

米国反トラスト法における マーケット・パワーの要件的功能

鈴木 孝之

はじめに

我が国の独占禁止法⁽¹⁾は、その禁止行為である私的独占・不当な取引制限の定義規定（2条5項・6項）で、当該行為の対市場効果であって、経済社会的弊害を表し、規制基準ともなる違法要件⁽²⁾を「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」と示している。その解釈について、裁判例⁽³⁾の「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、その他各般の条件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もたらすこと」を受けて、講学上も判例⁽⁴⁾上も、競争市場には存在しないような、取引条件を人為的にある程度左右できる市場支配力が形成・維持・強化されることと言い換えられることがある。

市場支配力の存在は、独占禁止法の発動を促す一つのメルクマールであって、それが違法要件に位置付けられているのが同法の特徴である。このような趣旨で、競争市場の機能を害しかねないような特定の事業者ないし事業者集団が保有する、他の競争事業者等に比して非対称に強い取引力を概念付けることは、他の国の独占禁止法制（競争法制）でも見られるところであり、我が国の独占禁止法の沿革とされる米国反トラスト法⁽⁵⁾においても、マーケット・パワー（market power）とそれが存在する場としての関連市場（relevant market）の概念付けがある。

反トラスト法上の議論にあたっては、マーケット・パワーを総称として、その内実により強力なマーケット・パワーを独占力（monopoly

power)として区分して説明がなされることがある。本稿では、以下、マーケット・パワーに代えて市場力を用いる。

反トラスト法における市場力の概念は、必ずしも一律に表現されているものではないが、分析対象となる関連市場で、完全競争から逸脱した行動を事業者がとりうる時、市場力が存在するもので、換言すると、ある程度の期間、競争価格を超えて利潤が生じる高価格で製品を販売することができて、かつ、それによって、利潤が相殺されてしまうほどには販売量が減少しないとき、市場力が存在する⁽⁶⁾。

反トラスト法における独占力の概念も、必ずしも一定するものではないが、一般には、有意な参入障壁に守られて、相当期間、超過利潤を安定して得られるほどに達した市場力をいい、連邦最高裁は、価格を支配し、または競争を排除する力 (the power to control prices or exclude competition) と定義した⁽⁷⁾。市場力と独占力は厳密に使い分けられているわけでないが、おおむね市場力<独占力の関係と観念されて、シャーマン法1条においては市場力、同法2条においては独占力を用いて議論する傾向にある⁽⁸⁾。

本稿は、独占禁止法と反トラスト法で、類似する表現かつ概念である市場支配力や市場力・独占力の内容を比較検討するのではなく、かかる概念が実体規定上のいずれの要件で論じられる事柄であって、要件上どのような機能を果たしているのかという問題に焦点を絞って、特に、反トラスト法における特徴に着目しながら、両法を共通させる競争法制の在り方・考え方の異なりを見ていこうとするものである。

第1 競争法制の実体規定の構成

1 独占禁止法の場合

行為規制を規定する競争法制の実体規定 (禁止行為) の構成は、簡明な言い方をすれば、①行為主体 (行為事業者)、②行為要件 (事業者間の競

い合いを事業活動の制約をもって阻害する行為)、③違法要件(行為の対市場効果)と④消極要件(反公益性要件=違法性阻却事由=正当化理由)からなる。このうち、①~③は因果関係にあり、かつ、いずれかの要件を緩和すれば、禁止行為に該当する範囲が広がり、いずれかの要件を厳格化すれば、その該当範囲は狭まる⁽⁹⁾。そして、いずれかの要件を緩和した場合、他の要件を厳格化することで規制水準を平準化し、過剰規制(false positive)にも過少規制(false negative)にもならないように配慮することが可能である⁽¹⁰⁾。

独占禁止法の最初の実体規定である3条で禁止される不当な取引制限の定義規定(2条6項)でかかる構成を見ると、①行為主体「事業者が、契約、協定その他何らの名義をもつてするかを問わず、他の事業者と」、②行為要件「共同して対価を決定し、維持し、若しくは引上げ、又は数量、技術、製品、設備若しくは取引の相手方を制限する等相互にその事業活動を拘束し、又は遂行することにより」、④消極要件「公共の利益に反して」、③違法要件「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」を不当な取引制限とする。

また、同じく3条で禁止される私的独占の定義規定(2条5項)も、①行為主体「事業者が、単独に、又は他の事業者と結合し、若しくは通謀し、その他いかなる方法をもつてするかを問わず、他の事業者と」、②行為要件「他の事業者の事業活動を排除し、又は支配することにより」、④消極要件「公共の利益に反して」、③違法要件「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」を私的独占とする。

したがって、独占禁止法では、各要件がその間の因果関係も含め、それぞれ明文で規定されているといつてよい。

2 反トラスト法の場合

反トラスト法と総称される米国の競争法制のうち、基本のシャーマン法

で、不当な取引制限に相当する同法1条でみると、「数州間若しくは外国との取引又は通商を制限するすべての契約、トラストその他の形態による結合又は共謀は、違法とする」とあって、①行為主体（契約その他の共謀を行う事業者）、②行為要件（契約その他の共謀をして数州間若しくは外国との取引又は通商を制限する）は条文上読み取ることができるが、③違法要件と④消極要件に相当する部分は解釈（判例）で補わなければならないところである。加えて、行為要件に該当する“すべての（every）”契約その他の共謀による取引制限＝共同行為が違法となる可能性をもつことになるから、過剰規制にならないように、いずれかの要件を厳格化する解釈を加えて、かかる懸念を払拭する必要がある。したがって、判例⁽¹¹⁾で不合理な取引制限（unreasonable restraint of trade）に限定した。

次に、私的独占に相当するシャーマン法2条でみると、「数州間若しくは外国との取引又は通商のいかなる部分も、独占化し、独占化を企図し、又は独占化するために他の者と結合又は共謀するすべての者は」、重罪を犯したものとするとあって、①行為主体（独占化等をする事業者）、②行為要件「数州間若しくは外国との取引又は通商のいかなる部分も、独占化し、独占化を企図し、又は独占化するために他の者と結合又は共謀する」は条文上読み取ることができるが、やはり③違法要件や④消極要件に相当する部分は解釈（判例）で補わなければならないところである。

シャーマン法2条では、行為主体と行為要件の結び付きに特に注意が必要である。独占化（monopolization）は、独占力を有する事業者（行為主体）が行う排他的行為（exclusionary conduct）である。また、独占化の企図（attempted monopolization）は、準独占力を有する事業者（行為主体）が行う排他的行為である。独占化するために他の者と結合・共謀とは、独占力を形成するための協定であったり、独占力を獲得しようとする共謀であったりする。独占化と独占化の企図がいずれも単独行為（unilateral conduct）であるのに比し、結合・共謀は共同行為（collusive behavior）

