HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	日本の独占禁止法の運用に関する最近の動向について
著者	稗貫，俊文; HIENUKI, Toshifumi
引用	北海学園大学学園論集(161): 1-18
発行日	2014-09-25

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

日本の独占禁止法の運用に関する最近の動向について

稗　貫　俊　文

はじめに

日本の独占禁止法の最近の動向として，注目される判決と法改正を紹介する。判決として私的独占に関するNTT東日本事件最高裁判決と，日本音楽著作権協会（JASRAC）事件の東京高裁判決，不当な取引制限に関する多摩談合（新井組）事件最高裁判決，さらに，コンビニエンス・ストア・チェーンのセブンイレブン本部が，デイリー食品の見切り販売を妨げたとして，加盟店（フランチャイジー）から損害賠償を請求された事件の東京高裁判決を紹介する。次に，法改正として，公正取引委員の審判制度を廃止する独禁法平成25年改正を紹介する。そして，判決と法改正のそれぞれの紹介のなかで，その意味するところを検討したい。

1　二つの私的独占の判決

以下で取り上げる二つ判決は，過去において，法的な独占を認められ，あるいは事業の許可制度の下で事実上の独占を与えられ，近年，急速に規制緩和が進んできた事業分野で起きた私的独占事件に関する判決である。

(1)　NTT東日本・私的独占事件最高裁判決

最高裁は，平成22年12月17日に，NTT東日本（以下，「NTT東」とする。）の行為を私的独占とする判決を下した(1)。最高裁が私的独占に関して判決を下したのは初めてであり，「排除」行為の評価の仕方など，この判決の意義は大きいと思われる。

公正取引委員会（以下，「公取委」とする。）は，平成19年3月26日に，NTT東が，光ファイバを用いた戸建て住宅向けFTTH（Fiber To The Home）サービス(2)で，自ら加入者（一般ユーザー）に提供するにときの光ファイバの料金を，光ファイバ装置をもたないライバル電気通信事業者に提供する光ファイバ装置の接続料金よりも安く設定する逆ザヤの料金設定を行ったとして，私的独占（排除行為）該当の違法宣言審決を下した(3)。逆ザヤの料金設定によって，光ファイバ設備をもたない電気通信事業者のFTTHサービス市場への参入を妨害したとされたのである。

NTT東のライバルとなる電気通信事業者は，自ら光ファイバ設備をもつ東京電力と有線ブロードの2社，自ら光ファイバ設備をもたず設備をもつ事業者から接続を受けて事業を行う複数の電気通信事業者（この段階ではまだ潜在的競争者。）であった。

このような競争関係の中で，次のような事情から加入者料金の設定と接続料金の設定に逆ザヤ状態が発生した。すなわち，小規模ながら自己の光ファイバ設備を有し，東京周辺の限られた地域でFTTHサービスを展開しようとする東京電力と有線ブロードが，戸建て住宅向けのFTTHサービスを6000円程度の料金で提供するという動きを起こした。これに対して，NTT東は，加入者（ユーザー）料金を5800円（届出料金）とする届け出を総務省に提出し，これらの電気通信事業者の予想される料金設定に対抗した。この料金設定を行うとき，NTT東は，光ファイバ1芯を分岐して加入者に提供する方式（分岐すれば加入者の人数が増えるに従って1人当たりの金額が逓減する）で一定率（約60%）の加入者があることを前提に加入者料金を計算し，総務省にその料金額で届け出をしている。しかし，実際には加入者がまだ少ないことから，光ファイバを分岐せず，そのまま1芯を加入者に提供する芯線直結サービスを行った。他方，NTT東は，光ファイバ設備をもたない電気通信事業者に対して，相応の計算により光ファイバ1芯を6328円の接続料金（認可運賃）で提供することにした。これは加入者料金の届出額（小売価格）より相当高い料金（卸売価格）となった。この逆ザヤ状態が，光ファイバ設備をもたない電気通信事業者のFTTH市場への参入を妨げる不当な結果をもたらした。公取委はNTT東の本件行為を私的独占に該当する行為として違法宣言審決をした。

NTT東は，違法な排除行為は存在しないことなどを主張して，審決取消訴訟を東京高裁に提起したが，平成21年5月29日に請求は棄却された。NTT東は，最高裁に上告受理を申し立てた。上告は受理された。

最高裁判所は，本件行為が独禁法2条5項にいう「他の事業者の事業活動を排除」する行為に該当するか否かは，「本件行為の単独かつ一方的な取引拒絶ないし廉売としての側面が，自らの市場支配力の形成，維持，強化という観点から見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いえるか否かによって決すべきである。」とした。

公取委の認定によれば，FTTHサービスの提供は，既存の電話回線を使うADSLやCATVインターネットなど他のブロードバンド方式に比較して加入者にとって実質的な負担となる工事を必要としている。しかも，他の電気通信事業者に契約を変更すると，その事業者用の加入者向けの工事が追加的に必要になる。このことから加入者は，いったん特定の電気通信事業者と契約すれば，他の電気通信事業者に簡単に変更しないことなる（ロックイン効果）。このような状況では，先行事業者にとって，できるだけ早く加入者を囲い込むことが事業上有利である。FTTHサービスの事業分野は，先行者が優位となる市場であり，また，光ファイバを用いたインターネットへの接続の需要が一般家庭において今後急激に伸びることが予想されていた。このような流動性を

もった市場環境では，それまで先行優位者であったNTT東も，東京電力や有線ブロードのような規模の小さな電気通信事業者が行う東京周辺での加入者の囲い込みを無視できない脅威と見たものと推測される。そのためにNTT東は，当面分岐する具体的計画がないにもかかわらず光ファイバ一芯を分岐する方式でFTTHサービスを提供するという計算に基づき加入者料金を設定している。本件行為は1年10カ月の期間行われた。ダークファイバの利用の仕方も本件の違法性の評価を構成している。すなわち，NTT東は，まだ使われていない光ファイバ（ダークファイバ）の存在する地域の情報を公開しておらず，これが他の電気通信事業者に知られていないところ，自からはこの情報を用いて，ライバルに先駆けて未加入家庭に加入者契約をするように営業活動を展開した。

最高裁判所は，「以上によれば，本件行為は，上告人が，その設置する加入者光ファイバ設備を，自ら加入者に直接提供しつつ，競業者である他の電気通信事業者に接続のための設備として提供するにあたり，加入者光ファイバ設備接続市場における事実上唯一の供給者としての地位を利用して，当該競争者が経済的合理性の見地から受け入れることのできない接続条件を設定し提示したもので，その単独かつ一方的な取引拒絶ないし廉売としての側面が，自らの市場支配力の形成，維持，強化という観点から見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，当該競業者のFTTHサービス市場への参入を著しく困難にする効果を持つものといえるから，同市場における排除行為に該当するというべきである」とした(4)。

