

中小事業者等に不当な不利益を与える 不当廉売と警告による事件処理(その3)

——評価と規制のあり方——

内 田 耕 作

I はじめに

中小事業者等に不当な不利益を与える不当廉売としては、今日、「小売業における廉売」と「安値応札・受注」が問題視されている。小売業における廉売、安値応札・受注の警告による事件処理のそれぞれの問題性については、すでに各別に検討した¹⁾。そこで本稿で、小売業における廉売、安値応札・受注の警告による事件処理のトータルな評価を行い()、その上で中小事業者等に不当な不利益を与える不当廉売の規制のあり方を展望し()、一連の小論のまとめとする。

なお、小論(その1)の校了後、次の動きがあった。家電ガイドライン「家庭用電気製品の流通における不当廉売、差別対価等への対応について」の公表(平成18年6月29日)。石油製品小売業者に対する排除措置命令(濱口石油事件、平成18・5・16)。石油製品小売業者に対する警告(アムズエナジー事件、平成18・5・18)。本稿で一連の小論のまとめは、これらの動向をも踏まえたものとなる。

II 警告による事件処理のトータルな評価

検討は、次の順による。まず、警告による事件処理のスタンスを一般的に検

1) 拙稿「中小事業者等に不当な不利益を与える不当廉売と警告による事件処理(その1)——小売業における廉売の場合——」彦論360号25頁(2006)、「中小事業者等に不当な不利益を与える不当廉売と警告による事件処理(その2)——安値応札・受注の場合——」彦論361号61頁(2006)。

討する。次に、警告による事件処理に係る公取委の政策評価を紹介・検討する。そして最後に、小売業における廉売、安値応札・受注を一括して、それらの警告による事件処理をトータルに評価する。

1. 警告による事件処理のスタンス

(1) 警告が行われる場合と事件数 学説によれば、次の場合に、警告が行われるとされる²⁾。独禁法違反はあると認められるが、競争に与える影響という観点からは事案・事件が軽微であって、法的措置を採る必要はないと判断される場合(影響が地方的・地域的に限定される場合)。独禁法違反事実の疑いは認められるが、独禁法違反を認定できなかった場合(独禁法違反を認定するに足る証拠を収集できなかった場合)。事実認定上の問題はないが、行為の法的判断が困難な場合。問題行為を早期に排除する必要があるため、処理に多くの時間を要する法的措置を避ける場合。何らかの政策的配慮が働き、法的措置をあえて採らない場合。また、「違反行為があっても、公正取引委員会が事実上の警告を発し、行為者が自発的に違反行為を廃棄した場合には不問処分とすることも、多く行われている」と主張されている³⁾。もっとも公取委は今日、年次報告において、次のように記す⁴⁾。「法的措置を採るに足る証拠が得られなかった場合であっても、違反の疑いがあるときは、関係事業者に対して警告を行い、是正措置を採るよう指導している。」「警告については、当該事実を公表している。」また裁判所は、「法的措置をとるための違反事実を認定するには証拠不十分であるときに、指導をするためにとられるもの」とあるとする⁵⁾。

2) 村上政博『独占禁止法〔第2版〕』465-68頁(弘文堂, 2000), 鈴木満『入札談合の研究〔第2版〕』64-65頁(信山社, 2004)参照。

3) 実方謙二『独占禁止法〔第4版〕』431頁(有斐閣, 1998)。また、利部脩二『医薬品流通と公正取引法』311頁(薬業時報社, 1992)参照。

4) 「平成16年度公正取引委員会年次報告」26頁。なお、注意については、次のように記している。「違反行為の存在を疑うに足る証拠が得られないが、違反につながるおそれのある行為がみられた場合には、未然防止を図る観点から注意を行っている。」「注意……については、競争政策上公表することが望ましいと考えられる事案については、関係事業者から公表する旨の了解を得た場合又は違反被疑の対象となった事業者が公表を望む場合は、その旨公表している。」同頁。

それでは、事件処理件数のうち、警告が占める割合はどの程度か。「日米構造問題協議以後、手続の透明性確保の要請から、違反行為を正式の法的措置に付し、警告・注意を減らすようになってきている」とされる⁶⁾。実際のところ、近時の警告件数は、平成10年度：17、11年度：20、12年度：17、13年度：15、14年度：17、15年度：13、16年度：9、17年度：7であり、往時と比べ減少している⁷⁾。もっとも、不当廉売事案はそのうち、平成10年度：1、11年度：2、12年度：8、13年度：5、14年度：5、15年度：3、16年度：9、17年度：2であり、しかもそのほとんどが、中小事業者等に不当な不利益を与える不当廉売事案のカテゴリーに入るものである(平成11年度の2件を除く)。このことからすれば、中小事業者等に不当な不利益を与える不当廉売事案は、近時の警告事件に特異な位置を占めていることが分かる。改めて、警告が多用される理由が問われなければならない。

(2) 警告が活用・公表される理由 警告が活用(多用)される理由としては、従来から学説では、「勧告、勧告審決についてきわめて慎重な運用を行っている」こと⁸⁾、「勧告を行うために必要な違反行為の立証に時間がかかるために、それを避けて、違反の疑いが濃い行為を当面緊急に排除することを優先する」こと⁹⁾が挙げられていた。しかし、日米構造問題協議以後、公取委は、違反行為を正式の法的措置に付し、警告・注意を減らす方針を採っているので、警告が近時、中小事業者等に不当な不利益を与える不当廉売事案において多用されている理由は、別のところに求めなければならない。この点、学説には、

