

Title	独占禁止法上の競争の実質的制限
Sub Title	Wesentliche Wettbewerbsbeschränkungen im Antimonopolgesetz
Author	江口, 公典(Eguchi, Kiminori)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2020
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.45 (2020. 12) ,p.1- 11
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20201223-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

独占禁止法上の競争の実質的制限^{*)}

江口 公典

はじめに

- 1 日本法の問題状況
- 2 ドイツ競争制限防止法・企業集中規制の規制基準における市場支配
- 3 比較検討（小括）

[解題]

はじめに

日本の独占禁止法には、規制基準の基本概念として競争の実質的制限（「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」）、公正競争阻害性（「公正な競争を阻害するおそれ」）の二つが含まれている。本稿では前者に重点を置く。もっとも後者も、両者に関する問題を対比するために検討の対象となる。

本稿の目的は、競争の実質的制限の概念に係る通説的見解を検証し、将来における独占禁止法の効果的な運用のために解釈論の展開の手がかりを獲得することにある。そのためには、とりわけドイツ法との比較が参考になるように思われる。比較の対象となるのは、ドイツ競争制限防止法における企業集中規制基準の中心概念としての「市場支配」（Marktbeherrschung）である。

^{*)} 本稿の成り立ち、経緯について後述「解題」参照。

1 日本法の問題状況

(1) 公正競争阻害性は不公正な取引方法（ボイコット、差別行為、不当廉売、優越的地位の濫用行為等）の規制基準の中心概念である。私的独占・不当な取引制限の禁止、企業集中規制等の場合に特定の市場における競争の実質的制限が問題となるのに対して、不公正な取引方法の禁止の場合には、市場秩序の主体的構成要素としての市場参加者（事業者、消費者）の経済的自由に対する悪影響の有無が焦点となる。

不公正な取引方法の規制は、実質的には公正競争の観点からの事業活動のルールの設定であるという側面をもつものといえよう¹⁾。しかし、公正競争阻害性を市場全体の競争秩序と直接に結び付けて把握する場合には²⁾、成立要件は厳格になり、事業活動のルール設定という役割を果たすことは困難になるように思われる³⁾。他方で、経済的自由の保護に立脚して公正競争阻害性を基本的に市場参加者の競争機能の侵害ととらえ、不公正な取引方法の規制の独自性を強調する見解がある。説得的な見解であるといえよう⁴⁾。

また、不公正な取引方法に該当する行為類型（排他条件付取引、不当廉売等）が公正取引委員会⁵⁾によって指定され、公示されている。多くの行為類型は抽象度の高い一般条項を含んでいることから、競争秩序の観点からの事業活動のルールとして機能するためには、行為類型をさらに具体化することが求められるよう。

以上、要するに、不公正な取引方法の認定は競争の公正さに係る価値判断に

1) 舟田正之「不公正な取引方法と消費者保護」加藤・竹内編『消費者法講座3・取引の公正I』（1984年）99頁以下参照。

2) 今村成和『独占禁止法（新版）』（1978年）94頁以下参照。

3) 東京高等裁判所昭和59年2月17日（東洋精米機製作所事件）判決参照。

4) たとえば舟田・前掲論文112頁参照。

5) ドイツ語文献として *Wolfgang Pape*, *Gyoseishido und das Anti-Monopolgesetz in Japan: Eine Untersuchung über Praxis: Hintergrund und rechtliche Problematik von "Administrative Guidance"* (1980)・77頁参照。

基づき行われるものであり、具体的な特定市場における競争制限の具体的認定をとおして行われるものではない。このことは、競争の実質的制限、公正競争阻害性という二つの基本概念の第一義的な相違でもある。

(2) (a) 独占禁止法上の競争の実質的制限について検討する場合、これを成立要件としている私的独占、不当な取引制限および企業集中に係る諸規制が十分な有効性を示しているとはいいがたいこと、また、その原因の一端が学説の解釈論にあることを考慮すべきであろう。通説的見解では、競争の実質的制限は基本的に市場支配力の形成・強化であるとされ、高い程度の競争制限が前提とされている⁶⁾。ここでは、通説的見解において競争の実質的制限の要件が市場支配力概念と結び付いている点に留意しておきたい。

