

複数の事業者による意思の連絡なき取引拒絶について

東京大学大学院法学政治学研究科 民刑事法専攻

経済法務専修コース 早船 文久

目次

．はじめに	．．．	1
．問題設定	．．．	2
．他者の行動を考慮に入れて困難化を判断できるか	．．．	5
．法的安定性の問題	．．．	8
．まとめ	．．．	13
．もう一つの意義	．．．	13
．結びにかえて	．．．	14

．はじめに

本稿では、複数の事業者による意思の連絡なき取引拒絶についての独禁法違反の成否及びそれに付随する問題について検討することとしたい。

取引拒絶*1については、一般に、単独事業者による単独取引拒絶と複数の事業者が共同して行う共同取引拒絶の2つの行為類型に分けて説明されている。このため、単独事業者による取引拒絶の場合は単独取引拒絶の成否を、複数の事業者による取引拒絶の場合は共同取引拒絶の成否が問題とされてきた。しかし、共同取引拒絶というのは、あくまで様々な取引拒絶のパターンのうちの一つに過ぎず、複数の事業者による取引拒絶において共同取引拒絶が成立しなければ、独禁法上問題がないということにはならない。例えば、川上市場における全ての供給者がお互いの意思の連絡なく並列的に取引を拒絶した結果、被拒絶者が川下市場で排除されてしまう事例*2や複数の事業者が共同して取引を拒絶しているがその事業者間の意思の連絡について証明できない事例など、共同取引拒絶には該当しないものの、競争者が市場から排除されたり市場に参入できなくなる事例が考えられるのである。これまで共同取引拒絶や単独取引拒絶という典型的な行為類型にばかり光が当たり、その違反基準について議論が積み重ねられてきたが、その陰で、典型的な行為類型にスムーズに当てはまらない取引拒絶が、競争に少なからぬ影響を及ぼすにもかかわらず看過されてきたのではないか。そのような取引拒絶の一つとして、複数の事業者による意思の連絡なき取引拒絶を取り上げ、その独禁法違反の成否を検討するとともに、典型的な行為類型では気づき得なかった問題について検討し、その解決策を探ることが、本稿の目的である。

以下、取引拒絶に対する従来の議論では対応できない事案が存在することをまず確認し、そのような事案に対してどのような考え方、切り口によって取り組むべきか検討していくこととしたい。

・問題設定

本稿で取り上げる「複数の事業者による意思の連絡なき取引拒絶」とはどのようなもので、従来の考え方により対処した場合どのような問題があるのか、事案を設定した上で検討していく。取引拒絶の現実の事例においては極めて複雑な関係にあるものもあろうが、考え方を検討するに当たってはわざわざ複雑な事例を持ち出す必要はない。よって、以下の極めて簡単な事案によって検討する。

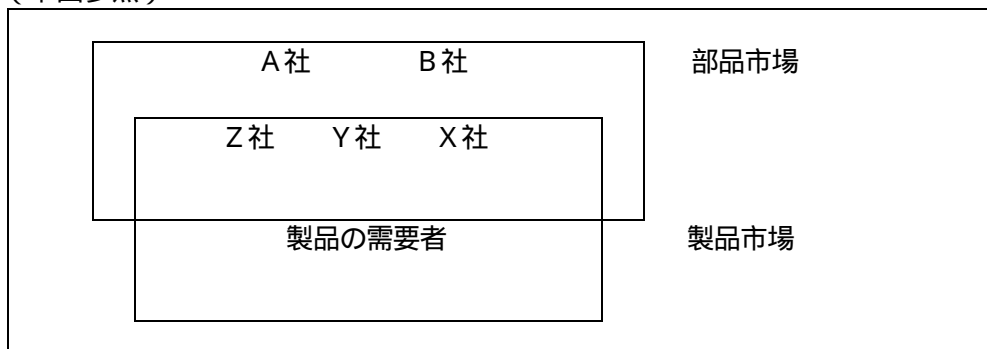
1．事案の設定

部品市場における需要者Zは、AとBの2人の供給者（市場シェアは各50%とし、AとBの間に取引拒絶についての意思の連絡は無いものとする。）から

パターン 同時に部品の取引を拒絶されたため、

パターン まずAに部品の取引を拒絶され、その後Bに部品の取引を拒絶されたため、その部品を用いて製造される製品の市場において事業活動の継続が困難になった。

（下図参照）



2．従来の考え方

以下、取引拒絶に対する従来の考え方や違反基準を紹介するとともに、それに基づいて本事案に対する独禁法違反の成否を検討していく。

取引拒絶は、一部の例外を除いて、不公正な取引方法として独禁法2条9項1号が規定する「不当に他の事業者を差別的に取り扱うこと」に当たり、同条項に基づいて公正取引委員会（以下「公取委」という。）が定める一般指定において、共同の取引拒絶（一項）とその他の取引拒絶（二項）に分けて規定されている。