5) ダイコク原価セール損害賠償等請求事件(東京高判平成16・9・29)。なお、注意については、次のように叙述する。「独占禁止法違反行為とは認定できず、したがって、法律上の措置をとることができない場合において、違反につながるおそれがある行為がみられたときに、未然防止の観点から注意を喚起するもの」。

6) 金井貴嗣ほか『経済法』238頁(有斐閣、1999)。また、根岸 哲『経済法』206頁(放送大学教育振興会、2000)参照。

7) 昭和62～平成2年度の平均81件から平成3～5年度の平均23件へと激減した。その後は、平成6～9年度の平均が15件であり、近時は横ばいから漸減の傾向にある。

8) 村上・前掲(注2)465頁。

9) 菊池元一ほか『続コンメンタール独占禁止法』76頁(滝川敏明)(勁草書房、1995)。また、今村成和『独占禁止法入門〔第4版〕』208-09頁(有斐閣、1993)参照。

次のように叙述するものもある¹⁰⁾。「最近では、家電製品、酒類、ガソリンについて低価格を武器にした専門量販店が台頭してきており、地域の専門小売店やその団体から、公取委へ不当廉売の申告が数多くなされている。小売段階の不当廉売について公取委は、安売りを推進する政策との兼ね合いから、その取扱いに慎重であっておおむね警告・注意処分で終了している。」それに対し、公取委は、警告を多用する理由を明らかにしていないように思われる。明確化が望まれる。

他方、警告の概要が公表される理由についても公取委は、少なくとも年次報告では明確にしていない。学説上は法運用の透明性を高める観点からであると解されている¹¹⁾が、「競争政策上公表することが望ましいと考えられる事案」については所定の場合、注意について公表するとしていることからすれば、加えて、一般的な違反抑止を図ることも、警告を公表する大きな理由としていることが推察できる。この点についても、明確化が望まれる。

(3) 学説上指摘されてきた警告による事件処理の問題点 警告による事件処理に関わって学説上指摘されてきた問題点は、三つある。一つは、本来法的措置を命じられるべきものが命じられないことに着目して、「今後の違反を抑止するための効果が薄い」とするものである¹²⁾。二つは、警告が公表されることに着目して、「違反行為があったかのように扱われ、新聞発表をされることに不服かもしれません」とするものである¹³⁾。いずれも、事業者に係るものである。それに対し三つは、公取委に係るものであり、「正式手続による厳密な事実関係の判断と法律適用の判定が行われないから、後の事件処理の先例として役立てられない」とするものである¹⁴⁾。それらに加えて、警告文の内容が簡単で、どのような事実関係に対してどのように法的判断を下したかが分

10) 村上政博『独占禁止法』132頁(岩波書店, 2005)。また、川濱昇ほか『ベーシック経済法〔第2版〕』191頁(泉水文雄)(有斐閣, 2006)参照。

11) 根岸・前掲(注6)206頁参照。

12) 菊池・前掲(注9)76頁〔滝川敏明〕。

13) 利部・前掲(注3)311頁。

14) 菊池・前掲(注9)76頁〔滝川敏明〕。

からず、他の競争事業者に明確な判断基準を与えず、かえって業界の正当な事業活動を萎縮させる逆効果を持つことも、大きな問題になるう。

2. 警告による事件処理に係る公取委の政策評価

公取委は平成17・18年度にそれぞれ、前年度の「独占禁止法違反行為に対する措置」を評価対象施策として、政策評価を行った¹⁵⁾。以下、平成17年度評価を中心に、中小事業者等に不当な不利益を与える不当廉売の警告による事件処理に係る政策評価のみ紹介・検討する。平成18年度評価については、平成17年度評価と違いを示す点のみ、必要な限りで触れるにとどめる。

(1) 政策評価の紹介 評価の観点は、次の三つである。事件の処理は、国民のニーズや競争環境の変化に適切に対応したか(必要性)。事件処理は、公正かつ自由な競争を維持・促進する上で有効であったか(有効性)。事件処理は、効率的に行われたか(効率性)。以下、各別に紹介するとともに、政策評価委員の意見も紹介する。

(a) 必要性 「構造改革を実現するために競争政策の強力な実施が求められているところであり、特に、独占禁止法違反行為に対する厳正な対処が必要とされている。また、公正取引委員会では国民のニーズや競争環境の変化に適切に対応するため、特に以下のような事案に積極的に取り組んだ」として、「中小事業者に不当な不利益を与える不公正な取引方法」、「公共調達におけるダンピング受注」などを挙げる。そして前者に関わっては、酒類の不当廉売行為について、警告事件が取り上げられるに至った経緯を記す(前稿(その1)34頁の ・ 事件参照)。なお、平成17年度は、そもそも警告事件がない。

他方、後者に関わっては、「社会的ニーズに的確に対応した事件処理との観点から、頻発する公共調達におけるダンピング受注問題について積極的に対処した」と総括的に記述した上で、公共建設工事に係る事件のみ、事件が取り上げられるに至った経緯を記す(前稿(その2)68頁の ・ 事件参照)。なお、

15) 「公正取引委員会における平成17年度の政策評価について」(平成17年7月13日、公正取引委員会)、「公正取引委員会における平成18年度の政策評価について」(平成18年7月19日、公正取引委員会)参照。