次に市場への影響が検討された。ブロードバンドサービスの中で，高額であっても通信速度などの観点からFTTHサービスを他に代替性のないサービスとして選好する需要者が現に存在することから，公取委は，FTTHサービス市場を本件の「一定の取引分野」とした。この市場において，競業者である東京電力や有線ブロードがすでに存在したが，そのサービス地域が限定されていたことや，先行者優位のFTTHサービスの特性に照らして，既存の競業者の牽制力が十分に発揮されたとは言えないとし，公取委は，NTT東の本件行為により本件市場で「競争の実質的制限」という結果が生じたとする。さらに，上告人が行為を中止した後に，ソフトバンクなど他の電気通信事業者の本格的な参入が行われたことも，行為と排除効果の因果関係を示すものとされた。

NTT東は，総務大臣が本件行為期間において電気通信事業法に基づく変更認可命令や料金変更命令を発出していなかったと抗弁したが，最高裁は，それが本件行為を独禁法上適法なものと判断していたことを示すものではないことは明らかであるとし，このことにより，本件行為の独禁法上の評価が左右される余地もないとしている。この考え方の基礎には，規制緩和が進む規制産業において，監督官庁の規制も競争政策に調和するものとなり，独禁法と事業法は相互補完の関係にあるという認識があるということであろう(5)。

本判決で，「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」という文言が用いられている。ここでいう「正常な競争手段の範囲」とは，「公正かつ自由な競争」により他の事業者の事業活動を

困難にする（物理的に排除することも含む）としても，それは独禁法上の「排除」とはならないとする趣旨である。そのような排除が違法な「排除」に反転する契機は「……の範囲を逸脱するような人為性」ということになる。「自らの市場支配力の形成，維持，強化という観点から見て」という限定は「逸脱するような人為性」の評価軸を競争／反競争という観点に固定するものである。他の事業者の事業活動を排除することが「公正かつ自由な競争」の正常な帰結であり得るという趣旨を含むこの文言は，以下のJASRAC東京高裁判決において論じられなかった争点の意義を理解する上で重要となる。

⑵　日本音楽著作権協会（JASRAC）私的独占事件

日本音楽著作権協会（以下，「JASRAC」とする。）は，長い間，著作権仲介業務法の下で，日本における音楽著作権のほとんどすべてを管理し，音楽著作権管理事業を事実上独占してきた。平成12年に，規制緩和により著作権管理事業に新規参入を奨励することを目的として著作権管理事業法が制定された。これに伴い，それまで事業の許可制と使用料規程の認可制を定めていた著作権仲介業務法は廃止され，新法の下で，事業の登録制と使用料規程の届出制が導入された。新法の施行後，イーライセンスは，エイベックス・グループが管理する楽曲の委託を受けて，音楽著作権管理事業の分野に参入した。しかし，放送事業者との間で十分な数の利用許諾契約を締結することができず，エイベックス・グループとの管理委託契約も解消された。

公取委は，平成21年2月27日に，JASRACが放送事業に係る音楽著作権管理事業の分野で，新規参入者に対して私的独占に該当する排除行為を行なったとし，排除措置命令を下した。排除行為とされたのは放送事業者に対するJASRACの管理楽曲の使用料の設定方法であった。JASRACは，放送事業者がJASRACの管理楽曲を使用する数量に関係なく，放送事業者の年間事業収入に一定率を乗じる方法で使用料を徴収する「包括的徴収方式」を旧法の時代から採用していた（以下，「本件行為」とする。）。本件行為は新法導入後も維持されたため，放送事業者は，JASRACに使用料を支払い，さらにイーライセンスなどの管理楽曲を使おうとすると，使用料の追加支払いを負担しなければならなかった。公取委は，管理楽曲を放送に使用する実際の数量を料金に反映させないJASRACの本件行為が，放送事業者をしてイーライセンスの管理する楽曲を追加的に使用することをできるだけ控えようという行動に導いたとした。

JASRACは，排除措置命令を不服として審判を請求し，平成21年5月25日に審判手続が開始された。公取委（審判官）は，長期間の審理の後，平成24年6月12日に排除措置命令を取消した[(6)]。これは思いがけない結果であった。本件審決は，本件行為が独禁法2条5項所定の私的独占（排除）に該当するためには，①本件行為が，他の管理事業者の事業活動を排除する効果を有すること，②本件行為が，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こと，③本件行為が，一定の取引分野における競争を実質的に制限するものであること，④本件行為が，公共の利益に反するものであること，との各要件を充足することが必要であるとした上で，上記①の「他

の管理事業者の事業活動を排除する効果を有すること」に係る事実認定と要件充足性のみを検討するとし，検討の結果，同要件を充足する証拠はないとした。すなわち，公取委（審判官）は，JASRAC の本件行為が新規参入者の管理楽曲を利用することを消極的にする要因となることを認めたが，しかし，放送事業者が追加的使用料の支払いを嫌ってイーライセンスの管理楽曲の利用を回避したとまで認める証拠はないとした。むしろ，イーライセンスが準備不足のまま音楽著作権管理事業に参入したため，放送事業者に対する対応で混乱，困惑を招き，そのことがイーライセンスの管理楽曲が利用されなかった主要因であるとした。このとき，本件行為が「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」か否かは検討されていない。NTT 東日本で示された排除行為の評価要素のうち，JASRAC の使用料の包括徴収方式がイーライセンスの事業活動を困難にしたかどうかのみを検討し，この点の証拠がないとして排除措置命令を取消した。

イーライセンスはこれを不服として，本件審決の取消訴訟を東京高裁に提起した。審決の名宛人の JASRAC は参加人として本訴に加わった。裁判の争点は，第一に，審決の名宛人でないイーライセンスに審決の取消しを求める原告適格があるかであり，第二に，本件の証拠から排除効果を示す行為はなかったとすることに実質的証拠はあるか，であった。

東京高裁は，平成 25 年 11 月 1 日に，イーライセンスの原告適格を認めたうえで，イーライセンスの請求を認容し，審決を取り消す判決を下した(7)。すなわち，原告適格について，本件取消訴訟を提起する法律上の利益を有する者は，「法律上保護された利益を侵害され，又は必然的に侵害されるおそれのある者をいう」とし，さらに，「独占禁止法の排除措置命令等に関する規定は，第一次的には公共の利益の実現を目的としたものであるが，競業者が違反行為により直接的に業務上の被害を受けるおそれがあり，しかもその被害が著しいものである場合には，……当該競合者の利益を，個々の競業者の個別的な利益として保護する趣旨をも含む規定である」とし，イーライセンスに原告適格を認めた(8)。

次に，東京高裁は，準備不足がイーライセンスの管理楽曲が使用されなかったことの主要因であるという公取委の認定に実質的証拠はないと批判し，JASRAC の使用料の包括徴収法に排除効果が存在するか否かは，放送事業分野の市場構造，当該市場における JASRAC とイーライセンスの市場における地位，音楽著作権の市場の特性，著作権者から音楽著作権の管理の委託を受けることを競う管理委託分野との関連性等の諸事情を，総合的に考慮して判断すべきであるとした。そして，JASRAC の管理楽曲がイーライセンスに比べて圧倒的な規模であること，放送における曲の選定にはリスエスト番組，カウントダウン番組など放送局が選曲できない特別の場合があるとしても，多くの場合，追加負担の不要な JASRAC の管理楽曲を選択するのが経済的に合理的な行動であると考えられること，そして，放送事業者が実際にイーライセンスの管理楽曲の使用を控えたという証拠があること，を認めた。こうして JASRAC の本件行為が競争者の管理楽曲の利用を抑圧する効果を有していると認められ，これを否定した審決は実質的証拠がないと取り消された(9)。これに対して公取委は，直ちに，最高裁判所に上告受理の申し立てを行った。もし受理さ

