

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—（2・終）

宍戸 聖*

Ⅱ. 米国の単独行為規制における意図の役割

1. 米国の単独行為規制の沿革

（1）独占行為

独占は、規模の経済や市場集中、政治的要因等の様々な原因によって生じ得る。当然、全ての独占が、競争秩序を乱し、あるいは反競争的な効果をもたらす訳ではない。そのため、競争法が規制の対象とすべき独占を識別する必要がある。米国では、当該行為が排他的（exclusionary）であるか否かに着目して独占行為の該当性を判断している¹⁾。

違法な独占行為の成立要件は、①独占力の保有（has monopoly power）と、②意図的な独占力の維持、獲得（the willful acquisition or maintenance of that power）である²⁾。独占力の保有とは、行為事業者が関連市場において一定程度の独

* 本稿は、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—（1）」青山ロー・フォーラム5巻1号（2016）の続編である。

1) See HERBERT HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY 297-298 (2011); EINER ELHAUGE AND DAMIEN GERADIN, GLOBAL COMPETITION LAW AND ECONOMICS 265-270 (2011).

2) See United States v. Griffith, 334 U.S. 100, 107 (1948); United States v. Grinnell Co., 384 U.S. 563, 570-571 (1966) [hereinafter *Grinnell*]. なお、ここでいう意図的とは、文脈と

占力を有していることを意味する³⁾。また、独占力とは、市場力 (market power) を上回る力である⁴⁾。単に、市場において独占的地位を有しているだけでは違法性が見出されず、あくまでも、独占力を不当に行使用することによって独占の形成または維持、強化を試みるのが、違法な独占行為に該当することとなる⁵⁾。

従来、独占行為の違法性を判断する基準は、事業者の悪意や故意であった⁶⁾。そのため、競業者の事業活動を抑圧する行為や略奪的な行為等、「悪質な行為 (bad conduct)」が規制の対象とされてきた⁷⁾。しかし、1945年の Alcoa 判決は、悪性がない正当な競争行動の結果としての独占であっても、それが経済的に不可避なものではなく、事業者の選択によるものである場合には当該行為は独占行為に該当すると判断した⁸⁾。Alcoa 判決以降、Alcoa 事件のように一見すると正当な事業活動と捉えることも出来る行為を独占行為と認定する事例は少なく、多くの事例は行為の略奪性や抑圧性を問題としている。例えば、取引相手に対する抑圧的行動による競争者の排除が問題となった Schine Chain Theaters 事件や、株式の保有を通じて形成された独占力を行使することで行われた不当な値下げが問題となった Grinnell 事件等が典型例であろう⁹⁾。なお、2節で検討する Microsoft 事件や Aspen 事件において

Alcoa 事件等が示す判例の歴史的変遷に照らして、「押し付けられた独占」を独占化行為の要件に含めないためという趣旨で理解されるべきであり、行為者の意図を必要要件として設定したと解されるべきではない。See Steven C. Salop and R. Craig Romaine, *Preserving Monopoly: Economic Analysis, Legal Standards, and Microsoft*, 7 GEO. MASON L. Rev. 617, 651 (1999).

3) See HOVENKAMP, *supra* note 1, at 293.

4) See *id.*, at 292; Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 407 (2004) [hereinafter Trinko].

5) *Ibid.*

6) See HOVENKAMP, *supra* note 1, at 302-303; Herbert J. Hovenkamp, *the Monopolization Offense*, 61 OHIO ST. L.J. 1035, 1037-1038 (2000).

7) See HOVENKAMP, *supra* note 1, at 296-297.

8) See United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d. 416 (1945).

また、その後の United Shoe Machinery 判決では、Wyzanski 判事によって、「有力な市場力を有する事業者による事業活動は、それが一見すると正当な事業活動と捉え得る場合であっても独占行為に該当する」と判断されている。See United States v. United Shoe Mach. Co, 110 F. Supp. 295, 342 (1953).

9) See Martina Theatre Co. v. Schine Chain Theatres, Inc., 278 F.2d 798 (2d Cir. 1960); Grinnell, 384 U.S. 563.

も行為の略奪性・抑圧性が問題とされている¹⁰⁾。

(2) 単独の取引拒絶

取引相手選択の自由に鑑みて、単独事業者による取引拒絶行為に係る違法性判断は慎重を期すべきという単独の取引拒絶における基本理念は、当然、米国においても同様である。そのため、単独の取引拒絶行為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、初めて、例外的に取引拒絶行為の違法性が問題とされる。

単独事業者による取引拒絶行為にはシャーマン法2条が適用される。シャーマン法2条該当性の判断においては、利益犠牲テスト (sacrifice test) と経済合理性テスト (no economic sense test) が用いられることが一般的であるといわれている¹¹⁾。利益犠牲テストとは、「独占事業者が、短期的な利益と顧客吸引力を犠牲にすることと引き換えに、長期の間に格下の競業者に与えるであろう排他的な効果を生じさせることを目的として」行為に及んだか否かを判断するテストである¹²⁾。また、経済合理性テストとは、問題とされる行為が「競争の減殺または除去以外の経済的意味 (経済合理性) を見いだせない行為」を含むか否かを判断するテストである。例えば、次節で検討する Trinko 事件では、取引拒絶行為が「短期的な利益や経営上の優位性を犠牲にする等の、競争の減殺または除去以外の経済的意味 (経済合理性) を見いだせない行為」を含んでいるか否かが争われており、利益犠牲テストと経済合理性テストを併用して取引拒絶行為の違法性判断を行ったといえる。

単独の取引拒絶事例の先例には、従来から続いてきた既存取引を解消し、取引相手であった競争事業者の事業活動を困難にさせた Aspen 事件や、隣接市場に新規参入してきた事業者への顧客流出を恐れ、新規参入事業者と取引をした事業者との取引を拒絶した Lorain Journal 事件等がある¹³⁾。

10) See *United States v. Microsoft Co.*, 253 F.3d 34, 48 (D.C. Cir. 2001) [hereinafter *Microsoft*]; *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Co.*, 472 U.S. 605 (1985) [hereinafter *Aspen*].

11) See *id.*, HOVENKAMP, *supra* note 1, at 299.

12) See Janusz A. Ordover and Robert D. Willig, *An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation*, 91 YALE L.J. 8, 9-10 (1981).

13) *Aspen*, 472 U.S. 585; *Lorain Journal Co. v. United States*, 342 U.S. 143 (1951).

2. 意図の役割に関する判例法理の展開

歴史を遡れば、米国では意図の認定を重視した反トラスト法運用が行われてきたことがわかる。1911年のStandard Oil事件や1919年のColgate事件、1946年のAmerican Tobacco事件、1967年のUtah Pie事件等は、従来の米国において、反トラスト法違反成否に係る判断の中で事業者の意図が重要な考慮要素としての役割を果たしてきた経緯があったことを示す典型的な判例である¹⁴⁾。シャーマン法2条に係る違法性判断における意図の役割が最初に示されたColgate事件では、「独占力の形成、維持という目的が欠けている場合は独占化に該当しない」と判示されている¹⁵⁾。その後、1966年のGrinnell事件で提示された独占行為該当性の2要件の中で、「意図的な独占力の維持または獲得 (the willful acquisition or maintenance of that power)」として、意図の考慮が独占規制における違法性判断において一定の役割を担っていると読み取れるような表現が示されるに至る¹⁶⁾。1967年のUtah Pie事件最高裁判決や、その後の略奪的価格設定に関する違法性判断の混乱を象徴する下級審判決はみられるが¹⁷⁾、大局的には、1945年のAlcoa事件連邦最高裁判決におけるHand判事の見解や1970年代からのシカゴ学派台頭の影響によって、違法性判断においては意図に代わって経済分析が用いられるようになる¹⁸⁾。そして、意図は、反トラスト法違反の成否を判断するうえで一切の役割を担うべきではないという批判がなされるようになった¹⁹⁾。ところが、その後、ポストシカゴ学派の隆盛に

14) Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911); United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300 (1919); American Tobacco Co. v. United States 328 U.S. 781 (1946).

15) See United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300, 307 (1919).

16) See Grinnell, 384 U.S. at 570.

17) See e.g. Utah Pie Co. v. Continental Baking Co., 386 U.S. 685 (1967); Borden, Inc. v. F.T.C., 674 F.2d 498 (6th Cir. 1982); Barry Wright Co. v. ITT Grinnell Co., 724 F.2d 227 (1st Cir. 1983). 略奪的価格設定の違法性判断に関しては、略奪的意図を示す証拠から競争侵害を推定したUtah Pie判決への批判が相次いだ後、下級審では巡回区によって意図の考慮に関する理解に相違がみられ、その混乱を象徴するような下級審判決が複数みられる。この混乱を詳細に説明している文献としては、中川寛子『不当廉売と日米欧競争法』(有斐閣、2001年) 21～25、57～72頁を参照されたい。

18) See e.g., Marina Lao, *Aspen Skiing and Trinko: Antitrust Intent and "SACRIFICE"*, ANTITRUST L.J. 171, 171 (2005).

