国際的脈絡における日本の独占禁止法
―日米構造問題協議以降の発展の功罪―

栗　田　　誠

はじめに

日本の独占禁止法は、今、深刻な手詰まり状態にある。制度的には、平成17(2005)年及び平成21(2009)年の改正により、ようやく諸外国並みの課徴金制度及び課徴金減免制度を整備できたようにみえるものの、サンクション制度の設計に大きな制約があり、実効的なものというには程遠い[1]。審判制度を廃止するための平成22年(2010)年改正法案は、その経緯や内容に問題があると考えられるところ[2]、国会の審議は全く行われておらず、また、事件関係人の手続的保障の拡充を中心とする審査手続に関する検討作業は中断している。運用面では、国際カルテルの摘発は緒に就いたものの[3]、大きな進展はなく、国内事件では地方的な談合事件が再び多くなっ

＊本稿は、2012年３月17-18日に台北の国立政治大学にて開催された第８回東アジア法哲学シンポジウム「ポスト継受時代の東アジア法文化」のワークショップ「東アジアにおける競争法の社会的、政治的及び国際的な決定要因」において発表した原稿に加筆したものである。

[1] 栗田誠「平成21年改正独占禁止法における誤徴金制度の問題点～課徴金対象行為類型の拡大を中心に」千葉大学法学論集26巻1･2号（2011年）314(1)-272(43)頁参照。

[2] 栗田誠「公正取引委員会の審判制度の意義とその廃止の帰結」日本経済法学会編『独禁法執行のための行政手続と司法審査』日本経済法学会年報31号（2010年）33-48頁参照。

[3] マリンホース事件（排除措置命令・課徴金納付命令平成20･2･20 審決集54巻512・

てきている[4]。また、私的独占事件についても、JASRAC（日本音楽著作権協会）審判事件が失敗に終わり[5]、私的独占に対する課徴金の導入にもかかわらず、新たな事件はこのところ影を潜めている。独占禁止法の執行において目立つのは優越的地位の濫用事件ばかりであり、課徴金賦課の事例も相次いで出てきている[6]。企業結合規制では、審査手続の見直しが行われたが、事実上、フリーパス状態である[7]。公正取引委員会が他国の競争当局に先駆けて推進してきたガイドラインの作成についても、10年も前に作成の意向が表明された業務提携ガイドラインは原案すら公表されておらず[8]、平成３(1991)年に作成された流通・取引慣行ガイドラインは完全に時代遅れになっている[9]。そして、規制改革に向けた競争唱導活動にも目立った動きは見られない[10]。

623頁)、テレビ用ブラウン管事件（排除措置命令・課徴金納付命令平成21・10・7審決集56巻２号71・173頁〔一部審判係属〕)。

[4] 栗田誠「独占禁止法による入札談合規制の展開―公取委敗訴事例を素材に」ジュリスト1438号（2012年）30-35頁参照。

[5] JASRAC に対する排除措置命令（平成21・2・27審決集55巻712頁）の取消を求めた審判の結果、違反事実が認められないとして排除措置命令を取り消す旨の審決が行われた（平成24・6・12審決集59巻登載予定)。

[6] 山陽マルナカ事件（排除措置命令・課徴金納付命令平成23・6・22審決集58巻登載予定〔審判係属〕)、日本トイザらス事件（排除措置命令・課徴金納付命令23・12・13審決集58巻登載予定〔審判係属〕)、エディオン事件（排除措置命令・課徴金納付命令24・2・16審決集58巻登載予定〔審判係属〕)。

[7] 栗田誠「公正取引委員会による企業結合審査の見直しの意義と課題」M&A Review Vol.25, No.5（2011年）８-15頁参照。公正取引委員会「新日本製鐵株式会社と住友金属工業株式会社の合併計画に関する審査結果について」（平成23・12・14）も参照。

[8] 吉田正一「業務提携の活用実態と企業間競争―独占禁止法の視点から」商事法務1625号（2002年）36-42頁参照。

[9] 上杉秋則「グローバル経済下における流通・取引慣行規制のあり方―ガイドライン改訂の課題と方向性」公正取引736号（2012年）17-25頁参照。

[10] 平成18年に電力事業及び郵便事業、平成20年に都市ガス事業、平成21年に国際航空貨物についての競争実態の調査結果と改革提言が公表されているが、それ以降に大きな動きはないようである。公正取引委員会の競争唱導活動は、現下の政治情勢では推進することが困難であるのかもしれない。本稿では、独占禁止法の制度及び運用に焦点を当てることとし、競争唱導にはこれ以上言及しない。

