# 二　和光堂㈱による審決取消請求事件

昭和四三年行(ケ)第一五〇号

判　決

| | |
|---|---|
| 昭和四六年七月一七日 | 判決言渡 |
| 昭和四六年七月一七日 | 判決原本交付 |
| 裁判所書記官 | 岡　徳二 |

東京都千代田区神田鍛治町二丁目一二番地

原　告　和光堂株式会社

右代表者代表取締役　宮川伊与雄

右訴訟代理人弁護士　石井成一

山崎郁雄

重国賀久

東京都千代田区霞ヶ関三丁目二番一号

被　告　公正取引委員会

右代表者委員長　谷村裕

右指定代理人検事兼総理府事務官　富田孝三

同　総理府事務官　坂本史郎

利部脩二

高瀬恒一

右当事者間の昭和四三年行(ケ)第一五〇号審決取消請求事件について、当裁判所は次のとおり判決する。

主　　文

原告の請求を棄却する。

訴訟費用は原告の負担とする。

事　　実

原告訴訟代理人は「被告が原告に対し、公正取引委員会昭和四一年(判)第三号私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律違反審判事件について、昭和四三年一〇月一一日にした審決はこれを取消す。訴訟費用は被告の負担とする。」との判決を求め、その請求の原因及び主張を次のとおりのべた。

一　原告を被審人とする公正取引委員会昭和四一年(判)第三号私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下単に独禁法ないし法という）違反審判事件について、被告は原告に対し昭和四三年一〇月一一日別紙審決書（写）のとおり審決をした。

二　右審決には次のような違法事由があるから、取消さるべきである。

1、主文の違法。

審決主文第一項は、原告が昭和三九年六月二九日の営業部所長会議及び同年七月二三日の営業部会議で決定した、原告が販売する育児用粉ミルクについての卸売価格を維持するため、及び、小売価格を維持するための、卸売業者に対する販売対策を破棄すべきことを命ずるものであるが、審決の認定事実においては、審判の対象となった「レーベンスA」新製品及び「レーベンスN」の販売対策以外には全く触れていないから、一般的に原告が販売する育児用粉ミルクの販売対策というのみでは、排除措置の対象が特定せずこれを執行することは不可能であるから、右は違法である。

2、実質的証拠の欠缺

(一)　被告は、審決の「事実および証拠」の第一の二において、育児用粉ミルクの商品としての特殊性から卸売業者の発注にそう銘柄を

常備しておく必要があること及び原告が育児用粉ミルクを他の育児用商品、乳幼児用薬品等の卸販売を行っている薬系の卸売業者に販売していることを認定し、右を前提として、原告が卸売業者と小売業者との取引を拘束する力を有すると判断している。

しかし、銘柄を常備する必要については、卸売業者としては多くの銘柄を揃えておくのが有利であるという常識的な判断以上に出ず、その商品の市場拠率いかんにかかわらず、常備しておく必要性、さらに原告が卸売業者と小売業者との「取引を拘束」する力を認定するための前提として、どの程度の必要性があるかとの点については全く証拠がない。また、原告の販売する他の商品の取引について証拠に現われているのは、原告の粉ミルクを取扱っている卸売業者が原告の販売する他の商品も取扱っていること以外には何もない。粉ミルク以外の商品も同じ流通経路で販売されていることが、粉ミルクの取引にどのような影響を及ぼすかについては全く証拠がない。のみならず、原告の販売する他の商品が、市場においてどの程度の占拠率を有するのか、当該卸売業者の取扱高に占める割合はどの程度か、他社同種製品との競合、他社製品によって代替しうるか否かなど原告の卸売業者に対する支配力を認定するに必要不可欠の前提事実についてさえ何等の証拠がない。

(二) 被告が審決の「事実および証拠」の第一の三ないし五において認定した次の(1)ないし(5)の各事実は、いづれも実質的証拠を欠いている。従って、原告が拘束条件付取引を実施したとする審決の認定も、また実質的証拠を欠くものである。

(1) 審決は、原告の採用した育児用粉ミルクの販売対策が、当時訴外森永商事株式会社において既に実施し、また訴外明治商事株式会社において立案計画中であった販売対策にならうものであるとするが、右両社の販売対策は、原告に対する本件審判の対象となっていないのみならず、その内容等の詳細を認定すべき証拠は存しない。

(2) 審決は、いわゆる「感謝金」が配達手数料を除く卸売業者の取分全部であって、原告はその額を、卸売業者の売上伸長率、支払方法、価格維持の要請に対する協力の度合等を勘案してその裁量により決定することができるとしているが、審決挙示の証拠によっては、右の事実ひいてはいわゆる感謝金制度の内容、効果等を認定することはできない。

(3) 審決は、原告が小売業者を登録し、かつ卸売業者の販売先を登録小売業者に限定したとするが、この事実を認めるに足る証拠は

全くない。

(4) 審決は、原告が流通経路確認票制度を採用することによって、指示卸売価額ならびに指示小売価額による各販売及び卸売業者の販売先の制度を確保し、かつ確認する機構を設けたとするが、この事実を認めるに足る証拠もまた存しない。

(5) 審決は、原告が昭和三九年八月下旬から同年一〇月上旬にかけて卸売業者に対して行なった「レーベンスA」新製品の発表会における原告の販売対策に関する説明につき、出席した卸売業者は、原告の要請に応じない場合には、少くとも感謝金の算定にあたって不利益を受けるであろうと考えるに至った、と認定しているが、審決挙示の証拠中にはこれを認めるに足るものは見当らず、右は被告の推論にすぎない。

(三) 仮りに、原告がその自由裁量により前記「感謝金」を加減し得たとしても、取引の実態においてそれが価格維持の担保として効果があるためには、その商品の市場占拠率が高いこと、換言すれば当該卸売業者の売上高を占める率が高いこと、したがって感謝金の絶対額が大きいのでそれを加減されると資金繰上または収益上大きな影響を受けるということが不可欠である。しかるに、前記二社に比して市場占拠率がきわめて低いという原告の実情に鑑みれば、右はとうてい審決が認定するように、価格維持の強固な担保たり得るというものではないから、審決が、原告が拘束条件付取引を実施したとする認定は、結局実質的証拠を欠くに帰する。

3 審判手続の違法

(一)(1) 原告は、昭和四一年一一月二四日審判官に対し、(イ)訴外坪井貞治が被告の名古屋地方事務所に対し昭和四〇年五月二三日頃レーベンスミルクの不当廉売に関連し不当景品類及び不当表示防止法第四条に違反する事実ありとしてした申告およびこれに関連して被告が調査した書類及び(ロ)昭和四一年(判)第一号明治商事株式会社に対する独禁法違反被疑事件と同第二号森永商事株式会社に対する同事件の各審判記録の提出を求め、あわせて、右各審判記録の閲覧謄写を請求したが、いずれも却下され、被告に対する異議申立もまた却下された。

(2) 原告は、右(イ)の書類により育児用粉乳の不当廉売の存在の事実の立証と、審判開始決定書第一、事実二の四記載の「価格は、お

おむね維持されている」との主張に対する反証をあげようとし、右(ロ)の記録により、育児用粉乳が乱売されていたこと、建値が維持されていなかったこと、正当な理由の存在すること、原告の販売方針が公正な競争を阻害するおそれのないことなどを立証せんとした。従って右の書類及び記録は、原告の主張事実立証のため不可欠のものであって、本件における原告の防禦に必要なものであるから、被告のした前記措置は、法五二条によって認められる原告の防禦権を不当に制約するものであって違法である。

(二)(1) 審決は、原告の採用した「感謝金制度」が価格維持の担保をなすものと認定し、かつ主文において右に関する排除措置を命じている。しかし、右「感謝金制度」に関する事項は本件審判開始決定書に記載されていないばかりでなく、本件審判手続において審理の対象ともされなかった。従って審決は、

(イ) 右「感謝金制度」に関する事項は、審判開始決定書記載の卸売業者を登録したという事実とは、社会的経済的に同一性を有しないから、これにつき被告は本来審判をなし得ないのに、これをした点において、

(ロ) また、仮りに右両者が同一性を有するとしても、「感謝金制度」に関する事項は本件審判の争点になっていないのであるから、被告はこれにつき審判をなし得ないのに、これをした点において、

(ハ) 更に、仮りに「感謝金制度」に関する事項について審判をなし得るとしても、本件審決において突然これを認定することは、まさに不意打ちであり、手続上の信義則に反する点において、

違法であるというべきである。

(2) 更に、(イ)審決は、前示二、1、(一)記載の原告の販売する育児用粉ミルクの取引関係の特殊性からして、卸売業者は原告の育児用粉ミルクの市場占有率いかんにかかわらずこれを取扱わざるを得ないとするが(審決「法の適用および理由」第一参照)、右については、審判開始決定書に記載がないばかりか、本件審判手続において審理の対象ともされていないのであり、また、(ロ)審決は「事実及び証拠」第一の三ないし五において、更に「法の適用及び理由」第三、第三点二、(三)において、原告の販売対策の決定は前示二社のそれに対抗する措置としてこれにならってなされたものであると認定しているが、右につき原告は、右(一)記載のとおり本

件審判手続において主張立証の機会を閉ざされたままであったから、右(1)と同様の理により、審決はこの点においても違法たるを免れない。

(三) 審判開始決定は「レーベンスA」新製品及び「レーベンスN」についての原告の販売方法を問擬するものであるのに、審決では、原告の販売する育児用粉ミルクの販売対策について排除措置が命ぜられているから、審決は、審判を求められた範囲を越えて審判し、かつ不当に原告の前記防禦権をうばうものであって違法である。

4 法令適用の誤り

(一) 法二条七項の違憲等

(1) 審決は、原告の行為は法二条七項四号、「不公正な取引方法」(昭和二八年九月一日、公正取引委員会告示一一号、以下単に「一般指定」という)の八に該当するとして、法一九条を適用している。

ところで法二条七項は、同項一号ないし六号に該当する不当な行為であって、公正な競争を阻害するもののうち、公正取引委員会が指定するものを以て同法にいう不公正な取引方法と定めるが、これは何が不当であり何が不当でないかの判断を、挙げて公正取引委員会に任せるものであって、不公正な取引方法の構成要件の決定を同委員に白紙委任するものである。従って、同条項は許された範囲を越えて行政府に立法を委任するものであって、憲法四一条、七三条六号に違反し無効であり、またかかる違憲無効な条項に基づき原告を問擬することは、憲法三一条にも違反する。

(2) また、一般指定は抽象的一般的な規定の仕方をしているが、本来法二条七項の意図するところは、公正な競争を阻害するおそれのある不当な競争行為を公正取引委員会が具体的にかつ個別的に指定することによって、不公正な取引方法とは何であるかを明らかにすることにあることは明らかである。したがって、同法の豫定している不公正な取引方法の指定は、現行の特殊指定もしくはこれに準ずる程度まで具体的されたものたるべく、現行の一般指定の如き抽象的な規定は右条項の豫定するところではないから、一般指定は同条項に違反し無効である。

(二) 一般指定の八の解釈及び適用の誤り

(1) 右(一)、(1)記載のとおり、被告は原告の本件行為は一般指定八に該当するという。しかし、(イ)右行為は卸売業者に対し法律上（契約上）の拘束を生ずるものではなく、また原告は前記二、2、(三)において述べたとおり取引を拘束する力を有しないのみならず、(ロ)右にいう取引の拘束とは相手方の取引の自由の拘束をいい、単なる価格の拘束は含まないものと解すべきであるから、被告のした右の一般指定の八の解釈適用は誤っている。

(2) 再販売価格維持行為にも、商品、業界が異ることによりさまざまの形態があり、再販売価格を拘束する程度もさまざまであるから、そのすべてが一般指定の八にいう不公正な取引方法にあたるものではないのに、右(1)記載のとおりこれを肯定する被告の解釈は誤っている。

