

「競争を実質的に制限すること」要件の解釈

関東学院大学法学部教授

中川 政直

目次

- I はじめに
- II 判例等の変遷
 - 一 判例等の流れ
 - 二 市場支配力形成説
 - 三 有効競争期待不可能状態形成説
 - 四 「競争機能」の解釈
- III 学説の現状
 - 一 通説―市場支配力形成・維持・強化説
 - 二 「有効競争期待不可能状態」の解釈
 - 三 市場支配力説と市場閉鎖力説

IV 筆者の見解

一 「一定の取引分野」について

二 市場支配力の定義について

三 一般推定則と特殊推定則の確立

V おわりに

I はじめに

「(一定の取引分野における) 競争を実質的に制限すること」(以下「競争の実質的制限」ということがある)との要件は、独占禁止法が禁止する三大禁止行為のふたつである「私的独占」(二条五項、三条前段)と「不当な取引制限」(二条六項、三条後段)の主要な構成要件であり、また事業者団体の禁止行為の中の一つとして規定されているもの(八条一項一号)でもある。また、これに「こととなる場合」を付加した文言は、禁止される株式保有(一〇条、一四条)、役員兼任(一二三条)、合併(一五五条)、会社の分割(一五五條の二)、事業の譲渡等(一六六条)の主要な構成要件となっている。このように「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」要件の解釈は、独占禁止法による反競争行為の規制水準を決定する重要な法的課題である。

本稿は、この問題に本格的に取り組んだ優れた論文である川濱教授の『「競争の実質的制限」と市場支配力⁽¹⁾」によって触発された筆者の考えを整理し取りまとめるものである。

II 判例等の変遷

一 判例等の流れ

まず、競争の実質的制限の解釈に関する判例等の変遷を見てみよう。この解釈に直接関係する箇所その他、その意味するところとその射程距離を厳密に考察するため、その解釈を踏まえた認定に関する箇所も見ることにする。

(一) 東宝・スバル営業貸借事件東京高裁判決に記載された公取委の答弁(昭和二六年)

ア「競争の『実質的制限』とは、競争の『実効性ある』制限と同一の意義に帰着し、有効な競争を期待することが、殆ど不可能な状態を指すものと解する」⁽³⁾

イ「ある企業が、一定の取引分野において、いかなる程度に事業を支配すれば、競争の実質的制限になるかは、一般的に論断することは困難である。特に、何パーセントの支配をもって、実質的制限と解すべきか、これを計数的に表現することは、殆ど不可能である。それは業種、市場の状況、競争の態様等、種々の事情を総合して、個々に具体的に判断すべき事項である」⁽³⁾

(二) 東宝・スバル営業貸借事件東京高裁判決(昭和二六年)

ア「原告は……競争の実質的制限とは競争の不当な制限でなければならぬと主張しているが、法は、この場合、こういう競争の実質的制限が生ずれば、これを不法としているのであつて、競争の実質的制限そのものについて、不当を問題にしていけないのである」⁽⁴⁾

イ「法第一五条第一項第二号(筆者注…現行一五条第一項第一号)にいうところの競争の実質的制限(法第二三条第三項、第四項等についても同じである)⁽⁵⁾とは、原告のいうような個々の行為そのものをいうのではなく、競争自体が減少して、特定の事業者または事業者集団が、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形態が現れているか、または少なくとも現れようとする程度に至っている状態をいうのである」⁽⁷⁾

ウ「したがって、競争者の減少、或いは競争の目的の減少(本件の場合でいえば映画数または映画の種類)の減少

等)、または競争行為の減少(本件の場合でいえば広告宣伝の減少等)等は、必然に競争の制限を来すが、これらの個々の事実があれば直ちに制限が実質的になるとはいえないのであるから、必ずしも、これら個々の事実をことさらに示すに及ばないのである。⁽⁸⁾」

エ「これら個々の事実を超えて、競争の減少が、先に示した程度態様に達しているかどうかを判断して、競争の制限が実質的であるか否かを認めるべきものである。⁽⁸⁾」

オ 銀座地区の映画館の座席数の五〇・二%を支配する東宝が、スバル、オリオン両座を賃借するときは支配座席数は五七・九%となり、その増加割合は比較的僅少(七・七%)であるけれども、スバル、オリオン両座の立地、両座の映画館としての高い評価、スバル座が原告が取り扱っている映画のショウウインドーとして使われることなどを考え合わせると、「原告が右両座を支配するに至るときは、前記一定の取引分野における東宝の支配は、単にその数の上で過半数を占めるばかりでなく、その質においてはるかに重きを加え、原告単独の意思で、相当に上映映画をはじめ各般の興行条件にわたり、これを左右できる地位を占め、さらに右分野において映画興行につき、強度の支配力を持つ可能性を有するにいたるものと認定することができる。従つて、原告の本件賃借により、右一定の取引分野における競争が実質的に制限されるものというべきである。⁽⁹⁾」

(三) 東宝・新東宝映画配給協定事件東京高裁判決⁽¹⁰⁾(昭和二十八年)

ア「原告が現協定によつて配給する映画が、日本において製作配給される映画の総数の三分の一を占めるとの一事をもつて、この取引分野(筆者注:日本において製作配給される映画の分野)における競争を実質的に制限するものとするのは相当でない。⁽¹¹⁾」

イ「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しことをいうのであつて」(東宝・スバル営業の貸貸借事件東京高裁判決参照)⁽¹⁾、

ウ「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わりなく、自らの自由な選択によつて、価格、品質、数量等を決定して事業活動を行い、これによつて十分な利潤を納めその存在を維持するということはもはや望み得ないということになるのである」⁽²⁾。

エ「いかなる状況にいたつてこのような市場支配が成立するものとすべきかは相対的な問題であり、一律には決し難くその際の経済的諸条件と不可分である。たんに市場におけるその者の供給(又は需要)の分量だけでは決定し得ないのである」⁽³⁾。

オ「従つてこれらの諸条件を考慮することなく原告が日本映画の配給の三分の一を把握するということだけから、原告及び新東宝の競争者である松竹、大映等が、直ちに原告らの意思によつてその自由な事業活動に拘束を受けるということを証明することはできないものといわなければならない」⁽⁴⁾。

(四) 東宝・スバル営業貸借事件最高裁判決(昭和二十九年)

ア「上告理由第一点について論旨は、銀座地区所在映画館座席数の五〇・七パーセントを上告人が支配すれば何故に競争の実質的制限となるかにつき原判決は首肯さるべき理由を判示していないと主張するのであるが、原判決は上告人の支配することとなる座席数のみから競争の実質的制限を認めたものではなく原判示第一、三(四)の(イ)ないし(二)の認定事実と上告人のスバル・オリオン両座支配による座席数とを合わせ考え、上告人が右

両座を支配するに至れば、その支配は数の上で過半数を占めるばかりではなく、その質においてはるかに重きを加え上告人単独の意思で上映映画をはじめ各般の興業条件を左右することができ従つて原判示の取引分野における競争が実質的に制限されるものと説示しているのであつて、その判断は正当である。⁽¹⁴⁾

イ「同第二点について⁽¹⁵⁾

原判決は、それぞれ証拠を挙げて上告人の支配映画座席数ならびに原判示第一、三（四）（イ）ないし（三）の諸般の状況に関する事実を認定した上、これらを総合して、上告人がスバル、オリオン両座を支配するに至るときは原判示の一定の取引分野において映画興行につき強度の支配力を持つ可能性を有するに至るから右分野における競争が実質的に制限されるものと判断したのであつてその判断は正当であり、所論のように実質的証拠なくして上告人の主張を排斥した違法はない。⁽¹⁶⁾」

（五）石油元売価格協定事件東京高裁判決⁽¹⁷⁾（昭和三十一年）

ア「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つて市場を支配することができるといふ状態をもたらすことをいうところ」（東宝・新東宝営業貸借事件東京高裁判決参照⁽¹⁸⁾）、