れれば，最高裁が上記の二つの論点に如何なる判断を下すのか，注目される。

東京高裁判決は，限られた論点について判断し審決を取り消したにもかかわらず，この判決を契機として，より広い問題，すなわち，音楽著作権管理事業の在り方を巡り，ワンストップショッピングなどユーザーにとってのメリットをどう評価するか，言い換えれば，音楽著作権管理事業における規模の経済（需要者の側の経済）をどう扱うのかという議論が始まっている(10)。また，ショッピングモールや携帯電話ゲームソフトのオープン化のようなプラットフォームを例にした「2面市場」論ないし「多面市場」論の議論が紹介され(11)，それを用いて音楽著作権の管理楽曲のライセンス市場を，音楽著作権の管理委託市場と関連させる議論も生まれている。

⑶ 「他の事業者の事業活動を排除」することに関する二つの判決の検討

NTT東日本事件最高裁判決において注目したいのは，「他の事業者の事業活動を排除」する行為の意義を，「①自らの市場支配力の形成，維持，強化という観点から見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，②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いえるか否かによって決すべきである。」（番号は筆者）と区分したことである。とくに，①の「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」行為という文言で，独禁法上の「排除」行為に関する隠れていた前提を明示したことである。これは新しいことを指摘するものではないが，当然の前提とされていた「すべての排除行為が違法となるものではない」ということ，すなわち，「公正かつ自由な競争」による排除は許されるということ，あるいは「技術，慧眼，勤勉（Skill，Foresight，Industry）」による排除は非難できないということを敢えて要件として明示したということである。独禁法2条5項の「他の事業者の事業活動を排除し」の排除の要件を充足するには，①の命題と②の命題の双方を充足しなければならないことを示したといってもよい。

このように「他の事業者の事業活動を排除」する行為を，①と②のベクトルに分けることがNTT東私的独占事件においてなぜ必要であったかは必ずしも明らかではないが，加入者料金の設定が「取引拒絶ないし廉売としての側面」をもちつつも，不当廉売の議論におけるフォーワードプライシング（Forward Pricing）のように，違法とはいえない可能性をもちえたこと，その検討が必要であることを示唆するものではないかと推測される。すなわち，近い将来，加入者の数が劇的に増加する蓋然性があり，NTT東の料金設定がその予想の下に計画的に行われていたのであれば，それにより競争者が排除されても，「公正かつ自由な競争」の帰結であるとし，「取引拒絶ないし廉売としての側面」の疑義は解消された可能性はある。しかし現実には，NTT東は光ファイバ1芯を分岐せず，当面分岐の計画もなかったということであり，また総務省の行政介入を潜りぬけ，ダークファイバ情報を不公正に利用したことなどから，「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」があると認めたものであろう。護られるべき「公正かつ自由な競争」を公取委が誤って競争制限と評価しないように自制する意味で，本件において，①のベクトルを分離

し明示した理論的意義は大きいであろう。

この分離明示されたベクトルは，さらに，JASRAC 事件の審決と東京高裁判決にいて検討されなかったひとつの争点の重要性を明らかにする。すなわち，JASRAC 事件東京高裁は，公取委が JASRAC の行為は排除性がないとしたことを実質的証拠がないとしたが，上記①の「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」行為であるか否かは検討していない。したがって東京高裁は，排除性が存在することを認めつつも，JASRAC の本件行為が 2 条 5 項所定の「他の事業者の事業活動を排除」する行為に該当するか否かの最終判断はしていないのである。

しかし，留保された判断は本件の包括徴収方法を評価するときの核心部分である。排除措置命令が適法であれば，JASRAC は，「正常な競争手段の範囲を逸脱」しない，使用料の合理的な徴収方法を見いだし，公取委の同意を得てこれを実行しなければならない義務を負う。果たして，それは見いだされるのか。この分野における技術革新を見ながらの代替的徴収方法を検討することは JASRAC にとって困難な作業になるだろう。このような具体性の欠ける排除措置命令が果たして適法な命令であるのか疑念は残るが，本件の議論自体はまだそこまで到達しそうもない。本件は多くの論点が残されたままである。

「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」という要件は，本件から離れて，独禁法と事業法の交錯する分野でも，知的財産の権利行使にかかわる分野でも，「排除」行為を検討するときに，大きな役割を果たしうるであろう。

2　多摩談合（新井組）課徴金納付命令取消請求事件最高裁判決

⑴　東京都新都市建設公社が発注する下水道工事などの指名競争入札の方法

最近の注目されるカルテル・談合規制として，多摩談合（新井組）課徴金納付命令取消請求事件の最高裁判決（平成 24 年 3 月 19 日）[12] を取りあげる。公取委は，東京都新都市建設公社（以下。「公社」とする。）の発注する下水道工事などの指名競争入札において，ゼネコン（広域建設業者）33 社が談合を繰り返していたとして，課徴金納付命令を出した。本件談合は，公取委の認定では，工事能力でＡからＥに分類される建設事業者のうち，高額工事を受注できることでＡクラスに分類される事業者 33 社のゼネコンが，同じくＡクラスに分類される「他のゼネコン」47 社[13] の協力を得て，談合を繰り返したとされる。入札の参加者は，Ａクラスのゼネコン 33 社と「他のゼネコン」47 社，Ａクラスの地元事業者 74 名を含めた合計 154 名の事業者の中から，公社が指名して決めるものであった。具体的には，Ａクラスに分類される事業者のなかから希望を募り（工事希望票を提出させる），希望者のなかから毎回 10 名の事業者を指名して指名競争入札を行っていた。指名される 10 名の中では，33 社のゼネコンの一部，「他のゼネコン」の一部，そしてＡクラスの地元業者の一部が，個別の入札ごとに，様々な割合で含まれていた。2 社で組むジョイント・ベンチャー（JV）を指名する工事においても，Ａクラスの事業者が少なくても 1 組に 1 社が入る 10 組の JV を指名して，指名競争入札をしていた。

⑵　本件の談合の構造

ゼネコン事業者33社のうちの公社から指名を受けた事業者は相互に電話等で連絡を取り合って受注調整を行い，これにより落札予定者を決定した。落札予定者となった者は，自己以外に指名を受けたゼネコンや，指名を受けた「他のゼネコン」に，自己が落札できるように協力を求めた。しかし，指名を受けた地元業者はアウトサイダーが多く，落札予定者は，彼らに協力を求めることがほとんどなかった。落札予定者は，このような方法で，本件期間中に，公社が発注する工事の半分近くを落札していた。落札価格は高く，ほとんどが公社の決めた落札予定価格（これを超えた入札価格は失格になる上限価格）の95％以上となる価格であったとされている。

