

KONAN UNIVERSITY

現行独禁法の体系に係る3つの異聞

著者	根岸 哲
雑誌名	甲南法務研究
巻	14
ページ	1-9
発行年	2018-03
URL	http://doi.org/10.14990/00002955

現行独禁法の体系に係る3つの異聞

弁護士、甲南大学法科大学院教授 根岸 哲

1 現行独禁法の体系に係る3つの異聞の骨子

私は、従来から、現行独禁法を体系的かつ論理的・整合的に把握するという観点から導き出される、いくつかの解釈上重要であるとする論点に係る主張を行ってきた。しかし、この中には、ほとんど支持がないばかりか、応接の機会が与えられることも少ない、正に異聞というのに相応しい主張がある。既に解決済みでお蔵入りとなった論点に係る主張の蒸し返しに過ぎないのかもしれない。本稿の目的は、このような現行独禁法の体系に係るあるべき3つの解釈論に係る主張を改めて展開することにある。

1つ目は、近年、カルテルをハードコア・カルテルと非ハードコア・カルテルとに区分し、ハードコア・カルテルにつき原則違法ないし当然違法とするのに近い解釈が一般的に支持されるに至っているが、このような解釈を採用する現行法上の根拠を欠く、という主張である¹⁾。

2つ目は、垂直的制限行為と競争の減殺を意味する公正競争阻害性が問題となる不公正な取引方法との関係について、「市場閉鎖効果が生じる場合」と「価

格競争阻害効果ないし価格維持効果が生じる場合」とに基本的な区分を設定し、後者に属する再販売価格の拘束、地域外顧客への受動的販売の制限、取引先の制限等につき原則違法とする流通・取引慣行ガイドライン（公取委平3・7・11最新改正平29・6・16）の解釈運用方針が一般的に支持されているが、このような解釈運用方針に現行法上の根拠はなく、いずれの場合においても共通する統一的な解釈運用方針が採用されるべきである、という主張である²⁾。

3つ目は、競争の実質的制限の要件について、かつて今村先生によって提唱された統合型市場支配と閉鎖型市場支配との2つが含まれるとする解釈論³⁾を改めて主張することである⁴⁾。近年では、競争の実質的制限の要件については、統合型市場支配、すなわち価格支配（力）という意味での市場支配（力）に収斂させる解釈が一般的に支持されているが、このような解釈は、現行独禁法の体系的な把握を困難にするとともに、具体的な事例の論理的・整合的な把握をも困難にするからである。

- 1) 例えば、比較的最近のものとしては、「『競争法』のグローバル・スタンダード論に関する覚書」甲南法学51巻4号1、6～7頁、「独占禁止法を学ぶことの意義とその学び方」公正取引786号2、4～5頁。なお、不当な取引制限との関係では、行為要件として相互拘束のほかに遂行行為も明示されているにもかかわらず、それを無視した解釈運用が続けられていることにも反対しているが、本稿ではこの点については取り上げない。
- 2) 例えば、「『競争の実質的制限』と『競争の減殺』を意味する公正競争阻害性との関係」甲南法務研究（No.4）1頁、「流通・取引慣行ガイドラインの見直しと新たな課題」公正取引736号2、6～7頁、「不公正な取引方法と競争の減殺を意味する公正競争阻害性」石川正先生古稀『経済社会と法の役割』（商事法務）487頁、「ブランド内競争とブランド間競争—公取委『流通・取引慣行ガイドライン』の垂直的制限行為に係る最近の改正をめぐって—」法政策学の試み【法政策研究第17集】3頁。
- 3) 今村成和『独占禁止法入門（第3版）』16頁。
- 4) 例えば、「共同ボイコットと不当な取引制限」正田彬教授還暦（日本評論社1993）431、449～443頁、「『競争の実質的制限』と『競争の減殺』を意味する公正競争阻害性との関係」（甲南法務研究No.4）1頁、根岸哲＝舟田正之＝野木村忠邦＝来生新『独占禁止法入門』（有斐閣新書1983）40頁（根岸担当部分）。

2 ハードコア・カルテルと非ハードコア・カルテル

カルテルは、不当な取引制限又は事業者団体の競争の実質的制限行為として違法とされる。3条が禁止し2条6項が定める不当な取引制限は、「事業者が他の事業者と共同して、相互にその事業活動を拘束し又は遂行することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」であり、8条1号は「事業者団体が一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」を違法として禁止する。

