

競争政策を考える懇談会 取りまとめ  
～競争政策の「今ある姿」と「あるべき姿」～

平成14年5月29日

.はじめに

競争政策への関心が高まっている。

しかしながら、競争ルールとして何が求められているか、如何に実施すべきかについて、広く認識が共有されているとは言い難い。

競争ルールについては、予めあらゆる事態を想定して定式化することは出来ない。それだけに、個別の行為の適否について予見可能性を高め、ルールを洗練していくべく、その「あるべき姿」について議論を深め、「今ある姿」を評価する必要がある。

経済構造改革の進展などに伴い、競争政策への関心が高まっている。

しかしながら、競争の促進を求める声がある一方で、競争の激化を受け、いわば競争からの保護を求める声もあるなど、そもそも競争政策に何を求めるかについては、広く認識が共有されているとは言い難い。

また、競争を巡る環境やその態様は、個別の案件毎に様々であるから、予めあらゆる要素を念頭にあらゆる事態を想定してルールを定式化しておくことは出来ない。競争ルールには、いわば不完備性が本来的に内在していると言える。加えて、多くの産業において変化のスピードが速くなっており、こうした変化を織り込んだ対応も求められる。

一方で、ルールである以上、個別の行為の適否について可能な限り予見可能性を高めるべきである。ルールの不完備性を前提としつつ、予見可能性の向上を図るためには、まず、どのような競争を通じ、何を実現するのかといった政策の最終目標について、明確な価値判断を行う必要がある。この点を曖昧にしたまま個々の要素を巡る技術的な議論に陥ることは、却って判断の振れを大きくしかねない。

次に、いくつかのレベルでより具体的な下位目標を定め、その達成をもって、最終目標の達成を推定することが合理的である。一つ一つの行為を全て究極目標に直接照らして評価するのではルールの運用コストが過大となる。ただし、こうした推定については、理論的、実証的に何らかの裏付けが必要であることは言うまでもない。

なお、これらは推定に過ぎず、個別に最終目標に与える影響を直接評価すれば、判断が覆えることはあり得る。個別事例毎に理論、実証両面の議論を積み重ねることを通じて、本来的に不完備性が内在する競争ルールについて、着実にその洗練を図っていくというサイクルを確立すべきである。

競争政策の重要性が高まる中、今後の更なる展開を図って行くに当たっては、改めて「あるべき姿」について議論を深め、「今ある姿」を評価する必要がある。

## 競争政策への関心の高まりの背景

競争政策への関心の高まりの背景には、いわゆる経済構造改革の要請がある。こうした中、取締り体制の強化、措置体系の見直しが求められているが、その議論の前提としても、競争ルールの「あるべき姿」を確認する必要がある。

また、経済のグローバル化が進展する中、世界経済において一定の地位を占める我が国として、対外的に自らの競争政策をより分かり易く、明確に説明する必要性が高まっている。

競争ルールの「あるべき姿」を考えるに当たっては、何故、現在の我が国において競争政策への関心が高まっているかを確認する必要がある。

その背景としては、まず、第一に、高い生産性をもって、資本、労働力などを能率的に使い、需要を積極的に創造し、獲得する事業活動の促進が求められていることが挙げられる。いわゆる経済構造改革の要請である。

こうした観点から、規制改革や、これを通じた新規参入の促進が進められてきたが、これらによる競争の導入が意図した効果を上げるためには、参入障壁の廃止、低減後の市場において、競争ルールが的確に運用され、競争過程の健全性が確保される必要がある。

例えば、我が国においては、しばしばいわゆる談合、横並び体質が批判されるが、これは需要を積極的に創造し、獲得しようとする企業家精神の発揮の妨げとなる。また、既存の事業者が、単独で又は協調して他者の新規参入を妨げようとするれば、やはり規制改革が意図した効果は上がらない。競争ルールの「あるべき姿」を確認し、その的確な運用を確保する必要がある。

なお、競争原理を導入する分野、領域が拡大するということは、より多くの事業者において、競争ルールとの接点が拡大するということである。より魅力的な選択肢の創出、提供に向けたこれらの者の取組みを無用に萎縮させないためにも、競争ルールの「あるべき姿」を明らかにすることが重要である。

これに関連し、取締り体制の強化、競争ルール違反に対する措置体系の見直しが具体的に求められつつあることにも注意する必要がある。

これらは、競争政策の重要性の高まりを前提とするが、重要性の具体的な内容について広く認識の共有化が図られることが必要である。取締り体制の強化、措置体系の見直しの検討を進めていくためにも、競争ルールの「あるべき姿」を改めて確認する必要がある。

第二に、経済のグローバル化が挙げられる。

複数国の競争当局に接する事業者が増えているのみならず、一つの行為が複数の国に同時に影響を与える蓋然性も高まっている。この中で、複数国の競争当局が一つの行為に

対する評価を同時に行う事態も顕在化している。

戦後、それぞれ独自に競争政策を発展させてきたとされる米国と欧州の間においても、最近においては、単一の個別案件を両当局が同時に扱う機会が増え、また、それぞれにおいて経済学（産業組織論など）という共通の言語がより大きな影響を与えるようになっていることから、相互の情報、認識の共有が進んでいる。

こうした中、世界経済において一定の地位を占める我が国として、対外的に自らの競争政策をより分かり易く、明確に説明する必要性が高まっている<sup>1</sup>。これは、今後、活発化も予想される競争政策の収斂に向けた国際的な議論に向け、我が国の立場を明らかにしていく出発点でもある。個別の事案の積重ねなどを通じ、我が国の経済規模に見合った対外的発信を積極的に行い、内外からの評価を広く仰ぐことが求められる。逆に、こうした努力を怠れば、海外から見た我が国市場の魅力を損なうことにすらつながり得よう

### 競争政策の目標と狭義の競争ルールの実施

競争政策の目標については多様な考え方があり得るが、ここでは、消費者厚生を増大を競争政策の最終目標とする。

さらに、競争過程の健全性の確保という下位目標の達成をもって、最終目標の達成を推定することとする。

健全な競争過程とは

参入障壁の廃止、低減

選択肢の多様化（より魅力的な商品、サービスの創出、提供）

適切な取捨選択がなされるための環境整備（適切な情報提供の確保など）

を通じて実現されるものであり、選択肢の多様化を図るためには、積極、消極両面からのアプローチが必要である。

前者は、知的財産政策その他による選択肢の創出、提供の支援、促進である。

後者は、選択肢の多様化を妨げる行為の規制であり、ここでは、狭義の競争ルールの実施と呼ぶ。狭義の競争ルールの実施は、競争政策の中核をなすものであるが、その一部であるので、最終目標に照らしつつ、他の施策との整合的な運用を確保する必要がある。

\*1 例えば、外国事業者に対し、「ガイドラインを直訳すればこのとおりであるが、現実の運用においては、ここまでの過剰規制を心配する必要はない。」などといった説明を行わざるを得ないとすれば、好ましくない。

同様に、「ガイドラインには様々な要素を総合的に勘案する」とあるが、それぞれの要素の軽重はどうか、如何なる視点からこうした要素を勘案するのが分かりにくい。」といった問合せに対しても、分かり易く答えていく必要がある。こうした要請に応えていくためには、後述のとおり、具体的なケース毎に議論を積み重ねて行くなどの外、欧米の例に倣い、当局の責任ある者のスピーチなどにおいて具体的な考え方などを明確化していくことも有効である。

## 1. 効率性の向上

競争政策の目標が何かについては、多様な考え方があり得る<sup>\*1</sup>。

実際、欧米を始めとする世界各国の競争法（独禁法）<sup>2</sup>の目標やルールは、その多くが立法段階から米国の反トラスト法の影響を受けているにも関わらず、必ずしも同じではない。こうした異同の意味を考えることは、競争ルールの「あるべき姿」を考えるに当たり、大きな示唆を与えるものである。競争法の母国でもある米国や欧州などの運用においては厚みのある議論が展開され、我が国にとっても参考となるものが多い。

ただし、重要なのは、我が国の競争ルールの「今ある姿」と米国又は欧州のその「今ある姿」の比較そのものではなく、「あるべき姿」と我が国のその「今ある姿」の比較である。このため、ここでは、米国又は欧州の競争ルールの「今ある姿」そのものを直接の出発点とするのではなく、これらに影響を与えている背景から「あるべき姿」にアプローチする。

良く知られているとおり、競争法の運用は、産業組織論を始めとする経済学の影響を強く受け、かつ、影響を与えてきた。そして、経済学の理論、実証においては、いわゆる効率性の向上という観点から評価を行うことが通例である。効率性の向上とは何かと言えば、基本的には、より効率的な資源の利用、配分を通じた経済厚生増大である<sup>3</sup>。

## 2. 消費者厚生増大

競争法の運用が経済学から影響を受け、与えてきたことを踏まえれば、競争政策の最終目標についても、経済厚生増大であるとの価値判断を行うことが素直かも知れない。ただし、ここでは、米国などの例に倣い、社会的厚生（総余剰）ではなく、消費者厚生増大を競争政策の最終目標とする<sup>4,5</sup>。

こうした消費者厚生増大の大小は、価格、数量のみならず、品質、ブランド価値など消費者に満足を与えるあらゆる要素を勘案した上で評価する必要がある。また、動的な競争を通じた将来の消費者厚生増大も念頭に置く必要がある<sup>6,7</sup>。

---

\*1 例えば、効率性の向上の外、何らかの「公正さ」の確保、ある種の経済的な「力」の制限などもあり得る。

\*2 以下においては、一般的に反トラスト規制などの根拠となる法律を競争法と呼び、我が国の現行の競争法である私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律を独禁法と呼ぶ。

\*3 資源の利用、配分の前提となる技術条件の改善を指す場合もあれば、所与の技術条件の下でのより効率的な資源の利用、配分を指す場合もある。

\*4 米国においては、効率性の向上に言及しつつ、具体的には、消費者厚生増大を競争政策の目標としている。

\*5 消費者厚生については、各需要家の段階での経済厚生から間接的に評価を行うことも排除されないが、最終消費者段階の評価を優先する。

\*6 すなわち、所与の技術条件の下でのより効率的な資源の利用、配分と、資源の利用、配分の前提となる技術条件の改善の双方を念頭に置く。

\*7 動的な競争を通じた消費者厚生増大の実現可能性は、静態的な意味でのそれに比べ、一般により不確実である（割り引いて考慮すべきである）ともされる。

### 3.競争ルールの「あるべき姿」

#### (1) 下位目標の必要性

それでは、消費者厚生を増大を図るために、どのようなルールが必要か。

前述のとおり 競争を巡る環境やその態様は、個別の案件毎に様々であるから、個別のケース毎に消費者厚生への影響を評価することは実務的にはコストが過大となる<sup>\*1</sup>。したがって、競争ルールとして「消費者厚生を増大を妨げてはならない。」と定めるのみでは、現実には機能しない。

このため、より具体的な下位目標を定め、その達成をもって最終目標も達成されていると推定することが合理的となる。

消費者厚生を増大を図るためには、競争過程の健全性が確保される必要があるとされることが多い。したがって、ここでも、こうした立場に立ち、競争過程の健全性の確保を下位目標とする。

それでは、健全な競争過程とは何か。

消費者厚生を増大を図るに当たっては、高い生産性をもって、資本、労働力などを能率的に用い、需要を積極的に創造し、獲得する事業活動を促し、支持することが有効であろう。しかしながら、こうした観点から見た個別の事業活動の優劣は、まさに競争の結果（優勝劣敗の結果）によって初めて明らかになることも少なくなく、予めこうした事業活動を特定することは困難である。このため、より多様な選択肢の創出、提供を促し、その中から消費者、需要家が合理的に選択する仕組みを確保することにより 全体として消費者厚生を増大を期待するという考え方が成り立ち得る。ここでは、こうした立場をとり、これをもって競争過程の健全性の確保と理解し、下位目標とすることとした<sup>\*2</sup>。