地元事業者の協力は一般的に期待できなかったことから，予定される工事の受注を希望する者は，協力が期待できるゼネコンや「他のゼネコン」ができるだけ多く指名されるように，彼らに受注意欲が無くても工事希望票を公社に提出するように依頼していた。また，入札に当たり，受注調整により落札予定者となった者は，前述の理由から，指名を受けた地元業者にほとんど連絡してないが，指名を受けた「他のゼネコン」に落札希望価格を伝達して協力を依頼していた。こうして，本件期間中の公社発注工事の約半分近い工事を落札したことを，公取委は，不当な取引制限に該当するとし，本件課徴金納付命令を出した(14)。

これに対して，ゼネコン33社は，本件では落札率等からみて実効的な競争の制限が生じていないこと等を理由に公取委に審判を請求した。しかし，公取委は本件が不当な取引制限に該当するとして33社の請求を棄却する審決を下した。33社は，この審決を不服として東京高裁に審決取消訴訟を提起した。

⑶　異例の東京高裁判決

東京高裁では，原告のゼネコン33社を4つのグループに分け，4つの裁判として審理された。結果として，3つの裁判では原告の請求は棄却されたが(15)，一つの裁判（新井組らの事件）において，談合が行われたという実質的証拠がないとして審決が取り消された(16)。この判決は，「競争の実質的制限」とは自由で自主的な営業活動を行うことを「停止あるいは排除されたとの事実」が必要であるという独自の観点から，事業者が一部の事業者に工事希望票の提出を依頼し，あるいは一部の者に落札予定価格を連絡したという証拠が存在するだけであり，また，落札予定者が落札することができた工事が公社発注工事の5割に満たない以上，競争を実質的に制限することが証拠で示されたとは言えないとし(17)，さらに，そのような行為を行う合意が存在するということも疑わしいとした。

本判決は驚きをもって迎えられた。東京高裁の他の3つの判決の中には，本判決とは逆に，価格競争力あるゼネコン同士の競争が回避され，ゼネコン1社と価格競争力の劣る地元業者1社ないし3社との限定された競争と評価すべき状況を作出したこと自体で競争の実質的制限の要件を満たすと述べている判決もあった(18)。経済法学者の多くは，この異例の判決をこれまで積み上げ

られてきた談合規制の法理を無視する不当な判決と批判した[19]。公正取引委員会は直ちに最高裁判所に上告受理の申し立てをし，上告は受理された。

⑷　最高裁判決

最高裁は，正当にも，この東京高裁判決を破棄して，公取委の課徴金審決を適法とした。最高裁判所は，「一定の取引分野における競争の実質的制限とは，当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうこと」を言うとし，「本件基本合意のような一定の取引市場における受注調整の基本的方法や手順等を取り決める行為によって競争制限が行われる場合には，当該取り決めによって，そ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をいうものと解される。」とした。

最高裁は，上記の東京高裁判決とは対照的に，本来，各々の指名事業者の自由な意思で入札価格を決定して競争すべき指名競争入札において，たとえ一部の事業者間であっても，工事希望票の提出を他のゼネコンに依頼し，あるいは落札予定価格の連絡し，それによって発注工事の半分近くを落札したことは，それらの者の間で受注調整により落札事業者を決め，そのうえで落札予定者が落札できるように他の指名業者が協力するという基本合意の存在を推認させるものであるとした。そして，それによって本件期間中のＡクラスの事業者に対応する入札のうちの５割近くを落札できたのであれば，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という競争の実質的制限となり，不当な取引制限に該当するとした。

⑸　「ある程度自由に」という評価基準

本最高裁判決は，近年，公正取引委員会の審決や東京高裁判決で示されたカルテル談合の規制の考え方を肯定するものといえるであろう。すなわち，たとえば，運送料金を構成するガソリン代など一部の要素の価格高騰に対処すべく行う輸送価格のうちのガソリン価格の部分（３割程度）に限って，別途に価格カルテルを行った事例について，運送料金など取引条件を「ある程度自由に」左右するという効果が認められるので競争の実質的制限があるとした例がある（燃料サーチャージカルテル（郵船ロジスティクス）東京高裁判決，平成24年11月9日）[20]。また，価格形成に明らかに影響を与えているが，特定の具体的な価格や価格幅の合意はなく，個々の事業者の販売価格の決め方についての合意にとどまる場合でも，取引価格を「ある程度自由に」左右しているということができるとした例がある（元詰種子価格カルテル事件東京高裁判決　平成20年4月4日）[21]。さらに，日本道路公団が発注する道路工事の指名競争入札の参加者のうち，「入札参加者の一部に本件基本合意に加担しないものがいたとしても，他の者の間において事実３で特定される合意が存在していれば本件基本合意がなされたというべきものである。」とされた事例もある（桜井鉄工による審決取消訴訟東京高裁判決，平成22年3月19日。）[22]。本判決も，入札参加者のうちの談合参加者以外のアウトサイダーが少なからず存在して，落札予定者が落札できる機

会が減少したとしても（4～5割程度），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していれば，それは競争の実質的制限に該当するというものである[23]。

日本のカルテル・談合規制においては，違法とされるには，複数の事業者が相互にその事業活動を拘束して，「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」ことが必要になる。このとき，「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」という要件を，上記東京高裁判決のように，自由で自主的な営業活動を「停止あるいは排除されること」が必要だと解すれば，近時の談合やカルテルに対する規制の実効性は確実に失われる。最高裁は，誤った高裁判決に対して当然の判断をしたのであるが，この判断は最近の公取委の審決や多くの東京高裁判決の傾向を追認するものである[24]。

たしかに，日本のカルテル規制は，「一定の取引分野における競争の実質的制限」という要件を無視する解釈はできないので，判決に示された最高裁や多くの東京高裁の言葉から推測すれば，「競争の実質的制限」とは「市場の競争機能を損なう」という言葉の下であっても，「無視できない程度の市場影響があればよい」という弱いものではなく，それよりも相対的に大きな市場影響を求めるであろうと思われる。それが「ある程度自由に」という言葉に込められることであろう。しかし，このように解しても，本件のようなカルテル談合を効果的に規制できないということはないように思われる[25]。

3　セブンイレブン・ジャパン本部に対する民事訴訟の判決

独禁法に関する民事訴訟の事例として，コンビニエンス・ストアのセブンイレブン・ジャパン（以下。「セブンイレブン本部」とする。）が，加盟店が行ったデイリー食品の見切り販売（値引き販売）を妨げて，損害賠償を請求された事例を紹介する。

セブンイレブン本部は，従来から，加盟店に対し，デイリー食品（品質が劣化しやすい食品及び飲料であって，毎日店舗に納品されるもの）の推奨価格を示すとともに，一定時間を経過した売れ残りのデイリー食品（メーカーが定める消費期限や賞味期限より前に，独自の基準により販売期限を定めたもの）は廃棄するように求めていた。廃棄するデイリー食品の原価相当分は，加盟店基本契約により，加盟店が負担することとされていた[26]。

(1)　公取委の排除措置命令に続く私人の民事訴訟

このような中で，加盟店の一部が，自己の負担となる原価相当額の損失を回避すべく期限の過ぎたデイリー食品を廃棄せず見切り販売するようになった。これに対して，セブンイレブン本部は，自己の従業員を通じて，デイリー食品の見切り販売を止めさせるべくいろいろと説得を試み，ときに説得を超えた圧力を加えた。

