

「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」の検討

北海学園大学大学院 法務研究科 教授 稗 貫 俊 文

はじめに

平成21年10月28日に公正取引委員会（以下、「公取委」とする）により公表された「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」（以下、「指針」とする。）は、排除型私的独占に対して課徴金を課すことになったのを機会に、適法行為を委縮させないように、違法基準を明確にするため作成されたものであった。

「指針」は、排除型私的独占として事件を採用するとき、排除行為者の「行為開始後の市場シェア」が「おおむね50%を越える」事例で、国民経済に影響が大きい事例を選ぶという。そのような排除行為者が存在する市場が「指針」の前提になる。「指針」は排除型私的独占の4つの行為類型を選び、それぞれに即して判断基準を明示する。「一定の取引分野における競争の実質的制限」の判断基準については、通説と判例に従い、価格支配力を中心とした「市場支配力の形成、維持、強化」の基準を採用する。そして「行為開始後の市場シェア」に水平的企業結合の規制基準を流用して、これを判断しようとする。

「指針」の公表後、平成22年12月17日に、NTT東日本私的独占事件最高裁判決が下された。本判決によれば、私的独占の排除行為の要件は、排除性と逸脱人為性によって構成されるとされた。この判決の内容は、当然ながら「指針」に反映されていない。「指針」は、公表されてから今日まですでに10年以上経つが、改訂は一度も行われていない。率直に言って、「指針」は指針として機能していないのではないかと思う。本稿の目的は、「指針」の公表により明確となっている公取委の排除行為と市場支配力の判定基準を批判的に検討するこ

とである。

第1節 排他性と市場シェア

1 排除の実効性と市場シェア

排除の実効性を担保するのは行為者の市場シェアである。「指針」はいう。「排除型私的独占に係るこれまでのほとんどにおいて、排除行為の対象となった商品についてシェアの大きい事業者が審査の対象とされてきた。このように、他の事業者の事業活動を排除し、市場を閉鎖する効果をもつことになるのは、行為者が供給する商品のシェアがある程度大きい場合がほとんどである。また、行為者が供給する商品のシェアが大きいくほど、問題となる排除行為の実効性が高まりやすく、一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなりやすいといえる。」(「第一 公正取引委員会の執行方針」, 3頁)¹⁾。通常、市場シェアは、市場(価格)支配力の代用指標とされるが、ここでは市場閉鎖状態の真正指標となっている²⁾。

2 「おおむね2分の1を超える」市場シェアの意味

公取委は、「指針」において、「排除型私的独占として事件の審査を行うか否かの判断に当たり、行為開始後において行為者が供給する商品のシェアがおおむね2分の1を超える事案であって、市場規模、行為者による事業活動の範囲、商品の特性等を総合的に考慮すると、国民経済に与える影響が大きいと考えられるものについて、優先的に審査を行う。」とする(3頁)。

「おおむね2分の1を超える」(以下「約50%超」とする)市場シェアがあれば、排除行為に相応の実効性を与え、市場閉鎖状態を進行させる。そして、

1) 表示した頁数は、公正取引委員会のウェブサイトに掲示された「指針」のテキストの頁数を示す。以下、同じ。

2) 市場シェアの二つの意味については、Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, 6th ed.p106-107 (2020)を参照。

私的独占の「競争の実質的制限」に該当しうるとの推論も可能となる。

しかし、「指針」は、市場閉鎖状態を見るだけでは「競争の実質的制限」該当性は判断できないとする。市場閉鎖を通じて、価格、品質、数量などの取引条件を左右しうる市場支配力が形成されることを求める。言い換えれば、指針は、「約50%超」となる市場シェアを、市場閉鎖状態の真正指標ではなく、市場支配力の代用指標と見る。代用指標としての市場シェアに、その市場に特有の供給弾力性や需要弾力性の要素を考慮要素にして補正しようとする。このために、明言していないが、水平的企業結合の規制基準を流用したのである。この流用が排除行為の「競争の実質的制限」の判断要素を著るしく不適合にしたことは第3節で述べよう。

第2節 排除型私的独占の排除行為の考慮要素

「指針」は、排除型私的独占の行為類型として、「商品を生産しなければ発生しない費用を下回る対価設定」、「排他的取引」、「抱き合わせ」、「供給拒絶・差別的取扱い」の4種を取り上げる。そして、それらの行為ごとに、排除行為が成立するための考慮要素を挙げる。例えば、4類型のひとつである「排他的取引」をみると、その行為該当の考慮要素として、「ア 商品に係る市場全体の状況」、「イ 行為者の市場における地位」、「ウ 競争者の市場における地位」、「エ 行為の期間及び相手方の数、シェア」、「オ 行為の態様」を挙げる。これを順に見てみよう。

1 排除性の考慮要素

(1) 排除性の考慮要素—「ア」と「イ」

「ア 商品に係る市場全体の状況」として、「市場集中度、商品の特性、規模の経済、商品差別化の程度、流通経路、市場の動向、参入の困難性等が、排他的取引が排除行為に該当するか否かを判断に当たって考慮される」（12頁）という。これらは排除性の観点から特定事案の特徴を明らかにするのに重要な考

