

独占禁止法と 損害賠償・差止請求

村上政博 [監修]

向 宣明 / 中野雄介 / 宇都宮秀樹 [編集代表]

大東泰雄 / 秋葉健志 / 平山賢太郎 / 藪内俊輔 [編]

第4節 単独行為・排除行為

1 総論

本節では、損害賠償請求訴訟のうち排除行為の存否が争われた事案についてみていくこととする（なお、差止訴訟事案については第3章参照）。

排除行為は競争において日常的にみられるものであることから、その独禁法違反該当性を検討するにおいては、正常な競争過程を反映した行為と人為的な排除行為との境界線が問題となるところであり、裁判例及び公取委審決・命令先例によって徐々に具体的な規範が形成されている。

また、排除行為が独禁法に違反する旨の主張に基づく損害賠償請求訴訟は、公取委審決・命令による違反行為認定をまって提起されることも多い。公取委審決・命令に基づく排除措置は被害回復措置（損害賠償等）を含まないという考え方が一般的である現状のもとでは、被害者等によって提起される損害賠償請求訴訟は、公取委による独禁法執行を補完するものとしても重要な意義を有しているといえる。

本節では、排除行為について独禁法違反行為該当性が肯定され損害賠償請求が認容された裁判例や、裁判上・裁判外の和解により金銭上の補償等が行われたとみられる事例を、①排他的取引・抱き合わせ、②低価格設定、③単独取引拒絶及び④その他の非定型行為に分類して紹介し、若干の分析を加えることとしたい。

2 排他的取引・抱き合わせ販売

(1) 概要

排他的取引をめぐり損害賠償請求訴訟において原告の請求が認容された代表的事例として、東芝エレベータテクノス訴訟がある。同訴訟は、抱き合わせ販売等についての独禁法解釈に関する重要な先例であるとともに、損害賠償額の具体的算定方法に関しても重要な示唆を与えるものである。

このほか、公取委審決・命令に後続して提起された損害賠償請求訴訟が複数存在することが注目される（ディー・エヌ・エー訴訟、インテル訴訟）。これら訴

訟は、いずれも和解ないし取下げによって終了したので裁判所による独禁法解釈規範の形成には至らなかったが、公取委によるエンフォースメントを補完して被害者に一定の被害回復をもたらした事例であるといえる。

(2) 東芝エレベータテクノス訴訟

ア 製品と保守業務・保守部品の関係をめぐる議論

エレベータの保守点検に係る業務をめぐっては、エレベータ製造業者やメーカー系保守業者が、保守・点検業務において必要とされる部品の独立系保守業者に対する供給を遅延させる等の行為について、独禁法違反行為該当性が複数の民事訴訟において争われてきた（東芝エレベータテクノス訴訟のほか、日立ビルシステム訴訟〔東京高裁判決平成23年9月6日（平成23年(ホ)第1761号）審決集58巻（2）243頁〕がある）。

最近では、公取委競争政策研究センター研究会において、市場支配力を有する企業が当該市場における事業活動を通じて収集するデータが当該市場又は他の市場における事業活動において不可欠な役割を果たすなどの場合であって、競争者又は顧客に対してデータにアクセスさせる義務があると認められる場合において、正当な理由なく当該競争者又は顧客に対してデータへのアクセスを拒絶する場合には、排除型私的独占ないし単独・直接の取引拒絶に該当する場合がある旨の指摘が行われているところ、当該指摘に際して東芝エレベータテクノス訴訟における判示（同社が部品供給義務を負う旨の判示）が参照されるなど（公取委競争政策研究センター・データと競争政策に関する検討会「報告書」（平成29年6月6日））、議論は新たな広がりを見せている。

イ 公正競争阻害性における安全性確保目的の考慮

東芝エレベータテクノス訴訟は、エレベータ製造業者（の子会社）による同社製品保守・点検用部品の供給拒絶をめぐる事案であるが、判決は交換部品と保守業務との抱き合わせ等に注目している。

本件における重要な争点は、東芝エレベータテクノス社がとった販売方針における安全性確保という目的が独禁法解釈においてどのように斟酌されるかという点であった。この点について、判決は、一般指定における「不当に」該当性が公正競争阻害性の有無によって判断されるべきものである旨確認したうえで、商品の安全性確保は「直接の競争の要因とはその性格を異にするけれども、

これが一般消費者の利益に資するものであることはいうまでもなく、広い意味での公益に係わるものというべきである」ので公正競争阻害性認定における考慮要素とされる旨明らかにした。本判決は、公正競争阻害性解釈についての考え方を明示した重要な先例である。

大阪高裁判決平成5年7月30日（平成2年(ホ)第1660号）判時1479号21頁、
審決集40巻651頁

<事実の概要>

東芝エレベータテクノス（Y。被告・控訴人）は、エレベータの保守点検分野において業界第3位の事業者である。Yは、エレベータの製造販売業を営む株式会社東芝（以下「東芝」という）の完全子会社であり、東芝製エレベータの保守点検業務を営むとともに、東芝製エレベータの保守部品を事実上一手に独占販売していた。

(1) 甲事件

X1（原告・被控訴人）はビルの所有者であり、ビルに設置された東芝製エレベータについて、独立系保守業者Aと、保守点検契約を締結していた。エレベータが事故を起こしたため部品の交換が必要になり、X1がYに部品を注文し至急納品してほしい旨依頼したところ、Yは、保守部品の取替え、修理及び調整工事を併せて発注しない限り注文には応じない旨及び注文部品の納期は3か月先である旨回答した。その後、エレベータが再び故障したため、X1がYに対して部品供給を催促したが、Yは供給に応じなかった。

(2) 乙事件

X2（原告・被控訴人）は独立系保守業者であり、ビルの所有者Bとの間で、当該ビルに設置された東芝製エレベータについて保守点検契約を締結していた。エレベータが故障を起こし部品の取替えが必要となったところ、X2は、独立系保守業者はYに部品を注文しても取替調整工事込みでなければ部品の供給を受けられないことを知っていたので、Bの名義でエレベータ修理をYに依頼したが、Yは応急修理しか行わなかった。その後、X2とBとの間の保守点検契約は解約され、BはYと保守点検契約を締結した。

(3) 第一審判決（大阪地裁判決平成2年7月30日（昭和60年(ワ)第2665号）判時1365号91頁、審決集37巻195頁）は、甲事件、乙事件いずれについても、Yの行為は不公正な取引方法（取引妨害，一般指定現14項（旧15項））に該当し独禁法19条に違反するとして、Yの損害賠償責任を認めた。Y控訴。

＜判旨＞控訴棄却。

(1) 「商品の安全性の確保は、直接の競争の要因とはその性格を異にするけれども、これが一般消費者の利益に資するものであることはいうまでもなく、広い意味での公益に係わるものというべきである。したがって、当該取引方法が安全性の確保のため必要であるか否かは、右の取引方法が『不当に』なされたかどうかを判断するに当たり、考慮すべき原因の1つである。」

「本件においては、Yが本件各部品を単体で供給することなく、取替え調整工事込みでなければこれを供給しないと、このような両者一体のもとでの部品供給でなければエレベータの安全性を確保できないと認めるべき証拠は存しない。」

(2) 「本件各部品とその取替え調整工事とは、それぞれ独自性を有し、独立して取引の対象とされている…。そして、安全性確保のための必要性が明確に認められない以上、このような商品と役務を抱き合わせての取引をすることは、買い手にその商品選択の自由を失わせ、事業者間の公正な能率競争を阻害するものであって、不当というべきである」。

(3) 「Yの甲事件行為については、まさに前記のようなYの抱き合わせ販売の方針に基づくものであって、…一般指定によれば、右の行為は…10項に該当する」

「Yの乙事件行為については、抱き合わせ販売の方針に従ってなされたものではあるが、もともとX2において乙事件部品のみ注文をしたわけではなく、右方針に従い、取替え調整工事込みで注文をしたのであるから、これが不当な抱き合わせ販売に当たるとしてその損害賠償を求めるのは筋違いである」ので、「〔旧〕一般指定15項の不当な取引妨害行為に当たる」。

＜損害額の認定（原審判決）＞

(1) 甲事件について、「甲事件原告と愛媛メンテナンスとの保守契約は、フルメンテナンス契約であり、フルメンテナンス契約においては、本来保守業者が保守費用を負担することになっていること、甲事件原告と愛媛メンテナンスとの保守契約書に、応急修理と本修理を区別して、本修理がされる前の応急修理の費用を甲事件原告が負担する旨の条項が存しないことが認められ」る。

「甲事件原告は、被告が注文に応じてくれなかったので、被告から甲事件部品を買うことができず、甲事件エレベーターを直ちに修理することができなくなり、危険な状態でエレベーターの利用を続木ビルの居住者や利用者に強いることになった」。また、「大阪市内にある阪神輸送機で応急修理をしてもらうため、〔中略〕エレベーターを停止したことにより、階段の利用を余儀なくさせることになり、名誉及び信用を害された」。「被告の不法行為によって甲事件原告が受けた名誉・信用毀損に対

する慰謝料としては、10万円が相当である」。

(2) 乙事件について、「乙事件原告とBとの保守契約が被告の不法行為がなかった場合確実に継続したと相当因果関係が認められる期間は、1年とするのが相当である。右契約による1年間の純利益が乙事件原告の得べかりし利益となる」。

「昭和60年度の総理府統計局編個人企業経済調査年報によれば、乙事件原告の営業利益は33.3パーセントとみるのが相当である」。「乙事件原告とBとの保守契約の保守金額は月16,000円であるから、乙事件原告は、1年間に、Bとの保守契約によって192,000円を得ることができ、その33.3パーセントである63,360円が、乙事件原告の被った損害ということになる」。

控訴審判決は原審判決を引用してその判断を是認した。

ウ 抱き合わせ販売等による公正競争阻害性

本判決は、甲事件について一般指定10項（抱き合わせ販売等）を適用し、その公正競争阻害性について「買い手にその商品選択の自由を失わせ」という不正手段性に着目して認定している。また、乙事件については、「抱き合わせ販売の方針に従つてなされたものではあるが」原告である独立系保守業者が保守用部品を取替え調整工事込みで（すなわち、保守用部品のみではなく）発注したという事実関係を重視して、一般指定10項ではなく同15項（競争者取引妨害。現14項）を適用しているところ、競争者取引妨害も不正手段性に着目した規定であるといえる。

しかし、本判決から窺われる本件の実態は、被告が交換部品供給をいわば梃子として、親会社製エレベータの保守に係る市場における地位を確保するというものであったと見てよいだろう。したがって、問題の行為によって影響を受ける取引範囲を踏まえて関連市場を画定すれば、それは被告の親会社が製造するエレベータの保守に係る市場であり、問題の行為については当該市場における競争者排除行為として構成することが直裁であったといえよう。

本判決が、甲事件において認定した抱き合わせ販売行為の公正競争阻害性について、不正手段性に着目して判示していることは、公取委研究会昭和57年報告書における抱き合わせ行為に関する議論に沿うものである。しかし、同報告書も抱き合わせについて競争者排除の観点から公正競争阻害性が認められる旨を明らかにしているのであるから、本判決が不正手段性について論じたことは本件の処理に必須のものではなかったように感じられる。また、乙事件につい

ては、被告が「抱き合わせ販売の方針」をとっていたことにこそ公正競争阻害の端緒があり、原告は被告の当該方針を知ったうえで商品・役務を発注したにすぎないのであるとすれば（実際にも、当該方針を知らなければ保守部品のみを発注していた可能性があることを否定しがたいだろう）、甲事件と差異を設けることなく抱き合わせ販売事案として処理すれば足りたように感じられる。

なお、上記のように関連市場を画定すれば、当該市場における被告の市場シェアは独占に近かったものとみられるので（被告がわが国の「エレベータ保守市場」において有する市場シェアは、エレベータ市場において被告の親会社に競合する有力なメーカーが存在していたと推察されることからすれば、高いものではなかったであろう。しかし、関連市場を「被告の親会社製エレベータの保守市場」と画定する以上、被告の当該関連市場における市場シェアは独占に近かったであろう）、甲事件及び乙事件を競争者排除行為とみれば排除型私的独占該当性も肯定され得る事案だったといえよう。

