

《論 説》

拘束条件付取引と事業上の合理性・必要性

渡 辺 昭 成

1 本稿の目的

本稿の目的は、一般指定12項に規定される拘束条件付取引の行為要件に該当し、競争に弊害を生じさせる行為に関し、その公正競争阻害性を否定する、ないし、正当化する（以下、これを正当化とする）理由として、事業上の合理性・必要性を考慮する独禁法上の意義を検討することにある。

これまで競争への弊害の発生とその正当化に関する議論は、2条6項における「公共の利益」に関するものを中心として行われてきた。石油価格協定刑事事件最高裁判決が、「独禁法の立法の趣旨・目的およびその改正の経過などに照らすと、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、国民経済の健全で民主的な発達を促進する』という同法の究極の目的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」とし、⁽¹⁾また、日本遊戯銃協同組合事件判決がその判断基準を示したこと等、これまでいくつかの審判決でこの問題が検討され、また、議論が行われてきた。⁽²⁾

それに対し、公正競争阻害性に関する正当化の議論は、安全性等の社会・公共的な目的・効果を理由とした正当化、⁽³⁾信用不安等による取引拒絶の正当化、⁽⁴⁾知的財産権など正当と考えられる権利の行使としての正当化、事⁽⁵⁾

業上の合理性・必要性を理由とする正当化等、様々な審判決において、その正当化が検討され、実際に多くの事例でその公正競争阻害性が否定されているものの、それらに共通した議論、つまり、いかにして競争への弊害を生じさせる行為が正当化されるかという議論はなされていない。

本稿は、これを議論する前提として、資生堂東京販売事件、花王化粧品販売事件双方の最高裁判決で注目を集めた、拘束条件付取引に係る事業上の合理性・必要性について、正当化事由としての意義を明らかにする。

以下ではその前提として、まず、独禁法において、競争に対し弊害を生じさせる行為を正当化する考え方について整理した上で、これまで拘束条件付取引に関し、事業上の合理性・必要性が問題となった事例を検討することとする。

2 正当化事由と独禁法

(1) 競争の実質的制限と正当化事由

競争制限効果を発生させる行為の正当化に関しては、第一に、それを「競争の実質的制限」の枠内で考慮するか、または、「公共の利益」に合致するものとして考慮するか、第二に、それと併せて、正当化事由にはどのようなものが考えられるかということから議論がなされてきた。

第一の問題について、「競争の実質的制限」の枠内で考慮する考え方として、事業者団体ガイドラインは、「事業者団体が、社会公共的な目的等に基づいて構成事業者の事業活動について自主的な基準・規約等を設定し、その利用・遵守を申し合わせるような活動（自主規制）等については、独占禁止法上の問題を特段生じないものも多い」とし、①競争手段を制限し需要者の利益を不当に害するものではないか、②事業者間で不当に差別的なものではないか、③社会公共的な目的等正当な目的に基づいて合理的に必要とされる範囲内ものかという基準により、自主規制等が競争を阻害する効果を有するかどうかを判断するとしている。また、大阪バス協会事件

において、認可運賃の下限を下回る実勢運賃をその下限に近付けるための運賃引き上げカルテルについて、競争の実質的制限該当性が否定されたように、環境保全や安全確保のための自主規制、他の法律により刑罰付きで禁止される行為等についても、そのような行為によって形式的に競争が制限されることがあり得るとしても、そのような競争は実質的に独禁法上保護に値しない競争であると評価するものもある（以下、「保護に値しない競争」⁽⁸⁾論）。それに対し、「公共の利益」に合致するものとする考え方としては、「公共の利益」を、上記最高裁石油価格協定事件判決が、それを独禁法1条が挙げる「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」という独禁法の究極の目的に実質的に反しないと認められる例外的な場合を不当な取引制限から除外する趣旨のものとして理解したのをはじめとして、その他、それを独立した違法要件と捉える説⁽⁹⁾、違法性阻却事由と捉える説がある⁽¹⁰⁾（以下、「公共の利益」論）。

第二の問題については、「環境保護、製品又は食品安全、天然資源保護、公序良俗の維持、文化の保護、人権の保護」⁽¹¹⁾といった例を挙げるもの、「市場支配力あるいは相対的市場力によって侵害される取引主体の実質的な自由と平等の権利」とするもの⁽¹²⁾、これまでの審判決およびガイドラインの分析から、「不適格な商品役務・不適格な事業者の排除」、「知的創作や努力のためのインセンティブ確保」、供給余力がない場合の取引拒絶等の「物理的・技術的・経済的な困難」、「効率性向上・競争促進効果」、「公共性」、「業績不振の他の者の救済」、「他の法令等に従った行為」が考慮に値するもの⁽¹³⁾がある。

この議論に対しては、疑問点を提示することとする。

第一の問題に関し、まず、「競争の実質的制限」の枠内で考慮する考え方に対しては、環境保全や安全確保等の社会・公共的目的を実現する効果がある行為につき、それを競争制限効果が発生しないとすることはできないことである。なぜなら、それらの目的の実現のためにカルテル行為が行

われた場合には、少なくとも形式上は、競争制限効果が発生するためである。また、当事者が市場支配力を有している時点で競争制限効果は認定されるためである。第二に、環境保全や安全確保のための自主規制と他の法律により刑罰付きで禁止される行為を同列に論ずることは不適切であることである。「保護に値しない競争」論からは、双方は結果として、「保護に値しない競争」に該当することとされる。しかし、前者は競争が前提とされる市場において少なくとも形式上は競争制限効果が発生する行為であり、後者は当初から競争が前提とされていない市場における行為である。したがって、前者の問題と後者の問題は区別する必要がある。第三に、「公共の利益」論に関し、その枠内でとらえられない問題が存在することである。「保護に値しない競争」論が挙げる、他の法律により刑罰付きで禁止される行為等が行われていた場合に、これを「公共の利益」に合致するとして、その競争制限効果の発生を正当化することはできない。例えば、公正取引委員会が平成19年5月11日に下した排除措置命令において画定された一定の取引分野である近畿地区における天然ガスエコ・ステーションの建設工事に係る入札のうちのひとつの発注者が落札者に対し、損害賠償を求めた事件につき、本件入札は、発注者が補助金を取得できるよう成立させる必要があったこと、落札者以外に受注意欲を示す業者が存在しなかったことが事実として認定されているが、このような入札は、公共の利益に合致するとして、その競争制限効果の発生を正当化することはできない⁽¹⁴⁾。第四に、当該行為の当事者の「目的」を考慮するのではなく、その効果を考慮すべきだということである。独禁法は、公取委による執行にあたっては、その効果をもってその違反を認定すべきであり、当事者の目的、いわば内心は、その効果を推定する材料としてのみ考慮すれば足りる⁽¹⁵⁾。

したがって、「保護に値しない競争」論、「公共の利益」論、双方に問題があることとなる。したがって、競争制限効果の正当化に関しては、次のように、対象となる行為を分けて、考慮する必要がある。第一に、刑罰付きで禁止される行為等については、それは当初から競争が想定されていな

い市場で行われることから、当該市場における競争は、「保護に値しない競争」に該当するものとして競争制限効果の発生が否定される。第二に、環境保全や安全確保のための自主規制といった社会・公共的效果をもったカルテル行為については、それは少なくとも形式上は競争制限効果が発生するものであるが、それが独禁法の最終目的を実現するものであることから、「公共の利益」に合致し、それは正当化される可能性がある。

また、その他の正当化事由については、次のように分類することができる。「環境保護、製品又は食品安全、天然資源保護、公序良俗の維持、文化の保護、人権の保護」、「不適格な商品役務・不適格な事業者の排除」、「公共性」は、それが競争制限効果を上回るだけの一般消費者の利益を実現する、ないし、国民経済の健全で民主的な発達を促進する効果を持つか否かにより、「知的創作や努力のためのインセンティブ確保」は独禁法21条により正当な知的財産法による権利行使と認められる範囲内か否かにより、「物理的・技術的・経済的な困難」、「効率性向上・競争促進効果」は競争制限効果を打ち消すだけの促進効果を有するか否かにより、「業績不振の他の者の救済」⁽¹⁶⁾、「他の法令等に従った行為」は、単純にそれにより競争制限効果が発生するか否かにより判断されるべきである。

（２） 公正競争阻害性と正当化事由

①学説における公正競争阻害性と正当化事由

2条9項および一般指定においては、社会・公共的目的等を持つ場合、当該行為が競争に弊害を生じさせる場合に、それを正当化することに関し、2条5・6項に規定される「公共の利益」と言う要件が規定されていないため、一般には公正競争阻害性の枠内で考慮するとされている。しかし、理論的には、不公正な取引方法の行為要件に該当する行為が行われ、それにより競争への弊害の発生が認定できる場合には、それを何らかの理由により、公正競争阻害性なしとするのは問題がある。競争秩序とは、あくまでも事業者間の自由な競争が行われている状態であり、それに悪影響を与

