

# 論 説

## 市場法の中の独占禁止法の運用と解釈

鈴木 孝 之

### はじめに

人間社会を操作する目的とアプローチを考察する学問分野として双璧をなす法学と経済学を並行して理解しようとする、その接点となるのが「市場」の概念である<sup>(1)</sup>。商品役務の交換の場である市場は、社会そのものでもあり、市場参加者である供給者間・需要者間で競争（競い合い）が維持されれば、社会全体に関して市場参加者による分権的決定が可能になる。かかる市場メカニズム（競争メカニズム<sup>(2)</sup>）を生かす経済体制が市場経済であり、本稿では、市場経済を支える効果のある複数の実定法<sup>(3)</sup>を市場法と総称し、独占禁止法（「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（1947）年法律第54号）について、市場法との関係で、その解釈と運用の在り方を検討しようとするものである。

人間社会における財貨・サービスの取引形態は、市場内取引と市場外取引に大別できる。市場内取引とは、市場において給付と反対給付が直接対応し、選択を通じて競い合いが期待できるものである。また、市場外取引とは、国家や共同体、さらには家族の内部において、給付と反対給付が即応しない態様で行われている財貨・サービスの一方的給付である。前者の市場内取引では競争メカニズムによる自律的制御が働き、後者の市場外取引では他律的制御<sup>(4)</sup>に頼ることになる。すなわち、市場内取引では、実定

法自体はその取引条件を定めず、市場メカニズムを通じて間接的に定めることになる。これに対して、市場外取引では、実定法がその取引条件をある程度直接に定める<sup>(5)</sup>。ただし、市場内取引と市場外取引の区別は、相対的・変動的なものであるから、関係する実定法の各法律を市場内取引に関するものと市場外取引に関するものとの、絶対的・固定的に分類できるものではない<sup>(6)</sup>。

さらに、市場外取引による財貨・サービスについて、外部財という経済学上の呼称を不正確な使い方ながら用いさせてもらうと、正の外部財あるいは負の外部財も存在する。正の外部財は、良好な自然環境や生活空間の維持のように、無料で受益できる財貨・サービスのことである。負の外部財とは、環境汚染のように、賠償費用ないし改善費用を負担しないで、自然環境や生活空間を利用することである。特に、負の外部財については、改善費用を負担可能なものとして、市場外取引から市場内取引に移行させることは、望ましい事柄である。

本稿が検討対象とするのは、市場経済における市場内取引の促進である。市場内取引は、交換と競争という2つの要素から成り立つ。交換とは給付と反対給付が相対する形式的要素であり、競争<sup>(7)</sup>とは給付と反対給付が均衡する実質的要素である。したがって、本稿で冒頭に設定した市場法という概念および用語は、競争法の一部と言い換えてもよいのであるが、競争が存在するための必要条件として、市場の存在が当然に前提となり、市場の在り方如何がその後の競争の在り方にも影響を与えることを強調すべく、市場法という名称付けを試みたものである。

独占禁止法は、市場内取引のうち、特に競争メカニズムを生かす競い合いの維持・促進に関する法律であるが、規制手法は、競争メカニズムを有効に機能させなくするように、競い合いを減殺したり、競争メカニズムが有効に機能しない状況下で、不当な取引条件を設定したりすることを取り締まる法律といった方が正確である。とはいえ、独占禁止法も、我が国の

実定法の全法体系に組み込まれて機能する法律であるから、他の法律と協働して適用されることが期待されている。他の法律とは、独占禁止法以外に存在する、民法を中心として市場内取引を継続して維持しようとする法律<sup>(8)</sup>のことである。

民法を中心とした他の法律が市場の創設・維持について、当事者に平等・中立的に係わるのに対し、独占禁止法は、競い合いと競争メカニズムを減殺できる力を有する単一の事業者の単独行為またはかかる力を共同して形成する複数の事業者間の共同行為（以下単に「共同行為」という。）に着目して、政策的な非対称規制を展開するという特徴をもつ。

市場の創設・維持については、3つの場面に分けることができる。①市場で取引される財貨・サービス（取引客体）の設定、②市場における取引参加者（取引主体）の設定、そして③取引相手を選択し、交換の合意に至る取引行為の規律である。このうち、②と③については、上述のとおり、民法を中心とした他の法律と独占禁止法は共にそれぞれ連携した役割があるが、①については、民法を中心とした他の法律が専ら受け持つところである。市場で取引される財貨・サービスを取引客体として設定するためには、所有の概念とそれに伴う所有者による排他権の設定が必要であり、これは専ら私権の設定に係わることであり、独占禁止法の役割からは外れる事柄である。

①は本来的に独占禁止法の役割ではないのであるが、社会的ルールは法律によってのみ創られるのではなく、私人間の合意（契約）によっても、その当事者間で通用するルールとなり得る。また、①の取引客体の設定がなければ、市場は成立せず、市場にとって最も重要な要素である<sup>(9)</sup>。したがって、当事者間で通用するルールとして、取引客体として新たな財貨・サービスを具体的に創設する共同行為が行われた場合や違法または粗悪な財貨・サービスを除外する共同行為が行われた場合、かかる共同行為を独占禁止法上どのように処遇すべきかというのが、本稿の主題である。

## 第1 市場法の要素

### 1 近代私法の三大原則

財貨・サービスの交換の場である市場が成り立ち、維持されていくためには、財貨・サービスの交換という取引行為の対象となる所有された財貨・サービス(取引客体)の存在が第1に必要であり、第2に取引行為を行う当事者(取引主体)があつて、さらに、取引行為がそれぞれに適した取引条件で合意できる取引先選択の自由にあることが求められる。

いわゆる近代私法の三大原則<sup>(10)</sup>の言い方の一つになぞらえれば、①私的所有権絶対の原則、②権利能力平等の原則、そして③私的自治の原則あるいは契約自由の原則である<sup>(11)(12)</sup>。

### 2 取引客体

市場の成立・維持とは、市場内取引を可能にすることであり、そのための最も重要な第1の要件には、取引客体となる財貨・サービスの所有について排他性を有し、それらを他者が取得または利用しようとする(給付を受ける)ためには、反対給付の提供を要するものであることが指摘できる。私的所有権絶対の原則が相当するが、同原則の対象となる土地・家屋等の不動産や固体・液体の形状をとる動産のような有体物に限るものではなく、管理可能となったガス等の気体や光・熱・電気等のエネルギー等の無体物、さらにはサービス等の財産一般に及ぶ事柄である。重要なことは、物権的請求権で意味する排他性が保障されていることである<sup>(13)</sup>。サービスは、通常、サービスの提供者から当該サービスを楽しむ者が限られるから、それ自体、排他性を有する。人間の考案・アイデアである知的財産のように、消耗・消尽せず、同時並行利用が可能な無体物も、各種の知的財産権法で排他的権利を付与されることにより、取引可能なサービスとして市場の平面に引き上げられる。法定の排他的権利が設定されるまでに至らなくとも、民法の不法行為や不正競争防止法の不正競争行為の制度により、法律上保護される利益となることで、排他性が生じ、取引の対

象となる実態もある<sup>(14)</sup>。

取引客体として、排他性の次に重要な第2の要件は、誰かに所有されていることである。無主物でないことにより、市場での取引により取得しなければならないことが確認される。特に、不動産の場合は、必ず誰かの所有物であり、市場における取引を介さずに取得することはできない<sup>(15)</sup>。市場を形成・維持する要素の一つである。

市場法の第1の役割は、上記の排他性と所有の形態を明らかにすることである。このような制度は、取引客体となる財貨・サービスの創出と生産販売の増進を誘引する。ただし、財貨・サービスを創出し、生産販売を増進するのは、専ら事業者の役割である。