となる。

3 反トラスト法と独占禁止法の実体規定の組み立て方の違い

シャーマン法と独占禁止法の基本となる実体規定を比較してみると、外形的にも、次の点が大きく異なる。

第1点は、シャーマン法では、不当な取引制限、そして独占化の順で掲げられているが、独占禁止法では、まず私的独占、次に不当な取引制限の順で取り上げていることである。

第2点は、シャーマン法では、不当な取引制限と独占化を2つの条文に分けて禁止しているのに対し、独占禁止法では、私的独占と不当な取引制限を同一の条文で禁止する。

2つのタイプの競争制限行為の位置付けは、シャーマン法では、独立した複数の事業者が人為的に共同して行う不当な取引制限が独占化に先行して禁止かつ規制されるべき行為であり、独占化はその余で競争制限的な力を有する事業者がその力を濫用して排他的行為を行い、更に力を強化することを禁止する。したがって、シャーマン法1条(不当な取引制限の禁止)と同法2条(独占化の禁止)は、並列・同格の関係にあるわけではなく、同法1条の重要度が高く、同法2条は、共同行為として1条で律しきれなかった単独行為を規制すべくバックアップする関係にある⁽¹²⁾。

独占禁止法では、私的独占と不当な取引制限は、同格・同質の競争制限行為と位置付けられている。事業者の事業活動を制約することにより、一定の取引分野における競争を制限する対市場効果＝違法要件をもたらすことを禁止することでは同じである。その違いは、私的独占が行為主体以外の他の事業者の事業活動を制約することであるのに対し、不当な取引制限は行為主体となる事業者の事業活動を制約することである。

シャーマン法と独占禁止法の実体規定の比較から明らかになることは、実体規定の組み立て方の違いである。独占禁止法は、事業活動の制約対象

の違いという行為要件レベルの要素で2つの競争制限行為を区別していることになる。しかし、シャーマン法では、複数の事業者で市場力を有するようにして行う競争制限行為と、単独でも独占力を有する事業者が行う競争制限行為とに区別していることになるから、複数の事業者が共同して形成した市場力と単独の事業者でも持ちうる独占力を保有するという意味で、行為主体レベルでまずは区別し、その後、具体的な行為要件該当事実の存在とその対市場効果である違法要件該当事実の存否を判断することになる。

第2 競争法制から見る実体規定の組み立て方

1 自由市場経済体制・民法と競争法制の関係

自由市場経済体制を規律する2つの基本法制である民法と競争法制は、民法の限界を競争法制が補完する関係にある。

民法においては、市場と競争（競争メカニズムを機能させる事業者間の競い合いの集積）を法的に秩序付ける近代私法の3大原則（①市場における取引の主体＝権利能力と、②取引の客体である所有権と、さらに、③競い合いを可能にする契約自由の原則）を基本としている。民法の公の秩序（民90条）には、当然、公正・自由な競争メカニズム秩序が含まれる⁽¹³⁾。

したがって、民法は、広義の競争法制でもある。しかし、民法は、対称・平等の市民社会を基本・前提（裁判所による受動的解決）とするから、非対称・不平等の現実の産業社会に対処するには、限界がある。

競争法制においては、市場と競争の問題について、現実の産業社会において、事業者間の競い合いを阻害し、市場における競争メカニズムを制限できる非対称な取引力の存在を認識して、これを独占禁止法の立法事実として、民法の限界を超えて補い、民法と協働しつつ、行政機関による能動的解決を図ることを軸とする。

なお、非対称な取引力とは、市場支配力あるいは市場力・独占力といっ

た用語に変わりうるが、それが違法要件レベルで検討される事象であるのか、それとも行為主体レベルで検討される事象であるのか、という点が本稿の議論の起点となる。

競争法制は、市場において他の取引主体に対して優越した非対称な取引力を有する取引主体を規制することを本質とする。その非対称な取引力の形成には、人為的なものと事実上のものという2通りがある。①他の取引主体（競い合う関係にある同業の取引主体に限らない。取引関係にある取引主体の場合もあるし、あるいは金融力などの力を有する取引主体など含み、要するに無限定である。）と人為的に共同して非対称な取引力を形成・維持・強化することとなった取引主体か、②事実上非対称な取引力を有する取引主体ないし他の取引主体と事実上共同できて非対称な取引力を有する取引主体である。

非対称な取引力を人為的であるか、事実上であるかという形成の態様に合わせて、①共同力ともいふべき市場力や②独占力（単独の取引主体のみならず、事実上複数の取引主体で有する場合を含む。）と仮に名付けて議論を進めてみたい。ここで重要なことは、人為的に形成される共同力は、独占力よりも相対的に低い程度で、競争法制が関心を払うべき非対称な取引力と認めるべきことである。

2 実定法としての競争法制の組み立て

現実の産業社会において、取引主体が共同し、それなりの経営規模をもって、非対称な取引力を有しつつ活動することは、一概に否定すべきことではなく、むしろ容認すべきことであるから、その非対称な取引力の存在そのものが規制されるべきということにはならない。現実の産業社会は、企業間協力や規模の経済性を実際に必要としているからである。

規制すべきは、非対称な取引力を不当に事業者間の競い合いを阻害して、ひいては、競争メカニズムを制限する効果をもたらす行為である。競

争法制において、非対称な取引力の存在とその経済厚生的活用となる行為は禁止されることではなく、非対称な取引力を有する取引主体の行為は、許容されるものと許容されないものとの分別が必要である。したがって、競争法制の実体規定は、行為規制となり、前記①の取引主体が非対称な取引力を濫用する行為を規制する場合と、前記②の取引主体が非対称な取引力を濫用する場合にそれぞれ合わせたものとなる。その中で、許容されるものと許容されないものとの分別作業が行われる。

①共同行為規制と②単独行為規制と呼称することもできるが、その意味は、①共同力を有する取引主体が行う行為の規制と、②独占力を有する取引主体が行う行為の規制であるから、規制の対象は、行為というよりも、その行為を行う非対称な取引力を有する取引主体にある。行為との関係で言及する場合には、取引主体を行為主体ということにすると、共同ないし単独の行為規制というよりも、行為主体規制という方が正確である。その意味は、競い合いを阻害する効果を有しそうな行為類型にまず着目するのではなく、非対称な取引力を有する行為主体に発端として着目するのである。それゆえ、①共同行為規制と②単独行為規制では不適當というわけではないが、①共同力規制と②独占力規制といった方が本質的な意味でより正確である。ただし、本稿では、以下、①共同行為規制と②独占力規制で対比していくことにする。競争法制は、①と②の2本の実体規定をもって、規制対象とすべきすべての事象を包含し、完全に成り立ちうる。

逆にいえば、非対称な取引力を持たない行為主体の行為は、たとえ、外形上、競い合いを阻害する効果を有しそうな行為類型であっても、競争法制の規制対象とならない。かかる意味での競争法制の実体規定は真正身分犯の趣を呈することになろうし、かつ、非対称な取引力を有する事業者・事業者集団は競争法制の実体規定の対象となり、そうでない事業者は対象とならないという意味で非対称規制である。

3 反トラスト法における判断過程

反トラスト法において、制定法（statutory law, law in books）の条文表現とおり、すべての契約等を違法とするのではなく、判例法（case law, law in action）において不合理なものに限って違法なものとする事となった。

不合理なものとは、問題となった行為が関連市場における競争制限効果を専ら多く有することである。したがって、当該行為が競争促進効果をもたらす側面もあるとすれば、その競争促進効果（合理性）と競争制限効果（不合理性）の比較衡量を行うことになる。この考え方が合理の原則（rule of reason）である。しかし、行為の態様によっては専ら競争制限効果のみを有することが明らかなものがあるので、裁判所はかかる比較衡量を要せずに違法とする例外的な考え方として、当然違法（per se illegal）を示した。「合理の原則」が原則的考え方であり、「当然違法」が例外的考え方となる。