独占禁止法上の前述の諸規制のうち、カルテル行為等を対象とする不当な取引制限の禁止の場合には、比較的効果的な規制が行われている。このことは、全体として高い市場占拠率を有する複数の事業者による価格協定等の存在から市場支配力の形成を認定することが容易であるという事情に基づくものと考えられよう。私的独占の規制の場合にも、強い市場力を有する事業者によって意図的な競争の排除や市場における支配力行使が認定されれば、市場支配力の形成・強化の結論を引き出すことはそれほど困難ではない。最も困難なのは企業集中規制の場合である。なぜなら、企業集中規制では、不当な取引制限等の場合とは異なり行為形態要件の認定について重大な争点が生じることは少なく、「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」、すなわち通説的見解のいうところの市場支配力の形成・強化の立証そのものが主要な論点となるからである。

(b) 競争の実質的制限の要件については、要件充足のためにどの程度の競争制限が求められているのかの点が問題となる。この点について判決実務等が採用する解釈の枠組みはどのようなものか。

公正取引委員会審決、東京高等裁判所判決等における不当な取引制限・私的

6) 根岸哲ほか『独占禁止法入門』(1983年)39頁以下、正田彬『独占禁止法(全訂版)』(1980年)199頁以下、今村・前掲書61頁参照。

独占事案では、きわめて重大な競争制限が対象とされている。すなわち、カルテル行為構成事業者全体の市場占拠率の高さには顕著なものがあり、また私的独占の行為者は明らかなりーディングカンパニーである。他方で、企業集中規制の領域では法の適用事例は非常に少ない⁷⁾。これにはいくつかの理由があろう。適用事例の乏しさの背後に、独占禁止法に対する経済界等の見方への配慮があるとみることも可能かもしれない。しかし、本稿のテーマの観点からは、解釈論の問題に重点を置くこととなる。その場合に出发点となる全般的な事情として、前述のとおり、適用事例が多くないことから、競争の実質的制限の要件に関する解釈論は量的・質的に十分に展開してきたとはいいがたいことを指摘できよう。他方で、不公正な取引方法の禁止については比較的多くの適用事例がみられることが背景となり、公正競争阻害性に関する活発な学説上の議論が行われている⁸⁾。

競争の実質的制限の要件に関する通説的見解の要点は、次のとおりである。

この要件を市場支配力の形成・強化と解する場合、それは市場支配それ自体ではなく、市場支配「力」の形成・強化、いいかえれば市場支配のポテンシャルが形成されること、ないしそれが強化されることを意味する⁹⁾。判決例の解釈では「競争を実質的に制限するとは、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いう」¹⁰⁾。確かに、この解釈においても市場に対するとくに重大な悪影響を伴う競争制限が求められているわけではないことから、効果的な規制を実現することが不可能であるとはいえないであろう。しかし現実には、判決例に

7) 鉄鋼業界における上位二社の大型合併が問題となった八幡製鉄・富士製鉄合併事件では、排除措置命令が行われたとはいえ、その内容は事実上の条件付き承認ともいえるものであった。

8) 独占禁止法研究会報告「流通系列化に関する独占禁止法上の取扱い」（1980年3月17日）参照。

9) 正田・前掲書 211頁参照。

10) 東京高等裁判所昭和28年12月7日（東宝・新東宝事件）判決参照。

基づく通説的見解が有効な法適用の基礎を提供しているとみることが難しい。

(c) 市場支配（力）概念と結び付いている限り、競争の実質的制限の解釈理論は十分に効果的な法適用を導かないのではないか。というのは、市場支配のポテンシャルの判断基準、「ある程度自由に」価格等を支配することの判断基準には相当の不明確さが残っている。従来規制実務からも、市場支配概念と結び付けて解釈することにより、競争の実質的制限の成立のハードルを高め、効果的な法適用を難しくする傾向がみられる。要するに、競争の実質的制限の要件と市場支配概念との関係のあり方について検証を行うべきこととなる。

