

デジタル経済における競争保 護と最高裁6判決 優越的地位の濫用と取引の自由

明治大学大学院教授 越知保見

第1 2つの問題提起

なぜ、司法は、独禁法の基礎概念の定義を変更し続けるのか

- ▶ 資生堂事件：19条に関し、公正競争阻害性は、人為性を要件として判示。
- ▶ NTT東日本事件：2条5項に関し、排除型私的独占ガイドラインと異なる排除行為の定義・判断枠組み
- ▶ 多摩談合事件：入札談合に関し、2条6項の競争の実質的制限に関し、競争機能侵害
- ▶ ブラウン管事件：域外適用という一般論において、競争の実質的制限に関し、競争機能侵害であることを明言。
- ▶ 一部学説は、競争機能侵害 = 市場支配力の形成維持強化であるから、従来の学説は支持されているとする。しかし、従来の学説を支持するならば、その定義を使うはず、新たな定義を最高裁がわざわざ行っているのに、その意義を検討せずに済ませていいのか

山陽マルナカ事件高裁判決は、優越の規制根拠に対する司法の懐疑的見方を示すものではないか

- ▶ きわめて行為態様の悪質な事件での取消判決は衝撃的
- ▶ 同事件に限らず、2019年で審判決で公取委が負けた事例が続出している(クアルコム事件、コーンスターチ事件)
- ▶ 表面上は理由不備の違法を問題としているが、上記の間接競争侵害という論理とそれに基づく運用に対する懐疑的見方が判決の根底にあるとしか思えない。単に、別紙で相手方事業者を特定すればよいという問題とは思われない。
- ▶ 同じく審決を取り消した郵便区分機事件の東京高裁の原判決も、公取委が示した協調行動理論に対する懐疑的見方が、「特に必要と認めるとき」との要件に該当することを示していないとの理由で審決が取り消された遠因であるように思われる。同じように考えるべきではないのか

最高裁判決を総合的に検討し、独禁法体系・競争政策の在り方の再検討が急務ではないのか

- ▶ 有力学説は、従来、学説が信じてきた判断枠組みが最高裁判決によって否定された事実を受け入れがたいために、判決は、学説と同じであるといってみたり、事例判断に過ぎないとか、narrow interpretation等と言ってみたりして、最高裁判決に基づく理論の再構築を何とかして拒否しようとしているように見える。これだけ繰返し、学説上、確立された意義を最高裁が靴がし続けているにもかかわらず、公取委が無批判にそのような解釈に乗ってよいのか。それで司法の理解を得られるのか。
- ▶ デジタル経済に関する公取委の報告書は、優越の活用ばかりの内容になっているが、それで競争政策といえるのか、山陽マルナカ判決は、優越の濫用を戒める判決とみるべきではないか。

第2 なぜ、司法は、独禁法の基礎概念の定義を変更し続けるのか

1 6つの最判の解説

芝浦屠畜場事件最判

- ▶ 「自由競争経済は、需給の調整を市場機構に委ね、事業者が市場の需給関係に適応しつつ価格決定を行う自由を有することを前提とするものであり、企業努力による課価格引き下げ競争は、本来、競争政策が維持・促進しようとする能率競争の中核をなす。」
- ▶ 能率競争が自由競争の基準となるべき「競争」概念であることを指摘している。
- ▶ 能率競争は、「自由」競争保護の規範であることが説示された。
- ▶ 因みに、能率競争を不正手段型の違法判断の根拠として示した判決はない。

資生堂事件最判

- ▶ 自由競争減殺類型の不公正な取引方法である「拘束条件付き取引が禁止されるのは、良質廉価な商品・役務を提供するというべき形で行われるべき競争を人為的に妨げる側面があるからである」と説示し、能率競争が「競争」の意義であること、その制限を能率競争を人為的に妨げる側面があるからであると述べた。
- ▶ 学説・実務はこの人為性に関する説示を無視しているが(判例百選でも当該判示部分は、掲載されていない)、後の判例と総合すると、反トラスト法の取引の不合理な制限という基準を、競争の人為的阻害と置き換えた基準を初めて明らかにし、競争機能侵害という考え方に通じる先駆的判断である。



NTT東日本事件最判

- ▶ 資生堂事件で示された人為性概念が、排除行為の定義においても言及され、かつ、その分析手法まで判示された。すなわち、排除行為の定義において、(i)正常な行為を逸脱濫用する人為性を要件とし、(ii)かかる人為性の有無は、市場支配力の形成・維持・強化の観点から、市場の特性、当事者の行為態様、競争に与える影響を総合判断することが説示された。
- ▶ 競争の実質的制限の定義では、市場支配力の形成維持強化という定義が示されたものの、その「市場支配力の形成維持強化」は、排除行為の判断の中での考慮要素とされたので、実質的には、「人為性」が違法か否かを分かち基準であり、市場支配力の形成維持強化は、排除行為・人為性を判断する上での考慮要素であることをも判示し、実質的な違法判断を排除行為で行うことを示唆するものとなっている。

