

【論文】

抱き合わせ販売行為の違法性と法的制裁の程度

—法的理念形成への歴史的展開—

小野田 昌彦*

はじめに

食品産業における企業行動に関して、わたくし達は、日頃から「抱き合わせ販売」と名付けられる商品の売り方に接してきている。百貨店やスーパー、コンビニはもとより、各種専門店から外食産業に至るまで、この売り方を導入しようとする。また、消費者には見えないところで、原料調達から製造、加工を経て、流通の各段階においても、ひろく行われている。抱き合わせる商品も、日常売買される製品の販売から、サービスの提供、リース契約、特許や商標のライセンス契約の領域にまで及ぶ¹⁾。なお、本稿掲載誌の性質上、食品産業ないし食品企業の経済活動に特定して表題の内容を論及すべきではあるが、わが国においてはそれに応えるには事例が極めて稀少であるため、論旨の視座を移行することとする。

本稿は、抱き合わせ販売行為に対する法規制の歴史的展開の整理を通して、現行法制度に貫かれている「理念」がいかなるものであるのか、について考察するものである。考察全体を貫く問題意識は、以下の四点である。

第一に、はたして、単品で購入する際の単価が複数の組み合わせにより、いわゆるお買い得商品になっている場合は、抱き合わせの概念に該当するか、また、百貨店やスーパーの食料品売り場で日常的な光景となっている単品の惣菜と米飯等とを組み合わせた弁当類は、抱き合わせの概念に該当するのか。これらを考えることが、抱き合わせ販売行為の概念とその範囲を明確にすることとなる。

第二に、抱き合わせ販売行為は、そもそも、行なってはならない行為になるものなのかどうかを検討しなければならない。経済活動に従事する者が、本来の目的である利潤の追求を目指す行為の一環として、在庫商品の処分を目論むことは当然のことと言える。その行為をもって、違法であり、一定の処分ないし制裁を必要とする、とされるのはいかなる根拠と理由に基づくものであろうか。すなわち、抱き合わせ販売行為の違法性に関する認識の問題である。

* 当学科助教授

第三に、抱合せ販売行為が違法な行為であるとして、それに対する一定の法的処分ないし法的制裁について検討する必要がある。すなわち、一方ではそのような違法行為に対する制裁が必要なものであるかどうか、他方ではその制裁に採用される処分の内容がはたして妥当なものであろうか、ということである。もちろん、制裁の要否と程度は、連動して考えなければならない。

第四に、わが国においては、抱き合わせ販売行為はいわゆる独占禁止法によって規制されている。日本の独占禁止法は、アメリカ合衆国の独占禁止法制を母法として成立したものであり、抱き合わせ販売行為に対する規制についても、アメリカ法制の歴史的展開が検討されねばならない。本稿の「1.」ないし「3.」においては、アメリカ独占禁止法制の展開とその中での抱き合わせ販売行為の判例を整理する。

1. アメリカにおけるマイクロソフト社の反トラスト法違反事件

共和政体のアメリカ合衆国において、その独立を機に、近代文明の開花とともに、あたかも百花繚乱のごとく、数多くの「王様」が輩出され、しかもなお現在までその玉座は賑わいを極めている。かつては、鉄鋼王、石油王、鉄道王、自動車王、銀行王、百貨店王、綿花王などがアメリカ社会に君臨し、そのいずれもが「王国」の名に相応しい権力を行使し続けてきた。時代が下ると、人々の食生活にも大きな変化が到来し、いわゆるアメリカの味と称されるに至ったマクドナルド・ハンバーガーの創立者であるレイ・クロックは、さだめしハンバーガー王の呼び名に相応しいとも言える。

20世紀から21世紀への転換期に身をおく現在、世紀を越えた“君主政体”は、かたやウォルト・ディズニーが夢の世界を実現した「ディズニー王国」であり、こなた今や「帝王」とも称せられるビル・ゲイツことウィリアム・ヘンリー・ゲイツ三世²⁾が創設した「マイクロソフト帝国」の二つであろうと言われる³⁾。マイクロソフト社事件こそは、アメリカ独占禁止法違反事件中の、また抱き合わせ販売行為規制判例の一大焦点であった。以下、本稿の主題がマイクロソフト社の独占禁止法違反事件となるゆえんである。

(1) マイクロソフト社反トラスト法違反事件の背景

マイクロソフト社は、1975年、ニューメキシコ州アルバカーキで産声を上げた。コンピューターは、その頃までは、情報の大量一括処理を必要とする金融、交通、通信などの特定の業界における大企業中心の利用に限られてきた。しかし、企業内の大型コンピューターの端末利用に始まる小型化と、公的機関の諸施設から家庭や学校などにまでその利用範囲が急速に広がり、さらにコンピューターのもつ汎用性の拡大に伴う機器の普及は、機器

の価格の低下とともに、使い勝手の良さが何よりも求められることとなった。パーソナルコンピュータ(PC)、すなわち個人使用向け汎用コンピュータの普及である。その潮流の中で、多くの技術者がそれまでの「操作の仕組み(Operation System)いわゆるOS」を根本的に組み立て直そうと鎬を削った。画期的とも言えるコンピュータの新しい操作の仕組みを考案した当時の技術者の一人がビル・ゲイツであった⁴⁾。彼は、1981年に、IBM社に対して同社がそれまで採用してきた基本ソフト(OS)とはまったく異なるシステムを売り込むことによって、飛躍的な成長を遂げるきっかけをつかんだ⁵⁾。その後も順風満帆の歩みを遂げ、1999年末には、従業員3万人、年間売上げ額2兆円、株式時価総額60兆円という超優良企業にまで成長した。

1990年代の始まりとともに、国際社会を結ぶ人、物、情報の交流は大きく変化し、運輸業界の変革とともに情報通信技術(Information Technology いわゆるIT)の急速度の進歩と普及が起こった。それらを支える重要な役割を果たしたのがインターネット(国際通信網)であり、あたかも地球を取り巻くクモの巣のように張り巡らされた通信網から、ワールドワイド・ウェブ・ネットワークと名付けられた。家庭や職場のPCから、瞬時にして世界中の至るところと通信が可能となり、それがやがては写真映像や音声の交信にまで進化する事となる。

アメリカの経済学者ジョセフ・シュンペーターは、資本主義経済において最も重要なものは企業家精神である、と述べている⁶⁾。企業家精神とは、新しい事業を興そうとする意欲のことであり、企業家精神こそが経済発展の原動力となるものである、という趣旨である。

1990年代に始まる情報通信網の飛躍的拡充とそれを活用する情報通信機器の発達は、それとともに誕生したキラ星のごとき企業化群であった。その中から、瞬く間に、サン・マイクロシステムズ、ネットスケープ・コミュニケーションズ、オラクルなど、世界規模の情報通信システムを支える優良企業が輩出した。

(2) マイクロソフト社事件の概要⁷⁾

マイクロソフト社をめぐる訴訟事件は、本稿においてこれから論及するアメリカ連邦および州政府から提起された一連の独占禁止法違反訴訟にとどまらず、上記の同業他社から提起された損害賠償請求訴訟、パソコン機器購入者から提起された購入代金返還請求訴訟など、多岐にわたる。ここでは、本稿の表題に即して、抱合せ販売行為に関わる訴訟に限定して考察する。

1990年、連邦取引委員会(Federal Trade Commission)が、マイクロソフト社の販売方法について、調査を開始したことから始まる。時あたかもIT業界の戦国時代に突入したと

きであり、各社は一斉に、一方では自社製品の販売を拡大するために、技術開発と新製品の完成に邁進し、他方では経営効率の向上を目論んで、競合他社への働きかけや足の引っ張り合いを展開するような乱戦状態の真っ只中にあった。その最中にあって、マイクロソフト社は上昇一途を辿るかたわら、さらにありとあらゆる権謀術数を駆使したものと思われる。具体的な一例としては、同社がパソコンメーカーに対して、生産するすべてのパソコンに同社の基本ソフトを搭載すれば大幅に値引きをするというマーケティングを展開したことである。そこで、同社の企業活動を苦々しく思った連邦取引委員会が、通商における不公正な競争方法を違法とする連邦取引委員会法第5条に違反しているのではないかと疑念を抱いたものである。

1993年、連邦取引委員会は、違反事由の存在を認識しつつも、立証の困難性を理由に訴追を断念することにして、アメリカ連邦司法省にこの一連の調査を引き継ぐこととした。

1994年、連邦司法省は、マイクロソフト社の一連の行動には明らかに独占禁止法違反の事由が存在することを認識した上で、同社に対して一定の抑制効果を内容とする「同意判決」を提示した。いわば同社の今後の企業活動における自制内容を盛り込んだ「和解案」とも言えるものである。パソコンの基本ソフトという知的財産権ないし知的所有権の領域は、進歩と変化が著しく、保護と規制との一線を画する規準が極めて不明確である。そこで、同省は同社に対して、マイクロソフト・ウインドウズの操作体系(OS)とそれ以外のソフトとは「別製品」とありとし、同社のOSを購入、搭載するパソコンメーカーに対して「別製品」の購入を強要してはならない、という条項をいれた。その主旨は、いわば独占状態にあるとも言える同社は、競合する同業他社とは異なり、ある一定の行動規準に縛られている、という考え方に基礎をおいている。

1995年、マイクロソフト社は上記の同意判決案を承認し、いったんは違反調査が終結する。

1997年10月20日、連邦司法省は、マイクロソフト社を相手取って、95年の同意判決を破ったことが民事上の「法廷侮辱罪」に該当するという理由でワシントン連邦地方裁判所に提訴した。すでにOS業界においては、同社のOSソフトウインドウズ95が圧倒的な市場シェアを占め、なんとその市場占拠率は90ないし94%に達したといわれる。

この訴えは、95年同意判決違反の形をとっているが、その実態は次のとおりである。マイクロソフト社は、その圧倒的な市場支配力を背景に、自社のインターネット閲覧ソフトを普及させるために、パソコン用基本ソフトOS市場での独占的地位を悪用している、すなわち、自社の基本ソフトOS「ウインドウズ」を製品に搭載して出荷しようとするパソコンメーカーに対して、自社のインターネット閲覧ソフト「エクスプローラー」も同時に標準

搭載することを強要し続けてきた、と主張されるものである。同社の行為によって、それまではインターネット閲覧用ソフトの分野で支配的であったネットスケープ・コミュニケーションズ社は、その主導権を奪われる結果となった。このように、二つ以上のソフトが組み合わせられて販売されることこそ「抱き合わせ販売行為」に該当し、違法そのものであるとされる。パソコンメーカー側からすれば、自社の売上を伸ばすことこそ先ず重要であり、そのためには今や世界標準となったとも言える「ウインドウズ」を搭載することは不可欠であり、その際にマイクロソフト社製品であるインターネット閲覧ソフトの搭載を強要されても、到底断ることはできない。このマイクロソフト社の横暴を理由に、かねてより、メーカー側から連邦司法省に対する苦情報告や調査依頼が相次いでいた。

