

排除型私的独占の成立要件とその認定手法に関する考察

伊 永 大 輔

一 はじめに

二 ニプロ事件独禁法二五条訴訟

(1) 事実

(2) 判旨

三 排除型私的独占の認定手法とその法的評価

(1) 「排除効果」と「人為性」の意義と認定手法

(2) 排除行為の対象の認定とその問題点

(3) 競争の実質的制限の概念と法律構成

(4) 損害の認定における市場支配力の位置付け

四 結語

一 はじめに

私的独占は、独占禁止法において、不当な取引制限及び不公正な取引方法とともに、制定当時から存在する最も主要な違反行為の一つである。しかし、独占禁止法制定以来、公正取引委員会が法的措置をとった私的独占事件はわずか二〇件

に満たず、司法審査はほとんど行われてこなかった。⁽¹⁾そのため、私的独占の成立要件やその認定手法については、専ら米
国反トラスト法における議論を素材に検討するほかに、我が国における条文に即した認定手法を十分に検討する素材に
欠いていたらしいがある。⁽²⁾

ところが、近年になって、東日本電信電話事件審決取消訴訟（東京高判平成二一年五月二九日審決集五六卷第二分冊二
六二頁、最二小判平成二二年一月一七日民集六四卷八号二〇六七頁）、ニプロ事件独禁法二五条訴訟（東京高判平成二
四年一月二二日審決集五九卷第二分冊二五六頁）、日本音楽著作権協会事件審決取消訴訟（東京高判平成二五年一月一
一日審決集未搭載）と、立て続けに先例となる司法判断が出されるに至る。⁽³⁾

本稿では、これらの判決のうち上記最高裁判決を先例にしつつ、丁寧な事実認定を行い、これに法的評価を加えたニプ
ロ事件独禁法二五条訴訟が格好の検討素材となることに着目し、上記最高裁判決が規範として提示したものは何であつた
のかを明らかにするとともに、排除型私的独占の成立要件をどのように認定すべきであるかについて、その独占禁止法上
の適切な法的評価という観点から考察を加える。また、公正取引委員会が平成二一年一〇月二八日に「排除型私的独占に
係る独占禁止法上の指針」（以下「本件指針」という。）を公表したところ、これを上記最高裁判決がどのように受け入れ、
具体的事案解決に活かしているかにも言及することとしたい。

一 ニプロ事件独禁法二五条訴訟

本判決は、私的独占事件として独占禁止法二五条訴訟に基づく損害賠償請求が認容された初めての判決である。⁽⁴⁾現在の
ところ、二五条訴訟での認容判決は、本判決を含め五件にすぎない。

独占禁止法二五条訴訟では、損害賠償責任を認める上で故意過失が要件とされないばかりでなく、違反行為の存在については事実上の推定が働く。しかし、当該推定はあくまで事実認定の問題であるから、本判決では、改めて証拠及び弁論の全趣旨から具体的事実を認定し、東日本電信電話事件最高裁判決に従いつつ、排除型私的独占の要件該当性を検討している。その結果、排除行為、競争の実質的制限及び行為と効果の因果関係という各要件の判断において、本件審決と異なる構成によって一から理由付けを行っているところに特徴がある。この点において、本判決は、排除型私的独占に関する認定手法とその法的評価を論ずる素材として重要な意味を有しているのである。

本件の判決文は、現在のところ、一般に入手困難であることから、事実の概要と判旨の重要部分を示すこととしたい。

(1) 事 実

原告内外硝子工業は、生地管からアンプルを加工して製薬会社に販売する事業を営んでおり、その一〇〇%子会社である原告ナイガイは、内外硝子工業ほかグループ企業（ナイガイグループ）の資材購入を担当しており、内外硝子工業は生地管の一〇〇%をナイガイから仕入れている。被告ニプロは、我が国で唯一の生地管製造業者である日本電気硝子（NEG）の販売代理店として、西日本地区のアンプル加工業者にNEG製生地管を一手販売している。

生地管の製造は、国外ではドイツ・米国・韓国・イタリアの企業も行っており、その品質はNEG製生地管と遜色がなく、当時の工場出値はニプロの半額から三分の二ほどで著しい内外価格差があった。しかし、NEG製生地管から外国製生地管に切り替えるには、三〜六か月の検査が必要となる上、供給体制の変更が生じることなどから、我が国の製薬会社は切替えに慎重な態度を取っていた。そのため、西日本地区におけるニプロの販売数量シェアは、平成一〇年度まで九〇

排除型私的独占の成立要件とその認定手法に関する考察（伊水）

九六〇（四五六）

%以上(残り一〇%のほとんどがナイガイが輸入する外国製生地管)となっており、アンプル加工業者がニプロからNE G製生地管の供給を受けることなく事業を営むことは困難な状況であった。なお、生地管の需要は、他の医薬品容器の登場に伴い、縮小傾向にある。

ニプロは、ナイガイが外国製生地管を輸入していることを知り、ナイガイに対してのみ、平成七年四月以降の販売価格の引上げ、手形サイトの短縮及び特別値引きの実施の取りやめを申し入れた(本件第一行為)。その後、ニプロは、ナイガイが輸入していた外国製生地管の安定調達が困難となったために発注された生地管の供給を拒絶した(本件第三行為)。さらに、ニプロは、平成一一年三月頃以降、本件第一行為に係る販売価格の引上げを前提として、ナイガイの生地管購入代金債務に対する担保の差入れ又は代金の現金決済のいずれかの条件以外での生地管の取引には応じないと通知した(本件第四行為)。

公取委は、平成一一年六月九日に本件に係る立入検査を行い、平成一二年二月一五日にニプロに対して独占禁止法上の勧告を行った。ニプロは審判で争ったが、公取委は、ニプロがナイガイらの輸入生地管の取扱いの継続又は拡大を牽制し、これに対して制裁を加える目的の下に行われた上記三つの本件行為について、その目的を実現するための一連の、かつ一体的な行為として独禁法二条五項(私的独占)に該当し、三条の規定に違反するとの違法宣言審決を行った。⁽⁵⁾本件は、内外硝子工業及びナイガイが、当該審決の確定を根拠に、平成一九年一二月七日、独禁法二五条一項に基づき、ニプロに対して損害賠償を求めたものである。