フランチャイズシステムに関する公正取引委員会のガイドライン（平成14年4月）は，フランチャイズ本部による販売価格の制限について，「加盟店が地域市場の実情に応じて販売価格を設定

しなければならない場合や売れ残り商品等について値下げして販売しなければならない場合もあることから，本部が加盟者に商品を供給している場合，加盟者の販売価格（再販売価格）を拘束することは原則として再販売価格の拘束に該当する」としていた。また，セブンイレブン本部と加盟店のフランチャイズ契約の中では，「乙（加盟店）は甲（セブンイレブン本部）の開示した標準小売価格で販売することを強制されるものではない。」とされていた。

公取委は，平成21年6月22日に，デイリー食品の見切り販売を抑圧する行為は取引上の優越的地位の濫用に該当するとする排除措置命令を下した[27]。排除措置命令は，「見切り販売を行おうとし，又は行っている加盟店に対し，見切り販売の取りやめを余儀なくさせ，もって，加盟店が自ら合理的な経営判断に基づいて廃棄に係るデイリー商品の原価相当額の負担を軽減する機会を失わせている行為を取りやめなければならない」とした。

この命令が出る前後に，いくつかの加盟店は，セブンイレブン本部の圧力を被って，自主的な販売価格の設定を妨げられたとしてセブンイレブン本部に損害賠償請求を行っている。この排除命令が確定した後，4つの加盟店は，独禁法25条に基づく無過失責任の損害賠償を東京高裁に提起した。東京高裁平成25・8・30判決[28]は，セブンイレブン本部が，加盟店のオーナーに，推奨価格での販売を行うべきという助言・指導の範囲を超えて，見切り販売は加盟店契約に違反するとか，契約更新ができなくなるということを申し伝え，加盟店が本来有する価格決定権を行使できないように事実上の強制を加えていると認められる場合には，公取委の前記排除措置命令で禁止された違反行為に該当するとした。そして，本件ではそのような事実が認められるとして4社の加盟店に合計1100万円の賠償を認めた。本件は公取委の排除措置命令の内容が違法性の基準として使われているところに特徴がある[29]。

このほか民法709条の民事訴訟の事例がいくつかあり，いずれも違法性の基準は同じである。東京地裁平成24年10月18日判決[30]は，加盟店に日用食品を推奨価格で販売することを説得・指導することは経営指導の一環として問題はないが，見切り販売をすると契約上の不利益が生じると脅かし，あるいは廉売は契約違反であると虚偽の事実を伝えて，加盟店の自由な価格決定の機会を奪っているときは違法であるとした。ただ，本件には，そのような事実はないとして請求を棄却した。東京高裁平成24・12・25判決[31]も同様の事件で，値引きを妨害する行為は認められなかったとして原判決を維持した。福岡高裁平成25・3・28判決[32]は，見切り販売は経営上不利であるという判断を伝え値引きを中止するように求めても，契約に基づく助言指導の範囲であれば直ちに販売価格の強制とか自由な意思決定の妨害とみることができないとし，原判決の福岡地裁平成23年・9・15判決[33]を破棄した。他方，福岡地裁平成25・3・28判決[34]は，値下げ販売をしないように説得・指導することは違法とは言えないが，それを超えて，加盟店が本部に値下げしたい旨を伝え，その方法を教示するように求めても，本部がこれを拒否し，加盟店に契約上不利益が生じると述たり，恫喝を加え，値引きは契約違反だとの虚偽を述べるなどして値下げを断念させ，あるいは制限することは自由な価格決定権の侵害になるとした。そして本件にそのよう

な事実が一部認められるとして損害賠償を認めた。

⑵　呼び水としての公取委の介入

流通業界では，近年，取引上の優越的地位の濫用事例が増えているように見受けられる。取引上の優越的地位の濫用事例に関して，公正取引委員会の果たす役割は大きくなっている。本来，取引上の優越的地位の濫用は私人による差止請求（独禁法24条）や損害賠償請求（独禁法25条，26条，民法709条）が相応しい領域ということができるのであるが，私訴は乏しい。韓国も台湾も私訴については同様の状況である（中国だけは異なるようである。）。このような場合，公取委が問題のある業界に対して規制の先鞭をつければ，納入業者などが私訴を起こす呼び水となるであろう。公取委の介入は，フランチャイズシステムのビジネスモデルを損なう規制を行う危険はないと考えられるので，呼び水として相応しいといえよう[35]。

4　審判制度を廃止した平成25年改正

⑴　審判制度の廃止

平成25年の独禁法改正で，公正取引委員会の審判制度は廃止されることになった[36]。改正法は平成27年に施行される予定である。昭和22年の独禁法制定以来，長く維持され定着したと思われた審判制度が廃止されたことは意外なことであった。事業者に手続上の保障を与えるはずの審判制度が，事業者の側から拒絶されたのである。また，公取委も執行力の強化という観点から審判制度の廃止に反対しなかったのである[37]。このような事態になった原因は何か。平成17年度改正で，公取委の審判制度が事前手続から事後手続になったことが，審判廃止の遠因であろう。

事後審判の手続が導入された理由は，課徴金制度の運用に大きな負担を負うことになった公取委がその負担を解消するためであったということができる。事前審判制度の下では，排除措置命令や課徴金納付命令が審判で争われるならば，いったん処分は存在しない状態になる。この状態では，違反行為を行ったとされる事業者は違法とされる行為を是正する義務はなく，争っているかぎり課徴金の納付も免れる。何よりも，事業者にとって，課徴金納付命令の適法性を争えば，時間がかかっても法定遅延金を支払う義務は生じないし，支払う金額を減少させる可能性もある。この空白を利用しない事業者はいないであろう。

このような弊害を無くするために，公取委は，排除措置命令と課徴金納付命令を先行させて，課徴金を争えばその期間の法定遅延金を支払う義務が生じるようにした。むやみに課徴金納付命令を争うメリットを少なくすれば，公取委の課徴金に関する独禁法運用の負担が解消され，独禁法の執行力は大きく改善されるであろうと期待したのであろう。しかし，これは対処療法的な解決であったように思われる。事後審判とは，公取委が行った排除措置命令や課徴金納付命令を，同じ公取委が再び審理するということであり，審判制度の公平性の外観を大きく損なうおそれがあった。事後審判に踏み切った公取委は，その後の審判制度の廃止の動きを予期し，それでも執

行力を強化したいと考えていたのではないか。そうであるなら，公取委は，法改正の正道に従い，独禁法の執行力を弱めた課徴金制度の問題を課徴金制度そのものの改革として行うべきでなかったかと思う。

審判制度廃止に伴い，長い間維持された審判官制度廃止され，専門的な行政機関としての公取委の事実認定が裁判所を拘束する「実質的証拠原則」も廃止される。審決取消訴訟の管轄は東京高裁におかれていたが，事実上の第一審であった審判の廃止で，裁判管轄は東京地裁に移される。