この訴訟は、連邦司法省が原告として提訴したことに始まるが、当初は13州の、その後は20州の参加をみることとなった。

この提訴に対して、マイクロソフト社側は、反撃のために300万ページを超える証拠文書を作成し、同社の行為は抱き合わせ販売行為には該当しない、司法省の認識は明らかに誤っている、との主張を展開した。

「抱き合わせ販売」に関する従来からの概念は、通常、まったく関係のない製品を複数組み合わせで販売する(押し付ける)ことを意味してきた。司法省は、基本ソフトとブラウザー(応用ソフト)とはまったく別の製品である、という認識を前提として主張を展開する。それに対するマイクロソフト社側は、インターネット閲覧用ソフト「エクスプローラー」は基本ソフト「ウインドウズ」の機能を補完するものであり、別製品ではなく、一つの商品における「統合」であるから、別製品の購入の義務付けにはあたらないうえに、ブラウザーは無料添付であって消費者の不利益にはあらず、むしろ消費者の期待するところである、と主張する。

1997年12月11日、上記の訴訟事件を審理するワシントン連邦地方裁判所(ジャクソン裁判官)は、マイクロソフト社の基本ソフトウインドウズ95から、閲覧ソフトのインターネットエクスプローラーを消去した製品もパソコンメーカーに提供しなければならない、この操作は技術的に大して難しいことではない、とする仮処分決定を出した。

争点となったのは、ウインドウズ95からインターネットエクスプローラーを削除したら基本ソフトは機能しなくなるのか、である。画面上のアイコン(ボタン)などを削除すればインターネットエクスプローラーは動かなくなるが、基本ソフトウインドウズ95にはまったく支障はない、と裁判所は判断した。

マイクロソフト社は、この裁判所決定に対して、同決定の内容は技術的に大変困難さを伴う、同決定に至る法的手続には誤りがある、として同決定の不当を理由に控訴した。

その一方で、同社は、同決定に則する当面の具体策として、強制ではなく従来通りの二つのソフトを組み合わせたモデル、正常に機能しないおそれはあるがインターネットエクスプローラーを削除したモデル、インターネットエクスプローラーと一体的でない古いモデル、の三つのいずれかを選択することができる、とパソコンメーカー各社に通告した。

1998年5月18日、マイクロソフト社から基本ソフトウインドウズ98の発売されるに伴って、アメリカ連邦司法省および13州の州政府は、反トラスト法(独占禁止法)違反の容疑で、ワシントン連邦地方裁判所に提訴した。違反容疑事実は、基本ソフトウインドウズ98があらかじめインターネット閲覧用ソフト(ブラウザ)を組み込んで発売したことが、反トラスト法で禁じている「抱き合わせ販売行為」に該当するというものである。この訴えに対して、マイクロソフト社は、当社は反トラスト法を遵守しており、本件訴訟が消費者にはもとよりハイテク産業全体に対しても不利益をもたらすものであり、ひいては好調が続けるアメリカ経済にも重大な悪影響を与えるものであると反論した。

また、この訴訟と平行して、連邦控訴裁判所は、ウインドウズ98の販売には連邦地方裁判所の仮処分決定の効力は及ばない、と判決した。

1998年6月、同連邦控訴裁判所は、上記連邦地方裁判所の仮処分決定を破棄した。その判決理由は、たとえ抱き合わせ販売であっても、「確実な消費者利益」を生み出すものである限り違法とするにはあたらない、というものであった。

1998年10月19日、アメリカ連邦政府司法省および(13州から増え)20州の州政府がマイクロソフト社を反トラスト法違反で訴えた裁判の審理が、ワシントン連邦地方裁判所で開始された。原告の主張は、同日の初公判において、パソコンのOS(基本ソフトウエア)市場で圧倒的なシェア(市場占拠率)を有するマイクロソフト社が、その独占的な地位を利用して、自社のインターネット閲覧用ソフトを搭載したOSの購入をパソコンメーカーに強要し、市場における公正な競争を阻害したものである、とした。翌20日に行われた被告マイクロソフト社の反論は、原告の主張を前後の脈絡と無関係に恣意的に抽出したものとして批判したうえで、自社はこれまであくまでも合法的な手段で市場競争を勝ち抜いてきたものである、と強調した。

1999年11月5日、ワシントン連邦地方裁判所は、マイクロソフト社が連邦および州政府から反トラスト法違反で訴えられている裁判に関して、同社は基本ソフト(OS)市場で独占的地位にあり、その影響力を濫用して公正な競争を阻害し、消費者に不利益を与えた、とする「事実認定」を公表した。これは、判決を導く裁判所の基本的な認識を表明するもので、正式判決の「判決理由」の内容ともなるものである。この事実認定では、同社の独占の理由として、約90%を超える市場占拠率の大きさ、技術的にも他者の市場参入が容易では

ないこと、商業的に同社のウインドウズに代わるOSがないこと、の三点が主たる根拠を成している。

2000年4月3日、ワシントン連邦地方裁判所は、上記の事実認定を基礎に、マイクロソフト社は市場占拠率(シェア)が基本ソフト(OS)で95%に達しており、独占的な地位にあると認定し、そのうえで、独占状態を維持するためにパソコンメーカーやインターネット・プロバイダーに対して自社ソフトの組み込みを強要してきた、すなわち反競争的手段で独占的な地位を維持している、このことは明らかに独占禁止法に違反していると判断した。具体的には、競合他社であるネットスケープ・コミュニケーションズ社のインターネット閲覧用ソフトナビゲーターとサン・マイクロシステムズ社のJavaとを引用しながら、マイクロソフト社にとってはこのような他社のソフトは「トロイの木馬」であり、いったん市場に広まると他社の基本ソフト(OS)の拡大を許すこととなるというおそれを抱くことになった。そこで、同社は、パソコンメーカーにナビゲーターと競合する自社製品のインターネットエクスプローラーを抱き合わせて販売を進めるうえで、エクスプローラーから他社のソフトへの切り替えを技術的に困難にさせるなど、排他的な行為を行い続け、さらにインターネット・プロバイダーには、エクスプローラーを無料でライセンス(使用許可)してきた。判決は、これらの一連の活動を通して、マイクロソフト社の商法は、全般的に市場からライバルを放逐するものである、との判断を示した。その一方で、それまで一貫して原告側が違法と主張し続けてきた抱き合わせ販売行為については、「違法とは言えない」として、マイクロソフト社側の主張の一部を認容した。

2000年6月7日、ワシントン連邦地方裁判所は、上記4月判決を受けて、市場における競争構造を復活させる措置として、マイクロソフト社に対して分割(分社)命令を下した。具体的には、基本ソフト(OS)を扱う部門と、ワープロソフトやインターネット閲覧用ソフトなどの応用ソフトを扱う部門とに分けるという、企業分割を内容とする。

2000年6月13日、マイクロソフト社は、連邦地方裁判所による自社の2分割案を内容とする是正措置命令に対して、ワシントン連邦高等裁判所に控訴した。

2001年6月28日、ワシントン連邦高等裁判所は、マイクロソフト社の反トラスト法違反事件に関して、同社に二分割を命じた連邦地方裁判所の第一審判決を破棄し、同地裁に審理のやり直しを命ずる差し戻し判決を下した。判決の主旨は、地裁による分割命令が、同社の経営に深刻な打撃を及ぼし、独占状態に対する是正措置としてはむしろ行き過ぎた内容であり、かえって消費者の利益を脅かすものとなる可能性もある、と判断したと思われる。この差し戻し判決を受けて、連邦地方裁判所は、第一審判決と同じ分割命令を出す可能性は事実上ない。

ここまでマイクロソフト社事件の推移を辿った結果、さらなる検討を要すべき以下の問題点が生まれてくると思われる。それは、第一に、後述するアメリカ独占禁止法制の具体的運用をめぐる思想的対立とその変遷の中で、市場競争を重視する自由主義的競争原理には公権力の介在に一定の限界を認める傾向が顕著となった、と断言しうるものかということである。すなわち、産業全体に対する規制の考え方が定着したと見るべきか、それともマイクロソフト社を中心とする通信産業界に特有の現象であって、普遍性をもつものではないのかという疑問である。第二に、現代社会における通信産業の主役を担ういわゆる「IT関連産業」に関して、その保護と規制を内容とする「IT法学」の構築が提言される中で、産業構造全体ないし個別産業を取り巻く法制度の抜本的な見直しを求められ始めているのではないか、と思われることである。今後は、個別の産業ごとに、さらには個々の企業の経済活動に着目した法制度の立案と運用が求められる時代を迎えたように思われる。第三に、さらにその中であって、食品産業の持つ構造的および経営的な特殊性に着目する「食品法学」なるものの構築が果たして可能か、ということである。これらの問題点に対する考究は、他日を期すこととする。

2. アメリカの反トラスト法制

ここでは、本稿の課題である抱き合わせ販売行為に対する法的規制の範囲で、アメリカ独占禁止法の制度と法思想について概観することにより、上記マイクロソフト社事件の推移を理解する一助としたい。

(1) 連邦反トラスト法の成立

アメリカ合衆国の独占禁止法制は、一般に「反トラスト法(Antitrust Laws)」と呼ばれる。アメリカにおける「独占」の形態は、その独立当初から開拓の歴史の中で次第に発展し、19世紀後半になると鉄道、石油、砂糖、綿、鉛などの産業において、個々の事業者の財産を株式「信託(Trust)」の方式をとって特定の少数事業者に委ね、企業結合体としての資本の集中をもたらしたことに起因する。このことは、北アメリカ大陸の発展に大いに寄与することとなったが、その一方では次第に反対運動が盛り上がり、やがては規制法制として立法化されるに至った。日本における独占禁止法制の基本法となった「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」(いわゆる独占禁止法)は、アメリカ合衆国においては反トラスト法と総称されている制度に範をとったものである⁸⁾。

1890年、アメリカにおける反トラスト法として、最初の実定法である「シャーマン法」が制定された。これが、独占禁止法制の基本法となるものである。同法の第1条は「取引制限

