

論 説

独占禁止法における競争の 二つの意味と関係

鈴木 孝 之

はじめに

英語やドイツ語のように、可算名詞と不可算名詞が区別される言語では、同じ名詞形をとっても、可算名詞として用いられるか、不可算名詞として用いられるかによって、意味が異なる。法律学の世界でも、例えば、ドイツ語で可算名詞の“ein Recht, Rechte”は権利の訳語があてられるのに対して、不可算名詞の“Recht”は法または正義の意味となって、区別される。また、可算名詞の“eine Gewalt, Gewalten”は権力の意味であり、不可算名詞の“Gewalt”は暴力の意味となって、区別される。

競争という意味の“Wettbewerb”では、どうであろうか。これも、可算名詞の“ein Wettbewerb, -e”の場合は、競技会、コンクール、コンテストという意味に解され、不可算名詞となって“Wettbewerb”というときに競争という意味になる。複数の事業者の間の競争の場面に引き直すと、事業者間で個別具体的に繰り広げられている競争は、可算名詞の“ein Wettbewerb, Wettbewerbe”の可算名詞であるから、“Unter den Firmen herrscht ein harter Wettbewerb.”(各社の間で激しい競争が行われている。)との用い方がされる。これらの個別具体的な競争が集積されて、これら事

業者が取引を求めて活動する市場における機能的メカニズムと観念されるようになった競争が、不可算名詞の“Wettbewerb”である。とはいえ、単に Wettbewerb あるいは定冠詞を付した der Wettbewerb が用いられたときに、いずれの名詞で、いずれの意味であるかは、時に判別し難いことがある⁽¹⁾。

英語で、福澤諭吉が競争と訳したコンペチションは、不可算名詞の“competition”である⁽²⁾。可算名詞の“a competition, competitions”は競技(会)、試合、コンテスト、コンペといった意味になることで、ドイツ語の“Wettbewerb”と同様の意味分けが可能である。“competition”も、複数の事業者の間の競争の場面に引き直すと、事業者間で個別具体的に繰り広げられている競争は、可算名詞の“a competition, competitions”であり、“a competition between firms”(企業間の競争)との用い方をされる。これらの個別具体的な競争が集積されて、機能的メカニズムと観念されるようになった競争が、不可算名詞の“competition”という考え方もできる⁽³⁾。

可算名詞と不可算名詞が区別される言語である英語やドイツ語においては、competition や Wettbewerb を、意図すれば、二様・二義に使い分けることができる。形状が個々に定まったものと形状や限界が定まらないものとの概念分けに応用したり、具体的なものと抽象的なもの、主観的なもの、直接に把握しうるものと間接的にしか把握できないもの、視認しうるものと視認できないもの、人間の外部に存在するものと人間の思考の中に存在するものといったように、二種類の概念を対比して用いて、論理を展開することができる。

19世紀の著名なドイツの法律学者イエーリング(Rudolf von Jhering)は、著者の名前とともに有名な『権利のための闘争“Der Kampf um's Recht”』の中で、可算名詞か不可算名詞かによる Recht の二義性を用いて、主観的意味における Recht(権利)と客観的意味における Recht(法)の二様に分けて、あるいは二義性を持たせて、「闘争において汝の権利＝

法を見出せ“Im Kampf sollst du dein Recht finden.”⁽⁴⁾とのモットーに至る論旨を展開した。

イエーリングは、二つの Recht の関係について、究極的に次のように表現した。「私人がなんらかの事情によって一たとえば自分が権利をもつことを知らずに、または安逸と臆病から一いつまでも全く権利主張をしないでいるならば、法規は実際に萎え衰えてしまう。したがって、こう言うてよいであろう。私法上の法規の実効性、その実際のな力は、具体的な権利主張において、権利主張に即して示される。そして、権利は、一方で自己の生命を法律から受け取りながら、他方でお返しとして法律に生命を与える。客観的ないし抽象的な法(レヒト)と主観的ないし具体的な諸権利(レヒテ)との関係は、心臓から流れ出て心臓へと還流する血液循環に喩えられる。」⁽⁵⁾。この文章の「そして、」以下の原文をみると、“und so wie letzere einerseits ihr Leben vom Gesetze erhalten, so geben sie ihm andererseits dasselbe zurück; das Verhältnis des objektiven oder abstrakten Rechts und der subjektiven konkreten Rechte ist der Kreislauf des Blutes, das vom Herzen ausströmt und zum Herzen zurückströmt.”とあって、権利の方に複数形の Rechte(レヒテ)を用いることによって、権利を意味する Recht が可算名詞であり、相対的に法を意味する Recht が不可算名詞であることが確認できる。加えて、実定法の法律には“ein Gesetz, Gesetze”という可算名詞が当てられていることも見てとれるから、法と法律が Recht と Gesetz(setzen されたもの。定められたもの)というそれぞれ異なる単語になることで、法がより抽象的で特定の人為性を超えた理念的概念であり、法律が人為的に定められた複数の実定法であることが、言語的にイメージできる。

同じ名詞形について可算名詞・不可算名詞の区別を持たない日本語では、上述のように、同じ名詞形を表記上も二様に使い分けて、近接するが区別されるべき二つの概念に相応させて、論理構成を行うことは不可能で

ある。しかし、日本語の特性を知った上で、法文表記上の用語の意味を検証し、また、検証結果からどのような論理構成がより説得的であるかを考察する作業は必要である。かかる作業を欠くとき、法文の表記と解釈に整理されない無理解な混乱を惹起するおそれがあるからである。

本稿では、「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」(昭和22年法律第54号。以下「独占禁止法」と略称する。)において、法文に「競争」という用語を用いるとき、可算名詞あるいは不可算名詞のいずれの意味で用いているのかという発想を出発点に、独占禁止法の実体規定の解釈の在り方を論じてみようとするのが、本稿の主旨である。

1 独占禁止法における競争の用語

独占禁止法は事業者間競争を維持しようとする実定法であり、事業者間の競争は、競争関係にある各事業者の事業活動に関する意思決定が自主的になされるようにしておけば、各事業者には他の事業者を退けて取引相手と取引する機会を獲得しようとする努力を期待できることである(現在では、囚人のディレンマで例証される事柄)。ただし、他の競争者と競争するために、ある事業者と協調した意思決定をすることもありうることから、競争市場全体における包括的競争を阻害することになる場合に、独占禁止法が介入することとした。

上記の文章中で、既に競争の用語を、二様・二義に使っている。事業者間の競争は、個別具体的な意味の競争であり、可算名詞としての競争である。競争者、競争関係といった場合の競争も同様である。

次に、かかる事業者間の競争の制約の正否を判断するために持ち出される競争市場における包括的競争は、機能的メカニズムの意味の競争であり、同じように例えれば、不可算名詞としての競争である⁽⁶⁾。