選択肢の多様化を図るためには、選択肢を創出、提供する機会をより多くの者に与えること（参入障壁の廃止、低減）が前提となる。その上で、積極（支援、促進）、消極（妨害行為の規制）の両面から選択肢の多様化を促すべきである。これらは、より具体的な、より下位の目標の設定に繋がる。

以下、順に見ることとする。

#### (2) 参入障壁の廃止、低減

---

\*1 ある行為が「なかった」と仮定した場合との比較が求められる上、現代の競争は、価格、数量以外にも、品質、ブランド価値など様々な観点から行われている。（定量化に馴染まない要素も多い。）

また、消費者厚生全体の変化の測定が難しく、個別の要素への影響をもって評価しようとする場合、例えば、数量の増大と、価格の低下の何れをより重視するかによって、結論は変わり得る。

加えて、前述のとおり 多くの産業において変化のスピードも速くなっている。

\*2 少なからぬ場合において、より良い選択肢を提供しようとする取組みが、技術条件の改善に繋がればより多くの選択肢の中から適切に取舍選択を行うことが、より効率的な資源の利用、配分に全体として資するものと期待される。

規制改革などを通じた参入障壁の廃止、低減は、より魅力的な選択肢を創出、提供しようとする機会をより多くの者に与える<sup>1</sup>ものであり、選択肢の多様化の出発点である。

また、こうした規制改革による競争の導入、活性化は、当該領域における狭義の競争ルールの実施の重要性を高める。

なお、競争を導入し、活性化するとは、不幸にも「勝ち組」とはならなかった者が、当該市場からの退出を強いられるおそれも高まるということである。しかしながら、個々の者にとっても、また、社会的にも、退出のコストは小さくない。選択肢の多様化の観点からも、セーフティ・ネットの整備などを通じた退出の円滑化が求められるが、ここでは深く立ち入らない<sup>2</sup>。

### (3) 選択肢の多様化

ここで選択肢の多様化を図るとは、新たな商品、サービスの提供のみならず、より安価な、あるいは、より品質の良い商品などの創出、提供を図ることも含む。すなわち、より魅力的な取引条件による商品などの創出、提供を図ることも含み、この場合の取引条件は、価格、数量に限られない<sup>3</sup>。

また、消費者、需要家に選択されることを目指して多様な選択肢の創出、提供が図られることが重要であり、より魅力的な選択肢が選択された結果、見かけ上の多様性が失われることはあり得るとの立場をここではとる。

選択肢の多様化を図るためには、積極、消極両面からのアプローチが必要である。

前者は、選択肢の創出、提供の支援、促進である。知的財産政策や異なる経営資源の組合せの円滑化などがこれに該当する。前者は、「ただ乗り(フリーライド)」を防止し、才覚と努力に対する報酬を保証することにより、研究開発などを通じたより魅力的な選択肢の創出、提供を支援、促進する。

後者は、選択肢の多様化を図ろうとする試みを妨げる行為の規制である。競争ルールの中核であり、ここではこれを狭義の競争ルールの実施と呼ぶ。

#### 選択肢の創出、提供の支援、促進 (知的財産政策など)

選択肢の創出、提供を促す上で、異なる経営資源の組合せの円滑化などが一般に有効であることはよく知られている。

また、より魅力的な選択肢の提供は、才覚と努力の成果であり、選択肢の多様化を促すためには、こうした才覚と努力の成果へのただ乗りを防止し、報酬を保証する必要がある。こうした報酬の保証のために、国が排他的な権利を付与したり(知的財産政策など)、当事者間の契約で他者との取引を制限することなどが必要になる場合がある。これは、選

---

\*1 海外からの参入を念頭に置く場合、市場アクセスの改善を図るとも言える。

\*2 市場集中規制において、近い将来において倒産し市場から退出する蓋然性が高い企業(破綻企業)などとの企業結合は、問題となるおそれは小さいとされている。この破綻企業論を巡り明らかにすべき点は、後述する。

\*3 技術条件の改善に繋がる試みと、所与の技術条件の下での資源の利用、配分の効率化に資する試みの双方があり、動的競争と静的競争の双方が視野に入る。

択肢の多様化という狭義の競争ルールの実施と共通の目標の達成に資するものである。個別の事案によっては、ただ乗りの防止が短期的に選択肢の多様化を妨げるように見える場合もあるが、中長期的な選択肢の多様化に資する場合も少なくない。外形に囚われすぎることなく、最終目標、下位目標に照らし、全体として適切な評価を行う必要がある。

### 狭義の競争ルールの実施

選択肢の多様化を図るためには、こうした支援、促進のための施策とともに、これを妨げる行為の規制が必要である。

選択肢の多様化を妨げる行為としては、大きく以下の二つが考えられる。

(イ) 他者による選択肢の創出・提供を妨げること。

(ロ) より魅力的な選択肢の創出・提供を自ら停止又は放棄すること。

それぞれについて、単独で実施する場合と他者と連携(協調・共謀)又は他者を拘束して行う場合がある。以下のとおりである。

	(a) 単 独	(b) 連 携
(イ) 他者による選択肢の創出・提供を妨げ	A	C
(ロ) 選択肢の創出・提供を自ら停止・放棄	B	D

より魅力的な選択肢の創出、提供以外の手段によって、(イ)のように他者による選択肢の創出・提供を妨げるためには、そのための裏付けがあることが前提となる。また、(ロ)のように、より魅力的な選択肢の提供を怠りながら市場からの退出を免れるためにも、ある種の裏付けがやはり必要なはずである<sup>\*1</sup>。

ここでは、こうした裏付けを市場支配力<sup>\*2</sup>と(イ)に該当する行為を市場支配力を背景とした排除行為<sup>\*3</sup>と呼ぶ。また、(b)に該当する行為を拘束行為と呼ぶ<sup>\*4\*</sup>。

\*1 Bについては、Aでは対応できない事例について議論の実益があるが、米国の運用なども参考とし、より魅力的な選択肢を提供し続け、消費者、需要家に選択された結果であり、新規参入も妨げられていなければ問題としないとの立場にここでは立つ。そもそも、より魅力的な選択肢の創出、提供を怠っているか否かの評価は、単独行為の場合、現実には難しいだろう。

一方で、新規参入が困難な市場の場合、欧州のように市場支配力を背景とした搾取行為として問題となる余地はある。

なお、合併などの企業結合は、市場集中規制の対象となる。

\*2 米国のMarket Power、欧州委員会のDominance (Dominant Power)などに基本的に相当するが、これらの異同については立ち入らない。

\*3 同様に、我が国独禁法第3条前段の私的独占、米国シャーマン法(Sherman Act of 1890)第2条のMonopolization、EC条約第82条のAbuse of Dominanceなどに基本的に相当するが、これらの異同については立ち入らない。すなわち、ここでは、特定のもののみに対応するものとしてではなく、より一般的な意味で用いる。

\*4 やはり我が国独禁法第3条後段(不当な取引制限)、米国シャーマン法第1条(Cartel)、EC条約第81条などに相当するが、やはりこれらの異同については立ち入らない。

なお、我が国独禁法第19条には、A、C、Dに該当するものが含まれている。

\*5 Cに該当する共同ボイコットについては、主として(b)の拘束行為において念頭に置く。市場支配力の濫用としては、主としてAを念頭に置くことになる。

#### (4) 適切な取捨選択がなされるための環境整備 (適切な情報提供の確保など)

多様な選択肢の中からの取捨選択については、各消費者、需要家が自らの責任において独立して行うことにより、全体としての誤りがより小さくなることが期待される。

その前提として、こうした取捨選択、意思決定が歪曲されないような環境の整備が重要である。例えば、当事者が必要な情報収集に努めることを期待しつつ、虚偽の情報を提供しない、重要な情報を秘匿しないなどの最低限のルールを設定することが、取引の実態如何によっては必要である。後述する。

#### ・狭義の競争ルールの実施の「今ある姿」と「あるべき姿」

一つの行為が、選択肢の多様化を妨げる効果と、これを促す効果の双方をもたらす場合がある。

したがって、両者を総合的に勘案し、選択肢の多様化を妨げる効果がより大きいと考えられる行為を的確に規制するとともに、逆に、より魅力的な選択肢の創出、提供に資し、選択肢の多様化を促す効果がより大きいと考えられる事業活動については、これを無用に萎縮させることがないように配慮すべきである。

### 1. 現行独禁法の実体規定の構造と評価

#### (1) 実体規制の構造

現行の我が国独禁法においては、狭義の競争ルールの実施のための根拠規定のいくつかが相互に重複する構造になっている。しかしながら、それぞれの役割分担、関係については、必ずしも明らかではない面もある。

以下、順に見る。

#### (2) 私的独占・不当な取引制限と不公正な取引方法

我が国独禁法における狭義の競争ルールの実施の根拠規定のうち主たるものは、第3条(私的独占(第2条第5項)・不当な取引制限(同条第6項))と第19条(不公正な取引方法(第2条第9項))である。良く知られているとおり、それぞれ米国のシャーマン法第2条・第1条、FTC<sup>1)</sup>法第5条<sup>2)</sup>をモデルとしている。しかしながら、もともと司法省反トラスト局などを主たる担い手とする米国のシャーマン法第1条・第2条と連邦取引委員会(FTC)を主たる担い手とするFTC法第5条の関係とは異なり、我が国の場合、何れの規定も主たる担い手として公正取

\*1 連邦取引委員会(Federal Trade Commission)

\*2 一部クレイトン法(Clayton Act of 1914)の影響も受けている。



引委員会(公取委)を想定しているので、担い手の違いから両者が併存し、重複する合理性を説明することは出来ない。

この二つの根拠規定が併存し、重複するという「今ある姿」は、狭義の競争ルールの実施の「あるべき姿」を考える中で改めて評価する必要がある。

ただし、この二つの「今ある姿」を比較することで、以下のとおり、「あるべき姿」を考える上でいくつかの示唆が得られる<sup>\*1</sup>。

#### (a) 市場の画定、市場支配力分析

まず、第3条(私的独占・不当な取引制限)ではなく、第19条(不公正な取引方法)を根拠に狭義の競争ルールの実施を行う場合、市場の画定、市場支配力の分析を巡る議論が十分になされないまま、取締りがなされるおそれがある<sup>\*2</sup>。

例えば、取引拒絶や取引先の差別的取扱いは、受け手から見た選択肢の多様性が確保されていれば、狭義の競争ルールの実施の観点からは、問題とならないはずである。別の事業者との取引を検討すれば良いからである。すなわち、狭義の競争ルールの実施の観点からこうした事案を評価しようとするのであれば、市場支配力を分析することなしに個別の事案を評価すべきではない<sup>\*3</sup>。また、市場支配力を分析するためには、その前提として市場の画定が必要となる。しかしながら、第19条を根拠とする場合、こうした市場の画定、市場支配力の分析が、軽視されてしまう場合がある<sup>\*4</sup>。

一方で、市場の画定、市場支配力分析について、推定ルールを確立することにより、個別事案毎の評価を簡略化できる場合もあろう。例えば、後述のハードコア・カルテルについては、全体として選択肢の多様化を損なうと推定することが合理的である。

#### (b) 外形標準の提示

また、この二つの規定の比較を踏まえ、市場支配力を背景とした排除行為や拘束行為の一部を外形標準により列挙することが、予見可能性の向上に寄与しているのではないかとする見方がある。

