



Title	競争法における理念実現と個別事案処理主義について
Author(s)	荒井, 弘毅
Citation	新世代法政策学研究, 11, 123-142
Issue Date	2011-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/45695
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP011_007.pdf



競争法における理念実現と 個別事案処理主義について¹

荒 井 弘 毅²

はじめに

今日、グローバル化や IT 化が進展するとともに、政治状況・社会意識も大きく変動している。また、市場の失敗、政府の失敗、司法の失敗などを踏まえ、様々な種類のより良い社会に向けた取組と挫折、失敗する自由が行使され、乗り越えられようとしている。法を取り巻く思想の状況でも、法形式主義及び法懷疑主義を踏まえた法現実主義が司法のみならず、現実の立法・行政においても有効な思想として機能しうると考えられてきている (Stephenson, 2009)。本稿は、こうした社会・経済状況の中での、競争法における理念実現と個別事案処理主義について集中化と分散化の視点から検討しようとするものである。

結論としては、今後、競争法分野でも個別事案処理主義が進んでいくと思われる中で、当局にとっては優先順位設定が重要であり、法・政策関係

¹ 本稿作成に当たって、藤本哲也、藤澤尚江、牛嶋仁の各氏との議論が有益であった。ここに記して感謝の意を表したい。大久保直樹、中川晶比兒、市川芳治の各氏からの意見も有益であった。林秀弥、石岡克俊、楠茂樹、中川寛子の各氏との議論も参考となった。

² 公正取引委員会事務局経済調査室長、競争政策研究センター事務局長
e-mail: koki.arai@nifty.ne.jp

なお、本稿中意見にわたる部分は、筆者の個人的見解であり、筆者の属する機関のものではない。

者は関係者層の拡大に向けた普及啓発が求められており、研究面では幅広い視野で実証に基づいた検討が必要となっていることを挙げている。

1. 集中化と分散化

近年の主な独占禁止法に係る法制度の動きとしては、公正かつ自由な経済社会を実現するために競争政策の積極的展開を図る観点から、平成17年にはリエンシー、事後審判制度導入等、平成21年には排除型私的独占及び一部の不正な取引方法に対する課徴金制度の導入等の独占禁止法改正がなされてきたことが挙げられる。エンフォースメントの面では、主な独占禁止法事件において、集中化と分散化の双方の流れ（が拮抗している状況）を見てとることができる。

ここでいう集中化と分散化とは、いわゆる中央集権と地方分権といった政治過程上の意味合いでなく、集中化として理想主義（理念重視主義）的傾向を考え、分散化として個別事案主義を考えるものである³。すなわち、特許制度の画一性から事案ごとの利益衡量を通じた実質的な規範への転換過程（その中での正当化根拠）を論じた島並（2009）で論じられている「事案を超えた形式的な規範」を求める流れを集中化、「事案ごとの利益衡量を通じた実質的な規範」への動きを分散化と考えている。特に、政策のみならず法執行・解釈において、法律・制度本来の趣旨の実現の動きを集中化の動きと考え、個別事案ごとの正義の実現、equity law の実施としての性格の強い判決等が続くことを分散化の流れと考えている⁴。ただし、

³ 集中化の背後には積極的な規制・介入政策の考え方があり、分権化の背後に米国での保守主義、EU での分権主義的な思想がある。ここでは、theoretic approach あるいは根治療法的考え方を集中化、casuistry（決疑論）あるいは対症療法的考え方を分権化として用いている。

⁴ 川濱（2008）は、「政策的な裁量の判断と権利義務に基づく原理的な判断との緊張関係」から独占禁止法の特性を確認しようとしており、独占禁止法と自由との関係や消費者厚生・社会的効率性などが検討されている。峻別論を超えた視点の提供の点では本稿と共通するものがあるが、そこでは自由の確保・競争過程の重視の理念と競争政策理念との関係を取り扱っており、①個別事案における正義実現というものと②競争過程かつ／又は効率性の理念の実現というものととの関係を見ようとす

こうした集中化と分散化を考える際にも、いわゆる執行主体の集中と分散の観点である、集権と分権も視野に入れておかねばならないであろう。集権的な体制で集中化が達成されることもあれば、集権的に分散化が目指されることもある。しかしながら、一般的には集権的に集中化が図られ、主体分散化は分散化につながる人が多いであろう。この観点の違いには常に留意する必要がある。

以下、本稿では、制度的な動きも視野に入れ言及するが、主としてエンフォースメント・法解釈の動向に焦点を当てて、これに対して集中化と分散化の観点から典型的・代表的事案の分類整理を行い、その背景・連関・見通しを検討することとしたい。