更なる問題は、競争促進効果と競争制限効果の比較衡量が必ずしも一義的に判定可能な事柄ではないことである。市場と競争の状況は時間的にも絶え間なく変化するから、その状況の中で判断することは、特に、事実問題に関して陪審制度をとる米国の裁判所において、陪審員が最終判断を下すに至ることが容易でないことは推測できる事柄である。

裁判官ができることは、要証事項を順次定立することと立証責任の分配を示して、陪審員に判断を求めることである。裁判所は、合理の原則をもって、被告の行為の違法を主張する原告に、当該行為が競争制限効果を有することに至る実質的な根拠の立証を求める。この場合の実質的な根拠とは、当該行為を行っている被告が関連市場において市場力・独占力を有する事業者であることである。市場力・独占力を有しない事業者であれば、上位事業者に対する競争行動である場合が専らで、競争促進効果の方が上回ることになるからである。反トラスト法訴訟におけるこのような裁

判所の訴訟指揮は、結果として、反トラスト法違反行為の構成要件該当の着手要件 (trigger, threshold) として、行為主体のレベルで関連市場の画定と市場力・独占力の存在を証拠をもって陪審員に提示して、立証する責任を原告に求めることになる。この立証に原告が失敗すれば、その次に予定される被告による競争促進効果があるとの反証、さらに、原告による競争制限効果の方が上回る、あるいはより競争制限的でない手段で可能との立証に移ることができないことになる⁽¹⁴⁾。

合理の原則に導かれる反トラスト法事案では、かかる判断過程から、大多数の事案において、原告は被告が市場力・独占力を関連市場において有するとの立証に成功しないものであるから、違法要件レベルの競争促進効果と競争制限効果の比較衡量に到達することは少数である。したがって、独占禁止法では違法要件レベルで検討される「一定の取引分野における競争を実質的に制限」=“一定の取引分野における市場支配力の形成・維持・強化”に相当する、反トラスト法における“関連市場における市場力・独占力の保有”は、専ら行為主体レベルで検討される事柄であることになる。

それゆえに、当然違法の適用も、もちろん、違法要件レベルでの立証を不要とする意味合いもあるが、その実質的意義は、行為主体レベルにおいて、行為主体が関連市場の中で、市場力を有することの立証を不要とすることにある。ただし、後述するように、当然違法が適用される行為類型は、シャーマン法1条適用の共同行為の分野の中のことであるから、共同行為である以上、これに参加する複数の事業者である程度の市場力を共同で有することも意味するから、立証不要とすることで、市場力を保有していることを前提としているものである。

原告 (提訴側・違反被疑行為の被害者や反トラスト当局) と被告 (防御側・違反被疑行為の行為主体) の間の立証負担の配分という観点からみると、当然違法は原告の立証負担を軽減し、合理の原則は原告にまず関連市場の画定と被告が市場力を有することの立証責任を課し、そのことに成功

しても、被告に競争促進効果および正当化事由の反証を許し、それを上回る競争制限効果の存在の立証に更に成功しなければならない。したがって、当然違法は原告に有利で、合理の原則は被告に有利となる。後述するように、シャーマン法2条違反の独占力規制の事案は合理の原則によるが、シャーマン法1条違反の共同力規制の事案では、当然違法と合理の原則が並存するので、事案の態様に応じて中間的調整が図ることができる簡略化された合理の原則（quick-look rule of reason, truncated rule of reason, abbreviated rule of reason）がありうることが判例⁽¹⁵⁾で示されることになる。

なお、簡略された合理の原則があるようになったことから、従来からの合理の原則を完全なる合理の原則（full rule of reason, full-blown rule of reason）と呼称して区別することがある。完全なる合理の原則を適用される場合、経済学的にも精密な論証およびデータをもって、原告は、被告（行為事業者）が反証する競争促進効果や正当化事由を上回る競争制限効果の本証に成功しなければならないから、容易なことではない。

第3 反トラスト法における市場力の意義

1 シャーマン法1条と市場力

シャーマン法1条適用の事案は、問題となる行為の態様により、当然違法の取扱いがなされるものと、完全なる合理の原則の取扱いがなされるもの、さらには、その中間で簡略化された合理の原則の取扱いがなされるものに分かれる。ただし、かかる3分類の仕方よりも、行為の態様に応じて強弱の調整が可能で柔軟な取扱いをする工夫に着目すべきである。

ア 当然違法の取扱いがなされる行為類型の場合

当然違法の取扱いとなるのは、水平的価格協定⁽¹⁶⁾、数量制限、水平的市場分割、入札談合や競争事業者に向けられた水平的な共同の取引拒絶で、いわゆるハードコア・カルテルに相当するものである。直截に言え

ば、市場力は有効な競争圧力を免れて価格を引き上げ、または数量を減少することができるものであるから、価格や数量を決定し、競争者を直接排除する共同行為を当然違法とすることは論理必然ともいえる。

当然違法の取扱いとは、ハードコア・カルテルについては、行為主体レベルで市場力を行為者が有することを提訴側が立証すること無しに違法とみなされることを意味する⁽¹⁷⁾。ただし、市場力の考え方が全く無縁であったというのではなく、価格や数量への影響と競争制限効果を考えたときに、市場力の存在を既に充足するもので、市場力の存在の立証をあえてさせなくとも、その根底にあるものである。

当然違法の取扱いがなされる行為類型には、他に、抱き合わせ販売と共同ボイコットがある。しかし、これらの行為類型には、上記のハードコア・カルテルとは異なり、市場力の考え方が実質的には導入されている。

抱き合わせ販売については、連邦最高裁は、当然違法の取り扱いを継続するものであることを判示したが、同じ判決の中で、行為者が主たる商品市場で市場力を有する場合に限って、当然違法の取扱いをするものであることを判示している⁽¹⁸⁾。その市場力は、判決の中では、競争市場であればできないような、購買者に購入を強いることができる認識しうる経済力 (appreciable economic power) と表現していること⁽¹⁹⁾ で、抱き合わせ販売では、既に実質的には、市場力の有無の判断を前提にしていることになる⁽²⁰⁾。

共同ボイコットにおいても、単純に当然違法の取扱いがなされるのではなく、共同ボイコットで意図した価格引上げが可能であったかどうか明らかでないときは、当然違法の取扱いをする前に、提訴する原告に、問題となる市場の画定を求め、そこで共同ボイコットを行った被告側の結集する市場力がどれほどのものを立証することを求める判例⁽²¹⁾ がある。

イ 簡略化された合理の原則の取扱いがなされる行為類型の場合

当然違法と合理の原則の中間的なものとして、簡略化された合理の原則

と称される考え方が裁判所により示されている。この考え方は、当然違法の考え方よりも被告に有利なもので、合理の原則よりも軽度でよいが、当然違法では免れている立証負担を原告に課すものである。シャーマン法1条適用の共同行為であって、当然違法による上記の行為類型であっても、下記のような事案に簡略化された合理の原則を妥当させようというものである⁽²²⁾。