こうした手詰まり状態は何に起因し、何をもたらしているか、そこから脱却するにはどうしたらよいかについて、国際的な文脈で考えてみたいというのが本稿の趣旨である。平成２(1990)年前後の時期に行われた日米構造問題協議（Structural Impediments Initiative: SII）を契機とする独占禁止法の制度改正や運用強化の歴史を国際経済の動きや競争法の国際的動向との関連で跡付け、現下の手詰まりを打開する方策を見出すことが目的である。具体的には、第１に、日本の独占禁止法の再生が始まるきっかけとなった SII について、20年を経過した現時点で、その意義をあらためて検証し、その負の遺産を摘出する。また、SII は、国際経済摩擦の一因としての競争法・競争政策問題を考える際の重要な素材となるはずである。第２に、SII 以降に繰り返し行われてきた独占禁止法改正を促した要因を明らかにするとともに、その限界を探る。日本における経済法制度改革の在り方一般を考えることにもつながる。第３に、こうした独占禁止法改正の動向を国際的な文脈において評価する。その際には、東アジア地域の競争法との関連についても検討し、共通する課題を探る。第４に、日本の独占禁止法に対して、国際的な脈絡、特に東アジア競争法の生成・発展に貢献する観点から解決を求められている構造的な課題を整理し、その解決に向けた道筋を構想する。

１　日米構造問題協議とその評価

平成元(1989)年９月に開始され、平成２(1990)年６月に最終報告が取りまとめられた SII が日本の独占禁止法の制度及び運用の大きな転換をもたらし、その後の独占禁止法の発展につながったという評価に大きな異論はないものと思われる[11]。問題は、そうした変化が巨額の貿易赤字を背景に

[11] こうした評価の例として、公正取引委員会事務総局編『独占禁止政策五十年史 上巻』（公正取引協会・1997年）486頁、根岸哲「経済法の歴史的展開」日本経済法学会編『経済法の理論と展開』（三省堂・2002年）10頁、村上政博『独占禁止法』（岩波新書・2005年）66頁、白石忠志『独禁法講義［第６版］』（有斐閣・2012年）４頁参照。こうした評価は、海外の研究者においても同様である。*See e.g.*, Harry First,

新自由主義的改革を求める米国の圧力によるものであったとして否定的に捉えるかどうか、また、そうした変化がいわゆる外圧を梃子とするものであったとしても、自生的・内発的な構造改革の提言や消費者利益の向上策をも基礎とするものであったと考えるかどうかという点にある。筆者は、真理は中庸にあると考えるので、この問題についても中間的な立場を採りたいと思う[12]。

国際経済法、特に国際競争法の発展の観点からのSIIの評価については、多くの先行研究があり、筆者もいくつかの論文を公表済みである[13]。その基調は、SIIを二国間の経済法制度を巡る交渉と捉え、国際的な制度構築・平準化（ハーモナイゼーション）の重要な手法としてSIIを積極的に評価するというものである[14]。

これに対しては、米国側の要求が米国企業の利益追求のために、新自由主義的な「市場原理主義」に基づく改革を日本側に求めるものであり、米国側の要求に屈して独占禁止法の改正を含む構造改革を推進してきたことは誤りであり、それが今日の格差社会や景気低迷につながっているとする批判がある[15]。

Antitrust Enforcement in Japan, 64 Antitrust Bulletin 137-82 (1995); Michael L. Beeman, Public Policy and Economic Competition in Japan, Change and Continuity in Antimonopoly Policy, 1973-1995, Routledge, 2002.

[12] なお、筆者は、SIIの協議中は在米国日本大使館の書記官として、その後のフォローアップ期間（1990年７月から1992年６月まで）には公正取引委員会事務局の国際担当として、日米間の協議・交渉に関わった。

[13] Makoto Kurita, Recent Developments of Competition Policy in Japan and Their Implications for International Harmonization of Competition Laws, *in* Chia-Jui Cheng, Lawrence S. Liu, and Chih-Kang Wang, *eds.*, International Harmonization of Competition Laws, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 361-379、栗田誠「競争法の国際ルール形成と開発途上国における法制化への影響」今泉慎也編『国際ルール形成と開発途上国　グローバル化する経済法制改革』（アジア経済研究所・2007年）117-152頁参照。先行研究についても、これらの拙稿を参照。

[14] 例えば、松下満雄「日米構造問題協議と経済制度調整」ジュリスト965号（1990年）15-21頁参照。

[15] こうした議論の典型として、萩原伸次郎『ワシントン発の経済「改革」　新自由主義と日本の行方』（新日本出版社・2006年）参照。グローバル経済の旗手からの転

経済法研究者の中にも、構造改革に批判的な立場から、SII以降の米国政府の要望が「日本政府の政策立案プロセスの一環として組み込まれていた」のであり、その内容は「1990年代、2000年代における公正取引委員会における政策課題をほぼ網羅して」おり、「構造改革の一環としての独禁法……強化と公正取引委員会の権限強化の流れを作り出すうえで少なからぬ影響力を発揮した」とするものがある[16]。