Ⅱ 損害額（逸失利益）の算定

独禁法違反行為の直接の被害者が損害賠償を請求する場合に主張する損害は、通常は、逸失利益である。本判決は、裁判所による相当な損害額の認定制度の導入（民訴248条）の前において、独禁法違反行為によって生じた逸失利益について具体的に算定が行われた貴重な事例である。

すなわち、原審判決は、甲事件について、原告が甲事件エレベータを直ちに修理することができず、ビルの居住者や利用者に階段の利用を余儀なくさせることとなるなどして名誉及び信用を害されたとして、慰謝料（10万円）の賠償を認容した。また、乙事件については、被告の行為なかりせば原告の保守契約が確実に継続したという相当因果関係が認められる期間を1年と認定したうえで（原告は、保守契約が継続すると想定される期間はエレベータ耐用年数（17年間）である旨主張したが、裁判所はこれを斥け、保守契約が確実に継続する期間は1年間であると認定している）、原告の営業利益（33.3%）を認定して逸失利益（63,360円）を算定した。控訴審判決は、原審による以上の認定を是認した。

本判決は、営業利益率の認定手法（政府統計の利用）などにおいて注目に値するが、認容額が比較的低額にとどまっていることは、懲罰的賠償制度を有しないわが国民事訴訟制度の限界を示しているというべきであろう。なお、独禁法違反行為を理由とする損害賠償請求訴訟については、かねてより民事訴訟法

248条の活用が説かれており、入札談合事件においては、裁判所が同条に基づいて相当な損害額を認定する例がすでに少なからずみられるが（本章第3節参照）、排除行為に係る損害賠償請求事件では同条に依拠することなく損害額が算定される例が多く、対照的である。

（3）ディー・エヌ・エー訴訟

ア 排他的な拘束条件付取引による競争者排除効果

排他的取引について独禁法違反該当性が議論される事例は、東芝エレベータテクノス訴訟でみたような、ある市場における支配的地位等をいわば梃子として他の市場における地位を維持・拡大するなどしたとみられる事案に限られない。公取委・排除型私的独占ガイドラインは、排他条件付取引や排他リベート等を典型的な排除行為として例示しているところ、これら行為に関する損害賠償請求訴訟も現れている。

特定の競争者を排除することを内容とする拘束条件付取引をめぐる損害賠償請求とみることができる事案として、ディー・エヌ・エー訴訟がある。公取委は、ディー・エヌ・エーがその取引先供給業者に対して特定の競争者（グリーン社）を排除する取引条件への応諾を要求するなどした行為が一般指定14項（競争者取引妨害）に該当するとして、グリーン社による本訴訟の提起に先立って排除措置命令を行ったが、本事案は実質的にはむしろ拘束条件付取引（一般指定12項）に該当するとみるべきものであったと分析する評釈が数多くみられる。

＜事実の概要＞（公取委排除措置命令平成23年6月9日〔平成23年（措）第4号〕審決集58巻第1分冊189頁）

ディー・エヌ・エーは、ソーシャルゲーム提供事業者のうちディー・エヌ・エーがソーシャルゲームの提供において有力な事業者であると判断して選定した者に対し、グリーン株式会社の運営する携帯電話向けソーシャルネットワークワーキングサービスを通じてソーシャルゲームを提供した場合には当該ソーシャルゲーム提供事業者がディー・エヌ・エーの運営する携帯電話向けソーシャルネットワークワーキングサービスを通じて提供するソーシャルゲームのリンクをモバゲータウンのウェブサイトに掲載しないようにする措置をとることにより、グリーン株式会社の運営する携帯電話向けソーシャルネットワークワーキングサービスを通じてソーシャルゲームを提供しないようにさせていた。ディー・エヌ・エーは、公取委が立入検査を行ったところ、平成22年12月15日頃以降、上記の措置を取りやめている。

具体的には、ディー・エヌ・エーは、ソーシャルゲーム提供事業者との間で、モバゲータウンを通じたソーシャルゲームの提供に伴う手数料（登録ユーザーが当該ソーシャルゲームにおいてアイテムを購入するなどにより発生する売上げに係るもの）等を収受する旨の契約を締結した上で、平成22年1月頃、当該ソーシャルゲーム提供事業者にモバゲータウンを通じてソーシャルゲームの提供を開始させている。これに対して、グリーも同様に、ソーシャルゲーム提供事業者との間で、GREEを通じたソーシャルゲームの提供に伴う手数料等を収受する旨の契約を締結した上で、平成22年6月頃、当該ソーシャルゲーム提供事業者にGREEを通じてソーシャルゲームの提供を開始させている。ディー・エヌ・エーは、ソーシャルゲームに係る売上額（携帯電話向けソーシャルネットワークワーキングサービスを提供する事業を営む者が、ソーシャルゲーム提供事業者から収受する当該携帯電話向けソーシャルネットワークワーキングサービスを通じたソーシャルゲームの提供に伴う手数料及び自らが提供するソーシャルゲームに係る売上額の合計額をいう。以下同じ。）において平成22年1月以降第1位の地位を占めていた（グリーが第2位）。

モバゲータウンの登録ユーザーは、モバゲータウンのウェブサイトにおける「ゲーム」のトップページ等に掲載されたリンクを選択することなどにより、各ソーシャルゲームのウェブサイトへアクセスし、当該ウェブサイトからソーシャルゲームの提供を受けていた。モバゲータウンのウェブサイトにおける「ゲーム」のトップページ等に掲載されるリンクは、「注目のゲーム」、「イチオシゲーム」、「新着ゲーム」等に区分され、ソーシャルゲーム提供事業者等が提供するソーシャルゲームのウェブサイトに至るものとなっており、登録ユーザーを当該ウェブサイトへ誘引する重要な経路となっていた。

ディー・エヌ・エーは、平成22年7月頃、モバゲータウンにおける売上額が多いなど、ソーシャルゲームの提供において有力な事業者であると判断して選定したソーシャルゲーム提供事業者（以下「特定ソーシャルゲーム提供事業者」という。）に対して、GREEを通じて新たにソーシャルゲームを提供しないことを要請していくこととした。そして、特定ソーシャルゲーム提供事業者がGREEを通じて新たにソーシャルゲームを提供した場合には、当該特定ソーシャルゲーム提供事業者がモバゲータウンを通じて提供するソーシャルゲームのリンクをモバゲータウンのウェブサイトへ掲載しないこととする旨を伝えるなどした。要請を受けた特定ソーシャルゲーム提供事業者の少なくとも過半は、第二次リリース以降、ディー・エヌ・エーが許可したソーシャルゲームを除き、GREEを通じて新たにソーシャルゲームを提供することはしなかった。

公取委は、ディー・エヌ・エーが、上記行為によって、自社と国内において競争関

係にあるグリーと特定ソーシャルゲーム提供事業者とのソーシャルゲームに係る取引を不当に妨害していたものであって、この行為は、一般指定14項（競争者取引妨害）に該当して独禁法19条の規定に違反するとして、ディー・エヌ・エーに対して排除措置を命じた。

<損害賠償請求の概要>（グリー社プレスリリース）

グリー及びKDDI株式会社（携帯電話向けソーシャルネットワークサービスを提供している通信事業者）は、不法行為に基づく損害賠償請求として「金10億5000万円以上」（グリー：9億円、KDDI：1億5000万円）の支払を請求した。グリーは、当該請求の理由として「ディー・エヌ・エーは、昨年12月、上記違法行為を取りやめる方針を示しながら、その一方で、それ以後もMobageでゲームを提供しているソーシャルゲーム提供事業者がGREEでもゲームを提供しようとすると、これを妨害していると思われること」などを挙げた。なお、ディー・エヌ・エーは、その後、グリー及び同社代表取締役に対して、名誉毀損等の不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起した。

<和解の経緯及び概要>（グリー社プレスリリース）

上記2件の訴訟当事者は、「今後の更なる業界の発展と健全化を目指していくために、互いに協力することを確認し本件訴訟1及び本2を和解により終了させること」を合意した。グリーによれば、「本件が当社の業績予想に及ぼす影響は、軽微であると考えております」。

本件における排除措置命令の特徴は、上記のとおり、ディー・エヌ・エーの行為への法令の適用において排他的条件付取引（一般指定11項）ないし拘束条件付取引（一般指定12項）を用いることなく、むしろ同社の行為が競争者取引妨害（一般指定14項）に該当するとした点にある。

排除措置命令書「理由」記載事実によれば、本件は、ソーシャルゲームに係る売上額において首位の事業者であるディー・エヌ・エーが、ソーシャルゲーム提供事業者に対して競合他社であるグリー社との取引を開始しないよう要請した事案であるところ、実際にも、要求を受けた提供事業者の少なくとも過半はグリー社との取引を行わなかったというのである。これらの事実認定を重視すれば、本件は、競争者取引妨害の規定を適用するまでもなく、拘束条件付取引（一般指定12項）を適用すれば足りた事案であったようにも思われる（ディー・エヌ・エーが取引先に対して特定の競争者との取引をしないよう要請した点にかんがみ

れば、本件には排他条件付取引ではなく拘束条件付取引（あるいは単独間接取引拒絶〔一般指定2項〕）の規定が適用されることとなる。

この点について、担当官解説（公正取引733号91頁以下（2011年））は、本件ではディー・エヌ・エーの採った今回の手段が公正な競争を阻害するおそれを生じさせた側面が特に大きいので、その点に注目して取引妨害が適用された事案であると考えられる旨説明している。当該解説の趣旨は一義的に明確であるとはいいがたいものの、本件は市場構造の急速な変化や市場規模の急拡大が見込まれる業界における事案であるので、ディー・エヌ・エーの行為によってグリーが事業撤退に追い込まれる具体的蓋然性（事業困難化）が生じることを立証することには困難を伴ったのかもしれない。また、一般に、公取委が、公正競争の確保を図って早期にかつ迅速に審査に着手すればするほど、事業困難化の立証は困難なものとなるだろう。

このように、本件は、自由競争減殺効果を立証するにおいて障害が存在した事案である可能性があり、このことを踏まえれば、不正手段型の公正競争阻害性に着目した事件処理が行われたことにも相応の理由があったといえる。しかし、事案の本質は典型的な拘束条件付取引（ないし単独間接取引拒絶）であったといえよう。

イ 訴訟手続の選択（独禁法25条と民法709条）

公取委の排除措置命令において、独禁法に違反する排他的取引の存在が認定された場合には、その後被害者等が損害賠償請求訴訟を提起することが少なからずみられるものであり、本件もその一例である。

独禁法違反行為を理由とする損害賠償請求については、独禁法25条（排除措置命令等の確定を前提とする無過失損害賠償責任制度）に基づいて東京高裁へ訴訟を提起することが考えられるが、本件においては、損害賠償請求訴訟は民法709条（不法行為）に基づいて東京地裁において提起されている。

独禁法25条訴訟の原告である被害者は、排除措置命令等における認定事実を援用することができ、被告の故意・過失を立証する必要がないので、因果関係や損害額算定の立証に専念できるなど利点があるといわれることがある（なお、裁判所から公取委に対する損害額についての義務的求意見制度（改正前独禁旧84条）は、平成21年改正によって任意的求意見制度へと改められた）。しかし、公取委が排除措置命令書において認定した違反行為の範囲は、被害者が存在すると信じ

る違反行為の範囲より「小さい」場合もあるところ、かかる場合における被害者は、完全な損害回復を実現するためには民法709条を用いて訴訟を提起することが必要となる（独禁法25条と民法709条を併用することも可能であり、この場合には地裁及び東京高裁に訴訟がそれぞれ係属することとなる）。

