

# 独占禁止法上の違法性判断における 行為規制的判断と構造規制的判断の交錯

佐藤 一雄

## I 本稿の問題意識

独禁法による競争制限規制の構造を把握する場面においては、独禁法等の競争維持法の経済学上の背景理論とも目される産業組織論にいう市場構造基準・市場行動基準・市場成果基準の三つの枠組みが考え方として大いに参考になる。実際の規制の場面においてあまり参考にしえない市場成果基準は別にして、前二者が概ね競争法上の市場構造規制・市場行動規制の枠組みに対応していると考えられる。また市場構造・市場行動は、それぞれ独立して存在するのではなく、構造が行動の前提にあり、また行為が構造に影響を与えるというように相互に影響し合う関係にあるとされる。独禁法上の違法判断におけるある場面においては構造規制的違法性と行動規制的違法性の双方が交錯して現れ

る場合があるのは、このような関係が具体的に現れた姿であると思われる。

このような例は多くあるが、例えば行為規制の対象であるカルテルや不公正取引によって新規参入を制限する場合にあつては、具体的判断の場面において行為規制的判断と構造規制的判断とがいわば二重写しになって顕現するため、これをどう整合的に取扱えばいいのかという問題がある。また、垂直的取引上の公正競争阻害性の判断の場面においても、水平的競争関係における構造的問題性にもかかわる場面が現れることがあり、違反の判断において垂直的取引の行為規制上の問題性と水平の競争制限的市場構造の形成に関する判断とが交錯する場面も生ずる。この例として競争者間で締結される輸入総代理店契約の場合などをあげることができる。

本稿では、このような独禁法違反の判断における行為規制上の基準と構造規制上の基準とが交錯して現れる典型的な場面をいくつかとりあげて、通常の違法判断の場合に比して複雑錯綜した様相を見せている違法判断の糸口をできるだけ解きほぐすことを試みてみたい。

## II 新規参入を制限するカルテルの場合

### 1 旭鉦末資料に対する件の概要と論点

新規参入を制限するカルテルの稀有な事例として、旭鉦末資料に対する審決・判決がある<sup>1)</sup>ので、この内容をみる

ことから始める。本事件は、福島県田村郡（以下「田村郡」）（静岡県以東で良質の石灰石の最大の鉱区とされる。）という限られた地理的市場において、石灰石の鉱業権を所有し、採掘した石灰石を原料にして自家消費しつつ、セメントを製造販売する住友セメント株式会社（以下「住友」と、同じ様にして石灰石粉末を製造販売する旭鉦末資料合資会社（以下「旭鉦末」）とが、『A—両社（子会社を含む）は、単独または共同で、田村郡の石灰石鉱業権を第三者に譲渡する等の処分をしないこと、B—①住友（系列会社を含む）は、同地域で採掘しまたは取得した石灰石を、旭鉦末の同業者以外への供給や同社の同意がある場合を除いて、セメントの製造及び販売に供する以外に加工しまたは販売しないこと、②旭鉦末（子会社を含む）は、同地域で採掘しまたは取得した石灰石を、住友の同意なしに、セメント製造業者に供給せずまたセメントの製造販売に用いないこと、C—両社は、これらのいずれかに違反したときは、違反期間または違反して供給した石灰石の数量に応じて違約金を相手方に支払うこと』という内容の契約を昭和四二年に締結していたことが、違法なカルテルとして問題された事件である。この結果、本件で地理的な一定の取引分野とされた田村郡の地域における現在及び将来の石灰石の需要者は、自由にその供給が受けられない状況に置かれたものと認定され、同地域における石灰石の供給分野における競争が実質的に制限されたとの法適用がなされ、Aの部分とBのうちの石灰石の供給の相手方（第三者）への供給制限の部分の削除を命じた。

学説は、本件カルテルの成否に関して、①この制限は、独占禁止法上のカルテルの要件である「相互拘束」（同二条六項の定義）といえるか、②「一定の取引分野」の認定の適否、③この制限のもたらす対市場効果（即ち「競争の実質的制限」の内容はどのようなものか等を論点として問題を論じている。なお公取委の審決の取消請求訴訟に対する東京高裁判決における主な争点もこれらに関するものである。ここでは、この論点をめぐって精力的に論じてこられた今

村成和教授の学説を中心に他の学説をも対比して学説の状況をみながら、検討を加えることにする。

## 2 潜在競争の制限と「相互拘束」の成否

審決も述べているように、本事件のカルテルの内容を理論的に整理すれば、次の三つに分けられる。学説上とりあげられている「相互拘束」や「一定の取引分野」に関する問題点も、これらとの関連において考えることにする。

### I カルテル当事者が相互に新規参入することの禁止

本件勧告を応諾した住友に対する勧告審決では認定されていないが、審判手続を経た後の被審人旭鉦末に対する公取委の正式審決で認定されている部分である。

田村郡という地理的市場においては、セメントと石灰石粉末の共通の原材料である石灰石の鉦業権の所有者である〈住友〉と〈旭鉦末〉（原料供給者としての地位を以下へ〳〵で表示）が、ほぼ複寡ないし共同独占の市場構造を形成している。製造業者としての（住友）（旭鉦末）は（製造業者としての地位を以下（ ）で表示）、このことを背景にして独占的に自山の石灰石を自家消費しつつ、セメントと石灰石粉末のそれぞれの製造市場において独占的地位を得ていることはいうまでもない。そして原材料の供給市場とはいっても自家消費の残余部分の供給という狭い範囲で成立している原材料供給市場のレベルで観察すれば、当該市場はあたかも共同独占の特許権者の特許の自己実施と、第三者に対する部分的ライセンス取引とが併存してあり得る場合にも似ている状況がみられる。また製品製造市場のレベルで観察すれば、両社は原料が同一のいわば相互に関連する製品の製造者として、実は相互に最大の潜在的競争者なのであって、この限定された地理的製造市場では、両社にとって相互に新規参入する可能性は否定し得ないとの潜在

