

不公正な取引方法の規制のあり方(覚書)

内 田 耕 作

I 問題の所在

独占禁止法(独禁法)の規制は、私的独占、不当な取引制限、不公正な取引方法の規制を3本柱とする理解か、それに企業結合の規制を加えて4本柱とする理解が一般的である¹⁾。いずれにおいても、不公正な取引方法の規制は一つの柱とされている。それは、独禁法に「第5章 不公正な取引方法」が置かれ、19条において「事業者は、不公正な取引方法を用いてはならない」と規定されていることによる。

不公正な取引方法の規制は一般に、他の規制と次のような関係にあると理解されている²⁾。「不公正な取引方法の禁止は、私的独占および不当な取引制限の禁止を補完するものであり、主として私的独占および不当な取引制限を未然に防止するものであるが(共同の取引拒絶、差別対価、不当廉売、抱き合わせ販売、排他条件付取引、拘束条件付取引の禁止など)、これにとどまらない独自の行為類型(ぎまんの顧客誘引、優越的地位の濫用の禁止など)も禁止の対象に含めている。」

もっとも、今日、独禁法による不公正な取引方法の規制に対しては、批判が大きい。異質論

が展開されているだけでなく、不要論・廃止論・解体論へとさらに進むこともある³⁾。法的対応としては、解釈論・立法論が、私的独占等の規制のあり方を含めて多様に展開されている。しかもそれは、狭く日本の独禁法による不公正な取引方法の規制に、またその実体的側面に限局されない。独禁法体系の国際的スタンダードへの整合、独禁法の執行・実現のあり方(フォーマルな執行かインフォーマルな執行かなど)とも切り結んだ、幅広い展開がなされている。他方、ごく最近では、外形的には逆方向といえる新たな展開もなされるに至っている。異質論の先鋭的な主導者である村上政博教授は、「不公正な取引方法の禁止の改正等については、当面手をつける必要もない」と説く⁴⁾。「すでに判例法上自由競争減殺型の不公正な取引方法の公正競争阻害性は一定の取引分野における競争の実質的制限と同一のものとなっている」ことがその論拠とされる。

存置論も、法規定の存在に形式的に依存するだけではすまない。存置の論拠を実質的に示した上で、規制のあり方を再確認する必要に迫られている。本稿において不公正な取引方法の規制のあり方を展望する所以である。もっとも、行為類型とその違法性にまで立ち入った規制の

1) なお、本稿では、4本柱と措定して論を展開する。

2) 根岸哲(編)『注釈独占禁止法』337頁〔根岸哲〕(有斐閣, 2009)。

3) 本稿では、異質論という言葉に不要論・廃止論・解体論を含めて用いる。そもそも論者の主張を截然と区別することは困難である。一体のものが、その時々で異質論・不要論・廃止論・解体論として表出するという方がよい。

4) 以下、村上政博「独占禁止法と国際ルールへの道——過去10年間の大きな成果と今後の課題」NBL1021号34、40頁(2014)。また、同「不公正な取引方法の理論上の脆弱性」国際商事法務41巻10号1475頁(2013)、「不公正な取引方法の各禁止行為とその理論上の脆弱性」国際商事法務41巻11号1623頁(2013)、「最重要課題としての3条の解釈論」国際商事法務41巻12号1812頁(2013)参照。

具体を明らかにすることはできない。規制の存在意義を明らかにし、規制の具体を検討するに際しての思考枠組みを整理するにとどまる。展望に際しては、競争法観が大きく問われることになり、異質論を踏まえる必要がある。

叙述は、次の順による。まず、異質論を紹介・検討する(Ⅱ)。次に、異質論の競争法観とは異なる、より広い競争法観を措定する(Ⅲ)。その後、不公正な取引方法の規制の存在意義を明らかにする(Ⅳ)。そして最後に、規制の具体を検討するに際しての思考枠組みを整理し、むすびとする(Ⅴ)。

Ⅱ 異質論の紹介・検討

代表として、村上政博教授の説と上杉秋則教授の説を各別に取り上げ、紹介する。その後、両説を比較検討し、異質論の特質と問題点を明らかにする。

1 村上説の紹介

すでに触れたように村上説はごく最近、新たな展開を見たが、本稿ではこの新たな展開を直接に取り上げることにはしない。取り上げるのは、それまでになされていた主張である。ごく最近の展開を導きかつ下支えする主張であり、何よりも、豊かな異質論を唱導していることによる。確かに、批判的検討を加えるために従前の主張を俎上に乗せることには慎重でなければならないが、異質論の特質と問題点を明らかにするのに必要不可欠と判断した。

まず、村上政博『独占禁止法の新展開』(判

例タイムズ社、2011)に専ら依拠して従前の主張を紹介する⁵⁾。その後、簡単なまとめをする。

(1) 基本となる考え

「独占禁止法の体系について私的独占の禁止、不当な取引制限の禁止、企業結合規制を三本柱と位置づけて、不公正な取引方法については、自由競争減殺型の行為類型については私的独占、不当な取引制限と一体化・一本化し、その他の行為類型については、優越的地位の濫用、顧客誘引、不正競争行為に分けることによって不公正な取引方法を解体する」(i - ii 頁)。

なぜ解体なのか。「国際的な競争法の基本体系」に合わせる必要があるということであろう(2頁)。独禁法は、「国際標準的な競争法制である米国反トラスト法を受け継いだにもかかわらず」、「昭和57年までに日本独自のものに変貌した」(5頁)。今日、「公取委も、日本経済の発展のためにも、国内法として日本国内で競争政策を推進していくことだけでなく、米国やEUの競争当局などとともに先進国間における共通事業活動ルール執行の一翼を担うとともに、これから東アジア、アジアにおける共通事業活動ルールの確立を主導していく形で、それらの動きに関与・貢献していくことが望ましい」(124頁)。

「独占禁止法における事後規制において、3条を中心にして規制していく基本体系を構築すると、今後は日本独自の規制である不公正な取引方法についてその規制の性格に応じて分割し、解体していくことが最大の課題となる」(24頁)。

5) 教授の近時の考えが体系的に把握できることと、上杉説との比較検討に有為であることによる。なお、本書後、教授はその主張をとみに先鋭化させており、また著作によって理解・表現が異なるところがあるが、逐一の指摘は行わない。本稿の検討に決定的な影響はないとの判断による。より近時の著作としては、『独占禁止法(第5版)』(弘文堂、2012)、『国際標準の競争法へ』(弘文堂、2013)、「独占禁止法と国際ルールへの道——独占禁止法の実体法をめぐる今後の課題」NBL948号25頁(2011)、「独占禁止法の基本体系・分析方法と基本概念・基本用語」公正取引728号45頁、729号63頁(2011)、「独占禁止法の使命——競争法の世界への貢献を」公正取引731号61頁(2011)、「独占禁止法と国際ルールへの道——手続法改革と実体法改革の現状と課題」NBL996号22頁(2013)、「現在における独占禁止法に関する主要な課題(上)」国際商事法務41巻5号649頁(2013)など参照。また、上杉秋則教授による本書『独占禁止法の新展開』の書評につき、公正取引727号108頁(2011)参照。

(2) 不公正な取引方法の解体

ア 総括的な主張 「一定の取引分野における競争の実質的制限と(不公正な取引方法の自由競争減殺型の行為類型の)公正競争阻害性とは同一の違法性基準であると解釈される。また、立法政策的には、現行の不公正な取引方法概念は解体して、自由競争減殺型の行為類型については私的独占、不当な取引制限と一体化・一本化し、その他の行為類型については、優越的地位の濫用、消費者保護規定、不正競争行為に分けることが望ましい」(1頁)。