日本語には語形の形態で区別できる可算名詞・不可算名詞の概念がない

から、外形的に明確に区別しようとするには、異なった用語で言い換えるしかない。本稿での論理を分かりやすくするために、あえて前者の可算名詞としての競争を「競い合い」と、後者の不可算名詞としての競争を「競争メカニズム」とそれぞれ呼称して、議論を進めることにしたい。

現行の独占禁止法には、一般指定との通称がある不公正な取引方法（昭和57年公正取引委員会告示第15号）を含め、22か所に競争の用語が含まれる。

（1）競い合いの意味の競争

競い合いの意味で競争の用語が使われているのは、2条4項における競争の定義である。法文では、「競争」とは、2以上の事業者がその通常の事業活動の範囲内において、かつ、当該事業活動の施設または態様に重要な変更を加えることなく、同一の需要者に同種もしくは類似の商品・役務を供給し、またはすることができる状態と、同一の供給者から同種もしくは類似の商品・役務の供給を受けることをいうとの趣旨が規定されている。これが、競い合いの意味の競争の定義としても、次に述べる競争メカニズムの意味で使われる競争の定義にそぐわないという議論は、早くから行われていた⁽⁷⁾。

競争者（2条9項1号・6号ハ、20条の2、一般指定1項、8項、9項、11項、14項）、競争会社（一般指定15項）または競争関係（13条、一般指定1項、14項、15項）の用語における競争の意味も競い合いである。2条4項の競争の定義は競い合いの意味であり、競争関係があるか否か、すなわち競争者であるか否かの判断の基準として、昭和24〔1949〕年改正で設けられた。

競い合いの意味の競争は、独占禁止法の条文では、競争の用語を用いずして、表現されているところがある。それは、競い合いを制約するという意味で現れる。代表的なものは、私的独占の定義規定における「他の事業者の事業活動を排除し、又は支配すること」（2条5項）と不当な取引制限の定義規定における「他の事業者と共同して……相互にその事業活動を

拘束し、又は遂行すること」である。さらに、不公正な取引方法に該当するとされる行為類型の多くが競い合いを制約することを意味する。これらの行為は、競い合い、すなわち、他の事業者を退けて取引相手と取引する機会を獲得する努力に至る事業活動を制約することであり、競い合いのポジからネガに反転した表現となっている。

ここまで認識することによって、注6引用の文献で「(2条4項の)定義規定は、……個別的な関係においての競争の観念をとらえようとしているものといえるが、それにしても、ここにあるように、単に、二以上の事業者が、同種の取引をし、又はすることができる状態、というだけでは、それが同一の相手方に対する場合についてのことであっても、肝心の、他を排して取引の機会を得ようとする努力、という、競争の本体を為す部分がとらえられていないから、競争の定義としては、まことに不十分であるというの外はない。」(同書40頁)との指摘の正確な理解が可能となる。引用文中の競争は、競い合いの意味で、競争メカニズムの意味の競争ではないことも確認しておかなければならない。

(2) 競争メカニズムの意味の競争

事業者間の競い合いが集積・相乗して、市場メカニズムを有効に機能させて、厚生向上を果たすという、競争メカニズムの意味の競争として用いられている独占禁止法の条文上の競争の用語の典型例は、「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」(2条5項・6項、8条1号、22条)または「一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる場合」(10条1項、13条1項、14条、15条1項1号、15条の2第1項1号、15条の3第1項1号、16条1項1号)ならびに一定の事業分野において独占的状态から「競争を回復するための措置」(8条の4第1項、46条2項、65条)、さらに「市場における競争の確保が困難となるおそれがあるとき」(54条2項)などでみることができる。

なぜ、これらの競争を競い合いの意味ではなく、競争メカニズムの意味

に解するかといえば、競い合いの制約があることが前提となっているとともに、「一定の取引分野」、「一定の事業分野」または「市場」における競争とあって、個別具体的な競い合いが集積・相乗する場が設定され、そこで全体として産出されることが期待される成果のために機能するメカニズムが働いているか否かが問題とされているからである。

しかし、この競争メカニズムの実態が何であるかを把握するのは、容易ではない。競い合いを投入要素とし、産出される成果とともに可視的存在となつて、投入要素が産出成果に変換される何らかのメカニズムが存在しなければならぬことは分かるが、そもそも不可視的な存在であるから、これを更に言葉を加えて定義することも、また容易ではない。競争メカニズムの意味の競争が不可算名詞であることが示唆するように、抽象的で無限定に事象の在り様に変化する概念となっている。

したがって、競争メカニズムを直接把握することはできず、投入要素である競い合いの在り様と産出成果である価格、品質、供給量などの在り様から、競争メカニズムが有効に機能しているか否かを判断することになる。競争メカニズムは、抽象的で無限定に事象の在り様に変化する概念であるから、何らかの法的定義を明文で付与すると、無限定性と在り様の多様性を羈束し、その後の法運用に支障を来すおそれがある。それゆえ、競争メカニズムの意味の競争の定義規定を置かなければならぬ必要はなく⁽⁸⁾、かかる意味での競争の定義規定を法文中に置いていないのが、他の国々の競争法(独占禁止法)でも大方となっている。

競争メカニズムは、投入要素としての競い合いと産出成果である価格、品質、供給量などとの間で、常に存在し、常に有効に機能している。しかし、産出成果の如何から競争メカニズムが有効に働いているか否かを判断することは、競争メカニズムが働いて、価格が下がる場合もあるし、また、上がる場合もある。他の成果についても同様である。

したがって、投入要素としての競い合いの在り様から見ることになり、

その在り様は競い合いを更に増進するものであるか、あるいは、競い合いを逆に減退させるものであるかの判断がまずなされなければならない。両方の効果が並存する場合は、どちらの効果の方が大きいかの比較衡量となる。競争促進効果や競争制限(障害)効果という場合の競争も、まずは競い合いを活性化するか、競い合いを減退させるかの意味である。そして、競い合いを減退させる場合に、それが産出成果に有意な変化をもたらすときに、競争メカニズムが人為的に変化させられたということになる。

産出成果に有意な変化とは、競争メカニズムが持っている決定機能の在り方の問題である。競い合いがその行為主体である事業者がそれぞれ意思決定できることであるのに対して、競争メカニズムは事業者の外部にあって、直接把握が難しいものであるにしても、現実に産出成果を決定する機能を有することである。福澤諭吉が「ソレでもってちゃんと物価も定まれば金利も極まる」(注2参照)という所以である。競争メカニズムの決定機能を、事業者側内部に移行したり、これまで以上に取り上げるような効果を生じさせるとき、競争メカニズムのレベルでの競争制限効果・競争阻害効果が存在することになる。東京高裁判例⁽⁹⁾が「競争を実質的に制限するとは、競争自体が減少して特定の事業者又は事業者集団がその意思である程度自由に価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる状態をもたらすことをい」うと述べる所以である。

