

独占禁止法に係る立法論的検討

江口 公典 慶應義塾大学大学院法務研究科教授

1 はじめに

独占禁止法の立法論については、現実が理論に先行している。すなわち、2005年改正に続いて2009年6月に比較的大きな改正が実現し、①排除行為による私的独占、②不正な取引方法の一部(2条9項1～5号)が新たに課徴金の対象とされることとなった。本稿では、このような現実の立法の動向を踏まえて、独占禁止法の将来像を展望する立場から独占禁止法に係る立法論について検討を加える。その場合、前述した2005年・2009年改正がサンクション(主として課徴金納付命令)の強化に主眼を置いているのに対し、本稿では、規制対象となる違反行為等に係る、いわば実体規定のあり方にも相応の比重を置きながら総合的に検討する必要がある点について、とくに留意したい。

以下、市場支配的事業者による濫用行為の禁止規定に係る立法論(後述2)、措置体系の制度設計(後述3)について取り上げることにする。加えて、(現段階では本稿2および3における具体的な立法論との媒介の点で大きな課題が残されているが)立法論の基盤となるべき日本法全般に係る法政策的要請について考察する(後述4)。

2 市場支配的事業者による濫用行為の禁止規定に係る立法論

2-1 私的独占の禁止のコンセプトとその限界

この点に関する従来の検討結果は、以下のとおりである(江口「電気通信分野に関する独占禁止法の立法論的検討」電気通信普及財団研究調査報告書No.23[63頁以下]参照)。

私的独占の禁止のコンセプトは、私的独占を、①(必ずしも市場支配的でない)事業者が、②悪性のある排除・支配によって、③(従来十分に競争的であった市場を)競争制限的な市場に変質させる行為ととらえている点にあり、①～③の論点について、次のような立法論上の評価が引き出される。

①の論点 私的独占の行為者、禁止の名宛人が「事業者」であるとされていることは、行為者の市場における地位に、たとえば市場支配的地位や市場における有力性のような限定がなく、したがってあらゆる事業者の行為を捕捉できることから、規制の実効性に資するものと評価することができないわけではない。しかし、このような評価が可能であるとしても、それは、優れて抽象的な見方であるというべきであろう。経済社会の現状を踏まえた競争政策的考慮の観点に立てば、当該市場において一定程度以上の有力な地位を占めていない事業者を含めて私的独占禁止の名宛人としていることに、有意なプラスを認めることは、困難である。

②の論点 重大な競争制限効果をもたらしており、したがって私的独占における排除・支配行為に該当するか否かが問題となるような事業者の行為が、経済社会の高度化に伴って、その悪性の点で(絶対的でなく)相対的なものにすぎなくなる傾向がみられる点に、留意すべきであろう。NTT東日本に係る私的独占事件をめぐる論争点は、この点と関係しているように思われる(平成21年5月29日[平成19年(行ケ)第13号])。

③の論点 現実の法適用の場面では、原因としての排除(・支配)行為と結果としての競争の実質的制限が相互規定的な関係に立つのではないか、いいかえれば私的独占の成否が行為形態要件に係る事実と競争制限要件に係る事実との総合的評価をとおして決定されるという側面がみられるのではないかという問題がある。たとえば、惹起される競争制限効果がきわめて重大であれば、行為形態要件に求められる悪性は低いもので足り、逆に、市場支配的事業者による悪性の強い排除行為が認定される場合にはそのことのなかに競争制限効果がある程度内在するものととらえるというように、行為者、行為形態および競争制限効果を完全に別個に検討対象にするのではなく、事案によっては、三つの(場合によっては二つの)要件を総合考慮し、それに基づいて私的独占の成否を判断することが求められているように思われる。そして、このような接近方法が解釈論の限界を超えていると判断される場合には立法論的検討に移行することとなる。

まとめ 私的独占の禁止規定は、アメリカ反トラスト法上の独占化行為の禁止規定(シャーマン法2条)

に源を発している。1890年シャーマン法2条の背景には、産業資本主義期における基本的に優れて競争的な経済社会を前提とし、行為主体の市場における地位を問わず（「Every person …」）、市場における競争を変質させる独占化行為等を禁止するという政策的含意があったといつてよいであろう。私的独占の立法上のコンセプトも、これを基本的に受け継いでいるものとみられる。私的独占の禁止について立法論上の検討を行う場合には、このことにも留意すべきであろう。

2-2 市場支配的事業者の濫用行為禁止規定に係る立法提案と論点整理

現行独占禁止法における私的独占の禁止規定には一定の限界があり、市場支配的事業者による濫用行為の禁止規定の導入を検討すべきではないか。そのためには、独占禁止法上の現行規定との関連づけ等をめぐる詳細な検討が求められている。以下では、立法論を推進する立場から、市場支配的事業者による濫用行為の禁止規定の導入の必要性および現行規定との関連づけについて詳細に論じる先行研究（正田彬「独占禁止法による市場支配力の規制」ジュリスト1327号117頁以下〔以下「正田論文」という〕）の批判的検討を踏まえて、立法論上の論点整理を行うこととしたい。なお、この点に関する予備的検討については、江口・前掲「電気通信分野に関する独占禁止法の立法論的検討」参照。

