

「事業者の数の制限」（独占禁止法八条一項三号）： 事業者団体による流通経路の「統制」に対する法的 規制の態様(一)

丹宗，昭信

<https://doi.org/10.15017/1471>

出版情報：法政研究. 30 (4/5), pp.1-36, 1964-04-10. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：



「事業者の数の制限」(独占禁止法八条一項三号)

——事業者団体による流通経路の「統制」に対する法的規制の態様(一)——

丹 宗 昭 信

一 問題の提示

- 二 「数の制限」の意義とその特殊性
- 三 「数の制限」の方法(具体的行為)と不正な取引方法
- 四 「数の制限」概念と具体的行為との関連
- 五 「数の制限」の違法判断基準

一 問題の提示

(1) (流通経路「統制」規制の一態様としての「事業者による数の制限」)——流通革命という多少オーバーな表現によって指摘されている流通機構——小売並びに卸売機構——の変化は、過度の要約化を許されるならば、商品配分過程における労働力の削減——人件費節約——合理化の一環として現われてきた現象である。それは、商品配分における中間過程の簡易化ないし排除化の現象である。これまでの典型的な商品流通経路は、生産者→卸売業者→小売業者→消費者という過程であったが、今日では、この過程にさまざまな変化が起りつつある。例えば、(1)「スーパーマーケット」の発展と、それを直接のきっかけとした小売構造の変化。(2)垂直的な卸構造の水平的構造への変化(中小問屋の倒産・合併・大問屋の伸び)。(3)メーカーの流通政策の転換による小売店直売や消費者直売の増加、メー

説 論
カーのスーパーとの直接取引関係の増加等。(4)「物価の高騰により、その対策として、政府が生鮮食糧品の流通改善を唱え始めたこと」等々。競争激甚な小規模の間屋や小売業者が倒産したり、スーパーへの転化を余儀なくされたりした結果、昭和三八年度は、小売商業人口の減少という最近には珍しい特徴的現象を呈した。小売商の場合は、最近の流通機構の変化からくる倒産への不安に対する対策として、自らスーパーとなるか、その資本力を有しない場合は、集団の力を借りてこれに対決せざるをえなくなっているのが昨今の実情である。かような状況は卸機構においても同じである。「大間屋による寡占だけが進み、従来の、何段階もの間屋を経由するいわば「垂直的」な卸構造が大間屋を主体とする「水平的」構造に変わりつつある」⁽⁵⁾。その外、チェーン・ストアや化粧品・家庭電気製品販売等にみられる特約店契約や一手販売契約のような排他的経路づくりが、大メーカーを中心として押し進められているのも、流通革命現象の中の一つの特徴である。

かような流通革命の過程に現われているこれらの諸現象が、自由化政策や高度経済成長政策の下における合理化過程の一環に外ならないことは云うまでもない。それらは、新しい大きな資本が、古い小さな資本を駆逐してゆく過程でもある。その斗争において、古い小さな資本が集団の力を利用して、新しい競争業者や新しい大きな資本に対抗するために、市場「統制」を行っているのが、最近の事業者団体による市場「統制」事件（現行八条事件）の一般的性格のようである。かような流通経路の「統制」に対処するために、独占禁止法（以下「独禁法」と略称する）はどのような規定をおいているであろうか？これが独禁法八条を考察しようとした動機であり、かような事業者団体の活動に対して独禁法の運営がどのようになされているか、またその法理が果してどのように構成されているのか、ということが本稿における主たる問題視角である。その際、中間業者や中小企業者に対する政策が、妥当な線で進められているかどうか等についても併せ考えてゆきたかった。何故なら、かような観点を踏まえることによって、八条の解釈も妥当

になされ得ると思われるからである。しかし残念ながら、その点についての考案は本稿では省略せざるを得なかった。ところで、事業者団体の活動規制に関しては、現行独禁法は、八条一條を規定しているのみで、しかもそれは、解釈論的にも立法論的にも甚だ問題の多い条項となっている。事業者団体の活動規制の統一的理解のためには、八条全体にわたって考察することが必要であるが、本稿では、その手始めとして、「事業者の数の制限」の問題からとりあげることにした。

さて、「事業者の数の制限」の問題点を理解する上においては、八条が、現行独禁法体系中においていかなる地位を占めるかを明らかにする必要がある(Ⅲ)。そのためには、先づ事業者団体についての規制が、現行八条に固定するまでの経過を、簡単にふりかえておくことが有意義であろう(Ⅱ)。

(Ⅱ) (事業者団体についての規制が現行八条に固定するまでの経過) — 自由放任の資本主義の行き過ぎを是正すべき機能を営む独禁法は、わが国へは、敗戦に伴う民主化政策の一環として導入された。いわゆる農地立法や労働立法と共に、日本の経済民主化政策にその法的根拠を与えるものとして、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(昭三二・四・一四) (法律五四号)、いわゆる独禁法が制定された。ところが、自由競争原理に基礎を置くこの法律は、事業者(二条一項)の市場「統制」行為を禁止するものではあったが、事業者団体による市場「統制」行為の禁止規定を有していなかった。したがって、事業者団体による行為は、それが、不当な取引制限(三条後段)や不公正な取引方法(一九条)に該当する行為であっても、それを規制しえなかった。そこに法の欠缺があったわけで、独禁法のこの欠缺を補完するために、昭和二三年事業者団本法(法律一九一号)が制定された。この意味で、「事業者団本法の制定は、独占禁止政策の一環としての私的独占禁止法の補完立法たるの意義を有」していた。しかし立法の具体的背景には、「更に統制団体除去政策の存した」ことも注意されねばならない。統制団体除去政策もまた、経済民主化政策の

説 一環として行なわれたが、それは、財閥解体や持株会社の禁止のような独占解体政策とは多少ニュアンスを異にして論 いた。

敗戦前における我国の経済が、多くの経済統制団体つまりカルテルや組合其の他の統制団体によって運営されてきたことは、多く語るまでもないであろう。——重要輸出品工業組合法（大ニ四法二八）、重要産業統制法（昭六法四〇）、工業組合法（昭六法六二）、国家総動員法（昭一三法五五・改正昭一六法一九）第十八条に基く重要産業団体令（昭一六勅八三一）による統制会制度、商工組合法（昭十八法五三）……………敗戦後、これらの団体は、従来の実体を残したままいち早く民主的団体への衣がえをして、任意団体として再出発した。戦後統制の基本法であった臨時物資需給調整法（昭二二法三二）が、彼らに経済統制の権限を割当てている間はよかったが、昭和二三年同法が改正され、「経済統制は、政府発行の割当切符の自由流通方式」か公団方式かに依ることとなり、「それと共に、存在理由のなくなった統制団体については、これを閉鎖機関に指定することにより、整理の徹底的強行が図られるに至った。」すなわち、統制団体もまた自由競争原理に反するものとして、その除去政策が強力に押し進められたのであって、それへの対処方を知らなかった産業界はひどく混乱し、「団体活動の具体的な基準を求める声」が、漸く産業界内部より高まり、それを反映して、昭和二三年事業者団体法が誕生するに至った。かように、産業界の声を反映しながら誕生した事業者団体法も、その基本原則は、自由競争原理にたつ独禁法の補完法として制定されたわけで、そこでは、事業者団体の活動に對しかなり厳しい禁止規定がおかれていた。例えば、五条一項は、事業者団体の禁止行為を十八項目の広きにわたって規定していた如き。^{（一〇）}したがって当初から、この禁止規定の厳格さに對する不満は相當に強かった。それが昭和二十七年の改正でかなり緩和され、「從來多く規定されていた純予防的性格の規定がすべて削除され、公正な競争に直接影響を及ぼす行為についての禁止のみに限定される」に至ったが、更に、その頃漸く立直ってきた

独占資本によって、昭和二八年の独禁法的大幅改正と同時に、事業者団体法そのものが全廃されるに至った。この時、事業者団体法に代るものとして、八条が独禁法典の中に規定されたのである。かくて事業者団体についての法的規制は、独禁法八条（一項一号から五号迄）のみに委ねられ、従来の禁止規定の枠は大幅に縮小されてしまった。^(二二)この時の改正で、二条二項（事業者団体の定義規定）が新たに独禁法の中に挿入されたことは云うまでもない。かくて、二八年の改正で、事業者団体は、名実共に、不当な取引制限や不正な取引方法に該当する行為の主体として、独禁法典の中にその地位を確立した。これが、現行八条であって、事業者団体の活動規制も、完全に独禁法体系の中に統一されるに至った。

（Ⅲ）（八条の独禁法体系中における位置）——周知のように、独禁法は、私的独占、不当な取引制限（三条前後段）並びに不正な取引方法（十九条）の三本の柱から成り、他の凡ての条項（勿論実体法についてであるが）は、この三範疇の何れかに帰属するものとして構成される。ところで、前述（Ⅱ）のような経緯を経て、独禁法中に採り入れられた八条は、果してどの範疇に所属する条項として位置づけられるであろうか？

