

社会的妥当性と独占禁止法（その3）

——公正競争阻害に限定して——

内 田 耕 作

I はじめに

社会的妥当性の保持を目的とする行為の独禁法上の扱いのうち、競争制限、競争阻害に係る局面については、すでに、審・判決、ガイドライン、学説の整理を行った¹⁾。本稿では引き続き、公正競争阻害を対象とし、審・判決、学説の整理を行う²⁾。それらを踏まえた上での私見の展開は、後日の課題となる。

公正競争阻害として問題になるのは、不公正な取引方法である。それは、不当な差別的取扱い、不当対価、不当な顧客誘引・強制、事業活動の不当拘束、取引上の地位の不当利用、競争者の事業活動の不当妨害、の一つに該当する行為であって、公正な競争を阻害するおそれ（公正競争阻害性）があるものうち、公取委が指定するもの、を言う（独禁法2条9項）。公取委は、あらゆる事業分野の事業者に一般的に適用される一般指定と、特定の事業分野の事業者にのみ適用される特殊指定を告示しており、実際のところそれらが不公正な取引方法と言うことになる。

-
- 1) 「社会的妥当性と独占禁止法（その1）——競争制限に限定して——」彦論321号65頁（1999）、「社会的妥当性と独占禁止法（その2）——競争阻害に限定して——」彦論324号1頁（2000）参照。なお、拙稿（その2）の2頁注2で挙げた観音寺三豊郡医師会事件は、現在・将来の事業者の数の制限をも問題にするものであった。ここに記して訂正する。
- 2) ガイドラインは社会的妥当性と公正競争阻害との関わりについては触れていないが、研究会報告書には触れたものがある。1982年7月公表の独占禁止法研究会報告「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」は、取引拒絶との関わりで次のように叙述する。「一定の資格基準を設けていることにより、その基準に合致しない者が取引を拒絶されることとなっても、基準設定の目的が是認され、かつ、その基準が当該目的を達成する上で相当な範囲である場合、例えば、広告の倫理的・合理的な基準を設け、これに合致しないものの掲載を拒否する場合には、公正競争阻害性はないと考えられる。」もっとも、公正競争阻害性がないと考えられる理由は示されていない。

不公正な取引方法においては、事業者団体の競争阻害と同様、法文上・解釈上「公共の利益に反して」との関わりは一般に問題にならないので、直ちに審・判決、学説ごとに、社会的妥当性と公正競争阻害との関わりがどのように措置されているか（措置されるべきか）、解明に入ることになる。

なお、不公正な取引方法は、事業者団体の競争阻害のうちの、不公正な取引方法の勧奨・強制と連動させて理解する必要がある。本稿ではこの点にも留意する。

II 審・判決

ここでの本題は、審・判決が社会的妥当性と公正競争阻害との関わりをどのように措置しているか、解明を図ることにある。もっともそれに先立ち、事業経営上・取引上の合理性・必要性について審・判決がどのような判断を示しているか、紹介・検討しておくことが有益である。

1. 事業経営上・取引上の合理性・必要性

取り上げるのは、①大阪ブラシ工業協同組合事件（昭30・9・20審判審決、審決集7・20）、②第一次育児用粉ミルク（和光堂）事件（最判昭50・7・10民集29・6・888）、③第二次育児用粉ミルク（明治）事件（昭52・11・28審判審決、審決集24・86）、④資生堂東京販売事件（最判平10・12・18民集52・9・1866）、である。

(1) 大阪ブラシ工業協同組合事件 本件は、身辺用ブラシの共同受注の事業を行う事業者であり組合員の機械植え身辺用ブラシの製造実績が全国製造高の約80%を占める大阪ブラシ工業協同組合（以下、「大阪ブラシ組合」という。）が、保安庁発注ブラシの落札事業者の落札価格のいずれよりも高い下請価格を定めることにより、当該事業者からの下請を拒否したのが、不当に経済上の利益を供給しないものとして旧一般指定1号の取引拒絶に該当すると問擬されたものである。服用ブラシ・くつ用ブラシについては下請拒否は不当とは言えないと判断され、洗たく用ブラシについては下請拒否は不当とされたが、過去のことに属する等の理由により格別の排除措置は命ずる必要がないと判断された。

本稿で関わりがあるのは、前者の判断である。

被審人は次のように主張した。「当時保安庁の発注品については、規格を無視した不良品が納入されている場合があることは周知の事実であり、被審人大阪ブラシ組合は、今回の保安庁発注ブラシのうち、服用ブラシについては原料豚毛が市場に乏しく、また、服用ブラシは同庁の定める規格からみて、その落札価格が不当に低いので規格品を納入することはのぞみがたいから、このような落札者を排除することは、業界の将来の発展のために必要である」。

それに対し公取委は、次のように判示した。「服用ブラシおよびくつ用ブラシについては保安庁が適正な製品検査を行う場合には落札価格で同庁の定める規格に合格するものを製造することはきわめて困難であり、落札者は、予め、規格を無視した品質のものを納入する意図をもっていたものと認めるの外はないから、このような事業者からの下請を拒否する態度にいてた被審人大阪ブラシ組合の行為を不当なものということとはできない」。

