



Title	単独かつ直接の取引拒絶の規制根拠と課題
Author(s)	央戸, 聖
Citation	阪大法学. 2021, 70(5), p. 261-326
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87321
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

単独かつ直接の取引拒絶の規制根拠と課題

宍 戸 聖

目 次

第一章 問題の所在

第一 独占禁止法二条五項における「排除」の識別

第二 米国及びEUにおける競争者排除型行為の評価を巡る議論の現状

第三 「排除」の識別基準に関する課題

第四 本論文の検討内容

一 単独の取引拒絶

二 日本における単独の取引拒絶規制の現状

三 複数の法領域における共通課題

第五 本論文の構成

第二章 米国における単独の取引拒絶規制

第一 Colgate 判決

第二 顧客または供給者に対する懲戒としての取引拒絶

一 一九二七年 Kodak 判決

二 Lorain Journal 判決

- 第三 自己の競争者への協力の拒絶
 - 一 Otter Tail 判決
 - 二 Aspen 事件最高裁判決
 - 三 Trinko 事件最高裁判決
 - 第四 小括
 - 第五 シャーマン法二条における不可欠施設（エッセンシャルファシリティ）の法理の位置づけ
 - 第六 米国法における単独の取引拒絶規制の現状
- 第三章 EUにおける単独の取引拒絶の規制
- 一 Magill 判決
 - 二 Oscar Bronner 判決
 - 三 IMS Health 判決
 - 四 欧州 Microsoft 事件 CFI 判決
 - 五 欧州委員会によるガイドンスペーパー
 - 六 小括
- 第四章 単独かつ直接の取引拒絶の不当性評価に関する考察
- 第一 取引拒絶の分類
- 一 顧客等に対する懲戒型と競争者に対するアクセス拒絶型
 - 二 投入物閉鎖型の取引拒絶の区別の必要性
 - 三 ライバル費用の引上げ戦略と単独の取引拒絶の関わり
- 第二 取引拒絶の不当性
- 一 米国最高裁による規制の現状
 - 二 EUの規制枠組みの特徴

三 日本法の位置付け

四 単独の取引拒絶の不当性識別におけるベンチマークの役割

第五章 結語——経済合理性基準による排除の識別とその課題

一 市場支配的事業者による単独の取引拒絶の規制根拠

二 単独の取引拒絶の分類

三 残された課題

第一章 問題の所在

第一 独占禁止法二条五項における「排除」の識別

独占禁止法（以下、「法」）二条五項は「事業者が、単独に：他の事業者の事業活動を排除し：公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」を私的独占と定義している。この排除には、正常な競争行動と外形上の重複がみられるような、不当性の評価が難しい行為も含まれる。

例えば、ハードコアカルテルのような行為は、社会総余剰または消費者厚生⁽¹⁾のいずれの意味においても経済厚生を拡大しないものであり、行為の不当性が明白である。したがって、この種の共同行為の不当性を個別具体的に評価する必要はない。

ところが、競争者排除型の行為の場合はその限りではない。⁽¹⁾良質廉価な製品・役務の提供等の形で自らの効率性の達成を通じて行われる積極的な競争行動も、不当な排除と同様に競争者を排除する効果を持つが、そのような行為まで法の規制対象としてしまうことは、その目的に鑑みて望ましくないはずである。⁽²⁾

他方で、市場支配的事業者による効率性の達成とは異なる方法で行われる競争者の排除が市場支配力の形成・維持・強化に繋がる場合には、法二条五項の排除に該当し、独禁法上不当と評価されることになる。

このように、排除型私的独占の規制においては、正当な競争の結果としての排除と独禁法上不当とすべき排除の識別が重要な課題となる。この課題が顕著にあらわれるのが、不当廉売や単独の取引拒絶等の、事業者に認められる事業活動の自由の発露と、不当な排除との識別を要するタイプの行為類型である。⁽³⁾

日本の最高裁は、行為が法二条五項における排除に該当するためには「自らの市場支配力の形成、維持または強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有する」ことが必要と述べている。⁽⁴⁾ 最高裁が述べる「正常な競争手段」とは、価格・品質に基づく競争手段、すなわち、能率競争を意味すると考えられている。⁽⁵⁾ つまり、能率競争に適う行為の結果として競争者が排除されたとしても、上記の定義における人為性は無いといえる。

例えば、明らかに不利益な取引条件を相手方に認めさせ、顧客等の意思決定を抑圧し、競争者を排除するような排除条件付取引型の行為は、効率性の発揮とはおよそ言えず、能率競争に適うものではないことが明白であり、行為自体に人為性があるものと言える。

一方で、単独の取引拒絶や廉売といった行為は、それらの行為が排除効果を有するとしても、そのことが直ちに行為の人為性を示唆するわけではないため、効率的な事業活動でないことのみを根拠として独禁法上非難されるということはない。そのため、これらの行為に関しては、何らかの基準によって、人為性の有無を検討する必要がある。

しかし、最高裁が示した排除の定義は、それ自体が具体的な行為の排除該当性を検討する際の法的な基準となる

わけではない。学説は「人為的な反競争行為」⁽⁶⁾や「効率性によらない排除」⁽⁷⁾等の表現で排除概念の限定を試みてきたが、これらの表現も同様に法的な基準とは言えない。このような状況に鑑みて、日本の排除型私的独占規制においては、具体的な行為の評価において利用可能な法的基準の洗練化が急務といえる。⁽⁸⁾

第二 米国及びEUにおける競争者排除型行為の評価を巡る議論の現状

排除の識別の問題は、米国において特に活発に議論されてきた。⁽⁹⁾ もともと、米国の最高裁は、「能率競争 (competition on merits)」概念を基礎に、行為の効率性に着目して競争促進的行為と競争を害する行為との区別を試みてきた。⁽¹⁰⁾ また、EUでも同様の議論があり、欧州司法裁判所は、「通常の競争 (normal competition)」概念によって不当な支配的地位の濫用行為の識別を試みてきた。⁽¹¹⁾

能率競争または通常の競争という概念は、排除の識別に関する議論の理論的基礎であり、これらの概念とは別に、能率競争に適わない行為や通常の競争とは言えない行為を識別するための法的な基準が必要となる。この点に関して、米国における標準的な考え方は、行為が消費者厚生に及ぼす効果に着目して、能率競争に反する行為を見分けるというものである。⁽¹²⁾

違法な独占化行為または濫用行為の識別に関して、反トラスト法または欧州競争法の目的を消費者厚生の増大と捉える立場をとれば、競争者排除型の行為を評価する際に、行為が経済厚生に与える正の影響と負の影響の率直な比較衡量を行うのは、理論上は積極・消極過誤が最小化されるといえるため、最も正確なアプローチと考えることも可能である。⁽¹³⁾ しかし、消費者厚生基準を前提としたうえで、競争を促す行為の結果として消費者厚生が損なわれる場合を許容する立場をとるならば、例えば、廉売によって競争者が排除された結果として消費者厚生が害されたとしても、その事実のみによって直ちに当該廉売を競争法上の問題とするべきではない。

そのため、これらの行為に関しては行為の経済厚生への影響を厳密に評価するよりも前の段階において、行為が「不当」といえるかどうかの分析が必要になる。まさに、日本法における人為性に關する判断はこの分析に対応している。

米国を中心に、行為の経済合理性の有無に着目する利潤犠牲基準等の基準や、行為者と同等に効率的な競争者をも排除するような行為であるかどうかという点に着目する同等効率性競争者基準など、何かしらの観点から競争者排除型行為の不当性を評価する基準が提案されてきたのは、このような事情のためである。⁽¹⁴⁾

第三「排除」の識別基準に關する課題

上述した基準はいずれも統一的な排除の識別基準として提案されてきたものであったが、経済合理性基準を費用を伴わないRRC型の競争者排除の評価に用いることは難しい点や、同等効率性競争者基準を非価格行為の評価に用いることは難しいといった点で、これらの基準は統一的な排除の識別基準とはなり得ない。現在では、これらの基準を基礎に、個別の行為類型に応じた排除の識別基準の探求が試みられている。⁽¹⁵⁾

また、これらの基準を個別の行為類型に適用する際にも課題はある。具体的には、本論文の結論を一部先取りすることとなるが、①単独かつ直接の取引拒絶の評価に経済合理性基準を利用するためには何かしらのベンチマークが必要となること、⁽¹⁶⁾そして、②同等効率性競争者基準によっては不当性を識別できない領域があること、⁽¹⁷⁾の二点がある。

例えば、単独の市場支配的事業者が、およそ相手方が受け入れることの出来ないような不利益を被る高価格を設定することで、実質的に取引を拒絶する場合には、過去の取引や他の競争者との取引における価格などをベンチマークにしなければ、当該高価格設定が実質的な取引拒絶にあたるかどうかを評価することは難しい。

また、平均可変費用または平均回避可能費用以上・平均総費用（ATC）未満の価格領域に位置づけられる廉売については、同等効率性競争者基準のみに依拠して不当性を推認することができない。さらに言えば、ATCを上回る価格での廉売は、同等効率性競争者基準の観点からは不当とはいえないが、経済合理性の観点からは不当といえる余地がある。⁽¹⁸⁾ このように、排除型私的独占の規制においては、これまで提唱されてきた包括的な基準では、排除の識別が困難な領域が存在している。

第四 本論文の検討内容

一 単独の取引拒絶

本論文では、単独の取引拒絶に焦点をあてて、上記の排除の識別を巡る問題を検討する。単独の取引拒絶が独禁法上問題となる場面として、一般的には、①「事業者が、独占禁止法上違法な行為の実効を確保するための手段として」取引拒絶を行う場合と、②「市場における有力な事業者が、競争者を市場から排除するなどの独占禁止法上不当な目的を達成するための手段として」取引拒絶を行う場合の二種類があげられている。⁽¹⁹⁾ このうち、①に関しては、評価すべきは実効性確保の手段である単独の取引拒絶ではなく、実効性確保の目的とされる行為が市場にもたらす効果であると考えられるため、以下では上記②の取引拒絶について述べる。⁽²⁰⁾

取引自由の原則に鑑み、ある事業者が、単独で、直接に取引を拒絶することは、仮にそのような拒絶が取引の相手方にとっては不利益なものであっても、正当な事業活動と認められて然るべきである。日本では、そのような取引の拒絶が、市場における有力な事業者によって、競争者を排除する等の独禁法上不当な目的のもとに行われ、それによって相手方が他の取引先を見出だせない状況に追い込まれて通常の事業活動が困難となる等の場合には、法二条五項の排除型私的独占規制の枠組みで懸念される競争者排除型の反競争効果の発生が見込まれている。⁽²¹⁾ すなわ

ち、競争者排除等の「独禁法上不当な目的」に向けて行われる単独の取引拒絶の規制は、事業者の取引の自由を抑制することにも繋がるため、このタイプの単独の取引拒絶については排除の識別がより困難になる。⁽²²⁾

しかし、販売等の価格関連行為とは異なり、単に競争者からの新規契約の申し入れを断るといったような典型的な単独の取引拒絶の不当性を識別するうえでは、価格と費用の比較分析等の定式化された手法を採用することが難しい。⁽²³⁾したがって、この種の取引拒絶については不当性識別のための基準の確立がとりわけ重要となる。

本論文では、この基準の検討を行ううえで取引拒絶行為の分類にも着目する。単独の取引拒絶の反競争効果は、自己の競争者と取引をしている、あるいは、取引をしようとする顧客や供給者に対する懲戒として行われる取引拒絶のような、顧客等の意思決定に抑制を加えることで行われる、実質的に排他条件付取引と同様の効果を持つタイプの拒絶と、単に競争者からのアクセス要請を拒むタイプの拒絶とで異なると考えられる。

米国では、上記相違に着目して単独の取引拒絶を、顧客または供給者に対する懲戒として行われる場合と、競争者に対するアクセス拒絶の場合とに分けて整理する立場もある。⁽²⁴⁾このように、単独の取引拒絶と一纏めに言っても、実際には行為の態様に応じて反競争効果のタイプが異なっており、その相違にに応じて不当性の評価のあり方も異なるはずである。ところが、日本では、悪影響に着目した行為の分類についての議論はない。

これらの事情から、本論文では、米国及びEUの単独の取引拒絶に関する判例を参照し、上述のような単独の取引拒絶の分類のあり方も視野に入れつつ、日本・米国・EUにおいて単独の取引拒絶の不当性がどのように評価されてきたのかを分析する。

二 日本における単独の取引拒絶規制の現状

日本では、法二条九項六号イ（または一般指定二項）が定めるとおり、「ある事業者に対し、供給を拒絶し、又

は供給に係る商品若しくは役務の数量若しくは内容を制限すること」が単独の取引拒絶として禁止されている。

通説的見解によれば、自由競争減殺型の公正競争阻害性をもたずタイプの不公正な取引方法に関しては私的独占の予防規定であり、行為の反競争効果が競争の実質的制限のレベルに達することで、私的独占にも該当し得る。⁽²⁵⁾

既に述べたように、本論文の検討対象はガイドラインの分類における「市場における有力な事業者が、競争者を市場から排除するなどの独占禁止法上不当な目的を達成するための手段として」行う単独かつ直接の取引拒絶である。日本では、このタイプの取引拒絶が問題となった事例として、東京スター銀行事件とNTT東日本事件がある。

東京スター銀行事件地裁判決は、被疑事業者による提携業務に関する債務の履行拒絶が法二条九項六号イ（一般指定二項）に該当するか否かを判断するうえでは、取引自由の原則に鑑みて、有力事業者によって競業者の排除等の独禁法上不当な目的に向けて取引拒絶が行われ、相手方事業者の事業活動が継続困難となったような場合を除けば、取引拒絶行為が公正競争阻害性を有するということは難しいと説明している。⁽²⁶⁾ そのうえで、裁判所は、問題とされた行為について、「原告の…事業を困難にし、市場から排除する目的」を被告が有していたとはいえず、また、「被告が本件解約に至ったことには正当な理由がある」として、問題の行為に公正競争阻害性は認められず、不当な取引拒絶には該当しないと判断している。⁽²⁷⁾

NTT東日本事件最高裁判決は、被疑事業者であるNTT東日本の行為の排除行為の該当性は「本件行為の単独かつ一方的な取引拒絶または廉売としての側面が、自らの市場支配力の形成、維持または強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、業者のF T T H サービス市場への参入を著しく困難にする等の効果を持つものといえるか否かによって決すべきものである」としたうえで、問題の行為が排除を構成すると判断している。⁽²⁸⁾ 同判決は、行為の「単独かつ一方的な取引拒絶または廉売としての側面」が排除に該当

し得るとしている。行為の違法性判断においては、具体的な費用等の検討は行われていないものの、⁽²⁹⁾ 上流での供給価格（接続料金）が下流での供給価格（ユーザー料金）を実質的に上回るような（所謂「逆ザヤの」）価格設定が行われていたことを捉えて排除が認定されていることから、単独の取引拒絶としての不当性評価が重要であったといえる。⁽³⁰⁾

最高裁の判示に照らせば、市場支配的企業が「競争者を市場から排除するなどの独占禁止法上不当な目的」の達成に向けて単独の取引拒絶を行う場合、市場支配力の形成・維持・強化、言い換えれば、競争の実質的制限の達成に向けて行われた場合に係る取引拒絶が問題となると整理できる。