まず、一般指定一項の共同取引拒絶の成否を検討する。共同取引拒絶は、事業者が「共同して」取引を拒絶することである。ここで、「共同して」とは、不当な取引制限（独禁法第2条第6項）の定義における「共同して」と同じ意味とされており、取引拒絶を行った事業者間に「意思の連絡」があることが要件とされる。本事案においては、A B間に取引拒絶についての意思の連絡はなかったことが前提とされているため、パターン ・パターン 双方

において共同取引拒絶は成立しない。

次に、一般指定二項の単独取引拒絶*3がA、Bそれぞれについて成立しないか検討する。単独取引拒絶の違反基準としては、大きく分けて次の二点、第一に、当該取引拒絶により被拒絶者の事業活動を困難にさせること（困難化）*4、第二に、当該取引拒絶を正当化する理由がないこと（正当化理由なし）、が挙げられている*5。第一の要件である「困難化」の解釈としては、現行一般指定の制定に先立って出された独占禁止法研究会報告「不公正な取引方法に関する基本的考え方」（以下「独禁研報告」という。）において、Zが「容易に他の取引先を見い出し得ないか、又は見い出し得ても、取引条件が不利なため、競争者として十分に機能し得ない等当該競争者の取引の機会を排除し、その事業活動を困難にさせるおそれがある」か否かであるとしている。この解釈については流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針（以下「流通・取引慣行指針」という。）や審決例*6も一致している。そして、ここで注意しなければならない点は、排他条件付取引について流通・取引慣行指針第1部第四（注9）は、「競争者の取引の機会が減少し、他に代わり得る取引先を容易に見いだすことができなくなるおそれがある場合」に当たるかどうかは、他の事業者の行動も考慮の対象となり、「複数の事業者がそれぞれ並行的に自己の競争者との取引の制限を行う場合には、一事業者のみが行う場合に比べ市場全体として競争者の取引の機会が減少し、他に代わり得る取引先を容易に見いだすことができなくなるおそれが生じる可能性が強い」と述べているのと異なり、取引拒絶については、他の事業者の行動を考慮の対象として市場全体の状況を判断するのか否かということについて何ら言及されていない（反対解釈をすれば、他の事業者の行動は考慮の対象に入れないということになる。）ということである。そして、第二の要件である「正当化理由なし」の解釈については、独禁研報告は、「一定の資格基準を設けていることにより、その基準に合致しない者が取引を拒絶されることになっても、基準設定の目的が是認され、かつ、その基準が当該目的を達成する上で相当な範囲である場合・・・には、公正競争阻害性はないと考えられる」としている。

これらの基準をパターン にあてはめると、Z - A及びZ - Bの取引ともに、Zが「容易に他の取引先を見い出し得ない」とはいえない（もう一方の供給者が取引に応ずる可能性がある。）ので、困難化の基準を満たさず、A・Bによる単独取引拒絶はそれぞれ成立しない。

次に、これらの基準をパターン にあてはめると、最初取引を拒絶したAの場合は、「容易に他の取引先を見い出し得ない」とはいえない（Bが取引に応ずる可能性がある。）ため、困難化の基準を満たさず、単独取引拒絶は成立しない。一方、後から取引を拒絶したBに対する単独取引拒絶の成否については、すでにAに取引拒絶されたZはBに取引拒絶をされた場合、他に取引先がないのだから、「容易に他の取引先を見い出し得ない」状況に陥るため困難化の基準を満たすとも考えられるが、あくまで他の事業者の行動は考慮に入れないとの立場をとれば、B以外の取引先があるということが重要（すでにAに取引拒絶されたとしても再度Aと取引を行う可能性がある）であるから、「容易に他の取引先を見い出し得ない」

