

独占禁止法違反行為における行為の意図・目的についての試論

－最近の不当な取引制限の事例を中心に－

塚田 益 徳¹⁾

第1 はじめに

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47号。以下「独占禁止法」という。）は、私的独占、不当な取引制限、不正な取引方法などの行為を禁止している。刑事罰を科す場合は格別、これらの行為に対し独占禁止法の規定に基づいて行政上の措置を命じるためには、違反行為者の故意や違法性の認識といった主観的要素は必要ではないとされている²⁾。

他方、行為の意図・目的について、独占禁止法違反の有無について判断する際に考慮すべき事項の一つとした判決例もある³⁾。

本稿では、公正取引委員会による排除措置命令・審決、相談事例、裁判所の判決において、行為の意図・目的がどのように認定されており、また、それが独占禁止法違反の有無の判断にどのように関係しているのかを、事例（紙幅の関係もあり、主に平成20年以降の不当な取引制限（独占禁止法2条6項）の事例）を基に概観することとしたい。

1) 公正取引委員会事務局東北事務所長。本稿中、意見にわたる部分は筆者個人の見解であり、筆者の所属する組織の見解ではないことをあらかじめお断りする。

2) 例えば、東京高決昭30・11・5（大阪読売新聞社事件・昭30（行ウ）13号）：

「独占禁止法において禁止する不正な取引方法を行うことは、それだけで直ちに刑事上の犯罪となるものではないが、その違反に対しては公正取引委員会は審決をもって違反行為の排除のため必要な措置を命じ得るものであり、またこれを前提として裁判所は緊急停止命令を発し得るのであるがこれら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」。

また、東京高判平24・2・17（郵政省発注区分機類談合課徴金審決取消請求事件・平22（行ケ）29号）：「独禁法7条の2は、課徴金賦課の要件として、事業者又はその従業員の故意、過失、違法性の認識、違法性の認識可能性といった主観的要素を要求しておらず、課徴金制度が、既存の刑事罰とは別個に独禁法違反行為を抑止するための行政上の措置として設けられているという趣旨に照らすと、立法論は別として、これら主観的要素を要件とすべきことが憲法上要請されていると解することはできない」。

このほか、平成21年改正以前の不当景品類及び不当表示防止法（景品表示法）の事例であるが、東京高判平20・5・23（ベイクルーズによる審決取消請求事件・平19（行ケ）5号）：

「景品表示法の目的は、商品及び役務の取引に関連する不当な景品類及び表示による顧客の誘引を防止することにより、公正な競争を確保し、もって一般消費者の利益を保護することにあり（同法1条）、排除命令は、このような法の趣旨・目的に従い、不当表示行為があった場合すなわち違反行為があった場合に、不当な顧客の誘引を防止し、不正な競争状態を公正な競争状態に復し、もって一般消費者の利益を保護するために被告に与えられた権限であり（同法6条1項）、その内容は、当該違法行為を取りやめること（差止め）、同様の行為の再発を防止するための措置をとること、当該違法行為によって生じた一般消費者の誤認を排除するための措置（公示）をとること、を命じることである。そして、行政処分たる排除命令が、対象事業者に対する非難可能性を基礎とする民事上・刑事上の制裁とはその性質を異にするものであることを考慮すると、景品表示法4条1項に違反する不当表示行為すなわち違反行為については、不当表示行為すなわち違反行為があれば足り、それ以上に、そのことについて「不当表示を行った者」の故意・過失は要しないものというべきであり、故意・過失が存在しない場合であっても排除命令を発し得るものというべきである」。

3) 最判平元・12・14（都立芝浦と畜場事件・昭61（オ）655号）。

第2 独占禁止法の違反要件

具体的事例の検討に入る前に、不当な取引制限を例に、独占禁止法の違反要件の構造について簡単に触れておくこととしたい。

独占禁止法に違反する行為には様々な態様のものがあるが、多くの場合、違反の要件は、

- (1) 主体や行為に関する形式要件
- (2) 競争への弊害に関する実質要件

に分けられる。

不当な取引制限については、独占禁止法2条6項で以下のとおり定義されている：

「事業者が、契約、協定その他何らの名義をもつてするかを問わず、他の事業者と共同して対価を決定し、維持し、若しくは引き上げ、又は数量、技術、製品、設備若しくは取引の相手方を制限する等相互にその事業活動を拘束し、又は遂行することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」

このうち、行為の手段や態様についての例示の部分を省くと、

「事業者が、…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」が形式要件に当たり、

「公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」

が実質要件に当たる。この2つの要件は「により」でつながれており、違反の成立には、当該行為「により」弊害がもたらされることも必要となる。

実質要件のうち、「公共の利益に反して」については、最高裁判決⁴⁾において、「同法2条6項にいう「公共の利益に反して」とは、原則としては同法の直接の保護法益である自由競争経済秩序に反することを指すが、現に行われた行為が形式的に右に該当する場合であっても、右法益と当該行為によって守られる利益とを比較衡量して、「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」という同法の究極の目的（同法1条参照）に実質的に反しないと認められる例外的な場合を右規定にいう「不当な取引制限」行為から除外する趣旨と解すべき」であるとされている。他方、通説では、宣言的な意味しかない（一定の取引分野における競争を実質的に制限すれば、公共の利益（＝自由競争経済秩序）に反する）と考えられている。

残る「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」については、同じ要件を持つ独占禁止法8条1号（ただし、「公共の利益に反して」という文言を欠いている）に係る大阪バス協会事件の審判審決⁵⁾において、「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⁶⁾限り、このような場合は、原則的に同法第3条（第

