

# 独禁法違反行為の実効性について

北海道大学法学部 教授 中 川 晶比兒

## 目 次

- I 序論
- II 事業者団体：神奈川県LPガス協会事件
- III 垂直的制限：土佐あき農協事件
- IV 垂直型企業結合：秘密情報の入手
- V 結語

## I 序 論

独占禁止法（以下、独禁法と略称する。）において、実効性という言葉は様々な文脈で用いられている。最も多い使い方としては、課徴金制度の趣旨として、「カルテル禁止の実効性確保のための行政上の措置」<sup>1)</sup>という表現、垂直的制限において事業活動の拘束（自由な意思決定の制約）の解釈を示す用法<sup>2)</sup>、さらにカルテル事件で事業活動の拘束（合意）がおおむね守られているか否かを示す用法が挙げられる。独禁法違反行為の定義を一般に行為要件と弊害要件に分ける用法<sup>3)</sup>に従うと、垂直的制限やカルテルにおける上述のような実効性は、

---

1) 機械保険事件・最一小判平成17年9月13日民集59巻7号1950頁。

2) 「「拘束」があるというためには、必ずしもその取引条件に従うことが契約上の義務として定められていることを要せず、それに従わない場合に経済上なんらかの不利益を伴うことにより現実にもその実効性が確保されていれば足りるものと解すべきである。」和光堂事件・最一小判昭和50年7月10日民集29巻6号888頁。

3) 白石忠志『独禁法講義』23頁（有斐閣，1997年）、白石忠志『独占禁止法〔第3版〕』17頁（有斐閣，2016年）。

行為要件に関わる問題である。他方で、競争者の競争力を損なう競争排除行為の文脈で、行為の実効性（競争者に効き目があったのか）を論じることもできよう。その場合には、行為の実効性が、行為要件（拘束条件付取引、排除行為など）にとどまらず、公正競争阻害性や競争の実質的制限といった弊害<sup>4)</sup>が認められるか否かという形で弊害要件にも関わってくる。その判断には、弊害要件の解釈と共に、個別事件特定の事実をどれだけ収集することが必要かという事実認定に関わる検討が必要となる。複数事業者が共通目的の下に事業活動の制約を受ける競争回避型の場合とは異なり、競争排除型の競争制限行為の場合には、当該行為の悪影響を受ける競争者の数が少ない傾向がある。競争回避型の場合の実効性は「おおむね」という形で全般的に認定すれば足りたものが、競争排除型の行為の実効性は、個々の競争者の事業活動に与える具体的な影響という形で見られやすい。そこでは、具体的な事実をできるだけ多く認定して、個別具体的な競争者に対する悪影響を立証する必要があるのか、競争者に対する悪影響を一般的な傾向として推認することが許されるのか、ということが問題となる。

本稿は、競争排除型の競争制限行為が独禁法違反となるには、違反行為が競争者の競争力を弱めることについて、どれだけ個別事件特定の認定が必要であるか、それを根拠づける解釈はどのようなものかについて、ここ数年に議論の素材が現れた3つの分野に絞って検討するものである。

## Ⅱ 事業者団体：神奈川県LPガス協会事件

独禁法は事業者団体による競争制限行為に対して詳細な規定を設けているが、その中でも条文が極めて簡素なのが8条3号であり、「一定の事業分野に

---

4) 本稿で「弊害」とは、独禁法違反行為によってもたらされる取引相手にとっての取引条件の悪化を意味し、取引条件の悪化が既に現実化している場合のほか、その実現が予測される場合も含む。独禁法2条7項が定義する独占の状態における弊害を意味するものではない。

おける現在又は将来の事業者の数を制限すること」が禁止される。

神奈川県LPガス協会事件（東京地判令和2年3月26日）<sup>5)</sup>では、新規参入者に対して入会制限が行われたが、ここで問題にしたいのは、「数の制限」の解釈である。

## 1 事実

神奈川県LPガス協会は、神奈川県内のLPガス販売事業者を会員とする公益社団法人であり、LPガスによる災害の防止、取引の適正化による消費者利益の保護、LPガス業界の健全な発展を目的として、LPガスに関する保安の推進、関係官公庁や消費者団体との連携等の活動を行っている。

1つの都道府県の区域内にのみ販売所を設置してLPガス販売事業を行うためには、販売所の所在地を管轄する都道府県知事の登録を受けなければならない（液化石油ガスの保安の確保及び取引の適正化に関する法律3条1項。以下、同法を「LPガス法」という。）。この登録を受けるためには、損害賠償責任保険契約（以下「LPガス保険」という。）を損害保険会社と締結しなければならない。<sup>6)</sup>一旦登録を受けたLPガス販売事業者のLPガス保険が失効した場合など、同保険に加入しない状態に至った場合には、当該登録が取り消される可能性がある（LPガス法26条1号）。

LPガス保険には、LPガス販売事業者が自ら保険契約者となって直接保険会社と契約を締結する「個別保険」、一般社団法人全国エルピーガス協会を保険契約者とし、都道府県LPガス協会に所属するLPガス販売事業者を被保険者とする「協会団体保険」、全国農業協同組合連合会を保険契約者とし、個別のLPガス販売事業者を被保険者とする「全農団体保険」の3つがあった。神奈川県LPガス協会に入会しているLPガス販売事業者614事業者のうち、588事業者が協会団体保険に加入していた。個別保険を引き受けることができる損害保険会

5) 本件の評釈としては鞠山尚子「判批」公正取引839号90頁（2020年）が有益である。

6) LPガス法4条1項5号及び3条2項5号並びに液化石油ガスの保安の確保及び取引の適正化に関する法律施行規則6条。

社は7社あったものの、いずれも重要な顧客からの紹介などの特別な事情がない限り、個別保険を引き受けない方針を採用していた。

A社は、平成25年10月に設立され、神奈川県内に販売所を設置するLPガス販売事業者である。A社は、平成26年4月段階においては神奈川県LPガス協会への入会が認められていなかったが、神奈川県LPガス協会への入会希望者ということで、同年10月1日までの間、協会団体保険に加入することを認められた。A社は平成26年10月以降に、既に他のLPガス販売事業者からLPガスの供給を受けている一般消費者等に対して、供給元を自社に切り替えることを目的とした勧誘等の営業活動（切替営業）を開始した。

A社が事業を継続するためにはLPガス保険の更新が必要であったため、個別保険の引き受けを打診したところ、損害保険会社のうちC社のみが引き受けに応じた。C社は、A社が神奈川県LPガス協会に入会し、協会団体保険に加入するまでの契約であることを前提として平成26年10月14日にA社と個別保険の契約を締結した。

神奈川県LPガス協会では、総会で定めた「入会及び退会規程」に基づいて、理事会が入会の可否を決定していたところ、A社の入会申請を5回の理事会（平成26年11月18日、27年7月16日、27年11月18日、28年4月28日、28年11月18日）において、入会基準に抵触することなどを理由に拒否した。

A社は平成28年8月頃にC社に対して個別保険の更新を求めたところ、神奈川県LPガス協会に入会できていないことを理由にいったんは断られた。そこでA社は代理人弁護士を通じて交渉した結果、更新には応じてもらえたものの、協会への入会申込みを継続し、協会団体保険に加入することをC社から要求された。そこでA社は、株主であるB社を介して別の損害保険会社E社の大口顧客の関連会社として、代理店を通じてE社の個別保険に加入した。

公正取引委員会（以下、「公取委」という。）は、神奈川県LPガス協会が、切替営業を行う入会希望者の入会申込みについて否決し、もって当該入会希望者が協会団体保険に加入できなくなることにより、神奈川県内のLPガス販売事業に係る事業分野における現在又は将来の事業者の数を制限しているとして

排除措置を命じた。その命令の取消訴訟が本件である。

## 2 数の制限の解釈

### (1) 問題の所在

本件の特色は、事業者団体による競争制限行為が向けられた相手が新規参入者たる1事業者のみであり、しかもその事業者は個別保険の確保に苦労しつつも参入はできていたということである。この事例は、事業者団体による入会制限が新規参入阻止として実効性を持ったのかという形式的な疑問を生じさせる<sup>7)</sup>が、それは「数を制限すること」に該当するのかという解釈問題である。東京地裁は以下のように論じて、本件入会拒否が数の制限に該当するとした。

### (2) 判 旨

「独禁法8条3号は、事業者団体が、「一定の事業分野における現在又は将来の事業者の数を制限すること」を禁止しているが、同条1号の「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」の禁止との要件の違いや違反した場合の法定刑の相違（同法8条1号に係る89条1項2号の方が8条3号に係る90条2号の法定刑より重い。）に鑑みれば、8条3号は、同条1号よりも競争を損なう程度の低い行為を念頭においているといえ、同号が禁止するような一定の取引分野における競争の実質的制限に至らなくとも、競争政策上看過することができない影響を競争に及ぼすこととなる場合を対象としていると解するのが相当である。そして、事業者団体の行為によって事業者が実際に参入等を断念してから排除措置命令を行っても無意味であるから、事業者が参入等を行うことができない事態が実際に生じなくとも、「現在又は将来の事業者の数を制限すること」に該当すると解するのが相当である。そうすると、事業者団体の構成員でなければ当該事業に参入等することが不可能又は著しく困難であるという状況にまで至らなくとも、当該事業者団体に加入しなければ参入等をす