- ① 酌量すべき事情がある協定であって、常に例外なく競争制限効果を有する確信が必ずしも得られない事案⁽²³⁾
- ② 広告制限に関する協定、特に価格広告に関係することとなる協定⁽²⁴⁾
- ③ 価格交渉を制限する協定、価格交渉が行われる状況を制限する協定⁽²⁵⁾
- ④ 価格や生産数量に直接関係しないにしても、自由競争の下で合理的なことを競争事業者間で抑制する協定⁽²⁶⁾

簡略化された合理の原則が適用されるのは、上記のような場合に、被告の行為によって競争上の弊害の存在が推測されるときに、被告側が競争促進効果や正当化事由もあると主張するときである。このようなときに、裁判所は、被告の主張に応じて、求釈明事項は変動するが、原告に疎明を求める。それが市場力の保有である場合は、関連市場と市場力について経済学的手法を用いた詳細な分析を行う必要までではないが、反競争効果を示す直接証拠の提出までの立証責任を負うとしてきている。すなわち、関連市場を画定し、当該市場における市場力の存在まで立証することは要しないが、価格の上昇や生産量の削減などの実際の競争制限効果を示す直接証拠の提出までは必要となるという趣旨である⁽²⁷⁾。簡略化された合理の原則は、当然違法と完全なる合理の原則の間で審理の必要に応じられる柔軟性を有している。

ウ 完全なる合理の原則の取扱いがなされる行為類型の場合

当然違法あるいは簡略化された合理の原則の取扱いがなされる行為類型のほかのシャーマン法1条訴訟は、合理の原則の取扱いがなされる。競争

促進効果があるとしても、それを上回って、競争を抑圧し、あるいは破壊するようなものであるとの立証を要することである⁽²⁸⁾。この場合、提訴する原告は、被告が市場力を有することを証明する証拠を用意しなければならない。どの程度の強さの市場力があることを必要とするかは、裁判所によって区々であることは避けがたいが、原告側が、被告側に競争に悪影響を与えることができるに足る市場力があることの立証責任がある点では共通している。

多くの裁判所が、合理の原則が適用される反トラスト訴訟で、市場力の立証を訴訟要件として用いている。同様に、司法省反トラスト局 (DOJ) と連邦取引委員会 (FTC) は、被提訴者側の安全港 (safe harbor) として市場力フィルターを用いている。その意味は、優勢な市場シェアを有しない事業者は、反トラスト法違反で両機関から提訴されるおそれはなく、自由な事業活動が展開できるようにしていることである。優勢な市場シェアを有しないことで、市場構造や市場効果について更なる審査をすることなく、市場力を有しないと推定することである。

提訴する原告が被告の市場力に関する直接証拠を示せない場合、状況証拠が示せるかに係ってくる。関連市場 (商品市場および地理的市場) の画定と当該関連市場における原告の市場シェアの評価である。複数の事業者によって行われた行為であれば、当該複数の事業者の市場シェアの合計から評価する。

裁判所は、シャーマン法1条訴訟において、市場力を有すると評価するに要する最低限の市場シェアというものを示すには至っていないが、30パーセント未満の市場シェアの場合は市場力ありとの推論には至らないのが通例である。

もちろん、裁判所は、市場シェアが高いことのみをもって市場力を認定するものではなく、当該関連市場における複合的な要因を考慮するものである⁽²⁹⁾。

2 シャーマン法2条と独占力

シャーマン法2条が違法とする第1の行為類型である独占化は、独占の事業者による行為で、2つの要素から成り立つ。一つは行為主体が関連市場で独占力を保有すること（the possession of monopoly power in the relevant market）であり、もう一つは、優れた製品、鋭敏な事業活動や偶然の経緯とは区別される、意図的な独占力の獲得または維持（the willful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident）につながる競争制限行為または排他的行為を行ったことである⁽³⁰⁾。独占力を保有する事業者に対して、独占力を獲得し、維持し、または増進する反競争的な一方的行為を行うことを禁じるものである。

第2の行為類型である独占化の企図は、準独占の事業者による行為で、3つの要素から成り立つ。一つ目は、行為主体に独占力を達成する危険な蓋然性（dangerous probability of success in achieving monopoly power）があること（本稿では「準独占力」と名付けている。）、二つ目に、行為主体が略奪的または反競争的行為（predatory or anticompetitive conduct）を行ってきていること、三つ目に、その行為が独占化を狙った具体的意図（specific intent）をもって行われたことである⁽³¹⁾。独占化と独占化の企図の区別は、独占化が達成されたか、未遂・未達であったかの違いではなく、行為主体が、前者の場合は独占力を有する事業者であり、後者の場合は独占力を現に有するに至っていないが、それに近い準独占力を有している者であるかの違いである（独占力の維持・強化と形成の区別）。後者には、行為主体の要件を緩和したところがあるので、過剰規制にならないように、判例上、具体的意図の要素が付加されている。具体的意図とは、明らかに反競争的な行為から推し測れる明確な意図のことである。

第3の行為類型である独占化の共謀は、3つの要素から成り立つ。一つ

目は共謀 (conspiracy) の存在、二つ目はその共謀が独占化を狙った具体的意図 (specific intent) をもって行われたことであり、三つ目は共謀を促進する明白な行為があること (overt act in furtherance of the conspiracy) である。第3の行為類型には、一方的行為が含まれているわけではないが、この行為類型は、単独行為規制の標的である独占力を形成しようとする協定に重なる問題である。これにより、シャーマン法2条は、単独行為のほかに、共同行為も規制対象にすることになる。共同行為に相当する第3の行為類型については、独占力の存在を前提とせず⁽³²⁾、シャーマン法1条と同様の適用になる⁽³³⁾。

反トラスト法は、事業者が通常の競争過程を経て独占力を獲得することを妨げるものではないから、シャーマン法2条が禁止するのは、独占力を形成・維持・強化する排他的行為に的が絞られる。イメージとしては、シャーマン法2条は、略奪的な大企業から競争的な新規企業や中小企業をある程度守ろうとしていることになる。

裁判所は、シャーマン法2条を様々な排他的行為に適用してきた。取引拒絶、排他的取引、抱き合わせ販売、略奪的価格(不当廉売)などである。それぞれの場合に、独占力の存在の分析が、競争的活動か、排他的活動であるかを判別する役割を果たす。

独占力は、シャーマン法2条違反における本質的要素である。シャーマン法2条の要件となる独占力は、同法1条における市場力よりもある程度強いものであることを要する。提訴する原告は、被告が価格を支配し、または競争を排除できる明瞭な直接証拠 (unambiguous direct evidence) をもって独占力の存在を立証しなければならない⁽³⁴⁾。

明瞭な直接証拠を提示することは必ずしも容易ではなく、通常は、状況証拠による。状況証拠の示し方は、①関連市場の画定、②画定した関連市場において被告が有する支配的な市場シェア、③有意な参入障壁の存在や、短期的に生産量を増加できる競争事業者の不存在などである⁽³⁵⁾。

裁判所は、独占力ないし準独占力を測る主な指標として市場シェアを用いている。裁判所は、独占力の存在を認定するに必要な市場シェアの基準を確定しているわけではないが、連邦最高裁は、セロファン包装紙を含む関連市場で75パーセントの市場シェアは独占力を構成しうるものとしている⁽³⁶⁾。連邦最高裁は75パーセント以上の市場シェアで独占力を認定してきているが、下級裁判所では70パーセントを超えれば、独占力を認定しているものもある。逆に、30パーセント未満では、独占力も準独占力も認められない。また、40～70パーセントの市場シェアの場合は、その他に独占力に至る状況証拠がない限り、裁判所は準独占力の存在を認定しようとはしない⁽³⁷⁾。