19) See e.g., Hovenkamp, *supra* note 6, at 1037-1038; Salop and Romaine, *supra*

伴ってゲーム理論や RRC に基づく経済分析手法が導入されるようになると、実質的に意図が考慮されたとみられる事例も散見されるようになる²⁰⁾。例えば、利益犠牲性テストが導入されたとみられる 1985 年の Aspen 事件連邦最高裁判決はその典型例である²¹⁾。Aspen 事件を契機に、その後、2001 年の Microsoft 事件控訴審判決では、意図は「違反行為がもたらすと考えられる効果を理解するための補助として用いられる」という理解が示されるに至る²²⁾。

米国の議論における意図の分類には、認定証拠の種類による分類と意図の性質による分類がある。前者は、行為事業者の内部文書や役員の発言等の証拠から推認される事業者の「主観的意図」と、行為を取り巻く客観的な状況や、客観的な事実を示す証拠から推認される「客観的意図」に分類される。また、後者は、反競争的目的の達成に向けられた「反競争的意図」と、反競争的效果を伴う行為を用いた事を正当化する「正当化理由としての意図」に分類することができる。なお、「特定意図」についてだが、本稿の主旨は特定意図の立証を民事の独占化において要求するというものではなく、あくまでも、民事の独占化及び私的独占の事例における意図の証拠価値を論じるものである。

以下、上記の意図の分類を踏まえて判例法理における意図の役割を整理していく。

(1) 「主観的意図」の考慮

American Tobacco 事件や Griffith 事件等、反トラスト法制定から間もない頃の事件においては、犯意や故意といった事業者の主観的意図が考慮要素とされて反トラスト法違反の成否が判断されてきた²³⁾。しかし、意図が必要構成要件として違法性判断に関わってきたと考えることは難しく、特に、前述の Utah Pie 事件の後、1970 年代以降はシカゴ学派の台頭によって経済分析が用いられるようになり²⁴⁾、意図は一切の役割を担うべきではないという批判までなされるようになった²⁵⁾。シカ

note 2, at 652.

20) See Lao, *supra* note 17, at 170-178.

21) See Aspen, 472 U.S. at 602-603.

22) See Microsoft, 253 F.3d at 59.

23) See American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781, 809 (1946); United States v. Griffith, 334 U.S. 100, 107 (1948).

24) See Lao, *supra* note 17, at 152-155.

25) See Ronald A. Cass & Keith N. Hylton, *Antitrust Intent*, 74 S. CAL. L. REV. 657, 658-

ゴ学派とポストシカゴ学派の発展によって、「motive」等の語であらわされるような主観的意図に分類される意図については原則として違法性判断における考慮要素に含まず、経済分析を重視するようになったことが原因である。その後、Aspen 事件において裁判所は、シャーマン法2条に基づく違法性判断における意図の役割について、行為を取り巻く状況を理解するうえで重要な役割を果たすと言及しているが、主観的意図は考慮要素とされていない²⁶⁾。

しかし、近年では、Microsoft 事件や LePage 事件のような 2000 年代を代表する独占事件において、一定程度主観的意図が考慮されたことが読み取れる。Microsoft 社（以下、「MS」）による OS ソフトウェア市場における独占を維持する行為がシャーマン法2条に違反すると認定された Microsoft 事件では、一部の行為の違法性判断において、MS の社長による発言や社内通知文書から推認される競争者排除の意図が考慮されている。例えば、インテルに対する脅迫行為に関しては、MS の役員による発言を記した社内文書と当該役員による宣誓証言を証拠として、行為に付随する意図と反競争的效果が認定されている²⁷⁾。その他にも、事件当時の MS の社長であったビル・ゲイツが社内で交わした e-mail の内容から、Apple Computer との取引行為の反競争性を判断するうえで参考事実として考慮されている²⁸⁾。

Microsoft 事件では、シャーマン法2条違反の成否判断における意図の役割について、裁判所が以下のように述べている²⁹⁾。「独占的事業者による行為の反競争性を判断するにあたっては、行為に付随する意図ではなく、行為がもたらす効果に着目している。行為に付随する意図に関わる証拠は、当該行為がもたらすと考えられる効果を理解するための補助的要素としてのみ用いられる」。Microsoft 事件控訴審判決では、幾つかの行為について、利益犠牲テストに基づいて行為の不合理性が推認されているとみられる箇所がある。しかし、それらの箇所においては意図という語

659 (2001); *see also* Lao, *supra* note 22, at 171; Spencer Weber Waller, *The Language of Law and the Language of Business*, 52 CASE W. RES. L. REV. 283, 315 (2001).

26) *See* Lao, *supra* note 22, at 174-177.

27) *See* Microsoft, 253 F.3d at 77-78.

28) *See id.*, at 73.

29) *See id.*, at 59.

が用いられていない³⁰⁾。本件において、裁判所が、意図という語を用いて MS の意図を認定したとみられる箇所については、いずれも主観的事実を示す証拠が認定されている。このことから、裁判所が示した意図の役割に関する考え方は主観的意図を前提としたものではないかと解釈することもできるだろう。

Microsoft 事件以降に主観的意図が考慮された事例として、バンドルリベートの違法性が問われた LePage 事件がある³¹⁾。本件においては、被告によるバンドルリベートがコストを下回って行われていたことを示すだけの証拠が無かったために、費用基準に基づく違法性判断が出来なかったとみられる³²⁾。裁判所は、当該リベートの反競争性を認定する際に、明文的に意図の考慮を行ったわけではない。しかし、証拠不足が原因となり、被告の社内文書等を証拠として当該リベートの反競争性の立証を補助せざるを得なかったとみられる。本件では、被告にバンドルリベートを行うことで原告の取引機会を奪うという故意があったことを示す証拠や、被告が原告を市場から排除する意図を有していたことを示す証拠等が認定されている³³⁾。

(2) 「客観的意図」の考慮

客観的意図は、Aspen 事件において導入されたとみられる利益犠牲テストや、略奪的価格設定の事例において導入の是非が議論されてきた同等効率競争者基準、競争者排除行為の違法性判断において重要な役割を果たしている RRC 等のポストシカゴ学派によって構築された理論の中で考慮されていると説明される³⁴⁾。客観的意図の役割が顕著にあらわれている判例には Aspen 事件の他に、Aspen 事件を参照したうえで違法性判断を行った Trinko 事件がある。以下、Trinko 事件の概要を述べてから、Aspen 事件を参照しつつ、客観的意図が判例のなかでどのように考慮されてきたのかを整理する。

Trinko 事件は、ニューヨーク州の Trinko 法律事務所が、地域電話サービスの提

30) 経済分析手法の枠組みの中に意図の考慮を読み込むことによって、理論上、意図の考慮がなされたと考えることは可能である。この考え方については(2)「客観的意図」の考慮」及び3節「米国における意図の議論の展開」で詳しく述べる。

31) See *LePage's, Inc. v. 3M*, 324 F.3d 141 (3rd Cir. 2003).

32) See *id.*, at 147 n.5.

33) See *id.*, at 158, 163.

34) See Lao, *supra* note 17, at 170.

供を受ける顧客として、当該サービスの提供事業者である Verizon-communications (以下、「Verizon」。) に対して、class action による訴訟を提起し、違反行為の差止と3倍額の損害賠償の支払いを求めたものである³⁵⁾。

従来、アメリカの電気通信市場は、長距離電話サービス市場と地域電話サービス市場とに別れていたが、いずれの市場も AT & T の独占とされてきた³⁶⁾。しかし、1982年の AT & T 分割訴訟において下された同意判決によって、長距離電話サービス市場については AT & T が、地域電話サービスについては各地域において7社が、それぞれ独占的にサービスの提供を請負うという棲み分けがなされた³⁷⁾。その後、地域電話市場への新規参入を促進させるために、1996年連邦通信法によって既存の地域電話サービスを営む事業者に様々な義務が課された³⁸⁾。ニューヨーク市において、地域電話サービスを提供する電気通信事業者であった Verizon は、連邦通信法 251 条 (47 U.S.C. § 251) に基づく義務の一つとして、新規参入者に自らの地域電話網を個別のサービス単位でのアンバンドルによって公正かつ合理的、非差別的に提供しなければならなかった³⁹⁾。加えて、連邦通信法によって、既存の地域電話事業者が長距離電話へ参入するための条件の一つとして、地域電話サービスについて、各州当局の認可を受けた相互接続協定を締結することが必要とされていたため、長距離電話市場への参入を目指していた Verizon は、訴外 AT & T を含む競争事業者との間で相互接続協定を締結し、ニューヨーク市内の通信網を開放した⁴⁰⁾。それによって、1999年には、ニューヨーク州から発信される長距離電話について、連邦通信委員会の認可を受けていることが確認できる⁴¹⁾。

しかし、この認可に対して、競合の電気通信事業者らから規制当局に、Verizon が96年連邦通信法上の接続義務を果たしていない旨の異議が申し立てられた⁴²⁾。当

35) See Trinko, 540 U.S. at 398-401.

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

37) See the AT&T antitrust consent decree, 552 F. Supp. 131, Section IX: Division of Assets.

38) See Trinko, 540 U.S. at 401.

39) See *id.*, at 405-406.

40) See *id.*, at 402.

41) See *id.*, at 403.

42) See *id.*, at 403.

該異議に基づく調査は、ニューヨーク州公益事業委員会と連邦通信委員会によって並行して行われ、Verizon が他の競争事業者に提示していた接続内容には、法令違反があるとして改善命令が出された⁴³⁾。連邦通信委員会からは、同意命令として政府に一定の金員の支払いを、ニューヨーク州公益事業委員会からは、1000 万ドルの支払いが Verizon に対して命じられた⁴⁴⁾。

この一連の騒動について、訴外 AT & T の顧客であった Trinko 法律事務所は、Verizon に対して、競争者である他の電気通信業者の通信を顧客へと接続する際に、自己の顧客との通信の接続よりも後回しにして遅延させる等の差別的取り扱いを行い、地域電話サービス市場の競争者が抱えていた顧客に不当に AT & T との契約を断念させたとして主張し、当該行為がシャーマン法 2 条違反に該当するとして違反行為の差止と 3 倍額の損害賠償金を求める反トラスト法訴訟を連邦地裁に提起した⁴⁵⁾。連邦地裁では、Trinko 側の主張がシャーマン法 2 条の要件を満たしていないことから主張失当とされたが、控訴裁は「独占の梃子」の理論と不可欠施設理論を根拠に、Verizon が行った当該行為の一部についてシャーマン法上の違法性を認めている⁴⁶⁾。この控訴審を不服として、Verizon が連邦最高裁に上告をした。

連邦最高裁の判断は以下の通りである。

まず、通信法による規定と反トラスト法の黙示の適用除外について、当該事業分野がシャーマン法による規制を免れる規定 (implied immunity) の適用を受けない旨が通信法に明記されているため、反トラスト法上の責任が免責されるわけではないとした。そのうえで、事業法に違反することを根拠として直ちに当該行為を反トラスト法違反とすることは認められず、当該行為の反トラスト法違反該当性は、反トラスト法上の違法要件を充足するか否かによって決するとした⁴⁷⁾。

次に、裁判所は、本件行為がシャーマン法 2 条違反に該当するかという検討を行うにあたって、取引拒絶行為によるシャーマン法 2 条違反の限界事例として

43) See *id.*, at 403-404.