4) 最判昭59・2・24（石油カルテル（価格協定）刑事事件・昭55（あ）2153号）。

5) 公取委審判審決平7・7・10（社団法人大阪バス協会に対する件・平3（判）1号）。

6) 東京高判昭28・12・7（東宝・新東宝事件・昭26（行ナ）17号）：

「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」。

2条第6項)又は第8条第1項第1号の構成要件に該当すると判断されるものの、その行為が制限しようとしている競争が違法な取引や取引条件に係るものである場合には、その行為について「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」ので、そのような行為は「特段の事情のない限り、独占禁止法第2条第6項、第8条第1項第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」しないとされている。

その後、不公正な取引方法(独占禁止法2条9項)に係る事件の審判審決⁷⁾において、「横流し禁止行為は、販売業者の取引先の選択を制限し、販売段階での競争制限に結び付きやすいものであり、それにより当該商品の価格が維持されるおそれがあると認められる場合には、原則として一般指定第13項の拘束条件付取引に該当するのであるが、例外的に、当該行為の目的や当該目的を達成する手段としての必要性・合理性の有無・程度等からみて、当該行為が公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれがあるとはいえない特段の事情が認められるときには、その公正競争阻害性はないものと判断すべきである」としたものがある。

以下は私見であるが、この審決で示された、ある行為の目的の正当性(独占禁止法の目的に沿うものか)と当該目的を達成する手段についての必要性(相当性)・合理性に照らして実質要件の充足の有無を判断するという枠組み⁸⁾は、実務の観点からは非常に有用である。また、この審決で取り扱われた拘束条件付取引という行為類型は、不当な取引制限と同様、自由な競争の減殺を通じて競争への弊害をもたらすものである。この枠組みを不公正な取引方法のみに用いて不当な取引制限には用いない(用いられない)とする理由は見出しがたいように思われる。「公共の利益に反して」を上述の最高裁判決⁹⁾のとおり解するとしても、「比較衡量」の具体的手法としてこの枠組みを用いればよいと考えられる。

第3 不当な取引制限の事案における行為の意図・目的

1 不当な取引制限の種類

独占禁止法3条後段は、事業者が「不当な取引制限」をすることを禁止している。これまで、不当な取引制限に該当するとされ、公正取引委員会による行政上の措置の対象となった具体的な行為としては、競争入札において受注予定者のほか受注予定価格などを決定するいわゆる「入札談合」などの受注調整や、競争関係にある事業者間で商品・サービスの価格や値上げ幅などを決定するいわゆる「価格カルテル」の例が多いが、不当な取引制限に該当する行為にはこれら以外にも多様なものがある。

7) 公取委審判審決平13・8・1(ソニー・コンピュータエンタテインメントに対する件・平10(判)1号)。

8) 同様の判断の枠組みは、東京地判平9・4・9(日本遊戯銃協同組合事件・平5(ワ)7544号)においても示されていた。

9) 前掲4。

競争関係にある事業者間の協定、共同行為は、しばしばまとめて「カルテル」と呼ばれる。カルテルのうち、入札談合などの受注調整や価格カルテルのように、競争関係にある事業者が、競争を停止、回避することで市場を支配しようとする行為のことを「ハードコア・カルテル」と呼ぶことがある。国際的には、「競争関係にある事業者間の反競争的な協定、協調的行為及び申し合わせであって、価格決定、入札談合、数量制限・割当て、顧客・供給者・地域・商品分野の割当てによる市場の共有又は分割」¹⁰⁾がハードコア・カルテルであるとされている。

我が国の独占禁止法では、ハードコア・カルテルとそれ以外のカルテルについて異なる違反要件を定めているわけではなく、また、米国のように前者を「当然違法」とする原則が確立されているわけでもない。とはいえ、競争への弊害が明らかなハードコア・カルテルが正当化される余地はまずないであろう。

2 不当な取引制限に対する行政上の措置

公正取引委員会は、独占禁止法3条の規定に違反して不当な取引制限を行った事業者に対し、同法7条の規定に基づき、同法49条に定める手続に従って、違反行為の差止めなど違反行為を排除するために必要な措置又は違反行為が排除されたことを確保するために必要な措置を命じることができる（排除措置命令）。

また、公正取引委員会は、不当な取引制限であって、次のいずれかに該当するもの：

- ① 商品又は役務の対価に係るもの
- ② 商品又は役務の供給量・購入量、市場占有率若しくは取引の相手方を実質的に制限することによりその対価に影響することとなるもの

を行った事業者に対し、独占禁止法7条の2の規定に基づき、同法50条に定める手続に従って、一定の方法により算出された額の課徴金を国庫に納付することを命じなければならない（課徴金納付命令）。

なお、平成17年改正以前の独占禁止法7条の2では、課徴金の対象となる行為は、

- ① 商品又は役務の対価に係るもの
- ② 実質的に商品又は役務の供給量を制限することによりその対価に影響があるもの

とされていた。

この改正について、担当官解説は、改正前においても、市場占有率（シェア）や取引の相手方を制限するカルテルは課徴金の対象と解されていたところ、それを法律上も明確化したものであるとしている¹¹⁾。

また、入札談合については、一般的に、受注予定者が入札する価格で受注できるようにする行

10) Recommendation of the OECD Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels, OECD Doc. No. C (98) 35FINAL (Mar.25 1998)

11) 諏訪園貞明編著『平成17年改正独占禁止法』（商事法務、2005）pp.27-28、品川武・岩成博夫著『課徴金減免制度等の解説』（公正取引協会、2005）pp.7-8。

