

# 私的独占禁止法における “競争の実質的制限” について

中 村 敏 昭

## 目 次

序

I 競 争

II 競争の“実質的”制限

III 私的独占と市場支配

(1) 市場支配

(2) 市場支配行為と市場支配力

(3) 市場支配行為

(4) 市場支配状態

## 序

最近の大型合併問題を契機として、ふたたび“私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律”（以下独禁法と略する）について、ひいては独禁政策それ自体に対する批判あるいは攻撃がさかんになってきている（註1）。

独禁法を重要な支柱の一つとする経済法制は、現実の経済の動きに即応することが特に重要であり、常に検討をかさねることが必要であろう。独禁法中の重要な概念の一つである“競争の実質的制限”については、これまで多くの議論がなされてきたが、この時点において、ふたたびこの点につき検討することも意義あるものと考えるので、卑見を述べてみたい。

“競争を実質的に制限する”という文言は、独禁法の中心的地位を占める私的独占・不当な取引制限（独禁法第3条）の定義規定（同法第2条第5項、同条第6項）に用いられている他、事業者団体の違法行為類型の筆頭に掲げられてい

る(同法第8条第1項第1号)。また私的独占の補完規定たる第4章の会社の株式保有制限(同法第10条第1項)、役員兼任制限(同法第13条第1項)、会社以外の者の株式保有制限(同法第14条第1項)、会社の合併制限(同法第15条第1項第1号)、営業譲渡等の制限(同法第16条)等の規定においては、“競争を実質的に制限することとなる場合”というように変形されて用いられている。したがって、“競争の実質的制限”なる概念は、「競争阻害的な経済力の集中に対する共通の規制規準となっており、独占禁止法の体系的構造の中では、不公正な取引方法と並んで、そのかなめの地位にある最も重要な鍵概念である」(註2)。

本稿は、この概念が独占禁止法第3条の私的独占の禁止において、どのような意味をもっているかについて検討する。この規定は“競争の実質的制限”を中心として構成されている諸規定のなかで、基本的な性格をもつものである。

独禁法第3条で禁止されている私的独占についての定義は、同法第2条第5項に規定されている。

「この法律において私的独占とは、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以てするかを問わず、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、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制限することをいう」

ところで、経済法の解釈一般についていえることであるが、解釈論を展開する場合、単なる法律の字句の概念法学的解釈だけですまされないことはいうまでもない。独禁法は、どのような目的を、どのような方向で達成しようとしているのか(独禁法第1条参照)をまず理解し、それを前提としてあるいは解釈基準として、各個の条文をみるべきである(註3)。

しかし、この小論ではそこまでは論及しないで、わが国の独禁法が弊害規制主義に対するものとしての原則的禁止主義をとっていることを確認するに留める(註4)。

次に解釈にさいして注意すべきことは、経済の実情に対する科学的認識の保持である。

「社会現象には、それぞれに固有の法則があって、それを無視した規制なる

ものは、本来成り立つ筈のないことなのである。したがって、そこにおいて使用される法概念の意味内容には、これらの法則性に対する社会科学上の認識の成果が絶えず流れ込んでくるのであり、また、それを正しく受け止めるのでなければ、正しい法の解釈・適用も不可能にならざるをえない」(註5)。

したがって、本来は、①国家の全体的経済政策における独禁政策の位置づけ(殊に産業政策との関係について)、②現実の経済に対する経済学的分析等を含むべきものであるが、独禁政策に対する学問的研究はきわめて不十分であるので、その第一歩として、“競争の実質的制限”に関する解釈を中心として小論を展開する。

(註1) 例えば、対談『八幡・富士合併の経緯』中央公論昭和43年6月号、p. 136以下における永野発言。「当時の占領軍は、日本経済を押えよう、どうしたら日本を弱くすることができるかを考えた時代ですよ。それでいろいろのことをやったわけで、産業面では集中排除法などで大きな力がかからないようにしたわけですね。しかし占領の終わった現在は、もう違います。……つまり理想をいえば全部(の製鉄企業)を一つにしてしまえばいいのですが、今の日本の体制では通りません」

(註2) 今村『八幡・富士合併問題の進展と独占禁止法の理論』ジュリスト No. 421. p. 25

(註3) M. Weber 『社会科学・社会政策の客観性』「われわれ社会学者は、意欲する人間にむかって、まず具体的な目的の根底にあり、または根底にありうる“理念”をさしめし、論理的に秩序だった展開をしてみせて、かれが欲したり、そのあいだの選択をするところのいろいろの目的を、その連関と意義にしたがって、知らせることができるのである」

(註4) U.S. v. Aluminium Co. of America et al 148, F, 2nd, P. 427 「It is settled, at least as to §1, that there are some contracts restricting competition which are unlawful, no matter how beneficent they may be; no industrial exigency will justify them; they are absolutely forbidden」

現在の日本では、このようなことさえいまだに理解されていない。例えば、朝日新聞昭和43年9月18日社説は、「たしかに、外国の世界的企業との競争が現実化しようという業界や、“規模の利益”が明白な場合などには、大型合併を認めるべき必要があろう。しかし、それは寡占のもたらす弊害を上回る国民経済的利点が明白な場合に限るべきであり、それを国民や公正取引委員会に納得させる立証責任は、合併しようとする大企業自体にあることを忘れてはならない」と述べている。

(註5) 今村 前掲論文 p. 24

## I 競争

まず、“競争”の概念についての検討が必要である。これについては、“個別的な競争行為”と“市場における全体としての競争”という二つの意味があることに注意すべきである(註1)。

前者は、複数の事業者のうち特定の者が、他を排して取引の機会を得ようとする行為を意味する。独禁法第2条第4項に規定されている競争の意味を、この「顧客を取り合うこと」という日常の用語の意味に解する者もいる(註2)。しかし、同項の規定の文言をそのままに解すると、競い合うという動的な概念としてではなく、同一の需要者に対して、同種または類似の商品または役務を供給し、または供給しうる状態、あるいは同一の供給者から同種または類似の商品または役務の供給をうけうる状態、という静的な概念としてとらえられる。

したがって、この規定は、「肝心の、他を排して取引の機会をえようとする努力という競争の本体をなす部分がとらえられてい」ず、「実質的には、競争関係についての定めには外ならない」(註3)といえる。

“競争の実質的制限”という文言における“競争”を、独禁法第2条第4項の定義規定と同じ意味に解する者(註4)、あるいは、この規定とことなる動的機能としての個々人の競争行為を意味すると解する者(註5)もいるが、一般には、これらとは区別された意味での“市場における全体としての競争”を指すと解されている(註6)。

企業が、互いに競い合うという実感を有するとしても、そのような個別的・主観的な競争は、“競争の実質的制限”において問題となる競争とはいえない。

「“競争”とは、市場の状態が全体として持つ、ある客観的な性質である。…競争の主観的ないし実感的定義は議論を混乱させる源である」(註7)。このことは、独禁法が、私人の競争の利益を保護するものではなく、“公正且つ自由な競争”(独禁法第1条)秩序を維持・促進することを目的とする経済法であることに関係する。

ここで、前述の三つの競争概念の相関関係をみると、独禁法第2条第4項の

定義規定は、競争関係が存在する状態を説明しており、全体としての競争状態を成立させる条件となるものであるが、その競争関係にある複数の事業者の競争機能が相互に関連することがあって、はじめて全体としての競争が確保されているということになる。競争概念の多義性を認識し、「競争の実質的制限」を理解するための「競争」概念は、競争関係にある事業者各個の競争機能の総合的あらわれとして把握することが肝要である。

以上のように「競争」概念を把握すると、「競争の制限」ということの意味は、単にある特定の競争関係にある事業者の競争機能が制限され、あるいは滅失することではなく、その個別的な競争機能の変化が全体としての競争状態に影響をおよぼし、その総合的競争状態の変化が、ふたたび他の個々の競争者の競争機能を変化させ制限することなのである。総合的競争状態（競争秩序）の変化が中間項として存在していることが、この過程でのポイントなのであるから、「競争の制限とは、この顧客を取り合う機能が制限されることだ」（註8）とだけ述べたのでは不十分である。

