

〔特別寄稿〕

## 独占禁止法第二条九項「公正競争阻害性」と要件事実

酒 井 紀 子

はじめに

私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（独占禁止法）の目的は、「公正且つ自由な競争を促進し、事業者の創意を発揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭及び国民実所得の水準を高め、以て、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進することである（第一条）。その保護法益は、自由競争経済秩序であり、これを保護するための規制として、「私的独占、不当な取引制限及び不公正な取引方法を禁止し、事業支配力の過度の集中を防止する」ことがある。前三者は、事業者の行為を規制するものであり（行為規制）、後者は企業結合等の事業者の構造の変更について規制するものである（構造規制）。法律の名称が示すとおり、行為規制の中心は、私的独占及び不当な取引制限であるが、不公正な取引方法はこれらの行為に至らない場合でも、公

正な競争を阻害するおそれがある場合にそれらの行為を規制することで、補完するものである。不公正な取引方法は、多様な行為を含み、行為要件を包括的に説明することは難しいとされるが、効果要件である「公正な競争を阻害するおそれ」、つまり、「公正競争阻害性」は共通の要件であり、不公正な取引方法の基本的な要素である。本稿は、「公正競争阻害性」に関する主張立証という観点からの試論である。

## I 不公正な取引方法

### 1 不公正な取引方法の位置づけ

#### (1) 行為規制―私的独占・不当な取引制限・不公正な取引方法

独占禁止法は、大きく分けると、私的独占、不当な取引制限、不公正な取引方法という三つの行為類型を規制する。

私的独占（三条前段、二条五項）は、事業者を排除または支配することで、競争を実質的に制限するものである。多くの場合、単独の事業者によって行われる。本論文は排除について述べる。

不当な取引制限（三条後段、二条六項）は、複数の事業者が共同して相互に拘束することで、競争を実質的に制限するものである。価格カルテル、入札談合などが典型的な行為である。

不公正な取引方法（一九条、二条九項）は、複数の行為類型を含み、競争を実質的に制限するに至らない行為について規制する。行為要件は、私的独占、不当な取引制限と重なるものもある。

(2) 不正な取引方法の規制の方法―法と一般指定告示

不正な取引方法には、法律で規定する類型及びその行為の内容を公正取引委員会の指定にゆだねる類型がある。すなわち、一九条は、「事業者は、不正な取引方法を用いてはならない」と規定するが、定義規定である二条九項は一号ないし五号は要件を規定し、六号は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を用いるとする。これに従つて、公正取引委員会は、すべての業種に適用される一般指定告示を定めている。

従来、不正な取引方法はすべての類型について公正取引委員会の指定にゆだねていた。しかし、平成二十一年法改正によつて、一部の行為に課徴金を課すことになったため、その対象となる行為については法律で要件を規定することになったものである。したがつて、法律によつて規定されるものと一般指定によつて指定されるものに分類できる。<sup>(1)</sup>

なお、本論文では、現行の一般指定告示（平成二十二年公正取引委員会告示第一八号）を「一般指定」、平成二十一年改正前の一般指定告示（昭和五十七年公正取引委員会告示第一五号）を「旧一般指定」、昭和五十八年改正前の一般指定告示（昭和二十八年公正取引委員会告示第一一号）を「前一般指定」という。

(3) 不正な取引方法の位置づけ―私的独占と不当な取引制限の補完規定

不正な取引方法は、いずれの規定も、行為要件と効果要件からなるので、分けてみる。行為要件からみると、私的独占及び不当な取引制限と重なるものがある。

私的独占及び不当な取引制限については、対市場効果という意味で「競争を実質的に制限する」が効果要件とさ

れる。他方、不公正な取引方法については、「公正な競争を阻害するおそれ」、つまり「公正競争阻害性」が効果要件とされる。

#### ア 行為要件

私的独占の行為要件である排除については、その手段は問わないとされる。たとえば、事実行為によるもの、取引拒絶、排他的契約などである。もともと、他の事業者を市場から退出させること自体、通常の取引においても認められる中立的な行為であつて、そのための手段としてはさまざまなものが見られることと同様である。

不当な取引制限の行為要件は、複数の事業者が相互に拘束し、競争を実質的に制限することであり、いわゆるカルテル行為を規制するものである。拘束される事業活動の内容には種々のものがあり、種々のカルテルがあるが（たとえば、価格カルテル、入札談合、地域分割、取引先分割など）その内容は限定される。

不公正な取引方法の行為要件には、さまざまな類型が含まれる。これらの中には、私的独占、不当な取引制限と重なるものがある。

私的独占との関係では、排除型私的独占ガイドラインで取り上げられている不当廉売、排他的取引、抱き合わせ、供給拒絶は、不公正な取引方法としても規定される。

不当な取引制限との関係では、共同の取引拒絶（共同ボイコット）については、不当な取引制限に当たるかという点で争いがあり、これに当たるとする考えによれば、不公正な取引方法と重なることになる。このように、行為要件が重なる類型については、効果要件として、「競争を実質的に制限する」が認定できる場合には、私的独占、不当な取引制限に該当し、これに至らない場合、つまり、「公正競争阻害性」しか認定できない場合には、不公正な取引方法に該当することになる。

## イ 効果要件

私的独占及び不当な取引制限は、いずれも、効果要件として、「競争を実質的に制限する」と規定し、市場支配力を形成維持強化することであるとされている。これに対して、不公正な取引方法の効果要件は、「公正な競争を阻害するおそれ」、つまり、「公正競争阻害性」である。「公正競争阻害性」は、一般的には競争を実質的に制限するまでには至らないものを意味するとされる。具体的には、自由競争を侵害するもの、競争手段が不公正なもの、自由競争基盤を侵害するものという三つに分けられる。

## ウ 三つの行為類型の関係

私的独占あるいは不当な取引制限と重なる行為類型である場合、当該行為要件に該当する行為について、「競争を実質的に制限する」という効果要件を満たせば、私的独占あるいは不当な取引制限に該当することになるが、これに至らない場合、つまり、公正競争阻害性しか認定できない場合には、不公正な取引方法に該当することになる。このため、不公正な取引方法は、私的独占、不当な取引制限の補完規定であると言われる。前述のとおり、不公正な取引方法は、さまざまなレベルの行為を対象とすることから、公正競争阻害性をひとくりに論じることが難しい。実際に、排除措置命令、審決、判決として明らかになるものは、公正取引委員会が摘発した事件ということになり、ある程度の市場規模、違法性を持つ行為が前提となることは否定されない。ただ、現在は、不公正な取引方法については、私人による差止請求訴訟（二四条）も認められており、さまざまなレベルの行為が対象となる。

これに対し、行為要件が私的独占、不当な取引制限と重ならない類型については、それぞれ行為要件と効果要件について検討することになる。

## 2 要件

不公正な取引方法について個別の類型をみると、行為要件と効果要件からなる。すなわち、どのような行為をしたかという観点とその行為がどのような影響を持つかという観点から見て、要件に該当するかについて判断する。以下では、各要件について概観する。

### (1) 行為要件

#### ア 概要

不公正な取引方法には、さまざまな行為類型があるが、いくつかの分類の方法がある。まず、法律の規定からみて、法定される類型と一般指定による類型に分けることができる。また、「正当な理由がないのに」「不当な」「正常な商慣習に照らして不当に」のいずれを要件とするかによって分類することもできる。また、公正競争阻害性からみると、その内容によって分類することもできる。すなわち、自由競争の侵害、競争手段の不公平、自由競争基盤の侵害のいずれにあたるかという分類である。

#### イ 具体的行為類型

##### a 法定類型

二条九項は、不公正な取引方法の定義規定である。このうち、一号から五号は法定類型である。

一号は、共同の取引拒絶（供給拒絶）である。競争関係にある事業者の共同の取引拒絶のうち、供給を拒絶する

行為について規制する。

二号は、差別対価（継続取引）である。差別的な対価の設定について、継続して行われ、他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがある行為について規制する。

三号は、不当廉売（著しく低い価格）である。供給に要する費用を著しく下回る対価での継続的な供給を規制する。

四号は、再販売価格拘束である。自己の供給する商品を購入する相手方に対し、その承認の販売価格を定めて、これを維持させること、あるいは当該商品の販売価格の自由な決定を拘束することを規制する。

五号は、優越的地位の濫用である。優越的地位を利用して、相手方に不利益を負わせる行為のうち、取引に関係ない商品の購入等、何らかの経済上の不利益負担、値引き・返品等を規制する。

#### b 一般指定類型

二条九項六号は、不公正な取引方法について、同号に規定する行為に該当するもので、公正な競争を阻害するおそれがあるものについて公正取引委員会が指定することを規定する。これを受けて、公正取引委員会が一般指定告示によって指定したものが一般指定類型である。

一般指定一項は、共同の取引拒絶（供給を受けることの拒絶）である。共同の取引拒絶のうち、供給を受けることの拒絶を規制する。旧一般指定の共同の取引拒絶のうち、法一号で規定されないものである。

一般指定二項は、その他の取引拒絶である。競争関係にない事業者間の共同の取引拒絶、単独の取引拒絶を規制する。

一般指定三項は、差別対価（法定類型以外）である。法二号に規定する差別対価以外のものを規制する。

一般指定四項は、取引条件の差別取扱いである。

一般指定五項は、事業者団体における差別的取扱いである。

一般指定六項は、不当廉売（法定類型以外）である。不当に低い対価による場合であり、法三号に規定する差別対価以外のものを規制する。

一般指定七項は、不当高価購入である。

一般指定八項は、ぎまんの顧客誘因である。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、取引するように誘引するものを規制する。

一般指定九項は、不当な利益による顧客誘因である。

一般指定一〇項は、抱き合わせ販売である。自己の商品又は役務の供給にあわせて他の商品又は役務を自己又は自己の指定する事業者から購入させる等強制することを規制する。

一般指定一一項は、排他条件付取引である。相手方が競争者と取引しないことを条件として当該相手方と取引し、取引の機会を減少させるものと規制する。

一般指定一二項は、拘束条件付き取引である。法四号及び一般指定一一項を除く条件をつけて取引することである。

一般指定一三項は、取引の相手方の役員選任への不当干渉である。旧一般指定のうち、優越的地位の濫用のうち法五号に規定されないものである。

一般指定一四項は、競争者に対する取引妨害である。契約の成立の阻止、契約の不履行の誘引など、方法を問わず、取引を妨害するものを規制する。



一般指定二五項は、競争会社に対する内部干渉である。

## (2) 効果要件―公正競争阻害性

### ア 公正競争阻害性の意義

不公正な取引方法の効果要件は、「公正競争阻害性」とされるが、条文上は「公正な競争を阻害するおそれ」であり、現行法では六号に規定されるのみである。他方、一号ないし五号は、「不当に」「正当な理由がないのに」あるいは「正常な商慣習に照らして不当に」と規定されているが、その内容はいずれも「公正競争阻害性」を意味するとされる。これは、平成二十二年改正前の二条九項では、柱書に「公正な競争を阻害するおそれ」と規定されており、これが不公正な取引方法の効果要件の内容を示すものとされていたのが、平成二十二年改正により、条文の構成が変わったものであり、実質的に変更されるものではないと解されている。

なお、「不当な」「正当な理由がないのに」あるいは「正常な商慣習に照らして不当に」という要件は、行為要件の規定のように見える。しかし、いずれも公正競争阻害性を意味し、<sup>(3)</sup>効果要件と解される。競争に対する効果であり、実質的要件とする考えもあるが、本論文では効果要件という。

判例は、<sup>(4)</sup>「専ら公正な競争秩序維持の見地からみた観念であつて、当該拘束条件が相手方の事業活動における自由な競争を阻害するおそれがないことをいう」とする。その内容は具体的ではない。<sup>(5)</sup>審決も、「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」としており、具体性に欠けることは否めない。