その他の状況証拠とは、企業規模の格差、不活発な競争状況、市場シェアの固定化、超過利潤の維持、政府規制の存在、その他の参入障壁や生産規模拡大に対する阻害要因などである。さらに、参入障壁の要因の中には、特許権その他の無体財産権の保有、既に確立したブランドへの購買者の選好、規模の経済性、新規参入にかかる高額な初期投資や資本支出の必要であり、実際には、従来の新規参入の頻度や成功度によって、参入障壁の程度を推し量ることをしている⁽³⁸⁾。

第4 反トラスト法における市場力・独占力の要件的功能

1 反トラスト法における市場力・独占力の要件的功能

シャーマン法1条で、すべての取引制限を違法とするものではなく、不合理な取引制限（+競争制限効果）を違法とすることは、要件的に言い換えれば、行為要件レベルで取引制限（競い合う事業活動の制限）があっても、違法要件レベルの競争制限効果（競争制限効果が競争促進効果を上回って、競争圧力を免れて価格を上昇させ、数量を減少させることができること）を生じるものを違法とすることである。しかし、行為要件レベルの取引制限への該当は多数あり、それらが違法要件レベルの競争制限効果

を惹起するに至ることは少数であるから、現実問題として反トラスト法違反被疑事件の訴訟審理を考えれば、提起されたすべての取引制限事案について、原告と被告の間で変動する経済事象に関して対抗する立証活動を展開することは、膨大な訴訟不経済の極みになりかねない。

このような事態を避けるためには、行為主体レベルで着手要件に相当する絞りをかけることがある。その工夫は、被告（行為事業者）が関連市場において市場力・独占力を保有することの立証責任を原告に負担させることである。言い換えれば、被告が競争制限効果をもたらす取引制限を行う能力を保有することを原告が立証できたならば、その後の訴訟審理に入ることにするものである。合理の原則では、訴訟審理の開始にあたり、原告に被告が関連市場の画定と市場力・独占力の存在の立証を求めることに実質的意義がある。

当然違法は、明白な競争制限行為について、市場力と市場効果の分析なしに違法とみなす場合に適用となるものである。シャーマン法1条の下で当然違法の原則が適用される行為類型は、市場力の立証を要しないとされるのだが、それにもかかわらず、これらの行為は市場力の概念から強い影響を受けている。反競争効果と競争促進的な正当化事由の両方が、現実の、あるいは予想される価格と生産量への効果を参照することで、定義され、認識されるものである。このように、市場力の経済的概念は、厳密な違反を確定するためには必要とされる市場力を公式には立証することを要しないとされる場合にでさえ、その中心に残っている。

既述のとおり、シャーマン法1条の下で、裁判所が当然違法とみなしている他の2つの行為類型（抱き合わせ販売と共同ボイコット）においても、裁判所はその分析に市場力概念を明らかに持ち込んできている。裁判所は、当然違法の原則を適用する前に、しばしば原告に市場を画定することと原告らが共同した市場力を計測することを求めてきた。

シャーマン法1条事件と同法2条事件の大部分は、合理の原則で分析さ

れる。合理の原則は、事件提訴者に、課される制限が単なる調整や競争を促進するものであるか、あるいは、競争を抑圧するか破壊してしまうものであるか、のいずれであるかを決定することを求める。そのような場合、原告は、被告が市場力・独占力を有しているという証拠を通常は用意しなければならない。

ところで、シャーマン法1条・2条において行為主体レベルで関連市場と行為事業者の市場力・独占力を検討することから、企業結合による市場力・独占力を形成・強化する事業者の出現に対する予防規定であるクレイトン法7条の企業結合規制に、同レベルで平行してつながるという位置付けが、反トラスト法ではより明瞭になるものである。

2 市場力に関する独占禁止法と反トラスト法の比較

独占禁止法と反トラスト法は、中核となる違反行為が、前者では「私的独占+不当な取引制限」、反トラスト法のシャーマン法では「不当な取引制限+独占化行為」と、一見、相似しているようであるが、その順番が逆であるように、組み立ての起点が異なっている。

独占禁止法は行為要件（他の事業者の事業活動の排除・支配+相互に事業活動を拘束・遂行）が起点になっているのに比し、シャーマン法では行為主体（市場力を有する複数の事業者+独占力を有する単独の事業者）が起点となっている。

そのため、独占禁止法では、行為要件に該当する行為が行為主体の在り様と相まって、違法要件に相当する対市場効果（一定の取引分野における競争を実質的に制限）をもたらす段階で、市場力に相当する分析、すなわち、一定の取引分野（関連市場）と市場支配力の存在の如何の検討をする。

しかし、シャーマン法では、行為主体を起点として、行為者が市場力・独占力を有することが証明された後に、実体審理に移ることになる。行為主体が市場力・独占力を有することの証明責任を提訴する原告がまず果た

さなければならないことである。したがって、シャーマン法では、関連市場と市場力・独占力の検討は、行為要件・違法要件に該当する事実を審理するにあたり、行為主体レベルで検討することが、独占禁止法と大きく異なることである。

このように、独占禁止法と反トラスト法とでは、一定の取引分野・関連市場と市場支配力・市場力・独占力のように類似の用語を用いる場合があっても、それらが検討される段階が異なるから、それなりの注意が必要である。

3 市場力を着手要件とする意義

合理の原則と当然違法の考え方から、立証責任の配分を通じて、市場力の存在が、違法要件レベルではなく、行為主体レベルで着手要件として検証される事項であって、その結果、市場力で象徴される非対称な取引力を市場で有する事業者の不合理的（競争制限的）な行為を、共同行為規制と独占力規制の2本立ての実体規定を軸に考察していく反トラスト法の論理がより明快に理解できる旨を述べてきた。

さらに、市場力を、違法要件レベルではなく、行為主体レベルで要件的に機能させる政策的な積極的意義について、次のような説明がある。

「なぜ、反トラスト訴訟のために、ある程度の市場力の証明が必要とされてきたのであろうか。結局、もし、行為が反競争効果をもたないものである場合には、その時、被告がどの程度の市場力を保有しているかにかかわらず、その行為は非難に値しないものとなるだろう。そして、もし、行為がそれこそ反競争効果を有している場合には、その行為は非難されなければならないし、被告が市場力を有するかどうかを調査することは余計なことのように見えてしまう。

答えは、行為が反競争効果をもつかどうかを決定することが、しばしば難しいということにある。というのは、その問題の判定というものは、し

ばしば費用がかかるか、間違っただけのものとなるか、時には、その両方になったりする。もし、行為が後で反競争効果があったと決定されるならば、どの事業者のどの行為も潜在的に反トラスト法違反になってしまう可能性があることになってしまう。そうすると、事業者は、反トラスト法違反となることを危惧して、より望ましい行為に係わることから遠ざかるようにするし、反トラスト法上の審査に費用がかかるし、反トラスト法違反になる可能性について誤った判断をするリスクも引き受けることになろう。事業活動の法的審査も至るところで行わなければならない、その判定者たちに大きな負担を課すことになる。