慮要素である。市場集中度として、例えば、NTT東日本の加入者光ファイバの保有量や保有地域の広さ、JASRACのように、歴史的経緯により日本の楽曲の許諾権を独占してきた事実が例になる³⁾。商品特性として、例えば、加入者光ファイバの契約変更の困難性やFTTHサービスのネットワーク効果、またJASRACの管理楽曲のように、鑑賞者から見れば代替性のない集積された多様な音楽著作物も、別の集積物が構築されると、その集積物の間に取引上の代替性が生まれるという商品特性が例になる。これらは市場シェアで推認される排除性の認定を補強する要素として機能するであろう。他方、これらの考慮要因のなかでは「商品差別化の程度、流通経路、市場の動向、参入の困難性」の検討により排除性が否定されることはおそくないであろう。

「イ 行為者の市場における地位」として、「行為者の商品シェア、その順位、ブランド力、供給余力、事業規模等が、排他的取引が排除行為に該当するか否かを判断するに当たって考慮される」(13頁)とする。このうち、「行為者の商品シェア、その順位」は排除の実効性を判断するうえで主要な考慮要素であり、これと後述する「行為の態様」(取引の条件・内容)を基軸に排除性が判断されるであろう。とくに「約50%超」となる市場シェアの行為者であれば、市場閉鎖は大きく、排除性は容易に認定されるであろう。例えば、NTT東日本は、加入者光ファイバの設備接続市場における事実上唯一の供給者としての地位を有していたこと、JASRACは、放送等の利用に係る音楽著作権雄のほとんどすべてを管理しており、すべての放送事業者と、包括徴収の方法により楽曲の使用料を徴収していたことが例になる⁴⁾。「ブランド力、供給余力、事業規模等」もまた排除性の観点からみた特定事案の特徴を明らかにするものであるが、これらの考慮要素が顕著でない事例があっても、排除性が否定されることはないであろう。行為者の商品シェアが「約50%超」であり、実際の事例では70%から90%程度であることの意味は大きい。

3) NTT東日本私的独占事件、最判平成22・12・17、民集64-8-2067、JASRAC私的独占事件、最判平成27・4・28、民集69-3-518。

4) 前註の2事件を参照。

(2) 排除性の考慮要素—「ウ」

「ウ 競争者の市場における地位」として、行為者と同様に、「競争者の商品シェア、その順位、ブランド力、供給余力、事業規模等が、排除行為に該当するか否かを判断するに当たって考慮される」とする(13頁)。なぜ「競争者の市場における地位」を考慮要素に入れなければならないのか。排除行為者の市場シェアが約50%超といっても、普通の事例は、70%ないし90%程度であるから、それに対抗する「競争者」が大きな存在であるはずがない。排除行為は十分に成立するはずである。

ところが「競争者の市場における地位」は、「排他的取引」以外の3つの行為類型においても考慮されることになっている。「商品を生供給しなければ発生しない費用を下回る対価決定」は、競争者の事業活動の困難さを「イ 行為者及び競争者の市場における地位」(10p)で見るとし、「抱き合わせ」は、競争者の事業活動の困難さを「ウ 従たる商品の市場における行為者及び競争者の地位」(19p)で見るとし、「供給拒絶・差別的取扱い」は川下市場における競争者の事業活動の困難さを「イ 川下市場における行為者及びその競争者の地位」(24p)で見るとしている(傍線、筆者)。

「競争者の市場における地位」をみようとするのは、これだけでないだろう。「指針」は、4類型以外の行為を注で取り上げている。「第2 排除行為 1 基本的考え方 (2) 排除行為の類型」の注4において(6頁)、東洋製缶事件と日清医療食事件の二つの排除行為を取り上げている⁵⁾。この場合は、4類型のように考慮要素は示していないが、公取委は、4類型と同様に、「競争者の市場における地位」を考慮要素に入れると考えてよいであろう。

しかし、東洋製缶事件と日清医療食事件において公取委が実際に行った法適用では「競争者の市場における地位」を見ていない。東洋製缶事件における自家製缶の妨害に関して、缶詰業者の「商品シェア、その順位、ブランド力、供

5) 東洋製缶事件, 昭和47・9・18勧告審決, 集19・87, 日清医療食協会事件, 平成8・5・8, 集43・209.

給余力、事業規模等」を検討していないし、日清医療食事件においても同様である。公取委が「指針」で述べていることと公取委の実際の法適用は異なっている。さらに言えば、両事件は、新規参入の妨害の事例であり、参入者の「商品シェア、その順位、ブランド力、供給余力、事業規模等」はそもそも分からないはずである。それでも排除行為は認定されている。

また、「指針」で説明のために挙げられている他の「具体例」（16頁や25頁）でも同様に「競争者の市場における地位」を見ていない。ノーディノン事件におけるモリデブン99の製造で世界第2位のIRE社や、ニプロ事件における韓国やイタリアなどの生地管メーカー、ぱちんこ機特許プール事件における回銅式遊技機（スロット・マシン）の大手メーカーやアレンジボールのメーカーなど競争者や潜在的競争者の「商品シェア、その順位、ブランド力、供給余力、事業規模等」は示されていない⁶⁾。排除性の判断に際して、「競争者の市場における地位」は、事件を説明する事実になっても、判断に不可欠な事実ではない⁷⁾。いうまでもなく、「指針」の課題は排除型私的独占の規制基準の明確化であり、水平的企業結合規制のように、価格引き上げに対する競争者の牽制力の有無が問題になるのではない。必要のない考慮要素の混入で「指針」は理解し難くなる。

