

#### I 不公正な取引方法としての抱き合わせ

独禁法19条が禁止する不公正な取引方法の2条9項6号ハに基づく一般指定10項は、「相手方に対し、不当に、商品又は役務の供給に併せて他の商品又は役務を自己又は自己の指定する事業者から購入させ、その他自己又は自己の指定する事業者と取引するように強制すること」と定める。

行為要件は、(i)主たる商品（役務を含む。）（抱き合わせる商品）と従たる商品（抱き合わせられる商品）の2つの商品が存在すること、及び、(ii)相手方が従たる商品の購入を強制されること（購入を余儀なくされること）が認められる場合に満たされる。実質要件の「不当に」とは、公正競争阻害性のことであるが、①競争の減殺を意味する公正競争阻害性と②競争手段の不正を意味する公正競争阻害性の2つが含まれるものと解釈・運用されている。

①の競争の減殺を意味する公正競争阻害性の要件は、従たる商品の市場において競争者の排除効果（市場を閉鎖する効果）が認められる場合、言い換えれば、従たる商品の市場において競争者が他に代わり得る取引先を容易に見い出すことができなくなるおそれがある場合に満たされる。この判断においては、主たる商品の市場における行為者の地位、従たる商品の市場における行為者及び競争者の地位などが考慮される。

②の競争手段の不正を意味する公正競争阻害性の要件は、相手方の選択の自由を妨げる場合に満たされる。従たる商品の購入を強制すること自体でこの要件が満たされる。したがって、行為要件を満たす場合には、通常、当然に競争手段の不正を意味する公正競争阻害性の要件も満たされることになる。市場の画定は不要である。

①の場合を他者排除型、②の場合を不要品強要型とも呼ばれる。そして、不要品強要型の抱き合わせは、本来、優越的地位の濫用として規制されるべきであるとも主張される。

平成21年独禁法改正により排除型私的独占（2条5項・3条前段）が課徴金の対象に入ったことから作成・公表された排除型私的独占ガイドライン（平成21年10月28日）によれば、競争者の排除効果が認められる（あるいは他者排除型の）抱き合わせは、排除型私的独占の排除行為を構成し得る典型行為の1つである。公取委は、行為開始後において行為者が供給する商品のシェアが2分の1を超える事案について、排除型私的独占として優先的に審査を行うことを明らかにしているが、抱き合わせについては、主たる商品の市場においてシェアが2分の1を超える事案について、排除型私的独占として優先的に審査する、ということになる。逆にいえば、行為者が主たる商品の市場において2分の1以下の場合については、不公正な取引方法としての抱き合わせとして審査されることを意味する。不公正な取引方法としての抱き合わせとして審査される場合の行為者が主たる商品の市場において占めるシェアの下限は明らかではない。流通・取引慣行ガイドライン（平成3年7月11日）によれば、10%以上（又は順位が上位3位以内）が一応の目安となる。しかし、知的財産ガイドライン（平成19年9月28日）では、セーフハーバーを20%に置いていることに照らしても、これでは低すぎるのではないかという問題が含まれている。

上記②の不要品強要型の抱き合わせは、米国反トラスト法にも EU 競争法にも存在しない。上記①の競争者の排除効果を問題とする他者排除型の抱き合わせについては、米国反トラスト法では、(i) 2つの別個の商品の存在、(ii) 主たる商品の市場における市場支配力 (market power) の存在、(iii) 需要者に従たる商品の選択の余地を認めないこと、(iv) 従たる商品の州際通商の実質的量に影響を与えることの4要件を満たす場合に、シャーマン法1条が禁止する不当な取引制限の合意ないしクレイトン法3条が禁止する排他取引に該当する。EU 競争法では、主たる市場において支配的地位にある行為者が従たる商品の市場において競争者の排除効果をもたらす抱き合わせは、市場支配的地位の濫用を禁止する102条に違反する。他方、EU 競争法では、抱き合わせは、競争者の排除効果をもたらす垂直的制限の合意として101条1項の適用を受ける。101条3項に基づく垂直的制限の一括適用除外規則によれば、行為者の主たる商品の市場及び従たる商品の市場の双方でのシェアが30%を超えない場合には、101条1項に違反しないことを明らかにしている。