なお、本件とは別に、ナイガイは、大阪地裁に対し、本件第一行為の販売価格引上げ分に対する債務不存在の確認請求訴訟を起こしており、第一審(大阪地判平成一一年三月二九日・平成八年(ワ)第三八八四号)ではナイガイの請求が全

部容認され、第二審（大阪高判平成一三年二月二日・平成一一年（ネ）第一七〇〇号）でもニプロの控訴は棄却されている。

(2) 判 旨

〔請求一部認容〕

I 「独禁法二条五項にいう「他の事業者の事業活動を排除」する行為に該当するか否かは、その単独かつ一方的な取引条件の変更（本件第一行為及び本件第四行為）又は単独かつ一方的な取引拒絶（本件第三行為及び本件第四行為）としての各側面が、自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、ナイガイらの事業活動を著しく困難にし、あるいは、ニプロの競業者である外国製生地管の製造業者の西日本地区の生地管市場への参入を著しく困難にするなどの効果を持つものといえるか否かによって決すべきものである」。

II 本件各行為は、当時、「NEG製生地管は代替可能性に乏しく、NEG製生地管の供給を受けることなくアンブル加工業を営むことは困難な状況が存在し」ていたところ、ニプロが「支配している西日本地区の生地管取引市場の従前の状況を維持するため、ナイガイグループによる外国製生地管の取扱いの継続又は拡大を牽制し、制裁を加えるための対抗措置」として行われたものであり、本件第一行為は、価格競争による対策を内容とするNEGの提案に反対し、「本件第一行為は、平成七年値上げ前単価より一〜二二%も割高で、平成二〜三年以来、用いられたことのない公定価格まで、一方的に価格を引上げたものであり」、「本件第三行為は、製造元であるNEGがナイガイらに供給するように求めている

排除型私的独占の成立要件とその認定手法に関する考察（伊水）

九五八（四五四）

NEG製生地管の供給を、販売代理店であるニプロが拒絶したものであり、本件第四行為は、「公道価格で、かつ、現金決済という取引条件でしか供給しないとされたものである」から、それぞれ、「ニプロの市場支配力の維持という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱する人為性を有するもの」と評価するのが相当である。

本件第一行為は、「本件輸入事業を中止せず、取引条件の変更にも応じない選択をしたナイガイらを、アンプル加工業が継続できなくなる現実的なおそれのある状況に陥らせたものであり」、「本件第三行為によって、ナイガイらがアンプル加工業が継続できなくなるおそれはさらに強められたのであり」、「ナイガイらは、本件第四行為により、そのままでは事業の継続が困難な状態に陥った上、実際に減収を来したと認められる」から、それぞれ、ナイガイらの事業活動を著しく困難にする効果を有したものである」というべきであり、西日本地区における生地管市場における排除行為に該当するといえるべきである。

Ⅲ 「西日本地区における生地管市場は、……Yが、約一五社のアンプル加工業者に対し、納入先である製薬会社のアンプルの規格に合うように製造された二〇〇品種を超える代替性に乏しいNEG製生地管を供給していた市場であり、独立して独禁法二条五項にいう「一定の取引分野」であったと評価できる。そして、本件独禁法違反行為は、上記市場を支配することのできる地位にあったニプロが、その地位を維持するために行ったナイガイらに対する排除行為であるところ……、ナイガイら以外に外国製生地管を大量に輸入する業者は存在せず……、ナイガイらを排除すれば、競業者である外国製生地管の製造業者の上記市場への参入を期待することはできないことになるのであるから、本件独禁法違反行為により、独禁法二条五項にいう「競争を実質的に制限すること」、すなわち市場支配力の維持という結果が生じていたといえるべきである。」

IV 「本件についての公正取引委員会の立入調査が行われたのは、平成一年六月であるところ、我が国において、NEG製生地管の供給を受けずにアンプル加工工業を営む困難さの度合いが、少なくとも平成一年～三年以降は徐々に改善されてきたと認められ、平成一〇年度まで九〇%を超えていたニプロのシェアが、平成一一年度は八〇%、平成一二年度は八五%に低下し、平成一三年～平成一六年のナイガイの仕入れが本件輸入事業向けが約六割、本件国内事業向けが約四割と増加したことからすると、西日本地区の生地管市場における平成一一年ころまでの競争制限状態は、本件独禁法違反行為によってもたらされたものであり、両社^{ニプロ}の間には因果関係があるということが出来る。」

「本件第一行為、本件第三行為及び本件第四行為が、……ナイガイらの事業活動を著しく困難にする効果を持つものであったのに、実際には、平成一二年九月期を除き、ナイガイらの損益に大きな影響をもたらさず、本件輸入事業が拡大したのは、ナイガイらが講じた対応策が功を奏した結果、本件独禁法違反行為の持つ効果が十分に現れなかったにすぎないものと認めるのが相当であり、このような場合に排除行為が該当性や競争の実質的制限が否定されると解することはできない。」

「本件独禁法違反行為を構成する本件第一行為、本件第三行為及び本件第四行為は、いずれも独禁法二条五項の排除型私的独占に該当し、ニプロは本件独禁法違反行為をすることにより、独禁法三条に違反したと認められる。したがって、ニプロは、同法二五条一項により、上記各行為と相当因果関係のある損害を賠償する責任がある。」

V 西日本地区のアンプル加工業者に対するニプロのNEG製生地管の販売価格は、ナイガイグループによる外国製生地管の取扱いの継続又は拡大を牽制する意図を失った平成一四年前半以降、平成二一年三月まで変動がなく、同年四月にはむしろ値上げされたと認められる。そして、平成一八年にされた本件審決も、格別の措置を命じていない。「このように、NEG製生地管の価格が、本件独禁法違反行為期間後の実際の自由競争の下でも下落せず、ニプロがナイガイグループに

よる外国製生地管の取扱いの継続又は拡大を牽制する意図を失った平成一四年前半ころ以降においても下落しなかったことからすると、本件独禁法違反行為がNEG製生地管の市場価格に影響していたと認めることは困難であり、本件独禁法違反行為がなければ、価格が下落したであろうと認めることはできない。」したがって、適正価格で生地管を購入できなかったことによる損害(本件価格損害)は認められない。他方、本件第四行為による取引の損失といえるものについては、損害が認められる。また、倉庫費用、臨時雇い(不良品選別)費用及び弁護士費用の出捐を余儀なくされたとして、損害が認められる。

