

排除行為の違法判定——競争法基準と独禁法への示唆

滝川 敏明

はじめに

競争法が対象とする企業の競争行為は、協調 (cooperation) と排除 (排他) 行為(exclusion) に大別できる。協調は、競争関係にある企業どうしの共同あるいは協調的行為であり、排除 (排他) は、競争相手の経営コストを上昇させる行為、および、それ以外の方法により相手を不利にする行為である¹。本稿では、排除行為の違法 (あるいは合法) 決定基準のあり方を理論的に検討する。競争法が消費者利益を目的とすることを前提とすれば、各国競争法に共通する適正基準を理論的に求めることができる。競争法共通の適正基準に照らすことにより、日本の競争法 (独占禁止法) における排除行為規制への示唆を得ることができる。独占禁止法では、排除行為は、私的独占規定と不公正な取引方法規定の対象になる。この規定区分は法形式上の区分であり、企業は、排除行為を行う際に、私的独占規定と不公正な取引方法規定のどちらに違反するかを意識するわけではない。排除行為の独占禁止法による違法判定基準の検討は、法形式による規制区分 (私的独占と不公正な取引方法) から出発するのではなく、排除行為の経済効果を分析することから出発しなければならない。

I. 排除行為規制の目的——消費者利益の最大化

A. 競争者保護ではなく消費者利益を競争法の目的とする

企業の競争行為が排除効果を有することだけから、その行為を不当として違法を決定すべきではない。顧客を獲得するためにより良い製品をより安く提供することが競争の本質であり、競争者から顧客を奪って、競争者を不利にする効果が競争には常に伴う。競争者を保護することを競争法の目的とすれば、競争を損ない、消費者利益を害する。競争者保護目的と消費者保護目的は両立しないので、消費者利益向上を競争法の目的とする必要がある。

ここで、消費者利益 (consumer welfare) とは経済学上の「消費者余剰 (consumer surplus)」を意味する。国民経済上の総利益は、消費者余剰に「生産者余剰」を加えた「総余剰」であり、総余剰を競争法の目的とする意見が経済学者 (とくにシカゴ学派) には有力である。

しかし生産者余剰は、競争が存在すれば、競争を通じて消費者余剰として還元されていく。このため、競争法の第一次的目的として一般的に支持されている競争（競争の過程：competition process）を保護する目的との整合性から、総余剰ではなく消費者余剰最大化を目的とすることが妥当である。競争法の目的を消費者余剰最大化とすることは、競争の保護を目的とすることと一致する。EUの競争法 82 条ディスカッションペーパーは、82 条適用目的を「競争による消費者厚生増加」とすることを明記している(European Commission, 2005: 以下「82 条 DP」) para. 54)。

消費者利益基準は、競争者を排除する意図を行為者が有することを、排除行為の違法決定要素とすべきではないことを意味する (Goeteyn, 2005, p.79 など)。ただし、排除意図は、排除がもたらす競争制限効果が不確定な場合に効果を推定する要素としては役立てることができる (U.S. v. Microsoft, 253 F.3d 34, 59)。

B. 経済効果に基づく違法性判定

行為の消費者利益への効果を分析しなければ、消費者利益基準による違法判定は行えない。法律条文が規定する行為区分への形式的該当性により違法を決定（あるいは推定）することは避けなければならない。このため、排除行為の違法性判定においては、当然違法ではなく、「合理の原則(rule of reason)」(状況ごとの総合判断)を採用しなければならない。排除行為全般への合理の原則採用は、米国においてはほとんど確立している。ただし、排除行為の中で抱合せだけについては、市場支配力を有する企業による場合には当然違法とする基準が、最高裁判決基準として維持されている。しかし、2001 年 控訴裁マイクロソフト判決 (253 F.3d 34) が、抱合せに対する合理の原則を事実上提唱し、学説の大勢も合理の原則採用を支持している。

EUでは、排除行為のすべて（抱合せも含めて）に 82 条を適用する。82 条は、「支配的地位の濫用」を禁じる規定であり、濫用行為の区分により違法性判定基準に差を設けてはいない。しかし、欧州委員会（欧州委）決定と欧州裁判所（欧州裁）判決においては、変動コストを下回る価格、あるいは特定のリベートにはそれだけで違法が決定されてきている。このような硬直的基準に対してはEU経済学者の批判（行為の法形式区分により違法を決定すべきではないとする）が強まっており、経済効果に基づく違法決定が提唱されている（たとえば、Gorecki, 2006）。