本件に関しては、事業経営上・取引上の合理性・必要性が存在することにより違法性が否定された事実に着目しなければならない。もっともその合理性・必要性は、個別企業としての合理性・必要性と言うよりも、業界全体としてのそれであり、社会的妥当性に連なるものであることに留意する必要がある。

(2) 第一次育児用粉ミルク（和光堂）事件　本件は、和光堂（上告人）が育児用粉ミルクについて再販売価格を維持する行為をしたのが、旧一般指定8号に該当するとされたものである。本稿で関わりがあるのは、上告人の次の主張である。「原判決が上告人の本件再販売価格維持行為に一般指定八にいう『正当な理由』がないとしたことは、法2条7項4号及び、一般指定八の解釈を誤り、判断を遺脱したものである」。

それに対して最高裁は、本稿に関わる限りで次のように判示した。「法が不公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、

3) なお、同じく育児用粉ミルクの再販売価格維持行為が問擬された第一次育児用粉ミルク（明治商事）事件（最判昭50・7・11民集29・6・951）では、「単に事業者において右拘束条件をつけることが事業経営上必要あるいは合理的であるというだけでは、右の『正当な理由』があるとすることはできないのである」と判示された。

法2条7項4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4号の規定を具体化した一般指定八は、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って、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、ここにいう『正当な理由』があるとする⁴⁾ことはできないのである。』

本件に関しては、一般論として、「単」なる事業経営上・取引上の合理性・必要性は正当な理由とはされないと判示されたことに着目する必要がある。このことを裏返せば、正当な理由となる事業経営上・取引上の合理性・必要性があり得ることが認められた、と解する余地があった。

(3) 第二次育児用粉ミルク（明治）事件 本件は、明治乳業（被審人）が育児用粉ミルクの販売に当たり一店一帳合制を実施していたのは、本来卸売業者において自由に決定されるべき販売先の選択を、競争を阻害するおそれのない特別の理由がないのに制限して取引していたものであり、正当な理由がないのに卸売業者と小売業者との取引を拘束する条件を付けて取引していたものであって旧一般指定8号に該当する、とされたものである（払込制については省略）。

本稿で関わりがあるのは、被審人の次の主張である。「一般指定の八にいう

4) なお、この点について公取委は、審決では次のように判示していた（昭43・10・11審判審決、審決集15・98）。旧一般指定8号に言う『『正当な理由がないのに』を『公正な競争を阻害するおそれ』とは異なつた観点、すなわち、社会通念上ないし取引上の合理性の見地から解すべきであるとする見解を前提とする被審人の〔中略〕主張は、いずれもこれを採用することができない』。第一次育児用粉ミルク（明治商事）事件（昭43・10・11審判審決、審決集15・67）、第一次育児用粉ミルク（森永商事）事件（昭43・10・11審判審決、審決集15・84）の判示も同様。

『正当な理由がないのに』を、公正な競争秩序を阻害するおそれがない場合を除くために加えられたもので、それ以外の意味に解すべきでないとする見解は、『正当な理由』という含みの多い字句の字義上無理な解釈であり、また、独占禁止法第2条第7項各号中の『不当な（に）』の字句を無視した解釈である。」「従来、育児用粉ミルクの取引にあつては、一店一帳合が一般的であつたが、それは、一店一帳合の下では、流通費用の節約により、末端価格の引下げが可能となり、また、流通経路が安易に確認できることにより、育児用粉ミルクの事故品の回収等の迅速、適確な処理、育児用粉ミルクの供給不足等の際の商品の偏在の防止、債権保全上の見地からのいわゆる換金売りの発見等が容易になるという利点があるためであり、このような利点は、単に企業の立場からのみでなく、公益的見地からも有意義であるから、企業が一店一帳合を促進することには、十分経済上の合理性がある」。したがって、『正当な理由』なくしてなされたものではない。

それに対し、公取委は次のように判示した。⁵⁾「一般指定の八にいう『正当な理由がないのに』とは、公正な競争秩序を維持するために不公正な取引方法を禁止している独占禁止法の趣旨に照らして、同指定の八に規定する行為類型に該当する行為であっても、公正な競争を阻害するおそれがない場合には、これを不公正な取引方法から除外することを定めたものである。このように、『正当な理由』とは、公正な競争秩序と直接関係のない経済上の合理性などを含まず、専ら公正な競争秩序の観点から解されるべきものであり、このことは、公正取引委員会がつとに明らかにしたところであり（昭和41年（判）第1号明治商事株式会社に対する件）、その審決取消請求に対する判決（東京高等裁判所

5) なお、同じく育児用粉ミルクの一店一帳合制・払込制が問擧された第二次育児用粉ミルク（雪印）事件（昭52・11・28審判審決、審決集24・65）では、「およそ『正当な理由』とは、公正な競争秩序と直接関係のない経済上の合理性などを含まないのであって、専ら公正な競争秩序の観点から解するのが相当である」と判示された。また、一店一帳合制・不真正の委託販売制が問擧された第二次育児用粉ミルク（森永）事件（昭52・11・28審判審決、審決集24・106）では、「一店一帳合制が育児用粉ミルクの品質管理に役立つ一面を持っていることが被審人の主張するとおりであるとしても、なお違法な再販売価格維持契約による場合と同様の効果を挙げるためにこれが実施されている以上、『正当な理由』があると言えないことは明白である」と判示された。