確かに、米国側の要望と日本側の措置が対応しているという指摘は、表面的には正鵠を得ている[17]。しかし、現場にいた筆者の実感としては、米国側の要望と日本側の措置との対応関係は米国側の独占禁止法・競争政策に係る要望が「現にある制度を強化し、あるいはそれを活用する」ことを基本的なスタンスとして提示されていたことによるものであり、それはある意味で、具体的な成果を上げたい米国側の事情と抜本的な制度改革への構想力を欠く日本側の事情との相互作用がもたらしたものであると考える。

SIIにおける米国側の要望とは、例えば、①カルテルに対する課徴金の算定率が原則1.5％では実効性を欠くのではないか、カルテルによるマークアップ率は通常10％程度はあるのではないか、②悪質なカルテルの実行行為者になぜ刑事罰を適用しないのか、上限500万円の罰金刑では大企業にとってどんな意味があるのか、③違反行為による被害者は損害賠償を請求する仕組みがあるのだから、それが活用されるように支援してはどうか、④競争相手を排除するような行為は独占禁止法に違反するのだから、それを明確に示してはどうか、といったことである。これに対しては、①課徴金算定率の原則６％への引上げ（平成３〔1991〕年改正）、②刑事告発方針

向として話題になった中谷巌『資本主義はなぜ自壊したのか　日本「再生」への提言』（集英社・2008年）も参照。こうした論調に対する反論として、八代尚宏『新自由主義の復権　日本経済はなぜ停滞しているのか』（中公新書・2011年）参照。

[16] 宮井雅明「経済法制の規定要因としての日米関係」法の科学42号（2011年）134-141頁。ただし、独占禁止法の執行力の強化や入札談合の摘発・予防等の日本の経済法学が共有していた課題の克服を米国政府の要望が後押ししたことを認め、その限りで肯定的に評価できるとしている（140-141頁）。

[17] SIIの最終報告やその後のフォローアップ報告書では、項目ごとに措置が明記されていたから、これはある意味で当然である。

の公表（平成２〔1990〕年）、罰金刑上限の引上げ（平成４〔1992〕年改正）、③被害者による民事訴訟への支援策の公表（平成２〔1990〕年）、④流通・取引慣行ガイドラインの作成（平成３〔1991〕年）といった形で、矢継ぎ早に具体的な成果となった。

こうした米国側の要望を踏まえた日本側の措置は、独占禁止法の制度及び運用に大きな改革をもたらすものであったが、制度を抜本的に見直すという性格のものではなく、「全体としての整合性を考えない『つぎはぎ』的な」[18]ものであり、むしろ、今日の独占禁止法が抱える課題の一因となっている面もあり（例えば、なし崩し的な課徴金対象行為類型の拡大）、構造的な課題の解決を先送りするものであったともいえる[19]。その意味で、SII及びそれ以降における独占禁止法・競争政策を巡る議論とそれを踏まえた日本側の措置は、独占禁止法の個々の制度（例えば、課徴金制度や刑事罰制度）を強化し、あるいはその運用（例えば、流通・取引慣行ガイドラインの作成による法運用の透明性の確保）を改善するという面では大きな成果を上げたものの、SII という二国間の交渉枠組によるバイアスを受けているおそれがある[20]。また、個々の制度相互の関係や独占禁止法制度全体としての実効性、更には関係する法分野との調整を考え、望ましい独占禁止法制度のグランドデザインを描くという面では十分機能してこなかったと思われる。

このように考えると、SII を契機とする日本の独占禁止法の強化につい

[18] 宮井・前掲注16、141頁注10。

[19] こうした評価は、例えばサンクション体系の制度設計に関連して広く共有されていると思われる。日本経団連は、独占禁止法の平成17(2005)年改正及び平成21〔2009〕年改正に至る過程において、繰り返し独占禁止法の全面的な見直し、抜本改正を求める意見を公表してきている。ただし、日本経団連の真意は、抜本改正が容易ではないことを見越した上で、あえて抜本改正を求めることで、強化改正を阻止することにあったのかもしれない。

[20] 例えば、流通・取引慣行ガイドライン（平成3･7･11）が市場アクセスの改善という SII 当時の関心・懸念を反映した構成・内容となっており、また、緩やかな違法性判断基準を提示することで予防的な効果を狙ったものになっていることは否定できない。そして、20年以上を経た現在まで、一度も実質的な改定がなされていないことも、SII から誕生したことの負の遺産かもしれない。

ては、現にある制度を前提に、その個別的な問題点を改善することを目指してピースミール（piecemeal）の制度改正や運用改善を模索してきたものという評価が可能である。個々の制度の部分最適化を目指さざるを得ず、いわば自縄自縛の状態にあり、抜け出せないでいるのが現実であり、それが冒頭に述べた独占禁止法の手詰まりにつながっていると思われる。