独占禁止法については、不公正な取引方法の 2（あるいは 3）分類において、「能率競争

侵害」型行為——「競争手段自体が非難に値する」行為（川濱, 2006b, 225 頁）——、あるいは「不正手段」型行為——「行為者による行為それ自体で独禁法違反を根拠づけるような行為」（白石, 2006, 80 頁）——の分類を設けることが通説になっている。「能率競争侵害」（あるいは「不正手段」）型に属するとされる行為類型（抱合せ等の取引強制 [一般指定 10 項]、取引妨害 [15 項]、欺瞞的・不当利益顧客誘引 [8 項、9 項]²⁾ に属すると判断されれば、それだけで排除行為が経済効果の分析なしで、違法を決定（少なくとも推定）される。しかし、「能率競争侵害」型の分類を設けた 1982 年独禁研報告書は、排除行為の消費者利益への経済効果を分析することによりこの分類を設けたわけではない。不公正な取引方法についての伝統的分類によるのではなく、排除行為が消費者利益に及ぼす効果に基づく違反判定基準を形成する必要がある。

排除行為（単独行為によるもの）は、当然違法基準ではなく、合理の原則によるべきことは、米国に限らず EU の論者の一致した意見である。しかし、合理の原則によるというだけの指針では、競争当局と裁判所の裁量性が大きすぎる。合理の原則内容を具体化する指針が求められる。この要望に対しては、①合理の原則の運用法をより詳細化する、②排除行為をひとまとめにするのではなく、性格の差に応じて種類分けし、それぞれの種類に対して、合理の原則を具体化する詳細基準を示す、の 2 種類の基準詳細化が論者により提案されてきている。

II. 改善された合理の原則——排除性と効率性の比較判断

消費者利益の観点からの合理の原則審査は、排除行為が行われた場合の価格と品質（イノベーションを含む）を、排除行為が行われなかった場合と比較する。この比較判断は、行為の排除効果（それによる競争制限効果）と効率向上効果（競争促進効果）の比較判断である。裁判所の審査においては、原告側と被告側に立証責任を配分することにより、裁判官が妥当な結論を導く。この審査方法の代表例が、米国控訴裁の 2001 年マイクロソフト判決（253 F.3d 34）である。違法性の第一次的な立証責任は、常に原告側（政府、あるいは被害者側の企業・消費者）にある。原告は、対象行為の反競争効果を主張する。しかし、反競争効果を示しただけでは、排除行為の違法性は決定できない。被疑企業は、排除行為の効率効果（競争促進効果）について主張することが許される。反競争効果が競争促進効果を上回ると認定できる場合に、裁判官は単独行為の違法を決定する (Hovenkamp, 2005a, p.152)。具体的には、対象製品・サービスの価格（質と比較しての実質的価格）が、

排除行為がなかった場合と比較して引き上げられたと判断される場合に、反競争効果が競争促進的効果を上回るとして、違法を決定する³。

この立証責任配分論は、合理の原則の裁量性のある程度緩和するものの、依然としてかなりの裁量性が残る。これを改善する方策として、「市場支配力による弊害が大きいことが示されるほど、競争上の利点を考慮する基準を高くする」ことが妥当である(Salop, 2006, p.332)。

III. 「市場閉鎖型」行為の閉鎖度による違法推定と効率性抗弁

排除行為の大半のものの競争制限効果は、参入企業あるいは既存ライバル企業に対して市場を閉鎖することによるものである。このような「市場閉鎖型」排除行為は、垂直取引（川上・川下関係の取引）における排除行為（排他条件付取引など）に典型的に見られる。しかし、垂直取引に限定されるわけではなく、水平取引においても見られる。市場閉鎖をもたらすために必要なのは、二つの市場の「補完性(complements)」である。「[行為企業が有力な地位を占める市場と] 補完関係にある市場——上流の製造市場からインプットを受ける川下の流通市場など——であって、行為以前には競争的市場であったものを、[競争相手に対して] 閉鎖する性格の排除行為」（Brennan, 2005, p.5）が市場閉鎖型行為である。

