

地理的交差関係における取引先制限カルテル ——電力カルテル事件（中国電力事件）課徴金納付命令に関する 若干の検討——

岡 田 直 己

- 1 はじめに
- 2 課徴金納付命令の特徴
- 3 課徴金納付命令が違法であること
 - (1) 違反行為対象商品と「当該商品」の関係
 - (2) 独禁法7条の2第1項柱書が「商品若しくは役務の対価に係るもの」と「取引の相手方を実質的に制限することによりその対価に影響することとなるもの」を別けて定めていることの趣旨
 - ① 本件行為は「商品若しくは役務の対価に係るもの」に該当しない
 - ② 本件行為は「商品若しくは役務の……取引の相手方を実質的に制限することによりその対価に影響することとなるもの」に該当しない

1 はじめに

本稿は、電力カルテル事件（中国電力事件。以下「本件」と呼称する。）について¹⁾、筆者が中国電力株式会社（以下「中国電力」）の依頼により執筆し東京地裁へ提出した法律意見書の概要の続編であり、課徴金納付命令

1) 公取委「旧一般電気事業者らに対する排除措置命令及び課徴金納付命令等について」（令和5年3月30日報道発表。以下「電力カルテル事件」）。中部電力（中部電力ミライズ）、中国電力並びに九州電力及び九電みらいエナジー（以下「4社」）がそれぞれ関西電力との間で不当な取引制限に該当する行為を行っていたとして、公取委は4社に対し排除措置命令及び課徴金納付命令を行った。なお、中部電力及び九電みらいエナジーは排除措置命令のみを受けた。

に関するものである²⁾。中国電力が納付を命じられた課徴金は約 707 億円に上るほか、課徴金納付命令を受けた 4 社の総額は約 1010 億円という巨額で、中国電力単独も 4 社総額も独禁法史上最多であるところ、中国電力は令和 5 年 9 月 28 日に公取委の行政処分に対し取消訴訟を提起した³⁾。訴訟係属中に法律意見書の全文を明らかにすることはできないが、本件の課徴金納付命令は取引先制限カルテルに対する課徴金制度の適用について数多くの議論の素材を提供するものであるため、本稿は、大部に及んだ課徴金納付命令に関する法律意見書の概要を示し、独禁法分野における研究材料の 1 つとなることを願うものである。本件の行政処分に表れた事実関係等は判決文に見られるような詳細なものではないため、法律意見書における検討が万全であるとは断言できないが、関西電力株式会社及び中国電力(以下「2 社」)が地理的交差関係で行ったとされる取引先制限カルテルについて、本件の課徴金納付命令の特徴を明らかにし、独禁法上の問題を検討したものである。

2 課徴金納付命令の特徴

課徴金納付命令書の理由 2 (1) ア・ウ記載のとおり、公取委は、「当該商品」(旧独禁法 7 条の 2 第 1 項柱書)について、「2 地区に所在する相対顧客に対して小売供給を行う電気(中国電力及び関西電力がそれぞれ相手方の供給区域において小売供給を行うものを除く。)……及び中国電力管内に所在する官公庁等に対して小売供給を行う電気」であると認定し、旧独禁法施行令 5 条 1 項に基づき、8839 億 4832 万円が当該電気に係る売上額

2) 排除措置命令に関する法律意見書の概要は、法学研究〔慶應義塾大学〕96 巻 12 号 (2024) に寄稿した。なお、法律意見書は、筆者が先例及び学説に照らして行政処分の内容のみを検討したものであり、中国電力及び同社代理人弁護士の見解を示したものではない。

3) 中国電力・令和 5 年 9 月 28 日適時開示資料。

4 社のうち中国電力を除く 3 社も取消訴訟を提起した。中部電力(中部電力ミライズ)令和 5 年 9 月 25 日報道発表、九州電力・九電みらいエナジー令和 5 年 9 月 29 日報道発表。

であると算定している。排除措置命令書の理由第2及び課徴金納付命令書の理由1記載のとおり、2社の行為は「2地区に所在する相対顧客及び中国電力管内に所在する官公庁等に対して小売供給を行う電気の取引分野における競争を実質的に制限していたもの」とであると判断されているが、「（中国電力及び関西電力がそれぞれ相手方の供給区域において小売供給を行うものを除く。）」という課徴金納付命令書の理由2(1)ア記載のとおり、「当該商品」の認定では、違反行為対象商品と認定されたもののうち、中国電力が関西電力管内で小売供給する電気は除外され、同社が自社管内で小売供給する電気（相対顧客に対するもの及び官公庁等需要者に対するもの）のみとされている。このように、公取委は、「当該商品」の認定において、違反行為対象商品と認定したものの一部（中国電力が関西電力管内の相対顧客へ小売供給する電気）を除外する一方、中国電力が自社管内で相対顧客へ小売供給する電気という違反行為対象商品でないものを取り込んでいる。

3 課徴金納付命令が違法であること

課徴金制度の趣旨や課徴金の額の算定方式について、最高裁判所は「（筆者挿入：昭和52年独禁法改正において）カルテルの摘発に伴う不利益を増大させてその経済的誘因を小さくし、カルテルの予防効果を強化することを目的として、既存の刑事罰の定め（独禁法89条）やカルテルによる損害を回復するための損害賠償制度（独禁法25条）に加えて設けられたものであり、カルテル禁止の実効性確保のための行政上の措置として機動的に発動できるようにしたものである。また、課徴金の額の算定方式は、実行期間のカルテル対象商品又は役務の売上額に一定率を乗ずる方式を採っているが、これは、課徴金制度が行政上の措置であるため、算定基準も明確なものであることが望ましく、また、制度の積極的かつ効率的な運営により抑止効果を確保するためには算定が容易であることが必要であるからであって、個々の事案ごとに経済的利益を算定することは適切ではないとして、そのような算定方式が採用され、維持されているものと解される。そうす

ると、課徴金の額はカルテルによって実際に得られた不当な利得の額と一致しなければならないものではないというべきである。」と説示している⁴⁾。すなわち、個別の事案に対する課徴金制度の適用では簡明性・迅速性が要請され、課徴金の額の算定は一定程度の定型的基準を用いて行うことが予定されている⁵⁾。簡明性・迅速性の要請は、課徴金制度の設計において、一律的かつ画一的に算定された売上額に一定の比率を乗じて算出された金額が違反事業者の経済的利得であると擬制するという算定方法、「当該商品又は役務」や「実行期間」の定性的・定型的な認定、売上額・購入額の定型的な算定基準として具現化されており、課徴金制度は全体として公取委による裁量的運用を認めないものとして設計されている。ただし、課徴金制度の運用上の非裁量性は文字通り一切の裁量が排されたことを指すものではなく、公取委が過重な立証負担を負うなど独禁法執行上の著しい障害を生じず、課徴金制度の機動的・効率的運用の実効性が確保される限りにおいて、個別の事案における運用上の必要性や行政運営の実効性などの観点から、公取委の個別具体的な運用が課徴金制度に対し間接的に一定程度の裁量性を生ずることがあり、また、このことは実際に許容されている⁶⁾。

しかし、このような課徴金制度の趣旨等を踏まえてもなお、以下に論ずるとおり、本件の課徴金納付命令は違法である。

4) 機械保険連盟料率カルテル事件(最三小判平成 17 年 9 月 13 日審決集 52 巻 723 頁)理由 4 (1)。

多摩談合事件〔新井組〕(最一小判平成 24 年 2 月 20 日民集 66 巻 2 号 796 頁)においても、「不当な取引制限等の摘発に伴う不利益を増大させてその経済的誘因を小さくし、不当な取引制限等の予防効果を強化することを目的として、刑事罰の定め(法 89 条)や損害賠償制度(法 25 条)に加えて設けられたもの」と確認されている。

5) 東燃ゼネラル石油事件(東京高判平成 18 年 2 月 24 日審決集 52 巻 744 頁)、バイタルネット事件(公取委審判審決平成 19 年 12 月 4 日審決集 54 巻 314 頁)。

6) 根岸哲編『注釈独占禁止法』(有斐閣、2009) 150～153 頁〔岸井大太郎〕、長谷川土木工業課徴金審判事件(公取委審判審決平成 18 年 4 月 26 日審決集 53 巻 57 頁)。

（1）違反行為対象商品と「当該商品」の関係

旧独禁法 7 条の 2 第 1 項柱書は、「当該商品」の売上額を課徴金の額の算定上の基礎とする。「当該商品」とは、同項が定める「当該行為」すなわち「課徴金の対象となる違反行為の対象とされた商品全体を意味すると解され」、「価格カルテルの事案の性質に即して考えると、……一定の取引分野における競争を実質的に制限する違反行為が行われた場合において、その対象商品の範疇に属する商品であって、当該違反行為による拘束を受けたものをいうと解される」のであり、「対象商品の範疇は、違反行為の内容に応じ、商品の種類、取引地域、取引段階、取引相手方等の要素によって画定される。違反行為の事実認定においてこれらの要素によって画定された対象商品の範疇に属する商品については、当該違反行為による拘束を受け、定性的に違反行為の影響が及ぶものであるから、原則として当該範疇に属する商品全体が課徴金の算定対象となるものである。したがって、違反行為の対象商品の範疇に属する商品については、当該行為を行った事業者又は事業者団体が明示的又は黙示的に当該行為の対象からあえて除外したこと、あるいは、これと同視し得る合理的な理由によって定型的に当該行為による拘束から除外されていることを示す特段の事情がない限り、……『当該商品』に該当し、課徴金の算定対象に含まれると推定して妨げないものと解される⁷⁾。』⁸⁾。また、この引用部分を説示した東京無線タク

7) 公取委は中国塗料事件（公取委審判審決平成 8 年 4 月 24 日審決集 43 巻 3 頁）及び東芝ケミカル課徴金事件（公取委審判審決平成 8 年 8 月 5 日審決集 43 巻 73 頁）を参照している。

8) 東京無線タクシー協同組合事件（公取委審判審決平成 11 年 11 月 10 日審決集 46 巻 119 頁）。出光興産課徴金審決取消請求事件（東京高判平成 22 年 11 月 26 日審決集 57 巻第 2 分冊 194 頁）、中国塗料事件（公取委審判審決平成 8 年 4 月 24 日審決集 43 巻 3 頁）同旨。