的競争圧力の存在がほとんど唯一ともいえる競争であり、この潜在競争の顕在化を相互に禁止したことが本件カルテルの本質的内容なのではないかと筆者は考える。

この場合（住友）が石灰石粉末の製造市場に参入する能力は十分であると思われる（過去に行つたことがある。）。他方（旭鉦末）といえども、判決が説示するように前記の四二年契約に先立つ三七年契約（六条二項）の取り決め内容からみれば、既存の他のセメント製造業者と提携する等すれば、セメントの製造分野に参入することもあながち不可能ではないと推察される。またこれに関して推定されることは、根岸哲教授もいわれるように、<sup>3)</sup>本件契約の内容は契約違反に対しては違約金付きのものであり、かつ長期にわたつて本件契約が締結されていること（契約の有効期限は三十年で、鉦量が存在する限り自動更新される。）等からすれば、セメントの原料でもある石灰石の有力な鉦区を所有している旭鉦末自身もセメント製造の有力な潜在競争者であり得るという点が重要である。

審決も「相互に相手方が専念する事業を侵害しないこと」を約したものと整理しているように、このIの契約内容に関しては、「相互に新規参入することを禁止すること」が共通に課された内容であるから、カルテルの場合における「相互拘束」という要件に対する該当性の点でも何ら疑義のない内容のものであると思われる。

## II カルテル当事者以外の第三者が新規参入することの防止

次に、被審人自らの主張にもいうように「Iを補完する」カルテルの内容として、ないしは審決の認定にいうように「Iの一環として」、セメントと石灰石粉末それぞれの個別製造市場への、当事者以外の第三者たる（潜在競争者）が、新規参入する可能性に対する対処としてIIが位置付けられる。石灰石の供給をほぼ共同独占している〈住友〉と〈旭鉦末〉は、セメントの（潜在競争者）に、製造業者としての（住友）と（旭鉦末）の自家消費の残余分という限

られた供給市場であるにもせよ、原料たる石灰石を供給しないことを内容にしているとみられる。要するところ、これによって、〈住友〉と〈旭鋳末〉が（住友）の（潜在競争者）と、（旭鋳末）の（潜在競争者）に対して、正に審決という「石灰石の供給分野」で、それぞれが相手方の（競争者）に対して「単独の取引拒絶をすること」を契約している。これは第一義的には「共同ボイコット」の申し合わせではなく、両社が独自の判断において自己の属するそれぞれの製品の製造市場での（顕在競争者）に、自家消費の残余分を自己の利益判断によって供給することまでは禁止されていないとみられる（なお内容はそうであっても現実には〈住友〉が（住友）の顕在競争者に供給することはあまりないであろうことは予測され、旭鋳末の裁判における主張にもその趣旨の主張はみられる。）。

これに関して今村教授は、顕在競争者を中心に考察されているように思われ、〈住友〉は（旭鋳末）の（顕在競争者）への石灰石の供給を制限されているが、一方〈旭鋳末〉は、違反時点現在では存在しない（住友）の（潜在競争者）への供給を禁じられているに過ぎず、この意味で拘束の内容に差があり、また、（住友）は一切自家消費するように義務付けられている結果になるのに対して、〈旭鋳末〉は残余分を（顕在競争者）に供給し得るのでから、独禁法二条六項のカルテルの定義規定にいう「相互拘束」とはともいえないとされている。これに対して、他の学説としては共同ボイコットを相互に約していると思われることから相互拘束といえなくはないとする見解、違約金付きで長期の制限をしていることからしても相互拘束性を認めうるとする見解等がみられる。<sup>3)</sup>

〈住友〉の石灰石の自家消費の残余分の顕在競争者への供給は、前記のように実際には供給可能性ありとはあまり考えられないが、万一ありえなくはなく、カルテルの内容としては〈旭鋳末〉の場合と共通のものとなるから、その意味では「相互拘束」が成立しているものと考えられる。

### III 当事者以外の第三者への鉱業権の譲渡等の処分の禁止

鉱業権を単独または共同で第三者に譲渡する等の処分をしないことに関する契約（単独の取引拒絶または共同ボーコットの協定）は、いうまでもなく原料の供給分野における、ほぼ復古ないし共同独占の地位を維持し、そのことが同時にまた前記 I 及び II の事柄が成立するための前提を形づくっている事柄である（過去においてセメント製造への新規参入を企図する業者が旭鉱末に譲渡を促した事実がある）。この場合、「相互拘束」が成立していることはいうまでもないであろう。

かくして、I から III が相まって、現在及び将来において、両社相互間でも、また市場規模は小さくても相手方による第三者への原料供給によってあり得るセメントと石灰石粉末それぞれの製造分野における新規参入をも合わせて阻止して、既得の独占的地位を盤石なものに維持する目的と内容のカルテルが結ばれていると考えられるのである。

### 3 「一定の取引分野」の認定の適否

今村教授によれば、石灰石を原料とするセメントと石灰石粉末の製造業者を需要者とする「石灰石の供給分野」のうち、時間的要素を考慮に入れれば違反時点での顕在的製造業者としては（住友）しか存在せず、セメントの原料たる石灰石の供給分野においては、現在の需要者と競争関係にあるとはいえないからセメントの原料としての石灰石の供給分野を除外し、石灰石粉末の原料たる石灰石の供給分野とすべきであったとする<sup>(6)</sup>。しかしながら新規参入の可能性がある限り潜在競争を含めること自体は妥当とする学説もあり、これが妥当であると考え<sup>(7)</sup>る。

