# **「縦のカルテル ---2017年学会シンポにおける私のコメント」**

　2017年10月に行われた日本経済法学会の大会シンポジウム「独占禁止法70年」において、私は午前の部（独占禁止法の実体規定の検討）のコメントを行った。以下は、そのために用意した原稿に、大会後若干の修正を施したものである。

## **１．行為主体、行為要件、効果要件、正当化事由の４分類**

大会シンポジウムにおいて、山部俊文会員から、独禁法違反行為に係る要件を、行為主体、行為要件、効果要件、正当化事由の４つに整理することでよいか、という問いかけがあった。

　重要な問題提起であるが、私は、この4つに分解することは、誤解を生むおそれがあり、整理の仕方として妥当とは思われない。

　独禁法違反行為は、従来からの整理のとおり、行為主体（「事業者」、「事業者団体」等）、行為要件、効果要件の3つに分けられる、とすべきである。あるいは、不当な取引制限について正確に言えば、「公共の利益」要件を加えて4つというべきである。

　正当化事由を、効果要件と切り離して独立した要件とすることは疑問であり、またその実際上の弊害も生じているように思われる。正当化事由を独立の要件とすることによって、目的と手段の相当性という一般的枠組みで考えることになりがちであるが、そうすると、目的と手段の相当性と効果要件（「競争の実質的制限」）との関係が曖昧になり、また、競争の実質的制限と「公共の利益」とを明確に分けるべきであるのに、これも曖昧になるからである（この点については、近く公刊される立教法学96号掲載予定の「事業法と独禁法」で詳述する）。

なお、上の行為主体要件について、不当な取引制限の主体は相互に競争関係にある事業者に限られるという判例理論に立って、これを行為主体要件に組み込む説があるようであるが、疑問である。相互に競争関係にある事業者に限られるか否かは、行為要件における「相互拘束」の解釈の問題として扱うべきである（本稿2以下で述べる）。

## **２．「横のカルテル」と「縦のカルテル」**

周知のように、独禁法上の不当な取引制限は、相互に競争関係にある事業者によるもの（「横のカルテル」）に限られる、とする判例理論が今日に至るまで通用している（「横のカルテル」と「縦のカルテル」という区別は以前から説かれているが、最近の概説書では、例えば、金井貴嗣＝川濵昇＝泉水文雄（編）『独占禁止法』（弘文堂、第5版、2015）39頁参照。）。

これは、新聞販路協定事件＝東京高判昭和28・3・9（高民6巻9号435頁）によって判示された解釈である。

これによれば，

1. 不当な取引制限の行為要件は「相互拘束」のみであり、「共同遂行」は独立の要件にはなり得ない、
2. 不当な取引制限の当事者は相互に競争関係にある事業者に限定される、
3. 不当な取引制限の行為要件として拘束（制限）の相互性と内容の共通性とが必要である。

しかし、学説では同判決の直後から、「縦のカルテル」を認めるべきであるとする反対論が多数行われてきている。この立場は、独禁法の制定以来、前記の新聞販路協定事件で否定されるまで公取委が採用してきたものであるが、同判決以後、公取委はこれに従って横のカルテルだけが不当な取引制限に当たるとしてきている。

上の判例理論に対する批判の力点は、独禁法違反の多様な形態のうち、縦のカルテルを認めないと、私的独占にも該当しない場合があるために、不公正な取引方法に当たるとするほかはなく、競争の実質的制限という実態に見合った法の適用ができなくなる、という点にある。

私は、2004年の談合をテーマにした学会のシンポジウムにおいて、官製談合を念頭に置いて、「縦のカルテル」の両当事者をともに不当な取引制限の行為主体として捉えるべきであると主張した（舟田「談合と独占禁止法」日本経済法学会年報25号24頁以下（2004））。

その後の学説では、この反対論が有力になりつつあり、上記の新聞販路協定事件判決における①から③をすべて否定する説の方が有力になりつつあると言ってもいい状況にある。

　2016年の学会シンポジウムにおいても、斉藤高広報告をめぐってフロアーからも多くの発言があり、「縦のカルテル」を認めるところまでもう１歩、という雰囲気であった（「不当な取引制限の主体と行為要件の現代的意義」日本経済法学会年報37号40頁以下（2016）、特に49頁以下を参照。比較法的には、「いわば挟を分かった欧米では、複数の者が関与する競争制限行為について、 まずは共同行為規制として捉え、次に独占行為・市場支配的地位の濫用規制の適用を検討する思考枠組みを持っており、 また、違法要件に係る難題、つまり 「相互拘束」という桎梏はない」52頁）。

　今年のシンポジウムにおいても、大久保直樹報告は、新聞販路協定事件判決の再検討を行い、「重畳的適用」の可能性を示した。討論において、山部会員から、「どうして縦のカルテルを認めるとしないのか」と質問があった。これに対し、大久保会員は「エンフォースメント次第」と答えた（私の受け取り方が正確かどうかは、本年度の学会誌に掲載される記録を参照されたい）。

しかし、これは順序が逆であって、まず問題となる行為に対する実体法上の法的評価とそれに基づく法の適用を考え、次に、それを除去し、競争秩序を回復するためのエンフォースメントのあり方を考えるべきである。

