



Title	構造規制 -その経済学的, 法律学的考察 (二) -
Author(s)	来生, 新; KISUGI, Shin
Citation	北大法学論集, 28(1), 179-211
Issue Date	1977-07-25
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16234
Type	departmental bulletin paper
File Information	28(1)_p179-211.pdf



構造規制

——その経済学的、法律学的考察——
(2)

来
生
新

目次

- 第四章 構造規制のあるべき姿と公正取引委員会
- 第一節 純粹構造規制の性格と法規範のあるべき形
- 第一 競争原理の多義性と企業分割
- 第二 構造基準中心主義への批判
- 第三 企業分割制度の性格づけ
- 第四 小括
- 第二節 純粹構造規制手続の検討
- 第一 改正案とその批判
- 第二 企業分割が準司法的手続になじまないと考えられる理由
- 第三 企業分割手続についての一案

本稿の出発点は、企業分割の際に公取委が行使する裁量が、如何なる性質のものかを、具体的に検討することであった。すなわち、企業分割とは、政策的、裁量的判断によってなされるべきものなのか、それとも私的独占の規制や不当な取引制限の規制と同様の非政策的——誤解を生みかねない表現であるが——非裁量的判断によってなされるべきものなのかを検討することが、本稿の出発点における目的だったのである。

前章までの検討は、(i)経済学的には、企業分割の際に成果の諸要素の考察が重要であり、しかもそこで重要視される成果の諸要素の判断は、一般的には、「質的かつ主観的」な判断であるとの評価をうけていること、(ii)少なくともアメリカで現に行われている裁判——法的判断の実態——においては、成果の諸要素を考察することが、企業分割の実施の際に極めて重要な役割をはたしていることを明らかにした。また、アメリカの制度の下では、多くの人間に広範な影響を必然的に与えることとなる企業分割の本質の故に、企業分割を担当する裁判官は、被告が大企業になればなるほど、現状維持的になり、分割に消極的な態度をとりがちになることも見た。

本章では、以上のような諸前提をふまえた上で、改めて企業分割が非裁量的な判断でなされるべきだと主張しうるか否かを検討する。第三章で検討を加えたのは、アメリカの一部の判例の中で、実際にどのような判断が行われていたのかということのみであり、それは、わが国で企業分割の法規範がどのようなものであるべきかという議論と、必ずしも直結するものではないと考えるからである。但し、これまでくり返し述べて来たように、私は、最終的には、企業分割を非裁量的な法規範に従わせるべきではないという結論を導く予定である。⁽¹⁾

右の検討を経た後に、本章の、そして本稿全体の結論を出すために、私は、企業分割が本来、成果の考慮という政治的、裁量的判断と不可分であるという前提の上で、企業分割と公取委の独立性とをいかに調和させるべきかという、立法論的考察をなす。私は、そこで、企業分割を公取委の準司法的手続によって実施するのではなく、取用手続に類した純然たる行政的手続によって実施するということ、現在の学界での完全な異端ともいべき見解を提示し、大方の御批判をおおぎたいと考えているのである。(本稿の(1)の執筆を開始した五一年の夏の時点では、独禁法の改正問題は、既に時事問題ではなくなっており、政治的考慮から自由に議論を展開した。しかし、現在(五二年三月)、再び独禁法の改正が政治問題化しつつある状況の下では、私の議論は、私の意図とは逆に、公取委弱体化の結論を導くものとの政治的評価をうけるおそれのあるものとなることが危惧される。私は、競争政策維持官庁としての公取委の立場を純粹に貫徹せしめ、むしろ強化せしめる制度を提唱せんとするものであるが、少なくとも、私の説が、現在の学界の支配的見解とは、公取委強化の方法論において異なるものとなることは明らかである。したがって、かような私の見解が学界の内在的批判として機能し、多数説の一層の充実という学問的成果と、独禁法体制の強化という政治的成果とをあげる一助になりうるものであれば幸である。)

第一節 純粹構造規制の性格と法規範のあるべき形

第一 競争原理の多義性と企業分割

(1) 競争の三つの意味

独禁法が、「公正かつ自由な競争」を維持し、促進する法であることは、改めて論ずるまでもなく明らかである。しかし、独禁法原理としての競争は、決して一義的なものではなく、われわれは、今日、独禁法にかかわる多

様な局面のそれぞれにおいて、次の三つの異なる意味での「競争」を、無意識のうちに使いわけているといつてよい。すなわち、独禁法中では、(i)資本主義経済を支える行動原理として競争が説かれる場合があり、また、(ii)資源配分の効率性達成手段、経済政策原理として競争が主張されることもあり、更には、(iii)平等の観念、自由の観念と結びつく反独占の政治的原理としての競争が主張されることもあるといえるのである。(i)は競争を行動としてとらえるが故に、競争の動態的原理として、また(ii)(iii)は競争を状態としてとらえるが故に、静態的原理として、規定しえよう。

第一の意味での競争とは、一定のルールに独禁法による規制の下での、個別的な競争のプロセスにおける優勝劣敗の経済的淘汰を是認し、経済的強者より効率の秀れた者の、より大きな経済的果実の享受を社会発展の原動力として正当化する原理である。これは自由主義の原理として、資本主義イデオロギーの核となるものである。⁽³⁾独禁法の存在を前提にする以上、現在、この主張が自由放任の思想と異質のものとなつてゐることは改めて断るまでもないことであろう。

第二の意味での競争とは、個別的な競争のプロセスを捨象して得られる完全競争市場における、資源配分の効率性の理論を前提にするものである。すなわち、パレート最適達成の前提条件としての完全競争の原理に他ならない。

第三の意味における競争とは、反トラスト法の母国たるアメリカについていえば、一九世紀初頭のジェファソニア・デモクラシーの民主主義観に由来するものである。これは、政治的、経済的権力の集中を否定し、社会構成員の實質的平等を志向するものであり、その発生は異なるが、現在、わが独禁法の社会法原理といわれるものと、機能において一致することにもなる。⁽⁴⁾

(2) 三つの競争原理の独禁法体系中の位置づけ

次に、独占禁止法の具体的規制との関係で、右の三つの競争原理がどのようにかかわりあつてゐるかを検討するこ

とにしよう。

カルテル、企業合同、不公正な取引方法の規制に関する限り、独禁法上の三つの競争原理は、ほぼ矛盾なく整合的に機能するものといつてよい。しかるに、独占禁止法制の一つの柱たる私的独占の規制、さらには本稿の対象である独占的狀態の規制においては、動態的原理たる自由競争の原理と、靜態的競争原理たる資源配分原理および政治的原理との間で、原理的な矛盾、対立が顕在化することとなる。その矛盾とは次のようなものである。

競争を自由競争の行動原理として見る場合には、独占禁止法上、少くともある種の状況においては、自由競争の必然的帰結として独占的狀態が発生することを、原理内在的な正当な状態として容認せざるをえない。⁽⁵⁾ しかし同時に、右のような状態は、それ自体をとり出して、靜態的な競争原理たる経済政策的競争原理および政治的競争原理の観点から評価するならば、資源配分の効率性をそこない、経済権力の集中、不平等をもたらしているが故に、原理的に不当なものと判断されることとなる。いわゆる押しつけられた独占ないしは寡占を、独禁法上いかに評価すべきかという問題において、複数の意味を持つ「競争原理」の内在的矛盾が尖鋭化するのである。

靜態的競争原理と動態的競争原理とが互に相容れないものとして対立する右の状況に対する独禁法の適用は、それ故に、独禁法のかかげる究極的な価値体系の中で、いずれの競争原理が上位の規範的価値であるのかを、解釈論の形で最も鮮明に示す例となりうるものである。

これまでのわが独占禁止法の運用史中では、右のような状況に法を適用した例はない。しかし、アメリカの反トラスト法史においては、既に紹介した一九四五年のアルコアの実体判決が、まさに押しつけられた独占を扱ったものとして名高い。⁽⁶⁾ そこで見られるのは、理論的には、独占的市场構造をそのままとらえて（靜態的競争原理にもとづいて）、これを違法とする態度ではなく（構造基準をストレートに用いたのではなく）、違法性の根拠を、あくまでもア