次の図のように、田村郡という限られた地理的市場において、原材料から製品への連鎖のなかに『A ↓ B 1 及び B 2』

がある。これが、公取委の審決が一定の取引分野としたものである。これにたいして、今村説では考慮の対象を顕在競争者に限り潜在競争者を除外して、上図の『A↓B2』の部分とすべきであるとするのである。しかしながら筆者において整理すれば、この図において「競争関係」にある事業者は、以下のとおりであると思われる。

A  
 ↓  
 B1↓顧客  
 ↓  
 B2↓顧客

A 石灰石の供給分野——(住友)〈旭鉦末〉〈その他小規模の鉦区の所有者〉

いずれも、自家消費の残余分の供給余力分の供給分野

B1 セメントの製造分野——(住友)(潜在競争者—旭鉦末を含めることも出来る)

顕在的には(住友)の独占であるが、将来的に参入業者があり得なくはない。

B2 石灰石粉末の製造分野——(旭鉦末)(顕在競争者)(潜在競争者—住友を含む)

顕在競争者は小規模であり、ほぼ(旭鉦末)の独占であると思われる。

B1↓顧客 セメントの販売分野——(住友)

B2↓顧客 石灰石粉末の販売分野——(旭鉦末)(顕在競争者)

これによって本件の「一定の取引分野」をみて、前述した本件カルテルの内容を厳密に分ければ、前述のように次の三つになると思われる。

I カルテル当事者の製品の製造分野相互への参入の禁止

本件の場合の潜在競争の阻止カルテルに関する「一定の取引分野」は、厳密な意味では審決認定の『A↓B1及びB2』の原料供給分野ではなく、また販売分野を除外した製造の製造分野たる『B1』及び『B2』であるから、審



決にいうそれは第一義的には適當ではないことにならう（もつとも審決の法令の適用では、Iの部分は除かれてい  
る）。要するところ、Iにおける「一定の取引分野」は、『A↓B1↓顧客』及び『A↓B2↓顧客』と縦に連鎖し、  
かつ『B1』『B2』という製造原料を同じくする相互に関連する製品の製造分野のレベルで潜在的競争関係にある場  
合（あたかも、混合合併のうちの、関連製品の製造業者どうしの製品拡大型混合合併の場合に見られる当事会社間の  
関係に似ている。）であるために、それがセメントと石灰石紛末という関連製品のレベルでの新規参入を考えた場合の、  
二つの関連する「一定の取引分野」になつてゐる場合の問題であるともみることができ。また更には、本件における  
原料から製造、販売に至る一連の場の全体を田村郡における石灰石関連事業における「競争の場」とし、これを端的  
に一つの「一定の取引分野」と観念することもあり得なくはないと思われる。

## II カルテル当事者以外の第三者への石灰石の供給禁止

このIIの部分の「一定の取引分野」に関する限り、審決の認定のとおりのものである。ただし、この場合にも、「一  
定の取引分野」をIで述べたのと同様の、全体的な「競争の場」とすることもできよう。仮にこの後者の考え方をとつ  
て認定すれば、I及びIIに共通の「一定の取引分野」の認定となつて、すつきりしたものとなつても考えられよう。  
なお、『B1↓顧客』『B2↓顧客』の製品の販売分野については、田村郡よりも広い地理的市場（例えば南部東北  
一円等が予測できるかもしれない。なおこの点に関しては今村教授が初期の見解において指摘しておられた<sup>(8)</sup>、被審  
人の主張にもこれに関するものがみられる。）を前提にして考えることができ、事実認定を行えば、より競争的な市場  
があると一般には考えられる。しかしながら審決の認定は、石灰石は輸送コストと価格との関係で、遠隔地へ供給す  
ることは困難であり他の地域から供給を受けることも困難であるとする認定に依拠して、専ら『A↓B1及びB2』

を問題にしているために、製品の販売分野をも考慮した上での地理的分野やそこにおける市場構造に関しては、全く認定されていない。であるとしても製造工場の立地は田村郡の鉾区の近辺にしか不可能であるとすると、製品の販売分野はともかく、こと製造分野に関しては、広い地理的分野のうちに、更に田村郡に限定された取引分野を画定したことも、まずは妥当であると考えざるべきではない。

### III カルテル当事者の所有する鉾業権の処分の制限

IIIの一定の取引分野についてみると、鉾業権という財産権の処分そのものの取引分野であり、厳密な意味では鉾業権の所有に基づいて採掘した石灰石の供給そのものに関する『A↓B1及びB2』ではない。この意味では審決の認定は厳密さを欠くが、審決ではおそらく前者の意味での取引分野も、これに一体的に含まれている含意があるのであろう。

## 4 「競争の実質的制限」の成立

### I 当事者が相互に新規参入することの禁止に関して

今村説によれば、セメントの製造販売と石灰石粉末の製造販売の分野を相互に侵さないとこの事業分野の調整を相互に約した点に関しては、顕在競争者は（住友）のみであるという潜在競争の違反時点での在り方の相違から、「相互拘束」ではないから競争の実質的制限にはならないとするものであると考えられる（なお公取委の審決もこのような考え方によって、Iの部分を除く措置の対象から除いたのかは必ずしも定かでない。）しかしながら、前記のように『B1』『B2』の製品の製造分野の相互が原料を同じくする関連製品分野になっている。このために、（住友）と（旭鉾