これに対して、東アジア諸国は1990年代後半から2000年代にかけて相次いで包括的な競争法を新たに導入したのであり、現存する競争法の漸進的改善を図るという日本の状況とは大きく異なっている。しかし、国際経済的な脈絡の中で競争法制度の整備を求められたという点においては共通する面がある[21]。

途上国における外部的な要因による経済法制度改革に対しては、しばしば「ワシントン・コンセンサス」の強要であるとか、「モデル法」の押し付けであるという批判がなされてきた。「ワシントン・コンセンサス」とは、途上国における持続的な経済成長を達成するためには、政府と市場との役割分担の明確化と市場機能の重視を基本理念とした経済法制度改革が不可欠であるとする考え方であり、特に1980年代から1990年代初めにかけて世銀・IMF が途上国支援を行うに際して採用した政策をいう[22]。また、「モデル法」とは、途上国がワシントン・コンセンサスに沿った経済法制度改革を実行しようとする際に、それを内容面から方向付けるものとして国際機関が提示する法制度の具体的範型であり、ワシントン・コンセンサスに対する批判が高まってきた1990年代央以降も、各種の法分野でモデル法の作成と改訂が継続されている[23]。

[21] 例えば、タイ及びインドネシアはアジア通貨危機を受けた IMF との取決め（いわゆる「コンディショナリティー」）により1999年に競争法を制定し（栗田・前掲注13、135頁参照）、シンガポールは米国とのFTA交渉における約束により2004年に競争法を制定した。

[22] 佐藤創「開発途上国における経済法制度改革とワシントン・コンセンサス」今泉編・前掲注13、25-51頁参照。

[23] 金子由芳「モデル法の形成過程と実像―主体性回復への課題」同『アジアの法整備と法発展』（大学教育出版・2010年）53-78頁参照。競争法分野における代表的なモデル法として、次を参照。World Bank and OECD, A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy, World Bank, 1999.

こうした方法に功罪があることは当然であるが、ここではこれ以上論じない。しかし、競争法を新たに導入した国・地域も、一定の運用経験を経てその問題点を認識し、その改善を目指すことになる[24]。そうした場合に、既存の制度や運用による制約から自由ではあり得ないとしても、常に競争法制度全体としての実効性を重視する観点からの制度構築が求められている。

２　独占禁止法改正の国際的モメンタム

SII 以降に行われた独占禁止法改正は、基本的に違反行為（違反行為者）に対するサンクションを強化する観点からのものであったといえる。もちろん例外はあり、公正取引委員会の機能強化（事務総局制の採用）、企業結合規制の改正、違反事件処理手続（審査・審判制度）の改正といった、手続や組織に関する重要な改正も行われてきている。しかし、サンクション制度を拡充する観点からの改正、特に課徴金制度の拡充が中核をなしてきたことは明らかであろう。本項では、こうしたサンクションの強化を中心とする独占禁止法改正をもたらした要因を国際的な文脈の中で考える。

前項で述べたように、SII では「現にある制度を強化し、あるいはそれを活用する」ことを基本的なスタンスとしていたから、既に昭和52（1977）年改正で導入されていた（が、必ずしも実効的とはいえなかった）課徴金制度の強化という方向が出てきたことは、ある意味で自然であった。そして、その具体的な強化の方策が、課徴金制度の抜本的な見直し（例えば、公正取引委員会に裁量性を付与する仕組みの導入）ではなく、算定率の引上げという最も簡便な方法になったことも、当時の状況下ではやむを得なかったものと思われる。サンクションの強化は、その当時も今も、ハードコア・カルテルが第一のターゲットであることに変わりはない。日本の課徴金制度においてサンクションを重くする手っ取り早い方法は、カルテル対象商品の売上額に乗じる算定率を引き上げることであり、平成３（1991）

[24] インド、インドネシア、ベトナム等における競争法改正の検討状況について、公正取引732号（2011年）の「特集　アジア諸国における競争政策の動き」の諸論考参照。

年改正に至る過程における実質的な議論の太宗は、具体的に算定率を何％に設定するかに向けられていた。

問題は、こうした議論の枠組が平成17（2005）年改正及び平成21（2009）年改正に至る過程においても踏襲され、課徴金制度の大枠を変えないことが前提になってしまったことにあると思われる。

平成17（2005）年改正による課徴金制度の強化と課徴金減免制度の導入に際しても、新たな国際的要因が関わっている。1990年代前半に米国司法省が始めたリニエンシー制度の活用が瞬く間に世界中に広まり、1998年にはOECD 理事会がハードコア・カルテルに関する勧告において、リニエンシー制度の導入による規制強化を促していた[25]。リニエンシー制度を有していない法域があると、カルテル参加企業は当該法域で重い制裁を受けることを恐れて、どの法域にもリニエンシー申請をしなくなるおそれがあり、主要な法域がこぞってリニエンシー制度を整備することが必要であるとされ、日本もリニエンシー制度を導入することが国際的に求められていた[26]。

