

## 経済法 講義メモ

はじめに

・この講義は、2019 年度冬学期に開講された経済法の講義メモです。前半は白石教授が (p.1~26)、後半はヴァンドゥワ教授 (p.29~51) が担当しました。参考書の「独禁法講義」および授業・レジュメ等を参照しつつ、試験の持ち込み用に個人で作成したものです。図表は著作権の関係から削除していますのでご了承下さい。

参考書 (白石担当部分)

『独禁法講義 第 8 版』ただし改訂版が半年後に出るので参考書という扱い。

定期試験

持ち込みについて。紙媒体は可能。通信機器は不可

出題について。白石・ヴァンドゥワ両教授が半分ずつ。解答は日本語可能。英語でも良い

[過去の試験問題 <http://shiraishitadashi.jp/misc/exam.html>] (白石出題部分に関して)

### 1. 経済法の概要

#### 1-1 競争法の目的

競争の機能を妨げる行為を禁止しようとする法律である。価格や品質に関して帰結が適切であれば独占者がいても良いとする者もいる一方で、多くの人々が参画する機会均等の確保が競争の目的であるという考え方もある。供給者側だけでなく、需要者側にも選択肢を確保することが重要。何を誰に対して売なのか、制約なく自分で選んで良いという事が自由な経済活動の根幹である。ただし他にも様々な要素がある。あくまでも考える枠組みの一つ。

#### 1-2 弊害発生 (theory of harm) の 4 大類型

4 つに分類できるが重なり合う部分も多い。また、必ずしも条文と対応していない。弊害のパターンというより行為のパターンに即して組み立てられているからである。

##### ①競争停止 (collusion) = 競争者同士が提携すること

・カルテル…ハードコアカルテル (価格に関する合意。例として石油カルテル事件) と、非ハードコアカルテル (業務提携や環境設備などについての合意) に分けられる。

・垂直的制限 (のうち他者排除の要素の薄いもの)

##### ②他者排除 (exclusion, exclusionary conduct) = ライバルを排除すること

・取引拒絶系…原材料者に対し特定の業者に供給をしないよう働きかけること

・略奪販売系 (Predatory pricing) …安い価格で取引しそれに耐えきれない業者を排除する。例としてインテル事件が挙げられる。

##### ③搾取 (exploitation) = ある程度規模の大きい企業が、他企業ではなく顧客に対し搾取行為を行うこと

セブン-イレブン事件や、芸能事務所の芸能人に対する移籍禁止が具体例。

④企業結合 (mergers) = 株式併合なども含んだ概念。従来の競争関係が緩み、価格の上昇や搾取などの弊害が生じ得る。会社合併と同様に事後的な修正は困難なため事前の規制の必要性が高い。違反要件にも将来的な要素が含まれている。例として、新日本製鐵/住友金属工業の合併が挙げられる。

#### 1-3 競争法・反トラスト法・独禁法

主に念頭に置く法域 (jurisdiction. 一つの法体系として成立している地域) は米国・EU・日本である。この分野での様々

な言葉をここで確認する。

- ・競争法 (competition law)

現在の国際的通称。比較的最近 (1990 年代以降) に使用されるようになった。EU 競争法の重要性の飛躍的増大や新興国による受容 (アメリカではなく EU の制度の影響が大きい) が背景にある。

- ・反トラスト法 (antitrust)

1890 年以降、この分野における世界の 1 強であった米国での呼称。アメリカでは 4 類型を指して antitrust というが、EU では、他者排除と搾取のことを指す。「独禁法」は antitrust と全く同じである。1947 年に制定された日本の競争法の名称「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」を略したもの。

- ・経済法

もともとは、ドイツ語の学問分野名の日本語訳。現在の日本では、独禁法を中心とした分野を取り扱う大学の科目名であり、司法試験の科目名。

この際、覚えておくとい言葉は以下の通りである。

競争当局 (competition authority) …競争法を所管する行政当局のこと。

米国では、司法省 (DOJ) の反トラスト局 (Antitrust Division) と連邦取引委員会 (FTC)、EU では欧州委員会 (European Commission) の競争総局 (DG Competition) であり、日本では公正取引委員会 (JFTC) のことを指す。

#### 1-4 競争法と条文

- ・カルテル周辺 (垂直的制限を含む)

US は Sherman Act (シャーマン法) § 1、EU は Article 101 TFEU が規制条文。日本では垂直的制限は多くの場合は不正な取引方法とみなされる。

- ・単独行為 (他者排除の大部分と搾取)

US は Sherman Act § 2。なお、US では搾取は規制しないとされている。もっとも、連邦の法だけでなく州の法律や他の法律も存在しておりそこでの規制もありうる。EU は Article 102 TFEU。日本では私的独占・不公正な取引方法 (独禁法 2 条 5 項、9 項) を規制。

- ・企業結合

US ではクレイトン法 7 条、EU は EUMR (ECMR) が規制条文。日本では独禁法 10 条、13~17 条。

結論としては、条文は少なくとも最初はあまり見なくてもよい。良くも悪くも世界に開かれていて国際的に共通の議論がかなりの程度行われている。お互いの条文は知らないが英語で議論されている。

そこで育まれた共通の考え方を、法域ごとに調整しながら、最後の最後に自法域の条文に当てはめている、というイメージ。最後の段階は基本的な考え方を日本国内で実際に適用していくための手続き。その法域に特有の条文によって議論が規定されることはあるが、さほど重要でないものが多い。司法試験界限で「条文選択が重要」と言われるのは別の事情。日本の条文の細かなことに端を発する議論は全て無視してよい。

どの違反要件に依拠して議論するか、が重要。微妙に違反要件が変わってくるためである。

例：インテル事件を取引拒絶系と考えればコスト割れが違反要件とならない、略奪販売系と考えればコスト割れが違反要件となるかもしれない。

## 1-5 エンフォースメントの概要

違反したらどんな措置が待っているか？措置がもしない場合、規制を遵守させるのは難しい。一方、違反して苛烈な措置を課した場合ひずみが生じる。この二つの調整が鍵に

競争法の車の両輪…違反要件とエンフォースメント。エンフォースメントの強弱は違反要件に変容を加える場合がある。相互に密接に関連しながら競争法の全体像を形作っている。

- ・競争当局（公正取引委員会）による non-merger エンフォースメント

①命令＝違反があると明白に認定できる状態の時に是正を求める措置

- ・排除措置命令（措置命令、cease-and-desist order、remedy）

違反行為の取りやめと再発防止（再発を防ぐ仕組みづくりなど）

- ・課徴金納付命令（fine、administrative fine）…違反者に対し金銭的負担を課す。EU、日本（アメリカにはないとされる）にて規定あり。全ての違反類型に適用されるわけではない

- ・命令の司法審査（judicial review）

命令が不当ではないかを受け手の側の訴えに基づいて審査

②確約認定 commitment decision（US では consent decree）…違反の疑いのある段階で修正すれば命令あるいは課徴金負担を取りやめるという制度。会社にとっても迅速にビジネスを再開できる。当局としても争われることが減るのでメリットがある（もっとも EU には第三者による起訴があるらしい）。

③警告・注意…法定外の処理である。警告は、法定の処理をするに足る証拠が得られないが違反の疑いがある場合に行う。注意は、証拠が得られないが違反につなげるおそれのある行為がみられた場合に行う。

- ・刑罰

実際にはハードコアカルテルのみにかかることに注意

US、日本（EU レベルではない。各国レベルでは存在）

競争当局が何らかのイニシアティブをとることになっている法域が多い。日本では憲法 96 条。US では実刑の例が多数、日本は実刑の例はない。

- ・企業結合審査手続（merger review）

事前の規制が特徴である。どんな企業結合がなされようとしているのか政府が事前把握する必要がある。

例：メルカリが鹿島アントラーズを買収する際に、30 日経過して子会社になったが、その間に審査された。もし終わらない場合には二段階で行う

事前届出→事前審査→クリアランスまたは禁止命令という流れ。クリアランスは、問題解消措置（remedy）を条件とするものと、無条件のものがある。公正取引委員会からの意見なども考慮して実行される。なお、禁止命令は、日本では 50 年くらい例がない。

- ・民事的エンフォースメント

民事裁判を通じて独禁法の考え方が実現される事がある。民法 709 条に基づく損害賠償（damages recovery）がメイン。

US では 3 倍賠償（treble damages）やクラスアクション。

差止請求（injunction）は独禁法 24 条に規定されている。被害者が行為者を原告として提起できる。

独禁法に違反したからといって直ちに無効になるわけではない。最終的には民法 90 条等に基づいて決定される。

## 2 違反要件の構造

### 2-1 総論

3 つに分類できるが、明文化されているわけではなく絶対的なものでもない。

#### ①行為要件（を充足する行為）

様々なパターンがあるため各論でみていく。この講義では「ハードコアカルテル」から「企業結合」まで。

#### ②弊害要件（を充足する弊害）

基本的には各類型に共通しているため総論として取り扱う。しかし各論でも若干触れる。類型ごとに例外や特殊発展理論がある。

#### ③（行為と弊害との間の）因果関係

こちらも基本的には各類型に共通しているため総論として取り扱う。弊害要件と同様、各論でも触れる？

整理すると以下のようになる。

行為要件…総論では触れないが、企業結合や価格協定などの暗黙の前提になることはある。

弊害要件…より具体的には、①市場、②反競争性があること、③正当化理由がないこと

※市場という概念は、上記の反競争性や正当化理由といった要件を判断するための土台となっていることに注意。

### 2-2 弊害要件論

#### 2-2-1 反競争性（抽象的基準）（anticompetitive effect）

・競争法は昭和 22 年ごろ成立。その頃から反競争性の要件は示されていた。

「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形成・維持・強化することをいう」（公取委のガイドラインからの引用）

自分の価格等を短期的に左右することは誰でもできる。しかしそれだけでは販売量・売り上げが伸び悩むだけで市場を左右できない。市場全体の競争変数を左右する場合に問題となる。

・競争変数（competition parameter）＝「価格、品質、数量、その他各般の条件」の総称

当初は、（少なくとも日本では）白石が用いた造語だった。最近、プラットフォームにおけるプライバシー保護の程度や表現の自由の程度なども自然に読み込める抽象概念として定着。これをプラットフォームのサービスの質を判断する基準にもなりつつある。価格に偏重して注目しているのではないかという批判に対し、価格以外にも様々な考慮要素があるという当局の反論がある。実際には価格に偏って注目していることが多い。

#### 2-2-2 市場の概念

同一需要者に商品役務を供給しようとする複数の供給者の営みを「競争」と呼び、そのような競争が行われる場を「市場」と呼ぶ。抽象概念であり、物理的なハコモノは必要ない。日本独禁法 2 条 4 項は、それをうまく表現している。複数の需要者の競争も当然存在する。

この法律において「競争」とは、二以上の事業者が……次に掲げる行為をし、又はすることができる状態をいう。

- 一 同一の需要者に同種又は類似の商品又は役務を供給すること（売る競争）
- 二 同一の供給者から同種又は類似の商品又は役務の供給を受けること（買う競争）

需要者と供給者がいてそれらが競争する場が市場である。注意点として、供給者と需要者は直接に取引するとは限らない。この場合、市場は複数の取引段階を超えて成立する。

・市場の構成要素

①**需要者** (customer)

消費者との異同…消費者には法人・企業を含まないが需要者には含まれる。外国文献における consumer は、消費者の意味で用いる場合も、需要者の意味で用いる場合もあるので注意が必要である。

②**供給者** (supplier)

③**商品役務** (product/service)

商品と役務の区別は非常に困難であるので便宜上このような呼称になっている。

2-2-3 市場画定 (market definition)

特定の事案における市場の範囲を見定める作業。弊害要件の成否を判断するため、あるいは供給者の市場シェアを算出するためなどの目的がある。「definition」といっているが、市場の概念を一般的に「定義」という意味ではない。目の前にある事案を処理する際にそこにある具体的な市場を定義するということが行われている。上記「市場の概念」のような考察は、ほとんど行われない。

・検討対象市場 (relevant market)

「関連市場」はよく使われるが英和辞典に影響された悪訳。検討対象市場となり得る市場は複数あり、また全てが判決において言及されるわけではない。

垂直型企業結合における検討対象市場は主に川下市場で川上市場は関連市場 (related market) として付随的に問題となる。原材料者と供給者が結合した場合に市場にいる他の供給者へ取引拒絶するのではないかという懸念がある。Y と A との企業結合による取引拒絶等の懸念が直接に現れるのは川上の市場ではないかと思われるが、川下市場で B や C が排除され A が独占する事になるためこのような思考になる。

・供給者の範囲の画定

需要者からみて選択肢となる供給者の範囲 (**需要の代替性**=demand substitutability) でもって画定

次の 2 分類がある、というのが世界的な教科書の説明だが、どちらかといえば枝葉の話である。

商品役務の範囲 (product market definition)

地理的範囲 (geographic market definition)

・需要者の範囲の画定

供給者の範囲の画定には、需要者とはどのような人たちかという話が不可欠であり、それを先にやるべきではないか？

需要者を確定しているのではないかと考えられる事例として以下のようなものがある。

・東宝／スバル事件

有楽町における映画館の合併が問題となった事例。他の地域にも映画館はあるのになぜ独禁法違反になるのか？有楽町にわざわざ来て映画館を選びたいという需要者がいるのだからその市場においては違反になるという結論。

#### ・NTT 東日本事件

光ファイバーによるインターネット接続サービスである FTTH が問題となった。ADSL のシェアが大きく光ファイバーのシェアは低かった。光ファイバーでも ADSL でもどちらでも良いと思っているユーザーはいるが、今後光ファイバーでも良いと考える人が爆発的に増えるとして違反とした事例である。

#### ・ヤマダ電機／ベスト電器事件

ヤマダ電機とベスト電器が企業結合する際に、ヤマダ電機とベスト電器しかない地域（例：種子島や秩父など 10 地域）に注目すると、その地域においては独禁法違反になる

上記事例に関連した最近の問題：アマゾンについて。教授の考えとしては、交通事情からアマゾンに注文すると日にちがかかる。それなら地元の電気店に行く。もしそうした事実認定があるなら Amazon は競合企業としてカウントせず、なお独禁法違反になると考えられる

つまり、需要者の画定が先に行われている。他の需要者とは嗜好が異なっているような需要者を発見し、それと同様の考えを持つ需要者をグループ化する作業である。そして需要者からみた供給者が画定される。あくまで需要者の画定と供給者の画定の間をいったりきたりしている。結論としてそういう思考プロセスになっているという話。

事例にもよるが、「○○を需要者とし、□□を供給者として、☆☆を供給する市場」と表現できるのが理想的。例えば、「地理的範囲」にも 2 層ある。需要者の地理的範囲と、供給者の地理的範囲である。

参考：SSNIP (small but significant and non-transitory increase in price)

商品  $\alpha$  を供給する全ての供給者が 5% の値上げをすると仮定した場合、それでも供給者の利益が減少しないならば需要者が他に選択肢を持っていないと考えて  $\alpha$  だけで市場を画定する。供給者の利益が減少するならば需要者が他の選択肢を持っていると考え、 $\alpha$  と  $\beta$  について同様の作業をする。そうして最終的に市場を画定するというテストである。

### 2-2-4 反競争性（具体的基準）

（価格等の）競争変数が左右される状態のことを指す。

議論の出発点として、単独行動による反競争性（unilateral effects）と協調的行動による反競争性（coordinated effects）という二分法があるが、両者の区別は難しい。法律の適用の場面において区別する実益は乏しく、中間的な事例を取りこぼす事になる可能性がある。

認定の手法として牽制力（競争圧力）の有無（competitive constraint）がある。牽制力がなければ反競争性がある、あれば反競争性がないと認定する。牽制力に関する具体的検討を見ていく際のキーワードは、**能力**（ability）と**意欲**（incentive）である。どちらかが欠けていれば牽制力はないと考える。

#### ・牽制力の分類

これらは理解を深めるために分類しているだけであり、全てに当てはまらなければ反競争性が否定されるわけではない。平成 26 年度相談事例 8 では、内発的牽制力だけでなく、他の牽制力も併せて総合判断している。

##### ①内発的牽制力

行為者の内部で内発的に反競争性を否定する力が働く事がある。A が B の株式を 23% 取得する場合だと、A と B に競争を続ける意欲と能力があれば内発的牽制力があるとされる。こうした少数株式取得や業務提携（契約で運送などの一部事

業だけ提携するなどが例)など、当事者が一体化しない場合に必要な議論である。業務提携の場合、その提携部分に注目すると独禁法違反にあたる可能性もある。商品が非常に高価で、その提携部分の費用は微小だった場合、価格には影響しないとも考えられる。そこで、共通化割合という概念で議論を行う。共通化割合が大きければ大きいほど、内発的牽制力は期待できない。

#### ②他の供給者による牽制力

キーワードは、他の供給者の供給余力(能力)と、協調的行動の傾向の有無(意欲)である。前者は、供給量増強の余地、あるいは新規参入の余地を指している。後者の判断要素として、各供給者が他の供給者の行動を予測しそれに合わせる事が容易であるかなどが挙げられる。

#### ③需要者による牽制力

供給者との交渉力(能力)とは、高い交渉力を持つ需要者が値上げを阻止したり思いとどまらせる能力である。

値上がり購入分の川下への転嫁能力(意欲)とは、その能力を本当に発揮するような需要者であるかどうかということ。交渉力があっても、川下市場に転嫁すれば良いと考えたならば、交渉力を発揮しない可能性がある。川下の市場で競争が激しいと、供給者と値段交渉をするインセンティブが増える。川下市場での競争に勝ち抜くため、中間の業者は極力川上市場から安く買い入れようとするからである。逆に川下市場で競争が激しく発生していない場合、中間の業者は川下の需要者にその値上げ分を転嫁できるため、値上げ交渉をするインセンティブは低くなってしまう。

#### ④その他の牽制力

例えば、後出の新幹線飛行機問題や、市場シェアと市場集中度指標 HHI などである。

後者は、A 社=40%、B 社=30%、C 社=20%、D 社=10%の場合、それぞれ二乗して足すと HHI は 3000。C 社と D 社が合併したときの HHI は 3400。規模が比較的小さい C と D が合併する場合も、競争法違反になる可能性がある。なお、それぞれの市場シェアを確定するために市場画定が行われる。決定的な要素ではないが、目安になる。

### 2-2-5 市場画定と反競争性の総合的理解

市場画定と反競争性の成否判断は一部で重なっており、片方だけでいいという議論も存在する。

#### ・市場画定不要論

UPP=upward pricing pressure (価格上昇圧力。価格が上がっているといえればいいという立場) が立証されれば十分という立場

#### ・市場画定不要論への回答

市場画定は、プロセスとしての法的判断(弊害要件成否の判断)の中間段階である。判例を読む際には、判断プロセスが一瞬で行われているように見えるが、そうではない事に注意する必要がある、時間軸のズレを意識することが重要である。その典型例が、企業結合審査手続である。そこでは、大量の企業結合事案を絞り込むため、市場シェアを計算し、HHI を計算して、問題の起こりそうにないものを落とす(早期にクリアランスする)ことが行われている。市場画定段階で、狭く明確に絞っておき、そこで一旦は無視した要素を反競争性成否の判断の段階で考慮される。