最高裁が示した排除の定義は、学説上、「人為性」と「排除効果」に整理されている。その後のニプロ事件東京高裁判決は、各行為が一般的には正当な競争手段であることを述べて、人為性に関する判断を重視して各行為を排除と認定していることから、⁽³²⁾ 人為性の評価は、行為の手段としての不当性の評価であり、不当な排除を識別する枠組みであると考えられる。⁽³³⁾ 単独の取引拒絶の文脈でいえば、競争の実質的制限の達成に向けて行われた取引拒絶かどうかを識別するのが最高裁のいう「人為性」に関する判断なのである。

なお、最高裁の判示は、NTT東日本による「逆ザヤ」の料金設定の不当性を経済合理性の欠如として捉えるのか、同等効率性競争者の排除として捉えるのかという点で、幾通りかの解釈が可能であるが、これらの解釈の相違は、「人為性」をどの観点から説明するかという意味での単なる手段の相違として整理される。⁽³⁴⁾

三 複数の法領域における共通課題

詳しくは次章以降で述べるが、市場支配的事業者による単独の取引拒絶の規制に関する日米欧のアプローチには外形上大きな差異がみられる。端的には、日本では「人為性」を基準に行為の不当性が評価される一方で、米最高

裁では利潤犠牲基準に依拠した行為の経済合理性を重視した評価が行われており、また、欧州司法裁判所では、利潤犠牲基準等に明示的に基づくことはなく、拒絶の対象とされた財の事業における必須性や投資インセンティブへの影響などに着目した独自の枠組みを通じて不当性が評価されている⁽³⁶⁾。

このように、市場支配的事業者による単独の取引拒絶の規制については、特に排除の識別が困難となる領域が存在しているところ、行為の不当性評価のための基準については統一的な見解がみられない。

したがって、本論文では、日本の最高裁が示した排除の定義のうち、特に「人為性」に関して、米国及びEUにおいて単独の取引拒絶を通じた排除の不当性識別のために用いられてきた評価枠組みとの比較を中心に分析を行う。

第五 本論文の構成

第二章及び第三章では、市場支配的な事業者による単独かつ直接の取引拒絶に焦点をあてて、米国とEUの規制の現状を分析する。第四章では、第三章までの整理から明らかになった単独かつ直接の取引拒絶の規制の課題を整理し、単独の取引拒絶の不当性評価においてこれまで提案されてきた排除の識別基準がどのような意味を持つのかといった点を中心に、単独かつ直接の取引拒絶の規制の在り方を検討する。最後に、第五章を結語とする。

第二章 米国における単独の取引拒絶規制

米国では、単独事業者による取引拒絶 (unilateral refusals to deal) は原則的には合法的なものとして認められており、当該行為が個別的な事案の状況に応じて不当に行われた場合に、例外的に取引拒絶行為の違法性が問題とされる。

米国において、単独事業者による取引拒絶のうち、シャーマン法二条が適用されるのは、単独事業者による一方

的な取引拒絶である⁽³⁷⁾。したがって、以下では、取引拒絶に関する近時の重要判例である Aspen 判決及び Trinko 判決を軸に、Aspen 判決以前の事例も含めた主要な単独かつ一方的な取引拒絶が問題とされた事例の分析を通じて、どのような場合に単独の取引拒絶がシャーマン法二条違反に該当するのかを検討する。

第一 Colgate 判決

初期の取引拒絶事例である Colgate 判決において、最高裁は、「独占を形成または維持する目的が無ければ、私人は、自らが取引する相手方に関して、自己の独立した裁量を自由に行使してさしつかえない」と述べている⁽³⁸⁾。Colgate 判決では、Colgate 社が、均一な価格設定での販売を遵守しない流通業者をリスト化し、これらの業者に対して将来にわたってかかる価格で販売を行うよう要求し、これに応じない業者については供給を拒絶したことが、シャーマン法一条違反に該当するか否かが争われた。控訴審は、本件の行為が、Colgate による一方的な均一価格設定の要請であり、これについてシャーマン法上問題となり得るような合意や拘束は存在しなかったと認定し、また、私人にはどのような価格で売るか、誰に売るかを選択する自由があるとして供給の拒絶を適法であると判断した。最高裁は、上記の法理を説示し、控訴審の判断を支持した。

近年の Aspen 判決や Trinko 判決は、この法理に依拠して、取引拒絶が独立して行われており、かつ、独占の形成または維持を目的として行われていない限りは、反トラスト法上問題にならないとしている。以下では、上記原則のもと、それでもなお取引拒絶の違法性が認められた事例の検討を行う。

米国では、学説上、自己の競争者と取引関係にある、あるいは、取引関係に入ろうとする顧客または供給者に対する懲戒として行われる取引拒絶（以下、「懲戒型」）と、自己と競争関係にある者に対するアクセス拒絶に分類することができる⁽³⁹⁾。そこで、以下では、この分類にしたがって単独かつ一方的な取引拒絶の先例を分析する。

第二 顧客または供給者に対する懲戒としての取引拒絶

一 一九二七年 Kodak 判決⁽⁴⁰⁾

事件当時、写真撮影用のカメラフィルムやその他用品を製造していた被告 Kodak 社は、アトランタ州においてこれらの用品を販売する小売店を買収し、流通事業の垂直統合を試みていた。しかし、同じくアトランタ州で創業していたこれら用品の小売店である原告 Southern Photo 社については買収に失敗した。そのため、Southern Photo 社に対しては卸売価格での取引を拒絶し、小売価格での供給にのみ応じることとし、その結果として、Southern Photo 社は操業困難に追い込まれることとなった。

判決では、客観的な間接証拠の積み上げから独占化の意図・目的を推認し、Kodak の取引拒絶がシャーマン法二条に違法すると認定されている⁽⁴¹⁾。

二 Lorain Journal 判決

一九三三年から一九四八年の間、オハイオ州においてニュース報道及び広告宣伝を行う唯一の地域事業社であった Lorain Journal という新聞の発行者が、近隣に新たに設立されることになった小規模なラジオ局を市場から排除するための一貫した試みとして、そのラジオ局を得意先とする者への広告枠の販売を拒絶したことが独占化の企図にあたりシャーマン法二条に違反するとされた⁽⁴²⁾。この行為がシャーマン法二条に違反したことを判示するなかで、裁判所は、以下のように述べている。

「発行者は、自らの顧客を選択し、要求する者からの広告の受け入れを拒絶する、単一の私企業としての権利を主張している。我々は、そのような一般的な権利を論じているわけではない。『しかし、『権利』という言葉は陥りやすい欺瞞の中でも最も欺瞞的なものの一つである；前提とされる限定的な意味合いから、結論において限定の無

い意味へと飛躍する(26)ことは実に容易である。ほとんどの権利は限定を受ける』。発行者によって主張された権利は絶対的なものでもなければ、規制の適用を除外されるものでもない。州際通商を独占化する意図をもつ手段としてのかかる権利の行使はシャーマン法によって禁じられている」(43)。なお、この判示は後のAspen判決で引用されているが、その点に関しては次節二で詳述する。

第三 自己の競争者への協力の拒絶

一 Otter Tail判決

本件では、ミネソタ、ノースダコタ、サウスダコタの各地方自治体において、各自治体による認可のもとに操業する小売電気事業者であるOtter Tailが、認可の期限切れに伴って自前の配電システムに切り替えることを試みた二つのタウンに対し、「①電力を小売してきたコミュニティにおいて提案された自治体「運営」システムへの卸売電力の販売拒絶、そして、②電力を当該システムへと送電すること(wheel)の拒絶(「内筆者」)(本件行為)」という手段を通じて、自前の電力流通システムへの妨害を行った行為がシャーマン法二条に該当するか否かが問題とされた。

特に重要な争点となったのは、各地方自治体が連邦電力委員会(FPC)に対してFPA二〇二条に基づいてOtter Tailとの相互接続及びOtter Tailからの卸での電力の販売を命じるよう求めたという事実である。FPA二〇二条は、FPCに対し小売段階における電力に関する非任意の相互接続を強制する権限を与えるものであった(45)。

法廷意見は、まず、Otter Tailによる「FPA「の規定」故に、Otter Tailによる取引の拒絶は反トラスト規制の問題ではない(「内筆者」)(46)という主張に対し、相互接続命令に係る決定において反トラスト法上の懸念は関連性を持つものの、決定的な要素ではないと述べた(47)。そして、「FPA二〇二条の本質的な趣旨は電力に関する自

発的な相互接続を促進することであ」り、⁽⁴⁸⁾「立法史には、反トラスト法の執行から電力会社を免れるような目的を明らかにするような事実は存在」せず、⁽⁴⁹⁾「FPCの限られた権限が、市営企業との取引の拒絶に関する反トラスト法上の規制の代わりとなるものである、または、当該規制から Otter Tail を免責することを意図したものであると結論付ける根拠は存在しない」として、Otter Tail の主張を退けた。

そのうえで、判決は、Otter Tail が、「送電に関して、そのサービスエリアの殆どにおいて戦略上の支配を有し、この支配を、小売段階における潜在的参入者が他の供給源から電力を獲得することを排除 (foreclose) するのに用いた」という地裁の判示を前提に、⁽⁵¹⁾「脅かされた競争を破壊するため」の独占力の行使はシャーマン法二条の「独占化の企図」条項への違反であるとした。⁽⁵²⁾そして、本件取引拒絶は自己の利益追求に過ぎないという Otter Tail の主張を、「競争よりもむしろ支配的な経済力を反競争的に行使しようとするもの」⁽⁵³⁾であるとして、本件行為がシャーマン法二条違反に該当すると示した。

二 Aspen 事件最高裁判決

四つの山から成るスキーリゾート地であるアスペン地区においてスキー場事業を営む原告 Aspen Highlands は同地区にあった四つの山のうち一つを、被告 Aspen Skiing は残りの三つの山を保有していた。⁽⁵⁴⁾原告と被告は、一九六二年から、四つの山全てで利用可能な六日間利用可能なタイプの共通リフト券を、一日リフト券六日分の価格よりも割引された価格で提供してきた。共通リフト券の収益は、それぞれの山を利用する顧客の数に応じて配分されていた。⁽⁵⁵⁾

しかし、一九七〇年代になると、被告は、共通リフト券の収益配分に係る利用状況の調査に不満を示すようになり、被告の経営陣は一九七七年から、取引の継続条件として、徐々に原告への利益配分を減らすことを要求するよ

うになった。⁽⁵⁶⁾

一九七八年には、被告が、原告の過去の平均的な収益を相当程度下回る収益配分率を原告に提案し、原告は、これを受け入れ難い提案であるとし、被告が懸念していた利用状況の調査方法に関して、より優れた調査方法および自らの費用負担による専門性の高いチケット集計者の雇用を提案した。⁽⁵⁷⁾しかし、被告は原告によるあらゆる提案を拒絶したため、最終的に原告は提案された収益配分率での共通リフト券の提供を拒絶した。⁽⁵⁸⁾

さらに、被告は、原告が複数エリアで利用可能なパッケージを販売できないよう、自社の三つの山で利用可能な三日間パスの販売を中止し、また、原告へのあらゆるリフト券の販売を、ツアー会社割引価格あるいは小売価格のいずれにおいても拒否した。⁽⁵⁹⁾

以上のような事情から、原告は、三日間利用可能なリフト券と、被告が販売するリフト券一枚分の値段と同価値のパウチャー三枚から成るアドベンチャーパックを開発した。⁽⁶⁰⁾しかし、パウチャーの提供に関して被告が同意しなかったため、最終的に、トラベラーズチェックやマネーオーダーといった譲渡可能な証券で代替されることとなった。⁽⁶¹⁾

四エリアで利用可能な六日間共通リフト券が廃止されて以来、原告の関連市場におけるシェアは一九七六年度の約二〇%から着々と低下し、一九八〇年度のシェアは一一%であった。⁽⁶²⁾

このような経緯から、被告による原告との共通リフト券の販売停止に関わる一連の行為がシャーマン法二条に該当するかどうかの問題とされた。

最高裁で争われたのは、本件行為が、示された証拠に基づき、「優れた製品や鋭敏な事業活動、歴史的偶然的結果である成長や開発とは異なる仕方得意識的 (willful) にその力を得、もしくは維持すること」といえるかどうか

である⁽⁶³⁾。これについて、最高裁は以下のように判断した。

まず、最高裁は、Lorain Journal 判決での判示に言及し、他の企業との取引を拒絶する権利には高い価値が認められる一方で、決してその権利が一切の制限を受けないことを意味するわけではないことを確認している⁽⁶⁴⁾。

また、Lorain Journal 判決は独占化の企図の事例であったが、意図の問題は独占化事例にも関連すると述べ、同判決でも言及されていた「独占化する意図をもつ手段として」取引拒絶が行われたことの評価について、以下のよう述べている。

「意図の証拠は、ただ、争われた行為が『排他的』あるいは『反競争的』（第一審裁判所のインストラクションで用いられた言葉を使うならば）或いは『略奪的（学者が好むと思われる言葉を使うならば）』なものとして適正に特徴付けられる（fairly characterized）かどうかという問題にのみ関連している。どちらのラベルを用いようとも、『自らが何をしているのかについて無意識のうちに独占を行う独占者はいない』という定理については見解の一致がある。Bork が最近述べたように、『不適切な排除（優れた効率性の結果ではない排除）は常に故意に意図されている』⁽⁶⁶⁾」。

そのうえで、本件行為が排他的なものと言えるかどうかの評価に際しては、企業が「効率性以外のものに基づいて競争者を排除することを試み」てきたのであれば、係る行動は略奪的といえるとして、争われた行為が、消費者、被告にとって小規模な競争者であった原告、そして被告自らに及ぼす影響を考察すると述べている⁽⁶⁷⁾。かかる考察のために、裁判所は、共通リフト券の品質、原告の競争能力、被告の事業上の正当化の三つの要素について検討を行っている⁽⁶⁸⁾。

結論として、判決は、「証拠は、『被告が』効率性に関する事柄によって動機付けられていたのではなく、小規模

な自己の競争者に見込まれる長期的な影響と引き換えに、短期的な利潤および消費者愛顧を犠牲にすることを望んでいたという推論を支持している（「内筆者」⁽⁶⁹⁾）として、当該行為がシャーマン法二条違反に該当すると認定した。

三 Trinko 事件最高裁判決

本件では、被告である Verizon が、競合の地域電話会社（LEC）と取引しないよう顧客に促すための反競争的スキームの一環として、競合の LEC の顧客による通信接続よりも、自社の顧客による通信接続を優先するという差別的な取扱いを行ったことが、シャーマン法二条に該当するか否かが争われた。原告は、Verizon の行為によって、地域電話サービス市場に参入して競争する競合 LEC の能力が阻害されたと主張した。⁽⁷⁰⁾ 連邦地裁は、原告の主張がシャーマン法二条の要件を充足していないとして訴えを退けたが、第二巡回区控訴審は原告の主張を一部認め、Verizon の行為がシャーマン法に反すると判断した。⁽⁷¹⁾ 最高裁は、当該控訴審の判断に誤りがないかを判断する目的で裁量上訴を行った。⁽⁷²⁾

最高裁は、Verizon の行為を評価するにあたって Aspen 判決を参照している。⁽⁷³⁾ 本件判決は、Aspen 判決で問題とされたような例外的な状況が認められる場合には、先例が尊重してきた取引自由の原則に鑑みて慎重な判断が行われると述べたうえで、本件行為はこれまでの先例が示してきた例外的状況には当てはまらないと判断した。⁽⁷⁴⁾ この点について、最高裁は、Aspen 判決における既存の「任意取引の一方的な解消は、反競争的な結果の達成のために短期的な利潤を犠牲にするという意思を示唆していた」と説明している。⁽⁷⁵⁾

