

公正取引委員会競争政策研究センター第7回公開セミナー

- テーマ 「独占禁止法の主要規定の成立と現行法への示唆」
- 講師 泉水 文雄 氏
(神戸大学大学院法学研究科教授・競争政策研究センター主任客員研究員)
- コメンテーター 上杉 秋則 氏
(公正取引委員会顧問(前事務総長))
- モデレーター 鈴木 興太郎 氏
(一橋大学経済研究所教授・競争政策研究センター所長)
- 日時 平成18年10月13日(金)16:00~18:00
- 会場 東京都千代田区霞が関1-1-1 中央合同庁舎第6号館B棟
公正取引委員会大会議室(11階)

目次

オープニング(16:00~16:05)	2
講演(16:05~16:55)	3
コメント&ディスカッション(16:55~17:40)	16
質疑応答(17:40~17:55)	30
クロージング(17:55~18:00)	34

- 1 記録中、<(数字)>という表現は当日配布されたパワーポイントスライドにおいて で囲まれた数字を意味しています。
- 2 本記録は第7回公開セミナーの音声記録等を基に競争政策研究センター事務局が編集したものであり、文責は競争政策研究センター事務局にあります。

オープニング (16:00~16:05)

一橋大学経済研究所教授・競争政策研究センター所長 鈴木 興太郎 氏

本日は、競争政策研究センターの第7回公開セミナーにお集まりくださりまして、大変ありがとうございます。この公開セミナーは、競争政策研究センターが主催する国際シンポジウムの企画と並び、センターの活動の主要な柱の1つとなっています。センター発足以来、幾つかのリサーチの柱を立ててまいりましたが、そのうちの1つのテーマが、独占禁止法および競争政策の歴史的なエボリューションをできるだけ記録にとどめ、その間の経験を将来の競争政策の参照標準として我々のセンターから発信していくことです。

今日ご講演いただきます泉水文雄先生には、「原始独禁法の制定過程と現行法への示唆」というプロジェクトで歴史的な独禁法の生成過程の研究をリードしていただいています。一度、中間段階でセミナー¹をしていただきましたが、本日は、この大きなプロジェクトが着地したところでまとめたご報告をお願いすることになったものであります。

ごく簡単に泉水先生の経歴をご紹介します。京都大学法学部、そして京都大学大学院法学研究科をご卒業になり、京都産業大学、大阪市立大学、神戸大学法学部を経て、現在は神戸大学大学院法学研究科の教授を務めていらっしゃいます。我々センターにとりましては重要な役割を果たしていただいている先生です。

本日の講演の後、予定討論者として上杉秋則先生にコメントとディスカッションを賜ることになっています。上杉先生は東京大学法学部をご卒業になった後、公正取引委員会の事務局にお入りになり、今年6月に事務総長をお引きになるまで、一貫して日本の競争政策と独禁法の歴史を歩んでこられた方です。「ミスター独禁法」というのが我々がいつも呼ばせていただいているニックネームであります。事務総長を引かれた後は、一橋大学大学院国際企業戦略研究科の教授として、今度はアカデミックな世界においてご経験に根差した独禁法の教育をしていただいています。

以上、誠に簡単ではございますが、本日の講師と予定討論の先生をご紹介します。それでは早速、泉水先生による講演に移らせていただきます。どうぞよろしくお願い申し上げます。

¹ 第4回公開セミナー(平成17年4月27日(火)開催)。当日の講演記録等は競争政策研究センターのホームページ(<http://www.jftc.go.jp/cprc/seminar/04/4-report.html>)に掲載しております。

講演（16：05～16：55）

「独占禁止法の主要規定の成立と現行法への示唆」

神戸大学大学院法学研究科教授・競争政策研究センター主任客員研究員 泉水 文雄 氏

ご紹介いただきました神戸大学の泉水と申します。本日は、今、鈴木先生からご紹介いただきましたように、「原始独禁法の制定改定と現行法への示唆」というテーマでご報告させていただきます。お手元にパワーポイントのスライドがございますので、基本的にはそれに従いながらご報告させていただきたいと思っております。

まず、この研究は表題に書いてありますように、基本的には私と富山大学の西村暢史先生² 2人の共同研究です。ただし、資料収集等については公正取引委員会のスタッフと、ほか多数の方に非常にご協力いただき、さらにそれ以外の方にも研究についていろいろとご協力いただきました。ですから、広い意味ではたくさんの方が参加された共同研究ということになります。その中でも、とりわけ西村先生にはこの研究について非常に重要な役割を果たしていただいたということを、今日は私の方からご報告させていただきます。そういう意味で、私はいわばたくさんの方々を代表してご報告をさせていただくということでございます。

また、このスライドにしましても、実はもともと西村先生が作られたものを私が若干の改編をしたものです。私は二次著作物を作成したわけですが、もともとは西村先生が中心に作られたものであるということも、あらかじめお断りさせていただきます。

それではまず、これは目次としておりますが、最初のほうで各法案の概要と関係諸資料についてご紹介させていただきます。その上で本論でございますが、主要規定の変遷を見ていきたいと思っております。

この研究においては、独禁法の中でもとりわけ主要な規定を分析しています。ただ、その中でも企業結合規制については原始独禁法の中では非常に重要なものはありますが、今回は検討の対象としていません。また、公正取引委員会の組織や、裁判手続を含めた重要な手続、あるいはいわゆるエンフォースメントといったようなものがありますが、これについても今回は検討の対象にしておりません。これは我々の今後の課題ということで、これからさらに研究を進めていきたいと思っております。したがって今回は、独禁法の実体規定の中の特に主要な規定について、研究の結果をお示ししたいと考えています。

ここにありますように、目的規定、それから共通要件、共通要件とは独禁法の中の不当な取引制限や私的独占の要件である「公共の利益に反して一定の取引分野における競争を実質的に制限する」というものですが、これについて見てみたいと思っております。それから私的独占、不当な事業能力の較差規定、この格差規定は現在は存在しませんが、原始独禁法には存在していたこの規定について見てみたいと思っております。それから、不当な取引制限。そして、これも現在は存在しませんが、当然違法型共同行為、不当な取引制限とは別に当

² 富山大学経済学部助教授・競争政策研究センター客員研究員

然違法型共同行為の制限が原始独禁法にはあったのですがこれについても見てみたいと思います。それから、不公正な競争方法、現在は不公正な取引方法ですが、当時は不公正な競争方法でした。これについて見てみたいと思います。それから、国際カルテルに対する規制。最後に、適用除外規定。こういった感じで順番に研究の結果をお示ししたいと考えています。

今回の分析対象とした資料にはどんなものがあるかということ、大きく5つあります。まず、公正取引委員会が所蔵している資料。それから、旧大蔵省の資料。それから、旧経済安定本部が所蔵していた資料。そして、内閣法制局にあった資料。立法を行った日本側の資料は基本的にはこの4つです。この4つの資料をすべて検討しました。それからアメリカ側、つまりGHQ (General Headquarters/Supreme Commander for the Allied Powers: 連合国軍最高司令官総司令部) 側の資料としては、米国国立公文書館で所蔵している資料、もちろん英文ですが、これを分析しました。この資料は現在、日本の国会図書館憲政資料室にコピーが存在しますので、これを用いたわけです。以上、これらの資料を分析しながらどういう結果が得られたかということを見ていきたいと思っています。

まず、各法案ですが、原始独禁法ができるまでに具体的にどういう法案が存在したか、確認した法案をすべてお配りしておりますパワーポイントスライドの左側にリストアップしています。それから、その法案と関係する重要な資料がいろいろとありますが、それらはスライドの右側に重要なものだけをざっとリストアップしています。これらの法案と資料の関係は非常にややこしいのですが、ここでは簡単にお示ししたいと思っています。

まず、1946年8月に「カイク」案というものが出てきます。当時GHQ側の立法担当者であった Judge Kime, カイク判事、といわれる方が作った法案です。そして、こちら側には「カイク」案に対する日本側の意見が幾つか出ています(当日配布資料のパワーポイントスライドの4ページ。以下、括弧内のページ番号は当日配布資料のパワーポイントスライドのページ数を指す)。日本側は、カイク案に対してはかなり否定的あるいは疑問視する内容の意見を出したわけです。

その後、商工省企画室という名前で「不正競争の防止及び独占の禁圧に関する法律案要綱」が提出されます。これは「カイク」案とは全く違うタイプの、非常に日本独自の法案です。

さらにこちらの方で、「しかし、これでは十分でない」という指摘をGHQ側から受けまして、11月3日あるいは11月16日に「独占禁止に関する恒久的制度準備」とありますが、独禁法という法律を作りましょうということで準備が始まります。

これは公取委資料ですが、12月10日に商工省産業復興局の名前で法律案ができます。その前に、「カイク」案を比較法や日本の独自性等も見ながら分析した独占禁止制度要綱があります。この中で甲案、乙案という形で案が出るわけですが、その乙案に基づいて、12月10日の法律案ができます。それを英訳したものが「Outline of the Antitrust Law」という英文の法案です。

さらに 12 月 20 日、かなり精緻な法律案ができるという形で流れていきます。ここで、後で出てきますけれどもカイク判事のあとを継承したサルウィン³という方との間で行われたカンファレンスのレポートが米国側に残ってしまっていて、サルウィンが「これでは駄目だ。ちゃんとしたものを作れ」と言ったようで、そこで具体的な法案の作成に至ります。

次のページ（5 ページ）ですが、1 月 1 日に商工省の名前を出した法律案があります。実は基本的にはこの法律案を出発点にと申しますか、だんだんと修正していった原始独占禁止法の法律案となりました。そういう意味で 1 月 1 日の法律案は非常に重要なものです。競争政策研究センターのホームページに報告書の全文がありますが⁴、その中の後ろの方に、1 月 1 日の法律案については実体法の部分を掲載しています。

この 1 月 1 日の法律案について、このような意見⁵が出て、その後、日にちははっきりしませんが 1 月 1 日から 15 日のいつかに法律案ができ、それからさらにほとんど数日に 1 度ずつ新しくバージョンアップされて、法律案ができていったわけです。

これが 1 月 22 日の試案に至ります。この試案について非常に重要なのは、1 月 23 日の立案要旨と、日にちははっきりしませんが立案要旨類似の法案説明の 2 つです。これは立法趣旨でございまして独占禁止法試案の内容について立法意図が書かれているものですが、これら以外に法律案に対する立法意図が書かれた資料は国会説明用のものだけですので、非常に重要なものと考えています。

さらに 12 月 28 日に司令部に提出するための試案ができて、取りあえずこれで日本側独自の作業は終わります。

そして、2 月。このころに司令部に提出しましたので、アメリカ側、とりわけサルウィン氏との間でずっと交渉がなされ、さまざまな内容の修正がなされていきます。特にアメリカ側が何を言ったか、それに対して日本側がどういうふうにかえ、どう答えたか、それに対してまたアメリカがどう言ったかというやりとりが、ここ（6～8 ページ）にあるような一連の資料の中でうかがうことができます。これも非常に貴重な資料ではないかと考えています。