#### 平成 23 年度企業結合事例 2 (新日本製鐵/住友金属工業事件)

鋼矢板に関する事例。鋼矢板は地下鉄の工事現場で崩落を防ぐために使われる。需要者は建設会社で、コンクリート壁工法も選択肢としてあるから違反にあたらないと主張するが認められず。市場確定の段階では鋼矢板のみの市場で判断し、反競争性の段階では隣接市場たるコンクリート壁工法をも考慮要素に入れ、競争圧力になると判示している。つまり、市場確定の段階では広めにとって事例を見落とさないようにし、その後反競争性の段階でじっくり議論している。因みに、

市場画定不要論を採っても、需要者は誰か、を画定する必要はなお残る。企業結合規制ならよいが、非企業結合 non-merger では課徴金・罰金をかけなければならず、事案の規模を把握する必要がある。

## 2-2-6 正当化理由

元はその存在を否定する論者も多かった。近年になって議論が発達してきている。反競争性があっても正当化理由があれば違反にならない。正当化理由の立証責任は行為者側にある。

### ・正当化理由の判断基準

目的の正当性と、手段の必要性を主に考慮する。加えて、反競争性の程度を上回る強い正当化理由を要するとされる。

### ・正当な目的の諸種

不適格な事業者や商品役務を排除するために必要な行為は正当化理由となりうる。不適切な業者に取り引拒絶しても問題ないという考え方である。また、知的創作や努力のためのインセンティブ確保も正当化される。

普通の特許の場合、特許権者が特許を行使してある者に使用を許可し別の者には使わせないといった差別的取り扱いが許容される。もっとも、行為者が相当の労力・資金を投入していることが前提となり、そう出ない場合には正当化されにくい。また、FRAND 宣言（誰に対してもライセンスするという宣言）をした SEP（標準必須特許。標準規格に準拠した製品を製造するには利用することが必須の特許権）の場合は、定着後インセンティブ確保のために拒絶することは正当化されにくい。

物理的・技術的・経済的な困難や効率性向上・競争促進効果も正当化理由となりうる。A と B が合併して価格を左右する力・反競争性が生まれるが、効率性が向上し結果として価格が下がるという事が論理的にはあり得るか、という議論が後者である。こうした効率性が考慮・認定されるための 3 条件として、①その行為（企業結合など）をしなければ得られないこと（merger-specific）、②効率性向上の実現可能性、③需要者への還元があることが挙げられる。

複数事業者が共通リフト券を販売するとき、共同行為によって値段が上がることを防ぐため、事業者が単独でリフト券を安く売ることもできるようにすれば、高額になり過ぎたとしても競争変数の悪化を食い止めることができる。志賀高原索道協会警告では、こうした単独販売が禁止されていたことで③の要件を満たさなくなる可能性があったことが決定的だった。

公共性や業績不振の他の供給者の救済（破綻企業論 failing firm defence）も正当化理由になりうる。正当化理由としての破綻企業論と、因果関係論としての破綻企業論があり、後者は米国や EU で、「業績不振で潰れようとしている供給者を吸収せず放置したとしても当該供給者の顧客である需要者は救済者に吸い込まれたはずであり、救済的な企業結合の後に反競争性が起きるとしても企業結合行為と反競争性の間に因果関係がない」と説明される。

## 2-3 因果関係

日本では要件の存在を否定する意見が強かったが、今では事例が増えている。理論体系として明示的に受け入れるものが少ないだけである。

### 2-3-1 並行行為（並行的他者排除行為）

複数の者がそれぞれ排除行為を行っているため、それらの影響が相まって他の事業者が排除される場合がある。相互に石の連絡があれば違反といえそうだが、連絡があるといえない場合は厄介である。



### ①並行的排他的取引

### ②並行的廉売

仕入れ価格の高い行為者が、仕入れ価格の安い競争相手に対抗するうちに継続的にコスト割れ廉売をした。ここでは排除措置命令をせず警告をするにとどまった（福井県並行的ガソリン廉売）。

### ③並行的企業結合

## 2-3-2 特殊条件

・検討対象市場における競争がもともと活発でなく、弊害要件が満たされていた状態だったならば、今回の行為が弊害を引き起こしたとはいえず、違反にならない。製紙業界においては、一斉価格改定がしばしば観察され、協調的行動がみられると認定された（平成 27 年度企業結合事例 1 日本製紙／特種東海製紙）。

#### ・競争を期待できない場合

市場（需要者）が小さすぎる場合には違反にならない。対馬圏では、競争事業者は存在せず、また複数事業者で需要を分け合うと採算が取れず競争維持が困難になるから競争制限にならないと判示した（平成 30 年度企業結合事例 10 ふくおかフィナンシャルグループ／十八銀行）。

#### ・近い将来はいずれにしても弊害要件を満たす状況になることに注意。

### 因果関係論としての破綻企業論（前述）

キャンシステムを救済するため USEN が株式取得を行った。キャンシステムの顧客が USEN に切り替えることは容易であり、また倒産したら USEN に取り込まれる蓋然性が高いということから違反は認められないと判示した（平成 30 年度企業結合事例 7 USEN-NEXT HOLDINGS／キャンシステム）。

## 2-4 新幹線飛行機問題

検討対象市場のなかにサブマーケットが画定されるか、という形で、昔から議論されている。

米国では以下のときサブマーケットを画定

### ①供給者が特定の需要者を他から区別して価格設定できる（discriminatory pricing）

### ②他の需要者からの横流し（arbitrage）がない

東京から大阪までの移動手段を考える時 JR 東海は「飛行機に乗れず新幹線しか選べない需要者」を他から区別して価格設定できるか。新幹線しか乗らない客にだけ高くチケットを売ることができるかということ。もしできないなら客が飛行機を利用するので価格を高くできず「新幹線だけの市場」は成立しないのが米国流の議論。

しかし、教授曰くそれは「新幹線だけの市場」が成立しないのではなく、「新幹線だけの市場」は成立するが、そこで反競争性が発生しないということなのではないか。一定の需要者にとっては新幹線しか選択肢がないが、どちらでも良い客の存在のおかげで高い価格になることが阻まれているからである。

#### ・NTT 東日本最高裁判決の調査官解説

「FTTH サービスしか選択肢としないという需要者」を他の需要者から区別できないことを前提としつつ、FTTH サービスが、「隣接市場を侵食しつつ急速に拡大している」ことを根拠に、「FTTH サービスしか選択肢としないという需要者」だけを念頭に置いた市場を検討対象市場としても同事件の NTT 東日本の行為によって反競争性は発生したと考えた。

客を区別できないならば狭い市場は成立しないという米国流の議論からは出てこない思考である。

・personalised pricing について。デジタル技術の発達により、企業にとって特定の需要者を他から区別して価格設定をすることが容易となっているのではないか？

### 3 ハードコアカルテル

#### 3-1 総論

競争者同士の共同行為であって、行為要件が満たされれば高い確率で違反となり、強いエンフォースメントの対象となるもの。供給量・購入量、市場占有率、取引の相手方のいずれかを実質的に制限することによりその対価に影響することになる不当な取引制限である。価格協定（price fixing）、数量の協定、市場分割協定（market allocation）などがそれに当たる。

日本では、課徴金の対象となる不当な取引制限の要件が、それに合致するように作られている。

独禁法7条の2第1項（令和元年改正後）

不当な取引制限……であつて、商品若しくは役務の対価に係るもの又は商品若しくは役務の供給量若しくは購入量、市場占有率若しくは取引の相手方を実質的に制限することによりその対価に影響することとなるもの

#### ・ハードコアカルテルと非ハードコアカルテルの違い

ハードコアカルテルは、行為要件を満たせば弊害要件も満たす可能性が高いため、行為要件を満たすか否かが焦点になるのに対し、非ハードコアカルテルは多くの場合公然と行われ行為要件は満たしてしまうので、弊害要件を満たすか否かが焦点となる。

また、ハードコアカルテルは課徴金の対象ともなりし刑罰もある。悪質な違反行為であるとされるだけに厳しい措置が課される。一方非ハードコアカルテルは、排除措置命令となる可能性も低く、排除措置命令の対象とはなるが課徴金や刑罰の対象となることは少ない。

#### ・当然違反と原則違反

当然違反とは、特定の要件を満たせば、他の要件の充足の立証を要せずに違反となるという考え方。USでは per se illegal、EUでは illegal by object といわれる。ハードコアカルテルについて、行為要件を満たせば…と考えられている法域は多い。反義語として原則違反がある。（成否を通常通り判断して）弊害要件を満たすということ。USでは rule of reason、EUでは illegal by effect。日本では、ハードコアカルテルでも、条文上行為要件以外に要件（特に弊害要件）があるので、行為要件を満たせば原則として違反となる、というスタンス。

以下、伝統的な論じ方に従い、意思の連絡と相互拘束についてみていく。

#### 3-2 意思の連絡

意思の連絡と合意（agreement）はほぼ同じ意味。意思の連絡があることの立証にはしばしば困難が伴う。

そこで、間接事実の積み上げや減免制度等による直接証拠の入手という手段が用いられる。間接事実の積み上げの具体例として、異性化糖等加藤化学事件や、段ボール用でん粉加藤化学事件がある。

#### ・ハブ&スポーク

競争者ではない他者を介して間接的意思の連絡が行われる場合や、競争者も同じ条件に従うことを確認したうえで相手方と取決めをした場合などが当たる。有力な取引先がハブとなり、各競争者がスポークによって束ねられたとして議論される。ハブと個別の競争者の合意は垂直的合意であるからそれ自体は問題とならないが、複数の垂直的合意が集まり、それ自体が競争者同士の意思の連絡に至っていると認定される場合にはハードコアカルテルの問題となる。各競争者の行為が独自の判断に基づくかどうか、各競争者は他の競争者も同様の行動をとることを条件としてハブと合意したかが考慮要素となる。

ハブが川上にあるパターンと中間にあるパターン。ハブと小売との三本の垂直的な取り決めがあることで、もし意思の連絡がなくても小売同士の水平的な連絡もあるとみなすことができ、小売同士のハードコアカルテルとの認定ができる。あくまで認定の技術の問題である。

### 3-3 相互拘束

意思決定に制約が生じていれば「拘束」に当たると考えられている。一方的な拘束は含まず、拘束の当事者が競争関係にある必要もないとされる。講義では扱いが薄いので無視して良い。

### 3-4 弊害要件と因果関係

ハードコアカルテルの場合、これらの要件は自動的に満たすといつて良い。

### 3-5 違反要件の応用的問題

#### 3-5-1 入札談合 (bid-rigging)

基本合意と個別調整の2層構造である。3社が入札し一番安い社が落札するのが競争入札。ところが疲弊を防ぐためABCが話し合い競争をしないのが入札競合である。抽象的な基本合意に具体的な調整が逐次行われる。基本合意とは、「官公庁等からの発注があるごとに受注予定者を決め、その者が何円で入札するかを他の談合メンバーに通知し、他の談合メンバーはそれより高い価格で入札して予定者が落札できるようにする」といったもので、個別調整は、個々の案件について決定する行為である。

公取委命令事件では、基本合意は違反要件、個別調整は課徴金事件として論じることになっている。刑事事件では、基本合意も個別調整も違反行為と扱っている。

#### 3-5-2 移籍制限ルール

引き抜き禁止協定 (No-poach agreement) やプロ野球のFA制度などが具体例。

ハードコアカルテルの定義や反競争性は満たしている。正当化理由が必要であり、目的と手段を具体的に見る。右図は公取委のスポーツ移籍制限ルールの考え方。

### 3-6 課徴金・刑罰

ハードコアカルテルに対し、排除措置命令と損害賠償のほかに課される。

米国では刑罰がメイン。法人と自然人従業者が対象であり、法人は基本的に罰金、自然人従業者は実刑あり。DOJが提訴し裁判所が判断する。

EUでは課徴金 (fine) が中心的である。欧州委員会が命令することが多い。裁量的で高額になりうる。

fineの意味 ① 課徴金 (行政当局によるものの場合) ② 罰金 (刑罰に分類されるものの場合)

①を「制裁金」と呼ぶ例が多いが、少なくとも現時点では、あまり必要性のある用語ではない。かつて、日本独禁法の課徴金について、「課徴金は制裁でないから刑罰と並存しても日本国憲法39条後段の二重処罰禁止に抵触しない」と言われていた時代に、制裁的色彩の強いEU (当時EC) の「fine」を「課徴金」と訳したのでは具合が悪いと感じた向きが、敢えて「制裁金」という訳語を作り出したものと思われる。しかし、独禁法の平成17年改正 (2005年) 以後は、日本独禁法の課徴金に制裁的色彩がある (それでも二重処罰禁止に抵触しない) ことを前提とした説明がされるようになっていく。したがって、「fine」にわざわざ「課徴金」とは異なる訳語 (「制裁金」) を充てる必要性は失われているように思われる。所詮、日本語というコップの中の、日本法上の都合に基づく表現の揺れに過ぎない。①は「administrative fine」と呼ばれることも多い。

日本では課徴金と刑罰の両方がある。

### 3-6-1 課徴金

公取委が命令して課す。運用は非裁量的であるが、柔軟な適用を目指して制度改革が進行している。

実行期間における商品役務の売上額や違反によって得た不当利益をもとに算定率を乗じて算出するという発想を基本として、計算式を法定している。刑罰と同時に課しても二重処罰に当たらないとされる。公取委が改めようとして種々動いたが反対等があつてうまくいかなかった結果が令和元年改正。

### 3-6-2 刑罰

公取委が告発し検察が起訴するという手続。条文は独禁法 74・96 条。日本では自然人も法人も実刑の対象になるがこれまでに実刑なし。執行猶予がついている。

### 3-6-3 減免制度 (leniency)

公取委に対して不当な取引制限に該当する違反行為に関する報告・資料提出をした違反者に対しては、課徴金の免除または減額という恩典が与えられる制度。司法取引の一つと考えられる。直接証拠が多く獲得される点でメリットがある。違反者自らが通報する点でその他の通報制度と異なる。

①行為は隠密に行われることも多く行為要件（合意）の発見・立証が難しい、②近年違反行為が巧妙化していることからその抑止・制裁の必要性が大きい、③課徴金・刑罰が重い（から当局に協力しやすくなる）、④違反者が常に複数いるため裏切りの促進が図れることが背景にある。

・よくある議論

社内調査で発見したとき減免申請 (leniency application) すべきか否かが社内で問題となる。課徴金と刑罰が免除されても損害賠償は負わされるためデメリットも大きく減免申請が減っているといわれる (?)

・減免申請後の調査協力

法的安定性（予見可能性。本当に言われた通り救済されるのか？） vs 協力の継続的確保。減免の順位を確保した違反者は公取委の調査に協力しなくなってしまう。協力の確保のためには餌が必要だが、救済をしすぎるとそれを実現しなければいけなくなり法的安定性が小さくなるという問題点がある。

令和元年改正後の独禁法 7 条の 5

## 4 非ハードコアカルテル

### 4-1 総論

非ハードコアカルテルとは、競争者との部品共同購入、競争者との物流共同化、競争者からの製品の OEM 供給（自社の商品役務の一部を競争者から自社ブランドで製造して供給してもらうこと）などである。行為要件は満たすが弊害要件を満たすかどうかの判断が出てくる。これらは競争者と事業の一部を共通化する行為であるといえこれが反競争性をもたらさないか問題となる。ここで鍵となるのが共通化割合である。

### 4-2 共通化割合

内発的牽制力の状況を知るための指標。共通化割合が高いほど内発的牽制力は期待できない。反競争性の成否は内発的牽制力だけで決まらないことに注意。

## ・平成 26 年度相談事例 8

四つの要素が示されているが、全ての要件を満たさないと違反というわけでもない。他の供給者による牽制力などを考慮し、あわせて正当化理由との比較衡量をして総合的に判断する。

最終的な販売段階の価格等のセンシティブ情報が競争者に共有されると、それは共通化割合 100% になりハードコアカルテルになってしまう。それを防ぐ措置が取られることがある。

## ・共同購入

①川上市場での買う競争への弊害の有無（共同購入者が需要者となる市場）

購入価格を揃えるので購入価格カルテル（ハードコアカルテル）だが、例外的に弊害要件の成否を論じ、市場シェアが低いことを根拠に違反なしとする。

②川下市場での売る競争への弊害の有無（共同購入者が供給者となる市場）

通常の業務提携と同様、内発的牽制力の有無（共通化割合の低高）を含み、弊害要件の成否を総合的に判断する。

参考：平成 13 年公表相談事例 12（共同調達ウェブサイト）

「①その対象となる原材料等の需要全体に占める共同購入参加者のシェアが高い場合又は②製品の販売分野における参加者のシェアが高く、製品製造に要するコストに占める共同購入の対象となる原材料等の購入額の割合が高い場合（＝共通化割合）には、独占禁止法上問題が生じる。」

## 5 垂直的制限（vertical restraint）

### 5-1 垂直的制限の全体像

以下では、競争停止の観点からの問題のみを取り上げる。

他者排除は他者排除のなかで、搾取は搾取のなかで考察する。他者排除は場面によっては搾取となる場合もあり得る。Y が Z に対し他の業者と取引したら購入を拒絶すると拘束をかけていた場合、Y が Z を搾取しているとも考えられる。

### 5-2 価格制限

卸売業者が消費者に売る価格を生産者が拘束するのが価格制限。行為要件が満たされれば弊害要件も充足され、原則違反となる。ただし US の Leegin 判決について当然違反ではない。行為要件を満たすかが焦点（ハードコアカルテルと同じ）

### 5-3 非価格制限

価格の制限と異なり、弊害要件も通常通り検討する。基準はほぼ同一である。

#### 5-3-1 販売地域の制限

卸売の地域を制限するだけで内容は変わらない。地域を割り当てても小売業者同士に競争がある場合にはこれに当たらないとされる。価格維持効果がある場合には弊害要件を充足する。反競争性とほぼ同じ規範である。

「非価格制限行為により、当該行為の相手方とその競争者間の競争が妨げられ、当該行為の相手方がその意思で価格をある程度自由に左右し、当該商品の価格を維持し又は引き上げることができるような状態をもたらすおそれが生じる場合をいう。」（流通取引慣行ガイドライン第 1 部 3(2)イ）

## ・受動的販売（passive sales）

販売地域の制限については、「受動的販売の制限」の場合には特に厳しく見られる。

例：大田区にトヨタの販売所があったとして、多摩川の向こう側から顧客が買いに来ることを禁止するのが受動的販売の

禁止。能動的販売（Active sales）はトヨタが神奈川まで顧客を探しに行くこと。受動的販売も禁止している場合の方が能動的販売を禁止しているよりも違反となりやすい。日本では価格維持効果があるとみなされる。EU では、国ごとに分割している場合には特に敏感である。「単一市場（single market）」の理念に反するため。

#### ・応用問題（受動的販売制限仲裁）

X が Y に対し、英国での独占販売権を付与し、これに伴い、X には他の者による英国での販売の防止義務が発生した。それにもかかわらず、他の者である d による英国での販売が行われていた。販売防止義務には受動的販売の防止義務を含むか？契約の解釈として、受動的販売も防止する義務があると判断された。また、実際に行われた d による販売は受動的販売であったか？仮に受動的販売は防止する義務がないとしても、d の販売が受動的販売であったことについて、X には立証責任があり、X はそれに成功していない。結果として、d による販売の容認は X の販売防止義務違反であり、Y の勝ちという帰結になった。

### 5-3-2 販売方法の制限

平成 10 年の資生堂・花王事件が代表。小売店がインターネット販売をしようとして、それを生産者が制限する際にどう判断するか？例として、人体に害を及ぼす可能性がある商品を販売する際に説明義務を課すなどの措置があるがそこに合理的理由があるかどうかを判断。求める販売方法に合理的理由がある場合には正当化されうる。