昭和43年（行ケ）第148号及び最高裁判所昭和46年（行ツ）第83号）においても、同様の判断が示されているところであるから、右に述べたところが無理のない解釈であり、また、同法第2条第7項各号の『不当な（に）』の字句も、右の同法の趣旨に照らして判断すべきものであるから、右の解釈がこの字句を無視したとされるいわれはない。」

本件で着目しなければならないのは、公取委が第一次育児用粉ミルク事件の最高裁判決を厳密に解し、事業経営上・取引上の合理性・必要性が正当な理由となる余地を狭めるような書き振りをしていることである。この点、公取委の立場は第一次育児用粉ミルク事件の審決から一貫しているが、最高裁は、「単なる事業経営上・取引上の合理性・必要性は正当な理由とはされないと判示していたのであり、一般論に関する限り、公取委の解釈は少々強引過ぎる。

(4) 資生堂東京販売事件 本件は、資生堂東京販売と特約店契約を締結して取引を継続していた小売業者（上告人）が、対面販売の約定に反してカタログ販売を始め是正勧告にも従わなかったとして解約条項に基づき特約店契約を解約されたので、解約は権利濫用・信義則違反に当たるとしてその効力を争い、契約上の地位を有することの確認、注文済み商品の引渡を求めたものである。本稿に関わりがあるのは、対面販売を義務付ける約定は一般指定13項に該当するとの上告人の主張である。

それに対し最高裁は次のように判示した。⁶⁾「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、一般指定の13に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

6) 花王化粧品販売事件（最判平10・12・18判時1664・14）の判示も同じである。

解するのが相当である。」

ところで、1991年7月公表の「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」は、この点について次のように叙述していた（第2部、第2、5(2)。「メーカーが小売業者に対して、販売方法（販売価格、販売地域及び販売先に関するものを除く。）を制限することは、商品の安全性の確保、品質の保持、商標の信用の維持等、当該商品の適切な販売のための合理的な理由が認められ、かつ、他の取引先小売業者に対しても同等の条件が課せられている場合には、それ自体は独占禁止法上問題となるものではない。」

両者を比較検討すれば、⁷⁾最高裁判決はガイドラインの考え方を換骨奪胎し、事業経営上・取引上の合理性・必要性が認められる余地を大幅に認めたことが分かる。本件で着目しなければならないのは、事業経営上・取引上の合理性・必要性を認めることにおいて、最高裁の方が公取委よりも積極的であると言う事実である。⁸⁾

(5) 小括 最高裁は、第一次育児用粉ミルク事件において、正当な理由となる事業経営上・取引上の合理性・必要性が認められる余地を残していたが、資生堂東京販売事件・花王化粧品販売事件において実際にも、その余地を大幅に認めた。

それに対し公取委は、初期の大阪ブラシ工業協同組合事件は別にして、第一次育児用粉ミルク事件において、事業経営上・取引上の合理性・必要性に対し厳しい態度をとり、第二次育児用粉ミルク事件においても、それが正当な理由となる余地を狭めようとした。

公取委のこの立場は、一般論の展開としては妥当性を欠く。もっとも、第一次育児用粉ミルク事件において問擬されたのが再販売価格維持行為であり、第二次育児用粉ミルク事件において問擬されたのが、払込制・不真正の委託販売

7) 詳細は、拙稿「資生堂東京販売事件上告審判決・花王化粧品販売事件上告審判決」判評488号35頁（1999）参照。

8) なお、ガイドライン策定後の公取委の運用実務は、最高裁判決を先取りするものであった。この点については、公正取引委員会事務局取引部取引課「不公正な取引方法相談事例集について(2)」公取545号35頁（1996）参照。

制とともに実施された一店一帳合制であったことに、留意しなければならない。実際のところ公取委は、近時の流通・取引慣行ガイドラインにおいて、価格拘束・価格維持効果を伴わない限り、事業経営上・取引上の合理性・必要性を認めることを強く示唆している。

審決については将来の展開を待たなければならないところもあるが、判決は事業経営上・取引上の合理性・必要性を認める方向にある。このことは、審・判決において社会的妥当性が認められる余地が大きいことを窺わせる。

2. 社会的妥当性

不公正な取引方法の行為類型ごとに、判決が社会的妥当性と公正競争阻害との関わりをどのように措定しているか、解明を図る。なお散見した限りでは、社会的妥当性と公正競争阻害との関わりを措定した審決はなく、また、事業活動の不当拘束、取引上の地位の不当利用に関しては、取り上げるべき事件はない。

(1) 不当な差別的取扱い 社会的妥当性が問題となった事件としては、その他の取引拒絶（一般指定2項）に関わる電話帳広告事件（大阪高判昭56・1・29判時1006・55）⁹⁾がある。