課徴金制度が独禁法の昭和 52 年改正で導入された直後において、公取委の担当官は、『「当該商品」……とは、一義的にはカルテルの対象となった商品……である」と解されており、カルテルによって競争が実質的に制限されている取引分野によって限定されることとなる。例えば、関東地区においてある商品の値上げカルテルが行われた場合には、カルテルを行った事業者が関東地区

シー協同組合事件審判審決について、これが参照する中国塗料事件審判審決では、「不当な取引制限は、複数の事業者の共同行為であって、明示又は暗黙の合意を成立の必須要件とするのであるから、違反事実として認定されたこれらの合意を違反行為当時の違反行為者の立場に立って合理的に解釈してみても、特定の類型の商品が合意の対象商品として表象（認識又は予見）されると判断されなければ、その類型の商品が……『当該商品』に該当するといえないことは明らかである」とした上で、「いわゆる『価格カルテル』の型に属する不当な取引制限に該当する共同行為は、その商品の自由な価格形成に対して恣意的な影響を与えることに本質的な意味を見出すことができる」こと等を考慮すると、「ある商品の価格形成に恣意的な影響を与える共同行為に参加した当事者は、明示的又は黙示的にその別類型の商品を合意の対象商品から敢えて除外したことを窺わせる特段の事情のない限り、その違反行為当時、当該共同行為の典型的対象商品と別類型をなす商品ではあっても、その対象商品の範疇に属し、かつ、典型的対象商品と代替性があり、現に競合関係に立っており、又は将来競合関係に立つような類型の商品をも、積極的に当該共同行為の対象商品に含める意思を有しており、したがって、このような類型の商品も当該共同行為の対象商品として表象（認識又は予見）している、と推定すべき」であるため、「当該違反行為の対象商品の範疇に属しながら典型的対象商品とは別類型をなす商品ではあっても、市場において違反行為の典型的対象商品と代替性があり、かつ、競合するときは、違反行為当時に明示的又は黙示的にその別類型の商品を合意の対象商品から敢えて除外したことを窺わせる特段の事情のない限り、……『当該商品』に該当する、というべきである」と説示されている⁹⁾。このように、「違反行為による拘束を受けたもの」とは、

において販売する商品が『当該商品』となる。その事業者が関西地区において販売する商品は、『当該商品』とはならない」と解説している（渡辺豊樹編『新独占禁止法の実務』（商事法務、1981）53頁）。

9) 中国塗料事件（公取委審判審決平成8年4月24日審決集43巻3頁）。

違反行為（合意）の対象とされた商品を指しており、取引の内容・条件に係る意思決定の自由が違反行為（合意）によって実際に損なわれた商品であることをその本質とする。「（違反行為の）対象商品の範疇に属する商品」であるという事実のみでは「当該商品」に該当すると判断するに足らない、換言すれば、違反行為に係る関連市場で取引されている商品であるという事実のみでは「当該商品」に該当しないことを意味する¹⁰⁾。このような法解釈は、「当該商品」が旧独禁法7条の2第1項柱書に規定されていることから自明であるとおりに、不当な取引制限が「商品若しくは役務の対価に係るもの」であるか「取引の相手方を実質的に制限することによりその対価に影響することとなるもの」であるかを問わず、同項に基づき課徴金の納付を命ずることとなるすべての事案に共通する。

「当該商品」は違反行為対象商品と一致することが通例であり、このことは、当該要件が違反行為に係る経済的利得と課徴金との対応関係を確保す

10) 「違反行為の対象商品の範疇に属する商品」は形式的区別基準であり、「違反行為による拘束を受けた商品」が実質的推定基準である（伊永大輔『課徴金制度—独占禁止法の改正・判審決からみる法規範と実務の課題』（第一法規、2020）175頁）。

「当該商品」は基本的には違反行為対象商品の全体を指すが、「カルテル合意の対象として形式的に該当する商品・役務全体の売上額を課徴金算定の基礎とするという意味ではない」ことに注意を要し、「形式的には対象商品・役務であっても、カルテルの競争制限効果が及んでいないことが客観的に明らかなものについては、課徴金の対象となる売上額から除外しないでよいと思われる」のであり、「違反行為の内容に応じ、商品の種類、取引地域、取引段階、取引相手方等の要素から商品・役務の範囲を特定しつつ、実質的に見てどの範囲で商品・役務が拘束の対象とされているのかという、違反行為によって影響を受ける範囲について具体的な検討を加えなければ……（筆者挿入：「当該商品」を）法的に特定することはできない」（同前174頁以下）。このような具体的な競争制限効果は、入札談合事案の基本合意に基づく個別調整のみならず、カルテル事案でも法律上同様に要求されているが、価格カルテルでは「定性的に違反行為の影響が及ぶものと考えることができるから」（東京無線タクシー事件）、具体的な競争制限効果の発生を問題とすべき事案がほばないだけであると理解すべきであって、「例えば市場分割カルテルのような人為的市場が問題となるときは、具体的な競争制限効果が要求されることもあり得る」（同前192頁）。

るために設けられたことによるものであり、違反行為対象商品が当該違反行為の影響下にあると評価することは基本的に肯定できるためである。他方、不当な取引制限の定義規定と課徴金規定は相互に関連するとともに異なる規定でもあるほか、機械保険連盟料率カルテル事件最高裁判決が説示した課徴金制度の趣旨（違反行為に係る経済的利得の剥奪自体を目的とする制度ではないこと）に照らせば、違反行為対象商品と「当該商品」の一致は法が絶対的に要請するものではない。ただし、平成 17 年改正後の独禁法では、経済的利得という概念は、専ら違反行為の抑止効果の観点から評価され、違反行為の抑止に必要な課徴金の算定水準を確保するとともに、これを行政措置として合理的範囲に収めるためのレファレンスとして用いられているため、個々の事案における課徴金の額が経済的利得の額に近づくように違反行為対象商品や「当該商品」を認定することは法律上要求されないものの、経済的利得との関連性が失われたり、違反行為の抑止という目的の達成に必要な範囲を逸脱したりすることまでは許されていない¹¹⁾。なお、違反事業者が「明示的又は黙示的に当該行為の対象からあえて除外したこと、あるいは、これと同視し得る合理的な理由によって定型的に当該行為による拘束から除外されていることを示す特段の事情」が認められる場合は、当該除外に係る商品は「当該商品」に該当しないものと判断される¹²⁾。

以上の考え方等に照らせば、違反行為対象商品の範囲外である商品（中国電力が自社管内の相対顧客へ小売供給する電気）が関連市場で供給されていれば、そのような商品も課徴金の算定対象である「当該商品」に含まれるとすることは、「当該商品」の範囲に関する先例・通説の法解釈に反する。「当該商品」とは違反行為対象商品を指すのであり、違反行為対象商品

11) 岸井大太郎「課徴金制度の強化—平成 17 年改正の意義と評価—」日本経済法学会年報 26 号（通巻 48 号）（2005）26 頁以下。

12) 出光興産課徴金審決取消請求事件（東京高判平成 22 年 11 月 26 日審決集 57 巻第 2 分冊 194 頁）。

は合意対象商品と合致することが通例である。したがって、本件においては、公取委が認定した違反行為対象商品の範囲から合意対象商品でないもの（2社がそれぞれ自社管内の相対顧客へ小売供給する電気）を除外したものの、換言すれば、2社がそれぞれ相手方管内の相対顧客へ小売供給する電気が合意対象商品かつ違反行為対象商品である¹³⁾。本件においては、2社がそれぞれ自社管内の相対顧客へ小売供給する電気は合意対象商品ではないため、当該電気は「違反行為による拘束を受けたもの」に該当せず、「当該商品」に当たると評価することは許されない。合意対象商品が違反行為対象商品であり、違反行為対象商品の範疇に属する商品が違反行為による拘束を受け、当該違反行為の影響を定型的に被るが故に、原則として当該範疇に属する商品全体が課徴金の算定対象となるという確立した法解釈に従う限り、中国電力が自社管内の相対顧客へ小売供給する電気という合意対象商品ではないものを「当該商品」と解することは許されない。本件における「当該商品」の前提となる商品は、2社がそれぞれ相手方管内の相対顧客へ小売供給する電気であり、中国電力にあっては関西電力管内の相対顧客へ小売供給する電気である。中国電力が関西電力管内の相対顧客に対する営業活動を制限することが本件行為ア（同社が関西電力管内の相対顧客へ小売供給する電気が合意対象商品）であると排除措置命令書で認定しておきながら¹⁴⁾、当該合意対象商品を「当該商品」から除外するとともに、同社が自社管内の相対顧客へ小売供給する電気という合意対象商品ではないものを「当該商品」として認定した課徴金納付命令書は、前記のような確立した法解釈に違背するものであり、違法である。中国電力は本件行為アの結果として関西電力管内の相対顧客に係る売上高や市場シェアを低下させたと推認できるが、関西電力管内の売上高（合意対象商品に係る

13) 中国電力管内の官公庁等需要者へ小売供給される電気（本件行為イの対象商品）が「当該商品」に該当しないことは、本意見書の他の箇所で指摘したとおり、当該電気が違反行為対象商品でないことから明白である。

14) 排除措置命令書・理由第1の2(4)。

売上高) が相応にあることは疑問の余地がないにもかかわらず、これを「当該商品」から除外して課徴金算定の基礎となる売上額に計上しない一方、合意対象商品ではないものを「当該商品」として認定し売上高に計上することは、課徴金の算定に係る確立した法解釈に違背しており、到底許されるものではない。

課徴金納付命令書の「当該商品」の認定において、中国電力が関西電力管内の相對顧客へ小売供給する電気という合意対象商品を除外する一方、中国電力が自社管内で相對顧客へ小売供給する電気という合意対象商品でないものを取り込んだことについて、排除措置命令書の記載のとおり、本件行為アは自社管内の相對顧客に対する営業活動の制限を含まないものであるため、中国電力が自社管内の相對顧客へ小売供給する電気は「違反行為による拘束を受けたもの」に該当せず、「当該商品」に当たると解する余地がない。また、排除措置命令書の記載のとおり、中国電力が自社管内の相對顧客へ見積り提示を行う際に、見積りの基準となる電気料金の下限値を引き上げることなどにより、自社管内の相對顧客へ見積り提示を行う際の電気料金の水準を維持または上昇させていたことが事実であるとしても、公取委が当該命令書で明記しているとおり、このような行為は、本件行為アという違反行為(合意)そのものではない。このことは、排除措置命令書の理由第 1 の 3 (実施状況)において、2 社の役員級の者が面談等を通じて相互に本件行為アの「実効を確保していた」という事実(理由第 1 の 2 (4)に係る行為)が認定されている一方、本件行為アという「合意の下に」行われた実施方法等(理由第 1 の 2 (5)に係る行為)については 2 社による相互確認等の事実が一切認定されていないことから明らかである。このように、実施方法等の全部または一部が本件行為アという違反行為(合意)の内容として認定されていない以上、2 社がそれぞれ独自の判断で採用した行為が自社管内の相對顧客へ小売供給する電気の料金の水準を維持または上昇させる結果になったとしても、それは本件行為アから必然的かつ直接的に生ずる競争制限効果ではなく、2 社が相互に相手方管内の相對顧客の