公正取引委員会の中立性は，審判制度の公正を担保すべく，内部組織上の職能分離など公正の外観の確保と会わせて，委員長と 4 人の委員に独立性を与える根拠にもなっていた。審判審決に委員が少数意見を書くことができるのも審判制度の存在が前提となっていた。たしかに，審判制度が廃止されても直ちに行政委員会制度とその独立性が不要になったとは言えないだろう。しかし，今後，国家財政上の観点から，委員の数（委員長 1 人と 4 人の委員）の減少や報酬を含む身分保障が後退する可能性はあるであろう。審判制度が原始独禁法が制定されてから 65 年以上経過した今日になって唐突に廃止になったのは，課徴金制度改革の対処療法的な拙さが原因であるように思えてならない。アメリカ的な制度が日本の法文化に根付かなかったということであるとすれば，もっとはやく廃止されていたであろう。

⑵　その他の課題

今後，関連した改革も検討されている。公取委の排除措置命令と課徴金納付命令において，その事前手続の整備として，公取委の指定を受けた手続管理官（公取委の職員）のもとで処分の根拠と証拠を開示する制度が検討されている[38]。さらに，公取委の審査過程の様々な局面で弁護士の立ち会いを保障し，また，独禁法違反に関する弁護士と依頼人の間の議論の公開は裁判上で拒否できるという英米法流の弁護士・依頼人間の秘匿特権（Attorney-Client Privilege）に類似する制度を導入すべきとの意見が日本弁護士会連合会の意見として提出されている[39]。これらがどうなるか今の段階では不明である。

おわりに

審判手続が廃止されることによって，独禁法の運用における裁判所の役割が格段と大きくなる。それは事実認定など公取委が専門的な知見をもって長く経験を積んできた審判手続を裁判所に移すもので，裁判所に大きな負担をかけ，独禁法の運用を停滞させる懸念はある。これは公取委が審判制度をもたない「普通の役所」になることを求めたことの帰結である。これまで審決がそのまま重要な先例になり，あるいは取消訴訟に耐えて重要な判決として定着している例が多い。その役割を放棄してよかったのであろうか。独禁法の運用において，公取委が審判制度を通じて果たしてきた役割はその程度のものであったとは思えない。

しかし，悲観ばかりしてはいられない。これまで審判手続における審判官として公取委に出向

した裁判官は概して優秀であったことからわかるように，裁判所が大きくなった役割を適切にこなすことが期待される。本稿の検討でも，独禁法の運用において最高裁判所が大きな役割を果たしていることが改めて明らかになった。そうであれば，公取委は，事後の憂いなく，排除型独占行為やカルテル談合，取引上の優越的地位の濫用などの規制に集中して，独禁法を積極的に執行していくことが期待される。

アジアでは，競争法が国民経済に定着するために，競争法の運用機関の独立性よりも，運用機関の執行力の強化が課題であるとされる。それを思えば，今回の日本の審判制度の廃止も，アジア的な制度の収斂の一環であるように考えられないことはない。

注

(1)　民集64巻8号2067頁，判時2101号32頁。本判決を検討するものとして，川濱昇「判批」ジュリ1419・106，武田邦宣「判批」ジュリ1440・252，泉水文雄「判批」公正取引726・74，根岸哲「判批」民商144・6・132，大槻文俊「判批」NBL 957・94がある。また，村上政博，後掲注(9)の論文の574-575頁においても本件が検討されている。

(2)　FTTHサービスは，ブロードバンドサービスのうち，光ファイバを用いて，音楽，動画などを高速，高容量のサービスで伝えることを可能にするもので，電話回線を使ったADSLやケーブルテレビの回線を使うサービスよりも料金は高額になるが，一定の需要があり，これからも加入者が増加することが見込まれるサービスであった。

FTTHサービスは，個別の光ファーバーの芯線直結方式(1本)と分岐方式の二つがあり，NTT東は，前者をベーシックタイプ，後者をファミリータイプとしていた。光ファイバ設備を用いてサービスを提供する事業者には，NTT東のほか，東京電力，有線ブロードが存在した。そのほか，自ら光ファイバ設備をもたず既存の光ファイバ設備に接続して電気通信サービスを提供する事業者（新電電）が参入する可能性があった。しかし，NTT東以外は，新電電に光ファイバ設備に接続させる余裕はなかった。NTT東は，新電電から接続の申し込みがあれば，適当な接続料で接続させる電気通信事業法上義務があった。

(3)　公取委が審決を下すとき，NTT東はすでに違反行為は中止していた。違反行為がなくなっている場合にも特に必要があれば措置を命じることができるが，公取委は，排除措置を命じる必要があるとは認められないとし，違法宣言審決をするにとどめた。審決を出す前に，総務省は，NTT東に訪ねて同社が分岐方式を実際には行っていないことを知り，早期に分岐方式に転換するべきという行政指導を行ったという背景がある。公取委は，この点を考慮したものと思われる。

(4)　本件判決の調査官解説は，本件行為の排除性について，諸要素を次のように整理した。①NTT東は，当時東日本地域で既存の光ファイバ設備と接続して，FTTHサービスを提供しようとする電気通信事業者にとって，大都市圏の管路を多く所有し，光ファイバ芯線数及ぶ敷設範囲で他社に比して極めて優位な地位にあり，接続に要する設備等も整っていたこと，②FTTHサービスは，主として，事業の規模によってその効率性が高まり，かつ，加入者との間でいったん契約を締結すると競業者への契約変更が生じ難いという点で，市場における先行者であるNTT東に有利な特性を有していたこと，③NTT東はFTTHサービスを芯線直結方式で提供し，分岐方式の移行の予定もなかったが，NTT東のユーザー料金（小売料金）は他の事業者が取得すべき接続料金（卸売料金）を下回り，他の事業者がいくら効率的でも損失が出るものであり，さらにNTT東は分岐方式の届け出をしながら芯線方式を取り，それによって総務省の行政介入を免れていたこと，④NTT東はFTTHサービス市場において他の電気通信事業者よりも先行していた上，その設置した加入者光ファイバ設備を自ら使用して

いたためユーザー料金が接続料金を下回ったとしても実質的影響がなく，他の電気通信事業者と地位及び競争条件に相当の格差があったこと，⑤1年10ケ月という期間は，FTTH市場が急速に拡大しつつあったもので，NTT東の市場支配力の形成・維持・強化という観点から相応に有意な長さの期間であったこと，の諸要素である。そして，最高裁は，以上の諸要素を総合的に考慮して判断すれば，他の事業者の事業活動を排除する効果が認められるとしたとする。最高裁判所判例解説（岡田幸人）「法曹時報」64巻111号3149頁以下を参照。

⑸　事業法と独禁法の関係については，独禁法に適用除外規定がないときでも，独禁法を一般法とし，事業法を特別法と整理して問題を処理する考え方がある。この考え方では，類似の権限が両法に重複してあれば，監督官庁の権限の行使が公取委の権限行使に優先するということになる。これは過去において有力な考え方であった。しかし，最近は，大阪バス協会事件審判審決（公取委1995（平成7）年7月10日審決）以来，事業法の規制があるにもかかわらず，別途に独禁法の適用を行ってもよいという考え方が出てきた。それは規制産業において規制緩和が進行して競争政策と異なる規制が減少し，また，事業法では有効に規制できない問題も生じうるので，事業法と独禁法は相互補完の関係にあると考えて，独禁法を適用するものであるとされる。本判決もそれに従うものであろう。この点については，前掲，「法曹時報」64巻111号3149頁以下を参照。