とは認められず困難化の基準を満たさない。したがって、パターン の結果と同様に、A・Bによる単独取引拒絶はそれぞれ成立しない。

以上、従来の考え方や基準に基づき本事案の独禁法違反の成否を検討してみたが、はたしてこれらの結果は妥当なものであろうか。

3．問題点

従来の考え方による上記2．の結果には、以下のような問題点が指摘できる。

A・Bともに独禁法違反が成立しないため、Zは市場 において部品を購入することができず、製品市場 における競争機会を失って市場 から排除されるという結論は本当に妥当なのか。仮に市場 が供給者Cにより独占されていたと想定し、その想定と比較するとこの点は顕著になってくる。独占者であるCに拒絶された場合にはZは「容易に他の取引先を見出し得ない」ので単独取引拒絶が成立するにもかかわらず、本事案のように二社から拒絶された場合には、単独取引拒絶が成立しない。Zの立場からすれば、供給者が一社か二社かの違いがあるだけで、取引拒絶によって市場から排除（以下、「排除」には市場に参入できなくなる場合も含む。）されたという事実、すなわち市場における競争への影響には違いがないのである。にもかかわらず、その法的評価が異なる点には違和感を感じよう。

ただし、需要者Zに対する客観的な競争減殺効果は変わらないとしても、供給者が一社の場合と二社の場合とでは、供給者の主観面は異なってくる。供給者が一社のため自らの取引拒絶によってZの困難化が明確に認識できる場合と、供給者が二社あることにより、取引拒絶してもZが他に取引先を見だし得るためZの困難化を認識しえない場合とを同様に扱うことにも抵抗感がある。であれば、本事案において、客観的な競争減殺効果と供給者の主観のどちらを重視して問題の解決に当たるべきなのか。この点を念頭において、以下、解決策を検討していくこととする。

．他者の行動を考慮に入れて困難化を判断できるか

複数の事業者による並列的（以下、「並列的」という用語には、意思の連絡がないことを含意する。）な取引拒絶がなされた場合、従来の考え方による解決策では問題が生じることが明らかになった。これは複数の事業者の取引拒絶が重複することによる市場の閉鎖効果について、従来の考え方が念頭においてこなかったからであろう。以下、本事案に対する考え方を検討していくが、まず、取引拒絶を禁止する目的とは何なのかという原点に立ち返って、取引拒絶事案の解決に当たり重視すべき点を確認する必要がある。

1．取引拒絶を禁止する目的から

取引拒絶という行為自体は事業者の取引先選択の自由として原則的には認められている*7行為である。それを例外的に禁止する場合とは、「市場における競争を減殺するおそれが

ある」*8場合である。ここで問題となる「競争を減殺するおそれ」とは、取引拒絶事案においては、被拒絶者の事業活動が困難化することによって被拒絶者が市場から排除されることである。すなわち、本来事業者が有している取引先選択の自由を制限してまで、独禁法は、被拒絶者が困難化して取引機会を失うことを問題視しているのである。であれば、現実には被拒絶者が困難化して取引機会を失っているかどうかという点を厳密に判断する必要がある。その点からすると、困難化の基準は、現実には被拒絶者が困難化するかどうかという点、すなわち客観的な競争減殺効果を重視して、より踏み込んだものであるべきと考える。

困難化の基準において、被拒絶者の事業活動が困難になる場合とはどういう場合かという点、前述のとおり、「容易に他の取引先を見出し得ない」場合、すなわち、当該取引が被拒絶者にとって不可欠であって、代替的競争手段を持たないということである。では、本事案のパターンにおいて、本当にZは代替的競争手段を持っているといえるのであろうか。たしかにZとAの取引だけに着目した場合、Bは取引に応ずる可能性を残しているため、その時点では代替的競争手段があるといえるが、Bにも取引を拒絶されるのであるから、結果として市場全体としてみれば、代替的競争手段はZにはないのである。すなわち、個々の取引拒絶にだけスポットを当てて、その困難化の有無を判断するのではなく、他の競争者の行動も考慮に入れた上で代替的競争手段の有無を判断しなければ、被拒絶者Zが実際に困難化するかどうかは明らかにならない場合があるといえる。したがって、現実には被拒絶者が困難化するかどうか判断するために、他の競争者の行動を、本事案の独禁法違反の成否の判断の際に考慮すべきであると考えられる。