獲得のための営業活動を制限することから生ずる間接的效果であり、自社管内の相対顧客の獲得をめぐる競争圧力が低下することの反射的效果であるに過ぎない。このような間接的・反射的效果が生ずること自体は、相対顧客の獲得をめぐる競争圧力が低下し、電気料金の水準を維持または上昇させるなど、独禁法の目的の観点からみれば望ましいこととは言えないが、独禁法違反行為の間接的・反射的效果が生ずること自体は、独禁法違反行為の「対象商品の範疇に属する商品であって、当該違反行為による拘束を受けたもの」に係る評価根拠事実となるものではない。本件における「当該商品」の前提となる商品は、中国電力が関西電力管内の相対顧客へ小売供給する電気であるため、課徴金の額を算定すると、公取委が課徴金納付命令書で算定した課徴金の額よりも著しく少なくなると予想できるが、このことは本来の「当該商品」を用いた算定が帰結することであるため、独禁法上何ら問題とされるべきものではない¹⁵⁾。

15) ソーダ灰輸入制限協定事件〔旭硝子事件〕（公取委勧告審決昭和 58 年 3 月 31 日審決集 29 卷 104 頁）では、国内商品よりも割安な輸入商品が「無秩序に輸入されることを防ぐ」という目的で締結された覚書（取決め）について、「4 社は、共同して我が国へ輸入されるソーダ灰の輸入数量、引取比率及び輸入経路を決定することにより、……我が国のソーダ灰の輸入取引分野における競争を実質的に制限している」と判断された。当該覚書（取決め）の目的及び効果は、国内における輸入商品の流通量を抑制し、国内商品の販売価格や供給量を維持することにあつたが、審決書で認定された合意対象商品（違反行為対象商品）は国内商品ではなく輸入商品であり、違反行為に係る関連市場も国内商品ではなく輸入商品に係る範囲として画定された。平成 17 年改正前の独禁法 7 条の 2 は、課徴金の額の算定基礎として商品または役務の購入額を定めていなかったが、購入額が定められた平成 17 年改正後の独禁法 7 条の 2 を適用した場合、合意対象商品（違反行為対象商品）である輸入商品の購入額が算定基礎とされることになる。国内商品は合意対象商品（違反行為対象商品）ではないためである。ここで本件の課徴金納付命令書に表れた課徴金の算定方法を適用すると、国内商品は合意対象商品（違反行為対象商品）ではなく、それゆえに「違反行為による拘束を受けた」商品でもないにもかかわらず、国内商品の売上額が課徴金の算定基礎とされることになるが、このことが「当該商品」に関する確立した法解釈に反することは論を俟たない。翻って本件についてみれば、中国電力が自社管内の相対顧客へ小売供給する電気は合意対象商品（違反行為対象商品）ではなく、それゆえに「違反行為による拘束を受けたもの」でもないにもかかわらず、課

課徴金納付命令書が犯している独禁法の適用及び解釈の重大な誤りを要約すれば、排除措置命令書では、2 地区（中国電力管内及び関西電力管内）という広い地理的範囲が関連市場として画定されつつ、中国電力が関西電力管内の相対顧客へ小売供給する電気が本件行為アの合意対象商品であるとして狭い商品範囲が画定される一方、課徴金納付命令書では、中国電力が自社管内の相対顧客へ小売供給する電気という本件行為アの範囲（本件行為アの合意対象商品）を超えたものが「当該商品」として認定されていることである。先例では、違反行為（合意）の競争上の影響が及ぶ範囲が関連市場として画定され、当該違反行為の対象商品が「当該商品」として認定されているため、合意対象商品（違反行為対象商品）、関連市場の商品、「当該商品」という 3 つの商品は一致するものとされている。「当該商品」が合意対象商品（違反行為対象商品）の範囲を超えて認定された先例は存在せず、違反行為対象商品が「当該商品」であると認定されてきた先例に照らせば、中国電力が関西電力管内の相対顧客へ小売供給する電気が「当該商品」とされるべきであることは明白である。2 地区の相対顧客及び中国電力管内の官公庁等へ小売供給される電気の取引分野という広い関連市場を画定しておいて、中国電力が自社管内の相対顧客へ小売供給する電気が関西電力による本件行為アの影響を受けるという理由から当該電気のみを「当該商品」として認定することは、先例に反しており到底許されない。中国電力が自社管内の相対顧客へ小売供給する電気を「当該商品」として認定するためには、少なくとも、同社が当該電気につき本件行為アの拘束を受けた行為（実行行為）に及んでいた事実を必要とする。そして、そのような事実がないことは、本件行為アの実施方法及び実施状況に関する排除措置命令書の記載に係る問題として、排除措置命令書に関する意見書で述

徴金の算定基礎とされており、このことが「当該商品」に関する確立した法解釈に反することは前記と同様である。「当該商品」の範囲が「違反行為による拘束を受けた」商品のそれよりも拡張されることは、法解釈として取り得ないばかりか、立法上も想定されていない。

べたとおりである。課徴金納付命令書は、その理由 1 において、課徴金に係る違反行為が「2 地区に所在する相対顧客及び中国電力管内に所在する官公庁等に対して小売供給を行う電気の取引分野における競争を実質的に制限していた」とする一方、その理由 2 において、何らの理由も挙げることなく、課徴金の計算の基礎は「2 地区に所在する相対顧客に対して小売供給を行う電気（……相手方の供給区域において小売供給を行うものを除く。）……及び中国電力管内に所在する官公庁等に対して小売供給を行う電気に係る中国電力の売上額」であるとしているが、中国電力の本件行為 A が関西電力管内で小売供給される電気という商品範囲・地理的范围に限られている以上、公取委が取消訴訟を通じて課徴金納付命令書で挙げた理由を維持しながら課徴金額の計算の基礎を修正することは、先例に違背し理由不備であるため、到底認められるものではない。

排除措置命令書と課徴金納付命令書を全体としてみると、公取委は次のように思料及び評価の上、両命令を発令したものと考えることができる。
すなわち――

本件行為 A は、2 社が相互に相手方管内の相対顧客に対する営業活動の制限で合意したというものである以上、2 社がそれぞれ当該相対顧客に対して見積り提示して設定する電気料金水準を維持または引き上げことは自明の理であり、実際、そのような維持または上げが実施方法等となっているため、本件行為 A の実質は電気料金水準の維持または上げである。しかし、本件行為 A の内容として証拠上明らかな事実は、2 社が相手方管内の営業活動を制限することに止まり、電気料金の維持または上げに係る取決め（合意）がなされたかどうかは明らかでないほか、中国電力についてみれば、関西電力管内における本件行為 A は同社に経済的利得を生ずるものではない以上、同社が当該管内の相対顧客へ小売供給する電気を「当該商品」として評価することは適当でないため、当該電気は課徴金の算定対象から除外すべきであろう。他方、関西電力が中国電力管内の相

対顧客に対する営業活動を制限する結果、中国電力は、自社管内の相対顧客へ小売供給する電気の料金を維持または上昇させること（経済的利得を得ること）が可能となるはずであり、実際、同社は見積り提示する電気料金を維持または上昇させているため、同社が自社管内の相対顧客へ小売供給する電気の売上高が課徴金の算定基礎となるべきである。

しかし、排除措置命令書の認定事実のとおり、本件行為の目的は「相対顧客に対する安値の見積り提示及び中国電力管内の官公庁入札での安値の電気料金の提示による電気料金の水準の低落を防止して自社の利益の確保を図る」ことであり¹⁶⁾、2 社が本件行為アとして合意したとされるものは、相手方管内の相対顧客に対する営業活動の制限であって、電気料金の水準を維持または上昇させること（価格カルテル）でない。排除措置命令書に関する意見書でも再三述べているとおり、違反行為（合意）とその実施方法等（公取委が違反行為の実行行為として評価していると思しきもの）は異なるものであり、それぞれの内容が排除措置命令書で書き分けて認定されている以上、中国電力が自社管内の相対顧客へ見積り提示する電気料金の水準を維持または上昇させるという行為を証拠上認めることができたとしても、当該行為が違反行為の内容に当たるといえるものではない。また、当該行為の対象となる商品（中国電力が自社管内の相対顧客へ小売供給する電気）は、同社による本件行為ア（関西電力管内の相対顧客に対する営業活動の制限）という「違反行為による拘束を受けたもの」ではないため、「当該商品」に該当すると評価することは到底できない。

本件行為アの実施方法等として排除措置命令書で認定されていることは、見積りの提示先を限定した上で、相手方管内の相対顧客へ見積り提示する電気料金の水準を上昇させるとともに、自社管内の相対顧客へ見積り提示する電気料金の水準を維持または上昇させることである。したがって、2 社が見積り提示する電気料金の水準を維持または上昇させる相対顧客は、

16) 排除措置命令書・理由第 1 の 2 (4)。

当該実施方法等の一部として予め限定された見積りの提示先のみであるため、当該実施方法等が本件行為アの実行行為であるとしても、当該実行行為が2地区の相対顧客の全部（2社の各管内についても同じ。）を対象としたものであると評価することは到底できない。本件における課徴金の計算の基礎が「2地区に所在する相対顧客に対して小売供給を行う電気（……相手方の供給区域において小売供給を行うものを除く。）」であると認定した課徴金納付命令書は、中国電力管内の相対顧客へ小売供給される電気のすべてを売上額の対象とした点において誤りがある。中国電力にあっては、自社管内の相対顧客の全部が本件行為ア及びその実行行為の対象であると評価するためには、同社が自社管内の相対顧客の全部を対象として本件行為アの拘束を受けた見積り提示を行っていたという事実が認定されるべきであるところ、実際にはそのような認定が排除措置命令及び課徴金納付命令で行われていないため、自社管内の相対顧客へ小売供給する電気のすべてが「当該商品」に該当するという判断は、課徴金制度が独禁法に導入されて以降一貫して採用されてきた「当該商品」の法解釈に反し、その適用に誤りがあるため、到底許されるものではない。