しかしながら、逆に、行為の外形に注意が払われ過ぎる結果、市場の画定や、市場支配力分析を巡る議論が十分になされないおそれもある。そもそも外形に該当するか否か

---

\*1 この狭義の競争ルールの実施の「あるべき姿」については後述する。

また、狭義の競争ルールの実施以外の規制を第19条(不公正な取引方法)を根拠に行う場合には、後述のとおり規制趣旨である公正競争阻害性の具体的に意味するところを明らかにする必要がある。これについても、後述する。

\*2 ハードコア・カルテルなどについては市場の画定、市場支配力分析のための作業は省略され得る。後述する。

なお、事業者団体の行為の規制、国際的協定・契約の規制の何れにおいても、市場の画定、市場支配力分析を巡る議論が軽視されてしまう場合があるが、ハードコア・カルテルであれば、事実上、問題とならない。

\*3 選択肢の多様化が損なわれる懸念があるのは、市場支配力の形成、強化とその行使が容易化する場合である。

\*4 一定の取引分野における競争の実質的な制限(第2条第5・6項)の有無という観点からではなく、公正な競争が阻害されているか否か(第2条第9項)という観点から評価することになる。

の判断も実は容易ではなく、これと相俟って、却って事業者を無用に萎縮させている面もある。

また、こうした外形標準の取捨選択は、選択肢の多様化を妨げる蓋然性を踏まえたものであるべきである<sup>\*1</sup>。外形標準から選択肢の多様化を妨げる蓋然性が高いと推定することが合理的であり、これを根拠に市場の画定、市場支配力分析を巡る議論を簡略化又は省略し得る場合はあり得よう。しかしながら、我が国の競争ルールの「今ある姿」を見ると、後述するハードコア・カルテルのように選択肢の多様化を妨げる蓋然性が高いと言える行為については、不公正な取引方法として外形標準が掲げられていない一方で、行為の外形のみでは選択肢の多様化に与える影響を評価し難い垂直拘束や市場支配力を背景とした排除行為の一部については、不公正な取引方法として外形標準が掲げられている。

すなわち、よ魅力的な選択肢の創出、提供が妨げられる蓋然性と、行為の外形に依存し過ぎることなく、より慎重に市場の画定、市場支配力分析を巡る議論を行う必要性が、制度的に逆転していることになり、合理的なルールの確立が必要である。後述する。

### (c) 予防規制

同じくこの二つの規定の比較を踏まえれば、予防規制の要否も議論となる<sup>\*2</sup>。

特定の行為に対し、予防的な規制を行うためには、本来、その蓋然性について理論的、実証的な裏付けが必要である。

また、こうした予防的な規制を行うメリットについても、例えば、行政コストの軽減がどの程度図られているか、却って増大している業務はないかなどの点を含め、その合理性を評価すべきである。

なお、企業結合などによる効果は、市場集中規制により予防する。後述する。

### (3) 事業者団体の行為と不当な取引制限など

独禁法は、事業者団体という行為の主体に着目し、特別の規定(第8条第1項)を用意している<sup>\*3</sup>。この第8条第1項第1号は第3条(私的独占・不当な取引制限)と同項第2号(国際的協定・契約)は第6条と、同項第5号(不公正な取引方法)は第19条と重複する。これらについては、別立ての規定とする必要性、合理性を評価する必要がある<sup>\*4</sup>。

同様に、同項第3・4号(事業者の数の制限・構成員の活動などの不当な制限)、第2項の

---

\*1 仮に外形標準の提示に合理性が認められる場合であっても、こうした提示は、法令、ガイドラインなど様々な手段により行い得る。

\*2 第2条第9項は、「不公正な取引方法」は「公正な競争を阻害するおそれがある」行為であるとしている。

\*3 事業者団体の規制は、戦争中の統制会の歴史などを踏まえたものである。

昭和28年の事業者団体法の廃止に伴い、同法の規定の一部を独禁法が受け継いでいる。

\*4 例えば、立証責任の差に第3条後段(不当な取引制限)と第8条第1項第1号を別立てとする実益を求めるとしても、第3条後段による場合の立証責任のあり方を整理した上で、特別の規定を設ける必要性、合理性を評価すべきである。

届出制度についても、より魅力的な選択肢の創出、提供を妨げると推定する合理性、制度の必要性などを検討した上で、やはりその合理性を評価すべきである。

#### (4) 国際的協定 契約と不当な取引制限

さらに、独禁法は、国際的協定 契約に該当する不当な取引制限及び不公正な取引方法については、第3条後段及び第19条とは別の規定を用意している<sup>\*1</sup>が、後述の競争法(狭義の競争ルールの実施)の管轄権などについての議論を踏まえ、今般整備された海外への文書の送達に関する規定を含め、特別の規定を用意すべき必要性、合理性などについて検討すべきである。

#### (5) 措置体系

(イ)から(Ⅷ)全てに言えることであるが、実体規定が異なれば、講じ得る措置も異なる。こうした違いは、本来、選択肢の多様性を妨げる蓋然性に見合ったものであるべきである。

## 2. 市場支配力を背景とした排除行為<sup>\*2</sup> (狭義の競争ルールの実施その1)

市場支配力を背景とした排除行為の規制においては、(a) 市場を画定し、(b) より魅力的な選択肢の創出、提供以外の手段によって当該市場における選択肢の多様化(他者による選択肢の創出、提供)を妨げ得る裏付け(市場支配力)を分析した上で、(c) こうした行為により選択肢の多様化が妨げられる蓋然性を評価する必要がある。

(c)の行為の外形のみならず、(a)の市場の画定及び(b)の市場支配力分析にも注意を払い、それぞれについて評価手法の洗練と共有を進めることによって、過不足ない規制の実施を確保する必要がある。

#### (1) 過剰 過少規制の回避

市場支配力を背景とした排除行為については、(a) 市場を画定し、(b) より魅力的な選択肢の創出、提供以外の手段によって当該市場における選択肢の多様化(他者による選択肢の創出、提供)を妨げ得る能力(市場支配力)を分析した上で、(c) こうした行為により選択肢の多様化が妨げられる蓋然性を評価する必要がある。

市場支配力の形成、強化の手段の不当性という切り口からアプローチする考え方もある

\*1 第6条(国際的協定 契約)は、昭和20年の連合国最高司令官の「特株会社の解体に関する覚書」による「私的国際カルテル又はその他の制限的私的国際協定若しくは取極」の禁止を淵源とする。

\*2 前述のとおり、ここでは、我が国独禁法第3条前段、米国のシャーマン法第2条、EC条約第82条などのうち特定のもののみに対応するものとしてではなく、より一般的な意味で用いている。

なお、単独で選択肢の創出、提供を停止、放棄する行為は、市場支配力を背景とした搾取行為として捉えられる可能性があるが、前述のとおり、ここでは議論の対象としていない。

が、他者によるより魅力的な選択肢の創出、提供が妨げられることに不当性の具体的な内容を求めるとすれば、結局、これを可能ならしめる裏付け、すなわち、市場支配力の分析が不可避となる。市場の画定及び市場支配力分析が不十分なまま、取引拒絶、差別的取扱いなど行為の外形に注意が払われ過ぎると、より魅力的な選択肢の創出、提供に資する場合も含め、規制の対象とされるおそれがある。同じような外形の行為であっても、市場支配力の裏付けがあるか否かによって、狭義の競争ルールの実施の必要性は異なる。他者を排除しようとしているように見える場合であっても、それがより魅力的な選択肢の創出、提供によって実現されていたり、これに繋がるのであれば、問題とすべきではないし、こうした事業活動を無用に萎縮させるべきではない。

行為の外形のみならず、市場の画定及び市場支配力分析<sup>1</sup>にも注意を払うことによって、過不足ない規制を行う必要がある<sup>2</sup>。

## (2) 市場の画定

市場の画定については、市場集中規制(合併規制など)などにおいても重要な論点となるが、個別の事案毎に、商品市場、地理的市場<sup>3</sup>の両面において、代替品、代替技術の調達可能性(需要から見た代替性、需要の交差弾力性)を勘案し、適切に画定する必要がある。

## (3) 市場支配力分析

### 分析手法の共有

市場支配力分析については、見かけ上のシェア、市場集中度から推定する合理性とその限界、こうした推定を覆し得る可能性などについて、認識を共有する必要がある。やはり市場集中規制(合併規制など)に共通する論点である。

### 市場支配力の源泉が市場の中にある場合の取扱い

より魅力的な選択肢の創出、提供以外の手段によって他者による選択肢の創出、提供が妨げられるおそれがある場合、その裏付けの源泉は、問題となる市場の中に存在するとは限らない。

例えば、関連市場B(例えば、基本ソフトの市場)で市場支配力を有する者が、問題となる市場A(例えば、閲覧ソフト市場やインターネット・プロバイダ市場)においては、現段階で全く選択肢の創出、提供を行っていないからといって、当該者による市場Aにおける行

---

\*1 ここでは、第2条第5項の競争の実質的な制限に対応するとの前提である。

\*2 前述のとおり、「あるべき姿」に照らして考えれば、根拠規定を(一定の取引分野における実質的な競争制限を明示的に求めない)第19条とするとの形式的理由により、こうした作業が軽視されてしまうことは、妥当ではない。

\*3 市場支配力を背景とした排除行為ではなく、市場集中規制を巡るものであるが、同じように金融機関の企業結合を取り扱いながら、地理的市場については、都道府県レベルから市町村レベルまで多様なレベルで画定された例があり、かつ、その理由が明らかにされていないとの指摘があった。

なお、市場集中規制を巡る議論については、後述参照のこと。

為が問題とならないとは言えない(図1参照)。今後、市場Aにおいても選択肢の創出、提供を図り市場Bにおいて提供する選択肢と抱き合わせることによって、他者による選択肢の創出、提供を市場Aにおいても妨げることが出来る。関連市場Bにおける事情を「てこ」に、市場Aの中で、不当に市場支配力を形成、強化しているとも言える<sup>1</sup>。

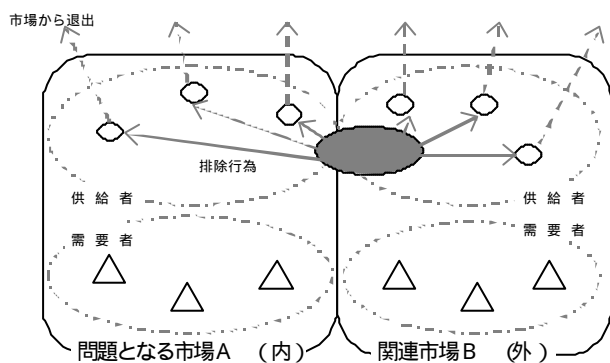
こうした外にある裏付けの源泉としては、同一企業内の関連する他の部門や、これと同視し得る事情のある他の者<sup>2</sup>が保有する資産、技術、金融機能などがあり得る。

問題は、こうした外にあって、力の源泉を保有する者自身やこれと同視し得る事情のある者が、自らは競争に参加しない場合の取り扱いである(図2参照)。

選択肢の多様化を妨げる行為について、自らが当該市場で選択肢の創出、提供を行う(お)うとする場合にのみ問題とすべきか否かについては、日米欧それぞれの議論を見ても、双方の考え方があり得るように見える<sup>3</sup>。資産などの保有者にその提供を拒む<sup>4</sup>自由を保障するのは、才覚と努力への報酬であり、何らかの形で、何れかの市場におけるより魅力的な選択肢の創出、提供につながると考えるのか、当該市場で短期的に選択肢の創出、提供が妨げられたことを重視するのか、両者をどう比較考量するのかなどについて、議論を深め、認識を共有し、予見可能性を高めるべきである。

