

# 「競争法」のグローバル・スタンダード論に関する覚書

根 岸 哲

## 1 本覚書の目的

近年、企業活動のグローバル化の進展に伴って、「競争法」のグローバル・スタンダード論が盛んである。しかしながら、筆者は、近年における「競争法」のグローバル・スタンダード論には不満があり、この点についての筆者の不満を述べるのが、本覚書の目的である。

法制度は、元来、それぞれの国や地域の、歴史、文化、国土、国民性、価値観、産業構造、企業活動に係る諸制度（契約・取引制度、雇用・労働制度、金融制度、企業組織の統治制度、政治制度、行政制度、司法制度など）の違いを反映して、国や地域ごとに多様である。企業活動のグローバル化の進展に伴い、法制度の収斂が相当程度進行することがあり得るとしても、国や地域の多様性を反映した国や地域ごとの多様な法制度が存続する、という基本的状況に変わりはなく、「競争法」もこの例外ではあり得ない。<sup>1)</sup>

「競争法」のグローバル・スタンダード論は、欧米の「競争法」をグローバル・スタンダードであるとみていようようにみえるが、それは、米国反トラスト法を意味しているのか、EU競争法を意味しているのか、必ずしも明らかではない。米国反トラスト法とEU競争法とは、近年、いずれも an effects-based approach という経済分析アプローチを採用し、収斂しつつあるようにみえるが、2つの「競争法」には、依然として埋めがたい基本的な違いが存在している。また、現在の欧米の「競争法」がグローバル・スタンダードであるとしても、それは固定的なものであるか。欧米の「競争法」も、時代により、これまで大きく変化してきたのであり、今後も変化することが予想される。欧米の「競争法」のグローバル・スタンダードは、いつの時代の欧米の「競争法」なのであろうか。欧米の「競争法」は、その内容が変化しても、時代を超えて、今後とも、常に、グローバル・スタンダードであり続けるのであろうか。

わが国の法学研究は、明治以来、比較法研究を基礎としてきたが、比較法研究は極めて困難であり、研究対象とした外国の法制度のわが国への輸入には慎重の上にも慎重でなければならない、というのがこれまでの比較法研究から得られた教訓である。法制度の比較法研究は、その対象の実態を正確かつ客観的に把握することを前提として、本来、対象とする国や地域の社会における諸制度全体を視野に入れた上での比較法研究でなければなら<sup>(2)</sup>ない。そこまで行かなくとも、法制度の比較法研究は、少なくとも、実体法と手続法の全体を視野に入れたものである必要がある。全体の諸制度との連関を問うことなく、表層的に一部分のみを切り取って直輸入するものであつてはならない。「競争法」の比較法研究もその例外ではない。しかし、近年における「競争法」のグローバル・スタンダード論は、必ずしもこのような意味での比較法研究に基づくものではなく、実体法又は手続法のうちの一部を表層的・一面的につまみ食いするのにとどまっているようにみえる。

## 2 米国反トラスト法とEU競争法—目的における効率と公正

従来から、「競争法」の基本的目的が、効率のみにあるのか、公正にもあるのか、が議論されてきたが、米国反トラスト法は、近年では、その目的を専ら効率に求めているのに対し、EU競争法は、その目的を効率のみならず公正にも求めている。米国反トラスト法は自由な競争のみを強調し公正な競争や公正な取引を顧慮しないのに対し、EU競争法は自由な競争とともに公正な競争や公正な取引をも重視する、<sup>(3)</sup> と言い替えることもできる。2つの「競争法」の間には、その目的の捉え方をめぐって、埋めがたい基本的な違いが存在している。この違いが顕著に現れた事例の1つがマイクロソフト事件であった。<sup>(1)</sup>

マイクロソフト事件は、市場支配的地位の濫用を禁止するEU競争法旧82条（現102条（EU機能条約102条））違反を構成するとされた事件であり、パソコン用OSの事実上の標準となっているウインドウズのインターフェイス情報の不開示ないし拒絶に係る部分とウインドウズとマイクロソフト製メディアプレイヤーとの抱き合わせに係る部分とから構成されていたが、ここでは、前者の部分に限定してマイクロソフト事件を取り上げることとする。