なお、この判例の表現を、本稿での競争の二様の言い換え用語を使って「競争メカニズムを実質的に制限するとは、競い合い自体が減少して特定の事業者又は事業者集団がその意思である程度自由に価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる状態をもたらすことをい」うとすれば、競い合いが減退し、競争メカニズムの決定機能が事業者側にある程度移行する場合に独占禁止法が問題視する違反行為に至るといふ論理過程が鮮明に理解されると考えるものである。

(3) 競い合いの意味と競争メカニズムの意味が並存している競争

独占禁止法の条文に使われている競争の用語の中には、競争メカニズムや競い合いのいずれかに言い換えるのは適当でなく、その両方が並存している場合がある。「公正かつ自由な競争」(1条)、「公正な競争を阻害するおそれ」(19条)や「自由な競争」(22条2項1号)が典型例となる。これらの競争は、「公正な」あるいは「自由な」という価値評価とセットになっている。したがって、「公正な」と「自由な」という修飾語が、果たして競い合いという意味の競争を修飾しているのか、競争メカニズムの意味の競争を修飾しているのか、一考を要する。

競争メカニズムは、事業者側にその決定機能が移行していない限り、受容すべきもので、それ自体で公正かつ自由なものとの価値評価が可能である。逆に、人為的に事業者側に決定機能がある程度移行している状態を不公正・不自由なもの形容することも可能である。

しかしながら、付言すれば、競争メカニズムがそれ自体で決定機能を有していることだけでは、単に自然状態を信じて、そのままでありさえすればよいということになる。競争メカニズムの決定機能を人為的に働かないようにすることができるのであれば、逆に、その決定機能を人為的により良く働くようにすることもできるはずであることになる。そのためには、投入要素である競い合いの質を高めることである。また、投入要素となる競い合いの中から、競争メカニズムの決定機能がより良く働かせることにはなりそうもない競い合いのための行為を除去することがある。このような価値評価を付して、公正な競い合いや自由な競い合いという修飾句は、可能となる。

この場合、「公正な」あるいは「自由な」という価値評価は、競い合いだけのレベルで判断されるのではなく、競争メカニズムの在り方と関連して考えるべきものであることを看過すべきではない。かかる連繋をもって、競い合いの意味と競争メカニズムの意味が並存している競争の用語が

ある。

2 競い合いと競争メカニズムの関係

(1) 観念的關係

競争メカニズムは抽象的なものであり、競い合いは具体的なものである。言い換えれば、競争メカニズムを事業者が直接に操作することはできない⁽¹⁰⁾が、競い合いは各事業者の事業活動として現れるから、事業者が競い合いを活発にする方向でも、減退させる方向でも直接に操作できることである。もっとも、減退させる方向に一層確実に進めるためには、共謀や独占力などの $+ \alpha$ のエネルギーを要する。次に、競争メカニズムは、競い合いがあつて機能するものであるから、競争メカニズムを制限するためには、競い合いを制約する必要がある。

この手段・原因（競い合いの制約）と成果・結果（競争メカニズムの制限）の因果関係を、我が国の独占禁止法は、法文上、端的に表現している。同法2条5項の私的独占の定義規定において、「…、他の事業者の事業活動を排除し、又は支配することにより、……、一定の取引分野における競争を実質的に制限すること……。」とし、同時に、2条6項の不当な取引制限の定義規定において、「…、他の事業者と共同して……相互にその事業活動を拘束し、又は遂行することにより、……、一定の取引分野における競争を実質的に制限すること……。」としている。いずれも、前半部分が競い合いの制約に相当し、手段（原因）となることを「……により、」で表し、成果（結果）である競争メカニズムの制限に相当する後半部分に因果関係を表しながらつなげている。

不公正な取引方法についても、2条9項6号で「……、次のいずれかに該当する行為であつて、公正な競争を阻害するおそれがあるもの……」としており、前半部分が競い合いの制約に相当し、因果関係をもって、競争

メカニズムの阻害に相当する後半部分につなげている。

さらに、事業者団体の禁止行為のうち、8条1号は、「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」と、後半部分の競争メカニズムの制限に関するところしか規定していないから、前半部分の競い合いを制約することを補って解釈することになる。

また、同条3号の「一定の事業分野における現在又は将来の事業者の数を制限すること」は、前半部分の競い合いの制約に関係するところはあるが、後半部分の競争メカニズムに関係するところは規定していない⁽¹¹⁾。同条4号の「構成事業者……の機能又は活動を不当に制限すること」は、「構成事業者……の機能又は活動を……制限すること」が競い合いを制限する部分に相当し、「不当に」が競争メカニズムの阻害に関係する部分を表す。

さらに、企業結合規制に関する規定を10条の株式保有で代表させると、同条1項に「……、他の会社の株式を取得し、又は所有することにより、一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる場合には、……」規定している。後半部分が競争メカニズムに相当するものであることは確かだが、前半部分が競い合いに直ちに相当するとはいいえない。他の会社の株式を取得・保有することが直ちに競い合いを制約するとはいいえないからである。

他の会社の株式を取得・保有することが、競い合いを制約するに至る過程は、単純ではない。株式の取得会社と被取得会社の間で、被取得会社の事業活動が自由には行えない蓋然性が必要である。そこで、被取得会社が係わる競い合いが減退する蓋然性があることで、さらに市場の状況により、競争メカニズムを制限する蓋然性にまで至る過程となる。したがって、競い合いの減退と、それによる競争メカニズムの制限という二つの要因を解釈によって補う必要が出てくる。

先に、私的独占や不当な取引制限の定義規定（2条5項・6項）でみた

ように、競い合いに相当する概念は、競争という用語のみならず、事業者の事業活動という用語をもって表されることもある。複数の事業者が同じ取引相手との取引を目指して事業活動を展開することが競い合いであり、これを制限することが競い合いを制約することである。

不公正な取引方法では、事業者の事業活動を制約する、より具体的な手段の態様が摘示される。そして、一般指定では、「正当な理由がないのに」、「不当に」あるいは「正常な商慣習に照らして不当に」といった用語でもって、「公正な競争を阻害するおそれ」の有無の判断の在り方を示し、総じて、一定の取引分野における競争の実質的制限が示す競争メカニズムの制限効果が発生する蓋然性がより低い場合でも、競い合いを制約する度合いの強い行為類型であることから、かかる実態を示せば、競争メカニズムの阻害効果が実質的なものでなくとも、すなわち、認識できるほどに達していなくとも、予防的に規制が可能とされる。