このように解することによって、たとえば合併の場合、少なくとも合併する当事会社間の競争はなくなるのであるが、「競争の制限」には直ちにはならないことが説明される。

このことは、東宝・スバル事件の審決（註9）においては理解されているとはいえない。

審決は、「被審人（東宝株式会社のこと……筆者註）とスバル興業株式会社とは元来競争関係に立つものであるが、本件契約の実行により、被審人の経営する映画興行館とスバル興業株式会社の所有する前記二劇場との間の競争は消滅するのであるから、被審人の行為は競争の制限に該当する」（註10）と認定し、つぎに、「一定の取引分野」を確定し、その上で「右区域において本件契約の実行により競争の制限をうける映画興行館の数は、右区域に存する合計十館のうち八館に達し、定員数においては90.4%に達するのであるから、右は競争の実質的制限と見るに十分であり……」（註11）と判断している。すなわち、認定の過程は、競争関係→競争の制限→一定の取引分野→競争の「実質的」制限と

いう順序でなされている。しかし、この“積上げ論”（註12）は、これまで述べてきた“競争”、“競争の制限”の解釈からみて妥当ではない。東宝とスバルとの間の個別的な競争関係がなくなることによって、“一定の取引分野における競争”にどのような影響があるか、ということを考えて、はじめて“競争の制限”の有無を判定すべきである（註13）。

今村教授は、“競争の実質的制限”の意味するところは、「一定の取引分野における競争を全体としてみて、その機能を実質的に制限するということであって、一定の取引分野における競争の、実質的部分を制限する、というのとは違う。……競争の量的減少ではなく質的变化が問題なのである」（註14）と述べているが、この質的变化は、全体としての競争状態の変化ということであろう。“競争の制限”、“競争の実質的制限”がともに競争の質的变化であるとする、両概念の差異はどこにあるのか、すなわち“実質的”ということとはどのような現象を表わすかがつぎに問題となる。

（註1） Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws, 1955, p. 318ff.

Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1958. s. 31ff.

今村『独占禁止法』p. 39.

（註2） 入江『やさしい独禁法』公正取引 No. 105. p. 19, No. 106. p. 23.

（註3） 今村『独占禁止法』p. 40. 正田『独占禁止法』p. 98.

（註4） 入江 前掲論文 公正取引 No. 105. p. 19, No. 106. p. 23.

（註5） 公正取引委員会事務局『改正独占禁止法解説』（昭29）p. 98.

（註6） 今村『独占禁止法』p. 41, 正田『独占禁止法』p. 96 以下。

（註7） 村上泰亮『競争原理と合併問題』中央公論, 昭和43. 6月号, p. 161.

（註8） 入江 前掲論文 公正取引 No. 106. p. 23.

（註9） 審決集(二) p. 146 以下

（註10） 審決集(二) p. 150.

（註11） 審決集(二) p. 150.

（註12） 「米国の反トラスト法の下においては、このような当事者間の関係を競争の制限、いいかえれば取引制限と考え、それが或る程度に達したときに、不当な取引制限に該当する、としている。然し、私的独占禁止法においては、“一定の取引分野における競争”の実質的制限を問題にしているのであるから、このような積上げ論は妥当しない」今村『私的独占禁止法の研究』p. 283

（註13） この他に、“一定の取引分野”を確定してから、“競争の実質的制限”を判定するという

プロセスにも問題がある。「競争」が全体としての市場における競争という意味だとすると、それを確定することが即ち競争の行なわれる場（競争圏）の範囲を確定することでもあるから、「一定の取引分野」をそれ自体として独立に認定する必要はない。

## II 競争の「実質的」制限

以上のように、「競争の実質的制限」という語句における「競争」を、個々の競争関係にある事業者の競争機能が確保され発揮されている総合的競争状態という意味に解し、「競争制限」を、その総合的競争状態の質が変化することであると解するとき、「競争の実質的制限」の意味は、その延長上においてとらえられるべきである。すなわち、総合的競争状態の質的变化とは一体どのような現象であるか、その変化がどういう場合に「実質的」であるかととらえられるのであろうかが問題にされなければならない。

この「実質的」ということについては、従来以下のような諸説が存在する。

(a) 単に形式的・名目的ということに対する概念として使われていると解する説。

すなわち、「いやしくも内容のあるものであれば、その程度の如何を問わず、実質的といいうる」とする(註1)。

(b) 他の事業者が有効な競争を行ないえない程度の実効性のある制限と解する説(有効競争理論を基礎とする)。

(c) 実質的にその取引分野における他の事業者が到底競争できない程度の決定的な制限を与える場合をいうと解する説。

現在では、これらの諸説のうち(b)説が通説であろう(註2)。公正取引委員会(以下公取委と略す)も、「私的独占禁止法にいう競争の実質的制限とは、競争の実効性ある制限と同一の意味に帰着し、有効な競争を期待することがほとんど不可能な状態をさすものと考えられる」(註3)と述べて(b)説にたつことを明言している。

(a)説では、あまりに厳格であり、現在の資本主義経済においてはとりえず、有効競争を「公正かつ自由な競争」として、その確保・促進を独禁法の目

的とすることを認めざるをえないであろう。

有効競争理論は、アメリカの反独占政策の理論的基礎として、従来の経済学者が使っていた「完全競争」理論にかわり、より現実的実地的基準をうちたてようという意図の下に提唱された理論である(註4)。

有効競争理論の説く有効競争は、現実をふまえた上で、なお競争原理が働いているのはどのような状況であろうかということをはっきりとしようとしているのである。

有効競争概念はきわめて複雑かつ難解であるので、ここでは詳細な説明をばき別の機会に譲るが(註5)、明らかな誤解と思われる議論もあるので、基本的な事柄について二、三述べておくのに留める。

「非価格競争は、いわゆる「有効競争」とみなされているので、この非価格競争が展開される限りにおいて、競争の制限はないということになる。そこでいかに合併が行なわれても、有効競争がある限り、競争制限は問題とならない。これこそ現代の「魔術」とでもいふべきものであって、管理価格の問題を素通りして、有効競争の面にのみ目をむければ、合併はなんら競争の実質的制限をもたらさないという論理が成立することになる」(註6)。

この文章の論理は、いささか粗雑ともいいうるものであって、ことに、非価格競争を有効競争であると簡単に断定しているのは問題である。

寡占体制下では、価格以外の面での不完全競争が主となり、本来の意味での完全競争が行なわれにくくなっていく。しかも表面的には、宣伝、設備投資、品質(製品差別化、多様化による)などの競争は、寡占化した市場の方がより激しいこともある。しかし完全競争のモデルにおける価格の役割を考えれば、自由主義経済を建前とするかぎり、価格を中心とする市場機構を通じて競争が行なわれるということではなければならない。価格以外の面での各種の競争も、価格に反映される限りにおいて競争として評価されるのである(註7)。

こう考えてくると、「一般に市場に対する支配力は価格の面に最も集中的に顕われるものであるから、価格の競争が制限された以上、競争の制限は実質的であるとみるのが通常であろうが、結局は個々のケースについて制限された機



能が顧客の吸引力全体にとってどの程度の比重を占めるかという点を考慮した上で判断すべき問題であろう」(註8)といった見解もあるが、同意しがたい。

当該行為によって価格競争が制限される程度が実質的といえるかを判断し、価格競争が実質的に制限されると判断すれば、それだけで有効競争はないという。価格競争がなくなっても、他の面での非価格競争が残れば(あるいは一層激しくなれば)、競争の実質的制限はないとする論理は成立しえない。

前述のように、有効競争理論は、完全競争のモデルに適合しえなくなった現実に対する妥協と抵抗の産物といえるが、この理論を現実の政策として採用し、どこまで独占的市場構造に対し肉迫しうるかは、結局において、具体的な法律の規定とその運用にかかってくる。「有効競争が反トラスト政策に適用されれば完全競争に比してかなり緩和的な帰結を生ずるという事実」(註9)を直視し、常に反トラスト政策の本来の目的がどこにあるかを頭において運用すべきである。

(註1) 公正取引委員会事務局『改正独占禁止法解説』(昭和29) p. 99 参照。“競争の制限” “競争の実質的制限” は、ともに“全体としての競争”の質が変化することであると捉えると、両概念の質の違いは、“競争の制限”のない市場では完全競争が行なわれているのに対し、“競争の実質的制限”についての“全体としての競争”の質とはどんなものであるかについては明確ではなく、本文で述べるように、学説は分かれる。(a) 説によれば、“競争の実質的制限”とは“競争の制限”と同じ意味であり、ともに完全競争が行なわれていない状態を指す。(b) 説によれば、有効競争が行なわれないことが、“競争の実質的制限”であり、(c) 説は、ほとんど競争のなくなってしまうことが、“競争の実質的制限”であると解する。これらの諸説は、各々の独禁政策にもとづいて、目的たる“公正かつ自由な競争”がどのようなものであるかを考えているのであり、どの説をとるべきかは論理的にのみ決められるべきでなく、政策的判断の領域であろう。

(註2) 例えば、今村『独占禁止法』p. 53, 田中(誠)『経済法概説』p. 91, 正田『独占禁止法』p. 157.