A. 市場支配力形成の可能性が高い市場閉鎖

「市場閉鎖型」行為に対しては、第一次的には、市場閉鎖による競争制限に着目する審査を行うことが妥当と考えられる。具体的には、参入企業（および既存ライバル企業）が規模の利益を達成することができない程度の市場（流通市場など）閉鎖がなされ、その結果として閉鎖行為の実施企業が市場支配力を形成する可能性が高いと考えられる（あるいは、審査時点において既に市場支配力を形成した）場合に、違法を推定する。この市場分析方法は合併規制の場合と同様であり、仮定独占企業テスト（SSNIP テスト）による市場画定と、5%程度の価格引き上げ能力により、違法の有無を決定する(Brennan, 2006, p.8)。

違法決定は第一次的に違法を推定するにとどまり、行為企業は効率効果を主張することにより、違法推定をくつがえすことができる。合併規制の場合と同じく、市場閉鎖の程度が大きい場合には、それに応じて大きな効率の証拠を提出しなければならず、さらに、独占に近い程度の市場支配力をもたらす場合には、効率抗弁から閉鎖行為を認めることはほとんどないとしなければならない。

EUの欧州委員会と裁判所は、支配的地位 (dominant) 企業が実施する排除行為について、

競争制限性が相当認められる場合には、違法を推定し、効率性については抗弁としてのみ検討する違法判定方法をとってきている。欧州委の2004年マイクロソフト事件決定がこの例であり、欧州委の82条DPも同様の立場を表明している。「排除行為が……効率効果を有せず、競争の障害となるだけの場合に、その行為は濫用〔82条違反〕と推定される。しかし支配的企業は、……行為に客観的合理性があることを示すことにより、違法推定に反論することができる」(82条DP, para. 60)。「客観的合理性の立証責任は、支配的企業の側にある」(para. 77)。

EUにおける排除行為の違法性判定方法は、市場閉鎖型行為に対する上記の違法性判定方法と同じである。ただし、EUは市場閉鎖型に限定せず、排除行為全般に違法推定アプローチをとっている。しかし、市場閉鎖型以外の排除行為（略奪価格など）に対して違法推定アプローチを適用することは、誤って違法を決定してしまう確率（false positive）を増大させるので、妥当ではない。

B. 米国における異論との統合

上記の論（市場閉鎖度による違法推定と効率性抗弁）に対しては、米国において二つの異論があるので、これについて検討する。この論議は、市場閉鎖型行為の典型である排他条件付取引(exclusive dealing)および抱合せに関して集中的に展開されている。

第一の異論はシカゴ学派によるものであり、垂直取引において上流市場の独占企業がさらに川下市場を独占しても、独占利益を二重に得ることができないので、川下市場に独占を及ぼすのは不合理な行動であるとするものである。しかし、ポストシカゴ経済学の研究は、川上市場の既存企業が戦略的な行動により、参入を妨害し、それにより、市場支配力を形成・維持・強化して、既存企業の利潤を増加できる場合があることを示した。とくに、流通市場に規模の利益がある場合には、市場支配力を現に有していない既存企業であっても、複数の流通業者と排他条件付取引を結ぶことにより、参入業者の規模の利益を奪って、自己の市場支配力を形成できる（Whinston, 2006, pp.144-54）。さらに、川上市場の支配的企業が市場支配力による利益を確保する目的から、川下市場（補完市場）の競争を制限しようとする誘引が一般的にあることが示された（Rey and Tirole, 2005）。このためシカゴ学派の二重独占利益否定論は通用しない場合が少なくないことが示された。

第二の異論は、市場閉鎖行為の大部分を占める流通上の制限行為を対象とするものである。排他条件付取引を代表とする流通制限に対しては、市場閉鎖効果に併せて、効率向上効果があることを示す実証研究が積み重ねられてきた(Whinston, 2006, pp.189-97; 大槻, 2005)。

販売促進とフリーライド防止が代表的な効率効果として主張される(Wright, 2006, p.191)。効率向上効果を強く主張する論者（多くは流通・マーケティング研究者）は、ほとんどの流通制限は消費者利益を増大するので、流通制限を違法とするのは極めて例外的な場合に限定すべきとする。この見方は、流通・マーケティング上の排除行為（排他条件付取引、抱合せなど）に対する「修正された当然合法基準」として主張されている(Evans and Padilla, 2005, p.95)。