ここには、解体の内容が総括されており、また解体の仕方として、解釈対応と立法対応が概括的に示されている。

イ 自由競争減殺型の行為類型(競争ルール) まず立法対応として、二つを示す(24-25頁)。一つは、「現行の私的独占・不当な取引制限を維持したまま、不公正な取引方法のうち、自由競争減殺型の行為類型を廃止する」ものである。「現行の独占禁止法の私的独占と不当な取引制限のままでも判例法によって単一競争ルールを形成できると考えられる」ことによる。そしてもう一つは、私的独占、不当な取引制限について規定を改めることによって、私的独占・不当な取引制限と不公正な取引方法とを一体化するものである。具体的な改正案を示し、「ここまで改正すると、私的独占の禁止、不当な取引制限の禁止が事後規制の中核規定であることがより明白になる」とする。

他方、「現行法制を維持する場合には、不公正な取引方法の自由競争減殺型の行為類型の公正競争阻害性は、不当な取引制限および私的独占の『一定の取引分野における競争の実質的制限』と同一であると解釈するべきである」と、解釈対応を示す(38頁)。

ウ その他の行為類型(競争ルール以外) 立法対応を具体的に展開する(10, 27,

37頁)。「不公正な取引方法の中で競争ルール以外のもの(不公正な競争手段型および自由競争基盤侵害型)は、競争ルールとは別個の、競争ルールから外れる規制として位置づけられる。」「競争ルール以外の不公正な取引方法は、消費者保護法である顧客誘引、日本独自の規制である優越的地位の濫用、不正競争法で規律すべき不正競争行為に大別し、顧客誘引、優越的地位の濫用、不正競争行為をそれぞれ法定することが理想的な法制といえる。」「これらについては、公正な競争を阻害するおそれという文言(要件)で特段問題はない。」

競争ルールから外れる規制を独禁法に法定することができる論拠は何か。それぞれ、次のところに求められる⁶⁾(10-11頁)。「米国、カナダ、オーストラリアなど英米法系の国では、競争法を担当する当局が消費者保護も担当している。……競争当局が強制調査権限を行使して摘発し未然に被害の拡大を防止することが有効であるとされている。」「各国とも、競争法において、各国の歴史に由来する、競争ルール以外の独自の規制を実施している。そこで、独占禁止法が優越的地位の濫用という日本独自の規制を実施すること自体に何ら問題はない。」「本来は不正競争防止法等に基づく、損害賠償請求、差止請求という司法救済でたりる行為であるが、これまで公取委による調査、排除措置命令という行政救済が実施されてきており、これにも価値があると評価される。」

また、次のようにも説く(26頁)。顧客誘引と優越的地位の濫用を「独立して独占禁止法上に規定しても、競争ルールを構成する現行の私的独占や不当な取引制限に何ら影響を及ぼさない。」「独占禁止法において、競争ルールと別に、それらの行為〔引用者注記：競争者に対する取引妨害など〕を不正競争行為として禁止することに問題はない。」

6) なお、優越的地位の濫用の規制、不正競争行為の規制は、「将来的に司法制度、訴訟手続の充実、整備によって行政救済から司法救済への流れが定着してくると、その役割は縮小していく」とされる(11頁)。

(3) 簡単なまとめ

村上説にあっては、国際的スタンダードへの整合化との関わりで、不正な取引方法の解体が展開される。なぜ国際的スタンダードへの整合が必要か。公正取引委員会(公取委)が、先進国間における共通事業活動ルール執行の一翼を担い、またアジアにおける共通事業活動ルールの確立を主導する形でそれに関与・貢献することが望ましい。併せ、そのことが日本経済の発展のためになる。

不正な取引方法の解体は、自由競争減殺型の行為類型と、その他の行為類型(不正な競争手段型、自由競争基盤侵害型)に分けて示される。前者については立法対応と解釈対応が、後者については立法対応が示される。立法対応は、現行法制の改変を求める主張であり、解釈対応は、現行法制を維持する場合の対応である。

自由競争減殺型の行為類型に係る立法対応は、それを私的独占・不当な取引制限と一体化・一本化するものであり、二つの方法を示す。一つに、現行の私的独占・不当な取引制限を維持したまま、自由競争減殺型の行為類型を廃止する。そしてもう一つに、私的独占・不当な取引制限の規定を改変することにより、一体化する。それに対し、解釈対応は、自由競争減殺型の行為類型の公正競争阻害性を、私的独占・不当な取引制限の「一定の取引分野における競争の実質的制限」と同一の違法性基準と解釈するものである。

他方、その他の行為類型に係る立法対応は、その他の行為類型を、消費者保護法である顧客誘引、日本独自の規制である優越的地位の濫用、不正競争法で規制すべき不正競争行為に大別し、

それぞれを競争ルールとは別個に法定することを求めるものである。

2 上杉説の紹介

上杉説は論理展開が複雑である。以下、本稿の問題関心に即して整理をし、全体像を把握する⁷⁾。その後、簡単なまとめをする。

(1) 独禁法運用ビジネスモデルの転換の必要性
なぜ公取委の「国際的評価が低いのか」との問いに、「学ぶべきことを学んでこなかった」からと答える。その上で、「欧米における競争政策の展開から学ぶべき」ことの一つとして、独禁法運用ビジネスモデルの転換を説く。

「公正取引委員会が依拠してきた独禁法運用のビジネスモデルが、今日の経済環境下では通用しなくなった」。「2004年のEU競争法モダニゼーションによって独禁法運用のビジネスモデルが根本的に変化したにもかかわらず、日本がまだ古いビジネスモデルを維持していることが原因である」。「どこかをいじれば良くなるというような代物ではない。ビジネスモデルそのものが陳腐化したのである」。

「2004年のEU競争法モダニゼーションの基本は、大胆な分権化」であり、「EU競争法の執行権限の加盟国への分権化と、民間への分権化に分けることができる」が、重要性が強調されるべきは、「民間への分権化」である。競争当局は企業からの申請に応じて個別適用除外を認める権限を放棄したため、企業は、「違反しないか否かのセルフアセスメント(自己評価)を余儀なくされることになった。これが、民間への分権化であり、自己責任の強化策である」。

7) 本節の叙述は、(1)~(4)が上杉秋則「欧米における競争政策の展開と日本—どこをどう学ばよいか—」公正取引727号2頁(2011)に、(5)が上杉秋則「なぜ、日本の独禁法は分かり難いのか—国際比較からの示唆」公正取引712号2頁(2010)に全面的に依拠している(煩雑となるのを避けるため、逐一引用頁を表記することはしていない)。併せ、上杉教授による一連の著作参照。「競争法の進化から何を学ぶか」公正取引690号34頁(2008)、「選択的流通制度に関する独禁法上のルールのあり方—日本でのルール設定は急務—」公正取引726号49頁(2011)、「国際水準に照らしたわが国独禁法の課題」国際商事法務41巻4号531頁(2013)など。また、上杉秋則ほか「公正取引委員会の将来像—畏敬される存在となるための具体的提言」公正取引723号28頁(2011)参照。

ハードコアカルテルとは異なり、合理の原則が適用される行為類型につき、「企業が自己評価することは容易ではない」。「この事態を受けて、欧州企業はリスク分散のために、法律事務所に助言を求める度合を高めるようになった」が、この方法が機能するのは、「欧州委員会が一括適用除外規則を制定し、かつ、その対象外となる行為の違法性判断基準及び分析方法・手順を示した詳細なガイドラインを公表するからである」。これは、「独禁法運用のビジネスモデルの革命である」。

(2) 独禁法運用ビジネスモデルの転換にとつての障害

「日本で、EUのような独禁法運用ビジネスモデルの採択は可能であろうか。問題は、可能か否かではなく、可能にすることである。」「ビジネスモデルの転換にとって障害となるのが、私的独占・不当な取引制限と不公正な取引方法の重複規制の存在である。」これが障害となるのは、「企業による自主的独禁法コンプライアンスを不可能にするからである」。

私的独占については「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」があるが、この内容が妥当であれば、「企業は排除型私的独占として規制を受ける事態を回避することは可能となる」。「排除型私的独占に該当するか否かは、専門家であればギリギリ判別可能である」ことによる。「しかし、不公正な取引方法に該当するか否かの判断要素や分析方法・手順を示す指針がないので(流通・取引慣行ガイドラインは今日使い物にならない……)、専門家でも確たる判断がし難い。」