2. 歴史的経緯

独占禁止法は、規制根拠が理論的・観念的であること、法目的と手段のつながりの間接性、規定の抽象性等から法の性格としては、個別事案の正義の確保でなく、事案を超えた形式的な規範の達成という上記二分法での集中化を中心的な課題として立法されたと考えられる。また、歴史的経緯としても、初期のころには要件を確立する判決やその精緻化などこの理念の具現化への試みが、こうした形式的な規範を実定法として実現するための一連の解釈として採られてきたと見ることができよう。これは、その後のエンフォースメントにおいても、1980年代からの談合の事件化とその積極的排除への取組、1990年代からの私的独占への対応等は、個々の執行としても重要であるとともに、広い視野から見ると様々な事案に対する措置を超えた競争法理念の実現への取組として見ることもできる。実際、競争政策が現在ほど浸透していなかった時代には、独占禁止法が「競争政策のほぼ唯一の担当者として孤軍奮闘している」図式で理解されるのが通常であり（白石，2009）、競争政策の正統性を高めるために、実質的な事案を積み重ねていって、競争法理念を着実に形成・維持・強化していくことが重要であった。集中化の一環として位置付けることができる代表的な事案としては、東宝株式会社ほか1名に対する件（東京高判昭和25年（行ナ）21

本稿とは、若干視点が異なっている。

号) (競争の実質的制限についての判示)、野田醤油事件 (東京高判昭和31年(行ナ) 1号) (他の事業者の事業活動の支配についての判示)、和光堂事件 (最判昭和46年(行ツ)82号) (不公正な取引方法に関する考え方)、石油製品価格協定刑事事件 (最判昭和55年(あ)2153号) (公共の利益等の考え方) が挙げられるが、これら以外のものでも、初期の独占禁止法違反事件へのエンフォースメントに関しては、事案を超えた競争法規範の形成への動きが数多く見てとれる。

しかしながら、その一方で、歴史的に見ると、独占禁止法の執行が弱められている時期には下請法・景品表示法の制定という制度面での分散化への流れや、典型的で、影響の大きい事件として、新聞販路協定審決取消請求事件 (東京高判昭和26年(行ナ)10号、11号) や新日鐵合併事件同意審決 (公取同意審決昭和44年(判) 2号) に見られる個別の法執行の事案における、事案ごとの利益衡量を通じた実質的な規範の達成を図るタイプのものも見られてきていた。すなわち、下請法・景品表示法は、事案ごとに迅速・効果的な措置を講じ、「独占禁止政策苦難の時代」(高瀬ほか(1991)) における個別の正義の実現を達成しようするものとして見ることができる。また、具体的事案において、新聞販路協定審決取消請求事件は、不当な取引制限の当事者は相互に競争関係にある独立の事業者と解するのを相当とする旨判示され、その後の執行に大きな影響を及ぼした事案である。相互拘束を同じ取引段階の競争者とするという事案を超えた形式的な規範性を出した判決であるとともに、判決の主要部分では個々の地域協定自体に即して競争関係の有無を判断すべきものであって、発行本社は共同行為に加巧しているというに止まりその当事者であるとすることはできない旨、事柄ごとの子細な検討の必要性を述べているという特徴も有している。さらに、新日鐵合併事件同意審決は、八幡製鉄と富士製鉄という製鉄会社第1位と第2位企業の合併の事案において、独占禁止法の規制根拠まで踏み込んだ様々な議論がなされた集中化的性格を有するものでもあったが(「近代経済学者による大型合併に対する意見書」(1968)参照)、所定の措置が採られれば牽制力が発生すると認められる旨とする形で利益衡量が考えられた事案である。こうした幾つかの事案で典型的に見られるとおり、事案ごとの利益衡量を通じた実質的な規範の実現も、事案処理に際して重要な意義を有していたと考えられる。

3. 近年の状況

(1) 制度面の対応

最近10年程度の状況を見ると、このバランスは、次のとおり整理することができよう。

集中化の動きは、制度面では、人員・予算の継続的な増加、課徴金の引上げ、犯則調査権限の導入等の事案を超えた形式的な規範達成のための方策が近年でも採られ続けてきているところからも見て取れる。競争理念について一定の理解と浸透は図られたものの、いまだ拮抗する反競争的言説の表明も特に不況時を中心に見られるところであり、こうしたものへの対抗としても制度面からの集中化の方策が図られているのであろう。この典型的なものとしては、1997年、1999年及び2000年の独占禁止法適用除外制度の見直しが挙げられる。適用除外制度の必要性の変化を背景として、個別法に基づく適用除外制度の整理、独占禁止法・適用除外法に基づく適用除外制度も前後して見直しが進められ、独占禁止法は、市場におけるいわば普遍的な競争ルールであり、その適用除外制度は、必要最小限のものとすべきであるとする理念(第二次臨時行政改革推進審議会の公的規制の在り方に関する小委員会報告書)に基づいた規制緩和への政府全体の取組が図られ、事案を超えた規範を実現しようとする集中化としての流れも見取れる。

他方、分散化の動きは、制度面では、民事的救済制度の整備等(2000年)が挙げられる。2000年の改正以前においても、独占禁止法違反行為に対しては、損害を補てんし、被害の救済を図る手段として、無過失損害賠償請求制度が規定されていた。しかしながら、独占禁止法違反行為は、損害の発生が継続的なものになる場合も多く、被害者に回復しがたい損害が生じる場合など、事後的な金銭賠償では効果的な救済にならないケースも想定されたことから、この改正によって被害者自ら裁判所に差止請求訴訟を提起することをできるようになった。規制緩和の進展に伴い、自己責任原則に立つて規制緩和を推進していくために、ルール違反によって被害を受けた者が自らその救済を図る手段を整備することが重要と考えられたことが背景とされていた。これは執行主体の分権化の典型例であるが、個別事案に基づく判断を準備するための制度として分散化の一例と考えること