そして、ここで以下にありますように、日本語の法律案と何バージョンにもなる試案、それを英訳した英語版の試案、さらにサルウィンが書いたと思われるさまざまな手書き修正が英語版に加えられ、それがまた日本語になる、日本語にならないものもありましたが、そういう形で法律の制定がなされていったわけです。

これも、そういう作業がずっとあります。そして、この「Bill relating to prohibition of private monopoly and other methods of preserving of fair trade」で最後の段階まで行き、3 月 31 日に衆議院・貴族院で可決されて立法作業が終了しています（8 ページ）。

それではあともう 1 点、全般的な話をします。

³ Lester N. Salwin

⁴ <http://www.jftc.go.jp/cprc/reports/cr-0206.pdf>

⁵ 労働組合に関する米国側意見（1947 年 1 月 2 日）、独占禁止法案の追加修正（農林省）（同月 10 日）、独占禁止法案に対する意見（農林省）（同月 24 日）（5 ページ）

アメリカ側と日本側でこの制定を担った人を若干示してみました。マッカーサーやエドワーズ調査団のエドワーズなどは割愛すると、先ほど申しましたように、まずカイク判事が「カイク」案を作成しました。そのカイク判事のあとを 1946 年 12 月初めにサルウィンが引き継ぎ、この方が主に日本側と交渉していたわけです。日本側には独占禁止法準備調査委員会というものがありました。トップには 9 名の衆議院議員がいますが、実際に実務を担当したのは例えば橋本龍伍や石井良三、小山雄二、村上孝太郎といった各省庁からやってきた方々でした。橋本龍伍はこの前亡くなられた橋本龍太郎さんのお父さんですが、この方は経済安定本部から来ました。あと、これらの方々は司法省、大蔵省、商工省といったところからきています(9 ページ)。

次に、いよいよ本論の「主要規定の変遷と検討」です。

まず、目的規定について書いています。目的規定は現在の独占禁止法では第 1 条の規定に置かれています。この目的規定は、先ほどの一連の法案では⁶と書いていますが、このように最後の段階で第 1 条の目的規定の内容が確立しています。

立法の経緯を見てみると、まず、立法作業当初の「国民経済の発達」と「消費者利益の確保」という文言は、「カイク」案を継承したものです。さらに「自由競争」や「民主主義」という言葉が出てきますが、これらはサルウィン等との間で日米交渉をしたときにアメリカ側からこれらの言葉を入れろという強い意見があり、日本側が当初抵抗したけれども最終的には入ったという文言です。それから「事業支配力の過度の集中を防止」という文言については若干の経緯はあるのですが、結論としては、これもアメリカ側から入れろと言われて抵抗しながらも入れた規定です。目的規定についてはここ(10 ページ)にあるように、独禁法制定直後の解説に「究極目的」「第一次的目的」といった言葉も出てきています。

次にややマニアックな論点になりますが、英文の「カイク」案には実は 2 つのバージョンがあるということはかなり以前から知られていたところでした。この 2 つのバージョンの「カイク」案の問題について、少し説明させてください。

「カイク」案の目的規定には、3 つのパートがあります。まず、(i) は日本語に訳すわけの分からない言葉になってしまいましたが、非常に高尚な、ある判例を引いた文言です。それから「本法の目的は」以下、現在の独禁法の目的規定に割と近い表現が(ii)に出てきます。そして(iii)として、「本法は平和的民主的諸力の成長に寄与する」云々といったことが書かれています(11 ページ)。

「カイク」案というのは、これは日本側の資料にも GHQ 側の資料にも出てきますが、この 3 つのパートすべてを含むバージョンと、真ん中の(ii) だけを含むバージョンの 2 つのタイプが英文としては存在します。ニューヨーク大学のハリー・ファースト⁷教授は、3 つのパートすべてを含むバージョンはドラフト段階の古いものであり、最後に完成したのが(ii) だけを含むバージョンであると指摘しています。

⁶ 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(第二次修正試案)(1947年3月6日)(7ページ)

⁷ Harry First

ただ、日本側の資料を見てみると問題はもう少し複雑であることが、今回判明しました。と申しますのは、日本語訳バージョンはもっと複雑で、まず、3つのパートすべてを含むものと、(ii) だけを含むものがあります。これらは英文の「カイク」案の2つのバージョンに対応するのですが、日本語訳には(iii) だけ訳がないというバージョンが存在するので、かつ日本語訳は、新しいといわれている(ii) だけのバージョンが46年9月段階で先にできます。そして、これは非常に洗練された訳語なのですが、47年1月という日付のある日本語訳が実は3つのパートすべてを含む、古いバージョンといわれているものなのです。

そういうことで、結論としては英文のものと日本語訳のものとの関係、あるいは時間関係はかなり複雑であることが分かったわけですが、どういう関係であるのかは結局よく分かりませんでした。しかし、なかなか複雑であることが判明したということをお伝えします。

次に主要規定の共通要件ですが、これは「公共の利益に反して一定の取引分野における競争を実質的に制限する」という要件です。これについては1947年1月の段階で、特に私的独占と不当な取引制限の定義規定が確立する過程で非常に大きく変遷しています。排除、支配、拘束、制限といった概念が次々と形成され意味内容がどんどん変わっていき、その過程で私的独占や不当な取引制限の規制が状態規制的なものから行為規制へと移ってきている経緯がみてとれます。当初は私的独占なども状態規制的な定義になっていたのですが、それが最後には行為規制へと移っていきます。

我々が特に興味を持つのは、「公共の利益に反して」という文言はどうなったのか、立法者意図は何だったのかという点です。この「公共の利益に反して」あるいは「公共の利益」という文言は、実は原始独禁法の制定過程では3カ所で出てきます。

1つは、これについては後で言いますが、「公共福祉 (public welfare)」に関する一般規定が一時的に存在しました。その制定過程の中で出てきます。この規定は立法過程の後の段階において消滅しました。

もう1つは、「共同行為」の当然違法型の規制の中に、これも一時的にですが「公共の利益」という文言が出てきます。ただし立法過程の最後には消滅し、原始独禁法には入っていません。「公共の利益」という要件は、当然違法型の共同行為規制には入っていないわけです。

最後に不当な取引制限や私的独占の規制の共通要件として、「公共の利益」という文言が出てきます。これは現在も残っています。

このように、「公共の利益」あるいはそれに近い「公共福祉」という概念は少なくとも3カ所に、3つの意味で出てきているわけです。

これらについて、まず「公共福祉」ですが、「公共福祉」に関する一般規定が一時的に存在し、「事業者は、公共の福祉に適合するように、その事業を営まなければならない」という規定が入っていました。これは何かというと、1月22日の立案要旨の中では、事業活動

の倫理的基準を示している、かつそれは憲法 29 条を引いているという非常に興味深い記述があります。この規定はそれ以降消滅したのですが、現在も残っている「公共の利益」の関係で、実はこれは「憲法上の公共の福祉」と関連して読むということがその後の解説に出てきており、興味深く思いました。

あとは「公共の利益に反して」の意味ですが、これは「共同行為」に対する規制の中に「公共の利益に適合する場合」という要件が一時的に入っています。私的独占に関しては、市場支配目的の場合と「産業合理化の見地」が目的の場合があり、それを区別する意味で、「後者は公共の利益に適合する」という形で読むということが立案要旨に書かれています。また、法律案説明の中では「経済活動が国民経済的利益と一致すべき要請の表現」という表現もあります。

日本側の考え方はこういうものでしたが、これに対する米国側の意見は「大雑把且つ定義不可能な文言であり、法的に認められるものではない」というものでした。これは当然違法型の共同行為の中に「公共の利益」要件を置くかどうかに関する日米のやりとりですが、そうして当然違法型共同行為規制からはこの「公共の利益に反して」という要件は削除され、しかし、私的独占、不当な取引制限の要件の中には「公共の利益」要件は残りました。

次に「一定の取引分野」という要件ですが、独禁法の非常に細かい要件のお話で大変恐縮ですが、これにつきましては、法律案の中では一貫して市場を意味する「一定の取引分野」という言葉が使われ、原始独禁法の中でも使われています。

その意味は何かという点について、注目すべき記述があります。それが の「カイク」案です。「カイク」案の中では、「地理上又は配分上の (either geographical distributive)」という言葉が使われています。配分上というのは少し分かりにくいのですが、恐らく流通業者を想定しているのでしょう。流通業者における一種の商品あるいは役務市場を考えているのだと思いますが、地理上と配分上という2つの概念からなることを示唆するような記述となっています。

この言葉は「カイク」案にあるわけですが、それ以降では<6>の立案要旨⁸と、最終的にできた原始独禁法を国会で説明するための<15>⁹の法律案説明の中にとこのような概念が立法過程においてとびとびにでてきます。そして、独禁法制定後の概説の中にもこの言葉は出てきますので、「一定の取引分野」とは「地理上又は配分上の」という意味で使われているということが明らかになりました。

次に「競争の実質的制限」という要件ですが、これも最終的には立法過程の最後のほうで確定しています。「競争の大部分が排除されて残存競争が市場の大勢に影響力をもち得ない程度の場合をも指している」、「競争者が形の上で残っているにしても、それが将来到底成立ってゆかないと云う程度に至らしめる」あるいは「競争が殆んど行はれないようにす

⁸ 立案要旨 (1947年1月23日)(5ページ)

⁹ 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案説明 (1947年3月24日)(8ページ)

ること」といった表現が制定過程の中では出てきました。制定後の解説書には「競争者の経営の規模が小さいか、又はその他の事業に制約されて、競争者が著しく生産額を増加することができず、仮に増加しえたとしても、独占者の供給制限が必ず全供給量の不足を生ぜしめるやうな場合、即ち競争者の供給増加の不能によって競争が制限される場合」と書かれています。あるいは当時、東大の助手としてこの作業にかかわった矢沢¹⁰先生などは「市場支配の意味に解すべき（中略）価格または供給その他の条件を一方的に決定しうること」という現在のものにかかなり近い定義・説明をなさっています。

次に、私的独占についてです。タイトルとしての「私的独占」という言葉がどうやってできたかということですが、「カイク」案では「不当な独占」となっています。これが一時的に「私的独占」となり、その後、長い間「不当な独占」となっています。ですから、「私的独占」の規制というのは原始独禁法の制定過程では多くの時期に「不当な独占」という言葉が使われ、それが最後に「私的独占」へと変わったわけです。

なぜ「不当な独占」としたのかということについては、当時「不当な独占」としたかった日本側の立法者意図が明らかになっています。「市場の狭隘に自然に発生する独占的状态等は、ここに言ふ『独占』のうちには含まれない」、つまり、これが不当な独占ではないという点を明らかにするために、あえて「不当な」という修飾語を付けたということが書かれています。