える行為はすべて公正競争阻害性を認定することができる。

このような問題とは別に、これまで不公正な取引方法の行為要件に該当し、それが少なくとも形式的には競争への悪影響が存在する場合、それを正当化することについて、どのような主張がなされてきたのであろうか。これについては、以下のように分類することができる⁽¹⁸⁾。以下の説は、すべて、2条9項各号および一般指定に規定される「正当な理由なく」「不当に」「正常な商慣習に照らして不当に」という文言が公正競争阻害性を指すとするを前提としていると考えられる。

第一に、独禁法の目的との関係で理解することが必要であり、公正競争阻害性と同意義だとするものである⁽¹⁹⁾。正当な理由が存在する場合とはあくまでも公正競争阻害性を有さない場合を指すのであり、経営上の必要性あるいは合理性が正当な理由とはならないとするものである。しかし、この主張については、社会・公共的な効果を持つ行為をいかにとらえるかということが不明である。

第二に、公正競争阻害性のある行為は能率競争を阻害し、国民経済の円滑な運営を破壊するものであるが、商慣習上から一般的な競争方法として社会的にも認められているものがあるとし、このような場合には経済上の要求から商慣習上、一般化しているものであり、競争に悪影響を与えないのであり、一般的には、公序良俗、信義誠実、権利濫用といった原則に反するもののみが公正競争阻害性を有するものである⁽²⁰⁾。この主張においては、個々の事例において、当該行為が公序良俗などに反するか否かの検討が必要であることとなる。しかし、この主張については、不公正な取引方法の行為要件に該当し、競争への弊害が認定された場合であっても、それが社会一般的に行われているものであれば、公正競争阻害性が否定されることとなるという問題がある。また、いかなる事項が、「原則」に反すると評価する際の考慮要素となるか不明である。

第三に、昭和28年改正法2条7項本文においては、「公正な競争を阻害するおそれ」が明記され、各号においては「不当に」と明記され、両者は

意味が異なるものであり、それに対し、一般指定には「不当に」「正当な理由なく」としか規定されていないため、一般指定にいう「不当に」「正当な理由なく」には2条7項がいうところの「不当に」と「公正な競争を阻害するおそれ」の双方が含まれ、それは第一の主張と第二の主張双方を含むとするものである⁽²¹⁾。しかし、この主張については、上記の批判が当てはまる。

第四に、第二の主張と同様に考えるが、公正競争阻害性が基本的な要素であり、経済社会の通念による反倫理性は二次的・補充的に考慮し、後者は、公正な競争の確保という独禁法の目的に反しない範囲に限られるとする。そして、不公正な取引方法に該当することを挙証するに当たり、公正な競争を阻害するおそれがあることだけを証明すれば足り、当該行為が経済社会の通念である倫理性に反することを証明する必要はないとする⁽²²⁾。これについては、上記の第二の主張に対する批判が当てはまる。

第五に、第一の主張と同様に、再販売価格維持行為、その他の拘束条件付取引について、公正な競争秩序の確保という法目的に照らして考えることが必要であり、正当化事由は原則として認められないとする。ただし、委託販売や特許実施許諾者による当該製品の販売価格の拘束は正当な権利の行使として、独禁法上正当な理由があると⁽²³⁾とする。しかし、この考え方を他の不公正な取引方法について適用した場合、第一の主張と同様に、社会・公共的な効果をもつ行為をいかにとらえるかということが不明である。

第六に、公正競争阻害性の有無の判断にあたっては、反倫理性、事業経営上・取引上の合理性・必要性、公益目的を考慮する必要があるとするものである。この主張によると、ぎまんの顧客誘引、不当な取引妨害、優越的地位の濫用における公正競争阻害性については反倫理性が考慮要素となっており、また、(ア) 差別対価について、コストにより正当化される場合、時期外れの商品、腐敗性商品の品質低下の場合、(イ) 取引の条件・実施の差別的取扱いについて、取引の数量、回数、頻度等に応じて比例的である場合、取引の相手方の信用状況、支払状況などが異なっている場合、

(ウ) 不当廉売について、時期外れ、腐敗性商品の品質低下、店じまいなどの場合、(エ) 拘束条件付取引について、専門的知識・経験がないと取り扱いが危険または困難な場合に取引先を専門的な業者のみに限定する場合、(オ) フランチャイズ・システムについて、微妙かつ独特な風味を維持するために仕入れ先を拘束することなどは、事業経営上・取引上の合理性・必要性からとされる⁽²⁴⁾。しかし、この主張は当該行為が公益性を有する場合にそれを公正競争阻害性の判断にあたり考慮する点は首肯できるものの、疑問点が存在する。それは、第一には反倫理性と競争への弊害の発生との関係が不明であること、第二には事業経営上・取引上の合理性・必要性とされるものの範囲が不明であり、また、例として挙げられているものに、不公正な取引方法の行為要件に該当しないものが含まれていることである⁽²⁵⁾。後者につき、後述するように、少なくとも拘束条件付取引に関し、これまで審判決で主張されたような事業上の合理性・必要性それ自体を公正競争阻害性の有無の判断ないし正当化事由として考慮すべきではない。なぜなら、独禁法の適用は、競争への悪影響、ひいては独禁法1条に挙げられる「一般消費者の利益」「国民経済の健全で民主的な発達」を侵害ないし阻害することを理由として行われるべきものであり、当該事業者の事業上の合理性・必要性は考慮すべきものではないためである。これについて、「競争秩序の維持と関係する事業上の合理性もありうるし、公正競争阻害性の判断に反競争的な目的が関連性を持つ場合もあることなどから、事業上の合理性が公正競争阻害性の判断に有益な場合もある⁽²⁶⁾」とされるが、これまでの審判決ではこのような区別はなされていない。

② 審判決における公正競争阻害性と正当化事由

当該行為が不公正な取引方法の行為要件に該当し、競争への悪影響が生ずることが認定される場合、当該行為に社会・公共的な目的等が存在する場合に、それを公正競争阻害性がない、ないし、例えそれがあっても正当化されるとする議論は、これまでの審判決で取り上げられてきた。

例えば、東京と畜場事件最高裁判決では、公正競争阻害性につき、「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」とし、と畜場の運営主体である東京都の廉売行為の目的が、「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」に行ったものであり、「と畜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」、都の行為に対する損害賠償を求めた者の「実徴収額が認可額を下回った事情等を総合考慮すれば」、東京都の行為は公正な競争を阻害するものではないとされている。この判旨については、「競争の地理的範囲、競争事業者の認可額の実情」等を考慮していることから、これらは不当廉売の行為要件である「他の事業者の事業活動を困難にするおそれ」に関する問題⁽²⁷⁾をとりこんでしまっているとの批判はあるものの、公正競争阻害性の認定にあたっては、行為の意図・目的等を含め、総合考慮することが明らかにされている。

しかし、近年の審決では、第一次育児用粉ミルク事件最高裁判決⁽²⁸⁾で示された考え方が修正され、事業上の合理性・必要性が公正競争阻害性を否定する根拠として用いられ、また、その判断方法として、上記と畜場判決が修正されている。以下では、拘束条件付取引に関し、事業上の合理性・必要性が問題となった審判決をみていくこととする。

3 拘束条件付取引に関する審判決における事業上の合理性・必要性

(1) チャクレス事件⁽²⁹⁾

① 事実の概要

文具事務用品の卸売業を営む X は、磁石を利用した開閉の機能を持つ

た筆入れを着想し、実用新案登録の出願を行い、他社と協力し、その商品化を急ぐこととした。ビニール文房具の製造・販売業を営む Y は、X からの依頼を受けて、同機能を完成させるべく研究を行い、その商品化に必要な技術を考案し、実用新案登録の出願を行い、また、筆入れの試作品を完成させた。そこで、X と Y は、その筆入れを商品化して、大量に製造、販売するために話し合いを行い、次のような「覚書」協定が成立した。(ア) X は、当該筆入れの製作をすべて Y に委託すること、(イ) Y は、当該筆入れを X 以外には X の承諾を得なければ販売することができないこと、(ウ) 当該筆入れに市場性がない場合には X がその損害を負担すること、(エ) Y の製造技術に原因があって市場性がない場合には Y がその責任を負うこと。その後、XY 間で、当該筆入れの小売価格を決定した。しかし、当該筆入れの売れ行きは思わしくなく、XY とも大量の在庫を抱えていた。

その後、当該筆入れに関し、新しいデザインによるものを販売するにあたり、XY 間で、次のような内容を持つ契約を成立させた。(オ) 両者が登録出願中の実用新案に関する権利を両者の共有とする、(カ) X は当該筆入れの製造を、Y を通じてのみ行うこととし、Y の承諾なしに第三者に製作させてはならず、また、類似商品を取り扱うこともできない、(キ) Y が当該筆入れを販売する場合には、他 6 社に対して行うことができるが、その場合は X が発行する小売価格を印刷したシールを添付し、また、X の承諾を得た場合には販売先を変更することができる、(ク) XY とも、当該筆入れを販売する際には、卸売価格を小売価格の 45% 以上とする、(ケ) これらに違反した場合の損害賠償金の予定額は筆入れ 1 個につき、小売価格の 2 倍とする、(コ) この契約の有効期間を登録出願の公告期間を含め 10 年間とする。

しかし、Y は、当該筆入れの旧製品の販売が思わしくなく、資金の回収に窮したことから、上記契約で許容された以外の者に対し旧製品を上記で決定した小売価格よりも著しく安い価格で販売した。そのため、X は