ができよう。独占禁止法の私人による執行を促す制度が作られたものでもあり、ここでいう分散化を準備するものとなったと考えられる。また、持株会社規制の見直し（1997年）においても、従前の一律の規範としての規定から、目的規定を踏まえた上での一律・全面的な規定の見直しが図られることとなったことは、事案ごとの利益衡量を通じた実質的な規範の実現の流れを反映したものであろう。さらに、2005年改正での課徴金減免制度は、発見・解明が困難なカルテル・入札談合について、自らが関与していたことを自主的に報告した事業者に対して課徴金を減免することにより、競争秩序の早期回復及び違反行為の防止を図ることが目的とされており、各事業者に競争法理念の実現を促すという事案に応じた実質的な規範の実現を図るものの一つとして位置付けることができるのではないかと考えられる（この意味から執行主体としての各事業者の意識向上を促す執行主体の分権化の意味も有するものと考えられよう。）。こうした事案ごとの利益衡量を通じた実質的な規範化を準備するような幾つかの動きの背景としては、競争意識の浸透による競争政策の普及がある程度進んだことにより、形式的な規範としての競争理念だけをよりどころとするのではなく、現実の弊害解消のための実定法化が進展し、政策手段としての効率性を考えた執行手法が設計されるようになってきたことが指摘できる。もちろん、そこには幾つかの法領域での分散化への展開が進み、独占禁止法もそうした諸法の整備状況の影響があったと考えられる。加えて、グローバル化の進展に伴う、個別事件処理としての色彩が強い米国反トラスト法の影響もあったと考えられる。

（2） エンフォースメント関係

また、法が実際にエンフォースされる場面では次のとおり整理できる。

まず、集中化の動きが見られる。地方談合の積極的摘発、大型・告発事件への対応、私的独占事件への対処、官製談合の取り上げ、優越的地位の濫用行為への取組等のエンフォースメントの場面では、事案を超えた形式的な規範の実現が図られてきた。典型的な事案としては、機械保険事件、区分機事件の最高裁判決等が挙げられる。

東京海上火災保険ほか13社による審決取消請求事件（機械保険事件：最判平成14年（行ヒ）72号）は、東京海上火災保険ほか20社は日本機械保険連

盟の会員として機械保険等の保険料率を決定しているとされ、その課徴金納付命令に対して、売上額から支払保険金を控除した場合の課徴金額を超えて課徴金の納付を命じられるかどうか論点となり、課徴金制度が行政上の措置であるため、算定基準も明確であることが望ましく、制度の積極的かつ効率的な運営により抑止効果を確保するためには算定が容易であることが必要であるため、個々の事案ごとに経済的利益を算定することは適切でないとして、損害保険の引き受けの対価である営業保険料の合計額が売上額であると解するのが相当である旨とされた事案である。東芝及び日本電気による審決取消請求事件（区分機事件：最判平成16年（行ヒ）208号）は、東京高裁は排除措置の必要性が認められないなどとして本件審決を取り消して、公正取引委員会が最高裁判所に上告受理申し立てを行い、最高裁において「特に必要があると認めるとき」の要件に該当するか否かの判断については、我が国における独禁法の運用機関として競争政策について専門的な知見を有する上告人の専門的な裁量が認められるというべきであるとされ、その判断について、合理性を欠くものであるということではできず、上告人の裁量権の範囲を超え又はその濫用があったものということではできない旨とする判決が下された事案である。また、技研システム損害賠償請求事件（東京高判平成15年（ネ）732号）は、公正取引委員会がより慎重に審査して結論を導くことが望ましかったとはいえ、その当時の証拠関係に照らして原告が入札談合に加巧したと認定して本件勧告を行ったことがその職務上の義務に照らして不相当なものであったとまではいうことができず、国家賠償法上の違法性があると認めることができない旨とする判決が下された事案である。

個々の事案ごとの算定が適切でないとする解釈（機械保険）、競争政策について専門的な知見を有する上告人の専門的な裁量が認められるというべきとする指摘（区分機）、当時の証拠関係に照らして、その職務上の義務に照らして不相当なものであったとまではいうことができないとする部分（技研）等において、要件の考え方の法解釈を示していることだけでなく、事案を超えた競争政策理念を実現しようとしている発露と見ることもできよう。

一方で、分散化の動きもみられる。累次の告発事件における刑事事件の展開は個別事件の正義の実現が法執行の深いレベルで問い直される事案

であること、協業組合カンセイ事件最高裁判決での実質的な利益衡量の判断、地方公共団体発注のゴミ処理施設の様々な判決など、法の実質的な規範性を求める多くの事例があった。