これについては、独占禁止法研究会がその内容について検討し詳細な報告を出している。

## イ 独占禁止法研究会報告

公正取引委員会は、昭和五七年の一般指定告示の改正に先立ち、独占禁止法研究会において不公正な取引方法について検討しており、その中で公正競争阻害性についても検討している。その結果は、「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」として報告されている。

同報告によると、公正競争阻害性については、①自由な競争の侵害、②競争手段の不正さ、③自由競争基盤の侵害とされる。

①自由な競争の侵害には、競争の回避と競争の排除が含まれる<sup>(6)</sup>。競争の回避には、再販売価格拘束、販売地域制限があり、競争の排除には、略奪的価格設定、不当廉売、排他的取引、抱き合わせ、取引拒絶がある。これらについては、排除型私的独占の行為要件に該当するものもあり、競争の実質的制限に至らないものと解される<sup>(7)</sup>。

②競争手段の不正さは、能率競争を妨げるような競争手段自体が非難される場合である。

③自由競争基盤の侵害は、取引主体が主體的に判断するための前提となる自由競争の基盤を侵害する場合である。いずれも、競争を実質的に制限する、すなわち、市場支配力を形成維持強化することに直接結びつくものではないものと解される。

他方、これら三分類について、いずれに該当するかを考えると、これらの要素を総合勘案して公正競争阻害性が認められるかを判断するという考えもある<sup>(8)</sup>。

## ウ 不公正な取引方法の射程範囲

もともと、不公正な取引方法が、複雑雑多な行為類型を含むとともに、同じ行為類型であっても、市場規模・違法性の程度等において、異なるものを規制の対象とするという特徴を有する。たとえば、拘束条件付取引について

みれば、マイクロソフトの非係争条項を取り上げた事案も高知市の医薬品の卸売業者が所有する建物を薬局の店舗として賃貸するにあたり、医薬品の購入量に制限を課した事案<sup>(9)</sup>も射程に入るものである。前者は、世界市場を前提にして、私的独占にかなり近い事案であることがうかがえる。後者は、ある地方都市の店舗の賃貸借契約と医薬品の購入量の制限という不公正な取引方法が基本とする取引の最小単位を前提とする事案であることができる。このように、事業者の規模、その取引の範囲、内容、行為の影響する範囲などからみて、不公正な取引方法の射程範囲はきわめて広い。

さらに、時代によって、前提となる事実が変化することで、不公正な取引方法に該当する行為も変化する。たとえば、流通の形態の変化が、取引の範囲、事業者間の関係などの変化をもたらすこともある。商品の販売方法として、いわゆる個々の独立した商店というような小売店による販売から特殊指定によって規制されるような大型店による販売へと移ったこと、つまり、小売店の衰退（いわゆるシャッター商店街といった現象が見られる。）と郊外に立地するワンストップ型の大型店舗の発展がある。さらには、最近では、取引の形態は、バーチャルの世界、つまり、仮想商店街といったインターネット上の取引へと移りつつある。このような変化、あるいは変化の途上においては、公正競争阻害性の三分類を前提に判断することは難しい場合もある。昭和五八年に出された独占禁止法研究会報告は、それまでに取り上げられた事件、当時、問題となる事案を前提にするが、法律あるいは一般指定が予定していた事象と現段階における事象には、差異が生じていることは否定できない。事業活動を対象とする独占禁止法は、このような前提で抽象的に規定されているということからしても、その解釈においても、柔軟に考えることが必要である。公正競争阻害性を規定する「不当に」「正当な理由がないのに」あるいは「正常な商慣習に照らして不当に」についても異なるものではない。

また、公正競争阻害性について、三類型のいずれにあたるかについても、一応のメルクマールとはなるものの、認定できる事実から柔軟に判断することになると解するべきである。<sup>11)</sup>

### 3 発展的考え方

平成二一年法改正において、不公正な取引方法の一部に課徴金を課すことになったが、基本的には、違法性の程度によって、違法類型とそうでないものに分け、前者を課徴金類型とするものとし、法定したものであるが、いくつかの違法類型にあたらなない類型についても課徴金の対象とされており、必ずしも、理念と実務上の要請は一致しないといえることができる。

また、そもそも、同じ行為類型を違法性の程度によって規制することは、二重の規制にあたるとして、私的独占と不当な取引制限に発展的に解消する考えもある。<sup>12)</sup>

私的独占と不当な取引制限に含まれない類型もあること、競争を実質的に制限するまではないが、自由で公正な競争が機能していないような状況にある場合など、不公正な取引方法自体に規制の意義がある考えることもできよう。

## Ⅱ 独占禁止法と要件事実

### 1 事実認定

独占禁止法の要件は、抽象的なものが多いが、その中でも、「公正競争阻害性」、もしくは、「不当な」「正当な理由がないのに」あるいは「正常な商慣習に照らして不当に」という要件は、最も抽象的なもののひとつといえよう。このような抽象的な要件であっても立証することが必要であることはいうまでもない。

立証とは、証拠をもって事実を認定することである。原則として事実証拠に基づいて認定することについて、刑事訴訟法（三一七条）、あるいは民事訴訟法（二四七条）<sup>(13)</sup>はそれぞれ規定をおく。独占禁止法にもまた同様の規定がある（六八条）<sup>(14)</sup>。

立証の程度の違いはあるものの、証拠による事実認定のプロセスは刑事訴訟も民事訴訟も同様である。当該要証事実が認定できるかについて、存在する証拠から心証を形成し、判断する。基本的には自由心証主義が採用されており（刑事訴訟法三一八条、民事訴訟法一四七条）、証拠による事実認定は裁判官にゆだねられる。<sup>(15)</sup>独占禁止法において、自由心証主義を採用する規定はないが、法定証拠主義に関する規定もなく、事実認定の基本的考え方であり、これによるものと解される。<sup>(16)</sup>

## 2 主張立証責任

### (1) 独占禁止法と行政事件訴訟・民事訴訟の関係

独占禁止法は、不服申立の制度として、審判手続、審決取消請求訴訟を予定する。審決取消請求訴訟は、審決という行政処分<sup>(17)</sup>の取消を求めるものであり、行政事件訴訟の一種である（独占禁止法第七八条等、行政事件訴訟法第三條一項）。行政事件訴訟では、特段の規定がない場合には民事訴訟法の規定が適用される（行政事件訴訟法第七條）。審判手続については、独占禁止法が規定しているが、審決取消訴訟との手続の連続性、事後の不服申立の制度という性質からすると、規定がない部分については、行政事件訴訟法、民事訴訟法に準ずると解される。

### (2) 民事訴訟における主張立証責任

#### ア 主張立証責任

民事訴訟において、法律の規定する効果が発生するには、当該法律の要件に該当する事実を立証しなければならず、立証できない場合にはその効果が発生することによる利益を受けることができないことになるが、訴訟上、ある要件事実の存否が真偽不明に終わったために当該法律効果の発生が認められないという不利益または危険を民事訴訟における立証責任という<sup>(17)</sup>。客観的立証責任、証明責任ともいう。具体的事実が立証されない場合、当該事実は存在しないと扱われることによる不利益を当事者のいずれが負担するかである。ある要件について、立証されることによる利益と立証されないことによる不利益は同一当事者に帰属し、これらが別の当事者に帰属することはない。

主張責任は、当事者が主張しない事実<sup>(18)</sup>は認定できないとするものである。通常は、立証責任を負うものが負担する。

## イ 立証責任の分配

立証責任を負う当事者は、立証ができない場合には、その法律の規定する効果が発生することによる利益を得ることができないという不利益を受けることから、立証責任をどちらの当事者に負担させるかは、訴訟の結果に大きく影響する。このため、どのように立証責任を分配するかは重要な問題である。

民事訴訟において、裁判所は、原告が主張する権利、あるいは法律関係の存否について判断しなければならないが、それらは観念的なものであり、原則として直接認定することはできない。このため、当該権利等の存否については、権利の発生、消滅というような法律効果の組み合わせによって導き出すことになる。法律の多くは、このような法律効果の発生要件を規定しており、この発生要件を法律要件、構成要件という。そして、法律効果が認められるかどうかは、その発生要件に該当する具体的事実の存否にかかることになるが、この事実を要件事実<sup>(19)</sup>という。

民事訴訟における立証責任の分配、つまり、訴訟上、いずれの当事者に立証責任が帰属するかについては、その要件事実の存在が認められたら発生するであろう法律効果との関係で論理的、客観的に定まるとされる（法律要件分類説、通説とされる<sup>(20)</sup>）。法律効果の発生要件は、すべて客観的に法律が規定するところであり、実体法の規定は、その法律効果が他の法律効果にどのように働くかという観点から、権利根拠規定、権利障害規定、権利阻止規定、権利消滅規定に分けられる<sup>(21)</sup>。法律効果の働き方によって論理的に定まる組合せに従い、訴訟の当事者は、それぞれ自己に有利な法律効果の発生要件事実について立証責任を負うとする。

### (3) 行政事件訴訟における主張立証責任

#### ア 立証責任と主張責任

権利、法律関係を認定するには、これらを発生させる法律の定める要件に該当する具体的な事実（要件事実）を立証することで認定を可能とするという方法は、民事訴訟だけでなく、行政事件訴訟でも同じであるから、主張立証の対象、立証責任の分配についても基本的には同様に考えることができる。

行政事件訴訟において、主張立証責任の対象となる事実及び立証責任の分配は、個別の要件ごとに分類されるというよりも、憲法及び行政法の制度趣旨により、取消訴訟の対象となる行政処分の種類、つまり、侵害処分か、授権処分かで区別する。侵害処分の場合、本来有している権利を制限し、義務を課すことになる処分であるから、その立証責任は処分者である行政主体（被告）に負わせ、他方、授権処分の場合、国民として一般人が有する利益に比べて特別の利益を付与することになる処分であるから、その立証責任は、利益を得ることになる国民（原告）に負わせることとされる。

ただし、侵害処分でも、すべての要件事実について、行政主体にから立証させることは、処分の適否についての判断を遅延させることになり、国民の救済に反することになること、立証責任の負担が大きくなること、要件事実論を機能させる必要があることからすると、立証責任を負わない国民（原告）が争点形成責任を負うこととし、国民（原告）が争点として指摘した部分について、行政主体（被告）が立証すれば足りるとする。<sup>(22)</sup>

#### イ 訴訟物・請求の趣旨・取消理由

行政事件訴訟における訴訟物は、行政処分の違法一般とされる<sup>(23)</sup>。したがって、処分を争う者（原告）は、取消の対象となる行政処分を特定し、それが違法であることを明らかにすれば足り、具体的な違法事由を記載することは



必要ではないとされる。<sup>(24)</sup>これに対し、処分者である行政主体（被告）は、当該処分が適法であること、すなわち、処分要件を充足することを主張する。これに対して、処分を争う者（原告）は、特定の処分要件が充足していないことを主張しなければならない。さらに、行政主体は、当該処分要件が充足されていることを主張することになる。このように、処分を争う者（原告）は、訴訟の当初から、個別具体的な処分要件の違法について主張することは必要ではないが、争う点について明らかにし争点を形成することで、訴訟手続を円滑に進めることができる。

具体的には、処分の特定とその取消が請求の趣旨であり、当該処分の違法が請求の原因である。行政主体は、処分の適法性、相当性について包括的に主張する。これに対し、処分を争う者（原告）は、処分の適法性を構成する要件のうち、国民（原告）が争点とするものについて具体的に主張する。そして、侵害処分の裁量権の逸脱または濫用については、裁量性が明らかな処分の場合には、裁量性が処分の存在から明らかとなり、これに含まれる。

#### （４） 独占禁止法における主張立証責任

##### ア 立証責任

独占禁止法に違反する行為に対する排除措置命令及び課徴金納付命令は、まず、公正取引委員会がこれを命じ、命ぜられた者等が各命令の適法性を争うときには、審判手続が行われ、これについて判断する審決が出される。この審決に対し、不服がある場合、命ぜられた者等は、裁判所に対し審決取消請求訴訟を提起することができる。審決取消請求訴訟は、行政事件訴訟によるとされるが（七八条）、その前段階である審判手続については独占禁止法の規定によるが、手続の連続性、手続の性質からすると、考え方等については、同様に行政事件訴訟に準ずることになると解される。