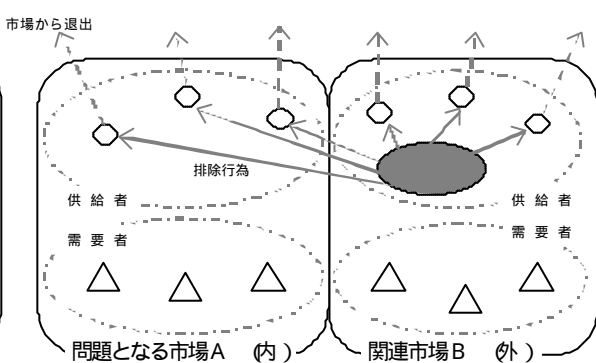
【図1】

<自らも競争に参加している場合>



【図2】

<自らは競争に参加していない場合>



\*1 市場の外に裏付けの源泉がある場合でも、これを「てこ」として市場の中で市場支配力の形成、強化を図ることができる。(cf. 米国のシャーマン法第2条の「独占化の企図(attempt to monopolize)」) なお、「てこ」の理論については、パーキー・フォト事件(Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co., 603 F.2d 263 [2d Cir. 1979])を巡る議論などを参照のこと。

\*2 こうした同視し得る事情の有無について、具体的な判断は容易ではない。同一企業の他部門が保有する力を裏付けとする場合は異論はないであろうが、日本医療食協会事件(公取委平成8年5月8日勧告審決)など競争関係にある部門と市場支配力の淵源が属する部門が同一の企業内に存在しない場合もあり得る。

\*3 インタグラフ対インテル事件(Intergraph Corp. v. Intel Corp.)においては、連邦巡回控訴裁判所(1999年11月5日: <http://www.ll.georgetown.edu/Fed-Ct/Circuit/fed/opinions/98-1308.html>)は、地方裁判所(3 F.Supp.2d 1255 (N.D. Ala. 1998))とは異なり、直接競争関係にあることを求めた。すなわち、インテルは、インタグラフとワークステーション市場で競合していないので、インタグラフへの技術情報提供の拒絶は問題とはならないとされた。

\*4 こうした権利行使の自由は、レントの保証と一体化している場合もあろう。

## 市場支配力の源泉が現在は顕在化していない場合の取扱い

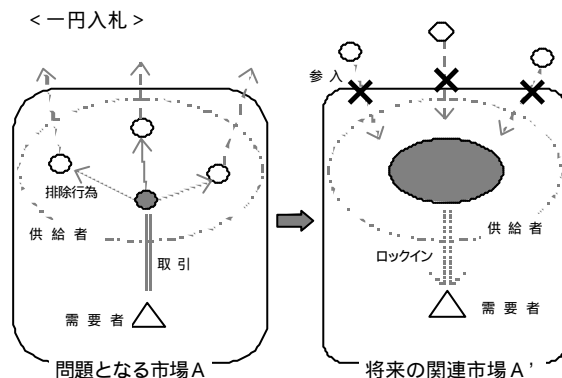
より魅力的な選択肢の創出、提供以外の手段によって当該市場における選択肢の多様化(他者による選択肢の提供)を妨げる裏付けの源泉が、ある時点においては市場の内外を問わず顕在化していないが、将来において形成、強化され、濫用される蓋然性が高い場合もある。

例えば、ソフトウェアなどの「円入札」などの行為は、事後的な他のソフトウェアへの乗換えが困難となるロック・インをもたらすおそれがあり、その後の維持・補修市場における市場支配力の形成、強化とその濫用に繋がる可能性が高い(図3参照)。こうした行為については、将来の維持・補修を念頭に置いた上で、入札制度そのものにおいて合理的な制度設計を行うことによりそもそも回避すべきであろう。しかしながら、こうした合理的な制度設計がなされず、入札段階ではその後の維持・補修を巡る事情が反映されない場合には、中長期的に見て、より魅力的な選択肢の創出、提供が妨げられるおそれがある<sup>1</sup>。

一方で、新規参入が容易な市場であれば、例えば、不当廉売により見かけ上のシェアが短期的に拡大したとしても、魅力的な選択肢の創出、提供が妨げられるとは言えない場合も少なくない。このような場合には、むしろ予防的な規制を行うことでより魅力的な選択肢の創出、提供に向けた取組みを萎縮させるおそれもある。特に、新たな商品、サービスの導入期において、その普及を促す観点から行われる価格設定などについては、ロック・イン効果の評価などにもよるが、むしろより魅力的な選択肢の創出、提供に資する場合が少なくない。

予防的な規制を図るに当たっては、将来において、市場支配力を背景とした排除行為につながる蓋然性を個別の事案に即して合理的に評価すべきである。

【図3】



### (4) 排除行為

市場支配力を背景とした排除行為において問題となる行為としては、取引拒絶や、差別対価、取引条件等の差別的取扱い、不当廉売などがある。

\*1 公的資金による調達制度の悪用禁止といった視点からのアプローチもあろう

これらが、より魅力的な選択肢の創出、提供を妨げると言い得るためには、市場の画定、市場支配力分析を行う必要がある<sup>1</sup>。具体的には、参入障壁や、市場支配力の源泉となる資産、技術などの代替品、代替技術の調達可能性などを評価する必要がある。

また、こうした行為が、ただ乗りの防止などを通じ、より魅力的な選択肢の創出、提供に与える積極的な効果と、他者による取組みに与える消極的な効果を比較考量することも求められる。

知的財産権の行使などただ乗り防止のための措置に付随して、他者によるより魅力的な選択肢の創出、提出が妨げられる場合には、こうした消極的な効果と、ただ乗りの防止によりもたらされる積極的な効果を比較考量する必要がある。また、両者を可能な限り両立させるべく、市場支配力の源泉となる資産（ボトルネック施設）などを非差別的かつ合理的な条件で利用させ（開放し・アクセスさせ）つつ、適正な範囲で報酬を保証することも求められる。ただし、知的財産制度の下での「技術の独占」が直ちに「市場の独占」に繋がるかなどについては、個別案件毎に的確な評価が求められる<sup>2</sup>。

さらに、厳密な市場の画定、市場支配力分析を行うことなく、外形標準のみから、選択肢の多様化を妨げる効果がより大きいと合理的に推定し得るのあれば、これを踏まえたルールを確立することにより、取締りコストを軽減することが出来る。しかしながら、不公正な取引方法を定めた第2条第9項や一般指定に掲げられた行為類型について、現在、こうした推定が合理的に成り立ち得るかについては、改めて十分な検証が必要である。

なお、こうした推定ルールが合理的に成立しない限り、市場支配力を背景とした排除行為が選択肢の多様化に及ぼす効果については、行為の外形のみからは適切に評価できない場合が多い。したがって、取締り側においても、経済学、特に実証分析の知見のある者や、当該産業の実態に通暁した者を確保するなど、個別案件毎に的確な評価を行う体制を整備すべきである。

同時に、企業側においても、規制の趣旨を良く理解し、的確かつ迅速に必要な資料を収集、整理し、説明する必要がある。また、これを支援する法曹の拡充も重要である。

### 3.拘束行為（狭義の競争ルールの実施その2）

選択肢の多様化を妨げるハードコア・カルテルの過少規制を回避すると同時に、選択肢の多様化に資する拘束行為に対する過剰規制も回避する必要がある。

また、現状においては、より魅力的な選択肢の創出、提供を全体として妨げる蓋然性が低い行為ほど、評価が簡略化され得るという逆転現象が生じている。こうした体系の歪みを解消すべきである。

\*1 仮に現行の規定を前提とする場合も、第3条前段及び第19条の何れを根拠とするかに関わらず、そうあるべきである。

\*2 代替技術が現在存在するか否かのみならず、近い将来において開発される見込みがあるか否かなどを含め、的確な評価が必要である。

## (1) ハードコア・カルテルに対する過少規制の回避

価格又は数量の拘束、談合、市場分割を内容とする拘束行為は、ハードコア・カルテルと呼ばれ、国際的にも悪性の高い行為であるとの認識が共有されている<sup>\*1</sup>。我が国においても、現在、いわゆる談合、横並び体質の改善や新規事業の育成<sup>\*2</sup>が求められている。

ハードコア・カルテルについては、多くの場合、選択肢の多様化に資することは期待し難い。異なる経営資源の組合せ、ただ乗りの防止などの観点から、その必要性、合理性を説明することは難しい。また、当事者も「これだけ仲間を集めれば、よ魅力的な選択肢を創出、提供せずとも、退出を迫られることはない。」と認識していたはずである。

欧米では、こうしたハードコア・カルテルの性格を踏まえ、積極的な取締りを行っている。同調的並行行為から拘束行為を推定するルールの確立なども図られている<sup>\*3</sup>。

また、ハードコア・カルテルを含め、拘束行為については、裏切りのコストが大きくなるように、かつ、記録を残さないようにより巧妙な形で実施することが多い。こうした事情などを背景に、米国、欧州委などは、リエンシー・プログラムを導入している<sup>\*4</sup>。

また、国際カルテルにも積極的に対応している。これらの事件においては、米国が刑事罰、欧州委が制裁金という法的措置を課す<sup>\*5</sup>一方で、我が国は警告とい事実上の措置のみを講じている。これは、ハードコア・カルテルの取締りに向けた我が国の制度、取組みに改善の余地があることを示唆しているのではないかとの指摘もある。

我が国の不当な取引制限の場合、相互拘束、共同遂行といった形式的要件<sup>\*6</sup>の適用にお

---

\*1 「カルテルに対する効果的な措置に関するOECD理事会勧告」(1998年; <http://www.oecd.org/pdf/M00018000/M00018135.pdf>)。(ここでは共同ボイコットはハードコア・カルテルには含まない。)

なお、厳密に言えば、この勧告においても、このようなカルテルであって「コスト削減又は生産量増大という効率性の実現に合理的に関連しないものをいう」とされている。

\*2 「新参者」に対する共同ボイコットは、しばしば新規事業の育成の妨げとなる。

\*3 米国のいわゆるインターステート理論(cf. *Interstate Circuit, Inc. v. U.S.*, 306 U.S. 208 [1939])においては、一社で行動し得ないような高いリスク、合意なしで実現することが不自然な程度に急激な取引条件の変更、共謀への誘引があれば、同調的並行行為がカルテルとして認定される。また、欧州においても明確な合意なき協調行動(*concerted practice*)を巡り、並行行動が協調行動の結果であることが唯一の説得力のある説明である場合には、並行行動は協調行動の証拠となるなどの議論がある。(Ahlstrom v. Commission (Wood Pulp II) I ECR 1307 [1993] 4 CMLR 407など)

ただし、一方で、特に価格以外の要素による製品差別化が困難な商品に生じ易い現象であるが、例えば、各事業者に共通する部品の値上げなどの事情により、拘束行為を伴わず、同時期に並行的に価格が上昇することはあり得る。こうした場合まで問題とされるのではないかとの事業者の不安を払拭すべく、推定ルールを合理的かつ明確なものとする必要がある。

\*4 OECD 「ハードコア・カルテルと闘うためのリエンシー・プログラムに関する報告書」(2001年; <http://www.oecd.org/pdf/M00020000/M00020228.pdf>)。なお、リエンシー・プログラムについては、後述する。

\*5 最近のビタミン剤を巡る事件や、黒鉛電極を巡る事件を参照のこと。(cf. <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/1583.htm>, <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/2001>など。)

\*6 新聞販路協定事件(東京高裁昭和28年3月9日判決)、東宝・新東宝事件(東京高裁昭和28年12月9日判決)などを経て、これらの形式的要件は厳格に解釈されることとなった。

ただし、新聞販路協定事件判決で独立の競争関係にある事業者間の拘束を問題とするとされた点については、共同ボイコットに関する限り、平成3年の公正取引委員会の「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」においてやや弾力的な解釈が示されている。



