

21 一般指定15項及び16項の生い立ちと不公正な取引方法規制の基本原則

特別研究員 大久保 直樹

契約の成立の阻止といった取引妨害行為や秘密の漏えいの働きかけなどの内部干渉行為は、独占禁止法において不公正な取引方法として禁止されている(一般指定15項および16項)。これらの行為類型については、競争者間の私的紛争を惹起するにすぎず、本来は不正競争防止法などによって規制されるべきものだ、といった認識がしめされることが少なくない。ではそもそもどうしてこれらを規制する条項が独占禁止法にもうけられたのか、という疑問は、これまで解明されてこなかった。そこで、本研究は、この疑問を念頭において、母法であるアメリカ連邦取引委員会法5条について歴史研究を行った。このような研究を行うことは、不公正な取引方法規制の基本原則についても示唆をもたらすものであった。

I 問題の所在

独占禁止法は、事業者が不公正な取引方法を用いることを禁止している(19条)。どのような行為がこれにあたるかを指定する権限は公正取引委員会に与えられている(2条9項)。これを受けて指定されているのが、一般指定15項の「取引妨害」及び同16項の「内部干渉」である。この「取引妨害」及び「内部干渉」については、競争関係にある二者間の私的紛争を惹起するにすぎず、本来は不正競争防止法(以下、「不競法」)など独禁法以外の法律によって規律されるべきものだ、という認識が示されることが少なくない。現実にも、この認識を裏打ちするかのように、「内部干渉」として例示されている「株主又は役員に対する秘密漏えいの働きかけ」については、より包括的かつ詳細な「営業秘密の保護」規定が不競法に設けられている。

では、そもそもどうして、このような規定が独禁法に置かれたのか、という疑問に、従来の研究は答えてくれない。そこで本研究は、不公正な取引方法の母法であるアメリカの連邦取引委員会法(以下、「FTC法」)5条についてどのような展開があり、それがどのように継承されたかをたどることとしたい。こうした研究を行うことは、一般指定15項及び16項の生い立ちを明らかにするとともに、両規定に関連する解釈論上の争点や不公正な取引方法規制の基本原則についても示唆を与えてくれる。

II FTC法5条a項に基づく規制の展開

1 見解の対立

制定された1914年当時のFTC法5条a項の条文には、「unfair methods of competitionは違法である。」と書かれていた。このunfair methods of competitionという文言が何を意味するかについては、見解の対立があった。以下で紹介するの

は、そのうち、早い時期に公表されたものである。

(1) William H.S. Stevensの見解^(*1)

Stevensは、unfair methods of competitionを判別する一般的基準について、次のように述べていた。すなわち、経済効率や生産効率の点で劣る事業者が市場から退出せざるをえなくなるのは仕方がない。しかし、現実の世界では、往々にして、効率の点で劣っているわけでもないのに退出させられてしまう事業者がいる。そのような退出を余儀なくさせる行為がunfair methods of competitionである。

以上を簡潔にまとめると、unfair methods of competitionとは、効率性という観点からすれば何の問題もない事業者を排除する行為をさす。

Stevensは、具体的には、局地的低対価設定、傀儡事業者の利用、Fighting instruments、抱き合わせ、排他条件付取引、ボイコットなど、リベート・優遇契約、生産資源の独り占め、スパイ行為、Coercionなど、Interference、Manipulationを規制対象候補としてあげていた。一般指定15項及び16項の生い立ちを探る本稿にとって興味深いのは、Stevensが、スパイ行為やInterferenceも5条a項の規制対象になると考えていたことである。スパイ行為(Espionage)というのは、通常のチャネルを通じてではなく、スパイや探偵を利用したり、鉄道会社などの従業員に賄賂を贈ったりすることによって、競争者の事業活動に関する情報を収集することを意味する。一般指定16項の「内部干渉」とオーバーラップする部分がある。また、Interferenceの例として、競争者の営業マンを一人又は二人一組でつけ回し競争者の営業マンの商談に割り込んで競争者の商品が売れないようにしたり、訴訟になった場合には十分な援助を与えることを約束したりしながら契約を破棄するよう働きかけるといった行為が例示されている。これは、「取引妨害」として例示されている「契約の成立の阻止、契約の不履行の誘因」にほかならない。

Stevensが、以上のような見解を最初に公表したのは、FTC

(*1) William H.S. Stevens, Unfair Competition (1917).

