及び「行為者の市場支配的地位」から、公正競争阻害性が一応推定されることは、GWB上の議論を参考にすると、市場において支配的地位にある者が同一の状況下にある相手方に対し異なる取扱いをすることにより、違反行為者と行為の

相手方(被差別者)との間の利益衡量において消極的傾向をもった評価づけが示されるからであるといえることができる。

第二に、GWB上、相対的優越的地位にある事業者が違反行為者とされる場合には、縦の関係での行為者の力を問題として考えると考えられ、我が国における自由競争基盤の侵害と考える場合に対応すると考えられる。GWBは、被差別者が取引先変更について十分かつ合理的な可能性を有さない場合にも差別行為の規定(GWB二〇条一項)は適用されるとしている(GWB二〇条二項一文)。また、リベートの場合にも、相対的優越的地位が推定され、差別行為の規定が適用される(GWB二〇条二項二文)。

前述のように、GWB上の判例において、差別行為の不当性の判断について、差別行為の行為者が相対的優越的地位にあることを前提として、両当事者(差別行為者と被差別者)の経済的利益の衡量が行われている。我が国における従来事例においても明らかにしたように、我が国において差別的取扱い行為の公正競争阻害性の主要事実が、「当該取引における力の不当利用による競争機能の制約」である場合にも、GWB上の差別行為の違法性と同様に、行為の相手方(通常は原告)と行為者(通常は被告)の諸利益を衡量することに基づき係る主要事実の存否が決められるのである。

(2) 通説に対する疑問

第一に、通説が、差別的取扱いの公正競争阻害性について、自由競争の侵害の場合のみとすることについては、前述したドイツGWB上の差別行為の規定及び判例の検討及び、我が国の差別的取扱い行為の従来事例の検討に鑑みると、疑問がある。

まず、ドイツGWB上の議論の検討からいえることは、差別行為は、市場支配的地位にある事業者による場合と、相対的優越的地位にある事業者による場合との、それぞれについて、これらの各地位に関する要件を含めて、

形式的要件が満たされる場合には、関係当事者の諸利益を衡量して、違法性があると考えられており、市場支配的地位にある事業者による我が国の自由競争の侵害の場合のみを違法性のある行為として想定しているわけではないのである。

次に、前述のように、我が国の独禁法上の差別的取扱いは行為に関する従来のケースにおいては、全ての事例で主要事実を前記「①競争者の事業活動を困難にさせるおそれがあること」・「②取引の相手方を著しく有利又は不利にさせるおそれがあること」・「③独禁法上不当な又は違法な目的を実現する場合」と捉えても、あるいは「当該取引における力の不当利用による競争機能の制約」と捉えても、同様に公正競争阻害性が認められるのである。前述したように、従来の全ての事例において、自由競争の侵害だけではなく、一定の市場力を持った事業者のする差別行為の事実により、主要事実である「当該取引における力の不当利用による競争機能の制約」が推定され、要件事実たる「公正な競争への悪影響の可能性」が認定されたといえるのである。⁽⁶⁴⁾

第二に、自由競争侵害型における違法目的類型は不要であるか否かについてである。まず、違法目的の場合には、他の行為の違法性要件により違法性の判断がなされているから、改めて差別的違法性を問題にする必要はなく、したがって、差別行為として認定する必要もないこと⁽⁶⁵⁾が指摘されている。また、差別的取扱いは違法性の判断が不明確なものとなることも指摘されている⁽⁶⁶⁾。さらに、第二次大正製菓事件のように、通説によれば違法目的に公正競争阻害性が求められる事例であっても、それによらずとも、前述のように、自由競争基盤の侵害として公正競争阻害性を認定しえたのであり、その方が妥当であったといえるのである。

このことは、取引拒絶（一般指定二項・二項）の場合にも同様である。すなわち、取引拒絶（一般指定二項）の自由競争侵害の場合の違法目的型については、再販売価格維持行為（一般指定二二項）等といった他の条項について違法性が認定できるのであれば、他の条項で違法性を問えばいいのであり、あえて取引拒絶（一般指定二項）

における自由競争侵害の場合の違法目的型として違法なものとする必要はないとも考えられる。このため、差別的取扱い行為（一般指定四項）として、前述のように商品の供給拒絶等を把握できる以上、当該拒絶が差別的取扱い目的、すなわち違法目的であることを捉えて、あえて取引拒絶（一般指定二項）の公正競争阻害性について自由競争侵害の場合における違法目的型とする必要がないともいえる⁶⁷⁾。また、GWB上の事例や我が国の審決例が示しているように、事例によっては、商品供給の拒絶や団体加入の拒絶を差別的取扱い（一般指定四項）として認定する方が妥当な場合もある。

しかし、このような違法性についての二重の判断は、訴訟経済上、問題であるとはいえない。例えば、出荷停止を一般指定二項（単独の取引拒絶）の行為要件に該当するとし、一般指定二項の違法要件を違法目的に求め、例えば差別的取扱い（一般指定四項）の行為要件に加えて違法要件の該当性を検討した上で一般指定二項の違法性があることと、出荷停止を一般指定二項の行為要件に該当するとし同項の違法要件の該当性を違法目的以外に求め他の一般指定の条項の該当性を検討しなくておくこととの間に、審理上、当事者及び裁判所の負担の点で、大きな差異はないと考えられる。したがって、そのような違法性の二重の判断は、訴訟経済上回避すべき問題であるとはいえない。

ここで問題となっている「独禁法上違法な目的を実現する場合」であることという事実は、主要事実であり、民事訴訟において弁論主義が適用されるものである。このため、このような違法性の二重の判断方法をも認めることは、訴訟における当事者の違法性に係る主張・立証の選択肢を広げることを意味するといえる。したがって、係る判断方法は、弁論主義の適用に鑑み、訴訟における当事者のより多くの係る選択肢の付与の観点から、是認すべきと考えられるのである。なお、独禁法違反の取引拒絶の事例において、取引命令が下される場合には、原告が拒絶により被る不利益と被告が違反を認定された場合に下される取引命令により被る不利益を違法性判断に

において十分に配慮することが重要となる。⁽⁶⁸⁾

(3) 自由競争の侵害と自由競争基盤の侵害の相違点

第一に、第二次大正製薬事件のように、横の関係での行為者の力が不明のままである場合には、自由競争侵害の場合の違法目的型として公正競争阻害性を認定することも可能ではあるが、これに対する批判があることはすでに見たとおりである。前述したGWB上の議論と我が国の第二次大正製薬事件において明らかであるのは、横の関係での行為者の地位ないし力が不明でも、縦の関係での地位（力）が立証されれば、これを中心として自由競争基盤の侵害すなわち「当該取引における力の不当利用による競争機能の制約」を主要事実とした方法で、公正競争阻害性が認定されうることである。公正競争阻害性の主要事実を自由競争基盤の侵害と捉える場合には、取引の相手方との関係において違反行為者の有する力が、違法性の有無の判断の最大のポイントとなり、また、この裏返しとして、例えば、前記除虫菊事件や第二次大正製薬事件などにおいて顕著であるように、そこにおける被差別者の代替手段可能性の有無が、公正競争阻害性の有無の判断において、重要なファクターとなっている⁽⁶⁹⁾といえる。