(註3) 東宝・スバル事件, 昭和26.9.19 東京高判における答弁。

(註4) E. S. Mason, *Economic Concentration and the Monopoly Problem*, 1957. は、よく引用される代表的著作である。アメリカの反トラスト政策が有効競争論に基礎づけられていることをあらわすものとして、Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws, 1955.

### Ⅲ 第3条（私的独占の禁止）における“市場支配”

#### 〔1〕 市場支配

“競争の実質的制限”はすなわち“有効競争が行なわれないこと”，という式が成立することはほぼ通説であるといつてよい。しかし競争の実質的制限は，“市場支配”という概念で説明されることが多い。しばしば引用される東宝・新東宝事件の東京高裁判決は，「競争を実質的制限するとは，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のであって，いいかえればかかる状態においては，当該事業者又は事業者集団に対する他の競争者は，それらの者の意思に拘りなく，自らの自由な選択によって，価格，数量，品質等を決定して事業活動を行ない，これによって十分な利潤を収めその存在を維持するということは，もはや望みえないということになるのである」（註1）と述べている。

“市場支配”という語句の語感からすると，取引上の関係，すなわち縦の関係において相手方を自己の意思に従わせることを意味するのであろうが，このことは，ある特定の事業者がそれと競争関係にある事業者を自己の意思に従わせている場合に可能なのであるから，一般には，“競争の実質的制限”と“市場支配”とは同じ現象を意味するものとして使われているのである（註2）。

前掲の判決について，「この判決の趣旨によれば，競争の制限が実質的であるか否かを判断するには，競争者又は競争の目的がどれ程減少したかというようなことよりも，寧ろ特定の事業者又は事業者集団に市場支配の可能性が現われたか否かを基準として判断すべきであるということであって，この見解は正当であると思われる」（註3）と述べたものがあるが，いささか正確さを欠くと思われる。判決は，競争の実質的制限の判断基準として市場支配という概念をもちだしたのではなく，前に述べたように，横の関係（競争事業者間関係）における競争制限を，縦の関係からみて市場支配という概念をもちだしたのであ

て、単に同一現象を別の角度からいいかえたのにすぎないのである。競争の実質的制限すなわち市場支配の判断基準については、後述するごとく諸説があるが、その一つとして、競争者の数の減少などの事実がとりあげられるのであって、判決はこのことを否定しようとする趣旨ではないのである。

市場支配という語は、漠然としているので、手段たる市場支配行為（第3条の中の「排除・支配」）、結果たる市場支配状態、それを可能にする市場支配力などの諸概念に分析して考えられることが多い。以下、これらの諸概念が私的独占の禁止においてどのような意味・役割をもっているかについて逐次検討する。

(註1) 東京高裁昭和28年3月9日判決、高裁民集6巻13号868頁以下。昨年1月28日の新聞で報道された公正取引委員会の「統一解釈」なるものは、「競争の実質的制限」については、基本的には、東宝・新東宝事件の判決にそって運用するとしている。この統一解釈に対する批判は、今村前掲論文（序章註2）のp.18以下が詳細かつ適切に述べている。

(註2) このことを比較的詳細に述べたものとしては、今村『独占・公正取引』p.67以下。

(註3) 公正取引委員会事務局編『改正独占禁止法解説』（昭和29）p.101。

## 〔2〕 市場支配行為と市場支配力

第一に問題となるのは、第3条で禁止されているのは、「排除・支配」という市場支配行為なのか(註1)、それとも市場支配力なのか(註2)という問題である（便宜上、前者を行為説、後者を市場支配力説とよぶ）。この問題はアメリカと日本でともに論議されている重要な問題である。

行為説のなかにも、行為をどう把えるかによって実際の適用上は市場支配力説に近い結論となる説もあるが、この点については後述することとして、もっとも明確に行為説をとる今村説(註3)によると、「一定の取引分野における競争を実質的に制限するとは、右のごとき市場支配をもたらしことであって、市場支配そのものを意味するものではない。しかも市場支配は、諸種の事情によって生ずるのであって、それをもたらし行為のすべてが、私的独占又は不当な取引制限に当るのではない（この点が、次に述べる行為類型の問題である）」(註4)。ま

た、「ここで禁止されているのは、monopolyではなく、monopolizeであるから、結果として現われた市場支配の状態を指すのではなく、市場を支配する行為が問題となる」(註5)とも述べられている。

これに対し、市場支配力の存在それ自体を違法とする説(市場支配力存在説とよぶ)がある。ロストウによれば、「禁止された程度の力が、それを行使せんと意思を伴う限り、法が違法とするものは力の存在それ自体であって、その行使ではない」(註6)。わが国で、このような厳格な説は、「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」(第2条第5項)という条文の語句から制約されてか、あるいは公正取引委員会に厳格な法の運用をする政治力がないからか、とにかくあまり見受けられないようである。ただ、浅沼氏の前掲論文(註2参照)には、ロストウと同様の考え方がうかがえる点があるが、これはあまり緻密な論理構成を目指した論文ではないので、これ以上のことは不明である。

しかし、わが国でも正田教授は、「先の判例(東宝・スバル事件判決をさす一引用者註)も示すように、企業支配によってもたらされるのは市場支配力であり、市場支配力の成立した状態を、競争の実質的制限として捉え、かかる状態を人為的にもたらすことの阻止がはかられていると解するのでなければ、問題となる行為の悪性か、支配力の行使の悪性かの判断が理論上必ずしも明確にならないことに留意することが必要である。」(註7)と述べて、私的独占の中心を市場支配力においている意味で市場支配力説といえるが、市場支配力の存在そのものを違法とも言い切っていないので、ロストウの市場支配力存在説と区別するため、市場支配力行使説とでも呼べよう。一応、このように区別できるとしても、市場支配力の「行使」、あるいは「かかる状態(市場支配力成立状態)を人為的にもたらすこと」とは何を意味するのかを考えると、この存在説と行使説の区別は意味のないことにもなりうる。これについては、ジュリストの座談会で、次のような討論がなされているのが参考になる(註8)。

矢沢：それは(有力な取引相手のいる場合をさす一引用者註)、論理的にいうと、市場支配力を持っている、……しかし、その市場支配力を行使することがほかの理由で妨げられているという場合ではないでしょうか。ですからそ

の私的独占、あるいは合併の構成要件というものを、競争を制限する力自体でとらえるのか、その制限した力をどういうふうにするところまで考えるのかという問題で、どうも公取の考え方は、単に市場支配力そのものではなくて、市場支配力をどう使うかという問題で悪い使い方をしなければというよりも、悪い使い方ができなければいいという考え方に近いように私には思えるのですが、そうではないのですか。

三代川：市場支配力を持っているがそれを行行使し得ないのではないかとおっしゃるが、行使し得ない力というのは力ではないのだといえないのですか。

矢沢：行使といっても、厳格にいうと行使をしてそれによって利益を得るという意味ですね。

以上の討論において、三代川氏の発言は、力が存在すれば、そして通常の事業活動を行なえば、その事実はすでにその力の発揮、行使を意味するという趣旨であろう。この論理は、市場支配力存在説と行使説が、言葉上は区別しうるが、それは形式的なものであって、実質的には同じ内容であることを根拠づける。市場支配力説の論拠たる1945年のアルコア判決は、まさに、この論理をとっている。即ち、独占(monopoly)と価格協定(その存在自体が当然違法とされている)との相違は、独占が存在するだけではその力の行使をしているとは考えられない点にあるが、この相違は全く形式的なもので、独占体が物を売れば、自分が決定した価格で売るので、すでに行使していることになるかと解しているのである(註9)。

