

平成22年度「独禁法中級講座」第3回—カルテルの禁止

平成22年6月8日(火)

根岸 哲

I はじめに

今回は、カルテルの禁止について、ハードコア・カルテルと非ハードコア・カルテルを含めて取り上げたい。ハードコア・カルテルとは、価格協定、入札談合、数量協定、シェア配分協定、市場分割協定など、通常、競争制限以外の目的・効果をもたないカルテルのことであり、非ハードコア・カルテルとは、それ以外のカルテルのことであり、共同研究開発、共同生産、相互 OEM 供給、共同販売、共同購入、情報交換、規格・標準、安全基準などの共同作成・管理、社会公共目的の共同行為などのことである。

欧米では、従来から、ハードコア・カルテルには当然違法の原則(per se illegal rule)が適用されるのに対し、非ハードコア・カルテルには合理の原則(rule of reason)が適用されることから、両カルテルの区別は極めて重要である。欧米では、ハードコア・カルテルについては、通常、競争者間に協定があれば、当然に違法であり、市場の画定は不要であり、当該市場の競争に及ぼす影響の検討も不要である。これに対し、非ハードコア・カルテルについては、市場を画定し、当該競争者間の協定が当該市場の競争に及ぼす影響を個別・具体的に検討しなければならず、競争制限効果と競争促進効果や正当化事由などを総合的に考慮して最終的に違法か否かが判断される。

これに対し、日本では、事業者のカルテルは、独禁法上、不当な取引制限として禁止され(3条後段)、不当な取引制限は、複数の事業者が、共同して、相互にその事業活動を拘束し又は遂行することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限すること、と定義されている(2条6項)。事業者団体のカルテルは、典型的には、一定の取引分野における競争を実質的に制限することを禁止する8条1号によって禁止される。当該カルテルが、ハードコア・カルテル、非ハードコア・カルテルのいずれであっても、その違法要件は同じであり、両カルテルの区別の必要性や重要性に疑問もある(拙稿「カルテルにおけるハードコアと非ハードコアの区分の必要性と有効性(1)(2)」きっかわ法律事務所 HP「独禁法つれづれ草」第3回及び第4回。他方、ハードコア・カルテルと非ハードコア・カルテルの区別の必要性と重要性を説くものとして、金井=川濱=泉水編著『独占禁止法[第3版]』(弘文堂 平成22年)62~65、92~108頁がある)。いずれのカルテルであっても、一定の取引分野(以下、「市場」ということがある。)を画定し、当該市場の競争に及ぼす影響を個別・具体的に検討しなければならず、競争制限効果と競争促進効果や正当化事由など(目的の合理性と目的達成方法の相当性)を総合的に考慮して最終的に違法か否かが判断される。競争制限効果と競争促進効果や正当化事由などを総合的に考慮する必要性は、ハードコア・カルテルの場合に比べて非ハードコア・カルテルの場合の方がより高いということ是可以する。

II ハードコア・カルテル

1 市場の画定と競争の実質的制限

ハードコア・カルテルの代表例は、価格協定と入札談合である。独禁法上も、ハードコ

ア・カルテルの代表例である価格協定や入札談合については、当該行為が実効性をもって行われている場合には、通常、その範囲が市場であり、当該市場において競争が実質的に制限されているものと判断されるとして、欧米型の当然違法に近い取り扱いがなされると指摘されることも多い。しかし、そのような指摘は必ずしも適切ではなく、価格協定や入札談合についても、市場が画定され、画定された市場において競争を実質的に制限することになるか否かが個別・具体的に判断されている。

市場の画定は、基本的に需要者からみた代替性の観点から、補完的に供給者からみた代替性の観点から画定される。競争を実質的に制限するとは、競争が減少して、特定の事業者又は事業者集団が、その意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる状態をもたらすことであり（NTT東事件東京高判平21・5・29（排除型私的独占ガイドラインで引用）、東宝・スバル事件東京高判昭28・12・7（企業結合ガイドラインで引用））、典型的には、市場における価格を支配できる力を形成・維持・強化することを意味する。

