

## 論 説

## グローバル経済危機と独占禁止法

土 田 和 博

はじめに  
アメリカ経済危機の構造  
大恐慌時代の教訓  
経済危機の時代における独占禁止法のあり方  
おわりに

## はじめに

2008年末から2009年初にかけて、東京都心の日比谷公園に「年越し派遣村」が出現した。これは、寒空に会社の寮から追い出され、国の職業紹介所も生活保護申請の窓口である社会福祉事務所も休みになる年末年始に、複数のNPOや労働組合が失業者のために避難所を提供するものであり、宿泊用テントの提供のほか、炊き出しや生活相談、生活保護申請の案内なども行われた。新聞報道によれば、日比谷公園内のテントだけでは集まった500人以上の失業者を収容しきれず、近くの厚生労働省の講堂や中央区の閉鎖された小学校、練馬区の体育館なども開放して臨時の宿泊施設とした。ここに集まった失業者の多くは、自動車、電機など派遣労働が解禁された製造業へ派遣されていた者が派遣先の会社から余剰労働として雇用の

機会を奪われただけでなく（「派遣切り」）、会社の寮からも追い出されたものであるといわれる。派遣先である自動車、電機などの会社が派遣切りを行ったのは、輸出先、特にアメリカの景気後退、不況の影響をうけ、急激に業績が落ち込んだためであるとされる。それでは、何故アメリカの景気は後退したのか。何故100年に一度といわれるグローバル経済危機が発生したのか。反トラスト法や競争政策は金融・経済危機と無関係なのか。本稿は、こうした問題を検討することから始めたい。<sup>(1)</sup>

### アメリカ経済危機の構造

<sup>(2)</sup> 池尾和人氏によれば、アメリカの金融・経済危機のマクロ経済的背景には、21世紀初頭に東アジア諸国やラテンアメリカ諸国が外貨準備を増大させ、これを比較的に安全なドル建て資産、すなわちアメリカのAAA格付けの資産で運用するという国際収支の不均衡と国際的資本移動があったという。より具体的には、信用力の低い借手に貸し付けた住宅ローンであるサブプライム・ローンを証券化の手法によって、AAAの格付けの証券化商品とリスクの凝縮された劣後部分にわけ、前者は機関投資家が、後者はハイリスク・ハイリターンの商品として投資銀行等がそれぞれ購入する構造があった。その後、住宅価格の上昇が2006年夏頃に止まり、それに伴ってローンの返済遅延や焦げ付きが急増すると、機関投資家や投資銀行等が

---

(1) 2009年11月現在、国によっては景気は回復傾向を示しているようであるが、二番底が来る可能性もあり、また後に触れる大恐慌も失業率、物価指数、株価等が最悪を記録するのは1929年の発生から約3年後であるとされる (J. D. Harkrider, *Lessons from the Great Depression*, 23 Antitrust ABA 6, 6-7 (2009))。要するに多少景気が回復したからといってグローバル経済危機を脱したと楽観するのは早計である。

(2) 池尾和人「米国金融危機の来し方と行く末」公正取引委員会・競争政策研究センター第14回公開セミナー（2009年2月6日）、同「金融・経済危機と今後の規制監督体制」東京財団政策研究・政策分析レポート（2009年3月）。

多大の損失を被ることになり、破綻する金融機関が続出することになった。その結果、アメリカの2つの金融システムのうちの1つが機能不全に陥り、他の1つの金融システムである商業銀行だけでは資金需要に応じられなくなって、実体経済にも悪影響が及ぶに至ったものであるとされる。

このような事態を招いた原因を、池尾氏はアメリカの金融規制監督上の欠陥に求める。すなわち、こうした投資行動に対する「規制監督上の無作為は、自由放任主義的な傾向のイデオロギーをもったブッシュ政権（一部はクリントン政権）の下で、ウォール街が強力なロビーイング活動を展開することによってもたらされたものであり、「最低限の健全経営規制さえかけてこなかったという米国の金融規制監督体制上の欠陥が、今回の金融・経済危機の直接の原因になったと言っても過言ではない」と指摘<sup>(3)</sup>する。

それでは、アメリカの金融規制監督上の欠陥のみが金融・経済危機をもたらしたのであり、競争政策は全く無関係なのであろうか。危機の構造は、それほど単純でないように思われる。連邦議会下院司法委員会「裁判所および競争政策小委員会」は、金融・経済危機と競争政策の関係について検討している。2009年3月に行われた公聴会において、全米独立コミュニティ銀行協会・前会長 Cloutier 氏は、連邦準備制度理事会（FRB）、財務省通貨監督局（OCC）をはじめとする金融監督機関と反トラスト法を執行する司法省が金融機関の集中を近年ほとんど規制してこなかったため、金融システム・リスク（systemic risk）が生じるほどに大規模化、複合化することとなった、つまり、‘too big or too interconnected to fail’<sup>(4)</sup>といわざるをえないのは、金融業の過度集中が1つの原因であると考えたと証言した。

(3) 前掲の東京財団政策研究・政策分析レポート9頁。

(4) Testimony of Mr. C. R. Cloutier (President and CEO, MidSouth Bank, NA & Past Chairman, Independent Community Bankers of America, Washington, DC) before the Congress of the United States, House Committee on the Judici-