(2) 実質的關係

これまでの見てきた観念的關係から、競い合いと競争メカニズムは、手段と成果、あるいは、原因と結果という因果關係にあることが分かる。独占禁止法違反行為でみれば、競い合いの制約が手段(原因)となって、競争メカニズムの阻害という成果(結果)を惹き起こす。違法行為が存在することを示すためには、①競い合いの制約、②競争メカニズムの阻害、そして③両者の因果關係を立証する必要がある。

これら3点は、立証事項としては、それぞれの内容に違いがある。①は、事業者の具体的な行動が他の事業者との競い合いに係る自らの事業活動または他の事業者の事業活動を制約する効果があるかどうかである。②は、競争メカニズムの働きを免れる行動の余裕を認識できるほどに特定の事業者または事業者集団がある程度有するようになっているかどうか、あるいは今まで以上にその程度が強まっているかどうかである。③は、①が②に与える悪影響(結果)の手段(原因)となっていることが否定されな

いことである。その立証方法には、いずれの事項においても、経済分析的
手法やエコノミストの知見の活用が期待されることである。

しかし、一般的視点として、①は事業者ないし事業者団体の行為として
具体的に現出するものであるから、調査・立証は、より確実に行われな
ければならないといえる。ところが、②については、相対的にはある
が、その抽象性が高まるので、— もちろん、価格や供給の動向で、競争
メカニズムの働きをある程度免れる余裕を事業者が持った場合と、そうで
ない場合をデータの比較でもって立証することは、大いに有用ことで、ま
た、そのように努めるべきではあるが— 究極的には、①の実態から②の
立証も可能という法解釈が望まれる⁽¹²⁾。③も同様に①に実態から立証が
可能とされることが望ましい。抽象的な存在がどのように変容したかを立
証することに、一定の限界があることは避けられないからである。

これが、本稿で、可算名詞と不可算名詞の比喻によって、競争の意味を
競い合いと競争メカニズムの二つに分けて、前者の具体的事象に立証負担
の比重をかけて、後者の抽象的事象の立証負担を軽減する方向で、法解釈
を考察しようとするものである。そして、その法解釈、すなわち、ルール
設定に当たっては、「客観的ないし抽象的な法(レヒト)と主観的ないし
具体的な諸権利(レヒテ)との関係は、心臓から流れ出て心臓へと還流す
る血液循環に喩えられる。」のごとく、競い合いの制約のある態様が競争
メカニズムの阻害に至ることが明らかとなれば、競い合いの制約のかかる
態様に関する競争メカニズムの阻害の立証負担は軽減されていくように、
循環して考えることになる⁽¹³⁾。

3 競争の解釈に関する最近の判例

独占禁止法における競争の二つの意味については、既に本稿で引用した
著作(注6参照)を初めとして、数々の解説書で説明されているところで

あるにもかかわらず、これを理解していない裁判官が存在することによって、平成22年に風変わりな東京高裁判決が出て、混乱を招いた。この多摩談合(新井組)審決取消訴訟事件・東京高判平22・3・19⁽¹⁴⁾(以下、単に「東京高判」という。)が、競争の二つの意味を理解していないことにより、どのような混乱を巻き起こしたかを順次見ていくと、次のとおりである。

- ① 東京高判は、訴訟係属した入札談合事件を独占禁止法3条違反の不当な取引制限該当とできるか否かを判断するに当たり、不当な取引制限の定義規定である2条6項の解釈問題に入り、まず同条同項に規定する「一定の取引分野」について、次のように判示した。

……「競争」については、同条4項において「二以上の事業者がその通常の事業活動の範囲内において、かつ、当該事業活動の施設又は態様に重要な変更を加えることなく次に掲げる行為をし、又はすることができる状態をいう。」「一 同一の需要者に同種又は類似の商品又は役務を供給すること」、「二 同一の供給者から同種又は類似の商品又は役務の供給を受けること」と定めている。

このような独占禁止法の条項を踏まえれば、競争の実質的制限の有無が判断される「一定の取引分野」とは、同種又は類似の商品又は役務について、需要者あるいは供給者として二以上の商業等の事業を行う者が存在し、その者らが生産、販売、価格、技術等について事業活動を行うことができる場ということが出来る。

しかし、2条4項の競争の定義規定は、競い合いに相当する競争を定義したもので、競争の実質的制限の競争が競争メカニズムを意味することを考えると、競争メカニズムの決定機能が及ぶ範囲から一定の取引分野を判断すべきもので、競い合う複数の事業者の個別具体的関係から一定の取引分野を導き出す方法は正しくない。

- ② 東京高判は、一定の取引分野における競争の実質的制限にある競争の

意味について、2条4項の競争の定義規定を引用しながら、次のように判示した。

そうすると、本件における「一定の取引分野」における「競争」とは、公社によって下水道工事のうちのAランクの特定の工事に関して行われる入札参加者として選定指名されること、及び入札金額を決定することに関して、当該工事を受注すべくAランクの建設業者に自由で自主的な営業活動が行われることをいうと解するのが相当である。

ここでも、競争メカニズムの意味の競争を、競い合いの意味の競争と取り違える決定的ミスをしたことになり、結果として、行為要件レベルの判断事項(競い合う事業者の事業活動が自由で自律したものになっているか、それとも人為的に制約されているか)を違法要件レベル(市場における競争メカニズムの実質的制限)の判断事項としてしまっている。

- ③ 東京高判は、3点目として、行為要件(競い合いの制約)と違法要件(市場における競争メカニズムの実質的制限)の関係について、次のように判示した。

被告(公正取引委員会)は「競争を実質的に制限する」行為について、抽象的には、「競争自体が減少して、特定の事業者又は事業者集団がその意思で、ある程度自由に価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる状態をもたらす」ことであり、より具体的には、基本合意が存在すると認定でき、当該基本合意に基づいて受注予定者及び価格を左右し得ることが見込まれる物件が、発注の予想される物件のすべて又は大部分でなくても相当程度の割合を占めている場合をいうとし、取り分け本件の場合、受注できないような金額「(予定価格を超える金額等)で入札することすなわち受注回避行為は、競争回避行為で

あって競争を制限する行為に該当すると主張するが、失当である。その理由は次のとおりである。

(ア) 抽象的な競争の実質的制限の概念を被告の主張のように観念することができるとしても、そのような事実が具体的に認定できるか否かは個別の物件受注に当たって考察するほかない。そして、前記の指摘のとおり、各物件においては、受注者とそれ以外の建設業者の間で、物件の受注をめぐる自由で自主的な営業活動が停止あるいは排除されたとの事実を認定あるいは推認するに足りる証拠はないのである。(中略)

(イ) 基本合意に基づいて全体の相当程度の割合の物件が受注されるときには一定の取引分野における競争の実質的制限があるというべきであるというのが被告の主張であるところ、確かに競争関係にある事業者同士が協力して各自の自由で自主的な営業活動上の意思決定を拘束し、同事業者間の競争の停止ないし排除を目的とする合意を締結したという事実が認められ、当該合意に基づき一定の取引分野における競争が停止ないし排除されたという事実を認めることができるのであれば、被告の立論に従い競争が実質的に制限されたとみることはできよう。