末)とが、相互に新規参入する可能性はあり得ることであるから、これを排除するためにそもそもⅠの契約が結ばれたと思われるのである。

そうしてみると、将来にわたって在り得る新規参入を考慮した場合において、懸念される最大の参入可能性が取り除かれたことになるから、製造分野の市場構造的な意味合いでの競争状態は現状の独占のまま固定される。このことをして競争圧力の単なる「減殺」の域を超えて、市場構造のもつ競争的屬性が基本的に害されているとの意味での「競争の実質的制限」(通常の価格協定のような「競争を実質的に制限へする」ことであるというよりは、同じ文言が、「競争が実質的に制限される(こととなる)」こととの市場構造規制における意味にほぼ近似する意味のことが同時に現われている場合である。)が成立しているものと考えられる。

## II カルテル当事者以外の第三者が新規参入することの防止に関して

この場合には、前記Ⅰの契約を補完した意味合いにおいて、両社の自家消費の残余の部分の原料の供給を、自己の利害判断で自己の顕在の競争者に供給することは留保しながら、相手方が自己の顕在・潜在競争者にそれを供給することによってもたらされるあり得べき新規参入を、念には念を入れて遮断しておくことに関わる。この場合、Ⅰの競争の実質的制限は、次のⅢを前提にしてそれ自体で成立するが、更にⅡが加わって完全なものとして成立する。

なお仮にⅡのみがカルテルの内容になっているのであれば、自家消費の残余部分の供給によるセメントまたは石灰石粉末の製造という限られた新規参入の制限が「競争の実質的制限」よりも程度の軽い「競争圧力の減殺」ではあっても、「競争の実質的制限」の成立までは認定できない場合も考えられるが、この点はどうか。共同ポイントに関する公取委の「流通・取引慣行ガイドライン」の考え方を参考にして考えると、同ガイドラインではもともと

競争が不活発な市場において新規参入が市場への相当の刺激になるような場合をも「競争の実質的制限」となる場合の一つにあげているが、本件もそのような場合であることを考慮すれば、IIIともあいまって、IIのみでも「競争の実質的制限」となると考えられる。またIIについては、私的独占上の共謀による「排除」行為に該当するとも言える行為であり、私的独占上の「競争の実質的制限」(既存の市場支配地位の濫用によるその地位の維持・強化の意味になる。)と評価する余地がある。

また、今村説では、両社の競争者に対する石灰石の取引拒絶を申し合わせたことは、自山操業の残余の出荷市場に過ぎないことも考慮して、競争の実質的制限とまでは評価し得ないとしても、一般指定第二項(単独の取引拒絶)違反に該当する事例であると解するのが妥当ではなかつたかとする。また他の学説としては、潜在競争の可能性の認定が不十分ではあるが、違約金付きの協定であることを考慮して競争の実質的制限の認定を支持する見解もみられる。<sup>(9)</sup>今村説にいうように現在のまた将来あり得べき取引先に対する「単独の取引拒絶」の申し合わせであると観念すれば、この申し合わせの実行として単独の取引拒絶を現実に行うおそれがあれば、被拒絶者は代替取引先をみいだすことはほぼ不可能である。従つてこのカルテルが存在することが、不公正な取引方法の違反として両社それぞれが一般指定二項の違反に問われることになるであろうことの背景事情となつていているケースであると考えられる(また、仮りにこのような場合をも「共同ボイコット」と評価し得るならば、一般指定一項違反とすることも考えられる)。

### III 旭鉦末及び住友以外の第三者への鉦業権の譲渡等の処分禁止に關して

いうまでもなくI及びIIの「競争の実質的制限」の成立の前提となる事柄であつて、I及びIIと合わせて評価される。

## 5 本件の検討結果のまとめ

### (1) 潜在競争者間のカルテルによる潜在競争の顕在化の阻止

カルテルのなかには、潜在競争者間の共謀によって顕在化を阻止するものも、本事件例のように行われることがあ  
る。これは、カルテルの対象が製品の価格等「顧客獲得競争」上の競争手段に関する場合と決定的に相違して、新規  
参入にかかる潜在競争そのものを視野においていることになる。このことの意味はいうまでもなく顕在競争者が得て  
いる市場構造上の既得の地位の保持にある。諸種の行政上の目的による政府規制による法制度化された参入障壁に対  
して、原料を共通にする関連製品の製造をそれぞれ独占している者どうしの共謀による、いわば私的な参入障壁の形  
成ともいえるものである。

### (2) 本件における「競争の実質的制限」

全体としてこれをまとめてみれば、IIIを前提にして、審決に言うように、I相手方の製品分野には互いに手を出さ  
ず、また同時に、II相手方の製品の潜在競争者に他方が手を貸すこともしないことの合意であつて、両者相まつて、  
互いに一切両社固有の製品分野には手を出さず、潜在競争を完全に排除しているのである。かくして、田村郡の地理  
的分野の石灰石を原料とするカルテル当事者の関連製品に関する限り、共同行為による潜在競争の完全な排除により、  
相互にその独占的地位は維持されることになり、この意味での「競争の実質的制限」が成立しているものと考えられ  
る。

### (3) 審決の法令の適用及び主文の排除行為の範囲

独占禁止法上の違法性判断における行為規制的判断と構造規制的判断の交錯

審決の法令の適用や主文においては、一定の取引分野を文字通りの意味での「石灰石の供給分野」としたため、上記の内容のうちIIとIIIのみを取り上げて問題にし、Iを除外して処理している（また協定違反に対する契約条項が除外されているのも、それに伴ったことと推察される。）。Iの部分は審判においてつけ加わった事実認定であるが、住友に対する勧告審決の内容からみると、公取委の勧告においては事実認定されていなかったと思われるから、審判開始決定書（同書面の記載事項は、審判の対象の一応の限定の意味をもっている。）にもないはずであり、そのことによる審判手続上の整合性を意識したことによるのか、また相互参入の可能性が必ずしも認定されていないことによるのかどうかは不分明であるが、本事件の本質を掴みにくくしている処理であるとの感は否めない。

