

日本の独禁法の実体規定の構造的な特徴について

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 稗貫, 俊文 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/4466

日本の独禁法の実体規定の 構造的な特徴について

稗 貫 俊 文

はじめに

本稿は、日本の独占禁止法（以下、「独禁法」とする。）の実体規定を概観し、その特徴を明らかにするものである。その前提として、日本の独占禁止政策の歴史的経緯と、それに対応する政策思想の変化をまず概観することにする。

日本の独禁法は、アジアでは一番早く、第2次世界大戦後、連合軍の占領下の1947年に制定された。1947年法は通常、「原始独占禁止法」と称される。原始独占禁止法は米国反トラスト法の影響を受けて制定されたことは明らかである。しかし、占領下の制定過程は不透明であり、制定の議論を知るための資料が不足している。禁止行為の選択や法律要件の構成に関する立法者意思は明らかではない^(注1)。

原始独占禁止法の外形的構造をみると、それは「3本柱+α」というべきものとなっている。すなわち、まず、基本規定が、私的独占の禁止（3条前段）、不当な取引制限の禁止（3条後段）、不公正な取引方法の禁止（19条）という3本柱で構成されている。

3本柱の規定は、さらに、それぞれの系譜の規定を有している。特定の共同行為の禁止（旧4条）と、私的統制団体の禁止（旧5条）は、不当な取引制限の規制の系譜として位置づけられる。これらは昭和28年改正で削除された。事業者団体の活動規制も不当な取引制限の系譜として位置づけられる。この規制は、当初、原始独占禁止法の中に含まれず、別途に、詳細な定めをもつ事業者団体法として昭和23年に制定された。その後、同法は昭和28年に廃止され、簡易な定めをもって独禁法に移されている（8条）。合併・株式保有など企業結合規制（市場集中規制）は、株式取得（10条、14条）、役員兼任（13条）、合併

(15条)、営業譲受(16条)を原則的に禁止し、例外は認可事項とする厳格な規制であった。後に、「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」という要件に変更された。これは私的独占の禁止の系譜に位置づけられよう^(注2)。

これらの実体規定に加えて、プラス α の部分がある。第一に、市場構造規制の規定がある。卓越した事業能力を有する企業が出現し、競争者との事業能力に格差があり、それが技術的に正当化される規模を超える場合に、当該企業に営業譲渡等を命じる「不当な事業能力の較差」の是正規定(旧8条)があった。第二に、企業結合規制(一般集中規制)がある。持株会社の設立禁止規定(9条)、金融会社の株式所有の禁止規定(他の会社の発行済み株式総数の5%を超えて所有できない)(11条)、会社の社債保有の制限(他の会社の資本金額の25%を越える社債を取得できない)(旧12条)があった。

日本の独禁法は、過去に2度の大きな改正(1953年と1977年)を経験した。そして、3度目に当たる大きな改正は、1990年代以降、ほとんど毎年、運用を強化するために行われている。とりわけ、本年(平成18年)1月4日から施行された改正独禁法は、課徴金制度の強化のための見直し、課徴金減免制度の導入、犯則調査権限の導入、審判制度の見直しという独禁法のエンフォースメントの強化を図る大きな改正になっている^(注3)。

しかし、実体規定の構造は変化していない。1947年の制定から約60年を経た今日も、独禁法の構造は「3本柱+ α 」の構造のままである。それはもちろん60年間に独禁法の役割に変化がなかったということではない。むしろ、独禁法の改正と運用の歴史的経緯は他の国の競争法と競争政策に類のない紆余曲折を経るものとなっている。

1 日本の独占禁止政策の歴史的経緯

(1) 産業政策と独禁法

最初に、産業政策と独禁法について述べておこう。

連合軍占領下の法運用では、米国専門家の指導を受け、また日本の学者・実務家の反トラスト法の研究により、進んだ理論による規制が行われた。それを象徴するのが、不当な取引制限の共同性（合意）の立証方法や「競争の実質的制限」の概念の定式化である。湯浅木材合板事件において、公取委は、間接事実の提示により暗黙の合意を推認できれば、それで「相互拘束」の要件は充足されると判断した（公取委昭和24・8・30審決、審決集1-62）。また、東宝・スバル経営統合事件において、東京高裁は、「競争の実質的制限」の概念を、価格などの取引条件を左右することで市場を支配する状態があらわれることと定式化した（東京高判昭和26年919、高民4・14・497）。競争法の伝統のない日本において、このような進んだ理論の創出と適用が可能であったことは、考えてみると驚くべきことである。

もともと、日本には、独禁法の理論を受け入れる土壌はなかった。そのため、サンフランシスコ講和条約（1951年）により日本が占領状態を脱した以降、独占禁止政策は、政府の経済政策の全体から見てまったく重要な位置を占めていない。財閥解体などの経済民主化や独禁法の導入は、経済の運営を市場に委ねるといふ動きにつながることがなかった。市場に任せて自生的な経済発展を待つ余裕はないと考えられたのである。傾斜生産方式から始まる政府主導の資源配分で、再度、戦前の水準の重化学工業の基盤に戻す産業復興政策が採られた。これが産業政策として定式化される試行錯誤の先駆けとなる。

1950年代に、日本政府は、国内産業の保護・育成の一環として、循環不況による需給の不均衡を、官による操業短縮カルテルの組織化で乗り切ろうとした。神武景気、岩戸景気といわれる好況を生み出した朝鮮戦争の特需は休戦により消滅し、「なべ底不況」をもたらした。過剰生産を調整するカルテルを容認する特定産業ごとの臨時措置法が制定された^(注4)。中小企業保護もカルテル

容認の形態をとった。最初は繊維産業が中心であった。臨時措置法で、設備投資の抑制や需要調整が行われた。それが繊維産業以外にも拡大し、1958（昭和33）年4月に中小企業団体法が施行された。それは主務大臣の「員外者規制命令」による強制カルテルを可能とした。

対照的に、独禁法の後退的な改正が行われた（1953（昭和28）年）^(注5)。原始独禁法の外形的な構造は維持されたが、内容的には大幅な後退になった。特定の共同行為の禁止（旧4条）と私的統制団体の禁止（旧5条）は削除された。事業者団体法が廃止され、独禁法に移されている（8条）。企業結合規制（市場集中規制）は、株式取得（10条、14条）、役員兼任（13条）、合併（15条）、営業譲受（16条）に関して、「一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる」という要件に変更された。

プラスαの部分も後退した。「不当な事業能力の較差」の是正規定（旧8条）は廃止された。金融会社の株式所有の禁止規定は10%を超えて所有できないとされた（11条）。会社の社債保有の制限（他の会社の資本金額の25%を越える社債を取得できない）（旧12条）は廃止された。

独禁法の適用除外の様相も一変した。不況カルテルや合理化カルテルなど認可カルテルが、独禁法の適用除外規定のなかに創設された。このことにより、独禁法は、カルテルを悪とする原則禁止主義から、良いカルテルと悪いカルテルがあり、後者のみを禁止すべきとする弊害禁止主義に変わったとみることができる。再販価格維持制度の適用除外制度も導入された。

公取委の審査活動は停滞気味であった。それを象徴するのが、公正取引委員会の新聞代一斉値上げ不問処分である^(注6)。それはカルテルの立証に通常の契約並の拘束を求めたことによるもので、それでは、地下カルテルを摘発することは不可能であった。湯浅木材合板事件の審決の「暗黙の合意」の理論はこのとき没却されたのである。

もっとも公取委の競争政策の後退は全面的な後退というべきものではないだろう。この時期に、消費者保護や中小企業保護の進展が見られた。「不当景品

類及び不当表示防止法」や「下請代金支払遅延等防止法」が制定され、また、不公正な取引方法に優越的地位の濫用規制が導入された。

1960年代には驚異的な経済成長が続いた。政府は、貿易の自由化、資本の自由化が課題になるなか、重化学産業を育成・保護して国際競争力を強化するべく、関係産業に財政資金を投入し、税の優遇措置等を行った。護送船団方式で保護された金融業界も、資金供給でこれを援助した。

資本の自由化に対応して、国内の基幹産業の高度寡占化が講じられた。これは、政府主導の国際競争力の強化と外資による国内産業の乗っ取りを防備する施策と性格づけることができる。それを象徴するのは特定産業振興臨時措置法案の上程（昭和38年）と新日本製鉄を生み出した富士製鉄・八幡製鉄の合併（昭和44年）であろう。

特定産業振興臨時措置法案は、自動車、石油化学、鉄鋼の3大産業を対象に、独禁法の規制を迂回して、官民一体の経済協調体制を構築することをめざすものであった^(注7)。これはカルテルによる業界の自主調整を越えて、さらに一步、政府の関与を強めるものであった。その官僚統制色の強さに財界からさえ反撥があり、同案は結局廃案となった。その後、独禁法の骨抜きを狙う大掛かりな法案は姿を消すことになる。