独占禁止法に違反する行為に対する排除措置命令及び課徴金納付命令は、いずれも侵害処分である。すなわち、排除措置命令は、公正取引委員会が独占禁止法違反行為を行った事業者に対して、違反行為を排除するに必要な措置を講ずるように命令するものであり、課徴金納付命令は、独占禁止法違反行為を行った事業者に対して、一定の方法によって算定された課徴金の納付を命ずるものであるから、いずれも、国民に対し義務を負わせるものであり、行政事件訴訟の侵害処分に該当する。そして、独占禁止法における審判手続は、審決取消請求訴訟の前審であること、処分に対する事後の不服申立の制度であることからすると、審決取消請求訴訟と同様に、主張立証責任および要件事実についても、行政事件訴訟法、民事訴訟法の考え方によると解される。

## イ 主張責任

独占禁止法における審判手続における主張については、審判請求をしようとする者が審判請求にかかる命令、審判請求の趣旨及び理由を記載した書面を提出することによる（五二条一項）。これは、行政事件訴訟における処分の特定と取消の請求に対応する。

これに対し、公正取引委員会（審査官）は、原処分の原因となる事実及び法令の適用、並びに原処分が相当であることをについて主張する（五八条一項）。これは、行政事件訴訟における処分の適法性、相当性に対応すると解される。

さらに、審判請求をしようとする者は、命令に対する主張を明らかにすることを要する（五二条二項）。これは、行政事件訴訟における争点の形成に対応すると解される。

### 3 要件事実

#### (1) 民事訴訟における要件事実

##### ア 要件事実

民事訴訟において、裁判所は、原告が主張する権利、あるいは法律関係の存否について判断しなければならないが、それらは観念的なものであり、原則として直接認定することはできない。このため、当該権利等の存否については、権利の発生、消滅というような法律効果の組み合わせによつて導き出すことになる。法律の多くは、このような法律効果の発生要件を規定しており、法律効果が認められるかどうかは、その発生要件に該当する具体的事実の存否にかかることになる。そして、権利、法律関係を発生させる要件に該当する具体的な事実を要件事実という。要件事実は、立証責任の分配、つまり、立証責任をどちらに負担させるかを判断する基礎となる事実である。立証責任の分配は訴訟の勝敗に大きく影響することから、どちらが負担するかは重大な問題である。これについて、その基準は、法律の規定に従つて分類するという法律要件分類説が実務上採用されており、通説とされ、法律の規定は、法律効果が他の法律効果にどのように働くかという観点から、つぎの四つに分類される。すなわち、権利根拠規定、権利障害規定、権利阻止規定、権利消滅規定である。これらの規定の要件に該当する事実が要件事実である。権利の発生を定める規定である権利根拠規定の要件に該当する事実が権利根拠事実<sup>(25)</sup>である。法律効果の発生の障害を定める規定である権利障害規定の要件に該当する事実が権利障害事実<sup>(26)</sup>である。権利の行使を一時的に阻止することを定める規定である権利阻止規定の要件に該当する事実が権利阻止事実<sup>(27)</sup>である。いったん発生した権利の消滅

を定める規定である権利消滅規定の要件に該当する事実が権利消滅事実<sup>(28)</sup>である。

### イ 規定の抽象度と要件事実

要件事実には、法律の規定の抽象度の違いから、事実的要件と評価的要件<sup>(29)</sup>に区分することがある。事実的要件は、法律効果の発生について、具体的事実を要件とする場合である。当該要件に該当する事実を直接立証することができるものであり、民法の多くの要件がこれに該当する。他方、法律効果の発生について、ある評価の存否を要件とする場合がある。法律が規定する要件自体が抽象的であるため、当該要件に該当する事実は直接立証することができず、具体的な事実を評価することで認定するしかない場合である。

事実的要件と評価的要件の区別のメルクマールは、抽象度が高く、直接立証することができないかどうかであるが、通常は、一般的に共通の認識が得られるかどうかで判断される。

事実的要件とは、具体的事実が要件事実である場合である。事実的要件の場合、その事実について弁論主義が適用される。当事者は、具体的要件に該当する事実を主張立証することになる。

評価的要件とは、ある法律効果の発生について、ある評価の存否を要件とする場合である。評価が成立するためには、評価の成立を根拠づける具体的事実が必要である。この事実を評価根拠事実という。これに対し、評価根拠事実と両立し、当該評価の成立を妨げる事実を評価障害事実という。評価根拠事実が要件事実であり、評価障害事実が抗弁となる。評価根拠事実、評価障害事実について弁論主義の適用がある。

なお、評価的要件と同様に評価の成立を要件事実とするものとして、規範的要件という分類をすることもある。規範的要件と評価的要件の違いは、要件の内容として規範的内容を含むかどうかである。規範とは、ものの善悪、あるいは行動の基準となるものである。「過失」「正当理由」などは規範的要件に該当するとされる<sup>(31)</sup>。これに対し、

「瑕疵」「占有」などは評価的要件とされる<sup>(32)</sup>。なお、規範に関係しない評価もあるので、規範的要件ではなく、評価的要件のみを使用することもある<sup>(33)</sup>。本論文では、評価的要件という。

## (2) 独占禁止法における要件事実

前記2(1)によれば、独占禁止法の審判、審決取消請求訴訟はいずれも独占禁止法、あるいは、行政事件訴訟によることになり、前記2(2)によれば、独占禁止法の主張立証の考え方についても行政事件訴訟、さらには民事訴訟の考え方によることになる。このため、民事訴訟法の要件事実の考え方も、独占禁止法の審決取消請求訴訟さらには、その前審である審判手続にも妥当すると解される。そうすると、前記(1)イで述べた評価的要件の考え方も、これらの手続においても妥当すると解される。

独占禁止法には、「一定の取引分野」「競争を実質的に制限する」など抽象的な規定が多いが、これらは、評価的要件に該当すると解される。また、「相互に拘束する」のひとつの場合である黙示の「意思の連絡」は、黙示の合意を意味するとされるが、黙示の意思表示と同じように、評価的要件と解することができる<sup>(34)</sup>。判決や審決では、「総合判断する」「総合勘案する」というフレーズが使用される場合がこれに該当し(多摩判決では「併せ考慮する」という文言が見られる)、この判断は「評価」であると解される。

これらについて、評価的要件と解すると、具体的事実である評価根拠事実及び評価障害事実を認定し評価することと判断することになるが、その場合、評価根拠事実は評価の成立を求める者が、評価障害事実は評価の成立を妨げようとする者が主張立証責任を負うことになる。そして、評価根拠事実及び評価障害事実は、真偽不明となることがあるが、評価については真偽不明はなく、評価できるかどうかである。

「公正競争阻害性」について、「正当な理由がないのに」「不当な」「正常な商慣習に照らして不当に」と書き分けたのは、行為類型の違法性によると解される。「正当な理由がないのに」を要件とする行為類型は原則違法類型であつて、公正取引委員会は行為要件について立証すれば足り、取消を求める者が正当理由があることを明らかにし、「不当な」「正常な商慣習に照らして不当に」を要件とする行為類型は中立的な行為類型であるから、公正取引委員会が行為要件と不当性を立証しなければならないとする<sup>(35)</sup>。しかし、いずれの行為類型であつても公正取引委員会が両要件を立証しなければならず、強い推定が働くだけであるとする考えもある<sup>(36)</sup>。

### Ⅲ 不公正な取引方法と要件事実

#### 1 概要

Ⅰの2で述べたとおり、条文中、不公正な取引方法は、行為要件と効果要件を規定しており、それぞれの要件に該当する事実が要件事実である。

行為要件は、法あるいは一般指定の各規定の定めるところによる。行為類型によつては、具体的な要件である場合もあるし、抽象的な要件である場合もあると解される。

効果要件は、「不当な」「正当な理由がないのに」あるいは「正常な商慣習に照らして不当に」と規定するものであるが、その内容は、「公正な競争を阻害するおそれ」つまり、「公正競争阻害性」である。いずれも抽象的であつて、直接立証することができないので、より具体的な事実を立証し、それらの事実を総合評価することで認定する<sup>(37)</sup>。

具体的な事実は、評価根拠事実及び評価障害事実である。

行為の種類によつては、行為要件と効果要件を明確に分けることが難しいものもある。たとえば、行為要件自体に不当性が読み込まれているものもある。行為要件が、「強制する」「させる」（強制的な意味を持つ場合）などを含むものは行為要件自体に不当性が含まれると解される。また、行為要件の予定する競争手段自体が不正なものであるものがあるが、これらは行為要件に該当する事実が認定されれば、公正競争阻害性をも認定できることになる。たとえば、顧客誘引の種類などは競争手段の不正さに該当する。抱き合わせ、取引妨害も競争手段の不正さに該当するが、加えて自由競争減殺という側面もあり、行為要件に該当するからといって直ちに公正競争阻害性が認定できるとはいえないと解される。

## 2 個別の種類における要件事実

個別の種類における要件事実について検討するが、「公正競争阻害性」の認定を中心に見る。なお、平成二年法改正で、不当な取引制限は現行法の規定となったが、判例、審決はいずれも改正前のものである。同法改正で規定は変更されたが規制の内容そのものは変更されていないと解されるので、該当する条文、条項に関連して引用する。

## (1) 共同の取引拒絶

## 【独占禁止法二条九項】

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。

(一般指定は略) (傍線は著者による。以下同)

## ア 要件事実

共同の取引拒絶の行為要件は、不当な取引制限と同様であり、「共同して」と「拒絶する」からなる。共同の取引拒絶のうち、法定類型である供給の拒絶について検討する。

①競争者が、②共同して、③ある事業者に対し、④ i 供給等を拒絶する、ii 供給する商品の数量・内容を制限する、⑤正当な理由がないのに、が要件であり、原則として、これらに該当する具体的事実が要件事実と解される。

①は主体であり、②は当事者が合意すること、意思の連絡をすること、③は行為の相手、④はいずれも拒絶行為であり、これらが行為要件である。「共同して」については、合意すること等であるが、実効性があることが必要である。これらは公正取引委員会が主張立証する。

さらに⑤「正当な理由がないのに」は効果要件であり、公正競争阻害性である。「正当な理由がないのに」につ



いては、行為要件に該当する事実が認定できれば、原則として公正競争阻害性が認められ、正当な理由が認められなければ、公正競争阻害性が認定できると解される。

「正当な理由がないのに」という要件は、抽象的であり、直接立証することができないので、評価的要件に該当すると解される。したがって、より具体的な事実である評価根拠事実あるいは評価障害事実を立証する。そして、共同の取引拒絶行為そのものが公正競争阻害性を有する行為類型であることから、公正取引委員会は、上記①ないし④の事実を立証すれば、公正競争阻害性の立証としては足りることになる。他方、取消を求める者は、正当な理由に該当する事実を主張立証する必要がある。これに対して、公正取引委員会は、正当な理由について否認するか、さらに評価根拠事実を主張立証することになる。①ないし④の事実が評価根拠事実であり、正当な理由に該当する事実が評価障害事実であると解される。

#### イ 事例―着うた事件<sup>38)</sup>

##### a 概要

レコード会社五社が、音楽用CD発売用等に製作された原盤を使用して、原盤に録音された歌声等の楽曲（音源）の一部を携帯電話の着信音（着うた）として設定できるように配信する事業（いわゆる着うた提供事業）を行うにあたり、五社の共同出資により運営される会社（レーベルモバイル株式会社）に着うた配信業務を業務委託する一方、共同して、着うた提供事業に参入しようとする他の事業者に対しては、その事業のために必要な楽曲の原盤権の利用許諾を拒絶している行為が、旧指定一項一号に該当するとされた。