(3) 一般指定の八にいう正当な理由の存否の認定は、当該商品の市場における競争のあり方を規定する諸条件を考慮したうえ、外見的に右に該当する行為が具体的に公正な競争を阻害する虞があるかどうかを実質的に判断してこれをなすべきものである。原告はかかる見地に立って、審判において、右の諸条件に該当する後記(イ)ないし(ニ)の各事実を、右八にいう正当な理由として主張したところ、被告は右八が「正当な理由がないのに」というのは、公正な競争秩序とかかわりのない事項についての拘束条件を除外するため規定したものであるとの誤った解釈の下に、原告の右主張を社会通念上ないし取引合理性の見地からなしたものであって、前提において誤っていると判断して、右各事実について認定判断を加えることなく、これを排斥した。従って、その結果審決は実質的な証拠なくして原告が拘束条件付取引を実施したと認定したことに帰する。

ところで、原告が本件において右の正当な理由があるとするところは、大要次のとおりである。

(イ) 育児用粉ミルクは、乳児の主食であるから、全国の薬局薬店（原告は食品系には配給していない）において消費者が容易に入手しうる状態に常時配給しておかねばならない。これは他の日用品と異なる育児用粉乳の商品としての特殊性である。

しかるに育児用粉ミルクはブランド商品であるという一般的理由のほか、薬局薬店の二大扱品目である医薬品、化粧品が再販

売価格維持契約の実行されている指定商品であって値引販売が困難であるのに対し、育児用粉ミルクはかかる制約がないため、おとり商品として利用し易く、また店頭に陳列しても目立つため、おとり商品として効果があがるという特殊な事情があり、したがっておとり商品として使用される潜在的必然性が商品自体に存在する。それ故に、小売業者のマージンが約一〇パーセント、卸売業者のマージンが四、五パーセントと低いにもかかわらず、おとり商品として値引販売が横行し、またその波及効果も大きい。

また育児用粉ミルクは乳幼児の健康生命に影響する商品であるから指導販売が必要であるが、これには当然人件費を要するため、前記のごときおとり販売、不当廉売で原価割れ販売を余儀なくされる小売業者の取扱い拒否を防止するとともに、指導販売を実行させるために、小売業者のマージンを確保してやらねばならない。

そのため、原告は価格建による価格の維持を要請した。そして同時に、乳幼児の生命健康に直接関係する商品であるので、最終消費者に至るまで責任を持つ必要上、流通確認票の制度と小売業者の卸売業者に対する登録の制度を採用したのである。

右のような育児用粉ミルクの特殊性は、その業界における公正な競争のあり方をも規定せざるをえない。すなわち、育児用粉ミルクの業界では、第一に商品の社会的使命が優先し、第二に販売業者は、小売一〇%、卸四～五%の低マージンのため、正常な価格競争の余地は非常に少ない。生産者においても、原料乳の高騰（昭和三〇年を基準として一・五倍）と人件費その他の経費の増大を合理化によって漸く吸収し、小売価格はほとんど横這いであったので、不当な利益を得ていない。

したがって不当廉売、おとり販売の横行によって、取扱小売業者が減少すること、指導販売が行なわれなくなることは、公正な競争秩序が維持されているといえない状態である。不当廉売、おとり販売も、公正な競争秩序を阻害するおそれのあるものであることは、一般指定五あるいは六にてらして明白である。このような市場にあって、価格建にしたがって販売してほしいと要請することは、仮に価格を拘束するような外観を示したとしても、何ら公正な競争秩序を阻害するおそれはないといわねばならない。

原告の本件商品は審判開始決定当時において市場占拠率約一〇%、昭和四三年において約六%となっている。したがって、原価割れ販売において取扱拒否を受ける場合であっても、市場占拠率の高いメーカーの育児用粉ミルクよりも強く影響を受けるのである。市場占拠率の高いメーカーの商品であれば、小売商としても顧客を失う率も高くなるので、止むなく取り扱うとしても、市場占拠率の低い原告の製品の場合は、原価割れ販売よりも、小売商は顧客を失う方を選択し、原告の製品の取扱を拒否するからである。したがって原告は、前記のごとき価格建を守って販売することの要請およびその他の流通秩序維持の施策を採用したのであるが、既にのべたとおり、右要請は原告の市場占拠率が低いため実効性がなく、仮に公正な競争秩序に対して、それを阻害するという方向における影響があったとしても、それはほとんど無視しうる程度であって実効性はなく、絶対に公正な競争を阻害するおそれは無いものである。

右競争の制限は、それが仮に実効性があったとしても、原告の製品を取扱う販売業者間における価格競争（ブランド内競争）が若干減少するという影響をもたらすにすぎず、原告の製品と他社製品との間の価格と品質の競争は依然として存在する。かえって原告のような市場占拠率の低いブランドの製品が、前記販売方針によって販売力が強化されることにより、他社ブランドとの間の価格競争、品質競争がかえって促進され、独占または寡占の弊害（不公正な取引方法は、私的独占を形成しまたはこのための手段であるとされている）を未然に防止することとなるのである。

(ロ) 原告の育児用粉ミルクは他社のそれと異なり、食料品系の販売業者を通してのみ販売しているので、医薬品業界の商慣習にしたがい返品の自由があり、売り切り買い切りの商品の取引とは異り委託販売としての性格がある。このような委託販売的な商品取引の場合においては、商品の所有権が完全に卸売業者に移転する通常の場合とことなり、再販売価格の指示が直ちに公正な競争を阻害すると判断することはできないのである。

(ハ) 原告が本件行為に出た当時育児用粉ミルクはおとり販売の対象となり不当廉売が横行していたのであって、原告の右行為はこれに対する対抗策ないし自衛手段としてなされたものである。従って右(イ)に述べたところから明らかなように、右行為は何ら公

正な競争を実質的に阻害する虞れのあるものではないが、原告にとっては更に次のような特段の事情がある。すなわち、一般に再販売価格維持契約は、ブランドの力の強い（宣伝力資本力の強大さが背後にある）商品であって、独占度、すなわち市場占拠率の高い商品ほど実効をあげることができるということが経験則上認められている。これは、販売業者にとって、市場占拠率が高い商品は販売し易く、またこれを常備することが顧客に対する関係で必要不可欠であるから、廉売によって出荷停止の制裁を受けることは大きな脅威となり、再販売価格を守らざるをえないからである。これに反して、市場占拠率が低く、ブランドの力もさして強くない商品についてはその販売業者は出荷停止などの制裁には脅威を感じないのである。したがって、不当廉売、違法なおとり販売に対する対抗策として、再販売価格を拘束する手段を講じたとしても実効性は低く、被告の主張するごとき公正な競争秩序の維持を阻害するおそれのある対価の拘束はできないのである。

しかるにこれを市場占拠率の高い明治、森永、雪印など他社製品と同列に論じて公正な競争を阻害するおそれある違法な行為と見ることは誤りであり、原告の本件行為は特に不当廉売に対抗する措置として、公正な競争を阻害するおそれはなく、正当な理由を有するものである。

(二)　原告は、訴外森永商事株式会社が登録制度と称する販売方式を採用し（昭和三八年七月実施）、また訴外明治商事株式会社もこれを企画中であり（昭和三九年七月実施）、不当廉売に苦しんでいた販売業者がこれを歓迎するのを見て、流通機構の整備のためにも、これらに追随して、本件行為に出でざるを得なかった。

しかも原告の本件行為は、単なる右二社に対する対抗措置という、ある程度選択の余地のある行為ではなく、企業防衛上不可避的な措置であったのである。すなわち、育児用粉ミルクは、出生率が停滞もしくは減少の傾向にあるので、総需要の飛躍的増大は期待できない商品である。そのため限られた市場における他社の売上増大、市場占拠率の伸長は、原告の売上減少、市場占拠率の後退ひいては育児用粉乳の部門における採算悪化を招来する。育児用粉ミルクがその企業の売上中に占める割合が大である程、売上減少は直接致命的な赤字の増大となるのである。原告は昭和四一年当時において総売上高中育児用粉ミルクの占める

割合は約六〇%で、明治一六%、森永一六%、雪印五%に比して著しく高い（原告の育児用粉ミルクの市場占拠率が低下したため昭和四三年四月、同年九月においては約五〇%に低下した。）。したがって他の大手メーカー三社は、育児用粉乳の売上減少により致命的な影響を受けることは考えられないのにかかわらず、原告は育児用粉ミルクの売上減少による致命的な影響を受けるのである。しかも、資本力企業全体の規模が、右三社は原告とは比較にならない程大であることは、顕著な事実であるから、通常の競争状態においてさえも原告は守勢に立たされざるをえない。かかる状態のもとに、不当廉売に苦しんだ育児用粉ミルクの販売業者が、再販売価格の維持を主目的として採用された右明治・森永（両社で育児用粉ミルクの市場占拠率七七%）両社の販売方法を歓迎しているのに対し、原告がこれを座視し、自社の商品を不当廉売のなすがままに放っておくときは、販売業者が原告の商品を扱うことを拒否する結果となり、市場占拠率の一層の低下（事実不当廉売の結果原告については審判開始当時の一〇%が六%に減少した）、売上の大巾減少は不可避である。再販売価格維持が伝幡性が強く、一社がこれを実施すると他社もこれを行なわざるをえなくなるということは経験則上明らかなことであることとあいまって、劣勢な地位にある原告が、右二社に追随し、両社の販売方法を模倣せざるをえないし、これをしなければ販売競争から脱落してしまうことは明らかである。したがって、原告が他二社の販売方針を、形式のみを模倣し（その内容は方針自体ゆるやかであり、拘束といっても原告の力が足らず実効性がなかった）、流通機構の崩壊を防ごうとしても、それは他社ブランドとの間の自由にして公正な競争を促しこそすれ、全く公正な競争を阻害するおそれはないのである。したがって、市場占拠率の高い他社については正当な理由とならない事由であっても、原告のごとく市場占拠率が低く、かつ資本力においても著しく劣る企業の行為としては、公正な競争秩序維持に対して貢献こそすれ、阻害の要因とはならないし、これこそ正当な理由があるものである。

5　本件排除措置の失効

本件審決は、前記1及び3、㈢に述べたとおり、「レーベンスA」新製品及び「レーベンスN」を対象とするものであるところ、前者は昭和四三年二月に（ちなみに右は審決案送達時たる昭和四三年五月二二日より前である）、後者は昭和四四年七月に、それぞれ販

売が中止され、もはや存在しないから、かりに審判開始決定書記載の事実が認められるとしても、審決は、右二製品に対する違法宣言を以て足るものである。従って、被告をして右違法宣言をなさしめるため、本件審決はこれを取消したうえ、被告に差し戻さるべきものである。

被告訴訟代理人は、主文と同旨の判決を決め、答弁及び主張を次のとおりのべた。

一、原告主張の一、記載の事実は認める。

二、1、主文の違法について

排除措置の対象は、主文と相俟つ審決全体によって十分特定されている。すなわち、審決主文第一項において破棄すべきものとされているのは、原告が、昭和三九年六月一九日の営業部所長会議において決定した販売対策のうち、卸売価格を維持するため、および小売価格を維持するための卸売業者に対する販売対策であって、その内容は、本件審決第一事実、三に摘示されているとおり、右価格維持のために、小売業者の登録制度ならびに感謝金制度および商品流通経路を確認する制度を活用することとしたこと、ならびに、右販売対策について、同年七月二三日の営業部会議で決定した具体策であり、その内容は、右価格維持のためにする同三、㈠ないし㈢の方法である。なお、本件審決は、右の原告の育児用粉ミルクの販売対策に対してなされたものであって、「レーベンスA」新製品及び「レーベンスN」という特定の商品についてなされたものではない。

2、実質的証拠の欠缺について。

㈠ 原告主張の㈠記載の事実は、審決挙示の各証拠、特に審判手続における参考人地葉一郎、同宮崎安弘の各供述によって十分これを認めることができる。

㈡ 右㈠記載の(2)ないし(5)の各事実は、いづれも審決挙示の各証拠によって十分これを認め得るところであるが、とりわけ右(2)は審判手続における参考人畑英治右畑の供述及び査第七号証によって、右(5)は右地葉及び宮崎の各供述ならびに査第五、第六号証によって明らかである。なお、(1)については、審決は、卸売業者及び小売業者が原告に対し、その主張の二社の販売対策にならって価格維持