例えば、事業者団体の価格カルテルにおいて、狭い地域や特定ブランドに限定した価格カルテルについては、構成事業者の機能・活動を不当に制限することを禁止する8条4号が適用され、より広い地域やブランド間の価格カルテルについては、一定の取引分野（＝市場）における競争を実質的に制限することを禁止する8条1号が適用され、また、構成事業者の市場シェア合計が低い場合（例えば、50%を下回る場合）には8条4号が適用され、市場シェア合計が高い場合（例えば、50%以上の場合）には8条1号が適用される。事業者の価格カルテルにおいても、需要者からみた代替性の観点から市場の画定がなされ（例えば、塩ビ床シート事件排除措置命令平18・5・26、内装工事用けい酸カルシウム板事件排除措置命令平19・5・24）、競争の実質的制限ありとされるためには、通常、参加事業者の市場シェア合計が50%を超えることが求められている（高松市豆腐（中央食品）事件公取委勧告審決昭43・11・29では、市場シェア合計が約50%となる事業者の価格協定では、直ちに競争の実質的制限ありとはいえないが、他の事業者の価格引上げの追随などの諸事情を考慮して競争の実質的制限ありとされている）。

事業者の入札談合は、基本合意と個別調整から構成されるが、不当な取引制限に該当するか否かは、基本合意によって判断されるのであり、個別調整によって判断されるのではない。このことは、入札談合についても市場の画定が必要であることを示すものである。市場の画定のためには、基本合意の存在が必要であり、一回限りの個別調整では市場の画定はできないと解されているからである。そして、画定された市場において、競争を実質的に制限すること、すなわち受注予定者及び受注価格を支配できる力を形成することになるかを問うために、入札参加者に占める談合参加者と協力者の比率や談合参加者の落札比率などが問題とされるのである（例えば、多摩談合事件東京高判平21・5・29、同平21・10・23、同平21・12・18、同平22・1・29（これら4判決とは異なる同平22・3・19も参照））。

なお、価格カルテルに係る合意（意思の連絡）も入札談合における基本合意も、その存在が立証されれば足り、その形成の過程、形成の日時、場所などにつき具体的に特定することまでの立証は不要である（元詰種子価格カルテル事件東京高判平20・4・4、上記多摩談合事件判決）。

2 モディファイヤー価格カルテル事件

本件（公取委審判審決平21・11・9）は、3社寡占市場における価格カルテル事件である（2社が審決取消訴訟係属中）。

2-1 「意思の連絡」－特に平成12年の合意に関連して

不当な取引制限の「共同して」というためには、複数事業者が対価を引き上げるに当たって、相互の間に「意思の連絡」のあることが必要であるが、「意思の連絡」とは、複数事業者間で相互に同内容又は同種の対価の引上げを実施することを認識ないし予測し、これと歩調をそろえる意思があることを意味し、一方の対価引上げを他方が単に認識、認容するのみでは足りないが、事業者間相互で拘束し合うことを明示して合意することまでは必要でなく、相互に他の事業者の対価の引上げ行為を認識して、暗黙のうちに認容することでも足り、その判断に当たっては、対価引上げがされるに至った前後の諸事情を勘案して事業者の認識及び意思がどのようなものであったかを検討し、事業者相互間に共同の認識、認容があるかどうかを判断すべきである（東芝ケミカル事件東京高判平7・9・25）。

3社間には価格引上げの合意は認められないが、1社がまず価格引上げを先行し、他の2社がこれに続いて価格引上げをしたことが、事前事後の情報交換を通じて、1社は他の2社が追随すると予測した上で価格引上げを打ち出し、他の2社は1社からの追随要請に呼応し、1社の販売価格引上げに協調する意思の下に行われたものと推認されることから、3社間に「意思の連絡」が存在すると判断された。