イ「原告らは日本における石油製品販売量の大部分を販売する元売業者であり、これが審決認定のように価格協定を結び、特に大口需要者に対する直接の販売につきその協定に従い事業活動に従事するときは、大口需要者に対する元売業者の直接販売という一定の取引分野において、原告ら競争者相互間の競争は、少なくとも価格の面において全く抑圧せられ、これによつてこの市場を支配する状態は既にもたらされているものといふべきことは明

らかである。⁽¹⁹⁾」

(六) 野田醤油私的独占事件東京高裁判決⁽²⁰⁾ (昭和三二年)

ア「三 競争の実質的制限について

原告は、審決が東京都内の需要の七割近くを満たす四印の価格は全く同一となりその間に価格面の競争は全然抑圧されているとすることを攻撃する。しかしこの結果そのものは審決の挙示する証拠で被告の引用するものによつて争い得ない明白な事実としては認するに足り、各印の再販売価格の維持にもかかわらずたまたま散発する二、三の廉売の事実によつては大勢を左右するものではない。そしてこの結果こそは実に原告の再販売価格の指示及び維持により東京都内におけるキッコーマン印の小売価格が斉一ならしめられていることによるものとするのが審決の立場であり、その正当と認めるべきことは上記説示したとおりである。そしてかかる事態が東京都内における醤油の取引という一定の取引分野における競争を実質的に制限するものであることは多言を待たない。⁽²¹⁾」

(七) 八幡富士合併事件同意審決⁽²²⁾ (昭和四四年)

ア「第一五条第一項第一号にいう『当該合併によつ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なる場合』とは、当該合併によつて市場構造が合併前と比較して非競争的に変化し、特定の事業者が、市場における支配的地位を獲得することとなる場合をいう。⁽²³⁾」

イ「しかして、ある事業者が、市場を独占することとなったり、あるいは取引上、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しうる力を持つこととなり、これによつて、競争事業者が自主的な

事業活動を行い得ないこととなる場合には、右の特定の事業者は、その市場における支配的地位を獲得することとなるとみるべきである。⁽²⁴⁾

ウ 「ところで特定事業者について市場支配的地位が形成されるかどうかは、当該合併当事会社の属する業界の事情ならびに各取引分野における市場占拠率、供給者側および需要者側の各事情、輸入品の有無、代替品ならびに新規参入の難易等の経済的諸条件を考慮して判断されなければならない。⁽²⁵⁾」

エ 「このようにして、日本鋼管が鉄道用レールの取引分野に新規参入した場合、同社を同レールの製造、販売について合併会社に対する有効な牽制力ある競争者として評価しうるためには、日本鋼管は、自主的に同レールの取引条件を決定しうる地位になければならない。⁽²⁶⁾」

オ 被審人らが本審決主文記載の措置を講じれば、鉄道用レール、食缶用ブリキ、鋳物用銑、綱矢板の各分野において、当該合併後も有効な牽制力をもった競争者の存在を認めることができるので、当該合併会社が市場支配的地位を獲得するとは認めがたいこととなる。⁽²⁷⁾

(八) 石油生産調整刑事事件東京高裁判決⁽²⁸⁾(昭和五五年)

ア 「五 競争の実質的制限

前記罰則は、『一定の取引分野における競争を実質的に制限する』ことを構成要件としているが、この行為は、具体的態様としては前述の通り事業活動を拘束する行為(本件では原油処理量の制限行為)によって行われる。したがって、一定の取引分野における競争の実質的制限は、右具体的行為との関係においては結果であるが、いわば右具体的行為自体に包蔵され、その拘束力の発生により直ちに生ずる性質のものである。その意味で、これ

を効果ということもできる。⁽³⁰⁾

イ「このように事業活動を拘束する効果としての競争の実質的制限とは、一定の取引分野における競争を全体として見て、その取引分野における有効な競争を期待することがほとんど不可能な状態をもたらすことをいうものと解するのが相当である。⁽³¹⁾」

ウ「本件各行為が、このような状態にある前記取引分野において、元売業者間における一般内需用各石油製品の販売競争の競争機能を減退させ、右の意味においてその競争を実質的に制限したものであることは既に認定した……とおりである。⁽³²⁾」

(九) 公取委・企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針⁽³³⁾(平成一六年、改正平成一八、一九年)

ア「競争を実質的に制限する」の考え方

「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。⁽³⁴⁾」

イ「こととなる」の考え方

「こととなる」とは、「企業結合により、競争の実質的制限が必然ではないが容易に現出し得る状況がもたらされることで足りるとする蓋然性を意味するものである。⁽³⁵⁾」

ウ「したがって、法第四章では、企業結合により市場構造が非競争的に変化して、当時会社が単独で又は他の会社と協調的行動をとることによって、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がで

きる状態が容易に現出し得ると見られる場合には、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なり、禁止される。」⁽³⁶⁾

エ 単独行動による競争の実質的制限

(ア) 商品が同質的なものである場合

当時会社グループの生産・販売能力が大きいのに対して、他の事業者の生産販売能力が小さい等の事情から、当時会社がグループが当該商品の価格を引き上げた場合に、他の事業者が当該商品の価格を引き上げないで売上げを拡大することや、需要者が購入先をそのような他の事業者に振り替えることができないときは、当事会社グループが当該商品の価格等がある程度自由に左右することができると見られる状態を容易に現出するので、当該水平型企業結合が、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なる。⁽³⁷⁾

(イ) 商品が差別化されている場合

商品がブランド等により差別化されている場合、代替性の高い商品を販売する会社間で合併が行われ、他の事業者が当該商品と代替性の高い商品を販売していないときには、当事会社グループが当該商品の価格等がある程度自由に左右することができると見られる状態を容易に現出するので、当該水平型企業結合が、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なる。⁽³⁸⁾

オ 協調的行動による競争の実質的制限

水平型企業結合によつて競争単位の数が増加することに加え、当該一定の取引分野の集中度等の市場構造、商品の特性、取引慣行等から、各事業者が互いの行動を高い確度で予測することができるようになり、協調的な行

動を取ることが利益となる場合、当事会社とその競争者が協調的行動を取ることにより当事会社グループが当該商品の価格等にある程度自由に左右することができる状態を容易に現出しうるので、当該水平型企業結合が、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なる。⁽³⁹⁾

カ 競争を実質的に制限することとならない場合

(ア) 企業結合後の HHI が一五〇〇以下である場合⁽³⁶⁾

(イ) 企業結合後の HHI が一五〇〇超二五〇〇以下である場合であって、HHI の増分が二五〇以下である場合

(ウ) 企業結合後の HHI が二五〇〇を超え、かつ HHI の増分が一五〇以下である場合

(エ) なお、過去の事例に照らせば、企業結合後の HHI が二五〇〇以下であり、かつ、企業結合後の当事会社グループの市場シェアが三五%以下の場合には、競争を実質的に制限することとなるおそれは小さいと通常考えられる。⁽⁴⁰⁾

(筆者注：HHI とはハーフィンダール・ハーシュマン指数の略語である。HHI は当該市場における全競争企業のそれぞれの市場占拠率(百分比表示)の二乗の総和である。)

キ 単独行動による競争の実質的制限についての判断要素

次の判断要素を総合的に勘案して判断する。

(ア) 市場シェア及びその順位

- (イ) 当事会社間の従来の競争の状況
- (ウ) 競争者の市場シェアとの格差
- (エ) 競争者の供給余力及び差別化の程度
- (オ) 輸入の状況
 - ① 制度上の輸入障壁の程度
 - ② 輸送費用の程度や流通上の問題の有無
 - ③ 輸入品と当事会社グループの商品の代替性の程度
 - ④ 海外の供給可能性の程度
- (カ) 参入の難易
 - ① 制度上の参入障壁の程度
 - ② 実体面での参入障壁の程度
 - ③ 参入者の商品と当事会社の商品の代替性の程度
 - ④ 参入可能性の程度
- (キ) 隣接市場からの競争圧力
 - ① 競合品
 - ② 地理的に隣接する市場の状況
- (ク) 需要者からの競争圧力
 - ① 需要者の間の競争状況