の施策を求める要望が多いと認定したものであり、この点については審決挙示の証拠によって十分これを認めることができる。

(三) 右(三)記載の主張はこれを争う。すなわち、訴外明治商事株式会社及び同森永商事株式会社と比較して、原告の市場占拠率が低いにもかかわらず、被告が原告のとった「感謝金」の加減という措置の実効性を認めたのは、審決書の第一事実、二で認定したような状況があるためである。このような状況のもとで、企業としての卸売業者の行動を考えた場合、特殊な事情のない限り、原告の販売する育児用粉ミルクの取扱量が相対的に少ないということだけで、直ちに右の実効性が否定されるものではない。

3、審判手続の違法について

(一) 原告主張の(一)、(1)記載の事実（右申立及び請求の理由が原告主張のとおりであることを含む）は認める。しかし、次にのべるとおり、被告が右文書及び記録の提出の申立を容れなかったのは、その必要性がないことによるのであり、また閲覧謄写を許さなかったのは、原告が該事件につき法六九条にいう利害関係人に当らないからであるから、これによって原告の防禦権を制約するものではない。

(1) 右文書等の提出の申立につき必要性がないとした理由。

まず原告主張の(イ)の文書についてみるに、これによって原告が立証しようとしている事実の要旨は、浜松市におけるレーベンスミルクの乱売状況とこれを素材とする小売市場の価格動向であるが、かりに右の各文書が審判廷に提出され、これによって同地域の違法な廉売が立証されたと仮定しても、これは一地域の状況であるから、右の各文書は、審判開始決定書記載の「指示卸売価格および指示小売価格は、おおむね維持されている。」との事実に対する反証とはならない。また、右のような性格の文書であるから、原告の本件価格拘束行為が一般的・制度的なるが故にその違法性が問擬されている事案においては、原告の行為の正当理由を証するに足るものでもない。つぎに、右(ロ)の記録についてみると、これによって原告が立証しようとしている事実の要旨は、従来育児用粉ミルクについては、メーカーの建値が維持されずに乱売が行なわれていたこと、ならびに育児用粉ミルクは、実質的には独占禁止法第二四条の二の指定を受くべき商品であること、乱売に適した商品であること、その商品的特性、競争事業者との比較

などから原告の本件行為が不当なものでないことにあるが、価格拘束行為についての不当性ないし正当な理由は後記4(二)(3)のとおり解すべきものであるから右の記録はその立証に適したものとはいえない。また、原告の本件行為がその主張の両社にする企業防衛的な対抗的措置であるとしても、それだけで直ちに正当な理由があるといえないことも右にのべるとおりであって、あえて右申立のあった審判段階で右記録の提出をまたねばならなかったものではない。

(2) 原告が法六九条にいう利害関係人に当らないとする理由。

法六九条が利害関係人について、事件記録の閲覧等の権利を認めたのは、当該審判事件の帰趨に法的利害関係を有する者にその利益保全の機会を与えるためである。単に事実的な便宜があるということだけで、右の権利が認められるものではない。したがって、本条にいう利害関係人とは、当該事件の被審人（および代理人）のほかには、法律によって当該事件に関与することが認められている参加人（法五九条、六〇条）および当該審判の対象となっている違反行為の被害者（法二五条）があるにとどまる。原告は、別件の審判事件である訴外明治商事株式会社ならびに同森永商事株式会社に対する各独占禁止法違反被疑事件の被審人と同種商品の販売業者であって、その販売活動が同一法条違反に問われていたというにとどまり、法的意味で、利害関係人と認めることはできない。

(三) 右(二)(1)記載の事実のうち、本件審判開始決定書に「感謝金制度」に関する記載のないことは認める。

しかして、公正取引委員会の行う審判の範囲は、民事もしくは刑事の訴訟手続におけるような厳格な制約を受けるものではなく、審判開始決定書に記載のない事実でも、これに記載されている事実と社会的、経済的に同一性を有する限り、審判の対象となると解すべきである。

ところで、本件審判の対象は原告が決定した育児用粉ミルクの価格維持のための販売対策であり、本件審判は、右販売対策が、独占禁止法上許されたものかどうか、即ち一般指定の八の拘束条件付取引に該当するかどうかについて、行政手続によって判断し、国民経済の観点から行政措置の要否を決するものである。そうして、一般指定の八に該当する拘束条件付取引の要件事実のうち、拘束

する条件に該当する具体的事実は、前記施策の具体的内容であり、その施策の拘束性をあらわす事実である。したがって、審判開始決定書には、この拘束性をあらわす具体的事実が記載されていなければならないが、その記載の程度は、右施策が、日時、場所、決定方法などとあいまって、特定される程度に記載されていれば足りるのである。この場合、右の拘束条件を構成する個別的方法のすべてが記載されなければならないものではない。それぞれの個別的方法の経済的および法律的意味は、審判の過程で明らかにされなければならないが、それは、前記施策の内容をなすものである限り審判の範囲に属するものである。本件における原告の価格拘束行為は、審決の認定したところによれば、いわゆる高額払込制度、感謝金制度、小売業者登録制度、流通経路確認票の制度の複合によって価格拘束の実をあげようとするものであるが、審判開始決定書においては、このうちの登録制度についての事実を記載することによって、前記販売対策を特定しているのである。審決で認定した右の各個別的方法は、右の登録制度とともに価格拘束のための前記販売対策の内容をなすものであるから、右登録制度との関係において社会的、経済的事実として同一性を有するものである。

つぎに、本件審判における感謝金制度の立証は、第一〇回審判期日における参考人安田英夫の審尋によってなされている。同参考人の審尋は、約一〇日前の前回期日である第九回審判期日において、職権審尋を希望した陪席の審判官から、審尋の目的（立証趣旨に相当する。）と内容（審尋事項に相当する。）が明示されており、しかも当初同審判官は、同期日における在廷参考人として審尋することを希望したのであるが、被審人（原告）代理人の要望もあって、次回期日に審尋することとなったものである。また、感謝金制度に関し審査官の意見が述べられたのは、第一一回審判期日（審査官意見と題する書面の陳述）においてであるが審判手続は、同期日をもって終結されたものでなく、被審人（原告）の最終意見陳述のために続行され、第一二回審判期日において被審人（原告）は意見陳述のほかに立証として和第四一号証を提出している。このような手続の経緯に徴すれば、被告において感謝金制度に関する原告の防禦の機会を閉した事実はないから、右制度についての判断を以て不意打というのは当を得ない。

従って、本件審判手続には原告指摘のような違法の廉はない。

(二) 右(2)、(イ)は、「感謝金」の査定による拘束性を認定するための背景的、間接事実であるから、審判開始決定書等にその摘示がなければこれが認定をなし得ないものではない。また、審決が「事実及び証拠」第一の三ないし五において原告主張のような認定をしていないことは既に2、(二)末尾においてのべたとおりであり、原告が本件販売対策を決定した当時、森永商事株式会社らの販売方策がすでに実施され、あるいは立案計画中であったことは、本件審判において原告が自認している（公正取引委員会昭和四一年(判)第三号事件の被審人の昭和四二年四月一八日付準備書面二六六頁）ところであって、審決の「法の適用及び理由」第三、第三点二、(三)における認定は、原告の主張にそうものである。

従って本件審判手続には所論のような違法はない。

(三) 右(二)について。審判開始決定書に原告主張の製品の名称が摘示されていたことは認めるが、本件審判の対象は、育児用粉ミルクに対する原告の販売対策そのものであるから右主張はあたらない。

4 法令適用の誤りについて。

(一)(1) 原告の(一)(1)記載の主張は、法二条七項が不公正な取引方法の不当性の具体的要件の設定を公正取引委員会に白紙委任したものであるとの誤った理解にたつものであって失当である。すなわち、同条項は、その各号において行為類型を限定したうえ、その各号所定の不当性は、公正な競争秩序の観点からとらえるべきことを規定している。同項に「公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち」とは、このことを示すものであるから、原告が主張するように不当性の判断基準を示さずに、無限定に白紙委任しているものではないのである。

(2) 右(2)記載の主張に対しては、被告は別紙審決書（写）「法の適用及び理由」第三、第一点二、(一)にのべたとおりをここに引用して主張する。

(二) 原告の(二)(1)記載の主張について。

一般指定の八に定められている拘束条件付取引とは、相手方との間において拘束条件を含む契約を締結する場合だけをさすもので

はない。取引の内容に公正な競争を阻害する拘束事項が含まれていれば、その事項が私法的な法律効果を伴わない場合でも、右に該当するものと解すべきである。

また、原告の「取引を拘束」する力をみる場合、単にその企業規模や原告が販売する育児用粉ミルクの市場占拠率のみから判断するのは誤りである。もとより企業規模や市場占拠率は、無視すべき事柄ではないが、それにも増して重要な観点は、育児用粉ミルクの商品的特性および同一の卸売業者に原告が販売している他の商品の取引関係との関連である。ところで、原告は、育児用粉ミルクのほかに、多数の育児用商品および乳幼児用薬品等を販売していて、この点で、明治商事株式会社等の他の育児用粉ミルクの元売業者と異った特徴を有する。そして、原告が販売する育児用粉ミルクを取り扱う卸売業者は、いずれも原告の販売するその他の商品をも取り扱っている。したがって、小売業者は、少なくとも、原告の販売する商品については、一括して特定の卸売業者から購入しうるのが、経済的に利益である。そのため、右卸売業者は、容易に、原告との取引あるいは原告が販売する育児用粉ミルクの取扱いをやめることができる立場になく、原告の販売する商品が差別化された商品であることをも考慮すれば、原告と卸売業者との取引関係は、売手である原告が支配力を有する取引関係であるとみざるをえない。原告の「拘束」力を評価する場合、このような状況を無視することはできない。

さらに原告の(ロ)の主張に対しては、被告は別紙審決書（写）「法の適用及び理由」第三、第二点二、(二)にのべたとおりをここに引用して主張する。

(2) 審決は、再販売価格維持行為を当然違法と言っているものではないから、原告の右(2)記載の主張は失当である。

(3) 右(3)記載の主張について。

一般指定の八にいう正当な理由があるとは、公益としての公正な競争秩序を阻害する虞のない場合をいうものと解すべきである。すなわち、不公正な取引方法の規制は、取引社会における競争が経済能率に従った競争秩序のもとで行なわれることを維持、促進することを目的とする。独占禁止法第二条第七項の冒頭に規定されている「公正な競争を阻害するおそれがある」ものとは、

この観点を示すもので、同項各号所定の一般的行為類型の要件とされている「不当」性も右の観点からする評価を示すものと解さざるをえないのである。そしてまた、右の観点は、文理上明らかなとおり、公正取引委員会が同条にもとづく「指定」を行なう際の基準としての意義を有するものと解すべきである。

右のとおりであるから、同項にもとづく一般指定は、その各項目において、それぞれ「正当な理由がないのに」等の限定的文言を配しているが、これは、一般指定の各行為類型を特定の事案に当てはめる場合に、形式的には右の行為類型に該るとしても右の価値概念に照らして評価されるべきことを示しており、もしその方法が不公正な競争を阻害しない場合には不公正な取引方法としてとらえないことを実質面から限定したものと解すべきである。かりにこれを右に述べた公正な競争秩序とは別個の観点からとらえるとすれば、競争秩序とはかかわりのない企業利益のために公正な競争が阻害される結果となることを容認せざるをえないこととなるが、独占禁止法の目的からして、このような解釈が許されないことは多言を要しないところであろう。法秩序のもとでは、もとより企業利益そのものも無視されるべきものでないことは当然であるが、私的独占禁止法の目的との調和を限度とせざるをえないのである。