Iを省略しIIとIIIを合わせて、「石灰石の供給分野」における、取引先の制限による「競争の実質的制限」としても実務的には十分とみたのかは別として、既に検討したように新規参入競争における相互参入制限が中心となつていゝるカルテルであるとの筆者の本件の性格の理解からすれば、これを石灰石の供給分野の問題に限定しIをあえて除外して処理する必然性もなく、石灰石関連製品であるセメントと石灰石粉末の製造分野での参入制限問題をも合わせて、IからIIIの全体を問題にするとともに、協定違反の違約金支払い条項をも全体的に捉えて排除したほうが分かり易い処理だったのでないかと思われ<sup>(1)</sup>る。

#### (4) 新規参入競争の制限と判断基準の交錯

従来から学説上あまり詳細には論ぜられてはいないが、「競争の実質的制限」の内容を考えるには、前提となる新規参入の場面での「競争」の内容について考えてみる必要があると考える。筆者の見方による競争法における「競争」概念の整理によると、まず第一に、独禁法二条四項にいう「競争」の概念もそれなりの意義は有している。即ち同項

にいう事業者の有する「施設・態様」において同種・類似の製品を「供給」し「需要」する行動にできればでられる状態とは、いわゆる「競争関係」の概念に関する。顕在的競争関係は勿論のこと潜在競争関係をも含めて、産業組織などとの関係では「ある産業」を表す概念でもある。また同時に、若干視点を交えて、当該産業において生産される個々の製品ごとの「競争関係」に置き換えてみれば、「一定の取引分野」ないし「関連市場」の概念とも裏腹な概念をなしている。第二に、市場構造をめぐる競争概念（合併・株式所有等の会社の「組織の変化行動」及びその結果としての「市場構造のもつ競争的状态」を、第三に「競争行動」の概念（生産要素市場での技術開発競争等や典型的な競争概念としての製品市場での顧客獲得競争）を、第四に競争行動の結果として生ずる「競争秩序」の概念をあげうる。第二以下にあげた競争概念に対して、その前提には存在する概念として、第一にあげた「競争関係」の概念があるものと考えられる。<sup>(12)</sup>

これに対して本件において問題になっている「競争」はどのようなものであろうか。潜在競争とは、前記の「競争関係」の概念に含まれているものであることはいうまでもないが、これを前提にして、潜在的競争者として製品の製造販売市場に打って出ようとする行動、即ち「新規参入行動」という重要な競争行動があることになる。これは市場構造を明らかに競争的に変化させるものとして、「顕在的・潜在的競争圧力」<sup>(13)</sup>のうちの潜在的競争圧力の顕在化に関する「競争行動」であり、間接的対峙状態の直接化・具体化行動である。これは市場構造をより非競争的にさせる企業結合行動に比して、市場構造をより競争的に変化させる基本的な競争行動であることはいうまでもなく、この意味において上記に示したもののうち、「市場構造をめぐる競争概念」の範疇に属する競争行動の一つに位置付けてよいと思われる。<sup>(14)</sup>

カルテルの対象事項が、製品の販売競争における価格・品質・サービス等の競争手段である場合には、問題になる競争は「競争行動」の内の典型的な競争概念としての顧客獲得行動の場面に関するから、その場面での競争はまずは顕在競争に限られるが、本件の場合のようにカルテルの対象・目的が新規参入行動の阻止にある場合の競争には、潜在競争を含めて考えなければならないことは理の当然である。そしてこの場合の「競争を実質的に制限へする」こととは、カルテル行動によって潜在競争が阻止されて顕在競争に限られることであり、市場構造規制における違法基準である「競争が実質的に制限される（こととなる）」との概念が含意するものに匹敵する状態がカルテルによつてもたらされているのである。

注

- (1) 旭鈺末の審判後の正式審決―昭和五九年審決集三一巻三三頁。旭鈺末の審決取消訴訟に係る東京高裁判決―昭和六一年審決集三三巻七九頁。
- (2) 昭和五五年審決集二七巻九九頁。
- (3) 根岸哲「旭鈺末審決取消請求事件東京高裁判決批評」公正取引四三〇号四〇―四七頁。
- (4) 今村成和教授の見解は、丹宗暁信、来生新、島山武道、神貫俊文、向田直範、和田健夫著「論争独占禁止法」(風行社、一九九四年)一五六―一五七頁(整理者・来生新―以下同じ)、今村「私的独占禁止法の研究(六)」(有斐閣、一九九三年)一五八―一七〇頁参照。
- (5) 正田彬「共同の取引拒絶による不当な取引制限と潜在的取引分野」審決・判例百選(第四版)五四―五五頁、金井貴嗣「取引制限協定と不当な取引制限」昭和六一年重要判例解説(ジュリスト八八七号)二二八頁、根岸哲「旭鈺末審決取消請求事件東京高裁判決批評」公正取引四三〇号四〇―四七頁参照。



- (6) 前掲(4)、丹宗他「論争独占禁止法」一五七頁、今村「私的独占禁止法の研究(六)」一六二―一六三頁参照。
- (7) 前掲(5)、正田解説他参照。
- (8) 今村「私的独占禁止法の研究(五)」一九五頁参照。
- (9) 前掲(4)、丹宗他「論争独占禁止法」一五七頁、前掲(6)、一九五頁参照。
- (10) 前掲(5)、根岸解説四六頁参照。
- (11) 和田健夫「石灰石の取引先制限カルテル」昭和五九年重要判例解説(ジュリスト八三八号)二五三頁では、本文において筆者が指摘した問題意識と同様の問題意識によつた記述がみられ、本件において生産分野を取り上げることの重要性の指摘が見られる。
- (12) 佐藤一雄「市場経済と競争法」(商事法務研究会、一九九四年)五八―七二頁。
- (13) 公取委事務局の解説書である、山田昭雄・大熊まさよ・榎崎憲安編著「流通・取引慣行に関する独占禁止法ガイドライン」(商事法務研究会、一九九一年)五二頁も参照。
- (14) 前掲(12)、佐藤「市場経済と競争法」六五―六七頁では、この点に関する指摘が欠けていたが、本稿でこの論点をつけ加えることにしたい。