多摩談合事件最判

- ▶ 取引の自由の観点から、事業活動の拘束を独立した意思決定の制限と解し、共同性と相互性の一体解釈により、共同行為の意義を欧米の「合意」概念に一致させる解釈を示したうえ、競争機能侵害が競争の実質的制限の一般的意義であることが説示された。この説示と、人為性に関する上記の2判決を踏まえて読み込めば、価格カルテル・入札談合は、それ自体が価格を引き上げる人為的行為であり、市場支配力の形成・維持・強化がなくとも競争の機能を侵害することを説示するものである。
- ▶ 市場支配力説は、この後段部分を市場支配力の形成維持強化と同義と見ているが、多摩談合最判はそうは考えていない。回判決では、市場をAクラス工事に取っているので、市場支配力説の立場では、(落札物件は、50%を切るので)競争の実質的基準に該当するとはストレートに言えない。最判の基準のあてはめで、当事者がその合意に拘束される意思を有していれば、価格を自由に左右できると考えている点に市場支配力説から離脱していることが表れている。
- ▶

JASRAC事件最判

- ▶ NTT最判の定義を再度述べた後、個別徴収が選択肢にならないことが人為性を基礎づけるとしたが、これは、高い排他性を緩和する措置を取ることができたのにそれを取らなかったことが人為性を基礎づけると説示した。
- ▶ 実質的には、「人為性」が違法か否かを分かつ基準であることを一層明確にしたといえる。
- ▶ この分析枠組みは、アメックス事件最判で米国最高裁が示した判断枠組みを同判決に先立って判示した先進的判決で同判決は、人為性概念を大きく深化させ、その分析枠組みを提示するものであった。この点は、後述するが、市場支配力説からは、かかる意義が全く無視され、人為性が簡単に充足されるかのように解しており、そのような解釈を公取委が取り続ければ、訴訟維持はきわめて困難になる。
- ▶

ブラウン管事件最判

- ▶ 多摩談合事件最判の示した取引にかかる競争機能侵害という定義を、価格カルテル・入札談合に限定せず、2条6項の一般的定義として判示したうえ、多摩談合事件最判が下した定義の後半部分を削除した。
- ▶ 域外適用という実体法に横断的な解釈一般論であったからこそ、一般論として競争機能侵害が打ち出されたので、各実体規定を貫く共通の判断基準は、競争機能侵害であり、市場支配力の形成・維持・強化でないことは、
- ▶ 市場支配力説は、narrow interpretationと試みたり、事例判断だといって、この判決の意義を弱めようとしているが、域外適用という独禁法の実体規定全体の解釈に関し、競争機能侵害が打ち出されている以上、最判は、各類型を貫く基準は、市場支配力の形成・維持・強化ではなく、競争機能侵害であるとの解釈に立っていることは、鮮明になっている（その意味では、市場支配力説に完全に引導が渡されたという他ない判決である）。
- ▶ 本判決は、さらに、競争機能侵害の認定において、競争過程の保護が競争機能保護にとって重要な要素であることを示唆している。この点は、公取委・田辺治氏の評釈において、正しく指摘されている。

2 最高裁の解釈と従来の解釈(市場支配力説)のどこが違うのか

- ▶ 最高裁の解釈と従来の解釈では、市場経済で容認できる行為と容認できない行為の判断基準が異なる。公取委が依拠する伝統的な考え方では、市場支配力の形成・維持・強化であり、市場支配力の形成・維持・強化を違法判断の基準としているのに対し、最高裁は、一貫して正常な競争手段を逸脱する人為性を問題にしている。
- ▶ 競争の実質的制限 = 市場支配力の形成維持強化という定義を最高裁はとっていない。最高裁がとっているのは、競争の実質的制限であれ、公正競争阻害性であれ、「正常な競争手段を逸脱する「人為性」である（資生堂事件、NTT東日本事件、JASRAC事件）。
- ▶ 「競争の実質的制限」の「実質的」は違法行為と適法行為を分かつ基準である。市場支配力の形成維持強化は、識別の基準にはならない。パラメーターである（NTT東日本事件、JASRAC事件）。
- ▶ 人為性を判断するにあたっては、市場構造、競争過程、市場効果を総合考慮する（NTT東日本事件、JASRAC事件、ブラウン管事件）
- ▶ 能率競争を自由な競争と区別される公正な競争保護の規範であるという考え方はとらず、一元的な自由かつ公正な競争保護の基準としている(全判決からの帰結)

一元論と二元論

- ▶ 最高裁判決は、競争の実質的制限と公正競争阻害性のいずれにおいても、違法性の識別基準として、「人為性」を中核に置く点で共通しており、能率競争＝競争機能侵害の一元論に立っている(そして、これは、EU競争法の有効競争阻害の基準でもある)。
- ▶ 伝統的解釈は、競争の実質的制限を自由な競争、不公正な取引方法を公正な競争として、保護法益が異なるという解釈を取っているが、最判は、そのような解釈を取っていない。そもそも、自由な競争と公正な競争が別の法益であるとか、別の規範で保護されるという解釈(二元論)は、日本独自の解釈である。
- ▶ これは、競争の実質的制限と公正競争阻害性が同一の違法性判断基準になるのというものではない。不公正な取引方法に関しては公取委が一般指定権限を持つことから裁量権限が広い。そのため、立証負担が小さいという違いがある。しかし、公取委は、セオリーオブハーム(競争機能侵害=能率競争阻害)を示さなければならない。
- ▶ ただし、優越は、一般指定ではなく、義務的課徴金が付される法定類型となっており、不公正な取引方法の時代のような広範な裁量を享受できるものではないことを認識する必要がある。