② 取引先変更の容易性

(ケ) 総合的な事業能力

(コ) 効率性

「企業結合後において、規模の経済性、生産設備の統合、工場の専門化、輸送費用の軽減、研究開発体制の効率化等により当事会社グループの効率性が向上することによって、当事会社グループが競争的な行動を取るこ
とが見込まれる場合には、その点も加味して競争に与える影響を判断する。」

(サ) 当事会社グループの経営状況⁽⁴¹⁾

ク 協調的行動による競争の実質的制限の判断要素

(ア) 競争者の数等

(イ) 当事会社間の従来の競争の状況等

(ウ) 競争者の供給余力

(エ) 取引条件等

(オ) 需要動向、技術革新の動向等⁽⁴²⁾

(カ) 過去の競争の状況

(キ) 輸入、参入及び隣接市場からの競争圧力等⁽⁴³⁾

上記の判例等の変遷から、競争の実質的制限の解釈について、二つの大きな流れがあることを読み取ることができ

る。ひとつは、①競争の実質的制限を「市場支配力の形成」(市場支配力形成説)⁽⁴⁴⁾と見る流れであり、もう一つは②「有効競争期待不可能状態の形成」(有効競争期待不可能状態形成説)と見る流れである。

二 市場支配力形成説

「市場支配力形成説」を採る判例等は、上記一の(二)、(三)、(四)、(五)、(六)、(七)、(九)であり、そのリーディングケースは、(二) 東宝・スバル営業貸借事件東京高裁判決⁽²⁾(昭和二六年)(以下「S二六東京高裁判決」ということがある。)(三) 東宝・新東宝映画配給協定事件東京高裁判決⁽¹⁰⁾(昭和二八年)(以下「S二八東京高裁判決」ということがある。)である。

(一) S二六東京高裁判決

S二六東京高裁判決は、①競争の実質的制限とは、「原告のいうような個々の行為そのものをいうのではなく」⁽⁷⁾と判示している。ここで「原告のいうような個々の行為」とは、「料金の引き上げ、数本立てを一本立てにする行為」⁽⁶⁾をさす。したがって、判示の趣旨は、競争の実質的制限とは「一般消費者の利益に反する個々の行為そのものをいうのではなく」という趣旨と解される。ついで、同判決は、次の判断を示している。

②競争の実質的制限とは、「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形態が現れているか、又は少なくとも現れようとする程度に至っている状態をいうのである」⁽⁷⁾。

そして、これの認定方法について、競争者の減少、あるいは競争の目的の減少等の「個々の事実を超えて、競争の

減少が、先に示した程度態様に達しているかどうかを判断すべきであると判示している。⁽⁷⁾ この部分から、競争の実質的制限とは、特定の行為の市場における競争⁽⁴⁵⁾に及ぼす悪影響の程度を示す要件（反競争効果要件）であると解されていると読み取ることができると思われる。

競争の実質的制限と認められるためには、どの程度の悪影響が必要か。上記の判示内容は、この観点から再整理すると、次のようになる。

競争の実質的制限とは、一定の法定類型行為によって、「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形態が現れているか、又は少なくとも現れようとする程度に至っている状態」をもたらし程度の悪影響を市場における競争に及ぼすことをいう。

このように整理するとこの判示の欠点が見えてくる。すなわち、第一に「左右すること」を要するのは、価格、品質、数量、その他各般の条件のすべてか、それともそれらの中の主要な条件の一つでよいか、明瞭でない。第二に「市場を支配することができる形態」の内容、言い換えれば「市場支配力」の内容が全く示されていないことになる。⁽⁴⁶⁾

第一の欠点については、石油元売価格協定事件東京高裁判決（昭和三十一年）が是正していると思われる。同判決は、価格協定事件において、S二八東京高裁判決の後記①部分だけを引用した後、「原告ら競争者相互間の競争は、少なくとも価格の面において全く抑圧せられ、これによってこの市場を支配する状態は既にたらさられているもの⁽⁴⁷⁾というべきことは明らかである。」と判示している。すなわち、少なくとも価格面の競争を全く抑圧すれば、市場支配をもたらずと認定している。野田醤油私的独占事件東京高裁判決（昭和三十三年）も、同趣旨の判示⁽⁴⁸⁾をしている。このことから、公正な競争を促進するとの観点から重要と判断される事項についての競争を、少なくとも一つ全く抑

圧すれば、市場支配をもたらすと認定することが可能であると思われる。

第二の欠点については、S二八東京高裁判決が補充しているが、これについては学説はきわめて批判的である。⁽⁴⁹⁾

(二) S二八東京高裁判決

S二八東京高裁判決は、次のように判示している。

①「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とする状態をもたらすことをいうのであつて」(S二六東京高裁判決参照)⁽⁵⁰⁾、

②「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わりなく、自らの自由な選択によつて、価格、品質、数量等を決定して事業活動を行い、これによつて十分な利潤を納めその存在を維持するということはもはや望み得ないということになるのである」⁽⁵¹⁾」

S二八東京高裁判決の上記①の判示部分は、S二六東京高裁判決の判示部分②とほぼ同じである。違いは、①主語が「競争の実質的制限とは」から「競争を実質的に制限するとは」に微妙に変えられていること、②末尾の記載が「形態が現れているか、又はあらわれようとする程度に至っている状態をいうのである。」から、「状態をもたらすことをいう」に整理されている点である。この整理の方が少ない文言で事の本質をはっきり明示していることからベターであると思われる。

問題は、②の部分である。これは市場支配力の内容を示していると思われるが、それが著しく強い市場支配力であれば競争の実質的制限とならないと読める点である。すなわち、他の競争者が行為者たる事業者または事業者集

団に対抗して、自らの自由な選択によって価格、品質、数量等を決定することができなくなる程度、言い換えれば、自主的な事業活動ができなくなる程度の著しく強い市場支配力である。

東宝・スバル営業貸借事件最高裁判決（昭和二十九年）は、これを緩和していると見ることができる。すなわち、同判決は、まず、原判決は、「上告人が右両座を支配するに至れば、その支配は数の上で過半数を占めるばかりではなく、その質においてはるかに重きを加え上告人単独の意思で上映映画をはじめ各般の興業条件を左右することができ従って原判決の取引分野における競争が実質的に制限されるものと説示しているのであつて、その判断は正当である。」とし、さらに、上告人の原判決の判示を「本件の場合に適用していえば例えば入場料、上映映画の決定を上告人の自由意思で上告人の直営館以外の他の映画館にも強制せしめうるような支配力を銀座地区内において上告人が有するに至る場合でなければ、競争の実質的制限ということのできないものであるといわねばならない。」との主張に對して、上告人がスバル、オリオン両座を支配するに至るときは原判決の一定の取引分野において映画興行につき強度の支配力を有するに至るから右分野における競争が実質的に制限されるものと判断したのであつてその判断は正当である」と判示している。⁽⁵²⁾すなわち、上記のS二八東京高裁判決の②を踏まえると首肯できる余地のある上告人の主張を退けて、たんに「強度の支配力」と記載しており、これは、競争の実質的制限の内容である市場支配力の程度は、市場に残存する競争者の価格決定等の自由を奪うほどの著しく強い市場支配力でなければならないと解することを退け、行為者単独の意思である程度自由に市場における上映映画をはじめ各般の興業条件を左右することができる程度で足りると解したとみることができるところである。また、石油元売価格協定事件東京高裁判決（昭和三十一年）がS二八東京高裁判決の①部分だけを引用し、②の部分の引用していないのも同趣旨と解される。

