

# **原始独占禁止法の制定過程と現行法への示唆**

2006年9月

**競争政策研究センター共同研究**

## 原始独占禁止法の制定過程と現行法への示唆

### 【執筆者】

西村 暢史

富山大学経済学部助教授

(公正取引委員会競争政策研究センター客員研究員)

泉水 文雄

神戸大学大学院法学研究科教授

(公正取引委員会競争政策研究センター主任客員研究員)

### 【この共同研究における役割分担と位置付けについて】

- 1 この共同研究は、泉水が全体を統括し、第1章は共同で、第2章以下は西村が主として執筆をした。
- 2 本共同研究を取りまとめるに当たっては、競争政策研究センターのワークショップで報告し、参加者に議論をいただくとともに、有益なコメントをいただいた。また、資料収集に関して御協力いただいた、競争政策研究センター事務局ほか関係者にこの場を借りて感謝の意を表したい。
- 3 本稿の内容は筆者たちが所属する組織の見解を表すものではなく、記述中あり得べき誤りは筆者たちだけの責任に帰する。  
なお、本稿中「 」は、当該資料中判読不明部分であることを意味する。

## 原始独禁法の制定過程と現行法への示唆（目次）

第1章	はじめに	1
第1節	問題提起・検討の対象	1
第2節	分析対象とする時期とその時期における各史料の位置付け	4
	(1) 本報告書の分析の対象	4
	(2) 各史料の位置付け	5
第2章	各規定の検討	12
第1節	法構成の枠組みと目的規定の形成	12
	(1) 原始独禁法の原型としての1月1日付法律案	12
	(2) 目的規定	13
第2節	公共の利益・一定の取引分野・競争の実質的制限	24
	(1) 共通要件の構造	24
	(2) 公共の利益	28
	(3) 公共の利益補論 立法直後の解説書による理解	34
	(4) 一定の取引分野	35
	(5) 競争の実質的制限	37
第3節	私的独占	40
	(1) タイトルとしての「私的」独占について	40
	(2) 行為要件としての「排除」「支配」行為等について	43
第4節	不当な事業能力較差	48
第5節	不当な取引制限	58
	(1) 規定全体の問題：不当な取引制限と共同行為の関係等について	59
	(2) 相互拘束と共同遂行	75
第6節	私的独占と不当な取引制限との関係	77
第7節	不公正な取引方法（競争方法）	79
	(1) 違法性の根拠と行為類型	80
	(2) 違法性の文言	94
第8節	国際的契約・協定	96
第9節	適用除外	105
	(1) 自然独占分野・事業法規制分野	105
	(2) 知的財産権	115
	(3) 協同組合	122
	(4) 労働組合	135
第3章	結論	140
第4章	資料編	140

## 第1章 はじめに

### 第1節 問題提起・検討の対象

「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」、いわゆる独占禁止法は、戦後直後に制定された原始独占禁止法（以下「原始独禁法」という。）から60年を迎えようとしている。原始独禁法は、日本政府が、連合軍最高司令官総司令部（General Headquarters/Supreme Commander for the Allied Powers、以下、GHQという。GHQの中でも、特に、ESS（Economic Science Section：経済科学局）のACD（Antitrust and Cartel Division：反トラスト・カルテル課）との交渉を経て1947年3月31日に制定され、4月14日に公布された。それは全114条（本文100条、附則14条）から構成され、米国の反トラスト法の影響を強く受け<sup>1</sup>、戦後日本における民主主義・資本主義を具現化させるために必要不可欠な法律であったとされる<sup>2</sup>。

原始独禁法の制定は、まず、1945年10月11日に当時の幣原首相がマッカーサーを訪問した際に、マッカーサーが口頭で日本政治改革の要請を5つ伝えたことが端緒となった<sup>3</sup>。また、従来からいわれ、本研究でも立証するように、エドワーズ調査団報告書<sup>4</sup>の影響も大きい。その上で、労働組合の組織奨励と日本の経済制度の民主主義化、独占的産業支配の是正等と同様、戦後民主主義計画の契機として米国側（GHQ）による強い後押しにより原

<sup>1</sup> 今村成和『独占禁止法〔新版〕』（有斐閣、1983年）をはじめ数多くの書籍において指摘されてきた。

<sup>2</sup> もっとも、独禁法のみがこの役割を担っていたのではない。1946年4月20日の特殊会社整理委員会令（勅令）により同年8月8日に持株会社整理委員会（HCLC）が発足した。これは、財閥本社の資産を移管する主体とされ、財閥解体の直接的担い手であった。この財閥解体という作業と並行して、原始独禁法が制定されたのであり、日本政府は当初これら二つの法律により日本経済の民主化の実効的な確保を目指した。

また、1947年4月29日にはSWNCC（国務・陸・海三省調査委員会）が「日本の過度な経済力集中に関する米国の政策」SWNCC302-2を決定し、日本の経済力の過度な集中の排除を目的として、特に同年4月GHQにおけるESSのACD主任のウェルシュ氏は経済力集中排除法案の作成を日本政府に指示している。これには各方面から多くの批判がなされたが、同年12月9日に1949年6月30日までの時限立法として国会を通過した。概要としては、竹前栄治・中村隆英監修、細谷正宏〔解説・訳〕『GHQ日本占領史29 経済力の集中排除』（1998）参照。

<sup>3</sup> 五百旗頭真『占領期』150～154頁（1997）、神田文人『昭和の歴史8』88～92頁（1989）参照。

後述のGHQ資料にある3月20日付のサルウィン氏による法案提出に係る経緯説明に関するメモでは、「独禁法の萌芽は1945年11月6日の経済非集中化計画にまで遡る」という指摘がなされている。

具体的には、日本側がGHQに提出した「持株会社の解体に関する覚書」に対するGHQによる「昭和二十年十一月六日付指令『持株会社解体の件』」（後述の公取委資料Aにある）のことである。その第6項の柱書において「依って日本政府は左記書類を早急に聯合國最高司令官に提出し其の承認を受くべし。」として、第6項C号に「私的独占、取引制限、好ましからざる経営者の重複及び好ましからざる証券保有関係を排除し、且つ防止し、銀行業の商業、工業及び農業よりの分離を確保し、並びに各商社及び個人に対し工業、商業、金融及び農業の分野に於て民主主義的基盤の上に立って競争し得る平等な機会を附與するが如き法律を制定する計画。」と記述されていた。つまり、司令部が独禁法制定計画の提出を日本側に命じている（公正取引委員会編『独占禁止法30年史』33頁（1977））。

<sup>4</sup> 本報告書に関してはその様々な目的が論じられるが、独禁法の立法との関連性という観点から報告書の概要と特異点を検討したものに、大蔵省財政史室編『昭和財政史 終戦から講和まで 第3巻アメリカの対日占領政策』292頁以下（1976）、大蔵省財政史室編『昭和財政史 終戦から講和まで 第2巻独占禁止』396頁以下（1982）参照。

始独禁法は制定されたと考えられる<sup>5</sup>。その一方で、原始独禁法の制定は、米国側の命令とはある程度異なり、日本経済の実態に即した法案を作成したとの日本側の立法担当者<sup>6</sup>であったとの指摘もある<sup>7</sup>。

本報告書では、原始独禁法が米国側と日本側との交渉・折衝において、両者のどのような意図の下で、また、どのような立法作業の過程を経て成立したのかについて、日米両国に現存する史料に基づく解明を行う。以上の作業を経ることにより、例えば、現在に至るまで約 60 年間改正されていない諸規定について、制定時においてどのような意図で、どのような運用を目指して成文化されたのかが明らかとなる。また、現在に至るまで判例・審決・学説において統一的な解釈がなされていない文言についても、議論の再検討を促す意味があると考えられる。日米両サイドに通じる独禁法の規定の明確化を目指し、現在の法律の存在意義と運用の方向性を示す。

原始独禁法の主要な実体規定は以下のとおりである<sup>8</sup>。

---

<sup>5</sup> 後述の GHQ 資料にある 3 月 15 日付及び 3 月 20 日付のサルウィン氏によるメモにその過程が要約されている（もっとも、これらのメモには、サルウィン氏の個人的な見解と考えられる箇所もあり注意が必要である）。そこでは、「12 月 4 日に主任になった当時、立法状況は、日本政府が 2 年間はそのような立法は採用しないという文書による異議を提出していた。これは、日本政府による『経済秩序に関連する指摘されている立法に対する日本政府の見解』（筆者注：後述の C にある 1946 年 10 月 10 日付けの資料）として具体化された。」と指摘されている。

<sup>6</sup> 日本側の立法に関する動きは以下のように整理される。1946 年 11 月 5 日において、独占禁止法制定に向けた「独占禁止法準備調査会」を設置する閣議決定が行われた。同調査会には、それまでの持株会社整理監査委員会委員と同一の衆議院議員（自由党 3 名、進歩党 2 名、社会党 2 名、協同民主党 1 名、国民党 1 名）があてられた。同調査会には幹事がおかれ、幹事長には周東英雄（内閣副書記官長）がなり、その他、当時の各省局庁から幹事が任命されている。12 月 14 日付の幹事長名の「独占禁止制度に関する件」（公取委資料）では、立法に際して「意見聴取を行ふべき人の案」として、その後「調査会参与」とされる（『独占禁止政策二十年史』45 頁。ただし、公取委資料には、「特別な事情によりまして『参与』といふ発令は致さないで」という記述がある。）人物を列挙している（笹山忠夫・脇村義太郎・石井照久・諸井貫一・永野重雄・吉野孝一・東浦庄治・北代誠彌）。そして、立法の実質的な作業を行ったのは、各省局庁から召集された幹事会補佐会であった（会長は内閣審議室員兼経済安定本部員の橋本龍伍）。

なお、独占禁止法は「政府提出」とされ（衆議院の石油配給公団法案外四件委員会の付託議案、貴族院本会議の会議録）、高瀬経済安定本部長官が提案理由説明を行った（同上）。

<sup>7</sup> 公正取引委員会創立二十五周年記念『公取時代の思い出』23 頁（柏木一郎執筆部分）（1972）。

<sup>8</sup> 現行の独禁法の規制体系については、規制の 3 本柱（不当な取引制限、私的独占・企業結合規制、不公正な取引方法）、又は、4 本柱（不当な取引制限、私的独占規制、企業結合規制、不公正な取引方法）との理解が示されている。

しかしながら、原始独禁法については、法律案の提案理由においても、立法直後の解説書においても、私的独占と不当な取引制限を法体系の二本柱とし、他の実体諸規定はその補完的予防的規定と位置付けている。

旧経済安定本部資料（後述の C 資料。以下 C という）に含まれている本会議用及び委員会用の法律案の提案の理由説明は、「この法律において取締の対象と致します不当な事業活動の根本的なものは、私的独占及び不当な取引制限であります。」「この法律の実体的規定のうちで、私的独占及び不当な取引制限以外に関するものは、原則としてこの両者を取り締まるための補完的規定である」（本会議用）、「この法律による取締のうち、最も根本的なものは私的独占及び不当な取引制限であります。」「この法律の実体的規定のうち、この両者以外の事項に関する規定は、原則として、この両者を取り締まるための補完的規定である」（委員会用）と指摘している。

本報告書においては「共通要件」という語を用いているが、これはこの私的独占と不当な取引制限の規制において共通する（公共の利益を含めた）市場効果要件（いわゆる競争の実質的制限）を意味している。

## 第1章 総則

### 第1条 目的

第2条 定義（事業者・競争・私的独占・不当な取引制限・不当な事業能力の較差・不公正な競争方法）

## 第2章 私的独占及び不当な取引制限

第3条 私的独占及び不当な取引制限の禁止

第4条 特定の共同行為の禁止

第5条 私的統制団体の禁止

第6条 特定の国際協定又は契約の禁止

第7条 排除措置

## 第3章 不当な事業能力の較差

第8条 不当な事業能力の較差の排除措置

## 第4章 株式の保有，役員の兼任，合併及び営業の譲受

第9条 持株会社の禁止

第10条 会社の株式保有の制限

第11条 金融会社の株式保有の制限

第12条 会社の社債保有の制限

第13条 役員兼任の制限

第14条 会社以外の者の株式保有の制限

第15条 合併の制限

第16条 営業の譲受等の制限

第17条 脱法行為の禁止

第18条 設立・合併無効の訴

## 第5章 不公正な競争方法

第19条 不公正な取引方法の禁止（原文ママ）

第20条 不公正な取引方法の差止（原文ママ）

## 第6章 適用除外

第21条 自然独占に固有な行為

第22条 事業法令に基く正当な行為

第23条 無体財産権の行使行為

第24条 一定の組合の行為

（以下，損害賠償，公正取引委員会，訴訟，罰則と構成される<sup>9</sup>）

---

<sup>9</sup> 独禁法の条文には見出し（タイトル）はついていないが，公正取引委員会二十年史編集委員会編『独占禁止法20年史』（1968）の付属資料の記述に従って見出しを記載した。

## 第2節 分析対象とする時期とその時期における各史料の位置付け

### (1) 本報告書の分析の対象

まず、立法過程全体を、最も重要である法案を中心に時系列的に把握する。

すなわち、1946年12月20日付の「独占等の禁止制限に関する法律案」(産業復興局)、1947年1月1日付の「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案」(商工省企画室)、1947年1月28日付の「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(試案) - 司令部に提出するもの」の3つである。

この3つがキーポイントとなると考えられる理由は、原始独禁法が制定される過程において、日本側が初めて米国法、および日本の経済実態、法体系等の実情を体系的に整理、検討した上で作成した法案が、1946年12月20日付の「独占等の禁止制限に関する法律案」(産業復興局)であり、次に、より精緻な条文形式として登場したのが1947年1月1日付の商工省名による「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案」と位置付けられるからである<sup>10</sup>。原始独禁法は1月1日付の法律案を修正した結果成立したということもでき、1月1日付の法律案は原始独禁法の直接の起源である。そして、1947年1月28日付の「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(試案) - 司令部に提出するもの」が、司令部に提出され、それ以降、具体的な条文に関する日米間での交渉が本格的にかつ極めて緊密に行われたと位置付けることができる。

そこで、本報告書においては、1946年12月以前における資料等をも視野に入れつつ、具体的には、1947年1月1日付の法律案以降において、法律がどのような考え方およびプロセスを経て制定されていったかを検討する。1946年12月以前の制定過程全体についての詳細は、次期の検討課題と位置づけられている。

次に、本報告書の検討対象となる規定は、独禁法でも特に主要な実体規定(企業結合を

---

<sup>10</sup> 日本側作成の法案としては、1946年1月頃の商工省による「産業秩序法案」(第一次案は1945年12月20日)、1946年11月8日の商工省企画室による「不正競争の防止及び独占の禁圧に関する法律案要綱」等が存在する。

しかしながら、1946年12月20日付の「独占禁止法案の準備について」(後述のB資料。以下Bという。)の英語版であり、GHQ資料にある「On Preparation of Anti-monopoly Draft Bill」及び後述の公取委資料にある「独占禁止法制定準備の趣旨について」と題する史料(後述のA資料。以下Aという。)において、1945年11月6日付の司令部指令に対する正式な日本側の対応として、「トラスト、カルテル等の排除を保障する一般原則的立法をすることが我が国経済の民主化の為に必要であり、且これが国際的信用を確立する所以であること等を考慮して、次期通常議会で提案を目的として、本件立法の準備をすることとした次第である」という記述があり、立法作業の重要性が指摘されていること、法律の内容においても、12月20日付の法律案と1947年1月1日付の法律案とは直接のつながりがあるが、上記「産業秩序法案」と「不正競争の防止及び独占の禁圧に関する法律案要綱」の2つの法律は独禁法に対する発想が異質であり、内容においてもつながりがほとんどないこと(ただし、後述するように、日本法に特有な規定等でこの2つの法律に由来すると考えられる規定はある)から、当該史料が重要であると考えた。

そして、公取委資料にある1946年12月21日付の「独占禁止法案の準備に関する発表及び説明について」と題する史料において、「司令部側からも正確な報導(原文ママ)をしてくれとの要求があったので(中略)内閣から発表」したとする記述があり、この時点をもって政府内外への本格的な立法作業の開始の発表と位置付けられる。

なお、Cにある1946年11月3日付の「独占禁止に関する恒久的制度準備の件」では、「私的独占を禁止し公正なる競争を促進する為の恒久的立法(独占禁止法と仮称する)を次期通常議会で提案を目的として準備する」という政府内部での宣言的記述が認められる。

除く)に絞ることとした。原始独禁法の手続,組織,損害賠償・刑罰,裁判制度との関係等に関する諸規定については,今回の分析の対象としていない。したがって,以下に掲げる史料に関しても,手続及び組織等に関する史料については列挙していない。

なお,1947年1月1日以前における史料についても,必要に応じて,随時本文及び脚注において指摘する。

## (2) 各史料の位置付け

本報告書が利用する第一次史料は大きく5つから成る。

A:公正取引委員会資料

B:旧大蔵省資料

C:旧経済安定本部資料

D:内閣法制局資料

GHQ:米国国立公文書館資料

AからDまでの資料は,日本側の資料であり,原始独禁法の制定作業が終了した後に,公正取引委員会,旧大蔵省,旧経済安定本部および内閣法制局に分散し所蔵されてきたものと考えられる。今回の研究は,これらの組織に所蔵されている資料を総合的に分析したものである。

GHQは米国側の資料である。本資料のコピーは,国会図書館憲政資料室にも所蔵されており,本調査ではその資料によった。本資料の表記方法は,原則としてGHQ/SCAP文書ESS(0)-00000とする。

以下は,日本側が独禁法制定に取り組む契機となった後述の「カイク」案以降の時期における主要な史料の内容のうち特に重要であるものを時系列に並べ,その制定史における位置付けを簡単に記述したものである。なお,もっぱら手続,組織に特化した資料はあげていない。

なお,各史料の順序(下線部は法案に対する影響が大きかったとされる重要な会議等)については,日付の記されていないもの,既存の資料の上に手書き修正されたがその修正の時期が不明なものなど順序については議論の余地はあるものがある。しかし,とりわけ1947年2月4日に日本側作成の「試案」が米国側に提出されて以降は,基本的に日本側が法案の邦語版を作成し,同時に英語版を作成して米国側(実質的にはESS経済科学局のACD反トラスト・カルテル課)へ提出するという過程で,米国側がその英語版に修正等を加えて,回答するという作業を経たと考えられる。

## 1946年

8月:「カイク」案<sup>11</sup>(A,B,C,GHQ)(GHQ/SCAP文書ESS(A)-03405,03406,03407)

<sup>11</sup> 一般的に「カイク」案とは,米国側の最初の立法担当者であるカイク(Kime)氏(日本側は「カイク判事(Judge Kime)」と呼んでいたようである。)により1946年8月(日にちは不明)に提示された法案であり,

「カイク」案には、二つの英語版とそれらに対応する日本語訳と対応しない日本語訳が存在する。

10月1日：産業秩序に関するカイク案実質的規定に対する意見（商工省事務局）(D)

10月8日：経済秩序に関する示唆に対する意見（A, GHQ, B, C）(GHQ/SCAP 文書 ESS(C)-09603)

これらは、「カイク」案の概要を整理し、日本の実情に照らした緩やかな規制にしたい旨の日本側の意見であり、10月10日において司令部に「非公式意見」として提示された。

10月9日：経済秩序に関する示唆の要綱（A, B, C）

11月1日：独占禁止法制定準備の趣旨について（C）

11月4日：独占禁圧並びに不正競争防止に関する法律案要綱（商工省企画室）(D)

11月8日付の法律案要綱の下書き原稿である。

11月8日：不正競争の防止及び独占の禁圧に関する法律案要綱（商工省企画室）(B, C)

これは、「カイク」案と1946年1月末から公表された商工省名の日本独自案とのいわば折衷説をとっている。

全体の構成は「カイク」案を継承しているが、内容において大幅に緩やかな規制のみを採用するものである。

11月16日：独占禁止法制定準備の趣旨について（C, A）

制定準備の趣旨が書かれている。Cは手書き原稿であり率直な記述がなされているが完成版では当たり障りにないものになっている。

11月20日：「不正競争の防止及び独占の禁止に関する要綱案に対する修正意見」司法省刑事局経済課長（A）

乙案を支持している。

12月2日：独占禁止制度要綱に関する件（案）(A, B, C)

12月4日：サルウィンがESS・ACDの課長に就任<sup>12</sup>

12月5日：独占禁止制度要綱に関する件（案）(A, B, C)

これらでは、法案の骨子が表形式でまとめられている。「事項」、「米国の立法例」、「甲案」および「乙案」からなり、「甲案」は、米国法をモデルとした「カイク」案に類似

---

米国側の意図を踏まえて日本側が立法作業を開始することとなった最初の時点と位置付けることもできる。「カイク」案については、原始独禁法制定後には、「カイク氏案」、「カイク氏試案」等様々な名称がつけられている。独禁法制定過程の当時の資料において用いられていることが確認できた名称は、「『カイク』案」、「カイク氏試案」であり、本稿では「カイク」案と記載する。「カイク」案の原始独禁法との連続性等位置付けについては、泉水文雄「独禁法上の基本概念の立法史的検討」正田彬先生古希祝賀『独占禁止法政策の理論と展開』（1999）66頁以下参照。なお、カイク判事の略歴等は長い間不明とされたが、1990年代になって明らかになった。上杉秋則「カイク判事の実像を求めて」公正取引553号30～37頁（1996）参照。

なお、「カイク」案より前にも商工省企画室が1945年12月20日と1946年1月28日付の独自の「産業秩序法案」を出している。しかし原始独禁法の趣旨とは大きく異なるものである。

<sup>12</sup> カイク氏の後任である。なお、原始独禁法の成立までの過程を米国側からみたものは、サルウィン氏の1947年3月15日及び3月20日の文書が唯一のものである。

する内容であり、「我国の事情を考慮しつつ主として取締の徹底に主眼点を置いて立案したもの」とされ、「乙案」は「取締の徹底を期しつつ我国の事情を考慮して折衷した案」とし、「甲案」よりも独自色が強い。12月5日、6日のものがあり、いくつかのバージョンおよび別の資料がある。甲案、乙案が、「参考」、「規定趣旨」へと名称を変えていった。12月14日のものが最後であるが「未定稿」とされている。次の法律案作成作業において用いられたのであろう。

12月7日：独占禁止制度要綱に関する件（司令部提出用）（A，C）

日本側による法律案作成と司令部の承認を得て国会提出という方針を決定した。

経済閣僚懇談会において決定されたことを通知する内閣事務官の文書もある。

12月10日：独占等の禁止制限に関する法律案（商工省産業復興局）（A）

12月11日：Outline of the Antitrust Law（GHQ）（GHQ/SCAP文書ESS(C)-09598）

一連の要綱の内容に基づいて、日本側が英語版の法案を初めて作成した。

12月14日：「独占禁止制度の関する件」独占禁止準備調査会幹事長・内閣副書記官長・周東英雄（昭和21年12月14日）

：「意見聴取を行うべき人の案」（A）

：独占禁止制度要綱に関する件（未定稿）（A，C）

12月16日，18日：会議メモ（Conference Report）（A，GHQ）（GHQ/SCAP文書ESS(C)-09598）

前記のOutline of the Antitrust Lawについて米国側が批判を行った。

特に、立法作業においてはSCAPからの助言及び同意を必要とすること、「カイク」案と先のOutlineの両方を検討することを指示した。

12月20日：（発表）独占禁止法案の準備について（A）

：（資料）独占禁止制度において問題になる諸項目（A）

：On Preparation of Anti-monopoly Draft Bill（GHQ）（GHQ/SCAP文書ESS(C)-09598）

：独占等の禁止制限に関する法律案（商工省産業復興局）（A）

上の3つは、独占禁止準備調査会が、独禁法案骨子を発表したことを受けた報道発表文と法律案の関連資料である。最初の資料には、「草案を公表し公聴会を開催しうるに至るまでには、尚相当な時日を要する見込みである。」とあるが、この草案に相当するのが最後に記した法律案である。第二の「資料」は当時の各規定に関する問題意識をよく現している。この法律案は、翌年1月1日の法律案の原案という位置づけもでき、条文形式で作られている。

12月21日：「独占禁止制度に関する打合せの件」

：独占禁止法案の準備に関する発表及び説明について（A，B）

前者は、「独占禁止準備調査会幹事長・周東英雄名」で、独占禁止準備調査会メンバーを招集するものである。幹事は経済安定本部，法制局，終戦連絡中央事務局，大蔵省，

司法省，農林省，商工省，運輸省から任命された。後者は，「経済安定本部第1部・橋本事務官」名で「幹事殿」に宛てて出されている。橋本事務官とは，橋本龍伍氏である。米国側から正確な報道をするよう要請され，日本側がそれに対応した。別紙として「独占禁止法案の準備について」，付属資料として「独占禁止法制定準備の趣旨について」，「独占禁止制度において問題となる諸項目」を添付している（12月20日の資料参照）。

## 1947年

- 1月1日：私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案（商工省）（A）  
原題は「独占等の禁止制限に関する法律案」であり，「原始独禁法」の原型である。この原題が法律案の題名に変更された。この時，現行独禁法の正式名称が初めて登場する。「私的独占」と「不当な取引制限」は「状態」規制として書かれている。
- 日付不明（1月1日～15日）：私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案（A）  
1月1日の法律案の修正版である。適用除外についての修正が多い。「不公正な競争方法」が不正競争防止法と完全に分離された。
- 1月2日：ESS 経済科学局（LA 労働課）文書（GHQ）（GHQ/SCAP 文書 ESS(C)-09598）
- 1月10日：独占禁止法案の追加修正（農林省）（A）
- 1月15，17日：私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案（A）  
上記の日付不明の法律案の修正版である。同じく適用除外に関する修正が多い。「私的独占」と「不当な取引制限」が「行為」規制へと修正された。
- 1月20日：私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案（A）  
試案の原型である。共通要件の3つがここで登場した。
- 1月22日：私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（試案）（A，B，D）  
これまでの法律案には労働組合の適用除外規定がはいっていたが，この後は消滅する。
- 1月23日：「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案」立案要旨（B）  
各規定の立法趣旨を説明している。
- 日付不明：立案要旨（？）（1月22日～28日）：（D）  
立案要旨と類似し，各規定の立法趣旨を説明している。立法趣旨を示す資料は，この2つの立案要旨と考えられる資料，後述の2月8日の資料，及び，本会議用と委員会用の法律案説明資料があるのみであるが，この2つの資料は条文が形成される途上でのものであり貴重である。
- 日付不明：私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（試案）（A，D）  
1月22日付けの試案の修正版であり，1月28日付けの司令部提出用試案の下書き原稿である。
- 1月24日：独占禁止法案に対する意見（農林省）（A）  
協同組合の取扱に関する意見が述べられている。

- 1月25日：緊急連絡（内閣事務官橋本龍伍）（C）  
「不当な独占」及び「取引の不当な制限」に関する共通要件が出現した。
- 1月27日：閣僚次官会議（A）
- 1月27日：サルウィンとの会議  
：「昭和22年1月27日閣僚次官会議，首相官邸」（A）  
内容は協同組合の適用除外等についてである。後者は日本側のメモである。
- 1月27日：Agricultural Cooperative in Relation to the Anti-Trust Law, Ministry of Agriculture and Forestry（A，GHQ）（GHQ/SCAP 文書 ESS(C)-09598）
- 1月28日：私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（試案） 司令部に提出するもの（A，C，D）  
「私的独占」の「排除」・「支配」の要件が確定した。
- 1月28日：次官会議
- 2月4日：独占禁止法案をGHQに提出
- 2月4日：Law relating to Prohibition of private monopoly and preservation of lawful trade；Tentative Draft（GHQ）（GHQ/SCAP 文書 ESS(C)-09597）  
共通要件における「競争」の要件が手書きにより登場した。
- 2月5日：サルウィンの個人的チェックリスト（GHQ，B）（GHQ/SCAP 文書 ESS(C)-09597）  
Tentative Draft に対するサルウィン氏の個人的なチェックリストである。翌日付のGHQ 意見の原型と考えられる。
- 2月6日：司令部で会合<sup>13</sup>  
：独占禁止法案に対するGHQ 側意見（2月6日，企画室）（A）
- 2月6日：独占禁止法案に対するGHQ 側意見（A）
- 2月6日：独占禁止法案に関するG.H.Q.側意見（D）
- 2月8日：カイク氏案を変更した点及びその理由（D）
- 2月5日：独占禁止法に対する修正意見（1）（司令部）（B）
- 2月10日：独占禁止法案に関するG.H.Q.との折衝（2）（D）
- 2月10-28日：橋本・柏木と米国側の会談（GHQ）（GHQ/SCAP 文書 ESS(C)-09597）
- 2月13日：独占禁止法案に関するG.H.Q.との折衝（3）（D）
- 2月19日：独占禁止法に対する修正意見（二）（B）
- 2月21日：独占禁止法に対する修正意見（三）（B）  
共通要件が「競争を実質的に制限する」へと修正された。
- 2月22日：私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（修正試案）（A）  
2月25日の下書き原稿であり。国際的協定・契約が初めて規定される。

<sup>13</sup> 以後，日本側が司令部に出向いて交渉がなされる。交渉の場に主としていたのは，日本側は（安本）橋本龍伍氏（三菱商事から大蔵省出向）柏木一郎氏であり，米国側はサルウィン氏である。このことは，様々な史料からも明らかであり，多くの英語版の会議等のメモにこの三人の名前が記述されている。

- 2月25日：私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（修正試案）（A，B）  
共通要件が確定した。
- 2月24日：Law relating to Prohibition of private monopoly and preservation of Fair Trade ; Revised draft（GHQ）（GHQ/SCAP 文書 ESS(C)-09596）  
「不当な取引制限」における「遂行」要件が手書きで挿入された。
- 2月25日：Prohibition of Private Monopoly and Preservation of Free Trade Bill ; First Revised Draft（GHQ）（GHQ/SCAP 文書 ESS(C)-09595）  
英語版の二つ目のバージョンである。「共同行為」について修正がなされた。
- 2月26日：橋本龍伍からサルウィンへのメモ：企業結合関係（GHQ）（GHQ/SCAP 文書 ESS(C)-09596）
- 3月6日：私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（第2次修正試案）（A，D）  
「私的独占」の要件が確定した。
- 3月6日：Law relating to prohibition of private monopoly and preservation of Fair Trade ; Second Revised Draft（GHQ）（GHQ/SCAP 文書 ESS(C)-09595）  
「私的独占」，「不当な取引制限」，「不公正な競争方法」の要件の文言が確定した。
- 3月9日：私的独占の禁止その他公正取引の確保に関する法律（第3次修正案）（A，C）  
「自然独占」に関する適用除外規定が登場した。
- 3月11日：Law relating to Prohibition of Private Monopoly and Methods of Preserving Fair Trade ; Third Revised Draft（GHQ）（GHQ/SCAP 文書 ESS(C)-09595）  
「不当な事業能力の較差」の3要件が登場した。
- 3月11日：私的独占の禁止その他公正取引の確保に関する法律（第4次修正案）（A，C）  
微修正がなされた
- 3月11-14日：Revised Draft（2月25日版）へのメモ（GHQ）（GHQ/SCAP 文書 ESS(C)-09595）
- 11日：Revised Draft of “Prohibition of Private Monopoly and Preservation of Free Trade Bill,” by IJG, ESB, Date 25 February 1947, comments on (TKW/GFS/nh)
- 12日：Comments on Proposal Bill Entitled “Prohibition of Private Monopoly and Preservation of Free Trade Bill,” (TKW/WEM/nh)
- 14日：Revised Draft of a Law Relating to the Prohibition of Private Monopoly and Preservation of Free Trade (VHK/TKW/CWB/nh)
- 3月12日：独占禁止法法案，閣議（外国会社の修正が必要になり決定に至らず）
- 3月15日：私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（第五次修正試案）（A，C）  
「不当な事業能力の較差」の要件が確定し，「不当な取引制限」の「遂行」要件が挿入され，「不公正な競争方法」の要件が確定した。なお，「共同行為」，「国際的協定・契約」については「保留」とされている。「不当な事業能力の較差」の「私的独占」に関

する3要件が確定した。

3月15日：Bill relating to prohibition of private monopoly and other methods of preserving of fair trade (GHQ)(GHQ/SCAP 文書 ESS(C)-09594, 09603, 09604, 09596)

いくつかのバージョンがあるが、第五次修正試案の英訳である。「不当な取引制限」に「遂行」要件が挿入された。「国際的協定・契約」に関する待機期間の規定があるバージョンとないバージョンがある。

3月15日：サルウィンメモ (GHQ)(GHQ/SCAP 文書 ESS(C)-09594)

サルウィン氏の就任以降の回顧録的なメモである。「原始独禁法」の政治的制定過程について記述している<sup>14</sup>。

日付不明：私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案 (B, C)

3月18日：独占禁止法法案，閣議決定

3月20日：サルウィンメモ (GHQ)(GHQ/SCAP 文書 ESS(C)-09594)

サルウィン氏による「原始独禁法」制定の最終段階についてのメモである。法案の骨子を記述している。

3月22日：発表 (C)

日付不明：「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案」の提案の理由説明 (本会議用)(C)

日付不明：「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案」の提案の理由説明 (委員会用)(C)

3月22日：独占禁止法法案，衆議院に提出

3月24日：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 (商工省)(D)

商工省による「原始独禁法」の議会用説明資料である。

3月28日：特別委付託

3月29日：独占禁止法案提案理由説明 (衆議院石油配給公団法案外4件委員会)(30年史)

3月31日：衆議院，原案どおり可決

3月31日：貴族院に送付可決<sup>15</sup>

<sup>14</sup> 詳細は省くが、2月28日に修正法案(おそらく2月25日の英語版の修正試案)を受け取った直後、GHQ民生局のエレノア・ハドレー女史(Hadley)が国会の次期会期において法案は成立させるべきではなく、5月頃まで延ばすことはできないかとの質問をしたと記述している。これに対しては(日本側か米国側かは不明であるが)遅延の合理的理由がないこと、可能なことはすべてすべきことを内容とする回答を行い、一定の議論を経て4月総選挙という事情を考慮して、3月末までに国会提出を確認したとも記述している。

<sup>15</sup> 独禁法制定後の第二次的な資料ではあるが、日本側の中心的な立法担当者であった橋本龍伍氏や手続・組織に係る諸規定を担当した石井良三氏による原始独禁法の解説書が公刊されている(石井良三『独占禁止法』(1947)、橋本龍伍『独占禁止法と我が国民経済』(1947)そのほかに、商工省企画室『独占禁止法の解説』(1947))。さらに、当時の立法作業に参加していたといわれる(当時は東大院特別研究生の)矢沢惇氏による論文もある(「アメリカにおける反トラスト法の形成」(以下「矢沢・形成」という。))、「独占禁止法の基本理念」(以下「矢沢・原理」という。))矢沢惇『企業法の諸問題』419頁、457頁(1981)。本稿では、二次資料と断った上で、これらにも触れている。

4月14日：独占禁止法公布

7月1日：独占禁止法施行

## 第2章 各規定の検討

### 第1節 法構成の枠組みと目的規定の形成

(1) 原始独禁法の原型としての1月1日付法律案

第1章第2節で述べたように、原始独禁法の原型として、条文形式を採用した詳細な史料として、まず、商工省による1947年1月1日付の「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案」<sup>16</sup>がある。この法律案が原始独禁法の直接の起源であり、ここにおいて法律の名称が確定した。この法律案においては主要な実体規定は、以下のように構成されていた（各規定の具体的な条文の内容は第4章資料編を参照）。

#### 第1章 総則

第1条 目的

第2条 不当な独占の定義

第3条 取引の不当な制限の定義

第4条 不正な競争行為の定義

#### 第2章 不当な独占

第5条 不当な独占の禁止と排除措置

第6条 不当な独占を生じさせる虞のある不当な較差への前条の準用

第7条 不当な独占を生じさせる虞のある結合の禁止と排除措置

第8条 不当な独占を生じさせる虞のある資産取得の禁止と排除措置

第9条 事業者の株式（所・保）有の制限・金融事業者による株式（所・保）有の制限と排除措置

第10条 第三者による株式の（所・保）有の制限

第11条 事業者及び第三者による株式の（所・保）有の制限

第12条 事業者以外への準用

第13条 役員兼任の制限

#### 第3章 取引の不当な制限

第14条 取引の不当な制限の禁止と排除措置

<sup>16</sup> 各条文の見出し（タイトル）は、法律案には記載されていないので、執筆者が暫定的に名付けた。なお、公取委資料Aには、この法律案の下書きである手書き原稿が存在する。この手書き原稿の段階では、法律名が「独占等の禁止制限に関する法律案」となっている。これは、1946年12月20日付の法律案と同じ名称であり、この名称の共通性からもこの二つの法律案に（相違点は数多くあるが）連続性があることがわかる。

第15条 取引の不当な制限の推定規定

第16条 取引の不当な制限を生じさせる虞のある特定の行為の禁止と排除措置

#### 第4章 不正な競争行為

第17条 不正な競争行為の禁止と排除措置

第18条 不正な競争行為の種類

#### 第5章 適用の特則

第19条 特定の事業法令や国営の事業分野

第20条 無体財産権

第21条 一定の組合の行為

第22条 特定の事業法令に基づく行為

(以下、独占禁止委員会、損害賠償、罰則、附則と構成されている)

このように、1月1日付の法律案において、「不当な独占」と「取引の不当な制限」を中心に置いた規制体系である原始独禁法の基礎となる法構成の枠組みがほぼ完成していたと理解してよいであろう。

#### (2) 目的規定

原始独禁法立法過程の出発点ともいえる「カイク」案には二つのバージョンが存在すると指摘されてきたが<sup>17</sup>、公取委資料AおよびGHQ資料において二つとも確認された。

このように、英語版の「カイク」案には二つのバージョンが存在するが、特に目的規定に関して、この二つのバージョンの間に大きな違いが確認される。すなわち、一つ目のバージョンにおける目的規定を以下のように3つ( , , )に区分すると、二つ目のバージョンでは だけが規定されているのである。

「挑戦せられることのない経済的勢力は創意を殺し、節儉を止め、活気を抑圧すること、競争を免れてゐることは産業の進歩の麻醉剤であり、敵対は之に対する刺激剤であること、独りだけで良いことをしようとする不可避的な気持ちを拘制するために絶えざる緊張の拍車をかけることが必要であり、勢力は腐敗する傾向あり、而して絶対的勢力は絶対に腐敗するものである。( **Believing that possession of unchallenged economic power deadens initiative, discourages thrift and depressed energy; that immunity from competition is a narcotic, and rivalry is a stimulant, to industrial progress; that the spur of constant stress is necessary to counteract an inevitable disposition to let well enough alone, power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely.** )」

「本法の目的は、経済の進歩並に発展の諸条件を最も広汎に促進することにある。即ち、事業又は商業取引に於ける生産、分配及び取引の拡充、市場及び原材料への公平なる参加、高度の雇傭と国民実所得の維持、並に制限的列挙に非ざるも、左に掲

<sup>17</sup> 『昭和財政史第2巻』(前掲脚注4参照)452頁注(12)に記述がある。

げる制限的事業慣行を企図する結合又は取極の防止，これである。

- (一) 価格及び販売条件の決定
- (二) 市場又は地域の分配
- (三) 生産，取引又は分配の制限
- (四) 技術又は発明の抑圧
- (五) 特定の事業分野よりの企業の排除又は特定の会社個人に対するボイコット又は差別扱
- (六) かかる目的を無益にする慣行への参加
- (七) 共同の行為により需給の正常の作用を妨げる慣行への参加
- (八) 如何なる名目においても，各種の方法により取引，産業又は商業に対し不当の圧迫をなし，又は制限をなすが如き慣行への参加

これは取引，産業又は商業が自由に独立的な単位に組織され，互に効果的な競争をなすことによって，公衆がより経済的に奉仕され，独占的勢力の顛覆的又は強制的影響から，保護せられる為である。」

「本法は平和的民主的諸力の成長に寄与するような型の経済的手段及び制度の発達を助長することを目的とする ( This act is to encourage the development of economic ways and institutions of a type that will contribute to the growth of peaceful and democratic forces. )」

以下，関係する各史料を整理する。

英語版の一つ目のバージョンとしては，( 1 ) Cにある「Restricted “An Act to Promote and Preserve Free Trade and Fair Competition」( 日付不明・タイプ打ち )，( 2 ) 公取委所蔵史料 ( ver. 1 )にある「Restricted “An Act to Promote and Preserve Free Trade and Fair Competition」( 日付不明・タイプ打ち ) ( 3 ) 公取委所蔵史料 ( ver. 2 )にある「Restricted “An Act to Promote and Preserve Free Trade and Fair Competition」( 日付不明・タイプ打ち ) ( 4 ) GHQ 史料 ( ver. 1 )にある「Restricted “An Act to Promote and Preserve Free Trade and Fair Competition」( 日付不明・タイプ打ち ) が該当する。

英語版の二つ目のバージョンとしては，( 5 ) GHQ 史料 ( ver. 2 )にある「Restricted “An Act to Promote and Preserve Free Trade and Fair Competition」( Kime 8/6/46・タイプ打ち ) が該当する。

同様に，「カイク」案の日本語訳に関しても数多くのバージョンが存在する。

特筆すべきは，上記の二つの英語版に対応させて日本語訳の史料を整理すると，二つの英語版とは異なるバージョン，すなわち， を含めない と を目的規定とするバージョンが存在するという点である。このように英語版には対応していない日本語の史料としては，( 6 ) 公取委所蔵史料 ( 手書き - 1 )にある「昭和二十二年一月」と日付表記のある「自由取引及び公正競争の促進，維持に関する法律 カイク氏試案」( 下記の ( 手書き - 2 ) の下書き版で，手書き修正があり，これが ( 手書き - 2 ) に反映・ の部分が手書き，

の部分はタイプ打ち),(7)公取委所蔵史料(手書き-2)にある「昭和二十二年一月 終戦連絡中央事務局」と日付等表記のある「自由取引及び公正競争の促進・維持に関する法律 カイム氏試案」<sup>18</sup>が該当する。

そして、英語版の一つ目のバージョン(1)~(4)に対応する日本語訳の史料としては、(10)Cにある「昭和二十二年一月 終戦連絡中央事務局」と日付等表記のある「自由取引及び公正競争の促進・維持に関する法律 カイム氏試案」だけである。

英語版の二つ目のバージョン(5)に対応する日本語訳の史料としては、(11)旧大蔵省資料「自由取引及び公正競争の促進維持に関する私的試案(カイム氏試案)(昭和二一・九・一七)」、(但し、列挙の行為類型が六つしかなく、訳出されていない箇所もあることに留意)、(12)旧大蔵省資料「産業秩序に関するカイム氏試案(仮訳)二一・九・一七商工省事務局」(前記の公取委所蔵史料(手書き-1))の修正前原稿<sup>19</sup>が該当する。

以上のことから、第一に、目的規定においてのみを規定している1946年8月6日と日付表記のある英語版の二つ目のバージョン(5)の日本語訳(11)~(13)は、「カイム」案の最も早い日本語訳として1946年9月17日に完成していることになる(もっとも、日本語訳の精度は極めて低い。)

第二に、各史料の連続性(日本語訳の修正と史料への反映)に基づいて考えると、日本語訳の史料(11)~(13)の後、日本側は、英語版には対応する史料がないとを内容とする日本語訳(6)~(9)を作成したと推測することができる。日付は1947年1月である。

第三に、英語版の一つ目のバージョン(1)~(4)に対応させた、唯一の日本語訳(10)は、日本語訳(6)~(9)と同じ1947年1月と日付表記されている。この点に関して、目的規定の日本語訳があるのは(10)だけであることは、に対する日本側の考えを検討する上で、後述の1947年2月8日付の旧大蔵省所蔵資料「カイム氏案を変更した点及びその理由(商工省企画室)」との関係を推測させるものと考ええる。

なお、二つの英語版について、一つ目のバージョン(1)~(4)を第一稿、二つ目のバージョン(5)を最終稿と説明する見解<sup>20</sup>もあるが、前述のように史料の連続性の観点からは疑わしいと言える。もっとも、米国側内部(Kime自身)の二つの英語版作成に係る順序について上記見解が事実であるとする場合、日本側内部において日本語訳の作業の順序が逆となったと考えることもできる。

これに対する日本側の対応は、1946年10月1日付の「産業秩序に関するカイム案実質の規定に対する意見」(商工省事務局)において、「カイム」案の目的規定について、「

<sup>18</sup> 第二次資料として、(8)『独占禁止政策三十年史』に掲載されている「昭和22年1月終戦連絡中央事務局」との日付等表記のある「自由取引及び公正競争の促進維持に関する法律 カイム試案」,(9)『独占禁止政策五十年史(下巻)』に掲載されている「(昭和22年1月終戦連絡中央事務局訳による)」という日付等表記のある「自由取引及び公正競争の促進・維持に関する法律 カイム氏試案(昭和21年8月提示)」がある。

<sup>19</sup> 第二次資料として、(13)『昭和財政史2 独占禁止』における「産業秩序に関するカイム氏試案(仮訳)」・「二一・九・一七商工省事務局」がある。

<sup>20</sup> Harry First, Antitrust in Japan: The Original Intent, 9 Pacific Rim Law & Policy Journal 1, at 35-36 (2000).