富士製鉄・八幡製鉄の合併は、産業の国際競争力の強化という当時の国策の一環であり、そこで産業政策が競争政策と衝突したとあってよい。公取委は、鉄道用レール、食缶用ブリキ、鋳物用銑、鋼矢板の鉄鋼4品目について、競争の実質的な制限をもたらす蓋然性があり、そのままでは合併は認められないとした。一部の経済学者や経済法学者は公取委のかかる法の適用を支持する趣旨の意見表明をした^(注8)。しかし、公取委は、当時としては政治的に他に選択がなかったとはいえ、合併当事者が、「有効な牽制力ある競争者」を生み出すことのできる競争回復措置を計画書として提出したことを受けて、これを妥当と認めて同意審決を下している（昭和44・10・30同意審決、審決集16・46）。「有効な牽制力ある競争者」の理論は、今日でも、この理論とその適用に関して議

論があるところである^(注9)。

驚異的な経済成長が続くなか、1960年代、さらに1970年代を通じて、官製カルテル政策は継続されたといつてよい。不況で市況が悪化すれば、特定産業に対する臨時措置法などの時限立法による適用除外の認可カルテル(操業短縮)、強制カルテル(同)が利用された。また、行政指導による隠然たる不況カルテルが組織された。石油カルテル刑事事件で問題になる石油業法(昭和37年)は、かかる行政指導の存在を前提とした法律であった。

1970年代初頭の世界的な石油危機のなかで、競争政策の最初の転機が訪れた。石油危機時に通商産業省の行政指導を背景とした石油業界のカルテル事件が摘発された。日本の石油業界が、当時の通商産業省の石油業法による行政指導の下で、行政指導の範囲を逸脱して、価格カルテルと生産量調整カルテルを行っていたことが明らかになった。^(注8)競争政策を軽視してきたことの付けがまわったといえるだろう。

企業の社会的責任を問う世論を背景にして、1977(昭和52)年に、独禁法は、初めて強化の改正を経験した。それは課徴金制度の導入、独占的状态に対する措置の制定、価格の同調的引き上げにたいする報告徴収、大規模会社の株式保有制限の新設、金融会社の株式保有制限の強化(5%に引き下げ)、既往の違反行為に対する措置の新設を内容とするものであった。一般には企業分割など高度寡占対策を取り入れたものとして注目を集めた。

しかし、課徴金制度の導入によって直ちに、カルテル規制が強化されたわけではない。期待されたカルテル・談合規制は必ずしも実効的に行われず、依然として日本経済の談合体質は残されたままであった。昭和52年改正以降、外国から、日本の公正取引委員会は「吠えない番犬」と揶揄された^(注10)。かかるカルテル規制の脆弱性が昭和52年改正の評価を難しくしている。

それを象徴するのが、静岡県建設協会の談合事件である^(注11)。1984年に、公正取引委員会は、静岡県の公共工事の入札談合を摘発した。これはゼネコンが関係する建設談合の最初の摘発例となった。建設業界はこれに強く反撥し

た^(注12)。同業界は、競争入札は不良工事、手抜き建設を招き、失業と倒産を招くとして、建設業界の独禁法適用除外論を公然と唱えた^(注13)。その後、しばらくの間、公取委は、公共事業の入札談合を摘発することはなかった。

カルテルは何故なくならないのか。問題の所在を明確するために、二つのカルテルを分ける必要がある。これまで述べてきた「産業政策」のためのカルテルは、貿易の自由化、資本の自由化により、その役割を果たせなくなった。他方、「国土の均衡ある発展」に伴うカルテルは、後述するように、そのような自由化の影響を受けず、依然として根強く日本経済に根を張っていた。なかなか無くならないカルテルとは後者のカルテルであった。

(2) 産業政策とカルテル

前者のカルテル、すなわち、産業政策の一環として国内カルテルを維持する体制は崩れ始めた。貿易の自由化、資本の自由化により、国内産業の保護・育成政策は維持できなくなった。多くの産業では、海外からの安価な輸入圧力が増大し、国内の電力など高コストのエネルギーに起因する構造不況というべき事態が生じた。それに対して、主務大臣の指示カルテルを組み込んだ特定不況産業安定臨時措置法（特安法、昭和53年）が制定され、特定産業構造改善臨時措置法（産構法、昭和58年）に承継された。しかし、輸入圧力が働く中では、従来型のカルテルによる保護は次第に難しくなり、産業構造転換円滑化臨時措置法（円滑化法、昭和62年）では、カルテル政策は放棄され、自主的な設備処理を建前に税制措置、債務保証などの助成措置へと変更されている^(注14)。

このよう時期に欧米との貿易摩擦が起きた。1980年代の欧米との貿易摩擦で、日本企業は、欧米のアンチダンピング措置やセーフガード措置の対象となった。また、そのような措置を採るという圧力を背景に、カラーテレビ、鉄鋼、自動車等で、日本の業界の輸出自主規制（VER）が求められた。さらに、貿易摩擦は、日本市場の閉鎖性に対する批判へと展開し、半導体や、牛肉、オレンジなどの農産物の市場開放協議が行われた^(注15)。市場開放要求に連動して、独禁法による競争政策に追い風が吹き始めた。

経済のグローバル化と冷戦の終焉は、産業政策の有効性を失わせた。日米構造問題協議（1989－1990年）は、米国側が日本の市場開放のために競争政策の運用の強化を求めたもので、日本の独禁法の1990年代以降の強化改正と積極的な運用への転機となる出来事であった^(注16)。経済官庁の意識も変わった。欧米との通商摩擦が深刻さをますなかで、経済官庁の一部に、閉鎖的な既得権構造を打開し、開放的で競争的な日本市場を整備することが日本の国益上必要であるという認識が広がったと見ることができる。外務省、通産省などの経済官庁は、この時期の外圧を利用して、既得権で固まった国内市場の改革を行おうとした^(注17)。日本の財界も国際的な視野から競争政策の重要性を認識するようになり、1990年代には一連の独占禁止法の改正強化が行われた。以前のようなカルテル擁護論は表面上は影を潜めた^(注18)。

（3）社会政策と官製談合

産業政策と異なる社会政策に伴う後者のカルテルについて触れなければならない。このカルテルの土壌は高度成長の過程で生まれた。高度成長が人口移動を促し、都市部の過密と地方の過疎をもたらした。都市部は高度成長の恩恵を受け、地方・農村部はその陰になって取り残された。政府は、社会の安定化のために、この格差を埋める国土開発を行うようになった^(注19)。都市部で生まれた余剰を、中央政府が、地方・農村部に公的な補助金として再分配する仕組みである。巨額な補助金が社会資本等の建設・整備のために供与された。

その実施に際して、公共工事の発注を地方企業に広く行き渡らせるべく、官主導の入札談合が行われた。これは地域・農村部の雇用を確保する社会政策的な官製カルテルと性格づけることができよう。しかし、それは長期的には経済の効率性を損ない、また、そこに役人と政治家が絡んだ既得権益を生み出した。公共事業の受注と公務員の天下りという業界と官界の取引が生まれ、政治家も票と資金を求めてその取引構造に関与するようになる。根強い官製談合システムが日本経済に組み込まれた^(注20)。このような結託のまえに、長く、日本の独禁法は無力であった。

しかし、「失われた15年」を経験し、東アジア諸国の経済の台頭の中で、かかる再分配体制を維持する余裕はなくなり、ようやく官製談合の仕組みにも公然たるメスが入るようになった^(注21)。最近の度重なる官製談合の摘発を見ると、日米構造問題協議以降10余年を経て、競争政策がようやく本丸に侵攻したのではないか、という印象をもつ。

2 独占禁止政策の推移に応じた政策思想の変化

独占禁止政策の推移に応じた政策思想の変化を見ておく。上記のような推移のなかで、政策思想もまた変化をしてきた。

戦後、産業政策をすすめる経済官僚にとって、政府の誘導で資源配分を方向付け、経済復興を遂げるのが課題であり、資源配分を自由市場に委ねることを前提とした独禁法は、日本経済に適合しない経済政策と考えられた^(注22)。日本の独禁法は、主流の産業政策によって片隅に追いやられ、長く無視されてきた。

日本の独占禁止政策をかりうじて維持してきたのは公正取引委員会だけであった。独禁法の制定当初は、米国の進んだ反トラスト理論の影響を受けたが、占領が終わってからは、独占禁止政策の思想は産業政策の思想の陰に隠れてしまった。競争政策を実施する行政機関は公正取引委員会しかなく、結果として、ときどきの公正取引委員会の振る舞いが、脆弱ながらも、日本の競争政策の有り様を左右するものとなった。