三 排除型私的独占の認定手法とその法的評価

本判決における排除型私的独占の認定手法には、いくつかの特徴がある。第一に、排除行為が該当性において「人為性」と「排除効果」を分けて順に検討していること、第二に、排除行為の対象となる事業活動が審決と異なる認定となつていること、第三に、問題となった本件第一行為、本件第三行為及び本件第四行為について、それぞれ別個に排除行為が該当性を判断していること、第四に、排除型私的独占による損害の認定場面で、「競争の実質的制限」を特殊な理解に基づいて解釈していることの四つが挙げられる。これらの点は、排除型私的独占の成立要件をどのように理解し、事実を当てはめるかという法的評価枠組みに影響を与えるものである。以下、順に検討を加える。

(1) 「排除効果」と「人為性」の意義と認定手法

東日本電信電話事件最高裁判決は、「本件行為が独禁法二条五項にいう「他の事業者の事業活動を排除」する行為……

に該当するか否かは、本件行為の単独かつ一方的な取引拒絶ないし廉売としての側面が、自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、競争者のFTTHサービスマーケットへの参入を著しく困難にするなどの効果を持つものといえるか否かによって決すべきものである。⁽⁶⁾ 本判決は、判旨Iにおいて、最高裁のこのような説示を本件に当てはめて規範を立てている。

最高裁判決における上記説示は排除行為該当性を「人為性」と「排除効果」の観点から判断するというものであったが、「人為性」と「排除効果」を別に認定すべきとしていたのではなく、実際、両者を分けて認定した形跡が判決文にない。ここでいう「人為性」は、「排除効果」とは別に認定する必要がある概念なのであろうか。

確かに、競争自体が他の事業者の事業活動を排除する過程であり、競争者の排除は競争の効果によって生じる場合もあるため、学説においては、「独占禁止法の目的から見て非難に値する手段」⁽⁷⁾、「人為的な反競争的行為」⁽⁸⁾、「何らかの人為性の認められる具体的行為」⁽⁹⁾、「効率性によらない排除」⁽¹⁰⁾などによって行為の絞込みを行い、正常な競争過程によって排除される場合と区別しようとしてきた。上記最高裁判決についての調査官解説でも、「競争者との取引拒絶は通常合法であるから、これを違法とするには例外的な状況（人為的なし濫用的要素）⁽¹¹⁾がなければならぬ。」として、これらの学説の趣旨に一定の理解を示しているように思われる。そこでは、東日本電信電話株式会社が、実態としては品質の優れた商品であるにもかかわらず、これを宣伝せず、むしろ品質の劣るものとして標榜していたことを、客観的にみて、顧客の囲い込みを通じた市場支配力の形成・維持を考慮しない限り、本来的に同社の利益とはならない行為であったとも解し得るとして、行為に本質的に内在する人為的要素だと指摘している。⁽¹²⁾ つまり、上記最高裁判決で考慮された「人為性」とは、顧客の囲い込みを通じた市場支配力の形成・維持を考慮しない限り、本来的に行為者の利益とはならない行為であったという、

行為の客観的性質に着目したものであったと考えられよう。⁽¹³⁾

このように、行為の性質から導出される客観的な評価のみを「人為性」として問題とすべきことは、従来から主張されてきたことでもあり、排除行為の識別基準として妥当である。⁽¹⁴⁾ ただ、上記最高裁判決で考慮された「人為性」だけが、排除行為の唯一の識別基準だとされているわけではない。そこで考慮された「人為性」は、排除行為の必要条件と言うよりは十分条件を示唆しており、⁽¹⁵⁾ 市場支配力の形成・維持・強化を前提とせずとも経済的利益が生ずると言えたとしても、正常な競争手段の範囲を逸脱するといえる場合も当然あり得る。例えば、競争者と結合・通謀して行う排除は、経済合理性を検討するまでもなく、正常な競争過程と区別された「人為性」があると言えそうである。最高裁判決では「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」を「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点」から見て判断すると言っているのであって、競争者と結合・通謀した⁽¹⁶⁾ ことそれ自体の市場支配力への寄与に鑑みても、正常な競争手段の範囲を逸脱するものと評価されてよいように思われる。また、本件におけるニプロの行為の「人為性」を、取引の相手方が本来有する取引先選択の自由を正当な理由なく制約した⁽¹⁷⁾ ことに求める見解もある。

なお、「人為性」をこのような規範に導くために「効率性」との概念を持ち出すことが不可欠だとは思われない。効率性の概念を排除行為が該当性で持ち込み、行為要件に大きく絞りをかける趣旨は、正常な競争過程に対する萎縮を抑えるものとして理解できるが、効率性による排除であれば競争に対する弊害を検討するまでもなく違法とならないとされるのであれば、過小規制になるおそれがある。「効率性によらない排除」は、元々「競争の実質的制限」という要件のない米国反トラスト法において発展した議論であって、我が国においては、排除行為に付随する効率性の評価を「競争の実質的制限」の要件の下で競争促進効果と競争制限効果を比較考量して判断した方が精緻な結論を導けるように思われる。⁽¹⁸⁾ ただ

し、いかなる効率性の向上も還元も認められない排除行為の類型もあり、このような類型を念頭に置けば、行為要件で大きく絞る意義も強調しうる。ここでは、いずれのアプローチも概念的に否定されるものではないとするに留まる。

結局、本件においては、最高裁判決にいう「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」とは、ナイガイらへの制裁目的といった主観的要素それ自体のことではなく、行為の内在的性質という客観的要素を問題として、排除効果が生じることを前提としなければ経済合理性を有しない行為といえるか否かによって判断されるものと考えられる。⁽¹⁹⁾このように、本件における「人為性」の評価は、「排除効果」を持つ行為であることを前提に検討するものである以上、「排除効果」の評価に先行して検討できるものでなかった可能性が高い。⁽²⁰⁾そうであるとすれば、最高裁判決における記述順に従い、「人為性」の認定を行った上で「排除効果」を別途認定し、最終的に排除行為に該当するとの結論を導いた本判決の排除行為の認定手法は、独占禁止法違反行為を適切に捉えたものと評価することはできないのではないか。別個独立した要素として当てはめを行うのではなく、最高裁判決において現に行われたように、排除行為該当性判断において一体的な検討を行えばよいと考えられる。⁽²¹⁾