ルコアの批難しうべき行為にもとめ、(動態的競争原理「公正な競争のルールに照らして」)これを批難するという態度であった。構造基準「静態的競争原理は、被告企業の規模に依じて、競争的行動の公正性の要求水準をきびしくする」という形では機能するが、それは理論的には、究極の判断基準たる動態的競争原理を補うにとどまるものだったのである。

以上の検討から、われわれは、反トラスト法の法理論の上では、三つの競争原理の中の第一のもの、すなわち自由競争の行動原理としての競争が最上位の規範的価値であり、他の二つは、それを補うにとどまるものとの結論を導きうるであろう。アメリカ反トラスト法とわが独禁法との密接な関係を考えるならば、右の結論は、わが独禁法にもそのままあてはまるといえる。現に、通説的見解が、独禁法の基本的性格をあくまでも行為規制法として理解していることは、そのことの証左と考えられるのである。⁽⁷⁾

(3) 独禁法の従来の規制原理と押しつけられた独占(寡占)

したがって、われわれは、これまでの独占禁止法理論の枠組の中では、押しつけられた独占ないしは寡占は、原理内的な正当な状態として容認されるという建前が維持されて来たこと、この建前と独禁法の静態的競争原理との調整をはかるためには、独占的企業の行動の公正性の要求水準を非独占的企業のそれに比して著しく高め、それに照らして批難しうべき行為を独占的大企業の中に見出し、当該企業を押しつけられた独占ないしは寡占の範ちゅうからはずすという、あくまでも独禁法の動態的競争原理にのっとった操作がなされねばならなかったことを確認しうるのである。

(4) 企業分割の法理の独禁法体系における位置づけ

次にわれわれは、以上のような従来の独禁法原理から見て、本稿の対象である純粹構造規制としての企業分割がど

のように位置づけられるのかを検討せねばならない。この場合、私の関心は、企業分割の法理論上の性格づけということなのであり、その必要性の確認ではないことを、予め明らかにしておくべきであろう。これまでの議論から推測しうるように、企業分割が必要とされるのは、押しつけられた独占ないしは寡占の状況に、従来のように、行為規制原理への還元操作による法の適用をなすことでは、先に述べた二つの意味の静態的競争原理が、いずれも充分には機能しえないためである。これについては、これ以上の議論を要しないであろう。⁽⁹⁾

また、私的独占の排除措置としての企業分割は、アメリカで現に実施されており、その根拠となる考えについては、既に第三章第一節第一で紹介したとおりである。ここでは、私的独占の排除措置と区別された、純粹構造規制としての企業分割の独禁法体系中の位置づけを試みるのである。

まず第一に明らかなことは、純粹構造規制としての企業分割は、伝統的に、独禁法のかかげる自由競争の原理によって正当なもの、違法視しえないものとして扱われて来た、押しつけられた独占ないしは寡占の状態を対象とするということである。この点にこそ、純粹構造規制の存在価値がある。

このような認識の上に立ち、われわれは、次に、純粹構造規制が、伝統的に（従来の規制の原理からは）正当なもの、違法視しえないものとして扱われて来た状態を、何故に、いかなる法原理によって、新たな国家による規制の対象としうるのかということ明らかにせねばならない。この場合、従来の独禁法原理と新たな純粹構造規制の原理との理論的な関連をどうつけるかということが大きな問題となる。

純粹構造規制の根拠を理論化する方法として、一応考えられる方法が二つある。一つは、純粹構造規制の対象となる独占的状态を、新たに、違法な状態と規定しうる理論を構築することである。もう一つの方法は、独占的状态を違法視せずに、単に、公共の福祉を実現する上で好ましくない状態として位置づけ、純粹構造規制を、国民全体の利益

のために適法な個人の利益を犠牲にする制度としてとらえ、これを理論化することである。

いずれの方法をとるにしても、理論化の根拠となるのは、独占の状態が、静態的な意味における二つの競争原理——資源配分原理と政治的原理——とに抵触するものであるということになる。より具体化していえば、(i)独占の状態が、資源の効率的配分をゆがめ、国民経済的な損失をもたらしていること、(ii)独占の状態が、政治的経済的権力の集中をもたらし、それによって国民が、より民主的な政治的、経済的決定に参加しうる機会をうばわれ経済的自由をうばわれているということ、以上の二点が、理論化の根拠となるのである。¹⁰⁾

私は、独占の状態が公共の福祉を実現するために好ましくない状態であるという形での理論化は可能だが、これを違法とする理論の組み立ては不可能だと考える。第一の方法はとりえないと考えるのである。その理由は以下のようなことである。

独占の状態が、経済政策的、政治的見地からいかに好ましくないからざるものであるとしても、それを違法とすることは、一方で、独占禁止法が、一定のルールの下での公正な競争を促進することを認めつつ、他方で、その公正な競争の勝者でありつづけることを法的に批難することを意味する。法のかかげる基本的な価値を忠実に追求して来た必然的結果として違法の評価をうけることになるというような現象を、一つの法体系の中で首尾一貫したものと位置づけることが、はたして可能なのであろうか。私には、とうてい不可能なことのように思えるのである。

この問題については、ここでは、一応以上のような基本的認識を示すにとどめ、今後の議論の展開の過程で、必要に応じて議論を補って行くことにする。次に、これまでの議論を前提にして、わが国の企業分割の法規範として、構造基準を中心とする非裁量的な規範を採用すべきか否かの検討に進もう。

第二 構造基準中心主義への批判

(1) 抽象的危険と具体的危険

私は、一般論として、市場構造が市場行動や成果に大きな影響を与えうるものと主張することに反対するものではない。それ故、市場構造は可能な限り競争的に保つべきだという主張に反対するものでもない。また、市場構造基準を中心とする法規範を採用することで、法の執行が著しく容易になることのメリットを軽視するものではない。

しかし、純粹構造規制たる企業分割に関してわれわれが対象とせねばならないのは、抽象的な競争政策の好ましきのかんではなく、独占禁止法上適法なものとの評価をうけ、社会的にはむしろ他よりも効率の秀れたものとして、ある意味で高く評価され、その評価の下で社会的な諸関係を広範に形成して来、また現に形成しつつある、生きた企業分割ということなのである。

したがって、構造基準が、独占的市場構造の、いわば「抽象的危険性（弊害）」とでも言うべきものを正しく具現化しているものであるとしても、このような抽象的危険性のみによって、先に述べたような性格の企業を分割することが妥当であるか否かが改めて問われねばならない。

合併の規制の如く、独占禁止法のある面において、構造基準を中心とする法の運用が合理性を持つ場合がありうることは明らかである。⁽¹⁾ 合併の場合であれば、そこで問題となるのは、未だ存在するには至っていない企業の、当該市場に与えるであろう将来の影響の予測であり、このような場合に、抽象的危険のみによる規制を貫徹しても、決して不合理ではないであろう。しかるに純粹構造規制としての企業分割は、このような性質のものではないのである。

この問題は、企業分割を、当該企業が社会に与えている弊害を具体的に認識しうる場合にのみ行いうるものとして構成すべきか、それとも弊害の具体的認識なしに、一定の形式的要件の認定を前提にして行いうるものとして構成すべきかという形にとらえなおしうる。そして問題をこのようにとらえるならば、この問題は、ある種の行為を独禁法

説 上、当然違法とすべきか、条理の法則によって判断すべき事項とするかの問題に類したものができうる。

(2) 当然違法とすべき事項についてのケイゼン・ターナーの理論

論 当然違法と条理の法則の問題については、ケイゼンとターナーの秀れた研究があり、われわれは、それを参考にし

て、この問題を考えることができよう。

ケイゼンとターナーは、ある行為を当然違法として扱ふことが合理的だと考えられる必要条件が五つあるとする。

そのうちの二つは、必ず満たされねばならない条件であり、残りの三つは、前の二つが満たされた後に、少くともそのうちの二つが満たされればよい条件として規定される。

最初の二条件とは、(i)当該行為の弊害が重大であること、(ii)その弊害の大部分は、当該行為のみによって生じ、他の行為によっては生じないものであるか、または、その弊害がいかにして生ずるかが予測可能で、かつその予測される行為を当然違法の原則で予防しうることを、以上の二つである。

