HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	報告４　日韓両国の独占行為規制の有効性の比較と東アジアの競争原理　-民営化・知的財産・中小企業－
Author(s)	稗貫, 俊文
Citation	北大法学論集, 54(5), 115-129
Issue Date	2003-12-15
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15247
Type	bulletin (article)
File Information	54(5)_p115-129.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

報告四

日韓両国の独占行為規制の有効性の比較と東アジアの競争原理

――民営化・知的財産・中小企業――

稗貫俊文

序論

日本、韓国、中国の相互の自由貿易・自由投資地域を形成することを近い将来の東アジアの重要な政治課題として設定するとき、競争政策の協力と調和は、かような課題の重要な一部分を構成するであろう。とりわけ、競争政策の協力と調和の課題は、WTOでは議論が十分な進展をしていないだけに、東アジアにおける競争政策の先行的な調和と協力は自由な貿易と投資に大きな成果をもたらすと思われる。

競争政策の課題は、実体規定に関して、禁止規定の比較研究と標準化のための協力と、手続きに関して、違反行為に関する情報交換、執行調整、共同執行のための協力がある。本報告は、前者の課題として、日韓の独占行為規制の比較研究を行うものである。そして本報告では、独占行為規制の比較を通じて、次の二つの問題を検討したい。

(1) できれば東アジア競争法の標準モデルを構築するための助けとなるべく、日本の独占規制（私的独占の禁止）と韓国の

独占規制（市場支配的地位の濫用規制）との差異、規制の有効性を検討したい。検討の素材は、電力や電気通信のような政府規制産業の独占行為の規制と、知的財産権に基礎をおく市場支配的企業の独占行為の規制とする。

(2)　独占規制の比較を通じて明らかにされた何らかの特徴のなかに、東アジアに固有の競争政策の原理が内在するのか、また、内在させるべきか、という問題を検討する。

あらかじめ結論を示唆すれば、(1)の問題に関して、両国の独占規制に見かけほどの差異はないという結論になるだろう。(2)の問題に関して、独占行為規制の東アジア的原理として一定の仮説が提示されるであろう。

なお、韓国の独占規制に関する判例・審決を知ることはできなかった。条文の文言だけでは検討は不十分であり、思わぬ誤解があるかもしれない。今後勉強して改善するつもりなので、そのような場合は、どうかご容赦いただきたい。

一　日本と韓国の独占行為規制の差異

日本の私的独占の規制と、韓国の市場支配的地位の濫用の禁止は、いずれも、独占行為を規制するもの（行為規制）であるが、一見すると、両者の規制はその手法に大きな違いがある。日本の私的独占の禁止は、行為に着目し、違法行為が市場に与える影響の蓋然性から独占行為（私的独占）該当性を判断する。独占行為の違反主体を、市場における地位などの規準により、あらかじめ限定していない。韓国の独占行為の規制（濫用禁止）は、市場において市場支配的地位を有する企業に違反主体を限定しており、その支配的地位を濫用する行為が規制されるという手法をとる。

このような外見上の相違からみれば、タイプの異なる独占規制であることは明らかである。この差異は、原理的には、原則禁止主義に拠るか、弊害規制主義に拠るかの違いによるもので、その起源からいえば、米国型の独占規制を採用したか、ドイツ型の独占規制を採用したかに拠るものである。正確さを多少の犠牲にして、分かりやすく言えば、日本は、米国のシャーマン法二条のタイプの原則禁止主義の独占規制を採用し、韓国は、ドイツの競争制限禁止法一九条タイプの弊害禁止主義の独占禁制を採用したということができる。それぞれの独占規制を概観する。

一―一　日本の私的独占の特徴

日本の私的独占は、条文からすると、[1]排除行為か支配行為により、競争の実質的制限をもたらすことを要件とする。判例・審決によれば、排除行為とは、差別的な融資条件、排他条件付取引、開業を妨害するための商標出願、政府から民間団体に委託された食品検査業務権限の濫用、特許権プールの組織化による排除がある。支配行為とは、米国反トラスト法には規定されない行為類型であり、株式所有による経営支配、違法の流通制限による流通業者の支配などがある。[2]

かかる排除・支配行為により、競争の実質的制限がもたらされると私的独占に該当して、禁止される。「競争の実質的制限」とは、判例によれば、「競争自体が減少して、特定の事業者または事業者団体が、その意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる状態が現れているか、または少なくとも現れようとする程度に至っている状態」[3]とされる。