本件では、マイクロソフトが、パソコン用OS市場において保有する支配的地位を梃子として、競争者がワーキンググループサーバーOS市場で有効に競争することを可能とするのに必要なマイクロソフトのパソコン用OSウインドウズとの互換性を確保するためのインターフェイスに係る技術情報（以下、「互換性情報（interoperability information）」という。）を完全かつ正確に開示しなかったことが、市場支配的地位の濫用を構成すると判断された。欧州委員会は、このような判断に基づいて、マイクロソフトに対し、互換性情報の完全かつ正確な開示と合

理的かつ非差別的な条件での適時（120日以内）の開示を命じるとともに、約4億9700万ユーロの行政制裁金の賦課を命じた。<sup>(5)</sup>これに対し、マイクロソフトは、欧州委員会の決定の取消（無効）を求めて第一審裁判所に訴えを提起したが、裁判所は、欧州委員会の決定を基本的に支持する判決を下した。<sup>(6)</sup>

米国司法省と欧州委員会は、ともに、本件決定に関連して、イノベーションの促進とそれによる消費者利益の重要性を強調したが、米国司法省は、本件決定がイノベーションを妨げ消費者利益を害すると批判した<sup>(7)</sup>のに対し、欧州委員会は、逆に、本件決定がイノベーションを促進し消費者利益に資するものであると切り返し、正反対の評価を下している。本件決定に対する評価において、注目すべきことは、米国司法省が、競争ではなく競争者を保護する危険があると批判したの<sup>(9)</sup>に対し、欧州委員会は、公正な競争の条件を回復させるもの（Today's decision restores the conditions for fair competition in the markets concerned）であると応じた点である。欧州委員会も第一審裁判所も、本件決定によって、競争者がワークグループサーバーOS市場においてマイクロソフトとイコール・ベース（on an equal base）<sup>(11)</sup>ないしイコール・フットイング（on an equal footing）<sup>(12)</sup>に立って競争することを可能にする<sup>(10)</sup>と述べている。競争者それ自体を保護するというのではなく、競争者に真価に基づく公正な競争（fair competition on the merit）の機会を回復することにより、長期的に競争の保護を図ろうとしたものと捉えることができる。欧州委員会は、マイクロソフトの本件行為が競争プロセス（the competitive process）<sup>(13)</sup>を害すること、本件決定により消費者の選択肢を増大させることも強調している。EU競争法は、国家補助に係るルールを含めて、その主要な目的が、企業間のレベル・プレイング・フィールド（a level playing field）<sup>(14)</sup>ないしフェア・レベル・プレイング・フィールド（a fair level playing field）<sup>(15)</sup>を確保することにあることがしばしば述べられるのも、同じ趣旨のことを別の言葉で表現しているものとみることができる。また、市場支配的地位の濫用を禁止するE

U競争法102条が、不公正な価格設定を含めた不公正な取引条件の設定自体を一番目の濫用の例として挙げていることにもみられるように、濫用という概念自体が公正の思想に根ざしたものであると評されている。<sup>(16)</sup>

なお、米国反トラスト法も、制定当初の目的はむしろ公正にあったし、その後も公正が強調された時代もあり、<sup>(17)</sup>また、現在においても、公正をも重視する運用が模索されていることにも注意する必要がある。

### 3 「競争法」における当然違法と合理の原則

欧米の「競争法」は、米国反トラスト法、EU競争法ともに、基本的に、当然違法 (*per se illegal*) と合理の原則 (*rule of reason*) の二分法を採用している。当然違法とは、一定類型の行為が認められればそれ自体で直ちに違法とすることを意味する。これに対し、合理の原則とは、検討対象の行為について、まず、反競争効果(反競争効果とは、通常、市場支配力 (*market power*) の形成、維持又は強化のことを意味している) が認められるか否かを問い、それが否定される場合には、違法とは評価されないこととなるが、反競争効果が認められる場合には、さらに、競争促進効果が認められるか否かを問い、競争促進効果が認められない場合には、違法と評価され、競争促進効果が認められる場合には反競争効果と比較衡量して違法か否かが評価される。当然違法とされる一定類型の行為については、市場の画定も画定された市場での反競争効果の評価も不要とされる。これに対し、合理の原則が適用される行為については、市場を画定し、画定された市場の競争に及ぼす効果を評価することが必要となる。

