

論説 公正競争阻害性としての「競争手段の不正さ」についての検討

著者	山田 務
著者別名	Yamada Tsutomu
雑誌名	筑波ロー・ジャーナル
号	16
ページ	63-95
発行年	2014-05
その他のタイトル	A Study of Unfairness of Competition Means as Illegal Criteria
URL	http://hdl.handle.net/2241/00123123

公正競争阻害性としての 「競争手段の不正さ」についての検討

山 田 務

- I はじめに
- II 「競争手段の不正さ」について
 - 1 公正競争阻害性としての評価
 - 2 「競争手段の不正さ」の基準
 - 3 「競争手段の不正さ」としての公正競争阻害性を判断する考慮要素
- III 法運用の状況
 - 1 従来の公正取引委員会の法運用の状況
 - 2 民事訴訟における事案
 - 3 最近における公正取引委員会の運用事例と問題点
- IV 問題点の検討
 - 1 問題点
 - 2 法運用の考え方
- V おわりに

I はじめに

独占禁止法は、公正な競争を阻害するおそれ（公正競争阻害性）のある行為を、不正な取引方法として規制している¹⁾。

通説によれば、公正な競争を阻害するおそれのある行為とは、能率競争に悪影響を及ぼすおそれのある行為であり、①自由な競争を減殺する行為、②競争手段が不正な行為又は③自由競争基盤を侵害する行為が該当するとされており、これらの3つの側面のいずれか又は複数を有する行為が、独占禁止法2条9項1号から5号までの規定及び同6号に基づく公正取引委員会の告示²⁾によ

1) 独占禁止法19条「事業者は、不正な取引方法を用いてはならない。」

り、不公正な取引方法として具体的に規定されている。

本稿は、上記の公正競争阻害性の中で、特に、「競争手段の不公正さ」に焦点を当て、独占禁止法の違法性基準としての「競争手段の不公正さ」について、法適用の状況等を踏まえて、その問題点の検討を行ったものである。

II 「競争手段の不公正さ」について

1 公正競争阻害性としての評価

独占禁止法において、競争手段の不公正さを公正競争阻害性の一つの側面としてとらえ、規制を行う理由については、次のような説明が行われている。

すなわち、通説の根拠となっている、独占禁止法研究会報告書³⁾では、「不公正な取引方法の基本概念である『公正な競争を阻害するおそれ』（公正競争阻害性）は、公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれがあることと一応定義づけられる」とした上で、「公正な競争」が実現されている状態として、三つの条件がみだされる必要があるとし、その一つの条件として、「自由な競争が価格・品質・サービスを中心としたもの（能率競争）であることにより、自由な競争が秩序付けられていること（競争手段の公正さの確保）」を挙げている⁴⁾。

この理解に基づいて、競争手段として不公正な行為については、公正競争阻害性のあるものと解され、不公正な取引方法として規制対象に含められている。

2) 「不公正な取引方法」（昭和57年公正取引委員会告示第1号。改正平成21年公正取引委員会告示第18号。以下、昭和57年の当初の告示を「昭和57年一般指定」と、平成21年改正後の告示を「現一般指定」という。）。その他、特定の分野を対象に不公正な取引方法が指定（特殊指定）されているが、本稿では、一般指定を対象として検討を行っている。

3) 独占禁止法研究会報告書「不公正な取引方法に関する基本的考え方」（昭和57年7月8日）

4) 独占禁止法研究会報告書第1部2。他の条件は、①事業者間の自由な競争が妨げられていないこと及び事業者がその競争に参加することが妨げられていないこと（自由な競争の確保）及び②取引主体が取引の諾否及び取引条件について自由かつ自主的に判断することによって取引が行われているという、自由な競争の基盤が保持されていること（自由競争基盤の確保）である。

具体的な不公正な取引方法の行為類型のうち、主として、競争手段の不正さの側面から、公正競争阻害性を有するものとして指定されているものとしては、次のものが挙げられている^{5) 6)}。

- ① 欺瞞的な顧客誘引（現一般指定8項）
- ② 不当な利益による顧客誘引（現一般指定9項）
- ③ 抱き合わせ販売等の取引強制（現一般指定10項）
- ④ 競争者に対する取引妨害、競争会社に対する内部干渉（現一般指定14項、15項）

なお、独占禁止法研究会報告書は、昭和57年の不公正な取引方法の一般指定の改正に際し、その前提として、不公正な取引方法の要件である公正競争阻害性について、その考え方を取りまとめたものであり、当然、当時の不公正な取引方法に係る規定及び法運用の状況⁷⁾が反映されていると考えられる。

このうち、不公正な取引方法に係る規定は、次のような状況であった。

独占禁止法研究会報告書等において、主として「競争手段の不正さ」の側面を持つ行為として、上記①から④までの行為類型が挙げられていたところ、昭和22年の制定法で規制していた「不公正な競争方法」の行為類型の中に、すでに、①から③に対応するものが「不当に、利益又は不利益を以て、競争者の顧客を自己と取引するように勧誘し、又は強制すること」（昭和22年法2条

5) 独占禁止法研究会報告書第一部二及び昭和57年一般指定に係る解説書である田中寿編著「不公正な取引方法」第1編第5（昭和57年）。なお、一般指定の規定は、昭和57年一般指定の規定に対応した現一般指定の規定を記載している。

不公正な取引方法は、平成21年の法改正により、一部の行為類型については法定化されているが、「競争手段の不正さ」の側面から公正競争阻害性を有するとされている行為類型は、すべて一般指定の行為類型の対象となっており、法定化されたものはない。

6) 田中寿編著「不公正な取引方法」第1編第5では、「行為類型によっては、同時に他の側面を併せ持つことがあるのが、通常であるように、この3つの側面は、相互に排他的ではなく、各行為類型の違法性の判断に当たっては、いずれを重視するかを個別ケースごとに判断していく必要があることは当然のこと」とされている。

7) 法運用の状況については、後記III1で記述している。

6項4号)として規制対象となっていた。

また、昭和28年改正法により、「不公正な競争方法」が「不公正な取引方法」となり、規制対象となる行為の内容が変更されたところ、上記2条6項4号に該当する行為が継続的に規制されるとともに（昭和28年法2条7項3号）、④に対応する行為（昭和28年法2条7項6号）が新たに規制対象として追加されている。

昭和28年改正により、不公正な取引方法は、昭和28年法2条7項に基づいて、公正取引委員会が具体的に指定する制度に変更されたところ、昭和28年一般指定⁸⁾においては、6項として、「不当な利益又は不利益による顧客の誘引又は強制」が、11項及び12項として、「競争者に対する取引妨害」及び「競争会社に対する内部干渉」が規定されている。

昭和57年一般指定は、規制内容の明確化を図る観点から、昭和28年一般指定の改正を行ったものであるところ、昭和28年一般指定6項の行為が、欺瞞的な顧客誘引（8項）、不当な利益による顧客誘引（9項）及び抱き合わせ販売等の取引強制（10項）に分けられ、行為内容がより具体的に規定されている。また、昭和28年一般指定11項及び12項については、技術的な文言の改正が行われただけで、おおむね旧規定どおり15項及び16項として規定されている。

このように、競争手段の不公正さの側面から公正競争阻害性を有するとされる行為類型については、すでに、昭和22年法及び昭和28年法から規制されており、これらの規制内容及び運用実態を前提として、公正競争阻害性の一側面として、「競争手段の不公正さ」が位置付けられたものと考えられる。

なお、独占禁止法研究会報告書のとりまとめに当たっては、当然、当時の公正競争阻害性の解釈に係る学説も踏まえたものと考えられるところ、当時の主要な2つの学説⁹⁾のいずれにおいても、能率競争（価格・品質による顧客獲得