協業組合カンセイ審決取消請求事件（最判平成11年（行ツ）115号、平成11年（行ヒ）70号）は、協業組合カンセイに対する課徴金の算出に際して、売上額に乗ずるべき一定率に関して独占禁止法7条の2第2項の適用の対象が「会社」又は「個人」に限定されているかどうかが論点となり、厳格に限定されていると解するのは相当ではないとして、企業規模において中小企業者に該当する要件を類推適用すべしとする旨判決が下された事案である。また、閲覧謄写許可処分取消請求事件（最判平成14年（行ヒ）242号）は、審判記録の閲覧謄写請求に関して住民訴訟の原告が独占禁止法69条所定の利害関係人に当たるか否かが論点となり、事件記録の閲覧謄写請求権は法違反行為の被害者が差止請求訴訟又は損害賠償請求訴訟を提起しあるいは維持するための便宜を図る趣旨をも含むものと解するのが相当である旨とされた事案である。このほか、土屋企業による審決取消請求事件（東京高判平成15年（行ケ）308号）は、基本合意に参画した原告が、基本合意に基づく調整を明確に拒絶して、話し合いを決裂させ、協力依頼等せず、相当低い価格で入札・落札したものについては、具体的な競争制限効果が発生するにいたったものとはいえない旨とする判決が下された事案である。

こうした事例は、事案ごとの利益衡量を通じた実質的規範の実現が図られた事案と位置付けることができよう。

（3）両者の関係

事案を超えた競争政策理念の実現と事案ごとの利益衡量を通じた実質的規範化は、社会目的を達成する法分野において、相互に緊張した関係にあるように見える。

より幅広い視野で、この状況を把握するために、以下では、日本での他の法分野における分散化と集中化の動き、欧米競争法における分散化と集中化について概観した後、日本の独占禁止法での生じている流れを探り、そこでの根本に立ち返った上でこの検討の位置付けと目指すべき方向を示したい。

4. 他の法分野での動向

近年の各種法分野の動向に大きな影響を及ぼしたのは、平成17年の新司法試験とロースクール設置である。これに伴い、実務的な重要性や社会におけるニーズの高さ、法科大学院におけるカリキュラム・教育内容や科目開設状況、科目としての範囲の明確性や体系化・標準化の状況、意見募集の結果などを総合的に考慮され、独占禁止法は経済法として司法試験の科目となった。これは体系化・標準化を促し強い集中化の流れとして作用するものであったが、以下では、このとき選択科目となった、知的財産法、労働法、租税法、倒産法、国際関係法（公法系）、国際関係法（私法系）及び環境法について概観したい。このほか、法学の最も大きな領域の一つである私法においても、民法における競争政策との関連について近年議論が進んでいるところである（2007年日本私法学会関連資料NBL863号及び2010年日本私法学会関連資料NBL936号参照）。

知的財産法においては、先に取り上げた島並（2009）では、特許制度が画一性を失い個別的な比較衡量へと変わってきている、すなわち「特許法は今、事案を超えた形式的な規範から、事案ごとの利益衡量を通じた実質的な規範へと転換する過程にある」とする認識がある。

労働法においては、労働審判法、労働契約法等が制定される中、倒産法制の整備と労働債権保護、個人情報保護と人事管理等様々な問題が生じてきており、集中的に分散化が図られているという流れが認められよう。情報技術の進歩に応じて条件等の比較可能性・立証可能性の向上に応じた分散化も進んでいる。

租税法においては、私的取引との相互関係をより重視する機能的な体系も検討されているものの、租税法律主義の下、近時の判例も法文に沿った判示が主流であり、分散化の動きは見えていない。

倒産法においては、私的整理ガイドライン、産業再生機構・中小企業再生支援協議会・企業再生支援機構、整理回収機構といった数々の私的整理のメニューがそろえられてきているほか、裁判外紛争処理（ADR）制度の認定も始まっており、DIP型（Debtor In Possession）会社再生として債務者会社が会社更生手続を利用しやすくするための手続が用いられ始めるなど、今後の分散化の手段を集中的に進めていると考えられる。

国際関係法（公法系）においては、国籍法違憲判決で見られる共通ルールの定立的性格、また人道的介入に関する議論や安全保障の法的基盤の再構築に関する懇談会報告書などに見られる集中的な対応が中心となっており、国際関係法（私法系）においては、法の適用に関する通則法制定時に大きな議論がなされ、労働契約や消費者契約に関しては一定のルールを定めて実現しようとする集中的動きが見られたが、更に内容を検討すると最密接地関係法の推定が同法に盛り込まれるなど実質的な分散化がその実態として進みつつあると見ることができる。

環境法においては、集中化と分散化の双方の動きが見られ、個別の事案でのルールの当てはめ、更に執行レベルでも分散化的なものが基本的な考え方となっている一方で、公害概念から発展してきた環境法の解釈・新しい問題への対応・行政等の責任においては、集中的な対応が測られてきている。

これら諸法の流れを概観すると、主に3つのグループに分けられる。第1に、分散化の動きが顕著なもので、これには知的財産法が含まれる。第2に、分散化への方向に向けた動きが集権的に進められているもので、これには労働法、倒産法、国際関係法（私法系）が含まれる。第3に、分散化と集中化の動きが拮抗しているもので、これには独占禁止法、環境法が含まれ、また分散化が生じていない国際関係法（公法系）や租税法も分散化への流れが弱いこのグループに含めて考えることができよう。これはそれぞれの法領域の性格が反映していると思われるが、ここでは分類整理だけにとどめたい。