一般に学者は、八条を不当な取引制限禁止の系列に属する規定として理解する。^(二三)今村教授も、「不当な取引制限禁止の系列に属し、これを補完するものとして、第一に右の八条をあげることができる」という。しかし八条全部が、事業者団体による不当な取引制限の禁止規定と解され得ないことは、教授の次の陳述からもうかがわれる。「事業者団体についての禁止規定は、不当な取引制限或は不正な取引方法の禁止から実質的には一步も踏み出る必要はないのであって、その範囲内で、事業者団体の反覆累行する恐れのある違法行為の類型を掲げること」で、独禁法の補完法としては一応十分である、と。それでは、八条一項各号は、どのような構成をとっているであろうか。

三条後段が、二条一項（事業者の定義）をうけて、事業者の不当な取引制限の禁止を規定したのに対し、八条一項

一号は、二条二項（事業者団体の定義）をうけて、事業者団体の不当な取引制限の禁止を規定した。八条一項二号は、六条（特定の国際的協定又は契約による不当な取引制限の禁止）の補完として、事業者団体による国際的協定又は契約による不当な取引制限の禁止を規定している。

要するに、八条一項一号・二号は、事業者団体による不当な取引制限の禁止を追加的に規定しているし、八条一項五号は、事業者団体が、「事業者に不公正な取引方法に該当する行為をさせるようにすること」を禁止している（つまり、事業者団体による不公正な取引方法の禁止規定と解される）。このようにみてみると、八条一項一号・二号及び五号は、事業者団体による不当な取引制限と不公正な取引方法を禁止しているのであって、独禁法の補完法としては一応十分である。

ところが、八条一項三号は、事業者団体による「事業者の数の制限」を、四号は、構成事業者の機能又は活動の不当な制限を禁止している。

これらは、事業者団体の法五条一項五号・六号の規定を移しかえたものであるが、果してこれらを、三条後段の補完法とみるか、或は一九条の補完法として理解するかは、相当問題のあるところである。前述のように、事業者団体に對する禁止規定は、「不当な取引制限或は不公正な取引方法の禁止から実質的には一歩も踏み出る必要はない。」

したがって八条は、不当な取引制限と不公正な取引方法を、事業者団体が行う場合の禁止条項として構成されていると考えることは、あながち無理のないところである。しかし、四号は一応措くとして、三号「事業者の数の制限」の問題を分析すると、果してこれを右の何れの範疇に帰属せしめるべきか疑わしくなる。何故なら、三で述べるように、「数の制限」の内容をなす具体的諸行為は、多くは不公正な取引方法に該当する行為から成っており、したがってそれらは、不公正な取引方法概念に分解して解釈することも可能である。審決は、或る場合には分解して解釈

し、或る場合には一切を「数の制限」に還元して解釈し、必ずしも一貫していない。^(二五)ここに、「数の制限」が、不

当な取引制限の一種として処理さるべきか、それとも不正な取引方法の禁止の系列において捉えらるべきか、論議の余地が残されている。「数の制限」を何れの範疇に属せしめるかにより、違法判断の基準が異なるのみでなく、その違反行為に適用される罰則や排除措置も異なるのである(この点^(二六)で詳述する)。かように、「数の制限」の所屬系列を明らかにすることは、理論上の問題である前に、法の解釈適用上必要である。右の問題を解くために、本稿では、「数の制限」の意義(二)とその具体的方法(三)を明らかにした後、「数の制限」をどのような内容の法概念として構成するか、また「数の制限」の違法判断の基準をどこに求めるか(四、五)という順序で検討してゆくことにする。

先づ、「事業者の数の制限」の意義を考察し、三号の特殊な性格を具体的に明らかにしてゆきたいと思う。

(一) 田島義博「昭和三十八年十二月三十日朝日新聞所載」。なお最近では、消費者物価の高騰に関連して、毎日のように管理価格や流通機構の改善の問題が論じられている。福岡県における野菜価格の暴落による出荷調整論やら、巨大企業との管理価格の問題から中小企業者による流通機構の「統制」手段による価格維持行為に至るまでが問題になっている。

(二) (三) 田島・前掲紙所載。

(四) 昭和三十年大正製薬KK事件(昭三〇年(初第三)に典型的にみられるようなチェーンストアの流行、松下電気産業KK事件(昭三二年(初第五)にみられるような特約店契約による排他的経路づくりは、競争の激化と共に甚だしい。号審決集(九二頁)。

(五) 試みに公正取引委員会の審決集をひもとかれるとよい。昭和三年以降の事件は九〇%までが八条事件と一九条事件で、事業者団体による市場「統制」事件である。しかも面白いことは、殆んどが中小企業者或は小さな個人事業者達の団体活動の取締りである。銀行合併や造船会社の合併等大企業の合併やカルテルは、国際競争力の強化という錦のみ旗の下に、大目にみられ、中小企業者や弱少事業者が日本の経済法秩序を独りで乱していると考えられている感じすらある。

(六) 「事業者の数の制限」または「数の制限」にカッコを付けたのは、独禁法八条一項三号にいう「数の制限」ということで、単なる数の制限ではないことを示す。

(七) 今村成和・専業考団法(昭二六年弘文堂)三頁引用。

(八) 今村・前掲書四一六頁参照、金沢良雄・産業法「近代法発達史」講座(四)二七三—三一九頁参照。

(九) 今村・前掲書五頁参照。

(十) 事業者団法(昭二三年法一九一号)第五条は、事業者団体が行ない得ない行為類型を一号から十八号まで規定していた。

(十一) 正田彬・経済法(一九六三年日評論新社)一七一頁参照。

(十二) 事業者団法五条が規定した禁止項目十八項目の中、独禁法八条に移されたのは、同法五条一項一号二号三号四号をまとめて、不当な取引制限として、八条一項一号に移し、五号を八条三号に、八号を八条四号に移し、他の規定は、カットされた。その中には八条一号或は八条五号に含まれるものもあるが、とにかく八条は一考を要する規定となっている。

(十三) 今村・前掲書十一頁。とはいえ今村教授も「すべての禁止行為が、厳密に、不当な取引制限に帰着するとは限らぬ」と云っておられる点注意。正田・前掲書一六八頁。

(十四) 今村教授の御説明であつたと記憶するが、現在掲載された箇所を見失つたので、一応留保しておく。

(十五) 本稿「四」数の制限」と具体的行為との関連」を読むと更に詳細に意味がわかつと思うのでここでは説明を省略する。

二 「数の制限」の意義とその特殊性

(1)(イ)(意義)——事業者団法五条一項五号は、「一定の事業分野における現在若しくは将来の事業者の数を制限

し、又はその制限に着手すること」と規定していたが、それは、昭和二八年の独禁法改正の際に（この時事業者団体法も廃止されたことは前述）、着手条項を除いて、そのまま独禁法八条一項三号（以下単に三号という）に移しかえられた。これが、「一定の事業分野における現在又は将来の事業者の数を制限すること」を禁止した現行三号である。ここで（A）「現在又は将来の事業者の数を制限する」とは、「現在の事業者の数を減少するようにしたり、現在又は将来の事業者の一定数以上の増加を妨げたりする行為である」と解釈される。また他の説では、「事業者として活動しうる者の数について、事業者団体が何らかの形で統制することであり、具体的には現在及び将来の事業者の数の減少或は将来における事業者の増加を阻止する」ことと説かれる。「このような行為は、具体的には休業の強制又は新規開業の阻止という形で行なわれる。」

（B）ここに云う「事業者」とは？ 二条六項（不当な取引制限）における事業者概念は、同じレベルの事業者を指すのに対し、三号にいう「事業者」は、同じ平面のみでなく縦の関係における事業者をも含んでいる。いいかえれば、三号の「事業者」は、「当該事業者団体の構成員と、縦の関係における「事業者」及び「取引上の関係を有する事業者をも含む」と解される。例えば、小売業者の競争を制限するために卸売業者団体が、小売業者の数を制限するような場合である。

（C）本号にいう「一定の事業分野」は、私的独占や不当な取引制限における「一定の取引分野」とは異なる。「一定の取引分野」が、相対立する競争事業者の取引関係を前提として成り立つものであるのに対し、「一定の事業分野」は、例えば、「綿業、鉄鋼業というように、生産者——中間販売業者——販売業者——関連事業者の系列の如く、縦の関係をも含」んで成立すると解される。

「数の制限」概念についての以上の通説的見解に対し格別異議を挟む必要は殆んどない。ただ、種々の解釈や審決

を綜合して、私なりに要約してみると、「事業者の数の制限」とは、事業者団体が、横の關係においてであれ縦の關係においてであれ、事業を営む第三者或は営もうとする第三者に対して、団体への加入制限やボイコットその他いかなる手段を用いるかを問わず、新規開業を困難ならしめたり、休廃業に至らしめたりすることにより、第三者が事實上、営業を営むことができないか、或は営業不能の状態に陥るおそれのある場合をいう。簡単な表現を用いれば、「数の制限」とは、事業者団体による第三者の市場参加拒否であり、その成立要件は、市場参加拒否による営業不能状態の惹起（或はそのおそれあること）である。審決を通観したところでは、このような「数の制限」は、事業者団体の構成員が、二条七項の不正な取引方法を用いた場合が圧倒的に多い（この点については、三「数の制限」の方法と不正な取引方法で詳述する）