右に述べたところを一般指定の八に即してみると、事業者が、その取引の相手方と第三者の取引における競争の対象となりうる事項について拘束を加えた場合、その事業者の行為は、論理上当然に不公正な取引方法としての拘束条件付取引に該当することにはならない。この場合、さきに述べた観点から、その行為が「正当な理由がないのに」なされたものかどうかの判断がなされなければならないのである。これを例えば、原告の主張するおとり廉売あるいは不当廉売についてみれば、次のとおりである。ある販売業者が独占禁止法の規制の対象となるおとり廉売等を行なっている場合、その廉売の対象となっている商品のメーカーが、当該商品の信用性を保持するため、あるいは売掛代金債権を保全するため等の企業利益のために、右の廉売を阻止する目的で、右の販売業者に対して、個別的に、再販売価格を拘束することは、不公正な取引方法に該らないであろう。個別販売業者が行なっている競争秩序を阻害する行為を拘束したとしても、公正な競争を阻害することにはならないからである。

しかし、本件の原告の施策は、それがおとり廉売あるいは不当廉売に対抗する措置であるかどうか、本件審判の過程において原告が主張された事案がおとり廉売あるいは不当廉売にあたるかどうかの判断にかかわりなく、特定の相手方に対する個別的措置としての価格拘束ではなくして、一般的・制度的な措置であるから、これをもって公正な競争を阻害するおそれのない行為と認めることはできないのである。

従って原告の主張は当らない。

5　本件排除措置の失効について。

既にのべたとおり、本件審決の対象は育児用粉ミルクに対する原告の販売対策そのものであって、原告がここに主張する如きものではないのみならず、仮りに原告主張のとおりであるとしても、本件審決の司法審査の判断の標準時は、処分時たる審決時であるから、いづれにしてもこの主張は失当である。

理　由

一　被告が原告に対し、その主張の日にその主張のとおりの審決をしたことは当事者間に争いがない。

二　原告は右審決は取消さるべきものであると主張するので、その主張にかかる違法事由につき順次判断する。

1　主文の違法について

審決書によれば、本件審決は、原告が昭和三九年六月二九日の営業部所長会議及び同年七月二三日の営業部会議で決定した、原告の販売にかかる育児用粉ミルクの販売対策と、これに基づく具体的施策が不公正な取引方法に該るものと認め、これが排除措置として、まず審決主文第一項において右対策の破棄を命じていることが明らかである。

従って、審決が、独禁法二条七項四号、不公正な取引方法一般指定の八に該当し、同法一九条に違反する所為として問擬し、かつ排除措置の対象とせんとするものは、原告の製造販売にかかる諸商品のうちの、育児用粉ミルクについての前記販売対策そのものに外ならないことは明らかであって、右対策のとられる対象商品たる育児用粉ミルクの商品名（ブランド）が何であるかは特に問題ではない

というべきである。なるほど審決は「レーベンスA」新製品及び「レーベンスN」についてのみ言及しているけれども、右は前記対策がたまたま右二製品の発売を機に採られるに至ったことを明らかにする意図に出たにすぎないものであって、被告がその問擬の対象を右二商品の販売対策のみに限定していたものでないことは、審決全体から容易に看取し得るところである。

してみれば、審決がその主文第一項において排除措置を命じている対象は、主文とあいまつ審決全体によって、十分明確に特定されているというべきであるから、この点に関する原告の主張は理由がない。

2　実質的証拠の欠缺について

(一)　原告主張の(一)の事実について

審決の挙示する審判手続における参考人大野達雄、同金井昇、同地葉一郎、同宮崎安弘、同黒瀬邦平の各供述を綜合すれば、原告指摘にかかる事実を認めることができる。右各供述から右事実を認定することは不合理ではなく、また審判手続における参考人伊賀政春、同藤田胖の各供述によっても右認定は左右されない。

してみれば審決認定にかかる前記事実はこれを立証する実質的証拠があるものである。なお、右の事実に基づいて被告のした判断については、後記(三)に説示するとおりである。

(二)　右(一)の事実について

(1)　審決は、卸売業者及び小売業者が原告に対し、その主張の二社の販売対策にならって、価格維持の施策を求める要望が多いと認定しているのであるから、原告の(1)の主張は審決を正解しないものであるのみならず、審決の挙示する審判手続における参考人大野達雄及び同畑英治の各供述によれば、審決認定の右事実を認めることができ、かつ右各供述からかく認定することは何ら不合理ではないからこれを立証する実質的な証拠があるものである。

(2)　審決の挙示する、審判手続における参考人畑英治の供述に、査第五号証（地葉一郎の供述調書）、同第六号証（宮崎安弘の供述調書）、同第七号証（金井昇の供述調書）の各記載を綜合すると、原告指摘にかかる(2)の事実を認めることができる。審判手続に

おける参考人大野達雄、同安田英夫（但し、第一〇回審判期日におけるもの）の各供述を参照しても、右認定を不合理とすることはできない。

(3) 審決の挙示する、審判手続における参考人大野達雄、同安田英夫（但し、第四回審判手続におけるもの）、同金井昇、同畑英治、同宮崎安弘、同地葉一郎の各供述に、前顕査第五ないし第七号証、査第四号証（畑英治の供述調書）同第一〇ないし第一二号証を綜合すると、原告指摘にかかる(3)の事実を認めることができる。右各証拠から右の事実を認定することは不合理ではなく、また審判手続における参考人伊賀政春、同藤田胖、同矢島正次の各供述によっても右認定は左右されない。

(4) 審決の挙示する、審判手続における参考人金井昇、同畑英治、同地葉一郎、同黒瀬邦平の各供述に前顕査第七号証、同第一〇、第一一号証及び査第一五号証を綜合すると、原告指摘にかかる(4)の事実を認めることができ、右各証拠から右事認を認定することは不合理ではない。

(5) 審決の挙示する、審判手続における参考人宮崎安弘の供述及び前顕査第五、第六号証によれば、原告指摘にかかる事実を認めることができ、審判手続における参考人地葉一郎、同黒瀬邦平の各供述を参照しても、右認定は不合理とはいえない。

(6) 叙上のとおりであるから、原告の指摘する(1)ないし(5)の各事実については、いづれもこれを立証する実質的な証拠があるものである。

(7) 従って、審決が認定した事実はすべてこれを立証する実質的証拠があるものというべきであるから、右事実に基づき原告が拘束条件付取引をしたとする審決の認定判断はもとより実質的証拠があるものである（しかも、右判断を相当として肯認し得ることは次に説示するとおりである）。

(三) 右(二)の点について

原告がここに主張するところは、被告が原審決の「事実及び証拠」第二の二に認定したところに基づいてした、原告の採用した育児用粉ミルクの販売対策の実効性についての判断に外ならないから、これに対して実質的証拠がないと主張するのは当を得ないのみ

ならず、被告のした右判断は相当として肯認し得るところである。原告の主張は畢竟独自の見解にすぎず、右判断を左右するに足りない。

3　審判手続の違法について

(一)　原告の(一)の主張について

(1)　被告が、審判手続において原告のした、原告主張の文書及び記録の提出の申立ならびに記録の閲覧謄写の申立を、いずれも排斥したことは当事者間に争いがない。

(2)　本件審決及び本件記録によれば、被告は右文書等の提出の申立をその必要性なしとして却下したことが明らかである。

公正取引委員会における審判の手続において被審人に防禦権が認められていることは法五二条の定めるところであるが、自ら事実を確定する権限を有し義務を負う委員会としては、右防禦権の行使として被審人からなされる申立等をすべて認容することを要するものではなく、被審人の防禦権を不当に制約することにならない限り、その必要性を勘案して右申立等の採否を決することができるものというべきである。

ところで、事件記録によれば、提出を申立てた前記文書等により原告が立証せんとした事項は、審判の結論を左右するに足るものとは認め難いから、被告が右申立を排斥したからといって、原告の防禦権を不当に制約するものとはいえない。この点に関する原告の主張は理由がない。

(3)　しかのみならず、法六十九条は、当該事件の審判につき法律上の利害関係を有する者に、その法律上の利益を擁護する機会を与えるため、記録の閲覧等を求め得るものと定めているものであるから、同条の利害関係人とは、当該事件の被審人のほか、法五九条及び六〇条により参加し得るもの及び当該事件の対象をなす違反行為の被害者を指すものと解するのを相当とする。

ところで、原告はほぼ同時に訴外明治商事株式会社及び森永商事株式会社と並んで独禁法違反として審判に付されたものではあるけれども、そのことの故に当然に右両社にかかる事件についての利害関係人に該るものということのできないことは自明である

から、原告のした前記閲覧謄写の申請を排斥した被告の措置は相当であって、そこに原告主張の如き違法の廉はない。原告のこの主張もまた失当である。

(二) 右(一)の主張について

(1) 法は、公正取引委員会は、その調査により事業者が法の一定の規定に違反する行為をしていると認められる場合において、事件を審判に付することが公共の利益に適合すると認めるときは、当該事件について審判開始決定をし、審判開始後審判手続を経て一定の違反行為等があると認定したときは、審決を以て事業者に対し排除措置を命ずべきものとしている。即ち、公正取引委員会は、一方審判を開始するか否かを決するとともに、他方みずから審決によって違反行為の存否を確定するのである。従って、公正取引委員会は、公の原告官であると同時に、審判官たる性格を有するから、審判手続の基本構造は所謂糺問主義的形態を採るものというべきである。そうしてこのことは、公正取引委員会が国の行政機関であって、審決をもって違反行為をした事業者に命ずる排除措置は、下命の範疇に属する行政処分であることを考えれば、まことに当然のことである。ただ法は、審決が事業者の事業活動及び経済社会に及ぼす影響に鑑み、公正取引委員会の職務の遂行の公正を期するため、委員会の独立を保障するとともに、他方違反事業者に排除措置等を命ずる手続は、審判開始決定を前提とし、審査官と事業者(被審人)とを対立当事者とする訴訟手続に類似した審判の形式によることとしているのであるが、そのことによって、右に述べた公正取引委員会における手続の基本構造、即ち委員会は自ら調査し、自ら審判を開始して自ら判断するという構造が左右されるものではないから、右審判の手続が裁判所における民事、刑事の訴訟手続のように当事者主義ないし弁論主義に徹し得るものでないことは事柄の性質上当然というべきである。

叙上によって考えるに、法五〇条が審判は審判開始決定書を被審人に送達したうえ開始すべく、かつ右決定書には事件の要旨を記載することを要するとしている趣旨は、被審人に対し委員会が問擬せんとする違反事実を告知して防禦の機会を与えんとするにあるものというべく、審判開始決定は民事訴訟法における訴状や刑事訴訟における起訴状の如く、それによって当然に審判の範囲

を限定するものということはできない。従って、公正取引委員会は、審判開始決定に記載した事実そのものでなければ審判をしかつ審決をなし得ないという拘束を受けるものではないが、法が特に審決につき前叙の如く一般の行政処分に比し遙かに慎重な手続を採っている趣旨に鑑みれば、その間自ら一定の限度があるべく、結局開始決定に記載されたものと同一性の範囲内にない事項について審理・認定することによって被審人の防禦権を制約し、審判手続を採ることとした法の趣旨に背致するが如き場合には、右は手続一般に存する普遍的な原則に反するものとして許されないものというべきである。