本件は、探偵業者（控訴人）が「結婚」「素行」「尾行」「張込」等の字句を使用した探偵業に関する広告の掲載を申し込んだところ日本電信電話公社（被控訴人）が承諾しなかったのは、他の広告掲載申込者と不当に差別して取り扱うものであり、また独占的地位を不当に利用して取引をしようとするものであり、独禁法2条9項1号・5号、旧一般指定1号の不当な取引拒絶に該当し、19条に違反する不法行為であるとして、損害賠償債権と広告料債権との相殺を主張したものである。

本稿で関わりがあるのは、被控訴人の次の主張である。「国の施策としての

9) なお、8条1項5号の不公正な取引方法の勧奨・強制に関しては社会的妥当性は不公正な取引方法に該当するか否かの問題として扱われているので、共同の取引拒絶（一般指定1項）が問擬された手形交換所事件（東京高判昭58・11・17金判690・4）、日本遊戯銃協同組合事件（東京地判平9・4・9判時1629・70）も併せ参照する必要がある。さしあたり、拙稿（その2）・前掲（注1）8-13頁参照。

同和問題に関する同和对策審議会の答申及び同和对策事業特別措置法等の趣旨に基づき、被控訴人においても人権擁護の見地から控訴人の営むような探偵業に関する『結婚』『尾行』等の広告の掲載を行わない方針とした結果、右申込みを承諾しなかったものであり、したがって、広告掲載契約の締結について不当に不合理な制限を加えたものではないし、不当に差別してその取扱いをしたものでもない。」

それに対し、大阪高裁は次のように判示した。「独禁法が不公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、同法2条9項各号及び一般指定の一において使用されている『不当に』という言葉の意味も右のような独禁法の趣旨に照らして判断すべきものである。しかして、昭和48年当時にはすでに同和問題が社会問題として議論されてきており、同和对策事業特別措置法などの制定をみて、同和对策のための諸施策を迅速かつ計画的に推進することが国及び地方公共団体の責務とされていたことは公知の事実であるところ、〔中略〕、被控訴人は、探偵業に関する広告について『結婚』『尾行』等の字句が使用されていても、これまではそのまま電話帳広告として掲載を認めてきたが、同和問題に対する社会的関心が強まってきたため、公社である被控訴人においても同和对策の見地から右のような字句が使用された探偵業の広告については電話帳広告として掲載を認めないこととし、その方針のもとに控訴人に対してその申込みにかかる前記電話帳広告の字句の変更を求めたところ、控訴人がこれに応じなかったので、やむをえず右広告を掲載しないことにしたことが認められるから（〔中略〕）、被控訴人の右広告掲載拒否をもって、公正な競争秩序の維持を阻害するおそれのある、独禁法2条9項1号又は5号、一般指定の一の不当な取引拒絶に該当するものと認めることはできない。」

本件に関しては、社会的妥当性の存在により公正競争阻害性が否定されたことに着目する必要がある。もっとも、否定の論理は分明ではない。明白なのは、次の二つである。一つは、独禁法（不公正な取引方法の禁止）の趣旨を公正な競争秩序の維持に求め、その趣旨に照らして公正競争阻害性も判断すべきとされたことである。そしてもう一つは、同和对策の推進が国・地方公共団体の責

務であることは公知の事実であること、同和問題に対する社会的関心が強まってきたこと、被控訴人が公社であること、電話帳広告の字句の変更に控訴人が応じなかったことが、判断の考慮要因とされたことである。問題は、社会的妥当性を「公正」それ自体の問題と見ているのか、「競争秩序」の枠付けの問題と見ているのかである。この点、前者と見るのが自然であろうが、競争秩序には前提があるとの立場との親和性を認めることもできる。

(2) 不当対価 社会的妥当性が問題となった事件としては、不当廉売（一般指定6項）に関わる都営芝浦と畜場事件（最判平元・12・14民集43・12・2078）がある¹⁰⁾。

本件は、民営のと畜業者である日本食品（上告人）が、東京都立芝浦屠場におけると場料の認可・徴収額が継続して原価を大幅に下回る低額なものであったことによりと場料の実徴収額が認可額を下回らざるを得ず、重大な営業侵害を被って倒産寸前にまで追い込まれたことを理由に、芝浦屠場における営業は不当廉売（旧一般指定5号、新一般指定6項）に該当し独禁法19条に違反するとして、東京都（被上告人）に対して損害賠償を請求したものである。

本稿で関わりがあるのは、被上告人の次の主張である。「被上告人は、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40年度以降、本件係争年間を含め、認可額どおりであるとはいえ原価を著しく下回る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は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」。

それに対し、最高裁は次のように判示した。「〔旧指定の五にいう〕『不当に』

10) その他、公共目的を総合考慮したお年玉年賀葉書事件（大阪高判平6・10・14判時1548・63）があるが、本稿では取り上げない。

ないし〔一般指定の6にいう〕『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。」「料金認可制度の下においても不当廉売規制が及ぶことは前記説示のとおりであり、また、公営中心主義を廃したと場法の下において、公営企業であると畜場の事業主体が特定の政策目的から廉売行為に出たというだけでは、公正競争阻害性を欠くということとはできないことも独占禁止法19条の規定の趣旨から明らかである。しかしながら、被上告人の意図・目的が右のようなもの〔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〕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、旧指定の五にいう『不当に』ないし一般指定の6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とはできないから、被上告人の右行為は独占禁止法19条に違反するものではない。』