44) See *id.*, at 403-404.

45) See *id.*, at 404.

46) 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).

47) See *Trinko*, 540 U.S. at 405.

Aspen 事件を参照したうえで、本件行為はその限界範囲の内側に位置するから同法違反と認定されないと判断した⁴⁸⁾。

判決は、取引拒絶行為該当性の判断において Aspen 事件最高裁判決に言及している⁴⁹⁾。Aspen 事件最高裁判決をシャーマン法 2 条における限界線上、あるいは限界線に近い位置に位置付けられる事例であるとし、Aspen 事件の事実概要と本件事実概要の比較を行うことで結論を導き出すという論理構成をとっているため、まずは Aspen 事件の概要を簡潔に整理する⁵⁰⁾。アスペン地区でスキー場事業を営む原告 Aspen Highlands 社は同地区にあった 4 つの山のうち 1 つを、被告 Aspen Skiing 社は残りの 3 つの山を保有しており、原告と被告は 4 つの山全てで利用可能な共通リフト券を長期にわたって発行してきた。しかし、被告は、ある時期を境に幾度か原告に共通リフト券から得られる収益の分配金額を増やすよう要求した後、原告が複数の妥協案を提示したにも関わらず取引を拒絶した。Aspen Highlands 社は、この行為がシャーマン法 2 条に違反しているとして Aspen Skiing 社を提訴し、最高裁まで争われた。最高裁は当該行為がシャーマン法 2 条違反に該当すると認定した。当該行為の違法性判断においては、「違反事業者が、通常の事業者の合理的行動として想定されるものとは大きくかけ離れた行動をとり、競争者排除の目的を達成したあかつきには独占的な利益が得られるとの意図を持って短期的な利益を犠牲として行動していた」という事実が重要な要素として考慮されている⁵¹⁾。

Aspen 事件と Trinko 事件の相違点を整理すると以下のようになる。Aspen 事件では、当事者間で長年に渡って継続されてきた既存取引の拒絶が問題とされた⁵²⁾。

48) *See id.*, at 405-409.

49) *See id.*, at 408-411.

50) *See Aspen*, 472 U.S. 585.

51) なお、Aspen 事件は市場画定に議論の余地を残した判決であり、適切な市場画定が行われていれば違反とはなりえなかったという批判がしばしばなされるのだが、Trinko 事件における意図の認定について検討するにあたってそのような問題は本論となりえないので脚注で紹介するに留めることにする。*See e.g.*, Jeffrey T. Macher and John W. Mayo, *Making a Market Out of a Mole Hill? Geographic Market Definition in Aspen Skiing*, 6 J.C.L. & E. 911 (2010).

52) Trinko 事件では、Aspen 事件について、「被告による任意（であるために、当該取引が有益性を有することも推認される）取引の解消から、短期的な利益の犠牲に反競争的な結果をもたらすことを厭わなかった事が推測できる」と説明されている。*See Trinko*, 540 U.S. at 409.

他方で、Trinko 事件においては、新規参入者に対して事業法上の取引義務に反して新規取引の開始を拒絶したことが問題とされたという点に違いがある。また、Aspen 事件では、小売価格での取引の申し入れですら拒絶され、被告が短期的な利益を犠牲にするという経済的合理性を欠いた行動に及んでおり、また、長期的にみれば被告が利益を拡大する見込みが有ることが推認されている⁵³⁾。他方で、Trinko 事件においては、Verizon は、事業法によって新規参入者とのコストベースでの取引義務を課されていたため、Verizon が長期的に利益を拡大しようとしているという事実は認められないと考えられる。そのため、そもそも、Trinko 事件においては、Verizon が短期的利益の犠牲等の経済的合理性を欠く選択を通して独占力を獲得、あるいは拡大していたという事実は認められない。既存取引の有無と利益犠牲の有無という2つの相違点を踏まえれば、Trinko 事件における Verizon の行為には経済不合理性が認められず、違法な取引拒絶行為には該当しないと考えるのが妥当であろう。

本判決では意図について直接の言及はされていないものの、短期的利益の犠牲テストの考え方に基づいて違法性判断が行われた Aspen 事件を参照したうえで、Verizon の行為に利益の犠牲が含まれていたか否かが判断されており、実質的には、その過程で Verizon の意図の有無が考慮されたと考えることができるだろう。すなわち、利益犠牲テストに基づいて、競争者排除後の長期的利益の獲得を見込んで短期的な利益を犠牲にしたという事実に基づいて、行為の経済不合理性を認定する過程は、経済合理性を見出だせない事業戦略をあえて選択するという事業者の意図を推認する過程と言い換えることができる。そのため、利益の犠牲という客観的な事実認定から推認された意図が考慮されていると考えることができるのである。

(3) 比較衡量プロセスにおける意図の考慮

(1) 及び (2) では、認定証拠によって「主観的意図」と「客観的意図」に意図を分類したうえで、判例法理の変遷を整理してきたが、転じて、以下で述べるのは主張・立証の場面に応じた意図の分類である。

米国のシャーマン法2条訴訟では、違法性判断において合理の原則が用いられている。合理の原則に基づく訴訟実務においては、原告側が行為の反競争的效果を立

53) *Ibid.*

証することで当該行為の排他性が認められ、また、被告側がこの反競争的效果を上回る競争促進的效果を示すことで行為が正当化されうる。以下では、反競争的效果の立証にしばしば用いられる「競争者を排除する意図」を「反競争的意図」、競争促進効果を立証するための抗弁としてしばしば用いられる「当該行為に及んだ正当な事業上の理由を示す意図」を「正当化理由としての意図」とする。

競争法における「反競争的意図」と「正当化理由としての意図」の応酬による違法性判断プロセスは、意図の認定が大きな影響力を有していた1950年代以前の反トラスト法運用の中で用いられてきた経緯がある。Alcoa事件以前の主観的意図によって違法性判断が決することもあった時代には、行為事業者の意図に基づいた反競争性の立証がなされ、これに対する反証として、行為の正当性を示す意図に基づいた正当化の抗弁が主張されることもあった⁵⁴⁾。その後、しばらくの間はシカゴ学派の隆盛に伴って意図に関する先例的判断が下されることはなく、正当化理由としての意図や反競争的意図の認定について、判例法理の中で定式化が試みられることはなかったが、Aspen事件以降に意図の考慮の重要性が再認識されたことを受けて、Kodak事件最高裁判決では「正当な事業上の理由 (valid business reason)」という表現を用いて正当化理由としての意図の考慮に関する一定の枠組みが示されるようになる⁵⁵⁾。そして、Microsoft事件では、裁判所によって反競争的效果と競争促進的效果の比較衡量による違法性判断過程が立証責任転換アプローチとして明文で説明され、定式化が試みられた⁵⁶⁾。Microsoft事件連邦控訴裁判決は、合理の原則の下に行われる違法性判断における比較衡量プロセスの定式化を初めて試みた先例であり、立証責任転換アプローチとして当該プロセスの定式化を試みる中で反競争的意図と正当化理由としての意図の考慮の枠組みが示された先例ということもできる⁵⁷⁾。以下、Microsoft事件を中心に、合理の原則の下に行われる違法性判断における比較衡量プロセスにみられる意図の役割を整理する。

Microsoft事件の発端は、1990年に開始された連邦取引委員会 (Federal Trade

54) See Lao, *supra* note 22, at 176.

55) See Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Services., 504 U.S. 451, 482-486 (1992).

56) See Microsoft, 253 F.3d at 58-59.

57) See A. Douglas Melamed, *Exclusionary Conduct Under The Antitrust Laws Balancing, Sacrifice, And Refusals To Deal*, 20 BERKELEY TECH. L.J. 1247 (2005).

Commission, FTC) による調査であった。FTC は、MS が、OS ソフトウェア（以下、「OS」）市場における独占的地位を利用して、他のアプリケーションソフトウェア市場における競争を減殺しているのではないかという疑いをもとに調査を始めた⁵⁸⁾。FTC による調査は実を結ばず、アメリカ司法省（Department of Justice、以下「DOJ」）によって調査が引き継がれる⁵⁹⁾。DOJ は、1994 年に、MS が OS 市場での競合他社の開発を妨げることでシャーマン法 1 条及び 2 条に違反したとして、連邦地方裁判所に MS を起訴した⁶⁰⁾。この訴えに対して、MS の幾つかの行為を禁じる同意判決が下され、決着が着いたかのように思われた⁶¹⁾。しかし、1997 年、MS が行った Internet Explorer（以下、「IE」）と OS の製品統合が、1995 年の同意判決に列挙されている禁止行為の一つに該当するとして、DOJ は民事裁判所の侮辱を理由に裁判所に訴えを提起した⁶²⁾。同意判決に記されていた禁止行為の主旨は、「他の製品のライセンスを取得することを製品販売の条件とすること」であったが、例外的に、製品の統合については禁止行為から除外されていた⁶³⁾。1997 年の事件の争点は、IE と OS の組み合わせ販売が統合製品といえるのか否かであったが、控訴審はこれを統合製品に該当するとして訴えを退けた⁶⁴⁾。

同意判決では事件の解決を望めないと考えた DOJ は、1998 年に、19 の州及びコロンビア特別区と共同で連邦地方裁判所に訴えを提起した。訴えの概要は以下の通りである⁶⁵⁾。① MS が PC ハードウェア製造メーカーとの間で結んでいた OS と IE の抱き合わせ販売についての合意が、シャーマン法 1 条に違反している。② また、MS はインテル互換 PC 用 OS 市場において独占的地位を有し、それを維持することでシャーマン法 2 条に違反している。③ さらに、②の行為を通して、ウェブブラウザ市場における独占の企図を行っていることもシャーマン法 2 条に違反してい

58) See *United States v. Microsoft Co.*, 56 F.3d 1448, 1451 (1995).