これに対して、自由競争の侵害の場合⁽⁷⁰⁾には、行為主体の横の関係での力が間接事実の一つとなり、前述したように、具体的な当該取引と結びついた形で形成される取引の相手方の著しい不利益のおそれの事実や、競争業者の事業活動の困難化のおそれの事実が主要事実である⁽⁷¹⁾。また、流通取引慣行ガイドラインに示されているように、違反者が有力な事業者であるか否かも重要なファクターとされている。このように比較的様々な事実の積み重ねを要するといえることができる。

自由競争の侵害と自由競争基盤の侵害との間には、こういった差異が存在することに基づき、自由競争基盤の侵害の場合には、第二次大正製薬事件において明らかになったように、縦の関係の力の存在を中心として、公正

競争阻害性の認定が可能なのであり、それ故に、この点において、自由競争基盤の侵害の場合の方が立証が容易であるということが出来る。

第二次大正製薬事件に関して、リベートの事実により依存性が推定されるといった点は、前述のように G W B 二〇条二項二文の規定にも明記されていることに照らしても、妥当と考えられる。我が国の独禁法上の指針は、差別的取扱い（一般指定四項）に関して、有力な事業者がリベート等を行うことを掲げており、「有力な事業者」との文言があるが、G W B の前記規定に照らせば、「同種の需要者には付与されない特別の利益」といえるリベート等といった事実により依存・従属が推定されるのであり、それ故に、この場合は、たとえ「有力な事業者」であることを立証しなくても、自由競争基盤の侵害が認められ、公正競争阻害性が認定されうるといえる。

第二に、自由競争基盤の侵害の場合には、前述したように、行為者の力とその力の不当利用の立証により、公正競争阻害性が認定されうるのに対し、自由競争侵害型の場合には、主要事実は、前述したように、「①競争業者の事業活動が具体的に困難となるおそれがあること」、「②相手方が著しく不利益となるおそれがあること」、「③独禁法上不当又は違法な目的を実現すること」であるため、これらを推定する具体的事実を立証しなければならぬ。

しかし、G W B 上の差別行為との比較検討に鑑みれば、東洋リノリウム事件のように、特に差別的取扱い（一般指定四項）の形式的要件に該当する事実及び行為者のシェアといった間接事実により、典型的に自由競争が侵害されうると考えられる場合には、主要事実を推定する市場への具体的影響の事実は、別個のものとしては不要となるのであり、そのようなケースでは何らかの公正競争阻害性が存在するとして、一応の推定がなされたと考えられるのである。そこにおいては、具体的に「相手方が著しく不利益となるおそれがあること」や「競争業者の事業活動が具体的に困難となるおそれがあること」や「独禁法上不当又は違法な目的の実現のためであるこ

と」の認定なくして、一応の推定により、支配的地位及び形式的要件に該当する事実から、要件事実が推認されるのである。このように、主要事実を推定する市場への具体的影響の事実（間接事実）として立証されることが要されるものではない。したがって、この一応の推定が反証される場合に、主要事実を推定させる間接事実として当該行為による具体的市場への影響の事実が要されるといえるのである（第二次北国新聞社事件高決参照）。

なお、この自由競争基盤の侵害の場合に、当該差別が実質的な差別か否かを判断するために、すなわち、違反行為者側の反証がなされる正当化事由の判断のために、「当然に価格の内におり込まれるべきものの差異による価格の差別」の場合であるかが問われることがあると指摘されている。「たとえば、地域別の運送費、包装費の差異、その他、販売経費の差異（正当な取引慣習上数量が多い場合の若干の割引等）、特殊な場合（季節商品の季節経過後、生鮮品の時間経過、寒暖用品の地域差など）の差異などにもとづく価格差別がこれに当たる。」⁽⁷⁵⁾のである。この点については、自由競争侵害の場合もほぼ同様であり、独占禁止法研究会報告「不公正な取引方法に関する基本的考え方」は、「正当なコストの差に基づくものである」場合、「商品・役務の需給関係等の変化に対応した価格である」場合には違法とはならないとしている。

2 再販売価格維持行為の公正競争阻害性の立証

(1) 要件事実・主要事実・間接事実

次に、公正競争阻害性における「競争減殺」の位置づけについてである。再販売価格維持行為について、独占禁止法研究会報告（昭和五五年）、独占禁止法研究会報告「不公正な取引方法に関する基本的考え方」（昭和五七年）、公正取引委員会の「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」（平成三年）⁽⁷⁷⁾等において指摘されてい

る「価格競争の減少・消滅」の事実は、公正競争阻害性の要件を「競争減殺」として理解することにつながるものといえるものである。

このように通説が自由競争の侵害の場合を「競争減殺効果」と捉えていることについては、以下の指摘がある。第一に、競争減殺はアメリカ反トラスト法上の概念であり、我が国の公正競争阻害性の要件としては適当ではないとの指摘⁽⁷⁸⁾である。

第二に、具体的な市場における競争を減殺するおそれがあるか否かを判断基準とすることが事業者相互間の自由な競争が妨げられていないことを公正競争阻害性の条件とすることと、どのように結びつくのかは理解に苦しむところであるとの指摘⁽⁷⁹⁾である。

これに対し、少数説⁽⁸⁰⁾は、公正競争阻害性について、「競争制限、競争減殺等に連なることが必要とされるわけではない」とする。

そこで、再販売価格維持行為の公正競争阻害性について検討する必要がある。

ある事業者が相手方に対しその販売する商品の販売価格を定め、これを維持させないし、相手方の当該商品の販売価格の自由な決定を拘束することにより、通常、当該商品について価格維持効果が生じ、それにより当該商品の販売業者間における価格についての競争が減少・消滅される。そして、これによって、公正競争阻害性の要件事実である「公正な競争への悪影響の可能性」が生じるといえる。したがって、再販売価格維持行為における公正競争阻害性を具体的に意味する主要事実は、「当該商品についての価格競争の減少・消滅」であると考えうるが、これはあくまで「公正な競争への悪影響の可能性」を認定するために要されるものであり、このことが公正競争阻害性の要件を「自由競争の減殺」と捉えることを意味するのではない⁽⁸¹⁾。

こういって自由競争の侵害の場合の公正競争阻害性の認定において問題となる点は、自由競争の侵害という意

味の公正競争阻害性を立証する場合に自由競争の滅殺の存在を立証するために、個々の市場における競争への影響を必要とする点である。

例えば、SCE事件公取委平成一三年八月二日審判審決⁽⁸²⁾では、このように自由競争滅殺効果の認定が自由競争侵害の場合の公正競争阻害性の認定のために要求されることから、拘束条件付取引の公正競争阻害性を自由競争の侵害に求めることに固執するあまり、公正競争阻害性を自由競争基盤の侵害と捉えれば公正競争阻害性の認定は可能であったと考えられる⁽⁸³⁾にもかかわらず、公正競争阻害性を認定できなかつたと考えられる。

(2) 公正競争阻害性に係る一応の推定

ところで、原告が一般指定一二項に掲げられた形式的要件に該当する事実をすべて立証した場合、前述の意味での公正競争阻害性は、以下のような形で、一応の推定により認定されうると考えられる。すなわち、前述したように、再販売価格維持行為の公正競争阻害性を具体的に意味する事実たる主要事実は、自由競争の侵害の場合(第一類型)においては「当該商品についての価格競争の減少・消滅」であると考えられるが、一般指定一二項は「正当な理由がないのに」という文言により、形式的要件に合致する行為を原則的には違法性があるものとして規定しているのであり、ここでは具体的な「価格競争の減少・消滅」の事実が立証されなくとも、形式的要件に該当する事実から、定型的事象経過にもとづく経験則によって、なんらかの公正競争阻害性が推定されるのである⁽⁸⁴⁾。これを覆すためには、被告・違反行為者は正当な理由に該当する事実(最高価格再販であること、競争秩序と関係のある事業経営上取引上の合理性・必要性等)を反証する必要がある。