8) 昭和28年公正取引委員会告示第11号

9) 独占禁止法研究会報告書第一部二。舟田正之、根岸哲「独占禁止法概説（4版）」第5章3（平成22年）

競争)を本位とした競争が行われている状態を「公正な競争」が実現されている状態の一要素として位置付けており、これを阻害する行為を公正競争阻害性のある行為として位置付けていた点に基本的差異はなかったものと考えられる。

2 「競争手段としての不正さ」の基準

前記1から、競争手段として不公正なものか否かの基準は、競争手段が、価格・品質・サービスを中心とした競争(能率競争)の観点から正当化されるか否か、このような能率競争に悪影響を及ぼすか否か基準となる¹⁰⁾。

違法行為の要件については、判断基準がより明確であることが望ましいところ、一般指定の規定内容及び法運用の状況から、より具体的な基準の有無を検討すると次のとおりである。

まず、競争手段の不正さの側面から公正競争阻害性があるとされる一般指定の具体的な行為類型からみると、前記1のとおり、欺瞞的な顧客誘引行為(現一般指定8項)、不当な利益による顧客誘引行為(現一般指定9項)、取引の相手方に対し取引を強制する行為(現一般指定10項)、競争者の取引を妨害する行為(現一般指定14項)等が価格・品質・サービスを中心とした競争(能率競争)に悪影響を及ぼす行為と評価されることができる。

しかし、このうち、競争者の取引を妨害する行為については、当然、能率競争に反して「取引を妨害する行為」が該当すると考えられるところ、現一般指定14項の規定自体からは、能率競争に反するか否かに関し、より具体性のある基準は導き出せない。

次に、近年の独占禁止法違反に係る事案において、競争手段としての不正さに着目して公正競争阻害性を認定した事案をみると、不正さの解釈に関し

10) 独占禁止法研究会報告書第一部二。金井貴嗣他「独占禁止法(第4版)」第7章第1節III(川濱昇)では、「「競争手段の不正さ」は、市場における競争が価格・品質・サービスを中心とする能率競争を本位として行われることを妨げるような、競争手段自体が非難に値するもの場合に認められる。」とされている。

て次のような考え方が示されている。

① 現一般指定10項（抱き合わせ販売）関係の事例

○東芝エレベータテクノスに対する損害賠償請求控訴事件（大阪高裁 平成5年7月30日（平成2年(ネ)第1660号））

「本件各部品とその取り替え調整工事は、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、事業者間の公正な能率競争を阻害するものであって、不当というべきである。」

○藤田屋に対する件（審判審決 平成4年2月28日（平成2年（判）第2号））

「本件抱き合わせ販売は、ドラクエⅣが人気の高い商品であることから、その市場を利用して価格・品質等によらず他のゲームソフトを抱き合わせて販売したものであり、買手の商品選択の自由を妨げ、卸売業者間の能率競争を侵害し競争手段として公正さを欠くものと言わざるを得ない。」

② 現一般指定14項（競争者に対する取引妨害）関係の事例

○電気保安業務に関する不公正取引差止請求控訴事件（東京高裁 平成17年1月27日（平成16年(ネ)第3637号））

「競争者とその取引の相手方との間の取引の不当な妨害を禁止している趣旨は、このような行為が価格と品質による競争をゆがめ、顧客の商品・役務の選択を妨げるおそれがあることによるものであると解される。そうすると、本件のような顧客に対する働き掛けが問題となる事案における「不当性」の判断は、勧誘に用いられた手段が客観的にみて顧客の自由な意思決定に支障を来す程度のものであったかどうかにより判断されるべきものと解される。」

以上の判決・審決においても、特段、詳細な考え方は示されていないが、こ

れらによれば、能率競争（価格・品質等を中心とした顧客獲得競争）に悪影響を及ぼす行為については、顧客の商品選択の自由を妨げる行為（商品選択に支障を与える行為）と置き換えられている¹¹⁾。

すなわち、顧客が自由な意思で商品選択を行うことが確保されていれば、価格・品質等を基本に商品選択が行われ、事業者も、これに対応して価格、品質等により顧客獲得競争を行なわざるを得なくなるとの理解の下に、顧客の商品選択の自由を妨げる行為は、能率競争に悪影響を与える不正な競争手段と解されている。

顧客の商品選択の自由を妨げる行為（商品選択に支障を与える行為）を、競争手段として不正な行為と解した場合、次のように広範な行為が、その対象として解される余地がある。

- ① 顧客に対し、商品や競争者について事実を反した情報等を提供することにより、顧客の商品選択の自由を妨げる行為（商品選択に支障を与える行為）
- ② 顧客に対し、何らかの経済上の利益を提供することにより、顧客の商品選択の自由を妨げる行為（商品選択に支障を与える行為）
- ③ 顧客に対し、自己の取引上の地位を利用したり、何らかの不利益措置を講じることを通じて、顧客の商品選択の自由を妨げる行為（商品選択を拘束する行為、強制する行為）
- ④ 何らかの人為的な措置を講じて競争者の事業能力を低下させることにより、顧客の商品選択の幅を狭め、顧客の商品選択の自由を妨げる行為

3 「競争手段の不正さ」としての公正競争阻害性を判断する考慮要素

ある行為が、競争手段として不正で、公正競争阻害性があると評価する際

11) 田中寿編著「不正な取引方法」第三編第11においても、「不正な取引方法として規制される取引妨害、内部干渉行為とは、その行為自体の有する目的・効果から見て、そのまま放置されるなら独占禁止法第1条の目的で予定されていると考えられる価格・品質による競争が歪められ、顧客の商品選択を妨げるおそれがあるような行為である。」とされている。

の考慮要素としては、前記2で記載したように、能率競争に反する行為（＝顧客の商品選択の自由を妨げる行為）か否かを基準とした当該行為自体の内容・性格が中心的要素となるが、実際の法適用に当たっては、あわせて、当該行為の市場における競争秩序への影響の程度も考慮されていると考えられる^{12、13}。

この市場の競争秩序へ影響については、具体的な事例においては、当該行為の相手方の数、行為の継続性・反復性、伝搬性等の行為の広がり¹⁴、当該行為の競争者の取引に与える影響の程度¹⁵、当該行為の目的（競争者の排除、事業能力の低下のみを目的とする妨害行為等）¹⁶等が認定されている。

12) 考慮要素については、次の説明がみられる。

① 田中寿編著「不公正な取引方法」第三編第五、三

「抱き合わせ販売等の取引強制の公正競争阻害性の有無の判断に当たっては、能率競争の観点からみて競争手段として不公正であるかどうか为中心となり、市場全体における競争に及ぼす影響は必ずしも要件ではない。しかしながら、独占禁止法の規制対象となる行為であるから、当該行為の対象とされる相手方の数、当該行為の反復・継続性、行為の伝搬性等の行為の広がりを考慮することとなる。」

② 根岸哲「一般指定15項の競争者に対する取引妨害の公正競争阻害性」（ジュリスト1378号平成21年5月）

「競争手段の不公正さ」という場合には、それ自体に「公正競争阻害性」が内在しているものととらえ、「競争手段の不公正さ」が認められれば直ちに「公正競争阻害性」が肯定できると考えることもできる。」

③ 金井貴嗣他「独占禁止法（第4版）」第7章第7節II（金井）

「（熊本魚事件の場合）……事件であり、物理的妨害のみが競争手段として不公正とされた事件ではない。むしろ、次に見る事案と同様に、行為の目的・態様・影響等を考慮して公正競争阻害性が認定されたとみるべきであろう。」