合意対象商品（違反行為対象商品）、関連市場の商品、「当該商品」という3つの商品が異なるという排除措置命令書及び課徴金納付命令書の認定が先例に反していることは前記のとおりであるが、先例に従えば、本件行為アの合意対象商品及び「当該商品」は、2社が予め限定した見積りの提示先である相対顧客へ小売供給する電気であり、いわば「特定相対顧客向け小売供給電気」と呼称されるべきものである。また、見積り提示する電気料金の水準を維持または上昇させることは、2社が排除措置命令書で認定された本件行為アの目的を達成する上で必要かつ可能な場合に限って行われるため、2社が予め限定した見積りの提示先のうち、2社による見積り提示が競合する相対顧客を対象として行われる。このことは、本件行為アが、2社による見積りの提示先の分配や相互不可侵を目的及び内容とするものでないことから明白である。中国電力が自社管内の相対顧客へ見

積り提示する電気料金の水準を維持または上昇させることが必要かつ可能となるのは、関西電力が中国電力管内の営業活動を制限して相對顧客へ提示する見積りの基準となる電気料金の下限値を引き上げる場合に限られるのであって、中国電力は自社が見積り提示する電気料金の水準について関西電力からの拘束を受けていない。中国電力は自社管内の相對顧客へ小売供給する電気に係る事業活動につき何らの拘束もを受けていない以上、同社が自社管内の相對顧客へ小売供給する電気のすべてに係る売上高が課徴金の算定基礎になることは到底あり得ない。

中国電力が自社管内の相對顧客へ小売供給する電気を「当該商品」として認定できる（同社が当該電気につき本件行為アの拘束を受けた行為（実行行為）に及んでいた）と仮定した場合、中国電力に係る「当該商品」は、2社が事前に限定した見積りの提示先である中国電力管内の相對顧客へ小売供給される電気（特定相對顧客向け小売供給電気）であるところ、関西電力が本件行為アの実行期間中に見積り提示する電気料金の水準を上昇させた（あるいは、その結果として、新規契約の不獲得または既存契約の不更新となった）中国電力管内の相對顧客について、中国電力が当該相對顧客の全部との間で新規契約の獲得または既存契約の更新に成功したと仮定すれば、関西電力が「仁義切り」と称して中国電力管内の相對顧客向け営業活動を開始し本件行為アの実行期間中に計上した特定相對顧客向け小売供給電気の売上額の最大値を計測し、当該最大値が中国電力の本件行為アの実行行為の対象となった特定相對顧客向け小売供給電気に係る売上高であると擬制することが、中国電力が納付すべき課徴金の合理的な推計方法（推認方法）である。なぜならば、関西電力が中国電力管内で営業活動を制限することは、同社が中国電力にとって競争圧力とならない存在に転化しようとすることを指しており、その具体的な影響は、同社が当該管内で契約していた相對顧客の数や特定相對顧客向け小売供給電気の売上額が早晚頭打ちになることとして表れる。したがって、本件行為アの結果、関西電力の中国電力管内における特定相對顧客向け小売供給電気の売上額は、同社が当

該違反行為の実行期間中に計上した特定相対顧客向け小売供給電気の売上額の最大値から減少する一方、中国電力は当該減少分の全部または大部分を売上額として増加させたと推認できるのであり、中国電力が獲得できる経済的利得は関西電力が本件行為アの実行期間中に計上できた特定相対顧客向け小売供給電気の売上額を超えることはない¹⁷⁾。

最後に、本件行為イについて¹⁸⁾、当該行為が独禁法 2 条 6 項所定の共同性・相互拘束に該当しないことは排除措置命令書に関する意見書のとおりであるため、課徴金納付命令書が「中国電力管内に所在する官公庁等に対して小売供給を行う電気」を課徴金算定の基礎である売上額に含めたことは誤りである¹⁹⁾。また、本件行為イが独禁法 2 条 6 項所定の共同性・相互拘束に該当すると解し、本件行為イの内容を最大限に広く解してみても、中国電力が関西電力の官公庁入札における競争行動の自制という申し出を認識したことをいうに過ぎず、2 社が 2 地区全体の官公庁入札を対象とした入札談合で合意したという事実認定ではないのみならず、中国電力管内の官公庁入札における入札談合の基本合意に係る基礎的事実（受注予定者の決定方法等）も欠いていることは、排除措置命令書に関する意見書のとおりである。したがって、本件行為イに係る電気は独禁法 7 条の 2 第 1 項柱書に規定する「商品又は役務の対価に係るもの」に該当しない²⁰⁾。この

17) 中国電力が賦課されるべき課徴金の算定基礎となる売上額は、厳密に算定するのであれば、本件行為アの実行期間における中国電力管内の取引をみて、中国電力以外の小売電気事業者等へ契約先を切り替えた関西電力の相対顧客、関西電力以外の小売電気事業者等から中国電力へ切り替えた相対顧客に係る売上額を除外することになるが、当該売上額が本件で課徴金の基礎となるべき売上額全体に占める部分は僅少であると推認できるため、これを証拠を以て特定することが著しく困難または不可能であれば、課徴金制度に係る簡明性・迅速性の要請により、公取委が課徴金の基礎となるべき売上額に含めると判断することは許されてよいであろう。

18) 排除措置命令書・理由第 1 の 2 (4)。

19) 課徴金納付命令書・理由 2 (1) ウ。

20) 「入札市場において競争単位が 1 つでも減少すれば、直ちに競争の質的転換が図られた（筆者注記：具体的な競争制限効果が生じた）」と評価することは「理

点、排除措置命令書で認定された本件行為イとその実施方法等を総合評価することによって、本件行為イの実質的内容は「商品又は役務の対価に係るもの」であると評価する向きがあるかもしれないが、本件行為イとされたものとその実施方法等が異種の事実(違反行為(合意)とそれ以外のもの)として認定されている以上、そのような総合評価と判断を行うことは許されない。さらに、本件行為イが独禁法 2 条 6 項所定の共同性・相互拘束に該当すると解し、本件行為イの内容を最大限に広く解してみても、当該行為は独禁法 7 条の 2 第 1 項柱書に規定する「商品若しくは役務の供給量……を実質的に制限することによりその対価に影響することとなるもの」と「取引の相手方を実質的に制限することによりその対価に影響することとなるもの」のいずれにも該当し得ない。関西電力による入札参加及び安値入札の制限が行われたとしても、個々の官公庁入札で発注される電気の供給量は一定であり、官公庁等需要者が競争入札の結果として供給を受ける電気の供給量は左右されないためである。これに加えて、関西電力が一定の年間供給量を下回る官公庁入札に参加しないという不作為は、同社が電気を小売供給しようとする官公庁等(「取引の相手方」)を制限するものではあるが、排除措置命令書の認定事実のとおり、当該行為は本件行為イという違反行為(合意)の内容ではなくその実施方法等であり、「取引の相手方を実質的に制限することによりその対価に影響することとなるもの」に該当するとみるべき余地はない(違反行為(合意)とそれ以外のものを総合評価して判断することが許されないのは前記のとおりである)。

(2) 独禁法 7 条の 2 第 1 項柱書が「商品若しくは役務の対価に係るもの」と「取引の相手方を実質的に制限することによりその対価に影響す

由のない話」であり、アウトサイダーが入札参加者に占める割合の多寡、アウトサイダーの競争的入札行動の有無等が多くの裁判例で言及されている理由は、「競争単位が減少すること自体に着目しても具体的な競争制限効果の有無を決定付けることができるわけではない」ためである(伊永・前掲注(10) 184 頁以下)。

ることとなるもの」を別けて定めていることの趣旨

課徴金納付命令書の理由1記載のとおり、本件行為は独禁法7条の2第1項柱書が定める「商品の対価に係るものであり、商品の取引の相手方を実質的に制限することによりその対価に影響することとなるもの」であるとされている。前記のとおり、本件行為アは2社が相互に相手方管内の相對顧客の獲得のための営業活動を制限することであり、本件行為イは入札参加及び安値入札の制限であるため、本件行為アが柱書引用部分の後段に、本件行為イがその前段に該当すると判断されていることになる。また、前記のとおり、本件行為イは独禁法2条6項が定める共同性・相互拘束に該当しない以上、課徴金の納付を命ずることは許されないため²¹⁾、以下、本件行為アが「商品の対価に係るものであり、商品の取引の相手方を実質的に制限することによりその対価に影響することとなるもの」に該当するかどうかを検討する。

① 本件行為アは「商品若しくは役務の対価に係るもの」に該当しない
本件行為アが「商品若しくは役務の対価に係るもの」に該当しないことは明白である。排除措置命令書では、本件行為アの実施方法等として、①相手方管内の見積りの提示先となる相對顧客を限定すること、②相手方管内の相對顧客へ見積りを提示する場合において、見積りの基準となる電気料金の下限值または見積り提示する電気料金の基準を引き上げることによ

21) 本件行為イは、そもそも中国電力管内の官公庁入札における対価に係る合意ではない（本文中前記のとおり、最大限広く解しても、関西電力が「入札参加及び安値による入札を制限する」旨を申し出て、中国電力がこれを認識したに過ぎない）ため、独禁法7条の2第1項柱書が定める「商品若しくは役務の対価に係るもの」に該当し得ない。また、本件行為イが独禁法2条6項所定の共同性・相互拘束に該当し、当該行為が「安値による入札を制限する」ものとして同法7条の2第1項柱書に規定する「商品若しくは役務の対価に係るもの」に該当すると判断できるとしても、そのことは、対価に係る合意ではない本件行為アが「商品若しくは役務の対価に係るもの」に該当すると判断する理由にならない。このように、課徴金納付命令書は「商品若しくは役務の対価に係るもの」に関する解釈とその適用を二重に誤るものである。

り、見積り提示する電気料金の水準を上昇させること、③自社管内の相対顧客へ見積りを提示する場合において、見積りの基準となる電気料金の下限値を引き上げることなどにより、見積り提示する電気料金の水準を維持または上昇させること、以上3つの行為が認定されている。これら3つの行為が本件行為アという合意の内容でないことは排除措置命令書の記載に照らして論を俟たないが、本件行為アが商品の対価に係るものであるというためには、2社が相互に相手方管内の相対顧客に対する営業活動を制限することによって電気料金の水準を維持または上昇させる旨の違反行為(合意)が認定されなければならない。違反行為(合意)の目的や実施方法等が商品の対価の維持または上昇であることを理由として、そのような対価の維持または上昇が違反行為(合意)の内容であると認定することは到底許されない²²⁾。「商品若しくは役務の対価に係るもの」に該当すると判断された先例は価格カルテルまたは入札談合の事案のみであり、本件行為アのように、商品の対価に係る合意が認定されていない事案もそれに該当すると判断することは、先例で確立した法解釈を覆すことである²³⁾。