本件において問題とされたのは新規取引の拒絶であった。また、Verizon には事業法上の取引義務が課されていないため、Verizon は費用ベースでの取引をしなければならず、仮に事業法上の取引義務を遵守していたとしても、

長期的な利益の拡大には繋がり得ないという事情があった。⁽⁷⁶⁾ このような事情から、最高裁は、Verizon が事業法上の取引義務に反して競合の LEC のアクセスを拒絶したとしても、その事実から直ちに Verizon が独占を目論んでいたことを推測することは出来ないと述べている。⁽⁷⁷⁾

第四 小括

一九二七年 Kodak 判決では、Southern Photo が Kodak からの統合の要請を断つたために、独占化の目的のもと、Southern Photo が取引拒絶の標的とされたことが認定されており、⁽⁷⁸⁾ 実質的には Standard Oil 判決などの初期の独占化事例でみられた企業結合を通じた独占化が問題とされた事例の系譜に属するといえ、取引拒絶が問題とされたシャーマン法二条判例の中では特異な判例であるといえる。この判決では、Kodak がアトランタ州における Southern Photo と競合関係にある写真撮影用品店を買収し、さらに、もともとは取引関係にあった Southern Photo も買収しようとしたものの、買収に失敗したために、取引を拒絶したことが問題とされていた。この行為は、取引拒絶によって、小売段階における競争者の取引機会を減少させ、当該競争者による競争上の制約を緩和させることを通じて小売段階での独占を維持・強化するものであったと整理できる。なお、卸価格での取引を拒絶し、小売価格での取引のみを受け入れていたという状況を捉えて、本件行為を実質的なマージンスクイーズであったと理解することも可能だろう。

Lorain Journal 判決では、Lorain Journal による、新規参入者を取引する顧客への取引拒絶が問題とされたが、仮に Lorain Journal が新聞広告の市場において独占的な地位を保持していなかったとしたら、このような取引拒絶を行ったとしても、顧客は新規参入者であるラジオ局と取引を継続しつつ単に Lorain Journal 以外の新聞社から広告枠を購入すればよいのであり、Lorain Journal の行為は新規参入者を排除することで自らの独占への脅威を取り

除こうとする行為であったといえる。⁽⁷⁹⁾ 本件の場合には、下流の顧客に対する取引拒絶を通じ、上流における新規参入者の取引機会を減少させ、それによって新規参入者を市場から排除し、自らの上流での独占を維持強化しようとするものであったと整理できる。なお、このタイプの取引拒絶は、実質的には排他条件付取引と同様の効果を持つものであり、被拒絶者となる顧客または供給者の意思決定を人為的に抑圧することで競争を低下させるものであるから、能率競争に適わない、あるいは、通常の競争ではないという意味での人為性が行為自体に内在しているものと言えるため、Aspen 判決で問題とされたような競争者への協力を拒絶する場合は区別されるべきである。

Otter Tail 判決で問題とされたのは、下流における公営の電力設備の取引機会を無くし、自らの小売段階における独占の維持を行うための取引拒絶であった。上流において公的な独占を持つており、それによって本件取引拒絶が有効な戦略となるという特殊な事情はあったが、問題とされた取引拒絶自体はオーソドックスな単独事業者による一方的取引拒絶であったといえる。すなわち、本件取引拒絶は、そもそも、「独占を形成または維持する目的が無ければ、私的事業者は、自らが取引する相手方に関して、自己の独立した裁量を自由に行使してさしつかえない」という Colgate 判決の判示をもとに従来から形成されてきた判例法理に照らして、その反競争性が明白なものであったといえる。

判決では、一九二七年 Kodak 判決を引用し、「すでに」脅かされた競争を破壊する（「内筆者」行為として当該取引拒絶が独占化の企図にあたりと判断されている。この認定において、最高裁は、証拠に基づき、Otter Tail が当該取引拒絶を「競争を閉鎖するため、競争的優位を獲得するため、または、競争者を破壊するため」に行ったと述べ、Otter Tail の独占化の意図を認定している。判決では、市場における Otter Tail の地位や市場の状況など客観的要因も検討されており、客観的要因を重視して行為の性格や戦略の特徴を評価する傾向がみられる。

Aspen 判決は、このような流れを受け、一九二七年 Kodak 判決や Lorain Journal 判決などで示されてきた独占化の目的に向けて行われた取引拒絶を問題とする立場について、行為の主観的意図の評価に内在する種々の問題点を懸念し、客観的人為性の評価の重要性を強調する意味で、利潤犠牲に係る証拠に基づく評価の枠組みを示した⁽⁸⁰⁾のと考えられる。

Trinko 判決は、シャーマン法二条における単独事業による一方的な取引拒絶の規制について、慎重な姿勢を示したという意味で重要な先例といえる。

Aspen 判決までの蓄積によって形成されてきた判例法は、①事業者の取引先選択の自由は制限を受ける場合があり、②取引拒絶が競争者の競争力の低下に向けて行われ、それによって上流における独占者の、下流での独占力の形成あるいは維持・拡大、または、上流での独占の維持・拡大がなされ、③かつ、当該拒絶について効率性等に基づく正当化がない場合に、単独事業者による一方的な取引拒絶がシャーマン法二条に違反するというものであった⁽⁸¹⁾。

Trinko 判決⁽⁸²⁾は、Aspen 判決をシャーマン法二条違反行為の外延の境界またはそれに近いものと位置づけていることから、判例法によって示されてきた単独かつ一方的な取引拒絶が違法となる状況は限定されたものであることが示されたといえる⁽⁸³⁾。その後の控訴審判決においてもこの判示が受容されている⁽⁸⁴⁾。

単独かつ一方的な取引拒絶が違法とされた事例に共通しているのは、行為が自らの独占の維持・拡大の目的に向けて行われたことが認定されていて、なおかつ、行為を正当化する事実は一切ないと認定されている点である⁽⁸⁵⁾。独占の形成または維持、言い換えれば、独占力の行使を目的とした取引拒絶を問題視する点にこれらの判例の共通点がある。

第五 シャーマン法二条における不可欠施設（エッセンシャルファシリティ）の法理の位置づけ

エッセンシャルファシリティ（EF）の法理とは、①競争者が競争するためには必須となるような設備（facility）を独占者が支配していること、②競争者による当該設備の使用が拒絶されたこと、③当該設備が実際には複製不可能であること、④当該設備の共有が可能であることの四つの事実が認められる場合、エッセンシャルファシリティを持つ独占者には競争者と取引を行う義務が生じるとする法理である⁽⁸⁶⁾。これは、米国の下級審を中心に発展してきた理論である⁽⁸⁷⁾。

この法理の基礎は、一九一二年の Terminal Railroad 判決にある⁽⁸⁸⁾。Terminal Railroad 判決では、複数の鉄道会社から成る組織が、セントルイスにおいて唯一のミシシッピ川を跨ぐ橋とその周辺の駅等の設備について、自らの組織に属さない鉄道による利用を認めなかったことが問題とされた。被告である Terminal Railroad Association of St. Louis（TRA）は、独立系の複数のターミナル会社の設備を取得する目的で複数の鉄道によって形成された組織であり、取得した設備には、当時存在していた数少ないミシシッピ川の横断手段であったフェリー等の設備も含まれている⁽⁸⁹⁾。判決はターミナル会社の取得を目的とした被告間の結合（combination）を問題にするものであり、シャーマン法二条に基づく単独の取引拒絶が問題とされた事例ではないが、この判決で認定された状況から考えれば、橋等の設備は被告の競争者にとって競争するうえで不可欠なリソースであったといえる⁽⁹⁰⁾。なお、この判決では EF 理論への言及はない。また、このあとで述べるように、米最高裁は、シャーマン法二条事件において明示的に EF 理論の存在を認めたことがない。

Otter Tail 事件の地裁判決⁽⁹¹⁾では、Neale のボトルネック理論⁽⁹²⁾に依拠し、ボトルネックとなる設備の保有者は、重複して設備を構築できないのであれば、適正な条件のもとでの設備の共有を要求される（シャーマン法に基づい

て」という趣旨が述べられている。

これに対し、Otter Tail 事件最高裁判決は、その認定において、① Otter Tail が（見方次第ではあるが）事業上の優位性（dominance）を持っていること、② 本件の状況においては電力システムの複製が困難であること、③ Otter Tail が電力の供給を拒絶したこと、④ Otter Tail は電力を供給することが可能であった（にもかかわらず拒絶した）ことを確認しており、最高裁は、後の MCI 判決で示された EF に関する四要件と類似的観点から事案の分析を行ったといえる。

しかしながら、Otter Tail 判決における最高裁の判断は、EF 理論と類似的枠組みで分析を行ったと評価できるに過ぎず、あくまでも、Otter Tail の行為が先例で示されてきた枠組みに照らして不当な取引拒絶といえるため、独占化の企図に該当するという法律構成をとっている点には注意が必要である。⁽⁹³⁾ 後の Trinko 判決でも、最高裁は、規制当局が接続を強制する権限を持っている状況においては EF とされる設備へのアクセスがすでに確保されているため、EF 理論は意味をなさず、仮に EF の理論を適用するという前提のもとに評価を行ったとしても本件の結論は変わらないと前置きしたうえで、「我々はこれまでかかる法理を認知したことがなく、また、本件においては「係る法理を」認知する必要も否定する必要もない（「内筆者）」と述べている。⁽⁹⁵⁾

他方、下級審では、Otter Tail 事件地裁判決のように、Terminal Railroad 判決や Associated Press 判決⁽⁹⁶⁾といった一部の最高裁判例やボトルネック理論を基礎に、独自の EF 理論が形成されている。⁽⁹⁷⁾

EF 理論を適用した下級審の重要先例として、第七巡回区の MCI 判決がある。同判決では、AT&T が自社の保有する長距離電話網への MCI の接続を認めなかったことがシャーマン法二条に違反するとされている。⁽⁹⁸⁾ 判決は「本件のような状況における独占者による取引拒絶には、いわゆるエッセンシャルファシリティの法理が適用され

る」⁽⁹⁹⁾と述べたうえで、EF法理の適用に関し、以下の四つの要件を示した。

① エッセンシャルファシリティが独占者によって支配されていること、② 競争者は事実上または合理的に当該ファシリティを複製することが出来ないこと、③ 当該ファシリティの競争者による利用が拒絶されたこと、④ 当該ファシリティへのアクセスを認めること (provide) が実際に可能であること⁽¹⁰⁰⁾。

このEFの法理に関しては、適法に獲得された独占の共有を強いるものであり、企業がイノベーションのためのインセンティブを持つことを阻むものであるといった批判がみられる⁽¹⁰¹⁾。また、すでに述べたとおり、最高裁もEFの法理の適用には慎重な姿勢をとっている。そのため、一見すると、最高裁と下級審では単独事業者による一方的な取引拒絶の規制に関する立場が大きく異なるように思える。

しかし、下級審における上記要件の④に関する評価に着目すると、最高裁と下級審の立場に共通点を見出すこともできる。下級審は、④の実行可能性 (feasibility) に関する判断のなかで、取引拒絶が効率性やフリーライド防止などの適法な事業上の理由のために行われたかどうかを考慮している⁽¹⁰²⁾。つまり、最高裁が取引拒絶行為に関する正当化事由の判断において考慮する事柄と同様の事柄が考慮されているといえる。

第六 米国法における単独の取引拒絶規制の現状

Colgate 判決が示したように、取引相手の自由な選択は事業者認められるべき権利であり、単独事業者が自己の裁量で行う (arbitrary) 取引の拒絶は原則的にはシャーマン法二条には該当しない⁽¹⁰³⁾。しかし、例外的に、自己の競争者と取引している、あるいは、取引をしようとする顧客や供給者に対する懲戒として取引拒絶を行い、それによって新規参入者の取引機会を減少させ、自らの独占を維持、拡大する場合 (Lorain Journal 判決) や、過去に取引関係にあった者との取引において短期的には利益となるような条件での取引すら拒絶する場合 (Aspen 判

決)がシャーマン法二条に違反するとされてきた。取引拒絶が競争を害し、有意な市場力の形成、維持、拡大に繋がる場合には、例外的にシャーマン法二条に違反するといえる⁽¹⁰⁴⁾。

初期の判例では、独占の形成または維持の目的が重視されてきたが、市場の状況等も踏まえて客観的な行為態様の分析を試みた *Outer Trail* 判決を契機として、*Aspen* 判決や *Trinko* 判決では、行為の客観的な態様を重視する判断がなされるようになっていた。

この行為の客観的態様について、これまでの判例では、競争者との過去の取引において任意で設定された取引条件や、同時並行的に行われた取引において非競争者に対して提示した取引条件⁽¹⁰⁵⁾、任意に設定された下流価格と行為者の下流における費用との差異⁽¹⁰⁶⁾、そして、規制当局によって設定された価格⁽¹⁰⁷⁾が明らかになっている場合に、これらの情報に照らして検討されてきた⁽¹⁰⁸⁾。

第三章 EUにおける単独の取引拒絶の規制

EU法でも、日本や米国と同様に、取引自由の原則への配慮を前提とするものの、支配的事業者による自らの製品または役務の供給の拒絶がTFEU一〇二条に違反する場合があるとされている。

EUでは、初期の判例から一貫して、川上において支配的地位を保持する事業者が川下における競争者に対する供給を拒絶するような場合が問題とされ、かつ、拒絶の対象となる財が被拒絶者にとって競争上必須 (*indispensable*) のものであることが要求されてきた⁽¹⁰⁹⁾。例えば、初めて単独の取引拒絶がTFEU一〇二条に違反するとされた事例である *Commercial Solvents* 判決では、「原材料市場において支配的地位を持つ事業者が、自らの派生品の製造のためにかかる原材料を確保する目的のもとに、派生品の製造業者である顧客への原材料の供給を拒絶し、そ

れによって当該顧客の側の競争を全て除去することは、TFEU二〇二条の意味における支配的地位の濫用にあたる」と判示されている。⁽¹⁰⁾ 判決では、原材料市場が川上、派生品市場が川下と認定されている。また、供給拒絶の対象となった財（アミノブタノール）について、被告の他に有意な供給源はなく、また、実質的な代替品がないことが認定されている。⁽¹¹⁾ その後のTelemarketing判決でも、欧州司法裁判所は、Commercial Solvents判決を参照し、正当化理由なしに事業の確保を意図して行われたものであれば、被疑事業者らがテレマーケティング事業を行うために必要な投入要素の供給（電話番号の継続使用）を拒絶したことは、他の事業者の競争の全部を排除するおそれがあるとして、排除濫用に該当する旨を述べている。⁽¹²⁾

また、例えば、Napier Brown/British Sugar 委員会決定⁽¹³⁾では、Commercial Solvents判決での欧州司法裁判所の判示を基礎に、小売用砂糖についても自ら供給を行っている業務用砂糖の供給者であった支配的事業者が、下流市場における競争者にあたる既存の顧客に対して小売用砂糖の供給を拒絶したことが違反とされている。⁽¹⁴⁾

このように、EU法の下では、拒絶の対象となる投入要素に関して競争者にとつての競争上の必須性を求める点で、米国で示されたEF理論の四要件と類似の枠組みで取引拒絶行為の違法性が判断されているようにもみられるが、これまで、欧州司法裁判所はEF理論について言及したことが一度もないことには留意が必要である。⁽¹⁵⁾