2. 排他条件付取引に関する議論から

取引拒絶について、他の競争者の行動を踏まえて、市場全体として被拒絶者の代替的競争手段の有無、ひいては独禁法違反の成否を判断する考え方自体はこれまでの判例や学説には見られないものの、これと同様の考え方は、すでに存在している。例えば、排他条件付取引に関して、前述のとおり、流通・取引慣行指針第1部第四(注9)は、他の事業者の行動も困難化を判断する際の考慮の対象となり、並列的な排他条件付取引が独禁法違反になりうることを認めている*9。また、学説においても、並列的な排他条件付取引によって参入障壁が形成されることなどを問題視してこれを規制すべきとの主張*10がなされている。

判例では、東洋精米機製作所事件東京高裁判決*11は、専売制をめぐる、「排他的条件付取引に公正競争阻害性が認められるか否かを判断するに当たっては、行為者及びその競争者の製造する製品を取り扱う販売業者がどの程度存在し、販売業者の各事業者への系列化の実情がどのようなものになっているかといった点が重要な判断資料となるものというべき」と示し、一般論として、他の事業者の行動を踏まえて、市場全体としてその公正競争阻害性を判断することを支持している。一方、同判決は「一定の取引の分野の市場構造の特殊性等からして、すでに各販売業者が事実上特定の事業者の系列に組み込まれており、その事業者の

製品だけしか取り扱わないという事態になつているなど特段の事情が認められる場合は、排他条件付取引に公正競争阻害性が認められないとされる余地が生ずるものと解される」としている。なぜ、事業者毎の系列化（専売店化）が進めば、排他条件付取引に公正競争阻害性が認められるなくなるのか必ずしも明らかでないが、並列的系列化が進み競争者がそれぞれ販路を確保している場合には公正競争阻害性は否定されるという趣旨であるとすれば、系列化を行っていない競争者の流通経路の整備が一層困難になること、新規参入が困難になることから、多くの批判*12がなされている。

排他条件付取引についても、取引拒絶についても、原則として公正競争阻害性が認められるわけではなく、被拒絶者が市場から排除されることによる競争減殺の弊害があってはじめてその公正競争阻害性が問題となる*13ことからわかるように、複数の事業者による並列的な行動によって競争者が市場から排除され競争機会を失うことを問題視する点は同一である。また、排他条件付取引は、競争者の側からみれば、取引先事業者による取引拒絶と構成することが可能*14である。したがって、排他条件付取引においてすでに採用されている考え方、すなわち、排他条件付取引の成否の判断に際して、他の事業者の行動を考慮し、市場全体として競争者の取引機会の有無を判断する考え方は、取引拒絶の成否を判断する場合にも妥当する考え方であるといえよう。

なお、本事案は便宜上、拒絶者が2社であったと想定しているが、各々のシェア（市場占有率）が非常に小さい多くの事業者による並列的な取引拒絶であっても上記結論は変わらない。この結論は、取引拒絶が複数重なったことによる被拒絶者の困難化という客観的な競争減殺効果をあくまで問題にしているのであるから、事業者の数及びシェアの大小は関係ないのである。この点について、少なくとも過去には公取委実務をはじめ学説にも拒絶者が「市場における有力な事業者」であるか否かを問題とする有力者基準*15が主張されてきたが、事業者のシェアが大きい場合、数が少ない場合には被拒絶者の困難化が生じやすいということに過ぎず、シェアや数は何ら本質的問題ではない*16といえる。

．法的安定性の問題

1．問題の所在

以上のような考え方に即して、複数の事業者による並列的な取引拒絶により被拒絶者の困難化が認められる場合には客観的な競争減殺効果を重視して独禁法違反の成立を認めるにしても、取引先選択の自由の行使として合法に行えるはずの取引拒絶が、他の事業者の行為次第で独禁法違反になってしまうという法的安定性の問題*17がある。　．1．の事案のパターン　に即して考えると、Aが取引を拒絶しただけではZは困難化しないため、Aの取引拒絶は合法的な行為であるが、同時にBが取引を拒絶したために結果としてZの困難化を招き独禁法違反となる。また、逆にBが取引を行った場合にはAの行為は独禁法違反にならないのであるから、自らの行為の違法性が他の事業者の行為によって決まることになり、著しく