米国側は、日米交渉の過程で、この「不当な」という言葉に対して「曖昧で逃げ道として使われる」と指摘し、批判を行います。したがって日本側が「では『私的』にします」と言ったわけです。この過程で、「『公共の利益に反して』という要件があるから、『不当な』という言葉は同じことなので取ってもいい」ということを意味する文章を日本側は残しています¹¹。

ではなぜ「私的」としたのかですが、その趣旨は、同じようなことですが「我国の如き資源貧弱、中小企業過多の国状からみて国営、国家管理、国家統制を必要とする部分多いといふ意味で私的を加え趣旨を明らかにした」と書いてあります。この関係で若干興味深いというかよく分からなかったのは、「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」という法律の名前では「私的独占」という言葉が非常に早い段階から使われていた点です。少なくとも47年1月1日か、あるいはそれ以前から「私的独占」という言葉が一貫して使われているのです。つまり、法律の名前では「私的独占」となっていて、しかし本文では「不当な独占」が使われている。両方の言葉が使われている時期がかなり長くありました。このあたりがどうなっているのかということについて関心を持ったのですが、結論としては、なぜそうなったのかは分かりませんでした。

最後に、「独占」という日本語に対応する英語は **Monopolization** という単語が一貫して使われています。**Monopolization** の訳語が「独占」となっているわけです。日本側は、市

¹⁰ 矢沢惇

¹¹ 「『公共の利益に反する』という意味の表現。タウトロギー故省いてもよい。」(独占禁止法案に関するG・H・Q・側意見(1947年2月6日))(共同研究報告書(前掲脚注4)41・42ページ)

場の狭隘のために自然に発生する独占的状态は規制するべきでないということを実はほかの個所でもいろいろと言っているのですが、これは恐らく私的独占という状態を規制するため、要するに状態概念として独占をとらえているのではないかという形跡があります。これに対し、Monopolization とは実は行為概念であり、独占化あるいは独占する行為です。当時はどうも行為概念と状態概念とを混乱していたのではないかという形跡がほかにもみとれる気がします。これは現在もそうなのかもしれませんが、しかし、英文では「カイクム」案の当初から Monopolization あるいは Monopolize という言葉が使われており、明確に行為概念とされています。

次に、私的独占の行為要件である排除行為と支配行為についてです。ここで我々が関心を持つのは、排除という言葉は各国共通の要件ですから外国から来たと考えてもおかしくないのですが、支配という言葉は日本固有の概念のように見えるため、この成立の経緯はどのようなものであったかという点です。これについても、立案要旨とほぼ同じ時期にできた内閣法制局資料¹²の中に「その行為の内容は性質上抱き込む場合と、取除ける場合とがある」という表現があります。そういう意味なのです。つまり、抱き込むほうが支配で、取除けるほうが排除と理解し、整理していたようです。

支配につきましては、<15>¹³の法律案説明で「圧力を加えて、他の事業者の事業活動を窒息せしめること、その事業活動の場の移転を余儀なくせしめること、並びにその事業活動を自己の自由に左右する（中略）その現実的手段で、（中略）株式取得、役員兼任、合併、営業譲受け、その手段に訴へることもあり得る」とあり、支配という言葉が企業結合をかなりイメージして作られたことが明らかになりました。

次に、原始独禁法には不当な事業能力の較差規定というものが存在し、「不当な事業能力の較差があった場合に、較差の排除に必要な措置を命ずる」という規定になっていました。これは「カイクム」試案当時からあったわけですが、立法作業初期から日本側は入れたくないことを示し、日米間で対立していました。

なぜこれが「カイクム」試案の中にあっただのかということ、アメリカの判例法にあったからということで日本側は理解していました。アルコール事件¹⁴あるいはアメリカン・タバコ事件¹⁵のどちらであるのかは実は確定できなかったのですが、どちらかを見て判例法にあるのだと理解したようです。なぜどちらなのか分からなかったかということ、判決の年月が書いてあるのですが、どちらの判決もその年又は月が合っていないのです。そのため年又は月のどちらかが間違っていると考えられるのですが、どちらが間違っているかは分かりませんでした。ですから、どちらかの判決を参照したと考えられます。

法案については、日本側は私的独占と絡めて理解しており、「未だ私的独占の程度に至っていないもの」であるとしています。そして、立法経緯の中で重要な点が2つあります。

¹² 立案要旨類似の法案説明（1947年1月22日～28日）（共同研究報告書（前掲脚注4）45・46ページ）

¹³ 前掲脚注9

¹⁴ United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945)

¹⁵ American Tobacco Co. v. United States 318 U.S. 781 (1946)

1つは技術的理由等による正当化事由が入っているということです。これは日本側も非常に重視していました。もう1つは今申しましたとおり、「私的独占を行うことができる程度」という要件が入っていたということです。そういうことで、一定の限定を日本側が加え、アメリカ側はそれを了承したというわけです。

それから、事業能力の較差規定の規制理由をここ(20ページ)に立案要旨を紹介して書いています。要するに一般に理解されているのと異なり、私的独占規制の補完規定という位置づけがなされているのですが、資料が長くなりましたので省略させていただきます。

次に、不当な取引制限についてです。我々がどうしても関心を持つのは、「遂行」という言葉がどういう立法者意図により入ったのか、あるいはこれはアメリカ側が入れさせたと考えられるのですが、その意図は何であったのかという点です。これについては原始独禁法制定過程の最後の段階、3月初めごろまでは、日本側の法律案の中では現在の相互拘束の要件に当たる「拘束」という要件のみで一貫して統一されていました。場合によっては「制限」という言葉も使われていますが、これは restrict という英語をどう和訳したかというだけであり同じ意味だと考えられます。

ところが、ここに¹⁶の資料ですが、この2月初めの英語版の試案に対して「or otherwise conducts」という言葉が手書きで加えられています。しかしこれは日本語版には入らず、2月初めからほぼ1カ月たった3月11日になって、¹⁷でサルウィンと思われる方が再度手書き修正を挿入しています。それが日本側の試案にも入ったという次第です。この「conducts」というところに「carries」という言葉が使われている部分も若干あります。そういう経緯で、立法の最後の段階で日本側はサルウィンからこの文言を加えろと言われて入れたということが考えられます。

立法趣旨ですが、これについては国会説明用文書の法律案説明¹⁸の中に「共同行為に出るに当って(中略)拘束に迄は至らなくとも、経済活動上共同の歩調の下に出でる場合」と書いてあります。拘束には至らないが共同歩調に出る場合も規制するという趣旨で「遂行」という言葉が入ったということが、ここから明らかになったわけです。

次に共同行為規制ですが、これは原始独禁法には2つありました。現在の不当な取引制限と、当然違法型の共同行為の2つの規制です。いわば rule of reason の規定と per se illegal の規定の2つがあり、その2つの規制が原始独禁法にはあったということです。もっとも当然違法といっても原始独禁法の言葉を使えば影響が問題とする場合に至らない場合には違法としませんから、当然違法とは若干違うのですが、それに近い規定があったわけです。

この2つの行為類型は「カイク」案の中に既に入っていました。そして、原始独禁法の制定過程で特に論点となったのは当然違法型の共同行為について違法とされない例外をど

¹⁶ Law relating to Prohibition of private monopoly and preservation of lawful trade; Revised draft (6ページ)

¹⁷ Law relating to Prohibition of Private Monopoly and Methods of Preserving Fair Trade; Third Revised Draft(1947年3月11日)(7ページ)

¹⁸ 前掲脚注9

ういう要件で書くかという点で、非常にもめたという経緯が明らかになりました。全部は見ませんが、日本側はここ(22ページ)にあるように「公益基準」を挿入しようとしたり、あるいは「公共福祉の促進」の要件を挿入しようとしたりしました。また、「推定規定」を置いたり、「蓋然性(虞)規定」の要件を置いたりといった経緯があります。奇妙なことには、当然違法型なのに「一定の取引分野における競争の実質的に制限する場合」という要件が入ったときもありました。これはすぐに消えるわけですが、このような形で非常に変遷しています。最後に、ここにあるように「影響が軽微な場合」という形で例外を置くことで落ち着きました。

次に、どういう行為が当然違法型の共同行為に当たるかについて行為類型を列挙する規定が原始独禁法にはあるわけですが、これについても変遷があります。「カイク」案ではボイコットや基準地価格制など、現在はほとんど規制されていないタイプの行為や、抱き合わせ協定が当然違法型の行為類型の中に入っていました。その後、ボイコットは不公正な競争方法のタイプの行為になるといった、いろいろな経緯があります。この経緯は面白いのですが、ここでは省略しまして、最終的に原始独禁法では、価格カルテル、数量カルテル、市場分割カルテル、設備投資等カルテルの4つが当然違法型の共同行為の中に入ったわけです。

次に、不公正な競争方法についてです。これは現在の不公正な取引方法ですが、その違法性の根拠と行為類型について大変興味深い結果が出ました。

まず、「カイク」案の中ではアメリカのクレイトン法とFTC法に基づいて、大きく3つの行為類型が挙げられています。その中には不正競争防止法的な規定も入っていました。ところが、これは12月初めと思われませんが、日本側から反トラスト法の理解に関してGHQ側に出した「Questions pertaining to the interpretation of Anti-Trust Laws」という12月付の質問状の中に、非常に興味深い記述があります。それはどういうものかという、「不公正な競争方法には、自由競争滅殺型の行為と不正競争防止法的な行為の2つのタイプがあるように見える。そして、独禁法というのは競争を滅殺するタイプの行為を規制するだけにとどめるべきという理解でよいか」ということを問うています。これは質問状しか残っておらず、質問に対して回答がなされたのか、どういう回答があったのかということについては一切文書が残っていません。しかし、日本側の問題意識という点では非常に重要な資料ではないかと思っております。

あと若干の経緯がありますが、これらは省略します。

の1947年1月1日付の法律案(5ページ)には、不正競争防止法を独禁法の中に取り込んで、不正競争防止法を廃止するということが書かれています。

ところがその直後、日にちははっきりしませんが、1947年1月1日から15日の間にできたの法律案(5ページ)の中では、不正競争防止法関連の行為類型は一切削除されません。ですから、不公正な競争方法の内容がここで大きく変わったということが明らかになっています。

かつ、(5ページ)では「不当に自己の事業能力を拡張し又は維持する行為」という言葉が出てきます。これも不正競争防止法的な規制ではなく、競争減殺型の規制であることが明らかになるような形の行為類型になっています。