しかしながら、まず、被告主張に係る「公社の発注する特定土木工事」の定義内容及び原告らの主張に対する被告の反論を併せてみれば、被告の主張する本件基本合意とは、要は、公社の発注する土木工事の入札に関しては、「当事者」たる33社及び「協力者」たるその他のゼネコンの総体において、公社の発注するAランクの工事は受注希望を有する者が受注すればよい、受注希望者が複数いれば当該受注希望者同士で自社の事情等(被告はこれを「条件」と称する。)を話し合えばよい、その他の者は受注希望者から工事希望票の提出を求められたり入札する金額の連絡等が

された場合には、工事希望票を提出し受注希望者の落札を妨害する行為をしないという共通認識があったという程度のものにすぎず、この程度の認識を建設業者らが有していたことをもって直ちに自由で自主的な営業活動上の意思決定を将来にわたって拘束するほどの合意の成立があったと断ずることができるのか甚だ疑問というべきである（以下略）。

ここでの東京高判の間違ひは、3点ある。第1点目は、行為要件レベルの判示で、建設業者間に自由で自主的な営業活動がな行われていると認定する。しかし、競い合いの関係において、競合相手の建設業者の行動が人為的に、すなわち、基本合意の存在とその実施によって、少しでも予知でき、競合相手が裏切って競い合いに出てくる危険が少しでも減少した状況の下での意思決定とその営業活動は、自由で自主的なものとの評価を受けないのである⁽¹⁵⁾。

第2点目も、行為要件レベルの判示で、基本合意が建設業者の意思決定を拘束するほどのものではなかったとの認定である。本件建設業者に限らず、事業者は、事業者間で形成された競い合いを制約する合意だけでなく、それぞれの事業活動に関する意思決定を行うに当たり、様々な市場における諸状況を考慮するものであり、基本合意とその実施が事業活動に忠実に反映されないからといって、基本合意が建設業者の意思決定を拘束していないという評価は適当ではない。基本合意の内容から事業活動を拘束するものであるか否かは判定できるのであって、他の市場の諸状況を考慮することもありうる個々の物件ごとの営業活動から帰納的に判断される事柄ではない。競い合いを回避する共通認識の存在が認められるだけで、行為要件レベルの事業活動の共同相互拘束に十分該当するのである。

第3点目は、違法要件レベルの判示である。東京高判は、「一定の取引分野における競争の実質的制限」の競争を、競争メカニズムの意味で

はなく、2条4項の競争の定義規定を単純に適用して、競い合いの意味に解しているから、一定の取引分野（東京高判の認定では、「公社が発注する多摩地区の下水道工事のうちAランクの工事」）において、個々の物件ごとの競い合いがすべて制約されること（東京高判の認定では、「Aランクの建設業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すること」）が競争の実質的制限であるとして、個々の物件ごとにかかる自由で自主的な営業活動の意思決定があったか否かの認定に焦点を合わせて、さらに自由で自主的な営業活動の意思決定があったとする物件をあげて、基本合意の拘束の程度を否認する奇妙な方向へ展開してしまった。

違法要件レベルにおける競争は、競争メカニズムの意味であるから、建設業者間の競い合いが大方制約され、それによって、公社の発注する土木工事の取引分野で期待される競争メカニズムが建設業者によってある程度人為的に操作される効果が生じるものであれば、違法行為とする要件を充足するものである。

しかし、東京高判は、行為要件と違法要件の両方に共通して、競争を競い合いの意味にしか解せず、競い合いの制約された物件がほとんどすべてを占めることをもって、違法要件の競争の実質的制限に該当するという、錯覚した論旨を繰り返すことになった。東京高判の次のような判示は、かかる競争の独自の意味付けを前提にして、どのような論理であるのかをようやく理解できることになる。

建設業者は営業活動を行うに際し営業上正確な意思決定を行うために情報提供・情報収集等を行うものであるし、取り分け被告の指摘する行為はいずれも第一次的には自社が当該物件について受注を強く希望していることを他の建設業者に印象づけることを目的とするものであるから、こうした行為が独占禁止法2条6項にいうところの不当な競争制限行為と評価される場合があるのは、あくまで当

該情報提供・収集行為(受注意思表明行為を含む。)により競争が制限されるという結果が生じた場合に限られるのであって、情報提供・情報収集(受注意思表明行為を含む。)を行ったことから、競争制限結果の発生を推認するかのごとき被告の上記主張は経験則に反し合理性を欠くものであって採用できない。

この東京高判は上告され、最高裁は、平成23年に破棄自判した(最判平23・11・17⁽¹⁶⁾(以下、単に「最判」という。))。

最判は、行為要件について、次のように判示して、東京高判のように、各物件ごとに自由で自主的な営業活動があるか否かを認定して、事業活動の拘束があるか否かという手法は採らなかった。

本件基本合意は、……各社が、話し合い等によって入札における落札予定者及び落札予定価格をあらかじめ決定し、落札予定者の落札に協力するという内容の取決めであり、入札参加業者又は入札参加JVのメインとなった各社は、本来的には自由に入札価格を決めることができるはずのところを、このような取決めがされたときは、これに制約されて意思決定を行うことになるという意味において、各社の事業活動が事実上拘束される結果となることは明らかであるから、本件基本合意は、法2条6項にいう「その事業活動を拘束し」の要件を充足するものといえることができる。そして、本件基本合意の成立により、各社の間に、上記の取決めに基づいた行動をとることを互いに認識し認容して歩調を合わせるという意味の連絡が形成されたものといえるから、本件基本合意は、同項にいう「共同して…相互に」の要件も充足するものといえることができる。

しかし、この最判の判示には、東京高判の奇妙な論理の影響を受けてしまった部分がある。基本合意が事業活動を拘束するとの認識である。事業活動を拘束することそのものが基本合意であって、基本合意が主体となっ

て、その客体として事業活動があるわけではない。事業活動を拘束する主体は事業者であって、複数の事業者が「共同して相互にその事業活動を拘束すること」そのものが基本合意である。事業活動を拘束する基本合意が成立することが先行して、それを前提として、各事業者が当該基本合意に基づいた行動をとることを互いに認識し認容して歩調を合わせるというのは、論理の順番が倒錯している。不当な取引制限の場合、複数の事業者間に意思の連絡があって、それがお互いに歩調を合わせることを認識し認容する共通意識が形成されるに至って、行為要件である共同相互拘束に該当し、それは取りも直さず各事業者がその事業活動をお互いにそれぞれに拘束していることになる。

