

航空市場における市場画定と独禁法適用除外制度について (独禁法上の正当化理由を手掛かりとして)

東京大学大学院法学政治学研究科 民刑事法専攻
経済法務専修コース 2年 06125 奈良 和美

・問題意識

本稿の主たる目的は、航空市場における独禁法上の論点を、正当化理由という概念を用いながら分析することによって、独禁法のめざすもの、さらには独禁法と他の競争政策法との役割分担のあり方を示していくことである。以下、その問題意識を明らかにしたい。

1. 「競争政策がめざすもの」と独禁法上の「正当化理由」

近年、経済構造改革が謳われ、自由で競争力ある経済社会を取り戻すべく、事前規制を中心とした行政から事後的なチェックを中心とした行政への方向転換が進んでいる。従来政府によって参入・料金規制が行われていた分野においても、規制緩和が行われ、事業者の自主的な経営判断の下で競争が促進されている。一方で、こうした市場において、自由で公正な競争を実現するための競争政策の重要性が今までより一層高まっていることも周知の事実である。

こうして競争政策の重要性が各方面で認知されてきたことに伴い、今まで参入規制や料金規制を行ってきた規制当局自身が公正取引委員会と共同で競争政策の観点からガイドラインをとりまとめたり¹、事業法規制において自由で公正な競争が行われているかどうか監視できるような規定を設けたりしている。

しかし、こうした公正取引委員会以外の官庁が行う「競争政策」について、「何となく不信感が拭えない」のも又事実である。「競争政策に名を借りて、既存事業者の保護がなされるのではないか、それなら前と全く変わっていないじゃないか。」という批判がその不信感の具体的な答えだろう。

こうした批判の裏側には、「競争政策は公正取引委員会が担うものだ」という確信に近い信念がある。しかしそれは「競争政策」の理念に照らして、余り適切ではないと思われる²。競争政策は公正取引委員会＝独禁法のみが担うものでなく、また、独禁法では競争政策の全体をカバーできない。

しかし今のままで、公正取引委員会と各省庁がそれぞれ競争政策と称して勝手に独禁法と各法の運用を行うのでは、一体的に競争政策を行うことによる最大の成果を上げることはできないだろう。競争政策の遂行のためには、それぞれの役割を認識するとともに、何よりその政策的方向性について見解の一致を見なければならない。

¹ 例として、通産省・公正取引委員会「適正な電力取引についての指針」(1999.12.20)、公正取引委員会・総務省「電気通信事業分野における競争の促進に関する指針」(2001.11.30)。

² この点について、白石忠志「競争政策と政府」(1997年、岩波講座現代の法8・政府と企業)及び独禁法講義第2版(2000年、有斐閣)p185～194において、非常に貴重な指摘が行われている。

このためには、まず競争政策のリーダーたる独禁法が何を狙っているのか、という点を明らかにしなければ、他の競争政策のメンバーである法律が適正なパフォーマンスを行うことができない。

この「独禁法は何を狙っているのか」という点について、本稿では、特に、独禁法の判例・審決において、競争減殺を起こしたり不正手段を用いるような場合であっても当該行為が独禁法違反とされないという場合、つまり「正当化理由」について検討することとしたい。

なぜなら、独禁法が自由な競争を目指しており、このため、独禁法が他の事業者との自由な競争を阻害するような行為を禁止している、というのは周知の事実であり、また、一般的なイメージとも重なる。一方で、この「正当化理由」は、それ自体「独禁法が狙うもの」の重要な部分を構成しているのにもかかわらず（従って、「競争政策がめざすもの」の重要な部分を構成しているのにもかかわらず）こうした独禁法の一般的なイメージからかけ離れた部分であり、従って、独禁法と事業法を中心にした他の競争政策法のパフォーマンスに差が出るのはまさにこうした部分であるからだ。

2. 「正当化理由」は経済効率を阻害するもの？

「独禁法のめざすもの」のイメージは何だろうか。通常、「独禁法の第一義的な目的は、自由競争であり、自由競争を促進して経済効率を高めることによって得られる利益を確保することにある。」という信念に近い確信が多数の人に根付いている。

一方、「正当化理由」のイメージはどうだろうか。少しでも独禁法をかじったことのある人間であれば、「正当化理由」から想起されるものを挙げることは容易である。「安全性」³や「事業経営上の必要性」⁴、「公益目的」⁵等々。こうした「正当化理由」は、公正で自由な競争の促進という独禁法の第一義的な法目的からははずれるが、実際には最終的な独禁法の目的に添ったものであれば、最小限の範囲で認められている⁶。

³ 東芝エレベーター事件の大阪高裁判決（大阪高裁平成五年七月三十日判決（平成二年（ネ）一六六〇号損害賠償請求控訴事件 審決集四十巻六百五十一頁、判時一四九七号二一頁）「商品の安全性の確保は、直接の競争の要因とはその性格を異にするけれども、これが一般消費者の利益に資するものであることは言うまでもなく、広い意味での公益に係るといふべきである。」

⁴ 白石忠志・独禁法審決・判例百選（第五版）（1997年、有斐閣）p136 参照。和光堂事件・明治商事事件の最高裁判決に関して、「安全性確保の必要性、事業経営上の必要性などを勘案することを完全に否定しているわけではなく、競争減殺の恐れを正当化するに足りるだけの強い「必要性」が存在しなければダメだと述べたにすぎないと読むこともできる」として「事業経営上の必要性」について、一定の場合には正当化理由に該当することもあるとする。なお、本件の「事業経営上の必要性」については、東京高裁判決において原告が「右事業者が一定の価格を割って販売することは、経済的合理性に反し、原告の経営を危うくし、更に右商品の流通秩序を乱し、ひいて一般消費者にも多大の迷惑をかけるおそれがある」と主張した。

また、同判決は再販行為による他の製造業者との競争の促進についても論点を提示しているが、（山辺俊文・同 p175）本文では「一般的な」イメージについて述べており、この点については後程議論する。

⁵ 村上政博・同前 p155 参照。東京都と畜場事件に関して、「本件判決は、東京都の廉売行為の目的、すなわち、芝浦への集荷量を確保し都民に対して食肉を安定した小売価格で供給するという行政上の目的を、公正競争阻害性の判断に際して考慮する要因の一つであると判示した」と解説。

⁶ 石油カルテル事件の最高裁判決（最高裁判決昭和五九年二月二四日第二小廷判決、昭和五五年

従って、こうした「安全性」等の要素は独禁法の第一義的な法目的 = 自由競争促進からはずれるため、最小限にとどめられているのだ、と多数の人に考えられている。

そして、こうした「安全性」「事業経営上の必要性」「公益目的」「等々」、一つ一つの持つ言葉のイメージがくせ者である。これらの言葉自体が持つイメージは強烈で、その独禁法の一般的なイメージとの乖離から、「既存事業者の保護の為政治的なこじつけが行われているに違いない」と考える人は少なくないだろう。

しかし、そもそもこうした「独禁法が第一義的にめざすもの = 自由競争による経済効率の達成」は本当に正しいのだろうか。仮に、「独禁法が第一義的に目指すもの 正当化理由」が正しいとすれば、「自由競争による経済効率の達成 正当化理由」は成立しない。

また、独禁法とそれ以外の競争政策法との役割分担は、独禁法が第一義的に目指すものとの関係でどのように考えるべきか。

さらに、この点について、独禁法体系の中に組み込まれつつ、公正取引委員会以外の省庁が関与する独禁法適用除外制度が、「競争政策がめざすもの」と「独禁法が第一義的に目指すもの」との幅、引いては独禁法とその他の競争政策法との役割分担を示す材料となり得るのではないだろうか。

3. 航空分野を取り上げることの意義について

研究するにあたり、できる限り数多くの事例を積み上げて研究を行うのは当然のことであるが、さしあたり一つの事例で「自由競争による経済効率の達成 正当化理由」図式が該当すれば、本稿の目標に一步近づくことができるだろう。さらに、当該事例の属する一つの分野において、正当化理由と「独禁法が第一義的にめざすもの」との関係、「独禁法が第一義的にめざすもの」と「競争政策のめざすもの」との関係がわかれば更に目標が達成される可能性は高くなる。

ではどのような分野を取り上げるのか。独禁法と他の競争政策法との関係について検討するためには、やはり規制と競争政策が交錯してきた分野を取り上げ、独禁法の視点から分析することが有用だと考えられる。

私は元々航空市場における独禁法上の諸問題について研究を進めてきたが、航空分野は従来参入・料金規制が行われ、近年自由化が行われた分野であり、日本、米国、EUとも独禁法適用除外制度を備えていると言う点で、上記の問題を研究する手掛かりとして適切であると思われる。

この航空分野においては、近年様々な競争法上の問題が生じている。日本において、新規航空会社に対する既存航空会社の運賃設定等の対抗的行為が公正取引委員会に取り上げられたことは記憶に新しい⁷⁾。また、近年、画期的な経営手法として欧米のエアラインを中心に急速に広まった

四号一二八七頁)『『公共の利益に反して』とは、原則としては同法の直接の保護法益である自由競争経済秩序に反することを指すが、現に行われた行為が形式的に右に該当する場合であっても、右法益と当該行為によって守られる利益とを比較衡量して、『一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進する』という同法の究極の目的に実質的に反しないと認められる例外的な場合を右規定にいう『不当な取引制限』行為から除外する趣旨と解すべき』⁷⁾「国内定期航空旅客運送事業分野における大手3社と新規2社の競争の状況等について」(平成11年12月14日公正取引委員会公表)及び「国内航空旅客運送事業分野における競争の状況等について」(同平成13年7月11日公表)参照。

アライアンスは、各国において様々な競争法上の懸念を引き起こしている。そしてアライアンスにとどまらず、航空市場においては、企業合併を中心とする大きな業界再編が行われようとしている。

こうした航空市場における競争法上の重要な論点の一つに、市場画定がある。勿論航空市場における競争法上の問題には様々なものが存在するが、市場画定は独禁法違反類型を問わず必ず前提として検討対象となるため、こうした問題を審査する上で、審査を受ける事業者側と競争当局との間で市場画定のあり方をめぐって大きな見解の齟齬が生じている。

従って、ここでは、こうした航空市場における市場画定の事例を取り上げ、何故双方の見解の齟齬が生じているのかを検討する。結果として、正当化理由が正面から議論されるかどうかに関わらず、こうした見解の対立が正当化理由的な概念に対する考え方の違いから生じていること、そして競争当局の考え方はどのようなものなのかを示していく。

・前提となる概念について

最初に、遠回りながら分析の前提となる概念を簡単に整理しておきたい。特に、「正当化理由」は、独禁法第2条第5項、同条第6項、第49条第1項に登場する「公共の利益」(第8条第1号や第10条第1項等との関係で)、及び第2条第9項及び一般指定に登場する「不当に」「不当な」「正当な理由がないのに」の文言の解釈で混乱が生じる。

1. 正当化理由

ここで言う「正当化理由」とは、競争制限的な行為であっても独禁法上正当化される場合があるという意味で使うものである。

この「正当化理由」は、白石忠志・独禁法講義第2版(2000年、有斐閣)p21において、「競争減殺や不正手段があっても、それでただちに独禁法違反となるわけではない。そのような行為を正当化するような事情があれば、違反とはならない。別の言い方をすれば、『正当化理由』なしが違反要件となる」と説明されている。さらに、「競争減殺の程度が極めて大きい場合と、競争減殺の弊害はあるが大きくはない場合とでは、要求される正当化理由にもおのずから差が生じる」と述べられている。

ここで言う「正当化理由」は独禁法2条9項に基づく不公正な取引方法の一般指定における「正当な理由」のみを意味するものではない。正当化理由の問題は、不公正な取引方法の実質的要件である「公正競争阻害性」のみならず、私的独占、不当な取引制限等の実質的要件である「競争の実質的制限」についても同様にあてはまるとされる(白石忠志・独禁法審決・判例百選[第五版](1997年、有斐閣)p137参照)。

さらに、この「競争の実質的制限」と「公共の利益に反して」との関係について付言しておく。「競争の実質的制限」という文言が出てくる第2条第6項には「公共の利益に反して」という文言が付随しているにもかかわらず、第8条第1項第1号には「公共の利益に反して」の文言がないため、この「公共の利益」の解釈については様々な議論が行われてきた。