59) *Ibid.*

60) *Ibid.*

61) *United States v. Microsoft Co.*, 1995 U.S. Dist. LEXIS 20533 (1995).

62) IE とは、Microsoft 社が開発したインターネットブラウザ機能を有するアプリケーションの製品名である。

63) See *United States v. Microsoft Co.*, 1995 U.S. Dist. LEXIS 20533, 8 (1995).

64) See *United States v. Microsoft Co.*, 980 F. Supp. 537 (D.C. Cir. 1997).

65) See *United States v. Microsoft Co.*, 147 F. 3d 935 (D.C. Cir. 1998).

る。DOJ 及び各州とコロンビア特別区は、以上の①から③を理由として、MS の事業部門を、OS を扱う部門とそれ以外のアプリケーションソフトウェアを扱う部門に二分割することを求めた。連邦地裁は当該抱き合わせの合意がシャーマン法1条に該当しないと判断した。その一方で、MS による独占行為及び独占の企図については、シャーマン法2条違反に該当すると判断し、MS の事業部門を二分割するよう命じた⁶⁶⁾。MS は、この地裁判決を不服として、コロンビア特別巡回区高等裁判所に控訴した。

控訴審は、① PC ハードウェア製造メーカと MS の間の抱き合わせ合意の存在がシャーマン法1条違反に該当するか否かについて破棄、差戻した。②他方で、MS によるインテル互換 CPU 搭載 PC 向けの OS 市場における独占行為がシャーマン法2条に違反することを認めた。③インターネットブラウザ市場における独占の企図については、地裁判決におけるブラウザの定義付け及びブラウザ市場の画定等の審議が不十分であったとして破棄し、MS の行為はシャーマン法2条における独占の企図には該当しないと判断した。④また、一連の行為の経緯そのものがシャーマン法2条違反に該当するとした地裁の判断について、控訴審は、地裁が行為の経緯の根幹となる行為を具体的に特定していないことを根拠として、一連の行為の経緯が独立してシャーマン法2条違反に該当することはないと判断した⁶⁷⁾。

本件控訴審判決は、合理の原則のもとでの違法性判断プロセスとして立証責任転換アプローチの概要に言及している。立証責任転換アプローチの概要は以下の通りである⁶⁸⁾。第一段階として、原告が起訴した行為の反競争効果を、シャーマン法2条の独占行為の構成要件に照らして、一見正しいと思える水準で立証する必要がある。この反競争効果の主張が認められれば、第二段階へと移行し、今度は、被告側が事業の効率性等に基づいて競争促進効果の抗弁を行う。第二段階の立証が認められると、第三段階として、原告が被告による競争促進効果の抗弁を更に上回る反競争効果を立証しなければならない。第三段階の立証が認められた場合には、更に、第四段階として、被告側が原告の主張する反競争効果を上回る競争促進効果を立証しなければならない。換言すればこのテストは、原告、被告のどちらかが立証困難

66) See Microsoft, 253 F.3d at 48.

67) See *id.*, at 59-80.

68) See *id.*, at 58-59.

となるまで交互に問題となる行為に付随する反競争効果と競争促進効果を交互に主張立証しあうものである⁶⁹⁾。また、本件において裁判所は、立証責任転換アプローチを説明する中で行為者の意図の取扱いについても触れている⁷⁰⁾。

立証責任転換アプローチのもとでは、競争促進効果に基づく抗弁が認められると行為の正当性が認められ、原告側がその後の反証に失敗すれば、当該行為はシャーマン法違反に該当しない。よって、行為に付随する競争促進効果を根拠とした当該行為の正当化の主張が認められた場合には、当該行為が反競争的意図に基づいて行われていないことを示し、正当な競争行動を行う意図に基づいて当該行為が行われたという事実を推認することができる。つまり、正当化事由の抗弁による行為の正当性の主張立証プロセスは、「正当化理由としての意図」の立証による行為の正当性の立証プロセスというように言い換える事が出来、正当化理由の考慮にあたって少なからず行為者の意図が考慮されているといえる。

では、どの程度の「正当化理由としての意図」の立証をもって行為の正当性が推認されるのだろうか。以下、Microsoft 事件で問題とされた行為をもとに、どのように正当化の抗弁が判断されたのかをみていく。

まず、本件で問題とされた MS による行為は大きく 6 つに分類できる。以下、違反と認定された行為については特にその旨を記載せず、それ以外の行為についてのみ、違反と認定されなかった旨を記載する。

① OEM に対するライセンスの制限⁷¹⁾

OEM に対して Windows のライセンスを提供する際に、以下の 3 つの制限を課した。

- (a) IE の削除禁止
- (b) イニシャルブートの禁止
- (c) デスクトップデザインの變更禁止

69) 立証責任転換アプローチの先駆けとみられる違法性判断プロセスを示したのが1992年のKodak事件である。See Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Services., 504 U.S. 451,482-486 (1992).

70) See Microsoft, 253 F.3d at 59.

71) 「OEM (Original equipment manufacturer)」とは、他社ブランドの製品の製造のみを委託された事業者のことで、本件では、MS社からOS「Windows」のライセンス提供を受けていたインテル製CPU搭載型PCの開発事業者各社のことを指す。

このうち、(b)イニシャルブートの変更禁止については違反には当たらないと認定されている。

② IE と Windows の技術的な統合

- (a) IE を Windows 上から削除不可能にした
- (b) IE をデフォルトブラウザに設定するようプログラムした。
- (c) Windows98 からは IE を Windows に一体化した。

このうち、(b)IE をデフォルトブラウザに設定するようにプログラムしたことについては違反には当たらないと認定されている。

③ IAP との契約⁷²⁾

- (a) IAP との間で、IE を IAP に無料で提供し、さらに、IE を使用してサインアップした顧客の割合に応じて報奨金を与える契約を結んでいた。
- (b) IAEAK という、IAP の開発効率を促すためのソフトウェアを開発し、これを IAP に無料で提供していた⁷³⁾。

④ ICP、ISV 及び Apple との取引⁷⁴⁾

- (a) ICP と ISV に、IE を無料でバンドル提供していた。
- (b) ICP と ISV との間で、競合ブラウザではなく IE を利用及び宣伝するという排他的契約を結んでいた。
- (c) Apple Computer が開発する OS 向けに MS 製のアプリケーションを開発する代わりに、Apple Computer 製の OS に IE を搭載する契約を結んだ⁷⁵⁾。

上記(a)のうち、ICP に IE を無料でバンドル提供していたことについては違反に当たらないと認定されている。

⑤ Java を排除するための一連の行為⁷⁶⁾

72) 「IAP (Internet access provider)」とは、インターネット通信のインフラを提供する事業者のことを意味する。

73) 「IAEAK」とは、IE アクセスキットを意味し、IPA の効率的なアプリケーション開発を促すソフトウェアのことを指す。

74) 「ICP (Internet contents provider)」とは、ウェブサイトの開発等を行なっている事業者のことを意味する。

「ISV (Independent software vendor)」とは、独立系のソフトベンダーとしてソフトウェアを開発し提供している事業者のことを意味する。

75) Apple Computer は ISV であり、OEM でもあった。

76) Java はプログラミング言語及びコンピューティング・プラットフォームであり、ミド

- (a) MSが開発していたJVMについて、Sun社が開発していたJVMとの非互換化を行った⁷⁷⁾。
- (b) ISVとの間で、MSによる無償でのサポート提供等と引き換えにMSが開発していたJVMを優先的に利用する契約を結んでいた。
- (c) Javaアプリケーションの開発者に提供していたソフトに、Windows以外のプラットフォーム向けに開発を行った場合には正常に動作しないような仕組みを設けていた。
- (d) Intel社への脅迫を行った。

このうち、上記(a)については違反に当たらないと認定されている。

⑥ ①から⑤の行為の経緯 (its course of conduct as a whole)

本件行為の違法性認定は、(1)原告側による反競争効果の立証失敗、または(2)被告側による競争促進効果の立証成功によって当該行為が違法とされないとしたものと、(3)原告側の反競争効果の立証成功、もしくは(4)被告側の競争促進効果の立証失敗によって当該行為が違法となるとされた場合の、4つの場面に分類できる。

以下では、MSによる競争促進の抗弁によって行為の正当性が認められた場合を検討の対象として、立証責任転換アプローチにおいてどの程度の正当化理由が示されれば違法性が阻却されるのかを検討する。なお、上記⑤(a)のように立証責任転換アプローチにおける第一段階で原告の主張が認められなかった場合には、行為の正当性が認められていたとしても、そもそもMSによる正当化の抗弁がなされていないことになる⁷⁸⁾。したがって、上記(1)に該当する行為については、競争促進の抗弁に係る検討の材料として適さないことが明白であるため、検討の対象としない。また、上記⑤(b)～(d)については、いずれの行為に関してもMSによる正当化の抗弁が主張されていないため、以下の検討には含めないこととする⁷⁹⁾。

以上の理由から、主な検討対象とするのは、上記(2)と(4)の場合である。しかし、例外的に上記(1)と(3)が検討対象に含まれる場合もある。例えば、上記②(b)の行為については、MSが主張した効率性の抗弁に原告側が反証しなかったために違反にあ

ルウェアの一種でもある。

77) 「JVM (Java Virtual Machine)」とは、Javaバーチャルマシンを意味する。

78) See Microsoft, 253 F.3d at 74-75.