金融経済学者 Bernard Shull 氏によれば、確かに商業銀行の数や商業銀行を含む金融機関全体の数は2004年には1980年の半分近くにまで減少して<sup>(5)</sup>おり、預金ベースでみた上位10銀行の累積集中度も、1980年の18.6%から2004年には48.1%まで上昇している。Shull 氏は、このような金融業の集中をもたらした政策的要因を、金融監督機関および司法省の極めて緩慢なマージャー規制と金融規制緩和政策、とりわけ Gramm-Leach-Bliley 法(1999年)によって商業銀行、投資銀行、保険会社などの統合が可能になったことに求めている<sup>(6)</sup>。本稿のテーマとの関係でマージャー規制についていえば、1982年に改定された司法省ガイドラインが製品市場、地理的市場の拡張的解釈を志向し、また FRB も市場集中度が一定の HHI 基準を超える場合にも、潜在的競争、実質的数の銀行の残存、効率の改善、「地域社会の便宜と必要」<sup>(7)</sup>など緩和的要因 (mitigating factors) があれば、金融機関のマージャーをほとんど禁止しなかったことが重要であると指摘されている<sup>(8)</sup>。American Antitrust Institute 会長 Foer 氏も、金融業における

---

ary, Subcommittee on Courts and Competition Policy on “Too big to fail”- The Role of Antitrust Law in Government-funded Consolidation in the Banking Industry 3-4 (March 17, 2009). アメリカ消費者連盟 (Consumer Federation of America) の M. Cooper 氏も、同日に行われた公聴会で、市場原理主義が金融規制や反トラスト法を緩和してきたと述べ、両者は手を携えて金融機関の規律を行うべき旨を述べる (Testimony of Dr. M. Cooper, Director of Research, Consumer Federation of America)。

(5) B. Shull, *Mergers and Competition Policy in the Banking Industry*, in P. C. Carstensen & S. B. Farmer ed., *Competition Policy and Merger Analysis in Deregulated and Newly Competitive Industries* 164 (2008).

(6) *Id.* at 151.

(7) Bank Merger Act of 1966は、FRBが「競争を実質的に減殺し、または独占を形成することとなるマージャーを承認してはならない」としつつ、「地域社会の便宜と必要に対応するという公共の利益がその反競争的效果を明らかに凌駕すると認める場合は、この限りでない」とする (12 USCS § 1828 (c) (5) (b))。

(8) Shull, *supra* note 5, at 157-158. FRBは、1972年から1983年に63件のマージャーを禁止したのに対して、緩和的なマージャー規制の結果、1983年から94年には僅かに8件を禁止したにとどまり、最近では禁止されるマージャーはほとんど皆無で

商業銀行とその他の金融機関の統合のように、システミック・リスクを生み出すにも拘らず、直接的に市場占有率を拡大しないコングロマリット・マージャーを禁止する理論をもたなかったことが1つの問題だったと述べ<sup>(9)</sup>ている。金融業に限らず、マージャー規制が1980年代以降、一般に緩和的であったという指摘はしばしば見られる。例えば、J. B. Baker と C. Shapiro の両氏は、1982年の司法省・企業結合ガイドラインの改定以後、3つのE（entry, expansion, efficiency）の過大評価、すなわち新規参入、競争者の供給能力の拡大、効率の増大が市場支配力の形成、維持、強化を妨げ、あるいは競争制限効果を相殺する可能性を過大視する傾向があったと批判する<sup>(10)</sup>。その結果、G.W. ブッシュ政権の2期目（2006-2009）のマージャー規制は、レーガン政権の2期目と同様に低調であった<sup>(11)</sup>。

金融監督規制上の無作為であれ、企業集中規制の不十分であれ、現下の金融・経済危機は、両者に共通の根源である自由放任主義と無関係とはいえないように私には思われる。自由放任主義は、市場を予定調和的、自己調節的（self-correcting）なものとみて、国家の介入がなくとも市場支配力は形成されがたく、形成されたとしても自ずから解消に向かうと考える市場主義である。アメリカでは1980年代後半以降、いわゆるシカゴ学派がこのような認識に基づいて、司法省、連邦取引委員会（以下、FTCという）、裁判所の反トラスト法執行のあり様に重大な影響を及ぼしてきた。しかし、1950年代、60年代の反トラスト法執行に比較すれば、80年代後半以降の法執行は、一般的に経済分析に基づいており、より合理的で洗練されたものであると考える中道的論者らでさえ、最近10年ほどの反トラスト

---

あるという（Id. at 158）。

(9) Statement of A. A. Foer, President, American Antitrust Institute (March 17, 2009).

(10) J. B. Baker & C. Shapiro, *Reinvigorating Horizontal Merger Enforcement*, in R. Pitofsky ed., *How the Chicago School Overshot the Mark- The Effect of Conservative Economic Analysis on U. S. Antitrust* 257 (2008).

(11) Id. at 246.