為であることから、「商品又は役務の対価に係るもの」に該当すると解されている¹²⁾。

3 具体的な事例における行為の意図・目的

(1) 入札談合などの受注調整

受注調整とは、競争調達（入札、見積り合わせなど）の方法により発注された商品・役務について、競争関係にある事業者間で受注予定者を決定する行為である。これまで、このような受注調整が独占禁止法に違反するものとして、公正取引委員会が措置をとってきた事例としては、公共調達における「入札談合」が大部分を占めているが、近年では、民間事業者が発注する物品等についての受注調整の事例もしばしば見られる。

ア 排除措置命令

平成20年1月以降、平成25年11月末までに公正取引委員会が排除措置命令を行った受注調整事件¹³⁾は62件あるところ、これら62件の排除措置命令書において認定されている行為の意図・目的を整理すると、次ページの表のとおりである。

12) 菅久修一編著『独占禁止法』（商事法務、2013）p.201。

13) 行為類型の分類は、公正取引委員会の年次報告によった。

行為の意図・目的		対象商品・役務（事件番号）	件数	
意図・目的が排除措置命令書に示されているもの	価格の支配を図るもの	購入価格の上昇	○ 地方公共団体が売却する溶融メタル等（平20（措）17）	1
		受注価格等の低落防止等	○ 国土交通省が北海道開発局及び各地方整備局において発注する車両管理業務（平21（措）9～17） ○ 電力会社（東北電力を除く）が発注する電力用電線等（平22（措）1・3～7） ○ 鹿児島県が発注する海上工事（平22（措）18） ○ 石川県及び石川県輪島市が発注する土木一式工事（平23（措）11・12） ○ 国土交通省及び高知県が発注する一般土木工事等（平24（措）9～12） ○ 自動車メーカーが発注する自動車部品（平24（措）13～21） ○ 自動車メーカーが発注するヘッドランプ及びリアコンビネーションランプ（平25（措）1～5）	36
		受注価格等の低落防止	○ 北海道大学が発注する医療機器（平20（措）1） ○ マリンホース（平20（措）2） ○ 札幌市が発注する電気設備工事（平20（措）18） ○ 大気常時監視自動計測器（平20（措）19） ○ 東北電力が発注する電力用電線（平22（措）2） ○ 川崎市が発注する下水管きょ工事（平22（措）9） ○ シャッター（平22（措）16） ○ 山梨県が発注する土木一式工事（平23（措）1・2） ○ 茨城県が境工事事務所において発注する土木一式工事（平23（措）10） ○ 自動車メーカーが発注する自動車用ワイヤーハーネス及び同関連製品（平24（措）1～5）	15
		受注価格の低落防止及び受注機会の均等化	○ 青森市が発注する土木一式工事（平22（措）10）	1
	受注機会の均等化を図るもの	受注機会の均等化	○ 茨城県が境工事事務所において発注する舗装工事（平23（措）9）	1
意図・目的が排除措置命令書に示されていないもの		○ 医療用エックス線装置（平20（措）6～10） ○ 防衛省航空自衛隊が発注する什器類（平22（措）8） ○ 茨城県が境土地改良事務所において発注する土木一式工事（平23（措）8） ○ EPSブロック（平24（措）8）	8	
			62	

最も多かったのが、受注価格などの供給価格の低落防止等を図ることを目的としているもの(36件)であり、これらを含め、価格の支配を図ろうとするものが、62件中53件(85.5%)を占める。

「受注価格の低落防止等」の「等」に何が含まれるかは、公表資料からは明らかではない。可能性としては、例えば、主たる目的とまではいえないものの、受注機会の均等化を図ること、自社が過去に受注した商品・役務と関連する商品・役務や、自社の事業所に近い場所が現場となるような役務等の確実な受注を図ることなどが考えられる。

「受注機会の均等化を図ること」を行為の目的として認定している平成22年(措)第10号及び平成23年(措)第9号の2件のうち、後者は、競争関係にある事業者間であらかじめ受注する順番を決定し、その順番に従って受注していくといういわゆる「輪番制」の入札談合であり、受注予定者決定のルール自体が、受注機会の均等化を強く志向したものとなっている。これら2件は、いずれも、入札談合等関与行為の排除及び防止並びに職員による入札等の公正を害すべき行為の処罰に関する法律(以下「官製談合防止法」)2条5項4号に定める入札談合等関与行為(特定の入札談合等の補助)が認められた事件である。受注機会をできるだけ均等化するようなルールを決めたとしても、発注者の発注方法次第では実際に受注機会が均等化されるか不確実であるため、発注者に働きかけ入札談合等への補助を依頼するインセンティブが生じやすいものと思われる。

行為の意図・目的が排除措置命令書上に示されていない8件のうち、平成22年(措)第8号及び平成23年(措)第8号の2件は、いずれも、官製談合防止法2条5項1号及び2号に定める入札談合等関与行為(事業者に入札談合等を行わせること及び契約の相手方についての意向の教示・示唆)が認められた事件である。ただし、行為の意図・目的として「受注価格の低落防止を図る」ことが認定されている平成20年(措)第18号においても、同様に官製談合防止法2条5項1号及び2号に定める行為が認定されており、必ずしもこれらの入札談合等関与行為が認定されている場合には排除措置命令書に行為の意図・目的を記載していないというわけではない。