なお、取引客体となることを違法とされる財貨・サービスもある。銃器、麻薬、売春、賭博等が典型例である。これらの取引を禁止する法律も、市場法の一環をなす<sup>(16)</sup>。

### 3 取引主体

市場での取引への参加資格である。民法上は、権利能力や行為能力で表される。権利能力平等の原則は、人は、皆、市場への参加資格があり、市場社会の一員であることを表現している。このことは、当然のこのようであるが、政治において成人の全国民に選挙権を通じて、政治に関する決定への参加資格があると同様に、経済に関する決定への参加資格が全国民にあることを意味し、重要な事柄である。

取引の主体において、第2に重要な要素は、誰の所有であるかという点である。これは、私的所有権絶対の原則にも通じる話であるが、私人に持たせた方がはるかに市場機能を発揮できることである<sup>(17)</sup>。当該財貨・サービスを利用して獲得できる利益をそのまま享受でき、かつ、利用できる者に持たせることが有用である。端的に言えば、官有よりも民有が適している。民有の方が、生産と取引の意欲をより増進し、功利主義的にいえば、私人の厚生が増大が社会全体の厚生が増大につながるからである。

市場法の第2の役割は、法的な人格および私有財産制の確立である。

#### 4 取引行為

取引行為は、市場で取引の相手方を選択し、取引条件について合意に達することである。民法上は、私的自治の原則、より正確には、契約自由の原則が妥当する。そのために、取引先選択の自由を保障するほか、欺まんな取引方法などが横行しないこと、さらには、競争阻害行為が防止されるべきことなどが重視される。

市場法の第3の役割は、自由な取引活動を抑制することなく、不公正な取引行為を規制することである。

取引主体がそれぞれ自律的に意思決定を行う自由な取引活動が維持されれば、競争が生じると市場法は考えている<sup>(18)</sup>。

#### 5 本稿における検討の対象

市場法の役割を果たすことを独占禁止法が求められた場合、どのような形態をとるかを、市場法の3分野（取引客体、取引主体および取引行為）のすべてで検討するには、本稿に許された紙幅では足りないので、先述したように、最初に視点が当たることになる取引客体の問題に絞って、以下で検討する。

### 第2 市場法の中の独占禁止法の運用

#### 1 市場法と独占禁止法

本稿でいう市場法とは、これまで概観してきたように、市場の成立・維持のために必要な要素である、市場における取引客体、取引主体および取引行為に関して、市場の成立・維持を促進する効果がある規定を含む実定法である。我が国の経済体制は、自由市場経済を基本とするものであるから、これに少しでも関係する実定法は多数あることになり、かかる規定を含む実定法をすべて列挙することは簡単ではない<sup>(19)</sup>。したがって、本稿では、市場法の代表例として、民法を挙げてきた。それに伴い、知的財産

権諸法や不正競争防止法、さらには刑法等の取締法規も挙げられよう<sup>(20)</sup>。

他方、独占禁止法は、市場が成立した後に、当該市場で機能することが期待される競争メカニズムを阻害する事業者の行為を規制する実定法と観念される。産業社会の発展と共に、市場で期待される競争メカニズムを阻害する力（市場支配力等）を単独または共同で有する事業者が行う行為となることが多いから、このような力のある事業者が行う競争阻害行為を民法による規制（被害者から加害事業者に対する裁判所への訴訟提起を待つ受動的な規制）では不十分なものとならざるを得ず<sup>(21)</sup>、より能動的な行政機関による積極的な規制を可能にする新たな立法が必要となり、それが独占禁止法と観念される法規である。

民法の限界を超える事象を独占禁止法が担当して、民法と独占禁止法が協働して、市場の形成と維持という同じ目的にあたるとする実定法の構成がある<sup>(22)</sup>が、本稿では、かかる側面に焦点をあてるのではなく、民法などの諸法が専ら果たしている市場を形成する機能について、独占禁止法はどのように係わっていくのかという、民法などの諸法と機能的に同列に市場法の範疇に入る場合のことである。すなわち、外形的に、競争制限効果があるとみられる共同行為が、市場を形成する効果をもつとき、独占禁止法の該当条項（不当な取引制限＝3条・8条1号）をどのように運用・解釈するかという問題である。

## 2 取引客体と独占禁止法

①市場で取引される客体となる新たな商品役務<sup>(23)</sup>の創出、②市場外で取引されている外部財の市場内へ内部化あるいは③市場で取引される客体となるべきではないと法令で禁止されているような商品役務や不適切な商品役務の排除を目的として行われる複数の事業者間の共同行為については、独占禁止法違反の扱いを回避することが考えられるが、どのように取り扱うべきか。

例えば、①のように、新規商品役務の創出を共同行為で行う場合、当該

商品役務は共同行為に参加する複数の事業者による独占商品となり、一見、競争制限効果をもたらすと判断されるきらいがある。しかし、新規商品役務は、それ以前に存在しなかったものであるから、常に独占的な商品役務にならざるをえない。単独の事業者が新たな商品役務を創出し、それが独占的な商品役務であるからといって、独占を維持するために加重する行為がない限り、独占禁止法違反行為に問われることにならないのと同様である。複数の事業者で新たな商品役務を創出することが、独占禁止法違反に該当するとなれば、資金調達・技術協力・品質向上等の理由から、複数の事業者の協力がなければ創出しえないような商品役務の出現の道を閉ざすことになる。したがって、その時点で、違法な競争制限効果があると思われるべきではない。

かかる新規商品役務が出現した後、それが需要者・消費者に受け入れられて独占利潤を得られるものであれば、新規参入を誘引することになり、新たな競争が期待できる。コンテストブル・マーケットであることを阻害し、参入障壁を高めるような行為を、当該複数の事業者が新たに行うとき、その行為を独占禁止法違反としてとらえるのが、独占禁止法の本来の考え方といえる。

新規商品役務が市場に出現することを保障することは、市場法の役割であり、独占禁止法も市場法の役割を優先して果たすべきことになる。市場が存在することを絶対の前提条件として、独占禁止法は機能するからである。

さらに、②市場外にある外部財の市場内へ内部化あるいは③市場で取引される客体となるべきではないと法令で禁止されているような商品役務や粗悪な商品役務の排除を目的として行われる共同行為については、どうであろうか。以下、具体的な事例でみていくことにする。



## (1) 新規商品役務の創出

### 【事例1】「高速バスの共同運行に係る独占禁止法上の考え方について」

(公正取引委員会2004年2月24日公表)

<考え方概要> 一般に、一般乗合旅客自動車運送事業者(以下単に「事業者」という。)による、運賃・料金、運行回数又は運行系統を制限する協定及び路線分割、市場分割を行う協定は、原則として独占禁止法上問題となる。

しかしながら、高速バス(都市間を結び、停車する停留所を限定して運行する急行系統で、運行系統キロが概ね50キロメートル以上の乗合バスをいう。)の運行については、着地が事業者の営業区域から遠隔地にあり、事業者が単独では運行しにくい場合が多いという特性がある。こうした高速バスの運行における特性を踏まえると、そうした特性に応じた必要な範囲を超えない形で行われる以下の協定は、参入可能な事業体を増やすという競争促進的効果が認められ、また、事業者が単独では達成し得ない効率性を達成することにより利用者の利便に資すると考えられることから、路線分割、市場分割を行う協定を除き、原則として独占禁止法上問題とはならない。