22) 本文中前記①という行為は、見積りの提示先となる相対顧客を限定することであり、独禁法7条の2第1項柱書が定める「取引の相手方を実質的に制限すること」に該当すると判断できる余地はあるとしても、「商品若しくは役務の対価に係るもの」に該当すると判断することはできない。

23) 独禁法7条の2第1項柱書が定める「(商品若しくは役務の)対価に係るもの」とは「まさに対価を意思の連絡の対象としていることを指す」(白石忠志『独占禁止法〔第3版〕』(有斐閣、2016)235頁)。

小野田セメント課徴金事件(公取委命令平成3年3月18日審決集37巻178頁)では、「第7条の2に規定する商品の対価に係る行為及び実質的に商品の供給量を制限することによりその対価に影響がある行為」が課徴金に係る違反行為と認定されているが、その基礎である本案審決(公取委勧告審決平成3年1月25日審決集37巻66頁)で認定された違反行為に係る事実は、「各社の四半期別市場占有率を別紙のとおりとし、毎月、地区の総需要量を想定し、これに別紙の市場占有率を乗じて得た数量を各社の販売限度量としてこれを遵守することを主たる内容とする限度量管理を同年7月1日から実施することを決定した」及び「セメント販売価格の低迷している地区及び需要者を重点に、次のとおりセメントの需要者渡し販売価格の引上げを行うこと……を決定した」である。このように、数量制限及び対価に係る決定(合意)が本案審決で認定されている

- ② 本件行為アは「商品若しくは役務の……取引の相手方を実質的に制限することによりその対価に影響することとなるもの」に該当しない

独禁法7条の2第1項柱書は「事業者が不当な取引制限……であって、商品若しくは役務の供給量若しくは購入量、……若しくは取引の相手方を実質的に制限することによりその対価に影響することとなるものをしたとき」は²⁴⁾、公取委が課徴金納付命令を行わねばならないと定めている。この引用部分は、令和元年改正前（平成17年改正後）の独禁法7条の2第1項1号及び2号が統合されたものであり、このうち対価要件以外の部分は、平成17年改正前の独禁法7条の2第1項では「実質的に商品若しくは役務の供給量を制限することによりその対価に影響があるもの」と規定されていた²⁵⁾。対価要件に該当する事案と供給量要件に該当する事案

がゆえに、平成17年改正前の独禁法7条の2が定めていた「商品の対価に係る行為」と「実質的に商品の供給量を制限することによりその対価に影響がある行為」の両方を課徴金に係る違反行為と認定することが許されるのである。

また、アスカム事件（東京高判平成22年4月23日審決集57巻第2分冊117頁）とバイタルネット事件（東京高判平成22年4月23日審決集57巻第2分冊134頁）では、「取引先の制限の合意とともに、……対価に係る制限の合意をし、もって……販売価格の低落防止を図ろうとした」行為が「対価に係るもの」に該当すると判断されている。これと同様に、自動車運送業務を行う船舶運航事業者に対する件（公取委課徴金納付命令平成26年3月18日審決集60巻第1分冊492頁以下）では、「安値により他社の取引を相互に奪わず、荷主ごとに、運賃を引き上げ又は維持する旨を合意」したことが「役務の対価に係るもの」であると判断されている。これら2つの事件は、取引先の制限が合意の内容であることは本件と共通する一方、販売価格や運賃という対価に係る合意も含まれていたことが本件と異なる。

- 24) 以下、「商品若しくは役務の対価に係るもの」を対価要件、「商品若しくは役務の供給量若しくは購入量、……若しくは取引の相手方を実質的に制限すること」を供給量要件、「その対価に影響することとなるもの」を蓋然性要件とそれぞれ呼称する。
- 25) 令和元年改正前（平成17年改正後）の独禁法7条の2第1項2号は、「商品又は役務について次のいずれかを実質的に制限することによりその対価に影響することとなるもの」という柱書を置いた上で、供給量又は購入量（イ）、市場占有率（ロ）、取引の相手方（ハ）を定めていた。

を区別するという考え方は、課徴金制度の導入時に採用され、以後、何らの変更も加えられることなく維持されている。対価要件と供給量要件はそれぞれが射程に収める不当な取引制限の態様・内容を異にする、換言すれば、商品等の対価に直接的に影響を生ずる行為であれば対価要件の問題となる一方、商品等の供給量に直接的に影響を生じ、その間接的な効果として対価に影響を及ぼすこととなる行為であれば供給量要件の問題となるのであり、対価要件と供給量要件の適用範囲は異なる。価格カルテルや入札談合は対価要件の問題となる(対価への直接的影響を自動的に肯定できる)一方、取引先制限カルテルなどは供給量要件の適用範囲にある(対価への間接的影響が自動的に肯定できるものではない)と解されている。平成 17 年改正前までの独禁法では、7 条の 2 第 1 項に規定された「供給量」を広く解することにより、取引先制限のほか、設備制限、操業制限、技術制限などを内容とするカルテルも供給量要件に該当すると考えられてきたが²⁶⁾、平成 17 年改正による 7 条の 2 第 1 項 2 号の新設により、課徴金制度の対象となる不当な取引制限について、「供給量」に加えて、購入量、市場占有率及び取引の相手方を実質的に制限するものが条文上明記されることになった。

本件行為 A が独禁法 7 条の 2 第 1 項柱書所定の供給量要件に該当するかどうかを検討するためには、平成 17 年改正が独禁法 7 条の 2 第 1 項 2 号を新設したことの目的や位置づけのほか、同号ハ(商品又は役務の「取引の相手方」を実質的に制限することによりその対価に影響することとなるもの)の意義や判断基準を明らかにする必要がある。平成 17 年改正は、同改正前の独禁法 7 条の 2 第 1 項に規定されていた「供給量を制限」に加えて、購入量、市場占有率及び取引の相手方を定めたが、単に供給量制限の類型を明示したに過ぎない確認的改正に止まるか否かをめぐって見解の対

26) 村上政博ほか編『条解独占禁止法』(弘文堂、2014) 339 頁〔石田英遠＝原悦子＝高嵯直子〕、柴田章平編『改正独占禁止法一問一答』(大成出版社、1978) 48 頁。

立があるほか、「取引の相手方」類型（取引先制限カルテル）の先例が乏しく、当該類型の意義や判断基準が明確ではないためである。

はじめに、平成 17 年改正が独禁法 7 条の 2 第 1 項 2 号を新設したことの目的や位置づけであるが、当時の公取委委員長その他の当局者の説明によれば、商品等の供給量の実質的制限による対価への影響が対価要件事案と同等である行為類型を課徴金の賦課対象から漏らさぬよう、供給量要件の拡充によってその実効を図るため、「経済実態としては、価格・数量のカルテルと変わるものではなく、改正前においても課徴金の対象と解されている」行為類型を「条文上明確化」したものであるとされている（確認的改正説²⁷⁾。公取委は当時、市场占有率カルテルや取引先制限カルテルは「違反事業者がその意思である程度自由に価格・供給量等を決定することができ、経済実態として、価格カルテル等と変わるものではない」と説明しており²⁸⁾、確認的改正説という理解は公取委当局者の間で一般に見られることである²⁹⁾。しかし、以下のとおり、学界の大勢は、独禁法 7 条の 2 第 1 項 2 号の新設について、全面的な確認的改正ではなく、創設的改正の側面も有するものであると評価している（創設的改正説³⁰⁾。

27) 諏訪園貞明『平成 17 年改正独占禁止法—新しい課徴金制度と審判・犯則調査制度の逐条解説—』（商事法務、2005）27 頁。

竹島一彦・公取委委員長（当時）は、「欧米で言うハードコアカルテル行為については全部課徴金の対象にする、こういう思想で明確化」（平成 16 年 11 月 17 日衆議院経済産業委員会（第 161 回国会））、平成 17 年改正前の独禁法 7 条の 2 第 1 項の「解釈として、市場分割カルテル、顧客カルテルというようなものも同様の効果があるから、これは当然現行法でも課徴金の対象になるぞという運用をしてまいりましたんですが、今回は、その辺は解釈じゃなくてはっきりさせました」（平成 17 年 4 月 14 日参議院経済産業委員会（第 162 回国会））と説明している。

28) 平成 16 年 8 月 4 日「独占禁止法改正（案）の概要及び独占禁止法改正（案）の考え方」に対して寄せられた主な意見と公正取引委員会の考え方。

29) 徳力徹也「改正独占禁止法及び関連政令・規則の概要」法律のひろば 58 巻 12 号（2005）5 頁、松本博明・堀江美早子「改正独占禁止法の概要について」公正取引 657 号（2005）20 頁。

30) 平成 17 年改正後の独禁法 7 条の 2 第 1 項 2 号イに規定された「購入量」が創

白石忠志氏は、平成 17 年改正の当時、市場占有率カルテルの事案が公取委の審判に係属中であったため³¹⁾、独禁法 7 条の 2 第 1 項 2 号の新設が創設的改正であると解釈された場合、課徴金納付命令が全面取消となるおそれがあったことを背景としたものであると指摘する³²⁾。白石氏はまた、「入札制度が受注者と受注価格を同時に決めるものである以上、違反事業者による受注予定者の決定は受注価格の予定を意味するため、受注予定者以外の違反事業者が入札を辞退するという合意であれば、当該合意は受注予定者に受注価格を一任するものである」という趣旨の公取委当局者の説明について³³⁾、当該説明が通用するのであれば「市場占有率協定や取引相手方制限にも同じ理屈が妥当するはず」であり、取引先制限カルテル等を対価要件ではなく供給量要件に分類することには「疑問を禁じ得ない」と批判する³⁴⁾。

岸井大太郎氏は、平成 17 年改正が「購入量、市場占有率、取引の相手方を制限するカルテルに対象範囲を拡大」したと評価した上で、「課徴金の対象範囲を画する法的根拠も、不当利得の発生の明確性ではなく、……競争制限効果の程度と明確性に求められることになった」と指摘する³⁵⁾。また、鈴木孝之氏は、平成 17 年改正は課徴金制度の「対象範囲の拡張な