(3) 排除性の考慮要素—「エ」と「オ」

「エ 行為の期間及び相手方の数・シェア」として、「排他的取引を行っている期間、排他的取引の相手方の数・シェア等が、排他的取引が排除行為とな

6) ノーディノン事件 平成10・9・3 勧告審決、集45・148、ニプロ事件 平成18・6・5 審決、集53・195、ぱちんこ機特許プール事件 平成9・8・6 勧告審決 集44・238。

7) 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」（公正取引委員会事務局、平成3年7月、平成29年6月改正）においても、競争者間の共同ボイコットが競争の実質的制限となる場合に、競争者の市場における地位を問題にしている（「第2部 取引先の選択」の「第2 共同ボイコット」の「2 競争者との共同ボイコット」）。これも排除性の判断と競争の実質的制限の判断に不可欠ではない。この問題点は、第3節の（注14）で取り上げる。

るかを判断するに当たって考慮される」(13頁)とする。また、「エ 行為の態様」として、「取引の条件・内容、行為者の意図。目的等が、排他的取引が排除行為となるか否かを判断するに当たって考慮される」(13頁)とする。

「行為の期間」や「取引条件・内容」は、「行為者の大きな商品シェア、その順位」と同等に重要な考慮要素である。例えば、NTT東日本が、ユーザー料金を上回って逆ザヤとなる接続料金の設定を1年10か月間行っており、JASRACが、放送事業者に対して、7年間も楽曲の使用率を反映しない使用料の包括徴収を行っていたことが例になる⁸⁾。他方、「相手方の数・シェア」は「行為者の商品シェア、その順位」から推認されるので重要性は低い。

以上から、「行為者の大きな商品シェア、その順位」と「行為の期間と行為の態様(取引条件・内容)」を中心に、排除行為の考慮要素には強弱のアクセントがあるべきだが、「指針」にはそのような工夫はなく、重要性の低い考慮要素も同等に含める平板な配列になっており、不要な考慮要素も含まれる。

2 逸脱人為性と需要者・一般消費者の選択機会の減少

(1) 排除行為による選択機会の制限

排除行為は、再販価格維持行為と並行して行われ、ブランド内の価格維持を補完する手段となることがある。しかし、排除行為は、直接には、競争者に向けられる行為であって、需要者に向けられた行為ではない。競争者を排除する行為に需要者に及ぼす悪影響があるとすれば、それは価格維持効果ではなく、需要者の選択対象を減少させ、あるいは消滅させる効果である。競争者の排除を問題とすべき独禁法の観点は、需要者の選択の機会を減少させ、あるいは奪い去ることに求められるべきである⁹⁾。

8) 前註3の事件を参照。

9) しかし、筆者は、以前、これと違って、「私的独占の排除行為とは、このような「事業者2」が有する牽制力を排除する目的や効果を持つ行為であり、それによって市場の「競争圧力」を緩和し、市場支配力の行使を容易にする。」と述べたことがある(拙稿「独禁法における『他の事業者』」法学志林116巻2・3合併号57頁-83頁、60頁(2019年2月))。これは不適切であった。撤回する。不適切な理由は、本文

需要者の選択を制限し、さらに一般消費者の選択の機会を制限する行為は正常な競争プロセスを逸脱する行為であり、これを防止することが排他的行為の規制ルールの根底にあるものである。本来、良質廉価な商品・役務を中心とする公正な競争は、それによって競争者を排除することがあっても非難されることはない。なぜなら、その場合、事業者の排除は需要者の自由な選択に由来し、さらに一般消費者の自由な選択に由来するからである。そのことから逆に、需要者の選択機会を侵害し、そして一般消費者の選択機会を侵害することは、「他の競争者の事業活動を排除し」（2条5項）の要件の明示の要素ではないが、そこに含まれていると考えられる。そして、競争者の正常な排除と区別された違法性の根拠、その必要条件となる。

どのような事業者も一定の需要者群に選択されることにより、その事業が存続しているならば、その事業者の存在は経済的にも社会的にも大きな意味がある。市場における地位が高い競争者や、革新的または総合事業能力ある競争者だけが私的独占の排除行為から守られるべきという根拠はない。どのような事業者に対する排除も、需要者の選択の自由を侵害するから、規制当局が「市場シェア、その順位、ブランド力、供給余力、事業規模等」の面で優れた競争業者の排除だけに、私的独占の排除性を認定するのは不当といわなければならない。「排除性」と「顧客の選択機会の制限」は「他の事業者の事業活動を排除し」（2条5項）の成立の必要十分条件となる¹⁰⁾。排除行為が「顧客の選択機会」を害せず、また「選択機会の豊富化」するのであれば、それは適法とされるべ

で述べたように、「約50%超」になる排除行為者がいる市場では、通常、競争者は有効な牽制力を持たないと考えられるからである。排除行為は、価格維持効果よりも、需要者の選択の機会の減少に、そして、それによる市場閉鎖状態の進行に注目することが求められる。

- 10) これを立証責任の問題として見れば、「逸脱人為性」の要素は、競争者を排除することの立証により推認され、通常は証明責任は顕在化しない。しかし、被疑事業者が、競争者を排除すると競争当局に問責された行為は「需要者の選択の機会を制限しない」とか、「需要者の選択の自由に資する」との理由で適法行為であるとの反論を行った場合に（この主張責任は被疑事業者にある）、公正取引委員会に問題行為の逸脱人為性を示す証明責任が生じるものであろう。