13) 公正競争阻害性はあくまでも、公正な競争を阻害する「おそれ」があれば足りるので、市場の競争に与える影響についても、具体的な弊害を立証する必要はないとされている（金井貴嗣他「独占禁止法（第4版）」第7章第1節III（川濱昇））。

14) 藤田屋に対する件（審判審決平成4年2月28日（平成2年（判）第2号））

15) 第一興商に対する件（審判審決平成21年2月16日（平成15年（判）第39号））、デー・エヌ・エーに対する件（排除措置命令平成23年6月9日（平成23年（措）第4号））

16) 第一興商に対する件（審判審決平成21年2月16日（平成15年（判）第39号））他

Ⅲ 法運用の状況

1 従来の公正取引委員会の法運用の状況

競争手段の不正さの側面から公正競争阻害性があるとされている一般指定の各行為類型を対象に、過去の違反事件¹⁷⁾を整理し、これらの違反事件について、審決等の記述も考慮しながら、競争手段の不正さの側面から公正競争阻害性が主として捉えられた事案か否か、また、競争手段の不正さに関し具体的にどのような評価が行われているかとりまとめると、次のように考えられる。

- (1) 現一般指定8項、9項関係（欺瞞的又は不当な利益による顧客誘引。昭和28年一般指定6項、昭和57年一般指定8項、9項）

これらの行為類型は、基本的には、競争手段の不正さの側面から公正競争阻害性を有しているものと解されている。

これらの行為類型のうち、消費者向けの取引に係るものについては、昭和37年の景品表示法制定以降は、景品表示法により規制が可能となっているところ、独占禁止法によって規制が行われてきた事案をみると、次のように分類できる。

ア 事業者向け取引において、取引の相手先に対し不当な利益の提供を行い、取引の相手先を勧誘した事案 5件

- ① 証券業者による損失補てんに係る事案4件（平成3年（勧）第21号大和証券に対する件他）
② いわゆる化粧品の連鎖販売取引における販売員を勧誘するため不当な利益

17) 公正取引委員会審決等データベースシステムに登録されている事案のうち、競争手段の不正さの側面から公正競争阻害性を有するとされている一般指定の規定が適用されたものを対象とした。本稿Ⅲ3記載の最近の2事例は、別途検討したため除外している。

提供を行った事案1件（昭和50年（勸）第16号ホリデイ・マジックに対する件）

イ 当時、景品表示法で規制が行われていなかった¹⁸⁾、消費者に対し懸賞によらない方法により過大な景品類の提供を行った事案4件（昭和43年（勸）第2号綱島商店に対する件他）

ウ 競争者排除のために行われた複数の行為のうちの一部の行為（競争者の顧客に対する金銭の提供による誘引）について、昭和28年一般指定6項を適用した事案1件（昭和35年（勸）第1号熊本魚に対する件）

上記の事件はすべて勧告審決の事案であり、事実及び法令の適用において、競争手段の不正さに関し明示的な記述は行われていないが、アの①の事案では、規制対象となった損失補てん行為は、「投資家が自己の判断と責任で投資するという証券投資における自己責任原則に反し、証券取引の公正性を阻害するものであって、証券業における正常な商慣習に反するものであると認められる。」と評価している。

ア及びイの事案は、現状では、景品表示法や他の法律（特定商取引に関する法律、金融商品取引法）より規制が可能な事案となっている。

また、ウの事案については、競争者を排除するという同一目的のために行った複数の手段について、それぞれ不公正な取引方法の一般指定の規定を適用し、法令の適用と排除措置の内容を合致させた運用が行われたものである。

ある目的を達成するために複数の手段を講じることは一般的であり、また、複数の手段は相互に関連性があることから、行為の内容、性格及び競争への影響を全体としてとらえて法運用を行うことが適当であり、また、法令の適用と

18) 「一般消費者に対する景品類の提供に関する事項の制限」に関する告示により、昭和52年から景品表示法の規制対象となっている。

排除措置の内容は分けて考えることができると考えられる。

なお、近年、このような法運用はなくなってきているところ、村上教授により、このような運用は、独占禁止法が本来の競争法として運用できなかった時期において、独占禁止法を不正競争法的に運用せざるを得なかった時期における歴史的産物である旨評価されている¹⁹⁾。

- (2) 現一般指定10項関係（抱き合わせ販売等の取引強制。昭和28年一般指定6項、昭和57年一般指定10項）

これらの行為の公正競争阻害性については、競争手段の不正さと自由競争減殺（競争の回避効果又は競争者の排除効果）の2つの側面を有していると解されている。

審決の記述からは、どちらの側面が重視された事案か明確でないものが多いが、行為者の市場（競争者の排除が関係する市場）における地位及び競争者の排除効果について両方認定されているか否か、競争手段の不正さを明示しているか否かを基準に整理すると、概要、次のように分類できる。

ア 競争手段の不正さ型

- ① 家庭用電子玩具の抱き合わせ販売（人気商品に在庫商品を抱き合わせ）に係る事案6件（平成2年（判）第2号藤田屋に対する件他）
- ② 教科書の取扱いに関連づけた普通図書の購入強制に係る事案1件（昭和38年（判）第4号長野県教科書供給所などに対する件）

イ 自由競争減殺型

- ・パソコンの応用ソフトの抱き合わせ販売に係る事案1件（平成10年（勸）第21号マイクロソフトに対する件）

19) 村上政博「不公正な取引方法の理論上の脆弱性」（国際商事法務 Vol.42 No.3 平成24年10月）

アの事案のうち、①の藤田屋に対する事案については、前記Ⅱ2のとおり、当該抱き合わせ販売が、顧客の商品選択の自由を妨げ、卸売業者間の能率競争を侵害することにより競争手段として公正さを欠くものであること、また、行為の広がりがあり、被抱き合わせ商品市場における競争秩序に悪影響を及ぼすおそれがあるもので、公正競争阻害性があると認定している。

また、長野県教科書供給所に対する件では、競争手段の不公正さという観点からは、当該行為が教科書会社との契約で禁止されていたこと、及び長野県内における唯一の教科書卸売業者の地位にある行為者が普通図書の購入量が一定基準に達しない取次店を整理統合する旨を明示して取引を強制していることが、事実及び法令の適用で示されている。

イの事案も、抱き合わせ商品の商品力を利用して、他の応用ソフトの抱き合わせを強制したものであるが、ア①の事案と異なり、当該行為により、被抱き合わせ商品の市場において、行為者が第一位の地位を獲得したことが認定されている²⁰⁾。

(3) 現一般指定14項関係（競争者に対する取引妨害。昭和28年一般指定11項、昭和57年一般指定15項）

これらの行為も公正競争阻害性については、競争手段の不公正さと自由競争減殺の2つの側面を有していると解されている。

審決の記述からは、どちらの側面が重視された事案か明確でないものが多いが、行為者の市場における地位（ブランド品の輸入総代理店の地位等を含む。）及び価格の維持、市場シェアの低下防止等の行為の目的又は競争回避効果若しくは競争者排除効果について両方認定されているか否かを基準に整理すると、

20) 公正取引委員会の担当者による解説（坂本耕造他「マイクロソフト株式会社による独占禁止法違反事件について」（公正取引580号平成11年2月））によれば、「本件は、主として前記①の自由競争減殺の観点から抱き合わせ販売の公正競争阻害性を認定した初めての事例である。」とされている。

概要、次のように分類できる。これによれば、競争手段の不正さ型のものは少ない。

ア 競争手段の不正さ型

- ・家庭用ミシン機のメーカーが、競争者とミシンの予約販売契約を締結した者に対し、払込済掛金の全部または一部に相当する500円から1000円の値引きを申し出て、その不履行を誘引することにより、他社のミシンの販売を不当に妨害した事案1件（昭和37年（勸）第6号東京重機工業に対する件）