設的改正であることは論を俟たないため、以下、同号ロ（市場占有率）及び同号ハ（取引の相手方）のみを対象として論ずる。

31) ダグタイル鋳鉄管課徴金事件（東京高判平成 23 年 10 月 28 日審決集 58 巻第 2 分冊 60 頁、公取委審判審決平成 21 年 6 月 30 日審決集 56 巻第 1 分冊 111 頁、公取委審判開始決定平成 12 年 2 月 10 日）。

32) 白石・前掲注 (23) 236 頁脚注 135。白石氏はまた、ダグタイル鋳鉄管課徴金事件の違反事業者が合意した内容は供給量に対し中立であったにもかかわらず、『当該合意が関連市場の競争に影響を及ぼすのであれば供給量にも影響するはずである』という理由で、当該合意が供給量の実質的制限に該当すると判断した東京高裁判決に対し「疑問である」と述べる（前掲 236 頁脚注 137）。

33) 川井克俊『カルテルと課徴金』（日本経済新聞社、1986）131 頁。

34) 白石忠志「課徴金対象行為類型の拡大論について」ジュリスト 1270 号 (2004) 42 頁。

35) 岸井・前掲注 (11) 28 頁以下。根岸哲編・前掲注 (6) 154 頁〔岸井大太郎〕同旨。

いし明確化」を行ったものとして、単なる確認的改正ではなく創設的改正の側面があることを指摘するほか³⁶⁾、独禁法7条の2第1項2号の新設は「課徴金賦課の対象となる違反行為の種類・範囲を拡張」したものであり、「購入量、市场占有率及び取引の相手方の制限は、供給量の制限に準ずるもの」であると評価している³⁷⁾。さらに、伊永大輔氏は、独禁法7条の2第1項2号の新設をめぐって、「『市场占有率』については、『供給量』の制限との評価が実質的に可能であり、課徴金対象行為の明確化と評価することができるが、顧客割当てや市場分割等を包摂する『取引の相手方』については……その全てが『供給量』を制限するとは評価しえないとの異論が強い。そうすると、カルテルによる利得の発生が明確な行為に限定して課徴金対象とするという対価要件（筆者注記：平成17年改正前の独禁法7条の2第1項が定めていた「対価に係るもの」及び「対価に影響があるもの」）の立法趣旨は、対象行為の拡張を通じて、平成17年改正によってカルテルによる競争制限効果が重大かつ明確な行為への限定に変更となったと理解する方が適切といえる」と指摘する³⁸⁾。これらに加えて、基本的には確認的改正説に立脚していると考えられる研究者も、「（筆者挿入：平成17年改正前は）供給先等を制限するカルテルに対して課徴金を課すことができないもしくは疑義があった」と指摘する³⁹⁾。以上のとおり、平成17年改正が独禁法7条の2第1項2号を新設したことについて、少なくとも

36) 金井貴嗣ほか編『独占禁止法〔第6版〕』（弘文堂、2018）506頁以下〔鈴木孝之〕。

37) 鈴木孝之「課徴金制度の見直し」ジュリスト1294号（2005）12頁以下。

38) 伊永大輔「課徴金制度の来し方行く末」日本経済法学会年報38号（通巻60号）（2017）97頁。

取引先制限カルテルの全部が供給量の実質的制限に該当するとは限らないという指摘は、伊永教授が本文中引用部分の脚注で挙げる課徴金制度導入当時の学説等にもみられる。柴田・前掲注（26）、今村成和『独占禁止法〔新版〕』（有斐閣、1978）346～348頁、波光巖「カルテル規制と課徴金の徴収」ジュリスト685号（1979）32頁。

39) 川濱昇「平成17年独占禁止法改正の意義と展望」公正取引657号（2005）28頁。

「取引の相手方」類型の規定(同号ハ)を置いたことに限れば、全面的な確認的改正であるという断定的評価を与えることはできない。このことは、平成 17 年改正前において、取引先制限カルテルが価格カルテルや市場占有率カルテルと併せて行われた事例では、取引先制限カルテルと市場占有率カルテルが相俟って供給量制限に係る課徴金対象行為であるとされているほか⁴⁰⁾、市場占有率カルテルが単独で不当な取引制限に該当すると判断された事例では供給量制限に係る課徴金対象行為であるとされている一方⁴¹⁾、取引先制限カルテルが単独で不当な取引制限に該当すると判断された事例では課徴金納付命令が行われていないという事実によっても傍証される⁴²⁾。したがって、独禁法 7 条の 2 第 1 項 2 号を新設した平成 17 年改正の目的や位置づけについて、価格カルテルや数量制限カルテルのように、商品等の供給量の実質的制限が経済実態として確実である行為類型(同号ロ：市場占有率カルテル)は確認的改正であると評価できるが、それが確実ではない行為類型(同号ハ：取引先制限カルテル)は創設的改正であると評価することが妥当であり、後記する同号ハの意義や判断基準も踏まえると、取引先制限カルテルが同号ハに該当すると判断されるためには、その競争制限効果が価格カルテルや数量制限カルテルのように重大かつ明確であることが要求されていると解すべきである。

次に、平成 17 年改正で新設された独禁法 7 条の 2 第 1 項 2 号ハ(商品又は役務の「取引の相手方」を実質的に制限することによりその対価に影響することとなるもの)の意義や判断基準である。供給量要件に共通する「実質的に制限すること」とは、事業者間で商品等の供給量制限を明示

40) 熊本県トラック販売カルテル事件(公取委勧告審決平成 12 年 12 月 6 日審決集 47 巻 325 頁、公取委課徴金納付命令平成 13 年 6 月 26 日審決集 48 巻 421 頁)。

41) 山口県トラック販売カルテル事件(公取委勧告審決平成 12 年 7 月 17 日審決集 47 巻 300 頁、公取委課徴金納付命令平成 13 年 4 月 9 日審決集 48 巻 413 頁)。

42) 学校向け理科教材カルテル事件(公取委勧告審決平成 14 年 12 月 26 日審決集 49 巻 252 頁)。

で合意することのみならず、供給量制限という直接的効果を有する合意も対象とする⁴³⁾。不当な取引制限に係る合意の内容であるかどうかを問わず、当該合意が供給量制限という直接的効果を有するものでなければならないと解されている理由は、『事業者間の何らかの合意が商品等の供給をめぐる関連市場の競争に影響を生ずることは、当該商品等の供給量に影響を生ずることを当然に含意する』というように、関連市場の競争に影響を生ずることを「媒介項」として「実質的に制限すること」の成立を認めることは許されないためである⁴⁴⁾。関連市場の競争に影響を生じさせる原因が正常な競争行動であれ独禁法違反行為であれ、商品等の供給量に影響を生ずることは経済理論上当然のことであり、「媒介項」を用いて「実質的に制限すること」の成立を認めること（供給量制限が間接的效果として生ずれば足りると解すること）は、不当な取引制限のあらゆる行為類型を課徴金の対象とすることとなり、商品等の供給量・購入量、市場占有率及び取引の相手方という3類型を限定列挙して課徴金制度の対象にした平成17年改正の立法趣旨を没却することとなる⁴⁵⁾。「顧客争奪の禁止、市場分割カルテ

43) 根岸哲編・前掲注(6) 154頁〔岸井大太郎〕、村上政博ほか編・前掲注(26) 338頁〔石田英遠＝原悦子＝高崙直子〕。

44) 白石・前掲注(23) 236頁。

ダグタイル鋳鉄管課徴金事件（東京高判平成23年10月28日審決集58巻第2分冊60頁）も、『実質的に商品若しくは役務の供給量を制限することによりその対価に影響があるもの』とは、市場全体に対する供給量の総量を制限するものであることを要する」に続けて、「供給量を制限することを合意の内容とし、又はそれを直接企図したカルテルに限られず、カルテルの効果として市場全体の供給量を制限し、対価に影響を与えるカルテルはこれに含まれると解するのが相当」（傍点は筆者）と説示しており、本文中記載の「媒介項」によらず、カルテルの直接的効果として市場全体の供給量を制限することを要求している。

45) 白石・前掲注(44)。

平成17年改正の当時、公取委委員長がハードコアカルテルとして分類される不当な取引制限の全部を課徴金対象行為として明確化したと説明し、公取委当局者が価格カルテルや数量制限カルテルと経済実態が異ならない不当な取引制限を課徴金対象行為としたと説明していたことは前記のとおりであるが、ハードコアカルテル以外の不当な取引制限も商品等の供給量を制限し得るため、「媒介項」を用いた「実質的に制限すること」の成立を認めるのであれば、平成17

ル、原材料・顧客・販路等の割当カルテル、共同販売、共同ボイコットなど、違反行為の対象となる商品・役務について、取引の相手方を制限する共同行為(は)……平成 17 年改正前は、結果的に数量制限につながるものであれば供給量の制限に該当する場合があるとされていた」が⁴⁶⁾、単に「供給量」と規定し広範な解釈を予定ないし許容していた平成 17 年改正前まではそのような解釈を認める余地があったとしても、独禁法 7 条の 2 第 1 項 2 号を新設の上、課徴金制度の対象を限定列挙する平成 17 年改正が行われた後においては、傍点部分のような解釈は許されない⁴⁷⁾。また、前記のとおり、平成 17 年改正による独禁法 7 条の 2 第 1 項 2 号の新設は、確認的改正と創設的改正の両面を有する(供給量の実質的制限という行為類型の明確化または拡張である)ところ、供給量の実質的制限に該当するというためには「市場全体に対する供給量の総量を制限するものであることを要する」と解されている⁴⁸⁾。

「取引の相手方」を実質的に制限すること(取引先制限カルテル)については、「実質的に供給量を制限する効果を常に有するとは限らず、ケース・バイ・ケースで、課徴金賦課の対象となるかどうかを判断すべき」という考え方が、課徴金制度の導入当時の公取委担当官解説で明らかにされているほか⁴⁹⁾、取引先制限カルテルは「結果的に供給量の制限につながること

年改正に関する確認的改正説は否定されざるを得なくなる。

46) 根岸哲編・前掲注(6) 156 頁〔岸井大太郎〕。傍点は筆者挿入。

傍点部分は同一の事象に対して「数量制限」「供給量の制限」という異名を与えているに過ぎない上、正常な競争行動であれ独禁法違反行為であれ、商品等の供給量に影響を生ずることは経済理論上当然である。

