

平成17年(ネ受)第394号

独占禁止法違反行為に対する差止請求の上告受理申立事件

申立人 エアポートプレスサービス株式会社

相手方 関西国際空港新聞販売株式会社 外5名

## 上告受理申立理由書

平成17年9月7日

最高裁判所 御中

申立人代理人

弁護士 池 上 徹

同 岡 野 英 雄

同 布 施 裕

同 宮 永 堯 史

同 宮 野 皓 次

本件共同拒絶行為が公正な競争を阻害するおそれについての原審の判断は、解釈上重大な誤りを伴うものである。

1、原判決は「関空販社は、卸売5社が、空港島における販売窓口を一本化するために共同して設立したものであり、卸売5社は、空港島における新聞販売について関空販社以外と取引をしないことを当然の前提としていたことが明らかであるから、卸売5社の取引拒絶は、卸売5社が共同して行ったものと認めることができる。」と認定しながら、更に進んで卸売5社による本件各取引拒絶が公正競争阻害性があったということはできないと認定した。

しかし、これは全国紙の卸売（仕入れ）ルートについての正しい認識を欠いた結果、誤った認定をしたものであるといわざるをえない。

2、全国紙の卸売はほぼ100%卸売5社が独占している。つまり、全国紙を仕入れようとする者は、卸売5社以外から全国紙を入手することは不可能である。

よって、現在の日本では仕入れ業者が新たに全国紙の仕入れを行って、これを販売する市場に参入することは事実上不可能である。

ところが、空港島は人工的に新たに出現した島（市場）であるため、いわゆる既存の全国紙仕入れ業者に分割されていない処女地であった。

3、そこで、この点に逸早く着目した申立人は空港島が開港する前から、現場工事事務所等に出入りして、将来の開港に向け準備を開始したのである。

最初卸売5社は、このことに気付かず、当初は申立人の申入れを受諾して、卸売をするかの如き様相を示していたが、途中で空港島の市場の大きさ（特に航空機に搭載する搭載紙の市場が空港島の売店用の数十倍位になること）に気付き、申立人を排除して、空港島内での全国紙の販売を独占しようとして、卸売5社で共同して販売会社（関空販社）を設立して、90%を超えるシェアを握り、空港島内での全国

紙の販売を独占したのである。

- 4、これに対し、申立人は、空港島内での売店用と航空機（全日空）搭載用のシェアを確保維持すべく全国紙の入手に奔走し、ようやく訴外なんばミヤタ（仕入業者）から全国紙の供給を受けることに成功した。

ここで、確認すべきは、なんばミヤタも申立人と同じく仕入れ業者であり、本来であれば競争関係にある同業者であることである。

原判決は、申立人がなんばミヤタから全国紙を現に仕入れていることを、本件において公正競争阻害性がないことの理由の一つとしている。しかし、これは、物理的に品物を購入できるということと、経済的（競争に参加できるだけの価格で購入できるということ）に購入できるということとを区別していないことによる誤った認定である。

売価100円の品物を100円で仕入れることができたとしても、それはその市場に参加できることにはならないこと自明の理である。

- 5、ではなぜ、申立人は潜在的競争相手であるなんばミヤタから全国紙を仕入れなければならなかったのであろうか。それは、卸売5社が申立人との取引を拒絶したからである。

そこで、申立人はいわゆる背に腹は変えられない思いで、なんばミヤタから割高（なんばミヤタは卸売5社から全国紙を仕入れているから、その仕入になんばミヤタの利益を乗せた価格でしか申立人に販売してくれない。）の全国紙を購入して、空港島内での売店用と搭載用として販売したのである。

- 6、原判決が、かかる空港島内における全国紙の「公正競争」を正しく理解していないことは、原判決が、本件において公正競争阻害性がないとしたもう一つの理由として「関空販社の申し出（但し、売店用のみで搭載用については拒絶）を放置し、関空販社に対して取引の申込みを行わなかった」「控訴人が卸売5社との取引にこだわらず、関空

販社に対し、取引を申し出ていたならば、全国紙を容易に仕入れることができた」ことをあげていることから明らかである（なお、この関空販社の取引の申出は、売店用の新聞だけの限定的な取引の申出にすぎない。甲第40号証別添）。