前述のように、競争機能の制約により「公正な競争への悪影響の可能性」が生じること鑑み、再販売価格維持行為の公正競争阻害性の認定の際に、「当該商品についての価格決定の自由の侵害」を主要事実として捉えることもできる(前述の第二類型)⁽⁸⁵⁾。すなわち、間接事実として一般指定一二項の形式的要件に該当する事実に加え、

「力」の存在などの事実が存在する場合には、それらにより主要事実たる「当該商品についての価格決定の自由の侵害」が推定され、それにより、要件事実である「公正な競争への悪影響の可能性」が認定されると考えられるのである。これに対し、違反行為者側（通常は被告）は、正当な理由があることを反証しうるといえる。しかし、この場合に、公益性や安全性⁸⁷⁾は、正当な理由になりえないと考えられる⁸⁹⁾。なぜなら、価格決定の自由が侵害されている以上、公益性や安全性は考慮し得ないからである⁹⁰⁾。この点は、自由競争侵害型の場合に、例えば、不当廉売行為について公共性が、抱き合わせ行為について安全性が、再販売価格維持行為について競争秩序と関係のある事業経営上取引上の合理性・必要性が、極めて例外的に考慮されるのとは異なるものと考えられる⁹³⁾。

五 結 語

近時、我が国においても、行政庁の負担の軽減の必要性が高まっている。また、公取委は不正な取引方法だけではなく、通常、より高度な専門的知識、多くの費用、人員、調査権限を必要とする独禁法三条違反行為や合併・企業結合に係る規制も行う必要がある。さらに、ドイツGWB二〇条違反について、主に民事訴訟が提起されている。これらのことからいえることは、前述のように個別競争の侵害の有無が問題となる行為類型である不正な取引方法については、行政庁による介入ではなく、当該行為に現に関係する当事者により行われる民事訴訟の方が多くの場合において適しており、主にこれに委ねることが行政庁の負担を軽減し、行政の限られた資源を有効に活用することに資するといえることである。もちろん、違法性の有無の判断が極めて困難な事例等については、不正な取引方法についても公取委の専門的知識や権限等を活かした事案の処理が期待される。

また、自由競争の減殺がなくても認定されうる自由競争基盤の侵害の場合が公正競争阻害性のひとつとして存

在することが、競争の実質的制限を違法性要件とする独禁法三条違反行為だけでなく、不公正な取引方法が規定されている意義の一つといえる。そして、公正競争阻害性のうち自由競争基盤の侵害は、自由競争侵害と比べ立証が容易となりうるという利点があり、民事訴訟において活用されるべきであるといえる。

本稿での検討により、公正競争阻害性の要件事実、主要事実、間接事実が明らかになったことは、前述したように、原告の立証軽減、法的安定性・予測可能性の向上に資するとともに、要件論と立証論の区別、弁論主義の適用範囲の明確化に資するものである。後二者について、具体的には、以下のようになると考えられる。

まず、要件事実と主要事実との差異は、前述したように競争の滅殺が公正競争阻害性の要件ではなく主要事実であること及び、それ故に、自由競争の侵害の場合であっても公正競争阻害性と競争の実質的制限とは要件論としては異なるものであることの意味において重要といえる。

次に、主要事実と間接事実との差異は、民事訴訟において弁論主義の適用を受けるか否かの点で重要な意味を有するものであり、裁判所は、当事者が主張しない主要事実を採用して公正競争阻害性を認定し得ないものである。したがって、例えば、原告が、公正競争阻害性を自由競争の侵害に求める場合の主要事実として当該取引との関係で形成される「競争者の事業活動を困難にさせるおそれがあること」であると主張し立証している場合に、それによる公正競争阻害性が認定できないとしても、裁判所が、「独禁法上不当な目的を実現すること」を主要事実として認定し、それに基づき公正競争阻害性を認定することは弁論主義違反となり許されないのである。あるいは、原告が、公正競争阻害性を自由競争の侵害に求め、主要事実として、競争の滅殺の存在を主張し立証している場合に、それによる公正競争阻害性の認定ができないとしても、裁判所は原告が「当該取引における力の不当利用による競争機能の制約」を主要事実として主張していない場合には、これを認定し、それに基づき公正競争阻害性を認定することは弁論主義違反となり許されないのである。このように、弁論主義との関係では、公

正競争阻害性に係る主要事実・間接事実の区別は、当事者の不意打ちを防止する意味があり、原告のみならず、被告にとっても訴訟上の請求に係る防御の可能性の点で、重要な意味を有するということができる。

- (1) 今村成和・丹宗昭信・実方謙二・厚谷襄児編『注解経済法(上巻)』青林書院、一九八五年、一七八頁(谷原修身)。
- (2) このような独禁法の規制方法に鑑み、従来から通説によれば、不公正な取引方法の公正競争阻害性の意味は、自由競争侵害、自由競争基盤侵害、競争手段の不公正さのいずれか又は複数であるとされているのである。しかし、後述するように、必ずしもこれらの要件の意味ないし両者の関係について明確にされてきたとは思われないのである。
- (3) 中野貞一郎『過失の推認』弘文堂、一九七八年、一頁以下。
- (4) 平成二年の独禁法改正によって、不公正な取引方法の規制に変更が加えられている。つまり、従来的一般指定の規定の一部が法律に格上げされ、「公正な競争を阻害するおそれ」の要件が独禁法新二条九項六号において最初に登場するという規定ぶりになっており、また、不公正な取引方法の一部につき新たに課徴金の対象行為とされている。しかし、本稿は、改正の経緯等に鑑み、平成二年改正は基本的に従来の方や解釈を変更するものではないとの立場によっている。本稿における独禁法の条文は平成二年改正前のものである。なお、本稿は、東京経済法研究会における議論、とくに故正田彬慶應義塾大学名誉教授のご報告、舟田正之教授のご発言等に示唆されたことによるところが多い。御礼を申し上げる。なお、本稿の校正段階で、日本経済法学会編『不公正な取引方法規制の再検討』日本経済法学会年報第三〇号有斐閣二〇〇九年に接した。
- (5) G W B 二〇条一項は、「市場支配的事業者、第二条、第三条、第二八条第一項に規定する事業者の団体、並びに第二八条第二項又は第三〇条第一項一文により価格拘束を行う事業者は、同種の事業者が通常参加することのできる(zugänglich)取引において、ある事業者を直接的又は間接的に差別的に取り扱ってはならない。」と規定する。G W B 二〇条二項は、「第一項の規定は、中小規模の事業者が一定の種類の商品又は役務の供給者又は需要者として、取引先を他の事業者に変更する十分かつ合理的な可能性が存在しない程度に当該事業者及び事業者の団体に従属している場合にも適用される。あ