Y に対し、上記契約に基づく損害賠償を請求した。これに対し Y は、上記（キ）（ク）（ケ）の契約条項が排他条件付取引および拘束条件付取引に違反すると主張した。

②判 旨

上記の契約条項は、Y による、X の競争者に対する当該筆入れの供給を制限し、かつ、需要者の一部である特定 6 社への供給価格をも規制するという拘束条件をつけた継続的取引契約であり、主として販売面における公正な競争を阻害するおそれがあるものと言わなければならない。

一般指定 7 項および 8 項に定める「正当な理由」とは、当該行為が競争を制限するおそれがあるとしてもなお社会的経済的に見て保護に値する合理性がある場合を考慮して、係る合理的な理由が存在する場合に限って独禁法による規制から除外する趣旨を明示したものと解釈することができる。

当該筆入れの開発のきっかけは、その着想を X が持ち、その具体化を Y に依頼したことにより、開発に成功した後、「覚書」協定において XY 間で製造と販売を分担する内容をもった排他的受入条項を設けたのは、このような経緯における X の役割および X としての発売元にふさわしい地位にあったためである。また、このように行って販売契約が、新規開発商品を市場に売り出すために生産者が発売元となる卸売業者（問屋）の資力、信用、販売技術に頼らざるを得ない経済的事情に基づき、かつ、発売元としても販路拡大のための資本投下その他の出損をあえてした危険に見合う開拓者利潤を追求することに社会的にみて合理性があつて締結されたものであるときは、他に特段の事情がないかぎり、これを有効とすべき正当な理由があるものと解するのが相当である。また、上記契約は、両者の実用新案出願の関係の調整と Y の在庫処分の促進という双方の必要性から、成立したものであり、前者については双方の権利を共有とし、XY 間の製造と販売の分業という関係には変動を及ぼさないようにしつつ、X は類似商品を取り扱わないとした相互排他約款性を明らかにし、後者については、排他的約款を緩和し、販売先を拡大し、それに伴って生ずる可能性の

あるダンピングの防止及びダンピングによる商品イメージの低下によって被る X の損失の補償として、卸売価格の協定および損害賠償額の予定が合意されるに至ったものである。したがって、上記契約は、販売先および卸売価格について Y を拘束するものであるが、「覚書」協定を有効と認める正当な理由が存在するのであるから、当該契約中の条項もまた有効なものと解さなければならない。

③判旨の検討

Y は、販売先の制限、卸売価格の制限、違約金の定めに関する契約条項が拘束条件付取引に該当すると主張した。しかし、これらの契約条項の前提となった「覚書」協定は、当該筆入れの開発過程における X の役割、販売にあたり必要な社会的・経済的地位から成立したものであり、このような事情および X の投資資本の回収の必要性から、合理的なものであり、また、その後締結された契約に定められた条項についても、X による排他的な受入の緩和に伴う措置であり、「覚書」協定に合理的な理由があり、有効なものであることから、当該条項も有効であるとしている。

上記条項は、契約が成立している以上、「拘束」という行為要件を満たすことは明らかである。また、上記条項により、Y は販売先、卸売価格に制限が課され、また、違約金の定めがあることから前二者を遵守する必要が生ずることから、Y はその販売に係る自由を制限されることとなり、その結果、XY 間の販売競争を制限し、また、XY から供給を受ける者の間での販売競争を減殺することは明らかである。

それでは、このような効果を持つ XY 間の契約は公正競争阻害性がないとすべきなのであろうか。XY 間で成立した「覚書」協定は、XY 間で解決すべき実用新案権における関係、販売に関する関係から生じたものである。このような問題は両者間で解決すべき問題であり、実用新案に係るプールを形成すること等により、権利関係が確定した後に、利益配分を行うことで足りる。また、上記契約条項も同様に、XY 間の当該筆入れの販売に係る危険負担の分配から生じた問題である。これらの契約条項は、そ

れにより、競争を促進する効果を持つものではなく、また、独禁法の最終目的を実現するものでもない。したがって、これらの X にとっての事業上の合理性・必要性は考慮されるべきではなく、公正競争阻害性を否定することはできない。

(2) 明治商事粉ミルク事件⁽³⁰⁾

① 事実の概要

X は、明治乳業の製造する育児用粉ミルクの総販売元であり、その大部分を卸売業者に、一部をスーパーや生協に販売している。X は、新製品の発売にあたり、価格維持の強化、報奨制度等を実施することとし、次のように具体的な内容を決定した。(ア) 卸売業者から小売業者への販売価格、小売業者の販売価格を定め、これにより仕入れ、販売を行うことを要請し、(イ) 新製品の卸売業者、小売業者はすべて登録制度とし、その登録のための選定基準として、卸売業者は登録した小売業者とのみ X が定めた価格で新製品の販売を行い、小売業者は X が定めた小売価格を遵守することを誓約すること、生協は X が定めた小売価格を遵守することを誓約することを定め、(ウ) (ア) により売買差益をきわめて低く抑え、一律に支払われる割戻金を通常の半分程度とし、残りは X の方針に対する協力度を勘案して増減し、(イ) の誓約に反した卸売業者にはこれを削減することとする。

② 判 旨

X は、当該再販売価格維持行為は事業経営上許さるべき範囲内のものであり、「正当な理由」が存在すると主張する。しかし、法が公正な取引方法を禁止した趣旨は、公正な競争秩序を維持することにあるから、2 条 7 項 4 号の「不当に」とは、かかる法の趣旨に照らして判断すべきものであり、また、同号の規定を具体化した一般指定 8 項は、拘束条件取引が相手方の事業活動における自由な競争を阻害することとなる点に不当性を認め、具体的な場合に不当性がないものを除外する趣旨で「正当な理由がないのに」との限定を付したものと解すべきである。したがって、「正当

な理由」とは、専ら公正な競争秩序維持の見地からみた観念であって、当該拘束条件が相手方の事業活動における自由な競争を阻害するおそれがないことをいうものであり、単に事業者において拘束条件を付けることが事業経営上必要あるいは合理的であるというだけでは、「正当な理由」があらんとすることはできない。

また、24条の2の趣旨について、当該商品が不当廉売またはおとり廉売に供される可能性があるとしても、これが対策をして再販売価格維持行為を実施することが相当であるかどうかは、公取委が諸般の事情を考慮して公益的見地から判断すべきものであるとした。

③判旨の検討

判旨は、旧一般指定8項にいう「正当な理由」とは、専ら競争秩序維持の観点からみるものであるとして、Xが主張する事業経営上の必要性といたった他の考慮要素から、当該行為が正当化される場合を考えるべきではないとしている。しかし、当該行為が行為要件に該当し、競争への弊害を生じさせる場合、本件行為が不公正な取引方法に該当しないとする正当な理由が存在する場合があるとしているのか、単に、正当な理由が存在する場合はないと断じているのかは不明である。仮に前者であるとした場合、正当な理由が存在する場合とはどのようなものかということが問題となる。また、事業上の合理性・必要性につき、判旨について、「事業上の合理性が公正競争阻害性の判断に一切関係しないことまで含意するものではない」という点に注意を要する。競争秩序の維持と関係する事業上の合理性もありうるし、公正競争阻害性の判断に反競争的な目的が関連性を持つ場合もあることなどから、事業上の合理性が公正競争阻害性の判断に有益な場合もある⁽³¹⁾とする指摘があるが、ここでいう考慮すべきではない事業経営上の合理性・必要性の範囲も不明である。

ただし、判旨は、公益的見地から、当該行為が正当化される可能性があることに言及している。

(3) ニコマート事件⁽³²⁾

①事実の概要

コンビニエンスストアのフランチャイザーである X は、フランチャイジーである Y との間でコンビニエンスストアの経営を目的とする 2 つの店舗を対象としたフランチャイズ契約を締結した。当該契約において、契約解除等について、次のように定められていた。(ア) Y が、X の競業他社の経営に関与し、若しくはこれらのものと業務提携あるいはフランチャイズ関係を結んだ時は、X は通知・催告をしないで、直ちに本件フランチャイズ契約を解除することができる。(イ) Y は、当該 2 店舗以外の場所で、当該システムによる事業ないし事業活動と同一又は類似の営業活動その他の行為をしてはならず、Y がこれに関して重大な違背をした場合において、X から 7 日間以上の期間において書面による催告を受けたにもかかわらず、その期間経過後においてもなおその違反を改めないときは、X は契約を解除することができる。(ウ) 本件契約が (ア) (イ) の事由によって解除された場合には、Y は X に対し、一営業店舗 1 ヶ月当たり 28 万円のロイヤリティーの 120 ヶ月相当額の損害賠償金を支払う。

その後、Y が取締役を務める Z 株式会社は、A とフランチャイズ契約を締結し、また B ともフランチャイズ契約を締結し、Y が営むコンビニエンスストア事業と同様の商品構成、経営構成をもつコンビニエンスストアを経営することとなった。そのため、X は、B との契約により開業した店舗につき、催告を行ったが、Y がこれに応じなかったため、契約を解除し、Y に対し、損害賠償を求めた。それに対し、Y は、上記条項が、排他条件付取引および拘束条件付取引に該当すると主張した。