要するに、日本の独禁法の独占行為規制は、市場支配力を維持・強化する効果をもつ排除・支配行為を規制するものであり、そのことにより市場支配力の形成の道を断つものである。これを原則禁止主義という。原則禁止主義とは言っても、市場支配力の形成の道が完全に断たれるわけではない。正当な競争行為が、市場支配力を維持・強化する効果をもつことがあるが、そのような競争行為を非難することはできない。このことは日本法の母法である反トラスト法の判例で明快に宣言されている。技術、卓見、勤勉（Skill, Foresight, Industry）により独占が形成されても避難できないという形でそれは示される。

一―二　韓国の独占企業の濫用規制

韓国の公正去来法は、市場支配的事業者と禁止される濫用行為について、次のように規定する。市場支配的事業者とは、「一定の取引分野において、単独で又は他の事業者と共に、価格、数量、品質その他の条件を決定し、維持し又は変更することができる市場地位を有する事業者をいう」（公正去来二条七項）、と。これは日本法の「競争の実質的な制限」と同じ概念であるが、韓国では、排除行為の効果の概念ではなく、主体の市場地位を支配的なものに限定するための概念である。市場支配的地位には推定規定があり、一事業者の市場シェアが五〇％以上、三以内の事業者で合計市場シェアが七五％以上（一〇％未満を除く）のとき、市場支配的地位が推定される（四条）。

このような事業者は、その地位の濫用行為が禁止される。禁

止行為はある程度具体的に限定されている（三条の二第一項各号）[4]。さらに、濫用行為の類型や基準は、大統領令で定められる（三条の二第二項）。

一号の価格濫用と二号の不当調整の濫用行為は、条文を見る限りでは、取引相手（非競争者）に対する搾取的濫用であり、垂直的濫用ということができよう。これは、日本の独占規制では規制しない行為である（しかし、後で述べるように、かかる濫用行為は、日本では、不公正な取引方法の規制の一環として規制されている）[5]。三号の「他の事業者」に対する不当妨害規制は、競争者に対する妨害と非競争者に対する妨害とを含む。四号、五号の規制は競争者を対象にする妨害的濫用行為であり、水平的濫用ということができよう。そして、日本法でも、同様の行為は、競争を実質的に制限する効果をもつ排除・支配行為として規制されるであろう。

一―三　日韓の独占規制の異同

日韓の独占行為規制の差異は、結局、搾取的濫用行為の規制の有無に求められるであろう。それ以外の差異は意外に大きなものではない。日本法の不公正な取引方法の規制に含まれる「優越的な地位の濫用規制」の存在を考慮すれば、実質的な差異は少ないことがよくわかろう。

韓国法では、ドイツ法に起源を発して、独占行為の規制で垂直的な濫用行為（一号、二号）を禁止している。これはドイツ法を起源とするEC競争法八二条と類似の関係にある。日本法では、米国のシャーマン法を母法とするから、搾取的濫用の規制のタイプの独占行為規制はない。垂直的な濫用規制が不公正な取引方法として規制されているだけである。

さらに、韓国の独占規制と日本の独占規制は、機能的に同じものとして重なる部分がある。競争者に向かう濫用行為の規制は、市場支配力の形成・維持・強化を防止する機能をもちうる。韓国の公正去来法三条の二第一項の、四号、五号は日本の排除行為と同じ行為を禁止する。ここでは弊害規制主義でも原則禁止主義と機能的に同じになる。

以下の検討のうち、独占規制の有効性に関する日韓比較は、意味のある差異があるとの結論はでないことが予想される。他方、韓国法の独占行為規制における搾取的濫用規制と日本法の不公正な取引方法における「取引上の優越的地位の濫用規制」を併せて考えると、東アジアにおける搾取的濫用行為の規制の意義を明らかにする何らかの仮説が得られると思われる。

二　日韓の独占規制の新しい課題と規制の有効性

二―一　新しい課題への独占規制の有効性

ある市場で支配的な事業者が、隣接する市場での競争上の優位を獲得するために、その支配力を梃子（Leverage）として利用する行為がある。これに日韓の独占規制は有効な規制ができるだろうか。これは(1)公営企業の民営化・規制緩和による支配的事業者の出現に伴う課題と、(2)知的財産権の支配による支配的事業者の出現に伴う課題である。いずれも最近議論される新しい課題である。