##### b 判断

##### i 共同して

ここにいう「共同して」に該当するためには、共同取引拒絶の規制の趣旨が、拒絶者集団が意思の連絡をもつて共同で取引を拒絶する行為が被拒絶者の市場における事業活動を不可能又は著しく困難にし、ひいては不公正な取引につながる弊害があるため、その弊害を除去することにあること、しかし、反面において、そのような意思の連絡のない外形的に一致したにすぎない取引拒絶行為をも規制することとなれば、事業者の経済行為の自由に対する過度の規制となり得ること、を踏まえれば、単に複数事業者間の取引拒絶行為の外形が結果的に一致しているという事実だけでなく、行為者間相互に当該取引拒絶行為を共同でする意思すなわち当該取引拒絶行為を行うことについての「意思の連絡」が必要となるものと解すべきである。そして、この場合の「意思の連絡」とは、複数事業者が同内容の取引拒絶行為を行うことを相互に認識ないし予測しこれを認容してこれと歩調をそろえる意思であることを意味し、「意思の連絡」を認めるに当たっては、事業者相互間で明示的に合意することまでは必要ではなく、他の事業者の取引拒絶行為を認識ないし予測して黙示的に暗黙のうちにこれを認容してこれと歩調をそろえる意思があれば足りるものと解すべきである。

ii 正当理由

原盤権者の立場から着うた提供者者に利用許諾を拒絶する行為の法的正当性、経済的合理性を強調し、それゆえに原告イベントクス及び同ビクターによる利用許諾の拒絶行為の共同性が否定される、とするものであるが、本件審決は、このような原盤権の利用許諾の拒絶行為を五社が意思の連絡の下に「共同して」行ったことが独占禁止法に違反する違法な行為であると判断しているのであり、先に認定判断したとおり、本件に表れた一切の事情（着メロ提供事業のビジネス構造に対する五社の不満、レーベルモバイル設立の経緯、着うた提供事業を開始する動機や経緯、レーベルモバイルの運営委員会等における五社の要職を担う者同士の検討状況、アフィリエート戦略の検討

の経緯、等）を考慮すれば、五社が意思の連絡の下に共同してレーベルモバイル以外の着うた提供業者に対して利用許諾を拒絶する行為を行っていたことは優に認められるというべきであって、そのような利用許諾の拒絶行為を五社が個別に行っていた場合にはそれが著作権法の観点から適法であって経済的合理性を有する行為であると評価できるとしても、そのことは、本件において五社が意思の連絡の下に共同して利用許諾を拒絶していたとの事実認定やそれが独占禁止法に違反する違法な行為であるとの評価を左右するものではないというべきである。

### c 検討

#### i 意思の連絡

判決当時における不当な取引制限の「共同して」の先例である判決<sup>(39)</sup>と同様に解している。ここにいう「意思の連絡」は黙示の合意であり、抽象的であり、直接立証することができないので、評価的要件と解されることから、より具体的な事実をもって認定する。

#### ii 公正競争阻害性

「正当な理由がないのに」が要件であり、判決は、正当理由について判断している。行為要件を満たせば、公正競争阻害性が推定でき、正当理由が立証されなければ、違反行為が認定できるとする。

正当理由については、原盤権（著作隣接権）という知的財産権の行使であるとするが、個別に行使するのであればともかく、共同して行使することはないとする。

行為要件については、他の事業者の使用許諾しないことについて意思の連絡をしたこと及び使用許諾をしなかったことが認定されており、効果要件については、行為が認定できれば、公正競争阻害性が推定される。別の見方をすると、行為要件該当事実が、効果要件の評価根拠事実となると解される。他方、正当な理由に該当する事実とし

て、著作隣接権という知的財産権に基づく行為であること、<sup>(40)</sup> 正当な業務として許容される範囲の活動であることが主張されているが、いずれも認められていない。これらの事実が、評価障害事実となると解される。

## (2) 取引拒絶

### 【一般指定】

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。

### ア 要件事実

単独の取引拒絶には、自ら取引を拒絶する場合（直接の拒絶）と他者に取引を拒絶させる場合（間接の拒絶）がある。契約自由の原則からすると、事業者は、だれと契約するかについては原則として自由に決めることができるのであって、事業者が、ある事業者と取引しないと判断するということは、一般的に認められるから、不当であること、つまり、公正競争阻害性が認められることが必要である。

単独の直接の取引拒絶について検討する。

①事業者が、②ある事業者に対し、③ i 取引を拒絶する、ii 供給する商品の数量・内容を制限する、④不当に、が要件であり、原則として、これらの要件に該当する具体的事実が要件事実と解される。

①は行為の主体、②は行為の相手、③は拒絶行為であり、これらが行為要件である。これらについては、公正取引委員会が主張立証する。

さらに、④は効果要件であり、公正競争阻害性である。上記のとおり、ある事業者と取引をしないことは中立的な行為であり、当該拒絶行為が不当であること、つまり公正競争阻害性があることについて、公正取引委員会が明らかにする必要がある。

「不当に」という要件は、抽象的であり、直接立証することができないので、評価的要件に該当すると解される。したがって、公正取引委員会は、より具体的事実である評価根拠事実を主張立証する。他方、取消を求める者は、評価根拠事実を否認するか、評価障害事実を主張立証することになる。

## イ 事例―松下電器事件<sup>41</sup>

### a 概要

松下電器は、同社の販売会社（販社）と継続的な取引契約を締結していない小売業者（未取引先小売店）が松下製電気製品の廉売を行う事例が多くみられたことから、平成一〇年一月ころ以降、全国各地において、調査を行い、その結果、特定の松下製電気製品を未取引先小売店に直接又は間接に販売していた代理店等が判明した場合には、他の代理店等に対し、松下製電気製品の廉売を行っている未取引先小売店に直接又は間接に松下製電気製品を販売しないようにさせていた行為が旧一般指定二項に該当するとした。

### b 判断

松下電器は、不当に、代理店等に、松下製電気製品の廉売を行う未取引先小売店に対する松下製電気製品の販売を拒絶させていたものであり、これは、不公正な取引方法（旧一般指定）第二項に該当し、独占禁止法第十九条の規定に違反するものである。

### c 検討

勧告審決であるため、「不当に」についての判断の詳細は不明であるが、松下電器の電気製品は一般的消費者の間で高い人気を有していることから、家庭用電気製品の小売業者にとってこれを取り扱うことが営業上有利であるとされていると認定しており、同社製品の重要性に言及している。その上で、自己の経営理念・販売方針を受け入れる小売業者における小売価格の維持をはかうとしたものであること、価格競争をしようとした未取引先小売店を排除しようとしたものであり、再販売価格維持行為を目的とする行為であることから、行為自体が「不当に」の評価根拠事実となるとしたものと解される。特に、再販売価格維持行為は、公正競争阻害性が推認できる行為類型であるとされるが（後に述べる）、本件行為は、再販を実現するための手段であることから、公正競争阻害性の内容も再販売価格維持行為のそれに近いものとして判断したものと解される。勧告審決であり、評価障害事実は認定されていない。

### （3） 差別対価

#### 【独占禁止法二条九項】

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

（一般指定は略）

#### ア 要件事実

従来、取引の内容について限定を付していなかったが、法改正により、法定類型は、継続して供給する取引に限

定し、さらに、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を要件とし、法定類型に当たらないものは一般指定によることとされた。事業者は、価格について原則として自由に決定することができるのであって、価格に差があったとしても直ちに公正競争阻害性があるということにはならない。

法定類型である差別対価について検討する。

①事業者が、② i 地域により差別的な対価をもって、ii 相手方によつて差別的な対価をもって、③商品または役務を継続して供給する、④不当に、⑤他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがある、が要件であり、原則として、これらの要件に該当する具体的事実が要件事実と解される。

①は主体、②及び③は行為要件である。

④は効果要件であり、公正競争阻害性である。⑤については、行為の属性と見ることもできるが、公正競争阻害性の内容に含まれると解される<sup>(42)</sup>。

前述のとおり、差別対価は、中立的な行為であり、当該行為が不当であること、つまり公正競争阻害性があることについても、公正取引委員会が主張立証する必要がある。

「不当に」という要件は、抽象的であり、直接立証することができないので、評価的要件に該当すると解される。したがって、公正取引委員会は、より具体的な事実である評価根拠事実を主張立証する。他方、取消を求める者は、評価根拠事実を否認するか、評価障害事実を主張立証することになる。

#### イ 事例——リノリウム事件<sup>(43)</sup>

##### a 概要

東洋リノリウムらは、工事店のビニルタイル工業業協同組合（ビニ協）加入を促進するため、昭和五二年三月

ごろから、非組合員に対する市況品の販売価格を一枚当たり五三〇程度に設定するとともに、卸売業者を通じて供給する場合においては、卸売業者に対する仕切価格についてビニ協組合員向けのものとは非組合員向けのもので格差（一枚当たり四円程度）を設けることにより、非組合員に対し、ビニ協組合員より高い価格で市況品を供給した。さらに、東洋リノリウムらは、昭和五三年三月二日から、ビニ協組合員が自らの供給する市況品を取り扱った場合においては、当該組合員に対し、その取扱数量に応じて、所属のビニ協を通じて、一枚当たり一円五〇銭の割戻しを行うことにより、非組合員に対し、ビニ協組合員より高い価格で市況品を供給した。

#### b 判断

東洋リノリウムらは、正当な理由がないのに、相手方により差別的な対価をもって、市況品を供給しているものであって、これは、不公正な取引方法（前一般指定）四項に該当し、独占禁止法第十九条の規定に違反するものである。

#### c 検討

勧告審決であるため、「不当に」についての判断の詳細は不明であるが、東洋リノリウムらが価格カルテルを行っていたこと、共同組合を通じて販売することで、価格の維持を目指していたことからすると、行為自体が価格の維持に向けた行為であり、公正競争阻害性をもたらすものであることから、行為要件該当事実自体が「不当に」の評価根拠事実となるとしたものと解される。勧告審決であり、評価障害事実は認定されていない。



(4) 不当廉売

【独占禁止法二条九項】

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

【一般指定】

6 法第二條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。

ア 要件事実

不当廉売は、廉売の程度と継続性によつて、法定類型と一般指定類型に区別されるが、公正競争阻害性の要件が異なる。すなわち、法定類型は「正当な理由がないのに」、一般指定類型は「不当に」が要件とされる。

不当廉売のうち、法定類型について検討する。

①事業者が、②商品又は役務の供給に要する費用を著しく下回る対価で、③商品又は役務を継続して供給する、④正当な理由がないのに、が要件であり、原則として、これらの要件に該当する具体的事実が要件事実と解される。①は主体、②は商品又は役務の対価が費用を著しく下回ること、③は商品又は役務を継続に供給することであり、これらが行為要件である。これらは、公正取引委員会が主張立証する。「供給に要する費用を著しく下回る対価」は、商品を提供しなければ発生しない費用と考えられている。<sup>(4)</sup>

さらに、④「正当な理由がないのに」は効果要件である。「正当な理由がないのに」については、行為要件に該当する事実が認定できれば、原則として公正競争阻害性が認められ、正当な理由が認められなければ、公正競争阻害性が認定できると解される。

「正当な理由がないのに」という要件は、抽象的であり、直接立証することができないので、評価的要件に該当すると解される。したがって、より具体的な事実である評価根拠事実あるいは評価障害事実を立証する。そして、法定類型の不当販売行為そのものが公正競争阻害性を有する行為類型であることから、公正取引委員会は、上記①ないし③の事実を立証すれば公正競争阻害性の立証としては足りることになる。他方、取消を求める者は、正当な理由に該当する事実を主張立証する必要がある。これに対して、公正取引委員会は、正当な理由について否認するか、さらに評価根拠事実を主張立証することになる。①ないし③の事実が評価根拠事実であり、正当な理由に該当する事実が評価障害事実であると解される。