この点について、白石・「競争政策と政府」(1997年、岩波講座現代の法・政府と企業)p83は「大阪バス協会事件審決は、「競争の実質的制限」=「競争減殺」ではなく、「競争の実質的制限」=「競争減殺あり」かつ「正当化事由なし」であることを明確に述べたものであるといえる」

としている。

従って、「公共の利益に反して」という文言は、それ自体が正当化理由と対応しているものではなさそうである⁸。しかし、現在まで繰り返されてきた「公共の利益」の解釈論は、独禁法の本質をどのように理解するか、独禁法の本質と自由競争との関係について議論が行われてきたことから⁹、先述した正当化理由とは何かという解釈論との関係で重要な意味を持つように考えられる。

2. 日本独禁法における市場画定について

ある事例について、独禁法違反かどうかを判定するには、まず市場画定が必要である。「市場」とは独占禁止法2条4項に言う「競争」が行われる場であり、これについては、「その事例で問題となる商品役務は何であり、それに関する供給者・需要者はどのような者なのか」ということを検討しなくてはならない。これがすなわち市場画定とされている。さらに、この市場画定とは、「多く存在する関連市場を全て見つけ出し、全ての市場をそれぞれ適切な範囲に画定する作業」であり、純論理的には、市場画定の手順は 需要者の範囲を画定する段階 供給者の範囲を画定する段階、の2段階で行われる（白石前掲「独禁法講義第2版」p134参照）。

また、「競争」については、独禁法2条4項が競争の定義について「二以上の事業者がその通常の事業活動の範囲内において、且つ、当該事業活動の施設又は態様に重要な変更を加えることなく」、「同一の需要者に同種又は類似の商品又は役務を供給」し、又は供給することが「できる状態」としていることから、「ある事業者らの間に競争関係があるかどうかは、需要者が彼らの商品・サービスを代替的なものと考え選択しているかどうかによって判断され」、「また、供給者の側では供給することができる状態、すなわち潜在的な供給能力があることで十分である。法律的にはこれらの要件が満たされれば競争関係は成立する」と考えられている（和田健夫・前掲独禁法審決・判例百選（第五版）p15。東宝・新東宝事件において示された考え方。）。

また、具体的な画定方法については、根岸哲・経済法（2000年、財団法人放送大学教育振興会）において、一定の取引分野の画定¹⁰について、一定の取引分野が取引対象（商品・役務）取引段階、取引地域、取引の相手方等の観点から画定されることが示されている（p50）。さらに、同書は、これらは「具体的行為と無関係にあらかじめ画定されるのではなく、当該行為がいかなる範囲の競争に影響を及ぼすものであるのかを判断することによって、個々具体的に画定されるものである」としている（p51）。

・事例

1. 検討対象となる事例

⁸ 一方、同書 p84 では、石油製品価格協定刑事事件最高裁判決が「公共の利益に反して」という文言によって正当化される共同行為というものが存在することを認めつつ、正当化される共同行為の範囲を極めて狭く限定的に考えるべきとしている」と述べている。

⁹ 松下満雄・経済法概説第2版（1995年、東京大学出版会）P71参照。

¹⁰ 市場の画定は不当な取引制限、私的独占、企業結合等に登場する「一定の取引分野」の画定であると言われることも多い。これが適切な言い方であるかどうかは独禁法講義 p141 の解説に頼る。

(1) E Uにおける市場画定をめぐる議論

それでは、実際に航空市場における市場画定のあり方をめぐって議論が行われた事例を取り上げて、その中に内包する問題を浮き彫りにしていく。

航空市場における市場画定については、入手できる範囲の発表資料によれば、例えば、他の交通手段との代替性をどのように考慮するか、ビジネス客とそうでない客（観光客）との市場を区別するか、他の空港からの便を代替手段として考慮するか等、様々な議論が行われている。こうした議論の中で、特に根元的な問題として、そもそも「関連市場」がルート毎あるいは二都市のペアという単位で考えられることは適切なのかどうか重要な論点となっている¹¹。

とりわけ、E Uにおいて、E C委員会がE U域内を超える大規模なアライアンスの独禁法適用除外の申請や、国際的なエアライン間の合併の申請を審査するにあたって、こうした個々のルート毎の関連市場の定義を採用したことについては、事業者側と競争当局との見解が対立してきたのみならず、研究者においても批判があるようである¹²。

最近の具体例としては、E Uにおいては、ユナイテッド航空／ルフトハンザ／S A Sや英国航空／アメリカン航空のアライアンスにおいてこのような定義が採用されたと考えられる。しかし、これらの場合、E C条約上の制約により、E C委員会が直接適用除外の可否を判断できるようにはなっていないため¹³、詳しい審査内容は公表されていない¹⁴。

従って、ここでは合併規則（Regulation(EEC) NO 4064/89）に従って審査されたエアライン間の合併についての事例をとりあげ検討することとしたい。

(2) 前提

議論の前提として、独禁法における市場画定に関する考え方が日本・E Uで異なること、また、航空市場における市場画定の考え方が基本と異なる特別なものではないことを確認する。

E Uにおいても、独禁法における市場画定の最初の作業は、需要者が互いに代替性を持つと考えている財やサービスのグループを特定する事であるとされており¹⁵、市場画定の考え方は日本・E Uに共通するものであると考えられる。この点について、「製品代替性についての顧客の意

¹¹ 後述するE U以外に、米国における例として、United States v. Northwest Airlines Corp., and Continental Airlines, INC., PRETRIAL ORDER (2000.10.10) : " Issues of law to be Litigated"(p8)、TRIAL BRIEF OF THE UNITED STATES(2000.10.24) : " KEY ISSUES FOR TRIAL, A.THE EQUITY ACQUISITION VIOLATES SECTION 7 OF THE CLAYTON ACT"(P5)参照。ここでは、クレイトン法7条中“いずれかの国内の地域”における“事業分野”(in any line of commerce in any section of the country)”の解釈について争われている。前者は地理的市場、後者は生産市場地理的市場としてとらえられ、本論点は主に後者で争われている。

¹² トレバー・ソームス・航空アライアンスとE U競争政策（1999年、財団法人運輸政策研究機構国際問題研究所訳・発行）p34

¹³ 同前・p10、12参照。

¹⁴ E C条約第85条第1項に基づく提案については、Official Journal of the European Communities(OJ) 1998. C239/04（ルフトハンザ、S A Sとユナイテッドの事例）、C239/05（英国航空とアメリカンの事例）参照。又、前掲p26～27においても概要が記載されている。

¹⁵ EUROPEAN AIR LAW ASSOCIATION “Current issues arising with airline alliances”（1999.11.5）、滝川敏明「日米E Uの独禁法と競争政策」（1996年、青林書院）p114

見・製品の性格・価格などを総合的に検討して、同一市場に含める製品を絞っていくのがEC委員会の現在の市場画定方法である」と考えられている¹⁶。

つまり、製品又はサービスの「適切な市場」を定義づけるためには、需要側の代替性と供給側の代替性（「すなわち、競争者が市場に参入する際の容易さ」）の双方を考慮しなければならないと考えられているようである¹⁷。

航空市場の市場画定にあたっては、この需要側の代替性と供給側の代替性の両方を考慮しなければならないと考えられている。実際に、航空市場における需要側の代替性については、Ahmed Saeed 判決において、欧州司法裁判所¹⁸が「採用されるべきテストは、特定のルートにおける定期便が、潜在的な代替便と交換可能でなく、またそれらとの競争によって限定的にしか影響されないことに由来する固有の特徴によって潜在的な代替便と区別され得る」と述べている¹⁹。また、市場画定を行う上では個々の需要者のタイプによって供給者の代替性を考慮していかなければならないし、実際にも行われている。

2. 事例の概要

近年におけるEC委員会の合併規則による審査事例において、その世界的な航空市場に与える影響という点で主立ったものは、恐らく1999年8月11日にEC委員会がKLMオランダ航空とアリタリア航空のジョイントベンチャーに対して行った決定²⁰（以下、「KL/AZ事件」とする）と、2001年1月12日にユナイテッド航空とUSAエアの合併事件に対して行った決定²¹（以下、「UA/US事件」とする）であると思われる。KL/AZ事件は、定期旅客運送ネットワーク、売上、収入のマネジメントと貨物事業を漸次統合することにより、長期的なアライアンスを締結しようとするにつぎ、EC委員会が合併規則第6条(1)(b)に基づく決定を行ったものである。UA/US合併事件は、ユナイテッド航空の持株会社であるUAL社が合併によりUSAエアウェイグループ社の全事業の支配権を獲得する件につき、合併規則第6条(2)に基づく決定を行ったものである。

問題の核心となる市場画定についての争点はほぼ同じであるため、ここでは主にUA/US事件の事例に基づいて検討を行っていくこととする。なお、以下に争点の背後関係がわかりやすいよう、事件の概要を述べる。

UA/US事件決定文では、最初に市場画定を行っている。具体的に、ルートによる分割（EC委員会は、航空運送における関連市場の定義は一般的に出発地と目的地を結ぶ路線群により画

¹⁶ 滝川・同前 p115

¹⁷ ソームス・前掲 p32

¹⁸ 「EUにおける法令・政策に関して、EU諸機関と個人、EU諸機関と加盟国間の訴えなどを主に取り扱う」裁判所。（「欧州連合における運輸政策の動き（1999年度）」P1・SHUTTLE2000NO.4（財団法人運輸政策研究機構国際問題研究所編））

¹⁹ ソームス・前掲 p75 より。

²⁰ Commission Decision of 11/08/1999, case No COMP/JV.19-KLM/ALITALIA

²¹ Commission Decision of 12/01/2001, case No COMP/M.2041-UNITED AIRLINES/US AIRWAYS、なお、本件については、米国司法省が、他の諸州とともに、本合併は実質的に競争を減殺し、運賃を上昇させ、利用者に不利益を与えるものとして提訴する考えを示した（2001.7.27米国司法省発表）ことにより、結局当事者は合併を断念した。

定され、ある目的地への運送サービスは違う目的地への運送サービスによっては代替され得ないとしている。) 直行便と経由便とを包括して考えるかどうか、問題となる多くの便が発着するフランクフルト空港とミュンヘン空港が他の空港から競争圧力をかけられているかどうかを詳細に検討している。

次に、それぞれの市場について、合併規則第2条に従い、本件合併事件が、共通市場並びにE E A協定及びその主要な部分で競争が実質的に減退することによって支配的地位が形成されあるいは強化されることにならないかどうか評価を行っている。具体的には、ユナイテッド航空がルフトハンザ航空とアライアンス²²を結成していることから、結果としてU Sエアとルフトハンザとの競争も減退することを重視しつつ、ユナイテッド航空又はルフトハンザとU Sエアの便が特定のルートで重複している場合に競争を減殺することになるかどうか評価を行っている。検討対象となっているのは、直行便が重複しているルート、どちらか一方が直行便でもう一方が経由便を運航しているルート、経由便が重複しているルートである。そして、実際に問題視されているのは、ユナイテッドとU Sエアが合併することにより競争条件に影響を与えるようなルート、例えば、現在の輸送量でU Sエアとルフトハンザあるいはユナイテッドの双方が相当のシェアを持っているような場合、そして双方のハブを結ぶルートである等の理由により潜在的な競争者を含む競争者が十分に対抗し得ないような場合に限られている。

結論として、U A / U S合併事件に関して、E C委員会は問題となったルートに関して新規参入者に対しスロット²³を提供するという条件付きで、問題なしとしている。

3. 争点

(1) 以上がU A / U S合併事件の概要だが、先述したとおり、ここで取り上げる主な論点はその「ルートによる分割」が適切かどうかという点である。

K L / A Z事件においては、当事者側は、ハブ&スポークシステム²⁴や規制緩和が航空分野において実質的な進展をもたらすこと、特にネットワーク同士の競争が行われる「グローバル航空運送市場」を産み出すことを主張したが、E C委員会は、需要者はあくまで二地点間の輸送サービスを求めていることを理由に各ルート(=出発地と目的地とのペア)が関連市場を構成するとした。

U A / U S事件でも、E C委員会が示した「ルートによる分割」に対し、ユナイテッドは、ネットワークでの競争を十分に考慮していないと批判した。その理由として、特にハブ空港の活用

²² 簡単には、コードシェア(同じ一つの便に、提携しているエアラインがそれぞれ別の便名をつける)やF F P(マイルージサービス)協定を中心とした包括的な企業提携を指す。詳しくは章2.(4)で述べる。