ア 事業者が単独では参入しにくい場合において、新規路線を開設するために行われる共同経営に関する協定

イ 上記アの目的に基づく協定を既に行っている事業者が単独では当該協定に係る路線を維持することが困難な場合(例えば、着地が事業者の営業所から遠隔地にあるため、当該事業者が、(1)着地において復路の集客を行うのに必要な経営資源を有していない、(2)バスターミナル等の発着施設、駐車場等の施設を着地において有していない状況にあり、それに要する費用を単独では負担し難い場合が考えられる。)に行われている当該協定

ただし、2002年2月に施行された道路運送法の改正によるいわゆる需

給調整規制の廃止により、路線への参入が行いやすくなる等、競争環境が変化している中、当該協定に参加する事業者が共同して、競合路線を運行する他の事業者を排除し又は他の事業者による競合路線への新規参入を阻害する行為及び他の事業者が協定に参加し又は協定から脱退することを不当に制限する行為は独占禁止法上問題となる。

<検討> 高速バスの長距離路線は、1日の間にある程度の時間間隔において何本か発着するサービス(例えば航空のチャトル便類似)が提供されて、利便が増し、利用者に受け入れやすくなるものである。このような旅客運輸サービスという役務を新たな路線に創設するとき、単独の事業者では負担しきれず、複数の事業者で共同して行うことで可能になることが多い。新規路線を開設するため、ないしこれに準ずる場合であることが述べられて、独占的な新規商品役務を創出する場合に該当する。

開設する新規路線の市場を独占する共同行為でありながら、不当な取引制限とならない理由として、(i) 参入可能な事業体を増やすという競争促進効果と(ii) 効率性の向上と利用者の利便に資することが挙げられている。

この理由付けは、不当な取引制限の違法要件(一定の取引分野における競争の実質的制限)について、競争制限効果と競争促進効果を比較衡量して、後者が上回るとの内在的考慮を行ったものとも、競争制限効果の弊害よりも効率性の向上と利用者の利便の度合いが上回るとの外在的考慮を行ったものともみえる。

しかし、共同行為により新規路線を開設することでできた旅客運送市場で独占となることが必然なものを競争制限効果があるといきなり考えるのは、いかにも不自然である。そうではなく、端的に、新規商品役務を創り出す共同行為は、行為要件(共同する複数の事業者の事業活動の相互拘束)および違法要件のいずれにも当たらないと判断すべきである。新規商品役務であるか否かは、出現したときに、他に競合商品役務のない独占的

な商品役務であるか否かで判別できる。言い換えると、それまでの如何なる市場にも属さない商品役務であることを意味する。したがって、共同行為によって、新たに出現した独占的な商品役務の場合、各事業者が単独で可能であった事業活動が潜在的にも存在しないことを前提にするので、行為要件レベルの競い合いを制約したものでなく、まして、当該商品役務について競争メカニズムが機能している市場が存在したわけでもないから、違法要件レベルの競争メカニズムを制限したものでない。

このようにして、新規商品役務を創り出す共同行為は、独占禁止法が適用される性質のものではないことが、市場法の見地から判然とさせることができれば、当該商品役務の価格が斉一であっても、それは付随的制限の原則 (ancillary restraints doctrine)<sup>(24)</sup>で当該共同行為に付随せざるを得ないものとして、容認できる事柄である。上記の公正取引委員会の考え方も、路線分割、市場分割を行う協定以外の運賃・料金、運行回数または運行系統を制限する協定を行っても原則として独占禁止法上の問題とはならないとする。

独占的な新規商品役務を創出する共同行為をいきなり独占禁止法違反とするような事例は、余りにも稀に過ぎて、その妥当性を考えたものは、上記の高速バスの共同運行以外に具体的には見当たらない。

しかし、抽象的には、「共同研究開発に関する独占禁止法上の指針」(公正取引委員会1993年4月20日公表)の次のような記述からうかがい知れるものがある。「共同研究開発は、多くの場合少数の事業者間で行われており、独占禁止法上問題となるものは多くないものと考えられるが、例外的に問題となる場合としては、例えば、寡占産業における複数の事業者が又は製品市場において競争関係にある事業者の大部分が、各参加事業者が単独でも行い得るにもかかわらず、当該製品の改良又は代替品の開発について、これを共同して行うことにより、参加者間で研究開発活動を制限し、技術市場又は製品市場における競争が実質的に制限される場合を挙げ

ることができる。」からは、従来製品と競い合いの関係に立つ“当該製品の改良又は代替品の開発”でなければ、すなわち、他に競い合う製品がにわかない独占的な新規商品役務の開発を共同して行っても独占禁止法上の問題とはならないことを示唆している。

## (2) 外部財の内部化

**【事例2】** 事業者団体によるリサイクル・システムの共同化（公正取引委員会平成16（2004）年度相談事例集事例13）

<相談事例概要> (1) 産業機械向け消耗品Xについては、現在4社が国内で生産しており、全社ともA協会の会員である。

(2) 消耗品Xについては鉛が多く使用されていることから、使用済品については、従来は回収業者や解体業者により回収・リサイクルされていた。しかしながら、近年鉛の相場が下落したことにより、回収し精錬するコストが相対的に高くなったため、回収率が低下し、不法投棄が社会問題化した。

(3) このような状況を踏まえ、A協会は会員が自ら使用済の消耗品Xを回収・処理することを決定した。しかしながら、使用済の消耗品Xは全国において不定期に発生し、個々の会員が自社の製品のみを回収・処理するのでは費用等の点から実現困難であることから、以下のような共同の回収・処理システムの構築を検討している。

なお、当該リサイクル・システムの構築は、各会員が独自にリサイクル・システムを構築することを何ら妨げるものではない。

### ア 既存の回収・解体業者の利用

使用済の消耗品Xの回収・解体事業については、既存の回収業者及び解体業者が地域ごとに解体業者を中心とした回収網を作っていることから、これら各地域の事業者をグループ化し、各グループに回収・処理業務を委託する。

なお、回収方法や回収事業者の選定は、各グループが独自に判断するこ

ととし、廃棄物処理法上の一定の基準を満たすことを求める以外は、何ら制限を設けるものではない。

#### イ 費用の負担

上記グループへの委託費用については、各会員が販売実績に応じた額を負担し、実際に協会に納める費用の消耗品Xの販売価格に占める割合はおおむね10%と見込まれる。各会員が協会に納める費用を自社の製品価格に転嫁するか、また、転嫁する場合にはどの程度転嫁するかについては、各会員が自らの判断で決定する。

<公正取引委員会の回答> 本件については、以下の点から製品市場及びリサイクル市場における競争を制限するものではなく、独占禁止法上問題を生じるものではない。

#### ア 共同化の必要性・合理性

使用済の消耗品Xは全国において不定期に発生すること等の理由から、会員が独自に回収・処理を行うことは困難であり、共同でリサイクル・システムを構築することには一定の必要性・合理性が認められる。

#### イ 製品市場における競争に与える影響

(1) 使用済の消耗品Xの回収・処理サービスは、各会員の消耗品Xの販売とは切り離して、A協会が独自に行うものであり、また、回収・処理に要する費用について、各会員が当該費用を自らの消耗品Xの販売価格に上乘せするかは、各会員の自らの判断によることから、消耗品Xの製品市場における競争に直接に影響を及ぼすものではない。

(2) 回収・処理に要する費用の負担を通じ、会員が消耗品Xを製造・販売するのに要する費用の一部が共通化されるため、会員による消耗品Xの自由な価格設定に影響を与えることも考えられる。しかしながら、本件については、当該費用の販売価格に占める割合はおおむね10%にとどまることから、会員の自由な価格設定が制限されるとまでは認められない。