(restraint of trade)」を規定し、その第2条は「独占化(monopolization)」を禁止している。

シャーマン法は、事業者が自己または第三者のために営業者の営業と競争的な性質の取引をしてはならないという「競争避止義務」および競争関係にある独立した複数の事業者間で協定等の結合状態を作り、その結果市場のメカニズムを集団の力によって直接阻害する「カルテル」などの取引制限を禁止した。同法は、私的独占の形成および維持を制限する目的をもって制定されたものであるが、大陸開発の最盛期にあった当時のアメリカでは、まだ取引制限や独占化といった抽象的な概念に関する明確な定義や解釈が確立されていなかった。また、同法は、いわば後の社会権の基本権の思想をその萌芽として包摂したかのような社会保障ないし社会厚生への配慮を盛り込む一方、企業経営における効率性の向上、中小自営業者への積極的支援策、個別事業者に対する市場での競争参加の均等な機会の確保などを理念とした。その結果、同法の主たる目的が不鮮明となり、反競争的行為を規制するという本来の立法趣旨には即応しないものであると認識されていた。しかしその一方、同法は、なんらかの実効性を確保するために、司法省反トラスト局および連邦取引委員会に対して、直接に刑事罰の賦課強制を科する権限を与え、さらに競合事業者に対しては民事上の差止命令の請求権や損害賠償請求権などを認めることによって、様々の調整機能や法的救済措置を規定した。

合衆国連邦最高裁判所は、1911年、スタンダードオイル事件⁹⁾において、シャーマン法第1条に対する新たな解釈を展開した。同条は、それまで法文上「市場におけるあらゆる取引制限」を禁止する趣旨であるとされてきた解釈に対して、「合理性の原則」を適用することとした。すなわち、市場競争における「不当な(unreasonable)取引制限」のみを禁止するものとする制限的な解釈を施したものである。この解釈動向に対しては、強い懸念が提起されることとなった。すなわち、かりに反トラスト法違反が問題となったとしても、おそらく裁判所はシャーマン法の運用に消極的な姿勢をとるであろうから、経済活動に対する規制のルールを形成する上で、広汎な裁量権の行使を容認する結果をもたらすこととなる、というものであった。そこで、この批判をかわす対策として、同法の解釈および適用における違反行為類型の明確化と、民事訴訟を通しての損害賠償および差止請求や行政強制を用いた事案の処理が求められることとなった。

1914年になって、アメリカ独占禁止法制の基本法ともいえるシャーマン法を補完するものとして、「クレイトン法」と「連邦取引委員会法」が制定された。前者のクレイトン法は、シャーマン法で問題となった違法類型を明確化する趣旨で、価格の差別化や取引事業者間における排他条件付の取引などを違法とし、また競合事業者の株式を取得するなどの行為も違法とすることによって、市場における競争を阻害するおそれあるいは独占状態を形成

するような懸念を払拭しようとするものであった。

後者の連邦取引委員会法は、連邦取引委員会を創設した。この組織は、三権分立制度の枠の中で、本来の行政権限に加えて、準立法権限および準司法権限の行使を認められるいわゆる第四権の機関、すなわち「独立規制委員会(independent regulatory commission)」、あるいは別称「行政委員会」の一つである。同委員会は、準立法権限に基づいて、「不公正な競争方法の禁止」という一般条項を具体化、明確化する細則の制定を通して、具体的な違反行為類型を指定することができ、これとあわせて、準司法権限の行使として、行政手続に基づく排除措置命令を出すことによって、市場の競争状態を迅速に回復させる機能を果たすことも可能となった¹⁰⁾。

クレイトン法に関しては、連邦司法省と連邦取引委員会とが、いずれも独自に強制的な執行権限を行使することが認められている。また、連邦取引委員会は、アメリカ法特有の司法判例の蓄積を通して、「不公正な競争方法」に対する規制の一環にシャーマン法における違反行為をも取り込むことが可能となった結果、実質的にはシャーマン法に対する違反行為についても排除権限を有することとなった。

このようにして、競争市場における阻害行為に対しては、上記三法が連動することにより、連邦司法省および連邦取引委員会のそれぞれに対して、同等の執行権限を付与するアメリカ特有の反トラスト法執行体制が確立された¹¹⁾。

(2) アメリカ反トラスト法制の展開過程

アメリカにおける反トラスト法制の運用および展開の過程は、一般的に、シャーマン法の制定に始まる1890年から、クレイトン法、連邦取引委員会法の制定を経て1940年頃までに至る時期を第一期、続いて1940年頃から第二次世界大戦を経てベトナム戦争終結に至る1970年代中期までの時期を第二期、それ以降現在までを第三期、として把握される¹²⁾。ただし、1980年代後半以降は、企業の経済活動を中心として急速に進展したいわゆるグローバル化の動向によって、大きく変貌を遂げざるを得なかった。したがって、法の解釈および適用に関しても、それまでの流れとは一線を画して論じなければならない。このことは、前記マイクロソフト社事件に対する連邦司法省および裁判所の判断の拠って立つ見解の相違に現れるところである。

第一期は、反トラスト法制の基本的な枠組ないし体系が、司法判例の累積に伴って、ほぼ1940年頃までに確立された時期とみなされている。しかし、この期間における反トラスト法の市場に与えた強制力や企業活動に及ぼす影響力はそれほど強力なものではなく、カルテルを通じた企業結合や独占的な企業に対する規制ないし取り締まりはほとんど実施さ

れることはなかったとみられる。1919年に始まる酒の製造、販売、輸送が全国的に禁止された禁酒法の施行に伴って、同法違反行為は脱税犯罪として別途の摘発対象とされた。1920年代の独占禁止体制は、わずかに事業者団体の活動および経済活動における不公正な行為に対する規制が行われたのみであり、マフィアによる大規模なシンジケート組織に対する執行は形をなさなかった。さらに、1930年代にはいると、世界的な経済大恐慌に続く不況期に直面した結果、ルーズベルト大統領の手になるニューディール政策の導入が、政府自ら各産業界におけるカルテル結成を積極的に奨励することとなり、この政策実現には司法界も追従せざるを得なかった。

第二期は、1940年代から始まったとされる。市場支配を実現した強い独占力を有する企業ないしその事業者に対する規制が、本格的に行使され始めた時期である。シャーマン法第2条が禁止する企業の独占化に関して、その解釈と適用の見直しが推し進められ、市場支配力を有する企業に対する規制が強化された。経済活動に対する規制というよりも、市場における独占力そのものを罪悪視する傾向が強まり、いかにしてそれまで市場を支配するに至ったかという経過に関してまで違法性の有無を判断し、広汎な裁量に基づいて経済活動に対する種々の是正命令が発せられたこととなった。また、強力な市場支配力を有する企業が不当な原価割れ販売を実施し、あるいは地域的な価格の差別化を持ち込むなどの行為に対しても、同法が適用された。

アメリカにおける反トラスト政策は、後述するように、その基本理念および目標とするところに大きく二つの思想的対立と現実の運用面に現れる変遷があった。1960年代に入ると、ハーバード学派と名付けられる一群の政策提言集団は、市場支配を確保した独占企業に対しては、個々の経済活動を規制するのではなく、むしろ企業本体を分割することによってその独占力を解体するべきであると主張し始めた。さらに、特定の産業界における寡占状態は、市場占拠率を支配する上位数社が常に超過利潤を得ているという認識に基づいて、例えばカルテル等の企業結合や新規参入業者に対する障壁の構築などの行為に対して個別に対応するよりは、その当該企業を分割することを通して、市場構造全体の再構築を図るべきであるとする提言がなされた。

独占や寡占等の市場における垂直的な関係の是正策に加えて、対等な事業者間ないし企業間における競合相手の経済活動に対する阻害行為を規制する、いわゆる水平的制限規制がある。裁判所における度々の判例の集積は、例えば、特定の複数業者間で結ばれる価格協定、いわゆる価格カルテルはもとより、市場分割を図り相互に一定の市場を確保しようとする協定、いわゆる地域カルテルや、事業受注における入札にあたっては事前に談合等の打ち合わせを通して事業参加の配分を調整する行為、あるいは新規参入業者を当該市場

から排除する阻害行為、いわゆるボイコットなどを当然に違法であるとした。

また、いわゆる垂直的制限規制についても、同趣旨の判例法の確立が見られた。すなわち、産業界における経済力の格差は支配と服従という上下関係を生み出すこととなり、その結果、優位に立つ有力業者は劣位に置かれた取引ないし関連業者に対して、再販売価格維持行為を取り入れて卸売業者や小売業者の経済行為に一定の制約を課す行為、あるいは販売地域を区割りして個々の業者の活動領域を限定するいわゆるテリトリー制や対象顧客を分割する行為、さらには自社とのみ取引をするように強要する専売店契約、いわゆる一店一帳合制、抱き合わせ販売の強要を内容とする契約などを採用しがちである。これら一連の行為は、経済力の弱い中小ないし零細業者の自由な意思決定と活動を阻害するものであり、また販売価格の決定をめぐる、製造業者が販売業者に差別的な取扱いをする行為も含めて、厳格な違法性規準の適用が認められ、規制の対象とされた。

この時期においては、企業の経済活動に対する厳格な見方が主流となっていることを受けて、企業合併に関しても、とりわけ同一の産業界における対等事業者間の水平合併は一切容認されない風潮が確立された。企業の合併は、なべて寡占市場の形成を促進するものであり、経済市場における健全な競争構造を阻害する結果を惹起するものに他ならない、という否定的な評価が底流を成していた。私的な経済力の集中は、極力事前に排除しようとする意図の表れである。

第二期の後半、すなわち1950～60年代には、反トラスト法の運用は大幅に拡大した時期である。当時のアメリカは、いわゆる「黄金の時代」と称せられるような、圧倒的な国際的経済力を発揮し続けた頃であった。当時は、引き続きハーバード学派の提言が主潮を形成し、産業構造全体の調整を主たる目的とする「構造規制」の理論を背景として、独占規制および寡占対策を根拠としての企業分割が積極的に取り入れられた。それに加えて、社会法思想の部分的導入に裏打ちされたものか、反トラスト法制の目標とするところは、ひとり経済的価値の世界における調整機能にとどまらず、政治的および社会的価値の実現も重視すべきものとされた。このため、単に企業行動に対する個別規制や合併等を監視する構造規制を超えて、中小自営業者を積極的に保護する施策や市場における競争への参加の機会を均等ならしめる施策の実現を目指して、行政権の経済界への積極的な介入を容認する反トラスト法制の運用が主流となっていた。こうして、経済的に優位な製造業者が中小販売業者の意思決定に大幅な拘束を加えるような垂直的制限に対しては厳格な規制が必要であるとされ、さらに私的な経済力の集中を生み出すような水平合併および垂直合併を複合的に組み合わせる混合合併に対しても厳格な規制が加えられるようになった。さらに、全国的な大規模製造業者から地域的な中小販売業者を保護するために、原価割れ販売の強要や