平成18年度評価においては、「社会的ニーズに的確に対応した事件処理の観点から」と総括的に記述するのみで、個別の事件が取り上げられるに至った経緯への言及はない。

(b) 有効性 この観点からは、小売業に係る不当廉売事件で迅速処理により注意したものを除く事件処理件数について、次のように記述する。「事件処理件数が昨年並みを維持するとともに、その中で、法的措置件数が増加し、警告及び注意の件数が減少したことは、より独禁法違反行為に厳正に対処した」といえ、「独占禁止法違反行為に対して厳正に対処するという目標を達成していると考えられる」。なお、平成18年度評価においては、警告に言及する評価内容はない。平成17年度、警告・注意はともに減少したが、法的措置も大きく減少したことによるものと思われる。

(c) 効率性 ここでは、「処理期間」、「申告情報の事件処理化の促進」、「違反行為に対する措置の効率性」に着目するが、「処理期間」に関しては、警告事件に焦点を当てた評価は行われていない（なお、ガイドライン〔酒類・ガソリン等・家電〕によれば、申告事案については、目標処理期間が原則2か月以内とされている。それぞれ第1の2⁽¹⁾）。また「申告情報の事件処理化の促進」に関しては、小売業に係る不当廉売事案を除いて評価が行われ、「平成16年度においては、……申告件数に対する処理の比率としては前年度に比べて9.3%の減少」となっており、「事件処理比率を向上させるには、事件処理の一層の迅速化及び事件処理における業務の効率性を高めることとともに、事件処理部門の体制強化が必要であると考えられる」とされる。なお、平成17年度においても2.8%の減少となっており、同じ評価が下されている。

それに対し、「違反行為に対する措置の効率性」に関わっては、事件処理にどの程度の人員・時間が投入されたかを全般的に検証している。一般的には、「より重大な事件（ここでは法的措置に係る事件）に比較的多くの人員を投入するのが効率的」であり、「警告、注意等に係る事件に投入された人員・時間が法的措置（勧告）に係る事件（……）に投入された人員・時間に比べて大きければ、警告、注意等に係る事件の処理が効率的ではなかったと考えられる」

とし、警告事件に投入されたリソースを減少させることができれば、「独占禁止法違反行為に対し厳正かつ積極的に対処するとの方針の成果として評価できるものと考えられる」とする。その上で、法的措置（勧告）に係る事件1件当りに投入された人員・時間を100とすると、「警告に係る事件1件当たりに投入された人員・時間は勧告事件の約23（前年度約55）」となっており、「警告事件に投入されたリソースが前年に比べて減少させることができている点については、独占禁止法違反行為に対し厳正かつ積極的に対処するとの方針の成果として評価できるものと考えられる」とする。そして今後とも、「リソースの効率的な配分に努め、事件の内容に応じた適切な処理に配慮する必要があると考えられる」とする。なお、平成18年度評価は、2点で違いがある。一つは、警告事件に投入されたリソースを減少させることができれば、「独占禁止法違反行為に対し厳正かつ積極的に対処するとの方針の成果として評価できるものと考えられる」との評価尺度への言及がないことであり、もう一つは、「警告に係る事件1件当たりに投入された人員・時間は法的措置事件の約55（前年度約23）」となっていると事実を記すのみで、この点の評価を下していないことである。それは、人員・時間が前年度と比べ増えたことによるものであろうが、政策評価委員の意見（次の^(d)参照）を反映させたものであるかもしれない。

(d) 政策評価委員の意見 関連するのは、二つの意見である。一つは、今後、「特別のテーマ、例えば、……『不当廉売』といったテーマを選択して、その意義、効果等を国際比較も交えつつ実施していくべき」というものである（田辺委員）。そしてもう一つは、「注意はともかく警告については、その内容が名宛人事業者等の名称とともにすべて公表されることとなっている現状を考えると、法律上の措置を採った事件よりも投入人員・時間が少ないほうが効率的であるという指標が一般論として確立することが適切であるのか否か、さらに検討する必要があるように思われる」というものである（白石委員）。なお、平成18年度評価に関わっては、ここで特記すべき意見はない。

(2) 政策評価の批判的検討 まず必要性について。公取委は、中小事業者に不当な不利益を与える不公正な取引方法、公共調達におけるダンピング受注

に積極的に対処する必要性に関わって「国民のニーズや競争環境の変化に適切に対応するため」と、また公共調達におけるダンピング受注に積極的に対処する必要性に関わって「社会的ニーズに的確に対応した事件処理との観点から」と記述する。「国民のニーズ」、「社会的ニーズ」の意味内容にもよるが、「国民のニーズ」、「社会的ニーズ」に安易に寄りかかった法運用は、競争政策をないがしろにするおそれがある。あくまで、競争政策との接点がなければならない。慎重な対応が求められよう。

次に有効性について。一定の事件処理件数の下で法的措置件数が増加し警告の件数が減少すれば、より厳正に独禁法違反行為に対処したと一般論としては言える。しかしこのことは、不当廉売事件には当てはまりそうにない。それは、次の事情による。近時、不当廉売に対して法的措置が採られた事件は、濱口石油事件（平成18・5・16排除措置命令）の1件しかない。他方、警告事件が往時と比べ減少してきたことは確かであるが、不当廉売事案は毎年度かなりの件数を占め続けており、減少しているとは言えない。したがって、法的措置件数の増加＋警告件数の減少＝厳正な対処という評価尺度を採れば、不当廉売の事件処理は、公正かつ自由な競争を維持・促進する上で有効であったとは必ずしも言えないということになる。