## ウ リサイクル市場における競争に与える影響

本件については、既存の解体業者等が既に構築している回収網を利用するものであり、また、回収業者の選定に関しても、一定の客観的な基準を満たすことを求める以外は、何ら制限を設けるものではなく、さらに、各回収業者は従来から回収業務を行っているところ、これら事業者が独自に回収、処理業務を行うことを妨げるものではない。したがって、本件については、リサイクル市場における競争が制限されるおそれがあるとは認められない。ただし、解体業者及び回収業者が、当該リサイクル・システムに参加するには、各地域のグループへの参加が条件とされているところ、特定の解体業者や回収業者が当該グループから不当に排除され、または新規に参入することを阻害される場合には、独占禁止法上問題となるおそれがある。

<検討> リサイクルとは、廃棄物の回収・運搬、廃棄物の再資源化等といった取組を包括的に対象とするシステムや、その一部を対象とするシステムをいう。これにより、新規に提供される役務は、廃棄物の回収・再資源化というユニバーサルなサービスである。

また、このサービスが新規に成立することにより、再資源化された商品は、新たに創り出される商品である。

リサイクル・サービスや再資源化商品を創り出す共同行為<sup>(25)</sup>は、従前は市場外での取引を当事者にとって不本意に強制される外部財を市場内取引に内部化するために共同するものである。それゆえ、独占的な新規商品役務を創出する共同行為というよりも、浪費するように市場外で無駄に投棄されていたものを、市場内取引の対象になるよう、従前から市場内取引の対象となっている同種または類似の商品役務の生産量に追加しようとするものである。そして、取引客体となる量を市場外から市場内に移行させて増加させる可能性を新規に開くものであることから、市場法の役割である取引客体の確保に通じるもので、独占禁止法違反の可能性を惹き起こす

性質のものではない。

ただし、リサイクル・サービスについては、市場内取引に移行したことにより、費用の徴収を単独に行うか、あるいはリサイクルの対象となる製品の販売価格に上乗せするかという問題があり、後者の場合、製品市場に共同行為がスピル・オーバー効果を及ぼし、当該製品の競い合いを制限して、競争メカニズムの制限に至ることや、さらに、他の事業者を排除する行為を共同して行えば、そのはみ出した効果について、独占禁止法違反の可能性が生じてくるのは当然である。

しかし、当該製品に上乗せする費用相当額が、リサイクル・サービスの利用料に相当するとき、それは外部財を内部化する共同行為の範疇内ということで、上乗せする費用相当額を共同して決めても、不当に制限的でないとして、付随的制限の原則の趣旨に副って、それだけで独占禁止法違反ということにはならないというのが、本稿の考え方である。したがって、リサイクル費用を共同して決定してはいけないというのは、非現実的である。むしろ、リサイクル・システムを停滞させる。したがって、製品市場の競争に影響を与えるほどのものであるかどうか、という観点から考えるべきである。本体価格から切り離してリサイクル費用を明記することが望ましい。

**【事例3】** レジ袋の利用抑制のための有料化の取組（公正取引委員会平成19（2007）年度相談事例集3）

<相談事例概要> 平成19年4月、改正容器包装リサイクル法が施行され、レジ袋の有料化が、レジ袋の排出抑制を促進するために、小売事業者が行うことが推奨される行為の一つとして位置付けられることとなった。

しかし、A市においては、レジ袋の利用を抑制して、ごみの減量化を図ること自体については、住民の間でそうすべきであるとの合意が形成されてきたが、その手段・方法としてのレジ袋の有料化については、住民の間で合意が形成されているとまでは言い難い状況にあり、先行して、独自に

レジ袋の有料化に踏み切る小売事業者は少なかった。

そこで、A市は、同市内の住民団体及び同市の各小売事業者に呼びかけてレジ袋の利用を抑制するための方策等を検討するための協議会を発足させることとし、各小売事業者は、それぞれ独自の判断に基づいて協議会に参加することとしたところ、A市の小売事業者のほとんどすべてが参加することとなった。

なお、A市は、同市内の住民団体に協議会への参加を呼びかけることとしたのは、仮に、レジ袋の利用を抑制するための最も有効な手段が有料化であるとされた場合、一定の負担を顧客に強いることになるため、消費者側の意見を聴取する必要があるからであるとしている。

協議会における議論を経て、A市、同市内の住民団体及び参加小売事業者各社(以下「三者」という。)は、平成19年×月△日以降、市内の小売店舗での商品の販売に際して、レジ袋の提供を有料化し、その単価については、1枚5円とするという内容の協定を締結することとした。

<公正取引委員会の回答> (1) 本件は、参加小売事業者らが共同してレジ袋の有料化及び単価を取り決めているものとして検討する必要がある。

(2) 本件取決めの対象となっている事業活動は、参加小売事業者各社が、レジ袋を1枚5円で提供するというものであるが、レジ袋は、一般的に、その購入を目的として顧客が来店するものではないといえ、小売事業者の事業活動という観点からすれば、レジ袋の提供は商品提供というよりも副次的なサービスの一つと捉えられる。

よって、参加小売事業者間の競争が行われている場合は、レジ袋の取引ではなく、当該小売事業者が販売する商品全体の取引と捉えられる。

(3) A市においては、ほとんどすべての小売事業者が本件取組に参加することになるため、レジ袋が必要な顧客にとっては、レジ袋を無償提供又は安値で提供する小売事業者を選択する余地がほとんどなくなることにな



る。

しかし、ア 本件取決めによって、小売事業者間での商品の販売についての競争は制限されないこと

イ レジ袋は、顧客にとって小売店舗での商品購入に当たり必要不可欠なものとはいえず、また、顧客はその購入を目的として来店するものではないこと

ウ レジ袋の利用抑制の必要性について社会的理解が進展しており、正当な目的に基づく取組であるといえること

エ 本件取決め内容は、(ア) レジ袋の利用の抑制という目的達成のための手段として、以前から行われてきたポイント制等の手段ではその効果に限界がみられる一方、レジ袋の有料化は、ポイント制等に比べて効果が高いと認められること、(イ) 単価を取り決めなければ、レジ袋の利用の抑制という目的を達成できないような安価な提供に陥る可能性があること、(ウ) 取り決められる単価の水準として、単価5円は、目的達成のために顧客が受忍すべき範囲を超えるものとは考えられないことから、目的に照らして合理的に必要とされる範囲内であることから、直ちに独占禁止法上問題となるものではないと考えられる。

<検討> レジ袋が従来無料で配布されていたことは、小売店と来店した買物客との間では、レジ袋が外部財として扱われてきたことを意味するであろうか。単純にそうとも言い切れない。その小売店で、レジ袋が取り放題というわけでもなく、小売店店員が買物客の購入量に応じて必要な枚数だけ提供しているからである。レジ袋に代価を付けて提供することは、レジ袋にもコストがかかっていることを認識させ、さらに、その節約を利益と顧客に感じさせて、レジ袋の節減を図ろうとするものである。ただし、レジ袋を市場での取引客体としたかという点、他の購入商品と切り離して、レジ袋それだけを販売することはないわけであるから、取引客体とするような内部化を図ったともいい切れない。

したがって、本事例は、取引客体を新規に創設するか、取引客体の生産量を追加する可能性を増進するという市場法の役割に関係するような性質のものではなく、顧客が購入する商品の販売競争（特に、小売事業者間の競い合い）にどのように影響するかという観点から見るから、専ら独占禁止法の次元の問題として見なければならぬ。包装にかかる付加サービスの有料化を図ったという類のものであるから、それを共同して決定することは、他に類似の例を挙げれば、配送費を共同して決定するようなものである。それが購入する商品の販売競争に影響しないようにする中立的なものであるためには、実費であることが理想的であり、実費以上に付加サービスで利益を上げる有料化であってはならない。その観点からすると、購入する商品の販売競争に影響を与えない範囲で付加サービスの有料化を共同して決定しても、独占禁止法違反にはならないにしても、本事例の1枚5円は実費以上の疑いがあり、適当とはいえない<sup>(26)</sup>。