矢沢発言は、“利益”という言葉をもちだしているが、これは単に物を売れば得られる利益を指すのでなく(これを意味するとするとアルコア判決と同じ論理になる)、独占利潤と言われているもの(と漠然と呼んでおく)を意味しているのである。それは、同じ箇所が続けて、「たまたま相手方のバーゲニング・パワーが強いために、それによって利益を得べきところが得られない」と述べていることから推察される。

しかし、そのように独占利潤を得なければ、市場支配力の行使がないと考え

ると、行使があったとするためには、独占利潤という測定し難いものの存在を認定せねばならず、運用上の困難に逢着する。さらに重大なことは、独占利潤を得てさえいなければ、経済力の集中がいくら進行してもかまわない、あるいは、集中によって安くなれば好ましいことだと考えるのは、弊害規制主義の発想と規を一にするものである。原則禁止主義は、経済力の集中、あるいは競争の実質的制限自体を禁止しているものであり、競争がない方が能率が良くなる産業部門については、国有化等の独禁法の適用除外がなければならないのである。

行為説は、伝統的なアメリカ反トラスト法解釈・運用の影響を受け継いでいると言えるので、以下これについて簡単に述べる(註10)。

コモン・ロー(註11)と異なる意味での、反トラスト法上固有の違法性は、1911年のスタンダード・オイル事件の判決において初めて明確に述べられた。これが所謂“条理の法則”(The Rule of Reason)である(註12)。

詳論は避けるが、この法則が、一方では経済力の集中に注目しながらも、他方で、その独占、公正取引の意図と目的の判定の基準として“掠奪的方法”(predatory Practices)の行使が採用された結果、濫用規制主義に近い運用を生むに至ったのである(註13)。

この傾向が一層強くなったのは、U. S. スティール事件判決であり、ここで裁判所は、「同法(シャーマン法をさす-引用者註)は、独占に対して向けられている、独占の期待に対してでなく、独占の実現に対してである。法は単なる大きさを犯罪としない。すなわち、行使されない力の存在を犯罪としない。法は明白な行為(overt act)を必要とし、それを禁圧し、所罰する力に信倚しているのである」(註14)と述べて、“行使されない力の存在”でなくて、“明白な行為”が法の規制の対象であることを宣言したのである。行為説は、この判決の流れを汲むものであると解してよい(註15)。これに対して市場支配力そのものを悪であるとする説は、寡占体制に挑戦する独禁政策にとって新しい理論的根拠を提供したものであるとして高く評価されるべきである(註16)。このことは、有効競争を確保・促進するためには、市場行動・市場成果よりも市場構造そのものを規制の対象とすべきであるとする産業組織論にも対応する。

価格決定協定については、1927年のトレントン・ポッターズ事件の判決<sup>(註17)</sup>においてすでに、市場支配力の存在そのものが違法であるとされていた<sup>(註18)</sup>。1945年のアルコア事件判決は、前述のスタンダード・オイル事件判決以後、条理の法則 (rule of reason) が働くとしていた私的独占と、当然違法 (illegal per se) とされる価格決定協定との差異は、「純粹に形式的なものである」<sup>(註19)</sup>から、私的独占の場合でも、市場支配力の存在が問題とされるべきだとする。この判決文は、過去の諸判決についてもふれていて、かなり精密な論旨が展開されており、ここでそれを紹介することははぶかざるをえないが、“排除” (exclude) については次のように述べている。「アルコアは、競争者を排除したことはないというが、常に新たな機会を積極的に捉え、巨大な組織の既製設備に新しい競争者を直面させる程有効な排除はない」<sup>(註20)</sup>。アルコア判決では、まだ、今村教授が指摘するように、「最初の独占力の獲得そのものは合法的だったのであり、その維持又は拡大の方法が非難されているのを見ても、単なる独占力の存在又は、その優越した事業能力から生ずる利益の享受が違法とされているのではない」<sup>(註21)</sup>と解する余地があるが、その後のグリフィス事件判決<sup>(註22)</sup>、パラマウント事件判決<sup>(註23)</sup>などでは、アルコア判決を引用しながらも、しだいに、独占力の存在そのものに重点が移行しつつあるといえよう。たとえば、グリフィス事件では、次のように述べられている。「独占力は、合法的に取得された、違法に取得されたとを問わず、それ自体、悪性の資質をもつ、そして、独占力が行使されないままであっても、シャーマン法第2条違反である」<sup>(註24)</sup>。

今村教授は、このグリフィス事件判決までも含めて、「単なる独占力の存在又は、その優越した事業能力から生ずる利益の享受が違法とされているのではないことは明らかである」と解しているが<sup>(註25)</sup>、アルコア事件判決・第二アメリカ・タバコ事件判決<sup>(註26)</sup>などから判例は市場支配力説に変わってきたと解する者も多い<sup>(註27)</sup>。判決文中の先例的価値を有する判決理由のみに目をむければ、今村説のように解せないとはいえないであろうが、傍論でかくの如く独占力を違法視しているということは、少くとも各裁判官の独占に対する考えを表わし

たものといえる。

このような行為説から市場支配力説へのアメリカの判例の変化は、多くの論者の指摘するところであるが、使われている道具概念——市場支配力、市場支配状態、市場支配行為、独占、支配など——が論者によって明確に概念規定されないままに論じられていることもある。例えば、「シャーマン法が施行された初期においては、独占はそれ自体違法であるとされていたようだが、1911年の有名なスタンダード・オイル事件の判決において、ホワイト裁判長がいわゆる『条理の法則』を導入して、独占にもよいものと悪いものがあるということを示して以来相当幅の広い運用がなされて来たようだが、最近に至って、1945年のアルコア事件、これに続く1946年のアメリカン・タバコ事件等の判決では、再び、独占はそれ自体違法であるという立場が採られるようになったようだ」(註28)という文章における“独占”とは、独占という状態なのか、独占力のことか、市場支配力がいまだ形成されていない市場における独占形成行為あるいは市場支配力がすでに形成されている市場における独占力の行使なのか、明らかではない。

また、「之（ユー・エス・スチール事件判決を指す—引用者註）に対して後者（トレントン・ポッターズ事件判決を指す—引用者註）は、弛い連合に関する事件であるが、価格協定について、『価格を支配する力は、それが合理的に行使されると否とを問わず、市場を支配する力、従って恣意的かつ不合理な価格を決定する力を含む』とし、不当な力の行使、すなわち行為でなく、その行使の潜在的可能性すなわち状態を重視し、恣意的な条理の原則の適用を否定した」(註29)という場合の“状態”とは、普通使われている市場支配状態（市場支配力により価格等が支配されている状態）とは少し異なるようである。即ち、価格等を支配しようとするならばなしうる力（潜在的可能性）をもっている状態を意味しているのであって、もちろん、その力が実際に行使（この内容も問題であるが）されて市場支配状態になっている場合が典型的なものであろうが、それに限られず、力がいまだ行使されていず実際には競争が残っているときでも、支配の潜在的可能性があれば、これに該当するのである。従って、「行為よりも状態を重視す



ることになる」(註30)といっても、これは、後述の状態論とは次元が異なることに注意しなくてはならない。

以上みてきたアメリカの諸判例においてはこのように monopolization (独占すること) の意味を広く解することを、単に文字解釈において考えるだけでなく、独禁政策の実効性を確保するという現実政策的目的と関連させて考えていることは注目される(註31)。スタンダード・オイル事件判決を書いたホワイト裁判長が、現実の経済事情の変化をどのように把えていたのかはなお検討を要する問題であるが、コモン・ローの生成期の経済事情と、判決当時(1911年)のそれが全く異なっていたごとく、現在の寡占体制という新しい経済体制は同じ反独占という目的のためであっても以前とは異なる法律制度を要求していると思われる。即ち経済私権力が全重要産業分野においていまだ圧倒的な力を獲得するに至っていない間は、企業の行動に法規制の対象をおくという方法も実効性をもち得たかもしれない。しかし、現代における反独占の「問題の核心は、高度寡占的市場構造そのものにある。」(註32) 従って「一連の寡占行動は、寡占市場構造にメスを入れなければ独禁法的規制を殆ど無意味ならしめるものであること」(註33)を認識し、その認識をふまえた法規制こそが要請されているとみなければならぬ。