法の解釈と執行は現実よりも経済モデルを選好し、自由市場があらゆる市場の不完全性を解消すると考え、経済効率がすべてであるとする傾向に不安を覚えるという点で一致すると述べていた<sup>(12)</sup>。自由放任主義、過度の市場主義の包蔵する問題が金融・経済危機を発生させ、悪化させたとすれば、危機への対応は、これを踏まえたものであることが必要である<sup>(13)</sup>。

## 大恐慌時代の教訓

現在までの金融・経済危機への対応は、欧米でも日本でも、破綻企業の統合や国有化、国家補助 (state aid) のあり方の再検討など、いわば緊急避難的対応が中心であった<sup>(14)</sup>。これらは、いずれも一時的、緊急避難的に独占禁止法の適用を抑制するものであり、その限りでは、やむを得ない常態

(12) R. Pitofsky, *Introduction: Setting the Stage*, supra note 10, at 5.

(13) ありうべき誤解を避けるためにいえば、競争政策が金融・経済危機の構造と無関係でないという場合、それは競争政策一般ではなく、競争政策の特定の執行の仕方 (より正確には競争政策の無執行・過少執行ないし自由放任主義的執行の仕方) がその一要因を構成するという意味である。したがって、いかなる執行の仕方であっても、競争政策が不要であると主張しているわけでは全くなく、自由放任主義的でない独占禁止政策 (それをどのように名辞するかはともあれ) は必要であることを前提としている。

(14) 危機の震源地ともいべきアメリカでは、金融業や自動車産業などにおいて破綻企業の統合や国有化が行われたほか、EU でも欧州委員会競争総局が「経済危機チーム」を編成して、国家補助 (state aid) のあり方を再検討し、一時的な緩和方針を公表した。イギリスでは、2002年企業法 (Enterprise Act) 42条によって事業・企業・規制改革担当国務大臣 (the Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform) がマージャーに介入することができる場合は国防とメディアの多様性を理由とする場合に限られていたところ、命令をもって「金融安定化 (financial stability)」を追加し、これを議会が承認するという手続をとることによって、金融安定化を理由にマージャーを承認することができるようにした。これは破綻の危機に陥った HBOS 銀行の Lloyds 銀行による救済マージャーを承認することが目的であった (Andrea Gomes da Silva & Mark Sansom, *Antitrust Implications of the Financial Crisis: A UK and EU View*, 23 *Antitrust ABA* 24 (2009))。

からの逸脱であった。しかし、経済危機の時代における、あるいは危機を経た後の中長期的な独禁法の執行、競争政策のあり方は、これとは別問題である。危機の時代に独禁法の執行は、どうあるべきであろうか。どうあるべきかに答えることは相当に困難な問題であるが、どのようにすべきでないかは大よその共通理解があるように思われる。それは大恐慌時代の経済政策、すなわちニューディールの教訓が生きているからであろう。

(1) 1929年10月に大恐慌が勃発した当時の大統領 H. Hoover は、恐慌対策の1つとして、従前からの持論であった「産業の自治」=自主的カルテル化を打ち出したが、十分な成果を挙げるには至らなかった。1933年6月16日に F. Roosevelt 大統領が署名して成立した全国産業復興法 (National Industrial Recovery Act: NIRA) は、「事業グループの協同行動のために産業の組織化を促し、政府の適切な認可と監督の下に労働と経営の統一的行動を維持し、不公正な競争慣行を排除し…購買力を増強することにより工業および農業製品の消費を拡大し、労働基準を改善」することを目的に掲げた(1条)。このように多様な目的を掲げざるをえなかったところに、NIRA 法案に対する諸勢力の立場の複雑さが窺われる。すなわち、NIRA 法案を支持したのは、「産業の自治 (industrial self-government)」を主張する組織化された事業者のグループと労働者団体グループ、政府による経済の計画化を理想とするグループであり、反トラストグループは法案に反対であった<sup>(15)</sup>。

ニューディール前期においては、第1のグループがヘゲモニーを握り、全産業にわたるカルテル体制を構築しようとした。すなわち、産業界と労働団体は、商品価格の下落に歯止めをかけ、賃金を引上げ、雇用を拡大すれば、購買力は拡大するであろう、あるいは破滅的競争を抑制し、利潤を確保すれば、企業は自信を回復し、新しい投資が行われるであろうと信じた。そのために必要な手段が公正競争規約 (code of fair competition) であ

---

(15) E. W. Hawley, *The New Deal and the Problem of Monopoly-A Study in Economic Ambivalence* 35 (1995).

った。NIRA 3 条 a 項によれば、大統領は事業もしくは産業の団体またはグループの申請により、当該事業もしくは産業またはその一部 (sub-division) のために公正競争規約を認可することができる<sup>(16)</sup>。ただし、①当該団体またはグループが参加資格を不当に制限し、当該事業もしくは産業またはその一部を真に代表しない場合、②規約案が独占を促進し、小企業を排除または圧迫し、差別的な取り扱いをすることを目的とし、第 1 編のタイトル (産業の復興) の政策を実現しようとするものでない場合、③規約案が独占または独占的慣行を許容するものである等の場合にはこの限りでないとされた。公正競争規約案の審査は、全国産業復興庁 (National Recovery Administration: NRA) その他の行政官庁が行うこととされたが、NRA 等の行政官庁も経済界の出身者が多く、その実際は「ビジネスリーダーらが行政官の装いのビジネスマンと交渉するのほとんどが変わらなかつた<sup>(17)</sup>」。その結果、成立した規約は、①最低価格を直接に制限する条項、原価割れ販売を禁止する条項、再販売価格を維持する条項、公開価格制など価格競争を間接的に制限する条項、②工場の操業時間、生産割当て、新規施設の設置・閉鎖施設の再開・既存施設の譲渡制限など生産能力を制限する条項、③規約の解釈、例外の認定などの権限を有する規約局 (code authority) を設置する条項を含むことが多かつた<sup>(18)</sup>。規約局は事業者団体から出向するビジネスマンで構成され、労働者代表や消費者代表が参加することは少なかつた<sup>(19)</sup>。大統領が認可した公正競争規約およびこれに基

