HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	法定不公正な取引方法における「公正競争阻害性」について・再論
Author(s)	厚谷, 襄児
Citation	北大法学論集, 68(4), 232[45]-216[61]
Issue Date	2017-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/67722
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol68no4_03.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

法定不公正な取引方法における「公正競争阻害性」について・再論

厚　谷　襄　児

目　　次

はじめに
第１　21年改正法における法定不公正な取引方法の規定の定め方
第２　法定不公正な取引方法と指定不公正な取引方法との差異
第３　主要な学説における法定不公正な取引方法における「公正競争阻害性」の位置づけ
第４　主要な学説における法定不公正な取引方法に係る「公正競争阻害性」の扱い
むすび

はじめに

本稿は、平成21年独占禁止法改正法[1] ２条９項に規定された不公正な取引方法のうち、同項１～５号の各規定に同項６号[2]に規定する「公正な

[1] 平成21年独占禁止法改正法（平成21年法律第51号）を、「21年改正法」といい、その改正を「21年改正」という。それ以前の独占禁止法を「21年改正前法」という。独占禁止法は平成25年にも改正されているので、平成25年改正後の独占禁止法を単に「独占禁止法」、「現行独占禁止法」ないし単に「法」という。

[2] 本稿では、法２条９項１～５号に規定する不公正な取引方法を「法定不公正な取引方法」という。同項６号の規定は、公正取引委員会が不公正な取引方法を「指定」する根拠規定である。不公正な取引方法は、特段の摘示しない限り、「一般指定」をいう。なお、一般指定のうち、昭和28年告示第11号を「元一般指定」

競争を阻害するおそれ」という規定あるいは「公正競争阻害性」[3]という概念が当て嵌まるか、という課題を検討するものである。

筆者は、既に、この課題について、法２条９項６号に規定される「公正な競争を阻害するおそれ」という定めも「公正競争阻害性」という概念も、同項１～５号の規定には当て嵌まらないと論じた[4]が、主要な学説はこれに与みしない。

そこで本稿においては、２条９項１号から５号までの規定には、「公正競争阻害性」という概念が当て嵌まらないとする論拠を提示し、次いで、「公正競争阻害性」が当て嵌まるとする主要な学説への疑問を提示して再論しようとするものである。

本稿では、先ず、21年改正法における法定不公正な取引方法の規定の定め方（第１）を述べ、次いで、法定不公正な取引方法と指定不公正な取引方法との差異（第２）に触れ、その後、主要な学説における21年改正法の「公正競争阻害性」の位置づけ（第３）を検討した上で、主要な学説における法定不公正な取引方法に係る「公正競争阻害性」の扱いについての疑問を提示する（第４）こととする。

といい、昭和57年告示第15号を「旧一般指定」といい、21年改正法に伴い改正された一般指定（平成21年10月28日告示第15号）を「現行一般指定」ないし「現行指定」という。また、「法定不公正な取引方法」との対比ということで「指定不公正な取引方法」という。

[3]「公正競争阻害性」という文言は、現行独占禁止法２条９項６号に規定する「公正な競争を阻害するおそれ」に併せて競争の減殺、不当な競争手段及び自由な競争基盤の侵害を包含することを意味する。これは、昭和57年の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な考え方」に由来し、その考え方は旧一般指定に織り込まれた。なお、田中寿編著・不公正な取引方法―新一般指定の解説（別冊 NBL９号）（商事法務研究会1982）参照。ただし、本稿で２条９項１～５号の規定との係わりで「公正競争阻害性」というのは、「公正な競争を阻害するおそれ」に競争の減殺と自由な競争基盤の侵害を併せた意味である。

[4] NBL966号26頁以下。これを「旧稿」という。本稿は、旧稿のⅤ「法定不公正な取引方法における『公正競争阻害性』についての主要な学説」及びⅥ「法定不公正な取引方法にける『公正競争阻害性』についての考え方の整理」に係るものであり、その内容が重複するところがあるが、論じ方が異なっていることをお断りする。