(四) (三号の特殊性) ————とところで、右に規定した「数の制限」概念は、通説のように、不正な取引制限の範疇に帰属せしめるべきであろうか？

アメリカの反トラスト法におけるように、不正な取引制限は、「事業者の共同行為によって、市場における相互の競争をなくすることばかりでなく、第三者の競争を抑圧すること」^(五)をも含むと解するならば、事業者団体による「事業者の数の制限」は、まさに第三者の競争の抑圧・排除行為として、不正な取引制限に該当することになる。休廃業の強制ないし新規開業の阻止の目的に行なわれる「数の制限」は、市場の開放性を妨げる行為の典型であり、したがって、「その効果においては、八条一項一号に帰着するとみてよい」と説かれるのも肯かれ得る。

しかしわが独禁法は、不当な取引制限の中に、第三者の競争排除をも当然に含んでいると理解すべきであろうか？若しそうだとすれば、「数の制限」の禁止規定は、八条一項一号（事業者団体による不当な取引制限）の単なる繰返しにすぎなくなる。私は、日本の独禁法及びこれまでの判例・審決では、不当な取引制限は「事業者の共同行為によ

て、市場における相互の競争をなくすこと」の規制に主眼がおかれてきたと理解する⁽¹⁵⁾。したがって、第三者の市場参加を抑圧する行為の形態としては、「数の制限」なる別個の法概念が規定されたと解釈したい。確かに、アメリカの反トラスト法は、不当な取引制限概念に、市場の自由性と開放性の両者の侵害を含ませている。それ故ボイコットの⁽¹⁶⁾ような行為も不当な取引制限に含まれることになる。ところが、三号の事業者団体による新たな競争者の出現を妨害する「数の制限」行為（市場の開放性を妨げる行為）は、具体的には、加入制限・拒否やボイコットその他の営業妨害的行為として行なわれる。これらの行為は、不公正な取引方法に該当する行為として規制される場合が多く、アメリカ法のように、例えば、ボイコットが、当然違法として不当な取引制限に該当するものとはされていない。わが国の判例・審決では、不当な取引制限はカルテル行為に限り、ボイコットや縦の制限はこれから排除されている。かような三号の特殊性から考えると、これを通説のように安易に不当な取引制限に帰属せしめることには疑問がある。

(II) (独禁法上の系列を明らかにしめる必要性) —— 「数の制限」の独禁法上の地位を明らかにする（それはひいては違法判断の基準を明らかにすることになる）必要の實質的理由として、これまで三号の特殊な性格について触れてきた（この点については、三、四で述べるところより一層具体的に明らかにするであろう）。しかし、三号の独禁法上の地位を明らかにすることは、三条や一九条の規定の性格、排除措置並びに罰則の規定からも当然に要請されるところであると思う。次にそれらの点について述べてみよう。

(1) 違法行為類型と指定行為類型—— 不当な取引制限における旧法四条や現行二条六項の「対価を決定し、維持……」という行為は、違法行為の類型として例示されたものとして、特別の適用除外規定がない限り、違法とされる⁽¹⁷⁾。これに対し、不公正な取引方法の場合は、公正取引委員会の指定によって、違法の認定が下される指定行為類型となっている。二条七項各号に、不公正な取引方法についての行為類型が掲げられ（更に、各号を受けて、告示

により一般指定並びに特別指定が定立されている、それらに該当する行為の中、公正取引委員会が指定した場合に始めてその違法性が確定される。⁽¹⁰⁾前者が違法行為類型であるのに対し、後者を違法行為指定類型と称しておこう。「数の制限」をその何れに属すると解するかににより、違法判断の法的手続が異なるゆえ、その性格や帰属系列を明らかにすることは、その適用に際し重要である。またかりに、両者の何れにも属せしめず、中間的なものとして規定する場合、それをいかなる性格の行為類型として把えるべきかは、法解釈上考慮さるべき問題である。

(2) 罰則規定における差異からも要請される。すなわち、八条一項一号違反の場合には、八九条二号で、「三年以下の懲役又は五十万円以下の罰金」とされる(三条後段違反の場合と同じ)のに対し、「数の制限」違反の場合には、九〇条二号により、「二年以下の懲役又は三十万円以下の罰金」とされ、事業者団体による不当な取引制限より、明らかに軽い扱いをうけている。他方、不正な取引方法(一九条)違反に対しては罰則規定はない。その意味で三号は、不当な取引制限の軽度のものと考えられているようではあるが、しかし、不当な取引制限の例示規定と解されていると考えることには問題がある(例示規定の問題については四にて述べる)。

しかし罰則規定からみる限り、「数の制限」は、不当な取引制限と不正な取引方法の中間にありながら、不当な取引制限に近くおかれていると解釈され得るであろう。

(3) 排除措置についてみても、不当な取引制限の場合には、「事業者に対し、屈出を命じ、又は当該行為の差止、営業の一部譲渡、その他これらの規定に違反する行為を排除するために必要な措置を命ずることができる」(七条)のに対し、不正な取引方法については、二十条で差止命令が認められているにすぎない。

以上のような罰則や排除措置に関する両者の取扱以上の差異からみても、「数の制限」を不当な取引制限の系列に属するとみるか、或は不正な取引方法の系列に属するとみるかにより、法的手続や効果において重要な差異を生ず

る。この点からも「数の制限」の所属系列を明確にする必要がある。

もっとも、事業者団体の行為に対する八条の二・一項の排除措置では、八条一項一号と同条一項五号（不正な取引方法に該当する行為をさせること）該当行為の排除措置との間には何ら差異が設けられておらず、七条の不当な取引制限の排除措置と同じ規定がおかれている。八条一号と五号の排除措置について、差異を設けなかったのは、立法者の不注意に基づくのか、或は事業者による不当な取引制限と不正な取引方法との間には、異った排除措置が必要であるが、事業者団体、の行為に関する限り、両者の間の排除措置には差異を認める必要はないと云う考えに基づくのか、或は事業者団体、が、「事業者に不正な取引方法に該当する行為をさせること」は、不当な取引制限と同じ程度の「競争の実質的制限」となるという考えに基づくのかは明らかでない。

以上、違法行為類型の性格、罰則、排除措置等法の規定や構造の面からみても、「数の制限」を何れの系列に所属せしめるかは、かなり重要な問題であることが理解され得たと思う。

通説が、八条を不当な取引制限の補完法と解すること、また罰則規定（八九条、九〇条）からみても、「数の制限」が、不当な取引制限に近く、理解されていることは前述の通りであるが、しかし、「数の制限」の方法としての具体的行為は、多くは不正な取引方法に該当する行為である。したがって「数の制限」を、かりに、不当な取引制限に帰属せしめる場合でも、「数の制限」の内容をなすボイコットや加入制限（不正な取引方法該当行為）が、どうして不当な取引制限の一形態である「数の制限」にまで高められるかについては、別途に考察を要する問題である。

それ故次に、「数の制限」の手段として用いられる具体的諸行為を、審決を通じて検討し、しかる後に、加入制限・拒否やボイコットのような不正な取引方法該当行為が、「数の制限」となるターニング・ポイントを明らかにしたいと思う。

(一) 公正取引委員会編・「改正独占禁止法解説」(以下「解説」と略称することあり)(昭和二九年日本経済新聞社)一五八頁引用。

(二) 峯村・正田・私的独占禁止法(コンメンタール27)(昭和三七年日本評論新社)二三六頁引用。

(三) 公正取引委員会編・前掲書一五七頁。

(四) 公取編・前掲書一五七頁、田中誠二・経済法(昭三七年千倉書房)一一三頁にも概ね同旨。

(五) 今村・前掲書一八六頁引用。

(六) 今村・独占禁止法(法律学全集52)(昭和三六年有斐閣)一五一頁。

(七) 新聞販路協定事件では、縦の制限は不当な取引制限に入らずとされる。純粹に水平的結合のみが、不当な取引制限となるという(東高最二八年高裁民集六卷九号四三五頁)。この立場にたつと、取引段階の異なる事業者が第三者の市場参加拒否をなした時は、不当な取引制限には入り得ぬ。これに対し、福光教授は、「縦の結合による取引制限」なる論文においてそれに反対し、縦の結合による取引制限も不当な取引制限に入れるべきと主張、神戸法学雑誌五卷一・二号八二頁以下。

(八) この代表的ケースとしては、Eastern States Retail Lumber Association v. U. S. (1914) 234 U. S. 600, 34, Sup. Ct. 951. しかし、アメリカでも不正な競争方法としてボーイントが処理される場合がある。Federal Trade Commission v. Raymond Bros Clark Co. (1924) 263 U. S. 565.

