

Title	独占禁止法における行為規制と構造規制
Sub Title	Behavioral and structural regulations on the antimonopoly act
Author	鈴木, 孝之(Suzuki, Takayuki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2003
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.76, No.1 (2003. 1) ,p.373- 398
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	金子晃教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20030128-0373

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.

独占禁止法における行為規制と構造規制

鈴木孝之

- 一 はじめに
- 二 行為規制の意義
- 三 構造規制の意義
- 四 行為規制と構造規制の関係
- 五 独占禁止法の改革の方向
- 六 おわりに

一 はじめに

独占禁止法（「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」一九四七年制定）は、公正・自由な競争を促進するため、競争制限効果をもたらす人為的作用、すなわち競争制限行為の禁止を中心とする実体規定を有する。規制対象となる競争制限行為としては、①複数の事業者が人為的に協調する行為であって、市場に及ぼす効果と

して競争制限効果がまさって認められるものと、②競争制限的市場構造の下で単独又は複数の事業者が行う行為であって、市場支配的地位（独占力・市場支配力）を形成・維持・強化する効果が認められるものとの二つに大別できる。いずれも事業者の行為＋競争制限効果の組み合わせで共通するが、前者は複数の事業者が協調する行為の形態に重点があり、後者は競争制限的市場構造の存在の危険とそれを形成・維持・強化する効果に力点が置かれている。したがって、本稿では、前者を行為規制と、後者を構造規制とそれぞれ名付けて、これをキープワードに、独占禁止法と米国反トラスト法（以下単に「反トラスト法」という。）・EU競争法・ドイツ競争制限禁止法の中心的な実体規定を比較分析しながら、独占禁止法の実体規定がカバーできない領域の存在とそれを補う方策を検討してみた。

なお、以下で独占禁止法を含む前記各法を総称する場合には、共通する理念的な呼称として、「競争法」という。

(一) 本稿で行為規制・構造規制と呼称することとした実体規定は、いずれも事業者の行為を規制対象とする意味では、「行為規制」である。この意味での「行為規制」に對置する「構造規制」に分類される実体規定には三種類あり、第一は、市場構造の変化を直接の目的とする行為である合併・企業取得等を対象とする企業結合規制であり、第二は、違反行為に対する排除措置の内容として企業分割等の構造的措置を採り得ることとあり、第三は、競争制限的市場構造の存在それ自体を問題として競争回復措置を採り得るとする純粹構造規制と云うべきものである。

企業結合規制は、後述するように市場支配的地位を形成・維持・強化する効果を有する企業結合を禁止するという意味で、競争制限効果の点で本稿でいう構造規制と共通し、かつ、これに連結するものである。排除措置としての構造的措置は、禁止行為等に対して採られるものであって、本稿でいう構造規制が禁止行為を定めた実体規定を意味することに比べると、考察の次元を異にする。純粹構造規制には、独占禁止法の独占的狀態に関する規定（八条の四・二条七項）が該当するが、競争法としては究極の規制対象で、この点は我が国が先進した制度となっている。

(2) 行為規制・構造規制に対応する分類として、共同行為規制・単独行為規制という呼称や、反トラスト法で共同行為規制・独占化行為規制、あるいはEU競争法で共同行為規制・市場支配的地位濫用行為規制を用いることも可能である。しかし、後述するように、我が国独占禁止法との連想で、共同行為が不当な取引制限と同義とみなされたり、独占化行為・市場支配的地位濫用行為に相当するのが私的独占と錯覚されたり、単独行為ということがあり得るので、市場構造の形成・維持・強化が複数の寡占事業者によっても可能なことが看過されたりすることがあり得るので、単純に発想の起点を示した行為規制・構造規制を用いることにより比較分析における正確さを期した。

なお、競争法の母法である反トラスト法のシャーマン法 (Sherman Act, 一八九〇年制定) の正式名称が “An Act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies” となっており、unlawful restraints が行為規制に、monopolies が構造規制にそれぞれ相当すると考えれば、本稿は「競争法の原点に立ち返って、独占禁止法の実体規定を見直そうとする試みでもある」。

二 行為規制の意義

本稿でいう行為規制を改めて定義すると、①複数の事業者が人為的に協調して行う行為であることを必要条件として、②当該行為が市場にもたらす効果について競争を減ずる影響の方がまさっていることを十分条件とする禁止規定をいう。事業者は、本来、市場においてそれぞれの判断で行動すべきであり、個々に行動している限りでは、競争制限効果を生じさせるに至っても、後述の市場支配的事業者でなければ、規制対象とはしないが、複数の事業者の協調行為として行われる場合には、競争法の規制対象となし得ることに意義がある。

行為規制の考え方には、反トラスト法では、シャーマン法一条「各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 (contract)、トラストその他の形態による結合 (combination) 又は共謀 (conspiracy) は、こ

れを違法とする。」が該当する。

EU 競争法では、EC 条約 (The Treaty establishing the European Community, 一九五七年制定) 八一条一項「加盟国間の取引に影響を与えるおそれがあり、かつ、共通市場内の競争の機能を妨害し、制限し、若しくは歪曲する目的を有し、又はかかる結果をもたらす事業者間のすべての協定 (agreement)、事業者団体のすべての決定 (decision) 及びすべての協調行為 (concerted practice) であつて、(中略) 共通市場と両立しないものとし、禁止する。」が該当する。

ドイツ競争制限禁止法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 一九五七年制定、一九九八年改正。以下単に「GWB」という。) では、同法一条「相互に競争関係にある事業者間の協定 (Vereinbarung)、事業者団体の決議 (Beschluss) 及び相互協調行為 (aufeinander abgestimmte Verhaltensweise) は、競争の阻害、制限、若しくは歪曲を目的とする場合、又は、生じさせる場合に禁止される。」が該当する。なお、GWB では、反トラスト法・EU 競争法と異なり、競争者間の水平的協定 (二条) と、取引段階を異にする事業者間の垂直的協定 (Vertriebsvereinbarung) を同法一四条以下に分けて規定しているが、条文を分けているだけであつて、全体としての規制内容がシャーマン法・EU 競争法に比して本質的に異なっているわけではない。