欧州司法裁判所がEF理論への言及を避ける一方で、欧州委員会は幾つかの事例においてEF理論に言及し、これに基づいて決定を下している。⁽¹⁶⁾ 欧州委員会によるEF理論の形成の代表的な例は、一九九〇年代の港湾に関する一連の事例である。初めてEF理論への言及があった一九九二年のEDF事件に関する決定の中で、委員会は、「エッセンシャルファシリティ、すなわち、アクセス出来なければ競争者が顧客にサービスを提供できないような設備またはインフラストラクチャーを保有・管理し、かつ、自らも利用しており、また、競争者による当該ファシリテ

イへのアクセスを拒絶し、あるいは、自らのサービスに付されている条件よりも不利な条件でのみ競争者にアクセスを与えることによって、競争者を競争上不利な地位に置く支配的事業者は、TFEU「一〇二」条が定めるその他の要件を充足する場合には、同条に違反することとなる（「内筆者」と述べている⁽¹⁹⁾）。

上記決定において委員会は「支配的事業者は関連市場において自らの事業活動に有利となるような差別を行ってはいらない⁽²⁰⁾」とも述べていることから、欧州委員会のEF理論の下では、違反行為者には非差別的な条件での取引が要求される⁽²¹⁾といえる。違法な取引拒絶の結果として厳密に非差別での取引が要求されるわけではないという意味では、以下で検討する判例にみられる欧州司法裁判所の取引拒絶法理は、欧州委員会が形成してきたEFの法理と異なるものであるといえる。

以下では、欧州司法裁判所が判断を下した近年の主要な取引拒絶事例として、Magill判決、Oscar Bronner判決、IMS Helath 判決、Microsoft 判決、そして、欧州委員会のガイドラインの立場をそれぞれ整理し、現在のEUにおける単独の取引拒絶規制の概要を示す。

一 Magill 判決

テレビ事業を営むRTEとITPはそれぞれ、自社の番組のみをリスト化したテレビ週刊誌を発行していた。独立のテレビ週刊誌であったMagillは、潜在的な需要の見込まれる、すべてのテレビチャンネルに関して一週間に放送される番組全てを網羅したリストを発行しようとしたが、テレビ会社らは、自社の翌週のテレビ番組のリストをMagillに提供することを拒絶した⁽²²⁾。

欧州司法裁判所は、本件において問題とされた行為は、Magill、または、Magillと同様の意図を持つその他の企業が週ごとの情報（チャンネル、日付、時刻並びに番組のタイトル）をテレビ事業者らの著作権が及ばないコメン

タリイや写真とともに発行することを阻止するための、テレビ事業者らによる国内の立法により付与された著作権の利用であるとした。⁽¹²⁰⁾ そのうえで、Magill が提供しようとした週刊誌は現実にも潜在的にも代替品が存在しないものであるところ、被告はかかる週刊誌の編集に不可欠な基本情報の提供を拒絶し、それによって潜在的需要のある新商品の出現を妨げたのであり、TFEU 一〇二条の b に該当すると判断した。⁽¹²¹⁾ また、裁判所は、本件取引拒絶行為には正当化理由がなく、また、被告は当該行為を通じて競争を全て除去し、週刊のテレビガイドという二次市場を自ら確保したと判示している。⁽¹²²⁾

二 Oscar Bronner 判決

本件は、新聞の宅配スキームを全国規模で確立した Mediaprint（オーストリアにおける日刊新聞のシェアのうち、約過半を占める）が、Oscar Bronner が発行する Der Standard（オーストリア国内の日刊新聞のシェアのうち、三・六%を占める）という日刊新聞に関して、自社の宅配スキームに含めることを拒絶した事例である。なお、本件は、TFEU 二六七条に基づき、オーストリアの国内裁判所が、国内法とTFEU 一〇二条との整合性を懸念して、TFEU 一〇二条に基づく Mediaprint の行為の評価に関して欧州司法裁判所に照会を行ったものである。⁽¹²⁴⁾

オーストリア国内の訴訟における Oscar Bronner の主張は、① Mediaprint による宅配サービスは通常の郵便配達との代替性を持たず、② Oscar Bronner が発行する新聞の購読者数が少ないことから自前の宅配サービスを用意することは完全に利益にならず、また、③ Mediaprint は他社が発行する新聞の宅配を受け入れており、本件拒絶行為が差別的に行われたというものであった。⁽¹²⁵⁾

欧州司法裁判所は、Magill 判決は知的財産権の保有者によるライセンス拒絶が例外的な状況では支配的地位の濫用に該当することを示した先例であるとしたうえで、⁽¹²⁶⁾ Magill 判決に依拠して本件行為が例外的状況にあたると

するためには、「①本件で問題とされている市場における全ての競争を除去する可能性、②取引拒絶行為が客観的に正当化出来ないものであること、③現実には潜在的に代替品が存在せず、④それゆえに拒絶された役務が供給を求める者の事業活動において不可欠であること」の四点が必要であると示した。⁽¹⁷⁾

そのうえで、本判決では、郵送または売店もしくはキオスクで販売するなど、他の流通方法が現に存在し、また、他の日刊新聞の発行者によって用いられており、⁽¹⁸⁾「他の日刊新聞の出版者が単独または共同して自らの全国規模の宅配スキームを確立してそれを用いて自社の日刊新聞を配布することを不可能または不合理に困難にさせることができるような技術上・法律上もしくは経済上の支障が存在する状況は現れていない」として、⁽¹⁹⁾本件行為が上記の要件のうち、③および④を充足しないものであり、TFEU二〇二条には違反しないと述べられている。⁽¹⁹⁾

三 IMS Health 判決

本件は、IMS Health (IMS Health GmbH & Co. OHG) が新規参入者らに対して自社のデータベースの構造に関するライセンスの供与を拒絶した行為が支配的地位の濫用に該当するかどうかが争われたものである。IMS Health はドイツ国内において医薬品の販売において有益となる情報に関するデータベースを提供していた唯一の事業者であったが、一九九八年に新たに新規参入者であった PII (Pharma Intranet Information AG) が独自のデータベースを構築し同様の情報提供サービスに参入した。⁽¹³⁾ IMS Health のデータベースが持つ構造は、すでに市場において事実上のスタンダードになっていたため、PII は、IMS Health のデータベースと類似の構造を持つデータベースを開発していた。⁽¹³⁾ IMS Health は著作権に基づき新規参入者による類似の構造を持つデータベースの開発について差止請求を行い、フランクフルト地裁 (Landgericht Frankfurt am Main) は IMS Health の請求を認め、⁽¹³⁾NDC Health (NDC Health GmbH & Co. KG) は、判決に従って IMS Health にライセンスを求めたが、IMS

Health はこれを拒絶したため、当該ライセンスは事業に必要不可欠なものであり、IMS Health の取引拒絶は支配的地位の濫用にあたるとして、欧州委員会に違法審査を請求した。⁽¹³⁵⁾ 委員会は、当該ライセンスが事業に必要不可欠なものであり、また、現実若しくは潜在的にも代替品がなく、そして、当該ライセンス拒絶は客観的に正当化されないものであるとして、IMS Health に対して強制ライセンスを命じた。⁽¹³⁶⁾

上記命令が上訴により保留とされていた間に、ドイツの国内裁判所は欧州司法裁判所に対して、本件取引拒絶との関連における T F E U 一〇二条の解釈について照会を行った。

なお、欧州司法裁判所が決定を下す前に、フランクフルト・アム・マイン上級地方裁判所 (Oberlandesgericht Frankfurt am Main) が、本件取引拒絶に係る著作権は正当なものであるものの、それによって類似の構造の開発が妨げられるのではないと判示しており、強制ライセンスを命じるまでもなく新規参入者らが類似の構造を持つデータベースの開発を行えることが確認されたため、委員会は上記命令を取り消している。⁽¹³⁷⁾

このような状況の中、欧州司法裁判所は、まず、本件取引拒絶行為に関して、過去の先例に照らして、ライセンスの拒絶それ自身が支配的地位の濫用にあたることはないという原則を確認している。⁽¹³⁸⁾

そのうえで、欧州司法裁判所は本件取引拒絶行為に関して、三つの要素から成る判断枠組みを提示した。「①ライセンスを求めた事業者が、「本件で」問題とされたデータの供給に関する市場において、著作権保有者が提供しておらず潜在的な消費者需要が存在しているような新しい製品またはサービスを提供することを意図していること。②当該拒絶が客観的な理由 (consideration) によって正当化されないこと。③当該拒絶が、医薬品販売に係るデータの供給に関する市場における競争を全て除去することによって、加盟国におけるその市場を著作権保有者に留保するものであること (「」内筆者)⁽¹⁴⁰⁾」の三つの条件が満たされた場合には、本件取引拒絶行為が支配的地位の濫用

に該当するものである。

四 欧州 Microsoft 事件 CFI 判決

本件は、米 Microsoft 社が、「クライアント PC の OS 市場における自らの支配的地位を、第一に、Sun 及び他の競争者へ、Windows ワークグループサーバーに実装され、それらのシステムを実行するサーバーによってファイルの移動、プリントサービス、そしてグループ及びユーザー管理サービスのために使用されたプロトコルに関する仕様を供給することを拒絶し、そして、第二に、これら種々の事業体がワークグループサーバー OS の開発及び販売を行うために当該仕様を用いることを認めないことを通じて、濫用した」⁽¹⁴⁾かどうかが争われたものである。

裁判所は、まず、「判例法に従えば、支配的地位を持つ事業者による、知的財産権による保護を受ける製品の利用に関する第三者へのライセンスの拒絶は、それ自体が「TFEU 一〇二条」の意味における支配的地位の濫用を構成することはできないということになる。知的財産権の保有者による排他的権利の行使がそのような濫用をもたらす (give rise to) のは、例外的な状況においてのみである (「内筆者」⁽¹⁴⁾) として、これまでの先例と同様、知的財産権の行使は原則として問題とされないことを明示している。

そのうえで、①当該拒絶が、隣接市場において特定の活動を行うために必要不可欠な製品または役務に関連する、②当該拒絶が、その隣接市場における一切の有効な競争を排除するような類のものである、③当該拒絶が、潜在的な消費者需要があるような新製品の出現を妨げるといった事実が立証された場合には、当該拒絶が客観的に正当化されない限り、例外的に支配的地位の濫用に該当することとなると述べられている。⁽¹⁴⁾

本件で問題とされた行為を評価するにあたり、裁判所は、上記枠組みのうち③は知的財産権の行使に関する事例でのみ問題となることを確認したうえで、⁽¹⁴⁾「Microsoft による関連情報の供給拒絶が技術の発展を制限し、TFEU

一〇二条（b）の意味での消費者の不利益をもたらした」とする委員会の認定を支持した⁽¹⁴⁾。

そして、競合のワークグループサーバーOSとの相互運用性の欠如によってMicrosoftの製品に著しい数の顧客がロックインされており、⁽¹⁴⁾「Microsoftが拒絶によって維持した相互運用性における人為的な優位性は、競争者が革新的な特徴を持つワークグループサーバーOSの開発及び販売を行うことを妨げており、とりわけ消費者に不利益となっていた⁽¹⁴⁾」と認定した。また、裁判所は、「Microsoftが供給を拒絶した相互運用性に関する情報へのアクセスを持っていたとしたら、彼らは、ディスクロージャー（the disclosure）の利用によって、Windowsドメインアーキテクチャを支える相互運用関係の網のフレームワークの中で、自分の製品の優れた特性を利用可能にできた」という委員会の認定も支持し、⁽¹⁴⁾仮に、本件において供給が拒絶された情報をMicrosoftの競争者らが持っていたとして、競争者らが市場で生き残るためには製品差別化が必要であり、単に模倣品が作られるということはないとして、本件行為が新製品の出現を妨げることを通じて消費者に害をもたらすことを認定している⁽¹⁴⁾。

上記認定を行った後、裁判所は、TFEU一〇二条事件において、支配的事業者は論拠と証拠を示して客観的正当化を主張することができると確認している⁽¹⁵⁾。本件において、Microsoftは、取引拒絶行為に関連するテクノロジーが知的財産権によって保護されており、また、当該「テクノロジーは秘密かつ価値のあるものであり、重要なイノベーションを含むものであり、ライセンス拒絶は「自らのより多くの知的財産の創出に向けた将来的なインセンティブ」を確保するためであったとして、正当化理由を述べている⁽¹⁵⁾。

裁判所は、この主張について、「単に知的財産権を保有しているという事実が、それ自体でライセンス拒絶に関する客観的正当化を構成するのであれば、判例法によって確立された例外は適用されることがなくなってしまう⁽¹⁵⁾」と述べ、支配的事業者による単なるライセンス拒絶はそれ自体が支配的地位の濫用にあたるわけではなく、「判例

法において従来想定されてきたような例外的事情が伴われる場合」にのみ「市場の有効な競争を維持するという公共の利益」のためにかかるライセンス拒絶が問題となることを確認している。⁽¹⁵³⁾ 以上を踏まえ、裁判所は、本件では、上記例外的事情の存在が立証されていること、⁽¹⁵⁴⁾ そして、「Microsoft は、相互運用性に関する情報の開示を求められていたとしたら自らのイノベートするインセンティブに著しくネガティブな影響がもたらされていたであろうということを十分には立証していない」ことを確認し、本件行為が消費者に不利益をもたらすものであり、また、客観的に正当化されないものであると判示した。

五 欧州委員会によるガイダンスペーパー

欧州委員会は、ガイダンスペーパーの中で、典型的には「支配的事業者が『下流』市場において供給拒絶の「相手方である」買い手と競争している場合（「内筆者」に競争法上の問題が生じるものと整理し、実際の拒絶がすでに存在する市場で行われる必要はなく、擬制的取引拒絶（constructive refusal to deal）があれば委員会が介入するのに十分であると明示した。⁽¹⁵⁵⁾ そのうえで、以下の累積的事情がみられる場合には上記のような供給拒絶行為をエンフォースメント上優先すべきものと考えると述べた。累積的事情とは、①当該拒絶が、下流市場で有効に競争することを可能にするために客観的に必要である製品またはサービスと関わっている、②当該拒絶によって下流市場における有効な競争の除去が引き起こされることが見込まれる、③当該拒絶が消費者に害をもたらすと見込まれるというものである。⁽¹⁵⁶⁾

なお、Microsoft 判決は取引拒絶行為が新製品の出現を妨げるかどうかの考慮が知的財産権に関わる事例にのみ関連するものであるとしていたが、ガイダンスペーパーは一般的な財産に関する取引拒絶について述べる文脈で新製品の出現に関する考慮に言及している。⁽¹⁵⁸⁾ また、判例法では、常に「競争を全て除去」する行為が問題とされてき

たのに対し、「有効な競争の除去」を問題としている点にガイダンスペーパーの特徴がみられる。

六 小括

一九九五年の Magill 判決以降、Oscar Bronner 判決⁽¹⁵⁹⁾、そして IMS Health 判決で示されてきた単独のライセンス拒絶に関する違法性評価の枠組みは、Microsoft 判決において以下のように整理されている。

すなわち、知的財産権の保有者による排他的権利の行使は原則的に合法であるところ、支配的地位の保有者によるライセンス拒絶は、①当該拒絶が、隣接市場において特定の活動を行うために必要不可欠な製品または役務に関連する、②当該拒絶が、その隣接市場における有効な競争を全て排除するような類のものである、③当該拒絶が、潜在的な消費者需要があるような新製品の出現を妨げるといった事実が立証された場合には、当該拒絶が客観的に正当化されない限り、例外的に支配的地位の濫用に該当することとなる⁽¹⁶⁰⁾。