## II 共同ボイコット

日米構造協議を機に、公取委が作成公表した「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」の第一部(以下「指

針I)においては、共同行為たるボイコットはカルテルとされる場合もあり得ることを明らかにしている。ただし「競争の実質的制限」にならないような場合には、これまでのように不公正な取引方法の一般指定一項によって規制されることになるとしている。

ボイコットたるカルテルの場合には、理論的にはどのように考えられるであろうか。筆者の考え方は既に他にまとめて述べているので<sup>(15)</sup>ここでは再び繰り返さないが、上記に対する学説上の批判的考え方を今村成和教授の述べられるところによってみてみることにし、その論点に対する筆者の見解を述べてみたい。

## 1 カルテルとボイコットとの体系的な関係

今村教授によれば、ボイコットたる不公正な取引制限があることは認めるが、通常のカルテルのような競争活動の自由の制限と異なり、自由な参入の阻害そのものに問題性のあるカルテルとして、競争の実質的制限に至らなければ不公正な取引方法になるという公取委の指針Iにいう考え方は、カルテルとボイコットの混同であるとする。

即ち、「競争の実質的制限」(通常「市場支配」ともいう。)には、「自由な競争」が行われるための二つのポイント、即ち、①競争に加わろうとする意志と能力を有する総ての者に市場が開放されていること、②競争関係にある者の間の競争が自由に行われていることとの二つのポイントが含まれている。独立事業者の共同行為による市場支配は「不当な取引制限」にあたるが、それには、当事者間の自由な競争の制限を目的とするものと、第三者の事業活動の排除を目的とするものとの二種があり、後者が「ボイコット」であると<sup>(16)</sup>する。

この点についてまず考えると、「不当な取引制限」とは通常いわゆるカルテルのことであるとするのが一般的な理解

である。これに関しては、事柄を総合的に理解するにはどのように考えればよいのであろうか。不当な取引制限にカルテルとボイコットの二種があるというよりも、不当な取引制限たるカルテルの「対象とされた内容」において、①典型的な顧客獲得競争の手段・方法等の制限ばかりでなく、②設備投資制限・技術開発制限等生産要素市場における企業競争上の制限、③本稿でとりあげている新規参入の制限（旭鋳末事件にみるような参入の相互禁止、一般にみられるボイコット）など多様な制限があるというように捉えればよい事柄であると、問題を捉えることができるのではないであらうか。

## 2 ボイコットの場合一定の取引分野

ボイコットの場合一には、前記旭鋳末事件における競争制限の主要な内容をなすカルテル当事者自身の間での潜在競争の遮断カルテルのように、『ボイコット者の属する市場』において行われる場合（直接ボイコット）及び『被ボイコッター者の属する市場』の顕在競争者間のカルテルによる要請により、前者の事業者によってボイコットが行われる場合（間接ボイコット）に関する事柄である（また顕在競争者をボイコットして排除する場合もあることは勿論である）。この上下に重なった市場を全体的にみたものが「競争の場」となり、これ自体を「一定の取引分野」と観念する見方もあり得ないと思われる。

## 3 ボイコットの場合一競争の実質的制限の内容

前述したようなカルテルによる制限の内容に即して、「競争の実質的制限」の内容・判断も当然に異なってくる。今

村教授もカルテル（この場合は典型的な顧客獲得競争の手段・方法等の制限の場合に限定して「カルテル」と呼称していることになると思われる。）とボイコットでは異なるとする。前者は市場の自由性を奪い競争機能を阻害することを意味するのに対して、後者は第三者の市場からの排除・参入拒否が、市場の開放性を失わせて競争機能を害するものであり、この違いを混同してはならないとし、ボイコットの悪性を市場の開放性を失わせ市場機能を麻痺させる点に求めるならば当然に不当な取引制限に該当し、不公正な取引方法たるボイコットはこれに呼収される関係にあるとする。従つて、ボイコットの場合の「競争の実質的制限」の意味を、顕在的な意味ばかりでなく、潜在的競争圧力の減殺も含めてとらえる考へ方<sup>(15)</sup>に基づいていながら、競争を直接制限するカルテルとしての事実認定をすることは無意味であり、ボイコットの場合には市場の開放性を損なうことが即ち「競争の実質的制限」にあたるものと解すべきであるとする<sup>(17)</sup>。

ここで今村教授が述べておられることについて検討すると、ボイコットの場合の「競争の実質的制限」の意味合いが、典型的な価格協定等の場合（共同行為による市場支配）と異なるものであることは、いうまでもないことであり、新規参入行動によつて市場構造が改善される余地を、ボイコット行為によつてなくしている意味合いのものである。また企業結合という個別企業の外部的に對する行動ではなく、潜在競争者に過ぎないものが顕在競争者化するという、いわば個別企業の内在的变化に関する意味合いの強い「新規参入行動」に関わる。新規参入の阻止のための共同行為たる取引拒絶の場合には、単なる潜在競争者が現実<sup>(18)</sup>に顕在化することに関わるから、その場合の「競争の実質的制限」とは、「制限へする」ことに関する共同行為の点を除けば、「競争を実質的に制限する（こととなる）」ことにほぼ近似する概念となると解される。要するところ、次項に見る事業者団体における「事業者の数の制限」の問題とも共通