## II 藤田屋（ドラクエ IV）事件（平成4年2月28日審判審決（審決集41巻41頁））

### 1 事実の概要

被審人（藤田屋）は、家庭用電子玩具の卸売業者であり、家庭用電子玩具を一次卸売業者から購入し、小売業者等へ販売している。被審人は、エニックスが平成2年2月から発売開始したゲームソフトのドラクエ IV を、平成2年3月末までの間に、一次卸売業者である4社の卸売業者から、約5万7600本購入した。ゲームソフトのドラクエ IV は、前三作がいずれも人気ゲームソフトとなったところから前人気が高く、その発売日には消費者が店頭で殺到することが予想されたため、小売業者は、ドラクエ IV の入荷量確保に躍起となる状況にあった。被審人は、このような状況において、ドラクエ IV の販売に当たり在庫となっているゲームソフトを処分することを企図し、取引先小売業者約310店に対しては過去の取引実績に応じた数量配分として約7万3300本を販売することとした上、過去の取引実績に応じた数量配分以上の購入を希望する小売業者に対しては、平成元年12月下旬以降、同社に在庫となっているゲームソフト3本を購入することを条件にドラクエ IV 1本を販売すること等の商品案内を送付する等によって通知した。被審人は、この販売条件に応じて購入を希望した小売業者25店に対し、合計でドラクエ IV 約1700本と在庫となっている他のゲームソフト約3500本を抱き合わせて購入させた。

### 2 審決

#### 2-1 主文

- (1) 被審人は、①家庭用テレビゲーム機用のゲームソフトであるドラクエ IV を販売する条件として、同社に在庫となっていた他の家庭用テレビゲーム機用のゲームソフトを抱き合わせて購入させていたが、この行為を取りやめたこと、②今後、右行為と同様の行為を行わないことを、取引先小売業者に周知徹底させなければならない。
- (2) 被審人は、今後、取引先に対して、家庭用テレビゲーム機用のゲームソフトの販売に当たり、他の家庭用テレビゲーム機用のゲームソフトを抱き合わせて購入させてはならない。

## 2-2 理由

ドラクエ IV と本件抱き合わせ販売された他のゲームソフトとは、それぞれその内容において独自性を有し、独立して取引の対象とされているものであるから、他のゲームソフトが、一般指定10項にいう「他の商品」に当たる。

一般指定10項にいう「購入させること」といえるためには、客観的にみて少なからぬ顧客が他の商品の購入を余儀なくされるような抱き合わせ販売であることが必要である。

一般指定10項にいう「不当に」とは、公正な競争を阻害するおそれがあることを意味し、公正な競争を阻害するおそれがあるとは、当該抱き合わせ販売により、買手が被抱き合わせ商品の購入を強制され商品選択の自由が妨げられ、その結果、良質・廉価な商品を提供して顧客を獲得するという能率競争が侵害され、もって競争秩序に悪影響を及ぼすおそれのあることを指す。本件抱き合わせ販売は、ドラクエ IV が人気の高い商品であることから、その市場力を利用して価格・品質等によらず他のゲームソフトを抱き合わせて販売したものであり、買手の商品選択の自由を妨げ、卸売業者間の能率競争を侵害し競争手段として公正を欠く。

本件は、被審人の独占的地位や経済力を背景にするものではなく、ドラクエ IV それ自体の人気によるものであるため、人気商品を手に入れ得る立場にある者は、容易に実行することができる行為であることを考えると、本件抱き合わせ販売は、実際に販売されたのは、小売業者25店に対し被抱き合わせゲームソフト約3500本であるが、その申し入れは実績配分以上の数量を希望した取引先小売業者を対象に組織的、計画的になされたものであり、また本件抱き合わせ販売は、その性質上及び市場の実態からみて反復性、伝播性があり、更に広い範囲で本件の如き抱き合わせ販売が行われる契機となる危険性を有し、被抱き合わせ商品市場における競争秩序に悪影響を及ぼすおそれがある。