- る需要者が一定の種類の商品又は役務の供給者から取引慣行上の値引き（Preisnachlassen）又はその他の優遇（Leistungsentgelt）の他に、同種の需要者には付与されないう特別の利益（Vergünstigungen）を得る場合には、当該供給者は当該需要者に対して第一文の意味で従属していると推定される」と規定する。
- (6) 証明責任についてのこととを判示した最高裁判例には、後述する他に、Urteil des BGH vom 16. Oktober 1962-KZR2/62(Original-Ersatzteile), WuW/E BGH 509ff.・Urteil des BGH vom 2. April 1964-KZR 10/62 (Werkmilchabzug), WuW/E BGH 613ff.・Urteil des BGH vom 30. September 1971-KZR 12/70 (Vermittlungsprovision für Flugpassagen), WuW/E BGH 1200ff. などがあつた。
- (7) Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rdnr. 646; Markt in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB, 4. Aufl. (2007), Rdnr. 236.
- (8) Möschel, Rdnr. 646.
- (9) 利益衡量基準については、山部俊文「ドイツ競争制限禁止法における差別・妨害行為の規制について」関英昭＝山部俊文編『市場経済と企業法』久保欣哉先生古稀記念論文集・中央経済社、二〇〇〇年、五九一頁以下、とくに六〇〇頁以下参照。
- (10) 宗田貴行「差止請求と作為義務—ドイツ・GWB上の判例の検討—(上)(下)」国際商事法務三〇巻四号四五〇頁・五号六一九頁、二〇〇二年。
- (11) Urteil des BGH vom 30. Juni 1981-KZR 11/80-Allkauf-Saba, WuW/E BGH 1814.
- (12) 以下のような要件を満たした小売業者が、SABA取扱い店として任命されることができる。すなわち、
- (a) 事業者は専門店として行動しなければならぬ。すなわち、その売上げの五〇%以上をラジオ・テレビ及びテープ再生機あるいは他の電気機器から得ること、またはラジオ・テレビ及びテープ再生機の販売のために特別に用意された専門売場を有すること。
- (b) 事業者は、被告の製品の広告が可能なスペースを有さなければならない。
- (c) 事業者は、被告の製品を可能な限り豊富に仕入れ、被告の製品の販売により適切な売上げを上げ、売上げにふさわしい倉庫に被告の製品を保管し、被告の製品を陳列する準備ができていなければならない。

- (d) 事業者は、被告製品について被告と長期間の供給契約をその事業規模及び地理的条件に適切に締結しなければならない。
- (e) 事業者は、最終購入者に個別に専門的に助言をし、供給することができなければならない。
- (f) 事業者は、技術的な顧客サービスを提供し、被告の保証書に適切に最終消費者に対し保証を提供しなければならない。
- (g) 事業者は、EWG-Verpflichtungsschein SABA-Fach Einzelhändler に署名しなければならない。
- その売上げの大部分を娯楽電気機器あるいは他の電気機器による者のみ SABA 専門小売店として認めないという決定は、被告により欧州委員会の指示にしたがって破棄された。
- (13) 高裁判決には、Urteil des OLG Karlsruhe vom 12. Juli 1989-6U 67/89 Kart. (Milchverbrennung), WuW/E OLG 4619ff. などがある。
- (14) 白石忠志「公正競争阻害性—安全性と公正競争阻害性」『ジュリスト独禁法審決判例百選第5版』有斐閣、一九九七年、一三六—一三七頁。
- (15) Urteil des BGH vom 20. November 1975-KZR1/75-Rossignol., BGH GRUR 1976, 206, 209 = WuW/E BGH 1391ff.
- (16) Urteil des BGH vom 24.3.1981-KZR2/80., WuW/E BGH 1793ff. -SB-Verbrauchermarkt.
- (17) しかしながら、さらなる審理が必要のため、被告の上告は破棄差し戻された。
- (18) WuW 1969, 111ff.
- (19) WuW 1974, 182ff.
- (20) WuW 1979, 776ff.
- (21) 単独の取引拒絶について、まず、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」は、「単独の取引拒絶は、それを通じて市場における競争を減殺するおそれがあるかどうかが問題となるので、①取引拒絶により、自己又は自己と密接な関係にある事業者の競争者が、取引拒絶の対象となった商品・役務と同種又は類似の商品・役務につき容易に他の取引先を見出し得ないか、又は見出しえても、取引条件が不利なため、競争者として十分に機

能しえない等当該競争者の取引の機会を排除し、その事業活動を困難にさせるおそれがある場合、②独占禁止法上違法又は不当な目的を達成する手段として用いられる場合が、公正競争阻害性の認められる典型例として考えられるほか、更に、③有力な事業者が、取引の相手方の事業活動を困難に陥らせること以外に格別の理由なく、取引を拒絶する場合（いわゆる濫用行為）にも公正競争阻害性があり得よう。」とする。また、「この場合、事業活動を困難にさせるおそれがあるかどうかは、客観的な排除効果、例えば、取引拒絶の対象とされた商品・役務に関して、取引の実態等から、通常の事業活動が困難な状態になるおそれが認められれば足りる。新規に参入しようとする事業者に対して取引拒絶が行われる場合には、参入を阻止すること自体にかかる影響が認められよう。したがって、単独の取引拒絶は、市場シェア、取引先選択の可能性等から見て有力な事業者により行われる場合が多いであろう。」とする。

次に、公正取引委員会による流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針（平成三年）第一部第三の2は、単独の取引拒絶について、通説における自由競争の侵害の場合の違法な目的型に関して、「違法な行為の実行を確保するための手段として、例えば次の①のような行為を行うことは、不公正な取引方法に該当し、違法となる（一般指定二項（その他の取引拒絶）。）」①市場における有力な製造業者が、取引先販売業者に対し、自己の競争者と取引しないようにさせることによって、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いだすことができなくなるようにするとともに、その実効性を確保するため、これに従わない販売業者との取引を拒絶すること（一般指定一項（排他条件付取引）にも該当する。）とする。また、この他にも再販売価格維持行為（一般指定二項）の実効性を確保するために安売り業者に対し出荷停止を行う場合もある。すなわち、流通・取引慣行ガイドライン第2部第二の4(4)は、「メーカーが卸売業者に対して、安売りを行うことを理由に小売業者へ販売しないようにさせることは、これによって当該商品の価格が維持されるおそれがあり、原則として不公正な取引方法に該当し、違法となる（一般指定二項（その他の取引拒絶）又は一三項。）」等とする。これは、商品の価格維持効果から取引拒絶の違法性を根拠付けているのである。これに対し、第2部第一の2(3)は、「再販売価格を拘束の手段として、取引拒絶やリベートの供与等についての差別取扱いが行われる場合には、その行為自体も不公正な取引方法に該当し、違法となる（一般指定二項。）」とする。

また、取引拒絶の不当目的型について、公正取引委員会の流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針（平成三

年) 第一部第三の2は、「市場における有力な事業者が、競争者を市場から排除するなどの独占禁止法上不当な目的を達成するための手段として、例えば次の②、③のような行為を行い、これによって取引を拒絶される事業者の通常の事業活動が困難となるおそれがある場合には、当該行為は不正な取引方法に該当し、違法となる(一般指定二項)。」②市場における有力な原材料製造業者が、自己の供給する原材料の一部の品種を取引先完成品製造業者が自ら製造することを阻止するため、当該完成品製造業者に対し従来供給していた主要な原材料の供給を停止すること」③市場における有力な原材料製造業者が、自己の供給する原材料を用いて完成品を製造する自己と密接な関係にある事業者の競争者を当該完成品の市場から排除するために、当該競争者に対し従来供給していた原材料の供給を停止すること」としている。ここで「自己と密接な関係にある事業者」とは、「自己と共通の利害関係を有する事業者をいい、これに該当するかどうかは、株式所有関係、役人兼任・派遣関係、同一のいわゆる企業集団に属しているかどうか、取引関係、融資関係等を総合的に考慮して個別具体的に判断される。」としている。なお、ここで「通常の事業活動が困難になるおそれがある」とは、その事業者の事業継続が困難となるおそれがある程度に至っている必要はなく、他に取引先があるとしても、取引条件、必要数量の確保等の面で通常の事業活動が困難となるおそれがある程度に至っていればよいとされている(山形県海産物仲買人協同組合に対する件(昭和三十七年(勸)第五号)、丸亀青果物(株)に対する件(昭和四〇年(判)第一号)。これについては、『事例解説 独占禁止法ガイドライン総集編』判例タイムズ社、一九九八年、一七六頁(山本佐和子) 参照)。