(2) 排除行為の対象の認定とその問題点

本判決では、排除行為の対象をナイガイらのアンプル加工業に限定しており、競争者である外国生地管製造業者の事業活動を排除行為の対象としなかった(判旨Ⅱ)。

そもそも、本判決は、本件審決の内容について、「ナイガイらの外国製生地管を取り扱う事業活動を排除し、ニプロの競業者である外国の生地管製造業者の事業活動を排除することにより、西日本地区における生地管の供給分野における競

争を實質的に制限するものと判断したもの」と理解している。本件審決の解釈に関しては、勧告の段階では排除行為の対象とはされていなかった外国生地管製造業者の事業活動が審決の段階で新たに排除行為の対象に加えられているのかについて議論があった。⁽²²⁾ 上記理解を見る限り、本判決はこれを肯定する立場であるように思われる。

しかし、判旨Iにおいて、外国生地管製造業者の事業活動の排除は、ナイガイらの事業活動の排除と「あるいは」で繋がられており、いずれかの排除で足りるとの構成を伏線とし、判旨IIにおいて、ニプロの競争者たる外国生地管製造業者の事業活動の排除は認定されていない。また、本件審決では、ナイガイらの輸入生地管に係る事業活動の排除が問題とされており、本件一定の取引分野と同じ市場における事業活動の排除を取り上げていたが、判旨IIでは、ナイガイらのアンプル加工業の排除とされ、本件一定の取引分野から見れば川下市場における事業活動の排除が認定されているに留まる。

もつとも、このような構成を採ることも独占禁止法二条五項の解釈上可能ではあるう。また、ナイガイらの外国製生地管の取扱いが伸びていることから、生地管の輸入事業（本件一定の取引分野における需要者の事業活動）でなく、アンプル加工業（川下市場における供給者の事業活動）の継続困難性しか認定できなかった可能性もある。⁽²³⁾ しかし、条文中、排除行為の対象は「他の事業者の事業活動」とされており、「競争者の事業活動」とされていないのは、川下市場における競争上の弊害なども私的独占の問題として取り上げる趣旨であって、この場合の一定の取引分野は川下市場とする必要がある。本件において競争上の弊害が生じる一定の取引分野が生地管の取引市場であることを前提とすれば、外国生地管製造業者の生地管市場への参入を期待することはできないとの認定は、排除行為の部分で行わなくとも、競争の實質的制限の認定において必要になる。⁽²⁴⁾ つまり、私的独占が成立するためには避けて通れない認定であるように思われる。

この点については、ナイガイらに対する加害行為は外国生地管製造業者の事業活動を排除するための実効性確保手段に

過ぎず、それを排除行為と構成することは、私的紛争に引きずられた特異な構成だとする批判がある。⁽²⁵⁾ 一般論を言えば、生地管市場（川上市場）における特定の需要者が川下市場で行うアンプル加工業を排除行為の対象としてみても、それだけでは生地管市場における競争への影響分析に十分に寄与するとは限らない。

本件ではナイガイら以外に外国製生地管を大量に輸入する業者は存在しなかったことからすれば、ナイガイらを川下市場から排除するだけの行為を行えば、川上市場への参入の阻害は自明なようにもみえる。しかし、需要者の中にはNEG製生地管に拘らない者もいる以上、他のアンプル加工業者や潜在的な輸入業者がコスト面で圧倒的に有利な外国製生地管を取り扱う可能性を考えると、なお外国生地管製造業者が川上市場に参入する可能性があることを軽々に否定することはできない。特に、排除効果が蓋然性にすぎない本件においては、競争の実質的制限が生じていることをある程度厳密に審査する必要があるように思われる。この審査をおろそかにし、競争者排除のおそれがあるだけの段階で介入することは、競争者保護と競争保護の境界線を曖昧にするおそれがある。

本件審決では、ナイガイらに対する排除行為が、潜在的な輸入者又は輸入生地管の需要者となり得る他のアンプル加工業者に対しても、輸入生地管を取り扱うことを萎縮、抑制させる効果を有するものと認定した上で、競争者である外国の生地管製造業者の事業活動を排除する蓋然性が極めて高く、その実効性を有するものであるとしている。⁽²⁶⁾ 本件のように、ナイガイの生地管の輸入は増加しており、ナイガイグループの事業活動が現実には排除されるまでの結果が発生しているとはいえず、被審人が本件行為の目的として目指したところは結果的に実現されたとはいえない事案の影響分析としては、本件審決の認定の方が本判決よりも適切なものとなっていると評価できよう。

(3) 競争の実質的制限の概念と法律構成

本件審決では、本件第一行為、本件第三行為及び本件第四行為を一連かつ一体的な行為と捉え、一つの排除型私的独占が成立するとの対し、本判決の判旨IVでは、これらの行為はそれぞれ個別に排除行為を構成するとし、そのいずれも排除型私的独占に該当するとの論理構成が採られている。

本判決がこのような構成としたのは、個別の行為に基づく損害賠償を負うことは審級の利益を害するとのニプロの主張に配慮をしつつ、個別の行為が違法といえなければ損害の発生について賠償責任を負わせるべきでないと考えたためかもしれない。しかし、一連かつ一体的な一つの排除行為と捉えようが、三つの排除行為と捉えようが、私的独占の文脈において違法と扱うには、別途競争の実質的制限の認定が必要だという意味で両者は変わらない。他方、三つの排除行為はそのまま三つの排除型私的独占となっていると考えた場合でも、個別の行為がそれぞれ競争の実質的制限をもたらすものであることの認定が必要となる。この問題意識を、本件において競争の実質的制限が生じて違法となったのはどの時点かという問題に設定し直せば、本件価格損害の算定期間と共通する問題が浮かび上がる。すなわち、ニプロが生地管市場の支配力に基づき、ナイガイらに超過支払をさせていた期間の根拠となる事実認定の問題である。⁽²⁶⁾