イ 自由競争減殺型

- ① 輸入総代理店等が、安価な輸入品（真正の並行輸入品等）の増加により、自己の取扱製品の価格への影響を懸念し、競争者の輸入取引、輸入品の国内販売を妨害した事案8件（平成2年（勸）第8号ヤシロに対する件他）
- ② 共同経済事業を実施している生コンなどの協同組合が、アウトサイダーを排除するために、アウトサイダーのセメントメーカー等との取引を妨害した事案4件（平成元年（勸）第7号神奈川生コンクリート協同組合に対する件他）
- ③ メーカー系列のエレベータ、機械式駐車設備保守事業者が、自己の契約率の低下、保守料金の低下を防止するため、部品供給に当たり差別的な取扱いを行うことにより、独立系保守事業者の事業活動を妨害した事案2件（平成14年（勸）第7号三菱電機ビルテクノサービスに対する件他）
- ④ 競争者排除のために行われた複数の行為のうちの一部の行為（顧客が競争者と買受契約を結結することを威圧を加えて阻止、及びせり場の周辺に障壁を設け、監視することにより買受人がせりに参加することを妨害）について、昭和28年一般指定11項を適用した事案1件（昭和35年（勸）第1号熊本魚に対する件）

このうち、競争手段の不正さ型の東京重機工業に対する件については、審決では、「競争者と予約販売契約を締結した者に対するその不履行を誘引した

行為」について、特段、当該行為が競争手段として不公正である旨明記されていない一方、当該行為によって、購入先を行為者に変更したものが相当数あったことも認定されている。

自由競争減殺型の事案は、ほとんどが実質的に直接又は間接の取引拒絶の事案と評価できるものであり、これらの事案について、競争手段の不公正さの側面を問題視し、現一般指定14項が適用されたというよりも、①行為の内容が多様な手段を講じている等、他の一般指定（取引拒絶等）の要件に適合しなかったこと、また、②違反行為の目的・効果を端的に示すことができることから、行為要件が一般的に規定されている競争者に対する取引妨害の規定（現一般指定14項）が適用されたものと考えられる。これらの事件については、法適用は現一般指定14項であっても、現一般指定2項（取引拒絶）等と同様に、主に自由競争減殺の側面としての公正競争阻害性が問題となる事案と考えられる²¹⁾。

なお、熊本魚に対する件は、前記のとおり、競争者を排除するという同一目的のために行った複数の手段のうちの一部の行為について、昭和28年一般指定11項の適用が行われたものである。

- (4) 現一般指定15項関係（競争会社に対する内部干渉。昭和28年一般指定12項、昭和57年一般指定16項）

この行為類型に該当した違反事例はない。

(5) 評価

以上をまとめると、競争手段の不公正さの側面のみから公正競争阻害性があるとして違反とされた事案は少ないことがうかがえる。また、これらの事案については、次のように整理することができる。

- ① これらの事案は不当な利益提供による顧客誘引（上記(1)及び(3)アの事案）及び抱き合わせ販売（取引強制）（上記(2)アの事案）に係るものであり、こ

21) 川濱昇他「ベーシック経済法（第3版）」第4章（泉水文雄）

のうち、(1)のア及びイの事案は、現状においては、他の法律で規制されることが可能となっていること。

- ② 上記(1)のア及びイの事案（他の法律で規制可能）を除けば、当該行為による市場における競争への影響が認定されていること。

また、複数の手段のうちの一部の行為について、競争手段としての不正さが認定された事案（上記(1)ウ及び(3)イ④の事案）についても、複数の手段を同一目的を達成するためのものとし、全体をとらえて法適用を行った場合には、自由競争減殺の側面からの公正競争阻害性の問題として解することができるものと考えられる。

2 民事訴訟における事案

独占禁止法違反行為に係る民事訴訟事案のうち、競争手段の不正さの側面から公正競争阻害性が認められた事案をみると、次のものがある²²⁾。

- (1) 東芝エレベータテクノスに対する損害賠償請求控訴事件（大阪高裁 平成5年7月30日（平成2年(ネ)第1660号））

本事案は、東芝エレベータテクノスが、独立系保守業者と取引をしている東

22) 神戸地裁は、平成26年1月14日に、タクシー会社が、駅前に設置されたタクシー乗り場に乗り入れようとした個人タクシーに対し、タクシーの前に立ちはだかったり、個人タクシーが客待ちの先頭にならないようにするなどの妨害行為を行ったことに対する独占禁止法24条に基づく差止請求等の訴訟事件（平成23年(ワ)3452号。判例集未登載）において、当該行為に対し、独占禁止法19条（現一般指定14項）に違反する旨の判断を行っている。

本件については、泉水文雄「物理的妨害による取引妨害と差止請求—神鉄タクシー事件判決」（公正取引763号平成26年5月）で判決の紹介・検討が行われている。これによれば、判旨として「各タクシー待機場所への乗入れについて実力行使による阻止を通知し、実際に物理的な取引妨害をする行為が競争手段として不正なものであることは否定することはできず、公正競争阻害性が認められる」との考え方が紹介されている。判決では、公正競争阻害性の判断に当たり、市場の競争秩序への影響は明示されていないものと思われるが、筆者は、関係する市場を検討した上で、「本件取引妨害行為により当該市場において独占が維持され自由競争減殺が生じているという認定はできそうである。」としている。

芝製エレベータのユーザーに対し、修理サービスと部品を抱き合わせて販売したこと、及び部品の供給を遅延させたことについて、それぞれ不正な取引方法19条（前者は昭和57年一般指定10項（現一般指定10項）、後者は昭和57年一般指定15項（現一般指定14項））に違反すると認定され、損害賠償請求が認容されたものである。

このうち、抱き合わせ販売の公正競争阻害性については、Ⅱ2で記述したように、「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、事業者間の公正な能率競争を阻害するものであって、不当というべきである。」としている。

一方、部品の供給遅延行為の昭和57年一般指定15項該当性については、「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の部品を一手に販売している控訴人の同エレベータ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、控訴人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3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、控訴人の乙事件行為は、一般指定15項の不当な取引妨害行為に当たるといふべきである。」とするのみで、昭和57年一般指定15項の不当性（公正競争阻害性）について、競争との関係を踏まえた評価が明示的に行われていないが、民法709条の不法行為該当性に関する判示において、「控訴人は、東芝製エレベータの保守を一手に独占し、独立系保守業者等他の競争者を排除しようとの意図の下に本件各行為を行ったものと容易に推認することができる。」としており、当該行為自体については、競争者の排除効果について評価を行っている。

(2) 取引妨害禁止等仮処分申立事件（東京地裁 平成23年3月30日（平成22年(㊦)第20125号）²³⁾

本事案は、ドライアイスの有力な製造販売業者（ドライアイスのうち角ドライアイスで国内の約49%を出荷）が、競争者の顧客等に対し、競争者を誹謗中傷する内容（競争者が競業避止義務に違反していること、及び競争者が商品供給不能になり倒産の危機に瀕していること）の告知を行い、当該競争者との取引を停止するように働きかけた行為について、当該競争者が独占禁止法24条等に基づく差止め請求権を被保全権利として、東京地裁に、取引妨害禁止等仮処分の申立てを行い、一部認容された事案である。

本決定では、上記告知行為について、独占禁止法19条違反（現一般指定14項。競争者に対する取引妨害）の認定が行われたところ、現一般指定14項該当性の判断に関しては、上記の告知行為のみを取り上げ、本件行為は、「それ自体、公正な競争を阻害するものであるというべきである」と判示している²⁴⁾。