2-2 競争の実質的制限

前記東宝・スバル事件東京高判昭28・12・7を引用し、本件では、3社の合計の市場シェアが91、8%～100%であり、このような市場シェアの大半を占める3社が、上記「意思の連絡」に基づき、需要者に対して価格の引上げを打ち出した上、それぞれの需要者との価格引上げ交渉の状況を確認するための会合を開催するなどしていたのであるから、3社の共同行為により東宝・スバル事件判示の趣旨における市場支配的状态が形成され、競争の実質的制限がもたらされていたことは明らかである。実際に価格引上げの結果が生じたことは、上記の趣旨における市場支配的状态の形成を事後的に裏付ける事由の一つというべきである。なお、実際に価格引上げの結果が生じたことは、競争の実質的制限を肯定するための要件ではなく、競争の実質的制限を事後的に裏付ける一つの事由にすぎないし、実際に値上げされた幅がカルテルにおいて意図された値上げ幅と同一でないことや、カルテルの対象となった商品すべての値上げが実現していないことは、競争の実質的制限の発生の判断を必ずしも左右するものではない。

2-3 不当な取引制限行為の消滅

不当な取引制限は、複数の事業者がその事業活動を相互に拘束することを要素とするものであるから、各事業者がその相互拘束に反する意思の表明など相互拘束が解消されたと認識して事業活動を行うまで継続するのであり、いわゆる価格カルテルについては、事業者間の合意が破棄されるか、破棄されないまでも当該合意による相互拘束が事実上消滅していると認められる特段の事情が生じるまで当該合意による相互拘束は継続する。本件では、1社からモディファイヤーに係る営業の譲渡を受けた事業者と2社との間で価格競争が行われるに至ったことから、相互拘束が事実上消滅するに至ったのは当該営業譲渡以降のことであり、それまでは違反行為は継続されていた。

2-4 既往の違反行為に対する排除措置命令の必要性

上記営業譲渡までの3社間の協調関係は強固であったし、営業譲渡後も、被審人2社は引き続き有力な地位を占め、ファイファイヤー市場における競争を活発にする要因は生じておらず、その後の価格引上げ状況においても他社の価格引上げの打ち出しの動向に依拠して自らも価格引上げの打ち出しを行う傾向がみられることから、3社には、共同して価格引上げを行おうとする誘因が存在している。したがって、今後、被審人2社間又は他社との協調関係が再び形成される可能性があり、本件違反行為と同様の行為が再び行われるおそれがあると認められるから、排除措置を命ずる必要性がある。

3 NTT 発注光ファイバケーブル製品談合事件

近年、独占的な1民間事業者向けの取引につき一定の取引分野(=市場)を画定し、当該市場におけるカルテル・談合を不当な取引制限に該当し違法とする事件が登場している。NTT 発注光ファイバケーブル製品談合事件(公取委排除措置命令平22・5・21)、電力会社発注の電力用電線談合事件(公取委排除措置命令平22・1・27)、ニンテンドーDS・DSLite 用液晶モジュール価格カルテル事件(公取委排除措置命令平20・12・18)、東京ガス・大阪ガス発注ガス導管工事談合事件(公取委課徴金納付命令平19・12・4)などである。

カルテル・談合を当然違法とするのであれば、本来、市場の画定は不要であり、このような狭い限られた市場における受注獲得競争を保護する取扱いに問題はないのかもしれない。しかし、合理の原則が適用される独禁法上、このような市場における受注獲得競争を保護するに値するのであろうかが問題となる。1需要者向けの取引につき市場を画定し、当該市場において受注獲得競争を回避する談合を不当な取引制限に該当するとする事件には、従来から、国や自治体が競争入札の方法により発注する場合における入札談合事件があった。公共入札は、法律上(会計法又は地方自治法上)競争入札によることが義務付けられることから、1需要者向けの取引について市場を画定し当該市場における受注獲得競争を保護することに問題はない。これに対し、1民間事業者の場合には、どのような方法によって調達・購入しても、どの供給者から調達・購入しても、どのような水準の価格でも、どのような過程を経て形成された価格で調達・購入しても、本来、自由な経営判断に委ねられており、仮にその調達過程において談合や価格カルテルがあったとしても、談合価格やカルテル価格を良しとして受け入れ調達・購入することも自由な経営判断に委ねられているはずではないか。したがって、独禁法上は、本来、このような1民間事業者向け取引につき市場を画定し、当該市場における受注獲得競争を保護する公的利益はないのではないか。