以上のべたことは、一般に認める者が多いが、しかしその多くは、その現状分析に続けて、独禁法の建前が“行動志向的”であって“構造志向的”ではないからという理由で、独禁法の限界を云々するに止まる(註34)。

しかし、独禁法はそのような硬直性をもっと断定しうるのであろうか。確かに、判例法が大きな役割を占めるアメリカとは、事情が違おうであろう。しかし、アメリカの反トラスト諸法・判例法を母体にして作られた日本の独禁法は、可能な限り具体的に書かれてはあるが、その性格から、経済の動きに即応しなければならないため、なお抽象的な語句を使わざるを得ず(本論稿のテーマたる“競争の実質的制限”もその一例)、個々の判・審決の占める役割は大きいといえる。「解釈論の任務は規定の文言、さらにはそれを解釈、適用した判例の文言の解釈がいかにより論理的になされるかではなく、ある解釈を選択することの

政策的意義を解明することにある」(註35)とするならば、行為説・市場支配力説についての政策的検討がなおなされるべきであろう。

このような市場支配力の存在そのものをもって、ただちに違法とする考えに対し、丹宗教授は次のような解釈論的批判をされている。

「(1)不当な取引制限や私的独占の違法行為類型との区別を見失わせることになる。(2)“押しつけられた独占”(thrust upon monopoly)と私的独占の区別をなくしてしまうことになる。(3)独禁法にいう私的独占の構成要件上からも、排除・支配行為と市場支配状態がなければ違法としない」(註36)。

(1), (2)については、私的独占と不当な取引制限、あるいは、私的独占と“押しつけられた独占”は何のために区別するのか、また、区別することによってえられる利益と不利益との比較考量がなされるべきでないかという反論が考えられる。(1)の区別については、「私的独占にせよ、不当な取引制限にせよ、競争を実質的に制限すること、公共の利益に反すること、の両者を基本的な性格とするものであって、それぞれが独禁法上問題とされるゆえんは、いかなる形態の行為が行なわれたかにあるのではなくて、当該行為が、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制限するような行為であるか否かにあるといわなければならない。(中略)したがって、競争を実質的に制限し、かつ公共の利益に反するような行為であって、私的独占・不当な取引制限の両者いずれにも該当しない行為というものは、独禁法上論理的に存在の余地が認められず、いずれかの形でもって規制の対象とされるべきであるというのが、独禁法上の基本的立場とされ、行為の形態についての法の規定を、文理解釈によってのみ厳格にすることが、独禁法上の基本的な立場を否定することになる場合も決して少なくない」(註37)という批判がなされうる。

(2)の“押しつけられた独占”と私的独占の区別は、今村教授がくりかえし言及されているが(註38)、ここで注意すべきことは、行為要件は、これら両者を区別するためにあるというのでは区別を自己目的化することになるということである。その背後には、“押しつけられた独占”は許すべしという政策的判断があるのであり、これについてはまだ十分検討されていない状態なのである。

“押しつけられた独占”は、現行法上は違法とすべきではないとしても（このことは一般に認める者が多い）、“natural grow”なのか“unnatural grow”なのかの事実認定は、実際には一定の法的評価と結びついてなされており、これがまた別の問題となってくるのである（次に述べる行為概念の問題である）（註29）。

- (註1) 田中(誠)『経済法概説』p. 79. 今村『私的独占禁止法の研究』p. 226. 今村『独占・公正取引』p. 83. 今村『独占禁止法』p. 63以下・両角編『競争と独占の話』p. 176. 竹中編『独占禁止法実務講座』p. 21. 入江 前掲論文 公正取引. No. 105. p. 18. 馬川『独占禁止法の研究』p. 20以下・出雲井『新独占禁止法の解説』p. 101以下, 菊地『プライスリーダー制と独占禁止法』財政経済弘報第1186号. p. 5 同『寡占体制と独占禁止法』財政経済弘報第1294号. p. 4
- (註2) 正田『独占禁止法』p. 120. p. 126. p. 135~136. 正田『独禁法15条のゆくえ』法律時報40巻12号 p. 92. その他の正田論文も同旨なので省略。浅沼武『管理価格の法律問題』公正取引』No. 162. p. 7.
- (註3) (i), 独禁法は、市場支配行為・市場支配力・市場支配状態のうち、市場支配行為を禁圧の対象とする行為禁止主義をとっていると解し, (ii) 結果たる市場支配状態とは区別された原因行為としての市場支配行為が要件として必要であると解する点から、最も明確に行為説をとっているとと言えるであろう。
- (註4) 今村, 『独占禁止法』p. 54.
- (註5) 同上. p. 47. ここで対照的に並べられている“行為”と、“結果として現われた市場支配の状態”の両概念は、実は、行為説と市場支配力説に各々対応するものではない。市場支配力説においては、結果として市場支配の効果が現われている場合は勿論であるが、現われなくとも市場支配の潜在的可能で足りるのである。現実には市場支配状態が現われていることが必要か否かは別問題であり、後に述べようと思う。
- (註6) Rostow, Monopoly under the Sherman Act; Power or Purpose? (1948), Illinois Law Review, Vol. 43. p. 763.
- (註7) 正田『独禁法15条のゆくえ』法律時報40巻12号. p. 92. なお、文中の傍点は、引用者。
- (註8) 『独禁法と会社の合併』三, ジュリスト, No. 332. p. 15. なお、矢沢発言中、私的独占と合併の構成要件を分けて考えていない点は、一つの問題点である。
- (註9) U.S.v. Aluminium Co. of America, 148 F. 2nd. 416.

[Starting, however, with the authoritative premise that all contracts fixing prices are unconditionally prohibited (後註17の判決を指す——引用者註), the only possible difference between them and a monopoly is that while a monopoly necessarily involves an equal, or even greater, power to fix prices, its mere existence might be thought not to constitute an exercise of that power.

That distinction is nevertheless purely formal; It would be valid only so long

as the monopoly remained wholly inert; it would disappear as soon as the monopoly began to operate; for, when it did—that is, as soon as it began to sell at all—it must sell at some price and the only price at which it could sell is a price which it itself fixed, The power and its exercise must needs coalesce.]

(註10) アメリカ反トラスト法に関する本稿の叙述は、諸判例中の一般的問題について述べられている部分や、Report of the Attorney General's Committee to Study the Antitrust Laws, 1955, Supplement to Report of the Attorney General's Committee to Study the Antitrust Laws, 1955—1968, 今村『私的独占禁止法の研究』, p.22 以下. 矢沢, 『アメリカにおける反トラスト法の形成』法律時報19巻4・5・7号, 同『独占禁止法の基本原理』法協63巻5・6号に主に拠った。

(註11) 大隅『英米コモン・ローにおける独占及取引制限』法学論叢53巻5・6号, 54巻1・2号, 参照。(勿論, 両者は全く異なるのではないが)

(註12) 最近の判例で, この法則について述べたものとして, 例えば U. S. v. E. I. Du Pont de Nemours and Company, 351 U. S. 377 (1956), p.385 がある。

(註13) この判決は, 根本的論理においては, 濫用規制主義とは異なる点をもつと考えるが, 少くとも実際の運用においては, これに似た結果になったことは否定できない。

(註14) U. S. v. U. S. Steel Corp. 251 U. S. 417 (1920)

(註15) なお, 意図・目的についてのアメリカの特殊な理論が影響するが, ここでは述べないことにする。

(註16) 「アルコア事件におけるL・ハンド判事の意見は, 寡占規制史上, 画期的であった」丹宗『管理価格規制のための独禁法理論』公正取引 No. 163 p.14.

「裁判所は, 独占の存在そのものに重きを置くことにより, シャーマン法に新たな息吹きを吹き込むに至った」今村『私的独占禁止法の研究』p.33.