### 5-3-3 選択的流通（selective distribution）

4 つ目の類型というよりは、他の観点から見たものと解するのが相当。生産者が条件を満たす販売店のみに卸すということ。販売店を選別する条件の内容に応じ、価格制限であったり地域制限であったり販売方法制限であったりし、それぞれについていわれている基準を当てはめればよいだけではないか。

### 5-4 最惠待遇（MFN）条項（=parity clause とほぼ同義）

取引相手方に対し、自らを競争者などと同等またはそれ以上に取り扱うよう求める行為が問題となる。同等性条件とも呼ばれる。Amazon のようなプラットフォーム事業者がそのような行為を行なった場合、出品者の事業活動を制限する効果や、他のプラットフォーム事業者を排除する効果が生じる可能性。同一価格に陥り競争停止になってしまうという帰結になりかねない。提供者の競争においても同様である。

#### ・事例（旅行予約サイト MFN 条項）

宿泊予約を仲介するホテル・旅館との契約に、競合するサイトやホテルの自社ホームページなどと同等以上の客室料金などを掲載するよう求める確約条項により、宿泊事業者のビジネスを不当に拘束し、意思の連絡がないにもかかわらず結果的に価格に下限が生じる弊害が起こった。結局、独禁法違反の疑いが持たれる契約条項を廃止した。

### 5-5 非係争条項

行為者が、取引相手方に対して、取引相手方が保有する知的財産権を行使しないようにするという非係争義務を課して拘束すること。行為者の検討対象市場における有力な地位の強化につながる場合や、取引相手方の研究開発意欲を損なう場合には、公正競争阻害性があるとしている。日本ではクアルコム非係争条項審決があったので非係争条項が話題になることがあるかもしれないが、外国ではあまり話題になっていない。外国で話題のクアルコム事件は単純な他者排除被疑事例である（一部で搾取を含む）。

## 6 他者排除

### 6-1 違反要件の構造

排除は、人為性と、排除効果の二つの要素に分けられる。

#### 6-1-1 行為要件

人為性は、自らの商品役務の優秀さを武器として競争すること（competition on the merits）以外の要素が存在することである。人為性が行為要件として考えられている。これだけでは違反にならない。

#### 6-1-2 弊害要件

中身としては排除効果が挙げられる。排除効果とは、「検討対象市場への参入を著しく困難にするなどの効果を有するもの」とされる。市場閉鎖効果、主に取引拒絶系で使われる言葉と同義である。市場から完全に排斥される必要はなく、排除が現実には発生せず蓋然性があるにとどまる場合でも要件を満たす。需要者の目から見て、検討対象市場の外で被排除者が生き残れるかは無関係である。

・競争変数が左右される状態がもたらされることが必要か？

原則論貫徹説と排除効果重視説がある。排除効果重視説は排除効果があれば反競争性を満たすという考え方で、原則論貫徹説は排除効果だけでは足りず、価格を左右して初めて反競争性を満たすという考えである。誰かが排除されたが残された者だけで活発な競争が続いており競争変数は左右されない場合にどちらの考え方をとるか問題となる。

例：ABCD がいて、A が D を排除しても、まだ BC が残っていて競争性はあると考える。残った者が十分な競争をする場合と、検討対象市場で行為者の市場シェア等が大きい場合では異なる。

US では原則論貫徹論、EU は排除効果重視説が採られているが、日本では、私的独占については原則論貫徹説、不公正な取引制限については排除効果重視説という中間的な考え方がされている（NTT 東日本最高裁判決）。

### 6-2 競争関係必要説と競争関係不要説

排除する者と排除される者が競争関係にあるかないかという議論。法域間で顕著な差が存在するが、自法域の考え方が当然と考えられているためか論点として意識されていない。

米国では競争関係必要説が採られている。当局で民事訴訟がはげしく行われているため、できるだけそれを回避するべく競争法違反を狭く考える傾向にある（OAG vs FTC 2d Cir. 1980）。ワークステーションを作っている前者会社がインテルの CPU を埋め込もうとした。インテルとの競争関係はないという判示がなされた（Intergraph vs Intel Fed. Cir. 1999）。

EU と日本は競争関係不要説を採っている。例は多数存在する。

・競争関係必要説の論拠

「競争関係がないのに排除するということは、それなりの理由があるからであるはずだ」

競争関係にある Z が X に排除しても Z には得るものはないはずだから規制の理由はないというのが典型的な論。

・競争関係不要説の論拠

搾取規制を行うか否かの問題と通底している。Z が儲かるか否かに関わらず検討対象市場で問題が起されれば規制をする必要がある。

・Z は X と Y の競争関係がなくなることにより、Y から安定的に収益を上げることができるから X を排除することで利益を得られるのだとした。アメリカ的な理論に対する反論（H8 医療食事件）。

・バナナ市場での事例では、X に対する罰則として拒絶が行われている。

### 6-3 取引拒絶系 (refusal to deal)

#### 6-3-1 行為要件

取引拒絶に準ずるものも含む。2x2 類型に分類できる。

##### ・差別対価 (price discrimination)

相手方によって価格を変える行為。取引拒絶系と略奪販売系の 2 種類に分けることができる。前者は、関連会社等にだけ安く売る行為で、高く売られた者が排除されないか問題となる。後者は競争者に奪われそうになった需要者にだけ安く売ること、競争者の排除が問題になる。

#### 6-3-2 排除効果 (exclusionary effect)

「市場閉鎖効果」とも呼ばれる。原材料を取引拒絶されたとして、それを調達する代替手段がないと排除効果が認められやすい。被排除者にとって代替的な競争手段がないという要素が重要。

・間接ネットワーク効果とは、どの業者から買うかを決める際に、どれくらい関連業者がいるかでもって決定するが、それにより、供給者と需要者がどちらも多くなること。

#### 6-3-3 正当化理由

粗悪な商品売っている業者とは取引しないなどの不適切なものの排除や、知的創作や投資のインセンティブ確保、物理的困難などが正当化理由として挙げられる。

##### ・JASRAC 事件

平成 25 年改正前の手続規定による事件。公取委が命令した後、当否を公取委の審判手続で争って審決で決し東京高裁・最高裁で審決取消請求可という枠組み。平成 21 年改正前のため排除型私的独占に課徴金がかからない。

平成 21 年 2 月に公取委が排除措置命令。JASRAC がほとんどの著作物を有するため、放送事業者は契約をせざるを得なかった。その状況の中、ほとんど全ての放送事業者との間で、JASRAC の楽曲をいくら使っても使用料を定額とする契約を締結した。いちいち確認をしなくて済むような契約内容となった。しかしこれにより、競争者のイーライセンスが有する著作物が使われなくなり、排除が生じる。JASRAC 側は、音楽同士は競争関係にないと主張し審判請求。

平成 24 年 6 月、公取委が排除措置命令を取り消す審決（排除効果なし）。そこで、競争者のイーライセンスが審決取消請求。平成 25 年 11 月に東京高裁判決（排除効果あり→請求認容→審決取消し）。

平成 27 年 4 月に最高裁判決（東京高裁判決と同じ結論）。排除効果ありとただけ。

他の違反要件について判断するよう公取委に求めた。

平成 28 年 9 月 JASRAC が審判請求を取下げ。平成 21 年の排除措置命令が確定

##### ・排除効果に関する判断

平成 24 年審決は審査官が狭い範囲の主張しかしていなかった。東京高裁判決・最高裁判決は事案に即して広い視野から判断した。

##### ・最高裁判決の判断内容

「事実上の独占状態にあり、参入は困難であって、ほとんど全ての放送事業者は上記の内容の契約を行為者と結んでおり、競争者との取引が抑制される状況にあった。多くの音楽は相互に代替的な関係にあり、放送事業者が行為者の音楽を選べば競争者の音楽が選ばれなくなるという関係にある。」



#### 6-4 略奪販売系 (predatory pricing)

競争によって価格を下げるのが望ましいが、コスト割れを起こすと問題となる。コスト割れの有無が重要。

コスト割れを論じる趣旨は二つある。一つは、正常な経済活動を萎縮させないようにすべきであるという視点である。つまり、安売りをする事業者に対し、どこまでならやってもいいのかを示すことで販売に規制をかけ価格設定の安全領域を確保することである。二つ目は、非排除者の効率性という視点である。一定額以上で売っても排除される事業者は非効率であるから救済されずともやむなしとなる。同等に効率的な競争者 (as-efficient competitor) の排除のみを問題とする。例えば 100 円のを 80 円で売って競争に負ける者は救済すべきと考える。

##### 6-4-1 行為要件

行為要件はコスト割れ (コスト>価格) である。

その際、行為者 A のコストと価格を比較する。コストが高く算出されるほど違反となりやすい。

コスト＝可変的性質を持つ費用。原則として変動費のみを含むが、会計的には固定費とされる広告費や人件費でも、その販売のためだけに使われたものはカウントする (販売対象商品を供給しなければ発生しない費用)。例として、安売りセールをするために大々的に広告をした場合などは、その費用はコストに加算される。販売対象商品を供給しなければ発生しない費用 ( $\alpha$  と呼ぶ) を下回るとコスト割れ、 $\alpha$  と総費用の間だと違反の可能性、総費用以上だと違反とはならない。

##### ・内部補助 (cross-subsidization)

コスト割れの成否を考える上では内部補助が重要。独占事業から競争事業への補助が典型例。独占分野での利益を競争市場につぎ込み競争者より安く販売すると、外観上もコスト割れでないかのような演出をすることができる。独占分野を度外視して考えないといけないが、その時に検討対象市場の見極めが肝要。

##### 6-4-2 弊害要件

(行為により生じた) 排除効果が弊害要件。他者が実際にどのような苦しい状況にあるか、行為者の事業の規模や態様、販売された商品役務の数量、販売期間、広告宣伝の状況などを考慮する。

##### 6-4-3 正当化理由

しばしば登場するのが公共性である。官公庁が販売することで民間事業者が困窮し、民業が官業を訴える場合、公共性を持ち出して官公庁を救済する (豊北町の町営無料バスは独占法違反としてタクシー会社が訴えた事件が一例)。

※参考：正当化理由として、新規参入者によって競争が活発になるという議論もあるが、教授としてはこれは正当化理由にならないのではないかとのこと。むしろそれは弊害要件の段階で見えていく必要がある。

##### 6-4-4 Intel 事件

##### ・忠誠リベート (loyalty rebate)

商品を買って代金を払うが、事後的にその一部を返還するのがリベート。インテルに忠誠を尽くせば (具体的には、メーカーのシェアを増加させれば) リベートが多くもらえるという協定を需要者との間で結んでいた。

##### ・略奪販売系か取引拒絶系か？

事故の競争者との取引を一定割合以下に抑えることを条件として安く売り、条件を満たさない者には高く売っている、と

認定された場合には、需要者を拘束して取引拒絶系の他者排除行為をしていると位置付けられ、コスト割れは要件とならない。忠誠リベートをどうみるか？もしそれが努力目標なら、単なる安売りであり取引拒絶系とはいえず略奪販売系とみるのが相当。もし拘束力があるなら取引拒絶系とみる。

- ・相手方における Intel シェアを条件としている場合

排除型私的独占ガイドライン第2の3(3)では、どのようなリベートがあれば単なる安売りではなく需要者を拘束する取引拒絶系の他者排除行為といえるのかを論じている。リベートの水準や供与水準、累進度、遡求性を考慮する。

- ・排除効果

contestable と uncontestable について。需要者の中に AMD が入る余地が最初からない領域がある。それが uncontestable。インテルがシェアを 90 にしてくれたらリベートを 20 追加すると AMD と Intel は同額になるのではなく、uncontestable の部分において 100 から 80 になり、7000 から 5600 になるので AMD はより不利になる。uncontestable な領域を持つ者がリベートを払うと排除効果が生じやすい。

#### 6-5 抱き合わせ (tying arrangement)

従たる商品役務の供給もあわせて行うことを条件として主たる商品役務の供給を行う行為のこと。

ドラクエIVと不人気ソフトの抱き合わせ。問屋（藤田屋）が小売に販売の際、不人気ソフトも一緒に売るよう命じた例が典型（平成4年ドラクエIV事件）。消費者が不要な物を買われることに注目している点で不要品強要型という。公取委は不人気ソフト競争に影響、という論法をとった。

- ・ Tying in Boston

野球場にはペプシは持ち込めず排除され、球場ではコカコーラしか買えない。野球チケットとコカコーラの抱き合わせで行為要件を満たすものと米国ではされる。もっとも、コカコーラを買わなくても良いので、他の供給者が排除されることに注目している。これを他者排除型という。

##### 6-5-1 他者排除型と不要品強要型

- ・ 米国では他者排除型が中心（Jefferson Parish Hospital District No.2 vs Hyde 1984）。

手術と麻酔の抱き合わせ。麻酔を誰が施すかが問題となった。Hyde は麻酔医師で、病院から排除された。検討対象市場は麻酔となる。

- ・ EU では（昔はそうでもなかったが）1990 年代以降に米国の影響で他者排除型が中心になる。日本では、ドラクエIV事件の反省を経て、他者排除型と不要品強要型を分離する考え方が一応は定着した。もっともどの事例も両方の側面を有しており、しかもどちらの側面も違反要件を満たしているかどうかわからない。どちらの側面に注目しているのかを明確にする必要があるということである。

また、不要品強要型は優越的地位濫用（搾取）の問題と考えられるので、以下では他者排除型を念頭に見ていく。主たる商品役務 (tying product) と従たる商品役務 (tied product) という言葉や、検討対象市場は従たる商品役務となることに注意する。従たる商品役務について競争者が被害を受け、従たる商品役務についての選択肢が狭められた需要者が間接的に被害を受ける。

##### 6-5-2 行為要件

従たる商品役務を特定の者から買うことを条件として主たる商品役務を供給することである。逆にいえば、従たる商品役務を他から買うのであれば、主たる商品役務は供給しないということになる。需要者が不本意ながら応じているかどうか

は関係ない。需要者が抱き合わせに応じるほど、それによる排除効果は大きくなるからである。従って、無料で抱き合わせても行為要件が満たされる可能性がある。

- ・物理的 分離できず同時に購入せざるを得ないもの（例：パソコンの中にインストールされているアプリなど）
- ・契約的 ラグビーの会場で飲み物を持ち込み禁止にし、Heineken 以外のビールを飲めないようにする、など

2 つの商品役務といえるか？ 2 つで 1 つの商品をなしているのではないか？という議論もある。言い換えると、別々の需要があるか否か。従たる商品役務の市場というものを、独禁法上保護に値する市場として独立に観念できるかどうかということ。米国では（抱き合わせ関係では）正当化理由の主張が認められにくいので（抱き合わせに関する当然違反ルール）、2 つの商品役務といえるかの論点に正当化理由の主張が漂着。

#### 6-5-3 排除効果

取引拒絶系の他者排除行為と同じ。契約が発生する場所は異なるが、経済的な効果は同一であり特に区別する実益はない。

#### 6-5-4 正当化理由（+因果関係）

US で「2 つの商品役務といえるか」と議論されるようなこと。不適切な商品役務や事業者の排除（安全性確保）や、効率性が論じられる。目的と手段の正当性を論じる必要性がある。因果関係も他の類型と同様のため省略。

#### 6-6 不正手段（教室では省略）

取引妨害のこと。日本には、一般指定 14 項という、キャッチオール条項（しかも不正手段にも使われ得る）が存在する。

##### 6-6-1 不正手段型行為

他者の価格や品質などの競争変数を歪めて需要者に伝える行為や、他者の競争変数が需要者に全く伝わらないようにする行為は、手段それ自体が不正であり、排除効果がなくとも弊害要件を満たすと考えられる。

##### ①物理的妨害

他者の競争変数が需要者に全く伝わらないようにする行為が典型。他者の売り場の周囲に障壁を設けて需要者が近寄れなくした事例や、タクシー乗り場に乗り入れた他のタクシーのドアの前に立ちはだかる事例がある（神鉄タクシー事件）。

##### ②虚偽の事実の告知流布（ワンブル事件など）

##### 6-6-2 排除効果必要型行為

上記行為との違いは、取引行為規制は「取引しない自由」との緊張関係、略奪販売規制は「価格設定の自由」との緊張関係があるのに対し、不正手段型はそうした緊張関係が存在しないことである。

原材料提供者に対し、競争者 B に原材料を提供しないように求めた間接取引拒絶の事案で、B への排除効果に相当する十分な認定のないまま、一般指定 14 項を用いて排除措置命令をした事例もある（DeNA 事件 平成 23 年）がやや不自然。

- ・ジャニーズ事務所に関する報道

ジャニーズ事務所にとって競争者となる事務所を排除したという点で搾取にはならない。

#### 6-7 アフターマーケット（aftermarket）

一定以上の長い期間にわたり用いられる商品役務に関してはメンテナンスなどが必要となり、付随してアフターマーケット商品役務がある。エレベータとメンテナンス、プリンタとインクが典型例である。メンテナンスやインクがアフターマーケットに該当する。製品に関する競争が激しいと、アフターマーケット商品役務で差別化を図ろうとする事業者も出現

する。加えて、アフターマーケット商品役務だけを販売する事業者（独立系）も現れる。製品とアフターマーケットとの間には、メーカー系が独占している中間商品役務が絡むことが多い。消費者は安いアフターマーケット商品が欲しく、そこに参入する事業者が存在し、競争法上の問題が生じる。独立系とメーカー系の対立が問題の本質である。

#### ①行為要件が問題となる例

・ハイン対日立ビルシステム事件

独立系からメーカー系のメンテナンスへ切り替えた事案。行為要件を満たしていないとして、日立ビルシステムには違反なしとした。ユーザーが自発的に独立系との関係を切ったのか、メーカー系が早期に部品を供給することの条件としてメンテナンス契約の切り替えを求めたからであったのかによって成否は異なる。

#### ②排除効果（市場画定）が問題となる例

多数存在する。排除効果の認定にあたり、製品を購入した需要者が他のメーカーの製品に逃げるができないため部品やメンテナンスについて購入済みの製品のブランドにロックインされ小さな市場が画定されることが重要な意味をもつ（東芝エレベーター事件）。

#### ③正当化理由が問題となる例

独立系のメンテナンスでは製品の安全性を確保できない場合や粗悪な事業者を排除する場合などがその一例。東芝エレベーター事件では認められなかった。

機器に IC チップを搭載することでメーカー系以外の事業者がメンテナンスできなくなり排除が生じた。メーカーは、競争に勝ち抜くために機器の性能・品質向上を目的としたと主張。公取は、目的自体が正当でその手段が相当な範囲にとどまるなら正当化されるが、技術上の必要性等の合理性がなく、それを超えた場合は正当化されない（キャノンプリンタ事件）。

### 7 搾取（優越的地位濫用行為）

搾取については、違反要件には「優越的地位」の要件と「濫用」の要件があるといえればそれで終わるところがあり、その詳細な議論は発展途上。したがって、普通の法律の講義のように違反要件やエンフォースメントを詳細に論ずるのでなく、規制の歴史的流れ、最近の話題をどう位置付けるかに重点を置く。

#### 7-1 概要

競争停止・他者排除には関係なく、甲（買い手）が取引相手方（乙）に対して地位を利用して濫用する行為を規制  
US では競争法の問題ではない。競争関係にない者を排除する搾取は競争法規制の対象外と考えるからである。日本では、優越的地位濫用（abuse of a superior bargaining position）EU では Art 102 TFEU（abuse of a dominant position）で規制され、両者は似通っている。排除型濫用（exclusionary abuse）と搾取型濫用（exploitative abuse）がある。