諸説の如き条件を附するといふことで、原則的に同意する。」として賛成するものであった（なお、法律名については、「公正なる取引及び競争の促進に関する法律」としている）。

これを受けて、11月8日付の法律案要綱は、「この法律は、企業の公正且つ活発な活動を阻害する不正な競争行為及び不当な制限を抑制し、並びに企業の均等且つ広汎な自主的発展の条件を制約する所有及び支配の過度の集中及び独占を禁圧し、以て国民経済の安定並びに進歩の基礎を確立することを目的とすること。」と具体的に記述している。

1946年12月2日付のものから始まりいくつかのバージョンがある日本側の「独占禁止制度要綱」における目的規定の変遷をみると、以下のとおりである。

米国の立法例	甲案	乙案
筆者注：白紙	取引の拡充，市場及び原材料への衡平な接続，雇傭と国民実所得の高水準の維持，並に左の事項を企図する制限行為の防止 (1)販売の価格及び条件の固定 (2)市場の分配 (3)生産，取引の制限 (4)技術抑圧 (5)特定企業の排除 (6)需給の正常操作を妨げる行為への参加 (7)制限的行為への参加 右による経済の進歩発展の諸条件の促進	企業の行正（原文ママ）な活動を阻害する不正な競争行為及び不当な取引制限の抑制並びに企業の均等な自主的発展の条件を制約する所有及び支配の過度の集中の禁止 右による国民経済の安定と進歩の基礎の確立並びに最終消費者の利益の確保

（12月2日付「独占禁止制度要綱（案）」）

その後、12月5日付「独占禁止制度要綱（案）」では、特に乙案のみが以下のように、修正され、12月7日付「独占禁止制度要綱に関する件（註：司令部に提出するもの）」と、12月14日付「独占禁止制度要綱に関する件（未定稿）」に継承された。

「企業の自主的発展の均等な機会を制約する所有及び支配の過度の集中の禁止並びに企業の公正な活動を阻害する不当な取引制限及び不正な競争行為の抑制

右による国民経済の安定と進歩の基礎の確立並びに最終消費者の利益の確保」

そして、GHQ資料にある1946年12月11日付の日本側が作成した英語版 Outline of the Antitrust Law では、以下のように規定していた。

「Prohibition of excessive concentration of possession or control, which limits equal opportunity for the free development of enterprises; suppression of unreasonable restraints on business transactions or unfair methods of competition, which obstruct (原文ママ) the normal and legitimate operation of enterprises; establishment thereby of the foundation for the stabilization and progress of national economy, and also protection of the interests of the ultimate consumer.」

「筆者訳：企業の自由な発展に係る均等の機会を制限するような所有又は支配の過度の集中、企業の通常の、そして、適法な事業活動を阻害する事業活動、取引に係る不当

な取引制限の抑圧，あるいは，不公正な競争方法の禁止より，国民経済の安定化と進展に係る基盤を確立し，最終消費者の利益を保護すること。」

このように，Outline は要綱をそのまま英語訳したことがわかる。

1946 年 12 月 20 日付の「独占等の禁止制限に関する法律案」では，「この法律は，国民経済の健全な発達を促進し，一般消費者の公正な利益を確保するために，事業の自由と平等とを制約する不当な独占，取引の不当な制限，不正な競争行為等を禁止し又は制限することをもって目的とする」として，それまでよりも簡略化した書きぶりに修正し，目的を前半部分に，そのための（規制）手段を後半部分に位置を逆転させている。また，「不当な独占」，「取引の不当な制限」，「不正な競争行為」と具体的規制対象を列挙していく書き方は，その後の法案に受け継がれた。

一連の初期の史料では，規制対象の列挙に続いて「国民経済の発達」と「消費者利益の確保」が常に並んで規定されており，「カイク」案を承継している。

公取委資料 A にある 1947 年 1 月 1 日付の商工省名の「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案」では，以下のように目的規定を定めていた。

「この法律は，事業の公平且つ自由な活動を制約する不当な独占，取引の不当な制限及び不正な競争行為を禁止し又は制限することにより，国民経済の健全な発達を促進し，一般消費者の公正な利益を確保することを目的とする。」

その後，公取委資料 A にある日付不明（1 月 1 日から 1 月 15 日の間）の上記商工省名の法律案と同じ名称の法律案では，以下ようになった。

「この法律は，事業活動を容易且つ旺盛にし，その機会の均等を保証し，雇傭及び国民所得の水準を向上するため，事業の公平且つ自由な活動を制約する，取引の不当な制限，不当な独占及び不正な競争方法を禁止し又は制限することにより，国民経済の健全な発達を促進し，一般消費者の公正な利益を確保することを目的とする。」

この法律案では，第一に，前半部分に「カイク」案に回帰するような内容として，「事業活動を容易且つ旺盛にし，その機会の均等を保証し，雇傭及び国民所得の水準を向上」が加わり，第二に，不当な独占と取引の不当な制限の順序が入れ替わり，第三に，不正な競争「行為」が不正な競争「方法」と変更されている。

1 月 15 日及び 17 日の公取委資料 A にある「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案」（15 日版には手書き・タイプ打ち，17 日版はタイプ打ち）では，以下ようになった（なお，「確保」（以前）が「確得」（15 日版）となり，再度「確保」（17 日版）となった）。

「この法律は，不当な独占，取引の不当な制限及び不正な競争方法を防止して，公正な事業活動を自由且つ旺盛にし，雇傭及び国民所得の水準を高め，以て，一般消費者の利益を確保すると共に，国民経済の健全な発達を促進することを目的とする。」

ここでは，上記の日付不明の法律案から，大きく文言の位置を変更して，規制手段とそれにより達成される目的を「以て」でつなげ，原始独禁法の形に近くなり，1 月 20 日の公

取委資料Aにある「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案」でも継承された。

同様に、1月22日付の公取委資料Aの「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(試案)」,そして、1月28日付の「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(試案) 司令部に提出するもの」では1月20日のものから変更されなかった。

この段階での目的規定の趣旨としては、1月23日付の旧大蔵省資料「『私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案』立案要旨」に、以下のような記述がある。

「第1章 総則について

(1)まず、本法の目的を掲げ、本法運用の大原則を鮮明ならしめたこと。特に本法の判例法的性格を考慮して、運用の基準たるべき目的に重要な意義をもたせてあること(第1条)(註)『カイク』案第1条『目的』を参考としたこと」

ここでの「カイク」案を参考としたとするのは、「カイク」案の目的規定全体を指すと考えられるが、中でも「消費者利益」と「国民経済の発達」は直接に参考にされている。

また、日付不明(1月22日から1月28日の間)の内閣法制局資料では、以下のような指摘が行われている。

「『防止』とあるのは、本法が取締る対象は、三種の行為の他、事業能力の較差という一つの状態であり、この状態は、違法行為予防の話から把へられたものだからである。」

「『公正な事業活動を自由且つ旺盛にし、雇用及び国民所得の水準を高め』とは、正常な事業活動の機会均等を保障し、且つ労働者、消費者をも含めた全般の福祉を増進するという根本思想を少々具体的に述べたわけで、更に『一般消費者の利益を確保すると共に、国民経済の健全な発展を促進する』とこれを究極の目的にもうたったのである。」

以上に加えて、「目的を二段階に分けて詳しく美しく述べたのは、経済憲法的性格をもつ本法の趣旨は極めて重要なものと思うからである」としている。

そして、1月28日付の日本側の法案が、2月4日付で司令部に英語版の Tentative Draft として提出され<sup>21</sup>、そこでは以下のように規定されていた。

「この法律は、不当な独占、不当な取引制限及び不公正な競争方法を防止し、そして、禁止することで、適法な事業活動の自由と促進を確保し、雇用水準と国民実所得を高め、以って、消費者利益を保護しつつ国民経済全体の発展を推し進めることを目的とする。」

「This law, by preventing and prohibiting unreasonable monopolization, unreasonable restraints of trade and unfair methods of competition, aims to ensure the freedom and the promotion of lawful enterprises, and to heighten the levels of employment and national real income, and thereby to accelerate, while protecting the consumer's interest, the wholesome development of national economy.」

この日本側の法案の提出を受けて、2月5日付の旧大蔵省資料「独占禁止法に対する修正意見(一)(昭二二・二・五-一二司令部意見)」では、以下の点が指摘されていた。また、

<sup>21</sup> 『昭和財政史第2巻』(前掲脚注4参照)434頁に記述がある。

同日付のサルウィン氏による個人的メモは、「競争促進」、「経済集中の解体や民主主義」に関する文言が欠如していると指摘している。

「本法の目的を明瞭に規定すること。すなわち、(1)自由競争を助長せしめること。(2)民主主義的経済の樹立を図ること。(3)権力の集中を防止すること。(4)自由企業を抑制しないこと。(5)民主主義を確保することを規定すること。」

この修正意見に対する日本側の対応は以下のとおりである。

すなわち、2月6日付の公取委資料A及び内閣法制局資料にある商工省企画室名での「独占禁止法案に対するGHQ側意見」では、以下のような記述がある。

「GHQ側意見

1. 第1条の目的はあまりに漠然としており、左の事項を入れること。

- (イ) 自由競争を助長すること。
- (ロ) 民主主義経済を確立すること。
- (ハ) 権力の集中を防止すること。
- (ニ) 事業の自由を抑制しないこと。
- (ホ) 究極においては民主主義の確保となること。

答弁及理由

- (イ) その言葉を日本的に表現すれば第1条の如くなる。
- (ロ) 民主主義なる法律的表現はおかしい。
- (ハ) 民主主義なる法律的表現はおかしい。」

このように司令部意見に対して日本側は抵抗の答弁を用意したが、GHQ側意見の(イ)については「公正且つ自由な競争を促進」に、(ロ)及び(ホ)については、わずかに抵抗を見せたものの(2月22日付の修正試案の史料のみには条文上挿入されていない)「民主的」という文言が結局は挿入されることとなる。(ハ)については、「事業支配力の過度の集中を防止」に対応していると理解されうるが、日本側の「答弁及理由」では「権力の集中」の防止も民主主義と同一に捉えていたのかもしれない。(ニ)は「一切の事業活動の不当な拘束を排除」という文言を追加することで米国側の指示に従ったことになる。

この段階で初めて「公正且つ自由な競争」という文言が登場し、これ以降の法案に組み込まれることになった。また、後述する共通要件の文言の変遷において、この時期において「事業活動一般」から「競争」に文言が変更されたことから、「競争」という概念が目的規定において明確に位置付けられることになった。

また、2月8日付の旧大蔵省所蔵資料「カイク氏案を変更した点及びその理由」(商工省企画室)は、「『経済的絶対勢力の害』及び『無競争の害』を直接表現しない。」と指摘し、「思想の問題故直接現はさない。」とその理由を述べている。このような日本側の「カイク」案に対する批判は、前述の目的規定の特に「及び」に向けられたものであると考える。上記の2月6日付「独占禁止法案に対するGHQ側意見」における日本側答弁理由とも共通すると言える。

そして、下記の2月25日付の修正試案の下書き原稿である2月22日付の公取委資料A「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（修正試案）」では、以下のように規定され、全体の枠組みは2月25日付の修正試案に継承された。

「この法律は、不当な独占，取引の不当な制限，不正な競争方法及び事業支配力の過度の集中を防止して，協定，結合等の方法による生産，販売，価格，技術等の制限，その他，一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより，公正且つ自由な競争を促進し，個人の創意を發揮させ，事業活動を盛んにし，雇傭及び国民所得の水準を高め，以て，一般消費者の利益を確保すると共に，国民経済の健全な発達を促進することを目的とする。」

ここで，前半部分に「事業支配力の過度の集中を防止」する点が入った。これは，先の2月5日付の司令部修正意見（一）における「権力の集中を防止すること」という意見に対応していると考えられる<sup>22</sup>。

この文言についてさらに検討を加えるならば，目的規定の文言の順序と，法の章立てとの関係を考慮する場合，規制対象としての行為類型として企業結合全体に対する規制目的を指すことになろう<sup>23</sup>。また，法案における企業結合規制の位置付けの変遷からも同様のことが言える。すなわち，1月28日付の司令部提出用試案以前はいわゆる企業結合規制は，私的独占と不当な取引制限に包含されていたが，1月28日付の司令部提出用試案では，較差規制において，較差を生じる場合に企業結合規制が行われるとしていた。その後，2月上旬の日米の交渉の過程である公取委資料Aにある「独占禁止法案に関するG.H.Q.との折衝(2)1947年2月10日商工省企画室」<sup>24</sup>において初めて持株会社に対する規制の必要性が登場し，公取委資料Aにある2月19日付の史料により，持株会社に対する規制を内容とする規定が準備されていることがわかる。

そして，2月25日付の修正試案（正確にはその下書きである2月22日付の修正試案）において，持株会社に対する規制とともに，企業結合に対する規制が独立の章立てとなり，同時に目的規定に上記文言が挿入されたのである。このことから，上記文言は，持株会社規制の根拠を目的規定に求めたものであると考えられる<sup>25</sup>。

<sup>22</sup> なお，前掲脚注20（御確認いただけないでしょうか。）における1946年12月における一連の「要綱」史料では「企業の自主的発展の均等な機会を制約する所有及び支配の過度の集中の禁止」という文言が目的規定にあるが，これはこの時期の法案における章立てとの関係では，「不当な独占」と，「較差」規制・企業結合規制を含む「不当な独占を生ずる虞ある事項」を意味していると言える。「事業支配力の過度の集中を防止」が文言としてこの時期に突然登場したわけではないと考えられる。

<sup>23</sup> 商工省企画室編『独占禁止法の解説』11頁（時事通信社，1947年）では，「具体的には不当な事業能力の較差とか，第四章に規定する事項を包括して指している」とする。

<sup>24</sup> 「三．持株会社禁止の規定をおくこと。『会社は資産の何割以上を 会社に対する株式として有してはならない』という趣旨の規定をおく。説明(イ)これで現在の構成を維持する。(ロ)較差への段階でも抑えるべき代表的なものとして持株会社をとりあげる。(ハ)定義は困難，且つ単純投資目的と支配目的との客観的区別は困難故率でゆく。(ニ)率は既往の持株会社の状況，英国会社法の例を参照する。」

<sup>25</sup> 企業結合に対する規制はこれ以前から章立ては別であるが規定されていること，特に金融会社の株式保有規制は一般の事業会社に対する株式保有規制よりも緩やかであること（原則禁止でなく5%ルール），2月25日付の修正試案における持株会社規制を含む企業結合規制の独立した章立てが登場したことからこのように考えられる。

公取委資料Aにある2月25日付の「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(修正試案)」では、以下のように規定されていた。

「この法律は、不当な独占、取引の不当な制限及び不正な競争方法を禁止し、事業支配力の過度の集中を防止して、結合、協定等の方法による生産、販売、価格、技術等の制限、その他、一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより、公正且つ自由な競争を促進し、事業者の創意を發揮させ、事業活動を盛んにし、雇用及び国民所得の水準を高め、以て、一般消費者の利益を確保すると共に、国民経済の、民主的で健全な発達を促進することを目的とする。」

2月22日付の修正試案からの変更点では、先に指摘した「事業支配力の過度の集中を防止」の独立、「個人の創意」から「事業者の創意」という用語への変更、そして、「民主的」という用語の挿入が重要である。

この修正試案以降、日本語版を英語版に訳した史料がGHQ資料の中に存在しており、2月24日付(25日という表記の史料もあるが同一内容である)英語では以下のとおりである。

「The is law, by prohibiting [private : 修正] monopolization, unreasonable restraints of trade, and unfair methods of competition, by preventing excessive concentration of power over enterprises, and by excluding restrictions [and allocations : 修正] of production, sales, price, [markets, customers : 修正], technology etc. through combinations and agreements etc. and all other unreasonable restraints of business activities of enterprises aims to promote free and fair competition, to stimulate the initiative of entrepreneurs, to encourage business activities of enterprise, to heighten the levels of employment and national income, and, thereby, to promote the democratic and wholesome development of national economy as well as to assure the interest of the general consumer.」

ここでは、サルウィン氏による手書き追加修正(大括弧)が行われており(2月28日という記述がある。)、特に、「私的」独占への変更、「制限」に加えて「割当」を追加したこと、その具体例として「市場」と「顧客」を追加したことが指摘できる。なお、「不当な拘束」の箇所においては英語版で「不当な」に相当する単語はない。

なお、GHQ資料にある3月14日付の米国側のメモ(VHK/TKW/CWB/nh)では、2月25日付のGHQ資料にある英語版 Revised Draft に対して、「どのような反トラスト法制においてもその目的は以下のようなものとする」として、以下の3点を指摘している。

「問題となる独占的な支配、公正な競争に対する制限、これらに類似する慣習に対する対応又は抑制(To deal with and to curb objectionable monopolistic control, restraints of fair competition and similar practices)」

---

確かに、日本側の理解では、前注にあるように、「較差」との関係で持株会社の規制を位置付けていると読むことができ、この時期においてのみという限定がつくが(後に事業能力の較差に対する規制は私的独占との関係で規定されることになる)、それまで企業結合の規制を包含していた事業能力の較差に対する規制も、目的規定の上記文言に対応するという理解もありうる。

「既存の独占を解体し、将来に向けてこのような独占が復活したり形成されないように監視すること (To break up existing monopolies and to prove for checks against the revival and/or establishment of such monopolies in the future)」

「 と の目的を融合すること」

そして、具体的には、以下のような指摘を行った。

「実際上の既存の、そして、予見可能な独占力の濫用 (『不当な独占』, 『取引の不当な制限』, 『不正な競争方法』) をその規制の対象とし, 『事業能力の実質的較差』に対する規制を規定した章が現在又は将来において本法で望ましくない組織の解体を行い, 第 4 章 (株式保有, 役員兼任, 合併, 全事業の譲渡) の規定に従って将来の独占企業を監視する。」

特に、「事業能力の実質的較差」に対する規制を「既存の独占を解体」するという構造措置を目的として位置付けている点が重要である。

そして、3月6日の公取委資料Aにある「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)」では、以下ようになった。

「この法律は、私的独占、不当な取引制限及び不公正な競争方法を禁止し、事業支配力の過度の集中を防止して、結合、協定等の方法による生産、販売、価格、技術等の制限、その他一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより、公正且つ自由な競争を促進し、事業者の創意を發揮させ、事業活動を盛んにし、雇用及び国民所得の水準を高め、以て、一般消費者の利益を確保すると共に、国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的とする。」

先のサルウィン氏による手書き追加修正では唯一「私的」独占のみが日本語版に反映されている。その一方で、「不正」な競争方法が「不公正」な競争方法にも変更された。

3月6日付のGHQ資料英語版 Second Revised Draft は以下のとおりである。

**「This law, by prohibiting private monopolization, unreasonable restraints of trade, and unfair methods of competition, by preventing excessive consecration of power over enterprises, and by excluding restrictions of production, sales, price, technology etc. through concentration and agreements etc., and all other unreasonable restraints of business activities of enterprise, aims to promote free and fair competition, to stimulate the initiative of entrepreneurs, to encourage business activities of enterprises, to heighten the levels of employment and national income, and, thereby, to promote the democratic and wholesome development of national economy as well as to assure the interest of the general consumer.」**

この段階で、日本語版及び英語版の両方で、私的独占、不当な取引制限、不公正な競争方法の文言が確定した (なお、引き続き「不当な拘束」における「不当な」に相当する英語の単語はない)。

すなわち、3月11日付のGHQ資料にある英語版 Third Revised Draft は以下のとおり

である。

「This law, by prohibiting private monopolization, unreasonable restraints of trade and unfair methods of competition, by preventing excessive concentration of power over enterprises and by excluding undue restrictions of production, sale, price, technology etc. through combinations and agreements etc. and all other unreasonable restraints of business activities, aims to promote free and fair competition, to stimulate the initiative of entrepreneurs, to encourage business activities of enterprises, to heighten the levels of employment and national income and, thereby, to promote the democratic and wholesome development of national economy as well as to assure the interest of the general consumer.」

ここでようやく「不当な拘束」について undue が挿入され、そして、business activities の後ろにあった enterprise が削除されている。

この英語版は、3月15日付のGHQ資料のBillに変更なく継承された。

3月24日付の内閣法制局資料の法律案説明では、以下のような記述されている。

「この法案の目的は、第一條に詳しく述べている。

即ちこの法案で取締る事項は、

- (1)私的独占、不当な取引制限の禁止
- (2)不公正な競争方法の禁止
- (3)カルテル協定等の事業支配力の過度の集中の防止
- (4)不当な事業能力の較差の如き事業支配力の過度の集中の防止
- (5)株式保有、社債保有、重役兼任、合併、営業譲受等による事業支配力の過度の集中の防止

によって、右の取締により生産、販売、購買、価格、技術等の不当な制限その他一切の事業活動の不当な拘束を取除こうとするものである。

右の結果、自由競争を促進し、事業者の創意を發揮させ、事業活動を盛んにし、雇用と国民実所得の水準を高くするという効果を期し、究極的には一般消費者の利益確保と国民経済の発達促進とを目的とするものである。

勿論、右に述べたような手段によって、右に述べたような効果をもたらし、又究極的な目的を達することができるかどうかについては、経済思想上様々な論議が成り立ち得るが、自由主義的資本主義の経済思想に立脚する限り、一応右のような考え方となるであろう。

而して、今日右のような目的を持つ法案を制定しようとする直接の因は、財閥を中心とする日本経済の集中的支配力が侵略勢力と結び付き、又日本経済における封建的構成が独立の政治思想を持つ有力な中産階級の育成を阻害し侵略勢力の 進行を阻止し得なかったという見解の下に、日本経済における支配力集中を徹底的に防止し、日本の民主化を急速に実現しようとするにあるのであって、司令部の日本管理方

針の 一環をなすものである。」

そして、第一条に関する（Ｃ）における説明は以下のとおりである。

「この法律全体を通ずる精神として、要は、国民経済の繁栄を図ることが目的でありまして、取締ること自体が目的なのではないのであります。」（本会議用）

「単に取締のための取締に墮することなく、要は国民経済の繁栄を図り、国民生活を豊かにすることにあることを、常に念頭に置かなければならないのであります。」（委員会用）

以上のように、原始独禁法の目的規定は、「国民経済の健全な発達」及び「消費者利益の確保」という点を「カイク」案より直接承継し<sup>26</sup>、「公正且つ自由な競争の促進」の挿入が米国側の意図でもあることから、米国側の意図が大きく影響していたことが言える<sup>27</sup>。

## 第2節 公共の利益・一定の取引分野・競争の実質的制限

以下、私的独占と不当な取引制限に共通する要件である上記の3要件（以下「共通要件」という）について、まず、行為要件と市場効果要件等共通要件の構造に関する変遷の整理を行い、その後各要件の変遷を分析する。

### （1）共通要件の構造

1947年1月1日付の商工省の法律案では、それぞれについて以下のように規定されていた。

「この法律において、不当な独占とは、農業、工業、鉱業、商業、金融業その他の事業（以下事業という）に業として従事する者（以下事業者という）が、自己の事業に関して、一定の地域を継続して支配する目的のもとに、その同業者の事業の活動の全部又は大部分を、当該地域から排除している状態であって、公共の利益に反するものをいう。」

「この法律において、取引の不当な制限とは、事業者が、自己の事業のためにする目的のもとに、生産、販売又は供給に関する方法の採用、数量の決定、経路の選択その他自己の又は他人の事業の自由な活動を制約し、又は支配している状態であって、公共の利益に反するものをいう。」

以上のような構造は、原始独禁法とは大きく異なっており、特に「行為」ではなく「状

<sup>26</sup> この二つの文言の関係について、立法担当者による制定直後の解説書である石井（前掲脚注14参照）43頁以下は、両者は法の目的において対等な地位ではなく、個別具体的事案において前者は後者に優先されるとしている。

<sup>27</sup> なお、制定直後の解説書（石井（前掲脚注14参照）43頁、商工省企画室編（前掲脚注22参照）11頁）では、共通して、究極目的として「国民経済の民主的で健全な発達を促進すること」と挙げ、「公正且つ自由な競争を促進」することを第一次的目的（商工省企画室編・11頁）又は「私的独占、不当な取引制限及び不公正な競争方法の禁止が本法において占める地位と同一のもの」（石井（前掲脚注14参照）46頁（註））としている。

態」を実質的な構成要件として位置付けているという特徴がある<sup>28</sup>。

そして、日付不明（1月1日から1月15日までの間）の法律案では、1月1日から大きくその内容を変化させている（なお、両者の条文番号が入れ替わっている）。

「不当な独占とは、事業者が、自己の事業のためにする目的のもとに、他の事業者を契約、協定、合意その他の方法により従属せしめ、その競争事業者の事業を、一定の地域又は一定の事業分野から排除する行為であって、公共の利益に反するものをいう。」

「取引の不当な制限とは、事業者が、自己の事業のためにする目的のもとに、他の事業者と契約、協定、合意その他の方法により自己又は他人の自由な活動を制約し又は他の事業者の事業を支配している状態であって、公共の利益に反するものをいう。」

すなわち、「不当な独占」では「状態」から「行為」に変化が見られ、その一方で「取引の不当な制限」では依然として「状態」のままである（他の事業者との契約や協定等という文言は挿入された）。

そして、1月15日版及び17日版の「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案」では次のとおりである。

「事業者は、如何なる手段方法を以てしても、公共の利益に反して一定の地域又は一定の取引分野から一方的に競争者の事業活動を排除する行為（以下不当な独占という。）をしてはならない。」

「事業者は、契約、協定、合意その他何等の名義を以てしても、他の事業者と共同して相互に事業活動を制限し公共の利益に反して一定の地域又は一定の取引分野における自由な事業活動を拘束する行為（以下取引の不当な制限という）をしてはならない。」

「不当な独占」では、手段として「如何なる手段を以てしても」でまとめ、両者ともに「行為」を禁止対象とし、「公共の利益に反して」を前に出したが、行為要件と市場効果要件は依然として結合している。

その後、1月17日版への手書き修正を加えた史料が公取委資料Aにあり、この手書き修正を受けて1月20日付の「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案」では、以下のように規定された。

「事業者は、如何なる方法を以てしても、公共の利益に反して一定の取引分野から競争者一般の事業活動を実質的に排除する行為（以下不当な独占という。）は、これをなすことができない。」

---

<sup>28</sup> 直前の1946年12月20日付の法律案では、「不当な独占」を「労務、物資雇用又は用役の生産、販売、供給等（以下事業といふ。）に業として従事する者（以下事業者といふ。）が、自己の事業に関して、一定の地域を排他的に支配する能力を持つ場合、当該地域の支配を目的として、事業上自己と競争すべき立場にある者（以下競争者といふ。）の事業の全部又は大部分を、当該地域から排除してゐる状態であって、公共の利益に反するものをいふ」、また、「取引の不当な制限」を「事業者が、自己又は他人の事業に関して、その方法、経路その他当該事業の態様又は行為を制約してゐる状態であって、公共の利益に反するものをいふ」としており、本文と同様の「状態」規制である。

それ以前の法案に係る諸史料（「カイク」案、法律案要綱、乙案、Outline）では、定義規定として明確な「状態」概念を用いておらず、「～（規制手段）により～（公共の利益に反すること等）をしてはならない」として、規制手段部分を含めた禁止規定として規定されていた。

「事業者は、契約、協定、その他何等の名義を以てしても、公共の利益に反して、他の事業者と共同して相互に事業活動を制限することにより一定の取引分野における事業活動を実質的に拘束する行為（以下取引の不当な制限という）は、これをなすことができない。」

以上のように、個々の共通要件は原始独禁法に近づいているが（「一定の取引分野」、「実質的」が入り、「公共の利益」の位置が統一された）、条文全体の構造は依然として行為要件と市場効果要件を合わせて規定している。

そして、公取委資料Aの1月22日付の試案では、主に文章の最後の箇所を修正して以下のように規定した。

「事業者は、如何なる方法を以てしても、公共の利益に反して一定の取引分野から競争者一般の事業活動を実質的に排除する行為（以下不当な独占という。）は、なしてはならない。」

「事業者は、契約、協定、その他何らの名義を以てしても、公共の利益に反して他の事業者と共同して相互にその事業活動を制限することにより一定の取引分野における事業活動を実質的に拘束する行為（以下取引の不当な制限という）は、なしてはならない」

そして、Cや公取委資料Aにもある1月25日の橋本龍伍氏による「緊急連絡」では、共通要件全体について、「不当な独占」については、「事業者は、如何なる方法を以てしても、公共の利益に反して他の事業者の事業活動を排除し又は支配することにより一定の取引分野における事業活動一般を実質的に拘束する行為（以下不当な独占という。）をなしてはならない。」、そして、「不当な独占」及び「取引の不当な制限」の両方で、「一定の取引分野における事業活動」に続いて「一般」の追加を指摘している。「不当な独占」においては、市場効果要件自体が「取引の不当な制限」と同じものに変更されている。

1月22日付の試案では、特に「不当な独占」については、市場効果部分が手段も含めた記述がなされており、現行法のように手段部分と市場効果部分とに分けて表現されていなかった。加えて、効果要件も、市場効果要件へと純化しておらず、行為要件の痕跡（実質的に拘束する行為）が残っている。

なお、1月1日の商工省の法律案との比較では、「状態」概念から「行為」概念への転嫁が見られ、興味深い<sup>29</sup>。

もっとも、内閣法制局資料と公取委資料Aの両方において存在する試案の手書き修正版には、1月22日付の試案に対する修正という点では同じであるが、1月25日付の「緊急連絡」の書きぶりとは大きく異なる点がある。

<sup>29</sup> この「状態」規制から「行為」規制へ転換すべきことについては、日本側も早い時期において認識していたと考えられる。すなわち、1946年8月頃に提示された「カイク」案に対する同年10月8日付の公取委資料Aにある「経済秩序に関する示唆に対する意見（案）」では、「市場の狭隘な為に自然に発生する独占の状態等は、ここに言ふ『独占』のうちには含まれてゐないことを明らかにする」との記述がある。行為」規制へ転換は、「状態」概念による規制への懸念に対する解決策を具体化したものであろう。

すなわち、前二者の史料では、「公共の利益に反して一定の取引分野における事業活動一般を実質的に拘束する行為」と統一させている。両者の「公共の利益」の位置が「緊急連絡」とは異なるのである（なお、「不当な独占」においては「排除」に加えて「支配」が入った点は「緊急連絡」と同じではある）。そして、この二つの史料は、「公共の利益」の位置が市場効果要件の先頭に移動した書きぶりが以下の1月28日付の司令部提出用試案に反映されていることから、「緊急連絡」を受けた後に作成された史料であると言える。

「事業者は、如何なる方法を以てしても、他の事業者の事業活動を排除し又は支配することにより公共の利益に反して一定の取引分野における事業活動一般を実質的に拘束する行為（以下不当な独占という。）をなしてはならない。」

「事業者は、契約、協定、その他何らの名義を以てしても、他の事業者と共同して相互にその事業活動を制限することにより公共の利益に反して一定の取引分野における事業活動一般を実質的に拘束する行為（以下取引の不当な制限という）をなしてはならない。」

その後、1月28日の司令部提出用試案を日本側が英語版の提出用試案にしたものが2月4日という日付のある Tentative Draft である。

そこでは、私的独占及び不当な取引制限の共通要件に関して以下のような記述がある。

「No entrepreneur shall . . . contrary to the public interest, . . . have the effect of substantially restraining from any particular field of trade the business activities in general」

これを訳すと、「公共の利益に反して、一定の取引分野における事業活動一般を実質的に拘束する効果を持つ行為をしてはならない」となる。

この日本側作成の Tentative Draft に対しては、筆跡が同じことからサルウィン氏によるものと考えられる手書き修正が数多く記載されている。特に、「事業活動一般 (the business activities in general)」には、この文言の削除を指示する旨の手書き修正はなされていないが、その代わりに「競争 (competition in)」の文言を手書きで追加している点が重要である。なお、「拘束」と試案や司令部提出用試案は表記しているが、これは restraining を「制限」ではなく「拘束」と訳したという訳語の問題だけであり、依然として市場効果要件には、「行為」概念が残っている。

その後、2月21日付の旧大蔵省資料「独占禁止法案に関する修正意見(三)(昭二二.二.二一、司令部意見)」においては、私的独占及び不当な取引制限に共通して、「第4条及び第5条中『事業活動一般を実質的に拘束する行為』を『競争を実質的に制限する行為』に改めること」と記載されている。先の Tentative Draft におけるサルウィン氏による手書き修正がここで「修正意見」という形で明確化されたのである。

2月25日付の日本語版の修正試案によって原始独禁法及び現行法における「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こと」の文言は確定するに至

る。もっとも、この英語版では、「contrary to the public interest, the effect of substantially restraining competition in any particular field of trade」とされ、依然として意味が不明である「effect」が挿入されていた。その後、3月6日付の英語版の Second Revised Draft において、この「effect」が削除されて日本語及び英語が確定した。

## (2) 公共の利益

共通要件の成文化については、独禁法制定後から最近までの時期においてなされた、当時の関係者への様々なインタビュー等において、日本側の立法における多大な努力の下に成立したことが指摘されている。特に、「公共の利益」概念の挿入は日本側、特に橋本龍伍氏による大きな尽力によるものであることが指摘されている<sup>30</sup>。

この「公共の利益」は、どのような意図と過程を経て独禁法に規定されたのか、第一に、「公共の利益」の思想的背景と、第二に、独禁法体系（私的独占・不当な取引制限・共同行為）から見た解釈が問われることになる。

第一の点については以下のように整理できよう。

まず、「公共の利益」という文言について、一時期において法律案に登場し消えていった「公共の福祉」に関する条文との関係が重要である。

「公共の利益」「公共の福祉」に係る文言の趣旨を法文化した最も早いものでは、1946年11月8日付の商工省企画室による「不正競争の防止及び独占の禁圧に関する法律案要綱」がある。そこでは、「第3章 不当な取引制限」において、「第8、何人といへども、形態又は手段の如何を問はず、事業の正常な活動を拘束し、制約し若は圧迫し、公正な競争の拡大を阻害し、又は自由取引による公共福祉の促進に支障を及ぼす契約、協定又は連合をなしてはならないこと。」という文言が見られる。

次に、1946年12月2日、5日、7日、14日付の一連の「要綱」でも、「公共福祉の促進に支障を及ぼしてはならない」として、「公共福祉」という文言を使用していた。そして、12月11日付の Outline of the Antitrust Law では「public welfare」と記述されている。

さらに、1946年12月20日付の商工省産業復興局による「独占等の禁止制限に関する法律案」では、例えば、「取引の不当な制限」とは、「事業者が、自己又は他人の事業者に対して、その方法、経路その他当該事業者の態様又は行為を制約している状態であって、公共の利益に反するものをいう」として、「公共の利益」という文言がある。

---

<sup>30</sup> 公正取引委員会創立二十五周年記念『公取時代の思い出』16頁（小山雄二執筆部分）1972年、高瀬恒一・鈴木深雪・黒田武監修『独占禁止法制定時の回顧録』12頁（公正取引協会、1997年）（柏木一郎氏発言）。

有賀美智子発言では、サルウィン氏が「公共の利益に反して」をどのように解していたのかという質問に対して、「アメリカの反トラスト法の判決例には、『contrary to the public interest』という言葉が、必ず出ていたんです。法律の中にはないけれども、判決の中にはそういうものがあったんですね。だから、独禁法違反は、パブリック インタレストに反する、と裁判所が言っていたんですね。」と回答している（回顧録・179頁）。有賀氏の発言については、米国側の理解が、独禁法に違反する行為はすべて公共の利益に反するという結果を意味するのか、公共の利益に反するか否かを独立した違法性判断基準とするということなのか、両方の解釈がありうる。

そして、1947年1月1日付の商工省による「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案」においては、「不当な独占」と「取引の不当な制限」の定義規定の中で文章の最後に「公共の利益に反するもの」という文言で表現されて、原始独禁法の規定に近いものとなっている。「不当な独占」および「取引の不当な制限」では以下のようにになっている。

「この法律において、不当な独占とは、(中略)であって、公共の利益に反するものをいう。」

「この法律において、取引の不当な制限とは、(中略)であって、公共の利益に反するものをいう。」

このような規定とは別に、その後、日付不明(1月1日から1月15日の間)の公取委資料Aにある「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案」では、以下のように独立した「事業者」の定義規定の中に、一種の一般条項的な規定が現れる。

「工業、鉱業、商業、金融業その他の事業(以下事業という。)に業として従事する者(以下事業者という。)は、公共の利益に合致するようにその事業を運営しなくてはならない。」

そして、「公共の福祉」という文言を用いて独立した条文として史料に登場したのが1月15日付け(手書き原稿)の「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案」である。以降、15日版(手書き原稿及び清書原稿)に修正を加えた1月17日版、そして、1月20日の「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案」の各史料では、共通して3条において以下のように規定していた。

「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。」

その後、1月22日付の試案では公取委資料A、旧大蔵省資料「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(試案)」、内閣法制局資料のいずれもが、3条において文言を変更せずに規定していた。

1月23日付の旧大蔵省資料「『私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案』立案要旨」では、以下のような説明が付されている。

「事業活動は公共の福祉に適合する を要すとして憲法との関連を明らかならしめたこと。即ち国民の自由及び権利の保障と公共の福祉との調和の精神を明示したこと」

さらに、1月28日の司令部提出用においては、2項として以下を追加した。

「この法律は、事業者が前項の規定に従って事業を営んでいる限り、その自由な活動を妨げるものではない」

この規定について、日付不明(1月22日から1月28日までの間)の1月28日の司令部提出用試案に関する(事前の)説明書であろう内閣法制局資料では、本条文を「事業活動の倫理的基準」と位置付け、以下の説明を行っている。

「1. 事業活動の倫理的基準を、憲法二十九条の字句 を用ひて し、憲法とのつながりを述べる。第一項の趣旨を で敷衍し、併せて解釈基準の一たらしめる意味である。」

2. この法律に於いて取締る行為は、公共の利益に反して行ったものとしてゐる点とのつながりの意味も含んでいる。

3. 福祉という言葉は利益という言葉よりは良いが、本条の表現及び本条が宣言的意味なる点を考慮して「福祉」とされたわけである。(以下、略)

以上の説明からは、「公共の福祉」を意図的に一個の条文として独立させて、法全体にこの趣旨を反映させたということが明らかとなる。もっとも、この時期においても「不当な独占」や「取引の不当な制限」にも「公共の利益」は規定されており、法体系としては複雑なものとなっている。

この規定は、1月28日付の司令部提出用の試案及び2月4日付の英語版の Tentative Draft において、以下のように組入れられた。

「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。

この法律は、事業者が前項の規定に従って事業を営んでいる限り、その自由な活動を妨げるものではない。」(1月28日付司令部提出用試案)

「An entrepreneur shall operate his enterprise in such manner as will conduce to the public welfare. In so far as an entrepreneur operates as is stipulated in the preceding paragraph, this law shall not hinder his free activities.」(2月4日付 Tentative Draft)

しかしながら、その後2月25日以降の法案では「公共の福祉」規定は削除されている。削除がなされたと考えられる2月4日から25日までの間にこれに関する史料はなくその経緯や理由は不明である<sup>31</sup>。

第二の点、すなわち、「公共の利益に反して」の意味内容に関する解釈については、以下のような変遷が見られる<sup>32</sup>。

1月1日付の商工省による法律案では、「不当な独占」及び「取引の不当な取引制限」において規定の最後の文言として、「・・・公共の利益に反するものをいう。」としており、日付不明(1月1日から1月15日の間)の法律案でも同様である。

<sup>31</sup> 石井(前掲脚注14参照)86~91頁は、「憲法上公共の福祉に反しない限り、自由に経済活動をなすの権利を有するのであるから、自由競争の結果そこに独占が生じたとしても、それが公共の福祉に反しないものである限り、法の保護を受けるべきものであることは当然」として、公共の利益と憲法上の公共の福祉とは同義であるとする。

その上で、「抽象的な繋がりをもつ観念であって、国家、社会の一般的な利益を意味する」と位置付け、「政治、経済、社会、文化の各方面における各種の合理的な要請を総合的に考慮した上で、各個の事実について、何が公共の利益であるかを具体的に定める」とする。

具体的に本法の運用においては、公共の利益に反しているか否かの判断は、「特に第一條に示されている本法の目的を十分に考慮しなければならない」とし、カルテルやトラストやコンツェルン「の組織が資本主義経済の必然的な所産であり、それぞれその存在理由を有するものである点に留意し、『條理の原則』に従って、『善きトラスト』と『悪しきトラスト』を区別する必要があることを主張するだけの話」であると説明している。

理論的構成は、石油カルテル刑事事件の判旨に通ずる。

<sup>32</sup> なお、共同行為については、1月1日付の商工省の法律案にも類似規定はあるが、そこに「公共の利益」概念はなく、日付不明(1月1日から1月15日まで)の史料においてはじめて「公共の利益に適合すると認め、これを許可した場合」として登場する。

その後の1月15日版及び1月17日版では、以下のように「公共の利益」の位置が前に移動している。

「・・・公共の利益に反して一定の地域又は一定の取引分野における・・・をしてはならない」

そして、1月22日付の試案でも、それぞれの規定において「公共の利益」を以下のように規定していた。

「公共の利益に反して一定の取引分野から競争者一般の事業活動を実質的に排除する行為（以下不当な独占という。）は、なしてはならない」

「・・・公共の利益に反して他の事業者と共同して相互にその事業活動を制限することにより一定の取引分野における事業活動を実質的に拘束する行為（以下取引の不当な制限という）は、なしてはならない」

その後、日付不明（1月22日から1月28日の間）の内閣法制局資料では、「公共の利益」に関して以下のように記述されていた。

「5．更に右の行為は『公共の利益に反する』というものでなければならない。独占の意図するものには本来市場支配目的と、産業合理化の必要からくるものと二つあろう。しかし日本の如き市場偏狭な且原料資源の乏しい経済条件の場合後者の見解から独占ということがむしろ公共の利益に適うとみられる場合が多分にありうるわけで、名の に敢て不当な独占といひ、行為の点に『公共の利益に反して行われる』ということをやうたうのである。

ただこの場合『公共の利益に反する』ということは言葉の位置からみて拘束された状態について されるわけで、又 として されるのはかかる結果が生じてからであろうが取締る対象は前述の排除行為であるわけである。（以下、略）」

この内閣法制局資料では、「公共の利益」の説明において、タイトルとしては「不当な独占」としているが、行為の点に着目して、公共の利益に適う場合もあると位置付けているように読むことができる。

1月25日付の「緊急連絡」でも「公共の利益」を条文の前半に置いていたが、1月28日付の司令部提出用試案に通じる、内閣法制局資料及び公取委資料の1月22日付の試案に対する手書き修正版は「公共の利益」を市場効果要件の先頭に変えている。

そして、1月28日付の司令部提出用試案以降、「公共の利益」に関しては市場効果要件の先頭で固定されることになり、日本語の文言としては、2月25日付の日本語版の修正試案において、「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こと」と確定し、原始独禁法に至る。

次に、共同行為規制における「公共の利益」の変遷を検討する。共同行為については、1月15日版の「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案」に登場して以降、1月22日付の試案から1月28日付の司令部提出用試案まで、「公共の利益に適合する場合」に

許可するという内容に変化はない。この理由について、日付不明（1月22日から1月28日の間）の内閣法制局資料は、以下のように説明している。

「日本経済の条件は、産業合理化等の見地からかかる協定が正當化されねばならぬ場合が多分にあることを想像させるに十分であり、よつて獨占禁止委員会が許可すればへるということにした」としている。

その後、1月28日付の司令部提出用試案を日本側が提出用試案の英語版にしたものが2月4日という日付のある Tentative Draft である。司令部提出用試案を英語訳したものである。しかしながら、米国側による手書き修正がこの英語版には数多く施されている。

そこでは、共同行為については、手書きによる「公共の利益に適合する場合」を削除する旨の指摘（×印）が行われている。米国側は共同行為に関して強い違法性を明文化させる意図を持っていたと考えられる。

なお、2月8日付の内閣法制局資料の『カイク氏案を変更した点及びその理由』商工省企畫室」では、共同行為に関して、「公共の利益に適合するものは許可の上正當化する」としている。その理由としては、第一に、「資源の濫費を防ぎ、粗製濫造を防ぎ、共倒れをさける見地から必要なるものは認める要がある。市場秩序維持の見地からである」こと、第二に、「積極的には業者の共同活動により、技術の交流、製品の分割等による設備、原材料利用効率の向上等の生産の合理化、販売地域分割等による輸送費節減等の販売合理化が必要なる場合が多い」ことを挙げている。

2月21日付の旧大蔵省資料「獨占禁止法案に関する修正意見（三）（昭二二・二・二一，司令部意見）」では、共同行為について、「『一定の取引分野における競争を実質的に制限する場合においては』を加え、斯る共同行為への参加を禁止し、但書き及び第2項を削ること」という指示を行っている。ここでのただし書及び第2項とは、法律上許される共同行為に関する許可制のことである。この点は2月4日付の英語版 Tentative Draft でも見られるように共同行為について当然違法を米国側が主張していることが分かる。

その後、2月25日付の日本語版と英語版の修正試案において、共同行為の共通要件は、私的獨占及び不当な取引制限と同じ文言が規定された。

「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場合においては、共同して左の各号の一に該当する行為をしてはならない。」

GHQ 資料にある3月14日付の米国側のメモでは、2月21日付の法律案（2月25日付の英語版の修正試案（Revised Draft））について<sup>33</sup>以下のようなコメントを行っている。ここでは、米国側が、「不当な獨占」における「公共の利益」概念について、「共同行為」との比較において解釈を行っている。すなわち、米国側は、（執筆者注：違法性が強いと推定されるであろう）共同行為が「公共の利益に適う」場合に認可されるという Revised Draft の考え方を前提とすると、この「公共の利益」に係る解釈は必然的に広くなると考えてい

<sup>33</sup> コメント対象である英語版の日付は、3月14日付のメモにおける法律案の英語表記が、Prohibition of Private Monopoly and Preservation of Free Trade Bill ; First Revised Draft となっている点が根拠である。

る。

「不当な独占」においても「公共の利益」が規定され、同一の法体系で同一の文言を規定する以上同様にこれを解釈する場合、「不当な独占」の規制範囲が極めて狭くなる（*dangerously narrowed down*）として批判をしている。さらに、「公共の利益」及び「競争の実質的制限」は共に大雑把且つ定義が不可能な文言（*loose and ill-definable terms*）であると指摘しており、法的に認められるものではないとこの要件の明文化を拒絶している。

しかしながら、日本側は、3月6日付の英語版 *Second Revised Draft* と日本語版の第二次修正試案において、依然として、「一定の取引分野における競争を実質的に制限することにより、公共の利益に反することとなる場合」と「公共の利益」の位置を後ろに置いている。「公共の利益」に何らかの独立した意味を与えることに日本側が固執していたのではないかと考えられる。

そして3月6日付の日本側の第三次修正試案を英語にした3月11日付の英語版の *Third Revised Draft* に対して、「一定の取引分野における競争を実質的に制限することにより、公共の利益に反することとなる場合」を削除する指摘が米国側より行われた。この削除の指示は結局のところ3月15日付の日本語版の第五次修正試案及び英語版の *Bill* において確定する（もっとも、共同行為の規定自体を日本語版の第五次修正試案は「保留」と表記しているので注意を要する）。そして、最終的に原始独禁法では以下のように規定された。

「事業者は、共同して左の各号の一に該当する行為をしてはならない。

- 1 対価を決定し、維持し、又は引き上げること
  - 2 生産数量又は販売数量を制限すること
  - 3 技術、製品、販路又は顧客を制限すること
  - 4 設備の新設若しくは拡張又は新技術若しくは新生産方式の採用を制限すること
- 前項の規定は、一定の取引分野における競争に対する当該共同行為の影響が問題とする程度に至らないものである場合には、これを適用しない。」

このように見ると、日本側の努力によって「公共の利益」が、1月22日付の試案に共通要件として挿入されて以降、共同行為では消滅したが、私的独占及び不当な取引制限においては存続し、原始独禁法の制定に至ったといえる。

そして、3月24日付の内閣法制局資料における法律案説明では、以下のような説明されている。

「4 更に、競争の制限が『公共の利益』に反することを要する。これは、本法案の目的にも例示してある如く、経済活動が国民経済的利益と一致すべき、要請の表現であり、逆に、国民経済利益に反する限りは、これを抑制すべきこととなる。公共の利益は、多く、大衆の利益、即ち消費者利益を意味するであろうが、吾国経済の特異性に鑑みて、更に大局的見地から、判断せられるべきであるかも知れない。」

この説明では、「公共の利益」は、多くの場合一般消費者の利益と解されるが、「大局的見地から、判断せられるべきかも知れない」という文章の意味するところが、後述の学説上の対立とも併せて議論を要する。

以上のような不当な取引制限における「公共の利益」に関する解釈に対して、共同行為については、同じ内閣法制局資料が、「夫々の取引分野における競争回避のために行われ、企業が不当な利潤追求のために公共の利益に反することが普通である」と指摘している。この記述からは、違法となる特定の共同行為が行われれば当然にまたは「普通」は公共の利益に反しているという趣旨であると理解されよう。

その一方で、原始独禁法制定に係るCにある本会議用の法案説明においては、「公正且つ自由な競争が効果的に行はれる結果として、優秀な事業者が自然に競争に打ち勝って大きくなってゆくことは、公共の利益に合致し、この法律において最も望むところ」としており、ここからは「公正且つ自由な競争」の中に「公共の利益」を読み込むことができよう。

### (3) 公共の利益補論 立法直後の解説書による理解

原始独禁法成立直後の文献をみると、原始独禁法4条の共同行為の規制において「公共の利益」に係る文言がないのは、それ自体として反公的であり違法であるという見解があり<sup>34</sup>、同様に、同条においては公共の利益に反する場合のみを問題とし、そのことは競争の実質的制限の中に組み込まれていることから、米国法での当然違法を採用し、さらに共同行為において問題とならない場合は例外的に「軽微」という概念で整理したとする見解がある<sup>35</sup>。不当な取引制限と共同行為の両者の整合的な解釈を主眼に置いた考え方であろう。

反対に、4条に公共の利益を読み込むという点は同じであるが、「問題とするに至らない」という2項は、「競争の実質的制限」ではなく「公共の利益」の観点から解釈すべきであるとする見解がある<sup>36</sup>。その上で、「公共の利益」を前述のように「公共の福祉」と同義に捉えて、現在でいう「究極目的」に対して格別の障害とならない場合として、「公共の利益」に「善きトラスト」と「悪しきトラスト」を区別する基準という役割を与えている<sup>37 38</sup>。こ

<sup>34</sup> 公正取引委員会事務局編『改正独占禁止法解説』31～32頁（時事通信社、1949年）。したがって、「問題とする程度に至らない」という2項は、「競争を実質的に制限するに至らない」という理解（同上）であるとしているが、これに「公共の利益」を不当な取引制限と同様に読み込む作業をするのであろうか。

<sup>35</sup> 矢沢・原理（前掲脚注14参照）462～464頁。もっとも、矢沢・原理421頁注(13)では、不当な取引制限の文脈ではあるが、米国シャーマン法との比較に基づいて、「日本法は、アメリカにおいてシャーマン法の適用上判例によって認められた『条理の原則』を採用し、『不当な』取引の制限のみを違法とし、不当の基準として『公共の利益』を掲げている」としている。これは公共の利益を競争の実質的制限の中に読み込んだと理解する方がよいであろう。

<sup>36</sup> 石井（前掲脚注14参照）83～84頁（記載箇所は橋本龍伍の執筆であるが、石井による加筆訂正を受けた箇所であると思われる）、148頁（この箇所は石井執筆である）。

<sup>37</sup> 石井（前掲脚注14参照）89～90頁。「公共の利益に反しない」具体的場合として、「自由競争に伴う広告費、販売費その他の経営上の冗費を節約させ、優秀な技術による合理的な経営によって生産費を低下させ、良質廉価の商品を供給すること、又、市場に対してある程度の調節作用を加えて需給関係を調整し、経済を安定させる機能を有すること」を指摘している。

<sup>38</sup> 高瀬恒一・鈴木深雪・黒田武監修『独占禁止法制定時の回顧録』258～259頁（両角良彦発言）（公正取引協会、1997年）では、「公共の利益」の意味内容としては、それが即自由競争であることを意味するの

のような考え方は、磯部靖氏による、「公共の利益」概念の挿入に際しては、包括的で、競争をこえた安定的且つ国民経済全体の公共性、憲法の公共の福祉のような概念を入れたがったという指摘にも共通するものがある<sup>39</sup>。

#### (4) 一定の取引分野

「一定の取引分野」に関しては、文言が極めて頻繁に変遷したことが重要である。

「カイク」案では日本語訳として「地理上又は分配上の (either geographical or distributive)」が「独占」についてのみ規定されていた。

その後、1946年11月8日付の法律案要綱では、同様に「独占」についてのみ、「一の産業における生産又は取引」と規定した。

1946年12月からの一連の「要綱」では、「独占」についてのみ、甲案が常に「地域的に又は配分的に」として「カイク」案を継承しているのに対して、乙案は「一の事業部門」に統一されている。その後、12月20日付の法律案において、「一定の地域」となり、以下に継承されていった。

1947年1月1日付の商工省名の「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案」では、「不当な独占」は、以下のように規定されている。

「この法律において、不当な独占とは、農業、工業、鉱業、商業、金融業その他の事業（以下事業という）に業として従事する者（以下事業者という）が、自己の事業に関して、一定の地域を継続して支配する目的のもとに、その同業者の事業の活動の全部又は大部分を、当該地域から排除している状態であって、公共の利益に反するものをいう。」

ここに「一定の地域」とあるが、いわゆる商品（製品）市場に関する記述はなく、せいぜい「事業の全部又は大部分」という文言があるだけである。「取引の不当な制限」では、「この法律において、取引の不当な制限とは、事業者が、自己の事業のためにする目的のもとに、生産、販売又は供給に関する方法の採用、数量の決定、経路の選択その他自己の又は他人の事業の自由な活動を制約し、又は支配している状態であって、公共の利益に反するものをいう」とし、「市場」に関する文言はない。

日付不明（1月1日から1月15日までの間）の法律案では、「不当な独占」においては、「・・・一定の地域又は一定の事業分野から排除する行為であって、公共の利益に反するものをいう」

ここで、「事業の全部又は大部分」という限定が外され、「一定の地域又は一定の事業分

---

ではなく、米国の rule of reason に相当するように弾力的解釈として位置付けられるべきものであるとする。

<sup>39</sup> 高瀬恒一・鈴木深雪・黒田武監修『独占禁止法制定時の回顧録』105頁（公正取引協会、1997年）。「不当」の文言の解釈でも解決できるが、「不当」の意味は裁判所がどのように解釈するかに依存するので、「公共の利益」を入れたという形跡もなくはない。このように見ると、米国側と日本側とではもちろん、日本側内部においても、様々な認識と思惑が交錯して統一的な解釈は制定時においても存在していなかったといえるようである。

野」として市場概念が入った。

ただし、「取引の不当な制限」では、「・・・事業者が、自己の事業のためにする目的のもとに、他の事業者と契約、協定、合意その他の方法により自己又は他人の自由な活動を制約し又は他の事業者の事業を支配している状態であって、公共の利益に反するものをいう」として、依然として「市場」に関する文言はない。

1月15日版、17日版の法律案では以下のように規定されていた。

「・・・公共の利益に反して一定の地域又は一定の取引分野から一方的に競争者の事業活動を排除する行為（以下不当な独占という。）をしてはならない」

「・・・公共の利益に反して一定の地域又は一定の取引分野における自由な事業活動を拘束する行為（以下取引の不当な制限という）をしてはならない」

すなわち、ここにおいて、「不当な独占」と「取引の不当な制限」とにおいて文言が統一されて、「一定の地域又は一定の取引分野」とされた。

1月20日付の法律案では、以下のように規定されていた。

「・・・公共の利益に反して一定の取引分野から競争者一般の事業活動を実質的に排除する行為（以下不当な独占という。）は、これをなすことができない」

「・・・公共の利益に反して、他の事業者と共同して相互に事業活動を制限することにより一定の取引分野における事業活動を実質的に拘束する行為（以下取引の不当な制限という）は、これをなすことができない」

以上のように、「一定の取引分野」は、文言としては1月20日付の法律案において確定し、1月22日付の試案でも継承された。

この「一定の取引分野」について、日付不明（1月22日と1月28日の間）の内閣法制局資料では、以下のように説明している。

「4.(略)『一定の取引分野における』とは、当該事業全般の必要はなく、地域的にも、業種的にも個々の場合に具体的にきめられよう。(以下、略)」

その後、3月24日付の内閣法制局資料の法案提出説明において以下のように記述されている。

「3 (略)ここに、『一定の取引分野』とは、事業活動の行われる地域的、又は配分的な、範囲をいうのであるが、それは当該事業の種類に依って、広狭種々のものが考えられる。社会通念にも、公正取引委員会の判断により決定されるべきである。(以下、略)」

以上のことから、「一定の取引分野」が現在の商品（製品）市場と地理的市場を観念していたことがわかる。なお、「配分的な」という文言は、1946年8月の「カイク」案の訳語における「地理上又は配分上(geographical or distributive)」を受け継いだものであり、「流通における」取引相手を想定して現在における商品（製品）市場概念を記述しようとしたのであろう<sup>40</sup>。