当然違法と合理の原則の二分法は、元来、米国反トラスト法が、1890年のシャーマン法制定以降、判例法を通じて紆余曲折を経ながら徐々に確立してきたものである。今日では、当然違法とされる行為は、概ね、競争

者間の価格カルテル、数量カルテル、入札談合、地域制限カルテル、顧客割当カルテルなど、通常、反競争目的・効果以外の目的・効果を持ち得ないとされるハードコア・カルテルに限定されている<sup>(19)</sup>。したがって、競争者間の価格、数量、顧客、地域などに係る合意が認定できればそれ自体で直ちに違法とされる。また、当然違法の対象は、このような水平的制限にとどまらず、メーカーと流通業者間の垂直的制限についても当然違法とされていた時期が長期にわたり継続していた。垂直的制限が合理の原則の適用を受けるとされるに至ったのは、地域・顧客制限についてはシルベニア事件最高裁判決（1977年<sup>(20)</sup>）であり、垂直的な価格制限（再販売価格維持）のうち、最高再販売価格維持についてはカーン事件最高裁判決（1997年<sup>(21)</sup>）であり、最低・確定再販売価格維持についてはリージン事件最高裁判決（2007年<sup>(22)</sup>）であった。an effects-based approach という経済分析アプローチの進展に伴い、an forms-based approach に基づく当然違法の対象行為が徐々に限定され、合理の原則の適用対象行為が拡大してきたのである。EU競争法101条（EU機能条約101条）も、ハードコア・カルテルを当然違法とするが、当然違法の対象行為はこれにとどまらない。EU競争法は、市場統合の重要な手段であることから、市場分断をもたらす垂直的な、価格制限（最低・確定再販売価格維持に限定されるが）、地域制限、顧客制限、部品の供給制限など（これらをハードコア制限と呼んでいる）をも当然違法の対象に加えている<sup>(23)</sup>。

これに対し、日本の独禁法は、基本的に、すべての行為を合理の原則の下に置いてきた<sup>(24)</sup>。かつて、米国反トラスト当局は、1970年代後半に日本で成功した超LSI技術研究組合について、複数の有力な競争者が参加していたことから、米国反トラスト法の下では当然に違法であると非難したことがあった。しかし、その後、米国では、共同研究開発の競争促進効果を適切に認識するに至り、反トラスト法の従来における厳格に過ぎるルールを日本の独禁法に倣って緩和したことがあり、EU競争法もこれに追随したことがあった<sup>(25)</sup>。また、垂直的制限を

厳格に規制してきた米国は、日本市場の閉鎖性の象徴の一つとされた日本における流通系列化について非難を浴びせていたが、垂直的制限の競争促進的效果を適切に認識するに至り、米国反トラスト法上の厳格に過ぎたルールを緩和するに至り、日本の流通系列化への非難もなくなったことがあった。<sup>(26)</sup>

しかしながら、いずれにせよ、今日では、欧米の「競争法」は、米国反トラスト法、EU競争法ともに、ハードコア・カルテルを当然違法とする点で共通している。国際的にも、日本のようにハードコア・カルテルについても合理の原則を適用する国はほとんどない、とみられる。日本の独禁法は、この点において、グローバル・スタンダードから乖離する文字通り「ガラパゴス」化しているということができるのかもしれない。しかしながら、ハードコア・カルテルを当然違法とすることは自明のことなのであるか、その当否について根本的に検討する必要はないのであろうか。