---

7) ただし学説でこのような疑問を提起する者はいないようである。

ることが一般に困難な状況があれば、当該入会希望者の入会を制限することが、参入等を事実上抑制する効果を有し、「現在又は将来の事業者の数を制限すること」に該当すると解するのが相当である。」

そのうえで、本件行為すなわち、神奈川県LPガス協会がAに対して入会申込みを否決したことが、神奈川県内のLPガス販売事業に「参入等<sup>8)</sup>をすることが一般に困難な状況を生じさせたものであるか」について、「本件期間当時、LPガス販売事業への新規参入者にとって、全農団体保険及び個別保険の契約の締結は困難」であり、「神奈川県内のみ販売所を設置する…LPガス販売事業者が協会団体保険に加入するためには、原告に入会するほかに方法はなかった」ことから、これを認めた。

### (3) 判決の理解とその先へ

東京地裁判決は、8条3号と8条1号の区別及び競争者が参入を断念してから排除措置命令を行っても無意味であること（独禁法による規制が実効性を持つべきであること<sup>9)</sup>）を根拠に、「参入等を行うことが一般に困難な状況」を作出していれば、「参入等を行うことができない事態が実際に生じなくとも」、数の制限に該当すると解釈する。従って、A社がたまたま競争制限行為に抵抗できて、なんとか新規参入を果たしていても、それは数の制限に該当するということである（なお、判決はさらに進めて「原告の本件否決によって参入等が阻止され、事業者の数が制限されたことには変わりはない。」とも述べている）。A社がたまたま競争制限行為に抵抗できたからといって、他の新規参入者が同じ状況にないならば、協会の行為が規制されるべきなのは合理的な判断である。

「数を制限すること」の解釈としては、「団体が、ある事業分野における事業者の数を人為的に操作（減少あるいは現状維持）することである」とするの

---

8) 公正取引委員会の用いた表現であり、「参入し事業活動を行うこと」の意味である。  
9) このような解釈手法は、独禁法の目的実現という観点からみて法的結論が妥当であるかどうかを考慮するものである。中川晶比兒「独占禁止法における法的推論と経済分析」日本経済法学会年報35号（通巻57号）115-116頁（2014年）。

が最も明快であり、この解釈を出発点にして以下の議論を進める。<sup>10)</sup>このような解釈は、文言に無理なく、8条3号が規制しようとする典型行為を明確化する優れた解釈であるといえる。しかし、8条3号事件において、事業者団体による競争制限行為の対象者が、参入を果たせていた事件は本件以外にもある。観音寺医師会事件では、平成3年4月16日に診療所開設を申し出たY医師は平成4年2月14日ころに医師会の了承を得たし、平成4年9月2日ころに診療所の開設を申し出たI医師は開設予定地の変更を求められ、最終的に平成7年2月17日ころに医師会の了承を得た。<sup>11)</sup>医師になるまでには教育に多くのサンクコストがかかることからすれば、参入を完全に断念することは少なそうである。最終的に参入は起こっているが、この間長い年月を要しているため、上記の解釈をなお適用することができる。すなわち、医療機関の開設に対する審議システムを医師会がとらなければ（当該競争制限行為がなければ）、より早期にこれらの医師は開業・参入ができたはずであるから、審議で待たされた期間において、事業者の数が減少あるいは現状維持されたといえる。観音寺医師会の事件では審議で待たされた期間は長期にわたるが、参入を認めるべきタイムスパンをもっと短くすれば、事業者団体の妨害によって参入が遅らされた事例についても、数を人為的に減少あるいは現状維持する行為であると評価できる。<sup>12)</sup>

しかし、本件はそのような解釈も窮屈そうである。そうであるならば、「事業者の数を制限すること」を、数を「減少あるいは現状維持」させることに限定する解釈は乗り越えなければならないのではないか。

「事業者の数を制限する」とは、新規参入や事業の継続が可能な者の資格を、競争制限的な選別基準によって限定すること（絞り込むこと）であると解され

---

10) 厚谷襄児ほか『条解独占禁止法』291頁（和田健夫）（弘文堂、1997年）。明確な解釈を試みる類書は多くないが、根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説〔第5版〕』158頁（有斐閣、2015年）は、加入を認めないとか、除名する場合がこれに当たるとする。

11) 社観音寺市三豊郡医師会に対する件・審判審決平成11年10月26日審決集46巻93-98頁。同様の事件として東京地判平成13年9月6日も参照。

12) 岸井大太郎ほか『経済法〔第9版〕』122-123頁（中川晶比兒）（有斐閣、2020年）。



る。すなわち、当該行為がない場合と比べて厳密に事業者数を減らす必要はない。というのも、新規参入や事業継続が可能であっても、それが事業者団体の競争制限的なコントロールの下に初めて可能となっている以上は、このような行為を規制する必要があるからである。例えば、新規参入をするためには、競争的行動をとらないことを誓約して事業者団体に入会しなければならない場合を考えよう。そのような誓約をしない者は新規参入できないが、誓約を受け入れた者は新規参入できる。新規参入が可能であっても（事業者の数としては増えても）、競争を制限する行為である以上、事業者の数を（競争制限的な基準によって）制限する行為に該当する。次に、事業者団体の競争制限的な基準による入会制限に、事業者が抵抗し、自力で参入できている場合はどうか。事業者の数としては当該行為がない場合と比べて減っていないが、新規参入コストは増えており、新規参入者の競争的努力を損なっている以上は、そのような入会制限を規制する必要がある。

逆に、新規参入を断念した事業者が出るのを待って（当該行為がない場合と比べて厳密に事業者数が増えなかったことを確認して）初めて規制するのでは、過少規制になる。参入コストが増加することや、会員に対する競争制限的なコントロールが行われることを黙認することになるし、新規参入を断念した事業者は当該一定の事業分野に再度参入をしない可能性（別の事業分野に参入する場合を含む）があり、法的介入としては遅きに失するからである。

#### （4） まとめ

以上のような解釈は、事業者団体による入会制限行為が、競争制限的な目的のために一貫して実施されるものとして、当該行為をA社との関係だけでなく、総体的・全面的に評価することを当然の前提としたものである。本件で入会を制限されたことを具体的に認定されているのは、事業者団体の行為に抵抗して参入を果たした1事業者についてのみであったが、判決は「参入等をするのが一般に困難な状況があれば、…数を制限すること」に該当すると解するのが相当である。」と述べて、具体的に特定されていない潜在的な入会希望者に対



する影響（当該行為の潜在的な実効性と呼んでもよい）についても考慮したのである。このような解釈は、法解釈の一貫性と予測可能性を担保するものといえる。

### Ⅲ 垂直的制限：土佐あき農協事件

独禁法は、取引の（直接のまたは間接的な）相手方の事業活動を制限する行為を、一定の場合に禁止している。土佐あき農協事件（高知県農業協同組合による排除措置命令取消請求控訴事件・東京高判令和元年11月27日）は、高知県南東部を管轄する土佐あき農協が、組合員農業者に対して、競合する集荷業者になすを出荷することを制限した事案である。公取委は、土佐あき農協の行為が、不当な拘束条件付取引（一般指定12項）に該当するとして排除措置を命じ、その二回の取消訴訟において、公取委がいずれも勝訴した。この事件では、販売受託競争（農業者からなすを買う競争）において、土佐あき農協の行為が競争制限行為として実効性を持ったか否かについて疑問が提起されている。そこで以下では1で本件の事実を、2で関連する判決理由を振り返り、3で経済分析の知見を使うと、異なった見方ができる可能性を検討する。

#### 1 事実

- (1) 土佐あき農協は、なす等の園芸農作物の選果等を行うための施設である「集出荷場」を各地に所有し、集出荷場に出荷された園芸農作物の販売を受託している。これらの集出荷場を利用する農業者は、集出荷場ごとに「支部園芸部」を組織している。

土佐あき農協は販売を受託したなすの全量について、「園芸連」（高知県園芸農業協同組合連合会）に販売を委託していた。園芸連はなすを全国各地の卸売市場に出荷し、卸売業者に販売を委託していた。このような経路による出荷を、以下では「系統出荷」という。

土佐あき農協の組合員が所在する土佐あき農協管内と、その周辺地域に

において、なすの販売を受託する事業者は、土佐あき農協のほかに「商系三者」がいた。商系三者は自ら卸売市場を開設する青果卸売業者である。

(2) 違反行為（以下では「本件行為」ともいう。）

土佐あき農協は、なすの販売を受託することができる組合員を、「支部園芸部」の構成員である「支部員」に限定していた。商系三者に対する「系統外出荷」を続けたことを理由に支部園芸部から脱退させた支部員に対し、土佐あき農協は販売の受託をしなかった。