したがって、不当な取引制限の行為要件を①「その事業活動を拘束し」と②「共同して…相互に」に分解することは、従来の判例の積み重ねを無用に混乱させるものである。東京高判の競争への無理解が回り回って最判まで混乱させたといえよう。

違法要件レベルの競争が競争メカニズム（最判の表現では、市場が有する競争機能）であることについては、行為要件と違法要件の因果関係とともに、最判は、次のように判示して従前とおりの理解に戻している。

法2条6項にいう「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」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いい、本件基本合意のような一定の入札市場における受注調整の基本的な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。

なお、上記判示中、「本件基本合意のような一定の入札市場における受注調整の基本的な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」の競争制限は、本稿の言い換えでは、競い合いの制約が行われ

場合として、行為要件レベルと違法要件レベルとでは競争の意味が異なることをはっきりさせた方がよいということは理想論でいえるが、競争に二つの意味が並存せざるをえない日本語の限界で、意識する読み手が区別して解読していかざるをえない。

4 独占禁止法実体規定の解釈の今後の方向

独占禁止法の実体規定において、違反となる競争阻害行為を積極的に構成する要件としては、①行為主体、②行為要件および③違法要件の3つがある。

行為主体からは、(a)他の事業者と共同して⁽¹⁷⁾市場力を集積するか、あるいは(b)市場力を有する事業者やそれに近い事業者が係わることで、競い合いの程度を、競争メカニズムを人為的に操作する可能性を増大させる。そこまでの力がなくとも行為要件からは、競い合いの程度を減少させたり、競い合いの意欲を減退させたり、競い合いの態様がフェア・プレーから乖離したものにする事業者の行為である。これは事業者が具体的に行う事象であるから、公正取引委員会の調査立証活動の中心である対象となる。

違法要件からは、行為要件に該当する事業者の行為が、単に競い合いの制約ではなく、競争メカニズムへ悪影響を及ぼす性質のものであることが認識できる必要がある。そのときに、競争メカニズムの存在が抽象的なものであることに留意する必要がある。すなわち、競争メカニズムとは、競い合いが集積して、その過程で、価格や数量、品質等の取引条件を決定していくことができる属性をもった経済現象である。したがって、違法要件の解釈は、競い合いの制約、すなわち、行為要件に該当する行為の態様に即して考えられる必要がある⁽¹⁸⁾。

競い合いの制約には、まず2つの態様を考えることができる。①競い合

い機会の減少と②競い合いの質の歪曲である。①競い合いの機会の減少には、競い合う事業者(競争事業者)が競争的事業活動をお互いに回避したり(競争回避行為)や、競争事業者の事業活動を妨害したり、潜在的競争事業者の参入を阻止したり(競争排除行為)することが相当する。②競い合いの質の歪曲には、競い合う手段が取引相手の判断を誤導するようなフェア・プレイでない方法で行うことや、一方の事業者が事実上独占的または優越的な地位にあって、競争メカニズムが働かない取引関係において、他方の事業者または消費者に不利に処遇することである。

独占禁止法に違反する行為としては、行為主体ないし行為要件に該当する事実が原因・手段となって、因果関係を持って、違法要件である競争メカニズムへの悪影響があることが求められる。行為要件に該当する事実が存在する場合と不存在の場合とで、それぞれの市場における競争メカニズムの働きがどのように変化したかを調査し、関係するデータを揃える必要があることは確かである。しかし、同時に、競争メカニズムの持つ抽象性から、その変化を顕在化させるには、限界があることも確かである。

この点で参考になるのは、石油数量調整刑事事件における東京高裁判決(昭55・9・26)⁽¹⁹⁾の次の判示事項である。

前記罰則は「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」ことを構成要件としているが、この行為は、具体的態様としては前述のとおり事業活動を拘束する行為(本件では原油処理量の制限行為)によって行なわれる。したがって、一定の取引分野における競争の実質的制限は、右具体的行為との関係においては結果であるが、その結果は、いわば右具体的行為自体に包蔵され、その拘束力の発生により直ちに生ずる性質のものである。その意味で、これを効果ということもできる。

このように事業活動を拘束する行為のもつ効果としての競争の実質的制限とは、一定の取引分野における競争を全体として見て、そ

の取引分野における有効な競争を期待することがほとんど不可能な状態をもたらすことをいうものと解するのが相当である。

石油製品の市場においては、石油業法による規制及び同法の運用として又は同法を背景として行なわれる行政指導等により既に広汎な競争制限措置がとられていたことは前記認定(第四第三節)のとおりであるが、その制限の下でなお有効な競争が行なわれていたものと認められる。本件各行為が、このような状態にある前記取引分野において、元売業者間における一般内需用各石油製品の販売競争の競争機能を減退させ、右の意味においてその競争を実質的に制限したものであることは、既に認定した(第四第五節四)とおりである。

上掲の判示事項の中で、不当な取引制限の違法要件である「一定の取引分野における競争の実質的制限」、すなわち、競争メカニズムへの悪影響を、行為要件に相当する「事業活動を拘束する行為(原油処理量の制限行為)」という具体的行為自体に包蔵される効果と述べていることが着目される⁽²⁰⁾。本件で「元売業者間における一般内需用各石油製品の販売競争の競争機能を減退させ」という競争メカニズムへの悪影響は、競い合いの制約の態様の中から直接に導けるものとして、東京高裁は、本件判決(前出第四第五節四)において、次のようにも判示した。

このような石油製品の生産量の抑制は、元売業者間の販売競争を減少させる効果をもつものである。燃料油はその性質上在庫量に一定の限度があるから、生産が需要に比して比較的僅かでも過剰になると、元売業者は売り急ぐ必要に迫られ、いわゆる業転(業者間転売)物が多く出回ることにもなり、競争が激化する。各精製業者の生産量を抑制することは、この状態を緩和し、競争を減少させる方向に作用する。

このように、本件各行為は、沖縄県を除くわが国における全体と

しての石油製品市場において、元売業者間の一般内需用各石油製品の販売競争を全体として見て、その競争機能を減退させ、有効な競争を期待することがほとんど不可能な状態をもたらす効果をもつものであった。

違法要件となる競争メカニズムへの悪影響を意味する「一定の取引分野における競争の実質的制限」や「公正な競争を阻害するおそれ」については、競争メカニズムの存在を把握するにはある程度の抽象性が避けがたい限界があるから、それ自体を行為主体や行為要件と切り離して、その現象を立証できる一つの構成要件と考えるのは、無理がある。行為要件に相当する競い合いの量的減少や質的劣化が、競い合いを促進する要因を含まない、繰り返せば、その量的減少や質的劣化がその方向で確実と認められるに至るという閾値を超えた行為、それが独占禁止法で規制すべき違反行為となるとの意味合いで、前出の東京高判の表現を借りれば、行為要件の段階に包蔵して判断することがよさそうである。もちろん、競い合いの量的減少や質的劣化の程度を判断するのに、行為主体の持つ市場力や市場状況が大いに関係することは当然である。