(16) 大統領は、必要と認めるとき、規約のない産業等に自らこれを設けることもできた (3 条 d 項)。

(17) Hawley, *supra* note 15, at 56-57. R. J. R. Peritz, *Competition Policy in America 1888-1992*, 125 (2nd. Ed.) は、自動車、石炭、鉄鋼、木材、石油、綿織物など重要産業については、F. ルーズベルト大統領や NRA を指揮した H. Johnson が規約起草過程で当該産業と交渉するなど一定の役割を果たしたが、それ以外の大部分の規約は、老練なビジネスロイヤーが起草した案を若い経験の乏しい法律家が承認するというものであったという。

(18) Hawley, *supra* note 15, at 57-61.

(19) *Id.* at 61. 事業者団体では、生産シェアによって代表者が決定されたため、

づく行為は、反トラスト法の適用除外となるだけでなく（NIRA 5条）、一旦有効に成立した規約は当該産業の公正競争の標準となり、その違反は連邦取引委員会法の不公正な競争方法を構成するものとされた（NIRA 3条b項）。

公正競争規約は、鉄鋼、石油、木材、自動車、石炭、綿織物、造船、毛織物などの産業で1933年夏前後に集中的に作られたが、しばらくして現れた効果は一定の商品価格、特に工業製品の価格が労働者の賃金の僅かな増加をはるかに上回る程度に上昇し、農家の購買力を奪い、経済界においてさえ、業種間、大企業と小企業間、チェーンストアと独立小売商間、製造業者と販売業者間、新しい産業と衰退産業間などにおいて利害対立を生むというものであった。<sup>(20)</sup> すなわち、政府に支えられたカルテル体制は、労働者、消費者の購買力を高めて、生産を拡大し、新規投資を促して景気の回復を図るという当初の目的の実現に完全に失敗した。こうして期待された効果が上がらなかった「産業の自治」構想は、早くも1934年初めには幻想であることが明らかとなった。

（2）これに加えて、NIRAに止めを刺したのは連邦最高裁の Schechter<sup>(21)</sup> 判決であった。本件はユダヤ教の清浄食（kosher）の律法に従って家禽を屠殺し、卸売する複数の会社と個人が「ニューヨーク市生家禽業公正競争規約（Code of Fair Competition for the Live Poultry Industry of the Metropolitan Area in and about the City of New York）」に定められた労働時間、最低賃金、販売行為・方法の違反および販売価格・数量の虚偽報告・不報告など18の訴因で起訴されたものであった。<sup>(22)</sup> 連邦最高裁は、①連

---

NIRA 3条a項にもかかわらず、小企業の主張は反映されがたかったという（Peritz, *supra* note 17, at 126）。

(20) Hawley, *supra* note 15, at 66-70.

(21) A. L. A. Schechter Poultry Co. v. U. S., 295 U. S. 495 (1935).

(22) NIRA 3条f項は、公正競争規約が大統領により認可された場合、州際取引または外国通商における、またはこれに影響する違反は軽罪（misdemeanor）とし、1の違反につき500ドルを上回らない罰金を科すと規定していた。しかも違反が継

邦議会が連邦憲法に従って、有効に事業者団体に対して当該産業の復興と拡張のために法律を制定する権限を委ねたと解することはできないこと、② NIRA は大統領に規約を認可し、それがない場合自ら作定することを事実上、無制約に許容しており、連邦議会がこのように無制約な裁量権を行使させるために立法権を委任することは連邦憲法に違反すること、③ 本件で問題となった労働時間や最低賃金、小売業者への販売行為・方法は、州際取引 (interstate commerce) に間接的にしか影響しない事柄であって、これを連邦法で規制することは連邦憲法の州際通商条項に反することを判示した。

(3) こうして事業者団体が政府の公認を得て諸産業でカルテルを形成することによって恐慌を克服するという構想は完全に否定された。残ったのは、前述の企業、労働者、消費者等の参加の下に政府が経済の計画化を行うという構想と伝統的な反トラストであったが、前者はアメリカの伝統に根付いた思想に基づくものでない上、自らの構想と一部重なる NIRA の失敗によって大きな衝撃を受け、変節する者も現れた<sup>(23)</sup>。すなわち、計画の仕事の複雑さ、技術的困難さ、知識の欠乏、産業構造の多様性、有能で利害に囚われない職員を確保することの困難さから全面的計画化は実施困難と判断された。他方、政府の購入部門、大規模小売業者、農業団体、消費者グループなどが入札価格の不自然な一致、不当な値上げを揃って糾弾する中、伝統的な反トラストを支持する見解は広範に広がり始めた。特に 1937 年後半から 38 年前半にかけて、再び景気が後退すると、その原因と対策について調査を行う委員会 (Temporary National Economic Committee : TNEC) が設置され、その多数派を反トラストグループが握ることとなった<sup>(24)</sup>。このような機運の中、Roosevelt 大統領は、1938 年 3 月、Thurman Arnold を司法省反トラスト局長に任命した。Arnold は、石油、ア

---

続する限り、各日にそれぞれ別個の違反が成立するとされた。

(23) Hawley, *supra* note 15, at 169-170.