小売業者に対する価格の差別化などの行為にも厳格な規制を加えること、および全国的な大規模流通業者ないし小売店から地域的な中小販売店を保護する目的で、仕入れおよび販売価格における差別的取扱いや不当廉売に対しても厳格な規制を加えることになった。

1970年代後半に始まる第三期は、いわゆるシカゴ学派の台頭を見ることとなり、反トラスト法制の運用は大きな転換期を迎えた。それまでの、一国の経済構造全体を監視し、立法、行政、司法三権相携えて国家権力みずから積極的に調整機能を発揮する基本的な考え方から、その時々々の経済分析、市場分析を重視し、個別的、具体的な介入にとどめるべきであるとする主潮に代わったものと思われる。

この考え方を受けて、独占企業に対して加える規制の理由は、市場における独占状態はそれ自体が経済活動における正当な行為とみなすことはできず排除されるべき行為であると解釈することにより、シャーマン法第2条が禁止する独占化を生み出す違反行為として把握し、その行為を規制することを通して独占状態そのものを是正するという論理に立脚している。これは、すなわち、経済構造におけるある一定の状態を、それを生み出した経済行為の集積と捉え、それを法的に規制することで足りるとする「行為規制」に立脚する理論である。取引相手の意思を阻害するような価格の設定、いわゆる略奪的価格設定についても、価格決定における自由競争の促進を前提とする傾向に即して、規制規準が大幅に緩和されることとなった。また、寡占状態に対する対策も、シカゴ学派の行為規制理論に基づく政策提言を背景に、カルテルに対する規制の考え方に準拠して処理されることとなった。

この行為規制理論の台頭は、司法的処理の段階における解釈と適用についても大きな転換をもたらすこととなった。すなわち、優位業者から劣位業者に対する販売地域の制限行為や顧客限定制限行為、あるいは価格設定における最高額の制限行為など、種々の垂直的制限に対する規制に関しては、判例法上、それまでの「当然に違法の原則」から「合理の原則」へと変更される結果をもたらした。しかしながら、たとえこの合理の原則の下でも、公正な競争にとって事業活動が関連市場にもたらすであろうと認められる悪影響が存在する場合には、規制を免れない。その結果、その悪影響の認定を基軸として、事業者間における垂直取引関係においてかつ価格形成には直接関わらないような制限行為については、法的側面からの規制は大幅に緩和されることとなった。また、いわゆるフランチャイズ・システムのように、多種多様に組み合わされた複合的な垂直的取引関係で、かつ価格設定には直接の影響をもたらさない販売契約の形態も法的規制を免れることとなった。

行為規制理論によると、合併規制に関しては、上記のように寡占に対する評価が転換したことから、客観的、経済学的な見地から関連市場の画定を導入し、合併がもたらす影響を

受けるであろう範囲および程度いかに個別に認識すること、さらにはこの当時の経済状況が現実的に関連市場の拡大傾向にあること、などを理由に水平合併は大幅な緩和が認められ、それに伴って垂直合併および混合合併についても行使が容易になった。しかし、合併行為はすべて許容されることとなったかという点、一方では、対等の競合事業者間の水平的関係においては、事業受注に際しての入札談合、弁護士、公認会計士等の知的専門職における広告規制や事業所の分散などの取り決め、あるいはサービス産業における各種の取り決め等にまで規制範囲が拡張することと、時には同時に刑事罰を科すことなども導入し、必ずしも合併そのものを野放しに認容するわけではないとして、一定の抑制策も併せおくこととした。

構造規制理論から行為規制理論への転換を主潮とする第三期は、経済効率を最優先しようとするシカゴ学派の政策提言が、それまでの反トラスト法制的解釈と運用を大きく軌道修正する結果をもたらした。1980年代に入ると、反トラスト法を中心とする経済規制立法全体が、きわめて影の薄い存在になった。連邦司法省および連邦取引委員会は、価格協定締結等のカルテル行為など、個別の企業活動における違反行為の摘発に重点をおいた。したがって、企業合併に対する規制は大幅に緩和され、再販売価格維持行為を内容とする価格協定などの垂直的な事業者間における制限行為についても同様であった。この当時のアメリカは、ベトナム戦争と貿易収支からもたらされた膨大な国家財政の危機的状況に見舞われていた。外国企業の進出や先端技術分野におけるアメリカ企業の劣位性が、いやがうえにも自由放任主義を旗印として国を挙げての産業支援にまわらざるを得ないという経済実態と相俟って、企業活動に対する法的介入は可能な限り限局的でありたいとする考え方に裏付けられたものと思われる。

(3) アメリカ反トラスト法制的の基本理念と目標

アメリカの反トラスト法制的は、「資本主義の砦」と称せられ、「自由の憲章(charter of freedom)」とも呼ばれてきた。これは、あたかも、一国の経済構造は私企業の集合体によって構成されるべきとする体制を、その基盤とするアメリカ資本主義の象徴的な存在とも言える。反トラスト法制的は、私企業体制と資本主義経済を健全な形で保持し運営していくための基本秩序を支えるものであり、私企業の活動を自由に展開させ、さらにその活性化を図ることを基本理念とするものである。

アメリカ反トラスト法制的の政治思想的源流は、トーマス・ジェファークソン、アレクサンダー・ハミルトン、ジェイムズ・マディソン等のアメリカ史における「建国の父祖(founding fathers)」の政治思想に求めることができると考えられてきた。また一方、法制史的な源流

は、イギリスのコモン・ロー(common law)の精神に求めることができるとも言われる。「建国の父祖」の政治思想とは、独立戦争の前後を通じて培われてきた自由主義、平等主義、分権主義であるとされる。これらの諸原理の背景をなすものは、アメリカ合衆国憲法の大原則である「権力分立(separation of powers)」および「抑制と均衡(checks and balances)」の制度、ならびに連邦政府と州権との並存を基礎とする連邦主義として具体的な形を取って表わされた。これらの主義を支える思想の根底には、「権力の集中に対する嫌悪感」が流れていると考えられる。政治権力の集中に対する嫌悪感の思想は、このような思想から派生する当然の帰結として、経済権力の集中にも向けられた。経済社会における権力の集中は、政治権力のそれと同様に好ましからざるものであって、他者に対する圧政に結びつき易いと考えられたものであろう。この考え方を基盤として作り出された反トラスト法制は、アメリカ的価値観に基礎付けられた法制度であり、価値の多様性を基礎的理念とする「多元主義(pluralism)」に立脚するものといわれている¹³⁾。

アメリカ反トラスト法が目指す最終的な目標(goal)は、いったい何?で、どのような結果を想定していると考えなのか、をめぐってはアメリカにおいてかねてより論争が続いている。それは、たとえば独占化規制とか寡占規制などの個々の論争において、反トラスト法の解釈と適用をめぐるハーバード学派とシカゴ学派との、その時々の方針提言の違いからくる思想的対立に端を発する¹⁴⁾。

この両学派の対立点は、きわめて大雑把に整理すると、まず、第一段階として、ある特定の違法事由が問題になった際には、その違法性の判断基準を「当然に違法の原則」で評価するか、それとも「合理性の原則」によって判断するか、による差異に基づくことに始まる。次に、第二段階として、違法と判断された企業活動ないしビジネス行為に対する制裁の発動をめぐり、「構造規制」の理念に立脚して、例えば企業分割命令を出すなど、産業構造全体を根本から組み立て直す前提で対処するのか、それとも、「行為規制」の理念の上に立って、その時々の方針提言の経済活動から生まれる個々の違法事由を是正することにとどめるのか、の選択の違いが生まれる。反トラスト法の展開第二期の後半までは、前者の理念に立脚するハーバード学派の方針提言が主流をなしたが、やがて第三期にさしかかると、後者の理念に立脚するシカゴ学派が急速に台頭することとなった。むしろ、シカゴ学派が、反トラスト法の運用をめぐる方針提言において、優越的な地位を占め始めた時期をもって、第三期の始まりと見るほうが正鵠を得ているとも言える。

1970年代から80年代にかけて、反トラスト法の運用をめぐる大きな政策転換が行われたが、そのことは従来優位を保ってきたハーバード学派による方針提言から、シカゴ学派への主潮の変化と表裏をなすものである¹⁵⁾。

シカゴ学派は、「消費者の福利 (consumer welfare)」および経済における「配分上の効率性 (allocable efficiency)」こそ、反トラスト法制の主要な目標であると主張する。この考えに対しては、反トラスト法制は単に経済的価値の実現だけを目指すものにとどまらず、政治的および社会的価値の実現もあわせてその目標とする、と見るべきであるとする有力な反論も展開された。そこで、反トラスト法制の基本的な思潮の転換にあたって、その解釈と適用に関する基本的な認識は次のように要約される。

第一に、シャーマン法に始まる反トラスト法制の制定時期は、19世紀末の社会権的人権の思想が生まれ、国家権力の積極的な関与を内容とする新しく認識される国の役割と機能も視野に入れての政策立案を盛り込んだ立法の経緯からすると、当時の連邦議会は、明確な特定の目標を掲げていたとは思われず、いくつもの競合ないし対立する目標を多面的、複合的に同時に達成しようとしていた感が否めない。当時のアメリカは、その意味で、国家のあり方と基本的な経済体制との関係について、明確な形を想定してはいなかった。

第二に、反トラスト法制は、他のすべての法律とまったく同様に、時代の趨勢によって変化していくことはあらためて言うには及ばない。したがって、制定当初の連邦議会の意図 (original intent) つまり立法意思が後世を拘束することはありえない、と考えるべきこともこれまた言をまたない。

第三に、制定当初の反トラスト法制が多様な目標を掲げたことはそれとして、それが今日、経済における効率性 (efficiency) に最大の価値をおき、その価値観を基礎として違法性の判断と制裁措置の選択を行うという運用がなされていることは事実である。国際社会における経済競争の激化にともなって、アメリカにおける採用される経済政策は、必然的に、反トラスト法制の運用においても経済的な効率性を優先させなければならなくなることは言うまでもない。この傾向は、これまで累積してきた判例法を通してみると、反トラスト法制を貫いている理念は、単に競争業者を保護するものではなく、あくまでも市場における競争構造の維持を保護しようとするものである、とみなして間違いはない。

3. アメリカにおける抱き合わせ販売契約に対する法的規制の推移

ここでは、今回のマイクロソフト社の事件に関する一連の経過を検討するために、アメリカにおいてこれまで展開されてきた「抱き合わせ契約」をめぐる法解釈と判例の動向を概観する。

