



Title	金融・経済危機と日本の経済法制度改革の行方
Author(s)	栗田, 誠
Description	特集 : 国際金融危機と東アジア経済法の現状
Citation	新世代法政策学研究, 8, 89-109
Issue Date	2010-11
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/44558">https://hdl.handle.net/2115/44558</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP008_005.pdf



## 金融・経済危機と日本の経済法制度改革の行方

栗田 誠

### 1 はじめに

#### (1) 日本におけるバブル崩壊以降の経済低迷と今次の金融・経済危機

今回（2009年11月22-23日）の東アジア経済法研究会は、米国におけるサブプライム問題に端を発した「金融不況」に焦点を当てるものであるが、本稿では、もう少しタイム・スパンを長く取って、1990年代初頭のバブル崩壊以降の日本経済の長期に亘る低迷の中での経済法制度の発展を振り返るとともに、現下の金融・経済危機と関連させて、近時の独占禁止法改正を含む経済法制度の動向を分析し、今後の行方を占うことにしたい。

日本経済は、1990年代初頭以降、20年近い長期の低迷状態から抜け出せないまま、今次の米国発の金融危機により実体経済、特に輸出依存型製造業に対する深刻な打撃を受け、その影響が他の産業分野、更には消費にも波及して、厳しい状況にある。このことは、一面、この20年間に経済構造調整が円滑に進んでおらず、在来型の一部の製造業の輸出競争力に依存した経済運営が継続されていることを物語っている<sup>1</sup>。例えば、日本の金融業は、今次の金融危機それ自体によっては大きな打撃を受けているとはみられないが、それは取りも直さず、日本の金融業が在来型の量的な資金仲

---

\* 本稿は、2009年11月22-23日に台湾・高雄大学において開催された東アジア経済法研究会における報告原稿に加筆修正したものである。

<sup>1</sup> 例えば、今次の金融不況前のものであるが、野口悠紀雄『モノづくり幻想が日本経済をダメにする—変わる世界、変わらない日本』（ダイヤモンド社・2007年）参照。

介機能を果たすにとどまっております<sup>2</sup>、金融に求められる新たな機能、すなわち、情報を基にしたリスク分散・移転機能を果たし得ていない状況にあることを如実に物語っている。

この間、経済構造改革を推進しようとする動きがなかったわけではない。1990年代中ごろ以降、「市場主義」による様々な改革の検討や提案がなされ、部分的にせよ、構造改革の推進と競争政策の強化が実現したことは評価されるべきである。しかし、経済低迷が続き、「格差」への関心が高まる中で、市場メカニズム活用政策（「市場主義」）を「市場原理主義」、あるいは「新自由主義」としてこれを批判し、改革を後戻りさせようとする動きが強まっている。本稿は、こうした動きを批判的に検討する。

## (2) 金融・経済危機下の競争政策の重要性

「カルテルは不況の子」をいわれるように、経済的な停滞の中では直接的な競争回避行動が取られやすくなる。既存の企業が新規参入を排除して既得権の維持を図る行動に出る動きもみられる。また、闇雲に規模拡大を目指したり、不振企業を救済しようとしたりする企業集中が計画される。しかし、経済危機の時代であるからこそ、競争政策の重要性が強調されるべきである。経済危機下にあるからこそ競争を通じた様々な面でのイノベーションが求められ、それを可能にする競争的な市場環境を形成・維持することが重要になる。長期低迷する経済の中で推進されてきた改革の動きは、こうした理念の発現であったはずであるのに、ここへ来て逆転後退の動きが急になっている。

現代の経済法制度、特にその中核に位置する独占禁止法は、競争政策を実現するための制度的担保装置であり、競争政策を先導し、また、その後退を押しとどめる役割を担うものである。経済法制度は、単なる経済政策の実施手段としての側面だけではなく、「法」としての機能を活かして、市場メカニズム活用政策を法的に担保し、高質な市場の形成と維持に責任を持つことが期待されている。しかし、現下の経済法制度を巡る動きは、競争政策の制度的担保としての機能を喪失し、改革を後退させようとして

<sup>2</sup> 金融業がこの資金仲介機能すら十分に果たしていないのではないかと、問題になっている。

いるかにみえる。本稿は、このような認識を基本にして、経済法制度改革を巡る動きを分析する。

## (3) 本稿の主旨と構成

本稿では、以上のような認識を基に、金融・経済危機の渦中において経済法制度が果たすべき役割を検討するものである。具体的には、法には、現状を改革するための「先導」機能と改革の「後戻り防止」機能があることを念頭に、経済発展における経済法の役割を考える（2）。特に、日本の経済発展における経済法制度の役割を簡潔に回顧するとともに（3）、現下の経済法制度の劣化状況について、独占禁止法の2009年改正を例にして批判的に検証する（4）。さらに、東アジア経済共同体の構想・実現に向けた取組において経済法制度が果たすべき役割についても検討する（5）。特に、東アジア市場が共通の高質な市場として発展する上で、競争法をはじめとする経済法が果たすべき役割を考え、東アジア経済法の生成への新たなインプットの必要性を指摘する（6）。最後は、簡単なまとめである（7）。