79) See *id.*, at 74-78.

たらないと判断されている⁸⁰⁾。これは、上記(1)に該当するが、立証責任転換アプローチ第二段階における MS による競争促進の抗弁が認められたうえで、第3段階で原告側が立証を失敗しているため、実質的には(2)に該当することとなり、検討の対象に含まれるといえる。

本件において、上記(2)及び(4)に該当するのは、上記①～③と⑤の行為である。上記④の行為については、MS からの正当化の抗弁が行われなかったため、検討の対象から除外する。

まず、上記①の行為（OEM に対するライセンス制限）について述べる。MS は、Windows のソースコードについて有する著作権を根拠として、OEM 各社に自身の著作物の変更を認めないよう要請することが正当な行為であるという旨の抗弁を行った⁸¹⁾。通常、コンピュータソフトウェアプログラムの著作権は、そのソースコードにのみ認められていると考えられている。ところが、①(a)及び①(c)の行為において MS が OEM に対して変更禁止を要請した内容は、ソースコードの改変を要さないものであった⁸²⁾。そのため、裁判所は、①(a)及び①(c)の行為が著作物の変更には該当せず、MS による正当化の抗弁は認められないと判断している⁸³⁾。一方で、①(b)の行為については、著作物の変更に該当するため、著作権の保護のもとに当該行為が正当化されると判断された⁸⁴⁾。このことから、著作権等の他の法律によって保護されている法益を守るという意図のもとに行われた行為であることが立証されれば、正当化の抗弁が認められることがわかる。

次に、上記②の行為（IE と Windows の技術的な統合）について述べる。まず、MS は、行為②(a)及び(c)には言及せず、②(a)～(c)全般についての正当化理由として、IE と OS のより深いレベルでの技術的統合によって享受されるだろう消費者及び開発者の利益について述べた⁸⁵⁾。この MS の主張について、裁判所は、個々の行為について個別に正当化理由が示される必要があるとして、行為②(a)及び(c)について

80) *See id.*, at 67.

81) *See id.*, at 62-63.

82) *See id.*, at 64.

83) *See id.*, at 62-64.

84) *See id.*, at 63-64.

85) *See id.*, at 66.

は正当化されないとした⁸⁶⁾。次に、MSは、行為②(b)について、「技術上の正当な理由 (valid technical reasons)」があるとして、行為の正当化を主張した⁸⁷⁾。しかし、裁判所は、正当化理由が示されたという事実をもって行為が正当化されるわけではなく、行為に付随する反競争的效果との比較衡量において主張された正当化理由がより重要なものであることが示される必要があるとしたうえで、MSによる正当化の抗弁は反競争的效果を上回る程のものではないとして、行為の正当化を認めなかった⁸⁸⁾。

最後に、上記③の行為 (IAP との契約) について述べる。MSは、アプリケーションインターフェイス開発者の注目を促すためであったとして、当該行為の正当化を主張した。しかし、控訴審は、当該行為が正当化されるに足る競争促進効果が示されたわけではないとして、当該行為がシャーマン法2条違反に該当すると判断した⁸⁹⁾。「これだけでは十分な正当化理由にあたらない」と判断された文脈から、MSが主張した行為の競争促進性を一定程度は認めつつも、行為の正当性を認める程度の水準を満たしてはいなかったと考えられる⁹⁰⁾。

以上の検討から言えることは以下の3点である。第一に、他法の保護法益の確保を目的として当該行為を行った場合には行為の正当化が認められる。第二に、行為の正当化が認められるためには、各行為について個別に正当化理由が示されていること。そして、第三に、一度反競争的と認定された行為について、当該反競争的效果を上回るだけの行為の正当性を立証しなければならないため、原告側にとっては立証が難しいと考えられるということである。

3. 米国における意図の議論の展開

2節で整理した判例法理における意図の役割を踏まえつつ、以下では、米国において、単独行為の違法性判断における意図の役割について、どのような議論が繰り広げられてきたのかを整理する。

86) *See id.*, at 66-67.

87) *See id.*, at 67.

88) *Ibid.*

89) *See id.*, at 67-71.

90) *See id.*, at 71.

既に述べたように、講学上は、1950年以前の反トラスト法訴訟においては、意図が重要な役割を担ってきたと説明されている⁹¹⁾。その後、1970年代になると、シカゴ学派の影響で、純粋な経済的要素によって違法性判断が行われるべきであり、意図の役割は最小化されるべきだという考えが主流となる⁹²⁾。実際、略式判決 (Summary Judgement) を下すことの是非が論点となった Matsushita 事件 (1986年) では、裁判所が略式判決の要求について従来よりも広い範囲で認めたため、Matsushita 判決は「シカゴ学派の勝利」等と言われるようになる⁹³⁾。Aspen 事件 (1985年) の中で裁判所は「意図は行為が反競争的であるか否かの分析にのみ用いられる」と述べており、1990年代頃までには、意図の役割を最小化するべきだというシカゴ学派の主張がある程度定着化したものとみられる⁹⁴⁾。2000年までの間には、「行為の本質と効果こそが重要な考慮要素であるため、行為の反競争的效果を立証するには、第一に客観的な事実を挙げるべきであり、主観的意図の考慮は控えられるべきである」等として、意図を重要な考慮要素とすることの弊害を説く論者が多くみられた⁹⁵⁾。ところが、1999年に知的財産権の行使による独占行為に関する

91) See Hovenkamp, *supra* note 6, at 1037-1038.

なお、ここでいう重要な役割というのは、あくまでも行為の反競争性あるいは不当性を推認するための考慮要素としての役割であって、意図によって違法性判断が決されていたという意味ではない。

92) See Michael S. Jacobs, *An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics*, 74 N.C.L. Rev. 219, 258 (1995).

93) Matsushita判決以前はサマリージャッジメントの適用は最小限であるべきだという考えが主流であり、Poller判決で「動機や意図が重要な考慮要素となるような複雑な反トラスト訴訟においては、略式の手続きはなるべく用いられるべきでない」(Poller v. CBS, 368 U.S. 464, 473 (1962))と述べられているように、サマリージャッジメントが適用されない事例においては、意図の考慮が重要な役割を担ってきたと理解されてきた。Matsushita事件の判断は、サマリージャッジメントの適用範囲を拡大することによって、意図の考慮が必要となるような事例についても形式主義的判断を下す結果をもたらしたと考えられる。そのため、Matsushita判決が「シカゴ学派の勝利」等といわれるようになったのだろう。See ANTONIO CUCINOTTA, ROBERTO PARDOLESI AND ROGER VAN DEN BERGH, POST-CHICAGO DEVELOPMENTS IN ANTITRUST LAW 6 (2002).

94) Aspen, 472 U.S. at 602.

95) See Hovenkamp, *supra* note 6, at 1039; Lawrence A. Sullivan, *Monopolization: Corporate Strategy, the IBM cases, And the Transformation of the Law*, 60 TEX. L. REV. 587, 632-633 (1982).

検討の中で、「意図は、一部の場面においてのみ、陪審員が当該行為を反競争的であると結論付けるための補助的な評価要素となる」として、意図の補助的な考慮要素としての役割を限定的に認めた論者が現れる⁹⁶⁾。その後、2000年代初頭には、知的財産権の行使が問題とされる場面に限定せずに、非価格性の独占行為全般における意図の役割について少なからず肯定的な立場をとる論者が複数現れる⁹⁷⁾。

例えば、Marina Lao 教授は、Aspen 事件のように、ポストシカゴ学派の影響を受けて経済分析手法が導入されたとみられる事例の分析を通して、実際に判例において意図（客観的意図）が考慮されていることを示し、意図の考慮が行為の正当不当を峻別するうえで重要な役割を果たしていると主張している⁹⁸⁾。また、前述の主張に加えて、主観的意図の重要性についても言及している⁹⁹⁾。Lao 教授は、主観的意図が誤認されやすく、また、陪審員の誤解を誘いやすい要素であるといった、これまでの議論で言及されてきた意図の役割に関する批判に答える形で、主観的意図の考慮は、その根拠となる証拠の信用性が保たれている限りにおいて、一般的に漠然となる傾向が強い事業者の戦略的行動とその戦略がもたらす効果の内容をより詳細に明らかにするための有効な手段であると考えられるため、シャーマン法2条の規制において「客観的意図」に加え、「主観的意図」を含めた意図の考慮が積極的になされるべきであると説明している。その後、2012年になると、意図に係る証拠を、事実と行為がもたらしうる結果を理解するための補助的な考慮要素とすることで、積極過誤及び消極過誤によって生じうる社会的なコストの最小化を試みる研究が発表される。この先行研究では、「行為の悪性が著しく明白である場合を除いて、意図を示す証拠は、連邦証拠規則403条（Fed. R. Evid. 403）に基づく関連証拠の評価において、その他の関連証拠と同じ比重で扱われるべきである」と述べ

96) David McGowan, *Networks and Intention in Antitrust and Intellectual Property*, 24 IOWA J. CO. L. 485, 525 (1999).