第１　21年改正法における法定不公正な取引方法の規定の定め方

１　21年改正法は、「この法律において不公正な取引方法とは、次の各号いずれかに該当する行為をいう」と定め（２条９項）、その２条９項の規定うち、１号から５号までの各号の不公正な取引方法の規定には「公正な競争を阻害するおそれ」という文言がない。同項６号の規定に「前各号に掲げるもののほか、次のいずれかに該当する行為であって、公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち、公正取引委員会が指定するもの」とある。この規定が公正取引委員会による不公正な取引方法の「指定」の根拠規定であり、今日、「公正な競争を阻害するおそれ」という文言は、「公正競争阻害性」を意味するものと理解されている。

２条９項６号の規定に「前各号に掲げるもののほか」とあるから、明文上、同項１号から５号までの規定、つまり法定不公正な取引方法に係る規定が除かれる。そこで、同項６号の規定に基いて指定されたのが、現行一般指定であり、そこで定められている不公正な取引方法の各規定に該当する行為は、「公正な競争を阻害するおそれ」、すなわち「公正競争阻害性」のうちの競争の減殺、競争手段の不正又は自由な競争基盤の侵害という性格のいずれかを具有するとして違法とされる。他方、２条９項１号～５号の不公正な取引方法は、同項６号に規定する「公正な競争を阻害するおそれ」、すなわち「公正競争阻害性」を具有しなければならないのか。すなわち、２条９項６号に定められている「公正な競争を阻害するおそれ」という文言が２条９項１号から５号までの規定に当て嵌められるのか、そうでないとしても「公正競争阻害性」を具有することを要件としているのかが論点であり、取り分け解釈論として２条９項１号から５号までの規定に定められている「正当な理由がないのに」、「不当に」の解釈を「公正競争阻害性」から導き得るのかが論議の原点といえよう[5]。

[5] 21年改正前には、法定される不公正な取引方法の定めはなく、全ての不公正な取引方法が「公正競争阻害性」を具有するものとして「指定」されていた。し

2　日本経済法学会平成21（2009）年度シンポジウム「不公正な取引方法規制の再検討」において、筆者は、「平成21年の独禁法の改正で、法定の不公正な取引方法について、『公正な競争を阻害するおそれ』というのが外れています。そこで、法定の不公正な取引方法についても公正競争阻害性が要件としてかぶってくるのかどうか、山部会員にお聞きしたいのです。もし、それがかぶってくるのだとしたら、独禁法上どこを根拠にしてどういう論理過程でそれを導き出すのかという点をお尋ねしたいと思います」と問うたところ、次のように答えられた[6]。

山部会員「年報（30号・注）の19頁で、『公正な競争を阻害するおそれ』の要件は２条９項６号において条文上最初に登場して、その前にある１号から５号までの法定の不公正な取引方法の類型にも及ぶと書いています。その根拠は何かというご質問かと思いますけれども、これは論理的に言えるかどうかわかりませんが、これは『改正の経緯に照らして』と言わざるをえないと思います。平成21年改正は基本的にこれまでの考え方や解釈を変更するものではないという改正の経緯に照らして、２条９項６号で『公正な競争を阻害するおそれ』が後から出てくるにもかかわらず、やはり最初の方にもかかるという、そういう根拠であります。」

司会者は、根岸会員にもコメントを求め、それに対する発言は次のとおりである[7]。

根岸哲会員（甲南大学）「私も基本的にそのような考えでよろしいんだと思います。それから一般指定の規定の一部が法定化されることによって一般指定が歯抜けになるわけですね。ですから、もう法定化部分は従来の一般指定のそれを引き継いだものとしか考えようがないと私は思います。それから、条文上確かに形式的には『公正な競争を阻

たがって、本稿で論じるような問題はなかった。

[6] 山部俊文会員（一橋大）は、本シンポジウムにおいて「公正競争阻害性・再論」と題し報告。山部会員の回答は、日本経済法学会年報第31号（2010年）平成21（2009）年度シンポジウム「不公正な取引方法規制の再検討」記録146頁。