#### イ 事例―都営と畜場事件<sup>(45)</sup>

##### a 概要

東京都は、と場料を徴収してと畜場事業を経営する地方公共団体であるが、昭和四〇年度以降、本件係争年間を含め、認可額どおりであるといえ原価を著しく下回るとと場料を徴収してきたものであって、このように芝浦のと場料が長期間にわたり低廉で推移してきたのは、原審が適法に確定したところによると、と場料の値上げには生産者が敏感に反応して、芝浦への生体の集荷量の減少、都食肉市場の卸売価格ひいて都民に対する小売価格の高騰を招く可能性があるところから、かかる事態を回避して集荷量の確保及び価格の安定を図るとの政策目的達成のため、赤字経営の防止よりは物価抑制策を優先させることとし、東京都一般会計からの補助金により赤字分を補填してき

たとして、東京都に対し損害賠償請求した事件である。

b 判断

原価を著しく下回る対価で継続して商品又は役務の供給を行うことは、企業努力又は正常な競争過程を反映せず、競争事業者の事業活動を困難にさせるなど公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれが多いとみられるため、原則としてこれを禁止し、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、(旧)一般指定五項にいう「不当に」ないし同六項にいう「正当な理由がないのに」との限定を付したものであると考えられる。そして、その根拠規定である独占禁止法一九条の趣旨も、公正な競争秩序を維持することにあるのであるから、右の「不当に」ないし「正当な理由がないのに」なる要件に当たるかどうか、換言すれば、不当廉売規制に違反するかどうかは、専ら公正な競争秩序維持の見地に立ち、具体的な場合における行為の意図・目的、態様、競争関係の実態及び市場の状況等を総合考慮して判断すべきものである。

と場料の値上げには生産者が敏感に反応して、芝浦への生体の集荷量の減少、都食肉市場の卸売価格ひいて都民に対する小売価格の高騰を招く可能性があるところから、かかる事態を回避して集荷量の確保及び価格の安定を図るとの政策目的達成のため、赤字経営の防止よりは物価抑制策を優先させることとし、東京都一般会計からの補助金により赤字分を補填してきたことによるという。(略)被上告人の意図・目的が右のようなものであって、前示のような三河島及び芝浦を含むと畜場事業の競争関係の実態、ことに競争の地理的範囲、競争事業者の認可額の実情、と畜場市場の状況、上告人の実徴収額が認可額を下回った事情等を総合考慮すれば、被上告人の前示行為は、公正な競争を阻害するものではないといわざるを得ず、(旧)一般指定五項にいう「不当に」ないし同六項にいう「正当な理由がないのに」した行為に当たるものということはできない(略)。

## c 検討

原価を著しく下回る対価で継続して供給する行為自体が競争制限的であるとして、原則として当該行為を禁止し、不当性のないもののみを除外するとしており、行為要件を満たせば、原則として公正競争阻害性が認められるとする。そして、不当性の判断は、行為に関する事実と市場の競争状況等から判断するとしている。

具体的な事実として、集荷量の確保、価格の安定という政策目的、市場の状況等が主張されているが、いずれも認定されていない。これらが「正当な理由がないこと」の評価根拠事実あるいは評価障害事実となると解される。

## (5) 抱き合わせ販売

## 【一般指定】

10 相手方に対し、不当に、商品又は役務の供給に併せて他の商品又は役務を自己又は自己の指定する事業者から購入させ、その他自己又は自己の指定する事業者と取引するように強制すること。

## ア 要件事実

抱き合わせ販売は、ある商品又は役務に他の商品又は役務をあわせて販売するものであるが、複数の商品をあわせて販売することは、通常の取引においても競争の手段として見られるものである。したがって、不当であることつまり公正競争阻害性があることが必要である。

抱き合わせ販売とその他の取引の強制を含むが、前者について検討する。

①事業者が、②商品又は役務の供給に併せて、③他の商品又は役務を購入させること、④不当に、が要件であり、

原則として、これらの要件に該当する具体的事実が要件事実と解される。

①は主体、②は、抱き合わせ、③は購入させる行為であり、これらが行為要件である。②は、複数の別個の商品又は役務が存在し、これらを併せること、③は併せた商品又は役務を購入することを強制することである。これらは、公正取引委員会が主張立証する。

さらに、④「不当に」は効果要件であり、公正競争阻害性である。前述のとおり、複数商品等を併せて販売することは中立的な行為であるから、当該行為が不当であること、つまり公正競争阻害性があることについても、公正取引委員会が立証する。ただ、③の行為が「購入させる」「強制する」ことであることからすると、そもそも、この行為要件自体が不当性を持つ行為であるといえることから、行為要件に該当する事実が認定できれば、原則として公正競争阻害性が認められ、正当な理由が認められなければ、公正競争阻害性が認定できると解される。

「不当に」という要件は、抽象的であり、直接立証することができないので、評価的要件に該当すると解される。したがって公正取引委員会はより具体的な事実である評価根拠事実を主張立証する。行為要件の規定からすると、行為要件該当事実が評価根拠事実となると解することができる。他方、取消を求める者は、評価根拠事実を否認するか、評価障害事実として正当理由等に該当する事実を主張立証することになる。

#### イ 事例―東芝エレベーター事件<sup>(46)</sup>

##### a 概要

東芝エレベーターテクノスは、東芝製エレベーターの保守サービスとエレベーターの部品の販売を行う会社であり、東芝の子会社である。非メーカー系保守サービス会社と契約していた東芝製エレベーターを設置する者及び非メーカー系保守サービス会社が、東芝エレベーターテクノスに対し、東芝製エレベーターの部品の供給を求めたと

ころ、部品のみの販売を行わず、保守サービスともに取引するとし、あるいは、部品のみ販売には時間がかかるとして、事実上、部品の供給と保守サービスは併せて提供するとし、非メーカー系保守サービス会社の事業活動を困難にした。

b 判断

本件各部品とその取替え調整工事とは、それぞれ独自性を有し、独立して取引の対象とされている。そして、安全性確保のための必要性が明確に認められない以上、このような商品と役務を抱き合わせての取引をすることは、買い手にその商品選択の自由を失わせ、事業者間の公正な競争を阻害するものであって、不当というべきである（なお、いわゆるブランド・イメージは、企業の経済的活動の合理性という見地から問題とされることはあり得ても、独占禁止法上の問題ではない）。

以上の各事実関係からみると、愛媛メンテナンス及び光誠電機においては、エレベーターの安全性に関して一定の資格ないしは能力を有しているものといえることができる。そして、たとえその技術自体が控訴人の技術自体に對比して相対的には劣るとみられるものであったとしても、愛媛メンテナンス及び光電機は、その技術水準において、本件各部品の単体での供給を受けて、前記の現実的故障を修理するに足りる程度には達していたものであったとみてよい。なお、愛媛メンテナンスは、甲事件部品の修理を阪神輸送機に依頼しているが、東芝エレベーターが、メーカーであり親会社である東芝から技術指導を受け、あるいは同社と情報の交換をするのが自由であるのと同様、愛媛メンテナンスも同業他社と協力、あるいは相互の情報交換をし、切磋して技術水準の向上を図り、もって、エレベーター一般の安全性確保のための技術を高めることもより自由であるべき道理である。少なくともそれらが不可能であるとすべき証拠はない。（略）したがって、本件においては、東芝エレベーターテクノス

本件各部品を単体で供給することなく、取替え調整工事込みでなければこれを供給しないと、このような両者一体のもとの部品供給でなければエレベーターの安全性を確保できないと認めるべき証拠は存しないことに帰するから、東芝エレベーターテクノスが、その独自の判断で東芝エレベーターテクノス以外の保守業者に対する本件各部品の単体での供給を拒否する東芝エレベーターテクノスの取引方法には、独占禁止法上の正当性や合理性はないものといふべきである。

#### c 検討

公正競争阻害性の判断において、正当理由として、安全性が主張されたものである。安全性が正当理由たりうるとしても、本件では安全性が確保できないとする理由はないとしている。「不当に」、つまり、公正競争阻害性の評価根拠事実、行為要件該当事実であり、他方、評価障害事実として安全性の確保が主張されているが、認定できず、結局は、公正競争阻害性があると評価していると解される。

### (6) 排他条件付取引

#### 【一般指定】

- 11 不当に、相手方が競争者と取引しないことを条件として当該相手方と取引し、競争者の取引の機会を減少させるおそれがあること。

#### ア 要件事実

排他条件付取引は、取引先に対し、自己の競争者と取引しないことを条件として取引することのうち、競争者の

取引の機会を減少させるものに限定される。供給者による場合と供給を受ける者（買い手）による場合がある。相手にとっては、競争条件の押しつけであり契約の自由を侵害するものであり、競争者にとってみれば、取引の機会を失うことになり競争の減殺にあたる。

①事業者が、②自己の競争者と取引をしないことを条件とすること、③相手方と取引をすること、④競争者の取引の機会を減少させるおそれがあること、⑤不当に、が要件であり、原則として、これらの要件に該当する具体的事実が要件事実と解される。

①は主体、②は排他条件、③は取引行為であり、これらが行為要件である。これらは、公正取引委員会が主張立証する。

さらに、⑤「不当に」は、公正競争阻害性であり、効果要件である。「不当に」、すなわち公正競争阻害性を自由競争の侵害と解すれば、④は公正競争阻害性を具体的に述べたものと解される。いずれも、公正取引委員会が主張立証する。なお、④はおそれで足りるのであって、現実機会を失ったことは必要ではない。

「不当に」という要件は、抽象的であり直接立証することができないので、評価的要件に該当すると解される。したがって、公正取引委員会はより具体的な事実である評価根拠事実を主張立証する。他方、取消を求める者は、評価根拠事実について否認するか、評価障害事実を主張立証することになる。

#### イ 事例―東洋精米機事件<sup>(47)</sup>

##### a 概要

東洋精米機製作所が、同社と競合する他社の製品を排除するとする内容の特約店契約（本件特約店契約）を締結させたことを排他条件付取引に当たるところ、防音型精米機、混米機及び石拔撰穀機（東洋特約製品）と競



合する他社の製品をすべて排除するものと認め、また、食糧加工機販売業者（販売業者）のうち原告との間に本件特約店契約を締結した者（特約店）が特約店以外の販売業者に東洋特約製品を販売することを禁止する旨の条項（転売禁止の拘束条項）を正当な理由のないものとした。

b 判断

いわゆる排他条件付取引が正当な理由がないものとして前一般指定告示七に該当するといえるためには、それが行為者と競争者との間における公正な競争を阻害するおそれがあると認められることが必要であり、したがって、本件特約店契約が右の不正な取引方法七に該当するためには、原告の右契約の締結行為によって、食糧加工機製造業者が販売業者を通じて小精米用食糧加工機を米穀小売業者に供給するという取引の場における公正な競争が阻害されるおそれがあると認められることが必要であるところ、右の公正競争阻害性の有無は、結局のところ、行為者のする排他条件付取引によって行為者と競争関係にある事業者の利用しうる流通経路がどの程度閉鎖的な状態におかれることとなるかによって決定されるべきであり、一般に一定の取引の分野において有力な立場にある事業者がその製品について販売業者の中の相当数の者との間で排他条件付取引を行う場合には、その取引には原則的に公正競争阻害性が認められるものとみて差し支えないであろう。

しかし、また、右のような場合であっても、一定の取引の分野の市場構造の特殊性等からして、すでに各販売業者が事実上特定の事業者の系列に組み込まれており、その事業者の製品だけしか取り扱わないという実態になっているなど特段の事情が認められる場合は、排他条件付取引に公正競争阻害性が認められないとされる余地が生ずるものと解される。

c 検討

公正競争阻害性の認定について、競争関係にある事業者の利用しうる流通経路がどの程度閉鎖的な状況におかれているによって決まるとされており、排他的契約が締結されていたことに加え、実際に困難になっていることを明らかにすることが必要としている。公正競争阻害性の内容として、取引が困難になるおそれであるとし、これを具体化したものと解される。なお、要件としては競争者の取引の機会を減少させるおそれがあるであるが、判決は、実際に困難になっていることによるとしている。取引が困難になっているという事実以外の事実をもって取引が困難になるおそれを立証することが難しいことによるものと解される。