本件に関しては、公正競争阻害性が、専ら公正な競争秩序の維持の見地に立ち、行為の意図・目的、態様をも総合考慮して判断すべきとされていること、社会的妥当性が行為の意図・目的との関わりで考慮されていること、に着目する必要がある。問題は、社会的妥当性を「公正」それ自体の問題と見ているのか、「競争秩序」の枠付けの問題と見ているのかであるが、社会的妥当性が総合考慮の要因とされていることから、前者と見るほかない。しかし、競争秩序には前提があるとの立場との親和性が否定されるとまでは言えない。

(3) 不当な顧客誘引・強制 社会的妥当性が問題となった事件としては、抱き合わせ販売等（一般指定10項）¹¹⁾に関する東芝昇降機サービス事件（大阪高判平5・7・30判時1479・21）¹²⁾がある。

11) なお、本件は競争者に対する取引妨害（一般指定15項）にも関わっている。事件の概要、共通する判旨の紹介・検討は本項(3)で併せ行い、固有の判旨のみ次項に記す。

12) なお、表示の自主規制と社会的妥当性について肯定的な判断を示した事件として、ノ

本件は甲事件と乙事件からなる。甲事件は、東芝製エレベーター設置ビルの所有者（被控訴人）が、東芝昇降機サービス（新商号 東芝エレベータテクノス、控訴人）が取替え・修理・調整工事込みでなければ保守部品の注文に応じず、また注文部品の納期を3か月先に指定したのは、一般指定10項・15項に該当し独禁法19条に違反するなど主張して、乙事件は、独立系保守業者（被控訴人）が、東芝昇降機サービスが取替え・修理込みの保守部品の注文に対する納期を3か月先に指定したのは一般指定10項・15項に該当し19条に違反するなど主張して、損害賠償を請求したものである（なお、10項該当性は控訴審で追加的に主張された）。大阪高裁は、法適用を異にするものの、損害賠償を認めた原判決を結論において正当と支持した。

本稿で関わりがあるのは、控訴人の次の主張である。「東芝製エレベーターの保守は、控訴人のみが行い得るもので、特に本件各部品のように安全性に影響を及ぼす部品については、控訴人においてその取替え調整工事をする必要がある」。

それに対し大阪高裁は、甲事件・乙事件に共通して、次のように判示した。一般指定10項・15項にいう「『不当に』とは、公正な競争を阻害するか否かの有無により判断されるべきである。」「商品の安全性の確保は、直接の競争の要因とはその性格を異にするけれども、これが一般消費者の利益に資するものであることはいうまでもなく、広い意味での公益に係わるものというべきである。したがって、当該取引方法が安全性の確保のため必要であるか否かは、右の取引方法が『不当に』なされたかどうかを判断するに当たり、考慮すべき要因のひとつである。」もっとも、「本件においては、控訴人が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し、このような両者一体のもとで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、控訴人が、その独自の

↘「酒類小売業における酒類の表示に関する公正競争規約」の認定に対する不服申立てを却下した信夫屋他事件（昭57・4・2審判審決、審決集29・3）がある。ぎまんの顧客誘引（一般指定8項）との関わりで取り上げることも考えたが、本稿では省略した。むしろ、競争制限・競争阻害の問題として取り上げるべきであったかもしれない。

判断で、控訴人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控訴人の取引方法には、独占禁止法上の正当性や合理性はないものというべきである。」

その上で、大阪高裁は、甲事件について次のように判示した。「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る取引をすることは、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」。

本件に関しては、安全性の確保が公正競争阻害性の判断に当たっての考慮要因の一つとされたことに着目する必要がある。問題は、社会的妥当性を「公正」それ自体の問題と見ているのか、「競争秩序」の枠付けの問題と見ているのか、である。この点、安全性を公益に関わるものと捉えた上で、公正競争阻害性の判断に当たって直接の競争要因に加えて考慮要因となると構成していることからすれば、社会的妥当性を「公正」それ自体の問題と見ていることが分かる。もっとも、このことによって、競争秩序には前提があるとの立場との親和性が否定されることにはならないであろう。

(4) 競争者の事業活動の不当妨害 社会的妥当性が問題となった事件としては、競争者に対する取引妨害（一般指定15項）に関わる東芝昇降機サービス事件（前出）がある。

大阪高裁は、甲事件・乙事件に共通の判示（前述(3)参照）を踏まえた上で、乙事件について次のように判示した。「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控訴人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、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。」