公取委は、最高裁判決をどう位置付けるかについての検討を行う必要があること

- ▶ 最高裁判決により、2条5項、2条6項、19条が一元的に取引の自由に対する人為的制限が違法性判断の根幹的概念として位置づけられることが決定的なものとなったと思われるが、少なくとも公取委は、これまでの考え方と全く異なる解釈を裁判所がとっているのではないかを検証し、最高裁の考え方をどのように位置づけるか明らかにしたうえ、関連するガイドラインを改訂する必要があるのではないか。
- ▶ 市場のメカニズムが働かないのは、市場支配力のある巨人がいるからであり、それを規制するのが独禁法なのだから、「市場支配力の形成維持強化」でなぜ悪いか理解できないという方もおられると思われる。
- ▶ あるいは、不公正な取引方法・能率競争で保護しているからいいのではないかと考えるかもしれない、有力学説もそう考えている。しかし、最高裁判決は、その考え方にNOを突き付けている。それはなぜかを検討しなければならないのではないか。

現状を放置することの実務上の問題：見当はずれな立証活動に向かってしまうこと

- ▶ 現状を放置することの実務上の問題は、公取委の実務家が、市場支配力が強化されていれば違法なのだと安易に考えてしまいかねないことにある。実際に、JASRAC事件で審査官は、カーブアウト手段がとられていないこと(個別徴収が選択肢になっていないこと)を人為性、違法性を基礎づける決定的事情とは考えてこなかった。それが取消審決の遠因であるともなお理解されていないのではないかと思われる。
- ▶ JASRAC事件最判が提示した分析枠組みは、以下のとおりとなる。
- ▶ ①訴追側で排除効果の立証(同事件では、アドオン効果により著しい排除効果)
- ▶ ②事業者による競争促進効果(正常な競争手段であること)の立証(同事件では、限界費用がゼロ、報告の手間を削減)、
- ▶ ③訴追側で、排除効果を緩和する措置が可能であるのに取られていること(正常な手段を逸脱していること)の立証(同事件では、個別徴収の選択肢がない、カーブアウト手段がないこと)。

- ▶ これは、アメックス事件米国最判が示した分析枠組みと同じであり、JASRAC事件最判は、日本の最高裁が、米国最判に先駆けて、それと同じ基準を示唆していることは、日本の最高裁判決のレベルの高さを示すものとして、高く評価されるべきものである。
- ▶ ところが、学説でそのような評価を行っていない。市場支配力説の論者は、人為性要件を簡単に充足される要件のように軽く考え、JASRAC事件は、競争の実質的制限についての判断が示されているので、市場への影響についての判断は示されていないという解釈も行われている。
- ▶ しかし、個別徴収が選択肢にならないことを最高裁判決があえて人為性を充足する事実として指摘した事実を慎重に考える必要がある。公取委が、市場支配力説に立ち、人為性をそのように軽く考えたのでは、今後の訴訟で立証に失敗する可能性は高いと思われる。
- ▶ JASRAC事件最判が示した判断枠組みは、自由競争減殺型の公正競争阻害性の分析枠組みともなり得るものであり、公取委実務にとっても有益なものであるから、同判決に従って、排除型私的独占ガイドライン・流通取引慣行ガイドラインが改訂されなければならない。そう言う思考を働かなくっていることが、市場支配力説がもたらす最大の問題である。
- ▶ 訴訟対策の観点からは、公取委はJASRAC事件の審査官主張と原告代理人の主張を比較し、どうすれば、司法を説得できるかを十分に検討すべきである。

3 最高裁が伝統的解釈・市場支配力基準を受け入れないのはなぜか

16

(1) 実際上の不合理性：表面的な理由

- ▶ 表面的には、次の2つの理由によるものと考えられる。
- ▶ まず、市場経済においては、市場支配力の形成維持強化それ自体で違法になるものではない。もっともすぐれたものを供給して独占力が強化されても違法ではない。これは、アルコア事件も述べているし、JASRAC事件の最判解説も述べている。だから、正常な競争手段を逸脱する人為性が必要であり、市場支配力の維持形成強化の観点からは、この人為性を考えるにあたっての考慮要素である。これが、JASRAC事件最判の判示の素直な理解である。
- ▶ もう一つは、「市場支配力の形成維持強化」されなくとも、カルテルは、競争の機能が侵害される場合があり、その場合も、競争は実質的に制限される。これは、カルテルが、市場支配力が形成されようとそうでなかろうと人為性を有するから、競争機能を侵害する(ブラウン管事件最判)
- ▶ 市場支配力説は、ハードコアカルテルが、違法性が推認されるから何ら欠陥ではないと強弁するようである。しかし、市場支配力説では、市場支配力説では、両者を分けたり、ハードコアで価格が上昇した範囲で市場を画定することの論理も説明できないのである。米国では、違法性推認というのは、トレントンポッター事件の立場であり、それがアパラチアンコース事件により、市場支配力のないカルテルが容認されるがごとき解釈が一時とられ、そこを一バキュームによりその解釈が変更され、当然違法が確立したという経緯があり、市場支配力説は、本来、ハードコアカルテルだけ、原則違法にできるかの説明ができない理論なのである。