違反行為の成立に決定的な影響を及ぼす競争の実質的制限の概念の理解には、競争相手を排除して市場の開放性を妨げる行為がされた場合について争いがある。通説的見解は、このような場合でも「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ができる状態」の形成・維持・強化が必要だとする。これに対し、このような立証を要せず、被排除者が競争への参加機会を奪われたことそれ自体をとらえて競争の実質的制限があると解すれば足りるとの有力説がある。⁽²⁹⁾ この見解によれば、排除行為に該当すれば競争の実質的制限も認められることとなるが、他方で、独禁法による規

制が被排除者の保護に過度に傾斜する結果となる懸念がある上、そもそも既存事業者間の競争がなく、市場の価格その他の取引条件を支配する力の形成・維持・強化がなければ「競争の実質的制限」の要件は満たさないことになるのではないかと批判がある⁽³⁰⁾。公取委や最高裁も通説的見解に立っていると思われる⁽³¹⁾。通説的見解に立った場合であっても、他者排除事案においては、経験則上、通常であれば競争の実質的制限の状態が生じているものと推認することが許され、特に、市場シェアが高い行為者が競業者排除を行った場合には、このような事実上の推定の合理性はより高いと考えられる⁽³²⁾。

したがって、本件審決のように、格別市場シェアが高いニプロが競業者を排除したことを認定できれば、特段の事情のない限り、競争の実質的制限となることが推定できるものといえる⁽³⁴⁾。しかし、本件判決では、上記のとおり、競業者の排除については認定していないため、この論理構成も採れない。したがって、三つの排除行為の認定は、本判決の結論を導く上で不可欠なものとはいえず、結局のところ、本件審決のように一連かつ一体的な排除行為と構成したのと、本件では概ね変わらないように思われる。そうだとすれば、本判決を、一連の行為を一体的に評価し、その累積的な排除効果をもって違法とするアプローチ自体を否定する趣旨に基づくものと理解すべきではないように思われる⁽³⁵⁾。公正取引委員会のように事件調査のための公権力の行使を許されていない被害者に対し、ただでさえ難しい違反行為と発生した損害額との相当因果関係の立証について、これをより困難にする法律構成のもとで主張させるのであれば、そのような法律構成を採らざるを得ないことに十分な理由が認められなければならないと考える。

(4) 損害の認定における市場支配力の位置付け

本判決は、請求の中心である本件価格損害を否定しており、独禁法二五条の制度趣旨である「個々の被害者の受けた損

害の補填を容易ならしめることにより、審判において命ぜられる排除措置とあいまって同法違反の行為に対する抑止的効果を上げようとする目的⁽³⁶⁾が十分に達成されたとは言い難い結果となったように思われる。

ナイガイらの主張する本件価格損害は、競争の実質的制限がもたらす悪影響によって生ずるニプロへの超過支払を意味する。しかし、この損害については、違反行為終了後に価格が下落しなかったことから否定された(判旨V)。ナイガイらは、その原因は、違反行為の残存効果によってその後も外国製生地管のシェアは限られたものとなっていたことに求めたが、本判決ではNEG製生地管の過去の実績と外国製生地管への切替えに係る諸要因を製薬会社が検討した自由競争の結果と判断された。

しかし、違反行為終了後に市場の変化等の特段の事情が生じたような場合はともかく、NEG製生地管の過去の実績と外国製生地管への切替えに係る諸要因は、違反行為期間においても妥当する事情のように思われる。そうであるとすれば、本件においては、そもそも市場支配力の維持という結果が本件排除行為によって引き起こされたとの因果関係は導き得ないのではないかとの疑問が生じる。本判決の趣旨を一貫させるならば、本件排除行為の持つ効果が実現されなくとも、ある程度自由に価格を左右することができたのであるから、本判決では、「市場支配力の維持」ではなく、「市場支配力の強化」が問題とされるべきだったように思われる。⁽³⁷⁾

ここでいう市場支配力の「維持」と「強化」とは連続性を持っており、両者を区別すること自体にさほど意味があるわけでもないが、「市場支配力の強化」がある程度自由に価格を左右することができる力より長期的に存続させたり、参入障壁等の潜在的競争圧力に対する障害をより強固にすることを意味するのに対し、「市場支配力の維持」とは、排除効果が現実に生じなければ、ある程度自由に価格を左右することができる力を失ったり、十分に発揮し得なくなること

味するものと考えられる。⁽³⁸⁾ 本件を「市場支配力の強化」が問題となった事案だと理解したとしても、市場支配力の長期化ないし強化を図っている以上、本件価格損害が発生しなかったとするには、本件違反行為がなくなるとも算定対象期間においては市場支配力が維持されていたことを説得的に示す必要があるだろう。

この点、ナイガイらの外国製生地管の取扱い割合が増えたとしても、ナイガイらが既存顧客へ供給する一部の生地管がNEG製から外国製に切り替わっただけであり、ニプロの高価格設定への牽制力としては不十分である（ニプロは審判係争中にあえて設定価格を引き下げるインセンティブもない）。そして、本判決では、本件審決において格別措置が命じられなかったことを、競争が回復していることの論拠の一つとしているが、本件審決は平成一七年独禁法改正前の手続に基づいて行われた行政処分であり、排除措置の必要性については平成一八年六月時点での事情を基に判断されていることに留意する必要があるだろう。逆に考えれば、本件違反行為終了後も、一定期間、アンプル加工業者等には外国製生地管を取り扱うことの萎縮効果や抑制効果が残存していた可能性も十分ある。また、その後の市場環境の変化とニプロの市場支配力との連関についての検討もみられない。そうすると、ニプロの設定価格の動向に着目すること自体が失当であり、上記諸要因から本件価格損害がなかったことを導くのも、市場における残存効果を適切に理解したものとはいえないと考える。