今これを本件についてみるに、本件の審判開始決定書に原告主張の感謝金制度に関する事項についての記載がないことは、被告の認めるところである。ところで、本件において被告委員会が法に違反する行為として問擬しているのは、原告が前記各会合において決定した育児用粉ミルク（当時における商品名は「レーベンスA」新製品と「レーベンスN」である）の販売対策が不公正な取引方法に該り法一九条に違反するか否かであるところ、前記のとおり審決の認定したところによれば、右感謝金制度に関する事項は、小売業者の登録、高額払込制度及び流通経路の確認と共に右販売対策の具体的内容をなす施策であることが明らかであるから、委員会は、前記開始決定に具体的にはその旨の記載がなくても、右販売対策の一環としてこれが認定をなし得るものというべきであり、結局開始決定記載の事実と同一性の範囲内にある事項と解すべきである。そうして、前記育児用粉ミルクの販売対策が問擬されている以上、その具体的内容をなすすべての具体的施策が俎上に挙げられるべきことは、被審人においても当然に予期すべきところであるから、右の如く解することは何ら原告の防禦権を制約するものではない。しかのみならず、事件記録（特に、第九回ないし第一二回審判期日調書）によれば、審判において、本件感謝金制度に関し、原告に準備の機会を与えたうえ、参考人から陳述が求められ、しかも右につき原告が所見を開陳する機会を与えられ、かつこれを利用している消息が明らかであって、右によれば原告の防禦権の保障には間然するところがなかったものと認められるから、この点に関する原告の主張はすべて当を得ないものである。

(2) 右の説示に照せば原告の(2)の主張もまた理由がないことはおのずから明らかである。因みに付言するに、原告主張の(イ)の事実の

如きはその性質上審判開始決定に記載を要する如きものではなく、また事件記録（特に編綴の原告提出に係る昭和四二年四月一八日付準備書面）によれば原告主張の(ロ)の事実のうち、審決の「法の適用及び理由」第三、第三点二、(ニ)において認定にかかるものは（なお、右のうち審決が「事実及び証拠」第一の三ないし五において、その主張の如き認定をしたとする点の、当を得ないことは、すでに2、(二)、(1)に述べたとおりである。）、審判手続においてその自認するところであったことが明らかであるから、被告委員会がこれらの事実の認定にあたり原告の防禦権を不当に制約したものとするいわれは全くない。

(三) 右(三)の主張について

本件審判開始決定書には「レーベンスA」新製品及び「レーベンスN」のみが記載されていることは、被告の認めるところである。

ところで既に認定したとおり、本件において被告委員会が問擬しているのは、原告が製造販売する各種の製品のうちの育児用粉ミルクについての販売対策であって、右開始決定に右の二商品名が掲げられたのは、右対策が右商品の発売を機に採られたことを示すために過ぎないものであって、その対象を右二商品の販売対策のみに限定する趣旨ではない。しかも、審決は、公正かつ自由な競争秩序の維持という独禁法の目的を達成するための行政処分であるから、現になされている違反行為の排除はもとより、予測されうる将来の同種類似の違反行為の禁圧も当然そのなし得るところであるところ、前記販売対策がその対象の商品名（ブランド）いかんにかかわらず採られるべき性質のものであることはみやすい道理であるから、審決が右販売対策そのものについて前認定のとおり排除措置を命じたのは当然といわなければならない。

審決には原告主張のような違法はない。

4 法令適用の誤りについて

(一)(1) 原告の(一)、(1)の主張について

法二条七項は一号ないし六号において不公正な取引方法とされる行為を類型的に定めたうえ、現実の取引社会において具体的に

如何なる行為が不公正な取引方法に該るとされるかは、公正取引委員会の指定するところに譲っているが、その趣旨は具体的に各種の不公正な取引方法は経済社会の実態に応じ、その進展に伴って生ずるものであるから、これをその現実に即して規制するために、専門的行政機関である公正取引委員会が右具体的行為を指定するのが適切であるというにある。

従って、同条項は、限定された特定の事項を委任するものであって、不公正な取引方法の構成要件の決定を挙げて行政立法に委任するものではないから、これが違憲をいう原告の主張は当らない。

(2) 右(2)の主張について

右(1)に述べたところによれば、公正取引委員会の指定は具体的個別的であることが望ましいことはいうまでもない。しかし不公正な取引方法は、流動する複雑な経済社会において多岐にわたって生ずるものであるから、そのすべてについて具体的個別的に指定することは困難ないし不可能であるし、またそのような指定では硬直に過ぎて実際に副わない虞れがある場合もある。さりとて、指定があらゆる事業分野にわたる全体を網羅しようとすれば勢いある程度抽象的一般的であることは免れ難いところである。

今一般指定の各項と法二条七項各号とを彼是対比してみると、前者は後者をより具体的個別的に特定していることが明らかである。ただ、一般指定の内容はなお一般的抽象的ではあるけれども、それはあらゆる事業分野の全体にわたっての適用を目的とする一般指定の本質上止むを得ないところというべきであるから、これをもって一般指定が法の委任に副わないものということはできない。従って一般指定の無効をいう原告の主張は理由がない。

(二) (1)、右(二)(1)の主張について

一般指定の八にいう拘束条件付取引とは、取引の内容に公正な競争を阻害する拘束事項が含まれている場合をいうのであって、右の拘束事項につき私法上ないし契約上の法律効果が生ずる場合のみを指すものではない。

従って、本件における原告の行為が私法上ないし契約上の拘束を生じないからというだけで右が右八に該らないということはできない。また、前記のとおり審決が認定したところよりすれば、原告は卸売業者に対し、その取引を拘束する経済上の力を有するもの

と認められる。また、取引の対価は、当該取引当事者が独自の判断によって交渉し、その合意したところによって個別に決すべきものであるから、右当事者以外の者がこれに拘束を加えることは、まさに右八にいう取引の拘束に外ならないところ、審決認定の原告の所為は、自己の相手方たる卸売業者と、これから物資の供給を受ける小売業者との間の取引につき、一定の対価を定めてこれを遵守せしめ、また登録小売業者とのみ取引せしめることとして、右卸売業者と取引するものであって、まさに右八に該当するものといわなければならない。この点の原告の主張はすべて理由がない。

(2)右(2)の主張について

本件審決は、原告の本件所為が単に再販売価格維持行為であるというだけで、当然に違法であるとするものでないことはこれを一読すれば明らかであるから、原告のこの主張は、審決を正解しないものであって当を得ない。

(3)右(3)の主張について

既に述べたとおり一般指定は法二条七項各号を具体化個別化したものであるが、就中一般指定の八は、法二条七項四号を前提とするものである。右四号は「相手方の事業活動を不当に拘束する条件をもって取引すること」と規定するが、その「不当に」とはもとより独占禁止法上の不当性であって、それは結局同項本文にいう「公正な競争を阻害するおそれ」があることに外ならない。而して右四号を不当な拘束条件付取引について具体化個別化した右八は、右取引のうち具体的な場合において、公正な競争を阻害する虞れのないものを除外する趣旨において「正当な理由がないのに」との限定を付したものと解せられる。従って、右八にいう正当な理由がある場合とは、公益としての公正な競争秩序を阻害する虞れのない場合即ち公正な競争秩序の維持という観点から正当視し得る場合を指すのであって、単に通常の意味においていわゆる正当な理由がある場合、換言すれば取引上の合理性の観点ないし企業の自己防衛の観点等のみからみて正当の如くみえる場合をいうのではないのである。

ところで、原告は本件所為につき正当な理由があるとして縷々主張する。しかし、審決の認定した事実によれば、原告の右所為は一般的制度的な再販売価格維持行為といわざるを得ないから、かりに原告主張のような事実ないし事情が存在するとしても、直ちに

原告に右にいう正当な理由があると認めることはできない。特に、原告主張の(イ)は単に経済的合理性ないし企業経営上の必要性にかかわるに止まるから、右にいう正当な理由には該らないし、また右(ロ)においていうが如き原告の取引方法が委託販売的なものであることはなんら審決の認定しないところであり、これを前提として本件所為につき正当な理由があるものとするゆえんはとうてい首肯し難い。また、右(イ)の不当廉売等が不公正な取引方法に該るとすればこれが禁止排除は、本来法に従い被告委員会がなすべきところであるから、事業者がその対抗ないし自衛措置として、直ちに一般的制度的な再販売価格行為を採ることを当然に許容されるとする理はない。さらに、右(ニ)は、本件所為が原告の占拠する市場内における自由かつ公正な取引を阻害すべきものである一事をもってもにわかに首肯し難いのみならず、他の事業者が不公正な取引方法をとるからといって、当然に自衛手段として同様な方法をとることが許されないのは前段と同様であって、右を以て正当な理由とはとうていなし難い。

これを要するに、被告のした法令の解釈及びその適用には、所論の如き誤りはないから原告の主張は採るを得ない。従って、右と異なる前提に立って、審決認定の事実を争い、これに実質的証拠の欠缺があるとする主張も、また失当というほかない。

5 本件排除措置の失効について

既に繰返し述べたとおり、本件審決は「レーベンスA」新製品及び「レーベンスN」の販売対策のみを対象とするものではないから、原告のこの主張はその前提において失当であるのみならず、仮りに右二商品が原告主張の日からその主張のように販売を中止されているのであれば、本件審決は右二者についてはもはや内容的に効力を有する余地がないことに帰着するにすぎず、審決はその後に生じた右の如き事情の変更により当然に違法となるものではないから、原告の主張は採るを得ない。

三 叙上のとおり本件審決には原告主張のような違法の廉はなく、右審決は正当であるから、これが取消を求める本訴は失当であって棄却を免れない。よって、訴訟費用の負担につき行訴法七条、民訴法八九条を適用のうえ、主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第三特別部

判事 浅沼武

裁判長高等裁判所長官岸盛一は転官のため署名捺印することができない。

判事　久利馨

判事　川上泉二

判事　田尾桃二

判事　浅沼武

# 審決

東京都千代田区神田鍛治町二丁目一二番地
被審人　和光堂株式会社
右代表者代表取締役社長　宮川伊与雄
東京都中央区銀座一丁目五番地武蔵ビル五階
右代理人　弁護士　石井成一
同　渡辺惇
東京都千代田区有楽町一丁目一四番地有楽ビル二階
同　山崎郁雄

公正取引委員会は、右被審人の行為が、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和二二年法律第五四号。以下「私的独占禁止法」という。）第一九条の規定に違反すると認め、昭和四一年二月四日被審人に対し、私的独占禁止法第四八条の規定にもとづく勧告を行なったが、これを応諾しなかったので、昭和四一年二月二一日審判開始決定を行ない、審判開始決定書の謄本を被審人に送達した。

これに対し、被審人から、同年三月十五日付答弁書が提出された。

右私的独占禁止法違反審判事件につき、審判官阿久津實、同八尋昇および同上村尊雄は、審決案を作成し、昭和四三年五月二一日事件記録とともに当委員会に提出し、かつ、審決案の謄本を被審人に送達した。

これに対し、被審人から当委員会に同年六月四日付異議申立書および七月八日付異議申立理由補充書が提出された。

よって、当委員会は、事件記録ならびに異議申立書および異議申立理由補充書にもとづいて審決案を調査し、次のとおり審決する。

## 主文

一　被審人は、被審人が、昭和三九年六月二九日の営業部所長会議および同年七月二三日の営業部会議で決定した、被審人が販売する育児用粉ミルクについての、卸売価格を維持するため、および小売価格を維持するための卸売業者に対する販売対策を破棄しなければならない。

二　被審人は、同粉ミルクを卸売業者に販売するにあたって、卸売価格および小売価格を維持するために、被審人が定めた価格建てによる卸売価格を守って卸販売すること、および被審人が定めた価格建てによる小売価格を守って小売販売する登録小売業者以外には販売しないこと、との被審人の要請に対する協力の度合いを基準として感謝金名義の歩戻金を算定して支払ってはならない。

三　被審人は、第一、二項にもとづいてとった措置を、同粉ミルクを販売する卸売業者に対してすみやかに通知し、また同粉ミルクを販売する小売業者に対して遅滞なく周知徹底させなければならない。

四　被審人は、前各項にもとづいてとった措置について、すみやかに、当委員会に報告しなければならない。

事実および証拠

第一　事　実

一　被審人は、肩書地に本店を置き、育児用粉ミルク、家庭薬、食品等の製造または販売を業とするものであり、育児用粉ミルクについては、三協乳業株式会社の製品を一手に販売している。