4つの支部園芸部は、系統外出荷を行った支部員に対して系統外出荷による販売金額に3.5%を乗じた金額を、系統外出荷手数料として徴収することとし、土佐あき農協がこれを收受して組合員に支払う代金から差し引いていた。系統外出荷手数料として2年度でのべ409名から2265万8763円が徴収された。

2つの支部園芸部は、集出荷場経由の系統出荷量が少ない支部員に対して、基準出荷量（10アールあたり11tまたは12t）を下回る分について、1kg当たり3円の罰金を徴収することとし、土佐あき農協が販売代金から控除する形でこれを收受した。各園芸支部の罰金の総額は、のべ20名から48万4408円、のべ16名から合計24万9075円であった。

## 2 判 旨

(1) 不当性の判断基準

東京地裁及び東京高裁は、本件行為の不当性（公正な競争を阻害するおそれ）の判断基準について、流通取引慣行ガイドライン<sup>13)</sup>に依拠して次のように述べる。

「市場における有力な事業者が、取引先事業者に対し、自己の競争者と取引しないよう拘束する条件を付けて取引する行為や、取引先事業者に対し、自己

---

13) 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第1部3(2)ア（平成29年6月16日）。

の商品と競争関係にある商品の取扱いを制限するよう拘束する条件を付けて取引する行為を行うことにより、市場閉鎖効果、すなわち新規参入者や既存の競争者にとって、代替的な取引先を容易に確保することができなくなり、事業活動に要する費用が引上げられる、新規参入や新商品開発等の意欲が損なわれるといった、新規参入者や既存の競争者が排除される又はこれらの取引機会が減少するような状態をもたらすおそれが生じる場合には、公正な競争を阻害するおそれがあるというべきである。市場閉鎖効果が生じるか否かの判断に当たっては、具体的行為や取引の対象、地域、態様等に応じて、当該行為に係る取引及びそれにより影響をうける範囲を検討した上で、ブランド間及びブランド内の競争の状況、垂直的制限行為を行う事業者の市場における地位、当該行為の対象となる取引先事業者の事業活動に及ぼす影響、当該取引先事業者の数及び市場における地位を総合的に考慮して判断すべきである。」

次に、本件行為の弊害を見るべき市場は「土佐あき農協管内及びその周辺地域におけるなすの販売受託」市場であるとする。

(2) 本件への当てはめ

東京高裁は以下の事実群があることから、公正競争阻害性（市場閉鎖効果）の存在を認めた。<sup>14)</sup>

(i) 土佐あき農協が有力な事業者であること

「平成24年4月から平成27年3月までの間に土佐あき農協が園芸連から支払を受けたなすの販売金額は、同販売金額と商系業者が仲卸業者等に販売したなすの販売金額との合計のうちの4割以上を占めている…。」「その上、農業者は、土佐あき農協になすの販売を委託する場合にのみ、土佐あき農協の集出荷場を利用し土佐あき農協の従業員に選果・梱包をしてもらえるほか…、指定野菜価格安定対策事業に基づく価格差補給金を受領することができることからす

14) 以下の判決理由のうち、(ii)の第二段落以外は東京地裁判決の理由を東京高裁がそのまま維持したものであり、(ii)の第二段落は東京高裁によって原判決の理由が差し替えられている。

ると…、農業者にとって土佐あき農協は重要な取引先であって、土佐あき農協はその管内及びその周辺地域におけるなす販売受託の取引市場において特に有力な事業者であるといえる。」

(ii) 商系三者の取引機会の減少

「土佐あき農協管内には、平成28年7月末日時点でなす農家が1102名いるところ、そのうち632名がいずれかの支部園芸部の支部員であった…。支部員のうち、系統外出荷を理由とする除名等の規定を規約に置いていた支部園芸部…に所属する者は551名、系統外出荷手数料を徴収していた…支部に所属する者は445名、罰金を徴収していた…支部に所属する者は137名であって…、本件行為の対象となる取引先事業者の数は相当数に上るといえる。加えて、前記のとおり、土佐あき農協のなすの受託販売金額のシェアが4割を超えていることからしても、土佐あき農協管内及びその周辺地域のなす販売受託の取引市場において、本件行為の対象となっている農業者が占める割合は大きいといえ…」る。

「土佐あき農協管内のなす農家のうち概ね半数は本件行為による拘束を受けていない。しかし、本件行為は、土佐あき農協が支部園芸部と連携しながら、…土佐あき農協が組合員に対する取引拒絶や取引妨害を手段として商系業者との取引を控えさせようとするものであるところ、このような本件行為に関する取り決めは土佐あき農協の方針によるもので、広く組合員全員が適用対象となるものである。そうすると、本件行為の存在は、現在本件行為による拘束を受けていない者も含めて組合員全員に対する系統外出荷に対する圧力となり、商系業者が、本件行為による拘束を受けていないなす農家との取引を容易に確保できるとも言い難く、商系業者の取引機会が減少する状態をもたらすおそれがあるというべきである。」

(3) 最後に、土佐あき農協側が行った二つの反論とそれに対する東京地裁及び東京高裁の判決理由は以下の通りである。

(i) 平成24年度以降、土佐あき農協による出荷量シェアは一貫して低下しているという反論について：

「原告の行為がなければ、商系業者へのなすの出荷量は更に増加していたかもしれない、本件行為によっても商系業者の取引機会が減少するおそれがあったとまでいうことはできない。」（東京地裁）

「独禁法2条9項6号も公正な競争を阻害する「おそれがある」ものと規定しているように、不公正な取引方法の規制をするための要件としては、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になっておらず、公正競争の確保を妨げる一般的抽象的な危険性があることで足りると解される。」（東京高裁）

(ii) 市場画定についての土佐あき農協側の主張（反論）と東京高裁の判旨は以下のとおりである。

（反論）「原判決は、市場を高知県内の農家からのなすの販売受託取引とみたため、消費地の卸売市場における高知県産のなすと他県産のなすとのブランド間競争の状況は一切考慮されておらず、高知県内で生産されるなすの販売受託取引という、いわば共同販売事業の一部しかみていない。」「販売受託取引は、共同販売事業の入り口として行われる取引であり、それ自体で完結する取引ではない。販売受託取引を独占する農協がなすの販売価格を自由に決められるわけではなく、これをある程度自由に左右することができるためには、農協が消費地の卸売市場で有力な地位にある必要がある。」

（高裁判旨）「本件行為については、土佐あき農協及びその周辺地域におけるなすの販売受託取引に係る、廉価な販売手数料や良質なサービスを提供して顧客であるなすの生産者を獲得するという公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれがあるか否かで判断されることにな」る。「本件行為と直接関係のないなすの消費地における卸売市場についての公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれの有無をも検討すべきという控訴人の主張は、検討対象とすべき市場の画定を誤っているといわざるを得ず、…採用できない。」

### 3 本件行為の競争に対する悪影響のとらえ方

#### (1) 市場閉鎖効果以外の見方

東京地裁及び東京高裁はいずれも結論として市場閉鎖効果があるとしたが、その理由付けとして提示された事実群だけで十分かどうかには疑問が提起されている。つまり、本件行為によって、商系三者に「事業活動に要する費用が引き上げられる、…新商品開発等の意欲が損なわれる」または「取引機会が減少する」影響があったといえる具体的な事実が足りないのではないかという疑問である。<sup>15)</sup>もし商系三者が出荷量を確保するのに苦労しないのであれば、土佐あき農協が、買う競争において農業者の取引条件を悪化させることはできないと思われる。<sup>16)</sup>

もっとも、本件行為を買い手独占力の獲得を目指した行為ではなく、並行的な排他的取引を目指した行為と見るのならば、本件行為の評価は変わってこよう。本件行為は系統内出荷の比率を高める行為であるが、それを守らない農業者は系統外出荷に一本化される。系統内か否かという見方をすれば、本件行為の結果、土佐あき農協の流通経路を使う農業者と、商系の流通経路を使う農業者に二分されることになる。これは、事実上排他的取引が二つ存在する状況とみることができよう。もし本件行為を、(事実上の)並行的な排他的取引と捉えるならば、商系三者の事業活動が困難にならなくても、並行的な排他的取引

---

15) 例えば隅田浩司「排除措置命令批評」ジュリ1510号113頁(2017年)、向田直範「排除措置命令批評」NBL1120号93頁(2018年)、柴田潤子「地裁判批」公正取引826号27頁(2019年)。なお、「原告の行為がなければ、商系業者へのなすの出荷量は更に増加していたかもしれず」というタイプの推論が、競争者のシェア拡大という事実を無視するための立論として常に提出可能なことの批判として、Robert O'Donoghue & Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU* 268 (2d ed. 2013)。

16) 他方で、萩原浩太「解説」ジュリ1518号257頁(2018年)は、「取引拒絶や取引妨害により組合員が受ける損失…を補うに足る十分な利益・収入が商系業者により組合員にもたらされるものでなければ、組合員との取引を確保することができず、その意味で商系業者の取引費用は増大することになる。」「したがって、商系業者は…取引機会が減少する状態をもたらしおそれがあるといえるのではないか。」とされる。

として規制すべきか否かを検討すればよいことになる。なお本件行為が拘束条件付取引とされたのは、系統出荷が何%未満であるときに系統外手数料を徴収するのか示していなかったか、または基準となる比率が高くなかったためと考えられる。