いて困難を伴う。また、競争の実質的制限という実質的要件<sup>\*1</sup>についても、ハードコア・カルテルについてはそもそも市場の画定、市場支配力分析を簡略化すべきではないかとの考えもある。談合については、市場の画定<sup>\*2</sup>を巡る解釈上の問題も指摘される。

ハードコア・カルテルについては、行為の性格や、国際的相場観に照らし、事実関係を合理的に推認、証明するルールを確立すべきである。

## (2) 選択肢の多様化に資する拘束行為（過剰規制の回避）

### 選択肢の多様性に与える影響の評価

拘束行為の中には、他者によるより魅力的な選択肢の創出、提供を短期的に妨げるものの、将来的には、それを上回る効果をもたらすものがある。

例えば、垂直拘束により二重マージンが回避されれば<sup>\*3</sup>、より安価な選択肢の創出、提供が可能となるし、異なる経営資源の組合せやただ乗りの防止も、新たな商品、サービスの開発などを含め、より魅力的な選択肢の創出、提供に繋がる。

このように選択肢の多様化を促す効果がより大きい場合には、拘束行為を取り締まることは、過剰規制となる。米国における合理の原則、簡略化された合理の原則、当然違法の原則を巡る議論の蓄積<sup>\*4</sup>なども参考にしながら、米欧<sup>\*5</sup>の例にも倣い、我が国においても業務提携に関する一般的なガイドラインを早期に策定し<sup>\*6</sup>、例えば、明確なセーフハーバーを設けたり、如何なる視点から評価するのかを明らかにすることなどにより、より魅力的な選

---

\*1 東宝・スバル事件(東京高裁昭和26年9月19日判決)、石油価格協定事件(東京高裁昭和31年11月9日判決)などを経て、実質的要件も厳格に解釈されることとなった。

実質的要件たる実質的競争制限の意義については、私的独占、不当な取引制限、企業結合の間で区別することとはされていないが、ハードコア・カルテルに該当する不当な取引制限については、実質的要件が満たされているとの推定ルールを整備しない限り、実効ある取締りは困難である。

\*2 談合の基本合意と個別合意については、後述する。

\*3 部品製造と組立の垂直拘束によりコストの削減が図られたとする。

同じ部品製造業者の製造した部品を調達した独立の組立業者の最終コストが、これを上回る場合の評価は難しい。

独立の組立業者の排除がより魅力的な選択肢の創出、提供を妨げる効果、垂直拘束によるただ乗り防止がより魅力的な選択肢の創出、提供を促す効果、両者の比較考量については、事案に即し、慎重な評価が求められる。

\*4 米国においても、NCAA事件(National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of the University of Oklahoma, 468 U.S. 85 [1984])などにおいて、水平的な価格カルテルであっても、コストを削減し、消費者厚生を増大をもたらすものがあり得るとの議論がなされている。ただし、NCAA事件そのものはシャーマン法第1条違反とされた。(cf.簡略化された合理の原則(truncated rule of reason))

\*5 一昨年4月に米国がコラボレーション(共同行為)に関するガイドラインを、昨年11月に欧州委が水平協調、専門化(分業)、研究開発に関する新たなガイドラインを定めている。

\*6 公正取引委員会事務総局「業務提携と企業間競争に関する実態調査報告書」(平成14年)においても、「今後、研究開発や技術以外の分野も含め、業務提携全般に関する独占禁止法上の考え方(ガイドライン)を作成することとする。」とした上で、その際、「いわゆるセーフハーバー・・・を示すことも有意義であると考えられる。」としている。

択肢の創出、提供に向けた事業者の取組みを無用に萎縮させないようにすべきである<sup>\*1</sup>。こうした措置は、企業における迅速な意思決定、行動にも資する。

### 異なる経営資源の組合せ

コスト削減による製品価格の引下げ、新たな商品、サービスの早期投入などのより魅力的な選択肢の創出、提供を促す上では、異なる経営資源を組み合わせることが有効である。

こうした経営資源の組合せは、情報化の進展、商品サイクルの短縮などの環境変化もあり、単一の企業内で行うよりも、複数の企業間で行う方が合理的な場合が少なくない<sup>\*2</sup>。

このため、独禁法の運用においても、例えば、共同研究開発については競争政策の観点からも積極的に評価できる側面があることが明らかにされている。

しかしながら、より多様な選択肢の提供を促す上で有効な経営資源の組合せは、共同研究開発などに限られない。一方的な生産委託契約（いわゆるOEM契約）、売買契約、特約店・代理店契約、技術ライセンス契約などの経営資源の組合せもある。それぞれの専門性を踏まえた分業化、アウトソーシングなどがより一般的になっている今日、こうした取組みが過剰に規制され<sup>\*3</sup>、企業が萎縮することとなれば、むしろ中長期的には却って選択肢の多様化が妨げられるおそれがある。

### ただ乗り防止

異なる経営資源の組合せの外、拘束によるただ乗りの防止にも、選択肢の多様化を促す効果がある。

特約店契約、代理店契約などには、ブランド価値の維持、向上、広告宣伝などの販売促進活動、品質確保などの取組みへのただ乗りを防止し、才覚と努力に対する報酬を保証することにより、より魅力的な選択肢の創出、提供を促す面がある。したがって、こうした拘束行為については、仮に特約店間の競争を制限したとしても、全体としてみれば、競争政策上積極的に評価できる場合がある。ブランド内競争が仮に制限されたとしても、ただ乗りの防止によりブランド間競争が活発になり、後者の効果が、前者の効果を上回れば、全体として競争政策上積極的に評価できる<sup>\*4</sup>。

ところで、拘束行為には、独立の競争関係にある事業者間の水平拘束のほか、この特

\*1 将来の事業統合（合併など）を視野に入れた事業提携なども珍しくないが、いわゆるワンストップ・ショッピング化を含め、企業結合と事業提携の評価の整合性の確保を求める声がある。

\*2 取引費用の経済学についてはコース、ウィリアムソン両教授以来60年以上の歴史があり、エージェンシー理論についても30年近くの議論の積み重ねがあるが、例えば、本年2月の米国大統領経済報告（経済教書）においても、競争政策を取り扱った章で、こうした問題意識を改めて強調し、注目すべき最近の動きとしてジョイント・ベンチャー、部分提携などを取り上げている。

\*3 拘束行為の規制においては、ハードコア・カルテル以外の拘束行為についても、企業結合規制に比べ、より「性悪説」に立った姿勢が感じられるとの声もある。

\*4 資生堂事件（公取委平成7年11月30日同意審決）、シルバニア事件（Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc., 433 U.S.36 [1977]）などを巡る議論を参照のこと。

約店契約などや原材料、部品の供給者と加工・組立業者の間などのいわゆる川上と川下との間の取決めを通じた垂直拘束がある<sup>1</sup>。

競争政策上の評価は、本来、個別案件毎に行う必要があるが、ただ乗り防止による積極的な効果が、消極的な効果を上回ると評価できる案件は、垂直拘束により多く観察されるであろう。一方で、前述のとおり「独立の」競争関係にある事業者間の拘束行為は、不当な取引制限ではなく、不公正な取引方法として取り扱われることが通例である。不公正な取引方法として第19条に基づき取り締まる場合には、市場の画定、市場支配力分析は軽視されてしまう場合があり専ら行為の外形にのみ注意が払われることになりかねない。すなわち、水平拘束と垂直拘束については、選択肢の多様化を妨げる蓋然性とその評価において要請される慎重さの度合いが、逆転していることになる。

実際には、注意で済まされるものが多く、排除措置にまで至るものは少ないとの指摘もあるが、事業者側に無用の不安を与え、選択肢の多様化に資する行為すら萎縮させかねないとすれば問題である。

白地から見た場合、体系に歪みがあることは否定できず、選択肢の多様性を妨げることが行為の外形から合理的に推定することが出来ない行為については、市場の画定、市場支配力分析を経て評価をすべきであるとのルールを確立すべきである。

### (3) その他

いわゆる購買カルテルについては、問題とすべきは数量の減少による消費者厚生への減少なのか、供給者側の生産者厚生への減少なのかといった点について明らかにすべきである<sup>2</sup>。

また、垂直拘束については、我が国においては閉鎖的な流通構造が観察されるとして、特に過去10年ほどの間、その取締りが強く求められてきた。我が国の流通構造、系列、企業集団などにも変化が見られるとの指摘もあり閉鎖的か否かの判断の前提として流通段階での市場の画定、市場支配力分析を具体的案件に即して的確に行うべきである。

## 4. 市場構造の変更 (狭義の競争ルールの実施その3)

市場集中規制は、将来における市場支配力の形成、強化とその行使の蓋然性を評価するものである。将来の予想に基づくので、本来的に不確実性を伴う。こうした中で、透明性・明確性の確保が求められているが、同時に、迅速性の確保も必要である。

### (1) 市場集中規制の必要性

\*1 垂直拘束も、間接的に「競争関係にある」事業者の行為に影響を与え、水平拘束と同様に選択肢の多様化を妨げる。

\*2 後述のとおり、例えば、輸出者の利益を独禁法で保護すべきかについては、前者の立場に立てば否定的に解されるが、後者の立場に立てば肯定的に解されることとなる。

市場構造の変更に対する規制(合併規制などの市場集中規制)は、市場の構造変化によって、大き過ぎる事業者が生まれたり(単独効果)、事業者の数が減り過ぎたり(協調効果)することにより、結果として、選択肢の多様化が妨げられる蓋然性が高いと考えられる場合に、これを未然に防止しようとするものである。

将来の予想に基づくので、本来的に不確実性を伴う

加えて、合併の中には、より魅力的な選択肢の提供に資するものも多くある。

かつてのよういわゆるSCPパラダイム<sup>\*1</sup>が広く支持されてはいない現在においては、市場集中度の変化が、事業者の行動の変化を通じ、選択肢の多様化の妨げに繋がる蓋然性については、より的確な評価が求められている。さらに、仮に合併などの段階で規制をせずとも、実際に選択肢の多様化が妨げられた場合には、市場支配力を背景とした排除行為又は拘束行為として取り締まる途が残されているとの意見もある。

一方で、市場支配力を背景とした排除行為や拘束行為の立証や、一度合併した企業の解体が、相応のコストを伴うのも事実である。

市場集中規制を狭義の競争ルールの実施の主要な柱として維持すること、その趣旨は蓋然性の評価にあることについては、国際的にも認識が共有されている。

## (2) 透明性・明確性の確保

市場集中規制は、本来的に不確実性を伴う上、一方で、選択肢の多様化に向けた企業側の取組みを妨げるおそれもある。また、当局に比べて当事者により多くの情報がある場合が通常であり、将来を予想するに当たっては、当局も、情報収集の相当部分を当事者<sup>\*2</sup>に依存し、負担を課すことになる。

こうした中で、当局は、情報の収集、規制の実施の両面で当事者側の納得感を醸成する必要がある。透明性・明確性の確保である。

例えば、問題ないとして認められた事例を含め、何故ある資料の提出が必要なのか、その資料が如何に用いられたのか、何が論点であり何が評価の根拠となったのか、取引先、競争関係にある事業者に対するヒアリングの位置づけは如何なるものであったのかなどについて、少なくとも当事者には詳細に明らかにされるべきである。企業秘密に関わる部分を除けば、第三者に対しても最大限開示すべきである。その際、市場の画定、市場支配力を背景とした排除行為、拘束行為の蓋然性などを如何に評価したかについて、単に総合的に勘案

---

\*1 70年代まで有力であったいわゆるハーバード派のSCPパラダイム(市場構造(Structure)が市場行動(Conduct)に、市場行動が市場成果(Performance)に影響を与えるという考え方)は現在では広く支持されている訳ではない。