なお、上記の現一般指定14項（競争者に対する取引妨害）該当性の認定とは別に、差止要件該当性の判断においては、当該行為により、競争者がドライアイス事業を継続することが著しく困難になるとの認定が行われている。

(3) 評価

上記事案において問題となった行為は、安全性確保の必要性が認められない抱き合わせ販売、供給義務に反した部品の供給遅延行為及び競争者に対する誹謗中傷行為であり、その行為自体の性格・内容を基に、競争手段として不公正なもので、公正競争阻害性があるとの判断が示されている。

23) 池田千鶴「独占禁止法に基づく差止め請求と競業避止義務違反の告知による競争者に対する取引妨害」(NBL971号平成24年2月)において、事案の紹介、論評が行われている。

24) 同決定においては、当該記述の後に、なお書きとして、①競争者がパレットドライアイスに新規参入したことが妨害行為の経緯となり、また、②競争者に対し、全面的な取引停止、損害賠償の請求等の措置を講じていた中で、本件告知行為が行われたことを踏まえると、「本件告知行為の公正競争阻害性は明らかである」としている。

このように、公正競争阻害性の判断に当たっては、特段、競争者への影響等、当該行為の市場の競争に与える影響は考慮要素として明示されていないが、当該行為の不法行為該当性や行為の差止要件該当性の判断においては、行為者の市場における地位等を踏まえた上で、当該行為の競争者の排除効果が認定されている。

3 最近における公正取引委員会の運用事例と問題点

最近、競争手段の不公正さの側面をとらえて公正競争阻害性を認定した事案として、第一興商に対する件、ディー・エヌ・エーに対する件の2つの事案がみられた。

これらの事案については、従来の公正取引委員会の事例とは異なる法適用の考え方もみられており、競争手段の不公正さに係る法適用の在り方について検討すべき論点もあると考えられる。

- (1) 第一興商に対する件（審判審決 平成21年2月16日（平成15年（判）第39号））

ア 事案の概要

ア) 違反行為

本件は、通信カラオケ事業（遊興飲食店、カラオケボックス等に、通信カラオケ機器を販売又は賃貸するとともにカラオケを制作して配信する事業）における有力な事業者（通信カラオケ機器の出荷及び稼働台数ベースで約44%、第1位の市場シェアを占める。）が行った下記の行為について、独占禁止法19条違反（昭和57年一般指定15項。現一般指定14項）を認定したものである。

- ① 子会社であるレコード会社2社をして、競争者であるエクシング（前記通信カラオケ機器の出荷台数ベースで約13%、稼働台数ベースで約11%、第3位の市場シェアを占める。）に対し、当該2社の管理楽曲の使用を承諾しないようにさせた行為
- ② 上記①の行為をさせる旨又はエクシングの通信カラオケ機器では本件管理

楽曲が使えなくなる旨を通信カラオケ機器の卸売業者等に告知した行為

(イ) 公正競争阻害性の認定

本件行為の公正競争阻害性については、次のように認定している。

「(2)……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能率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。

(3) 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、一般指定第15項の「不当に」の要件に該当する。」

上記のとおり、審決では、当該行為の目的・態様を踏まえて、競争手段としての不正さを認定するとともに、あわせて、当該行為が競争者の取引機会を減少させる蓋然性が高いことを挙げ、これらを根拠に、公正競争阻害性を認定している。

このうち、後者の競争者の取引機会への影響に関しては、第一興商が有力な

事業者であること（通信カラオケ機器の取引分野）、行為が会社を上げて組織的に行われたこと、レコード会社2社の管理楽曲が通信カラオケ機器にとって重要であること、及びレコード会社2社の管理楽曲に関する問題への懸念から、卸売業者がエクシングとの取引を取りやめたことがうかがわれる複数の事例があること等を根拠として認定している。なお、本件行為の競争者の取引への影響を示すものとして、競争者の通信カラオケ機器の稼働台数シェアに係るデータを審査官が提出していたが、データの連続性については疑問があるとしてシェアの推移について認定は行われていない。

イ 検討

本件についての論点は、公正競争阻害性を認定した根拠である「競争手段の不正さ」と「競争者の取引機会を減少させる蓋然性が高いこと＝妨害の対象となる取引に悪影響を及ぼすおそれがあること」の相互の関係性をどのように評価するのかという点である。

すなわち、本件は、①競争手段の不正さと自由競争減殺の2つの公正競争阻害性の側面を持った行為と評価するのか²⁵⁾（この場合でも、それぞれの公正競争阻害性の認定に当たっては、他方がその判断の要素の一つとなり得る。）、②あくまでも、競争手段の不正さによる公正競争阻害性が中心であり、競争者の取引への影響に係る証拠は、競争手段の不正さについての公正競争阻害性を認定する上での考慮要素と評価するのか²⁶⁾、③競争手段の不正さだけからは公正競争阻害性を認定することが不十分なため、取引への影響を認定したものであり、自由競争減殺の側面から公正競争阻害性をとらえたものと評価

25) 白石忠志「第一興商審決について」（公正取引703号平成21年5月号）では、「本審決の考えはいずれか一方のみでも十分であるが念のため両方を併記したというものであったのではないかと推測される。」とされている。

26) 根岸哲「一般指定15項の競争者に対する取引妨害の公正競争阻害性」（ジュリスト1378号平成21年5月）では、「本件は、一般指定15項の「公正競争阻害性」が「競争手段の不正さ」に求められた久しぶりの事件となった。」とされている。

するのか²⁷⁾、という論点である。

本件行為に対して、昭和57年一般指定15項（現一般指定14項）を適用しているため、いずれの解釈も可能であるが、審決における記述内容からは、上記のいずれかの考え方にに基づくものか必ずしも明確ではない。

しかしながら、公正競争阻害性の側面として、「競争手段の不正さ」、「自由競争減殺」等3つの側面があると解し、法運用を行っている以上、法適用に当たっては、どの側面からの公正競争阻害性があり、どのような要素から判断したか明らかにすることが適当と考えられる。

また、上記の3つの側面については、単独でも公正競争阻害性が認定できると解している以上、「競争手段の不正さ」と「自由競争減殺」の2つの側面を持つ事案の場合であっても、それぞれの観点からの公正競争阻害性の解釈・考慮要素については、単独で公正競争阻害性が認定される事案の場合と同様に解釈・運用する必要があると考えられる²⁸⁾。

現一般指定14項は、競争手段の不正さと自由競争減殺の2つの側面からの公正競争阻害性を持つ行為類型とされてきているところであるが、前記Ⅱ2のとおり、競争手段の不正さについては、能率競争に反する行為がすべて対象になり得るものであり、その適用範囲も広範なものとなり得るところ、公正競争阻害性の評価・認定を厳格に行うことなく、また、市場における競争への

27) 金井貴嗣「取引妨害の公正競争阻害性」（公正取引709号平成21年11月号）では、「競争手段の不正さのみで公正競争阻害性があったとするには不十分だと考えて、さらに、Aの取引への影響を認定して「自由な競争の減殺」も合わせて公正競争阻害性を認定したものと解される。」とされている。また、本件に関しては、自由競争減殺の意味で公正競争阻害性が認められそうであり、わざわざ「競争手段の不正さ」を持ち出す意味はないようにも考えられると評価している。

28) 山部俊文「公正競争阻害性・再論」（日本経済法学会年報30号平成21年）においては、公正競争阻害性の3要素に係る事項を総合することによって公正競争阻害性の有無を判断するという手法については、その手法の可能性を追及する必要性を指摘する一方、①3要素が異なる性格・性質をもつものとして切り分け整理されたものであれば、仮に足し算しても、公正な競争の阻害は積みあがらないこと、②総合的に考慮することで、判断基準はブラックボックスのようになること等の問題点が指摘されている。