### （3）違法または粗悪な商品役務

市場での取引の対象となるように、外部財を内部化する試みを共同行為は、独占禁止法違反の不当な取引制限となるものではないという事例を、これまで積み重ねてきた。逆に、市場での取引の対象とすべきではない、すなわち、例えば、違法あるいは粗悪な商品役務を市場で取り扱わないとの共同行為、換言すると、外部化する共同行為は、独占禁止法上、内部化する共同行為と同様に不当な取引制限とすべきでないということを言い得るであろうか。

【事例4】大阪バス協会事件（公正取引委員会審判審決平成7（1995）年7月10日）<sup>(27)</sup>

<事実概要> 大阪バス協会（被審人）は道路運送法にいう一般貸切旅客自動車運送事業等を営む貸切バス事業者を会員とする事業者団体である。

道路運送法によって、貸切バス料金については、認可された標準運賃の±15%の幅の中で、事業者が自由に運賃を決定できる幅運賃制が実施さ

れていたところ、大阪府の貸切バス市場で、幅運賃の下限を大幅に下回る運賃での取引が大規模かつ恒常的に行われてきた実態があり、貸切バス事業者の中には、運輸省近畿運輸局長から認可運賃収受の指導警告を受けた者もあった。

被審人は、昭和63年8月11日以降、貸切バス小委員会を設けて、主催旅行向け輸送運賃等について検討を重ね、需要の多寡に応じてシーズンを3つに分けて最低運賃を決定し、会員事業者に通知して遵守させた。

この行為について、公正取引委員会が独占禁止法8条1号違反の勧告をしたところ、審判で争うことになり、争点の一つとして、認可運賃の下限を下回る運賃設定を防止する共同行為が独占禁止法違反となるか否かがあった。審決では、決定された最低運賃が幅運賃の下限を上回っている事実が認められた学校遠足向け輸送に係る決定のみを8条4号違反とした。

<審決概要> 運賃等に限らず事業者又は事業者団体により価格協定がされた場合に独占禁止法による排除措置命令をすることができるかどうかを一般的に検討してみると、通常であれば「一定の取引分野における競争を実質的に制限」しているとされる外形的な事実が調っている限り、このような場合は、原則的に同法3条（2条6項）又は8条1号の構成要件に該当すると判断され、同法7条又は8条の2に基づく排除措置命令を受けるのを免れないのがあくまでも原則であると考えられる。

もっとも、その価格協定が制限しようとしている競争が刑事法典、事業法等他の法律により刑事罰等をもって禁止されている違法な取引（典型的事例として阿片煙の取引の場合）又は違法な取引条件（例えば価格が法定の幅又は認可の幅を外れている場合）に係るものである場合に限っては、別の考慮をする必要があり、このような価格協定行為は、特段の事情のない限り、独占禁止法2条6項、8条1号所定の「競争を実質的に制限すること」という構成要件に該当せず、したがって同法による排除措置命令を受ける対象とはならない、というべきである。

なぜならば、(中略)同法による排除措置を命ずることができるかどうかは、専ら同法の見地から判断すべきであって、道路運送法の認可制度を定める規定により当然に判断の拘束を受けるものではないが、独占禁止法の直接及び究極の目的、すなわち、同法1条に記載された、公正かつ自由な競争を促進し、もって、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進するという目的をも考慮してみると、これらの場合には、他の法律により当該取引又は当該取引条件による取引が禁止されているのであるから、独占禁止法所定の構成要件に該当するとして排除措置命令を講じて自由な競争をもたらしてみても、確保されるべき一般消費者の現実の利益がなく、また、国民経済の民主的で健全な発達の促進に資するところがなく、公正かつ自由な競争を促進することにならず、要するに同法の目的に沿わないこととなるのが通常の事態に属するといえるため、特段の事情のない限り、その価格協定を上げて同法所定の「競争を実質的に制限する」ものに該当するとして同法による排除措置命令を受ける対象となるということができないからである。

<検討> 上記審決は、不当な取引制限としない理由を、不当な取引制限の違法要件を充足しないからであるとし、その理由を違法な商品役務について競争を促進してみても、確保される一般消費者の現実的な利益がない等、独占禁止法1条に規定する同法の目的に資するところがないとする。したがって、違法な商品役務を市場内での取引対象としないための共同行為は、当該商品役務にかかる競い合いおよび競争メカニズムを制限しても、市場での取引客体に相応しいかどうかを判断し、この場合は相応しくないと判断する市場法の役割に独占禁止法も沿うべきであるとの観点から、独占禁止法違反となることはない。ただし、「違法な」商品役務との意味は、刑法、各種取締法および各種事業法等の実定法で取引対象とすることが禁じられた商品役務に限られるべき<sup>(28)</sup>であって、それ以外に粗悪あるいは危険と目される商品役務があるとしても、それを取引客体とする

か否かは正しい情報提供を通じた市場における競争メカニズムによる選択に委ねることが望ましいから、かかる粗悪または危険な商品役務の排除に係わる共同行為は、独占禁止法違反にならないとはいえない。

**【事例5】** 事業者団体による粗悪品の流通についての注意喚起情報（公正取引委員会平成17（2005）年度相談事例集12）

<相談事例概要> A工業会は、記録媒体Xのメーカー10社が加盟しており、会員事業者の記録媒体X市場におけるシェアは80%を占めている。

記録媒体Xのメーカーは、自社製品にその特性を示す認識コードを付けて販売するとともに、当該認識コードを記録機器Yが読み取ることができるよう、同コードを記録機器Yのメーカーに報告し、記録機器Yのメーカーは、自社の製品に、報告された認識コードをあらかじめ入力し、各メーカーの記録媒体Xに付されたコードを読み取り、最適条件で記録・再生ができるようにして販売している。

このため、製品特性に適合した正しい認識コードが付されていない記録媒体Xについては、最適条件が得られず、記録・再生に不具合が発生する可能性がある。

海外の記録媒体Xのメーカーの中には、本来自ら設定すべき認識コードを設定せず、国内有名ブランド等他のメーカーの認識コードを無断で盗用して自社製品に付し販売している者がおり、このような製品を購入した消費者から、記録・再生に不具合が生じているとのクレームがA工業会に寄せられている。

A工業会では、このようなクレームを受け、A工業会のホームページを通じて、注意喚起情報を発信することを検討している。

<公正取引委員会の回答> A工業会のホームページを通じた注意喚起情報の発信は、他社の認識コードを盗用した記録媒体Xを使用した場合の不具合について、一般消費者に対して情報を提供し、注意を促す目的で行われるものであることから、基本的には一般消費者の利便性の向上に資する

ものであり、直ちに独占禁止法上問題となるものではない。

ただし、その内容が会員事業者の事業活動を不当に制限したり、競争事業者の事業活動や新規参入を困難にするものでないか検討する必要がある。このような観点からは、当該文書の、「極端に安価で販売されている記録媒体Xの中には、品質の良くないものが含まれている可能性があります。」及び「信頼性の高い国内有名ブランドの記録媒体Xを使用することをおすすめします。」という表現は、廉価品は不具合があり信頼性がないという合理的根拠のない懸念を消費者に抱かせ、安値販売を行う他の事業者や、正規の輸入業者、新規参入業者の事業活動を妨げるおそれがあるとともに、会員事業者が廉価で販売することを自粛することにもなりやすい。

