

## 経済法 第 1 回 04/10

担当 中川晶比兒

### I 経済法＝法分野(カテゴリー)

#### 【経済法で学ぶべき法律】

##### [1] 平成 31 年司法試験用論文掲載法令<sup>1</sup>

#### ○ 経済法

- ・ 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律
- ・ 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律施行令
- ・ 不公正な取引方法（昭和 57 年 6 月 18 日公正取引委員会告示第 15 号）
- ・ 入札談合等関与行為の排除及び防止並びに職員による入札等の公正を害すべき行為の処罰に関する法律
- ・ 下請代金支払遅延等防止法
- ・ 不当景品類及び不当表示防止法

##### [2] 市販六法の索引で探す場合の注意(通常呼び名と混同しないように)

- ①「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」<sup>2</sup> ⇒ 通常「独占禁止法(略して独禁法)」と呼ぶ。
- ②「不公正な取引方法(…告示第 15 号)」<sup>3</sup> ⇒ 通常「一般指定」と呼ぶ。

※ 以下では、独禁法を念頭に議論し、経済法という概念は使わない。<sup>4</sup>

### II 独禁法はどのような法律か？

#### 【条文を読むことから始めよう】

##### [1] 独禁法 1 条

「この法律は、私的独占、不当な取引制限及び不公正な取引方法を禁止し、事業支配力の過度の集中を防止して、結合、協定等の方法による生産、販売、価格、技術等の不当な制限その他一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより、公正且つ自由な競争を促進し、事業者の創意を発揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭及び国民実所得の水準を高め、以て、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する。」

##### [2] 禁止・防止の法律である

- ①私的独占、不当な取引制限、不公正な取引方法に該当する行為を禁止する。一定の M&A を事前に禁止する。
- ②法律を守らせるために、公正取引委員会による「排除措置命令」を用いる。<sup>5</sup>

##### [3] 競争を維持することを目的とする法律である

[3-1] 「独占禁止政策は、…「公正且つ自由な競争の促進」を図ることをその目標とするもので、そのゆえに、この政策は、競争政策とも呼ばれている。」<sup>6</sup>「市場における競争が自由であるためには、競争者の市場への参入・離脱が自

<sup>1</sup> 平成 29 年以降は私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律施行令が追加されている。同施行令は、課徴金売上額の特定方法や事前届出基準となる金額といった技術的に細かい事項を定めている。

<sup>2</sup> 法令名は「昭和二十二年法律第五十四号」である。

<sup>3</sup> 独禁法で禁止される行為(の一部)を定めている(委任命令である)ため、法律に準じて載せられている。

<sup>4</sup> 「国家による経済への政策的介入に関する法の全体」が経済法であり、そこには独占禁止法の他に、電気事業法、電気通信事業法、道路運送法といった個別産業についての法律も含まれる。実方謙二『独占禁止法[第 4 版]22 頁(有斐閣、1998 年)

<sup>5</sup> 「事業活動の不当な拘束を排除する」という表現にその趣旨が現われている。今村成和『独占禁止法入門[第 4 版]』9 頁(有斐閣、1993 年)

<sup>6</sup> 今村・入門 3 頁

由であり、且つ市場においては、競争関係にある者との競争が自由に行われてなくてはならぬ。「次に、公正な競争とは、良質・廉価な商品又は役務の提供という能率競争を中心として行われるもので、…この場合他の競争手段を用いることは、市場秩序を乱して取引の機会を得ようとすることを意味し、競争原理の上からは、公正なものとはいえないのである。」<sup>7</sup>

※ 競争をする主体は企業(法的には事業者)であるから、企業のビジネス活動を規制する法律ということ。

※ 「公正且つ自由な競争を促進」という文言は、独禁法が望ましいと考える事業者の行動理念・行動規範を示す。<sup>8</sup>ただし、この概念だけでは個別具体的な事例の違法性判断を導出することは困難。