(2) 欧米の競争法も取引の自由に対する不合理な制限、人為的な方法による独占化、有効競争阻害を問題にするものであり、最判は、それと整合する解釈を打ち出したものであること

- ▶ 市場支配力説の論者は、欧米でも市場支配力基準が用いられているとするが、全くの誤解である。米国では、取引の自由の不合理な制限ないし人為的な(willful)独占化であり、EUは有効競争阻害であり、市場支配力は、NTT東日本事件、JASRAC事件が示唆するようにパラメーター(考慮要素)であって、違法と適法を分かつ要件にはなっていない。また、日本のようにすべての規制類型を市場支配力の形成維持強化で考えるという見方も取られていない。各規制類型に応じて考えており、それは、最高裁は、基本は、競争機能侵害であり、競争機能侵害の内容は、各規制類型ごとに判示しているので、その考え方にも相通じる。
- ▶ 市場支配力説の論者の教科書では、各論の第1章を企業結合から始めている(ベーシック経済法、泉水・経済法入門)。第1章を企業結合から始める教科書は、外国の教科書では、ありえない。行為規制・競争過程を取引の自由に対する不合理な制限(日本では人為的制限)を通じて規制するのが、競争政策の1丁目1番地であり、独占規制も競争者の取引機会の減少を問題にしている。企業結合は、構造規制であり、行為規制の観点からは補完的なものである。企業結合における競争の実質的制限を他の類型に波及させようとする発想に市場支配力説の問題が集約されている。教科書の叙述順序にもその特異性がはっきりと表れているのである。

セオリーオブハームという考え方は、競争機能侵害の立証を求めるもので市場支配力説の破綻を示すものだること

18

- ▶ 他方で、最近では、市場支配力説に立つ学者も、欧米の基準であるセオリーオブハームという考え方を解釈に取り込もうとしている。しかし、このセオリーオブハームというのは、市場への悪影響を個別にみるという考え方であり、競争機能侵害、人為性の個別的立証を求める考え方であり、市場支配力説と対極的な考え方である。
- ▶ このような考え方を市場支配力説の論者がとるということは、一律の基準による市場支配力説が破綻していることー市場支配力の形成維持強化が、違法判断の識別基準にならないことーを示しているといえる。
- ▶ にもかかわらず、なぜ、有力学説は、市場支配力の形成維持強化にこだわるかが問われる。

(3) 真の理由：アダムスミスが説いた市場経済の前提は、取引の自由に対する人為的制限を排除することであり、最高裁は、その観点を明らかにする定義が必要であると判断したためと思われること

- ▶ 市場経済の利点を説いたバイブルであるアダムスミスの国富論によれば、市場経済が機能するためには、取引の自由が確保される必要があると述べている(アダムスミスは、自由放任経済と呼ばれるが、市場原理が機能するために取引の自由の確保の重要性を強調しており、「自由放任」というのは、不正確なレッテルである)。それ故にシャーマン法は、取引の自由の制限を違法とし、これを継受した 2条6項は、「取引の自由」の「実質的」制限を問題にしているのである。それを、独占に弊害があるかのように書き換えてしまったことに問題がある。そのことを当然視してきたことに対し、最高裁は警鐘を鳴らし続けているといえる。
- ▶ 独禁法の制定時に、実質的制限の「実質的」の意味がどういう意味かをサロウィンに訊きに行ったとき、サロウィンが、机の上の花瓶を指して This is substance. といったという有名な逸話がある。禅問答のように見えるが、その意味は、substanceの形容詞形がsubstantialであり、「実質的な」とは、「識別可能である」という意味であるということだと思われる。
- ▶ 最高裁判決は、その識別可能性に人為性を持ってきたものといえる。市場支配力の形成・維持・強化は、正常な競争手段からも発生するので、識別基準 = 実質性の基準にならず、それゆえ人為性という基準を定立したものである。最高裁が、「競争の実質的制限」の「実質性」を人為性で解する考え方を示しており、それは、サロウィンの説明に沿う正しい解釈なのである。
- ▶ そして、それは、サロウィンの説明だけでなく、アダムスミスが説いた市場経済の利点を生かすためには、取引の自由に対する人為的制限を排除する必要があるという観点をも明らかにする定義なのである。
- ▶

4 営業の自由をめぐる半世紀前の論争

- ▶ 「取引の自由」が競争保護の根幹にあること、法律学者がその点についての認識の希薄さについての問題提起は、半世紀も前に行われている。「ひとつの論争的研究」とのサブタイトルがつけられた岡田与好『独占と営業の自由』(本澤社1975年2月10日である。添付私の未公表論文(金井古希に掲載予定)でその論争の要点を示している。
- ▶ 独禁法学者・憲法学者は、岡田教授の問題提起を正しく受け止められなかったが、岡田(1975)の発刊の3カ月後、最高裁は、薬事法事件最高裁判決により、経済法規の規制であっても自由経済体制に関する消極的規制に関しては厳格な合理性の基準を取ることを説示した。当時の憲法学上「自由」の保護の問題は、表現の自由の問題に傾斜し、経済活動の自由は保護されるものの、二重の基準論の下で、法律による制限が幅広く許容されると解されていた(小売市場距離制限に関する距離制限規定の合憲判断参照)。薬事法事件最判は、取引の自由の観点から公共の福祉に基づく規制には限界があることを説示した画期的な判決であり、取引の自由に関する岡田教授の独禁法の位置づけに関する主張の延長上にある判決であった。