き排除行為であり、私的独占にも不公正な取引方法にも該当しない。しかし、排除行為が「顧客の選択機会」を害するならば、それは違法な排除行為であり、排除性（市場閉鎖状態の形成）の程度により、不公正な取引方法になり、さらに私的独占にもなる。

(2) 逸脱人為性の意義

私的独占における排除行為の要件は、判例によれば、排除性と逸脱人為性（「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」¹¹⁾により構成される。このとき、逸脱人為性とは、需要者や一般消費者の選択の機会を侵害することをいうと考えることができる。最高裁判決が示した「逸脱人為性」とは、産出量や市場シェアのように量的に測ることができないものであるが、市場経済の規範的価値に深くかかっている。

そのことは新規参入とその妨害を考えれば明かになろう。参入は競争のひとつの形であり、その成否は市場の競争プロセスに委ねられている。自由な参入は事後的に失敗となることがあっても、事前には価値ある競争行為である。参入失敗による資源の浪費は「開放的な市場」の社会的コストであり、競争法はこれを非難しない¹²⁾。

妨害された新規参入がどの程度の規模で、市場にどのようなインパクトを与

11) NTT東日本私的独占事件、前注(3)。逸脱人為性は排除型私的独占だけの要件ではない。不公正な取引方法に該当する排除行為も、逸脱人為性が認められるだろう。

12) Hovenkampによれば、研究開発競争や競争入札は、事後的（ex post）に見ると、研究開発の共同化や随意契約などに比べて、資源のロスが生まれる可能性がある。しかし、競い合いは、経験則上、良い経済的成果につながるものであり、資源のロスはその社会的費用であるとする。彼は、研究開発競争や競争入札などは、競い合いと言う事前（ex ante）の観点から評価されるべきであるとする。Hovenkamp, *ibid*, p31-32.

参入もそうであろう。準備不足とみられる新規参入や、規模の経済を期待できない新規参入も「開放性ある市場」の所産であり。その帰結は市場に任せられている。競争当局が事後的に判断すべきものではない。競争当局が適正な規模の新規参入の蓋然性の有無を検討することがあるが、それは企業結合規制における市場構造の効果を事前に予測することにおいてである。

え得たのかは、誰も知ることはできない。注目すべきは、妨害により実現されなかった競争ではなく、妨害行為により実現された需要者の選択機会の喪失である。需要者は参入者の製品・役務を評価して選択するか否かの判断機会を奪われる。これは需要者の自由な選択を前提とする市場の競争機能を歪めるものであり、参入者の製品・役務を高い価格でしか入手できないことより深刻である。

選択機会の剥奪は需要者が損害賠償により補填を求めることができる性質の損害ではないが、市場の競争機能を著しく棄損することは間違いない。新規参入者が規模の経済を有しない小さな事業者であっても¹³⁾、その排除は需要者の選択機会を制限する。これを逸脱人為性ということができよう。

第3節 競争の実質的制限の考慮要素の検討

排除行為は、市場閉鎖行為である。その市場効果は市場閉鎖状態を形成、維持、強化することである。たとえ市場価格の引き下げ要因となる競争者を排除

13) Shapiroは、既存の事業者の市場支配力が大きくて耐性が強いほど、小さな参入者は守られるべきという「伸縮法」の提言をしている。

「この分野で最も難しく重要な問題は生まれたばかりの競争者を排除するとされる事業行為に関連する。その排除が、予想される消費者厚生に大きな効果を持つには、生まれたばかりの競争者の成功はあまりに不確実なので、それが成功したときに増大する競争の価値は大きなものに違いない。これは既存業者が実質的で耐用性ある市場力をもつとき、一番起きる可能性のある事例である。もし消費者が限定された選択肢しかもたないとき、第二の選択の出現の小さなチャンスでさえ消費者には価値がある。このような見方は問責される行為の競争に対するインパクトを測定するのに「伸縮法」(Sliding Scale)を使うことを示唆する：既存の事業者の市場支配力が大きくて耐性が強いほど、それだけ参入者の成功のチャンスは低くなる、ということは、参入者が排除行為から守られることを要請する。」
Carl Shapiro, Antitrust and Innovation: Welcoming and Protecting Disruption, p158～p159, <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/disruption.pdf>.

巨大IT事業者が跋扈し、可能性を秘めた小企業の活動が抑圧されるリスクが強まるなかで、「伸縮法」は興味深い提言である。筆者の考え方は、Shapiroと違うけれども、結果的に、Shapiroの考える保護利益と同じ利益を保護することになるのではないかと思う。

しても、それは市場閉鎖効果をもたらすと見るべきである。なぜなら、目的が
販売業者の排除であっても、排除という手段はそれに伴う固有の効果、すなわ
ち、需要者の選択機会を制限するという効果を生み出すからである。需要者の
選択機会の制限は市場閉鎖状態の強化と同義である。