また、独占的かつ優越的地位にある1民間事業者との取引においては、当該1民間事業者が実質上一方的な価格決定権を保有し、本来、納入業者による自由な競争による価格メカニズムが機能する実情にはなく、自由な競争による価格メカニズムが機能する場としての一定の取引分野(=市場)は成立する余地はないのではないか、という問題もある。独占的かつ優越的地位にある1民間事業者との取引について市場を画定し、当該市場における納入業者による受注獲得競争を保護しようとすることは、当該1民間事業者の納入業者に対する優越的地位の濫用を構成する買いたたきを奨励し、当該1民間事業者の独占的利

益の獲得に力を貸すものであって、独禁法上本末転倒の結果を招来するのではないか。

III 非ハードコア・カルテル

1 非ハードコア・カルテル

共同研究開発、共同生産、相互 OEM 供給、共同販売、共同購入、情報交換、規格・標準、安全基準等の共同作成・管理、社会公共目的の共同行為などの非ハードコア・カルテルについても、ハードコア・カルテルの場合と同様に、不当な取引制限に該当するか否かが問題となり、市場を画定し、画定された市場において競争を実質的に制限することになるか否かを個別・具体的に判断することになる。競争の実質的制限の判断においては、競争制限効果と競争促進効果や正当化事由など（目的の合理性と目的達成方法の相当性）を総合的に考慮して最終的に違法か否かが判断される。

例えば、共同購入は、規模の経済性の実現、費用削減などの合理的な目的のあることも多いが、参加事業者の購入市場におけるシェアが 50%を超えるような場合には、購入価格を支配できる力を形成するおそれが強く、通常、規模の経済性の実現、費用削減などの合理的な目的は、購入価格を支配できる力を形成するまでにならなければ達成できないのではなく、違法とされることが多いものと考えられる。また、共同購入については、例えば、共同購入の対象である原材料の価格が製品価格に占める比率が高い場合には、原材料の購入市場における価格支配力のみならず、製品市場における価格支配力が形成されることもあり、不当な取引制限が原材料の購入市場のみならず製品の販売市場においても成立することがある。

情報交換それ自体が、非ハードコア・カルテルとして、違法となる場合があるとする見方もある。その例として、公取委「事業者団体の活動に関する主要相談事例（平成 11 年度）48 頁」における 2 社複占市場における情報交換が挙げられている（前掲金井ほか編著 95～96 頁）が挙げられる。構成員から生産・出荷実績を毎月報告させ、その毎月及び暦年ベースでの合計値を需要見通しとともに構成員に提供することとされていたが、公取委は、たとい合計値であっても複占市場では競争者の生産・出荷実績を容易に識別することができ、これとあわせて需要見通しも示されるため、2 社間で現在又は将来の生産・出荷量につき予測が容易になることから、独禁法上（8 条 1 項の 1 号又は 4 号（現 8 条 1 号又は 4 号））問題があるとした。しかし、情報交換は、価格、数量などに係る「意思の連絡」の存在を推認する間接事実として評価されてきたのであり（事業者団体ガイドライン第二 9「情報活動」）、上記のような見方には疑問がある。

2 相互 OEM 供給

2-1 建設資材メーカーの相互 OEM 供給

非ハードコア・カルテルに属するとされる相互 OEM 供給について、公取委の事前相談において、建設資材メーカー 2 社が、運送コスト削減のため、遠隔地向け製品について相互に OEM 供給を行うことについて、独禁法上問題となるとされた以下のような事例がある（「事業者の活動に関する事例『業務提携に関するもの』（平成 13 年・事例 8）[不当な取引制限]建設資材メーカーの相互 OEM 供給」）。

建設資材甲のメーカーで市場シェア 50%弱の A 社と、40%強の B 社とが、製品価格

の約1割を占める運送コストを削減するため、相互にOEM供給を行うことを検討している。A社は関東地区に工場を有し、B社は関西地区に工場を有していることから、A社の関西以西の顧客への販売相当量をB社へ、B社の関東以北の顧客への販売相当量をA社に、それぞれOEM供給を委託する。OEM供給を受ける数量は、A社は自社販売数量の約30%、B社は自社販売数量の約40%である。A社、B社ともに、現在の工場の年間稼働率を考えれば、生産を受託できる生産余力があることから、相互にOEM供給を行うことが十分に可能である。また、建設資材甲の販売は、従来どおり独自に行い、互いに販売価格や取引先などには一切関与しない。なお、建設資材の性質上甲の販売価格のうち、製造コストが相当部分を占める。