取引拒絶(一般指定二項)における自由競争侵害の場合の不当目的型については、「再販売価格の設定」や「指示行為」がなく一般指定二二項(再販売価格維持行為)を適用できない場合に、不当目的型として取引拒絶(一般指定二項)を適用できるとされている(厚谷襄兒他編『条解独占禁止法』弘文堂、一九九七年、(向田直範) 一一四頁)。これには、「廉売」や安売広告などの積極的な価格競争を抑制するために取引拒絶が実施されている場合などがある。」とされている(実方謙二『独占禁止法(第四版)』有斐閣、一九九八年、三四三頁)。根岸⇨舟田・独占禁止法概説・有斐閣(二〇〇二年) 一九八頁は、不当な目的の場合も違法な目的の場合に加えて必要であるとする理由として、「不当な排他条件付取引の要件……を明確に立証できない場合でも、取引拒絶を全体として見て反競争的な競争者の排除という性格・目的があると認められる場合には、公正競争阻害性があると解すべきだからである。」とされ

- る。
- (22) 最判平成一〇年二月一八日民集五二卷九号一八六六頁(資生堂事件)、最判平成一〇年二月一八日判時一六六四号一四頁(花王事件)。
- (23) 東京高決昭和三二年三月一八日審決集八卷八二頁。
- (24) これについて、村上政博「三光丸本店事件およびトーカー事件平成一六年東京地裁判決とその意義」ジュリスト一二七八号、二〇〇四年、一二五頁。
- (25) 正田彬『全訂独占禁止法I』日本評論社、一九八〇年、三四六頁。
- (26) 舟田正之「差別対価・差別的取扱い」経済法学会編『独占禁止法講座V』商事法務研究会、一九八五年、一一三頁。
- (27) 舟田正之「差別対価・差別的取扱い」経済法学会編『独占禁止法講座V』商事法務研究会、一九八五年、一一八～一二〇頁。
- (28) 公取委勧告審決平成一二年二月二日・審決集四六卷三九四頁。宗田貴行「自動車補修用ガラスの輸入品取扱い小売業者に対する国内最大手の卸売業者による差別的取扱い」ジュリスト一二二四号八二頁、矢部丈太郎「輸入品を扱うガラス商に対する差別的取引」『ジュリスト独占禁止法審決判例百選第六版』有斐閣、二〇〇二年、一三四～一三五頁。
- (29) 後記除虫菊事件、伊勢魚商協同組合事件・公取委勧告審決昭和四四年六月一九日・審決集一六卷二七頁。
- (30) また、第一次北国新聞社事件(昭和二九年二月一七日公取委同意審決・審決集六卷一三頁)は、自己の競争相手の新聞に広告を掲載しないことを条件として低価格販売をした事例である。たしかに、本件のオートグラス東日本の当該行為は、外国製品を取扱わないことを条件として高価格販売及び配送回数制限をしなかったという性格を持つものであるが、だからといって拘束条件付取引を適用することは、差別という性格を有する本件行為に対する法適用としては、不自然なものと考えられる。
- (31) 公取委昭和五五年二月七日勧告審決・審決集二六卷八五頁。
- (32) 実方謙二「相手方に対する差別対価」『ジュリスト独占禁止法審決判例百選第三版』一九八四年、一二三頁。
- (33) 舟田正之「不公正な取引方法と消費者保護」『消費者法講座3』日本評論社、一九八四年、一四〇頁。

- (34) 公取委昭和三十九年一月一六日勧告審決・審決集一二卷七三頁。本件は、需要者協議会がその会員の購入量が国産除虫菊購入量の約九三%を占め、生産者協議会はその会員の販売量が国産除虫菊販売量の約八〇%を占めていたところ、両協議会が各会員に差別行為をさせていた事例である。
- (35) 公取委勧告審決昭和三〇年二月一〇日・審決集七卷九九頁。
- (36) 舟田正之「差別対価・差別的取扱い」経済法学会編『独占禁止法講座Ⅴ』商事法務研究会、一九八五年一三〇頁、同「不公正な取引方法と消費者保護」『消費者法講座3』日本評論社、一九八四年、一四一頁。
- (37) 舟田正之「差別対価・差別的取扱い」経済法学会編『独占禁止法講座Ⅴ』商事法務研究会。
- (38) 根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説(第2版)』有斐閣、二〇〇三年、一九四頁。
- (39) 以下で述べるほかに、公正競争阻害性についての論文には、舟田正之「不公正な取引方法と消費者保護」『消費者法講座3』日本評論社、一九八四年、一三四頁、金子晃他著『新・不公正な取引方法』青林書院新社、一九八三年、一一頁(金子晃)、高橋岩和「公正な競争」と『自由な競争』(1)(2完)―独禁法二条九項『公正競争阻害性』要件の解釈について―神奈川法学三〇巻三三頁以下、四二五頁以下(二〇〇三年)等がある。
- (40) 今村成和『独占禁止法[新版]』一九七八年、有斐閣、九四頁以下。
- (41) 正田彬『全訂独占禁止法Ⅰ』日本評論社、一九八〇年、三一〇頁以下。公正競争阻害性の意味を自由競争基盤の侵害と捉える見解(正田彬『全訂独占禁止法Ⅰ』日本評論社一九八〇年、三二一頁及び三三八頁)は、一定の力を有する行為者が、相手方ないし競争者の競争機能を制約することになる行為を行ったのであるから、その行為は公正競争阻害性を有する行為であるとされる。しかしながら、不公正な取引方法の条文の文言は行為者の一定の優越的地位といった一定の力を要求しておらず、このため、優越的地位の濫用の場合を除き「力の不当利用」という本質に基づく自由競争基盤の侵害の場合のみに公正競争阻害性の内容を限定することは、若干無理があるようにも思われる。近時、正田彬「流通取引ガイドラインにおける公正競争阻害性の検討」公正取引六三九号(二〇〇四年)は、自由な競争への侵害の場合についても、「自由な競争に対する悪影響の可能性という統一的基準」による統一的理解の下、公正競争阻害性のひとつの場合として理解されている。また、この見解のバックボーンとなる考え方は、公正競争阻害性は、行為の相手方や競争者の競争機能を制約する点であるところ、行為者が相手方ないし競争者の競争機能を制