②判 旨

本件フランチャイズ契約がフランチャイジーに対して広く競合行為を禁止し、それへの違背を解除原因としている趣旨については、フランチャイザーがフランチャイジーに提供する商品の陳列、仕入れ、管理等の方法、価格の設定を含めた販売方法、売れ筋情報等の経営にかかわる情報は、フ

ランチャイザーとフランチャイジーとの共同の事業としてのフランチャイズシステムによるコンビニエンスストアの経営にとって基本的な重要性を有するものであって、本件フランチャイズシステムによるコンビニエンスストアの経営にとって基本的な重要性を有するものであり、本件フランチャイズ契約を構成する本質的な要素を構成し、これらの情報が競業他社に漏洩され、また、対価の支払いのないままに使用を許諾された特定の店舗以外の場所で利用された場合には、フランチャイズシステムによるコンビニエンスストアの経営に著しい打撃を与えることになるため、このような情報を営業秘密とし、それを管理し、保全する手段として、フランチャイジーが競業他社と一定の関わりを持つことを禁止する等の競業禁止の方法を採ることにしたものと解されるところである。

この点について、Yは、排他条件付取引ないし拘束条件付取引に該当し、公序良俗に反し無効であると主張するが、このような趣旨に照らすと、当該条項は、XY間でフランチャイズ契約を締結して、フランチャイジーとなった者もしくはこれと同視すべき者がXと競業関係に立つような他のコンビニエンスストアのフランチャイズ事業を行う者の経営に関与したり、その者と業務提携を行い、またはフランチャイズ契約を締結することを制限するに過ぎないものであり、(エ) 経営情報等がひとつのシステムとしてフランチャイジーに提供されるフランチャイズシステムによるコンビニエンスストアの経営の業態からしてもフランチャイジーが複数のランチャイザーと取引関係を持たなければならない必要性は乏しいのであるから、これによって、公正な競争が阻害されるおそれがあるとは考えられない。(オ) また、当該条項は、フランチャイズ契約関係の継続に固有な営業秘密の保護という必要性に出たものであり、(カ) その制限の範囲も合理的な限度に止まっているものと解されるところであるから、当該条項による事業活動の制限は、独禁法上も正当なものとして評価することができる。

③判旨の検討

本件は、Xと同様のフランチャイズチェーンを営むBとのフランチャイズ契約の締結を理由として、(ア)の条項を根拠として、契約の解除を行っている。Yは、(ア)のみではなく、(イ)(ウ)を含め当該契約が排他条件付取引、ないし、拘束条件付取引に該当すると主張している。これらの条項は、契約の中に定められていることから、現行一般指定11項がいうところの「条件として」、12項がいうところの「拘束する条件をつけて」という要件に該当する。それでは、判旨では言及されていないが、当該行為には競争に対する弊害が発生するのであろうか。

Yが他のフランチャイズチェーンの経営に関与できないこと、また、他のフランチャイズチェーンに加盟できないことにより、他のフランチャイズチェーンは、XY間の契約期間中は、少なくともYというフランチャイジーを失うこととなる。この点につき、流通・取引慣行ガイドラインは、「市場における有力な事業者が」、排他条件付取引を行うことにより、「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出すことができなくなるおそれがある場合」に違法となるとしているが、この⁽³³⁾ような場合でなくとも、物理的には販路を失う者はそれにより競争力が減退するのであり、フランチャイズ契約においても同様である。したがって、当該条項により、フランチャイズチェーン間の競争が減殺されることとなる。したがって、判旨(エ)は否定される。

次に、判旨(オ)(カ)が言うように、営業秘密の保護、拘束の程度の必要性は正当化事由となりうるのであろうか。これにつき、「競業禁止義務は、企業秘密の漏洩の防止、フランチャイズ店のイメージの維持、店舗の規格化の実現といった各種の利益の保護のためにも用いられるが、その合法性を判断するには、このようなフランチャイジーに対する制約がフランチャイズ契約により得られるフランチャイジーの利益とつりあっているか否かを考慮することも重要である。また、競業禁止義務は、フランチャイズシステムから離れ、一般の経済社会においても、ごく普通に用いられているものであり、継続的な取引契約においては、国内でも国外でも常套

的に存在しているものである。したがって、競業避止義務は、原則的に違法となるものではないとし、競業避止義務を設定された地域が広大である、反永久的ともいえるほど長期間のものである等の理由がない限り排他条件付取引には該当しないとすものがある⁽³⁴⁾。しかし、この営業秘密について、「現在のフランチャイズ契約では商品の仕入れ、陳列、管理から販売方法までがほぼ完全にマニュアル化されているから、フランチャイジーがAフランチャイズの営業秘密をBフランチャイズで利用しようとするれば、それはBフランチャイズ契約に違反する行為となり、フランチャイジーはB契約を解除される危険を冒すこととなる。そうだとすると、同一人が複数のフランチャイジーになることによって相互に営業秘密が漏洩される危険性は、実際にはかなり低いのではないか⁽³⁵⁾」とする指摘がある。また、当該営業秘密の保護の必要性につき、「コンビニの経営については、消費者の購買心理、商品の陳列方法などのコツないし秘伝はテレビなどで取り上げられ、フランチャイズ業者の間では秘密性に乏しく、むしろ共通の知識になっているというべきではないのか⁽³⁶⁾」という指摘がある。このように考えると、競業避止義務を課して営業秘密を保護することの必要性はほぼないということとなる。また、競合避止義務を課したからといって、その義務が当該店舗の従業員に及んでいない以上、営業秘密の完全な保護は不可能である。

競業避止義務は、むしろ、他のフランチャイズチェーンが当該店舗で営まれないことにより、フランチャイザーの商圏の維持を図るための手段として使われているのであり、それにより、消費者が選択の余地を失うことになる。また、極度に重要なノウハウに基づく営業は、自らが直営店によって展開するべきものであり、フランチャイズ契約に適さない⁽³⁷⁾。

したがって、本件における競業避止義務に関し、営業秘密の保護はその必要性、重要性が乏しく、また、それも達成できるものではない。したがって、競争への弊害が生ずる以上、営業秘密の保護を理由として正当化することはできない。また、営業秘密の保護は、上記で言うところの事業上

・取引上の合理性・必要性のひとつとすることができるが、これが競争秩序の維持と関係がない以上、これにより正当化することもできない。業界下位のフランチャイザーが本件むしろ、競争避止義務をフランチャイザーに課すことにより、競争促進効果があるか否かということが検討されるべき事案であった。

(4) 資生堂東京販売・花王化粧品販売事件⁽³⁸⁾

①事実の概要

我が国で最大の売上高を有する化粧品メーカー A の製造する化粧品を専門に取り扱う販売会社である Y は、他の小売店と同様に、化粧品の小売販売等を営む X との間で、以下の化粧品の供給を目的とした特約店契約を昭和37年に締結し、取引を継続してきた。(ア) 有効期間は1年間であり、双方に異議がない場合は自動的に更新されるが、30日前の予告をもって中途解約することができる。(イ) X は、A 化粧品の専用コーナーを設置し、Y の主催する美容セミナーを受講し、その販売にあたり、顧客に対し、化粧品の使用方法等を説明し、また、化粧品についての顧客からの相談に応じ（以下、これを対面販売義務とする）、かつ、顧客管理のための台帳を作成する。

X は、昭和60年から、単に商品名、価格、商品コードを記載しただけのカタログを事務所等の職場に配布して電話やファクシミリでまとめて注文を受けて配達するという方法（以下、これを職域販売とする）によって、A 化粧品を2割引きで販売し、顧客と対面して当該化粧品の説明を行う、相談を受けるということは予定されていなかった。Y は、これに気づき、当該カタログから A 化粧品を削除するよう求め、職域販売の中止を求めたところ、X はカタログから A 化粧品を削除したが、A 化粧品を掲載した別冊を作成し、実質的に職域販売を継続した。Y は、特約店契約を遵守するよう是正勧告をし、これに従わない場合には、特約店契約を解約する旨を予告し、XY 間で A 化粧品をカタログから削除し、職域販売を中

止することに合意した。しかし、Xは職域販売を継続し、Yのセールスマンを脅かす等の嫌がらせをし、また、Y主催のセミナーへX代表者およびその妻しか参加しない、顧客管理のための台帳を作成しない等、特約店契約に違反する状態を継続した。これを受けて、Yは、本件特約店契約を解約する旨の意思表示をし、Xに対する出荷を停止した。

これに対しXは、上記契約条項が、拘束条件付取引に該当し、またそれにより、事実上、価格維持効果が発生するため再販売価格維持行為に該当すると主張した。

②判 旨

一般指定13項に規定される拘束条件付取引は、「その内容が様々であることから、その態様や拘束の程度等に応じて公正な競争を阻害するおそれを判断し、それが公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれがあると認められる場合に、初めて相手方の事業活動を『不当に』拘束する条件を付けた取引に当たるものというべきである。そして、メーカーや卸売業者が販売政策や販売方法について有する選択の自由は原則として尊重されるべきであることにかんがえみると、これらの者が、小売業者に対して、商品の販売に当たり顧客に商品の説明をすることを義務付けたり、商品の品質管理の方法や陳列方法を指示したりするなどの形態によって販売方法に関する制限を課することは、それが当該商品の販売のためのそれなりの合理的な理由にもとづくものと認められ、かつ、他の取引先に対しても同等の制限が課せられている限り、それ自体としては公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれはなく、一般指定13にいう相手方の事業活動を『不当に』拘束する条件を付けた取引に当たるものではないと解するのが相当である。」