(24) *Id.* at 414-415.

ルミなど既に調査が開始されていた事件を引継いだだけでなく、就任後、酪農、映画産業、医療団体、不動産のほか、特許濫用、運送制限、火災保険、音楽出版など目新しい事件も含め、1943年の退任時までには、シャーマン法関係事件の半数以上を訴追したといわれる。<sup>(25)</sup>

その後、景気は回復に向ったが、歴史学者 Hawley はそれが反トラスト法の復活によるものとはいいがたく、むしろ政府の財政出動政策 (spending policy) あるいは第2次大戦の開始に伴う需要の急激な増大によるものであると指摘している。<sup>(26)</sup> 確かに、反トラスト法は反競争的行為を規制するものであって、景気回復に直接的に役立つものとは思われない。しかし、少なくとも反トラスト法を緩和してカルテルを容認した結果は、景気回復につながらなかつただけでなく、国民各層、特に労働者、消費者、小企業などの強い反発を招く結果となったことは確認しておく必要がある。

## 経済危機の時代における独占禁止法のあり方

### 1 Jenny 氏の公開セミナー報告

危機の時代の独禁法の執行が、どうあるべきかに答えることは困難な課題であると前述したが、全く手掛かりがないわけではない。2009年3月17日、公正取引委員会・競争政策センターは、OECD・競争委員会の Frederic Jenny 氏を招いて、「金融危機、規制および反トラストの将来」と題する公開セミナーを開催した。<sup>(27)</sup> 席上、同氏が強調した要点は2つあった。1つは金融、産業（自動車など）の危機への対応措置を国家が検討す

(25) Id. at 440-441

(26) Id. at 455, 485.

(27) F. Jenny, Financial Crisis, Regulation and the Future of Antitrust, JFTC, March 17, 2009. 当日の講演記録は公取委・競争政策センターのウェブサイトに掲載されている。

る場合、競争当局も関与して意見を述べるべきこと、具体的には介入の程度の低い規制にするためにコンサルテーションや意見表明が必要であることであり、これは緊急避難的な国家介入においても、可能な限り競争政策的考慮を行うべきことを説いたものである。本稿にとってより重要なのは、いま1つの点、すなわち、危機における競争政策のあり方についての Jenny 氏の見解である。同氏によれば、経済危機において、①従来の競争政策を変更する必要がないとの対応、②雇用維持のために反競争の行為をも容認するパニック的対応、③競争政策の原則を変えないが、原則の運用の仕方を危機に適応するようにする調整 (adjustment) 的対応という3つの可能性があることを指摘した。①はほとんどの競争当局にとって無理であり、②はまさにニューディール前期にアメリカが失敗した方向である。Jenny 氏が必要と考えるのは③の方向、すなわち競争政策は消費者の利益の確保を目的としつつ、危機時に相応しい対応、例えば、競争当局の事件選択において食料品絡みの事件、銀行サービスの事件など、失業者や脆弱な人々にとって重要な事件を選択したり、危機下で潜在的競争圧力が弱まる傾向があることを視野に収めて合併規制を再検討すること、例えば問題解消措置について資産譲渡など構造的措置は買手の発見の困難が予想されることから行為指向的レメディも必要となるかもしれないなどの指摘が行われた。<sup>(28)</sup>このように Jenny 氏の指摘は競争当局 (の職員) に向けたアドバイスという目的に規定されていたのであろうが、やや小手先の対応という感が否めない。少なくとも自由放任主義的競争政策が経済危機とその悪化に無関係でないとするれば、またアメリカでもシカゴ学派の理論とこれに基づく反トラスト法運用に真剣な反省が行われつつあることを踏まえれば、より原理的な対応が必要であるように思われる。そのような萌芽は、アメリカに現実にみられるところであるから、次にこれを検討しよう。

---

(28) 講演記録20-23頁。

## 2 独占化行為規制の予想される転回

前述のように現在、シカゴ学派的な自由放任主義、過度の市場主義は金融・経済危機とかかわって、あるいはかかわらずに批判の目が向けられている。<sup>(29)</sup> その具体的な現れの一つは、G. W. ブッシュ政権下で公表された司法省の独占化行為規制に関する報告書をオバマ政権の司法省が撤回したこと<sup>(30)</sup>にみられる。一体どのような報告書の問題点がこのように強硬な措置につながったのであろうか。