この相談事例に対し、公取委は、次のように回答している。

2社は、従来どおり独自に販売を行い、互いに販売価格や取引先などには一切関与しないとしているが、(1)2社が相互にOEM供給することにより、地域的にみれば、関西以西の顧客に販売される両社の製品は、ほとんどすべてB社の製造に係る製品、反対に関東以北はほとんどすべてA社の製造に係る製品となり、中部を除く地域において両社の製造コストが共通化され、甲製品の販売価格のうち製造コストが相当の部分を占めることから、2社の甲製品市場におけるシェアが約90%を占めることを踏まえると、2社の販売価格が同一水準になりやすいなど、販売分野での競争が減殺されるおそれ大きいこと、

(2)相互にOEM供給を行うことを通じて、製造コストなど企業活動を行う上で重要な情報を知り得ることは、2社のシェアからすれば競争に与える影響が大きいと考えられることから、2社が相互にOEM供給を行うことは、甲製品の製造販売分野における競争を実質的に制限し、独禁法上問題となる。

しかし、2社間に販売価格に係る「意思の連絡」の存在は認定されておらず、これを不当な取引制限に該当すると判断するには飛躍がある。将来、2社で価格支配力を形成する見込みが高いことを根拠に規制できるのは、企業結合規制においてであって、現実に価格支配力が形成されていることが要件である不当な取引制限の禁止規定によってではないか。

2-2 食品の原材料メーカーの相互OEM供給

他方、食品の原材料メーカーの相互OEM供給について、食品の原材料メーカー2社が、運送コスト削減のため、遠隔地向け製品について相互的OEM供給を行うことは、独禁法上問題がないとされた以下のような事例がある（「事業者の活動に関する事例『業務提携に関するもの』」（平成13年・事例7）[不当な取引制限]食品の原材料メーカーの相互OEM供給）。

食品の原材料甲の市場シェアが約40%のA社が約5%強のB社との間で、運送コスト削減のため、相互にOEM供給を行うことを検討している。A社は近畿地区に工場を有し、B社は北海道に工場を有しているため、A社は、北海道の取引先向けの甲製品の半分のをB社からOEM供給を受け、B社は、西日本の取引先向けの甲製品をA社からOEM供給を受ける。なお、B社は、営業基盤である北海道向けの販売量が多く、遠隔地である西日本向けには少ない。OEM供給を受ける数量は、A社は自社販売数量の数%、B社は自社販売数量の10%程度である。A社の近畿地区工場及びB社の北海道工場とも製造を受託できる生産余力があることから、相互にOEM供給を行うことが十分に可能である。また、

甲製品の販売は、従来どおり独自に販売し、互いに販売価格や取引先などには一切関与しない。なお、A 社の場合、甲製品の販売価格のうち、製造コストは5割を占め、運送コストは1割程度という割合になっている。

この相談事例に対し、公取委は、次のように回答している。

2社は50%弱のシェアを有し、甲製品については相互にOEM供給を行うことにより、製造コストなど企業活動を行う上で重要な情報を互いに知り得ることになるが、(1) 2社が相互にOEM供給する数量は、それぞれ自社販売数量の数%ないし10%程度にすぎず、コストの共通化によって販売分野での競争が減殺されるおそれは小さいこと、(2) 2社は、従来どおり独自に販売を行い、互いに販売価格や取引先などには一切関与しないとしていること、(3) 甲製品市場については、有力な競争事業者が複数存在していること、(4) 仮に相互にOEM供給を行うことにより、生産能力を上回ることになれば、2社の間において生産数量の調整を行う必要が生じ、競争を制限するおそれがあるが、2社において甲製品の製造を受託できる生産余力があり、生産能力を上回ることはないことから、2社が相互にOEM供給を行うことは直ちに甲製品の販売分野における競争を実質的に制限するものとはいえず、独禁法上問題はない。

本件は、上記建設資材メーカーの相互OEM供給の事例と同時期の事例であり、両者は対照的な事例となっている。