最後に効率性について。「違反行為に対する措置の効率性」に関わっては、警告事件に投入されたリソースを減少させることができれば独禁法違反行為に対し厳正かつ積極的に対処するとの方針の成果として評価することができるとする認識それ自体に、問題の萌芽が潜んでいるように思われる¹⁶⁾。リソースの効率的な配分に努め、事件の内容に応じた適切な処理に配慮する必要があるとする認識それ自体に問題はない。しかし、法的措置が採られるか警告となるかは結果である。リソースの削減が自己目的化すれば、法的措置を採る事件と警告事件を先見的に仕分けし、結果として警告による事件処理がなおざりにさ

16) なお、法律上の措置を採った事件よりも投入人員・時間が少なければ警告は効率的就であるとする評価尺度に疑問を呈する政策評価委員の主張は、警告内容が警告事業者名とともに公表されることの違反抑止効果を問題にしているのであろうが、公表される警告内容にも注視する必要がある。

れる危険がある。リソースの多寡で措置の効率性を評価するには、限界がある。なお、「処理期間」については、小売業における廉売、安値応札・受注の警告による事件処理との関わりでは評価が行われていないが、同様の問題がある。短い処理期間が望ましいことは一般論として論を待たないが、それが自己目的化すれば、警告による事件処理がなおざりにされる危険がある。やはり、処理期間で効率性を評価するには、限界がある。なお、申告情報の事件処理化の促進が必要なことは、言うまでもない。

このように見てくると、不当廉売を特別テーマとして選択して、その意義、効果等を国際比較も交えつつ実施していくべきとする政策評価委員の意見は、注目に値する。

3．小売業における廉売と安値応札・受注の警告による事件処理のトータルな評価

本稿では、次の三つを評価の観点とする。事件処理は、競争政策の遂行にとって適切な対応であったか（競争政策遂行上の必要性）。事件処理は、公正かつ自由な競争を維持・促進する上で有効であったか（競争維持・促進上の有効性）。事件処理は、公正かつ自由な競争を維持・促進する上で効率的であったか（競争維持・促進上の効率性）。これらの観点は、外形的に見れば公取委の政策評価の観点と類似しているが、内容は大きく違う。

(1) 競争政策遂行上の必要性 評価の尺度とするのは、そもそも小売業における廉売、安値応札・受注を規制する必要性はあるか、あるとして事件処理は規制の必要を充足しているか、である。

小売業における廉売、安値応札・受注が、中小事業者等に不当な不利益を与える不当廉売として近時問題視されるようになったのは、平成8年3月、「規制緩和推進計画」（平成7～9年度）の改定において、「規制緩和後の市場の公正な競争秩序を確保するため、中小事業者等に不当な不利益を与える不公正な取引に対して厳正に対処する」ことが、競争政策の積極的展開を図るために採る措置として明示されたことによる。この改定を受けて公取委は、小売業における廉売に対しては消極、安値応札・受注に対しては積極と違いはあるが、対

処姿勢を強め、また「警告」による事件処理を多用するに至った。これは、公取委が基本的に廉売規制に極めて慎重な態度を採ってきたことからすれば、特異である。このことから、小売業における廉売、安値応札・受注を規制する競争政策上の必要性和、必要が充足されているか否かを公取委が厳密に精査し、納得のいく説明をすることが求められる。

(a) 小売業における廉売 公取委は、不当廉売規制の目的が公正な競争秩序の維持にあり、効率性において劣る事業者の保護にはないことを強調する。他方で、国民のニーズや競争環境の変化への適切な対応のためとして、小売業における廉売に積極的に取り組む。両者が矛盾しないためには、小売業における廉売への積極的取組みが、真に国民のニーズや競争環境の変化への適切な対応であり、効率性において劣る事業者の保護にはないことが不可避である。しかし、公取委は、小売業の業態の変化といった経済環境の変化を踏まえて、また国民全体のニーズの観点から、小売業における廉売を規制する競争政策遂行上の必要性を示してはいない。政治的背景もあり、台頭した量販店等の廉売により地域の小売店が影響を被ることのみを狭く捉えて競争環境の変化への対応とし、その対応が国民のニーズに適っているとしているのではないか。原理的な検討が必要である。

他方、小売業における廉売を規制する必要性が競争政策遂行上あるとして、事件処理は規制の必要を充足しているか(以下、仮の議論であることに留意)。小売業における不当廉売に関しては申告が多数行われている。また、ガイドラインにおけるビール・ガソリン・家電製品の取引実態に即した例示の考え方に照らせば、警告に値する事案ははるかに多いと推察される。それに比し、警告件数は相対的に少ない。これらを前提とすれば、ガソリンの廉売に関わって正式の排除措置が1件採られたことを含めても、規制の必要を充足しているとは言いがたいのではないか。問題は、この事態が何に起因するかである。それは、近時でも1,500件を超える多数の申告事案(平成17年度は1,834件)を、原則2か月以内に、行為類型該当性・違法性に係る多様な考慮事項に照らして審査する体制に、公取委がないことに求めることができよう。もっとも、規制の必要