約する行為を行いたのは、その行為者が一定の力を有していたからであるというものである。前述のように、優越的地位の濫用（一般指定一四項）を除き、一般指定の規定の文言は行為主体に限定を付していないのであるから、一定の力を有さない者が差別的取扱い等といった不正な取引方法を行う場合もありえ、前述のような少数説（第二説）において説明されるテーゼは、常には成立しえない。しかしながら、そもそもそのように限定することを公正競争阻害性の内容として要求するものであり、それ自体批判されるべきものではない。また、少数説（第二説）は競争手段の不正さの場合も公正競争阻害性のある場合とされているため、この点は決定的ではないといえる。したがって、解釈として以上のように若干無理があるように思われるに過ぎない。競争手段の不正さについては前述第一説も承認していたのであり、それ以外の公正競争阻害性について、公正競争阻害性を行為者に一定の力が備わっている場合とする見解と、自由競争の侵害とする見解とが存在していたといえるが、前述のように、いずれの見解も「公正な競争への悪影響の可能性」という点では共通していることは明らかであるといえる。

再販売価格維持行為（一般指定一二項）に関し、少数説（第二説）が拘束条件の意味（多数説は、ガイドラインにおいて、拘束には実効性が必要であるとする。例えば、「文書によるか口頭によるかを問わず、メーカーと流通業者との間の合意によって、メーカーの示した価格で販売するようにさせている場合」等には拘束に実効性があると）、そのメルクマールを提示する。しかし、あくまで一定の取引条件としていわばプレーンな形で拘束条件を捉えている。）を「競争機能を制限する」拘束条件であると捉える（この点につき、舟田正之「不正な取引方法と消費者保護」『消費者法講座3』日本評論社、一九八四年、一五二頁）。これは、拘束条件についてかかる限定を加えないものとする、一定の力を有さない事業者が拘束条件をつけて供給することもありうるため、少数説（第二説）において説明される（例えば、取引拒絶について、舟田正之「不正な取引方法と消費者保護」『消費者法講座3』日本評論社、一九八四年、一三四頁、舟田正之「不当な取引拒絶」金子晃他著『新・不正な取引方法』青林書院新社、一九八三年、九一頁）ように「拘束条件をつけることができたという事実によって、通常、行為者の一定の力の存在を推測することができる」とはいえないことになるからである。このため、拘束条件が存在する場合には、公正競争阻害性たる「競争機能の制限」が常に存在することとなるのである。そして、一般指定一二項における「正当な理由がないのに」により、真正の委託販売であること等の例外的場合が読み込まれるといえる。なお、通説における競争手段

の不正さについては、公正競争阻害性との関係が不明確であるとの指摘がある(舟田正之「不正な取引方法と消費者保護」『消費者法講座』一〇九頁、正田彬『全訂独占禁止法Ⅰ』日本評論社、一九八〇年、三一二～三一三頁)。そこで、通説において競争手段の不正さに該当するとされる場合は、前述した少数説(第二説)(自由競争基盤侵害)で説明可能であるとされるのである(舟田正之「不正な取引方法と消費者保護」一四頁)。あくまで後述する主要事実としての自由競争基盤侵害の場合のひとつとして通説により競争手段の不正さの場合とされる行為を捉えることとなる。また、少数説(第二説)においては、消費者に対する違反行為の違法性についても含めて統一的に説明が可能であるという利点がある。

(42) 後者の報告書で初めて競争減殺という捉え方が示された。

(43) 根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説(第2版)』有斐閣、二〇〇三年、一九三頁、金井貴嗣『独占禁止法』青林書院、一九九八年、八八頁、山部俊文「不正な取引方法」日本経済法学会編『独禁法の理論と展開「2」』三友堂、二〇〇二年、一五頁等。

(44) 今村成和・丹宗昭信・実方謙二・厚谷襄児編『注解経済法(上巻)』青林書院、一九八五年、一六九頁以下(金子晃)、根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説(第2版)』有斐閣、二〇〇三年、一九三頁の他、独占禁止法研究会報告(昭和五五年)等がある。

(45) 同旨・舟田正之「不正な取引方法と消費者保護」『消費者法講座3』日本評論社、一九八四年、一三〇頁。再販売価格維持行為の場合について、金子晃・民商法雑誌七四巻四号六六八頁は、「市場における全体としての競争を阻害することがある程度具体的に示されれば十分」とされる。反競争的影響のレベルの高低の問題と、抽象的危険性で足りるのかという問題は別問題であるとし、自由競争減殺において予定されている「本来」の反競争的影響のレベルは、競争の実質的制限と同じであると捉え、公正競争阻害性は「競争の実質的制限」の「おそれ」であることとする立論も不可能ではないとの指摘(山部俊文「不正な取引方法の規制の現状と理論的課題―自由競争減殺」を中心に)公正取引六七三号二〇〇六年六頁)もある。

(46) 独占禁止法研究会報告「不正な取引方法に関する基本的な考え方」別冊NBL九号一九八四年一〇〇頁。

(47) 第一次大正製薬事件・公取委審判審決昭和二八年三月二八日・審決集四巻一一九頁。

- (48) 独占禁止法研究会報告「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」別冊NBL九号一九八四年一〇〇頁。正田彬「流通取引ガイドラインにおける公正競争阻害性の検討」公正取引六三九号二〇〇四年五二二頁は、「第一説の場合には、具体的な市場における競争に対する影響の如何を問題としているわけではなく、あくまでも市場における自由な競争に影響するおそれのあることを公正競争阻害性としているということが出来る。」とされている。
- (49) 正田彬『全訂独占禁止法Ⅰ』日本評論社、一九八〇年、二九一頁以下。
- (50) 正田彬「不公正な取引方法と公正競争阻害性」経済法学会編『独占禁止法講座Ⅴ』商事法務研究会、一九八五年、二二頁。
- (51) 正田彬「流通取引ガイドラインにおける公正競争阻害性の検討」公正取引六三九号（二〇〇四年）五九頁は、「自由な競争に対する悪影響の可能性という統一的基本準で整理しなおすこと」が必要であるとされる。
- (52) なお、正田彬「不公正な取引方法と公正競争阻害性」経済法学会編『独占禁止法講座Ⅴ』商事法務研究会、一九八五年、二六頁において指摘されるように、通説は、競争基盤侵害の場合について、自由競争基盤を公正な競争の条件としながら、「公正な競争秩序とのかかわりがある場合に規制する」としている。しかし、自由競争基盤が公正な競争の条件である以上、常に「公正な競争秩序とのかかわりがある」といえるであろう。
- (53) 金子晃・民商法雑誌七四巻四号六六八頁（一九七六年）、舟田正之「流通系列化と独占法上の規制（3）」公正取引三五七号二二頁（一九八〇年）も、ほぼ同旨。たしかに、第三説の考え方に對しては、「自由競争基盤を公正な競争の条件としながら、その侵害が公正な競争秩序とかわりのある場合に規制する」というもので、矛盾していると指摘されている（正田彬「不公正な取引方法と公正競争阻害性」経済法学会編『独占禁止法講座Ⅴ』（商事法務研究会一九八五年）二六頁）。しかし、「公正な競争」と「公正な競争秩序への悪影響」は別の概念である。第二説においても、「公正な競争秩序への悪影響」がない場合にまで、規制するつもりではなからう。
- (54) なお、舟田正之「不公正な取引方法と消費者保護」一六一〜一六二頁は、類似するが、あくまでも取引の自由の侵害を根拠とされている。
- (55) この点につき、実方謙二『独占禁止法（第4版）』一九九八年、二六二頁は、「各行為類型での競争阻害性の判断基準の設定に当たっては、公正競争阻害性の内容が類型ごとに異なることを理解し、各行為タイプのそれぞれについて