二　育児用粉ミルクについては、その商品の特性から、消費者は、銘柄を指定して購入するのが常態であり、使用後においては原則として他の銘柄に切り替えることがないため、このような需要に応じて販売する小売業者の注文に応ずる卸売業者は、小売業者の発注にそう銘柄を常備しておく必要がある。そして、このことは、被審人が販売する育児用粉ミルクについても、同粉ミルクについての卸売業者の販売量ならびに売上額のいかんにかかわらず、同様であるところ、被審人は、同粉ミルクを、一部病院、乳児院に直接販売するほかはすべて、被審人が製造または販売する他の多数の育児用商品および乳幼児用薬品等の卸販売を行なっている薬系の卸売業者に販売している。

三　被審人は、昭和三九年六月二九日、本社会議室において「営業部所長会議」（取締役営業部長、販売計画課長、宣伝課長、販売計画主任、調査主任、嘱託、大阪支店長、東京、名古屋および福岡の各営業所長出席）を開催し、同年一〇月から発売する予定の「レーベンスミルクA新製品」（以下、「レーベンスA」という。）の販売対策について検討し、あわせて同年四月にすでに発売を開始していた「新生児ミルクレーベンスN」（以下、「レーベンスN」という。）の販売についても同様の対策を講ずることとした。この販売対策の趣旨は、育児用粉ミルクについては、低利潤商品であるにもかかわらず、従来一部に被審人が定める販売価格以下で安売りされていることから卸売業者および小売業者のうちには、すでに森永商事株式会社において実施し、また明治商事株式会社において立案計画中であった販売対策にならって、被審人に対しても価格維持の施策を求める要望が多く、この要望に応じて販売価格の安定をはかることこそ被審人の育児用粉ミルクの拡売を遂げることとなる、というにある。しかして右会議において、右の販売対策として小売業者の登録制度ならびに感謝金制度および商品流通経路を確認する制度を設けることを決め、同年七月二三日の営業部会議においてその具体策を確定して、次のとおりの方法を決定した。

(一)　レーベンスAおよびレーベンスNの価格建て等を次のとおりとする。

ア

| | | 被審人から卸売業者への販売価格 | 卸売業者から小売業者への販売価格 | 小売業者の販売価格 |
|---|---|---|---|---|
| レーベンスA | 一、二〇〇グラム入 | 七五〇円 | 七五〇円 | 七七〇円 |
| レーベンスA | 四五〇グラム入 | 二九十円 | 二九〇円 | 三〇〇円 |
| レーベンスN | | | | |

イ　被審人は、卸売業者に対して、配達手数料として、一、二〇〇グラム、四五〇グラムともに一梱（一、二〇〇グラム入り十二罐、

四五〇グラム入り二十四罐）あたり六〇円を支払うこととし、毎月末その支払いをする。

ウ　以上によって生ずる卸売業者の配達手数料名義の差益（一、二〇〇グラム入りについては約〇、七パーセント、四五〇グラム入りについては約〇・九パーセント）以外の利潤については、被審人から、感謝金名義をもって年二回にわけて後払いすることとし、卸売者は、右ア記載の代金の支払いにあたっては、実質上配達手数料を差し引いた額について支払うこととする。

(二)　右ウ記載の感謝金の額は、販売数量を基礎とするほか、さらに各卸売業者ごとに売上伸長率、支払方法、価格維持の要請に対する協力の度合いなどを勘案して被審人の裁量で加減し、総マージン率約五パーセントの範囲で決定する。

(三)　前記(一)の価格建てによる小売販売価格（以下、「指示小売価格」という。）を維持するため小売業者の登録制度を設け、指示小売価格を守って販売し、これを守らなかった場合には登録を取り消されても異存がない旨を誓約した小売業者に卸売業者を介して登録書を提出せしめて登録したうえ、卸売業者については、登録小売業者以外には販売させないこと、卸売業者がこれを守らなかった場合には価格維持に協力しないものとして右(二)による算定にあたって不利益な処置をとる。

(四)　前記(一)の価格建てによる卸売価格（以下、「指示卸売価格」という。）と指示小売価格による各販売および前記(三)の販売先の制限を確保し、かつ確認するため、育児用粉ミルクの流通経路を確認することとし、流通経路確認票を作成し、これを卸売業者に交付し、卸売業者をして販売のつど販売先小売業者名、数量等の所定事項を三枚綴りの複写式票に記入させ、一通を被審人に、一通を販売先小売業者にそれぞれ送付させることとし、あわせて右商品の一罐ごとに番号を付することとする。

四　かくして被審人は、同年八月下旬から同年一〇月下旬にかけて、支店および各営業所ごとに、卸売業者に対するレーベンスAの発表会を開催した際、その席上、出席卸売業者に対し、前記三の価格建て等を記載した「お得意卸店様」あて「レーベンス〝A〟新製品発売ごあいさつ」と題する書面と、指示小売価格を維持することを被審人に対し誓約する趣旨の文言を刷りこんだ「小売販売登録書」および前記三、(四)の作成要領等を記入した流通経路確認票の各見本を配付し、被審人の意図を説明した。その説明の要旨は、改めて、被審人から卸売業者への販売価格と指示卸売価格を同一額として、卸売業者をして同額を被審人に支払わせるものとし、主な利潤は感謝

金をもってあてることとする新制度は、これにより価格維持施策を推進するものであるから、卸売業者は、指示卸売価格を守って販売すること、また指示小売価格を守る旨を誓約した登録小売業者以外には販売しないことを要請し、前記三、㈣記載の内容を説示し、卸売業者が被審人の右要請に従わない場合には不利益な処置として前記三、㈡の結果による感謝金の加減を考慮する場合があることを告知したものであり、右説明によって、出席卸売業者は被審人の右要請に応じない場合には、少くとも感謝金の算定にあたって不利益を受けるであろうと考えるに至った。

なお、右発表会に欠席した卸売業者に対しては、被審人の社員が前記書面の資料を持参して、直接、右同旨の説明を行なった。

五　よって、被審人は、右趣旨にもとづいて逐次小売業者の登録を行ない、同年九月から同年一一月にかけて前記の方法による販売を実施しているものである。

第二　証　拠

右事実中一の事実については、参考人大野達雄の陳述（第四回速記録㈠）、査第四および七号証の各供述調書および和第四号証によってこれを認めることができ、被審人においても、これを認めて争わないところである。

同二の事実については、

一　参考人大野達雄（前同）、同金井昇（第四回速記録㈡）、同地葉一郎（第五回速記録㈡）、同宮崎安弘（同）、同黒瀬邦平（第七回速記録）の各陳述

同三の事実のうち、

販売対策の決定の経緯については、

一　参考人大野達雄（前同）、同安田英夫（第四回速記録㈡）、同畑英治（第五回速記録㈠）の各陳述

一　査第一および二号証の各供述調書

一　査第八および一〇号証

㈠の事実については、

一　参考人安田英夫（前同および第一〇回速記録）、同畑英治（前同）、同宮崎安弘（前同）の各陳述

一　査第一、二、四、六および七号証の各供述調書

一　査第一〇および一一号証

㈡の事実については、

一　参考人金井昇（前同）、同宮崎安弘（前同）、同畑英治（前同）の各陳述

一　査第五ないし七号証の各供述調書

一　査第一〇号証

㈢の事実については、

一　参考人大野達雄（前同）、同安田英夫（第四回速記録㈡）、同金井昇（前同）、同畑英治（前同）、同宮崎安弘（前同）、同地葉一郎（前同）の各陳述

一　査第四ないし七号証の各供述調書

一　査第一〇ないし一二号証

㈣の事実については、

一　参考人大野達雄（前同）、同安田英夫（第四回速記録㈡）、同金井昇（前同）、同畑英治（前同）、同地葉一郎（前同）、同黒瀬邦平（前同）の各陳述

一　査第七号証の供述調書

一　査第一〇、一一、および一五号証

同四の事実のうち、

説明の要旨については、

一　参考人大野達雄（前同）、同安田英夫（第四回速記録㈠）、同金井昇（前同）、同畑英治（前同）、同宮崎安弘（前同）、同地葉一郎（前同）、同黒瀬邦平（前同）の各陳述

一　査第三ないし七号証の各供述調書

一　査第八、一〇ないし一三、一五号証

説明会出席者の受けとりかたについては、

一　参考人地葉一郎（前同）、同宮崎安弘（前同）の各陳述

一　査第五および六号証の各供述調書

説明会に欠席した卸売業者に対する説明については、

一　参考人安田英夫の陳述（第四回速記録㈠）

同五の事実については、

一　参考人大野達雄（前同）、同安田英夫（第四回速記録㈠）、同金井昇（前同）の各陳述

一　査第三号証の供述調書

を、いずれも総合してこれを認める。

法の適用および理由

第一　以上の事実に法を適用すると、次のとおりである。

前記第一事実の一によれば、被審人は、私的独占禁止法第二条第一項に規定する事業者である。そして、同三ないし五のとおり、被審人は、卸売業者に対するレーベンスAおよびレーベンスNの販売にあたって、御売業者に対して、被審人の定めた指示卸売価格によって販売することを要請し、一方、卸売業者に対して、指示卸売価格とほぼ同額を卸売業者への販売代金として支払わせ、これをもとに前示

第一事実三のとおり感謝金を算定して支払うものとすることは、卸売業者がかりに指示卸売価格から配達手数料の額を差し引いた額に満たない額で販売した場合には、感謝金の算定いかんによっては収益があられないことも考慮せざるをえなくなるのであるから取引採算上、右要請の強固な担保となるもので、また被審人に登録した小売業者以外の業者とは取引きしないことを要請し、一方、流通経路確認票および識番号により卸売業者の販売先が確認できる機構を設け、これを卸売業者に告知していることは、販売先に関する右要請の担保となるものであり、かつこの要請は、前記価格維持の要請に資するものであるところ、被審人が販売する育児用粉ミルクの商品的特殊性およびこれを取り扱う卸売業者と被審人との取引上の関係は、前記第一事実の二のとおりであって、同粉ミルクの市場占拠率いかんにかかわらず卸売業者としては、特段の事情のない限り、同粉ミルクを取り扱わざるをえないから、かかる状況を背景とした被審人の右卸売価格についての要請からなる本件行為は、卸売業者と小売業者との取引きを拘束する条件をつけて卸売業者と取引きしているものといわざるをえない。したがって、被審人の本件行為は、私的独占禁止法第二条第七項第四号、不公正な取引方法（昭和二十八年公正取引委員会告示第十一号。以下、「一般指定」という。）の八に該当し、同法第一九条に違反するものである。

第二　被審人は、「被審人が昭和四一年一一月二四日付をもってなした文書提出命令の申立てと記録の閲覧請求に対して、審判官は、前者についてはこれを『心要なし』との理由で、また後者については、これを被審人が私的独占禁止法第六九条所定の利害関係人にあたらないという理由で、それぞれ却下の処分をしたが、同処分は、いずれも被審人の防禦権を不当に制限し、排除したものであって、審判の手続に関する私的独占禁止法第五二条第一項に違背する。そして、この手続違背は、審決に影響を及ぼす重大な誤りを犯したものであり、かつ本件審判は審理不尽のそしりを免れないものである。」旨主張するが、この点については、当委員会が、本件審判の手続中、昭和四二年一月二六日付決定をもって判断したところであるから、これをここに引用する。

第三　被審人は、本件再販売価格維持行為は私的独占禁止法違反に問われるべきものでない。として順次次の諸点にわたる主張をしているので、以下この点について判断する。

第一点　一般指定の八は無効である、との主張について

一　被審人の主張の要旨

(一)　私的独占禁止法第二条第七項によって不公正な取引方法の指定が公正取引委員会にゆだねられているのは、当該業界の特殊性、取引の実情の時代による変遷等に即応した柔軟な規制が行なわれるべきことを予定しているためである。したがって、特殊指定のような具体的な指定こそ右規定による委任の趣旨にかなうものであり、さればこそ同法第七一条においてもこれを予定して公聴会に関する手続規定を設けているのである。ところが、現行の一般指定は、昭和二八年の同法改正前に法律に規定されていたのと同様の抽象的な規定のしかたをしている。このような委任命令は同法第二条第七項の予定しないところであるから、一般指定の八は同項の委任の範囲を逸脱した無効なものである。