イ 審判審決

(ア) 岩手県が発注する建築一式工事の入札談合事件

岩手県が発注する建築一式工事の入札談合事件の審判¹⁴⁾において、被審人75社は、「3年半にわたる本件期間において、91社のうち45社が、1件も受注していない。本件発注物件133物件については、106社のうちの50社で119件を、アウトサイダー9社で15件(JV物件のため1件重複あり)を受注している。さらに、106社のうちの2社が各8件、1社が6件、2社が各5件、6社が各4件、以上の11社で合計56件を受注するなど、特定の業者に受注が集中していた」ところ、「経営基盤が決して盤石ではない中小企業が、将来の受注を期待して3年半以上協力し続けるなどという主張は、現実離れたもの」であり、また、「3年半の本件期間中の入札参加回数が1回の業者が3社、2回の業者が1社、3回の業者が5社、4回の業者が2社、5回の業者が7社もあり、「貸借の関係」を作るためにより積極的に入札に参加したというような事情もみられない」ことを理由として、

14) 平成17年8月5日審判開始決定。

「106社の間に、審査官主張の「受注機会の均等化を図る」などという意図や目的」はなかったと主張した。

これに対し、審決¹⁵⁾では、「106社間で受注調整が行われていたとしても、その参加者間で、当時の公共工事の施工経験・施工能力の程度、経営状態及び経営方針等の差異により、岩手県発注の特定建築工事の受注に対する積極性の程度が異なることは十分あり得るし、「継続性」・「関連性」・「地域性」により有利となる程度、他の参加者に対する発言力の程度、「叩き合い」になった場合における価格競争力の程度、その他諸般の条件の差異により、結果としての受注件数に差異を生ずることも十分あり得る」とした上で、「TST親交会等の会員となった事業者は、特段の事情のない限り、同会が主として受注調整を行うことを目的とする組織であること、実際に受注調整が行われていること、自社もそれに参加することとなることを、認識していたものと認めるのが相当」であり、「106社のいずれについても、本件全証拠によっても、これらのことを認識することなくTST親交会等に加入していたものとうかがわれる上記特段の事情があるとは認められない」（第4の1（1）カ）といった「諸事情にかんがみれば、被審人75社が指摘するような受注件数の偏りによって、TST親交会等において本件基本合意に基づく受注調整が行われたとの前記認定判断が左右されるものとは解されない」とした。

なお、本件審決の取消訴訟の東京高裁判決¹⁶⁾においては、本件発注物件133物件について落札率が低いものや低入札価格調査制度対象物件等があることや、106社の中に受注機会の著しい不均衡があることを理由に、受注価格の低落防止及び受注機会の均等化を図るための本件基本合意が存在しなかったという原告の主張に対し、「106社の間に本件基本合意が存在していても、本件発注物件133物件についてはアウトサイダーが入札に参加する可能性が常に存在し、判明したアウトサイダーに協力を求めたとしても、協力を得られないこともあるから、本件基本合意に基づき決定した受注予定者としても、常に高値で入札ができるとは限らないといえる。また、106社であっても、本件発注物件133物件のそれぞれについて、条件具備又は指名の有無によりそもそも入札に参加できない場合や、受注を希望していない場合又は受注を希望しても本件受注調整ルールにいう継続性等において劣るため受注予定者となれない場合などがあるのであって、106社間に受注実績の偏りのあることが、直ちに本件基本合意を否定する事情となるともいえない」と判示されている。

本件審決及び判決の考え方に従えば、「受注価格の低落防止を図る」「受注機会の均等化を図る」という行為の目的を認定する上では、実際に受注価格の低落が防止されていたり、受注機会が均等化されていたりすることを要さず、また、認定された行為の目的が実際には達成されていなくても、それは独占禁止法違反の成立を妨げるものではない、ということになる。

15) 公取委審判審決平22・3・23（平17（判）14号）。なお、平成17年6月21日の本件勧告及び同年8月5日の本件審判開始決定書では、合意の目的は「受注価格の低落防止等を図るため」とされているのに対し、審判審決平22・3・23では「受注価格の低落防止及び受注機会の均等化を図るため」とされている。

16) 東京高判平24・12・20（平22（行ケ）7号）。

(イ) 関東地整発注の特定PC橋梁工事の入札談合事件

国土交通省が関東地方整備局においてプレストレスト・コンクリート工事として発注する橋梁の新設工事(以下「関東地整発注の特定PC橋梁工事」という。)の入札談合事件の審判審決¹⁷⁾では、被審人がアウトサイダー(受注調整の合意の参加者以外の入札参加業者)の存在等を理由に競争は実質的に制限されていなかったと主張したのに対し、審決は、「21社は、…関東地整発注の特定PC橋梁工事について、「受注価格の低落防止を図るため」、「受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるように」していたものであり、その具体的態様(…)も踏まえれば、同工事についての競争を制限することを目的として本件行為を開始(途中参加を含む。)したものであることは明らかであるし、その際、同工事の入札にアウトサイダーが参加する可能性があることを認識していたことも明らかである。そして、本件行為は、本件期間だけでも3年間にわたって、上記工事が78物件発注される中で、継続されている。そうすると、21社自身、本件行為について、アウトサイダーの存在等を考慮してもなお上記工事についての競争を制限し得るものであると認識し、実際に受注調整を多数回実行した後もその認識を変えなかったことが明らかである」とした上で、①本件行為が相応の持続性を有するものであったこと、②21社が関東地整発注の特定PC橋梁工事について非常に大きなシェアを有していたこと、③アウトサイダーとの競争を回避するための仕組みもあったこと、21社が受注した65物件の全部又は大部分について、④実際に本件行為に係る個別物件の受注調整が行われたと推認され、また、⑤アウトサイダーとの競争を実質的に回避できていたものと推認されることから、「本件行為は、関東地整発注の特定PC橋梁工事について、「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」をもたらすもの、すなわち「競争を実質的に制限する」ものであったと認めるのが相当である」と判断している¹⁸⁾。