知的財産権のライセンス拒絶については、新製品の出現を妨げるものかどうかといった点を考慮していることから、その他の一般的な財に関する取引拒絶とは明確に異なる取扱いをしているといえる⁽¹⁶¹⁾。

Microsoft 判決では、取引拒絶によつて潜在的需要があるような新製品の出現が妨げられるという事実を考慮するなかで、新製品の出現を妨げることによつて消費者を害するかどうかが評価されていた⁽¹⁶²⁾。この評価においては、特に、拒絶の結果として、市場に革新的な商品もしくは役務をもたらすことを妨げられる場合、またはおよび、追随的なイノベーションが抑制される可能性の高い場合に消費者への害があるとして、取引拒絶がもたらす行為者の競争者のイノベーションに係るインセンティブへの影響の検討が行われている⁽¹⁶³⁾。ここでの理屈は、取引拒絶によつて競争者のイノベーションに係るインセンティブが損なわれ、より優れた製品が市場に出現することが妨げられたために市場における消費者の選択肢が制限され、それにより消費者厚生が害されるというものであった。

また、同判決では、さらに、客観的正当化に関する判断の中で Microsoft 自らのイノベーションに係るインセンティブについても検討されている。⁽¹⁸⁾

しかし、現実的にどのような手法でこれらのインセンティブへの影響を評価すべきかに関しては言及していない点で、判例法の枠組みには問題がある。⁽¹⁹⁾

第四章 単独かつ直接の取引拒絶の不当性評価に関する考察

第一 取引拒絶の分類

一 顧客等に対する懲戒型と競争者に対するアクセス拒絶型

米国の *Lorain Journal* 判決からも明らかのように、自己の競争者と取引する顧客等に対する懲戒として行われる、排他条件付取引と実質的に同様の効果を持つタイプの単独かつ直接の取引拒絶（以下、単に「懲戒型」等という）については、行為に手段としての不当性が内在しているものと考えられるため、利潤犠牲等の基準による不当性の識別がそもそも必要とされない。この意味で、懲戒型の単独の取引拒絶は、東京スター銀行事件や Aspen 事件で問題とされたような単に競争者への協力を拒絶する場合と比較してその不当性の認定が容易であるといえる。この分類は、日本法のもとにおいて、正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するか否かの判断が必要なタイプの取引拒絶と、そのような判断が不要なタイプの取引拒絶を区別するために重要といえる。

また、行為を排他条件付取引として捉えた場合に拘束の認定が困難となるような状況において、かかる行為を取引拒絶と捉えることで公正競争阻害性の認定を比較的容易にするという意味でも、上記の分類は重要といえる。拘束の認定が可能であればガイドラインの分類における実効性確保手段としての単独の取引拒絶として処理可能であ

る。しかし、例えば、ニプロ事件で問題とされた取引拒絶と差別的取扱いは拘束条件付き取引の実効性確保手段として行われたものといえるが、事案の状況に鑑みて拘束の認定は難しかったと考えられる。⁽¹⁶⁾

単独かつ直接の取引拒絶の分類について、日本では、既存取引の拒絶と新規取引の拒絶とに分けて論じる傾向がみられるが、⁽¹⁶⁾ 既存取引か新規取引かという点は、次節で述べるように過去の取引における取引条件等のベンチマークが利用できるかどうかという意味で重要ではあるものの、行為の不当性評価のあり方それ自体が異なるわけではない。

なお、従来、日本では、反トラスト法の理解として、上記二つのタイプを一纏めにして単独の取引拒絶事例の整理が行われていた。⁽¹⁷⁾ しかし、二〇〇〇年以降の米国の学説には、取引拒絶のタイプによって行為の反競争的效果が異なることに鑑みて、取引拒絶行為を幾つかのタイプに分類しているものもみられることから、上記のような整理は正確とは言えない。⁽¹⁸⁾

このように、「顧客または供給者に対する懲戒」型の拒絶には行為の不当性が内在していると言えるため、以下、不当な排除の識別に関する議論の文脈で取引拒絶の不当性識別のあり方を検討するうえでは、「競争者に対するアクセス拒絶」型の取引拒絶の分析が特に重要になる。

二 投入物閉鎖型の取引拒絶の区別の必要性

「競争者に対するアクセス拒絶」型の取引拒絶のなかには、さらに区別する必要があるタイプの行為もある。これまで分析した各国の事例でも散見された、行為者が上流で独占を有していながら、上流と下流の両方で操業している場合がこれにあたる。標準的な反トラスト経済学のテキストでは、この場合に、独占者が上流における投入要素の供給を拒絶することで、一般には垂直統合において懸念されるライバル費用引上げによる反競争的效果がもた

らされると説明されている⁽¹⁶⁹⁾。米国でも、このタイプの取引拒絶は「垂直的閉鎖」等として、単なる取引拒絶とは別個の戦略として分析されてきた⁽¹⁷⁰⁾。まさに、日本のNTT東日本事件で問題とされた行為はこのタイプの悪影響を伴うものであった⁽¹⁷¹⁾。また、後述のように、EUでは介入事例の多くがこのタイプの取引拒絶である。

三 ライバル費用の引上げ戦略と単独の取引拒絶の関わり

ライバル費用引上げ（RRC）戦略とは、上流の企業が自らが供給する製品分野の下流で操業する企業と垂直統合して下流における最終製品の価格を引き上げるといった、自らの費用を低下させるのではなくむしろ競争者の費用を引き上げることによって競争者の退出を促す戦略を指す⁽¹⁷²⁾。一般的な単独の取引拒絶の悪影響をRRC戦略として説明する例はみられないが、上記二で述べた垂直統合企業による投入物閉鎖という限定的な状況に関してはRRC戦略として説明されている⁽¹⁷³⁾。ただし、上流と下流の両方で操業する企業によって単独で投入要素の供給拒絶が行われたからといって、それが直ちに競争法上の問題となるわけではない。他の事業者の意思決定を抑圧する側面を持つ排他条件付取引等の場合とは異なり、競争者との取引を拒絶することによって競争者の費用が引き上がるといえるのは、通常の取引先選択の自由の行使の範囲内と考えられるような取引拒絶にも当然に想定される効果であり、取引拒絶の結果として競争者の費用が引き上がることでそれ自体は行為の反競争的效果を根拠付けない⁽¹⁷⁴⁾。そのため、依然として、何らかの観点から行為の不当性を識別しなければならない。つまり、NTT東日本事件で問題とされた「単独かつ一方的な取引拒絶及び販売としての側面を持つ行為」は、確かにRRC戦略としての側面を有していたかもしれないが、その事実自体は行為の「人為性」を根拠付けるものにはなり得ないということである。この意味で、上記二で分類した垂直統合企業によって行われる投入物閉鎖型の単独の取引拒絶にも、その他の「競争者に対するアクセス拒絶」型の単独の取引拒絶と同様、不当な排除の識別という課題が残されているといえる。

第二 取引拒絶の不当性

日本でも、現在では、利潤犠牲基準、同等効率性競争者基準といった不当性識別基準の提案や、RRC戦略を軸に反競争的効果の発生を説明する試みなど、想定される排除行為の類型ごとに排除の識別基準を見出す試みがみられる米国での議論を基礎に、排除の識別基準が探究されている。⁽¹⁶⁾ 米国では、単独かつ直接の取引拒絶の文脈において、利潤犠牲基準または経済的意味性基準といった行為の経済合理性に着目した基準の適用が議論されている。以下では、まず、米国で提案されてきた排除の識別基準の概要を述べたうえで、単独の取引拒絶において、これらの基準がどのように関わってくるのかを論じる。

そのうえで、米国及びEUにおける単独の取引拒絶規制の理論的背景に関する分析を行い、その分析から見出される日本法への示唆について検討する。

一 米国最高裁による規制の現状

イ・消費者厚生テスト

行為の結果として経済厚生が減少したかどうかに着目して不当性の評価を行うアプローチがある。⁽¹⁶⁾

このアプローチには、消費者厚生と社会総余剰のどちらに着目するかによって異なるバリエーションがあるが、社会総余剰に着目する場合、一般的には行為の厚生への影響を実際に分析することが困難であり、裁判所による事後的な執行を念頭に置くと管理可能なルールとして採用することは出来ない。⁽¹⁷⁾ そのため、以下では、Microsoft事件控訴裁判所判決で述べられた消費者厚生に着目するタイプのアプローチについて述べる。

このアプローチのもとでは、行為の反競争効果を主張し、被告は当該効果を上回るだけの競争促進効果を立証し、それに対して、原告がさらに当該競争促進効果を上回るだけの反競争効果を主張するという枠組みで行為の違法性

が評価される。⁽¹⁷⁸⁾

もちろん、RRC型の排除行為については、このようなアプローチが実際の裁判において利用可能である。⁽¹⁷⁹⁾ しかしながら、事業者の自由な事業活動との区別が必要なタイプの行為に関しては、判断枠組みの第一段階において原告があまりにも安易に反競争効果を主張できてしまう点、そして、行為がもたらす効果を網羅的に分析することは現実的ではない点で、このアプローチのみに依拠することには問題がある。⁽¹⁸⁰⁾ この問題が顕著にあらわれるのが、単独の取引拒絶や不当販売などの行為類型である。例えば、単独の取引拒絶に関して言えば、取引拒絶が行われることで少なからず被拒絶事業者には不利益があるはずだが、誰と取引をするかというのは基本的にあらゆる事業者が自由に選択できる事柄であり、単に拒絶されたという事実のみをもって独禁法に基づく訴訟手続きを進めることを認めるのは、司法行政リソースの配分として望ましくない。

つまり、このアプローチのもとでは、その第一段階において独禁法上問題視すべき取引拒絶を識別するための法的な基準はなく、前述のような単に原告に不利益を及ぼすのみの取引拒絶を含むあらゆる主張がなされ得るので、裁判所はそれらの主張について比較衡量を行わなければならないことになる。そのため、単独の取引拒絶や不当販売のように、原則的に独禁法上望ましく、単なる自由な事業活動とそうでない行為の区別が難しい行為類型に関しては、独禁法上問題視すべき不当な行為を識別するための基準が必要になるのである。⁽¹⁸¹⁾ 結局、経済厚生への影響に関する比較衡量のプロセスを示した米国のMicrosoft事件控訴審判決でも、比較衡量の第一段階において後述の経済的有意味性基準の枠組みを用いた評価が行われていると解される。⁽¹⁸²⁾

なお、上記のような問題意識を認識しつつも、それに対する批判を述べ、消費者厚生を基準とした比較衡量アプローチを支持する重要な見解としてSalopの見解がある。Salopは、これまで消費者厚生テストが複雑なものであ

り適用は難しいと言われてきたが、その代わりに提案された利潤犠牲性テストも、一時的な利潤の犠牲を必要としなような排除行為については適用が難しいと主張する⁽¹⁸⁾。例えば、独占化の維持の場合、裁判所は、反競争的行為が行われなかった場合に設定されていたであろう価格を予測する必要がある。しかし、そのような予測が可能なら、価格の引き上げまたは維持があったかどうかをみることで消費者厚生テストを適用できるはずであり、すでに合併審査やシャーマン法一条のもとでの合理の原則において消費者厚生テストが用いられていることを考えれば、法的に一貫性の観点から利潤犠牲性基準ではなく消費者厚生基準を採用すべきというのがSalopの論旨である⁽¹⁹⁾。

ロ・経済合理性基準

しかし、単独の取引拒絶のように、事業者に通常認められる自由の行使としての取引の拒絶と不当な取引拒絶との識別が求められる行為類型においては、「消費者厚生への害」以外の一切のベースライン無しに、行為が厚生にもたらす影響の比較衡量を行うことは困難である。米国の議論において、この不当な排除の識別のためのベースラインとして観念されてきたのが、行為の経済合理性である。

行為の経済合理性に着目して提案されてきた不当な排除の識別基準として、利潤犠牲性基準と経済的意味性基準がある⁽²⁰⁾。これらの基準は、競争者を排除する以外に目的を見出だせない不合理な行為であるかどうかという点に着目し、不当な排除の識別を試みるアプローチである。いずれも、BorkやOrdover及びWilligが述べた略奪 (predation) の定義を基礎にするもので、端的には、行為による競争者の排除を通じた独占利潤の獲得といういわば反競争的な利益を観念しない限り、そのような行為を行うことが行為者にとっておよそ利益にならないような行為を略奪と定義するというものである⁽²¹⁾。以下では、上記の略奪の定義に基づいてのみ、経済合理性という言葉を用いる。

行為の経済合理性に着目して単独事業者による取引拒絶の不当性を評価した米国の判例として、三章で検討した

Aspen 判決がある⁽¹⁸⁷⁾。

米国では、Aspen 判決以前に形成されてきた初期の判例法においては、行為の意図・目的が反競争的であるかどうかに着目して取引拒絶行為の不当性に関する評価が行われてきた⁽¹⁸⁸⁾。しかし、行為の目的に着目することで、活発な競争の目的と不当な目的の識別といった困難も伴われる。Aspen 判決は、利潤犠牲性に関する証拠を重視した評価を行うことで、従来の枠組みにみられた行為の意図・目的の評価に伴われる懸念に対処しようとしたものともいえる⁽¹⁸⁹⁾。

すでに紹介したとおり、Trinko 判決では、取引相手の選択は企業に認められる権利であるとしたうえで、Aspen 判決はその例外に該当すると判断されている⁽¹⁹⁰⁾。Aspen 判決が例外にあたる理由として、Trinko 判決は、被疑事業者が原告に対して小売価格でのリフト券の販売を拒絶したという事実を強調している⁽¹⁹¹⁾。

なお、取引拒絶規制における利潤犠牲基準の適用に関して、学説は賛否両論に分かれている。利潤犠牲基準の適用を肯定する立場には、例えば、取引拒絶に消費者厚生テストを直接に適用する場合には、イノベーション及び動的効率性に関する複雑な評価が求められるため、裁判所が消費者厚生への効果に関する比較衡量のみに依拠して取引拒絶行為の評価を行うことは出来ないとしたうえで、利潤犠牲基準は、独占者に独占利潤の獲得を認める余地を残すことで事前のインセンティブへの配慮も踏まえて上記課題を回避するものであるとする見解がある⁽¹⁹²⁾。否定的な立場には、例えば、競争者が支払おうとする価格が拒絶を行う企業の増分費用を上回る限り、利潤犠牲基準のもとでは常にかかる取引を拒絶することが違法となってしまうと指摘する見解がある⁽¹⁹³⁾。また、例えば、Lorain Journal 判決のように、集合行為の問題 (Collective Action Problem)⁽¹⁹⁴⁾ がみられるような状況では、そもそも短期的な利益を犠牲にすることなく、この状況を利用して取引相手にとっては望ましくないような条件のもとで契約を結ばせ、

それによって顧客間の競争を歪め、長期的な独占利潤を獲得することが可能であるという指摘もある。⁽¹⁹⁵⁾ この指摘は、実質的に排他条件付取引と同様の効果を持つタイプの単独かつ直接の取引拒絶については、利潤犠牲基準などによる不当性の識別がなくとも行為自体に不当性が内在しているものと言えるという前述の理解と同様の趣旨を述べているといえる。