今日、とりわけ価格カルテルの不当な取引制限該当性に係る審決例、判決例は、ともに、おおむね、競争者間の価格合意は、特定の取引分野における競争の実質的制限をもたらすことを目的及び内容としているのであるから、通常の場合、当該合意の範囲が一定の取引分野であり、かつ、当該合意の範囲において競争を実質的に制限することという要件も同時に満たすことになるとし、競争者間の価格合意を原則違法ないし当然違法とするのに近い解釈を採用するに至っている⁵⁾。このような解釈によれば、事業者団体による価格決定の8条1号該当性についても、同一の結論が導き出されるものとみられる。

しかし、まず、独禁法は、昭和28年改正によって競争者間の価格合意等を原則違法ないし当然違法とする旧4条を廃止したのである。昭和28年改正前までは、「一定の取引分野における競争を実質的

に制限すること」を要件とする不当な取引制限の禁止規定に加えて、旧4条が存在し、その1項において、競争者間における価格合意等の特定の共同行為をそれ自体違法とするとともに、2項において、「一定の取引分野における競争に対する当該共同行為の影響が問題とする程度に至らないものである場合には」1項を適用しないと定めていた。そして、一定の取引分野における競争に及ぼす程度の軽重に対応させるべく、刑罰に軽重を設けていた。また、昭和28年の独禁法改正によって事業者団体法が廃止されるのに伴い、新たに独禁法において禁止されることとなった事業者団体の行為についても、一定の取引分野における競争を実質的に制限することに対する罪と構成事業者の機能又は活動を不当に制限することに対する罪等との間に、競争に及ぼす程度の軽重に対応するべく、昭和28年改正前の不当な取引制限に対する罪と特定の共同行為に対する罪と同一の差が設けられていた（3年以下の懲役又は50万円以下の罰金と2年以下の懲役又は20万円以下の罰金）。以上のように、旧4条が廃止されたにもかかわらず、法の改正によることなく、競争者間の価格合意等をハードコア・カルテルとして原則違法ないし当然違法とするのに近い解釈を採用し、実質的に旧4条を復活させることは、法律による行政の原理に反することは明らかである⁶⁾。しかも、その後、不当な取引制限のうち競争者間の価格合意等に対しては高額の義務型課徴金制度が導入されるに至っているのである。

つぎに、多摩談合事件最判平24・2・20⁷⁾は、同

5) 例えば、ブラウン管国際カルテルI事件審決平27・5・22審決集62巻27(36)頁、ブラウン管国際カルテルII事件審決平27・5・22審決集62巻61(68)頁、ブラウン管国際カルテルIII事件審決平27・5・22審決集62巻87(99)頁、日本エア・リキード事件審決平27・9・30審決集62巻171(208)頁、塩化ビニル管等事件審決平28・2・24審決集62巻222(266)頁、ブラウン管国際カルテル事件東京高判平28・1・29審決集62巻419(447)頁、日本エア・リキード事件東京高判平28・5・25判例集未登載。
6) 独禁法とは異なり、グローバル・スタンダードといわれる欧米競争法には、競争者間の価格合意等をハードコア・カルテルとして当然違法ないし原則違法とする法文上の根拠がある。米国シャーマン法1条は、Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal と定め、EU競争法101条1項は、The following shall be prohibited as incompatible with the common market : all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practice which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market と定めている。
7) 判例時報2158号36頁、審決集58巻(第2分冊)146頁。

事件公取委審決平20・7・24⁸⁾が基本合意の範囲である特定土木工事を一定の取引分野と画定していたのを改め、発注者である公社が競争入札により発注した当該特定土木工事を含むAランク以上の土木工事に係る入札市場を一定の取引分野として画定し(需要者である公社にとっての代替性の観点から判断して画定された。)、当該修正画定された一定の取引分野において競争を実質的に制限すること、すなわち基本合意の「当事者である事業者らがその意思で当該入札市場における落札者及び落札価格をある程度自由に左右することができる状態をもたらすこと」になるか否かを改めて判断し直したのである。本判決の調査官解説⁹⁾も、『共同行為が対象としてある取引』=『競争が実質的に制限される範囲』をもって『一定の取引分野』を画定するという……考え方は、本来、『一定の取引分野』の画定が、当該市場において競争が実質的に制限されているか否かを判定するための前提として行われるものであることからすると、論理が逆であると考えられることから、本判決は、このような考え方を一般的な考え方としては採用せず、『公社発注の特定土木工事』(本件審決が本件基本合意の対象市場と認定した市場)よりも一般的かつ客観的な市場である『Aランク以上の土木工事』をもって、本件における『一定の取引分野』と画定したものと考えられる。」と述べている。ここで、「論理が逆であると考えることから、本判決は、このような考え方を一般的な考え方をしは採用せず」とされたのは、まさに、今日、競争者間の価格合意等をハードコア・カルテルとして原則違法ないし当然違法とするのに近い解釈論を採用する先例として常に援用されているシール談合刑事事件東京高判平5・12・14¹⁰⁾の考え方であると一