本件においては、グリーと共同して原告となった通信事業者が「被害者」（独禁法25条）に該当するか否かが争点となり得ること、損害賠償請求の請求原因となる独禁法違反行為が排除措置命令記載の妨害行為にとどまらないようであること等にかんがみれば、原告が民法709条に基づいて損害賠償請求訴訟を提起したことは穏当な選択であったと考えられる。

（4）インテル訴訟

ア 排他リポートによる競争者排除

いわゆる排他リポートは、公取委・排除型私的独占ガイドラインにおいて典型的排除行為のひとつとして言及されている行為類型である。公取委は同ガイドラインにおいて、リポートが需要の刺激や市場の実態に即した価格形成の促進という競争促進の効果を有することに言及する一方で、取引先に対して競争品取扱いを制限するという排他的な効果を有する場合もあるという考え方を示している。そのうえで、リポート供与が排他的取引と同様の機能を有するか否か判断する基準として、①リポートの水準、②リポート供与の基準、③累進度、④遡及性を総合的に考慮するとしている。

公取委が排他的リポートを（排除型）私的独占に該当するとして勧告を行った事例としてインテル株式会社に対する件がある（公取委勧告審決平成17年4月13日）。勧告書において競合他社として会社名が明記されているAMD社が、日本を含む各国において、インテルに対するグローバル訴訟を提起した。

＜事実の概要＞（公取委勧告審決平成17年4月13日〔平成17年（勧）第1号〕審決集52巻341頁）

インテル株式会社（「日本インテル」）は、Intel Corporation（米国法人。「米国インテル」）の日本法人であり、米国インテルからその製造販売するx86系CPUを輸入販売していた。

国内パソコンメーカーに対して直接または間接に販売されるCPUのほとんどすべては、日本インテル、日本AMD及び米国トランスメタの3社が販売するものであった。国内パソコンメーカーにとっては、インテル製CPU搭載パソコンを品揃

えに含めることが重要となっていた。

日本AMD製CPUの数量シェアが平成12年から14年にかけて17%から22%へ上昇したことから、日本インテルは、AMD製CPUの販売数量が今後も増加することを危惧するに至り、CPU販売先である国内パソコンメーカーのうち5社に対し、下記いずれかを条件とするリポートを約束することにより、その製造販売するすべて若しくは大部分のパソコンまたは特定のシリーズに属するすべてのパソコンに搭載するCPUについて、競合他社製CPUを採用しないようにさせる行為を行った。

- ・競合者製CPUを採用しない
- ・競合者製CPU使用数量を10%に抑える
- ・生産数量の比較的多い商品群のパソコンには競合者製CPUを採用しない

競合者製CPUの数量シェアは平成14年に24%であったが、平成15年には11%へ減少し、平成15年における日本インテルの販売数量シェアは89%を占めた。

公取委は、日本インテルに対し、インテル製CPUを国内パソコンメーカーに販売するに際して、国内パソコンメーカーに対し、その製造販売するパソコンに搭載するCPUについて、前記を条件としてリポート提供を行うことを約束することにより、その製造販売するすべて又は大部分のパソコンに搭載するCPUについて、競争事業者製CPUを採用しないようにさせる行為を取りやめること、及びその旨の需要者通知等を行うよう勧告した。

<損害賠償請求における原告主張事実（報道）>

〔「日本AMDもインテルを提訴-60億円の損害賠償を請求」〔平成17年6月30日・CNET Japan available at: <https://japan.cnet.com/article/20084885/>〕〕

AMDは、公取委勧告審決ののち、東京地裁（事件番号不明）及び東京高裁（東京高裁平成17年(ワ)第4号）において損害賠償請求訴訟を提起し、インテルの不法行為について訴状において以下のとおり主張した。

（1）排除行為

ア 東芝、ソニー、日立に対して巨額の資金提供を行い、すべてのPCにAMD製CPUを採用させないようにした。

イ NECに対して巨額の資金提供を行い、製造販売するPCのうちAMD製CPUを搭載した製品の割合を10%以下とさせた。

ウ 富士通に対して巨額の資金提供を行い、複数の売れ筋シリーズについて生産計画を中止または変更させてAMD製CPUを採用させないようにした。

（2）営業妨害行為

ア 国内PCメーカーに対して資金提供などを条件に、製品カタログやウェブサイ

ト上からAMD製CPUを搭載した製品を削除するよう指示した。

イ AMDと顧客の共同プロモーションイベント用に製造されたAMD製CPUの新製品を搭載したPCを、イベント直前にインテルが全台買い取り、インテル製CPUを搭載したPCに入れ替えさせた（その際インテル製CPU搭載PCを全台無償で提供し、さらに宣伝費用を支給するなどした）。

ウ AMD製CPUの新製品の発表会に参加を予定していた顧客に圧力をかけ、参加を辞退させた。

エ PC雑誌の編集者に対して圧力をかけ、PC雑誌に掲載が予定されていたAMD製CPUに関する記載を削除させ、AMD製CPUの性能を評価する記事の内容等を修正させるなどした。

<和解の経緯及び概要>（AMD社プレスリリース）

わが国における訴訟と海外における訴訟に係る包括的和解により、インテルがAMDに対して12.5億米ドルを支払うことに同意し、東京高裁における訴訟は訴えの取下げにより終了した（公取委年次報告（平成21年度版））。東京地裁訴訟も終了したとみられる。

本件においては、パソコン搭載CPU市場におけるインテルの市場シェアがリポート供与開始前においても80パーセントに及んでおり、行為開始後には実に90パーセント弱にまで上昇したこと、国内パソコンメーカーにとってインテル製CPU搭載パソコンを品揃えに含めることが重要であったこと等にかんがみれば、本件は、インテルによるリポート供与が排除効果を有するものであって競争を実質的に制限するものであったことを比較的容易に認定できる事案であったといえる。

本件審決は、本件リポートについて、のちに排除型私的独占ガイドラインが示した考慮要素（上記参照）を個別に検討したうえで総合的検討を行っているものではなく、例えば本件リポートが遡及リポートであった旨の認定はみられないが、各要素をもれなく個別に検討したうえでの総合考慮を行うまでもなく、関連市場において圧倒的な市場シェアを有する事業者が非常に高いリポート供与基準（全量購入を条件とするなど）を設定していたことから、そして現に当該リポート供与との因果関係を見出すことが容易な市場シェア変動がみられたことから、排除行為該当性及び競争の実質的制限が認定されたものと思われる。

イ 訴訟手続の選択（独禁法25条と民法709条）とグローバル和解による解決

（ア）独禁法25条と民法709条の併用

公取委の排除措置命令において、独禁法に違反する排他的取引の存在が認定された場合には、その後被害者等が損害賠償請求訴訟を提起することが少なからずみられるものであり、本件もその一例である。

独禁法違反行為の存在を理由として損害賠償を訴訟上で請求する場合には、独禁法25条（排除措置命令等の確定を前提とする無過失損害賠償責任制度）を用いて東京高裁へ訴訟を提起することが考えられる。本件損害賠償請求訴訟は、民法709条（不法行為）に基づいて東京地裁において提起されるとともに、独禁法25条に基づいて東京高裁に対しても提起された点が特徴的である。

報道（マイナビニュース「日本AMD、国内においてインテルに対し2件の損害賠償請求訴訟を提起」〔平成17年6月30日〕）によれば、本訴訟は「東京高等裁判所に提起された案件は、独禁法第25条に基づくもので、3月8日に公正取引委員会が認定したインテルへの排除勧告を根拠とし、AMD製CPUを市場から排除する行為による損害の賠償として5,000万米ドル（約55億円）を請求するというもの。もう1件の東京地方裁判所に提起された案件は、民法第709条に基づくもので、先の排除行為に加え、AMDへの営業妨害行為を含む損害賠償として5,500万米ドル（約60億円）を請求するものとされる」というものであった。

AMDが民法709条に基づく損害賠償請求訴訟における請求原因に加えた営業妨害行為（公取委勧告審決に現れていない事実）は、それ自体を独立して競争者取引妨害と評価することも可能であろうが、競争者排除という単一の意図に基づいてインテルが行った一連の排除行為をなすとみて排除型私的独占行為（の一部）と構成するとも考え得るところであり、むしろそれが直裁な構成であった可能性がある（複数の行為を包括して単一の排除型私的独占と構成した公取委先例として、北海道新聞社に対する件〔後記5参照〕がある）。しかし、本件ではAMDが独禁法25条に基づく損害賠償請求訴訟を別途提起しているので、二重起訴禁止を理由とする訴え却下を避けつつ複数の訴訟を維持するという観点からは、民法709条に基づく訴訟と独禁法25条に基づく訴訟において請求原因たる事実を振り分けたことは穏当な判断であったように感じられる。

また、独禁法25条に基づく損害賠償請求訴訟については、平成21年改正前においては損害額についての義務的求意見制度が設けられていた（改正前独禁84

条第1項)。本件においても東京高裁から求意見がなされ、公取委は意見書を提出した(公取委年次報告〔平成18年度版〕)。意見書の具体的内容は明らかでなく、またそれゆえ同意見書が本件における和解条件に影響をもたらしたか否か明らかでないが、損害額に関する公取委の意見書は、当事者が損害賠償額算定方法について知見を有しない事案においては、一定の意義を有することがあり得るように感じられる(もっとも、公取委が意見書において損害額を具体的に算定してその結果を記すことはなく、損害額の算定方法に関する意見を述べるにとどめているといわれている)。

(イ) グローバル訴訟・和解による解決

AMDは米国、日本等においてインテルに対する訴訟を提起したところ、両社の間では、グローバルな、かつ独禁法訴訟と知財訴訟を包括する和解が成立し、その結果としてわが国における上記訴訟も終了した。公表された和解契約によれば、インテルがAMDに対して12.5億米国ドルを支払うことを約したほか、両社が5年間にわたるクロスライセンス契約を締結することに合意したとのことである。

ビジネスのグローバル化が進展するに伴って、また日本市場の重要性が他国市場に比して相対的に低下するに伴って、事業者(特に外国事業者)がグローバルなビジネスモデルを日本を含む各国において画一的・統一的に採用する例が増加しているように感じられる(ただし、本件がそのような事案であったか否かは明らかでない)。したがって、グローバル事案についてわが国公取委が特定のグローバルなビジネスモデルについて反競争的である旨判断することは、被害者に対して、それぞれの国・法域において利用可能な行政・司法手続を利用することによって被害回復を図ろうとするインセンティブを高めることにつながるものであるといえる。

他方において、被害者が複数国において損害賠償請求訴訟を提起することが、同一の損害について複数の損害賠償請求訴訟を提起することを意味することとなる場合には、実質的・国際的にみれば二重起訴というべきではないかという問題を生じ得る。わが国においては、この問題点について検討し判断を示した独禁法民事訴訟判決はいまなお皆無というべき状況にある。

3 低価格設定

(1) 概要

価格競争は自由競争の中核をなし競合者の事業に深刻な影響を及ぼすことがあるため、また案件によっては原価割れ販売の事実が明白であるため（無償提供事案等）、低価格設定が独禁法違反に該当する旨の主張に基づいて提起される損害賠償請求訴訟は少なくない。また、公取委による審査（特に任意審査）がいわゆる主要3品目に重点を置いていること（このことについては「平成29年6月7日付 事務総長定例会見記録」〔公取委ウェブサイト〕における質疑応答の内容が興味深い）と異なり、損害賠償請求訴訟は様々な業界の商品役務に関する低価格設定をめぐる提起されており、それゆえ裁判例が一定の先例形成機能を果たしているように感じられる。

これら訴訟における判決は、その大半が独禁法違反の成立を否定して損害賠償請求を退けているのではあるが、判決文においては、費用配賦のあり方、公益性の観点からの検討等、公取委が公表する不当廉売関係審決・命令において現れることのない論点が正面から議論されており、理論上も興味深い問題を提起している。