社会的妥当性と公正競争阻害との関わりに係る判決の立場については、すで

に評価を加えた（前述(3)参照）。ここでは繰り返す必要はない。

(5) 小括 判決は一般に、社会的妥当性を「公正」それ自体の問題と見ており、「競争秩序」の枠付けの問題とは見ていない。これが熟慮の結果であるか、規定の文言に素朴に依拠した結果であるかは、判然としない。しかし、私的独占・不当な取引制限に係る事件において、社会的妥当性を「公共の利益に反して」の問題と見ていることを併せ考えれば、後者の要因があることを否定することはできない。規定の文言に素朴に依拠するのではなく、一貫した論理に基づくことが不可欠である。

この点で問題なのは、公正競争阻害性をもつばら競争秩序維持の見地から捉えながら、他方で社会的妥当性を読み込もうとすることである。前者が原則であり、後者は極めて限られた例外であると位置付けることで、論理が一貫しているとする余地がなくもないが、背理があることは否定しようがない。また、問題性が公正競争阻害の局面にとどまらず、競争制限・競争阻害の局面にも及ぶことが懸念される。統一的な理解は不可欠であるが、それは問題性を拡散する方向ではなく、収束する方向で行われなければならない。

結局、問題解決のためには、社会的妥当性を「競争秩序」の枠付けの問題と見ることが不可避である。判決はこの立場との親和性を否定していない。

Ⅲ 学説

ここでも、公共の利益に係る学説に即して、社会的妥当性と公正競争阻害との関わりについて整理をする。¹³⁾

1. 自由競争経済秩序の維持それ自体と解する説

社会的妥当性と公正競争阻害との関わりについては、根岸説が体系的な叙述を与えているので、本説に関しては根岸説を取り上げる。¹⁴⁾

13) なお、生産者・消費者を含めた高次の国民経済全般の利益と解する説は取り上げないが、社会的妥当性により公正競争阻害性が否定され得ることを論理必然とする。例えば、出雲井正雄『新独占禁止法の解説』117-18頁（時事通信社、1953）参照。

14) なお、個別の違法行為類型（共同の取引拒絶）に即して叙述するものとして実方謙二『独占禁止法〔第4版〕』338頁（有斐閣、1998）があるが、本稿では触れない。また、今村成和『私的独占禁止法の研究(5)』253頁（有斐閣、1985）参照。

それはまず次のように叙述する。¹⁵⁾「経済社会における反倫理性も事業経営上または取引上の合理性ないし必要性も、公正競争阻害性とは別個独立の要件ではないが、公正競争阻害性を判断する場合に考慮されるべき要因の一つであり、その重要な要因となる場合もあるということであり、そのことと、不公正な取引方法の実質要件である『不当に』または『正当な理由がないのに』が専ら公正競争阻害性を意味するということとは何ら矛盾するものではないということである。」「経済社会における反倫理性であるが、従来から通説においても不公正な取引方法の実質要件の判断において経済社会における反倫理性を考慮することは、必ずしも否定されていないのである。〔中略—ぎまんの顧客誘引・不当な利益による顧客誘引の代表例である不当表示・景品付販売、競争者に対する取引妨害の手段としての競争者に対する中傷誹謗・競争者の従業員の引抜き、競争会社に対する内部干渉の手段としての商事賄賂を使った競争会社の株主・役員からの企業秘密の取得、を例として挙げる〕。このように、主として競争手段の不公正である点に公正競争阻害性が求められる不公正な取引方法については、とくに経済社会における反倫理性が重要な考慮要因となるのである。その他でも、優越的地位の濫用の公正競争阻害性を判断する場合にも経済社会における反倫理性を考慮する必要が出てくることもある。さらに、〔中略〕独占禁止法研究会報告では、共同の取引拒絶について、広告の倫理的・合理的な基準を設け、これに合致しないものの掲載を拒否する場合には、公正競争阻害性はないと考えられるという見解が示されている。その基準の具体的内容によって結論も異なってくるが、公正かつ自由な競争秩序も経済社会における倫理性を前提にして成立しているのもあってその前提を確保するという意味において、右の見解は基本的に支持されるべきである。」

続いて、手形交換所事件（東京高判昭58・11・17金判690・4）、都営芝浦と畜場事件（前述Ⅱ.2.(2)参照）について検討した後、次のように叙述する。¹⁶⁾「右の2件では、公益目的に資することを根拠に不公正な取引方法の実質要件を充

15) 根岸哲『独占禁止法の基本問題』165-66頁（有斐閣、1990）。

16) 根岸・前掲（注15）168-69頁。

たさないと判断することはできないと言うべきである。しかし、このことは、公益目的に資する行為であることが公正競争阻害性の判断における考慮要因の一つに含まれることまで否定するものではない。例えば、危険の防止または公害の防止のための設備や技術の自主基準に合致しない相手方との共同の取引拒絶や取引上の差別的取り扱いについては、公正競争阻害性を判断する場合にそれらの基準の遵守を促すことが公益目的に資するものであるか否かは重要な考慮要因となるであろう。〔後略〕。

そして最後に次のように結論付ける。¹⁷⁾「不公正な取引方法の実質要件である公正競争阻害性は、公正な競争を阻害するおそれであり公正競争阻害の抽象的危険性を意味するものと解するのが一般である。しかし、公正競争阻害の抽象的危険性はある意味では際限がなく、客観的にその目的、効果、性格などを判断して一定の合理的な枠づけを行うことが必要である。経済社会における反倫理性、事業経営上または取引上の合理性ないし必要性、公益目的に資する行為か否かなどを考慮して公正競争阻害性を判断する必要があるのもそのためである。」