しかし、不当利得の剥奪として性格付けられ、裁量性を認めていない日本の課徴金制度の下では、リニエンシーを申請したカルテル参加企業のみ課徴金の賦課を減免することには様々な難問があった。日本が主要国の中でリニエンシー制度の導入が最も遅れた大きな原因は、課徴金制度の法的性質に関わる理論的問題を克服し、「司法取引」批判を回避してコンセンサスを形成するために時間を要したことにある。そして、課徴金減免制度の導入の代償として、課徴金制度の法的性質を巡る理論的混迷、実体的・手続的な複雑性、他のサンクション制度との不整合といった課題を引き続き突き付けられている。しかし、課徴金制度の抜本的な見直しの一環としてリニエンシー制度の導入を検討していたならば、今も課徴金減免制度は

[25] OECD, Recommendation of the Council conceming Effective Action against Hard Core Cartels, 25 March 1998 – C (98) 35/FINAL.

[26] もっとも、日本の課徴金制度が外国のカルテル参加企業にとってそれほど重大なリスクとして認識されていたかは疑問である。リニエンシー制度の導入を実現したい公正取引委員会が用いたレトリックの一種であったのかもしれない。なお、栗田誠「米国反トラスト法におけるリニエンシー制度の最近の動向と日本法への示唆」公正取引696号（2008年）15-21頁も参照。

実現していなかったかもしれない。

平成21(2009)年改正により、排除型私的独占に対して課徴金制度が導入されたことも、一面では国際的な要因が重要な意味を持っている。導入の是非についてはかねてから議論があり[27]、排除型私的独占の違反の重大性にかんがみれば、排除措置命令にとどまらない、実効的なサンクションが必要な違反もあり得ることは明らかである。問題は、ハードコア・カルテルに対する課徴金制度を、算定率において差を設けるにしても、そのまま排除型私的独占にも拡張することが適切であるかどうかである。ハードコア・カルテルと比べて違反行為としての定形性・明確性に乏しく、違反かどうかの判断が容易ではなく、事案ごとに大きく異なる排除型私的独占について、違反対象商品の違反行為期間における売上額に一定率を乗じて計算するという機械的な仕組みが有効に機能するとは考え難い。また、私的独占規制の対象になりそうな企業（シェアの高い企業）が競争的行動を過度に自制することによる過大執行や、課徴金の賦課に直結することを考慮した公正取引委員会の慎重な法執行による過小執行のおそれが懸念されるのである[28]。

しかし、公正取引委員会には、排除型私的独占を課徴金対象に加える改正を早急に実現する必要があったのである。平成17(2005)年に公正取引委員会は、インテルの忠誠リベートについて排除型私的独占に該当するとして勧告審決を行った[29]。その後、韓国公正取引委員会、欧州委員会、さらに米国連邦取引委員会が Intel の同様の行為に対して法的措置を採るのであるが、公正取引委員会の措置は世界に先駆けるものであり、高く評価されてしかるべきものである。しかし、実際には公正取引委員会の措置は全くと言ってよいほど国際的に評価されていない。単に一定の是正措置を講

[27] 例えば、平成17（2005）年改正に向けた検討を行った独占禁止法研究会の報告書〔平成15･10･28〕では排除型私的独占も課徴金対象に加えることを提言していたが、公正取引委員会の「独占禁止法改正(案)の概要」（平成16･5･19）では落とされていた。

[28] 栗田・前掲注１参照。平成21（2009）年改正法が施行されて既に2年以上経過したが、排除型私的独占の新たな事例は出てきていない。

[29] 公正取引委員会勧告審決平成17･4･13審決集52巻341頁。

じることを命令するにとどまり、制裁措置を課していないことがその理由の一端である[30]。このため、公正取引委員会は、排除型私的独占を課徴金の対象に加えるための法改正を速やかに行うこととし、違反に対するサンクションの在り方を抜本的に見直すことをまたしても断念したものと理解することができる。

このように、SII の直接の果実である平成３(1991)年改正（課徴金の強化）、平成４(1992)年改正（刑事罰の強化）は言うに及ばず、近年の平成17(2005)年改正や平成21(2009)年改正においても、国際的な要因が関わっている。こうした国際的要因による国内経済法制度の見直しということ自体を否定的に評価することは適切ではない。問題は、国際的な要因から迅速な成果を求める余り、部分最適を選択し、全体最適化を断念し、あるいは問題を先送りする結果となることにある。そして、競争当局や政府が実現可能な成果を迅速に追求しようとすることを一概に責めることはできず、むしろ研究者に期待される部分が大きいのかもしれない。