[7] 根岸会員の発言は、前掲６、146～７頁。

害するおそれ』は、２条９項１号から５号までにはないように見えますが、しかし、２条９項は不公正な取引方法の定義規定です。定義規定でそれぞれ定義の違うというのは非常におかしいわけで、やはり全体としてこの不公正な取引方法を解釈するということになりますから、『公正な競争を阻害するおそれ』は当然要件であるし、これまで積み重ねてきた解釈論、運用というのは基本的に引き継ぐということです。もちろんそのこと自体の是非については、これから論ずる必要が有りますけれども、基本的には引き継ぐものだと、このように私は理解しております。」

３　両会員の見解は、法２条９項６号に定める「公正な競争を阻害するおそれ」という規定は、法定不公正な取引方法に当て嵌まるというものである。その根拠は「改正の経緯に照らして」（山部会員）、あるいは「法定化部分は従来の一般指定のそれを引き継いだものとしか考えようがない」（根岸会員）というものであり、いずれも同じ考え方といえよう。これを本稿では、「経緯説」ということとする。

経緯説によるなら、旧不公正な取引方法の一般指定のうち、共同の取引拒絶（旧１項）の一部が法２条９項１号に、差別価格（旧３項）が同項２号に、不当廉売（旧６項）が同項３号に、再販売価格の拘束（旧12項）が同項４号に及び取引上の優越した地位の濫用（旧14項）が同項号に単に移行したに過ぎないということになる。

第２　法定不公正な取引方法と指定不公正な取引方法との差異

１　２条９項６号の規定に定める「前各号に掲げるもののほか」という用語は、それ前の各号に定めた規定には適用しないという意味に用いられるのであるから、特段の理由がなければ、不公正な取引方法は、法２条９項１号から５号までの各不公正な取引方法を一括りとして、同項６号の不公正な取引方法とは別の定め方をしたものと解される。

２　２条９項６号において不公正な取引方法の指定制度が採られているのは、①予測可能性を大きくするため禁止行為の内容をより具体的に定める必要があるためと、②禁止すべき内容は経済実態の変化に対応して変動するが、指定方式によると事態の変化に機動的に対応できる

ためである[8]。

ところで、不公正な取引方法の規定が法定されるということは、一行政機関である公正取引委員会による「指定」という行為により定められるのとは異なり、国会の議決により制定される法律により定められるという規制する意義の重みが異なるのである。このことは、規制の定め方に影響を及ぼす。

経済社会の状況が変わっても、国会において法改正がなされるまで不公正な取引方法の内容を改めることができない。したがって、恒常的に不公正な取引方法として規制されるべき類型について、それに相応しい行為要件等を定める必要がある。21年改正により法定された不公正な取引方法は、法定される契機が課徴金の賦課ということであったので、法的制度としては、不公正な取引方法として恒常的に規制されるべき類型について、課徴金を賦課するに相応しい行為要件等を定めたものといえる。このように、法定不公正な取引方法は、指定不公正な取引方法とは法の定め方の性格が異なっているといえる。

課徴金を賦課するには、財政法３条の規定により「租税を除く外、國が国権に基いて収納する課徴金・・については、すべて法律又は国会の議決に基いて定めなければならない」のである。課徴金の賦課は、金銭上の負担を課すので法律事項であるから、課徴金の賦課に適合するような規定の仕方をしなければならない。そこで、法定化の対象について、指定当時の規定が、どのように課徴金を賦課するに相応しいように法的要件を定めているかをみてみよう。

① 共同の取引拒絶（旧一般指定１項）のうち、「供給」の拒絶のみを法定（１号）した。

② 差別対価（旧一般指定３項）の内容を限定して、「継続して供給することであって、他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあるもの」を法定（２号）した。