米国反トラスト法の下でも、本来は、すべての行為に合理の原則を適用するべきであるが、ハードコア・カルテルは、通常、反競争効果のみしかなく、競争促進効果をもたらすことがないはずであるとして、執行の効率性（ないし規制の便宜）の観点から、競争者の合意のみの存在が立証できれば、当然違法としているのである。<sup>(27)</sup> 当該合意の参加者の市場シェアも当該合意が成功する見込みすらも問われない。<sup>(28)</sup> ハードコア・カルテルについて、一方では、個々の事案ごとに、市場を画定し、画定された市場での競争に及ぼす効果について検討する合理の原則を適用すると、その判断が必ずしも容易でないことから、本来反競争効果しかないものまで潜脱を許してしまいうおそれがあること、他方では、ハードコア・カルテルについて、反競争効果が認められない場合や競争促進効果が認められる事案<sup>(29)</sup>があり得るとしても、本来そのような事案は少ないはずであるから、これを当然違法としても社会的な弊害は少ない、というのである。ハードコア・カルテルに合理の原則を適用することによる過少規制



に陥ることを懸念して、当然違法に服せしめているのである。

しかしながら、ハードコア・カルテルに属するとされる共同行為であっても、反競争効果が認められない場合にまで、あるいは、競争促進効果が認められる場合にまで、なぜ当然違法とできるのであるか。しかも、米国反トラスト法の下では、当然違法とされるハードコア・カルテルはほとんど必然的に刑事訴追の対象とされる。<sup>(30)</sup>ハードコア・カルテルという競争者間の合意さえ認められれば、当該合意の参加者の市場シェアも当該合意が成功する見込みすらも問うことなく当然違法として強力な刑事制裁の対象にするというのは、比例原則を著しく逸脱し、実体的デュー・プロセス (substantive due process of law) に反することにはならないのであろうか。また、今日では、an effects-based approach という経済分析アプローチの進展によつて、ハードコア・カルテルに属するとされる共同行為についても、反競争効果の存否や競争促進的效果の存否を識別することの困難さは減少し、執行の効率性を損なわないことになっているのではないだろうか。現実にも、司法省が摘発して刑事訴追するハードコア・カルテルは、反競争効果が大きくしかも競争促進効果が認められないものに限定されているように見える。<sup>(31)</sup>このような運用によつても、執行の効率性は損なわれていないのではないだろうか。しかし、そうだとすると、執行の現実の運用に即して、ハードコア・カルテルにも合理の原則を適用し、反競争効果と競争促進効果とを検討すべきことにはならないのであろうか。そうすることにより、ハードコア・カルテルに属するか否かという行為の形式類型に基づくレッテル貼りという an forms-based approach から決別し、an effects-based approach という経済分析アプローチを反トラスト法全体に及ぼし、反トラスト法の整合的且つ一貫性のある法執行が可能になるのではないだろうか。



#### 4 制裁と手続法と実体法

グローバル・スタンダードとしての欧米の「競争法」の執行手続が、適正手続の観点から勝っており、日本の独禁法もこれに倣うべきである、という主張も有力である。公取委の審判制度廃止後に導入のための検討が開始される予定の供述調書作成時における写しの提供、供述録取の際の弁護士同席、弁護士秘匿特権<sup>(32)</sup>なども、このような観点から理解することができる。それらの諸制度自体としては、適正手続の要請に適合するといえるのかもしれない。しかし、適正手続の要請は事実の解明の要請との関連において検討しなければならないが、その検討に当たっては、日本における現実の企業とその役員・従業員との関係およびその関係を踏まえた企業とその役員・従業員との間の利益相反などの問題について十分考慮する必要がある。

より重要なことは、適正手続の要請は、本来、科される制裁の峻厳さと比例的関係に立つはずである。ハードコア・カルテルに対する制裁（米国での巨額の罰金と禁錮刑の実刑、EUでの巨額の行政制裁金）の峻厳さに、欧米の「競争法」と日本の独禁法との間には比較に値しないほどに大きな格差があるのは周知の通りである。<sup>(33)</sup>適正手続の観点から、欧米の「競争法」の執行手続に倣うべきであるというのであれば、科される制裁の峻厳さも欧米の「競争法」に倣うべきであるということになる。しかし、このような主張は有力ではない。