するところのある、多分に市場構造上の競争関係にあるメンバーの増減や競争者としての潜在・顕在の属性の変化に関わる問題であると考えられる。

そして新規参入を人為的に阻止すれば、「競争圧力の減殺」をもたらすことになるが、参入する事業者が既存のメンバーにとって有力な競争者たり得る事業者であるか否か等を経済分析によつて見極めないことには、当該参入によつて市場構造が競争的に変化することが有意な程度に阻害され、「競争の実質的制限」がもたらされるか否かは、判断しえないことになる。より具体的には、公取委の「流通・取引慣行に関する独禁法上の指針」の第一部にもいうように、ボイコット者が有力な競争圧力上の影響力を持つ事業者であることを要すると思われ、そうでない限り潜在競争の遮断のうえでの「競争の実質的制限」であるとは認定できないと思われる。

一方、通常よくみられる事例として、例えば顕在・潜在競争者たるデイスカウンターに対する取引のボイコットのようにより、ボイコット者が必ずしも有力な事業者であるか否かには関わりなく、その被ボイコット者に対する排除効果による「競争の減殺」（公正競争阻害性の主要な要素）に違法性をみるところの、「競争の実質的制限」にまでは至らない不正な取引方法上のボイコットにあつては、ボイコットは当該業界からの締め出しという「共同行動」である点にも違法性をみて、不正な取引方法上も原則違法なものとされていると思われる。

しかしこの場合にも、排除されたデイスカウンターが有力な顕在・潜在の競争者であるならば、カルテルたる「競争の実質的制限」とされる場合もなくてはならないことは勿論である。この適用法条の差異を見極めていづれかに法適用を確定するための経済分析を行うことが必要であると思われる。そしてより具体的には規制の手續面の差異からみても、カルテルとされるボイコットの場合には、課徴金も課されることもあり得ないから、それが不正な取引<sup>18)</sup>

方法とされる場合との相違は大きく、この観点からも、カルテルと不公正な取引方法の区別の認定は重要である。

#### 4 事業者団体における「事業者の数の制限」との関係

事業者団体が、その構成員に対して、ボイコットをさせるようにしたり、構成員への商品の供給者に対して、ボイコットを働きかけたりする場合には、独禁法八条一項の「競争の実質的制限」とされたり、同八条一項五号違反とされる。これらは、前述のこの事業者団体版であつて、内容的には同じ問題である。

これに対して、八条一項三号には「一定の事業分野における事業者の数の制限」という特別な規定が設けられている。これは事業者団体に加入することが当該事業分野においては決定的に重要な意味を持つていような場合に、事業者団体がその構成員を限定し、また既存の構成員の施設の拡張等を限定する等により、既得の地位を保持することを目的にした新規参入の制限カルテルの端的な実体規定として構成されている。この場合には、市場構造規制における「競争を実質的に制限するへこととなる」との違法判断基準に含まれている「事業者の数」という最も基本的な市場構造要素を用いている点で、市場構造的な規制に、ある意味では極めて近い意味合いの事業者団体によるカルテルになつていふと思われ<sup>(1)</sup>る。そしてこの場合には、「競争の実質的制限」が直接の要件とはされていないから、「競争の減殺」の場合も含めて規制が可能になつていふと考えられる点で、ボイコットにあつては「競争の実質的制限」となる場合がカルテルとされ、「競争の減殺」に止まる場合は不公正な取引方法とされるのとは、構成要件上の相違がみられる場合であると思われ<sup>(2)</sup>る。

注

- (15) 前掲(12)、佐藤「市場経済と競争法」一九八―二〇三頁。
- (16) 前掲(4)、丹宗他「論争独占禁止法」一五九頁。
- (17) 同書、一五九―一六一頁。
- (18) 今村教授は入札談合の場合と安売り業者の排除の場合をあげている(同書一六一―一六二頁)。
- (19) 前掲(12)、佐藤「市場経済と競争法」一九六頁。

### III 排他的商品受入契約が市場構造にも影響する場合

#### 1 競争者間の輸入総代理店契約の例

輸入総代理店契約は、排他的な一手販売契約であつて、海外メーカーの輸入製品を国内輸入販売業者が、他のライバル事業者を排して独占的地位を得ることになる。海外メーカーのライバル事業者が当該輸入総代理店を利用できないことによる市場閉鎖効果が大いなる場合には、不公正な取引方法上の排他条件付取引(一般指定十一項)として問題になつてくるが、通常の流通の専門業者たる輸入販売業者の場合には、一般にシェアは分散しており、問題とならうな事態にはない場合がほとんどであると思われ。

一方国際的な市場(日本市場を含むグローバルな市場)において相互に当該製品について競争関係にある海外有力





的結合の問題性（垂直統合による販売市場の閉鎖効果）にも似た問題状況を生む場合もあり、水平的結合に準じた問題状況を生む場合もある。後者の問題とは、輸入総代理店となることにより、国内市場での自己の製品と輸入品の合算した出荷シェアが、輸入品の取扱分だけ増加し、それが水平結合と似た市場構造の変化をもたらす場面に関わる。また反トラスト法上の司法省のガイドライン風にいえば、国内市場での販売価格の決定において、共謀の可能性を助長しないかとの問題性もはらむものとなる。また右図の国際市場における「国内メーカー」と「海外メーカー」との競争関係の観点からみた場合にも、同じ事実が、水平的な企業結合の問題性に準ずる問題性をはらみ、また水平的な共謀の可能性を助長しないかとの問題性をはらむことになる。