公正取引委員会は、行政指導を背景にしたカルテルの摘発で、他の経済官庁（とくに当時の通産省）のカルテル容認論と対立した。その象徴が独禁法の「公共の利益に反して」の概念（2条5項、6項）の解釈論に現れている。公取委は、一定の不当な行為により競争の実質的な制限をもたらせば、それ自体が「公共の利益」に反するものであり、重ねて「公共の利益に反して」の要件を取り上げる意味はないとした。これは支配的な学説の宣言的規定説ないし訓辞的規定説と同一の立場を取るものである^(注23)。これに対して、経済官庁や財界は、「公共の利益」とは、消費者の利益のみならず、生産者の利益を含む国民経済

全般の利益であるとした。それは産業政策上のカルテルを容認する途を拓く解釈であった。

「公共の利益に反して」の解釈問題を含めて、日本に競争政策が定着するために、裁判所の果たした役割は大きい。とくに、1950年代に、東京高裁の果たした役割は大きく、昭和28年改正前に公取委に取り上げられた審決の取消訴訟に係る判決は、日本の独禁法の骨格を形成する意味で重要であった。たとえば、競争の実質的な制限に関する東宝・スバル事件判決(昭和26・9・19、行集2・9・1562)、競争者間の合意を不当な取引制限とし、また長く維持された業界慣行を暗黙の合意を形成する基盤とみて、そこから暗黙の合意を認定した新聞販路事件判決(昭和28・3・9、高民集6・9・435)、一方的な拘束を不当な取引制限に該当しないとした東宝・新東宝判決(昭和28・12・7、行集4・12・3215)、が重要である。そのような裁判所が、「公共の利益に反して」の解釈で、経済官庁や財界の恣意的な解釈を容れることはなかった。

脆弱な日本の独占禁止政策を支援した学者グループがある。それは大きく二つのグループに区分することができるであろう。一つが、経済法の社会法的性格を唱え、その中心に独禁法を置く経済法学者のグループであり、もう一つが、米国反トラスト法を研究した経済法学者と、価格理論・産業組織論を研究するエコノミストのグループである。両者の立場は重複しており、判然と分けることは難しい。とくに1977(昭和52)年改正では、改正を支援するグループとして、一体になっているように見える。しかし、そこには大きな差違がある^(注24)。

独禁法を社会法としてみる経済法学者は、独禁法は、経済的弱者である一般消費者や中小企業者の利益を擁護する法として位置づけ、経済法(独禁法)を労働法や社会福祉法などの法域と同じ法域に属するものとみた。社会法的な競争観というものがあるとすれば、経済成長に遅れた中小企業の保護や地域経済の振興を図るために、厳格なカルテル規制を求めないことを基本に、経済的な公平の実質化を求めるポジションをとるものであろう^(注19)。このような立場は、消費者団体(主婦連など)、中小企業団体、労働団体の利害と共振すると

ころがあり、昭和52年（1977年）改正の有力な社会的な勢力になったとみることができるとができる。

このような勢力は、昭和52年の独禁法改正の過程で、課徴金制度や独占的状态に対する措置の導入を支持する以前には、価格の引き下げ命令や、原価公開制度を提唱し支持したのである。

もうひとつのグループは、自由市場を擁護する立場から、日本政府の合併容認・カルテル容認を含む産業政策を批判したグループである^(注25)。当時、産業政策に反対しうる有力な経済理論は、産業組織論（ハーバート学派）のほかに存在しなかった。それは「管理価格問題」と称された高度寡占産業の価格の下方硬直や同調的値上げなどの弊害に対して構造規制を提唱するものであった。自由市場を擁護する立場のグループは、当時の産業組織論に共感を有していたと思われる。彼等は、そのため、高度寡占対策として、企業分割には反対しなかった。しかし、原価公開や価格引き下げ命令には批判的ないし慎重な姿勢をとった。社会法系の学者との違いはそこにある。

その後、経済法（独禁法）の社会法的性格を唱える学者が少なくなり、影響力も後退した。そのため、自由市場を擁護する立場のグループとの対立や論争はおきているわけではない。しかし、社会法論と自由競争論を広い社会的なコンテキストに置けば、明らかな対立を潜在させている。それが昭和52年改正時には見え難かっただけである。

その対立が現れてもおかしくない象徴的な問題が、再販価格維持の適用除外制度の廃止に関する議論であった^(注26)。地方の人々や消費者団体や労働団体は、公取委が進めようとした再販価格維持の適用除外を廃止することに反対した。地域の過疎化、経済的低迷のなかで、再販価格維持の適用除外制度の廃止は、新聞や雑誌、書籍に関して文化的弱者を生み出すという議論がなされた。すなわち、宅配を行う新聞販売店や、貴重な出版活動を行う中小出版業者、地域の最寄りの中小書店などが立ち行かなくなり、過疎地域に住む人々の文化的な基盤を失わしめるという議論である。

このような議論をするグループが、必ずしも、地方の談合を支持し、官製談合を必要悪と見ていたとは思われない。しかし、社会政策的な観点からは、「国土の均衡ある発展」の名により、過疎地域の振興のために補助金を配布し、公共工事を行う高度成長期の社会安定のスキームは、再販価格維持の適用除外制度の廃止に反対する利害の構造と共通している。今日では財政的にそれが維持できないという意味で、議論の前提を欠くが、今後において、東アジア地域で真剣に検討されるべき課題がそこに潜在しているということが出来るかもしれない。

徹底した自由市場の信奉者が増えたわけではない。1980年後半以降には、米国で1970年代から頭角を現した新しい産業組織論（シカゴ学派）や^(注28)、ポスト・シカゴの議論が、日本に本格的に紹介されるようになった。しかし、日本では、シカゴ学派の直接の影響は乏しい。経済のグローバル化など現実の経済構造の変化の影響の方が大きい。それが産業政策によるカルテルと社会政策的な官製談合を同時に葬ったということができよう。

日本の経済官庁の一部に、開放的で競争的な日本市場を整備することが国益にかなうという認識が広がった^(注29)。しかし、すべての官庁がそのような認識をもつようになったわけでない。日本経済への競争原理の浸透は、農業問題、流通問題で人々の生活、環境、文化の安息地帯を損ない、よき伝統を失わせると考える経済官庁もあった。そして、再販価格維持行為の適用除外制度の廃止に反対した消費者団体も、こうした流れに与する部分があったというべきであろう。しかし、このような意向を尊重すべく社会法概念をそのまま再登場させる余地は今も将来もないだろう。別のスキームが考え出されなければならない。後述のように、それが東アジア経済法の共通の課題となりうる。

以上のような、競争政策の産業政策・社会政策との相克を背景にして、3本柱の相互の連関や3本柱+ α の解釈論の特徴が形成されてきた。かかる背景からすべて説明できるわけではないが、以下では、かかる背景からみた実体法の構成と解釈論について概観しよう。

3 独禁法の「3本柱+ α 」規制

上記のような紆余曲折を経て、独禁法は、ようやく日本経済に定着してきた観がある。

韓国の競争法（公正競争去来法）、台湾の競争法（公平交易法）は、制定過程で、ドイツ・EU型の競争法を参照しているが、これらの国は日本法もかなり参照しており、日本の独禁法の内部体系と類似の構造が取られている。現在制定中の中国の競争法も、おそらく同様の経緯を辿るであろう。独禁法の実定規定の構造を検討することは、今後の東アジア経済法の共同研究の基礎の一つになるであろう。

日本の独禁法の実体規定の構造的な特徴を、紆余曲折の経緯を参照しながら、明らかにすることにしたい。その場合、「3本柱+ α 」という外形的構造にそって、不当な取引制限、独占行為、不公正な取引方法の3本柱を順に検討し、次に+ α にあたる規制を検討することにする。

(1) 日本の不当な取引制限の規制について

日本の不当な取引制限に関しては、第1に、垂直的な取引制限を対象としていないこと、第2に、合意の存在だけでなく、画定市場における競争の実質的な制限を要件としていること、第3に、「公共の利益に反して」という要件が入っていること、第4に、日本の不当な取引制限は、しばしば役人や政治家が関与しており、そのような面に着目して特異なカルテル規制を行う動きが生まれたことを指摘する。

(i) 不当な取引制限には垂直的取引制限は含まれないこと

現在では、不当な取引制限は、実質的な競争者間の相互拘束を規制対象とする。競争者間であっても、一方的な内容の拘束（特許ライセンス契約上の制限など）は、不当な取引制限の規制対象ではない。取引者間の垂直的な取引制限（再販価格維持行為など）もそうである。それらは通常、不公正な取引方法の規制対象となる。そして、競争の実質的制限をもたらす場合には、私的独占