2 ドイツ競争制限防止法・企業集中規制の規制基準における市場支配

(1) (a) 上述のような検討課題との関連において、ドイツ競争制限防止法上の企業集中の規制基準をめぐる問題状況に留意したい。

競争制限防止法 1973 年第二次改正が行われる前の段階において、「市場支配的地位」（市場支配）は、ある事業者が競争者を有しないこと、またはある事業者が実質的競争にさらされていないことと定義されていた。第二次改正に際して、市場支配的地位のより効果的な把握を図る目的から、新しい二つの規定が導入された。第一に、事業者が競争者との関係において卓越した市場地位を有している場合にも、市場支配的地位があるものとされ、さらに、複数事業者間に実質的競争が欠如している場合に、それら複数事業者の寡占的な市場支配があると規定を新設した。これによって市場支配概念が拡大されたことになる。第二に、市場占拠率に基づいて市場支配を推定する規定が新設された。この規定に関して、連邦最高裁判所の判決では、全証拠によって市場支配を肯定も否定もできない場合に初めて推定の効果が生じるものと解されている¹¹⁾。

このような改正法による新たな諸規定の導入にもかかわらず、垂直的結合・多角的結合事案や高度寡占市場における企業結合事案に関して企業集中規制は

11) ドイツ連邦最高裁判所 1980 年 12 月 2 日決定(Klöckner-Becorit 事件)における判断である。

十分に機能しきれていないという指摘が少なくなかった¹²⁾。そして、この点に関する認識には一致がみられたものの、これに対応すべき複数の改正提案がなされ、これらの間には内容的に違いがみられた。このことから、企業集中規制に関する競争制限防止法第四次改正をめぐる経緯は、主として二つの提案の対立によって特徴づけられている。すなわち、一方で独占委員会の提案、そして他方で連邦カルテル庁の提案である¹³⁾。独占委員会の提案は、とりわけ垂直的・多角的結合に係る推定規定を追加するというものであった。すなわち、この場合には市場支配概念を中心とする規制基準を維持することになる。他方で、連邦カルテル庁は、規制基準を市場支配概念から切り離し、より低い基準（＝競争条件の実質的侵害）の採用を検討すべきであるという見解を表明した。

(b) 企業集中規制に関して、第四次改正法（1980年）は独占委員会の考え方に沿って行われ、三類型の推定規定が導入された。対象となる結合類型は、第一に、中小企業を主体とする市場において活動する事業者と一定規模を超える、総合的経済力を有する大企業との結合（中小企業を中心とする市場への「侵入」）、第二に、すでに市場支配的である企業と第一類型におけるような大企業との間の結合（既存の市場支配的地位の「強化」）、第三に、一定の程度を超える巨大企業間の結合（大規模結合＝「象の結婚」）である。これらの推定規定の場合も企業集中について市場における競争への悪影響を基準として規制していることはいうまでもないが、しかし、とりわけ前述の大規模結合に係る規定では、単に特定の個別市場のみを念頭に置いた見方によって説明することはできないであろう。このほか、第四次改正では、いわゆる寡占推定規定が新たに導入さ

12) Monopolkommission · Hauptgutachten I: Mehr Wettbewerb ist möglich (1976) 第2版 55頁以下・507頁以下、Monopolkommission · Hauptgutachten II: Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen (1978) 260頁以下参照。

13) Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1976 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet (§ 50 GWB) · Bundestagsdrucksache 8/704 (1976) 20頁以下、Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1977 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet (§ 50 GWB) · Bundestagsdrucksache 8/1925 (1977) 19頁以下参照。

れ、従来の推定規定の場合とは異なり、企業側が（必要な場合には）当事会社相互間に実質的競争が存在すること、ないし競争者との関係における卓越した市場地位を有していないことについて反証を挙げなければならないこととなった。

複数の学説が企業集中規制基準の市場支配概念からの切り離しを主張している¹⁴⁾。これら学説により規制基準の新たな中核概念として提示されているのは、前述した連邦カルテル庁によるもの（競争条件の実質的侵害）のほか、競争の（実質的）制限がある。市場支配概念からの切り離しの主張の立場からは、現行法の規制基準ではハードルが高すぎるということになる。なお、このこととの関連において、現状では連邦カルテル庁が規制基準の解釈を可能な限り引き下げ、本来は市場支配に至らない程度の競争制限をも市場支配に該当するものと理解することを強えられることになりかねないという指摘がなされている¹⁵⁾。