当該行為の禁止の趣旨に即して公正競争阻害性を構成することが必要である。」とされる。本文で述べたような形で、各行為類型に即した公正競争阻害性を構成するのが妥当であると考えられるのではなからうか。なお、舟田正之「公正な競争の規範的意義(下)」公正取引四二四号四四頁参照。

(56) 今村成和・丹宗昭信・実方謙二・厚谷襄児編『注解経済法(上巻)』青林書院、一九八五年、一七八頁(谷原修身、田中後掲一八頁、舟田正之・公正取引三六一号一九八〇年五一頁等)。

(57) 金子晃他著『新・不正な取引方法』青林書院新社、一九八三年、一一頁(金子晃)。

(58) 正田彬「流通取引ガイドラインにおける公正競争阻害性の検討」公正取引六三九号(二〇〇四年)五一頁以下参照。

(59) 田中寿編著『不正な取引方法―新一般指定の解説―』商事法務研究会、一九八二年、四七頁、独占禁止法研究会報告「不正な取引方法に関する基本的な考え方」別冊NBL九号一〇〇頁以下、金子晃他著『新・不正な取引方法』青林書院新社、一九八三年、(根岸哲)一一二頁以下、今村成和・丹宗昭信・実方謙二・厚谷襄児編『注解経済法(上巻)』青林書院、一九八五年、一八七頁(金井貴嗣)、厚谷襄児・糸田省吾・向田直範・稗貫俊文・和田健夫編『条解独占禁止法』弘文堂、一九九七年、一二五頁(藤田稔)、実方謙二『独占禁止法(第4版)』有斐閣、一九九八年、三四九〜三五二頁等。

(60) 競争品の取扱いの制限の対象となる商品と機能効用が同様であり、地理的条件、取引先との関係等から相互に競争関係にある商品の市場。

(61) 舟田正之「差別対価・差別的取扱い」経済法学会編『独占禁止法講座V』商事法務研究会一一七頁は、行為者の市場力は、差別的取扱い行為の公正競争阻害性において実定法上の要件ではないとされる。なお、舟田正之「不正な取引方法と消費者保護」『消費者法講座3』日本評論社、一九八四年、一三九頁参照。

(62) この場合、特に、当該事業者の市場占拠率、当該事業者の資金力、当該事業者の購入又は販売市場へのアクセス(Zugang)、他の事業者との結び付き(Verflechtungen)、他の事業者による市場への参入に対する法的又は事実上の障壁、本法の適用領域の内外に所在する事業者による現実の競争又は潜在的な競争、供給又は需要を他の商品又は役務に変更する能力、並びに、取引相手方を他の事業者に変更する可能性が考慮されるものとする。以上は、山部俊

文先生によるGWBの翻訳を参考にさせて頂いた。御礼を申し上げます。

(63) また、一定の種類の商品又は役務について、二以上の事業者の間で実質的な競争が存在せず、かつ、それらが全体として第一文の要件を充足する場合は、当該二以上の事業者は市場支配的であるとしている。以上は、山部俊文先生によるGWBの翻訳を参考にさせて頂いた。

(64) したがって、差別的取扱いの公正競争阻害性の主要事実は、前述した自由競争侵害型の前記④⑤⑥(④競争者の事業活動を困難にさせるおそれがある場合) ⑦取引の相手方を著しく有利又は不利にさせるおそれがある場合、⑧独占禁法上不当な又は違法な目的を実現する場合) 及び自由競争基盤侵害型の「当該取引における力の不当利用による競争機能の制約」がそれぞれ当該取引において具体化された事実であると考えられるのである。

(65) 村上政博「三光丸事件およびトーカーイ事件平成一六年東京地裁判決とその意義―差止請求訴訟と独占禁止法上のルール形成」ジュリスト一二七八号二〇〇四年一二二頁。

(66) 日本経済法学会編『独禁法の理論と展開(2)』三省堂、二〇〇二年、二六頁(白石忠志)。

(67) これに関しては、三光丸事件東京地裁判決においては、取引拒絶(一般指定二項)の形式的要件の該当性を肯定しその違法性については「取引拒絶が不当に行われる場合、例えば競争者の事業活動が困難になる場合および独占禁止法上不当な目的を達成するための手段として用いられる場合には、公正競争阻害性が認められる。」としつつも、その後、拘束条件付取引(一般指定一三項)の公正競争阻害性についての検討を行っており、違法目的を達成する場合を検討しているのである。この違法目的型を含めて本判決のいう不当目的型とするのか(こう解するものに池田千鶴「独占禁止法第二四条に基づく差止請求・引渡請求―三光丸事件 東京地裁平成一六年四月一五号民事第八部判決」公正取引六四七号四四頁二〇〇四年がある)不明であるが、いずれにせよ前述のように他の行為類型において違法であると判断できる場合にはことさらに取引拒絶(一般指定二項)の公正競争阻害性を検討する必要はないし、違法性要件の明確化の観点からそのようなことは妥当とは言えないという指摘があることは前述したとおりである。

(68) これについては、ドイツGWB上の取引命令に関する議論を参考にした論文で今後検討を行う。

(69) 白石忠志『独禁法講義(第2版)』有斐閣、八三頁は、自由競争基盤侵害の場合には、行為者のシェアの大きさは本質的ではなく、差別的取扱いを受けた者にとって他に代わり得る取引先(代替的手段)があるか否かといった違

反行為者の存在意義が重要であるとされる。

(70) 「競争秩序の維持」と直接関係のある「事業経営上又は取引上」の合理性ないし必要性については公正競争阻害性の判断において考慮しなければならない(根岸哲『独占禁止法の基本問題』有斐閣、一九九〇年、一六四頁以下、粉ミルク再版価格維持(和光堂)事件上告審判決―最判昭五〇年七月一〇日民集二九卷六号八八八頁)。

(71) さらに、前述したオートグラス東日本事件のように、これら両方が公正競争阻害性の主要事実となりうる場合もある。

(72) 公正競争阻害性の中身を競争基盤侵害と捉える場合には正当化事由としてかかる事実が要求されることがある(正田彬『全訂独占禁止法Ⅰ』日本評論社、一九八〇年、三四九頁、舟田正之「差別対価・差別的取扱い」経済法学会編『独占禁止法講座Ⅴ』商事法務研究会一九八五年、一一七頁等)、白石忠志『独禁法講義(第2版)』有斐閣、二〇〇〇年、八二頁)。

(73) 舟田正之「不公正な取引方法と消費者保護」『消費者法講座3』日本評論社、一九八四年、一三九頁、実方謙二「相手方に対する差別対価」『ジュリスト独禁法審決判例百選第三版』一九八四年、一二三頁。

(74) 舟田正之「差別対価・差別的取扱い」経済法学会編『独占禁止法講座Ⅴ』商事法務研究会、一九八五年、一一〇頁、正田彬『全訂独占禁止法Ⅰ』日本評論社、一九八〇年、三一〇頁、三三七頁、三四九頁。

(75) 正田彬『全訂独占禁止法Ⅰ』日本評論社、一九八〇年、三四九頁。

(76) これについて、「引渡方法、数量の差に基づく正当なコスト差又は大量一括注文による製造コストの節約等に基づき価格差は、コスト引下げ競争をもたらすことになるので問題はないと考えられる。」としている。