根岸説に関しては、次のことに着目する必要がある。社会的妥当性が公正競争阻害性を判断する場合に考慮されるべき要因の一つであり、重要な要因となる場合もあることを認め、そのことと、不公正な取引方法の実質要件がもたらす公正競争阻害性を意味することとは何ら矛盾しないと主張することである。もっとも、その論拠は区々であり理解は容易ではないが、次のようにまとめることができよう。

経済社会における倫理性については、次のことを論拠とする。競争手段の不公正さ・自由競争基盤の侵害が問題になる行為類型にあっては、「公正」それ自体に倫理性が内在すること、自由競争の侵害が問題となる行為類型にあっては、倫理性が競争秩序の前提となること、である。より根本的には倫理性が、公正競争阻害の際限のない抽象的危険性に対する合理的な枠付けとなることを論拠とする。他方、公益目的については、それが公正競争阻害の際限のない抽

17) 根岸・前掲(注15)169頁。

象的危険性に対する合理的な枠付けとなることを論拠とする。

根岸説は、社会的妥当性の類型・不公正な取引方法の類型に分節して説明を図るものとして、高く評価することができる。もっとも、競争手段の不公正さ・自由競争基盤の侵害が問題になる行為類型は、反倫理性を持ち出すまでもなく公正競争阻害性を説明することができるように思われる。また、「公正競争阻害の抽象的危険性はある意味では際限がな」との叙述は不分明であり、倫理性・公益目的がそれに対する「合理的な枠付け」となると言うことの意味内容を判然と理解することは容易でない。もっとも、競争秩序には枠があるとの主張と解することができるれば、社会的妥当性が考慮される論拠としては、競争秩序に前提・枠があると言うことだけが残ることになる。これは妥当な結論である。

なお、根岸説は社会的妥当性と競争制限・競争阻害との関わりについては何らの言及もしていない。しかし、公正競争阻害が問題になる局面では競争秩序に前提・枠があることを認めるのであるから、そのこととの関連で、競争制限・競争阻害が問題になる局面でどのように考えるのか、立場を明らかにする必要がある。

2. 中小企業者・消費者等の経済的従属者¹⁸⁾・弱者の利益と解する説

正田説は、社会的妥当性と公正競争阻害との関わりについては直接的な言及をしていないが、独禁法2条9項本文にいう「公正な競争を阻害するおそれ」と2条9項各号にいう「不当性¹⁹⁾」との関係について、次のように叙述する。

「本項各号に掲げられている『不当性』は、それが独占禁止法の不当性、いいかえれば、公正な競争秩序の維持をとおしての経済的従属者の権利の確保という目的との関係における不当性である。かかる独占禁止法的『不当性』として理解されることは、それが本項本文中にいわゆる『公正な競争を阻害するおそれ』があるという性格と、きわめて密接な関係を有することを示すものであ

18) この説を唱導する正田彬教授の近著『経済法講義』（日本評論社、1999）に従えば「経済的被支配者」となるだろうが、前稿（注1）との一貫性を考え旧来の表記のままとした。

19) 正田彬『全訂独占禁止法I』314-15頁（日本評論社、1980）。

る。〔中略〕。したがって、本項各号にいわゆる『不当性』は、独占禁止法の直接目的たる公正な競争の維持との関係でとらえられるものである以上、さきへのべた『公正な競争を阻害するおそれ』のある場合と、内容的にはまさに一致するものとして解されなければならない。いいかえれば、ここでいう不当性が独占禁止法上の不当性である以上、不公正な取引方法の基本的な性格としての『公正な競争を阻害するおそれ』のある行為であるという以外に、行為の判断の基準を見出しえないということになる。ここでいう『不当性』は、右にみてきた不公正な取引方法の基本的な性格と一致するものということができる〔中略〕。したがって、ここで注意すべきは、ここにいう『不当性』が市民法的な反倫理性、すなわち商業倫理の立場から、公序良俗・信義誠実などの市民法的一般条項を基準にした判断によって定立される概念ではなくして、あくまでも独占禁止法の立場にもとづくものであるということである。〕

この叙述はあくまで公正競争阻害性それ自体に係るものであり、社会的妥当性との関わりについては何ら言及していないと解すれば、正田説も、社会的妥当性の存在によって公正競争阻害性が否定される局面があることを認める立場を採っている、と見る余地が残ることになる。しかし、社会的妥当性の存在にもかかわらず競争阻害性を否定するのが本説の立場であることを併せ考えると、²⁰⁾その可能性は薄い。むしろ、認めないと見る方が、競争制限・競争阻害の局面で本説が採る立場と一貫する。しかし、そうであれば今日、硬直的であるとの批判は免れようがない。また、判決の動向からも大きく離反する。