法案が議会で審議されている最中であり、彼の見解は、審議過程でも言及された。また、制定後の判例も彼の見解を参照している。しかし、Stevensの見解はあくまでもunfair methods of competitionに関する一つの見解に過ぎず、異なった見解を有する論者もいた。そのような論者の中で、Stevensによって名指して批判されていたのが、Harlan & McCandless（以下、「Harlanら」）である。

(2) Harlanらの見解^(*)2)

Harlanらの一般的基準を簡単にまとめると、methods of competitionがunfairであることに加え、独占の創出や競争の減殺—価格・品質の硬直化—に繋がらなければFTC法5条a項には違反しない、となる。

クレイトン法（FTC法と同時並行的に制定された法律であり、違反行為を具体的に列挙していた）は、競争を実質的に減殺すること又は独占をうみ出すおそれがあることを明文の違法要件としていた。FTC法5条a項には、そのような文言は存在しなかったが、Harlanらは、主に三つの根拠をあげて自らの主張を正当化しようとした。第三の根拠については、次の(3)で紹介することとし、ここでは二つの根拠を紹介する。

第一の根拠は、FTC法5条a項の規制手続がクレイトン法とほぼ同じだということである。Harlanらによれば、手続が同じなのは、規制対象行為が同じ性質を有しているからである。先にも述べたとおり、クレイトン法は、競争の減殺、取引の制限及び独占の創出を明文の要件としている。つまり、クレイトン法違反行為に共通する性質は、競争の減殺、取引の制限及び独占の創出なのであって、ある行為がFTC法5条a項違反となるためには、そのような性質を有している必要がある。

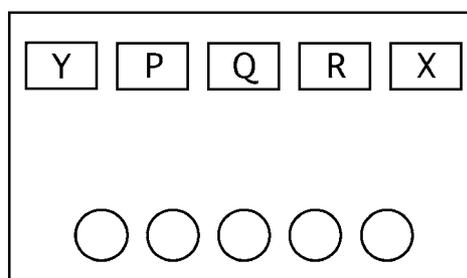
第二の根拠は、Standard Oil判決の多数意見が、彼らと同じような意味で「unfair methods of competition」という語句を用いていたという事実である。同判決は、FTC法5条a項が制定される三年前の判決であったが、判決文中に、unfair methods of competitionという文言が登場し、FTC法案審議中の上院でも言及されていた。

以上が、Harlanらの一般的基準とその根拠である。結局、Harlanらによると、FTC法5条a項は、既存の法体系に実体面で何か新しいものを付け加えたわけではなく、エンフォースメント手段—既存の法制度では、刑事罰と司法省による差止請求しかなかった—を増やしたところに意義がある。

具体的な行為について見てみると、Harlanらは、局地的低対価設定、傀儡事業者、全品目取引強制、ボイコット及びブラックリスト並びにリベートの支払いは間違いなく規制対象になる、と考えていた。一方、スパイ行為については、「それ自体が競争を減殺したり市場支配力の獲得・維持したりする目的で行われるわけではなく、スパイ行為を通じて得た情報を利用して、たとえば局地的低対価の設定または排他的販売

契約の締結によって最終目的を実現しようとするのである。」と述べている。この記述によると、スパイ行為それ自体は、原則としてunfair methods of competitionにはあたらないことになろう。このほか、競争者の商品をおとしめる行為、詐欺又は欺瞞的方法による商品供給、および、競争者の商品は特許権を侵害しており購入者も侵害者になるという嘘を触れ回る行為についても、競争減殺又は市場支配力の獲得等のために用いられ実現のおそれが高い場合にはunfair methods of competitionに該当することを否定していないが、基本的には私人間の紛争を惹起するに過ぎないとしている。

ここで、Stevensの見解とHarlanらの見解を比較してみると、Stevensの方が、躊躇なく規制対象とする行為類型が多い。この差は、両者が前提とする一般的基準の差に起因すると考えられる。競争が減殺されたり独占が誕生したりする過程においては、効率性という点では何の問題もない事業者が排除されるであろう。つまり、Harlanらが違法だと判断した事例については、Stevensも常に必ず、違法だと判断する。しかし、その逆は必ずしも成り立たない。効率性という点では何の問題もない事業者が市場に複数存在する場合、そのうちの一部を排除したからといって、直ちに競争が減殺されたり独占が誕生したりする—価格・品質が硬直化する—わけではない。下図で言うと、Xがいなくなっても、P、Q、Rとの競争は引き続き行われるかも知れない。Stevensによれば、その場合でも違法だということになると考えられるから、Harlanらの方が、違反となる場合を限定することになる。



両者の対立は、5条a項のunfair methods of competitionにとどまらず、次の5条b項にも及んでいた。

(3) FTC法5条b項に関する見解の対立

FTC法5条b項は、「ある者がunfair method of competitionを用いていると信ずるにたる理由があり、措置をとることが公の利益に合致すると判断される場合に」その者を名宛人として手続を開始するようFTCに命じていた。

Harlanらは、unfair methods of competitionに関する自らの解釈を正当化する第三の根拠として、このb項をもあげた。すなわち、公の利益に合致するかどうかの判断を全面的にFTCへ委ねることは憲法上の問題を生じさせるから、この判断は

(*)2) John Maynard Harlan & Lewis K. McCandless, The Federal Trade Commission (1916).