また、民事基本法典のうち債券関係の規定について見直しが議論されている。そこでの議論において国際的潮流・国内的社会的必要性等の観点から、集中的な方向あるいは分散的な対応が図られるかは、法の潮流として、裁判官の思考を規律する一つの重要な要素となることから、今後の展望を見る上で重要な点となるであろう。

5. 欧米の近時の競争法の動向

独占禁止法と同種の規制関連の欧米での動きとしては、欧州競争法の現

代化改革が注目できる。1999年4月の『現代化白書』（Commission of the European Communities, 1999）を経て、2003年1月には理事会規則（Regulation 1/2003）として実施された、委員会の加重負担による政策停滞、各国政府からの欧州委員会の制約への批判等を背景とした各国レベルの事後規制型手法、一括適用除外等の分散化の流れが大きくは見て取れる。さらに、2009年12月リスボン条約が発効し、目的規定において、「社会的市場経済」という文言が採用されたところである。政策上の動きとしても、和解の検討、経済学の活用等手続的・技術的深化もこの流れの実現を促すものとなっている。他方、この流れは、大規模案件への集中という集中化による競争政策の執行強化という見方も可能である。事件においては、シュナイダー、テトラパック、エアツアーズなどの第一審裁判所による相次ぐ事案における実質的利益衡量的判断が出されたものの、近年ではマイクロソフト、インテル事件等大型事案への集中的執行が図られている。他方、司法裁判所レベルでは、BA事件、グラクソスミスクライン事件などではオールド自由主義に基づくスタンスが維持され、競争プロセス重視として個別事案での利益衡量が図られている状況にある。市川（2010）では、本稿と同種の問題意識に基づいて、市場レベル効果の重視と経済的自由の確保の相克を、法学の枠組を維持する中での経済学概念の取り込みが求められ、活用されてきていると整理する統一的視野の提供を試みており、その議論においても規範的参照点を意識して、個別事案を参照しながらの検討がなされていくこととなると分析されている。

米国は、民主党政権下での集中化、共和党政権下での分散化が交互に進んできている。近時（ロバーツ・コート：2005年9月～）、連邦最高裁は再び反トラスト事案の取扱い数を増やしてきており、それらに共通する性格として、事業法規制の優越性、再販売価格維持制度の合理の原則での検討要請等、共和党的性格の分散的なものを近時の動向としてより強く見て取ることができよう⁵。

こうした動きを背景にしつつも、米国での政権変動を超えた反トラスト

⁵ 経済学的証拠の活用方策として取り上げられることも多い専門家証言についての規則の整備・議論の進展も、分散化の準備が整えられているものの一つと考えられよう。

の連続性への言及、欧州での米国系法律事務所の浸透を受けた専門家集団の増加が進む中で、競争法・反トラスト法の専門化が一層進展している。併せて、欧州・米国とも、競争法・反トラストの基本的理念として消費者利益の確保への言及が主流となって確立されてきていることは、既に集中化の理念が浸透した上での分散化の達成が図られていく方向への潮流を展望することができる。

6. 考察

(1) バランスを考える視点

これら諸法の動向・外国の状況を背景として、独占禁止法の展望を再度検討したい。

まず検討が必要なのは、ここでいう集中化と分散化が乖離しているように見えることが問題であるとする点である。集中で考える個別案件を超えた制度本来の理念の実現への方策と分散で考える個別案件の利益の比較衡量による実質的規範の実現とに関して、双方とも、それを通じて実現すべき目標は、例えば、独占禁止法では「国民経済の民主的で健全な発達」であり、個別案件であってもその積み重ねにおいて達成すべきであるということとは共通するはずではないかと考えるものである。他方、この視点からすると、手段における取組が乖離していることを生みだしている原因は、いわゆる合成の誤謬が生じており、個別の利益衡量を重ねただけでは制度本来の理念の実現が難しい可能性を指摘できる。

個々の場面での正義の実現と先例拘束・法的安定性・予見可能性の確保による利益に関してはこれまでも様々な議論があるところであり、バランスのとれた対応が模索されてきている。このバランスも背景に、川濱(2010)では、競争政策の現状を①独占禁止法の非孤立性、②国際的進展・連携、③エンフォースメント強化及び④ルール明確化と経済分析の活用と捉え、①に関し、ルールの中での所与の法秩序の中での競争秩序構築の意識、③に関し、サンクション強化の方向性を指摘し、いわば本稿での集中化の観点での課題を議論している。また、白石(2010a)では、競争法の現状に関し、法形式、違反要件、行為類型ごと、エンフォースメントの課題などを挙げ、事案処理における因果関係、共犯理論のアナロジー、グルー

プに対する考え方などの留意点を指摘して、ここでのバランスの取り方も含め根本的で緻密な検討が必要であるとしている。

(2) 参照点

また、近年の裁判例を概観すると、特に興味深いものとしては、東京都新都市建設公社の多摩地区受注調整の一発課徴金関連の5つの裁判体の判決に関する2009年5月29日以降4回にわたる請求棄却の判決と新井組ほか3名による審決取消請求事件における請求認容・審決を取り消す判決（東京高判平成20年(行ケ)25、26、38号）である。また、大石組談合事件東京高裁判決（東京高判平成19年(行ケ)7号）及びストーカ炉談合事件東京高裁判決（東京高判平成18年(行ケ)11～13号）もこうした流れをつかむ上で検討すべき参照点となろう⁶。