(77) 独占禁止法研究会報告(野田實編著『流通系列化と独占禁止法―独占禁止法研究会報告―』大蔵省印刷局一九八〇年、昭和五五年、二〇頁) 第2部1は、「製造業者が販売業者の再販売価格を直接拘束し、販売業者間の価格競争を完全に消滅されるものであり、本質的に競争制限的な行為であるので、その行為がそれ自体で違法であるといえる」とし、田中寿編著別冊NBL九号「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年昭和五七年七三頁は、再販売価格の拘束は、「本来市場メカニズムを通じて自由に決定されるべき価格に直接介入し、販売業者の価格競争手段を封じ、必然的に価格競争を消滅させる効果・影響を有する点に公正競争阻害性が認められる競争制限

的な行為である。」とし、同書に掲載されている独占禁止法研究会報告「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」第二部八は、再販売価格の拘束について、「相手方の価格決定の自由を拘束し、相手方事業者間の価格競争を消滅させる点に公正競争阻害性があり、競争制限的な行為である。」とし、公正取引委員会の流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針第二部第一1(1)は、「流通業者の販売価格を拘束する場合には、流通業者間の価格競争を減少・消滅させることになる」としている。なお、公取委「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」(平成一九年九月二八日)第2―2及び第4―1―(3)は、不公正な取引方法についても「競争減殺」に関し検討するとしている。

(78) 高橋岩和「優越的地位の濫用と独禁法」日本経済法学会年報二七号二〇〇六年一頁以下一二頁。

(79) 正田彬「不公正な取引方法と公正競争阻害性」経済法学会編『独占禁止法講座V』商事法務研究会、一九八五年、二六頁。

(80) 正田彬「不公正な取引方法と公正競争阻害性」経済法学会編『独占禁止法講座V』商事法務研究会、一九八五年、二五―二六頁。

(81) 判例においては、筆者の知るうる限り、再販売価格維持行為の公正競争阻害性が自由競争の減殺であると述べるものはない。明治商事事件最高裁判決(最高裁昭和五〇年七月一日第二小法廷判決民集二九卷六号九五頁)は、「取引の対価や取引先の選択等は、取引の本質的内容をなすものとして、当該取引の当事者が経済効率を考慮し自由な判断によって個別的に決定すべきものである……」「一般指定八項は、拘束条件付取引が相手方の事業活動における自由な競争を阻害することとなる点に右の不当性を認め、具体的な場合に右の不当性がないものを除外する趣旨で『正当な理由がないのに』との限定を付したものと解すべきである。」と判示している。また、資生堂事件最高裁平成一〇年十二月一八日判決(民集五二卷九号一八六六頁)は、「販売方法に関する制限を課した場合、販売経費の増大を招くことなどから多かれ少なかれ小売価格が安定する効果が生ずるが、右のような効果が生じるというだけで、直ちに販売価格の自由な決定を拘束しているということとはできない。」と判示している。

(82) 審決集四八巻三頁。

(83) 正田彬「(株)ソニー・コンピュータエンタテインメント事件」ジュリスト二二一五号一七五頁以下。

(84) 実方謙二『独占禁止法』有斐閣、第4版、一九九八年、二六三頁は、「自由競争阻害性を問題とする場合でも、

当該類型が自由競争に対して与える影響の態様によっては、違法性の判断に当たって市場での競争に対する具体的な影響の立証は必要ではないことになる。」とされる。

(85) 前記明治商事事件最高裁判決は、「取引の対価や取引先の選択等は、取引の本質的内容をなすものとして、当該取引の当事者が経済効率を考慮し自由な判断によつて個別的に決定すべきものである……」と判示している。この点に關し、公正取引委員会の流通・取引慣行ガイドライン第 2 部第一 1(1)は、「事業者が…自己の販売価格を自主的に決定することは、事業者の事業活動において最も基本的な事項であり、かつ、これによつて事業者間の競争と消費者の選択が確保される。」としていっているのであり、再販売価格維持行為は、事業者からこの基本的な自由を奪うものと考えられているのである。

(86) この点については、舟田正之「不公正な取引方法と消費者保護」一六一頁～一六二頁を参照。

(87) ドイツ競争制限防止法 (GWB) 上、再販売価格維持行為に關し、連邦通常裁判所 (BGH) は、公法人が最高価格を拘束することは公共の福祉により正当化されなかつてゐる (WuW/E BGH1661-Musikschule)。学説も同様である (Emmerich in Immenga/Mestmäcker Kommentar zum GWB 3. Aufl. §14 Rdnr. 39.)。

(88) GWB においては、安全性については、たしかに、連邦カルテル庁の基準 (WuW/E Bkarta 145ff. -Doppelstrecker) にしたがひ、個々人の保護のための安全性の根拠に基づく制限によつて、GWB 一四條は適用されないとの見解 (Langen/Klosterfeld/Metzlaff, KartR. (9. Aufl.), §14 Rd. 77.) もある。しかし、BGH は、安全性の考慮によつて価格拘束は正当化されなかつてゐる (BGHZ 51,169,170ff.)。学説におつてもこれが支配的である (Emmerich in Immenga/Mestmäcker Kommentar zum GWB 3. Aufl. §14 Rdnr. 39.)。

(89) なお、真正な委託販売 (所有権が委託者にある場合) は一般指定二三項の問題であり、不真正な委託販売 (所有権が受託者にある場合) のみが一般指定一二項の問題と考えられる。なお、GWB においては、再販売価格維持行為にかかる規定 (GWB 旧一四條) に我が国の一般指定二二項のように「購入」要件は存在しないため、所有権留保の事例についても GWB 一四條は適用がある。買手の取引条件の決定を制約している場合に GWB 一四條の適用があるとするのが連邦通常裁判所の立場であり、学説でも支配的見解である (BGH Z 73, 259, 265; Emmerich in Immenga/Mestmäcker §14 Rdnr. 41.)。

(90) 近時、学説においては、「公正競争阻害性+正当化事由」ということが主張され（白石忠志「公正競争阻害性—安全性と公正競争阻害性」『ジュリスト独禁法審決判例百選第五版』一九九七年一三六頁）、あるいは、公共性や安全性といった正当化事由を刑法の違法性阻却事由と同様に位置づける考え方もある。しかし、これら両者には条文にならぬ文言を追加する解釈となることの問題があり、また後者には刑法の考え方を行政処分や民事訴訟で認定される公正競争阻害性についても適用することの可否の問題がある。前述したように、通常の事例では公正競争阻害性があるような場合でも、その事例における公共性や安全性への配慮の必要性により「公正競争阻害性」が認められないと解釈することで足りるのではなからうか。なお、公共性や安全性を公正競争阻害性の「阻害」のところで読み込むか、安全性や公共性への配慮の必要とされる場合には、そもそも独禁法上保護すべき「競争」又は「公正競争」が存在しないという風に解釈するかは、検討の余地がありそうである。

(91) 都営芝浦と畜場事件・最判平成元年一月四日民集四三卷二二二号二〇七八頁。

(92) 東芝昇降機サービス事件・大阪高判平成五年七月三〇日判時一四七九号二二頁。

(93) 和光堂事件・最判昭和五〇年七月一〇日民集二九卷六号八八八頁。これに関し、根岸哲『独占禁止法の基本問題』有斐閣、一九九〇年、一六四頁。

坂原正夫先生には、大学のゼミナル時代以降、大変御世話になりました。特に、ドイツ語で書かれた法律の文章を正確に翻訳し理解することに関し、実に親切丁寧にご指導していただいたことが、今日の筆者の研究の礎となっております。ご退職をお祝いするとともに、心より厚く御礼を申し上げます。