仮に、21社が、関東地整発注の特定PC橋梁工事について競争を制限し得るとは認識していなかったとすれば、競争制限を目的として本件行為を開始し、かつ、継続して本件行為を行うことはなかったはずであるが、実際には「受注価格の低落防止を図るために」本件行為を継続して行っているという事実から、21社の「競争を制限し得るとの認識」が認定されている。本件審決は、この「競争を制限し得るとの認識」及び上記①～⑤を基に、競争が実質的に制限されていたと判断している。

ウ 判決

防衛庁調達実施本部が発注する石油製品の入札談合事件に係る課徴金納付命令審決¹⁹⁾の取消訴訟において、原告は、本件行為が独占禁止法7条の2第1項(平成17年改正前の規定)の「商品…の対価に係るもの」とした審決の認定は、同項の解釈適用を誤ったものであると主張した。これ

17) 公取委審判審決平22・9・21(平16(判)26号)。

18) 公取委審判審決平22・9・21(福島県がプレストレスト・コンクリート工事として発注する橋梁の新設工事の入札談合事件・平16(判)28号)においても、同様の判断が示されている。

19) 公取委審決平17・2・22(平13(判)2号。平成17年改正前の独占禁止法54条の2に基づく審決)。

に対し、裁判所は、「原告ら12社の担当者は、同社らが前年度の実績並みの受注割合を確保し、価格競争による落札価格の下落を防止し、更には商議を経た後の予定価格の再算定によって受注価格を引き上げることを意図して、本件配分会議を通じて本件受注調整を行っていたことは明らかであるといわなければならない」と認定した上で、「原告ら12社が行った本件違反行為は、価格競争を制限して受注価格の低落防止を目的としていたものであるから、同条同項【引用者注：平成17年改正前の独占禁止法7条の2第1項】の「対価に係るもの」であることは明らかであり、被告の上記認定は同条同項の解釈適用を誤ったものではない」と判示した²⁰⁾。なお、「受注価格の低落防止」という合意の目的は、本件の勧告審決²¹⁾、課徴金納付命令審決²²⁾においては認定されていない。

この判決例では、入札談合の目的が価格競争の制限にあったと認められれば、当該行為は独占禁止法7条の2第1項の「対価に係るもの」に当たることが明らかであるとされているが、上述のとおり、入札談合は基本的に同項の「対価に係るもの」に該当するものであり、価格競争の制限に係る意図・目的の存在は要件ではないと考えられる。

(2) 価格カルテル

価格カルテルとは、一般的に、商品や役務の供給・購入に係る対価＝価格に影響を及ぼす競争者間の取り決めを指す。特定額の取り決めのほか、値上げ額・値上げ幅・値上げ率、最低価格などの価格の設定範囲、標準価格・目標価格などを取り決めるものが典型例であるが、価格算定方法、価格構成要素などに係る取り決めも価格カルテルの一種とされる²³⁾。

公正取引委員会は、独占禁止法44条1項の規定に基づく年次報告等において前年度の同法違反事件の処理状況を公表しているところ、年次報告等では、処理事件が行為類型別に分類されており、このうち複数の行為類型に係る事件は、主たる行為に即して分類されている。また、価格カルテルとその他のカルテルが関係している事件については、「価格カルテル」に分類されている²⁴⁾。

ア 排除措置命令等

平成20年1月以降、平成25年11月末までに公正取引委員会が排除措置命令及び課徴金納付命令（同一事件について排除措置命令を行わないもの）を行った価格カルテル事件は31件あり、その中には「販売価格の引上げ又は維持」「販売価格の低落防止」といった行為の目的が認定されているものもあるものの、上述の入札談合とは異なり、合意の意図・目的が排除措置命令書に直截的に記載されていないものが多数を占めている。

他方、原材料価格の高騰など供給に要するコストの上昇（及び上昇分の販売価格への転嫁の必

20) 東京高判平18・2・24（東燃ゼネラル石油による審決取消請求事件・平17（行ケ）118号）。

21) 公取委勧告審決平11・12・20（平11（勧）25号。平成17年改正前の独占禁止法48条4項に基づく審決）。

22) 前掲19。

23) 金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄編『独占禁止法 [第4版]』（弘文堂、2013）p.74。

24) 平成24年度公正取引委員会年次報告p.30等。

要性)、対象商品・役務の市況の低落傾向、競争見積り合わせの導入等の価格決定方式の変更、従前の値上げが十分達成できていなかったことなど、価格カルテルに至った背景事情について記載されているものが多く、そのような背景事情の記載により、違反行為の意図・目的をある程度推察できるものもある。

イ 判決

はくさい等の野菜の交配種の種子の元詰販売業者による価格カルテル事件の審決²⁵⁾の取消訴訟においては、本件の合意が遅くとも平成10年3月19日以降存在していたとする同審決の認定に対し、原告側が、同日より前に形成されたとされる合意の形成過程について立証する証拠がないと主張した。これについて、判決²⁶⁾は、以下のとおり判示した：「原告らは、本件合意の形成過程や成立時期等について実質的証拠の欠缺を主張する（第3の2(2)）が、不当な取引制限において必要とされる意思の連絡とは、複数事業者間で相互に同内容又は同種の対価の引上げを実施することを認識し、ないしは予測し、これと歩調をそろえる意思があることをもって足りるものというべきである（東京高裁平成7年9月25日判決・判例タイムズ906号136頁）から、このような意思が形成されるに至った経過や動機について具体的に特定されることまでを要するものではなく、本件合意の徴表や、その成立時期、本件合意をする動機や意図についても認定することが必要であることを前提とする原告らの上記主張は、その余の点について判断するまでもなく理由がない」。