本項では、低価格設定をめぐる損害賠償請求訴訟のうち、独禁法違反行為の存在及び損害の発生が認定された松岡興産事件及びUSEN訴訟についてみることにする。

(2) 松岡興産訴訟

ア 低価格設定による競争者排除

松岡興産訴訟は、低価格設定行為について裁判所が独禁法違反を認定し損害賠償請求を認容し、その判決が確定した貴重な先例である。

名古屋地裁判決平成11年2月10日（平成2年ワ731号）審決集45巻475頁

<事実の概要>

名古屋生コンクリート協同組合（Y₁。被告）は名古屋地区において、北勢生コンクリート協同組合（Y₂。被告）は三重県北勢地区において、それぞれ、生コンの共同販売等を目的として設立された生コン事業者の協同組合である。Y₁は、名古屋地区生コン卸商協同組合（Y₃。被告）の組合員との間で登録販売店取引基本契約書を締結して生コンを販売している。松岡興産（X。原告）は北勢地区において生コンクリートの製造販売業を営んでいるところ、同社はY₂の組合員ではなかった。

Xは、Y₁及びY₂による三重県四日市市等における生コンの不当廉売、Y₁及びY₃による間接取引拒絶等による損害について、民法709条及び719条に基づいて賠償を請求した。

<判旨（不当廉売について）>

(1) 不当廉売の成否について

ア Y₂は「生コンの共同販売価格を1㎡当たり1万2,000円から8,000円、さらに7,000円へと値下げを行い、Y₁から3億円を借入れて組合員に助成金を交付するなどして、場合により製造原価を下回る価格で共同販売した。そのためXは、Y₂の右廉売行為により、生コンの販売価格を下げざるをえなかったものと認められる。」

イ Y₂が「昭和62年7月1日の出荷分から実施した生コンの共同販売価格1立方メートル当たり8,000円は、同被告が組合員に対し、助成金として、大手セメントメーカーの系列下の工場には1立方メートル当たり410円、それ以外の専業工場には1立方メートル当たり690円を交付していることから、通常生コンの販売価格を大幅に下回るものであり、特に、昭和63年7月1日以降の出荷分から実施した生コンの共同販売価格1立方メートル当たり7,000円は、場合によっては製造原価を下回るものである」ので、Y₂は「生コンの販売価格を1立方メートル当たり8,000円に値下げした昭和62年7月1日から、右価格を1万円に値上げした平成元年11月末まで、独占禁止法に違反して、生コンの不当廉売行為を行っていたものと認められることができる。」

ウ 「Y₂の右廉売行為は、生コン販売の公正で自由な競争を阻害するおそれがあるものと認められ、独占禁止法19条の『不公正な取引方法』を用いることに該当し、違法な行為であると解される。」

エ Y₂は、Xが安値受注の契機を作ったため「販売価格を下げざるを得なかったと

主張するが、 Y_1 から3億円を借り入れるなどして、場合により製造原価を下回るような共同販売価格を取り決め、それを協同組合全体で実施する必要があったとは認められない。」

(2) 損害及び損害額について

ア 「原告は、被告北勢協組の右廉売行為により、生コンの販売価格を下げざるをえなかったものと認められる。」「被告北勢協組は、民法709条に基づき、昭和62年7月1日以降の右不当廉売行為により原告が被った損害を賠償する責任を負う。」

イ 「被告北勢協組の不当廉売行為がなかった場合の原告の生コンの推定販売価格は、生コンの1立方メートル当たり少なくとも8,500円であると認められる。」「原告の31期（昭和63年度）の生コン1立方メートル当たりの販売価格は8,421円である」ので、「8,500円と8,421円の差額79円に1年間の出荷数量11万6,933.7立方メートルを乗じた923万7,762円が、原告の得べかりし利益である」。

本判決は、被告北勢協組 (Y_2) による生コン共販価格が「場合により」製造原価を下回る価格であった旨認定したうえで、当該低価格設定行為が独禁法に違反する旨判示した。本判決は、生コンの製造原価等（総販売原価・可変費用等）について厳密に認定しておらず、またそれゆえ被告北勢協組による低価格設定が一般指定6項前段・後段（現行法においては独禁法2条9項3号・一般指定6項にそれぞれ相当する）のいずれに該当するものとして独禁法19条違反の結論を導いたのか、あるいは一時期において前段に、他の時期において後段に該当する廉売行為を包括的に独禁法19条違反としたものであるのか、明確な認定がみられないため、適用法条をめぐる評釈は分かれている。

本件においては、 Y_2 が、安値受注の契機を作ったのはむしろ原告の側であるといういわゆる対抗廉売の抗弁を提出している点も興味深い。これは、現行の公取委不当廉売ガイドラインにおいて正当な理由の一例として掲げられている「需給関係から廉売対象商品の販売価格が低落している場合」に類する主張であるということもでき、一概に否定すべきものでもないであろう。本判決は、多額の借入、協同組合全体での実施等、行為態様が人為性の強いものであったことを窺わせる事情を具体的に指摘することによって、上記の抗弁を退けている。

なお、本判決は、公取委事務局名古屋地方事務所（現在の事務総局中部事務所）が Y_2 に対して、正当な理由がないのに生コン共販価格を低く設定して需要者

に供給して地区内の非組合員の事業活動を困難にさせ独禁法19条に抵触するおそれがあるとして警告した旨の事実を認定している。公取委による警告は、違反事実を認定するものではなくそのおそれに基づいて行う行政指導にすぎないから、警告書記載の事実について裁判所に対する事実上の拘束力を肯定することはできないと考えるべきであるが、裁判所の心証形成に対してそれなりの事実上の影響をもたらすことはあり得るだろう。

イ 損害額（逸失利益）の算定（推定販売価格の認定）

損害及び損害額の認定に関して、本判決は、原告の販売する生コンについて Y_2 による廉売行為がなかった場合における推定販売価格を1㎡あたり少なくとも8,500円であるとし、これと実販売価格との差額が逸失利益にあたる旨認定した。

本判決は、 Y_2 が助成金を1㎡あたり410円ないし690円交付したうえで共同販売価格を1㎡あたり8,000円に設定したという事実等を手がかりにして上記推定価格を導き出しているところ、かかる手法は、地域によって市場価格に変動があり需要も不安定な本件商品における推定販売価格の算定方法としては有効であると評価されている。しかし、不当廉売事案における推定販売価格の立証及び認定のあり方については具体的な議論が蓄積しておらず、本判決も、上記の算定手法をとることの妥当性について具体的な説明を行ってはいない。本判決は、結局のところ、当時は存在しなかった民事訴訟法248条に基づく損害額の認定に類する裁量的な損害額認定を行って損害額を認定したものとみることができよう。またそれゆえ、本判決は、民事訴訟法248条に基づく損害額認定がどのようなものとなるか予測するうえで参考となるものであるといえよう。

(3) USEN訴訟

ア 差別的対価設定による競争者排除

USEN訴訟は、公取委がUSEN（勧告審決の当時においては有線ブロードネットワークス）等に対して勧告審決を行ったのちに、その競争者であるキャンシテムが提起した損害賠償請求訴訟であるところ、USENによる差別的対価設定について、公取委、裁判所いずれも総販売原価割れを認定することなく独禁法違反を認定した点において興味深い事案である。

東京地裁判決平成20年12月10日（平成17年ワ第13386号）判タ1288号
112頁，審決集55巻1029頁

<事実の概要>

USEN（Y。本訴原告・反訴被告）とキャンシステム（X。本诉被告・反訴原告）は、それぞれ有線電気通信設備等によって音楽を顧客に送信する音楽放送等を業とする者である。有線音楽放送業界において、Y及びXはそれぞれ1位と2位の地位にあり、両社の市場占有率は平成15年6月時点（本件行為開始前）においてYが69%、Xが26%であり、合計で9割を超えていた。

Xの元取締役Aは、平成15年6月にXを退社してネットワークビジョン社（B社）を設立し、Yの業務の一部を受託する旨の契約をYとの間で締結した。その後、平成16年3月までの間にXの従業員1,630名のうち500名近くがXを退職してBに移籍した。また、Yは、平成15年8月以降平成16年5月末まで、単独でまたはBとともに、Xの業務店向け音楽放送顧客のみに対して、通常の切替契約条件からさらに優遇し、放送料金月額を他の新規契約者向け料金から値引（値引率33%）したり、無料サービス期間を通常6ヶ月のところ12ヶ月間へと延長するとともに月額料金を値引（値引率36%）したりすることを内容とするキャンペーンを展開した。

（公取委勧告審決によれば、業務店向け音楽放送の分野におけるYの占有率（受信契約件数ベース）は、平成15年6月時点から平成16年7月までの間に69%から72%に増加し、他方でXの占有率は26%から20%へと減少した）

Yは、Xが有線ラジオ放送業務の運用の規正に関する法律等に違反する状態で営業を継続してYの顧客を奪取した等と主張してXに対し不法行為に基づく損害賠償を請求したところ（本訴）、Xは、YがX従業員を引き抜いたうえ、差別対価（一般指定3項）及び不当な顧客誘引（一般指定9項）に該当する手段により私的独占（独占禁止法2条5項）該当行為を行ってXの顧客を不当に奪取した旨主張し、不法行為に基づく損害賠償を請求した（反訴）。本訴請求棄却、反訴請求一部認容。

<判旨（反訴請求について）>

（1）不法行為の成否について

ア 「原告は、被告の有線音楽放送に関する事業活動を排除することを企て、ネットワークビジョンと通謀して、〔1〕被告従業員に対し虚偽の事実を告げて、被告を退職してネットワークビジョンに移籍するように勧誘し、被告の従業員総数1630名の約3割に相当する496名もの職員を一斉に退職させてネットワークビジョンに移籍させ、〔2〕これに引き続き、原告の従業員やネットワークヴィ

ジョンへ移籍した被告の元従業員を使って被告の顧客を原告に切り替えるための勧誘を行い、その際に、被告の顧客に対してのみ他の需要者と差別的な、顧客に有利な取引条件を提示し、被告との有線音楽放送の受信取引を中止して原告と取引するように勧誘し、そのような取引条件により被告の顧客と取引し、もって被告の顧客4万8841件を奪取したものである。」

イ 上記〔1〕の行為（従業員引き抜き行為）について、「原告は、Aの設立するネットワークビジョンが設立当初から多数の被告従業員を引き抜き、その従業員によって事業を進行させることを想定していたと推認され、これに上記の丁田メモ等を併せ考慮すると、原告及びネットワークビジョンが被告の正常化を阻止し最終的には被告を原告に統合することを目的として被告従業員を大量に引き抜くことを共謀の上、被告従業員を大量かつ一斉に引き抜いたものと推認することができる。」「単なる転職の勧誘を超えた社会的相当性を逸脱する不公正な引き抜き行為であって、違法といわざるを得ない。このように、原告は故意に上記引き抜き行為をして、被告の被告従業員に対する契約上の債権を侵害したのであるから、不法行為が成立する。」

ウ 上記〔2〕の行為（キャンペーンによる顧客奪取）について、「原告及びネットワークビジョンは、共謀の上、上記キャンペーンを実施して集中的に被告の顧客を奪取したものと推認される。そして、原告及びネットワークビジョンの上記行為は『差別対価』（一般指定3項）という不公正な取引方法に該当する違法な手段によりXの顧客を大量に奪取してXの事業活動を排除し、もって公共の利益に反して、我が国における業務用音楽放送の取引分野における競争を実質的に制限したものであって、独占禁止法2条5項に規定する私的独占に該当し、独占禁止法3条に違反するものというべきである」。当該行為は、「上記〔1〕の行為に引き続き、これとあいまって行われたものであり、独占禁止法に違反する不公正な取引方法を手段とする違法な行為である。原告は、前記認定の事実関係の下では、上記〔2〕の行為が独占禁止法に違反することを認識していたか、少なくとも認識することが可能であったものと推認されるところ、原告は上記〔2〕の行為により被告の顧客を奪取して営業上の利益を侵害して後記認定の損害を与えたのであるから、被告に対する不法行為を構成するというべきである。」

(2) 損害額の算定について

ア 「Yの上記不法行為によって、Xは売上高が減少しているが、他面、従業員引き抜きを含む不法行為であるから、Xは人件費を始めとする諸経費を免れていることに照らせば、Xの被った損害は、営業利益の喪失分と解するのが相当である。」