「ここに、日本の独禁法体系の重要な欠陥、つまり、企業による法令遵守を可能とする仕組みになっていないという欠陥が露呈」する。「合法か非合法かの自己評価が可能な仕組みを用意せずして、企業に自主的な法令遵守を期待する方が無理というものである。」

(3) 独禁法運用ビジネスモデルの転換の効用

不公正な取引方法に該当するか否かの判断要素や分析方法・手順を示す指針がない状態であれば、「法令遵守に努める企業ほど慎重な行動を選択するしかなく、効率性向上策を追求する上での選択肢は狭まっている」。「横並び行動が支配した時代にはそれでも不都合はなかったが、差別化戦略で生き延びるしかない時代には明らかに不適合である。」「法令遵守に積極的な企業ほど選択肢は限られ委縮した行動を選択せざるを得なくなるから、これでは世界企業との格差は縮小させられないであろう。」

「独禁法体系は、競争当局が弱い時代には運用し易いことを基本とすることに実益があったが、コンプライアンスの時代には企業による自主的な法令遵守を容易とすることを基本としなければならない。」

(4) 不公正な取引方法への対応

「法解釈で対応可能な問題であり、競争当局がガイドラインにより方針を明確化すれば足りる」。望ましい対応は、「私的独占の規制範囲の法解釈を変更」し、「私的独占に不公正な取引方法を吸収する」方法である。しかし、「日本の現状を考えると、不公正な取引方法の禁止規定を私的独占の補完規定として活用し続けることは許容範囲と考える」とする。

(5) 解釈対応の具体

「基本概念の歪みを正面から受け止め(現在の解釈よりももっと歪ませ)、世界水準の独禁法の運用を図る」ことを目指す。違法性の程度に即して競争法上の禁止行為を再整理し、次のようにまとめる。「当然違法の行為」となるのは「競争者間のカルテル行為(ハードコアカルテル)」である。「合理の原則の適用される行為」となるのは、「競争者間の提携行為(株式取得を伴う提携を含む)」、「垂直的制限(互恵的に実施するもの)」、「単独行為(独占行為・市場支配力の濫用行為・互恵的でない垂直的制限)」。

「企業結合(株式取得を伴う業務提携を除く)」である。

不公正な取引方法に即して言えば、互恵的でない垂直的制限は単独行為に、互恵的に実施するものは垂直的制限に、それぞれ分属される。分属しがたいその余の行為類型は、別途の対応となる。具体的には、次のように整理される。「単独行為に入る不公正な取引方法には、排除型私的独占に関する独占禁止法上の指針で例示された、不当廉売(商品を供給しなければ発生しない費用を下回る対価設定)、排他的取引、抱き合わせ、取引拒絶・差別的取扱いのうち、排除型私的独占以外のものが入る。そして、互恵的に実施する行為(垂直的制限)は、引き続き不公正な取引方法として規制することとなる。」「以上の整理によってあふれる部分、すなわち、欺瞞的顧客誘引、不当な利益による顧客誘引、優越的地位の濫用については、村上教授の整理するとおりでよいと考える……。これらは、不正競争のカテゴリーに入るものとして、我が国独自の法運用を図れば足り」る。なお、「競争者に対する取引妨害は、少し整理が必要である。……ペンディングとしておこう」。

(6) 簡単なまとめ

上杉説にあっては、不公正な取引方法の規制に対する批判は、国際的スタンダードへの整合化、独禁法運用ビジネスモデルの転換、企業にとっての独禁法コンプライアンスの容易化と絡めて展開される。国際的スタンダードへの整合化に関わっては、国際的スタンダードの妥当性が暗黙裡に措定された上で、整合化の理由が、一つに公取委の国際的評価の高進に、そしてもう一つに日本企業と外国企業のオープンな法的環境の確保に求められているように思われる。独禁法運用ビジネスモデルの転換はEU競争法における民間への分権化・企業の自己責任の強化と整合性をとる観点から説かれ、日本においても転換可能としなければならないとされる。企業による自主的独禁法コンプライアンスが鍵

であるが、私的独占・不当な取引制限と不公正な取引方法の重複規制の存在が、それを不可能にしているとされる。企業にとっての独禁法コンプライアンスの容易化のためには、合法か非合法かを企業が自己評価することを可能とする仕組みを用意しなければならないとされる。法解釈で対応可能な問題であり、競争当局がガイドラインにより方針を明確化すれば足りるとされる。

かくして、望ましい対応は、「私的独占の規制範囲の法解釈を変更」し、「私的独占に不公正な取引方法を吸収する」方法であるが、「日本の現状を考えると、不公正な取引方法の禁止規定を私的独占の補完規定として活用し続けることは許容範囲と考える」との結論を得る。ここで留意しなければならないのは、許容範囲と考えられるのが、補完規定としての活用である。そしてこの前提で、解釈対応の具体として、競争法上の禁止行為を違法性の程度に即して再整理し、不公正な取引方法を分属させる。分属しがたい行為類型には別途の対応を示す。

3 村上説と上杉説の比較

どの程度意識的であるかは論者によって違うが、異質論には共通のシナリオがある。分節すれば次のようである。①競争法には国際的に通用するスタンダードがある。②そのスタンダードにこそ典拠すべき実体・手続がある。③日本の独禁法は国際的スタンダードから逸脱している。④特に不公正な取引方法の規制は異質である。⑤しかも不公正な取引方法の規制があるため、私的独占の規制、不当な取引制限の規制にゆがみが生じている。⑥そこで、法理の純粹化を図り、規制のゆがみを正し、競争法としての国際的スタンダード化を図らなければならない。異質論は大なり小なり、実態からではなく、言わば形からアプローチするという特徴を持っている。

これは大筋である。異質論の特質を一層明確

化・具体化する必要がある。村上説と上杉説の比較を手立てとしよう。この比較検討からは、また、両説の違いが分かる。この違いは、不公正な取引方法の規制のあり方を展望するに際しての別異の思考枠組みを整理するに当たり、有益な示唆を与える。比較に当たっては、①国際的スタンダードへの整合化、②競争法としての純粋化、③規制のゆがみとゆがみ是正の対応、④執行・実現のあり方、の四つを観点とする。

(1) 国際的スタンダードへの整合化

一般的に言えば、整合化の動因は二つある。一つはスタンダードの卓越性であり、もう一つは国際化それ自体の価値である。村上説であっても上杉説であっても、国際的スタンダードの卓越性が、明示的に言及するまでもない先見の前提とされているところがある。次に述べる競争法としての純粋化とも関わる。より興味深いのは、両説とも、自己目的とまでは言えないものの、国際化それ自体に大きな価値を見出しているように思われることである。異質論の起点を特徴づける。

村上説にあっては、整合化の理由は、公取委が先進国間における共通事業活動ルール執行の一翼を担い、またアジアにおける共通事業活動ルールの確立に主導的に関与・貢献することに力点が置かれている。上杉説にあっては整合化の理由は、公取委の国際的評価の高進と、日本企業と外国企業のオープンな法的環境の確保の二つに求められているように思われるが、前者の理由が切迫感を持って説かれている。公取委の国際的プレゼンスの高進に即して整合化の理由が説かれる点で、両説は共通している。

(2) 競争法としての純粋化

独禁法に即して言えば、何が異質かは措くとして、競争法から見て異質なものが混在する場合、純粋化が問題になる。何に照らしての純粋化か。現存の国際的スタンダードと、あるべき規範の二つがあり得るが、両説とも、卓越性を

前提とする国際的スタンダードに照らしての純粋化を説く。これも異質論の起点を特徴づける。

それでは、不公正な取引方法をどのように純粋化するか。村上説にあっては、自由競争減殺型の行為類型とその他の行為類型(不公正な競争手段型、自由競争基盤侵害型)に分け、前者は私的独占等と一本化・一体化し、後者は前者とは別個に法定するという形の純粋化を説く。上杉説も、望ましい対応は「私的独占の規制範囲の法解釈を変更」し、「私的独占に不公正な取引方法を吸収する」方法であるとの説示や、解釈対応の具体から、同様の純粋化を主張しているともみることができる。

