

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

川 島 富士雄*

望月弁護士の報告は、「日本における競争法教育と競争法実務との乖離について論ずる」との目的を設定し（第1 序文）、独占禁止法における不公正な取引方法の規制を、私的独占や不当な取引制限の規制の補完的ないし予防的規制として位置づけ、不公正な取引方法においても他の両規制と同質性のある自由競争減殺型を中心に置いている通説的な競争法教育について紹介した上で（第2 競争法教育）、2009年度における公正取引委員会による処分等の統計を分析した結果、競争法実務においては、むしろ不公正な取引方法、特に自由競争減殺型以外の類型に関する実務が量的に多いことを指摘し（第3 競争法実務）、両者の間に相当程度の乖離があることを示し、教育体系を実務の実態に直ちに合わせるべきであるとまでは論じないものの、「実務教育が志向される法科大学院教育においては、その乖離はできれば小さい方が望ましいだろう」と締めくくっている（第4 結論に代えて）。目的設定及び論理展開とも極めて明快な報告であり、コメンテーター（筆者）自身、競争法教育に携わる者の一人として教えられる点、反省を迫られる点が多々含まれていた。ここでは、同報告に対し、第1に競争法実務に関する紹介に対するコメント、第2に、主要な問題提起に対する賛成論、第3に、それに対する反対論、と大きく3点に分けてコメントしたい。

* 名古屋大学大学院国際開発研究科教授

1. 競争法実務に関する紹介(第3 競争法実務)について

望月報告の競争法実務に関する紹介(第3 競争法実務)のうち、不公正な取引方法に関する実務、特に能率競争阻害型と自由競争基盤侵害型に関する実務が量的に大部分を占めているのが実態であるとの結論については、全く異論がない。しかし、次のように、その各規制の紹介の細部においては、いくつか事実認識として、ややミスリーディングな箇所があるように思われる。

(1) 企業結合規制

企業結合規制について、望月報告は、2009年度に処分例もなく、事前相談も24件のみである事実を紹介し、「企業結合に対する企業の関心が薄いことがわかる」と結論している。しかし、第1に、企業結合届出の数に着目すれば、2007年度1,284件、2008年度が1,008件、2009年度が985件、2010年度が265件と推移しており¹、これらの届出に伴う競争法実務の量は無視できない。第2に、2009年度に限らず、従来、八幡・富士製鉄合併事件等²、ごくわずかしかな正式な処分例がないのは事実だとしても、これまで事前相談段階で事業者側からの問題解消措置の提案を受け、初めて問題なしと回答した例は多数存在し³、さらに、公正取引委員会の審査のため不首尾となった案件が少なからず存在することも実務家から指摘されている⁴。

¹ 公正取引委員会「平成19年度における主要な企業結合事例について」(平成20年6月13日)69頁及び同「平成22年度における主要な企業結合事例について」(平成22年6月21日)74頁。

² 同意審決昭44・10・30審決集16巻46頁。

³ 例えば、平成19年度には4件11分野で、平成20年度には2件2分野で、平成21年度には4件4分野で、平成22年度には2件5分野で、それぞれ問題解消措置が取られている。公正取引委員会「平成19年度における主要な企業結合事例について」前掲注(1)70頁、同「平成20年度における主要な企業結合事例について」(平成21年6月9日)66頁、同「平成21年度における主要な企業結合事例について」(平成21年6月2日)51頁及び同「平成22年度における主要な企業結合事例について」前掲注(1)40-41、48、53頁。

⁴ 川合弘造「企業結合審査手続の改革(実務家の見地から)」ジュリスト1423号53

よって、正式処分例のないことだけから直ちに競争法実務における企業結合規制の重要性を低く見積もることは必ずしも妥当でない。第3に、事前相談が24件という数字は、必ずしも事前相談の実態を十分に表していない可能性がある。従来、正式な事前相談(という表現自体が形容矛盾であるが)の第1次審査(書面審査)期間(30日以内)の開始前に、さらに予備的な相談や資料のやりとりが行われることがあり(いわゆる「第ゼロ次審査」)⁵、上記の24件という数字には、その実態が反映されていない可能性がある。2011年の企業結合規制の見直しによる事前相談制度の廃止に伴い⁶、より規制の実態が表に出やすい形となるのか、むしろ実態がさらに見えにくくなるか、今後、実務がどのように変化するか注目される。