[3-2]「独占禁止法…は、競争的な市場構造を維持したり、競争制限的な行為を禁止することによって、市場での競争条件を維持することを目的とする法律である。」<sup>9</sup>「独占禁止法は競争の維持を目的とするが、…競争が行われていない場合に企業に対し競争的に行動せよという命令を下すことはない。」「独占禁止法で維持すべき競争条件としては、(イ)市場での競争行動に対する人為的な制約がないこと、(ロ)市場構造が競争的であること、の二つがある。」<sup>10</sup>

「市場での競争行動に対する人為的な制約としては、参入規制などの公的な制約と、カルテルなどの事業者の競争制限行為による制約がある。…独占禁止法で対象とするのは後者の事業者の行為による制約である。」<sup>11</sup>「カルテル」とは、協定によって競争事業者が結合することをいう…。「不当な取引制限の禁止はカルテルを対象としたものの…。不当な取引制限…は…複数の事業者の間の相互拘束が要件で、これは協定の成立・実施により協定参加企業の競争行動が制約されるという側面をとらえたものである。」<sup>12</sup>「このほか、大規模な企業がその経済力を対外的に行行使して競争者などに圧迫を加えてその行動を制約する行為もある。」<sup>13</sup>

「競争的な市場構造とは、合理的にみて事業者が競争的行動をとることが期待できる市場構造である。市場構造の要素としては、当該市場での事業者の数・規模、参入障壁の大きさ、製品差別化の程度などがある。…競争的市場構造がなければ、そこでも競争的行動は期待できず、この点は寡占的市場構造で大きな問題である。」「市場構造自体を競争的なものに変えていくためには二つの方法がある。一つは、市場支配力を有する既存の企業を対象にし企業分割などの手段によって市場を競争的なものに変える方法…もう一つは、合併や株式保有等の手段によって企業結合が行われ市場支配力をもつ企業が形成されることを禁止する方法」<sup>14</sup>である。

※ 市場構造:ある商品の市場に有力企業が何社いるか、市場シェアの偏りはあるか、新規参入が起きているか

※ 「競争的な市場構造」という言葉には注意を要する。ある商品の市場が(他の商品の市場よりも)競争的かどうかを判定する指標は作れるとしても、それだけを根拠に独禁法が介入することはない。「寡占的市場構造＝競争的でない」という図式も単純化されすぎている(競争の結果数社しか生き残れない産業もある)。市場構造そのものではなく、合併や株式保有等といった市場構造を変化させる競争制限行為に規制をかけるのが原則。<sup>15</sup>

<sup>7</sup> 今村・入門 4 頁

<sup>8</sup> 「立法目的は、当該法律全体の性格を規定し、当該法律全体の指導的な解釈基準となるものである。」根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説〔第5版〕』19 頁(有斐閣、2015 年)

<sup>9</sup> 実方 1 頁

<sup>10</sup> 実方 16 頁

<sup>11</sup> 実方 16-17 頁

<sup>12</sup> 実方 18、24 頁

<sup>13</sup> 実方 19 頁

<sup>14</sup> 実方 17 頁

<sup>15</sup> 「市場構造の規制」と「競争制限的行動の規制」が別物であることを強調すれば、前者の規制範囲を拡大すること(規制の発動要件を緩めること)や、企業に命じる排除措置の種類を増やすこと(原状回復的な措置から原状改変的な措置への拡大)が可能となる。私的独占規制について、実方 63-64 頁を参照。

#### [4] 独禁法の経済的な立法目的(立法理由)

⇒ 競争が制限されている場合よりも、競争が自由かつ公正に行われている場合の方が望ましい  
(例)3社で競争していた産業で3社が1つに合併した場合。3社が価格カルテルをした場合。

##### [4-1] 自由かつ公正な競争が経済的に望ましい理由

①自由な競争が行われた場合の方が、市場でより多くの取引が成立する。

資源がより効率的に利用されるという意味で、「資源配分上の効率性(allocative efficiency)」が達成される。

②自由かつ公正な競争が行われることにより、取引相手はより有利な取引条件(価格・数量・品質)を獲得できる。「消費者余剰(consumer surplus)」が高まる。<sup>16</sup>

③自由な競争が行われていれば、技術革新(innovation)が活発になる。  
新商品の開発スピードが早まる、生産費用を下げる製法が開発されるなど。

##### [4-2] 競争が制限されると、

①市場で成立する取引量が減る(高く買えない買い手の問題)