(3) 規制のゆがみとゆがみ是正の対応

規制のゆがみはどこから生じるか。村上説は、自由競争減殺型の行為類型においてゆがみが生じるとし、私的独占・不当な取引制限と一体化・一本化することでゆがみを正すことを説く。他方、その他の行為類型(不公正な競争手段型、自由競争基盤侵害型)については、優越的地位の濫用、顧客誘引、不正競争行為に分け、競争ルールとは別個に法定することを説くが、それらが不公正な取引方法として独禁法に規定されることそれ自体からは規制のゆがみが生じるとは考えていない。上杉説は、ゆがみの淵源を「私的独占・不当な取引制限と不公正な取引方法の重複規制の存在」に求める。村上説と同質と言えよう。

もっとも、上杉説は、村上説と大きく異なる点がある。規制のゆがみを問題とする理由として、重複規制の存在が、「企業による自主的独禁法コンプライアンスを不可能にする」ことで、「ビジネスモデルの転換にとって障害」となる点である。この点は、執行・実現のあり方とも関わっている。

規制のゆがみはどのようにして正すか。解釈と立法がある。解釈は現行法制を維持する場合の対応であり、立法は現行法制を改変する場合の対応である。抜本的な対応は立法であるが、

立法をするまでもない、あるいは立法をし難い場合に解釈対応が採られる。

村上説は、自由競争減殺型の行為類型について立法対応と解釈対応を、その他の行為類型について立法対応を示す。しかも前者に関わって二つの立法対応を示す。それに対し、上杉説は、二つの解釈対応を示すのみで、立法対応は示していない。両説は、日本においては法改正が容易でないという認識で共通している。それでは、両説の違いはどこから生じるのか。一つに、村上説がより理念追求型であるのに対し、上杉説がより現実重視型であることに求めることができよう。そしてもう一つに、上杉説が構想する執行・実現の特異性に求めることができる。上杉説は、公取委によるガイドラインの明確化と企業による独禁法コンプライアンスという二段構えの手段に重きを置く。それは、解釈対応の範囲にある。

(4) 執行・実現のあり方

不公正な取引方法の禁止は、多様な手段によって達成される。公取委による執行が主たるものであるが、フォーマルな執行(排除措置命令・課徴金納付命令)があるだけではない。インフォーマルな執行(警告・注意、ガイドライン、相談)もある。その他、民事的救済(損害賠償、差止)によって実現される。また、自主規制やコンプライアンスによっても実現される。不公正な取引方法の規制のあり方は、実体面だけでなく、多様な執行・実現の手段と切り結んで模索されなければならない。

村上説は、不公正な取引方法の解体と関わって、執行・実現に言及することは少ない。「優越的地位の濫用の禁止について、公取委は、排除措置を命じて判例法を形成する優越的地位の濫用の禁止と、警告・注意で終了する日本独自の行政にあたる優越的地位の濫用の禁止とを区別

していくべきである」と主張する程度である⁸⁾。そこには、執行・実現のあり方を模索するまでもなく、不公正な取引方法は解体しなければならないとの確たる判断がなされているのであろうか。それに対し、上杉説は、公取委によるガイドラインの明確化と企業による独禁法コンプライアンスという二段構えの手段に重きを置く。そこには、執行・実現の壮大なパラダイム転換の企図があることを窺うことができる。この点で、村上説と上杉説は大きく異なる。この違いは、解釈対応なのか立法対応なのかとも関わっている。

4 異質論の特質と問題点

村上説と上杉説の観点ごとの比較から明らかになることすべてが、異質論に固有の特質というわけではない。規制のゆがみとゆがみ是正の対応、執行・実現のあり方の観点の下で明らかにされたことは、別異のアプローチを採る場合にも通用する。異質論に固有なのは、国際的スタンダードへの整合化、国際的スタンダードに淵源を求める競争法の純粋化であり、またそれらを前提に、規制のゆがみとゆがみ是正の対応、執行・実現のあり方を説くことである。

特質は問題点ともなる。確かに一国だけに基礎を置く狭量な独自性論に与することはできないが、米国・EUに単純に典拠する国際的スタンダード化に与することもできない。日本には日本の経済・社会・文化があるのであるから、その実態を踏まえた上で、具体的な規制を構築する道が選ばれなければならない。また、国際的スタンダードに淵源を求める競争法の純粋化も問題である。日本の独禁法にはそれ固有の蓄積があるのであるから、それを踏まえた規制の法理を構築することも考えられなければならない。国際的スタンダードへの整合化、競争法の純粋化は、考慮すべき一要因にすぎない。

8) 前掲(注5)の著書『国際標準の競争法へ』の310頁。その他、ガイドラインへの言及があるが、関心はルール形成にある。前掲(注5)のNBL948号論文の29-30頁など参照。

加えて、公取委の国際的プレゼンスの高進を強調していることも、異質論の特質である。国際的プレゼンスの高進は整合化の理由の一つであり得る。また、国際的プレゼンスの高進が整合化を駆動するとも言える。しかし、それに重きを置いて整合化を説くことには、違和感が残る。公取委の国際的プレゼンスの高進は結果である。

Ⅲ 別異の広い競争法観

純粹化を説く異質論の競争法観は原理的で狭い。多くの研究者に共有される競争法観でもあるが、それでいいのか。市場メカニズムの機能化と関わる限りでそのすべてを包摂する広い競争法観を措定し、それに基づいて不公正な取引方法の規制の存在意義を確かめ、また規制のあり方を展望することが必要ではないか。競争法観の再確認が不可欠である。

1 異質論が拠って立つ競争法観

村上説の競争法観の紹介・検討を中心とし、上杉説のそれについては簡単に触れるにとどめる。村上説の競争法観については、村上政博『独占禁止法〔第5版〕』(弘文堂、2012)に専ら依拠する。

競争法とは何か。「競争政策を実行するための法体系を指す。日本では独占禁止法、米国では反トラスト法、欧州連合(EU)では競争法と呼ばれる」とする(1頁)。

それでは日本では、独占禁止法の規制内容すべてが競争法に位置付けられるか。一方で次のように主張する(4頁)。「今日、競争法の基本体系、競争ルールという、国際的にはかなり明確なものとなっている。」「国際標準の競争法の基本体系では」、「競争法上の基本法制を、水平的制限規制、垂直的制限規制、単独行為規制、企業結合規制の四つに分類する」。他方、次のように主張する(4頁注5)。「競争法は国内法であるため、各国の経済環境に応じて、単独行

為規制、共同行為規制、および企業結合規制の3本柱・三大規制のほかに、その国固有の規制が設けられている。」問題は、後者の主張中の「その国固有の規制」をどう位置付けようとしているかである。

この点、「各国の競争当局とも、競争ルール〔引用者注記：競争法の各規制について定められた行為類型ごとの違法性基準(違法性判断基準)〕から乖離した、歴史的な経緯により生まれた各国固有(独自)の規制については、次第に慎重に運用するようになってきている」との主張が見受けられる(9頁)。また、次のようにも言われる。「独占禁止法は、日本特有の歴史的経緯のために、国際的な競争法体系と整合しない法制や独自の法運用を抱え込んだ」(14頁)。「独占禁止法は、米国反トラスト法を継受したが、1980年前半までに日本独自の体系に変化した」(15頁)。そこには、「その国固有の規制」を他の主要な規制とともに競争法として積極的に捉えようとする視点は乏しい。それどころか、異質なものとして競争法から排斥し、競争法としての純粹化を図ろうとしているようにさえ思われる。異質論が拠って立つ競争法観は原理的で狭い。