３　国際的脈絡からみた独占禁止法改正の評価

SII 以降の日本の独占禁止法の制度及び運用の発展は、国際的な脈絡からはどのように評価されるであろうか。1990年代央には、WTO の発足を機に競争法の国際的ルール作りや国際的収斂の議論が高まったが、その後、ドーハ開発ラウンドにおける「貿易と競争」問題の議題化の失敗以降、この議論は低調になっている[31]。他方、1990年代末以降、東アジア地域の競争法の制定や運用強化が相次ぎ、「東アジア競争法」の生成を期待する声も出てきている[32]。こうした国際的状況において、日本の独占禁止法の展

[30] Hiroshi Yamada, Japanese Antitrust Law; Recent Developments and an Agenda for the Years Ahead, Journal of European Competition Law & Practice (2011) 2 (2): 165-169. なお、厳密には、公正取引委員会は、Intel の日本法人に対して排除措置を命じたものである。

[31] *See e.g.*, Martin Taylor, International Competition Law: A New Dimension for the WTO?, Cambridge University Press, 2006.

[32] 例えば、権五乗（中山武憲訳）「東アジア共同市場の形成と競争法の課題」稗貫

開はどのように位置付けられるであろうか。

東アジアにおける競争法といっても、1990年代初頭までは事実上日本の独占禁止法に限られていたと思われる。1980年に制定された韓国の公正取引法は、日本の独占禁止法の影響を大きく受けており、その運用も日本の公正取引委員会の実務に範を取ることも少なくなかったといわれる[33]。しかし、1990年代に入ると、韓国の公正取引法は独自の改正を重ね、特に課徴金制度の強化やリニエンシー制度の導入において日本より先行し、精緻な規制制度を構築している[34]。また、韓国の公正取引委員会は、日本の公正取引委員会よりも高い国際的評価を受けているが[35]、それは主として国際的違反事件（国際カルテルやグローバル企業による支配的地位の濫用）に対する積極的な取組を反映したものである。また、韓国の公正取引委員会や競争法法曹は国際的活動にも積極的であり、各国専門家を招いた国際シンポジウムの開催[36]、アジア諸国の競争当局に対する研修等の支援[37]、東アジアの法域における競争法関係者の組織化[38]等に貢献している。

他方、日本の独占禁止法の改正は、主として米国とのSIIを契機として開始され、その後の改正も主として欧米法域が関わる国際的な要因を受けて行われてきており、東アジア諸国との関係は希薄である。また、運用面でも、欧米法域のガイドラインや違反事例には注意するが、東アジア法域の動向を直接参考にしようとする意識は乏しかったように思われる。

確かに、日本の公正取引委員会も国際協力機構（JICA）の協力を得て、東アジア法域を中心に競争法整備支援に力を入れているが、日本の独占禁止法の特異性が国際協力の内容を歪なものにし、支援を受ける側の競争当局にとって汎用性・応用性に乏しいものとなっているおそれがある[39]。

筆者は、東アジアの競争法の特徴として、①多元的な目的、②詳細な実体規定、③公正な競争の重視、④政府措置による競争制限への取組の必要性、⑤脆弱な執行主体の独立性、⑥実効性を欠くサンクション、⑦不十分な執行手続を挙げ、これらの特徴が、地域の歴史や法文化、市場実態、政府と経済社会との関係等を反映した利点であると同時に、克服すべき課題を内包していること、そして、これらの課題がいずれも、日本の独占禁止法や公正取引委員会がかねてから抱えており、その解決に苦慮してきているものであることを指摘して、日本の先行する経験が他の東アジア法域における取組に資するとともに、他の東アジア法域における新機軸が日本における解決策の検討にとって有益な示唆となるという双方向の関係にあることを強調してきた[40]。

残念ながら、SII以降にパッチワーク的な改正を繰り返し、周回遅れとなった日本の独占禁止法や運用が東アジア法域における競争法の発展にとって制度設計や理論面で貢献できる領域は乏しいように思われる。むしろ、公正取引委員会における実務の取り進め方（審査実務、経済実態調査の進め方、事前相談手続の整備等）についての実際的な助言をすることに大きな意義が残されているように感じられる。

４　国際的脈絡からみた独占禁止法の課題

これまでの検討を踏まえれば、日本の独占禁止法の課題は明らかである。以下では、独占禁止法の構造的な問題を簡単に整理し、次いで、日本の独

俊文編著『競争法の東アジア共同市場』（日本評論社・2008年）15-24頁参照。

[33] 本城昇『韓国の独占禁止法と競争政策』（アジア経済研究所・1996年）307頁。

[34] 中山武憲『韓国独占禁止法の研究』（信山社・2001年）及び同教授のその後の一連の研究（例えば、同「日韓両国の文化的特性の相異と経済法法制への影響」稗貫編著・前掲注32、107-146頁）参照。