本来ならば(競争があれば)市場取引で実現できたはずの価値が実現されないという意味で、死重損失(dead weight loss)の発生という。

②競争があった場合の取引条件よりも不利な取引条件(高い価格)で買われる  
消費者余剰の移転という。<sup>17</sup>

.....しかし、企業にとっては競争を制限することで利潤を増やせるので、競争制限行為が行われうる。

※ 経済学では①の視点(すなわち社会で実現される価値全体の大きさ<sup>18</sup>)の方が、②の視点(価値をどう分けるか、分配上の公平さ)よりも重視される。しかし、紛争解決を任務とする法学では、不利益を被る側の視点を無視できない。なお、値上げと取引量の減少は多くの場合に同義である(同時に起こる)。

※ 独禁法では、「当該行為(被疑違反行為)が行われた場合」と「当該行為がない場合」を比較して、どちらが市場取引を活性化させるか(取引条件が取引相手にとって改善されるか)を検討するのみ。競争的価格(取引条件)とは、当該行為がない場合の価格(取引条件)のこと。<sup>19</sup>

##### [4-3] 独禁法の立法目的は経済的目的だけで説明仕切れるか。

私的経済力の抑止<sup>20</sup>や少数者による産業支配への警戒が言われることもある。これらは政治的・社会的安定性を図るために独禁法を立法・強化する動機にはなりうる。

<sup>16</sup> 買い手競争の場合には売り手の余剰が高まる。

<sup>17</sup> 例えば入札談合は、買い手が競争的な価格で契約する利益を侵害するものとして、談合企業に対する損害賠償請求が認められてきた。

<sup>18</sup> 厳密には経済学では売り手と買い手に残る余剰の総計(total welfare)を基準にするので、取引量の増減と社会的総余剰の増減は必ずしも一致しない(例えば、企業数が減って価格は上昇するが非効率な企業がなくなって生産性が高まる場合)。

<sup>19</sup> 中川晶比兒「グローバル化時代の独占禁止法:国際的な法形成起点と域外適用」社会科学研究 69巻1号111頁注84(2018年)。

<sup>20</sup> 「特定の経済単位が価格・産出量などを決定するのではない状態のこと(実方3頁)で、「経済社会での分権性を維持する」もの(実方5頁)とされる。

## 【紛争解決手段としての独禁法】

## [1] 独禁法が行う利害調整・紛争解決の局面

「独禁法が扱う紛争において登場する利害関係者は、独禁法違反行為をしたとされる「違反行為者」、違反行為者の「取引相手」(違反行為者からみて買い手または売り手)、「競争者」の三者である。…「競争者」は違反行為者の競争者のほか、取引相手の競争者も含みうる。取引相手は、事業者の場合も消費者の場合もある。独禁法は、被疑違反行為者が行った(あるいは行おうとしている)取引方法に関する利害関係者間の紛争を解決するための法律である。独禁法の実体規定は、禁止される行為を定める禁止規範である。すなわち独禁法の実体規定は、潜在的紛争当事者の一方に行為義務(作為・不作為義務)を課し、その遵守に行政機関を関与させるという手法をとる法律である。言い換えると、潜在的紛争当事者間に予め権利・義務(法律関係)を設定する法律ではない、ということになる。」<sup>21</sup>

※ 独禁法の遵守を確保する行政機関として、公正取引委員会(公取委)がある。

## [2] 独禁法における一般消費者の利益の位置付け

## [2-1] 一般消費者の利益は常に独禁法によって保護されるか？

※ 競争制限行為によって値上げ等の被害を受けるのは、違反行為者の取引相手(及び違反行為者の競争者)だが、取引相手は事業者の場合と消費者の場合がある。売り手の独禁法違反行為により、買い手事業者が直接被害を被った場合に、買い手から購入した消費者までその被害が波及する(値上げを転嫁される)かは、一概には言えない。その意味で、一般消費者(最終消費者)の利益侵害は独禁法違反行為の成否において常に考慮しなければならないわけではない。<sup>22</sup>