が充足されているか否かは、警告件数だけでなく、その公表も含めてトータルな違反抑止効果により評価されるべきとの主張はあり得る。次の(2)(3)で併せ検討しよう。

(b) 安値応札・受注 公取委は、頻発する公共調達におけるダンピング受注問題への積極的対処が競争政策遂行上必要であり、しかも国民のニーズ・社会的ニーズ、競争環境の変化への適切・的確な対応であるとする。この点、申告と事件の端緒との関わりは不明であるが、申告が多数であることに国民のニーズ・社会的ニーズを求めることは困難であろう。この状況は、小売業における廉売とは異なっている。それでは、中小事業者に不当な不利益を与えることそれ自体に、安値応札・受注を規制する国民のニーズ・社会的ニーズを求めることができるか。公共建設工事における廉売を典型として、中小事業者が多数存在する場(市場)での廉売が、その場(市場)の競争に直接的に影響を及ぼす場合には当てはまりそうであるが、それ以外の場合にどこまで当てはまるかは大いに疑問である。当てはまる場合でも、安値応札・受注の規制が効率性において劣る事業者の保護にはなく、真に競争政策遂行上必要であることを説得的に示す必要がある。他方、システム調達におけるソフトウェア開発で典型的に見られるように、先行の受注がその後の受注で有利となるという特殊性が働く場面を競争環境の変化と捉え、そこに安値応札・受注の積極的規制の必要性を求めることも考えられる。しかし、特殊性が働くのは受注それ自体によるのであり、安値応札・受注に限らない。安値応札・受注と他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれとの因果の関係を説得的に示す必要がある。廉売が行われた場(市場)と競争に影響が及ぶ場(市場)との関わりが遠い場合には、特にそうである。

他方、競争政策遂行上、安値応札・受注を規制する必要性があるとして、事件処理は規制の必要を充足しているか。公共建設工事における不当廉売事件が取り上げられるに至った経緯に照らせば、比較的規模が大きい事業者に限っても、相当数の低価格入札があると推定される。しかし公取委は、逐一審査する体制にない。このことは、その他の安値応札・受注にも当てはまるであろう。

もっとも、規制の必要が充足されているか否かは、警告件数だけでなく、その公表も含めてトータルな違反抑止効果により評価されるべきとの主張はあり得る。問題状況は、小売業における廉売の場合と同様である。

(2) 競争維持・促進上の有効性 評価の尺度とするのは、法的措置に値する事件では法的措置が、警告に値する事件では警告が、注意に値する事件では注意が、適正になされているかである。法的措置に値する事件で警告が、警告に値する事件で注意がなされていれば、競争維持・促進上有効とは言えない。他方、注意に値する事件で警告がなされていても、規制は過剰となり、やはり有効とは言えないであろう。本稿では、法的措置に値する事件で警告が、また注意に値する事件で警告がなされていないかが問題になる。

(a) 小売業における廉売 酒類、石油製品に関わっては、正式の排除措置が採られず警告にとどまった理由は、警告の公表文には明示されていない。また、不問処分・注意でなく警告が行われた理由も明示されていない。もっとも、行為類型該当性の要件は満たされていると推察できる。そこで、違法性の要件が満たされていないので、正式の排除措置は採られなかったと思われる。しかし、公表文には違法性の判断についての立ち入った記述はなく、不問処分・注意ではなく警告となった具体的理由を推察することは困難である。家電製品に関わっても、行為類型該当性の継続要件、違法性要件が満たされていないので正式の排除措置は採られなかったと思われる点を除き、事情は同様である。

こういった具体的理由が不明な警告を行うことには、二つの問題がある。一つは、事件処理をあいまいにするおそれがあるということである。そしてもう一つは、付随する問題であるが、その公表が、警告を受ける事業者にとって不利益とならないか、また業界の正当な事業活動を萎縮させないかということである。この問題状況が現実となれば、競争維持・促進上の有効性は大きく損なわれる。

問われなければならないのは、具体的理由が不明な警告が何に起因するかである。複数の要因が絡み合っている。一つは、中小事業者に不当な不利益を与える不当廉売の規制が政治的に要請されていることである。政治的要請に公取

委がどう対処するかは、大きな課題である。二つは、申告事案の目標処理期間を原則2か月とすることが、処理方針とされていることである。しかし公取委は、多数の申告事案を原則2か月以内に、行為類型該当性・違法性に係る多様な考慮事項に照らして審査する体制にない。三つは、個別のガイドライン策定前の対応方針（特に酒類に係るもの）が今日まで、公取委の運用実務において伏流し続けているのではないかということである。その対応方針は、仕入価格を下回る価格での継続販売それ自体が不当廉売に該当するとして取り扱うというものであり、この取扱いにより、数多く発生しかつ迅速な処理を要する不当廉売事案の効果的な処理が可能になるとする。こういった要因が絡み合って、また個別のガイドラインの例示の考え方とも相まって、具体的理由が不明な警告が安易に多用されているという疑念は払拭できない。これでは、警告による事件処理が競争維持・促進上有効とはいいがたい。

(b) 安値応札・受注 警告にまつわる事情、具体的理由が不明な警告を行うことの問題状況は、小売業における廉売の場合と同様である。ここでは、応札・受注時から警告公表日までの経過期間に着目して、事件処理があいまいになっていること、また注意に値する事件で警告がなされている可能性があることを検証しよう。事件は大きく、単数の安値応札・受注を問題にした事件（前稿（その2）68頁の ～ ～ 事件。なお、事件は微妙）と、複数の安値応札・受注を問題にした事件（前稿（その2）68頁の ～ 事件）に二分することができ、応札・受注時から警告公表日までの期間は、前者にあっては約3～4か月、後者にあっては約半年から2年前後である（事件は不分明なところがある）。複数の安値応札・受注を問題にし、応札・受注時から警告公表日までの期間が長期となった事件は、公共工事における不当廉売事件などであるが、その違法性判断は、競争事業者の事業活動を困難にさせるおそれを「生じさせた」疑いとされている。しかし、その時間的経過を経ても法定措置を採るに足る証拠が得られなかったという事態は何を意味しているのであろう。他方、単数の安値応札・受注を問題にし、応札・受注時から警告公表日までの期間が短期であったその他の事件においては、違法性判断は、競争事業者の事業