このように利潤犠牲基準の適用には様々な議論があるが、特に重要なのは、利潤犠牲性に関する証拠は取引拒絶行為の不当性の十分条件でもなければ必要条件でもないということである。⁽¹⁹⁶⁾ 利潤犠牲性に関する事実は、あくまでも、行為が反競争的な利益を観念しない限りは利益にならないものであることを示す証拠の一つに過ぎない。⁽¹⁹⁷⁾ 以上から、利潤犠牲性に関する証拠は、行為が反競争的な利益の獲得を目的として行われたという事実を示す証拠であると整理でき、米国法の枠組みは、初期の判例法から一貫して行為の意図・目的に着目するもの⁽¹⁹⁸⁾であり、Aspen 判決以降の判断枠組みは利潤犠牲基準を含む経済合理性基準を基礎に意図・目的の認定をより洗練されたものへと定式化したものといえる。⁽¹⁹⁹⁾

二 EUの規制枠組みの特徴

ところで、欧州司法裁判所が示してきたEU法の枠組みは一見すると米国法の枠組みとは全く異なるものである。欧州司法裁判所による、TFEU一〇二条に基づく取引拒絶行為の評価枠組は、①当該拒絶が隣接市場において特定の活動を行うために必要不可欠な製品または役務に関連するものであり、②当該拒絶がその隣接市場における有効な競争を全て排除するような類のものであって、③当該拒絶が潜在的な消費者需要があるような新製品の出現を妨げるものであることが立証された場合には、当該拒絶が客観的に正当化されない限り、例外的に支配的地位の濫用に該当するといふものであった。⁽¹⁹⁹⁾

EUの規制において特徴的なのは、主に上流と下流の両方で操業する企業による下流の競争者に対する投入物閉鎖の事例を問題としてきたこと、⁽²⁰⁾そして、欧州委員会のガイダンスペーパーはそのような事例についての言及しており、ガイダンスペーパーにおいてその他のタイプの取引拒絶については言及がなかったことである。⁽²¹⁾

比較法的な観点からいえば、EU法の枠組みの特徴として、拒絶の対象となる財に関して必須性を求め、また、高い水準で競争排除を要求している点で、アメリカの下級審が示してきたEFの枠組に共通する部分がある。米国で発展してきたEF理論が垂直統合企業による投入物閉鎖型の取引拒絶の規制を前提としたものであることに鑑みれば、⁽²²⁾主にそのような取引拒絶を規制対象としてきたEUの規制枠組みに共通点が見出されるのは当然のことともいえる。

三 日本法の位置付け

本論文で検討対象として取り上げたタイプの単独の取引拒絶は、東京スター事件地裁判決に関する検討で確認したように、独禁法上不当な目的に向けて行われた取引拒絶を不当とするものであった。法二条五項の適用においては、行為が「市場支配力の形成、維持、強化という観点から見て正常な競争手段を逸脱するような人為性を有する」かどうかの判断のなかで、取引拒絶行為が競争者排除等の独禁法上不当な目的に向けて行われたかどうかの評価が行われると考えるのが自然だろう。

いずれの分析枠組みも、結局のところ、行為が競争者排除に伴う反競争的な利益の獲得にのみ資するものであるかどうかという観点から行為の不当性を評価するものであり、前述の略奪の定義の意味で行為の経済合理性を評価するものと位置づけることができる。この意味において、日本法の枠組みは、同じく略奪の定義に基礎を置く利潤犠牲基準等の米国で提案されてきた法的基準の利用とも親和性があるといえる。このように、日本法の枠組みは、

経済合理性に着目して行為の不当性を評価するものである点で、米国の最高裁判理と共通しているといえる。

上で整理したような日本法の立場は、NTT東日本事件の最高裁判決にもあらわれている。同判決は、NTT東日本が設定した接続料金がいわゆる「逆ザヤ」であったことを指して、「競業者が経済的合理性の見地から受け入れることのできない接続条件を設定し提示したもの」と評価している。⁽²⁰³⁾要するに、判決は、上流での供給価格が下流での供給費用を上回るといふ利潤犠牲の典型例といえる状況を考慮して、行為が経済合理性を持たないと評価したのである。⁽²⁰⁴⁾

いずれにせよ、現行法の解釈として、排除を通じた利益を観念しなければおおよそ合理的とは言えないような戦略を採用したという事実は、問題の行為がどのような性格の戦略のもとに行われたものであるかを検討するための重要な証拠の一つと考えられていると説明できる。⁽²⁰⁵⁾

四 単独の取引拒絶の不当性識別におけるベンチマークの役割

ここまでの検討から明らかなように、競争者に対するアクセス拒絶型の単独の取引拒絶行為の評価においては行為の経済合理性の評価が重要な意味を持つ。

しかし、取引拒絶規制の文脈において、経済合理性基準の観点から行為の目的が不当といえるためには、何らかのベンチマークが必要になる。⁽²⁰⁶⁾例えば、米国では、取引拒絶行為が競争法上不当なものであるかどうかを判断するために、過去に拒絶した取引と同様の内容の取引を行っていたという事実、または、現在他の取引相手と拒絶した取引と同様の内容の取引を行っているという事実、あるいは、業法で定められている取引条件などが考慮されてきた。⁽²⁰⁷⁾このように、取引義務や過去の取引、併存する他の取引などの情報があれば、それらの取引で提示されていた取引条件を参考に、行為が経済合理性を欠くものであることを説明できる可能性がある。

拒絶された取引が既存取引であったか新規取引であったか、そして、取引相手によって差別が行われていたかどうかといった情報は、単独の取引拒絶の不当性を理論的に識別するための要素ではない。あくまでも、これらの要素は、裁判所にとって執行可能な範囲で取引拒絶の不当性を識別するためのベンチマークに過ぎない。⁽²⁰⁸⁾ しばしば、取引拒絶の不当性を論じるうえで既存取引や新規取引といった取引形態の区別を重要とする向きも見られるが、これらの取引形態の区別はあくまでも法執行上の利便性に鑑みて重要なのである。

過去に拒絶した取引と同様の内容の取引を行っていた、または、現在拒絶した取引と同様の内容の取引を他者に行っているというような事情がなかったとしても、行われた取引拒絶が不当である場合があることは理論上否定されない。ただし、そのような場合に取引拒絶の不当性を識別できるようなスタンダードを裁判所が執行可能な基準として設計することは現実的に難しく、その結果として上述のベンチマークが取引拒絶の不当性を判断するうえでの重要な考慮要素になっていると説明できる。⁽²⁰⁹⁾

なお、EUのMicrosoft判決では客観的正当化の場面において行為者自身のインセンティブへの影響も検討されていたが、この場面においても上記ベンチマークは有効といえる。第三章では、Microsoft判決において、一般裁判所が具体的な基準に言及しないまま当該インセンティブへの影響の評価を行った点を指摘したが、このような場合にも、上述した種々のベンチマークは、行為の経済合理性を評価するための指標となる。⁽²¹⁰⁾

日本でも、東京スター銀行事件で問題とされた取引拒絶のように、独禁法上不当な目的に向けられた行為であったかどうかの評価が重要となるタイプの取引拒絶行為については、特に上記ベンチマークに照らした判断が客観性の確保に繋がるため、望ましいといえる。

以上は一般的な競争者に対するアクセス拒絶型の取引拒絶を念頭に置いた場合であるが、投入物閉鎖型の取引拒

絶の場合には、異なる基準の利用も検討されている。

垂直統合企業による投入物閉鎖型の取引拒絶について、米国の議論では、ベンチマークの利用が困難な場面における判断枠組みとして、「Protected profit benchmark (PPB)」を基準とすることが提案されている。⁽²¹⁾ PPBを基準として用いる際には、独占者が設定している投入要素の価格が、排除された事業者によって、高すぎるものであり、実質的な取引拒絶にあたると主張されている場合を想定する。この場合に、架空の第三者として新たな上流の事業者を想定し、その事業者から独占者が、自ら設定していた価格で投入要素を購入して下流での販売を行うとする。端的に言えば、その際に、独占者の費用が価格を上回るかどうかをみるのがPPBの発想である。

この発想を単純な例に当てはめると以下になる。⁽²²⁾ 上流と下流の両方で操業する企業Xは、上流において最終製品Fの生産に必要な投入要素Aの生産を行うと同時に、下流においてAを加工し、Fとして販売しているとする。Aにとって、一単位あたりのFの生産に必要なAを生産するのに一〇〇円、Aを用いてFを生産するのに二〇〇円の費用がかかるとすると、Fを作るのにかかる費用の総計は三〇〇円となる。Fは一〇〇〇円で販売されるものとする、Xが下流において自らFを販売する場合の利益は、七〇〇円ということになる。PPBは最終製品を自ら供給する場合の費用の総計に、投入要素の生産にかかる費用を加えたものである。⁽²³⁾ 上記の例ではPPBは八〇〇円となる。仮に、Xが下流における競争者であるYに対してAを八〇〇円で販売するとしたら、Xの利益は七〇〇円となる。つまり、PPBとは、上記の例でいえば、投入要素の供給者にとって、自ら最終製品を供給した場合と同じだけの利益が確保できる水準ということになる。これを上回る価格での取引を拒絶するならば、取引をしていたら得られたはずの利益を犠牲にすることになるため、拒絶対象となる製品が同質財の場合には、PPBの利用は利潤犠牲基準の採用に等しいといえる。⁽²⁴⁾ ここで特筆すべきなのは、価格と費用に関する情報のみによって利潤犠

性基準の採用を可能とする点である。⁽²⁵⁾

P PBの利用自体は、利潤犠牲基準や同等効率性基準、消費者厚生テストのいずれの観点からも正当化可能と説明されるが、それはあくまでも、下流の製品が垂直統合企業とその競争者の両方によって販売されていて、なおかつ、当該製品は差別化されておらず、増分費用は一定であるという一部の特殊な状況に限定されることが指摘されており、実際に裁判所がP PBを利用して単独の取引拒絶の不当性を評価することは難しいだろう。⁽²⁷⁾ さらに言えば、差別化された財の拒絶を取扱う場合には、同等効率性基準に依拠することが出来ず、⁽²⁸⁾ 実質的に経済合理性基準に依拠してP PBの利用を正当化せざるを得なくなる。このような状況において、Salopは転換率を用いて修正したP PBの利用を提案している。⁽²⁹⁾ しかし、製品差別化がある状況においては消費者が垂直統合企業の製品よりも競合の企業の製品を高く評価している場合には、P PBを下回る価格によって競争者の排除が起きることもあり得、また、下流において垂直統合企業と、当該企業から供給を受ける企業とが競合していない場合には転換率がゼロとなるため、P PBが利潤最大化価格から乖離するといった点で、P PBは差別化された財に関する取引が拒絶される場合における基準とはなり得ないことが指摘されている。⁽²⁰⁾

また、SalopによるP PBの利用に関する議論は全て事業法規制がない場合を想定したものであったが、垂直統合企業による投入物閉鎖が行われる可能性が比較的高い市場として想定されるテレコムや電気、ガス等の市場において事業法の規制が全く無いと想定することは、近年の先進国の社会状況に鑑みて現実的とは言えない。

このように、一部の特殊な状況に関しては、価格と費用の比較を通じて単独の取引拒絶の不当性評価の方法も提案されてきている。しかし、上で述べたように、実際の裁判で利用可能なものとはいえない。したがって、単独の取引拒絶の不当性を評価するうえでは、過去の取引に関する情報や非競争者に対して提案していた取引条件等の

ベンチマークをもとにした、行為の経済合理性の評価に依存せざるを得ないのが現状といえる。

第五章 結語——経済合理性基準による排除の識別とその課題

一 市場支配的事業者による単独の取引拒絶の規制根拠

第一章で紹介したとおり、市場支配的事業者による競争者排除型行為のうち、事業活動の自由との区別が重要となるタイプの行為の規制においては、世界的に、不当な排除の識別が議論されてきた。この排除の識別に関しては、行為の経済合理性の有無に着目する利潤犠牲基準等の基準や、行為者と同等に効率的な競争者をも排除するような行為であるかどうかという点に着目する同等効率性競争者基準など、何かしらの観点から競争者排除型行為の不当性を評価する基準が提案されてきたが、これらの基準のみでは不当性を識別できない場合があることや、これらの基準をそのまま裁判所が利用することが難しい場合があることなどの点において、これらの基準には課題があった。本論文では、排除型私的独占規制における難問である排除の識別が特に難しい場面として、事業活動の自由の発露との区別が必要とされるタイプの単独かつ直接の取引拒絶に焦点をあてて、排除の識別における課題を明らかにした。

本論文において検討の対象とした行為のうち、特に排除の識別において重要な類型は、単独の事業者が直接に、かつ、一方的に競争者に対するアクセスを拒絶するというものであった。このタイプの取引拒絶のうち、垂直統合企業による投入物閉鎖の側面を持たない行為については、日本及び米国最高裁では、競争法上不当な目的に向けて行われたかどうかに着目して排除の識別が行われていた。すでに述べたとおり、日本法における「不当な目的」または「人為性」の認定や、米国の最高裁判例における経済合理性の評価においては、過剰規制への懸念に鑑みて、

客観性の確保が重要であり、過去の取引状況などのベンチマークや利潤犠牲に関する事実可依拠した規制が行われている。

しかし、これらの要素が取引拒絶行為の不当性を理論的に根拠付けるわけではない。このタイプの取引拒絶については、理論的には、反競争的な利益の獲得のみに資するような取引拒絶が不当とされてきたものと整理できる。この枠組みは不当廉売の文脈でしばしば言及される「略奪」の定義や、その定義を基礎とする経済的有意性基準や利潤犠牲基準の立場と整合的なものである。本論文ではこのような立場を便宜上経済合理性基準と呼んでいたが、裁判所にとって管理可能な方法であって、なおかつ、このような意味での経済合理性を正確に識別する方法というのはなく、そのため、実務上、本論文が検討の対象としたタイプの取引拒絶行為の評価においては、過剰規制の懸念等に配慮し過小包摂を認めた上で、ベンチマークや利潤犠牲に関する事実を重要な考慮要素としているのである。すなわち、単独事業者による直接かつ一方的な取引拒絶の理論的な規制根拠は、「反競争的な利益の獲得のみを目的とした」、より正確に言うならば、「客観的な事実に照らしてそのような利益の獲得を目的としているとしか考えられない」ような取引拒絶であるという点に見出されているといえる。

二 単独の取引拒絶の分類

単独かつ直接の取引拒絶は、どのような状況で行われるかによってどのように市場に悪影響がもたらされるかが変わってくる。したがって、単独かつ直接の取引拒絶の不当性を評価する際には、行為を更に幾つかのタイプに分類することが重要である。本論文では、まず、競争者に対するアクセスの拒絶と、自己の競争者と取引関係にあるあるいは、取引関係に入ろうとする顧客や供給者に対する懲戒として行われる取引拒絶とに分類することの重要性を述べた。後者は実質的に排他条件付取引と同様の効果を持つ行為であり、他の事業者の意思決定に影響を及ぼす

点で既に取引自由の原則の範疇にはない行為といえる。そのため、後者のタイプの単独の取引拒絶に関しては、行為の経済合理性を検討するまでもなく、その不当性が行為自体に内在しているものと評価できる。