このように、市場力の要件が必要とされる重要な理由の一つは、反トラスト法上の審査に不適用のフィルターを設けることにある。事業者が反競争効果を最ももたらすような事案に反トラスト法上の審査を限定することである。そのような法的フィルターは、行為の評価が誤ったり、費用がかかったりすることに最大の関心があるときに、最も有用である。したがって、市場力のフィルターは、単独行為の事案において特に重要となる。このような市場力のフィルターがなければ、どの事業者も、すべての事業活動について反トラスト法上の審査を必要とするリスクに至るところで直面してしまうからである。

市場力の評価について誤ったり、費用がかかったりすることに最大の関心があるようになると、市場力の要件を課すことによる法的フィルターは、逆に最も有害なものとなる。反トラスト訴訟において訴えられる場合、被告が市場力を保有することを証明しなければならないことで、市場力を証明する実施費用がかかることから訴訟を免れるであろうと考える事業者は、反競争行為をやりがちになるだろうし、反競争行為から得られる利得よりも、自分が市場力のない事業者であると誤って判定される確率が市場力ありとされるリスクを低くしてくれると計算するならば、やはり反競争行為をやりがちになる。そうすると、このようなフィルターは、競争

促進的な目的が考えられないような協定については、全く重要ではなくなり、なくてよい。かかる反競争的協定を抑制することによる悪影響もほとんど考えられないし、このような反競争的協定を規制が十分でないことの方が悪影響は大きいし、事業者もそのような反競争的協定を容易に行わないようにすることができるものである。

市場力の要件は、不適用のフィルターであることと同時に、着手する剣にもなりうるものである。重ねて述べれば、その根本的理由は、反競争効果を立証する費用や困難さにある。なぜなら、反競争効果の直接の証明は難しく、裁判所は、反競争効果を、被告の市場力と反競争効果を持ちそうな効果がかかる市場力を有する行為者によって行われたことを結び付けて推論するのが通例である。このような市場力の要件の選択は、反競争効果の直接の立証のための費用がかかればかかるほど、あるいは、間違いやすいものであればあるほど、さらに市場力から得られる結論が信頼できるものであれば、もっと魅力的になるものである。端的に言えば、フィルターまたは剣としての市場力の有用性は、市場力と反競争効果のどちらの方の判断がより難しいかという相対的な評価にかかっている。⁽³⁹⁾

行為主体レベルの市場力の立証の有無が剣(着手・審理進行)またはフィルター(不適用・審理中止)の機能を果たしているということは、完全なる合理の原則の取扱いをする行為類型については、まさに市場力は着手要件そのものである。また、当然違法の取扱いをする場合は、かかる着手要件を設定することなく、本案審理に入ることである。当然違法の取扱いがなされる事案であっても、典型的なハードコア・カルテルからは外れるとの被告の抗弁により競争促進的要素を含む正当化事由がありそうな場合、簡略化された合理の原則を適用することによって、原告に必要とされた事実の疎明をさせる。疎明が必要とされた事実には、市場力である場合もあるので、その場合の疎明の程度は、経済学的手法(例えば、SSNIPテストやHHIによる市場集中度測定、さらには価格・数量等の変動統計)

を用いるなどの詳細な立証が求められる完全なる合理の原則とは異なり、一応の証明ができれば、当然違法の取扱いに戻り、できなければ、被告の抗弁のとおり、完全なる合理の原則が適用になって⁽⁴⁰⁾、次の実体審理に進み、原告の立証負担が増す状況になる。これらは、行為の態様に応じて過剰規制にも過少規制にも陥ることのない、柔軟かつ適正な法運用が可能になる工夫といえる。

私訴が多い反トラスト法訴訟の場合、濫訴を恐れて事業者の事業活動が萎縮しないように、また、自由に新規の事業活動が展開できるように、それぞれに予見可能性を高める必要は大きいから、上記引用の考え方は説得力がある。

第5 反トラスト法から独占禁止法への示唆

本稿では、反トラスト法の実体規定が行為主体の在り方（市場力・独占力等を保有する事業者または事業者集団）を起点として組み立てられているのに対し、独占禁止法の実体規定は行為要件における事業活動の制約の態様の違いを区分して組み立てられていると論じてきた。EU競争法⁽⁴¹⁾を含め、世界的には反トラスト法のように、行為主体の在り方を起点に実体規定を組み立てている競争法制が多いことをみると、独占禁止法の実体規定の組み立て方が異質であるとみることもできる。

しかし、独占禁止法の実体規定は、行為主体、行為要件、違法要件および消極要件のすべてを明文で規定し、行為要件を起点として精密な論理構成をもって組み立てられているもので、国際標準からみた異質性を単純に強調すべきではない。むしろ、かかる相違点はより深化させた複眼的思考の機会を与えるもので、重要なことは現行の実体規定の運用の仕方を立体的に考えて、国際標準から乖離した運用状況に陥らないように留意することである。その意味で、要件間の関係に限って、独占禁止法の主な問題点を述べれば、以下のように要約できる。

① 共同行為規制の方が独占力規制より優先して、かつ、その人為性により厳しく規制されるべき位置付けにあるので、違法要件も独占力規制より低く設定すべきであるにもかかわらず、共同行為規制と独占力規制の関係が認識されないことにより、共通の違反要件の解釈となり、しかも、市場支配力の形成・維持・強化という独占力規制用向けの高い水準で設定されている。共同行為規制（特にハードコア・カルテル）向けには、その人為性から「競争（事業者間で競い合う活動）自体が減少する」のみの一方的傾向が認識されれば十分で、市場支配力の形成・維持・強化まで要するものではない。反トラスト法の独占力規制の方で論じられている独占力の概念を共同行為規制に持ち込んでしまった結果である。したがって、独占禁止法の不当な取引制限の違法要件は、市場支配力を持ち出すことなく、私的独占よりも低い程度の競争制限効果で足りると解すべきである。

② 私的独占のうち、行為主体レベルにおいて「通謀」・「結合」が行われているものは、反トラスト法であれば、シャーマン法1条違反の共同行為規制に該当するもので、不当な取引制限と同様の取扱いをすべきである。

私的独占のうち、行為要件レベルにおいて「支配」とされるものも、不当な取引制限と同様の共同行為規制として取り扱うべきである⁽⁴²⁾。「支配」するためには、その前提として、行為主体レベルにおいて、被支配事業者との意思の連絡を当然に必要とする⁽⁴³⁾。

不当な取引制限の「共同して」と私的独占の「通謀」・「結合」・「支配」は、複数の事業者間の意思の連絡の要素を含む点で共通する。

共同行為規制として取り扱うべきとの意味は、上記①で述べたように、違法要件に市場支配力までの競争制限効果は必要ないとの趣旨である。

したがって、私的独占のうち、本来の独占力規制に相当するのは、単

独の事業者または事実上協調する事業者集団による排除行為のみであり、市場支配力の存在を違法要件としなければならない行為類型である。

- ③ 共同行為規制が対象とする行為類型は、競争制限効果を一様にもたらすものではなく、水平的競争制限の中にもハードコア・カルテルと非ハードコア・カルテルの区別があり、さらに垂直的競争制限も入ってくる。反トラスト法は、これらの行為タイプの態様に応じて、当然違法・簡略化された合理の原則・完全なる合理の原則といった深度の異なる分析手法を適用し、その中で行為主体レベルでの市場力の保有に関する立証負担の程度も異にさせて、規制基準を調整する。