競争の実質的制限は、行為者が市場を閉鎖する程度で決まると考えるべきで
る。それは通常、行為者の行為時の市場シェアから推論することができる。そ
して行為者の市場シェアの増大は、微小な増大でも、需要者に対して市場閉鎖
を生み出す。たとえ選択の機会を奪われた需要者の数が僅かであっても、行為
者の市場シェアが「約50%超」となって大きければ、市場の開放性を回復する
こと困難であり、競争の実質的制限となるとの推論が成り立つ。

しかし、「指針」は、本稿のような考えを採らず、通説的な市場支配力の基
準を採用した。「行為開始後」の市場シェアを対象に、市場（価格）支配力の
強化を、水平的企業結合の規制基準を適用して判断しようとした。それにいか
なる問題点があるか、検討しよう¹⁴⁾。

14) 平成3年に公表された「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」（公正取
引委員会事務局）においても、競争者間の共同ボイコットが競争の実質的制限と
なる場合が示されており、このときから今村成和先生による厳しい批判があった。
上記の流通・取引慣行の指針は、競争者間の共同ボイコットが競争の実質的制限
となる条件として、①価格・品質面で優れた商品を製造し、又は販売する事業者、
②革新的販売方法を採用する事業者など、③総合的事業能力の大きい事業者、④競争
が活発に行われていない市場、⑤新規参入しようとするどの事業者に対しても行
われる共同ボイコットのそれぞれについて、参入することが著しく困難になる場
合、又は市場から排除されることになる場合には競争の実質的制限と判断される
とした。

今村成和先生は、このような公取委の考え方を批判し、上記①、②、③以外の
弱小な事業者であれば共同で排除しても「競争の実質的制限」とならないとす
ることを批判的にとりあげ、「弱小事業者のボイコットなら不公正な取引方法に過ぎ
ないと解するようなことは、市場における「公正且つ自由な競争の促進」を狙い
とする独占禁止法の立場からは、何の根拠もない区別である」今村成和『独占禁
止法入門（第4版）』67頁（有斐閣、1993年）とした。今村先生が、当初から、統
合型市場支配論に加えて、閉鎖型市場支配論を提唱していた理由もよく分るとい
うものである。

1 競争の実質的制限の考慮要素の問題点

「指針」の「第3 一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」のうち、「1 一定の取引分野」は措いて、「2 競争の実質的制限」をみることにする。

「指針」は「2 競争の実質的制限」の「(1) 基本的考え方」において、通説的な見解を採用した。裁判例から引用して、「競争自体が減少して、特定の事業者又は事業者集団がその意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の事情を左右することによって、市場を支配することができる状態を形成、維持、強化することをいうものと解される旨判示されている（東京高裁平成21年5月29日、平成19年（行ケ）第13号。」とする。そして、「このような趣旨における市場支配状態が形成・維持・強化されていれば、現実に価格引き上げ等が行われていない場合であっても、競争を実質的に制限すると認められる」とする（29頁）。

このような考え方を前提に、「指針」は、競争の実質的制限の「(2) 判断要素」として、「ア 行為者の地位及び競争者の状況」、「イ 市場における競争の状況」、「ウ 需要者の対抗的な交渉力」、「エ 効率性」、「オ 御消費者利益の確保に関する特段の事情」を挙げている。これは水平的企業結合の規制基準と類似しており、それに依っていることがわかる。「(2) 判断要素」の冒頭で、「競争の実質的制限の存否は、一律の特定の基準によって判断されるのではなく、個別事件ごとに、次の事項を総合的に考慮して判断される」（29頁）とする。以下、本稿の関心から、「エ」と「オ」を除き、「ア」、「イ」、「ウ」について、順に見ていく。

(1) 「行為者の地位及び競争者の状況」について

「ア 行為者の地位及び競争者の状況」について、「(ア) 行為者の市場における地位及びその順位」、「(イ) 市場における競争の状況」、「(ウ) 競争者の状況」を分節して、判断要素とする。

「(ア) 行為者の市場における地位及びその順位」では、次のように述べる。

「供給者たる行為者の市場シェアが大きく、その順位が高い場合には、一般に、行為者が取引対象商品の価格を引き上げようとしたとき、競争者が行為者に代わって当該製品を十分供給することが容易ではない。したがって、行為者が市場シェアの大きな第一位の事業者である場合や、行為者の市場シェアと競争者の市場シェアとの格差が大きい場合は、そうでない場合と比較して、行為者の取引対象商品の価格引き上げにたいする競争者の牽制力は弱くなると考えられることから、競争を実質的に制限していると判断されやすい。」(29頁)

通説的な市場支配力論を採用すれば、このような説明になるであろうが、大きな問題がある。すなわち、排除行為を行う事業者の市場シェアが独占に近くなるほど、競争者の市場シェアが小さくなり、その競争者の排除による価格影響は小さくなる。そのため行為者が独占に近くなれば、競争の実質的制限は成立しなくなるという逆説が生じかねない。そもそも排除行為に起因して価格が有意な影響を受けるという前提は一般的には成立しない。参入妨害の場合に、参入が妨害されなければどの程度の影響が市場に生まれたか、価格影響が生ずるほど市場構造が変化したか、そもそも参入が成功したのか、誰も知ることができない。このようなことがあるので、排除行為の市場効果の判定に、市場構造の有意な変化を前提とする水平的企業結合の規制基準を流用するのは適切ではなかった¹⁵⁾。