米国・EU・ドイツの競争法は、それぞれに法文表現の相違はあつても、共通するのは、複数の事業者の人為的協調が中核であつて、人為的協調の最たるものが「合意」、すなわち複数事業者間の意思表示の合致であり、これらを contract, conspiracy, agreement, Vereinbarung などの用語で表し、さらに、合意と認定とされるのを避けるため、直接の意思の連絡を行わなくとも、人為的に意思の疎通が図られる方法を作り出した場合を捕捉するため、concerted practice, aufeinander abgestimmte Verhaltensweise あるいは米国シャーマン法一条の判例で concerted action と表現される相互協調行為 (「合意に至らない人為的協調+競争回避的な事業活動」) で補

っている。

重要なことは、合意の内容がいかなる方向に向けられようとも、競争制限効果を発する合意の存在が問題であって、それ以上に、合意に参加した複数の事業者の間の関係を水平的なものに限るとか、競争制限効果が合意に参加した複数の事業者間の仲間内に向けられたものであるとか、当該複数の事業者の他にある仲間外の事業者に向けられたものであるとの違いを問わないし、かつ、そこまでの区別はしていないことである。

これらの条項は、いずれも一般条項の性格を持ち、シャーマン法一条で every contract あるいは EC 条約八一条一項で all agreements とされるように、競争制限効果が観念的にも考えられれば、あらゆる事業者間の合意が違法とされる危険があり、その限界を画するために、反トラスト法の判例において “unreasonably” restrain competition (不当に競争を制限するもの) が規制対象となり、その判断評価のために per se illegal (当然違法) と rule of reason (合理の原則) の法理が発達し、EU 競争法においては appreciable (認識可能性)、GWB においては Spürbarkeit (感知可能性) の判断評価が判例上認められて同様の機能を果たし、それぞれ現実の競争制限効果を問題とするものであること、逆の言い方をすれば、現実の競争制限効果が不分明なものは問題としないことを明らかにする論理をとっている。かかる論理から、構造規制と比較して、行為規制には、適用除外があり得る。EU 競争法において、EC 条約八一条が三項で適用除外を定めているのが典例である。ただし、行為規制には、必然的に適用除外が伴うというのではなく、後述するように、構造規制には適用除外があり得ないことの方が本論である。

独占禁止法では、同法二条六項に定義規定がある不当な取引制限が比較対象となる。そこで示される相互拘束と共同遂行の二つの行為概念のうち、前者の相互拘束が合意 (contract, conspiracy, agreement, Vereinbarung) に該当し、後者の共同遂行が相互協同行為 (concerted action, concerted practice, aufeinander abgestimmte Ver-

haltenweise) に相当するものと考えてよい。また、対市場効果を示す「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「実質的に」の意味も、unreasonably, appreciable, Spürbarkeit に相当する判断評価とみなし得る。さらに、「契約、協定その他何らの名義を以てするかを問わず」で一般条項性を示し、「公共の利益に反し」という反公益性要件で一般条項の限界を画している。

このような比較法的共通点があるにもかかわらず、問題は、米国・EU・ドイツの競争法と異なり、独占禁止法は、不当な取引制限の構成要件に、対事業者効果を明記し、しかもその内容である事業活動の制約を事業者間「相互に」限定して、その結果、合意に参加した複数の事業者の他にある仲間外の事業者の事業活動に向けられたものは、不当な取引制限の埒外とし、私的独占（通謀による他の事業者の事業活動の排除・支配）に委ねざるを得なくしたことである。さらに、相互性を事業活動の制約内容の共通性にまで求める判例が出現し、あたかも縦のカルテルが対象とならない考え方をもち、この場合も、私的独占又は不公正な取引方法とせざるを得ないようになったことである。⁽³⁾

(3) 比較法的にみると、縦のカルテル、再販売価格維持行為及び共同ボイコットは、市場支配的地位を有する事業者がその力を利用して行う場合は別として、米国・EUの競争法では、通常は行為規制の対象として合意の問題を扱うシャーマン法一条・EC条約八一条一項が適用されるものである。これらの行為が、独占禁止法では、合意を対象とする不当な取引制限に必ずしも直截に該当するものとされず、私的独占又は不公正な取引方法の該当事項として扱われることに、独占禁止法の体系的問題が隠されているが、独占禁止法違反とされていないということではないので、本稿では深くは立ち入らないこととする。

なお、独占禁止法が、再販売価格維持行為を不公正な取引方法として扱うことの体系的な奇妙さは、同法で適用除外制度が設けられる場合に、必ず「不公正な取引方法を用いる場合は、この限りでない。」とのただし書がつくよう

に、不公正な取引方法は、本来、適用除外があり得ない行為概念であり、それにもかかわらず再販売価格維持行為について適用除外規定（二三条）が設けられたことである。体系的な整合性からだけでなく、実質的にも再販売価格維持行為は、不公正な取引方法（一九条）該当ではなく、私的独占・不当な取引制限（三条）該当として扱うべき競争制限効果をもった違反行為であろう。

三 構造規制の意義

本稿でいう構造規制を改めて定義すると、①競争制限的市場構造の存在の下で市場支配的地位（独占力・市場支配力）を享受する事業者であることを必要条件として、②当該事業者の行為が市場支配的地位を形成・維持・強化する効果を有することを十分条件とする禁止規定をいう。競争制限的市場構造は、独占力、独占的地位、市場支配力、市場支配的地位などの存在という用語でも表現されるが、議論を平明に進めるために、以下では原則として「市場支配的地位」を統一的に用いる。

構造規制の考え方は、米国反トラスト法では、シャーマン法二条で「各州間若しくは外国との取引又は通商のいかなる部分を独占し（monopolize）、独占することを企図し（attempt to monopolize）、又は独占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し、……」と規定していることが該当する。独占することを企図するとは、市場支配的地位を形成することであり、独占する（以下「独占化行為」という。）とは、市場支配的地位を維持又は強化することである。要するに、同条は、市場支配的地位を形成、維持、強化する事業者の不適切な行為を禁止するものである。行為主体が市場支配的地位を有する事業者（以下「市場支配的事業者」という。正確には、シャーマン法二条の場合、市場支配的地位を獲得するに近い事業者も含む。）であることが条文