既存の法理に従って行うべきだというのが立法意思だったのであり、既存の法理によれば、規制することが公の利益に合致する行為とは、独占の創出又は競争の減殺につながる行為である。

Harlanらの考えによれば、規制することが公の利益に合致すること(=独占の創出又は競争の減殺につながることを)を証明しないと違法ではないことになる。これに対しStevensは、公の利益の有無をFTCが主張・証明する必要はないと主張した。なぜなら、Harlanらのb項解釈は誤りであって、違法な行為を実際に取り上げるかどうかについてFTCに裁量権を与えたのが5条b項だからである。

ここまでをa項も含めて再度まとめると、Stevensがunfair methods of competitionという言葉に広い意味を持たせたのに対し、Harlanらは限定的に解した。これに関連して、FTC法5条b項が、FTCに裁量権を与える規定なのか、FTC法5条a項を別の言葉で言い換えた規定なのかという対立があった。

以上学説を見てきたが、FTC法5条の実際の運用を担うFTC及び裁判所は、これらの点について、どのように考えていたであろうか。次に、この点を見ていくこととする。

2 FTC及び裁判所の立場

年次報告書及び判例^(*)によれば、FTC及び裁判所は、unfair methods of competitionとは何かについて一般的な定式化をしなかったが、競争の減殺又は独占につながる行為だけに限られるとは考えていなかったようである。

具体的な規制例を見てみると、設立当初のFTCは、かなり多種多様な行為を規制していた。そして、その中には、「契約締結又は履行の妨害」や「スパイ行為」も含まれていた。ただし、これらの行為がとりあげられることはさほど多くなく、なおかつ各審決の記述は簡潔なものであったから、競争を制限し独占を作り出すものとして規制したのかどうかは必ずしも判然としない。そして、1920年代後半以降は、これらの行為が取り上げられることはなくなっていった。

この1920年代後半には、5条b項について次のような運用方針及び判決が登場した。FTCは、1927年会計年度年次報告書において、「違法なunfair practicesによって惹起されるのが、私人間の紛争以外の何ものでもなく私人が裁判所へ直接訴えれば足りる場合には、FTCは今後当該行為について審判手続を開始しない。ただし、当該取引方法が相当程度の影響を公衆に与える場合は除く。」という運用方針を宣言した。この運用方針は、Stevensと同じく、違法行為を取り上げるかどうかについてFTCが裁量権を有する、という立場をとっている。しかし、Stevensの著書には、二当事者間の紛争へ介入することに躊躇する記述は見られないのに対し、上記運用方針は、そのような紛争への介入に消極的である。

5条b項についての判例はFederal Trade Commission v. Klesner, 280 U.S. 19 (1929)である。同判例によれば、公の利益に合致するかどうかは、FTCが措置をとるべきだったかどうかの司法審査基準だということになる。

Klesner判決の5年後のKeppel判決は、この「公の利益」を次のように敷衍した。同判決の判示は、日本法への示唆という点で重要と思われるので、紹介しておきたい。

「本件取引方法は40以上の同業者によって用いられている。…Keppel社は、本件取引方法によって、年合計約23万4千ドルを売り上げている。…これだけ広まった取引方法が、競争者にとどまらず小売業者及び消費者にも影響を与えることは必至である。それゆえ、この取引方法の影響は、当該業界全体に及んでいる。このような取引方法を規制することは公の利益に合致する。」

この判決が言及している事情(Keppel社の売上高および当該取引方法が多くの上業者によって採用されていること)は、日本法上「行為の広がり」と言われているものと同じであると思われる。この点については、「IV 日本法への示唆」で再度触れる。

「契約締結又は履行の妨害」や「スパイ行為」がFTCによって取り上げられなくなっていった1920年代後半には、以上のような動きがあった。これ以降も21世紀の今日に至るまで、FTC法5条、特にa項については様々な動きがあるが、15項及び16項の生い立ちを探るとい目的との関係では、以上のような流れを押さえておけば十分である。日本法への継受に目を向けることにしよう。