また、競争者に対するアクセス拒絶のうち、上流と下流の両方で操業する企業による下流における競争者に対する投入物閉鎖としての側面を持つ取引拒絶についても、分けて考える必要がある。このタイプの取引拒絶は、通常垂直統合の場面で懸念されるような、競争者の費用を引き上げることを通じた市場閉鎖の効果が懸念されることになるからである。また、第四章でも述べたように、いわゆるEF理論は垂直統合企業による取引拒絶を念頭に置いたものであり、EF理論に関する議論の前提として、このタイプの取引拒絶を分けて考えることも必要である。このように分類することで、EUは日本及び米国最高裁とは全く異なる基準によつて取引拒絶の不当性を判断しているようにみられるが、これは、EUの介人事例のほとんどが垂直統合企業による投入物閉鎖としての側面を持つ取引拒絶であり、このタイプの取引拒絶に関しては、その他のアクセス拒絶型の取引拒絶とは別種の悪影響が想定されるためと説明することができる。

三 残された課題

経済合理性に着目して排除の不当性を評価しようとする場合、少なくとも単独の取引拒絶については、本文中で度々述べてきたように、過去にどのような条件で取引が行われていたか、現在他の競争者とのような条件で取引をしているか、業法で定められている取引条件はどのようなものかなど、裁判所が問題の取引拒絶を不当と判断するうえでベンチマークとなるような事実が必要になる。これらのベンチマークは、裁判所にとつて、非任意での取引を命じる際に取引条件を設定するための指針になるという意味でも重要である。

しかし、これらベンチマークの利用にも課題はある。例えば、市場支配力の維持に向けて取引拒絶が行われた場

合のように、裁判所が行為なかりせば設定されていたであろう取引条件を仮定する必要がある場合、ベンチマークとなる取引条件を正確に導き出すことはできない。また、直接かつ一方的に新規取引を拒絶するような場合で、ベンチマークとなるような事実が一切ない場合、裁判所にとってかかる取引拒絶の不当性を判断することはおそらく不可能だろう。

米国では、投入物閉鎖型の単独の取引拒絶に関して、価格と費用の比較をもとにした分析をベンチマークとして利用することも提案されてきたが、この分析手法は一部の限定的状況でのみ利用可能であり、およそ裁判所や当局にとって利用可能なものとはいえない。また、この分析手法を製品差別化がある財の取引拒絶と同質財の取引拒絶の両方の場合に利用可能な基準として説明しようとすると、結局のところ、この分析手法の利用は、経済合理性基準によってのみ正当化されることとなる。この意味で、この分析手法は、経済合理性基準の理論的根拠に照らして、価格が費用を上回る領域に関しては経済合理性を欠く行為を捕捉出来ず、過小包摂の基準といえる。したがって、ベンチマークの課題は、上記の分析手法によっても解決されない。

要するに、現状としては単に「独禁法上不当な目的」あるいは「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」等の表現で説明されているに過ぎない単独かつ直接の取引拒絶の不当性識別のための基準は、行為の「経済合理性」という表現で再構成できるものであるところ、この経済合理性をどのように評価するのか、そして、経済合理性の評価のために用いられる可能性のあるベンチマークとしてどのようなものがあるのか、ベンチマークが利用できない場面については独禁法の介入を認めるのか否か、という点を具体的に明らかにすることが、現在の日本における単独の取引拒絶規制の課題といえる。

- (1) 多くの文献が競争者排除型行為規制の問題と「いつ」の点に言及している。See e.g. A. Douglas Melamed, *Exclusionary Conduct Under the Antitrust Laws: Balancing, Sacrifice, And Refusals to Deal*, 20 BERKLEY TECH. L.J. 1247, 1248-1251 (2005).
- (2) 例えば、白石忠志『独占禁止法(第三版)』三三〇頁(有斐閣、二〇一七年) 参照。
- (3) 同旨を述べる文献として、武田邦宣「排除型私的独占—JASRAC 最高裁判決」法学教室四三七号九頁(二〇一七年)も参照。
- (4) 最二小判平成二二年二月一七日民集六四卷八号二〇六七頁(NTT 東日本事件最判)、最三小判平成二七年四月二八日民集六九卷三号五一八頁(JASRAC 事件最判)。
- (5) 金井貴嗣「排除型私的独占における排除効果と正常な競争手段逸脱性」速報判例解説一八号二六一頁(二〇一六年) 参照。
- (6) 今村成和ほか編『注解 経済法(上)』五〇頁「根岸哲執筆」(青林書院、一九八五年)。
- (7) 根岸哲編『注釈独占禁止法』四〇頁「川演昇執筆」(有斐閣、二〇〇九年)。
- (8) 根岸編・前掲注(7)四〇頁「川演昇執筆」。
- (9) 排除の識別の問題については特に二〇〇〇年代前半に議論の隆盛がみられる。See e.g., Einer Elhauge, *Defining Better Monopolization Standards*, 56 STAN. L. REV. 253 (2003); Melamed, *supra* note 1; A. Douglas Melamed, *Exclusive Dealing Agreements and Other Exclusionary Conduct—Are There Unifying Principles?*, 73 ANTITRUST L.J. 375 (2006); Steven C. Salop, *Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard*, 73 ANTITRUST L.J. 311 (2006); Mark S. Popovsky, *Defining Exclusionary Conduct: Section 2, The Rule of Reason, and the Unifying Principle Underlying Antitrust Rules*, 73 ANTITRUST L.J. 435 (2006).
- (10) See *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985) [hereinafter *Aspen*]; *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 407 (2004) [hereinafter *Trinko*].
- (11) Case 85/76 *Hoffmann-La Roche v. Commission* [1979] E.C.R. 461, para 91.
- (12) A. Douglas Melamed, *Antitrust Law and Its Critics*, 83 ANTITRUST L.J. (forthcoming 2020), available at <https://ssrn>.

- com/abstract=3519523.
- (13) See Melamed, *supra* note 1, at 1258.
- (14) これらの排除の識別基準を巡る議論は日本の「公取委の解釈・運用、学説にも影響を及ぼしている」。金井・前掲注(5) 二六一頁。
- (15) See 3 PHILIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW ¶ 651a-651b6, at 98-111 (4th ed. 2015) [hereinafter 3 AREEDA & HOVENKAMP 4TH], 邦語文献としては、川濱昇「私的独占解釈論の現状と課題」経済法学会年報二八号二八～三九頁(二〇〇七年)を参照。なお、後に撤回された文書ではあるが、各基準の位置づけと概要を簡潔に整理したものとて、DOJ による報告書を参照。See U.S. DEPT. OF JUSTICE, COMPETITION AND MONOPOLY: SINGLE-FIRM CONDUCT UNDER SECTION 2 OF THE SHERMAN ACT 33-47 (2008) [hereinafter DOJ SECTION 2].
- (16) See e.g. Einer Elhauge, *Defining Better Monopolization Standards*, 56 STAN. L. REV. 253, 294-315 (2003).
- (17) 例えば、早川雄一郎『競争者排除型行為規制の目的と構造』一七五頁脚注二三一(商事法務、二〇一七年)や、川濱昇「市場秩序法としての独禁法(三)」民商法雑誌一三九卷五八一頁、五九四～五九七頁(二〇〇九年)参照。
- (18) 不当廉売規制における排除の識別の課題に関しては、拙稿「不当廉売規制の再検討―私的独占の観点から―(一)」(四)・完」法学論叢一八六卷・一八七卷(二〇一九・二〇二〇年)を参照。
- (19) 公取委「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第一部第一の二、第二部第三(一九九一年七月一日、二〇一七年六月一六日改正)。なお、根岸編・前掲注(7) 三五九～三六〇頁、独占禁止法研究会「不公正な取引方法に関する基本的な考え方(二・終)」公正取引三八三号五六頁(一九八二年)、白石ほか編『論点体系独占禁止法』一一〇～一一一頁「原悦子執筆」(第一法規、二〇一四年)参照。
- (20) 例えば、白石・前掲注(2) 三六〇頁参照。
- (21) 根岸編・前掲注(7) 三六〇～三六二頁「根岸哲執筆」参照。
- (22) 根岸哲ほか『独占禁止法概説(第五版)』一九八頁(有斐閣、二〇一五年)参照。
- (23) 第四章で後述するように、PPBやECCPRのような、行為者の価格と費用に関する情報に基づいて取引拒絶の不当性を識別するルールも提案されてきているが、これらのルールは一部の限定的な状況でのみ利用可能なものであり、単

独の取引拒絶に関する一般的なルールとして採用することは出来ない。

(24) 例えば、ABAによるANTITRUST DEVELOPMENTSは、第五版までは、単独の取引拒絶を独占化の意図のもとに行われる取引拒絶とエッセンシャルファシリティへのアクセスの拒絶とに分類していたが、第六版以降は「自己に忠実でない顧客ないしは供給者に対する取引の拒絶」と「競争者によるアクセス要請の拒絶」とに分類したうえで、更にアクセス拒絶をエッセンシャルファシリティへのアクセス拒絶等に分類している。See e.g. ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, ANTITRUST DEVELOPMENTS 253-286 (5th ed. 2002); ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, ANTITRUST DEVELOPMENTS 246-248, 266-271 (8th ed. 2017) [hereinafter ABA 8th].

(25) 今村成和『独占禁止法(新版)』九〇～九一頁(有斐閣、一九七八年)、金井ほか・前掲注(5)二五七、二六六頁[川濱昇執筆]参照。

(26) 東京地判平成二三年七月二八日審決集五八卷第二分冊二二七頁(東京スター銀行事件地判)。

(27) 東京スター事件地判・二四〇～二四一頁。

(28) NTT東日本事件最判・二〇八〇頁参照。

(29) 泉水文雄「東日本電信電話の光ファイバ設備に関する私的独占事件最高裁判決―最判平成二二年二月一七日―」公正取引七二六号七六頁(二〇一一年)、武田邦宣「私的独占における排除行為―東日本電信電話事件」ジュリ臨時増刊一四四〇号二五二～二五三頁(二〇一二年)参照。

(30) 泉水・前掲注(29)七六頁参照。

(31) NTT東日本事件最判・二〇七八頁参照。

(32) 東京高判平成二四年一月二二日審決集五九卷第二分冊二八六～二八八頁(ニプロ事件高判)参照。

(33) 長澤哲也「単独かつ一方的な取引拒絶における競争手段不当性」石川正先生古稀記念論文集『経済社会と法の役割』四六二～四六三頁(商事法務、二〇一三年)や、川濱昇「排除型私的独占の要件」(NTT東日本事件)「金井貴嗣ほか編『経済法判例・審決百選(第二版)』一六～一七頁(有斐閣、二〇一七年)も参照。

(34) 少なくとも接続料金規制が存在している場面におけるマージンスクイーズ型の行為については、同等効率性競争者基準を適用すべきとする解釈が有力である。例えば、岡田羊祐ほか編『独禁法審判決の法と経済学』一八六～一八七頁[岡

- 田羊祐＝柴田潤子執筆」(東京大学出版会、二〇一七年) 参照。
- (35) *Trimko*, 540 U.S. at 408–409; *Aspen*, 472 U.S. at 608, 610–611.
- (36) See Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 *Radio Telefís Éireann (RTE) and Independent Television Publications (ITP) v. Commission* (Magill) [1995] ECR I-1743; Case T/97 *Oscar Bronner v. Mediaprint Zeitungsund Zeitschriftenverlag* [1998] ECR I-1779; Case C-418/01 *IMS Health v. NDC Health* [2004] ECR I-5039; Case T-201/04 *Microsoft v. Commission* [2007] ECR II-3601; Commission Communication Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings [2009] O.J. C 45/2, paras 75–90 [hereinafter *Guidance*].
- (37) この点の整理に関しては、例えば、和久井理子「単独事業者による直接の取引・ライセンス拒絶規制の検討(一)」民商法雑誌二二巻八二九―八三〇頁(二〇〇〇年)を参照。
- (38) *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919).
- (39) See ABA 8th, *supra* note 24, at 246–248, 266–271.
- (40) *Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co.*, 273 U.S. 359 (1927).
- (41) 度々の合併から石油業界の支配を維持する意図を認定した *Standard Oil* 判決や、同判決と類似の認定がなされた *American Tobacco* 判決など、初期の米国判例にみられる意図・目的の認定枠組みと類似のものである。See *Standard Oil*, 221 U.S. at 75; *American Tobacco*, 328 U.S. at 784–786.
- (42) *Lorain Journal Co. v. United States*, 342 U.S. 143 (1951).
- (43) *Id.*, at 155.
- (44) *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366, 368 (1973).
- (45) 16 U.S.C. *∞* 824a (2016).
- (46) *Otter Tail*, 410 U.S. at 372.
- (47) See *id.*, at 372–373.
- (48) *Id.*, at 373.

- (4) *Id.*, at 373-374.
- (5) *Id.*, at 374-375.
- (15) *See id.*, at 377; *U.S. v. Otter Tail Power Co.*, 331 F. Supp. 54, 60 (D. Minn. 1971).
- (22) *See id.*, at 377-378.
- (33) *Id.*, at 380.
- (45) *Aspen*, 472 U.S. at 585-590.
- (55) *See id.*, at 589.
- (65) *See id.*, at 590-592.
- (75) *See id.*, at 592.
- (85) *See id.*, at 592-593.
- (95) *See id.*, at 593.
- (99) *See id.*, at 593-594.
- (10) *See id.*, at 594.
- (20) *See id.*, at 594-595.
- (30) *Id.*, at 595-596.
- (40) *Aspen*, 472 U.S. at 601-602.
- (50) *Id.*, at 602.
- (60) *Id.*, at 602-603.
- (70) *Id.*, at 605.
- (80) *See id.*, at 605-611.
- (90) *Id.*, at 608, 610-611.
- (70) *See Trinko*, 540 U.S. at 404.
- (17) *See Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP v. Bell Atlantic Co.*, 123 F. Supp. 2d 738, 745 (S.D.N.Y. 2000); *Law Offices*

of *Curtis V. Trinko, LLP v. Bell Atlantic Co.*, 305 F.3d 89, 93 (2d Cir. 2002).

(72) See *Trinko*, 540 U.S. at 405.

(73) See *id.*, at 408–411.

(74) See *id.*, at 405–409.

(75) *Id.*, at 409.

(76) *Ibid.*

(77) *Ibid.*

(78) See *Kodak*, 273 U.S. at 368–369.

(79) See HERBERT J. HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY: THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE 388 (5th ed. 2016).

(80) See Marina Lao, *Reclaiming a Role for Intent Evidence in Monopolization Analysis*, 54 AM. U. L. REV. 151, 201–203 (2004).

(81) See also EINER ELHAUGE & DAMIEN GERADIN, GLOBAL ANTITRUST LAW AND ECONOMICS 489 (3d ed. 2018) [hereinafter *ELHAUGE & GERADIN*].

(82) *Trinko*, 540 U.S. at 408–411.

(83) See ABA 8th, *supra* note 24, at 267.

(84) 例えは、第十巡回区は「Aspen 判決及び *Trinko* 判決を参照し、取引拒絶が違法となる限定的な状況の一例として利潤犠牲基準に言及し、取引の拒絶が反競争的な動機のみによつて行われたことの立証を原告に要求している」。See *Solidix v. Jeppesen Sanderson*, No. 15–1079 (10th Cir. 2016).

(85) See *Kodak*, 273 U.S. at 374; *Lorain Journal*, 342 U.S. at 154 n.8.

(86) この法理は、後述の MCI 判決など複数の下級審判決に言及されている。See also ELHAUGE & GERADIN, *supra* note 81, at 446.

(87) See 3B PHILIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW ¶ 773, at 256–284 (4th ed. 2015) [hereinafter 3B AREEDA & HOVENKAMP].