上では明らかではないが、反トラスト法の判例用語を使えば、同条の適用に当たっては、独占力 (monopoly power) の存在が前提とされ、その認定のために関連市場 (relevant market) を画定 (definition of the market) し、当該市場における市場支配力 (market power) の評価が行われる。同様に判例で、独占するとの違反行為が成立するためには、独占力の存在に加え、通常の競争による成長とは区別された力の意図的な獲得・維持であるという要素 (deliberateness) が必要とされている。

EU 競争法では、EC 条約八二条「共通市場又はその有意の一定部分における支配的地位 (a dominant position) を一又は二以上の事業者で濫用するいかなる行為 (abuse) も、それにより加盟国間の取引が影響を受ける限りにおいて、共通市場と両立しないものとして禁止する。」が該当する。

GW B では、同法一九条一項「一又は二以上の事業者による市場支配的地位 (eine marktbeherrschende Stellung) の濫用 (mißbräuchliche Ausnutzung) は、禁止される。」が該当する。

構造規制に関するこれらの実体規定の構成は、反トラスト法と EU・ドイツ競争法では微妙な違いが見られる。しかし、発想の起点は同じくする規定であるから、相違点を言う前に、共通点を強調すべきであろう。

共通点の第一は、monopoly power, dominant position, marktbeherrschende Stellung といった用語で表現される市場支配的地位を有する市場支配的事業者を行為主体としていることである。本稿で市場支配的地位という用語で総称している概念は、それぞれの競争法の判例で表現は異なるものの、要するに、有効な競争を免れたいとりをもって市場で行動できる能力であって、定義規定を置いている GW B の一九条二項で代表させれば、単独の事業者について競争者がいないか有効な競争に直面しておらず、二以上の事業者であっても、その間に有効な競争がなく、かつ、それ以外に競争者がいないか有効な競争に直面していない場合、当該事業者は、市場支配的地位を有するものである。なお、同法は、続く三項で、市場シェア (一社で三分の一以上、二・三社で二分の

一以上、四・五社で三分の二以上)による市場支配的地位の推定規定を置いている。

共通点の第二は、*monopolize, abuse, mißbräuchliche Ausnutzung*といった用語からうかがえるように、市場支配的地位を利用して、現在においても競争制限的市場構造にあるのに、これをさらに非競争的したり、新たな競争促進的要素の出現を妨げる効果がある独占化行為・濫用行為を禁止していることである。市場支配的地位をさらに維持・強化することを市場支配的事業者がしないようにするという、このような実体規定の存在は、禁止という消極的表現ではなく、積極的な表現を使えば、市場支配的事業者にこれ以上競争を減少させないようにするという義務付けを行うものである。

このような行為主体の特質に着目した規制は、高い身分に伴う徳義上の義務 (*noblesse oblige*) にも似て、社会で与えられた特権 (*privilege*) には、これを濫用 (*abuse*) しない義務が伴うとするものである。我が国においても、民法一条に規定する「私権ハ公共ノ福祉ニ遵フ」(一項)と「権利ノ濫用ハ之ヲ許サス」(三項)の法理を生かす仕組みが独占禁止法にあり得ても何ら不思議ではないことである。

構造規制に該当する条項も、一般条項の性格を持つ。シャーマン法二条の *monopolize* も定義があるわけではなく、EC条約八二条の *any abuse* やGWB一九条の *mißbräuchliche Ausnutzung* もそれぞれ濫用行為の類型を示す例示規定が付随するが、それらに限定されるわけではない。また、市場支配的地位の濫用禁止には、適用除外はない。特権の濫用は、常に禁止されるべきものであって、独占者が更に独占し、不当な独占利潤を獲得してよいということにはならないからである。かくして、構造規制は、競争が期待できない独占市場の取り扱こそ、競争法の究極の課題であることを示したもので、包括的な一般条項性を有することにより、競争法の中すべての受け皿条項となる地位にある。したがって、かかる条項を欠く競争法は、競争法の根本的な思考方法(競争と独占を対置し、独占は、独占者にも社会に対してのみならず独占者自体についても、進歩を止め、停滞をもたら

すものであるという基本認識)を欠くといつて過言ではない。

次に、相違点の第一は、EU・ドイツ競争法では、行為主体が市場支配的事業者に限られるから、市場支配的地位の維持・強化は対象となるが、市場支配的地位の形成は範疇外である。これに対し、反トラスト法では、独占の企図という表現で、市場支配的地位を形成する行為も範疇に入っていることである。なお、判例は、独占の企図が認められるのは、独占力を有するに至っていない事業者であっても、独占力を獲得する特定の意図 (specific intent) を持ち、当該行為により独占力を獲得するに至る危険な蓋然性 (dangerous probability) がある場合であるとして、前述の独占化行為よりも違反となる要件を加重したものになっている。逆に言えば、米国反トラスト法も、市場支配的事業者の独占化行為は市場支配的地位の維持・強化には、より厳しい姿勢で臨んでいるということになる。ただし、実際の法運用において、反トラスト法の独占化の企図が四〇〜五〇パーセント以上の市場シェアを有する事業者に適用可能性があるのに対し、EU競争法における市場支配的地位も市場シェア三〇〜四〇パーセント以上から認め得るので、実体的差異はそれほどないことになる。

相違点の第二は、同一の市場で複数の事業者が市場支配的地位を有することができるかという問題である。EU・ドイツ競争法が「一又は二以上の事業者」と明記して、複数の事業者が市場支配的地位を共有すること (collective dominant position, gemeinsame Markbeherrschung) があり得ることが明らかなのに対し、反トラスト法では、必ずしも明確ではなく、共有独占 (shared monopoly) の考え方が試みられたこともあるが、複数の事業者間の関係についても、シャーマン法二条に、独占化するために「他の者と結合し又は共謀する "combine or conspire with any other person or persons"」場合が規定されていることによって、シャーマン法一条と同レベルにとどまらせ、複数の事業者間の関係に人為的協調がなくとも、市場の状況によって事実上同調的に行動できるとき、市場支配的地位を共有すると認めているEU・ドイツ競争法のレベルまでは至らないでいる。