活動を困難にさせるおそれを「生じさせる」疑いとされている。しかし、時間的経過を待つことなくその疑いを立証することは容易でなかろう。ここには廉売規制の困難さと問題性が如実に表れているが、警告による事件処理はあいまいで、注意に値する事件で警告がなされているとの疑念は払拭できそうにない。このことはまた、廉売規制のあり方の根本的な再検討が必要であることを示唆する。

(3) 競争維持・促進上の効率性 評価の尺度とするのは、コストを所与のものとして、当事者に対する違反抑止効果と一般的な違反抑止効果が最適となっているか、である。警告による処理が効率的と言えるためには、当事者に対する違反抑止効果だけでなく、一般的な違反抑止効果を合わせたものが最適でなければならない。決め手は、警告の内容であり、また警告の公表文の内容である。もっとも、警告の内容は不明であるので、警告の公表文を手がかりとするほかない。

(a) 小売業における廉売 当事者が廉売の不当性を判断するに際して困難を伴うのは、行為類型該当性よりも違法性の方であろう。もっとも、問題になるのは廉売店舗の「周辺に所在する小売業者の事業活動を困難にさせるおそれ」であるので、警告の違法性判断が内容の乏しい紋切り型であっても、個別のガイドライン（酒類・ガソリン等・家電）の考え方と詳細な考慮事項に照らして見れば、当事者はある程度容易に廉売の違法性を感得することができるのかもしれない。その限りで、当事者も納得ずくの違反抑止効果があるのかもしれない。しかし、一般的な違反抑止効果については疑問が大きい。内容が乏しい紋切り型の警告は、違法性の判断基準を何ら提供しない。それどころか、行為類型に該当すれば違法となるおそれがあるかのような誤解を与え、正当な事業活動を萎縮させる不当な効果を生む可能性が高い。総じて、違反抑止効果は最適ではなく、警告による事件処理が効率的であるとは言いがたい。

(b) 安値応札・受注 当事者は、小売業における廉売の場合と比べても、行為類型該当性の判断に際して困難を伴うことは少ないであろう。それに対し、違法性の判断に際して困難を伴う度合いには、違いがある。公共建設工事にお

ける安値応札・受注を典型として、安値応札・受注が行われた場(市場)での競争が問題となるような場合には、警告の違法性判断が内容の乏しい紋切り型であっても、当事者はある程度、安値応札・受注の違法性を感得することができるかもしれない。その限りで、当事者も納得ずくの違反抑止効果はあり得よう。それに対し、安値応札・受注が行われた場(市場)から空間的に拡張された場(市場)、あるいは時間的に隔たった場(市場)での競争が問題となるような場合には、ガイドラインにおける違法性の考慮事項が乏しいこともあり、内容の乏しい紋切り型の警告の違法性判断から当事者が安値応札・受注の違法性を感得することは、困難かもしれない。その限りで、当事者も納得ずくの違反抑止効果はありそうにない。他方、一般的な違反抑止効果については、小売業における廉売以上に疑問である。結局、安値応札・受注に関しても、違反抑止効果は最適ではなく、警告による事件処理が効率的であるとは到底言えない。

Ⅲ 中小事業者等に不当な不利益を与える不当廉売の規制のあり方

以下、規制をめぐる二つのトレンド、直近の廉売規制の動向、規制事案の徹底検証に着目することにより、中小事業者等に不当な不利益を与える不当廉売の規制のあり方を主としてプロセス面から展望し、一連の小論のまとめとする。

1. 規制をめぐる二つのトレンド

不当廉売規制をめぐる二つのトレンドがある。一つは、規制の緩和に向かうものであり、主として学説により展開されている。例えば、「競争者保護に傾斜している不当廉売の規定(不公正な取引方法一般指定6項)や運用も検討の余地がある」という主張がそうである¹⁷⁾。そしてもう一つは、規制の強化に向かうものであり、主として政治的コンテキストで主張される。例えば近時では、平成17年の独禁法改正に際して、次のような附帯決議がなされている。「独占禁止法の措置体系の望ましい在り方について、実効性の確保や国際的調和等の観点を十分に踏まえつつ、議論が尽くされるよう努めるとともに、特に中小企業等に不当な不利益を与える不当廉売……等の不公正な取引

17) 平林英勝『独占禁止法の解釈・施行・歴史』3頁(商事法務, 2005)。

方法に対する措置に関しては、課徴金適用の対象とすることも含めてその方策を早急かつ前向きに検討すること。」(平成17年3月11日、衆議院経済産業委員会)「中小企業等に不当に不利益を与える不当廉売……等の不公正な取引方法に対しては、厳正かつ迅速な対処を行うとともに、課徴金の対象とすることも含め、その禁止規定の実効性を確保する方策について早急に検討を行うこと。」(平成17年4月19日、参議院経済産業委員会)