## 2 経済法制度の機能と制度設計の基本原則

### (1) 法の機能

法の機能として、一般に、①統治・保障機能、②活動促進・紛争解決機能、③秩序維持・統制機能、④資源配分機能の4つを挙げることができる。これらの機能は、具体的には次のような法により担われている<sup>3</sup>。

- ①統治・保障機能：「社会契約論」に立ち、国家の統治機構（政府）を定めるとともに、個人の権利や自由を保障する機能であり、主として憲法とその規定を具体化する法令の役割である。
- ②活動促進・紛争解決機能：人間の社会的・経済的な活動がなるべく自由かつ円滑に行われるようにするとともに、生じ得る紛争を公平に解決する機能であり、主として民事法の役割である。
- ③秩序維持・統制機能：人間社会全体の営みを妨げる行動に対して、国家が刑罰等の威嚇と制裁を独占的に発動することで、社会的安定を維

<sup>3</sup> 中山竜一『ヒューマニティーズ 法学』（岩波書店・2009年）40頁以下参照。

持する機能であり、主として刑事法の役割である。

④資源配分・所得分配機能：経済活動に伴う負の側面が顕在化する中で、国家が企業や個人の生産や消費にかかわる活動の諸側面に積極的に関与し、予算措置を含め、資源配分や所得分配を担う機能であり、20世紀に入ってから形成されてきた労働法、社会保障法、経済法、環境法等の様々な法分野の役割である。

## (2) 経済法の機能

経済法は、元々、国家が経済活動に介入するための根拠法として、20世紀初頭に「経済統制法」として生成したが、第2次大戦後は、国により違いはあるものの、競争法を中核にした、市場メカニズムを基本とする経済運営を行うための法として発展してきた。特に計画経済体制が自壊した1980年代末以降は、世界的に市場経済が浸透し、市場競争の維持促進のための法として機能している。

このように、経済法は、主として④資源配分・所得分配機能、特に資源配分にかかわる法として理解されている。自由で活発な経済取引と市場の活用こそが望ましい経済成果をもたらすという理念と理論を基に、その実現を図るための法が経済法であり、競争制限行為を禁止する「競争法」を中核とし、競争や市場を政策的に創出し、活用するための多様な法を包含しており、これにより最適な資源配分の達成を制度的に担保することを目的とする。

ところで、法の機能に関する上記(1)の説明は、法分野ごとの特徴を示すものであり、経済法の中核となる競争法（日本では独占禁止法）についても、資源配分機能に加えて、次のような多面的な機能を果たしていることに留意する必要がある。

市場メカニズムの活用を基本とする経済法は、私有財産の保障や取引・契約の自由の保障を前提としている。日本において1970年代に展開された「営業の自由」論争<sup>4</sup>が示すように、事業活動に対する独占禁止法規制は、形式的には営業の自由を制約するもののようにみえるが、実質的には独

<sup>4</sup> 例えば、中島茂樹「営業の自由論争」法律時報49巻7号臨時増刊日本国憲法30年特輯号334頁（1977年）参照。

占・競争制限行為による営業の自由に対する侵害を防止・排除する機能を果たすものであり、その意味で、統治・保障機能を分担する。

また、独占禁止法は、スポーツ競技におけるルールになぞらえて説明されるように、経済活動・取引の基本ルールである。ルールが明確に定立され、ルール違反に対する措置が的確に適用されることで、経済取引が促進され、紛争が解決され、また、紛争が未然に防止される。その意味で、②活動促進・紛争解決機能を果たしている。

さらに、独占禁止法は、市場経済における「競争秩序」を規律する。秩序を乱す行為・事業者を統制する機能を果たすのであり、時には刑事制裁さえ用意している。これは、正に③秩序維持・統制機能である。

## (3) 法（制度化）による先導と後戻り防止

法は、本来的に保守的なものであり、法的安定性が法の命である。この観点からは、経済法制度には、市場メカニズム活用政策を堅持し、後戻りさせないという現状維持機能が期待されることになる。市場メカニズムの活用がもたらす、時として大変厳しい結果（例えば、企業の倒産や、その結果としての失業の発生）に対して、市場メカニズム活用政策自体を改めるべきであるという主張が生じることは不可避である。こうした主張は、競争制限行為に対する独占禁止法の適用除外やその他の特別扱いを求めたり、活発な競争行動に対する規制を求めたりする。こうした主張に対しては、法の保守性を活かして、市場メカニズム活用政策自体を堅持することが経済法制度の役割となる。

しかし、経済法の役割として、こうした後戻り防止機能は、むしろ例外的・補完的というべきである。法には、現実を改革し、先導する機能があることを忘れるべきではない。様々な政策的理由（例えば、ユニバーサル・サービスの確保、消費者の合理的な判断能力への不安、事後的な是正の困難性）から、競争制限的な政策手段が採用されたり、市場メカニズムではなく権力的な資源配分に委ねたりする仕組みが跋扈していることがある。また、沿革的な理由から、既得権者が合理的な理由なしに現状維持を声高に主張することがある。こうした状況において、経済法は、自由で活発な経済取引と市場の活用こそが望ましい経済成果をもたらすという理念と理論を基に、その貫徹を目指して改革を先導するのである。独占禁止法の