「これを本件についてみると、本件特約店契約において、特約店に義務付けられた対面販売は、化粧品の説明を行ったり、その選択や使用方法について顧客の相談に応ずる（少なくとも常に顧客の求めにより説明・相談に応じ得る態勢を整えておく）という付加価値を付けて化粧品を販売する方法であって、Yが右販売方法を採用の理由は、これによって、最適な条

件で化粧品を販売して美容効果を高めたいとの顧客の要求に応え、あるいは肌荒れ等の皮膚のトラブルを防ぐ配慮をすることによって、顧客に満足感を与え、他の商品とは区別されたA化粧品に対する顧客の信頼（いわゆるブランドイメージ）を保持しようとするところにあると解されるところ、化粧品という商品の特性にかんがみれば、顧客の信頼を保持することが化粧品市場における競争力に影響することは自明のことであるから、実際にも相当数のA化粧品が対面販売により販売されていることからすれば、Xに対してこれを義務付けることは、一般指定の13にいう相手方の事業活動を『不当に』拘束する条件を付けた取引に当たるといえることはできないと解される。」

「販売方法に関する制限を課した場合、販売経費の増大を招くことなどから多かれ少なかれ小売価格が安定する効果が生ずるが、右のような効果が生ずるといっただけで、直ちに販売価格の自由な決定を拘束していると言ふことはできないと解すべきである」。

③判旨の検討

本判決では事実認定の問題として、対面販売を行うことにより、美容効果が高まる、肌あれ等の皮膚のトラブルを防ぐことができる⁽³⁹⁾とすることがあるが、これを仮に事実であるとした場合に、判旨がいうところのそれなりの合理的理由が正当化事由となるか否かを検討する。

判旨の考え方は、流通取引慣行ガイドラインが「メーカーが販売方法（販売価格、販売地域及び販売先に関するものを除く。）を制限することは、商品の安全性の確保、品質の保持、商標の信用の保持等、当該商品の適切な販売のための合理的な理由が認められ、かつ、他の取引先小売業者に対しても同等の条件が課されている場合には、それ自体は独占禁止法上問題となるものではない⁽⁴⁰⁾」とするのと同様である。しかし、この合理的な理由の存在は、「一般的・客観的に見て」判断されるものであるが、判旨が「それ自体」と適用事例を本件に限定していることから、これにより一般的に公正競争阻害性の有無が判断できるとすることはできないとされる。⁽⁴²⁾

また、これらの事由が本件に限っても、それが正当化事由として正当化されるのであろうか。対面販売の義務付けそれ自体により、小売価格の維持効果が生ずるとまで言えなくとも、対面販売が義務付けられることにより販売方法の自由が制限されることとなり、販売方法に関する競争に弊害が生ずることは明らかである。また、対面販売を義務付けることは花王事件で問題となったように、非特約店への転売を禁止することとなり、A化粧品の小売市場での非特約店の参入を困難とすることから、当該小売市場での競争の減殺が生ずることも明らかである。

それでは、判旨がいう「顧客の信頼の保護（いわゆるブランドイメージ）」の保護は、正当化事由として考慮されるべきものであろうか。判旨がいうようにブランドイメージを獲得・保持することができるAは、客観的にもそれにより化粧品市場で一定の競争力を獲得することはできるであろう。しかし、それは独禁法の保護法益と合致するのであろうか。Aの化粧品販売市場における競争力が高められたからと言って、それにより、競争の活発化による価格の低下等をもたらされるわけではない。また、本来、メーカーないし製品のブランドイメージは、その販売される製品の販売方法の制限により獲得されるべきものではなく、顧客による自発的な製品への支持から生み出されるべきものである。さらに、これが仮に化粧品の安全性を実現するものであるとしても、その場合は、競争制限効果との比較衡量が必要である。⁽⁴³⁾したがって、ブランドイメージの保護は、ただそれだけでは正当化事由に当たらず、本件に限っても、正当化事由とはならない。

二一七 (5) SCE事件⁽⁴⁴⁾

①事実の概要

Yは、プレーステーション（以下、PS）と呼ばれる家庭用テレビゲーム機（以下、PSハード）、PSハード用ソフトウェア（以下、PSソフト）およびPSハード用周辺機器（これらを併せて、以下、PS製品）の製造

販売並びに PS ソフトの仕入れ販売を行う X は、PS 製品を平成 6 年 12 月に販売を開始したが、発売直後から一般消費者の高い評価を得たこと等から、平成 8 年度の出荷額は、我が国のゲーム機及びゲームソフトの販売分野において、第 1 位である。Y は、PS 製品を直接、小売業者に販売する他、卸売業者を通じて、また、ゲーム専門店が加盟するフランチャイズ本部を通じて販売を行っている。なお、フランチャイズ本部への販売を Y は、小売業者への販売と同視している。Y は、PS 製品の販売にあたり、次のような販売方針を採り、その方針を受け入れた小売業者及び卸売業者とのみ PS 製品の取引を行うこととした。

（ア）小売業者に対し、PS ソフトを自社ないし PS ソフト製造業者が設定した希望小売価格で販売させ、卸売業者に対しては、取引先の小売業者に同様の価格設定をすることを指導させる（以下、値引き販売禁止）。

（イ）小売業者に対し、中古の PS ソフトを取り扱わないようにさせ、卸売業者に対しては取引先の小売業者に中古 PS ソフトを取り扱わないよう指導させる（以下、中古品取扱い禁止）。

（ウ）小売業者には PS 製品を一般消費者に対してのみ販売するよう義務付け、卸売業者には取引先の小売業者に対してのみ販売するとともに、取引先の小売業者に一般消費者にのみ販売することを指導させる（以下、横流し禁止）。

このような販売方針を遵守しない小売業者に対しては、その遵守を改めて要請し、PS 製品の出荷停止等の制裁措置に言及することによりそれをやめさせ、また、一部の小売業者との間での販売契約を解除した。

公取委は、平成 8 年 5 月に立ち入り調査を行い、平成 9 年 11 月ころ、PS ソフトの値引き販売行為が一般的なものとなった。

② 審決要旨

Y の 3 つの販売方針は、過剰在庫処分としての値引き販売、横流し及び抱き合わせ販売や品切れによる中古品販売を防止するために、一体的な流通政策として実施されている。値引き販売禁止行為は、再販売価格維持

行為に該当する。

また、中古品取扱い禁止行為及び横流し禁止行為の公正競争阻害性を判断するに当たっては、値引き販売禁止行為が行われていることを考慮した上で、これらの行為が競争秩序に与える影響を具体的に明らかにすることによって、これらの行為自体が独立して公正競争阻害性を有することが認定でき、また、これらの行為が一体的に行われている値引き販売禁止行為を補強するものとして機能していると認められる場合には、これらの行為も不正な取引方法として排除されるべき再販売価格維持行為に包含されるものと見るのが相当である。中古品取扱い禁止行為については、それが新品あるいは中古品を巡る販売段階での競争に様々な悪影響を及ぼし得るとも考えられるが、それを認定する十分な証拠が存在しないが、再販売価格維持行為と一体として行われ、これにより新品のPSソフトの販売価格に影響が及ぶことから、再販売価格維持行為の実効性に寄与し、同行為を補強する者として機能していることから、再販売価格維持行為に包含され、同行為全体として公正競争阻害性を有する。

横流し禁止行為は、取扱い小売業者に対してPSソフトの値引き販売を禁止する上での前提ないしはその実効確保措置として機能する閉鎖的流通経路を構築するという側面及び閉鎖的流通経路外の販売業者へのPS製品の流出を防止することにより外からの競争要因を排除するという側面の両面において、PSソフトでの販売段階での競争が行われないようにするものである。Yは、PS製品の横流し禁止が直取引システムの重要な構成要素をなし、また、様々な合理的な目的を有するものであり、その公正競争阻害性は資生堂最高裁判決および花王最高裁判決が示した基準により判断されるべきであるとするが、これらの最高裁判決において問題となった対面販売の義務付けは直ちに競争制限と結びつくものではなく、また、結果として横流しを禁止することとなったに過ぎないが、横流し禁止は販売業者の取引先という取引の基本となる契約当事者の選定に制限を課すものであるから、その制限の形態に照らして販売段階での競争制限に結び付きや

すく、この制限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、拘束条件付取引に該当するものであり、また、直接的に横流しを禁止するものであり、Yの主張は採用することができない。このように横流し禁止は、原則として拘束条件付取引に該当するが、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。Yは、第一に実需の把握の必要性を主張するが、横流し禁止により実需の把握に影響が出ることはなく、また、それにさほど意味があるということはず、第二に一般消費者への商品情報の提供の確保を主張するが、論理の飛躍があり、また、具体的に小売業者にそれを義務付けることで足り、第三に輸出の防止を主張するが、契約条項の中ですでに輸出禁止条項を設けており、第四に債権の保全を主張するが、一定の方式ないし基準で算定した額の保証金を徴収しており、また、Yの受発注システムから特別な債権保全が必要なほどの過大な発注は防止できる。仮にYが主張する横流し禁止の目的に合理性が認められるとしても、こうした目的は競争制限効果の小さい他の代替的手段によっても達成できるものであって、Yが横流しを禁止すべき必要性・合理性の程度は低いものであり、公正競争阻害性が存在する。