(2) (a) 企業集中規制を導入した競争制限防止法第二次改正では、市場における卓越的地位に係る規定、市場占拠率に依拠した推定規定によって補完されていたとはいえ、すでに述べたとおり、企業集中を禁止するか否かの要件を市場支配と結び付けるといった基本的な決定が行われ、この点についてはその後の第四次改正が新規の推定規定等をもたらしたことによっても変化はない。要するに、規制基準の事実上の緩和を図り、企業集中規制の効果的な運用が図られたことになる。

(b) 企業集中規制基準の市場支配的地位（市場支配）からの切り離し提案として注目に値するのは、フィケンチャー（*Wolfgang Fikentscher*）の見解であろう¹⁶⁾。彼の見解における切り離し案は、企業集中の規制基準のハードルを下

14) *Stephan Ramrath*, Die “überragende Marktstellung” als Merkmal der Fusionskontrolle: Marktmarkt-konzept versus Ressourcentheorie (1978)、*Wolfgang Fikentscher*, Wirtschaftsrecht II (1983)・313 頁以下、*Franz-Ulrich Willeke*, Wettbewerbspolitik (1980)・360 頁以下参照。

15) *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht II・315-6 頁参照。

16) *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht II・313 頁以下参照。

げて規制の実効性を図るという法政策的な要請に基づいているだけではなく、競争制限防止法における企業集中規制の体系的位置づけの理論に基礎づけられている。この場合の体系的理解の出発点となっているのは、競争制限防止法上の規制対象の諸類型を「状態としての競争制限」に該当するもの（市場支配的地位）と「措置（＝行為）としての競争制限」に該当するもの（カルテル、垂直的拘束、企業結合等）に大別するという考え方である。そして、行為としての競争制限の規制たる企業集中規制の基準は、状態による競争制限の規制としての市場支配的地位の濫用規制の要件（＝市場支配）と結び付けられるべきではなく、行為としての競争制限の要件としての競争の実質的制限と結び付けられるべきであると説かれる。

3 比較検討（小括）

本稿のテーマである独占禁止法上の競争の実質的制限の解釈について考える場合には、その前提となるべき競争制限の程度が問題となる。通説的見解は競争の実質的制限を市場支配力の形成・強化と解していることは、前述した。この見解では過度に高い程度の競争制限が要求されていると考えられ、検討を要する。抑制的な法適用により法の機能が阻害されかねないことが懸念されるが、市場支配概念と結び付ける解釈論を採用する限り、このような問題点を克服することはむずかしいのではないか。したがって、日本の独占禁止法の場合にも市場支配概念からの切り離しが将来の課題となるように思われる。もっとも、独占禁止法では、競争の実質的制限の要件に係る解釈の場面で市場支配概念との不可分の結び付きの是非が問われるのであり、立法論をめぐって議論されているドイツ競争制限防止法の場合とは問題状況が異なる。

日本法とドイツ法における企業集中規制のあり方を比較検討することによって、それぞれの規制基準（日本法の競争の実質的制限、ドイツ法の市場支配的地位の成立・強化）をめぐる問題状況が明らかになる。日本法の場合、立法者は体系に即した規制基準を選択しているといえよう。その一方で、しかし、競争の

実質的制限の要件が判決例、通説的見解によって市場支配概念と結び付けられ、この意味で適切な法の展開がみられているか疑問である。ドイツ法では、市場支配概念に依拠した企業集中規制基準は複数の学説によってその要件が重すぎると評価されている。この点を念頭に置いて、前述したフィケンチャーは「誤った体系論」であるとして批判している¹⁷⁾。もっとも、ドイツ法の企業集中規制基準は、前述した立法上の展開や連邦カルテル庁の比較的活発な法適用をとおして相当の進展を示している。