#### 7-2 違反要件

##### ①地位（優越的地位／支配的地位）

乙が甲と取引する必要がある（不利益な扱いを受け入れざるを得ない立場）場合、この要件は充足される。

公取委界限は、「優越的地位」（相対的優越）で足り「支配的地位」（絶対的優越）は必要ないと強調するが、程度の問題はともかく質的には同じではないか。

## ②濫用（不利益行為）

2 つの主な視点があることが重要。「あらかじめ計算できない不利益を与えるか」という視点と、「過大な不利益を与えるか」という視点である。前者は、契約時には乙が計算できなかった不利益を甲が課すというものである。後者は、あらかじめ内容は明らかであったが、乙にとって過大な不利益となっていることである。

## ③因果関係

地位によって濫用が可能となったこと（2条9項5号「利用して」）

### 7-3 日本の優越的地位濫用規制の歴史・特徴

昭和 28 年（1953）導入

昭和 31 年（1956）特別法として下請法（下請代金支払遅延等防止法）制定

企業法務にとって重要だが、下請法をめぐる事件は裁判にならないため法学部では扱われない。

平成 21 年（2009）課徴金導入（20 条の 6）

違反要件も 2 条 9 項 5 号として整理し法定。優越的地位濫用ガイドラインを策定

平成 23～26 年（2011-2014）5 件の課徴金納付命令。全て平成 25 年改正による審判制度廃止（平成 27 年 4 月施行）前

平成 27 年（2015）トイザらス審決

平成 30 年（2018）12 月 30 日 平成 28 年改正施行→確約制度（今後中心に？）

平成 31 年／令和元年（2019）ドイツ競争当局、Facebook に命令

山陽マルナカ審決、ラルズ審決、エディオン審決、個人情報等優越的地位濫用ガイドライン案

・政治からの期待が強く、中小企業保護の色彩が色濃く出ている。また、厳罰主義で課徴金を導入したものうまく機能せず。規定に裁量の余地がないため。近年確約制度が導入され、課徴金なしでも法律的な措置を取れるようになった。また、世界流行への対応としてガイドラインが作成されている。

### 7-3 搾取規制を行うか否か

US では競争法の問題ではない。競争関係にない者を排除する行為は競争法の管轄ではないから。EU では、控えめではあるが US のように規制ゼロではない。特に近年は事例が増えている。例えば Gazprom 事件。

日本では独自路線がとられている。まず、「優越的地位」であり「支配的地位」は必要ない（既述）。

・規制根拠（優越的地位濫用ガイドライン 2～3 頁）

優越的地位濫用行為は、「①当該取引の相手方（競争を行なっていることが前提）の自由かつ自主的な判断による取引を阻害するとともに、②当該取引の相手方はその競争者との関係において競争上不利となる一方で、③行為者はその競争者との関係において競争上有利となるおそれがあるものである。」

・US 等の外国企業への適用に消極的である。EU の地位が向上し適用・議論が活発化する前に「通説」が形成されたので、「外国には説明できないもの」という内向きの思考回路が確立したため。

### 7-4 対消費者の搾取の規制

・日本ではかつては考慮されなかった。明確な理由があって対象外としたというより、中小企業保護（政治の期待）しか頭になかったためといわれる。政治の期待にそぐわないものは重視しないというスタンス。

・上記②や、優越的地位濫用ガイドラインの「優越的地位」の定義

乙が甲と取引できないと「事業経営上大きな支障を来す」＝事業を営んでいることを前提としてしまっている。

・EU にはもともと対消費者の搾取を規制対象から除外する発想自体がない。GDPR（EU における一般データ保護規則）制定を機に EU で一般的に注目された（EDPS Opinion 8/2016）。

また、ドイツ競争当局が華々しい命令（2019）を出した。

Facebook (Bundeskartellamt) 事件 → Facebook の行為は個人情報の観点からどこが濫用かを元にガイドラインを作成。調査していることを命令の数年前から公表し注目されていた。

・日本公取委の個人情報等優越的地位濫用ガイドライン案は、上記の動きへの追従である。

対消費者搾取なら上記②の説明は無効化されるが上記①③で説明できる。

無料取引（例：グーグル）なら、売り上げをベースに課徴するので課徴金はゼロになる

・企業による人材に対する優越的地位濫用

芸能事務所と芸能人、スポーツチームと選手等が具体例。乙が労働法上の労働者である場合には公取委は引く構え。労働法で保護されるならそれで保護するという考え（現実的に対応不可？個人情報等に関する動きとの整合性？）。

## 8 企業結合規制

### 8-1 違反要件の構造

#### 8-1-1 行為要件

諸種（日本では条が分かれている）

役員兼任や分割（による事業統合）、共同株式移転、事業譲受け等がある。合併や株式取得も対象となる。

少数株式取得（minority shareholdings）では、どれくらい相手方の競争能力に影響を与えるかをみる。

JV (joint venture) は株式取得の文脈で語られることが多い。

以上を総称して merger と呼ぶ。諸種のどれに該当しても弊害要件・因果関係の議論は同じ。煎じ詰めれば、事前規制の要件である。カルテルなど他の類型は事後規制となっており、満たさなければ nonmerger の観点から事後規制の対象になる

#### 8-1-2 弊害要件

行為要件を満たせば弊害が起りやすくなるが、それは次の3段階に整理できる。

- ①株式取得や合併など、行為要件を充足する企業結合行為が行われる
- ②統一的価格設定や排他的取引などの懸念される行動（concerned practices）が起りやすくなる
- ③懸念される行動が実際に行われたら弊害が発生する

弊害は違反要件総論にて既述。反競争性と正当化理由が区別されず総合的に議論されることが多い。

#### 8-1-3 因果関係

違反要件総論に掲げた様々なパターンが典型。

#### 8-1-4 「水平型」「垂直型」「混合型」

どの企業結合行為でも、3つの型のいずれにも該当しうる。3つの型のいずれに当たっても適用される条・違反要件は同じであり、どのような懸念される行動が頻出するかが異なる。

### ①水平型企業結合で頻出する懸念される行動

#### ・価格等の競争変数の統一・連動

合併や親子会社化などの場合、価格が一体化するのは当然と考えられているが、少数株式取得などの場合は必ずしもそうとは限らない。価格が統一・連動したらそこから弊害が起きるかを議論することになる。

#### ・少数株式取得の場合

例えば21%議決権を取得した場合は従来通り競争できるので内発的率制力が残る。支配の程度が小さいときには内発的率制力を考慮する考え方が定着（ガイドラインには体系化されていない）。

### ②垂直型企業結合で頻出する懸念される行動

令和元年企業結合ガイドライン等改定案でEUのガイドラインに沿った形で体系化された。

垂直的企業結合とは、川上当事会社と川下当事会社が結合する場合である。川上会社、川下会社の両方にとって競争者が存在する。懸念される行動の代表例として、競争者に対する取引拒絶系他者排除行為がある。

#### ・閉鎖（foreclosure）

2種あるが両者は視点の違いだけである。

投入物閉鎖（input foreclosure）はXがBCDとの取引を拒絶することである。川下を検討対象市場とする

顧客閉鎖（customer foreclosure）はAがYZとの取引を拒絶することである。川上を検討対象市場とする

閉鎖が起こりやすくなるか→それにより弊害が起こるかを検討。その際、能力と意欲の両方があることが必要となる。

#### ・情報入手

XとCと取引をする際に得た情報を、CのライバルであるAに流すこと。情報入手によって起こり得ることとして、当事会社は競争者の手の内を知ることができるため、他者排除に出たり、手の内が見えることで逆に協調的行動をとることもある。情報入手が起こりやすくなるかを考える際には、当事会社に能力と意欲があるかどうかという観点から検討する。

### ③混合型企業結合で頻出する懸念される行動

両当事会社が取引関係にも競争関係にもない場合には混合型と呼ばれる。令和元年企業結合ガイドライン等改定案でEUのガイドラインに沿って体系化された。

#### ・組合せ供給

中部電力は東海で電気を、ダイヤモンドパワーは東京で電気を販売している。東京でダイヤモンドパワーから電気を買って欲したら、東海で安く電気を供給すると顧客にけしかけるのではないかという懸念が生じた。抱き合わせ的な問題。公取は、東京地区に競合者がいるため弊害が起きず問題なしと判断した（中部電力・ダイヤモンドパワー事件）。

#### ・諸種

技術的抱き合わせや契約的抱き合わせ、セット割引（上記事件はここに分類）などが考えられる。まず2つの検討対象市場を画定する。弊害が起こりやすくなるかは、当事会社の能力と意欲を検討し判断する。

#### 潜在的競争消滅

当事会社の一方が他方の市場に参入して競争関係に立つはずだったところそれがなくなる場合。上記例ではAとXが潜在的に競争関係にある場合。水平型企業結合と同じに考える

## 8-2 企業結合審査手続

日本法を前提とした場合の流れ

### 8-2-1 事前規制 (ex ante regulation)

事前届出 (prior notification, premerger notification) が基本。

企業結合集団の国内売上高が主な基準である。なお、事前届出前からの相談もあり得る。届出受理の日から 30 日間はその企業結合を行ってはならない。禁止期間 (waiting period) と呼ばれる。Phase I で終わらせたいことが多く、Phase II にあがっていく事案は少ない。Phase II までいったことは、必ずしもそれが重大であることを意味しない。

### 8-2-2 クリアランス (clearance)

企業結合計画を容認する、排除措置命令を行わない旨の通知。無条件の場合と、問題解消措置 (後述) を条件とする場合とがある。日本では禁止命令は約 50 年間ない。

### 8-3 スタートアップ企業の買収 (killer acquisition)

芽をつむということが違反要件に当たるのか？ここでは届出義務の問題。売上高が大きい場合に義務を課していることが多いが、被買収側に大きな国内売上高がないことがほとんどであり、義務は課されることは少ない。

買収額に着目して届出義務を課す？→ 対象が広すぎる？ (overinclusive)

参考: 買収額を届出義務があるかないかの段階だけでなく、違反要件でも評価するという新しい考え方もある。被買収企業の売上高が低いのに買収額が異常に高い場合、別の意図が隠されている可能性があるため。

令和元年企業結合ガイドライン等改定案では、届出義務の範囲を変えず、「相談することが望まれる」とした。公取委が調べようとするときに、報告命令 (47 条 1 項 1 号) をすることは可能。

### 8-4 問題解消措置 (remedy)

公取委が抱く法的懸念を払拭するために当事会社がとる措置。問題解消措置を条件としてクリアランスすることがある。論理的には、違反要件のいずれかを不成立とするものであり、他の供給者が牽制力を持つようにさせる措置が最も多い。

・因果関係要件を不成立とするもの (例外的)

例: 平成 30 年度企業結合事例 7 (USEN-NEXT HOLDINGS/キャンシテム)

・弊害要件を不成立とするもの→全体の 99%以上

原則として構造的措置 (structural remedy) がとられる。典型例が、工場や店舗などを他の供給者に売却する措置である。

1 回限りで終わるものに適用される。例外的に、行動的措置 (behavioral remedy) がとられることがある。構造的措置だと解決が難しい場合や比例原則に反する場合が相当する。継続的監視が必要となるものに適用されることが多い。

### 8-5 ガンジャンピング (gun jumping)

企業結合行為の実行 (closing) 前に共同行為を行う (既に企業結合を行ったかのような状態になる) こと。合併交渉の過程で、現在の商品役務の価格について意思の連絡がされてしまうことが典型である。対策として、情報遮断措置を講じることがありうるが中小規模会社からは負担の重い措置に疑問の声もある。

・視角

ハードコアカルテルを形成するのではないかという視角と事前規制の趣旨を没却するという視角がある。前者の場合は、垂直的制限行為の問題、後者の場合は何らかの届出・審査手続違反として取り扱われることがある。

・クリーンチーム

企業結合する際の情報交換として閉鎖された場で話し合いをすることがある。



- ・クリアランス後の共同行為

「クリアランス後もクロージングまではブレイクする可能性がある」

価格を揃えるなどの共同行為を行うと、要件には違反しないが、破談（break）になったときに、情報をお互いに共有してしまっているためハードコアカルテルと疑われる可能性がある。

## 8-6 重要な事例

- ・エムスリー／日本アルトマーク

エムスリーが日本アルトマーク（日本の医者データベースを管理する会社）の株を取得しようとしていた。川上市場で独占されているのが医者のデータ。川下市場では製薬会社からは費用を取り、医者へは情報を無料で提供している点も問題。公取は一つの検討対象市場としてみて、弊害が発生しないかどうかを評価している。

Consummated merger に当たる可能性。原則は企業結合前の規制だが、ここでは結合後の規制だった。垂直的企業結合の面と混合型企業結合の面があり、どちらも違反に当たったが、問題解消措置で違反なしと判断された。

- ・宿泊施設ウェブサイト同等性条件（楽天確約認定）企業結合に関係ないが…

どこが違反だったのかが公表されていない。公取は将来的な決定を縛られることを回避したい思惑と考えられる。

- ・Tying in Yokohama

ビールをスタジアムで独占的に販売するのはあくまで行為要件を満たしただけ。弊害要件は何かを考えてみる（→2019年度経済法試験で出題された）。

## 9 国際事件と競争法

各国ごとの競争当局により法律が適用される。世界競争法はないが、ある程度の合意は形成されている。

### 9-1 概要

「国際事件と違反要件」と「国際事件とエンフォースメント（違反した時にどうエンフォースメントを課すか）」の二つの場面に分かれる。後者は行政法や刑事法、民事法の各分野の国際的エンフォースメント論の一応用として論じ得る者であるので、以下は主に「国際事件と違反要件」をみていく。

- ・国内競争法がどの範囲を違反と論じて良いかという問題。国際法と国内法どちらの問題か？

基本的には国内法の問題として国際事件を処理できる。国内法の解釈として国際的なコンセンサスを逐一利用している。

- ・日本では競争法と競争法以外の温度差が大きい。

例として個人情報保護法。国際的な競争法の考えを反映した条文が入ったことで大騒ぎになった。競争法の分野の実務では、そうした国際競争法の合意を反映して行われている。

※効果理論・自国所在需要者説、具体的諸論点は順に層をなしている点に注意。

### 9-2 効果理論（effects doctrine）

当該国際事件によって自国が直接的・実質的な影響を受けるかどうか。影響があれば自国の法律を適用する。US では Alcoa (1945)、EU では Wood Pulp (1988)。

日本では、遅くとも平成初年から暗黙の前提となっていたが、最高裁ではブラウン管(2017)に正式には認められた。「それが我が国の自由競争経済秩序を侵害する場合」には日本独禁法を適用できる。

### 9-3 自国所在需要者説

「我が国市場」とはどの範囲を指すのか？「我が国市場への影響」の具体的内容を言語化する必要がある。

自国にいる需要者に影響があれば適用するという考えが自国所在需要者説である。

DOJ statement (1992)では、日本の需要者に影響があるとしてアメリカの法を適用した。しかしアメリカに需要者がいないため追随せず。

日本最高裁：ブラウン管事件（2017）

自国所在需要者説を唯一の例として掲げ（「我が国に所在する者を取引の相手方とする競争を制限するものであるなど、価格カルテルにより競争機能が損なわれることとなる市場に我が国が含まれる場合には…」）、実際にその事案においてこれに依拠して結論を得た。

### 9-4 具体的諸論点

需要者機能の分散の場合

・ブラウン管価格協定事件

日本企業・韓国企業・台湾企業の東南アジア所在の供給者が、日本企業の東南アジア子会社である需要者に対し価格協定をしていた。ブラウン管は日本国内には一回も入ってきてないが、日本国内にある親会社（＝公取の主張する需要者）が子会社に対し、カルテルから部品を買うよう命令しているため日本に関係があるというのが公取の主張。物を受け取り収益するのが需要者（ここではC1sら）とするのが弁護側の主張。

最高裁判決

販売業を統括+取引条件などに関して決定し、直接交渉を行っていたと評価できる。一般論を避け、完全な事例判決とした。どちらが需要者の定義として正しいかまでは判断していない。

・転々流通

国外の需要者に向けて反競争的行為が行われたが、その商品役務が転々と流通して国内の需要者に最終的に流入してくること。同じ商品役務が転々として流入した場合には国内の購入者を検討対象市場の需要者と言い得る。

・国際市場分割

日本では、自国供給者にしか課徴金を課さない。違反要件は自国需要者の部分を切り取って法的に評価する。課徴金については、自国需要者には自国供給者しか供給しないという合意で、しかも現実売上額に課すから、外国供給者に対する課徴金はゼロになる。

一方、EUでは外国供給者にも課徴金を課する。違反要件は言語化されていない。また、課徴金は現実売上額でなく想定売上額、しかも国内の想定売上額に対してのみ課する。漠然と広い違反要件論がここで調整されている。

### 9-5 世界市場

外国需要者も含む市場（?）。供給者の範囲が世界なのか、需要者の範囲が世界なのかという点に留意する必要がある。

・世界市場の例

真の検討対象市場（国内市場）で違反しているかを検討する時、それは世界市場で違反しているかを検討しているのと同じである。国内での販売価格と国外への販売価格がほぼ同一だから。「世界市場」での反競争性の成否と「国内市場」の反競争性の成否は常に一致する。国内需要者に向けた市場での違反の成否と一致するとき「世界市場が成立する」といわれる。

## 経済法講義メモ（後半）

### 0 競争法のグローバル化

130以上の国が競争法またはそれに類似した法典を有している。古くはアメリカ（1890年）や日本（1947年）EUやドイツ（1957年）があり、中国や香港、フィリピンといった多くの国では近年導入された。

・なぜ多くの国が競争法を導入しているのか？

競争法は、市場を正常に機能させるための道具であり、前提として市場経済を必要とする。社会経済から市場経済への移行が原因。社会主義の中国はなぜ競争法を導入しているのかというと市場経済を導入しているから（Deregulation）。他の国が採用しているから小国で採用されているという可能性もある。

・統一された競争法の可能性はあるか？（One single global competition law）

1947年に国際貿易機関が成立。しかしこれは現実化しなかった。

”soft” convergence/競争当局間の協力/International Competition Network (ICN) /OECD

convergenceとは一定の方向に向かうこと。ICNを例にとってみる。ICNが推奨する実務があるが無論入っていない国もある。これは十分機能しており統制は効いているのか？どう感じるかは人による。

### 1 競争法の目的

時代などによって変化していくが、主目的は競争を保護すること。

#### 1-1 主要学説

- ・ Consumer welfare（消費者厚生）＝消費者の利益のために競争を保護する＝消費者が最も良い価格と品質を得られること。消費者余剰も含む。最大多数の最大幸福を目指すものである。
- ・ Competitive process＝競争のプロセスを保護の対象とする＝競争的な市場構造を保証する（one with many players）
- ・ 政治的目的＝中小企業を保護したり大企業の強大化の抑制、機会均等の確保が目的。
- ・ Protectionism（保護主義）や creation of national champions を目的とすべきではないという合意はある。

#### 1-2 競争法の目的に関する事例①

Utah Pie は地元の小さな家族経営のパン屋。ソルトレークシティで長年フルーツパイを生産しており、地元で工場も所有しているため輸送費が安く、結果安価な価格で販売できるため競争に有利だった。Continental Baking Company 他2社は冷凍食品を全国で販売する巨大企業である。この Continental がソルトレークシティで安価に、他の場所では工場が近いにもかかわらず高値で販売した。Continental の提示した値段はコスト負担を下回っていた。結果として、Utah Pie の market share は 66.5%から 45.3%へ低下し、4.15 \$から 2.75 \$へ値段を下げざるを得なくなった。

アメリカの Sherman Act は特定の目的を示しておらず最終的には裁判所が決定することになる。米欧日の条文から目的は明らかではないということ。Utah を保護すべきか否かは競争法の目的によって決まる。

・米国の競争法の目的を考える上で核となるのは、consumer welfare（消費者厚生基準）である。Sherman Act によると、「何が目標かは必ずしも明確ではないが、おそらくは経済的な目標（競争保護）と政治的な目標（価格を上げ、消費者から搾取するという理由だけでなく、民主主義を脅かすほどの力を持っているから巨大企業に制限をかける）が混在している」とある。

・1950～60年代、独禁法は過剰な経済力集中に対しても関心を持っていた。1970～1980年代に Chicago school（シカゴ学派）が登場し、消費者厚生基準に光が当たり、1979年に最高裁によって採用された。

・1990年代頃から post-Chicago 競争法が登場した。シカゴ学派は市場原理が正常に働くという考えに依存しすぎている

との批判。経済学に依存しているが、長期的な効果や、価格以外の側面に着目する試みが続けられている。

#### ・近年の消費者厚生基準への批判

消費者厚生基準は大きな影響を有しており、競争法の目的として広く受け入れられている。しかし、批判もある。特に、big tech (GAFA、Netflix 等)と呼ばれる巨大企業が出現し、これに競争法が対処すべきという考えが批判を後押ししている。論点としては、「価格や効率性に焦点を当てすぎなのではないか?」「超巨大企業に対し競争法は手を打つべきではないのか?」といったことが挙げられる。その他の批判としては、巨大企業になんら手を打たないのはおかしいという内容がある。「巨大企業は経済・社会・民主主義に過大な力を持っている。彼らは競争を力で押さえつけ、利益のために個人情報を使うなど横暴に振る舞いや小規模な企業を蹂躪し、イノベーションを起きにくくしている。」

シカゴ学派では価格に重きを置くが、それ以前は市場シェアにも注目していた。

#### ・消費者厚生基準の批判に対する反論

ポピュリズムや意識高い系ではないか?