したがって、本件文書のうち上記表現については、記録媒体Xの販売に係る公正な競争を阻害し、独占禁止法上の問題を生じるおそれがある。

<検討> 品質の粗悪な商品を当初から市場における取引客体としないことについては、市場法の役割とはできない。取引相手に正しい情報が伝わることにより、より廉価な取引対象となったり、取引相手の合理的選択により淘汰されていくことが妥当な過程となる。競争メカニズムの働きに任せべきで、違法な商品役務の場合とは異なる。この相談事例においても、公正取引委員会は、正しい情報提供を薦め、粗悪な商品を共同して排除する行為になることには懸念を表明している。

**【事例6】**日本遊戯銃協同組合事件(東京地判平成9(1997)年4月10日)<sup>(29)</sup>

<事件概要> プラスチック製弾丸(BB弾)を発射する機能を有するエアソフトガン(92F)およびBB弾等の製造販売業者であるX社(原告)が、エアソフトガン等の遊戯銃の製造を行う中小企業を組合員とし、組合員の取り扱う遊戯銃の改造防止に関する事業等を目的として設立された協同組合である日本遊戯銃協同組合等を被告として、被告が独占禁止法8条1号および5号に違反して、ユーザーの安全を守るという名目の

下に原告製品を仕入れ販売しないよう問屋に要請し、また原告製品を販売している小売店に他の製品を供給しないと告げるなどして、原告をエアースoftガン及びBB弾の共同市場から排除し、その結果、原告製造の92F及びBB弾の売上げが減少し、さらに、被告らにより原告が危険な製品を製造しているかのような誹謗中傷がされたことによって原告の名誉ないし信用が毀損され、被告らの右妨害行為が現在も継続している旨主張して、被告らに対し、共同不法行為(民法719条)に基づき、右妨害がなければ得たであろう利益相当額の損害賠償を求め、かつ、被告組合に対し、名誉回復の措置として業界関係雑誌3誌への謝罪広告の掲載と、右妨害行為の差止めとを求めた事案。東京地裁判決は、たとえ被告が定めた自主基準の設定目的が正当なものであり、本件自主基準の内容も一応の合理性を有するものであっても、本件妨害行為は、目的の達成のための実施方法として相当なものであるとは到底いえないというべきであり、正当な理由があるとはいえず、独占禁止法に違反するとして、原告の損害賠償請求を認容した。

<検討> 本判決は、「本件自主基準の目的は主として消費者及びその周辺の安全確保にあると認められ、その目的が不合理なものでないことからして、その実施方法が社会的に相当である限り、一定の限度において取引制限等の方法を用いたとしても、実質的違法性を欠く場合があり得るといふべきである。したがって、本件92Fの流通により、消費者及びその周辺社会の安全という法益に重大な危険が認められ、右危険を未然に防止するため他に適当な方法が存在しない場合には、問屋及び小売店に対し、本件92Fの取扱いの中止を要請することはやむを得ないものであって、正当な理由があり、公共の利益に反しないものと認めるべきである。」と判示した。

この判示事項の趣旨は、判然としない。本件判決の結論が、「92Fが流通することによって消費者及びその周辺社会に重大な危険を及ぼすことに

なるとはいまだ到底認められないものである」として、更に「たとえ本件自主基準の設定目的が正当なものであり、本件自主基準の内容も一応の合理性を有するものであっても、本件妨害行為は、右目的の達成のための実施方法として相当なものであるとは到底いえない」として、独占禁止法違反とならないための評価障害事実を二重に並べて、被告組合の独占禁止法違反行為を認定しているからである。

仮に、独占禁止法違反とならない場合を実例で示した判決であれば、また問題である。危険情報の伝達を超えて、いわゆる間接のボイコット（二次ボイコット）をある程度許容するもの、すなわち、独占禁止法違反としない場合があると読み取れるからである。本件判決も限定する「重大な危険性」と「他に適当な方法が存在しない」との緊急避難的な違法性阻却事由がある場合に限られようが、現実これに相当する事例があり得るとは考えられない。

正当防衛的な違法性阻却事由が妥当するか否かについて問われたとみられる、独占禁止法違反と目される不当廉売行為に対する自力救済とみられる新聞販売業者13店による共同の取引拒絶<sup>(30)</sup>を、公正取引委員会は、独占禁止法違反行為として扱っている。したがって、粗悪または危険な商品役務を事業者の判断により、取引客体としないことは考えられない。

結論として、市場法の観点から当初から市場の取引客体としてはならないのは、違法な商品役務に限定される。その他の品質や安全性などは、正しい情報伝達や商品知識の普及により、競い合いという選択の機会や競争メカニズムの働きによる淘汰に任せるべきで、競争促進により図られる事柄である。

### 第3 市場法の中の独占禁止法の解釈

市場における取引客体について、市場法の役割は、排他性と所有の形態を明らかにすることであった。独占禁止法が市場法として排他性と所有の



形態を明らかにすることはないが、複数の事業者間で新たな取引客体を市場に追加するための共同行為や、ある取引客体を市場から除外する共同行為が、一見、競争制限的な印象を与えて、独占禁止法違反行為に該当するかどうか、検討することはあり得る。これまで、独占禁止法の従来の運用例とみられる事例を、市場内取引の対象とすべき①独占的な新規商品役務と②外部財から新たに内部化される商品役務と、逆に、市場内取引の対象から除外されるべき③違法または粗悪な商品役務の3類型に分けて、検討してきた。

そこで判明したことは、第1に、独占的な新規商品役務を創出する共同行為、外部財を内部化する共同行為および違法な商品役務を除外する共同行為は、独占禁止法違反行為に該当しないことである。また、粗悪な商品役務を除外する共同行為はその態様によって必ずしも独占禁止法違反行為に該当しないとは言いきれず、むしろ、市場における選択、すなわち、正確な商品役務の情報を需要者・消費者に伝達して、競争メカニズムに委ねた方が妥当であり、共同行為も正確な商品役務の情報を提供する役割を果たすことが望ましいことである。

第2は、上述の共同行為が独占禁止法違反行為に非該当との理由は、競争制限効果(競い合いの制約または競争メカニズムの制限)がないか、あるいは競争促進効果が上回るとの評価、さらには、社会公共的な目的から敷衍する傾向にある。しかし、取引客体の創出あるいは違法な商品役務の除外は、競争の前提となる市場の創設の問題であるから、市場の創設について共同することは当然のことであって、その限りで、独占禁止法もかかる共同行為を違法とみなすことはないとして、市場法の役割に協力するとした方が適切と考える。これによって、産業のイノベーションにかかる新規商品役務の共同開発や環境保護等のための協力作業について、独占禁止法が妨げとなるという、警戒的な疑いを払拭し、経済発展に資する企業間協力を積極的に受けとめることで、規制当局(公正取引委員会)と事業者

の間で、独占禁止法の安定した理解が進むことが期待できるからである。

第3に、市場の創設の問題にかかる共同行為が独占禁止法違反行為に非該当であることを前提に、それらを独占禁止法違反に間擬することはないということである。付随的制限の原則で示唆した事柄である。この点も、規制当局(公正取引委員会)と事業者の間で、独占禁止法の安定した理解が進むことを期待することになる。

第4に、独占禁止法違反行為に非該当とされるのは、上記の共同行為の範疇に限られるのであって、その後に競争制限的で不適切な加重する行為があれば、かかる行為が独占禁止法違反の可能性を免れることはできないことは、独占禁止法の趣旨<sup>(31)</sup>からして当然である。独占的な新規商品役務の創出の事例でいえば、そのための共同行為の効果が他の商品役務にスピル・オーバーする場合を除き、共同行為で独占的な新規商品役務を創出することは独占禁止法違反にならないが、その後に共同で排他的行為をしようとするれば、当該商品役務について知的財産権を所有していて、それによる排他的権利を行使するときは別として、独占禁止法違反の可能性が生じる。換言すれば、単独の事業者が独占的な新規商品役務を創出しても、それだけで独占禁止法違反の可能性が想像されないことと同値であって、それゆえ、独占的な新規商品役務を創出する共同行為について、上述のスピル・オーバー効果と追加の排他的行為が伴わない限り、独占禁止法違反の可能性を検討する必要はない。