イ 「Yの不法行為が平成15年7月から平成16年7月までほぼ1年にわたって継続

したこと、Y及びXの顧客との受信契約の契約期間は通常2年であること、平成16年7月にYの不法行為が止んでからはXの営業利益は回復傾向にあり、平成17年2月からは営業利益がプラスに転じていること等は前示のとおりである」ので、「Xの営業利益の喪失期間は、Yの不法行為が開始された平成15年7月から平成17年6月までの2年とするのが相当である。」

「原告の不法行為が開始される直近である平成13年7月から平成15年6月までの被告の月次営業利益の合計は11億6781万4906円である。一方、原告の不法行為が開始された平成15年7月から平成17年6月までの被告の月次営業利益の合計はマイナス8億8408万2175円であることは前記1認定のとおりである。そうすると、原告の不法行為がなければ、被告は平成15年7月から平成17年6月までの2年間に、直近の過去2年間の営業利益11億6781万4906円と同程度の営業利益を獲得することができたものと推認されるところ、被告のその間の営業利益は上記マイナス8億8408万2175円となっている。したがって、平成15年7月から平成17年6月までの2年間に失った得べかりし営業利益は、上記11億6781万4906円から上記マイナス8億8408万2175円を差し引いた額20億5189万7081円」となる。

ウ 損益相殺について、「原告は、違法営業は保護の対象にならないから、違法営業をしている被告が正常化に要する費用は損害から控除すべきであると主張する。しかしながら、被告の営業に行政法規違反があるとしても、その一事をもって直ちに被告の営業利益が不法行為法上保護されなくなるものでないことは前示のとおりである。また、損害賠償額を算定するに当たり、正常化に要する費用は、原告の不法行為により損害を被った被告が、損害を被った原因と同一の原因によって利益を受けたものとはいえないから、損益相殺の対象になるものでもない。」

<和解> (USEN報道発表文)

Y社が、X社が有線ラジオ放送業務の運用の規正に関する法律違反を是正すること（正常化）に協力するために20億円の解決金を支払うことを内容とする和解が成立し、訴訟は終了した。

本判決は、原告の顧客を対象とするキャンペーンの実施について、不正取引方法である差別対価に該当する違法な手段により顧客を大量に奪取してその事業活動を排除して競争を実質的に制限したとして、私的独占該当性を認めたものであるが、差別対価該当性を認定するにあたって、当該対価が可変費用を下回るものであったことを認定しておらず、総販売費用を下回るものであったことすら認定していない。また、本件訴訟に先行する公取委勧告審決にも原価

割れの認定はみられない（なお、公取委勧告審決は、不公取引方法である「差別対価」該当性を認定することなく直接に私的独占該当という結論を導いている点において、差別対価〔一般指定3項〕該当性に言及する本判決と相違している）。

担当官解説（公正取引649号66頁以下（2004年））が本件について「圧倒的シェアを有する有線ブロードネットワークスが、事実上、唯一の競争者であるキャンシステムから短期間で大量の顧客を奪い、その音楽放送事業の運営を困難にし、キャンシステムに音楽放送事業を有線ブロードネットワーク스에売却させて音楽放送事業を統合することを企図して、キャンシステムの顧客に限って通常よりも安い価格を提示するなど、キャンシステムの顧客すべてにローラーをかけるかのごとく行ったことが違反とされたものと考えられる」と解説していることから、公取委が、原価割れについて検討するまでもなく、行為者が支配的地位を有することや「ローラーをかけるかごとく」競争者の顧客に対して差別的対価を提示したという行為態様を、私的独占該当性認定における重要な考慮要素としたことが窺われる。なお、差別対価事案において対価設定が原価（総販売原価）を下回るか否かは考慮要素であるにとどまり違反成立の要件ではない旨を示唆する裁判例として、トーカイ訴訟（東京地裁判決平成16年3月31日）等がある。

イ 従業員引き抜き行為に対する独禁法の適用

本件について、公取委勧告審決が従業員引き抜き行為に言及していないのに対し、本判決は、キャンペーンによる顧客奪取行為について、従業員引き抜き行為に引き続いてこれとあいまって行われたものである旨積極的に言及しており、この点において本審決と本判決の事実認定には相違がみられる。ただし、本判決も、従業員引き抜き行為を独禁法に違反する旨認定したのではなく、反訴原告の主張に沿って、本訴被告の本訴被告従業員に対する契約上の債権を本訴原告が侵害したという不法行為（いわゆる第三者債権侵害）の問題として処理しているのので、これを独禁法違反の問題として処理しないという法的判断枠組においては公取委勧告審決と相違はない。

排除型私的独占事件において、差別的対価設定とその他の競争者排除行為がそれぞれ不公正な取引方法の行為要件を満たす場合に、それらを一連の行為として包括的に排除型私的独占行為に該当する旨認定することには理論上の障害はないと考えられる（公取委先例として、北海道新聞社に対する件（後述5参照）

がある)。それにもかかわらず、本判決が従業員引き抜きとキャンペーン実施を「あいまって行われた」一連の行為と認定していることと異なり、公取委勧告審決がキャンペーン実施のみ切り出して排除型的独占該当性を認定した背景には、独占に近いほどの支配的地位を有する事業者によるローラー作戦という事実がそれだけで排除行為性や実質的制限の認定に足りる、という判断があったことが窺われるのであり、かかる判断に特段不合理な点はないように感じられる（本判決も、従業員引き抜き行為を債権侵害の問題として処理したので、キャンペーン実施がそれ自体で私的独占に該当する旨認定している）。なお、この頃の公取委実務においては、雇用契約に関する事業者間競争に対する独禁法適用への漠然とした躊躇もあったのかもしれない。

ウ 損害額（逸失利益）の認定

本判決は、反訴原告に生じた逸失利益として、わが国独禁法民事訴訟としては異例といってよい高額の損害（約20億円）を認容した。

本判決において裁判所は、排他的取引をめぐる他の損害賠償請求認容判決と同様に、民事訴訟法248条によることなく損害額を認定している。本判決が採用した損害額認定手法は直截であり、具体的には、反訴被告による不法行為が終了した前後における反訴原告の月次営業利益を比較して、不法行為が行われていた期間における上記の差額をそのまま逸失利益と認定し、損益相殺による調整も行わなかった。

エ 訴訟手続の選択（独禁法25条と民法709条）

本件損害賠償請求訴訟は、東京地裁において本訴原告（USENら）により提起された本訴に対する本訴被告（キャンシステム）からの反訴である。反訴は、本訴が係属していた東京地裁において提起する必要があるから、民法709条に基づいて行うほかない。本訴被告は、反訴提起に代えて東京高裁において独禁法25条に基づく損害賠償請求訴訟を提起することも可能であるが、手続が複数の裁判所に係属することの訴訟不経済や、両訴訟の主要争点が共通する場合等に東京高裁の審理が事実上停止してしまうおそれも考慮する必要があったものと推察される。

なお、民法709条に基づく損害賠償請求訴訟においては、独禁法25条に基づく損害賠償請求訴訟とは異なり、無過失責任を追及することはできない。しか

し、本判決は反訴被告の故意・過失についてごく簡潔に「前記認定の事実関係の下では、〔中略〕行為が独占禁止法に違反することを認識していたか、少なくとも認識することが可能であったものと推認される」と判示しており、このことは、民法709条に基づく損害賠償責任が過失責任であることが本件において反訴原告の立証活動に対する実質的な障害ではなかったことを示唆している。

4 単独の取引拒絶

(1) 総論

単独取引拒絶をめぐる損害賠償請求訴訟は、契約関係解消に関するものと新規契約拒絶に関するものと大別される。

単独の新規契約拒絶は、取引先選択の自由が保障されるべき行為であって原則として独禁法上違法とされることはないのであり、独禁法違反を認定して損害賠償請求を認容した事例はみられない（請求棄却事例として、日電コム対神奈川県訴訟〔東京地裁判決平成26年2月27日〕等がある）。これに対して、継続的契約解消をめぐる事案においては損害賠償請求認容例が現れているところ、独禁法違反を理由とする損害賠償請求訴訟にはいかなる存在意義を見出すべきであるのか、民事法理論（継続的契約解消法理）を援用する損害賠償請求訴訟と比較しながら検討することも重要である（継続的契約解消の差止めを求める訴訟については本章第5節参照）。

本項においては、損害賠償請求認容事例であるニプロ訴訟及びノエビア化粧品訴訟についてみることにする。

(2) ニプロ訴訟

ア 直接単独取引拒絶による顧客排除

ニプロ訴訟は、供給者が需要者に対して直接単独取引拒絶を行うなどすることによって需要者の事業活動が排除されたとして、公取委が私的独占該当性を認定する審判審決を行い、その後の民事訴訟においても私的独占該当性が認定された事案である。本判決は、排除行為及び実質的制限の認定について、また損害及び損害額の認定についても興味深い判断を示している。

**東京高裁判決平成24年12月21日（平成19年ワ第10号）審決集59巻第2分冊
256頁****<事実の概要>**

内外硝子工業（X1。原告）はアンブル生地管をアンブルへと加工して製薬会社に販売するアンブル加工業を営んでおり、生地管のすべてを、X1の100%子会社でありX1のための資材購入にあたっているナイガイ（X2。原告）から仕入れている。ニプロ（被告。Y）は、わが国で唯一の生地管製造業者である訴外NEGの販売代理店であり、二社間の契約に基づいて、西日本地区のアンブル加工業者にNEG製生地管を一手に販売している。

生地管の製造は外国企業も行っており、その品質はNEG製生地管と遜色がないうえ、工場出値は国内の生地管価格の半額ないし3分の2ほどであったが、輸入生地管への切り替えには検査が必要となることなどから、わが国の製薬会社は輸入生地管への切替えに慎重な態度を取っていた。それゆえ、西日本地区におけるYの販売数量シェアは平成10年度まで90%以上に達しており、西日本のアンブル加工業者はYからNEG製生地管の供給を受けることなく事業を営むことが困難な状況であった。

Yは、X2が生地管を輸入していることを知り、X2に対してその取り止めを求めたが拒絶されたため、外国製生地管取扱の継続や拡大を牽制して制裁を加えるため、NEG製生地管販売価格の引上げ（割高な公定価格への引上げ）、手形サイトの短縮及び特別値引きの取りやめを申し入れ（第1行為）、X2が輸入生地管の安定調達に困難となったために発注した生地管について供給を拒絶し（第3行為）、生地管購入代金債務に対する担保差入れ又は現金決済のいずれかの条件でなければ生地管発注に応じない旨通知する（第4行為）などの行為に及んだ。

公取委は、Yの上記行為について、X1らによる輸入生地管取扱の継続又は拡大を牽制し制裁を加える目的の下に行われた一連かつ一体的行為であり、独占禁止法2条5項（私的独占）に該当して同法3条前段に違反する旨の違法宣言審決を行った（公取委審判審決平成18年6月5日審決集53巻195頁）。審決確定後、X1及びX2が、独禁法25条に基づいてYに対し損害賠償を請求する訴訟を提起した。

<判旨>請求一部認容。**（1）私的独占該当性について**

ア 第1行為、第3行為及び第4行為は、それぞれ、「Yの市場支配力の維持という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱する人為性を有するもの」と評価す

るのが相当である。そして、第1行為は、「本件輸入事業を中止せず、取引条件の変更にも応じない選択をしたX1らを、アンプル加工業が継続できなくなる現実的なおそれのある状況に陥らせたものであり、第3行為によって、X1らがアンプル加工業が継続できなくなるおそれは更に強められたのであり、X1らは、第4行為により、そのままでは事業の継続が困難な状態に陥った上、実際に減収を来したと認められる」から、それぞれ、X1らの事業活動を著しく困難にする効果を有したものであり、西日本地区における生地管市場における排除行為に該当する。「X1ら以外に外国製生地管を大量に輸入する業者は存在せず、X1らを排除すれば、競業者である外国製生地管の製造業者の上記市場への参入を期待することはできないことになる」ので、競争の実質的制限が生じていた。