適用除外制度が原則からの逸脱であることを強調して、その廃止を目指したり、参入や事業内容を過重に規制する事業法規制が消費者利益に反するばかりでなく、当該事業の発展自体をも阻害していることを指摘して、規制緩和・規制改革を促したりすることが経済法の役割であり、経済法学の任務である。この観点からの経済法は、時として、風車に突進する「ドン・キホーテ」の如くであるが、実は、時代を先取りする「ヴァンガード（先駆者）」なのである。

どの法域の競争法も、競争制限行為や競争制限的規制が跋扈する中で、その対応策として制定され、苦難の中で一步一步その機能を果たそうとしてきたのであり、正に現実を変えようとする先導機能を担ってきている。経済法学は、こうした経済法の先導機能を理論面から支えるものでなければならぬ。ところが、残念ながら、日本における現下の経済法、独占禁止法には、先導機能は期待できず、後戻り防止機能が重要になっているというのが本稿の認識である。

#### (4) インセンティブ促進的な制度設計

経済活動は、経済合理性に基づくインセンティブを基本的な動機として行われるから、経済法制度も、経済的インセンティブを活用して企業や消費者の経済活動を誘導するような手法を用いることが必要である。直接的・統制的な手法が必要、あるいは有効なこともあり得るが、経済合理性に基づくインセンティブと整合的な制度の設計こそが経済法制度の実効性確保の鍵となる。そのためには、インセンティブに働き掛ける仕組みを経済法制度自体にビルトインし、企業や消費者の行動をいわば「遠隔操作」する仕組みが望ましい。経済的合理性を欠く事態への対応を準備しておくことが必要になることもあるが（特に消費者行動について当てはまる。）、そのためには、経済法制度自体ではなく、他の法制度・政策にその役割を割り当てる方が適切であることが少なくないと思われる。

#### (5) 司法制度による強制可能性（エンフォースメント）の確保

経済法制度は、その制度作りに終わることなく、その実効性を確保することが必要であり、実効性を担保する仕組みを内部にビルトインしておくことが重要である。そして、実効性を最終的に担保するのは司法制度で

あり、司法インフラを整備するとともに、司法制度が機能するような実効確保措置を実装することが不可欠である。

例えば、日本の経済法制度では、伝統的に、法令違反に対して、行政庁に是正命令等の権限を付与するとともに、刑事罰をもって臨むという仕組みが広く採用されているが、経済刑法の発展なしには刑事的執行は機能しない。日本における経済刑法の現状からは、制裁的な機能を併せ持つ行政的措置が必要かつ有効ではないかと考えられ、独占禁止法における課徴金制度のような行政制裁の仕組みが他の経済法分野にも広く導入されることが期待される。

#### (6) 政府の裁量に代わるルール設定

政府が様々な裁量的な手法を柔軟に駆使して政策目的を実現することは、行政の在り方として、一つの姿ではある。しかし、裁量的な手法には弊害を伴う。健全な市場競争が機能するためには適切なルールが設定され、的確に執行されることが必要であり、ルールの設定とその監視こそが政府の役割である。

#### (7) 経済法制度の機能と制度設計の基本原則からみた日本の経済法制度

以上のような経済法制度の機能と制度設計の基本原則からみて、日本の現実の経済法制度はどのように評価されるであろうか。独占禁止法改正の歴史を含め、日本における状況を評価することが次の課題である。

### 3 日本における1990年代以降の経済法制度改革の経緯

#### (1) 独占禁止法の位置付けの変遷

日本の独占禁止法が日本国憲法を頂点とする国法体系においてどのように位置付けられてきているかを簡単に振り返ってみる。

独占禁止法は、憲法22条が保障する「職業選択の自由」の1つとしての「営業の自由」や憲法29条の「財産権の保障」に由来する「取引の自由」に示されるような市場経済体制を制度的に保障するものとして制定されていると考えることができる。独占禁止法は、競争制限行為を禁止・排除・制裁するという手段を用いて競争の維持・促進を図ることを目的としてお

り、営業の自由や取引の自由を形式的には制約する根拠としての性格を有しつつ、同時に、競争制限行為による侵害から営業の自由や取引の自由を実質的に保護する役割を担っている。後者の観点からは、独占禁止法は、他の法令による不当な競争制限措置を先占（preempt）し、無効化する機能を果たすことが期待され、この機能を重視して「経済憲法」という呼び方がなされることもある。

しかし、現実の経済法制度の実態をみると、長い間、建前（理念）としての独占禁止法に対して、実際には次のような競争制限政策が多用され、独占禁止法は形骸化していたという評価が可能である<sup>5</sup>。第1に、多数の独占禁止法適用除外立法が制定され、各省庁が所管する適用除外カルテル制度に基づくカルテルが広範囲に実施された。第2に、厳重な競争制限的事業規制が維持され、事業者「競争させない」法的仕組みとして機能してきた。第3に、競争制限的行政指導が法的根拠なしに実施され、「競争を認めない」政策の実現手法として多用された。こうした競争制限政策の時代は、1950年代前半から始まり、1960年代から1970年代前半まで全盛期が続き、その後次第に改善されたものの、1990年代まで尾を引いた。独占禁止法1条の目的規定の解釈や不当な取引制限の定義規定における「公共の利益に反して」要件の解釈を巡って、公正取引委員会・経済法学界の主流派と通産省・経済界との対立が続いた時代でもある。