③ 不当廉売（旧一般指定６項）うち、「正当な理由のない」不当廉売のみを法定（３号）した。

[8] 実方謙二・独占禁止法（第４版）（有斐閣法学叢書４）260頁有斐閣1998）。このような指摘は、多くの論者によってなされている。

④　再販売価格拘束行為（旧一般指定12項）を法定（４号）した。

⑤　優越的地位の濫用（旧一般指定14項）では、指定14項５号を法定とせず、また同項３号及び４号を合わせた上で具体的行為を法定（５号）している。

上記のように、法定不公正な取引方法の各条項を整備している。

3　それでは、法定不公正な取引方法の各規定の違法性は、どこに求められるか。不公正な取引方法は多様な行為類型が定められているが、法定不公正な取引方法のうち、共同の取引拒絶（１号）、差別対価（２号）及び不当廉売（３号）の違法性は他の事業者の市場からの排除（市場の閉鎖性）並びに再販売価格拘束行為（４号）は競争の回避であるといえよう。また、取引上の優越した地位の濫用の違法性は、市場から閉じ込められている取引当事者間において取引上優越した事業者が相手方に不当な不利益を課すという問題であり、市場競争への影響を問うものでない。

4　次に、法定不公正な取引方法には、共同の取引拒絶（１号）、不当廉売（３号）及び再販売価格拘束行為（４号）には「正当な理由なく」と、並びに差別対価（２号）及び取引上の優越した地位の濫用行為（５号）には「不当に」という不確定概念が定められている。これをどのように解すべきか。

（１）　共同の取引拒絶（１号）は、事業者が共同して行うものであり、行為要件として「ある事業者から商品・・供給を受けることを拒絶し・・」「自己と競争関係にある他の事業者・・と共同して」と行為要件しか定めていない。これは、共同の拒絶を行うなら、他の事業者が市場から排除されるというという考え方からであろう。したがって「正当な理由がないのに」と定めたものであろう。

（２）「不当廉売」（３号）については、行為要件のほかに「他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあるもの」と具体的に他の事業者の市場からの排除を要件として定めている。そうであるから、「正当な理由がないのに」と定めたのであろう。

（３）「差別対価」（２号）については、行為要件のほかに「他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあるもの」と定めているから、他の事業者を市場から排除するという市場への影響を違法成

立の要件としている。そうであるなら、「差別対価」については「不当に」という不確定概念を定めているが、実質的には「正当な理由がないのに」に近いものといえよう。

（4）「再販売価格拘束行為」（4号）については、自己の供給する商品を購入する相手方に、「その販売する当該商品の販売価格を定めて相手方をして当該事業者にこれを維持させることその他相手方をして当該事業者の当該商品の販売価格の自由な決定を拘束されること」と定めている。この定め方は、行為要件のみである。それは、価格拘束行為は行為により取引の相手方間の競争を回避させるという競争への影響をもたらす。したがって、「正当な理由がないのに」という定め方をしているのであろう。

（5） 取引上の優越した地位の濫用については、違法性は、「正常な商慣習に照らし不当」ということであるが、これは取引上の優越した地位にある取引当事者が相手方に対し、「正常な商慣習に照らして」行為の妥当性を判断するので、その基準は「不当」か否かということになるのである。

5　これまで述べてきた観点に立った場合に、法定不公正な取引方法において、「公正競争阻害性」という概念を採り容れたとしたら、どのような判断をするかということに触れる。

（1） 公正競争阻害性は三つの側面があるという。競争の減殺、不正な競争手段及び市場競争基盤である。このうち、法定不公正な取引方法には、不正な競争手段にかかるものはないので、これとの係わりはない。

（2） 取引上の優越した地位の濫用に係る公正競争阻害性ついて、今村博士は、「‥独占禁止政策の上からは、「公正且つ自由な競争」の確保がその眼目であるが、現にそれが機能しないために生じている不当な結果をも、規制の対象に採り入れようとすることは何ら背理あるいは不自然なことではない。むしろ「国民経済の民主的で健全な発達」という経済民主主義の立場からは必要な規制といてよういのである。そしてこれを、不公正な取引方法の一つとすることに言葉の上での違和感はないからこのような定めがなされたものと思うが、不公正な取引方法を、公正競争阻害性を有す