イ 「本件独占禁止法違反行為を構成する本件第1行為、本件第3行為及び本件第4行為は、いずれも独占禁止法2条5項の排除型私的独占に該当し、Yは本件独占禁止法違反行為をすることにより、独占禁止法3条に違反したと認められる。したがって、Yは、同法25条1項により、上記各行為と相当因果関係のある損害を賠償する責任がある。」

(2) 損害の認定及び損害額の算定について

ア X2が適正な価格で生地管を購入できなかったという損害（価格損害）

「NEG製生地管の価格が、本件独占禁止法違反行為期間後の実際の自由競争の下でも下落せず、Yがナイガイグループによる外国製生地管の取扱いの継続又は拡大を牽制する意図を失った平成14年前半ころ以降においても下落しなかったこと」からすると、本件独占禁止法違反行為がNEG製生地管の市場価格に影響していたと認めることは困難であり、本件独占禁止法違反行為がなければ価格が下落したであろうと認めることはできない。したがって、X1が適正価格で生地管を購入できなかったことによる損害（本件価格損害）は認められない。

イ X2が取引を失ったことによる損害（取引損害）

「原告らは、本件第4行為に近接する時期に多数の取引が失われていることから、原告内外硝子が本件各喪失取引を喪失したと認められると主張する。」しかし、「本件審決においても、独禁法84条1項に基づく公正取引委員会の意見においても、具体的な取引損失の認定はされていない」。

「本件第4行為後にNEG製生地管を用いたアンプルの取引が減少する要因には、本件第4行為のほか、製薬会社からの発注の減少や原告らの営業活動なども考えられ、それが直ちに本件第4行為による取引の喪失であると推認することはできない。」そこで、喪失取引ごとに、本件第4行為との相当因果関係を検討すると、「個別取引を喪失したと認められるもの」「継続的取引の一部を喪失したが回復し

たと認められるもの」「継続的取引の全部又は一部を将来に向けて喪失したと認められるもの」及び「取引の喪失又は相当因果関係が認められないもの」がある。

第4行為と相当因果関係を有する喪失取引について、1本当たりの売上額を認定し、1本当たりの経費額を控除して、1アンブル当たりの利益を算定し、これを喪失取引の数量に乗じると、原告内外硝子の損害額は総計6,840万5,053円となる。また、原告ナイガイについても、430万7,940円の限度で、損害が認められる。

ウ その他の損害

「原告内外硝子について臨時雇い（不良品の選別）費用として389万2,390円、原告ナイガイについて倉庫費用として4,119万9,335円の限度で、損害が認められる」。また、「本件独禁法違反行為による原告らの信用への影響及びその他無形の損害を回復するための慰謝料」として原告内外硝子について300万円、原告ナイガイについて50万円を、「弁護士費用相当損害」について原告内外硝子につき800万円、原告ナイガイにつき400万円を相当と認める。

本件においては、公取委審判審決が「被審人の本件行為の後も、ナイガイの生地管の輸入は増加しており、ナイガイグループの事業活動が現実に排除されるまでの結果が発生しているとはいえず、被審人が本件行為の目的として目指したところは結果的に実現されたとはいえない」と認定しているところ、それでもなお、審判審決・本判決ともに競争の実質的制限を認定し、本件各行為が私的独占に該当する旨の判断を示したことが注目される（なお、審判審決は各行為を包括して、本判決は本件各行為がそれぞれ、排除行為にあたる点において相違しているが、結論には影響しない）。

この点については、ニプロが遂行した各行為がナイガイグループによるアンブル加工販売事業の継続を不当に困難にさせたのであるとすれば、また、ナイガイグループへ生地管を輸出する外国の生地管製造業者の事業活動を困難にさせる蓋然性も高かったとみられるとすれば、競争の実質的制限を認定した審判審決及び本判決の結論は自然なものであったといえる。本判決は、ニプロが既に「上記市場を支配することのできる地位にあった」ことに着目し、各行為は当該地位を「維持」するために行った排除行為であった旨評価したうえで、「原告ら以外に外国製生地管を大量に輸入する業者は存在せず」「原告らを排除すれば、競業者である外国製生地管の製造業者の上記市場への参入を期待することはできないことになる」として、市場支配力の「維持」という意味における競争の実質的制限を認定している。これは、本件事実関係のもとにおいては穩

当な結論であると考えられる。

なお、本件においては、結局のところニプロとナイガイグループとの間の取引関係は終了していない。したがって、ニプロが遂行した各行為を仮に不公正取引方法として評価することとしてこのことを重視するとすれば、本件は拘束条件付取引（一般指定12項）に該当する事案であるとみることが考えられる（公取委審査官は審判手続においてその旨の主張を予備的に追加した）。しかし、本件紛争の実質は継続的取引関係の解消にむしろ近いものであったとみるべきものであり、そうだとすれば、本件は単独直接取引拒絶（一般指定2項〔その他の取引拒絶〕）の事案として分析されることとなる。

イ 損害の認定

本判決は、原告による様々な損害主張のうち、とりわけ取引損害に関し、具体的な検討を行い民事訴訟法248条によることなく損害額を算定した点において興味深い判決である。これに対して、価格損害については、いわゆる前後理論を参照したとみられる点は評価し得るものの、その具体的な適用においては、「NEG製生地管の価格が、本件独禁法違反行為期間後の実際の自由競争の下でも下落せず、被告がナイガイグループによる外国製生地管の取扱いの継続又は拡大を牽制する意図を失った平成14年前半ころ以降においても下落しなかったこと」を重視して、違反行為と価格上昇との間の条件関係を否定し、損害発生を否定している。当該判示に対しては批判が多い。

これらの損害のほかにさらに想定し得る損害として、原告らの主張には顕れていないものの、「廉価な外国製生地管でなく高価なNEG製生地管を使い続けざるを得なかった、もしくは輸入が滞って規模の利益が働かず、外国製生地管の低価格というメリットを早期から十分に生かせなかったこと等による損害も問題となりえそうである」という指摘がある（滝澤紗矢子「本件評釈」公正取引761号53頁（2014年））。しかし本件では、同評釈が指摘しているように、公取委審判審決が「被審人の本件行為の後も、ナイガイの生地管の輸入は増加しており、ナイガイグループの事業活動が現実に排除されるまでの結果が発生しているとはいえず、被審人が本件行為の目的として目指したところは結果的に実現されたとはいえないのである」という消極的な認定を行ったので、原告らは、独禁法25条に基づいて当該損害に係る損害賠償を請求することを事実上封じられている（下記ウ参照）。

なお、損害賠償請求における損害の立証については、民事訴訟法248条（裁判所による相当な損害額の認定）を損害の存在自体の立証が困難な場合に類推適用できると解すべき旨の主張がみられる。しかし、本判決は、「原告らは、民事訴訟法248条の適用について主張するが、損害の発生が認められない以上、同条はその適用の前提を欠く」旨判示し、損害立証が困難性である場合における同条の類推適用を否定した。

ウ 訴訟手続の選択（独禁法25条と民法709条）

本件は、公取委審判審決が確定した後に、独禁法25条に基づいて東京高裁へと提起された損害賠償請求訴訟である。公取委による命令等が確定した後に提起される損害賠償請求訴訟であっても、民法709条に基づいて地裁において提起されることが少なくないので、本件は、独禁法25条訴訟の貴重な先例である。

独禁法違反を理由とする損害賠償請求については、無過失責任を規定する点において独禁法25条がより被害回復に資すると論じられることがある。たしかに、無過失責任が法定されていることは、原告である「被害者」の立証負担を軽減し、原告を因果関係や損害額算定に関する立証に専念できるようにするものであるといえる（ただし、故意・過失の立証が実際上さほどの負担とならない場合のあることについて、USEN訴訟（上記3（3））参照）。

しかし、被害者が思い描く違反行為と公取委が排除措置命令書等において認定する違反行為の範囲が一致するとは限らない。公取委による事実認定が被害者にとって十分なものでなく被害者が思い描く違反行為の範囲のほうが「大きい」場合もあり得るのであり、かかる場合において当該「大きい」範囲に対応する損害賠償を請求するのであれば、被害者は、独禁法25条と民法709条の併用や民法709条のみに基づく訴訟提起を検討することが必要となる。本件において被告は「公正取引委員会は、本件審決において、原告らの損害や事業活動に対する影響力の点において審査官の主張・立証が十分ではないことを認め、本件で裁判所に提出された意見でも、具体的な損害の発生が認識できなかったことを示しているから、損害の発生に関して、事実上の推定力は存しない」と主張しており（本判決における被告主張摘示部分参照）、当該主張のとおりであるとすれば、被害者である原告が独禁法25条に基づいて損害賠償請求訴訟を提起したことは、かえって主張・立証に対する制約要因として機能した可能性がある。

なお、民法709条に基づく損害賠償請求権の消滅時効は独禁法25条に基づく損害賠償請求権の消滅時効より先に完成する可能性があるため、審査・審判等が長期化している事件においては時効管理の必要が生じる。本件においては、公取委審判審決（平成18年6月5日）が、独禁法違反行為は平成14年前半頃取り止められたものとみるのが相当である旨認定しているところ、民法709条に基づく損害賠償請求権について訴訟提起（平成19年）までに時効期間が満了していたとすれば（これは民法724条の解釈問題である）、原告らは独禁法25条に基づいて損害賠償請求訴訟を提起するほかなかったといえる。

独禁法25条に基づく損害賠償請求訴訟が提起されたときは、裁判所は、公取委に対して、違反行為によって生じた損害の額について意見を求めることができる（独禁84条1項。平成21年独禁法改正前においては求意見は義務的であった〔本訴訟は平成21年改正前独禁法が適用される案件である〕）。しかし公取委は、必ずしも被害回復の助けとなる意見を提出するとは限らない。本判決は、「本件審決においても、独禁法84条1項に基づく公正取引委員会の意見においても、具体的な取引損失の認定はされていない」と判示しており、この判示をみる限り、義務的求意見制度がかえって原告に不利に働いた面があることを否定できない。

（3）ノエビア化粧品訴訟

本判決は、化粧品製造業者との間で販売業務委託契約を締結していた販売会社が、当該販売業務委託契約を解除されたことが不当な取引拒絶（一般指定2項）に該当し不法行為にあたるとして損害賠償（一部請求）を請求した事案において、請求を認容したものである。

東京高裁判決平成14年12月5日（平成13年(※)第1477号）判時1814号82頁、
審決集49巻788頁

<事案の概要>

ノエビア化粧品（Y。被告・被控訴人）は、化粧品の製造販売業者であり、その販売会社（X。原告・控訴人）との間で販売業務委託契約を締結していた。

Yの化粧品は、Yと直接取引関係にある販売会社（販社）のほか、販社の傘下にある1次代理店、2次代理店を通じて販売されており、Yの化粧品を販売するためにはまず2次代理店に登録し、販売実績を上げるにより1次代理店、そして販社へと昇格していく仕組みがとられていた。Xの代表者Aは昭和56年10月にYの2

次代理店に登録し、昭和57年3月に1次代理店、昭和61年2月に販社へと昇格し、同年9月にXを設立し、XとYが販売業務委託契約を締結した。本件委託契約は、Xが故意にYやそのノエビア化粧品の信用を傷つけるような言動をするなど、Xに本件委託契約又は本件規程（本件委託契約等）に違反する著しい不信行為があるときや、Xが本件委託契約に違反した行為をし、Yの催告にもかかわらずXが直ちに当該行為を中止しないとき、又は中止後再度同一の行為をしたときにおいて、Yが直ちに本件委託契約を解除できる旨を定めていた。

その後、Yが、Xが同業他社の化粧品を販売しているうえ、傘下代理店に対してその取扱いを勧誘していることを理由として本件委託契約の解除を通知したところ、Xは、Yの当該行為が不当な取引拒絶〔一般指定2項〕に該当して不法行為にあたるとして損害賠償を請求した。原判決はXの請求を棄却。X控訴。