²³ 発着枠。法律上の正確さを期さずに言えば、航空機が空港に発着するための1回毎の機会のようなもの。例えば羽田や伊丹、成田などの混雑している空港においては、安全な運航の確保や環境上の制約により発着回数に一定の制限が設けられており、各社が保有できるこの発着枠(スロット)の数が問題となってくる。

²⁴ 「拠点空港(ハブ:車輪の軸)を中心に放射状の路線を組み、ハブでの乗換えを組み合わせることによって、路線数の増加を抑えながらサービス地点を拡大するシステム」(山内弘隆・航空運賃の攻防(2000年、NTT出版)p86)である。

による無数の経由便の存在、大西洋間で活動するU Sエア以外のエアラインは殆どコードシェア協定²⁵を結んでいること、大西洋間で活動するU Sエア以外のエアラインは殆どアライアンスに参加していることを挙げ、結果として大西洋間においては多くのエアラインとアライアンスによってサービスが供給されており、大西洋間で見ると深刻な競争上の問題を引き起こさないと述べた。

これに対し、E C委員会は、需要者は二地点間の輸送サービスを求めていること、供給側では、特に、スロットや二国間協定²⁶といった潜在的な制約、そして航空会社のネットワークの範囲で十分な需要を生み出すために路線を調整する必要があることから、短期的には大西洋ルートで重い追加コストと追加リスクを背負わなければ運送サービスを供給できない、としてユナイテッドの反論を採用していない。

(2) 以上の議論から、どのような市場が争点になっていると考えられるだろうか。一般的に、市場を狭く画定すればするほど独禁法違反となりやすくなるが、判例は常に狭い市場を認めているわけではない。

先述したように、市場画定のやり方には画一的な基準があるわけではなく、需要の代替性及び供給の代替性をどこまで認めるかという点で裁判所あるいは競争当局の裁量の余地は多く残されている。よって、単純に当事者側とE C委員会の意見の対立を、市場を広くとらえるか市場を狭くとらえるかという観点だけで見ると、当事者側の主張する「グローバル航空運送市場」が理論上認められないことはないだろう。

従って、まず検討すべき問題は、広い方の市場（「グローバル航空運送市場」）ではなく、E C委員会の主張する小さい方の市場（ルート毎の市場）をどの程度独禁法が保護すべきかと考えられているかということに集約されそうである。

(3) この点について、実際に行われた双方の主張に依拠しつつ、双方の立場から言葉を補うことによって、何が双方の主張の差を生みだしているのかを明らかにしていくことが必要である。

そこで、ネットワーク全体を市場とすべきであると主張する立場（両事件において当事者側が主張した立場）をAとし、ルート毎の市場を主張する立場（両事件においてE C委員会が主張した立場）をBとした上で、それぞれの主張を実際に行われた主張を基に掘り下げて検討する。

実際に行われた議論から推察するに、おおよそAがグローバルなネットワーク間競争を強調した根拠は次のようなものであると思われる。

合併（ここではK L / A Zのアライアンスを含む）によって、より競争力のあるネットワークが誕生することによって、グローバルなネットワーク間競争が活発化すること（引いては利用者に利益が還元されること）

もし合併企業体（及びそれと関連するアライアンス）が大きなシェアを占めるルートがあっ

²⁵ 注 22 参照。

²⁶ 国際航空分野においては、乗り入れ企業や路線、便数等を定めた二国間協定をベースとした運航が行われている。

て、合併によって競争が低下するように表面上見えても、常にどこかのネットワークから競争的に圧力がかけられているので、(需要者は他のネットワークの運航する経路便で目的地までたどり着けるし、他の競争者は巨大なネットワークをバックに参入することもできる) 実質的に問題はないこと。また、こうした状況の中、特定の路線で支配的な立場を利用して反競争的な行為(運賃をつり上げる等)を行ったりしたらすぐに他のネットワークから参入が起こること。

(5) Aの主張 について、EC委員会は明確に再反論していない。しかし、Bが再反論を行うとすればおおよそ次のようなものと推察する。「もし市場全体において競争が活発化しても、一つの市場において需要者が競争上のデメリットを被る危険性があること自身が問題である」と。

また、Aの主張 については、EC委員会は、こうした競争者(他のネットワーク)が存在するとしても、スロットや二国間協定等の制約により短期的には新規参入が難しいという反論を行っている。

従って、Bの再反論は、「競争者の有無に関わらず、新規参入が短期的に困難である以上、特定の市場で需要者が競争上のデメリットを受ける可能性は否定し得ず、ネットワーク間の競争が活発化する効果をこのデメリットと比べて前向きに評価することはできない」ということに要約できそうである。

(6) これに対し、Aの立場からは次のような再反論が考え得る。

「需要者は、(競争者の存在の有無に関わらず)独占的な行為が行われているルートを敬遠するだろう²⁷。また、現在、航空市場では各航空会社間で顧客の奪い合いが激化しており、特に、自分の所属するアライアンスに顧客を取り込めるかどうかは各企業にとって死活問題である。各アライアンスは、共通マイレージサービスや共通ラウンジ等で顧客の囲い込みを行っており、どのマイレージサービスに加入しようかと迷っている客(あるいは、複数のマイレージサービスに加入しておりどのマイレージサービスでマイルを貯めるか迷っている客)は、各エアラインの評判やサービス、自分が良く行く方面への利便性等まず経路便どの企業グループを利用するかを決めている。そのような状況で、ある企業が独占的な行動を行うという悪い評判が立って、顧客が離れていくのを、当該企業のみならず、他の企業が見過ごすわけがない。」

(7) Bの立場からは、EC委員会が本決定中で「需要者は二地点間の運送サービスを求めている」としていることから、更に次のように反論することが可能である。「当該ルートを頻繁に利用しなければならぬ人が相当数いるはずであるし、例え1回でも当該ルートを利用しなければならぬ人がいれば、そうした需要者を保護するべきだ」。

また、後者の主張については、「独占的行為を行っているという悪い評判が顧客に伝わるかどうか疑問である、あるいは、仮に、悪い評判が伝わったとしても、顧客がそのような評判に自らの行動(マイレージの加入をはじめとして、ある企業グループの顧客になるかどうか)を左右されるかどうかはわからない」という反論があり得る。事実、新規に企業グループの顧客になるかどうか選択する人間であれば選択の余地があるが、既にこの企業グループの顧客となっている者で

²⁷ 注11参照。

あれば今変更は利かない。

(8) こうした B の主張から一貫して A の主張に欠けている考え方を見いだすことができる。

それは、A の主張 においては、特定のルートにおける輸送サービスを利用する者の保護である。主張 においては、短期的にも需要者は保護されなければいけないこと、そして例え 1 回でも当該ルートを利用する人は守られなければならないこと、悪い評判が伝わらない者あるいは合理的な判断ができない者、既にこの企業グループの顧客になっている者も保護されなければならないこと、である。総じて、B の主張の根本にあるのは、「小さい塊の需要者についても犠牲を出すわけにはいかない」ということである。

それに対し、A も「弊害を受ける可能性のある需要者は存在しない」ということを主張しているのではなく²⁸、要は「例え弊害が生じたとしても、全体としての競争が活発化することと比較衡量すると、取り立てて保護しなければならないようなものではない」という考え方を根拠としているのだ。

(9) 以上をまとめると、結局、問題となるのは B の主張する「小さい市場 (= ルート毎の市場)」が画定される可能性を認めた上での、それに対する保護の必要性と「大きい市場 (= グローバル航空運送市場)」の競争促進性との比較衡量の問題である。更に詳しく言うと、「特定の狭い範囲の需要者の保護」を「全体的な競争促進効果」と比較してどこまで認めるかが双方の主張の差をもたらしていることがわかる。

(10) なお、A の立場からは、「我々は小さい塊の需要者を無視しているわけではない。需要者は 1 年に何回も飛行機に乗り、あらゆる方面に向かう。従って、合併の弊害が生じるルートより合併による利益を受けるルートの方がはるかに多いことを考えると、特定の独占的行動が可能なルートを利用する需要者についても、長期的に見るとプラスの効果が多いはずである。我々は、『特定の狭い範囲の需要者』を無視しているわけではない。」という反論があり得る。

しかし、これも結局、需要者が受けるマイナスの部分をもどの程度保護すべきか²⁹という「特定の狭い範囲の需要者の保護」及びそれと対比しての「全体的な競争促進効果」に対する認識の差から生じている。

(11) こうした市場画定の作業が独禁法の法目的と密接に関連していることを指摘した論文として、白石忠志「独禁法上の市場画定に関するおぼえがき」(『技術と競争の法的構造』(1994 年、有斐閣)所収)がある。これは、ロックイン現象が市場画定に及ぼす影響を論じたものであるが、どのように需要者の範囲を画定するかという問題が、どのようなものを独禁法が保護すべきであるか (= 独禁法がめざすものはなにか) という問題と深く関わっていることを指摘した文献とし

²⁸ 特に、検討対象としている U A / U S 合併事件は、企業結合事案であるから、実際に競争上の弊害が起きていなくても、その蓋然性について証明されれば独禁法違反となり得る。

²⁹ この点も重要な論点であると考えるが、本稿では直接議論の流れと関係がないので取り上げない。

て非常に示唆的である。

・議論

1. 「全体的な競争促進効果」と正当化理由との関係

(1) 「全体的な競争促進効果」についてどう評価するかという問題は、EC競争法だけでなく、米国独禁法、日本独禁法上の事例にも数多く登場する。

元々、「全体的な競争促進効果」という考え方は決して突飛なものではない。当該行為がもたらす「競争促進効果」(言い換えると、当該行為が経済効率を向上させることにより競争が促進されたのと同様の効果をもたらす。経済効率性向上効果とも言い換えられる。)を考慮すべきであるという考え方は、独禁法の世界では比較的ポピュラーな考え方である。例えば、直接的には、EC合併規則第2条第1項は「**・・・the Commission shall take into account:・・・and the development of technical and economic progress provided that it is to consumers' advantage and does not form an obstacle to competition**」とし、需要者に利益をもたらし競争を阻害しないような技術的・経済的発展について考慮するとしている。

米国においても、直接的には、1992合併ガイドラインにおいて、合併が経営効率を向上させることを合併の審査にあたって考慮している³⁰。これらは、経営効率向上によるコスト削減によって最終的には需要者への利益還元が行われることが想定されているからであると考えられる。また、有名な「合理の原則」は、シャーマン法1条違反を審査するにあたって、事案毎に、「その内容、参加者の力、目的・意図、(関連市場の競争に及ぼす)効果」(村上政博・アメリカ独占禁止法(1999年、弘文堂)p38)の総合的な衡量が行われる。さらに、競争促進性と制限性との比較衡量については、「反トラスト法における経済効率を重視するシカゴ学派は、競争制限的行為であっても、その制限効果を上回る効率向上効果があれば合法とするように合理の原則を運用するように提唱してきている」としている(滝川敏明・日米欧の独占禁止法と競争政策(1996年、青林書院)p40)。

また、日本においても、「株式保有、合併等に係る「一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる場合」の考え方」(平成12年12月21日公正取引委員会)において、例えば、下位企業がコスト競争力等を高め、それが製品価格の引き下げや品質の向上につながり、上位企業との競争が促進されると見られる場合等、当該企業結合による効率性の改善が競争を促進する方向に作用すると認められる場合に、当該経営効率化効果を考慮するとしている。

(2) ここで例として挙げた、「経済的発展」「競争促進性」「経営効率化効果」は、競争減殺がある場合でも違法かどうかの判断にあたって考慮されるという点で、先述した正当化理由の範疇に属するものである。そして、に挙げた市場画定の事例で具体的に問題となっているのは、ある特定の範囲の競争を、それより広い範囲の競争との観点から考慮すべきか、つまるところ、ある特定の範囲の市場が存在するという前提の下、他のより大きい市場における競争促進効果につい

³⁰ 村上政博・アメリカ独占禁止法(1999年、弘文堂)p196

て考慮するか(=正当化理由)という問題である。

通例、独禁法違反行為があるかどうかを確定するにあたっては、先に市場画定を行い、当該市場内での競争制限的行為と正当化理由との比較考量が行われるから、ここで市場画定の問題として議論が行われた問題は、結局正当化理由としての「競争促進効果」³¹がどこまで認められるかを裏側から争った問題に過ぎない。

(3) さらに留意しなければならないのは、こうした競争促進効果が当該市場ではなく、より広い世界的な市場(EUの例では、「グローバル航空運送市場」)において好影響を与えることと比較衡量することを想定しているという点である。