二―一―一　公営企業の民営化・規制緩和による支配的事業者の出現

鉄道事業、電力事業、ガス事業、電気通信事業は、事業法の改正を通じて、公企業から民営化し、あるいは大規模な規制緩和が行われた。競争法の適用領域が拡大し、空港の発着枠、電力の送電網、電気通信の通信回線網などネットワーク設備・インフラストラクチャー設備の非差別的なアクセスの確保、不当なアクセス拒絶の規制という課題が独占規制の課題となった。この点は日本も韓国も事情は同じであろう。競争法が突然出現した市場支配的企業の行動に対応するという初めての経験である。

二―一―二　電力事業、電気通信事業等の独占行為の規制

民営化と規制緩和により出現した市場支配的企業は、ネットワーク設備やインフラストラクチュアー設備を保有しており、その地位を利用して、設備を借りて事業を行う事業者に対して恣意的で差別的な行動や、設備へのアクセス拒絶を行うおそれがある。この場合の日韓の独占規制の有効性が検討課題になる。

韓国法の市場支配的事業者に対する濫用行為の規制は、市場支配力の形成・維持・強化を要件としないので、取引相手であろうと競争者であろうと区別なく、容易に効果的な規制を発動できる。日本法も、通信網や送電網を保有する市場支配的企業が、自己の市場おける地位を維持・強化する独占行為や、自己の子会社が通信網や送電網設備を利用するのに競争上の優位となる恣意的・差別的行為をすれば、私的独占として規制できるであろう。ただ、日本法では、搾取的な濫用規制がないので、市場支配力の形成・維持・強化を伴わない取引相手に対する搾取的濫用行為を規制することは難しい。

しかし、第一に、日本の独占行為の規制のかかる限界は、通例、事業法が、差別的なアクセスや不当なアクセス拒絶を規制しているので、それで対応できるようにおもわれる。事業法は、不当アクセス拒絶など不当な行為を予想し、規制している。例えば、民営化や規制緩和で事業の許認可制度による価格規制や参入規制、投資規制が届出制に変わり、競争法の適用領域が拡大しているとしても、監督官庁の価格等の監視機能が無くなってしまう訳ではない。必要が在れば価格変更命令や事業計画の変更命令など行政監督権は留保されているのが通例である。不当なアクセス拒絶や差別的なアクセスも事業法による規制が及ぶと考えてよい。ただ、事業法が、すべての不当行為を予想し、規制しているとは限らないから、競争法による補完的な規制が必要な場合もあるだろう。この限度で、韓国法の搾取的濫用規制は日本の独占行為規制より有効である。

しかし、第二に、韓国法のかかる有効性も、前述のように、日本法の優越的地位の濫用規制の存在を考慮すると、大きな差異ではなくなる。日本法の独占行為規制は、米国のシャーマン法をモデルにしているが、不公正な取引方法としての取引上の優越的な地位の濫用の規制は、すでに繰り返し述べたように、ドイツ法をモデルにして、搾取的濫用を規制している。

そうなると、問題の焦点は、規制緩和された電力事業、電気通信事業等の独占行為を規制する法として、日韓競争法のいずれが有効かということではなく、日韓の競争法は、いずれも、これらの市場支配的企業の行為を有効に規制できるか、ということになる。両国の搾取的な濫用規制は、もし価格濫用や産出量濫用に直接介入することがあれば、その有効性の確保のために長期的な監視や相当量の経営情報を必要とするものとなる。これでは、規制産業の規制当局の役割と変わらない。事業法の存在を前提とすれば、日韓の競争法は、過大な介入を避けるべきであり、当該事業分野では補完的な役割をもつに止まるべきであろう。

二―二　知的財産権に基づく支配的事業者の出現

知的財産権は排他的権利であり、ほとんどの場合、それは市場支配力をもたらすものでない。しかし、例外的にではあるが、市場支配力を生み出す場合があり、近年、知的財産権を基礎におく市場支配力が生まれる可能性が高くなっている。バイオテクノロジー、事実上の標準となったコンピュータ・ソフトウェア、ビジネスモデル特許がその例である。