相違点の第三は、濫用行為の範囲である。反トラスト法にいう独占化行為は、専ら競争者の事業活動を妨害する排除行為 (exclusionary conduct) であって、その余に及ぶかどうか分明的でない。これに対し、EU・ドイツ競争法では、妨害的濫用行為 (exclusionary abuse, Behinderungsmissbrauch) のほかに搾取的濫用行為 (exploitative abuse, Ausbeutungsmissbrauch) の行為概念を有する。前者は「競争事業者に向けられた排他的な行為であり、後者は、取引先事業者又は消費者に不利益をもたらす行為である。講学上の概念であって、現実の行為がいずれに分類できるか、必ずしも明快ではないが、EU競争法における例示条項の最初で“imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions” (EC条約八二条a項) と規定して、『「不正な」価格・取引条件を取引先に『課する』』との表現で搾取的濫用行為の認識を明らかにしていることは、反トラスト法よりも考える濫用行為の範囲が広いことを示している。搾取的濫用行為は、競争が期待できない市場で、競争がないことを奇貨として著しく不当な行為を取引相手に対して行うことを防止するためのもので、後述するように、我が国独占禁止法の体系の中でも正統性 (legitimacy) を与えるべきとの考えを筆者は有している。

前記の相違点は、構造規制の存在を前提とした対象範囲のずれであって、シャーマン法二条とEC条約八二条・GWB一九条が、いずれも市場支配的地位の存在を起点とする構造規制であることに変わりがなく、共通するものである。したがって、EU・ドイツ競争法の市場支配的地位の濫用規制が反トラスト法には見られない実体規定であるといったような言い方は、誤りである。そして、最も重要なことは、米国・EU・ドイツ競争法を通じて、行為規制と構造規制の二本の柱という質的には同じ法体系 (企業結合規制が三本目の柱として構造規制に付随する。) を有していることであって、この点は、一九八〇年に国連貿易開発会議 (UNCTAD) で採択された「制限的商慣行規制のための多国間の合意による一連の衡平な原則と規則」を初めとして、その後には作られたいくつもの競争法モデル (例えば、一九九三年「国際反トラスト規約草案」ガットMTO多国間通商協定としての国際反

トラスト規約ワーキンググループ)でも同じである。

「独占禁止法では、同法二条五項に定義規定がある私的独占が比較対象となる。定義規定では、「その他いかなる方法をもってするかを問わず」として示す一般条項性や、排除・支配行為が独占化行為や濫用行為と重なり、他の競争法の構造規制と相似する部分もある。しかし、最も肝心な行為主体が市場支配的事業者に相当する者に限られるようなことは、条文中で明らかにされていない。さりとて、米国反トラスト法のように、判例で行為主体が独占力を有することが前提となる趣旨と同様のことが、私的独占の適用事件の判例・審決で述べられたわけでもない。そこで違反行為者として採り上げられた行為主体は、確かに市場支配的地位を有すると目されるような、当該一定の取引分野で既に競争を実質的に制限しているような有力事業者であるにしても、むしろ強調されているのは、専ら違反とされた排除行為又は支配行為という他の事業者の事業活動への一方的かかわりの態様であって、それが当該一定の取引分野の競争を実質的に制限する効果があったことをいうために、行為主体とされた事業者が既に市場支配力を有していて、それを維持・強化するものであったという对市场効果の面から用いられる傾向にある。これは、私的独占が不当な取引制限とともに同一法条(三条)で禁止され、对市场効果を共通にし、異なるのは対事業者効果だけという独占禁止法の規定振りからすれば、自然な論理立てであって、判例・審決がおかしいということではない。それゆえに、必然的に、市場支配的事業者の存在を起点とする構造規制を、我が国独占禁止法の実体規定から見失ってしまったという本稿の問題意識がクローズ・アップされることになる。

四 行為規制と構造規制の関係

本稿で定義した行為規制と構造規制は、実定法では反トラスト法のシャーマン法一条・二条あるいはEU競争

法のEC条約八一条・八二条に典型的に対置されるように、競争法の二本の柱であり、相互に補い合っており、相互に補い合うところからは相互補完性が、また、包括的に除去しようとするところからは一般条項性が、それぞれ行為規制と構造規制の關係として指摘し得るものである。このような観点から、行為規制と構造規制の關係を順次整理すると、次のとおりである。

第一に、競争法で規制すべき競争制限的な原因は、行為規制では合意によって協調する複数の事業者であり、構造規制では市場支配的地位を有する単独又は複数の事業者であって、競争法が提示する規制の起点 (trigger threshold) はこの二つに限られ、構造規制は、行為規制をバック・アップする關係にある。換言すれば、競争制限的な原因が人為的に形成されている場合は行為規制が適用され、人為的ではなく事実上形成されている場合には構造規制が適用される。さらに、有効な競争が期待できる市場には行為規制が適用され、有効な競争が期待できない市場には構造規制が適用されるという言い方も可能である。市場は、競争の状況によって競争が期待できるところか否か、いづれかに分類可能であるから、結局、行為規制と構造規制が並置されることと、それぞれに該当する条項が一般条項性を有することにより、すべての市場に競争法が適用できるように考えられたことになる。

競争当局は、行為規制と構造規制の双方からアプローチができる。例えば、米国司法省反トラスト局が、一九九八年にマイクロソフト社を提訴した時も、マイクロソフト社と取引先の間でOS基本ソフトとインターネット閲覧ソフトの抱き合わせ販売契約をシャーマン法一条違反とし、同時に、マイクロソフト社のOS基本ソフトにおける独占力を認めて、競合するインターネット閲覧ソフト事業者等への妨害事例をシャーマン法二条違反と考えたものであった。