影響の認定が不十分なままに、安易に競争手段の不公正さを根拠とし、現一般指定14項の適用を行うことは問題があると考えられる²⁹⁾。

(2) ディー・エヌ・エーに対する件（排除措置命令平成23年6月9日（平成23年（措）第4号））

ア 本件の概要

(ア) 違反行為

本件は、携帯電話向けソーシャルネットワーキングサービスを提供する事業における有力な事業者（ソーシャルゲームに係る売上高第一位の地位を占める。）が行った下記の行為について、独占禁止法19条違反（昭和57年一般指定15項。現一般指定14項。競争者と有力なソーシャルゲーム提供事業者との取引を妨害）を認定したものである。

○ディー・エヌ・エーは、有力なソーシャルゲーム提供事業者に対し、競争者であるグリー（ソーシャルゲームに係る売上高第二位の地位を占める。）の運営するソーシャルネットワーキングサービス（GREE）を通じて、新たにソーシャルゲームを提供しないように要請していくこととし、当該要請に反してグリーと取引した場合には、当該ソーシャルゲーム提供事業者がディー・エヌ・エーの運営するソーシャルネットワーキングサービス（モバゲータウン）を通じて提供するソーシャルゲームのリンクをモバゲータウンのウェブサイトに掲載しないという不利益措置を課すこととし、これらの方針を有力なソーシャルゲーム提供事業者に伝えるとともに、前記不利益措置を講じていた。

29) 白石忠志「第一興商審決について」（公正取引703号平成21年5月）では、「競争手段の不公正さ（不正手段）の議論を目くらし的に用いて「自由な競争の侵害」（反競争性）の議論を稀釈化するのは適切でない、ということであるに過ぎない。」とされている。

また、川濱昇他「ベーシック経済法（第3版）」第4章（泉水文雄）では、「一般指定15項においても、自由競争阻害型の補完として規制される場合、他の一般指定と同程度に緻密な市場支配力分析がなされねばならない」とされている。

なお、排除措置命令において、前記要請を受けた有力なソーシャルゲーム提供事業者の少なくとも過半は、ディー・エヌ・エーが許可したものを除き、GREEを通じて新たにソーシャルゲームを提供しなかったこと（排除効果）を認定している。

(イ) 公正競争阻害性の認定

本件行為の公正競争阻害性については、排除措置命令では明示されていないが、公正取引委員会の担当者の解説³⁰⁾によれば、(1)の第一興商に対する件と同様に、競争手段の不正さと競争の減殺効果³¹⁾の2つの点を踏まえて、公正競争阻害性を認定したものとされている。

このうち、競争手段の不正さに関しては、ソーシャルゲーム提供事業者にとって、ディー・エヌ・エーは重要な取引先である一方、ウェブサイトに掲載されるリンクはユーザーを誘引する重要な経路となっていることから、要請に反した場合の措置（ウェブサイトリンク掲載しない措置）の効果が大きいとの評価に基づいて、当該手段については、「特定ソーシャルゲーム提供事業者とグリーとの取引を妨げようとし、特定ソーシャルゲーム提供事業者の自由な意思決定を阻害し、取引先選択の自由を侵害するものであり、競争手段として不正なものであった」としている。

また、競争の減殺効果に関しては、ディー・エヌ・エーとグリーの両社にとって、有力なソーシャルゲーム提供事業者との取引に係る売上額が大きな割合を占めていること、ソーシャルゲームが代替性の低い商品であることから、両社にとって、有力なソーシャルゲーム提供事業者と取引を行い、これらの事業者のソーシャルゲームをモバゲータウン又はGREEを通じて提供させることが競争上非常に重要なものであると評価した上で、本件行為の結果、グリーは、

30) 大胡勝他「株式会社ディー・エヌ・エーに対する排除措置命令について」（公正取引73号平成23年11月）

31) 前記解説においては、自由競争減殺との表現は用いられていないが、同じものとして本稿では論を進めている。

本件要請を受けた有力なソーシャルゲーム提供事業者の少なくとも過半から新たにソーシャルゲームの提供を受けることが困難になった事実を踏まえて、本件行為について、携帯電話向けソーシャルネットワークサービスを提供する事業者とソーシャルゲーム提供事業者との取引に係る競争を減殺する効果を持つものとしている。

イ 検討

本件についても、第一興商に対する件で記したような、競争手段の不公正さと自由競争減殺との関係に係る論点がある。また、これに関連するものとして、次のように一般指定の適用規定に係る論点がある。

公正取引委員会は、本件措置の1年半前に、大分大山町農業協同組合（以下、「大山農協」という。）に対し、排除措置命令（平成21年12月10日（平成21年（措）第24号））を行っている。

この事案は、大分県日田市において農産物直売所を運営する事業において、有力な事業者である大山農協（大山農協は、日田市に農産物直売所2店舗を運営し、2店舗における直売用農産物の販売金額の合計は、日田市内の農産物直売所全体（計8店舗）の過半を占めていた。）が、農産物直売所を運営する新規参入事業者を排除した行為に対し、独占禁止法19条違反（昭和57年一般指定13項（拘束条件付取引）。現一般指定12項）を認定したものである。

具体的には、大山農協は、新規参入事業者が日田市内に農産物直売所を開設して営業を開始する動きがみられたところ、当該店舗の営業開始により、自己の店舗の販売金額の減少を懸念し、次の措置を決定し、自己の出荷登録者に周知するとともに、制裁措置を実施した。

- ① 自己の店舗の出荷登録者のうち、新規参入事業者の店舗にも直売用農産物の出荷を希望する者（以下、「双方出荷登録者」という。）に対し、新規参入事業者の店舗に出荷させないようにすること
- ② その手段として、双方出荷登録者に対し、新規参入業者の店舗に出荷した場合には、自己の店舗への直売用農産物の出荷を取りやめるように申し入れ

ること

- ③ また、双方出荷登録者が自己の店舗に出荷した直売用農産物を、自己の店舗において人目に付かない売場に移す等の制裁措置を講ずること

これらの大山農協の措置により、双方出荷登録者40名程度のうち、19名が新規参入事業者への出荷を取りやめ、2名がこれまで継続していた大山農協の店舗への出荷を取りやめ、これらの結果、新規参入事業者は、必要な量の直売農産物を確保することが困難な状態となる等、その運営に支障を来している旨、認定されている。

これらの2つの事案を比較すると、両方とも、取引先に対し、要請に従わない場合に不利益措置を課すという実効確保手段を講じることによって、取引先が自己の競争者（特定の競争者）と取引することを制限したもの（相手方の事業活動を拘束して取引したもの）であり、また、両方とも、当該行為により、特定の競争者の事業活動に影響を及ぼしていることが認定されている。

これを踏まえれば、ディー・エヌ・エーの件でも、法適用として、現一般指定12項の適用も可能であったと考えられる。

ディー・エヌ・エー事件においては、リンクをモバゲータウンのウェブサイトに掲載できなくなるという行為に着目して、競争手段の不正さを問題にし、現一般指定14項を適用したとする議論に関しては、大山農協の事案でも、店舗において人目に付かないところに取引先の商品を移動させる等の不利益措置を講じており、能率競争に反する競争手段という観点からは、両者の実効確保手段の不正さに関しても特段差はないと考えられる³²⁾。