<sup>40</sup> このことは、石井（前掲脚注14参照）79頁が、「地域の観念を離れて、特殊の施設又は配分上の関係を

#### (5) 競争の実質的制限

「競争の実質的制限」は、2月21日付の旧大蔵省資料「独占禁止法案に関する修正意見(三)(昭二二・二・二一,司令部意見)」において「競争を実質的に制限する行為」として初めて出てきた文言であり(厳密には2月4日付の Tentative Draft におけるサルウィン氏による手書き修正が「competition in」としていることが最も早いものである),2月25日付の修正試案において確定した文言である。

文言の確定に至るまでは、市場効果要件とは呼べないほどに行為や市場画定と絡まった文言となっているが、次のような文言が現れて形成されていった。すなわち、「その同業者の事業の活動の全部又は大部分を、当該地域から排除している状態」や「事業の自由な活動を制約し、又は支配している状態」を規制対象としていた法律案(1月1日付の商工省の法律案)にはじまり、「競争事業者の事業」、又は、「自由な(事業)活動」を「排除」、「拘束」としていた法律案(日付不明の法律案,1月15日版と1月17日版),そして、単数の競争者の排除だけではなく影響を受ける競争者の「数的」拡大と、「排除」、「拘束」もその内容が問われるように「実質的」という趣旨を念頭に置いたと考えられる「競争者一般の事業活動を実質的に排除」や「事業活動を実質的に拘束」としていた法律案(1月20日版及び1月22日付試案)へとつながり、両者を統一させる趣旨から「事業活動一般を実質的に拘束」とした1月25日付の「緊急連絡」及び1月28日付司令部提出用試案があった。

もっとも、何故「競争」となったのか、「実質的」とはどういう意味内容か等、「競争の実質的制限」の文言自体に関する解釈を示した史料はほとんど無い状態であるが、日付不明(1月22日と1月28日の間)の内閣法制局資料の指摘がこの点で唯一参考になる。この内閣法制局資料は、「競争の実質的制限」について以下のように説明している。

「4. 右の履行の結果事業活動一般が、実質的に拘束される状態となるやうな行為である。(中略)『実質的に拘束』とは、他の事業者が発展不能とか廃業とかに迫られてくる場合を意味する。自己又は他人の事業に関するなどと限定せず又目的を設定せず生ずべき状態を 的にみようとし、又それのみで足りるとするのである。排除の履行行為の結果が現実に現われなくとも、よくそういうことになりうべき行為で足りる。」

そして、2月25日付の日本語版の修正試案において「共通要件」が確定することになった。

その後、当該修正試案に対する3月14日付の米国側のメモが、以下のように、修正試案の「競争の実質的制限」という文言について踏み込んだ記述をしている。

当該メモは判読不能な部分が多いが、以下の英語版は公取委競争政策研究センター事務局の判読成果を参考にしている。

「Regarding the further precise of “substantially restraining” competition the

---

中心に独立の競争圏が成立」とすると指摘していることから上記のように理解できる。

similarity of this wording with corresponding stipulations of the Clayton Act is but superficial: “lessening” of competition falls under the purview of the Clayton Act only if “substantial” whereas “restraints” are not limited down to “substantial” ones as far as that Act applies. Such limitations, freely interpreted by the antitrust commission and the courts, may easily have the effect to apply Article 3 in cases only in which it can be shown that monopolistic combinations and conspiracies actually have had the effect of disturbing the balance of economy whereas anti-monopolistic legislation should be so worded as to apply, irrespective of tangible and provable effects, if it can be shown that the combination “by its necessary operation tends to restrain trade or commerce or tends to create a monopoly in such trade or commerce and to deprive the public of the advantages that flow from free competition”. (Opinion of the Supreme court quoted in Roy Emerson Curtis, “The Trusts and Economic Control,” New York and London, 1931, p. 124.)」

「筆者訳（なおこの日本語訳の原稿作成に関しても公取委競争政策研究センター事務局の成果を参考にしている）：競争を『実質的に制限する』という文言のより正確な意味に関して、クレイトン法の諸規定に対応する文言と類似しているが、それは表面的なものである。すなわち、クレイトン法の規制を受ける競争を『減ずること』とは『実質的』な場合のみであるが、同法が適用される限りにおいて『制限』は『実質的』にまで限定されないのである。このような限定は反トラスト委員会と裁判所が自由に解釈することとなるが、独占的な結合と共謀が現実に経済上のバランスを歪曲している効果を有することを立証した場合にのみ 3 条が適用されることになる傾向を容易に生じさせる。これとは反対に、独占禁止に係る立法では、結合それ自体の必然的な効果である取引制限を生じさせる、又は、当該取引において独占を形成の虞と自由競争から生じる公衆への便益の奪取の虞について立証した場合に、現実に証明できる効果を問わず法が適用できるような文言を用いるべきである。」

「実質」の解釈について問題を提起したわけであるが、以下の 3 月 24 日付の内閣法制局資料の法案提出説明においてその対応が示されていると考える。

なお、独禁法制定後の長年を経ての証言ではあるが、何故「実質的」という文言かという点について、柏木一郎氏と有賀美智子氏による回顧（サルウィン氏との「実質的」という意味についての会話）の中で、柏木一郎氏は、「実質的」という文言が英語の substantial の直訳にすぎないと発言している<sup>41</sup>。

ともあれ、3 月 24 日付の内閣法制局資料の法案提出説明では、以下のように記述されている。

---

<sup>41</sup> 高瀬恒一・鈴木深雪・黒田武監修『独占禁止法制定時の回顧録』35 頁（公正取引協会、1997 年）。有賀美智子氏も、サルウィン氏の発言として、同様の発言をしている。

「3 効果としては、『一定の取引分野における競争を実質的に制限することを要する。(中略)『実質的に制限』するとは、競争全般の消滅を ず場合を含むのみならず、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。

競争の制限が行われるのは、事業者の特別の行為の結果であることを要するが、必ずしも競争制限の故意あることを要せず、実質の解釈を以て足りる。従って、自然独占といわれる、事業の 為に独占的傾向があるもの、例えば 道、水道、電気 の場合と、法的独占といわれる、法律の効果として、独占性をもつての、例えば、特許事業、許可事業の場合は、ここに所謂私的独占の範囲には入らないものと解釈する。」

以上のような説明はCの本会議用及び委員会用の説明文にも見られる。

Cにおける法案提出理由説明(本会議用及び委員会用)においては、以下のような記述がある。

「而して、両者(執筆者注：私的独占及び不当な取引制限)ともに、公共の利益に反して、或る物資なり用役なりの生産とか供給とかの、一定の取引分野において、競争が実質的には行はれないように致し、仮令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ものを、違法と致すのであり(中略)その程度に至らないものは、これを私的独占又は不当な取引制限とは致さないと共に、公正且つ自由な競争が効果的に行はれる結果として、優秀な事業者が自然に競争に打ち勝って大きくなってゆくことは、公共の利益に合致」(本会議用)

「両者は、競争を実質的に制限するに足る経済的实力を作り上げるための仕方が異なるだけで、その作用乃至影響は異るところがない(中略)要するに、公共の利益に反して、或る物質等の生産、販賣等につきまして、競争が殆んど行はれないようにすることを言う」(委員会用)

独禁法制定に関わった人物が制定後に出した著書には、この二つの記述における「競争の実質的制限」の本質について、「競争の完全な制限、競争そのものの消滅を意味するものではないが、實質的にみて、他の事業者が到底競争することができない程度に競争に決定的な制限を加える場合をいうものである」という位置付けを行っているものがある<sup>42</sup> <sup>43</sup>。

<sup>42</sup> 石井(前掲脚注14参照)83頁及び84頁(註)。

<sup>43</sup> 矢沢・原理(前掲脚注22参照)457頁、矢沢・形成(前掲脚注22参照)419頁。矢沢・原理462頁では、「競争の制限」を「本法の保護法益との関連において、市場の支配の意味に解すべきで(中略)価格または供給その他の条件を一方向的に決定しうること」としている。

そして、同・466頁注(10)では、政府や立案者(ここでは橋本龍伍と商工省を指摘している)は「競争者の排除」に重点を置き、その一方で、石井(前掲脚注14参照)85頁は、経済上の概念を引用し、「競争者の経営の規模が小さいか、又はその他の事情に制約されて、競争者が著る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」を「不完全独占」とし、これが「競争の実質的制限」の本質であり、経済上の「市場の支配」に重点を置いているとする。

石井(前掲脚注14参照)83頁以下では、持(自)論の他に、「不完全独占が成立するに至らない場合でも、競争に対して或る程度の制限が加えられ、その影響が取引の通念に照らして問題とするに足る程度の

### 第3節 私的独占

私的独占の定義規定である現行法2条5項は、原始独禁法制定時(2条3項)から何等変化がない。

「この法律において私的独占とは、事業者が、単独に、又は他の事業者と結合し、若しくは通謀し、その他いかなる方法を以てするかを問わず、他の事業者の事業活動を排除し、又は支配することにより、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ことをいう」

#### (1) タイトルとしての「私的」独占について

以下、「私的」独占がいつ文言として確定したのかについてその変遷をたどる。

1946年8月の「カイク」案に規定する *monopolization*(2条)は日本語訳においては「独占」と訳出され、それ以外の修飾語は記されていない<sup>44</sup>。

これに対し、1946年10月1日付の「産業秩序に関するカイク案実質的規定に対する意見」(商工省事務局)では、「『独占』の語に『不当な』又は『不当に』を冠すること。」、そして、「書き出しに『国営事業、公営事業、貿易事業 に公益の為にする による独占は法律に基く政府命令による行為の場合を除き』を加へる。」と記されている。

そして、10月8日付「経済秩序に関する示唆に対する意見(案)」では、「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』のうちには含まれてゐないことを明にする。即ち不当な独占を不法とする趣旨を明にしたい。」として「不当な独占」という文言がこの時点で登場した。

以上から、「不当な独占」と「不当」がつけられたのは、当時の日本経済を考慮した日本側の対応であることがわかる。

しかしながら、その後、同年11月3日付の「独占禁止に関する恒久的制度準備の件」では、「私的独占を禁止し公正なる競争を促進する為の恒久的制度を設ける」という記述が認められ、「不当に」はついていない。

その後、11月8日付の商工省企画室による「不正競争の防止及び独占の禁圧に関する法

---

ものである場合」や、「競争の完全な制限、競争そのものの消滅を意味するものではないが、実質的にみて、他の事業者が到底競争することができない程度に競争に決定的な制限を加える場合」という別の見解を挙げて、後者の立場が本文における政府の法案提出理由説明(本会議用及び委員会用)と軌を一にするものであると指摘する。

そして、後者の立場への批判として、「経済に関する立法において、経済上の独占の観念とは別個に新しい観念をうち建てることは、徒に事態を複雑にするだけであるし(中略)競争の実質的制限は、それ自体が違法なのではなく、それが公共の利益に反して行われる場合に限って、始めて違法とされるものである」点を挙げている。つまり、「本法によって禁止されるものは、経済上の独占一般ではなく、公共の利益に反して行われる不当な独占であり、不当な取引制限」とするのである。

<sup>44</sup> 「カイク」案から原始独禁法制定まで、英文は一貫して *monopolize, monopolization* と「独占化」ないし「独占行為」という行為概念で表現されているが、その日本語版ではこれも一貫して「独占」という状態概念を想起させる単語が割り当てられている。「独占」と「独占化」の訳語に係る問題点については、泉水(前掲脚注10参照)68頁参照。

律案要綱」では、「第四章 独占」とする章において、「不当に独占してはならないこと」と規定されている。

公取委資料A及びCの11月16日付の「独占禁止法制定準備の趣旨について」では、立法すべき内容として、「(一) 私的独占について」と題して、「所有及び支配を過度に集中して一の産業に於ける生産又は取引を不当に独占してはならないこと」と前記法律案要綱の文言を用いながらもタイトルを「私的」独占とした。もっとも、これは、原始独禁法制定の端緒となった1945年11月6日付の司令部からの指令の中で、「私的独占(中略)を排除し且防止し」としていた点に対応したものであろう。ただし、上記指令の英文がみつからないため英文の原語は確認できず、上記指令が何故に「私的」独占としていたのかは不明である。

これ以降は、1946年12月に入るとすべての日本語史料において「不当な独占」という文言によって統一され<sup>45</sup>、その後、1947年1月1日付の商工省名の「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案」から一貫して、1月22日付の公取委資料Aの試案及び旧大蔵省資料「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(試案)」においても、名称は「不当な独占」とされている。

なお、1月22日付の試案のうち内閣法制局資料版では、条文内のタイトル部分が「(・・・)」とされ、空欄となっている<sup>46</sup>。この空欄は「不当な独占」という意味を持つのか、あるいは、別の新しい文言を入れようとしているのか解釈が分かれそうであるが、いずれにせよ、後述の内閣法制局資料からは「不当な独占」とされている。

2月4日付の英語版の Tentative Draft でも引き続いて英語は「unreasonable monopolization」となっている。

その後、2月5日付の司令部意見である公取委資料A及び旧大蔵省資料「独占禁止法に対する修正意見(一)(昭二二・二・五-一二司令部意見)」では、日本側に対して「不当な独占の意味如何」という意見が指摘されており、タイトルへの疑問が提起された。

2月6日付の内閣法制局資料及び公取委資料Aの「独占禁止法案に関するG・H・Q・側意見」では、日本側は、上記の司令部意見に対応するように、当該意見への答弁書を用意した。すなわち、GHQ側の「『不當な』の法律的解釈如何」という意見に対して、答弁及理由として「『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。」と

<sup>45</sup> この時期において日本側が作成した唯一の英語版の法案である12月11日付のGHQ資料にあるOutline of the Antitrust Lawでは、「Prohibition of Unreasonable Monopolization」とされており、「不当な独占化の禁止」と訳出できる。

なお、12月20日付の公取委資料Aにある「(資料)独占禁止制度において問題となる諸項目」というタイトルの史料では、「不当な独占」と記述しながらも、「(2)市場が小さい(原文ママ)為に自然に独占の状態を生ずる場合資源が乏しい結果その濫費を防ぐ為に単一企業体 取扱はせることを適当とする場合、生産能率向上の為企業の分立を不利とする場合の考慮等」として、日本側による規制対象を限定しようとした意図を伺わせている。

<sup>46</sup> 内閣法制局資料にある1月22日付の試案では、「事業者は、如何なる方法を以てしても、他の事業者の事業活動を排除し、又は支配することにより、公共の利益に反して一定の取引分野における事業活動一般を実質的に拘束する行為(・・・)をなしてはならない」と記述している。

記載している。これは、米国側の修正意見による「不当な」という文言の削除を容認したものと推認できる。

なお、この点については、2月8日付の内閣法制局資料「カイクム氏案を変更した点及びその理由」において、「私的独占の禁止は、本法直接の内容で『公正取引の確保』と併べて標題に掲げるのは或る意味では変であるが、経済の進歩発展、一般消費者の利益確保のためには、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面多いといふ意味で私的を加え趣旨を明らかにした。」として（日本側が）「私的」独占の文言の意味の明確化を図っていることが分かる。この点は、前述した1946年10月1日付の史料にその出発点を見ることができよう。

もっとも、2月25日付の日本語版の旧大蔵省資料「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（修正試案）」（公取委資料Aにも同じものがある。）では以下のように規定され、依然として「私的」独占へと変更されていなかった。

#### 「第二章 不当な独占及び取引の不当な制限

第三条一項 事業者は、不当な独占をしてはならない。

二項 前項において不当な独占とは、事業者が、結合、通謀その他如何なる方法を以てするを問はず、他の事業者の事業活動を排除し又は支配することにより、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ことをいう。」

また、GHQ資料にある2月25日付の英語版の修正試案では、サルウィン氏の手書きによって「unreasonable monopolization」が「private monopolization」と修正され、その横に同様に手書きで「see. Article 20 Exemption」という記述が確認される。当該GHQ資料における第20条は以下のように規定されており、サルウィン氏による手書きの修正が加えられている。

「In case a special law exists providing for public and other enterprises, the provisions of this law shall not apply to the business activities of an entrepreneur which executed in accordance with the provisions of said law or order under said law.」

「筆者訳：この法律の規定は、公益事業その他の事業について特別の法律が定められている場合において、事業者がその法律又は法律に基づく命令に適合するよう行う事業活動には、これを適用しない。」

サルウィン氏による手書きとして、第一に、この条文全体に対して削除を意味すると考えられる×印があること、第二に、この条文全体を「public utilities」と記述していること、第三に、英語の判読が困難であるが趣旨として別個の法律によって定めることが確認された。

また、2月25日付の日本語版の修正試案に対する米国側の意見が、3月11日付のGHQ資料において確認されるが、そこでは、「不当」という文言について、「この規定は曖昧で

あり、逃げ道として使われるようになる可能性が十分ある。この規定が何を意図したものが不明である」という指摘がなされている。

その後、GHQ 資料にある 3 月 6 日付の英語版 *Second Revised Draft*、公取委資料 A にある日本語版の第二次修正試案以降において、「私的」独占とタイプ打ちで確定された。このように、2 月 8 日付の史料に「私的」独占と記述されているにもかかわらず、3 月に入ってからこの文言が入ることが明確化されており、この間の経緯は不明ではある<sup>47</sup>。ただし、英語版では一貫して最後まで「*private monopolization*」とされている。

なお、3 月 24 日付の内閣法制局資料にある法律案説明において、「競争の実質的制限」の文脈で、「競争の制限が行われるのは、事業者の特別の行為の結果であることを要するが、必ずしも競争制限の故意あることを要せず、実質の解釈を以て足りる。従って、自然独占といわれる、事業の 為に独占的傾向があるもの、例えば 道、水道、電気の場合と、法的独占といわれる、法律の効果として、独占性をもつての、例えば、特許事業、許可事業の場合は、ここに所謂私的独占の範囲には入らないものと解釈する」として、再度「私的」の文言の意味・意義を確認している。

#### (2) 行為要件としての「排除」「支配」行為等について

「カイク」案は、「方法の如何にかかはらず、独占し、又は独占を企図し、他と結合若は共謀し、又は国内に於ける若は外国との取引、産業乃至商業に関し、結合、共謀その他の手段により、地理上又は分配上の独占を企図したものは自然人たると法人たるとを問はず、その国民に対する重大な犯罪を犯したものと見做される。」と規定していた。

そして、「独占 (*monopoly*)」ではあるが、定義として、第 16 条において「国内又は外国との取引、商業又は産業の如何なる部分からにせよ、競争を排除する力を取得又は維持せんとする結合又は共謀にして、結合者又は共謀者が、一単位として現実の又は潜在的競争を排除する力を有し、且つ当該支配力を行使する目的を有するものを謂ふ。」が規定されている。ここでは、「競争排除力」の「取得又は維持」、「競争排除力」と「競争支配力」の行使目的が指摘されている点が興味深い。

日本側は、1946 年 11 月 8 日付の法律案要綱において、「何人と雖も、如何なる方法を以てするを問はず、企業の均等且つ広汎な自主的活動を制約するやうに所有及び支配を過度に集中して一の産業における生産又は取引を、不当に独占してはならないこと。」と規定し、また、12 月の一連の「要綱」(「企業の自主的發展の均等な機会を制約するやうに、一の事業部門の所有及び支配を過度に集中して、自由取引による公共福祉の促進に支障を及ぼしてはならない。」)、さらに、12 月 11 日付 *Outline of the Antitrust Law* (「何人も、企業の自由な発展に係る均等の機会を制限するやうな事業活動の一部あるいはその部門を集中して所有あるいは支配することにより自由な事業活動を通じた公共の福祉 (*public welfare*) の促進を阻害することはできない。」)においても、「所有及び支配の過度の集中」を「独占」の手段として位置付けて、「独占」の禁止規定を定めていた。

<sup>47</sup> なお、第 2 章第 9 節 (1) 参照。

しかしながら、12月20日付の法律案では、「この法律において、不当な独占とは、労務、物資雇用又は用役の生産、販売、供給等（以下事業といふ。）に業として従事する者（以下事業者といふ。）が、自己の事業に関して、一定の地域を排他的に支配する能力を持つ場合、当該地域の支配を目的として、事業上自己と競争すべき立場にある者（以下競争者といふ。）の事業の全部又は大部分を、当該地域から排除してある状態であって、公共の利益に反するものをいふ。」と規定した。

以上のように、日本側は12月20日付法律案のみが1947年1月1日付の法律案との「状態」規制に係る連続性を有している。しかしながら、「状態」規制概念の登場の理由は不明である<sup>48</sup>。

1947年1月1日付の商工省名の「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案」は、「自己の事業に関して、一定の地域を継続して支配する目的のもとに、その同業者の事業の活動の全部又は大部分を、当該地域から排除している状態」と規定していた。ここでは、「状態」概念であって「行為」概念ではないが、「支配」目的とそれに基づく「排除」という「状態」が規定されている。ここでの「支配」は「行為」概念とは別個のものである。

その後の日付不明（1月1日から1月15日の間）の公取委資料Aにある法律案では、「他の事業者を契約、協定、合意その他の方法により従属せしめ、その競争事業者の事業を、一定の地域又は一定の事業分野から排除する行為」となった。「排除している状態」から「排除する行為」として「行為」概念が明確化されたが、「従属」をその前提条件のように位置付けている。

そして、1月15日版と17日版、さらには20日版も「排除」行為のみを規定している。

1月22日付の公取委資料A及び旧大蔵省資料にある試案では、上記のように手段は「排除」行為だけであるが、同日付の内閣法制局資料の試案においてはすでに「支配」行為が手書き修正という形であるが組み入れられており、この組み入れが日本側の意図によるものなのか、後述のサルウィンの手書き追加修正との関係が問われることになる。加えて、内閣法制局資料の試案は、他の史料と異なり、現行法のように行為要件と市場効果要件を分けるように修正するとの手書きの修正を行っている点も、後の成文化へ多大な影響を与えたことがみてとれる。この内閣法制局資料は、その後、1月28日の司令部提出用の試案の下書きである別の公取委資料Aにある1月22日付の試案において手書きで内閣法制局資料の指摘どおりに修正されていることからその影響力と重要性が確認できる。

---

<sup>48</sup> 公取委資料Aにある12月20日付の「(資料)独占禁止制度において問題となる諸項目」では、「(1) 不当な独占と考えられる程度(2) 市場が小さい為に自然に独占的状态を生ずる場合、資源が乏しい結果その濫費を防ぐ為に単一企業体に取扱わせることを適当とする場合、生産能率向上の為企業の分立を不利とする場合の考慮等」という考慮事項が指摘されている点が重要である。(1)について、それまでの「独占」に係る手段ではどのような場合に至って「不当な独占」となるか不明確であったため、「排除している状態」を指摘したのではないかと考えることができよう。そもそも、カイク案が *monopolize* と行為概念として規定していたのに、日本側はこれを「独占状態」を規制するものと誤解して懸念を抱いたという、当初からの誤解ないしボタンの掛け違いがあったとも推測される。

そして、1月22日付の試案では、原始独禁法に規定される「単独又は他の事業者と結合・・・」はまだ現れておらず、「如何なる方法を以てするかを問わず」とのみしている。

しかし、1月23日付の旧大蔵省資料「『私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案』立案要旨」は、以下のように述べている。

「第2章『不当な独占及び取引の不当な制限』について

(1)まず、包括的に不当独占及び取引の不当制限の概念規定をなし、すなわち、

(イ)経済力の強い者が一定の取引分野から競争者を一般的に排除（顕在的たるか潜在的たるかを問わず）することになる行為でもって且つ公益に反するものを独占とし、

(ロ)（略）

右の(イ)、(ロ)の行為は、これを無効とし且つ処罰されるものとしたこと。(第4条、第5条)(註)(中略)本案は排除又は拘束する客観的事実を要すべき場合のみを規定するも、『カイク』案は排除又は拘束する目的（とは意図のある場合を限定する。）」

したがって、ここでは、行為要件としては、「排除」のみで「支配」はまだなく、内閣法制局資料による手書き修正前の法文を前提に解説されている。

加えて、同じ旧大蔵省資料では、排除行為という客観的事実を重視して「カイク」案のような主観的意図・目的までを要件としていないことが明確化されている。この点については、シャーマン法2条における「独占化の企図」と独禁法との関係が問題となるであろう。この時点においては当事者の意図が適用を曖昧にすることから、「カイク案」に規定のあった独占化の企図の規制を日本法に導入することは否定されたことが明らかである<sup>49</sup>。

なお、後の回想によれば<sup>50</sup>、両角良彦氏は、独占の企図の規制は独占を目指して結合することを禁じるものと位置付けている。この独占を目指した結合とは、ある事業分野を支配して、価格引上げの力を得るため<sup>51</sup>としている。これは、主観的意図の具体的な行為としての「支配」に類似する考え方という理解も考えられる。

その後、日付不明であるが、上記の1月22日付の試案から1月28日付のGHQへの提出用試案との間の時期に位置すると考えられる内閣法制局資料は、「不当な独占行為の禁止」について以下のように記述している。

「3. 右の主体それ自体の存在は、『事業能力の較差』の点から問題になることはあって

<sup>49</sup> このような問題意識が最も早く史料において確認されたのは、1946年10月1日付の「産業秩序に関するカイク案実質の規定に対する意見」(商工省商務局)であり、「『独占企図』を削除すること。」という記述がある。

また、2月8日付の内閣法制局資料「カイク氏案を変更した点及びその理由」において、以下のような明確な日本側の趣旨が見られる。

「1、『独占企図』を削る。

1. 独占は事業活動の拘束状態を結果的に予想する故、独占企図だけで罰するのは行過ぎ

2. 独占の形が多様で企図を加えると法律的に抱えることが困難。」

<sup>50</sup> 高瀬恒一・鈴木深雪・黒田武監修『独占禁止法制定時の回顧録』278頁(公正取引協会、1997年)。

<sup>51</sup> 前掲脚注49の文献では「支配しようする行為」(279頁)という記述がある。

も本條の対象にはならない。本條が排除行為又は支配行為をなす場合に、その行為を禁止する。その行為の内容は性質上抱きこむ場合と、取除ける場合とあらう。本條形成のプロセスに於ける行為は、プロセスの行為としては本條の対象にせぬが、或る段階に来れば、それは同時に排除行為として扱へられる故、かかる場合は本條の対象になる。又獨占主体形成後何年か後排除行為があればその排除行為が対象になる。五條に於ける程広汎でなくとも排除或は支配行為があれば問題になる。」

すなわち、この史料が、「支配」行為概念を含んでいることから、1月22日付の内閣法制局資料（及び公取委資料A）における試案に対する手書き修正版を受けた説明であることが分かる。公取委資料の1月25日付の「緊急連絡」にも「支配」概念が含まれており1月22日から1月25日の間において「支配」概念が登場したことが明らかとなった。

次に、何故、行為要件に「支配」が挿入されたのかについて検討が必要である。そこで、上記日付不明の内閣法制局資料の「3 .」を見る。

ここでは、「排除」と「支配」について、「その行為の内容は性質上抱きこむ場合と、取除ける場合」と記述する箇所がある。これを支配行為に照らして考えると、行為の性質上「抱きこむ」場合が該当するのではないかと考えられる。「抱きこむ」ことによる競争への悪影響を問題視する考えに基づいて挿入されたのであろう。

原始独禁法の解説書では、「支配」について、企業支配の形態を意味するという見解もある<sup>52</sup>。すなわち、株式保有や役員派遣等の企業結合手段を支配行為であると位置付けている。このことは、「私的獨占」における「結合、通謀」という文言に関して、前者が企業結合という外形的なつながりを、後者が紳士協定等の契約関係を表しているという理解<sup>53</sup>とも関連していると考えられる<sup>54</sup>。

そして、1月28日付の司令部提出用試案は、「排除し又は支配することにより」とし、2月4日付けの Tentative Draft も同様に、「by excluding or controlling」として、以降、「排除」と「支配」の両方が行為要件として確定した。

また、翌日の2月5日付の公取委資料A及び旧大蔵省資料「独占禁止法に対する修正意見（一）（昭二二・二・五・十二，司令部意見）」には、行為要件に「連合、共謀して」を加えることが記されている。ここで単独の事業者による行為だけでなく、複数事業者による行為に対する規制を行うことが明確化された。

この2月5日付の司令部意見に対応する形で、2月6日付で、日本側は、内閣法制局資料

<sup>52</sup> 石井（前掲脚注14参照）94頁。

<sup>53</sup> 石井（前掲脚注14参照）96頁。

<sup>54</sup> 泉水（前掲脚注10参照）70頁及び71頁では、1946年11月8日付の法律案要綱における「所有及び支配」からの継承と、原始独禁法の解説書に基づいて企業結合を念頭に置いた「支配」行為についての指摘がある。

1月22日付の試案では企業結合規制が「不当な獨占」、「取引の不当な制限」と較差規制の章に別々に包含されていたものが、1月28日付の司令部提出用試案では、較差規制の章の中にのみ組み込まれている。「不当な獨占」を生じさせるような企業結合に対する規制を放棄するのではなく、「支配」概念により補完させているとも理解できるのではないか。

及び公取委資料Aにある「独占禁止法案に関するG・H・Q・側意見」に対する答弁及びその理由をどのようにするか記している。そこでは、GHQ側による「独占の條文に、協定、結合、共謀等を入れること」という意見に対して、日本側は答弁及理由として「『如何なる方法を以てしても』の内容に含まれてゐる」としており、この行為主体要件については米国側の意見に対して抵抗する姿勢が見られる。

同様の趣旨は、2月8日付の内閣法制局資料の「カイク案を変更した点及びその理由」においても見られる。すなわち、カイク案における「『結合、共謀』を削る。」という文言は、「如何なる方法と以てしても含まれる。」として削除したという日本側の主張が記されている。

結局のところ、「結合、共謀」に関しては、2月25日付の日本語版の修正試案において明文化されている（厳密には、2月25日の下書き原稿である2月22日付の公取委資料Aが最初である）。すなわち、2月25日付の修正試案（日本語版）に対する同日の修正試案の英語版における米国側の修正では、日本側が主張していた「如何なる方法を以てするかを問わず」は結局米国側の案との折衷を図った形、すなわち、結合や共謀等その他如何なる方法で以てするかを問わないという日米両者の考えをつなぎ合わせた形で導入することとなった<sup>55</sup>。

「事業者が、結合、通謀その他如何なる方法を以てするを問はず」

「by combination, conspiracy, or any other manner」

そして、3月6日付の英語版 Second Revised Draft と日本語版の第二次修正試案以降において、条文番号は変わるが私的独占の定義は確定した。

なお、3月24日付の内閣法制局資料における法律案説明では、以下のような説明が行われている。

「2 行為としては、『他の事業者の事業活動を排除し又は支配する』ことを要する。

即ち、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に至ることである。その現実的手段で、多くは、事業能力の較差の存する場合に、不公正な競争方法を用いることもあり得るし、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。そして『他の事業者』というのは、必ずしも競争者には限らない。」

日本法に独自の概念としての「支配」は、その具体的方法として上記の法律案説明で列挙されている。特に「企業結合」が「私的独占」の補完的規定と理解されていた当時においては、主として「企業結合」を念頭に置いた概念であると考えられる。

---

<sup>55</sup> シャーマン法2条における共謀による独占化との関係の指摘として、泉水（前掲脚注10参照）70頁参照。

#### 第4節 不当な事業能力較差

次に、現行法には存在しないが、原始独禁法に規定されていた「不当な事業能力の較差」について検討を行う。

原始独禁法は8条において次のように規定していた。

「この法律において不当な事業能力の較差とは、事業者と競争者の事業能力の間に、著しい較差がある場合において、その事業者の優越した事業能力が、技術的理由により正当とされるものでなく、且つ、その較差が左の各号の一に掲げる事由により私的独占を行うことができる程度であるものをいう。

- 1 他の事業者があらたに事業を起すことを著しく困難にする程度に、事業者が、当該事業分野に属する事業又はこれに使用する原材料を支配していること
- 2 事業者が、一定の事業分野において、他の事業者が現実に競争することを著しく困難にする程度に生産を支配していること
- 3 事業者が、私的独占を行うことができる程度に自由な競争を抑圧し、又は著しく制限していること」

本規定については、後述のように日米の相互理解が十分ではなかったと考えられる。

時系列に見るならば、本規定については、時期的に最も早い「カイク」案は「取引能力の実質的不均等」として以下のように規定していた。

「競争者間の取引能力の実質的不均等はそれ自体が独占力の潜在することを示すもので、積極的な技術上の優位に基くものでない限り茲にこれを禁止する。反トラスト法施行の責に任ずる司法次官は右の不均等の存することを認めるとき又は利害関係を有する個人又は法人の請求あるときは速かに三人委員会をして公開の公聴会を開かしめ右の不均等が自由競争の促進に付き経済上望ましきものなりや否やを決定せしめるものとする。右の不均等を許可すべきか特定の方法で取締るべきかを決定するに付いては就中左記事項を充分考慮するものとする。

- (一) 特定事業に対する必要な財源
- (二) 差別的優越を与え、又は行使する能力
- (三) 資材の源泉、生産活動、分配経路及び最終消費の関係並に統合
- (四) 関係事業の範囲並に数
- (五) 事業の位置、生産施設及び販売の相対的比率
- (六) 当該産業における諸会社の購買、生産及び販売の相対的比率
- (七) 当該産業に於ける諸会社の資本又は資産の相対的比率、その他関連あり又は解明に資すべき諸要素

三人委員会が不均等の存在を発見するときはこれを除去するに必要な措置をとるべきである。」

以上からは、「カイク」案が、「積極的な技術上の優位」によらない「不均等」自体を潜

在的独占力（自由競争の促進について経済上望ましくないということであろう）として問題としていることが規制の本質として重要である。なお、許可又は取締りの決定に際して考慮する列挙された諸事項において、特に(三)から(七)において主に市場シェア等市場、および該当事業者の状況と(一)及び(二)において該当事業者の財源、能力など考慮されるべき具体的要因が挙げられている点が重要であると考えられる<sup>56</sup>。

まず、日本側は1946年10月1日付の「産業秩序に関するカイク案実質的規定に対する意見」(商工省商務局)において、本規定に対して以下のように述べている。

「1、本節はこれを削除せられたきこと。

2、強ひて削除を不可とする場合には『不公正な競争方法による獲得された競争者相互間における営業能力の実質的差別であつて公益に反するものは』といふ条件を附すること。」

ここで注目すべき点は、他の規定にはない「公益」を判断基準としていたことであり、この点は立法過程初期の日本側の意図の軸となっている。また、「不公正な競争方法による」という文言を使用し、「不公正な競争方法」がでてきていること、「よる」としてそれを手段として行為を手がかりとしようとしていることも興味深い。

続いて、10月3日付の「カイク氏案と合衆国反トラスト法との対比」(商務局財務課)では、「カイク」案の本規定は米国におけるクレイトン法第2条に対応するものであると整理している。

すなわち、「1. 商業者が買主の間に差別価格を設けるは競争を減少し独占を来す場合違法とす、2. 但し商品の種量質に基く差別原価の差別競争即応の善意の差別で顧客選択を妨げず」とある。おそらく、「カイク」案における「差別」という文言を根拠に、差別価格規制のクレイトン法第2条が、「較差」規制に対応するものだと誤解したのであろう。

さらに「カイク」案に対する日本側の批判は、1946年10月8日付「経済秩序に関する示唆に対する意見(案)」(「この条項は削除したい。競争による効果及び企業の合理化の効果をおとすことだからいっても、営業能力における差別そのものを取締ることは適當ではない。尚、独占を企図するとか不正競争を行うとかいふことがないのに、ただ差別があるということだけで処分をすることは、不当な干渉のように思われる。」、日付不明の旧大蔵省資料「反トラスト法カイク氏試案要綱」(「註；本規定は米国の反トラスト諸法になく米国の判例を成文化したものである。結局独占の可能性を有するものをその生まれる前につぶすことを目的としたものであり、運用如何によっては相当問題となる規定である。」)においても確認される。

この点については、本規定が米国法にないことから、その由来が問われるわけであるが、

<sup>56</sup> なお、1947年2月8日付の内閣法制局資料「カイク氏案を変更した点及びその理由」(商工省企画室)では、「『経済上望まじきか否か』の判断を削る。」として、その理由を「四つの条件以外に生ずるものは、経済上望ましいものではなからう。」としている。理由にいう四つの条件が何を意味しているのか不明である。

一般的に、当事者の意図や独占の方法よりも、経済的な結果を重視する当時の最新の米国判例法に従った規定であるとされている<sup>57</sup>。

すなわち、12月2日付「独占禁止制度要綱に関する件(案)」の中の「米国の立法例」の項目において「シャーマン法第二條に関する判例(1946年5月)」とあり、これがどの判決を意味しているのかが問題となる。これはいわゆる市場構造規制に影響を与えたとされるアメリカン・タバコ事件、または、アルコア事件を指しているはずであるが、前者は1946年6月10日付の判決であり、後者は1945年3月12日付の判決であり、5月と6月を間違えたのではないとも考えられるが、いずれを指すのかは正確には確定できない。しかし、いずれにしても、上記の米国判例法の傾向に対応させたことは明らかである<sup>58</sup>。

日本側の立場は本規定の削除であったが、規定はこれ以降の法案等に残っていくことになる。もっとも、日本側の抵抗であろうか、1946年10月9日付「経済秩序に関する示唆の要綱」では、「競争者相互間における営業能力の実質的差別は、それ自体独占への内在的可能性を意味するから、三人委員会においてかかる差別が公共の利益上好ましいと判定されない限り、差別除去の為に必要な措置をとる。」としている。前述した1946年10月1日付の史料における日本側の意見である違法性判断基準とは異なり、排除措置決定の際に「公共の利益」を判断基準としている。

この点は、11月8日付の法律案要綱において同様に規定されている。

「独占禁圧委員会は、一の産業に従事する者であって、相互に競争する立場に在る者の相互間における生産又は取引上の能力に著しい差別が存在するために、不当な独占を生ずる虞があると認める場合において、左に掲げる事項につき検討した後に、かかる差別が公益上望ましくないものであると認めるときには、かかる差別を廃止するに必要な措置を取るべき旨を主務大臣に対して提示することができること。」

以上の法律案要綱では、まず、本規定が「不当な独占を生ずる虞があると認める場合において」とすることで「不当な独占」との関係において位置付けられていくことになる。

そして、「不当な独占を生ずる虞」があると認められた場合に対する措置として、「公益」を判断するとして、当該産業に対する金融の状況・生産又は取引上の能力の差別の状況・生産のための原材料の入手先、生産又は取引を行う場所、商品の配給の系路又は方法及び消費の各相互間の関係・当該産業に従事する者の数・生産又は取引のための施設及び方法の種類を列挙している。

<sup>57</sup> 泉水(前掲脚注10参照)81頁。もっとも、アメリカン・タバコ事件については、構造規制の根拠となる先例とされているが、当時の理解はともかく、その後のこの判決の理解としては、同事件の趣旨は、市場構造の反競争性と何らかの人為的な行為による市場に対する反競争効果の相関関係に基づいて判断したものであると理解されている(根岸哲『独占禁止法の基本問題』123頁(有斐閣、1990年))。

<sup>58</sup> 矢沢・形成(前掲脚注14参照)422頁注(16)。立法に関わった故矢沢教授は、矢沢・原理(前掲脚注14参照)458頁・461頁・465頁注(6)において、本規定は「アメリカ法にないもので原材料または生産の支配、競争の制限等によって私的独占を行う可能性を有している場合を指し、前に述べたように独占の意図や方法よりも経済的な結果を重視する最近のアメリカ法の判例の動向に従った」とし、続けて、「煙草業者の事件において、原材料の支配が、独占を行う潜在力として非難されたごときは、その一例」としている。

なお、このような「公益」の判断は、12月2日付の「独占禁止制度要綱に関する件(案)」から始まる一連の「要綱」においても11月8日付の法律案要綱と同様に、排除措置を決定する際の基準と位置付けられていた。

「生産又は取引上の能力に著しい差別があって、不当な独占を生ずる虞がある場合に於て、その差別が公益上望ましくないものであるときには、独占禁止委員会は、かかる差別を廃止するに必要な措置をとる。」

しかしながら、日本側の作成による12月11日付のOutline of the Antitrust Lawでも、「不当な独占を生じさせる場合(Prohibition of the Matters Liable to Lead to Improper [Unreasonable と手書き修正] Monopolization)」の一つとして、以下のように規定していた。

「Where there exist substantial disparities of bargaining power among competitors, and when such disparities are deemed undesirable in the public interest, the Antitrust Committee shall take the necessary action to eliminate such disparities.」

このOutlineでは「公益」基準が維持されているが、11月8日の法律案要綱のように主務大臣への「必要な措置」の提示は削除されている。

そして、12月20日付の法律案に継承され、本規定を「不当な独占」の章の中に入れ、11月8日の法律案要綱との比較において、「公益」基準が削除された点に併せて、主務大臣への「必要な措置」の提示が、委員会による「必要な措置」を命じることができることになった点からは、排除措置発動が容易になったと考えられる。

「独占禁止委員会は、その職権又は利害関係人の請求に因り、二以上の同業者の事業能力の間に、著しい較差が存して、事業能力の大なる事業者が、不当な独占を生じさせる虞があることを確認したときは、命令の定めるところにより、その旨を公示し、当該事業者に対して、事業の停止、縮小その他当該較差を排除するために必要な事項を命じることができる。」

1947年1月1日付の商工省名の法律案では、12月20日付の法律案における条文の枠組みを維持し、「前条第二項(筆者注：独占禁止委員会による「不当な独占」に対する排除措置)の規定は、独占禁止委員会が、職権を以て又は利害関係人の請求により、二以上の同業者の事業能力の間に、不当な較差が存して、二以上の同業者のいずれかが不当な独占を生じさせる虞があることを認定した場合に、これを準用する。」として規定した。さらに、続けて2項において「独占禁止委員会は、前項の認定をなすに当って、公聴会を開き、独占を生じさせる虞の存否又はその排除の方法に監視、意見を求めることができる。」と規定した。

1月1日付の法律案では、12月20日付の法律案における「著しい」が「不当な」に、「事業能力の大なる事業者」が「いずれか」に変更された。

なお、「公聴会」を開催できるとしたことで、以前の「公益」基準と同様の効果を期待した可能性がある。

規定の枠組みについては、定義規定と排除措置規定が同一の条文内にあり、この枠組みがしばらく維持されていく。

その一方で、日付不明(1月1日から1月15日までの間)の法律案は、法体系として「不当な独占」とは別の章において、以下のように「事業能力の較差」として独立させ、その内容も大きく変化していく。

「独占禁止委員会は、職権を以て利害関係人の請求により、事業者とその競争事業者との事業能力の間に、技術的理由に基く以外の著しい較差が存して、当該較差が公共の利益に反することを確認した場合(以下、略)」

ここでは較差に関して、「不当」ではなく「著しい」較差として、その評価基準として「公共の利益」が再度規定され、「カイク」案に回帰するように、正当化事由としての「技術的理由」が挿入された点が重要である<sup>59</sup>。

そして、1月15日版と1月17日版では、正当化事由がより詳細になった。

「事業者とその競争者との事業能力の間に著しい較差が存して、その事業者の事業能力が優秀な技術の利用又は適性且つ合理的な経営に因るものでなく且つその較差が不当な独占を行ひ得る程度のものである場合(以下、略)」

さらに、この段階から「企業結合」の手段行為である「合併」や「株式取得」等によって「事業能力の較差」が生じる場合に「合併」等をしてはならないとした。このことは、後述の日付不明(1月22日から1月28日の間)の内閣法制局資料に記述されている。もっとも、この企業結合に係る諸規定は、2月22日付の法律案では削除されている。この時期に持株会社規制を含む企業結合規制が独立の章立てとなったことも影響をしていると考えることができる。

1月20日版の法律案では、「著しい較差」に対する正当化事由が詳細となっている。

「事業者と競争者との事業能力の間に著しい較差が存する場合において、その事業者の優越した事業能力が優秀な技術、良好な立地条件又は合理的な経営に因るものでなく且つその較差が不当な独占を行ひ得る程度のものであるとき」

この文言は、1月22日付の公取委資料A及び旧大蔵省資料「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(試案)」、内閣法制局資料の試案にも(「存する」が「ある」に、「因る」が「よる」に修正されたが)継承された。

そして、1月23日付の旧大蔵省資料「『私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案』立案要旨」における説明は、この定義に関して大体を「カイク」案のとおりであるとした<sup>60</sup>。

この点について日付が不明(1月22日から28日の間)の内閣法制局資料は、以下のよ

<sup>59</sup> なお、「正当化事由」については、1946年12月20日付公取委資料Aにある「(資料)独占禁止制度において問題となる諸項目)において、「技術上の理由、生産能率上の利、不利等」とされていることから、この点が考慮された結果であると考えられる。

<sup>60</sup> 企業結合規制が本規定の中に組み込まれているが、企業結合規制に関しては、日本経済の事情を考慮した「カイク」案との相違も指摘されている点に留意が必要である。

なお、本報告書では企業結合については触れないためここでも言及しない。

うに詳しく説明している。

- 「 1 . 獨占行為をなしうる可能性に富んだ主体の在り方の最たるものとして事業能力の較差という状態を把へる。或る状態それ自体を違法とするのである。獨占行為或ひは制限行為と段階が異り、性格が別である故、章を改めると共に、一方、本法案作成の過程に於て常に問題されてきた種々の事業者の株式取得、役員兼任、合併、資産取得等をこの較差に結びつけて表現したわけである。
- 2 . 根本の要件は競争者との間に事業能力上の著しい差があることである。勿論事業能力の大きさの測定はなかなか困難であるが、比較したとき、大きいことが問題というより大から小をひいた差即ちここで敢て用ひられた言葉「較差」を問題とするわけである。
- 3 . かかる較差が問題となり、本條の対象とされるには、次の如き理由によるものではないことが要件とされる。
  - a. 優越した方の事業者の事業能力が、
    - イ . 大きくなった原因の点からみて、
      - 一、優秀な技術に基くもの
      - 二、良好な立地条件に基くもの
      - 三、合理的な経営に基くもの
    - ロ . 今後それを維持乃至は拡張してゆくという点からみて、合理的な経営に必要なもの
  - b. 較差が不當な獨占を行ひうる程度のもの。
- 4 . 「優秀な技術」とは、生産方式をも含めた技術であるが、経営技術は含まない「良好な立地条件」とは、例へば銀座にある百貨店が場末のそれより大きいのは當然なわけで、自然獨占の代表的なものを意味してゐるわけ。「合理的な経営」とは経済的な合理性より狭い。市場がからみでの適正な規模が正當化されるわけで資本の効率を超える経済的ポイントがこの場合基準となるであろう。
- 5 . 「合理的な経済に必要なもの」とは、新しく他の競争事業者より優越した大きさを操業する場合、或ひは前述の理由によって優越したものが今後もそれを維持してゆく場合を正當化するための要件である。
- 6 . 不當な獨占を行ひうる程度のものとは、意思さへ加へれば何時でも獨占行為を行へる状態という。
- 7 . 前述のやうな理由に基いて正當化される範囲にとどまってゐる限り、その較差は本條の対象とならぬわけであるが、その他の理由に基いてゐると認められる余地があれば、その限りに於て問題となる。
- 8 . 本條の較差があると認められるときは、獨占禁止委員会はその状態を除去するために必要な措置を命ずることができる。較差をもつものを解体するための処分がされるが公益処分の性質として新憲法との関係から補償が必要であろう。

9. 若し本條を濫用すれば競争の結果を否定し、且つは日本經濟の特殊性からくる極めてありうべき多くの獨占を否定することとなる。従つてこの較差を不と判定するには慎重な考慮が必要である。そこで第二項に、検討すべき事項と更に公聴会を開くべき旨を規定した。
10. 事業活動の場としての状態を取締ることは、一見奇異に思はれるが、獨占行為或ひは制限行為と、個々の事業活動の合併とか役員兼任等の行為とを段階的に結びつけるようすれば、その間に一つの状態が規定されることは必定で、それがこの較差に当る。この条文に該当する事例は少いことを望むや切であり又事（以下、白紙）該当する事例は殆どないと考へられるが、今後、事業が資本の効率を超えて増（以下、白紙）するやうなことが防げることは、日本經濟にとって歓迎さるべきことと思はれる」

以上の説明からは、本規定に企業結合規制が包含されている点、企業結合と「不当な獨占」及び「取引の不当な制限」とを結び付けて、「状態」規制であることを明確にした点が重要である。

1月28日付の司令部提出用試案は、「事業者と競争者との事業能力の間に著しい較差がある場合において、その事業者の優越した事業能力が優秀な技術、良好な立地条件若しくは合理的な経営によるものでなく又は合理的な経営に必要なものでなく且つその較差が不当な獨占を行ひ得る程度のものであるとき」として、「較差」の正当化事由を一つ追加している。

この司令部提出用試案は、2月4日付の英語版 Tentative Draft においても以下のように規定されていた。

**「 Where there exist substantial disparities in bargaining power between an entrepreneur and his other competitors, and the superior bargaining power of the entrepreneur is not due to superior technology, favorable location conditions or rational operation, nor due to conditions necessary for rational operation, and moreover, the said substantial disparities are of such extent as to render unreasonable monopolization possible 」**

これ以降から2月25日付の修正試案(日本語版)の下書き原稿である2月22日付の「修正試案」(日本語版)まで史料がなく不明であるが、2月22日付の「修正試案」は「不当な較差」とタイトルを変え、さらに内容が以下のような大きく変化している。

**「事業者と競争者との事業能力の間に著しい較差がある場合において、その事業者の優越した事業能力が優秀な技術によるものでなく且つその較差が一定の取引分野における競争を実質的に制限し得る程度のものであるとき」**

確かに、この時期には、「私的獨占」と「不当な取引制限」について共通要件が統一されており、その影響を受けたものであると考えられる。これまで「不当な獨占を生じる虞のある場合」に限定されていたものが市場効果要件を問う形式に変更されたこと、および、「較

差」の正当化事由の根拠が技術的なものに限定されたことが注目される。

そして、2月25日付の修正試案では、さらに修正が行われた。タイトルが「事業能力の較差」に変更され、「事業者と競争者との事業能力の間に著しい較差がある場合において、その事業者の優越した事業能力が技術的理由により正当化されるものでなく且つその較差が不当な独占を行い得る程度のものであるとき」となり、市場効果要件が削除され、再度「不当な独占」を行い得る程度との関係に限定されることとなった。

同日付の英語版の Revised Draft では、以下のように英訳している。

**「 Where there exist substantial disparities in bargaining power between an entrepreneur and his competitors and the superior bargaining power of the entrepreneur is not justified on technological grounds and the said substantial disparities are of such extent as to render unreasonable monopolization possible 」**

この Revised Draft には、サルウィン氏による手書きで、「or potential competitors」が「his competitors」の後に追加されているが、この手書き修正は結局明文化されなかった。

GHQ 資料にある3月14日付米国側のメモでは、2月25日付の英語版 Revised Draft に対して、以下のような指摘をしている。特に、技術的水準を正当化事由として明文化した点（個別事案ごとの解釈に委ねている点も同様）、経済力の過度の集中に対する規制であることを確認した点は重要である（目的規定の項も参照）。