(二)　かりに、同法第二条第七項が一般指定の八のような抽象的な指定をも許しているとすれば、同項は委任命令を許容する憲法の趣旨にもとるもので、同項自体が憲法に違反する無効なものであるから、一般指定の八もまた無効であるといわざるをえない。

二　当委員会の判断

(一)　私的独占禁止法第二条第七項によって不公正な取引方法の指定が当委員会にゆだねられているのは、不公正な取引方法は複雑かつ流動的な取引社会のうちに生ずる経済現象であるから、このような経済現象を対象として規制するには、その規制に可能な限り弾力性をもたせる必要があり、そのために、規制の前提となる経済実態とその変動の把握およびこれに即応した規制基準の設定、変更を、行政機関である当委員会において行なわしめるのが妥当であるとの理由によるものである。そして、右指定にあたって、立法技術的にどのように経済実態を把握してどのように規制するか、そのために、どのような指定のしかたをするかは、同項各号にき束された範囲で当委員会にゆだねられた裁量事項であるから、右指定を一般的・抽象的なしかたでするか、個別的・具体的なしかたでするかは、き束された委任の趣旨ないし範囲内で、当委員会が裁量によって決することのできる事柄である。

ところで、特殊指定が、特定の業界の実情に即し、当該業界において行なわれ、もしくは行なわれる可能性のある不公正な取引方法の類型を具体的にとらえてこれを規制せんとするものであるのに対し、一般指定は、わが国の経済事情に対処し、ひろくあら

ゆる業界において行なわれ、もしくは行なわれる可能性のある不公正な取引方法の類型を一般的にとらえてこれを規制せんとするものであって、その性質上、特殊指定に比すれば、ある程度抽象的であることを免れないが、しかし、それは同法第二条第七項各号所定の公正な競争を阻害するおそれのある行為の各類型を、可能な限り具体化しているものであって、委任の趣旨ないし範囲を逸脱するものではない。しかして、一般指定の八もまた同法第二条第七項第四号を具体化したものであることは明らかであって、これを、被審人が主張するように昭和二八年の同法改正前の第二条第六項第六号に規定されていた文言と対比して、その抽象性を論ずるのは相当でない。

また、特殊指定については同法第七一条によって公聴会の手続に関する規定が設けられているが、特殊指定は、前記のとおり特定の業界における不公正な取引方法の類型を具体的にとらえてこれを規制せんとするものであるから、規制が当該業界の実情に即して十分効果的に行なわれるよう配慮する必要があり、このため、特殊指定を行なうに際しては、当該特定の取引方法を用いる事業者と同種の事業を営む事業者の意見等を十分聞いて、その運用に遺憾なからしめようとする特殊な理由から、公聴会の手続を定めているのであって、右規定があるからといって、同法の予定しているのは、右のような手続に親しむ、例えば特殊指定のような具体的な指定のみであるということにはならないのである。

(二) 被審人は、同法第二条第七項の違憲、無効をいうが、同項によって一般指定の八のような指定が許されるかどうかは同項の解釈の問題であって、同項自体の違憲の問題ではない。

第二点　被審人の本件行為は、一般指定の八にいう拘束条件付取引ではない、との主張について

一　被審人の主張の要旨

(一) 再販売価格維持行為は、これを直接禁止する規定がない。再販売価格維持行為は、行為類型としては非常に明確な概念であるから、これがもし理論上も不公正な取引方法であるというならば、直接明確な指定ができたはずである。にもかかわらず、あえてこれをなさなかったのは一律にこれを禁止する理論的根拠がなく、むしろ場合によっては積極的に許容することが適当な場合もある

からである。昭和二八年の法改正によって私的独占禁止法第二四条の二に再販売価格維持行為を積極的に許容する規定を設けたのもそのためである。再販売価格維持行為が不公正な取引方法として私的独占禁止法上の一般的違法行為であるとすれば、このような許容規定を設けて適用除外を認めることは、現行法上矛盾である。したがって、同条は適用除外規定ではなく、ひいては再販売価格維持行為を一般的に禁止する規定もないと解するのが相当である。

(二) 一般指定の八は「取引の拘束」と規定し、「取引の拘束」の中に不当性をみているのであるから、それは取引自体を全体的に拘束する場合を規制しているものと解さざるをえない。それは、再販売価格の指示というような単なる価格の拘束をいうのではなく、取引全体の拘束により、相手方が独立の意思を有する企業として行動しえないほどに自由が拘束されている場合でなければならない。したがって、再販売価格の指示は、一般指定の八にいう「取引の拘束」にはあたらない。

(三) 再販売価格維持行為は、一般指定の八が予定するような相手方（販売業者）を一方的に拘束するものとは限らない。むしろ販売業者が再販売価格維持を歓迎してこれを要望し、場合によっては、生産者の意思に反してもこれを行なわざるをえないことがある。したがって、このような場合には、再販売価格の維持は「協定」ではありえても、「一方的な拘束」ではない。被審人の本件行為は、販売業者からの要望にもとづいて行なわれたものであって、一方的な拘束行為ではない。

二　当委員会の判断

(一) 被審人は、現行法上再販売価格維持行為は一般的違法行為ではなく、むしろ積極的に許容されうる行為であるとして、私的独占禁止法第二四条の二をあげて主張するが、同条は、所定の実質的要件を具備する場合は、当委員会がさらに私的独占禁止法の趣旨および目的にそい諸般の事情を考慮して、一定の商品の取引について同条所定の指定をすることができ、これによって、当該商品の取引については、一般に再販売価格維持契約を適法に行ないうることを定めたものであって、この指定をうけていない商品の取引が私的独占禁止法上どのような評価をうけるかとは、観点を異にする規定である。右の指定をうけない商品についての価格の拘束が、違法行為であるかどうかは、改めて他の法条、すなわち同法第二条第七項および一般指定に該当するかどうかに係る問題で

ある。

しかるに、後に述べるとおり、一般指定の八中段にいう「取引を拘束する」とは、対価を拘束する場合を含むと解するのが相当であるから、相手方とこれから商品の供給を受ける第三者との対価を拘束することを取引内容として相手方と取引する行為は、一般指定の八に該当する違法な行為といわざるをえない。

なお、私的独占禁止法第二条第七項第四号、一般指定の八と同法第二四条の二の関係について付言する。私的独占禁止法による評価は、いわゆる刑法犯の評価と異なる経済政策上の評価であるから、このような評価は、必らずしも固定的でなければならないものではない。さすれば、一般指定の八によって違法とされるべき行為であっても、前記のような同法第二四条の二の指定の手続きを受ければ、これを右評価による違法性と同質的な違法滅却理由として、同法第二条第七項、第一九条の適用をうけないこととなるのであって、この意味で、同法第二四条の二は、同法第二条第七項、第一九条の適用除外規定である。また、同法第二四条の二所定の実質的要件にかなう限り当然に一般指定の八所定の「正当な理由」のある場合である、といえるものではなく右の「正当な理由」は、後に述べるとおり、不公正な取引方法を禁止している私的独占禁止法の趣旨にのっとって、別個の観点から解釈すべきものである。

(二) 一般指定は、公正な競争を促進するために特定の取引方法を指定して、これを不公正な取引方法としているのであるから、一般指定の八を解釈するにあたっても、公正な競争を阻害する「取引の拘束」とはどのような形態のものかを考えなければならないこととなる。取引の相手方が第三者との間で行なう取引活動について、その取引と直接関係のない者が一定の拘束を加える場合に、それが取引自体を全体的に拘束するものであれば、「取引の拘束」となることは多言を要しないところであるが、公正な競争を促進する見地から「取引の拘束」といえる場合は、これに限られるものではない。すなわち、取引条件のうち対価のごときは、元来自由な競争の対象となるべき事項であって、取引の当事者が独自に判断すべきものであるから、右の当事者以外の者が、対価について拘束を加えることは、とりもなおさず取引を拘束することにほかならない。このことは私的独占禁止法第二条第七項の法意か

らして当然といわなければならない。

右のとおりであるから、一般指定の八中段にいう「取引を拘束する」とは、取引自体を全体的に拘束する場合ばかりでなく、対価を拘束する場合を含むものと解するのが相当であって、かく解することは経済社会の観念にも合致するところである。

(三) 被審人の本件行為が不公正な取引方法に該当するのは、自己の事業活動と直接関係のない取引関係について介入することが公正な競争を阻害するおそれがある点にある。すなわち、再販売価格維持行為の個別的事案のうちには、被審人が主張するように、販売業者等の利益のために、むしろそれらの者の要求のもとに行なわれるものがあることは否定できないにしても、同行為が不公正な取引方法にあたるかどうかは、当事者の意図あるいは当事者の合意の任意性のような主観的事情によって決せられるものではない。同行為は、その実体をみれば、公正な競争を阻害するおそれがあるので、一般指定の八中段が適用されるのである。したがって、本件行為は、それが販売業者の要望によって行なわれたものかどうかは、一般指定の八が適用されるかどうかを左右するものではないのである。

なお、従来の審決例のうちには、被審人が主張するとおり実質的に再販売価格維持行為とみられる事案を共同行為としてとらえているものもある。しかし、これらの審決は、再販売価格維持行為が昭和二八年法改正前の私的独占禁止法第二条第六項第六号(現行法のもとにおける一般指定の八)に該当しないことを確定ないし前提としたものではないから、右各審決例を本件行為が一般指定の八に該当しないことの証差とすることはできない。

以上のとおりであるから、被審人の本件行為は、一般指定の八に該当すると認めるべきである。したがって、被審人のこの点に関する主張は採用することができない。

第三点 被審人の本件行為は、一般指定の八所定の「正当な理由」がある場合である、との主張について

一 被審人の主張の要旨

(一) 再販売価格が維持されることによって、その商品を取り扱う販売業者間の価格競争が間接的に若干制限されることはあっても、

それは競争の制限にあたるに過ぎない。この競争が不公正な取引方法とされるためには、その制限が不当なもの、すなわち一般指定の八にいう正当な理由のないものでなければならない。

ところで、私的独占禁止法第二条第七項が「……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」と規定し、公正な競争を阻害するおそれのあるものでも、右指定がなければ不公正な取引方法にあたらないとしたうえで、その指定である一般指定の八において、「正当な理由」がないこと、を一つの要件として規定しているのだから、正当な理由がある競争制限行為は右指定からはずれるもの、と解さざるをえない。したがって、一般指定の八の「正当な理由がないのに」との要件は、右条項の「公正な競争を阻害するおそれ」のある行為、すなわち形式上一般指定の八に該当すると認められる行為であっても、その行為の違法性を実質的に判断すべきことを規定しているのであって、この実質的違法性の判断こそ社会通念上ないし取引上の合理性である。

(二) 右の観点にたって本件行為をみると、それは次のとおりの正当な理由によるものである。

ア 育児用粉ミルクの特殊性にもとづく理由

(ア) 本件商品は、乳児の主食であり、その生命、健康にかかわる商品であるから、被審人は、その商品を全国的に円滑に配給する社会的責任を有する。しかるに、かかる商品がおとりとして乱売されると、その周辺の小売業者は、これに対抗して値下げせざるをえなくなり、一般商品に比して低いマージンに甘んじている業者にとってさらにマージンが低下するため、その取扱いを拒否することともなりかねず、商品の円滑な流通は阻害されて消費者に多大の迷惑をかける。したがって、被審人としては小売業者のマージンの低下には重大な関心を持たざるをえないのである。

また、本件商品は、その性質から指導販売が必要であるため、小売業者にとっては、指導販売の経費を生むためにそれ相当のマージンが確保されなければならない。被審人としては、そのために卸売価格、小売価格が維持されることを要請してきたのである。