- (88) *United States v. Terminal Railroad Ass'n*, 224 U.S. 383 (1912).
- (89) *See id.*, 391–392.
- (90) *See e.g.*, ABA 8th, *supra* note 24, at 272; 3B AREEDA & HOVENKAMP, *supra* note 87, ¶ 772, at 209–210.
- (91) *Other Tail*, 331 F. Supp. at 61.
- (92) A. D. NEALE, THE ANTITRUST LAWS OF THE UNITED STATES OF AMERICA: A STUDY OF COMPETITION ENFORCED BY LAW 67 (1960).
- (93) *See Other Tail*, 410 U.S. at 377.
- (94) *See Trinko*, 540 U.S. at 410.
- (95) *Id.*, at 411.
- (96) Associated Press 判決では、メンバーでない者に対するニュースの供給を禁止し、また、メンバーに対し、メンバーの競争者がメンバーであることを拒否する権限を与えらるる法定款 (bylaw) を設けていたことが、シャーマン法一条に違反するものと見なされた。⁹⁶ *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945).
- (97) *MCI Communications v. AT&T*, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983) [hereinafter *MCI*].
- (98) *See id.*, at 1133.
- (99) *Id.*, at 1132.
- (100) *Id.*, at 1132–1133.
- (101) *See* 3B AREEDA & HOVENKAMP, *supra* note 87, ¶ 771b-c, at 204–206. なお、E.L.理論が確立される前の議論ではあるが、Sullivan 教授はE.L.理論の先駆けを考へられていた一連の取引拒絶判例を公益事業者に対する規制と同様のものと考へた上で限定を加へる立場を取っている。⁹⁷ *See* LAWRENCE ANTHONY SULLIVAN, HAND BOOK OF THE LAW OF ANTITRUST 126 (1977).
- (102) *See e.g.*, *MCI*, 708 F.2d at 1132, 1137–38; *Laurel Sand v. CSX*, 924 F.2d 539, 545 (4th Cir. 1991); *Southern Pacific v. AT&T*, 740 F.2d 980, 1009 (D.C. Cir. 1984); *see also* ELHAUGE & GERADIN, *supra* note 81, at 489–490.
- (103) *See* 3B AREEDA & HOVENKAMP, *supra* note 87, ¶ 770, at 195–201.
- (104) *See id.*, ¶ 770, at 187.

- (90) See *e.g.*, *Aspen*, 472 U.S. 585; *Trinko*, 540 U.S. 398.
- (91) See *Pacific Bell Telephone Co. v. Linkline Communications, Inc.*, 555 U.S. 438 (2009).
- (92) See *Otter Tail*, 410 U.S. 366.
- (93) See ELHAUGE & GERADIN, *supra* note 81, at 489–490.
- (94) See MIGUEL DE LA MANO, RENATO NAZZINI, AND HANS ZENGER, THE EU LAW OF COMPETITION, para 4.581, at 467 [JONATHAN FAULL AND ALI NIKPAY eds., 3d ed. 2014] [hereinafter FAULL & NIKPAY].
- (95) Cases 6 and 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano Spa and Commercial Solvents Corp v. Commission* [1974] ECR 223, para 25.
- (96) *Id.*, para 16.
- (97) See Case 311/84, *CBEM v. CLT and IPB (Telemarketing)* [1985] ECR 3261, para 26.
- (98) See *Napier Brown/British Sugar* [1988] O.J. L 284/41, [1990] 4 CMLR 196.
- (99) See also ALISON JONES & BRENDA SUFFRIN, EU COMPETITION LAW 506 (6th ed. 2016) [hereinafter JONES & SUFFRIN].
- (100) See *e.g.*, *B&I Line / Sealink Harbours* [1992] 5 CMLR 255 [hereinafter B&I]; *Sea Containers Ltd/Stena Sealink* [1994] O.J. L 15/8, [1995] 4 CMLR 84; *Port of Rodby (Euro-port) v. Denmark*, [1994] O.J. L 55/52, [1994] 5 CMLR 457; *Morlaix (Port of Roscoff)* [1995] 5 CMLR 177.
- (101) B&I, para 41.
- (102) *Id.*
- (103) See also JONES & SUFFRIN, *supra* note 114, at 502.
- (104) See Cases C-241–242/91 P, *RTE v Commission* [1995] ECR I-743, paras 6–11.
- (105) See *id.*, para 51.
- (106) See *id.*, paras 52–54.
- (107) See *id.*, para 55.
- (108) See *id.*, para 56.

- (146) *See id.*, para 650.
- (147) *Id.*, para 653.
- (148) *Id.*, para 654.
- (149) *See id.*, paras 657-658.
- (150) *See id.*, para 688.
- (151) *Id.*, para 689.
- (152) *Id.*, para 690.
- (153) *Id.*, para 691.
- (154) *See ibid.*
- (155) *Id.*, para 697.
- (156) *See* Guidance, *supra* note 36, para 76.
- (157) *See id.*, para 81.
- (158) *See id.*, para 87.
- (159) *See* T-201/04, *Microsoft v. Commission* [2007] ECR II-3601, para 332.
- (160) *See also* FAULL & NIKPAY, *supra* note 109, at 467.
- (161) *See id.*, paras 643-659.
- (162) *See id.*, paras 636-637, 659.
- (163) *See id.*, paras 696-710.
- (164) *See* ELHAYGE & GERADIN, *supra* note 81, at 508.
- (165) 公取委審判審決平成一八年六月一五日審決集五三卷一九五頁（ニプロ事件審決）。
- (166) 例えば、波光巖「単独の取引拒絶」稗貫俊文編『競争法の現代的諸相（下）厚谷襄児先生古稀記念論集』六五一頁（信山社、二〇〇五年）などを参照。
- (167) 例えば、松下満雄・渡邊泰秀「アメリカ独占禁止法（第二版）」一四五～一四九頁（東京大学出版会、二〇一二年）。

- (168) See e.g., Dennis Carlton, *A General Analysis of Exclusionary Conduct And Refusal To Deal—Why Aspen And Kodak Are Misguided*, 68 ANTITRUST L.J. 659, 61–671 (2001); W. KIP VISCUCI, JOSEPH E. HARRINGTON, JR. AND JOHN M. VERNON, *ECONOMICS OF REGULATION AND ANTITRUST* 322–323 (4th ed. 2005); ABA 8TH, *supra* note 24, 246–248, 266–271.
- (169) See VISCUCI ET AL., *supra* note 168, at 322.
- (170) Louis Kaplow and Carl Shapiro, *Antitrust*, in HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS Vol. 2 1073, 1181 (A. MITCHELL POLINSKY & STEVEN SHAVELL, EDS., 2007); Patrick Rey and Jean Tirole, *A Primer on Foreclosure*, in HANDBOOK OF INDUSTRIAL ORGANIZATION Vol. 3 2145, 2153, 2155–2182 (MARK ARMSTRONG AND ROB PORTER EDS., 2007).
- (171) 中川寛子「判批」NBER-07-1号九三頁以下(二〇一六年)のように、本件で問題とされた行為とJASRA C事件で問題とされた行為はいずれもRRCであったとして、排除効果に係る考慮要素は共通しうると述べる文献もある。NTT東日本の行為については、小田切宏之「産業組織論」一六〇一六二頁(有斐閣、二〇一九年)でも、RRC戦略の一例であるとの説明がある。NTT東日本事件で問題とされたのは、上流と下流の双方で操業する市場支配的事業者が行った、単独かつ一方的な取引拒絶及び廉売としての側面を持つ行為であり、第四章第一の一で述べた「競争者に対するアクセス拒絶」型の単独の取引拒絶や、不当廉売等の行為においては、行為が競争者の費用を引き上げる効果を持つこと自体が、直ちに排除の不当性を意味するわけではないことに注意が必要である。
- (172) See Steven C. Salop and David T. Scheffman, *Raising Rivals' Cost*, 73 AM ECON REV 267 (1983); see also Michael H. Riordan, *Anticompetitive Vertical Integration by a Dominant Firm*, 88 AM ECON REV 1232 (1998).
- (173) See VISCUCI ET AL., *supra* note 168, at 248–253.
- (174) 現に、RRC型の反競争的効果をもたらす行為の典型として挙げられるのは垂直統合や排他条件付取引であり、第四章第一の二で述べた投入物閉鎖型を除く、通常の単独の取引拒絶の不当性識別に関する議論のなかで、取引拒絶の悪影響をRRCで説明しようとする文献は筆者の知る限りない。また、実際に、米国の下級審では、利潤犠牲基準の代わりに競争者の費用の増大を考慮するテストを提案した原告の主張が認められなかった例もある。See *Novell Inc v. Microsoft Corporation*, 731 F.3d 1064 (10th Cir. 2013).
- (175) 川濱昇「競争者排除型行為規制の理論的根拠——不公正な取引方法を中心に——」公正取引六七一号一〇頁及び一三頁

(二〇〇六年) 参照。

(176) See 3 AREEDA & HOVENKAMP 4TH, *supra* note 15, ¶ 651b1, at 100-104.

(177) *Ibid.*

(178) Melamed, *supra* note 1, at 1252-1254; *United States v. Microsoft*, 253 F.3d 34, 59 (D.C. Cir. 2001). なお、単に厚生を減少させるのみではシャーマン法二条が問題とする排除とはなりえないため、必然的に排除を通じて厚生を減少させることが必要と考えられる。See 3 AREEDA & HOVENKAMP 4TH, *supra* note 15, ¶ 651, at 103.

(179) Steven C. Salop, *Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, And the Flawed Profit-Sacrifice Standard*, 73 ANTITRUST L.J. 311, 333 (2006); 早川・前掲注(17)二八頁脚注九二も参照。

(180) 例えば、Melamed は、行為が市場に及ぼす反競争効果および競争促進効果を網羅的に比較衡量することは裁判所にとって難しいこと、排除されている企業にとっては、競争行動をとることで発生している反競争効果が減少してしまうと自らが訴訟上不利になるため、被排除事業者の競争インセンティブが低下すること、係る比較衡量を事業者が行うことは困難であり、法的予見可能性の確保が難しいアプローチであること等、この事情からこのアプローチを批判している。See Melamed, *supra* note 1, at 1247-1255.

(181) See *id.*, at 1250-1252.

(182) See *United States v. Microsoft*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001); see also Elhauge, *supra* note 16, at 318.

(183) See Salop, *supra* note 179, at 357.

(184) See *id.*, at 373-374.

(185) See Gregory J. Werden, *The “No Economic Sense” Test for Exclusionary Conduct*, 31 J. CORP. L. 293 (2006); Melamed, *supra* note 1.

(186) See Janusz A. Ordover & Robert D. Willig, *An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation*, 91 YALE L.J. 8, 9-10 (1981); ROBERT H. BORK, *THE ANTITRUST PARADOX* 144 (1978).

(187) *Aspen*, 472 U.S. 585.

(188) 本論文第二章第二の一。併せて、和久井・前掲注(37)八三二〜八三四頁も参照。

- (189) See e.g., HOVENKAMP, *supra* note 79, at 364-365.
- (190) 本論文、第二章第三〇三。
- (191) See *Trinko*, 540 U.S. at 409.
- (192) See Melamed, *supra* note 1, at 1262-1267.
- (193) See Elhauge, *supra* note 16, at 275-276.
- (194) 通常、複数の供給者が取引相手の候補として存在していて、そのうちの一家が望ましくないような条件での取引を持ちかけてきたとして、買手はそのような要請を断るだけである。しかし、市場に複数の買手と唯一の独占者が存在するというような状況では、買手ら全体にとって望ましくないような条件での取引を多数の買手が受け入れた場合、受入れなかった買手は不利な状況に追い込まれてしまったため、係る条件での取引を受け入れることが個々の買手にとっては合理的な選択となつてしまうというのが集合行為の問題である。See *id.*, at 284-285.
- (195) See *id.*, at 287.
- (196) See *id.*, at 280, 294.
- (197) 「ボークやオーダー＆ウィングによる略奪の定義からも明らかである」。
- (198) See also Marina Lao, *Aspen Skiing and Trinko Antitrust Intent And "Sacrifice"*, 73 ANTITRUST L.J. 171 (2005).
- (199) 本論文、第三章の四。
- (200) See JONES & SUREIN, *supra* note 114, at 496.
- (201) See Guidance, *supra* note 36.
- (202) See NEALE, *supra* note 92, at 67; 3B AREEDA & HOVENKAMP, *supra* note 87, ¶ 771a, at 202-204; see also Spencer Webber Waller, *The Future of Monopoly And Monopolization Symposium: Areeda, Epithets, And Essential Facilities*, 2008 WIS. L. REV. 359, 361 (2008).
- (203) N T T 東日本事件最判・二〇八〇頁。
- (204) なお、第四章第一の三で述べたように、N T T 東日本事件で問題とされたのは上流と下流の双方で操業する企業による投入物閉鎖としての側面を持つ取引拒絶であった。したがって、前節での議論に基づけば、ここで想定される悪影響は

通常の競争者に対するアクセス拒絶の場合とは異なるものと考えられる。しかし、第一の二でも述べたように、このタイプの取引拒絶のように競争者の費用の引き上げによる悪影響が想定される場合であっても、結局のところ、単独の取引拒絶規制の文脈では、実質的に排他条件付取引と同等の效果を持つ単独の取引拒絶の場合を除いて、行為がそれ自体に不当性が内在するものと想定することは不適切であり、不当に競争者の費用が引き上げられたかどうかの区別が必要になる。この意味で、排除の識別の議論の一部として単独の取引拒絶の不当性識別を論じる限りにおいては、一般的な競争者に対するアクセス拒絶型の単独の取引拒絶と、投入物閉鎖型の独占行為の認定における意図の役割――米国の単独行為規制からの示唆

(205) See Lao, *supra* note 198, 199, 拙稿「排除型私的独占行為の認定における意図の役割――米国の単独行為規制からの示唆――（二・終）」青山ローフォーラム第五巻二号二三五頁（二〇一七年）二五六頁以下も参照。

(206) 川濱・前掲注（17）六〇〇頁参照。

(207) 本論文、第二章。

(208) See Melamed, *supra* note 1, at 1264 n.41; Elhaug, *supra* note 16, at 314; Elhaug & Geradin, *supra* note 81, at 469-471, 480, 488-489, 491.

(209) See Elhaug, *supra* note 16, at 314.

(210) See Elhaug & Geradin, *supra* note 81, at 508.

(211) See Steven Salop, *Refusals to Deal and Price Squeezes by An Unregulated, Vertically Integrated Monopolist*, 76 ANTITRUST L.J. 3, 709-740 (2010).

(212) この例は前掲注（211）七二三頁で紹介されていたものを参考に作成した。

(213) See *id.* at 723.

(214) この場合のPPBは「Efficient Component Pricing Rule (ECPR)」（平均増分費用に平均機会費用を加えたものの）とも等しくなり、同等効率性基準の観点から行為の不当性を説明する基準としてPPBを利用することも正当化される。⁹⁰ See *id.* at 710, 720.

(215) See *id.* at 723-724.

(216) See *id.* at 710.

説

(217) Richard Gilbert, *The Protected Profits Benchmark: A Refusal To Deal Metric?*, 78 ANTITRUST L.J. 3, 699 (2013).

(218) *See id.*, at 690.

(219) *See* Salop, *supra* note 211, at 728-731.

論

(220) *See* Gilbert, *supra* note 217, at 694-697.