(5ページ)は司令部提出用の試案ができる1週間ほど前の、1947年1月20日と22日の試案ですが、この中に注目すべき記述があります。「競争者の事業活動を排除する目的」、「不当に自己の事業能力を拡張し又は競争者の事業活動を排除し、若しくは支配する目的」とすることが不公正な競争方法だと言っています。ですから、ここに不公正な競争方法の定義規定が置かれ、しかも「競争者の事業活動を排除する目的」あるいは「競争者の事業活動を排除し、若しくは支配する目的」という要件が入っているわけです。つまり不公正な競争方法というのは、私的独占と不当な取引制限の予防補完規制であるという性格が明確になっているとすることができます。現在の不公正な取引方法には3類型とあって、自由競争減殺型、競争手段の不公正型、競争基盤侵害型の3つのタイプがあるといわれていますが、当時はこの中の自由競争減殺型に限定して不公正な競争方法を書こうとしたことがここではっきりとしています。先に述べたように、12月初めの「Questions pertaining to the interpretation of Anti-Trust Laws」という文書があるわけですが、恐らくそこで書かれた問題意識に従って、こういう形で不公正な競争方法の内容を限定したと考えられます。

ただし、立法過程のその後においては、そもそもこのような定義規定は作られなくなってしまい、結局原始独禁法では定義規定はなくなってしまいました。このように、その後、この目的規定等はなくなりましたし、かつ、「公共の利益に反する」といった「公共の利益」基準というものが出てきた時期もありますので、不公正な競争方法を自由競争減殺型に限定する、あるいは私的独占と不当な取引制限の予防補完規制と位置付けるという性格がひょっとしたらここで若干変わったかもしれず、あるいは残ったかもしれません。このあたりはより検討を要するところだと考えられます。

次に国際カルテルに関する規制ですが、これはまず、GHQ側から貿易事業に関する適用除外規定を設けなさいと言われます。そして、アメリカ側から<4>¹⁹及び<9>²⁰で国際カルテルの禁止規定が欠如しているという批判を受けます。しかし、日本は国際カルテルの禁止規定を置きたくなかったので、それに抵抗したわけですが、最終的には譲歩して規定を挿入することを了承します。ただし、その前の要件にもかなり抵抗のあとが見られます。この規定は市場効果要件を付した許可制から厳格な原則禁止と認可制へと変わっていきましたが、日本側はかなり抵抗した形跡があります。それから、法律案説明では「輸入品を用ひこの本邦市場の競争を制限する行為は違法」としており、このあたりは当時アメリカの判例がちょうどできたばかりの効果理論、効果主義に基づく説明のようにも見えます。ですから、ひょっとしたら6条の規定は効果理論を確認した規定なのかもしれないという

¹⁹ Conference Report (1946年12月16・18日)(4ページ)

²⁰ サルウィン氏私的チェックリスト(1947年2月5日)(5ページ)(共同研究報告書(前掲脚注4)97ページ)

形跡もあるところです。

それから適用除外ですが、事業法令に関する適用除外についてはここにあるように事業法と独禁法の関係に関して若干示唆に富む経緯もあるのですが、この点については時間の関係で省略させていただきたいと思います。

次に自然独占です。これは現在の独禁法には既に存在しなくなった規定であり、かつ自然独占に対する適用除外規定かどうかも議論のあった規定ではあります。これについては「国又は地方公共団体」としていたのが、その後「鉄道事業、電気事業、瓦斯事業その他その性質上当然に独占となる事業を営む者」と変更され、原始独禁法に至ります。

面白いのは、英語の法律案に「natural monopoly」という言葉が手書きで書かれていることです。ですからアメリカ側というかサルウィンは、この規定は自然独占に関する適用除外規定であると理解したのではないかと思われれます。ただし、日本側がそう理解したかどうかは別問題であり、ここ（29 ページ）にありますように、立法にかかわった裁判官の石井良三さんは「経済的な理由から、自然に独占状態が生ずるという意味の独占ではないのであって」、つまり自然独占の規定ではなく、「経済的理由の如何を問はず、事業の客観的性質からいって、当然に独占状態が生ずるもののみを意味している」と言っています。ですから日本側が自然独占と考えたどうかは怪しいのですが、サルウィンはそう理解して了承したようです。

それから、知的財産権に関する規定、現在の 21 条、旧 23 条ですが、これについては、私は大変興味を持ったのですが、結論としては「カイク」案をほぼ直接継承しています。そして、ほとんど何の議論もないまま現在の 21 条、すなわち旧 23 条ができています。現在の文言は「権利の行使と認められる行為には適用しない」というものですが、これは 1946 年 12 月という非常に早い段階で確立しており、これ以後一切の変更も議論もないという状況にあります。12 月以前には、知的財産権の「範囲内において有効」とする内容になっていました。ですから、いわゆる権利範囲論の規定であることが分かるかと思えます。

ただし、この知的財産権の規定についても若干の議論があります。ここで 2 点について書いています。

1 つは排他条項について日米の考え方の違いがありました。アメリカ側は排他条項を禁止する規定を独禁法の中に置くべきだと主張しました。これに対して日本側は、旧 23 条の知的財産権に関する規定の解釈によって対応は可能である、つまり排他条項が権利の行使と認められない場合があり、そう対応すると主張して、日本側の主張が通ったわけです。

2 つ目は法律案説明の中にあるのですが、「特許権者乃至は実施権者の特許プール協定に基く取引制限行為は、法律に基く『権利の行使』と認められるものでなく、本法案の適用を受けるものと解する」としており、特許プールは知的財産権の適用除外を受けないということを明示していて、興味深く感じました。

次に協同組合ですが、これは当初、組合が外の事業者等と行う行為と組合内部で行う行為を区別して、内部行為のみを適用除外するという規定ぶりになっていました。しかし、

その経緯の中で、内部行為のみならず外部行為も適用除外するという形に変わってきました。ここ(31ページ)にあるように、「組合の内部行為と外部行為を判別することが必ずしも容易ではなく、外部関係についても本法の適用を除外しなければ、組合の活動を円滑に行うことができない」ということで、外部行為も適用除外になります。それとともに、併せてただし書きができて、外部行為の適用除外にさらに一定の制限を加えました。そして、不公正な競争方法によるものは駄目といったような例外が置かれたわけです。

この協同組合の適用除外については、条文はアメリカの協同組合に関する適用除外法をかなり参照した形跡があります。これについてはここには書きませんが、そういうことも明らかになりました。

最後に、労働組合への独禁法の適用はどうなるのかという点が問題になったことが分かりました。適用除外規定を置くのか、あるいは適用除外規定は設けないのかということについて、議論がなされます。

1つの見解は、労働組合に対しても独禁法は適用され得るというものです。実際にアメリカで労働組合の行為について反トラストが適用された実例があるため適用されるとした上で、基本的には労働組合の行為は適用除外する、例えば公益要件を置くといった立場があります。「カイク」案はこの立場です。しかし、労働組合に言及する立法段階初期の一連の法律案は、この立場によりながら、その後は全面適用除外を置くという規定ぶりになっています。

これに対し、労働組合あるいは労働者は事業者ではないのだから、そもそも適用はされず、適用除外規定は不要であるという立場があります。結局、²¹の1947年1月ごろの法律案までは適用除外規定が残ったのですが、その後は削除され、労働組合の適用除外規定は存在しなくなります。しかし、もちろん労働組合に対して独禁法は適用されないという理解がなされていたと考えられますが、こうしてそういう形になったわけです。

以上、かなり早口で話して申し訳ございませんが、ちょうど時間となりましたので、これで私の話を終わらせていただきます。詳しくは競争政策研究センターのホームページに掲載されています報告書²²、150数ページあって大部で申し訳ございませんが、それを読んでもいただければ以上のお話について詳しく理解していただけるかと思えます。以上でございます。どうもありがとうございました。

²¹ 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(試案)(1947年1月22日)(5ページ)

²² 前掲脚注4

コメント&ディスカッション（16：55～17：40）

神戸大学大学院法学研究科教授・競争政策研究センター主任客員研究員 泉水 文雄 氏
公正取引委員会顧問（前事務総長） 上杉 秋則 氏

上杉：それでは、今お話があった内容について私の方から10分ほど全体的なコメントをさせていただきます、さらに泉水先生との間でもう少し掘り下げた議論を、質疑応答という形で進めていき、最後にフロアからの質問をお受けするという流れにしたいと考えております。

今回の研究成果は110ページ以上ということで、当然のことながらこれまで制定史に関して行われた調査としては最も詳細なものとなっています。10年前に『独占禁止政策五十年史』²³を作った際にも、実は、今回検討された資料はほとんどすべて我々の手元にあり、それなりの検討はしたのですが、当時はここまでの作業はできませんでした。この種の作業というのは、外部有識者にも依頼し、内部の人間も加わって、アウトソーシングあるいは共同作業といった形で進めることに意味があるということはこの報告書は証明したのではないかと、そういう時代が来たのではないかとまず感じました。そういう意味でも、この研究成果は有益であると思います。

それから全般的なコメントですが、来年で独禁法制定後60年ということであります。以前は、法制度というのは、それぞれの国の主権の発動であって、別にそれぞれの国が好きな概念に基づいてやればいいという考え方が強く、ハーモナイゼーションということは誰も強調しなかった時代がずっと続いてきたように思います。しかし今日、経済のグローバル化という中で、果たしてそれでよいのか、用いる概念に多少出入りがあっても構わないが、トータルでやっていることは共通でなければならないという考え方が強くなってきました。そうすると、来年は60年、還暦を迎えるということで、日本が育ててきた基本概念をもう一度見直す時期が来たのではないかと印象を持っています。その意味でも、今回の調査は有益な示唆を与えてくれるのではないかと思います。

従来、私も現役のころを含めて、そういう基本的なところに触れる法改正をしようとすると、立法過程の中でいろいろと手が入り、結果として後ろ向きの改正になってしまうのではないかと懸念が無きにしもあらずとっておりました。しかしながら今日、本当にそういう懸念を持つような時代なのか、もう少し世界のことを考えながら、日本としての概念の有り様を考える時期に来たのではないかと印象を、この研究成果を見て得たわけです。

以上のような問題意識の下、ご案内のとおり、また今日も説明がありましたけれども、私的独占、不当な取引制限、不公正な取引方法の3つが日本の基本概念であり、3本の柱であるということでもずっと来たわけですが、今回の調査結果から何が得られるのか、何が言えるのかということについて、私の雑ばくなコメントをした上で、泉水先生との議論に移りたいと思っております。

²³ 公正取引委員会編『独占禁止政策50年史 上・下巻』（公正取引委員会事務総局，1997）

まず、不当な取引制限の定義規定ですが、泉水先生も強調されましたように、今回の調査では、拘束と遂行の関係について、遂行に相当する概念がサルウインの手によって挿入されたことが分かりました。つまり、サルウインの頭の中では、拘束だけで問題とすべきカルテルをとらえきれぬのかという懸念があったのです。それは、彼の当時のいろいろな判例分析や知識等からきたのだらうと思いますが、そういう懸念があったわけです。要するに、相互拘束という形態だけではとらえきれない競争制限行為があり得ることを想定し、遂行概念が出てきたということには、重要な意味があるのではないのでしょうか。