並行的な排他的取引が公正競争阻害性を持つことはわが国では確立しているが、伝統的には、新規参入者に対する流通経路の閉鎖だけでなく、既存業者間で取引相手をめぐる価格競争が減殺されることも公正競争阻害性と考えられてきた。<sup>17)</sup>しかし公取委のガイドラインは、「競争者の取引の機会を減少させるおそれがあること」という一般指定11項の文言ゆえか、専ら市場閉鎖効果についてのみ議論してきた。

## (2) 並行的な排他的取引はいつ成立するか

ここでは並行的な排他的取引に関するこれまでの経済分析について簡単に紹介しておく。並行的ではない単独の排他的取引についての経済分析は豊富であるが、そこでは既存事業者よりも効率的な新規参入者の参入を阻止できる（または参入を容認しつつも既存事業者が生き残る）状況が分析されてきた<sup>18)</sup>。それに対して、並行的な排他的取引は、複数の流通経路が併存し、しかし競争が

---

17) 金子晃ほか『新・不公正な取引方法』128頁(実方謙二)(青林書院新社, 1983年), 根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説〔第5版〕』251頁(有斐閣, 2015年)。

18) 売り手が川上市場への参入を阻止するために、買い手の購入元を制限する契約に関するこれまでの経済分析については、松八重泰輔「排他的取引契約の理論的發展」(競争政策研究センター, 2009年), 柳川範之ほか「排他的取引契約の反競争効果と競争促進効果の考察」第1章(競争政策研究センター, 2011年)及びLinda Gratz & Markus Reisinger, On the Competition Enhancing Effects of Exclusive Dealing Contracts, 31 Int. J. Ind. Organ. 429, 430 (2013)を参照。買い手が川下市場への参入を阻止するための排他的取引については、川上の売り手が1社のモデルについてはPatrick Rey & Michael Whinston, Does Retailer Power Lead to Exclusion?, 44 RAND J. Econ. 75 (2013)を、川上の売り手が複数存在するモデルとしては, Noriyuki Yanagawa & Ryoko Oki, Exclusive Dealing Contract and Inefficient Entry Threat, 30 Econ. Bull. 2478 (2010) 及びRyoko Oki & Noriyuki Yanagawa, Exclusive Dealing and the Market Power of Buyers, 2 Asian Journal of Law and Economics 1 (2011)を参照。



減るために消費者余剰及び社会的厚生が悪化することを分析するものである。土佐あき農協事件を、商系三者を退出させる戦略として分析するのは現実味が乏しそうであるため、本稿では単独の排他的取引に関する分析は行わない。

並行的な排他的取引の文脈において、契約相手の取引先（供給先または購入元）を制限する契約がどのような場合にお互いの利益になるか（それゆえ締結されるか）を分析した初期の論文として、Dobson & Waterson (1996)<sup>19)</sup>がある。対称的に差別化された川上2社、川下2社が契約を結ぶモデルであり、川上のメーカーが川下小売業者向けの出荷価格を決め、小売業者が小売価格を決める。川上メーカーが交渉力を持っているモデルと考えられる。結論として、並行的な排他的取引は、ブランド間（メーカー間）競争とブランド内競争（小売業者間競争）の少なくとも一方が十分に活発な場合に成立する<sup>20)</sup>。言い換えると、メーカー間と小売業者間の差別化の程度が共に低いほど、並行的な排他的取引が成立するという。Gabrielsen & Johansen (2015)<sup>21)</sup>は、同じく川上、川下いずれも対称的に差別化された複占企業による価格競争モデルであるが、ブランドAのメーカーは市場支配力を持つ一方、ブランドBは競争的周辺企業によって限界費用に等しい価格で供給されていると仮定する。彼らの研究の重点は、交渉力を買い手が持つ場合と売り手が持つ場合を比較し、買い手が交渉力を持つ場合の方が、両ブランドが川下2社によって競争的に供給される場合が広がるなど、望ましい効果があるという点にある。もっとも、並行的な排他的取引が成立する場合については交渉力をどちらが持とうと違いはない。買い手が交渉力を持っている場合に並行的な排他的取引が成立するのは、川下の流通業者が同質的な場合である。<sup>22)</sup>さらに、Nocke & Rey (2018)<sup>23)</sup>は、川上

---

19) Paul Dobson & Michael Waterson, Exclusive Trading Contracts in Successive Differentiated Duopoly, 63 Southern Econ. J. 361 (1996).

20) Id. at 371.

21) Tommy Gabrielsen & Bjørn Johansen, Buyer Power and Exclusion in Vertically Related Markets, 38 Int. J. Ind. Organ. 1 (2015).

22) Id. at 9, Fig. 2.

23) Volker Nocke & Patrick Rey, Exclusive Dealing and Vertical Integration in

2社は差別化されているが、川下は完全同質的な2社の市場において、契約内容を契約当事者しか観察できない状況で数量競争モデルを分析する。並行的な排他的取引は、交渉力の相対的な強さとは無関係に均衡となり（Proposition 5.），並行的な排他的取引は川下企業が同質的であるほど起こりやすいとする<sup>24)</sup>。

先行研究のうち、買い手による並行的排他的取引を分析した論文の結論は、川下の流通企業が同質的であるほど並行的な排他的取引が成立しやすいということであった<sup>25)</sup>。先行研究では並行的な排他的取引だけでなく、川上ブランドのいずれか1つのみが両方の流通業者で販売される非対称な状況も分析されている。例えば、ブランドAは流通業者1、2の両方で販売できるが、ブランドBは流通業者2のみで販売されている場合である（4節で後述するケース2のような状況である）。この状況は、土佐あき農協事件において、農協による販売先の制限に従わずに商系に出荷した生産者がいた状況と類似する。

そこで本稿では、これらの先行研究の基本的な枠組みに依拠して、土佐あき農協に即した形で状況を分析することで、これらの先行研究の結果を再確認しつつ、販売先制限に従わない場合に課された手数料の影響についても検討する。先行研究では、販売先を制限した場合と制限しない場合で、流通業者による買い取り価格にどのような影響があるかについて、明示的な言及がない（主たる関心事ではないからである）。本稿ではその点も明らかにすることにより、本件に対する示唆を得ることとする。

---

Interlocking Relationships, 177 *J. Econ. Theory* 183 (2018).

24) *Id.* at 200–201.

25) 消費者余剰及び社会的厚生は並行的な排他的取引がない方が望ましいことも共通して言われている。なおNocke & Rey (2018) は、垂直統合についても同じように論じることができ、流通業者に供給制約や差別化がない限り、垂直統合後に取引拒絶するのが最適になるとする。*Id.* at 207.

4 単純なモデルによる分析<sup>26)</sup>

## (1) モデルの設定

川上に生産者が2社おり、これらの商品を消費者<sup>27)</sup>に販売しうる流通業者が川下に2社存在している市場を考える。消費者がブランドX ( $X=A, B$ )の商品を流通業者  $i$  ( $i=1, 2$ ) から購入する小売価格を  $p_{iX}$  とすると、消費者の個別逆需要関数は、

$$p_{1A} = a - (q_{1A} + bq_{1B}) - d(q_{2A} + bq_{2B})$$

$$p_{1B} = a - (q_{1B} + bq_{1A}) - d(q_{2B} + bq_{2A})$$

$$p_{2A} = a - (q_{2A} + bq_{2B}) - d(q_{1A} + bq_{1B})$$

$$p_{2B} = a - (q_{2B} + bq_{2A}) - d(q_{1B} + bq_{1A})$$

$$a > 0, \quad 0 < b < 1, \quad 0 < d < 1$$

で与えられ、対称的に差別化されているとする。 $b$ はブランド間の差別化を  $d$ は流通業者間の差別化を示す変数である。これらを連立して数量について解くと、需要関数が与えられる。 $q_{1A}$ について見ると、次の(1)式のような式となる。

$$q_{1A} = \frac{a(1-b)(1-d) - p_{1A} + bp_{1B} + dp_{2A} - bdp_{2B}}{(1-b)(1+b)(1-d)(1+d)} \quad (1)$$

この需要関数の特徴は、 $p_{1B}$  や  $p_{2A}$  の項がプラスであるのに、 $p_{2B}$  の項がマイナスになっていることである。自分の価格  $p_{1A}$  が上昇すれば  $q_{1A}$  は減少し、競合製品の価格  $p_{1B}$  及び  $p_{2A}$  が上昇すれば  $q_{1A}$  が増加するのは自然だが、 $p_{2B}$  が上昇すれば  $q_{1A}$  も減少するのはなぜなのか。Gabrielsen & Johansen (2015) は、 $\{1A, 1B, 2A, 2B\}$  の選択肢がある場合に、2B が値上がりすればその代替的選択肢として近いのは 2A または 1B である ( $b$  や  $d$  の方が、 $bd$  よりも大きいから、1A と 2B の差別化が最も大きい) から、そちらが先に選択肢として選ばれることにより、1A への需要量は減ると説明する。