(3) 諸外国の取組

このバランスを見る際に、諸外国の取組の経験も参考となる。

反トラスト法はコモン・ローとして位置付けられている中で、米国反トラスト法は私訴が多数であり、執行の分散化の面では一つの達成された姿となっている。その中で競争の理念の浸透自体は確立していて、時宜に応じた集中化の動きは、当局による大型事件の対応、政策方針の表明によって図られており、そこには一定の役割分担がある。これに対しては、「反トラストは…保守へと移行してきただけではない。反トラストはより一貫したものとなってきており、…ほとんどの競争的問題を解決するためにより市場を信頼するようになってきた」との評価があり（Hovenkamp, 2005）、理念は確立された上で、個別事案への対応が図られていると考えられる。

欧州競争政策では、各国当局との役割分担が背景に常に意識されつつ、事案の選択が関連事業者から始まる形での分散化が配慮された形のものとして実施されており、それとともに、それを実現するための競争法関係者における関係者層の拡大が図られてきている。

⁶ 独占禁止法の改正法案に言及するものもある（御厨，2009）。

(4) バランスのとり方

こうした、理論的検討・判例動向・各国の経験を踏まえると、分散と集中のバランスのとり方に関しては、合成の誤謬が存在することを認識しつつ、幅広い視点から緻密な対応が必要となっていよう。

このバランスは、競争法の理念浸透が必要とされていたときには、集中化が図られてきた。その後、社会への競争理念浸透を背景として、近年では分散化の要請が強まり、それが図られてきたと考えられる。競争理念自体は不断の唱道が必要なものであり、関係主体の力点の置き方で、理念の実現あるいは事案の正義に関する様々な問題や批判が生じてくるものと考えられる。これは諸法での状況を見ても、法領域ごとの特徴もある中で、理念先行型、事案重視型それぞれ主要関係主体のプライオリティを反映して状況が動いていると思われる。米国では、潮流の背景として共和党（事案型）・民主党（理念型）の動きがあり、欧州では共同体理念浸透が達成された後の対応が今日模索されている状況と考えられる。

(5) 関係主体の対応について

こうした中、当局としては競争政策の理念実現の核心部分に集中的に対応していくこと、独占禁止法関係者としては個別事例の積上げへの努力と併せて幅広い層への普及啓発を行っていくこと、並びに、研究者としてはこうした法を取り巻く環境及び個々の研究の位置付けを理解した上で、緻密にかつ批判的に研究を行っていくことが求められていると考えられる。

分散化が最も進んだ米国にあっても、最大の反トラスト法運用主体は司法省反トラスト局であり、FTCであり、その動向が競争政策に影響を与えないことは考えられない。日本でも独占禁止法の分散化が今後進む中で、公正取引委員会が、どこに力点を置いて理念実現を目指していくかは今後の試金石となっている。一般的には、二者間紛争的・特定被害者救済的性格を有するところは分散化を進め、広く多数への弊害を及ぼすようなところに対しては集中化が求められていよう。実務家等独占禁止法に関係がある者にとっては、競争政策の理念自体は尊重しつつも、引き続き自らの関係する個別事案での正義の実現を達成していくことが不可欠であるが、それとともに関係者層拡大に向けて競争法理念の普及啓発も同時に図っていくことが求められていよう。また、研究における課題としては、「経済

法が司法試験科目となり、『通説・実務』を学生に教えると称して、法令・ガイドラインをそのままコピーしたような情報ばかりが蔓延」（白石，2010b）している状況にあると称される現在、幅広い視野からの緻密な分析が今以上に必要とされている。その際に最も注意が必要な点としては、「比較法の皮相な理解と、浅薄な動機」（加藤，2010）と称される議論の進め方の轍を踏むことがないよう、幅広い視野・体系の意義には留意しつつも、事実・条文をしっかりと踏まえたものが望まれていよう。加えて、当局間では政策の対話、ビジネスはグローバル化を通じて交流が深化している中、研究面でも日本からの発信や議論の質・量ともに層の厚いものを築いていく必要がある。

(6) 残された問題

また、より原則的な問題として、競争法の考え方が、違反の排除による競争環境の実現となっていることだけで良いのかということが挙げられる。悪を責めれば、それだけで良い世の中ができるのかという、厳罰化・コンプライアンス強化による自由な経済活動の委縮効果の懸念である。これは、一般予防・個別予防を超えた、競争法理念の面とそして実際の運用時点での両面から常に検討が必要となっているとも考えられる。

さらに、市場的決定を権威的決定で代替せざるを得ない部分としての競争法において、ルールとスタンダードの分類⁷に基づく、スタンダードとしての実質規律の機能を発揮していくためには、ルールの性格としてのプロセスとしての正統性・手続面での公正性だけでなく、結果・成果の面からの正当性も必要となる。その検討の際には、効率性の達成を超えたインセンティブ確保の重要性が常に意識されねばならず、競争政策の基本理念の下での成果を見通した適切な方策が探られていかねばならないであろう。加えて、競争が成長にどのように役立つかについて更なる検証も必要となっていると考えられる（Aghion and Griffith 2008, Aghion, et al., 2005 参照）。