るものとして特徴づける上からは、些か、体系的な整合性を欠くものとなっているのである。」[9]　この今村博士の見解に照らすなら、取引上の優越した地位の濫用に係る規定を法定不公正な取引方法として定めたことは、その規定を「公正競争阻害性」から解放した定め方をしたといえるのであるから、このような定め方の方がより適切なものといえよう[10]。

（３）　法定不公正な取引方法における「公正競争阻害性」というのは、取引上の優越した地位の濫用（５号）を除くと、競争の減殺と観点からものだけとなるのであるから、法的不公正な取引方法に限るなら、「公正競争阻害性」概念は、広すぎるものとなる。

そうであるなら、２条９項１号～４号の規定に「公正競争阻害性」概念に依ることなく「正当な理由ないのに」・「不当に」の解釈・判断を基本的には独占禁止法の目的規定に定められている「公正かつ自由な競争の促進」という視点から直裁かつ簡潔に解釈・判断すれば足るということになるのでないか。

第３　主要な学説における法定不公正な取引方法における「公正競争阻害性」の位置づけ

法定不公正な取引方法における「公正競争阻害性」の位置づけ等について、いくつかの主要な学説がどのように理解しているのかをみてみる。

１　根岸・舟田説[11]

（１）　根岸・舟田説は次のとおりである。

「独禁法２条９項と一般指定の各号における『正当な理由がない

---

[9] 今村成和・独占禁止法入門（４版）166頁（有斐閣1993）。

[10] 白石教授は、優越的地位の濫用に係る公正競争阻害性について「従来の実務を維持しつつ説明を直截で簡素なものとするために、２条９項５号の『正常な商慣習に照らして不当に』については、条文上公正競争阻害性の文言が被らなく成った平成21年改正を機に、公正競争阻害性とは関係のない要件であると説明するのは１つの方法であろう」という（白石忠志・独占禁止法（３版）341～342頁（有斐閣2016））。

[11] 根岸哲・舟田正之・独占禁止法概説（第５版）175頁（有斐閣2015）。

のに』・『不当に』という文言の意味内容は、法９条６号柱書の「公正な競争を阻害するおそれがある」＝『公正競争阻害性』と同義であると解される。・・・（改行）右のことは、平成21年改正前は法２条９項の規定の仕方から無理のない解釈であった。しかし、同改正によって、法２条９項１号～５号は、『正当な理由がないのに』・『不当に』等という文言が付されるにとどまり、同項６号ではじめて、従来からの『公正な競争を阻害するおそれ』という文言が出てくる、という形になっている。しかし、本改正においては、課徴金を課すにあたって、公取委の『告示』という形式に基づくだけでよいのか、という疑問があり、直接、法律に基づいて不公正な取引方法の諸類型を規定した上で課徴金を課す形式を変えたものである。したがって、２条９項１～５号の新設と一般指定の改正は、上記のような改正の経緯からも課徴金についての規定を加えるためのものであって、不公正な取引方法の実体法としての内容に変化はないと考えられる」[12]。

（２） 根岸・舟田説への疑問は、次の点にある。

① 根岸・舟田説によると、「・・本改正においては、課徴金を課すにあたって、公取委の『告示』という形式に基づくだけでよいのか、という疑問があり、直接、法律に基づいて不公正な取引方法の諸類型を規定した上で課徴金を課す形式を変えたものである」とある。

不公正な取引方法の一部の行為に課徴金を課すのは、財政法によると法律事項であるから、当然法定しなければならない。公取委の『告示』という形式に基づいていることができなかったのであるから、上記の説明の仕方に疑問がある。

② 不公正な取引方法を法定するための改正は、「・・改正の経緯からも課徴金についての規定を加えるためのものであって、不公正な取引方法の実体法としての内容に変化はないと考えられる」という。

課徴金を課すので不公正な取引方法の規定を法定したということは、法定化の契機であり、不公正な取引方法という規制対象行為を一行政機関の指定という形式から、法律の定めとしたことは、「不