消費者厚生基準そのものに対する批判というより、その振る舞い方に対するものである。アマゾンのような巨大企業が登場したのは、それが市場の結果としてのことだから政府が介入することではない。消費者厚生理論を残しつつ修正していくべきではないかという議論になっている。競争法にいくつかの目的があると、その中で矛盾を解決するのは難しいため単一の目的にするのがシカゴ学派の考え。小規模な企業を保護するのに消費者が出費するのはどうなのか?

・低価格なのは消費者にとっていいことで、もし競争法がそれに異議を唱えるならば究極的には人々の支えを失うことになる。

Utah Pie 事件最高裁判決

1967 年に Utah Pie が勝訴した。違法な地理的な価格差別であると判断された。被告は略奪的な意図を持って振る舞い、市場における価格構造を減少させるに至ったと判示。この判決はシカゴ学派にはかなり批判されている。「Continental 他 2 社は競争している」「市場の競争を活性化するような製品に罰則を課すのはどうか?」と言った具合。

### 1-3 EU と日本における競争法の目的

日本：競争法起草者は、巨大企業を解体するということをおそらく念頭に置いていただろうと考えられる。

EU：米国の考え方の強い影響を受けているため、消費者厚生基準の影響がとても強い。

1990 年代以降、effects-based approach というものが登場し存在感を強めている。しかしそれでも米国より支配的ではなく、より実用的に適用される。競争の過程もなお重要視されている。また追加的な目標として、統一市場の達成（EU 加盟国による国際障壁の撤廃）もある。

・競争法の目的を気にかける必要があるか? 多くの場合争われることはない。「競争禁止に当たるかどうかは、1 つの尺度で測られるべきか? それとも複数の尺度で測られるべきか? もし后者なら、価値の衝突が生じる場合にどのように決定を下すべきか? 法の目標が明確に定まってはじめて、実体法の筋の通った枠の形成が可能となるのだ。」

### 1-4 競争法の目的に関する事例②

Predatory pricing とは略奪的価格設定のことである。

米国：消費者厚生基準に基づく。低価格は消費者にとって概ね良いことである。

競争者が害されるということは、競争というものが先天的に持っている性質である。独禁法は競争者を守っているのではなく、競争を守る対象としているのである、と考える。もし唯一問題となるとすれば、predatory pricing に携わる企業が値段を競争的水準を上回る価格まであげること = recoupment（損失の取り戻し、弁償）→recoupment テストの導入

EU と日本：recoupment までは必要とせず、売り上げが費用を下回るだけで十分である。日本では、支配的ではない企業が費用を下回る価格設定をすることさえ違法となる。

#### 1-5 排他リベートはどのように排除するのか？（詳細は前述）

Intel は支配的な供給者である。Contestable share は 30%で、製品の通常価格は 10 円とする。需要者は 100 個製品を必要としている。もし支配的供給者のみから購入した場合リベートは 10%となる。支配的供給者のみから買った場合、消費者は 1 つにつき 9 円払う。Intel 事件では、排他リベートがどのように排除するのか？

シナリオ 1：消費者が全てインテルから購入する場合、インテルへ 1000 円払うが、リベートがあるので総費用は 900 円。

シナリオ 2：消費者は 70%を Intel から、残りの 30%を AMD から購入する場合、Intel へは 700 円、AMD へは（1 個あたり 8 円なので）240 円払い、合計 940 円払う。

この場合費用が安いのでシナリオ 1 を選択するだろう。AMD は安い価格で提供しているが Intel によって排除されている。仮に AMD がただで売るといっても購入しない。インテルの割引割合を減らせばいいからである。これは市場の non-contestable シェアに対する経済的な力を使ったものである。

・二つのアプローチ

AMD を救済すべきか？

competitive process に注目すると救済すべき。排他的リベートは競争を歪めているため。消費者厚生理論を厳格に適用すると、必ずしも救済すべきではない。Intel と同程度に効率的な場合に限って AMD を競争法で救済すべきである。もし AMD が 6 円で提供する場合、AMD から 30 個購入するだろう。

シナリオ 3：AMD が 6 円で販売する場合、Intel へは 700 円、AMD180 円払うので総費用は 880 円になりこのシナリオを選択する。それならば AMD は 6 円で販売すべきである。

①Intel の販売価格が 6 円より低い場合、Intel と同程度に効率的であっても競争できないため競争法違反になる。②Intel の販売価格が 6 円より高い場合、違反はなし。AMD は努力して 6 円で販売すべきである。もし不能なら Intel と同程度に効率的とはいえないので、競争法で救済することでより効率的なライバル（Intel）から市場シェアを奪うことを手助けしてはならない。弱小企業（AMD）を救済すること自体が法の目的ではなく競争を効率化することが目的のため。

## 2 市場画定

### 2-1 市場画定に関心を持つのはなぜか？

Market power (価格、品質等を左右できる状態) =健全な競争下で付き得る価格より高い価格を課す販売者の力のこと。競争法においては重要な概念である。

market power は一つ以上の会社が持つ時、あるいは合併後に持つ時に問題となる。

優越的地位 (dominant position) =実質的な market power

実際どのように market power を評価するのか？

市場を画定する→市場シェアを算出する→市場シェアが会社の地位を過大に、あるいは過少に評価することになる要素があるかないかを確認する (barriers to entry, buyer power など)。

しかしカルテルにとっては検討対象市場を定義する必要はない (US や EU。日本ではない)

市場画定は、競争が発生している場所についてのものである =競争者が誰であるか決定すること

- ・ドイツにおける Facebook 事件判決 (Bundeskartellamt, 2019)

YouTube や Twitter は Facebook と異なりソーシャルネットワーク市場を構成しない。使用目的や機能性に照らして別物であるとの判断である。商品役務の範囲は「個人利用者のためのソーシャルネットワーク」、地理的範囲はドイツ→この市場における登場人物は Facebook や Google+ 等で、Facebook は 95%(日別利用者)の市場シェアを有する。

参考：市場画定不要論への応答（前述）

- ・HHI（市場シェアに基づく）に基づくフィルターの利用 Bayer / Monsanto

キュウリとその種子は外見、種子の有無、生育環境、調理のされ方などによって区別され、それに沿って市場も分割される。フィルターとして HHI が利用される。

## 2-2-1 具体例 1: バナナ(United Brands)

- ・United Brands vs Commission (1975)

Commission は United Brands (Chiquita) が優越的地位を利用して搾取を行ったと認定。どの市場における優越的地位か？

### ①商品役務の範囲（United Brands の議論）

・商品役務の範囲=フルーツ→United Brands はごく小さな市場シェアしか有しない。バナナは同じ店舗、棚で他のフルーツと競争しており、価格も競争しうるものである。またデザートや間食としての消費という同一の需要も満たしている。さらに、バナナへの需要は、他のフルーツが食べられる 6 月から 12 月に低下する。

### ②商品役務の範囲（Commission による議論）

・商品役務の範囲=バナナ→United Brands は 45%の市場シェアを有し支配的である。  
・バナナ特有の品質(味、栄養、柔らかさ、種無しなど)は消費者の選好に影響する→消費者は他のフルーツを代替品として安易に受け入れないであろう。バナナと他のフルーツは決して代替品となり得ないということではない。商品の代替性は総合的なものでは決してなく、実際には程度の問題なのである。

### ③商品役務の範囲（裁判所による決定）

・バナナの値段とバナナの需要は非常に限られたほんのわずかな変化しか示さなかった。バナナ特有の品質と消費者の選好に影響する全ての要素を考慮しても、代替性はわずかな程度である。バナナは外見や味、柔らかさ、種子の有無、扱いやすさ、継続的な生産といったいくつかの特徴を有するが、それにより、老若男女からなる人口の重要なセクションのコンスタントな需要を満たすことが可能になるのである。

- ・結論：バナナは商品役務の検討対象市場を構成する

40 年後の 2014 年にも似たような事件が発生。Commission は再び、検討対象市場はバナナと結論づけた。

## 2-2-2 具体例 2: スマートフォンの OS (Google Android 事件、2018)

- ・Commission は Google が支配的地位を利用し搾取していると認定した。
- ・どの市場における支配的地位であるのか？

Smart mobile devices=スマートフォンとタブレットのこと。動かすのにオペレーティングシステム (OS) が必要である。OS は Google が Android、Apple が iOS、Microsoft が Windows といった具合。一部の OS はライセンスされており (Android、Windows)、OS を買うことはできない。

・他の OS はライセンスされていないが、内部でしか使用できない。=ディベロッパーもスマートフォンを製造し自分の OS を使用することになる= 垂直に統合されている企業ということを意味する (Apple、BlackBerry)。検討対象市場は licensable か non-licensable か？

## 結論と市場画定

スマートフォンやタブレット用の OS のライセンス市場においては Google (Android) が 95% の市場シェアを有している。

- ・ Demand-side substitutability (需要の代替性) と supply-side substitutability (供給の代替性)
- ・ 市場画定は主に需要の代替性についての話で、供給の代替性は必要に応じて時々考慮に入れられる (EU や日本)。

## 2-3 まとめ

市場画定は道具・手段であり、それ自体が目的ではない。

・ 一部の商品が「市場内部」にあり、他の商品が「市場外部」にあるとき、市場内部の商品は必ずしももう一方の完全な代替物になるとは限らず、市場外部の商品は競争においてなお制約となり得る。SSNIP は経験的なものというより概念的な道具である。真の SSNIP であり得ることは非常に稀である。実務では、市場画定はある程度の人情を必要とし、証拠を熱心に探さねばならない。消費者への聞き込みや文書・調査書・レポートの確認など。たまに量的な技術も必要となる。

## 3 優越的地位濫用/搾取/独占

### 3-1 概要(EU とアメリカ)

独占(アメリカ)→①検討対象市場において独占的な力を有すること、②卓越した商品やビジネスの洞察力、歴史的事件の結果として獲得したそれを能動的に獲得したり保持しようとする、③正当化事由のないこと が要件。

優越的地位濫用(EU)→①検討対象市場において独占的な位置を占めること、②搾取=メリットのある競争の範囲内で使う方法以外の手を使うこと。つまり良い商品を製造する以外の目的ということ、③客観的な正当化事由のないこと が要件。効果を証明する必要はあるか？効果に注目するようになってきている。支配的地位や搾取、その効果は同一市場で発生している必要は必ずしもない。

- ・ 当然違反か原則違反か？

当然違反 (by object restriction) = 反競争的な効果を証明する必要はないということ。原則違反 (by effects restriction) は効果を証明する必要がある。Art. 101 TFEU において区別されている。

- ・ 共通要素

独占的な地位にいただけでは違反ではない。むしろ自由市場においてはそうした状況を禁止しないことは競争者にインセンティブを与えることになる。こうした考えは特にアメリカで強い。

・ 第一要素=支配的地位/独占的力= 市場の力に重要な影響を及ぼす市場シェアや参入の障壁、買い手の力などを考慮している。市場シェアについては、アメリカは 30% では不十分で、50~60% 程度は最低必要とされる。EU では 50% 程度だと支配的地位かどうか意見が分かれる。

- ・ 第二要素= 良からぬことにその支配的地位を使うこと。正当化事由で救済されることも共通である。

### 3-2 諸類型

原理は抽象的であり、統一された理論に合意があるわけではない。その代わりに類型化で対処している。

- ・ Exclusionary practices (排他的行為)

Exclusive dealing (排他的取引) や Refusals to deal (取引拒絶)、Predatory pricing (略奪販売)、Tying (抱き合わせ) 等。

- ・ Exploitative practices (搾取的行為)

Exploitative prices (搾取的価格)、Exploitative terms and conditions (搾取的条件) 等がある。

### 3-2-1 EU Commission による Google 検索(ショッピング)事件

- ・ 支配的地位：Google は general search 市場において独占的な立場にある。
- ・ 搾取：こうした独占的な(leveraging) 地位を利用して、別の市場における競争者を排除しようとした。

general search 市場はインターネット全体をカバーしている。一方、specialized search 市場はフライトやホテル、ショッピングなど特定の事項に特化して検索する市場である。

この事件では、Google は general search 市場での支配的地位を利用し comparison shopping services 市場の競争者を排除しようとした。comparison shopping services とは販売サイトから提供されている商品を表示し、ユーザーがそれを見て比較することが可能になるようなサービスのこと。

Google は検索結果から競争者のページリンクを下の方（4 ページ目）に下げ、google ショッピング専用のページを目につきやすい一番上に持ってくることで市場において優位性を確保しようとした。もし他の競争者の広告も表示されていれば違反にはならなかったであろう。

排除措置命令（Cease-and-desist order）の内容として、Google は侵害をやめるべきであること、また Google は自社が保有する comparison shopping services を競争者のそれと同様に扱うこととされた。また、罰金は 2.42 億ユーロ。

どのように是正するか？

- ・ Commission は 2010 年 11 月に手続きを一般的に公開している。2017 年 6 月 27 日に判決が出され、Google は auction-based mechanism を 2017 年の 9 月に導入し、検索と google ショッピングを分割することで合意した。だがかなり是正を命じるのは難しい。他の競争者はただ表示されるだけではほぼ意味がないし、価格などの面でも不利である。Google map などと考えてみると、一番上に地図が表示されるので人々はそれをクリックする。そうするとますます上位の方に Google map が表示されることになる。こうした事例から、買い物事件も本質的な問題を孕んでいることになる。

アメリカでの Google 事件は、2013 年に Google への調査を取りやめることを FTC が全会一致で可決した。

- ・ Google は検索結果の質を向上させるためにデザインを変更しており、実際の、あるいは潜在的な競争者に対するあらゆる負の影響はその目的に照らすと副次的で付随的影響に過ぎない。

- ・ Google が所有する vertical properties（Google の specialized search service）と競争する可能性のある vertical websites（specialized search services）を不利にするために調査アルゴリズムを操作したという証拠を発見するに至らなかった。この時点で vertical websites は後ろに下げられていたにもかかわらず、Google 検索の結果の質全体が改善したとまことしやかにみなされるのは、アルゴリズムの変化の帰結だったという結論に至った。今後他の Android 企業などにも調査の対象が広がっていくと予想される。

### 3-2-2 EU Commission の Google Android 事件（2018）

Google が支配的地位を利用し搾取を行なったと認定され、過去最高の 43.4 億ユーロを罰金として科した。

背景知識として、インターネットを利用する端末がデスクトップからスマートフォンやタブレットへ移行したこと、Google が Android を 2005 年に買収してそのライセンスを無料で使用できること、それにもかかわらず Google Android のアプリを欲しているスマートフォンメーカーは制限をかけられていたことを挙げておく。

Google の独占的地位

- ・ Google はスマホやタブレット向けの licensable OS 市場を独占している（前回参照）。
- ・ Google は Android アプリストアを独占している (Google play)。他のアプリとは異なっていること、他の OS 向けのアプリストアは市場外に対しては(例：Apple app store)無料であること、スマホメーカーは Google Play を必要としていること、Android の機器の 95% 以上にはあらかじめインストールされていることなどが根拠である。結論として、Google は



general search 市場を独占していると判示した。

### 3-3 搾取

#### 3-3-1 Google Android 事件

様々なタイプの搾取があるが、ここでは抱き合わせに注目する。

- ・検索市場の支配を維持、あるいは強化することを目的としている。Tying product (主たる商品役務)は Google play、Tied product (従たる商品役務)は Google の search&browser アプリ。もしスマホメーカーが Google Play を利用したい場合、Google 検索アプリおよび Google Chrome (検索エンジン)をあらかじめインストールせねばならない。

- ・効果

スマホメーカーは通常一つの検索アプリをあらかじめインストールする。システム的に Google 検索がプレインストールされていない機器に対する Google の市場シェアは、Google 検索がプレインストールされている機器に対するそれより低かった。また Google 検索の浸透度合いはデスクトップにおいてよりモバイルにおいての方が高かった。

→抱き合わせによって検索におけるその支配的地位を確実なものにしていたという結論。

#### 3-3-2 Facebook 事件

- ・Facebook は Facebook や Whatsapp、Instagram など様々なアプリを所有し、個人が私的に使えるユーザーにソーシャルネットワークを提供している。その利用は無料だが、アクセスデータなどを利用される。

広告主は、ユーザーのデータに基づき、狙い通りの最適な広告を掲載してもらう代わりに費用を払うという仕組み。

- ・独占的地位

検討対象市場として、商品役務の範囲は、個人利用のためのソーシャルネットワーク市場、地理的範囲はドイツである。Facebook は 95%の市場シェアを持ち、新規参入に高い壁が存在する。そこにはネットワーク効果があるためである。Facebook ユーザーが増えてユーザーにとってより魅力あるアプリになる場合、これを直接ネットワーク効果という。Facebook ユーザーが増えて広告主にとってより魅力あるアプリになる場合、これを間接ネットワーク効果という。また、代替性に乏しく、データへのアクセスという観点でも優位である。結論としてある点を越えると競争者が歯が立たないようになるから、ドイツにおけるソーシャルネットワーク市場で優越的地位にあると認定された。

- ・搾取に関して。Facebook はデータを集めているが、Facebook のウェブ上からの情報収集自体は問題なし。

しかし、Facebook が所有する関連企業・サービスからの情報(WhatsApp や Instagram)や第三者のウェブサイトやアプリ(いいねやシェアのボタンがある Web ページ。Facebook のビジネスツール)からクリックしなくても情報を集めること、そしてこうしたデータを組み合わせ、Facebook アカウントにリンクさせていたことが問題となった。しかも Facebook の利用者はその他の選択肢がないため、これに同意しなければならず、同意しなければ Facebook を利用できない。