### A オバマ政権によって撤回されたアメリカ司法省の報告書<sup>(31)</sup>

これはブッシュ政権下で司法省と FTC が共同で行ってきたヒアリングに基づいて、司法省が単独で取りまとめた独占化行為に関する報告書である。総論と各論部分に分かれているが、総論部分の主要な柱は、独占力の認定と排除行為の一般的基準に関する第2章と第3章である。まず独占力 (monopoly power) について司法省は、「価格を支配し、または競争を排除する力」とする連邦最高裁判決を引用しつつ、これは①高いシェアと②参入障壁等によって立証されてきたとする。高いシェアの事業者が価格を引上げようとしても新規参入がこれを許さない場合がありうるから、両者が必要とされるほか、ある事業者が価格の引上げを行おうとしても、競争者が生産規模を拡大して牽制することができるならば、生産を制限して価格の引上げを行うことはできず、また買手が著しく需要を減少させるならば行為者は価格の引上げをすることができず、さらに急速な技術革新が起こ

(29) 前掲の R. Pitofsky ed., *How the Chicago School Overshot the Mark-The Effect of Conservative Economic Analysis on U. S. Antitrust* (2008) は、金融・経済危機が発生する前に、これと直接の関係なくシカゴ学派の反トラスト理論を批判的に検討するものである。

(30) 司法省緊急声明 (2009年5月29日)。

(31) U S Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act* (2008). これに関連して、川浜昇ほか「競争者排除行為に係る不公正な取引方法・私的独占について」(公取委・競争政策センター、2008年6月)も参照。

っている場合には値上げは意味を持たないから、このような市場条件も考慮する必要があることも指摘<sup>(32)</sup>されている。こうして、司法省は①3分の2(≒66.7%)のシェアと、それが一定期間持続する必要もあることから②参入障壁が存在すれば、独占力ありとの反論を許す推定 (rebuttable presumption)<sup>(33)</sup>が成立するとした。他方、50%を下回るシェアしかない場合には裁判所はシャーマン法違反を問うていないという意味でセーフハーバー<sup>(34)</sup>を構成するとする。

次に排除行為の一般的基準については、以下のとおりである。シャーマン法2条の行為要件を充足する排除行為を正常な競争行為と識別する基準をめぐって、従来から様々な見解が主張されてきたが、司法省の報告書は、①効果の比較衡量 effects-balancing、②短期利潤犠牲 profit-sacrifice、③非経済的合理性 no-economic sense、④同等に効率的な事業者 equally efficient competitor、⑤反競争的效果の不均衡な凌駕 disproportionality の各基準を検討した上、排除行為一般に妥当する基準はなく、各行為類型別に反競争的な排除を検討せざるを得ないとしつつ、それが可能でない場合には問題となる行為によって、反競争的侵害が競争促進的便益を不均衡な (disproportionate) 程度に上回ることの証明を原告に求める⑤の基準が最も適当であるとした。⑤の基準は、一見すると①と類似するようにみえるが、これより重い立証責任を原告に要求するものであることを報告書自身が認めている<sup>(35)</sup>。

## B 各論：忠誠割引

司法省報告書は、各論として、不当廉売、抱合せ、バンドル割引・忠誠

(32) Id. at 21-22.

(33) Id. at 23.

(34) Id. at 24.

(35) Id. at 46. ①効果の比較衡量は消費者余剰 (consumer surplus or welfare) または社会的総余剰 (social surplus or welfare) に対する行為の net effect を問題にする基準であり、反競争的效果が競争促進的效果に比べて「不均衡に」著しいことを要求するものではない。

割引、競争者との取引拒絶、排他条件付取引を取上げる。このうち、欧米では特にバンドル割引（bundled discounting）に関する議論が盛んであるが、日本では実際にこれが審判決として現れたケースはないことから、日本でも審決例がある忠誠リベートについてみる。

報告書がいう忠誠割引（loyalty discounts）とは、これを行う行為者が一定の期間内に一定の数量または割合の商品を相手方が購入することを条件として購入した商品のすべての部分<sup>(36)</sup>について割引を行うものである。取引の相手方は割引価格で商品を手に入れるという利点があるものの、競争者を含めた競争が排除される効果が生じることがありうる。司法省報告書は、これに関する連邦最高裁判決がないことから、①不当廉売と同視するアプローチ（predatory pricing approach）および②締出しアプローチ<sup>(37)</sup>（foreclosure approach）を検討した。①はリベート等の割引を控除した商品の価格が適切に算定された費用を下回っており、かつ割引による損失の埋め戻し（recoupment）の蓋然性がある場合にのみ、忠誠割引は反競争的であるとするものであり、②は費用を上回っている場合でも、忠誠割引によって相手方がその必要量の全部または競争者が市場に存置しえない程度の割合を購入するよう誘引されている場合には反競争的であるとするものである。報告書は、結論において、①のアプローチが裁判所、執行機関にとって相対的に運用しやすく、規制を受ける事業者にとっても明確な基準を与えられるものであり、さらに望ましい価格競争を萎縮させる効果に伴わないことから採用されるべきであるとしつつ、②については、一定の費用を上回る忠誠割引が締出し効果を伴う場合は稀であり、市場のどの程度の部分が競争不能（uncontestable）になれば締出し効果が生じるかを裁判所に判断させることは極めて困難であり、明確性と萎縮効果の点でも問題があるとした。仮に②のアプローチを用いる場合でも、原告は市場の十分な部分（significant amount）が閉鎖されること、当該行為の弊害が便益を

---

(36) Id. at 106.

(37) Id. at 110-116.