(1) 「抱き合わせ販売」の概念

抱き合わせ販売契約 (tie-in contract) とは、一般に、売り手がある一定の商品またはサー

ビスを販売するに際し、買い手に対して他の商品またはサービスを併せて購入することを販売条件とする契約、を言うと言われる。抱き合わせ販売契約においては、買い手が欲するその契約の本来の内容である「抱き合わせる商品(tying product)」と、(買い手にとっては基本的に不本意にも)付加される「抱き合わせられる商品(tied product)」との両者が結合されており、前者を購入するために後者の購入が義務付けられることとなる。抱き合わせ販売契約が反トラスト法上の問題となるのは、売り手が買い手に対して優越的な地位を利用することにより、買い手にとっては本意ではない不当な条件を強いるところにある¹⁶⁾。

反トラスト法の抱き合わせ条項(tie-in clause)が発動される場合には、おおむね次の三類型が考えられる。第一に、「特許」のライセンスに関する抱き合わせ販売契約である。特許権を保有する「ライセンサー(licenser)」が、「ライセンシー(licensee)」すなわち当該特許の使用許可(license)を受けた者に対して、ライセンシーが製品の製造を行うにあたっては、原料や部品等をライセンサーが指定した者から購入することを義務付ける内容の契約形態が世上多く見受けられる。また、パッケージ・ライセンス(packaged licenses)と呼ばれ幾つかの特許を一括してのみライセンスするという件については、複数の特許がいわば抱き合わされて売買されていることとなる。マイクロソフト社事件で問題となったパソコンソフトは、まさしくこの知的財産権ないし知的所有権の領域の事柄である。第二に、いわゆるブランド・マークに代表される「商標」をめぐる、抱き合わせ販売契約が問題となることが多い。製造業者が卸売業者または小売業者に与える一定地域の独占的一手販売特権を賦与したり、あるいはファーストフードチェーン店などの業界においていわゆる「のれん」を用いての販売特権を賦与するなどの契約内容に基づいて、連結し合う業者間の関係を「フランチャイズ・システム(franchise system)」と呼ぶ。権利賦与者である「フランチャイザー(franchiser)」が、トレードマークとしての商標やデザインなどの意匠を使用することを許可する権利、すなわちライセンスを賦与した「フランチャイジー(franchisee)」に対して、その事業活動に使用する一定の物品を、フランチャイザーまたはその指定する者から購入することが義務付ける内容の契約を締結する行為が、抱き合わせ販売契約に該当する。第三に、機械等の賃貸借契約、いわゆる「リース(lease)契約」において、その契約の条件として、貸し手側が、その機械に関わる原料、材料、物品等を併せて購入する義務を借り手側に課すような契約類型が抱き合わせ販売契約に該当するものとして問題となる¹⁷⁾。

これらの抱き合わせ販売契約が法律上問題となる根拠は、その行為が「経済力の行使」の名を借りた権利の濫用と見ることができることにある。買い手が欲する本来の取引内容をなす「抱き合わせられる商品(tied product)」の分野において、一方では他の競争者を排除することとなり、他方では買い手の取引先選択の自由を奪うこととなる、というのが反トラ

スト法から見た問題となる。

マイクロソフト社をめぐる事件の争点は、当初、基本ソフト(ＯＳ)のウインドウズとインターネット閲覧用ソフトとの組み合わせ販売が、抱き合わせ契約に該当するのかが問題となった。「抱き合わせ」の概念を構成する基本的な認識は、tying productとtied productとの間に、各々が別個独立した、相互依存性のない商品を抱き合わせた場合を意味する。一方の商品の販売が、他方の付加なしに成立するものである限り、それらを組み合わせる行為は抱き合わせに他ならない。マイクロソフト社事件の問題は、基本ソフトウインドウズは単体で販売することが当然可能であるから、インターネット・エクスプローラーを組み合わせることは抱き合わせ販売の認識が濃厚になるが、反対に、エクスプローラーは基本ソフトウインドウズによって起動するから、両者は一体不可分のものとなる、というところにある。

(2) 抱き合わせ販売契約に適用されるアメリカ反トラスト法上の適用法条項と違法性の認識

ここでは、抱き合わせ販売契約に適用される反トラスト法上の適用法条項について、その解釈と適用が、反トラスト法制史上の思想的変遷とどのようにあいまって今日まできたのかを概観する。また、その変遷にともなって、その時々为代表的な事例の事実の概要と法適用の内容を摘記しながら、マイクロソフト社事件に至るアメリカ法制の大きな流れを把握することが目的である。抱き合わせ販売契約に適用される法条項は、シャーマン法第1条、クレイトン法第3条、連邦取引委員会法第5条の三か条である。

シャーマン法第1条は、事業者間の取引制限について規定する。その法文は、『州間もしくは外国との取引または通商を制限するすべての契約、トラストその他の形態による結合または共謀は、これを違法とする。ここに違法とする契約を締結し、結合し、または共謀する者は重罪を犯したものとし、有罪の決定があったときは、法人の場合には1,000万ドル以下の罰金に処し、その他の者の場合には35万ドル以下の罰金もしくは3年以下の禁錮に処し、もしくはこれを併科する。』と規定する。

クレイトン法第3条は、有体物商品の取引における抱き合わせ販売および排他条件付取引を禁止する。その法文は、『通商に従事する者が、その通商の過程において、合衆国内、準州内、コロンビア特別区内、領有島嶼内または合衆国の管轄下にあるその他の地区内で使用、消費または再販売のために、特許権を得ていると否とにかかわらず、商品、機械、部品その他の物品を賃貸し、販売し、もしくは販売契約を行なう場合において、またはその物品の価格を定め、かかる価格を割引しもしくはリベートを与える場合において、その

賃借者または購入者と、賃貸者または販売者の競争者の物品を使用または取扱いを行なわない旨の条件ないし取り決めまたは了解に基づいてこれを行なうことは、その効果が通商のいずれかの分野において競争を実質的に減殺することとなり、または独占を形成するおそれがあるときには、これを違法とする。』と規定する。

連邦取引委員会法第5条は、不公正な競争方法を禁止する。その法文は、『通商におけるもしくは通商に影響を及ぼす不公正な競争方法、および不公正なもしくは欺瞞的な行為または慣行は、これを違法とする。』と規定する。

アメリカ反トラスト法制史における第一期の間は、抱き合わせ販売行為は、タイイング商品すなわち抱き合わせる商品市場における独占力を「てこ (leverage)」として用い、その結果を利用して、タイド商品すなわち抱き合わせられる商品市場においても二次的独占力を獲得することが目的であると考えられた。このことは、「レバレッジ理論 (leverage theory)」または「二重の独占理論」と名付けられた。判例法上は、関連市場で圧倒的な市場占拠率を有する企業、すなわち独占企業が、自己の保有する特許を使用した製品を販売または賃貸するにあたって、特許権を有しない関連商品や原材料を使用するように義務付けたことを違法とされた。この考え方を表す典型的な事例が、1917年のモーショントピクチャー事件連邦最高裁判所判決¹⁸⁾、1922年のユナイテッド・シユー事件連邦最高裁判所判決¹⁹⁾、1936年のIBM事件連邦最高裁判所判決²⁰⁾である。

モーシントピクチャー事件では、同社が特許権を持つ映写機を販売するにあたり、相手方にその映写機を同社が製作した映画フィルムを映写するためにのみ使用することを義務付けたことが問題となり、「特許権の濫用 (patent misuse)」にあたり違法であると判示された。また、ユナイテッド・シユー事件は、同社が特許権を有する製靴機の賃貸借契約において、市場占拠率が95%であることを「てこ」に、賃借人に対してその機械に同社の供給する製靴原料を使用することを義務付けたことがクレイトン法第3条違反とされたものである。IBM事件は、同社が特許権を有する計算機の賃貸借契約において、市場占拠率81%を「てこ」に、賃借人に対してその計算機に同社の販売するパンチ・カードのみを使用することを義務付けたことがクレイトン法第3条違反とされた事例である。

第二期における代表的な判例は、インターナショナル・ソルト事件最高裁判所判決²¹⁾である。同社が、特許を有していた塩製品製造用の二種類の機械を賃貸するにあたり、賃借人に対してその機械で使用する塩および板状の塩をすべて同社から購入するように義務付けた行為が問題となったものである。同社は、当時、アメリカにおいて産業用の塩については最大の製造業者であった。裁判所は、市場における独占力を背景にこの抱き合わせ契約を締結した行為が、クレイトン法第3条に違反すると判示した。

第二期後半の時期に入ると、当時における反トラスト法制の運用の傾向を直に受けて、事業者間における垂直的な関係を通して他者の経済活動に対する制限的行為全般について、規制が強化され始めるのと軌を一にして、抱き合わせ販売行為についても「当然に違法」の認識が強まった。1958年のノーザン・パシフィック・レイルウェイ事件連邦最高裁判所判決²²⁾、および1969年のフォートナー事件連邦最高裁判所判決²³⁾がその傾向を如実に表している。ノーザン鉄道会社は、自社鉄道線の両側にベルト状に存在する約400万エーカーの土地を販売または賃貸するにあたり、これら契約の中に同社を優先的に利用するという運送条項を挿入してきた。この運送条項によると、当該土地の購入者や賃借者に対して、その土地で生産または製造されるすべての物資を、同社の運賃が競争業者である他の鉄道会社の運賃と等しい場合に限り、同社の鉄道で運送することが義務付けられていた。最高裁判所は、売り手が、タイイング商品に関してタイド商品市場における自由な競争を相当程度制限するに足る「経済力(economic power)」を有し、かつタイド商品について実質的に相当量の取引が影響を受ける限り、抱き合わせ販売契約はそれ自体が不当であると判示した。本件においては、被告鉄道会社は広大な土地所有者として実質的な経済力を有し、それを「てこ」として購入者、賃借者に対して自社の鉄道の使用を強制し、その運送事業から競争業者を現に排除しているのであるから、本件優先的運送条項はシャーマン法第1条に違反するとしたものである。なお、本件は、土地の販売および賃貸と物資等の運送という相互に関連性の乏しいものを抱き合わせた行為であり、比較的違法性の認定しやすい事件であった。この事例から読み取れることは、従来、抱き合わせ販売契約が「当然に違法」と認定されるためには、タイイング商品について独占力(monopoly power)ないし市場支配力(dominance)が要件であったのに対して、タイド商品市場については「相当程度の競争制限的效果を与えるに足る経済力」という、かなり低い程度の市場支配力でも違法と認定しうるとしたところにある。この事例と、マイクロソフト社事件における二つのパソコンソフトの相互関連性または密着性とを対比すると、当時においてはおそらく当然に違法と認定されるべき問題であろう。フォートナー事件の事実の概要は次の通りである。被告USスチール社は、自社が製造するプレハブ住宅の販売促進手段として、子会社であるホーム・クレジット社を通じて、顧客にとって非常に有利なクレジットを設定した。これに対して、土地開発業者である原告フォートナー社は、被告USスチール社が金融市場において獲得した十分な経済力を背景に、顧客に対して低い金利の融資を行使することが可能であり、プレハブ住宅の販売と低金利融資とを抱き合わせた販売を展開したことが原因となって、原告は多大なる不利益をこうむる結果となったと主張した。最高裁判所は、USスチール社はたして金融市場において十分な経済力を有するか否かについて、あらためて審理を尽く