また、競争制限的な弊害として、寡占市場において寡占事業者三社による同調的値上げが見られたとすると、三社の間に意思の連絡という人為性がある場合は、カルテルとして行為規制の問題であり、そのような人為性がないとなれば、寡占市場の状況から同調的値上げを可能する要因があったとして構造規制の問題となる。ただし、立証面から、行為規制は、構造規制より容易であり、優先する。行為規制では、三社間の意思の連絡により合意を証明すればよいが、構造規制では、三社間で従前から実質的な競争が行われておらず、他に牽制力ある事業者もなく、三社間で意思の連絡はないにしても、事実上、市場支配的地位を共有していることをまず証明して、次に、当該値上げが競争がある市場と比較して高い値上げ幅のもの、すなわち市場支配的地位を濫用したものであることを証明しなければならないからである。

行為規制と構造規制の双方からのアプローチを考える上で参考になるのが、EU競争法における行為類型の例示規定である。特に、EC条約八一条一項と八二条は、差別的取扱いと抱き合わせ販売を全くの同文で例示している。これをもって、八一条一項と八二条が同じ行為類型を禁止していると考えるのは、もちろん早計であって、行為規制と構造規制の基本に立ち戻れば、競争が期待し得る市場で、差別的取扱いや抱き合わせ販売が、製造業者や販売業者の間の複数の事業者間の協定(合意)でなされ、それが協定参加事業者の仲間内又は仲間外で競争制限効果をもたらせば、八一条一項違反となり、そうではなくて、必ずしも競争が期待できない市場で、市場支配的事業者が差別的取扱いや抱き合わせ販売を行い、そのことよって、新規参入をより困難にしたり、取引先事業者に不当な不利益をもたらすことになる場合に、八二条違反を構成するものであり、それぞれ場面を異にすることが理解できるものである。

重要なことは、行為規制と構造規制の相互補完性がトレード・オフの関係にあるのではなく、行為規制を構造規制がバック・アップする関係にあることである。前述の同調的値上げにしても、行為規制による価格カルテル

規制が不調ならば、寡占市場における意識的並行行為 (conscious parallelism) を複数の寡占事業者で共有する市場支配的地位の濫用行為として、構造規制の面からアプローチすることが可能である。その意味で、違反行為としてのカルテルと区別される意識的並行行為も、行為規制の対象とならないことは確かだが、それゆえに直ちに競争法の域外に出してしまうものでもない。

このように、行為規制と構造規制は、両者が相まって、競争制限的事象を漏れなく競争法の範疇に収めようとするもので、その趣旨を徹底したのが G W B における濫用監視 (Mißbrauchsaufsicht) の制度概念である。同法では、適用除外カルテルなどの行為規制を免れた適用除外領域には、適用除外によって許された事業活動上の地位について濫用規制が必ず法定され、適用除外が同法の適用をまったく受けなくなってしまうものではないことを明らかにしている。なお、この点は、独占禁止法にも、適用除外条項を設けた場合、ただし書で適用除外の限界を必ず示しているような、相似する論理構造がある。

第二に、行為規制と構造規制は、米国・EU・ドイツの競争法では、法条を別にし、違法性の判断評価を異にする。独占禁止法が、私的独占と不当な取引制限について定義規定を別にしていても、対市場効果「一定の取引分野の競争を実質的に制限すること」を共通にし、同一法条で禁止しているのと大きく違うところである。米国・EU・ドイツの競争法の行為規制と構造規制の違法性の判断評価が実際にどのように異なるのかを言うのは、長く精密な議論を要するので、本稿ではあえて結論のみを示唆したい。

一般には、行為規制の方が構造規制よりも低い評価水準で違法という判断を下す。その意味では、行為規制の方が構造規制よりも厳しいという言い方ができる。行為規制において合意に参加する事業者の合計市場シェアが、構造規制の適用で求められる市場支配的地位の指標となる市場シェアよりも低い割合で、違法の判断評価をすることが可能だからである。反トラスト法では、構造規制 (シャーマン法二条) の判断評価である独占力と区別し

て、行為規制（同法一条）の判断評価を市場支配力ということがあるが、市場支配力に独占力の関係にあると考えられている。⁴ただし、行為規制の違法性の判断評価が構造規制のそれより低いにしても、どの程度の高低差があるのかは必ずしも一義的ではなく、そもそもその高低差は限りなく縮小しつつあるという議論もある。

さらに、行為規制の方が構造規制より厳しいとしても、常にそうであるとは限らない。構造規制は市場支配的事業者が競争の可能性をさらに少なくする行為を規制するものであるから、行為規制の対象とならないような低い市場シェアの複数の事業者の行為と同様の行為を市場支配的事業者が行った場合でも、それが競争の芽を摘むような効果があれば、違法との判断評価が構造規制の面からは可能なものである。例えば、下位事業者や新規参入事業者が市場支配的事業者の価格より廉価で競争を挑んだのに対し、市場支配的事業者がどのような廉価で攻勢をかけられようともそれ以下の価格で対抗することは、下位事業者や新規参入事業者の競争意欲を喪失させ、当該市場から退出させるものである場合は、略奪的価格行為として構造規制の対象になる独占化行為・濫用行為に該当する。下位事業者や新規参入事業者には許されても、市場支配的事業者には許されない行為があるとする、非対称な見方が構造規制の真髄でもある。

第三に、企業結合規制が構造規制の系に属することである。企業結合規制は、外部成長により競争制限的市場構造が形成・維持・強化されることを防止することを目的とする。このことを端的に示しているのは、EU・ドイツの競争法である。ECの企業結合規制に関する一九八九年理事会規則（Council Regulation “EEC” on the control of concentrations between undertakings）二条三項は「支配的地位を形成又は強化する企業結合 “a concentration which creates or strengthens a dominant position”」を、GWB三六条一項は「市場支配的地位を形成又は強化する」となることと見込まれる企業結合 “ein Zusammenschluss, von dem zu erwarten ist, daß er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt”」をそれぞれ禁止する。いずれも構造規制