(3) その他の行為類型

公正取引委員会は、独占禁止法違反の未然防止と事業者及び事業者団体の適切な事業活動に役立てるため、各種のガイドラインを公表し、どのような行為が独占禁止法上問題となるのかを明らかにするとともに、事業者等が実施しようとする具体的な行為に関して個別の相談に応じているところ、相談者以外にも参考になると考えられる主要な相談事例を取りまとめ、「独占禁止法に関する相談事例集」として、毎年公表している。

公正取引委員会が近年不当な取引制限に該当するとして法的措置をとった事案は全てハードコア・カルテルの事例であるが、相談事例集には、必ずしもハードコア・カルテルに当たらない競争者間の取り決めに係る事例についても掲載されている。

以下では、不当な取引制限に関する平成20年度以降の相談事例の中から、独占禁止法上問題となるか否かの判断に当たって行為の意図・目的について言及している事例を紹介する。

ア 競合する機器メーカーからの全量OEM供給（平成22年度事例3）

本件は、検査機器メーカー X社が、一部の検査機器Aについて、自社による製造を取りやめ、

25) 公取委審判審決平18・11・27（平14（判）61号）。

26) 東京高判平20・4・4（平18（行ケ）18～20号）。

その全量を競争事業者Y社からOEM供給を受けることは、独占禁止法上問題となるものではないとした事例である。

X社の検査機器Aの販売数量は年々落ち込んできており、今後も拡大する見込みはないため、X社は、検査機器Aの製造・販売事業からの撤退も検討したが、検査機器の総合メーカーとして顧客の要望に応えるためには、自社ブランドの検査機器Aを販売し続けることは必須であると考え、今後は、自社による検査機器Aの製造を取りやめ、Y社が製造している検査機器AのOEM供給を受け、それをX社のブランドで販売することを検討していた。なお、検査機器Aの販売市場におけるX社のシェアは約10パーセント、Y社のシェアは約90パーセントであった。また、本件相談が行われる前に、Z社が検査機器Aの製造・販売を開始しており、Z社が検査機器Aの販売市場においてシェアを伸ばすことが見込まれていた。

相談事例集では、次のとおり考え方が示されている：

「本件は、我が国の検査機器Aの販売市場における合算シェアがほぼ100パーセントとなる2社の間でOEM供給が行われるものであるが

- ア 検査機器Aの製造事業から撤退せざるを得ないとしているX社に対するOEM供給であること
- イ 本件OEM供給によってX社の製品ラインナップが充実すれば、2社間の販売競争が活発化することが期待されること
- ウ 2社は、互いに検査機器Aの販売価格、販売先等には一切関与せず、それぞれ独自に販売を行うとしていること
- エ Z社が検査機器Aの製造・販売を開始したことにより、今後は2社にZ社を加えた3社による活発な競争が期待されること

から、本件OEM供給は、我が国の検査機器Aの販売市場における競争を実質的に制限するものではない。」

本件では、競争の実質的制限の有無の判断に当たり、業績不振による販売事業からの撤退を回避するという本件計画の目的も勘案されているが、そのみを理由として独占禁止法上問題ないとされたものではない。

イ 映像コンテンツの配信価格の共同決定（平成22年度相談事例4）

本件は、複数の映像コンテンツメーカーが、法人ユーザー向け営業活動を共同出資会社に一括して行わせるとともに、当該会社と共同して、法人ユーザーに対する販売価格を決定することは、独占禁止法上問題となるおそれがあると回答した事例である。

映像コンテンツAのメーカー6社は、映像コンテンツAを制作し、配信業者X社を通じて法人ユーザー向けに販売していた。映像コンテンツAの法人ユーザー向け販売市場における6社の合算シェアは約70パーセントであった。法人ユーザー向けの営業活動は、6社がそれぞれX社から受託し、個々に法人ユーザーに対し行ってきた。

映像コンテンツの配信規格の改定により各メーカー間での映像コンテンツAの品質差が縮まる

ことが予想されていたところ、6社は、これまでどおり個々に法人ユーザー向け営業活動を行うと、価格競争が激化し、映像コンテンツAの販売価格の下落傾向に拍車がかかるのではないかと懸念した。

そこで、6社は、映像コンテンツAの販売価格の下落を避けるため、

- ① 過去に6社が共同出資によって設立したY社に、X社から映像コンテンツAの法人ユーザー向け営業活動を一括して受託させる
- ② 6社及びY社が共同で法人ユーザー向けの販売価格表を作成し、この販売価格表に基づき、Y社に営業活動を行わせる

ことを検討した。

相談事例集では、次のとおり考え方が示されている：

「6社及びY社が、法人ユーザーに対する映像コンテンツAの販売価格の下落を避けるため、共同して法人ユーザー向けの販売価格表を作成し、それに基づきY社に営業活動を行わせることは、映像コンテンツAの法人ユーザー向け販売市場における価格競争を制限するものであり、不当な取引制限（独占禁止法第2条第6項、第3条）として、独占禁止法上問題となるおそれがある。」

ウ 広告取扱基準の共同策定（平成22年度相談事例5）

本件は、広告媒体業務を営む複数の事業者が、共同して、1つの広告内に2種以上の商品を扱うことを制限する広告取扱基準を定めることは、独占禁止法上問題となるおそれがあると回答した事例である。

4社は、ある地域において、広告主から対価を得て自己の広告媒体に広告を掲載する事業者であり、当該地域の広告取引の分野における4社の広告の合算シェアは90パーセントを超えていた。