47) 平成 17 年改正前の独禁法が適用された事例においても、「『供給量を制限する』とは、需要量と供給量の関係で価格が決定されるという機能を阻害する人為的な介入により供給量に対して何らかの限界・範囲を設定して供給量を抑えること」を指すと説示されており(ダグタイル鋳鉄管課徴金事件(東京高判平成 23 年 10 月 28 日審決集 58 巻第 2 分冊 60 頁))、供給量の抑制が「結果的に」(間接的效果として)生ずる場合を含まない趣旨と解される。

48) ダグタイル鋳鉄管課徴金事件(東京高判平成 23 年 10 月 28 日審決集 58 巻第 2 分冊 60 頁)。

もあるカルテル類型」（傍点は筆者）であることが、平成 17 年改正前の独禁法 7 条の 2 第 1 項に関する公取委担当官解説でも指摘されている⁵⁰⁾。また、独禁法 7 条の 2 第 1 項 2 号が新設された平成 17 年改正当時においても、取引先制限カルテルは顧客争奪の禁止や市場分割の類型であっても「制限の内容や程度には様々なものがありうるから、個別のケースでは競争の実質的制限の該当性を判断する必要」があると指摘されている⁵¹⁾。このように、取引先制限カルテルは、市場分割カルテルや相互不可侵協定のようには、当該行為から生ずる競争回避の程度（商品等の供給量に及ぼす影響の程度）が競争停止と呼ぶべき禁止的水準に至ることが明白である場合を除けば、違反事業者が商品等の供給量を実質的に制限することは必然ではないため、取引先制限カルテルに係る商品等をめぐる取引の対象・地域・態様等に応じて、当該行為（合意）が対象とした取引及びその影響を受ける範囲を検討し、当該行為（合意）の実態に即した関連市場を画定の上、競争の実質的制限（当該行為の直接的効果として供給量の実質的制限を生ずること）の成否を判断しなければならない⁵²⁾。

49) 柴田・前掲注 (26)。

50) 川井・前掲注 (33) 133 頁。川井氏は、「実質的に商品若しくは役務の供給量を制限する」カルテル（以下「供給量制限カルテル」という。）は多様な類型に分類できるところ、いずれかの類型に属するものであれば当然に供給量の実質的制限に該当するという「定型的該当説」と、供給量の実質的制限に該当するかどうかは事案ごとに判断する必要があるという「実質的該当説」があるところ、定型的該当説は理論的根拠が不十分な少数説であって、多様な態様をとるカルテルと供給量の実質的制限との関係が類型別に論証されていないと批判し、カルテルの合意がその直接的効果として供給量を実質的に制限するかどうかは事案ごとに異なるため、実質的該当説に立脚して個々の事案を検討すべきであると述べている（同前 134 頁）。

51) 岸井・前掲注 (11) 31 頁以下。顧客争奪禁止カルテルや市場分割カルテルの事案も「その制限の内容や程度には様々なものがありうるから、個々のケースでは競争の実質的制限の該当性を判断する必要があ（る）」ことは、競争の実質的制限の成立を認めていない事業者団体の事例（8 条 4 号違反）が存在することからも明白であり、競争の実質的制限の成立を認定できれば蓋然性要件も満たすことになる」と説明する。

52) 平成 17 年改正当時の公取委担当官は「取引先制限カルテルでは、事業者ごと

蓋然性要件について、「こととなる」とは、当該事案の合意対象商品（違反行為対象商品）の対価に現に影響があったことまでは要証事実とされず、供給量要件に該当する行為が対価に影響を生ずる蓋然性を証明すれば足りることを示したものと解されており、供給量要件に該当すれば蓋然性要件にも該当すると推定できることを示している⁵³⁾。平成 17 年改正が同改正前の「対価に影響があるもの」から「対価に影響することとなるもの」へ改めたことについては、「対価に影響」の趣旨は競争制限効果が明確である不当な取引制限を課徴金の対象とするということ、蓋然性要件への改正は「ハードコアカルテル等を（筆者挿入：課徴金制度の）対象とすることを明確にする」ものであり、供給量の実質的制限を生じさせる違反事業者の「価格支配力ないし市場支配力の存在と、ほぼ同義である」と解されている⁵⁴⁾。その上で、蓋然性要件は「対価へ影響する因果関係が必然ではなく蓋然性でよいことを明らかにしたものといえる」ものの、「そうすると数量等の制限が実質的なものであるか否かが、違反行為者の側からは一層重要な争点となる」のであり、取引先制限カルテル等の「制限の程度やそれによる対価への影響も事案によって強弱があって、それが弱いときは、（筆者挿入：制度上の可否はさておき）課徴金額の軽減が考慮されることが可能であっても然るべきではないかという議論が多くなってくることが予想される」と指摘されている⁵⁵⁾。取引先制限カルテルなど供給量要件に係る不当な取

に割り当てられた各取引先に対して、各違反企業は独占体として行動することができるので、違反事業者の意思である程度自由に価格・供給量を決定することができ……経済実態としては、価格・数量のカルテルと変わるものではない」と説明するが（諏訪園・前掲注（27））、この説明が妥当するのは市場分割カルテルや相互不可侵協定に限られる。違反事業者の独占的行動があらゆる取引先制限カルテルで可能となるものではない。

53) 根岸哲編・前掲注（6）154 頁〔岸井大太郎〕、白石・前掲注（24）237 頁、諏訪園・前掲注（27）52 頁、金井貴嗣「総論・課徴金制度の改正」日本経済法学会年報 26 号（通巻 48 号）（2005）12 頁、「座談会・改正独占禁止法をめぐる」公正取引 657 号（2005）7 頁〔伊東章二〕。

54) 根岸哲編・前掲注（6）154 頁以下〔岸井大太郎〕。岸井・前掲注（11）30 頁同旨。

引制限の事案では、平成 17 年改正で新設された独禁法 7 条の 2 第 1 項 2 号イ～ハの行為類型に形式的に該当することのみでは足りず、違反行為（合意）の実態を検討の上、供給量の実質的制限（関連市場の全体に対する供給量の総量を制限するもの）に該当することが明らかにされなければならず、そのような証明があつてはじめて蓋然性要件を満たすことが認められる。

以上の考え方等に照らせば、本件行為アは「商品の取引の相手方を実質的に制限することによりその対価に影響することとなるもの」に該当しない。当該要件の解釈を示した先例は存在しないが、取引の相手方の実質的制限に該当する典型的行為は市場分割カルテル・相互不可侵協定である⁵⁶⁾。市場分割カルテル・相互不可侵協定の当事者が関連市場で相当程度の占有率を有する場合、当該行為の対象となる取引の相手方が関連市場の相当割合を占めることは自明であり、当該行為から生ずる競争回避の程度は競争停止と呼ぶべき禁止の水準に至るため、関連市場における競争の実質的制限（「当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうこと」。以下「競争機能侵害」という。）を生じ、不当な取引制限という独禁法違反行為を成立させる。他方、本件行為アは、そのような市場分割カルテル・相互不可侵協定に該当することが排除措置命令書で認定されておらず、「相対顧客に対する安値の見積り提示……による電気料金の水準の低落を防止して自社の利益の確保を図る」という目的のために、「営業活動を制限する」ことで合意したと認定されているに過ぎない。市場分割カルテルに関する公取委の公式見解は、「事業者別にその販売地域を制限すること」「相互に他の事業者が既に販売活動を行っている地域で新たに販売活動を行わないことを取り決めること」を例示するが、本件行為アの内容や実施方法等に関する排

55) 鈴木・前掲注(37)。

「供給量制限そのものであれば、対価に影響があるのは当然であるから証明の必要がない、と言われることがあるが、経験則を通じて対価への影響を証明していることには違いがなく、その経験則を覆す特段の事情が存在する事例があるかもしれない」という指摘もある（白石・前掲注(34)）。

56) 諏訪園・前掲注(27) 52 頁。

除措置命令書の記載を文理解釈する限り、本件行為アがそれらの例示にみられるような市場分割カルテルに該当すると評価することは到底できない⁵⁷⁾。合意の内容そのものが営業活動の禁止(市場分割・相互不可侵)でないのみならず、排除措置命令書で認定された本件行為アの実施方法等についても、営業活動の禁止に該当する事実は何ら存在しない⁵⁸⁾。実際、課徴金納付命令書で認定された本件行為アの実行期間において、中国電力管内における関西電力の販売電力量(特別高压電力及び高压電力)は、移動平均線などを用いて計測すれば緩やかな増加傾向にあり、これは 2 社が営業活動の禁止(市場分割・相互不可侵)で合意したのであれば観察し得ない事実である⁵⁹⁾。前記のとおり、「媒介項」を用いて供給量要件に係る「実質的に制限すること」の成立を認めることは許されておらず、供給量要件を満た

57) 公取委「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」(平成 3 年 7 月 11 日公表、平成 29 年 6 月 16 日最終改正。以下「流通取引慣行ガイドライン」という。)第 2 部第 1。

58) 公取委の報道発表資料「令和 4 年度における独占禁止法違反事件の処理状況について」(2023 年 6 月 1 日)第 2 は、本件が「市場分割カルテル」に該当することを明記しているため、「商品若しくは役務の対価に係るもの」に該当すると判断できる余地がないことは論を俟たず、「商品若しくは役務の……取引の相手方を実質的に制限することによりその対価に影響することとなるもの」に該当するかどうかを問わねばならないことは至極当然である。

59) 経済産業省電力・ガス取引監視等委員会料金制度専門会合(第 46 回)資料 3「電気の規制料金の審査を踏まえた今後の対応について」(令和 5 年 7 月 18 日)14 頁。なお、販売電力量は、契約口数のみならず、小売供給される電気の需要の増減によって大きく左右されるため、料金制度専門会合の事務局が述べる「2019 年 8 月頃を境に、関西電力が中国エリアから撤退を進めた可能性」という評価は推論であるに過ぎない。

また、当該資料の 15 頁は中国電力管内における関西電力の契約口数の前月差(特別高压電力及び高压電力)を示しているが、「前月差」は同社が獲得した新規契約(増加分)と失った既存契約(減少分)を合算した数値の推移を表すものであるところ、高压電力のグラフが本件行為アの実行期間以前から一貫して下降傾向にあるなど、本件行為アとの因果関係は明らかでない。さらに、契約口数の増減が横ばい(特別高压)及び減少傾向(高压)であることと、販売電力量は緩やかな増加傾向にあることを照らし合わせると、関西電力は少なくとも中国電力管内における電気の小売供給に係る事業から撤退していないため、本件行為アが市場分割カルテルに該当すると評価することは到底できない。