[35] 例えば、Global Competition Reviewが毎年実施する主要競争当局の評価（Rating Enforcement）参照。

[36] 例えば、Seoul International Competition Forumの隔年開催。

[37] 例えば、International Workshop of Competition Policyの開催。

[38] 例えば、2008年９月に発足した日中韓の競争法関係者を会員とするAsia Competition Associationは、韓国側が事務局を務めている。

[39] 例えば、裁量的な課徴金制度を有する法域に対して裁量性のない日本の課徴金制度の仕組みや運用を説明すること、支配的地位の濫用を禁止する規定を有する法域に対して日本の不公正な取引方法の規制内容を説明することに積極的な意義を見出すことは困難であろう。理論的な検討として、栗田誠「競争法整備支援とその評価―競争法の普遍性と土着性の観点から」（未公表）参照。

[40] 栗田誠「日本から見た中国独占禁止法と東アジア競争法の課題」新世代法政策学研究13号（2011年）117-166頁。

占禁止法やその公的執行の主体である公正取引委員会、更には日本の経済法学が国際的に果たすべき役割について、競争法の普遍性と土着性という観点から検討する。

まず、日本独占禁止法制度の課題について、実体規定、サンクション、手続及び組織に分けて指摘する[41]。これまでの独占禁止法改正は、実体規定には全く踏み込んでいない。実体規定の改正は昭和28(1953)年改正以降、全く行われていないのである[42]。しかし、実体規定には体系的に妥当性を欠く点が少なからず存在し、解釈論による弥縫策では解決できず、法執行の支障になっている面がある[43]。特に、事業者の共同行為規制と事業者団体規制の齟齬、私的独占と不公正な取引方法との二重規制については、抜本的な見直しが必要である。

また、サンクションについては、現行の非裁量型課徴金制度を裁量性のある制度に抜本改正し、刑事罰その他のサンクションとの体系性を確保することが不可欠である。また、手続については、審判制度廃止のための改正法案を一旦廃案とし、処分前の事前手続を一層拡充し、審査段階における手続保障問題と合わせて改正案を立案することが適切である。

さらに、組織については、法律事項ではないが、専門性の欠如が公正取引委員会に限らず、日本の行政機構全般が抱える弱点であり、専門性を確保するための措置を大胆に講じることが必要である。加えて、独占禁止法制度の見直し作業を執行機関である公正取引委員会に第一義的に担わせる体制には問題があると思われる。執行機関は、執行上の便宜や当面の利害にとらわれがちになり、ピースミール・エンジニアリングには長けるが、ブレークスルーの改革提案には及び腰になりがちである。この問題は、公

[41] 次の拙稿においても、課徴金制度、審判制度、非公式な法目的実現手法及び多元的法執行システムについて検討している。Makoto Kurita, Impediments to Effective Enforcement of Competition Law--Institutional Flaws in the Antimonopoly Act of Japan and Its Enforcement, 新世代法政策学研究 (Hokkaido J. New Global Law and Policy), vol. 10 (Feb. 2011) pp. 71-95.

[42] 平成21 (2009) 年改正による不公正な取引方法の定義規定 (2 条 9 項) の改正は、一部の類型を法定することを目的とした、いわば形式的な改正である。

[43] これによる弊害には、実効的な規制ができずに過小執行になる面と、過剰な規制に陥り過大執行になる面の両面がある。

正取引委員会の独立性や権限とも関わり、慎重に検討する必要があるが、大局的な見直しを可能にする体制が望ましい。

こうした構造的な課題の解決なしに日本の独占禁止法制度が国際的に評価されることは期待し難いであろうし、東アジア競争法の生成・発展に貢献できる領域も限られたものとなろう。

次に、競争法が有する普遍性と土着性を前提に、日本の経済法学や公正取引委員会が貢献し得る分野を検討する[44]。

競争法においては、メニュー化された違反行為類型に形式的に該当するだけでは違反とはいえない。当該行為が市場競争に悪影響を及ぼすことが立証されてはじめて違反となる。したがって、どの範囲の競争にどの程度の悪影響が及ぶ場合に違反になるのかという違法性基準や、具体的に違法性基準を満たすか否かをどのように調査・分析し、立証するのかという分析手法・立証基準には法域ごとの違いがあり得る。しかし、競争法は、あらゆる商品・サービスを対象とする性格上、違法性基準は抽象的に設定されており、それを個別具体的な事案に適用する中で、基準が具体化・明確化され、また、分析・判断の手法や手順が定式化される。そして、様々な基準や手法が提示され、実践される中で、優れた基準や手法が支持を集め、普及していくのである。このように、競争法には自動的な収斂メカニズムが備わっているのであり[45]、こうした競争法の性質をここでは「普遍性」と呼ぶ。