不均衡な (disproportionate) 程度に上回ることを立証しなければならないこととすべきであるとした。<sup>(38)</sup>

### C FTC 委員の反対

この報告書については、司法省と共に排除行為に関するヒアリングを行ってきた FTC の 3 人の委員が批判的声明を公表している。<sup>(39)</sup> それによれば、司法省の報告書は、①独占的利潤がイノベーションと競争に駆り立てる、②シャーマン法 2 条の過剰執行 (false positive) は、積極的な競争を躊躇させるから過少執行 (false negative) より危険であるとの認識を一般的前提とし、③執行費用を考慮すべきこと、および④「明確で執行可能なルール (clear and administrable rules)」が繰り返し強調される点に特徴がみられるという。しかし声明は、①について独占は非効率、イノベーションのインセンティブを減じるとも批判されてきたことが検討されておらず、②についても、これは他の分野にもいえることであり、反トラスト法執行機関や弁護士は事件に固有な事実を踏まえて競争行為と排除行為を区別することが可能であると考えられるとしている。また②に関連して、報告書は市場が自己調整的 (self-correcting) であることを理由に独占力は崩壊すると強調するが、仮にこれが正しいとしても、崩壊するまでに消費者が被る損害について検討していないこと、③司法省を含めて誰もシャーマン法 2 条の費用と便益を比較する方法を提示しえていないこと、④明確で執行可能なルールによる利益は、同時に消費者の利益を減じないように「有効で合理的な法 (effective and reasonable law)」による利益とバランスを図らねばならないことを指摘している。こうして、声明は司法省の報告書がシャーマン法 2 条に関する多数の利害関係者のコンセンサスはもちろん、支配的な見解 (prevailing view) さえ反映せず、最高裁の判例をも超

(38) Id. at 116-117.

(39) Statement of Commissioners Harbour, Leibowitz and Rosch on the Issuance of the Section 2 Report by the Department of Justice, available at <http://www.ftc.gov/os/2008/09/08098section2stmt.pdf>.

えている点および消費者の利益より独占力もしくはそれに近い経済力を有する企業の利益を優先している点で問題があると厳しく批判したのである。

#### D 欧州委員会と公正取引委員会における忠誠リベートの取扱い

上記のアメリカ司法省報告書の各論で述べた忠誠リベートは、欧州委員会の EC 条約82条に関するガイダンスペーパーや公正取引委員会の排除型私的独占ガイドラインでも取り上げられている。まず欧州委員会のガイダンスペーパーは相当に経済分析への傾斜が認められるが、それでも忠誠リベートについて2つの違法基準を示しているようにも思われる。<sup>(40)</sup> 1つは忠誠リベートを用いる市場支配的事業者の問題となる商品の競争可能な (contestable) 部分に関する通常の価格からリベート等を割り引いた価格 (effective price) が当該事業者の平均回避可能費用 (AAC) を下回る場合、同等に効率的な事業者であっても市場から締め出されるから、濫用行為が認定される。この点では、商品全体の価格を問題とするか競争可能な部分の価格を問題とするか、価格と比較される費用概念に何を用いるか、埋め戻しを要件とするか否かを除けば、アメリカ司法省の報告書の結論と変わらない。また effective price が平均回避可能費用と長期平均増分費用 (LRAIC) の中間にある場合には、欧州委員会は、他の要素、例えば競争者も同様なリベート戦略を用いることができるか否かを検討して濫用行為に該当するかどうかを判断するとしている。<sup>(41)</sup> いま1つの基準は、忠誠リベ

(40) Commission of the European Communities, Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by the Dominant Undertakings, paras. 37-45, C (2009) 864 Final (以下、Guidance Paper と略称する)。

(41) 例えば、ある商品の買手が市場支配的事業者から必ず購入する需要部分 (非競争可能部分) が50個であり、他の供給者から購入する可能性がある需要部分 (競争可能部分) が50個である場合、支配的事業者が100個未満ならば1個当たり4ドルで販売するが、100個購入する場合には120ドルのリベートを提供すると仮定する (1個につき1.2ドルのリベートであるから、これを割り引いた商品の価格は2.8ドル)。競争可能な需要部分に対して供給された商品1個の価格は、リベートが提供される購

ートにより競争者が顧客の需要全体に平等な条件で競争できない場合や需要者が必ず購入せざるを得ない部分（非競争的部分）を、需要の競争的な部分に対する価格を引き下げる梃子として利用する場合などにおいて反競争的な締め出し（anticompetitive foreclosure）が起こりうるとしており、基準としての明確性には欠けるが、何らかの費用を上回る場合でも、市場支配的事業者による忠誠リベートが濫用行為と判断される可能性を排除して<sup>(42)</sup>いないとも考えられる。そうであれば、この点は欧州委員会のガイダンスペーパーがアメリカ司法省の報告書と異なるポイントである。

同様に日本でも、忠誠リベートは不当廉売と同じ基準で判断されるわけではない。「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」（2009年10月28日）