(2) 裁判実務

裁判実務において不公正な取引方法の事件が多いことは、望月報告の指摘のとおりである。その要因として、直接の取引関係にある当事者間では、比較的、不公正な取引方法に関係する紛争が生じやすいことに加え、なんと言っても独占禁止法24条が差止請求訴訟を不公正な取引方法に関する事件に限定していることが大きいと考えられる。

同じく望月報告も指摘するように、上記差止請求訴訟を含め独占禁止法が援用される民事訴訟においては、不公正な取引方法のうち、特に優越的地位の濫用が持ち出される例が最も多い。しかし、これまで優越的地位の濫用に該当するとの主張に基づいて、独占禁止法24条の差止請求が認容された例は皆無であり⁷、損害賠償や契約無効確認等の請求が認められた事

及び57頁(2011)。

⁵ 同上56頁。

⁶ 公正取引委員会「企業結合審査の手続に関する対応方針」(平成23年6月14日)。本対応方針は、同「企業結合計画に関する事前相談に対する対応方針」(平成14年12月11日、最終改定平成18年1月8日)を廃止し、届出書の記載方法等に関して相談することができる届出前相談を導入した。

⁷ これまで独占禁止法24条に基づいて差止請求が認容された唯一の例は、ドライアイズ販売業者取引妨害禁止等仮処分申立事件東京地決平23・3・30 Westlaw Japan 文献番号2011WLJPCA03306001のみであるとされる。御器谷修=福田恵太「独占禁止法に基づく差止請求一仮処分で認容決定」公正取引728号51頁(2011)。なお、本決

例も稀である⁸。多様な場面で比較的柔軟かつ容易に援用できる条項との認識に基づき、優越的地位の濫用が持ち出されていると憶測するが、優越的地位やその濫用のいずれについても原告側は必ずしも適切かつ十分な主張立証を行っておらず、むしろ、他の主たる主張に付随して優越的地位の濫用が援用されているに過ぎないとの印象もある。このように、不公正な取引方法に関する民事訴訟は、頻繁に生じやすい傾向にあるが、そのうちのどれだけが「競争法実務」を構成するといえるかについては慎重な態度が求められる。

定において認められたのは、競争者に対する取引妨害（平成21年改正後の現行一般指定14項）に対する差止めである。

⁸ 主張を拒絶した具体例として、三光丸販売停止差止等請求事件東京地判平16・4・15判例時報1872号69頁、日本信販株主代表損害賠償請求事件平17・3・3判例タイムズ1256号179頁、東京相和銀行株式購入勧誘損害賠償事件東京地判平19・7・10 Westlaw Japan 文献番号2007WLJPCA07108001、ウィンズ汐留損害賠償事件東京地判平19・7・25判例タイムズ1277号291頁、電話加入権損害賠償請求事件東京地判平19・10・22 2007WLJPCA 10229001、モルガン・スタンレー証券損害賠償等請求事件東京地判平20・1・22 Westlaw Japan 文献番号2008WLJPCA01228009、プロ野球選手肖像権使用許諾不存在確認請求控訴審事件知財高判平20・2・25、及び同原審東京地判平18・8・1・判例時報1957号116頁（最決平22・6・15上告棄却及び上告不受理）、日本冶金工業損害賠償請求事件東京地判平20・4・23 Westlaw Japan 文献番号2008WLJPCA04238004、東京信用保証協会求償金請求事件東京地判平21・1・21 Westlaw Japan 文献番号2009 WLJPCA01218025、三井住友銀行金利スワップ契約損害賠償請求事件東京地判平21・3・27 Westlaw Japan 文献番号2009 WLJPCA03278013、新日本石油カードシステム損害賠償請求事件東京地判平21・7・29 Westlaw Japan 文献番号2009WLJPCA 07298009及びサークル K サンクス精算金請求事件東京地判平21・12・1 Westlaw Japan 文献番号2009WLJPCA12018001。以上では、平成21年改正前の旧一般指定14項が援用されているが、いずれも旧一般指定14項該当性の段階で原告主張は拒絶されている。他方、平成21年改正前の独占禁止法2条9項5号を援用した主張を認容した稀な例として、岐阜商工信用組合両建預金事件昭和最終判52・6・20民集 31巻4号449頁及び富士設備工業不当利得金返還請求事件大阪地判平22・5・25判例時報2092号106頁（ただし、後者は独占禁止法違反の成否は判断していない）。