川上企業の共通の限界費用は  $c$  であり、川下流通企業の限界費用は共通だ

26) 本節の分析については大木良子教授に有益なアドバイスと問題の指摘を頂いた。

ご指摘の全てには答えられておらず、残る誤りは全て筆者の責任に帰する。

27) 最終消費者に限らず、農産物を購入する卸売業者と考えても同じ分析が妥当する。

がゼロと仮定する。このとき  $a > c > 0$  である。

ゲームの手順は以下のとおりである。

①第一段階：流通業者1, 2が生産者A, Bに対して契約の申込みを行う。流通業者1は, Aに対しては必ず契約を申し込むが, Bにも申し込むか否かを選ぶことができる。他方で, 流通業者2は常に, AとBの双方から購入することを申し込むものとする。流通業者が完全な交渉力を持ち, 生産者は流通業者1, 2の申込みをそのまま承諾する。生産者は, 後述するケース3を除いて申込みを拒絶することはないものとする。<sup>28)</sup>流通業者1がA, B双方に契約を申込み場合には, 2つのブランドが両方の流通業者を介して販売される(以下, 「ケース1」という。)。流通業者1がAのみから購入する場合には, 生産者Aの販売先を制限するものとし, Aが販売先制限に従わずに流通業者2にも販売した場合に手数料 (penalty) として1単位あたり  $t$  だけ徴収する場合(以下, 「ケース2」という。 ) と, Bへの販売を一切認めない場合(以下, 「ケース3」という。 ) を選べるものとする。流通業者1がAに対してBへの販売を一切認めないケース3の場合には, Aは流通業者2の申込みを拒絶し, 流通業者2は, 結果としてBからしか購入できないことになる。

②第二段階：第一段階で決まった契約内容を観察して, 流通業者1, 2は生産者に対して提示する購入価格  $w_{ix}$  を決定する。流通業者1が販売先制限に従わないAに対して手数料を徴収する場合(ケース2のとき)には, この段階で  $t$  も決定する。農協は一般に無条件委託販売と共同計算を採用しているため, 単一の買い取り価格による価格競争モデルで分析することも正当化されよう。

③第三段階：流通業者1, 2は第二段階で購入した価格(ケース2の場合には価格及び手数料)に基づいて, 川下市場での販売価格  $p_{ix}$  を決定する。

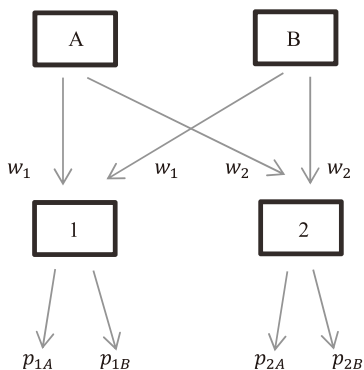
ゲームは第三段階から後ろ向きに解いていくことで部分ゲーム完全均衡を求める。第三段階のゲームでは, 流通業者1, 2が自らの利潤を最大化するよう

---

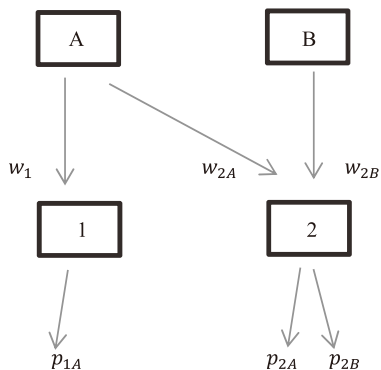
28) 生産者が申込みを拒絶する場合には, 流通業者のいずれか1社が両ブランドを供給する場合は生じる。しかし本文でも述べたように商系三者が市場から排除されることはありそうにないため, 生産者が申込みを拒絶しないものと仮定している。

に価格を決定する。第二段階では流通業者1, 2が、メーカーの利潤が非負(ゼロ以上)になるという制約条件の下で、自らの利潤を最大化するように購入価格及び手数料を決定する。第一段階のゲームでは、3つのケースのいずれが均衡として選ばれるかを、流通業者とその契約相手である生産者との共同利潤を比較することにより分析する。例えば、ケース1と3を比較する場合を考えよう。ケース1における共同利潤とは、流通業者1がブランドA及びBを販売して得る利潤と、メーカーA, Bが流通業者1との取引から得る利潤を合計したものである(流通業者2についても同様)。<sup>29)</sup> ケース3の共同利潤は、メーカーA(B)と流通業者1(2)の共同利潤がこれに当たる。両者を比較して、ケース3の共同利潤の方が大きい場合には、並行的な排他的取引が成立することが言える。というのも、流通業者は利潤を再分配することによって、ケース1よりも多くの利潤をお互いに得ることができるからである。以下に、比較対象とする3つのケースを図示する。

【ケース1 : double common agency】

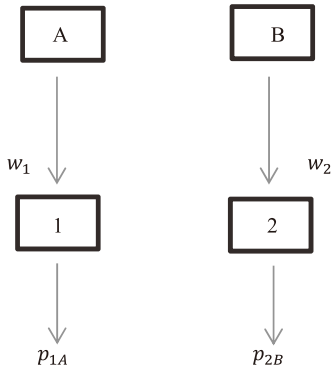


【ケース2 : partial exclusivity with penalty】



29) ケース1において、流通業者1との共同利潤に含まれるメーカー利潤には、流通業者2を経由して販売される商品の利潤を含まない。

【ケース 3 : pairwise exclusivity】



(2) 分析結果

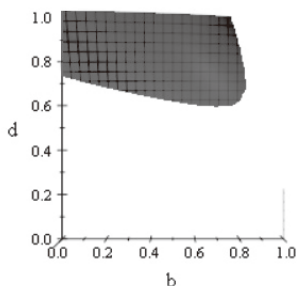
以下では、ケース 1 の均衡買い取り価格を  $w^C$ 、均衡小売価格を  $p^C$ 、市場全体の均衡数量を  $Q^C$  とする。同様に、ケース 2 の均衡には  $D$  の添え字を、ケース 3 の均衡には  $E$  の添え字を付ける。なおケース 2 の均衡価格・数量は企業によって異なる (Appendix B を参照) ため、このような単純化をしても結論に影響しない限りでケース同士の比較をする。

① ケース 1 とケース 3 の比較

命題 1 : 流通業者間の同質性がある程度高い場合には、ブランドの同質性が高くない限りにおいて、並行的な排他的取引 (ケース 3) が成立する。並行的な排他的取引が行われる場合、両ブランドの商品が双方の流通業者を通じて供給される場合 (ケース 1) と比べて、市場価格は高く ( $p^C < p^E$ )、市場全体の供給量は減少し ( $Q^E < Q^C$ )、生産者からの買い取り価格は減少する ( $w^E < w^C$ )。

並行的な排他的取引が成立する場合は、ブランド間及び流通業者間の差別化の程度を示す  $b$  及び  $d$  によって決まり、それは図 1 の墨塗部分である。

【図1：並行的な排他的取引が成立する領域】



証明については、Appendix Aを参照。

並行的な排他的取引が成立する条件として、需要関数の形状が重要である。というのも、次のような別の需要関数<sup>30)</sup>

$$q_{1A} = a - p_{1A} + b(p_{1B} - p_{1A}) + d(p_{2A} - p_{1A}) + bd(p_{2B} - p_{1A}) \quad (2)$$

を用いて同様の分析を行うと、並行的な排他的取引が成立する場合が存在しないからである。言い換えると、(2)式のような需要関数の場合、流通業者としては生産者の販売先を制限しない方が常に利潤が増える。需要関数によって均衡数量と差別化の関係も異ってくる。(1)式のような需要関数の場合にケース1の均衡数量 (Appendix Aの(1)を参照) をみると、生産者間・流通業者間の差別化が大きいほど、均衡数量が増加する（逆に、ブランド間・ディーラー間の同質性が高まると均衡数量は減少する）ことが分かる。均衡数量を  $b$  と  $d$  で微分した係数はマイナスになるからである。それに対して、(2)のような需要関数を用いて分析した場合、ケース1の均衡数量は、生産者・流通業者が同質的であるほど増加する。(1)式で示されるような需要関数の以上のような特徴を踏まえると、本稿の分析は、バラエティがある程度豊富であるほど消費量が増える産業に妥当すると考えられる。コンテンツのように飽きの生じやすい産業の

30) Chan Choi, Price competition in a duopoly common retailer channel, 72 J. Retailing 117 (1996) に依拠して、Choiが考慮していない最後の項 ( $p_{2B}$ の項) を加えたものである。



ほか、農産物もこれに分類してよかろう。4節の(1)において、本稿で利用する需要関数では $p_{2B}$ の項がマイナスになることに言及したが、均衡数量の以上のような性質を考えると、むしろ2Bと1Aが補完財 (complements)<sup>31)</sup>の関係にあることを意味するように思われる。すなわち {1A, 1B, 2A, 2B} という4種類の財のうち、1種類の財の値上げが、全体の需要を少しだけ引き下げる効果を持つことも加味した需要関数であると考えられる。