97) See e.g., Thomas L. Greaney, *Chicago's Procrustean Bed: Applying Antitrust Law in Health Care*, 71 ANTITRUST L.J. 857, 877-879 (2004); Spencer Weber Waller, *The Language of Law and the Language of Business*, 52 CASE W. RES. L. REV. 283, 315 (2001).

98) See Lao, *supra* note 17, at 170-178.

99) See *id.*, at 206-212.

て、意図を示す証拠の役割が再検討されている¹⁰⁰⁾。このように、近年では、従来の議論への批判として、意図を考慮することの弊害を認めたうえで、限定的に、意図が重要な役割を果たす場面においては、意図を示す証拠の考慮をするべきだという理解も示されるようになっていく¹⁰¹⁾。

4. シャーマン法2条規制における意図の役割

意図は、行為がもたらす結果や事実関係を理解するための補助的な考慮要素としての役割を果たしているというのが米国における判例法理上の通説的理解であろう。そして、3節で述べた通り、講学上の議論においても、行為者の意図を示す証拠によって、事実関係に関する理解及び行為がもたらす結果や効果に関する理解を補助することの重要性が指摘されており、判例法理と講学上の議論に大きな乖離は無いといえる。この理解は近年の下級審判決においても示されている¹⁰²⁾。特に、主観的意図については、補助的な考慮要素とされるのが通説的な理解である。主観的意図が事業戦略やその効果を理解するために大きな助力となることは明白であって、証拠資料の信憑性が十分に確保されているという限定条件を付し、その限りにおいて主観的意図を考慮するというのであれば、この理解は肯定されるべきであると考えられる。なお、意図によって独占行為の不当性が峻別できない事例においては意図の考慮が望ましくないとする従来からの批判については、その通りであって、意図の考慮に意義が見出される場面は限定的であるべきといえる。

他方で、一部の論者が説明しているように、経済分析によって推認された客観的意図によって正当な独占行為と不当な独占行為の峻別が行われたとみられ、客観的意図が違法性判断を左右しうるほどの影響を及ぼしたといえる事例もある。ポストシカゴ学派によって提唱されたゲーム理論に基づく経済分析手法においては、行為が経済合理性を有するか否かが判断されているといえ、これは当該行為が経済合理

100) Maurice E. Stucke, *Is Intent Relevant?*, 8 J. L. ECON. & POL'Y 801, 857 (2012).

101) また、Richard Posner教授は、不当廉売規制に関して、長期限界費用（代理変数として平均総費用）未満の価格設定が排除の意図を伴って行われた場合には、同等に効率的な競争者を排除する効果を持つと述べている。詳しくは、Richard Posner, *Antitrust Law* 214-223 (2nd ed. 2001)を参照されたい。

102) *Safeway Inc. v. Abbott Labs*, C 07-05470 CW, 2010 WL 147988 (N.D. Cal. Jan. 12, 2010).

的な目的に向けて行われたか否かを判断していると言い換えることができる。そのため、経済分析手法に基づく違法性判断においては、実質的に客観的事実から推認される事業者の意図を考慮要素としていると行うことができる。その典型的な例が Aspen 事件である。Aspen 事件では、短期的な利益の犠牲と既存取引の非合理的な拒絶によって取引拒絶行為の違法性が認定されている。Trinko 事件で示された利益犠牲テストと経済合理性テストの複合とみられる違法性判断の枠組みにおいても、実質的には、Aspen 事件と同様に経済学的なアプローチから推認された客観的意図が考慮されていると説明することが可能である。以上のように、意図の役割について懐疑的な立場をとるポストシカゴ学派が提唱した理論に、実質的には意図の考慮が組み込まれていると考えることができる¹⁰³⁾。

Ⅲ. 排除型私的独占行為の認定における意図の役割と課題

まず、第1章及び第2章で明らかにした日本と米国における意図の役割の共通点と相違点を整理する。

意図全般について、排他行為の峻別における補助的な考慮要素とする理解に関しては、日米で共通性が見られる。実際に、日本では、ガイドラインや学説上の見解でも補助としての意図の考慮の重要性が説明されており、また、米国では Microsoft 事件控訴審判決の中で、裁判所によって同様の趣旨が述べられている¹⁰⁴⁾。米国では、2000年代前半頃から意図を考慮要素とすることの是非が議論されてきた経緯があり、意図に係る証拠には他の証拠と同程度の信頼性があり、意図に係る証拠の重要性を他の証拠よりも低く見積もって考慮することは適当ではないとする見解も示されるに至っている¹⁰⁵⁾。しかし、その一方で日本においては、意図が、正当化理由がないことや競争者排除の実効性を間接的に示唆する要素であるとして、補助的な考慮要素とされる場面があると説明されるに留まり、どのような場面

103) See CUCINOTTA, *supra* note 98, at 6-7.

104) See Microsoft, 253 F.3d at 59. また、公正取引委員会「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」(2009年)〈<http://www.jftc.go.jp/dk/guideline/unyoukijun/haijyogata.files/haijyogata.pdf>〉第2の2(1)、白石忠志『独占禁止法(第2版)』(有斐閣、2009年)400～401頁参照。

105) See Lao, *supra* note 17, at 212-213.

において意図が補助的に考慮されるのかが理論として説明されてこなかった¹⁰⁶⁾。また、日本には、認定証拠による意図の分類が講学上の議論に取り入れられて来なかった。これらの点において、日米における意図の取扱いには相違がある。日本の意図の議論において検討の対象とされてきたのは主観的意図のみであると考えられ、米国の議論で用いられている客観的意図の概念が用いられた形跡がない。そのため、日本の議論においては意図が「主観的要素」として一様に認識されており、客観的意図が限界事例において果たす役割が見過ごされてきたといえる。

加えて、留意しなければならないのが、日米においては、意図の取扱いを考えるうえでの前提に相違があるということである。日本では規制当局中心主義的ともいえるような法執行が中心であるため、規制当局が意図の有無を事件の争点として取り上げない限り、被疑事業者側は意図に関する反証を行う必要が生じない。そのため、意図の有無が争点化されるか否かは規制当局の判断次第である。他方、米国では私訴の件数が多く、行為者事業者と被害事業者が当事者として法廷で争うことも少なくない。そのため、行為事業者の意図を被害事業者が取り上げて起訴することもあり、日本に比して、意図の有無が訴訟上の争点として取り上げられやすい傾向にある。

以上の整理から、日本の排除型私的独占規制における意図の取扱いには、①客観的意図の考慮の重要性が見過ごされてきたこと、②日米における法執行状況の相違を踏まえた意図の取扱いの在り方が議論されてこなかったこと、の2つの問題点があるといえる。

これらの問題点を踏まえて、以下、日本の排除型私的独占規制における意図の取扱いを検討する。なお、①については、客観的意図によらなければ「排除」を峻別出来ないような事例を積極的に規制の対象とするべきか等の議論も想定できるため、以下の検討では1節と2節に分けて記すこととする。

1. 客観的意図の役割

(1) 一連の行為による「排除」の認定

まずは、複数行為事例における客観的意図の役割について述べる。

106) 白石・前掲注(108) 400頁参照。

第1章でも述べたように、ニプロ事件や北海道新聞事件のような複数行為の事例においては、ニプロや道新社の、一連の行為に共通する目的を包摂基準として「排除」を構成する行為の峻別が行われている。実際、ニプロ事件審決では、一連の行為に共通する目的のもとに行われた行為ではないことを理由に第2の行為が「排除」に含まれていない¹⁰⁷⁾。また、北海道新聞事件では、独禁法に定められていない行為類型が一連の行為に共通する目的のもとに行われたという事実を根拠に、当該行為が「排除」に包摂されている。これらの違法性認定において考慮されている「一連の行為に共通する目的」とは、すなわち、「函館対策」等として、実際に競争事業者あるいは新規参入事業者を「排除」することを目的として設置されていた会議体や事業方針等の、客観的事実から推認される行為者の客観的意図である¹⁰⁸⁾。つまり、一連の行為に共通する「排除」の客観的意図のもとに行われたか否かによって、複数行為のうちのどの行為が「排除」を構成するのが峻別されていることになる。したがって、客観的意図は、複数行為による「排除」の違法性認定において行為の「排除」該当性を決する役割を担っているといえる。

以上を踏まえれば、複数行為事例における意図の役割についての現行の学説や実務上の理解は実際の事例に基づいた単なる説明に留まっており、複数行為の違法性認定に関する現行の理解では十分な説明がされたものとはいえない。一連の行為の違法性認定において、意図から間接的な示唆を得ているとする現行の学説による説明では、右に述べたような、意図によって「排除」該当性が決する場合を説明出来ないからである¹⁰⁹⁾。これまでの事例に鑑みれば、複数行為の違法性認定においては一連の行為への包摂基準を意図以外に求めることが難しい。そのため、一連の行為に透けて見える意図を考慮しなければ、複数の行為による「排除」の認定を論理的に説明することが出来ない。例えば、ニプロ事件について、「排除を示す決定的な客観的証拠を欠いている場合に、このような意図に係る証拠により補強せざるを得なかったと考えられる事案」と説明する文献があるが、この見解はあくまでも個別

107) 公取委審判審決平成18年6月15日審決集53巻195頁〔ニプロ事件審決〕228、231頁参照。

108) 公取委同意審決平成12年2月28日審決集46巻144頁〔北海道新聞事件審決〕153頁参照。

109) 白石・前掲注(108)400頁参照。

的な評価を述べたに過ぎない¹¹⁰⁾。客観的意図の概念を用いることで、この見解と同一のことを講学上の理論として一般化できるため、客観的意図が複数行為による「排除」該当性判断における判断基準であるという事が講学上の議論において説明されるべきであると考ええる。