上杉説の競争法観も、不公正な取引方法への対応、解釈対応の具体(前出Ⅱ2(4)・(5))を見る限り、実体面では村上説の競争法観と同質と言えよう。

2 別異の広い競争法観の再確認

市場メカニズムの有効な機能化の諸要因を探りながら、広い競争法観を再確認する。またそれを支える論拠を示す。

(1) 市場メカニズムの有効な機能化の諸要因

市場メカニズムが有効に機能していると言えるためには、次のア～ウが満たされていなければならない。

ア 事業者間における公正かつ自由な競争と消費者による適正な選択 市場メカニズムが機能するためには、①事業者が公正かつ自由な

競争を行う、②消費者が適正な選択を行う、③その結果が事業者にフィードバックされる、という三つの要素が連関して働いていなければならない。①を供給サイドないし競争政策の問題、②を需要サイドないし消費者政策の問題として、分離独立して捉えるのでは十分でない。確かに、②は消費者政策ないし消費者法の一部、しかも主要な一翼を担うことは間違いない。しかし、それは、③からしても、競争政策ないし競争法の一部である。三つの要素をトータルに捉える必要がある。

イ 市場メカニズムの担い手の機能発揮 市場メカニズムの担い手となるのは、事業者と消費者である。市場メカニズムが機能するためには、単に事業者間の競争が妨げられていないだけでは十分でない。自由な競争が行われる基盤と競争手段の公正さが確保されることによって、事業者が付託された競争機能を発揮することができなければならない。また、消費者は、選択の幅(余地)が確保され、情報が提供され、その上で合理的な選択を行うことが可能でなければならない。そうでなければ、消費者は、付託された機能を発揮することはできない。市場メカニズムの担い手の機能発揮は、事業者の自由な競争と切り離して捉えることはできない。

ウ 消費者利益の確保への収斂 事業者間における競争は、消費者利益の確保と無関係に存立するわけではない。それは、消費者利益の確保へと収斂するものでなければならない⁹⁾。換言すれば、消費者の選択は、事業者間の競争を所与として、単純に後続するのではない。そもそも、事業者間の競争は、消費者による選択の幅(余地)の確保により羈束されている。事業者間の競争が評価に値するのは、単に供給者サイドから見て競争が妨げられていないことだけによるのではない。

(2) 広い競争法観とそれを支える論拠

狭い競争法観は、事業者間の競争に限局する。それに対し、広い競争法観は、市場メカニズムの機能化に関わる限りでそのすべてを包摂する。それは、次のア～ウの論拠により支えられている。

ア 独禁法の目的規定の構造 独禁法1条は、「公正且つ自由な競争を促進し」、もって、「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こと」を目的としている。問題は、「公正且つ自由な競争を促進」するとはどういうことかである。

狭い競争法観に従えば、次の理解となろう。「競争」とは、定義規定によれば、2以上の事業者が、次の行為をし、またはすることができる状態をいう(2条4項)。すなわち、「同一の需要者に同種又は類似の商品又は役務を供給すること」あるいは「同一の供給者から同種又は類似の商品又は役務の供給を受けること」である。他方、「促進」とは、独禁法においては一般に、競争秩序の積極的創造には及ばず、消極的維持にとどまるとされる。両者を合わせれば、「公正且つ自由な競争を促進」するとは、狭く、定義規定にいう競争に直接的に関わって、それが公正かつ自由であることを消極的に維持することである。

この理解が、目的規定の構造から導き出される唯一の理解であるか。「公正且つ自由な競争を促進」する手立ては、規定上、事業者間の競争に直接的に関わるものに限局されているわけではない。そうであれば、市場メカニズムの機能化に関わる限りでそのすべてを包摂するより広い競争秩序を消極的に維持することも、「公正且つ自由な競争を促進」することになり、ひいては一般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促進することになるのではないか。目的規定の構造は、この理解をも許

9) この点については、取引の自由に着目して論じたことがある。拙稿「取引の自由と独占禁止法」川濱昇ほか(編)『競争法の理論と課題』1頁(有斐閣、2013)参照。

容しているように思われる。

イ 競争に及ぼす影響 不公正な取引方法は一般に「私的独占等の予防・補完」型(村上説では自由競争減殺型の行為類型(競争ルール))と「競争・取引のルール」型(村上説ではその他の行為類型(競争ルール以外))に分けられるが、現行の不公正な取引方法の規制を前提とすれば、「競争・取引のルール」型に当てはまるのは、ぎまんの顧客誘引・不当な利益による顧客誘引、優越的地位の濫用、競争会社に対する内部干渉である。また、不当対価は、見方によっては、「競争・取引のルール」型に分類することができ、抱き合わせ販売等、競争者に対する取引妨害は、事案によっては、「競争・取引のルール」型に当てはまる。

問題は、「競争・取引のルール」型が、定義規定にいう競争に影響を及ぼすことはないかである。不当表示・不当利益により顧客誘引をする事業者は、競争者に比して有利となり、逆に競争者は不利となる。優越的地位を濫用する事業者は、その競争者に比して有利となり、逆に濫用の相手方となる事業者は、その競争者に比して不利となる。その他の行為類型も同様に見ることができ、定義規定にいう競争に影響を及ぼすといえることができる。

このように「競争・取引のルール」型も、定義規定にいう競争に影響を及ぼす。そこで定義規定にいう競争が公正かつ自由であることを消極的に維持することが、「公正且つ自由な競争を促進」することであると狭く解しても、「競争・取引のルール」型が競争とは無関係として先見的に排斥されることにはならない。逆に、「競争・取引のルール」型を含めて、競争法観を措定する必要があることが強く示唆される。ただ、競争に影響を及ぼすといっても「私的独占等の

予防・補完」型と比べて間接的であり、また影響のレベルに違いがあることから、別異の類型として整序する選択肢が採られるに過ぎない。

ウ 市場メカニズムの実態に合った説明 競争法観は、市場メカニズムの実態をトータルに捉えるものでなければならない。市場メカニズムが有効に機能するためには、定義規定にいう競争が公正かつ自由であるだけでなく、市場の担い手のそれぞれが付託された機能を発揮するとともに、事業者間における競争が消費者利益の確保に収斂する形で機能しなければならない。広い競争法観こそが、市場メカニズムの実態に合った説明を可能にする。

IV 不公正な取引方法の規制の存在意義

以下、広い競争法観に基づき、不公正な取引方法の規制の存在意義を「私的独占等の予防・補完」型と「競争・取引のルール」型に分けて確かめる。それに先立ち、多大な示唆を得たシンポジウム報告に対するコメント・再コメントを紹介しておくことが有益である¹⁰⁾。また、両型の違法性を統一的に捉える尺度を明らかにしておかなければならない。

1 シンポジウム報告に対するコメント・再コメント

川島富士雄教授は、東アジア競争法における不公正取引規制の実務と教育に係るシンポジウムにおける望月宣武氏の報告論文「日本における競争法教育と競争法実務との乖離¹¹⁾」に対するコメントにおいて、次のように説く¹²⁾。「独占禁止法に関する講義において、まず不公正な取引方法から論ずる方法を採用してきた」。

10) なお、本稿では取り上げることができなかったが、林秀弥「競争分野における国際協力」名古屋大学法政論集 250号217、259-261、263-266頁(2013)も、極めて示唆的である。

11) 新世代法政策学研究13号27頁(2011)。

12) 川島富士雄「望月宣武氏報告『日本における競争法教育と競争法実務との乖離』に対するコメント」新世代法政策学研究13号63、67頁(2011)。

「その趣旨は、私的独占と不公正な取引方法の間の深い相互関係に照らせば、私的独占よりも、むしろ不公正な取引方法から論じた方が、学生にとって理解が容易であると考えためである」。「自由競争減殺型の一類型である投入閉鎖型の競争者排除行為に関し、第1に、排除効果の有無を検討することで、不公正な取引方法の成否をまず決し、第2に、さらに『競争の実質的制限』の有無を検討することで、私的独占の成否を決定すればよいとする分析手法を提案したことがある」。