## 注

- (1) 市場概念を中心に経済学の視点から法制度および法現象を分析・研究しようとする「法と経済学(Law and Economics)」という学問分野が成立しているように、法律学の視点からその各学問分野に潜在する市場概念を独占禁止法の適用関係に限定して論じてみようというのが本稿の原点である。
- (2) 「競争」という用語には、「競い合い」と「競争メカニズム」の2つの意味があることについては、拙稿「独占禁止法における競争の二つの意味と競争」白鷗大学法科大学院紀要第7号(2013年12月)81頁以下参照。本稿でも、可能な限り、競争を事業者間レベルの競い合いまたは市場全体で機能する競争メカニズムのいずれかに

言い換えている。

- (3) 「市場経済は、そこに参入する主体の経済的利益・不利益の判断の集積によって、ある程度は自然に成立し運行する面を持つ。(中略)しかし、市場経済は、決して自然のままであってうまくゆくものではない。参入者間に一定のルールが共有されていなければ、新規参入者は行動できない。市場における行動の「ゲームのルール」が必要である。そもそも、市場を成り立たせ、そこへの参入者の資格を決める枠組みについてのルールがなければならないはずである。それらは、市場が小さい場合には、参入者間の明示または黙示の合意、慣習などで足りるかもしれない。しかし、市場がひろがり、参加者間の合意に調達が困難ないし不可能になると、政治権力、近代においては国家、具体的には法律によるルールの確定が必要不可欠となる。市場経済は、国家法による、市場の枠組みと市場における活動の規範の設定と不可分である。これは、市場経済の「完全競争モデル」における、すべての財貨・サービスが市場取引の対象となるという前提が実際には存在しえないことの例として、次の点があげられていることから示される。すなわち、市場経済の仕組みを維持する法律の制定・運用という「公共サービスを供給するための資源配分」を市場システムの規制にまかせることはできないとされるのである。」星野英一『民法のすすめ』(岩波書店・岩波新書、1998年) 57-58頁。
- (4) 法律に基づいて行われる財貨・サービスの政府の指示による移転、家族内の愛情・好意による移転、さらには、相続のような法規定による自動移転など、直接の対価を提供しない取引をいう。
- (5) 市場外取引に相当する実定法は、いわゆる公益事業に対する規制法である電気事業法、ガス事業法、鉄道事業法、道路運送法、倉庫業法、海上運送法、航空法、水道法、電気通信事業法等の産業法あるいは個別事業規制法を典型例とするものであるが、民法の親族間の扶養義務や相続分の規定なども相当する。
- (6) 前注に掲げた各法律も、規制官庁が競争メカニズムに委ねる政策、いわゆる規制改革を行えば、市場外取引を市場内取引に移行しようとすることになり、家庭内で負担されていた介護が、事業者が提供する有料の介護サービスとなれば、市場外取引と市場内取引が混在することになる。
- (7) 注2で記した表現によれば、事業者間の競い合いにより、給付の質に見合った反対給付が決まってくる競争メカニズムが働くことをいう。
- (8) 後掲注16参照。人類社会の維持・発展そのものが成員間の財貨・サービスの交換と競争を本源的要因とするものであるから、市場内取引は自然に成立するシステムである。しかし、交換と競争を回避しようとするモラル・ハザードは常に存在するから、市場内取引を継続して維持しようとする法制(市場法)の支えがあれば、市場内取引は更に安定し、発展する。その意味では、市場外取引の一例で、モラル・ハザードが行き着くところの窃盗や強盗を処罰する刑法も市場法の意義をもつ。
- (9) 取引客体の設定に至らず、市場での取引対象とならないことが資源配分の誤りをもたらすことは、1968年に生態学者 Garrett Hardin が著した「共有地の悲劇(The Tragedy of the Commons)」で象徴されている。
- (10) 何が三大原則であるかは、論者によって異なり、必ずしも一定しないが、本稿では市場の形成・維持に資する観点から一つの例を挙げた。
- (11) 市場を成立・維持させるための基本法制は、憲法29条〔財産権の不可侵〕や憲法22条1項〔居住・移転及び職業選択の自由＝営業の自由〕から説き起こすべきであろうが、民法上の原則で明瞭になる。「一つの人間対人間の関係としての商品交換の規範関係においては、その論理の構造は、第一に私的所有権(商品交換の静的基礎、権利の私的モメントの定在 Dasein)、第二に、契約(商品交換の動的過程、権利の社会的モメントの定在)、第三に、人格(相互に媒介しあっているところの私的所有権と契約との、且つその両者を統一し且つその基礎・起点たるところの、所有権の私的性質の・人間における定在)。」川島武宜『所有権法の理論』(岩波書店、1949年) 26頁。

- (12) 市場の創設・維持に関する法制は、前注のような近現代の法制だけでなく、我が国の歴史の中にも見ることができ。著名な例としては、織田信長の楽市楽座であり、1577年に発した13ヶ条の掟書『安土山下町中宛朱印状』では、「当所中為楽市被仰付之上者、諸座初役諸公事等、悉免許事」（安土の城下町は楽市とし、特権的な座は撤廃し、課役・公事はすべて免除する。）、「諸色買物之儀、縦雖為盗物、買主不知之者、不可有罪科」（諸種の品物を買物する場合、たとえ盗品であっても、買主がこれを知らなければ罪科としてはならない。）、「他国并他所之族、罷越当所仁、有付候者、従先々居住之者同前、雖為誰々家来、不可有異議」（他国や他所の者が安土の城下町に引っ越してきて定住すれば、先住者と同じ待遇を受けられる。誰かの家来であっても異議はない。）などの定めから、市場を成立・維持するための三大原則に類似する要素を見出すことができる。参考：奥野高廣『増訂 織田信長文書の研究 下巻』（吉川弘文館、1988年）303-304頁。
- (13) 民法206条「所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する。」及び同法202条1項「占有の訴えは本権の訴えを妨げず、……」。
- (14) 平井宜雄『法政策学 法制度設計の理論と技法〔第2版〕』（有斐閣、1995年）178頁では、市場の決定に関する法技術について、「市場機構がその機能を発揮するには、財の配分の受け取り手たる個人（法的主体）が財を排他的に支配することの相互承認、すなわち排他的支配権を創設するための規範の存在を必要とする。もし、排他的支配権が認められないとすれば、各個人は、物理的に訴えても自由を奪うことができるし、財を入手するには誰を相手にすればよいか不明であり、いずれも取引交渉にもとづく交換を不可能にし困難とするからである。」と指摘する。
- (15) 民法239条2項「所有者のない不動産は、国庫に帰属する。」。土地の処分を永久に禁止する解除条件付贈与が公序良俗に反するとした大審院判決（大判明治32（1899）年3月15日民録5輯3巻20頁）が「所有者カ永久ニ土地ノ処分ヲ行ハサルコトヲ約スルトキハ其所謂所有権ハ其性質不完全トナリテ（中略）之レカ為メ土地ノ改良融通ヲ阻害シ国家共同ノ利益ヲ損害スルコト甚タシケレハナリ」と判示することも同旨である。
- (16) 違法とされて、市場での取引が合法的に許されなくなった財貨・サービスには、闇市場で取引されることによる弊害も生じる。福井秀夫『ケースからはじめよう 法と経済学 法の隠れた機能を知る』（日本評論社・2007年）137-139頁。
- (17) 誰が所有すべきかとの指摘として、「ハノイのシンクタンク、中央経済管理研究院院長のレ・ダン・ドアンによると、1990年代初頭には、ベトナムのトラックのほとんどは故障していた。ベトナムのトラックは、ソ連の技術と生産方法を用いて製造され、ソ連から輸入されるので、信頼できないことで有名だった。さらに悪いことには、ソ連崩壊とともに、スペアの部品が入手できなくなった。トラックがなくなり、ベトナムは運送危機に直面した。政府はやけくそになってトラックの所有権を各ドライバーに与えた。『それは奇跡だった！』とレ・ドアンは顔をしかめて述べた。『突然、すべてのトラックが走り始めた。』ジョン・マクミラン著／滝澤弘和・木村友二訳『市場を創る パザールからネット取引まで』（NTT出版、2007年）129頁。原書“Reinventing the Bazaar: A Natural History of Markets”（W.W.Norton & Company, 2002年）。
- (18) 囚人のディレンマ（Prisoner's Dilemma）を用いて、事業者間に共謀（意思の連絡）がない限り、競い合う相手事業者の裏切り（競争行動）を恐れて、自らも競争行動に出ざるを得ないと説明される事象である。
- (19) 前掲書（注14）で法制度設計のモデルとして提示される市場的決定、権威的決定および手続的決定（同書62頁）のうち、市場的決定を容易にする法制度が参考になる。同書（127頁）では、「市場の法的枠組みは、日本の実定法体系の下では、主として、（a）民商法、（b）無体財産権法、（c）独占禁止法によって与えられる。このうち、（a）はあまりにも基礎的な法技術なので、法律家は当然に学ぶべきもので