(a) 状態としての競争制限と行為としての競争制限 正田論文では、現行法における私的独占の禁止規定に関して「既に実質的に制限されている当該取引分野における競争について、改めて更に一定の取引分野における競争を制限する行為であるか否かを検討することは必要でない」・「競争が実質的に制限されている場合の競争の実質的制限ということになり、概念矛盾をもたらすことになる」（122頁）とされている。この点については、独占禁止法上の諸規制に係る構成要件（定義規定）の解釈論に競争制限的状态と競争制限的行為とを区別する考え方を取り入れることにより、「概念矛盾」を回避することができる。すなわち、一方で、一定の取引分野における競争がすでに実質的に制限されていること（＝市場支配的地位の存在）とは競争制限の状態であり、他方で、事業者が「一定の取引分野における競争を制限すること」を要件としている私的独占や不当な取引制限の定義規定では、事業者が一定の競争制限的行為を行うことが求められているのであり、したがって、一定の取引分野における競争がすでに実質的に制限されているとしても、事業者が一定の取引分野におけるそのような競争を「実質的に制限する」ことが成立要件となるものと考えられる。このように、市場支配的事業者による濫用行為の禁止規定に関する立法論では、状態としての競争制限と行為としての競争制限を区別する視点が有用であろう。この点については、市場支配的事業者による濫用行為の禁止規定に関して数十年の経験を有するドイツ法の考え方が大いに参考になる（Wolfgang Fikentscher, *Wirtschaftsrecht*, Band II参照）。

(b) 内部成長等による市場支配的事業者 正田論文では、「独占禁止法がその存在を前提としていなかった市場支配的企業」・「もともと独占禁止法は、市場支配力をその形成を阻止すべきものとして捉えており、競争の実質的制限に連なる行為については、それを禁止することを中心とした構成がとられていた」・（独占禁止法は）「市場支配力を持つ事業者の存在を前提としたものではなかった」（117頁）・「不公正な取引方法の禁止は、基本的には、市場支配力の形成が阻止された市場における公正な競争を阻害する行為を対象とした制度として理解することができる」（125頁）・「公益事業の独占」「についての適用除外規定を削除して、これらの事業を直接独占禁止法の適用下に置くことになったときに、かかる市場支配的企業に対する独占禁止法上の制度として、市場支配的企業を前提とした規定が設けられるべきであった」（123頁）とされている。しかし、アメリカ反トラスト法（1890年シャーマン法）が産業資本主義期における基本的に優れて競争的な経済社会を前提として、カルテルや独占化行為等の禁止によって競争秩序の維持を図ろうとし、独占禁止法がそのような考え方を受け継いでいる側面があるとしても、経済社会の展開と独占禁止法のあり方をめぐる基本的な考え方として、公益事業に係る適用除外規定の削除に伴う場合のほか、内部成長等をおして市場支配的事業者が存在するようになる事態が想定されていない（いなかった）と考えることはできないであろう。なお、この論点については、とりわけ独占的状态の規制に関して論じられてきた行為規制と構造規制との対比について再検討を行うことに加えて、行為としての競争制限と状態としての競争制限を峻別するドイツ法の考え方を日本法の体系的理解の場面に導入することをとおして、妥当な解決を図ることができよう。

(c) 刑事罰 「私的独占の場合には」「刑事罰の定めが設けられており、また企業支配的企業の地位の濫用行為についても同様に考えられる」（126頁）とする正田論文の見解には問題点があり、むしろ現行法上の私的独占、不当な取引制限の場合と同様に市場支配的事業者による濫用行為の禁止規定それ自体を犯罪構成要件とすることは妥当でないように思われる。私的独占等に係る刑事罰の規定は、前述の意味における私的独占等の禁止に係る立法上のコンセプトに支えられており、他方で、市場支配的事業者による濫用行為の禁止規定の場合には、それとは異なる立法上の判断に基礎づけられていると考えるべきであろう。

3 措置体系の制度設計

3-1 問題状況

独占禁止法上の課徴金制度の制度設計が刑事罰のあり方と不可分の関係にあること、さらに、課徴金の対象となる違反行為が拡大されるのに伴い支配行為による私的独占と排除行為による私的独占の間の相互関係や不公正な取引方法の定義規定等に関して違反行為の構成要件に係る実体法上の諸問題が生じていることに示されているように、措置体系に係る問題点を含めて総合的な検討を行う必要があるように思われる。この点について、前稿（江口・前掲「電気通信分野に関する独占禁止法の立法論的検討」）では、次のような問題提起を行った。