上記批判の一部は公正取引委員会の法運用にも当てはまる。本件審決が違法宣言審決に留まり、何ら排除措置は命じられなかった理由は、代替品への一層の進行等のため市場の規模が大幅に縮小していること、対象商品の輸入も拡大傾向で推移していること等の市場の状況の大きな変化にかんがみて、「特に必要があると認めるとき」に該当する事情があるとはいえないと判断したことによる。⁽³⁹⁾ しかし、市場の規模が縮小している状況でも市場支配力の行使は可能である反面、需要の減退期には新規参入は期待できず、潜在的競争圧力が発揮されにくいことを踏まえると、措置の必要性がないと判断

するのは慎重であるべきと考えられる。まして、本件ではNEG製生地管の過去の実績と外国製生地管への切替えに係る諸要因を製薬会社が検討した結果、違反行為終了後も価格が下落しなかったわけであるから、平成一八年六月時点において排除措置の必要性が認められるようにも思われる。最高裁が、公正取引委員会に措置の必要性に関する判断について専門的な裁量を認めているのは、我が国における独禁法の運用機関として競争政策について専門的な知見を有するからこそなのであるから、違反行為者に対する排除措置は、市場の状況等を慎重に見極めた上、将来にわたる競争環境に向けて積極的に検討されるべきものであることに言及しておきたい。

四 結 語

本稿において排除型私的独占の認定手法として明らかにしたかったのは、次の四点である。第一に、排除行為は「人為性」と「排除効果」の観点から判断されるが、両観点は重なり合っており、別途独立して検討する余地はあるが、その実益はないこと、第二に、排除行為が市場における需要者の競争的行動を一般的に萎縮・牽制する効果をも持つことにも配慮して影響を評価すべきであること、第三に、排除行為の累積的效果が問題となる場合、排除行為を個別に分割して評価することは可能な限り回避すべきこと、第四に、私的独占に対する排除措置は一つの論点であるが、専門的知見から判断される措置の必要性の有無は、独占禁止法二五条訴訟においても斟酌される事情であることを認識して、将来にわたる競争環境に向けて積極的に検討されるべきものであること、である。

本稿では、近年の重要裁判例を素材にして、排除型私的独占の各要件と意義とその認定手法を論じてきたが、十分とは言えない点もある。例えば、「排除行為」と「競争の実質的制限」の該当性判断における考慮要素の重複関係の整理や因

果関係の位置付け、課徴金算定における課題の検討などが、これに当たる⁽⁴⁾。特に、課徴金算定上の問題が実体法の解釈運用にも影響を及ぼしうることに鑑みると、残された課題についての検討なくして十分な認定手法を論じることができないようにも思われる。この点は、他日を期し、別稿をもって検討を行いたい。

- (1) 司法判断といえるような判決としては、奥道後バス事件民事訴訟（高松高判昭和六一年四月八日審決集三三卷一二五頁）くらいしかない。なお、公正取引委員会における審判審決は、ここでいう司法判断には含まれていない。
 - (2) 審判手続を経て公正取引委員会による判断が示された審判審決としては、違法宣言審決が二件（審判審決平成一八年六月五日審決集五三卷一九五頁、審判審決平成一九年三月二六日審決集五三卷七六頁）、違反事実なしとする審決が二件（審判審決昭和三七年四月一二日審決集一一卷一頁、審判審決平成二四年六月二二日審決集五九卷第一分冊五九頁）があるが、検討の素材として有益なのは、いずれも平成一八年以降の審判審決であり、これらは東京高裁において審理の対象となっており、判決と合わせて評価されるべきものである。
 - (3) 包括徴収方式での契約に排除効果を認めなかった公正取引委員会による審判審決を取り消す事例判決とはいえ、排除効果の概念理解に重要な意味を持つと考えられるが、本稿脱稿直前の判決であり、その判決内容を十分に反映できていないことをお断りしておく。
 - (4) ただし、排除型私的独占が問題となった有線ブロードネットワークス事件では、勧告審決（勧告審決平成一六年一〇月一三日審決集五一卷五一八頁）が確定したものの、民法七〇九条に基づき損害賠償請求を裁判上主張し、これが認容されている（東京地判平成二〇年二月一〇日判タ一二八八号一一二頁）。
 - (5) 審判審決平成一八年六月五日審決集五三卷一九五頁。
 - (6) 最二小判平成二二年二月一七日民集六四卷八号二〇六七頁。
 - (7) 今村成和『独占禁止法』七二頁・八七頁（有斐閣、新版、一九七八年）。
 - (8) 今村成和・丹宗昭信・実方謙二・厚谷襄児 編『注解経済法（上巻）』五〇頁（青林書院、一九八五年）〔根岸哲〕。
- 排除型私的独占の成立要件とその認定手法に関する考察（伊水）

- (9) 実方謙二「独占禁止法」六四頁(有斐閣、第四版、一九九八年)。
- (10) 川濱昇「独占禁止法二条五項(私的独占)の再検討」『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第三卷』三五四頁(有斐閣、一九九九年)。
- (11) 岡田幸人「判解」ジュリ一四四三号八三頁(二〇一二年)。
- (12) 岡田幸人「判解」法曹時報六四卷一三一九五〜三一九六頁(二〇一二年)。
- (13) 条文解釈としては、独占禁止法二条五項に規定する「公共の利益に反して」の要件に、正常な競争過程による排除とそうでない排除とを区別するという機能が含まれていると考え、排除行為が該当性において「公共の利益に反して」との文言を踏まえた解釈を行っているものと考えることができよう。今村・前掲注(7) 八七頁参照。
- (14) 根岸哲編『注釈独占禁止法』四〇頁(有斐閣、二〇〇九年)(川濱昇) 参照。
- (15) 川濱昇「私的独占解積論の現状と課題」日本経済法学会年報二八号二九〜三〇頁(二〇〇七年)。
- (16) 川濱・前掲注(15) 二六〜二七頁も、競争の実質的制限の捉え方のうち閉鎖型市場支配の考え方を採るに当たって、競争者と共同していることを条件に認めていることから、競争者との通謀自体が市場支配力の形成・維持・強化に寄与し得ることは認められていると思われる。
- (17) 長澤哲也「判批」ジュリ一四五二号五頁(二〇一三年)。
- (18) 本件指針においても「効率性」は「競争の実質的制限」の一考慮要素として登場し、排除行為に付随する効率性については、これに基づく競争促進効果から競争の実質的制限を生じさせるか否かが判断される構成を考えているように思われる。伊永大輔「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」について『NBL九二六号五三頁脚注8(二〇一〇年) 参照。これは、「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」(平成十六年五月三十一日公正取引委員会)との平仄から整理されたに過ぎないとも考えられるが、一つの見識でもある。
- (19) この点、本件指針では、「行為者が他の事業者の事業活動を排除する意図を有していることは、排除行為に該当するための不可欠の要件ではない」としつつも、「しかし、主観的要素としての排除する意図は、問題となる行為が排除行為であることを推