いずれか一つが満たされれば足りる三条件とは、次のようなものである。

(i)当該行為が、具体的状況にかかわらずなく、常に競争を減ずること。

(ii)当該行為が、常に競争を減ずるとは限らないが、競争を促進することは決してないこと。

(iii)当該行為が、時には競争を促進し好ましい結果をもたらすこともあるが、あらゆる場合を総合して判断するならば、弊害の総計が好ましい結果の総計を上まわるか、または、個々の状況下では、当該行為が競争促進的な面と阻害的な面とを兼備しており、しかもそのいずれが勝るかは状況毎に異なるため一般化しえないが、総ての状況を総合して判断すれば、弊害の方が大きいと判断される場合。この場合、個々の状況の具体的評価を省くことの法執行上の利益が、その行為が一律に違法とされることによって失われる(ありうべかりし)社会的利益よりも、はるかに大きくな

ければならない。⁽¹²⁾

(3) ケイゼン・ターナー理論の企業分割への応用

最初の二条件から、構造基準による企業分割の問題におきなおして検討して行こう。

(i)は、独占的狀態の弊害が重大であることであり、今、この条件は満たされているといつてもよい。

(ii)は、独占的狀態の弊害の大部分が、一定の構造基準を中心として認定される独占的狀態のみによって生じ、他の状況からは生じないものであるか、またはその弊害がいかんにして生ずるかが予測可能で、かつその予測される状態は、構造基準を中心とする一定の基準で規定しうることに翻訳される。経済的な意味での独占力の発生およびその社会的受容性に関する判断は、多様な諸要素の総合的考察の後に、はじめて妥当になしうるものであり、それには測定の困難な成果の諸要素の考察が不可欠であること（むしろ中心になるべきこと）、更にはそのような諸要素を予め体系的にまとめることはできないこと等々については、既に第二章第二節で述べたとおりである。そこでの結論を前提にするならば、われわれは、企業分割については、この(ii)の条件が、早くも、満たされえないこととなるといわねばならないのである。

したがって、後の三条件についてはあえて検討の必要もないが、簡単に述べておくならば、構造基準を中心とする非裁量的基準によって認定される独占的狀態が、(i)にも(ii)にも該当しないことは明らかであろう。問題は(iii)の場合に該当するか否かということであるが、ターナーとケイゼンのこの基準は、非常に複雑で主観的な判断を要求するものであり、私には、構造基準を中心とする非裁量的要件によって認定される独占的狀態が、この条件をみたすか否かは、判断しかねるとしかいいようがない。⁽¹³⁾ いずれにしても、ケイゼン・ターナーの議論を前提とする限り、企業分割は、当該企業の経済的、政治的弊害を具体的に認識することなしには行いえないことだと結論しうるであろう。更に

説
いえば、私は、この結論は、ケイゼンとターナーの議論を前提としなくとも、支持しうるものだと考える。

(4) 結論——非裁量的基準の排斥

企業分割は、対象となる企業の性質を考えるならば、あくまで、当該企業が具体的にどのような経済的、政治的弊害を持つものかの認定——それが社会的に容認しえないとの判断——にもとづいてなされるべきであり、単なる独占的市場構造の抽象的危険性の判断にもとづいてなされるべきではない。具体的改善可能性のある時にのみ、企業分割がなされるべきだといいかえてもよい。それ故企業分割制度の法的基準として、単に抽象的危険を示すにとどまる構造規程を中心とする非裁量的規程は採用しえないもの——採用すべきではないもの——だと結論が導かれることになるのである。

第三 企業分割制度の性格づけ

これまでの検討によつて、純粹構造規制たる企業分割制度は、当該企業が社会に対してどのような経済的、社会的損失を与えているのかの具体的認定にもとづいて行われるべきであることが明らかになった。具体的認定が必要とされる二事項のうちで、独占企業の存在による社会の経済的損失(弊害)については、少くとも理論的には、ある程度の客観的認識が可能であると考えられる。独占の存在による価格の上昇と、規模の経済の享受によるコスト・ダウンの比較ということが、その認定の軸となると考えられるからである。これに対して、当該独占の存在による政治的、社会的損失の認定という問題は、非常に複雑な要素をはらむ。ここでは、この問題を中心に企業分割制度の性格についての考察を更に進めることとしよう。

わが国の近年の多くの研究が指摘するように、⁽¹⁵⁾ 独占禁止法制が、その一面において、反独占の法としての性格をも有することは否定しえない。本稿が、競争原理の政治的意義として述べて来たのは、独占禁止法制のまさに右のよう

な性格である（解積論の次元では、この原理が独禁法の中心原理となりえないことについては既に述べた）。

独占禁止法の右のような性格を中心に考えるならば、独占的狀態は、独占禁止法上何らの正当性をも有しないものであり、独占の存在自体が絶対的な悪としてとらえられることになる。同じく企業分割を支える競争原理である経済政策的競争原理の観点からは、独占の存在自体は、規模の経済との関係で、なお正当化の余地のある相対的悪性を持つにすぎないものと考えられることと対照的である。

したがって、構造基準を中心に——極端に言えば構造基準のみで——企業分割を実施すべきだという主張は、独占禁止法の体系を反独占の法として、政治的意味での競争原理を中心に理解する立場から、最も強力な支持をうけることとなる。しかし反トラスト法上で、この思想の源流と考えられるシェファソニアン・ジャクソニアン民主主義の他の要素との関係から見て、右のような発想には、無視しえない過度の単純化とでもいえるべき問題があると言わざるをえず、その問題を追求することによって、われわれは、企業分割制度の「統制的性格」という新たな認識にたどりつくことができる。以下この問題を検討してみよう。

シェファソニアン・ジャクソニアン・デモクラシーの反独占思想は、確かに、経済的独占——その実態は、特許独占である——への反対思想であったが、それが特許独占への反対思想であったことに如実に現れているように、同時に、消極国家を是とする自由放任思想でもあった。その反独占思想の本質は、「政府付与の特権の群から、自然の経済的秩序を切り離す」ことさえできれば、その後は、自然の経済法則がもたらす結果を、「すぐれた勤勉、節約、人徳」が生み出す正当な報酬の差として甘受しようとする「古典的なブルジョアの理念」「興起しつつある中産階級の哲学」として規定されるものであった。¹⁶⁾したがって、この反独占思想は、その本質においてアメリカ的な自由企業思想と表裏一体のものとして理解されねばならないものである。

周知のように、一九世紀末に、ジェファソニアン・ジャクソニアン・デモクラシーの思想的系譜が、反トラスト法制定の思想的母体となった。このことは、先に述べたこの思想的系譜の本質からも明らかのように、アメリカの反トラスト法に、単純な反独占の法——すべての独占への反対——という性格ではなく、自由企業体制と表裏一体のものとしての独占の規制——押しつけられた独占の容認の可能性を出発点において含むもの——という、いかにもアメリカ的な二重性格を与える所以となったと考えられるのである。このような認識の故に、私は、反トラスト法を反独占の法としてのみとらえることは、あまりにも単純化した割り切り方であると考えるのである。

それはさておき、右のような反トラスト法の性格の故に、同法による国家の経済への介入の形態は、企業の自主性、就中、企業の「自己責任」領域への不介入を前提としつつ、国家は、企業が反トラスト法という新たな競争のルールに従っているか否かの監視者としてのみ機能するにとどまるという原則に従うものであった。これが、アメリカにおいて、反トラスト法を自由企業体制擁護の法たらしめている精神的土壌なのである。

このような見地から純粹構造規制としての企業分割を見れば、企業の規模というのは、価格の決定とならんで、まさに国家の介入が原則として認められない企業の自主的決定領域の中核を構成するものといえる。私企業が自己の責任によって、最も効率的な経営形態を追求して行く、その必然的結果として、企業は自ら最適と判断する規模を維持することになるのである。伝統的な反トラスト法理論は、人為的な参入の阻止に対して厳しい態度をとることによって、右の企業規模に関する企業の自主性の尊重と社会的最適性の要求のバランスをとるものであった。