⁷ 森田（2007）、Kaplow（2007）、Crane（2007）参照

7. 結語

あらためて競争法規制・制度の在り方・実現手法と目標に立ち返る本稿のねらいは、喫緊の課題のものというよりは、不断の検討項目の確認であり、そして今後の独占禁止法が更に直面していくことになる分散化とその中での正当性の確保のための基本的な指針の整理として位置付けることが適切であろう。しかしながら、この検討は単に今後の状況の推移を見通す準備といったものにとどまらない含意を有している。解釈・執行の位置付けについての鳥瞰的な検討は、集中化の動きの収束点としての視点、あるいは分散化の中での判断の指針を提供していく視点、そのいずれの意味合いにおいても必要とされているだけではない。考察自体のより主体的な意味合いとして、法の目標達成のための戦略、その検証と更なる再検討を行い、いかに法の実現における動きを形作っていくかを考えるべきかという意義を有していよう。

（付録）近年の関連する基礎理論の展開

現状と展望を捉え直して、そこからの独占禁止法・競争政策へのインプリケーションを考えていく際に、独占禁止法・競争政策とも関連する様々な基礎理論における最近の議論の進展状況にも目を配ってみたい。

第1に、脚光を浴びているリバタリアン・パターナリズムである。

リバタリアン・パターナリズムとは、Sunstein and Thaler (2003), Thaler and Sunstein (2003) など大きな注目を浴び、最近ではNudgeという一般向けの書物も刊行されている、行動経済学に基づいたリバタリアンの精神を有するパターナリズムとされるものである。選択の自由を認めつつ、厚生を促進する方向へと人々を誘導するための選択を探るものである。例えば大きな政府か小さな政府かという二者択一ではなく、良い統治の在り方を探求するものであるとされている（詳細は、それらの論文あるいは批判論文Mitchell (2005), Glaeser (2006)等を参照）。こうした考え方は、まさに競争政策の中のパターナリスティックな部分を説明・解釈する一つの方策となり得ると思われる。例えば、選択肢を増やすだけ増やすことは、消費者の厚生を上げるか。それは、かえって選択を妨げることになることからリバタリアン・パターナリズムの観点からの介入が望まれるところなのか。しかし、介入者・計画者は賢明か。何に対して、市場での選択でなく、リバタリアン・パターナリズムによる唱道がなされるべきか。これは、今後十分具体的に生じうる問題であり、理論的・実践的な検討をしておくべき課題であろう。

第2に、再検討・再評価されている功利主義である。

Kaplan and Shavell (2002) では、法と経済学の観点から、公正 (fairness) 基準と厚生 (welfare) 基準を比較検討し、厚生基準の方が法規範として優れていることを詳細に例証している⁸。また、安藤 (2007) は、功利主義の再検討と統治理論としての功利主義の問題提起がなされ、その中では統治功利主義とリベラリズムの自由・権利といった枠組での機能の検討もなされている。これらの功利主義の再検討は競争政策の掘って立つ基盤を確実なものにしていく議論、法運用の核心部分の形成・維持・強化に資するところが大きいと考えられる。

この功利主義に関する研究は、厚生主義的帰結主義の哲学的アプローチに基づいたアローの定理とセンの「不可能性定理」が転換点となった。この定理は、パレート原理という弱い厚生主義的要請が、最小限の個人的自由の社会的尊重という弱い非厚生主義的要請と、論理的に衝突せざるを得ないという趣旨の不可能性命題を樹立することによって、パレート原理——厚生主義的帰結主義——に対して、強い批判を提起した。

Sen (1999) によって解説されているように、これに引き続く多くの議論は、経済

⁸ 法と経済学に関しては川濱 (1991) も参考となる。

発展の理論と政策の在り方に対して、大きな影響を及ぼしつつある。

第3に、再帰的・間接的な統治の理論である。

これは、Rose (1999), Dean (1999) などで言及されている現代の統治の在り方への検討の手法である。今日、統治の在り方は直接的・一元的な手法から個人の統治に働きかける間接的な統治へと変容していることに対する法哲学からの批判的検討である。国家による統治が、自発的・能動的な個人の統治を促し、その監査・評価を行うものへと変わってきていることである、すなわち、自由が自己評価、自己実現、自己責任により規律されるようになり、それを再帰的に参照する形で統治が行われていると今日の統治の在り方を分析している。競争政策は、本質的に、競争を促進させるものでなく、競争制限的行為を規律するという間接的な手法を採って市場に働きかけてきているものである。競争政策の機能・手法の側面からの議論において、この考え方は、例えば、議論する場の設定が公正性と効率性をどう体现するかということを検討する際にも、再帰性が重要であることに着目するなど活用できるものが多く含まれていると考えられる。

こうした近年の基礎理論の展開の競争政策にとつてのインプリケーションも、さまざまな視点から考えられる。例えば、リバタリアン・パターナリズムの考え方に基づいて、談合をデフォルトルールにせず、競争をデフォルトルールにするように制度設計する、あるいは、公正を考える際に行動経済学的な誤謬・誤認識を考慮に入れた上で、公正性の共有概念を考えることだけでは十分ではない。こうした最近の様々な場での議論に、通底する捉え方を見て、その活用手法を考えることが重要と考えられる。ここでは、近年の基礎理論の通底としての捉え方における、検証可能性(行動科学との連携)及び自覚的な自己言及性の2つを挙げることにしたい。