の対象となる市場支配的地位の形成・強化を防止することで、条文上もEC条約八二条・GWB一九条に連結するものであることが明示されている。

反トラスト法では、クレイトン法 (Clayton Act, 一九一四年制定、一九五〇・一九八〇年改正) 七条が「競争を實質的に減殺することとなり、又は独占を形成するおそれがある企業結合 “the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly”」を禁止する。米国司法省・連邦取引委員会のの水平合併ガイドライン (Horizontal Merger Guideline, 一九九二年公表) をみても、「協調行動 (coordinated interaction) を可能にする市場構造の形成の防止も視野に入っている」ので、クレイトン法七条は、シャーマン法一条・二条の双方の予防規定とみなすのが現実の運用に適合することであろう。ただし、筆者の経験として、米国司法省反トラスト局の合併審査担当官に、クレイトン法七条はシャーマン法一条・二条のいずれに結び付くものであるかという質問をした時、シャーマン法二条であると断言する答が返ってきたので、企業結合規制が構造規制の系に属するというのは、必ずしも強弁にならないと考える。

(4) 行為規制の対象となる行為の競争制限効果と、構造規制の対象となる行為の競争制限効果とは、元来、次元の異なるものである。市場に対する効果として考えられるのは、行為規制の方である。構造規制の方は、市場での競争は既に制限されていて、そこで行われた行為の競争制限効果とは、市場支配的地位を維持・強化する効果であって、例えば、独占化行為・濫用行為が不当な排他的行為である場合、その行為の実効性が認められれば、当然に市場支配的地位の維持・強化につながり、それ以上に対市場効果の程度を考える必要はない。関連市場分析も、行為規制では、対象となった行為の市場への影響 (行為客体) を評価するためのものであるのに対し、構造規制では、対象となった行為を行った事業者の市場支配的地位 (行為主体) を評価するために行われるというレベルを異にする違いがある。我が国独占禁止法において、私的独占に不当な取引制限と同じ対市場効果が規定されているので、これをどう解釈

するか常に議論になるが、私的独占が構造規制であるならば、对市场効果の規定は必要なかったものである。逆に、我が国の判例において、構造規制であるシャーマン法二条で独占力の判例上の定義（市場価格をコントロールし、又は競争を排除できる力 “the power to control market prices or exclude competition”）に引きずられて、競争の実質的制限を「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」としたことは、行為規制である不当な取引制限の对市场効果としてはハードルが高過ぎたきらいがある。例えば、「競争自体がまさって減少することをいう。」でとどめておくのが適当であった。

五 独占禁止法の改革の方向

1 構造規制を確立する必要性

比較法的見地から独占禁止法における中心的な禁止条項の規定振りの特徴を述べてきたが、他の競争法と独占禁止法が異なることだけで、独占禁止法が不整合であると言うのは、短絡的で偏頗な議論となる。しかし、規制改革が進み、自己責任原則と競争原理に基づき市場を規律しようとする今日、規制の緩和・撤廃とともに、公正・自由な競争環境の創造のために、独占禁止法の運用を中心とする競争政策の積極的展開が最重要課題となっているにもかかわらず、独占禁止法だけが競争法的考え方の不徹底から十分な問題解決能力を持っていないこととしたら、我が国市場における企業間競争をめぐって生じる問題に十分な対応手段を一般的に持たないことになり、それゆえ、事業毎に対処を要することになって、いわゆる個別事業法の世界から抜け出せないことになる。⁽⁵⁾我が国市場の様々な事業分野における事業者の事業活動がおよそ共通した競争ルールに則って律せられるように、市場における競争に関する一般法である独占禁止法が展開できる領域を改革する方向を検証する必要がある。

独占禁止法は、不当な取引制限と私的独占について、合意及び市場支配的地位のそれぞれを起点とする行為規制と構造規制という二本立ての分け方をせず、対市場効果を共通にし、対事業者効果における事業者の事業活動に対する制約の態様によってのみ区別し、同一法条で禁止するという同質の捉え方をした。これによって、行為主体となる事業者に向らの差異も条文上は設けられないことになって、市場支配力を有する事業者の行為を規制するという構造規制の意義が不分明になり、米国・EU・ドイツの競争法が一方の柱として有する構造規制の考え方が、我が国独占禁止法では明瞭に認識されなかった。

そのことによる最大の不都合は、市場支配的事業者による市場支配力の濫用行為に対する規制、すなわち、市場支配的事業者と非市場支配的事業者を区別した法適用があり得るといふ、いわゆる非対称性が競争法には内包されていることの認識を難しいものとしていることである。このような法認識の下では、同じ競争手段について、非市場支配的事業者が採る場合はチャレンジングなものであつて競争的と評価されるが、市場支配的事業者が採る場合は新規参入の芽を摘むものであつて反競争的と評価されることの識別ができない。

現行独占禁止法にも、構造規制の考え方が全く現れていないというわけではない。「私的独占」という行為名称にその意義が含まれていることを否定するものではないし、昭和五二年改正で導入された「独占的状态に対する措置」（八条の四・二条七項）や「価格の同調的引上げに関する報告の徴収」（二八条の二）の各制度において、一定の事業分野において高い市場占有率を有する単独又は複数の事業者を定義し、公正取引委員会は、当該事業者に措置を命じ、又は報告を求めることができることとされている。

しかし、構造規制の基本規定である市場支配的事業者による市場支配的地位の濫用行為に対する規制を欠くために、独占禁止法は、競争制限的市場構造を濫用する行為の規制を飛び越えて、独占的状态に対する措置にみられるように、市場支配的事業者への構造的措置に達する。ところが、かかる構造的措置そのものは、最終的手段

として用意されるために、実際に運用される可能性は極めて小さいものである。むしろ構造規制による独占化行為・濫用行為規制が前置されることの方が現実的である。

また、構造規制による濫用行為規制において搾取的濫用行為を明示することにより、一九五三年改正で不公正な取引方法の一つとして独占禁止法に導入された優越的地位の濫用(二条九項五号・一般指定一四項)や一九五六年に独占禁止法の補助立法として成立した下請代金支払遅延等防止法における取引上の優越的地位や親事業者の概念の設定は、ロック・インされた市場関係における支配力を考えたもので、構造規制という命題から発する搾取的濫用行為の系に属するものと位置付けることができる。