(註17) U. S. v. Trenton Potteries Co., 273 U. S. 392 (1927)

大隅『映画劇場の賃借と一定取引分野での競争制限』民商雑誌31巻4号, 大隅『事業者団体と独占禁止法』季刊法律学5号 p.116.

(註18) 同判決は, その理由として次のように述べている。「あらゆる価格協定は, それが効果を有すれば, 競争の一つの型態を除去するものである……価格を定める力は, 正当に行使されると否とを問わず, ……それ自体不当又は不法の制限と認められるべきである」

(註19) 前註(9)参照

(註20) 「It (アルコアを指す—引用者註) insists that it never excluded competitors; but we can think of no more effective exclusion than progressively to embrace each new opportunity as it opened, and to face every newcomer with capacity already geared into a great organization, having the advantage of experience, trade connections and the elite of personnel」同判決 p.431. なお, この論理の前提には, 「It can make no difference whether an existing competition is put an end to, or whether prospective competition is prevented」という競争制限概念の広義の理解がある。但し, ここでいう“排除”とは, 日本の独禁法第三条の法文にある“排除”行為とは,

少し意味が異なる。これが次節の行為論での学説の分裂と関係する。

(註21) 今村『私的独占禁止法の研究』p. 38.

(註22) U. S. v. Griffith et al. 334 U. S. 100 (1948)

(註23) U. S. v. Paramount Pictures. 334 U. S. 131 今村『私的独占禁止法の研究』p. 35～p. 36.

(註24) 「So it is that monopoly power, whether lawfully or unlawfully acquired, may itself constitute an evil and stand condemned under § 2 even though it remains unexercised」同判決. p. 107.

(註25) 今村『私的独占禁止法の研究』p. 38.

(註26) American Tobacco Co. et al v. U. S. 328. U. S. 781.

(註27) 丹宗前掲論文 p. 75. 出雲井前掲書 p. 102 (ただし第二アメリカ・タバコ判決のみについて). Rostow 前掲論文.

(註28) 入江 前掲論文, 公正取引, No. 112, p. 33, 私見によれば, この文中の“独占”とは“独占力”(=市場支配力)を意味することになるが, 入江氏は, おそらく通常の用法通り, “独占状態”の意味に使っていたのではないかと思われる。もしそうだとすると, それは不正確な表現であろう。

(註29) 矢沢『独占禁止法の基本原理』, 法協63巻5号. p. 46.

(註30) 矢沢, 同上, p. 47, なお, このことについては前註(5)でも簡単にふれておいた。

(註31) 「So to limit it (exclusion を指す—引用者註) would in our judgement emasculate the (Sherman) Act」アルコア事件判決 p. 431. 第二アメリカ・タバコ事件判決も, このアルコア判決を引用したあと, 「To hold that they do not come within the prohibition of the Sherman Act would destroy the force of that Act」と述べている。これらのように, 政策的価値判断を判決文の中で明示するのは, 英米法系の判例の特色であろう。

(註32) 菊地『寡占体制と独占禁止法』財政経済弘報第1294号, p. 4.

(註33) 丹宗『寡占と独占禁止法』財政経済弘報第1288号, p. 9.

(註34) 例えば, 菊地前掲論文, 同頁参照

(註35) 実方『独禁法15条の統一解釈と判例理論』公正取引, No. 224, p. 2.

(註36) 丹宗『独禁法15条と大型合併』法律時報40巻9号 p. 13.

(註37) 正田『独占禁止法』p. 119～p. 121. なお前註4と比較されたい。この今村・丹宗説と正田説の対立は, 政策的選択の対立である。

(註38) 例えば今村『独占禁止法』p. 47. p. 63.

(註39) 事実認定と法的評価をきりはなして別々にすべきではなく, どのような独占を違法とするかという政策判断がまず先行し, それにもとづいて事実認定がなされるというべきである。

### 〔3〕市場支配行為

理論的に市場支配行為が要件として要求されているとしても, 実際にどのような企業の具体的行為を市場支配行為として評価すればよいのかは困難な問題

である。また、これに関連する問題として、野田醤油事件審・判決を契機として論議されている直接支配・間接支配論がある。

まず、第一の問題は、アメリカでは、行為概念の拡大化として現われている。この傾向の極限点が、前述した行為要件不要論（市場支配力存在説）であるが、判例をそこまでいっていると解せられないとしても、少なくとも独占体の市場支配が反公益性をもっているという認識から、独占体の行為自体の悪性は以前程要求されていないことは確かである。今村教授は、行為説をとりながらも、現在においても必要とされている *wrongful acts* の内容は、かつての *predatory practices* とは全く異なると述べておられる(註1)。

アメリカの伝統的諸判例とほぼ傾向を同じくして、わが国の独禁法第3条にある“排除・支配”にも、「公正にして自由な競争原理に背反して、経済の自己法則性を人為的にゆがめるような独禁法上からみたなんらかの不当性を、概念自体の中にすでに包含している」と解する者もある(註2)。その意味は必ずしも明確ではないが、おそらく、状況の中から行為を抽出してみた場合に、それだけを不当視しうる行為のみが、排除・支配行為であるという意味であろう。そして、その根拠として、野田事件における審決および判決をあげている(註3)。

しかし、アメリカの判例が掠奪的方法による行為に限ったユー・エス・スタイル判決から、しだいに行為概念を拡げてきたことをみると、排除・支配がその概念自体に不当性を包含し、不当な手段による排除・支配のみがここにいう排除・支配にあたりと限定的に解さねばならない必然性はない(註4)。

今村教授は、“排除”行為について、「良質廉価な商品を生供給することによって競争者を駆逐することは、もちろん違法ではないが、その反面、不公正な取引方法の実質を有する行為のみを違法とするのではない。市場支配力を有する事業者が、競争者の出現を抑圧するために、生産を増強したということになれば、すでに問題である」と述べられている(註5)。生産を増強する行為自体をとりだしてみると、それが不当性をおびているとはいい難い。しかし、その行為が、どのような市場構造において、どのような状況の下でなされたかを具体的にみると、独禁法上問題ありとする余地はありうる。しかし、通常の企業

活動までも、その行為の効果が市場支配に連なるものであるという理由をもって、私的独占に該当するものとする、市場支配力を有するような巨大企業の存在そのものを否定することになる(註6)。これは、少なくともわが国の現行独禁法の運用を越えるものと思われ、別途に法的規制を考えるべきであろう(註7)。

したがって、「排除・支配」行為概念の拡大は「通常の企業活動とは認められない行為」という限界があることになる(註8)。しかし、「通常」ということの意味は、企業行為自体をとりだして、通常であるか否かを考えるのではなく、独禁政策としてどのような企業行動を規制すべきかという政策的観点から解釈されるべきである。その観点からみると、寡占体制において、管理価格が維持されているという状態だけでは、「排除・支配」行為があるとは認定しにくいと思われるが、価格が変動する場合、その新価格がどのように決定されたかという点を追及して、私的独占に該当するとみることは不可能ではない。たとえば、需要が減少すれば、価格は下落するはずであるが、管理価格が存在するとき、価格は下方硬直性をもつため下落しないことが多く、場合によっては価格が上昇することさえあるが(鉄については、このようなことがアメリカでは存在するといわれている)、この価格の上昇は、通常の企業行動ではないとして規制することも、一概に厳格にすぎるとはいえまい(註9)。

現実の市場支配をみると、この行為概念の拡大傾向には十分な理由がある。比較的容易に私的独占としうるのは、とくに不公正な方法が用いられて、市場支配力が形成あるいは維持・強化された場合であろう(野田事件はその例)。しかしこの場合、企業は市場支配力が充分強大でないからこそ、明らかに不当な手段を使ったのであり、企業の市場支配力が管理価格を容易に維持しうる程度に強大になってしまえば、不当な手段を使わなくても、市場支配力を発揮できるのである(註10)。

市場支配の阻止をめざす独禁法が、前者のケースにだけ発動できると限定するのは安易ではあるが、独禁法の限界内で可能なかぎり寡占体制という市場構造そのものに攻撃をかけることこそ取るべき道であり、独禁法の母国アメリカ