(1)　バイオテクノロジーの分野では、川上には遺伝子レベル

の基礎研究があり、川下にはそれを利用した創薬事業がある。研究開発の川上の段階で成立した遺伝子特許は、川下の創薬事業を支配する可能性が指摘されている。遺伝子特許は物質特許として代替性が無いことが多く、また、利用可能性の高い研究装置に特許が成立することもあり、その取引拒絶が川下の創薬段階で独占行為の問題になりうる。[6]

(2) コンピュータ・ソフトウェアの分野では、Microsoft の Windows のような基本ソフト（プラットフォーム・ソフト）が事実上の標準として独占的な地位を確保することがある。コンピュータのハードウェアや応用ソフトウェアのメーカーは、当該ソフトウェアの接続情報（プロトコル、インターフェイス）にアクセスできないと、自己の事業活動が不可能になる。ここでも独占規制の問題が起きうる。[7]

(3) ソフトウェア関連特許で近年注目されたビジネスモデル特許は、特許庁で先行技術の蓄積が少なく、無効となる可能性のある広い特許権が成立するおそれがある。そのようなビジネスモデル特許のアクセスの差別やアクセス拒絶も独占行為の問題を提起するおそれがある。[8]

二―二―一　知的財産権に基づく支配的事業者の独占行為の規制

しかし、知的財産権のライセンス拒絶は、知的財産権の本質にかかわるものであるから、違法行為の手段として、違法行為の口実ないし違反行為の一環として行われるのではない限り、競争法との関係では、規制することが難しい行為である。むしろ、技術、卓見、勤勉（Skill, Forsight, Industry）により市場支配力の形成であるから、純粋なライセンス拒絶は、正当な行為として評価されるものである。

他方、不当なライセンス拒絶には知的財産権法が重要な対応を用意していることを看過すべきではない。多くの国では、知的財産権法で、利用発明の裁定実施権、不使用による裁定実施権、公共の利益のための裁定実施権が設けられている。日本も韓国も同様である。

例えば、日本の特許法では、特許庁長官により、日本国内で三年以上で実施されていない特許発明の裁定実施（特八三条）、利用発明の関係で自己の特許発明を実施するための裁定実施（特九二条）[9]、経済産業大臣により、公共の利益のための特許発明の裁定実施（特九三条）の制度がある。

これらの制度では対応できない差別的ライセンスや取引拒絶

は行われるだろう。この場合には、競争法が適用される。とくに濫用規制が有効である。しかし、知的財産権に関して、違法行為の手段ではない純粋のライセンス拒絶は、前述のように、正当な取引拒絶であり、違法とすることが困難である。濫用規制でも正当な取引拒絶は違法にできないし、濫用規制とすれば革新と投資のインセンティブを損なう。韓国と同様の濫用行為の規制を行うEC競争法八二条も、知的財産権のライセンス拒絶を、原則として、正当行為とする。そして、不可欠の施設の理論（Essential Facilities Doctrine）のより、知的財産権のライセンス拒絶を八二条違反としたMagill事件やIMS事件は、極めて例外的であることが強調されている。(10)

ドイツでは、一九九八年の競争制限禁止法の改正で、一九条の市場支配的地位の濫用規制に、ネットワーク設備やインフラストラクチャー設備の利用拒絶が追加されたが、そこには知的財産権のライセンス拒絶は当然には含まれないことが明確になっている。(11)

このように濫用規制のある国でも、知的財産権の純粋なライセンス拒絶を違法とすることは難しい。韓国においても同様である。このように考えると、韓国の搾取的濫用の規制の知的財産権の純粋のライセンス拒絶に対する規制の有効性は限られているといえよう。日本でも、取引上の優越的地位の濫用規制は同様であり、有効な規制の手段とはならない。

日本では、ライセンス拒絶が、独禁法上違法となるのは、競争法上の違法行為や不当行為の手段とされ、あるいは違法行為の口実として行われた場合であるとされ、違法となる場合は限られている。(12) 例えば、それまでライセンスしていた知的財産権の正当な理由のないライセンス拒絶、少なくとも暗黙のライセンスの許諾をしたと考えられる場合のライセンス拒絶、複数の権利者の協力で作成された公開予定の標準技術の一部の作成者による事後的なライセンス拒絶が考えられる。それ以外の純粋のライセンス拒絶は競争法の規制は難しい。また、仮にライセンス拒絶が違法にできる場合でも、強制ライセンスという救済措置をあたえるときに技術的に難しい問題が伴う。このようにみると、知的財産権に関しても、日韓の独占規制に有効性の差異はない。