すことを命じて原審裁判所に事件を差し戻した。その後、1977年に、再度この事件を扱うこととなった最高裁判所は、USスチール社の子会社たるホーム・クレジット社は、たとえUSスチール社の信用力を背景にしたとしても抱き合わせ販売契約を顧客に強要するほどの十分な経済力を有しているとは認められず、シャーマン法第1条には違反しないと判示した。この事件では、第一次最高裁判所判決が「抱き合わせ」の要件を示し、タイイング商品市場における行為者の経済力に関しては必ずしも市場において独占的ないし支配的な地位にあることは必要とせず、顧客に対して抱き合わせ販売契約を押し付けるだけの十分な経済力を有していることで足りると判示した。

第二期後半に累積した判例を貫く法理は、次の三点を指摘する。抱き合わせ販売契約とは、第一に、二つの別個の商品が存在し、ある商品の購入は他の商品を購入することが条件となっていること、第二に、売り手がタイイング商品市場において買い手にタイド商品の購入を強制できる程度に十分な経済力(sufficient economic power)を有していること、および第三に、タイド商品市場において実質的でないとはいえない(not insubstantial)量の取引が影響を受ける場合が備わっていることの三要件が充たされたことをいうとされる。すなわち、クレイトン法第3条違反またはシャーマン法第1条に違反する行為は、この三要件を充たしている場合に限られる、ということになる。なお、この場合、有体物の抱き合わせ販売契約にはクレイトン法第3条が適用され、タイイング商品またはタイド商品のいずれかがサービスである場合にはシャーマン法第1条が適用されることとなるとされる。また、タイイング商品が開発直後の高度な技術製品であり、かつ品質保持のために部品等を抱き合わせることが不可欠な場合、あるいは商標の使用許諾を伴い売り主の信用(good will)を維持するために抱き合わせ契約が不可欠な場合には、例外的に抱き合わせ販売契約の締結は許容されると解されている。マイクロソフト社事件における二つのパソコンソフトの相互補完性が不可欠のものであったかどうか、ここでは一考に値する。

第三期以降の現代まで、抱き合わせ販売契約に関しては、タイイング商品とタイド商品とがまったく関連性のない別個の商品である場合には、60年代の判例理論をそのまま踏襲することによって、違法という判断を受けてきた。しかし、その後、先端技術の開発が急速に進歩するにともなって、ある分野では製品相互の連携性が密接不可分のものかどうか見極めがたい状況が数多く発生した。それとともに、抱き合わせ販売契約に関する経済分析も進められ、タイイング商品とタイド商品との間に何らかの関連性があると認められる場合には、むしろその経済福利上の評価がかなり難しいと言う認識が生まれた。しかも、実際に訴訟で問題となる抱き合わせ販売契約の大半は、タイイング商品とタイド商品との間に何らかの関連性のある場合である。この時期を境として、抱き合わせ販売契約を一律

に違反行為として規制することに疑問が呈せられ、抱き合わせる行為そのものよりも、その商品双方の持つ性質や特徴に着眼する精密な分析が必要との認識が高まり始めた。

抱き合わせ販売契約について80年代以降の法律的思潮を表わす典型的な事例のひとつが、1984年のジェファースン・パリシュ病院事件に関する連邦最高裁判所判決²⁴⁾である。この事件の事実の概要は、次の通りである。ある一人の専門の麻酔医が、某病院の資格審査委員会によって嘱託医に指名されるべきであるとの推薦を受けた。一方、当該病院は、制度上、その病院で外科手術を受ける患者には別にあらかじめ指名されている医療法人によって麻酔サービスを受けることを義務付けている、というものであった。このことを知った当該専門医は原告となって、この患者に対する義務付けは、抱き合わせ販売契約に該当することとなりシャーマン法第1条に違反するものである、という理由に基づき同病院を被告として違法宣言判決を求めて提訴したものである。

連邦最高裁判所における九人の裁判官のうち、五人の裁判官による多数意見は、伝統的な違法性の判断規準を適用し、手術と麻酔とは別々の商品であること、および当該地域住民の30%だけが被告病院を利用しているに過ぎず、被告が外科手術サービス分野において麻酔サービス分野での競争を害する蓋然性を認めるだけの市場支配力を有しているとは認められないことを理由として、本件には「当然に違法の原則」を適用しないと判示した。さらに、その意見の中で、タイイング商品たる外科手術サービス分野において十分な支配力がない場合に、本件排他的取引契約が麻酔サービス分野における競争を実質的制限しているかどうかは、「合理性の原則」に従って判断されることになるとの一般原則を示したうえで、この麻酔サービス分野における反競争的效果については原告からの立証がないから、本件排他的取引契約は合理性の原則の下でも違法とは認められないと述べている。

これに対して、四裁判官による少数意見は、結論は多数意見と同様であって、判決理由が異なるだけのものである。すなわち、抱き合わせ販売契約に関する違法性判断規準は、「合理性の原則」に従って判断すべきであって、従来の連邦最高裁判所が踏襲してきた判例を変更すべきであるとの主張を展開した。さらに、少数意見は、抱き合わせ販売契約を違法であるとするには、先ず、合理性の原則を適用した場合の実体判断規準として、売り手がタイイング商品市場において市場支配力を有すること、売り手がタイド商品市場において市場支配力を獲得する蓋然性があること、および二商品を別個のものとみなす経済的根拠があること、の三つの前提条件を掲げ、それらが充足されるか否かを分析した上で、それらが三つとも充たされた場合には、さらに続いて、その抱き合わせ契約がもたらす社会的便益と反競争的效果とを「比較衡量」し、その上で違法性の有無を決定すべきである、これらを総合的に勘案した上で、本事案について見ると、社会的便益が反競争的效果を上

回ると認定しうることを、および外科手術サービスと麻酔医サービスを別個の商品として扱う合理的な根拠もないことを主張した。

連邦最高裁判所における本件パリシュ病院事件の判決は、多数意見が高等裁判所判決と同一判断基準を採用しながらも、本件契約は当然に違法であると判示した高裁判決を破棄して、当然に違法の原則が適用される範囲を事実上狭めたものである。また、抱き合わせ契約の違法性を合理性の原則によって判断することを主張する少数意見は、多数意見との票差が一票であるということから、近年の垂直的な取引制限に対する規制が緩和の方向をとり始めていることを如実に示唆しているものと言える。また、このパリシュ事件判決を通して、抱き合わせ販売契約の違法性の判断基準に、タイイング商品市場における市場支配力について「支配的な地位(dominant market position)」を必要とするとしてされたことから、抱き合わせ販売契約に対する規制は実質的に緩和されつつある傾向にあることが読み取れる。

パソコンなどの情報機器をはじめとする高度な技術に裏付けられた各種の文明の利器が、われわれの生活に大きな利便をもたらしている。しかしながら、その製品の仕組みが高度化するにつれて、保守管理等の技術は全面的に製造業者側に依存せざるをえない状況を呈している。製造業者は、製造販売する自らの機器について、その保守サービスを確保するために、機器の販売に伴って自らが製造、管理ないし統制する交換部品の提供を制限することや、保守修理サービスと抱き合わせの上で販売する。かねてより、機器市場において市場支配力を有していない製造業者がこの種の抱き合わせ販売行為を行うことについては、先例がなく、法律上の解決が待たれる分野であった。

連邦最高裁判所は、1992年、コダック事件²⁵⁾を処理して、機器市場において市場支配力を有していない製造業者が抱き合わせ販売行為を行ったことを違法であると認定し、積極的に反トラスト法を適用した。本件の事実の概要は、以下の通りである。コダック社は、フォト・コピー機などを製造販売し、それらの機器についての保守修理サービスを提供し、交換部品を販売することを業としてきた。同社は、自己よりも低価格で保守修理サービスを提供していた独立サービス業者に対抗する手段として、自社のサービスを利用する顧客に対してのみ交換部品を販売するという方策を講じ、さらには交換部品の委託製造業者および中間販売業者に対して、自社とは競合関係にある独立サービス業者に対しては交換部品を販売しないように働きかけた。これに対して、独立サービス業者の側から、コダック社の本件部品販売政策は、シャーマン法第1条および第2条に違反するとして提訴されたものである。第一審地方裁判所判決は、事実上の争点が存在しないことを理由に略式判決をもって請求を棄却し、第二審高等裁判所判決は、審理に値する争点が提示されていると

いう前提で本案審理をし、コダック社の一連の行為はシャーマン法に違反し違法であると判示した。最高裁判所は、この控訴審判決を支持して、上告を棄却したものである。

(3) 違法行為に対する制裁措置

ここでは、アメリカ反トラスト法制において違反事由が発生したと思われる場合に、どのような手続きによって調査が開始され、事実の認定からその後の一連の処理を通して最終的にはいかなる法的制裁が選択されるのかに関して、その大略を摘記するものである。

いわゆる反トラスト三法に基づいて、アメリカ連邦司法省と連邦取引委員会の二者が行政権限を中心とした一連の処理を担当する。前者は、シャーマン法およびクレイトン法の執行権限を有し、後者はクレイトン法および連邦取引委員会法の執行権限を有している。連邦取引委員会法第5条の内容にはシャーマン法違反が含まれているために、連邦司法省と連邦取引委員会との権限が重複することとなり、しばしば重複調査や重複規制が問題となる。これについては、一方がなんらかの法的措置を執る場合には、事前に他方に連絡をすることで、実務上支障のないように調整が図られている。連邦取引委員会が、ある事案について刑事処分が適切と認める場合には、その前に連邦司法省に事案を通告し、司法省が訴追の可否を判断し決定することとなる。連邦取引委員会は、シャーマン法違反事由に関しては刑事訴訟手続きに基づく刑事訴追の権限を有していないがためである²⁶⁾。したがって、反トラスト法違反事由の処理に関しては、連邦司法省に主導権が委ねられている。

アメリカ連邦司法省の権限およびその行使の概略は、次の通りである²⁷⁾。

①調査(investigation)権の行使

調査には公式のものと非公式のものがある。公式調査には、二つの形式がある。第一は、司法省が、連邦大陪審(Federal Grand Jury)を召集し、次にこの大陪審が「サピーナ(subpoena duces tecum)と呼ばれる罰則付き命令」を発して、調査が開始され遂行される場合である。第二は、司法省が、「反トラスト民事手続法(Anti-trust Civil Process Act)」に基づいて、「民事調査請求(civil investigative demand: CID)」を発することにより調査が開始、遂行される場合である。