80年代以降のシカゴ派及びポスト・シカゴ派と総称される議論の影響を受けた競争政策においては、自然淘汰を通じた適者生存をもたらす競争過程そのものの保護が政策的課題となっている。競争過程を歪めるようなすなわち、選択肢の多様化を妨げるような行為の規制が求められている。

\*2 当事者のみならず、競合者、取引先なども含まれる。

したとするのではなく、具体的な思考プロセスを書面により開示すべきである<sup>\*1</sup>。

なお、透明性・明確性を確保する上では、こうした実体面の判断を事前相談制度に依存することは、本来、好ましくない。

### (3) 迅速性の確保

同時に、迅速性の確保も不可欠である。

経済社会の変化の中で、企業自身も迅速な判断と行動を求められている。

市場集中規制の迅速化を図るためには、(a) 経済学、特に実証分析の知見のある者や、当該産業の実態に通暁した者など専門家の登用を含め、規制側の体制の強化を図るととも

---

\*1 例えば、以下のような点である。

(イ) 商品市場の画定など

- 需要から見た代替性の有無について、何を根拠に如何に判断したのか。
- 需要家の購買力を如何に加味したか。購買力が大きく、スイッチング・コストが小さいことなどが、需要から見た代替性の評価に影響を与えたのか。

(ロ) 地理的市場の画定

- 販売本部の担当区域の区割により地理的市場を判断していないか。こうした区割から需要から見た代替性を判断することには無理があるのではないか。
- グローバルな市場が我が国国内の需要家、消費者に与える影響を如何に評価したのか。輸入の蓋然性、海外からの投資(参入)の可能性を如何に評価したのか。

(ハ) 市場集中度など

- 単独効果、協調効果を如何なるデータにより推測したのか。
- 協調効果の判断に過去のカルテルの実績の有無が如何なる評価を与えるか。仮にそうだとすれば、如何にすれば治癒し得るか。
- 合併などの後のシェアは、現在のシェアの合計を下回る可能性があるとの説明が企業側からなされた場合、どう評価し、勘案するのか。

(ニ) 参入

- 輸入を含めた新規参入の蓋然性は、何を根拠に如何に評価されたか。

(ホ) 効率性の向上

- 効率性の向上については、如何なるデータに基づく如何なる説明が求められるのか。また、これは案件の評価に如何なる影響を与えたか。

(ア) 破綻企業論など

- 市場規模が縮小し、今後とも、縮小することが見込まれる産業においては、市場集中度が高まることは自然であるが、こうした事情は、破綻企業の認定などにおいて考慮されるのか。
- 例えば、破綻企業として取り扱われなかった企業が、その後、例えば、1年以内に市場から退出した場合などにおいては、如何に評価を誤ったのかについて、事後的に検証し、如何に今後の審査に役立てるかを明らかにすべきではないか。

(ト) その他

- 例えば、販売部門の統合を見送ることを前提に製造部門の統合のみを認める場合、その判断の前提には、製造段階では当該統合により市場支配力が形成される蓋然性はないが、販売段階ではあると評価したのか否か。また、仮にそうだとすれば、その根拠は何か。
- 過去の事例のフォローアップを行っているのか。  
例えば、破綻企業ではないと判断し、合併を禁じた企業が、1年程度の短期間内に退出した事例などについては、当時の判断をレビューし、判断手法の洗練化に活かすべきである。
- 市場規模が小さい案件については、例外扱いが認められるのか否か。  
あるいは、その他に明確なセーフ・ハーバーがあるのか。

に、(b) 米国の例<sup>1)</sup>にも倣い、審査の初期の段階で当局と企業の間で主要論点及び必要となる資料について認識を共有することが有効である。また、(c) 審査が長期化する案件は、外形的な市場集中度からは選択肢の多様化を妨げる蓋然性が高いと推定された案件であり、こうした推定を覆す事情の有無の検討に時間を要する訳であるから、資料の追加作成など当事者による迅速な対応とともに、第三者たる競合者、取引先による当局の調査への協力なども不可欠となる。

#### (4) 経済社会の変化への対応

前述のとおり 異なる経営資源の組合せは、一つの企業内で完結させる必要はなく、ジョイント・ベンチャー、部分提携など、より形態が多様化しているし、グループ内再編も活発化している<sup>2)</sup>。

また、経済のグローバル化に伴い、一つの合併が複数の市場に同時に与える可能性も増している。これを企業側から見れば、同時に複数国の当局の審査を受けることが求められているということになる。

こうした変化を踏まえれば、合併規制の対象、手続きなどを含め、国際的な収斂の可能性<sup>3)</sup>を探りながら、そのあり方を点検する必要がある。

一方で、経済のグローバル化が市場集中規制において如何に考慮されるかについては、なお誤解が根強い。グローバルな競争が我が国国内の消費者厚生増大に如何に繋がるかについての具体的な説明、すなわち、輸入の蓋然性や対内直接投資の蓋然性などの評価が必要であることについて、引き続き周知徹底を図るべきである。同時に、これらの点についても、個別の事案毎に的確な評価を行い、その詳細を公表すべきである。

### 5. 規制の簡素・合理化、廃止

規制改革の趣旨に照らせば、経済社会の変化を踏まえ、役割を終え、又は、縮小した規制については、簡素・合理化、廃止を検討すべきである。

狭義の競争ルールの実施であっても、例外ではない。事業者団体の禁止行為、届出義務や特定の国際的協定又は契約の禁止については、既に言及した。また、こうした観点から

---

\*1 "Merger Review Process Initiative" (<http://www.usdoj.gov/atr/public/9300.htm>)

\*2 いわゆる子会社・孫会社間の事業統合についても、親子会社などと同様、手続の簡素化を図ることは出来ないかとの意見がある。

また、出資比率の変更について、1年に数回、敷居値を超える変更があった場合には、まとめて年1回の届出で足りることに出来ないかとの意見もある。

\*3 経済協力開発機構(OECD)、International Competition Network(ICN)などの場で議論がある。

今般、一般集中規制<sup>1)</sup>についての見直しが行われたが、引き続き「経済的、社会的環境の変化を見極める」こととされている<sup>2)</sup>。独占的状态に対する措置、価格の同調的引上げに関する報告の徴収<sup>3)</sup>などについても、その費用対効果を検証すべきである。

### ・狭義の競争ルールの実施以外の規制の「今ある姿」と「あるべき姿」

不公正な取引方法の規制の中には、狭義の競争ルールの実施以外の規制も含まれる。具体的には、適切な情報開示の確保や、ホールド・アップ問題の回避のための規制が挙げられる。

狭義の競争ルールの実施以外の規制についても、その趣旨、射程を明らかにし、予見可能性、法的安定性を確保すべきである。

#### 1. 二つの「不公正な取引方法」

我が国独禁法第19条(不公正な取引方法)が狭義の競争ルールの実施の根拠規定として機能していることは既に見たが、この規定は、狭義の競争ルールの実施とは趣旨を異にする規制の根拠ともなっている<sup>4)</sup>。

立法政策として、狭義の競争ルールの実施以外の規制を行うこと、及びこれを狭義の競争ルールの実施と同一の法律の下で行うこと自体は、直ちに否定されるものではない。

重要なことは、狭義の競争ルールの実施との関係や、規制の目的(保護法益)、対象(射程)などを明らかにすることにある。予見可能性、法的安定性を確保する上で不可欠であるし、措置体系のあり方を検討するに当たっても、こうした点を視野に入れることは必要であろう。

不公正な取引方法の規制であって、狭義の競争ルールの実施ではなく、かつ、その趣旨について合理的な説明が可能であるものとしては、適切な情報提供の確保とホールド・アップ問題の回避が知られている。

\*1 この規制の前提とされている我が国における大規模な企業集団、「系列」の内部における取引等の実態についても、引き続き変化を見定める必要がある。

また、規制を維持する場合においても、例えば、以下のような実務的な問題について、対応を検討すべきである。

- ・金融子会社、従属子会社などの趣旨の明確化
- ・第11条第3項の金融庁との協議における当事者の関与の機会の確保
- ・認可様式の明確化
- ・用意すべき資料、標準処理期間の明確化

\*2 平成14年4月17日衆議院経済産業委員会「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の一部を改正する法律案に対する附帯決議」

\*3 例えば、第18条の2第1項の「取引の基準として用いる価格」との規定振りは、いわゆる建値制度廃止後の取引の実態に合っていないとの指摘がある。

\*4 cf. 独占禁止法研究会「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」(昭和57年7月)

## 2. 取捨選択過程の歪曲の回避（適切な情報提供の確保など）

多様な選択肢の中からの取捨選択の過程が歪曲されようとすることで、選択肢の多様化が消費者厚生増大に具体的に繋がる蓋然性が高まる。そのためには、高い生産性をもって、資本、労働力などを能率的に用い、需要を積極的に創造し、獲得する事業活動が消費者、需要家に支持されることが合理的に期待できる仕組みを確保する必要がある。

具体的には、例えば、価格、数量などの取引条件を巡って適切に情報が開示されていることが前提となる。

こうした情報の収集は、本来は自らの責任において行うべきものである。しかしながら、対象となる取引の外延を明らかにしつつ、虚偽の情報の開示や必要な情報の非開示を禁止するなどの最低限のルール<sup>1</sup>が整備されないと、個々の取引における情報収集コスト、契約コストが過大となり、適切な取捨選択も期待できなくなる。

したがって、取引によっては、価格、数量その他の情報に関する表示の適正化<sup>2</sup>、政府又は第三者機関による品質その他の保証などをルール化することが有意義である。また、当事者が最終消費者の場合においては、情報収集に関する自己責任を限定し、クーリング・オフなどの制度が導入されることもある。

我が国においても、こうした措置については、独禁法及びその特別法たる不当景品類及び不当表示防止法（景表法）以外にも、例えば、不正競争防止法、家庭用品品質表示法、農林物資の規格化及び品質表示の適正化に関する法律、宅地建物取引業法、旅行業法、特定債権等に関する事業の規制に関する法律、割賦販売法、特定商取引に関する法律、刑法（詐欺罪）など多くの法律に定めがある。

これらの法律の多くは、取引を特定の切り口からグルーピングし、当該取引の実態に即して適正な情報の確保のためのルールを定めている。不公正な取引方法（ぎまんの顧客誘引）については、こうした個別のルールや、一方で、刑法などの一般ルールとの関係で如何なる役割を期待されているかを明らかにすべきである。

## 3. 優越的地位の濫用とホールド・アップの回避

不公正な取引方法の規制については、それぞれの趣旨と射程を明らかにする必要がある。その中でも、優越的地位の濫用を巡っては、多くの議論がある。

優越的地位の濫用の中には、市場支配力を背景とした排除行為や、拘束行為に該当する行為の外、いわゆるホールド・アップと呼ばれる行為も含まれるのではないかとする議論がある。

これは、契約の不完備性、すなわち、あらゆる状況を想定して予め契約に全ての要素を盛り込むことは現実には不可能であることに由来する。

---

\*1 cf. 詐欺(fraud)、不当表示(misrepresentation)など。

\*2 重要事項の表示の義務付け、不適切な表示の禁止など。



契約に定めがない想定外の事態が生じた場合、当事者間においてある種の「力」関係が顕在化する可能性がある。例えば、ある部品メーカーが取引先の加工組立業者の特定の製品にとってのみ価値がある関係特殊な投資を既に行い、かつ、投資回収が終了していない場合などにおいて、こうした事態が生じ得る<sup>\*1</sup>。関係特殊な投資であるが故に事後的に取引先の変更は出来ず、当該取引先との間で投資回収が完了するまでの間は、契約に定めがない事態が生じた場合、大幅な譲歩（ホールド・アップ）を強いられることになる。