は、行為概念の拡大という法技術によって、市場構造に対する攻撃を行なっていることを対岸の火事と思ってはならない(註10)。

このように考えてくると、最初に行為説と市場支配力行使説とを対立させたことは、実はあまり適切ではなく、両説の差異は、行為概念を広狭いずれにとるかという相対的なものになるのではないかと思われる。

行為に関する第二の問題は、第二条第五項の「排除」・「支配」とは直接的支配に限られるのか、間接的支配も含まれるのかという形で議論されている。

これについては、まず丹宗教授による学説の整理を手がかりとして検討しよう。教授は、「排除」・「支配」行為と、市場支配状態、市場支配力の三者の関係につき、次の三説があるとする(註11)。

A説。行為を重視する考え(行為説—今村)

B説。市場支配状態の出現に重点をおく考え(状態説—野田審・判決)

C説。市場支配力の存在そのものを非難に価するものとして、その獲得・維持をただちに違法とする説(市場支配力説—第二アメリカ・タバコ事件判決)(註12)

この分類をもとにして、もう少し詳しく整理しよう。何故なら、このA、B、C説は、各々、行為・状態・力に力点をおいているとするだけのものであるが、それだけでは不十分であると考えからである。このような学説の整理は、以前から、「「独占」とは排除または支配する行為をいうのか、排除または支配している状態をいうのか問題である」(註13)、とか、「「競争を実質的に制限する」とは、状態をいうのか、行為を必要とするのか」(註14)などという形で問題が設定されていたのであるが、「問題はむしろ、抽象的な独占力と、具体的な独占状態に対する関係において、行為概念がどう把握されているかにある」(註15)と言うのがより正確であろう。行為・状態・力の三者の各々の概念構成と、三者の関連についての論理構成とを連関させながら考えていくことがこの場合とくに重要である。

具体的に、丹宗教授の整理をみていくと、まず、A説とB説は、ともに行為を要件としている点では一致しているのであり(C説は異なるが)、市場支配状態



にあることが要件になっているのかは、A、B両説ははっきりした対照を示してはいない。従って、行為重視・状態重視とは何をいっているのか判然としない。今村説と野田審・判決では、行為の把え方において明確な相異があるのであって、教授も実はこの点で両説を分けたのであろう。

今村説は、“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”（第二条第五項）という語句は、市場支配の原因行為であり、その効果としての市場支配とは区別されるべきだと解する（註16）。その根拠は、「そう解するのでなければ、(イ)これを独立の要件として掲げたことが無意味になり、(ロ)不当な取引制限の要件たる“事業活動の相互遂行”が明らかに手段行為であるのとのバランスを失することになるし、また、(ハ)排除措置の対策となる行為を直接に捕捉しえないという結果になる。」（註17）からと述べられている。従って、野田事件においては、競争事業者の価格決定を支配しているということは、競争の実質的制限（即ち、市場支配）の徴表たる事実であって、小売業者の価格決定行為を支配したことが、“他の事業者の事業活動の支配”にあたりと解することになる。

これに対し、審・判決（註18）によれば、他の醤油生産者の価格決定の支配が“他の事業者の事業活動の支配”にあたりとしており、今村説に対立している。即ち、“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”という部分を独立の構成要件としながらも、それと達成された市場支配とが明白に区別できるものではないから排除支配行為は、市場支配の手段であると同時にその内容を構成するものであると解するため、他の醤油生産者の価格決定の支配は、排除・支配行為であり、市場支配の徴表でもあったのである。

この今村説と審決判決の対立は、“他の事業者の事業活動の支配”という要件をめぐるのことであるが、この問題は、一般にこの“支配”には直接的支配のみならず、間接的支配も含むかという形で把えられている。審決判決は、野田醤油が直接他の競争事業者を支配しているのではないが、小売業者の再販売価格の維持を強制することによって、間接的に他の競争事業者の事業活動を支配していると認め、私的独占にあたりとしたのである。

この審・判決を、間接的支配も“支配”にあたるとして、今村説を、「ここにいう支配は、直接的支配に限られるとする主張」とうけとり、両説を対立させ、審・判決を支持する説があるが(註19)、この分け方も妥当ではない。今村説によれば、“他の事業者の事業活動の支配”という語句における“他の事業者”は、「競争者以外の者であることも屢々であ」(註20)り、「審決は、他の事業者の事業活動の支配は、間接であってもよいと説いているが、間接であろうとなかろうと、市場支配の原因行為をとりだすのでなければ、私的独占の要件の挙示としては、正確ではない」(註21)。すなわち、「私はそれ(“他の事業者の事業活動の支配”を指す—引用者註)は市場支配の手段にすぎないのだから、そのように(“排除・支配”とは、競争事業者に対するそれであるということ—引用者註)限定しなくてはならぬ理由はなく、したがって、“間接支配”などという作為的な観念も必要ではない」(註22)。従って、今村説は、競争者に対する直接的な行為が必要だとはいっていないのであって、手段としての支配行為と、結果としての市場支配状態を別個の要件として、両者をとりださねばならないとするのである。従って、直接支配限定説、間接支配説という対立の図式化は、ポイントがずれているといえる。

しかも、この両説の実際上の相違はどこにあるか。審・判決支持説によると、「もしノダ(野田)による支配が直接的な支配にのみとどまるべきであるとすれば、客観的条件を適当に利用して他の事業者の行動を制約するとき間接的な方法による競争の制限を取り締めることはできないことになろう」(註23)と主張されているが、これについては「客観的条件を適当に利用」する仕方が問題であり、今村説をとってもその利用の仕方によっては“排除・支配”行為に該当することもあるのである(これは行為概念の拡大として前に述べたことと関連する)。

(註1) 今村『私的独占禁止法の研究』p.38.

(註2) 馬川『独占禁止法の研究』p.21. なお、馬川同書によれば、今村『独占禁止法』p.62も同旨であるとされるが、賛成し難い。これは、「広くいえば、競争者の排除は、競争自体の効用に外ならないものであるから、これを一般的に非難することはできないわけで、ただ、非

難に値いする手段を用いた場合にのみ違法性を帯びることとなる」という個所を馬川氏は指しているものと思われるが、ここでいう“非難に値する手段”とは、それ自体としてみた場合のことでなく、ある一定の具体的状況において非難に値いするか否かという意味にとるべきことは本文（後述）に述べる通りである。

- (註3) 野田醤油株式会社に対する事件 審決集(7) p.132. 支配の解釈については、「支配をかくのごとく直接相手方を強制する場合に限るのは狭きに失し、かくては客観的条件を適当に利用して他の事業者の行動を制約するとき間接的方法による競争の制限を取締るに能わざることとなる。法の期するところはいやすくも経済の自然の法則をゆがめ、人為的手段によって事業界における自由競争を阻害する行為は一切これを禁絶するにある。これがためには直接支配を目的としこれを指向する行為による場合に限らず、結果としてある事業活動を制約する一切の場合に支配が生ずるものと解さねばならない。さればとってかかる結果を生ずる一切の事業者の行為が違法であるというのではない。たとえば、野田醤油株式会社が再販売価格は指示することなく、単に生産者価格のみを決定したと仮定し、他の三印は最上しょう油たる格を維持するには生産者価格を同一に保つことが必要であり、よってこれにならったとしても、事業者が自ら生産する商品の売価を決定するのは当然の行為であり、たまたま結果において他の事業者の価格決定を制約することになってもそのこと自体は公共の利益に反して他の事業者の事業活動を支配するというにはならず、もとより法の禁ずるところでない。再販売価格の維持に至ってはこれと全然異なる。生産者がその製品を一旦売り放った以上これを買受けた販売業者がいかなる価格をもって販売するかはその者の自由たるべきもので、この段階においても活発な競争の行なわれることは法の期待するところである。この競争の自由を妨げることはすなわち競争の制限であってそれ自体好ましくないことである。ゆえに被審人がその製品の再販売価格を指示しこれを強力に維持する行為は生産者がその製品の売価を自ら決定するのと異なって当然の行為と言ひ難く、その結果が他の生産者の価格決定を支配するときは、これを公共の利益に反して他の事業者の事業活動を支配するものといわなくてはならない」。しかし“たまたま”他の事業者の価格決定を制約することになったのではなく、野田が値上げすれば、他の事業者が経済的にもっとも利益を上げようとする限り、必然的にそうなる市場構造にあったことが問題なのである。