法的安定性が害されるといえる。

そして、法的安定性が阻害されることによる弊害もまた、見過ごせない。見方によっては、法的安定性が害されても、拒絶者は合理的な条件で被拒絶者と取引することになるだけであるから、大きな問題とはいえないとの意見もあろう。しかし、そのような意見は独禁法違反となることの重みを軽視している。独禁法が法秩序全体においてさほど大きな存在ではなかった時代と異なり、競争秩序が法秩序全体に関連する価値として認められるようになった現在においては、独禁法違反者に対する世間の注目度が異なってきている。競争減殺が生じている状態を排除して競争秩序を回復するための是正措置にすぎないといえども、現実には事業者にとって公取委の発出する排除措置命令（場合によっては警告や注意でさえも）には十分な影響力がある。企業犯罪に対して社会の批判の目が厳しくなっていることを踏まえれば、独禁法違反者と公表された場合の事実上の制裁効果は、事業者のイメージだけでなくその後の事業運営にも計り知れない影響を与えよう。このため、本事案におけるAのような事業者は、他の事業者の行動如何で自らが独禁法違反となる可能性があるとするれば、それを忌避することが予想される。取引拒絶自体は本来価値中立的な行為であるにもかかわらず、取引拒絶という行為にはおよそ独禁法違反のおそれがあるので、取引拒絶は初めから避けた方がよいと萎縮して行動するようになるということである。それは、言い換えれば、事業者の正当な競争行動を支えているはずの取引先選択の自由を失うということであり、本来独禁法が守りたかったはずの競争秩序そのものにまで影響を与えるのではないか。そもそも、取引拒絶に対する規制は取引しない自由に対する例外として限定的に行われるはずである。その取引拒絶に対する規制によって、取引しない自由が失われては本末転倒である。

2. 検討

このように、客観的な競争減殺効果だけでこの事案を処理しようとした場合、法的安定性の問題によって事業者の萎縮効果を生み出し、その結果、健全な競争が阻害されるという事態を生じかねない。しかしながら、 . において検討したように、客観的な競争減殺効果を重視することによりZの取引機会を保護することもまた、健全な競争にとって重要であることに変わりはない。とするならば、Zの取引機会を保護する立場を堅持しつつ、Aの法的安定性を保護することができないか。この問題に対する3通りの解決策を、以下、順次検討していく。

(1)拒絶者の主観的要素の考慮

法的安定性の問題は、見方を変えれば、AがZの困難化について認識しえない（Zを困難化させようという意図も持ち得ない。）にもかかわらず独禁法違反になることから生じる問題ともいえる。であれば、Aの独禁法違反の成立要件として反競争的な意図、認識といった主観的要素*18を求めれば、Aの法的安定性の問題は生じ得ない。この解決策を検討するに当たり、独禁法違反の成否の判断に際する行為者の主観的要素の扱いについて、判例及び学

説を概観し、それを踏まえて検討していく。

判例・学説の考え方

独禁法違反の成立要件として行為者の主観的要素を考慮すべきかどうかという点については、大きく分けてそれを考慮に入れる立場と入れない立場がある。

違法性判断に当たり、行為者の主観的要素を考慮に入れる立場*19は、競争には多かれ少なかれ他の事業者の排除や支配が伴うものであるから、通常の競争行為と違法な排他行為とを区別するために、非難に値する行為であるか否か、すなわち反競争的な意図、認識を有する行為であるか否かということを経験に考慮に入れるべきとする。また、「私的独占は犯罪行為として刑事罰の対象でもあるから、排除・支配行為は、何等かの競争抑圧性のために非難可能性をもち、それゆえ回避可能な行為でなければならない。その意味では独占の意図は必要であるとされる。」*20とも主張する。

一方、行為者の主観的要素を考慮に入れない立場*21は、競争秩序の維持という独禁法の目的を達成する観点からすれば、ある行為のもたらす客観的な競争減殺効果を問題視すべきであって、行為者の意図や認識によって左右されるべきものではないと反論*22する。行為者がどのように考えているかではなくて、その行為が市場にどのような影響をもつかということを経験重視している立場である。大阪読売新聞社への緊急停止命令申立に対する東京高裁の決定*23は、大阪読売新聞社が「違法たることの認識がなかつた」と主張したのに対し、「排除措置または緊急停止命令の対象としての行為は、行為者につきその違法の認識の有無にかかわらず行為の客観的性格からその成立要件を考うべきものと解するのを相当とする」と述べて、少なくとも行政的排除措置に対しては、この立場をとっている*24。