実際のところ、改正法附則の規定(13条)に鑑みて平成17年7月に立ち上げられた「独占禁止法基本問題懇談会」(おおむね2年間の開催予定)において、中小企業等に不当な不利益を与える不当廉売等の不公正な取引方法に対する措置に関しても幅広い検討が行われ、多様な意見が交わされた(第3・7・12回など)。そして平成18年7月、「独占禁止法における違反抑止制度の在り方等に関する論点整理」が公表され、広く意見が求められるに至っている。

2. 直近の廉売規制の動向

平成17年改正独禁法施行後の廉売規制の動向として、ここでは、家電ガイドライン、排除措置命令事件、警告事件を取り上げる。動向は総じて、廉売規制が現状維持から強化の方向にあることを示しており、新たな問題点を提示する。

(1) 家電ガイドライン 「家庭用電気製品の流通における不当廉売、差別対価等への対応について」(平成18年6月29日)のうち「不当廉売への対応について」は、大きく「不当廉売の規制の内容」と「公正取引委員会の対応」からなる。また前者は、「独占禁止法が禁止する不当廉売」と「家庭用電気製品の取引実態を踏まえた考え方」に分かれる。不当廉売に係る部分は、家庭用電気製品の取引実態を踏まえたものとされるが、体裁・内容は総じて、先行のガイドライン(酒類・ガソリン等)と似かよっている。

特徴としては、次の点を挙げることができる。一つは、典型的な不当廉売の行為類型該当性に関わって、「ポイントの提供」についての考え方が、仕入価格との関わりで示されていることである。二つは、典型的な不当廉売の違法性に関わって、次の考え方が示されていることである。「家庭用電気製品の実質

の仕入価格に格差が生じていることから、周辺の小売業者よりも安く仕入れている小売業者がその実質的仕入価格を下回る価格で周辺の小売業者の売上高の大きな割合を占める商品カテゴリーに属する商品を継続して販売する場合には、一般的には、周辺の小売業者の事業活動に影響し、特に、大規模な事業者が実施する場合や繰り返し実施する場合には、通常は、周辺の小売業者の事業活動に対する影響が大きいと考えられる。」三つは、その他の不当廉売の違法性との関わりで、「特に、周辺の小売業者を排除する意図の下に、その小売業者にとって売上高の大きな割合を占める商品カテゴリーに属する商品をその実質的仕入価格に販売経費を加えた価格を下回る価格で継続して販売する場合には、独占禁止法上問題となる」とされていることである。

ここで注記する必要があるのは、特徴の3点目であり、「周辺の小売業者を排除する意図の下に」行われる継続的な廉売が、その他の不当廉売として特に問題視されていることである。排除意図への言及は酒類ガイドライン・ガソリン等ガイドラインには見受けられず、家電ガイドラインでの新たな展開であるが、次に取り上げるガソリンの不当廉売事件の判示と連動している。もっとも、「『反競争的意図』を独禁法違反の成否の判断において考慮することは、独禁法固有の目的である競争秩序の維持という観点から見て妥当ではない」との異議もある¹⁸⁾。

(2) 濱口石油事件(平成18・5・16排除措置命令) 本件の概要は、次のようである。濱口石油は、和歌山県に10給油所、三重県に4給油所を設置し、また和歌山県田辺地区における有力な石油製品小売業者である。同社は、平成17年8月25日と11月29日に、田辺地区にそれぞれ1給油所を新規開店し、普通揮発油について、2給油所の販売価格が田辺地区に所在する給油所の中で最安値となるように現金販売価格を設定し、その価格を表示した看板を店頭に掲示して一般消費者に周知している。他方、田辺地区に所在する給油所を経営する石油製品小売業者のほとんどは、濱口石油に比較して規模が小さい事業者であ

18) 古川博「単独事業者の排他行為における行為者の意図と独禁法違反の成否—行為者の意図はどのように考慮されるべきか—」公取631号63, 70頁(2003)。

り、田辺地区以外に給油所を設置していない。また、田辺地区に所在する給油所における普通揮発油の販売量が石油製品の販売量に占める割合は高い。

濱口石油は、田辺地区における販売量が多い他の有力な石油製品小売業者を排除する意図をもって、1 給油所において、普通揮発油を、平成17年8月25日から平成18年1月31日までの期間内に、仕入価格（運送費を含む。）に同給油所の人件費等の販売経費（普通揮発油の販売に係る経費をいう。）を加えた価格を下回る価格で106日間、そのうち仕入価格を下回る価格で80日間、別の1 給油所において、普通揮発油を、平成17年11月29日から平成18年1月31日までの期間内に、仕入価格に同給油所の人件費等の販売経費を加えた価格を下回る価格で43日間、そのうち仕入価格を下回る価格で30日間、それぞれ販売するなど、2 給油所において、仕入価格または仕入価格に当該給油所の人件費等の販売経費を加えた価格を下回る価格で普通揮発油を継続して販売している。

濱口石油は、これらの行為により、田辺地区において、平成18年1月の普通揮発油の販売量が第1位の地位を占めるに至っている。同社は、その販売価格によって生じる損失を、同社が田辺地区以外に設置する給油所における普通揮発油等の販売から得られる利益をもって補てんしている。それに対し、田辺地区に給油所を設置する他の石油製品小売業者は、効率的な事業者であっても、通常の企業努力によっては同社の行為に到底対抗することができず、普通揮発油の販売価格の引下げを余儀なくされた上、平成17年8月25日から平成18年1月31日までの期間内における当該石油製品小売業者の普通揮発油の各販売量は、おおむね、前年同期間と比較して減少している。