しかし、競争法は同時に、市場の特性等を反映した「土着性」を有しており、また、有するべきである。特に、市場化の程度、関連法制度の整備状況等に応じて、競争法の規制範囲と規制基準が法域により異なることがあり得る。その意味で、どの法域にも適合する、唯一の正しい競争法が存在するわけではなく、それぞれに適合した競争法を形成し、進化させることが必要である[46]。

[44] この課題の詳細については、栗田・前掲注39参照。

[45] 世界の競争当局により組織される ICN (International Competition Network) におけるベスト・プラクティスの策定作業は、正にこうした競争法の収斂メカニズムの実践である。

[46] John O. Haley, Competition Law for the Asia-Pacific Economic Cooperation Communi-

これまでの競争法制定の経緯をみると、比較的短期間で制定作業を終えた法域と長期間掛けて制定に漕ぎ着けた法域とがある。しかし、検討期間の長短を問わず、競争法の実体規定について、それぞれの法域で競争上の弊害をもたらしている行為・慣行や市場取引の実態に関する調査・分析を踏まえて検討されたのかといえば、おそらく否定的に解される。競争法制定支援を行うドナー側としても、法域ごとの競争・取引の実態を調査して支援に反映させることは実際上困難であろう[47]。また、競争法の執行において、法執行の優先分野を選定し、違反審査を実施するに際しても、取引実態や参入障壁、関係企業の市場地位をはじめとする競争実態の把握が不可欠である。

こうした競争法の普遍性と土着性を前提とすると、普遍的性格を有する競争法を個別具体的に適用していく過程や市場実態に応じた実効的な規制を可能にする土着的な競争法規制を制度化する過程において、競争法の蓄積された執行経験の活用が極めて重要な意義を有していることは明らかである。競争法整備支援として現在求められている内容とは、そうした執行経験に基づく具体的な実践であり、そのための人的貢献であると思われる。こうした貢献を行う上では、日本の独占禁止法の特殊性を自覚し、その執行経験を相対化・客観化することが前提となり、また、競争法の普遍的な分析手法や市場実態に対する冷静な調査・分析を可能にする知見が必要である。そして、競争法整備支援の担当者には、競争法の普遍性と土着性に対する認識と応用可能な執行経験の蓄積が求められる。

おわりに

日本の独占禁止法及びその中心的な執行機関である公正取引委員会は、長年、その意義や役割について内外から対照的な評価を受けてきた。すなわち、国内的には、独占禁止法の規制が厳しすぎる、あるいは公正取引委

ty: Designing Shoes for Many Sizes, 1 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 1-13 (2004).

[47] 例えば、インドネシアやベトナムにおいて、競争法の制定後、比較的短期間で改正の検討が始められていることは、競争法の土着性に着目した検討が不足していたことを示している可能性がある。

員会の法運用が経済取引の実態を考慮せず、硬直的であるという批判を受けつつも、消費者等からは一定の支持を受けてきている。他方、海外からは、日本の独占禁止法は早期に制定されたが、実際には運用されておらず、あるいは違反に対する制裁措置はないに等しいと批判され、公正取引委員会は「吠えない番犬」と揶揄されてきた。

本稿の検討作業は、こうした内外の認識や評価の差が何によって生まれているのか、その差を解消するには何が必要かを考えることでもあった。筆者は、かつて、この日本の独占禁止法に対する内外の評価の違いの原因と結果について、公正取引委員会による独占禁止法の非公式な法目的実現手法という観点から分析したことがある[48]。本稿は、同じ課題を主として制度面について検討したものでもある。

本稿では、SII が日本の独占禁止法の発展にとって大きな意義を有するものであったことを認めつつ、その後の独占禁止法制度の見直しが場当たり的になってしまった原因の一端を SII に求め、SII の軛からの脱却を目指した。そして、独占禁止法制度の構造的な課題を提示して、その解決の必要性を強調した。

筆者には、「日本の独禁法の運用には国際的に適用しない面があまりにも多いという現実」[49]は、日本の独占禁止法の制度に起因する面が大きいようにみえる。普遍性と土着性を兼ね備えた、世界水準の独占禁止法制度の確立に向けて、直ちに第一歩を踏み出さなければならない。

[48] Makoto Kurita, Effectiveness and Transparency of Competition Law Enforcement –Causes and Consequences of A Perception Gap between Home and Abroad on the Anti-Monopoly Act Enforcement in Japan, 3 Wash. U. Global Stud L. Rev. 387-404 (2004). その邦訳として、栗田誠「競争法執行の実効性と透明性―日本の独占禁止法執行に関する内外の認識差の原因と結果」法学新報109巻11・12号（2003年）1 -24頁。

[49] 上杉秋則『独禁法国際実務ハンドブック』(商事法務・2012年) v 頁。