ところが、八幡富士合併事件公取委同意審決（昭和四四年）は、明らかに、S二八東京高裁判決の上記②の部分に

依拠している。同審決は、「ある事業者が、取引上、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しうる力を持つこととなり、これによって、競争事業者が自主的な事業活動を行い得ないこととなる場合には、右の特定の事業者は、その市場における支配的地位を獲得することとなると見るべきである。」と判示し、有効な牽制力を有する事業者（自主的に事業活動を行える事業者）が少なくとも一者在ればそのような市場支配的地位を獲得することとはならないとすることを前提にして、改善措置を命じているからである。⁵⁴

しかし、公取委の「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」（平成一六年制定、平成一八、一九年改正）（以下「H一九企業結合ガイドライン」ということがある）は、S二八東京高裁判決の上記①の部分だけを引用していること、「協調行動による競争の実質的制限」について判断を示していること等から、公取委も、現在では、同②の考え方は採っていないものと思われる。⁵⁵

三 有効競争期待不可能状態形成説

有効競争期待不可能状態形成説を採る判例等は、上記一（一）の東宝スバル営業賃貸事件東京高裁判決に記載された公取委の答弁と（八）石油生産調整刑事事件東京高裁判決（以下「S五五東京高裁判決」ということがある）のみである。両者は一見よく似ているが、重要な違いもある。第一に、S五五東京高裁判決が競争の実質的制限を具体的な行為の効果であることを明言している点である。⁵⁷第二に、同判決が競争の実質的制限の認定において「競争機能を減退させ」として、「競争機能」なる概念を導入している点である。

これは、有効競争期待不可能状態とは何かを説明する手がかりを与えていると思われる。しかし、それにもかかわらず有効競争期待不可能状態形成説の最大の欠点は、その内容が不明なことである。市場支配力説中のS二八東京高

裁判決の上記②を不可とする立場からは、それを採らないとして見ることができると魅惑を感じる向きもあるが、他方で同②を支持する立場からは有効競争期待不可能状態の中に同②を潜り込ませることも不可能ではない。

四 「競争機能」の解釈

(一) 競争の四大機能

ここで曖昧模糊としている「有効競争期待不可能状態」を説明する手がかりとなる「競争機能」の解釈について、S五五東京高裁判決の文脈を離れて、筆者が従来から抱いていた考え方を披露したい。⁵⁸⁾

競争とは、一般的には、すくなくとも二者のあいだで互いに競い合うことである。経済の分野では、少なくとも二以上の事業者の間でよりよい事業上の成果を求めて互いに競い合うことである。⁵⁹⁾ この意味での競争は、四大機能を持つ。まず、基礎的作用として「選別機能」をもつ。すなわち、何が望ましいか、何が優れているか不明確な場合に、望ましいもの、優れたものを、当事者にとってもっとも納得できる方法（競わせること）で、選別する機能である。⁶⁰⁾ 事業者間の競争の場合は、この選別機能によって、望ましいもの、優れたものとされたものは栄え、そうでないものは現状維持か、没落する。このため、競争者事業者間に緊張、相互牽制等のプレッシャーがかかる。これは「競争圧力」と呼ぶことができる。つぎに、この選別機能と競争圧力から、つぎの三つの機能が派生する。⁶¹⁾

第一に「経済力濫用抑制機能」である。競争が活発であるとき、競争圧力も高まる。この競争圧力と競争の基礎的作用である選別機能により経済力の濫用が抑制される。⁶²⁾ たとえば、高価格をつけると他の競争者に容易に顧客を奪われてしまうから、世間の相場観に合致する水準に価格を設定するようになる。

第二に「成果促進」機能である。競争が活発であるとき、競争圧力と選別機能により、競争事業者は互いにより顧

客を満足する商品又は役務をより顧客が満足する態様でより顧客が満足する価格（通常はより低い価格）で提供できるように企業努力（創意工夫、具体的には商品等の改善、経営等の改革、技術革新等）をつけ、その成果を市場で顧客に提示する。これが日常的に繰り返される。この結果、経済全体の資源の最適配分等の静態効率と改善・改革・技術革新等の動態効率が向上する。⁽⁶³⁾ 成果促進機能が働いていることを示す例の一つは、同業者が近くにいたときの方が、そうでないときに比べて、価格がより低くなり、サービス内容がより良くなりがちであるというしばしば経験する事実である。

成果促進機能は、短期と長期に分類できる。短期の成果促進機能は、主として価格の低下である。長期の成果促進機能は、改善・改革・革新の活発化である。現実の市場に見られる現象は、この短期と長期の成果促進機能によって実現された様々な成果の混在である。

第三に「成果相乗機能」である。成果相乗機能は、需要者側から定義すると改善・改革と技術革新の成果が次々と市場に登場し、満足度のより高い商品又は役務をより低い価格でより満足度の高い態様で提示される状態をもたらし機能であり、供給者側から定義すると、互いに一目置き合う存在の企業が多数存在し、互いに消費者の満足度がより高くなると思われる商品等をより満足度が高くなると思われる態様でより満足度が高くなると思われる価格で供給できるよう、創意工夫を競い合い、切磋琢磨し、改善・改革・技術革新の成果を市場で顧客に次々と提示する状態をもたらし機能、いいかえれば一つの成果が刺激となって別の成果を産みだし、それが更に第三の成果を産み出すというように、成果を互いに相乗させる機能である。この例は、同業種に属する優良企業が一カ所ないしは近接している方が、孤立分散しているよりも成果が向上する場合が多いことである。⁽⁶⁴⁾

成果相乗機能は、当該分野で使用される技術がまだ利用され始めたばかりで改良の余地と新しい分野に応用する余

地の大きいときに、より頻繁かつ強大に働くことが多いと思われる。この成果相乗機能が働いている状態においては、技術革新・改善・改革の成果が次々を市場に投入され、当該製品の機能、品質が飛躍的に向上し、価格が劇的に低下する。我が国におけるデジカメ、薄型テレビ、携帯電話等の最近の市場状況はこれに該当すると思われる。

(二) 競争の四大機能と有効競争期待不可能状態形成説についての筆者の解釈

S 五五東京高裁判決のいう「競争機能を減退させ」るとは、上記のように整理した市場等における競争の機能の作用を有意に受けなくなるようにさせることであると解することができよう。すなわち、競争機能を減退させるとは、競争の選別機能、経済力濫用抑制機能、成果促進機能、成果相乗機能の少なくともどれか一つの作用を有意に受けられないようにさせることである。これを踏まえて S 五五東京高裁判決のいう「有効競争期待不可能状態形成説」を整理すると次のようになる。

事業活動を拘束する効果としての競争の実質的制限とは、一定の取引分野における競争を全体としてみて、その取引分野における競争の機能である選別機能、経済力濫用抑制機能、成果促進機能、成果相乗機能のうちの少なくとも一つの作用を、有意に受けられないようになる状態をもたらすことをいう。

(三) 競争の四大機能と一定の取引分野の解釈

また、競争の機能を上記のように整理すると、事業者間の競争の場を市場に限定するのは狭きに失すると思われる。なぜなら、事業者間の競争の原点は、事業上の創意工夫であり、それは製品または役務を市場に投入する以前の事業活動の段階で既に始まっているからである。事業者間の競争が行われる場を画定する概念である「一定の取引分野」

は、上記の場合をも包含することができるように解釈されるべきであると思われる。⁽⁶⁵⁾

なお、競争の上記の四大機能が十分に作用している状態は、公正かつ自由な競争が実現している状態と見ることができであろう。

Ⅲ 学説の現状

学説の多くは、おおむね上記判例等の市場支配力形成説のなかのS二六東京高裁判決の②を支持している。⁽⁶⁶⁾ S二八東京高裁判決の②を採る学説はほとんどなく、有効競争期待不可能状態形成説を採る学説は少数である。⁽⁶⁸⁾