「企業結合を除く個別事業者による独占 (Monopolies of individual entrepreneurs) を、『事業能力の実質的較差』に基づき技術的根拠が無い較差の場合において違法とする。（中略）現実には、経済的に優位な地位にある製造業者はより高度な技術的水準によってほぼ完全に説明されるであろう。（中略）この規制は、経済力の過度の集中を一般的に違法とし (outlaws generally any excessive concentration)、取引制限や取引等の独占的支配の助長に係る目的又は効果を有するカルテルや、国内又は国際市場へのアクセスを制限するカルテルを違法とし、一応の証拠として (as prima facie)、1万人以上の従業員を雇用している事業者すべてを経済力の過度の集中を生じさせるとする。もっとも、本法律案の趣旨に反しないように、個別事案の判断においては正当化事由が好意的に考慮されるべきであり、かつ考慮できる (justifiable reason, should and could then be-sympathetically weighed in the decision of each individual case) ）」

3月6日付の第二次修正試案（日本語版）では、前述したように、定義規定と排除措置規定が分離され、定義は、「この法律において不当な事業能力の較差とは、事業者と競争者との事業能力の間に、著しい較差がある場合において、その事業者の優越した事業能力が技術的理由により正当とされるものでなく、且つその較差が私的独占を行うことができる程度のものであるもの」としている。

3月6日付の英語版の Second Revised Draft では、ほぼ同じ英語が用いられているが（「whereby」が「the said substantial disparities are of such extent as to render unreasonable monopolization possible」の前に挿入された）、サルウィン氏による手書き

修正が行われている。すなわち、「to render unreasonable monopolization possible」の前に、「as to constitute undue concentration of economic power and thereby」を追加している。この直前の目的規定についてもすでに指摘したように、「事業能力の較差」規制の趣旨として「経済力の集中」を位置付ける意味があったのであろう。

3月9日付の第三次修正試案(日本語版)は第二次修正試案からほぼ変更点はないが(「程度ものであるものをいう」が「程度であるもの」に変更),その英語版である3月11日付のThird Revised Draftでは,サルウィン氏により大きな変更がなされている。すなわち,先のSecond Revised Draftでの追加文が再度手書き追加されており,また,本規定すべてに削除を意味する斜線を引き,史料では次のページに該当する付属資料(史料では同じ頁が二つあり,後ろの頁がこれに該当する)において,以下のように追加修正している。

**「The term “undue concentration of economic power” refers to such undue substantial disparities in bargaining power between an entrepreneur and his competitors, not justified on technological grounds, which render private monopolization possible because of:**

- 1. Control over such portion of the entire business or of raw materials to such an extent as to deter others from entering the field.**
- 2. Control over production to such an extent as to make improbable real competition in any given field.**
- 3. (判読不能の単語2つ)control which stifle or unduly restrict free competition to such an extent as to make private monopolization possible.」**

「事業者とその競争者との間における事業能力の不当な実質的較差に該当する不当な経済力の集中は,技術的根拠により正当化できない場合であり,以下に基づき私的独占を行うことができるものをいう。

- 1 他の事業者の取引分野への参入を阻害するだけの事業活動全体又は原材料の支配
- 2 一定の取引分野における真の競争が不可能なほどの生産の支配
- 3 私的独占を行いうる程度に自由競争を抑圧し,又は不当に制限する支配」

この大幅な修正は,特に「不当な経済力の集中」について,これを「不当な事業能力の較差」に取って代わるものとしてサルウィン氏が用意したものなのか,あるいは,「不当な事業能力の較差」が生じる場合についてサルウィン氏が追加的に定めたものなのか不明である。しかし,この修正により私的独占を行うことができる場合に関する3要件を列挙した点は,原始独禁法に直接的に影響を及ぼしたことから重要である。ただし,この3要件は3月11日付の第四次修正試案(日本語版)には反映されず(文言は第三次修正試案と同一である),3月15日付の第五次修正試案(日本語版)及び同日付けの英語版のBillにおいて初めて組み込まれ,「原始独禁法」に至る。

「この法律において不当な事業能力の較差とは,事業者と競争者との事業能力の間に,

著しい較差がある場合において、その事業者の優越した事業能力が、技術的理由により正当とされるものでなく、且つその較差が左の各号の一に掲げる事由により私的独占を行うことができる程度のものであるものをいう。

- 1 他の事業者が新たに事業を起すことを著しく困難にする程度に、当該事業分野に属する事業又はこれに使用する原材料を支配していること。
- 2 一定の事業分野において他の事業者が現に競争することを著しく困難にする程度に生産を支配していること。
- 3 私的独占を行うことができる程度に自由な競争を抑圧し、又は著しく制限していること。」

「The term 'undue substantial disparities in bargaining power' as used in this law shall mean such substantial disparities in bargaining power which, when they exist between an entrepreneur and his competitors, the superior bargaining power of said entrepreneur in not justifies on technological grounds, and whereby the said substantial disparities in bargaining power are of such extent as to render private monopolization possible for any one of the following reasons:

1. Because an entrepreneur controls the business in such particular field or trade or controls the materials used therein to such extent as to render it extremely difficult for another entrepreneur to start a new enterprise.
2. Because an entrepreneur controls production in a particular field of trade to such extent as to render it extremely difficult for another entrepreneur actually to compete.
3. Because an entrepreneur restrains or restricts very much free competition to such extent as to render private monopolization possible.」

米国側のこのような修正が、最終的に挿入された理由は不明である。すなわち、私的独占を行うことができる程度の較差の状態をより具体的な明示したことの根拠が問題となる。この点については3月24日付の内閣法制局資料の法律案説明において以下のように指摘されている。

「1、事業能力が相対的に大であるということ自体は、何等違法とされるものではないが、その大きさが技術的に正当化されざる場合に、私的独占に出づる可能性のあるものについては、予防的措置並びに経済合理化的措置として、その適当な整理を命じて、市場の攪乱を防止する必要がある。然し乍ら、違法性のない事業の状態に対して、強制的措置に出る場合には、財産権の侵害として新憲法第二十九条に規定する私有財産権の不可侵規定と如何なる関係に立つかが問題となり得る。この場合、財産権は法律を以てしてもこれを侵害し得ないとしても、『公共の福祉に適合するやうに』その内容を法律で定め得るのであるから、私的独占の可能性のある程度に経済活動を支配しているものは、国民経済的にみて、『不当』であり、その限りに於て公益に合致する如くそ

の内容に を改へることは、違憲ではなく、且つ『公共のために用いる』場合でもないから、補償を必要としないと解せられる。

- 2、較差とは、或る事業者とその競争事業者との事業能力、例えば設備、技術、信用、販路等を比較してみると、そこに著しい乖離が存する場合に、両者の比較を指している。これは、本法案第八条第一項各号に列挙した事項において、検討の上認定されるべきものである。そして、それは未だ私的独占の程度には至っていないものである。較差が存する場合に、優越した事業者の事業能力が、当該事業の技術的必要に基く大きさであることが容認されれば、それは、本法案の対象とはならない。即ち、生産技術からみて、通常の設定内容としての大きさである場合、事業規模が経営技術的にみて合理的なものである場合、合理的経営のために、必要な程度の大きさである場合には、立地条件その他の経済条件によって、当該事業能力の大きさが経済上合理的に証明され得る場合には、いづれも『技術的理由により正当とされる』場合と解釈される。技術的に正当化されぬ較差は、更に本法案第二条第五項各号の一に掲げる事項によって、私的独占を行うことができる程度である場合に、初めて、公正取引委員会は、必要な措置を命ずることができるのである。すなわち、新規起業を困難ならしめる程度に事業又は原材料を支配しているか、競争を困難ならしめる程度に生産において支配的であるか、又は私的独占を行へる程度に競争を制限しているかのいづれか一の場合に、不当な較差として論せられる。」

以上からは、この規制と私的独占規制との関連性が強調されていることが再確認できる。そのために、私的独占を生じさせるような較差の判断については、設備能力や企業規模等を考慮するとしている。そして、技術的根拠に加えて、私的独占を行うことができる程度の較差の具体例の列挙に関しては、技術的根拠がないという正当化されえない場合を前提条件とし、さらに具体的な列挙された事情のいずれかに該当して私的独占を行うことができる場合に限って「不当な事業能力の較差」としている。

このことは、特に市場での独占者（シェアがかなり高い場合のみに限られる）のみが事実上これに該当するであろうから、排除措置との絡みでの構造措置を念頭に置いているのか、あるいは、私的独占を当然のように行うことができる「状態」を明確化させたものとして位置付けたと考えられる。すなわち、潜在的に独占形成（私的独占）を行うことができることを確認することが本規定の本質であることをより鮮明に確認する趣旨であろう<sup>61</sup>。

## 第5節 不当な取引制限

現行法と原始独禁法では不当な取引制限の定義に違いがある。

<sup>61</sup> 石井（前掲脚注14参照）176頁以下。なお、両角良彦氏は、「あの当時は設備能力や企業規模の問題とばかり思いこみ、取引力のアンバランスという発想にはついに無縁のまま条文化されたように思う」とし（公正取引委員会創立二十五周年記念『公取時代の思い出』34頁（1972年））、また、意味内容の把握ができていない状況で作成したとの記述もある（高瀬恒一・鈴木深雪・黒田武監修『独占禁止法制定時の回顧録』258頁（公正取引協会、1997年））。

それは、現行法におかれている「他の事業者と共同して対価を決定し、維持し、若しくは引き上げ、又は数量、技術、製品、設備若しくは取引の相手方を制限する等」という文言が原始独禁法にはないという点である。これは、原始独禁法が共同行為を原則禁止としていたが（第4条）、1953年改正において第4条を廃止する際に、旧4条にあったこの文言が「不当な取引制限」の定義の中に盛り込まれたためである<sup>62</sup>。

原始独禁法は以下のように規定している。

不当な取引制限（2条4項）

「この法律において不当な取引制限とは、事業者が、契約、協定その他何らの名義を以てするかを問わず、他の事業者と共同して相互にその事業活動を拘束し又は遂行することにより、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ことをいう。」

共同行為（4条）

「事業者は、共同して左の各号の一に該当する行為をしてはならない。

- 1 対価を決定し、維持し、又は引き上げること
- 2 生産数量又は販売数量を制限すること
- 3 技術、製品、販路又は顧客を制限すること
- 4 設備の新設若しくは拡張又は新技術若しくは新生産方式の採用を制限すること

前項の規定は、一定の取引分野における競争に対する当該共同行為の影響が問題とする程度に至らないものである場合には、これを適用しない。」

本規定については、原始独禁法が、現行法と異なり「不当な取引制限」と「共同行為」という二つの規制を行っていることから、さらに、現在においても争点になっている要件がこのときにできたことから慎重な分析が必要となる。

以下、不当な取引制限と共同行為について、共通要件以外に関する論点として、特に「共同行為」の規定全体の構造と「不当な取引制限」に関する行為要件の変遷を検討する。

（1）規定全体の問題：不当な取引制限と共同行為の関係等について

「カイク」案では、「不当な制限等の禁止（Prohibition of Unreasonable Restraints, etc）」と「共同行為の諸類型の禁止（Prohibition of Types of Joint Action）」が規定されており、この2つのタイプの規制を置くことは原始独禁法にも受け継がれている。

この内容を見ると、前者では、契約、取引、協定、結合、共謀等の様々な行為類型が、不当に取引を制限する行為・効果を持つ場合、目的・意図・効果が自由競争を不当に制限する場合、自由競争<sup>63</sup>の利益を公衆から奪取する場合に違法としている。後者では、当然違法（価格協定、生産・販売・再販売の制限、市場等分割、新技術採用等の制限、市場や事

<sup>62</sup> 根岸哲『独占禁止法の基本問題』61～62頁（有斐閣、1990年）。

<sup>63</sup> 1946年10月1日付の「産業秩序に関するカイク案実質的規定に対する意見」（商工省商務局）は、「『自由な競争』を『公正な競争』と改める。」としている。

業へのアクセスの制限，基準地価格制<sup>64</sup>，ボイコット，抱合せ協定）と，取引への効果等を見て違法判断をする合理の原則（生産・費用・契約方式の条約等によらない共通化，特許権・著作権の実施許諾によらない特許権・著作権に係る協定，特許権・デザイン特許権・商標権に係る不爭協定，協調的行為実行に係るスキームの採用，統計収集，競争消滅の目的・意図・蓋然性を持つ orderly marketing 協定のスキーム，共同販社，ライセンス・クロスライセンス・将来の特許権に係る契約）に分けて規定している。

このような「カイク」案に対して，日本側は，まず，1946年10月1日付の「産業秩序に関するカイク案実質的規定に対する意見」（商工省事務局）において，「第一項の規定に『但し，特別の公益上の必要があると認めるときは，主務大臣は，右の禁止の解除をなすことができる』を添加すること。」を主張している。

同様に，10月8日付の「経済秩序に関する示唆に対する意見（案）」は，「第1項の絶対的禁止の場合を改め，公益に反しないものは，これを認めることにする。総論において述べたように，貧弱な資源で多数の人口を養わねばならぬ本邦においては公益上の見地から弾力のある運用を適当とする場合が想像されるからである。」と主張している。

以上のような日本側の意図は11月8日付の法律案要綱の中に反映されている。

「カイク」案が，いわゆる合理の原則型の行為類型の違法性判断基準に関して，(1)不当に取引を制限する行為・効果を持つ場合，(2)目的・意図・効果が自由競争を不当に制限する場合，(3)自由競争の利益を公衆から奪取する場合を挙げていたが，11月8日付の法律案要綱では，「不当な取引制限」<sup>65</sup>全般に関して，特定の協定への参加者が三分の一以上である場合に協定の届出義務を課すこととし，このことを前提に以下のように規定した。

「何人といへども，形態又は手段の如何を問はず，事業の正常な活動を拘束し，制約[手書き：し]若は圧迫し，公正な競争の拡大を阻碍し，又は自由取引による公共福祉の促進に支障を及ぼす契約，協定又は連合をなしてはならないこと。」

ここでは，「カイク」案のように「取引制限」を二つに分類しておらず，事業の「拘束」・「制約」・「圧迫」による「公正な競争の拡大」の阻害と，「公共福祉の促進」に対する悪影響という市場効果要件を統一的に「不当な取引制限」の定義に入れたのである。なお，当該法律案要綱において列挙されている行為類型とは以下のとおりである。

- 「一，取引価格その他これに影響を及ぼす取引条件の制限に関する協定
- 二，生産数量，生産設備，生産分野，注文割当その他生産又は取引の方法の制限に関する協定
- 三，販路の割当，取引先の制限，共同販売その他製品及び顧客の割当等販売の制限に関する協定

<sup>64</sup>日付不明の旧大蔵省資料「反トラスト法カイク氏試案要綱」は，原価計算方法について「特別の原価計算方法のことをピッツバーグ・システムと呼んでいる。本規定は，米国反トラスト法裁判の判例により列挙されたもので，これに相当する規定は米国の反トラスト法にはない。カナダの反トラスト法にはやや似たものがある。」としている。

<sup>65</sup> このタイトルは12月20日付の「獨占等の禁止制限に関する法律案」において「取引の不当な制限」となるまで続いた。

- 四、特許発明の共同使用，新技術の研究若は採用の制限に関する協定
- 五、特定の企業，事業又は個人を，特定の事業活動，市場若は顧客より除外し，又は制限する協定
- 六、特定の商品又は用役に対する不買又は不使用に関する協定
- 七、輸送路の割当，積荷の制限その他海上又は陸上の輸送の制限に関する協定
- 八、共同計算，統一原価計算の採用その他経理の制限に関する協定
- 九、前各号の外，独占禁圧委員会において特に指定する協定

しかしながら，これ以降は，「カイク」案と同様の「不当な制限」と「共同行為」という基本的な二本立ての条文構造が復活する。

例えば，12月2日付の「独占禁止制度要綱に関する件（案）」に始まる一連の「要綱」では，「不当な取引制限の禁止」として，「不当な取引制限」については，甲案及び乙案ともに「貿易，商業又は産業を不当に拘束し，公正競争を阻碍し，又は競争による公益に支障を与へる一切の契約，取引協定，了解，共謀又はその承諾は違法とする。」（甲案），「事業の正常な活動を拘束することにより，公正競争の拡大を阻害する契約，協定又は連合をして自由取引による公共福祉の促進に支障を及ぼしてはならない。」（乙案）として，「公正競争」と「公益」，「公共福祉」への悪影響を問うとしている。

その一方で，「共同行為」については，甲案は「カイク」案と同様に当然違法型（「それ自体違法とする」）と合理の原則型（「貿易，商業又は産業に悪影響を及ぼす場合違法とする」）の2つから構成されるが，乙案は「公正な競争を阻害するに至るものであるとき」という判断基準を設定している<sup>66</sup>。また，共同行為の行為類型についても，甲案の当然違法型と乙案のそれとはほとんど同じであるが（11月8日付の法律案要綱をほぼ継承している），甲案の合理の原則型は，「特定のもの以外の規格化」，「特定の特許又は著作権協定」，「特許等の効力非争訟協定」，「協定行為計画の認容」，「統計の蒐集配布」，「市場管理協定」，「共同販売所」，「将来特許の実施許可」，「その他の制限的行為」を挙げている。

日本側の意見（ないし主張）に基づくと考えられる乙案では，いわゆる共同行為を当然違法と位置付けるのではなく，不当な取引制限と同様に市場効果を要件としている点がその後の変遷との関係でも重要である。また，甲案の合理の原則型の行為類型も組み込まれていない。その後，上記乙案を採用した12月14日付の「独占禁止制度要綱に関する件（未定稿）」の「規定趣旨」における行為類型は，基本的に11月8日付の法律案要綱と類似するが，以下のとおりである。

- 「(1)価格の固定その他取引条件の制限
- (2)生産数量割当その他生産又は生産方法の制限
- (3)販路割当その他取引又は取引方法の制限
- (4)新技術採用制限その他技術の制限

<sup>66</sup> なお，B及びCにおいても史料として確認されるが，Bにおいては不鮮明であるが欄外において手書きによる何等かの記述がある。

- (5)特定企業の市場からの疎外制限
- (6)ボイコット
- (7)積荷制限，輸送路割当その他輸送の制限
- (8)共同計算その他経理の制限」

この「規定趣旨」が日本側の意見に基づくと考えられる根拠としては、12月11日付の *Outline of the Antitrust Law* が、この「不当な取引制限」に関して、「規定趣旨」を特に丁寧に英語訳していることが挙げられる<sup>67</sup>。

その後、12月10日付の「独占等の禁止制限に関する法律案」では、以下のように、規定の書きぶりが大きく変化した。

第一に、「取引の不当な制限」とタイトルを変更し、(文字が薄く、つぶれている箇所も多々あって判読が困難であるが)「その事業に関して その物資，信用，労務又は用役の生産，販売，供給の方法，経路其の他 契約又は であって、公共の利益に反するものをいふ。」とする定義を規定した。そして、「事業者は、特定の物資又は用役の生産，販売，供給等取引の不当な制限を生ぜしめてはならない。」という禁止規定を置いた。

第二に、共同行為についても、以下のように「取引の不当な制限を生ぜしめる虞のある場合」と規定して、一連の「要綱」における乙案が市場効果要件を共同行為にも設定していたが、この法律案の段階において、「取引の不当な制限」と関連させて共同行為を位置付けたことがわかる。

「事業者は、左の各号の一に該当する事項について契約をなし又は左の各号の一に該当する行為（判読不能のため中略）において取引の不当な制限を生ぜしめる虞のある場合には（判読不能のため中略）はならない。

- 一． 生産 その他生産に関する制限
- 二． 新技術の採用の制限その他技術に関する制限
- 三． 販路販売その他販売に関する制限
- 四． 特定事業者の製品の販売制限その他特定事業者の特定 における事業活動に関する制限

---

<sup>67</sup> 「(1) No person shall enter into contracts, agreements of combinations, which by restraining normal business activities obstruct fair competition, and shall thereby hinder the promotion of public welfare through free business transactions.

(2) No agreements of the following types shall be made, if it is such as will lead to the obstruction of fair competition:

- i. Price fixing or other restrictions on business conditions.
- ii. Allocation of output or other restrictions on production or productive methods.
- iii. Allocation of markets, or other restrictions on trade and trading methods.
- iv. Restriction on the adoption of new technology or other technological restrictions.
- v. Exclusion or restriction of specially designated enterprises from market.
- vi. Boycott.
- vii. Restriction on loading; allocation of transportation routes; and other transportation restrictions.
- viii. Joint accounting or other accounting restrictions.」

- 五． その他輸送に関する制限
- 六． 価格の維持，固定その他価格に関する制限
- 七． 利益の共同計算その他経理に関する制限」

そして，12月20日付の「独占等の禁止制限に関する法律案」では，先の10日付の法律案のタイトルである「取引の不当な制限」を継承したが，「取引の不当な制限」を「事業者が，自己又は他人の事業に関して，その方法，経路その他当該事業の態様又は行為を制約してある状態であって，公共の利益に反するものをいふ。」とし，「状態」規制であることを明確にした。禁止規定も「事業者は，取引の不当な制限を生ぜしめてはならない。」と簡潔になった。

そして，共同行為に関しても，柱書において「取引の不当な制限を生ぜしめる虞のある場合」において行ってはならないと規定し，明確に「取引の不当な制限」と関連させて共同行為を位置付けた。なお，行為類型は，10日付の法律案と同様に，先の要綱の乙案から「特定企業の市場からの疎外制限」を除いたものである<sup>68</sup>。

そして，1947年1月1日付の商工省名の法律案は，「取引の不当な制限」というタイトルのもとに以下のように規定していた。

「この法律において，取引の不当な制限とは，事業者が，自己の事業のためにする目的のものに，生産，販売又は供給に関する方法の採用，数量の決定，経路の選択その他自己又は他人の事業の自由な活動を制約し，又は支配している状態であって，公共の利益に反するものをいう。」

そして，原始独禁法に規定されている特定の共同行為の禁止に関しては，以下のように二つの異なる規定が設けられていた。

「左の各号の一に該当する事項を目的とする契約若しくは合意又は行為をなした事業者は，取引の不当な制限を生じさせたものと推定する。

- 一 生産の割当その他生産に関する制限
- 二 販路の割当その他販売に関する制限
- 三 価格の固定その他価格に関する制限
- 四 新技術の採用の制限その他技術に関する制限」

「事業者は，左の各号の一に該当する事項について，契約若しくは合意又は行為をなすことにより，取引の不当な制限を生じさせる虞の或る場合には，当該契約若しくは合意又は行為をなしてはならない。

- 一 他の事業者の商品の不買その他購買に関する制限
- 二 積荷の割当その他輸送に関する制限

<sup>68</sup> なお，後述の「不公正な競争方法」においても指摘するが，12月20日付の法律案では，「事業者は他の事業者又は消費者との間に，競争者たる同業者の労務，物資，信用，又は用役を購買し又はその供給を受けざる旨の契約をなして（以下不鮮明のため中略）価格を固定し又は価格の割引若しくは割戻をなすことにより，取引の不当な制限又は不当な独占を生ぜしめてはならない。」として，排他的供給契約と抱き合わせ協定の規制を組み込んでいた（手書きで exclusive dealing と tying contracts とある）。

### 三 利益の共同計算その他經理に関する制限」

以上のように、共同行為に対する規制全体の構造としては、この段階では三つの規定に区分され、後二者は、それぞれ「取引の不当な制限」に係る推定規定と蓋然性（虞）に基づく規制であるといえる。さらに、原始独禁法との関係では、二番目の推定規定に列挙されている諸制限行為はほぼ原始独禁法に継承されている。また、三番目の蓋然性（虞）規制にはボイコットが入っている。「カイク」案からの流れで、当然違法とされてきた特定の共同行為を、二つの類型に細分化したのである。

日付不明（1月1日から1月15日の間）の法律案では、「取引の不当な制限」の定義が以下のように変化している<sup>69</sup>。

「この法律において、取引の不当な制限とは、事業者が、自己の事業のためにする目的のもとに、他の事業者と契約、協定、合意その他の方法により自己又は他人の事業の自由な活動を制約し又は他の事業者の事業を支配してある状態であって、公共の利益に反するものをいう。」

そして、1月1日付の法律案では「推定規定」と「取引の不当な制限を生じさせる虞」の二つに区分されていた特定の共同行為は、以下のように推定規定に統一された。

「左の各号の一に該当する事項を目的とする契約、協定、合意その他の方法による共同行為は、取引の不当な制限を生じさせてあるものと推定する。

- 一 対価を固定し又は対価を人為的に維持すること
- 二 生産数量若しくは販売数量を故意に制限すること
- 三 市場の割当その他事業活動の範囲を故意に制限し又は技術の制限、製品の指定その他事業活動の態様を故意に制限すること
- 四 新投資、新技術又は新生産方法の採用を故意に制限すること
- 五 他人を一定の事業活動から除外し又は一定の事業活動をしようとする場合にその機会の均等を故意に制限すること
- 六 虚偽の原材料費、輸送費、人件費その他の原価を価格に含ませること

これは推定規定ではあるが、1月1日付の法律案の「生じさせたものと推定する」から「生じさせてあるものと推定する」と変更し、1月1日付の法律案で列挙されている行為類型について、各々の主観的要件として「人為性」又は「故意に」という文言を加えた。当然違法ではないが、意図が明確な場合には違法性を推定するという規制方法を採用したのである。

また、列挙されている行為については、1月1日付の法律案の三番目の規定から移動してきたものである「五」と「六」が新しく加わった。それぞれ、（不正な競争方法との関係もあるが）それまでのボイコット（差別的取扱）や、輸送等に係る諸制限（基準地価格制）

<sup>69</sup> この法律案におけるすべての「企業結合」に関する諸規定では、競争者との結合が「取引の不当な制限を生じさせる虞がある場合」と規定しており、現在の、単独行為による競争の実質的制限と共同行為による競争の実質的制限の2つの競争の実質的制限を問題とする「企業結合」規制の考え方と共通しているが、そこまでは考慮して記されたものではないであろう。

を意味すると考えられる。

1月15日版及び1月17日版の法律案では両者ともに大きく修正されている点がある。

「事業者は、契約、協定、合意その他何等の名義を以てしても他の事業者と共同して相互に事業活動を制限し公共の利益に反して一定の地域又は一定の取引分野における自由な事業活動を拘束する行為（以下取引の不当な制限という。）をしてはならない。」

「事業者は、左の各号の一に該当する共同行為をしてはならない。但し独占禁止委員会において、当該行為が公共の利益に適合するすると認め、これを許可した場合はこの限でない。

- 一 対価を人為的に決定し又は維持すること
- 二 生産数量又は販売数量を故意に制限すること
- 三 市場の割当、技術の制限、製品の指定その他事業活動の範囲又は態様を故意に制限すること
- 四 新投資、新技術又は新生産方式の採用を故意に制限すること
- 五 一定の地域又は一定の取引分野において新しい事業の開始を妨げること

大きな修正点として、まず、これまでの「取引の不当な制限」とその「推定規定」という構造ではなく、原始独禁法のように「取引の不当な制限」と「共同行為」に完全に分離したことが挙げられる。そして、第一に、「取引の不当な制限」において「状態」規制から「行為」規制へと変更されたこと、第二に、それ自体で規制される「共同行為」に関しては、「公共の利益」の判断に基づく独占禁止委員会による許可制を採用していることが重要である。推定規定からさらに規制自体が緩和されたとも、又は、日本側の「公共の利益」概念に対するすでに何度か指摘した意識が反映されたとも考えることができる。

また、「共同行為」として列挙されている行為については、「五」は、「取引の不当な制限」と同様に「一定の地域又は一定の取引分野」を規定して共同の新規参入阻害行為を挙げている。一定のボイコットを想定していると考えられるが、以前よりもボイコットに対する違法性の認識が低下している。

1月20日付の法律案は、「取引の不当な制限」を「事業者は、契約、協定その他何等の名義を以てしても、公共の利益に反して、他の事業者と共同して相互に事業活動を制限することにより一定の取引分野における事業活動を実質的に拘束する行為（以下取引の不当な制限という。）はこれをなすことができない。」と規定し、「共同行為」は以下のように修正されている。

「事業者は、左の各号の一に該当する共同行為をしてはならない。但し独占禁止委員会において、当該行為をなそうとする者の申立により、その行為を公共の利益に適合するものと認めて許可した場合はこの限りでない。

- 一 対価を人為的に決定し又は維持すること
- 二 生産数量又は販売数量を人為的に制限すること
- 三 技術、製品又は販路を人為的に制限すること

#### 四 設備の新設若しくは拡張又は新技術若しくは新生産方式の採用を人為的に制限すること」

違法となる「共同行為」は行為者の申立を前提とした許可制となって、共同行為の各行為類型の主観的要件として「人為性」で統一した。列挙された行為の中で「五」が削除され、このまま1月22日付の公取委資料A、旧大蔵省資料である「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（試案）」、内閣法制局資料の試案に引き継がれた。

1月22日付の試案について、1月23日付の旧大蔵省資料「『私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案』立案要旨」は、以下のように説明している。

「事業者が同等の立場においてなす事業活動を制限する契約、協定その他の合同行為で一定の取引分野における事業活動を拘束（顕在的たるか潜在的たるかを問わず）することになるものであって且つ公益に反するものを取引の不当制限とし」ており、特に広義の共同行為を二つに区分した点については、「取引の不当制限に該当するや否やの判定は複雑な場合が多いので、その代表的な共同行為を独占禁止委員会の許可制  
れに違反する場合は処罰されるもの。第6条 取引の不当制限に該当する場合は第5条違反にも問われること。（註）「カイク」案は禁止規定となっている」

このことから、米国反トラスト法におけるように、共同行為を、原則禁止（当然違法か）の共同行為と「合理の原則」に基づく判断を要する共同行為とに分かれるとする解釈を法文化させたということができよう。

そして、1月22日付の試案に対する日付不明（1月22日から28日の間）の内閣法制局資料では、以下のような説明が上記の二つの規定について行われている。

#### 「第五條 取引の不当な制限行為の禁止

（中略）

3. 本條が対象とする行為は共同して行う行為である。然も共同行為のための契約、協定等が一定取引分野の体制を決する程有力である場合である。

協定を結ぶ事業者は、協定を結んだ後も経済的獨立性は失はぬものが多いのであり、協定内部で互ひに制限し合うことにより、該協定が一つの単位として、協定外を含めた。一般が拘束されることとなるやうであつたら、かかる制限のための協定自体を違法とするわけである。この場合協定後、更に現実に、協定に基づく履行行為があると否とは問題でない。

（中略）

#### 第六條 不當共同行為の禁止

1. 取引の不当な制限行為として典型的なものを例示してこれをそれ自体違法として禁止する。
2. しかし日本經濟の条件は、産業合理化等の見地からかかる協定が正當化されねばならぬ場合が多分にあることを想像させるに十分であり、よつて獨占禁

止委員会が許可すれば へるということにしたわけである。

3. 例示行為として、価格カルテル、生産カルテル、技術カルテル又新設拡張の制限を掲げる。『人為的に』という語を用ゐて経済的必然からくる自然の変動でないことを示す。

三項の『製品』とは生産品の種類、型等販売以外の内容を意味する。

四項の『新』の意味は、採用する者にとっての新ではなく、社会通念上の新の意義であり、社会通念上は新といへぬが、採用する者にとっての新は三項に入る。(以下、略)」

本資料は、特に、違法とされる特定の共同行為については、典型例を列挙したことを指摘し、許可制についても、経済の変化等への対応のためであると説明している。この点、「当然」違法ではあるが、「公共の利益」を許可制の判断基準として採用しているため、「公共の利益」に関して「不当な取引制限」と同じ違法性判断基準であるが、本資料にあるように、本法案における「共同行為」は「不当な取引制限」の例示行為であることが確認される。

その後、1月22日付の試案が1月28日に司令部提出用試案とされ修正を加えられた。

「事業者は、契約、協定その他何等の名義を以てしても、他の事業者と共同して相互にその事業活動を制限することにより公共の利益に反して一定の取引分野における事業活動一般を実質的に拘束する行為（以下取引の不当な制限という。）をなしてはならない。」

「事業者は、共同して左の各号の一に該当する行為をなしてはならない。但し、独占禁止委員会において、当該行為をなそうとする者の申立により、その行為を公共の利益に適合するものと認めて許可した場合は、この限りではない。

- 一 対価を人為的に決定し又は維持すること。
- 二 生産数量又は販売数量を人為的に制限すること。
- 三 技術、製品又は販路を人為的に制限すること。
- 四 設備の新設若しくは拡張又は新技術若しくは新生産方式の採用を人為的に制限すること。

独占禁止委員会は、必要があると認めるときは、何時でも前項の許可を変更して又は取消することができる。」

ここでは、「公共の利益」が市場効果要件の先頭に移動し、「事業活動」の後ろに「一般」が追加され、「共同行為」に関しては、「共同して」が柱書に追加され、それに伴って「共同行為」の「共同」が削除された。なお、「共同行為」の許可制について、許可の変更及び取消措置が追加された。

同時に2月4日付の英語版である Tentative Draft が作成された。この Tentative Draft では、サルウィンの手書き修正が細かく入っており、これ以降の法案作成に対して大きな影響を与えた。なお、「取引の不当な制限」については、共通要件において述べたように競

争(competition in)にという手書き修正が入っていることが重要である(29 ページ参照)。以下、英語版を「共同行為」についてのみ掲載する。

「No entrepreneur shall participate in any of the following types of concerted activities; except in the cases where upon the application by those desiring to participate in such activities, the Antitrust Commission has given permission by recognizing them as being in the public interest.

1. Artificial establishment of stabilization of prices.
2. Artificial restrictions on the volume of production or on the volume of sales.
3. Artificial restrictions on technology, products or markets.
4. Artificial restrictions on installation or expansion of equipments, or on adoption of new technology on production methods.」

以上のような日本側作成の英文にサルウィン氏は、第一に、「except」以下の柱書に×印をして、「公共の利益」を基準とする許可制度を削除する旨の手書き修正を行っている。外形的事情からのみ判断して違法とする「完全に」違法な「共同行為」としようとしたのである。

次に、違法とされる特定の「共同行為」が列挙されているが、その各号において「artificial」（「人為的に」）という、日本側が経済変動に対応する意味で挿入した人為性を意味する文言が、削除されている。上記の日付不明（1月22日から1月28日の間）の内閣法制局資料が指摘する「『人為性』という語を用いて経済的必然からくる自然の変動でない」という点が削除され、「人為性」が考慮されないことが伺われる。

そして、2月5日付の英語版の Tentative Draft のチェックリスト、おそらくはサルウィン氏による個人的メモであるが、そこでは「合理の原則」という文言がないという指摘が日本側に対してなされている。2月4日付の Tentative Draft に対する修正を前提とすれば、これは「取引の不当な制限」について指摘しているものと考えられる。

なお、共通要件の箇所でも指摘したように、2月8日付の内閣法制局資料の「カイク氏案を変更した点及びその理由」においては以下のような説明がなされている。

「取引の不当な制限」については、「『自由競争に胚胎する諸利益を公衆から奪うものを削る』として、「目的から判断できる。」としている。

次に、2月8日付の同資料は、「共同行為」について、以下のように記している。

- 「1、公共の利益に適合するものは許可の上正當化する。
- 1、資源の濫費を防ぎ、粗製濫造を防ぎ、共倒れをさける見地から必要なるものは認める要がある。市場秩序維持の見地からである。
  - 2、積極的には業者の共同活動により、技術の交流、製品の分割等による設備、原材料利用効率の向上等の生産の合理化、販売地域分割等による輸送費節減等の販売合理化が必要なる場合が多い。
- 2、特定企業の疎外を落とす。

共同行為そのものが各種の方法によって非参加企業を疎外することを目的とするのが普通、即ち特定企業の疎外は共同行為の効果であって、取引拘束の一部面である。

3, 虚偽の価格決定方式を落とす。

1, 不正競争又は取引制限で論ずる。

2, 余り例がないと予想される。

4, ボイコット, 拘束約款を落とす。

1, 不正競争で論ずる。

2, 取引制限にもなりうる。

5, 条件違法の場合を落とす。

6, 規格協定, 統計の蒐集配布, 共同販売, 代理人も場合により必要。」

日本側は、共同行為が「公共の利益に適合するものは許可の上正当化する」としており、サルウィン氏が「カウム」案に回帰しようとしていることに対する抵抗を見せている。2月に至っても日本側と米国側の「共同行為」に対する認識の違いが大きいことが確認できる。

また、日本側は、ボイコットについて、不正な競争方法の対象となるか、又は、「取引の不当な制限」の対象とすればよく、違法となる特定の「共同行為」には置くべきでないと考えている。ここにおいてボイコットに対して積極的に規制しようという態度が低下していったのであり、過去においても、1月20日付の法律案の段階でボイコットが一度文言としても趣旨としても削除されていたことを想起させる。

その後、2月21日付の旧大蔵省資料「独占禁止法案に関する修正意見(三)(昭二二.二.二一, 司令部意見)」において、米国側から以下のような指摘がなされた。

第一に、「共同行為」について、「一定の取引分野における競争を実質的に制限する場合においては」を加えて、許可制度を廃止するよう指摘されている。「不当な独占」や「取引の不当な制限」との違法判断基準の統一性を図ろうとする趣旨も伺われる。しかしながら、この市場効果要件を加えると、サルウィン氏が意図していた違法性の度合いを強めるといふ効果が薄まることについて米国側がどのような理解していたのかは不明である。

第二に、原始独禁法第五条における私的統制団体の禁止規定<sup>70</sup>を想起させる「同条第一号又は第2号の行為をなす統制団体の構成員となること」及び「競争を実質的に減少せしめるため原価以下にて販売すること」を追加するようにとの意見が出されている。前者は、3月15日付の日本語版の第五次修正試案と同日付の英語版のBillにおいて条文として独立するまで、この後「共同行為」の具体例に含まれることになる。また、後者は、複数の事業者による原価割れ販売(不当廉売)を意味するのであろうが、このことが指摘された理由は不明であり、またこの後もかかる規定は存在しない。

その一方で、「共同行為」については、2月4日付の英語版 Tentative Draft では「公共の利益」を削除する手書き修正がなされていたが、2月21日付の司令部修正意見では米国側は

<sup>70</sup> 「事業者は、一手買取及び一手販売の方法による資材若しくは製品の全部若しくは一部の配給の統制又は資材若しくは製品の全部若しくは一部の配給の割当を行う法人その他の団体を設立し、若しくは組織し、又はこれらの団体に加入してはならない。」

このような指摘を行っていない。

2月22日付の(2月25日付の日本語版修正試案の下書き原稿)修正試案では、「共同行為」について、以下のように、2月5日付のサルウィン氏の指摘以降の一連の米国側の意見が反映され、あるいは折衷的な修正が加えられている。

「事業者は、一定の取引分野における競争を実質的に制限する場合には、共同して左の各号の一に該当する行為をしてはならない。

- 一 対価を決定し又は維持すること
- 二 生産数量又は販売数量を制限すること
- 三 技術、製品又は販路を制限すること
- 四 設備の新設若しくは拡張又は新技術若しくは新生産方式の採用を制限すること
- 五 対価の統制又は物資の生産、販売若しくは配分の統制を目的とする法人その他の団体の構成員となること」

そして、2月25日付の日本語版の修正試案では柱書に再度「公共の利益に反して」が挿入され(2月21日付の司令部修正意見において削除が指摘されていなかったためであろう)、「事業者は、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場合には、共同して左の各号の一に該当する行為をしてはならない。」となった。

しかしながら、公取委資料Aにある2月25日付の日本語版の修正試案は数種類が存在するが、別バージョンの修正試案では、列挙されている行為のうち、「五」が削除され、そのかわりに、「一定買取及販売の方法による資材及製品の配給の統制を目的とする法人その他の団体の構成員となること」を手書きで追加している。これをタイプ打ちした修正試案も公取委資料Aの中に存在する。

そして、修正試案の英語版 Revised Draft にはサルウィン氏による多くの手書き修正が行われている。日本側が作成した修正試案の英語版は以下のとおりである(括弧内を除く)。

「No entrepreneur shall participate, when it substantially restrains, [and is therefore, :追加] contrary to the public interest, competition in any particular field of trade, in any [one :追加] of the following types of concerted activities.

1. establishment [fixing or :追加], or stabilization [a undue enhancement :追加] of prices.
2. restrictions of the volume of production or that of sales.
3. restrictions on technology, products, or markets.
4. restrictions on installation or expansion of equipments, or an adoption of new technology or new production methods.
5. being a party to or a member of a juridical person or any other organization [which :追加] [whose purposes is to :削除] control [s :追加] prices or [the allocation of markets, customers or commodities, or :追加] [to control :削除] the production, sales or distribution of goods.」

これに対して、サルウィン氏は、上記の括弧の部分において手書きで追加修正を行った。なお、「contrary to the public interest」については、意図は不明であるが、手書きの丸括弧でくくられている。

なお、この日本側が作成した Revised Draft には二つの異なるバージョンがある。これは、2月28日付でサルウィン氏が受け取ったものと、3月3日付で受け取ったものの2つである。

特に「共同行為」に関して、この二つの間において異なる文言がある点が重要である。上記では2月28日付の前者を引用した。前者は日本語版で「五」の修正前のものに、3月3日付の后者は日本語版では修正後のものに相当する。すなわち、修正後の「五」では、「being a party to or a member of a juridical person or any other organization [which : 追加][whose purposes is to : 削除]controls distribution of materials or products by methods of exclusive purchase and sale」と英語訳されている。上記の日本語により近づいた英語訳である。

以上のことから、修正試案を作成する過程において、日本側内部で二度日本語版と英語版を作成し、その都度英語版を米国側に提出していたことが推測される（この二つのバージョンの違いは限定的であり、実体規定ではほぼ「共同行為」だけが異なる）。

そして、3月6日付の日本語版の第二次修正試案では、「一定の取引分野における競争を実質的に制限することにより、公共の利益に反することとなる場合においては」と「公共の利益」概念が移動した。「公共の利益」が市場効果要件とは別個の概念として位置付けられることになり、この段階では日本側の主張が容認されたと考えられる。

また、列挙されている行為について、それぞれに文言が追加され、「一」は「対価を決定し、維持し又は高めること」となり、「五」についても、「一手買取及び一手販売の方法による資材若しくは製品の配給の統制、又は資材若しくは製品の割当を行う法人その他の団体の構成員となること」と修正が加えられた。両者ともに、二つの修正試案の英語版のそれぞれに対してサルウィン氏が行った修正を組み合わせたものである。

3月6日付の英語版 Second Revised Draft は以下のとおりである。

**「No entrepreneur shall participate, when it substantially restrains competition in any particular field of trade and is therefore contrary to the public interest, in any one of the following types of concerted activities.**

- 1. establishment, stabilization, or enhancement of prices.**
- 2. restrictions of the volume of production or that of sales.**
- 3. restrictions[on : 追加]technology, products, markets, or customers.**
- 4. restrictions on installation or expansion of equipments.**
- 5. being a party to or a member of a juridical person or any other person who[se purpose : 削除]controls distribution of materials or products by method of exclusive purchase or sale, or who undertakes allocation of materials or**

products.」

日本語版を忠実に英語訳したといえる。これに対してはサルウィン氏が括弧でくくった箇所修正を加えている。特に、「五」では日本語版が修正されているにもかかわらず、英語版では依然として「目的とする」に相当する「whose purpose」が残っており、サルウィン氏により削除が指摘されている。

その後、3月9日付の日本語版の第三次修正試案は文言の変更はなく、3月11日付の英語版 Third Revised Draft が作成され米国側へ提出された。

「No entrepreneur shall [participate, when it substantially restrains competition in any particular field of : 削除] trade [and is therefore contrary to the public interest, : 削除] in any one of the following types of concerted activities.

1. establishment, stabilization or enhancement of prices.
2. restrictions of volume of production or that of sales.
3. restrictions on technology, products, markets or customers.
4. restrictions on construction or expansion of facilities or on adoption of new technology or methods of production.
5. being a party to or a member of a juridical person or any other organization which controls [whole or a part : 追加] distribution of materials or products by method of exclusive purchase or sale [or otherwise : 追加] or which undertakes allocation of materials products.」

サルウィン氏は括弧で修正の指摘を行った。さらに「五」については丸括弧でくくっている。

特に重要な点としては、柱書に置かれていた「私的独占」と「不当な取引制限」の共通要件を削除するよう指摘していることが挙げられる。なお、史料の欄外には、判読が困難であるが、共通要件を「他の規定で加える」という趣旨の手書きと、その際には「前項の1号から4号は適用しない」という趣旨の手書きがあること(このことは、後述のように、「五」が独立して規定されるべきことを意味すると考えられる)が史料より読み取ることができる。

このように、「共同行為」について、サルウィン氏が市場効果要件をすべて削除するよう指摘し、厳格な規制を行う方針を明確にした一方で、日本側が気にしていた「共同行為」における正当化事由を反映させることにも一定の配慮を示したことが確認された。

その後、3月11日付の日本語版の第四次修正試案では、「一」の「高めること」が「引き上げること」に修正されているほかは、「共同行為」について変更がなされていない。

市場効果要件を「原則違法」の適用除外規定とし、「五」を別規定とするサルウィン氏の指摘を全面的に反映させ、さらに、より詳細に規定したものは、3月15日付の日本語版の第五次修正試案である。

「事業者は、共同して左の各号の一 に該当する行為をしてはならない。

- 1 対価を決定し，維持し，又は引き上げること。
- 2 生産数量又は販売数量を制限すること。
- 3 技術，製品，販路又は顧客を制限すること。
- 4 設備の新設若しくは拡張又は新技術若しくは新生産方式の採用を制限すること。

前項の規定は，一定の取引分野における競争に対する同項に規定する共同行為の影響が軽微である場合にはこれを適用しない。」

そして，それまで「五」に置かれていた規定が独立して以下の規定となった。

「事業者は，一手買取及び一手販売の方法による資材若しくは製品の全部若しくは一部の配給の統制又は資材若しくは製品の全部若しくは一部の割当を行う法人その他の団体を設立し，若しくは組織し，又はこれらの団体に加入してはならない。」

もっとも，「共同行為」の上には，「(保留)」という記載がなされており，これが日米両側において最後まで懸案事項であったことが伺われる。最終的には，日米双方の歩み寄りであろうか，2項として，「影響が軽微な場合(原始独禁法では問題とならない場合)」には違法ではないとするに落ち着いている。

なお，3月15日付の第五次修正試案と原始独禁法との間では微妙に文言が異なっており(「影響が軽微である場合」と「影響が問題とならない場合」)，この経緯も検討が必要ではあるが，下記の法律案説明では，結局のところ「軽微＝問題とならない」と説明しているので趣旨は同一であると解される。

この英語版 Bill は以下のとおりである。

**「No entrepreneur shall participate, in any one of the following types of concerted activities.**

- 1. establishment, stabilization or enhancement of prices.**
- 2. restrictions of volume of production or that of sales.**
- 3. restrictions on technology, products, markets or customers.**
- 4. restrictions on construction or expansion of facilities or on adoption of new technology or methods of production.**

**The provisions of the preceding paragraph shall not apply in case the effects of such concerted activities on competition within a particular field of trade in negligible.」**

**「No entrepreneur shall establish, organize or become a party or member of juridical person or any other organization which controls distribution of all or part of materials or products by methods of exclusive purchase or sale or otherwise, or which undertakes the allocation of all or part of materials or product.」**

そして，3月24日付の法律案説明は，以下のように説明している。

「(一)本法案第四條では特定の共同行為を禁止している。即ち私的独占行為と不当な取引制限行為は，公正競争を阻害する最も強力な行為として取り出されたのであるが，

ここにいう共同行為は、右両行為に至る可能性に極めて富んだ代表的な行為として、これを禁止するのである。しかし、その共同行為のもたらす影響が極めて軽微にとどまるものまで禁止することは本法の趣旨ではないのでこれは放任することにしてある。

(二)而して、実際問題としても第四條各号に掲げる事項を内容とする。共同行為は、直ちに以て私的独占行為乃至は不当な取引制限行為となることが多く、第四條単独の適用をみることは比較的少ないであろう。又、私的独占行為或は不当な取引制限行為にならぬ共同行為は、軽微なものとして認められるものが多いのではないかと予想される。

(三)禁止される共同行為の内容としては、所謂価格カルテル、生産カルテル、販売カルテル、技術カルテル等のカルテルの代表的なものが列挙されている。価格、生産数量、販売数量販路等が人為的に右左され、技術の自由な採用が阻止されるような私的なカルテルが、夫々の取引分野における競争回避のために行われ、企業が不当な利潤追求のために公共の利益に反することが普通であるからである。

企業は自主性と合理性を大いに発揮して公正な競争をすることが望ましく、その場合、利潤の不当な増大をはかるため、共同行為に及ぶことは公正な方法ではなく、経済的なとされるわけである。併し一方禁止される共同行為の内容を限定したことは、国民経済観点からみて、その事業に有する機能の合理的な活用とか、資源の防ぐとか等のために必要な共同は直ちに以て違法とされることなく私的独占、不当な取引制限そのものの問題として判断することにしてしているわけである。」

以上のことから、本資料は、第一に、4条に列挙された行為は、直ちに私的独占や不当な取引制限に該当する場合があるとして4条だけでなく私的独占や不当な取引制限の規制との重畳適用があることを示唆している。その裏返しの説明として、「私的独占行為或は不当な取引制限行為にならぬ共同行為は、軽微なものとして認められるものが多いのではないかと予想される」とも指摘している。

第二に、違法となる共同行為を特定(限定)していることにも触れており、そこでは、国民経済的観点から必要な共同行為が存在することを指摘して、それは私的独占や不当な取引制限で判断すべきとしており、4条が独立していることの意義については、単に私的独占や不当な取引制限で違法となる行為を列挙しているにとどまっているとも読むことができる。

なお、不当な取引制限と4条の共同行為との関係については、その要件が異なるわけであるが、不当な取引制限に至るべき行為をその前の段階において規制するという理念を明文化したのものとして4条を理解する見解もある<sup>71</sup>。

<sup>71</sup> 大橋光雄『独占禁止法の改正と進展』39頁(日本経済新聞社、1949年)。

## (2) 相互拘束と共同遂行

「相互拘束」と「(共同)遂行」という文言の意味は、現在でも争点となっている。原始独禁法は、どのような意図のもとに「共同して相互にその事業活動を拘束し、又は、遂行することにより」という文言を置いたのかが問題となる<sup>72</sup>。

そこで、それぞれの文言とその意味内容についての変遷を以下に整理する<sup>73</sup>。

1947年1月1日付の商工省による法律案及び日付不明(1月1日から1月15日の間)の法律案では、文言として(「状態」規制ではあるが)「自己又は他人の事業」に対する「制約」と「支配」を並列させている。この段階では、不当な独占も同様であるが、行為と市場効果が組み合わさっている。その後、1月15日版から1月20日版までの法律案では、基本的に「共同して相互に事業活動を制限」するという行為要件の文言に修正されていった。そして、1月22日版の試案では「共同して相互にその事業活動を制限することにより」となり、より行為要件として純化し、1月28日付の司令部提出用試案に継承された。

この点に関しては、1月23日付の旧大蔵省資料『私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案』立案要旨は、「事業者が同等の立場においてなす事業活動を制限する契約、協定その他の合同行為で一定の取引分野における事業活動を拘束(顕在的たるか潜在的たるかを問わず)することになるものであって且つ公益に反するものを取引の不当制限」と説明している。同等の立場にある事業者の事業活動を制限する「合同行為」という位置付けである。