般的に理解されている考え方である。

また、シール談合刑事事件東京高判は、「右判例(筆者注：新聞販路協定事件東京高判昭28・3・9)は、同条(筆者注：旧4条)1項が当該行為による競争への実質的影響を犯罪成立の積極的要件としていなかった規定のもとで、同項の解釈として、同項にも影響の可能性を取り込むため、その『事業者』を競争関係にある者に限定したものとみられるのである。しかし、昭和28年の改正により右4条が削除され、現行法の罰則規定である89条1項1号が『第3条の規定に違反して……不当な取引制限をした者』と規定し、3条が『事業者は、私的独占又は不当な取引制限をしてはならない。』とし、2条6項が『……不当な取引制限とは、……により、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限することをいう。』と規定するに至り、右の犯罪が成立するためには、当該共同行為によって『競争を実質的に制限する』ことが積極的要件として必要となった現行法のもとで、はたして右判例のように『事業者』を競争関係にある事業者に限定して解釈すべきか疑問があり、……」と判示している。このように、この判示は、一般的な理解とは異なり、むしろ逆に、競争者間の価格合意等をハードコア・カルテルとして原則違法ないし当然違法とするのに近い解釈論を否定するものである。

さらに、石油カルテル刑事事件最判昭59・2・24¹¹⁾は、「事業者が他の事業者と共同して対価を協議・決定する等相互にその事業活動を拘束すべき合意をした場合において、右合意により、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争が実質的に制限されたものと認められるときは、独禁法89条1項1号の罪は直ちに既遂に達し、右決定された

8) 審決集55巻174頁。

9) 古田孝夫・ジュリスト1448号89頁。なお、前掲注(5)の近年の審・判決には、「行政処分の対象として必要な範囲で市場を画定するという観点からは、共同行為の対象である商品役務の相互の代替性について厳密に検証を行うことは実益に乏しい」と判示するものが多い。しかし、このような判示は、排除措置命令と課徴金納付命令という行政処分が、公取委という行政機関による強力な権力行使であることを忘れていたものといわざるを得ない。

10) 審決集40巻783頁。

11) 判例時報1108号3頁。

内容が各事業者によって実施に移されることや決定された実施時期が現実に来ることなどは、同盟の成立に必要でない」と判示しているが、本判示は、競争者間の価格合意が違法となるのはあくまでも当該合意により競争が実質的に制限されたものと認められるときであって、競争者間の価格合意それ自体をハードコア・カルテルとして原則違法ないし当然違法とするものではない。

なお、競争者間の価格合意をハードコア・カルテルとして原則違法ないし当然違法とするのであれば、本来、入札談合については、個別調整ごとにハードコア・カルテルとして原則違法ないし当然違法とするのが論理的に一貫するはずであるが、多摩談合事件最判は、個別調整の不当な取引制限該当性を論じた原審の東京高判平22・3・19¹²⁾を取り消し、不当な取引制限該当性は専ら基本合意によって判断されるとものと判示しているのである。シール談合刑事事件東京高判も、不当な取引制限該当性を、個別調整ではなく、専ら基本合意について判断している。

競争者間の価格合意をハードコア・カルテルとして原則違法ないし当然違法とするのは経済的ないし経済学的に自明のことであるというのが一般的な認識であるように見える。しかし、公正取引に掲載された大橋弘「連載 経済学と競争政策 第3回 カルテルにおける経済学の活用」¹³⁾では、モディファイヤー価格カルテル事件審・判決¹⁴⁾を一例として取り上げた上で、「たとえカルテルに合意をしたとしても、事後的に競争が実質的に制限されていないのであれば、需要者はカルテルによる被害を受けてい