我が国の独禁法はまず第一には、我が国の国内市場における競争の保護を考え、次に独禁法の域外適用を考える順序に問題点を検討することにする。

#### イ 水平的結合に準じた問題点

##### （ア）この場面での「競争」

右記の場合の「競争」について考えてみると、①第一義的には、「海外メーカー」としては、有利な継続的製品輸出の相手国販売業者の獲得競争がある。また、（国内メーカー）にとつては、有利な品揃え等の効果を狙える継続的取引先たる「海外メーカー」の獲得競争がある。②そして、競争の場の全体にはいうまでもなく国内消費者の獲得競争がある。またこのことは、①の次元でみれば、企業組織論の観点からいえば、不慣れな外国の市場への参入のコストの節約という合理性をもつて継続的取引関係が生まれてくることに関する（ウィリアムソン等の企業組織論にいわゆる関係的契約の締結であり、また今井賢一教授等の中間組織論にいわゆる協力・提携関係等の「中間組織」の形成行

動の一つとなる。ひいてこれが株式所有関係にいたるような場合には、企業結合たる国際的結合関係を生み出す。この場面での「競争」とは、要するところ取引コストの節約の観点によるいわば「組織化競争」の意味も帯びることになる。

(イ) 国内市場での問題点

国内市場における、総代理店の排他条件付取引の問題性は、『海外メーカー→通常の国内輸入販売業者』の場合には、一般の排他的受け入れ契約と同じベースの問題性(国内販売市場での競争する輸入販売業者への供給市場の閉鎖効果)があれば、その問題として判断されることはいうまでもない。このことは国内メーカーが輸入販売業者としての地位において、海外メーカーの総代理店になった場合にも基本的には同じことであるが、更に当該海外メーカーの競争メーカーが、取引先を見いださないような販売市場の閉鎖状況が見られるようになるかという問題もある(総代理店となった国内メーカーが有力な事業者基準—シェア一〇%以上、順位三位以内—を満たしていれば、選別されて更に経済分析が行われる。)

しかしながら、これが違法となるような状況は一般にはあまり予測できず、むしろ次に述べる点が主要な問題点となる。即ち公取委の「流通・取引慣行に関する指針」の第三部の輸入総代理店に関する指針(以下「指針Ⅲ」)によれば、競争関係にある事業者が輸入総代理店になった場合に、国内市場で「シェア二五%以上、順位第一位となる場合」(不公正付取引の場合に足切り基準とされる前記の有力な事業者基準の水準を超えて、合併等の企業結合の場合に似た基準を示している。)であれば、「当該契約を締結すること自体」が違反となるおそれ(指針Ⅲでは、拘束条件取引—一般指定十三項—該当としている。)があるものとする。この二五%のシェアには、自己の製品のシェアが海外製品の取

り扱いによって増加する分のシェアも合算されることはいうまでもない。この基準を満たせば、次に同指針IIIに示される国内流通市場の状況に関する経済分析も行われて、一種の企業結合としての違法性が判断されることになる。

これに該当する場合として特に予測されるものは、国内市場において既にシェアの大きな独占的なまたは寡占的な地位にいる有力な国内メーカーが、海外の有力な同種類品のメーカーの総代理店になる場合である。この場合にはそのこと自体が当該製品に関する国内の市場構造を一層悪化させる問題点を有しているのであり、本来の垂直的な不公正な取引上の排他条件付取引の問題性に加えて、水平的な意味での市場構造規制に準じた問題性をもはらんでいることを意味している。

#### (ウ) 国際市場での問題点

同じことは、国際市場を前提において考えた場合にはどうなるであろうか。公取委の指針IIIは、「当該海外メーカーの総合的事業能力（売上高・ブランド力・市場における地位等）」の事項も、前記（ア）の場合の考慮要因の一つにあげているが、ここでいう「市場における地位」とは、当該海外メーカーの当該国の国内市場における地位は勿論のこと、国際市場における地位に照らして、問題がある場合もあると思われる。この判断の結果問題がある場合には当該契約を締結している企業の双方に対して我が国独禁法（独禁法六条一項等）を適用すること、いわゆる域外適用を図らなければならないことにもなってくるものと思われる。

#### 注

(20) 前掲(12)、佐藤「市場経済と競争法」二六三—二六六頁も参照。

(21) O. E. Williamson, *Economic Organization* (1986), 井上薫他訳「エコノミック オーガニゼーション—取引コストパ

ラダイムの展開」(晃洋書房、一九八九年)一二七―一五六頁、今井賢一他「内部組織の経済学」(東洋経済新報社、一九八二年)一二六頁等参照。

#### IV おわりに

本稿においては競争制限行為が市場構造にも影響をあたえることになる事例として、新規参入の阻止カルテルの場合及び競争者間の輸入総代理店契約の場合をとりあげて、行為基準的な判断と構造基準的な判断とが交錯して現れる場合の問題点について論述した。

前者は、新規参入によって市場構造が改善される余地を人為的になくしている意味合いの、いわば市場構造上の潜在競争という市場構造の質的な変化を遮断する参入障壁の人為的なカルテルによる形成の意味での「競争の実質的制限」の問題である。また後者は、垂直的取引関係における「公正競争阻害性」に含まれている、流通市場の閉鎖効果における「競争の減殺」という違法判断の基準と、市場構造規制における「市場構造のより非競争的なものへの変化」の違法判断基準とが、交錯して現れる場合である。

このような場合には、典型的なカルテルの場合や典型的な排他条件付取引の場合に比較して、本文にみたように違法判断の複雑さは倍加するので、問題をよほど整理して捉えていく必要がある。本稿がその整理の道筋の一端を示し得ているならば幸いである。