認させる重要な事実となり得る」とする（本件指針第二の一（一））。この記述については、独占禁止法上の指針が、その一般的な性格として、違法性判断基準の詳細を正確に記述することを目的としているのではなく、違反行為の事前の防止を主な目的としていると考えられることを踏まえて理解すべきだと思われる。すなわち、主観的要素である人為性を排除行為が該当性判断の決め手とする布石の記述であるなどと捉えるのではなく、他者の事業活動を不当に排除する目的で行われる行為を放任するものではないことを明らかにした宣言的記述と捉えるべきだと思われる。もちろん、「排除の意図が認められる場合、行為者は問題となる具体的行為（排他条件付取引など）を長期的・継続的・組織的に実施する可能性があることから、排除が実効的なものとなる可能性が高まる。このように、排除の意図の下で行われる行為は、現実にも排除の効果をもたらす可能性が高いことから、排除の意図は、排除行為が該当性にとって重要な要素となる、というものである。」（金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄Ⅱ編著『独占禁止法』一五七頁（弘文堂、第四版、二〇一三年）（山部俊文）とする側面も排除効果を認定する観点として首肯できるものであるが、排除する意図を過度に重視して排除行為が該当性を判断するのは、競争的な事業者の事業活動を萎縮させる結果ともなりかねず、適当な判断手法とはいえない。目的が何であれ、排除という影響をもたらす複数の行為を一体として違反としてもよいのではないかとの指摘（白石忠志『独占法事例の勘所』二四九～二五〇頁（有斐閣、第二版、二〇一〇年）は、本件審決において、ナイガイラの競争者に対して総販売原価を下回り仕入価格に近い価格で生地管を販売した行為（本件第二行為）が、排除する意図のもとで行われたわけではないことを理由として排除行為を構成しないとされたことを批判している。

(20) 日本音楽著作権協会事件東京高裁判決も、同事件審判審決と同様に、排除効果の認定に続いて「人為性」の検討を行うことを前提としているように見える。ただし、後述のとおり、排除効果の認定と切り離して検討しなければならないかについては、疑問もある。

(21) 武田邦宣「判批」ジュリ一四四〇号二五三頁では、最高裁判決の人為性のくだりを「排除行為の性質を著したものとしつつ、排除効果の判断要素のうち「行為の態様」に含まれると解釈する。岡田・前掲注（12）三二七頁では、本件指針で挙げられている「判断要素等」の脚注として人為的要素に触れており、岡田・前掲注（11）八三頁において各判断要素への当てはめを示しているところ、「行為の態様」には人為的要素は記述されていない。本件指針では、供給拒絶・差別的取扱いという「排除行為

排除型私的独占の成立要件とその認定手法に関する考察（伊水）

九四二（四三八）

に該当し得る行為」(本件指針第二の五(1))のうち、拒絶等を受けた供給先事業者の川下市場における事業活動を困難にさせるといふ排除効果が生じるもの(本件指針第二の五(2))を排除行為に該当するとしている。最高裁判調査官の考えでは、人為的要素について、排除効果の判断要素の一つに含めるのではなく、「排除行為に該当し得る行為」の条件として示された「合理的な範囲を超えて」の文言部分において実質的な評価を行った可能性もある。

- (22) 泉水文雄「判批」公正取引六七号三七〜三八頁(二〇〇六年)が、審決の「法令の適用」において「ナイガイグループの輸入生地に係る事業活動を排除することによって、競争者である外国の生地管製造業者を排除する」とされていることにつき、外国の生地管製造業者の「事業活動の排除」(独占禁止法二条五項)と記載されていないことを指摘して、競争の実質的制限に至るプロセスを説明するために競争者の排除について述べられたにすぎないと読み方も成り立ちうるとする。この点について白石・前掲注(19)二四五〜二四七頁は、検討対象市場での供給者ではない者の排除を独占禁止法二条五項の条文中の「排除」とした事例は他に見当たらず、本件審決もニプロの競争者の排除を条文中の「排除」と実質的には捉えているとして、先例と異なる領域を本件審決が開拓したと位置付けるには多大の留保を要するとしている。

- (23) 事実認定を支える証拠が不十分であった可能性も考えられる。しかし、審判審決で現に認定されたように、競争者に対する反競争的効果はニプロに対する排除行為による反射的效果であって、別の証拠がなければ認定できないわけではない。本件市場の状況からすれば、法的評価を加えれば認定できた事実であるように思われる。

- (24) 川瀆・前掲注(15)二五頁も、問題とする市場における競争的抑制を殺ぐという意味での排除の認定は、本件審決のように必要とする。

- (25) 長澤・前掲注(17)五頁。

- (26) 審決集五三卷二三五〜二三六頁。事案は違うが、ハマナカ再販売価格拘束事件(東京高判平成二三年九月一五日判時二一三三号八〇頁)では、イオンに対する取引拒絶が他の需要者に対する萎縮効果を生んで拘束の実効性を高めたと控訴審において適切に評価し直しているのと対照的である。伊永大輔「判批」ジュリ一四四〇号二六八頁(二〇一二年)参照。

- (27) 滝澤紗矢子「独占禁止法一年の動き」日本経済法学会年報三四号一四三頁(二〇一三年)は、本判決は三個の私的独占を認定

したと理解する。三つの本件行為はいずれも排除型私的独占に該当すると言うのであるから、文理としてこれ以外の解釈はないようにも読める。しかし、本判決では、①三つの行為が本件独禁法違反行為を構成するとした上で、ニプロは本件独禁法違反行為をすることにより、独禁法三条に違反したと述べていること、②三つの行為は、それぞれ排除行為が検討されているが、競争の実質的制限は別個に検討されていないことに鑑みると、三つの行為はいずれも一つの排除型私的独占を構成する排除行為と捉えているとの理解もあり得る。