## ②ケース2は成立するか

命題2：生産者Aが販売先制限に従わずに手数料を支払って企業2にも出荷するのは、流通業者1にとってはケース1よりも利益となる場合があるが、流通業者2にとっては利潤が減少するため、ケース2は均衡とはならない。流通業者1にとってはケース3の方が利潤が増えるため、並行的な排他的取引が均衡となる。なお流通業者1がケース2を選ぶ場合、市場全体の供給量は並行的な排他的取引の場合よりも減少する ( $Q^D < Q^E$ )。

証明については、Appendix Bを参照。

## (3) 土佐あき事件へのインプリケーション

### ①モデル分析からの示唆

以上のモデル分析において、ブランドAとブランドBの生産者を土佐あき農協事件における農業者と見て、流通業者1を土佐あき農協、商系三者を流通業者2と読み替えれば一定の示唆を得ることができる。

本件におけるなすの需要者は、各地の卸売市場における卸売業者または卸売業者から購入する仲卸業者等だと考えられる。彼らはプロの買手であるから、生産者間の差別化は認識できるはずであり、この市場における生産者間の差別化はある程度高いと考えられる。次に、需要者からみた流通業者（農協と商系

---

31) 補完財の定義については、神取道宏『ミクロ経済学の力』61-62頁（日本評論社、2014年）を参照。

三者)の差別化であるが、仮に選果機で等級・階級分けを行うのが農協の商系三者との違いだとすると、それが重要か否かは最終需要者によって判断されることになろう。ホテル・旅館のような、多人数に一斉に提供される宴会料理では、大きさも質も均一のものが好まれるだろうから、農協のように等級ごとに選別し包装されたものが好まれるかもしれない。他方で、野菜カレーの具材として使うレストランや、スーパーの特売であれば、形や等級について不揃いであっても足りよう。後者のような最終需要者が多ければ、川下流通業者間での差別化の程度は低くなっていると考えられる。差別化の程度に関する以上のような推測が大きく間違っていなければ、並行的な排他的取引が成立することが予測される事案だったと言えよう。並行的な排他的取引により、小売価格は上昇し、取引数量は減少し、生産者からの買い取り価格は減少する。

本件における系統外出荷手数料及び罰金は、販売先制限を守らせるための手段であり、それによって実現しなかったのは、あくまでも販売先の制限であり、その行き着く先は並行的な排他的取引である。市場閉鎖効果は、商系三者が農業者から高く買い取る機会(競争的行動をとる機会)を減少させる側面を把えるものである。

## ②産地間競争の評価

土佐あき農協側は、市場画定に関する反論において、川下市場における産地間競争ないしブランド間競争を見るべきであると主張していた。経済分析からすれば、そのような主張は、並行的な排他的取引が成立するか否かに関連するという意味において、妥当なものといえる。本稿のモデル分析では、産地間競争すなわち冬春なすの出荷シェアで一位の高知県と、二位の熊本県等との競争についてはモデルに取り込んでいない。しかし、産地間競争を考慮して示唆を得ることはなお可能である。

(ア) 他の産地では販売先制限がなされていない場合、販売先制限をした農協から販売委託を受けた園芸連は、買い取り価格の点で費用上有利となる。

費用格差のある企業間の競争均衡価格は、高費用企業の価格の方が高くな

ることを考えれば、並行的排他的取引が行われている産地の企業が値上げしても、販売先制限をしていない産地の流通業者による価格競争が値上げを押し戻すにはならず、産地間競争があってもなお並行的な排他的取引が維持される場合がありうる。

- (イ) 産地間競争ゆえに排他的取引が成立しなくなると考えられるのは、異なる産地のブランド（例えば熊本ブランド）の製品属性が、土佐あき農協の扱う高知ブランドに極めて近いために、その間での価格競争が激しい場合である。これは、ブランド間の差別化を低くする（ $b$  を 1 に近づける）ことになるから、並行的な排他的取引が成立しない見込みを高める。

### ③公正な競争を阻害する「おそれ」と将来予測

以上、経済分析に依拠して土佐あき農協事件の公正競争阻害性を分析してきたが、このような分析は公正競争阻害性の解釈とも整合性を持つことを最後に論じる。

個別具体的な市場の競争状況を前提とした経済分析は、当該行為者にとって弊害をもたらすことが（他の戦略よりも）利潤増加となることを確認するものである。行為者は自分にとって利潤最大化行為を行うはずであるから、弊害をもたらす行為によって利潤が増加するなら、その行為を選択するはずだという将来予測を行うものである。公正競争阻害性のおそれとは、「一般的抽象的な危険性」とされてきたが、「一般的抽象的な危険性」と「高度の蓋然性」さらには「具体的な可能性」<sup>32)</sup>を明確に区別して説明することは困難である。

現在において一般的抽象的な危険性は、次のように解釈されるべきであろう。すなわち、個別具体的な事案（市場）における競争状況において、行為者の行

---

32) 不当廉売ガイドラインは、2条9項3号の解釈について「「事業活動を困難にさせるおそれがある」とは、現に事業活動が困難になることは必要なく、諸般の状況からそのような結果が招来される具体的な可能性が認められる場合…を含む趣旨である。」とする。「不当廉売に関する独占禁止法上の考え方」3(2)イ（平成21年12月18日）。

動方針が一貫していることを前提として、それらの事実から合理的に推認される行為者の将来行動（事実上の並行的な排他的取引の成立）及びその影響（将来予測としての取引条件に与える影響）を評価してよい趣旨であると。その意味で、Ⅱで分析した参入制限行為と同様に、個別具体的に事実として認定されているわけではない潜在的な影響についても考慮する、総体的・全面的な評価を行うものである。土佐あき農協事件の高裁判決も、「本件行為の存在は、現在本件行為による拘束を受けていない者も含めて組合員全員に対する系統外出荷に対する圧力となり、…商系業者の取引機会が減少する状態をもたらすおそれがあるというべきである。」と述べており、本件行為の潜在的な実効性（農協が当該行為を一貫して実施することの予測と言い換えてもよい）を前提とした推論を行っている。

なお条文との関係について述べておくと、以上のように独禁法違反行為の競争に対する影響の総体的・全面的な評価が可能なのは、公正な競争を阻害する「おそれ」とか、競争を実質的に制限すること「となる」といった要件を持つ場合に限定されないであろう。独禁法違反行為が法によって排除されない限り一貫して継続的に実施されることを前提として、そのもたらす悪影響は、当該事案との関係で合理的な範囲内で（当該事案の特殊性ゆえに否定されない限り）、将来予測を含めて考慮してよいからである。<sup>33)</sup>

#### Ⅳ 垂直型企業結合：秘密情報の入手

##### 1 問題の所在

最後に、将来予測を通常の判断手法とする企業結合規制のなかでも、最も少

---

33) 例えば将来商品・技術の競争を制限する行為に不当な取引制限の禁止規定を適用せざるを得ない場合には、将来商品の取引市場を観念することになるが、将来予測をすることは許されよう。岸井大太郎ほか『経済法〔第9版〕』131頁（中川晶比兒）（有斐閣，2020年）。取引は現在行われていないのだから売上額はなく、当然ながら課徴金はかからない。

ない情報に基づいて判断が行われていると思われる弊害発生メカニズムについて議論する。垂直型企业結合においては、統合企業が川上または川下部門の競争者の秘密情報にアクセスできることにより、秘密情報を競争者に不利に用いることができ、それにより競争を実質的に制限することとなる場合があるとされる。<sup>34)</sup>いずれのガイドラインもどのようなメカニズムで競争を実質的に制限することとなるのか、明確な説明がされているとはいいがたい。EUと米国のガイドラインでは一段落の文章の中で、複数のシナリオがあるかのような書き方になっているが、それは実際の規制実務を反映したものとは思われず、ガイドラインの記述にとらわれない方がよいように思われる。また、秘密情報の入手による弊害を論じる場合に、一般的な懸念を述べるだけで当該事案における背景事実の言及が乏しい事例が少なくないため、当該事案において「このシナリオがどれほどもっともらしいか」<sup>35)</sup>の検証が難しい。以下では、現時点での筆者の見通しを示しておくことにする。もとより包括的な研究といえるものでは到底なく、本格的な研究が行われることを期待しての備忘録程度のものであることを最初にお断りしておく。

## 2 論点の整理

### (1) 価格競争と技術革新競争への悪影響

これまでの規制事例から、秘密情報へのアクセスによる弊害については、価格競争に悪影響が生じる場合と、新商品投入を中心とした技術革新競争に悪影響が生じる場合を区別して議論した方がよいように思われる。

---

34) Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, para. 78 (2008), 「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」第5の2(1)イ及び第5の2(2)イ(令和元年12月17日), Dep't of Justice & FTC, Vertical Merger Guidelines, Sec. 4.b (2020). 混合型企業結合でも同様の検討がなされてきたことについては、池田千鶴『競争法における合併規制の目的と根拠』179-182頁(商事法務, 2008年)を参照。