「(イ) 市場における競争の状況」では次のように述べる。

「従来、排除された事業者との間で競争が活発に行われてきたことが、市場全体の価格引き下げや品質・品揃えの向上等につながってきたと認められる場合は、そうでない場合と比較して、競争を実質的に制限していると判断されや

15) この点では、垂直的ないし混合的企業結合の規制における顧客閉鎖や投入物閉鎖における競争の実質的制限の考え方が、排除型私的独占の競争の実質的制限の判断と親和的であるように見える。市場閉鎖状態の形成、維持、強化にのみ着目するからである、ただし、垂直的・混合的企業結合の規制は、市場閉鎖を行う能力とインセンティブの存在から市場閉鎖の蓋然性を予測するものであるが、排除型私的独占の規制では、排除行為が既に行われて市場閉鎖は発生しているので、現実の効果を推論することになる。予測の分析手法を使うのは不適合であろう。

すい。

また、排除行為により、少数の有力な事業者に市場シェアが集中する場合は、そうでない場合と比較して、各事業者の利害が共通することが多いため、協調的な行動が取られやすくなることから、競争を実質的に制限していると判断されやすい」(30頁)

第1段落は、活発な競争者の排除を前提とするが、積極的に競争に出ることができない競争者でも、一定の需要者がいれば、その排除は一定の需要者の選択の機会を減少させ、あるいは消滅させる。なぜ、活力ある事業者の排除に起因する市場効果だけをとりあげるのか。「指針」の前提では、排除行為者は少なくとも「約50%超」になる市場シェアを占めている。実際の事件では70%~90%を占めることが多いであろう。そのような市場で、活力ある競争者が存続する可能性は低いであろう。もし活力あるライバルが存続しているという場合があれば、その事業者の排除が競争に与える影響は大きいかもしれないが、「そうでない場合」でも、「約50%超」という市場シェアからみれば、競争の実質的制限の推認が覆るとは考えられない。ここでも、水平的企業結合の規制基準を流用することの問題点が露呈している。

第2段落では、排除行為により、少数の有力者に市場が集中する場合の協調行動の危険を論じているが、水平的企業結合ならともかく、排除行為により、少数の有力者に市場が集中するという事態が出現する可能性は低い。足し算(企業結合)と引き算(排除)を安易に同視するべきではない¹⁶⁾。

「(ウ) 競争者の状況」では次のように述べる。

「価格・品質面で優れた商品を販売する競争者や原材料調達力、技術力、販売力、信用力、ブランド力、広告宣伝力等の総合的な事業能力が高い競争者が、市場において競争的な行動を取ることが困難となる場合は、そうでない場合と

16) 水平的企業結合で問題となるのは大きな市場シェアの統合(大きな足し算)である。他方、排除型私的独占で問題となるのは、市場支配的事業者による小さな競争者の排除(小さな引き算)である。後者の競争制限の判定の問題を前者の競争制限の判定方法に求めるのは無いものねだりであろう。

比較して、競争を実質的に制限していると判断されやすい。

また、競争者の供給余力が十分でない場合は、そうでない場合と比較して、行為者が取引対象商品の価格を引き上げることに對して牽制力が働かないことがある。したがって、競争を実質的に制限していると判断されやすい」(30頁)。

第1段落の「総合的な事業能力が高い競争者が競争的行動を取ることが困難となる場合」とは分かり難いが、そのような能力の高い競争者が、排除行為により事業活動が困難になっているということであろう。排除行為に起因しない影響を論じる意味はないからである。しかし、なぜ、ここでも、そのような事業者だけを注目するのか。総合的な事業能力の乏しい事業者を排除しても、逸脱人為性を伴うのは変わらない。差異があるのは、市場閉鎖状態が強化されれば、それだけ、需要者の、そして一般消費者の選択の機会が減少し、その回復することを困難になるということである。水平的企業結合規制の基準を流用したことで、有力な競争者の排除だけが問題であると見るような認知バイアスを生んでいるのではないか。そもそも競争者の排除は、その競争者から商品・役務を購入する需要者の選択の機会を減少させて競争プロセスを歪めるのであるから、需要者層の大小を問わず問題にすべきである。

第2段落はよく分らない。供給余力がなく、価格引き上げに對する十分な牽制力がない事業者を排除すれば競争の実質的制限になりやすいという。しかし、第一段落を受ければ、十分な牽制力がある競争者を排除することが競争の実質的制限になるというロジックになるはずである。第一段落と矛盾しているようにみえる。そもそも企業結合規制ではないから、競争者の状況をみる必要はない。本稿の立場では、排除行為者の市場シェアが過半を超えて高ければ、競争者の供給余力の有無にかかわらず、競争の実質的制限の推論は成立する。

(2) 「潜在的競争力」について

「イ 潜在的競争力」の冒頭では、次のように述べる。

「一般に、参入が容易ではなく、行為者が取引対象商品の価格を引き上げてもし一定の期間に他の事業者が新たに参入する可能性が低い場合は、行為者が価

格等がある程度自由に左右することが可能となることから、そうでない場合と比較して、競争を実質的に制限していると判断されやすい。」(30頁)

しかし参入障壁の低い市場でも、参入妨害行為は違法であり、妨害者が市場シェアの過半を超えていれば、競争の実質的制限は推認される。参入障壁が低いために、競争の実質的制限の推認が覆るといことがおきるであろうか。そう考える「指針」は排除行為の規制を企業結合規制と混同している。