[12] 前掲11、178 ～ 179頁。

公正な取引方法の実体法としての内容に変化はない」とはいえない。不当な差別対価の規定について、「他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあるもの」を付加して法定（２号）し、優越的地位の濫用（旧一般指定14項）では、指定14項３号及び４号を合わせた上で具体的行為を例示して法定（５号）しているのは、課徴金を賦課するのに相応しく実体規定を改めたものである[13]。

２　根岸説

①　日本経済法学会での私の質問に答えて、次のように述べられた。

「条文上確かに形式的には『公正な競争を阻害するおそれ』は、２条９項１号から５号までにはないように見えますが、しかし、２条９項は不公正な取引方法の定義規定です。定義規定でそれぞれ定義の違うというのは非常におかしいわけで、やはり全体としてこの不公正な取引方法を解釈するということになりますから、『公正な競争を阻害するおそれ』は当然要件であるし、これまで積み重ねてきた解釈論、運用というのは基本的に引き継ぐということです。」[14]

次いで、注釈独占禁止法[15]では、次のように論じておられる。

---

[13] 不当廉売の成立要件として「正当な理由がないのに、商品又は役務をその供給に要する費用を著しく下回る対価で継続して供給することであって、他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあるもの」（２条９項３号）が定められている。根岸・舟田説は、「すべての不公正な取引方法につき、行為要件と『公正競争阻害性』要件に分けるという整理の仕方を採っており、これによると」（前掲12、213頁）、前記の「商品又は役務をその供給に要する費用を著しく下回る対価で継続して供給することであって」は、「廉売の態様」であるので行為要件に、「他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれ」を「公正競争阻害性」の内容に含まれるとしている（同、213頁）。

この説明によるなら、「正当な理由がないのに」も「公正競争阻害性」という概念に含まれるので、「公正競争阻害性」が２つに分化していることになる。「正当な理由がないのに」は、「他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれ」という要件を評価の対象とする対象の評価の基準ということとなり、一の法概念の中に、別箇の機能を有する要件を含むことにならないか。

[14] 前掲６、146～７頁。

[15] 根岸哲編・注釈独占禁止法877頁（根岸哲執筆）（有斐閣2009）。

「・・課徴金の対象となる不公正な取引方法の法定化の立法過程、法定五類型の不公正な取引方法と公取委の指定によって具体化される不公正な取引方法と不公正取引方法の一般指定の改廃の関係などに照らして、『正当な理由がないのに』、『不当に』などが公正な競争を阻害するおそれ（公正競争阻害性）があることを意味することを初めとして、従来、不公正な取引方法の一般指定において採られ定着してきた解釈論は、そのまま法定五類型の不公正な取引方法にも引き継がれるべきものと解される。」

また、「不公正な取引方法は、法定類型、指定類型を問わず、『公正な競争を阻害するおそれ（以下「公正競争阻害性」という。）がある』行為である点で共通している。」と述べる[16]。

② 根岸教授の考え方は、「不公正な取引方法は、法定類型、指定類型を問わず、『公正な競争を阻害するおそれ（以下「公正競争阻害性」という。）がある』行為である点で共通している。」「２条９項は不公正な取引方法の定義規定です。定義規定でそれぞれ定義の違うというのは非常におかしいわけで、やはり全体としてこの不公正な取引方法を解釈するということになりますから、『公正な競争を阻害するおそれ』は当然要件であるし」「従来、不公正な取引方法の一般指定において採られ定着してきた解釈論は、そのまま法定五類型の不公正な取引方法にも引き継がれるべきものと解される。」といえよう。

③ 上記の考え方であるとするなら、法定類型も「公正な競争を阻害するおそれ」は当然要件である」、「２条９項は不公正な取引方法の定義規定です。定義規定でそれぞれ定義の違うというのは非常におかしいわけで、やはり全体としてこの不公正な取引方法を解釈するということになります」ということにより、「公正な阻害するおそれ」という文言は２条９項６号の規定が当て嵌まるということなのか。そうであるなら、明示の文言に反することにならないか。そうでないとすると、「『公正な競争を阻害するおそれ』