一 通説—市場支配力形成・維持・強化説

通説は、S二六東京高裁判決の上記②を支持し、市場支配力の内容については、その判示の前半部分を借用して、一定の取引分野において「価格、品質、数量その他各般の条件を、その意思で、ある程度自由に左右することができ」力と定義し、競争の実質的制限とはそのような市場支配力を形成・維持・強化することであるとしている。⁽⁶⁹⁾

川濱教授は、前記論文の文脈の中で市場支配力を「産出量を操作することによって価格に影響を及ぼすことができる」という経済学的意味で用いる」とされ、これが価格を重視しすぎているとの予想される非難に対する回答として、他の要素が「左右される場合であっても、それは市場支配力に基づいているのであり問題はない。」とされているが、⁽⁷⁰⁾ 市場支配力の競争法上の定義としては価格または数量を左右する力に限定するのは適当ではないであろう。法学的視点から見たとき、価格・数量を左右する力たとえば技術開発を左右する力では、立証事項や認定手法が大きく異なる

からである。⁽⁷¹⁾

通説は、競争の実質的制限要件を反競争効果要件（当該行為が市場における競争に与える悪影響の程度に関する要件）とみることも支持している。⁽⁷²⁾

一定の取引分野については、通説はいわゆる市場と解し、それは特定の商品または役務の範囲、地理的範囲、特定の需要者層（大口取引か、一般消費者向取引か）等によって画定されとしている。⁽⁷³⁾

二 有効競争期待不可能状態の解釈

判例のいう「市場全体を見て、有効な競争を期待することがほとんど不可能な状態」（有効競争期待不可能状態）とは何かについて、学説は三つに分かれる。

一つは、今村教授を嚆矢とする見方で、有効競争期待不可能状態をもたらすとは市場支配力の形成・維持・強化をもたらすことと同じであると解する説である。今村教授は「『一定の取引分野における競争の実質的制限』とは……『有効な競争を期待することがほとんど困難な状態をもたらすこと』をいい、それはいいかえれば市場支配の状態をもたらすことである。」と述べられている。⁽⁷⁴⁾

二つは、川濱教授が示唆される説で、有効競争とは単に市場支配力を成立させないか、行使させないだけの競争が存在するという意味であり、有効競争期待不可能状態とはそのような競争がほとんど期待できない状態と解する説である。⁽⁷⁵⁾

三つめは、厚谷教授の説で、有効競争とは市場全体において競争機能が有効に作用していることと解し、有効競争期待不可能状態をもたらすとは市場全体における競争機能を有意な程度に阻害することであると解する説である。⁽⁷⁶⁾

この三つの説は、表現は異なるけれども実質的には非常に近接していると思われる。同一実体を異なる角度から見た違いではないだろうか。

この問題を解く鍵の一つを提供するのではないかと一思われるのが、EC集中規制規則の二〇〇四年の改正である。⁽⁷⁷⁾同改正において、共同市場と両立しない集中等に関する定義的規定は、下記の①、②から③、④に変更された。

①「共同市場又はその実質的な部分における効果的な競争 (effective competition) を有意には (significantly) 侵害しないであろう市場支配的地位 (a dominant position) を形成し又は強化する集中は、共同市場と両立するものと確認されなければならない。」(一九九七年改正集中規制理事会規則二条二項)⁽⁷⁸⁾

②「共同市場またはその実質的な部分における効果的な競争を有意に侵害するであろう市場支配的地位を形成し、又は強化する集中は共同市場と両立しないものと確認されなければならない。」(一九九七年改正集中規制理事会規則二条三項)

③「特に市場支配的地位の形成又は強化の結果として、共同市場又はその実質的な部分において有意には効果的な競争を侵害しないであろう集中は共同市場と両立するものと確認されなければならない。」(二〇〇四年集中規制理事会規則二条二項)⁽⁷⁹⁾

④「特に支配的地位の形成又は強化の結果として、共同市場又はその実質的な部分において有意に効果的な競争を侵害するであろう集中は、共同市場と両立しないものと確認されなければならない。」(二〇〇四年集中規制理事会規則二条三項)

上記の改正の主要点は、判断要素の重心が「市場支配的地位」から「効果的な競争の有意な侵害」に移動している点である。すなわち、市場支配的地位の形成または強化は、共同市場と両立しないものとして禁止される「効果的な

競争の有意な侵害」をもたらす典型的な場合に變更されている。これは、市場支配的基準では漏れてしまうような、製品差別化された細分市場での市場支配力の強化や協調的寡占市場での様々な考慮要素を柔軟に取り込むことを容易にするためであり、市場支配的基準に加えて、「競争の実質的減殺」(競争減殺基準)を導入したものであるとの指摘がある。⁽⁸⁰⁾

しかし、製品差別化された細分市場での市場支配力の問題は一定の取引分野の画定問題と密接にかかわっているであり、市場支配的基準よりも競争減殺基準の方が問題の処理が容易であるとも思われない。また協調的寡占市場の問題も集团的市場支配概念で十分対応可能ではないかとも思われる。⁽⁸¹⁾

したがって、筆者は上記の今村説を支持する。すなわち、市場支配力説と有効競争期待不可能状態形成説は実質的に同じものを異なる角度からみたものであることを前提にして、競争機能の侵害を強調すべき局面では「有効競争期待不可能状態形成説」を採り、単独または集团的市場支配力を強調すべき局面では、「市場支配力説」を採る立場である。⁽⁸²⁾

三 市場支配力説と市場閉鎖力説

根岸教授と舟田教授は、「『競争の実質的制限』は市場の開放性を妨げる力の形成・維持・強化を意味する場合もある。」とされる。⁽⁸³⁾ 両教授はさらに次のように敷衍される。この理由は、有効な競争の前提条件の一つに事業者に競争の機会が確保されていること、すなわち市場の開放性が確保されていることがあるからである。これが問題となるのは、排除行為による私的独占事案、共同ボイコットによる不当な取引制限事案と事業者団体による共同ボイコット事案であり、新規参入を困難にする力又は既存の事業者を市場から排除する力を形成・維持・強化する場合である。この場合には、市場の開放性を妨げる力を形成・維持・強化すること自体によって、「競争の実質的制限」の要件を満たし、

市場の価格・その他の取引条件を支配する力を形成・維持・強化することは必要がない。⁽⁸³⁾

川濱教授は、この説に対して次のように反論される。

共同ボイコットに関しては、狭義の市場支配力（筆者注：相当の期間競争水準を超える価格を設定して利益を得ることができる地位）価格を支配する力）の形成・維持・強化を問題にするにしても公取委の流通取引ガイドラインの立場は閾値が高すぎる。

排除される効果はかなり大きいものであるなら、通常は狭義の市場支配力問題も生じると見てよい。市場閉鎖型市場支配の問題は、競争への悪影響の方式の問題であって、その効果の問題は少なくとも競争の実質的制限において別個に考える必要はないのではなからうか。

結論としては、競争の実質的制限のレベルでは、排除によって市場支配力の形成・維持・強化がもたらされることは必要としつつ、適切な経験則に基づく推定ルールを考えていく方策が賢明であるように思われる。⁽⁸⁴⁾

筆者も、右の結論を支持したい。理由はそれがきわめて実践的であり、いたずらに形而上学的議論を重ねて混乱を増幅するよりも、類型化された局面ごとに競争実態の調査分析（＝経験則の探求）を積み重ね、それに基づいて特定の行為類型ごとに適切な推定則を策定する方がより大きな実りが期待できると思われるからである。（後記Ⅳ三参照）