- あろうから、むしろそれを前提とする (b) および (c) が法制度設計の上で大きな示唆を与えるものと思われる。」との指摘がある。本稿では、(c) の解釈および運用を (a) および (b) の観点から考察することを意図している。
- (20) 刑法235条以下が窃盗、強盗、詐欺、恐喝、横領等を処罰することは、市場における取引行為によって財貨を入手すべきことを規範とするもので、市場法の一環をなすといえる。
- (21) 前掲書(注11) 329-330頁によれば、既に「私的性質と自由性をもつところの所有権が資本・資本制経済の終局の基礎であるということ、および所有権の私的性質と自由性とは、互いに矛盾するところの二重の意義をもつということ。一方では、それらの性質は、抽象的普遍的な平等者の自由な世界を指示すると同時に、他方では、具体的特殊な不平等な関係とそこにおける支配と強制の世界を指示する。後者は前者によって必然的に産出せられ、後者は前者を媒介として自己を実現する。前者は後者の単なる現象型態でしかない。しかるに、民法の世界においては前者が前面にあらわれ、そこで後者は捨棄され背後に隠蔽される。」として、民法の限界を指摘する。
- (22) 独占禁止法違反の法律行為が民法90条の公序良俗違反で無効となる考え方。民法の公序良俗の中に、公正かつ自由な競争秩序を民法自体として包含していることになり、民法と独占禁止法で保護法益が共通する。最高裁は、「独占禁止法19条に違反した契約の私法上の効力については、その契約が公序良俗に反するような場合は格別として、(中略) 同条が強行法規であるからとの理由で直ちに無効であると解すべきではない。(岐阜商工信用組合事件・最判昭和52(1977)年6月20日民集31卷4号449頁) とするが、その後の事件で下級審は公序良俗違反としている。例えば、「独占禁止法に違反する私法上の行為の効力は、強行法規違反の故に直ちに無効となるとはいえないが、違反行為の目的、その態様、違法性の強弱、その明確性の程度に照らし、当該行為を有効として独占禁止法の規定する措置に委ねたのでは、その目的が十分に達せられない場合には、公序良俗に違反するものとして民法90条により無効となるものと解される。」(花王化粧品販売事件・東京高判平成9(1997)年7月31日高民50卷2号260頁)。
- (23) 本稿では、これまで市場法を検討するレベルでは、「財貨・サービス」という用語を使用してきたが、ここからは独占禁止法の用語に従い「商品役務」という用語を用いる。ただし、財貨・サービスは、市場内外を問わず存在する財という意味で用い、商品役務は市場内に存在する財という意味に、区別して用いている。
- (24) 米国反トラスト法上の解釈理論。共同行為が本体が競争制限的でなく、むしろ競争促進効果が是認されるものであれば、これに付随する価格協定等の当然違法 (per se illegal) の扱いを受ける行為も、必要以上に制限的でなければ、違反とはされない趣旨 (Addyston Pipe & Steel Co. v. United States, 175 U.S. 211 (1899))。
- (25) 「リサイクル等に係る共同の取組に関する独占禁止法上の指針」(2001年6月26日公正取引委員会公表) 参照。同指針では、「事業者が製品の廃棄物について、共同事業としてリサイクル・システムを構築する場合、リサイクル等に要するコスト(再資源化施設の利用料金、回収施設の利用料金、運搬料金等)が共通化されるが、当該製品の販売価格に対するこれらリサイクル等に要するコストの割合が小さい場合には、当該共同事業が製品市場それ自体の競争に及ぼす影響は間接的であり、独占禁止法上問題となる可能性は低いと考えられる。」とし、「リサイクル市場(廃棄物の回収・運搬サービスや廃棄物の再資源化サービスなどの取引に関連する市場をいう。)を創出し、リサイクル市場において新たに取引機会を拡大するものであることから、通常は、リサイクル市場における競争を制限するおそれは小さく、独占禁止法上問題となる可能性は低い。ただし、多数の事業者が共同でリサイクル・システムを構築することにより、既存のリサイクル事業者(廃棄物の回収・運搬業者、再資源化業者等)の事業活動が困難となり、又は他の事業者がリサイクル市場へ参入することが困難となることによって、リサイクル市場における競争が実質的に制限

される場合には、私的独占又は不当な取引制限に該当する。」との考え方が述べられている。

- (26) レジ袋の利用抑制のための有料化の共同決定は、現実には、実施段階で困難に逢着している。本事例3に先立つ同様の事例である栃木市河内郡南河内町及び下都賀郡国分寺町の地域（現在は、両町の合併により下野市）に所在する食料品等の小売販売を行うスーパー4社によるレジ袋1枚5円の有料化決定（公正取引委員会は、平成14（2002）年4月26日、事前相談に対し、これを可とする回答を行った。）も、レジ袋の有料配布を決定してみたスーパーが、その後、消費者からの苦情・トラブルや売上げ減のマイナス効果が生じて、やむなく中止して、無料配布に戻ったり、更に、栃木県、下野市や消費者団体などから無料配布の呼びかけがなされるなど、試行錯誤が続けられている。平成21年12月5日に栃木県内の事業者（12事業者59店舗）・消費者団体（9団体）・市町・県の4者間で締結された「栃木県におけるレジ袋削減に関する協定」参照。
- (27) 公正取引委員会審決集42巻3頁。
- (28) 前注の審決においても、実定法の法規範性が喪失していないことを前提としている。前注審決集59頁。
- (29) 公正取引委員会審決集44巻635頁、判時1629号70頁、判タ959号115頁。
- (30) 伊勢新聞社事件・公正取引委員会勧告審決昭和51（1976）年5月13日審決集23巻25頁。
- (31) 法制的にみれば、民法を中心とした市場法が形成した市場の存在を前提として、そこで期待される公正で自由な競争秩序を損なう事業者の不適切な単独行為または共同行為を規制することが、独占禁止法の主たる任務である。

（本学法科大学院教授）