ただし、消費者取引(BtoC)をめぐる独禁法違反行為の場合には、「公正且つ自由な競争を促進」することが、「一般消費者の利益を確保する」とことと常に一致する。

## [2-2] 一般消費者の利益の多義性

石油カルテル最高裁判決・最二小判昭和59年2月24日刑集38巻4号1287頁は、「独禁法の…直接の保護法益である自由競争経済秩序」に反する独禁法被疑違反行為によって、何らかの利益が守られる場合には、自由競争経済秩序と当該行為によつて守られる利益とを比較衡量することを認める。すなわち、比較衡量の結果、『一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進する』という同法の究極の目的」に実質的に反しないと認められる例外的な場合には独禁法に違反しないとされた。<sup>23</sup>

※ 最高裁によれば、究極目的にいう一般消費者の利益は、独禁法の適用によって守られる経済的利益(競争的な取引条件を享受する利益)に限定されない。それよりも広く、消費者利益と観念できるもの一般を含んでいる。一般消費者の利益を「確保する」ことがどのような内容なのか(消費者利益が一部損なわれてもよいのか)も不明。

## [3] 独禁法は市場競争万能主義ではない

独禁法の禁じる競争制限行為が「あるとき」と「ないとき」を比べる限りにおいて、自由且つ公正な競争が望ましいと述べるにすぎない。「公正且つ自由な競争を促進」することが市場取引の活性化(価格・数量・品質でみた取引条件の改善)につながらない場合には、参入規制・料金規制などの競争制限的規制を尊重する。

実際のところ、多くの産業において、規制と自由競争は併存している。

<sup>21</sup> 中川晶比兒「グローバル化時代の独占禁止法:国際的な法形成起点と域外適用」社会科学研究 69巻1号109頁(2018年)。

<sup>22</sup> 中川晶比兒「グローバル化時代の独占禁止法:国際的な法形成起点と域外適用」社会科学研究 69巻1号111-112頁(2018年)。

<sup>23</sup> 例外的な場合は、主として国民経済レベルでの影響がある事案に限定する趣旨。小麦(輸入率88%)や石油製品の値上げカルテルと、ジェユーリーショップの値上げカルテルを比較してみよ。

### III 経済法を学ぶ

#### 【最終的に頭に入れておくべき知識】

[1] 独禁法が禁止する典型的な競争制限行為は何か？

不当な取引制限……競争者同士で競争を回避するタイプの競争制限行為 (collusion)

私的独占……競争者の競争力を弱めるタイプの競争制限行為 (exclusion)

不公正な取引方法

M&A など

[2] 独禁法の条文(主として違反行為の定義規定)はどのように解釈・適用されているか？

判例(最高裁、高裁、地裁)、審決、公正取引委員会のガイドライン

テクニカルターム(専門用語)を正確に理解して正しく使えるか？

条文の抽象的な文言の意味(解釈)を理解した上で、個別具体的な事例における事実と結びつける(あてはめ)を適切に行うことができるか？<sup>24</sup>

※ 上級者になるためには、「当該行為(取引方法)がどのように競争を制限するか」だけでなく、「なぜ行為者は当該行為によって自分の利益を増やせるのか？」を考察する必要がある。

#### 【なぜ経済法は面白くなったか】

「経済法、そしてその中核としての独禁法・競争法の面白さであります。当初は、研究者としてなんとか一人前にならないといけないということで、面白さよりは苦しさの方が勝っていたかもしれません。経済法の分野が面白くて仕方がないと思うようになったのは、年を取って…からのことかもしれません。」「なぜ、楽しいと思っているのかということですが、まず一つ目は、一般性であります。一般性というのは、重厚長大型産業から軽薄短小型産業まで、ハイテク産業からローテク産業まで、あらゆる産業分野に適用されるということでもあります。