35) 中川晶比兒「非水平型企業結合(1)」金井貴嗣ほか編『経済法判例・審決百選〔第2版〕』99頁(有斐閣, 2017年)。

①まず価格競争への悪影響が生じる理由は次の通りである。垂直統合企業が競争者の秘密情報である競争的行動を事前につかんで、それに先行してまたは迅速に競争的対応をとることができれば、競争者の競争的行動のメリット（競争的行動による収益増加）が減殺されることになり、競争者に競争的行動をとらなくさせる。それによりひいては、垂直統合企業も活発な価格競争をしなくてよくなり、値上げ（秘密情報を得なければ設定したであろう価格よりも高い価格の設定）ができるということになる。川下市場でこのような懸念が生じることを根拠に規制した事例として Staples/Essendant (2019)<sup>36)</sup>が、川上市場でこのような懸念を仮想的に検討したが問題なしとした事例として、Siemens/VA Tech [2005]<sup>37)</sup>を挙げられる。

このようなシナリオが妥当するためには、以下の二点を確認する必要があるだろう。(ア)入手できる秘密情報の内容及び入手時期から、競争者の競争的行動による収益を有意に減らせるだけの競争的対応を特定でき、かつ(イ)川上部門または川下部門が迅速に競争的対応をとれる生産体制や技術力を持っていることである。

価格競争に関して競争者の秘密情報へのアクセスが特に懸念されてきた特殊ケースとして、価格に不確実性や高い流動性がある財について入札が行われる場合を挙げることができる。具体的にはガスの卸売市場や放映権の販売市場において垂直統合が起こると、川上の供給者と統合した事業者は、他の川下競争者よりも情報優位を獲得するため、自分の入札価格を下げるができるほか、川下競争者の投入要素購入量から競争者の供給制約が厳しいと予想できるときには、安心して値上げできることが指摘されている。<sup>38)</sup>これらの事例は弊害が生じる理由となる事実（特に前掲の(ア)に相当する事実）を詳細に論じている点

36) In the Matter of Sycamore Partners II, L.P., Staples, Inc., and Essendant Inc., File No. 181-0180 (2019).

37) Case No COMP/M.3653 Siemens/VA Tech [2005], paras. 159-160.

38) Case No COMP/M.3440 ENI/EDP/GDP [2004], paras. 368-372, Andrew Scott et al., MERGER CONTROL IN THE UNITED KINGDOM 177-178, 180-181 (2005).

で、価格競争への悪影響を検討してきた他の事例とは一線を画している。

以上のような弊害発生シナリオは、秘密情報の不当な利用misuseと呼ばれることもあり、わが国でいえば競争手段としての不公正さを問題にしているにすぎないようにも見える。しかし、入札市場に関していえば、このような行為は価格メカニズムそれ自体を歪める行為であるといえる。筆者は主たる独禁法違反行為を広く定義する場合に、「他者の競争的努力を損なうことによって、行為者自らも競争的努力を減らす行為」であると論じたことがある。<sup>39)</sup>競争者の秘密情報を利用した価格設定は、他者の競争的努力を損なう（競争的な価格設定の魅力を減じる）ことによって自ら競争的努力を減らす（値上げする）ことができているのであり、競争の実質的制限をもたらす競争制限行為といつてよからう。

②次に、競争者の技術革新インセンティブへの悪影響について論じる。<sup>40)</sup>秘密情報へのアクセスによって競争者の技術革新競争が停滞することへの懸念を認めた事例としてBroadcom/Brocade [2017]<sup>41)</sup>が、当該事案においてこれを否定した事例として、Boeing/Safran/JV [2018]<sup>42)</sup>がある。

技術革新競争への影響を見る場合であっても、価格競争の場合と同様に、以下の二点を確認する必要があるだろう。(ア)入手できる秘密情報の内容及び入手時期から、競争者の競争的行動による収益を有意に減らせるだけの競争的対応を特定でき、かつ(イ)秘密情報を入手してから競争者が新商品を市場に投入するまでの期間を考慮しても、川上部門または川下部門が迅速に競争的対応をとれる生産体制や技術力を持っていることである。価格競争への悪影響を見る場合

---

39) 中川晶比兒「独占禁止法における法的推論と経済分析」日本経済法学会年報35号（通巻57号）118頁（2014年）参照。

40) 技術革新の模倣の脅威が競争者の投資インセンティブを減らすことから情報遮断措置の必要性を説く経済分析として、Marie-Laure Allain et al., Vertical Integration, Information and Foreclosure (2011).

41) Case No COMP/M.8314 Broadcom/Brocade [2017], para. 106.

42) Case No COMP/M.8858 Boeing/Safran/JV [2018], paras. 81-82.



と比べて検討すべき内容はほとんど同じだが、競争者が技術革新を完成するまでに垂直統合企業が追いつけるかが重要となる。先ほど挙げた二件の事例はいずれもここで述べた(ア)及び(イ)の双方について認定していると読むことができ、価格競争への悪影響を見る事例と比較して、当該事案に即した具体的な事実認定がされている。

なお価格競争と技術革新競争とを分けたのは、競争者の新商品投入の時期を知った場合に、垂直統合企業が自らも新商品を投入するのではなく、値下げキャンペーンで対抗するだけでは、それをもって競争の実質的制限とはいえないと考えるからである。

## (2) 市場閉鎖<sup>43)</sup>との関係

①競争者の秘密情報へのアクセスは、市場閉鎖が行われない場合（垂直統合企業と競争者との間で取引が行われる場合）に懸念される弊害発生メカニズムである。市場閉鎖による競争の実質的制限が懸念されるためにその問題解消措置（取引継続措置<sup>44)</sup>等）が取られている場合には、秘密情報へのアクセスを遮断することが市場閉鎖に対する問題解消措置の信頼性を高めることになる。従って、秘密情報へのアクセスを論じることは、市場閉鎖と補完的な関係にもある。

②市場閉鎖による弊害は生じないものの、競争者の秘密情報へのアクセスによる弊害が生じるとした事例は若干数であるが存在する。<sup>45)</sup>競争者の秘密情報

---

43) 以下、投入物閉鎖と顧客閉鎖をまとめて「市場閉鎖」と呼ぶこととする。

44) 最近の事例として、例えば日立金属(株)による(株)三徳の株式取得（平成29年における主要な企業結合事例2）、エムスリー(株)による(株)日本アルトマークの株式取得（令和元年度における主要な企業結合事例8）など。

45) Case No COMP/M.8314 Broadcom/Brocade [2017], Staples/Essendant (2019)（前出注36を参照）、TDK(株)による昭和電工(株)のネオジム磁石合金の研究開発事業の譲受け（令和元年度における主要な企業結合事例2）、トヨタ自動車(株)及びパナソニック(株)による車載用リチウムイオン電池事業等に係る共同出資会社の設立（同事例6）。

を利用するには垂直的な取引が必要であるから、市場閉鎖が起これない場合に秘密情報へのアクセスのみを理由として弊害が発生するというのは、ありうることである。

自らの秘密情報を垂直統合企業に入手されることをおそれた競争者が、自ら市場閉鎖される状態を選ぶ（自ら垂直統合企業と取引をやめる）というメカニズムについてもこれまで言及されてきた<sup>46)</sup>が、これを肯定した事例は見いだせていない。結果として市場閉鎖に陥るのならば、通常は市場閉鎖の議論に吸収することができるように思えるが、独立して議論すべき場合はあるだろうか。理論的に考えると、例えば投入物閉鎖されても同等な条件で取引できる代替的な取引先が十分にある場合には、競争者が自ら投入物閉鎖される状態を選んでも、弊害は生じない。他方で、投入物閉鎖が可能であるが、垂直統合企業にとってそれにメリットがない場合（ガイドラインの用語法を使うと能力はあるがインセンティブはない場合）であっても、アウトサイダーが自ら投入物閉鎖される状態を選ぶ可能性はある。このような事例は今のところ見当たらないが、市場閉鎖が生じる別パターンとして一応留意しておく必要はあるかもしれない。

## V 結 語

本稿は、競争排除型の競争制限行為が独禁法違反行為となるには、違反行為が競争者の競争力を弱めることについて、どれだけ個別事件特定の具体的な事実認定が必要か、という問題意識から、事業者団体の活動規制、拘束条件付取引、垂直型企業結合について検討してきた。本稿の結論は既に述べたとおり、違反行為が法によって排除されない限り一貫して実行され続けることを前提として、そのもたらす悪影響は、当該事案との関係で合理的な範囲内で（当該事案の特殊性ゆえに否定されない限り）、将来予測を含めて推認してよい、とい

---

46) 前出注34の米国の垂直合併ガイドラインにも記述があるほか、結論として秘密情報の不当な利用は起これないとしたCase No COMP/M.4874 Itama/BarcoVision [2008], para. 66は、これをpassive foreclosureと呼ぶ。

うものである。ビジネスは継続して行われ、違反行為も競争者の事業活動に継続的に悪影響を及ぼす。そのいずれの時点で介入するかによって、収集できる証拠の量は個別事件ごとによって変わってくるだろう。しかし、競争制限行為が競争にもたらす影響については事件横断的に共通する知見の蓄積が可能であり、それを利用して推認することは許されよう。