すと評価するためには、本件行為アが直接に関連「市場全体に対する供給量の総量を制限するものであることを要する」ところ、排除措置命令書で認定された関連市場のうち中国電力管内のみをみても、本件行為アは相対顧客へ小売供給される電気の供給量制限という直接的効果を有するものではないため、その競争制限効果が価格カルテルや数量制限カルテルのように重大かつ明確なものであるとは評価できない。市場分割カルテル・相互不可侵協定ではない本件行為アについて、供給量要件に該当する事実が中国電力管内の相対顧客へ小売供給される電気の取引分野（部分市場 X）でさえ認められない以上⁶⁰⁾、排除措置命令書で認定された関連市場における競争を実質的に制限した（供給量要件を満たす不当な取引制限である）と評価することは到底できない。

また、取引先制限カルテルに関する公取委の公式見解は、「相互に他の事業者の顧客と取引しないことを取り決めること」「相互に他の事業者の販売価格を下回る価格で売り込むことによって顧客を奪取することを制限すること」を例示するが⁶¹⁾、排除措置命令書の記載を最大限に広く解釈しても、本件行為アがそれらの例示にみられるような取引先制限カルテルに該当すると評価することも困難である。本件行為アの実施方法等に関する排除措置命令書の記載から明白であるとおり、2社は、本件行為アという合意の形成後においても、相互に相手方管内の相対顧客へ直接または間接に見積り提示を行うことが可能であるとされており、公取委の公式見解が挙げる「相互に他の事業者の顧客と取引しないことを取り決める」という事実を認めることは到底できない。また、本件行為アの実施方法及び実施状況に関する排除措置命令書の記載から明白であるとおり、2社は、2地区の相対顧客へ提示する見積りの内容を相互確認する等の合意を形成したものでなければ、見積りの内容は2社の役員級の者による「確認」の対象とされてもいないのであり、公取委の公式見解が挙げる「相互に他の事業者の

60) 部分市場 X については、拙稿・前掲注 (2) 3 (2) ①参照。

61) 流通取引慣行ガイドライン・第2部第1。

販売価格を下回る価格で売り込むことによって顧客を奪取することを制限すること」という事実を本件行為アという合意の内容として認めることも到底できない⁶²⁾。これらのことは、2社が取引先制限カルテルの合意を形成したとみたととしても、当該合意は実効性がないものであり、排除措置命令書で認定された2地区という関連市場の競争を実質的に制限し得なかったことを表している。不当な取引制限という違反行為(合意)が直接に関連「市場全体に対する供給量の総量を制限するもの」でなければ、独禁法7条の2第1項柱書が定める供給量要件を満たすと評価できないことは、市場分割カルテルと同様、取引先制限カルテルも「取引の相手方」の実質的制限の類型に属することに照らせば当然であり、本件行為アが供給量要件を満たすものであると評価できないことは前記のとおりである。

独禁法7条の2第1項柱書が定める供給量要件(特に「取引の相手方を実質的に制限すること」とは、市場分割カルテル・相互不可侵協定や取引先制限カルテルが関連市場全体における商品等の供給量の総量を制限する場合をいうものと解されるところ、本件行為アから生ずる競争上の影響は、2社が相互に相手方管内において競争圧力とならない存在に転化しようとすることによって、それぞれの相手方管内で契約していた相対顧客の数や当該相対顧客に係る特定相対顧客向け小売供給電気の売上額が早晚頭打ちになることとして表れる。換言すれば、本件行為アの競争制限効果は、2社がそれぞれ相手方管内で獲得した相対顧客の範囲を限界域として生ずるため、排除措置命令書で認定されたような2地区の相対顧客の全部につき生ずるものでないのみならず、2社それぞれの自社管内の相対顧客の全部につき生ずるものでもない。したがって、排除措置命令書で認定された関

62) 事業者団体ガイドライン・第二の3においても、市場分割カルテル・相互不可侵協定が8条1号(競争の実質的制限)に該当する場合の典型例として、事業活動を行う地域や商品の種類等の範囲を制限すること(市場分割)、他の事業者の顧客と取引しないことを決定する等の方法により取引先を制限すること(取引先の制限)が挙げられているが、本文中記載の理由から、本件行為アはこれらのいずれにも該当しない。

連市場を前提とする限り、本件行為は「取引の相手方を実質的に制限すること」（市場全体に対する供給量の総量を制限するもの）に該当せず、それゆえに、関連市場の競争機能侵害（競争の実質的制限）にも該当しない以上、独禁法7条の2第1項柱書が定める供給量要件及び蓋然性要件を満たすと判断することは到底できない⁶³⁾。

63) 経済産業省・前掲注(59)18～25頁は、本件行為が中国電力管内における電気料金（特別高圧電力及び高圧電力）の高止まりに及ぼした影響を試算したものであるが、その方法は中国電力の料金水準が新電力のそれを上回った期間を抜き出すものであり、前者が後者を上回れば本件行為の影響を受けたものと推定しようとしているに過ぎない。本件行為が独禁法7条の2第1項柱書所定の供給量要件及び蓋然性要件を満たすかどうかを判断するためには、独禁法違反行為が何ら行われていない他の旧一般電気事業者（関西電力、中部電力及び九州電力を除く。）の管内における料金水準の推移と比較し、中国電力管内の料金水準の推移が有意に異なるかどうかを評価する必要がある（ただし、各管内の需給特性を考慮した実質的な比較でなければならない）。

前記のような比較を行うことは料金制度専門会合の当該資料では不可能であるが、少なくとも、本件行為の実行期間において、エリアプライスの水準は一貫して下降傾向にあるほか、中国電力、新電力及び「新電力+旧一電（関西電力及び中国電力を除く）」の料金水準も一貫して下降傾向にあることは明白であるため、本件行為は排除措置命令書で認定された2地区という「市場全体に対する供給量の総量を制限」（ダグタイル鋳鉄管課徴金事件（東京高判平成23年10月28日審決集58巻第2分冊60頁）したもの（供給量要件に該当する）と評価できず、2地区で小売供給される電気につき蓋然性要件を満たすものでもない。中国電力の電気料金の水準が一貫して下落傾向であるという事実については、『本件行為がなければ一層の下落を観察できたはずである』『中国電力の料金水準が新電力のそれを上回ること自体が供給量要件及び蓋然性要件の充足を肯定する』等の異論を想定できるが、そのような主張に一理あるとしても、特別高圧電力の料金水準は本件行為の実行期間前においても若干逆転したことがあるほか、実行期間における料金水準の逆転は一時的かつ小幅のものであるため、料金制度専門会合の当該資料が示す逆転期間の存在を以て、2地区で小売供給される電気につき供給量要件及び蓋然性要件を満たすと評価することはできない。

また、料金制度専門会合の当該資料が示している「カルテル認定期間の1年ずれ」という期間を見ると、すべての波線が上昇傾向にあるが、その原因は、令和2年度第4四半期に発生した強烈な寒波による電力需要の増加、天候不順による太陽光発電の発電量低下、LNGの在庫減少によるガス火力発電の一部稼働抑制によって、日本卸電力取引所（JEPX）の取引価格が異例の高騰を見せたという外部要因とその影響の残存によるものであり、本件合意が主因となって生じた事象であると断定することはできない。

なお、課徴金納付命令書で認定されていないが、本件行為アは独禁法 7 条の 2 第 1 項柱書が定める「商品若しくは役務の供給量……を実質的に制限することによりその対価に影響することとなるものをしたとき」(以下「供給量制限カルテル」という。)にも該当しない。はじめに、形式論を述べれば、供給量要件に係る課徴金対象行為について、独禁法 7 条の 2 第 1 項柱書は供給量制限カルテル、市場占有率カルテル及び取引先制限カルテルを「若しくは」という接続詞を用いて限定列挙しているため、本件行為アが供給量要件に係る課徴金対象行為であると評価する場合、課徴金納付命令書はそれらの全部または一部に該当する旨を明記したものでなければならない。換言すれば、供給量要件に係る 1 個の違反行為(合意)が供給量制限カルテルと取引先制限カルテルの両方に該当することは理論上あり得るため、課徴金の納付を命ずる際は、違反行為(合意)が供給量要件の処分要件のいずれに該当するのか明らかにしなければならない。これを本件行為アについてみると、「商品の取引の相手方を実質的に制限することによりその対価に影響することとなるもの」(取引先制限カルテル)に該当することが課徴金納付命令書に明記されており、供給量制限カルテルに該当するという記載はない。したがって、本件行為アが供給量制限カルテルに該当することを課徴金納付命令の際に認定していないにもかかわらず、当該命令の名宛人がその取消しを求める訴訟を提起した後、公取委が当該訴訟において供給量制限カルテルに該当する旨を主張することは、当該命令の理由不備をいうものであるのみならず、原告の防御権を侵害することとなる。次に、実質論を述べれば、供給量制限カルテルは課徴金制度の導入当時から課徴金の対象行為として法定されており(平成 17 年改正前の独禁法 7 条の 2 第 1 項)、供給量要件の意義は前記のとおりである。すなわち、『供給量を制限する』とは、需要量と供給量の関係で価格が決定されるという機能を阻害する人為的な介入により供給量に対して何らかの限界・範囲を設定して供給量を抑えること」を指すと解されており、供給量制限カルテルが供給量要件を満たすためには、前記のような限界・範囲を設定し

た違反行為（合意）が「市場全体に対する供給量の総量を制限するものであることを要する」（傍点は筆者）⁶⁴⁾。これを本件行為アについてみると、排除措置命令書で認定された合意は「営業活動を制限する」という抽象的内容であり、小売供給する電気の供給先（相対顧客）や供給地域に係る「限界・範囲」を設定したという具体的内容は認定されていない。本件行為アの実施方法等（排除措置命令書の理由第1の2（5）ア～ウ）が「限界・範囲」に当たると解するとしても、それらは本件行為アという合意の内容として認定されたものでもない。したがって、市場分割カルテル・相互不可侵協定や取引先制限カルテルとの関係で論じたものと同様の理由により、排除措置命令書で認定された関連市場（殊更、中国電力管内の相対顧客及び官公庁等需要者の全部が含まれていること）を前提とする限り、本件行為アが供給量要件及び蓋然性要件を満たす供給量制限カルテルに該当すると判断することは許されない。

64) ダグタイル鋳鉄管課徴金事件（東京高判平成23年10月28日審決集58巻第2分冊60頁）。