<判旨>原判決取消、請求認容。

- (1) Yは「傘下の販社及び代理店の経営内容の問題点等を見抜き、それに対する対応策を立てることができるとの立場にあるものと考えられる」。そうすると、Yは、「その販売システムが不健全な形に陥ることのないよう、その傘下の販社及び代理店に対し、いたずらにその昇格等の意欲を煽り立て、あるいはその営業実績を競うあまり無理な販売活動をするなどして、その経営基盤を危うくしたりすることのないよう指導監督していくべき責任がある。」
- (2) XにおいてYの「化粧品の販売システムを脱却し、場合によっては他の系列の化粧品の販売システムに移行したいと考え、その取扱いを検討したからといって、その程度いかんにかかわらず、それが直ちに本件委託契約上の債務不履行に当たるとはいえない」。Yは、「Aがピリカへの移行の動きを始めたことを察知するや」「傘下の販社及び代理店についての指導監督責任があるにもかかわらず、その原因を探知して、問題点を解消する努力をすることなく本件解除に及んだものである。」「被控訴人会社がこのような行動に出たのは、今後、控訴人のような形で返品を申し入れる販社が続いた場合には、被控訴人会社の販売システムが崩れることを懸念し、それに対する報復としてなされたという面もあると考えられる」。
- (3) 本件解除によって、「控訴人が長年培ってきた販売網は崩壊するに至った」。「被控訴人会社の本件の一連の対応は、前記のような販売システムを構築し、それに基づく販売網を有する被控訴人会社において、その相手方である控訴人が被控訴人会社以外に容易に取引先を見出し得ないような事情の下に、取引の相手方の事業活動を困難に陥らせる以外に格別の理由がなく、取引を拒絶したものとい

うべき」である。

- (4) 「本件におけるAの行為が直ちに本件委託契約上の債務不履行として、契約解除事由に当たるということはできないし、仮に形式的には解除事由に当たるとしても、その解除権の行使は著しく信義則に反するものというべきである」。

<損害及び損害額の認定>

(Xは、控訴審において、本訴で請求する損害賠償を、逸失利益の内金500万円と慰謝料500万円の計1,000万円に変更した。)

- (1) 逸失利益について、Xは「本件解除の前の3年間で受託販売手数料として年平均2,078万1,752円の収入を得ていた」「その代表者のAは本件解除当時満38歳であった」。「本件解除がなければ、その後少なくとも5年程度は、ひかえめにみても、上記金額の約半額である年間1,000万円程度の収入を挙げることができたと考えられる。そうすると被控訴人らの不法行為による控訴人の損害は、5,000万円を下まわることはないものと認められる」。したがって「その内金500万円の支払を求める控訴人の請求は理由がある」。
- (2) 無形損害について、「控訴人がその法人としての名誉や信用が毀損され、種々の無形の損害が生じていることは明らかである」。「その損害は500万円を下まわることはない」。
- (3) 過失相殺について、「本件解除に至るについては、控訴人の側にも(中略)表面的、形式的にみれば、本件委託契約上の信頼関係を損ないかねないような言動があり、それが本件解除につながったものであること(中略)などを考慮すれば、上記の損害については過失相殺をすることも考えられる」。しかし、「その過失相殺をしたとしても、その認容額が上記の1,000万円を下回ることはない」と認められる」。

独占禁止法研究会報告「不公正な取引方法に関する基本的考え方」(昭和57年)によれば、「単独の取引拒絶はそれを通じて市場における競争を減殺するおそれがあるかどうかの問題となるので、①取引拒絶により、自己又は自己と密接な関係にある事業者の競争者が、取引拒絶の対象となった商品・役務と同じ又は類似の商品・役務につき容易に他の取引先を見出し得ないか、又は見出し得ても取引条件が不利なため、競争者として十分に機能し得ない等当該競争者の取引の機会を排除し、その事業活動を困難にさせるおそれがある場合、②独占禁止法上違法又は不当な目的を達成する手段として用いられる場合が、公正競争阻害性の認められる典型例として考えられる」が、これらにとどまらず、

「③有力な事業者が、取引の相手方の事業活動を困難に陥らせること以外に格別の理由なく、取引を拒絶する場合（いわゆる濫用行為）」にも公正競争阻害性を認め得る。

本判決は、Yの行為について、XがY以外には容易に取引先を見出し得ないような事情のもとで「取引の相手方の事業活動を困難に陥らせる以外に格別の理由がなく、取引を拒絶したもの」とであると認定しており、これは、上記報告書における③の考え方を参照して公正競争阻害性を認定したものであると推察される。しかし、本判決にはYが③にいう「有力な事業者」である旨の認定はなく、むしろ、XがY以外には容易に取引先を見出し得ないという、優越的地位の認定を思わせる言及が見られるにとどまっている。そこで、本判決は本件Yの行為をYによる優越的地位濫用を実効あらしめるための取引拒絶とみたものである（上記報告書における②の類型）と理解する評釈もみられる。

上記いずれの理解によるとしても、本判決は、Yの市場における地位（市場支配力や有力事業者性）をみることなく二当事者間の取引拒絶行為に対して独禁法を適用したものであると理解することが自然であり、かかる行為について優越的地位濫用規制ないし取引拒絶規制の考え方が適用されることを確認させる判決である。しかし、このような事案は独禁法を適用するまでもなく継続的契約解消をめぐる民事法理論により解決すれば足りるとも論じられている。本件に独禁法を適用することの意義がどこにあるのか、一層の検討が行われることが重要であろう。

5 非定型行為・一連の行為

(1) 総論

公取委・排除型私的独占ガイドラインは、独禁法の観点から各種の行為を分析する際に複数の行為をまとめて、一連の、かつ、一体的な排除行為と評価することがある旨の考え方を明示しており、公取委審決・命令先例として、北海道新聞社に対する件（平成12年2月28日同意審決，平成10年（判）第2号）を挙げている。

本件をめぐるのは、公取委が勧告を行ったほか、被排除者である函館新聞社が独禁法25条及び民法709条の双方を根拠として、それぞれ、東京高裁及び東京地裁に損害賠償請求訴訟を提起し、後者の訴訟において北海道新聞社が2億

2,000万円を支払う義務のあることを認める内容の和解が成立している。

(2) 北海道新聞社（函館新聞）訴訟

東京地裁平成14年(ワ)第8915号損害賠償請求事件・東京高裁平成14年(ワ)第4号損害賠償請求事件

<事実の概要>（平成12年2月28日同意審決〔平成10年（判）第2号〕）

函館地区で発行される一般日刊新聞朝刊及び夕刊においてそれぞれの総発行部数の大部分を占める北海道新聞社（X。被告）が、函館新聞社（原告。Y）の同地区への参入を妨害し、その新聞発行事業の継続を困難にさせるための具体的な対策を決定し、これに基づき行った（1）Y社が使用すると目される複数の新聞題字の商標登録の出願、（2）Y社からのニュース配信要請に応じないよう求めたこと、（3）Y社の広告集稿対象事業者への大幅な割引広告料金等の設定、（4）Y社のテレビコマーシャル放映の申込みに応じないことの要請からなる函館対策と称する一連の行為がY社の事業活動を排除するものであると認定された。

本訴訟は、公取委同意審決（平成12年2月28日）ののちに、函館新聞社が、民法709条に基づいて12億7,600万円余の損害賠償を求めて東京地裁において提起し（平成14年4月26日）、さらに、独禁法25条の規定に基づいて1億5,500万円余の損害賠償を求めて東京高裁において提起した（平成14年12月27日）ものである。東京高裁における訴訟は「本件以降の損害について」請求したものである旨報道されている（「ニュース 函館新聞社の新規参入妨害をめぐる損害賠償請求訴訟で和解が成立」商事1762号55頁（2006年））。本件をめぐるこれら訴訟においては、公取委が損害額について独禁法84条1項に基づく意見書（義務的求意見制度〔当時〕に基づく損害額の算定についての意見書）を東京高裁に提出しているが（公取委平成18年度年次報告）、その内容は明らかではない。

本訴訟は、その後、東京地裁における訴訟が平成18年10月24日に和解により、東京高裁における訴訟が平成18年10月28日に訴え取下げにより、それぞれ終了した。東京地裁訴訟において成立した和解条件は下記のとおりであった旨報じられている（前掲・商事1762号の記事）。

- 被告は、原告に対し、本件和解金として2億2,000万円の支払義務があることを認め、これを、平成18年11月末日限り、原告指定の預金口座に振り込む方法で支払う。

- 被告は、道南地域（北海道渡島・桧山地方）において被告発行の地域情報版「みなみ風」の広告料金については、今後とも独禁法の趣旨を踏まえ、適切に設定・運用するものとする。
- 原告は、被告に対する東京高裁平成14年(ワ)第4号損害賠償請求事件を取り下げ、被告はこれに同意する。
- 原告は、被告に対するその余の請求を放棄する。
- 原告と被告は、本条項に定めるほか、相互に何らの債権債務がないことを確認する。
- 訴訟費用は各自の負担とする。

本訴訟は、まず東京地裁において民法709条に基づいて提起され、ついで東京高裁において独禁法25条に基づいて提起された。民法709条と独禁法25条は消滅時効期間の起算点を異にするので、本件のように、公取委が認定した違反行為終期から損害賠償請求訴訟提起まで3年以上が経過している事案においては、消滅時効の完成いかに民法709条損害賠償請求訴訟における争点となる可能性がある。なお、東京高裁及び東京地裁において訴訟を重ねて提起する場合には二重起訴禁止（民訴142条）の問題が生じ得ることも留意する必要性が生じ得るが、本件では、上記のとおり、原告が東京高裁においては「本件以降の損害について」請求するにとどめることによって、上記の問題が争点化することが回避されたのではないかと推察される。

（3）奥道後温泉バス路線訴訟

ア 競合者間協定による競争者排除

排除行為をめぐる損害賠償請求訴訟は、契約関係のない排除者と被排除者との間における紛争や、排除者による契約締結等拒絶を端緒とすることが多いといえる。

これに対して、排除者と被排除者との間に、被排除者の事業に関する協定が存在し、当該契約の効力によって協定当事者の事業活動が排除される場合においては、損害賠償請求訴訟を提起することに代えて、排除効果をもたらしている契約についての公序良俗違反（民90条）を理由とする契約無効確認請求及び不当利得返還請求を行うことが考えられる。

**高松高裁判決昭和61年4月8日（昭和51年(ホ)第141号）判例タイムズ629号
179頁****<事実の概要>**

伊予鉄道株式会社（X。原告・控訴人・上告人）は松山市を中心として乗合バス事業を営んでいたところ、奥道後温泉観光バス株式会社（Y。被告・被控訴人・被上告人）が、Y自ら開発した奥道後遊園地と松山市内とを結ぶバス路線の限定免許（途中乗車・途中降車に制限がある）を申請した。

当該路線の運行区間はXの既設路線と競合することから、Xはこれに反対の立場をとり阻止を図ったことから、愛媛県当局及び地元政財界の斡旋によって、XY間に協定（原協定）が成立した。原協定は、XY共同で新会社を設立して奥道後へ観光客輸送を行うことを内容とするものであったが、原協定第3項は、新会社によるバス運送事業をYが申請していた区間の限定免許に限ることとしていた。また、原協定成立の翌日に、当該バス運送事業を新会社ではなくYが行う旨の修正協定が成立した。

その後、Yが、非限定の経営免許（区間内の途中乗車や途中降車に制限を設けない免許）を申請したことから、Xは、当該申請が原協定第3項に違反することを理由として当該申請に係るバス事業の禁止と当該申請の取下げを求める訴えを提起した。

第一審（松山地裁判決昭和51年4月19日）は請求を棄却し、X控訴。控訴審では、原協定第3項が私的独占ないし不当な取引制限に該当して無効となるか否かが争点とされた。