〔付記〕本稿は科学研究費（20K01323）による研究成果の一部である。

## Appendix A

### (1) ケース 1 の場合の均衡

第三段階のゲームは、

$$\pi_1 = (p_{1A} - w_1)q_{1A} + (p_{1B} - w_1)q_{1B}$$

$$\pi_2 = (p_{2A} - w_2)q_{2A} + (p_{2B} - w_2)q_{2B}$$

を価格について微分して一階の条件を解けば価格が導かれる。これを需要関数に代入して、数量を書き直す。

第二段階では、流通業者  $i$  ( $i = 1, 2$ ) の利潤  $\pi_i$  を、生産者利潤に関して

$$\pi_A = (w_1 - c)q_{1A} + (w_2 - c)q_{2A} \geq 0$$

$$\pi_B = (w_1 - c)q_{1B} + (w_2 - c)q_{2B} \geq 0$$

という制約条件<sup>47)</sup>下で最大化する  $w_i$  を求める。制約条件は等号で成り立つ（もし生産者利潤がプラスの場合に最適ならば、流通業者は購入価格を引き下げることで利潤を増加できるところ、それは最適であることと矛盾するからである）。従って、流通業者は、A、B の生産者利潤を合計した関数を最大化することになる。つまり流通業者 1 が最大化するのは、

47) Patrick Rey & Thibaud Vergé, Resale Price Maintenance and Interlocking Relationships, 58 J. Ind. Econ. 928, 935 (2010) に基づく。

$$\begin{aligned}\pi_1 = & (p_{1A} - w_1)q_{1A} + (p_{1B} - w_1)q_{1B} + (w_1 - c)q_{1A} \\ & + (w_2 - c)q_{2A} + (w_1 - c)q_{1B} + (w_2 - c)q_{2B}\end{aligned}$$

である。求められた  $w_i$  の値を価格や数量に代入すれば、均衡価格・数量が求められる。<sup>48)</sup>

$$\begin{aligned}w_1 = w_2 &= \frac{4c + (a - c)d^2}{4} \\ p_{1A} = p_{1B} = p_{2A} = p_{2B} &= \frac{2(a + c) - d(a - c)}{4} \\ q_{1A} = q_{1B} = q_{2A} = q_{2B} &= \frac{(a - c)(2 + d)}{4(1 + b)(1 + d)}\end{aligned}$$

## (2) ケース 3 の場合の均衡

ケース 3 の場合には需要関数が 2 本だけになる。逆需要関数をたとえば

$$p_{1A} = a - q_{1A} - bdq_{2B}$$

と定義したうえで、連立方程式を解いて需要関数を導けばよい。この需要関数では、 $p_{2B}$  の係数はマイナスになる。すなわち 2B の価格が上昇すれば 1A の需要量は減る。解き方はケース 1 の場合と同じである。均衡価格・数量は以下のとおりである。

$$\begin{aligned}w_1 = w_2 &= \frac{b^3cd^3 - ab^3d^3 - 2b^2cd^2 + ab^2d^2 - 2bcd + 4c}{4 - 2bd - b^2d^2} \\ p_{1A} = p_{2B} &= \frac{2(a + c) - b^2cd^2 - 2abd}{4 - 2bd - b^2d^2} \\ q_{1A} = q_{2B} &= \frac{(a - c)(2 - b^2d^2)}{(1 + bd)(4 - 2bd - b^2d^2)}\end{aligned}$$

---

48) 4 種類のバラエティは対称的に差別化されているため、 $w_{iA} = w_{iB} = w_i$  ( $i = 1, 2$ ) として解いたが、この仮定をおかずに解いても購入価格の均衡解は同じである。

## (3) ケース1とケース3の比較

ケース1の場合の共同利潤は、流通業者1について見ると、

$$\Pi_{c1} = (p_{1A} - c)q_{1A} + (p_{1B} - c)q_{1B}$$

となる。同様にケース3の場合の共同利潤は、流通業者1について見ると、

$$\Pi_{e1} = (p_{1A} - c)q_{1A}$$

である。 $\Pi_{e1} > \Pi_{c1}$ となる領域を  $b$  と  $d$  に関して求めると、図1を描くことができる。

流通業者の購入価格は  $b$  及び  $d$  の数値に関わらず、並行的排他的取引の場合の方が常に低くなる。また、ケース3が成立する ( $b$  と  $d$  が図1の斜線部分に属する) 場合には、市場価格は並行的排他的取引の場合の方が高く、市場全体の供給数量も並行的排他的取引の方が少なくなる。

## Appendix B

## (1) ケース2の場合の均衡

流通業者1について見ると、需要関数は

$$q_{1A} = \frac{a(1-b)(1-d) - p_{1A} + dp_{2A} - bdp_{2B}}{(1-b)(1+b)(1-d)(1+d)}$$

となる。これは、ケース1のときに用いた4つの個別需要関数（個別逆需要関数ではない）から、1Bの項をなくす（ゼロにする）ことで導かれる。個別逆需要関数を用いて1Bの項をなくし、その上で連立方程式を解いて個別需要関数に変形すると、3本の個別需要関数が非対称になってしまう。すなわち、 $q_{1A}$  ( $q_{2B}$ ) の右辺には  $p_{1A}$  及び  $p_{1B}$  ( $p_{2B}$  及び  $p_{1B}$ ) のみが含まれるが、 $q_{1B}$  の右辺には、 $p_{1B}$ 、 $p_{1A}$ 、 $p_{2B}$  が含まれる。先行研究はこのような非対称な形の需要関数を使っている<sup>49)</sup>が、本稿では、対称性を維持した形で需要関数を設定した。

49) Dobson & Waterson (1996) 及び Gabrielsen & Johansen (2015) はこのような需要関数を用いている。

第三段階のゲームは,

$$\pi_1 = (p_{1A} - w_1)q_{1A} + tq_{2A}$$

$$\pi_2 = (p_{2A} - w_{2A})q_{2A} + (p_{2B} - w_{2B})q_{2B}$$

を価格について微分して一階の条件を解けば価格が導かれる。これを需要関数に代入して、数量を書き直す。

第二段階では、流通業者1は、利潤  $\pi_1$  を、生産者利潤に関して

$$\pi_A = (w_1 - c)q_{1A} + (w_{2A} - t - c)q_{2A} \geq 0$$

という制約条件つきで、また流通業者2は、利潤  $\pi_2$  を、生産者利潤に関して

$$\pi_A = (w_1 - c)q_{1A} + (w_{2A} - t - c)q_{2A} \geq 0$$

$$\pi_B = (w_{2B} - c)q_{2B} \geq 0$$

という制約条件下で、それぞれ最大化する  $w_{ix}$  を求める。 $w_{ix}$  の解を価格、数量に代入したうえで、同じ制約条件下で流通業者1の利潤を最大化する  $t$  が求められる。これを再び代入すれば、以下の均衡価格・数量が求められる。

$$w_1 = \frac{4c - bcd - d(1-d)(a - ab - c)}{4}$$

$$w_{2A} = \frac{a(1-b) + c(1+b)}{2}$$

$$w_{2B} = c$$

$$p_{1A} = \frac{a(1-b) + c}{2}$$

$$p_{2A} = \frac{a(3-b-d-bd) + c(1+b+d)}{4}$$

$$p_{2B} = \frac{a(1-d) + c}{2}$$

$$q_{1A} = \frac{(2-d-d^2)(a-ab-c) - bcd}{4(1-b)(1+b)(1-d)(1+d)}$$

$$q_{2A} = \frac{(1-b)(a-c-ad) + cd}{4(1-b)(1+b)(1-d)(1+d)}$$

$$q_{2B} = \frac{(2-b-b^2)(a-c-ad)-bcd}{4(1-b)(1+b)(1-d)(1+d)}$$

## (2) ケース1及び3との比較

ケース2の場合の共同利潤を、流通業者1及び2について計算し、それらがケース1の共同利潤及びケース3の共同利潤よりも大きくなる場合を考える。ケース2との比較の場合には、 $b$ と $d$ の関係のみならず、 $a$ と $c$ の関係にも左右されるため、一般的に解くことは困難である。そこで、 $b$ と $d$ に具体的な数値を入れてシミュレーションすることで、共同利潤の差分が $a > c$ の条件下でプラスとなる領域があるかどうかを確認した。その結果、例えば $b=0.1$ かつ $d=0.9$ の場合にはケース2の共同利潤が流通業者1にとってケース1の共同利潤よりも大きくなることが判明した。しかし3つの流通経路全てで供給数量がプラスになるためには、 $a$ が $c$ に比べて極めて大きくなければならないし、流通業者2にとってはケース1の方が利潤は大きい。

流通業者1がケース2を選ぶ( $b=0.1$ かつ $d=0.9$ )場合には、流通業者の購入価格は $w_{2A}$ を除いてケース1よりも安くなり、市場価格は $p_{2B}$ を除いてケース1よりも高くなるが、市場全体の供給量はケース3の並行的排他的取引の場合よりもさらに小さくなる。流通業者1にとっては、ケース2がケース1よりも利潤が増加する( $b=0.1$ かつ $d=0.9$ )場合でも、ケース3の方がさらに利潤は増加するため、ケース3を選択することが均衡となる。