#### (7) 再販売価格拘束

##### 【独占禁止法二条九項】

四 自己の供給する商品を購入する相手方に、正当な理由がないのに、次のいずれかに掲げる拘束の条件を付けて、当該商品を提供すること。

イ 相手方に対しその販売する当該商品の販売価格を定めてこれを維持させることその他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。

ロ 相手方の販売する当該商品を購入する事業者の当該商品の販売価格を定めて相手方をして当該事業者にこれを維持させることその他相手方をして当該事業者の当該商品の販売価格の自由な決定を拘束させること。

## ア 要件事実

再販売価格拘束は、法律によって定められた類型である。広義の拘束条件付取引のうち、商品を販売する事業者が、その販売価格を決めて、購入者が販売する際の価格を拘束するものである。すなわち、価格カルテル（不当な取引制限）（二条六項）が競争者間の価格の拘束（水平の価格の拘束）であるのに対し、再販売価格拘束は、取引段階の異なる者の間の価格の拘束（垂直の価格の拘束）である。直接の購入者が販売する価格を拘束する場合（イ号）（直接の再販）と直接の購入者が販売する相手が販売する価格を直接の購入者に拘束させる場合（ロ号）（間接の再販）がある。

直接の再販売価格拘束について検討する。

①事業者が、②自己の供給する商品の販売価格を定めて購入者を拘束する、③当該商品を供給する、④正当な理由がないのに、が要件であり、原則として、これらの要件に該当する具体的事実が要件事実と解される。

①は主体、②は相手方の販売価格を定め、当該価格で販売することを条件とすること、③は当該商品を供給することであり、これらが行為要件である。これらは、公正取引委員会が主張立証する。

さらに、④「正当な理由がないのに」は効果要件であり、公正競争阻害性である。「正当な理由がないのに」については、行為要件に該当する事実が認定できれば、原則として公正競争阻害性が認められ、正当な理由が認められなければ、公正競争阻害性が認定できると解される。

「正当な理由がないのに」は、抽象的であり、直接立証することができないので、評価的要件に該当すると解される。したがって、より具体的な事実である評価根拠事実あるいは評価障害事実を立証する。

そして、再販売価格拘束そのものが公正競争阻害性を有する行為類型であることから、公正取引委員会は、上記

①ないし③の事実を立証すれば、公正競争阻害性の立証としては足りることになる。他方、取消を求める者は、正当な理由に該当する事実を主張立証する必要がある。これに対して、公正取引委員会は、正当な理由について否認するか、さらに評価根拠事実を主張立証することになる。①ないし③の事実が評価根拠事実であり、正当な理由に該当する事実が評価障害事実である。

なお、米国では、再販売価格拘束については、当然違法によるという考えによっていたが、合理の原則によるとする判例が出されている。<sup>(48)</sup> わが国の独占禁止法の規定は、いわゆる当然違法を採用するものではないが、この考え方によると、原則として公正競争阻害性が認定できることにはならず、公正取引委員会による主張立証が必要となる。わが国でも検討される予定であるが（公正取引委員会ホームページ参照）、本稿では、正当な理由がない限り公正競争阻害性が認められることを前提にする従来の考え方による。

## イ 事例―和光堂事件<sup>(49)</sup>

### a 概要

育児用粉ミルクの販売元である和光堂が、粉ミルクについて再販売価格の維持を行ったというものである。和光堂は、三協乳業株式会社の製造する育児用粉ミルクの総発売元であるが、同粉ミルク「レーベンスA新製品」（レーベンスA）及び「新生児ミルクレーベンスN」（レーベンスN）を販売するにあたり、商品の価格維持を図るため、あらかじめその卸売価格及び小売価格を自ら指定し、これを販売業者に遵守させる方策として、小売業者については、登録制を採り、右指示小売価格を守らなかったときは登録を取り消すこと等の販売対策（本件販売対策）を決定し、これを販売業者に通知して実施した。

### b 判断

法が不正な取引方法を禁止した趣旨は、公正な競争秩序を維持することにあるから、法二条七項四号の「不当に」とは、かかる法の趣旨に照らして判断すべきものであり、また右四号の規定を具体化した前一般指定八は、拘束条件付取引が相手方の事業活動における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。したがって、右の「正当な理由」とは、専ら公正な競争秩序維持の見地からみた観念であつて、当該拘束条件が相手方の事業活動における自由な競争を阻害するおそれがないことをいうものであり、単に通常の意味において正当のごとくみえる場合すなわち競争秩序の維持とは直接関係のない事業経営上又は取引上の観点等からみて合理性ないし必要性があるにすぎない場合などは、ここにいる「正当な理由」があるとすることはできないのである。

(略) 再販売価格維持行為が市場競争力の弱い商品について行われる場合には、それによりかえつて他の商品との間における競争が促進されるから、「正当な理由」を認めるべきである、と主張するが、前記のとおり、前一般指定八は相手方の事業活動における競争の制限を排除することを主眼とするものであるから、右のような再販売価格維持行為により、行為者とその競争者との間における競争関係が強化されるとしても、それが、必ずしも相手方たる当該商品の販売業者間において自由な価格競争が行われた場合と同様な経済上の効果をもたらすものでない以上、競争阻害性のあることを否定することはできないというべきである。

### c 検討

本判決における「正当な理由なく」の判断は、従来の考え方の基礎となつている。再販売価格維持行為が、価格を拘束するものであつて、相手方の事業活動における競争を阻害することとなる点に不当性を認め、具体的の場合に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されて

いる。行為要件該当事実が評価根拠事実となるものと解される。

そして、正当理由として、不当廉売及びおとり販売による商標の信用低下の防止、市場競争力の弱い商品について行われる場合には他の商品との間における競争を促進することを主張するが、いずれも評価障害事実に該当すると解されるものの、競争秩序を維持するもの等ではなく、再販売価格維持行為を正当化するほどのものではないとされている。

## (8) 拘束条件付取引

### 【一般指定】

12 法第二条第九項第四号又は前項に該当する行為のほか、相手方とその取引の相手方との取引その他相手方の事業活動を不当に拘束する条件をつけて、当該相手方と取引すること。

### ア 要件事実

価格及び取引相手以外の事項について条件を付して取引する場合、相手方の事業活動を不当に拘束する場合である。取引において、さまざまな条件を付すことは通常の取引において見られるものであるから、その内容について検討が必要である。したがって、事業活動を不当に拘束すること、つまり、公正競争阻害性があることが必要である。

①事業者が、②取引をする、③拘束する条件を付すこと、④不当に、が要件であり、原則として、これらの要件に該当する具体的事実が要件事実と解される。

①は主体、②は取引行為、③は拘束条件であり、行為要件である。これらについて、公正取引委員会が立証する。さらに、④「不当に」は効果要件であり、公正競争阻害性である。前述のとおり、取引に条件を付すことは中立的な行為であり、不当に拘束する条件であること、つまり、公正競争阻害性があることについても、公正取引委員会が立証する。

「不当に」という要件は、抽象的であり、直接立証することができないので、評価的要件に該当すると解される。したがって、公正取引委員会はより具体的な事実である評価根拠事実を主張立証する。他方、取消を求める者は、評価根拠事実について否認するか、評価障害事実として正当理由に該当する事実を主張立証することになる。

#### イ 事例1―ソニー・コンピュータ・エンタテインメント事件<sup>(50)</sup>

##### a 概要

ソニー・コンピュータ・エンタテインメントは、プレイステーション（PS）と称する家庭用テレビゲーム機等の製造販売及びPS用のソフトウェア（PSソフト）の仕入販売を行っていたところ、自ら又は取引先卸売業者を通じて、新たに発売されたPS用ソフトについて、小売業者に対し、原則として希望小売価格で販売するようにさせ、卸売業者に対し、取引先小売業者に原則として希望小売価格で販売させるようにしていた。また、小売業者に対し中古品を取り扱わないようにさせていた。さらに、自己の販売するPSソフトの販売に関し、自ら又は取引先卸売業者を通じて、小売業者に対し、PSソフトを一般消費者のみに販売するようにさせ、卸売業者に対し、PSソフトを小売業者のみに販売するとともに取引先小売業者に一般消費者のみに販売させるようにしていた。

##### b 判断

中古品取扱い禁止行為及び横流し禁止行為の公正競争阻害性を判断するに当たっては、値引き販売禁止行為がさ

れていることを考慮した上で、これらの行為が公正な競争秩序に及ぼす影響について判断すべきである。そして、これらの行為が公正な競争秩序に及ぼす影響を具体的に明らかにすることによって、これらの行為自体が独立して公正競争阻害性を有することを認定することができるし、また、そこまでの認定ができない場合にも、これらの行為が、一体的に行われている値引き販売禁止行為を補強するものとして機能していると認められるときには、その点において、これらの行為も不正な取引方法として排除されるべき再販売価格の拘束行為に包含されるものとみるのが相当である。(略)

横流し禁止行為は、販売業者の取引先の選択を制限し、販売段階での競争制限に結び付きやすいものであり、それにより当該商品の価格が維持されるおそれがあると認められる場合には、原則として(旧)一般指定第一三項の拘束条件付取引に該当するのであるが、例外的に、当該行為の目的や当該目的を達成する手段としての必要性・合理性の有無・程度等からみて、当該行為が公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれがあるとはいえない特段の事情が認められるときには、その公正競争阻害性はないものと判断すべきである。(略)

仮に被審人が主張する横流し禁止の目的に合理性が認められるとしても、こうした目的は競争制限効果の小さい他の代替的手段によっても達成できるものであって、被審人が横流しを禁止すべき必要性・合理性の程度は低いものといふべきである。

(略) PS製品の横流し禁止行為によるPSソフトの販売段階での競争制限が広範囲に及び、競争に与える影響の大きいものであることからすると、仮に被審人の横流し禁止行為の目的にその主張に係る合理性が認められるとしても、その手段としての必要性・合理性が低いことからすれば、前記特段の事情は認められず、本件横流し禁止行為に公正競争阻害性がないということとはできない。



## c 検討

三つの方針（PSソフトの希望価格での販売、PSソフトの中古品の取扱禁止、PS製品の横流し禁止）に基づいて、PSソフトの販売対策が行われていたが、これらの行為がそれぞれ違反行為となるかについて検討し、さらに、これらの行為が一体的に行われ、値引き禁止行為を補強するものとして機能しているときは、再販売価格の拘束行為に包含されるとする。

公正競争阻害性の認定において、行為要件該当事実が認定できれば原則として認められるが、目的、目的を達成する手段としての必要性・合理性により、公正な競争秩序に悪影響を与えない特段の事情があれば、公正競争阻害性はないとする。特段の事情として、実需の把握、商品情報の提供、輸出の防止を主張するが、いずれも認められていない。このように、公正競争阻害性を認定するにあたり、当該行為について、目的、手段の必要性・合理性に該当する具体的事実が、特段の事情に該当する事実であり、評価障害事実である。これらの事実を総合評価して判断される。

## ウ 事例2―資生堂事件<sup>(52)</sup>

### a 概要

資生堂は、資生堂化粧品の販売先である各小売店との間において、同一内容の「資生堂チェインストア契約書」に基づいて、化粧品の供給を目的とした特約店契約を締結して取引を行っており、富士喜本店とも、昭和三七年に特約店契約を締結して取引を継続してきた。

同契約には、化粧品の販売にあたり相談に応じること（対面販売）、中途解約の規定が含まれていた。

富士喜本店は、昭和六〇年二月ころから、単に商品名、価格、商品コードを記載しただけのカタログ（商品一覧

表）を事業所等の職場に配布して電話やファクシミリでまとめて注文を受けて配達するという方法によって、化粧品を二割引きで販売しており、資生堂化粧品についても右の方法により販売していたが、対面販売等は全く予定されていなかった。