2. 主要な問題提起1（不公正な取引方法をめぐる教育と実務の乖離）に対する賛成論

望月報告は、不公正な取引方法の規制を、私的独占や不当な取引制限の規制の補完的ないし予防的規制として位置づけ、その反映として、私的独占や不当な取引制限を取り扱った後に不公正な取引方法を扱う通説的な競争法教育を批判する。この点については、コメンテーターも強く共感を覚える。実際、コメンテーター自身、従来の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。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。特に、コメンテーターは、かつて自由競争滅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⁹。コメンテーターは、以上のような手法に基づいて検討を進めた方が、より公正取引委員会の規制実態に即しているし¹⁰、かつ、独占禁止法教育においても、不公正な取引方法の知識を前提に、私的独占を講義した方が学生に対する教育効果も高い、と考える。よって、不公正な取引方法の規制を私的独占の予防

⁹ 川島富士雄「独占禁止法における競争者排除行為の違法性判断枠組み—投入閉鎖型を中心に—」日本経済法学会年報29号131-146頁（2008）。

¹⁰ 公正取引委員会「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」（平成21年10月28日）は、「排除行為の典型としては、まず、独占禁止法第2条第9項各号に掲げる不公正な取引方法と同様の行為類型がある。したがって、不公正な取引方法のうち一部の行為については、排除行為に該当することがある。」（4頁）、「参考例は、同じく排除行為の該当性について具体的に理解することを助けるために、過去の審判決等において不公正な取引方法として問題となった行為を例として掲げるものである。」（5頁）と前置きした上で、不公正な取引方法の成否の指針とも大部分が重なる排除行為の成否の指針について述べた後（7-26頁）、「競争の実質的制限」の成否に関する指針に進んでいる（26頁以下）。本指針の基本的姿勢は、川島・前掲注（9）で提案した分析枠組みと適合的である。

的ないし補完的規制と位置づけ、私的独占を先に、不公正な取引方法を後に論ずる従来の多くの教科書の手法に対し望月報告が提起する疑問は、コメンテーターも共有する。

3. 主要な問題提起2（教育と実務の乖離の縮小）に対する 反対論

望月報告は、不公正な取引方法の規制において不当な取引制限や私的独占の規制と同質性のある自由競争減殺型を中心に置いている通説的な競争法教育とむしろ自由競争減殺型以外が中心である実務の「乖離はできるだけ小さい方が望ましいだろう」との問題提起を行っている。コメンテーターも、独占禁止法に関する講義において、不公正な取引方法のうち、能率競争阻害型（景表法を含む）や自由競争基盤侵害型（下請法を含む）について多くの時間を割いてきたかという、そうとはいえない。その意味で、望月報告の批判は、コメンテーター自身にも当てはまり、一定の反省を迫るものである。

しかし、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、必ずしも手放して同意できない。第1に、望月報告の指摘する実務で多数を占める類型（下請法及び景表法の違反）では、比較的形式的な要件の充足により違反が成立するものが多い¹¹。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。第2に、第1の点とも関係するが、能率競争阻害型はそれが不当であることは明白であり、それを禁止することによる競争に対する萎縮効果をほとんど考慮する必要がない類型がほとんどである¹²。他方、自由競争減殺型

¹¹ 例えば、下請法2条7及び8項における親事業者及び下請事業者の定義における資本金基準、同法4条の禁止行為類型、景表法3条における景品類の価額の最高額又は総額の定め、同法4条2項における合理的根拠資料の不提出による優良誤認のみなし規定などが、その具体例である

¹² 他方、自由競争基盤侵害型については、その禁止による競争に対する萎縮効果が皆無であると言い切れるか議論があり得よう。

の規制には、例えば本来保護すべき競争と違法な排除をいかに区別すべきかといった重要な問題が内在しており、本来保護すべき競争を違法としてしまう過剰規制（false positive）や萎縮効果の可能性に対し慎重な配慮を求められる場面が少なくない¹³。よって、理論的にもより一層の議論の深化が必要である、より困難な領域に関し、競争法教育上、より多くの講義時間を割くことは、十分に正当化されると考える。

¹³ 一般論として、当該問題を指摘したものとして、川島・前掲注(9)131頁、及びその問題を意識した違法性判断枠組みの構築を試みたものとして、同上134-135頁。当該「萎縮効果」への配慮の必要性に言及したものとして、公取委・前掲注(10)1-2頁。