---

入額（100個×2.8ドル＝280ドル）からリベートが提供されない購入額（50個×4ドル＝200ドル）を差し引いた額（80ドル）を競争可能な需要部分＝50個で割った1.6ドルとなり、これをAACやLRAICと比較することになる（D. Geradin, *A Proposed Test for Separating Pro-competitive Conditional Rebates from Anti-competitive Ones*, 32 *World Competition* 41, 53-54 (2009)）。なお、AACは商品を提供しなければ発生しない商品1単位当りの費用であるが、回避可能なものは、通常、可変費用（variable cost）だけであるから、大部分のケースで平均可変費用に等しい（Guidance Paper, para. 26 & n. 18）。ただし、当該行為を行うために設備投資をしなければならないとすれば、その固定費用（ないし埋没費用）はAACに含まれるが、AVCには含まれない（European Commission, DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, para. 108, December 2005）。LRAICは、特定の商品を提供するのに必要な平均総費用（可変費用と固定費用）であり、単一商品を提供する事業者の場合、平均総費用（Average Total Cost: ATC）に等しい。しかし、複数の商品を提供し、範囲の経済が存在する場合、共通費の一部が節約されるから、LRAICはATCより小さい（Guidance Paper, para. 26 & n. 18）。

(42) 前掲 Geradin 論文は、本文で述べた基準としての明確性の欠如が Guidance Paper の anticompetitive foreclosure に関する総論部分（paras. 19-22）によって補われるべきことを示唆する（Geradin, *supra* note 41, at 61-62）。すなわち、リベートを用いる支配的事業者のシェア拡大、競争者の退出、リベート導入前後の状況の差異、リベートの価格全体に占める割合の大きさ、競争者排除の意図の直接証拠などを考慮して、effective price が何らかの費用を上回る場合でも反競争的締め出しが認定されうるとするアプローチを説く。

では、「ある事業者が、相手方に対し、当該事業者からの購入額や購入量、購入額（購入量）全体に占める当該事業者からの購入額（購入量）の割合等が一定期間において一定以上に達することを条件としてリベートを供与することは、取引先に対する競争品の取扱いを制限する効果を有する場合がある。このように、相手方に対し、自己の商品をどの程度取り扱っているかを条件とすることにより、競争品の取扱いを制限する効果を有するリベートを供与する行為（以下、「排他的リベートの供与」という。）は、排他的取引と同様の機能を有するものとして…排他行為に該当するか否かが判断される」と述べ、忠誠リベートを不当廉売ではなく、排他条件付取引を手段とする排除型私的独占と捉えることとしている。また日本インテル<sup>(43)</sup>事件では、インテル株式会社（アメリカ・インテルコーポレーションの日本法人）は、日本のパソコンメーカーに対して、①インテル製 CPU が個々のパソコンメーカーの購入する CPU 全体に占める割合を100%にする、②インテル製 CPU が個々のパソコンメーカーの購入する CPU 全体に占める割合を90%にする、または③生産数量の比較的多いパソコンに搭載する CPU について競争事業者製 CPU を採用しないことのいずれかを遵守することを条件としてリベートを提供することとし、競争事業者（日本 AMD、トランスメタ社）を排除した。この事件では、公取委は、インテル製 CPU の通常価格からリベートを差し引いた額がインテルの CPU 供給費用を下回っているか否か等の判断は全く行わず、むしろ排他条件付取引に該当する行為を手段とする排除型私的独占と認定したものと考えられる。

## おわりに

100年に一度といわれる世界的な金融・経済危機の発生と悪化は、金融

---

(43) 平成17年4月13日勧告審決、審決集52巻341頁。

規制監督上の無作為や自由放任主義的な競争政策と無関係でないとすれば、経済危機の時代における経済政策、とりわけ競争政策は、これを踏まえたものであることが必要がある。ニューディール前期のようなカルテル化政策は幸い選択されていないが、今後の独禁法ないし競争政策のあり方をめぐっては、明確な方向が示されているわけではない。しかし、オバマ政権の司法省が旧政権下で取りまとめられたシャーマン法 2 条に関する報告書を撤回したこと、シカゴ学派の反トラスト法理論とこれに基づく法運用に真剣な反省が行われつつあることから判断して、より原理的な方向転換がありうる。例えば、オバマ政権が取り組むべき反トラスト政策の課題を公表した American Antitrust Institute は全般的により介入主義的提言<sup>(44)</sup>をしているが、それは、反トラスト法の振り子が、自由市場に対する過剰な信頼から、穏健な均衡に戻りつつあると AAI がみていることとも関係する。自由放任主義がグローバル経済危機を招いたと考えるか否かに関わらず、独占禁止法ないし競争政策の歴史的振り子は、新しい局面を迎えているように思われる。

※ 奥島孝康先生、戒能通厚先生、佐藤英善先生には筆者の大学院生時代、静岡大学勤務時代から大変お世話になってきた。三先生のご健康をお祈りしつつ、拙稿を献呈させていただきたいと思う。なお、本稿は、2009年11月22日、23日に台湾・高雄大学で行われた東アジア経済法研究大会「金融・経済危機の時代における東アジア経済法の対策と課題」において行った報告原稿に加筆修正を加えたものであることをお断りしておく。

---

(44) The American Antitrust Institute, *The Next Agenda* (2008). 例えば忠誠リベートについては、司法省報告書が提案していた費用ベースのセーフハーバーを拒否して、structured rule of reason を採用すべきことを提言する (Id. at 71-75)。