## b 判断

拘束条件付取引が規制されるのは、相手方の事業活動を拘束する条件を付けて取引すること、とりわけ、事業者が自己の取引とは直接関係のない相手方と第三者との取引について、競争に直接影響を及ぼすような拘束を加えることは、相手方が良質廉価な商品・役務を提供するという形で行われるべき競争を人為的に妨げる側面を有しているからである。しかし、拘束条件付取引の内容は様々であるから、その形態や拘束の程度等に応じて公正な競争を阻害するおそれを判断し、それが公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれがあると認められる場合に、初めて相手方の事業活動を「不当に」拘束する条件を付けた取引に当たるものというべきである。そして、メーカーや卸売業者が販売政策や販売方法について有する選択の自由は原則として尊重されるべきであることにかんがみると、これらの者が、小売業者に対して、商品の販売に当たり顧客に商品の説明をすることを義務付けたり、商品の品質管理の方法や陳列方法を指示したりするなどの形態によって販売方法に関する制限を課することは、それが当該商品の販売のためのそれなりの合理的な理由に基づくものと認められ、かつ、他の取引先に対しても同等の制限が課せられている限り、それ自体としては公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれはなく、（旧）一般指定一三という相手方の事業活動を「不当に」拘束する条件を付けた取引に当たるものではないと解することが相当である。

## c 検討

対面販売という方法をもって販売するように拘束することは、それ自体、公正な競争秩序に悪影響を及ぼす者で

はなく、不当に拘束する条件を付した取引ではないとする。

不当性、公正競争阻害性の判断について、拘束がそれなりに合理的な理由があればよいとする。上記イの判決よりも緩やかに解している<sup>(53)</sup>。販売方法を拘束することが公正競争阻害性の評価根拠事実とされたが、当該販売方法を拘束する合理的な理由を評価障害事実としていると解される。

### エ 事例3—マイクロソフト（非係争条項）事件<sup>(54)</sup>

#### a 概要

パソコンのオペレーティング・システム（基本ソフトウェア、OS）の市場において、九四%のシェアを持つマイクロソフトが、同社のOSであるウィンドウズシリーズをパソコンにインストールして出荷するためのライセンス契約において、パソコン製造販売業者（パソコンOEM業者）に対し、本件OS及びこれと同一のOSに関して、OEM業者が所有あるいは取得する権利についてマイクロソフト及びマイクロソフトのライセンシー等に対して特許権侵害の訴訟を提起しない旨の規定を含んでいたところ、（旧）一般指定一三項の拘束条件付き取引に該当するとしたものである。審判手続では、公正競争阻害性が認められるかが問題となった。

#### b 判断

不当な拘束条件付取引に該当するか否かを判断するに当たっては、被審人が主張するような具体的な競争減殺効果の発生を要するものではなく、ある程度において競争減殺効果発生のおそれがあると認められる場合であれば足りるが、この「おそれ」の程度は、競争減殺効果が発生する可能性があるという程度の漠然とした可能性の程度でもって足りると解すべきではなく、当該行為の競争に及ぼす量的又は質的な影響を個別に判断して、公正な競争を阻害するおそれの有無が判断されることが必要である。

専ら公正な競争秩序維持の見地に立ち、被審人の行為の態様、競争関係の実態及び市場の状況等を総合考慮して、当該行為の競争に及ぼす量的又は質的な影響を個別に判断して公正な競争を阻害するおそれがあるか否かの観点から検討することとなる。ところで、本件において、被審人がパソコン用OS市場における有力な地位を有していることを利用して、OEM業者に対して、不合理な内容である本件非係争条項の付された直接契約の締結を余儀なくさせ、その結果、OEM業者のパソコンAV技術の研究開発意欲が損なわれる蓋然性が高く、公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれがあると認められる場合には、被審人とOEM業者の間の本件非係争条項の付された直接契約の締結は、不当な拘束条件付取引に該当し、独占禁止法第十九条に違反することとなる。

### c 検討

公正競争阻害性が認められるかの判断において、被審人の行為の態様と市場の状況を総合勘案して検討することとしている。そして、契約条項について詳細な検討を加え、パソコンOEMにとって、当該契約の締結が不可欠であることを認定している。さらに、競争の侵害については、OEM業者のパソコンAV技術の研究開発意欲が損なわれる蓋然性が高く、実際にもパソコンAV技術取引市場における競争に悪影響があるとしている。これらの事実は、公正競争阻害性を判断するための評価根拠事実といえることができる。他方、被審人は、非係争条項について正当化する事実として、本件非係争条項の競争促進機能、すなわち、ウィンドウズOSがプラットフォームとして広く利用されていること、その安定的な利用のためには権利義務の安定性が不可欠であること、特許侵害訴訟がおこった場合には、関連する事業者だけでなく、エンドユーザーにも影響を生じる可能性が高いことから、本件非係争条項は競争促進的であると主張する。しかし、安定性は必要であるとしても、競争の侵害のおそれが高いこと、他に競争制限的でない方法があることからすると正当化は認められないとしている。

効果要件の認定においては、行為の持つ性質と市場の状況を評価根拠事実としており、他方、正当化理由に該当する事実を評価障害事実としている。正当化理由は認められていない。

## (9) 優越的地位の濫用

### 【独占禁止法二条九項】

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、次のいづれかに該当する行為をすること。

イ 継続して取引する相手方（新たに継続して取引しようとする相手方を含む。ロにおいて同じ。）に対して、当該取引に係る商品又は役務以外の商品又は役務を購入させること。

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 取引の相手方からの取引に係る商品の受領を拒み、取引の相手方から取引に係る商品を受領した後当該商品を当該取引の相手方に引き取らせ、取引の相手方に対して取引の対価の支払を遅らせ、若しくはその額を減じ、その他取引の相手方に不利益となるように取引の条件を設定し、若しくは変更し、又は取引を実施すること。

### (一 般指定は略)

## ア 要件事実

取引において、当事者が対等でなく、一方が他方に対し優位な地位にあることは一般的に認められることである。

そのような関係にある事業者も事業活動を行うものであり、そのような事業者間で取引等が行われることもありうることである。したがって、当該取引等が不当であること、公正競争阻害性があることが必要である。

①相手方に対し優越的地位を有している、②イないしハの行為をする、③優越的地位を利用している、④正常な商慣習に照らして不当に、が要件であり、原則として、これらの要件に該当する具体的事実が要件事実と解される。①は行為者の地位、②は行為、さらに、③は優越的地位と要請行為の間に因果関係があることである。これらの事実について、公正取引委員会が主張立証する。

①について、優越的地位は、市場支配的地位を有するといった絶対的優位性は必要ではなく、取引の相手方に対する相対的優位性とされる。<sup>(56)</sup> 市場支配的地位を有する事業者であれば、原則として相対的にも優位であると解される。優越的地位という要件は、抽象的な規定であり、直接立証することができないので、評価的要件に該当すると解される。したがって、公正取引委員会は、より具体的な事実である評価根拠事実を主張立証する。優越する者の市場における地位、濫用行為を受ける者の取引の依存度、取引先変更の可能性等の具体的事実が評価根拠事実となると解される。さらに、著しく不利益な要請を受け入れざるを得ないという関係にあることも評価根拠事実となる<sup>(57)</sup>と解される。

③について、因果関係は、優越的地位と行為が認められれば、通常は、優越的地位を利用して要請行為が行われたことは推定できる。因果関係は評価的要件とされるが、その場合の評価根拠事実、原因行為と発生した結果である<sup>(58)</sup>とされている。

④について、「正常な商慣習に照らして不当に」は効果要件であり、「不当に」と同様に解される。<sup>(59)</sup> 上記のとおり、優越的地位を有する事業者も事業活動を行うものであり、イないしロの行為について、不当であること、つまり、

公正競争阻害性があることに ついても、公正取引委員会が立証する。「正常な商慣習に照らして不当に」という要件は、抽象的であり、直接立証することができないので、評価的要件に該当すると解される。「優越的地位」と同様に、公正取引委員会はより具体的な事実である評価根拠事実を主張立証する。なお、②の行為のうちイロは取引に関わらない行為であり、義務なきことを負担させるものであることから、取引の主体としてそのような行為を行うことが合理的に説明できるかどうか疑問であることから、評価根拠事実となるものと解される。他方、取消を求める者は、評価根拠事実について否認するか、評価障害事実を主張立証することになる。

### イ 事例——三越事件<sup>(60)</sup>

#### a 概要

三越は、大規模小売店舗において小売業を営む者で、いわゆる百貨店業者である。同社は、その地位を利用して、その商品の購入、製作した映画チケット購入、花火大会の費用負担とチケット購入、主宰する海外旅行への参加、店舗の改装費の負担などを要請し、応じさせた。

#### b 判断

取引と関係ない商品等を購入を要請し、購入させている。

改装費の負担については、当該売場若しくは商品陳列用什器の一定部分が、期間を定めてその納入業者の納入する商品の販売に専ら供されることが約されている等の合理的な理由がなく、また納入業者の負担する費用の算出根拠が明らかでないにもかかわらず、同社と商品の納入取引を継続して行う立場上、その負担を余儀なくされている。種々の催物の一部について、その費用の全部又は一部を納入業者の負担によって賄うため、納入業者に対し、その負担を要請しているが、要請を受けた納入業者は、その負担について合理的な理由が示されていないにもかかわらず

らず、同社と商品の納入取引を継続して行う立場上、当該費用の負担を余儀なくされている。

### c 検討

同意審決であるため、「不当に」についての判断の詳細は不明である。

取引と関係ない商品等の購入については、特段の理由なく認定している。行為要件に該当する事実が「不当に」の評価根拠事実となっていると解される。

種々の費用の負担については、その負担に合理的な根拠がないことを認定している。行為要件に該当する事実が評価根拠事実であり、要請に合理的理由があることが評価障害事実となると解される。

## (10) 取引妨害

### 【一般指定】

14 自己又は自己が株主若しくは役員である会社と国内において競争関係にある他の事業者とその取引の相手方との取引について、契約の成立の阻止、契約の不履行の誘引その他いかなる方法をもつてするかを問わず、その取引を不当に妨害すること。

### ア 要件事実

取引妨害は、さまざまな類型がある。たとえば、直接的、間接的なものもあるし、物理的なもの、取引によるものもある。競争の方法として、取引をさせないようにすることはありうるから、公正競争阻害性があることが必要である。



①事業者が、②自己と競争関係にある他の事業者とその取引相手との取引について、③当該取引を妨害する、④不当に、が要件であり、原則として、これらの要件に該当する具体的事実が要件事実と解される。

①は主体、②は妨害の対象となる取引、③は妨害行為であり、行為要件である。これらについて、公正取引委員会が主張立証する。

さらに、④「不当」は効果要件であり、公正競争阻害性である。取引行為として適法な行為もありうるから、不当であること、つまり公正競争阻害性があることを、公正取引委員会が主張立証する。

「不当に」という要件については、抽象的であり、直接立証することができないので、評価的要件に該当すると解される。したがって、公正取引委員会はより具体的な事実である評価根拠事実を主張立証する。他方、取消を求める者は、評価根拠事実を否認するか、評価障害事実を主張立証することになる。

#### イ 事例 1—東芝エレベーター事件<sup>(61)</sup>

##### a 概要

前上記(5)イ a のとおりである。

##### b 判断

メーカーである東芝及びその子会社で東芝製エレベーターの部品を一手に販売している東芝エレベーターテクノスは、東芝製エレベーター及びその部品の数・耐用年数・故障の頻度を容易に把握し得ること及びエレベーターの所有者が容易にはそのエレベーターを他社製のそれに交換し難いことからして、部品の常備及び供給が東芝及びその子会社で東芝製エレベーターの部品を一手に販売している東芝エレベーターテクノスの同エレベーター所有者に対する義務であると解される一方で、エレベーターが交通（輸送）機関の一種であって、これに不備が生じた場合迅速