## 2-3 法令の適用

被審人は、その取引先小売業者に対し、不当に、ドラクエ IV の供給に併せて他のゲームソフトを自己から購入させていたものであって、これは、一般指定10項に該当し、独禁法19条に違反するものである。

## 3 検討

本件は、抱き合わせの不当性を、買手の選択の自由を妨げるという競争手段の不正を意味する公正競争阻害性に求めている。

抱き合わせは、元来、取引強制という類型に属する不公正な取引方法と捉えられたこともあり、伝統的に、その不当性は、主として、顧客の選択の自由を歪める競争手段の不正に求められてきた(田中寿編著『不公正な取引方法—新一般指定の解説—』別冊 NBLno.9 (昭和57年9月20日) 63頁及び104頁。不公正な取引方法の一般指定は、昭和57年に抜本的に改正されたが、本書は、この経緯と内容につき解説したものであるが、今日においても、依然として、不公正な取引方法を理解する上で最も重要なものとなっている。) 。本書は、①「抱き合わせ販売等の取引強制の公正競争阻害性の有無の判断に当たっては、能率競争(価格・品質・サービスを中心とする競争)の観点からみて、競争手段として不公正であるかどうか为中心となり、市場全体における競争に及ぼす影響は必ずしも要件ではない。」としつつ、②「独禁法の規制の対象となる行為であるから、当該行為の対象とされる相手方の数、当該行為の反復性、行為の伝播等行為の広がり」を考慮するこ

ととなろう。」と述べていた。しかし、なぜ②のようなことがいえるのかは、必ずしも明らかではなく、事件選択の基準と違法判断の基準とを混在・混同させているようにもみえる。

本件は、基本的に本書が採る考え方に従って判断されたものとみられる。審決は、本件抱き合わせ販売は、その性質上及び市場の実態からみて反復性、伝播性があり、更に広い範囲で本件の如き抱き合わせ販売が行われる契機となる危険性を有し、被抱き合わせ商品市場における競争秩序に悪影響を及ぼすおそれがある、と述べている。しかし、被抱き合わせ商品市場における競争秩序に悪影響とはどのようなことなのかは明らかではなく、在庫に眠っていた商品をめぐる競争とはどのようなことなのであろうか明らかではない。

なお、審決では、ゲームソフトは、現実には、人気商品は販売されるゲームソフトのうちの一部であり、原則として返品できないこともあり、その大半は流通業者が在庫として抱えることになるのが通常であるため、流通業者は、人気商品が販売された場合、在庫品を処分するため人気商品と不人気商品と抱き合わせて販売することが必ずしも稀ではなかったこと、ドラクエⅣについては被審人自身も一部抱き合わせで買わざるを得なかったことが認定されている。そして、被審人が仕入れたドラクエⅣ約7万7600本のうち約94%の約7万3300本を取引先小売業者約310店に対し従前の取引実績に応じて数量配分され、その数量配分以上の購入を希望する小売業者25店に対しドラクエⅣ約1700本を他のゲームソフト約3500本と抱き合わせて販売したというのである。このような事情の下で、本件抱き合わせが買手の商品選択の自由を妨げ競争秩序に悪影響を及ぼしたという評価ができるのであろうかという疑問もある。

また、被審人は、本件抱き合わせ販売は取引先小売業者の強い希望によってなしたものであり、本件抱き合わせ販売に応じた小売業者は自己の判断により商売上の利益を考え納得のうえで発注したものであり、また、小売業者は本件抱き合わせ販売により何ら損害を被っていないとも主張している。これに対し、審決は、小売業者も、本来、ドラクエⅣのみを買い受けることを望んだのであり、ドラクエⅣを取得するために自己の欲しない他のゲームソフトも買い受けたものであること、顧客が損害を被らなかつたとしても、顧客が損害を被ったことは一般指定10項の抱き合わせ販売の成立要件ではないと述べているが、これで十分反論になっているのであろうか。さらに、被審人は、本件抱き合わせ販売は、一過性のものであり反復性がないとも主張している。これに対し、審決は、ドラクエⅣは平成2年の2月11日に発売開始されたが夏頃には売れ行きが落ちてきたことを認定しながら、このことは公正競争阻害性を認定する妨げとならないとしているが、この判断も説得的といえるのであろうかという疑問もある。