3. 他の価値との調整を図る道具概念と解する説

本説については、松下説と村上説に分けて見る。

(1) 松下説 「公正競争阻害性は原則としては競争を阻害する性質という観点から考えられるべきもの」との前提に立った上で、社会的妥当性と公正競争阻害との関わりについて次のように叙述する。²¹⁾

「不公正な取引方法とは原則として公正な『競争』を阻害する行為であるが、

20) この点については、拙稿(その2)・前掲(注1)19-20頁参照。

21) 松下満雄『経済法概説〔第2版〕』156, 157, 158頁(東京大学出版会, 1995)。

ある行為が外見上不公正な取引方法に該当するように見える場合であっても、当該行為が社会的に妥当な目的実現のために必要な手段であり、何らかの社会的価値を実現するものであるときには、これは当該行為が公正な競争を阻害するものでないことの証拠とすべきものである。独占禁止法2条9項に規定されている『公正な競争』は、競争とともに『公正』さをも追求しており、ここに重点を置けば、社会的に妥当な目的実現のための手段となるものは公正性を有すると判断されよう。」

「たとえば、独占禁止法上共同行為による取引拒絶（ボイコット）は原則として違法であるが、この取引拒絶がたとえば取引の安全を守るため、ある価値ある社会制度を維持するため、社会の倫理を守るためなどの目的から必要であり、合目的である場合には、当該共同取引拒絶は形式上共同行為による取引拒絶に該当するように見えるが、それは違法とはされないことになろう。すなわち、かかる場合には、このような行為を許容することは『国民経済の民主的で健全な発達を図る』という独占禁止法の究極の目的に反することがないからである。」

松下説に関しては、次の3点に着目しなければならない。①社会的妥当性の存在により公正競争阻害性が否定され得ることを認めた。②その論拠を社会的妥当性が競争とともに「公正」の構成要因となることに求めた。③社会的妥当性は「国民経済の民主的で健全な発達を図る」という独禁法の究極目的に反しないことを前提とした。

問題は、公正競争阻害性を「競争」を阻害する性質と言う観点から捉える一方で、それに社会的妥当性を読み込もうとすることにある。原則に対する例外と断つても、独禁法の究極目的を媒介として社会的妥当性を「公正」それ自体の問題と見ることには、なお背理がある。また、競争制限の局面では社会的妥当性を「公共の利益に反して」の問題と見、公正競争阻害の局面では「公正」の問題と見ることは、規定の文言に即したものと言えなくもないが（8条1項1号はさて置き）、法理上齟齬がある。

(2) 村上説　村上説は、散見した限りでは、社会的妥当性と公正競争阻害

との関わりについて一般論を展開していない。しかし、個別の事件に関連して次のように叙述する。

「緊急避難にあたるような、きわめて例外的な場合における違法性阻却事由として」の『『公共の利益に反して』は、不公正な取引方法を禁止する19条にも適用されるものであるが、19条についても、商品の品質に関する自主基準の設定・実施の是非は、一定の取引分野における競争の実質的制限とほぼ同質の要件である公正競争阻害性の有無を判断する際の一要因となるものである。』²²⁾

(日本遊戯銃協同組合事件²³⁾関連)

「公益事業は私企業と異なり、公益上必要がある場合に経営されるものであるから、地域住民のため採算を度外視して業務を行わなければならない場合もありうるものであり、公益目的自体が公正競争阻害性の判断にあたって考慮要因の一つとなることは当然である。』²⁴⁾(都営芝浦と畜場事件関連)

「安全性確保・効能発揮のための必要性は競争当局が違法性判断において当然に考慮すべき要因・事項であり、事業者側が立証責任を負う違法性阻却事由に該当するものでない。』²⁵⁾「エレベーターについては、これまでの事件の打込銃、キャッシュ・レジスター、フォト・コピー等と異なり、直接人命に関係する機器であることから、安全性の確保が本件抱き合わせの正当化事由となりうることは当然である。』²⁶⁾(東芝昇降機サービス事件関連)

村上説に関しては、次の3点に着目しなければならない。①社会的妥当性が公正競争阻害性(違法性)の判断に際しての考慮要因となることを認めた。②「違法性判断」と言う文言からすれば、社会的妥当性を「公正」それ自体の問題と見ている。③社会的妥当性の考慮を「当然」と見なしている。

村上説は、競争制限・競争阻害・公正競争阻害を通して論理一貫した解釈論

22) 村上政博『独占禁止法研究Ⅱ』136, 137頁(弘文堂, 1999)。また、同「デジコン電子損害賠償請求事件」判評476号23, 27頁(1998)参照。

23) 本件については、拙稿(その1)・前掲(注1)79-80頁, 拙稿(その2)・前掲(注1)9-12頁で触れた。

24) 村上政博『独占禁止法〔第2版〕』291頁(弘文堂, 2000)。

25) 村上政博『独占禁止法研究』157頁注(18)(弘文堂, 1997)。

26) 村上・前掲(注25)151頁。

を展開するものであり、その限りで大いに評価することができる。しかし、社会的妥当性を「公正」それ自体の問題と見ることには大いに問題がある。またそのこととも関連して、なぜ社会的妥当性の考慮が当然視され得るのか、改めて理由を明らかにする必要がある。