拒絶者の主観的要素を考慮に入れられるか

本事案の法的安定性の問題の解決策として、拒絶者の主観的要素を独禁法違反の成立要件として考慮することができるか否か検討するに当たっては、本事案が排除措置命令等の行政的是正措置を念頭に置いていることを忘れてはならない。

行為者の主観的要素を考慮に入れる考え方は、私的独占における刑事罰のような非難可能性を要求するエンフォースメントがあることを論拠の一つにしているが、それにより行政的是正措置を前提とした事例にまで主観的要素を考慮に入れる論拠とはならない。また、排除措置命令等の行政的是正措置は、競争減殺が生じている状態を排除して競争秩序を回復することを主眼としているのであるから、そこでは事業者の行為による客観的な競争減殺効果を重視すべきである。したがって、少なくとも、排除措置命令等の行政的是正措置を念頭に置いている本事案においては、行為者の主観的要素を考慮に入れる考え方は妥当しないと考える。また、本事案において拒絶者の主観的要素を考慮に入れた場合、客観的な競争減殺効果を重視して他の事業者の行動も考慮に入れた . の考え方との整合性が図れなくなるため、その点からも本問題に対する解決策としては不適當である。

たしかに、何ら落ち度のないAに対して独禁法違反とするのは酷であり、非難に値する行

為だけを独禁法違反とすべきという、行為者の主観的要素を考慮に入れる立場の意見も傾聴すべきところがある。独禁法違反行為にはすべからく事実上の制裁効果が伴っている現状に鑑みると、違反者の行為が非難に値するという評価を下すべきものである必要があると考えることは心情的には理解できなくもない。しかしながら、法律上の制裁ではなく事実上の制裁効果に基づいて独禁法の成立要件に主観的要素を求めることは、法的議論として成り立たないであろう。

加えて、違反行為の要件として主観的要素を考慮に入れるとした場合、当然のことながら、それは本事案のような並列的な取引拒絶の事例だけでなく、他の独禁法違反行為の成立に影響を与えるものである。本事案の解決のために、独禁法の思考枠組み自体を変えるのでは、目的に対し手段が大きすぎるように思われる上に、それによって独禁法の目的である競争秩序の維持が覚束なくなるのでは本末転倒といえよう。

(2)制裁効果の除去

最もシンプルに考えれば、そもそも、競争減殺が生じている状態を是正する際に独禁法違反者がすべからく犯罪者のように扱われることが問題なのであるから、独禁法違反者に対する事実上の制裁効果を取り除くという解決策が考えられる。

一口に独禁法違反者と言っても、その中身は、不当な取引制限や私的独占によって刑事罰に処される違反者からパターン Aのように取引先選択の自由の行使として正当な競争行動をしているにもかかわらず違反とされてしまう者まで様々である。競争減殺の弊害がある行為という意味では同じでも、制裁が必要な行為か否か、いわば制裁必要性の有無が異なる行為が独禁法違反行為の中に混在しているのである。制裁必要性がある違反者への非難が制裁必要性がない違反者にも飛び火しているとすると、独禁法違反者イコール犯罪者とならないようにするために、制裁必要性が異なる行為に対する処置をきちんと分けなければならぬということになる。そのためには、たとえば、「違反」という制裁的語感の強い用語を一律に用いることを改めるという方法*25があるかもしれないし、排除措置命令についても、多様な独禁法違反行為に対して一律に発出するのではなく、制裁必要性を有する行為か否かで異なる用語や制度にするといった方法もあるかもしれない。

しかし、本事案で問題となっている違反者への制裁とは、あくまで世間の評判といった事実上の社会的制裁である。せっかく新しい用語や制度を用いることとしても、新しい用語に事実上の制裁効果が生じないとも限らない。社会的制裁を用語や制度の変更によってコントロールすることは、容易なことではない。また、独禁法実務において定着している用語や制度を一朝一夕に見直すことは、現実的には非常に困難なものとなろう。もともと独禁法違反という用語や排除措置命令というエンフォースメント自体には制裁的意味は含まれないはずなのに、その制裁的意味を考慮して改めることには抵抗感があるのではないか。