③ 検 討

本審決については、再販売価格維持行為の終了の時期の認定、中古品取扱い禁止に関する公正競争阻害性の認定等、論点は多岐にわたる⁽⁴⁵⁾が、ここでは横流し禁止行為に関する公正競争阻害性および正当化事由について検討する。

横流し禁止は、審決が認定する再販売価格維持行為の前提・実行確保措置としてなくとも、それにより、小売業者・卸売業者の販路が奪われ、また、Yとの販売契約を締結していない者がPS製品を入手し、販売する可能性が断たれることにより、PS製品の小売・卸売市場において競争単位

として存在しえないこととなるため、それによる競争促進効果も認められないことから、競争への弊害が生ずることとなる。審決において、横流し禁止は当該商品の価格が維持されるおそれがある場合に原則として拘束条件付取引に該当するとしているのは、取引先の制限に関し、流通・取引慣行ガイドラインが「当該商品の価格が維持されるおそれ」がある場合に拘束条件付取引に該当するとしていることのあらわれであろうが、そのようなおそれが認められなくとも横流し禁止により、小売・卸売市場の競争が滅殺することから、公正競争阻害性を認定することができる。

次に、審決は、横流し禁止について、資生堂・花王事件最高裁判決がいう、それなりの合理性、及び、他の取引先への同様の制限という公正競争阻害性の有無に関する判断基準を採用することを、問題となっている行為の性質の違いから退けているが、その後、「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」、「競争制限効果の小さい他の代替的手段」の有無により、公正競争阻害性の有無を判断としている。これについては、「竜頭蛇尾の感がある」とされるように、⁽⁴⁶⁾前者につき、両事件最高裁判決が示した基準との差異が不明である。また、目的・手段の必要性・合理性という基準それ自体が不明確である。

本審決は結論として、Yの主張する事業経営上・取引上の必要性が低いこと、それが他の手段によりすでに実現されること、それを達成するための「競争制限効果の小さい他の代替的手段」が存在することから、Yの主張を退けているが、これらを公正競争阻害性の有無の判断に当たっては考慮要素となることを明言している。しかし、これらの目的が存在するとしても、横流し禁止による競争への弊害の発生は明確であり、それを打ち消す競争促進効果が存在するとも考えられない。実需の把握は、それにより流通量をコントロールが可能となることにより、PSソフトの値引き販売禁止の実効性確保につながるものであり、輸出の防止、債権の保全については、単なるYのPS製品の販売方針、利益確保であるにすぎない。このような競争を促進する効果が認められない当事者の目的およびそのよ

うな効果を持つ行為について、事業経営上・取引上の合理性・必要性といったものは考慮する必要がない。

(6) マイクロソフト非係争条項事件⁽⁴⁷⁾

①事実の概要

パソコン用 OS の全世界において、平成15年度市場シェアでウインドウズシリーズにより約94%を占める Y は、日本の主要なパソコンメーカー（以下、OEM 業者）との間で、ウインドウズシリーズをライセンスし、ウインドウズを搭載したパソコンを販売することを許諾する契約を締結している（以下、OEM 販売契約）。この OEM 販売契約は、「直接契約」と呼ばれ、OEM 業者は、この規定に基づき、ウインドウズシリーズを自社が製造するパソコンにプレインストールし、パソコンに不具合が生じた場合にパソコンをユーザーが購入した時の状態に復旧させるためのリカバリーシステムを作成し、当該パソコンおよびリカバリーシステムをパソコンの購入者に対して頒布することについて、許諾を受けている。ウインドウズシリーズのライセンス契約には、「間接契約」と呼ばれるものも存在し、直接契約と比較すると、その対価は31%から51%高い、リカバリーディスクをエンドユーザーに提供できない等の点で異なるものであった。

Y は、平成5年頃以降平成16年7月まで、OEM 業者との間の直接契約において、Y からライセンスを受けたウインドウズシリーズおよびその後の将来製品・交換製品・後継商品に関して、OEM 業者が特許権侵害を理由に Y、Y の関連会社および他のライセンシーに対して訴えを提起しないこと、あらゆる種類の私法上、行政上その他の手続において手続の提起、訴追、支援または参加をしないことを誓約する条項（以下、非係争条項）を挿入していた。対象となる特許権は、当該 OEM 販売契約終了前までに取得・保有している世界中のすべての特許権であり、当該条項の効力は OEM 業者がウインドウズシリーズを搭載した機器の発売中止後3年まで継続するものであった。OEM 業者の中には、Y に対し、非係争条項

の削除を要請した者もいたが、Yはこれに応じず、OEM業者は直接契約を締結した。当該条項は、平成16年8月を始期とする直接契約から削除された。

なお、Yは、新たにバージョンアップしたウィンドウズシリーズの販売を開始するときには、特許権侵害の有無を確認するには足りない、オブジェクトコードのみにより開発途上のものをその検証作業の際にOEM業者等に公開し、その後新バージョンの完成版をOEM業者等に提供している。その際、OEM業者等は、そのリバースエンジニアリングを禁止する内容を持つ契約を締結している。また、OEM業者は、パソコン上でも用いられ、テレビ、CD、DVD等のオーディオやビデオ関連機器に用いられるAV技術に関する特許権を多数保有している。

②審決要旨

(ア) 拘束条件付取引に該当するか否かを判断するに当たっては、ある程度において競争減殺効果発生のおそれがあると認められる場合であれば足りるが、この「おそれ」の程度は、競争減殺効果が発生する可能性があるという漠然とした可能性の程度をもって足りると解すべきではなく、当該行為の競争に及ぼす影響を量的または質的な影響を個別に判断して、公正な競争を阻害するおそれの有無が判断されることが必要である。

特許・ノウハウガイドラインは、非係争条項が不公正な取引方法に該当し、違法となる場合として、「ライセンシーの研究開発の意欲を損ない、新たな技術の開発を阻害することにより、市場における競争秩序に悪影響を及ぼすおそれがある場合」を挙げるが、個々に記載された事案以外に独禁法違反に該当する場合があることを否定するものではないことは当然であるが、この記述は尊重されるべきである。

(イ) 本件非係争条項により、OEM業者は新バージョンのウィンドウズシリーズに関する契約を締結せざるを得ない以上、OEM業者が特許権を取得・保有する技術について、それがYが一旦ウィンドウズシリーズに取り入れた場合、当該技術がウィンドウズシリーズから削除されること

がない限り、半永久的に Y、Y の関連会社、他のライセンシーに対し特許権侵害訴訟等の提起をすることができない。

（ウ）本件非係争条項は、OEM 業者に対し、特許権の侵害の主張を可能とするための情報を開示しない状態で、極めて広い範囲にわたる OEM 業者の保有する特許権を、極めて長期間にわたり、一方的かつ無償で、Y 等に利用させることを可能としたものであり、OEM 業者と Y との間の均衡を欠いたものである。

（エ）OEM 業者は、Y のパソコン用 OS 市場におけるシェア、直接契約と間接契約の相違、非係争条項の削除の難しさから、OEM 業者はパソコンの製造販売事業を継続するために、OEM 業者は、不合理な非係争条項の付された直接契約の締結を余儀なくされていた。

（オ）非係争条項により、（ウ）の状況から、ウィンドウズシリーズに自らが保有するパソコン AV 技術が利用されていると認識している OEM 業者は特許権を活用することができないことにより、技術開発へ投資インセンティブが減殺され、研究開発意欲が損なわれる高い蓋然性が存在する。また、一般的に、事業者が技術の研究開発の意欲を損なうとは、当該技術についての資本の投下を減縮することを意味し、これにより、当該技術分野における研究開発が不活発となり、新規技術や改良技術の開発の停滞をもたらすおそれが生じる。したがって、これによりパソコン AV 取引市場における OEM 業者の地位は低下し、逆に Y は OEM 業者のパソコン AV 技術に関する特許権を無償でウィンドウズシリーズにおいて利用できる地位を獲得し、また、特許権侵害訴訟を提起等されない安定したパソコン AV 技術を自社のライセンシーに供給できることから、パソコン AV 技術取引市場における地位を強化することとなる。

（カ）本件非係争条項によりパソコン AV 技術取引市場における競争秩序への悪影響が認められるものであるが、例外的に、本件非係争条項が当該市場における競争を促進する目的・機能を有し、さらに当該目的・機能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、本件非

係争条項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事情が認められる場合には、当該事情を公正競争阻害性の判断において考慮する必要がある。なお、Yは、本件非係争条項によって安価なロイヤリティによってウインドウズシリーズのライセンス付与が可能となり、ウインドウズシリーズのライセンスが普及できたことを本件非係争条項の競争促進効果として主張するが、第三者の特許権の権利行使を否定することによる反射的效果として実現した安価なロイヤリティによるライセンス付与は、競争法上保護すべき効果として評価することはできない。また、本件非係争条導入に当たってのYの主観的な意図が何であったかということも、考慮されるべきではない。