したがって、このような見地からは、純粹構造規制としての企業分割の思想は、従来の自由主義的独占禁止法原理の枠を超えて、私企業の規模に対して国家が望ましいと判断するところを命じ、強権的にそれを実現するという、一種の統制的発想ともいべきものとしてとらえられるのである。これは、伝統的に私企業体制の中核とされて来た部

分への国家の権力的介入を認めるものに他ならない。

勿論、この介入の目的が、自由な市場機能の回復ということにあり、その限りにおいては、これを自由競争維持の法たる反トラスト法と一体のものとして理解しうることは、改めて言うまでもない。しかし、そのことは、純粹構造規制が、従来、価格とならぶ私人の自主的決定領域の核とされて来た、最も効率的な企業規模についての自主的判断への介入——個人の営利欲の根源すなわち資本主義体制の根幹にかかわる部分への介入——であり、自由競争原理¹¹ 独禁法原理を超えた統制的性格を持つものであるとの認識を妨げるものではないであらう。

われわれは、今日、私的経済権力の分散を社会的に実現するというジェファソニアン・ジャクソニアンの反独占思想の継承者たらんとすれば、本来それと同義であった自由企業体制の中枢部分を放棄し、国家の経済への介入を必要最少限にとどめることを放棄し、公共の福祉を実現するために経済のあらゆる部分へ積極的に介入することをためらわない強力な国家を、すなわちジェファソニアン・ジャクソニアンの理想とした消極国家の反対物を、認めねばならない状況にあるのである。私は、今日、われわれが、国家のこのような活動を不可欠のものとして承認せざるをえない状況にあると考える。しかし、それを、反トラスト法が反独占の法として持っていた本来の性格の発現として当然視することは理論的に誤りであって、従来の反トラスト法原理¹² 独占禁止法原理を超えた強力な国家介入としてとらえ、理論化すべきだと考えるのである。

第四 小括

以上の分析を簡単にまとめ、次節の企業分割手続の検討へと進む足がかりとしよう。

独占禁止法制の法原理たる「競争原理」は、更に、三つの異なる意味を内在させるものとしてとらえられるものであった。自由競争原理、資源配分原理、政治的（反独占）原理である。

この三原理の中で、独占禁止法制の法原理としての中心をなすものは、自由競争原理である。

純粹構造規制としての企業分割は、従来の独占禁止法制の中心原理たる自由競争原理では十分に規制しえない、押しつけられた独占ないしは寡占を規制の対象にし、従来、法的原理としては補助的機能をはたすにとどまっていた資源配分原理、反独占原理を規制の法原理として正面に押し出すものである。それ故、これは、法規制の原理としては、伝統的な独占禁止法原理とは異なる新たな性格を持つものとなり、私は、それを一種の統制法的性格のものとして理解する。

純粹構造規制が、新たに統制的原理によつて、従来の法原理ではいかなる意味でも批難しえないものとされていた企業を分割するものである以上、このような国家活動が社会的に正当視されるためには、当該企業分割によつて公共の福祉をより高めることが明らかであることが必要とされる。それは、具体的には、当該企業が、経済的・社会的弊害を現に有しており、その程度が、当該企業から、従来企業の自主的決定に委ねられていた、「最も効率的な企業規模の決定権」を奪うことも止むをえないと考えられるほど高いと認められることが必要だということである。企業分割が自由競争の必然的結果の規制である以上、それが正当視されるためには、当該企業から自由競争の果実をうばうだけの充分な理由がなくてはならないということである。

企業分割のこのような性格から、その実施にあたっては、当該企業の成果の評価ということが中心的作業となる。事柄の性質上、抽象的な危険性の存在のみを理由として規制を実施することは望ましくなく、法的基準として、抽象的危険性を示すにとどまる、構造的基準を中心とする非裁量的基準を採用するべきではないと考えられるのである。成果に関する判断が、資料収集の面その他から、いかに困難なものであり、時には主観的になることを避けられないものであるとしても、これを回避することは、企業分割制度の存在基盤そのものを失うことに等しいといわざるをえない

いのである。

これまで、成果の諸要素についての客観的判断可能性への不信は、その暗黙の前提として据えられていた、準司法的手続による企業分割の実施の可能性を再検討する方向へと進むのではなく、その前提をそのままにしておいて、判断の基準の中から可能な限り成果に関する要素を切りすてるといふ方向へと進む議論のみ結びついていったといえる。私は、既に述べて来た企業分割の本質と成果の判断に関する認識から、むしろ、成果の判断の性格に見合った実施手続は何かという形で問題をとらえなおすべきだと考えるのである。次節でその具体的検討を試みよう。

第二節 純粹構造規制手続の検討

第一 改正案とその批判

四九年の公取委試案、五〇年の政府案は、いずれも、企業分割を、公取委の審判手続によって実施することを前提とするものであった。中でも、五〇年の政府案は、右のような前提を置きつつ、同時に、審判手続の開始前と、審決の前に、公取委が主務大臣に協議をする旨の規定を置き、学界から強い批判を浴びるものであった。

審判手続という準司法的性格の手続の中に、前後二度に渡って主務大臣との協議という行政的手続を介在せしめたのは、これによって国の産業政策を企業分割決定に反映させるためのものであると説明されていた。しかし、客観的な事実認定とそれにもとづく公正な法の適用とを目的とする審判手続と、政治的・政策的判断を本質とする協議とは、多くの批判の指摘する如く、その根本において全く相容れないものであり、このような手続が、何らの理論的根拠をも持たない、悪しき政治的妥協以外の何物でもないことは火を見るよりも明らかなことであった。

右の政府案が第七五国会の衆議院の通過の際に五党修正案による修正をうけ、主務大臣との二度目の協議条項が削

説 除されるに至つたことは、右のような批判の成果として、それなりの評価に価するものであつたといえよう。⁽¹⁷⁾

論

しかし、これらの批判的見解は、いずれも、企業分割を準司法的手続に委ねることを当然の前提とする立場からなされるものであつて、私見の如く、企業分割は、本来、準司法的手続になじまない性格のものであるとの立場からなされたものではない。私は、五党修正案においてすら、第一回目の公取委と大臣との協議手続が削除されなかつたことに、むしろ企業分割制度の政治的、行政的性格という本質がよく現われていると考える。私は、以下で、企業分割制度のこのような性質を強調して、通説の見解とは全く反対の方向へ、企業分割手続の構成を導く議論の展開を試みたいと考えるのである。

第二 企業分割が準司法的手続になじまないと考えられる理由

(1) 準司法的手続の特色

行政法学における議論で既に明らかな如く、そもそも行政と司法との積極的区別をなしうるのかということ自体が論争の余地のあることであり、それから考えれば、企業分割手続が準司法的手続とされるべきか行政的手続とされるべきかということも、理論的な断定はむしろ不可能なことがらといふべきなのかもしれない。まして公正取引委員会
の審決による排除措置は、準司法的手続を前置するものとはいへ、その本質は、あくまでも行政処分である。このことを考えるならば、右のような困難は一層拡大されるといわざるをえない。

しかし、逆に言えば、右のような事情の存在は、企業分割は論理必然的に準司法的手続でなされるものだと断定もなしえないことを意味する。問題は企業分割制度がどのような性格の行政活動なのかということであり、その性格に見合う実施手続は何であるかということなのである。

これまで、企業分割制度を準司法的になすということが、あまりにも当然のことと考えられていたこともあつて、

その合理性に関する学問的検討が試みられたことはなかった。私は、独禁法の改正にかかわる現実の政治的過程の中では、右のような学界の態度が、それなりの意義を有していたことを高く評価する。しかし、学界の議論がそのみで終止するならば、それは、決して稔り多い学問的成果をもたらすことにはなるまい。問題が相対的であればあるほど、それぞれの立場の合理性について、充分な検討が必要となると考えられるのである。