(2) 経済合理性を有する行為による「排除」の認定

次に、経済合理性を有する行為を「排除」と認定する際の客観的意図の役割について述べる。「排除」の峻別の通説的理解は、「効率性によらない排除」であるか否かによって「排除」の正当・不当を見分ける考え方であり、「反競争的な人為的排除」等と言い表される¹¹¹⁾。人為性概念の理解に言及して排除行為該当性の判断を行ったNTT東日本事件最高裁判決では、「市場支配力の観点からみて正常な事業活動の範囲を逸脱するような人為性を有する」行為か否かによって「排除」該当性が決すると判示されている¹¹²⁾。人為性概念は、事業者が経済合理性を有さない行動をあえて選択して行ったのか否かを分析する基準であるといえる。経済合理性を有しない行為であれば当該行為の不当性が自明であるため、経済合理性の有無によって「排除」の峻別を試みる事が、多くの事例においては適当であると考えられる。

ところが、経済合理性を有する行為であっても人為性を有しているとして「排除」を構成する場合がある。その一例がJASRAC事件である¹¹³⁾。本件では、包括徴収方式を前提とした利用許諾契約に基づいた放送使用料の徴収（以下、「本件行為」）が問題とされている。ところが、包括徴収方式にはコストを節約する効果等の経済的な効率性が認められており、また、世界各国の著作権管理団体が広く一般的に用いている徴収方式でもある¹¹⁴⁾。したがって、包括徴収方式を採用すること自体は経済合理性を欠くと言えない。しかし、本件で問題とされたのは、オーソドッ

110) 泉水文雄「医療用生地管の輸入排除による私的独占」公取671号（2006年）39～40頁参照。

111) 川濱昇「独占禁止法二条五項（私的独占）の再検討」京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会『京都大学法学部創立百周年記念論文集3巻（民事法）』（有斐閣、1999年）353～354頁、今村成和・丹宗明信・実方謙二・厚谷襄児編著『注釈経済法（上巻）』（青林書院、1985年）50～53頁〔根岸哲執筆〕参照。

112) 最二小判平成22年12月17日民集64巻8号117頁〔NTT東日本事件最判〕128頁参照。

113) 最三小判平成27年4月28日民集69巻3号518頁〔JASRAC事件最判〕。

114) 田中寿「音楽著作権管理と競争政策（下）」際商40号（2012年）883～886頁参照。

クスの包括徴収方式ではなく「本件包括徴収」である¹¹⁵⁾。本件で用いられた「本件包括徴収」は、放送等利用割合を反映させない包括徴収の方法であった。放送等利用割合が放送使用料の算定に反映されないと、当該放送事業者が他の著作権管理事業者にも放送等使用料を支払う場合に、当該放送事業者の負担する放送等使用料の額が増えることになる。本件最高裁判決では、JASRACが個別徴収方式における単位使用料を著しい高額に定めたことや放送利用割合が放送使用料の金額の算定に反映されない包括徴収方式を採用したことを挙げて、「放送使用料及びその徴収方法の定めの内容並びにこれらによって上記の選択の制限や利用の抑制が惹起される仕組みの在り方等に照らせば」、「本件行為は、別異に解すべき特段の事情のない限り、自らの市場支配力の形成、維持ないし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と解するのが相当である」として最高裁判所の見解が述べられている¹¹⁶⁾。すなわち、本件行為は「包括徴収方式による放送等使用料の徴収」と、個別徴収方式における単位使用料を著しい高額に定めたことや本件包括徴収において放送等利用割合を反映させないこと等の「放送事業者に不利益を与えるる行動」から構成されているといえる。前者は経済合理性を有する一方で、後者は経済合理性を有するとは言い難く、本件行為は、経済合理性を有する行動とそうでない行動から、複合的に構成されていると言い換えることができる。

講学上の議論では、本件行為の「排除」該当性について、本件行為と排除効果の間の因果関係の有無や正常な競争手段の範囲を逸脱する人為性の有無等を考慮して判断するというのが通説的理解であるとみられる¹¹⁷⁾。しかし、従来から積み重ねられてきた「排除」の解釈と整合せず、また、排除型私的独占規制は「排除」の状態ではなく排除をもたらす行為を規制対象とするものであるため、因果関係を過度に

115) 公取委排除措置命令平成21年2月27日審決集55巻712頁〔JASRAC事件排除措置命令〕713頁参照。

116) 〔JASRAC事件最判〕528頁引用。なお、引用した文言は「なお」から始まる段落において述べられているため、最高裁はあくまで傍論において右の見解を示したに留まるといえる。

117) 詳しくは、白石忠志「JASRAC審決取消訴訟東京高裁の検討」NBL1015号（2013年）15～24頁や、泉水文雄「JASRAC事件審決取消訴訟判決（東京高判平成25年11月1日）について」公取760号（2014年）11～20頁、柳武史「私的独占の排除の解釈における排除効果の位置付け」速報判例解説15号（2014年）259～262参照。

強調することは適当ではないとする批判もある¹¹⁸⁾。また、既に説明したように、本件行為には経済合理性を有するとみられる行動も含まれているため、人為性概念の理解に基づいて経済合理性の有無から「排除」該当性を判断することも難しいといえる。このように、現行の通説的理解に基づいて、経済合理性の有無によって本件行為が人為性を有することを説明しようとすれば少なからず論理の欠缺を伴うことになる。したがって、本件行為が人為性を有するという最高裁判所の見解は、現行の通説的理解の欠点を補って説得的に説明される必要がある。

その、欠点を補う役割を果たすのが客観的意図である。JASRACによる本件行為について言えば、本件行為のうち経済合理性を有する部分に関して、どのような理屈によって人為性を有すると説明するのかという問題がある。しかし、本件行為が行われた経緯や背景事情、そして本件行為のうち、経済合理性を欠く一部の行動等から透けて見えるJASRACの意図を考慮すれば、本件行為のうち、経済合理性を有する行動についても人為性が有しているということを説明できる。JASRACが個別徴収方式における単位使用料を著しい高額に定めたことを例に挙げれば、JASRACが、放送事業者が個別徴収方式による放送等使用料の徴収を選択しないようにさせることを目的として当該行為に及んだと考える他に、合理的な理由を見出すことができない。そのため、JASRACには、放送事業者に本件包括徴収に基づく利用許諾契約を締結させる目的があったことが推認出来、当該目的から、JASRACが本件行為によって他の著作権管理事業者の事業活動を排除しようとする客観的意図が推認できる。以上から、本件においては、包括徴収方式による放送等使用料の徴収という一般的には合理的とみられる行動が、右に述べたような客観的意図のもとに行われたといえる。このように、客観的意図を考慮要素とすることで、経済合理性を有する行動を含む本件行為が人為性を有することを説明することができる。

日本では、意図の取扱いに関する議論が乏しかったが故に、客観的意図という概念を用いる論者がいなかった結果として、人為性や因果関係といった概念によって「排除」の峻別に関する議論を展開する他なかったと考えられる。実際、本件行為のうち、経済合理性を有する行動については意図の考慮が無くては「正常な競争手段を逸脱するような人為性」の有無を判断することが難しいと思われる。また、排

118) 柳・前掲注(121) 260～261頁参照。

除効果との因果関係については客観的証拠の解釈次第で如何ようにも変わりうるため、客観的意図を用いて行為の不当性を説明することが妥当である。

以上を踏まえれば、現行の限界事例における意図の役割に関する理解は不十分なものであり、JASRAC 事件のように、一見経済合理性を有するとみられる行動を含めて「排除」該当性の判断を行わなければならないような場面においては、客観的意図という概念を用いて人為性の有無による「排除」の峻別が説明されることが望ましいといえる。

2. 意図の考慮の在り方

(1) 意図による「排除」の峻別

ここまで、限界事例における違法性判断で、少なからず行為者の客観的意図が考慮されていると説明しなければ論理に不整合が生じ、あるいは説明が十分でない事例があることを述べてきた。しかし、通常、排除型私的独占行為は、不公正な取引方法の行為類型のいずれかに該当するか、過去に行われた排除行為と類似の行為に位置付けられ、意図の推認を必要とするまでもなく行為の反競争性が明らかな場合が多い。そのため、客観的意図が「排除」の成否を決するのは、あくまでも限界事例においてのみであると考える。

独禁法の保護法益に鑑みて、法が規制の対象とすべきなのは意図的な行為ではなく反競争的な行為であることは自明である。つまり、独禁法の法目的は反競争的行為を市場から取り除くことによって公正且つ自由な市場環境を維持することであり、独禁法の保護法益に照らせば、原則的には、行為が意図的に行われたか否かは考慮されるべきではないということである¹¹⁹⁾。行為の反競争性が経済的な効果等で

119) なお、場合によっては、主観的意図の補助が無くては「排除」が成立しないような場合も理論上は考えられるだろう。しかし、予てから説明されてきたように、主観的意図の正当・不当の峻別は困難であるため、主観的意図によって違法性判断を決することは望ましくないといえる。したがって、主観的意図の有無によらねば「排除」の認定が行えないような事例は、原則として競争法の規制を免れるべきであると考えため、以下では客観的意図について述べる。このような考え方は、独禁法違反の成否ではなく、刑法や民法上の規定に基づいたエンフォースメントに係る判断においてのみ主観的要素を考慮するべきとする学説上の見解と概ね整合するものである。但し、一部本稿の見解と整合しない箇所もある。白石教授は、主観的意図と客観的意図を含めた「主観的要素」について、独禁法違反の成否の外側で考慮されるべきであり、考慮されたとしても補助的

既に明らかになっている場合には、意図の正当不当の峻別を誤ることで生じうる積極過誤・消極過誤の懸念を払拭するために、意図が違法性判断を決する程の役割を果たすべきではないからである¹²⁰⁾。