4社は、次の①～③の理由から、共同して、複数商品広告（1つの広告内容に2種以上の商品を扱う広告）を認めないこととするなどの広告取扱基準を定めることを検討した。

- ① 複数商品広告では、広告の対象である商品が不明確になり、消費者にとって誤解が生じやすい。
- ② 各媒体社が、複数商品広告について異なった取扱いとすることは、広告主にとって分かりにくく、広告作成に際して障害となる。
- ③ 複数商品広告により、今まで広告主が複数に分けていた広告を1つにまとめられてしまうと、媒体社の広告収入が減少してしまう。

なお、複数商品広告について、広告の対象商品が不明確であるといった消費者からのクレームや、取扱基準を統一してほしいといった広告主からの要望が寄せられていたという事実はなかった。

相談事例集では、次のとおり考え方が示されている：

「本件は、競争関係にある4社が、共同して、複数商品広告を制限する取扱基準を定めるものであり、次のことから、媒体社間の広告主の獲得競争に悪影響を与え、不当な取引制限（独占禁止

法第2条第6項、第3条)として独占禁止法上問題となるおそれがある。

- (1) 媒体社にとって、人気、発行数等消費者への露出の程度、広告料金のほか、どのような広告を掲載するかということも広告主獲得のための競争手段となっていると考えられる。したがって、4社が、共同して、複数商品広告を制限する取扱基準を定めることは、媒体社間の競争手段を制限するおそれがある。
- (2) 複数商品広告が多数掲載されている現状においても、広告の対象商品が不明確であるといった消費者からのクレームや取扱基準を統一してほしいといった広告主からの要望が寄せられているわけではないことからすれば、4社が、共同して、複数商品広告を制限する取扱基準を定めることは、専ら広告収入を確保するという目的に基づくものと考えられ、広告費用が増加し、広告主の利益を不当に害するおそれがある。」

第4 行為の意図・目的の認定にはどのような意義があるのか

行為の意図・目的については、独占禁止法違反の要件ではないと考えられており、少なくとも公正取引委員会が行政上の措置をとる際にはこれを認定する必要はない。

他方で、行為の意図・目的を認定する意味は全くないとされているわけではなく、独占禁止法違反の有無について判断する際に考慮すべき事項の一つとなり得とも考えられている。個別事案においても、行為の意図・目的について言及しているものも少なくない。

それでは、行為の意図・目的の認定は、独占禁止法違反の有無についての判断においてどのような役割を果たしているのだろうか。

まず考えられるのは、当該行為が正当化されるものかどうか(実質要件を満たすかどうか)を判断するための考慮要素ということである。

すなわち、上述のとおり、実質要件の充足の有無について判断する際、目的の正当性と当該目的を達成する手段についての必要性(相当性)・合理性を勘案することとなるが、その際、目的がおよそ正当とはいえないものであれば、それを達成する手段の必要性等をみるまでもなく、当該行為は正当化され得ないということになる。また、目的に一応の正当性がある場合には、当該目的を達成する手段としての必要性(相当性)・合理性が検討されることになる。

本稿の第3の3(1)及び(2)でみたように、不当な取引制限の事案に係る最近の公正取引委員会の排除措置命令書には、「価格の低落防止」「受注機会の均等化」といった行為の目的が記載されているものが少なくないが、当該行為の目的が、本来市場メカニズムを通じて決せられるべき価格水準や受注頻度等を人為的に支配しようとすることにあったという事実は、当該行為が正当化される行為ではないことを強くうかがわせる。本稿第3の3(3)イの相談事例における「販売価格の下落の回避」という行為の目的の認定も同様と考えられる。また、同ウの相談事例においては、相談者が挙げた行為の目的のうち、「一般消費者による誤認の防止」「広告主からみた分かりやすさの確保」については名目的なものにすぎないことが指摘されており、残る「広告収入の確保」については、正当な目的たり得ない、又は仮に目的として正当ではないとまではいえない

としてもそれを達成する手段として共同で広告取扱基準を定めることは正当化されないと判断されたものと考えられる。

不当な取引制限の事案に係る排除措置命令の中には行為の意図・目的について言及していないものもあるが、上述のとおり、正当ではない意図・目的の存在は独占禁止法違反の要件ではないとされている。

なお、違法な行為と正常な事業活動との区別がしばしば問題となる排除型私的独占事件に係る審判において、被審人が、「私的独占の成立は、その規制対象事業者に対し、多大な不利益を与えるものであるから、その要件として行為者の競争制限的意思が必要である」とした上で、他の事業者を排除する意思や新規参入を阻止する意図がなかったのだから私的独占には当たらないと主張したのに対し、審決²⁷⁾では「排除行為の判断に当たって、主観的な意図は必要ではなく、客観的に排除行為が認められれば足りるから、被審人が他事業者を排除する意思を有していたかどうかは、前記判断を左右するものではない」とされた事例がある。これについては、「主観的要素として排除する意図が要件とされていないことを確認したにとどまり、排除する意図を立証する証拠が、問題となる行為を排除行為であることを推認させる重要な間接証拠となり得ることを否定したものではない」とする考え方が²⁸⁾ある。公正取引委員会が平成21年に策定・公表した「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」においても、「行為者の意図・目的」は、当該行為が排除行為となるか否かを判断するに当たっての考慮要素の1つとされている²⁹⁾。

以上は、独占禁止法違反の成立が行為の意図・目的によって妨げられないとされた事例であるが、同法違反の成立を妨げる要素として、行為の意図・目的が考慮されている事例もみられる。