三　アジア的競争原理

三―一　搾取的濫用の規制と東アジア的競争原理

ある市場で支配的な地位を有する事業者が、その地位を利用

して、不当に有利な取引条件を引き出す行為が行われる。かかる濫用行為が取引相手に、とくに零細企業に向けられる場合の、支配的事業者の搾取的な濫用行為の規制の東アジア的な意義がここの課題である。

このような独占規制は米国の反トラスト法にはない。他方、このような搾取的濫用の規制は、韓国法だけでなく、その母法であるドイツ法にあり、EC競争法にもある。日本は、米国の独占行為規制を模しているので、独占行為の規制には濫用規制はないが、前述のように、不公正な取引方法として同様の規制がある（韓国にも、不公正な取引方法として、同様の優越的地位の濫用規制がある）。その結果、日韓は、搾取的な濫用規制を共通してもっており、実質的な同一性がある。このような搾取的濫用行為の規制の同一性は競争法の如何なる考え方に由来するのか、さらにまた、搾取的な濫用を規制する東アジア的な意義の有無を検討する。

三―二　仮説：搾取的濫用規制の東アジア的意味

ここで、まだ十分検討されていない仮説を提示したい。すなわち、独占行為の規制としてか、不公正な取引方法の規制としてかの差異は別として、韓国と日本の競争法が、搾取的な濫用行為を規制するドイツ流の規制原理の考え方を導入したのは偶然ではないのではないか。このような規制原理が日韓で共通に必要とされたのではないかということである。そして、中国、台湾、インドネシア、タイなどのアジアの競争法やその制定議論をみると、独占規制における濫用規制が広く共通に含まれていることに気づくのである。[13] この原理は、米国法とは明らかに異なることはもちろん、類似に見えるドイツ法・EC法とも異なる背景と必要性から導入され、存続している原理ではないか。このような仮説を提示して、少し検討したい。

米国の競争法は、一九八〇年代のシカゴ学派の影響を経て、効率的な資源配分による消費者厚生の改善、生産的効率性と革新的効率性の維持を目的としている。この考え方は、競争法は「競争者を保護するのではなく、競争を保護する」という命題に示される。米国でも、一九六〇年代までは、社会の政治的な安定のために効率性を犠牲にする（Efficency Offense）という考え方が確実に存在していた（Small Business and Worthy Men）。[14] これはジャクソニアン主義とされ、ポピュリスムとされた米国の伝統である。しかし、シカゴ学派がその伝統を一掃した。新古典派経済学を基礎に消費者厚生の改善を至上命題とする市場観が支配して、反トラスト法は、消費者の利益をもたらす効率

的な経済社会の建設のために純化された。政治的安定の確保は競争法ではなく市場に干渉しない他の施策、市場に干渉しない他の立法で行うべきものとされた。このような考え方では、事業者の公正な取引を求める搾取的な濫用規制を反トラスト法の規制課題とする余地は全くない。(15)

欧州の競争法では、搾取的な濫用をEC競争法八二条の規制課題としており、搾取される取引相手の保護を目的の一つにしている。そして、米国ではすでにシカゴ学派が一掃した弱小な競争事業者の保護という目的を保持し、競争法のよる社会の安定機能を重視している部分があるとおもわれる。欧州の産業社会の伝統は、ドイツにみられるごとく中小企業が重要視され、職業の世襲制や固定制が強く、事業と市場が比較的に閉鎖的なのではではないだろうか。そのため、搾取的な濫用行為が行われるおそれが強く、社会の政治的な安定のためにこれに介入して効率性を犠牲にする（Efficency Offense）余地を有していると思われる。そこには中小企業者を尊重する職業的な伝統に加えて、社会の中間層の経済的な不安定がファシズム温床となったという歴史的反省が残っているという理解も可能である。

日本も韓国も、さらに東アジア全般でも、この点では、欧州に近い政策思想があるが、しかし、さらに、欧州とも異なる政策的要請がそこにあるのではないかと思われる。東アジアの国は、前世紀の経済開発において国家主導の起源をもつ。初めから自由で開放的市場が形成されたのではなく、国による特定産業への資金の傾斜的配分が行われ、国に統制され保護された閉鎖的な市場が育成された。このようにして形成された政治経済構造では、外国からも国内からも閉鎖された退出や参入の自由の乏しい市場が形成され、搾取的な濫用が行われやすい。そのような市場では、搾取的濫用行為を規制する競争政策の原理が採用されよう。このように、それが競争者であれ、取引者であれ、ともかくも事業者を保護しなければ、競争を保護することができないという構造が東アジアの共通の市場基盤となっているのではないかと思われる。とすれば、搾取的濫用の規制は、東アジア的な競争原理の一つになっているという仮説はさほど誤った見方とはいえないと思われる。