しかし流通制限であっても、市場閉鎖型行為には明らかな競争制限効果が存在する。したがって、流通制限に強い効率向上効果がある事実は、市場閉鎖効果により違法を推定する見方を否定するものではなく、その見方にいくつかの修正を加えるべきことを示している。修正として、第一に、効率抗弁の主張に対し、合併規制における効率抗弁の場合よりも、企業側の立証責任を低める。第二に、市場閉鎖の程度が低い企業は、違法決定からの安全圏（セーフハーバー）に位置づける。違法を推定する閉鎖度数値、そしてセーフハーバーの数値については、今後の経済学分析の精緻化を待って検討する必要がある。

市場閉鎖型の排除行為に対して、米国当局と裁判所は合理の原則を採用するようになってきている。これに対し、EUの欧州委と裁判所は、閉鎖度の高い行為には違法を推定する基準を採用してきている。現在の経済学分析の状況では、米国の比較的寛容な基準とEUの比較的厳格な基準のどちらがすぐれていると結論できない⁴。前述のとおり、競争法の目的を総余剰ではなく、消費者余剰の最大化（競争保護による消費者利益の最大化）とする見方から、米国の合理の原則より、市場閉鎖効果に重点を置くEU基準の方が妥当と考えられる。

IV. 短期的犠牲テストと同等効率競争者テスト

A. 米国での有力論理由とその批判

現在の米国反トラスト当局（司法省と連邦取引委員会）は、控訴裁の合理の原則基準とは異なり、排除行為規制において false positive を最小限にする立場をとっている。この立場は、排除行為を違法と決定する場合を極めて例外的な状況に限定する基準として現れる。排除行為に対する合理の原則適用には反対し、当然合法説に近い基準（「修正された当然合法基準」）が提唱される。この立場は、企業の競争行為への反トラスト法による介入に懐疑的なシカゴ学派の見方に立脚している（参照 Easterbrook, 1987, p. 309）。

しかし、支配的企業による排除行為（マイクロソフト事件が代表）に対して、消極的過

ざる (false positive を低めることだけに偏った) 競争法適用を実施することは、市場競争にとって正当とは考えられない。排除行為による競争制限は、消費者利益を確実に低下させる (Sullivan and Grimes, 2006, p.84)。消費者利益低下は、企業の自発的行為によって解決されるわけではない。この点は、とくに上記の市場閉鎖行為に対して該当する。

米国において排除行為の違法限定論が有力なものには、シカゴ学派の見方に加えて、排除行為規制の条項であるシャーマン法 2 条の違反が、1 条違反と同じく、私訴による三倍額賠償の対象であることが影響している。三倍額賠償制度のため、米国では違法決定の false positive による損失が、EU と日本に比べて大きい (Epstein, 2005, p.72)。三倍額賠償制度に起因する排除行為の違法決定慎重論は、米国だけに通用するものであり、EU と日本には通用しない。

B. 短期的犠牲テストの排除行為全般基準としての非妥当性

排除行為に対する「修正された当然合法」の見方を具体的に法適用できる基準として示したものが、「短期的犠牲テスト (short-term sacrifice test)」である。短期的利益を犠牲にする行為に経営上の合理性があるのは、競争相手を害することだけなので、それだけを目的としているに違いない。このような排除行為の不当性は明らかなので、これに限定して違法を決定する基準であり、米国反トラスト当局が採用してきている⁵。しかし、短期的利益を犠牲にする行為であっても、競争相手を害する以外の合理性が認められる場合は少なからず存在する。設備投資がその典型である。この批判を採り入れて、現在の米国反トラスト当局は、この基準を「経済的不合理性テスト (no economic sense test)」と称している (Werden, 2006, p.424)。排除行為に対する違法決定を例外的場合に限定する見方において、経済的不合理性テストは短期的犠牲テストと基本的に同じである。

市場閉鎖テスト (閉鎖度による違法推定基準) との比較検討から、短期的犠牲 (あるいは経済的不合理性) テストは、排他行為に違法を決定する場合を限定しすぎていることが明らかである。排他条件付取引などの市場閉鎖行為は、常に何らかの効率効果を伴うので、経済的不合理性テストによると、流通上の市場閉鎖行為すべてが合法と決定されてしまう (Jacobson and Sher, 2006, p.781)。市場閉鎖行為は略奪価格とは異なり、行為企業が短期的犠牲を最初に引き受ける必要がない。このため市場閉鎖行為のすべてが、短期的犠牲テストによれば合法と決定されてしまう。