最判平元・12・14³⁰⁾において、裁判所は、「不当廉売規制に違反するかどうかは、専ら公正な競争秩序維持の見地に立ち、具体的な場合における行為の意図・目的、態様、競争関係の実態及び市場の状況等を総合考慮して判断すべきものである」との一般論を示した上で、本件廉売行為の意図・目的について、「芝浦のと場料が長期間にわたり低廉で推移してきたのは、原審が適法に確定したところによると、と場料の値上げには生産者が敏感に反応して、芝浦への生体の集荷量の減少、都食肉市場の卸売価格ひいては都民に対する小売価格の高騰を招く可能性があるところから、かかる事態を回避して集荷量の確保及び価格の安定を図るとの政策目的達成のため、赤字経営の防止よりは物価抑制策を優先させることとし、東京都一般会計からの補助金により赤字分を補填してきたことによる」と述べている。裁判所は、「事業主体が特定の政策目的から廉売行為に出たというだけでは、公正競争阻害性を欠くということではできないことも独占禁止法19条の

27) 公取委審判審決平19・3・26（東日本電信電話に対する件・平16（判）2号）。

28) 前掲12のp.80。

29) 同指針第2の2（2）エ、同3（2）オ、同4（2）オ、同5（2）オ。このほか、同指針第3の2（2）オでは、重大事故を防止する観点から安全な機器への買替えを促進するために行う原価割れ販売について、「その行為は重大事故を未然に防止するという目的に基づくものであって、一般消費者の利益につながるとともに、それが競争に与える影響は限定的であることが多いと考えられることから、このような事情を勘案した上で、競争を実質的に制限するか否かが判断される」としている。

30) 前掲3。

規定の趣旨から明らかである」としながらも、「被上告人の意図・目的が右のようなものであって、前示のような三河島及び芝浦を含むと畜場事業の競争関係の実態、ことに競争の地理的範囲、競争事業者の認可額の実情、と畜場市場の状況、上告人の実徴収額が認可額を下回った事情等を総合考慮すれば、被上告人の前示行為は、公正な競争を阻害するものではないといわざるを得ず、…被上告人の右行為は独占禁止法19条に違反するものではない」と結論付けている。本判決例において、行為の意図・目的は、公正競争阻害性の認定を妨げる要素の一つとして考慮されていると考えられる。

不公正な取引方法の1つとして禁止される再販売価格拘束に係る最近の審決取消訴訟において、原告（すなわち関係人事業者）が、中小小売業者の生き残りを図る等の目的で行った行為なので「正当な理由」があると主張した事例³¹⁾があったが、ここでも、独占禁止法違反の成立を妨げる要素として、行為の意図・目的が考慮されていた。

また、本稿の第2で触れた家庭用ゲーム機用のソフトに係る再販売価格拘束及び拘束条件付取引事件の審判審決³²⁾においても、行為の意図・目的は公正競争阻害性の認定を妨げる要素の一つとして挙げられている。

相談事例では、本稿第3の(3)アの事例のほか、本稿では取り上げなかったものの、不当な取引制限以外の行為類型に係る最近のいくつかの相談事例において、行為の目的（社会公共的な目的など事例により区々）が独占禁止法違反の成立を妨げる要素の1つとして考慮されている。

以上のように、行為の意図・目的は、当該行為が正当化されるか否かを判断する際の考慮要素の1つとして取り扱われているが、繰り返し述べているとおり、行為の意図・目的に正当性のないことは独占禁止法違反の要件ではなく、また、意図・目的に正当性がなくても直ちに独占禁止法違反になるわけではない。独占禁止法違反、とりわけ不当な取引制限の立証において、行為の意図・目的を認定する意義は他にあるのだろうか。

この点に関して、上述第3の3(1)イ(イ)の審判審決では、関係人の「競争を制限し得るとの認識」及びその他の事実から、一定の取引分野における競争が実質的に制限されていたと判断されている。しかし、競争の実質的制限が外形的に調っているというためには行為者の認識の立証を要す

31) 31東京高判平23・4・22（ハマナカによる審決取消請求事件・平22（行ケ）12号）。なお、判決では次のとおり「正当な理由はない」とされた：「原告の主張する目的のうち、中小小売業者の生き残りを図るという部分は、中小小売業者が自由な価格競争をしないことで生き残りを図るというのであるから、公正かつ自由な競争秩序維持の見地からみて正当性がないことは明らかであり、国民経済の民主的に健全な発展の促進という独占禁止法の目的に沿うともいえない。また、原告の主張する目的のうち、産業としての、文化としての手芸手編み業を維持するという部分は、一般的にみて保護に値する価値とはいえるものの、それが一般消費者の利益を確保するという独占禁止法の目的と直接関係するとはいえない上、同法23条の指定も受けていない商品について、上記の目的達成のために相手方の事業活動における自由な競争を阻害することが明らかな本件行為という手段を採ることが、必要かつ相当であるとはいえない。よって、本件行為に【引用者注：平成21年改正前の「不公正な取引方法」の一般指定12項の正当な理由があるとはいえない。】

32) 前掲7。なお、当てはめの結果、「仮に被審人の横流し禁止行為の目的にその主張に係る合理性が認められるとしても、その手段としての必要性・合理性が低いことからすれば、前記特段の事情は認められず、本件横流し禁止行為に公正競争阻害性がないということではできない」としている。

るものではないため、本件における「認識」の認定にどのような意義があるかが問題となるが、本件においては正当化の可否の判断の考慮要素として用いられているとは考えがたい。本件では、合意とその実行によって競争が実質的に制限されたという、行為と弊害の因果関係を根拠付ける事実の1つとして用いられているのではないかとも考えられる。