となると、行為主体（共同する複数の事業者による行為か、単独の事業者の行為か）や違法要件（事業活動の相互拘束か、一方的制約か）の組み合わせにより、規制が必要とされる閾値である違法要件の解釈も複数あることが許容されそうである⁽²¹⁾。

「一定の取引分野における競争の実質的制限」について、これまで見てきたように、判例において「競争自体が減少して、特定の事業者または事業者集団が、その意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる状態をもたらすこと」、「一定の取引分野における競争を全体としてみて、その取引分野における有効な競争を期待することがほとんど不可能な状態をもたらすこと」あるいは、単独の事業者による排除型私的独占事件においては

「市場支配力の形成、維持ないし強化という結果が生じていたもの」と異なった表現が出現してきたことは、事件に応じた違法要件の解釈の精密化の手がかりとなりそうである⁽²²⁾。

そして、競い合いのレベル(行為主体・行為要件)の判断と競争メカニズムのレベル(違法要件)の判定は、事件の経験を積み重ね、相互に還元することにより、より妥当な法解釈が期待できるとともに、少なくとも、競争の二義性を理解していない混乱した法解釈が示されることが防止できる。

- (1) 2005年改正前のドイツ競争制限禁止法(GWB: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)の1条1項前段“Verträge, die Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schließen, und Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen sind unwirksam, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen.”「事業者または事業者団体の間で共通の目的のために結ばれた契約および事業者団体の決議は、競争制限によって商品または役務の生産または流通の市場関係に影響する場合には、不確定無効である。」において、我が国独占禁止法の不当な取引制限の定義規定(2条6項)と比べると、「一定の取引分野における競争の実質的制限」に相当するのが「商品または役務の生産または流通の市場関係に影響」であり、GWB1条1項の「競争制限」は独占禁止法の「事業活動の相互拘束」に該当し、競争的行動の自由(wettbewerbliche Handlungsfreiheit)の制限を意味する(Rainer Bechtold “Das neue Kartellrecht” (Verlag C.H.Beck, 1981) S.22)から、そこでのWettbewerbは事業者間の個別具体的な競争活動のことになる。2005年改正後のGWB1条は、EU機能条約101条1項(“the prevention, restriction or distortion of competition within the common market”)に合わせたものに改正され、“Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten.”「競争の妨害、制限または歪曲を目的または効果とする事業者間の協定、事業者団体の決議および相互協調的行為は、禁止する。」となった。ただし、これによって、競争の意味が変化したわけでもない(Langen・Bunte “Kommentar zum deutschen europäischen Kartellrecht” (Carl HeimansVerlag/Luchterhand, 2011) S.110)。競争を積極的に定義するものではなく、米国反トラスト法やEU競争法でも同様で、その都度、競争の意味を柔軟に解して、競争という用語を使っているのが実態であるが、本稿では、あえて競争の二つの意味を明確に分けることにより、独占禁止法実体規定の解釈の方向付けを試みたものである。
- (2) 福澤諭吉『福翁自伝』(慶應義塾、2005年。本書『福翁自傳』の初版は明治32年[1899年]発刊)184-185頁から引用すると、「……コンペチションという原語に出会い、いろいろ考えた末、競争という訳字を作り出してこれにあてはめ、前後二十条ばかりの目録を翻訳してこれを見せたところが、その人がこれを見てしきりに感心していたようだが、「イヤここに争いという字がある、ドウもこれが穏やかでない。

ドンナことであるか」「どんなことってこれはなにも珍しいことはない。日本の商人のしているとおり、隣でものを安く売るといえばこっちの店ではソレよりも安くしよう、また甲の商人が品物をよくするといえば乙はそれよりも一そうよくして客を呼ばうと、こういので、またある金貸しが利息を下げれば、隣の金貸しも割合を安くして店の繁盛を図るというようなことで、互に競い争うて、ソレでもってちゃんと物価も定まれば金利も極まる、これを名づけて競争というのでござる」とあって、「互に競い争うて」のところが可算名詞の“a competition, competitions”に相当し、「ソレでもってちゃんと物価も定まれば金利も極まる、これを名づけて競争という」が不可算名詞の“competition”に相当することになる。福澤諭吉が competition の訳語を考えながら、その語義の本質を見抜いていることに感嘆させられる。

- (3) 経済学者からのコメントとして、「競争をあらわす言葉はけっして competition ひとつではありません。英語だけに限ってみても、競争を意味する、もしくは含意する言葉は意外なほど多く、competition 以外にも、rivalry, vie, emulation など多種多様なものがあります。英語圏の人びとは、こうした微妙にニュアンスの異なる「競争」を、場面や文脈に応じて適切に使っているのであって、それを日本ではほぼひとしなみに「競争」と訳すしかないため、かえって競争にたいする理解や認識を混乱させてきたきらいがあるので（ちなみに、現代競争論を強く唱えてきたのは、アメリカの経済学派というとしカゴ学派や新オーストリア学派ですが、彼らは自分たちの理論をライバルリー理論[rivalry theory]とか、コンテスタブル・マーケット理論[contestable market theory]などと呼んで、コンペティションという語をあまり使いたがりませんでした。）」井上義朗『二つの「競争」競争観をめぐる現代経済思想』（講談社現代新書、2012年）116頁。同書は、本稿が提示する競争の二つの意味とは関係なく、コンペティションは「負けないようにする」競争観であるのにたいし、エミュレーションは「勝とうとする」競争観であるとして、現代における競争の意義を論じている。
- (4) 和訳は、村上淳一訳『権利のための闘争』（岩波文庫、1982年）に依った。同書の解説143頁では、訳者から「単に「レヒト」とある場合には、前後の文脈から権利、法のいずれを指すかを知ることができる場合が多いが（この翻訳にさいしても、そのような場合にはいずれかに訳し分けている）、権利と法の双方を意味するものとしてこの語が用いられることも少なくない。「闘争において汝のレヒトを見出せ」という題辞において、レヒトはまさにこの二重の意味で用いられているのであり、したがって、「権利＝法」という訳語があらわれているわけである（本書の表題も、本来は「権利＝法のための闘争」とすべきであるが、慣例に従って「権利のための闘争」とした。）」との指摘がある。
- (5) 前注同書81頁。
- (6) かかる競争の二様・二義性の論点は、もちろん、夙に、様々な論述で指摘されているところで、例えば、「……資本主義社会における競争の機能としては、……複数の事業者の中の特定の者が、取引の機会を獲得するための条件となる、ということの外に、同一の目的をもつ複数の競争行為が相互に影響し合うことにより、資本主義社会における経済循環を可能ならしめるという機能が存することに注意しなくてはならぬ。すなわち、前者が、個別的な競争行為の集合体が、全体として有する機能に外ならぬもので、競争が、後者の機能を発揮する場を、通常、市場と呼んでいる。（中略）かくて、「競争」の観念の中には、個別的な競争行為を指す場合と共に、市場における全体としての競争を指す場合も存することが明らかとなった……」今村成和『独占禁止法』（有斐閣、1961年）38-39頁との指摘があり、その後の独占禁止法の各種の解説書も同様の指摘をしてきている。
- (7) 前注同書40頁。
- (8) 注6同書38頁では、「そもそも、この法律において、競争の観念を定義する必要があったかどうか、疑わしいといえるのであって、競争の観念は、一般的には、独占禁止法上特に定義を必要とする技術概念というよりは、むしろ独占禁止法によって立つ社会的基盤を構成する事実に関する観念なのであるから、これに対する法的な加工を