⑹　審決集55巻712頁。本件の審決の検討について，青柳由香「判批」ジュリ1449号104頁，根岸哲「判批」NBL 991号58頁，白石忠志「判批」Law & Tech. 57号34頁，泉水文雄「判批」公正取引743号62頁，村上政博「判批」公正取引同号71頁，上杉秋則NBL「判批」983号28頁，安藤和宏「判批」知的財産法政策学研究39号179頁，沼田知之「判批」ジュリ1455号5頁，田中寿「判批」国際商事法務40巻8号1177頁，植村幸也「判批」NBL 981号7頁，稗貫俊文「判批」平成24年度重版242頁。

⑺　判時2206号37頁。

⑻　本判決の原告適格に関する議論として，古城誠「論究ジュリ」第9号88頁以下，90-92頁（2014春），上杉秋則「NBL」1017号36頁以下，藤田稔「山形大学紀要（社会科学）第45巻第1号129頁以下（2014年7月）。

⑼　本件東京高裁判決の批評として，JASLAC私的独占事件高裁判決について，白石忠志「判例批評」NBL 1015・152，土田和博「判批」ジュリ1470・79，神崎一彦「判批」ジュリ1464・4，植村幸也「判批」ジュリ1463・4，村上政博「日本音楽著作権協会事件最高裁判決への期待」国際商事42・4・569。

⑽　本件において，JASRACの使用料の包括徴収方式に正当化事由があるか議論する余地があることを指摘するものとして，村上政博，前注⑼がある。たしかにその余地があるように思われる。しかし，これはNTT東日本最高裁判決の議論に枠組みに従う本件東京高裁判決に従えば，まだ論じられていない「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」があるかどうか，という議論に収斂するものであろう。

⑾　グーグル，アップルなどモバイル産業やクラウド産業における2面市場あるいは多面的プラットフォームに関する欧米の議論が紹介されている。本件を直接取り上げるものではないが，川濱昇，大橋弘，玉田康成（編）「モバイル産業論」（東京大学出版会，2010年3月），岡田洋祐・林秀弥（編著）「クラウド産業論」（勁草書房，2014年2月）。

⑿　民集66巻2号796頁，判時2158号36頁，判タ1376号108頁。調査官解説として，古田孝夫，ジュリ1448号89頁。

⒀　本件談合の協力者とされている他のゼネコン47社について説明する。当時の独禁法は，違反行為を中止してから，3年を過ぎれば排除措置命令は出せないが，まだ5年を過ぎていなければ課徴金納付命令は出せるという不均衡な定めをしていた。そのため，違反行為者に排除措置命令は出せないが，課徴金納付命令を下すことができるという事例があった。本件も，そのような事件である。そのとき，課徴金納付命令は違法行為の実施期間中に売り上げのある事業者に命じられるものであるから，公取委は，公社発注工事の入札で1件も落札をしなかった違反行為者には課徴金納付命令を出すことができない。そのような事業者が本件には多数存在した。他のゼネコン47社である。このような事業者に

ついてまで違反行為の立証を負担することは，行政資源の無駄になるという考え方はありうる。そこで47社を談合の当事者とせず，協力者とすることで，立証の負担を軽減して，課徴金制度の効率的な運用を図ったのである。

⑭　本件は課徴金納付命令の事件である。前注でも述べたように，当時，既往の違反行為については，違反行為が止んでから3年過ぎたら排除措置命令は命ぜられなくなり，課徴金納付命令は5年を過ぎたら命ぜられないという規定になっていた。本件は，違反行為が止んでから3年過ぎたけれども，5年を過ぎていないという事案であり，そのため，公取委は，課徴金納付命令だけを命じたものである。現在は，いずれも5年と統一されていることは周知のとおりである。7条2項但し書きと7条の2第27項を参照。

⑮　東京高裁の3つの裁判とは，西松建設㈱ほか5名による審決取り消し訴訟，東京高裁平成21年5月29日判決，審決集56巻（第2分冊）299頁以下，㈱松村組ほか3名による審決取り消し訴訟，東京高裁平成21年12月18日判決，審決集56巻（第2分冊）423頁以下，㈱植木組ほか6名による審決取り消し訴訟，東京高裁平成22年1月29日判決，審決集56巻（第2分冊）476頁以下，の3件である。

⑯　多摩談合（新井組）事件東京高裁平成22年3月19日判決，審決集56巻（第2分冊）567頁。

⑰　東京高裁判決は，「競争の実質的制限」を，入札参加者が自由で自主的な営業活動を行うことを「停止あるいは排除された」ことと理解して，「これを認めに足りる実質的な証拠はないというほかない」としている。しかし，自由で自主的な営業活動を「停止あるいは排除されること」とは相当に強い競争制限のことをいうものである。これまで「競争の実質的制限」とは，「取引条件をある程度自由に左右できる力の形成，維持，強化」とされてきた。それよりも遙かに強い制限を求めた理由は，おそらく，独禁法2条1項の競争の定義を基準にしているからである。この定義をそのまま「競争の実質的制限」の解釈に使うのは適当ではない。この定義は，競い合いという競争の動的な側面をとらえず，一定の取引分野のような「競争が成立する範囲」を定義するだけものであり，競争の定義として不適当であるという指摘はかなり以前よりなされてきたことである。参照，今村成和「独占禁止法(新版)」45頁（有斐閣，1978年6月)。

⑱　西松建設㈱ほか5名による審決取り消し訴訟，前注(14)参照。

⑲　本東京高裁判決を批判したものとして，根岸哲「判批」ジュリ1420号293頁，林秀弥「判批」ジュリ1405号179頁，中川晶比児「判批」公正取引721号99頁。

⑳　審決集59巻54頁。

㉑　審決集55巻791頁。

㉒　審決集56巻（第2分冊）556頁。

㉓　「ある程度自由に」の理解については，和田健夫「相互拘束について」出口正義ほか編『企業法の現在　青竹正一先生古希記念』639以下，648-650（信山社，2014年）を参照した。

㉔　近時の談合やカルテル規制は，東芝ケミカル事件東京高裁判決（平成7・9・25審決集42・393）の射程に入るもので，理論の深化というより，現実のカルテル・談合に係る違法行為の事業環境が変わっていることによると考えられる。国や地方自治体の財政不足，入札方式の改革変更等により，競争環境が厳しくなり。昔ほど秩序だったカルテル・談合が出来なくなっている。崩れつつある談合も弊害は同じであり，不完全な談合と見るのは適当ではなく，そのような見方は多摩談合（新井組）東京高裁判決のような不適切な判断を導きかねない。

㉕　ハードコアカルテルについて，将来，「ある程度自由に」ということが「市場の競争機能を損なう」という言葉の下で，「無視できない程度の市場影響があればよい」という解釈になる可能性はある。筆者はそれが望ましいと考えているが，裁判所の態度を見る限り，当面は無理かもしれない。

　韓国では，以前，韓国独禁法（公正競争法）19条1項のカルテル規制において，日本の2条6項所定の文言と同様に，「一定の取引分野における競争の実質的制限」〝Significantly Lessen Competition in a Specific Business Area″という市場効果要件を設けて，法運用を行ってきた。しかし，1999年に公正競争法を改正して，19条1項の文言を「不当に競争を制限する」〝Unduly Lessen Competition″