したがって、右のような理由によってある程度の競争制限がなされても、これは合理的理由によるものであるからやむをえないことなのである。

(イ) また、育児用粉ミルクは、直接乳児の生命、健康にかかわる商品であるから慎重に取扱われ、保管され、万一、製造上、保管上のミスにより事故が発生した場合は、すみやかにその製品の回収等の措置が取られなければならない。これが、小売業者の登録、流通経路の確認の制度が必要となる理由である。

イ 販売形態上の理由

本件商品の販売の形態としては、返品の自由がある。このことは販売業者に引渡したときに直ちに所有権の移転が行なわれたということがいえないのであって、代金未決済の間は、商品に対する売主の支配権が全く失われていることにはならないのである。これを本件についてみると、売買代金の決済は、数か月後を満期とする手形をもってなされ、その間商品の所有権は必ずしも移転したとは言えないので、かかる委託販売的性格の取引において売主がなんらかの条件を付すことは、権利の行使に準じて考えるべきもので、被審人の本件行為は、正当な理由によるものである。

ウ おとり販売に対する対抗上の理由

育児用粉ミルクは、自由な競争が行なわれている商品であって、一般消費者に日常使用され、品質が一様であることが容易に識別できる商品であるため、おとり販売に供されやすい。私的独占禁止法第二四条の二の規定が設けられたのもおとり販売による弊害を防止するためであって、おとり販売は不当廉売として不公正な取引方法に該当することが一般に承認されていることと考えあわせると、これを防止することはむしろ同法の趣旨にかなうものである。しかるに公正取引委員会は、今日まで、おとり販売を取り締っていない。かかる場合違法なおとり販売に対抗するため自衛的に再販売価格維持を行なうことは、正当防衛もしくは、自救行為と同様に違法でないものと考えるべきである。被審人の本件再販売価格維持行為は、販売業者に確保しようとした利巾は低率であり、また被審人としても価格の吊上げをはかったり、不当な利益をむさぼったものではないのであるから、か

かる行為は、正当防衛もしくは自救行為と同様の法的評価を受くべき行為であって、正当な理由があるものである。

エ　企業防衛上の理由

被審人は、資本金、売上高等において育児用粉乳業界で第四位にあり劣弱である。ところで出生率は年々減少の傾向にあって育児用粉ミルクの総需要の増大はさほど期待できない。したがって、他の競争業者の拡売は直ちに被審人の市場占拠率の減少を意味するから、被審人としても対策が必要となる。さすれば他の競争業者が再販売価格維持に関する新方式を採用して成果を収めているとき、これを傍観していることは、販売競争から脱落することとなるので、被審人はこれに追随模倣したまでのことである。被審人の本件行為は、地位が弱体な企業として防衛上避けることができず、したがって被審人にとって、右状況を看過して、何らの対策も施さずに放置しておくことのできないやむを得ざる手段なのである。

二　当委員会の判断

(一)　私的独占禁止法第二条第七項、第一九条は、公正な競争を促進するため、その障害となる不公正な取引方法を排除しようとするものであるから、同項第四号、一般指定の八は、同項の右法意にのっとって解釈されなければならない。

ところで、ある者がその相手方と第三者との取引の内容について拘束を加えることは、その事項が競争の対象となる事項であれば、かかる事項は、元来その取引関係の当事者間において、経済能率にしたがって自由に決せられるべきものであるから、これに拘束を加えることは、相手方の事業活動における公正な競争を阻害するおそれがある拘束条件をつけたことにほかならない。これに反し、一定の事項について拘束する条件をつけたとしても、その事項が公正な競争秩序とかかわりのないものであれば、そのような事項についての拘束は、公正な競争を阻害するものではないから、一般指定の八により規制を受けるべき事柄ではない。このような場合を、法による規制の対象から除外する趣旨で、いいかえれば、法の規制対象を「公正な競争を阻害するおそれ」のある拘束条件をつけた取引に限定して、これを不公正な取引方法として排除する趣旨を示したのが、一般指定の八にいう「正当な理由がないのに」の文言である。

右のとおりであるから、被審人がその相手方である卸売業者と第三者である小売業者との取引における対価について拘束を加えたこと、ならびに卸売業者の販売先を前記第一事実三、(三)のような特定の登録小売業者に限定すべき旨の拘束を加えたことが、右の相手方の事業活動における公正な競争秩序を阻害するものでない、といえない限り、本体行為について一般指定の八が適用されることは免れないところといわなければならない。

(二) 一般指定の八にいう「正当な理由」は、右(一)に示したとおり解すべきであるから、「正当な理由がないのに」を「「公正な競争を阻害するおそれ」とは異なった観点、すなわち、社会通念上ないし取引上の合理性の見地から解すべきであるとする見解を前提とする被審人の前記一、(二)、アないしウの各主張は、いずれもこれを採用することができない。

ちなみに、

(ア) 被審人は、本件行為が正当な理由によるものであるとして、前記一、(二)、ア、(ア)および(イ)のとおり、主張し、参考人大野達雄、(第四回速記録(一))、同安田英夫(第四回速記録(二))、同金井昇(同)、同藤田胖(第七回速記録)、同矢島正次(同)、同粟屋義純(第六回速記録)、同佐野保(同)の各陳述および和第二一号証によれば、おおむね被審人の右(ア)の主張事実は、これを認めることができ、また、参考人大野達雄(前同)、同安田英夫(前同)、同金井昇(前同)、同畑英治(第五回速記録(一))の各陳述によれば、本件登録制度および流通経路確認の制度は、同(イ)の主張事実のとおりの機能をも有していたことを認めることができるが、右(一)に摘示したような事項のうち対価については、相手方が第三者との間で自由に決すべきもので、相手方が第三者との間で行なう取引行為の本質的部分であって、事業活動における競争の成り立つ顕著な事項であり、また前示のとおり被審人が卸売業者の販売先を登録小売業者に限定したのは販売価格の維持のためであるから、本件行為が右認定のような理由および機能を有するとしても、これをもって本件行為は被審人の相手方らの事業活動における公正な競争秩序を阻害するものでないとは認めがたい。

(イ) 被審人は、被審人が卸売業者に販売する育児用粉ミルクの販売形態は委託販売的性格のものである旨主張する。

しかして、参考人藤田胖（前同）、同矢島正次（前同）、同伊賀政春（第七回速記録）、同黒瀬邦平（同）、同地葉一郎（第五回速記録㈡）の各陳述および和第二二号証を総合すれば、育児用粉ミルクについては、卸売業者、小売業者ともに、包装、内容等の不良品であることを理由とするほか、まれには、資金繰りのために返品することがあること、資金繰りのためにする返品は一時的な便宜手段で、いわば売方に一時的に預けておく程度のものであること、返品が業者間で自由に認められるのは医薬品業界における一般であるが、育児用粉ミルクは、需要量がある程度固定しており、かつ販売回転率が比較的高い商品であるため、数量を合理的に算定して仕入れる限り、不良品以外の返品の必要は生じないことが認められる。右事実によれば、不良品であること以外の理由による返品が認められないわけでない点で、いわゆる売切り販売と異なるが、委託販売において委託者に指値の権利が認められるのは、委託販売が委託者のために、すなわち委託者の計算において行なわれる取次行為であることによるもので、単に返品が可能であることから、当然に育児用粉ミルクについての被審人と卸売業者および卸売業者と小売業者の各間の取引関係を実体的に委託販売に準じて考えなければならないものではないし、右取引における商品の所有権の帰属いかんもまた右の各取引をもって同様委託販売に準ずるものと認むべきか否かの要素とはなしがたい。しかして、そのほかに、右の各取引がそれぞれ、右のように売主のためになされる委託販売に準じて考えられるべきものとする事情を認めるに足る証拠はない。

(ウ) 被審人は、本件行為は不公正な取引方法として違法なおとり販売を防止するための正当な行為である旨主張するが、私的独占禁止法において不当廉売ないし違法なおとり販売とされるのは、一般指定の五または六に該当する公正な競争を阻害するおそれのある行為をいうものと解すべきところ、参考人金井昇（前同）、同地葉一郎（前同）、同宮崎安弘（第五回速記録㈡）、同黒瀬邦平（前同）、同伊賀政春（前同）、同矢島正次（前同）、同藤田胖（前同）、同安田英夫（第八回速記録）の各陳述および和第二三号証によれば、被審人が前記第一事実記載のとおりの販売対策を決定した当時、被審人が販売していた育児用粉ミルクを含めて育児用粉ミルクについては、卸売業者および小売業者の間にいわゆる廉売が行なわれていたことは認められるが、右証拠ならびに本件全証拠によるも、右の廉売が、いずれも前示の不当廉売ないし違法なおとり販売であって無秩序な競争をもたら

しているものと認めるに足りないし、また被審人の本件行為は、前示認定の第一事実から明らかなとおり、違法なおとり販売を行なった者に対する処置ではないから、これをもって正当な理由のある行為と認めることはできない。

(三) さらに、被審人は、本件行為は販売競争において企業防衛上無策に甘んじることが期待できない結果の不可避的行為である旨主張し、参考人大野達雄（前同）、同地葉一郎（前同）、同黒瀬邦平（前同）の各陳述および和第六ないし一〇号証によれば、被審人は、資本金、売上高等で競争事業者である森永商事株式会社、明治商事株式会社に劣り、被審人が販売する育児用粉ミルクの市場占拠率は、森永商事株式会社が販売する同粉ミルクの同率が約四一パーセント、明治商事株式会社の販売する同粉ミルクの同率が約三五パーセントであるのに対して、約一〇パーセント程度であることが認められ、また被審人が前記販売対策を決定した当時、森永商事株式会社においては、登録制度と称する販売方式を採用しており、また明治商事株式会社においては被審人の前示感謝金制度に相当するリベート制度を立案計画中であったことは当委員会に顕著な事実であって、参考人畑英治の陳述（前同）によれば、被審人の本件行為は、右各社に対する対抗的措置であることが認められるが、右各社の行為が私的独占禁止法上の違法行為であるとすれば、それはそれとして処置されるべきものであって、被審人の本件行為が右各社の施策に対抗するためやむなくなされたものであったとしても、そのこと自体、本件行為を正当な理由あるものと認める理由とはなし得ない。したがって、被審人のこの点に関する主張は、これを採用することができない。

第四 被審人は、「被審人が採った高額払込制度および感謝金制度については、審判開始決定書になんらの記載もなく、審判の対象となっていないのであるから、これについて排除措置を命ずることは、被審人の防禦権を不当に侵害するものである。」旨主張するが、本件の審判の対象は、審判開始決定書記載のとおり被審人が指示卸売価格および指示小売価格を決定し、この価格を守って販売させるために相手方である卸売業者に対して採った施策が一般指定の八にあたる不公正な取引方法であるかどうかである。したがって右施策として行なわれた具体的事実のうちいかなるものが実効性をもつものであるか、またその事実のうちいかなるものについて審判すべきかは、必ずしも右決定書に記載された個別的事実のみに限定されるものでなく、右決定書によって特定された施策として、同記載の具体的事実との社

会的、経済的な同一性を害しない範囲の事実であれば、多少異った事実について審判することも適法である。本件の高額払込制度および感謝金制度は、いずれも、前記事実ならびに法の適用として示したとおり、被審人が採った右施策の内容である具体的事実であり、右決定書記載の指示卸売価格および指示小売価格の決定と指示ならびに小売登録制度と同一の事実的範囲のものであるから、被審人主張の各制度につき審判を遂げたとしても審判の対象を誤ったことにはならない。また。右の各制度については、職権で参考人の審尋がなされるなど、十分審理がつくされ、しかもこの点に関する防禦の機会が設けられたことは記録上明らかであるから、本件審判にあたって、被審人の防禦権が不当に侵害されたものとは認め難い。したがって、被審人の右主張はこれを採用することができない。

よって、私的独占禁止法第五四条第一項および公正取引委員会の審査及び審判に関する規則(昭和二八年公正取引委員会規則第五号)第六九条第二項の規定により、主文のとおり審決する。

昭和四三年一〇月一一日

公正取引委員会

委員長　山田精一

委員　菊池淳一

委員　梅田孝久

委員　亀岡康夫

委員　有賀美智子