(支配行為)の規制対象となる。

初めからそうであったわけではない。日本の独禁法の解釈は、米国の占領下で、反トラストの専門家の助言を受けていた。それが、独禁法の制定当初において、一方的な拘束や垂直的な取引制限を不当な取引制限として規制する米国流の解釈(メーカーと流通業者の共同行為という構成)を、公正取引委員会が採用した理由であった^(注30)。しかし、東京高裁は、新聞販路協定事件判決(前掲)や東宝・新東宝事件判決(前掲)で、一方的拘束や垂直的な取引制限は不当な取引制限に該当しないという判断を下した。これは、今からみれば、EU競争法81条や米国のシャーマン法1条の不当な取引制限の規制よりも狭い範囲に規制を限定するもので、それが日本の独禁法の内部構造を決定することになった^(注31)。この点は、私的独占の「支配」行為の概念ところで再び言及しよう。

(ii) 画定市場における競争の実質的制限を要件とすること

不当な取引制限の規制(3条後段)において、共同行為(合意)は、それが画定市場における競争を実質的に制限することを要件として求めている。これはシャーマン法やEU競争法81条の規制にはない加重要件である。

独禁法の不当な取引制限に欧米法にない要件が加重されていること自体に特別な意味を求めべきではないであろう。原始独禁法では、旧4条の共同行為や旧5条の合同行為が、画定市場における競争の実質的制限を要件とすることなく規制されており、そのことをもって、原始独禁法は、欧米の競争法と類似的であったと理解することができるのである。3条と旧4条・5条の刑罰等の不均衡などの問題は残るが、少なくとも、そのような方向で、内部体系を編成することができたはずである。しかし、昭和28年改正が、その内部体系の編成可能性を閉ざした。

不当な取引制限は、もともと、市場の価格や産出量を制限するカルテル(ハードコア・カルテル)や、技術・製品・販路・顧客の制限、設備の新增設の制限、新技術・新生産方法の採用の制限などのカルテル(準ハードコア・カルテル)

を対象にしているだけでなく、さらに共同研究開発、共同規格の採用など広く事業者間の共同行為（非ハードコア・カルテル）を規制の対象にしているはずである。そのため、違法性判断の共通のプラットフォームとして、画定市場における競争の実質的制限が要件として求められると理解できるであろう。

かかる要件を必要としない欧米の競争法との同等性は解釈で行われていると理解することができる。すなわち、日本では、市場の競争を直接制限する意図と効果をもった共同行為（ハードコアカルテル）は、石油価格協定刑事事件最高裁判決（最判昭和59・2・24、刑集38・4・1287）によって、合意により直ちに不当な取引制限の要件（競争の実質的制限など他の要件を充足する）を満たし、犯罪としては既遂に達するという解釈が取られている。これによって加重要件のない欧米の競争法との同等性がほぼ確保されているといえるであろう。さらに判例・審決が蓄積されれば、旧4条の共同行為や旧5条の合同行為と類似の規定を導入する改正が行なわれてもおかしくない。ただ、そのときは、これまでの蓄積・経験からみて、同じ規定の復活は無理であり、実体要件と手続と制裁に関する関係規定との整合を確保する相応の検討が必要になるであろう。

(iii) 「公共の利益に反して」の意義

不当な取引制限（と私的独占）に「公共の利益に反して」の要件が挿入された経緯は次のように紹介されている。日本側立法担当者は、日本では貧弱な資源で多数の人々を養わなければならないので、公益上の見地から禁止に弾力性を必要とする場合があると考えて、違法要件に「公共の利益に反して」の要件を挿入することをGHQ側とねばり強く交渉した、という^(注32)。結果として、この文言は挿入された。しかし、GHQ側は、日本側とは対照的に、これを自由競争を害することをいうと理解していたと推測されている。

そのことからすれば、通産省や財界は、「公共の利益に反して」の解釈で、日本側立法担当者の理解を引き継いでおり、公取委と独禁法学者の多数は、GHQ側の理解を引き継いでいたといえるであろう。ただ、法の趣旨からすれ

ば、通産省や財界の解釈は論外であり、独禁法の規制の換骨奪胎を謀った解釈といわざるをえない。公取委は、湯浅木材事件審決以来、公共の利益に反するとは競争秩序を害することである理解し、その理解が長く実務で採用されてきた。

最高裁も、石油価格協定刑事事件（前掲）で、「公共の利益に反して」とは、原則として、自由競争経済秩序に反することであるとしている。そのうえで、例外的に、自由競争経済秩序と違反とされる行為によって守られる利益とを比較考量して、全体として、独禁法の趣旨目的に実質的に反しない場合は、形式的に見て違法とすべき行為も、適用から除かれる（違法性阻却）とした。最高裁判決を契機に、反公益要件の解釈議論が盛んになっている。

そのような理解の根拠を、最高裁は、原始独禁法から離脱した昭和28年改正のカルテルの適用除外の増加など、28年改正後の独禁法の全体像を整合的に理解することに求めている。そうすると、今は、逆に、適用除外が縮小して、もとの原始独禁法の姿に戻っているから、今の独禁法の全体像からは、最高裁のような例外の解釈は維持できないことになるように思われる。しかし、判決を契機に、反公益要件の創造的な解釈が生まれている。「覆水盆に返らず」とうことになるのであろう。

(iv) 不当な取引制限と公務員の関与

日本のカルテルや公共入札談合は、しばしば、政府や地方自治体等の職員の関与で行われている。いわゆる官製談合である。しかし、独禁法は、その性格上、事業者だけに適用され、刑事事件になる場合を除いて、談合に関与した公務員に対する責任を追及する手段はない。この不公平さは、摘発が不活発であれば目立たないが、摘発が活発になり、課徴金の徴収など事業者の責任が問われるようになると見逃せないものとなる。

こうした問題は長く顕在化することがなかった。しかし、1990年代以降、公共入札談合の規制が活発に行われるようになり、政府や地方自治体等の職員の入札談合への関与（談合を指示したり、受注業者を指名したり、予定価格を漏

らしたりすること。)が明らかになった。しかし、行政の側に対する制裁はなく、関与は不問にされる。これには談合した企業側が不満をもち、国民から見ても公正ではないという印象が強まった。

そこで、官製談合が摘発された場合、公正取引委員会が、発注側の役所に談合関与行為を排除するのに必要な改善命令を出し、発注者の側で談合の調査(損害の有無)を実施し、改善措置内容(民法や公務員法による事業者や公務員個人への損害賠償請求、公務員法上の懲戒事由の調査)を検討し、それを公表する義務を負わせることになった。これが2002年に制定された入札談合等関与行為防止法(官製談合防止法)である。

この法律は、日本のカルテル・談合が、業界と役人、さらに政治家(政治家の関与には別に刑事法としての斡旋利得処罰法が適用される)の結託・共謀による既得権益として根強く存在することを公式に認め、これを排除する法律だということができよう。もっとも公正取引委員会の改善命令に対して、発注側の官庁が十分な調査・改善措置を行わないという場合、それに対する罰則などの制裁の定めがないから、この法律は、完成談合の防止に役に立たないという指摘も多い。そのため、2005年の連続する大型官製談合の摘発を背景にして、法改正の動きも出てきている^(注33)。

(2) 日本の独占行為の規制について

ここでは、第1に、日本の独占行為(私的独占)の規制は米国型を採用していること、第2に、独占行為(私的独占)の行為概念に米国にはない「支配」行為が入っていること、第3に、私的独占の適用事例が増えることで、正当な競争による排除と不当な「排除」行為の区分が困難であることが判明したこと、そして、第4に、「排除」行為の市場効果をどのように見るかで議論があることに言及する。

(i) 日本の独占行為(私的独占)の規制は米国型であること

私的独占の規制は、ドイツや欧州型の市場支配的地位の濫用規制ではなく、アメリカ型の市場支配力を形成する抑圧的行為(競争の実質的制限をもたらす

行為)の規制である。アメリカ型を選択したのは歴史的事情によるものであるが、東アジア地域ではドイツや欧州型が多く、アメリカ型の規定を採用しているのは日本だけである。

米国型の独占行為規制は原則禁止型といわれ、ドイツ・EU型の独占規制は濫用規制型と言われたこともあった。しかし、ドイツ・EU競争法にも合併規制が導入されたので、両者は大差がなくなったと考えられる。また、原則禁止型と濫用規制型は必ずしも相互に対立しないから、米国型(市場支配力を形成・維持・強化する行為)の規制に加えて、EU型(市場支配力を濫用する行為)の規制を同時に採用することができるであろう。日本では、現行規定に加えて、EU型の独占規制を導入すべきという意見が聞かれるようになっている。