議論を進める前提として、「準司法的手続」の特徴を簡単にまとめておく必要がある。ごく簡略化して述べることが許されるならば、それは、証拠による事実認定と、そのようにして認定された事実への法の適用という二つの要素からなる手続であると規定しえよう。公正取引委員会に独立性が認められるのも、右の二つの作業が、(就中、法の適用作業が) 政治的考慮から自由な、公正な、純然たる法の適用作業であるからに他ならない。また、そのことから、逆に、公正取引委員会の準司法的手続に委ねられるべき事項は、政策的裁量の幅の小さい、法の適用——法目的の作業——たるにふさわしい事項であらねばならないという要請が出て来ることとなる。⁽¹⁸⁾ 行政処分たる排除措置は、そのような手続を経て認定された違法状態を、行政的に除去するための処分である。

(2) 独占的状态の法的性質

右のような理解を前提に、通説を検討する場合、第一に問題となるのは、通説は独占的状态の法的性質をどのようなものとして解しているのかということである。

四九年の公取委試案、五〇年の政府案、五党修正案のいずれにおいても、純粹構造規制としての企業分割は、一定の要件に該当する「独占的状态」の「排除措置」として規定されている。現行独禁法上、排除措置の対象となるのは違法状態であり、これは、すべて法の不作為命令(禁止規定)違反の状態として構成されている。排除措置が違法状態を除去するものである以上、排除措置の対象である独占的状态は、当然、何がしかの不作為命令に違反する状態とし

て解されることとなろう。ではこの場合、法が事業者に対して命じている不作為とは何なのであろうか。独占的狀態を形成することなのであろうか。

既に、本章第一節第一で述べたように、私は、純粹構造規制の対象となる独占的狀態の形成を違法とするならば、独占禁止法の基本的な価値体系が破綻することになると考えるものである。私には、法の促進する公正な競争——それが競争である限り、必ず勝者と敗者とが生ずる——の勝者であり続けることが、何故に違法の評価を受けねばならないのかという素朴な疑問は、それが素朴で単純なものであるだけに、かえって解答困難な、根本的な法理学上の問題提起たりにしているように思われるのである。通説の見解は、どのような形で、この疑問に答えることができるのであろうか。⁽¹⁹⁾

私は、右の疑問に対して、独占禁止法の体系から論理的な矛盾なしに導きうる解答はただ一つしかないと考える。それは、一方で、独占禁止法の体系は、独占的狀態を違法視しえないものであることを正面から認め、それと同時に、それが独禁法の掲げるいくつかの価値に照らして、好ましくない——違法とはいえないが——状態でありうることをも明らかにし、それを別個の規制原理によって規制するということである。このような立場からは、純粹構造規制の対象である独占的狀態は、それについて違法か否かの判断はなしえないが、当・不当の判断はなしうる場合として規定されることとなる。

独占的狀態の認定が適法・違法の判断ではない以上、それは排除措置の対象となる「違法状態」の存否の認定手続たる準司法的手続には、(準司法的手続の性格を嚴格に考える限り) なじまないものとの結論が導かれることになるであろう。司法的手続≡準司法的手続は、適法・違法の公正な判断をなすのにこそふさわしい手続であり、公共の利益を実現するためにある状態に変更を加えることが妥当か否かの判断には、必ずしも、最善のものではないという

るのである。

以上が企業分割は準司法的手続になじまないと考えられる第一の理由である。次に、これを補うより具体的な理由をあげてみよう。仮に、準司法的手続が、単に違法状態の存否の認定のみをなすものではないとの立場をとるとしても、準司法的手続で企業分割を行うことには、(i) 証拠による事実認定ということから生ずる弊害と、(ii) 企業分割という事がら自体の政治的性格と準司法的手続の非政治的性格との調整が真に可能か、という二つの問題がなお存在するように思われるのである。

(3) 成果の諸要素の判断と証拠による認定

企業分割の際の判断の中心となるのが、分割の対象となる企業およびその属する市場の成果に関する判断であることは既にくり返し述べた。また、成果に関する判断が、それ自体としては、一般に指摘されるように、かなりの部分、統計的資料による客観的測定の不可能な事項であることも既に述べたとおりである。

現に、五〇年の政府案において見られるいくつかの項目も、そのような性質のものであることは否定しえない。²⁰⁾ このような前提がある以上、客観的測定の不可能な事項を証拠による事実認定という手続で実施することが可能なのか、不可能ではないにしても妥当なのかという疑問が生ずるのは当然のことであろう。仮に証拠による事実認定が可能であるとしても、企業が分割を阻止せんとして提出する証拠が一般の独禁法事件に比してはるかに膨大なものになるであろうことは容易に推測され、これが手続の長期化による制度の実質的な機能のマヒをもたらすであろうことは、現在のアメリカの例をひくまでもなく、明らかなことではないのだろうか。手続が開始されてから数年を経たはじめて分割が実施されるか否かの結論が出るような制度が、企業分割という事柄の性質にそぐわないものであることは、改めて述べるまでもなく明らかなことといえよう。

少くとも、一度着手された企業分割については、その円滑な実施——迅速な実施——をはかるために、証拠による立証と反証のくり返しという準司法的手続に代えて、より簡便な事実認定が可能な手続を考えるべきではないのだから。成果についての判断の本質上、いかに慎重な手続による事実認定をなすにしても、それに対して、常に反対の側から、主観的なものであるとの批判が生ずることの避けられないことを思えば、事実認定手続を非司法的に構成することのメリットは大きいように思われるのである（この場合、企業側の権利保護と可能な限りの客観性の導入という工夫がなされるべきことは当然であるし、判断結果の必然的主観性を前提にする以上、判断結果についての行政的責任の問題が無視しえなくなることは明らかである）。

(4) 企業分割の政治性と準司法的手続

企業分割が、現行法上の排除措置とは比較にならないほど、多数の人間に対して直接的な影響を与える行政措置であることは改めて述べるまでもない。企業分割が、対象となる企業の従業員をはじめとして、当該企業の取引の相手方等、準司法的手続の上では当事者として効率的に扱えない多くの人々の主観的利益を侵害する措置であることは否定しえない事実なのである。五〇年政府案が、その三において、企業分割を命ずるに当って「当該事業者及び関連事業者の事業活動の円滑な遂行並びに当該事業者に雇用されている者の生活の安定について配慮しなければならぬ」として、八項目にわたってその配慮の項目を列挙しているのは、右に述べたことの現われに他ならない。しかも、企業分割によって生ずる利益は、少くとも、直ちに個々の国民の具体的利益として認識されるような性質のものではなく、かなりの程度、観念的、理論的な国民全体の利益に還元される性質のものである。

既に述べたように（第三章参照）企業分割は、本質的には「個人や集団の利害を調整し、社会的均衡を形成、維持するために、何がベスト（ないしはベター）であるのか」という政治的判断である。成果に関する判断が主観的なも

のたたらざるをえないということと考えあわせるならば、政治的責任を切断したところではじめて成立する準司法的手続が、このような、政治的なしかも主観的判断をなすのにふさわしい手続でありえるのかという疑問が生ずるのは、ある意味で当然のことといえよう。

そもそも手続の当事者以外の者の経済的安定にまで考慮を払わねばならない手続が、法の適用「法目的の作用として、準司法的手続たりえるのであろうか。それは、まさに政治的な形で、その判断のもたらす結果についての責任を負う、政治的、行政的判断にふさわしい事柄ではないのだろうか。これをあえて司法的判断に委ねることによつてもたらされるのは、責任回避の最も確実な方法である現状の維持という結論のみであらう。

私は、法の適用としての独禁法の運用が、時の政治勢力の左右するところとなつてはならないと考える点で、本稿の出発点として引用した今村説と見解を異にするものではない。しかし、私は、企業分割は、そのような司法的性格のものではなく、まさに、政策的、裁量的になされるべき事項であつて、それがなされた場合であつてもなすべきではないとされた場合であつても、その結果に対して国民の手による責任追求の途が確保されるものでなければならぬ事項だと考えるのである。

われわれの出発点を一言でいえば、企業分割は、私的独占や不当な取引制限に比して裁量の幅が広いものであるのか否かということであつた。今、私は、行政的裁量の中には、独立規制委員会の準司法的手続になじむような、アメリカと形容されうる、「事前に確認できる規則に従つて行使され」その判断が「どうかにかして固定化され基準化」されうる裁量と、逆に、事柄の性質上、どうしてもそのような基準化、明確化の要請とはなじまず、その濫用をコントロールするためには、法的責任の他に、議会に対する政府の政治的責任の原理をもち出さねばならない、イギリス的なものともいふべき裁量があると言わざるをえないと考える。⁽²²⁾そして、企業分割に伴う裁量の性質は、まさに後者