- ・搾取的な取引条件 (business terms) がユーザーに対し行われていた。なぜ搾取的なのか？

判断基準としてデータ保護がある。取引条件が搾取的かどうかを評価するにあたって、不均衡な交渉状況においては契約当事者を守ることを目的としているという法原則を考慮しなければならない。結論として、Facebook の情報収集は EU の情報保護法に違反している。

- ・弊害

ユーザーへの統制が効かなくなる。また Facebook のやり方は、さらにデータを集めることを可能にするもので、競争者にとってはより新規参入が難しくなる。よって、Facebook の独占的地位をさらに強化するものである。

- ・この事件は GDPR ではなく競争法を参考にし、またドイツ競争法に則ったもので、Art. 102 ではなかった。なぜか？不

均衡な交渉状況においては契約当事者を守ることを目的としているという法原則はドイツ競争法に特有的である。

- ・結果

- ・ Bundeskartellamt は搾取的なデータ収集をやめるよう Facebook に命令した。しかし、WhatsApp や Instagram、第三者のウェブページを介したデータ収集をすることは許された。もっとも心からの同意を得ることとされている。今まで顧客が同意していたのは、Facebook 以外選択肢がないからという考えがある。罰金はない。

- ・ Facebook は控訴し勝訴した。高裁は判決を保留。法的状況や事実状況に関する略式審理でさえ、保留するべきという結論になっている。当局は、もし競争があったならば導入されたであろう条件に関して、十分な調査を行っていないためである。(支配的地位を利用して搾取していると立証するために、通常の競争下で起き得る条件より厳しい条件であるべき)

### 3-4 結論：EU とアメリカの違い

- ・ 偽陽性 (False positive) は、行為自体は競争に良いにも関わらず、違反として当局が処分してしまうことで、偽陰性 (False negative) は行為自体は競争に悪いにも関わらず、違反はなしとして当局が処理してしまうこと。アメリカの裁判所は偽陽性により関心がある。アメリカは EU に比して介入は少ない。他の手法による説明もあり得る？

- ・ デジタル化が進む中で従来の競争法をそのまま適用できるのか。デジタル市場における独占に対処できるのか？そもそも分析が適切なのか？また介入が遅すぎるということはないか？事前の抑制も議論されている。

## 4 企業結合

企業結合は、合併や株式取得、ジョイントベンチャーなどあらゆることが含まれる。二つの疑問がある。なぜ企業結合を規制する必要があるのか？そして水平的結合は談合 (collusion) と区別されるのか？

### 4-1 いつ企業結合は競争に弊害をもたらすのか？

結合には、水平型、垂直型、混合型の三つがある。水平結合や垂直結合は一つの企業で起こる可能性も当然ある。

- ・ 水平的結合は、競争者同士の結合。一方的な効果あるいは協調的效果が問題となる。しばしば競争に最も悪影響を及ぼす類型とみなされる。競争そのものが直接的に消失するため。

- ・ 垂直的結合は供給チェーンの中で行われる卸売業者と供給者との結合。考えられる事態として、投入物閉鎖 (input foreclosure) や顧客閉鎖 (customer foreclosure) がある。垂直的結合は水平的結合に比べて反競争性は小さいと言われる。直接的に競争がなくなるわけではなく、double margin 問題を解決して効率性を生み出す (顧客がより低価格で手に入れることができる) 可能性があるため。

- ・ 混合的結合とは、競争者同士でも、卸売-供給者の関係でもない企業が結合すること。近隣市場においてしばしば起こる。例として、Google による YouTube の取得や Microsoft による LinkedIn の取得がある。考えられる懸念として、抱き合わせやバンドリングがある。混合的結合はより反競争性が小さい。直接的に競争が消滅せず、新たな商品が生み出され得るため効率性を高める可能性があるため。

#### 4-1-1 水平的結合の分析事例

##### Facebook / WhatsApp 事件

- ・ 両企業に共通するのはメッセージである。Facebook Messenger と WhatsApp。商品役務の範囲はスマホ用の消費者のコミュニケーションアプリ。市場シェアは、両者合わせて 30~40% である。しかし、デジタル市場は大きく変化するため市場シェアは変動する。したがってあまり参考にならない。

- ・ 競争の近接性

A から D は同一市場にいる。A の顧客に、もし他の店に行くとしたらどこを選ぶか聞くと、50%は B に、25%は C に、25%は D に行くとは回答した。この場合、A と B は近接した競争者ということになる。こうした観点からすると、Facebook と WhatsApp は近接した競争者ではない。ユーザーに提供するサービスが異なっているからである。Facebook は SNS や Facebook アカウントに関連するのに対し、WhatsApp は電話番号や電話での連絡に関連するサービスである。

- ・他の要素

乗り換えが容易。利用者は同時に複数のアプリを使用できる (Multi-homing)。

ネットワーク効果はあるが、過去に新規参入者が参入し市民権を得たケースもある。また、Multi-homing がしばしば発生するため利用者は複数アプリを同時に利用できる。さらに、実際のロックイン効果はないため、代替が効きやすい。

- ・Facebook のソーシャルネットワークはどうであろうか？WhatsApp は潜在的には競争者になる (WhatsApp はソーシャルネットワーク?) のではないのか？ユーザーが他の利用者とコミュニケーションをとったり、シェアすることを可能にするのではないか。もし市場が広く定義された場合、Twitter や MySpace、LinkedIn、YouTube は全て市場に含まれる。多くのプレイヤーがおり、Facebook と WhatsApp は近接していないことになる。ここに関しては議論がある。

- ・データについてはどうであろうか？Facebook は広告の狙い撃ちにデータを使用している。一方 WhatsApp は広告のためにデータを収集していない。もしそうだとしたら、利用者はおそらく他のアプリに鞍替えしているだろう。たとえもしデータ収集を始めたとしても、広告者にとっては弊害はなく他のデータを変わず利用できるであろう。

#### 4-1-2 垂直的結合の事例

AT&T はテレビのネット回線を提供している。Time Warner は様々な番組を提供している。結合前は AT&T 以外のネット回線業者とも契約できていたが結合後はできなくなった。そしてその他の業者は番組を放送できなくなるので顧客も AT&T に集中してしまうことになる。問題は AT&T において競争者を潰す意欲があるか。CNN などを潰すと、人々が見なくなって広告収入が減るので潰そうとはしないだろうということ。結合前は他の業者に脅しをする (CNN 等の放送を打ち切るという脅し) ことはできたが、結合後はそのインセンティブが増した。他の業者の顧客がより AT&T に流れてくる。投入物閉鎖の典型である。

#### 4-1-3 混合的結合の事例

- ・Microsoft / LinkedIn 事件。Microsoft は PC に LinkedIn をプレインストールしている。Microsoft Windows は PC に対し 90% の市場シェアを有している。Microsoft は LinkedIn の特徴を Office に統合する懸念があった。Microsoft Office は 90% 以上の市場シェアがある。Microsoft は LinkedIn の競争者に対するアクセスを拒絶する懸念もあった。

- ・Windows/Office と LinkedIn の抱き合わせ= Microsoft の OS (Windows) とソフトウェア (Office) における強い立場を利用し LinkedIn の競争者を締め出すのではないか？→LinkedIn のユーザーの増加とネットワーク効果→競争者は社会的に無視されることになる→選択肢はより少なく、プライバシーも少ない (競争があるかの重要なパラメーターとなる)。結果として、是正措置とともにクリアされた。

#### 4-2 企業結合規制はどのように機能するか？

- ・通達制度

企業は結合の際は、競争当局に事前に通知し認可されねばならない (ガンジャンピングの規制)。

どのくらいの頻度で取引が禁止されるのか？認可されることがほとんど。是正措置が条件となるのは 10% 以下で、禁止はごく稀である。企業結合の前にあらかじめ引っ込める場合が多く、あがってくるのは確信のあるものがほとんどだから。

- ・Killer acquisition

Google は最近 18 年で 230 以上の企業を買収した。多くの結合は競争当局によって審査されることはない。

Killer acquisition とは、巨大企業がイノベーションを起こしそうな企業を、その企業が重大な競争者に成長する前に買収し芽を摘むこと。医薬品業界で「発見された」概念であった。これはデジタル部門でもありうるのかをめぐり議論がある。

- ・買収は被買収者の規模が小さい段階で行われるため、競争当局によって審査されない。
- ・反論として、「小規模なベンチャー企業は買収されたいがためにイノベーションを目指しているのだ」という反論がある。これに対しては、最も巨大な企業によって買収される必要は必ずしもないとの再反論がありうる。

別の反論として、「被買収者はノウハウや金銭的な援助を巨大買収者から得ていることが多い」(YouTube などが例?) というものがある。再反論の内容は同じ。

#### 4-3 問題への対処方法

証拠の基準を変更することと、立証責任の負担を転換するという方向性がある

「将来ほんの僅かでも競争する可能性があることは、十分結合を規制する理由となりうる」

- ・敷居 (threshold) をめぐる議論

通知の敷居 (Notification threshold) は結合しようとする企業の売上高に基づく。もし一定以上の売上高を超える場合は当局に通知される必要がある。従来の産業にとってはこれは当てはまるが、デジタル産業や経済についてはどうか？

- ・スタートアップ企業は最初は加入者を集めることに集中することが多く、売上高は小さいことがほとんどである。

具体例：Facebook / WhatsApp 事件: WhatsApp は 6 億人のユーザーがいる売上高はほぼない

いくつかの国では、購入高に注目した新たな敷居を導入している (transaction value)。

ドイツでは 4 億ユーロ以上なら、オーストリアは 2 億ユーロ以上なら通知の必要がある。日本では、結合取引額 (transaction value) が 400 億円以上で、一定の条件を満たすなら JFTC に相談することとされている。

- ・過剰な集中？ (Excessive concentration)

アメリカにおける企業の利益率 (profit margin) は増加している。20%前後(1980 年代)から 40% (2018) になった。背景として多くの産業で集中が進んでいる。一方、当局による介入率はほぼ横ばいである。

集中が進んでいることを考えると、介入率は上がるべきか？企業の利益率の増加は、市場の力の増加の兆候ではないのか？

#### 5 垂直的制限

生産者 (manufacturer)、卸売者 (wholesaler)、小売業者 (retailer)、消費者 (consumer) である。電子商売などの場合、垂直的な関係も、水平的な関係もあるのでやや複雑になる。実際の店舗 (Brick-and-mortar) とオンラインショップの対立もある。

- ・ Inter-brand competition と intra-brand competition

前者は、ブランド間の競争のこと。日産とトヨタとの競争など。

後者は同一ブランド内での競争のこと。ここでは卸売は子会社ではないことが前提。

##### 5-1 垂直的制限の諸種

垂直的な価格固定は resale price maintenance といい、RPM と略される。

Minimum RPM は最低価格を固定することで、Maximum RPM はこれ以上の価格で売ってはいけないということである。

地域的な制限や最恵国待遇 (most-favored nation clauses)、独占権 (Exclusivity) などの類型。

独占権の注意点として、小売業者が唯一の商品を販売していた場合、独占販売契約 (EU) → intra-brand competition の減少

に、小売業者が供給者から購入するのみと約束した場合、排他的取引→inter-brand competition の減少につながる。

一経済圏における同意は競争法の適用場面ではない。親会社が垂直的制限を子会社（subsidiary）にかけていたとしても競争法違反にならない。トヨタ本社が下請けに垂直制限していたとしても、一つの会社であるため適用できない。独自の流通ネットワークを有する生産者は通常競争法上問題とならない。しかし生産者が代理店を買収した場合、企業結合の規制が及ぶ（input and customer foreclosure 参照）。

## 5-2 RPM についての自転車の事例

カタログ記載の価格よりネットの価格の方が安いのになぜ値段を下げないのか？もし卸売業者がお互いに価格固定をした場合は、当然違反になる。もし卸売業者が、生産者に固定するように命令されたため価格固定した場合、なぜ異なる扱い方がされるのだろうか？

### ・想定される肯定的意見

一つとして、フリーライドを防ぐことがある。卸売業者にサービスへ投資するインセンティブを与えることが目的。上の例だとヨドバシカメラが当たる。intra-brand な競争を減らし、inter-brand な競争を活性化するため。価格を下げることで競争できないため、アフターケア等のサービスで勝負するようになる

### ・想定される反競争的效果

intra-brand な競争を減らすことになり、消費者にとって高くつく可能性がある。これに対する反論として生産者の利益は不変だから、これは RPM を課す理由となりえない。ここについては議論がある。また、生産者間のカルテルを安定させ強化する道具となってしまう。こちらにはあまり異論はない。巨大な卸売業者が効率性が高い小規模ライバルを排除する結果や、巨大生産者が小規模な競争者を排除することにもなる。

## 5-3 RPM をめぐるアメリカでの議論

1911 年に Dr. Miles 事件判決。RPM は当然違反（*per se* illegal）とされる。1968 年に Albrecht vs Herald 事件最高裁判決。maximum RPM も当然違反とされ、迫害的なものと判断。1997 年に State Oil Co. v. Khan 事件最高裁判決。ここで流れが変わる。maximum RPM は原則違反に基づいて判断されるべきとの判決が出た。そして 2007 年に Leegin 判決。

### ・Leegin Creative Leather Products vs PSKS(2007)

原告（plaintiff）は PSKS であり、Texas で店を経営している（Kay's Closet）。被告（defendant）は Leegin であり、Brighton というブランドで革製品やアクセサリを生産している。1995 年に Kay's Closet は Brighton ブランドで販売を開始し、最も際立ったブランドになった（利益の 40～50%を占めていた）。1997 年、Leegin は RPM を課し始めた。「我々は小売店に提示価格より低い価格で Brighton ブランドの商品を販売することを拒否する」と主張した。2002 年、Leegin は Kay's Closet が Brighton ブランドを 20%安く販売していることに気づき、Kay's Closet に供給を停止した。下級審では、地方裁判所（District Court）は、Leegin の競争力促進的な効果に関して、RPM に対する当然違反を理由に専門家の証言を聴聞することを拒絶し、Leegin が RPM を課したことは Sherman Act に違反すると判示した。ここでは Kay's Closet が勝訴し、120 万×3 US ドルを損害賠償として支払った。高等裁判所（Court of Appeals）もこれを支持した。

・最高裁判決では、賛成 5 人反対 4 人で判決が決まった。Dr. Miles 判決が覆され、minimum RPM は原則違反で判断すべきとされた。RPM はしばしば競争促進的な効果を有し、inter-brand competition を促進する。intra-brand competition を除去することで小売業者はサービスに投資するようになり、inter-brand competition の促進につながるという論理。また、消費者にとっては、低価格・低品質のサービスから高価格・高品質のサービスのブランドまで、ブランドの選択肢が増えることにつながる。カルテル形成（生産者あるいは小売業者間）を促進する可能性もあるが、個々の案件ごとに評価される。

- ・原則違反

原告あるいは競争庁は、垂直的制限 (RPM) の存在すること、検討対象市場において被告が市場支配力を有していること、検討対象市場における反競争的效果を証明する必要がある。被告はその際に、競争促進的な正当化理由を持って反論できる。原告はその際に、反競争的效果は競争促進的效果を上回ることや、競争促進的效果は競争をより制限するようなやり方で達成しうることを証明できる。

- ・ Leegin 最高裁判決が出されたあと何が起こったか？事件は地方裁判所に差し戻され、Kay's Closet は敗訴した。適切に検討対象市場を画定することに失敗した。Leegin は市場支配力を有していること、そして反競争的效果のあることを証明することができなかった。結局 360 万ユーロからゼロになってしまい Kay's Closet はビジネスから退出した。

- ・ しかし垂直的制限が単に水平的合意を強化するために使われた場合、当然違反は残存する。

Apple は出版社の代理として販売を引き受けた。アマゾンに対抗するために、出版社に結託させ、アップルより安い価格でアマゾンに売らないよう働きかけた。2013 年地方裁判決は 2015 年の上訴に支持された。

- ・ Apple は 5 つの主要な出版社と、電子書籍の価格を固定し上げることを共謀した。これは水平的な（垂直的ではなく）価格固定に当たり Sherman Act の当然違反になる。水平的価格固定の垂直的な組織者(ここでは Apple)は当然違反規制から逸脱していないとされた。

#### 5-4 日本と EU

日本では原則的には違反となるが、正当化理由が企業により証明されたら違反とならない可能性がある。

EU では、minimum RPM は当然違反（しかし正当化はありうる）、maximum RPM は具体的事案に即して判断。

- ・ 法的規範の収束？

EU と日本は似通っている。また Leegin 判決によってアメリカにおける規制は EU における規制に近くなった？ Leegin 判決の前はアメリカでは当然違反であった。EU でも当然違反ではあるが、アメリカの当然違反ルールより厳しいものではなかった。アメリカの当然違反 (Per se rule) は自動的に違法となることであり、効果まで証明する必要はない。EU の当然違反 (by object) も自動的に違法となることであり、効果まで証明する必要はないが、企業はその実践により消費者に利益を与えることを証明する必要がある。

これはアメリカの方が EU 法に近づいたことになるのか？必ずしもそうではない。原則違反は RPM に対し異議を申し立てることをかなり難しくしている。

#### 5-5 例外

多くの国では書籍は例外とされている。出版社が価格を設定し、小売業者が割り引くことは許されていない。この背景には、大ヒットした書籍による売り上げは、人気劣るがしかし興味深い書籍を販売することに役立てられる(多様性の確保に資する)。日本では、書籍や新聞、雑誌、レコードディスクが例外の一例である。

#### 5-6 電子商売の成長による影響

価格の透明性や価格競争がより発生しやすくなる。生産者はますますオンラインで販売を行うようになり、独立した卸売業者の競争者となりうる。またアルゴリズムの使用が増加することで RPM による影響が増大したり、透明性が高まることで、フリーライドの機会が増えてしまう。

- ・ EU における Guess(ファッションブランド)事件

服飾を扱う企業の Guess は RPM を行なっていた。また自社のオンラインショップで買ってもらうため、オンラインでの

販売を禁止していた。小売業者は Google 広告で Guess のトレードマークが入った物に対して入札することを禁じられていた。価格表に反するとその後の供給を停止されるというものであった。違法な垂直的制限と認定され 4000 万ユーロの罰金が課された。また、効率性を上げる、公平性やブランドイメージの保護などといった正当化も認められなかった。

- ・日本では、2019 年 7 月に、アプリカとコンビ（ベビー用品の会社）に対し停止命令が出された。

## 6 エンフォースメント

### 6-1 公法的措置と私法的措置

- ・ Public enforcement = 競争当局が競争法を遵守させること。排除措置命令や罰金、懲役刑が例として挙げられる。
- ・ Private enforcement = 競争法違反を理由に、他の私的な団体に対し私的な団体が提起する訴訟。損害賠償や差止命令 (injunction)、無効 (null and void) が措置の例として挙げられる。

エンフォースメントによる実体法 (substantive rules) への影響→アメリカの独禁法と EU の競争法の違い。部分的な理由としてはイデオロギー的 (ideological) なものがある。しかし他にもエンフォースメントシステムの違いもある。アメリカにおいては私法的措置が決定的に重要。