上記の6つの独禁法判決は、薬事法事件最判の取引の自由の考え方を推し進めたものであること

- ▶ 上記の6つの独禁法判決は、薬事法事件最判の取引の自由の考え方を推し進めたものであるといえる。しかし、そのような指摘がこれまでなされたことはない。学説は、取引の自由が競争保護の根幹にあるというアダムスミス以来の市場原理の王道の考え方を黙殺し、「市場支配力の抑制」にあるとする考え方に執着し続けてきたのである。しかし、一連の最高裁判決は、その見方に繰り返しNOを突き付け、市場原理の王道の考え方に回帰することを促していると考えざるを得ないのである。公取委は、最高裁判決を重く受け止めるべきである。到底、事例判断であるとかnarrow interpretationといって市場支配力説に固執すべき状況にはないのである。

5 田辺論文は競争政策の正しい理解を示していたこと

- ▶ ただし、公取委は、ブラウン管事件最判後の田辺論文において、実は、アダムスミスの市場経済の理論に忠実な競争政策論を展開している。
- ▶ 同論文39頁では、「競争とは、複数の事業者が第三者との取引の買いを獲得するために行う努力にその本質があるのであり、そうした取引の機会を得ようとする努力を回避することが競争の機能を損なうことに他ならない」と述べているが、まさに、このアダムスミス以来の市場原理、競争政策の意義を正しくとらえている。同論文は、さらに「第3者に対し、取引の機会を得ようとする努力として行われていることは何かに着目したうえでそれを回避する行為が日本の独占禁止法で禁止・是正させるべきものなのであり、こうした観点から独占禁止法が守るべき競争とは何かを考える必要があると思われる。」
- ▶ 顧客獲得競争という競争の過程の保護こそが競争政策の本質であると述べている。まさしく、ブラウン管事件最高裁判決はかかる文脈から理解される必要がある判決であり、公取委はこの論文ではきわめて正確に最判についての理解を示している。
- ▶ この競争法観こそ、アダムスミスが提唱した市場原理が機能する前提である。

第3 取引の自由から導かれる最高裁の方向性と公取委実務の方向性のずれ

取引の自由と合意による取引制限

- ▶ 取引の自由から導かれる最高裁の方向性と公取委実務の方向性にずれがあることを各規制類型ごとに具体的に検証する。
- ▶ 不当な取引制限は取引の自由の制限であることに対する認識が十分にあれば、独立して意思決定が行われたか否かが不当な取引制限該当性の鍵となること、「相互性」を双務契約的に解釈したり、「事業者」を競争事業者に限定する解釈が強固に維持されることもなかったはずである。2条6項の「競争の実質的制限」を取引の自由の不合理な制限として認識できなかったことが、1990年代における価格カルテル・入札談合における審理の長期化をもたらした自縛的解釈を生んだといっても過言ではない。
- ▶ そのような状況が最高裁判決によって一掃されたにもかかわらず、CPRCの業務提携報告書は、依然として市場支配力説の立場から分析が行われている。
- ▶ しかし、米国では、水平的共同事業については、競争促進効果がある場合でも、直ちに完全な合理の原則によるのではなく、取引の自由の制限の度合いによって、(i)付随的制限、(ii)truncated rule of reason、(iii)柔軟な合理の原則、などの中間的な基準が存在し、また、共同事業では、開発段階、生産段階、販売段階の共同事業では同じように市場支配力が形成される場合でも、その市場に与える影響は異なり、きめ細かな対応が必要である 大全320-331頁の米国判例の展開を参照。
- ▶ EUでは、目的による競争制限、効果による競争制限に分けて分析され、市場支配力の形成維持強化は効果による競争制限に関するパラメーターに過ぎない。

2 取引の自由と単独行為による取引制限・排除・搾取・優越

(1) デジタル経済の問題は「排除」で対応できないのか

- ▶ 「デジタル経済のデジタルプラットフォームの行為は、排除では対応できず、搾取概念によるほかなく、搾取的濫用については、優越的地位の濫用が活用できる」という主張が行われ、それに基づき優越的地位の濫用を規制ツールとして全面に押し出している。
- ▶ しかし、排除概念のとらえ方の誤りを前提としており、競争保護の観点、競争機能維持の観点から、「排除」概念の再検討こそ先行して検討されるべきであった。