Ⅳ 筆者の見解

一 「一定の取引分野」の解釈について

一定の取引分野をいわゆる市場と解することは、市場における事業活動についての一定の競争制限行為を規制する

ことはできるが、市場に出る前の段階の事業活動についての競争制限行為（例えば基礎的な研究開発活動の制限）を規制することが困難になるという欠点を有する。

通説の立場を踏まえて、この困難を解消する方策を思案すると、一つは、市場に出る前の段階における事業活動についての競争の制限は、市場における競争（厳密には将来の市場における競争）の制限（間接的制限）と解することである。もう一つの方策は、一定の取引分野とは、現在または将来の市場における取引に影響を与える一定の事業活動分野を包含するものであると解することである。⁽⁸⁶⁾こちらの方がより根本的な解決策であり、公正かつ自由な競争を促進するという独占禁止法の直接目的にもよりかなうと思われる。

二 市場支配力の定義について

競争の実質的制限要件を市場支配力の形成・維持・強化と解し、市場支配力を「特定の事業者または事業者集団が、一定の取引分野において、ある程度自由に、その意思で、価格、品質、数量その他各般の条件を左右することができる力」と解する通説の立場は、いくつかの点について再整理をする必要があるように思われる。ひとつは、「各般の条件を左右することができる力」の限定である。すなわち、既に判例等でも明らかになっているように、今の表では、非常に大きな市場支配力、例えば東宝・スバル判決の前記後半部分の判示が示す程度の著しく強大な市場支配力をいうと解される余地があるので、その余地をなくすように表現を改めることである。例えば次のように改めることが考えられる。

（ア）市場支配力とは、特定の事業者または事業者集団が、一定の取引分野において、ある程度自由に、その意思で、価格、品質、数量「等」、公正かつ自由な競争を維持促進するという観点から重要である事項のうち少なくと

も一つ」を左右することができる力という。(「内が修正箇所である。)

これを踏まえて、先に示した競争の四大機能との関係を明示して市場支配力を定義するとつぎのようになる。

(イ) 市場支配力とは、特定の事業者または事業者集団が、一定の取引分野において、競争の選別機能、経済力濫用抑制機能、成果促進機能または成果相乗機能のうちの少なくとも一つの作用を有意に受けないで行動できる力という。

このように整理しても、競争の実質的制限要件を一定の行為の市場全体における競争に及ぼす悪影響の程度を示す要件であるという視点からは、まだ不満が残る。すなわち、市場支配力にも程度の差があるのが経済実態であるが、競争の実質的制限要件を満たす市場支配力とはどの程度の強度の市場支配力かが不明確である点である。上記の定義(ア)では「ある程度自由に」⁽⁸⁷⁾、(イ)では「有意に」が市場支配力の程度を示す文言と読むことができるが、この表現が許容する強度は、弱いものから強いものまで非常に広範にわたるであろう。他方で、競争の実質的制限の要件を充足するか否か問題される行為類型は多様な形態があるから、それらについて共通に適用できる解釈を示すとの立場からは、ある程度、抽象的な表現にとどまるのもやむを得ないと思われる。

三 一般推定則と特殊推定則の確立

このディレンマを解く鍵の一つは、二種類の推定則の確立⁽⁸⁸⁾である。一つは一般的な推定則でどのような類型の行為についても適用されるものである(一般推定則)。もう一つは、特定の行為の類型だけに適用される推定則(特殊推定則)である。

一般推定則は、理論的には、市場支配力の主要な判断要素である市場占拠率と集中度を統一的に示す指標であるH

HI (ハーフィンダール・ハーシュマン指数) とその増分で示すことが望ましいと思われるが、実際の事案における適用がより容易である市場占拠率で示すことが現実的であろう。審決と学説が示すこのような一般的推定則は、行為者の合計市場占拠率五〇%超である⁽⁸⁹⁾。問題は、この水準が国際的にみて非常に高いことである。米国のシャーマン法一条(我が国の不当な取引制限の禁止に相当する条項)の運用では、当然違法が妥当する価格カルテル等のハードコアカルテルについては市場占拠率は問われない。シャーマン法二条(我が国の私的独占の禁止に相当する条項)の運用では、市場占拠率五〇%以上である。EC競争法であるEC条約八一条(我が国の不当な取引制限の禁止に相当する条項)の運用では、同一〇%超である。同八二条(我が国の私的独占の禁止に相当する条項)の運用では同四〇%以上である。さらにドイツの競争制限禁止法の運用では、カルテルについては同五%超、市場支配的地位については三分の一以上である⁽⁹⁰⁾。

彼我の懸隔は大きい。もともとハードコアカルテルについては、我が国では一定の取引分野が当該行為の影響が及ぶ範囲をもって画定されるのが通例であるので、実質的な差は生じていないとみることができる⁽⁹¹⁾。このことは、特定の行為がそれ自体の持つ競争法上の価値評価(公正かつ自由な競争の維持促進をはかるとの視点からする価値評価)としての悪性の程度を基準とする一定の取引分野の認定の操作を通じて、彼我の懸隔を埋めることができる可能性を示唆する⁽⁹²⁾。市場支配力説の下での共同ボイコットの処理も、市場閉鎖力説を持ち出さずとも、一定の取引分野を当該行為の影響の及ぶ地理的・時間的範囲をもって認定すれば、合理的な解決が可能と思われる。しかし、それ以外の行為については、差は大きい。行為の外形の悪性の程度に応じた、一定の取引分野の認定と組み合わせた形の特殊推定則が求められるゆえんである⁽⁹³⁾。

この一般推定則と特殊推定則の詳細については、既に予定紙数も超過したこと等もあり、別稿で展開することとし

たい。

V おわりに

以上、競争の実質的制限の解釈について判例の変遷、学説の現状を概観し、競争機能の解釈、一定の取引分野の解釈、市場支配力の定義の整理、市場支配力と有効競争期待不可能状態の関係、一般推定則と特殊推定則の確立等について私見を論述した。いずれもさらに考察を加えるべき素案の見解であるので、大方のご指摘をお受けしたい。

(1) 川濱 昇『競争の実質的制限』と市場支配力」正田彬先生古希祝賀「独占禁止法と競争政策の理論と展開」(三省堂 一九九九年) 一一二—一二六頁

(2) 東京高裁昭和二六年九月一九日判決(高民集四卷一四号四九七頁、審決集新版Ⅰ六三五頁)

(3) 高民集四卷一四号五〇九頁、審決集新版Ⅰ六四八—六四九頁

(4) 高民集四卷一四号五一七頁、審決集新版Ⅰ六五一頁。判決は続いて次のように判示している。これは、一六条の規定が不当な取引制限や私的独占の予防規定であると解すること、実質的制限要件を充足するか否かは、個別案件ごとの具体的状況を踏まえて判断すべきものであることを示したものと思われる。

ア「本来、法第二条第四項第三号(筆者注…現六項)の目的精神を深く考えれば、本件のような場合、すなわち営業の賃借によって、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なる場合は、窮極において、不当な取引制限にすぎず、更に時あって、私的独占の状態に至る性格を持つものと認め、これを禁止しているのであって、いわば、それ自体既に不当な取引制限にすぎむ必至の軌道に在るものと解しているのである。」

イ「従って、本件における競争の実質的制限を、全く他の関連と切り離し、それ自体について不当を区別して論ずるのは法の趣

旨ではな」い。

(5) 現行二条五項、六項

(6) 原告は、競争の制限が実質的であるためには、料金の引き上げを来すであろうとか、数本立てを一本立てにするであろうとかいう、具体的事実を示さなければならないのに、審決はこれを示していないと主張している。高裁民集四卷一四号五一八頁、審決集新版一六五二頁参照

(7) 高民集四卷一四号五一八頁、審決集新版一六五二頁

(8) 高民集四卷一四号五一八―五一九頁、審決集新版一六五二頁

(9) 高民集四卷一四号五二〇―五二二頁、審決集新版一六五三―六五四頁

(10) 東京高裁昭和二八年二月七日(高民集六卷一三号八六八頁、審決集新版二二三〇頁)