ないと考えられ、2条6項の不当な取引制限のうち、『一定の取引分野における競争の実質的制限』の要件が満たされていないと経済学的には理解すべきであろう。」と述べられており、競争者間の価格合意をハードコア・カルテルとして原則違法ないし当然違法とするのは経済的ないし経済学的に自明であるとも必ずしもいえないのである。

3 垂直的制限行為と競争の減殺を意味する公正競争阻害性が問題となる不公正な取引方法

流通・取引慣行ガイドライン（以下、「ガイドライン」という。）は、垂直的制限行為と競争の減殺を意味する公正競争阻害性が問題となる不公正な取引方法との関係に係る解釈運用方針を明らかにしている。

ガイドラインは、まず、垂直的制限行為を、(1)再販売価格維持行為（以下、「再販売価格の拘束」と言い換える。）と、(2)非価格制限行為とに区分する。そして、(1)の再販売価格の拘束（2条9項4号）については、流通業者間の価格競争を減少・消滅させることになるから、通常、競争阻害効果が大きく、原則として公正競争阻害性がある行為であるとともに、(2)の非価格制限行為のうち、安売り販売を行う小売業者への販売禁止と価格広告・表示の制限については、いずれも、再販売価格の拘束に準じて、通常、価格競争を阻害するおそれ（以下、「価格競争阻害効果」という。）があり¹⁵⁾、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

12) 審決集56巻567頁。

13) 公正取引741号57、61頁。

14) モディファイヤー価格カルテル事件審決平21・11・9審決集56巻（第1分冊）341頁及び同事件東京高判平22・12・10審決集57巻第2分冊2頁。

15) 従前のガイドラインは、価格は事業者の事業活動において最も基本的な事項であるとして、価格の拘束それ自体に公正競争阻害性を求めていたが、改正ガイドラインは、価格競争阻害効果ないし価格維持効果に公正競争阻害性を求めているように見える。しかし、改正ガイドラインは、第3部第1-1（1）において、総代理店1社の販売価格を拘束すること自体が不公正な取引方法（一般指定12項（拘束条件付取引））に該当し、違法であるとし、また、再販売価格の拘束、安売り業者に対する販売禁止、価格広告・表示の制限のいずれについても、原則違法ないし当然違法とする理由の1つとして、事業者が市場の状況に応じて自己の販売価格を自主的に決定するという事業者の事業活動において最も基本的な事項に関する行為であることを挙げており、いまだ従前のガイドラインの残滓を引きずっているように見える。

2項（その他の取引拒絶）又は一般指定12項（拘束条件付取引）とする。

つぎに、(2)の非価格制限行為のうち、地域外顧客への受動的販売の制限、帳合取引の義務付け及び仲間取引の禁止については、「市場における有力な事業者」以外の事業者が行う場合であっても、「価格維持効果が生じる場合」に不公正な取引方法に該当し、違法となる（一般指定12項（拘束条件付取引））とする。一方、(2)の非価格制限行為のうち、自己の競争者との取引等の制限と抱き合わせ販売については、「市場における有力な事業者」が行う場合であって「市場閉鎖効果が生じる場合」に不公正な取引方法に該当し、違法となる（一般指定11項（排他条件付取引）、一般指定10項（抱き合わせ販売等））とするとともに、厳格な地域制限（事業者が流通業者に対して、一定の地域を割り当て、地域外での販売を制限すること。）については、「市場における有力な事業者」が行う場合であって「価格維持効果が生じる場合」に不公正な取引方法に該当し、違法となる（一般指定12項（拘束条件付取引））とする。

しかし、私は、垂直的制限行為と競争の減殺を意味する公正競争阻害性が問題となる不公正な取引方法の該当性との関係について、このように細分化することに根拠はなく、垂直的制限行為の公正競争阻害性の判断基準は、基本的に、すべての行為類型について共通する、セーフ・ハーバー基準を含め統一的に設定されるべきである、と考えている。

ガイドラインが対象とする垂直的制限行為は、いずれも、競争の減殺を意味する公正競争阻害性を要件とする不公正な取引方法に該当するか否かが問題とされる行為であるが、競争の減殺を意味する公正競争阻害性を要件とする不公正な取引方法は、一定の取引分野における競争の実質的制限を要件とする私的独占又は不当な取引制限を予防するために禁止されたものである。一定の取引分野における競争の