(九) 旧法第四条の存在した時には、この例示的性格は明らかであった。現行法では、定義規定中にとり入れられていて、例示ということには多少問題が残る。不当な取引制限の行為類型を制限列举したものとは解しない。

(十) 今村・独占禁止法八(頁参照「各号列举の行為は、それ自体としては、具体的な行為類型としての意味をもたず、単に公取の指定の枠に過ぎないものになってしまった。」

三 「数の制限」の方法 (具体的行為) と不正な取引方法

(1) 「数の制限」の方法 (具体的行為) —— 「事業者の数の制限」規定たる八条一項三号 (昭和二八年の独禁法改正以前は事業者団体法五条一項五号) 違反とされた事件は、これまで九件 (何れも審決) を数える。それら九件の事件を分析し、「数の制限」の方法としてどのような手段が用いられたかを大別してみると、(1) 組合ないし団体加入制限ないし加入拒否 (以下加入制限・拒否という) —— 組合員資格取得の制限に絡ませて加入制限・拒否をなす場合と單純に加入制限・拒否をなす場合とがある ——、(2) 官公庁に対する推薦拒否や新規免許申請の取下げをさせる行為、(3) 組合 (又は団体) 規約違反者に対する罰則による強制、(4) ボイコット —— 不当な取引拒否 (Ⅱ一次ボイコット) と排他条件付契約 (Ⅱ二次ボイコット) ——、(5) 拘束条件付契約、等々である。右の(1)(2)は、事業者団体による第三者の団体への加入制限・拒否Ⅱ第三者の市場参加拒否行為そのものであるのに対し、(3)(4)(5)は、加入制限・拒否を有効ならしめるための補助的行為と考えられる。

一般に事業者団体 (多くは組合) は、独禁法二四条 (組合活動承認の根拠規定) により、適用除外とされない限り、事業者団体として団体活動は違法となる。審決に現われた大部分の事業者団体は、組合への加入制限・拒否をなすことにより、二四条二項 (任意加入・任意脱退の団体に限り活動が認められる) に抵触することとなり、したがって適用除外団体たりえず、「数の制限」に関する八条三号に違反するという理論構成をとっている。(2)ともあれ、右にあげた諸行為の中、この加入制限・拒否という手段による新規開業者や第三者の競争抑圧行為が最もしばしば用いられる手段である。これを一層効果あらしめるために、加入制限・拒否にボイコットが併せ用いられる。加入制限・拒否+ボイコッというケースは、三号違反事件九件中五件に及んでいる。

單純に加入制限・拒否のみで、三号違反とされたケースは、大阪府紙二次製品工業会事件（昭和二四年判第六号）と福井魚商協同組合事件（昭和二五年判第五十一号）の二件である。純粹にボイコットののみで、「数の制限」とされたケースは一件もない。何故なら、「数の制限」は、第三者の市場参加拒否を違法要素とするものであり、したがって、加入制限・拒否（或は休業案に至らしめる）行為が、「数の制限」の基本的違法要素をなすのに対し、ボイコットは、それを一層有効ならしめるための補助的手段として用いられるにすぎない場合が多いから。

総論はこれ位にして、「数の制限」を構成する諸行為を具体的に審決を通して検討してみよう。

(1) 加入制限・拒否——(A)組合員資格取得の制限を通じて加入制限・拒否を行った例

(i) 宇都宮青果商組合規則によれば、百回につき組合員一名という基準を設け、新規加入によって、組合員間に右の間隔が保たれなくなる場合には、これを認めないこととして組合員の新規加入を制限した（宇都宮青果食品商業協同組合事件）。

本件は、組合員の資格取得に地域的制限が加えられた場合である。

(ii) 被審人福井魚商協同組合は、昭和二五年五月六日に定められた申合せ規約第三条において、「本組合員の従業員が誠意勤続七年以上に及び其の雇主の申出に依り、開業せんとする時は、其の雇主の所屬部又はその故郷の部に加盟し、その部はこれを準組合員とする。雇主の申出によらざる時は都役員これを決す。」また四条において、「前条により開業の場合は、一ヶ月以前に近隣三名の同意を得て所屬部長に申出て、部長は組合長の承認を受ける」旨を規定している（福井魚商協同組合事件）。

ここでは、誠意勤続七年以上という勤続年数と同時に、近隣三名の同意、組合長の承認という組合加入条件を付し、それによって加入制限を行ってきたわけである。この外勤続年数でしぼっているケースとしては、山形海産物仲買人協同組合事件がある。

(iii) 組合は、「定款第八条において、組合の組合員たる資格を食品衛生法による営業許可を受けて、水産物の小売を行なう小規

事業者の数の制限 (丹宗)

模事業者であつて、組合の地区内に店舗を有する者と定め、また同第九条において、右の資格を有する者は、理事会の決定により、組合に加入することができる」と規定しているが、その実施に當つては、別個に設けられた山形海産物仲買人協同組合規約第三条において、組合に加入しようとする者の資格を、同一組合員の営業所に五年以上勤務し、かつその組合員により推薦された者、または組合員の持分を譲りうけた者に限定し、加入しようとする者の開店場所は、地元組合員の承認を得なければならぬ^(五)」ことを定め実施している(山形海産物仲買人協同組合事件)。

右の福井魚商協同組合事件や山形海産物仲買人協同組合事件における組合規約を見ると、職業選択の自由・営業の自由を規定している憲法の下において、なお中世的・徒弟的とも思われる職業選択の方法が横行しているのに驚かざるを得ない。右二件程組合員資格取得が徒弟的条件にしばられてはいないが、

(四)鳥取青果商組合定款第六条も、「新加入者は組合員の紹介によるものとす」と規定し、青果組合は、この規定を、「近隣組合員三名の紹介を必要とする」ものとして運営していた。更に同第六条には、第三項を設け、「新加入者は第三条第二項の資格を有し、加入を申し出たる場合は理事会においてこれを決定する」と規定している(鳥取青果商組合事件)。

以上の例は、組合員資格の取得に条件をつけることにより、實質的に組合への加入制限・拒否を行なってきたケースである。次は

(B)單純に加入制限・拒否を行なつた例

(六)被審人三重特約供給が、「三重県下の一般書籍雑誌商である平松正一ほか十一名の者から、昭和二五年七月六日付文書をもって、昭和二六年度教科書の取次供給業務を行なう取次店に加えられたいとの申込をうけながら………明言をきき、回答を延期して、事實上これらの者の取次供給業務に加入することを制限する態度を示した」ことは、「教科書取次店数の制限をするものである^(七)」とされた(東京書籍事件)。

説 本件では、組合員資格取得に条件は付されていないが、組合に加入しなければ営業を行い得ない状態の中で、単純に加入制限を行った事件であり、全国レコード商組合連合会事件でも、

（一）「東芝音工KKが、昭和三十六年七月ごろ、……全国の約三百店の東芝ストアーに、そのレコードを販売させようとしたところ、被審人（組合連合会）は、これに反対して……レコード会館で役員会を開催し、東芝ストアーのレコード販売も、組合に加入させたのちに行わせることを決定し、……東芝音工の専務取締役某に対し、東芝ストアーを組合に加入させたのち、これらの者にレコードを販売することを約束させた。」………について、東京組合実行委は、東芝音工KKに、「同社のレコードを販売する東芝ストアー三十九名のリストを提出させ、……組合加入を認めることにした。しかるに、現在まで東京組合への加入を認められた者は、前記三十九名のうち四名のみであり、残り三十五名は、なんら正当な理由がないのに組合加入を拒否または留保されている。しかし、被審人は、組合をして非組合員の組合加入を制限させており、昭和三十七年十月末現在、組合加入を拒否または留保されている者は、全国で……百四十二名にのぼっており、これらの者は、六社のうちのいずれとも、レコードの取引ができない状態におかれている」（全国レコード商組合事件）。

本件でも、東芝音工KKに圧力を加えて、組合加入者以外はレコード取引が出来ない状態を作った上で、組合加入申込者に対して理由なく単純に加入制限・拒否を行っている。

（二）官公庁に対する推薦拒否や新規免許申請の取下げをさせる行為——この種の事件としては、大阪府紙二次製品工業会事件（紙二次製品・販売、加工業者の団体たる大阪府紙二次製品工業会が、大阪商工局に、「割当基準の答申の範囲を超え、政府自らによって行なわれるべきは個々の業者の割当にまで立入り」………また「その前身たる協同組合の下において、兼業加入を認められていた業者にのみ、その構成各部会への兼部入会を許し、新規のものには加入を認めなかった」事件）（昭和二十四年審決集ハ）、徳島県酒造協会事件（事務所への酒造業経営のための申請に、徳島県酒造協会による推薦が慣行とされていた際、協

会が、新規開業希望者の申請を推薦せず、加入制限をした事件（昭和二五年（判）第二三三号）及び九州バス協会事件（九州バス協会は、三菱電機が、職員輸送のために、煙の浜—今宿間の特定旅客自動車運送事業免許を得たのを、実質的に解消せしめたり、長崎自動車の既存路線（長崎市内線）に影響する新規免許申請を取下げさせたりした事件）（昭和二五年（判）第四十号）の三件がある。この三件は、官公庁に対する営業免許申請、或は割当資格の取得の如き営業開始に当っての資格取得の際に、事業者団体が介入して加入制限・拒否をした事件である。この三件は、(1)にのべた加入制限・拒否の諸事件とは多少ニュアンスが異なるが、共に加入段階における制限・拒否として、第三者の市場参加拒否という基本的違法要素を共通にしている点に特色がある。