「不当な」取引機会の減少が排除の基本的概念であること

- ▶ 取引の自由が制限されると、単独行為においては、競争者の取引機会の減少をもたらすので、取引の自由の観点からは、排除の間口は、取引機会の減少をもたらす行為がカバーされなければならない。ただし、正常な競争の結果、競争者の取引機会が減少する場合(非効率的な競争者の淘汰が生じる場合)には、その行為は違法行為とみなされてはならないので、「不当に」の解釈論において競争への影響についての分析を行う必要がある
- ▶ 日本では、競争制限行為の分析・競争評価に関し、伝統的に、行為と市場効果を区別して、2段階審査を行う分析枠組みが取られてきたが、その分析枠組みに従えば、排除を取引機会の減少と位置付けたうえで、市場効果の分析により、競争促進的効果が競争阻害効果を上回る行為を除外する分析枠組みを取るべきである。
- ▶ そもそも、「不当に」を競争者の取引機会を減少する場合を排他条件付き取引と位置付けた一般指定11項は、上記の分析メカニズムを正しく規定するものであり、取引機会の減少の観点を排他性の根幹においた分析手法となっているのである。
- ▶ 排除概念を排除型私的独占ガイドラインや流通・取引慣行ガイドラインのように制限的にとらえる必要は2段階審査を前提とすれば、無用に違法行為の間口を狭め、自分で自分の首を絞めているとしか言いようがない。その結果として、「排除では規制できないから搾取だというのは、本末転倒であり、逆噴射していると言わざるを得ない。

EU競争法は「反競争的」「取引機会の減少」を問題とする解釈を取っていること

- ▶ EU競争法では、濫用行為該当性で、日本の行為要件と市場効果要件を一体的に判断する枠組みが取られているが(これは、米国も同じである)、EUの102条ガイダンスは、「反競争的」市場閉鎖が違法になるとの分析枠組みを示し、市場閉鎖効果は取引機会の減少で考えるかのような分析枠組みとなっているが、これは濫用行為という一つの要件の中で競争評価を完結させながらも、実質的には、行為と市場効果の2段階審査という分析手法で分析するものといえる
- ▶ 排除型独占ガイドラインは、102条ガイダンスに多くの具体的問題を依拠しながら、もっとも日本の分析手法に親和的なこの点を参照せず、排除行為を代替的取引先確保の困難な場合に限定する自縛的解釈がとられた(この定義は、シャーマン法2条の謙抑的執行のために米国のシカゴ学派が主張した排除概念に近似するものである)。
- ▶ 流通・取引慣行ガイドラインでも、JASRAC事件最判を活用し、垂直的制限における排除・市場閉鎖効果概念は利用抑制効果が生じる場合を含むように定義づけることが可能であり、そうすべきであった。同ガイドラインは、代替的取引先確保の容易性という基準を垂直的制限における排除・市場閉鎖効果概念に持ち込んだ。これは、執行当局が不公正な取引方法の補完性の利点を自ら否定し、自らの首を絞めるに等しい解釈である。
- ▶ デジタル経済の競争政策も、「反競争的」「取引機会の減少」を問題とすれ場、排除で対応できるのであり、搾取に向かう前に、排除概念の見直しこそが先行されるべきであった。

(2) 違法行為類型に関する排除・搾取2分論の問題

- ▶ 競争制限行為には、排除型と搾取型があり、両者が同列の2類型であるかのような前提も疑わしいものである。
「過度に高価格である」場合が濫用行為とされるEU競争法は、搾取的濫用を問題とするとされているが、そこで搾取が問題とされるのは、競争の排除を伴う政府規制(知財法による独占を含む)が存在する場合に限られている。すなわち、EUでは、「過度に」の判断において、政府規制等によって参入障壁が高いなどの状況をセオリーオブハームとして指摘しており、搾取それ自体を問題にするものではない。
- ▶ ドイツにおいても、搾取的濫用とされる利用条件の濫用にあたる場合には、妨害的濫用(EUの排除型濫用)を伴っていることが、FB事件最高裁決定(2020年6月23日)によって改めて判示されている。排除を伴わない搾取が問題になるものではなく、搾取は補完的概念に過ぎないのである。

取引の自由の観点からの2分論が重要 であること

- ▶ 取引の自由の観点からは、真に2分して考えるべきは、取引制限に合理的理由(競争促進的理由)が見出せる場合とそうでない場合である。この有無により、当然違法と合理の原則という2類型が観念されることになる。
- ▶ 最高裁判決の人為性は、まさに、不合理性を言い換えたものであり、人為性を違法判断の識別基準とすることは、比較法的にも正しい解釈である。
- ▶ 排除と搾取に関しては、競争保護のために、競争が排除されることが問題になるのであるから、排除が中心であって、搾取は、せいぜい補完的な概念である。上述した通り、搾取的濫用を問題にするEU競争法でも、政府規制等によって、参入が制限されるなど競争機能侵害がある場合にのみ用いられる補完的な概念である。優越的地位の濫用は、EUにはなく、フランスに類似の制度があるが、搾取的濫用の規制とは考えられておらず、主として購買力濫用から中小企業を保護するツールとして設計運用されており(日本の優越も制度趣旨はそうである)、支配的地位の搾取的濫用とも消費者取引に適用されるツールとも解されていない。
- ▶ 長尾氏が、最近、デジタル経済と優越的地位の濫用という題で公正取引にフランスの動向を執筆しているが、タイトルにもかかわらず、著しい不均衡規制を用いているのは、アマゾンの行った不利益変更という事例だけであり、伝統的な購買力濫用に類する事例だけである。