C. 同等効率競争者テストの排除行為全般基準としての非妥当性

排除行為の違法決定についての米国でのもう一つの有力基準は、「同等に効率的競争者の

排除」テスト（「同等効率競争者テスト」）である。支配的企業と同等に効率的な企業を排除する行為に違法を限定する基準である（Posner, 2001, pp. 194-95）。EU82条DP（para.66）は、「支配的企業自身はその排除行為の標的となった場合に生き残れるか」を問う（生き残れないことになる排除行為を違法とする）基準であると表現している。

本基準は、競争の公正さについての直感的感情から受け入れやすい基準であり、EUと日本においても支持を示す見方が広くある。直感的な公正さを備えているにとどまらず、規制当局が管理者的に競争に介入することを抑える役割を果たす。とくに、競争者を排除しようとする経営者の意思を違法決定の要素とすることをしりぞけるための根拠となる。

同等効率競争者テストは、短期的犠牲（経済的不合理性）テストに比べて、排除行為規制への適用妥当性が高い。それにもかかわらず、排除行為に対する一般基準とすることは、短期的犠牲テストと同じく、妥当ではない。市場閉鎖型の排除行為に対する違法決定基準としての妥当性を欠くことが、同等効率競争者テストは短期的犠牲テストと同じであるためである。市場閉鎖型行為の反競争性の核心は、参入企業（および既存ライバル企業）が規模の利益を達成することを妨げる（それによりコストを増加させる）ことにある。既存有力企業の市場閉鎖行為により、新規企業は効率規模を達成できず、効率では既存有力企業に劣ることになる。このため、同等効率競争者テストによれば、市場閉鎖型行為に違法を認定する場合を狭めすぎる（Hovenkamp, 2005b, pp. 154-55）。

D. 略奪価格に対する短期的犠牲テストと同等効率競争者テスト

短期的犠牲（経済的不合理性）テストあるいは同等効率競争者テストは、排除行為全体（とくに市場閉鎖型行為）の違法決定基準としては妥当ではない。しかし、排除行為の中で、違法決定におけるfalse positiveを低める必要性が高い種類の行為に対しては、妥当性が高い。これに該当する行為は、低価格設定による排除行為（略奪価格）である⁶。

1. 短期的犠牲テストか同等効率競争者テストか

低価格は消費者に直ちに利益をもたらす。そのうえ、価格により顧客獲得を競うのは、きわめて自然な競争方法である。廉売を略奪価格として違法決定することには、市場閉鎖型行為に対する場合よりも格段に慎重を要するので、違法を決定する場合をとくに限定する基準が求められる。false positiveを最小限にするため、「費用（コスト）以下」の価格であることを略奪価格（違法な廉売）認定の必要条件とする。費用を上回る価格である限り、企業は利益を得ているので、例外なく合法としなければならない。

略奪価格認定の指標とする費用の選定については、米国とEUの競争法判例において統

一見解が成立していない。しかし経済学者の見解は、指標費用を追加（incremental）費用——生産・販売1単位を増やすごとにこうむる費用——とし、平均総費用（追加費用に平均固定費用を加える）とはしないことで一致している。企業が価格決定において参照する費用は、追加費用であり、すでに投下が終わってしまった固定費用（埋没費用）は判断材料とはしないからである。

米国の下級審判例における通説となっているアリーダ・ターナー基準は、この見方を採用している。追加費用は会計上測定できないので、近似値として平均変動費用（可変費用）を採用している。平均変動費用基準（アリーダ・ターナー基準）は、短期的犠牲テストの略奪価格への適用である。追加費用（その近似値の平均変動費用）を上回る価格である限り、行為企業は短期的利益を犠牲にしていない。したがって短期的犠牲テストの見方により合法とみなされる。

略奪価格に対する短期的犠牲テストに対しては、同等効率競争者テスト支持者から、反対が提起される。変動費用を上回るものの平均総費用は下回る価格では、企業は長期的には費用を回収できない。行為企業と同等効率の企業であっても、小規模企業は、同等の低価格を設定すれば、長期的に生存できないとする批判である。EUの略奪価格判例（AKZO事件など）は、平均変動費用を上回る（平均総費用は下回る）価格であっても、支配的企業の略奪意図をうかがわせる状況（差別価格など）が認められる場合には、82条違反を決定してきた。