また、適正手続の要請は、競争当局や原告に与えられる攻撃の武器の程度と範囲と比例的関係に立つはずである。欧米の「競争法」の競争当局による調査の非協力や妨害に対する制裁の峻厳さも日本の比でないことも周知の通りである。<sup>(34)</sup>適正手続の観点から、欧米の「競争法」の執行手続に倣うべきであるというのであれば、欧米の「競争法」の競争当局や原告に与えられるのと同じ程度と範囲の攻撃の武器を公取委や原告にも与えられるべき

であり、調査の非協力に対して科される制裁の峻厳さも欧米の「競争法」に倣うべきであるということになる。<sup>35)</sup>しかし、このような主張も有力ではない。

米国反トラスト法との関係では、おとり捜査や盗聴の自由度の高さ、司法取引制度、ペナルティ・プラス制度、証拠開示 (Discovery) 制度、3倍額賠償制度、クラス・アクション制度、陪審制度などグローバル・スタンダードから乖離する米国特有の諸制度が目白押しである。米国反トラスト法の執行手続における適正手続の要請は、これらの諸制度全体との関係で検討されなければならないのである。しかし、今日、主張されるグローバル・スタンダード論には、このような検討は乏しい。

また、このような米国の手続法上の諸制度が、米国反トラスト法の実体法上のルールにも大きな影響を与えていることにも十分留意する必要がある。

連邦取引委員会は、近年、反競争的行為に対し、不公正な競争方法又は不公正若しくはぎまんな行為・慣行を禁止する連邦取引委員会法5条を適用する機会を増大させようとしているが、それは、不当な取引制限や独占化を禁止するシャーマン法1条・2条を適用すると事実上必然的に巨額となるおそれのある3倍額賠償請求が待っているからである。<sup>36)</sup>3倍額賠償制度は、クラス・アクション制度、証拠開示制度、陪審制度などと合わさって、そのコストを一層増大させるからである。連邦取引委員会が、連邦取引委員会法5条を適用してシャーマン法2条の適用とその後の3倍額賠償請求を回避したインテル事件(2010)<sup>37)</sup>がその好例である。また、多くの裁判所も、同様の理由で、シャーマン法の適用範囲を限定してきている。<sup>38)</sup>その代表例が、3倍額賠償請求事件において、訴答 (pleading) 段階における合意の立証要件を引き上げ証拠開示段階への移行を回避させた Twombly 事件(2007)<sup>39)</sup>、事業法の存在によって反トラスト法の事実上の適用除外を認めた Trinko 事件(2004) (電気

通信法とシャーマン法2条との関係が問題となった事件<sup>(40)</sup>、Credit Suisse 事件 (2007) (証券法とシャーマン法1条との関係が問題となった事件<sup>(41)</sup>) などである。

このことは、米国反トラスト法の実体法上のルールは、それ自体としてのみ検討するのではなく、米国特有の手続法上の諸制度との関連において検討しなければならないことを示している<sup>(42)</sup>。グローバル・スタンダード論にはこのような視野が不可欠である。

なお、公取委は、平成23年7月以降、企業結合審査における事前届出前に行われてきた非公式の事前相談を原則的に廃止する方針であるといわれる。公取委の事前相談は、企業結合審査におけるグローバル・スタンダードに照らして、迅速性、透明性、予測可能性などの点で劣ると批判されたことによるものである<sup>(43)</sup>。公取委も、事前相談の原則廃止は、迅速性および国際的整合性の向上を図るものであると説明している<sup>(44)</sup>。しかし、筆者のヒアリングによれば、例えば、最も直近のパナソニックによる三洋電機の公開買付に対する米国の連邦取引委員会、欧州委員会および公正取引委員会による審査手続は、大同小異であり、特に公正取引委員会の事前相談を伴う審査が迅速性、透明性、予測可能性などの点で問題があったわけではなく、求められる情報の詳細性はむしろ欧米競争当局の方が上回っていたともいわれる。とりわけ、欧州委員会による審査では、法律上の事前届出の前に、従来公正取引委員会が実施してきた事前相談と類似する、長期間に及ぶ非公式の事前相談が行われたといわれる<sup>(45)</sup>。企業結合審査におけるグローバル・スタンダード論が、実態に即したものでなかったことは明らかである<sup>(46)</sup>。