さらに「イ 潜在的競争力」を分節した(ア), (イ), (ウ)の事項を見てみよう、
(ア) 制度上の参入障壁の程度

「法令等に基づく規制が参入の障壁となっている場合は、そうでない場合と比較して、行為者が取引対象商品の価格を引きあげたとしても参入が行われな
いこととなるため、潜在的競争は働きにくい。」(31頁)

前述の通り、これは行為規制を構造規制と混同している。市場支配的事業者により参入妨害行為が行われれば、高い参入障壁の程度は、競争の実質的制限の推認を補強するだけであり、逆に、低い参入障壁がこの推認を覆すことはない。

(イ) 実態面での参入障壁の程度

「参入の必要資本量が大きく、立地条件、技術条件、原材料調達
の条件、販売面の条件等で、参入者が既存事業者より不利な状況にあれば、「そうでない場合」と比較して、潜在的競争圧力は働きにくい」とする(31頁)。

上記に批判した通りである。「そうでない場合」に競争の実質的制限の推認が覆るといことはないだろう。

(ウ) 参入者の商品と行為者の商品の代替性の程度

「参入者の商品と行為者の商品との代替性が高い場合には、そうでない場合と比較して、需要者は躊躇なく参入者の商品を購入・使用することができると考えられるため、潜在的な競争圧力は働きやすい。

他方、参入者が行為者と同等の商品を同等の品揃えて製造販売することが困難であるような場合や、需要者の使い慣れの問題から参入者の商品が選好されないような場合は、そうでない場合と比較して、潜在的な競争は働きにくい。」

(31頁)

第1段落で、既存の商品との代替性が高い場合だけを問題にするのは水平的企業結合の規制基準を模倣したことの弊害であろう。既存の商品との代替性が低くても既存品より優れた商品・役務であれば、潜在的競争圧力は大きい。参入妨害で、その商品・役務を評価・選択する機会が需要者と一般消費者に閉ざされることになれば、競争の実質的制限になりうる。価格や産出量などで数量的に表れないが、これは市場の競争機能の重大な侵害である。

第2段落も同様である。既存品に対して高額であるなどでハンデキャップがある商品も、例えば、次世代の高度な機能を備えた商品・役務であれば、需要者はそれを乗り越えて購入を求めることがよく見られる。そのため、「約50%超」となる市場シェアの事業者による排除行為が行われれば、同等の品揃えがないことや、使い慣れによるスイッチングコストの問題は、競争の実質的制限の推認を補強するが、逆に、競争の実質的制限の推認を覆すものではない。

(3) 「需要者の対抗的な交渉力」について

「ウ 需要者の対抗的な交渉力」について判断要素を見てみよう。

「需要者が取引先を変更することが困難であるなどの事情により、行為者に対して対抗的な交渉力を有していない場合には、そうでない場合と比較して、行為者が価格等のある程度自由に左右することが可能となることから、競争を実質的に制限していると判断されやすい。

他方、需要者が取引先を切り替えることが容易である場合や切替えの可能性を示すことによって需要者の価格交渉力が生じている場合のように、需要者の調達方法、供給先の分散の状況、変更の難易の程度等から見て需要者の交渉力が強い場合は、そうでない場合と比較して、行為者が価格等のある程度自由に左右することをある程度妨げる要因となる。したがって、競争を実質的に制限していると判断されにくい。」(31～32頁)、

第1段落の場合、「約50%超」の事業者の排除行為に起因した市場影響が対抗的な交渉力の存在とどのように関係するのかわからない。通常、排除行為は

競争者の需要者に向けられる。競争者と現に取引している需要者や、これから取引しようとする需要者を、「約50%超」の市場シェアの事業者が、競争者から引き剥がそうとする。そのような取引先は市場の需要者の一部を構成するに過ぎない。そのような需要者が排除行為者に対抗的な交渉力を有していることがありうるだろうか。

第2段落もよく分らない。市場シェア「約50%超」となる事業者による排除行為により競争者が排除され、競争者の顧客が取引機会を失ったとき、排除行為者以外に取引先の切り替え可能性がどの程度生じるのだろうか。ほとんど残っていないのではないか。もし、需要者取引先の切り替え可能性があり、選択の機会が十分残されているというなら、そもそも排除行為は存在しないのではないか。

2 その他の問題点

「指針」の注22で、「商品を供給しなければ発生しない費用を下回る対価設定」（不当廉売）に関して、次の記述がある。

「前記第2の2の「商品を供給しなければ発生しない費用を下回る対価設定」による排除行為については、行為者が取引対象商品の価格を引き上げたとしても、法令等に基づく規制や立地、技術、原材料調達等の諸条件による参入障壁が低い場合有効な牽制力ある事業者が短期間のうちに参入することが現実的に見込まれる場合がある。このような場合には、当該行為が競争を実質的に制限するものであると判断されることはない。」（33頁）

これは排除行為の規制の検討範囲を逸脱している。廉売者の行為時の高い市場シェアで実効性のある廉売が行われたならば、排除される事業者の市場シェアが減少し、需要者の選択肢が狭くなり、市場閉鎖状態は進展すると推認される。このことを根拠に競争の実質的制限の成立を推認することができる。不当廉売が行われた後に、価格引き上げが行われて、参入の現実性が生じたとしても、廉売行為はすでに完了しており、競争の実質的制限も生じている。その法的評価は変更されない。事後の値上げは違法行為（廉売行為）には含まれず、