また、1月22日から1月28日の間の日付不明の内閣法制局資料では、「協定を結ぶ事業者は、協定を結んだ後も経済的独立性は失はぬものが多いのであり、協定内部で互いに制限し合うこと」として、相互に制限し合うという考え方を示している。これが英語版 Tentative Draft では、「resort in conjunction with other entrepreneurs to activities which, by mutually restricting」となって、これに対するサルウィン氏の修正等の指摘はない。

その後、2月22日付の、2月25日付の日本語版修正試案の下書き原稿でも文言の変化はないが、2月25日付の日本語版の修正試案全てのバージョンでは「共同して相互にその事業活動を拘束することにより」と「制限」が「拘束」に変更されているが、「restricting」を「制限」と訳すか「拘束」と訳すかという訳語の問題であろう。

2月25日付の英語版 Revised Draft の二つのバージョンでも(微妙な修正があるが)「in conjunction with other entrepreneurs, mutually restricts」となり、以下のような注目すべきサルウィン氏による修正(括弧内)が行われることとなった(二つ目の英語バージョンには修正が行われていない)。

「in conjunction with other entrepreneurs, [mutually : 削除] restricts[or otherwise

<sup>72</sup> 問題提起として、泉水(前掲脚注10参照)73頁参照。

<sup>73</sup> 1947年1月1日以前の史料では、一連の要綱の乙案において「事業の正常な活動を拘束」とし、12月11日付の日本側による英語版 Outline of the Antitrust Law では「which by restraining normal business activities」として、「restraining」をいう文言を使用している。

conducts：追加」

すなわち、「拘束」に加えて、「あるいはその他行うこと (or otherwise conducts)」という文言が手書きで挿入されていることがきわめて重要である。この修正が後の「遂行」概念の導入につながっていくからである。もっとも、サルウィン氏が何故ここにこの文言を挿入したのかその理由を示す資料は見つかっていない。なお、サルウィン氏による「mutually」の削除が史料において確認されるが、サルウィン氏は「相互に」に相当する文言を上記英文の先頭に手書きで挿入していると、この部分の手書き文字の判読は困難ではあるが、本資料から推測できる。

しかしながら、3月6日付の日本語版の第二次修正試案では、上記の大きな修正を反映させておらず、そのかわりに、「共同して相互にその事業活動を制限することにより」として、「拘束」を「制限」に戻している。3月6日付けの英語版 Second Revised Draft でも、「in conjunction with other entrepreneurs, mutually restricts」とされ、変更されていない。

その後、3月9日付の日本語版の第三次修正試案では、再度「制限」が「拘束」に変更されているが、これに対応する3月11日付けの英語版 Third Revised Draft では変更はない。英語では同じ単語だからであろう。しかしながら、英語版 Third Revised Draft にはサルウィン氏により、「or otherwise conducts」という手書き追加修正が再度行われている。サルウィン氏（あるいは、米国側か）がこの文言を挿入すべきことをきわめて重要視したことが分かるが、その根拠は不明である。なお、同じ3月11日付の日本語版の第四次修正試案には、サルウィン氏の指摘を受けたと考えられる修正はなされていない。

そして、この修正は、3月15日付の日本語版の第五次修正試案においてなされる。第五次修正試案は、「共同してその事業活動を相互に拘束し又は遂行することにより」と原始独禁法とほぼ同じ文言となり、英語版 Bill においても、「in conjunction with other entrepreneurs, mutually restricts or carries」とはじめてタイプ打ちという形で「遂行 (carries)」概念が導入された。なお、GHQ 資料には3月15日付の法律案の各規定を要約した英語版の史料もあるが、この史料では、「in conjunction with other entrepreneurs, mutually restricts or conducts」とされている。

そして、内閣法制局資料にある3月24日付の法律案説明では、行為要件として、「他の事業者と共同して相互にその事業活動を拘束し又は遂行する」ことを要するとし、「共同行為に出るに当たって、生産販売等の経済活動について、各主体が契約、協定に基づき、相互的に拘束を加えるが、乃至は、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をいう。」としており、この説明では「遂行」が独立した要件と位置付けられていると読むことができる<sup>74</sup>。

<sup>74</sup> この点に関しては、原始独禁法制定直後の文献においても異なる見解が示されており、当時から見解の対立があったことがうかがわれる。

石井（前掲脚注14参照）99～101頁では、「相互拘束とは別個に、共同遂行をいう観念を認めていることはやや現実を無視して、不当な取引制限の成立要件を拡張しすぎた観がないでもない。不当な取引制限の実体は、複数の事業者が対等の地位で共同して事業活動を行う点にある。事業活動の共同遂行は、不

## 第6節 私的独占と不当な取引制限との関係

私的独占と不当な取引制限との関係については、1月23日付の旧大蔵省資料「『私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案』立案要旨」、日付不明（1月22日から1月28日までの間）の内閣法制局資料、そして、3月24日付の内閣法制局資料の法律案説明が重要である。

「立案要旨」は、両者の関係を以下のように説明している。

「(註) 不当独占、取引の不当制限の区分及び概念については、『シャーマン』法等及『トラスト』法及『カイク』案を参考にしたこと。」

この点について、1946年12月という日付のある史料に、当時の日本側の米国反トラスト法に関する理解を英文で米国側に問うた「Questions pertaining to the interpretation of Anti-Trust Laws」という文書がある（ただし、これに対応する回答文書は確認されていない。）<sup>75</sup>。当該史料では、日本側が「不当独占」と「取引の不当制限」との関係と対比させる意味においてシャーマン法1条と2条の論理的関係を以下のように整理した上で、確認している。

「取引制限 (restraints of trade) とは、自由競争が消滅したという状態 (status) を意味すると解釈できる。独占 (monopoly) は取引制限の対となる概念であるが、経済支配力 (the economic controlling power) を集中させた経済単位を意味する表現である。

両者は、実質的にその原因と効果において論理的関係にあり、同時に、取引制限は産業、商業、取引における不競争状態 (a non-competitive status) を、独占は同じ関係において競争に圧迫を加える経済単位を主に示していることから、この二つの文言は、多かれ少なかれ同義と解釈される。」

このような理解からは、米国反トラスト法上非難されるべき対象として、シャーマン法2

---

当な取引制限に固有の行為ではない。それは、私的独占の実体をなす行為でもありうる。事業者が対等の地位で共同遂行する場合に はじめて不当な取引制限が成立するのである。そして、この場合には、ほとんど例外なしに事業活動の相互拘束を伴うことになる。従って、実際上は、相互拘束を伴う共同遂行が不当な取引制限の実体行為であるといえる。不当な取引制限の場合においては、共同遂行は相互拘束の形であらわれ、私的独占の場合には従属支配の形であらわれるのである。このように考えれば、本法が、相互拘束とは別個に共同遂行の観念を認めているものとすれば、それは徒に観念をあいまいにするのみであって、正しい態度であるとはいえない。(中略) 事業者の対等の地位に基づく共同行為である限り、なお、これを不当な取引制限とする趣旨を明白にしたものであって、共同遂行一般を不当な取引制限とする趣旨ではない」としている。

商工省企画室編（前掲脚注22参照）16頁では、「行為としては、各主体が契約、協定等に基づいて、相互にその事業活動を『拘束』しあい、または拘束にまでいたらなくても事業活動上共同歩調をとるということである。後の場合を『遂行』という言葉で表わしている」とする。

なお、後者の文献は、3月24日付けの内閣法制局資料の法律案説明をベースにしていると考えられる。また、平林英勝『独占禁止法の解釈・施行・歴史』95頁（商事法務、2005年）は、「行政官の前者（執筆者注：商工省）は『相互拘束』の『拘束』を通常の意味でとらえ、それでは足りない部分を『遂行』で補おうとしたのに対して、司法官の后者（執筆者注：石井）は法律の意味（客観的に観察するという意味）で『拘束』をとらえ、それで足りると考えたことによるように思われる。」と整理している。

<sup>75</sup> この英語版の史料は、米国反トラスト法の実体規定及び手続規定の両方について質問している。本文の記述は実体規定に係る指摘のみとする。

条違反を原因として、シャーマン法 1 条違反をその効果と見ることになる。この理解は後述の 3 月 24 日付の内閣法制局資料においても確認され、日本側のシャーマン法に対する一貫した理解であったといえる。

次いで、1 月 22 日付の試案に対する日付不明（1 月 22 日から 28 日の間）の内閣法制局資料では、以下のような説明が上記の二つの規定に対して行われた。

「不当な独占」については、「本條の行為の主体は統一意志を以て活動する一つの単位である。又その単位は独占行為を行ひうる主体として或る力をもつた単位である。又単独独占も當然入るわけである。」

以上から、独占の主体は、統一意志の下に活動する一経済単位として理解されているようである。

「取引の不当な制限」については、「程度及び主体のあり方に於て、感じの上の差はあるも、本来四條と五條は、法律的には、本質的な差があるわけではない。然し中心となる行為は出来る丈分析して見る必要があるであり、又同時に『独占』と『制限』夫々に対する伝統的な感じを法律的に表現することを殊更に避けることは必ずしも妥當でないからである。（中略）協定を結ぶ事業者は、協定を結んだ後も経済的獨立性は失はぬものが多いのであり、協定内部で互ひに制限し合うことにより、該協定が一つの単位として、協定外を含めた。（以下、略）」として、この場合行為の主体は複数の事業者であるが、個々の事業者が経済的獨立性を維持していることが「不当な独占」とは區別されると解するようである。

最後に、3 月 24 日付の内閣法制局資料における法律案説明では、以下のような説明が行われている。

「私的独占」については、「主体としては、単独の事業者（トラスト等の形態により合同したものを含む。）或いは結合、通謀、合意等の方法に依り、行為の面において、一つの主体的意志に統合されている複数の事業者である。但し、複数の事業者間の結合関係は、それだけでは未だ市場の大勢を決するに足る勢力を有していないものである。」とする。

「不当な取引制限」については、「主体としては、複数の事業者であって、各獨立のものが各獨立の意志に基いて契約、協定関係に立っているものである。そしてその結合關係自体が、市場の大勢を支配し得べき程度に、広範圍もしくは有力であることを要する。従って、有力なカルテル、協定、プール協定、利益共同計算協定、等の各事業主体は、これに該当する。」としている。

そこで、両者の比較を分析し、以下のような説明を行っている。

「1 右に述べた両者の要素を比較してみると、主体と行為の関係においては、一応の差異は認められるのであるが、経済的な意味においては、両者は同一のものと考えられる。シャーマン法においても、第一條に取引制限を論じ、第二條に独占を規定しているが、学説、判例上その原則は必ずしも明確でなく例えばアメリカの学者スロントンに従へば、市場における競争を制限し、取引の正当過程を攪乱するに至る一切の行為、契約を広く取引制限に包容し、市場における自由競争の基盤を確保

することを以てその法益としているが、独占は、先ず予め競争を抑圧して、価格吊り上げ等の行為に出ることであり、競争条件の破壊として考えられている。従って競争の基礎条件を奪ふことが独占であり、現実の競争を拘束することが取引制限であると、段階的に分類しており、主体については、特別の原則を認めていない。

- 2 本法案における私的独占と不当な取引制限は、必ずしも右のアメリカの解釈に従うものではなく、主体と行為の態様において区別を設けたことは前述の通りである。即ち独占の場合は、単一意志の下にある単独若しくは複数の主体であるのに対し、取引制限の場合は、各独立の意志の下にある複数の主体である。又独占は、他の事業者の排除若しくは支配という積極的行為を要するが、取引制限は、各主体の相互拘束乃至共同歩調が要件たる行為である。そして、両者の効果は等しく、特定の市場における競争を実質的に拘束若しくは排除して反公益的であることを要するのである。」

以上からは、1月23日付の旧大蔵省資料は、シャーマン法に基づく区分を指摘するにとどまっているが、3月24日付の内閣法制局資料では、日本独自の見解に基づいて行為主体と行為の態様に基づいて区分しているといえる<sup>76</sup>。なお、行為の態様については、排除・支配を積極的行為と位置付けて、相互拘束乃至共同歩調とは異なるとしている点が特徴的である。

この点をさらに詳しく説明した原始独禁法制定直後の文献では、私的独占を「トラストのような緊密な企業合同（close consolidation）を形成する行為で、単独事業者または結合等の方法により単一の意味によって支配される複数事業者が他の事業者を排除し、支配する行為」とし、不当な取引制限を「カルテルのような弛い企業連合（loose combination）を形成する行為によって独立の意思をもった複数事業者が、契約・協定等の方法によって相互に事業活動を拘束しあう共同行為」としている<sup>77</sup>。

## 第7節 不公正な取引方法（競争方法）

現行の独禁法の不公正な取引方法の規制（2条9項，19条）は、原始独禁法に規定されていた「不公正な競争方法」の規制が1953年に改正されたものである。なお、不公正な取引方法の一般指定は、1982年に改正されている。

本規定の主要な論点は、現在三類型に区分されている行為の反競争効果（公正競争阻害性）の根拠、すなわち、違法性の内容であり、この点を中心に規定の変遷を分析する。

原始独禁法は2条6項において以下のように規定していた。

「この法律において不公正な競争方法とは、左の各号の一に該当する競争手段をいう。

<sup>76</sup> 石井（前掲脚注14参照）95頁・98頁では、本文に加えて、行為主体と客体の観点から、私的独占が支配従属関係にあること、不当な取引制限が対等な相互関係にあることという区分を行っている。シャーマン法1条と2条との関係を、2条が1条の規制の網をくぐり抜けるような単独の独占化（行為）をカバーするという位置付けとして理解すると、行為主体と行為の態様の違いが強調されることになろう。

<sup>77</sup> 矢沢・原理（前掲脚注14参照）457頁。

- 1 他の事業者から不当に物資，資金その他の経済上の利益の供給を受けず，又は他の事業者に対し不当に物資，資金その他の経済上の利益を供給しないこと
- 2 不当な差別対価を以て，物資，資金その他の経済上の利益を供給すること
- 3 不当に低い対価を以て，物資，資金その他の経済上の利益を供給すること
- 4 不当に，利益又は不利益を以て，競争者の顧客を自己と取り引きするように勧誘し，又は強制すること
- 5 相手方が自己の競争者から不当に物資，資金その他の経済上の利益の供給を受けないことを条件として，当該相手方と取り引きすること
- 6 相手方とこれに物資，資金その他の経済上の利益を供給する者若しくは顧客との取引若しくは相手方とその競争者との関係を不当に拘束する条件を付け，又は相手方である会社の役員（取締役，業務を執行する無限責任社員若しくは監査役若しくはこれらに準ずる者，支配人又は本店若しくは支店の営業の主任者をいう。以下同じ。）の選任についてあらかじめ自己の承認を受けべき旨の条件を付けて，当該相手方に物資，資金その他の経済上の利益を供給すること
- 7 前各号に掲げるものの外，公共の利益に反する競争手段であつて，第 71 条及び第 72 条に規定する手続に従い公正取引委員会の指定するもの」

（ 1 ）違法性の根拠と行為類型

「カイク」案では，原始独禁法のように「不公正な競争方法」として一定の行為類型を列挙してはいなかった。すなわち，現在から見れば，以下の三つが「不公正な競争方法」に相当するものであった。

「強迫，強制等の違法（Intimidation, Coercion, etc. Made Illegal）

競争者の顧客又は顧客たるべき者を強迫すること。競争を減少させる目的をもってする差別価格による販売又は掠奪的な価格の引下をすること。供給，信用又は分配に干渉し，又はこれを遮断すること。その他総て競争の排除，減少又は阻止を企図し又はその傾向ある政策，方策又は計画に従ふことを強制し，又はその傾向ある目的又は効果を有する共同の又は個別的の活動は，ここに違法とする。」

「不公正なる競争方法の違法（Unfair Methods of Competition Unlawful）

取引，産業，商業に於ける取引又は競争の不公正なる方法は違法と宣言せられる。三人委員会に対し茲に個人，組合，会社其の他の法人が取引又は競争の不公正なる方法を用ひることを防止する権限を与え且つこれを命ずる。而して方法が公益に影響を与えるものである限り競争の事実の有無はこれを要件するものではない。」

「競争者の商品を使用しないといふ協定に基く販売（Sale on Agreement not to Use Good of Competitor）

取引，産業又は商業を業とする者，その業務遂行中に於いて，特許権，著作権，商標権の有無に拘らず，その商品，貨物，財貨，秘密とせられる又はその他の方式，工

業所有権，其の他の物を国内に於ける使用，消費，又は転売のために賃貸すること，若は販売の契約を為すこと，又はその価格を定めること，又はこの価格の割引を為すこと，又は払戻しを為すことは左の場合違法とせられる。

- 一 該賃貸人又は売主の競争者の商品，貨物，財貨，製品其の他の物資を賃貸人又は買主が使用せず又は取扱はずといふ明示又は黙示の条件，協定若は了解を基とし，
- 二 而して右の賃貸，販売，販売契約又は一の条件，協定若は了解が不当に競争を制限すること確実なるか又は独占を形成する傾向があるとき，その意図する所は独占及び制限をその初期に把握しこれを防止するに至る」

これら3つの条文は，それぞれ，クレイトン法2条（差別価格，略奪的価格引下げ，その他米国反トラスト法にない行為類型），連邦取引委員会法5条（なお，最後の文章に対応する文言は米国反トラスト法にはない），そして，クレイトン法3条（なお，最後の文章に対応する文言は米国反トラスト法にはない）というように米国法との対比で整理がなされている<sup>78</sup>。

当時の日本側にも，同様の整理が行われていることを伺わせる史料がある<sup>79</sup>。日付は不明であるが，旧大蔵省資料「反トラスト法カイク氏試案要綱」では，以下のように整理及び評価されている。

「第8条：威迫強制の違法

註；米国の反トラスト法にはかかる規定はない。唯差別的価格にて販売することについては，クレイトン反トラスト法の規定しているが，本規定の如き全面的に差別価格を禁止しているものではなく，この点が最も問題となると思う。

第9条：不正な競争方法

註；米国のFTC法第5条に相当するものである。

第10条：競争者の物品不使用の契約に基づく販売

註；本規定は米国クレイトン反トラスト法第3条に相当するものである。」

「カイク」案に対する日本側の主張としては，1946年10月1日付の「産業秩序に関するカイク案実質的規定に対する意見」（商工省商務局）において，「威迫強制等の違法」と「競争者の物品不使用の契約に基づく販売」は，「不正な競争方法」の「例示の形態」とすることが指摘されている。また，第8条に関して，1946年10月8日付の「経済秩序に関する示唆の要綱に対する意見（案）」では，「品質，数量，コスト等による差別債務（格）はこれを認めるべきである。」とする指摘を行っている。

<sup>78</sup> 土田和博「独占禁止法の継受に関する研究序説」広渡清吾他編『小田中聰樹先生古稀記念論文集 民主主義法学・刑事法学の展望(下)』514頁（日本評論社，2005年）。

<sup>79</sup> もっとも，内閣法制局資料の1946年10月3日付の「カイク氏案と合衆国反トラスト法との対比」（商務局財務課）では，「強迫強制の違法」と「不正競争の違法」をFTC法5条とし，「競争者の物品不使用に基づく販売」をクレイトン法第3条に対比させている。

その後、1946年11月8日付の法律案要綱では、「不正な競争行為」とタイトルを定め、(1)不正な競争行為の具体的行為類型(8つ)、(2)三倍賠償制度、(3)差止め命令及び原状回復命令、(4)商標や原産地表示等の規制が置かれた。特に、以下の(1)における8つの行為類型は、不正競争防止法の規制と重なる部分が多い。この点について、当該史料では、手書きで「cf 不正競争防止法 カイム案では不正の内容を抽象的に定めて具体的問題については委員会等により査定さしめる」としており、不正競争防止法との関係をどうするかが意識されていたことが確認される。

- 「一、 本邦において取引上広く認められる他人の氏名、商号、商標、商品の容器包装その他他人の商品であることを示す表示と同一若しくは類似のものを使用し、又はこれを使用した商品を販売又は拡布して、他人の商品と混同を生ぜしめる行為
- 二、 本邦において取引上広く認められる他人の氏名、商号、標章その他他人の営業であることを示す表示と同一又は類似のものを使用して、他人の営業上の施設又は活動と混同を生ぜしめる行為
- 三、 仮設又は潜用の称号に附随して、商品に、虚偽の原産地の表示をなし、又はこれを表示した商品を販売若しくは拡布して、原産地の誤認を生ぜしめる行為
- 四、 他人の営業上の信用を害する虚偽の事実を陳述し、又はこれを流布する行為
- 五、 営業上自己と競争の立場にある者(以下、これを競争者といふ。)の顧客を強制して競争者の取引の減少又は自己の取引の拡大を生ぜしめる行為
- 六、 自己の商品又は用役の不当な廉売又は価格の引下により、競争者の取引の減少又は自己の取引の増大を生ぜしめる行為
- 七、 競争者に対する物資、信用、労務又は用役の供給に干渉し、又はこれを制限することにより、競争の排除又は減少を生ぜしめる行為
- 八、 取引の相手方に対し、その競争者の商品を使用又は取引しないといふ契約又は了解に基き、その相手方の商品を賃貸若しくは販売し、価格を固定し、又は価格の割引若しくは割戻をなすことによつて、不当に競争を制限し、又は独占を生ぜしめる虞のある行為」

以上のうち、一から四までは明らかに不正競争防止法等に規制が置かれ、原始独禁法および現在の独禁法にない規定であり、五から八が独禁法においても確認できる規定であることが分かる。

この法律案要綱の具体的行為類型に関しては、以下に見るように、「八」が独立した規定となり、それに代えて「(8)」として「委員会の指定した行為」が追加されたが、基本的に12月2日付の「独占禁止制度要綱に関する件(案)」の乙案に継承されている。

米国の立法例	甲案	乙案
商業における不公正な競争方法を違法とする。(連邦通商委員会法第五条)	貿易、商業及び産業における不正な取引方法及び競争方法を違法とする。	(一)生産又は取引において不正な競争行為を行ってはならない。
商業に於ける不公正又は虚	競争者の顧客の強制差別価	(二)左の如き行為は、これを

米国の立法例	甲案	乙案
偽の行為を違法とする。(ウィーラーリー法)	格による販売信用供与,配給への干渉その他競争の減少を齎す行為を違法とする。	不正な競争行為とする。 (1)類似商標の使用 (2)類似商号の使用 (3)虚偽の原産地表示 (4)競争者の信用毀損 (5)競争者の顧客強制 (6)不当な価格引下げ (7)競争者への商品信用等の供給に対する妨害 (8)その他独占禁止委員会の指定する行為
商業に従事する者が,取引の相手方の競争者の物品を使用して販売,賃貸,価格の固定,割引,割戻をすることは,競争を制限し又は独占を生ずるに至るべき場合には違法とする。(クレイトン法第三条)	同左	(三)取引の相手方の競争者の物品を使用又は取引しない契約に基づいて,販売,賃貸,価格の固定,割引,割戻をすることは,不当に競争を制限し又は独占を生ぜしめる虞あるときには,これを行ってはならない。

(12月2日付「独占禁止制度要綱に関する件(案)」)

その後,12月5日付の乙案を採用する旨を述べた史料では,先に「(8)」として追加された「その他独占禁止委員会の指定する行為」が削除された。こうしてできたものが,その後の一連の「要綱」に,そして,12月11日付の日本側作成の英語版 Outline of the Antitrust Law に継承された。

#### 「Prohibition of Unfair Competition

- (1) No person shall use unfair methods of competition.
- (2) Practices of the following types are considered unfair methods of competition.
  - i. Use of a misrepresenting trade mark.
  - ii. Use of a misrepresenting trade name.
  - iii. Misbranding of the place of origin.
  - iv. Injuring the reputation of a competitor.
  - v. Intimidation, or coercion, of the customers of a competitor.
  - vi. Dumping.
  - vii. Interfering with a competitor's sources of supply of credit.
- (3) Fixing of prices or rents, or discount or rebate thereon according to contract not to use of deal in the articles of a competitor of the party to transaction, shall be prohibited, in case it is liable to substantially lessen competition, or tend to create monopoly.」

1946年12月20日付の「独占等の禁止制限に関する法律案」は,11月8日付の法律案

要綱のタイトル「不正な競争行為」を継承し、「事業者が、自己と同一の事業に業として従事する者（以下同業者といふ。）に対し、当該事業に して、不法又は虚偽の手段を以て行ふ競争のためにする行為をいふ。」と規定した。

そして、具体的な行為類型としては、別の条文において、11月8日付の法律案要綱における「一」から「七」までの行為類型及び文言をほとんどそのまま引き継いでいる（ただし、六と七が逆になっている）。

しかしながら、11月8日付の法律案要綱における「八」は、「取引の不当な制限」の章の中に組み込まれ、「事業者は他の事業者又は消費者との間に、競争者たる同業者の労務、物資、信用、又は用役を購買し又はその供給を受けざる旨の契約をなして（以下、不鮮明のため中略）価格を固定し又は価格の割引若しくは割戻しをなすことにより、取引の不当な制限又は不当な独占を生ぜしめてはならない。」と規定されることとなった。当該史料では、この規定の横に手書きによる *exclusive dealing* と *tying contract* の文字が確認される。排他的供給契約と抱合せ行為を「不正な競争行為」ではなく「取引の不当な制限」と「不当な独占」として位置付けているのである<sup>80</sup>。

しかしながら、「取引の不当な制限」の章の中に組み込まれたこの規定は、これ以降しばらくは、史料において独立した規定として現れることはなく、後述の日付不明（1月1日から1月15日までの間）の法律案において、再度「不正な競争行為」の具体的な行為類型の一つとして復活することになる。

さて、1947年1月1日付の商工省名の法律案では、「不正な競争行為」というタイトルを引継ぎ、「事業者がその同業者の事業の活動を妨害する目的のもとに、不法な手段、偽計その他の不正な方法を以て行い、競争のためにする行為をいう」と定義した。上記12月20日付の法律案に比べ、行為の目的を「同業者の事業の活動を妨害する」と明確化し、「その他の不正な方法」と行為の幅を拡大したことが注目される。

そして、別の規定において、「不正な競争行為」に該当する行為を以下のように列挙した。

「 事業者が、取引上広く認められるその同業者の名称、商号、商標、商品の容器包装その他当該同業者の商品であることを示す表示と同一若しくは類似のものを使用し

---

<sup>80</sup> 本文のような構成については、後述の1946年12月付のGHQ資料が重要な指摘を行っている。

すなわち、米国においては、1914年にクレイトン法が制定される過程において、一度はFTC法5条の規制対象に含まれるという理由から価格差別と抱合せ・排他条件付契約が除外されたが、その後追加的にクレイトン法に規定されることになった点を指摘しているのである。

その際に、クレイトン法における違法性判断基準である「実質的に競争を減殺し（*to substantially lessen competition*）、独占を形成する虞（*tend to create monopoly*）」は米国判例法においてシャーマン法1条及び2条に照らして判断されるという理解を示している。この理解に基づくと、上記二つの行為類型が日本においても一度は「取引の不当な制限」と「不当な独占」に包含された理由が分かる。

しかしながら、その後、日本では本文のように二つの行為類型は改めて「不正な競争行為」において規定されることになる。このことは当該史料においても、日本側が上記二つの行為類型がクレイトン法違反に該当するか否かに関係なく、FTC法5条の適用の可能性があるという留意を示していることから、米国法のこのような理解のもとに、このような変更を行ったと考えられる。すなわち、「不当な独占」や「取引の不当な制限」よりも要件的に緩やかな「不正な競争行為」において規制できるようにしたのではないかと推測される。

又はこれを使用した商品を販売若しくは拡布して当該同業者の商品と混同を生じさせる行為

事業者が、取引上広く認められるその同業者の氏名、商号、標章その他当該同業者の事業であることを示す表示と同一又は類似のものを使用して、当該同業者の事業上の施設又は活動と混同を生じさせる行為

事業者が、商品に虚偽の原産地の表示をなし又はこれを表示した商品を販売若しくは拡布して、原産地の誤認を生じさせる行為

事業者が、その同業者の事業上の信用を要する虚偽の事実を陳述し又はこれを流布する行為

事業者が、自己の事業を譲渡した場合に、当該事業の譲渡契約に違反して、同一の事業に従事する行為

事業者が、その同業者に対する原料、資材、労務又は商品の供給を妨害する行為

事業者が、自己の商品、用役又は信用を不当な対価で販売し又は供給する行為」

この1月1日付の法律案では、附則の52条において「不正競争防止法は（中略）廃止する」という内容の規定が置かれており、全体として「不正さ」を強調した抽象度の高い定義規定（書きぶり）からも、不正競争防止法の対象行為を独禁法に吸収させるという立法意図が明らかにされている。

従って、 から はこれまでの行為類型を継承しており、今回さらに商法の協業避止義務を想起させる が新しく規定されている。 及び は典型的にはボイコット、不当廉売が想起される。なお、当該法律案においては、ボイコットは「取引の不当な制限」と「不正な競争行為」の両方でカバーされている。

日付不明（1月1日から1月15日までの間）の法律案（ただし、定義規定の箇所の史料が欠落している）では、「不正な競争方法」というタイトルに修正され、特に、不正競争防止法に関する一連の行為類型が消え、競争者に対する行為類型が登場したことが注目される。

他の事業者から、故意に物資、信用若しくは用役を購入せず若しくはその供給を受けず、又は他の事業者に故意に物資、信用若しくは用役を販売せず若しくは供給しないこと（ボイコット）

著しい差別対価により、物資、信用若しくは用役を販売し若しくは供給し、又は収奪的に対価を引下げること（ダンピング）

競争事業者の顧客を強制して、自己と取引させること

事業者が、取引の相手方との間に、競争者の物資、信用又は用役を購入せず又はその供給を受けない旨の契約、協定又は合意をなし、自己の物資、信用又は用役を販売し若しくは供給し、対価を固定し又は対価を割引き若しくは割戻すこと

競争事業者に対する物資、信用、用役又は労務を妨害すること

競争者の事業上の信用を害すること

不正競争防止法との関係については、これに関する規定が消滅したことの経緯を示す史料が見つからないため、理由は不明である。行為類型については、ボイコット、ダンピング、顧客強制、抱合せ行為、(現行法の一般指定の11項から13項までを含む)排他条件付取引、拘束条件付取引、取引妨害と現行法において規定されている類型がある。もっとも、の位置付けは広い意味での取引妨害であろうか。

1月15日版と1月17日版は、目的(主観)要件と行為要件を組み合わせた禁止要件として、「事業者は、不当に自己の事業能力を拡張し又は維持する為に、競争手段として左の一に該当する不正な競争方法を用いてはならない」と規定し、以下の行為類型を列挙した。

他の事業者から、故意に物資、信用若しくは用役を購入せず若しくはその供給を受けず、又は他の事業者に故意に物資、信用若しくは用役を販売せず若しくは供給しないこと

不当な差別対価により、物資、信用若しくは用役を販売し又は供給すること

不当に対価を引下げて、物資、信用又は用役を販売し又は供給すること

不当な利益又は不利益を以て競争事業者の顧客を強制して、自己と取引させること

事業者が、取引の相手方(1月15日版:との間に、1月17日版:に対し)、競争者の物資、信用又は用役を購入せず又はその供給を受けないことを条件として、自己の物資、信用又は用役を不当な対価を以て販売し又は供給すること

競争者の物資、信用又は用役の取得又は供給を妨害すること

前各号に掲ぐるものの外公共の利益を害する不正な競争方法

柱書において「不当に自己の事業能力を拡張し又は維持する」という主観要件を置き、「公共の利益」を害する競争方法が一般条項的な違反行為として組み込まれた。

そして、1月20日付の法律案では、大きく文言の修正が行われ、1月22日付の試案が作成された。

「事業者は、競争者の事業活動を排除する目的を以て、競争手段として左の各号の一に該当する方法(以下不正な競争方法という。)を用ひてはならない。

一 他の事業者から不当に物資、信用その他の経済上の利益の供給を受けず、又は他の事業者に不当に物資、信用その他の経済上の利益を供給しないこと

二 不当な差別対価を以て物資、信用その他の経済上の利益を供給すること

三 不当に低い対価を以て物資、信用その他の経済上の利益を供給すること

四 不当な利益又は不利益を以て、競争者の顧客を自己と取引するように勧誘し又は強制すること

五 競争者からの物資、信用その他の経済上の利益の供給を受けないことを条件として、相手方と取引すること

六 前各号に掲げるものの外、不当に競争者の事業活動を妨げて公共の利益を害する競争手段」

主観要件をあらわす目的を示す柱書では、自己の事業能力拡張という目的から「不当な

独占」の定義規定と類似する「競争者の事業活動を排除する目的」に変更され、行為類型の文言上の整理が行われた。「六」の包括規定には、「不当に競争者の事業活動を妨げて」という要件が追加された。

この点に関して、1月23日付の旧大蔵省資料「『私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案』立案要旨」は以下のように説明している。

「(1)不当独占、取引の不当制限を目的とする競争方法に限り取締の対象としたこと(第18条)。従って不正競争一般を対象とする不正競争防止法は改正しないこと。

(2)違反行為は処罰されるものとし且つ委員会に、差止命令を発する権限を与えたこと(第18条、第19条)。(註)『カイク』案は競争の有無を問題とせず、不正競争方法自体をとりあげており、且つ不正競争方法に対し委員会が差止め命令を発するに止めていること。」

すなわち、「不正な競争方法」を「不当な独占」と「取引の不当な制限」を達成しようとする競争方法と位置付けて、競争に対する影響を分析することに主眼を置いた不正競争防止法とは異なる規制に不正な競争方法の規制を限定するという趣旨を明確化している点がきわめて注目される。

なお、公取委資料A及び内閣法制局資料の試案では、上記の1月22日付の試案の柱書を「事業者は、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を以て(以下、略)」に修正している。これは、上記の立案要旨の書かれた直後に加えられた修正だと考えられる。

以上により、「不正な競争方法」の独禁法体系における位置付けが明確化された。すなわち、「カイク」案では、不正競争防止法の規制対象にまで行為類型を拡大していたことに対して、ここにおいて、「不当な独占」に対する規制の前段階として、そのための手段を規制する萌芽理論的なアプローチを採用したことが確認される。

さらに、「不当な独占」に関する1月25日付の「緊急連絡」による修正が行われたこと、不公正な競争方法の具体的な方法を列挙しているが、その最後に「公共の利益」を判断基準に組み入れていることから、「不当な独占」の予防的規制規定として位置付け、そして、「公共の利益」を違法性判断基準として確定させた。この趣旨に関しては、文言の変更等はあっても、最終的に原始独禁法が制定されるまでの一貫した理解であるとの位置付けが可能である。

以上のような理解は、1946年12月という日付のある史料であるが、日本側が米国側に対して米国反トラスト法に関する理解の正誤を問うた英文の史料「*Questions pertaining to the interpretation of Anti-Trust Laws*」においても確認される。

まず、日本側は「不正な競争行為」の意味内容について以下のように確認している。

「提供されたサービス又は商品の品質と価格に関係しないすべての競争の仕方 *the modes of competition* を意味しているのか。」

この「不正な競争行為」の意味内容は、先の「カイク」案における3つの類型すべてに

対する理解であると考えられる。しかしながら、日本側は以下のように、「不正な競争行為」の法体系における位置付けとして「カイク」案とは異なる考え方を指摘している。

「不公正な競争方法が上記の（筆者注：上記の定義）のように解釈される場合、不公正な競争方法は、独占又は取引制限との関係では以下の二つの類型に分類されることになる。

（１） 特定の結果を生じさせなくても、独占又は取引制限を生じさせるために通常使われる競争方法。

換言すれば、競争方法は一般的に商品・役務に係る高品質や低価格以外の手段によって競争を減殺（lessen competition）するということである。

（２） 同様に、実質的に競争を減殺することとは別個に、特定の消費者や競争者に対して悪影響を与える競争方法でもある。

Brooking Institute, Government and Economic Life では、FTC 法 5 条における不公正な競争方法に関して、上記分類を採用した具体例を指摘している。同書によれば、（１）は新しく形成されたトラストに対する防止に関係すると考えられ、（２）は経済界における特定の倫理的基準の維持に関係すると考えられている。

当該分類に従って、日本における規制事例を考える際、特に（２）の類型の下での不公正な競争方法に関しては、詐欺やブラックメールに対する刑事的規制と重複することになる。

以上からは、不公正な競争方法は反トラスト法制の範囲内において考慮することが適切であり、（１）の類型のみと考える。このような考え方はどうか。」

以上の指摘は、この時点において、「カイク」案の行為類型の範囲を狭めようという日本側の意図とその根拠として、不公正な競争方法の規制は米国反トラスト法における独占と取引制限の規制の枠内にあるべきだとする理解を提示したものであろう。もっとも、後述のように当時の米国における法運用や立法の動向を把握していたか否か、把握していたとして上記の理解がその中でどのように位置付けるかについては、現段階では確定的なことはいえない。

その後、日付不明の（1月22日から1月28日の間の）内閣法制局資料においても以下のように指摘されている。なお、これ以前に自己の事業能力拡張という文言が削除されたが、ここで再度挿入されていることについては、「自己の事業能力拡張は競争の當然の効果」であるとして、そのために先頭に「不当に」という文言を追加した旨を述べている。

「四條及び五條の獨占行為、制限行為に至る初生的な芽としてこの不正競争方法を禁止する。従つて單純な不正競争例へは不正競争防止法にあるやうなものでなく、もっと大きな意図の下になされるものを対象とする。『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を以て』とされる所以であり更に不正競争防止法の体系をそのままのこしたいわけである」

その上で、違法性について以下のように指摘している。

「不正競争方法としてその（原文ママ）自体反社会性をもつというために，列挙の各に『不当に』が入ってゐる。本條本文の目的が客觀的に看取されること，各号列挙の事業行為に違法性が入ってくると解釈ができよう」

そして，1月28日付の司令部提出用試案は，「事業者は，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を以て，競争手段として左の各号の1に該当する方法（以下不正な競争方法という。）を用いてはならない。」と規定したのである。そして，行為類型については，大きな変更はないが，「五」の排他的取引において，「不当に」という文言が入りすべての号において統一が図られた。

この司令部提出用試案に対応する英語版 Tentative Draft では，「Unfair methods of Competition」として以下のようにほぼ忠実に英語訳がなされた（「その他経済上の利益」はまったく訳されていない）。

**「No entrepreneur shall, for the purpose of unreasonably expanding his own business capacity, or unreasonably excluding or controlling the business activities of a competitor, resort as means of competition to any of the methods enumerated below (called hereinunder "unfair methods of competition"):**

1. Unwarranted refusal to receive from, or to supply to, other entrepreneurs commodities, credits and services.
2. Supplying of commodities, credits and services at unduly discriminative prices.
3. Supplying of commodities, credits and service at unduly low prices.
4. Inducing or coercing one's competitors' customers to deal with oneself, either by offering unreasonable benefits, or by threatening undue injuries.
5. Trading with another on the condition that he will, without good cause, refuse acceptance of supply of commodities, credits and services from one's competitor.
6. All method's other than those enumerated above, which unduly obstruct the business activities of a competitor and are against public interest.」

これに対するサルウィン氏の反応は，まず，「FTC」と大きく手書きがなされていることから，米国反トラスト法の一つを構成する FTC（連邦取引委員会）法を想起したと考えられる。そして，6項の一般条項的規定の判断基準が丸括弧でくくられている。

2月5日付の旧大蔵省資料「独占禁止法に対する修正意見（一）（昭二二・二・五 - 一二司令部意見）」では，「契約関係の条件違法を規定すること」との指摘がなされた。

また，日本側は，2月8日付の内閣法制局資料「カイク氏案を変更した点及びその理由」において，カイク氏試案が「強迫，強制等違法」と「不公正な競争方法」とを区別して規制する枠組みを採用していたことに対して，改めて，「不公正な競争方法」の違法については，「前條と本條とを書き分けたい」と及び「書き分けることは無意味」とする考え方を示し，不公正な競争方法が不正競争防止法と一線を画して規定されるべきことを再度確認し承認している。前述した1946年10月1日付の史料と同じ内容である。

その後、2月21日付の旧大蔵省資料「独占禁止法案に関する修正意見(三)(昭二二,二,二一,司令部意見)」において、「その他委員会により定められるべき個々の産業に関する細則にて定義すべき不正競争方法と規定すること」として、規制当局による指定が必要であると指摘がなされた<sup>81</sup>。この指摘を受けて、2月22日付における2月25日付の日本語版の修正試案の下書き原稿では、各行為類型の中の「信用」が「資金」に変更され、行為類型の包括規定である「六」が「・・・公共の利益を害する競争手段であって、独占禁止委員会が指定するもの」と修正され、2月25日付けの日本語版の修正試案が作成された。

これに対応する英語版 Revised Draft では以下のように英語訳が行われた。

**「The term “unfair methods of competition” as used in the preceding paragraph shall mean such methods of competition which an entrepreneur employs for the purpose of unreasonably expanding his own business capacity or unreasonably expanding or controlling the business activities of a competitor and which comes under any one of the following items:**

- 1. unwarranted refusal to receive from or to supply to other entrepreneurs commodities, funds and other economic benefits.**
- 2. supplying of commodities, funds and other economic benefits at unduly discriminative prices.**
- 3. supplying of commodities, funds and other economic benefits at unduly low prices.**
- 4. inducing or coercing the customers of a competitor to deal with oneself by offering unreasonable benefits or by threatening undue damages.**
- 5. trading with another party on condition that the said party shall, without good cause, refuse acceptance of supply or commodities, funds and other economic benefits from a competitor of oneself. [5a Conditions on Loan : 追加]**
- 6. methods other than those stipulated by the preceding items which unduly obstructs the business activities of a competitor and are against the public interest and which are designated by the Antitrust Commission.**

**[And - procedure for promulgated industry-wide codes of unfair competition after notice or public hearing, proposed of industry representatives, objection to tentative ? codes - i.e. given due consideration. : 追加]**

以上からは、一般条項的規定において、独占禁止委員会による指定がなされることが規定され、さらにサルウィン氏の手書きにより、指定に係る公聴会などの手続が追加されている。

なお、日本側の修正試案に対する3月14日付米国側メモでは、これらの諸規定が、「不

---

<sup>81</sup> GHQ資料のメモ(GHQ/SCAP文書ESS(C)-09600)では、2月18日前後にこの内容を示した会議メモ・記録があり、柏木一郎氏がこれに参加していたことも伺われる。もっとも、産業別のことなのか、業種横断的な考え方を想定していたかどうかは不明である。

公正競争に対する既存の法 ( existing law against unfair competition )」を超えることなく補足的な役割を持つことが指摘されている。ここで述べられている「既存の法」が何を意味するのかわからないが、当該法体系における本規定の位置付けから考えると、「不当な独占」と「取引の不当な制限」を意味すると考えられる。不正競争防止法的な内容を持つ行為類型が既に削除されていることから、同法とは異なる規制対象を明確化したことを読み取ることもできると考えられる。

そして、3月6日付の日本語版の第二次修正試案では、以下のように柱書の大幅な変更を行った。

「・・・不正な競争方法とは、公共の利益に反する競争手段であって、左の各号の一に該当するものをいう。」

さらに、行為類型の包括規定を、「前各号に掲げるものの外、公正取引委員会の指定するもの」とした。

ここでは、これまでの「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て若しくは支配する目的を以て行う」といういわゆる萌芽理論の根幹ともなる柱書の主観要件としての目的要件を削除し、「公共の利益」概念による基準に修正し、同時に、一般条項の規定を公正取引委員会による指定により行うものとした（なお、指定の基準は示されていない）。このように、「公共の利益」が規定全体を修飾するという形になった。

これに対応する3月6日付の英語版 Second Revised Draft は以下のとおりである。

**「The term “unfair methods of competition” as used in this law shall mean such methods of competition which are contrary to the public interest and which comes under any one of the following items.**

(1~4.は変更がないため省略。なお、4.においては「undue damages」で「undue」に×印がある)

**5. trading with another party on condition that the said party shall, without good cause, refuse acceptance of supply of commodities, funds, and other economic benefits from a competitor of oneself.[Add: unreasonable coercive conditions attached to loan : 追加]**

**6.methods other than stipulated by the preceding items which are designated by the Anti-trust Commission.**

**[promulgation of industry-wide codes of fair competition after notice and public hearing: by industry reps: due consideration: Tentative Codes: Sections : 追加]**

さらにサルウィン氏は、Revised Draft に引き続いて、排他条件付取引に「不当な強制的条件付ローン」を追加するよう指示するとともに、公正取引委員会(Anti-trust Commission)による指定の手続的留意事項を手書きで記している。

その後、3月9日付の日本語版の第三次修正試案では、タイトルが「不公正な競争方法」となり、以下のような規定となった。

「この法律において不公正な競争方法とは、事業者が、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を以て行う左の各号の一に該当する競争手段をいう。

- 一 他の事業者から不当に物資、資金その他の経済上の利益の供給を受けず、又は他の事業者に不当に物資、資金その他の経済上の利益を供給しないこと。
- 二 不当な差別対価を以て、物資、資金その他の経済上の利益を供給すること。
- 三 不当に低い対価を以て、物資、資金その他の経済上の利益を供給すること
- 四 不当に、利益又は不利益を以て、競争者の顧客を自己と取引するように勧誘し又は強制すること。
- 五 相手方が自己の競争者から不当に物資、資金その他の経済上の利益の供給を受けないことを条件として、当該相手方と取引すること
- 六 相手方と競争者、供給者若しくは顧客との取引を不当に拘束する条件又は相手方である会社の役員を選任について予め自己の承認を受けべき旨の条件を付けて、これに資金を提供すること
- 七 前号に掲げるものの外、公共の利益に反する競争手段であつて、第七十一条及び第七十二条に規定する手続に従い公正取引委員会が指定するもの」

以上から、柱書が2月25日付の修正試案の形に戻っており、また、サルウィン氏の「不当な強制的条件付ローン」を追加すべき指示は、新設された「六」で対応されたことになろう。そして、「七」においては、「公共の利益」概念が再度挿入され、公正取引委員会による指定についても手続面の文言が追加された。

しかしながら、3月11日付の英語版 Third Revised Draft ではこれに対応する英訳となっていない。

「The term “unfair methods of competition” as used in this law shall mean such methods of competition which come under any one of the following items.

(1.~5.については先の修正を反映させた他に変更がないため省略)

6. furnishing funds to another party on such condition that shall unduly restrain transactions between said party and his competitors, suppliers, customers, or on condition that the appointment of officers of the company of said party shall be subject to prior approval on part of oneself.