司法省は、被疑者に対して文書提出等の強制的調査権を有し、この行使の手続きはCIDに基づく。調査権限の範囲は、1976年の「ハート・スコット・ロディノ反トラスト強化法(Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act)」によって拡大された。その内容は、第一に、調査権が及ぶ対象は、この法律制定以前は被疑事業者(business entities)に限定されていたが、自然人(natural person)に対しても拡大したこと、第二に、文書の提出のみならず、口頭による供述を強制することも可能になったこと、第三に、被疑者のみならず何人

であれ、事案に関して何らかの情報をもっていると思われる者すべてに対して調査権を行使できるようになったこと、第四に、過去または現在の行為に関してのみならず、例えばジョイント・ベンチャーの企画や合併計画などのように将来に関わる事実であっても、法律違反となる可能性を含むものは調査対象となしうること、などである。

司法省は、これらの権限を行使して種々の排除命令を発するが、さらにこの命令を実効あらしめるために裁判所に提訴することができる。もし被告事業者がこの命令に従わない場合には、法廷侮辱罪(contempt of court)を問われることとなり、排除命令はこれによって強制される。それに対抗する手段として、被調査者にも、命令が不当であることを理由として裁判所に提訴する途が開かれている。

②訴訟の提起

連邦司法省は、調査の結果、提訴が妥当であると判断した場合には、民事(civil)訴訟と刑事(criminal)訴訟との二つの提訴の形態を選択しうる権限を有し、同一事案について両方の提訴も可能である。提訴するかどうかの決定権は反トラスト局長に帰属し、この決定は司法長官に通知される。刑事訴訟については、これまでの実務処理上、司法省としては「意図的違反(willful violation)」に対してのみ提訴する方針が確立している。例えば、価格カルテルのような「当然違法(per se illegal)」の類型に属する行為については意図が推定されるが、このような場合以外には、直接証拠または状況証拠によって意図(willfulness)が立証できる場合に限って、意図ある行為として訴追することとされる。

なお、刑事事件においてはすべての場合に、また、民事事件においては原告または被告のいずれかの請求があれば、陪審(jury)による審理を行わなければならないこととなっている。

③同意判決(consent judgment)

連邦司法省が提訴する民事訴訟のうち、それらのおおむね70~80%前後が同意判決で解決している。この解決方法は、司法省および被告の双方にとって利点があると考えられている。前者にとっては行政コストの削減という効果があり、後者にとっては裁判費用を回避するということである。さらに加えて、同意判決に基づく決定内容には、かりに損害賠償請求訴訟などの別訴が提起された場合に、そこでは違法性の存在を推定する効力を生み出さない、すなわち訴追側(司法省)にとっての「一応有利な証拠(prima facie evidence)」とはならない、としたことが大きな利点である。

司法省は、同意判決が発効する30日前までに、同意判決案(proposed consent judgment)を裁判所に提出しなければならない。これは、30日以内に、その判決によって影響を受ける利害関係人等に対して、司法省に異議を申し立てる機会を与えるための制度である。同

意判決に関しては、1974年に、「反トラスト手続および罰則に関する法律(Antitrust Procedures and Penalties Act)」が制定された。これによって、同意判決による場合には、司法省は「競争がもたらす影響力についての声明書(competitive impact statement)」を公表し、この中で当該事案の詳細について明らかにしなければならないこととなった。

④民事訴訟(civil action)

司法省は、裁判所に対して、違反行為の「差止を命ずる(injunction)」判決を得るための訴訟を提起することができる。この場合には、原告(plaintiff)が合衆国(United States)であり、違反容疑者が被告(defendant)となって、連邦地方裁判所が管轄権を有する。訴訟手続は、通常の連邦民事訴訟と異なるところはない。

⑤刑事訴訟(criminal action)

刑事訴訟においては、先ず連邦司法省が連邦大陪審を召集し、この大陪審によって起訴あるいは不起訴の決定がなされる。「起訴を相当とする」と判断された場合には、正式の公判手続きに移行する。この手続きについては、連邦刑事規則(Federal Rules of Criminal Procedure)の詳細な規定に基づいて行われる。

起訴された被告人(accused)は、無罪の申し立て(plea of not guilty)、有罪の申し立て(plea of guilty)、不抗争の申し立て(plea of nolo-contendere)のいずれかを選択し答弁する。前二者のいずれかを選択すると、有罪となった場合には罰金、体刑とともに、違法性の推定効が発生し、別訴の民事訴訟における敗訴要因を生み出すこととなる。不抗争の答弁は、有罪とはなるが、違法性の推定は働かない。

罰則は、法制定当初は禁錮1年以下もしくは罰金5,000ドル以下と規定されていたが、1955年に罰金が5万ドル以下に改められ、さらに1974年には前記の「反トラスト手続および罰則に関する法律」によって、法人については罰金10万ドル以下、個人については禁錮3年以下もしくは罰金10万ドル以下に加重された。こうして、体刑については軽罪(misdemeanor)であったものが重罪(felony)とされ、罰金も大幅に引き上げられている。

1977年、連邦司法省反トラスト局長が、刑事訴追における求刑についての「指針(Guidelines for Sentencing Recommendations in Felony Cases under the Sherman Act)」を公表している。これによると、個人に対しては、原則として通常の場合には18ヶ月の禁錮を求刑することとし、特に例外的に、違反事項に関する価額が500万ドルを超えるとき、被告人が高い地位にあるとき、抑圧行為(coercion)を用いたとき、違反行為が1年間以上の長期にわたるときおよび再犯のときには、さらに重い求刑をすることとした。通常の場合であっても、起訴後の協力的な態度、家庭の事情、被告人の年齢等が勘案されて、18ヶ月よりも軽い求刑をなすことも可能としている。個人については、通常は体刑を求刑する方針であるが、

体刑または5万ドル以下の選択的求刑を行なう場合もある。法人については、罰金刑として、最低10万ドルで、または共謀の場合にはその期間中の売上げの10%とのいずれか高額のほうを求刑することとしている。

(4) マイクロソフト社事件の争点

上記の違反事由に対する一連の排除命令、訴追手続きに、マイクロソフト社事件を当てはめて考察する。同社は、1994年時点で連邦司法省が認定した事実によると、同社基本ソフトのライセンス契約をコンピューター・メーカーと締結するにあたり、その基本ソフトの使用いかんにかかわらず、コンピューターの出荷台数に応じて特許権使用料(royalty)を支払うことを内容としていた。そのため、コンピューター・メーカーは、マイクロソフト社製基本ソフトと競合する他社製基本ソフトを搭載したコンピューターを販売する際には、特許権使用料の上乗せ分その価格を高く設定せざるを得ないことになり、基本ソフト市場における競争を阻害されてきたこととなる。マイクロソフト社は、不合理に長期のライセンス契約を締結しており、このため基本ソフト市場への新規参入を困難ならしめてきた、ならびに同社はソフトウェア会社との間で過度に制限的な秘密保持条項を定め、そのソフトウェア会社がマイクロソフト社にとっては競争会社の開発者とともに新たなソフトウェアを開発することを困難にしてきた、というのが司法省の認定事実である。そこで、司法省は、マイクロソフト社のこれら一連の行為を、結果的には、世界の基本ソフト市場における独占力を意図的に獲得ないし維持する行為に該当すると判断し、同意判決案を添付して連邦地方裁判所に民事提訴した。

本件マイクロソフト社事件の争点は、一見すると、同社の基本ソフトとインターネット閲覧用ソフトとの抱き合わせ販売行為が反トラスト法に抵触し違法となるか、であった。ところが、連邦地方裁判所が、2000年4月の判決に先立って、1999年11月に公表した『マイクロソフト社は独占企業である』旨の認定は、事件の争点が同社の行為は抱き合わせ契約であるか否かではなく、同社の市場支配力が「私的独占」に該当するか否かに移っている。同様に、地裁判決を破棄した2001年6月の連邦高等裁判所による判決も、同社の行為は抱き合わせ契約には該当しない、としてこの問題点には立ち入っていない。また、2000年6月に出された連邦地方裁判所による『競争復活措置としてのマイクロソフト社に対する分割命令』は、かつての主流をなしたハーバード学派の影響が強かった、「構造規制」の思想に立脚したものである。これは、明らかに、私的独占ないし独占的状态にあるような市場支配力を有する企業に対する制裁を内容としている。

第二期の終盤期には、構造規制理論の導入を促す幾つかの提案が公表された。これらの

うち「ニール報告書」、「ハート法案」および「ハリス法案」が代表的であり²⁸⁾、いずれの文書も何らかの意味で構造規制理論の採用を促すものであった。とりわけハート法案は、利益率が一定期間15%を超える場合、一定期間価格競争がない場合、または4社の市場占拠率が50%を超える場合には、違法な独占状態が存在するという推定を働かせ、当該企業に対しては『企業分割』の措置を命ずることができるようにしようというものである。しかし、これはあくまでも推定に基づく違法な独占状態であるから、当該企業は反証を挙げてこの推定を覆しうることは言うまでもない。この法案は結局成立しなかったが、この考え方はまさしく構造規制理論を強力に推し進め、行政権力による経済市場への介入を容易ならしめる体制を志向したものにほかならない。

第三期以降、独占企業対策として政策提言されてきた構造規制理論はどのような評価を受けてきたかについて付言する。ハーバード学派は、この時期を迎えてなお、独占企業がかなり長期にわたって超過利潤を獲得していることは明確であるとし、依然として有効競争の回復を確実に図るためには構造規制の有効な実施を行なうべきであると主張した。しかし一方では、70年代以降膨大な公費を投入して遂行された大型企業分割訴訟は、当初の目論見が大きく外れ、経済界に対する統制に実効性を見出すことができず、結果的には独占企業分割訴訟に対する評価を著しくおとしめることとなった。そこで、ハーバード学派は、現行分割手続を改革することによって、構造規制を志向する競争政策に対しての批判をかわそうとした。79年には、同派の政策提言を盛り込んで大統領および司法長官に対して報告書²⁹⁾を提出し、この趣旨を具体的に展開した。そのなかでは、一つに、企業分割訴訟を提起しうる要件について、かならずしも企業活動行為の違法性を要件とせず、当該企業の市場における持続的な独占力の保持のみを要件とすれば足りるとすること、二つに、大型分割訴訟の手続全般にわたって裁判所が関与する度合いを強めることによって、訴訟の遅延を防止すること、を提言している。前者については、現行制度上、当面問題となっている違反容疑事実と、当該企業の市場における独占力の形成ないし維持との間に、どの程度の因果関係が存在するかという問題の解明に時間と労力と金銭という多大な資源が浪費されてきたことにかんがみ、その資源を適正な分割案の考案に向けるように提唱するものである。後者の内容は、裁判所の訴訟日程に対する指揮や証拠開示手続への監督を強化することによって、反トラスト法事件における陪審制の運用を見直し、その結果訴訟の遅延を防止することに結び付けようとするものである³⁰⁾。