(3) 組合内部の違反者に対する罰則による強制——「数の制限」を維持する手段として、組合は組合の内部統制に違反した者に制裁を科する規定を設けている場合がある。鳥取青果商組合事件の場合には、組合のコントロールを有効ならしめるため、

「組合は、指定卸売人に対し基本方針に相反する場合、並に組合対卸売人との協定事項に違反したる場合は、理事会の決議により仕入先を変更指定することが出来る」と規定しているし、また「組合員にして、第二条第二項に該当するものは組合員たる資格を理事会は取消することが出来る」としている。また競争関係にある生協に対しては、「生協への同調者は定款により処分する」旨を明らかにして、生協への青果物供給を阻害すると共に、実際に、消費生活協同組合の委託青果供給者の加入申込を拒否したり、違反者に対し除名処分をしたりしている。

(4) бойкот（二次及び二次 бойкот）——事業者団体が、彼等の競争者や、競争者と取引する第三者を бойкотすることにより、「数の制限」を実効的たらしめようとしたケースは多い。бойкотにもいろいろあるがここでは一次 бойкотと二次 бойкотだけを扱う。事業者団体が、競争者や、競争者と取引する相手方を直接 бойкот

説
論
ットするのが一次ボイコットで、取引の相手方をして競争者をボイコットさせるのが二次ボイコットである。この両者は、しばしば同一事件において同時に行われる。例えば、

(4)「宇都宮青果組合は、組合の臨時総会の決議に基き、本件六市場に対し、将来各市場はその取引を同組合の組合員に限定し、それ以外の者に対しては、いかなる事情があっても絶対に取引をしないと申入れをし」、また「宇都宮青果組合員等も本件六市場以外の宇都宮市所在の青果市場との取引を廃絶した。」⁽¹⁰⁾

これは組合と六市場相互が、相手方の競争者をボイコットしている場合で、二次ボイコットであるが、これに違反した者と取引拒絶するという一次ボイコットも同時に含んでいた。一次及び二次ボイコートを同時に含んでいる事件としては、鳥取青果商組合事件がある。

(5)青果商組合は、「青果物卸売業者のすべてである鳥取中央青果株式会社ほか五名と協定を結び卸売業者は青果商組合員以外には絶対に販売しない旨をとりきめ……」、更に「組合員以外の者への指定卸売人の販売に関しては組合員中の目撃者はその都度理事に通知するものとする」と規定している(一次ボイコットの可能性を暗示して二次ボイコートを有効にしている)。この外「組合員が生協へ青果物を供給する行為を各別に抑圧すると共に……組合員にして生協への同調者は定款にて処分する旨をらかにし」(一次ボイコット)ている。

この外、二次ボイコット事件としては、山形海産物仲買人協同組合事件と全国レコード商組合連合会事件があるが、後者はボイコット問題に微妙な影を投じているので、紹介しておく。

(6)東芝電気KKが、昭和三五年五月ごろ、全国の書店にその教育用レコードを販売したところ、茨城県組合が東芝のレコード取引拒否を決定したのをはじめ、東京都・長野県および富山県の各組合ならびに関東および中部の被審人の各支部も、同様の方針を決定し、それぞれ被審人に善処方を要望した。……東芝のレコード営業部長某、同東京販売課長代理某を同役員会に出席させて両名を追及し、非組合員である全国の書店へのレコード販売を即時中止しなければ、被審人は東芝に協力できないと申し入れ、同社のレコード販売を妨害した(全国レコード商組合連合会事件)。⁽¹¹⁾

本件における被害人の東芝電気KKに対する行為は、一次ボイコットに該当するであろうが、非組合員に対する被害人の加入制限・拒否が二次ボイコットに該当するとみ得るかどうか？ もっとも審決は、本件をボイコット問題として構成してはいないが。

(5) 拘束条件付契約——「相手方が、第三者との間において行う取引活動を拘束する条件を付する」ことにより、「数の制限」を実効あらしめようとする場合で、実際の事件においてこの例は少ない。

「鳥取青果商組合が、前記協定（三八頁参照）により、正当な理由がないのに、卸売業者と非組合員に青果物を供給する生産者との取引を拘束する条件をつけて、青果商組合員に当該相手方と取引させていることは、一般指定の八（拘束条件付契約）に該当する行為をさせるもの」である（鳥取青果商組合事件）。

(II) 「数の制限」の具体的行為と不公正な取引方法——以上、事業者団体による「事業者の数の制限」手段として用いられた諸行為を抽出したが、これらの加入制限・拒否、推薦や割当の拒否、ボイコット、拘束条件付契約等々の諸行為は、多くは不公正な取引方法に該当する行為として、二条七項（一般指定一号から十二号）にて規制され得るように思われる。先ず、「数の制限」行為の中、最も基本的違法要素を含む加入制限・拒否は、独立には、二条七項一号一般指定の三「共同行為における特定の事業者の不当な差別的取扱い」における「特定の事業者の排斥」なる文言にかけて規制し得ると思う。規約違反者に対する罰則による強制の如き場合も、同じく、一般指定の三「……事業者団体の内部において特定の事業者を不当に差別的に取り扱うことにより、その事業者の事業活動に著しく不利益を与える」場合として規制し得るのではないか？ボイコットは、不公正な取引方法の二条一項一号一般指定の一（一次ボイコット）及び二条七項四号一般指定七（二次ボイコット）該当行為として規制し得るし、拘束条件付契約は、一般指定の八にて違法とされる。かように、「数の制限」の内容を構成していたほとんどすべての行為が、個別的行

説論
為としてみた場合には、一応不公正な取引方法の観念にて捉えられるように思われる。しかし、繰り返し述べているように、ボイコットや加入制限・拒否行為自体は、独自のには、不公正な取引方法に該当する行為ではあっても、「数の制限」そのものではあり得ない。

ところが、八条を通説のように、不当な取引制限の補完規定と解するならば、「数の制限」条項たる八条三号もまた当然に、不当な取引制限の一形態として処理さるべきである。若しそうだとすれば、「数の制限」は、八条一項一号（事業者団体による不当な取引制限）に含まれることとなり、三号に特別に規定する必要はなくなるであろう。したがって、しいて三号の存在意義を認めるためには、三号を不当な取引制限の例示規定と解釈するか、或は不当な取引制限とは異なる第三の領域を構成するものとして考えざるを得ないであろう。

ところで、三号を不当な取引制限の例示規定と解することは妥当であろうか。前述したように、独禁法の罰則規定は、八条一項一号違反を八九条（懲役三年罰金五十万円）にて、八条一項三号違反を九〇条二項（懲役二年罰金三十万円）にて罰している。この点よりみても、三号は、一号の不当な取引制限とは実質的に或程度区別されており、純粹に不当な取引制限の例示規定とは解され得ない（不当な取引制限の一種とは解され得ても）。とすれば、「数の制限」は、不公正な取引方法とも異なるし、不当な取引制限と同じでない。結局、独禁法は無意識にであれ、両者の中間に「数の制限」という第三の領域を設定しているとも考えられる。若しそうだとすれば、「数の制限」にも独自の違法判断基準が必要である。例えば、私的独占や不当な取引制限の場合の「一定の取引分野における競争の実質的制限」や不公正な取引方法の場合の「公正な競争を阻害するおそれがあること」の如き。ところが、「数の制限」には、かような意味での独自の違法判断基準は実定法上存在しない。したがって、我々は、三号を不当な取引制限か不公正な取引方法の何れかに還元して考えるか、さもなければ、「数の制限」についての独自の違法判断基準を明らかにしなければ

ならない。ここに、「数の制限」の最大の問題点がある。

(一) 山形海産物仲買人協同組合事件(昭和三十七年(勸)第五号)や宇都宮青果商組合事件(昭和二十四年(判)第十一号)等に典型的にみられる。

(二) 代表的ケースとしては、宇都宮青果商組合事件、東京書籍事件(昭和二十六年)、鳥取青果商組合事件(昭和三十三年)、山形海産物仲買人協同組合事件等。

(三) 前掲宇都宮青果商組合事件 審決集(一)一〇七頁引用。

(四) 福井魚商協同組合事件(昭和二十九年(判)第五二号) 審決集(二)二〇〇頁参照。

(五) 前掲山形海産物仲買人協同組合事件 審決集(土)五七頁引用。

(六) 鳥取青果商組合事件(昭和三十三年(勸)第一号) 審決集(四)四三頁引用。

(七) 東京書籍事件(昭和二十六年(判)第六号) 審決集(四)一五頁引用。

(八) 全国レコード商組合事件(昭和三十七年(判)第十三号) 審決集(出)五九頁以下引用。

(九) 前掲鳥取青果商組合事件 審決集(四)四三頁引用。

(一〇) 前掲宇都宮青果商組合事件 審決集(一)二〇五頁引用。

(一一) 一次ボイコットと二次ボイコットが結合した形で用いられることがしばしばある。アメリカの判決では三次ボイコットもみられるが、日本の審決集でみる限り、三次ボイコットを利用したものは見当らない。