第1に、検証可能性に関しては、リバタリアン・パターナリズムが行動経済学という実験的手法を経済学に応用した分野の結論と提言に立脚したものである点が挙げられる。また、厚生基準の活用に向けた功利主義の議論が社会選択論という理論的な進展に加え、実際の様々な実証経済学・最近では実験経済学の成果を活用した厚生基準の適用可能性に言及されることがある点など、現実とのかかわり方において、より実践的・試行錯誤的手法を目指していることも一つの関連として挙げることができる。

第2に、自覚的な自己言及的性格に関しては、リバタリアン・パターナリズムがその用語から矛盾を想起させる用法であり、常にその手法について最初に問われることから、自らの手法の正統性を意識せざるを得ない点をまず指摘できる。今日的な功利主義の基礎となっている様々な実証分析においては、動学的な手法が検討され、またその中で再帰的な構造分析が行われてきていることは、現時点における自己言及性の表れとして、それが実践されている部分として挙げるができる。また、再帰的・間接的な統治の議論においても、そこで分析の対象としてきたことは

統治における再帰的手法の採られ方とその背景・効果・問題点であり、これらは単なる自律的な思考の枠組ではなく常にリアリズムの中で自らの在り方を模索するものとなっている点から、いわゆるフィードバックのなされ方が重要な論点とされているのである。

(参考文献)

- 安藤馨 (2007) 『統治と功利 功利主義リベラリズムの擁護』勁草書房
 市川芳治 (2010) 「EU 競争法の規範的考察に関する一試論(上、中、下)」『公正取引』714, 715, 716号
 加藤雅信 (2010) 「民法典はどこに行くのかーその2」『法律時報』82巻10号
 川濱昇 (1991) 「法と経済学」と法解釈の関係についてー批判的検討(1)～(4)『民商法雑 誌』108巻6号～109巻3号
 — (2008) 「市場秩序法としての独禁法(一)～(三)」『民商法雑誌』139(3)～(6)号
 — (2010) 「競争政策の課題と展望」『公正取引』717号
 島並良 (2009) 「特許制度の現状と展望：法学の観点から」、『岐路に立つ特許制度』財団法人知的財産研究所・島並良共編 知的財産研究所
 白石忠志 (2009) 『独占禁止法第2版』有斐閣
 — (2010a) 「競争法の課題と展望」『公正取引』717号
 — (2010b) 「独禁法ソフトロー研究の難しさ」『ソフトロー研究』16号
 高瀬恒一、鈴木深雪、黒田武 (1991) 『独占禁止政策苦難の時代の回顧録』公正取引協会
 2007年日本私法学会関連資料 (2007) NBL863号
 2010年日本私法学会関連資料 (2010) NBL936号
 御厨貴 (2009) 「歴史的に見ても賞味期限が切れた小沢一郎」『中央公論』2009年2月号
 森田果 (2007) 「最密接関係地法——国際私法と”Rules versus Standards”」『ジュリスト』2007年11月15日号 (No.1345)

- Aghion, P., Bloom, N., Blundell, R., Griffith, R., and Howitt, P. (2005) Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship, Quarterly Journal of Economics 120(2)
 Aghion, P. and Griffith, R. (2008) Competition and growth: reconciling theory and evidence. Zeuthen Lectures., MIT Press
 Crane, D. A. (2007) Rules Versus Standards in Antitrust Adjudication, Washington and Lee Law Review 64
 Dean, M. (1999) Governmentality Power and Rule in Modern Society, SAGE Publications

- Glaeser, E. (2006) Psychology and Paternalism, *Chicago Law Review* 73(1)
- Kaplaw, L. (2007) Rules versus Standards: An Economic Analysis, *Duke Law Journal* 42
- Kaplaw, L., and Shavell, S. (2002) *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press
- Hovenkamp, H. (2005) *The Antitrust Enterprise*, Harvard University Press, 『米国競争政策の展望』ハーバート・ホベンカンブ著、荒井弘毅、大久保直樹、中川晶比兒、馬場文訳 (2010)
- Mitchell, G. (2005) Libertarian Paternalism is an Oxymoron, *Northwestern University Law Review* 99(3)
- Rose, N. (1999) *Powers of Freedom: Reframing Political Thought*, Cambridge University Press
- Sen, A. (1999) The Possibility of Social Choice, *American Economic Review*, 89(3)
- Stephenson, M. C. (2009) Legal Realism for Economists, *Journal of Economic Perspectives*, 23(2)
- Sunstein, C., and Thaler, R. (2003) Libertarian Paternalism, *American Economic Review* 93(2)
- Thaler, R., and Sunstein, C. (2003) Libertarian Paternalism is not Oxymoron, *Chicago Law Review* 70(2)
- Thaler, R., and Sunstein, C. (2008) *Nudge*, Yale University Press, 『実践行動経済学』リチャード・セイラー、キャス・サンスティーン著、遠藤真美訳 (2009)