構造規制理論を強調しその具体的運用と実効性の確保を提言するハーバード学派の動向に対して、シカゴ学派は、あくまでも、原則として独占企業には自由放任政策を採ることを提唱している。その論拠とするところは、以下の通りである。第一に、シカゴ学派は、

終始一貫して市場の自律調整機能を重視する。それは、仮に今日の時点で独占的な地位を占める企業であっても、全般的な経済市場構造の変化から決して免れることはできず、いずれはもはや独占力を振るうことができない状態になっているやもしれない、という考えが底流を成している。この市場構造の変化とは、技術革新による代替品の市場への参入や、通信、運送手段の発達による市場自体の拡大などを契機として、国民生活の全般的な変革が経済に及ぼす影響を意味する。また、独占企業の超過利潤は、他産業からの新規参入や下位企業の増産を促す効果をもたらし、利潤率はその自律作用によっておのずから次第に正常値に収束することになる、と考えている。さらに、独占企業が、客観的な経済環境の変化にもかかわらず、長期間にわたって独占力を保持し超過利潤を確保し続けることが可能であるとするならば、それは他ならぬその企業の経営体質が極めて卓越していたことに拠るものである、と考えている。第二の論拠は、たとえ独占企業に対する分割政策を実施したとしても、公費を含む莫大な社会的資源を費消することが避けられず、また企業分割の必要度とその分割程度が果たして適正であったかという懸念が常に付きまとい、さらに大型分割訴訟には不可避な訴訟遅延などの浪費を総合勘案すると、その社会的利益は著しく損なわれることとなる、というにある。とりわけ、分割案の具体化およびそれを実効あらしめるためには、とてつもなく長い時間と金銭、労力の投入が不可避であり、かたや法的な適正手続きの確保の要請は、改革を極めて困難ならしめている。そのため、先ずは、独占力が形成されてからの数年間は、その独占力が新規参入などの競争構造の中で自然消滅するかどうかをじっくり観察する必要があること、次に、分割を命じられる惧れを抱く企業の側は、そのもてる経済力や社会的影響力を及ぶ限り駆使することによって、規制当局を相手に必死に全力抗争を展開するであろうこと、分割を迫られる側は、必ずや経済学上の規模の利益や経済の効率性といった抗弁を展開するはずで、それについての是非を判断し、あるいはその規模の経済と効率性に適った分割案を策定するためには、訴追側は個別の産業ごとに詳細な分析を欠かせないこと、などによるものと考えられる³¹⁾。

シカゴ学派が提唱するこれらの論拠は、70年代の一連の分割訴訟を経て会得した経済的な得失観を踏まえ、さらに最近の急速な技術革新や経済の国際化の進行などを背景に、反トラスト法制の運用において主たる潮流の思想的基盤を形成しつつあると思われる。マイクロソフト社事件の推移は、まさしくこの大きな潮流の変化をそのまま体现したものと見ることができよう。

4. 日本における抱き合わせ販売行為の違法性

最後に、わが国における抱き合わせ販売行為についての法制上の扱いについて言及する。

(1) 現行法制上の規制条項

「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」(いわゆる独占禁止法)は、その第2条第9項に、「不公正な取引方法」を規定する。

「この法律において不公正な取引方法とは、左の各号の一に該当する行為であつて、公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち、公正取引委員会が指定するものをいう。

- 一 不当に他の事業者を差別的に取り扱うこと。
- 二 不当な対価をもって取引すること。
- 三 不当に競争者の顧客を自己と取引するように誘引し、又は強制すること。
- 四 相手方の事業活動を不当に拘束する条件をもって取引すること。
- 五 自己の取引上の地位を不当に利用して相手方と取引すること。
- 六 自己又は自己が株主若しくは役員である会社と国内において競争関係にある他の事業者とその取引の相手方との取引を不当に妨害し、又は当該事業者が会社である場合において、その会社の株主若しくは役員をその会社の不利益となる行為をするように、不当に誘引し、そそのかし、若しくは強制すること。」

さらに、この「公正取引委員会が指定するもの」を受けて、「不公正な取引方法」(昭和57年公正取引委員会告示第15号)、いわゆる「一般指定」が出された。その第10項は、抱き合わせ販売について次のように規定する。

「相手方に対し、不当に、商品または役務の供給に併せて他の商品又は役務を自己又は自己の指定する事業者から購入させ、その他自己又は自己の指定する事業者と取引するように強制すること。」

独占禁止法第3条は、「事業者は、私的独占又は不当な取引制限をしてはならない。」と規定し、これに違反する行為に対しては、第7条は、公正取引委員会が手続に従って、「事業者に対し、当該行為の差止め、営業の一部の譲渡その他これらの規定に違反する行為を排除するために必要な措置を命ずることができる」と規定し、第8条は一定の課徴金の納付を命じることを規定する。

(2) 審決例

わが国においては、抱き合わせ販売行為が問題となった事例が非常に少ない。これまで、「雪印乳業・農林中央金庫事件(公取委昭和31年7月28日審決)」³²⁾、「長野県教科書供給所事件(公取委昭和39年2月11日審決)」³³⁾、「斐川町農業協同組合事件(公取委昭和51年3月29日審決)」³⁴⁾、「川西町農業協同組合事件(昭和55年9月10日審決)」³⁵⁾が挙げられるに過ぎない。これらについては、いずれもそれほど詳しい解釈論が展開されたわけではなく、さらに「不

当高価購入(一般指定第7項)」、「欺瞞的顧客誘引(同第8項)」、「排他条件付取引(同第11項)」が適用されて決着をみたものが多い。

わが国において事例が稀少であることの理由は、次の根拠によるものと思われる。第一に、わが国には特有の「商慣行」が介在している。明治維新以来、欧米流の自由主義経済を基盤として発展してきた商取引社会には、商行為に対する制約は可能な限り極小であるべきで、事業者が展開する企業活動こそが社会の進展に最大の貢献をなすものである、という信念が底流を成している。消費者は、その与えられた状況の中で選択を行えばよいのであって、国家権力とか公権力と思われるものが経済生活に介入してくることに對する不快感ないし嫌悪感を抱いているように見える。したがって、商品の売り方が、たとえ消費者にとって決して有利なものとは思われなくとも、おそらく消費者はそれを選択しないことで済む、と考えられてきた。第二に、わが国においても、時折、抱き合わせ販売行為に對する公正取引委員会からの注意ないし警告が発せられたことが報道される。そこで問題となった商品は、おおむね少額の日用品であつたり、ゲームソフト類の娯楽商品が主であつて、事業者間における高額の商品が多量に関わっているという事案は表面化しない。第三に、食品産業に関わる、あるいは日常購入する食料品をめぐる事案は、皆無である。おそらく取引額が小さいことや、わが国の食生活が極めて多様で、選択の範囲がとてつもなく広汎であることが、消費者の商品選択に大きなゆとりをもたらし、その結果抱き合わせ販売に對する拒否感が薄いことが挙げられる。

注

- 1) 長谷川古・伊従寛編著『流通問題と独占禁止法』、国際商業出版、1986年、pp.399~404。
- 2) 佐藤俊樹『不平等社会日本』(中公新書)、中央公論新社、2000年、p.161。
- 3) 藤本直「心を殺して市場に挑んだ稀代の相場師」『本の旅人』第68号所収、角川書店、2001年、p.36。
- 4) 広瀬隆『アメリカの経済支配者たち』(集英社新書)、集英社、1999年、p.227。
- 5) 原隆之『アメリカ人はなぜ明るい?』(宝島社新書)、宝島社、1999年、p.92。
- 6) 木村剛『通貨が墮落するとき』、講談社、2000年、p.233。
- 7) United States of America (Appellee) v. Microsoft Corporation (Appellant), United States Court of Appeals, for The District of Columbia Circuit, Argued February 26 and 27, 2001, Decided June 28, 2001.
 公刊される判例集を入手するには時間的に制約があつたため、この判決本文および事実の概要をインターネット上のウェブサイトから収録した上で、本稿に必要な限度で事例の推移を摘記したものである。
- 8) 村上政博『アメリカ独占禁止法』弘文堂、1999年、pp.1~2。

- 9) アメリカ合衆国連邦最高裁判所判例集 Standard Oil Co. v. United States , 221 U.S. 1 (1911),に登載。
- 10) 松下満雄『アメリカ独占禁止法』、東京大学出版会、1982年、pp.7～8。
- 11) 村上〔1999〕pp.3～6。
- 12) 同上。
- 13) 松下〔1982〕p.4。
- 14) 村上政博『独占禁止法の日米比較[上]』、弘文堂、1991年、pp.167～168。
- 15) 村上政博『アメリカ経済法』、弘文堂、1993年、pp.45～46。
- 16) 松下〔1982〕pp.182～183。
- 17) 同上。
- 18) アメリカ合衆国連邦最高裁判所判例集 Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co., 243 U.S. 502 (1917).
- 19) 同上United Shoe Machinery Corp. v. United States, 258 U.S. 451 (1922).
- 20) 同上International Business Machines Corp. v. United States, 298 U.S. 131 (1936).
- 21) 同上International Salt Co. v. United States, 332 U.S.392 (1947).
- 22) 同上Northern Pacific Railway Co. v. United States, 356 U.S. 1 (1958).
- 23) 同上Fortner Enterprises Inc. v. United States Steel Corp., 394 U.S. 495 (1969).
- 24) 同上Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde, 466 U.S. 2 (1984).
- 25) 同上Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services Inc., 504 U.S. 451 (1992).
- 26) 松下〔1982〕p.34。
- 27) 同上 pp.34～37。
- 28) 同上 p.99。
- 29) “Report to The President and The Attorney General”,National Commission for The Review of Antitrust Laws and Procedures (1979).
- 30) 村上〔1999〕p.119。
- 31) 同上 pp.120～121。同旨の論述として、村上政博『アメリカ独占禁止法ーシカゴ学派の勝利ー』、有斐閣、1987年、pp.133～134。
- 32) 公正取引委員会審決集 第8巻12頁に登載。
- 33) 同上 第12巻100頁に登載。
- 34) 同上 第22巻144頁に登載。
- 35) 同上には未登載。

＊なお、本稿の作成にあたっては数多くの先学による業績が下地となっているが、とりわけ上記「注」に引用した書籍に関しては、本稿の本文内容の相当部分がそれらに負うところが多いことを付記しておく。