この点については、ひいてはまさしく財界が長年主張してきた、「国際競争力の強化のため、企業結合が国内にもたらす多少の競争制限性には目をつぶるべき」とする主張につながるものである。

このした主張については、独禁法研究者の間で様々な批判が行われてきた。例えば、古くは八幡製鉄・富士製鉄の合併計画(後に同意審決(S44.10.30)を経て合併)について、今村成和・私的独占禁止法の研究(三)(有斐閣)p175は、「ここ数年来、貿易自由化に伴う国際競争力の強化を名とし、さらにこれに加えて、西欧における企業大型化の傾向に刺激されて、政府(通産省)や財界を中心とする集中政策が進められてきた。しかし実際には、昭和三八年の三菱系三重工の合併など少数の事例を除いては、その進行ははかばかしくなかったのであるが、昨年来の市況悪化を背景に、今年になって爆発的な進展をみせはじめに至ったのである。したがって、独占禁止政策などはものの数ではないという風潮が、そこにある」と批判している。また、例として挙げられた三菱系三重工の合併に関連して、「国内企業の大合同による単一化も、理論的には、許されないわけではないとも解され」としつつ、「私的独占禁止法の目的達成のためには、国内企業間における競争関係維持の必要を、軽々と見捨てるべきではなく、このような角度から、現状に適した独禁法一五条の適用基準を考えることにこそ、公正取引委員会の任務がある」と(今村・前掲(二)p96)としている。

(4) そこで、こうした観点から、近年、産業界全般において再び進行しつつある業界再編に対する公正取引委員会の対応を見ると、公正取引委員会の大型企業結合に関する報道発表資料(第一勧銀・富士銀・興銀(みずほファイナンシャルグループ)³²、住友銀行・さくら銀行³³、NKK・川崎製鉄³⁴、商船三井・ナビックス³⁵等。いずれも企業結合は容認されている。)を見る限り、今

³¹こうした「競争促進効果」について、「自由競争による経済効率の達成とは違った概念だ」と主張されることもある。しかし、「近年の判決は、競争促進性と競争制限性のバランス判断の中で、効率向上効果を競争促進効果に等しいものとして考慮してきている」、「生産・経営効率を改善した企業は競争相手への競争圧力を増大させるので、効率向上効果は競争促進効果と同一視できる」との見方がとられる」(滝川・前掲p40)としていることを考えると、全く根拠のない主張だと言えるだろう。

³²「(株)第一勧業銀行、(株)富士銀行及び(株)日本興業銀行の持株会社の設立による事業統合について」(平成12年6月1日公正取引委員会)

³³「(株)住友銀行と(株)さくら銀行の合併等について」(平成12年12月25日公正取引委員会)

³⁴「日本鋼管株式会社及び川崎製鉄株式会社の持株会社の設立による事業統合について」(平成

村先生が指摘している昭和 40 年代当時の「国際競争力の強化」と「競争制限性」との緊張関係は見られない。こうした企業結合は、そもそも競争を実質的に制限することとはならない、と結論づけている。

しかし、みずほグループの例や、住友・さくらの例においては、事前相談に対する回答の中で、「独占禁止法及び競争政策上の問題点」として、融資比率や出資比率が高まる事業者に対し、預金等の追加要請、社債引受幹事の指定要請、社債管理の引受の強制等の事業経営への関与を指摘し、それに対して、統合する銀行側から自主的な改善条件を提示することによって合併を認めるという形式をとっている。従って、明示的には述べていないが、ある一定のかたまりの需要者に与える競争上の影響を否定してはいない。従って、やはりここでも「他の市場における競争促進性」あるいは「他の市場において競争制限性がないこと」を暗に考慮している形跡が見られる。

こうした「他のより広い市場における競争促進性」と「競争制限性」との緊張関係は、今も昔も競争上の判断を揺るがし兼ねない要素であることが見て取れるだろう。

いずれにせよ、ここで想起すべきは、今村先生の指摘にあるように、独禁法は他のより広い市場における競争促進効果を否定してはいないが、それはあくまでも正当化理由の範疇に含まれ、競争制限性の程度と比較衡量して決定されるものであり、「独禁法の第一義的な法目的」には含まれないということだ。程度の差こそあれ、同様のことが E U や米国についても言えるだろう。特に、E U の事例では結局「グローバル航空運送市場」は採用されていない。

(5) なお、こうした「他の市場における競争促進効果」が正当化理由に該当するかどうかの判断を示した判例として、日本においては、和光堂事件最高裁判決（最判昭和 50・7・10、昭和 46 年（行ツ）第 82 号審決取消請求事件、民集 29 卷 6 号 888 頁）がある³⁶。

この和光堂事件最高裁判決において判示された事項のうち、「競争促進効果」が正当化理由に該当するかどうかについて述べた部分は以下のとおりである。

「また、所論は、再販売価格維持行為が市場競争力の弱い商品について行われる場合には、それによりかえつて他の商品との間における競争が促進されるから、『正当な理由』を認めるべきである、と主張するが、前記のとおり、一般指定八は相手方の事業活動における競争の制限を排除することを主眼とするものであるから、右のような再販売価格維持行為により、行為者とその競争者との間における競争関係が強化されるとしても、それが、必ずしも相手方たる当該商品の販売業者間において自由な価格競争が行われた場合と同様な経済上の効果をもたらすものでない以上、競争阻害性のあることを否定することはできないというべきである。」

13 年 11 月 8 日公正取引委員会)

³⁵ 「大阪商船三井船舶(株)とナビックスライン(株)の合併に係る事前相談について」(平成 11 年 3 月 1 日公正取引委員会)

³⁶ 三協乳業株式会社の製造する育児用粉ミルクの総発売元である上告人(和光堂)は、同粉ミルクを販売するにあたり、いわゆる再販売価格維持行為を行ったとして、こうした行為が一般指定(旧)8号に該当すると公正取引委員会が判断したことに関し(公取委昭和 43・10・11 審決)審決取消を求めて東京高裁に訴えを提起したが、東京高裁もこの審決を支持したため(昭和 46・7・17 判決)、この判決を不服として審決取消を求めて上告した。

(6) 判示を読むと、「他の市場における競争促進効果 (= ブランド間競争)」による競争阻害行為の正当化の可否について、最高裁が否定的な見解を示しているようにも考えられる。

山部俊文・前掲・独禁法審決・判例百選(第五版)P175は、この点について、「学説の大勢は、再販行為がブランド間競争の停滞を前提としてはじめて行われ得ること、再販行為によるブランド間競争の促進はほとんど考えられず、むしろ、ブランド間競争に悪影響を及ぼすこと、再販行為によってブランド間競争が促進されるとしても、それとブランド内競争の阻害の効果との総合的衡量が困難であること等を指摘して、結論としては、最高裁の右判旨を支持する」としている。

一方、本判旨に対して、松下満雄・前掲 P196は、「最高裁の判旨は再販売価格維持についてブランド間価格競争は評価する必要がないと指摘しているもののようである」との前提に立って、最高裁の論理を経済的な実態に関する認識不足と批判している。

(7) これらの学説から判例を今一度吟味すれば、本判決について「他の市場における競争促進効果」について考慮しないという趣旨であると決めつけるのは適切ではなく、一般的な「他の市場における競争促進効果」の存在を認めつつ、再販売価格維持行為による「競争促進効果」の程度が、「自由な価格競争が行われた場合と同様な経済上の効果」をもたらすものでないため、正当化されない、と解釈する方が道理に叶っている。そうすれば、松下前掲 P195において「再販売価格維持以外の垂直的制限(例えば、排他条件付取引、テリトリー制、顧客制限等)は、ブランド間競争を推進することもあり、競争政策上これらを許容することは必ずしもマイナスでない」としていることとの整合性も図られる。

(8) 以上より、少なくとも、「他の市場における競争促進効果」が正当化理由に該当する可能性について、否定的な事実は見あたらない。また、ここで言う「他の市場における競争促進効果」が経済効率の達成や国際競争力の強化と深く関わっていることも明白である³⁷。

「正当化理由」について、「独禁法がめざすものは自由競争の促進であるから正当化理由は(原則として)認められない」という否定的な見解を持っている人は、自分の見方を見直さざるを得ないだろう。

従って、以下のことを確認する。

まず、「自由競争による経済効率の達成 正当化理由」が成立する。

と、いうことは、「独禁法が第一義的にめざすもの = 自由競争による経済効率の達成」ではない。また、「独禁法が第一義的にめざすもの = 国際競争力の強化」でもない。

2. 独禁法適用除外制度から見た「独禁法と他の競争政策法との役割分担」

(1) 独禁法適用除外制度を取り上げる意義

ここで、多少迂遠な論理展開になるが、独禁法適用除外制度を取り上げたい。独禁法の適用除外制度をどのように性格付けるかについては、独禁法のめざすもの、ひいては独禁法と他の競争政策法との役割分担と深く関わってくるからである。

³⁷ 前出・注31参照。

独禁法適用除外制度の法的性格については、現在まで様々な説が展開されてきたようであるが³⁸、その法的性格について一律に議論することは容易でなく、また、個々の適用除外制度が競争に与える効果は著しく異なることから、例えば独禁法本体の規定に基づく適用除外カルテルや、個別法による適用除外カルテルという区分毎の性格について議論する意味は薄いと思われる。

しかし一方で、適用除外規定の対象となる行為が、そのまま独禁法を適用しても違反となるかどうかについては大きな論点となる。例えば、適用除外になっていなければ（そのまま独禁法を適用すれば）独禁法違反となるような行為については、当然ながら、そもそも独禁法の法目的にそぐわないと見なされるような行為であるが、適用除外になっていなくても独禁法違反とならないような行為については、最終的には独禁法の法目的にそったものであると考えられ、そうした行為について、何故適用除外規定を設けているのかを研究することは、先述した「独禁法のめざすもの」の範囲、あるいは「独禁法と他の競争政策法との役割分担」との関係で非常に興味深い³⁹。

（２）日本の独禁法適用除外制度とそれに対する批判

日本の独禁法適用除外制度については、独禁法研究者をはじめとして様々な批判が寄せられる。例えば、「我が国独占禁止法にはアメリカ反トラスト法及びEU競争法と比較して、独占禁止法の適用から除外される産業分野の比重が際だって大きいとの特徴がある。これが我が国の独禁法施行をアメリカ及びEUと比べて弱いものにする重要な要因になっている。」（滝川・前掲 p56）という批判や、特に個別法による適用除外制度について、これらが保護政策に基づき設けられたものであり、政府による経済規制と共通するものとしてとらえられ、自由競争による経済秩序を妨げているとの批判が多くなされてきた⁴⁰。

こうした批判を受けて、政府は独禁法適用除外制度を縮小・廃止してきた。従来から特に批判にさらされてきた不況カルテルや合理化カルテルは「規制緩和推進3カ年計画」（平成10年3月31日閣議決定、平成11年3月30日改定）に基づき平成11年7月に廃止され、また、自然独占事業に固有な行為に対する適用除外規定も平成12年6月に廃止されている⁴¹。そして、個別法によ

³⁸ 松下・前掲 P252 参照。本稿の議論とは直接関係がないため、ここでは取り上げない。

³⁹ この点について、松下・前掲 P256 は「ある適用除外規定がそれに該当する行為が違法でないことを確認するに過ぎないのか、本来的に違法な行為について合法という法律的效果を創設するものであるかは個別規定ごとに検討され決定されなければならないだろう」としている。なお、同 P253 によると、前者は「創設説」の範疇に、後者は「確認説」の範疇に入ると考えられる。

⁴⁰ 例えば、前掲・滝川 p58 「個別の産業立法による独占禁止法適用除外制度の多くは、産業調整上の見地から設けられたものではなく、単に既存事業者を競争から保護するための制度として機能している。中小企業関係、金融、運輸、環境衛生業、農林水産業に数多く存在する独占禁止適用除外制度がこれに該当する。これらの適用除外（ほとんどは適用除外カルテル）は、政府規制における経済的規制の大半のものと同じ性格を有しており、既存企業を競争から守り、国民経済と消費者の利益を損なっている。これらの適用除外制度の多くは・・・適用除外の意味が失われたのにも関わらず、惰性及び担当省庁の政治力により適用除外が維持されてきている。」