- (註4) 入江 前掲論文 公正取引 No.113, p.17. では、「ここにいう『排除・支配』という観念の中には何か不当とか違法とかいうような規範的要素が入っているのだろうか。若し入っているとすると、その判断の基準はどこに求めるべきものだろうか」。という問に対して、「割り切って考えれば、正常な競争手段による場合以外は、正当であろうが不当であろうが、また適法であろうが違法であろうが、いやしくも事業者の活動が排除されたという事実がある以上、ここにいう“排除”の概念の中に含ませて差支えないという観方もあるだろう」と答えて、その後でこれでは、“排除”概念が広すぎるという感じを表わしている。しかし、後に述べるように、私見は、この広い概念でよいと考えている。氏のいう“正常な競争手段”という判断基準も、“正”という語句にアクセントをおかずに“常”に重点をおいて解すれば、私見の“通常の企業活動”と同じことになる。

なお芦野氏も同旨。「独占も不当取引制限も一定の取引分野における競争を実質的に制限さえすれば成立するのである。……その用いる手段が不法であり又は不道徳であることも要

件ではない。一つ一つは正当な行為のみであってもその集積した結果は取引制限となり得るのである」芦野『独占と取引制限』p. 71～p. 72.

(註5) 今村『独占禁止法』p. 62, p. 63 註2.

(註6) 馬川『独占禁止法の研究』p. 21.

(註7) 寡占構造それ自体に対する規制には、昭和28年改正前の独禁法第8条“不当な事業能力の排除”がその一例である。この点に関するアメリカの学者の提案については、丹宗『管理価格規制のための独禁法理論』公正取引 No. 163 p. 14～p. 15. に紹介がある。『正田彬著「独占禁止法」をめぐって』公正取引 No. 197 p. 20 には正田説に対して「寡占の場合、価格形成がリーダーの一方的な意思によって決り、他の者はそれに追随せざるを得ないという関係を“支配”にとらえて、そしてそれが現行法の競争の実質的制限に該当して違反だということになると、……寡占体制における価格形成はすべて違反だという、まことにおかしなことになってしまって、現代の経済の重要な構成部分をなす寡占は動くことを止められてしまうことになる」という実務家からの批判が述べられている。しかし、市場支配力存在説や、厳格な(すなわち行為概念を広く解する)市場支配力行使説が、通常の企業活動と明確に区別しえないような行為をとらえて違法とするのは、その市場構造が寡占状態にあるからなのではなく、市場が非競争的な性格を帯びているからなのである。“寡占”という概念は、経済学上の概念なのであり、市場支配の有無という法律上の判定とは論理的には無関係である。そうはいっても、寡占市場では有効競争が期待しえないことが、事実上は多いであろう。したがってアメリカでは、寡占体制を進行させる合併は、ほとんど違法とされている。このような法の運用は、クレイトン法の“競争の減殺”が、競争の量的減少のみを問題とするので可能なのである(第1章註12参照)。しかし、わが国ではあくまで“全体としての競争”の質的变化が問題なのであるから、正田説においても単に寡占体制を進行させるというだけでは違法となしえず、市場支配状態に陥っている非競争的な寡占市場における独占体の行為のみが違法となりうるのであって、「寡占体制における価格形成はすべて違反である」とはならないのである。

(註8) Mason, The Current Status of the Monopoly Problem in the United States, 62 Harv. L. Rev. p. 1281. (1949). ここにあげられた基準は、「結局、合理的な経営活動の準則に帰着する」今村『私的独占禁止法の研究』p. 40. なお、今村『独占・公正取引』p. 79～p. 81 には、諸種の企業活動を市場支配との関係から整理してある。

(註9) 正田『独占禁止法の研究』p. 137 では、「価格の統一性が維持されることによって、本来ならば低下するはずの価格がそのまま維持されているという点については問題とする余地がある」とさえ述べられている。これは管理価格に対する最も厳格な解釈であろう。なお、管理価格についての一般論は、主題からはずれるので問題の重要性を指摘するにとどめる。

(註10) 実方謙二『独禁法15条の統一解釈と判例理論』公正取引 No. 224. p. 5.

(註11) 丹宗『独禁法一五条と大型合併』法律時報40巻9号, p. 12. 『独禁法上の合併』法政研究 31巻4号, 32巻1号

(註12) この説(私の整理では市場支配力存在説に該る)においては、市場支配力の存在そのものが法規制の対象となるのであるから、市場支配行為をどのように把えるか、とか、市場支配状態に現実に陥っていることを要するか、とかいう問題は、最初から起りえない。

- (註13) 井上『産業憲法としての独占禁止法』p. 69.
- (註14) 出雲井前掲書, p. 101.
- (註15) 今村『私的独占禁止法の研究』p. 54.
- (註16) 今村『独占・公正取引』p. 83 以下, その他
- (註17) 今村『誤てる法解釈をただす』東洋経済, 昭和43年12月11日号, p. 169.
- (註18) 昭和30年12月27日, 公取委審決, 審決集(7), p. 108. 東京高判昭和32年12月5日, 行裁例集8巻12号300頁, 審決集(9) p. 55
- (註19) 正田『独占禁止法』p. 129. 浅沼『独占・公正取引』公正取引 No. 180. p. 26. 座談会『正田彬著「独占禁止法」をめぐる』公正取引 No. 197. p. 18~20. 馬川『独禁法の研究』p. 27. 王義郎『野田醬油私的独占事件』公正取引 No. 203. p. 35.
- (註20) 今村『独占禁止法』p. 62~
- (註21) 今村『私的独占禁止法の研究』p. 229.
- (註22) 今村, 前掲論文, 東洋経済, 昭43.12.11. p. 169.
- (註23) 馬川, 前掲書, p. 27.

#### [4] 市場支配状態

まず最初に, “市場支配状態”とは, どのような状態かをはっきりさせなくてはならない。この点を明確に述べている学説も寡聞にしてあまり見あたらない。ここでは, 独占力 (monopoly power) が, 価格を支配し, または競争を排除しうる力とされている(註1)ことから, (i)価格が実際に支配されている, あるいは (ii)競争者が現実に市場から排除されている状態, を市場支配状態と定義しておく(註2)。

次に, この意味での市場支配状態が現実に発生していることが必要か, また, その立証責任は誰が負うかについては, 以下のような説が主張されている。

1. 市場支配状態が現実に発生することが必要で, その立証をしなければならない。
2. 市場支配状態が現実に発生することは必要だが, 市場支配力と行為を立証すれば, 市場支配状態は推定され, 事業者の方で有効競争が存在していることの反証をする責任がある(註3)。
3. 市場支配状態が現実に発生することは不要で, 行為と力が立証すれば足

る。

この問題を考えるには、(i)当該行為が市場支配力形成の一段階としてあるのか（即ちまだ市場支配力は形成され終ってはいない）、それとも(ii)形成された市場支配力の行使としての性格をもつのか、ということに分けて考えねばならない。(ii)の場合、何をもって法規制の対象とするか、という問題が本章〔2〕の行為説、市場支配力存在説、行使説の対立点であったが、ここでは問題となる行為の結果として、市場支配力が形成されて、しかも何らかの具体的影響が現われたことを要するのか（これが(i)のケース）、また、市場支配力の行使により何らかの具体的影響が新しく現われたことを要するのか（これが(ii)のケース）が、問題となっている。

解釈論としては、この三説ともとりうるから、あとは政策的判断の問題で、公取委の扱った私的独占のケースではほとんど市場支配状態になっている事件であること、アメリカでは、第三説がとられていることを記すにとどめる(註4)。

(註1) U. S. v. E. I. Du Pont de Nemours and Company, 351 U.S. 377. "Monopoly power is the power to control prices or exclude competition." (p.391)

(註2) 今村『独占、公正取引』p.69. 以下も、この二つの要素を、市場支配の徴表としてとりあげている。

(註3) 今村『独占禁止法』p.55.

(註4) Supplement to Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws, p.25.