この共同遂行の概念は、相互拘束に仮に何か足りないところがあれば、それを補うという、補完的な役割を期待して入れたのだとすると、そういう意味での活用も十分検討に値するのではないかと感じたわけです。これについては、後でもう少し議論してみたいと思います。

もう一つ、拘束という概念につき、我々は「binding」ということで、「拘束は拘束」としか思っていなかったのですが、今回、ドラフターの頭の中では、拘束を restriction とほとんど同義に用いていたということが分かりました。ですから、相互拘束の概念につき、あまり「相手を拘束する」というふうにとらえる必要はないという感じが出てきたという意味でも、興味深いことと思っております。要するに、拘束という言葉で競争制限というものを広くとらえようというのがドラフターの意味だとすると、それは大事なことではないかと思えます。

それから不公正取引につきましては、これも泉水先生から詳しくご紹介がありましたが、不正競争といえますか、そういった unfair competition 的なものが出たり入ったりし、最終的にはその一部が入ったという経緯が分かったということで、少なくとも「カイク」試案に比べ、日本側にそういう不正競争的なものを取り込もうという意図があったということは非常に興味深いことと思えます。「カイク」試案にも、シャーマン法1条、2条、クレイトン法だけで日本では十分かという問題意識があったようですので、そういった補完規定としての不公正取引の位置付けについても、さらに今回の検討で幾つか面白いことが分かったのではないのでしょうか。

ただ、不正競争的なものが入ったことで、不公正取引という概念が、スープ状といえますか、非常にごった煮的なものになってしまったことは明らかなわけです。日本でも、それを3つに分けて議論しようということにはなっているのですが、いろいろなものを入れれば統一理論というのはなかなか出にくいものであり、そこに問題があります。しかし、私は、不公正取引の中に不正競争的なものを取り込み、かつ、それを公取委の法執行の対象として、つまり私人間での執行ではなく、公的な法執行の対象に取り込んだということには大きな意味があると考えています。

参考までに、今アメリカでは、シャーマン法2条について、どこまで規制できるか、規制すべきかをいろいろと議論しているわけですが、同じような面白い議論があります。こ

れはハーベンカンブ²⁴教授がおっしゃったことですが、「シャーマン法2条が、その守備範囲の中に、ビジネスツール²⁵的なものを取り込んだ概念となっていることによって、純粋に経済学的な観点から見ると理論化が難しくなっている。だから、ビジネスツールのようなものは、シャーマン法の外に出ていってもらってはどうか。」という議論をしています。確かに、学者の議論としては、変なものが外へ出て行けば、理論的に純化された議論ができることになるわけです。アメリカでもそういう議論があるのですから、日本でも不公正取引の中にいろいろなものが入っているのはよくないと思う方もいらっしゃるでしょう。しかし、私はそういうことを理由に変なものをつまみ出す必要まではないのではないかと、つまり、その性格の違いをきちんと認識した上で、これはこれ、これはこれと概念整理をした上で、解釈・運用を適正にやっていけばいいのではないかと感じています。

それから私的独占についても、今回、支配という概念が、競争支配力という状態規制的なところから出発しており、必ずしも行為概念ではなかったことが分かったことも非常に面白いと思います。もともと、排除については明らかに行為概念ですが、支配することには支配していることが含まれているわけで、したがって、私的独占の規定を適用しようとする際に、支配していることを何かあくどい形で利用しているというようなことを求めざるを得ないのではないかとこの感じがありました。この支配概念が、排除以外にどこまで別のものを取り込めるかというあたりについても、後でまた議論してみたいと思っております。「支配する」ということも「支配している」ということもそう変わらないということだと、このことは、10条の株式取得の規制における、「所有」と「取得」の違いと同じようなこととなります。支配とか所有という状態が続いている中で、どういう行為が規制できるかということが問われているわけですから、これも雑多なものが入った1つの例かと思えます。

私は9月15,16日に、ニューヨークのフォーダム大学が例年行っているセミナーに出たのですが、現在、欧米の弁護士、学者がつばを飛ばして議論しているのが、シャーマン法2条により「排除行為(exclusionary practices)」はどこまで規制すべきか、これまでの考え方ではむしろ規制し過ぎになっており、本来の競争的な行動を抑止しているのではないかと、False Positive²⁶になっているのではないかとこのことです。議論を聞いていると、False Positiveという言葉が、1時間の討論の中で30回くらい出てくるくらい、その観点からの議論が盛んに行われているわけです。

したがって、日本としても、そういう議論をきちんとしていかなければならない時期に来たと思います。それからその先、EUとアメリカの間で、どこまでを排除行為として私的独占の規制のターゲットにし得るかということについてある程度のコンセンサスができてくれば、恐らく次には、EUとアメリカで意見の違いがある、搾取的濫用の範囲が議論されるようになるでしょう。そうすると、日本もこの議論に参加していかなければなら

²⁴ Herbert Hovenkamp

²⁵ Business Torts. 「ビジネス上の不法行為」の意

²⁶ 「過剰規制」の意

だと思いますが、その際に、今回明らかになった支配の概念が生まれた経緯は、非常に面白い方向性を示してくれるのではないかと考えております。

以上、少し抽象的な話をしましたので、泉水先生との間でもう少し具体的にお話してみたいと思います。

それではまず、私のほうから質問する形で進めたいと思います。これまで学会では、遂行という概念の意味付けをどうするか、どう読むのか読まないのかということについて、議論は多々あるのですが、なかなか方向性が見えないという感じでしたが、今回の検討を通じて何が言えると先生はお考えか、そのあたりからお話しいただきたいと思います。

泉水：はい、ありがとうございます。まず、先ほどの事実を確認する作業からいたしますと、拘束要件でほとんど決まりかけていたところが立法の最後の段階で遂行要件が入った。サルウィンが何を考えていたのかということは、今、上杉先生からお話しがあったとおりで、恐らくそういうことだろうと思われま。

これは多分ですが、1つは当時、アメリカン・タバコ事件²⁷の判決があり、何十年間という非常に長期間にわたり一種の意識的並行に近いものがなされていて、それをシャーマン法1条で規制したという判決がありまして、これらを参照にした形跡もあります。そういうこともあってかどうかは知りませんが、当時から遂行要件については共同遂行と呼んだ上で、意識的並行行為とか、あるいは相互拘束といった明確な合意等はない、また暗黙の合意もないプライス・リーダーシップといったものを規制するためにこの規定があるのだという見解が従来から有力にとらえられていたわけです。このあたりは原始独禁法を制定した後の解説書等にも若干の記述がございますので、それを見ながらそういう学説が形成されていったのではないかと考えています。

ただ、この見解は現在も非常に有力に主張されてはいますが、つまり、相互拘束の要件では捉えきれない意識的並行行為やプライス・リーダーシップといったものを共同遂行としてとらえ、3条後段が規制するという見解が有力にとらえられているわけですが、学会の通説には至っていませんし、この点については恐らく実務でもまだ取り入れられていないのではないかと気がしているところです。

しかし、そこでもう1点ございまして、この遂行という要件については、現在新しくかどうかは分かりませんが、今言ったような有力な見解が考えられているのは別の場面でいわば注目されてきたし、とりわけ現在注目されていると思います。というのは、先ほどの議論は価格カルテルや数量カルテルといったカルテルの話だと思いますが、入札談合の場面では、共同遂行要件なのか単なる遂行要件なのかは両方の見解があると思いますが、遂行の要件が注目されています。

つまり、入札談合においては基本合意があり、従来からこれを相互拘束にとらえてきました。それに対し、基本合意についてはいわゆる時効の問題等が実務的には論点になるわ

²⁷ 前掲脚注15

けです。それとは別に、「入札談合の基本合意は過去に行われているが、しかし、それに基づいて行われた個別調整行為（個々の入札における調整行為）は共同遂行あるいは遂行ととらえる」という見解がいつからか主張されて、いつからかは私にもよく分からないのですが、有力な見解になってきました。そういう面で、遂行というものが入札談合の場面でまた新たに注目されているという感じではないかと思いますが、いかがでしょうか。

上杉：私は、サルウィンが拘束概念だけでは足りないのではないかと思ったという、この事実が大切だというふうに思います。要するに、ハードコア・カルテルとはどういうものであるかについての共通認識が世界的に確立しているわけですから、世界がハードコア・カルテルであると言っていることのすべてが2条6項の規定でとらえきれない、あるいはとらえきれない部分があるとすれば、これは大変なことになるわけです。どの部分で読んでもいいわけですが、2条6項は世界的な意味でのハードコア・カルテルをきちんととらえきれないようにする、そのために、もし相互拘束で足りないのであれば、遂行も使って、いずれにせよそこに齟齬がないということを、日本として明らかにしなければならぬと考えているわけです。

特に今、談合の話がありました。最近はこれまで合意の形成という点にあまりにも注目し過ぎた運用をしてきたという批判があり、合意の存在がカルテルの本質であるというとらえ方をすべきという意見もあります。私も、最近の公取委の実務がそこを明確に意識してやっているのかどうか分からないのですが、最近の談合事件は、ここ15年ぐらいは、基本合意の下にいろいろな受注調整行為をやっているということにとらえていますから、いわば基本合意というものがあって、それをみんなで共同し遂行していると言っているようにも読めるわけです。

だから、違反期間における合意の存在が違反行為であるということが、今の2条6項できちんと読めるのかということは、かなり大きな問題のように思うのですが、そのあたりは先生、いかがですか。

泉水：私の頭の中では入札談合と他のカルテルとを区別して遂行要件を理解していたのですが、共通するかもしれないという話になりそうです。しかし、その前に入札談合について申しますと、具体的な事件名を出すのが適切かどうかは分かりませんが、第2次水道メーター事件²⁸というものがあります。それから、防衛庁の談合事件、これはたくさんありますが、その中の幾つかは東京高裁判決²⁹が出ています。これらの刑事事件判決を見てもと、まさに時効が問題になっているわけです。

その中では、基本合意という相互拘束をした後で、しかしそれに基づいて個別調整行為をした。これを共同遂行ではなく単なる遂行ととらえ、その遂行行為自身が独立して不当

²⁸ 東京高判 平成16年3月26日

²⁹ 東京高判 平成16年3月24日

な取引制限の罪を構成するとしているようです。これは多分、基本合意に基づく個別調整行為としての遂行ですが、その遂行行為だけをとらえ、独立して不当な取引制限の要件を満たすというふうに東京高裁判決は解し、あのような判決を出したのだと思われます。そういう意味では、まさに判決の中にこの見解が現れているのではないかというのが私の第1の印象です。

それからもう1点ですが、今のお話によるとカルテルについても合意の形成だけを問題にするのではないと。合意の形成は相互拘束の要件をみたすことになりませんが、それとは別に、現に存在する合意を遂行する、つまりカルテルを実施したり現に価格を引き上げるといった遂行行為をとらえ、実施行為として、それも独立した遂行行為としての不当な取引制限を構成する、そういう意味で入札談合は既に判決になっていると思われる考え方ですが、それが他の価格カルテル等の、入札談合以外の不当な取引制限についても成立し得るという理解をされているのかと思って非常に興味を持ったのですが、そういう考え方によろしいでしょうか。