(ii) 日本の独占行為(私的独占)に「支配」行為が含まれていること

日本の独占規制は、アメリカ型と違い、独占行為として「排除」行為の外に、「支配」行為が禁止行為として規定されている。この行為概念を採用した原始独占禁止法の立法の経緯は不明である。それが日本の独占規制の特徴となっている。

「支配」行為の概念は、株式保有によるトラスト型の独占行為と、垂直的取引制限のうち競争の実質的制限をもたらす型の独占行為とを包摂する。このうち、後者の形の独占行為は、新聞販路協定事件東京高裁判決(前掲)と東宝・新東宝事件東京高裁判決(前掲)で、不当な取引制限に包摂することができなくなり、規制の空白が生まれたようにみえた。しかし、私的独占に、垂直的取引制限の「拘束」に対応する「他の事業者の事業活動を支配する」という概念があったことから、私的独占(支配)に接続して処理されることになった。こうして、上記判決で生まれた規制の空白が塞がれ、これ以降、競争を実質的に制限する効果を有する垂直的な取引制限は、私的独占の「支配」行為に該当することになったのである。たとえば、野田醤油事件東京高裁判決(昭和32年12月25日判決、高等裁判所民事判例集10巻12号743頁)は、特殊な間接支配論になっているけれども、その例にはなろう。

(iii) 不当な排除行為の同定の難しさについて

私的独占の排除行為は、今、日本の独禁法の難しい理論問題になっている。雪印乳業・農林中央金庫の排除行為事件（昭和31年7月28日審判審決、審決集8巻12頁）、などの古い事例はある。しかし、私的独占に相応しい事例の多くが不公正な取引方法で規制されてきたため、長い間、私的独占の適用事例がなのままに過ぎてきた。1990年代中頃から私的独占の規制（排除）を適用する事件が連続して起きるようになった^(注34)。

その時、何が不当な排除行為に該当するかが理論的な問題となった。なぜ今頃になって、そのような問題が起きたのか。それは説明が必要である。1960年代、70年代の日本の独禁法学者、経済学者の間では、前述のように、日本政府の産業政策に対抗すべく、米国の産業組織論の影響を受けた高度寡占市場対策、構造規制主義（企業分割）などが受け入れられ、その採用の必要性が唱えられていた。これに関連して、上記の学者らの一部は、市場支配的な企業であれば、これを規制するのに、明白な抑圧行為は存在しなくてもよいという議論を行った^(注35)。しかし、不幸にして、これが不当な抑圧行為を通常の競争行為と明確に区別すべきという問題意識を希薄にさせ、不当な抑圧行為を同定して規制するという研究を遅れさせたといえる。構造規制主義の考え方が強く影響力をもった結果の弊害であろう^(注36)。

今日のような規制緩和と情報技術の革新の時代に、新たな競争環境下の排除行為が生まれており、規制すべき排除行為の研究は急がれるであろう^(注37)。電力産業、電気通信産業、航空産業のような規制緩和が進行する事業分野では、既存の独占的企業が新規参入を妨害する行為が目立つようになった。そのとき、例えば、競争者を排除しようとする通常の価格競争行為と、競争者を不当に排除する廉売行為をいかに有効に区別することができるか、という難しい問題に直面している^(注38)。

このような問題を検討するなかで、規制の難しい米国型の独占規制に加えて（あるいは廃止して）、東アジア地域で広く採用されているEU型の市場支配

的な地位の濫用規制をの導入すべしと唱える者も一部に出てきている^(注39)。

(iv) 排除行為の競争制限効果の認定の難しさについて

排除行為の場合、さらに、何をもって競争の実質的制限が発生すると判断するのが難しい課題になっている。市場支配的事業者が明白な排除・支配行為を行えば、当該事業者はすでに市場支配力を有していることから（従前の支配＝違法行為以前に所有していた市場支配力）、そのような明白な排除・支配行為によって、市場支配力は僅かでも強化されるという推定が合理的に働くだろう。これが対市場効果に関する、これまでの通常理解であったと思われる^(注40)。

では、業界第一位であっても、市場シェアが低い企業であれば、それが明白な排除行為を行っても、競争の実質的制限が発生する蓋然性はない、といえるだろうか。あるいは業界第2位、第3位の企業であれば、どうであろうか^(注41)。

技術革新の進行するIT事業の分野では、現在、市場シェアの低い企業であっても、効果的な排除手段を専有してこれを駆使するとき（政府規制の悪質な利用、知的財産権の濫用、稀少資源の不当専有など）、競争者を実効的に排除することができるだろう。これを放置すれば、短期に競争者を排除して急速に独占者になる危険性がある。

従来の実務では、それは不公正な取引方法で規制できればよく、敢えて私的独占を適用する必要はないということになるかもしれない。これが従来、独占行為の規制が活発に行われなかった理由である。しかし、排除行為の競争の実質的制限をどのような基準で判断するか、という難しい理論的課題が放置されてしまうことは適切ではない。私的独占の排除行為にも課徴金がかかるようになれば、明確な区別が必要になる。2005年の改正は、私的独占の支配行為にのみ課徴金がかかるように改正された。近い将来、排除行為にも課徴金がかかるように検討がすすむであろう。そうなれば、不公正な取引方法と私的独占の区別は一層深刻な問題を提起する。

現在、学説では、市場内部の有効な競争を制約するタイプの競争制限（価格

支配力で示される「統合型市場支配」といわれる)と、新規参入など市場の開放性を妨げるタイプの競争制限(「閉鎖型の市場支配」といわれる)との区別の必要性と有効性が議論されている^(注42)。しかし、その議論はこれまで十分に深められていないように思われる。

(3) 日本の不公正な取引方法の規制について

ここでは、不公正な取引方法の実質的な違法要件である公正競争阻害性について、検討する。

日本の不公正な取引方法(垂直的取引制限)の規制は、競争の実質的制限に至らない競争制限行為であっても、公正な競争を阻害するおそれのあるものを禁止するとされる。この場合、公正な競争を阻害するおそれとは、次の3つのタイプ、すなわち、自由競争阻害型(再販価格維持行為などの広義の拘束条件付き取引)、不公正な競争手段型(欺瞞的な表示や不当な高額景品など)、そして自由競争基盤の侵害型(取引上の相対的な優位性に基づく濫用行為)の3種類で構成されると整理されるのが通例である。

このような公正競争阻害性の概念の3分類は、これまで、公取委の独占禁止法研究会報告書「流通系列化に関する独占禁止法上の取り扱い」(昭和55年3月)と、同「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」(昭和57年7月)での議論を通じて、形成されてきた。すなわち、独占禁止法研究会報告書(昭和55年3月)で、公正競争阻害性に関して、市場における競争阻害に着目してとらえる伝統的な考え方と、取引の相手方の事業活動を制約することを中心にとらえる考え方の二つを「車の両輪として、有機的に組み合わせる必要がある」という示唆がなされた。この示唆は、学説的には、今村教授と正田教授の公正競争阻害に関する学説を「有機的に組み合わせる」ものとしてとらえられた。これをうけての独占禁止法研究会報告書(昭和57年7月)で、公正競争阻害性の3類型(自由競争侵害、競争手段の不公正、競争基盤の侵害)が定式化された。これは、新しい一般指定(昭和57年3月)の1項から16項までの指定内容とも対応する、有効な3区分であることがわかるものであった。

ただ、3類型のうち、自由競争阻害型と不公正な競争手段型とが画然と区別できない場合もある。例えば、抱き合わせ販売は、場合により、不正競争手段型の公正競争阻害の行為としても、自由競争侵害型の公正競争阻害の行為としても、把握可能である。ここでは、そのような異なる性質を併せもつ行為の扱い方が検討課題になることを指摘するにとどめよう。

この3分類は、学説的には、問題の所在を明確にしたという意味で、公正競争阻害性に関する議論を一步前進させた。以下、公正競争阻害性の3類型の概念的な統一性の欠如と、3類型を個別にみて、自由競争減殺型と、不正競争手段型と、自由競争基盤の侵害型の公正競争阻害として、分けて検討する。そこから逆に、3類型を統一して論じる必然性の乏しさを明らかにしたい。

(i) 公正競争阻害性の概念的な統一性の欠如について

この3分類が提示されたことにより、提起される疑問がある。それは、3つの相当異なるタイプの行為を、なぜ「公正な競争を阻害するおそれ」という単一の要件に含めることができるのか、という疑問である。このような差違のある行為類型が一つの概念に統括されることは普通は考えられない。異質なものの統一的な扱いは望ましくない。無益有害な波及効果をもたらすおそれがある。