四　結論にかえて

本報告で、すでにのべた結論は、ここで繰り返す必要はないであろう。ここでは、結論に代えて、東アジアの競争原理のかかわる仮説に関して、さらに検討を加えておきたい。

それは、搾取的濫用の規制が、歴史的な経済発展に規制された一時的な規制であって、市場が開放的になれば、必要のなくなる類の規制であろうか、ということである。仮にそうだとすれば、競争法には歴史的な発展段階があるという仮説が提示されることになる。図式的にいえば、競争法は、最初、競争者であるか取引相手であるかを問わず事業者の、とくに中小規模の事業者を保護する法としての性格を濃厚にもち、次いで、競争者の保護法、とくに零細の競争者の保護法としての性格を強め、最後に、競争システムとしての非人格的な市場を保護する法に歴史的に純化していく。それが、東アジアの競争法、欧州の競争法、米国の競争法の順にほぼ対応し、一番高度の発展段階にあるのは米国の競争法ということになる、と。

この発展段階仮説はたしかに一応の説明力がある。例えば、米国では、一八九〇年に、競争者に限定されない農民と零細事業者を保護する法律としてシャーマン法が成立した。シャーマン法が、そのような保護を歴史的に実際に果たしたか疑わしいが、やがて、一九三〇年代の世界大恐慌を経て、シャーマン法を含む反トラス法は零細の競争事業者を保護する法律として機能するようになる。それは効率性を敵視するという形（efficiency Offense）で、合併規制や流通の規制に現れる。シカゴ学派がまだ競争法の分野に登場しない一九六〇年代まで、米国では、効率をある程度犠牲にしても競争事業者を保護した方がよいと考えた時代があった。シカゴ学派が影響力を強化した後の、現在の米国では、ミクロ経済学を基礎にして、資源配分の効率、生産効率、革新効率を通じて、消費者厚生を最大にするという功利主義的な考え方が競争法の基礎になっている。端的に言えば、事業者は、ミクロ経済学にいう消費者厚生を高める手段としてのみ存在理由が認められ、そのような役割を果たせなくなった事業者は早々に退出した方が消費者の利益になるということになる。いいかえれば、競争法は、「競争者を保護するのではなく、競争を保護すべき」だということになる。

欧州の競争法は、シカゴ学派の影響がまだ及んでいないと思われる。そのため一九六〇年代の米国の競争法と規制の考え方で同質なところがある。欧州の競争法は、市場統合という大きな目的に加えて、競争事業者や取引事業者を保護するという考え方が根強くある。これが米国が認めたGE/Honeywellの同じ合併を、欧州が禁止した結果に現れたという見方がある。(16)

東アジアでは、概して、競争者や取引者を保護するという考え方がさらに根強いと思われる。すでに述べたように、東アジアの政治経済構造の発展の経緯から、歴史的に、職業の自由な

選択、事業への参入、退出が比較的困難であったから、事業者を保護するという形でしか競争は保護されないという関係が成立したと思う。

競争法のこのような発展段階的な見方は、説明の仕方を変えれば、競争法が、その出現の歴史的な契機であった社会とその構成員の経済的・政治的な安定を確保するという機能を後退させて、消費者利益の保護のために、非人格的な市場システムの機能を維持するという役割に純化する過程という説明ができる。競争法の東アジア的原理は、その重要な部分に、事業者保護のための搾取的濫用の規制を内包している。そのことから、東アジアの競争原理は、まだ、非人格的な市場システムの競争機能の保持を中心課題とするにいたっておらず、当面、社会とその構成員の経済的・政治的な安定を確保する機能を果たすことに重点をおいているというができる。

しかし、勿論、このような単純な発展段階説が、果たして、競争法の的確な歴史的発展ビジョンであるか確証はない。競争法のこの歴史的な発展ビジョンは、グローバル化した経済のなかで、世界の経済は、結局、米国型の市場経済には対抗できず、米国型の市場経済に収斂するというビジョンに重なるものである。これはいかにも単線的で図式的なビジョンでありすぎる。世界には多様な市場経済が併存しうるはずであり、競争法も同様であろう。