実質的制限の要件は、通常、ブランド間（複数メーカーの商品間）の競争が展開される範囲によって画定される市場において¹⁶⁾、価格をある程度自由に左右することができる状態—市場の価格を支配する力の形成・維持・強化—をもたらすことである、と一般に理解されているが、競争の減殺を意味する公正競争阻害性の要件は、通常、ブランド間競争が展開される範囲において画定される市場において、そのような状態にまでは至らないが、競争者の排除効果（競争排除、他者排除ともいわれる。ガイドラインでは「市場閉鎖効果」という。）又は競争（典型的には価格競争）の回避効果（競争回避、競争停止ともいわれる。ガイドラインでは「価格維持効果ないし価格競争阻害効果」という。）が生じる場合に満たされる。競争の減殺を意味する公正競争阻害性は、競争の実質的制限のいわば小型版ないし前段階といわれる所以である。

したがって、いずれの種類の垂直的制限行為であっても、競争の減殺を意味する公正競争阻害性を要件とする不公正な取引方法の該当性を検討するに当たっては、通常、ブランド間の競争が展開される範囲によって市場を画定することが必要となる。ガイドラインが市場を定義して、「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をいい、基本的には、需要者にとっての代替性という観点から判断されるが、必要に応じて供給者にとっての代替性の観点も考慮される。」と述べるのが、これである。

しかし、それにもかかわらず、ガイドラインが、ブランド間競争が展開される範囲によって市場の画定を求めるのは、「市場における有力な事業者」によって行われ、「市場閉鎖効果が生じる場合」に不公正な取引方法として違法とする自己の競争者との取引等の制限及び抱き合わせ販売と、「価格維持効

16) もっとも、例えば、製品差別化に特に成功している場合や一旦特定の商品を購入すると他のメーカーの商品に乗り換えることが事実上困難となるロック・イン状態にある場合には、特定メーカーの商品のみの範囲において市場が画定されることもあり得る。根岸哲=舟田正之「独占禁止法概説 [第5版]」41～42頁)

果が生じる場合」に不公正な取引方法として違法とする厳格な地域制限についてのみである。そして、この場合の「市場における有力な事業者」とは、少なくとも市場シェアが20%を超えることが必要であり、「市場におけるシェアが20%以下である事業者や新規参入者がこれらの行為を行う場合には、通常、公正な競争を阻害するおそれはなく(筆者注:「市場閉鎖効果」も「価格維持効果」も生じないことから。)、違法とならない。」とするセーフ・ハーバー基準を設定している。

ガイドラインは、厳格な地域制限について、「例えば、市場が寡占的であったり、ブランドごとの製品差別化が進んでいて、ブランド間競争が十分に機能しにくい状況の下で、市場における有力な事業者によって厳格な地域制限が行われると、当該ブランドの商品を巡る価格競争が阻害され、価格維持効果が生じることとなる。また、複数の事業者がそれぞれ並行的にこのような制限を行う場合には、一事業者のみが行う場合と比べ市場全体として価格維持効果が生じる可能性が高くなる。」と述べる。まさに、これらのいずれの場合においても、ブランド間の競争が展開される範囲において画定される市場においてブランド間の価格競争の回避効果が生じていることを示しており、このことは、本来、再販売価格の拘束、安売り業者への販売禁止、価格広告・表示の禁止、地域外顧客への受動的販売の制限、帳合取引の義務付け、仲間取引の禁止のいずれの行為類型においても、そのまま当てはまるものとみべきものである。

また、ガイドラインが対象とする垂直的制限行為は、私的独占の手段である支配行為又は排除行為を構成し得るものであり、再販売価格の拘束、安売り業者への販売禁止、価格広告・表示の禁止、厳格な地域制限、地域外顧客への受動的販売の禁止、帳合取引の義務付け、及び仲間取引の禁止は支配行為を、自己の競争者との取引等の制限と抱き合わせ販売は排除行為を、それぞれ構成し得るものである。このうち、自己の競争者との取引等の制限と抱き合

わせ販売については、市場における有力な事業者(少なくとも市場シェアが20%超の事業者)によって行われ「市場閉鎖効果が生じる場合」に不公正な取引方法に該当し、違法となるというのであり、排除型私的独占を予防するものとして評価することに問題はない。また、厳格な地域制限についても、上記のように、ブランド間競争が十分に機能しにくい状況の下で、市場における有力な事業者(少なくとも市場シェアが20%超の事業者)によって行われると「価格維持効果が生じ」(筆者注:この場合には、ブランド内の価格競争の回避効果のみならず、ブランド間の価格競争の回避効果も生じている。)、不公正な取引方法に該当し、違法となるというのであり、支配型私的独占を予防するものと評価することに問題はない。