本件非係争条項は、社会的に広く利用されるプラットフォームであるウインドウズシリーズの権利義務に関する安定性をもたらし、パソコンOS普及後における特許権の行使による混乱、コストの増加から守ることから、その安定性の確保は重要である。しかし、非係争条項は、パソコン用OS市場における有力な地位を利用してパソコンAV技術の競争者であるOEM業者にその受け入れを余儀なくさせて特許権侵害訴訟の提起等を否定するものであり、また、それによりパソコン用OS市場におけるYの地位を強めるものであるから、そのような不当な手段である本件非係争条項によってYの主張するようなウインドウズシリーズの安定効果が図られるとしても、その競争に対する悪影響の認定を覆すに足りるものとは評価されない。さらに、このような効果は、クロスライセンス契約等の他の契約を締結する方法等、本件非係争条項に比べてより競争制限的ではない他の方法でも達成することが可能であったこと、および、AV機能を実現するアプリケーションソフトを分離してパソコン用OSを販売するという方法によって図ることも可能であったことを考慮すると、パソコンAV技術取引市場における悪影響を覆すには足りるものとはなり得ない。

③ 検 討

(ア) 競争への弊害の発生

本審決は、公正競争阻害性の認定にあたり、「当該行為の競争に及ぼす量的または質的な影響を」判断する必要があるとする。しかし、審決がいうように、「漠然とした」可能性の程度でもって公正競争阻害性を認定することはできないが、「量的または質的な影響」とすることは、中古品取扱い禁止につき、「具体的な影響」を明らかにすることが必要であるとした上記ソニー事件と同様に、「公正な競争を阻害するおそれ」の文言の解釈を誤っている。「公正な競争を阻害するおそれ」とは、具体的に競争を阻害する効果が発生していることやその高度の蓋然性があることまでは要件となっておらず、抽象的危険性があれば足りるとされ、競争減殺が問題となる行為については、具体的に競争減殺効果が発生していることまでを必要とするものではない。

また、本審決では、特許・ノウハウガイドラインに基づく判断を行っているが、開発意欲の減退のみから競争の減殺を認定すべではない。非係争条項が存在することにより、OEM 業者は Y、Y の関連会社、その他のライセンシーに対し、自らが保有する特許権を行使することができず、それにより、パソコン AV 技術取引市場において正当な権利が行使できないことにより、競争が減殺されている。本来であれば、OEM 業者は特許侵害が存在する場合、Y その他にその差止、損害賠償を請求することが可能なのであり、それが行使できないことにより、正常な競争機能の発揮が妨げられることとなる。

（イ）正当化事由

本審決では、本件非係争条項が競争秩序への悪影響があるが、当該市場における競争を促進する目的・機能を有し、さらに当該目的・機能を達成する手段としての合理性・必要性の有無・程度等を判断基準とし、加えて、より競争制限的ではない他の方法の存在しない場合には、当該行為には公正競争阻害性がないとしている。この判断基準は、競争促進の目的・効果のみを公正競争阻害性を打ち消す理由としている点で、上記ソニー事件と異なるが、後者の判断基準についてはソニー事件審決を踏襲している。

本審決の疑問点は、第一に、Yの「主観的な意図」と「目的」の差異である。審決は、Yの主観的な意図は考慮する必要がないとしながら、非係争条項の目的を考慮するとしている。この目的とは何を指すのかが不明である。

第二に、審決が、ウインドウズシリーズの権利義務に関する安定性から、業者のみならず、エンドユーザーにとっても重要であることが考慮要素とされるとしていることである。審決ではこれを不当な手段により実現されるものであることから、最終的にはこれを考慮しないとしているが、そもそも本件非係争条項という特許権の行使を禁止する条項は、いわば権利侵害を野放しとするものであり、その権利侵害をもとに実現される効果は考慮に値しないものである。本件において、主要なパソコン用AV技術に関する特許を有するOEM業者は、自らが保有する特許権のYによる侵害を認識していた状態であることから、Yが主張する安定性という効果は違法な行為により実現されるものであるため、それがたとえ競争促進効果を有するとしても、考慮に値しないものである。

第三に、審決がいう競争促進効果の意味である。審決でYが提出した根岸教授の意見書（「本件非係争条項には、プラットフォーム製品の典型であるパソコン用OS事業において、パソコン用OSがプラットフォーム的機能を果たすことにより、パソコン市場が拡大し、エンドユーザーが優秀なパソコンから選択できる利益を得ているビジネスモデルを、パソコン用OSの普及後における特許権の行使による混乱、コスト増加から守るという重要な競争促進効果を有している」）を審決は採用しているが、これは、競争促進効果ではなく、非係争条項により最終的に実現される効果である。非係争条項により問題となっているパソコン用AV技術取引市場の競争が促進されるわけではなく、仮にこの効果が正当な手段による効果だとしてもこれは独禁法1条に規定されている「一般消費者の利益」が実現されるということである。

第四に、ソニー事件審決を踏襲した「より競争制限的ではない他の方

法」という基準である。この基準については、ソニー事件審決について、⁽⁵⁰⁾日本遊戯銃協同組合事件判決と同様であるとの指摘がある。⁽⁵¹⁾日本遊戯銃協同組合事件判決は、上記最高裁石油価格協定事件判決を引用し、(i) 当該行為の目的が独禁法1条が挙げる独禁法の最終目的と合致するものか、(ii) 当該制限により目的が実現されるか、(iii) 当該制限が遵守されているか、(iv) 実現される法益と自由競争経済秩序の維持という法益を比較して、前者が勝るかという基準を設定している。しかし、当該手段より競争制限的ではない他の方法が存在するか否かという基準を設定するものではない。また、この事件は、エアソフトガンの威力に関する安全基準に関するものであり、ソニー事件における事業上の必要性・合理性、本件のような競争促進効果とは異なる観点からの競争制限効果の発生を問題としたものである。

真の競争促進効果を有する行為であれば、それは競争への弊害を打ち消す効果を持つものであり、その効果が相殺され、公正競争阻害性を有しないこととなる。また、このような事業上の合理性・必要性はそもそも、公正競争阻害性の有無ないしその正当化を判断するにあたり、必要のないものである。

4 結 語

審判決において、拘束条件付取引に関し、競争への弊害の発生を正当化する理由として、事業上の合理性・必要性が具体的に検討されたのは、最近のことではない。しかし、資生堂東京販売事件、花王化粧品販売事件において、「それなりの合理性」が公正競争阻害性の有無の判断において考慮され、これについて、「何らの役に立たない基準」⁽⁵²⁾と評価されるように、その意義は否定されたかのように思われるが、その後の審決においても、事業上の合理性・必要性が拘束条件付取引における公正競争阻害性の有無の判断において考慮されている。また、それを判断するに当たり、仮に当

該行為に、事業上の合理性・必要性が存在するとしても、当該行為によりそれを実現可能か否か、また、可能である場合に、他の競争制限効果が小さい代替手段により実現可能か否かという基準が確立しつつあるように思われる。これまで事業上の合理性・必要性が問題となった事例は、多くは拘束条件付取引に関するものであり、契約には必然的に、なんらかの拘束がその内容として挿入されることが通常であることから、上記のような判断基準が確立されつつあるのだと見ることができる。

しかし、これまで問題となり、検討された事業上の合理性・必要性は、すべて当事者の利益である。このような当事者の利益という名の事業上の合理性・必要性は、当事者間で解決されるべき、かつ、それが可能な問題であり、公正競争阻害性を否定する理由とはならない。なぜなら、競争に弊害を生じさせる行為が、当事者の利益を導くことを理由に、それを独禁法違反とならないとすれば、それは競争の促進を目的のひとつとする独禁法の趣旨に明らかに反することとなるためである。

それでは、どのように、競争に弊害を生じさせる行為を正当化する理由としては、どのように考えられるであろうか。結論としては、上記「公共の利益」において述べたことと同様に考えることができる。その理由は以下のとおりである。

第一は、独禁法の趣旨である。独禁法は、少なくともその目的として競争の促進を挙げており、その結果、ないし、直接的に一般消費者の利益、国民経済の健全で民主的な発達を実現することもその目的としている。その最終目的は、私見では、後者にあると考えるが、前者であるとした場合でも、行為者に利益が発生するとしても、当該行為が競争に弊害を生じさせる以上、行為者の利益が競争の促進を導かない限り、事業上の合理性・必要性は考慮に値しない。

第二に、競争の実質的制限を成立要件とする行為と公正競争阻害性を成立要件とする不公正な取引方法を禁止する理由、ないし、両者の関係である。両者とも、独禁法の最終目的を実現するために禁止されるのであり、

また、両者の差異は、競争への影響の大小・性質の違いにすぎない。不公正な取引方法を禁止する趣旨は、私的独占の予防ないし補完的規制、事業活動の基本ルール等と言われるが、いずれにせよ、一定の取引分野における競争の実質的制限とされる状態にまでは至らないが、競争に弊害を生じさせる行為を規制することにより、少なくとも形式上、競争に弊害を発生させる行為のその効果を否定する、ないし、正当化する理由として、両者は共通の考えのもとに置かれるべきである。