略奪価格に対する同等効率競争者テスト採用の欠点は、「同等効率」の判定に困難性がつきまとうため、違法範囲を限定することが難しいことである。これに対し、短期的犠牲テストの欠点として指摘されるのは、このテストが、変動費用基準採用による明確性の利点と引き換えに、同等に効率的競争者を排除する価格設定をも合法とする場合がある点である。両者の得失を総合的に勘案して、妥当な基準を設定する必要がある。妥当基準として、短期的犠牲テストの「短期」要件を外すことにより、短期的犠牲テストを同等効率競争者テストに近づけさせることが考えられる。具体的には、価格の正当性を推定する費用基準として、短期の追加費用ではなく、中・長期の追加費用を採用する。それに伴い、追加費用の近似値として平均変動費用を採用することをせず、回避可能費用を採用する。

2. 回避可能費用基準

回避可能費用基準は、近年にEUの経済学者により提唱され、有力となっている略奪価格認定基準である（82条DP, para. 108）。回避可能費用が変動費用と異なるのは、追加費

用の測定における短期と中・長期の差に起因する。変動費用基準は、追加販売によって増加する短期の直接費用だけを費用とする。これに対し、回避可能費用は、追加販売によってこうむることになる中・長期の費用を広く含める。このため、会計上は固定費用として計上される費用の一部が回避可能費用に取り入れられる。対象行為についての長期計画における追加費用として、会計上の固定費用も企業の意味決定の要素になることがあるからである。

略奪性の判断指標としての「犠牲(sacrifice)」を短期損失に限定せず、中・長期の損失に拡大するのは、競争上の正当性としてビジネス界が直感的に感じる公正さの観点に合致する。変動費用基準よりも回避可能費用基準がグローバルな正当性が高い基準であると評価できる。

V. 市場支配力の形成・維持・強化要件

A. 排除行為規制の市場支配力要件と垂直的制限

排除行為規制の対象とする企業は、①排除行為の結果として支配力を獲得（形成）する可能性の高い企業、および②既に市場支配力を有している企業、に限定しなければならない。この趣旨を日米の競争法解説書は、市場支配力が「形成・維持・強化」される場合でなければ独占行為は違法ではないと説明している。このように規制対象を限定するのは、市場支配力を形成しない排除行為であれば、競争価格による購入機会が消費者に確保されているので、消費者利益は損なわれないからである。競争市場で実施されており、市場支配力形成のおそれのない排除行為は、効率を高める行為であると推測できる(Evans and Padilla, 2005, p.81)。

市場支配力(market power)は、経済学上の完全競争から少しでも外れた状態を意味するわけではない。消費者利益を実質的に損なう効果のある市場支配力が競争法による規制に値するのであり、「競争レベルよりも利益を高める価格を相当程度の期間維持できる能力」(米国水平合併ガイドライン § 0.1) の定義が妥当である。

市場支配力要件は、競争法の消費者利益目的から論理的に導かれる基準である。市場支配力要件により、消費者利益目的からは是認できる程度を超える規制が控えられる。このため排除行為の違法決定における false positive が低まる。排除行為は協調行為（中でも価格カルテル等のハードコアカルテル）と異なり、通常の競争行為なので、false positive を低める必要性が高い。排除行為規制が米国において「単独行為」規制とも呼ばれるのは、協

調による排除行為は、false positive を低める必要性が単独行為に比べて弱いためである。

米国・EU・日本の競争法において、排除行為規制の中核となる条項（シャーマン法 2 条、EU 競争法 82 条、独占禁止法 2 条 5 項）は、いずれも市場支配力要件を規定している。ただし米国反トラスト法は、排除行為の中で垂直的取引制限による排除行為（排他条件付取引と抱合せ）に対しては、シャーマン法 1 条（およびクレイトン法 3 条）を適用することにより、市場支配力要件を外している。同様に独占禁止法は、排除行為に対して不公正な取引方法規定（2 条 9 項）を適用することにより、市場支配力要件を外している。

垂直的制限による排除行為は、前述の「市場閉鎖型排除行為」に含まれ、その大部分を占める。市場閉鎖型排除行為の違法決定基準については、前述のとおり、市場閉鎖が行為企業の市場支配力形成をもたらすと判断される場合に違法を推定することが妥当である。この違法決定基準は市場支配力要件を満たしている。