(a) 私的独占に対する課徴金の法的性格が支配による場合と排除による場合で異なるということは立法論として大いに疑問であり、私的独占に対する課徴金は、3条前段違反行為に対するサンクションとして統一的に制度化されるべきではないか。

(b) 中長期的な立法論としては、独占禁止法上の刑事制裁のあり方の見直しと連動して、いわゆる制裁金制度の導入が望ましいのではないかと考えられる。この場合、現行独占禁止法上の刑事制裁のあり方が制裁金制度導入の主要な障害となっていることから、私的独占、不当な取引制限等それ自体を犯罪構成要件とする現行規定を改め、入札談合を含む独自の犯罪構成要件の導入について検討すべきであろう。

3-2 2009年改正法の評価と立法論の展望

周知のとおり、2009年独占禁止法改正により排除行為による私的独占に対しても課徴金が課されることとなり、確かに、私的独占に係る課徴金制度の根本的なアンバランスの問題は解消されたこととなる。しかし、前述(a)の意味における問題点は依然として残っており、むしろ、私的独占に係る課徴金賦課の要件が支配による場合と排除による場合で大きく異なっていることから、課徴金制度の法的性格の不統一の問題が表面化し、実務的にも理論的にも困難な課題が提起されているというべきであろう。

この点について、基本的には、排除行為による私的独占に係る課徴金制度の導入によって独占禁止法上の課徴金制度のあり方が変更されたと考えるべきである。このことは、とりわけ不公正な取引方法の一部が課徴金制度の対象とされることとなった現行法上の課徴金制度の全般的理解のためには不可欠の認識であろう。そうだとすれば、独占禁止法7条の2第2項において課徴金賦課の要件として定められている「対価に係るもの」または供給量、市場占有率、取引の相手方のいずれかを実質的に制限することにより「対価に影響することとなるもの」という限定を外すことが妥当であるように思われる。また、不当な取引制限、8条1項1号違反行為に係る課徴金の対象の限定（7条の2第1項、8条の3）についても、基本的には同様に考えられよう。

このように考えてみると、前述(b)に示唆したように、独占禁止法上の刑事制裁のあり方と連動した課徴金制度の制度設計の根本に立ち返り、中長期的な観点から立法論を展開することが要請されているように思われる。以下、主要な論点について問題の整理を行う。

第1に、現行法上の課徴金制度は、排除行為による私的独占、不公正な取引方法の一部について「対価」に係る要件を欠いていることにより、1972年改正法における導入時から2005年改正法の段階まで存続した制度とはその性格を大きく変えることとなった。すなわち、非裁量性が維持されているとはいえ、敢えていえば、いわゆる制裁金制度の性格を帯びつつあるのではないか。本稿の立場は、将来的にもこのような方向が推進されることを支持するものである。

第2に、いわゆる制裁金制度への移行のためには、しかし、非裁量性の点を含め現行課徴金制度のあり方を規定している独占禁止法上の刑事制裁のあり方について、踏み込んだ立法論を展開する必要がある。端的にいえば、私的独占、不当な取引制限等の独占禁止法違反行為がそれ自体を犯罪構成要件とする現行規定を改め、独占禁止法違反行為の構成要件とは切り離して（入札談合を含む）独自の犯罪構成要件を導入することについて検討すべきであろう。

3-3 補論（独占禁止法上の従業者処罰について）

独占禁止法上の刑事制裁に係る両罰規定（95条1項）では、「法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人又は人の業務又は財産に関して、次の各号に掲げる規定の違反行為をしたときは、行為者を罰する」と定め、事業者性を有しない自然人（法人の「代表者」、「従業者」）を行為主体とする犯罪構成要件を規定している。この「代表者」および「従業者」に係る刑事罰の規定は、特別の問題を提起しており、とりわけ後者の「従業者」が独占禁止法違反行為の主体とされている点には、検討すべき問題点がある。

まず、「事業者」を主体として定義されている私的独占、不当な取引制限等の違反行為を、事業者性をもたない「従業者」が行うとされていることに、問題はないのか。実務上は判例（石油カルテル事件最高裁判決

〔1984年2月24日〕刑集38巻4号1287頁〕により、問題はないとの結論が引き出されている。そうだとすれば、しかし、行為主体を異にするのであるから、私的独占や不当な取引制限等とは別個の違反行為類型が両罰規定によって創設されたとみるべきことになるのか。おそらく結論的にはそうではなく、両罰規定における従業者処罰もあくまで私的独占や不当な取引制限等に対する刑事罰の定めであると位置づけられるべきなのであろう。そして、「従業者」という特殊な違反行為主体は、個人処罰を媒介としない法人処罰を厳しく拒絶する刑事法の原則を受容する立場から、法人（事業者）処罰の不可欠の前提として独占禁止法上の存在となっている。