面白さの二つ目は、経済や産業が不断に変化するのに対応して適用のあり方が変化する、飽きることのない不断変化性にあります。

三つ目は、法学分野横断性・総合性にあります。例えば、独禁法は、独禁行政法、独禁民事法、独禁刑事法から構成されており、行政法、民事法、刑事法の総合法であります。辺境分野という強みがあり、実験的に先動性を発揮することも可能であります。例えば、法人と個人の罰金刑上限の連動廃止<sup>25</sup>、行政上の制裁である課徴金のカルテル参加事業者による情報提供に対する減免制度の導入、不公正な取引方法に対する被害者による差止請求権の付与などは、刑事法、行政法、民事法にも重要な影響を及ぼしています。

四つ目は、学際性です。…経済学がわからなければ経済法の研究はできない時代となっています。…

五つ目は、国際性です。企業活動の国際化に伴い、国際的な企業買収の事件やウインテル帝国を構成するマイクロソフトやインテルの事件など国際性の高い事件が目白押しであり、それ自体きわめて好奇心を満足させてくれますし、比較法的見地からも宝の山となっています。

こういうわけで、経済法の分野は面白くてしょうがない分野となっています。」

……………根岸哲「経済法と私(上)——神戸大学法学部・法学研究科における最終講義」書齋の窓 557号 38-39頁 (2006年)

<sup>24</sup> 独禁法においては、条文解釈と事実認定が密接な関係にある。「…事例判断を蓄積することにより、「どれだけの事実群があれば要件事実の存在を認めるのに必要十分であるか」が固まってくる。独禁法における重要なリーディングケースは、当該要件に関する法解釈を確立するだけでなく、要件事実の存在を認めるに足る事実群を特定する作業も、同時に行っているのである。」中川晶比呂「独占禁止法における法的推論と経済分析」日本経済法学会年報 35号(通巻 57号)112頁(2014年)。

<sup>25</sup> 法人に対しては、自然人よりも高額な罰金刑を別途定めることによって実効性を強めること。かつての 95 条 1 項は「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、第八十九条、第九十条、…の違反行為をしたときは、行為者を罰するほか、その法人又は人に対しても、各本条の罰金刑を科する」としていた。現行 95 条 1 項と比較せよ。

#### Ⅳ 独占禁止法の歴史

##### 【経済の民主化(非戦争国家化)の一環】

[1] 「独占禁止法は、第二次大戦後の「戦後改革」の一環として昭和 22 年に制定されて以来すでに半世紀を超えた歴史を刻んでいる。」「独占禁止法は、米国の反トラスト法をモデルとして、当初、「経済憲法」<sup>26</sup>たるべく制定された。しかしながら、基本的に「競争原理(市場原理)」に基づく民間主導型の経済運営をめざす独占禁止法は、制定当初から相当期間にわたり、政府においても国民においても、①戦勝国である米国から「押し付けられた」法律である、②明治以来の国家主導型ないし官民協調型の経済運営と相容れない、③伝統的に和と協調を美德としてきた日本社会になじまない、などとして歓迎されなかった。」<sup>27</sup>

[2] 「このような独占禁止法も、昭和 30 年代後半ごろから、政府において物価問題や消費者問題の解決に役立つものとして評価される<sup>28</sup>など、その認識の当否はともかく、徐々に失地回復を図っていくことになった。」<sup>29</sup>

[3] 「その後、独占禁止法の知名度を大きく高めることとなったのは、昭和 45 年の新日本製鐵の誕生をもたらした八幡製鐵・富士製鐵合併事件であった。本合併は、戦後最大の合併事件であり、当時の財政界あげて推進したのであるが、これに独占禁止法が立ちはだかり、広範な議論が起り、また様々な政治的動きの中で、同意審決により条件付きで容認されることとなった。昭和 48 年前後の第一次石油危機に際しては、価格引上げカルテルなど競争制限的行為が大企業間で横行したことから、独占禁止法の歴史上はじめて規制強化を内容とする昭和 52 年改正を成立させることとなった。」<sup>30</sup>

[4] 「また、独占禁止法が実定法として機能するのにとりわけ大きく寄与したのは、日本の経済社会に「第二の戦後改革」といわれる大変革をもたらす重要な契機となった、平成元年に開始された日米構造問題協議であった。日米構造問題協議は、日本市場の閉鎖性・排他性を問い、政府規制の緩和と独占禁止法の積極的執行を厳しく求め、日本政府においてもそれを相当程度において実行に移していったからである。」<sup>31</sup>