根岸哲・船田正之・独占禁止法概説（2000年、有斐閣）p330 「適用除外制度の多くは、昭和20年代から30年代にかけて、我が国の産業の保護・育成、国際競争力の強化のための企業経営の安定・強化・合理化等の目的で設けられたものである。・・・それらの中で特に公的規制と独禁法の適用除外制度が、海外からの参入を阻害し、我が国の経済の開放性、開かれた競争秩序の形成を妨げていることが諸外国からも批判されてきた。」

⁴¹ 公正取引委員会報道発表資料を基にしている。

る適用除外制度についても、その対象となる行為の範囲の縮小や廃止が行われてきている。

(3) 国際航空カルテルを取り上げる理由

しかし一方で、未だ廃止されずに残されている適用除外制度は少なからず存在する⁴²。こうした適用除外制度の一つとして、航空法第 110 条があり、本規定に基づいて国際航空カルテルが独禁法適用除外とされている。

通常、独禁法の研究書において適用除外制度の例として取り上げられることが多いのは、独禁法自身に基づく適用除外制度である再販適用除外制度や、既に廃止された不況・合理化カルテルであった。一方で、個別法による適用除外の位置づけについて検討を行っている研究書は少ない。しかし、独禁法適用除外制度の法的役割、ひいては独禁法の運用者である公正取引委員会と他の競争政策担当官庁との役割分担について議論するには、こうした個別法による適用除外制度を検討する方がより適切かと思われる。

従って、以下においては、この国際航空カルテルに対する独禁法適用除外制度を取り上げて、その法的役割、競争に与える影響等を考察していくこととする。

さらに、ここで国際航空カルテルの独禁法適用除外制度について取り上げるメリットは、諸外国においても適用除外制度が設けられているという点である⁴³（後述）。こうした諸外国での運用の実態を概観し、諸外国における独禁法担当官庁と他の競争政策担当官庁との役割分担について検討することにより、日本の制度に対する示唆としたい。

(4) 国際航空カルテルの内容

まず、適用除外の対象とされる国際航空カルテルとはどのようなものを簡単に整理しておこう。

国際航空カルテルという概念に含まれ得るものとして、いわゆるコードシェア協定⁴⁴やマイルサービス協定の協定、運賃カルテル等個別の協定の他に、コードシェアや共同調達、共同マーケティングを主軸とする包括的なサービスの取り決めであるアライアンス⁴⁵が挙げられる。

その中でも、近年特に競争法との関係で問題となっているのがアライアンスである。アライアンスは、企業側にとってはコストの削減と経営強化を可能にし、利用者側にとってはネットワークを拡大し、運航時刻の調整等による旅行時間の短縮、共同マイルサービス、共同ラウンジの設置等を通じて利便性が向上するものであると説明されている⁴⁶。資本制限が設けられている国際航空市場においては、国籍の違う企業同士の合併は困難であり、アライアンスは、合併（企業結合）に準ずる経営上の効果をもたらすものとして各企業に採用されていったのである。

⁴²独禁法本体に基づく無体財産権の行使行為や、一定の組合の行為、再販売価格の維持・決定行為に対する適用除外、さらに、個別法に基づくカルテル等。

⁴³日本以外に米国においても独禁法適用除外規定を設けており、EUにおいても、国際航空カルテルについて、包括的な適用除外を認める規定こそ（殆ど）ないものの、個別の申請により独禁法適用除外を認めてきている。

⁴⁴ 注 22 参照。

⁴⁵ 同上

⁴⁶ ソームス・前掲 p4、山内・前掲 p130

こうしたアライアンスは、米国に端を発しており、90年代に入り、国内の航空不況の中、経営基盤の強化、コスト削減等を通じて自社の国際競争力を強化するための手段として、急速に広まったものである⁴⁷（但し、日本企業でアライアンスに参加しているのは現在までのところ全日空1社であり、参加時期も1999年10月と、欧米とは少し状況が異なる。）。この点について、中央大学教授塩見英治氏は⁴⁸、「経済学的には、戦略的動機が基底となり、外部経営資源の相互補完によって競争優位を獲得するための提携としてとらえるのが適切だと考える」としている。

従って、アライアンス自身は業界温存的な環境で生まれてきたわけではなく、各社の競争が激化する中、自社の競争力をさらに強化するための手段として生まれたものであることが解る。だから、例えば過当競争があると見られる業界において生産量の調整を行うカルテルのように、既存企業を競争から守るための協定ではない。アライアンスは、（アライアンス内の競争はさておき）合併の事例と同様、ネットワーク同士の競争を激化させる。

また、アライアンスによるコスト削減を通じて利用者に利益を還元するという点も否定することはできない。例えばこの点について、EC委員会は、競争を抑制する可能性を認めつつ、「航空企業間の協力は、ヨーロッパ内における航空輸送の健全なリストラを容易にするとともに、消費者サービスの質の改善やそのコスト管理の向上を促すものである」⁴⁹と前向きに評価している。また、実際にルフトハンザ/SASのアライアンスに対して、ジョイントベンチャーがコスト削減を促し、運賃・料金の低廉化につながる等を評価し、こうした効果と競争制限による弊害を比較衡量して独禁法適用除外とすることを決定したとのことである⁵⁰。

結論として、アライアンスは合併と同様、ネットワーク同士の競争を促進する効果を持ち、さらに、「コスト削減等を通じて経済効率を促し、需要者に利益を還元する」という効果も、こうした「競争促進効果」に包含されるものである⁵¹。

（5）独占禁止法適用除外規定の内容

日本の独禁法適用除外制度

日本における国際航空カルテル⁵²に対する独禁法適用除外制度は、航空法第110条及び第111条に規定されている。本規定では、国際航空カルテルを締結しようとする場合は、国土交通大臣の認可を受けねばならず、この認可にあたっては、利用者の利便を不当に害さないこと、不当に差別的でないこと、加入及び脱退を不当に制限しないこと、協定の目的に照らして必要最小限度であること、が審査される⁵³。そして、こうして認可を受けて行う行為については、「不公正な取引方法を用いるとき」及び「一定の取引分野における競争を実質的に制限することによ

⁴⁷塩見英治「航空輸送のグローバル・アライアンス - その戦略的特質と課題」・ていくおふ WINTER1998, No81（全日空広報室発行）p10、川口満・現代航空政策論（成山堂）p103

⁴⁸ 塩見・同前 p11

⁴⁹ ソームス・前掲 p20

⁵⁰ ソームス・前掲 p21

⁵¹ 注31参照

⁵² 航空法第110条第1項第2号「本邦内の地点と本邦外の地点との間の路線又は本邦外の各地の路線において公衆の利便を増進するため、本邦航空運送事業者が他の航空運送事業者と行う連絡運輸に関する契約、運賃協定その他の運輸に関する協定の締結」と規定されている。

⁵³ これら ~ の要件は近年改正された際に設けられたものである。

り利用者の利益を不当に害することとなるとき」等を除外した上で、独占禁止法の適用除外となる。

米国の独禁法適用除外制度

米国においては、US Code TITLE 49(TRANSPORTATION), SECTION41308、41309 及び 42111 において反トラスト法（シャーマン法、クレイトン法、ウィルソン関税法）適用除外が定められている。この中で、直接国際航空カルテルの適用除外を規定しているのは 41308 条及び 41309 条である。

当該条文の概要は以下のとおりである⁵⁴。

第 41308 条：運輸長官が公衆の利益に適合していると認めた場合、運輸長官は第 41309 条及び第 42111 条の下での決定の一部として、明らかに当該決定から認められる取引及び当該決定から必然的に予期される取引の継続を正当化するため必要な程度において、当該決定の影響が及ぶ者を、反トラスト法から適用除外する。

また、第 41309 条の下での決定においては、運輸長官は、第 41309 条 (b) (1)の下で必要となる認定に基づき、明らかに当該決定から認められる取引及び当該決定から必然的に予期される取引の継続を正当化するため必要な程度において、当該決定の影響が及ぶ者を、反トラスト法から適用除外する。

第 41309 条：

(a)エアキャリアあるいは外国のエアキャリアは運輸長官に所要の協定、当局に対する企業間調停の議論の要請、協定の修正あるいはキャンセル（それぞれ州間輸送に関連するものを除く）を申請することができ、

(b)運輸長官はこれらが公衆の利益及び本パートの規定に反しないと認めた場合、承認しなければならない。しかし、以下の場合は承認してはならない（(1)においては、定期的な調査の後、承認を終わらせることもある）。

(1) 実質的に競争を滅殺又は消滅させるようなもの。ただし、運輸長官が(A)当該協定等が深刻な輸送需要に直面しているあるいは重要な公衆の利益を達成する（国際礼譲及び外国の政策に対する配慮を含む）(B)実質的により反競争的でない、他の合理的に代替可能な手段によっては、こうした輸送需要に対応し得ず、あるいはこうした公衆の利益を達成することができないと認定した場合を除く。

(2)(A)外国航空輸送において直接航空機を運航していないエアキャリアと subtitle の適用を受けるキャリアとの協定(B)キャリアが輸送の対価として受け取る報酬を管理する協定

(c)(1)また、こうした協定等の申請が行われたとき、運輸長官は司法長官及び州長官に書面で通知し、書面によるコメントを提出する機会を与えなければならない。また、運輸長官のイニシアチブあるいは司法長官又は州長官のリクエストで、運輸長官は当該協定等が以前承認されているかどうかに関わらず本パートに合致するかどうか決定するためのヒアリングを行うことができる。

(2)運輸長官が本条(b)(1)の下での基準を採用する前の手続においては、協定等に反対する当事者は

⁵⁴ これらの規定の他に、連邦行政命令集（CFR）において手続面が定められている。ここでは省略する。

当該協定等が実質的に競争を減殺あるいは消滅させること及びより反競争的でない他の代替手段が採用可能であることを立証する責任を負う。協定等の弁護側の当事者は、輸送需要又は公衆の利益に適合することを立証する責任を負う。

(3)運輸長官は、当該協定等を承認あるいは不承認とする決定においては、本条(b)(1)において必要とされている認定を含めなければならない。

なお、この規定は、対象となる行為を反トラスト法全体から（一定の期間）適用を除外するというものであり、その効果は非常に大きく、日本及びEU（後述）とは大きく異なっている。

EUの独占禁止法適用除外制度

EUは日本及び米国と異なり、航空に関する特別な適用除外規定は原則として存在しない⁵⁵が、EC条約第81条第3項に基づいて、申請が行われた場合に個別の免除を与えている⁵⁶。このEC条約第1項は、競争を妨害、制限、わい曲する目的あるいは効果を有する協定、決定及び協調行為を規制するものであり、同条第3項は、こうした協定のうち 生産の改善、技術あるいは経済発展の促進に役立ち、その結果需要者に公平な利益の分配が行われるものであれば、目的を達するため必要最低限であり、かつ、競争を消滅させないという条件の下、その適用を除外するものである⁵⁷。

こうした第81条第3項の解釈については米国の「合理の原則（rule of reason）」との関係で学説が分かれている。例えば、村上政博・EC競争法（1995、弘文堂）p61は、「85条（現在は81条）1項には、シャーマン法1条に該当する共同行為よりも広い範囲のものを含むことになるとともに、EC委員会はそれら85条1項に該当する共同行為について、広い範囲にわたり85条3項にもとづき適用免除を宣言しうる強大な権限を有することになった。」（（ ）内は筆者の注記）とし、p71「米国法上の合理の原則（rule of reason）は、85条1項の該当性について適用される原則であり、85条3項とは異なる。」としている。一方で、滝川・前掲p42は、合理の原則と81条第3項の相違点について、「欧州委員会による3項の適用除外判断は、総合判断である点ではアメリカの合理の原則と類似している。」としつつ、「3項の適用除外判定は、合理の原則とは重要な点で異なる。最も重要な違いは、適用除外の第1要件（生産、流通、技術その他の経済的利益の向上）において考慮する利益がアメリカでの合理の原則よりも広いことである。」と述べている。さらに、合理の原則について、「現在では、競争促進効果と制限効果の総合判断に限定することがほぼ確立している。競争制限の弊害よりも品質向上、安全性等の利益が大きいとの弁護をしても、アメリカの合理の原則では認められない。しかし85条3項では、この考慮から協調をしばしば許容する。」としている。

これらの解釈の違いは、競争促進効果と競争制限効果の比較衡量を85条1項と3項どちらで行っているかの考え方に起因するものである。しかし、重要なのは、いずれにせよ、競争促進効果