競争減殺の弊害の是正には行為の客観的性格のみを考慮して、独禁法違反者に対する事実

上の制裁効果を取り除くという解決策が最もストレートで筋の通った考え方であることは間違いがないが、その実現可能性を慎重に見極める必要がある。

(3) 困難化基準の限定的解釈

次に考えられる解決策は、「困難化」の要件を限定的に解釈することである。 . の結論として、並列的な取引拒絶に対しては、客観的な競争減殺効果を重視する観点から、他の事業者の行動も考慮して「困難化」を判断することとした。その考え方に加えて、法的安定性を保護するために、他の事業者の行動を考慮するにしても、取引拒絶を行う時点で「困難化」が確定していなければ、「困難化」の要件を満たすことにはならないとする。すなわち、他の事業者の行動によって結果的・事後的に「他に代わり得る取引先を容易に見出せなくなる」場合には、「困難化」とは認められないとするものである。具体的に考えると、パターン では、A・B両者が同時に取引拒絶を行った時点において、他の事業者の行動により「他に代わり得る取引先を容易に見出せなくなる」ことは確定していないのだから、取引拒絶は成立しない。ただし、Zが再度A又はBに取引を要請し、それを拒絶した場合には、他の事業者の行動も考慮すると困難化が確定するため、取引拒絶は成立することとなる。パターン では、Aの取引拒絶については、その時点で困難化が確定しないのだから、取引拒絶は成立しないが、Bについてはその時点で困難化が確定するので取引拒絶が成立することとなる。

この考え方にも、反論がありうる。まず、取引拒絶時に困難化が確定するかどうかと言う視点で判断すると、順番に取引拒絶が行われた場合、最後に取引拒絶を行った者（パターン のB）にのみ独禁法違反が成立するため、それ以前に取引拒絶を行った者（パターン のA）との間で不公平が生じる問題があるという反論である。たしかに、取引の順番の先後のみにより、独禁法違反の有無が変わることには違和感を感じよう。しかし、独禁法違反の成立要件として、拒絶者の主観的要素を考慮に入れない考え方であっても、回避可能性があり法的安定性の問題もないBと回避可能性がなく法的安定性の問題を生じるおそれのあるAとを全く同列に議論する必要はなかろう。また、パターン のAであっても、最初に取引を拒絶した時点では独禁法違反とはならないが、ZがBに取引を拒絶された後、再度取引を要請された場合には独禁法違反となりうることに留意すべきである。

次に、「困難化」の判断を取引拒絶時に確定するか否かという点で限定すると、客観的な競争減殺効果を重視して並列的な取引拒絶を規制することとした . の考え方と整合的ではないのではないかという反論がありうる。取引拒絶時に困難化が確定せず、取引拒絶後に困難化したとしても、競争減殺の弊害が生じることに変わりはないからである。しかし、客観的な競争減殺効果を重視して、取引拒絶後の困難化による競争減殺を問題視するとしても、結果的に被拒絶者の取引機会が保護されて競争秩序が維持されるのであれば、それで十分なのではないか。本事案において、パターン ではA・B両者による取引拒絶後、再度Zが取引を要請すれば解決できるのであるし、パターン ではBについて取引拒絶が成立するため、

Zの事業活動が困難になるような事態にはならないのである。なお、Zは再度取引を要請するという面倒を強いられる可能性があるが、拒絶者の法的安定性の保護と比較すれば、それは受認すべきものといえるだろう。

・まとめ

以上、複数の事業者による意思の連絡なき取引拒絶に対する独禁法違反の成否について、被拒絶者の困難化を判断する際に他者の行動を考慮するか否かという点と拒絶者の法的安定性をどのように保護するかという点に特に重点をおいて検討した。筆者の結論をまとめると以下のとおりである。

第一に、複数の事業者による意思の連絡なき取引拒絶が行われた場合の被拒絶者の困難化については、客観的な競争減殺効果を重視する観点から、他の事業者の行動を踏まえて、市場全体としてその困難化を判断する。これにより、複数の事業者による意思の連絡なき取引拒絶に対して独禁法違反が成立しうると考える。