III 日本法への継受 - 1950年指定仮案

「取引妨害」及び「内部干渉」を規律する一般指定15項及び16項は、1953(昭和28)年改正に伴って指定された。同指定時の説明としては、競争者の乗っ取りを未然に防ぐために、乗っ取りの手段として用いられる行為を規制するのが両項である、といった説明がなされていた程度であり、アメリカ法の継受の様子は不明である。

筆者の見るところ、1953年改正にはその前哨戦とも言える出来事があった。1950年の指定案公表がそれである。1950年(昭和25)当時、「不正な取引方法」は「不正な競争方法」という名称であった。同年の初頭、公取委は、この「不正な競争方法」として、次のような行為を指定しようとした。

一 会社…が、左の行為をすることにより、自己と国内において競争関係にある国内の他の会社の事業経営に

(*) Federal Trade Commission v. Keppel, 291 U.S. 304, 310-11 (1934).

干渉又は妨害を加えること

(イ) 当該会社の株主に対し、自己の指図に従い、株主の権利を行使し、若しくは当該会社の株式を売却若しくは譲渡するように勧誘し、又は強制すること

(ロ) 当該会社の役員又は従業員に対し、当該会社の営業上の秘密、顧客の名簿その他の秘密の情報を洩らし、若しくはその職務の遂行中当該会社の利益を害する行為をし、若しくは利益となる行為をしないように勧誘し、又は強制すること

(ハ) (略)

二 (略)

三 国内において競争関係にある他の事業者とその顧客、供給者、代理店又は従業員との間の契約の不履行を勧誘し、その他いかなる方法をもつてするかを問わず、これらの契約の履行を妨げること

細かな点で違いはあるが、指定案と現行規定が似ていることは間違いない。紹介した指定案の条文については、乗っ取りの手段行為を規制するものとは説明されていない。

この指定案の作成にあたって少なからぬ役割を果たしたと思われる公取委職員は、指定案を周知するために論文を執筆している^(*)4)。この論文を読むと、アメリカ法の継受の様子をうかがい知ることができる。内容を簡潔に紹介すると、同論文の「unfair methods of competitionとは何か」に関する概括的記述は、Stevensの著書の記述を要約したようなものとなっている。また、この当時最新版のFTC年次報告書を引用して、「FTCがこれまでに排除措置命令の対象としたことのある行為類型」として、31の行為類型を列挙している。

II. のような整理を踏まえた上でこの論文を読むと、第一に、Harlanらのような見解についてどのように考えていたのか、第二に、1920年代後半以降とりあげられなくなった行為があることをどのように認識していたのか、といった疑問が生じる。これらの疑問を解消するに十分な記述がなされているとは言いがたく、どこまで練り上げられたものだったのかは定かではないが、1950(昭和25)年に15項や16項と同種の行為を指定しようとした際には、Stevensと同旨の一般論がとられ、過去40年弱のFTCの規制例が参照されていた。

IV 日本法への示唆

以上のような両項の生い立ちが、どのような示唆を有するかを見る前提として、不公正な取引方法に関する現在の公取委・通説を確認しておく。

冒頭で述べたように、具体的にどのような行為が不公正な取引方法にあたるかを指定する権限は公取委に与えられている。公取委は、「取引妨害」や「内部干渉」だけでなく、抱き合わせ、排他条件付取引、不当廉売(局地的低対価設定もこの一種)といった行為も、業種を問わない指定の対象としている。現在の公取委・通説によれば、抱き合わせ、排他条件付取引、不当廉売などの行為は、Harlanらと同様の考えに従って規制される。つまり、これらの行為は、「市場における自由な競争を侵害(競争を滅殺)するおそれ」を問題として規制されることになっている(ただし、ここで、「おそれ」=一般的・抽象的可能性で足りるとされていることに注意が必要である)。これに対して、一般指定15項および16項は、良質・廉価な商品役務の提供による競争を妨害するから問題なのだとされている。これは、Stevens的な観点から規制するものと考えられる。以上が、確認しておくべき現在の公取委・通説である。

一般指定15項及び16項に関する解釈論上の争点として、次のようなものがある。すなわち、現在の公取委・通説は、「行為の広がり」を欠いた取引妨害行為又は内部干渉行為は独禁法違反ではないとしている。「行為の広がり」とは、「当該行為の相手方の数、当該行為の継続性・反復性、伝播性等」を意味する。この「行為の広がり」を要求することによって、一取引相手に対し一回限り「取引妨害」を行っただけで追随者もいない場合には、それによって競争者を排除したとしても、独禁法に反しないことになる。しかし、以上のような公取委・通説に対して、「行為の広がり」のない行為も独禁法に違反するのであって、公取委が措置をとることはないだけだという説も近時有力である。