7. methods of competition other than those stipulated by the preceding items which are contrary to the public interest and which are designated by the Fair Trade Commission in accordance with such procedure as provided for by Article 71 and Article 72.」

すなわち、柱書に「私的独占」との関係を示す萌芽理論に係る主観要件としての目的要件の文言がなくなっているのである。

3月11日付の日本語版の第四次修正試案では、行為類型の「六」にのみ修正が見られる。

すなわち、「相手方とこれに物資、資金その他の経済上の利益を供給する者若しくは顧客との取引を不当に拘束する条件又は相手方である会社の役員を選任についてあらかじめ自己の承認を受けるべき旨の条件を付けて、当該相手方に資金を供給すること」である。

そして、これを受けて、3月15日付の日本語版の第五次修正試案に至って初めて柱書における、「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を以て行う」という文言が削除され、「この法律において不公正な競争方法とは左の各号の一に該当する競争手段をいう。」とされ、行為類型の「六」を「相手方とこれに物資、資金その他の経済上の利益を供給する者若しくは顧客との取引を不当に拘束する条件を付け、又は相手方である会社の役員（取締役、業務を執行する無限責任社員若しくは監査役若しくはこれらに準ずる者、支配人又は本店若しくは支店の営業の主任者をいう。以下同じ。）の選任についてあらかじめ自己の承認を受けるべき旨の条件を付けて、当該相手方に物資、資金その他の経済上の利益を供給すること」に修正した。

これに対応する3月15日付の英語版 Bill では 3月11日付けの英語版 3rd Revised Draft を「6.」以外は文言の変更をしていない。「6.」では、「**Supplying of commodities, funds and other economic benefits to another party on such conditions that shall unduly restrain [transactions : 削除] between said party and his suppliers, of commodities, funds and other economic benefits, or customers, [or his relations with competitors, : 追加] or on condition that the appointment of offices (herein after referring to directors, unlimited partner who is executive, auditor or person similar thereto manager or chief of the main or branch offices of the company of said party shall be subject to prior approval on part of oneself.**」とされ、括弧がサルウィン氏の修正箇所である。

特に、文言の追加分に関しては、原始独禁法において、「顧客との取引若しくは相手方とその競争者との関係」という文言が先の第五次修正試案から追加されていることから、最終段階でのサルウィン氏の上記追加修正が反映されたことが分かる。

なお、「公共の利益」については、日米両方の思惑が錯綜し、特に日本側に強いこだわりがあったと考えられる。3月6日以降、日本側の日本語版及び英語版の両方においては、柱書を変化させても、必ず具体的な行為の最後の号において「公共の利益」という文言が入っている。そして、原始独禁法においても「公共の利益を害する競争手段」を規制当局である委員会が指定すると規定されていた。ただし、柱書において萌芽理論を表す文言を削除した経緯及び理由は不明である。

上記の1946年12月における日本側の米国反トラスト法の理解に関する史料では、日本側が萌芽理論をよく理解しており、不公正な競争方法の射程をそれに限定しようとしていたことを考えると、3月の段階においては、日本側は、萌芽理論は当然に不公正な競争方法の立法趣旨であると考えて、あえて萌芽理論を示唆する文言を残す必要はないと考えたのか、あるいは、日本側は、すでに3月6日以降において、「公共の利益を害する競争手段」という文言を挿入することによって、不公正な競争方法の射程を萌芽理論に限定しないで、

むしろ範囲を拡大しようと考え始めたのか、いずれであるのかは興味深い<sup>82</sup>。いずれにしても、行為類型として、不正競争防止法に含まれる諸行為までも含めて規定していた「カイクム」案から、その範囲を限定していったことは明らかである。ここにおいて、行為類型の範囲を限定していく過程において「不公正」の意味内容がどう考えられていたかが重要となるのである<sup>83</sup>。

## (2) 違法性の文言

行為類型を列挙した各号ではいずれも「不当」という文言が使われているが、この用語についても検討が必要である。すなわち、英米法の特徴なのかもしれないが、不公正な競争方法にいう「不公正」は *unfair* という英語が当てられているが、各号において「不公正」に該当する英語は多様な言葉が用いられているからである。例えば、日本側が米国側に提出した各種の修正法案では *unwarranted*, *unduly*, *unreasonably*, *without good cause* といった英語が用いられているが、これらが日本語版ではすべて「不当に」と訳されている点をどのように理解すべきなのかである。

GHQ 資料にある法律案の最後の英語版である 3 月 15 日付の Bill (ただし、これは国会で成立した法案よりは時期的に若干前の法案であるようである) において、1 号の取引拒絶 (3 月 24 日の法律案説明ではボイコットと記述されている) では *unwarranted*, 2 号の差別対価 (3 月 24 日の法律案説明では差別価格と記述されている) と 3 号の廉価設定行為 (3 月 24 日の法律案説明ではダンピングと記述されている) では *unduly*, 4 号の顧客奪取 (3 月 24 日の法律案説明では顧客強制と記述されている) では *unreasonably*, 5 号の排他条件付取引 (3 月 24 日の法律案説明では結合契約と記述されている) では *without good cause*, 6 号の拘束条件付取引 (3 月 24 日付の法律案説明では支配契約と記述されている) では *unduly* という英語が使われている。

不公正な競争方法が私的独占や不当な取引制限の予防的規定と理解され、位置付けられていることを考えるならば、文言を限定しないで、様々な用語を並列的に記することにより、規制の漏れがなく、一括した規制ができるようにしたと考えることが、おそらくは妥当であろう。しかしながら、3 月 11 日付の米国側のメモにおいて、それぞれの文言の定義の必要性が指摘されている点は留意しなければならないであろう。

さらに、各号列挙の諸行為についても個別に検討する必要がある。変遷過程において削

<sup>82</sup> 石井 (前掲脚注 14 参照)・252～253 頁では、競争者の営業上の秘密を盗む行為や宝くじに類似する方法 (景品等) で顧客を不当に誘引するような行為が公共の利益を害するような事態を生じさせた場合について、委員会の指定を受けることになると指摘している (商工省企画室編 (前掲脚注 22 参照)・41～42 頁も同旨)。

<sup>83</sup> 原始独禁法制定時において米国法を倣ったという事実は否定しようもない。とするならば、1920 年代以降の米国における FTC 法 5 条の米国反トラスト法における機能の位置付け (萌芽理論) と同条の改正による適用範囲の実質的拡大 (不公正・欺瞞的な行為に対する規制の追加) についても当然に日米共に理解していたと推測することが妥当であろう。

以上のことから、原始独禁法制定過程において既に「不公正な競争方法」の中に虚偽等に対する規制の理念を持っていたことになる。

除された、又は、追加された行為についての検討である。1月22日付のそれぞれの試案では、取引拒絶・差別対価・廉価設定行為・顧客奪取・排他条件付取引・一般条項の規定（活動の妨害と公共の利益）があげられ、3月9日付の日本語版の第三次修正試案において拘束条件付取引が新たに加えられるまで大きな変化はなかった。しかしながら、以下の様々な史料からは、制定過程においていくつかの行為類型について議論があったことが明らかである。

GHQ資料にある3月11日付の米国側メモにおいては、2月25日付の英語版 Revised Draft に対して、以下のような指摘が行われたとされている。

「『unreasonable』、『unwarranted』、『unduly』については定義が必要である。」

また、GHQ資料にある3月12日付の米国側メモでは、同様に2月25日付の英語版 Revised Draft に対して、特に排他条件付取引を定める5号に関するコメントがなされている。すなわち、メーカーが特定の一個人や一企業に排他的販売地域の割当をすることは一般的な商慣行であって、特にメーカーと卸売業者との間の合意であれば、小売業者間の競争を妨げるようなメーカーと小売業者との間の合意でない限り、この規定は削除すべきという指摘がある。メーカーと卸売業者との間の上記合意は、特にメーカーの海外本社から当該卸売業者に対してより適切なサービスとサポートの提供が確保され、最終消費者の利益にもなると指摘されているのである。

その一方で、3月12日付のメモでは、商品が不足している場合に消費者にとって大きな問題となりうる「抱合せ販売（"tie-in" sales）」に対する規制が欠如していることを指摘し、この規制を追加すべき旨を指摘している。排他供給契約と抱合せ契約については、1946年11月8日付の法律案要綱以降、行為類型として統一した見解がない状況にあったのである。

そして、最終的に、3月24日付の法律案説明では、改めて「ここに『不公正』を形容するのは、不正競争防止法に所謂『不正』とはその意義を異にし、後者が反倫理的色彩が濃厚であるのに対し、前者は、私的独占乃至取引制限の前段階として用いられる手段の反倫理性と違法性とを共に包含したものと観念される。従って、本法案規定された不公正な競争方法は、不正競争防止法に所謂不正競争方法とは、その観点を異にしているわけであるが、両者に該当するものもあり得る。この見地からして、又条約上の関係もあるので現行不正競争防止法はその にして本法案には別に不公正競争方法に関する規定を設けることとした」としている<sup>84</sup>。

以上からは、制定時において「不公正」は、先の1946年12月に示されている日本側の米国の理解が中心となっており、現在でいう自由競争減殺が主軸とされつつも、手段の

<sup>84</sup>日本側にも理解の相違があった可能性がある。たとえば、両角氏は、私的独占や不当な取引制限が競争の自由を確保することに対して、不公正な競争方法は競争の公正さを確保する意図のもとで成文化されたと指摘し、これは、不正競争防止法の趣旨を国内取引までにさらに促進させ公正さを求めた規定であるとの説明がある。高瀬恒一・鈴木深雪・黒田武監修『独占禁止法制定時の回顧録』259頁（公正取引協会、1997年）、矢沢・原理（前掲脚注14参照）459頁も同旨であるが、加えてさらに、ボイコット等はいずれも強大な事業者がその強大な経済力を利用して弱小競争者を排除・支配するための手段として用いられる行為であるとして、これらの行為の禁止によって、同時に競争の自由の保全が確保できることも指摘する。

不公正さや不正競争法的な不公正さが既に微妙ながらも意識されていたといえると考えられる。

## 第8節 国際的契約・協定

原始独禁法は以下のように規定していた。

「事業者は、外国の事業者と左の各号の一に該当する事項を内容とする国際的協定若しくは国際的契約をし、又は国内の事業者と貿易に関し左の各号の一に該当する事項を内容とする協定若しくは契約をしてはならない。

一 第四条第一項各号の一に掲げる事項

二 事業活動に必要な科学又は技術に関する知識又は情報の交換を制限すること

前項の規定は、国際取引又は国内取引の一定の分野における競争に当該協定又は当該契約の影響が問題とする程度に至らないものである場合には、これを適用しない。

事業者は、外国の事業者との国際的協定若しくは国際的契約又は国内の事業者との貿易に関する協定若しくは契約であって相当期間継続するもの（一の取引による目的物の授受のみが相当期間にわたるものを除く。）をしようとする場合には、公正取引委員会に届け出て、その認可を受けなければならない。

前項の場合において、事業者は、届出の日から三十日を経過するまでは、当該協定又は当該契約をしてはならない。」

現行法6条は1997年の届出制度の廃止等の改正を経て現在に至っている。原始独禁法の6条については、条文の文言を制定の直前まで確定することができず、最後のはずであった閣議が1回延びたという経緯がある。

また、この6条に相当する規定が試案等の法律案において登場した時期も、1947年2月24日以降という相当遅い時期であること、そして、この規定をめぐっては当初より日米双方の思惑がまったく違っていたという背景を持っていたことから、検討を要する規定である。

国際契約に関する規定の必要性について原始独禁法の制定過程において初めて言及されたのは、1946年10月1日付の「産業秩序に関するカイク案実質的規定に対する意見」（商工省商務局）における「貿易事業について必要な除外規定を設けること。」という記述であろう。確かに、「カイク」案では「他の国の個人又は法人」との契約を「特殊契約」というタイトルで規定していたが、この規定は、法施行前になされたそのような契約を施行日以降消滅させることを定める規定にとどまっている<sup>85</sup>。

この点については、11月8日付の法律案要綱の下書きである「独占禁圧並に不正競争防止に関する法律案要綱」において、「カイク」案をそのまま継承する形で、「第五章 特定

<sup>85</sup> 1947年2月8日付の「カイク氏案を変更した点及びその理由」では、「附則にかく。」としている。

契約」というタイトルで規定された。しかしながら、手書きで削除線が引かれており、11月8日付の法律案要綱には掲載されていない。

しかしながら、日本側はその後国際契約について検討を継続していた。すなわち、12月2日から始まる一連の「要綱」では、「カイク」案における「特殊契約」を復活させて、その上で、適用除外の項目の中に、「貿易事業」を組み込んだのである（一連の要綱においてはすべて同一文言で書かれてある）。

すなわち、米国の立法例として、「輸出業者の結合及び株式保有は国内市場の競争を制限しない限り認められる。（ウェブポメリン法）」、甲案は「（輸出入のみを目的とする商社はこれを認めない）」、乙案は「貿易には適用しない。」とされていたのである。

そして、12月11日付の日本側の英語版 *Outline of the Antitrust Law* では、「本法は国際取引には適用しない（*The present law shall not apply to foreign trade*）」として、適用除外として規定した。10月1日付の史料の指摘以降の一連の日本側の意図（適用除外制度を設けること）を反映させたものであろう。

しかしながら、GHQ資料の1946年12月18日付のメモにおいて、米国側は「国際的な競争制限協定（カルテル）に対する禁止規定の欠如」という指摘を行っている。このメモは、米国側が、12月11日付の日本側の英語版 *Outline of the Antitrust Law* を批判するために作成したものである。適用除外をしようという日本側の意図に対して、米国側が強く批判したのであろう。

こうして、12月10日付の法律案では、適用除外の章において、「この法律は、特別の法律の規定に基いて、国又は公共団体の行ふ事業及び貿易事業に関しては、これを適用しない。」としていたが、12月20日付の法律案ではこの規定は削除されている<sup>86</sup>。

その後、公取委資料では、2月5日付の *Tentative Draft* に対するサルウィン氏作成と思われるチェックリストにおいて、「国際カルテル規定の欠如」と指摘されている。

また、同日付の旧大蔵省資料「独占禁止法に対する修正意見（一）（昭二二・二・五 - 十二，司令部意見）」でも同様に、「国際カルテルに対する本法の適用如何」と問うた上で、「国際カルテルについては既存のものはこれを登録せしめ、委員会が検討した上、必要なる命令を発し得ることとすること。尚将来の国際カルテルを制限する旨規定すること」と指摘している。ここにおいて、国際的契約に関する規定の制定問題が突如浮上した。

2月6日付の内閣法制局資料の「独占禁止法案に関する G・H・Q・側意見」では、GHQ側の「国際カルテルの禁止を入れること」という指摘に対して、答弁理由書において、独占禁法に挿入することには「法域が異なる」として反対の姿勢を明示している。もっとも、GHQ側の「勅令三十三号による既存のものはこれを登録し、委員会に取捨を一任するやうにすること」という指摘には「賛成」としており、これ以降日米双方の詳細な交渉が進められることになった。なお、ここにいう勅令は、生産、販売、取引技術等に関する制限条

<sup>86</sup> なお、公取委資料Aにある12月20日付「（資料）独占禁止制度において問題となる諸項目」では、「不当な取引制限」の文脈において、「第三 取引制限（国内的国際的カルテル等）」という記述があるため、日本側にも国際カルテル規制について一定の認識があったという点に注意が必要である。

項を含む国際的協定，契約を届出させ，脱退解除させ，または，将来の加入，締結を禁止するものである。

例えば，2月13日付の内閣法制局資料の「独占禁止法案に関する G.H.Q.との折衝(3)」では，日本側が三つの案を用意して，米国側の対応を待つというかたちをとっている。

「七，「国際カルテルに参加禁止」の規定をおくこと。

(イ) 第一案 勅令第三十三号をそのままおいておく。

(ロ) 第二案 勅令第三十三号を存置する一方委員会との関係をつけるため，勅令を改正する。

(ハ) 第三案 国際カルテルへ参加禁止の規定を本法案にうたうと共に，附則で現行のものに対する措置を規定する。

本 条約でうたうべき性質のものなるも，一つには勅令三十三号の内容が至上命令であり，更に一つには独占禁止委員会との関連をもたすことが要求されてをり従って本法案に含ませることを強硬に避ける主張はしない。G.H.Q.の意見強固ならば第三案にしてもよい。」

以上からは，特に，独禁法に組み込むことに日本側も反対していたわけではなく，先の勅令との関係，法執行機関である委員会との関係から，なくとも対応が可能という程度の認識であったと考えられる。さらに，米国側が強硬に独禁法への組み込みを主張した場合にも，附則で当時既に存在する国際協定やカルテルへの措置を規定することで対応するという柔軟な姿勢が伺われる。

このような日本側の方針の転換を端緒に，2月中旬以降，日本側がこの規定に関する日本語版及び英語版の法律案の作成作業を開始し，さらに文言に関する折衝が日米双方の間で行われた。すなわち，日本側による2月22日付の日本版の修正試案(2月25日付の修正試案の下書き原稿)は以下のように規定した。

「事業者は，左の各号の一に該当し一定の取引分野における競争を実質的に制限する虞のある国際的協定に加入し，又は，国際的契約をしようとする場合には，独占禁止委員会の許可を受けなければならない。

一 生産数量，生産分野その他生産に関する事項の制限に関する協定又は契約

二 販売価格，販売数量，販路その他販売に関する事項の制限に関する協定又は契約

三 取引先その他商取引に関する事項の制限に関する協定又は契約

四 事業活動に必要な科学又は技術に関する知識又は情報の交換の制限に関する協定又は契約

前項において国際的協定とは，外国にある者が加入者の大部分を占めている協定をいい，国際的契約とは，外国にある者を相手方とする契約をいう。」

この段階では，委員会の許可制を前提に，国際的協定と契約の定義が2項で規定され，それらへの加入や契約に基づく市場効果を問うという構造となっている<sup>87</sup>。

<sup>87</sup> 国際的協定や国際的契約がその市場効果として「一定の取引分野」に影響を与えるとしていることは，

そして、2月25日付の日本語版の修正試案では以下のように修正された。

「事業者は、独占禁止委員会の許可を受けなければ、左の各号の一に該当する国際的協定に加入し、又は、国際的契約をしてはならない。

- 一 生産数量、生産分野、その他、生産に関する事項の制限に関する協定又は契約
- 二 販売価格、販売数量、販路、その他、販売に関する事項の制限に関する協定又は契約
- 三 取引先、その他、商取引に関する事項の制限に関する協定又は契約
- 四 事業活動に必要な科学的又は技術に関する知識又は情報の交換の制限に関する協定又は契約

独占禁止委員会は、前項の許可の申請があった場合において、当該協定に加入し又は当該協定をすることが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認めるときは、許可をしてはならない」

以上からは、第一に、委員会の許可が特定の国際的協定、国際的契約には必要であること、第二に、許可に際して国際的協定、国際的契約自体への参加や当事者となることが、市場効果要件を充足した場合には許されないと規定していたことが分かる。

しかしながら、同日付の英語版 Revised Draft に対しては、サルウィン氏による以下の手書き修正（大括弧）がなされている。

「 No entrepreneur shall, [without receiving permission of the Antitrust Commission, : 削除][restrictive international agreements illegal : 欄外での指摘] participate in or be a party to an international agreement or contract which shall come under one of the following items.

1. an agreement or a contract relating to restrictions on volume of production.
2. an agreement or a contract relating to restrictions on selling prices, volume of sales, markets and other matters with regard to sales.
3. an agreement or a contract relating to restrictions on business relations and other matters with regard to business transactions.
4. an agreement or a contract relating to restrictions on exchange of scientific or technological knowledge or information necessary for business activities.

[In case : 削除] an application for permission [as provided for in the preceding paragraph is received : 削除][to enter into a proposed agreement with an entrepreneur of a foreign nation shall first be filed with : 追加] the Antitrust Commission[, shall : 削除] when participation in or being a party to the said [proposed : 追加] agreement or contract is deemed to be contrary to the public interest and thereby, restrains competition in a particular field of trade, [it

---

市場を国外に設定しているのであろうか。また、一から四の協定と契約が「一定の取引分野における競争を実質的に制限する虞のある」ものとして位置付けられており、この許可制を規定しているが、この許可に際しての解釈は不明である。

shall : 追加] refuse to grant such permission.」

英語版に対するサルウィン氏の修正は、まず、1項柱書において1号から4号に該当する国際契約を原則禁止として、2項において、外国会社との国際的協定と国際的契約への加入と締結が市場効果要件（公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を制限する場合）に該当する場合に許可されないことに変更されている。条文全体の構造は明確となった。

GHQ資料にある3月12日付米国側メモでは、2月25日付の英語版 Revised Draft に対して、以下のように指摘されている。

すなわち、国際取引において慣習化している輸入総代理店（exclusive agents for buying or selling representation of foreign concerns）のメーカーによる指定行為までも規制するおそれがあるという懸念が指摘されている。当該慣習が実際にも存在し、海外本社からの商品提供に関する適切なサポートが獲得できることを考慮すると、法律案の中で認めるといふ点を組み入れることが適切であるとする記述がある。

この点については、結論を先取りすれば、原始独禁法において届出義務との関係で処理されているため、明文では定められていないが、この懸念を考慮して立法されていると考えることができる。

3月6日付の日本語版の第二次修正試案では、さらに変化が見られる（ただし、行為類型については変更はない）。

「事業者は、一定の取引分野における競争を実質的に制限することにより、公共の利益に反することとなる場合においては、左の各号の一に該当する国際的協定に加入し、又は国際的契約をしてはならない。」

1項柱書では、市場効果要件を挙げた上で、「公共の利益に反することとなる場合」として「公共の利益」に反する「蓋然性」を要件とするようである。さらに、「公共の利益」の位置も興味深い。この段階でも柱書きの全体の構造について、日本側は市場効果要件をおき、米国側は原則禁止とするように、日米の大きな違いが鮮明である。

そして、2項では、「事業者は、前項各号の一に該当する協定に加入し、又は契約をしようとする場合には、公正取引委員会に届け出て、その認可を受けなければならない」とした。届出義務のもとでの「認可」制が採用されている。

これに対応する3月6日付の英語版 Second Revised Draft では、さらにサルウィン氏による修正（大括弧）が行われた。

「No entrepreneur shall participate in or be a party to an international agreement or contract which comes under any one of the following items.[判読困難な手書き追加]

1. an agreement or a contract relating to restrictions on volume of production, field of production, and other matters with regard to production.
2. an agreement or a contract relating to restrictions on selling prices, volume of sales, markets, and other matters with regard to sales.

3. an agreement or a contract relating to restrictions on business relations and other matters with regard to business transactions.

4. an agreement or a contract relating to restrictions on exchange of scientific or technological knowledge or information necessary for business activities.

[The provisions of the preceding paragraph shall not apply to such a case where the Anti-trust Commission deems that upon an application to for permission to participate in or be a party to an agreement or a contract coming under any one of the foregoing items does not constitute a danger that it will be contrary to the public interest [and has accordingly granted permission. : 削除] nor that it will substantially restrain competition in any particular field of trade and has accordingly ranted permission. 削除か？ ][Shall not apply to agreements and arrangements for 以下判読困難：追加]

[The restrictions stipulated in all Items of paragraph 1. shall not include such normal and legitimate restrictions of said trade. : 削除 ][Proposed contracts containing provisions and 以下判読困難：追加]

以上の英語版は日本語版の第二次修正試案に対応するものであるはずであるが、柱書はまったく異なっており、2 項以下もその内容がまったく違っている。

そして、3 月 9 日付の日本語版の第三次修正試案では、以下のとおりである。

「事業者は、国際（営 C）取引又は国内取引の一定の取引分野における競争を実質的に制限することにより、公共の利益に反することとなる場合においては、左の各号の一に該当する外国の事業者が参加している国際的協定に加入し、又は、外国の事業者と国際的契約をしてはならない。

（一～四は文言の変更がないため省略）

前項の規定は国際取引は国内取引の一定の取引分野における競争を実質的に制限することのない売買を内容とする通常の代理店契約には、これを適用しない。

事業者は、第一項各号の一に該当する協定に加入し、又は契約をしようとする場合には、公正取引委員会に届け出て、その認可を受けなければならない。

公正取引委員会は、前項の認可の申請があった場合において、当該協定に加入し、又は当該契約をすることが、国際取引又は国内取引の一定の取引分野における競争を実質的に制限することにより、公共の利益に反することとなると認めるときは、これを認可してはならない。」

日本語版では依然として市場効果要件が 1 項の柱書に規定されており、また、認可の際にも判断基準となっている。さらに、国際的協定と国際的契約の定義を再度 1 項柱書で規定した。

上記の日本語版が 3 月 11 日には英語版の Third Revised Draft となって提出され、サルウィン氏の手書き修正を受けることになった。

「No entrepreneur shall, when it substantially restrains competition in a particular field of international or domestic trade and thereby is contrary to the public interest, [enter into : 追加 or 代替] participate in an international agreement which includes the participation of foreign entrepreneurs [or enter into an international contract with a foreign entrepreneur, : 削除][判読困難 : 追加] either of which comes under any one of the following items.

1. an agreement or a contract relating to restrictions on Volume of Production, field of production, and other matters with regard to production.
2. an agreement or a contract relating to restrictions on selling prices, volume of sales, markets and other matters with regard to sales.
3. an agreement or a contract relating to restrictions on business relations and other matters with regard to business transactions.
4. an agreement or a contract relating to restrictions on exchange of scientific or technological knowledge or information necessary for business activities.

[The provisions of the preceding paragraph shall not apply to an ordinary agency contract providing for purchase and sale which does not substantially restrict competition in any particular field of international or domestic trade in negligible. : 削除]

Any entrepreneur, when contemplating participation in or entrance into an agreement or contract [coming under any one of the Items of Paragraph 1 of : 削除][referred to : 追加] this Article, shall file an application with the Fair Trade Commission [and shall receive its permission : 削除][判読困難 : 追加]. The Fair Trade Commission when it receives an application for permission as in case participation in said international agreement or entrance into said international contract substantially restrains competition in a particular field of international or domestic trade and thereby is deemed contrary to the public interest.」

以上の英語版から分かる修正は、2項について×印をつけている点であった。

そして、3月11日付の日本語版の第四次修正試案は、以下のとおりである。

「事業者は、国際取引又は国内取引の一定の取引分野における競争を実質的に制限することにより公共の利益に反することとなる場合においては、外国の事業者が参加している国際協定であって左の各号の一に該当するものに参加し、又は、外国事業者と左の各号の一に該当する国際的契約をしてはならない。

- 一 生産数量、生産分野その他生産に関する事項の制限に関する協定又は契約
- 二 販売価格、販売数量、販路その他販売に関する事項の制限に関する協定又は契約
- 三 取引先その他商取引に関する事項の制限に関する協定又は契約

#### 四 事業活動に必要な科学又は技術に関する知識又は情報の交換の制限に関する協定又は契約

前項の規定は、代理店との間の売買を内容とする通常の契約には、これを適用しない。」(それ以外の規定の文言に変更はない)。

第三次修正試案との比較では、2項において市場効果要件が削除され、通常の代理店契約全体が適用除外の対象となっている。

そして、3月15日付の日本語版の第五次修正試案では、さらに大きな修正が行われた。

「事業者は、外国の事業者と左の各号の一に該当する事項を内容とする国際的協定若しくは国際的契約をし、又は国内の事業者と貿易に関し左の各号の一に該当する事項を内容とする協定若しくは契約をしてはならない。

- 一 第四条第一項各号の一に掲げること。
- 二 事業活動に必要な科学又は技術に関する知識又は情報の交換を制限すること。

前項の規定は、国際取引又は国内取引の一定の取引分野における競争に対する同項に規定する協定又は契約の影響が軽微である場合には、これを適用しない。

事業者は、外国の事業者との国際的協定若しくは国際的契約又は国内の事業者との貿易に関する協定若しくは契約であって相当期間継続性があるもの(一つの取引による目的物の受渡だけが相当期間に渡るものを除く。)をしようとする場合には、公正取引委員会に届け出て、その認可を受けなければならない。

前項の場合において、事業者は、届出の日から三十日を経過するまでは、当該協定又は契約をしてはならない。」

この規定全体について、おそらくは日本側が記したであろうが、「保留」と記されている点が注目される。さらに、外国事業者との一定の国際協定・契約及び国内事業者との一定の貿易に関する協定・契約の原則禁止がようやく規定された。そして、これまでは4つの行為類型であったものが「共同行為」を採用し、最後の4番目の行為類型だけを残した。さらに、「共同行為」と同様に「国際取引または国内取引の一定の取引分野における競争」に対する影響が軽微の場合には適用しないとし、共同行為(4条)と類似した規定ぶりになっている。なお、届出制度について、対象となる協定を限定し、待機期間も規定した。

3月15日付の英語版のBillでは、以下のように規定された。なお、日本側が「保留」としているように、英語版においても、同じBillであっても待機期間規定がないバージョンもあり、そこにサルウィン氏による手書きでの規定が挿入されて、その別バージョンでタイプ打ちされた経緯もあり、最後まで日米間の調整が手間取ったことが推認される。以下は待機期間がないバージョンの英語である。

「No entrepreneur shall participate in an international agreement or an international contract with a foreign entrepreneur or participate, in an international agreement or contract on foreign trade with a domestic entrepreneur with regard to [any of the following items: : 追加]

1. anything which comes under any of the items of Article 4, paragraph 1.
2. an agreement or a contract relating to restrictions on exchange of scientific or technological knowledge or information necessary for business activities.

The provisions of the preceding paragraph shall not apply in case the effects of such agreement or contract on competition in any particular field of international or domestic trade in negligible.

Any entrepreneur, when contemplating participation in or entrance into an international agreement or international agreement with a foreign entrepreneur or into agreement or contract on foreign trade with a domestic entrepreneur, which agreement or contract shall continue for a considerable period of time (excluding such where the delivery of the object due to one transaction takes a considerable period of time, [shall apply to the Commission for permission to participate or execute the same. : 追加][30days provision: as to: foregoing entrepreneur shall not ? or enter for 30 days following filing application : 追加]」

そして、Bill の最終バージョンでは、最後の規定である待機期間規定が「In such a case as provided for by the preceding paragraph, an entrepreneur shall not participate in nor enter into said agreement or contract for a period of thirty (30) days from the day of filing said application」となった。

以上のように、原始独禁法 6 条は、2 月 25 日付の修正試案からその内容を大きく変化させて（許可制から厳格な原則禁止・（届出）認可制への変化）成立したといえる。

また、本規定は、最後の段階においても日本語版では保留とされている点で最後まで交渉が難航した規定だといえる。特に GHQ 資料にある 3 月 15 日付のサルウィン氏による文書では、3 月 18 日にこの国際カルテルに関する修正を閣議にかけるといふ報告を柏木一郎から受けたと記している。

このようにして成立した規定に関して、3 月 24 日の法律案説明では、「契約の効果が及ぶべき地域は国内市場を主とするが、貿易の場合は外国市場となる」<sup>88</sup>、そして、「契約の行為地は本邦の内外を問わない」としている。従って、「輸入独占自体又は輸出独占自体は、外国の事業者との間の契約関係に基かぬ限り、国内市場における独占又は取引制限を以て論じられ」、6 条の対象とならないとする<sup>89</sup>。

法律案説明は続けて、「行為者の所在地とか、協定が影響を及ぼす市場とかは、形式的にはこれを問わない」<sup>90</sup>として、実際問題としては「外国にある日本人の行為或いは当該協定

<sup>88</sup>（前掲脚注 14 参照）168 頁では、「国際的協定又は国際的契約といいうるためには、（中略）国内の事業者と外国の事業者との間に貿易関係を伴う場合と外国市場を経済活動の対象とする場合」と説明している。

<sup>89</sup> 商工省企画室編（前掲脚注 22 参照）22 頁。

<sup>90</sup> 石井（前掲脚注 14 参照）168 頁以下では、「本條は、国際取引又は国内取引の一定の分野において、公共の利益に反する共同行為が現実に行われることを防止しようとするものであるから、行為地が外国であるか内国であるかを問わないとし、「外国にある資材や施設を日本に輸入して、これによって生産し、（中略）その製品を外国市場で販売することを約する」ことを具体的行為としている。

の影響が外国市場についてしか起り得ないものには、ただ 人法的な懲罰の意味しか持たない」と指摘する。また、「輸入業務については、本法案第六条により、制限的な国際的契約に基く輸入独占は禁止され、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される」と指摘する。当時の米国における判例では、いわゆる効果理論が採用されたアルコア事件が注目されていたことから、効果理論を本規定において解釈上確認したものと考えられる。

## 第9節 適用除外

以下では、原始独禁法において適用除外として規定された類型について各々の変遷を分析する。

### (1) 自然独占分野・事業法規制分野

原始独禁法は、以下のとおり規定している。

「この法律の規定は、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の行う生産、販売又は供給に関する行為であつてその事業に固有のものについては、これを適用しない」

「この法律の規定は、特定の事業について特別の法律がある場合において、事業者が、その法律又はその法律に基く命令によって行う正当な行為には、これを適用しない。前項の特別の法律は、別に法律を以てこれを指定する。」

この2つの規定は、独禁法の1999年改正により削除された。

「カイク」案は、上記の適用除外規定に関連して、以下の二つの規定をおいていた。

「法律に依り指定せられた価格、配給、割当の公共機関に付いては主務大臣及び経済安定本部の勧告に基き司法次官の認可したときは一九四六年七月一日より一年を超えぬ期間本法の規定を適用しない。」

「公共施設、保険会社又は普通運送業者に対する法律の取締は、この取締が本法のすべての規定と一致しない限り、之等のものに対する本法の適用を排除するものではない。」

日本側は、それぞれに対して、1946年10月1日付の「産業秩序に関するカイク案実質的规定に対する意見」(商工省商務局)において、前者は、「不適用の時期は別途法律を以てこれを定めること。」、後者は、「『公共事業等に対しては、これに対する監督法規の適用される限度において本法の適用を排除する』といふ書き方とすること。」という意見を記した。また、10月3日付の「カイク氏案と合衆国反トラスト法との対比」(商務局財務課)では、特に後者に係る米国の個別法(船舶法、陸運法、州際商業法、海上保険法、ウェッポトリン法(原文ママ))をあげている。

上記の意見は、10月8日付の「経済秩序に関する示唆に対する意見(案)」における「公

共事業については、制限的にこれを列挙して本法の適用を除外することとし、それぞれの事業法等によって十分に監督する。」という記述に反映している。

11月8日付の法律案要綱の下書きでは、以下のようにより明確な書きぶりとなった。

「国の行ふ独占事業には、その事業のためにする行為が、法令の付与する権能の範囲に限られる場合においては、この法律の規定は、これを適用しないこと。」

「電気事業、瓦斯事業、運輸事業その他の公共事業若しくは保険業又は貿易業には、この法律の規定は、これを適用しないこと。」

公共事業又は保険業の取締を規定する法令を、この法律の趣旨に従って改正すること。」

この段階で、「国の独占事業」と「公益事業、保険業などの特定の事業法令分野」を対象とすることが明確化された。

11月8日付の法律案要綱もこの文言をそのまま継承した。

その後、12月2日から始まる一連の要綱のうち、「国の独占事業」については、一貫して乙案において「国及び公共団体の営む事業には適用しない」とされている（「米国の立法例」や甲案においても特筆すべき記述はない。）

上記の特定事業法分野については、12月2日付の「独占禁止制度要綱に関する件（案）」は、「米国の立法例」において、「公共事業」として、「(1)郵船業者間の自由競争制限的な協定は船舶局に届出れば、反トラスト法の適用なし。（船舶法）(2)州際輸送鉄道会計は州際商業委員会の許可があれば競争線との競争を制限し、又は合併することができる。（陸運法）(3)電話会社についても陸運法に同じ（州際商業法）」とし、「保険業、金融業」として、「海上保険会社は結合することができる。（海上保険法）」としている。そこで、甲案では、「公共事業（執筆者注：保険業と金融業の場合は保険業）に関する監督法規は、本法に反しない限り適用する。」とした。これに対して乙案では、まず「公共事業」に関し「(A説)」を、「公共事業を限定的に列挙し、これには適用しない。但し当該監督法規を本法の趣旨に従って改正する。（公共事業はガス、電気、水道、地方鉄道、軌道、電信、電話及び放送を予定する。）」とし、「(B説)」を、「(公共事業に、海運、小運送及び自動車交通事業を加へる。）」とした。次いで「保険業、金融業」に関し、「(A説)」を「(規定しない。）」、「(B説)」を「保険業及び金融業には適用しない。但し当該監督法規を本法の趣旨に従って改正する。」とした。

12月5日及び7日、14日付の要綱では、特定事業法分野において、乙案が以下のように一つに統合された。なお、7日、14日付の要綱では文末に事業法を列挙又は別添するという趣旨の文章も追加されている。

「公共事業、保険業、銀行業その他事業法の定ある事業については事業法の規定又は事業法に基く命令ある事項については事業法を適用し、その他の事項については本法を適用する。」

以上の要綱の文言を解釈すれば、「国の独占事業」には適用除外が包括的にかけられてい

るが、特定事業法分野については、まず事業法が優先的に適用され、事業法の定めのない場合に独禁法が適用されることになる。このことは、現在活発な議論が行われている事業法と競争法との交錯場面を想定していないためか、単純に特定の事業法分野に対して競争法は原則として介入しないと考えていたともいえそうである<sup>91</sup>。

以上の「要綱」の書きぶりは12月11日付のOutline of the Antitrust Lawにおいても確認される。

「State and public enterprises. The Present Law shall not apply to enterprises operated by the government or public authorities.」

「Public enterprise, etc. As regards the business of public enterprises insurance, banking and other enterprises, the matters relating to which there exist provisions of the enterprise laws, or order issued according thereto, shall be governed by said laws or orders. To all the other matters the present law shall apply.(The enterprise laws will be enumerated.)」

12月10日付の法律案では、まず、国・公共団体の行う事業等については、「この法律は、特別の法律の規定に基いて、国又は公共団体の行ふ事業及び貿易事業に関しては、これを適用しない。」とし、特定事業法分野については、「この法律は、左の各号の一に該当する法律に基いてなされる行為については、これを適用しない。」といずれも適用除外規定として位置付けた。そして、「左の各号」において、日本銀行法、日本興業銀行法、日本勧業銀行法、銀行法、貯蓄銀行法、無尽業法、保険業法、倉庫業法、信託業法、法、砂糖法、金法、漁業法、電気事業法、瓦斯事業法、軌道法、水道条例を列挙している。

12月20日付の法律案では、国・公共団体の行う事業等について変更がなされ、「この法律は、左の各号の一に掲げる国の行ふ事業については、これを適用しない。」として、国の行う事業（国営事業）という限定をつけた。そして、煙草専売法に基く事業、樟脳及び樟脳油専売法に基く事業、塩専売法に基く事業、アルコール専売法に基く事業、鉄道事業、通信事業、貿易等臨時措置例に基く事業を列挙している。特定事業法分野については、12月10日付の法律案に列挙された事業法のうち、倉庫業法だけが削除された。

以上の法律案は、原始独禁法と同じく2つに分けて適用除外を定めた点は共通しているが、独禁法の適用除外の根拠法の種類については、上記の要綱とは異なっている。

1947年1月1日付の商工省による法律案では、上記法律案を継承しつつ、さらに具体的に法令を列挙することとなった。

国の行う事業に関する法令としては、「煙草専売法、粗製樟脳及び樟脳油専売法、塩専売法、アルコール専売法、貿易等臨時措置令に基く事業、国の行う鉄道事業、国の行う通信事業。」が列挙されている。

事業法令に基づく正当な行為については、結論を先に述べれば、原始独禁法には組み込

<sup>91</sup> その後の12月20日付の公取委資料Aにある「(資料)独占禁止制度において問題となる諸項目」には、特に「事業法と独占禁止法との適用順位、事業法の範囲等」という記述がある。あくまでも適用の優先順位を念頭に置いていると考えられる。

まれず、原始独禁法の制定の直後に成立した「適用除外法」<sup>92</sup>において規定されることとなる内容の一部が記載されている。すなわち、「左に掲げる法令の規定に基づく事業若しくは事業の活動又は行為については、これを適用しない。」として、水道条例、地方鉄道法、瓦斯事業法、競馬法、電気事業法、日本勧業銀行法、北海道拓殖銀行法、日本興業銀行法、貯蓄銀行法、信託業法、農林中央金庫法、国際電気通信株式会社法、無尽業法、日本製鉄株式会社法、商工組合中央金庫法、日本通運株式会社法、恩給金庫法、庶民金庫法、日本発送電株式会社法、保険業法、国民厚生金庫法、帝都高速度交通営団法、日本銀行法、日本証券取引所法、復興金融金庫法、企業再建整備法、金融機関再建整備法、電力管理法、臨時資金調整法、石炭及びコークス配給統制法、食糧管理法、臨時物資需給調整法、有価証券の処分の調整等に関する法律、昭和 20 年勅令第 542 号「ポツダム」宣言の受諾に伴い発する命令に関する件に基づく命令、が列挙されている。

日付不明（1月1日から1月15日まで）の法律案では、まず、「6条乃至12条は国がその事業を行う場合に、国についてはこれを適用しない。前項の事業は命令をもって定める。」として、国の行う事業への「不正な競争方法」を除く実体規定の適用が除外され、次いで、「6条乃至12条は、公共の利益に関係がある事業の事業者が当該事業に関する法令の規定に基づいて事業の活動をなす場合に当該事業の活動についてこれを適用しない。前項の事業は命令をもって定める。」として、「公共の利益に関係がある事業」すなわち公益事業分野への「不正な競争方法」を除く実体規定の適用が除外されることとなった。これらの分野に該当するか否かは命令により定められるとしている。

1月15日版の法律案では、以下のように修正される。

「この法律の規定は国がその事業を行う場合に、国についてはこれを適用しない。」

「特定の事業について他の法令に特別の規定があるときは、本法の規定に拘わらず、その規定の定める所による。前項の事業は命令をもって指定する。」

以上のように、国の行う事業と特定事業法分野に対する独禁法の全面的な「適用除外」に規定し直し、その内容を大きく変更させており、より原始独禁法の内容に近づいている。このことから、1月1日からの早い時期において「適用除外」のこの部分が日本側の内部で議論の対象となっていたことが分かる。

さらに、1月17日版の法律案では、国の行う事業について（実質的内容に変化はないが）より詳細に、「この法律の規定は、国が法律に基づいて事業を行う場合には、国についてはこれを適用しない。」と規定し、特定事業法について、「公共事業、金融業その他の特定の種類の事業又は特殊会社、特殊銀行その他の特定の事業者について特別の法律が定められている場合には、その法律又は法律に基づく命令は特別の規定があるときは、本法の規定に拘わらず、その特別の規定の定める所による。」として、適用除外の対象となる分野について限定が加えられた。

---

<sup>92</sup> 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の適用除外法等に関する法律（昭和 22 年法律 138 号）であり、同法一条において適用除外の対象となる法令が列挙されている。

これらを受けた1月20日付の法律案では、国の行う事業に関する規定に変更はなく、特定事業法分野に関する規定についても、実質的な内容に修正が加えられることなく継承されている。

そして、1月22日付の試案では、以下のように規定された。

「この法律の規定は、国又は地方公共団体が法律又は法律に基づく命令により行う事業活動には、これを適用しない。」

「この法律の規定は、公益事業、その他事業について特別の法律が定められている場合において、事業者がその法律又は法律に基づく命令により行う正当な事業活動にはこれを適用しない。」

以上のように、国の行う事業に関する規定に地方公共団体が追加され、法令に基づく行為という限定が追加された。また、特定事業法分野については、金融業が除かれた上で、「正当な事業活動」という要件が追加されている。

もっとも、内閣法制局資料にある1月22日付の試案では、国・地方公共団体の行う事業に関する規定における「国又は地方公共団体」に下線引かれており、また、特定事業法分野について「公益事業」に横線が引かれている。この意味は不明であるが、下線部分の行為主体等を強調しようという意図とも考えられる。

この試案に対する1月23日付の旧大蔵省資料「『私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案』立案要旨」では、「左に掲げる場合は本法の適用を除外することとしたこと。」とし、「(イ)法律又は法律に基づく命令による国、地方公共団体の事業活動」と説明している。さらに、「右(イ)(中略)の法規にして本法の目的に抵触するものは改正するか又は適用除外より削除する必要が生ずることを想定し置くこと。」として、事業法を独禁法の目的に適合させるように改正すべきだという考え方が明確に示されると同時に、それ以外の対応として独禁法の適用除外規定を設ける必要を強調している。

同じく、日付不明(1月22日から1月28日の間)の内閣法制局資料では、1月22日付の試案に対して、以下のような説明を行った。

#### 「1. 趣旨

本法案の禁止するものは公共の利益に反して行われるものであり、一方 が行ふもの、乃至は の方針にそって行はれてる事業活動が本法とは思想的に反対とはいへ公共の利益に反することはないであらうから『適用の特則』というのには であるが裁定の可能性を阻却する意味で宣言するのが本章全般の趣旨である。

#### 2. 行為の範囲

範囲としてはそれが独占事 とされていること及び法律に基いて行われる事業活動に限定するわけで、裁定のない限りに於て本法が適用される。当該事業を規律している法規が無数にならぬという であり、一方本法の趣旨に合うように当該法規が改正されることが反面に要求されているわけである。十七条、十八条

にある『正当な』の意味はこの趣旨である。(中略)

3. ここに列挙される法規の保護する公益が本法の規定する公益より広いわけであるが、その広がった部分に於て、本法の精神からみでの適当な限界をつけてほしいと思われるものも多いのであり、これは夫々の法規の改正につきこととするのである。」

ここでは、独禁法「の規定する公益より広い」としているが、この意味は、独禁法が保護する競争秩序とは別の、特定事業法が目指している「公益」(たとえば、当時自然独占と考えられていた分野では競争だけに任すことができない状況があることから独禁法が直接には適用できない場合、あるいはさらに、競争環境の基盤を作る行為などか)を考慮することであろうか。その場合にも、上記「3.」において、独禁法の側からの介入や調整を想定しているようであるが、カルテルなど明確な競争制限的行為を許容しているような事業法を改正しようと言う単純な趣旨である可能性が高いということもできる。

そして、1月28日付の司令部提出用試案では、以下のように規定され、司令部に提出された。

「この法律の規定は、国又は地方公共団体が法律又は法律に基づく命令により行う事業活動には、これを適用しない。」

「この法律の規定は、公益事業その他の事業について特別の法律が定められている場合において、事業者がその法律又は法律に基づく命令により行う正当な事業活動にはこれを適用しない。」

これに対応する2月4日付の英語版 Tentative Draft は以下のとおりである。

「The provisions of this law shall not apply to enterprises conducted by the State or by local public entities in accordance with the provisions of law or Order under such law.」

「The provisions of this law shall not apply, in the cases where special laws exist providing for enterprise, public and otherwise, to the normal and legitimate business activities of an entrepreneur carried in accordance with the provisions of such laws or by Order under such laws.」

その後、2月22日付の法律案(手書きの下書き原稿)においては、前者についてのみ、以下のように修正が加えられている。

「この法律の規定は、国又は地方公共団体が法律又は法律に基づく命令により行う売買その他の事業活動には、適用されることがない。」

「この法律の規定は、公益事業その他の事業について特別の法律が定められている場合において、事業者がその法律又は法律に基づく命令により行う正当な事業活動にはこれを適用しない。」

前者については、「売買その他の事業活動」とされ「売買」が具体的行為としてあげられている。これまでの「事業活動」から取り出されて具体的に規定されたものか、それ以外

の何らかの国や地方公共団体による特別の行為を念頭に置いたものなのかは不明である。

この下書き原稿がそのまま 2 月 25 日付の日本語版の修正試案となった。

なお、もう一つのバージョンの修正試案では、「この法律の規定は、国又は地方公共団体が法律又は法律に基づく命令により行う売買その他の事業活動には、これを適用しない。」として若干の文言の修正を行っている。

そして、同日付の英語版 Revised Draft は、以下のように記載されている。

「[The provisions of this law shall not apply to government monopolies and other monopolistic enterprises conducted by the state or by the local entities in accordance with the provision of law or order under such law. : 削除]」

「[In case a special law exists providing for public and other enterprises, the provisions of this law shall not apply to the business activities of an entrepreneur which executed in accordance with the provisions of said law or order under said law. : 削除]」

これについて、サルウィン氏は追加修正を行い、国・公共団体の事業については全部を削除し、手書きで、「不必要。私的独占のみ不法」と記している。なお、このことは、この段階で、「不当な独占」が「私的独占」に修正されていたことを示す根拠の一つでもある。また、特定の事業法に対する適用除外についても同様に全部を削除して、「公益事業 (public utilities)」とタイトルを付して判読困難な英文であるが趣旨としては、「別の法律により定める」旨の指摘を行っている。

なお、GHQ 資料にある 3 月 11 日付の米国側メモでは、この 2 月 25 日付の英語版 Revised Draft に対して、以下の指摘が行われたとしている。

まず、国・公共団体の事業に対する適用除外について、「この規定は曖昧であり、逃げ道として使われるようになる可能性が十分ある。この規定が何を意図したものか不明である。」、次いで、特定事業法分野への適用除外については、「これはあまりにも大雑把に書かれている」と批判しているのである。

3 月 6 日付の日本語版の第二次修正試案では、それまでの「適用の特則」が「適用除外」へとタイトルが変更された。そして、国・公共団体の事業の規定は、「事業者」概念を定義する規定へ組み込まれることとなって、削除された<sup>93</sup>。そして、特定事業法分野については、「公益事業」という限定が外され、「事業活動」が「行為」に変更され、「この法律の規定は、その事業について特別の法律がある場合において、事業者が、その法律又は法律に基づく命令によって行う正当な行為には、これを適用しない。」と定めた。

なお、同日付の英語版 Second Revised Draft には、15 条までしかなく、16 条以降の条文が欠落しており確認することができない。

<sup>93</sup> 3 月 6 日付の日本語の第二次修正試案及びこれに対応する英語版 2nd Revised Draft では、「事業者」の定義において、「(中略)事業者には、一般公衆の利用に供する施設により、水道事業、瓦斯事業、電気事業、通信事業、鉄道事業その他法令によって免許された独占的の事業を営む者を含まない。」としている。このような「事業者」定義はこの段階の試案に規定されるに止まり、これ以降は削除されている。

その後の 3 月 9 日付の日本語版の第三次修正試案では、下のように、原始独禁法の自然独占の適用除外規定と同じものが新たに作られ挿入された。なお、特定事業法分野に関する規定は、先の英語版の修正試案に対するサルウィン氏の手書き修正に対応する形で、2 項において「前項の特別の法律は、別に法律を以てこれを指定する」と追加され、文言が確定した。

「この法律の規定は、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のその事業固有の活動であって、生産、販売又は供給に関するものには、これを適用しない。」

このような新しい規定がなぜ登場したのかについては、「事業者」の定義規定との関係が重要である。すなわち、制定史においては、これらの事業を営む者はそもそも事業者に該当しないとされていた時期もあったのであるが、これらの者も事業者であって、しかしそれらの固有の行為など一定の行為には独禁法が適用されない、逆に、これらの適用除外に当たる行為でなければこれらの事業者にも独禁法は適用されるという重大な変更が加えられたのである。

この法律案に対応する 3 月 11 日付の英語版 Third Revised Draft は以下のとおりである。

**「The provisions of this law shall not apply to such business activities relating to production, sales or supply of those operating railroad electricity, gas and other enterprises whose business constitutes, by the very nature of said business, a natural monopoly.」**

**「The provisions of this law, in case a special law exists for a certain enterprise, shall not apply to such legitimate acts of an entrepreneur as are executed in accordance with the provisions of said law or order under said law.**

**Such special law as mentioned in the preceding paragraph shall be stipulated by separate law.」**

サルウィン氏は、前者に「自然独占(natural monopolies)」と手書きをしている。ただし、日本語版には「自然独占」という文言ではなく「当然に独占」と記するのみである。

そして、3 月 11 日付の日本語版の第四次修正試案では、「この法律の規定は、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の行う生産、販売又は供給に関する行為であってその事業に固有なものには、これを適用しない。」として、文言の位置の移動を行う修正を行い、事業法分野に対する適用除外には変更がない。

3 月 15 日付の日本語版の第五次修正試案の文言は、次のとおりであり、これがそのまま原始独禁法に継承された。

「この法律の規定は、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の行う生産、販売又は供給に関する行為であってその事業に固有なものについては、これを適用しない。」

「この法律の規定は、特定の事業について特別の法律がある場合において、事業者が、

その法律又は法律に基づく命令によって行う正当な行為には、これを適用しない。  
前項の特別の法律は、別に法律を以てこれを指定する。」

同日付の英語版 Bill は以下のとおりである。

「The provisions of this law shall not apply to such business activities relating to production, sales or supply of those operating railroad electricity, gas and other enterprises whose business constitutes, by the very nature of said business, a monopoly.」

「The provisions of this law, in case a special law exists for a certain enterprise, shall not apply to such legitimate acts of an entrepreneur as are executed in accordance with the provisions of said law or order under said law.