この理由が、いかに的はずれであるかは改めて説明するまでもないと思料する。

つまり、原判決は申立人の空港島における全国紙販売の直接の（しかも唯一の）競争相手である関空販社から全国紙を仕入れることができることが「公正競争」であるという自己矛盾に気がついていないのである。

例えば、同じ商店街における二軒の本屋間で一方が他方から本を買うことができるのであるから、この商店街では公正競争が確保されていると認定することと同じである。

7、くり返すが、申立人は卸売5社から全国紙を仕入れて、空港島内における売店用及び搭載用として販売することを希望していたのであり、この点は関空販社と全く同じ立場である。

原判決は、申立人が「卸売5社との直接取引にこだわった」ことを非難するが如き論調であるが、「公正競争」とはそもそも「同じ条件で市場に参入することが確保されている」ということであるはずであり、競争相手である関空販社が卸売5社と直接取引できているのであるから、自らも卸売5社と直接取引を希望してそれが確保されなければ、そこに「公正競争」が確保されているとはいえず、関空販社に一方的なアドバンテージを、逆に申立人はハンディキャップを負わされているといわざるをえないのである。

8、なるほど、卸売5社は誰とどういう条件について取引するかを他者から強制されることはないが、逆にある者が市場に参加することを共

同して排除するが如きは、現代資本主義社会において容認されておらず、そのことを具体的に定めているのが、独占禁止法であることをここに改めて指摘しておきたい。

- 9、又、原審は、申立人が申請した宮田伸氏（なんばミヤタ代表者）の証人申請を採用せず結審して判断を下しているが、これは審理不尽と断ぜざるをえない。

原審は、全国紙の流通経路とりわけ即売の意味及びなんばミヤタが即売5社からいかなる圧力を受けたのか、公正取引委員会が「独禁法違反につながるおそれがある行為がみられた」としたのは即売5社及び関空販社のどのような行為を指すのか等、同人から直接聴取しなければ確認できないにもかかわらず、同人の証人調べをしないまま結審し、申立人がこれまで述べてきたような誤った判断を下したのである。

申立人としては、是非とも本件を差戻しの上、宮田伸氏の証人調べを行うよう強く求めるものである。

- 10、一方、原判決は、関空販社はその平成8年6月の定款変更により全国紙の販売を廃止しているから、本件共同取引拒絶の効果は消滅したともいう。

しかし、これは、申立人が公認会計士を含む検討の上で主張し立証するところに対し、何の理由も示さず一蹴するものである。しかも、その認定は、遅くとも平成15年4月にはそれを確認し得るという大様なものである。この点につき、原審は、その内情を知る証人（宮田伸）、その実情を知る証人（西忍）のいずれについても証拠調べを拒絶した。かねて申立人は、関空販社による全国紙の販売の事実を詳述したが（平成17年3月14日付準備書面（3）の第3関空販社による定款違反の新聞販売）、この主張立証に何ら応答しない原判決は、審理不尽といわざるを得ない。

申立人は、平成17年4月、三島俊治公認会計士作成の「関空販社の納品・請求及び全国紙勘定科目の経理処理時系列表（甲第50号証）を提出し、関空販社のコンピューターシステムの変更と決算書作成の財務ソフトとは全く関係がなく、同社の主張するシステム変更は詭弁であることの立証を試みた。また、関空販社の平成12年4月、平成15年4月の決算報告書を提出し（甲第48・49号証）、本来あるべき経理合計原則の履践の有無を決算報告書の詳細資料に対比して点検することで、関空販社は、全国紙5社の販売を行っている事実を明らかにした。また、関空販社の平成9年2月27日、平成14年7月26日の取締役会議事録を提出し（甲第46・47号証）、その記録上、関空販社が引き続き販売しており、その実績について討議している事実を突きつけている（これらにつき申立人の平成17年5月17日付証拠説明書参照）。

これらの実態をきわめることなく、かかる書証に矛盾する判断をするにつき、原判決は理由に値するものを示したとはいえない。しかもこの点は、関空販社が公取委に行った正式の報告の不遵守にかかわる重要な要証事実であることが留意されなければならない。また、この点は、本件侵害行為の態様・程度等につき上述したところに加え、本件侵害行為の一層の悪質さの認定にかかわるものである。