おわりに

企業活動のグローバル化が「欧米の時代」から「アジアの時代」へと大きく舵を切りつつある今日、欧米の

「競争法」が「競争法」のグローバル・スタンダードであるとするグローバル・スタンダード論は、今後とも維持することができるのであろうか。<sup>(47)</sup> 経済活動のルールは、国際的な経済活動の中心となる国や地域のルールがグローバル・スタンダードになって行くのかもしれない。

しかし、本覚書の意図は、「競争法」の新たなグローバル・スタンダード論の構築を期待するところにあるのではない。むしろ、安易な「競争法」のグローバル・スタンダード論に不満を述べるのにすぎない。仮に今後とも「競争法」のグローバル・スタンダード論の構築を模索するとしても、グローバル・スタンダード候補となる国や地域の社会全体、その国や地域の諸制度全体、その国や地域の法律制度全体、少なくともその国や地域の「競争法」を構成する実体法と手続法の全体の実態を正確に把握した上で、グローバル・スタンダードとなる資格の適格性についての慎重な審査・検討が必要となる。

- (1) 筆者は、すでに、神戸大学「市場化社会の法動態学」研究センター（文科省21世紀COEプログラム拠点）が開催した第2回国際シンポジウム「アジア市場における持続可能な競争秩序の多様性に向けて——法動態学からのアプローチ——」における「問題提起」及び「統合コメント」（神戸法学雑誌55巻1号（2005年6月））において、「競争法」の多様性を強調する発言を行っている。

- (2) 筆者は、前掲注（1）の「問題提起」において、青木昌彦著・滝澤弘和・谷口和広訳「比較制度分析に向けて」（NTT出版2003）（Masahiko Aoki, TOWARD A COMPARATIVE INSTITUTIONAL ANALYSIS (Massachusetts Institute of Technology 2001)）に示唆を得て、「競争秩序・競争法は、契約・取引制度、雇用・労働制度、金融制度、事業者団体制度、企業組織の統治制度、行政・司法制度など他の諸制度と密接に関連している。例えば、取引契約の長期性・継続性、雇用・労働の流動性、資金調達容易性、事業者団体の影響力、企業売買市場の厚み、行政・司法の透明性・公正性などは、競争秩序・競争法のあり方に大きな影響を及ぼし得る重要な要因であるが、各国・地域によって相当異なっている。したがって、各国・

- 地域の競争秩序・競争法の多様性を考察し比較する場合には、上記の他の諸制度との連関について視野に入れることが必要である。」と述べている。
- (3) 日本の独禁法は、EU競争法と同様に、目的を効率のみならず公正にも求めており、公正競争阻害性を要件として不公正な取引方法を禁止し、不公正な取引方法の一類型として優越的地位の濫用を禁止しているところからみられるように、EU競争法以上に、公正な競争や公正な取引を重視している。
- (4) この違いは、このほか、米国反トラスト法上問題とされなかったが、EU競争法では問題とされたインテル事件（インテルによる忠実リベートの供与が旧82条違反の市場支配的地位の濫用を構成するとされた。COMMISSION DECISION, [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/37990/37990\\_3581\\_11.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37990/37990_3581_11.pdf)。本件は、なお裁判所所で係争中である。）<sup>19</sup> ランバス事件（標準化過程において特許権を有していることを隠して規格採用を得たことが市場支配的地位の濫用を構成するとされ、ライセンス料の上限設定を合意することにより終了した。Antitrust: Commission accepts commitments from Rambus lowering memory chip royalty rates (9 December 2009), <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?IP/09/1897>。GE/ノルウェル事件（水平型企業結合のみならず、垂直型および混合型企業結合の側面にも着目して合併規制規則に違反するとされた。本件については、池田千鶴「競争法における合併規制の目的と根拠—EC競争法における混合合併規制の展開を中心として—」（商事法務 2008）に詳細である。）などの対応の違いにおいてもみられる。
- (5) Commission Decision 2007/53/EC of March 2004 (欧州委員会HP)。
- (6) Case T-201/04 Microsoft v Commission (欧州委員会HP)。
- (7) R. Hewitt Pate, Assistant Attorney General Antitrust, ISSUES STATEMENT ON THE EC'S DECISION IN ITS MICROSOFT INVESTIGATION, [http://www.usdoj.gov/atr/public/press\\_releases/2004/202976.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2004/202976.htm)。
- なお、米国反トラスト法上も、マイクロソフト事件同意判決 (U.S. v. Microsoft, 231 F.Supp.2d 144 (D.D.C. 2002)) において、交換性情報の開示が一定程度求められていたが、これは、シャーマン法2条違反を構成するパソコン用OS市場の独占化 (monopolization) に対する排除措置の一内容として命じられたものであって、交換性情報の開示自体を反トラスト法違反を構成するものとしたものではない。これに対し、EU競争法上のマイクロソフト事件は、交換性情報を完全かつ正確に開示しなかったこと自体を（上記米国反トラスト法上の交換性情報の開示では不十分であるとして）82条違反の市場支配的