独占禁止法における不公正な取引方法規定による排除行為規制については、市場支配力要件を既存市場支配力ではなく、排除行為の結果としての「市場支配力形成」可能性要件としてとらえることにより、不公正な取引方法適用においても市場支配力要件を満たすように運用できる。市場支配力要件を外した形での排除行為規制は、排除行為規制の対象企業を消費者利益目的から必要とされる以上に拡大する。違法決定の false positive を増し、結果として、効率的企業行動を抑制し、消費者利益を損なう。排除行為を「能率競争侵害」型（前述）とされる不公正な取引方法の一般指定類型（「取引強制」、「取引妨害」など）に該当するとみなすことにより、市場支配力要件を外すことも行うべきではない。

B. 支配力形成の高い可能性要件と「独占の梃子」

排除行為（単独行為）の違法決定における市場支配力要件は、行為企業が「市場支配力を有している」ことを必要とする基準であると説明されることが多い。しかし、この説明は不正確である。排除行為により「市場支配力を形成する」可能性が高い企業も、市場支配力要件を満たしている。この見方の妥当性は、とくに市場閉鎖型行為について明らかである。市場支配力を現時点では有していない企業であっても、市場閉鎖行為により、ライバルが規模の利益を得られないようにすることができる。それにより自社シェアを高めて、市場支配力を獲得（形成）すると考えられる場合には、違法を推定することが妥当である（Brennan, 2005, pp.10-11）。

独占禁止法の独占行為規定（2 条 5 項）は、この旨を条文で明瞭に規定している。「事業者が……排除し、……競争を実質的に制限すること」と規定しているので、行為企業が現に

市場支配力を有していることを必要とはせず、排除行為の結果として、市場支配力を獲得（形成）することを違法要件としている。ただし、公取委の独占行為規定適用における「排除型……のほとんどは既に市場支配的企業となっている者による排除のケースである」（舟田, 2007, 111頁）。しかし論理上そして条文規定上、独占行為規定の対象企業は、既に市場支配力を有する企業に限定されない。

市場支配力要件を「市場支配力の形成」可能性要件ととらえることにより、米国・EUマイクロソフト事件のような垂直取引（川上・川下取引）事件に対して、特別理論としての「独占の梃子」論を用いることなしに、市場支配力要件を満たすことを認定できる。川下市場の企業が川上市場の有力企業からインプット供給を拒絶された場合、代替供給者が存在する場合においても、規模の利益を川下企業が達成するに足る供給規模を下回るならば、川下企業は経営を存続できても、経営コストが増加する。このため、川上の有力企業が川下市場で市場支配力を獲得（形成）する可能性が極めて高い。

むすび

本稿は、競争保護による消費者利益向上を競争法目的とすることを前提として、各国競争法に共通する排除行為規制の適正基準を探り、そこから日本の競争法（独占禁止法）における違法判定基準についても若干の提言を行った。競争法の基準設定において、排除行為はひとまとめに扱うのではなく、①市場閉鎖型行為、②価格排他行為（略奪価格）、③それ以外の行為に区分し、それぞれに適正な違法判定基準を設ける必要がある。①に対しては、市場閉鎖により行為企業が市場支配力を形成すると判断される場合には違法を推定するが、正当化抗弁を認める。②に対しては、短期的犠牲テストと同等効率競争者テストを統合した基準（回避可能費用基準）を適用する。③に対しては改善された合理の原則を適用する（取引拒絶に対しては別個の検討を要する）。日本の独占禁止法においても、私的独占行為と不公正な取引方法の規制区分から出発するのではなく、競争法共通の論理に基づく違法判定をすべきである。いずれの種類排除行為についても、市場支配力形成の高い可能性を違法決定の必要条件とすることにより、私的独占規定と不公正な取引方法規定による排除行為の違法判定を同一基準により実施できる。

¹ 川濱（2006a, 139-40頁）の「私的独占」行為分類における「ライバルの費用引き上げ型」と「略奪型」の2種類に相当する。

² 不公正な取引方法規制は、消費者利益を直接に（市場競争を経由せずに）保護する目的

から、排除行為規制の枠外の行為についても規制を及ぼしている。不当表示などの欺瞞的商慣行（一般指定 8 項と 9 項）がそれに該当する。直接の消費者保護目的からの不公正な取引方法規定については、排除行為規制とは異なる消費者保護法制として位置づける必要がある。