上杉：私が言いたいことは、合意が存在しておりそれが実行されるのはけしからんことであり、ハードコア・カルテルそのものだと思います。それが相互拘束で読めるというのならそれで結構ですが、読みにくいとすれば、いろいろなことを考えたほうがいいという程度のことで、これについては私もこれからもう少し勉強してみたいと思います。

次に、不公正取引についても、結構いろいろなことが分かったということですが、私も非常に興味があるのは、不公正取引には少なくとも3つの概念が混在していますし、本当に3つで止まるのかということについてもいろいろあると思います。

実はアメリカでも、FTC法5条の適用範囲はどこまで及ぶべきかについて、これまでに大きな変化がありました。1970年代ぐらいまでは、FTC法5条はシャーマン法1,2条およびクレイトン法よりも少し広めに手が出せるのだ、そこに意味があるのだという議論があり、私も昔そういう趣旨の論文を書いたことがあります。しかし、最近はむしろ逆で、FTC法5条といえどもシャーマン法1,2条及びクレイトン法の範囲を出てはいけないという議論になってきているようで、このあたりも非常に面白いと思っています。

ただ、いろいろなものが入っているということであれば、やはりそれぞれの性格に応じて競争に及ぼす影響をきちんと吟味して、1つの公正競争阻害性の概念でとらえようとするとなかなか難しいので、無理に統一理論を考えずに、それぞれ考えるべきと思います。1つの概念がそんなに多様なものでいいのかということについては、アメリカだっているやっているとという考え方ではないかと思っています。とりあえず問題なのは、不公正取引の中には当事者の市場における地位を問題にすべきものと、市場における地位にかかわりなく、行為そのものが悪いものがあるということです。そのあたりの整理から始めたほうが良いと思うのですが、いかがでしょうか。

泉水：はい。まさに不公正な取引方法がスープというかごった煮というのはそのとおりで、それを無理やり3つに分けて3類型にしているだけです。もう少し緻密な議論をすべきだと私も思っています。その中にまさに現実のものがごった煮として入っているわけですから、それをもっときれいにいろいろとより議論するということには全く賛成です。行為主体によって、こういう行為主体でなければできない行為、あるいはどのような行為主体でも当然にでき、かつ当然に違法であるという行為がありますので、それらは区別して議論すべきだろうと思います。ただ、それは具体的には例えばどのような提案をお考えでしょうか。

上杉：そうですね。どうも不正な方法を問題にしているらしい、抱き合わせ行為と競争者の妨害行為については、一体市場に対するインパクトで見ると見るべきものなのか、行為がアンフェアということで見ると見るべきものなのか、どうも昔からはっきりしませんね。そのあたりはいかがですか。

泉水：抱き合わせと競争者に対する取引妨害ですね。抱き合わせというのはいわゆる3類型でいうと自由競争減殺なのか、手段が不公正なのか、あるいは競争基盤の侵害なのか。2つに分けようとするれば、自由競争減殺型か、手段の不公正ないしは優越的地位の濫用的なものという考え方があると思います。これについて、私自身は実は自由競争減殺型で説明できればと考えているのですが、ただ、独禁法の条文を素直に読むと必ずしもそのようにきれいにはいきません。

つまり2条9項を読むと、抱き合わせ規制というのは、4号においては、そして一般指定にも書いてありますが、やはり競争手段の不公正さ、つまり8項³⁰、9項³¹と並べる形で定義がなされているのが事実です。としますと法解釈としては、抱き合わせの中に、競争の手段が悪いあるいは優越的地位の濫用的な側面がないということとは否定できないところだと思います。それに対して、他方では抱き合わせについては自由競争減殺的な書きぶりにもあるわけです。

そういうことで、抱き合わせには自由競争減殺的な、つまり競争を制限するタイプの行為と、それ以外の、競争手段の不公正や優越的地位の濫用的なものになるタイプの行為という2つのタイプがあって、これらは2つに分けて議論しなくてはいけないのだと思います。これまで規制された事例にも、多分この2つのタイプのものがあるでしょう。これをごっちゃに議論したら、非常に混乱するのではないかと思います。

それから競争者に対する取引妨害ですが、これについてもどのような行為が取引妨害になるかという、例えば熊本魚事件³²などのように物理的についたてか何かを置いて妨害したとか、あるいはこういう例はありませんが、事務所を爆弾で破壊して競争者を妨害した

³⁰ ぎまんの顧客誘引（昭和57年6月18日公正取引委員会告示第15号）

³¹ 不当な利益による顧客誘引（昭和57年6月18日公正取引委員会告示第15号）

³² 勧告審決 昭和35年2月9日

というような行為であれば、その行為自体の悪性をとらえて、いわば当然違法的な規制もできると思います。

しかし、一般的に競争者を取引妨害するという場合は、単なる競争の手段との区別が非常に困難である、あるいは単なる競争行為そのものではないかというタイプのものが恐らく多いと思います。それらは自由競争減殺効果が認定できて初めて規制すべきです。そういう意味では競争者に対する取引妨害というのは、実はその中にも例えば自由競争減殺的なものと競争手段の不公正的なものがあるのですが、いずれにせよケース・バイ・ケースあるいは rule of reason 的な形で規制すべきタイプのものではないかと思っております。

上杉：欧米の弁護士といろいろ議論していると、競争減殺型に整理されるような行為類型については、エフェクト・ベース、つまり市場に及ぼす具体的な影響を立証した上で規制すべきで、行為の外形をとらえて per se illegal 的にやるべきではないということを盛んに強調します。それが恐らく欧米のコンセンサスになっているような感じを私は受けるのですが、そうすると当然、その行為の結果、市場でどういう影響が生じたかということ公取委側が立証するよう求めることになり、審査活動をする上での負担は大きくなると思います。しかしながら、先ほど少し申し上げたように、競争行動の中で起きる一定の行為が競争減殺になるということで規制するわけですから、やり方によっては False Positive になり得ます。ですから、そこはある程度しようがないのではないかという印象を最近持つようになりました。現役のときとは違うことを言っていると思われるかもしれませんが、それについてはいかがですか。

泉水：はい、不公正な取引方法の中のもう1つのタイプである競争減殺型ですね。実は私自身は、抱き合わせもそういう意味では自由競争減殺型の行為が相当部分を占めると考えているので、同じことがいえると思っております。それ以外には例えば単独の取引拒絶や不当廉売、差別対価、排他条件付取引といったような行為を恐らくイメージされているのではないかと思います。不公正の中のそういう行為をどう捉えるかですね。

単独の取引拒絶や不当廉売、差別対価、排他条件付取引、あるいは一部というか私にとっては大部分の抱き合わせといったものについては、やはり False Positive の問題は大きく、懸念すべきことであると思っております。とすればどうするかなのですが、これはやはり要件を厳格化すべきです。行為主体で厳格化する。例えば市場支配力を持っているとか、少なくともその行為の結果、市場支配力が発生するとか、そのような形で行為主体を市場支配力で限定する、あるいは行為を限定する。そういったことをしなければ、過剰な規制になる危険があるのではないかと思っております。

上杉：今の延長線上の問題なのですが、不公正取引の具体的範囲は公取委の指定制ということで、市場における非常に多義にわたるいろいろな問題に弾力的に対応できることがメ

リットであるとずっと信じられてきました。しかし、昨今の欧米の議論を聞いていると、むしろ融通無碍なところが問題で、だから False Positive なのだという議論になってくるものですから、私も、競争減殺型の行為類型については、行為類型をもう少しきちんと絞って、刑事罰を科してもおかしくないような明確な構成要件にしていくことが恐らく今後の一つの課題になるのではないかと、あるいは今後の欧米との議論の中で、そういうことについて日本はどうするのかと問われるという気がしています。そのあたりはどうでしょうか。

泉水：私は一研究者で自由な立場ですので好きなことを申しますが、私自身もまさにそういう必要性があると思っております。先ほど言った一連の競争減殺型の行為といわれているものですね。これは日本では従来、不公正な取引方法で規制されているわけですが、要件としてはかなり緩やかな要件の中で規制されてきたわけです。

ですから、例えばこれは一つの極端な立場ですが、不公正な取引方法の競争減殺型行為の中の、先ほど言ったようなものの、まあ一部かもしれませんが、私的独占規制の要件の中に取り込んでいく。ということは、市場支配力や競争の実質的制限、あるいは支配やとりわけ排除といった要件を満たさなくてはいけないわけですが、それを取り上げていって私的独占で規制する、あるいはさらにその場合には、例えば排除型の私的独占に対しても課徴金を課すというような方向性は十分あり得ると思います。ただ、今の不公正な取引方法の要件のもとにおいて制裁を強化する、課徴金や刑罰を科すとなると、競争減殺型の行為については常に False Positive の問題が起こり得ると思います。

上杉：今のサジェスションにあるように、欧米などの議論を参考にしながら理論的に整理していくと、競争減殺型、つまり競争を制限するから問題であるという行為類型については、私的独占に統一したほうがいいのではないかという意見は確かによく分かります。しかし、片や私的独占の定義規定というものが現にあるわけですので、今までと同じ私的独占の解釈・運用の中でそこに吸収してしまうということについては、False Negative³³になるという感じがなくもありません。

ですから、私としては、私的独占は私的独占、不公正取引は不公正取引でいいけれども、世界のことも見ながらそこにあまり齟齬がないような方向性を追求したほうがいいという印象を持っているのですが、先生は、概念は1つにしたほうがよいという感じなのでしょうか。

泉水：なんだかホーベンカンブ³⁴教授のようになってしまいましたが、研究者は割と勝手なものですから、そのほうが非常にクリアだということと、本来は競争減殺型の行為だが不公正な取引方法の要件において必ずしも限定されていないので、独禁法の不公正な取引方

³³ 「過小規制」の意

³⁴ 前掲脚注 24

法に違反するのではないかという行為が世間には恐らくかなりあるのではないかと思うのです。そのあたりの世間の誤解というのでしょうか、あるいは経済活動を行う上での誤解を解くという啓蒙的な意味でも、本来私的独占で規制されるべき行為類型は私的独占に持っていくというのは、学者としての意見ということであればそれがいいような気はします。

ただし、これは政策的には非常に難しい問題です。ここで事件名をあげるのはいかがでしょうかと思いますが、例えば和歌山のガソリンスタンド不当販売事件³⁵などがありました。これは恐らく私的独占に持っていくと規制できないケースです。