な回復が望まれるのは極めて当然であることからすると、東芝エレベータテクノスの保守契約先でないからといって、手持ちしていた部品の納期を三か月も先に指定することに合理性があるとは到底みられず、不当とされても止むを得ないところである。

したがって、東芝エレベータテクノスの行為は、(旧)一般指定一五項の不当な取引妨害行為に当たるといふべきである。

### c 検討

エレベーターの交通(輸送)手段として必要性等に鑑み、故障が生じた場合には速やかに修理等することは当然であるとして、手持ちしていた部品の納期を三か月も先に指定した行為を妨害行為とし、この行為自体に合理的な理由がなく「不当に」に該当すると認定している。行為要件に該当する事実(妨害行為)が評価根拠事実であり、部品の提供拒否に合理的な理由があることが評価障害事実となると解される。

## ウ 事例2―第一興商事件<sup>(62)</sup>

### a 概要

第一興商は、業務用通信カラオケ機器を販売・賃貸する事業者であり、シェアは約四四%で第一位である。エクシングは、同業の事業を行っており、シェアは約一三%で第三位である。

通信カラオケ事業を営むにあたっては、カラオケソフトを作成し、通信カラオケ機器に搭載して使用するには、著作権者の承諾が必要であるとされており、実際にも使用承諾を得ている。また、第一興商は、管理楽曲といわれる演歌系の歌を有するクラウン及び徳間を取得した。エクシングも、通信カラオケ事業に参入するにあたり、レコード会社と契約する必要があるが、クラウン等に対して契約の締結を求めたが、クラウン等は使用承諾しなかった。

第一興商は、卸売業者等に対し、エクシングが、管理楽曲の使用ができないことを告知し、エクシングの事業活動を妨害した。

b 判断

被審人は、通信カラオケ機器の取引において、クラウン及び徳間の管理楽曲の重要性を利用して、エクシングの事業活動を徹底的に攻撃していくとの方針の下、クラウン及び徳間をして、従来継続的に行われてきた管理楽曲使用承諾契約の更新を突如拒絶させるとともに、自らが行わせた当該更新拒絶の帰結となる「エクシングの通信カラオケ機器ではクラウン及び徳間の管理楽曲が使えなくなる」旨を自ら卸売業者等に告知することにより、エクシングと卸売業者等との取引を妨害したものである。このような行為は、価格・品質・サービス等の取引条件を競い合う競争競争を旨とする公正な競争秩序に悪影響をもたらす不公正な競争手段である。

また、本件違反行為は、通信カラオケ機器の取引分野における有力な事業者である被審人が会社を挙げて行ったものであり、通信カラオケ機器にとって重要なクラウン及び徳間の管理楽曲が使えなくなることへの懸念から、卸売業者等がエクシングの通信カラオケ機器の取扱い又は使用を中止することにより、エクシングの通信カラオケ機器の取引機会を減少させる蓋然性が高いというべきである。

このように、本件違反行為は、競争手段として不公正であるとともに、当該行為により、妨害の対象となる取引に悪影響を及ぼすおそれがあるものであって、(旧)一般指定第一五項の「不当に」の要件に該当する。

c 検討

本件妨害行為は、不公正な手段であると認定するとともに、「不当に」も認定する。

すなわち、行為要件に該当する事実が「不当に」の評価根拠事実であり、不公正な手段とはいえないとの主張が

あり、否認するものと解される。評価障害事実については主張がなく、行為要件に該当する事実から、「不当に」を認定するものと解される。

## わづいじ

不正な取引方法については、行為要件と効果要件で構成されるが、両者は明確に区別することが難しいものが多い。また、実際に認定するにあたっては、行為自体が不当性を帯びるものもあり、また、実際の行為について、これらを区別して認定することは難しいこともある。このため、「不当に」という要件は、行為要件該当事実から認定されることも多い。

自由競争の侵害については、比較的両者を分けて判断することができると解される。しかし、手段の不正という場合には、まさに、事業者が行った行為に用いられた手段が競争を阻害することからすると、行為要件と効果要件を認定する事実は同じものとなると解される。さらに、自由競争基盤の侵害についても、同様に、基盤の侵害となるような行為が行われれば足りるから、行為要件と効果要件を区別して認定することが難しくなる。ただ、自由競争基盤の侵害について、自由競争の侵害に結びつくものであるとみれば、行為要件と効果要件を区別することは可能である。

このように、行為要件と効果要件の認定の基礎となる事実が重なることからすると、行為要件が認定できれば、効果要件も認定できることになる、あるいは、行為要件が認定できれば、効果要件が推認できることになるのは当然であるとも言うことができる。

また、不正な取引方法とされる行為類型は、そもそも、公正競争阻害性を有することが予定されるような条文、あるいは一般指定となっていること、行為要件に該当する具体的事実と効果要件に該当する具体的事実が重なることからすると、行為要件と効果要件を区別することなく認定することになるのはやむをえないとも解される。さらに、個々の行為類型ごとに詳細に分析することは有用であり、今後の課題としたい。

(本稿において意見にわたる部分は個人的なものであり、所属先あるいは所属先の地位に関係するものではない。)

- (1) 課徴金の賦課は行為類型の違法性を基準とし、原則として違法類型に該当するものを対象とするが、中には違法類型の効果要件である「正当な理由がないのに」が要件でないものもある。
- (2) 根岸哲「舟田正之「独占禁止法概説(第四版)」一五八頁、二二四頁、根岸哲編「注釈独占禁止法」(稗貫俊文)一〇四頁
- (3) 最高裁昭和五〇年七月二一日判決(民集二九卷六号九五二頁)
- (4) 最高裁昭和五〇年七月一〇日判決(民集二九卷六号八八八頁)
- (5) 公取委昭和二八年三月二八日審判審決(審決集四卷一一九頁)
- (6) 金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄「独占禁止法(第四版)」二五六頁(川濱)
- (7) 排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針参照
- (8) 山部俊文「公正競争阻害性・再論」日本経済法学会年報第三〇号二五頁
- (9) 公正取引委員会平成二〇年九月一六日審判審決(公正取引委員会審決集第五五卷三八〇頁)
- (10) 平成二二年六月一〇日警告(公正取引委員会ホームページ参照)
- (11) 前掲注(8)、川濱昇・瀬領真悟・泉水文雄・和久井理子「ベーシック経済法」第三版「一七一頁
- (12) 村上政博「独占禁止法の新展開」二頁

- (13) 民事訴訟法一七九条は、裁判所において当事者が自白した事実及び顕著な事実は、証明することを要しないと規定する。
- (14) 被審人が争わない事実及び公知の事実を除き、審判手続において取り調べた証拠によって事実を認定しなければならな  
いと規定する。
- (15) 新民事訴訟法講義「第二版補訂版」三四四頁など
- (16) いかなる証拠に基づいていかなる事実を認定すべきかについてあらかじめ証拠法則を定めておき、裁判官がこれに従っ  
て事実を認定する原則をいう。前掲注(15)三四四頁
- (17) 前掲注(15)三五七頁、司法研修所編「民事訴訟における要件事実第一卷」五頁
- (18) 前掲注(17)要件事実一巻一一頁
- (19) 前掲注(15)一二頁、前掲注(17)要件事実一巻三頁
- (20) 前掲注(15)三六一頁、前掲注(17)要件事実一巻五頁
- (21) 前掲注(15)三六一頁、前掲注(17)要件事実一巻五頁
- (22) 塩野宏「行政法Ⅱ」【第四版】一四四頁、司法研修所編「改訂行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究」一六八頁  
(なお、本稿については、本書を参考にした)
- (23) 前掲注(22)実務的研究一四三頁
- (24) 前掲注(22)実務的研究一四三頁
- (25) たとえば、売買契約であれば、売買契約締結の申込と承諾である。
- (26) たとえば、錯誤であれば、表示意思と内心の効果意思の不一致、錯誤が要素にかかることである。
- (27) たとえば、代金の支払い時期に不定期の期限を付した場合であれば、期限の合意である。
- (28) たとえば、代金の弁済であれば、弁済の事実である。
- (29) 伊藤滋夫編「要件事実小辞典」八八頁
- (30) 前掲注(29)二〇八頁
- (31) 前掲注(17)要件事実一巻三〇頁、前掲注(29)四一頁、伊藤滋夫編「要件事実講義」二五七頁、難波孝一「規範的要  
件・評価的要件」民事要件事実講座Ⅰ一九七頁など
- (32) 因果関係も評価的要件と考えられている。なお、注(5)参照
- (33) 前掲注(29)二〇八頁
- (34) 前掲注(29)二〇八頁

- (35) 前掲注(2) 根岸Ⅱ舟田一九九頁、注釈三四四頁(根岸)、前掲注(6) 二六〇頁(川瀨) など
  - (36) 前掲注(8) 二七頁
  - (37) 前掲(6) 二六二頁(川瀨)
  - (38) 東京高判平成二年一月二九日(審決集五六卷第二分冊四九八頁)
  - (39) 東京高判平成七年九月二五日(審決集四二卷三九三頁)。なお、拙著「独占禁止法の審判手続と主張立証」二〇二頁参照
  - (40) 独占禁止法二二条は、知的財産権の行使と認められる行為は独占禁止法を適用しないと規定する。
  - (41) 公正取引委員会平成一三年七月二三日勧告審決(審決集四八卷一八七頁)
  - (42) 前掲注(2) 根岸Ⅱ舟田二二二頁、一三二頁
- 「他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれ」という要件については、不当廉売でも要件とされており、同様に解すべきである。
- (43) 公正取引委員会昭和五五年二月七日勧告審決(審決集二六卷八八頁)
  - (44) 排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針参照
  - (45) 最判平成元年二月一四日(民集四三卷一二号二〇七八頁)
  - (46) 大阪高判平成五年七月三〇日(審決集四〇卷六五一頁)
  - (47) 東京高判昭和五九年二月一七日(行集三五卷二号一四四頁)
  - (48) Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS Inc. 551 U.S.877 (2007)。なお、当然違法とは、価格カルテル、入札談合などの競争制限する目的しか持たないカルテルについては、行為の目的効果について判断するまでもなく違法とされることである。合意の原則は、価格等以外の取引条件について合意する場合、他の権利・利益の保護の必要性から両者を比較考量し、正当化の余地もあるとして、市場を画定し、競争制限についても判断することである。いずれも、判例による。
  - (49) 最判昭和五〇年七月一〇日(民集二九卷六号八八八頁)
  - (50) 公正取引委員会平成一三年八月一日(審決集四八卷三頁)
  - (51) 公正競争阻害性の判断について、目的、目的を達成する手段としての必要性・合理性という基準を示している。これに對して、多くの事案では、基準を示すことなく総合判断している。
  - (52) 最判平成一〇年二月一八日(民集五二卷九号一八六六頁)
  - (53) イの事件は、再販売価格維持行為が認定されているのに対し、本件は認定されていないことから、異なる取扱をしたと

も解される。

(54) 公正取引委員会平成二〇年九月一六日勧告審決（審決集五五卷三八〇頁）

(55) 前掲注（2） 根岸Ⅱ舟田二九三頁、注釈四九〇頁（根岸）

(56) 前掲注（2） 根岸Ⅱ舟田二九三頁

(57) 前掲注（2） 根岸Ⅱ舟田二九四頁 このような趣旨と解される。

(58) 河村浩「民法における因果関係の要件事実とその構造——評価的要件という視点から——」民事要件事実講座六 一三七頁

(59) 前掲注（2） 根岸Ⅱ舟田 現実に行われている商慣習をそのまま認める趣旨ではないとしており、独占禁止法の観点か

らは認されるもののみが認められるということとする。したがって、結局は「不当に」とさほど変わらないことになるものと解される。

(60) 公正取引委員会昭和五七年六月一七日同意審決（審決集二九卷三二頁）

(61) 前掲注（43）

(62) 公正取引委員会平成二一年二月一六日（審決集五五卷五〇〇頁）