これは、田辺地区に給油所を設置する他の石油製品小売業者の事業活動を困難にさせるおそれがあるものであり、不公正な取引方法6項に該当し、独禁法19条に違反する。

本件に関しては、次の点に着目する必要がある。一つは、マルエツ事件（昭和57・5・28勧告審決、審決集29・13）・ハローマート事件（昭和57・5・28勧告審決、審決集29・18）以来24年ぶりに不当廉売事件で正式の措置が採られ、しかもそれが、中小事業者（小売業）に不当な不利益を与えるものであったと

いうことである。この点、不当廉売等の不公正取引に対する迅速・厳正な対処に際しても、「規制すべきではない行為を規制してしまうフォールスポジティブ（false positive）と、規制すべき行為を見逃してしまうフォールスネガティブ（false negative）の二つの誤動作が、法制面と運用面の双方において存在しないようにすることがおおきな課題」とされている¹⁹⁾が、「廉売規制においては、規制が足りない危険よりも、行きすぎる規制が競争を制限する危険の方がはるかに大きい」との主張もあり²⁰⁾、評価は分かれよう。

二つは、行為類型該当性の判断はともかく、違法性の判断に関しては、何をどのように考慮したのかが必ずしも分明とは言えず、処分性の強い排除措置命令となっているのではないかということである。確かに、ガソリン等ガイドラインに照らしてみても、違法性判断に際しての考慮要素は相応に示されている。しかし、本件廉売が新規開店に際して行われたものであることとの関わりで、何をどのように考慮したかは、全く分からない。このことは、特に問題である。また、従来の勧告審決との対比で、平成17年改正独禁法の下での排除措置命令の特質を明らかにすることも、大きな課題となる。

三つは、本件を違法と判断するに際しては、他の小売業者を排除する意図が決め手となっているように思われるということである。もっとも、何をもちて他の小売業者排除の意図を認定したかは、判然としない。ここでも、排除措置命令の処分性が強く表れているのかもしれない。また、他の小売業者を排除する意図が決め手となっているという点で、本件は、小売業における不当廉売の典型とは言えそうにない。

(3) アムズエナジー事件(平成18・5・18警告) 本件は、アムズエナジーが、和歌山県田辺地区に所在する1給油所において、普通揮発油を、平成17年9月9日から平成18年1月31日までの期間内に、長期にわたり、仕入価格に販売経費を加えた価格を下回る価格で販売（仕入価格を下回る価格での販売を含む。）し、当該給油所の周辺地域に所在する石油製品小売業者の事業活動を困

19) 舟橋和幸「取引部の今年の課題」公取663号13頁（2006）

20) 滝川敏明『日米EUの独禁法と競争政策（第3版）』309頁（青林書院、2006）

難にさせるおそれを生じさせた疑いのある事実が認められたとするものである。

ここでは、本警告の公表文の体裁・内容が、従前の警告の公表文と同じであることを確認するだけで事足りる。なお、平成17年改正独禁法の施行後は、「警告を行う場合にも命令の際の事前手続に準じた手続を経ること」とされている²¹⁾ので、警告に至った具体的理由が公表文において不明であっても、警告を受ける事業者にとっての不利益は縮減されるのかもしれない。しかし、業界の正当な事業活動を萎縮させるおそれは、依然として残る。

3. 規制事案の徹底検証

不当廉売規制が緩和に向かうか強化に向かうか、その帰趨は今のところ不透明であるが、政治的コンテキストが強化の方向にあることからすれば、ある程度そのことを前提に議論する必要がある。その限りで、今必要なのは、規制事案、特に警告事件の徹底検証である。それが、すべての議論の前提である。

課題となるのは、とりわけ次の3点である。一つは、安易に国民のニーズや社会的ニーズに寄りかかるのではなく、競争政策遂行の観点から、事件処理の必要性を明らかにすることである。小売業における廉売、安値応札・受注は類別ごとに特性を持っているので、類別ごとの検証が不可欠である。二つは、事件処理の競争維持・促進上の有効性を明らかにすることである。法的措置件数の増加、警告・注意件数の減少が有効性の唯一の評価尺度となるのではない。法的措置・警告・注意が、それぞれにふさわしい事件で採られていることも、評価尺度となる。特に、注意に値する事件で警告が行われていないかは、精査を要する。そして三つは、事件処理の競争維持・促進上の効率性を明らかにすることである。処理期間、リソースの多寡は、効率性の評価尺度であるが、唯一のものではない。当事者に対する違反抑止効果と一般的な違反抑止効果が最適となるか否かも、評価尺度となる。とりわけ警告公表文の違反抑止効果が、問題になる。

21) なお、改正独禁法施行前の警告事件においても、「名あて人に対し事前に警告内容の説明等を行っていた」とされる。

この点、興味深いのは、次の事態である。すなわち、小売業における不当廉売事案の申告件数が一定の水準を維持しているのに対し（平成14～17年度で1,700～1,800件前後）、注意件数、とりわけそれに占める酒類の割合が漸減傾向にあることである（平成13年度：2,494 / 2,624、14年度：904 / 1,007、15年度：507 / 653、16年度：485 / 627、17年度：397 / 607）。この事態は、警告も含めた「厳正・迅速な処理」の成果であるのか、経済環境の変化（小売業の業態の変化）に起因するのか、検証の素材となろう。

平成19年度には、「中小企業を取り巻く取引の公正化」について政策評価が行われることとされている。強く求められるのは、これまでの経験を踏まえて、進化した評価を行うことである。