(3) 優越的地位の濫用を搾取型規制一般則として活用しようとするこの問題

29

- ▶ 優越的地位の濫用を搾取型規制の一般則として活用しようとすることは、上記の問題に拍車をかけるものである。
- ▶ 2条9項5号は行為それ自体に不当性が推認できる契約の一方的不利益変更のような場合が列挙されている。これを「不利益行為」一般を禁止するものと解したうえで、搾取の一般的規制と解するのは、無理な解釈である。そのような解釈は、私的自治の原理に反するばかりか、そのような解釈を取れば、優越的地位の濫用でもセオリーオブハームの立証(市場に悪影響が生じることの立証)が必要となる。そのような競争政策的考慮を行う場合、効率的でない競争者である中小企業の保護は困難となり、優越的地位の濫用の制度趣旨と異なる方向に進むことになる。

(4) 山陽マルナカ判決は、公取委の優越的地位の濫用の規制根拠に対する懐疑を示すものであると

- ▶ 公取委は、優越的地位の濫用に関して「相手方の自由かつ自主的な判断による取引を妨害するとともに、相手方はその競争者との関係において競争上不利になる一方、行為者はその競争者との関係において競争上有利になる」との論理(間接競争侵害論)を優越的地位の濫用の規制根拠として用い、搾取的濫用の一般則として用いるときのセオリーオブハームであるかのように用いている。
- ▶ しかし、その前段は、取引の自由の制限の問題であり(3条後段及び拘束条件付き取引)、優越的地位の濫用の問題ではない。後段は、違法性を何ら説明するものではない。その行為が違法行為でなければ、競争者がその行為を行わなくても違法にはならないし、違法行為であれば、競争者が並行的にこれを行っていても禁止される必要がある。要するに、競争者がそれを行わないということは、優越的地位の規制根拠の説明にならないし、搾取的濫用の一般則として用いる場合において、競争の観点からは認められないことの説明、正常な競争手段を逸脱する人為性を何ら説明するものではない。
- ▶ 山陽マルナカ事件東京高裁判決は、表面上は理由不備の違法を問題としているが、上記の間接競争侵害という論理とそれに基づく運用に対する懐疑的見方が判決の根底にあるように思われる。

取引の自由・自律性の侵害に優越の規制根拠を求めるならば、人為性の立証が不可避となること

- ▶ 伝統的に、優越を取引の自由・自律性の侵害と考えてきているが、取引の自由の問題は、競争政策の中心テーマであり、優越の規制根拠に取引の自由を持ち出していることが、裁判所がきな臭さを感じる理由である。
- ▶ 取引の自由の制限の問題であれば、自由が「実質的に」制限されていることそれ自体が結果であり、「人為性」がある場合にのみ、違法になるというのが、最高裁判決である。優越を取引の自由・自律性の侵害の問題であるなら、正常な競争手段を逸脱する人為性を立証しなければ、違法とできないのであり、その説明を欠くことは、理由付記の違法になりかねないのである。取引の自由が制限されるから違法になるという場合とは、人為性がある場合であって、「不利益」があることは、いわば、損害が発生しているという結果であり、違法な行為であることが立証されているものではない。

(5) 本来の規制根拠(私的自治・市場原理に整合する解釈)

- ▶ 実際の規制根拠は、取引の自由に基づいて両者が合意した取引条件を優位にあるものがそれを守らず、劣位のものに契約の変更を強制しようとする場合を念頭において、各類型が規定されている。つまり、濫用行為で念頭に置かれているのは、契約の不利益変更である。そうでない最初の段階で相手の不利益だから当事者間で合意した契約に介入するというのでは、私的自治は成り立たない。最近の公取委の解釈は、私的自治・契約自由の原則と整合性に疑問のある解釈であり、裁判所が公取委の解釈を支持することをためらうのは理由がある。
- ▶ しかし、優越ガイドラインにおいては、契約の変更に関し、直接の利益がない場合には違法になるという考え方をとっていたのであるから、公取委も上記の点をわかっていたはずである。その立場を破棄して、不利益行為があれば、濫用行為になるという私的自治の根幹を揺るがす解釈がとられるようになってきている。それをおかしいという声が一斉に上がらないことの方が私には不思議である。

第3 優越的地位の濫用規定は私的自治を制限できるという解釈は、自由経済の前提と相いれないこと

- ▶ 学者がこの私的自治との緊張を全く指摘しないことから、学者は、アダムスミスの思想と市場原理を歪めて解釈していることが明らかになりつつある。学説が、問題にしないのは、公取委は私的自治をオーバーライド出来る（制限する）権限があり、優越で違法になる限りにおいては、私的自治が制限されても問題にはならないと考えているのではないかと思われる。
- ▶ しかし、その解釈は、相手方の利益擁護義務を課すに等しく、私的自治を換骨墮胎せしめることになり、およそ自由主義経済の競争政策とはいえない。
- ▶ 公取委は自分たちにそのような意図はないというかもしれない。しかし、理論的には、そう解釈される可能性がある以上、ビジネスにとって重大な不確実性が惹起される。公取委は、私的自治との関係でどこから違法になるかの線引きを予見可能な形で示す必要がある。その折り合いは、優越ガイドラインが示した「直接の利益」という基準である。
- ▶ しかも、仮に、裁判所が、取引の自由の観点が優越の規制根拠であることを受け入れた場合には、公取委は、その後の事件処理では、人為性の立証を迫られることになり、結局、これまでに確立した購買力濫用、フランチャイズ、金融力濫用以外の事例に適用することは困難になるとと思われる。