(11) 高民集六卷一三号九〇〇頁、審決集新版二二三三頁

(12) 高民集六卷一三号九〇〇―九〇一頁、審決集審判二二三三頁

(13) 最高裁第三小法廷昭和二九年五月二五日判決(最高裁民事判例集八卷五号九五〇頁、審決集新版三三三二頁)

(14) 最高裁民事判例集八卷五号九五二頁、審決集新版三三三三頁

(15) 原告は、「原判決は経済界の実情を無視し実質的証拠なくして競争の実質的制限があると誤判している。」として、次の主張をした。

「競争の実質的制限とは、『競争自体が減少して特定の事業者または事業者集団がその意思である程度自由に価格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と現れるかまたは少なくとも現れようとする程度に至っている状態をいう』と原判決は判示している。

之を本件の場合に適用していえば例えば入場料、上映画の決定を上告人の自由意思で上告人の直営館以外の他の映画館にも強制せしめるような支配力を銀座地区内において上告人が有するに至る場合でなければ、競争の実質的制限ということのできないものであるといわねばならない。」しかしして、上告人は、スバル、オリオン両座を支配することにより、銀座地区に上告人に次いで多数の映画館を営んでいる松竹株式会社に対してかかる経営支配力を絶体に獲得し得ない。最高裁民事判例集八卷五号九五八―九五九頁、審決集新版三三三九―三三三一頁)

- (16) 最高裁民事判例集八巻五号九五三頁、審決集新版Ⅲ三二三頁
- (17) 東京高裁昭和三十一年一月九日判決（審決集新版Ⅲ二八五頁）
- (18) 審決集新版Ⅲ三〇〇頁
- (19) 同上三〇〇頁
- (20) 東京高裁昭和三十一年二月二五日判決（高民集一〇巻一二号七四三頁、審決集新版Ⅲ四〇一頁）
- (21) 高民集一〇巻一二号七九九頁、審決集新版Ⅲ四四九頁
- (22) 審決集一六巻四六頁
- (23) 同上六五頁
- (24) 同上六五―六六頁
- (25) 同上六六頁
- (26) 同上六八頁
- (27) 同上六六―八二頁の要約
- (28) 東京高裁昭和五十五年九月二六日判決（高刑集三三巻五号三五九頁、審決集二八巻別冊一七九頁）。
- (29) 独占禁止法八九条一項二号
- (30) 高刑集三三巻五号四七九頁、審決集二八巻別冊二七三―二七四頁
- (31) 高刑集同上四七九―四八〇頁、審決集二八巻別冊二七四頁
- (32) 高刑集同上四八〇頁、審決集同上二七四頁
- (33) 以下「H一九改正企業結合ガイドライン」ということがある。
- (34) H一九改正企業結合ガイドライン第三、一（二）イ。これは、S二八東京高裁判決の競争の実質的制限に関する判示事項の前半部分である。後半部分は引用していない。
- (35) 同上、第三、一（二）
- (36) 同上、第三、一（二）。これは、八幡富士合併事件同意審決の市場支配的地位についての判示事項である本文Ⅱ 1（7）イの文章の中の「これによって、競争事業者が自主的な事業活動を行い得ないこととなる場合」を含めていない。大きな違いである。

- (16) 最高裁判事判例集八巻五号九五三頁、審決集新版Ⅲ三二三頁
- (17) 東京高裁昭和三十一年一月九日判決（審決集新版Ⅲ二八五頁）
- (18) 審決集新版Ⅲ三〇〇頁
- (19) 同上三〇〇頁
- (20) 東京高裁昭和三十一年二月二五日判決（高民集一〇巻一二号七四三頁、審決集新版Ⅲ四〇一頁）
- (21) 高民集一〇巻一二号七九九頁、審決集新版Ⅲ四四九頁
- (22) 審決集一六巻四六頁
- (23) 同上六五頁
- (24) 同上六五―六六頁
- (25) 同上六六頁
- (26) 同上六八頁
- (27) 同上六六―八二頁の要約
- (28) 東京高裁昭和五十五年九月二六日判決（高刑集三三巻五号三五九頁、審決集二八巻別冊一七九頁）。
- (29) 独占禁止法八九条一項二号
- (30) 高刑集三三巻五号四七九頁、審決集二八巻別冊二七三―二七四頁
- (31) 高刑集同上四七九―四八〇頁、審決集二八巻別冊二七四頁
- (32) 高刑集同上四八〇頁、審決集同上二七四頁
- (33) 以下「H一九改正企業結合ガイドライン」ということがある。
- (34) H一九改正企業結合ガイドライン第三、一（二）イ。これは、S二八東京高裁判決の競争の実質的制限に関する判示事項の前半部分である。後半部分は引用していない。
- (35) 同上、第三、一（二）
- (36) 同上、第三、一（二）。これは、八幡富士合併事件同意審決の市場支配的地位についての判示事項である本文Ⅱ 1（7）イの文章の中の「これによって、競争事業者が自主的な事業活動を行い得ないこととなる場合」を含めていない。大きな違いである。

- (37) 同上、第四、一(一) アの要約
- (38) 同上、第四、一(一) イ
- (39) 同上、第四、一(二)
- (40) 同上、第四、一(三)
- (41) 同上、第四、二(一)、(二)、(三)、(四)、(五)、(六)、(七)、(八) 参照
- (42) 「技術革新の動向」は、それ如何によつては支配的事業者の地位を不安定ならしめる要素であるから、単独行動による競争の実質的制限の判断要素にも含めるべきだと思われる。
- (43) 同上、第四、三(一)、(二)、(三) 参照
- (44) 判決等の表現は「状態」、「形態」、「支配力」、「支配的地位」と、区々であるが、「市場支配力」で統一できるのであろう。
- (45) これは、「競争機能」ということもできる。競争機能については、本文Ⅱ4参照。
- (46) 厚谷教授も同様の指摘を行っている(厚谷襄児「独占禁止法論集」(一九九九年、有斐閣)六頁参照) 初出北大法学四六(六一五)一四九五。
- (47) 本文Ⅱ一(五) イ参照。
- (48) 本文Ⅱ一(六) ア参照
- (49) 例えば、江口公典「公正競争阻害性、競争の実質的制限の解釈理論について(下)」公正取引四三八号(一九八七年四月)四八頁、四九頁注八、佐藤一雄「競争」概念の再検討及び「競争の実質的制限」の意義について」経済法学会年報一六号(一九九五年)一六七頁参照。
- (50) 本文Ⅱ一(三) イ参照
- (51) 本文Ⅱ一(三) ウ参照
- (52) 本文Ⅱ一(四) イ参照
- (53) 本文Ⅱ一(七) イ参照。八幡富士合併同意審決のこの部分は、S二八東京高裁判決の上記①に同②を手際よく要約してつなげたものであることは明白である。
- (54) 本文Ⅱ一(七) オ参照