例えば、不公正な取引方法の規制は、「競争の実質的制限」に至らない程度の競争制限行為であっても、自由で公正な競争を阻害するおそれのあるものを規制すると説明される^(注43)。しかし、これは自由競争侵害型の説明として有効であっても、他の類型には適合しにくい説明であろう。自由競争侵害型だけならまだしも、不正競争手段型や自由競争基盤の侵害型を一緒にして、3条や8条との関係を議論することは、ノイズ（混乱の原因となる未整理要素）が多くなり、解釈論上の議論、立法政策上の議論の進展を阻害するだろう。

以下では、個別の類型ごとに課題を論じることにする。それによって、一緒にして議論することの不毛性を示すことができよう。

(ii) 自由競争減殺型の公正競争阻害について

このようなノイズを除けば、自由競争阻害型は、3条、6条、8条との連関

で有効な議論ができ、議論すべき課題がいろいろあることがわかる。

例えば、自由競争阻害型の不公正な取引方法は、画定市場における競争を実質的に制限する程度に至れば、その拘束は3条違反とされるのが通例である。そうすると、共同ボイコットの行為類型が3条違反になるとすれば、逆に、いかなる場合に共同ボイコットが一般指定1項違反となる余地が残されるのかが問題になる。そもそも、共同ボイコットの3条違反が一般的に成立するとすれば、そこにすべてが吸収されて、一般指定1項違反になる余地がないのではないか、という考え方も成立しうる。一般的に言えば、このような場合に、競争の実質的制限と公正競争阻害を区別することができるのか、また、その区別に果たして如何なる意味があるかという問題に展開する。

さらに例えば、再販価格維持の拘束は、競争の実質的制限となると、私的独占の支配とされるのが通例であるが、欧米のように、不当な取引制限で規制するという解釈が唱えられることがある（縦のカルテル論）^(註44)。しかし、実際に、不当な取引制限（共同遂行）と構成する必要があるのだろうか。もし欧米の競争法との調和をはかるためということであれば、その必要性は認められるかもしれない。では、そのような解釈を許す余地があるだろうか。例えば、再販価格維持行為の「一定の取引分野」や「競争の実質的制限」は、いかにして判断されるのか。また、違反行為者（共同行為者）の範囲につき、法文上、再販価格の「拘束」を受ける事業者も「共同行為者」に含まれると解することになるのだろうか。垂直的な制限を不当な取引制限に該当させるとすれば、今では、立法的な解決しかないのではないか。

これは自由競争減殺型の行為についてのみ成り立つ議論である。

さらに、自由競争減殺型の内部では、拘束条件付き取引（一店一帳合制、横流しの禁止など）が再販価格維持行為の実効性確保手段となるように、ある行為が他の行為の実施手段となる関係が形成される。その場合、手段となった行為の公正競争阻害性が、目的となった行為の公正競争阻害性に吸収されて、競争影響の分析が簡易なものになる。これは、その事件の処理としては適切な処

理である。しかし、一店一帳合制や横流しの禁止などの拘束条件付き取引が単体で行われ、それが問題となった場合には、それだけでは不十分で、相応の競争影響分析が求められる。これは SCE（ソニー・コンピュータ・エンターテインメント、平成13・8・1 審決、審決集48・3）事件で、再販行為の消滅後に起きた問題である（これと類似する問題は不正競争手段型でも起きる）。

これらの課題を検討する際も、自由競争侵害型の公正競争阻害の概念だけを論ずるほかに、他の二つの類型を含めて論じる必然性は乏しい。

（iii）不正競争手段型の公正競争阻害について

再販価格維持行為や排他的条件付き取引（いずれも自由競争侵害型）の実施手段が、取引条件の差別的取扱いや競争者に対する取引妨害（いずれも不正競争手段型）を用いて行われることがある。この場合、手段となった不正競争手段型の公正競争阻害性は比較的容易に認定されるであろう。しかし、自由競争阻害型の行為の実効性確保手段として使われる側面にばかり注目しても、不正競争手段型の行為としてのそれ自体の違法性判断基準は明確にならない。不正競争手段型は、それ自身の違法性判断基準を明確にする必要がある。そのような検討がこれまで不十分であったと思われる。

東アジア諸国で広く採用されているドイツ・欧州型の市場支配的地位の濫用規制では、差別的取扱いや取引妨害が濫用行為にあたるとされる。このような行為を規制する根拠は、それが市場支配力を形成・維持・強化することにあるのではなく、行為それ自体の不当性にあると思われる。そのようなドイツ・欧州型の規制の研究もここでは参考になろう。

（iv）自由競争基盤の侵害型の公正競争阻害について

優越的地位の濫用規制と下請代金遅延等防止法は、日本に独自の前近代的な取引関係を対象とするとされる。このような濫用行為は、流通の業態の変化と経済のサービス化・情報化によっても解消される様子はなく、近年、強化改正によって一層積極的に運用されている

小売業のビジネスモデルが変わり、伝統的な百貨店や大型スーパーから、コ

コンビニエンスストア本部、全国展開のホームセンターやドラッグストア、大型カメラ店・家庭用電気店などの特殊化した大型小売りが台頭した。そこにおける納入業者との取引関係で、取引上の優越的地位の濫用や下請代金遅延等防止法の違反が目立ってきている。また、ゲームソフトやコンピュータ・ソフトウェアの制作や放送番組制作、広告制作、建設設計、貨物輸送など役務の下請企業に対する親事業者の濫用行為も増加している^(注45)。

これらの業態に対して、従来の法的規制の枠組みでは対応できなくなっている。下請代金支払遅延等防止法の規制対象の再定義や規制範囲に関する法改正が行われ、役務の提供における濫用規制の行政規定（告示）の改正が行われている^(注46)。

前近代的な取引慣行に対するものであるならば、その規制は、流通の合理化・近代化とともに不要となるだろうと思われる。しかし、流通の合理化や近代化によっても、なせか、このような規制の必要性はなくなっていないようにみえる。前近代的な取引慣行という性格付けが誤っている可能性がある。

他方、情報の非対称性、ホールドアップ問題など経済学のモデル分析は、あえて自らを窮地に追い込むという、親企業の非現実的な不合理性を議論の前提ないし結果としているように思われる。

優越的地位の濫用規制は、要件論の明確化のために、それ自身の違反規準を明確にする必要がある。経済学のモデルを含む規制の存在理由の説明を求めただけでは今は不十分である。

（４）日本の高度寡占市場対策と一般集中対策（ $+\alpha$ の規制）

当初はその必要性が明確なものとして導入された高度寡占市場対策も一般集中規制は、極論すれば、その役割を終えて廃止されるべきものになったとみることができる。

（i）高度寡占対策の有効性・必要性に対する疑念

日本の独禁法学者や経済学者は、前述のように、大型合併を容認する政府の産業政策に異議を唱えて、その批判の拠り所を米国の市場構造規制主義に求め

た。1969年の新日本製鐵（八幡製鐵と富士製鐵）合併事件（前掲）は、そのような政策思想の対決の場となり、政府の主導する産業政策が勝利をおさめた。しかし、市場構造規制主義の考え方は、その後、石油カルテル事件を契機とした1977年の独禁法改正で、高度寡占市場対策として導入されることになった。不効率な巨大独占体を解体する独占的状态に対する措置（2条7項、8条の4）と、安易な寡占的同調値上げを抑制する同調的値上げの報告制度（18条の2）の導入がその成果であった。

しかし、独占的状态に対する措置は、その発動が手続的に2重3重の拘束があり、果たして現実に発動されることがあるか疑問であった（「伝家の宝刀」論）。同調的な値上げの報告も、制定当時から、安易な寡占的同調値上げを抑制する効果が合理的に期待できるのか、逆に、寡占的事業者に無益な行政上の負担を負わせるものとならないか、疑念があった。

その後、経済のグローバル化で競争が国境を越えて相互浸透して、1国内の高度寡占市場の弊害は弱まり、寡占的な同調的な値上げの現象も見られなくなった。また、高度寡占市場の解体を唱える構造規制主義の理論を理論的にも実証的にも批判するシカゴ学派が米国で台頭していた。日本においては、かかる米国の動向に当初は関心を呼ばなかったが、その後、ポスト・シカゴの議論も含めて、広く日本にも紹介されるようになった。そのようななかで、同調的値上げの制度は廃止された。独占的な状態に対する措置も現実に有意義な効果をもたらすか疑念がうまれている。主として冷戦の終焉と経済のグローバル化により、また副次的にはシカゴ学派以降の経済学・産業組織論の展開により、市場構造規制主義の思想は過去のものとなされたのである。

（ii）一般集中規制の有効性・必要性に対する疑念

持株会社の設立禁止と金融機関の持ち株の禁止（5%ルール）は、原始独占禁止法の当初から規定されていた。1977年改正では、大規模会社の持ち株の総額規制が新たに導入された。