なのであり、これを独立行政委員会の準司法的手続に委ねることは、制度の実質的な機能停止のみならず、長期的には、逆に、準司法的手続全体の政治化という悪しき結果を生むおそれがあると考えるのである。

私は、企業分割を従来の特許法の対象事項に準司法的手続に委ねるべき事項から切りはなし、その政治的、主観的判断という性質に見あつた独自の行政的手続を設けるべきことを提案するのである。最後に、きわめて粗雑なものではあるが、これまで展開して来たような私の立場から、望ましいと考えられる企業分割手続の骨組を示して、本稿全体の結論ともいふべきものに代えたい。

第三 企業分割手続についての一案

私がここで示そうとするのは、企業分割手続についての、詳細な、細部に至るまでの充分な検討を加えた立法案という性質のものではなく、きわめて未完成な、議論の一つの素材になりうればそれをもって多とする、イメージの素描というにすぎないものである。したがって、以下の議論に様々な問題点があることは、誰よりも筆者自身がよく認識するものであるが、筆者としては、とりあえず、まずアイデアを素描という形ででもまとめようことに、このような議論を展開するそれなりの意義を見出すものであることを予め断っておこう。

私が、企業分割手続が有すべき主たる性格として考へるのは、(i)分割対象となる企業の権利保護と迅速な執行の調和、(ii)競争政策を担当する独立行政庁としての公取委の任務と、企業分割の有する政治的性格との調整、(iii)多数の利害関係人の主張の調整の場の確保というようなことである。また、私は、企業分割措置は、わが国の経済秩序をいかにして、どの程度において競争的なものに保ち続けるかという基本的な目的意識の下で、総合的長期的な経済政策との関連を保つことを必須の要件として、個別市場において実施さるべき計画行政的性格の強いものであると考へる。企業分割行政は、自由経済体制と国家の計画的経済規制の一つの接点としてとらえられるべきだと考へるので

ある。

このような基本的認識を有するが故に、私は、企業分割手続のイメージの原型を、昨年西ドイツで成立した行政手続法 (Verwaltungsverhaltensgesetz) 中の、計画確定手続 (Planfeststellungsverfahren) に求めた⁽²³⁾。計画行政の持つ「利害が鋭く対立錯綜し、変転きわまりない現代社会を前提とし、政策の道具として操作的にある状況に介しようとする」性格が、企業分割の持つべき諸性格とうまく対応すると考えたのである。なお、この計画確定手続は、わが土地収用制度の収用委の裁決に性質が類似している。公用収用の制度が私権と公共の利益との調和をはかる制度であることを考えるならば、この類似は、ある意味で当然のこととも言えるであろう。

さて、前置はこれくらいにとどめ、具体的説明に進もう。西ドイツの計画確定手続は、簡単に述べれば、計画事業主体、聴聞行政庁、計画確定庁の三主体に、利害関係人の異議申し立てがからむ制度として構成されている。まず、計画事業主体が聴聞行政庁に計画案を提出し、聴聞庁は、関係行政機関の意見聴取、利害関係人への計画案の従覧を経て、その異議申し立てのうけつけをなし、これらの者の書面審理および口頭弁論による審理を行い、聴聞庁の意見を出す。更にその意見は計画確定庁へと送られ、未処理の異議の決定および補償の問題等を考慮した上で、計画確定庁の計画確定裁決がなされることとなっているのである。

右のような手続を下敷にして、私は、企業分割制度を、公取委と通産省と経済企画庁とが、それぞれ分割計画主体、聴聞主体、計画確定主体として機能する制度とすることを考える。公取委は、分割による当面の当該市場の改善可能性、実施可能性のみから企業分割計画を作成すればよいものとし、分割の結果生ずる他の経済政策との調整、分割企業の従業員の問題等の、いわゆる政治的考慮は一切行わないものとする。公取委は、個別市場における資源配分の効率性と反独占の立場に立つ競争政策の担当者としての機能に徹するものとするのである。

次に、このような立場から作成された公取委の計画をうけて、通産省が、関係行政庁（当然通産省自身も含まれる）の意見を聴取し利害関係人への一定期間の計画の縦覧を経て、その異議の申し立てをうけ、自らは聴聞庁となつて、公取委、利害関係人、関係行政庁の三者の意見を審理し、自らの意見をまとめ、これを計画確定庁たる経企庁に送る（このプロセスを経ることにより、分割対象とされた企業の意見、分割によって影響をうける多くの利害関係人の意見が、十分に評価されることにならう）。

最後に、右のような通産省の意見を受けた経済企画庁が、わが国の長期的、総合的な経済政策との関係等を考慮し、最終的な計画確定裁決を行うものとする。この場合、具体的な技術論、方法論を考慮せず純理論的な問題として考えることが許されるならば、企業分割は、公共の利益のために、分割対象となる企業に特別の犠牲を課すものにならぬが故に、補償の問題を考慮することを避けられないものといえよう。⁽²⁶⁾補償の決定がなされるべきものであるならば、それはこの最後の計画確定裁決の段階でなされることにならう。

以上のような手続を経て計画裁定がなされた後は、その計画は、計画主体たる公取委が実行に移すことになるのである。以上が私の考える分割手続の概要である。

このような制度の最大のメリットは、公取委を純粹に競争政策維持官庁として機能させつつ、通産省、経企庁それぞれの立場からの経済政策的考慮をも企業分割に反映させることができることであろう。このような制度においては、独立行政庁としての公取委の判断と、最終的な政府の判断とをそれぞれ明確な形で国民の前に明らかにすることができ、企業分割に対する政治的責任を明確化することができることにならう。

既に述べた如く、資本主義経済体制の下での「競争」という語の意味は、今日、決して単純な一義的なものではなく、時には、全く同じ「競争」の擁護というスローガンの下で、完全に反対の主張がなされること——「自由」な競

争という主張と「反独占」としての競争の主張の対立を想起せよ——すらある。自由かつ公正な競争の維持が、公共の福祉の達成につながるのと抽象的な認識において、全国民的レベルでの意見の一致が可能であるとしても、具体的な企業分割の場では、何が自由かつ公正な競争の維持でありうるのかということについて、異なる利益集団間での意見の対立が生ずることは避けられないのである。

価値の多様化を前提とする今日の資本主義経済体制の下では、企業分割の際に「自由かつ公正な競争」という公共性基準に明確な一義的内容を付与することが、そもそも不可能な現状にあるといわねばならない。企業分割制度は、伝統的な自由競争の原理を一步超えるものとしてありながら、なお依然として、その前提には自由競争原理の正当性を置かねばならないという、高度に発達した資本主義社会に固有の矛盾を含むものとして生ずるからである。

にもかかわらず、このような状況にある公共性基準——「自由かつ公正な競争」という観念——に具体的内容を付与するのが今日の行政の任務であろう。しかし、その内容が先験的な一義化を本来拒否する性質のものである以上、行政庁がそれにかなる内容付与をしても、それに対して原理的批判の生ずることは避けられないことである。極論すれば、この種の判断は、どちらに転ぶとしても、結果的に恣意的判断との批判をまぬかれえないのである。

われわれの今日の課題は、このような行政庁の判断にいかにして民主的コントロールを及ぼすかということであり、私は、きわめて粗雑ではあるが、私のイメージしたものは、このような要請に答える一つの方法だろうと考えるのである。何故ならば、企業分割をめぐる公正かつ自由な競争という公共性の基準は、まさに、最近の行政学の公共性に関するある研究が指摘する次のような性質のものだと考えられるからである。