(2) 日本における比較衡量プロセスの在り方

米国では私訴の件数が多く、行為事業者と被害事業者が訴訟における当事者として法廷で争うことも少なくない。そのため、被害事業者によって、行為事業者の意図に関する主張がなされることで意図の有無が訴訟上の争点となり、裁判所が意図の取扱いに言及する必要性が生じることもあったとみられる。そして、第2章で述べたように、判例形成の中で立証責任転換アプローチとして主張立証のプロセスが示されることで、反競争的意図と正当化理由としての意図の取扱いの定式化も図られてきた。

一方、日本では規制当局中心主義ともいえる法執行が行われてきたため、公取委が立件の際に被疑事業者の反競争的意図に言及しない限り、事件の中で意図の有無が争点化されることがなかった。日本における反競争的意図と主観的意図の取扱いは判例及び審判例の蓄積に委ねられてきたが、立証責任転換アプローチのように裁判実務における定式化がなされたとは言い難い。日本の学説では、2003年に、反競争的意図の正当・不当の峻別が困難なことを根拠に、反競争的意図は基本的に考慮されるべきでなく、正当化理由としての意図にのみ一定の有用性を認めるべきであるという見解が示されているが、その後は、反競争的意図と正当化理由としての意図の取扱いに関する議論はないように思われる¹²¹⁾。

けれども、東京スター事件の検討を通して述べたように、反競争的意図の有無が補助的な考慮要素としての役割を果たす場合もある。流通・取引慣行ガイドラインや独禁研報告は、不当な目的の有無が取引拒絶行為の成否において考慮される場合があるとして、一応の説明を行ってはいる¹²²⁾。けれども、実際に独禁法訴訟の如何

な役割に留まるとしている。しかし、客観的意図に関しては、前節でも述べた通り一部の限定的な場面においては違法性判断を決することもある。白石・前掲注(108)400～401頁、白石忠志『独占禁止法講義(第7版)』(有斐閣、2014年)60～62頁参照。

120) 同様の見解を述べる文献として、白石・前掲注(108)400頁がある。

121) 古川博一「単独事業者の排除行為における行為者の意図と独禁法違反の成否—行為者の意図はどのように考慮されるべきか—」公取631号(2003年)70～71頁参照。

122) 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(2・終)」公取383号

なる過程において意図に係る主張がなされるべきなのか、そして、裁判所が意図に係る主張をどのように判断・評価するのかについては明らかにされていない。その意味で、審判制度廃止が実現し独禁法執行手続の過渡期ともいえる近年の間に、米国の立証責任転換アプローチのように当事者間の主張立証プロセスの定式化を図ることが重要である。

IV. 結語

本稿では、経済分析手法の導入によって見過ごされるようになった行為者の意図が、排除型私的独占の認定において果たす役割を明らかにするため、米国の議論と幾つかの事例を検討した。端的に述べれば、本稿の議論は、競争法違反行為の評価に相応しい客観的なアプローチとして信じられている「経済分析に依拠した効果ベースの判断」の理論的根拠が、実際には行為者の意図にあるのではないかという疑問を呈するものである。

I では、日本について、意図に関する議論の整理を行ったうえで、取引拒絶事例を中心に4つの事例を分析し、日本では、意図が単独の取引拒絶行為の不当性を説明するための補助的な考慮要素とされていることと、複数行為による「排除」を認定する際に意図が一連の行為に包摂される行為を選別する基準としての役割を果たしていることを明らかにした。そして、日本では、意図がその役割を実際の事例において果たしてきたにも関わらず、そのことを説明するだけの理論の蓄積がないという課題を見出した。

II では、米国について、シャーマン法2条違反成否の判断において意図が考慮されたとみられる事例を取り上げて、どのように考慮されたのかを分析したうえで、意図の取扱いに関する講学上の議論を整理した。そして、意図が、行為が市場競争に及ぼす効果や事案における事実関係を、裁判所がより深く理解するための補助的な考慮要素とされていることと、ポストシカゴ学派によって立論された種々の経済分析手法において、行為の経済合理性の有無を判断する際に実質的に意図の考慮が

(1982年) 56頁、公取委「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」(1991年：2010年改正) 第1部 第三の1参照。

行われていることが分かった。

Ⅲでは、第1章及び第2章で明らかにした、日米における意図の取扱いに関する共通点と相違点を整理したうえで、日本の排除型私的独占規制における意図の取扱いには、客観的意図の考慮の重要性が見過ごされてきたことと、日米における法執行状況の相違を踏まえた意図の取扱いの在り方が議論されてこなかったことの2つの問題点があることを明らかにした。そして、これらの問題点について検討を行った。検討の結果明らかになった事は以下の4点である。①意図を主観的要素として一様に捉えるのではなく、認定証拠の種類に基づいて意図を分類する必要がある。②客観的事実によって認定される意図については、限界事例における「排除」の峻別基準としての役割を果たす。③この役割は、あくまでも、客観的意図によらなければ違法性判断を行うことが出来ないような限界事例においてのみ、限定的に認められるべきである。④行為の反競争性の認定において考慮される反競争的意図と正当化理由としての意図の考慮プロセスについては、明確に定式化される必要がある。

このように、本稿の議論を通して、意図には違法性判断における補助的な考慮要素としての側面に留まらず、一部の競争者排除行為の違法性成否を決する役割も担っているということを明らかにしてきた。日本の排除型私的独占規制に関する議論では、行為に付随する効果に着目した違法性評価が主流とされるようになってから、経済分析手法の導入に係る議論ばかりが注目を集め、意図・目的のような定性的な要素に係る議論は軽視される風潮があった。しかし、本稿で明らかにした事実をもとに考えれば、実際問題として意図の考慮によらなければ違法性判断を決することが出来ない場合が存在しており、「排除」の峻別を議論するうえで意図の考慮に関する議論を徹底すべきであったといえる。また、そもそも、経済分析手法の中に意図の考慮の余地を読み込むことが出来るとする米国の学説についても、これを織り込んだ上で経済分析手法の導入に関する議論が展開されるべきであるところ、日本ではそのような形跡がない。

本稿では、排除型私的独占の中でも、非価格で、且つ取引拒絶の性質を有する行為類型を中心に、行為者の意図が排除型私的独占の成否判断において果たす役割を検討してきた。冒頭でも述べたように、取引拒絶行為は違法性判断における意図の考慮の重要性が非価格性の行為の中でも特に顕著にみられる行為類型であるが、その他の非価格性の行為類型の違法性判断においても意図の考慮が重要な役割を果た

す場合がある。また、不当廉売等の価格性の行為の違法性判断においても意図が重要な役割を果たす場合がある。排除型私的独占行為の認定における意図の役割を明らかにするためには、これらの行為類型について網羅的な検討を行うことが必要である¹²³⁾。

また、近年の社会状況に鑑みて特に重要といえるのは、プラットフォームビジネスが展開される市場における、市場の特性による競争事業者の排除の競争上の不当性をどのように識別するかという問題である。近年では、科学技術の発展により、間接ネットワーク効果が内在するマルチプラットフォーム型のビジネスが産業分野を超えてあらゆる事業分野で展開されている¹²⁴⁾。多方向性のプラットフォームビジネスのもとでは、間接ネットワーク効果が働くことによって、何らかの積極的な排他行為が無くとも、市場がロックインされる等の競争者排除効果が倍加されることがある。本稿の検討の中で言及したJASRAC事件もそのような場合に該当すると言える事例である¹²⁵⁾。JASRACの本件行為によって生じていた新規参入事業者排除の効果は、包括徴収方式という事業活動の手段自体に内在していたものであり、包括徴収方式に排除効果が内在していた原因は間接ネットワーク効果である。これは、すなわち、プラットフォームによる顧客の囲い込みを通じ、事業者が市場においてある程度の優位性を築くと、容易に競争者又は新規参入者を排除することが出来るような環境が形成されるため、一見経済的合理性を有するとみられるような行動によって「排除」が行われ得るということである。

123) 実際、EUでは不当廉売事例において意図が考慮された事例が幾つかあり、EUの事例をもとに、米欧において不当廉売規制における意図の考慮の在り方が議論されている。

See e.g., Steven R. Beck, *Intent as an Element of Predatory Pricing Under Section 2 of the Sherman Act*, 76 CORNELL L. REV. 1242 (1991); ERIK ØSTERUD, IDENTIFYING EXCLUSIONARY ABUSES BY DOMINANT UNDERTAKINGS UNDER EU COMPETITION LAW (KLUWER LAW INTERNATIONAL, 2010).

124) 「コンピュータのハードウェアとソフトウェアのように、ネットワークの規模（ハードウェアの普及度等）に応じてその製品の使用価値に直接関係する補完財（ソフトウェア）の提供される量や質が決定され、そうした補完財の存在が需要者（消費者）にとっての製品（ハードウェア）の価値を左右するといった効果をいう」。IT media エンタープライズ「情報システム用語事典」〈<http://www.itmedia.co.jp/enterprise/subtop/dictionary>〉を引用。

125) 勿論、JASRAC事件における本件行為が「排除」を構成していたか否かは議論の余地がある。

プラットフォームビジネスの特性による「排除」を峻別する方法については、事例数が少ないことや近年の急速な科学技術の発展に法的議論が追いついていないこと等の理由があり、未だ十分な検討がなされていない。しかし、この問題は、例えば、ビッグデータの利活用におけるデータの集積や、人工知能の機械学習に用いられるデータベースの構築等、膨大な情報を収集することを通じた顧客の囲い込みによる市場独占に対する競争法の介入の在り方を考えることにも繋がる重要な問題である。したがって、今後引き続き「排除」の峻別の在り方を検討していく際には、このような発展的課題を視野に入れた議論を展開する必要があると考える。