⁵⁵ 航空分野における包括的適用除外規定は、旅客タリフの協議やスロットの配分等を適用除外とする規則1617/93が存在していたが、2001年6月をもって失効している。また、CRSに関しては、規則3652/93において航空輸送のCRS関連事業についての協定を免除している。

⁵⁶ ソームス・前掲P8

⁵⁷ 和訳にあたっては、滝川・前掲p42、村上・EC競争法（1995年、弘文堂）p6等を参考にしている。

と競争制限効果の比較衡量が行われているという事実である。

なお、EC条約第81条第3項は、同条第1項の規定の適用を除外するものであり、第82条(優越的地位の乱用)については除外の対象とならないことに注意しなければならない。

(6) 日本において適用除外制度が設けられている理由

こうした適用除外カルテルが認められている理由について、山口真弘「運輸法制通則の研究」(昭和60年、財団法人交通協力会発行) p316においては、「これらの適用除外の規定⁵⁸は、協定が公衆の用に供する事業の便益の増進に役立つことが多く(特に認可を要する場合は、公衆の便益を増進するかどうかを審査の上、運輸大臣の認可を受け)また過度の競争を回避することに役立つから設けられたものである。」と説明している。

しかしこれをもって納得しては国際航空カルテルに対する適用除外規定が設けられている理由を明らかにすることはできない。何故なら、航空法の条文を読む限りにおいては、こうして適用除外が受けられるような協定については、そのまま独禁法を適用しても独禁法違反となる可能性は殆どないだろう。

何故なら、第110条の規定中の「不公正な取引方法を用いるとき」「一定の取引分野における競争を実質的に制限することにより利用者の利益を不当に害することとなるとき」という要件に該当するかどうかを判断するのは独禁法であり⁵⁹、本要件に該当しない行為にのみ適用除外が認められるからである。わざわざ述べるまでもないが、本要件は代表的な独禁法違反の3要件である「不公正な取引方法」「私的独占」「不当な取引制限」全てに関わるものであり、純粹に適用除外のメリットが受けられる協定はないに等しい。

それでは、このような限定を伏したのは何故だろうか。第110条の要件中独禁法の表現と異なるのは「利用者の利益を不当に害することとなるとき」のみである。

航空法が制定された昭和27年以前の状況を推察するに、独禁法が反トラスト法をモデルとして昭和22年に制定され、当時かなり厳格に執行されていた背景を踏まえ⁶⁰、様々なカルテルについて違法とする考え方(=カルテルについては競争減殺の程度に関わらず、正当化理由を原則として認めない考え方)が浸透していたからだと考えるのが適切であろう。従って、当時考えられていた法的構成は、独禁法を適用すれば一般的に違法とされるカルテルについて、悪性の強い「不公正な取引方法」(=「不正手段型」)及び航空法の法目的である利用者便益にそぐわないような「競争を実質的に制限することにより利用者の利益を不当に害することとなるとき」(=「正当化理由」なし)について除外する趣旨であるのではないだろうか⁶¹。

従って、一部の例外はあるかも知れないが、当該適用除外規定で救うことを予定していた行為は、現在、その殆どが独禁法上の正当化理由で説明がつく行為であり、こうした正当化理由の判断について(ここでは先述の「公衆の便益を増進するかどうかについて」)国土交通大臣の裁量に

⁵⁸ この「これらの適用除外の規定」は、航空法における規定のみならず、道路運送法、港湾運送事業法等の規定を含んでいるため、これらの理由が特に国際航空カルテルに該当するかどうかはさらに検討する必要があるだろう。

⁵⁹ 山口・前掲 p317 参照。

⁶⁰ 根岸・船田・前掲 p8、滝川・前掲 p9、村上・前掲・アメリカ独占禁止法 p4 等参照。

⁶¹ 白石・前掲・独禁法講義第2版 p29

任せているに過ぎないと考えるのが適当ではないだろうか。

(7) 適用除外規定の果たす役割

それでは、何故こうした正当化理由の判断権者が公正取引委員会ではないのだろうか。

これも国際航空カルテルに関する適用除外制度の性格と関連する。一般に、運輸業における適用除外カルテルを認める要因としては、自然独占的産業において破滅的競争が起こることを避けるため、安定的な運賃等が需要者によって求められているため、諸外国でも適用除外が認められていることで、国際的性格の活動を一国の管轄の下に服させることが困難である、等の理由⁶²以外に、政府規制が独禁法制よりはるか以前に設けられたため、反競争的な行為についても一義的に規制官庁が取り締まるべきという考え方が強かった、ということが挙げられる⁶³。

国際航空カルテルは、鉄道などの他産業と比べて自然独占的産業とは言えず、安定的な運賃等が求められる場面も限定されているため、上記の要因のうち、は説得力に欠ける⁶⁴。は制度的には国際的に整合性を図ったものと考えられるが、日本の航空法の規定を良く読むと、カルテルの一方の当事者である外国航空会社は適用除外を受けることができず、外国の活動については独禁法を適用し得るため⁶⁵、国際的性格の活動について一般に適用除外を図ったものとは言い難い。従って、が最も説得的である。(航空法は比較的新しい法律であるが、独禁法が戦後導入された新しい法律であるのに対し運輸業法による規制が戦前から存在したことや、米国の適用除外規定の制定経緯を考えると意味を持つ。)

従って、日本で国際航空カルテルに関して独禁法適用除外制度を設けている理由は、結局のところ、規制当局と独禁当局との役割分担の問題に過ぎないと考えるのが的確であると思われる。

(8) 米国の事例からの示唆

こうした役割分担について、規制当局が競争の観点から独禁法適用除外制度を審査することに不信感を持ち、(a)こうした適用除外に関する審査は規制当局に任せるべきでない(公正取引委員会が行うべき)、あるいは、(b)こうした独禁法適用除外制度をなくし、公正取引委員会が全てのカルテルを独禁法の下審査するべき、という主張もなされ得る。

それでは、日本と同様に規制当局(運輸省)が適用除外の審査を行っている米国においてはどのような審査が行われているのであろうか。EUと比較しつつ、こうした疑問に対する示唆としたい。

例えば、ユナイテッド/ノルフトハンザのアライアンスについて、限定付きで独禁法適用除外を

⁶² 今村成和・金沢良雄・正田彬・吉永榮助編「独禁法講座 カルテル(下)」(1982年、商事法務研究会) p202、根岸・船田・前掲 p332

⁶³ 同前、p193~p197 参照。

⁶⁴ 同前、p193~p197、根岸哲・規制産業の経済法研究 (1984年、正文堂) p33 参照。

⁶⁵ この点について、筆者は、当時独禁法が日本に事業拠点を持たない外国航空会社に対して適用できない(実効性を持たない)と考えられていたからではないかと思っている。しかし、外国企業に対する独禁法の「域外適用」の運用については、日欧間の海運同盟に関する三重運賃事件(昭和48年8月18日審判審決)、ノーディオン事件(平成10年9月3日公正取引委員会勧告審決)を通して積極的になりつつあると言えよう。また、独禁法上も、国外における外国会社の合併に対して規制を及ぼすことができる旨明示された(平成10年法律第81号による。)

認めることとする 1996.5.20 の米国運輸省 (Department of Transportation) の Final Order を取り上げる⁶⁶。この命令の概要を省略しつつ紹介する⁶⁷。

この命令は、先述した 41308 条と 41309 条に基づき、このユナイテッドとルフトハンザの拡張合意の最終承認及び反トラスト法適用除外を付属書の条件等の下認めるものである⁶⁸。

また、付属書においてはその条件が定められている⁶⁹。一部省略しつつ概要を述べる。シカゴ / フランクフルト、ワシントン / フランクフルト間を直行便で移動している米国出身の地方の利用客を対象に、運賃・料金、運賃一覧、イーロードマネジメントの協調、あるいは収入プールを行う行為や、当事者の一方からもう一方の当事者へ、こうした利用客に対する現在あるいは将来の運賃又は取引可能な座席に関する情報を、他のエアラインや旅行会社に融通する以上に与えるような行為は、この適用除外の対象とならない。一方、こうした行為であっても、前掲の路線を直行便で利用する米国出身の地方の乗客に対して、割引運賃商品⁷⁰を提供するような共同開発、共同プロモーション、共同販売行為であれば適用除外の対象となる、等である。

なお、こうした結論を出す前には、市場毎の検討 (二都市のペア毎の市場、米国 欧州市場、米国 - ドイツ市場等)⁷¹をはじめとして、IATA のタリフ協調問題⁷²や、出発地及び目的地調査のデータ報告要請⁷³、CRS 参加問題⁷⁴等が幅広く議論されている。

一方、このユナイテッドとルフトハンザのアライアンスに関しては、EC 委員会も審査を行っており、結論を比較するのに有用である。但し、EC 委員会は、この米国の例におけるアライアンスの更なる拡大版 (SAS とのアライアンスも含む) を審査しており、それが競争上与える効果もかなり異なるため、結論が異なることは止むを得ない。

こうした競争上の影響についての評価の違いを別にすると、EC 委員会の出した結論は、フランクフルト / シカゴのルートと、フランクフルト / ワシントンのルート (お互いのハブを結んでいるルートでの重複) での便数の削減や、特定のルートにおける一定の発着枠の放棄等であり⁷⁵、結果として採用した手段こそ違うものの、市場ごとの分析を前提としたアプローチの仕方に米国とさほどの違いはない (先述の市場画定の例とも一致する)。また、米国は広範囲にわたる審査を

⁶⁶ Joint Application of UNITED AIRLINES, INC. and DEUTSCHE LUFTHANSA, A.G. d/b/a LUFTHANSA GERMAN AIRLINES for approval of and Antitrust Immunity for an alliance Expansion Agreement pursuant to 49 U.S.C §§41308 and 41309 Docket OST-96-1116, FINAL ORDER (Order 96-5-27)

⁶⁷ 同前 p16

⁶⁸ また、反トラスト法適用除外は Apollo/Galileo、Amadeus/START (CRS の名前) 各々の利益には及ばない。加えて、ユナイテッドとルフトハンザに本命令の発行後 5 年間の拡張合意を再度提出することを指示することを確認している。本最終決定に拘わらず、ユナイテッドとルフトハンザが共通の名前で運航することを選択するのであれば、変更を行う前にそれぞれ別々の承認を得ること等が決定されている (以下省略)。

⁶⁹ 同前 Appendix.p1

⁷⁰ この割引商品についてはさらに詳細な定義が付加されているが、ここでは省略する (同前 p1 ~ 2)。

⁷¹ 同前 P7

⁷² 同前 p9

⁷³ 同前 p13

⁷⁴ 同前 p14

⁷⁵ Official Journal of European Communities C239/5、ソームス・前掲 p26

行っており、EUと比較して審査を手抜きしているとも考えられない（米国は付属書含め 22p にもわたる審査内容を公開している）。

また、問題となる競争上の審査についても、米国運輸省は、司法省と申請者が同意した付属書の条件に従えば、実質的な競争制限性はないと判断している⁷⁶。司法省反トラスト局が、運輸省が独禁法適用除外の審査を行うにあたり、こうした付属書の条件に従うようアドバイスすることは良くあることのようにだ。また、反トラスト局は、もしこうしたアプローチが不十分な場合は、協定自体を認めないようアドバイスすることも視野に入れている⁷⁷。

また、米国運輸省が条文中の「公衆の利益」概念を拡大解釈しているとは思われない。最終命令上はあくまで、より良いサービスと当事者の経営合理化に寄与するという観点からこうした「公衆の利益」を認めているように考えられるし、当事者も「協調されたサービスの効率性を改善し、旅行したり物を輸送したりする利用客の利益を拡大し、そして国際市場における競争力を高めるための協調を拡大・深化させることを目指している」と述べている⁷⁸。さらに、司法省反トラスト局の競争上の審査内容についても、こうした国際航空カルテルとそうでない場合に実質的な違いは見られない。そもそも、競争以外の要素（「公衆の利益」=正当化理由）という概念は競争当局によって認められていないわけではないし、反トラスト局では、国際航空に関する協定について、（国内のものと同様）問題となっている市場以外の「他の市場における、効率性による『競争促進効果』」と競争制限性との比較衡量を行うとされている⁷⁹。こうした分析方法は市場画定の章において検討した「他の市場における競争促進効果」との比較衡量と一致し、さらに、先述した合理の原則とも類似している。

以上をまとめると、主に米国運輸省が競争減殺の程度と「公衆の利益」（=正当化理由）との比較衡量を行うが、司法省反トラスト局が専門的な立場からアドバイスを行い、米国運輸省は司法省の見解を尊重しつつ適用除外の決定を行う、という役割分担が行われていると考えるのが自然である。

従って、競争当局と適切に連携が行われていれば、適用除外を審査する部署による競争上の審査内容に実質的な違いはないと考えられる。

結論として、少なくとも、適用除外制度を競争当局以外の官庁が審査することに制度上の問題点は特段見あたらない。もし一般に競争上の審査を競争当局以外の官庁が行うことに漠然とした不信感があるのであれば、それは制度上の問題ではなくパフォーマンス上の問題であろう。

しかし、以上の米国の運用を整理しても、依然として**(b)**適用除外制度の必要性についての疑問は残る。

この点については、先述の米国の Final Order の中に適用除外制度の必要性について示唆して

⁷⁶ 前掲・注 66・p2 & p8

⁷⁷ STATEMENT OF R. HEWITT PATE DEPUTY ASSISTANT ATTORNEY GENERAL ANTITRUST DIVISION, CONCERNING INTERNATIONAL AVIATION ALLIANCES: MARKET TURMOIL AND THE FUTURE OF AIRLINE COMPETITION PRESENTED ON NOVEMBER 7, 2001, P4

⁷⁸ 前掲注 66、p8 "Specifically, none of the parties dispute that Expansion Agreement will benefit the public with better service and more efficient United/Lufthansa operations."