独占禁止法上の競争の実質的制限の要件に係る新たな解釈論がどのようなものとなるべきかを明らかにするためには、広範で慎重な検討を要すると同時に、創造的に考察する姿勢が求められよう。そのために立脚点となるのは、競争の実質的制限の要件を市場支配概念と関連させて解釈するのではなく、より低い程度の市場力と結び付けて理解することである。将来における日独比較研究は、中小規模の競争事業者との関係における優越的な市場地位に関する規定（競争制限防止法 26 条 2 項 2 文、同法 37a 条 3 項¹⁸⁾）を含めて、独占禁止法と競争制限防止法における競争制限・競争阻害等の要件全般を視野に入れて行われる。

[解題]

1 本稿は筆者による“Wesentliche Wettbewerbsbeschränkungen im Antimonopolvergesetz”（岡山大学法学会雑誌 36 卷 3・4 合併号 574-584 頁〔1987 年〕）を日本語に翻訳したものである。ただし、明らかな誤り、現時点からみるとミスリーディングであると思われる個所について、修正を加えている。

タイトルのとおり独占禁止法上の「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」（競争の実質的制限）を検討対象とするドイツ語論文が、日本の法学雑誌に掲載された背景には、以下の二つの事実が重なったという事情がある。第一に、独占禁止法上の企業集中規制の規制基準に係る日独比較研究（江

17) *Fikentscher*, *Wirtschaftsrecht* II・316 頁参照。

18) 1987 年当時。

口『経済法研究序説』[2000年]第二部第一章所収)を進めるなかで、それを踏まえてわが国における競争の実質的制限の解釈の問題に焦点を当てるようになったことがある。そして、いくつかの研究を公にした(江口・前掲書第一部第一章所収の複数の論文を参照)。第二に、1987～1989年の二年間ドイツ・ミュンヘン大学において客員研究員となり、経済法研究を行ったことである。渡航に先立ち、フィケンチャー教授等との学術交流のために、当時の比較法の問題意識を簡潔に取りまとめ、本稿のオリジナルのドイツ語論文が成立した。

2 この解題において述べるべきは、とりわけ、すでに三十数年前に公表されたドイツ語小論文を、何故いま日本語に翻訳し公表するのかの点であろう。この点については、本稿(ドイツ語小論文)のテーマが今日においてもアクチュアルであることに尽きる。江口・前掲書における、とくに第一部第一章に収めている考察と併せて、今後の検討の基礎とすべく、翻訳し公表することとした。

最高裁判所平成24年2月20日(多摩談合事件)判決は、本稿のテーマに係る状況に転換をもたらしている。しかも、判決が競争の実質的制限を市場支配概念から切り離して解釈している点は、本稿等における筆者の見解に沿うものであると考えられる。もっとも、競争の実質的制限が独占禁止法において多くの違反行為の成立要件の構成要素となっていることとも関係して、さらに検討すべき課題は多い。立法論を含めた概念戦略をめぐる議論が求められているように思われる。

その場合には、さらにヨーロッパ連合(European Union)競争法企業集中規制に留意することになる。そこでは「支配的地位の形成または強化の結果として、共同体市場またはその実質的部分における有効な競争を著しく阻害することとなる」か否かを基準として、企業結合が共同体市場と両立せず禁止されるかどうかを判断することとされており、興味深い。

3 将来における検討を念頭に置いて、本稿の内容を批判的に取り上げておきたい、それは、競争の実質的制限について考察する場合の課題を、この要件の充足のために「どの程度の競争制限が求められているのか」の点に見出して

いたことにある（前述1(2)(b)参照）。問題の焦点は程度の問題にだけあると考えることには問題があろう。むしろ、本稿でも取り上げているフィケンチャーの見解がそうであるように、定性的な性質の分析にも留意しながら考えを進めることが必要であろう。このように本稿本文の記述の一部には、筆者の現在の理解と完全には一致しない箇所や、そうではないとしても筆者の現在の用語法とは異なる部分がある。とりわけ公正競争阻害性に関する叙述に硬直性がみられることも、今日の観点からは問題となろう。

このドイツ語論文はイタリア語に翻訳され、1988年イタリアの法律雑誌に Kiminori Eguchi, *Il concetto di limitazione essenziale della concorrenza nella disciplina antimonopolistica giapponese*, *Contratto e impresa* 248/88 (1988) として掲載された。翻訳者のルカ・ニヴァラ (Luca Nivarra) 氏は現在パレルモ大学法学部教授 (民法) として活躍している。