独占規制における搾取的な濫用規制の基礎にある原理は東アジア競争法のひとつの大切な原理であるか、また、今後もそうあるべきかは、早急に結論の出せる問題ではない。搾取的濫用の規制は、市場が開放的になれば必要のなくなる類の規制ではなく、新しい可能性を秘めた規制原理かもしれない。[17] 競争法の歴史的発展段階説の図式的なビジョンにとらわれることなく、仮説の妥当性を検討しなければならない。それは今後の課題としたい。

注

(1) 日本の独占行為としての私的独占は、二条五項で、「事業者が、単独に、又は他の事業者と結合し、若しくは通謀し、その他いかなる方法を以ってするかを問わず、他の事業者の事業活動を排除し、又は支配することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」と定義され、三条で禁止される。

(2) 支配行為は、米国のシャーマン法二条には規定されていない行為類型であり、その意味で、その意義が注目されるが、本報告の目的から外れるのでこれ以上検討しな

い。

（3）東宝・スバル事件東京高裁一九五一（昭和二六）年九月一九日判決、公正取引委員会審決集三巻一六六頁以下。

（4）公正去来法の三条の二第一項各号は次のような濫用行為を禁止する（本文の記述と本注の条文は、中山武憲「韓国独占禁止法の研究」信山社（二〇〇一年）を参照した）。

一　商品の価格又は役務の対価（以下、価格）を不当に決定し、維持し、または変更する行為

二　商品の販売又は役務の提供を不当に調整する行為

三　他の事業者の事業活動を不当に妨害する行為

四　新たな競争事業者の参入を不当に妨害する行為

五　不当に競争事業者を排除するために取引し、又は消費者の利益を著しく阻害するおそれがある行為

（5）日本の濫用規制は、不公正な取引方法として、独禁法二条九項五号で「自己の取引上の地位を不当に利用して相手方と取引すること」と定義され、一般指定一四項で優越的地位の濫用として禁止されている。一四項は、継続的な取引関係のなかで、当該取引に関係ない商品・役務を購入させる行為（一号）と金銭、役務などの経済的利益を供給させる行為（二号）を禁止する。取引条件の相手方に不利な設定又は変更（三号）、その他、取引の条件又は実施について相手方に不利益を与えること（四号）を禁止する。最後に、相手方の会社の役員選定に干渉する行為を禁止する（五号）。

（6）「新たな分野における特許と競争政策に関する研究会報告書―ビジネスモデル特許及びバイオ関連特許を中心に―」公正取引委員会（二〇〇一年六月）を参照。

（7）「ソフトウェアライセンス契約等に関する独占禁止法の考え方―ソフトウェアと独占禁止法に関する研究会中間報告―」公正取引委員会二〇〇一年三月、「技術標準と競争政策に関する研究会報告書」公正取引委員会二〇〇〇年七月を参照。

（8）前掲（注6）の文献を参照。

（9）今日、遺伝子の解明をしなくとも、タンパク質の構造解明で、新しい薬品を開発することが可能になっている。そのようにして開発した新しい薬品は特許権を取得しても、そのタンパク質にかかわる遺伝子特許を第三者がすでに取得しているとき、その特許権の実施許諾を受けなければ、薬品の特許発明は実施できないという関係が成立する。いわゆる利用発明の関係である。このような場合に備えて、日本の特許法九二条は、他の多くの国と同様に、利用発明に関する裁定実施権制度を設けている。

日本の創薬産業は、遺伝子特許では米国の大學・研究機関やジョイント・ベンチャーに遅れを取っているが、創薬のためのタンパク質の構造解明で特許を取得している。そして、利用発明の関係になる遺伝子特許の実施許

諾を米国の大學・研究機関やジョイント・ベンチャーに求める交渉を行うとき、特許法九二条の存在が日本企業の交渉力を強めており、米国の研究機関や企業は、簡単にライセンス拒絶はできないようになっている。

この点を、米国の特許商標局が日本の特許庁との交渉で問題とした。米国側は、日本の特許庁九二条は、裁判所や公正取引委員会が独禁法違反と判定する行為が存在するとき以外では発動しないという約束を日本側に求めた。日本の特許庁はこれに合意している。高倉成男「知的財産法制と国際政策」有斐閣（二〇〇一年）を参照。

ここから、ライセンス拒絶が独禁法違法となるのはどのような場合であるか問題になる。この点は、（注6）、（注7）の文献と、本報告の本文の（注12）が置かれた部分の記述を参照されたい。

(10) Richard Whish, Competition Policy 4th Ed. p.698-701, Butterworth (2001), Valentine Korah, An Introductory Guide to EC Competion Law and Practice, 7th Ed.p.117-121 (2000).