## **３．「真の行為者」**

新聞販路協定事件や再販の諸事件などについては、「真の行為者」が誰かをまず確定することが重要である。

第1に、メーカーや新聞発行本社などが、流通業者が共同して、販路や価格を操作したのであれば、「縦のカルテル」として、両者をともに不当な取引制限の行為者とすべきである。

第2に、メーカー等が、流通業者を「支配」して、販路や価格を操作したのであれば、「支配」による私的独占に当たる。

第3に、上の第1の場合に、メーカーや新聞発行本社などが、流通業者が共同行為をなすという法適用を行うことと並んで、一部の流通業者が拘束を拒否して独自の動きをしようとするのをメーカーが抑えるのであれば、メーカーの当該行為は私的独占にも当たる。

新聞販路協定事件判決が、流通業者のカルテルだけを捉え、新聞発行本社が地域割りを行ったということを放置したのは、あまりに実態と乖離した法の適用である。同事件では、上の第１、あるいは第３のケースに当たるのであろう。

ここで「真の行為者」とは、違反行為を行った者という平板な意味ではなく、当該違反行為を企画し、推進する原動力となった者という意味である。例えば、再販は結果から見れば、メーカーと流通業者の共同行為であり、反トラスト法ではこの点を捉えて、カルテルに当たるとするようであるが、これは形式的な捉え方であって、実態を正確に捉えていない。

このように「真の行為者」を捉えることは、実態が複雑であることが多く、法の適用も難しいが、必要不可欠な作業である。

(注)　私はかつて、「ビール卸の不当廉売か、イオンの優越的地位の濫用か？」において、「真の行為者」の捉え方によって、不当廉売と優越的地位の濫用か？」において、「真の行為者」の捉え方によって、不当廉売と優越的地位の濫用のいずれかが決せられると説いた。舟田・個人ホームページ参照（<http://www.pluto.dti.ne.jp/~funada/>）。

## **４．私的独占における「支配」との関係**

上のように考えるとすれば、私的独占における「支配」と不当な取引制限とを組み合わせて適用すべきケースが出てくる（例えば上の第３のケース）。

この点で、柴田潤子報告が、私的独占における「支配」を、直截かつ直ちに事業活動を支配する手段であるトラスト的な支配手段の問題というのは希薄化し、より幅広く支配行為を捉えるというのが近年の傾向であると述べたことは示唆的である。そこに示されたように、私的独占における「支配」を第1の場合だけでなく、第3の場合のように、複数の行為者の内部での支配にも目を向けることが重要である。

上の点について、柴田潤子報告その他において重要と思われる指摘があるので、以下、引用または指摘の要旨を並べておく。

「不当な取引制限においては、基本的に対等な関係が前提となり、共通の目的を持って競争を相互に回避しているかどうかが判断の基準となる。日本医療食協会事件では、----対等な関係での合意の存在が認められず、相互拘束要件の充足は困難である。」（柴田潤子・日本経済法学会年報38号23頁）

「福井県経済農業協同組合連合会事件＝排除措置命令平成27・1・16（審決集61巻142頁）-----同連合会の「指定」・「指示」があり、そのイニシアティブに相手方が従っていたということから「支配」が認められた」（山部俊文「施主代行者による支配型私的独占」ジュリスト1481号76頁（2015））。

泉水文雄「私的独占規制における支配型規制及びエンフォースメントのあり方」日本経済法学会年報28号54頁以下、58頁(2007)では、支配型は、不当な取引制限の解釈の必要性から出現したとされる。

「支配」は、他の事業者を協力させる趣旨であるから、欧米の競争法では、共同行為規制に含まれる。欧米における共同行為と単独行為規制(独占力規制)の区分が日本の独占禁止法の不当な取引制限・私的独占区分にそのまま対応しえないことについては、鈴木孝之「独占禁止法実体規定における行為要件の役割」白鴎大学法科大学院紀要第9号19頁以下 19頁以下（2015）参照。私的独占が共同行為規制を一部引き受けるものとなっているということについて詳論している。

## **５．反競争的行為の絞り**

新聞販路協定事件判決が不当な取引制限は「横のカルテル」に限るとし、多くの学説も「縦のカルテル」を認めるのに躊躇する理由は、すべての双務契約は当事者間の「相互拘束」から成り立つものであり、不当な取引制限の射程があまりに広くなりすぎる、という漠然とした懸念があるからではないだろうか。

　契約上の「相互拘束」と、不当な取引制限における「相互拘束」は、異なる法律上の規定に基づく、内容の異なる概念であるが、どう異なるかを外形ないし行為形態から明らかにすることは、ほとんど不可能であろう。不公正な取引方法における拘束条件付取引の「拘束」も同様であって、どのような拘束がそれぞれの要件に当たるかを、行為形態から限定することはできない。

欧米競争法においても、複数の取引事業者間の共同行為をカルテルとするだけであって、競争事業者間などという条件はないし、どのような形態の行為かという限定が（文言や解釈によって）前もって示されているわけではなく、反競争的効果という点で絞るほかはない。

すなわち、日本の独禁法の下で「縦のカルテル」を認めるとして、その要件は、行為要件としての「相互拘束」ではなく、「競争の実質的制限」に当たるかどうかということによって、対象を絞ることができるし、それで十分であると考えられる。