少し危ない例を挙げてしまったかもしれませんが、先ほどから言っている行為類型の中ではやはり私的独占で持っていきながらも不公正な取引方法での規制が残されなくてはいけないというものもあるのかもしれませんが。そのあたりはやはり実務をやっていると、あるいは研究者の立場でもいろいろな立場があると思いますが、不公正な取引方法に残すべきものがあるということはそのとおりで、それは十分に検討しなければならないかとは思っています。

上杉：私的独占のところ、今回、支配という概念が状態規制的なところからスタートし、行為概念になったものの、状態規制的なものをぬぐい去れていないということで、どちらかというところ、この問題は4章の企業結合の問題とみるべきという感じで整理されたと思います。私も実務をやっていたときに、私的独占を問題にされる事業者が子会社なり関連会社なりを持っていたとすると、それを支配していることに間違いはないのですが、ずっと支配していたというときに、何年かたった後で何か措置を講ずるのは難しいという感じを持っていました。逆に言うと、支配を行為概念としてとらえるという意味で、当該企業としてはAという行動を取ったほうがいいのだがこれを取らないようにさせる、例えば、投資したほうが有利なのにそれをさせないというような、何か悪性のある行為がそこにあるときに支配として規制するという考え方が一つあり得ると思います。今回の検討結果から見て、そのあたりはどうなのでしょう。

泉水：これは非常に難しい問題なのですが、先ほど申しましたように、支配については株式の取得といったような企業結合が典型的なものとして書かれています。それ以外にあえて言いますと、例えば不公正な競争方法を相手に対して行うといった言葉も出てきます。不公正な競争方法を相手にさせる手段として株式取得といったような支配という説明がなされています。そして、企業結合としての支配とは何かということについては、資料等を読んでも必ずしもはっきりしていないという状況にあります。

ただ、支配とは抱き込むこととなっていますので、抱き込むという行為だとすると、株式の保有でいえば、つまり株式を取得するという行為をとらえているのかもしれませんが。

³⁵ 排除措置命令 平成 18 年 5 月 16 日

独禁法 10 条等では 株式を取得する行為と所有することとを区別して書き分けていますね。そういう意味では取得行為だけをとらえているようにも見えます。しかし、他方では所有ということ、つまり、その後持っていて何か悪いことをするというのとらえているようにも読む余地もなくはなく、ここのところは当時の資料を見ても確定的なことは言えないという状況にあります。

ただ、所有していて相手に何か悪いことをするといいますが、それ自身が例えば私的独占の要件を満たすかといえ、支配の要件をみたしてもその次に競争の実質的制限の要件がありますから、例えば株式を持っている者が悪いことをして、それによって競争を実質的に制限しなくてはならないわけです。そここのところの要件をどうとらえるかという問題がさらに残るかと思います。

この関係で、東洋製罐の私的独占事件³⁶が参考になります。東洋製罐が北海製罐の株式を取得して、北海道から外へ出て行くとか、飲料品の缶を作ってはいけないなどと経営に介入するわけです。ああいうものはどうとらえるのかという場合に、今言われたような形で、株式を所有して悪いことをしているということを私的独占ととらえているのか、あるいはその基になっている株式を取得する行為を支配ととらえているのか。これは東洋製罐事件の審決に対しても両方の解釈があり得ます。私は後者と読みたい立場なのですが、両方の立場があるのだらうと思います。

上杉：今の点でいうと、10 条が従来のように 1 年ごとに所有する株式を届けるというシステムから、取得の時点から 30 日という短期間で届けるようにされたということは、従前はロングタームでの所有を問題にしていたわけです。それは、取得のほうが経済にとってより大きい問題であるという発想に切り替わったからこそ 10 条を変えたと思うのです。そのあたりを、私的独占の考え方にも反映させたほうがいいのではないかという印象があります。

泉水：そうですね。現に、昔、アメリカでもたしか 20 数年間持っていてという事件がございますので。

上杉：ええ、GM・DUPONT³⁷事件ですね。

泉水：ええ。しかし、あのような規制は届出制度を導入した段階で事実上なくなったのではないかと思います。私自身はあまりそういう規制はしないほうがいいという気がします。しかし、要件の解釈上は両方の考え方があり得るかと思います。

³⁶ 勧告審決 昭和 47 年 9 月 18 日

³⁷ United States v. E.I. du Pont de Nemours and Company et al., 353 U.S. 586 (1957)

上杉：私の先ほどのコメントの中で、恐らくほとんどの方が何を言っているのか分からなかったと思うのですが、搾取的濫用ということを行いました。それは、日本でいえば一般指定³⁸14 項の優越的地位の濫用の場合に当たります。通常、不公正な取引方法に該当する行為は、市場で支配的、独占的な地位にある者が行えば私的独占になるということで、私的独占の予防規定として設けたというのが学説になっています。

ですから、私の頭の中では、市場で 80%、90%を押さえているような独占的な地位にある者が 14 項に該当する行為をした場合、それは私的独占で読めるのかどうか。もし、優越的地位の濫用については、どんなにドミナントな事業者が用いても私的独占にならないとすると、それは本当に競争概念なのかということ問われなければならないという問題意識があります。結局、日本でも、私的独占の概念の中に、EC 条約 82 条でいう搾取的濫用の概念を取り込むような解釈の検討が必要とされるのではないかと感じています。

今回の検討によると、「所有」というのは、「取り除ける」という排除の側面以外の、「取り込む」という問題に対応するものとされています。その考え方は、いわば「取り込んでおいて、そいつをいじめる」という、搾取的濫用の概念と重なる部分があります。ですから、今後そういった議論になったときに、この支配の概念が重要になるのではないかと考えたので、先ほどのようなコメントをしたのです。今のコメントでもさらに分からないかもしれませんが、そういう趣旨で申し上げました。

搾取的濫用についての議論は世界ではまだ本格化していませんが、我が国では、搾取的濫用というか、優越的地位の濫用規制はある程度必要であり、そういうものがなければ市場の公正さは担保できないという印象を私も強く持っています。このあたりをどのようにとらえておられるか、少しお聞きしたいのですが。

泉水：よく分かります。EU 競争法の市場支配的地位の濫用規制の、排除型ではなく搾取型の濫用規制が日本の独禁法の私的独占規制でできるのかどうか。とりわけ具体的には日本において一般指定 14 項で優越的地位の濫用規制として行われているもの、そういう優越的地位の濫用的な行為を市場支配的地位を持っている者が行った場合、これは私的独占として規制できるのか。これは非常に重要な論点であり、しかし、なかなか答えを出しにくい難しい問題だと思います。

私としてはこの点についてはこういう論点があるのではないかと思うということを指摘しますと、まず、市場支配的事業者が優越的地位の濫用をした例を取って考えてみると、それは先ほど言った抱き込むという意味での支配になる可能性はかなりあります。ここでどういう行為を濫用としてとらえるかによってケース・バイ・ケースになりますが、支配という概念を「抱き込む」と考えなくても、支配には優越的地位の濫用的な行為が入るという解釈は非常に素直だと思います。先ほどから言っているように、不公正な競争方法を行うということも支配の例として挙がっていますので、そういう意味では恐らく支配の要

³⁸ 昭和 57 年 6 月 18 日公正取引委員会告示第 15 号

件を満たす可能性が高いと思います

ただ問題は、私的独占は「支配によって競争を実質的に制限する」という要件となっていますので、この競争の実質的制限の要件がどうなるかということが問題になります。私自身は、競争の実質的制限とは排除や支配という行為によって市場支配力を新たに形成したり、あるいは排除・支配によってすでに存在する市場支配力を維持・強化したりする行為であるという理解がよいのではないかと考えています。しかしその立場だと、優越的地位の濫用的なものにはそういう意味では通常、市場支配力を形成したり維持・強化したりする効果はないので、競争の実質的制限をそういうふうにとらえるのかどうか問題になると思います。他方では競争の実質的制限をそういうふうにとらえない立場もありますので、これは見解の相違になるかもしれません。

それからもう1点、最近ニプロ私的独占事件³⁹が出ました。実は本審決について「公正取引」において私が書いたことなのですが⁴⁰、競争の実質的制限について、私のような立場でも、非常に大きなドミナントな、高いシェアを持っている市場支配的あるいは独占的な事業者が何か悪いことをする場合には、市場支配的地位の維持・強化が比較的軽い効果が現れるにすぎない場合でも、それは認定できると考えています。そういう意味では、市場支配的な事業者が搾取的濫用をする場合には競争の実質的制限に当たると言える場合もあるのではないかと考えています。ただ、搾取的濫用にはいろいろなタイプがありますので、それはケース・バイ・ケースであり、特に抱き合わせのようなものについてはこれに当たる場合が多いかという気もいたします。

上杉：よろしければ、最後に3～4分ほどいただき、カイク判事について私の持っている情報を皆さんにご紹介したいと思います。

前回⁴¹制定史の問題を取り上げたときに、私がカイク判事について調べたことをご報告したのですが、それについて少し補足させていただきます。カイク判事には一人の娘がいました。ルイスさんという方で、数年前にはコネチカット州にいらっしゃいましたが、今でもご存命ではないかと思っています。カイク判事は写真を撮るのが好きだったそうですが、日本政府が占領軍の人間を視察と称して各地をご案内するという、まあ、今でもありそうなことが当時も結構あったようで、カイク判事も、東京から京都、奈良、大阪、広島の4カ所を回ったそうです。その際に彼が撮った当時の写真が300枚ほどルイスさんの手元にあり、その一部の裏にカイク判事の手書きのコメントが残されているということでした。

一番面白いと思ったのは、大阪へ行ったときに、松下幸之助氏の洋館で、松下家の人たちと総勢20人ぐらいで撮った写真があり、その裏に「photo taken in western-style portion

³⁹ 審判審決（違法宣言）平成18年6月5日

⁴⁰ 泉水文雄「医療用生地管の輸入排除による私的独占 - ニプロ株式会社に対する審判審決 - 」公正取引671号35頁以下（2006）

⁴¹ 前掲脚注1

of the home of K.Matsushita⁴². a millionaire after starting from nothing 27 years ago⁴³.」
というコメントが残されていたことです。こういうコメントを残しているところに、カ
イム判事の人柄が表れているように思います。

ルイスさんのお話によると、彼は日本が大好きだったということですが、ただ、カ
イム判事が見た当時の日本には、非常に大きな今はやりの格差があり、財閥企業と一般の中小
企業との大きな格差、それから財閥家族の人々と一般庶民との大きな格差に非常に強い印
象を受けられたようです。そして、それを democratize⁴⁴していくのは非常に大きな課題で
あり、自分がそういう作業に関われることは光栄であるというコメントを残しているそう
です。また、彼は「この国を民主化するには 20 数年かかるのではないかと言った」という
ふうに娘さんは述べているのですが、日本はそれを戦後数年のうちに達成したことになり
ます。この辺については、カイム判事は判断を間違っていたわけです。

そういう意味で、カイム判事の頭の中には、私も知らない当時の日本における大きな経
済格差、「このような大きな格差がある中では民主主義は育たない」と思うような格差の認
識があったということの後で発見しましたので、ご紹介しておきたいと思います。