しかし、これに対して、再販売価格の拘束、安売り業者への販売禁止、価格広告・表示の禁止を、いずれも、それぞれ、それ自体で原則違法ないし当然違法としたり、地域外顧客への受動的販売の制限、帳合取引の義務付け、仲間取引の禁止について、いずれも、市場における有力な事業者によって行われなくとも、特定メーカーの商品を取り扱う流通業者間の価格競争の回避効果、すなわちブランド内の価格維持効果が生じさえすれば、不公正な取引方法として違法となるというのでは、ブランド間の競争が展開される範囲において画定される市場において価格をある程度自由に左右することができる状態をもたらす場合に違法とされる支配型私的独占の予防というのには余りにも遠く、支配型私的独占を予防するものと評価することは極めて困難である。

以上述べたように、私は、ガイドラインが対象とする垂直的制限行為のいずれの種類の行為についても、通常、ブランド間の競争が展開される範囲において画定される市場において、当該市場における有力な事業者によって行われ、価格競争の回避効果又は競争者の排除効果が認められる場合に、競争の減殺を意味する公正競争阻害性の要件が満たされ、不公正な取引方法に該当し、違法となるが、行為者の

市場シェアが20%以下の場合には、通常、競争の滅殺を意味する公正競争阻害性の要件は満たされず、不公正な取引方法として違法とはならないという、セーフ・ハーバー基準を含めて統一的な解釈・運用がなされるべきである、と考えている。

ブランド内の価格競争の回避効果が認められれば、必然的にブランド間の価格競争の回避効果をもたらすことは、経済的ないし経済学的に明らかであるというのが一般的な理解であるのかもしれない。しかし、従来から基本的に経済的ないし経済学的な分析に基づく解釈運用を行ってきた米連邦反トラスト法の下では、垂直的制限行為は、再販売価格の拘束、非価格制限行為を問わず、いずれの類型の行為についても、合理の原則（rule of reason）の適用の下にあり¹⁷⁾、ブランド内の価格競争の回避効果が必然的にブランド間の価格競争の回避効果をもたらすものとは評価されていない。したがって、ブランド内の価格競争の回避効果が認められれば、必然的にブランド間の価格競争の回避効果をもたらすことが経済的ないし経済学的に明らかであるとは必ずしもいえないのである。

ところで、2条9項4号が「正当な理由がないのに」再販売価格の拘束を行うことを不公正な取引方法に該当し違法となると定めていることから、再販売価格の拘束は原則違法であるとも主張される。しかし、2条9項1号及び一般指定1項も「正当な理由がないのに」共同の取引拒絶を行うことと定め、2条9項3号も「正当な理由がないのに」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等と定めるが、いずれの場合にも、少なくともブランド間の競争が展開される範囲において画定される市場における有力な事業者によって行われるのでない限り、不公正な取引方法に該当し、違法とはされない

のであり、2条9項4号が「正当な理由がないのに」再販売価格の拘束を行うことと定めていることから、再販売価格の拘束は原則違法であるという主張にも根拠はない。また、23条1項が定める指定再販制度の指定要件として、同条2項2号が、当該商品について自由な競争が行われていること、すなわちブランド間の自由な価格競争が行われていることを定めるのは、ブランド間の価格競争の回避効果がなければ違法な再販売価格の拘束に該当しないことを確認することを示すものである。さらに、第一次育児用粉ミルク事件最判昭50・7・10¹⁸⁾は、再販売価格の拘束をブランド内の価格回避効果が認められれば原則違法であると判示したというのが一般的理解のようにみえるが、本件の調査官解説は、市場全体の競争秩序に悪影響を及ぼす点¹⁹⁾を問題にしている。言い換えれば、本件の再販売価格の拘束を不公正な取引方法として違法としたのは、正に、「市場が寡占的であり、ブランドごとの製品差別化が進んでいて、ブランド間競争が十分に機能しにくい状況の下で」、再販売価格の拘束が複数の事業者によって並行的に行われ、市場全体においてブランド間の価格競争の回避効果が認められたからであり、したがって、本件判決は事例判決として支持されるべきものであると考えられる。

4 統合型市場支配と閉鎖型市場支配

私的独占、不当な取引制限、及び事業者団体の禁止行為を定める8条1号は、いずれも、「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」を要件（市場効果要件、弊害要件といわれる。）としている。企業結合も「一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる」場合を違法としている