さらに、事業者と消費者との間の力関係で、情報の非対称性などの理由から、不当表示のように市場における消費者の合理的選択を妨げる事業者の行為は、競争関係にある他の事業者に係るものより著しく優良・有利と消費者に誤認されるために、不当に顧客を誘引し、公正な競争を阻害するおそれがあるとの水平的な妨害的濫用行為としての構成よりも、直接に垂直的な関係で消費者より優位な立場にある事業者が消費者には検証不可能な不当表示を行うこと自体をもつて、消費者に不当な不利益をもたらす搾取的濫用行為と構成した方が、競争法の体系にも添い、消費者保護の要請にも応えるものと思案する。

これまでの検討を集約すると、構造規制を我が国独占禁止法に導入して、今後も直面する我が国市場における非対称な力関係の問題(不可欠設備の存在、ボトル・ネック性、ネットワーク性、技術標準、知的財産権などの問題がある市場における既存の市場支配的事業者と新規事業者の関係から、ロック・インされた状況における事業者間あるいは事業者と消費者の関係を経て、不当表示問題等における事業者と消費者の間の情報の非対称性まで)の解決・調整のために、今後の競争政策に十全を期したいと考えるのは、次の二点である。

第一に、市場支配的地位の概念を実体規定に加えることにより、かかる市場支配的地位を有する市場支配的事

業者が、独占禁止法上、非市場支配的事業者と区別した規制を受ける考え方を明らかにする。そして、市場支配的地位は、複数の事業者でも有することがあるとして、独占市場・ガリバー型市場のみならず、高度寡占市場においても市場支配的事業者があり得ることを明示する。

第二に、市場支配的地位の濫用行為として、搾取的濫用行為の概念を实体規定に加えることにより、市場支配的地位に代表される優越的地位に対する規制は、ロック・インされた関係や、事業者と消費者の関係に当てはめて、法体系的に精密化していくことが可能であり、そこでは取引関係にある者の間での搾取的濫用行為の考え方が有用であり、不公正な取引方法の優越的地位の濫用や下請代金支払遅延等防止法、さらには不当表示規制が、水平的な競争関係に置換することなく、垂直的な関係それ自体で独占禁止法の体系に端的に包摂される可能性を開く。⁽⁶⁾

(5) 二〇〇一年に公正取引委員会・総務省が連名で公表した「電気通信事業分野における競争の促進に関する指針」では、電気通信事業法部分に同法に基づく非対称規制制度の対象となる「市場支配的な電気通信事業者」の記載がある。何が市場支配的であるかは、本来、市場における競争に関する一般法である独占禁止法ですべての市場にわたって通則的に明らかにされる必要がある。したがって、独占禁止法において、共通ルールとしての構造規制が法解釈に拠るのではなく、制定法ベースで明示されないと、個別事業法による個別事業分野毎の問題解決方法がいつまでも採られることになり、規制緩和が新たな規制制度を産み出す不可思議な状況が続くことになる。

(6) GWBは、市場支配的事業者の低位概念として、中小取引先事業者との垂直的關係(二〇条二項)あるいは中小競争事業者との水平的關係(二〇条四項)における相関で優越的市場力(überlegene Marktmacht)を有する事業者を規定している。このように、市場支配的事業者を頂点とする構造規制の系で非対称な力關係の問題に対処する法体系的組み立ては、同様の可能性を示唆するものである。

2 構造規制の実体規定の整備方法

独占禁止法に行為規制と並置する他方の支柱として構造規制を確立するためには、実体規定をどのように整備すればよいのだろうか。単純には、私的独占と不当な取引制限を同一法条で禁止しているのを改め、それぞれ別条で禁止することとし、それぞれの定義規定も行為主体と対市場効果を区別したものにすることが考えられる。私的独占に構造規制の要素をすべて盛り込んだ試案を示すと、

「この法律において私的独占とは、一定の事業分野において支配的地位を有する一又は二以上の事業者が、取引を拒絶し、又は取引の条件を差別し、その他いかなる方法をもつてするかを問わず、他の事業者の事業活動を妨害し、又は取引の相手方に不当な不利益を与えることにより、当該地位を維持し、又は強化することをいう。

事業者が、一定の事業分野における支配的地位を形成するために、他の事業者の事業活動を妨害することは、私的独占とみなす。」

となり、これに合わせて不当な取引制限も合意を中心としたものに改めると、

「この法律において不当な取引制限とは、二以上の事業者が、通謀し、又は結合し、その他いかなる方法をもつてするかを問わず、共同して、相互にその事業活動を拘束し、若しくは遂行し、又は他の事業者の事業活動を妨害し、若しくは支配することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に減殺することをいう。」とすることが考えられる。このような改正を行うことは、我が国独占禁止法に欠ける領域を自然に補い、かつ、国際的に分かりやすいものにするという観点からは望ましいものである。

しかしながら、私的独占と不当な取引制限は、我が国独占禁止法において既に確立した中核的な行為概念であり、これを変更することは、無用の混乱を招きかねない。また、私的独占と不当な取引制限を共に禁止する現行三条の規定は、いかなる事業者にも適用されるものとして、自らが属する市場であると否とにかかわらず、自由

な競争市場の二つの基本条件である、①市場への事業者の参入・退出が自由であることと、②市場内で事業者の事業活動が自由に展開できることの双方又はいずれかを損なう対市場効果を有する事業活動の制約を行う事業者の行為におよそ適用される一般条項として、かつ、最も中心的な実体規定として引き続き位置付けることが可能である。

そこで、本稿で主張してきた、市場における競争が既に制限された状態にあつて、市場支配的事業者が存在する場合に、かかる競争制限的市場構造を前提に市場支配的事業者の行為を律する考え方を明示した実体規定が、米国・E.U・ドイツの競争法と比較して、我が国独占禁止法に欠けることを補充する新たな実体規定を設けることが考えられる。その規定は、重複する表現になるが、市場の現状から市場支配的地位が既に存在し、有効な競争が容易には現出し難い場合に、市場支配的事業者が、市場支配的地位を有しているという事実上の優位性を基に、新規又は下位の事業者の事業活動を著しく困難にし、あるいは取引の相手方に著しく不利益な取引条件を課する場合には、純粹構造規制に前置して、その是正を当該市場支配的業者に公正取引委員会が勧告することができる制度とするのが筆者の提案である。