持株会社の設立禁止は、戦前の日本型コンツェルン（同族支配の持株会社）

の復活を防止するための規制であり、金融機関の持ち株の禁止は、証券取引市場の発達が遅れた日本で、銀行等の経済支配を防止するものであった。大規模会社の持ち株の総額規制は、旧財閥系の総合商社が取引先の株式を持つことで取引の関係の強化をはかることが多くなり、自由で公正な取引に悪影響を与えることが懸念され、その予防措置として導入された。

しかし、経済のグローバル化の中で、持株会社により旧財閥が復興するという事態は考え難くなった。不況下で、企業組織の再構築が求められるなか、持株会社という企業組織形態を選択することができれば、企業組織の再構築に極めて有利なことであった。このことから、規制緩和の文脈で、持株会者の全面禁止は行き過ぎであるという議論が起き、持株会社の設立は、経済集中の過度集中となる場合を除いて、原則自由となった。大規模会社の持ち株の総額規制も、資産としての株式保有が簿価制から時価制になって株式保有のリスクが高くなり、また企業の財務事情から株式の保有が解消されつつあり、大規模会社の持ち株の総額規制はその必要性が乏しくなった。これは2003年に廃止された。金融機関の持ち株の禁止（5%ルール）も、株式発行を通じた直接金融が一般化して、もう必要は無いという同様の議論がおきている。ただ、これは様子を見て判断すべきで、廃止は時期早尚であるとして、辛うじて廃止を免れた。

当初はその必要性が明確なものとして導入された高度寡占市場対策も一般集中規制も、その役割を終えて廃止されるようになったとみるべきであろう。

結びに代えて

日本の独禁法は、その制定と運用において、米国の反トラスト法の強い影響を受けて出発したこと、しかし、競争政策は主流の経済政策として評価されることなく、産業政策や国土開発政策に途を譲ってきたこと、そのために、独禁法の積極的な運用が可能となった1990年代以降に、経済のグローバル化や規制緩和、情報技術の発展とも関係して、様々な解決を求められる問題が生まれたことが示された。

東アジア諸国は強力な政治権力を背景に資源の集権的な配分を行って経済発展を遂げたという共通の歴史的経験がある。しかし、多くの東アジアの国と地域が競争法を備えて本格的な法運用を始めたことは、政治権力を背景に経済発展を遂げた東アジア各国の国民経済が、今では、それを必要とする時代を終えて、経済の新たな発展段階に入ったといえることができるであろう。

このような時期に、日本の独禁法の運用の経緯と現状の課題を紹介することは、アジア経済法の共同研究のひとつの前提となるであろう。日本では、今日、官製談合が大きな問題になっている。官製談合の結託構造の競争原理による解体は、腐敗した官民癒着の利権構造を打破するために必要である。それによってもたらされる競争が、たしかに、再販価格維持行為の適用除外の廃止反対論に見られるように、地方の人々の生活と文化の環境を損なう結果をもたらす面があることは事実である。しかし、そのような事情があっても、高度成長期に定着した経済的なリソースの再分配措置を今後も維持することは持続可能ではない。それは都市部の人々に大きな経済的な負荷をかけるもので、都市部の人々はこれに不満を鬱積させている。また、地方の生活と文化を守ることが政官財の結託による利権構造を今後も延命させることの理由にはならない。

かつての社会法の思想に共振し、公正な分配を尊重する、新しい独禁法の考え方が生まれているであろうか。現在の日本にはそのような独自の思想はない。自由な競争を尊重することが経済法の最重要の課題になっている。しかしすべてを市場に委ねることはできない。競争政策が重要性を増すなかで、共通の近代化のプロセスを経た東アジア諸国での経済法のかかる課題の研究交流は実りの多い成果を生み出す可能性がある。競争原理の功罪を見据える東アジア的な研究交流のプラットフォームの形成が課題であると思われる。

(注1) そのため、原始独占禁止法の立法者意思を探索するという作業は労多くして実りが少ないものとなっている。そのようななか、泉水文雄「独禁法上の基本概念の立法史的検討」正田彬先

生古希祝賀『独占禁止法と競争政策の理論と展開』61-89頁（三省堂、1999年12月）は、解釈論に資するべく、立法過程を検討する貴重な成果である。

- (注2) 今日では、企業結合規制は、3条前段と後段の両方の予防規定ないし補完規定と位置づけられよう。そのことは、公取委が2004（平成16）年5月に公表した企業結合ガイドラインで、単独行動と協調的な行動の問題を区別して市場に及ぼす影響を分析することからわかる。この点は、米国司法省とFTCの合同の1992年合併ガイドライン（1997年一部修正）に倣うものである。
- (注3) 独禁法の2005年改正については、諏訪園貞明「平成17年度改正独占禁止法—新しい課徴金制度と審判・反則調査制度の逐条解説—独禁法」商事法務（2005年12月）を参照されたい。
- (注4) 公正取引委員会「独占禁止政策五十年年史 上巻」113-114頁（公正取引協会、平成9年9月）。
- (注5) 同上、69-75頁。
- (注6) 全国消費者団体連合会が新聞代一斉値上げが不当な取引制限のおそれがあるとして公取委に申告したが、「拘束性ある申し合わせがなかった」として不問とされた。不問処分の新聞報道は、「新聞値上げ、独禁法違反の疑いない」朝日新聞、昭和34年8月14日、「公取委、審判に付せず」読売新聞、昭和34年8月14日。不問措置に対する批判は、今村成和「独占禁止法〔新版〕」23頁（有斐閣・昭和53年）。
- (注7) 前注（4）、129頁。
- (注8) 「エコノミスト」1969年3月11日号31-32頁、同、1968年7月2日号64-65頁、「経済評論」昭和44年6月号45-47頁、同、昭和44年5月号43頁。
- (注9) この点について、林秀弥「企業結合の違法性判断における『有力な牽制力ある競争者』の位置づけについて—独禁法の一大議論の一断面—」『社会科学研究』157-185（東京大学社会科学研究所紀要、55巻第3・4合併号）が参考になる。
- (注10) 「エコノミスト」1990年1月23日号46-49頁（梅沢節男委員長）、50-55頁（菊地元一）。
- (注11) 静岡県建設業団体の談合に関する報道として、「公取委、談合にメス」朝日新聞、昭和56年9月29日。
- (注12) この談合摘発以降、業界雑誌で、3年間にわたりほぼ毎号議論が行われた。「建築業界」31巻1-12号（昭和57年、1982年）、「建築業界」32巻1-12号（昭和58年、1983年）、「建築業界」33巻1-12号（昭和59年、1984年）。それらの記事を読めば、昭和52年の独禁法改正後にも、このような意識改革の遅れた業界が国内にあったことに驚くであろう。これも、公取委の妥協的な建設ガイドラインの作成で沈静化した。法律雑誌では、特集が組まれている。「ジュリスト」759号〈公共工事と談合入札〉（1982年2月15日号）。内容として、内山尚三「公共工事と入札制度の問題点」15-22頁、大塚仁「談合罪の問題点」34-39頁、樋口嘉重「入札談合と独占禁止法」40-45頁。
- (注13) (社)日本土木工業協会は、静岡県建設談合の発覚後、昭和58年4月の「建設業に関する独

禁政策について（公共工事の入札における調整行為と独禁法）」と題する文書を公開して、調整行為（受注調整）を正当化し、適用除外法を求めている。前注（4）、344-346頁。それによれば、自由競争を強いる場合、慢性的な過当競争により安値赤字受注に陥りやすく、その結果、粗雑工事や手抜き工事を誘発しがちであり、また、労働者や下請企業への影響を生じかねないとする。さらに、企業経営基盤の圧迫は関連産業にも悪影響を及ぼすとする。

(注14) 前注（4）、366頁。

(注15) 行天豊雄・黒田眞「日米経済問題100のキーワード」90-165頁（有斐閣、1992年3月）。

(注16) 日米構造問題協議を米国側から見た分析レポートして、グレン・F・フクシマ（渡辺敏訳）「日米経済摩擦の政治学」（朝日新聞社・1992年）が、当時の状況を知るうえで有益である。

(注17) 日米構造問題協議等の協議は、外務官僚と通産官僚が結託して、米国による日本市場開放の外圧を利用したという面があることは否定できない。田中鈞・田原総一郎「国家と外交」96-98頁、102-104頁、192-203頁（講談社、2005年）。