この点については、命ずべき排除措置の内容から、本件については、現一般

32) 公正取引委員会の担当者の解説（岡田哲也他「大分大山町農業協同組合による独占禁止法違反事件について」（公正取引713号平成22年3月））によれば、本件の公正競争阻害性については、日田市における農産物直売所で販売される直売用農産物の集荷市場における公正な競争が阻害されるおそれ（自由競争減殺）とするほか、大山農協の出荷登録者の出荷選択の自由が阻害されている点からも公正競争阻害性が認められるとしている。

指定14項の適用が行われたものとの評価がある³³⁾。すなわち、本件行為を拘束条件付取引と捉えれば、GREEを通じてソーシャルゲームを提供しないようにさせていた拘束行為を将来に渡って禁ずる措置となるが、このような広範かつ抽象的な排除措置は競争に対する弊害を取り除くのに過剰であると判断し、その具体的な手段を含めて違反行為とすることによって、排除措置の内容を限定したとみるのが適当ではないかとしている。

しかし、この点については、特定の実効確保手段を前提とした、取引の相手先の事業活動の拘束（それによる競争減殺効果の存在）に対しても、現一般指定12項の適用も可能であり、また、排除措置の内容も特定の行為に焦点を絞ったものとする事は可能ではないか考えられる。

仮に、競争減殺効果の認定の困難さを回避するために、競争手段の不正さを強調し、現一般指定14項を適用するような場合には問題もあると考えられる。

IV 問題点の検討

1 問題点

我が国の場合、公正競争阻害性の一つの側面として「競争手段の不正さ」が位置づけられることにより、競争手段の不正な行為が不公正な取引方法として規制が行われている。すなわち、我が国の独占禁止法は、競争手段の不正さが違法性基準の一つになっている。

しかし、不公正な取引方法の規制が設けられた以降、長期間が経過しており、

33) 伊永大輔「命ずべき排除措置の内容から競争者に対する取引妨害と評価した事例」（ジュリスト1492号平成23年9月）及び岸井大太郎「競争者との取引を行う者のリンク削除による取引妨害」（ジュリスト1440号平成24年4月）。なお、後者では、関連して、「このような法適用は、特定の手段に着目した迅速かつ効果的な法運用を可能とするメリットを有しており、競争減殺効果の認定が適切になされている限り、事案に即した法運用として是認しうるものである。また、未成熟で市場の状況が変動しやすい分野における初めての法適用の試みとして、競争減殺効果との関係が確実な行為に焦点を絞った法運用を行ったとの評価も可能である。」としている。

我が国の経済状況が変化し、また、独占禁止法や関連する法律の整備等が進むとともに、独占禁止法の違法性基準について明確性が求められてきている。このような中で、最近時の法運用の状況も踏まえると、違法性基準としての競争手段の不正さの在り方について改めて検討する必要があると考えられる。

競争手段の不正さを公正競争阻害性の側面として解釈、運用する場合、現状において、次のような問題があると考えられる。

(1) 「競争手段の不正さ」の基準の広範性

「競争手段の不正さ」が公正競争阻害性の一つの側面として評価されているところ、不公正か否かの判断は、当然、反社会性・反倫理性の観点からの基準でなく、審判決によれば、価格・品質・サービスを中心とした競争（能率競争）の観点から正当化されるか否かが基準となり、また、これを別の側面からとらえると、取引の相手先の商品選択の自由を妨げる行為（商品選択に支障を与える行為）か否かが基準となっている。

しかし、前記Ⅱ2のとおり、取引の相手先の商品選択の自由を妨げる行為（商品選択に支障を与える行為）には、多様なものがあり、その結果、競争手段として不公正なものとして評価される行為の範囲は広範なものとなり得る。

すなわち、何らかの不利益又は利益の提供により、取引の相手先の行動を強制・拘束する行為、不当表示に見られるように相手方が適切な商品選択を行う上で必要な情報を提供しない行為、また、競争者の事業活動を妨害することのみを目的とし、それにより競争者の事業能力を低下させる行為も、顧客の商品選択の幅を狭め、商品選択の自由を妨げるものと評価することができる。

不公正さの程度、すなわち、取引の相手方の商品選択の自由に与える影響の程度についての評価にも幅が生じ得る。

このような適用範囲が広くなり得る基準を用いる場合には、違法性基準の明確性、法運用の安定性という観点から問題が生じるおそれがある。

これに関連して、競争手段の不正さの側面からの公正競争阻害性を判断する際に、当該行為の市場における競争への影響の程度を考慮することにより、

適用範囲を限定することも考えられる。しかし、この場合でも競争への影響の程度について一定の判断基準がない場合には、同じく恣意性が生じるという問題がある。

（2）自由競争減殺など他の公正競争阻害性の側面との重複

一般的に、競争法は、一定の行為類型に該当する行為が、市場の競争秩序に一定の悪影響を及ぼす効果を持つ場合に、当該行為を禁止するという規制内容となっているところ、前者の行為要件に該当する行為は、当然、能率競争の観点から正当化されない行為＝競争手段が不公正なものと評価される行為が対象になると解されていると考えられる。

例えば、私的独占の事案であるが、東日本電信電話による審決取消請求事件（最高裁平成22年12月17日。平成21年（行ヒ）348号）において、私的独占の要件の一つである排除行為について、「自らの市場支配力の形成・維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、競業者のFTTHサービス市場への参入を著しく困難にするなどの効果を持つもの」と判示されている³⁴⁾。

すなわち、ある事業者が良質・廉価な商品の供給を促進するための事業活動を実施した結果、競争者を排除し、市場支配力を形成・維持・強化することとなったとしても、競争法の観点からは、当該行為は禁止されず、当該行為が能率競争の観点から正当化されない手段を用いた場合に初めて規制対象となる。

不公正な取引方法のうち、自由競争減殺の側面から公正競争阻害性を有していると解されている行為類型についてみても、自由競争減殺が、競争の実質的制限（市場支配力の形成・維持・強化）が生じない程度の競争機能の阻害の有無を基準として評価されていることを踏まえると、行為要件に該当する行為については、能率競争に反する行為として評価されるものに限定されると考えら

34) EUの市場支配的地位の濫用行為に対する規制、米国のシャーマン法2条の規制に当たっても、同様に、能率競争に反する行為が要件となっている。

れる。

現行の規定をみると、例えば、法2条9項3号の不当廉売のうち、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」³⁵⁾とされており、競争手段として不正なものとして明らかに評価できる。

また、自由競争減殺型の不正な取引方法として問題となる事案については、それ自体としては、直ちには競争手段として不正なものとして評価されない行為であっても、当該行為が行われた目的、行為の内容、当該行為の実効確保手段等を考慮すれば、競争手段として不正なものとして評価できるものである。

このように、自由競争減殺の側面を有し、不正な取引方法として規制される行為は、競争手段として不正さを常に伴うものと解することができると考えられる³⁶⁾。

また、競争手段の不正さの評価に当たり、顧客の取引（商品）選択の自由が妨げられることが基準とされているところ、顧客にとって取引選択の自由が妨げられていること（顧客にとって他の代替的な商品の購入の余地がなくなっていること）は、競争者の取引の機会が狭められていること（競争者の取引に影響を及ぼしていること）を意味しており、自由競争減殺効果が生じていると認定できる場合もあると考えられる。

また、競争者の取引に影響を及ぼしていることのみから、直ちに自由競争減殺効果が認定できないとしても、近年の法適用では、前記のとおり競争手段の

35) 「日本食品による損害賠償請求上告事件」（最高裁平成元年12月14日（昭和61年(オ)第655号)）

36) 根岸哲「一般指定15項」の競争者に対する取引妨害の公正競争阻害性」（ジュリスト1378号平成21年5月）では、一般指定15項の公正競争阻害性が「競争手段の不正さ」と「競争の減殺」に求められてきたとの評価に関連して、「「競争手段の不正さ」と「競争の減殺」とは、實際上重なり、判然と区別することが困難な場合も多く、また、いずれかに該当すれば足りるので、両者を厳密に区別する意味があるかという問題もある。」としている。