ＩＭＳ事件は、ＥＣ委員会が知的財産権のライセンス拒絶の仮差止を認めた事件であるが、欧州裁判所では、委員会の仮差止めは破棄されている。

日本でも、知的財産権の純粋の取引拒絶を独占的地位の濫用として、私的独占で容易に規制することができるという学説がある。白石忠志「知的財産権のライセンス拒絶と独禁法―『技術と競争の法的構造』その後―」知的財産研究所編『二一世紀における知的財産権の展望―知的財産研究所一〇周年記念論文集』雄松堂出版二二九―二五一頁（二〇〇〇年）。これに対する批判として、稗貫俊文「知的財産権と市場支配力」日本経済法学会編『経済法の理論と展開』経済法講座第一巻三一〇―三四八頁、三省堂（二〇〇二年）。

(11) 一九九八年のドイツ競争制限禁止法の第六次改正については、泉水文雄「ドイツの競争政策」小西唯雄編『産業組織と競争政策』一九五―二一二頁。晃洋書房（二〇〇〇年）を参照。

(12) この部分の記述は、注6と注7の文献を参照している。

(13) 台湾の公平交易法については国際商事法務三〇巻一号四四頁以下、中国独占禁止法要綱案については国際商事法務三〇巻一号六五頁以下、インドネシアの競争法については国際商事法務三〇巻四号四六一頁以下、タイの競争法に関しては国際商事法務三〇巻五号六三一頁以下を参照。

(14) H. Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, pp. 450-452, West 1994.

(15) 米国でも、強力な買手が、売手との交渉において圧倒的に優位に立つ場合に、不当に価格を買いたたき、売り手はその取引で十分な利益を上げられないという事態は

存在する。米国では、そのとき、個々の売り手が新製品や新工程の開発で交渉力を付けることや、そのような努力を共同行為で行うことは、消費者の利益になるので、許される。しかし、単に交渉力を強めるためだけの売手間の統合は、消費者の利益にならないとして、許されないという。Robert Pitofsky, Thoughts on "Leveling the Playing Field" in Health Care Markets, Feb. 13,1997.

米国では、むしろ、合併等により効率を高めて、他の競争者や取引相手を脅かすような競争力を強めることが許容されるようになっている。

（16）近年、ＥＣ競争法は、欧州市場の統合が進展したことから、米国の競争法に内容的に接近してきていると言われてきた。しかし、GE/Honeywell 合併事件の差異を契機に、米国の競争法とＥＣ競争法は相当異なるという指摘も多くなされるようになった。そのような論文のひとつとして、William J. Kolasky, "North Atlantic Competition Policy: Converging toward What ?", May 17, 2002. を参照。この論文では、ＥＣの競争法は、効率性の扱い方、忠誠度ディスカウントの評価、略奪的価格設定（不当廉売）の評価、不可欠の施設の理論（Essential Facilities Doctrine）の適用、独占の梃子の理論（Monopoly Leveraging）の適用において、シカゴ学派の影響を受けていない一九六〇年代の米国の競争法の考え方と同様になっているとする。

（17）近年、一部の経済学者が、優越的地位の濫用規制を、経済学的に分析した業績がある。情報の経済学やゲームの理論を用いて、優越的地位の濫用を効率性を妨げるおそれのある Lock in 問題や Hold up 問題として分析している。伊藤元重・加賀美一彰「企業間取引と優越的地位の濫用」三輪芳郎・神田秀樹・柳川範之編『会社法の経済学』三九三－四二三頁、東京大学出版会（二〇〇〇年）。ここから理論的に新しい展開が開かれる可能性があるか不明であるが、一部の法律学者は、このような理論を取り入れている。田村善之「市場と組織と法をめぐる一考察－民法と競争法の出会い－」民商法雑誌一二一巻四／五号六四頁以下、一二一巻六号一頁以下。