- (28) また、独占禁止法七条の二第四項に基づく排除型私的独占の課徴金算定の場面と共通する問題ともいえそうである。すなわち、不当な取引制限の場合と異なり、私的独占における課徴金算定基礎となる売上額の対象期間は「当該行為をした日から当該行為がなくなる日までの期間」となっており、違反行為が成立した時点についても、ある程度具体的に認定する必要があるという問題意識から浮かび上がってくるものである。

- (29) 今村成和『独占禁止法入門』一五〇一六頁（有斐閣、第四版、一九九三年）、根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説』五一頁（有斐閣、第四版、二〇一〇年）。

- (30) 根岸・舟田・前掲注(29)五二頁でも、この批判に触れている一方、批判に対する具体的な反論は見当たらない。

- (31) 公正取引委員会は、市場シェアの大部分を占める事業者の排除行為によって新規参入が阻害された事実に加えて、既存の競争者間において自由な競争が著しく阻害されている状況も認定することにより、競争の実質的制限が生じたとしてきた（パチンコ機製造特許プール事件・勧告審決平成九年八月六日審決集四四卷三三八頁、東日本電信電話事件・審判審決平成一九年三月二六日審決集五三卷七七六頁）。また、本件指針では、東京高判平成二二年五月二九日審決集五六卷第二分冊二六二頁を引用し、市場支配的状态が形成・維持・強化されていれば、競争を実質的に制限すると認められるとしている。

- (32) 東日本電信電話事件は参入阻害の事案であったが、最高裁判決は、競争の実質的制限の判断に当たって「市場支配力の形成、維持ないし強化」が認められるかどうかを基準としている。

- (33) 白石忠志『独占禁止法』七四〇七五頁（有斐閣、第二版、二〇一〇年）。岡田・前掲注(12)三二八頁は、この白石教授の見解に基づいて事案を解説しており、最高裁ではこの見解を採用して事案を処理したのではないかと思われる。

排除型私的独占の成立要件とその認定手法に関する考察（伊水）

九四〇（四三六）

(34) 神貫俊文「私的独占の総括的検討」日本経済法学会年報二八号一五頁・一八頁脚注三三(二〇〇七年)では、東洋製罐事件(勸告審決昭和四九年九月一八日審決集九卷八七頁)を例に、実効的な排除力を示すには市場シェア九〇%以上が必要とする。競争者の費用を引き上げる戦略が奏功するには高度な市場シェアが必要となる場合が多いのは頷けるが、市場をめぐる諸事情(商品特性やネットワーク効果の有無など)の検討なしに常に九〇%もの市場シェアがなければ実効性が否定されるといえるか

については、疑問がある。ただし、本件違反行為時におけるニプロの市場シェアは九〇%を超えていたことから、この点でも推認を及ぼすことに問題は少なさそうである。

(35) 累積的な排除効果を問題とするのは、米国反トラスト法等の運用においても見られる一般的なものである。なお、複数事業者の並行的排除行為に基づく累積的市場閉鎖効果を日米欧の各規制から検討したものととして、滝澤紗矢子・荒井弘毅・松八重泰輔「並行的排除行為規制の妥当性とその手法に関する研究」CPRC共同研究報告書CR 03-09(二〇一〇年)がある。

(36) 鶴岡灯油事件損害賠償訴訟(最二小判平成元年一月八日民集四三卷一十一号一二五九頁)。

(37) 白石・前掲注(19)二四八頁、川濱・前掲注(15)一三三頁では、本件審決では市場支配力の「維持」が競争の実質的制限となつたとしている。本件審決では「競争力のある競争者の生地管の輸入を制限又は抑制して品質・価格による競争が生じ又は生じ得る状況を出させないようにしている」とされており、「維持」か「強化」かはなお区別しにくいように思われるが、そのような理解が一般的であり、合理的な審決の帰結でもありと考えられる。本判決において「市場支配力の維持」としたのは本件審決と軌を一にするものではあったが、判決の理由付けを維持するのであれば、本判決のような結論は採り得ないという矛盾を抱えることになると考えられる。

(38) 根岸編・前掲注(14)六六頁(川濱)は、「一般的には既に存在する市場支配力の存続を長期化したり、その減少を妨げることが維持であり、既に存在する市場支配力の程度を高めることが強化ということになる」とするが、既に存在する市場支配力が一定期間(例えば、一年間)存続できる場合に、さらに長期化させるのは「市場支配力の強化」に他ならない。同様に、仮に市場支配力が減少しても、なお市場支配力が存続しているのならば、これも「市場支配力の維持」とは呼べない。したがって、長期化や減少それ自体に「維持」と「強化」の識別機能はないといわざるを得ない。両者を区別するメルクマールとなるのは、

排除効果の發揮なかりせばという条件の下で市場支配力が存続するかどうかであり、排除効果が發揮されなくとも市場支配力が一定期間存続するのであれば「強化」、早々に市場支配力を失うのであれば「維持」と理解するのが適當である（排除効果の發揮が市場支配力を失うスピードや時期を遅らせるのであれば、「維持」に該当する。）。なお、既に存在する市場支配力に対する牽制を減少させることによって生じる反競争効果は、市場支配力の「維持」か「強化」のいずれかに該当することになるため、両者の区別それ自体に拘泥する必要がないとする点については、そのとおりだと思われる。本件でも「市場支配力の維持ないし強化」などとすればよかったと考えられる。

(39) 審決集五三卷二二七頁。

(40) 郵便区分機事件審決取消訴訟・最一小判平成一九年四月一九日判タ一二四二号一一四頁。

(41) 因果関係論については、特に学究的な積み重ねを欠いている状況にあるが、これを総論的に論じた先駆的論考として、白石忠志「独禁法における因果関係」石川正先生古稀記念論文集『経済社会と法の役割』三六九頁以下（商事法務、二〇一三年）がある。

※ 本研究は、JSPS科研費「課徴金制度の現代的課題とこれを克服する理論枠組みに関する総合的研究」（研究課題番号…24730049）の助成を受けたものである。