その後、石油危機を契機とする価格カルテルの蔓延に対して、独占禁止法・公正取引委員会の役割が再認識され、それが1977年の課徴金制度の導入を初めとする独占禁止法の強化改正につながった。石油危機による原油価格の高騰に対して石油元売業界が通産省の行政指導の下に行った石油価格協定について、最高裁判所は、独占禁止法の究極目的である国民経済の発展のために競争政策が道を譲らなければならない場合があることを認めつつ、ごく例外的な場合に限定し、通産省の行政指導による本件価格協定の違法性を認めた<sup>6</sup>。そして、その後の裁判所の判決によれば、独占

禁止法は、「我が国における自由競争経済を支える基本法」<sup>7</sup>であり、「国内における自由競争秩序を維持・促進するために制定された経済活動に関する基本法」<sup>8</sup>であると位置付けられている。

また、前記のような独占禁止法を形骸化するような競争制限的政策手法も大幅に見直された。独占禁止法適用除外立法が抜本的に見直され、いわゆる「後退的」適用除外は1990年代末までにほぼ全廃された。競争制限的事業規制についても、1990年代以降、「規制改革」が急速に進展し、競争導入や政府による需給調整の廃止が行われるとともに、電気通信や電力・ガス等の分野では競争促進型規制が導入された。競争制限的行政指導についても、公正取引委員会の「行政指導に関する独占禁止法上の考え方」（1994年公表）に沿って同委員会との事前調整が求められるようになった。

さらに、1990年代以降、独占禁止法の強化改正が繰り返し行われてきていることも指摘できる。独占禁止法の執行力を強化する観点からの改正として、課徴金制度の強化、刑事罰の強化、課徴金減免制度の導入、犯則調査手続の導入等が行われてきており<sup>9</sup>、そのほか、過剰・不合理な企業結合規制の見直しや民事的救済制度の拡充が主要な改正内容である。

## (2) 外圧による経済法制度改革の要求～日米構造問題協議・日米包括経済協議

1990年代前半に行われた独占禁止法の改正を初めとする日本の経済法制度改革の多くが、1989年から1992年にかけて日米政府間で行われた日米構造問題協議と、その後継である日米包括経済協議を重要な契機とするものであったことは周知のとおりである。

筆者は、1994年に台北で開催された競争法の国際的調和に関する国際シンポジウムに参加し、「日本における競争政策の最近の発展と競争政策の

<sup>5</sup> 独占禁止法を「経済憲法」と呼ぶ用語法は、独占禁止法への支持が低かった時代に独占禁止法擁護派が多用したものである、という評価も可能である。

<sup>6</sup> 石油価格協定刑事事件最判昭和59・2・24刑集38巻4号1287頁。

<sup>7</sup> 業務用ストレッチフィルム価格協定刑事事件東京高判平成5・5・21高刑集46巻2号108頁。

<sup>8</sup> 社会保険庁シール入札談合刑事事件東京高判平成5・12・14高刑集46巻3号322頁。

<sup>9</sup> ただし、後述するとおり、2009年改正には、独占禁止法制度を劣化させる内容が含まれており、支持できない。

国際的調和におけるその含意」と題する報告を行ったことがある<sup>10</sup>。ここでは、競争法・競争政策の観点からみた日米構造問題協議の位置付けについて、「競争法の国際的調和を促進するための日米二国間のメカニズム」として捉えるとともに、多国間のメカニズムへと発展させる必要性と可能性を検討した。

### (3) 内発的な改革要求

日本の1990年代の経済法制度改革がいわゆる外圧だけで実現したわけでは、もちろんない。改革を求める内発的な要求があって初めて、改革は実現したのである。それは、公共調達に巢食う入札談合やそれに随伴する贈収賄等の不正に対する納税者の批判であり、また、大きな内外価格差に象徴される国内市場における非効率に対する消費者の是正要求であったり、独占が保証された規制産業における高コストや乏しい選択肢へのユーザーの不満であったりした。また、日本版ビッグバンを目指した金融制度改革のように、輸出競争力の強い一部の製造業に依存しない経済構造への転換を目論んだ政策的選択の結果でもあった。

### (4) 規制改革と競争政策

こうした内外の改革要求を受けて、1990年代中ごろから、様々な規制産業でまず「規制緩和」が、次いで、「規制改革」が始まった。単に競争制限的規制を改廃するだけでなく、競争条件の整備・競争促進的規制の導入やセーフティネットの構築、競争導入後の独占禁止法による規制を併せて一体的に行うことで初めて改革の実を挙げることができる。この時期に開始された経済法制度改革は、日本において初めて規制政策と競争政策とを関連付けて検討され、実施されたものである<sup>11</sup>。そして、日米構造問

題協議に触発されて1980年代末から活発化し始めた独占禁止法の運用が、当初、カルテル規制（特に入札談合規制）に偏っていたのに対し、1990年代中ごろからは私的独占規制や企業結合規制においても活発化するのであり、さらには、規制産業に対する独占禁止法の適用事例も現れるに至っている。他方、電気通信等の規制制度の設計や運用においても、独占禁止法の執行において発展してきている分析手法が応用され、実践されることで、競争法・競争政策の理念と手法は規制分野にも浸透することになった。こうした規制法・規制政策と競争法・競争政策とは、車の両輪の如くに機能し、相互浸透・相互肥沃化（cross-fertilization）の過程にある<sup>12</sup>。