- 地位の濫用を構成するものではないとされたものであった。
- (8) Commission concludes on Microsoft investigation, imposes conduct remedies and a fine (24 March 2004) <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/382>.
- (9) Pate・前掲注(7)。
- (10) Commission・前掲注(8)。
- (11) Commission Decision・前掲注(4) para.282.
- (12) Case T-201/04・前掲注(5) para.230.
- (13) Commission・前掲注(8)。なお、エレノア・M・フォックス (Eleanor M. Fox) 「効率性のパラドックス」ロバート・ピトフスキー編、石原敬子・宮田由起夫訳「アメリカ反トラスト政策論—シカゴ学派をめぐる論争—」(晃洋書房 2010) NOMIC ANALYSIS ON U.S. ANTI-TRUST, FIRST EDITION” (Oxford University Press 2008) も、米国反トラスト法は「効率性を目的とするのに対し、EU競争法はマイケルソンソフト事件にみられるように、競争プロセス・市場アクセスを重視している」ことを明らかにしている。また、効率性の名の下に、経済学的に保守的な米国反トラスト法が支配的・主導的企業による非効率的行動を擁護し、結果として非効率性を保護している、効率性のパラドックスを生み出しているとも述べている。
- (14) Commission・前掲注(8) および Neelie Kroes, European Commissioner for Competition Policy, Introductory remarks on CFI ruling on Microsoft’s abuse of dominant market position, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/07/539>.
- (15) Neelie Kroes, European Commissioner for Competition Policy, Five years of sector and antitrust inquiries Keynote address at “Competition 09 Summit” (3 December 2009) p.3, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/09/56>; Joaquin Almunia Vice-President of the European Commission responsible for Competition Policy “Europe 2020: for competitive and sustainable industries” Industriegewerkschaft Bergbau, Chemie, Industries (IG BCE) Advisory Board- “The future of work, innovation and industries” (16 April 2010) p.3, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/165>; Cecilio MADERO VILLAREJO Acting Deputy Director General Directorate General for Competition European Competition, Annual Conference on European Antitrust Law, Academy of European Law (ERA) (3 March 2011) p.6.