17) なお、米国司法省と連邦取引委員会の共同作成になる Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (January 12, 2017) は、再販売価格の拘束に類似するライセンサーによるライセンシーの製品の販売価格の拘束について、それぞれの市場において両者の合計シェアが20%を超えなければ違法としないという Safety Zone を設定している。この Safety Zone は、ライセンス契約に基づく制限以外には適用されないと述べられているが、再販売価格の拘束の判断に当たっても参考になる。

18) 判例時報781号21頁。

19) 佐藤繁・法曹時報29巻4号718頁。

る。いずれの場合も市場支配（力）をもたらす行為であるといわれる。

ところで、競争の実質的制限の場合にも、上述した競争の減殺を意味する公正競争阻害性の場合にも、その反競争性は、競争の回避効果（競争回避、競争停止ともいわれる。典型的には価格競争の回避効果、流通・取引慣行ガイドラインによれば「価格維持効果」ないし「価格競争阻害効果」。）又は競争者の排除効果（競争排除、他者排除ともいわれる。流通・取引慣行ガイドライン及び排除型私的独占ガイドライン（公取委平21・10・28）によれば「市場閉鎖効果」。）であり、競争の減殺を意味する公正競争阻害性は、競争の実質的制限の小型版であって、競争の実質的制限をその前段階において捉えたものである、というのが一般的な理解である²⁰⁾。そうだとすると、競争の回避効果は統合型市場支配（市場の価格を支配する力）の小型版ないし前段階であり、競争者の排除効果は閉鎖型市場支配（市場の開放性を妨げる力）の小型版ないし前段階であるということになる。したがって、「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること（となる）」という要件には、かつて今村先生が主張された統合型市場支配（市場における価格をある程度自由に左右することができる状態をもたらすこと、すなわち市場の価格を支配する力）と閉鎖型市場支配（市場の開放性を妨げる力）の2つが含まれる、ということになる。

流通・取引慣行ガイドラインに従えば、競争者の排除効果は、少なくとも市場シェアが20%を超える事業者によって排除行為が行われる場合に満たされ、排除型私的独占ガイドラインに従えば、市場の開放性を妨げる力の形成は、通常、市場シェアが50%超を有する事業者によって排除行為が行われる

場合に満たされることになる。

しかし、これを一般的な理解のように統合型市場支配に一本化して捉えるためには、排除型私的独占においても、競争者の排除効果が、市場の開放性を妨げる力の形成をもたらすというのではならず、市場の価格を支配する力の形成をもたらすこと、すなわち市場における価格をある程度自由に左右することができる状態をもたらしたことを主張・立証しなければならないはずである²¹⁾が、このようなことを意識的に試みた事例はほとんどない。

このようなことを意識的に試みようとしたのではないかとみられる例外的な事例に、ニプロ事件審決平18・6・5²²⁾がある。本件行為により「競争力のある競争者の生地管の輸入を制限又は抑制して品質・価格による競争が生じ又は生じ得る状況を現出させないようにしているものであり、西日本地区における生地管の供給分野における競争を実質的に制限するものであると認められる。」と判示しているからである。しかし、本件では、本件行為の後も、行為の相手方の生地管の輸入は増加し、行為の相手方の輸入活動が現実には排除されるまでの結果が発生しているとはいはず、本件行為の目的として目指したところは結果的に実現されたとはいえないと認定されているのであり、そもそも本件行為によって排除効果が認められるのかは疑わしく、また、本件行為によって、行為者が従来から有していた西日本地区における生地管販売市場の価格を支配する力を維持・強化したことにもならず、統合型市場支配という意味での競争の実質的制限の要件を満たしていたともいえないものであった²³⁾。

NTT 東日本事件最判平22・12・17²⁴⁾も、「既存の競争者による牽制力が十分に生じていない状況に

20) 金井貴嗣＝川濱昇＝泉水文雄編著『独占禁止法 [第5版]』（弘文堂）31～32頁。

21) 川濱昇「『競争の実質的制限』と市場支配力」正田古稀『独占禁止法と競争政策の理論と展開』125～128頁は、競争排除によって、市場の価格を支配する力を意味する「競争の実質的制限」をもたらす戦略的地位を獲得することになるとし、白石志志『独占禁止法 第3版』（有斐閣）26、108頁は、排除効果が生じた場合には、価格等の競争変数がある程度自由に左右できる状態という意味での市場支配的状态が生じたと推定する折衷的推定説を提唱している。