⁴² 「松下さんの洋館で撮った」の意

⁴³ 「27 年前に無一物からここまで行った人物」の意

⁴⁴ 「民主化」の意

質疑応答 (17:40~17:55)

鈴村：公開セミナーの慣行として、フロアからのディスカッションに少し時間をとることにいたします。ただ、限られた時間でありますので、質問はできるだけコンパクトにまとめてお述べいただきたいと思います。それでは、そちらの方から。

質問者 A：泉水先生に、3点、コメントさせていただきます。

まず第1点は、不当な取引制限の定義規定の中の相互拘束要件についてでございます。シャーマン法1条の取引制限と書いているだけで、相互というものはないわけです。ですから水平的な取引制限のみならず、垂直的な取引制限も含まれるという構成を持っている。それで日本側が相互という要件を入れることについて、アメリカ側はどのような態度を取ったのかという点についての記述が報告書⁴⁵の中には見当たりません。報告書の25, 26ページと75ページでは、相互性の要件を欠く1月15日および17日版の規定と、それからその要件を入れた1月22日の試案の対比だけに終わっていますので、アメリカ側がこれにどのような態度を取ったのか、日本側の意図とアメリカの対応について、もしご研究されていれば、ぜひお伺いさせていただきたいと思います。

それから2点目は、第8節の国際的契約・協定で国際カルテルへの参加を禁止する勅令をどのように独禁法に埋めるかという記述がありますが、日本と同じく米軍に占領されていましたドイツにおきましても、コンツェルン禁止命令の中に国際カルテルの禁止規定があるわけです。そういう同じ占領国としての密度の比較、もちろんこれは時間的制約がございますが、そういうものも含めていただければと思います。

それから3点目は、これは今回の研究報告書の対象ではないのですが、日本独禁法の執行機関として公正取引委員会という独立準司法機関委員会制度、これを採った理由でございます。といいますのは、アメリカの反トラスト法の執行機関には司法省反トラスト局とFTC(米国連邦取引委員会)とがあるわけですが、この2つの機関がありながら、なぜFTCをモデルとした独立行政委員会制度を採ったのか。これは現在、内閣府の独禁法基本問題懇談会におきまして改正独禁法についてのパブリックコメントを求めまして、そこで審判制度等の関係で公取委の準司法的な手続への批判、例えば審決の取消訴訟を審議する機関として、選択的に公取委であるか、地裁へ行くか、あるいは全く公取委ではせずに地裁でするかという意見も出ているわけでございます。今後、公取委の準司法機関としての独立性が非常に討論の中で問題になろうかと思いますが、そういう点でも今後の研究課題にぜひこのテーマも含めていただければ幸いです。

鈴村：ありがとうございました。セレクトティブにでも結構ですので、お答えいただければと思います。

⁴⁵ 前掲脚注4

泉水：はい。ありがとうございました。

不当な取引制限の要件の中に相互拘束があるが、拘束はともかくとして相互という要件がなぜ入ったのか、アメリカ側はそれについて何も言わなかったのか、あるいは日本側がどういう意図で入れたのかという意見でございますけれども、これについてはここに書かれているように、質問者 A さんがおっしゃったような経緯で1月中ごろに入りました。ただ、なぜ入ったのかは分からないというか、資料としては出てこないというところであります。英語ではこれは *mutually* という表現が使われているわけですが、アメリカ側はこれが入っていることについてどう言ったのかという、これも何か言ったという資料はございません。司令部側の意見にはいろいろなものがありますが、その中には入っていませんでした。したがって、分からないというか資料がないという状態です。

ただ、相互拘束だから競争者間の行為に限定するというのは、昭和 28 年に日本でた判決⁴⁶で初めてとられた考え方です。相互拘束という要件があるからといって競争者間の行為に限るとか、あるいは現在のような厳格な意味での要件と読むかどうかは、それはその後の判決等の経緯でできたものですから、そういう意味では当時はそういう読み方がされると考えなかったのかもしれないと思います。とにかく資料としては、それについて何か問題意識を持ったというものはなかったように記憶しています。

それから国際契約に関する規定について、勅令の中にあるというお話ですが、勅令の中に既に規定がありましたので、日本の中では「勅令の中にあるから、必要ない」「この中で契約規定を置けばいい」という立場が強かったようです。しかし、入れると言われて最終的には入れたという経緯です。

日独の比較については、すみません。とてもできませんので、今後やりますとは断言できませんが、課題をいただいたとさせていただきます。

それから、アメリカでは連邦取引委員会と司法省の両方で独禁法の執行をしているが、日本は独立行政委員会という制度を採ったのはなぜかという点について、これは今回の検討対象ではないので今後の課題としてということでご指摘いただきましたが、現在わかる範囲でお答えします。1つは「カイク」試案の中では司法省の中に3人委員会(Fair Practice Triumvirate)を作るという制度になっていました。それが途中、比較的早い段階で独立行政委員会という案になり、委員会組織になったという経緯があります。当時の司法省の中に置くのか、内閣総理大臣の下に置くのかは、当時12月から1月にかけて日本側の内部において非常に大きな政治的論点となっていました。司法省はどうしてもこれを司法省の下に置こうとして、日本政府内では一時期、司法省に置くという案で収まったのです。これら双方の立場がどういう根拠で主張したかも資料の中に残っています。しかしその後、GHQ側が「それはいけない。司法省の下に置くべきではない。内閣総理大臣の下に置け」という指示を出して、結局内閣総理大臣の下に置かれることになりました。

⁴⁶ 東京高判 昭和 28 年 3 月 9 日

これはなぜかという推測するしかないのですが、サルウインの文書にも若干出てきま
すけれども、要するに司法省は非常に古式蒼然とした頭の固い組織だということがサルウ
インの頭の中に強くあったようであるといわれています。サルウインは、商法などの改正
にも関わっていきまして、大陸法的な思考からいろいろ反対をする司法省を嫌っていたよう
です。したがって「司法省なんかの下に置くなどとんでもない」というのがサルウインの
考えであったといわれていますし、それをうかがわせる資料もございます。

以上です。

鈴村：ありがとうございます。もしございましたら、フロアからもう1つだけ質問をお
受けしたいと思います。どうぞ。マイクをそちらへお願いします。

質問者 B： 学者でも何でもなく、一般の市民という立場で質問させていただきたいの
ですが、「私的独占の禁止」と、「私的」という言葉が入りますね。これはこれからもずっとそ
のまま続く問題なのですか。それともこの「私的」という言葉は外れて、民間もそれから
国家も、独占的な行為、優越的な行為についてはやはりちゃんとして取り締まるのか。そ
ういう発想になると、もはや私的という言葉は要らなくなった言葉ではないかというふう
に思うのですが、これは暴論ですか。ちょっと分かりませんが、お伺いします。

泉水：はい。私の中で上杉先生もコメントしてくださればよいと思いますが、先ほど、「私
的独占」が入ったのは「不当な独占」では駄目だと言われたので「私的」という形で限定
したという経緯があったからで、そういう趣旨の制度であると申しました。現在の日本の
独禁法の解釈では、私的ということは全く読んでいません。つまり、国や地方公共団体等
が行う行為であったとしても、それが事業を行っている限りは事業者になりますので、独
禁法がそのまま適用されます。そういう意味では「私的」という要件は、現在はもう機能
していないというのが通説であり、また実務でもあると思います。

質問者 B： 名前が付いているのは……。

泉水：はい。付いています。ただ、2条5項に私的独占の定義があるのですが、定義規定
の中に入っていないわけです。

質問者 B： そうすると何か中途半端なので、そのままなくなれば……。

泉水： 削除するほうが誤解がなくてよいという意味では、削除したほうがよいと思いま
す。どうでしょう。

鈴木：上杉さん，最後に何かございますか。

上杉：今のご指摘については，実は今中国で面白い議論をしており，中国も包括的競争法を作ろうとしており，その法案の中に，公的独占の問題があります。つまり，中国の問題意識では，ナショナルレベルではまともだけれども，州政府は競争制限行為をやり放題というようなところがあって，それを何とかしたいということがあるわけです。

そういう公的独占という問題意識は確かに大事なことと思うのですが，逆に言うと，国の機関が他の国の機関を規制することは難しいという，日本の法制上の問題もあるかと思えます。

鈴木：ありがとうございました。

クロージング (17:55~18:00)

一橋大学経済研究所教授・競争政策研究センター所長 鈴木 興太郎 氏

最後に、競争政策研究センターの立場からお願い申し上げたいことが幾つかございます。

1点目としましては、今回の公開セミナーを機縁として、泉水プロジェクトの報告書をぜひダウンロードしてご覧いただきたいと思います。また、その際にはセンターの他の報告書やディスカッションペーパー、リプリントシリーズなど、いろいろな活動をセンターとしては記録・公開しておりますので、ぜひご覧いただきたいと思ひますし、ご意見をお寄せいただきたいと思ひます。

2点目としましては、本日のご報告は、独禁法と競争政策の歴史的なエボリューションの起点となりました原始独禁法の制定過程という歴史的な研究でありまして、非常に興味深いディスカッションができたと思っております。センターとしては、独禁法の歴史を振り返ってみまして歴史的な証言を残すことに意義を認めています。歴史的な経験を今後の独禁法及び競争政策にどのように生かしていくべきかという観点から、センターの活動の一部として、さまざまな歴史的証言をヒアリング等を通じて記録として残していければとも考えております。そういう活動を今後も継続するつもりであることを申し上げて、いろいろなお協力をぜひお願いしたいと思ひます。

3点目としまして、最初に少し申し上げたことですが、センターの対外的な情報発信の2本の柱は、本日のような公開セミナーと、国際シンポジウムでございます。現在やっとなめどが立ったところでございますが、来年3月23日に次回の国際シンポジウムを企画しております。合併規制を中心として、アメリカ、ヨーロッパ、そして日本のゲスト・スピーカーを中心に置いた企画を立てております。ご関心をお向けいただくために少しだけお名前を申し上げさせていただきますと、アメリカからはロバート・ウィリッグ⁴⁷という経済学者、ヨーロッパからはトゥールーズの産業研究所のポール・シーブライト⁴⁸という経済学者を招聘することで、大体柱が立ったところでございます。詳細はセンターのホームページ等に公開してまいりますが、今後もセンターを育て上げていく上で、ぜひともご協力、ご関心の向きをお願いしたいと思ひます。

最後になりますが、今日の報告およびディスカッションで原始独禁法の歴史を掘り下げる上で非常に貢献していただきましたお2人と、議論に参加していただいた皆さまに、私としても感謝申し上げます。どうもありがとうございました。

⁴⁷ Robert D. Willig, Professor of Economics and Public Affairs, Princeton University

⁴⁸ Paul Seabright, Professor of Economics, Université des Sciences Sociales de Toulouse