(一二) 前掲鳥取青果商組合事件 審決集(四)一四四頁引用。

(一三) 全国レコード商組合事件(昭和三十七年(判)第十三号) 審決集(出)六一頁引用。

(一四) 前掲鳥取青果商組合事件 審決集(四)四一頁引用。

(一五) 今村・前掲独占禁止法一〇二頁参照。

四 「数の制限」概念と具体的行為との関連

次に、九件の審決より抽出された「数の制限」の内容を構成する諸行為が、「数の制限」概念といかなる関連にたつかを考察してみたいと思う。何故なら、加入制限・拒否やボイコット等は、個別的には、不正な取引方法に該当する行為であっても、それらは、そのみでは当然に「数の制限」となるものではなかった。したがって、「数の制限」を構成するそれらの具体的行為が、どの点から「数の制限」とされるに至るかは、法律の適用上重要な問題である。何故なら、この点が明確にされない限り、例えば、主文でボイコットに対する排除措置を命ずる場合、三号「数の制限」条項に基いて命ずべきか、或は不正な取引方法二条七項一号（一次ボイコット）か四号（二次ボイコット）を根拠条項として命ずべきか問題となるとあり、この点についての審決の態度も必ずしも明確でない。

もう少し異った角度から問題点を明らかにしてみよう。不当な取引制限の補完規定であった旧法（二八年改正前の法）四条の共同行為、例えば、(1) 対価を決定し又は引き上げること、(2) 生産数量又は販売数量を制限すること、(3) 技術・製品・販路又は顧客を制限すること (4) 設備の新設もしくは拡張又は新技術もしくは新生産方式の採用を制限すること、等々の行為（これらは、昭和二八年の改正法では、二条六項の定義規定の中に挿入された）は、当然に不当な取引制限に該当する行為として列挙されたものと解されていた。^(三)ところが、「数の制限」の具体的内容を構成している加入制限・拒否、ボイコット、拘束条件付契約等は「数の制限」の列挙行為ではない。^(四)「数の制限」については方法の如何を問わない^(五)といわれる。つまり、加入制限・拒否もボイコットも、そのみでは「数の制限」違反とはなり得ないが、加入制限・拒否やボイコットに「何か」が加わることによって、或は或点まで高められることによって「数の制限」違反が成立する。そのプラス・エトパスとは何か？ 或は或点まで高められるという或点とは何か？

これが「数の制限」についての問題点である。「数の制限」概念と具体的諸行為との関連を検討する必要も、この点についての手掛りをつかむためである。ところで、審決は両者の関連を果してどのように把握しているであろうか？ 昭和二十四年の大阪府紙二次工業会事件以後、昭和二十六年の東京書籍株式会社事件に至るまでの事件では、公正取引委員会は、「数の制限」方法としての具体的行為、例えば加入制限・拒否（昭和二十四年大阪府紙二次工業会事件、昭和二十五年福井魚商協同組合事件、昭和二十六年東京書籍株式会社事件）、乙免許の出現妨害（昭和二十五年徳島酒造協会事件）、特別旅客の運送免許の実質的解消（昭和二十五年九州バス協会事件）等の行為を、何れも直ちに「数の制限」に該当する行為として、その間に不正な取引方法の観念をさしはさまなかった。

ところが、鳥取青果商組合事件では、

「同組合が、(一)その組合員をして非組合員に対する青果物の供給を不当に拒否させていることは、昭和二十八年公正取引委員会告示第十一号において指定する不正な取引方法（以下一般指定という）の一に該当する行為をさせているものであって、八条一項五号に違反し……(二)また組合員中非組合員と取引するものを不当に圧迫して右取引を中止させていることは、八条一項四号に違反し……(三)さらに同組合が鳥取青果指定卸売人組合と協定を結び、卸売業者が、正当な理由がないのに、青果商組合員に当該相手方と取引させていることは、一般指定の七に該当する行為をさせているもので八条五号に違反し……(四)また同組合が前記協定により、正当な理由がないのに卸売業者と非組合員に青果物を供給する生産者との取引を拘束する条件をつけて、青果商組合員に当該相手方と取引させていることは、一般指定の八に該当する行為をさせているもので、八条五号に違反する。(四)前記各事実を綜合するに、それらは鳥取市内外の青果物小売の事業分野における現在及び将来の事業者数を制限しているものであって、同法第三号に違反するものである。」

として、各具体的行為に、不正な取引方法に規定する法概念を適用し列挙した後、「それらの事実を綜合すると」、

説 八条三号「数の制限」に該当するという理論構成をとっている。ここでは、幾つかの不正な取引方法該当行為を「綜合すると」、それが「数の制限」に転化するという理論構成をとっているが、どの限度に達した時「数の制限」となるかについては何ら基準を示していない。昭和三十七年山形海産物仲買人協同組合事件では、

「前記一の(一)および三の事実によれば、山形魚市場において水産物を仕入れなければ、組合の地区内においては、水産物小売業を営むことが困難な状態にあるにもかかわらず、組合は、同魚市場における水産物の卸売業者全員に対して、非組合員に水産物を供給しないように申し入れ、これを実行させているものであって、これは事業者に昭和二八年公正取引委員会告示第十一号の一に該当する行為をさせるようにしているものであり、私的独占禁止法八条一項五号の規定に違反する」としながら、また前記一の(二)、二、三および四の事実によれば、組合への加入を制限し、かつ非組合員が水産物の小売業を営めないようにしており、これは山形市、上田市、天童市および山形県東村山郡の水産物小売の事業分野における現在および将来の事業者数を制限しているもので、私的独占禁止法八条一項三号の規定に違反する。」

として、二条七項一号(不正な取引方法)一般指定の一(不当な取引拒絶)と「数の制限」概念とをそれぞれ別個に適用している。しかも「数の制限」の構成においては、不当な取引拒絶という事実も含めて考えている。この点はどうのように理解すべきであろうか? 「数の制限」に関する最近のケースたる全国レコード商組合事件では、「新規事業者の組合加入制限も、レコード製造業者をして非組合員と取引させないようにし、もって非組合員のレコード販売事業を営めないようにしたこと」(ボイコット)も、「事業者の数の制限」として、八条一項三号に帰着せしめてい

る。ここでは、不正な取引方法の各号に該当する法概念は適用されず、直接「数の制限」にすべての行為を収斂してしまっている。これは昭和二六年までの審決の態度とはほぼ同じである。

以上述べたところより、審決の態度を綜合分類すると、三つに分けられる。

(1) 不公正な取引方法概念と「数の制限」概念とを別個に適用する立場 (二本建の考え方、山形産産物仲買人協同組合事件の審決がこれ)。(2) 各個の事実、個々の不公正な取引方法概念を適用しながら、これを綜合すると、「数の制限」を構成するという理論構成をとる立場 (鳥取青果商組合事件の審決がこの典型)。(3) 具体的諸行為をすべて「数の制限」概念に収斂してしまう立場 (昭和二六年までの審決と全国レコード商組合事件の審決の立場)である。

以上三つの考え方を検討してみると、二本建式をとる第一の立場は、同じ事実、不公正な取引方法と「数の制限」の二つの法条を別個に並列的に適用するもので、これは法条競合の原則に反する^(七)。若しある行為に、「数の制限」条項を適用しうる場合には、別途に不公正な取引方法条項を適用する必要はないであろう。第二の、幾つかの不公正な取引方法該当行為を列挙し、これらを綜合すると、「数の制限」になるという考え方も、法の適用の実際においては、結局は第一説と同じく法条競合の問題に帰着する。したがって、第一、第二説には賛成し難い。私は、第三の、「数の制限」を構成する具体的行為を、すべて「数の制限」に帰着せしめてしまう立場を妥当と考える。「数の制限」という特別な法概念を認める以上、第三説のように、具体的諸行為をすべて「数の制限」に収斂し、不公正な取引方法概念を適用する必要のないものとしなければ、独自の法概念として定立する意味は少ない。ただこの立場をとる場合でも、具体的行為が、不公正な取引方法と同時に「数の制限」にも該当する場合のみ、数の「制限」に収斂し得るのであって、例えば、全国レコード商組合事件におけるように、本来「数の制限」の対象たり得ない事業者(本件では東芝電気KK、東芝音工KK)に対するボイコットまでも、安易に三号に帰着せしめることには賛成し得ない。

以上の検討の結果として、「数の制限」と具体的行為との関連では、第三の立場を妥当と考えるに至った。ところで、第三の立場を探る場合、「数の制限」の最大の問題点は、不公正な取引方法該当行為が、どの点から「数の制限」に転化され、収斂されることになるかという点である。これは、「数の制限」と不公正な取引方法との違法判