### (5) 独占禁止法を「基本法」とする経済法制度の実現（？）

以上、日本の経済法制度における独占禁止法の位置付けの変遷について概観してきたが、独占禁止法は、「我が国における自由競争経済を支える基本法」として確固たる地位を占めるに至っており、「独占禁止法・競争政策の理念に反するような制度や政策は見直すとともに、新たに採用しない」というコンセンサスが21世紀に入るところには形成されてきていると感じられたものである。

しかし、このコンセンサスは、表面的なものにすぎなかったのかもしれない。あるいは、いまだコンセンサスと呼ぶには実体を伴わないものであったのかもしれない。ここ数年、規制改革に伴う競争激化への対応、「公正な競争」の確保の名の下に、規制改革の揺り戻し・後退の動きや独占禁止法規制の変質が顕在化しているのである。

## 4 金融・経済不況と経済法制度への揺り戻し圧力とその弊害

### (1) 格差論議と競争政策

日本では、近年、経済格差の問題が強い関心を集めており、特に、一連

---

員会の活動」上杉秋則他共著『21世紀の競争政策』（東京布井出版・2000年）35頁参照。

<sup>12</sup> 栗田誠「規制当局と競争当局の関係」岸井大太郎・鳥居昭夫編『公益事業の規制改革と競争政策』（法政大学出版会・2005年）85頁参照。

---

<sup>10</sup> Makoto Kurita, Recent Developments of Competition Policy in Japan and Their Implications for International Harmonization of Competition Laws, in C. J. Cheng et al. (eds.), International Harmonization of Competition Laws, Martinus Nijhoff Publishers, 361-379 (1995). その邦語訳として、栗田誠「日本における競争政策の最近の発展と競争法の国際的調和におけるその含意」(同『実務研究 競争法』(商事法務・2004年)所収)。

<sup>11</sup> 1990年代末ごろまでの規制改革の動向について、栗田誠「規制改革と公正取引委

のいわゆる「小泉改革」が格差拡大の元凶ではないかという議論が強く、現下の金融・経済危機はそうした議論を増幅させているといえる。そして、この格差問題こそが2009年8月末の衆議院総選挙による政権交代をもたらす大きな要因の一つになっていたと考えられている。

経済格差が本当に拡大しているのか、また、その原因を小泉改革に帰すべきであるのかについては学問的な議論が行われているが、本稿の関心は、経済格差が小泉改革によって拡大しており、その是正を図る必要があるという認識が広まっていること、そして、それに基づき、様々な是正対策が検討され、実施されようとしていることにあり、この動きは抗し難い状況にあると思われる。そして、こうした格差是正策としての措置の中には、競争政策の理念に背馳し、既得権擁護的な色彩の強いものが含まれていると思われる<sup>13</sup>。

## (2) 競争政策に背馳する動き

現下の経済政策上の措置の中には競争政策に背馳するものがあることとどまらず、競争政策としての措置の中にも競争政策の理念に反するものが含まれていることに重大な問題があると思われる。これを概観すると、次のとおりである。

### ①経済政策における競争政策の不在

現下の経済政策においては、直接的な分配措置・救済措置に重点が置かれ、需要サイドに偏ったものとなっており、産業政策・成長政策的な供給サイドの観点から指摘されている。そして、競争政策の理念に乏しいというより、競争政策の理念自体が人間的な生活を奪い、格差を拡大している元凶であり、唾棄すべきものとして否定的に考えられているのかもしれない。しかし、経済的な側面に関する限り、市場の力を活用して効率化を目指す競争政策なしに経済政策を運営することは不可能である。

### ②独占禁止法の弱者保護的運用志向

独占禁止法の目的を多元的に捉えること自体は否定されないが、効率性

<sup>13</sup> その典型は、郵政民営化の見直しである。鳩山政権の「郵政改革の基本方針」（2009年10月20日閣議決定）に対しては、様々な意見があるが、特に金融にかかわる問題については弊害が大きいというのが大方の識者の見解であると思われる。

の確保に重点を置いた上での多元性の確保を目指す考え方が主流であったと思われる。ところが、現状では、独占禁止法の運用に対しては、優越的な地位にある事業者による取引相手方に対する濫用行為の是正に重点を置くことが求められており、また、そうした規制の実効性を高める法改正が行われている。こうした独占禁止法規制が市場競争における効率的な勝者に対する制裁措置ともなりかねないことに対する視点が欠けている。

### ③不況対策等に名を借りた改革後退圧力

政府による需給調整を廃止することが規制改革の大きな眼目であったが、不況対策、労働政策、安全確保等の名目で、改革を後退させ、政府による介入措置を復活させたり、新設したりする動きが散見される。こうした動きが今後様々な分野に広がることが懸念される。