Such special law as mentioned in the preceding paragraph shall be stipulated by separate law.」

「自然独占」の適用除外についても、英語版には「natural monopoly」という文言がなくなっており、日本語版を忠実に英訳しているといえる。

3月24日付の内閣法制局資料は以下のように説明している。

「一〇、本法案と専売その他の国営企業との関係 解釈

本法案では、独占については私的なもののみを取締りの対象としてをり、公共の必要から国が独占権を設定している国有鉄道、郵便、電話等、財政の必要から国が専売権を設定している煙草製造販売、樟脳製造、塩製造販売等には当然適用されないのみならず、道路の管理、学校、病院等の施設の経営、国有林野の経営等にも解釈上適用されない。

勿論前の場合国が独占権を設定すること自体、又後の場合国が私企業と並んで経営をすること自体に対する批判はあり得るが、これらの政策の決定は、夫々の制度の問題として取扱われるべきものとする。

(中略)

十二、本法案と公共事業との関係 二一条

本法案第二十一条においては、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所謂公共事業は、その固有の活動に関する限り、本法案の適用を除外しているが、公益事業はアメリカにおいても、各特別法を設けて反トラスト法的監督を加えている外は、所謂反トラスト法の適用なきものとしており、その先例とも対応するものである。

主体が公共事業者であっても、その事業の分野が『固有』の範囲を超える場合、例えば鉄道会社が百貨店を兼営する場合については、百貨店営業の分野については、当然本法案の適用対象となるものと考えられる。然し具体的に一つの主体について兼営事業を分別する限界を定めることは困難であり、株式保有等の場合に適法か不適法かの判定は、個々の事情に即して慎重に判断されるべきものであることは勿論である。

更に、公共事業としての分野に属する事業活動であっても、性質上『固有』の範囲を逸脱する場合、例えば電気供給業者が全国一体となって料金の不当な吊上げを図る場合にはこの法案の適用があるべきものとする。

### 十三、本法案と事業法の定めある各種事業との関係 二二条

本法案第二十二条においては、特定の事業について事業法がある場合の事業者の適法かつ正常な行為には、本法案を適用しないことを規定している。そして、事業法は別に法律を以て指定することとなっているが、その趣旨は、当該事業法がこの法案の精神と余りに背馳しないことを要するため、個別的に検討を加へ必要な場合には所要の修正を行って後、始めてこれを指定するためである。即ち、この法案を適用しなくとも、事業者の活動について当該事業法規により、反トラスト法と同様な監督が加えられることの保障を得ようとする趣旨である。

次に事業者が当該事業法規に基づいて行ふ行為であっても、それは本法案の立場からみて『正当』なものであらねばならぬ。正当な事業活動の範囲を超える限り、本法案の運用の可能性は存する。例えばある事業法規で、事業者に公益的見地からカルテル結成を許しているごとき、そのカルテルが不当な取引制限に迄及び、公益に反することが明白となれば、それは本法案の適用を受けるべきものとする。

これと同じ趣旨の説明は、Cの本会議用及び委員会用の「法律案の提案の理由説明」にも見られる。すなわち、独禁法の規制に対する「若干の例外」として、「その一は、国家又は公共団体の営む独占的事業でありまして、この法律におきましては、私的独占を禁止することを規定致しまして、国営、公営の独占的事業を問題にするものでないことを明かに致しました。その二は、私営事業であっても、鉄道、電気、瓦斯その他の特定の事業につきましては、別の考え方を致さねばならないのであります。これについては、それぞれの事業法によって十分な監督を致すべきものでありまして、かかる事業につきましては、この法律の適用を除外することを規定致しました。」(本会議用)、「勿論、現在の異常な状態におきましては、厳格な統制の制度が必要でありまして、統制法令に基く行為に対しましては、この法律の適用を除外致すのであります。これは臨時的な措置でありまして今後、経済の安定するに伴い、(中略)但し、安定後におきましても国営公営の独占的事業、私企業のうち鉄道、電気その他の公益事業(中略)につきましては、この法律の適用を致さないで、それぞれの根拠法令に従って、公共の利益を確保するために特別な考慮を致すことが適当である」としている。

原始独禁法制定直後のある解説書は、自然独占事業に固有な行為の規定の趣旨は、許認可制度等により厳重にそれぞれの監督法規といった別の法体系で監督すべきとする<sup>94</sup>。

この見解に対しては、別の制定直後の解説書は、「事業の客観的性質からいって、当然に事業者の独占的地位の生ずる事業の意味で(中略)独占的地位が、事業そのものに随伴す

<sup>94</sup> 商工省企画室編(前掲脚注 22 参照) 43 頁。同書は、本規定を経済理論上の「自然独占」によって説明している。

るという意味で、自然的独占という用語を用いたのである。(中略) 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、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ようなもののみを意味している」という反対の見解がある<sup>95</sup>。

事業法令に基づく正当な行為については、個別の事業法令の指定の際に、独禁法の精神と余りに反しない点に基づいて修正が個々の事業法令に加えられるという見解<sup>96</sup>と、独禁法の規定によって正当と認められる行為を意味しているのではなく、「特別の事業法によって正当とされる行為に対しては、本法の見地よりもこれを是認し、反公益性の有無を問わない趣旨にほかならない」とする見解<sup>97</sup>がある<sup>98</sup>。

## (2) 知的財産権

原始独禁法の知的財産権に関する規定は以下のとおりである。

「この法律の規定は、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法による権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない」

現行の独禁法もまったく同じ規定である。

以下は、本規定の変遷を分析するが、1947年1月1日以降は大きな変更が無いまま原始独禁法制定に至っている経緯からは、日米の交渉において争点とはならなかったと考えられる。しかしながら、「カイク」案から始まり1946年末までの段階では大きな動きがあり、また、知的財産権に関する手続的側面、特に特許権の取消も「カイク」案から継承したという点で「カイク」案はとくに重要である。

「カイク」案では、知的財産権に係る諸規定は様々な箇所に存在している。

第一に、合理の原則型の特定の共同行為規制においてである。

「特許権又は著作権に関する協定にしてその特許状に於て認められてゐないもの  
特許権、意匠権、商標権等の効力を争訟しないという協定  
将来の特許権の実施許可交互の実施許可」

第二に、適用除外規定においてである。

「認可せられた特許権、著作権又は商標権に付ては、特許状の範囲内にその活動が限られるときにのみ本法の規定を適用しない。」

第三に、罰則規定においてである。これは多岐にわたるが、主な規定は以下のものである。

「特許権又は著作権をその方法の如何を問はず本法に違反して使用したときは、司法

<sup>95</sup> 石井(前掲脚注14参照)269頁(註)。

<sup>96</sup> 商工省企画室編(前掲脚注22参照)44頁。

<sup>97</sup> 石井(前掲脚注14参照)280頁。

<sup>98</sup> 当時は、商工省は事業法を維持する行政の立場にあったので、独禁法の観点から修正しているといい、石井氏は法律家の立場から条文をそのまま解釈しただけではないかと考える。

次官はその特許状の無効を主張することができる。而して反トラスト法裁判所は茲にかかる特許状の有効なりやを決定する明示の権限を与へられる。」

そして、日本側による「カイク」案の説明として、1946年10月3日付の内閣法制局資料「カイク氏案と合衆国反トラスト法との対比」(商務局財務課)では、「カイク」案と米国反トラスト法を比較し、両者ともに、知的財産権の「正常活動」に対する法の適用除外を規定しているとする。

しかし、その後の日本側の理解の内容を示すものとして、1946年10月9日付の「経済秩序に関する示唆の要綱」では、「特許権者、著作権者又は商標権者には、本法を適用しない。」としており、権利者の行為すべてを適用除外とするかのような記述がなされている。

しかし、その後の11月8日付の法律案要綱では、「カイク」案を継承して、「不当な取引制限」の章において届出義務の対象となる行為の中に、「特許発明の共同使用、新技術の研究若しくは採用の制限に関する協定」をおき、適用除外規定に関しては、「カイク」案に回帰し、「特許権者、著作権者又は商標権者の行為には、その行為が、特許権、著作権又は商標権の範囲に限られる場合においては、この法律の規定は、これを適用しないこと。」とした。日本側は「カイク」案の第二について、知的財産権の「正常活動」には独禁法を適用しないと考へて、知的財産権の「範囲」内であることを適用除外の要件としたのであろう。

このことは、12月2日付の「独占禁止制度要綱に関する件(案)」が、米国の立法例を「特許権の正常な活動には反トラスト法は適用しない(判例)」、甲案及び乙案共に「特許権、著作権、商標権を持つ者の行為は、その権利の範囲に限られる限り有効とする」と位置付け、その後もこの文言を継承していることから明らかである。

なお、甲案には「カイク」案の知的財産の扱いに関する第一で述べた合理の原則型の共同行為に関する規定が、「参考」であるが12月14日付の未定稿の要綱までは継承されている。

適用除外規定に係る同様の趣旨は、12月11日付の英語版 *Outline of the Antitrust Law* にも見られ、「特許権者、著作権者、商標権者の行為は、特許権、著作権、又は商標権の範囲内において有効である (*The actions of the holders of patent, copyright or trade mark shall be valid within the limits of their respective rights*)」とする。

しかしながら、これ以降に、大きな変化が見られる。まず、12月10日付の法律案は、以下のように規定した。

「この法律は、左の各号の一に該当する法律の規定に基いてなされる、無体財産権の違法な行為については、これを適用しない。

- 一 特許法
- 二 実用新案法
- 三 意匠法
- 四 商標法
- 五 著作権法

第一に、知的財産権が、特許権、著作権、商標権に加えて、実用新案権、意匠権が新たに加えられた。ここにおいて、列挙される知的財産権はこの5つとなることが確定する<sup>99</sup>。第二に、「無体財産権の違法な行為」という文言に変更された。権利の範囲を基準としようという趣旨はおそらく変わらないであろう。

そして、12月20日付の法律案は、上記の法律案をさらに修正して、「この法律は、左の各号の一に該当する法律の規定に基いてなされる無体財産権者の権利の行使と認められる行為については、これを適用しない。」として、同じく、特許法、実用新案法、意匠法、商標法、著作権法を列挙している。ここにおいて、「権利の行使と認められる行為」という文言が初めて現われた。

その後、1947年1月1日付の商工省名の法律案は、12月20日付の法律案をそのまま継承し、「適用の特則」の中で、「この法律は、左に掲げる法律の規定に基いてなされる、無体財産権者の権利の行使と認められる行為については、これを適用しない」として、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法、商標法をおいた。日付不明(1月1日から1月15日の間)の法律案も変更することなく引き継いでいる。

1月15日版の法律案は、各号の形で列挙されていた各知的財産権法の名称が柱書の文章の中に取り込まれ、「この法律の規定は、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法により権利の行使と認められる行為については、これを適用しない」と修正し、1月15日版と17日版、1月20日版の法律案もこれに変更することなく継承した。

そして、この文言は、そのまま、1月22日付の試案を経て、1月28日付の司令部提出用試案に記載されることとなった。このように、1月においてはほとんど変更されることなく司令部提出に至ったわけである。1月23日付の旧大蔵省資料「『私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案』立案要旨」でも、「左に掲げる場合は本法の適用を除外することとしたこと」として、「特許権等に基づく権利の行使」を指摘する、簡単な記述に止まっている。同様に、日付不明(1月22日から1月28日までの間)の内閣法制局資料でも、「無体財産等の場合、当該法規により権利の行使と認められる部分の範囲は極めて問題であるが、例へば特許権の権利の内容が否定されるかどうかによってその範囲はきまる。明行使の趣旨を貫くことを妨げるものではない。ただその限界を特許法改正の問題として考慮してほしいということである。」と説明している。

最後の文章について付言すれば、適用除外全般について言えることであるが、関係する個々の法との関係については、個々の法を独禁法の趣旨に適合させていき、場合によっては事業法や知的財産法の改正をすべきとの趣旨がここでも現れているといえる<sup>100</sup>。

そして、2月4日付の英語版 Tentative Draft では、「The provisions of this law shall not

<sup>99</sup> 石井(前掲脚注14参照)271頁(註一)は、意匠権と商標権に関して、「将来、公正取引委員会の指定する不公正な競争方法のうちには、意匠や商標に関連する者が指定されることも考えられるので、不正競争防止法第六條にならって、意匠法と商標法が本法第二三條に掲げられている」としている。

<sup>100</sup> 商工省企画室編(前掲脚注22参照)46頁は、「衆議院において『特許による独占を是正すべき措置を採るべき』旨の附帯決議がなされており、本法の趣旨に沿い特許法改正の問題が考慮されなければならないであろう。」としており、本文はこれにつながる史料であろう。

apply to such acts as are recognized to be within the rights under the Copyright Law, Patent Law, Utility Model Law, Design Law and Trade-mark Law.」とされ、サルウィン氏による修正も見られない。

なお、「権利の行使と認められる」という文言は、英語版では「recognized to be within the rights」となっており、「行使」が英訳されていない。ただし、この英訳はその後日本語版に忠実なものとなる。

2月10日付の内閣法制局資料の「独占禁止法案に関するG.H.Q.との折衝(2)」には、次のようなやりとりが記載されている。

「四、特許の排他条項禁止の規定を入れること。

別に規定しなくても解釈でゆける。

説明(1) 排他条項は特許権の内容とは考へない。

(2) 従って排他条項が本法の趣旨に反する限り取締られる。それは四條或は五條でゆける。

(3) 特許権の権利行使が、本施行と共に限界づけられるべきということを基本的思想とする。

(4) 将来特許法の改正がこの線にそって行われよう。」

排他条項との関係では、日本側が2月10日付の内閣法制局資料が独禁法の適用を指摘しており、権利範囲の外を前提とする解釈であるから、排他条項をあえて独禁法において規定として置く必要はないと理解していると考えられる。

そこで、GHQ資料にある2月12日付メモでは、以下のように米国側による日本側の考え方に対する捉え方が示されている。

「The Japanese representatives indicated that they did not favor any changes in existing Japanese patent laws with respect to exclusive licenses. It was felt that exclusive licenses in the reserved or unreserved fields – wherever not used in connection with a monopolistic scheme – should be recognized as legal patent arrangements instead of being illegal per se.」

さらに、GHQ資料の2月14日付メモも同様に、以下のように記述されている。

「The Japanese representatives stated that they were still of the opinion that exclusive licenses should be recognized as legal patent arrangements. They did not favor any modification of infringement, as they put it, of the contractual rights of patentors. It was suggested that the advisability of restrictions should be reconsidered from the standpoint of assignees, as the custodians of state-created grants, commercializing patents by issuing licenses on discriminatory terms, often with monopolistic effect detrimental to the public interest.」

これらのGHQ資料では日本側は排他条項自体が権利(者)の契約的権利であって(権利範囲外ということか、日本語の文言からは権利の行使と認められない場合ということか)、

独禁法が適用されることになっても、これが反競争的效果を生じさせないのであれば合法であるが、という限定付きで、つまり、独禁法の趣旨で対応できるから排他条項禁止規定はわざわざ入れる必要がないと理解しているのではないかと考える。

このような日米双方の折衝を経て、2月22日には、2月25日付の修正試案の下書き原稿が作成された。そこでは、「により」が「によって」と変更されただけであり、先の1月28日付の司令部提出用試案の文言に実質的な修正は加えられなかった。

そして、これが2月25日付の日本語版の修正試案に引き継がれた。この英訳と考えられる英語版 Revised Draft では、「The provisions of this law shall not apply to such an act as recognized to be within the execution of rights under the Copyright Law, the Patent Law, the Practical Adaptation Law, the Design Law, and the Trade-mark Law.」となった。この英訳において「権利の行使と認められる」という文言が先の Tentative Draft における「recognized to be within the rights」に「execution」が挿入され、「recognized to be within the execution of rights」となったことで趣旨が明確となった。

3月6日付の日本語版の第二次修正試案、3月9日付の日本語版の第三次修正試案でも文言の実質的な修正はない(前者の段階で「によって」が再び「による」に変更されている)。3月6日付の日本語版に対応する英語版は、前述のように該当条文が欠落しており確認できないが、3月9日付の日本語版に対応する英語版 Third Revised Draft は、「実用新案法」を「Utility Model Law」に変更しただけである。この変更は、2月4日の Tentative Draft のバージョンに戻しただけであり、その他の文言等に修正はない(なお、「実用新案法」は、その後、「Model Utility Law」とも表記されているが、どのような訳語をあてるかという形式的な問題にすぎない。)

また、3月11日付の日本語版の第四次修正試案、3月15日付の日本語版の第五次修正試案、英語版 Bill においても変更されることなく原始独禁法制定を待つことになる。

なお、GHQ資料にある3月11日付の米国側メモにおいては2月25日付の英語版 Revised Draft に対して、以下の指摘が行われたとしている。

「この規定はおそらく合法的な適用除外のタイプであろう。しかしながら、これらの列挙された法律、特に、特許法について、[本当に問題がないのか：判読困難なため執筆者付記]詳しく調べた方が良いかもしれない」

そして、3月24日付の内閣法制局資料の法律案説明では、以下のように説明が加えられている。

「十六、本法案と工業所有権制度との関係 二三条

本法案第二十三条においては、特許法その他の無体財産権法による権利の行使と認められる行為には、本法案の適用がない旨を規定しているが、主として問題となるのは、アメリカの先例に照しても特許権である。

特許権は、その性質上当然に特許権者に独占的立場を付与するものであるが、法律に依って認められた範囲内の正当な行為自体は、本法案に於いても問題となり得ない

が、特許法に基く特許法の濫用と、特許実施権の付与の場合とはには、問題が存する。前者は特許制度の本質に触れる問題であって本法案の趣旨に則して特許法を改正すべきかどうかの問題として論ずべきものとする。後者については、実施権を排他的に一名のみに設定すること及び実施権制定に当って取引制限条項に付するときは、場合によっては本法案第三条違反の可能性がある。更に特許権者乃至は実施権者の特許ブ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。」

以上において現行 21 条の制定過程についてみた<sup>101</sup>。この実体規定に関係して知的財産権については、手続的側面の規定ではあるが、原始独禁法 100 条が規定していた「特許権又は特許発明の実施権」の取消の規定が重要である。この規定は、現行法にも継承されている<sup>102</sup>。

これは先に述べた「カイク」案の知的財産権に関する記述の中の第三に由来するものである。

この「カイク」案を受けてであろうが、2月5日付のサルウィン氏による個人的なチェックリストにおいては、「行為差止め， ，罰金を超える，法違反行為に対する罰則の欠如（特許の取消など）」という記述がなされており、知的財産権との関係において、特許の取消も独禁法において規定すべき趣旨を読み取ることができる。

翌日の2月6日付の旧大蔵省資料「司令部修正意見（一）」においても、「特許権に関する取締規定を設けること」と記載されている。

同日付けの内閣法制局資料の「独占禁止法案に関する G・H・Q・側意見」には、この点に関する日米の考え方の違いがあることが鮮明に示されている。すなわち、GHQ が「罰則に左を加へること」として、「(中略)八 特許権の没収」としたことに對して、日本側はこれへの答弁として「八、は反対」と明示しているのである。日本側の意見は、続く2月8日付の内閣法制局資料の「カイク氏案を変更した点及びその理由」における以下の記述からも、知的財産権に関する問題となる行為は、「本来的に」特許等で対応すべきであるという日本側の立場が鮮明に示されている。

「5、本法違反に使はれた特許権取消を抜く。

<sup>101</sup> このように、知的財産権に関する規定は、「カイク」案の第二の点が直接反映された規定だということができる。しかし、「カイク」案にはこれとは別に、第一、第三について簡単に見たように、刑罰規定を中心に当時の判例法を超えるのではないかと考えられる規制も含めて、知的財産権の行使に対して多数のこれを制限する規定をおいている（ミスユース法理の萌芽を伺わせるものもある）。「カイク」案は、このような知的財産権行使への厳格な介入を前提として、第二の規定（適用除外）を置いて微妙なバランスを保とうとしていたのだとすれば、第二の規定だけが日本法に導入されたことは、バランスを欠き、誤解を招きかねないということではあるかもしれない。もっとも、「カイク」案や米国側の理解と原始独禁法（現行法）との違いはこれに止まるのではない。排他条項の取扱いにおいて、当初より米国側が原則禁止（当然違法）と考えた形跡がある点に対し、日本側は独禁法の要件をみだすかどうかを検討すればよいと考えていたという点からすれば、米国側は知的財産権の行使に対して日本側よりも相当に厳格な規制をすべきだと考えていたと伺い知ることができる。

<sup>102</sup> 刑罰が科された場合において、裁判所が違反行為者に属する特許権およびその実用新案権を取り消すことができるという規定である。

特許法で取消すべきで、本法としては効果を防止すれば足りる。

6, 会社の特許状に関するものを抜く。

各法律で取消, 没収すべきで、本法としては効果を防止すれば足りる。

7, 本法違反の契約協定の基礎に使はれた特許権無効を抜く。

特許法によるべきである。本法としては協定そのものを措置すれば足りる。

(中略)

9, 本法違反の特許権者の出訴制限, 侵害者の防禦制限, 本法違反の特許の侵害事件の停止, 本法違反の特許の効力に関する反トラスト裁判所の権限等を抜く。

特許法によるべきものである。」

その後, 2月10日付の内閣法制局資料の「独占禁止法案に関するG.H.Q.との折衝(2)」では, 以下のように, すでに述べた特許に関する実体規定への追加も含めて日本側は導入を回避しようとしている。

「四, 特許の排他條項禁止の規定を入れること。

別に規定しなくても解釈でゆける。

説明(1) 排他條項は特許権の内容とは考へない。

(2) 従って排他條項が本法の趣旨に反する限り取締られる。それは四條或は五條でゆける。

(3) 特許権の権利行使が, 本施行と共に限界づけられるべきということを基本的思想とする。

(4) 将来特許法の改正がこの線にそって行われよう。」

そして, 2月14日には日米双方の立案担当者による会議が開催され(日本側の出席者は橋本龍伍と柏木一郎), その場で, 「罰金・刑事罰以外の制裁の必要性の指摘と個々の事例による対応」の一つとして, 「特許権取消」が議論されたとある。

そして, この「特許権取消」に関する規定が挿入されたのが, 2月22日付の修正試案の下書き原稿<sup>103</sup>であり, これ以降, 実質的な内容の変更はなく原始独禁法制定に至ることになる。

3月24日付の内閣法制局資料の法律案説明では, 以下のように説明が加えられている。

「本法案第九十九条においては, 特許権又は特許実施権が本法違反の犯人に属しているときには, 違反行為に供せられた特許権又は実施権は, 裁判所の宣告に基き, 特許標準局長官が取消さねばならぬ旨を規定して, 特許取消理由を新しく創設した。但しこの場合には補償は行われぬ。」

原始独禁法制定直後の解説書では以下のような説明がなされている。

「発明の奨励・保護に関する制度としての特許権制度を尊重し, 特許法によって認められる範囲の行為自体には, 本法の適用はないとしたものである。」

<sup>103</sup> 私的独占, 不当な取引制限, 共同行為等の違反に対して, 「...裁判所は, 情状により, 刑の言渡と同時に, 違反行為に供せられた特許権を取消す旨の先刻をなすことができる...」と規定された。

問題は『権利行使と認められる行為』の範囲であるが、特許権の本質を否定したり、特許権の規定の修正、解釈の変更に及ぶことでないかぎり、本法の適用はあるものと解せられる。」<sup>104</sup>

「権利の行使と認められる行為といふのは、正当な権利行為の意味である」<sup>105</sup>

### (3) 協同組合

協同組合に対する適用除外は現行法においても規定されている。この規定は原始独禁法制定以降一度も改正されていない。しかしながら、本規定の成立過程では様々な文言等の変遷が見られる。制定当時においてどのような意図の下で現行法の文言となったのかを明らかにする。

原始独禁法は以下のように規定している。

「この法律の規定は、左の各号に掲げる要件を備え、且つ、法律の規定に基いて設立された組合（組合の連合会を含む。）の行為には、これを適用しない。但し、不公正な競争方法を用いる場合又は一定の取引分野における競争を実質的に制限することにより不当に対価を引き上げることとなる場合は、この限りでない。

- 一 小規模の事業者又は消費者の相互扶助を目的とすること。
- 二 任意に設立され、且つ、組合員が任意に加入し、又は脱退することができること。
- 三 各組合員が平等の議決権を有すること。
- 四 組合員に対して利益分配を行う場合には、その限度が法令又は定款に定められていること。」

「カイク」案は、「相互扶助の目的を以って設立せられた小生産者及び消費者の合規の任意協同組合にして個々の会員は各一票を有し、株式資本を有せず、且つ受入金は平等に、又はその活動の量に比例して分配せられ、法律に依り認可せられたものに付ては之を適用しない。」としていた。そして、「協同組合（Cooperative）」の定義規定では、「相互に利益を齎らす結果を招来するために、任意に共同して行動する二人以上の自然人にして法律により認可せられたもので、各人は一票を有し、それ以上を有せず、株式資本は無く、事業の手取金は出資に応じて平等に、或ひはその活動の相対的なる量に比例して均しく分配せられ、出資しない会員は何も受けないものである。」

日本側は、「カイク」案及び米国反トラスト法について次のように理解していた。すなわち、1946年10月3日付の「カイク氏案と合衆国反トラスト法との対比」（商務局財務課）では、米国法について、クレイトン法第6条とカッパー・ボルステッド法に言及しており、

<sup>104</sup> 商工省企画室編（前掲脚注22参照）45頁以下。同書における「特許権者ないしは実施権者の特許プール協定に基く取引制限行為は、特許法に基く『権利の行使』と認められるものでなく本法の適用を受けるものである。」という記述は現在から見ると興味深い。

<sup>105</sup> 石井（前掲脚注14参照）272頁以下。

前者を「農業又は園芸上の団体にして資本金無く相互扶助目的のものに適用せず」、後者を「協同組合其の共販機関及び其の制限的契約協定を認む」としている。

そして、数日遡る 1946 年 10 月 1 日付の「産業秩序に関するカイク案実質的規定に対する意見」(商工省商務局)では、「小商業者の協同団体をも、含ましめること」と、「第七節(筆者注：共同行為規制)の規定の適用のみを排除すること」を日本側の意見として述べている。

日本側の 1946 年 10 月 8 日付の旧大蔵省資料「経済秩序に関する示唆に対する意見(案)」も、「協同団体については、小生産者又は消費者の団体のみならず、小商業者の団体についても同様に取扱う。中小企業者等の協同団体が共同利益を追求するためにその内部で第 7 条所定の協定等を行うことは差支えないが協同団体又はその連合体が団体外部に向かって不正な競争や不当な独占を行うことは取締るべきである。」と同様の趣旨を述べている。この段階で初めて協同組合の「内部」行為への言及がなされた。

もっとも、同じタイトルと日付であるが、内閣法制局資料及びCでは、以下の指摘が行われた。

「(一)協同団体については、小生産業者又は消費者の団体のみならず、小商業者の団体についても同様に取扱ふ。(二)協同団体の行為を全面的に本法の適用外に置くことはこれを改め、組合の内部行為について『第七節共同行為の諸型態の禁止』の規定のみを適用しないことにする。

中小企業者等の協同団体が共同利益を追求する為にその内部で第七節所定の協定等を行ふことは差支へないか協同団体又はその連合体が団体外部に向って不正な競争や不当な独占を行ふことは取締るべきである。」

すなわち、上記史料からは、対象となる協同組合の範囲、及び、その内部行為について共同行為のみを適用除外の対象とし、外部行為(不正な競争、不当な独占)を適用除外としないことが想定されている<sup>106</sup>。

もっとも、翌日付の「経済秩序に関する示唆の要綱」は「小工業者又は消費者が相互援助の目的をもって設立した正当な任意の協同組合には、本法は適用しない。」と記述するのみである。

その後、11月8日付の法律案要綱は、以下のようしていた。

「産業における生産又は取引に従事する者であつて、その行ふ営業又は事業の規模が独占禁圧委員会の決定に基き、主務大臣の定める規模を超えない者又は消費者が、相互扶助の目的を以て設立した協同組合その他の協同団体が、左に掲げる要件を備へてある場合には、第三章の規定は、これ等の協同団体の内部において、協同団体とその構成員または構成員相互間に行はれる行為については、これを適用しないこと。

一 法令に基く政府の命令によらずに、構成員の任意により設立されたものである

<sup>106</sup> なお、商工省商務局による 1946 年 10 月 1 日付の「産業秩序に関するカイク案実質的規定に対する意見」では、「小商業者の協同団体をも、含ましめること。」としている。「カイク」案とこの意見を合わせて本文のようになった。

こと。

- 二 設立について、法令に基く政府の認可を受けたものであること。
- 三 構成員となる資格を有する者の加入又は脱退に対し、不適当な制限を加へてみないものであること
- 四 当該団体の行ふ事業に基いて利得された利益金は、各構成員に平等に、又はその事業に対する協力の程度の応じて配分されること。」

この法律案要綱は、原始独禁法に引き継がれるような適用除外の対象となる協同組合の要件を1号から4号までに掲げている。また、その前提として協同組合の規模が一定の範囲内であるという規模の基準が組み込まれている。また、適用除外を受ける行為は、内部行為に限定され、さらに、第三章、つまり「不当な取引制限」に限定されている。

その後、12月2日付から始まる一連の「要綱」は、以下のように整理している。

米国の立法例	甲案	乙案
農業又は園芸上の団体で、資本金なく、相互扶助の目的のものには適用しない(クレイトン法第六条)	相互扶助を目的とする小生産者、消費者の任意団体で、一構成員の議決権が一票で、株式資本金なく、法令による認可を受けたものには適用しない	(A説)小規模の業者、消費者の協同団体で、設立加入脱退が任意で、一構成員の議決権が一票で、政府の認可を受けたもの、団体内部の行為には、不当な取引制限に関する規定は適用しない (B説)主務大臣の指定する協同団体の権能の範囲内に於ける行為には、不当な取引の制限及び独占に関する規定はこれを適用しない

(12月2日付「独占禁止制度要綱に関する件(案)」)

そして、12月5日付の乙案採用では、上記の「(A説)」が採用された。また、「乙案の別案」という史料がCにあるが、そこにおいては、「主務大臣の指定する協同団体の権能の範囲内に於ける行為には、不当な独占、不当な独占を生ずる虞ある事項及び不当な取引の制限及び独占に関する規定はこれを適用しない(農林省)」とされている。これは上記の「(B説)」である。

司令部提出用の12月7日付の「要綱」では、「小規模の生産業者、商業者、運輸業者又は消費者の協同団体で、設立加入脱退が任意で、一構成員の議決権が一票で、政府の認可を受けたものの、団体内部の行為には、不当な取引制限に関する規定は適用しない」とされた。すなわち、小規模の「業者」という不明瞭な文言ではなく、「生産業者」、「商業者」、「運輸業者」と具体的に列挙された。

「未定稿」と書かれている12月14日付の「要綱」では、「小規模の生産業者、商業者、運輸業者又は消費者の協同団体(かかる協同団体を組合員とする協同団体即ち協同団体連合会及びかかる協同団体連合会を組合員とする協同団体即ち協同団体中央会を含む)で、設立加入脱退が任意で、一構成員の議決権が一票で、政府の認可を受けたもの、団体内部

の行為には、不当な取引制限に関する規定は適用しない。」と規定された。丸括弧内の、連合体等を含む旨の文章が新たに追加された。

12月11日付の *Outline of the Antitrust Law* では、「小規模生産者、事業者、輸送業者、消費者の協同組織団体（協同組合連合会及び協同組合中央組織も含む）に関して、その設立と組合員が任意のものであり、各組合員が一票の議決権を所有し、国家・政府より認可を受けている場合、不当な取引制限に関連する諸規定は、これらの組織内部における行為には適用しない。」とされ、上記12月14日付の要綱との連続性がある。

12月10日付の法律案は以下のとおりである。

「第十七條及び第十八條の規定は、左の各号の一に該当する法律の規定に基いて、設立につき主務大臣の認可を受けた組合その他の団体の構成員相互の行為には、これを適用しない。

- 一 [商工：追加]組合法
- 二 [百貨店法：削除]
- 三 貿易組合法
- 四 [ 物産同業組合法：チェック印]
- 五 [森林法：チェック印]
- 六 [水産業団体法：チェック印]
- 七 [ 団体法：チェック印]
- [八 蚕 組合法：追加]
- [九 産業組合法：追加]

そして、12月20日付の法律案では、これまでの条文形式とは大きく変更され、以下のよう  
に規定された<sup>107</sup>。

「第十六條乃至第十八條の規定は、左の各号の一に該当する法律の規定に基いて設立された組合の組合員が、当該法律の規定に基いてなす相互の行為については、これを適用しない。

- 一 組合法
- 二 商工協同組合法
- 三 貿易組合法
- 四 組合法」

適用除外の対象である「第十六條乃至第十八條」とは「取引の不当な制限」一般を指している。

そして、1947年1月1日付の商工省名の法律案は、「適用の特則」として、以下のよう

---

<sup>107</sup> 同日付の公取委資料Aにある「(資料)独占禁止制度において問題となる諸項目」では、「(1)組合の性格、組合員の性質等(2)組合の規模(3)適用除外の範囲」と指摘されている。それぞれ、(1)はいわゆる原始独禁法の4要件、(2)は個別法の規定する「小規模」性、(3)は組合の行為や組合員間の行為としての内部行為についての議論に通ずるものであると考える。

に規定した<sup>108</sup>。

「第五條乃至第十六條の規定は、左に掲げる法律の規定に基いて設立された組合（組合の連合会又は中央会を含む。以下本條において同じ。）の組合員が、当該法律の規定に基いてなす組合員相互又は組合と組合員間の行為については、これを適用しない」

そして、産業組合法、蚕糸組合法、貿易組合法、商工協同組合法、農業協同組合法（仮称）、漁業協同組合法（仮称）が列挙されている。

当該史料では、第一に、法律が限定的に列挙され、組合と組合員との行為と組合員間の行為、すなわち組合の「内部」行為のみが適用除外の対象となっていること、第二に、「不正な競争行為」は適用除外としていないこと（第五条から第十六条は、不当な独占、取引の不当な制限の規制である。）、第三に、協同組合に関する法律名が限定列挙されていることが重要である。この時点においても、組合の「内部」行為ではなく適用除外を受けない行為を「不正な競争行為」との関係で捉えていることが分かる。

しかしながら、日付不明（1月1日から1月15日までの間）の法律案では、適用除外の対象となる諸規定の部分について史料が欠落しているが、以下のように規定している。「左に掲げる要件を備へかつ命令で定める法令の規定において設立された組合又はその組合の組合員が、組合と組合員の間又は組合員相互の間においてなす行為については、これを適用しない」とした。

要件としては、小規模の事業者の相互扶助を目的とすること、任意に設立され且つ組合員が任意に加入し若しくは脱退できること、組合員が、原則として一個の議決権を有すること、組合員に対する損益分配の割合が、組合員の出資の価額又は組合の取引の分量に応じて定められることである。さらに、1月1日付の法律案にある法律限定列挙が削除されている。

なお、公取委資料Aには、1月10日付の「独占禁止法の追加修正」と題する農林省から出された文書がある。これは、協同組合に対する適用除外に関する修正意見と位置付けることができ、該当規定を「21条」としていることから、1月1日付けの法律案に対する修正意見と考えられる。

ここでは、当時の「取引の不当な制限」に置かれていた三つの規定（本章第5節（2）参照）について（「乃至」を「～から～まで」としている）、「左の各号の一に該当する法律の規定に基づいて設立された組合員（組合連合を含む以下同じ）につき、組合と組合員（組合が法律により組合員に非ざるを者としに於いてはそのものを含む）及び組

<sup>108</sup> 公取委資料Aの中に、日付が不明である「独占禁止 について」（農林省）という長文の日本語タイプ文書がある。ほとんどの文字が不鮮明なため判読及び日付の推測は困難であるが、「八 商工省案について」という文言から、本文の前後の時期のものと推測できる。

当該史料では、農林省が、協同組合における組合と組合員との間の行為に対して不当な取引制限禁止の規定を適用しない、純粋な協同組合には、その共同販売・購入等の内部結合の反射的結果たる行為には不当な独占禁止の規定は適用しない、養蚕業法、林業法、酪農統制法等は純粋な協同団体の保護育成上必要であるから、その内部行為を不当な取引制限禁止の規定から除外する、という趣旨の主張を行っている。

当該史料ではこれに続けて、この三つの主張の理由が長文で展開されている。

合員相互の間に於いて行われる行為には之を適用しない」としている。1月1日付の法律案で列挙された法律に加えて、森林法、酪農業統制整法（仮称）、林業法が追加され、「前項第1号乃至第5号の法律の規定に基づいて設立せられた場合、蚕糸協同組合及組合は第5条に規定する不当な独占を行うものと解せられることはない」と適用除外の対象となる法律を追加するよう求めている。

その後、1月15日版の法律案では、柱書が「この法律の規定は、左に掲げる要件を備へかつ命令で指定する法律の規定に基いて設立された組合（組合連合会を含む）につき、組合と組合員の間又は組合員相互の間においてなす行為に関しては、これを適用しない」とし、不公正な競争方法を含め独禁法の規制全体についての適用除外とした。そして、要件については、先の日付不明（1月1日から1月15日の間）の法律案で示された4要件に加えて、「五 国の監督を受けること」が追加された。

1月17日版の法律案では、柱書において15日版の「命令で指定する」が削除された。そして、要件については、「国の監督を受けること」が「組合又は組合員の行為が公共の利益に反すると認められる場合にこれを差し止めることその他、国が監督をなす権能を定めであること」と変更され、但書に類似する要件（規定）が加えられた。1月20日付の法律案においてはこの規定が変更されることなく引き継がれた。

その後の1月22日付の試案は、以下のとおりである。

「この法律の規定は、左の各号に掲げる要件を備へ且つ法律の規定に基いて設立された組合（組合連合会を含む）の組合内部の行為に関しては、これを適用しない。

- 一 小規模の事業者又は消費者の相互扶助を目的とすること
- 二 任意に設立され且つ組合員が任意に加入又は脱退できること
- 三 各組合員が平等の議決権を有すること
- 四 組合員に対する損益分配の割合が、組合員の出資の価額又は組合との取引の分量に応じて定められること」

このように、柱書では、一定の要件を具備した組合の「内部」行為についての適用除外が規定された。そして、要件について、「一」で「消費者」が追加され、国の監督に関する「五」が削除された。

1月23日付の旧大蔵省資料「『私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案』立案要旨」は、簡潔に、「法律の規定に基づき設立せられ且つ一定の条件を具備する協同組合の組合内部の行為」と記述されているにとどまっている。この時点では、但書はまだ設けられていない。

この数日後の1月28日において試案が司令部に提出されるわけであるが、それまでの間に公取委資料Aに次のような重要な文書があることを指摘しなくてはならない。

第一に、1月24日付の農林省からの文書が確認される。これは、「独占禁止法案に対する意見」（農林省昭和二十二年一月二十四日と記載）である。

趣旨としては（全体を通じて判読が極めて困難であるが）、法案が適用除外の対象を協同

組合の「内部」行為に限定している点を特に問題としている。

その際に、商工協同組合との比較を用いて、商工協同組合であれば、個々の（組合自体の？）規模が大きくなる可能性があり、商工業にとっては協同組合以外の組織体での活動が可能であって協同組合が必要不可欠ではなく「内部」行為のみを適用除外すればよいが、農業協同組合では（他の形態をとることが不可能なことからも？）不十分であり、「再び中間商人等の商工業資本の活躍による農民の搾取といふ事象の発生し得る可能性の存する事は明白」であるとしている。

また、米国では立法例において、カッパー・ボルステッド法が農業協同組合に対して米国反トラスト法の適用を全面的に除外していること、「農地改革に関する件」（1945年12月9日付）では農業協同組合運動を育成奨励するといっていること、「カイク」案では適用除外の範囲を文言上「内部」行為に限定するとはいっておらず、また、「カイク」案での協同組合の構成員は小生産者及び消費者とされ、商業者が除外されている点が強調されている。1月22日付の試案では適用除外の主体として「小規模の事業者」とだけ定められているように、商工組合が適用除外対象に含められている点、そして、内部行為に限定している点について、農林省は、商工組合が入ることによって本来農業協同組合だけが入っている場合に組合の行為すべてが適用除外となることに比べて適用除外の範囲が狭くなることへの懸念からこのような主張が行われたのであろう。

第二に、司令部提出用試案が作成される前日の1月27日に、日本側（当時の農林省）の担当者から米国側に「Agricultural Cooperatives in relation to the Anti-Trust Law」という文書が提出されたことが確認できる。

そこでは、米国における反トラスト法に対する農協の適用除外法の存在の意義を示し、当時の日本における食料供給及び農協の存在意義を強調している。そして、1946年の土地改革法及び立法作業の進んでいる農協法の観点から米国同様の趣旨である反トラスト法の適用除外規定を現在立法作業の進む独禁法案にも組み込んでいくべきとする内容であった。

第三に、1月27日に開催されたサルウィンとの会議（E.S.S.）に関する日本側のメモがあり、4つの項目のうち2つにおいてこの問題が取り上げられている。

「1 協同組合の除外は全部である。何故そういうことを聞くのかをむしろ驚いている。シンティメイト上のもので も認可されるためには不正競争等行うはずがない。

3 連合体について 協同組合（大部の）は凡そ法人だといったら、新たに連合体をも除外することを入れ、連合体の をも入れるは良い といった。」

これらの文書史料に加えて、日付不明（1月22日から1月28日の間）の内閣法制局資料には、以下のような記述がある。

まず、「適用の特則」の法体系における位置付けとして、「本法の禁止するものは公共の利益に反して行われるものであり、一方 が行ふもの、乃至は の方針にそって行はれる事業活動が本法とは思想的に反対とはいへ公共の利益に反することはないのであろうから『適用の特則』というのは には であるが裁定の可能性を阻却する意味で宣言す

るのが本章全般の趣旨である」として、協同組合については、「該当の組合自体に付四つの条件をつけると共に、その組合の行為に付之を限定する。競争の単位としての水準に浮かび上がる手段として組合形態を認める思想であるから前者に小生産 相互扶助の趣旨をうたひ、後者に内部行為と限定した」と説明している。「内部」行為が指摘されているが、何故「内部」行為という文言が入ったのかについては当該史料からは不明である。

このような経緯の中で 1 月 28 日付の司令部提出用の試案及び 2 月 4 日付の英語版の Tentative Draft は、以下のとおり規定した。

「この法律の規定は、左の各号に掲げる要件を備へ且つ法律の規定に基いて設立された組合（組合連合会を含む）の組合内部の行為に関しては、これを適用しない。

- 1 小規模の事業者又は消費者の相互扶助を目的とすること
- 2 任意に設立され且つ組合員が任意に加入し又は脱退できること
- 3 各組合員が平等の議決権を有すること
- 4 組合員に対して損益分配を行う場合には、その割合が、組合員の出資の価額又は組合との取引の分量に応じて定められること

前項の組合の行う販売及び購買については、その行為自体を以て不当な独占と解せられることはない。」

「The provisions of this law shall not apply to the internal activities of any of the cooperatives (including federations of cooperatives), which possess the qualifications enumerated below, and which, moreover, have been established in accordance with law.

- 1.The purpose shall be mutual help among small-scale entrepreneurs or consumers.
- 2.Organization shall be voluntary and the admission and withdrawal of members shall be free.
- 3.All members shall have an equal right to vote.
- 4.For distribution of profits or losses, the percentage shall be determined in proportion to the amount of contribution by the members, or to the volume of transactions with the cooperative.

As regards sales and purchases made by a cooperative, mentioned in the preceding Paragraph, the acts per se shall in no way be construed as constituting unreasonable monopolization.」

以上のように、規定の枠組みは 1 月 22 日付の試案を維持しているが、2 項を新設し、「前項の組合の行う販売及び購買については、その行為自体を以て不当な独占と解せられることはない」とする文言を新たに挿入した。2 項は、協同組合の外部行為（売買、購買）についても、それ自体は不当な独占にならないとし、適用除外の範囲を拡大した。これは 1 月 10 日、24 日、27 日の農林省の意見が、何らかの形で反映されたのであろう。「行為自体を

以て」としたことで、独禁法の全面適用除外としたわけではなく、また、取引の不当な制限は適用除外しないといういわば当然の含意は理解できるが、なぜ「不当な独占」のみを掲げたのか、その意味についてなお検討を要しよう。

なお、サルウィン氏の3月15日付の文書では、(それ以外のメモ等の資料は確認できないが)2月10日から28日の間において関係省庁の代表者と橋本龍伍氏及び柏木一郎氏との間で議論がなされたことが記されている。

その後、2月25日付の修正試案の下書き原稿である2月22日付資料、そして、2月25日付の日本語版修正試案にも文言の修正等なく継承された。

これに対応する英語版 Revised Draft は、以下のとおり記している。なお、全体に対して、ただし書 (provided) として、市場効果要件類似の文言を追記したもの読むことのできる手書き修正 (関連する単語のみであるが substantially restrain competition と unduly increase price が読める) が行われているが判読困難である。

**「The provisions of this law shall not apply to the [internal : 削除] activities of an [association : cooperatives と併記] (including federation of associations) which conforms with each of the following qualifications and which moreover, has been established in accordance with the provisions of separate law.**

- 1. The purpose shall be mutual-aid among small-scale entrepreneurs or consumers.**
- 2. Establishment shall be voluntary and entrance and withdrawal or members shall be free.**
- 3. each member shall possess an equal voting right.**
- 4. the percentage for distribution of profit or loss shall be determined in proportion to amount of contribution by each member or to volume of transactions with the association.**

**[With respect to a scale or a purchase made by an association as provided for by the preceding paragraph, the act per se shall in no way be construed to constitute an unreasonable monopolization. : 削除]**

その英語版に対して、サルウィン氏による手書き修正 (大括弧内) が行われた。そこでは、第一に、組合の「内部」行為の削除、第二に、2項の「前項の組合の行う販売及び購買については、その行為自体を以て不当な独占と解せられることはない」とする文言の削除が行われた。

そして、この修正を受けて、3月6日付の日本語版第二次修正試案では、以下のようになった。

**「この法律の規定は、左の各号に掲げる要件を備え且つ法律の規定に基づいて設立された組合 (組合の連合会を含む。) の行為には、これを適用しない。但し一定の取引分野における競争を実質的に制限することにより、不当に対価を高めることとなる場合は、**

この限りでない。

- 一 小規模の事業者又は消費者の相互扶助を目的とすること
- 二 任意に設立され且つ組合員が任意に加入又は脱退できること
- 三 各組合員が平等の議決権を有すること
- 四 組合員に対して損益分配を行う場合には、その割合が、組合員の出資の価額又は組合との取引の分量に応じて定められること」

サルウィン氏の手書き修正の第一の点が反映されて、組合の「内部」が削除されている。手書き修正の第二の点については、2 項が全面削除され、「一定の取引分野における競争を実質的に制限することにより、不当に対価を高めることとなる場合は、この限りでない」とするただし書が挿入された。この段階において原始独禁法の規定の枠組みがほぼ完成したといえる。なお、この時点においてサルウィン氏が市場効果要件及び「不当に対価を高めることとなる場合」を挿入させた理由としては、前述したが、米国における 1922 年制定のカッパー・ボルステッド法第 2 条の影響が考えられる。繰り返しになるが、同条は、規制当局は競争当局ではなく農務長官ではあるが、「組合が独占もしくは取引制限によって農産物の価格を不当に引き上げる程度に州際商業もしくは外国貿易を独占、または取引を制限している」とする場合に差止命令を裁判所に求めることができるとしているのである。もっとも、何故この時点でこの但書が挿入されたかは依然として不明である。

さらに、「四」の内容が原始独禁法に近づいた。

これに対応する英語版 **Second Revised Draft** は史料が欠落しており不明である。

これ以降、3 月 9 日付の第三次修正試案は、以下のとおりである。

「この法律の規定は、左の各号に掲げる要件を備え且つ法律の規定に基づいて設立された組合（組合の連合会を含む。）の行為には、これを適用しない。但し、不公正な競争方法を用いる場合又は一定の取引分野における競争を実質的に制限することにより不当に対価を高めることとなる場合は、この限りでない。

- 一 小規模の事業者又は消費者の相互扶助を目的とすること。
- 二 任意に設立され、且つ組合員が任意に加入し、又は脱退することができること。
- 三 各組合員が平等の議決権を有すること。
- 四 組合員に対して損益分配を行う場合には、その割合が、組合員の出資の価額又は組合との取引の分量に応じて定められること。」

ここにおいて「不公正な競争方法」が挿入されたが、先に「私的独占」と「不当な取引制限」が適用されることが明文化されたことに合わせて、その予防的規定である「不公正な競争方法」についても同じ扱いにするよう挿入したのであろう。

3 月 11 日付の英語版 **Third Revised Draft** は、以下のとおりである（なお、要件の 4 と 5 には速記形式の英文の記述がある）。

「The provisions of this law shall not apply to an [association : 削除 cooperative : 追加] (including federation of [associations: 削除 cooperatives: 追加]), which conforms with

each of the following qualifications and which, moreover, has been established in accordance with the provisions of separate law. Provided that the foregoing shall not apply to such a case where [there exist : 追加] a restraint of competition in any particular field of trade resulting in an undue enhancement of price.[or activity constituting an unfair methods of competition : 追加]

1. the purpose shall be mutual-aid among small-scale entrepreneurs or consumers.
2. establishment shall be voluntary and entrance and withdrawal of members shall be free.
3. each member shall possess an equal voting right.
- [4.the percentage for distribution of profit or loss shall be determined in proportion to the amount of contribution by each members or the volume of transactions with the association. : 削除]

これには、ただし書について、手書きにより「あるいは、不公正な競争方法を構成する行為」を挿入するよう指示しており、また、適用除外の主体に関する損益分配に係る要件について、手書きでの削除の指示が見られる。加えて、「association」が「cooperative」に修正されている。

そして、この第三次修正試案に対しては、公取委資料Aにある「独占禁止法案について」（農林省総務局総務課）が存在する。当該史料は、「第二十三條について」としていることから、この条文番号及び内容に照らすことにより、この試案に対する意見であることがわかる<sup>109</sup>。以下、長文になるが、重要な箇所を引用する。

「一、本條は協同組合の活動を妨げる結果となりはしないか。

一定の要件を備へた民主的な協同組合は、全面的にこの法律の適用から除外されるのであり、ただ、不公正な競争方法を用いる場合や不当な独占や、不当な取引制限を行ふことによって販売価格等を不当に釣上げる場合にのみこの法律が適用されるのだから、本来の協同組合の活動を妨げることはない。

不当な独占や不当な取引制限によって価格を不当に釣上げる場合には、他の事業者と同様にこの法律が適用されることは当然でありこれによって協同組合の本来の活動が阻碍されないことは勿論である。

問題になるのは、不公正な競争方法を用いる場合とは如何なる場合をいうかである。これは勿論、組合の内部で組合が内部規律を作成して、組合員はまず組合を通じてその生産物を販売すること等と定めることを不公正な競争方法として取

---

<sup>109</sup> もっとも 条文番号では、1月22日付の試案や3月11日付の第四次修正試案も該当することになるが、意見で述べられている原始独禁法24条の但書の文言との整合性を考えると、本文のように3月9日付の第三次修正試案に対する意見と位置付けられる。ただし、3月6日付の第二次修正試案においては、既に「私的独占」となっていることから、本文の史料が「不当な独占」としている点をどのように理解するかが問題とはなる。農林省の単純ミスの可能性もある。

りあげようとするものではない。組合が組合員以外の者に対する場合のことをいってあるのである。というのは、組合員と組合との間の取極をまで、不公正な競争方法の問題として取りあげるならば、組合の法律によって認められた正当な活動を阻害することとなり、本法の目的とする所ではないからである。」

当該史料において注目すべき点は、「不公正な競争方法」に該当する場合を組合の「外部」行為に限定していることであり、農林省の意図は、この段階で削除済みであった組合の「内部」行為に対する全面的な適用除外を復活させることにあったと推測される。ただし、この立法提案は結局実現されなかった。

この「内部」行為「外部」行為の論点について、原始独禁法制定直後の解説書は、原始独禁法が協同組合の「内部」関係（組合結成行為、組合と組合員との関係）についての行為のみを適用除外すればよいとする見解を理論的に正当とするも、「実際問題として、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ために、組合の行為については、内部行為であると外部行為であるとを問わず、全面的に本法の適用が除外され、その代わりに、不公正競争と不当な独占価格の設定行為について、逆に本法を適用する旨が定められているのである。」と述べている<sup>110</sup>。

3月11日付の日本語版の第四次修正試案においては、「対価を高めることとなる」が「対価を引き上げることとなる」に修正されるに止まり、上記のサルウィン氏の4号（損益分配の要件）についての削除の指示は反映されていない。日程的に切迫していたからかも知れない。

3月15日付の日本語版の第五次修正試案では、適用除外を受ける主体に関する要件で問題となっていた損益分配に関する要件が、これまでの「出資価額」や「取引分量」により決定されることを変更し、「利益分配」となり、「組合員に対して利益分配を行う場合には、その限度が法令又は定款に定められていること」と規定された。

同日の英語版の Bill は以下のとおりである。ほぼ忠実に訳されているが、依然としてサルウィン氏の手書き修正が「association」に入っている。この点について史料の欄外において、何等かの記述が見られるが判読が困難である。

**「The provisions of this law shall not apply to [an association : 削除 a cooperative : 追加] (including federation of [associations : 削除 cooperatives : 追加]), which conforms with each of the following qualifications and which, moreover, has been established in accordance with the provisions of separate law. Provided that the foregoing shall not apply to such a case where there is employment of unfair methods of competition or a restraint of competition in any particular field of trade resulting in an undue enhancement of price,**

**1. the purpose shall be mutual-aid among small scale entrepreneurs or**

<sup>110</sup> 石井（前掲脚注14参照）291頁（註三）参照。

consumers.

2. establishment shall be voluntary and participation and withdrawal of members shall be at will

3. each member shall possess an equal voting right.