説
論
断基準の差異をどこに求めるかという問題である。そして両法概念の違法判断基準の差異は、結局両者の違法要素の差異の問題に帰着するようと思われる。

前述したように、「数の制限」とは、事業者団体が、組合ないし団体への加入制限・拒否やボイコット等によって、いわゆる第三者の市場参加を拒否すること（営業妨害による競争秩序の侵害）である。第三者の市場参加拒否は、それのみでは「数の制限」とはならないことは前述した。これが「数の制限」となるためには、それらの行為によって、第三者（非組合員）が事実上営業を営めない状態が生ずるか、生ずる恐れがある場合と考えることが妥当であろう。加入制限やボイコットが差別的取扱いや不当な取引拒絶の域を越えて、「数の制限」となるためには、第三者や新規開業者が、それによって事実上営業を営みえないか、営みえない状態が生ずる恐れあることが要件とされよう。これに至らない場合は、不公正な取引方法概念で処理してよいと考える。で、若し「数の制限」の成立要件に該当する状態を惹起した場合は、加入制限・拒否は、当然「数の制限」に還元されて、別途に不公正な取引方法概念を適用すべきではない。この立場からは、例えば、山形海産物仲買人組合事件におけるボイコットには、八条一項五号を適用する必要なく、直ちに「数の制限」に収斂し得たであろうし、また、鳥取青果商組合事件の場合も同じである。また全国レコード商組合事件において、組合が東芝電機KKや東芝音工KKを通じて、非組合員をレコード販売から排除したことは、「数の制限」に該当しようが、東芝両KKを組合がボイコット（ないしボイコットの恐迫）したのは、「数の制限」ではなくして、不公正な取引方法にいう不当な取引拒絶である。審決が、これをしも「数の制限」に収斂したのは誤りであったと思われる。

以上、「数の制限」概念とその内容を構成する具体的諸行為との関連について検討した結果、「数の制限」概念の独自性を明らかにするためには、「数の制限」独自の違法判断基準を明らかにすることが必要であるとの結論に達し

た。そして、それは、「数の制限」に独自の違法要素を明らかにすることと同じではないかと思われる。したがって、最後に「数の制限」の違法判断規程について考察し、本稿を終わりたいと思う。

(一) 一般に審決は、「何条に基き次のような措置を命ずる」とは明示していないので、主文をみただけで、排除措置の根拠条項を云々することは不当かも知れぬが、「警察」に対する「法の適用」、更にそれをうけた「主文」という順序で読むと、おおよそ推測され得る。ところで、例えば、鳥取青果商組合事件の排除措置は、不公正な取引方法一般指定の一又は七に基くのか、「数の制限」八条三号に基くのか不明だし、その外の事件でも排除措置が何条に基くのか明らかでないケースがある。

(二) 今村・前掲独占禁止法六八―六九頁参照。

(三) 今村・前掲事業者団体法一八四頁参照。

(四) 鳥取青果商組合事件 審決集四四一頁引用。

(五) 山形海産物仲買人協同組合事件 審決集四五六―五七頁引用。

(六) 全国レコード商組合事件 (昭和三七年 (判) 第一三三号) 審決集四六一頁。

(七) 法条競合には、民法上のそれと刑法上のそれとがあると思う。本稿では刑法的な法条競合の観念にしたがって用いた。独禁法上の法条競合はそれ自体論究に値する問題であるかも知れぬが。

(八) 東芝電気KKも東芝音工KKも、レコード商組合によって、「数の制限」をされる組合の競争事業者ではなく、したがって「数の制限」の対象ではあり得ない。組合の競争者を抑圧するために、両会社は利用された (二次ボイコット) が、しかし組合と両会社との関係は営業妨害行為として捉えるべきではないだろうか？

(九) この点に言及したケースには山形海産物仲買人協同組合事件や全国レコード商組合事件、その外一、二件あり。

(一〇) 山形海産物仲買人協同組合事件 審決集四五六―五七頁 (「法の適用」の箇所)。

(一一) 鳥取青果商組合事件 審決集四四五頁。

(一二) 全国レコード商組合事件 審決集四六〇頁。

五 「数の制限」の違法判断基準

これまでの推論の過程から、「数の制限」についての違法判断の基準は、形式論理的には、次の三つの立場の何れかに帰着させ得ることが理解されよう。

第一は、「数の制限」を、それを構成する具体的諸行為に分解し、違法判断基準を、それら諸行為の該当する公正な取引方法のそれ（公正な競争阻害性）に求める立場。第二は、「数の制限」を、不当な取引制限の範疇に属するものとして、その判断基準（競争的事實的制限）に求める立場。⁽³⁾第三は、「数の制限」を、両者の中間的なものとして規定し、それ独自の違法判断の基準を求める立場である。

ところで、「数の制限」を、それを構成する具体的諸行為に分解し、それらは、不公正な取引方法該当行為であるとして放置しない限り、違法判断基準を不公正な取引方法のそれに求めることは無理であろう。そうすると必然的に、第二か第三の立場を採らざるを得なくなる。しかし、四で述べたように、「数の制限」を独自の法概念として、不当な取引制限とは多少異なるものとする見解を採る限り、第二の立場にも同調し得ないことは明らかであろう。

しからば、第三の立場では、「数の制限」の違法判断の基準は、どこに求められるであろうか？ 二で「数の制限」の意義と同時にその違法要素についても、簡単に触れておいた（「数の制限」の違法要素については 精細な吟味を必要とするであろうが、紙数の都合上省いた）⁽⁴⁾が、「数の制限」の違法判断の基準は、結局、この違法要素に帰着せしめざるを得ないように思われる。恰も、不当な取引制限の違法判断基準を、その違法要素たる「競争の実質的制限」に求め、不公正な取引方法のそれを、「公正な競争阻害性」に求めるように。ところで、「数の制限」独自の違法要素を明らかにするためには、それが、(一)不公正な取引方法の違法要素たる「公正な競争阻害性」とも、また

(二) 不当な取引制限の違法要素たる「競争の実質的制限」とも、どのように異なるかを明らかにすることが必要である。しかしこれは、独禁法全体に跨る大問題であるので、わずかの頁では到底論じ尽され得ない。したがって、後日の論究を期して、ここでは大綱の説明に止めざるを得ないであろう。

(一) 不公正な取引方法の違法要素たる「公正な競争阻害性」と、「数の制限」の違法要素たる第三者の市場参加拒否による競争制限との間の区別は、理論的にはともかく、実務上はそれ程困難ではないように思われる。何故なら、三で「数の制限」の具体的行為は、多くは不公正な取引方法該当行為であることを明らかにしたが、不公正な取引方法該当行為が、どの点より「数の制限」に転化するかについて、私は、事業者団体による第三者の市場参加拒否行為が、第三者の新規開業阻止、休業業の強制による営業不能の状態を惹起する点に求めた。^(四) この時点を境として、八条一項五号(二条七項の不公正な取引方法を事業者団体がさせる場合)より八条一項三号(「数の制限」)へとその適用が切りかえられるべきである。違法判断基準についていえば、「公正な競争阻害」という違法要素の存在する限度で、八条五号で処理され得るが、公正な「競争阻害性」を越えて、第三者の市場参加拒否(「市場開放性の喪失」)「営業不能状態」の惹起の瞬間より、「数の制限」として構成されるということになる。不公正な取引方法該当行為から「数の制限」への転換点を、市場参加拒否「営業不能状態」の惹起という比較的具体性を帯びた基準に求める限り、「数の制限」の成立の認定は、實際上それ程困難ではないであろう。

(二) 難点はむしろ、「数の制限」と不当な取引制限との違法要素の差異を明らかにする点にある。「数の制限」の違法要素たる第三者の市場参加拒否による競争抑圧は、不当な取引制限の一形態として考えるべきだという説がある。確かにアメリカでは、市場から競争者を排除する行為、例えばボイコットを当然違法な行為として、不当な取引制限 (restraint of trade) とされる。今村教授は、「有効な競争 (effective or workable competition) が行な

われ得るためには、「事業者相互間の自由な競争が妨げられていないこと」と、「いかなる事業者も、その競争への参加を妨げられないこと」の二条件が充足されることが必要である。そして、『「一定の取引分野における競争の實質的制限とは、このような意味においての「有効な競争を期待することがほとんど困難な状態をもたらすこと」をいい、それは、いいかえれば市場支配の状態をもたらすことである」という。教授によれば、不当な取引制限の違法要素たる「競争の實質的制限」には、事業者間の競争制限を目的とするカルテル行為と共に、第三者の事業活動の排除を目的とする行為、つまり「数の制限」行為も、市場の開放性を妨げる行為として当然に「競争の實質的制限」に入ると認められる。かくて、「数の制限」の違法判断の基準も、不当な取引制限の基準に帰着せしめられることとなる。しかし私は、アメリカのように、不当な取引制限概念を広義に解し、ボイコットをも当然に不当な取引制限と解するところではなく、わが国の独禁法のように、ボイコットは不正公平取引方法として規定し不当な取引制限との間に行爲類型の性格的差異を認めると共に、競争秩序への影響力の強さの差異を認め、その反映として（と私には思われる）、罰則で、不当な取引制限と「数の制限」との間に軽重を設けているところでは、両者を或程度区別して考えることが實際的ではないかと思われる。したがって、両概念の差異を一層明確にすることにより、両者を区別することの必要性について考えてみたいと思う。