このような「従業者」処罰の特殊性については、独占禁止法上のサンクション全般の枠組みのなかで、立法政策上の検証を含めた検討が行われるべきであろう。また、現行法を前提とする「従業者」処罰のあり方についても、「国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的とする」独占禁止法の出発点に立ち返って再検討する必要があるように思われる。

4 立法論の法政策的基礎

4-1 基本認識

今日の日本法の基本的なあり方は、19世紀後半の大規模な社会改革（明治維新）、さらに20世紀中葉の第二次世界大戦敗戦に基づく戦後改革の枠組みのなかで、西ヨーロッパ・北アメリカ由来の近代法秩序と個別的法制度が導入されたことに基づいている。このような従来のあるあり方を前提として日本法の将来像を展望する場合、西ヨーロッパ・北アメリカ由来の法秩序やその個別的構成要素を単に導入し、その固有の秩序原理に即して展開するだけではなく、日本ないしアジアの立場から主体的に法のあり方を更新することが求められているのではないか。とりわけ20世紀後半から21世紀初頭にかけて明らかになってきている環境問題、経済危機等のグローバルな諸問題が西ヨーロッパ・北アメリカ由来の社会システムの限界と密接に関係していることに鑑みれば、日本ないしアジアが従来よりもポジティブな仕方でも問題解決に寄与することは、西ヨーロッパ・北アメリカを含むグローバル・コミュニティに対して負うべき責任でもあろう。その場合の最大のポイントは、外界（自然）との関係における人間のあり方および人間相互間の関係のあり方に係る理解にまで立ち返り、近・現代法秩序を支えている社会哲学や基本概念について検証することにあるように思われる。

4-2 補足的コメント

もちろん、このように考える場合にも、欧米起源の近代法・近代社会システムには数世紀にわたって世界をリードするだけの相応の普遍的な要素がみられ、その故に国民の意思が国会をとおして現行法秩序の基本的なあり方を一貫して承認してきているという事実にも留意しないわけにはいかない。しかし、外界との関係における人間のあり方および人間相互間の関係のあり方に係る東洋の思想と感性は、今日のグローバルな諸問題を克服し、法と社会の将来像を展望するための大きな潜在力を有しているものと考えられる。

求められているのは法における新しい人間像であろう。複雑で困難な課題であることはいまでもないが、大胆かつ慎重な検討を踏まえて成果を発信し、法学の分野における真の国際交流を推進することが求められている。

4-3 展開の方向付け—独占禁止法政策論への架橋—

以上のような法政策的考察の観点から法学に対して提起される実質的な課題は、とりわけ環境問題、経済危機等の克服のために近代法の基本概念やその基礎にある社会哲学上のテーゼについて検証することにほかならない。また、その場合に、先に示唆したように、法における新しい人間像を創造することが焦点となるように思われる。

研究の方向付けのために、以下、現段階における問題整理を示しておくこととする。

①法における人間像については、19世紀末から20世紀への移行期における、とりわけ「市民法」・「社会法」をキーワードとする豊かな研究の蓄積がある（江口・経済法研究序説〔2000年〕286頁以下参照）。もっとも、現代社会に要請されている転換は、その質量が市民法から社会法への転換のそれに比べれば格段に大きく、人間存在の根源に触れるものとなる。

②法における新しい人間像の創造は実定法に関する優れて具体的な法政策と不可分である。むしろ、法における人間像は、市民法論やその後の社会法論がそうであったように、具体的な立法論を推進するための、社会哲学上の基礎理論の中核的構成要素にほかならない（大塚久雄・社会科学における人間〔1977年〕参照）。

③現代法秩序が近代市民法を基盤としているというコンテクストからみれば、現代法秩序の転換の主戦場

は民事法、とりわけ民事実体法ということになろう。しかし、社会法の導入や福祉国家の推進等を踏まえて、現代法の様相は市民法の当時ほど単純ではなく、現代社会の危機の克服に係る主戦場は環境法（・公法）にあるという見方も成り立つ。ピンポイントの現状分析と社会哲学的考察を組み合わせた総合的かつ創造的な検討が求められている（佐伯啓思・現代文明論〔上・下〕〔2003・4年〕、鈴木大拙・新編東洋的な見方〔1997年〕）。

④独占禁止法に係る法政策論も、以上のような検討の枠組みのなかに位置づけられることとなる。この点については、すでに若干の検討を行っている（江口「環境問題と競争秩序」法律時報73巻8号4頁以下）。慎重かつ大胆な学術的営為が求められている。

【参考文献】

（本文中のものを参照）

〈発表資料〉

題名	掲載誌・学会名等	発表年月
日本法のための覚書	法学雑誌タートヌマン11号	2009年3月
法における新しい人間像を求めて	三田評論	2009年5月