### ④個別企業対策としての市場介入

現下の金融・経済危機の中で、労働者の保護、国民生活に不可欠なサービスの確保、国民経済上重要な産業の保護等の様々な名目の下に、個別企業救済措置が検討され、実施されようとしている。こうした措置は、競争を歪めるとともに、当該企業・産業の政府依存体質を温存・助長し、日本経済の中長期的な競争力を損なうものであり、競争政策上支持されない。

## (3) 改革揺り戻しの弊害

上記のような改革揺り戻しの動きは、次のような弊害をもたらす、日本経済や日本企業の中長期的な競争力を弱体化すると思われるが、本稿の関心は、こうした動きが経済法制度の「劣化」を意味するということにある。

### ①結果重視の蔓延

競争の健全なプロセスを重視せず、競争の結果に着目し、競争の敗者に対する救済措置、競争上の強者に対する制裁措置を多用することで、不健全な結果主義をもたらす。これにより、活発な競争のプロセスが失われ、イノベーションが停滞する。

### ②統制指向の政策手法

政府の政策手段が経済活動や取引過程に対して直接的・統制的に介入する手法を多用するものとなっている。また、介入の基準が裁量的となり、ルールの明確化が進展しない。これにより、経済法制度の取引促進的な機能が損なわれる。

### ③市場の質の低下

政府による直接的・裁量的な市場介入により、健全な競争を通じた市場の高質化は望むべくもなく、政府に依存した経済、競争が制限された経済に帰着してしまう。そこでは、市場競争ではなく、政府支援の獲得競争が活発化するのみである。

#### (4) 2009年改正による独占禁止法制度の「劣化」

このような観点からは、2009年の独占禁止法改正には看過できない問題点が含まれている。健全な価格競争や相対による取引条件の設定に対する過剰な介入となりがねない改正内容であり、競争政策の理念に反し、また、競争法の規制手法にそぐわないと思われる。加えて、これらの違反は、裁量性を欠く課徴金の対象となることから、独占禁止法の過大執行につながる懸念される。

これらの問題点の詳細については、2008年5月に中国・上海の華東政法大学で開催されたアジア競争法フォーラムにおいて報告したところであり<sup>14</sup>、再説は避けるが、こうした法改正は、かねてから「公正な競争」の確保の名の下に推進されてきている不当廉売・差別対価規制、優越的地位の濫用規制の強化の延長線上にあるものであり、こうした運用にも批判が向けられる必要がある。

#### (5) 競争唱導活動の停滞のおそれ

競争当局は、競争法の執行にとどまらず、競争唱導活動を重要な任務としている。日本の公正取引委員会も、かねてから、競争唱導を重要な活動と位置付け、積極的に取り組んできている。

例えば、公正取引委員会は、2006年7月21日、郵政民営化が「競争政策上、大きな前進であると評価することができる」との立場から、郵便ネッ

トワークを利用した事業について、同種の業務を営む事業者とのイコールフットイング確保の観点から検討を行い、「郵政民営化関連法律の施行に伴う郵便事業と競争政策上の問題点について」と題する報告書を公表し、独占禁止法上の問題点を明らかにした。しかし、郵政民営化の抜本的見直しを進めようとしている現在の政府の立場を考慮すれば、公正取引委員会がこの報告書で示されたような考え方を今後も維持できるのか、疑問が生じる。

競争政策に対して民主党政権がどのような具体的な方針を採るのかは必ずしも明らかではないが、弱者保護的な政策に傾斜したスタンスになることは否定できず、効率性の確保や参入促進を目指す競争政策とは必ずしも親和的ではないと思われる。そうした政治情勢の下で、公正取引委員会が、その職権行使の独立性を楯に積極的な競争唱導活動を継続できるのか、予断を許さないとと思われる。さらに、民主党政権が掲げる「政治主導」の旗印の下で、政治主導の恰好の対象となる制度改革問題について、公正取引委員会による自由で独立した競争唱導活動が容認されるのか、疑問もある。

このように、公正取引委員会の競争唱導活動に黄信号が灯る中で、競争促進政策を標榜し、支持する勢力は後退を余儀なくされるのであり、今後の経済法制度の発展の方向が危惧されるのである。

#### (6) 201X年の日本の経済法制度の悪夢

以上のような状況を前提とすると、1990年代中ごろ以降、急速に競争政策志向を強めて発展してきた日本の経済法制度とその運用の近未来は、相当暗いものとならざるを得ないように感じられる。それは、次のような点に具体化すると思われる。

##### ①直接的な取引監視と介入による閉塞

2009年改正独占禁止法における優越的地位の濫用規制は、これまでの下請法における形式的規制を独占禁止法にそのまま持ち込むような内容になっていることが懸念される。改正後の独占禁止法2条9項5号の優越的地位の濫用に関する規定が下請法の規制内容をなぞるように濫用の態様を具体的に特定したこと、また、優越的地位の濫用の違反に対しては初回から課徴金の対象になることから、相対的に優越した地位にあると考えら

<sup>14</sup> 栗田誠「競争法制度の進化と劣化～日本の独占禁止法改正法案と中国の独占禁止法エンフォースメント態勢を中心に～」(華東政法大学、上海・中国、2008年5月25日)。なお、この報告は、独占禁止法の2008年改正法案を批判的に検討したものであるが、2009年改正法は2008年改正法案と実質的に同じ内容であり、この報告の批判は、2009年改正法にそのまま妥当する。