不当な取引制限

- (1) (対価を決定し、維持し、若しくは引き上げ、又は数量・技術・製品・設備若しくは取引の直手方を制限する等)相互にその事業活動を拘束し、又は遂行すること。当事者間の競争制限がポイント。

数の制限

- (1) 第三者の競争排除——市場の開放性の妨害——ここでは、事業者の相互拘束は必ずしも重要なモメントではない。

(2) 「契約・協定その他何らの名義をもってするかを問わず、他の事業者と共同して」——共同が重点で共同には支配従属の關係なし。

(3) 共同行為の成立には何らかの意思の連絡が必要——一方的束は拘含まないと解される。

(4) 目的——共同行為による市場支配

(5) 地域——一定の取引分野

(6) 共同行為の当事者は相互に競争關係にあること。

以上の比較より、両概念は、その基本的な性格構造において相当の差異のあることが知られるであろう。例えば、不当な取引制限においては、共同行為における事業活動の相互拘束——水平的結合——意思の連絡というような要素が、重要な成立要件をなしていた。^(b)「数の制限」においては、相互拘束性や水平的結合、或は意思の連絡等は不可欠の要件ではない。「数の制限」には、取引段階の異なる従たる制限もあり得るし、したがって、一定の取引分野——競争關係ということが、それ程重要な前提ともならない。取引段階の異なる一定の事業分野においても、「数の制限」が成立し得るゆえんである。^(c)

(2) бойкотや加入制限その他いかなる方法をもってするかを問わない。多くは不正な取引方法該當行為によってなされる。しかも、同業者のみに限らず異種業者を通じてбойкотさせることもある(二次бойкот)。

(3) 「数の制限」に際し、組合と組合員との間の意思の連絡は必ずしも重要でない。組合の組合員に対する一方的拘束あり。

(4) 現在又は将来の事業者の数の制限——第三者の市場参加拒否による競争排除

(5) 一定の事業分野

(6) 制限する者と被制限者との間は、原則的には相互に競争關係にあるであろうが、その点必ずしも強調される必要なし。したがって卸売業者団体が、小売業者組合の非組合員をбойкотしても、数の制限となり得る。

更に、「数の制限」違反とされた審決例よりみても、それを、私的独占やカルテル事件と同じく「競争の実質的制限」という基準に照らして判断することは、余りにも無差別過ぎる感じがする。今日までの「数の制限」違反事件の殆んどは日本的な中小事業者、しかも流通機構の近代化の過程から取残された中小事業者（青果や鮮魚の卸売商や小売商の如き）による配分経路の「統制」事件であるが、それも、不当な取引制限という共同行為によって積極的に市場の自由競争秩序を否定ないし破壊しようとするやり方でなく、既存の競争秩序を維持するために新規参加者の営業を妨害するという形での、消極的な競争制限である。私は、それが競争制限をもたらすことを否定するものではない。私的独占や不当な取引制限に限らず、不公正な取引方法の場合でさえも、「公正且つ自由な競争を促進すること」（独禁法一条）を目的として定められた法律制度であることは、独禁法の性格から当然である（したがって、独禁法は個人の利益を保護することを直接の目的としている法ではない）が、しかし同じ自由競争秩序を保護することを目的とすると云っても、自由競争秩序そのものに対する侵害の程度により、その間に禁圧の強弱、罰則や排除措置の強弱が設けられることは当然である（私的独占や不当な取引制限における市場支配の場合のように、自由な競争秩序を積極的に否定ないし破壊する程度の侵害と、競争秩序そのものには余り影響ないが、公正な競争を阻害する程度の侵害（『不公正な取引方法』）とに現行法は分けているが、その間にも、公正な競争阻害よりも強度の、しかも競争の制限という意味では、消極的な形で競争制限である「数の制限」といったものが存在するのである）。この意味では、私的独占や不当な取引制限の場合には、「競争の実質的制限」をもたらす場合として、積極的に自由競争秩序を保護する目的から、罰則や排除措置も、不公正な取引方法に比較して遙かに強力である。不公正な取引方法違反の場合には、公正な競争に悪影響を及ぼす程度の行為を取締ることを目的として、インジャンクションを認めるのみで、罰則は設けていない。「数の制限」は、両者の中間にあるもので、カルテルや私的独占のように積極的な市場秩序の破壊でなく、消極的な競争制限——第三者の市場参加拒

否^{II}第三者の営業妨害による市場の開放性の制限——として、その限度で「競争の実質的制限」をもたらすことになるであろう。しかし、「数の制限」の内容を構成する具体的行為は（不当な取引制限を構成する違法行為類型としての共同行為ではなく）、むしろ多くは不正な取引方法該当行為が、強度化されたものという性格を帯びていた。ここに「数の制限」の特殊な性格がうかがわれる。したがって、「数の制限」の違法判断の基準は、私的独占やカルテルの場合の「競争の実質的制限」という判断基準でなく、第三者の市場参加拒否^{II}営業不能状態の惹起ないしその恐れある場合に求める方が、妥当であると考える。とは云え、両者の区別は嚴格にはかなり困難である。しかし、法律の実用上の適用においては、さして問題はないように思われる。何故なら、これまでの例でも知られるように、「数の制限」違反事件は、その具体的判断に際しては、多くは不正な取引方法該当行為^{プラス}新規開業者或は既存事業者の営業不能状態の惹起（ないしその恐れ）という判断過程を経て成立していたから。

（一）不正な取引方法の違法判断基準は、「公正な競争を阻害すること」であるが、その場合の意味は「競争秩序に悪影響を及ぼすこと」（今村・全集八二頁）位に解してよい。「公正な」というのは、純粹の公正でなく、不当に競争秩序に悪影響を及ぼさないことと解しておく。この問題は別稿にて扱いたいと思っている。

（二）「競争の実質的制限」については、判例、審決によって比較的内容が与えられている。公取は「競争の実質的制限」とは、「競争の実効性ある制限」と同義に解し、「有効な競争を期待することがほとんど不可能の状態を指す」ものと解する（東宝・スバルオリオン事件審決集四一七五頁）。石油価格協定事件（行政例集七卷十一号二八四九頁）でも、東京高裁は、「競争自体が減少し特定の事業者または事業者集団が、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形態が現われているか、現われようとする状態をいう、」と述べている。それはともかく、若し「数の制限」違反事件を、「競争の実質的制限」という違法判断基準によらしめるならば、市場の範囲や市場

支配力の問題についても当然検討すべきであるが、今日までの八条三号違反事件には、さような審決例は一件も見当らない。

(三) 違法要素は、刑法上は、主観的違法要素や客観的違法要素として、大いに論議されている問題であるが、ここでいう違法要素は、非常に大雑把に、ある行為が違法性を帯びる本質的部分という程度の意である。ここにいわゆる違法要素と違法判断基準とは、全く重なり合う観念とは限らないが、基本的部分においては、およそ同一に考え得るのではないかと思つて使用した。かような大雑把な用い方は、法律家として不正確との批判をうけるかも知れぬが、現在の筆者には力が及ばなかった。

(四) 九件の審決中二、三件のみが、第三者の営業不能を一つの判断基準にもちいているが、この見解は妥当であり、実際的であると思われる。

(五) 今村・独占禁止法(法律学全集五二)五五頁参照。特に、寡占の成立するのは「進入に対する障壁」のある産業で、寡占の成立しないのは「進入に対する障壁」のない産業であるといわれるように、市場開放性の有無は、寡占問題の独禁法的処理には、一つの有力な基準となるであろうことを認めるに吝さかではないが。

(六) 東宝・スバルオリオン事件(昭和二十六年行政例集二巻九号一五六二頁)、その他新聞販路協定事件(昭和二十八年高裁民集六巻九号四三五頁)や東宝・新東宝事件(昭和二十八年高裁民集六巻十三号八六七頁以下)等においても述べられている。

(七) 前掲新聞販路協定事件(前掲高裁民集四八〇頁)では、明確に寡占の制限は不当な取引制限に該当せずとされた。

(八) 公正取引委員会編・解説一五七頁、田中誠二・経済法一一三頁参照。

(九) 今村・前掲独占禁止法七八頁、豊崎光衛「欺瞞的表示及び広告の規制について」公正取引一九六一年十一号六頁参照。

あとがき

五「数の制限」の違法判断基準については、私自身未だ確信に到達し得ていない。特に本稿では既存の審決に密着し過ぎて分析をなしたので、寡占のような巨大企業の場合の「数の制限」の問題は一応意識的に排除せざるを得なかった。今後、私的独占や寡占、不当な取引制限等について順次検討することにより、この「数の制限」の問題をも、包括的にみてより妥当に位置づけたいと思つている。実務家や専門家の方々の御教示をお願いしたいと思う。