不公正さを問題とする事案でも、あわせて、当該行為が市場の競争に与える影響も認定されている。競争手段の不公正さの明示の有無によって、違法となる市場の競争に与える影響の程度に関し差を設けることについて、合理的な説明を行うことはできないと考えられ、市場の競争秩序への影響に関しては、自由競争減殺効果という統一的な基準で違法性を認定することが適当と考えられる。

これらを踏まえると、競争手段の不公正さそれ自体を、単独で不公正な取引方法の違法性基準（公正競争阻害性）として位置付けることは余り意味がないと考えられ³⁷⁾、意味があるとしてもその範囲は、非常に限定されると考えられる。

競争法の観点からは、競争手段の不公正さを指摘すること自体問題はないが、競争手段の不公正さを明示的に論じる場合には、その不公正さの内容については当該行為の市場成果への影響を評価する際の一要素として位置付けることが適当であり、当該行為が市場成果に及ぼす影響について明示的に説明を行う必要と考えられる。

このような対応により、Ⅲ 3(1)に記したように、2つの要素を併記し、それらをあわせて公正競争阻害性を認定するという問題もなくなると考えられる。

なお、以上は、競争手段の不公正さと自由競争減殺との関係であるが、自由競争基盤の侵害との関係でも、同様に解することができると考えられる。

すなわち、優越的地位の濫用行為の規制において、規制対象となる濫用行為と評価される行為は、取引の相手先の自由かつ自主的な判断による取引を阻害する行為であり、これは、従来の解釈によれば、競争手段として不公正なものと評価できるものであり、自由競争基盤の侵害の公正競争阻害性についても、競争手段の不公正さの観点からの公正競争阻害性を含む概念と評価し得る。

被抱き合わせ商品の市場への影響が少なく、不要品を抱き合わせるなど購入者に不利益を与える抱き合わせ販売については、それが可能となる取引関係を

37) 前記「日本食品による損害賠償請求上告事件」においても、能率競争に反する廉売行為に対し、特段、競争手段として不公正なものであるとの評価・明示は行われていない。

踏まえれば、「競争手段の不正さ」を根拠としなくても、優越的地位の濫用行為としての規制することも可能と考えられる。

2 法運用の考え方

能率競争に反する競争手段の行使については、競争法の観点から、否定的に評価しうるものであり、競争手段の不正さを違法性基準とすることは、一般的受け入れやすい面がある。

しかしながら、上記の問題点があり、また、競争法の世界において、違法性基準として行為基準よりも効果基準が重視される状況の下では、競争手段の不正さを不公正な取引方法の単独の違法性基準と位置付けることについて再考が必要になってきていると考えられる。

具体的には、競争手段の不公正さを根拠にした公正競争阻害性の認定、法運用については、次のようにとらえていくことが適当と考えられる。

(1) 公正競争阻害性の独立の側面としての競争手段の不正さについての限定
競争手段の不公正さについては、自由競争減殺や自由競争基盤の侵害の評価にすでに含まれているものと解した場合、公正競争阻害性の解釈に当たっては、自由競争減殺及び自由競争基盤の侵害の側面をより重視し、認定を行うことが適当と考えられる。

従来、競争手段の不公正さの側面から公正競争阻害性を有する行為類型とされる、取引強制（現一般指定10項）や競争者に対する取引妨害（現一般指定14項）についても、通常、市場における有力な地位又は取引上の優越的な地位にある事業者が行わなければ、取引強制や取引妨害も実効性を持たないと考えられる。また、競争手段の不公正さについては、顧客の商品選択の自由を妨げることが判断基準とされているところ、顧客の商品選択の自由が制限されていることは、競争者の観点からは、顧客との取引の機会が狭められていることと評価できる。このように考えれば、基準の広範性・あいまい性という問題を持つ競争手段の不公正さをことさら論じなくても、当該行為による自由競争減

殺効果、自由競争基盤の侵害効果の有無を評価すれば、良いと考えられる。

この点からは、現一般指定10項の取引強制、現一般指定14項の運用に当たっては、基本的には、他の一般指定の適用において、公正競争阻害性（自由競争減殺）を認定する場合と同じ判断基準により、行為者及び競争者の市場における地位、行為の目的・内容、競争者の事業活動への影響、価格・品質等への影響、市場の競争状況、新規参入の容易さ等の多様な証拠を基に、競争回避効果、競争者排除効果を認定し、法適用を行うことが適当と考えられる。

現一般指定10項、現一般指定14項の適用において、競争手段の不公正さを指摘すること自体問題はないが、それは、あくまでも自由競争減殺の有無を評価・判断するための要素として位置付けるべきで、その理由づけを明らかにする必要があると考えられる。自由競争減殺効果の認定が困難な場合において、単に、競争手段の不公正さを強調し、公正競争阻害性を認定することは適当でないと考えられる。

(2) 競争手段の不公正さの側面のみから、公正競争阻害性を評価できる場合
以上を踏まえると、公正競争阻害性については、自由競争減殺又は自由競争基盤の侵害を中心に位置づけることが適当であり、競争手段の不公正さを公正競争阻害性として規制するとする場合でも、規制対象となる行為を限定することが適当と考えられる。

競争手段の不公正さを単独の基準として、公正競争阻害性を認定し、規制すべき分野としては、自由競争減殺や自由競争基盤の侵害に係る固有の要件（自由競争減殺効果、行為者の取引上の優越的な地位）に該当しない場合で、かつ、市場における競争への影響を認定できるものが考えられる。

具体的には、①行為自体が能率競争に反するものであるとともに、②市場における地位にかかわらず実施できる行為で、かつ、波及性のある行為が考えられる。

例えば、自社の商品について虚偽の情報提供を行ったり、不当性のある利益の提供による誘引行為（現一般指定8項、9項に該当する行為）が該当する。

これらの行為は、行為者自身の取引上の優越性、市場における地位に関係せず、すなわち、取引の強制や拘束を行うことなく、比較的容易に、顧客の商品選択を誤らせるものであり、また、波及性があることにより、競争政策の観点から介入することが正当化できる。

過去に、昭和28年一般指定11項、(現一般指定14項)の適用が行われた利益提供による顧客奪取についても、同様に規制対象となり得る。

これらの行為については、前記のように景品表示法や他の法律(不正競争防止法、特定商取引に関する法律、金融商品取引法等)により規制も可能であり、また、対事業者向け取引においては、虚偽の情報提供等による顧客誘引効果は小さく、規制の必要性は少ないとも考えられるが、競争法の観点から規制する規定を有すること自体、問題ないと考えられる。

V おわりに

競争手段として不正な行為については、競争法上の観点から、問題性のある行為と評価することについては、理解が得られやすく、法適用に際し、競争手段の不正さを指摘すること自体、特段問題はないと考えられる。

また、競争手段の不正さに係る解釈は、法制定時からの規定や運用を前提にしたもので、その歴史も長い。

しかしながら、競争手段の不正さを根拠とする法運用については、本稿で論じてきたような問題があると考えられるところであり、「競争手段の不正さ」を根拠に事業者の行為を規制することについて、今後、より慎重な法運用を行う必要があると考えられる。

本稿の論点については、既に、脚注に記した文献等において、各論者が指摘している事項である。本稿では、これらの見解を踏まえ、また、法運用の実態を整理して、考え方をとりまとめたものである。

(やまだ・つとむ 筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻教授)