##### ※ 【補足 日米構造問題協議 Structural Impediments Initiative (SII) 】

###### [1] 概要

[1-1] 1989 年 7 月の日米首脳会議(宇野、ブッシュ)での合意を受けて、両国間の国際収支不均衡(米国の経常収支赤字)を削減するため、各国の経済構造に起因する障壁への対処を、両政府間で協議したもの。

[1-2] 成果物として、各国がとるべき行動(数値目標を含む plans)をまとめた「日米構造問題協議最終報告」を公表(1990 年 6 月 28 日。公表時は海部、ブッシュ)

[1-3] 日本側措置としては、インフラ投資(港湾・空港といった輸入ネットワーク基盤整備の意味も兼ねる)、流通(規制緩和、輸入促進策)、排他的取引慣行(exclusionary business practices)、系列関係(keiretsu relationships)、価格メカニズム、にわたる。

<sup>26</sup> この用語は、自由主義市場経済体制がまだ当然視されていない時代にあつては、日本がこのような体制を採用したことを唱道する意義があった。平林英勝『独占禁止法の歴史』158-160 頁(信山社、2012 年)

<sup>27</sup> 根岸・舟田初版はしがき v[第 5 版にも登載]

<sup>28</sup> 具体的には、①にせ牛事件(鯨肉や馬肉の缶詰に牛の絵が表示され「牛肉の大和煮」として販売された事案)をきっかけとする景表法(不当景品類及び不当表示防止法(昭和 37 年 5 月 15 日法律第 134 号))の制定、②インフレ対策としてのカルテル規制・再販売価格維持規制の強化である。実方 32-33 頁

<sup>29</sup> 根岸・舟田初版はしがき v

<sup>30</sup> 根岸・舟田初版はしがき v

<sup>31</sup> 根岸・舟田初版はしがき iv-v

## [2] 独禁法に関わるもの

## [2-1] 「流通」:

流通取引に関する独占禁止法の運用に関するガイドラインを 1990 年度末までに作成・公表すること。

⇒ 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」(1991 年) 公表

## [2-2] 「排他的取引慣行」:

(i) 公取委の審査体制を拡充・強化すること

(ii) 価格カルテル、市場分割協定、入札談合、グループボイコット等への厳正な対処

(iii) カルテルに係る課徴金の引上げ ⇒ 1991 年改正で算定率の引き上げ実現

(iv) 刑事処罰を求めて告発を行う類型を公表 ⇒ 1990 年 6 月 20 日に方針を公表 など

## [2-3] 「系列関係」:

(i) 系列関係が対日直接投資を阻害しうるところ、新規参入を阻害するなど競争阻害に結びつく場合には独禁法によって是正する

《具体例》「株式所有の有無を理由として取引拒絶等を行うならば、不公正な取引方法の観点から規制がなされることを明らかにすべき」(報告書) ⇒ 流通取引慣行ガイドラインでは、「市場における有力な原材料製造業者が、自己の供給する原材料を用いて完成品を製造する自己と密接な関係にある事業者(注 6)<sup>32</sup>の競争者を当該完成品の市場から排除するために、当該競争者に対し従来供給していた原材料の供給を停止すること」が、不公正な取引方法(単独の直接取引拒絶)に該当し、違法となる場合があるとする。

(ii) 系列グループに関する調査を定期的実施し、総合商社の果たす役割に特に重点を置く。<sup>33</sup>

## [2-4] 「価格メカニズム」:内外価格差是正のため、流通の規制緩和、独占禁止法の厳正な運用を行う。

<sup>32</sup> (注 6)「自己と密接な関係にある事業者」とは、自己と共通の利害関係を有する事業者をいい、これに該当するか否かは、株式所有関係、役員兼任・派遣関係、同一のいわゆる企業集団に属しているか否か、取引関係、融資関係等を総合的に考慮して個別具体的に判断される。以下、第 1 部において同じ。

<sup>33</sup> 「6 大企業集団の実態調査」は日米構造問題協議以前から行われていた。