第三に、このように考えた場合、その効果を否定する、ないし、正当化する理由として考慮されるべきなのは、当該行為に競争促進効果が発生する場合、社会・公共的效果、ないし、知的財産権の行使等正当な権利の行使と認められる場合のみである。当事者の主観的な意図は、あくまでも当事者の主張であり、実際に考慮すべきものは当該行為の効果である。当事者の意図は、当該行為の効果を推定する根拠とはなりうるが、当該行為を規制すべきか否かは、その効果により判断されるべきである。

当該行為が競争促進効果を有する場合には、その性質の差異があるとしても、発生する競争への弊害との衡量により、公正競争阻害性を否定することができる。また、社会・公共的效果が発生する場合には、第一に当該行為が独禁法の最終目的と合致する効果を発生させるか、第二に発生する効果と競争への弊害を利益衡量することにより、前者が上回るかという判断基準により、公正競争阻害性を否定する、ないし、正当化することができる。さらに、正当な権利の行使については、それが競争への弊害を生じさせるとしても、それにより最終的に実現される効果が独禁法の趣旨に反しない限りは、競争への弊害を上回る効果を持つものとしてみるることができる。

- (1) 最高裁昭和59年2月24日判決・最高裁判例集38巻4号1287頁。
- (2) 東京地裁平成9年4月9日判決・判例時報1629号70頁。
- (3) 例として、日本電信電話公社電話帳事件・東京高裁昭和58年11月17日判決・金融・商事判例690号4頁、芝浦と畜場事件・最高裁平成元年12月14日

判決・最高裁判所民事判例集43巻12号2078頁、北九州市獣医師会事件・最高裁平成3年9月26日判決・審決集38巻322頁、福岡高裁平成2年8月29日判決・審決集37巻222頁、福岡地裁平成元年3月7日判決・審決集35巻129頁、岡山県獣医師会事件・広島高裁平成5年2月25日判決・審決集40巻805頁、岡山地裁平成4年1月28日判決・審決集737頁、ウエスタンによる除名決議無効確認請求事件・名古屋地裁平成9年7月9日判決・LEX/DB文献番号28140087、タクシー構内権不存在確認請求事件・広島高裁平成15年10月15日判決・LEX/DB文献番号28090553、東芝昇降機サービス事件・大阪高裁平成5年7月30日判決・判例時報1479号21頁、下関市福祉バス事件・山口地裁平成18年1月16日判決・審決集52巻918頁。

- (4) 例として、日本電信電話電話帳公告事件・大阪高裁昭和54年9月26日判決・判例時報1006号55頁、東京銀行協会手形交換所取引停止事件・東京地裁昭和57年9月27日判決・判例時報1079号49頁。
- (5) 例として、日之出水道事件・知財高裁平成18年7月20日判決・判例集未登載。
- (6) 公取委平成7年10月30日「事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針」第2。
- (7) 公取委審判審決平成7年7月10日・審決集42巻3頁。
- (8) 根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説（第4版）』60頁（2010年）。
- (9) 正田彬『全訂独占禁止法I』192頁（1980年）、松下『経済法概説（第4版）』64から69頁（2006年）。
- (10) 丹宗昭信『独占および寡占市場構造規制の法理』118頁（1976年）。
- (11) 前掲松下同。
- (12) 正田彬『経済法講義』101頁（1999年）。
- (13) 白石忠志『独占禁止法（第2版）』98から105頁（2009年）。
- (14) 大阪地裁平成21年7月27日判決・判例タイムズ1319号185頁。拙稿「形式的な談合の競争制限効果と私法上の違法性」ジュリスト1413号106頁（2010年）。
- (15) 行為者の意図・目的を考慮することは、当該行為の独禁法違反の認定にあたり、考慮する必要はないとするものとして、多田敏明「略奪的価格設定に関する一考察（下）—航空産業を素材として」公正取引674号41頁（2006年）。
- (16) 独禁法と事業法の関係については、拙稿「独禁法と事業法の関係」土田和博・須網隆夫編『政府規制と経済法』177頁参照（2006年）。
- (17) 例えば、根岸哲『注解独占禁止法』347頁（根岸執筆部分）（2010年）。
- (18) この分類については、本間重紀「不当な拘束条件付取引における『正当な理由』」独禁法審決・判例百選（第4版）174頁（1991年）に従った。

- (19) 上記正田『全訂独占禁止法Ⅰ』314、395頁。
- (20) 出雲井正雄『新独占禁止法の解説』117、118頁（1953年）。
- (21) 田中誠二『新版経済法概説』178、179頁（1966年）。
- (22) 田中誠二他『コンメンタール独占禁止法』（久保欣哉執筆部分）（1981年）。
- (23) 今村成和『私的独占禁止法の研究（四）Ⅰ』51～53頁（1976年）。
- (24) 根岸哲『独占禁止法の基本問題』164頁（1990年）。
- (25) (ア)につき、後2者については、継続性が存在しない、ないし、他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがないため、差別対価に該当せず、(ウ)につき、同様である。なお、(イ)につき、事業経営上・取引上の合理性・必要性とも言いうるが、これまで審判決で問題とされた事業経営上・取引上の合理性・必要性とは性質が異なり、むしろ、事業者の正当な権利の行使ないし契約の自由の問題と言えるものであり、(エ)につき、これは消費者の利益としても考慮可能なものであり、(オ)につき、仕入先を拘束することは必ずしも目的を達成するためには必要ではないものである。
- (26) 金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄『独占禁止法（第3版）』252頁（川濱執筆部分）（2010年）。
- (27) 土田和博「都営と畜場による廉売と不当廉売の成否」経済法判例・審決百選122頁（2010年）。不当廉売に関し、同様の判断基準を示すものとして、下関市福祉バス事件・山口地裁平成18年1月16日判決・審決集52巻918頁・河谷清文「過疎地域における公営バスの運行と不当廉売」ジュリスト1326号193頁（2007年）。
- (28) 和光堂事件・最高裁昭和50年7月10日判決・最高裁民事判例集29巻6号888頁、明治商事事件・最高裁昭和50年7月11日判決・最高裁民事判例集951頁。
- (29) 東京地裁昭和45年9月16日判決・審決集21巻470頁。以下では、事業上の合理性・必要性和正当化事由の関係を検討する上で必要な部分のみ取り上げることとする。また、以下の事件において、条文番号は事件当時のものである。
- (30) 最高裁昭和50年7月10日判決・最高裁民事判例集29巻6号951頁。和光堂事件最高裁判決・同昭和50年7月11日判決・同888頁でも同様の趣旨が述べられている。
- (31) 金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄『独占禁止法（第3版）』252頁（川濱執筆部分）（2010年）。
- (32) 東京地裁平成6年1月12日判決・判例時報1524号56頁、東京高裁平成8年3月28日判決・判例時報1573号29頁。
- (33) 公取委平成3年7月11日「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」

第1部第42。

- (34) 川越憲治『フランチャイズシステムの法理論』143頁(2001年)。
- (35) 黒沼悦郎「フランチャイズ契約の競業禁止規定の効力」私法判例リマークス12号91頁(1996年)。
- (36) 田邊光政「フランチャイズ契約の競業禁止・賠償額予定条項と公序良俗違反」私法判例リマークス15号46頁(1997年)。
- (37) 上記同。
- (38) 最高裁平成10年12月18日判決・最高裁民事判例集52巻9号1866頁、同・判例時報1664号14頁。
- (39) この事実認定に疑問を呈するものとして、中川寛子「化粧品への対面販売と独占禁止法」ジュリスト1154号92頁(1999年)。
- (40) 上記第2部第25(2)。
- (41) 小野憲一・本件解説・最高裁民事判例解説平成10年度(下)1010頁。
- (42) 例えば、上記同、泉水文雄・本件評釈・平成10年度重要判例解説(ジュリスト1157号)236頁(1999年)。
- (43) 上記注東京と畜場事件判決、下関市公営バス事件判決参照。
- (44) 平成13年8月1日審判審決・審決集48巻3頁。
- (45) これらの論点については、本審決の評釈である、林秀弥・経済法判例・審決百選156頁(2010年)、正田彬・ジュリスト1215号175頁(2002年)、平林英勝・判例タイムズ1083号66頁(2002年)、和久井理子・平成13年度重要判例解説(ジュリスト1224号)256頁(2002年)、諏訪園貞明・NBL724同25頁(2001年)、同・公正取引1612号64頁(2001年)参照。
- (46) 上記平林70頁。
- (47) 平成20年9月16日審判審決・審決集55巻380頁。
- (48) 上記金井他『独占禁止法(第3版)』251頁。
- (49) 公取委平成11年7月30日「特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針」第4・3(6)、現行公取委平成19年9月28日「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」第4・5(6)。
- (50) 東京地裁平成9年4月9日判決・判例時報1629号70頁。
- (51) 白石忠志・ソニー事件評釈・判例タイムズ1104号33頁(2002年)。
- (52) 白石忠志『独禁法事例の勘所(第2版)』123頁(2010年)。