- 目的とする概念規定を試みるようなことは不必要であったと思うのである。」と述べられている。
- (9) 東宝・新東宝事件・東京高判昭26・9・19高民集6巻13号868頁。
- (10) 独占市場では、独占事業者が競争メカニズムを直接に操作しているようにみえるが、競争市場よりも他の事業者の動向を気にせずに、自らの事業活動の意思決定ができるという余裕を持つことで、競争メカニズムの機能を相対的に阻害しているということはいえるが、独占事業者といえども、潜在的競争者の新規参入を誘引するような高価格販売を行えば、競争メカニズムはなお機能しているので、事業者にとっては、競争メカニズムは直接に操作できることではない。異なる例として、政府が事業法に基づいて価格規制や参入規制を行う場合は、競争メカニズムを廃して、自らが競争メカニズムに代わって、決定機能を果たそうとするものである。
- (11) 事業者団体が参入制限を行えば、当然に競争メカニズムに悪影響があるとの趣旨になる。
- (12) 5年先に実現する新規設備の投資調整カルテル(不当な取引制限)が行われた場合、当該カルテルが5年先の市場での競争メカニズムをどのように変化させるかを実証するとすれば、5年の時日を徒過しなければならない。しかし、設備投資の競い合いを制約したこと自体の在り様から、競争メカニズムへの悪影響を導き出せば、競い合いを制約する行為が行われた時点で違反行為として間擬することが可能になる。
- (13) 競い合いと競争メカニズムだけでなく、実際には、行為主体の問題や正当化事由の存在も加味して、判断経験を積み重ねることになる。
- (14) 公正取引委員会審決集56巻第2分冊567頁。
- (15) 複数の当事者間の意思の連絡の機会が全くない状況下では、囚人のディレンマの例により、各当事者は競い合う行動に出ざるをえない。四国ロードサービスほか3名事件(公正取引委員会勧告審決平14・12・4審決集49巻243頁)では、入札談合において、四国ロードサービス(S)のみが受注を続けられることで、事業活動を拘束されているのは受注しない他の3社で、Sはその事業活動を拘束されていないのではないかという疑問がありうるが、Sは他の3社が受注しないことを確認できて、余裕を持って自らの受注活動を遂行できることで、拘束された事業活動となっている。
- (16) 民集66巻2号20頁。
- (17) 複数の事業者間で意思の連絡があればよく、その結果が一方の事業者の事業活動が拘束される場合も含む。私的独占における通謀や支配の場合も含むものである。拙稿「私的独占における支配の行為概念」白鷗大学法科大学院紀要創刊号(平成19年)75頁。
- (18) 米国反トラスト法の運用における当然違法、合理の原則、ハードコア・カルテル等の考え方が対応するところである。
- (19) 高刑集33巻5号359頁。
- (20) 「『競争の実質的制限』という事態は不可視的、観念的事象であるので、その判断は、事実から推論することによらざるを得ないということから引き出された表現であると理解する。」とする厚谷襄児先生の精緻な研究が既にある。厚谷襄児「不当な取引制限における『競争の実質的制限』について」北大法学論集46巻6号(1996年)・厚谷襄児『独占禁止法論集』(有斐閣、1999年)1頁所収。
- (21) 独占禁止法は、「一定の取引分野における競争の実質的制限」と「公正な競争を阻害するおそれ」という2つの違法要件を規定しているところ、後者については、既に複数の解釈を並列して運用してきており、前者についても複数の解釈が可能であると考えるもので、それによって、行為主体+行為要件の態様によって、2つの違法要件の連続性を持たせることを試みることができる。
- (22) 判例が示してきた従前の競争の実質的制限の基準は、市場支配力またはそれに準ずる市場力を有する単独の事業者による排除型私的独占に相応しても、不当な取引制限等の共同行為には、高過ぎて、「競争自体が減少」、すなわち、本稿での用語に言い換えれば、「競い合い自体が減少」する効果が増さって認められれば十分であり、市場を支配することができる状態まで必要とは必ずしもいえないとの筆者の見解について

は、拙稿「競争の実質的制限における違法性判断基準の在り方」『厚谷襄児先生古稀記念論集 競争法の現代的諸相(上)』(信山社、2005年)357頁。実際に、ストーカ炉入札談合課徴金日立造船事件・東京高判平24・3・2公正取引委員会審決集58巻第2分冊188頁では、「原告は、本件審決が、受注予定者がアウトサイダーの協力を得られずにアウトサイダーとの間で価格競争を行っても本件特段の事情にはならないとする一方で、アウトサイダーの協力を得られずに自由競争になったことは本件特段の事情になるというのは自己矛盾であると主張するが、入札参加者である5社の間で本件合意が実施され受注予定者が決定されている場合には、公正な競争に参加する者が少なくなっているのであるから、実際の入札において上記受注予定者とアウトサイダーとが価格競争を行ったとしても、既に発生した競争制限効果を消滅させるような影響はないといわなければならない。他方、本件合意が実施され受注予定者が決定されたにもかかわらず、実際の入札においてアウトサイダーの協力が得られずに、5社による受注予定者の決定が覆され自由競争になった場合(すなわち、本件合意の対象から除外された場合)には、本来の競争参加者がすべて価格競争に参加することになるのであるから、この場合には本件合意に基づく競争制限効果は当該入札(工事)には及ばないことになる。したがって、両者を区別し、後者のような場合に本件特段の事情が認められるとすることに矛盾はなく、原告のこの点に関する主張は失当である。」との判示で、不当な取引制限(入札談合・水平的共同行為)には、競い合い(競争)の減少で、競争メカニズム(競争)の実質的制限に至るとの方向が示唆されている。

なお、1回限りの個別の入札談合(1回限りの競い合いの制約)から、一定の取引分野における競争の実質的制限を認めるに至れるか否かは、影響の大きさ等を勘案した判断となる。

(本学法科大学院教授)