この「行為の広がり」の生い立ちは、一般指定15項及び16項の生い立ち以上に不分明であり、本稿もそれを明らかにすることはできない。しかし、従来の文献でも、FTC法5条b項の文言とFTCの運用方針だけは繰り返言及されてきていた。そして、5条b項に関するKeppel判決は、Keppel社の取引高と伝播性をあげて、規制することが公の利益に合致すると判断した。「行為の広がり」も、やはりアメリカ法を母法とするものと考えられる。そうであるとすれば、「行為の広がり」は、公取委が事件を選択する際の考慮要素又は司法審査基準であって、「行為の広がり」のない「取引妨害」や「内部干渉」も独禁法に違反することになる。これが、両項の生い立ちを探ることから得られる示唆の一つである。

このように、「行為の広がり」について公取委・通説とは異なった解釈をとると、一般指定15項及び16項は、他の行為類型に関する規定とはますます異質なものだということになりそうである。しかし、Stevensは、すべての行為類型について、効

(*)4) 今村成和「不公正競争方法の禁止について—公取の第一次指定に際して—」財政経済弘報178号(1950)。この論文は、のちに同『私的独占禁止法の研究』(有斐閣、1956)に所収されたが、サブタイトルを削除するなどした結果、第一次指定をきっかけに執筆されたものであることはわからなくなった。

率性の点で何の問題もない事業者を排除するから違法だと考えていたことをここで想起すべきである。

現代のアメリカでは、独占の創出又は競争の減殺に繋がらない行為がunfair methods of competitionにあたらぬことは当然視されている。つまりは、Harlan らのような考え方が確立している。この考え方に従うと、Yが取引相手に対しXとだけは取引しないよう要求し(排他条件付取引)これによってXを排除したとしても、P・Q・Rとの競争が残るのであれば、当該取引はunfair methods of competitionにあたらぬと判断されそうである。

しかし、アメリカ法についても、次のような主張が論理的には可能である。すなわち、unfair methods of competitionに該当することの効果は、FTCによる排除措置命令のみであって、刑事罰や三倍賠償といった効果が発生するわけではないから、unfair methods of competitionを広く解釈してもかまわない。

不公正な取引方法についても、刑事罰や三倍賠償といった効果は発生しない。そして、排他条件付取引は、競争の減殺という観点から規制されることになっているが、「おそれ」という文言があり、抽象的・一般的な可能性で足りると考えられている。したがって、PやQやRが残ったとしてもXの事業活動が困難になれば競争減殺の「おそれ」はある、という結論も決して突飛ではない。

この結論に対しては、母法であり世界的にも強い影響力を有するアメリカ法と異なった考え方をとるべきではないという反応が予想される。しかし、こうした反応に対しては、以下のようなことが指摘できる。

第一に、FTC法にせよクレイトン法にせよ、いずれも連邦レベルの法律である。日本ではたいていの場合連邦レベルだけしか参照されないが、州レベルにも同様の法体系がある。連邦レベルではHarlanらの考え方が確立しているかも知れないが、州レベルではどうなのだろうか。この点、不当販売規制に限ってではあるが、州レベルでは、競争の減殺又は独占の創出が要件とはされていないとの指摘もある^(*)。

第二に、わが国では、独占禁止法の不公正な取引方法にあたるか不競法2条1項に列挙された行為でないと、基本的には差し止められない。このような状況下でアメリカ法の大勢に従ったとすると、競争の制限又は独占の創出に繋がらない行為は、不競法2条1項に列挙されていないかぎり差し止められない。これに対して、アメリカの不競法分野は、判例法の果たす役割が少なくなく、日本法よりは柔軟ではないかと思われる。不競法が柔軟であれば、独禁法が「競争の制限又は独占の創出」という基準を採用してもかまわないかも知れないが、柔軟でない場合には、独禁法の方でそれなりの基準をとることが必要なのではないか。

このように、独禁法とFTC法・クレイトン法などだけを取り出して考えるのではなく、視野を広くとる必要がある。このことを念頭におきながら、不公正な取引方法規制の基本原則について、今後とも考察を進めていきたい。

(*) 中川寛子『不当販売と日米欧競争法』(有斐閣、2001)179頁。