⁷⁹ 前掲 STATEMENT, P4

いる部分があるので、和訳して引用する。

(p8)「41309 条の下での承認は協定が公衆の利益に反しないことを求めており、41308 条の下での反トラスト法適用除外の許可は、その適用除外が公衆の利益に必要とされていることを求めている。協定が単に反トラスト法に違反しないという理由だけで反トラスト法の適用除外を与えるというのは我々の政策に反する。しかし、こうした協定の当事者が適用除外なしで別の方法ではやっていくことができそうになく、適用除外を承認することが公衆の利益に必要とされていると認められるのであれば、我々は喜んで例外をつくり、適用除外を認めるであろう⁸⁰。」

適用除外制度が必要とされる理由は、多分このフレーズに集約される。例え結果的に公衆の利益に適合するものとして反トラスト法違反にならないとしても、外形的にはカルテルと見なされ、もし提訴されれば、その訴訟費用は大きい。当該取引の安全性に対して、相手企業から疑念を抱かれれば、取引自身が成立しないかもしれない。従って、当該協定が需要者に利益をもたらすものであっても、もし適用除外がなければ、取引自体が成立しない可能性がある、ということが最大の存在理由と考えられる。また、こうした事情の背景として、米国においては一般的に反トラスト法の運用が厳しいこと、私人による3倍額損害賠償訴訟の存在等を挙げることができる。

従って、適用除外によって反トラスト法の適用がないことを確認することで、当事者が安心して取引を行うことができるようにし、公衆の利益に確実に対応することができるようにするというのが、その真の役割と考えられる。また、企業側から考えると、事前に競争当局の関与があることで「やばそうな」行為を除外でき、自社のフェアウェイ⁸¹が示されるとも考えられる。

(9) 公正取引委員会と規制当局の役割分担

こうした米国の運用と日本の制度を比べると、日本で適用除外が認められる範囲の方が米国のそれよりはるかに小さいことは言うまでもないが、なお日本における適用除外制度の存在意義が米国と比べて著しく劣るわけではない。

また、適用除外の認可を背景に、事前にカルテルの「公衆の利益」あるいは「公衆の便益」と、競争上の観点（日本においては航空法第111条第2項に挙げられた事項）の双方から規制当局が審査するという点については類似している。

こうした「公衆の便益」（＝正当化理由）と競争上の観点からの審査について、今後全て（キャパシティの限られている）公正取引委員会の判断に任せることは、余り適切でないように思われる。公正取引委員会が大きな組織を持ち、各分野毎に専門的な知識を備えたスタッフを質量ともに十分に備えているというのであれば別だが、こうした比較衡量を的確に行うにはある分量の時間が必要であろう。

⁸⁰ しかし、同決定は続けて「共同申請者は、最終的にはいくつかの市場で競争的サービスを終わらせていく（will be ending）だろうから、もし我々が適用除外を与えなければ彼らは反トラスト法の下での責任にさらされていたであろう」としている。これをどのように解釈するかは難しく、それならば何故競争を減殺することにならないのか、不明である。今後の課題としたい。

⁸¹ この点について、白石忠志「電力取引ガイドラインの特徴」（2001年9月）p16参照。「セーフハーバー」と「フェアウェイ」とは異なる。「フェアウェイ」について、「一定以上の規模の事業者について、独禁法違反であるか否かはさておき、という行為を一律に遠慮させよう、とするもの」としている。米国の事例における附属書に類似している。

先述したように、国際航空カルテルについては、特に前記との関係で、例えばカルテルの一方の当事者である米国では当該カルテルが発効しているのにも関わらず、日本では未だ発効していないというような状況が発生し、法的整合性に欠ける場合がある⁸²。こうした法的不整合については、少なくとも短期的には見過ごすことができるかもしれないが、時間がかかればかかるほど当該事業者はもちろん、先述したとおり、利用者にとっても歓迎されないと思われる⁸³。従って、比較衡量に余分な時間をかけるような制度は採用すべきではない。

また、こうしたカルテルが独禁法違反となりそうな場合は、独禁法の違反要件を通常通り適用することを妨げる規定は存在しないことは上で確認したとおりである。従って、決して公正取引委員会に審査を任せるのが不適切と述べているのではなく、こうした規定が設けられている意義の一つとして、専門的な知識を持つ他の組織が関与することが、結局は審査の効率化に資することを前向きに評価すべきだと考えるからである。(勿論規制当局も競争上の観点(=独禁法上の観点)を十分に認知する必要があるが。)

一方で、そもそも国際航空カルテルを認可制によることなくそのまま発効できるようにすればよい、と言う意見については耳を傾けるべきであると思われる。しかし、この場合にも、事業者側のリスクとして、国際航空カルテルを独禁法上どう取り扱うかについて国際的に見解の一致を見ない限り、例えば契約の一方の当事者が独禁法適用除外制度の保護を受けているのに、もう一方の当事者が受けられないということをどのように評価するか⁸⁴、(3) ~ の審査が行われ得ないことによる需要者側のリスク等について配慮していく必要があるだろう。

(10) 適用除外制度と「正当化理由」

国際航空カルテルの適用除外制度について概観したが、一般論としては何が導かれるだろうか。

正当化理由については、競争による経済効率向上と直接関係がない要素(安全性等)だけでなく、「自由競争による経済効率向上=競争促進効果」についても、競争制限的行為を正当化できるほどのものかどうか比較衡量するということは既に述べた。

前記のとおり、こうした国際航空カルテルを独禁法適用除外にするかどうかについても、(程度の差はあるかも知れないが)この「競争促進効果」と競争制限的行為との比較衡量を行っている。大きく異なっているのは、規制当局がそれを事前に審査しているというだけだ。

一般的に、こうした適用除外制度については、正当化理由の際と同様に、「独禁法の法目的は、自由競争によって経済効率を高めることにあるのに、規制当局がこうした適用除外制度を認めさせていることにより、独禁法の法目的を有名無実化している」という批判を聞くことがある。

こうした批判は他の適用除外カルテルに対する批判としては認めざるを得ないこともあるだろう。しかし、1つでもこうした性格の適用除外カルテルが存在する以上、「適用除外カルテル=自

⁸² 認可を受けない国際航空カルテルについては、効力を発しない(山口前掲 p314)。同様に、米国においてもカルテルの認可制をとっていることから、行政法上の同様の効果があると考えられる。

⁸³ 例えば、同じように飛行機に乗っているのに、アメリカ人やイギリス人だけマイレージが貯まって、日本人だけ貯まらないとしたら、どう考えるか。

⁸⁴ この点については、実際上の問題として、ある国において独禁法のパフォーマンスが良いと考えられていればいるほど、契約上適用除外を受けないことによるリスクの認識が厳しくなる。

由競争阻害」という一般化は適切でない。さらに、実際にここで「競争促進効果」について審査を行っているのは規制当局であり、「規制当局＝自由競争阻害」というのも全く当てはまらない。

(11) 独禁法と独禁法適用除外制度の役割分担

独禁法適用除外制度については研究者からも様々な批判があり、その殆どが正鵠を得ていることは間違いないだろう。実際、その対象は縮小されてきている。

以下は単なる私のアイデアだが、こうした独禁法適用除外制度について、独禁法による競争政策を補完するものであると位置づけることはできないだろうか。

先述した、「独禁法が第一義的にめざすもの」は明らかに「独禁法の適用除外制度がめざすもの」ではない。しかし、より広義の「独禁法がめざすもの」の中には、正当化理由という形で肯定される安全性や、公益性が含まれ、そして(意外なことに)「競争促進効果」もやはりその範疇に入るだろう。

こうした「独禁法が第一義的にめざすもの」以外の、どちらかという独禁法が不得手としていた分野について、競争制限の程度と比較衡量がじっくり行われる機会を設けることは、前向きに考えても良いのではないか。

勿論、事前の審査は必要なく、違反が起こってからで十分である、と見なすこともできる。しかし、例えば実際に弊害が起こってからでは遅い場合も多くあると思われる。こうした観点から、電力適正取引ガイドラインや、電気通信事業法の接続供給約款が設けられているのだろう。もし独禁法の適用除外制度に存在意義が認められるのであれば、こうした役割分担を考えることもできる。

なお、一般論としての議論は避けつつも、本当に適用除外制度が必要なものなのか、あるいは現在の形でよいのかを個々の制度毎に再度吟味する作業は依然として必要である。

・ 結論

こうして主に航空市場における事例を中心に、独禁法上の正当化理由を手掛かりとして、市場画定と独禁法適用除外制度について、独禁法の価値規範に関する視点から検討を行った。

この検討をまとめると、以下の様な結論が導かれる。

独禁法がめざすものは、「公正かつ自由な競争を促進することで、消費者の利益を確保し、国民経済の民主的で健全な発達を図る」(独禁法第1条より)ことであり、そのためには第一義的に「公正かつ自由な競争を促進する」をめざすことが必要となるが、それは「自由競争の促進による経済効率の達成」と同義ではない。何故なら、「自由競争の促進による経済効率の達成」は第一義的に認められるのではなく、他の安全性や公益性といった正当化理由と同様、「消費者の利益を確保し、国民経済の民主的で健全な発達を図る」という観点から、「公正で自由な競争」の制限の程度と比較して初めて認められるものである。

そして、こうした比較衡量が何らかの理由により特に必要となる場合、他の公正取引委員会以外の省庁がその役割を分担することは現行法制上も認められるものであり、また、独禁法の法目的、引いては競争政策全体の目的にも沿っている。逆に言うと、こうした分担を行うことにより、競争政策全体の目指す方向と独禁法の目指す方向の一致を行わなければならない。

こうした結論につき、「このような結論が何の訳に立つのか。独禁法の研究者であれば少し考えれば解ることだし、そもそも航空市場における事例ばかり取り上げて、一般性がない。」という批判もあるかと思われる。当然である。

こうした批判につき、以下の2点を述べておきたい。

第1に、私が本当に指摘したかったことは、独禁法や競争政策が「自由競争の促進」というイメージばかりでとらえられ、きちんとした法的な議論をせずに、都合のいい場面で使われていることである。それに対し批判の一步を踏み出すことに意味があると考えているのである。

第2に、航空分野は自由競争を導入した例として、米国航空規制緩和の例があるせいか、それともイメージが解りやすいのか、こうした場面で例として使われることが多い。

こうした認識の下、本稿の結論を用いて以下にいくつかの試論を行いたい。

独禁法が目指すもののイメージと本当の「独禁法のめざすもの」が異なることは既に指摘した。しかし、未だに数々の論文、さらには、公正取引委員会の競争政策研究会報告書にすら、時々その一般的イメージを示唆する表現が登場する。

例えば、八代尚宏「社会的規制改革の考え方」(公正取引 No.613.2001.11) p4 の一部分を引用する。「監督官庁による需給調整の主要な手段が事前規制である。・・・事前規制の下では、事業者は市場参入や事業拡大許可をめぐって監督官庁への様々な形での働きかけの面での競争に重点を置く傾向がある。・・・その結果生じる寡占によるコストが、消費者に転化され、消費者へのサービス向上や価格面での競争は疎かになりがちである」との指摘がなされている。