4. the for distribution of profit or loss shall be determined in case or distribution of profits among members in practiced, such limits be set by law orders or articles of association.」

以上のように、適用除外を受ける主体に関する要件の一つである損益分配について、「限度が法令又は定款に定められていること」となり、日本語の第五次修正試案に対応している。

3月24日付の法律案説明では、特に、「協同組合」の適用除外の理由として、「組合の行為を除外する理由は、組合の結成、組合員と組合の取り引き行為が所謂共同行為として本法案第三条、第四条、第五条に該当する場合があります」としている。そして、「不公正な競争方法を用いる場合と不当な取引制限を通じて価格引上げに至るべき場合には、本法案を適用する」としている。すなわち、明文化されていないが、組合の「内部」行為が適用除外の本来的な対象と位置付けていると考えられる。また、原始独禁法におけるただし書では、不公正な取引方法を用いる場合、又は、一定の取引分野における競争を実質的に制限することにより不当に対価を引き上げる場合には適用除外に該当しないとしている。この点について上記の法律案説明では、はともかく、に関しては「不当な取引制限」のみを取り上げ、「私的独占」には触れていない。適用除外の本質的な対象を「内部」行為と位置付けて、「内部」行為では「私的独占」がなされることは通常はありえないと理解しているのであろうか。

さらに、適用除外の趣旨については、以下のように位置付けている。

「原則として民主的な協同組合而も小規模業者の組織するものに限られた。従って現行組合法から見れば、商工協同組合法、系業法、産業組合法に基く組合の一部が適格性あるものとされ、大規模会社が加入し或いは統制業務を遂行する如き組合には他の条項で除外されぬ限り本法案の全面的適用がある。蓋し、小規模の事業者は、共助的な結合を通じて、初めて資本主義市場における競争者たり得べきものであり、組合に本法案の適用を除外する趣旨もその範囲限定されるべきものであり、「小規模事業者の協同組合の行為については、本法案を適用しないことを規定しているが、その趣旨を小企業者の結合を保護助長して、資本主義競争市場における独立主体たらしめることあり、小企業の発展に好影響を与えるものも考えられる」としている。

なお、原始独禁法制定後であるが、公取委資料Aにおいて、以下のような新聞記事(1947年5月26日付)の切り抜きが残されている。立法担当者にとってこの問題が関心事であったことを示すものであろう。

「さきの議会では独占禁止法が可決した。これによって私的独占は禁止されると同時に

競争を抑圧するが如き強制加入団体とか販売価格を協定するための団体というものも禁止されることになった。系統農業会というまでもなく農業団体法によって農業に従事する者は本人の意志如何に拘らず当然加入者とせられ、しかも農業会の規定に服従せねばならないという意味において本法の該当者であることはいうまでもない。従ってこれは早晩解体せられねばならない運命に在るものということが出来る。だが農業会が解体した場合わが国農業はどうなるか、農業会がこれまであらゆる農業物の生産、販売、農業用並びに農村必需品の購入に大きな発言力を持ち肥料配給の一元化とか農業資材配給を一本化せよとかと強大な政治運動を巻起し世間でもそれを一個の常識として不思議に思わなかつただけにこれが解体が農業経済に及ぼす影響は蓋し大なるものがある。

今日の農業会にあって農産物の販売、農業必需品の統制が不可避である限りかかる強力な統制機関の消失は農業統制上一個の混乱なきを保し難いからである。(中略)我々は日本農業の生産様式を近代化するには生産協同体を基礎とする協同組合を発達せしめなければならないものである(中略)独占禁止は素より過去における私的独占の弊を思えば急がねばならない。そしてこれを急ぐとなれば農業会は解体せねばならない。(以下省略)」

#### (4) 労働組合

労働組合に関しては、現行法には特別の規定はなく<sup>111</sup>、原始独禁法においても適用除外規定は存在していなかった。しかしながら、制定過程においては、労働組合の扱いについて、日米双方の主張ややりとりが第一期から現れており、また米国反トラスト法における事情からもここで取り上げる価値があると考えられる。

立法過程で出現した論点としては、労働組合に独禁法は適用されないことを前提として、法解釈上当然適用されないから特に規定を設ける必要がないとする考え方と、労働組合の行為が適法な交渉であり公益に反しない場合に適用除外とするという考え方の対立であった。

このような論点がでたのは、日本側が、米国における反トラスト法と労働法との関係に係る議論を参照したことが発端となっている。すなわち、原始独禁法の制定直後の資料は、シャーマン法により、労働契約による制限行為が違法であるとの判断が下された判決があることに言及している<sup>112</sup>。ダンベリー帽子労働者事件と呼ばれる1908年の判決では、北米帽子業労働組合連合会が、州際取引を行っていた帽子メーカーのオーナーに対して、労働者の雇用に際して当該連合会に属する労働組合員のみを雇用すべき旨を要請したがこれを拒絶されたため、ストライキによりこの帽子メーカーの帽子の不買活動を行ったことが問題となった。そこで帽子メーカーのオーナーが労働組合に対してシャーマン法違反を訴え

<sup>111</sup> 唯一の例外として、再販売価格維持行為の適用除外規定においてその例外となる団体として労働組合法に基づいて設立された団体があげられている(23条5項7号)。

<sup>112</sup> 以下の説明は、商工省企画室編(前掲脚注22参照)94頁に依拠している。

たが、裁判所は「取引を制限すべきものはいかなる結合をも取締る」と判示した。

その後、クレイトン法 6 条（「人間の労働は商品または商業の目的物にあらず、反トラスト法の規定は相互扶助を目的として設立せられたる労働、農業または園芸上の団体にして資本金を有せず営利を目的とせざるものの存在および活動を禁止し、またはその団体の加入者がその適用なる目的を遂行することを禁止もしくは制限するものと解せらるることなし」と、20 条（「労働争議に対する禁止命令の発動を制限し、ストライキ・ピケット・ボイコットを一定範囲において法的に承認」）において労働組合の活動が適用除外となったが、1926 年の事件では、製粉工場の労働組合が組合員以外を雇用しないことをオーナーと協定したことが違法と判断された。

以上のような米国における状況は日本においても参照された。

「カイクム」案では、目的規定と同様に、労働組合に関する規定について、二つの英語版が存在している。

一つ目の英語版（日付表記なし）は、GHQ 資料 - 1（「Restricted “An Act to Promote and Preserve Free Trade and Fair Competition」日付不明タイプ打ち）、C 史料である「Restricted “An Act to Promote and Preserve Free Trade and Fair Competition」（日付不明・タイプ打ち）、公取委資料 - 1 の「Restricted “An Act to Promote and Preserve Free Trade and Fair Competition」（日付不明タイプ打ち）、公取委資料 - 2 の「Restricted “An Act to Promote and Preserve Free Trade and Fair Competition」（日付不明タイプ打ち）が該当する。

二つ目の英語版は、1946 年 8 月 6 日という日付の表記がある GHQ 資料 - 2（「Restricted “An Act to Promote and Preserve Free Trade and Fair Competition」 「Kime 8/6/46」と表記・タイプ打ち）のみが該当する。

そして、この二つの英語版に対応する日本語訳は以下のとおりである。

一つ目の英語版に対応する日本語訳としては、「本法の規定は、法律に基きて組織し、之に依り認められた労働組合の行為にして、被傭者の位置を改善する善意の努力の下に為す傭主、被傭者間の正常且合規の交渉にして公益に合致するものに付いては之を適用しない。」で統一されており、C にある「昭和二十二年一月」と日付表記されている「自由取引及び公正競争の促進・維持に関する法律 カイクム氏試案」終戦連絡中央事務局、公取委資料 - 1（「昭和二十二年一月」・「自由取引及び公正競争の促進、維持に関する法律 カイクム氏試案」）、公取委資料 - 2（「昭和二十二年一月」・「自由取引及び公正競争の促進・維持に関する法律 カイクム氏試案」終戦連絡中央事務局）がそうである<sup>113</sup>。

しかしながら、二つ目の英語版に対応する統一された日本語訳はない。

例えば、旧大蔵省資料「自由取引及び公正競争の促進維持に関する私的試案（カイクム氏

<sup>113</sup> 第二次資料としては、『独占禁止政策三十年史』にある「自由取引及び公正競争の促進維持に関する法律 カイクム試案」・「昭和 22 年 1 月終戦連絡中央事務局訳」、『独占禁止政策五十年史（下巻）』にある「自由取引及び公正競争の促進・維持に関する法律 カイクム氏試案（昭和 21 年 8 月提示）」・「（昭和 22 年 1 月終戦連絡中央事務局訳による）」がある。

試案)(昭和二・九・十七)」では、「この法律の規定は、価格を固定し、地域を割り当て、若しくは制限し、物資の自由な移動を不当に妨げ、又は所謂傍観的な労働者を雇傭させるやうなことを企図しない昭和二十年十二月二十一日法律第五十一號労働組合法に基いて組織され、承認された労働組合の行為には、これを適用しない。労働組合が、その本来の、正当且つ適法な活動を逸脱し、取引の制限の不法団結に参加する場合には、他の団体と同様に、この法律の規定により規律せられるものとする。」となっている。

その一方で、旧大蔵省資料「産業秩序に関するカイク氏試案(假譯)二・九、一七商工省事務局」では、「この法律の規定は、法令により認められた労働組合の行為にて、その組合の行為が純粋に地域を割り当て、若しくは制限し、物資の自由な移動傭人の地位向上を計るためになされる傭主と傭人との間の通常な適法行為であり、公益に反しない限り適用されない。」と「仮訳」としても同一とは見ることができない日本語訳となっている<sup>114</sup>。

以上のように、「カイク」案の二つ目の英語版とそれに対応する日本語訳は、一つ目の英語版とそれに対応する日本語訳に比べて、第一に、より詳しく適用除外の対象とならない労働組合の行為(価格固定・地域分割や地域制限・物資の自由移動の不当な妨害、待機労働者の雇用)を列挙し、第二に、第二文において正当な行為を逸脱して「取引制限」への参加を行った場合に適用除外を受けることができないと規定し、独禁法との関係をより明確かつ慎重に定めている<sup>115</sup>。

その後、1946年12月2日以降の一連の「要綱」では、米国の立法例として、「労働組合には適用しない(クレイトン法6条)」、甲案として、「公益に反しない限り労働組合には適用しない」、乙案として、「(法文解釈上当然適用されないから特に規定する必要がない)」という記述が継承されていく。

もっとも、この時点では、規定を置くかどうか自体が揺れており、司令部提出用の12月7日付では、「(備考)」という項目欄に移動し、未定稿の12月14日付では、「(参考)」と

<sup>114</sup> なお、第二次資料であるが、『昭和財政史第2巻』408頁では、「この法律の規定は、法令により認められた労働組合の行為にて、その組合の行為が純粋に地域を割り当て、若しくは制限し、物資の自由な移動傭人の地位向上を計るためになされる傭主と傭人との間の通常な適法行為であり、公益に反しない限り適用されない。」として、「仮訳」を引用している。

その一方で、『昭和財政史第2巻』452頁注(19)では、民生局の法律原案における条文を引用すると記述しているが、そこでの規定は、「この法律の規定は、1946年2月20日の労働組合法に基いて組織され認められた労働組合の行為で、価格を固定すること、地域を割り当て又は制限すること、商品の自由な移動を不当に禁止すること、いわゆる待機被傭者の雇傭をもたらし、を企図しないものにたいしては適用しない。労働組合が、その正常かつ正当な合法的活動から逸脱し、取引を制限する共謀に加わった場合には、他の組織と同じくこの法律の適用を受ける。」と本文の「私的試案」の方と類似している。

<sup>115</sup> このような「カイク」案に対しては、日本側からだけでなく、司令部内部の労働課(Labor Division)からも問題点が指摘されていた。

GHQ資料にある1946年8月29日付のメモでは、「Proposed Anti-Trust Law」とタイトルを付して、二つ目の英語版に対して(1)第一文は労働組合に対する十分に広範な適用除外となっていないこと、(2)第一文における適用除外の対象とならない諸行為は不必要且つ不適切であること、(3)第二文は労働者の地位向上に必要な不可欠な団体交渉が「取引制限」と解釈される虞があること、(4)第二文において取引制限の共謀に参加していない場合は当然に独禁法上問題ないのであるから適用除外を置く必要はないこと、(5)労働組合の「正常かつ正当な合法的活動」は反トラスト法上の問題ではなく、反トラスト法において規定すべきではないこと、等が指摘されている。

いう項目欄にさらに移動している。

このような日本側の意識と対応は、1946年12月11日付の *Outline of the Antitrust Law* において、「**Note. Labor Unions are exempted as a matter of course from the standpoint of the interpretation of law. There is therefore no need for special stipulation.**」(「筆者訳：(注)労働組合は、法解釈の観点から適用除外の対象となるため特記の必要はない。）」という記述にも現われている。

その後の日本側の法案である1946年12月20日付の法律案では、労働組合に関する規定が無くなっている。

1947年1月1日付の商工省による法律案にも労働組合に関する規定は存在しない。

もっとも、1月2日付のGHQ資料では、「カイク」案に対する問題点の指摘がなされた。この資料は、司令部のESSにおける労働課(Labor Division)から同じESSのACD(反トラスト・カルテル課)に対して提出されたチェックシートである。タイトルは「*Japanese Anti-Trust Law*」と記述されている。本資料では、先の「カイク」案における一つ目の英語版の「正常且合法的交渉(legitimate bargaining)」と「公共の利益を高める善意の努力(bona fide efforts to better the public interest)」についての法解釈が直ちに必要であること及び「セクション13の第1パラグラフは、本法の諸規定は労働組合の行為には適用しないと読むべき」と指摘されている。全面的な適用除外を意図している。

この指摘を受けたためか、日付不明(1月1日から1月15日の間)の法律案では、「第六条、第七条又は第十四条の規定は労働組合又は労働組合の組合員が労働組合法第一条第一項に掲げる目的を達成するためになした正当な行為以外の行為をなす場合には、その適用を妨げない。前項の場合において第六条、第七条又は第十四条中事業者とあるのは、労働組合又は労働組合の組合員と読み替える。」とし、この反対解釈として、上記の「正当な行為」を適用除外とするという適用除外規定が組み込まれていた。米国側の主張に沿った対応であろう。

その後、1月15日版では、「この法律の規定は労働組合が労働組合法第一条第一項に掲げる目的を達成するためにする正当な行為に該当せざる行為をなす場合には、その適用を妨げない。この法律において事業者とあるのは、前項の場合においては、労働組合と読み替える。」として、組合員をその対象から除外する修正を行った。この文言は1月17日版、1月20日付の法律案に変更なく継承された。

1月22日付の試案では、内容が大きく変化し、単に「この法律の規定は、労働組合には、これを適用しない。」とするに至った。もっとも、同日付けの内閣法制局資料及び公取委資料Aではこの規定全体に削除線が引かれている。

これに対して1月23日付の旧大蔵省資料「『私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案』立案要旨」では、「労働組合には、本法は適用しないこと。(註)『カイク』案には、労働組合の行為にして、被傭者の位置を改善する善意の努力の下になす傭者、被傭者間の正常且つ適法の交渉にして公益に合致せるものについて適用除外せること。」と指摘さ

れており、適用除外規定の意義を示している。

もっとも、公取委資料Aにある1月27日付の関係次官会議メモにおいては、「労組の除外条文は削除と決定」という記述があり、先の史料における削除を受けた決定であると考えられる。

そして、1月28日付の司令部提出用試案及び2月4日付けのTentative Draftでは労働組合に関する規定がなく、それ以降、法案に登場することはない。

しかしながら、米国側は依然として適用除外規定の挿入を考えていたようであり、GHQ資料にある2月5日付のサルウィン氏の個人的チェックリストや、同日付けの旧大蔵省資料「修正意見(一)」では、共通して「労働組合の適用除外規定の欠如」、「労働組合に対する本法の適用如何。」といった指摘がなされていた。

これに対して日本側は、2月6日付の内閣法制局資料の「独占禁止法案に関するG・H・Q・側意見」において、「本法の主体は事業者故入らぬ。」と主張し、また、2月8日付の内閣法制局資料の「カイク氏案を変更した点及びその理由」では、「事業者故労働組合は入らない。」としている。

その後、GHQ資料にある2月14日付の日米会談メモには、労働組合について、「労働組織を規制する特別法により規定される場合に労働組合すべての活動は反トラスト法の適用から除外される」と書かれている。

そして、結論的に、米国側も旧大蔵省資料「修正意見(三)」において、「労働組合に対する適用を規定するか否かは自由なること。規定する場合は『但し、労働組合と雇主との協定が特定の材料又は物品の使用を禁止する内容をもち、それが競争を実質的に減少せしめる効果をもつときはこの限りでない』と規定し、その範囲内にて適用すること。」として、適用除外規定を設ける場合には労働契約の競争制限効果について配慮すべきことを指摘するにとどまっている。

これ以降の法律案には、労働組合に関する記述は一切でてこない。なお、2月25日付のRevised Draftには、サルウィン氏が手書きで「Labor Union not mentioned blanket exemption introduced」としている。以上から、労働組合は基本的には適用の対象ではない認識が共有されるに至ったのであろう<sup>116</sup>。

---

<sup>116</sup> この点については、石井(前掲脚注14参照)292頁以下は次のように説明している。そこでは、独禁法が「専ら事業者の事業活動を規整の対象としているため」として「労働組合は、これを本法の事業者ということはできない」ことを労働組合法(当時)から導出しているが、「労働組合が、本法に超越する不可侵的な団体であることを意味するものではない。(中略)労働組合法自体の解釈として、何に正当な組合の行為であり、何に正当な範囲を超えた違法な行為であるかを判断する場合には、本法の規定が十分に考慮されなければならないことは当然であろうし、それが必要な場合には、労働組合法に適当な改正が加えられるべきものであろう。」としている。

商工省企画室編(前掲脚注22参照)94頁において指摘されている米国判例法(労働組合は正当な目的を合理的に遂行する場合でなければ米国反トラスト法の適用除外とはならない)に基づいた考え方であろう。

## 第3章 結論

本稿では、原始独禁法の成立過程を主要な実体規定に絞って分析した。本研究の今後の課題を示すことで終わりとしたい。

第一に、本稿は、実体規定の中でも企業結合規制は検討の対象としていない。それは、原始独禁法における企業結合規制は、原始独禁法のきわめて重要な特徴の1つではあるが、それは他の実体規定とはやや関係性が乏しいこと、1947年の2月以降の日米のやりとりの中で大きく変化したことなど、それ自体が多量の資料を分析することを要する大きなテーマであるからである。

第二に、本稿では、損害賠償、刑罰などの独禁法違反のサンクションは検討対象としていない。これも、それ自体が独自の分析を要するテーマであり、独禁法の現在においても大いに参考になる問題である。しかし、今回はこれらを検討する余裕がなかった。

第三に、本稿は、公取委内における手続、公取委の組織、裁判制度、特に東京高裁中心主義について分析の対象としていない。独禁法特別裁判所を置くかどうか、公取委を内閣総理大臣の下に置くか司法省の下に置くかは、原始独禁法の制定史全体に議論が及び、さらに日米交渉における大きな政治的な論点でもあった。

これらの残された課題については、次年度において研究を進めていきたい。

## 第4章 資料編

原始独禁法の制定過程において特に重要である法律案（実体規定のみ）を掲載する。

### 1 1947年1月1日 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案（商工省）

#### 第一章 総則

第一條 この法律は、事業の公平かつ自由な活動を制約する不当な独占、取引の不当な制限及び不正な競争行為を禁止し又は制限することにより、国民経済の健全な発達を促進し、一般消費者の公正な利益を確保することを目的とする。

第二條 この法律において、不当な独占とは、農業、工業、鉱業、商業、金融業その他の事業（以下事業という。）に業として従事する者（以下事業者という。）が、自己の事業に関して、一定の地域を継続して支配する目的のもとに、その同業者の事業の活動の全部又は大部分を、当該地域から排除してある状態であって、公共の利益に反するものをいう。

第三條 この法律において、取引の不当な制限とは、事業者が、自己の事業のためにする目的のもとに、生産、販売又は供給に関する方法の採用、数量の決定、経路の選択その他自己の又は他人の事業の自由な活動を制約し、又は支配してある状態であって、公共

の利益に反するものをいう。

第四條 この法律において、不正な競争行為とは、事業者が、その同業者の事業の活動を妨害する目的のもとに、不法な手段、偽計その他の不公正な方法を以て行う、競争のためにする行為をいう。

## 第二章 不当な独占

第五條 事業者は、不当な独占を生じさせてはならない。

独占禁止委員会は、職権を以て又は利害関係人の請求により、不当な独占が存することを認定したときは、その旨を公告し、当該独占を生じさせている事業者に対して、事業の休止、整理若しくは縮小又は技術の公開を命ずることができる。

独占禁止委員会は、前項の認定をなすに当って、公聴会を開き、独占の存否又はその排除の方法に関し、意見を求めることができる。

第六條 前條第二項の規定は、独占禁止委員会が、職権を以て又は利害関係人の請求により、二以上の同業者の事業能力の間に、不当な較差が存して、二以上の同業者のいづれかが不当な独占を生じさせる虞があることを認定した場合に、これを準用する。

独占禁止委員会は、前項の認定をなすに当って、公聴会を開き、独占の存否又はその排除の方法に関し、意見を求めることができる。

第七條 事業者は、その同業者との合併、合同その他の結合（以下結合という。）により、不当な独占を生じさせる虞がある場合には、当該同業者と結合してはならない。

独占禁止委員会は、職権を以て又は利害関係人の請求により、二以上の同業者が結合したことにより、不当な独占を生じさせる虞があることを認定したときは、その旨を公告し、当該結合の当事者に対して、当該結合を目的とする契約又は合意の解除又は変更を命ずることができる。

前條第二項の規定は、独占禁止委員会が、前項の認定をなす場合に、これを準用する。

第八條 事業者は、その同業者から、機械、設備、土地等の動産、不動産又は鉱業権、漁業権その他の財産権（以下資産という。）を取得することにより、不当な独占を生じさせる虞がある場合には、当該資産を取得してはならない。但し、債務の弁済として、質権又は抵当権の目的物である資産を取得する場合は、この限りでない。

独占禁止委員会は、職権を以て又は利害関係人の請求により、事業者がその同業者から資産を取得したことにより、不当な独占を生じさせる虞があることを認定したときは、その旨を公告し、当該事業者に対して、当該資産の処分又は当該資産の譲受契約の解除若しくは、変更を命ずることができる。

第六條第二項の規定は、独占禁止委員会が、前項の認定をなす場合に、これを準用する。

第九條 事業者が、他の事業者の株式（社員の持分及び転換社債を含み、株主に議決権のないものとしてある株式を除く。以下同じ。）を有し又は株式の議決権の行使の委任を受

ける場合には、当該株式の金額は、他の事業者の資本金額（出資総額、株金総額又は出資総額及び株金総額の合計額をいう。以下同じ。）の百分の五に相当する金額又は二十五万円のいずれか高い額（以下限度額という。）を超えてはならない。事業者が有する株式の金額と、議決権の行使の委任をうけてをり又は受ける株式の金額との合計額についても、また同様とする。

委託者を受益者とする有価証券信託の引受により、信託会社（信託業を営む銀行を含む。）が有する株式は、委託者が当該株式を有するものをみなして、前項の規定を適用する。

第一項の規定は、事業者が、債務の弁済として、質権の目的物である株式を取得し又は相続人として被相続人の有した株式若しくは株式の議決権を行使する権利を承継した場合には、これを適用しない。但し、この場合においては、独占禁止委員会の定めるところにより、その旨を、独占禁止委員会に届出なければならない。

左の各号の一に該当する事業者（以下金融事業者という。）が、他の事業者の株式を有する場合には、当該株式の金額は、第一項の規定にかかわらず、限度額を超えることができる。但し、この場合においては、独占禁止委員会は、金融事業者に対して、当該株式の全部又は一部について、議決権の行使を制限し又は独占禁止委員会の指定する者に議決権の行使を委任すべきことを命ずることができる。

- 一、 銀行
- 二、 信託会社
- 三、 保険会社
- 四、 無尽会社
- 五、 有価証券の引受又は募集の取扱をなすことを営業とする者
- 六、 証券取引所によらない有価証券の場合又はその媒介をなすことを営業とする者
- 七、 農林中央金庫、商工組合中央金庫、恩給金庫、庶民金庫及び国民厚生金庫

独占禁止委員会は、職権を以て又は利害関係人の請求により、事業者が、限度額を超えて株式を有し又は議決権の行使の委任を受けていることを確認したときは、その旨を公告し、当該事業者に対して、限度額を超える金額に相当する株式の処分又は議決権の行使の委任を受けている契約の解除又は変更を命ずることができる。

この法律において、株式を有するとは、左の各号の一に該当することをいう。

- 一、 記名株式については、株主名簿に当該株式の株主として記載されてあること。
- 二、 無記名式の株券については、株主としてこの権利を行使するために、当該株券を会社に供託するとき、これを有していること。
- 三、 有限会社の持分については、社員名簿に当がみ持分の取得者として記載されていること。
- 四、 転換社債については、社債権者が、当該社債を株式に転換することを請求するとき、これを有していること。

第十條 事業者の代表者、代理人、使用人その他の者（以下第三者という。）が、当該事業者の計算において、他の事業者の株式を有し又は当が維持業者のために、株式の議決権の行使の委任を受ける場合には、当該株式の金額は、限度額を超えてはならない。第三者が当該事業者の計算において有する株式の金額と、当該事業者のために、議決権の行使の委任を受けてをり又は受ける株式の金額との合計額についても、また同様とする。

前條第二項及び第五項の規定は、前項の場合に、これを準用する。

第十一條 事業者（金融事業者を除く。本條において以下同じ。）が有し又は議決権の行使の委任を受けてをり、若しくは受ける株式の金額と、第三者が、当該事業者の計算において有し又は当該事業者のために議決権の行使の委任を受けてをり若しくは受ける株式の金額との合計額は、限度額を超えてはならない。

第九條第二項、第三項及び第五項の規定は、前項の場合に、これを準用する。

第十二條 前三條の規定（第九條第四項の規定を除く。）は、事業者以外のものについて、自己若しくは第三者又は自己と第三者とが、二以上の事業者の株式を有し又は株式の議決権の行使の委任を受けてをり若しくは受ける場合に、これを準用する。

第十三條 事業者の役員（取締役又は監査役をいう。以下同じ。）の地位と、左の各号に掲げる事業者の役員の地位とは、いずれかの事業者の資本金額が五百万円以上である場合には、これを兼ねることができない。

- 一、 同業者（金融事業者を除く。）
- 二、 金融事業者。

前項の規定は左の各号の一に該当する場合には、これを適用しない。

- 一、 金融事業者の役員が、一の事業者（金融事業者を除く。）の役員の地位を兼ねるとき。
- 二、 事業者の役員が、臨時物資需給調整法に基く命令により指定された事業者の役員の地位を兼ねるとき。
- 三、 事業者の役員が、企業再建整備法に基く決定整備計画の定めるところにより他の事業者の役員の地位を兼ねるとき。
- 四、 事業者の役員が、株主又は債権者としての事業者のために、支払不能又は債務超過に陥る虞のある事業者の役員の地位を兼ねるとき。

### 第三章 取引の不当な制限

第十四條 事業者は、取引の不当な制限を生じさせてはならない。

独占禁止委員会は、職権を以て又は利害関係人の請求により、取引の不当な制限が存することを認定したときは、その旨を公告し、当該取引の制限を生じさせている事業者に対して、当該取引を制限する契約若しくは合意の解除若しくは変更又は行為の中止を命ずることができる。

第五條第三項の規定は、独占禁止委員会が、前項の認定をなす場合に、これを準用す

る。

第十五條 左の各号の一に該当する事項を目的とする契約若しくは合意又は行為をなしたる事業者は、取引の不当な制限を生じさせたものと推定する。

- 一、 生産の割当その他生産に関する制限
- 二、 販路の割当その他販売に関する制限
- 三、 価格の固定その他価格に関する制限
- 四、 新技術の採用の制限その他技術に関する制限

第十六條 事業者は、左の各号の一に該当する事項について、契約若しくは合意は他は行為をなすことにより、取引の不当な制限を生じさせる虞のある場合には、当該契約若しくは合意又は行為をなしてはならない。

- 一、 他の事業者の商品の不買その他購買に関する制限
- 二、 積荷の割当その他輸送に関する制限
- 三、 利益の共同計算その他経理に関する制限

独占禁止委員会は、職権を以て又は利害関係人の請求により、事業者が、前項各号の一に該当する事項について、契約若しくは合意又は行為をなしたことにより、取引の不当な制限を生じさせる虞があることを認定したときは、その旨を公告と、当該事業者に対して、当該契約若しくは合意の解除若しくは変更又は当該行為の中止を命ずることができる。

第六條第二項の規定は、独占禁止委員会が、前項の認定をなす場合に、これを準用する。

#### 第四章 不正な競争行為

第十七條 事業者は、不正な競争行為をなしてはならない。

独占禁止委員会は、職権を以て又は利害関係人の請求により、事業者が不正な競争行為をなしたことを確認したときは、当該事業者に対して、当該行為の中止又は当該行為による被害者の事業上の信用を回復せしめるために必要な事項を命ずることができる。

第十八條 左の各号の一に該当する行為は、これを不正な競争行為とする。

- 一、 事業者の取引上広く認められるその同業者の名称、商号、商標、商品の容器包装その他当該同業者の商品であることを示す表示と同一若しくは類似するものを使用し又はこれを使用した商品を販売若しくは拡布して当該同業者の商品と混同を生じさせる行為
- 二、 事業者が取引上広く認められるその同業者の氏名、商号、標章その他当該同業者の事業であることを示す表示と同一又は類似のものを使用して、当該同業者の事業上の施設、又は活動と混同を生じさせる行為
- 三、 事業者が、商品に虚偽の原産地の表示をなし又はこれを表示した商品を販売若しくは拡布して、原産地の誤認を生じさせる行為。

- 四、 事業者が、その同業者の事業上の信用を要する虚偽の事実を陳述し又はこれを流布する行為
- 五、 事業者が、自己の事業を譲渡した場合に、当該事業の譲渡契約に違反して、同一の事業に従事する行為
- 六、 事業者が、その同業者に対する原料、資材、労務又は商品の供給を妨害する行為
- 七、 事業者が、自己の商品、用役又は信用を不当な対価で販売し又は供給する行為

## 第五章 適用の特則

第十九條 第五條乃至第十六條の既定は、左の各号に掲げる事業及びこれらの事業の活動については、これを適用しない。

- 一、 煙草専売法に基く事業
- 二、 粗製樟腦及び樟腦油専売法に基く事業
- 三、 塩専売法に基く事業
- 四、 アルコール専売法に基く事業
- 五、 貿易等臨時措置令に基づく事業
- 六、 国の行う鉄道事業
- 七、 国の行う通信事業

第二十條 この法律は、左に掲げる法律の規定に基いてなされる、無体財産権の権利の行使と認められる行為については、これを適用しない。

- 一、 著作権法、
- 二、 特許法
- 三、 実用新案法
- 四、 意匠法
- 五、 商標法

第二十一條 第五條乃至第十六條の規定は、左に掲げる法律の規定に基いて設立された組合（組合の連合会又は中央会を含む。以下本條において同じ。）の組合員が、当該法律の規定に基いてなす組合員相互又は組合と組合員間の行為については、これを適用しない。

- 一、 産業組合法
- 二、 蚕糸業組合法
- 三、 貿易組合法
- 四、 商工協同組合法
- 五、 農業協同組合法（仮称）
- 六、 漁業協同組合法（仮称）

第二十二條 第五條乃至第十六條の規定は、左に掲げる法令の規定に基く事業若しくは事業の活動又は行為については、これを適用しない。

- 一、 水道條例，地方鉄道法，瓦斯事業法，競馬法，電気事業法
  - 二、 日本勸業銀行法，北海道拓植銀行法，日本興業銀行法，貯蓄銀行法，信託業法，農林中央金庫法，国際電気通信株式会社法，無尽業法，日本製鉄株式会社法，商工組合中央金庫法，日本通運株式会社法，恩給金庫法，庶民金庫法，日本発送電株式会社法，保険業法，国民更生金庫法，帝都高速度交通営団法，日本銀行法，日本証券取引所法，復興金融金庫法，企業再建整備法，金融機関再建整備法，配給公社法
  - 三、 電力管理法，臨時資金調整法，石炭及びコークス配給統制法，食糧管理法，臨時物資需給調整法，有価証券の処分の調整等に関する法律，昭和二十年勅令第五百四十二号「ポツダム」宣言の受諾に伴ひ発する命令に関する件に基づく命令
- (以下，第六章 独占禁止委員会，第七章 損害賠償，第八章 罰則，付則と続く)

## 2 1947年1月28日 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(試案) - 司令部に提出するもの

第一條 この法律は，不当な独占，取引の不当な制限及び不正な競争方法を防止して，公正な事業活動を自由且つ旺盛にし，雇傭及び国民所得の水準を高め，以て，一般消費者の利益を確保すると共に，国民経済の健全な発達を促進することを目的とする。

第二條 この法律において事業者とは，商業，工業，金融業その他の事業を営む者をいう。

第三條 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。

この法律は，事業者が前項の規定に従って事業を営んである限り，その自由な活動を妨げるものではない。

### 第二章 不当な独占及び取引の不当な制限

第四條 事業者は，如何なる方法を以てしても，他の事業者の事業活動を排除し又は支配することにより公共の利益に反して一定の取引分野における事業活動一般を実質的に拘束する行為(以下不当な独占という。)をなしてはならない。

第五條 事業者は，契約，協定，その他何らの名義を以てしても，他の事業者と共同して相互にその事業活動を制限することにより公共の利益に反して一定の取引分野における事業活動一般を実質的に拘束する行為(以下取引の不当な制限という。)をなしてはならない。

第六條 事業者は，共同して左の各号の一に該当する行為をなしてはならない。但し，独占禁止委員会において，当該行為をなそうとする者の申立により，その行為を公共の利益に適合するものと認めて許可した場合はこの限りではない。

一、 対価を人為的に決定し又は維持すること

二、 生産数量又は販売数量を人為的に制限すること

三、 技術，製品又は販路を人為的に制限すること

四、 設備の新設若しくは拡張又は新技術若しくは新生産方式の採用を人為的に制限すること

独占禁止委員会は、必要があると認めるときは、何時でも前項の許可を変更し又は取消することができる。

第七條 第四條から前條までの規定に違反する行為があるときは、独占禁止委員会は、利害関係人の申立により又は職権を以て、事業者に対し、当該行為の差止めその他不当な独占又は取引の不当な制限を排除するのに必要な措置を命ずることができる。

### 第三章 事業能力の較差

第八條 事業者と競争者との事業能力の間に著しい較差がある場合において、その事業者の優越した事業能力が優秀な技術良好な立地条件若しくは合理的な経営によるものでなく又は合理的な経営に必要なものでなく且つその較差が不当な独占を行ひ得る程度のものであるときは、独占禁止委員会は、利害関係人の申立によりまたは職権を以て、事業者に対して、当該較差（以下事業能力の較差という。）の排除に必要な措置を命ずることができる。

独占禁止委員会が前項の措置を命ずるに当っては、特に左に掲げる事項を考慮し、且つ公聴会を開いて一般の意見を求めなければならない。

- 一、 資本、積立金その他資産の状況
- 二、 収支その他経営の状況
- 三、 役員構成
- 四、 工場、事業場及び事務所の位置その他の立地条件
- 五、 事業設備の状況
- 六、 特許権の有無及び内容その他技術上の特質
- 七、 生産、販売、供給等の能力及び状況
- 八、 資金、原材料等の取得の能力及び状況
- 九、 投資その他の方法による他の事業者との関係
- 十、 前各号に掲げる事項に関する競争者との比較

第九條 会社は、事業能力の較差を生ずべき場合においては、競争者である会社と合併をなしてはならない。

合併をなそうとする会社は、当該合併が前項の場合に該当するかしないかについて疑があるときは、独占禁止委員会の意見を求めることができる。

第十條 会社は、事業能力の較差を生ずべき場合においては、競争者である会社の株式（社員の持分を含む。）若しくは社債又は競争者である会社に対する貸付金債権を取得してはならない。

第十一條 会社の役員（取締役その他会社の業務を執行する者若しくはこれに準ずる者又は支配人をいう。）は、事業能力の較差を生ずべき場合においては、競争者である会社の役員の地位を兼ねてはならない。

第十二條 会社は、事業能力の較差を生ずべき場合においては、競争者である会社から営業資産を取得してはならない。

第十三條 何等の名義を以てしても、第九條から前條までの規定を免れる行為をなしてはならない。

#### 第四章 不正な競争方法

第十四條 事業者は、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を以て、競争手段として左の各号の一に該当する方法（以下不正な競争方法という。）を用いてはならない。

- 一、 他の事業者から不当に物資、信用その他の経済上の利益の供給を受けず、又は他の事業者に不当に物資、信用その他の経済上の利益を供給しないこと。
- 二、 不当な差別対価を以て、物資、信用その他の経済上の利益を供給すること。
- 三、 不当に低い対価を以て、物資、信用その他の経済上の利益を供給すること
- 四、 不当な利益又は不利益を以て、競争者の顧客を自己と取引するように勧誘し又は強制すること。
- 五、 相手方は自己の競争者から不当に物資、信用その他の経済上の利益の供給を受けないことを条件として、当該相手方と取引すること
- 六、 前各号に掲げるものの外、不当に競争者の事業活動を妨げて公共の利益を害する競争手段

第十五條 前條の規定に違反する行為があるときは、独占禁止委員会は、利害関係人の申立により又は職権を以て、当該行為の差止めを命ずることができる。

#### 第五章 適用の特則

第十六條 この法律の規定は、国又は地方公共団体が法律又は法律に基く命令により行う事業活動には、これを適用しない。

第十七條 この法律の規定は、公益事業その他の事業について特別の法律が定められてある場合において、事業者がその法律又は法律に基く命令により行う正当な事業活動にはこれを適用しない。

第十八條 この法律の規定は、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法により権利の行使と認められる行為については、これを適用しない。

第十九條 この法律の規定は、左の各号に掲げる要件を備へ且つ法律の規定に基づいて設立された組合（組合連合会を含む。）の組合内部の行為に関しては、これを適用しない。

- 一、 小規模の事業者又は消費者の相互扶助を目的とすること。
- 二、 任意に設立され且つ組合員が任意に加入し又は脱退できること。
- 三、 各組合員が平等の議決権を有すること。
- 四、 組合員に対する損益分配を行う場合には、その割合が、組合員の出資の価格又は組合との取引の分量に応じて定められること

前項の組合の行う販売及び購買については、その行為自体を以て不当な独占と解せられることはない。

第二十條 この法律の規定は、国民経済の統制のためにする法律又は法律に基く命令の規

定による事業者の正当な行為には、これを適用しない。

(以下、第六章 損害賠償、第七章 独占禁止委員会、第八章 訴訟、第九章 罰則、附則と続く)

### 3 独占禁止法(原始独禁法、1947年4月14日公布)

#### 第一章 総則

第一條 この法律は、私的独占、不当な取引制限及び不公正な競争方法を禁止し、事業支配力の過度の集中を防止して、結合、協定等の方法による生産、販売、価格、技術等の不当な制限その他一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより、公正且つ自由な競争を促進し、事業者の創意を發揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭及び国民実所得の水準を高め、以て、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的とする。

第二條 この法律において事業者とは、商業、工業、金融業その他の事業を営む者をいう。

この法律における競争又は競争者とは、潜在的な競争又は競争者を含むものとする。

この法律において私的独占とは、事業者が、単独に、又は他の事業者と結合し、若しくは通謀し、その他いかなる方法を以てするかを問わず、他の事業者の事業活動を排除し、又は支配することにより、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ことをいう。

この法律において不当な取引制限とは、事業者が、契約、協定その他何らの名義を以てするかを問わず、他の事業者と共同して相互にその事業活動を拘束し、又は遂行することにより、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ことをいう。

この法律において不当な事業能力の較差とは、事業者と競争者の事業能力の間に、著しい較差がある場合において、その事業者の優越した事業能力が、技術的理由により正当とされるものでなく、且つ、その較差が左の各号の一に掲げる事由により私的独占を行うことができる程度のものであるものをいう。

- 一 他の事業者があらたに事業を起すことを著しく困難にする程度に、事業者が、事業分野に属する事業又はこれに使用する原材料を支配していること。
- 二 事業者が、一定の事業分野において他の事業者が現実競争することを著しく困難にする程度に生産を支配してゐること。
- 三 事業者が、私的独占を行うことができる程度に自由な競争を抑圧し、又は著しく制限していること。

この法律において不公正な競争方法とは、左の各号の一に該当する競争手段をいう。

- 一 他の事業者から不当に物資、資金その他の経済上の利益の供給を受けず、又は他の事業者に対し不当に物資、資金その他の経済上の利益を供給しないこと。

- 二 不当な差別対価を以て，物資，資金その他の経済上の利益を供給すること。
- 三 不当に低い対価を以て，物資，資金その他の経済上の利益を供給すること
- 四 不当に，利益又は不利益を以て，競争者の顧客を自己と取り引きするように勧誘し，又は強制すること。
- 五 相手方が自己の競争者から不当に物資，資金その他の経済上の利益の供給を受けないことを条件として，当該相手方と取り引きすること
- 六 相手方とこれに物資，資金その他の経済上の利益を供給する者若しくは顧客との取引を若しくは相手方とその競争者との関係を不当に拘束する条件を付け，又は相手方である会社の役員（取締役，業務を執行する無限責任社員若しくは監査役若しくはこれらに準ずる者，支配人又は本店若しくは支店の営業の主任者をいう。以下同じ。）の選任についてあらかじめ自己の承認を受けべき旨の条件を付けて，当該相手方に物資，資金その他の経済上の利益を供給すること
- 七 前各号に掲げるものの外，公共の利益に反する競争手段であって，第七十一條及び第七十二條に規定する手続に従い独占禁止委員会の指定するもの

## 第二章 不当な独占及び取引の不当な制限

第三條 事業者は，私的独占又は不当な取引制限をしてはならない。

第四條 事業者は，共同して左の各号の一に該当する行為をしてはならない。

- 一 対価を決定し，維持し，又は引き上げること。
- 二 生産数量又は販売数量を制限すること。
- 三 技術，製品，販路又は顧客を制限すること。
- 四 設備の新設若しくは拡張又は新技術若しくは新生産方式の採用を制限すること。

前項の規定は，一定の取引分野における競争に対する当該共同行為の影響が問題とする程度に至らないものである場合には，これを適用しない。

第五條 事業者は，一手買取及び一手販売の方法による資材若しくは製品の全部若しくは一部の配給の統制又は資材若しくは製品の全部若しくは一部の配給の割当を行う法人その他の団体を設立し，若しくは組織し，又はこれらの団体に加入してはならない。

第六條 事業者は，外国の事業者と左の各号の一に該当する事項を内容とする国際的協定若しくは国際的契約をし，又は国内の事業者と貿易に関し左の各号の一に該当する事項を内容とする協定若しくは契約をしてはならない。

- 一 第四条第一項各号の一に掲げる事項。
- 二 事業活動に必要な科学又は技術に関する知識又は情報の交換を制限すること。

前項の規定は，国際取引又は国際取引の一定の取引分野における競争に対する当該協定又は契約の影響が問題とする程度に至らないものである場合には，これを適用しない。

事業者が，外国の事業者との国際的協定若しくは国際的契約又は国内の事業者との貿易に関する協定若しくは契約であって相当期間継続性があるもの（一つの取引による目

的物の授受のみが相当期間にわたるものを除く。)をしようとする場合には、公正取引委員会に届け出て、その認可を受けなければならない。

前項の場合において、事業者は、届出の日から三十日を経過するまでは、当該協定又は契約をしてはならない。

第七條 私的独占又は不当な取引制限に該当する行為があるときは、公正取引委員会は、第八章第二節に規定する手続に従い、事業者に対し、当該行為の差止、営業の一部の譲渡その他私的独占又は不当な取引制限を排除するために必要な措置を命ずることができる。

### 第三章 不当な事業能力の較差

第八條 不当な事業能力の較差があるときは、公正取引委員会は、第八章第二節に規定する手続に従い、事業者に対し、営業施設の譲渡その他その較差を排除するために必要な措置を命ずることができる。

公正取引委員会が前項の措置を命ずるに当っては、当該事業者につき、左の各号に掲げる事項を考慮しなければならない。

- 一 資本金、積立金その他資産の状況
- 二 収支その他経営の状況
- 三 役員の構成
- 四 工場、事業場及び事務所の位置その他の立地条件
- 五 事業設備の状況
- 六 特許権の有無及び内容その他技術上の特質
- 七 生産、販売等の能力及び状況
- 八 資金、原材料等の取得の能力及び状況
- 九 投資その他の方法による他の事業者との関係
- 十 前各号に掲げる事項に関する競争者との比較

### 第四章 株式の保有、役員の兼任、合併及び営業の譲受

第九條 持株会社は、これを設立してはならない。

前項において持株会社とは、株式（社員の持分を含む。以下同じ。）を所有することにより、他の会社の事業活動を支配することを主たる事業とする会社をいう。

第十条 金融業（銀行業、信託業、保険業、無尽業又は証券業をいう。以下同じ。）以外の事業を営む会社は、他の会社の株式（議決権のない株式を除く。以下同じ。）を取得してはならない。

前項の規定は、会社（商品の売買を主たる事業とするものを除く。）が、左の各号に該当する他の会社の株式の全部を所有することとなる場合において、その会社の株式の取得について公正取引委員会の認可を申請し、公正取引委員会が、当該株式の所有が一定

の取引分野における競争を実質的に制限することにより公共の利益に反することとなることがないと認めて認可したときには、これを適用しない。

一 原材料，半製品，部分品，副産物，廃物若しくは事業活動に必要な物資その他の経済上の利益（資金を除く。）の供給について，継続的で緊密な関係にある会社又は特許発明若しくは実用新案の利用関係にある会社

二 他の会社の株式を所有していない会社

前項に規定する場合の外，株式を取得しようとする会社（現に存する会社の株式を取得しようとする場合には，株式を取得しようとする会社及びその株式を発行する会社）が，その株式の取得が左の各号に掲げる要件を備えていることを明かにした場合には，その会社の株式の全部を所有することとならないときでも，同項に規定する他の要件を備えているときには，同項と同様とする。

一 必要な資金を調達するために発行される株式の取得であること。

二 申請会社において株式を引き受ける外，資本の取得が事実上困難である場合の株式の取得であること。

三 株式の取得が不公正な競争方法に因るものでないこと。

四 取得しようとする会社と競争関係にある会社が株式を所有していない会社の株式の取得であること。但し，商品の売買を主たる事業とする会社の株式の取得については，取得しようとする会社以外の会社が株式を所有していない場合に限る。

第十一條 金融業を営む会社は，自己と競争関係にある同種の金融業を営む他の会社の株式を取得してはならない。

金融業を営む会社であってその総資産（未払込株金，未払込出資金又は未払込基金に対する請求権を除く。）が五百万円を超えるものは，他の会社の株式総数の百分の五を超えてその会社の株式を所有することとなる場合には，その株式を取得してはならない。

前二項の規定は，左の各号の一に該当する場合には，これを適用しない。

一 証券業を営む会社が業務として株式を取得する場合

二 証券業以外の金融業を営む会社が売出のための引受によって株式を取得する場合

三 委託者を受益者とする有価証券信託の引受によって株式を取得する場合。但し，委託者が議決権を行使する場合に限る。

前項第一号又は第二号の場合において，取得の日から一年を超えて株式を所有しようとするときは，あらかじめ公正取引委員会の認可を受けなければならない。

第十二條 会社は，他の会社の資本金額（株金総額，出資総額，株金総額及び出資総額の合計額又は基金総額をいう）の百分の二十五に相当する金額を超えて，その会社の社債（銀行業を営む会社の社債を除く。以下同じ。）を所有することとなる場合には，その社債を取得してはならない。

前條第三項及び第四項の規定は，前項の場合にこれを準用する。但し，株式とあるのは社債と読み替えるものとする。

第十三條 会社の役員又は従業員（継続して会社の業務に従事する者であって役員以外の者をいう。）は、左の各号の一に該当する場合には、他の会社の役員の地位を兼ねてはならない。

一 両会社が競争関係にある場合

二 両会社の何れか一方の役員の四分の一以上が両会社以外の会社の役員の地位を占めている場合

会社の役員は、いかなる場合においても四以上の会社の役員の地位を占めてはならない。

第十四條 何人も、相互に競争関係にある二以上の会社の株式を所有することにより、一定の取引分野における競争を実質的に制限することにより公共の利益に反することとなる場合には、その株式を所有してはならない。

何人も、相互に競争関係にある二以上の会社の株式を各会社の株式総数の百分の十を超えて所有することとなる場合には、その株式の取得について公正取引委員会の認可を受けなければならない。

会社の役員は、その会社と競争関係にある他の会社の株式を取得してはならない。

会社の役員は、その就任の際、就任する会社と競争関係にある会社の株式を所有している場合には、その旨を公正取引委員会に届け出なければならない。

公正取引委員会は、前項の届出があった場合において、一定の取引分野における競争を実質的に制限することにより公共の利益に反することとなる虞があると認めるときは、その全部又は一部の処分その他必要な措置を命ずることができる。

第十五條 会社は、公正取引委員会の認可を受けなければ、合併をしてはならない。

公正取引委員会は、前項の認可の申請があった場合において、当該合併が左の各号の一に該当し公共の利益に反すると認めるときは、これを認可してはならない。

一 当該合併が生産、販売又は経営の合理化に役立たない場合

二 当該合併によって不当な事業能力の較差が生ずることとなる場合

三 当該合併によって一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる虞がある場合

四 当該合併が不公正な競争方法によって強制されたものである場合

第十六條 会社は、公正取引委員会の認可を受けなければ、他の会社の営業の全部若しくは一部を譲受、他の会社の営業の全部の賃借、他の会社の経営の受任又は他の会社と営業上の損益全部を共通にする契約をしてはならない。

前條第二項の規定は、前項の場合にこれを準用する。但し、当該合併とあるのは、当該行為と読み替えるものとする。

第十七條 何らの名義を以てするかを問わず、第九條から前條までの規定による禁止又は制限を免れる行為をしてはならない。

第十八條 公正取引委員会は、第五條若しくは第九條第一項の規定に違反して会社が設立

された場合又は第十五条第一項の規定に違反して会社が合併した場合においては、設立又は合併の無効の訴を提起することができる。

## 第五章 不公正な競争方法

第十九條 事業者は、不公正な競争方法を用いてはならない。

第二十條 前條の規定に違反する行為があるときは、公正取引委員会は、第八章第二節に規定する手続に従い、当該行為の差止を命ずることができる。

## 第六章 適用除外

第二十一條 この法律の規定は、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の行う生産、販売又は供給に関する行為であってその事業に固有なものについては、これを適用しない。

第二十二條 この法律の規定は、特定の事業について特別の法律がある場合において、事業者が、その法律又は法律に基く命令によって行う正当な行為には、これを適用しない。  
前項の特別の法律は、別に法律を以てこれを指定する。

第二十三條 この法律の規定は、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法により権利の行使と認められる行為については、これを適用しない。

第二十四條 この法律の規定は、左の各号に掲げる要件を備え、且つ、法律の規定に基づいて設立された組合（組合の連合会を含む。）の行為には、これを適用しない。但し、不公正な競争方法を用いる場合又は一定の取引分野における競争を実質的に制限することにより不当に対価を引き上げることとなる場合は、この限りでない。

- 一 小規模の事業者又は消費者の相互扶助を目的とすること
- 二 任意に設立され、且つ、組合員が任意に加入し、又は脱退することができること
- 三 各組合員が平等の議決権を有すること
- 四 組合員に対して利益分配を行う場合には、その限度が法令又は定款に定められていること

（以下、第七章 損害賠償、第八章 公正取引委員会、第九章 訴訟、第十章 罰則、附則と続く）