### 6-2 Public enforcement

#### 6-2-1 二種類のエンフォースメントシステム (Administrative model vs prosecutorial model)

- ・ Administrative model は当局 (authority) が調査を行い判決を出し、裁判所は司法審査 (judicial review) を実施する。
- ・ Prosecutorial model (訴訟型。judicial model) は当局が裁判所に事件を持ち込み、裁判所が判決を下すこと。2 つのモデルがあるが現実的には混合した形態や複雑化がありうる。

#### 6-2-2 二種類の enforcement system

- ・ Administrative model は EU や日本、中国、ブラジル、インド、アメリカ (Federal Trade Commission) が採用。Prosecutorial model はアメリカ (Department of Justice) やカナダ、オーストラリア、イギリスが採用している。

- ・ administrative model に対する批判

当局が検察も調査も判決も全て行うため、バイアスがかかったり、due process 違反になる。こうした弊害を最小化するために、抑制と均衡 (checks and balances) により不正がないかチェックしたり、司法審査が行われる。もっともどの程度司法審査が厳しく行われるかは問題となる。

administrative model の長所としては、違反を発見するために裁判所に行く必要がないため迅速な対応が可能であり、判決を出す者が専門的な知識を有していることがある。

- ・ administrative model から導出される結果 (EU)

事件を訴追しないと決定した時、それに対し異議申し立てが行われることがある。一方アメリカでは、当局がなぜ訴追しないのかを正当化する必要はない。

- ・ 競争当局 (competition authorities) とその独立性

アメリカの Department of Justice (DOJ) は行政部門 (executive branch) の一部であり、司法長官は影響を及ぼせない。FTC は行政部門から独立した機関で、5 人の理事があり、7 年制である。大統領によって任命され、上院 (Senate) によって確認される。同一政党から 3 人以上任命してはならない。JFTC は 5 人の理事があり 5 年制である。両議院の同意を得た上で首相によって任命される。European Commission (EC) に関して。DG COMP は EC の組織で実際の事件を扱うが最終的な判断は EC が行う。もっとも DG COMP が実質的に判断し影響を受けることはない。5 年制であり、EU 議会

と欧州理事会によって任命される。

- ・ DOJ と FTC の関係

管轄 (jurisdiction) が重複してしまうがどう住み分けるか。

一つの例として、クリアランスの過程に注目する場合と、結合の過程の最終段階のクリアランスに注目するという住み分けがある。従来は関連産業によって役割を分けてきた。近年の住み分けの例として、DOJ は Google や Apple、FTC は Facebook や Amazon を担当している。

- ・ 独立性と説明責任

独立性とは、権威に縛られず、コントロール下に置かれることである。つまりどのように振舞っても良い。しかしこれは望ましい在り方ではない。競争当局は一般的な利益を考慮しなければならない。そのため独立性と説明責任が必要となる。個別の事件においては、調査や判決は独立性を保ってなされる。説明責任 (accountability) は年間報告や予算管理、全体的な政策目標において働いている。

### 6-2-3 アメリカにおける Public enforcement

- ・ Administrative model を採用している。FTC は差止めによる救済措置 (injunctive relief) を連邦地方裁判所において請求する必要がある。もし敗訴した場合、そこで administrative process は終了する。Restitution(消費者に対して引き起こした損害を賠償すること)は可能。Civil (ここでは「criminal ではない」という意味で用いている。DOJ または FTC は通常裁判所より先にその企業を訴え、「civil」の救済措置(強制命令や損害賠償)を請求する必要があるという意味)の場合、DOJ または FTC は普通の地方裁判所に訴えでなければならない。多くは和解で終了する。

### 6-2-4 EU における Public enforcement(European Commission)

- ・ Administrative model を採用している。まず調査→異議告知書 (statement of objections) →access to file→口頭試問 (oral hearing) →諮問委員会 (advisory committee) →最終判決という流れである。抑制と均衡の主な現れとして、聴聞する権利 (right to be heard) がある。具体的には Access to file や口頭試問のこと。他にも、Peer review panel や司法審査(ルクセンブルクの欧州議会で実施)といった制度が用意されている。

### 6-2-5 アメリカにおける Criminal enforcement

- ・ Sherman Act 第 1 章、第 2 章両方とも刑事的制裁は存在する。実際には価格固定やカルテルに適用される。罰金と懲役が科される。ちなみに刑務所に入れられた後会社に復帰できるのはおかしいとアメリカではみなされるらしい。

- ・ 日本における Criminal enforcement

平均して 1 つの事件で懲役 1 年である。実刑判決 (prison sentences) はない? JFTC は検察庁 (Prosecutor's office) とともに協力する必要がある。告発 (accusation) するのは JFTC で、起訴 (Indictment) するのは検察庁である。

### 6-3 Private enforcement

#### 6-3-1 private enforcement (特に損害賠償)の目的と諸問題

- ・ 補償・賠償 (compensation) が中心。しかし大きな組織の場合、個々の賠償は分散されてしまう可能性がある。そこで、クラスアクションの仕組みが必要となる。どのように取引費用を減らすか?

- ・ 抑止 (Deterrence)



弊害の強さ  $h$  と検挙率  $p$  による機能である。最適な制裁 (optimal sanction) は  $h \times 1/p$  (Becker) で計算する。例えば、弊害が 100 で検挙率が 20% だった場合、最適な制裁は 500 になる。

- ・当局によって違反が発見されなかった場合、private enforcement が価値ある役割を果たす。当局によってはじめて違反が発見された場合、企業への制裁を加重するが、罰金を高くすることでなされることもある。

### 6-3-2 アメリカにおける private enforcement (特に賠償の際の措置)

- ・成功報酬 (contingency fees) や 3 倍賠償、クラスアクション、One-way fee shifting (fee を移すこと) 支援体制 (弁護士や原告のバーなど) がある。結果として、私的に賠償を求める訴訟が著しく増加した (賠償額は DOJ によって科される額よりしばしば多い)。

### 6-3-3 EU における Private enforcement

- ・こうした訴訟類型に対するヨーロッパ裁判所は存在しないため、各国の裁判所で処理される。その際には国内法、特に不法行為法 (tort law) と民事訴訟法 (civil procedure) が適用される。EU 独禁法損害賠償令 (Antitrust Damages Directive) が損賠請求を促進するとともに、一定程度調和を図っている。private enforcement (damages actions) を増やすことは適切なものか?

#### EU における議論

- ・かつては賠償額も小さく、補償もなかった。最近ではアメリカの訴訟文化を導入すべきか? という議論がある。「ヨーロッパ人は private enforcement が全体的に発展されていないことに苦しんでいるのかもしれないが、私は、我々は「乱開発」の効果を苦しんでいることを提言したい。」

#### The EU Antitrust Damages Directive (2014)

- ・目標は補償することであり、抑止ではない。また懲罰的損害賠償 (punitive damages) は存在しない。国内の競争当局の決定は反証を許す推定で、EU Commission の決定は決定的な証拠である。
- ・証拠へのアクセス。国内裁判所は証拠のカテゴリーを命ずることができる。しかし均衡が必要で、証拠漁りは禁止されている。過剰にとられた反証を許す推定は無視あるいは先送りにされる。また共同訴訟に関しては規定がない。これについては議論の最中である。

#### EU における以後の private enforcement の発展

- ・損害賠償請求が増加した。特に継続的処理活動 (follow-on actions。Commission か国内当局が違反を発見した後に提出される訴訟) やカルテルに関する事例が増加した。消費者ではなく企業によってもたらされることが多い。独禁法訴訟は大きなビジネスになっており訴訟の資金提供者やマーケティングが行われている。

### 6-3-4 日本における Private enforcement

- ・損害賠償は民法 709 条や独禁法 25 条、差止めによる救済措置は独禁法 24 条、無効は民法 90 条に規定がある。損害賠償請求は主に入札談合 (bid-rigging) を対象としている。消費者によって提起される訴訟は非常に少ない。JFTC には private enforcement を促進する動きは見られず、この点で日本と EU は違う方向に向かっている。

## 7 カルテル

### 7-1 概念の確認

Fixing prices とは価格協定、Restricting output=limiting production は数量の協定、Market allocation=market division とは市場分割協定、Bid rigging とは入札談合、Cartelist とはカルテルを行う企業、Cartelised product とはカルテルの対象に

なった商品を指す。Cartel overcharge とは、通常価格より余分に取り価格のことをいう。

カルテルと、暗黙の共謀（tacit collusion）、完全競争（perfect competition）の区別に注意。

## 7-2 なぜカルテルは違法になるのか？

価格を上げると、一部の消費者がより多く支払うようになる。すると他の消費者は、高価になったその商品をもはや購入できなくなる。これを死荷重（deadweight loss）という。どの程度カルテルは価格を上げるのか？事例によるが平均的には10～20%。罰金を設定するのに役に立つ。

## 7-3 カルテルの経済学

売り手寡占（Oligopolistic）の市場での企業の行動を説明するのにゲーム理論がしばしば使われる。収監者のジレンマや繰り返しゲーム。後者では罰則や信用が重要となる。

カルテルはうまく振る舞うために、①価格や生産高、あるいは他の競争のパラメーターを理解し、②市場を監視し、逸脱（deviation）を検知し、③逸脱者を罰する必要がある（価格競争など）。

- ・カルテルを形成する市場には、①売り手寡占で、②新規参入の高い壁が存在し、③市場の高い透明性があり、④イノベーションは起きづらく、⑤同種の（Homogenous）商品（セメントや鉄、ガラス、化学薬品など）を扱うなどの特徴がある。
- ・同種の商品はカルテルを形成しやすくするが、区別された商品に対してもカルテルは成立しうる。

Truck cartel (EU)は、14 年間、Daimler や DAF などが形成し、媒体（Medium）とトラックを扱っていた。価格固定（工場の価格）や、新たな排出技術の導入が進んでいる時期で、合計の罰金は 38 億ユーロ（史上最高額）であった。

価格の一部を固定した例：Air Cargo (EU、アメリカ)

- ・アメリカでは刑事上の罰金が 17 億ドル(DOJ)、EU では 7 億ユーロの罰金が課された(European Commission)。
- ・燃油サーチャージとセキュリティサーチャージは同等にしたが(no discounts)、しかし残りの価格については競争状態があった。

量的な規制= 生産高の制限。価格と量との関係

OPEC プラスでは、加盟国間で石油生産量を減少させることで合意した。これにより石油価格は上昇すると見られている。

市場分割協定（Market division）

それぞれの競争者が消費者の領域あるいはグループを有している。

こうした場合、価格固定をする必要はなく、監視も容易である。例として、マリノース(EU、アメリカ、日本)。11 社によるカルテルで 20 年間存続した。また、gas insulated switchgear (EU)では、日本企業（東芝など）がヨーロッパで販売を行わず、ヨーロッパ企業は日本で販売を行わないという合意がなされた。

## 7-4 Collusion とアルゴリズム

アルゴリズムとは？ある仕事を実行するための段階的連鎖のこと。入力（input）がされると、段階的連鎖（sequence of steps）により、結果が出力される。

アルゴリズムにより、イノベーションが可能となる。探索アルゴリズム（問題を入力すると解を出力すること）やマッチングアルゴリズムが例として挙げられる。ここでは pricing algorithm に注目する。企業が状況に応じて価格を変更することを dynamic pricing というが、それをするのにアルゴリズムを利用する。これにより、ライバルの価格設定を考慮に入れることができる。また資源の効率的な利用を実現できる。これにより談合はより容易になるのか？

### 7-4-1 懸念

- ①アルゴリズムによりカルテルを監視し強化するのではないか。例として poster case を参照。
- ②アルゴリズムによりカルテルを設立するのではないか。競争者は同一のアルゴリズムを使用する。もしそれを知っているならば、価格に関する不確実性を減少させる。もし第三者がアルゴリズムを提供し、その第三者がハブ&スポークカルテルのハブの役割を果たしたとしたらどうなるか。Eturas case を参照。
- ③自己学習アルゴリズムにより、オーナーによる意図なしに共謀することを学習してしまうのではないか？

#### 7-4-2 The poster case

・アメリカでは、Pricing algorithm が Amazon Marketplace にて販売されるポスターの価格を固定するのに使われていた。カルテルは 2 社の間で形成されていた。アルゴリズムは商業的に利用可能なソフトウェアであり、これにより継続的に競争者の価格情報を集めていた。価格は、以下のルールに基づいて決定されていた。カルテル外の企業の最も低い価格を検知し、徐々にその価格を下回る額を設定する。他のカルテルのメンバーも同様に価格設定をするというものである。

・イギリスでは、ポスターとフレームをオンラインで販売する事案。オンラインでポスターを販売する 2 社によるカルテル (Trods と GB eye)。Amazon Marketplace でポスターを販売していた。罰金が Trods に課された (GB eye は免除)。Trods から GB eye に対し、合意価格より安い値段で売らないよう働きかけがあった。値段を合わせるのにアルゴリズムが利用された。

#### 7-4-3 アルゴリズムを利用したハブ&スポーク：Eturas (EU)

リトアニアの競争当局が 30 の旅行代理店に罰金を科した事案。旅行代理店は旅行予約システムの Eturas 社により開発された E-TURAS を使用していた。システム管理者は旅行代理店に対し、最大 3% 割引と技術上の制約に関する通知が送られる。これにより旅行代理店と Eturas は協定されたやり方に拘束される。リトアニア裁判所は欧州司法裁判所に相談した。

・司法裁判所によれば、旅行代理店に責任があるというためには、認識が必要でなければならないという。しかし当局は認識の推定を適用すると考えられる。もし旅行代理店が認識していた場合 (あるいは認識指定たと推定される場合)、協定価格への参加が推定される。

#### 7-4-4 自己学習アルゴリズムについて

「コンピュータープログラムの陰に隠れることで、企業は談合の責任から逃れることはできない。そしてビジネスに関わるなら『自動化されたシステムを使うと決定した時、それがどう動くかについて責任を負うことになること』を知っておかねばならない。そのシステムがどう動くかを知っておいた方が良いのだ。」

・カルテルは正当化されるか？「カルテルは独禁法の大きな敵である」「カルテルは公開市場経済の癌だ」といった、カルテルを非難する世界的合意が存在する。

#### 7-5 カルテルの危機

アメリカでは、私的な解消策よりも市場による解決策 (market solution) が良いとされている。EU では、アイルランドの牛肉の過剰生産能力が crisis cartel に繋がっている。アイルランド裁判所は合法、101(1) TFEU 違反と欧州司法裁判所が判示した。日本では抑制されたり正当化されたカルテルは長い間合法とされていたが適用除外 (exemption) が 1999 年に廃止された。なぜ OPEC のカルテルに対しアクションを取らないのか？

#### 7-6 国同士のカルテル

・アメリカの司法省 (Department of Justice) は OPEC を訴えなかった。一部の原告は裁判を起こしたが敗訴。理由として、主権の無答責の原則 (Act of State doctrine) や外国主権免責法 (Sovereign Immunities Act) が挙げられた。OPEC は、主権国家同士のカルテルであるため、独禁法訴訟から免れている。こうした状況を変えるための提案として、No Oil Producing and Exporting Cartels Act (NOPEC) が提唱されている。OPEC の主権免除 (sovereign immunity) を廃止すると期待されている。

EU では、商業的活動に従事していた場合、国々は「企業」となりうる？もしそうなら、EU の競争法は適用されるか？EU 市場への影響が生じる場合、管轄の問題 (jurisdiction) となる。

## 8 競争法と政府・国家

### 8-1 補助金 (State aid)

・Amazon headquarters 事件。2017 年、Amazon は第二本社の場所を選ぶためにコンテストを開催し、2018 年 11 月に Amazon は Arlington と New York City を選出した。Amazon は補助金として 24 億ドルを受け取っていた。2019 年 2 月、住民らの反対により New York での建設は断念した。これは不届というだけでなく違法であるとの報道がある。

#### 8-1-1 State aid とは何か？

国または国庫による補助のこと。企業は当期実績主義 (selective basis) に対しアドバンテージを得る。これにより競争は捻じ曲げられ、加盟各国間の貿易に影響を及ぼす。

具体例：直接的な補助金や特定企業に対する土地の安価な売り渡し、税金免除 (tax exemption) 無利子のローンなど  
State aid ではないもの…全企業に対して開かれている一般処置 (general measures) や個人に対する補助金がある。

#### 8-1-2 なぜ control State aid をコントロールする必要があるのか？

①State aid は競争を捻じ曲げてしまう。補助を受けた企業は他の企業に対し競争上有利になり、非効率的でない企業により効率的な企業が排除されてしまう可能性がある

②補助競争を回避するため。納税者を保護する目的がある。具体的な例として、アイルランドが Apple に対し税制優遇を行っていた事例などがある。

#### 8-1-3 EU の State aid 規制

原則として State aid は認めていない。しかし適用除外もある (貧困地域や天災、文化、研究と開発 (R&D)、地方の広帯域放送への援助など)。これらは Commission による事前の許可なく認められる。もし適用除外にならないとしても許される場合もある。しかし、加盟国は援助する旨を通知し、Commission の決定を待たねばならない。加盟国は Commission の許可を得なければならない。

#### 8-1-4 EU の State aid 規制の限界

EU 加盟国によってなされた者に対してしか適用されず、EU 以外に対してはほとんど規制が及ばない。

・WTO による Agreement on Subsidies and Countervailing Measures について。禁止されているのは、補助金の輸出と現地調達を義務付ける (local content) 補助金のみ。他の種類の補助金は非常に限られた条件の元で異議申し立てできる (他の国に対し深刻な影響を及ぼすなど)。また、商品に対してのみ適用され役務には適用されない。なお、日本と EU の EPA では、補助金に関する規定が設けられている。イギリスでは EU 離脱後に state aid を行う期間が用意され始めている。

#### 8-1-5 なぜ State aid 規制は EU 内だけなのか？

EU 競争法はアメリカや日本の独禁法より国家の介入 (State interference) に関心を有するため。また、EU は強力な国家干渉 (State intervention) や国営企業の長い歴史を有するため。EU には 28 の加盟国があり、統一市場を形成するためには公平な競争の場 (level playing field) を形成することが必要だった。

アメリカでは、政府によるアクションは Sherman Act の元では異議を申し立てられることはない = state action doctrine  
中国では公平な競争を監視するメカニズム (Fair Competition Review Mechanism)。競争を捻じ曲げる国の政策に対し異議申し立てをする。その場合、公的機関は競争に対する不要な規制を取り除かなければならない。

#### 8-2 The government made me do it

時々反競争的な行為が立法 (legislation) や政府のガイダンスによって命じられることがある。

これは防衛策か？拘束的なら違反なし。選択的なら企業は競争法に沿うような行動を選択しなければならない、そうでなければ競争法違反となる。アメリカでは Foreign Sovereign compulsion defense や State action doctrine、EU では State action defense と言われる。

##### 8-2-1 アメリカ：ビタミン C 事件

原告はビタミン C 購入者で、被告はビタミン C の中国の製造者である。原告の主張としては、「被告は生産を制限し商品の価格を上昇させた。また中華協会を利用し、2002～2005 年にかけて価格固定を行った」というもの。弁護側は、「中国商務部(MOFCOM)は価格を同等のものに調整するよう要求した」と主張。

中国政府(MOFCOM)は、アミカス・クリエ意見書 (amicus curiae brief。被告のために法廷助言者が裁判所に提出する意見陳述書) を提出した。そこでは我々は価格調整を強いられていると主張されている。

地方裁判所は弁護側 (被告) の主張を拒絶した。中国法は価格固定を本当に被告に強いるものではない。事件は裁判にかけられ、被告は損害賠償として 1 億 4700 万ドル払う責任を負った。