- (55) その他、本文Ⅱ一(九)エ(ア)、(イ)参照。
- (56) 日一九改正企業結合ガイドラインは、単独行動による競争の実質的制限について、(ア)商品が同質的な場合と(イ)商品が差別化されている場合に分けて考察し、更に協調的行動による競争の実質的制限について分析するなどし、比較的緩やかな基準で競争の実質的制限を認定する姿勢を示している。この態度は、従来の低調に過ぎる我が国の企業結合規制を国際的水準に引き上げる動きを示したものであると高く評価すべきであると思われる。公取委の今後の課題は、この姿勢を実際の企業結合審査等の排除措置命令の中で明示することである。平成一三年のJAL・JAS事業統合事件に見られたような非合理的な事件処理を繰り返してはならない。同事件処理については、田平恵「日・米・欧の企業結合審査における問題解消措置設計」(同志社法学六〇巻一号二〇〇八年五月三十一号、一四七頁、二二六―二二八頁)が手際よく論評している。
- (57) 本文Ⅱ一(八)ア参照
- (58) 著者は、かつて、「経済成長・経済進歩における競争の役割」(上) 公正取引四八一号(一九九〇年一月)五六―六二頁、(下) 公正取引四八二号(一九九〇年二月)四六―五二頁)と「競争原理論」(関東学院法学九巻一号(一九九九年九月)一一―二九頁)の中で競争の機能について自己の見解を述べた。以下の記述は、それにその後の考察を加味したものである。
- (59) 川濱 前掲注(一)、一一五頁参照。競争の根源的要素である「競い合い」を重視する優れた論考に林秀弥「企業結合の違法性判断における『有効な牽制力ある競争者』の位置づけ―独禁法の一大議論の一断面」社会科学研究五五巻三〇四合併号(二〇〇四年)一五七―一八五頁がある。
- (60) この選別機能は、競争の基本的な作用と思われる。この機能が働かない状態、すなわち何が望ましいか、何が優れているか既にはつきりしている場合には、競争は機能しない。このことは、経済学でいう「完全競争」は、その完全情報的前提により、競争が機能しない状態であることを意味する。(完全競争が成立する条件については、例えば新庄浩二「産業組織論(新版)」(有斐閣二〇〇三年)五三頁、根岸・舟田「独占禁止法概説(第三版)」(有斐閣二二〇〇六年)二八頁参照)この結論は、すでにハイエクが指摘しているところと同じである。(「発見のプロセス」としての競争論、小西唯雄・石原敬子「競争」の概念と競争政策(上)―完全競争、ハイエク、シユムペーターをめぐる―(公正取引四八一号、一九九〇年)二二―二五頁参照)。
- (61) 欧米で、いわゆる市場諸力(market forces)といわれるものの根源は、この競争の選別機能と競争圧力であると思われる。
- (62) ECの競争法でいう「市場支配的地位の濫用」は、競争の「経済力濫用抑制機能」が十分に作用しない状況下で生じる。逆に「市

場支配的地位」にある事業者には、競争の経済力濫用抑制機能が十分に働かないから、その力が濫用されることになる。

(63) 長期的により重要な経済の持続的な成長・進歩をもたらすものは、この意味での動態効率の向上である。

(64) Michael E. Porter, "On Competition" (A Harvard Business School Press 1998) 特に第七章 "Clusters and Competition" 参照。

(65) 三代川敏三郎氏は、「一定の取引分野」とは「競争の実質的制限」が生ずる場以外ならないとの見解を示されている(三代川敏三郎「競争の実質的制限について」公正取引一四一号一〇一一(一九六二年)。筆者の見解については、本文後記Ⅳ一参照。

(66) 例えば、根岸・舟田 前掲注(60) 四六頁、金井・川濱・泉水「独占禁止法(第二版補正版)」(弘文堂 二〇〇八年) 二七—二八頁(泉水執筆) 参照。

(67) 筆者は、この説を採る学説を知らない。

(68) 例えば、厚谷 前掲注(46)、鈴木孝之「競争の実質的制限における違法性判断基準の在り方」厚谷古希『競争法の現代的諸相(上)』(信山社二〇〇五年) 三五七—三八三頁。

(69) 例えば注(66) 参照。

(70) 川濱 前掲注(1) 一一五頁。

(71) この点に関連して、宮井雅明教授の以下の指摘は示唆に富むと思われる。

「今日の反トラスト政策論議においては、経済学の研究水準が反トラスト政策の方向性を規定するといった本末転倒が往々にして見られる。」

(宮井雅明「反トラスト法と技術革新—『技術革新市場』分析を手がかりとして—」

立命館法学一九九六年六号(二五〇号) 一四六八(二二八) 頁

(72) 例えば、今村成和「私的独占禁止法の研究(四) 1」(有斐閣 一九七六年) 五頁参照。

(73) 根岸・舟田 前掲注(60) 四二—四五頁、金井・川濱・泉水前掲注(66) 二六—二七頁参照。

(74) 今村成和「独占禁止法(新版)」(有斐閣 一九七八年) 六二頁。同旨 実方謙二「独占禁止法(第四版)」(有斐閣 一九九八年) 七三頁。

(75) 川濱 前掲注(1) 一一六頁。

(76) 厚谷 前掲注(47) 二四—二五頁

- (77) Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation)
- (78) Regulation 4064/89 amended by Regulation 1310/97
- (79) 前掲注(77) 参照
- (80) 鈴木孝之、前掲注(68) 三七〇—三七二頁参照。
- (81) 山部俊文「『競争の実質的制限』と『市場支配』」田中誠二先生追悼論文集「企業の社会的役割と商事法」(一九九五年) 四九三—四九四頁、川濱 前掲注(1) 一二五頁、各参照。
- (82) ただし、市場支配力については本文後記Ⅳのように修正することを前提とする。また有効競争期待不可能状態については、つぎのように修正することを前提とする。
有効競争期待不可能状態の形成とは、特定の事業者又は事業者集団が一定の取引分野における競争を全体としてみて、その分野における競争の機能である選別機能、経済力濫用抑制機能、成果促進機能、成果相乗機能のうちの少なくとも一つ的作用を、有意に受けることを期待することが困難な状態をもたらすことをいう。
なお、伊従寛「独占禁止政策と独占禁止法」(中央大学出版部 一九九七年) 一六五頁、今村 前掲注(74)、六一—六二頁参照。
- (83) 根岸・舟田 前掲注(59) 四九頁
- (84) 川濱 前掲注(1) 一二七—一二八頁の要約。なお、東出浩一「競争の実質的制限」(公正取引五八二号、一九九九年) 四一頁参照。
- (85) 筆者は、かつて、「『一定の取引分野における』の解釈—『競争の実質的制限』要件解釈論の体系的構築の観点から—」(関東学院法学二巻三号、二〇〇三年二月一—一七頁、特に二—一二頁参照)の中で、この問題について考察した。以下の見解は、このとき示した見解にその後の考察を加味したものである。
- (86) 同旨、丹宗照信「独占および寡占市場構造規制の法理」(北海道大学図書刊行会、一九七六年) 八二頁。大録教授も「一定の取引分野」の「取引」を「事業活動分野」と解する考え方を示されている。(大録英一「独禁法の体系と一定の取引分野における競争の実質的制限」駿台法学一七巻二号(二〇〇四) 八七—八九頁。

- (87) 実方 前掲注(74) 一三八頁参照。
- (88) 川濱 前掲注(1) 一一二頁、一二八頁、林秀弥「米国合併規制における『違法性推定則』とマベリック分析—最近の展開—」公正取引 No. 六三九 (二〇〇四年一月) 八九頁、江口前掲注(49) 四九—五〇頁、伊従前掲注(82) 一六五—一七二、各頁参照。
- 江口教授の「競争の実質的制限は、当該行為の性格を独占禁止法の立場から評価する基準としてとらえ直される必要があるように思われる。」との指摘、および伊従教授の「一定の取引分野における競争の実質的制限」という独占禁止法の主要規定の基礎概念について。各取締り規定の趣旨および規制対象行為の性格に応じて異なっており把握すべき側面がある」(二七二頁)との指摘は、それぞれ示唆に富む。なお田中裕明「市場支配力をめぐる議論について…競争の実質的制限についての検討」(一橋論叢一二五(一)一一六参照。
- (89) 岡山県被服工業組合事件勸告審決(昭和四八年六月二九日) 審決集二〇巻四一—四三頁) 参照。
- (90) 鈴木孝之 前掲注(68) 三六二頁、三八一頁注一五、川濱 前掲注(1) 一一八頁、Richard Whish, “Competition Law Fifth Edition” (LexisHlexis 2003) 四六—四八頁、各参照。
- (91) 実方 前掲注(74) 七四頁参照。
- (92) 大録 前掲注(86) 論文一七九—一八一頁、舟田正之「価格引上げ、数量制限の実施」ジュリスト四八二号二〇二頁参照。
- (93) 伊従 前掲注(82) 一六六頁参照。