直後の参入により廉売の競争プロセスへの害が軽減・治癒されるという考えは排除型私的独占の規制に混乱を招く。近い将来の参入の蓋然性を考慮に入れることができるのは企業結合規制においてであろう。水平的企業結合の規制基準を安易に流用したことで混乱が生まれた。

以上を振り返れば、「指針」の競争の実質的制限の判断は、水平的企業結合の規制基準を流用した様々な、排除行為に起因しない考慮要素を、個別事件ごとに「総合的に考慮して判断される」とするということであるから、「指針」を参照する事業者は予測の困難さに困惑するであろう。

結 び

独占が違法でないように、高い市場シェアによる市場閉鎖の状態はそれ自体違法ではない。しかし、そのような市場シェアを直接または間接に利用して行う排除行為は違法である。違法な排除行為における「競争の実質的制限」（私的独占）と「公正競争阻害性」（不公正な取引方法）の境目は明確ではないが、行為者の市場シェアでおおよそのところで分けることができる。例えば、直接・間接に排除行為の梃子になった行為者の市場シェアが20～40%程度か、50%以上かで、それを分けることが可能である。50%を越えれば、競争を実質的に制限するという推論は一応成立しうる。「45%ならどうなのか明確でないから、そのような議論は意味がない」というような批判があれば、それは問題の性質を誤解している。「競争を実質的に制限」の推論の基礎は市場の集中度である。その中心的な考慮要素はやはり行為者の市場シェアと排除行為の態様である。それに加えて、商品に係る市場全体の状況、行為の期間などが考慮されよう。

すでに見たように、水平型企业結合の規制基準を流用して、市場シェアのみによる評価の不確実性をできるだけ解消しようという「指針」の試みは成功していない。それは市場シェアを市場閉鎖状態の真正指標と見るべきところを、市場（価格）支配力の代用指標と見たせいである。代用性を補うために、水平的な企業結合の規制基準を便宜的に流用することになり、混乱のもとになる規

制基準の形式的な模倣をもたらした。また、このような流用により、排除行為に起因するべき市場効果を、排除行為から切り離して検討するという結果を招いたことも「指針」の分かり難さを助長している¹⁷⁾。

排除行為による市場閉鎖の進行は、需要者の選択機会を狭め、一般消費者の選択の機会を狭める¹⁸⁾。狭められた選択対象は稀少性をます。それが一部の需

17) 排除行為の競争制限効果の判断に水平的な企業結合規制の基準を利用すると、様々な問題が生じる。そこで、水平型企業結合の規制基準を流用せず、排除行為に起因する価格支配力の強化を、排除行為の態様と行為者の市場シェアにより推認し、僅かなでも価格支配力の強化が推認される場合に、競争の実質的制限とすることができるかもしれない。実は、そのような考え方を、筆者は、以前に、採用したことがある。拙稿「私の独占の総括的検討」『日本経済法学会年報』第28号1頁以下、(2007年)。

しかし、筆者は、今は、このような考えをとらない。排除行為に起因する効果がより直接的なのはいずれかと考えたとき、推認の根拠の弱い価格維持効果よりも、需要者の選択の機会の減少の方が直接的であると考えられるからである。

18) Landeは反トラスト法の目的として一般消費者の選択の自由を掲げている。その議論は、本稿の立場から見ても同意できることが多いので、簡単に検討しておきたい。Robert H. Lande, "Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust", 62 Univ. of Pittsburg L. Rev. pp503-525 (2001)。

Landeの「消費者の選択の自由」論は市場に任せることが基本である。「反トラストはオプション数の最大化を求めるわけではない。また、反トラストは、消費者の手に入るオプション数を減少させる効果を持つ行為や取引のすべてを防止するものではない。また、反トラスト法は、オプションの形成を積極的に求めるわけでない。むしろ、反トラスト法は、市場における自然な選択の範囲を人為的に妨げる事業行為を防止する。実際、反トラスト法は、一定の企業結合から生じる帰結のように、そのコストより便益が優るのであれば、いくらかのオプションの減少も許容する」(傍線は筆者)。筆者も同様に考える。

筆者が同意できないのは排除行為に価格影響を見ようとする観点があることである。「選択への注目は、また、一定のRRC行為がなぜ望ましくないのかを説明する。ライバルのコストを引き上げるとはライバルの価格を上げること(あるいは製品開発や革新への投資を削減する)を強いる。それは略奪者が自己の価格を引き上げること(あるいは研究開発投資を増やすという選択を止めること)を可能にする。かくして、消費者はより良い製品や競争的な価格の製品を購入するという選択を失う」という。しかし、筆者は、繰り返し述べているように、排除行為に起因する効果は顧客の選択機会を排除することであると考える。Landeのように排除行為の顧客への価格影響に注目し、さらに、その後起きる様々な選択肢の減少と言う迂遠な波及効果に注目するのは、推論の基礎が脆弱になるので、反対である。

要者と一般消費者にとっての稀少性にすぎないとしても、高い市場シェアの事業者の排除行為に起因していることから、競争プロセスを害し、その回復を困難にする。このように市場の開放性を妨げることもまた、今村成和先生に倣って「競争の実質的制限」というべきであろう。