デジタル経済の問題に対し、優越に頼ることは、策では対応できないといっているに等しいこと

- ▶ そのほかにも2面市場の問題に対応できないという致命的な問題もある。要するに、優越は、デジタル市場の問題に対応する規制ツールではないのである。
- ▶ 理論的にも、排除では問題にできず、搾取を問題にせざるを得ないと考えることは、すなわち、市場メカニズムは機能しないということであり、規制立法によって対応するしかないという方向に向かうことになる。つまり、「排除では問題にできず、搾取だ」というのは、競争政策は機能しない、公取委では対応できないから、規制立法で対応してくださいといっているようなものであることに気付かなければならない(実際、市場支配力説の論者からは、最近、このような主張が行われている)。
- ▶ 優越でしか対応できないかのような報告書を連発することは、競争政策によってデジタル経済に対応できないこと、競争政策の「死」を宣言しているように映るし、そのような考え方がいつ行われるようになっても不思議ではない。

(追加)GAFA問題は、競争政策の本丸で対処できる問題であること

- ▶ GAFAは、市場支配力を持っているので、それを持っていない優越に適用するのがおかしい。私的独占、拘束条件付き取引を活用すべき。
- ▶ アマゾンの規約の不利益変更の事例も優越でなく、私的独占、拘束条件付き取引、取引拒絶などが使える。
- ▶ 市場概念をエコシステムベースで考えればよい。SSNDQなどが提唱されるが、市場を競争過程ベースで考えればよい問題のように見える。
- ▶ 消費者厚生を考えるとデジタル経済自身が莫大な消費者余剰を生み出しているので、消費者厚生基準ではうまくいかないという問題。それに対処するのは、消費者余剰が生じていても参入を排除し、参加メンバーを囲い込むなど競争が機能させないようにしていれば、私的独占にあたる应考虑すべき。排除が使えなければ補完概念としての支配行為も使える(越知・営業の自由参照)。

田辺論文に回帰することー最判と競争過程の重要性を再確認することーが正しい方向性であること

- ▶ デジタル経済下において、米国では、「消費者福祉」一点張りのシカゴ学派理論が見直されているが、その見直しで重要なのは、競争過程－competitive process－である。今年のABAでも多くのpresentationでこの語が語られていた。公取委(田辺論文)も最高裁(ブラウン化事件最高裁判決)もその重要な用語をデジタル経済の前にすでに語っているのである。
- ▶ ブラウン管事件に関する田辺論文は、「第三者に対し、取引の機会を得ようとする努力として行われていることは何かに着目したうえでそれを回避する行為が日本の独占禁止法で禁止・是正させるべきものなのであり、こうした観点から独占禁止法が守るべき競争とは何かを考える必要があると思われる。」
- ▶ つまり、「競争の実質的制限」「公正競争阻害性」のいずれであっても競争保護とは、取引の自由の保護であり、顧客獲得競争という競争の過程の保護こそが競争政策の本質であると述べている。まさしく、ブラウン管事件最高裁判決はかかる文脈から理解される必要がある判決であり、公取委はこの論文ではきわめて正確に最判についての理解を示している。同論文の考え方こそが、デジタル経済のキーワードとなる考え方であり、同論文に回帰することが競争政策の正しい方向性である。

第4 CPRCにおいてアダムスミスと最高裁判例の意義を検討する研究の不可欠性

- ▶ 現在の優越の運用は、経済的弱者に対する対等性の回復を競争政策の目的にしているかのようである。それは、取引の自由を根幹に置く市場経済・最判と整合しない考え方である。最高裁判決は、今村教授の競争法観に立つものであるといえる。同教授の競争法観が学説上は継受されていないが、最高裁がその立場を鮮明にしている以上、公取委は、経済的の論理構造とアダムスミスの市場経済の原理・田辺論文に立ち返った研究、取引の自由と競争過程の保護を突き詰めた研究が要請される。
- ▶ かかる研究は、デジタル経済における競争政策を迷走させないとの観点、司法との協調の観点からも要請されていると思料し、CPRCにおいてかかる観点からの研究が行われることを期待したい。
- ▶ 15年間もCPRCで研究が行われているのに、アダムスミスに立ち返った研究が行われていないことは、ある意味驚きであるが、今日ほど、そのタイミングとして適切な時期はない。そのような研究と最高裁判決を踏まえてガイドライン、報告書が発表されるようになることを切に期待するものである。
- ▶ また「競争機能侵害」「人為性」という最高裁が定立した概念の立証活動に及ぼす影響の検証・研究も訴訟強化の観点から不可欠である。この点については、JASRAC事件の審査官主張と原告代理人の主張を比較し、「競争機能侵害」「人為性」を認識したうえで立証活動にあたった原告とそれを意識しなかった審査官主張を対比し、その違いを分析することが、その影響を検証するためにきわめて有意義と思われる。そのような研究は、司法に対し、どのように訴えていくかという実践的な結果をももたらすものべきではないかと思料される。

添付資料

38

- ▶ スライド目次
- ▶ 田辺論文
- ▶ 越知・営業の自由をめぐる論争の今日的意義
- ▶ 越知・デジタルと優越論文