「……、公共性の基準が個別利害の積算によっては与えられないことが明らかであり、しかも行政官の恣意的判断に

ゆだねることも避けようとすれば、いかなる方法が可能であろうか。結論的にいうならば、公共性を公共の利益あるいは公共の福祉としてみるのではなく、公共の合意としてみることである。すなわち、公共性を種々の対立関係の中から当事者間の合意として成立すべきものとみるのである。こうした発想にたてば、ある対象に関して先験的に公共性が認められるのではない。その意味では、公共性は法的なものではなく、政治的なものであるといわなければならない⁽²⁷⁾」

企業分割の原理たる「競争」原理が、右に引用したような政治的な性質のものと考えられるが故に、それを公取委の準司法的手続に委ねることは適当ではなく、その過程の中で、合意成立の可能性のある行政的手続に委ねるべきだとはいえないであろうか。私の議論は、ある意味で現実性のない非常に極端な結論を導くものとなった。これが企業分割の問題に対する何らかの理論的問題提起となることができれば幸である。

(1) 従来の学説においても公正取引委員会が、公取委試案に見られる程度の裁量権を有すること、すなわち成果基準についても考察することへの反対はない。奥島孝康「企業分割命令の法理」商事法務六九二号四頁。実方謙二「原価公表・企業分割の法理論」東洋経済三八五四号、八六頁では、「その適用範囲は限定されざるを得ないが、現実的な解決策として評価できよう」と述べられる。根岸哲「構造規制と独禁法」経済法一八号、五頁は、改正案の規制基準に一応満足の意を表明しつつ、「競争制限的効果の定着化を明白に示す市場構造を分割対象とするともに、規制の適用・実施を著しく困難にすることを回避し、その実効性を確保する趣旨からすれば、構造、行動、成果の三基準をすべて満たす必要があるという態度を改めて、少なくとも構造基準と行動基準を満たす場合、または構造基準と成果基準（成果基準のうちのいずれか一つ）を満たす場合には、分割対象とすべきであろう。」として、構造基準重視の態度を示す。

(2) 今村教授は、五〇年三月の政府案を素材にしてではあるが「独占状態の排除がどのような手続を経て行われるものであるかは、いまだ明らかではないが、他の排除措置と同様、準司法的手続を経て行われるべき性質の作用であることは、明白であろう。」と断言される。(「独禁法改正政府素案の読後感」私的独占禁止法の研究、(四)Ⅱ、四四一頁)

私は、改正案についての議論としては、今村説の主張のようになると考えるが、企業分割の本質に鑑みれば、必ずしもそれが準司法的手続によって判断されるのにふさわしいことだと断言しえないものであり、むしろ行政的手続にふさわしいものと言うこともできると考えるのである。詳しくは、本章第二節参照。

(3) 一九世紀中葉以降のアメリカで、自由競争原理を支える最も強力なテコとなったのは、ハーバート・スペンサーに代表される社会ダーヴィニズムの思想であった。これについては、Fine Sidney, *Laissez-faire and the General Welfare State*, (1964) p. 32, p. 46 等参照。また一九世紀前半のアメリカの自由主義の伝統と社会ダーヴィニズムのかかりについては、ハーツルイス、有賀貞、松平光史訳、アメリカ自由主義の伝統、有信堂、(昭和三八年)一五三頁以下、有賀貞、アメリカ政治史、福村出版、(一九六八年)一一二頁 Fine Sidney, *op. cit.*, p. 33 et suiv., 等々参照。

(4) 反トラスト法とジェファソン民主主義の思想との関連については、小西唯雄、反独占政策と有効競争、有斐閣、(昭和四二年)八五頁、浦部法穂「アメリカの独占資本と最高裁」国家学会雑誌八四卷一一・一二号、一一～一二頁。また社会的弱者としての農民層による弱者救済の主張とジェファソン主義との結合については、ホーフスタッター・R、斎藤眞・他、訳、アメリカ現代史、みすず書房(昭和四四年)五七頁、同著者による“*What Happened to Antitrust Movement?*” in *Business Establishment* (ed. by Cheit E. F.) p. 116 等参照。

また競争の政治的意義については、エドワーズ・コーウィン・D、小西唯雄、松下満雄訳、大型企業と独禁政策、ベリかん社、(一九六九年)一七～二〇頁、クラーク・J・M、岸本誠二郎監訳、有効競争の理論、日本生産性本部、(昭和四五年)八五～八六頁等参照。

(5) 村上泰亮「現代資本主義論の展望」季刊現代経済、一一号、一二頁では、これを規制しようとすることを哲学的矛盾と表現する。

(6) 第三章註(6)参照。

(7) 本判決を構造基準によるものとする評価があることに見られるごとく、その水準は非常にきびしいものとなっている。逆に、この点をとらえての批判があることについては、前註引用の第三章註参照。

(8) 通説の見解の代表的例として、例えば、今村成和、独占禁止法、有斐閣(昭和四二年)では、全体に渡り、独禁法を自由競争秩序維持のための行為規制法としてとらえる立場が示されている。これに対して批判的見解を示す最近のものとして、丹宗昭信、独占および寡占市場構造規制の法理、北海道大学図書刊行会(昭和五一年)がある。私は、この批判は、通説の見解に決定的なダメージを与えうるものではないと考える。

(9) これまで企業分割の根拠という類のタイトルをかかげる多くの論文が書かれている。しかし、ほとんどの論文において、企業分割制度の必要性は活発に論じられているが、その法的性質、私的独占の排除措置との異同、従来の独禁法原理から見ての制度の正当化（根拠づけ）などについての検討が充分であるとはいえない状況にある。企業分割が必要だということ、それをどう正当化し理論化するのかということとは、別のことである。私は、問題が政治化すればするほど、必要性の議論に説得力を持たせるためには、その合理的理論化の議論が必要になると考えるのである。

数ある議論の中で、企業分割制度の理論的正当化を試みたものとしては、根岸助教授の次の議論が有力であるように思われる。根岸説は、企業分割と特許独占の時間的制限とを対比させ、次のように説く。

「企業分割は、独占または複占に達した初期の成功に対して罰を加えるのではなく、その成功の報酬に対して時間的制限を加えるにすぎないもの」であり、特許独占でさえその存続期間が一五年に制限されていることを考えるならば「そのような保護にもとづかない場合に何らの制限を設けないという合理的な理由は存在しないであろう。」（根岸哲「企業分割制度」公正取引、二八九号、一一頁）

私は、根岸説が企業分割の合理的理由づけを試みる点は高く評価するが、その論理には賛成しかねる。特許制度は、そもそも出発点において特恵的に人為的独占を認めるものである。したがってその人為的独占の存続期間を人為的に限定することは、自由競争原理から見れば当然のことであって、それが、出発点においていかなる特恵的保護もつけず、自由競争の結果として自然に生じた独占にも、時間制限を加えることの理由とはならないのである。

独占企業が異常な高利潤（独占利潤）を長期に渡って獲得し続ける時には、そのことが必然的に新規参入を招き、市場メカニズムが自動的にその独占を終了させるというのが、自由競争の本来の論理であろう。そして、この新規参入を既存の独占者が人為的に妨害する行為があれば、それは私的独占の規制の形で処理しようというのが従来の独禁法理論だったのである。

根岸説は、論理が逆転しているように思われる。

(10) 企業分割に理論的根拠があるとするれば、この二つがずれかであることを指摘するのな、Elzinga Kenneth G. and Breit William, *The Antitrust Penalties*, (1976) pp. 97-99.

(11) 第二章第二節第二で批判的検討を加えた根岸説も、根岸説が具体的検討を加えた合併規制のみにかかわる主張としては、充分な説得力を持つというようである。

(12) Kayser Carl and Turner Donald F., *Antitrust Policy*, (1959) p. 143.