また、次のように説く¹³⁾。「不公正な取引方法、特に能率競争阻害型や自由競争基盤侵害型により重点を置いた教育をすべきとの提案については、必ずしも手放しで同意できない」。「実務において量的な件数が多いとしても、これらの類型に関し、教育上多くの時間を割く必要がどこまであるのか疑問がある。」

それに対し望月氏は、後者のコメントに対して次のように再コメントする¹⁴⁾。「筆者が指摘する教育と実務の乖離とは、教育時間(教育資源の配分)の問題ではなく、競争法教育における自由競争を頂点とした理論体系に対する疑問(そもそも自由競争は競争法の最上位命題であるか)である。」

実務と教育に関わっての、またシンポジウムにおける報告論文に対するコメントと再コメントであることに最大限の留意をする必要があるが、議論の応酬から多大な示唆を得た。着目したのは、川島教授のコメントでは、独禁法講義において不公正な取引方法から論ずる教育方法と、自由競争減殺型の一類型である投入閉鎖型の競争者排除行為に関する分析手法の二点であり、望月氏の再コメントでは、競争法教育における自由競争を頂点とした理論体系に対する

疑問(そもそも自由競争は競争法の最上位命題であるか)である。得られた示唆を逐一示すことはできないが、次節以下の展開に大きく反映されている。

2 違法性を統一的に捉える尺度

「私的独占等の予防・補完」型と「競争・取引のルール」型を不公正な取引方法として一体的に規制するためには、両型の違法性を統一的に捉える尺度がなければならない¹⁵⁾。

日本の現行独禁法においては、事業者の行為は一般に、競争制圧(支配・排除行為)による競争制限が私的独占、競争回避(共同行為)による競争制限が不当な取引制限、結合による競争制限が企業結合、不公正取引による競争損害が不公正な取引方法として整序される。そして私的独占等の規制が主たる規制と位置付けられるのに対し、不公正な取引方法の規制は従たる規制と位置付けられ、私的独占等の予防的・補完的規制としての機能と、競争ないし取引のルールを守るものとしての独自の意義を有するとされる。問題は、不公正な取引方法の違法性が私的独占等の違法性とどう違うかである。

重複適用をしないという前提に立てば、「私的独占等の予防・補完」型の規制対象は、市場メカニズムの機能化を妨げる行為から私的独占等となる行為を除いた残りとなる。とは言え、単純に違法性レベルの高低で私的独占等と不公正な取引方法が区別され、競争それ自体への影響が小さい場合に不公正な取引方法として規制されるわけではない。競争それ自体への影響が相応にある場合に限られ、しかもその影響が行為類型との見合いで判断されなければならない。要するに、競争の実質的制限になるとまでは言えないが、行為類型との見合いで競争それ自体

13) 川島・前掲(注12)68頁。

14) 望月宣武「川島富士雄教授のコメントに対するコメント」新世代法政策学研究13号71頁(2011)。

15) 誤解を避けるために付言すれば、ここで追究しているのは、公正競争阻害性の具体ではない。不公正な取引方法として両型を一体的に規制することを論理づける統一的な違法性の尺度であり、公正競争阻害性の解明に先行する作業である。

への影響が相応にあるものが、不公正な取引方法として規制対象となる。ここに、予防的・補完的規制の意味合いがある。違法性を捉える尺度は、市場メカニズムの機能化に鑑みての競争秩序への影響の実質性ということになる¹⁶⁾。

他方、「競争・取引のルール」型の規制対象は、競争・取引のルールと大雑把に言うことができるが、そのすべてではない。市場メカニズムの機能化に実質的に関わる行為類型に限定される。しかも、競争者保護の観点からではなく、競争保護の観点から捉えられなければならない。もっとも、「私的独占等の予防・補完」型とは性質を異にする類型であるので、競争それ自体への影響は問わない。要するに、競争それ自体に影響を及ぼすとしてもそれは問わず、行為類型との見合いで競争秩序に実質的な影響があるものが、不公正な取引方法として規制対象となる。違法性を捉える尺度は、ここでも、市場メカニズムの機能化に鑑みての競争秩序への影響の実質性ということになる¹⁷⁾。

以下、村上説を批判的に検討しながら、両型の規制の存在意義を各別に確かめる¹⁸⁾。

3 「私的独占等の予防・補完」型規制の存在意義

代表として、共同の取引拒絶、不当廉売、再

販売価格の拘束を取り上げる。競争の実質的制限になるとまでは言えないが、行為類型との見合いで競争それ自体への影響が相応にあることが、規制対象とされる理由となる。以下、若干の敷衍をする。もっとも、その前に、村上説の基本的認識に触れておくことが有益である。

(1) 村上説の基本的認識

村上教授は、「私的独占等の予防・補完」型規制の存在意義に関わって、次のように説く¹⁹⁾。「自由競争減殺型の不公正な取引方法の行為の公正競争阻害性については、一定の取引分野における競争の実質的制限と同一のものと解釈することにより、この違法性の水準の問題は解釈論で解決されている」。「不当な取引制限・私的独占と不公正な取引方法の関係についても、今日では、自由競争減殺型の不公正な取引方法の公正競争阻害性については、『当該取引に係る市場における競争機能を損なうこと』すなわち『一定の取引分野における競争を実質的に制限すること』という解釈論が成立している。」

しかし、これは、教授の立論の前提を述べたに過ぎないのではないか。詳述することはできないが、競争の実質的制限の理解²⁰⁾と相まって、大いに疑問である。

16) このことを前提に、公正競争阻害性の解明が図られることになる。標準的な理解に従えば、「私的独占等の予防・補完」型の公正競争阻害性は、自由競争の減殺ということになる。岸井大太郎ほか『経済法〔第7版〕』218-220頁〔川島富士雄〕(有斐閣、2013)参照。

17) このことを前提に、公正競争阻害性の解明が図られることになる。標準的な理解に従えば、「競争・取引のルール」型の公正競争阻害性は、競争手段の不公正さ、自由競争基盤の侵害ということになる。岸井・前掲(注16)参照。

18) なお、「私的独占等の予防・補完」型規制に関わっては、ごく最近の文献から引用している。従前の主張と基調は変わらず、またごく最近の文献の方に、まとまりのある主張を見出すことができたことによる。この点は変則的である(前出II 1参照)。

19) 村上政博「不公正な取引方法の理論上の脆弱性」国際商事法務41巻10号1475、1476、1477頁(2013)。

20) 多摩談合事件(新井組)事件(最判平成24年2月20日民集66巻2号796頁)は、「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ついて、東宝・新東宝事件東京高裁判決の定義を否定して、違法性レベルを大幅に引き下げることを実現した」と理解する。村上政博「現在における独占禁止法に関する主要な課題〔上〕」国際商事法務41巻5号649、655頁(2013)。しかし、この理解は特異である。一般的な理解については、例えば、和田健夫「入札談合における不当な取引制限の要件——多摩談合事件(新井組)最高裁判決」平成24年度重要判例解説240頁(2013)参照。

(2) 共同の取引拒絶

村上教授は次のように主張する²¹⁾。「水平的制限として、相互拘束は、カルテル、共同の取引拒絶、情報交換活動、共同生産、共同研究開発、規格設定などに分類される。それら行為類型ごとに不当な取引制限の禁止によりルールが設定される。」「共同行為規制の基本禁止規定である不当な取引制限の禁止の各要件に妥当な解釈が確立したからには、共同研究開発、規格設定、さらには情報交換活動、共同生産等についても不当な取引制限の禁止のみによって規制できる。」「この点で、独占禁止法上不正な取引方法の禁止も併せて適用されるとしている運用(ガイドライン)は過去の不正な取引方法を不正競争法的に運用してきた悪影響が残っているものであって、これからは止めるべきである。」

この点、「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」は、競争者との共同ボイコットも取引先事業者等との共同ボイコットも、競争制限となる場合には不当な取引制限として違法となり、競争制限にまでは至らない場合であっても、一般に公正競争阻害性があり、原則として不正な取引方法として違法となるとする。ここには、競争の実質的制限になるとまでは言えないが、行為類型との見合いで競争それ自体への影響が相応にあることが、規制対象とされる理由となるとの認識を読み取ることができる。