### III マイクロソフト事件（平成10年12月14日勧告審決（審決集45巻153頁））

#### 1 事実の概要

被審人（日本マイクロソフト）は、日本に所在するパソコン製造販売業者との間で、親会社である米国マイクロソフトの基本ソフト等に係るライセンス契約の締結交渉を行うほか、表計算ソフトのエクセル、ワープロソフトのワード、スケジュール管理ソフトのアウトLOOK等の応用ソフトを開発し、ライセンス供与していた。

このうち、表計算ソフトについては、被審人が基本ソフトであるウインドウズ3・1の

供給を開始した平成5年ころから、エクセルが、一般消費者の人気を得て、1位の市場占拠率を占めていた。ワープロソフトについては、平成3年12月、ワードの供給を開始したが、先行して供給していたジャストシステムの一太郎に対する一般消費者の人気が高く、一太郎が1位の市場占拠率を占めていた。スケジュール管理ソフトについては、平成8年までは、ロータスのオーガナイザーが1位の市場占拠率を占めていた。

被審人は、遅くとも平成4年ころ以降、日本のワープロソフトの市場においてワードの市場占拠率を高めることに力を注いでいた。被審人は、当初、パソコン製造販売業者が自社の応用ソフトをパソコン本体に搭載して出荷することに否定的であったが、ワードに競合する一太郎のみがパソコン本体に搭載されて販売されることは、ワードの市場占拠率を高める上で障害となるものと危惧し、パソコン製造販売業者が出荷するパソコンについて、表計算ソフトの市場において有力なエクセルとともにワードを搭載させることとし、ワードのパソコン製造販売業者向けの供給を拡大することとした。被審人は、平成7年初めころから、富士通、日本電気、日本IBM、コンパック等のパソコン製造販売業者との間で、順次、エクセルとワードとを併せてパソコン本体に搭載又は同梱して出荷する権利を許諾する契約を締結させていった。また、被審人は、平成9年3月以降、アウトルックの供給を開始するとともに、その供給を拡大するため、エクセル及びワードに加えてアウトルックを併せてパソコン本体に搭載又は同梱させることを企図し、パソコン製造販売業者に対し、エクセル、ワード及びアウトルックを併せてパソコン本体に搭載又は同梱して出荷する権利を許諾する契約を締結させるに至った。

被審人は、平成7年以降、ワープロソフトの市場におけるワードの市場占拠率を拡大し、平成9年には1位を占め、また、平成9年度には、スケジュール管理ソフトの市場においてアウトルックが1位を占めるに至った。

## 2 審決

### 2-1 主文

- (1) 被審人は、取引先パソコン製造販売業者に対し、同製造販売業者がエクセルと称する表計算ソフトをパソコン本体に搭載又は同梱して出荷する権利を許諾する際に、ワードと称するワープロソフトを併せて搭載又は同梱させている行為、さらに、エクセル及びワードをパソコン本体に搭載又は同梱して出荷する権利を許諾する際に、アウトルックと称するスケジュール管理ソフトを併せて搭載又は同梱させている行為を取りやめなければならない。
- (2) 被審人は、取引先パソコン製造販売業者と締結しているエクセル、ワード及びアウトルックを併せてパソコン本体に搭載又は同梱して出荷する権利を許諾する契約について、このうち1又は2のソフトウェアを搭載又は同梱して出荷する権利を許諾する契約に変更するよう取引先パソコン製造販売業者から申出を受けた場合には、当該申出に応じなければならない。
- (3) 被審人は、今後、取引先パソコン製造販売業者に対し、同製造販売業者がエクセル又はワードをパソコン本体に搭載又は同梱して出荷する権利を許諾する際に、当該ソフトウェア以外のパソコン用ソフトウェアを併せて搭載又は同梱させる行為を行ってはならない。

## 2-2 法令の適用

被審人は、取引先パソコン製造販売業者等に対し、不当に、表計算ソフトの供給に併せてワープロソフトを自己から購入させ、さらに、取引先パソコン製造販売業者等に対し、不当に、表計算ソフト及びワープロソフトの供給に併せてスケジュール管理ソフトを自己から購入させているものであって、これは、不公正な取引方法の一般指定10項に該当し、独禁法19条に違反する。