さらに、同『公正取引』2001年11月号中、中条潮「運輸・交通分野の規制改革の評価」においては「有効かつ公正な競争を促進するための新たな枠組み・制度の設計が必要である」(p20) としつつ、「・・・実質的に競争を抑制する規制を安全・文化・環境・労働者保護等を世間にアピールしやすい名目で残し、これらを通じて規制権限を温存しようというのは規制当局の常套手段であるが、運輸の分野も例外ではない。こういった質の担保に関する規制は、ある程度競争の促進で可能であるし、また、規制するとしても直接的・包括的な規制に委ねるべきであって、競争制限的な規制に依存するのは効果的ではない。」(p21)

しかし、前者の指摘に対しては、実際に需給調整規制が撤廃された国内航空分野において、早稲日本航空と日本エアシステムによる合併案が発表された。こうした現象は全く驚くべき事でも何でもなかった。現在、世界的な航空再編が進んでおり、本稿で取り扱ったユナイテッド航空/USエアウェイズのみならず、アメリカン航空がTWA(倒産寸前であった)を買収、また、結局ご破算となったが、英国航空もKLMとの合併交渉を行っていた。

こうした企業再編が特に最近顕著であることも事実であるが、実際には寡占化はそれ以前に進んでいた。いわゆる米国の航空規制緩和(1978年)以降の市場の寡占化は有名である。規制緩和が実施された実施された1978年には、上位4社の市場シェアは57.7%であったものが、97年には66.1%にまで上昇した⁸⁵。

こうした自由化後による寡占化に対し、山内弘隆・航空運賃の攻防(2000年・NTT出版)においては次のような指摘が行われている。「規制緩和の帰結としてしばしば指摘されるのは、市場

⁸⁵山内・前掲 p83

構造の大幅な変化、すなわち産業の寡占化である」(p82)。さらに、「新規参入は徒勞に終わり、かつての『名門企業』もその名前さえ忘れられかけている。その結果、市場は寡占化し競争維持のための施策が政府で真剣に論じられるようになったのである。」(p86)。

さらに、最近の世界的な航空業界再編に対してはこうした指摘もある。杉浦一機「エアラインの動きを斬る」(travel frontier・2001年1月号、No.12)において、「航空自由化以降の航空会社の合併を認可してきたのは運輸省であるが、近年は政府内でも行き過ぎた寡占化に対する見直しの意見が高まっており、今回の合併を独禁法の観点から審査しているのは司法省である」「アメリカのケースを含めて、消費者がこれ以上エアラインの巨大化を望んでいないことが鮮明になってきたが、一方、エアラインは現在のアライアンスの枠組みに決して満足していないことが明らかになった。」極めて適切な指摘である。

「事前規制」が「寡占によるコスト」を招くというのは、大きな誤解である。実は、こうした「事前規制」がなくなるからこそ、寡占化が生じるのである(そしてその弊害を防ぐため独禁法が活躍する場面が多くなるのである)。そして、こうした誤解の裏にあるのは、「規制緩和＝自由な競争」が、独禁法が一義的に目指している「公正で自由な競争」と一致すると考えられていることである。本稿で検討してきたとおり、自由競争の促進による経済的効率の達成は、最終的に認められる場合もあるかもしれないが、極めて限定的で、独禁法が第一義的に目指すものではない。

また、後者の中条教授の指摘に対しては、先述のように、独禁法と事業法規制が競争の取り扱いをめぐって敵対関係にある、とは言い切れず、規制当局は「実質的に競争を制限する規制」を行っているわけではないことを指摘したい⁸⁶。さらに、こうした競争による経済効率の達成は競争政策が一義的には目指すところではなく、独禁法のめざすものにはここで例示した「安全・文化・環境・労働者保護等」が含まれる余地があるとだけ述べておこう。

また、本論から少し離れるが、中条教授の指摘に関連して、こうした反論もよく聞かれる。「航空機の安全や航空従事者の安全の確保はわかるが、どうして事業法で事業経営上の要件を審査する必要があるのか。安全性の確保とは名を借りて、それこそまさに業界温存の競争制限的規制と呼ぶべきではないか。」

これに対する一つの考え方として、記憶に新しい事故の例を挙げておこう。2000年12月17日、翌年2001年6月24日と半年の間に二度も人身事故を起こした京福電鉄の事故である。この事故の内容とその原因がどのように報道されたか、に留意する必要がある。

第一回目の事故は、2000年12月17日に起こった。ブレーキの故障が原因であったと見られている。第二回目の事故は、2001年6月24日に起こり、運転手の赤信号見落としが原因と見られている。これらの事故に対し、自動列車停止装置(ATIS)が整備されていれば、事故は防げたものと考えられている。この点に関し、朝日新聞2001.6.26朝刊は以下のように報道している。

「・・・だが、事故現場にATISは未整備だった。同省の調べでは、ATISの設置率はJRや

⁸⁶ 先述したように「経営効率の改善による競争促進性」が規制当局によって評価されることもある。こうした指摘が、「全ての規制にはその目的が存在しているが、制定当初と社会的状況が変わってきたことによりその目的が達成できなくなっている規制が多々存在する」という趣旨を内包しているのであればごもっともなのだが。

大手私鉄が100%に対し、中小の事業者は約85%。未整備の多くは、路線維持が精一杯という経営難のローカル線だ。・・(中略)・・同社は、『廃線が検討されるようになり、導入計画そのものがなくなってしまった』と説明する。」

一方で、6.29朝刊では、「地方線・寂しき廃線ラッシュ」との見出しの新聞記事で、「きっかけは鉄道事業法改正で、廃線に地元自治体の同意が不要となった。法改正の目的は参入と撤退の自由化だが、地元の足ばかり失われている。」と掲載している。

こうした報道にどのように反論すべきであるのか？少なくとも、事業経営が悪化すれば安全投資が先送りされるのは自明だろう。自由化すればある程度の安全性は確保できるから、直接的な安全規制のみでよい、とする考え方には疑問があろう。

本論に戻る。さらに、平成13年11月14日公表「21世紀にふさわしい競争政策を考える懇談会」⁸⁷(会長 宮澤健一)を挙げる。

同懇談会提言書 p2 においては、「経済社会の構造を改革し、自由で、活力と競争力のある経済社会を生み出す」ためには、「競争政策の強力な推進」が必要であると提言されている。このような提言に異存を唱える者は少ないだろう。

しかし、同提言書 p14 中、「独禁法がその目的を十分に実現するためには、可能な限り事業者において公正で自由な競争が展開できる市場があらゆる領域において創出・確保されていることが必要であり、したがって、そのような市場の創出・確保を妨げる競争制限的な規制や制度の撤廃を含む規制改革を要請していくことが必須となっている。」とあるのは、実は論理的には順序が逆であろうかと思われる。

「自由で、活力と競争力のある経済社会を生み出す」ためには、もはや規制や制度による強制的な市場の秩序付けが時代にそぐわなくなったため、規制改革は断固実行すべきであるが、規制改革が実行された場合、市場の中で事業者や事業者団体による競争制限的なルール違反の行為が行われる可能性が高くなる。このため、今までより一層独禁法の役割が重要になるのである。独禁法の本来の役割は、規制を改革する(自由競争を促進する)ためにあるのではない。

また、さらに同提言書 p14 においては、「政府全体の施策における競争政策の位置づけ」と題して、「自己責任原則と市場原理に立脚し、国際的にも開かれた経済社会の実現を政府施策の基本に据える我が国においては、効率的な経済社会の実現を通じて消費者利益を確保することをその究極目的として市場における公正で自由な競争のルールの実現を目指す競争政策が政府施策の全体の中で最も基本に位置づけられるものである。その意味において、公正取引委員会の果たす役割は大きい」としている。

この部分についても、競争政策及び公正取引委員会が果たすべき役割が誤解されていると思われる。もし自己責任原則と市場原理に立脚した社会を目指すのであれば、独禁法も競争政策も公正取引委員会も必要なく、ただ規制を撤廃すれば良い。

独禁法の法目的である「公正で自由な競争」を創出する為、「合理性に乏しい既得権益を温存する競争制限的な規制」が規制改革によって撤廃されることには大賛成である。しかし、「公正で自由な競争」に名を借りて、一定の大企業にのみ都合が悪い「競争制限的規制」が撤廃され、特定

⁸⁷「21世紀にふさわしい競争政策の在り方、それを遂行するために必要な体制・機能等について、外部の有識者により構成する」懇談会(公正取引委員会平成13年11月14日発表資料より)

の需要者の犠牲を許すような独禁法の運用がなされれば、それは本来の法の趣旨とは全く異なっていると言わなければならない。

さらに、本結論を、国際航空市場における議論に応用することもできる。例えば、日米の航空当局の間で行われた、いわゆる「オープンスカイ協定」の受け入れをめぐる議論⁸⁸である。「オープンスカイ協定」とは簡単に言うと二国間協定によって企業の参入、運航路線、便数などに制約が設けられている国際航空市場について、資本の移動等を除き自由化しようというもので、米国によって主張された。米国は、オープンスカイ協定によって効率化が進み、競争が促進され、その結果利用者が利益を受けることを強調し、日本の立場は保護主義的であるとして意見が対立した。

こうした米国のオープンスカイ政策に対して日本側は様々な反論を行っている。要約すれば、オープンスカイは航空市場の寡占化を促進し、略奪的価格設定に代表される反競争的行為が行われやすくなるが、(米国)独禁法のパフォーマンスは一利用者にとっては十分なものではない。また、独禁法適用除外が認められている場合もある。さらに、成田空港のスロットは日本企業側に著しく不利な数であるのに、こうした条件を改善せずただオープンスカイを受け入れても公正な競争が行われぬ、というものである。

米国側がこうした主張に対し具体的にどのような再反論を行ったかは不明である。しかし、日本側の反論には独禁法の重要な論点が含まれている。少なくとも、独禁政策及び競争政策の観点からは、オープンスカイ協定の持つ「自由競争による競争促進効果」は独禁政策及び競争政策が本来めざすものとは相容れず、競争制限性との兼ね合いで考慮される要因の一つに過ぎない。独禁政策の真の目的は、公正な競争を促進することであり、本事例における具体的な役割は、当に日本側が主張した「スロット数の不公平の是正」といったことにある。

この点については、英国航空とアメリカン航空がアライアンスの独禁法適用除外を申請した件につき、米国司法省反トラスト局が、こうしたオープンスカイ協定について一定の評価を行いつつ、「しかし、我々反トラスト局の見方では、オープンスカイ協定は新規参入の可能性を実現するには至っていない。何故ならロンドン・ヒースロー空港における新規アクセスが厳しく制限されているからだ。我々は運輸省に、少なくともUSとヒースロー間の1日あたりの往復便を追加的に24便運航できる程度に、この2つのエアラインの競争者に対して、スロットと関連施設を供与しなさいとアドバイスした。」と述べている⁸⁹ことから明らかである。また、本当に米国が独禁法の枠を超えて、「自由競争による競争促進効果」を標榜しているのであれば、先述したUA/USの合併に対して、司法省が訴訟を起こそうとしたらどうか？あるいはコンチネンタル航空・ノースウェスト航空の合併が今も係争中であつたらどうか？

なお、本稿で取り上げた事例（適用除外制度を含めて）について、日本、米国及びEUの正当化理由とされる内容を比べた場合、米国においては「他の市場における競争促進効果」「国際的な

⁸⁸ 向山秀昭著訳・オープンスカイの軌跡（1998年、財団法人運輸政策研究機構国際問題研究所）参照。

⁸⁹ 注

市場における競争促進効果（＝国際競争力の強化）」が大きめに捉えられているように思われる。一方で、EUにおいては、今回の事例に限っては、その効果に否定的であると考えられる。日本がいずれの立場を選択しているかは様々な見方があるが、いずれにせよ、こうした「自由競争の促進」あるいは「国際競争力の強化」については、少なくとも独禁法あるいは競争政策がイニシアティブをとるべき分野ではないので、詳細な検討を行い適切な評価を行う必要があることは間違いないだろう。

このように、独禁法及び競争政策の観点から見ると、「競争」という概念が主張を行う立場に依拠して都合の良いように使われていることが少なくない。以上に挙げた例はほんの一握りに過ぎない。こうした主張について、批判の一步を踏み出すことが本稿の更なる目的である。