第二に、拒絶者の法的安定性が害されることにより取引拒絶への萎縮効果が生じる問題の解決策としては、独禁法違反者に対する事実上の制裁効果を取り除く方法を検討すべきである。ただし、そのような対応が困難な場合には、法的安定性を保護するため、「困難化」の認定を、取引拒絶時に困難化が確定する場合に限定する解釈による解決策が望ましいと考える。

・もう一つの意義

複数の事業者による意思の連絡なき取引拒絶に対して独禁法違反が成立するとすると、その意義は決して小さなものではない。本稿で想定したような事案において、被拒絶者の困難化による競争減殺を防ぐことができる*26という意義もさることながら、看過しえないのは、本事案のA、Bが実際にはZを困難化させるために裏で意思の連絡を行っているがそれを証明できない、いわば「かくれ共同取引拒絶」の場合にもこの考え方を適用できる点である。共同取引拒絶や不当な取引制限において問題となる行為者間の共同性、すなわち意思の連絡の存否の認定基準については、判例・学説の積み重ねにより、明示の合意から黙示の合意へとその範囲を広げてきた。しかし、寡占市場においては、全く事業者間の連絡がなくても、同調的に行動することによって共同している場合と同様の結果を導き出すことが可能となる場合もある。また、「かくれ共同取引拒絶」を行う事業者側は、判例によって意思の連絡にあたりとされた基準に応じて、活動の記録や違法な計画などを書面に残さないように注意を払うなど、できるかぎり証拠を残さないよう行動するため、その立証はより困難になる。つまり、意思の連絡の認定範囲を広げることによって「かくれ共同取引拒絶」を規制しようとしても、それを行う事業者は意思の連絡の認定をされないよう行動するため、イタチごっことなるだけであり、抜本的解決方法にはならないのである。

一方、排除された事業者側からすれば、意思の連絡が立証できれば救済され、立証できなければ困難化して排除されてしまうのでは、市場への競争機会の確保は事業者間の意思の連絡の立証に委ねられ、その立場は不安定なものである。意思の連絡が立証できなければそれで終わりではなくて、排除された事業者の困難化による競争減殺効果にも着目すべきであろう。そのためには、意思の連絡が立証できず共同性が否定された「かくれ共同取引拒絶」の場合にも、セカンドベストの方法として、その市場における困難化に着目して本稿の考え方を適用し、排除された事業者の競争機会を確保することが望ましい。逆に、「かくれ共同取引拒絶」を行う事業者の側にとっては、共同性が否定された場合にも事業者の困難化に対して取引拒絶が成立するのであれば、危険を冒してそのような行為をする意味がなくなるのである。このような「かくれ共同取引拒絶」による抜け道を潰すことができる点に本稿の考え方の大きな意義が見出せるといえよう。

．結びにかえて

本事案のように並列的な取引拒絶によって被拒絶者が市場から排除される事例が実際に起きたとしたら、公取委はどのように対応するであろうか。筆者の想像の域を出ないが、おそらく、このような事案は取り上げない、又は、取り上げたとしても本事案において独禁法上の問題があることを公表した上で関係者の善処を期待するといったところが関の山ではないかと思われる。公取委に、事件の選別について裁量の余地があることは広く認められている。その裁量に則り、これまで公取委は、膨大な事件のなかから、違反事実、違法性の明白な事件に限って正式な事件として取り扱ってきた。とりわけ、本事案のように、これまで想定されていた独禁法違反の行為類型にスムーズに当てはまらないものや、独禁法違反の範囲を狭める解釈を要するものについては、極めて慎重な運用を行ってきたといえる。しかし、平成12年5月の独禁法改正により、私人による独禁法違反行為の差止請求が可能となった。これまでは、良かれ悪しかれ、ほとんど全ての独禁法争訟を公取委が独占して行ってきたが、新制度の導入を機に、今後、民事訴訟が増加していくことは間違いないであろう。これにより、これまでならば公取委が取り扱わなかった事件や公取委内部で違法性の判断を下して外部に出なかった事件についても、私人の訴えにより裁判所において日の目を見る可能性がある。したがって、今後は、これまで不明確であった分野や想定外の事案についても、広い視野からオープンかつ精緻な法的議論を行うことが必要となろう。それは大変な作業であるが、独禁法を見直す良い機会でもある。従来の考え方では解決が困難な事案や、議論の蓄積に乏しい例外的な事案について積極的に議論を重ねていくことこそ、独禁法の違反要件の真の明確化に資するものであるからである。

以 上