(注18) しかし、最近の旧日本道路公団の橋梁（きょうりょう）談合事件などを受けた財界関係者の発言は、依然として問題を残すものである。

そもそも10年以上前の1991（平成3）年9月24日に公表された経団連の「経団連企業行動憲章」は、次のように述べている。「わが国企業は改めて商慣行と自らの行動を厳しく見直す必要がある。『わが国の商慣行は閉鎖的かつ不透明である』との批判に根拠を与えることなく、自由・透明・公正な市場の実現に努め、わが国の経済システムに対する国際的な信頼を確立することこそ喫緊の課題である。・・・各企業および業界はすでに各種規則等により自己規律に努めているが、この際、各企業の経営トップや業界団体が率先して本憲章の趣旨を社内および業界内に徹底し、改めて企業行動や商慣行のあり方等を総点検することを要請する。企業行動総点検の努力が重ねられ、自己責任原則が確立されてこそ、はじめて市場は自由・透明・公正なものとなる。」。本憲章は、その後、何度か改訂され、2004年5月の改訂が最新の改訂である。

橋梁談合で、横河ブリッジ、三菱重工業、石川島播磨重工業の関係者が告訴されたとき、経団連の豊田会長は、かかる談合について非常に遺憾としながら、すぐに絶滅させるのは難しいのではないかと、正直絶滅できるとは思っていない、と発言している。では、10年以上もまえに公表して改訂してきた「経団連企業行動憲章」は何であったのであろうか。

(注19) 青木昌彦「移りゆくこの10年 動かぬ視点」282頁以下（日経ビジネス文庫、2002年）。

(注20) 山口二郎「戦後政治の崩壊」17-24頁（岩波新書、2004年6月）。

(注21) 2005年は官製談合の年であった。2005年5月に、橋梁談合が摘発され、旧日本道路公団の官製談合事件に発展して、公団副総裁が逮捕された。11月には、成田空港公団の電気設備をめぐる談合が摘発され、これも公団次長が逮捕される官製談合に発展した。その後に発覚した防衛施設庁の電気設備工事も予定価格の漏洩という官製談合であることが明らかになった。

(注22) 当時の産業政策の考え方を示すものとして、天谷直弘「漂流する日本経済 新産業政策のビジョン」エコノミスト選書（毎日新聞社、1975年）がある。

- (注23) 今村成和「独占禁止法〔新版〕」82-89頁（有斐閣、昭和53年6月）
- (注24) 昭和52年改正に関して、最近の注目すべき論文として、平林英勝「昭和52年独占禁止法改正の意義—社会的公正原理と競争原理の交錯—」筑波法政 37号33-65頁（2004年）、38号65-86頁（2005年）。その後、平林英勝『独占禁止法の解釈・施行・歴史』（商事法務、2005年10月）の第4章第2節に所収
- (注25) 正田彬教授をその代表的な論者とみることに異論は少ないであろう。正田教授の最近の見解は、正田彬「経済法講義」（日本評論社、1999年9月）
- (注26) 代表的な論者として、反トラスト法の研究を基礎にした独禁法研究の権威である今村成和博士と、産業政策に対する批判の論陣を張った経済学者の小宮隆太郎博士を挙げることができよう。平林、前掲（注24）は、正田彬教授、今村成和博士、小宮隆太郎などの論者の議論を詳細に紹介し、社会的公正原理と競争原理のリンクを分析している。
- (注27) この問題は大きな対立を孕む社会問題に発展した。見解の異なる立場の者として、金子晃ほか編著「英国書籍再販崩壊の記録：NBA 違法判決とヨーロッパの再販状況」（文化通信社、1998年3月）、伊従寛「出版再販 書籍・雑誌・新聞の将来は？」（講談社、1996年3月）。
- (注28) 例えば、村上政博「アメリカ独占禁止法：シカゴ学派の勝利シカゴ学派の勝利」（有斐閣、1987年）。
- (注29) 前掲（注17）を参照。このような意識が希薄で、市場開放が望ましくないと考えていた戦後期の政府の政策と競争政策の動向については、稗貫俊文「戦後の対日直接投資の規制と競争政策——残存する官民協調とその法意識への影響」社会科学研究50巻4号71-109頁（1999年3月）を参照されたい。1980年代の中国政府が、改革開放政策で外資を受け入れて産業の育成を図り、1997年の通貨危機で、一時的にIMFの傘下に入った韓国政府が積極的に外国資本を受け入れたこととは対照的である。日本は今でも外国からの直接投資が少ないことで知られている。
- (注30) 公正取引委員会が、米国流の解釈を採用していた時期の代表的な審決として、北海道バター事件、1950年9月18日同意審決、審決集2巻103頁、東宝・新東宝事件、1951年3月3日審判審決、審決集344頁がある。
- (注31) この点について、稗貫俊文「共同出資会社に対する不当な取引制限の「共同遂行」の意義」495以下、499頁「競争法の現代的諸相（上）」厚谷先生古稀記念論集（信山社、2005年）
- (注32) 泉水、前掲（注1）76-77頁。
- (注33) 2005年に露呈した旧日本道路公団の橋梁（きょうりょう）談合、成田空港談合、防衛庁電気工事談合という一連の官製談合を受けて、小泉首相は、2005年12月22日に、首相官邸で与党幹部と会談し、来年1月召集の通常国会への官製談合防止法改正案の提出検討も指示した、とされる。官製談合防止法は、公正取引委員会が談合に関与した公務員、公益法人の職員などに公取委が改善措置を求めることができるとする法律である。
- (注34) そのような例として、日本医療食協会事件、1996年5月8日勧告審決、審決集43巻209頁、

パチンコ機特許プール事件、1997年8月6日勧告審決、審決集44巻238頁、パラマウントベッド事件勧告審決、1998年3月31日、審決集44巻362頁、北海道新聞事件同意審決、2000年2月28日、審決集46巻144頁、有線ブロードネットワークス事件勧告審決、2004年10月13日、審決集51巻掲載予定、インテル事件勧告審決、2005年4月13日、審決集51巻掲載予定。

- (注35) 実方謙二『寡占体制と独占禁止法』(有斐閣、昭和58年)は、明白な抑圧性のない行為を、構造規制の観点から規制しうる可能性を探る研究の貴重な成果である。
- (注36) この点の指摘は、川濱昇「独占禁止法2条5項(私的独占)の再検討」京都大学法学部創立百周年記念論文集・第3巻329頁以下(有斐閣、1999年)。
- (注37) 前注(28)の有線ブロードネットワークス事件やインテル事件は、単独企業の一方向的な排除行為として、その適法性の限界の検討が急がれる行為が問題になっている。
- (注38) この問題の指摘にとどまるが、稗貫俊文「独占禁止法の『競争の実質的な制限』に関する体系的理解の再編成について」『公益事業の規制改革と競争政策』181以下、197-198(岸井大太郎・鳥居昭夫編著)(法政大学出版局、2005年3月)を参照されたい。
- (注39) 公正取引委員会の「独占禁止法研究会報告書」(平成)15年10月)の「独占・寡占規制の見直し」にかかる部分の、不可欠の施設等の存在する場合の参入阻止行為への迅速、効果的な対処として検討された部分では、こうした考え方が議論されているはずである。
- (注40) 稗貫、前注(38)189-191頁。
- (注41) この問題の指摘にとどまるが、稗貫、前注(38)198頁。
- (注42) この問題を提起したのは今村成和博士である。今村成和「独占禁止法入門(第4版)」35-39頁(有斐閣、1995年)を参照。
- (注43) 初期の審決では、公正競争阻害性について、「その競争の制限が、一定の取引分野競争を実質的に制限するものと認められる程度のものである必要はなく、ある程度において公正な自由競争を妨げるものと認められる場合で足りるものと解すべき」であるとしている。第一次大正製薬事件、昭和30・12・10勧告審決、審決集7・99。
- (注44) 根岸哲ほか「独占禁止法入門」(根岸執筆部分)(有斐閣、1983年5月)。
- (注45) この点の公取委の調査として、「ソフトウェア制作業等4業種における下請取引の実態と改正下請法の内容-改正下請法の円滑な運用に向けて-」(平成16年2月13日)がある。
- (注46) 鈴木満「新下請法マニュアル」(商事法務、平成16年5月)。

追記 中島史雄先生は今春3月末で定年を迎えられた。金沢大学法学部で経済法の講義を担当しないかと声をかけてくださったことが、ずいぶん昔のことのように思われる。そのとき大変光栄に思ったことを憶えている。このたび献呈させていただく論文は、2005年6月17日・18日に、韓国ソウル国立大学で行われた経済法研究会での筆者の報告原稿をもとにしている。これを大幅に加筆したものである。不十分ではあるが、私の最近の東アジア経済法に関する関心の一端を中島先生にも知っていただきたく、献呈させていただいた。中島先生が、ますますご健勝で、ご自愛されることをお祈りする。