これは第一義的には当事者間で解決すべき問題である。しかしながら、こうした問題を放置すれば、事後的に譲歩を強いられることを怖れるあまり、そもそも関係特殊な投資が進まず、社会全体としても適切な水準の投資の実現が妨げられるおそれもある。このような場合には、契約の不完備性を補完するルールを定めることも有意義である。

不公正な取引方法のうちの優越的地位の濫用や下請代金支払遅延等防止法のある部分について、こうしたホールド・アップ問題の回避の観点から、その必要性が説明できるのではないかとする指摘がある。これに類似した事例は、米国のいわゆるフランチャイズ保護法、欧州の代理店保護に関する規則など諸外国にも見られる。

しかしながら、一方で、国が取引に関与することにより資源の利用、配分が歪むおそれもある。契約の不完備性については、当事者間の解決に委ねることが出来ないかどうか、出来ないとして国の関与が適切なものであり、過剰なものとなっていないかなどを評価した上で、対応を検討する必要がある。

なお、関係特殊な投資を行ったが、投資回収が完了していないということは、当事者にとっては選択肢の多様性がないということである。したがって、具体的な案件においては、市場の画定の仕方如何などにより、ホールド・アップと市場支配力を背景とした排除行為の双方からアプローチ可能な場合もあり得よう。

この外にも、分配の公正さを確保する観点から優越的地位の濫用にアプローチする議論があるなど、別の観点からのアプローチの可能性は否定されない<sup>\*3</sup>。しかしながら、何れにせよ、事業活動が無用に萎縮することがないよう規制の趣旨、射程を明らかにし、「優越的地位の濫用」という用語が一人歩きしないようにすべきである。

#### 4. 規制趣旨の明確化

この外にも、不公正な取引方法を巡っては、例えば、従業員の引抜きを競争者に対する

---

\*1 代金支払いの遅延、不要品の押付け、返品の高要、協賛金の強要などが該当する可能性がある。

\*2 例えば、特定の機器向けの維持・補修について、関係特殊な投資の後、回収の前に、自らの取引先でもあり、競合関係にもあり、かつ、市場支配力を有する事業者には排除される場合などが考えられる。（維持・補修を巡っては、例えば、東芝エレベータテクノス事件（大阪高裁平成5年7月30日判決）、イメージ・テクニカル対コダック事件（Image Technical Services v. Eastman Kodak Co., 125 F.3d 1195 [9th Cir.1997]）などを巡る議論なども参考となる。）

\*3 外国においても、反トラスト法以外にも目を向けてみれば、立場の違いを悪用し、不当に相手方を威圧してはいけないとする立法例は見られる。

取引妨害」として規制することの当否が検討されるなどのこともある<sup>1</sup>。

これらの規定については、規制する側からは使い勝手が良い面もある一方で、規制趣旨とされる公正競争阻害性の意味するところが具体的に明らかにされなければ、予見可能性が高まらず、資源の利用、配分の効率化に資するものも含め、無用に事業活動を萎縮させるおそれもある。

適正な情報提供の確保、ホールド・アップ問題の回避を含め、規制を行うのであれば、その趣旨、射程の明確化が必要である。

## 2. 経済のグローバル化

経済のグローバル化の進展に伴い、一つの行為が複数の市場に同時に影響を与える事態が顕在化している。こうした中、競争ルールとその運用の国際的な収斂、調和を目指す必要がある。

### 1. 経済のグローバル化と「あるべき姿」

経済のグローバル化の進展に伴い、域外の行為が域内の消費者厚生、選択肢の多様化に与える影響の考慮が求められている。また、これに伴い、いわゆる国際カルテルや国際企業間の合併など、一つの行為が複数の市場に同時に影響を与える事態も顕在化し、混乱が生ずるおそれもある。

合併などの一つの行為に対し、複数国の競争当局が異なる評価を行うとすれば、影響は大きい。経済のグローバル化を踏まえ、競争政策の最終目標などについて各国間で認識を共有し、競争ルールの国際的な収斂、調和を目指す必要がある<sup>2</sup>。こうした観点から、経済協力開発機構(OECD)、世界貿易機関(WTO)、国際競争ネットワーク(ICN)などにおいて、各国の競争ルールとその運用の収斂に向けた作業が開始されつつあるが、我が国としても、こうした作業に積極的に取り組むべきである。

## 2. 域外適用

### (1) 立法管轄

いわゆる域外適用については、立法管轄権の行使と執行管轄権の行使の二つに分けて議論する必要がある。

実体面の価値判断などを内容とする立法管轄権については、域外の行為であっても、(

---

\*1 cf. business tort

\*2 これらについて認識の共有が図られたとしても、市場毎の競争環境の違いにより、判断が異なることはあり得る。

a) 行為地国の正当な利益（法令又は政策）との真の抵触がなく、(b) 当該行為と我が国における保護法益との間に密接関連性が認められる場合には、いわゆる域外適用を行い得る<sup>\*1</sup>。したがって、我が国の消費者厚生を増大を妨げるような効果を有する行為<sup>\*2</sup>に対しては、行為地又は行為者が域外にある場合にも、積極的に我が国の競争ルールの域外適用を検討すべきである<sup>\*3</sup>。

## (2) 執行管轄

立法管轄権の行使が可能な場合であっても、当然に在外者に競争ルールを域外適用できる訳ではない。立法管轄権の外に、手続きの側面を司る執行管轄権の行使の可否を検討する必要があるからである。立法管轄権の域外適用を実施するためには、執行管轄権への配慮が不可欠である。

例えば、立法管轄権の観点からは問題なく違法性を認定できる場合であっても、在外者に対し課徴金納付命令などの強制的な措置を講じようとするれば、執行管轄権を確保する必要がある。また、そもそも立法管轄権に基づき当不当を判断する過程において、在外者に対する調査等の手続を経る必要がある場合には、やはりその時点で執行管轄権の問題を解決する必要がある。

執行管轄権を在外者に対して行使するためには、以下の二点が満たされる必要がある。

まず、国内法の整備である。この点については、我が国においても、今国会の独禁法改正により、送達手続の整備が図られた。

しかしながら、国内法の整備のみでは、執行管轄権を行使するには十分ではない。行為地国の同意が必要である。今般の法改正の趣旨を活かすためにも、我が国の執行管轄権の域外適用に関し、諸外国の同意を得る必要がある。

在外者が自主的に我が国の域内に出向いたり、域内に代理人を置くなどの措置を講ずる場合には、執行管轄権の抵触の問題を生ずることなく、問題を解決することが出来る。欧米においては、それぞれの市場としての魅力とリニエンシー・プログラムを背景に<sup>\*4</sup>、在外者が自主的にそれぞれの当局に協力することも少なくない。我が国においても、公示送達とともに事実上の通知を行い、在外者の自主的な協力を促すなどの措置も検討されるべきであ

---

\*1 平成13年3月（財）日本国際フォーラム「競争法の域外適用に関する調査研究」（外務省委託研究報告書）

\*2 具体的な当てはめを検討するに当たっては、我が国独禁法の最終目標を明らかにしておく必要がある。例えば、購買カルテルについて、(i) 数量の減少による消費者厚生への減少と(ii) 供給者側の生産者厚生への減少の何れを問題とするかによって、域外の輸入カルテルの評価も変わってこよう。すなわち、(ii)の立場に立てば域内の輸出者の利益が損なわれることをもって問題とし得るし、(i)の立場に立てば我が国からの中間財の輸出の減少が我が国における最終消費財の供給の減少をもたらした場合などに限り問題とし得ることになる。繰り返しになるが、この取りまとめは、消費者厚生を増大を競争政策の最終目標とする立場に立つ。

\*3 なお、刑事については、別途の検討をする必要がある。すなわち、刑事については、刑法第1条第1項との関係について立法面から整理する必要がある。

\*4 米国については、後述のとおり、現実の行為者である自然人の取締りを強化する傾向にあることも挙げられる。

る。

### 3. 執行面での国際協力

経済のグローバル化の中で、立法管轄権、執行管轄権の衝突を回避し、更には、競争政策に関する相互の理解を深めるとい観点から、国際的な協力の必要性が高まっている。また、一つの行為が複数国の市場に影響を及ぼし、それぞれの国の消費者厚生が増大が同時に妨げられる場合、これらの国の中で相互に協力を行うことことは、お互いにとって利益となる。また、行為地国との協力の枠組みを整備されていれば、国家管轄権の衝突も、より顕在化しにくくなるであろう。

こうした観点から、1970年代以降、十以上の二国間の協力協定の締結が進められてきた<sup>\*1</sup>。すなわち、米独(1976年)、米豪(1982年、1999改正)、米加(1984年、1990年追加)、独仏(1984年)、米・EU(欧州連合)(1991年、1998年追加)、豪・NZ(1994年)、米・イスラエル、(1999年)、EU・加(1999年)、米豪(1999年)、米・ブラジル(1999年)、米墨(2000年)、加豪NZ(2000年)、加墨(2001年)である。我が国においても、米国との協定(1999年)に加えて、EUとの協力協定も具体化しつつある。

経済のグローバル化を踏まえれば、米国、EUに限らず、アジア諸国を含め、こうした協定をより多くの国と締結すべきである。また、その準備段階として、これらの国との間で、競争政策に関する相互の理解を深め、かつ、その効果的な実施を図るため、定期的な協議の場を持つことなども検討すべきである。

同時に、締約国を増やすのみならず、協力の態様を巡り、今後、秘密情報の交換、収集された情報の相互利用なども行い得るよう、いわゆる第二世代の協定の締結を検討すべきである。こうした情報の相互利用が可能となれば、一方では、国際カルテルなど国境を越える事案に対する効果的な対応が可能となるとともに、他方では、複数の当事国が一つの行為に対して異なった評価を行う蓋然性をより低めることも期待できる。。

#### 措置体系・手続き

狭義の競争ルールの実施に関する措置体系は、現行の実体規定を所与とせず、選択肢の多様性を妨げる蓋然性に見合ったものとすべきである。

現行独禁法においては、違反の抑制として機能する措置として刑事罰、行政上の措置(課徴金)、民事上の救済措置の3つがあるが、全体としての負担についても、勘案す

\*1 多国間の取り組みとして、国際通商に影響を及ぼす反競争的慣行についての加盟国間の協力に関するOECD理事会勧告(1979年、1995年改訂; <http://www.oecd.org/EN/document/0,,EN-document-2-nodirectorate-no-6-16490-2,00.html>)による通報・協議手続制度の活用、前述の「ハードコア・カルテルに対する効果的な措置に関するOECD理事会勧告」による執行における国際協力と礼譲がある。

る必要がある。

また、手続保障のあり方などについても、議論を深める必要がある。

## 1. 実体規定と措置体系

前述のとおり 現行独禁法は、狭義の競争ルールの実施の対象として私的独占・不当な取引制限、不公正な取引方法など複数の規定を用意している。実体規定が異なれば、刑事罰の上限や、課徴金、差止請求の可否なども異なる<sup>1</sup>。

しかしながら、狭義の競争ルールの実施に関する措置体系は、選択肢の多様性を妨げる蓋然性に見合ったものであるべきである。こうしたグルーピングが合理的に説明できないのであれば、仮に個別案件毎に的確な評価を行ったとしても、根拠となる実体規定の形式的な違いから、刑事罰、課徴金、民事上の救済などの措置の違いが生じ、全体としてバランスを欠くことにもなりかねない。

したがって、今後、措置体系の見直しを行うに当たっては、現行の実体規定を所与とせず、規制の趣旨を白地から考えることなどにより、選択肢の多様化を妨げる蓋然性と整合的な制度設計のあり方を検討すべきである。