れる事業者は、すべからず取引相手方との「取引の適正化」に乗り出すことを余儀なくされる。さらに、公正取引委員会の規制実務も、優越的地位の濫用規制の強化に対する各方面からの要望を踏まえれば<sup>15</sup>、また、この要望に応えることが組織の維持拡大にとって好都合であるという公共選択論的な観点からも、規制の大幅強化に向かうことは必然ともいえる。しかし、こうした優越的地位の濫用規制は、企業間取引に対する過剰かつ直接的な監視及び介入とならざるを得ず、取引条件の硬直化、取引先の選別、内製化の促進等の様々な影響を及ぼすと考えられ、経済的に望ましい成果につながらないおそれがある。

#### ②イノベーションの窒息

競争的な市場環境の維持と研究開発成果の適切な保護によるインセンティブの確保を通してイノベーションは促進される。しかし、例えば、知的財産権の保有を根拠に優越的地位を認定するならば、ライセンス条件に対する過度の介入やロイヤリティの設定に対する直接的な統制につながりかねず、イノベーションを窒息させるおそれがある。公正な競争の観点からの過度の介入は、角を矯めて牛を殺す結果となりかねないのである。

#### ③企業結合の放任による国内独占

国際競争力の強化、業界再編、不振企業の救済、外資による買収の防止といった様々な理由から、競争制限につながりかねない企業結合を容認すべきであるとする動きが出てくるのが懸念される。また、国際競争を根拠に国境を越えた地理的市場の画定が主張される事例も増えると予想され、これにより、国内市場における独占・寡占を容認するような企業結合が実現してしまうおそれがある。しかし、国内での独占・寡占の形成後に貿易救済措置が後日採られて国際競争が制限されたり、円安が輸入を減退させたりする事態が生じることも考えられるのである。

#### ④保護主義の高まりによる国内産業保護

現時点では農業等の特定の分野にしかみられない国内産業保護の主張が今後高まるのが懸念される。特に、これまで高い国際競争力に支えら

れて、専ら米国等への輸出面で貿易摩擦に直面してきた家電、自動車等の製造業において、競争力を高めつつある開発途上国産品の輸入が拡大すると、国内の雇用維持の観点からの輸入制限論が台頭するおそれがある。

#### ⑤カルテル容認による高コスト

1990年代末に独占禁止法適用除外カルテル制度は事実上全廃されたが、これは、不況対策としてのカルテル容認政策は最早採らないことを宣言したものである。幸い、これまでのところ、カルテル容認政策の主張は表面化していないとみられるが<sup>16</sup>、特に小売段階での価格競争の激化を懸念する声は少なくなく、これが過剰な不当廉売規制を後押ししている面がある。仮に、カルテル容認の政策が採られると、スパイラル的な高コストにつながるおそれがある。

## 5 東アジア経済法の観点からの検討

### (1) 国際市場形成のモメンタム後退による国内保護主義・統制手法

現下の金融・経済危機の渦中において、WTOのドーハ開発アジェンダ交渉は停滞し、その代替的な機能が期待される地域統合の進展にも停滞感がある。逆に、国内保護的な動きが表面化し、それが他の国・地域の対抗措置を招き、相互に充進するという悪循環につながるおそれがある。WTOは、繰り返し、経済危機の時期こそ自由貿易を堅持する必要があるとして、保護主義的措置の拡大に警鐘を鳴らす報告書を公表している<sup>17</sup>。

国際経済社会に求められていることは、自由な国際市場の維持・促進に努めることである。ところが、自由貿易体制と国際金融市場が円滑に機能しなくなると、各国は、それぞれの国民経済のマクロ的な安定性を単独で維持することが必要になることから、それぞれが次善の解として、政府がミクロ的に市場介入することにならざるを得なくなる。大恐慌の後の各国の対応の結果、ブロック経済化と直接統制化が進んだ歴史が示すとおりである。

<sup>15</sup> 2009年独占禁止法改正法案審議の際の衆参両院における附帯決議、民主党の2009年衆議院総選挙のマニフェスト、亀井静香金融担当大臣から竹島一彦公正取引委員会委員長への要望（2009・10・21）など。

<sup>16</sup> 亀井静香金融担当大臣が中小企業による地域的な入札談合を容認する発言をしたと報道されているが（2009年10月22日朝日新聞夕刊）、特異な主張と思われる。

<sup>17</sup> See e.g. WTO, World Trade Report 2009, 22 July 2009.