制定法（law in books）を基に、現実の状況に応じた法適用（law in action）を図って、具体的妥当性を得ることは、独占禁止法の運用にあっても重要な観点といえよう。

独占禁止法には、私的独占・不当な取引制限に加えて、公正取引委員会の指定による不公正な取引方法がlaw in booksとして前2者をバックアップすることも可能であるので、law in actionの側面から国際標準から乖離することのない法運用が求められて、実際にも現れつつある。

例えば、独占力規制に該当する領域で、公正取引委員会は、行為主体レベルでの非対称な取引力の存在を重視するという運用方針を表した。排除型私的独占について、50パーセント超のシェアを有する事業者について重点的に審査するといったことに現れてくる事柄である⁽⁴⁴⁾。ただし、通謀・支配を含む私的独占は共同力規制であるから、分別されなければならないことに注意が必要ということになる。

また、裁判例（注9参照）で垂直的取引制限が不当な取引制限の範疇から外れたことをバックアップする不公正な取引方法の拘束条件付取引についての領域では、行為主体レベルで有力な事業者基準（シェア20パーセント超）を運用方針として、公正取引委員会が公表している例もある⁽⁴⁵⁾。

私的独占・不当な取引制限に共通する違法要件「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」について、共同行為規制と独占力規制とで区別した複数の基準がありうるかという点については、不公正な取引方法の違法要件「公正な競争を阻害するおそれ」について、行為類型に応じて複数の解釈（①自由競争の減殺、②競争手段の不公正さ、③自由競争基盤の侵害）の並存が説明されていることにかんがみ、私的独占・不当な取引制限においても許されないこととは考えられない。多摩談合事件において、最高裁は、「『一定の取引分野における競争を実質的に制限する』とは、当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうことをいい」⁽⁴⁶⁾と、より抽象的で包摂的な解釈を示した。それが共同行為規制のうちのハードコア・カルテルについては、市場支配力の形成に達しない程度の競争制限効果であっても、有意な競争機能の歪曲を認めることができれば、違法要件を充足するとの趣旨になりうる可能性については、今後の判例の積み重ね・発展を見守らなければならない。

末尾ながら、故早野俊明先生へ、本学法科大学院の同僚として10年間、皆で苦楽を共にした感謝の念を記します。先生は副院長として実務の指揮を執られ、困難な状況の中で粘り強く職務に精励され、私も何度も相談に研究室に伺い、有益な助言をいただいた。最小規模の法科大学院ながら、開設中も閉院後も司法試験合格者を毎年輩出し、今年度までの13年間で36名に達したことに、先生の院生への親身なご指導の實りを見る思っています。ご家族を大切にされる先生を見習いたく、同時に示された研究への情熱は私に裨益するところにて、民法と独占禁止法の協働を基底に組み立てた本稿を先生に謹んで捧げます。

注

- (1) 昭和22（1947）年法律第54号。正式名称は「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」。条文を引用する場合、単に条文番号のみを示す。
- (2) 行為主体が行う行為（行為要件に該当する競い合いを阻害する事業活動の制約）がもたらす対市場効果の違法判断基準。弊害要件、対市場効果要件、効果要件、実質要件などとも呼称される。独占禁止法では、法文上の表現として、「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「公正な競争を阻害するおそれ」の2つの基準があるが、本稿で引用する市場支配力の概念につながるのは、前者の方である。
- (3) 東宝・新東宝事件・東京高判昭28・12・7公取委審決集5巻118頁。
- (4) NTT東日本事件・最判平22・12・17民集64巻8号2067頁。
- (5) 米国反トラスト法（U.S. Antitrust Law）は、米国の競争法制であって、シャーマン法（Sherman Act of 1890）、クレイトン法（Clayton Act of 1914）、連邦取引委員会法（Federal Trade Commission Act of 1914）等の総称であり、条文を引用するときは個別の法の名称を用いる。
- (6) ABA Section of Antitrust Law, *Market Power Handbook* (2nd ed. 2012), at 1-2. 連邦最高裁の定義としては、市場力は競争市場における価格水準よりも価格を引き上げることができるときに存在するとする。Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde, 466 U.S. 2 (1984). 市場力は競争制限効果をもたらすことができる能力であるとする。
- (7) *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 391 (1956).
- (8) *Supra* note 6, at 3-4, 9-11. See *Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Serv.*, 504 U.S. 451 (1992) at 481. 市場力と独占力の懸隔の問題を想起させた判例として、*Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752 (1984). 論説として、Andrew I. Gavil, *Copperweld 2000: The Vanishing Gap between Section 1 and 2 of the Sherman Act*, 68 *Antitrust L. J.* 87 (2000). その邦訳として、高橋省三訳「コッパウェルド事件判決の今日的意義：シャーマン法1条・2条の不連続性とその解消（上）（中）（下）」公正取引605号55頁、606号68頁、607号76頁（2001年）。
- (9) 注1で記したように、独占禁止法の実体規定の違法要件には2つの基準があるところ、「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」よりも「公正な競争を阻害するおそれ」の方が基準として低く、緩和されていると観念される。したがって、後者の基準が適用される不公正な取引方法は、前者の基準が適用される私的独占・不当な取引制限よりも違法要件が緩和されて適用が容易な予防規定の位置付けとなる。逆に、裁判例（新聞販路協定審決取消請求事件・東京高判昭28・3・9高民集6巻9号435頁）で、不当な取引制限の行為主体が「相互に競争関係にある独立の事業者」と、行為要件が「一定の事業活動の制限を共通に設定すること」と、それぞれ限定的に解されることにより、不当な取引制限の適用範囲は狭められて、他の私的独占や不公正な取引方法（拘束条件付取引）で可能なバックアップをしななければならないことになった。
- (10) 不公正な取引方法の違法要件は「公正な競争を阻害するおそれ」として相対的に低い違法判断基準に設定されているので、過剰規制にならないように、例えば、共

同の取引拒絶(2条9項1号、不公正な取引方法一般指定1項)では、行為主体を競争関係にある事業者に限定している。また、不公正な取引方法の拘束条件付取引について、公正取引委員会は、流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針において、行為主体に関し、有力な事業者基準として市場シェアが20パーセントを超える目安を示して、過剰規制の危惧がないように図らっている。さらに、前注引用の裁判例も、本来は、旧4条(特定の共同行為の禁止)において違法要件が緩和されていたので、行為主体・行為要件を限定する解釈を加えることにより、過剰規制とならないように、平準化の配慮をしたものであった。それが「共同行為と不当な取引制限とは(中略)その行為の本質は同一に帰着すべきものである」と判示したために、不当な取引制限の行為主体・行為要件を限定するに及んでしまい、不当な取引制限に適用範囲を限定する過少規制の弊害を生じさせてしまったものである。