とした。これは，企業結合規制とカルテル談合規制を同じ市場効果要件で行うのは適当ではないという考え方によるようである。

このような法改正をすれば，日本の多摩談合（新井組）東京高裁判決のような問題の多い判決は下されないかもしれない。しかし，日本では，企業結合規制とカルテル談合規制に同じ「一定の取引分野における競争の実質的制限」という文言が用いられていても，その内容と立証方法は異なるとされ，それぞれ独自の立証方法が発展してきた。この後も，カルテル規制ルールの国際調和に向けて，そのように漸進的に発展していくと思われる。なお，韓国の独禁法の規定とその施行令については，中山武憲「翻訳：韓国独占禁止法及び同施行令」『企業法研究』名古屋経済大学企業法制研究所，第 26 号（2014 年 3 月）を参照されたい。さらに言えば，NTT 東日本私的独占事件最高裁判決の「市場の競争機能を損なう」という用語は「一定の取引分野における競争の実質的制限」の簡潔な表現として，私的独占だけでなく，企業結合やカルテル・入札談合にも適用しうるものである。この用語に従えば，将来，価格カルテル・入札談合における「ある程度自由に」と言う市場支配力の影響度の基準は「無視できない程度の市場影響があればよい」という理解になる可能性はある。なぜなら，価格カルテル・入札談合などのハードコアカルテルの場合，私的独占や企業結合と異なり，「無視できない程度の市場影響」があれば，それは「市場の競争機能を損なう」高い蓋然性をもたらすからである。

(26) セブンイレブン本部は，コンビニエンス・ストアに係るフランチャイズ事業の対価として，加盟店からセブンイレブン・チャージと称するロイヤリティを収受していた。それは加盟店が販売した商品の売上額から当該商品の原価相当分を差し引いた額に一定の率を乗じて算定するとしている。これにより，セブンイレブン本部は，加盟店で廃棄された商品の原価相当額の多寡に左右されないロイヤリティ徴収方式を採用している。加盟店が得る実質的利益は，売上総利益から，ロイヤリティの額及び加盟店で破棄された商品の原価相当額を含む営業費を差し引いたものとなっている。加盟店で破棄された商品の原価相当額の平均額は年 530 万円であったという。

(27) 審決集 56 巻（第 2 分冊） 6 頁。

(28) 判時 2209 号 11 頁。

(29) 和久井理子「判批」平成 25 年度重判 266 頁。そのほかに斉藤高広「判批」ジュリ 1464・108，小田勇一「判批」ジュリ 1461・ 4 。

(30) 判タ 1389 号 212 頁。

(31) 審決集 59 巻（第 2 分冊）337 頁。

(32) 判時 2209 号 34 頁。

(33) 判時 2133 号 80 頁。

(34) 判時 2209 号 49 頁。

(35) 公取委の排除措置命令が呼び水になるとしても，公取委の集めた証拠は優越的地位の濫用に関する民事訴訟で具体的にどのような形で利用可能になるか。この点について，セブンイレブン損害賠償請求事件を取り上げた「座談会：最近の独占禁止法違反事件の動向をめぐって」（金井，川濱，岸井，野口）「公正取引」766 号 2 頁以下，26-28 頁（2014 年）の議論が参考になる。

公取委は，これまで，取引上の優越的な地位の濫用行為をすべての地域のすべての取引について立証することを求められるわけではなかった。違反行為の証拠の積み重ねから違反行為の全体像を効果的に浮かび上がらせるようにし，かつ，排除措置命令においては，そのような濫用行為を取引相手の意に反して強制し，それに従うことを「余儀なくさせてはならない」という条件を付すのが通例であった。しかし，民事訴訟の対象となる違反行為は，公取が立証した地域や取引から外れたところでなされた行為を問題にせざるを得ないことがあり，また，フランチャイズ本部の指導性を前提とするフランチャイズシステムの下で「余儀なくさせた」など独自の要素も個別具体的に立証せざるを得ないから，民事訴訟の原告の負担はそれほど軽減されなかった。それでも公取委の排除措置命令の存在は，民事訴訟における独禁法違反行為の存在の事実上の推定を生み出し，民事訴訟の原告の違反行為の立証負担を若干は緩和することになり，その限りで民事訴訟の呼び水となりえたであろう。

平成21年の独禁法改正は，民事訴訟の呼び水としての公取委の役割を大きく変えたように思われる。本件は改正前の事件のために適用対象にならないが，平成21年の改正後の取引上の優越的地位の濫用行為に対する規制は，違反行為の対象となった取引に係る売り上げの１％を課徴金として課すことになった（独禁法20条の６）。公取委は，とくに，多数の事業者に対する濫用行為が問題になるような大規模な濫用行為の事件のとき，濫用行為の対象となった取引を個々の取引相手ごとに個別具体的に特定することが求められる。その証拠の存在が民事訴訟の原告の立証負担は軽くするという可能性がある。

もっとも，それが公取委の加重な立証負担を前提にしているおそれがあり，そのような負担を負わせる制度が課徴金に係る立法政策として適当かどうか疑わしい。また，過重な負担は警告や注意という非公式の措置を招く可能性があり，民事訴訟の呼び水となると楽観的になるべきではないかもしれない。

(36)　岩成博夫「独占禁止法の平成25年改正の概要等について」公正取引761号2頁（2014年3月)。

(37)　事後審判制度を導入した2005（平成17）年改正の後に，内閣府に設立された「独占禁止法基本問題懇談会」(座長･塩野宏東大名誉教授）では，あらためて事前審判制度を採用する提言がなされていたという。すなわち,「審判制度は行政過程に準司法手続を採用して被処分者に十分主張立証の機会を与えるとともに，行政過程・裁判過程全体を通して見た場合，紛争の専門的早期解決を図るものとして構想されていたから，……制度の趣旨に添わない審判の増加を防止するための措置を講じた上で，独禁法違反事件の大部分を占める入札談合事案に関する実効的予防策の実施状況を踏まえつつ，事前審査型審判方式を改めて採用することが適当である」と。しかし，この提言は無視されたのか，立法府は，逆に，審判廃止の道を選んだ。この点は，根岸哲「独禁法改正に問われるもの」公正取引761号9頁（2014年3月）を参照。

また，伊従寛「平成25年独禁法改正案の国会審議と残された問題」NBL 1028･51（2014年7月）を参照。

(38)　矢吹公敏「命令前の意見徴収手続」ジュリ1467号12頁（2014年5月)。

(39)　矢吹公敏「日弁連から見た平成25年改正独占禁止法」公正取引761号25頁（2014年3月)，笹倉宏紀「審査手続の見直しについて」ジュリ1467号39頁（2014年5月)。

注　　記

(1)　本稿は，2014年6月27日に，ソウル国立大学アジア太平洋法協会（Asia Pacific Law Institute of Seoul National University）で開催された国際会議「アジアにおける競争法の執行（Competition Law Enforcement in Asia）において，筆者が〝Recent Trend of the Japanese Anti-Monopoly Law〟と題して報告したものに加筆したものである。

(2)　本稿は，科学研究費補助金基盤研究（A）課題番号22243004による研究成果である。