[16] 不公正な取引方法と競争の減殺を意味する公正競争阻害性（石川正先生古稀記念論文集「経済社会と法の役割」）487頁以下（商事法務2013）。

は当然要件である」ということは、「公正競争阻害性」が規範概念であるということであるから、法定類型に対する「公正競争阻害性」の法的根拠を求めなければならないであろう。それをどこに求められるのかが明確でない。その根拠が曖昧であるなら、「公正競争阻害性」は規範性を失い、説明概念ということになろう。

3　白石説

（1）　白石教授は、先ず、独占禁止法における違反要件について、「行為による市場での弊害に着目した違反類型では、市場での弊害を示す条文上の文言として『一定の取引分野における競争を実質的に制限する』または『公正な競争を阻害するおそれ』が使われている。便宜上、まとめて『弊害要件』と呼ぶ」といい[17]、後者の文言が登場する違反類型は、不公正な取引方法（２条９項）であるという[18]。

その上で、「形式的には、『公正な競争を阻害するおそれ』という文言が登場するのは２条９項各号のうち６号のみであるが、法解釈により、他の号でも意味を持つ概念であると考えられる（後記341頁）」と述べ[19]、先ず、「条文に登場する『公正な競争を阻害するおそれ』の略称として『公正競争阻害性』というものが広く用いられており、本書でもそれに倣う」[20]とし、「条文の状況」について、次のように論ずる[21]。

「平成21年改正後、２条９項と一般指定のうち、公正競争阻害性を明文で規定しているのは２条９項６号柱書のみである。２条９項１～５号や一般指定各項など、実際の事例において前面に登場する規定には、『正当な理由がないのに』『不当に』といった文書があるだけであり、公正競争阻害性という文言が明記されてい

[17] 前掲10、17頁、21～22頁、341頁（有斐閣2016）。
[18] 前掲10、22頁。
[19] 前掲10、22頁。
[20] 前掲10、340～341頁。
[21] 前掲10、341頁。

るわけではない。一般指定は、２条９項６号柱書の委任を受けているものであるので、公正競争阻害性が要件となる範囲で規定されなければならない。しかし、２条９項１～５号については、法令上当然には、公正競争阻害性が要件となるとはいえない。公正競争阻害性が要件となるか否かは、以下のように、解釈論に委ねられる。

（３）『正当な理由がないのに』『不当に』の解釈

① 公正競争阻害性との関係　解釈論のレベルでは２条９項１～５号についても、平成21年改正前と同様の解釈が維持されている。

そして、平成21年改正前は、一般指定に規定された『正当な理由がないのに』や『不当に』は、公正競争阻害性と同義だとされていた。

したがって、平成21年改正後も、２条９項１号～５号であるか一般指定であるかを問わず、同様の考え方がとられるということになる。」[22]

（２） 白石説には、次のような論点が残るように思われる。

① 平成21年改正前は、一般指定に規定された「正当な理由がないのに」や「不当に」は、公正競争阻害性と同義だとされていたとしても、平成21年改正後も、２条９項１号～５号であるか一般指定であるかを問わず、同様の考え方がとられるという必然性がなく、したがって、論理的に「公正競争阻害性」概念を導き出せないのでないか。

② 白石説では、２条９項１－５号の規定の「正当な理由がないのに」、「不当に」の解釈については、21年改正前の公正競争阻害性の解釈と同じであるというのであって、「公正競争阻害性」そのものから解釈を引き出しているのでない。そうであるなら、法定不公正な取引方法の各規定に、「公正競争阻害性」概念を当て嵌めたものではない。論理が逆になっていないか。