控訴審では、地方裁の判決を覆した。もし中国政府が価格固定を要求していたと主張するならその声明を尊重せねばならない。最高裁は再び判決を覆した。裁判所は MOFCOM の声明に対し「恭しい配慮」をすべきであるがそれに縛られるわけではない。控訴審に差し戻され、現在係争中。

##### 8-2-2 EU : Woodpulp 事件

アメリカの輸出カルテルに関しての事件。輸出連合を公的に認識しているかどうかが議論された。アメリカでは、独禁法の射程から輸出カルテルを除外するという立法があった。しかし形成を必要とせず、EU 法の違反に当たる。

##### 8-2-3 日本：石油カルテル

1973 年の石油危機 (OPEC が価格を上げた) により、日本の石油輸入者 (卸売業者) は連帯して価格を上げた。JFTC は石油輸入者は価格固定をしていると主張。被告は、価格が上がったのは通商産業省の行政指導 (administrative guidance) に伴って発生したからだと主張。最高裁は被告の主張を拒絶した (価格固定が産業それ自体によって開始されたので、通産省によって命令されたのではなく認められていた)。これにより石油輸入者は刑事的な責任を負う。しかし原則としては、もし行政指導が合法で企業に選択肢を与えない場合、競争法違反にはならない。

#### 8-3 競争政策と産業政策

・競争政策（Competition policy）とは競争に関するもので、企業間の競争を促進するもの。国内・外国企業を問わず、競争には誰でも参加可能。産業政策（Industrial policy）とは国内産業の競争性に関するもので、良いインフラを整備したり、産業強化のための補助金などが例。競争から特定の企業を守る場合もある。国内チャンピオンを輩出する。日本では60年代～80年代は産業政策が主流であった。これは産業政策の功罪を示しているのか？

### 8-3-1 日本における産業政策の役割

「日本は、競争を制限する一連の政策を続けていたが、これらは経済全体に対し適用されているわけではない。実は、競争が制限されている産業は、日本が国際的に成功していない分野であることが判明した。国際的に成功している産業においては、特殊な制度的背景にも関わらず日本における国内的な競争はいつも激しいものとなっている。」

### 8-3-2 競争政策と産業政策の摩擦

必ずしも衝突するわけではない。競争法は国家における健全な競争につながる。するとある国で稼働している企業は競争的にならざるを得ない。適切な価格と品質が担保され、企業は競争的な価格でinputを購入できる。

しかし衝突することもある。産業政策は企業結合などを通じて国内チャンピオンを輩出することが目的。市場支配力を持った企業が登場する。すると国内市場においては消費者にとって悪影響が出る。しかしその企業はますます大きくなり利益を得るようになると海外で競争するのに有利になる？利益を得る聖域としての国内市場？

松下電器 vs Zenith Radio Corp では、最高裁は、テレビセットを生産する日本企業で、日本国内においては高い価格で固定し、アメリカではアメリカのメーカーを排除するため低い価格で固定していた21社に対する異議申し立てを拒絶した。

### 8-3-3 Siemens / Alstom merger (EU)

Alstom はフランスの鉄道製造会社、Siemens はドイツの鉄道製造会社。フランス・ドイツ両政府の支援により、ヨーロッパチャンピオンを形成する取引が行われた。競争法の外にいる者から多くの批判がなされている。

・競争に対する影響の分析

①超高速鉄道において合計で非常に高い市場シェアを有する。

Siemens と Alstom は既に世界をリードする企業で、中国国外で最も大きな企業で、中国国内においてより有利にすることを目的とした結合であった。検討対象市場の地理的範囲は、世界（中国、韓国、日本を除く。これらの国では市場が閉じている）あるいはEU+中国。

②鉄道信号システムにおいて、合計で非常に高い市場シェアを有する。Siemens と Alstom は世界3大企業のうちの2つで最新鋭（state-of-the-art）の方策におけるリーダーである。

Commission の価格が上昇するという考察は消費者や競争者、国内競争当局、政党の内部文書によって支持された。

問題となっている点：中国からの競争？

新規参入に高い障壁が存する市場

・EU特有の障壁：EUの認可を受ける必要があること、国内の技術的な安全性に関するルール（あるいは実績を有すること）、EUでの販売を優先すること、顧客・依頼人関係（customer-client relationship）の克服など

・中国の参入の脅威？

CRRC は、イギリスにおいて入札資格がなかったように、信頼できる入札者ではない。ヨーロッパにおける中国の高速鉄道の販売はされていなかった。

顧客の観点：近い将来、中国企業は顧客の選択肢となりえない。つまりEUにおいて中国企業は競争に負けるだろう。

競争法（本件を違法）と政治的な考え（本件を適法）がずれているのはなぜか？いくつかの理由がある。1つは市場画定が競争法における概念であるのに対し、企業は経済的な利益を求めて行動するため。また、消費者の観点から2～3年後のことを考えるのに対し、企業は20～30年後のことを考えるから。日本でも、ふくおかフィナンシャルグループ・十八銀行事件のような事例を適用除外にするような法案が国会に提出されようとしている。

- ・産業政策と競争政策を混合して思考すると、競争法の予測可能性が非常に下がってしまう。一方、競争政策のみを考慮すると競争法は安定したものとなる。

#### 8-4 国有企業

トヨタグループで本社が支配権を有しているのと同様に、国によってコントロールされた企業のこと。国が完全に所有していたり、株式の大半が取得・所有されている。50%以下でも事実上（*de facto*）コントロールされている。

- ・競争法に対する困難

グループ内ではカルテルや結合なし。同一グループ内での話だから。

売上高の計算（turnover）

企業結合規制では、結合が必要としているかどうかを決定するために通知される罰金の計算のためにしばしば使われる。複数市場における法的独占においては内部相互補助（cross-subsidization）は許される余地がある。独占市場における利益を使い他の市場において費用より低い価格をつけることである。

### 9 競争法と諸価値

#### 9-1 競争法とデータ保護/プライバシー

データ保護法（data protection law）

- ・EUではGeneral Data Protection Regulation (GDPR)。日本では、個人情報の保護に関する法律（Act on Protection of Personal Information (APPI)）が規制。2015年に大改正があり、それを受けて個人情報保護委員会（Personal Information Protection Commission (PPC)）が設立された。

- ・アメリカでは国レベルでの法規制は存在しないが、消費者をミスリードするようなこと（情報を他に流しませんが規則に書いておきながら他に流出させていた）を行っていたとしてFacebookを処罰した事例がある。

##### 9-1-1 鍵となる概念

- ・Personal data＝個人情報（正式には personal information）＝それによって特定個人と特定しうるあらゆる情報。具体例として、氏名や住所、生年月日、電話番号、IPアドレスが挙げられる。個人データを取り扱う際（process）には法的な基盤が必要となる（同意や法的根拠、規制の存在）。

- ・データ収集の目的は明示されていなければならない。目的制限がある。必要以上にデータを収集することは許されない。

- ・個人情報にアクセスする権利の存在。また（EUのみ）ダウンロード権もある。portability と呼ばれ、Facebook から他のSNS に乗り換える場合などに認められる。

##### 9-1-2 日本・EU間のデータ保護：相互承認協定（mutual recognition）

日本とEUはお互いにデータ保護体制を承認する。＝"adequacy decision"（データ移転先の国が十分なレベルの個人データ保護を保障していることを決定。十分性と言われる）。これにより、EUと日本の企業の間で自由にデータのやり取りをすることができる。世界最大の安全なデータ取り引き領域の構築を目指した、最初の相互承認協定である。

- ・（前提として）情報保護法とプライバシー法

同様の意味で使われることもあるが、実際は、情報保護法は情報プライバシーを含み込んでいるが、他の種類のプライバシーは含んでいない（物理的なものや、警察に私物が押収されたとしても違法にならないなど）。

- ・情報保護法はその情報が私的なものかどうかに関係なく適用される(仕事で使用する電子メールアドレスは指摘情報)。

### 9-1-3 情報保護法と競争法

長年に渡って完全に分離されていた。Facebook / WhatsApp 結合決定(2014)でも、プライバシーについては競争法の領域外とされていた。その流れが近年変わってきている。

### 9-1-4 競争変数としてのプライバシー

競争変数 (parameters of competition) とは価格や品質、技術革新に関するもの。企業はより良い情報保護やプライバシーを提供することで競争することができると考えると、情報保護やプライバシーは競争変数とみることが出来る。

具体例として以下のようなものがある。

- ・カルテルでは、競争者はより低いレベルでの情報保護に同意する可能性がある。優越的地位の濫用では、支配的な企業が過大な価格や過大な取引条件を課す。搾取の結果、情報保護が弱くなる搾取が起きた時にどのように決定するか？情報保護法を基準 (benchmark) とするか？

日本では 2019 年に、「デジタル・プラットフォーマーと個人情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用 ASBP に関する独占禁止法上の考え方(案)」が発表された。プラットフォームと消費者との関係の間に ASBP を適用する。ガイドラインによって、ASBP を構成する行為の具体例がわかる。多くは APPI 違反となるようである。企業結合は検討対象市場において情報保護を薄くする可能性がある。

- ・競争当局と情報保護当局との衝突？→結論としては衝突はない。日本でもドイツでも協調的な関係になっている。競争当局と情報保護当局が違うツールを用いていることが議論の背景にはある。

情報保護法は比較的新しく、執行者は限られた力しか持っていない。効率よく罰則を与えることが要請される。一方競争法は、より古く、取り得る罰則の幅も広い。罰金や構造是正措置、行為是正措置など。

- ・罰金については、GDPR はその企業の全世界での 1 年間の売上高の最大 4%の罰金を課すことが出来、EU 競争法では最大 10%まで課せる。現在ではより現実的な方法が考えられている途中であることも重要。日本でも、情報保護法違反の際の罰則規定が議論されている。

・EU では、競争法は Commission と 28 の加盟国それぞれの競争当局が有している。情報保護法は、国内の情報保護当局と、"coordinating entity" (European Data Protection Board. 28 の加盟国の情報保護当局のトップの会合)が管轄している。European Data Protection Board の役割は、国家間や学説、ガイドライン間の紛争を調停すること。

Lead supervisory authority システムとは、企業が本社を置く国の当局が lead supervisory authority となるシステム。本社のある国しか制裁を適用できない。

- ・日本における JFTC は長い歴史を有する機関である。一方 PPC は、2019 年リクルート事件で初めて勧告措置をとった。

## 9-2 結論

同意がある部分としては、情報保護法違反は当然に競争法違反となるわけではないこと。

一部合意が形成されているのは、情報保護は競争変数となり得ること、そしてそれゆえ情報保護のレベルは競争評価において役割を果たすということ。

議論があるのは、情報保護法は優越的地位濫用を判断する基準となり得るかということ。



### 9-3 競争法と環境/ 健康/動物福祉(animal welfare)

これらの要素と競争法は持続性を共通項として有している。

#### 2 種類の議論

- ①企業の行為が環境に有害の場合、それは競争法違反になる。
- ②通常は競争法に違反しうる企業の行為が、環境保護になるという理由によって正当化される。

#### Bayer / Monsanto の企業結合

環境に対し悪いと考えられている企業が結合する事案。ほとんどすべての生き物が死滅する強力な農薬や遺伝子組換えを行っていた。Bayer と Monsanto の企業結合に対する反対意見として、農家や食品の多様性、地球、健康に悪いという主張がなされた。しかし問題は、こうした点を競争法の保護法益として読み込むことが難しいこと。競争保護以外の理由で企業結合に介入することはできないという結論になった。しかし、環境法には事前に通知するシステムがないのに対し、競争法にはそうした仕組みがある。これを組み合わせることで環境破壊的な行動に歯止めをかけられるのではないか。

#### 9-3-1 The chicken of tomorrow

競争法の下でどのように「持続可能性をめぐる同意 (sustainability agreement)」が分析されているかを示す明確な例。Sustainability agreement とは、環境保護や健康、動物福祉といった目的を達成するためになされる、企業間の合意のことである。例えば、環境に配慮して商品を製造するとコストがかかるため値段が上がり競争に不利になる。そこで企業で合意し値段を揃えるといったことが行われる。最初に行動を起こしたものが不利になる？

#### 9-3-2 養鶏業者とスーパーの合意

スーパーは「chicken of tomorrow」の鶏のみ購入する。そして 2020 年からは、chicken of tomorrow の鶏肉のみスーパーで販売し、「普通の」鶏肉は販売しないことにする。目的は、動物福祉や環境、健康保護といった持続可能性保護である。The chicken of tomorrow は鶏の生育スペースが広がること、昼夜リズムや病気のリスクが低下することが予想される。また、成長が遅く、数日ほど長生きするという特徴がある。上記のような競争者間の合意は、普通の鶏肉との競争に明確な影響を及ぼす。これは排除にあたりうる。

#### 9-3-3 考慮事由と正当化理由

消費者にとっては高くつくことになる(1 キロあたり 1.46 ユーロ価格が上がる)。動物福祉や環境保護に資する(ただし健康は除く)。どのように競争に対する弊害と利益を比較するか？動物福祉と環境保護のために消費者が払いたい金額は 1 キロあたり 0.82 ユーロであり、環境保護と動物福祉によって得られる利益を、競争に及ぼす弊害が上回るとした。

手段として、普通の鶏肉の販売を完全に禁止するとしているがそれは過大で、必要性に欠ける。目的は重要だが、消費者への周知や、意識改革などその他の手段でも目的は達成可能と判断した。

結論として、適用除外にならない。ここでは 1 回違反になると仮定した上で、正当化理由を検討しているが、そもそも違反に当たらないとして解釈で議論する場合もある。

### 9-4 競争法と知的財産

#### 9-4-1 知的財産権 (IP law)

特許 (patent) や著作権 (copyright)、デザイン、トレードマークなどを指す。知財法の目的とは、発明者やクリエイターを保護することを通じて、創造性やイノベーションを促進すること。知財権は排他的な権利で、開発者が投入した調査費

用や開発費用を回収するため一定期間高い利益を得ることができる。

#### 9-4-2 競争法と知財法の摩擦？

緊張関係：知財法は排他性を基調とするのに対し、競争法は、市場は開かれているべきと考える。しかし、一般的な見方では、知財法と競争法は相互補完的である。知財法はイノベーションを目的としているが、それは競争法の志向するものでもあり、両者の法は資源の効率的な割り当てを促進する。

優越的地位濫用や独占に対する法規制がこうした排他的な権利（知財権）を制限しうるか？→衝突することは基本的にはないが、例外的にそうなることもある。知財権に関しての濫用について、2つの例がある。

①Pay-for-delay settlements は保護の期間を人工的に延長する試みと②標準必須特許である。

#### 9-4-3 知的財産権-特許（Pay-for-delay cases）

企業 A は先発医薬品（branded drug）を製造し、企業 B は後発医薬品（generic drug）、知財権が切れた薬品を使ったより安い医薬品を製造している。医薬品の特許が期間満了した後、企業 A は一定期間、市場に関わらないよう、企業 B に支払っていた。企業 A が企業 B を訴えた。その後調停が行われた。支払いは示談の一環だった。これは競争法の違反に該当するか？→違反しうる。EU では、Lundbeck が調停の中で、後発医薬品を製造する企業 4 社に金銭を支払っていた。Commission は、市場から遠ざけるために支払いがなされたため、当然違反の規制に抵触すると判断し、罰金を課した。アメリカでは違法になるが原則違反になる。

#### 9-4-4 標準必須特許（standard essential patent/SEP）

標準とは共同利用（inter-operability）を認めるもの。標準化団体（standard-setting organization/SSO）が標準を設定する。例えば 4G モバイル通信の標準は LTE 標準。

FRAND 宣言とは、特許者が一定の条件（fair, reasonable and non-discriminatory、FRAND）のもとでライセンスすることを約束するという条件で SSO が認可している特許。もしそうでなければ特許者は全てブロックすることができる。特許者は FRAND 宣言付きで標準に組み込まれる。これにより特許保有者は FRAND 宣言に基づいて特許をライセンスすることが許される。もし特許者がライセンスを拒んだり、FRAND 条件以上のものを要求したり、特許を使用する企業に対し訴訟（多くは差し止めを求めるもの）を起こしたりした場合特許は取り消される。これは競争法の問題になるのだろうか？

#### 9-4-5 SEP に対するエンフォースメントをするために差し止めを求めること

・EU とアメリカの FTC は、優越的地位の濫用や独占に当たるとしている。

EU：差し止めによる救済を求める裁判は、一定の条件、つまり SEP 利用者が FRAND 条件でライセンスされることを厭わない場合、優越的地位の濫用に当たる。アメリカでは、FTC が Qualcomm に対する裁判を起こした。独禁法に違反しているとして、SEP にライセンスするように命令した。

・対照的に、アメリカの DOJ は、独禁法を適用することで活発な競争のインセンティブを阻害する可能性があるとして適用に否定的である。

#### 9-5 競争法と労働法

労働者間の共謀。例えば労働組合は、賃金競争を制限するような合意である。また、ストライキは取引を拒絶する合意・提携である。労使間の団体交渉（Collective bargaining。使用者の代表者と労働者の代表との交渉）もこれに当たる。ほとん

どは競争法の適用除外になるため労働法で処理されることになる。

- ・自由契約労働 (freelance worker) や自営業者 (self-employed worker)

労働者に依存せず、フリーランスや自営業者に依存するビジネスが増加している。建築屋や保険の仲介業者、フリーランスジャーナリスト、Uber などがその例である。彼らは労働法によって保護されない。そこでの競争法の役割とは何か？

- ・オランダ：自営業者も特定の条件の下で合意することを認容した (2019 年発行のガイドライン)。

自営業者は以下の場合には使用者集団と、共同して交渉することが許される。

①他の労働者と同様に仕事をする場合 (オーケストラ所属のミュージシャンが病気の同僚の代わりに仕事をする等) ②自営業者が 10%以下の市場シェアを有している場合、③合意によって自営業者の社会的保護が強化され、消費者も利益を受ける場合、④合意によって、法が定める最低基準と同等の賃金になる場合

- ・日本：SMAP 事件。SMAP メンバーが 3 人ジャニーズ事務所を去り、その結果テレビ露出が著しく減少した。JFTC はジャニーズ事務所に対し警告を行った。不公正な取引方法や取引妨害にあたりうる。

## 9-6 結論

競争法は他の価値と相互補完的な関係にあることもある。情報保護や、日本における自営業者保護に関してはそうである。しかし、他の価値と衝突することもある。Siemens / Alstom (産業政策) や chicken of tomorrow (持続可能性)、enforcement SEP に対するエンフォースメント(特許)などでは衝突した。価値が衝突する場合、どの価値が優勢なのか？

## 試験問題について

<例題>企業 A がマイクロ波オーブンや通常のオーブン、冷蔵庫を製造し、企業 B は冷凍庫を製造している。企業 A が B を吸収合併した場合、正答はどれか？ (1)垂直的結合 (2)垂直的結合 (3)混合的結合 (4)いずれも該当しない

<答>垂直的結合ではない。これらの企業はメーカーであり、小売業者は別にいる (もしその企業内に小売業者がいるなら垂直的結合)。したがって供給チェーンに乗っていないため混合的結合になる。

上記のような 10 個の選択肢問題を出す。それぞれ別々のトピックから出題。ゲストスピーカーの講義も当然出題範囲に入るので注意。他には記述型のオープンクエスチョンを出題する。教授のアドバイスとしては、冗長に回答を書くのではなく、下書きするなどして聞かれたことに対して明確にポイントを抑えたものを書くように、とのこと。