具体的な規定振りとしては、

「① 公正取引委員会は、一定の事業分野において支配的地位を有する一又は二以上の事業者が、取引を拒絶し、又は取引の条件を差別し、その他いかなる方法をもつてするかを問わず、他の事業者の事業活動を著しく困難にし、又は取引の相手方に著しく不利益となるように取引条件を設定し、又は変更することにより、当該地位を維持し、又は強化することとなると認める場合には、当該事業者に対し、適当な措置をとるべきことを勧告することができる。」

② 市場占拠率について第二条第七項（独占的状态）又は第一八条の二（価格の同調的引上げ）に該当する事業者

は、当該事業分野において支配的地位を有するものとみなす。

③ 第一項の勧告を応諾した事業者には、当該勧告の範囲に限り、私的独占の禁止又は独占的状态に対する措置の規定を適用できない。

④ 公正取引委員会は、第一項で認めた事実が消滅し、又は変更したと認めるときは、速やかに当該勧告を撤回し、又は変更しなければならない。」
 が骨格となる。

これに付随して、企業結合規制には、「一定の取引分野における競争を實質的に制限することとなる場合」とする違法性基準に、「一定の事業分野における支配的地位を維持し、又は強化することとなる場合」を加えて、競争が既に制限されている市場において、さらにその程度を保ち、又は悪化させる場合（市場支配的地位の維持・強化）も違法性判断の対象となることを明示することを提案したい。

また、搾取的濫用行為の概念が明文化されることにより、不公正な取引方法の優越的地位の濫用、下請代金支払遅延等防止法、不当表示規制なども、競争者への妨害という論理立てとの整合性とは切り離して、取引先相手との関係をもって、独占禁止法の体系の中で競争当局が直轄に検討し得ることに発展していくことを期待したい。

なお、勧告制度としたことに微温的な感は免れないが、規制緩和がなされ、競争促進が期待される I T ・公益事業分野では、既存の市場支配的事業者の行動が新規参入を困難にするようなものとなったとき、速やかな改善が求められるものであり、競争当局がスピード感をもって判断可能な根拠規定になり得るといふ、競争政策上の積極的效果を重視したものである。

(7) 残された問題として、不公正な取引方法の位置付けがある。私的独占の定義規定が、その行為主体に市場支配的

事業者に相当する条件を設けなかったために、私的独占と不公正な取引方法の間で区別がつきにくく、公正取引委員会は、審決で不公正な取引方法を私的独占の予防規定と位置付け、その競争制限作用の程度を私的独占と区別して、「一定の取引分野における競争を実質的に制限するものと認められる程度のものである必要はなく、ある程度において公正な自由競争を妨げるものと認められる程度で足りるものと解すべき」としたこともあって、独占禁止法の運用において、不公正な取引方法が優先して適用され、私的独占は、不公正な取引方法の行為類型に当てはまりにくい場合に用いられるくらいがあった。また、不公正な取引方法からみて違反とされない行為が、私的独占に該当し得るかという問題もある。例えば、不公正な取引方法の不当廉売（一般指定六項）に該当しない価格水準の攻撃的低価格販売が私的独占に該当することはあり得るかという問題である。行為主体に区別を設けないまま、不公正な取引方法を私的独占の予防規定と考えた場合は、不当廉売でないものを私的独占に該当するということは言いにくい。構造規制の考え方によって、私的独占を、市場支配的事業者に相当する事業者が行う市場支配的地位を維持する行為であると考えれば、不当廉売でなくとも、当該事業者が行う場合には、私的独占に該当する攻撃的低価格販売であると言い得る。

なお、公正取引委員会が一九九一年に公表した「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」では、不公正な取引方法の適用について「市場における有力な事業者」（市場におけるシェアが一〇%以上又はその順位が上位三位以内であることが一応の目安）が記載されている。このことは構造規制の系に属させることができるもので、皮肉な見方をすれば、私的独占の定義規定の不十分さから、我が国独占禁止法では、実際には不公正な取引方法の禁止（一九九条）が構造規制の役割を担い、不当な取引制限の禁止（三条）が行為規制として対置されることにより、他の競争法の二本立ての法体系（シャーマン法一条・二条、EC条約八一条・八二条、GWB一条・一九九条）と同様に、我が国独占禁止法も三条・一九九条の二本立ての禁止規定を中核に成り立っているとみなすことが可能との印象を筆者は有している。

六 おわりに

独占禁止法は、制定以降既に半世紀以上の歴史を有し、この間に十数次の改正を経ているが、実体規定及び手続規定のいずれにおいても、その基本的骨格は制定時と変わらずに維持されてきている。規制緩和が進み、競争政策にかかる期待と役割の比重が飛躍的に増大した今日、我が国独占禁止法が自由市場経済の先進国に相応しい適用範囲と執行力を持ったものであるかどうか、根本から問い直す時期にきている。現在、措置体系の見直しが具体的な検討事項として進行しつつあるが、その過程で禁止行為を定めた実体規定の再検討も必要となることは不可避な事柄であるので、その際の基本的視座に関する一提言として本稿が二一世紀に相応しい競争政策の構築に多少なりとも裨益するところがあればと願うものである。

結びに当たって、尊敬する金子晃教授からは、私にとって三十数年前に公正取引委員会に勤務して以降、各種研究会への出席や、ドイツ滞在時期が重なったりして、たびたび御指導を受ける直接の機会を得、さらに最近は霞が関で問題意識を共有させていただいたことで幸運を感じておりましただけに、この度、教授に献呈する記念論文集に寄稿の機会を与えていただいたことを深く感謝いたしますことを申し添えます。

(本稿中、意見にわたる部分は、筆者個人の見解であって、当然のことですが、公正取引委員会の見解を意味するものではないことをお断りしておきます。また、筆者の提案に至る論理的エッセンスを書き連ねるだけで、許された紙幅を大きく超えてしまい、各競争法の解釈・運用の実態、判例・審決・文献の根拠などの記載をすべて割愛しましたことを御宥ください。)