(3) 不当廉売

村上教授は次のように主張する²²⁾。「単独行為規制については、排除型私的独占について、排除行為とは、他の事業者の事業活動を困難にさせる行為をいい、2条5項の『一定の取引分野における競争を実質的に制限する』とは、当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうことをいうとする妥当な解釈が成立しつつあ

る。」「しかも、排除型私的独占の排除行為については、排除型私的独占に関する独占禁止法上の指針によって、すでに、排他的取引、抱き合わせ、略奪的価格設定、差別的価格設定、単独の取引拒絶、一連の行為、非定型行為という国際標準の行為類型が導入されている。後は、排除型私的独占のあるべき解釈論に合致させるように排除型私的独占に関する独占禁止法上の指針を改定することで足りる。」

この点、「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」は、排除型私的独占禁止に係る事件として審査した結果、排除型私的独占に該当すると認められない場合であっても、不正な取引方法等の独禁法規定に違反する行為として問題になりうることは言うまでもないとする。ここにも、競争の実質的制限になるとまでは言えないが、行為類型との見合いで競争それ自体への影響が相応にあることが、規制対象とされる理由となるとの認識を読み取ることができる。

(4) 再販売価格の拘束

村上教授は次のように主張する²³⁾。「垂直的制限に分類される行為類型についてはこれまで不正な取引方法(再販売価格の拘束または拘束条件付取引)に当たるとして19条(不正な取引方法の禁止)が適用されてきた。しかし、これまで垂直的制限で不正な取引方法(再販売価格の拘束または拘束条件付取引)に当たるとされてきた行為については、不当な取引制限の合意または意思の連絡による相互拘束を充足する。競争の実質的制限についても『当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうこと』という実質的要件の下で妥当なルールを構築できる。」「たとえば、再販売価格維持のルールについては、当該事業者の市場占有率が20%ないし30%を超えるときには原則違法であるとしたう

21) 村上・前掲(注19)1475-1476頁。

22) 村上・前掲(注19)1476頁。

23) 村上・前掲(注19)1476頁。

えて、例外としての許容事由を設けていくことが相当である。」「このように、今日垂直的制限は不当取引制限の禁止によってすべて規制することができる。」

しかし、今日、垂直的制限を不当取引制限の禁止によって規制することができるかは疑問である²⁴⁾。たとえ規制の対象とすることができるとしても、市場メカニズムの機能化を妨げる行為のすべてを不当取引制限として実際に規制することができるかは疑問である。競争の実質的制限になるとまでは言えないが、行為類型との見合いで競争それ自体への影響が相応にある場合、不公正な取引方法の規制対象とすることに意義はある。

4 「競争・取引のルール」型規制の存在意義

代表として、ぎまんの顧客誘引、優越的地位の濫用、競争者に対する取引妨害を取り上げる。競争そのものへの影響は問わず、行為類型との見合いで競争秩序に実質的な影響を及ぼすことが、規制対象とされる理由となる。以下、若干の敷衍をする。

(1) ぎまんの顧客誘引

村上教授は、ぎまんの顧客誘引の規制を独禁法に法定することができる論拠を次の点に求める²⁵⁾。「米国、カナダ、オーストラリアなど英米法系の国では、競争法を担当する当局が消費者保護も担当している。」この論拠は外形的なものに過ぎないが、村上教授の競争法観からすれば、これ以上の論拠付けは不必要であろう。

しかし、競争法を担当する当局が副次的に規制する課題にとどまるかについては疑義がある。

確かにぎまんの顧客誘引の規制は消費者法の主要な課題の一つであることに間違いはないが、広義の競争法観に照らせば、競争法の大きな課題の一つである。ぎまんの顧客誘引は、消費者に不適正な情報を提供することで、消費者が付託された競争機能を発揮するのを妨げる。また、ぎまんの顧客誘引をする事業者は、競争者に比して有利となり、逆に競争者は不利となる。その限りで、競争秩序に実質的な影響を及ぼす。

(2) 優越的地位の濫用

村上教授は、優越的地位の濫用の規制を独禁法に法定することができる論拠を次の点に求める²⁶⁾。「各国とも、競争法において、各国の歴史に由来する、競争ルール以外の独自の規制を実施している。そこで、独占禁止法が優越的地位の濫用という日本独自の規制を実施すること自体に何ら問題はない。」この論拠は外形的なものに過ぎないが、村上教授の競争法観からすれば、これ以上の論拠付けは不必要であろう。

しかし、優越的地位の濫用は、自由な競争が行われる基盤を侵害することで、事業者が付託された競争機能を発揮するのを妨げる。また、優越的地位を濫用する事業者は、その競争者に比して有利となり、逆に濫用行為の相手方となる事業者は、その競争者に比して不利となる。その限りで、競争秩序に実質的な影響を及ぼす。

(3) 競争者に対する取引妨害

村上教授は、競争者に対する取引妨害の規制を独禁法に法定することができる論拠を、「本来は不正競争防止法等に基づく、損害賠償請求、差止請求という司法救済でたりる行為であるが、これまで公取委による調査、排除措置命令とい

24) 問題状況については、岸井・前掲(注16)94-95頁〔和田健夫〕参照。

25) 村上政博『独占禁止法の新展開』10頁(判例タイムズ社、2011)。もっとも、ごく最近は、「景品表示法の消費者庁への移管によって、独占禁止法は消費者保護法としての役割をなくした」、ぎまんの顧客誘引の規制権限は「実質的に消費者庁に移管され」ており、「ぎまんの顧客誘引(8項)……も適用されることのないものとなっている」と説く。村上・前掲(注19)1478頁参照。

26) 村上・前掲(注25)10頁。

う行政救済が実施されてきており、これにも価値があると評価される」ことに求める²⁷⁾。

しかし、本来は不正競争防止法等に基づく司法救済で足りる行為であるとする事と、これまでの公取委による行政救済の実施にも価値があると評価されるとする消極的な評価のスタンスには、疑義がある。確かに、事業者間の私的な関係と捉えることができる面があることは間違いない。問題は本来的であるかである。競争者に対する取引妨害が競争秩序に実質的な影響を及ぼす限りで、本来的に事業者間の私的な関係と割り切って捉えることはできない。競争者に対する取引妨害は、事業者が付託された競争機能を発揮するのを妨げる。また、消費者から選択の幅(余地)を奪うことで、消費者が付託された機能を発揮するのを妨げる。また、取引妨害をする事業者は、取引妨害をされる事業者に比して有利となり、逆に取引妨害をされる事業者は不利となる面がある。その限りで、競争秩序に実質的な影響を及ぼす。

V 不公正な取引方法の規制の具体を検討するに際しての思考枠組み

以上の検討を踏まえ、不公正な取引方法の規制の具体を検討するに際しての思考枠組みを整理すれば、次のようになる。まず、広い競争法観に基づき、市場メカニズムの機能化を妨げる行為が網羅されているかを再点検する。次に、妨げる行為が整序され、規制体系が適切に構築されているかを再確認する。規制体系と現行の法規定の間に齟齬があれば、立法対応を採る。運用にゆがみが生じていれば、それが生じる由縁と対応方法を明らかにし、是正を図る。また、実態を踏まえた最適の執行・実現のあり方を探り、併せ公取委の役割を再確認する。

外形をなぞるにすぎず、言わでものことであるが、以下、再確認の意味を込めて若干の敷衍をし、本稿のむすびとする。

1 広い競争法観に基づく妨げる行為の網羅

市場メカニズムの機能化と関わる限りでそのすべてを包摂する広い競争法観に基づき、市場メカニズムの機能化を妨げる行為が網羅されているかを再点検する。

妨げる行為は、時代・社会により違っている。経済活動の発展とともに多様化・複雑化する。グローバル化した経済活動に関わる事柄として多くの国で共通しているが、それぞれの国の経済・社会・文化を反映した固有のものもある。網羅的に独禁法の規制対象とされているかは、絶えず点検されなければならない。