³ 「合理の原則判断の中心的問題は、対象の協調行為が、合意がなかった場合よりも、価格を引き上げ、あるいは数量・質・サービス・イノベーションを引き下げる能力・誘引を増大することにより、競争を損なうか否かの判定である」米国 FTC・司法省『競争者協調ガイドライン』3.1。

⁴ 抱合せとバンドリングに関する Kobayashi の指摘(2005, note 127)。

⁵ 司法省と連邦取引委員会による Trinko 判決に際しての「法廷の友」意見書(2003年5月) <<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f201000/201048.htm>>。

⁶ 取引拒絶（条件付取引拒絶を除く）については、市場閉鎖をもたらすもの（垂直的取引拒絶など）に対しては、市場閉鎖型排除行為に対する違法判定基準を適用する。市場閉鎖型以外の取引拒絶は、短期的犠牲テストあるいは同等効率競争者テストにより違法判定する。滝川（2006 [上] 31-34 頁、[下] 38-42 頁）を参照。

引用文献

大槻文俊(2005)「垂直的制限の反競争的効果に関する反トラスト学説の検討」北大法学論集 55 巻 5 号, 56 巻 2-4 号。

川濱昇（2006a）「私的独占」川濱・瀬領・泉水・和久井『ベーシック経済法 第 2 版』有斐閣。

川濱昇（2006b）「不公正な取引方法総論」金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄 [編]『独占禁止法 第 2 版』弘文堂

白石忠志（2006）『独占禁止法』有斐閣。

滝川敏明（2006）「競争者排除行為の違法認定基準」『公正取引』671—672 号。

舟田正之（2007）「市場支配力のコントロール」『ジュリスト』1327 号。

Brennan, Timothy (2005), "Saving Section 2: Reframing Monopolization Law", AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, Related Publication 05-27, December 2005.

Brennan, Timothy (2006), Presentation at the DOJ/FTC 2006 Hearings Single Firm Conduct: Predatory Buying Panel.

Easterbrook, F. H. (1987). "Allocating Antitrust Decision Making Tasks", 76 Geo. L. J. 305.

Epstein, R.A. (2005), "Monopoly Dominance or Level Playing Field? The New Antitrust Paradox", 72 U. Chi. L. Rev. 49.

European Commission (2005), *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses: Public Consultation*, December 2005.

-
- Evans, D.S. and Padilla, A.J. (2005), "Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach", 72 U. Chi. L. Rev. 73.
- Goeteyn, Geert, et al. (2005), "Predatory Pricing", *GCLC Research papers on Article 82 EC*, Global Competition Law Centre, College of Europe.
- Gorecki, P.K. (2006), "Form-Versus Effects-Based Approaches to the Abuse of a Dominant Position: The Case of Ticketmaster Ireland", 2 Journal of Competition Law and Economics 533.
- Hovenkamp, Herbert (2005a), *The Antitrust Enterprise: Principles and Execution*, Harvard University Press.
- Hovenkamp, Herbert (2005b), "Exclusion and the Sherman Act", 72 U. Chi. L. Rev. 147.
- Jacobson, J.M., and Sher, S.A. (2006), "'No Economic Sense' Makes No Sense for Exclusive Dealing", 73 Antitrust L.J. 779.
- Kobayashi, B.H. (2005), "Does Economics Provide a Reliable Guide to Regulating Commodity Bundling By Firms? ", 1 Journal of Competition Law and Economics 707.
- Posner, R. A. (2001), *Antitrust Law, 2d ed.*, University of Chicago Press.
- Rey, P. and Tirole, J. (2005), "A Primer on Foreclosure", in Mark Armstrong and Rob Porter eds., *Handbook of Industrial Organization III*, North Holland.
- Salop, S.C. (2006), "Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard", 73 Antitrust L.J. 311.
- Sullivan, L.A., and Grimes, W. S. (2006), *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook, Second Edition*, West Group.
- Werden, G. J. (2006), "Identifying Exclusionary Conduct under Section 2: The 'No Economic Sense' Test", 73 Antitrust L.J. 413.
- Whinston, M.D. (2006), *Lectures on Antitrust Economics*, The MIT Press.
- Wright, J.D. (2006), "Antitrust Law and Competition for Distribution", 23 Yale J. on Reg. 169.