## 3 検討

本件は、抱き合わせの不当性を、競争の減殺を意味する公正競争阻害性に求め、競争者の排除効果がもたらされることから、公正競争阻害性の要件が満たされるものと評価している。本件でも、顧客（パソコン製造販売業者）の選択の自由を妨げるという側面が認められるが、この側面自体ではなく、この側面を通じて、従たる商品の市場における競争者の排除効果がもたらされることを問題としている。このような捉え方は、抱き合わせ販売に対する米国反トラスト法やEU競争法での捉え方と同様の捉え方である。

主たる商品であるエクセルが表計算ソフトの市場でどれだけの市場占拠率であったのかは明らかにされていないが、1位を占めていたことが認定されている。このように主たる商品の市場で有力な地位を占める被審人が、本件のような抱き合わせ販売を行うことにより、従たる商品の市場の競争者のシェアを大きく奪い1位を占めるに至ったことが認定されており、競争者の排除効果が優に認められることになる。被審人が、表計算ソフトの市場で50%を超える市場シェアが有し、本件抱き合わせ販売により、従たる商品のワープロソフトやスケジュール管理ソフトの市場において、競争者の排除効果をもたらすのみならず、価格（ライセンス料）を支配できる状態をもたらすことになれば、排除型私的独占（2条5項・3条前段）を構成することにもなる。

本件でもう1つ注目されることは、主文の（2）において、被審人は、取引先パソコン製造販売業者と締結しているエクセル、ワード及びアウトLOOKを併せてパソコン本体に搭載又は同梱して出荷する権利を許諾する契約について、このうち1又は2のソフトウェアを搭載又は同梱して出荷する権利を許諾する契約に変更するよう取引先パソコン製造販売業者から申出を受けた場合には、当該申出に応じなければならない、という作為命令を出していることである。特定内容の契約への変更・締結を命じている点で極めて珍しいものである。

### \*補論—東芝昇降機サービス事件大阪高判平成5年7月30日審決集40巻651頁

本件は、買手（顧客）がロックインされた状況の下でのアフターマーケットにおける競争のあり方を問題とする事件であった。

本件には、2つの事件が含まれていた。1つは、エレベータの所有者が、当該エレベータが故障し、その修理のために部品が必要となったことから、当該部品を独占的に供給している当該エレベータメーカー系の保守業者に注文したところ、部品の供給は取り替え調整工事と併せてできないと回答してきた、という事件である。他の1つが、独立系保守業者が、当該メーカー系保守業者に取り替え調整工事と併せてよいから部品の供給をするよう申し出たところ、3か月先できないと回答してきたため、独立系保守業者はエレベータの所有者から保守契約を解除されメーカー系保守業者に取り替えられた

という事件であった。

裁判所は、前者の事件については不公正な取引方法の一般指定10項の抱き合わせ、後者の事件については一般指定旧15項（現14項）の競争者に対する取引妨害に、それぞれ該当するとして、損害賠償請求を認容した。

抱き合わせに該当するとした前者の事件の不当性については、「買い手にその商品選択の自由を失わせ、事業者間の公正な能率競争を阻害するものであって、不当というべきである。」と判示しており、競争手段の不公正を意味する公正競争阻害性に求めているようにみえる。

本件で注目される点は、抱き合わせについて、安全性確保やノウハウ保護という「抗弁」の主張が認められる余地があることを肯定している点である。また、エレベータのメーカー及びその子会社で当該エレベータの部品を一手に販売している事業者が、エレベータ所有者に対して、部品を一定期間常備し、必要の都度、求めに応じて迅速にこれを供給することは、エレベータの販売に付随した当然の義務（売買契約に付随して信義則上認められる義務）であると判示していることである。公取委は、本件後において、上記後者の事件に類似し、競争者に対する取引妨害として取り上げた三菱電機ビルテクノサービス事件平成14年7月26日勧告審決（審決集49巻168頁）や東急パーキングシステムズ事件平成16年4月12日勧告審決（審決集51巻401頁）において、このような部品供給義務を前提とした判断を行っている。