22) 審決集53巻195頁。

23) 本件の評釈である泉水文雄・公正取引671・35、40頁も参照。

あるので、本件行為により、同項（筆者注：2条5項）にいう『競争を実質的に制限すること』、すなわち市場支配力の形成、維持ないし強化という結果が生じていたものというべきである。」と述べていることから、統合型市場支配という意味での競争の実質的制限の要件を満たすと判示したものと見る見方もある²⁵⁾。しかし、本件では、本件行為によって、行為者から接続を受けて新たにFTTHサービスに参入しようとする事業者に対する排除効果は認定されているが、本件行為は、自前の加入者光ファイバ設備を持って既にFTTHサービスに参入している有力企業の東京電力の少なくとも2回にわたるユーザー料金の値下げに対抗するために行われたのであり、このことは、むしろ既存の競争者の牽制力が十分に働いていたことを示しており、統合型市場支配は成立していたとはいえないのである²⁶⁾。

また、パラマウントベッド事件審決平10・3・31²⁷⁾は、東京都発注の医療用ベッドの指名競争入札に当たり、入札担当者に自社製ベッドのみが適合する仕様書の作成を働きかける等により、自社製ベッドのみしか納入できない仕様書入札を実現させ、競争ベッドメーカーによる入札参加を排除したことが排除型私的独占に、自社製ベッドの指名競争入札に参加した販売業者に対し談合を指示して実行させたことが支配型私的独占に、それぞれ該当すると判断している。しかし、排除型私的独占に該当するとされた行為のみによっては、閉鎖型市場支配の成立しなく、支配型私的独占によってはじめて、落札者及び落札価格をある程度自由に左右する状態が形成され、統合型市場支配が成立することとなったのである。

最後に、「企業結合審査に関する独占禁止法の運用方針」（平16・5・31最新改正平23・6・14）（以下、「企業結合ガイドライン」という。）は、「第5垂直型企業結合及び混合型企業結合による競争の実質的制限」「(1)単独行動による競争の実質的制限」において、「当事会社グループの市場シェアが大きい場合には、垂直型企業結合によって当事会社グループ間の取引部分についてこのような閉鎖性・排他性の問題が生じる結果、当事会社グループが当該商品の価格その他の取引条件をある程度自由に左右することができる状態が容易に現出し得るときがある。このような場合、垂直型企業結合は、一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる。」と述べ、競争者の排除効果を超えて、市場の開放性を妨げる力の形成にとどまらず、市場の価格を支配する力を形成することとなってはじめて「一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる」との要件が満たされるとし、統合型市場支配に一本化して判断する方針が示されているように見える。しかし、垂直型企業結合につき問題解消措置がとられた最近の大建工業・C&H株式取得計画²⁸⁾やエーエスエムエル・サイマー統合計画²⁹⁾の各事例では、企業結合ガイドラインにいう市場の閉鎖性・排他性が生ずる結果、市場の価格を支配する力を形成することとなると判断されることなく、その前段階である市場の閉鎖性・排他性の問題を解消するために問題解消措置がとられている。問題解消措置は、当事会社の申出によってとられるものであるとはいえ、企業結合審査においても、實際上、統合型市場支配の成立だけでなく、閉鎖型市場支配の成立をも問題にしていることが分かる³⁰⁾。

24) 判例時報2101号32頁。

25) 金井ほか・前掲注20) 185～86頁、白石・前掲注21) 29～30頁。

26) 前掲注24) の本件解説においても「FTTHサービス市場には、他にもX（筆者注：NTT東日本）ほどの規模ではないが自前の加入者光ファイバ設備を有する有力企業が既に複数参入しており、ユーザー料金で比較する限りはXにも十分に対抗し得る力を有していた。」と述べられていた。

27) 審決集44巻362頁。

28) 本件の担当官解説である深町正徳＝田中綾美・公正取引751号64頁。本件の解説評釈である拙稿・NBL1008号58頁。

29) 本件の担当官解説である田辺治＝唐澤齊・公正取引753号65頁。

30) なお、自由に市場に参入することが著しく困難になったこと自体を捉えて8条1号に該当すると判示する日本遊戯統協同組合事件平9・4・9判時1629・70も閉鎖型市場支配の成立を肯定している。