(13) 純理論的に、企業分割のコストと社会的利益とを比較する研究が、最近、経済学の分野では試みられているようである。この場合の社会的コストとは、当該企業の分割により規模の経済性が失われることによって生ずる平均費用の上昇であり、社会的利益とは、独占力の解消によって生ずる価格低下として規定されている。詳しくは、Elzinga Kenneth G. and Brett William, op. cit., pp. 102-106, Posner Richard, Antitrust Law, pp. 89-95, いずれにしても、このような研究が、ケイセンとターナーの条件(iii)に解答を与えうるものではないことは明らかであろう。

なお、企業分割のコストをベネフィットの比較をなす最近の代表的研究たる前記の二著書が、いずれも、企業分割のコストは、一般的には、そのベネフィットを上まわるとの結論を導き、分割に消極的な意見を示していることは興味深い。

私は、企業分割の根拠を、経済的理由のみに求めようとする限り、常にこのような困難な問題が発生するであろうし、具体的分割の際に、このような比較を当事者がそれぞれ証拠をあげる形で事実認定をするのは、大変な執行上の困難を生じさせるであろうと考える。以上のことは、企業分割の政治的な意義の評価と、分割手続の非司法化の必要性を示唆するものではないだろうか。

(14) 前註の二研究参照。

(15) 岡田亨好、独占と営業の自由、木鐸社、(昭和五〇年)浦部法穂、前掲論文。

(16) ホーフスタッター・R、斎藤眞・他訳、前掲書、八四頁。なおジャクソンの時代の反独占運動の対象が、主として特許独占であったことについては、ハーツ・ルイス、前掲書、一六五頁。

(17) 五党修正案が衆議院で全会一致の賛成をうけた後に、参議院に送付され、そこで審議未了のまま廃案となったことは、未だ記憶に新しい。また、現在、新聞報道等によれば、政府が、五党修正案をもとにした独禁法改正案を今国会に提出するために準備を進めているという事情にあることも、われわれの興味を引くことである。

(18) 座談会「行政委員会——公正取引委員会の独立性をめぐって——」ジュリスト五九一号、二八頁、山内発言、二九頁、谷村発言等も同旨か。

(19) そもそも独占の状態の法的性質を問題としない通説の見解の中にあつて、根岸説は、米国のハート法案との関係で、公取委試案が、独占の状態を違法としていないことを、同案の欠陥として指摘する。私は、根岸説が独占の状態の法的性質を一つの問題としてとらえている点を高く評価する。しかし、これを高く評価するが故に、それだけ、根岸説がどのような形で、この法理上の問題に答えるのかに大きな興味を持つのである。(根岸哲、「企業分割制度」公正取引二八九号、七頁)

なお、通説の見解が企業分割制度の先例として引き合いに出す、昭和二八年改正前の、事業能力の較差を排除措置によつて是正

するという制度についても、これを如何なる形で正当化するのかという根本的な疑問はそのまま残っている。このような制度が形式的に存在したというだけで、この制度ならびに純粹構造規制の合理性が説明されたことにならないことは言うまでもない。まして、この制度が独禁法の母法たる反トラスト法上にも存在せず、わが国においても一度も発動されることのないまま独禁法上から削除されたものであることを考えるならば、私には、これは、私が本文で述べた疑問に答えることのむずかしさを示す実例以外の何物でもないように思われるのである。当時のこの制度についての説明も、私の疑問に、正面から答えるものとはなっていない。(例えば、石井良三、独占禁止法、海口書店、昭和二三年改訂増補版も、ここでの間に答える形では、独占禁止法の一般的性格の説明と、事業能力の不当な較差の説明とを整合させてはいない。同書四八〇四九頁、一九一頁等参照。就中、一九一頁の説明では、いわゆる純粹構造規制の対象である独占的狀態は、技術的合理性の存在により、ほとんど事業能力の不当な較差の規制の対象となりにえない場合としてとらえられているようにも思われる。)

- (20) 独占的狀態についての定義規定中の(一)「他の事業者が当該事業分野に属する事業を営むことを著しく困難にする事情があること」と及び(イ)・(ロ)「当該事業者の属する業種における標準的な政令で定める種類の利益率を著しく超える率の利益を得ていること」と「当該事業者の属する事業分野における事業者の標準的な販売費及び一般管理費に比し著しく過大と認められる販売費及び一般管理費を支出していること」更には、企業分割が命じられない場合の(一)「当該措置により、当該事業者につき、その供給する商品又は役務の供給に要する費用の著しい上昇をもたらす程度に事業の規模が縮小し、經理が不健全になり、又は国際競争力の維持が困難になると認められる場合」および企業分割の際に配慮すべき——このことが如何なる意味を持つのかがそもそも理解しがたいが——ものとされる三の(一)の事項、等々は、すべてこのような性質のものと考えられる。

(21) アメリカの現状については、Neal A. D. *The Antitrust Laws of the U. S. A.* (70 2nd. ed.,) pp. 383-384.

(22) 行政的裁量についてのアメリカ的発想とイギリス的発想のちがいをについての比較的研究である『Schwartz B. and Wade H. W. R., *Legal Control of Government*, (71) 第二章及び第四章参照。

(23) 西ドイツの行政手続法、計画確定手続については、外国運輸法令研究会における横浜国立大学経済学部成田教授の御報告を参考にさせていただいた。記して感謝したい。

(24) 遠藤博也、計画行政法、学陽書房(昭和五十一年)一六頁。

(25) *Vw. VfG* § 73~75

(26) 私は、現実の問題としては、企業分割の際に、企業の補償について具体的な算定をするのは、大変困難なことであると考える。

しかし、同時に、理論的には、押しつけられた独占企業の分割に補償がなされるということによって、はじめて、この制度は、論理的な首尾一貫性を有しうるものとなるだろうと考える。公共の福祉の実現のために、財産権の自由をどこまで認めうるのかという観点からこの問題を見れば、企業分割は、独占的大企業の国有化・社会化とパラレルに考えられる問題といえるのである。

私的な所有権の自由な行使に委ねることによっては、公共の福祉を実現しえないほどにまで成長した大企業を、社会的所有に移すか、それとも一度強権的に分割した上で再度私的所有に委ねるかは、純粹に経済技術的に決しうる問題であり、この場合、社会化と分割とで、強権的になされる国家の財産権への介入の本質が変わるものではないと考えられるのである（補償の額にちがいが生ずることは当然であるが）。現行憲法下で、公用収用の方法により社会化を実現することは許されているとする見解については、今村成和、「財産権の保障」憲法講座第2巻、有斐閣（昭和三十八年）一八九頁を参照されたい。

(27) 阿部齊「利益集団と行政」辻清明編集・行政学講座3、東京大学出版会（一九七六年）三六頁。

Structural Remedies in Economics and Law

Shin KISUGI

The movement to drastically amend the Antimonopoly Act has been arousing interest nationwide in Japan since 1974. One of the central proposals of this movement is the introduction of dissolution measures enforced by Fair Trade Commission into the Act. There are arguments for and against this proposal.

There are two representative theses which show the theoretical reasons for each argument. Prof. Imamura's article gives the reasons to support the measure and Mr. PQR's article gives the reasons against it.

Mr. PQR argues that dissolutions of big enterprises require consideration of problems that have close relationship to national economic policies. Therefore it should not be enforced by the FTC which cannot have any responsibility for the national economic policy because of its independency from the Prime Minister. Rather it should be enforced by some governmental agency which has the responsibility for the overall coordination of national economic policies. He is afraid that too many economic policy decisions would be left to FTC's independent discretionary power.

Criticizing Mr. PQR's argument, Prof. Imamura emphasizes that dissolution can be done without giving discretion to the FTC. He insists that there should be no difference in the judgement of FTC between its adjudgment of illegal monopolization, restraints of trade, or unfair methods of competition to which FTC now exercises its power, and the power to determine what are monopolistic market conditions, and to order the dissolution of enterprises that are responsible for those conditions.

The principal object of this thesis is to examine the nature and extent of the discretion of FTC in the exercise of the proposed dissolution power about which afore-mentioned two theses are in disagreement with each other and then to consider a better and more practical means to enforce the dissolution measures within the current political and administrative framework of Japan.

First of all, economic theories on market power and workable competition are examined and then two famous dissolution cases in the United States, ALCOA case and United Shoe Machinery case which introducing structural standards found the illegality of the enterprises, but failed to

dissolve them, are reviewed. The conclusion from this examination is contrary to Prof. Imamura's argument.

In the last chapter, after comparing the quasi-judicial procedure of FTC with other administrative procedure, this thesis comes to the conclusion that the dissolution of big enterprises should be done by an administrative procedure. The "Planfestellungsverfahren" of Western Germany is recommended as a model of this administrative procedure.