- (11) *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 58-60 (1911).
- (12) 競争法制では、行為規制の行為に2種類の意味がある。行為主体レベルにおいて複数の事業者で市場力を保有・維持・強化するための共謀等の行為と、行為要件レベルで競争活動を制限する、すなわち、各事業者の事業活動を制約する行為である。いずれの行為=人為性にも競争制限を加功する悪性を認めるもので、共同して形成された市場力=共同行為規制には2種類の行為の悪性が重なるところに特徴があつて、競争法制で最も重大な違反行為となるものである。
- 他方、共同性を欠く独占力規制=単独行為規制は、行為要件レベルにのみ、不適切さ(improperness)を認めるものであるから、競争法制上の悪性がより強い共同行為規制が先行し、単独行為規制はマーケット・パワーとしてより強い独占力が不適切に行使されたときに発動し、共同行為規制でカバーできない領域をカバーし、バックアップする。その関係は、両者が競合する場合は、共同行為規制が優先して適用されるという意味でもある。
- (13) 独占禁止法違反の契約(法律行為)を無効とする根拠条文は、民法上、同法90条(公序良俗違反)と同法91条(強行法規違反)の2つがありうる。裁判例(花王化粧品販売事件〔控訴審〕・東京高判平9・7・31高民集50巻2号260頁ほか)は、民法90条を援用してきている。独占禁止法が維持しようとする市場における公正自由な競争秩序が、同法が別途定めたからではなく、民法が維持しようとする市民社会の公序良俗でもあることを同時に示唆している。
- (14) *Michael A. Carrier, The Real Rule of Reason: Bridging the Disconnect*, 1999 B.Y.U.L. Rev. 1265 (2006) を紹介して論じる久保成史『アメリカ反トラスト法における合理の原則』(中央経済社、2017年)278・279頁参照。
- (15) 注18~21参照。
- (16) *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150, 223 (1940). 当然違法の考え方を初めて打ち出した判例として、*United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1927).
- (17) *Supra* note 6, at 14-15.
- (18) *Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984), *Illinois Tool Works, Inc. v. Indep. Ink.*, 547 U.S. 28 (2006) at 42-43.

- (19) *Id.* Jefferson Parish, at 14.
- (20) 抱き合わせ販売は、米反トラスト法では、メーカーと流通業者の間で取引（競い合い）制限があるとしてシャーマン法1条ないしクレイトン法3条の適用、さらに、独占的事業者による略奪的行為（排除行為）となるようなときはシャーマン法2条の適用が考えられる。そこでは、主たる商品市場での市場力が焦点となろう。ここでも、シャーマン法1条と2条で求められる市場力に高低の違いはあるにしても、行為主体から入る。日本の独占禁止法では、専ら不公正な取引方法（一般指定10項）で扱われることになるが、行為要件から入り、違法要件として競争手段としての不公正さのみをみる場合は、当然違法の扱いがなされていることになるが、反トラスト法からみれば単純過ぎる。市場力を考えれば、主たる商品市場における市場力が従たる商品市場における競争者排除（自由競争の減殺）、あるいは従たる商品市場における顧客への不利益強要とみることになる。
- なお、クレイトン法3条による抱き合わせ販売の規制は、商品の抱き合わせ販売に限られるので、役務等の抱き合わせ販売には、シャーマン法1条・2条またはFTC法5条でカバーすることになる。
- (21) *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284, 296-97 (1985).
- (22) *Cristopher L. Sagers, Antitrust* (2011 Wolters Kluwer), at 91-92.
- (23) *National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984). 全米大学体育協会(NCAA)が参加大学のフットボール試合のTV放映権の販売を厳しく抑制した事案について、連邦最高裁は、通常であれば当然違法となるものであるが、その商品・役務を利用するには、水平的競争制限が必須である場合には、その点のチェックが必要であるとした。結論としては、NCAAが主張する競争促進効果が見当たらないとして、違法とされた。また、*United States v. Brown University*, 5 F. 3d 658 (3rd Cir. 1993) においては、アイビーリーグの大学の間で提供する奨学金の金額と種類を一定の基準で調整する協定は単なる水平的価格協定であるが、大学の公的性格からすると当然違法の扱いではなく、その合理性についてチェックをすべきものと判示された。
- (24) *California Dental Association v. FTC*, 526 U.S. 756 (1999). 歯科医師会が虚偽・誇大広告を禁止する条項を含む倫理規則が診療料金広告の禁止することになるかどうか争点となった事案。連邦最高裁は、かかる倫理規則については、経済学に初歩的な理解ある者にも、顧客と市場に競争制限効果をもたらすと結論付けられる程度の立証が必要であるとした。
- (25) *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679 (1978). 専門技術者団体が品質の安全確保のために依頼者の担当技術者が決まるまでは価格交渉に入らないという倫理協定を設けていた事案。連邦最高裁は、合理の原則により当該協定が合理的なものであるとはしないが、直ちに当然違法ともせず、品質の安全確保と価格を含めた事前交渉の機能をチェックし、競争制限効果があると判示した。
- (26) *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986). 医療保険会社が、歯科医師による適切な治療の選択と診療費をチェックするために、請求書へのX線写真の添付

を求めたのに対して、歯科医師団体が提出を拒否する申し合わせをした事案。連邦最高裁は、当然違法の事案ではないが、提訴側の連邦取引委員会 (FTC) が歯科医師団体が競争制限効果をもたらさしうる旨の立証をすれば審理可能であり、歯科医師団体が関連市場における市場力を有することの立証が必要な合理的原則まで至る必要はないと判示した。

- (27) *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986).
- (28) *Bd. of Trade v. United States*, 246 U.S. 231, 238 (1918).
- (29) See e.g., *K.M.B. Warehouse Distribs. v. Walker Mfg. Co.*, 61 F.3d 123, 128-30 (2d Cir. 1995).
- (30) See *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 570-571 (1966), *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398, 407 (2004).
- (31) See *Spectrum Sports v. McQuillan*, 506 U.S. 447, 445 (1993).
- (32) See *Levine v. Cent. Fla. Med. Affiliates*, 72 F.3d 1538, 1556 (11th Cir. 1996)
- (33) *ABA Section of Antitrust Law, Monopolization and Dominance Handbook* (2011) at 55-58.
- (34) *U.S. Football League*, 842 F.2d at 1362.
- (35) *Supra* note 6, at 21.
- (36) *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 (1956).
- (37) *Supra* note 6, at 22-23.
- (38) *Supra* note 6, at 23-25.
- (39) *Einer Elhauge, United States Antitrust Law and Economics* (2008 Thomson/West) at 91-92.
- (40) *Herbert Hovenkamp, Antitrust*, 4th ed, (2005 Thomson/West) at 118-119.
- (41) EU競争法の実体規定では、EU機能条約101条1項が競争制限的共同行為の禁止、同条約102条が市場支配的事業者による濫用行為の禁止をそれぞれ規定し、反トラスト法のシャーマン法1条の共同行為規制と同法2条の独占力規制と相似する体系になっている。
- (42) 支配型私的独占について、賦課される課徴金の算定率は原則10パーセントで、不当な取引制限と同じであることは、独占禁止法も支配的私的独占も不当な取引制限と同じ共同行為規制の範疇にあるとしていることの例証になる。
- (43) 野田醤油事件 (東京高判昭32・12・25高民集10巻12号743頁) において、野田醤油が他の醤油メーカー3社の価格決定について間接支配の概念を認めた場合も、野田醤油が小売業者の小売価格を直接支配したことが前提になるので、野田醤油から小売業者への意思の連絡はあるものである。
- (44) 公正取引委員会「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」(平成21(2009)年公表)。
- (45) 公正取引委員会「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」(平成3(1991)年公表、平成29(2017)年最新改正)。
- (46) 入札談合事件・最判平24・2・20民集66巻2号796頁。