日本の経済・社会・文化の実態を踏まえ、また日本の独禁法の蓄積を踏まえれば、行為類型は競争・ビジネスのルールまで含めて広い範囲を取り、違法性も、競争そのものに及ぼす影響は限定的であるが競争秩序に多大な影響を及ぼすものまでカバーすることになる。何よりも、競争法とは無関係と先見的に排除することがあってはならない。漏れがあれば、見直しをする。

2 妨げる行為の整序と規制の体系化

妨げる行為が整序され、規制体系が適切に構築されているかを再確認する。要件面では、行為類型と違法性に注目することになる。日本の現行独禁法を前提とすれば、不公正な取引方法の規制を従たる規制と位置付け、私的独占等を除いた、妨げる行為の残余を不公正な取引方法に仕分ける。この枠組みは、それ自体としては明快である。

不公正な取引方法の規制の体系化に問題があるということであれば、再構築が課題となる。主たる規制である私的独占等の規制の体系の再確認ないし再構築を前提として、それとの関わりで行われなければならない。何よりも、妨げる行為の残余が整序され、従たる規制としての

27) 村上・前掲(注25)10-11頁。

意味合いが明確になる規制体系が構築されていなければならない。不公正な取引方法の存在意義と関わる問題である。とりわけ、不公正な取引方法の違法性が私的独占等の違法性とどう違うのかが明確にされていなければならない。私的独占等の予防的・補完的規制の意味、競争ないし取引のルール上の必要性が問われている。妨げる行為ごとに行為類型と違法性を一体として捉え、その上で、「私的独占等の予防・補完」型と「競争・取引のルール」型の2型(あるいはそれらの「混合」型を含めて3型)に分けて整序され、規制の体系化が図られていなければならない。特に議論がある「私的独占等の予防・補完」型について言えば、単純に違法性レベルの高低で私的独占等と不公正な取引方法が区別されるわけではない。大雑把に言えば、競争の実質的制限になるとまでは言えないが、行為類型との見合いで競争秩序に実質的な影響を及ぼすものが、予防的・補完的に、不公正な取引方法として規制対象となるのである。再構築された規制体系と現行の法規定の間に齟齬があれば、立法対応を採ることになる。

なお、規制の体系化に当たっては、法規定の一般性・個別具体性にも留意しなければならない。あらゆる事態に対処するためには、一般的な法規定が望ましい。他方、判断基準の明確性・予見可能性を確保するためには、個別具体的な法規定が望ましい。独禁法規定を全体として見た場合の、また不公正な取引方法に係る規定に即しての、行為類型・違法性の一般性はどこまで許容されるか、逆に個別具体性はどこまで求められるかが再検討されなければならない。執行・実現のあり方、法運用における公取委の役割とも絡めて解かなければならない問題である。不公正な取引方法に限れば、行為類型についてはある程度の個別具体性が不可避となろう。広い競争法観を措定すれば、特にそう言える。

3 規制のゆがみとゆがみ是正の対応

私的独占・不当な取引制限として規制すべき

ものを不公正な取引方法として規制すれば、ゆがみが生じ得る。そのことを根拠に、不公正な取引方法の規制が論難されることがある。しかし、不公正な取引方法の規制は私的独占等の予防的・補完的規制として位置付けられているのであるから、主たる規制である私的独占・不当な取引制限の規制を中心に見直すことが先決となる。予防的・補完的規制が存在するから主たる規制がないがしろになるとの主張は、主客逆転である。またそこには、不公正な取引方法の規制の必要性は乏しいとの判断が潜在している。しかし、妨げる行為は網羅的に禁止されなければならない。予防的・補完的規制としての不公正な取引方法の規制はそのためにある。

規制にゆがみが生じているか、またその原因はどこにあるかが点検されなければならない。規制のゆがみが生じる原因が法運用の不適切さにあれば、解釈対応の問題である。私的独占・不当な取引制限の規制の運用の見直しを先決とし、必要があれば不公正な取引方法の規制の運用を改めることになる。それに対し、背後に法体系上の不備があるということであれば、立法対応が必要となる。主たる規制である私的独占・不当な取引制限の規制を中心に立法対応を採ることが先決となり、必要に応じて従たる規制である不公正な取引方法の規制に係る立法対応を採ることになる。

事態を複雑にしたのは、平成21年に課徴金制度導入のため不公正な取引方法の定義規定(2条9項)が改正されたことである。本改正までは指定方式が採られ、不公正な取引方法は指定の行為類型しか存在しなかった。改正により法定の行為類型と指定の行為類型が存在することとなったが、法定化は課徴金制度導入のためであり、内容上の実質的変更はないとされている。混乱が生じ得るとすればそれは立法技術から来ることであり、解釈対応ができる問題である。要件面に着目する限り、平成21年改正を考慮に入れる必要は特にない。

4 執行・実現のあり方

執行・実現はトータルに考えられなければならない。不公正な取引方法の行政的規制については、フォーマルな執行(排除措置命令・課徴金納付命令)だけでなく、特にインフォーマルな執行(警告・注意、ガイドライン、相談など)が大きな課題となる。また、事業者・事業者団体による自主規制やコンプライアンスも課題である。

インフォーマルな執行、自主規制には留意すべきことも多々あるが、インフォーマルな執行を自主規制・コンプライアンスと結び付けること、大企業向け対応と中小企業向け対応をそれぞれの特質に応じて別建てとすること、しかも効率的であること、がポイントとなる。そのことにより、実効性を伴う執行・実現の体制が構築されることになる。

点検は、この観点からなされなければならない。具体的には、不公正な取引方法を行う主体、競争秩序に実質的な影響を及ぼす範囲の広狭、執行・実現の主体を組み合わせ、最適の執行・実現体制を構想する。とりわけ、次のことが不可欠となろう。①特に中小企業が行う、競争秩序に実質的な影響を及ぼす範囲が狭い不公正な取引方法については、公取委がインフォーマルな執行手段を新たに構築し²⁸⁾、是正を図る。②特に大企業が行う不公正な取引方法については、競争秩序に実質的な影響を及ぼす範囲の広狭を問わず、自主規制・コンプライアンスによって禁止を実現し、フォーマルな執行を補完する。③上記の①・②の前提として、また、①・②の実効性確保を目指して、公取委がインフォーマルな執行(ガイドライン、相談)をする。大幅な見直しが不可避となろう。

法運用における公取委の役割は、裁判所の役割が拡大することを前提としても、縮小するとは考えられない。フォーマルな執行だけでなく、インフォーマルな執行においてもますます、多面的で多様な役割を果たすことが期待される。

28) 警告は「法的措置を採るに足る証拠が得られなかった場合であっても、独占禁止法違反の疑いがあるとき」に、注意は「違反行為の存在を疑うに足る証拠は得られなかったが、独占禁止法違反につながるおそれのある行為がみられた場合」に、それぞれ採られることになっている。『平成22年度公正取引委員会年次報告』21頁参照。制度変更なしに警告・注意を活用することはできない。

Role and Function of the Regulation of Unfair Trade Practices (Notes)

Kosaku Uchida

The regulation of unfair trade practices, one of the main components of the Antimonopoly Act, has been heavily criticized. Critics insisting on revising the regulation may conclude that it is unnecessary and thus should be abandoned altogether. Retentionist counterparts should not base their arguments simply on the existence of laws and regulations. The basis of their claims needs to be provided in a practical manner. Moreover, they must be active in suggesting ways to regulate unfair trade practices. To this end, this paper will discuss the role and function of the regulation of unfair trade practices.

First, the revisionist view will be introduced and discussed (Ⅱ). Next, broader alternatives that offer different perspectives from the revisionist view will be explored (Ⅲ), followed by clarifying the significance of the regulation of unfair trade practices (Ⅳ). As a conclusion, a framework to enforce such regulations will be laid out (Ⅴ).