## (2) 東アジア市場統合の制度化の必要性

東アジアでは、これまで主として市場の力によって実態的に市場統合が進展してきており、それを法的に制度化する努力は十分ではなかったと思われる。このことは、今後の経済状況によっては、市場統合が停滞ないしは後退してしまうおそれがあることを意味している。また、貿易・投資以外の側面では、東アジアにおける「共同体」構想は、ビジョンの段階にとどまっており、具体化するための取組は緒に着いたばかりである<sup>18</sup>。

前述した法の機能の観点からは、実態が先行した市場統合が後退することを防止するための法制度の構築が求められる。また、市場統合を更に高度化するとともに、貿易・投資以外の側面での協力関係を強化するためには、法制度化による先導が期待される。

日中韓においては、FTA（自由貿易協定）の締結に向けた産官学の共同研究を開始することが合意されたと報道されている<sup>19</sup>。日中韓 FTA が東アジア市場統合を先導する法制度として早期に確立されることを期待したい。

## (3) 法制度化に向けて採るべき方策

当面、東アジア地域では、次のような面での協力関係の強化を推進するとともに、それを制度化する努力が求められる。

- ① EPA の推進
- ② 金融・通貨協力の強化
- ③ 競争法執行協力態勢の構築

## 6 競争政策の理念の経済法への制度化

### (1) 法の役割・機能への期待

現下の金融・経済危機の下で、経済法制度には何が期待されているのかを考えると、前述したように、法には、先導機能と後戻り防止機能の両面

<sup>18</sup> 中村民雄・須網隆夫・白井陽一郎・佐藤義明『東アジア共同体憲章案』（昭和堂・2008年）参照。

<sup>19</sup> 2009年10月25日付け日本経済新聞ほか。

があり、経済法制度にも、これらの両面で期待される役割があると思われる。

後戻り防止機能から考えると、金融・経済不況対策として講じられる政策措置については、市場メカニズムの活用という経済法の理念と理論によって正当化されるものにする必要がある。この観点からは、次のような基準が有効である。

- ① 競争への悪影響の量的・質的な評価
- ② 措置の時限性の確保、中長期的な影響の考慮
- ③ 他の政策手段の可能性の検討

先導機能については、現下の状況では発揮しにくいのが、本来的には重視されるべきものであり、次のような課題に果敢に取り組むことが期待される。

- ① 金融規制改革
- ② 投資・参入促進策の強化
- ③ 競争を通じた競争力強化

### (2) 経済法制度が目指すべきもの

経済法制度の制度設計に当たっては、次のような観点を重視することが必要である。

#### ① 「高質な」市場の形成・強化

市場メカニズムの活用といっても、その市場は「高質」のものでなければならない。「市場の質」の理論は、従来の「市場の失敗」と「政府の失敗」の二項対立の間を揺れ動くのではなく、市場の要素として「競争」、「情報」及び「商品」の3つを重視し、これらの質を高めることこそが健全な経済成長をもたらすとする考え方である<sup>20</sup>。そして、市場の質を高めるためには、市場を取り巻く法律、制度、組織、文化、倫理、慣習などのインフラストラクチャーを適切に構築すること、そして、これらの制度的・文化的な基盤に根ざした競争ルールが実効的に機能することが不可欠で

<sup>20</sup> 矢野誠『「質の時代」のシステム改革』（岩波書店・2005年）、吉野直行・矢野誠・樋口美雄『論争！ 経済危機の本質を問うーサブプライム金融危機と市場の高質化』（慶應義塾大学出版会・2009年）参照。

ある。ここにおいて、経済法制度は、制度インフラの中核として、先導的役割を果たすことが期待される。

### ②広域市場の形成

EUの例を持ち出すまでもなく、広域市場の形成は強力な競争圧力の創出を意味し、既得権者にとっては回避すべきものかもしれないが、市場参加者にとって大きなメリットと可能性をもたらす。経済法は、広域市場の形成に向けた国際経済法の発展を後押しするものでなければならない。また、形成された広域市場における競争制限を排除し、共通市場への発展を支えることは、正に経済法、なかんずく競争法の役割である。

### ③長期的な利益の重視～技術革新・投資

かつての競争法は、短期的な資源配分の効率性に着目し、企業行動への過度の介入につながっていた嫌いがある。競争における技術革新や投資の意義が重視されるべきであり、技術革新や投資のインセンティブを損なうことがないような競争法の運用が求められており、実際、その方向に漸進的に向かっていると思われる。加えて、技術革新や投資を政策的に促進するような制度作りも必要である。

## 7 おわりに

本稿の結論は、金融・経済危機の下においてこそ、市場メカニズムを活用し、競争を促進する政策が採用されるべきであり、それを制度的に支える経済法制度が確立される必要があるという、ありふれたものである。残念ながら、日本における現状と近未来の見通しは、それと逆行するもののように思われ、正に経済法学の真価が問われている。また、本稿は、経済法制度の理念を抽象的に論じたにとどまり、具体性を欠くものであり、今後の研究課題としたい。

次に引用する一節は、我妻栄「私法の方法論に関する一考察」の締め括りの一文である<sup>21</sup>。

<sup>21</sup>我妻栄「私法の方法論に関する一考察」同『近代法における債権の優越的地位』（有斐閣・1953年）所収（初出1926年）。

法律学は、

「実現すべき理想の攻究」を伴はざる限り盲目であり、

「法律中心の実有的攻究」を伴はざる限り空虚であり、

「法律的構成」を伴はざる限り無力である。

経済法・競争法は、政策志向の強い法であり、ともすると政策的な判断に流れ、法としての在り方を忘れがちになる。法としての分野は異なるものの、経済法の研究を進める上で、引用した我妻博士の一文を銘記したいと考えてきた。経済法制度は、高質な市場の形成という理想に向けて、現実を先導し、また、後戻りを防止する役割を果たすために、健全な経済分析を基礎にしつつ、緻密な法律構成を伴うものでなければならない。