<判旨（控訴審）>控訴棄却。

- (1) 「原協定が成立した昭和35年9月当時、被控訴人は乗合自動車事業の事業者ではなかったが、新たに同種の事業者となるべく免許を申請中であり、私的独占の「他の事業者」には、このような潜在的競争事業者をも含むと解するのが、公正かつ自由な競争の確保を目的とする独占禁止法の趣旨に徴し相当である」。
- (2) 「原協定（三）の約束及び修正協定に基づき、控訴人は被控訴人の非限定の乗合自動車事業への新規参入を妨げようとするものであるから、控訴人の右行為は、競争事業者の排除に当るものというべきであり、右行為によつて現に非限定の乗合自動車事業に参入しようとしている被控訴人は、右事業活動を妨げられることになる」。
- (3) 「松山市内の各交通拠点、すなわち、高浜港、松山観光港、堀江港、松山空港、

- 国鉄松山駅、松山市駅と奥道後とを直結する路線（途中に停留所が全く存在しないということではない。）は、右各交通拠点から観光客を奥道後に輸送することを主たる目的とするものと解せられるから、それ自体として一つの取引分野を形成する」。
- (4) 「控訴人が原協定（三）の約束及び修正協定に基づき、右路線における限定免許から無限定の乗合自動車事業への被控訴人の進出を妨げる行為は、一定の取引分野における競争を実質的に制限するもの、すなわち、独占禁止法3条で禁止されている私的独占に当たるものというべきである」。
- (5) 「訴外瀬戸内運輸、宇和島自動車、国鉄など他事業者のバス路線が一部競合している」。しかし、「それは右路線の一部にとどまり、前記松山市内の交通拠点と奥道後を直結する路線については、控訴人と被控訴人のみが全面的に競合しているものであるから、前記認定を左右するものではない」。
- (6) 「独占禁止法の規定の性格は、その内容によつてかなり異なつており、効力規定的要素が強いものから行政取締法規的要素が強いものまで種々様々であるから、独占禁止法違反の契約、協定であつても一律に有効または無効と考えるのは、相当でなく、規定の趣旨と違反行為の違法性の程度、取引の安全保護等諸般の事情から具体的契約、協定毎にその効力を考えるのが相当である」。
- (7) 「本件は、原協定（三）の約条に基づいて控訴人が被控訴人に対し本件路線への非限定の乗合自動車事業への参入を阻止しようとするもので、右協定当事者である控訴人と被控訴人間のみの問題で、その間に第三者が介在せず、取引の安全を考慮する必要はないから、原協定（三）の約条は、無効と認めるのが相当である。独占禁止法の解釈に関する以上の見解は、弁論の全趣旨により真正に成立したと認められる乙第30号証（金澤良雄作成の鑑定書）の見解におおむね添うものである」。

**<判旨（上告審）>（最高裁判決平成1年11月24日（昭和61年）第1088号）
判時1344号132頁）**

上告棄却。

「原協定ないし修正協定は、上告人と被上告人とが将来における奥道後へのバス事業の基本的な構想として、新会社の設立又は資本参加を策定したにすぎないものであるから、新会社の設立又は資本参加を前提とする原協定ないし修正協定の個々の合意に未だ法的な拘束力を認めることはできない」。

「原審の判断には、原協定ないし修正協定の解釈を誤った違法があるが、右示したところによれば、被上告人に対する上告人の請求は理由がないことが明らかで

あるから、これを棄却すべきものとした原判決は、結論において正当として是認することができる。」

イ 独禁法に違反する契約の私法上の効力

独禁法に違反する契約について、その私法上の効力自体が否定されるか損害賠償請求の問題を生じるにとどまるかは、独禁法違反行為に対する民事訴訟を提起する際に原告が検討すべき重要な論点のひとつである。岐阜商工信用組合事件において最高裁が「独禁法19条に違反した契約の私法上の効力については、その契約が公序良俗に反するとされるような場合は格別として、Xのいうように同条が強行法規であるからとの理由で直ちに無効であると解すべきではない」と判示したことは広く知られているが（最判昭和52年6月20日民集31巻4号449頁）、個別の案件において公序良俗違反該当性について考慮すべき要素を特定して具体的に判断することは必ずしも容易ではない。

この点について、本件控訴審判決は、独禁法の規定の性格は効力規定的要素が強いものから行政取締法規的要素が強いものまで様々であるという認識を前提として、規定の趣旨と違反行為の違法性の程度、取引の安全保護等諸般の事情から個別に効力を考えるのが相当である旨の考え方を明らかにした。そして、取引の安全保護に配慮すべき事情が本件においては存在しないことに言及して、原協定第3項を無効とした。

なお、現行法のもとでは、不公正取引方法に該当する行為に対して差止請求（独禁24条）を行うことができる。私的独占行為を差止請求の対象とすることはできないが、本件については、Xによる本訴提起を競争者取引妨害（一般指定14項）に該当すると構成したり、原協定及び修正協定を不当な拘束条件付取引（一般指定12項）に該当すると構成したりする余地があるといえるから、差止請求訴訟を提起することは妨げられないだろう（ところで、差止訴訟は松山地裁における反訴提起の方法によることなく東京地裁へ提起することができるが、この場合には、本訴を松山地裁から東京地裁へ移送すべきか否かが問題となり得る）。独禁法に違反することを理由とする無効確認請求訴訟は、違反行為の差止を事実上実現するための手法として重要な意義を有していたが、差止請求訴訟制度が導入されたことによって、排他的取引をめぐる紛争における重要性は低下しているといえることができよう。

ウ 不当利得返還請求及び損害賠償請求訴訟

本訴訟において被告は、原告からバス事業の禁止等を訴訟上請求されたことから、原協定・修正協定が独禁法に違反して無効である旨の反論をしたものであるところ、さらに反訴や別訴を提起して、新規参入排除による損害の回復を実現することも考えられる。

しかし、契約が無効であることを理由として不当利得返還請求訴訟を提起する場合には、原告（伊予鉄道）に生じた利得及びその額について立証することが必要となるところ、これは、紛争相手方しか知り得ない事情についての立証を伴うこととなることが想定され、契約関係に基づく代金支払等のような算定しやすい利得が存在しない競争者排除事案においては、困難を伴うだろう。

これに対して、独禁法に違反する契約によって新規参入を阻止されたことを理由として民法709条に基づく損害賠償請求訴訟を提起する場合には、被告（奥道後温泉観光バス）自身に損害が生じたことを立証することとなる。この場合には、原協定・修正協定が独禁法に違反して無効である旨の判決が確定した後（独禁法に違反する状態が解消した後）にバス事業を開始して営業利益を計上し、これを損害額の立証に用いることが考えられるところであるし（この場合にはUSEN訴訟（上記3（3））における損害額の算定手法が参考となる）、裁判所が民事訴訟法248条を活用するなどして裁量的な損害額算定を行うこともあり得るだろう。

〔参考：判例一覧〕

整理番号	裁判所 判決日 事件番号	判決内容等 （独禁法に関するものに限る。）（独禁法24条差止請求に関する部分の判断は除く。）	関連条文 （「19条」は記載せずに、「2条9項3号」「一般指定14項」などのみ記載する。）	審決集 （巻-号）	年次報告	備考
1.1	東京地判 昭和59年9月17日 （控訴） 昭和56年（ワ）第14211号	請求一部認容	一般指定6項 （当時） 昭和57年改正 前旧指定5項			芝浦と畜場訴訟

1.2	東京高判 昭和61年2月24日 (上告) 昭和59年(ネ)第2513号	原判決取消 被控訴人請求棄却	一般指定6項 (当時) 昭和57年改正 前旧指定5項			芝浦と畜場訴訟
1.3	最判 平成元年12月14日 昭和61年(オ)第655号	上告棄却	一般指定6項 (当時) 昭和57年改正 前旧指定5項	36-570	-	芝浦と畜場訴訟
2.1	大阪地判 平成2年7月30日 (控訴) 昭和60年(ワ)第2665号	請求一部認容	一般指定10項 一般指定15項 (当時)	-	-	東芝エレベータテクノス訴訟
2.2	大阪高判 平成5年7月30日 (確定) 平成2年(ネ)第1660号	控訴棄却	一般指定10項 一般指定15項 (当時)	40-651	-	東芝エレベータテクノス訴訟
3.1	大阪地判 平成4年8月31日 (控訴) 平成元年(ワ)第3987号	請求棄却	一般指定6項 (当時)	39-586	-	年賀葉書訴訟
3.2	大阪高判 平成6年10月14日 (上告) 平成4年(ネ)第2131号	控訴棄却	一般指定6項 (当時)	41-490	-	年賀葉書訴訟
3.3	最判 平成10年12月18日 平成7年(オ)第423号	上告棄却	一般指定6項 (当時)	-	-	年賀葉書訴訟
4	名古屋地判 平成11年2月10日 平成2年(ワ)731号	請求一部認容	一般指定2項 一般指定6項 (当時)	-	-	松岡興産訴訟 ※一般指定6項(条文番号)は裁判所の判断に明記されていない
5.1	東京地判 平成13年2月20日 (控訴) 東京地方裁判所平成12年(ワ)第6263号	請求棄却	一般指定2項	-	-	ノエビア化粧品訴訟
5.2	東京高判 平成14年12月5日 (上告・上告受理申立て・不受理) 平成13年(ネ)第1477号	原判決取消 控訴人請求一部認容	一般指定2項	49-788	-	ノエビア化粧品訴訟

6.1	東京地判 平成14年2月5日 (控訴) 平成13年(ワ)第10472号	請求棄却	一般指定6項 (当時)	48-823	-	ダイコク訴訟
6.2	東京高判 平成16年9月29日 平成14年(ネ)第1413号	原判決一部取消・ 控訴人請求一部認 容・控訴一部棄却	一般指定6項 (当時)	-	-	ダイコク訴訟 ※動産返還請 求を一部認容
7	東京地判 平成20年12月10日 平成17年(ワ)第13386号	本訴請求棄却 反訴請求一部認容	2条5項・3 条前段 一般指定3項 一般指定9項	55-1029	-	USEN訴訟
8.1	新潟地判 平成23年1月27日判 決(控訴) 平成20年(ワ)第701号	差止請求棄却 損害賠償請求一部 認容	一般指定15項 (当時)	57(2) -361	平成20年度～ 平成23年度	日立ビルシス テム訴訟
8.2	東京高判 平成23年9月6日 (上告・上告受理申 立て・不受理) 平成23年(ネ)第1761号	原判決一部取消 (控訴人兼附帯被 控訴人敗訴部 分)・取消部分に 係る被控訴人請求 棄却 附帯控訴棄却	一般指定15項 (当時)	58(2) -243	平成20年度～ 平成23年度	日立ビルシス テム訴訟
9	東京高判 平成24年12月21日 (上告・上告受理申 立て) 平成19年(ワ)第10号	請求一部認容	2条5項・3 条前段	59(2) -256	平成19年度～ 平成23年度	ニプロ訴訟

独占禁止法と損害賠償・差止請求

2018年3月15日 第1版第1刷発行

監修 村上政博
発行者 山本 継
発行所 (株)中央経済社
発売元 (株)中央経済グループ
パブリッシング

〒101-0051 東京都千代田区神田神保町1-31-2
電話 03 (3293) 3371 (編集代表)
03 (3293) 3381 (営業代表)
<http://www.chuokeizai.co.jp/>
印刷/昭和情報プロセス(株)
製本/誠製本(株)

© 2018
Printed in Japan

*頁の「欠落」や「順序違い」などがありましたらお取り替えいたしますので発売元までご送付ください。(送料小社負担)

ISBN978-4-502-24771-2 C3032

JCOPY(出版者著作権管理機構委託出版物)本書を無断で複写複製(コピー)することは、著作権法上の例外を除き、禁じられています。本書をコピーされる場合は、事前に出版者著作権管理機構(JCOPY)の許諾をうけてください。

JCOPY(<http://www.jcopy.or.jp> eメール:info@jcopy.or.jp 電話:03-3513-6969)