## 2. 措置体系

### (1) 全体としての負担水準

現行の独禁法においては、一つの行為に対し、刑事罰、行政上の措置（課徴金）<sup>2</sup>、民事上の救済措置が独立して課され得る。何れも、当事者に対しては、制裁として機能するものであるが、それぞれが独立して課される結果、全体としてみれば、過大又は過小な負担を課すこととなるおそれがある。

---

\*1 例えば、現行独禁法においては、第19条の不公正な取引方法に該当するとなれば、適切な情報提供の確保、ホールド・アップ問題の確保、反トラスト規制の何れの観点からも、利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある事業者、消費者は差止めを請求し得るが、同じ反トラスト規制であっても、第3条を根拠に問題とする場合は、請求し得ない。

また、同じ反トラスト規制であっても、根拠条文の形式的違いによる刑事罰（上限）の制度的な違いは、選択肢の多様化を妨げる度合いやその蓋然性に対応しているとは言い難い。

さらに、そもそもハードコア・カルテル以外の拘束行為や市場支配力の濫用のように違法性の判断に困難を伴うものが刑事罰に馴染むのかといった議論もあり得よう。

\*2 米国でも、2000年のミラン・ラボラトリーズ事件(FTC v. Mylan Laboratories, et al., <http://www.ftc.gov/opa/2000/11/mylanfin.htm>)や、ハースト事件(FTC v. Hearst Trust, et al., <http://www.ftc.gov/opa/2001/12/hearst.htm>)を契機として、反カルテル規制に違反する行為による不当利得の行政措置による「吐出し(Disgorgement)」について議論がなされている。( <http://www.ftc.gov/opa/2001/12/disgorgefrn.htm> )

さらに、同じ米国においても、証券取引法などにおいては、刑事罰と行政上の措置が併存している。

また、欧州においても、EC条約による反トラスト規制に刑事罰は用意されていないが、個別の国を見れば、やはり刑事罰と行政上の措置が併存している例がある。

したがって、今後、措置体系の見直しを行うに当たっては、制度の趣旨の明確化、相互の関係の整理を図るとともに、全体として過大又は過小な負担とならないことを如何に確保すべきかを検討すべきである。

## (2) 刑事罰と行政上の措置

刑事罰と行政上の措置の何れを講ずるかを検討するに当たっては、以下の点を勘案すべきである<sup>1</sup>。

### 反社会性、反道徳性

刑事罰の対象とする上では、行為の反社会性、反道徳性が前提となるが、少なくともハードコア・カルテル以外の拘束行為、市場支配力を背景とした排除行為については、刑事罰、刑事手続きに馴染むかにつき、改めて議論を深めることが必要である。

### 個人犯と法人犯

我が国の刑事法体系においては、現実の行為者たる自然人を罰することが、業務主体たる法人又は自然人に刑事責任を負わせる前提となる。

現実の行為者たる自然人、業務主体たる法人又は自然人の何れに如何なる責任を負わせるかにつき、十分に認識を共有した上、措置体系のあり方を検討する必要がある。

なお、米国などにおいては、経済犯罪の取締りの実効性を高める観点から、現実の行為者である自然人の取締りを強化する傾向にある<sup>2</sup>。

### リエンシー・プログラム

リエンシー・プログラム<sup>3</sup>については、我が国の経済社会や刑事法制度に馴染まないのではないかとする意見がある一方で、ハードコア・カルテルなど悪性の高い行為を規制する上で有効であり、また、執行管轄権の問題を事実上クリアすることにも資するとの指摘がある。

何れにせよ、仮にリエンシー・プログラムの導入の可否について検討する際には、当局に裁量権が与えられることが前提となることもあり、課徴金制度の性格を改めて見直す

---

\*1 この外、経済のグローバル化により、刑事手続きであれば、国際捜査共助法（昭和55年法律第69号）、逃亡犯罪人引渡法（昭和28年法律第68号）、日本国とアメリカ合衆国との間の犯罪人引渡しに関する条約（昭和55年条約第3号）などの利用が議論となり得る。

\*2 cf. <http://www.usdoj.gov/atr/public/criminal/8279.htm> 及び <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/3981.htm>

\*3 拘束行為（カルテル）についての情報を取締当局に対し提供した者について、一定の条件の下で、制裁の軽減などを図り得る制度。leniency program。

ことが必要となる<sup>\*1</sup>。

リエンジニア・プログラムは、行政手続き又は刑事手続きの一方にのみ導入した場合、実効性が確保されない可能性がある。例えば、行政上の措置が軽減される可能性があるが、刑事罰についてはそのような期待は出来ないということになれば、リエンジニア・プログラムは有効に機能しないおそれがある。

また、リエンジニア・プログラムの下で当局に情報を提供することはしなかったが、自らの行為は改めた者については、問題となる行為に関与し続けた者と同列には取り扱うべきではないのではないかと意見もある<sup>\*2</sup>。

### (3) 予見可能性の確保

仮に現行の課徴金制度の性格を見直し、裁量性のある措置に改めようとするのであれば、例えば、米国の量刑ガイドラインなども参考としつつ、裁量権が如何に行使されるかについて、予見可能性を確保するための措置を講ずることが必要となる。その際には、企業側の自主的な取組みを促すべく、コンプライアンス・プログラムを策定し、遵守している企業にメリットを与えることを検討すべきである。

### (4) 事実上の制裁の抑制

現行の独禁法の運用においては、注意、警告といった事実上の制裁措置が講じられることも少なくない。こうした事実上の制裁に対しては、企業側の反論の機会も保障されており、また、社会的な信用の失墜<sup>\*3</sup>などについては効果的な治癒の方法がないことも少なくない。さらに、そもそも当事者が経済調査の一環と誤解し、自主的に協力していた任意の調査のみを拠り所とする場合もある。

手続保障や証拠収集、事実認定が不十分なままに、こうした事実上の制裁が多用されるのであれば、措置体系全体の見直しを行い、法的に手続保障を行う意義は乏しい。

法令に定められた手続きを経て法的措置を講ずるよう、所要の体制を整備すべきである。

## 3. 調査手続き

刑事手続きに関し、専ら公取委にのみ告発権を与えている独禁法の下においては、行政

---

\*1 仮に現行の課徴金制度の性格を前提とするとしても、制定当時以降の経済環境の変化を踏まえ、その水準の評価 (cf. 課徴金については、当然のことながら、税法上損金算入が出来ない。)を行う必要があるとの意見がある。

\*2 関与した期間が短いために不当利得も小さくなるということのみならず、自主的に関与を停止したという事情を勘案するのであれば、やはり裁量権が前提となり、課徴金の性格の見直しが必要となる。

\*3 事実上の制裁ではないが、排除措置の一環として、新聞紙上等において、過去の拘束行為への関与を認め、将来、こうした行為に関与しないことのコミットメントを行うことが例文的に要請されることがあるとの指摘がある。こうした措置の必要性についても、十分な説明がなされる必要がある。

上の手続きが事実上刑事手続きに繋がる蓋然性が否定できない。また、課徴金も、刑事罰に比べても軽い負担であるとは言えず、こうした観点から、手続保障に対する関心が高まっている<sup>\*1</sup>。

例えば、公取委が提出を命令し、留置しようとする文書について、湮滅のおそれを回避しつつ、当事者に謄写を認めるべきではないかとの指摘がある。また、従業員の自宅において強制検査を行うことの妥当性が明らかにされぬままに、任意で調査が行われる例も見られる。立入検査開始直後などにおいて、趣旨を明らかにしないままに調書を作成することも避けるべきである。

何れにせよ、立入検査などの際の当事者の権利、義務の具体化、明確化が必要である。立入検査のルールについては、第一義的には公取委の内部手続きとして定められるとしても、外部の者の権利、義務に影響を与えるものである以上、公表すべきである。

さらに、専属告発権と行政上の措置を講ずる権限を有する公取委においては、経済調査を行うに当たっても、他の行政庁とは異なり、行政措置又は刑事告発に繋がる懸念を抱かれないようにすべきである。

また、談合における基本合意、個別合意についても、求められる立証の方法、程度などや、基本合意の立証の成功により個別合意の立証の負担がどの程度軽減されるのかなどについて、具体的な検討、整理を行い、明らかにすべきである。

同時に、今後、外国企業を対象とするケースも更に増えるものと見込まれることから、対外的にも説明可能な手続保障を検討する必要がある<sup>\*2</sup>。

## ・体制の整備

刑事罰のみならず、課徴金その他の措置を講ずるに当たっては、事実認定及び評価を的確に行う必要がある。また、特に、市場支配力を背景とした排除行為の規制や、市場集中規制においては、競争を巡る環境やその態様を的確に評価する必要がある。

このためには、法曹、経済学、特に実証研究に知見のある者、産業の実態に通暁した者などの専門家の登用を検討する必要がある。さらに、より効果的な人員配置を図るため、行政改革の観点から、相対的に優先度の低い規制、事務については、思い切った簡素・合理化、廃止を検討する必要もある。また、ある程度取締りのプライオリティ(事件選択の考え方)を明らかにしていくことも、体制強化の必要性への理解を得ていく上では有効である。

同様に、企業側においても、競争ルールの趣旨を理解し、的確かつ迅速な資料の収集、整理と説明を行う必要がある。こうした企業側の作業を円滑に進めるため、競争法に通暁した法曹の拡充を急ぐことは重要である。現在、法科大学院におけるビジネス法規の取扱いが議論されているが、競争法の実務家教育の充実を図る必要がある。

---

\*1 企業犯罪研究会報告書「独占禁止法の制裁制度に関する研究」(平成13年3月)など。

\*2 秘匿特権が保障された制度の下にある弁護士に、弁護士作成のメモの提出を求める行為などが、問題となり得る。



## ・結語

競争政策の重要性の高まりに伴い、取締り側の体制強化、執行の強化が求められているが、その前提として、そもそもの競争ルールの「あるべき姿」について議論が深められることが必要である。

この取りまとめは、競争ルールの「あるべき姿」を考え、「今ある姿」を評価する一つの契機を提供したに過ぎない。競争ルールの「あるべき姿」については、多様な考え方があり得るし、ここで示された考え方が各委員<sup>\*1</sup>の考え方を示すものでもない。

冒頭に述べたとおり競争ルールには、本来的に不完備性が内在する。予見可能性を高めるためにも、「あるべき姿」を意識しつつ、ケース毎に議論を積み重ねることを通じて、思考プロセスの共有を進め、着実にその洗練を図っていくというサイクルを確立する必要がある。

---

\*1 発表者並びに委員及び発表者の所属する組織の見解を示すものでもない。

## 競争政策を考える懇談会

### 座長

根岸 哲 神戸大学大学院法学研究科教授

### 委員 (五十音順)

川浜 昇 京都大学大学院法学研究科教授  
小寺 彰 東京大学大学院総合文化研究科教授  
佐伯 仁志 東京大学大学院法学政治学研究科教授  
白石 忠志 東京大学大学院法学政治学研究科助教授  
田村 次朗 慶應義塾大学法学部教授  
手塚 裕之 西村総合法律事務所弁護士  
舟橋 英彦 松下電器産業(株)法務本部法務グループ公正取引室室長  
(中原 隆 前室長より交代)  
柳川 範之 東京大学大学院経済学研究科助教授  
柳沢 英介 旭硝子(株)法務室統括主幹部員  
渡邊恵理子 長島・大野・常松法律事務所弁護士

### 発表者

佐藤 勲平 西村総合法律事務所弁護士  
越知 保見 西村総合法律事務所弁護士  
中尾 雄一 松下電器産業(株)法務本部法務グループ公正取引室  
中山 隆志 経済産業省経済産業政策局産業組織課企画官