③ （２）の考え方であっても「公正競争阻害性が要件となるか否か

[22] 前掲９、342頁。

は、‥解釈論に委ねられる」という点で、白石説は、「要件」となる、と理解しておられるのか。

しかし、白石説における「公正競争阻害性」概念は、「要件」とはいえないのではないか。つまり、規範性は持ち得ないのでないか。

第４　主要な学説における法定不公正な取引方法に係る「公正競争阻害性」の扱い

これまでみてきた主要な学説における法定不公正な取引方法に係る「公正競争阻害性」の扱いのうち主なものを摘示し、それへの疑点をまとめてみよう。

（１）　舟田・根岸説、舟田説あるいは白石説にあっては、「経緯説」によって、指定不公正な取引方法から法定不公正な取引方法に移されたのは課徴金を賦課するためであるという経緯から、公正競争阻害性が法定不公正な取引方法にも当て嵌まるという。経緯説は、21年改正前に一般指定の対象であった規定の一部がその規定が課徴金の賦課の対象となるので法律の規定に移されることとなった契機であるといえるが、さらに、21年改正後に一行政機関の指定と法律に規定するということでは、全く法形式が異なり、単なる移行ではないのであるから、経緯説によって、「公正競争阻害性」の原則が法定不公正な取引方法にも当て嵌まるということはできないであろう。

（２）　法定不公正な取引方法に対し「公正競争阻害性」を当て嵌めるとしても、その法的根拠が明解でない。白石説のように解釈から引き出された「公正競争阻害性」によっては、法定不公正な取引方法に当て嵌めることはできであろう。

（３）　法定不公正な取引方法に対する「公正競争阻害性」の法的根拠を２条９項６号の「公正な競争を阻害するおそれ」に求めようとしても、同条の「前各号に掲げるもののほか」という文言がそれを妨げる。そこで、それを別箇に求めようとしても、それが明確でないが、それを措いて求めることがきるとしよう。そうであるなら、「公正競争阻害性」によって判断しようとするのは、２条

９項１号ないし５号に定められている「正当な理由ないのに」、「不当に」の文言であり、あるいは、市場への影響である。２条９項６号の規定では、公正取引委員会による「指定」により定められた「正当な理由がないのに」、「不当に」である。これを法の形式という観点からみると、前者は法律段階での当て嵌めであり、後者は法律の委任による一行政機関による法規制定によるものであり、法段階が異なる。法段階が異なる基準を同一の法概念で一括することができるか疑問である。

（４） 法概念の性格という観点からみると、指定不公正な取引方法は２条９項６号に根拠を有するので、その「公正競争阻害性」は、規範概念である。他方、法定不公正な取引方法における「公正競争阻害性」の法的根拠が明確でないので、その「公正競争阻害性」は規範性を有しないのでないか。それは説明概念でないか。そうであるなら、同じ「公正競争阻害性」といっても、異なった性格の概念が包含されているということは、法概念として疑問である。

むすび

本稿において述べたことの主な点を纏めると次のようになろう。

① 規範概念としての「公正競争阻害性」が当て嵌るのは、法２条９項６号の規定により「公正な競争を阻害するおそれがあるもの」として指定している不公正な取引方法に対してである。

② 「公正競争阻害性」の当て嵌めを法定不公正な取引方法に拡張しようとするなら、その法的根拠を明らかにすることが求められるが、その根拠が曖昧である。

③ 「公正競争阻害性」という法概念を、形式からみて段階の異なる指定不公正な取引方法と法定不公正な取引方法に当て嵌めることは、法操作として疑問である。

④ 「公正競争阻害性」は、法２条９項６号の規定により指定される不公正な取引方法に対する当て嵌めでは、規範性を有するが、法定不公正な取引方法に対する当て嵌めでは規範性が消失し、規範概念ではなく説明概念となっている。

⑤　法定不公正な取引方法に対し、規範的に上位概念となるのは、目的規定（１条）である「公正かつ自由な競争を促進し」ということであり、この規定を基準に法定不公正な取引方法に定められている「正当な理由がないのに」・「不当に」を判断することができる。

本稿は異説の論述であるが、本稿の課題に関心が広まり、一層の論議が展開されることを願っている。

追記　本稿は、2017年５月12日、北海道大学経済法研究会において発表したものである。同研究会において、北海学園大学稗貫俊文教授、小樽商科大学和田建夫教授、北海学園大学向田直範名誉教授及び北海道大学中川晶比児教授からご教示を頂いたことを記し、感謝する次第である。