- (16) デービッド・ガーバー (David J. Gerber) 「競争法における公正の意義・欧州・米国の歴史」小川政雄＋高橋岩和『アジアの競争法と取引法制』(法律文化社 2005) 62頁、66頁～70頁。なお、市川芳治「EU競争法の規範的考察に関する一考察(上)(中)(下)」公正取引714号72頁、同715号46頁、同716号65頁は、EU競争法の目的について、公正な競争機会と同義とみられる「経済的自由」という用語を用いることにより、米国反トラスト法との違いを明らかにしようとしており、本稿の問題意識と共通するところがある。また、池田・前掲注(2) 501頁～504頁は、米国反トラスト法による合併規制と異なるEU競争法による合併規制の特色として、長期的な競争環境を維持しようとする、他の競争者の仕入先および販売先へのアクセスを重視した運用を行っていること、消費者の選択肢の多様性を重視した運用をしていることなど、本稿と共通する指摘を行っている。
- (17) この点については、ガーバー・前掲注(14) 64頁～65頁、根岸「独占禁止法の違法判断と経済学利用」『独占禁止法の基本問題』(有斐閣 1990) 1頁、4頁および8頁注(5)(6)(7)。また、根岸・前掲注(1)「問題提起」および「統合コメント」でも論じている。
- (18) 例えば、標準化過程で規格に採用された技術につき特許権を保有することを開示せず又は隠した上で、後にライセンス拒絶や高額なライセンス料請求を行い、ホールドアップ問題を生じさせた場合に、狭義の反トラスト法(独占化を禁止するシャーマン法2条)ではなく、不正な競争方法又は不正な行為・慣行を禁止する連邦取引委員会法5条違反を問うたランバス(Rambus)事件(FTC Issues Complaint Against Rambus, Inc., Deception of Standard-Setting Organization Violated Federal Laws, <http://www.ftc.gov/opa/2002/06/rambus.shm>)やエヌ・データ(N-Data)事件(FTC challenges Patent Holder's Refusal to Meet Commitment to License Patents Covering 'Ethernet' Standard Used in Virtually All Personal Computers in U.S., <http://www.ftc.gov/opa/2008/01/ethernet.shm>)。また、パソコン用CDUの世界市場で独占的なインテル(Intel)の強制又はぎまんの行為による競争者排除行為を、狭義の反トラスト法(独占化を禁止するシャーマン法2条)ではなく、不正な競争法又は不正若しくはぎまんの行為・慣行を禁止する連邦取引委員会法5条違反に問うたインテル事件などがある。インテル事件について、連邦取引委員会競争局長は、インテルの行為は、フェア・プレイの原則(the principles of fair play)と真価に基づく競争を保護する法(the laws protecting competition on the merits)を踏みにじつてきたと述べている(FTC challenges Intel's Dominance of Worldwide Microprocessor Markets, <http://www.ftc.gov/opa/2009/12/intel.shm>)。



- (19) Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors Issued by Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice (April 2000) p.3.
- (20) Continental T.V. v. GTE Syltania, U.S. 36 (1977).
- (21) State Oil Co. v. Kahn, 522 U.S. 36 (1997).
- (22) Leegin Creative Leather Products v. PSKS, 551 U.S. 877 (2007).
- (23) Article 4 Restrictions that remove the benefit of the block exemption — hardcore restrictions of COMMISSION REGULATION (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101 (3) of the Treaty on the Functioning of European Union to categories of vertical agreements and concerted practices O. J. L102/1.
- (24) ただし、例外的に、再販売価格の拘束が、第一次粉ミルク事件最判昭和50年7月10日民集29巻6号888頁に基づき、当然違法として取り扱われているようにみえる。流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針（公正取引委員会 平成3年7月11日最新改正平成22年1月1日）第2部—1—（第一 再販売価格維持行為）。しかし、水平的な価格制限である競争者間の価格カルテルに合理の原則を適用しながら、垂直的な価格制限をそれ自体で当然違法とするのは、理論的な一貫性・整合性を欠いている。なお、昭和28年独禁法改正までは、旧4条が、価格カルテル、数量カルテル、技術・製品・販路・顧客の制限、設備の制限、新技術採用の制限などの特定の共同行為について、影響が問題とする程度に至らない限り違法とし、当然違法に近い規定を定めていたことがあった。
- (25) 根岸「共同研究開発と独占禁止法」工業所有権法学会年報9号1頁〜2頁（1986）。
- (26) 根岸「流通規制の国際比較」宮澤健一・高丘季昭編『流通の再構築』（有斐閣 1991）54頁。
- (27) 根岸・注（15）10頁〜13頁。
- (28) 中川晶比兒「水平的協定における合理の原則と比較衡量（一）」法学論叢155巻2号57頁、68頁。
- (29) 柳川範之・大東一郎「カルテル規制」後藤晃・鈴木興太郎『日本の競争政策』（東大出版会 1999年）71頁は、新しい産業組織論に基づく理論的可能性として、ハードコア・カルテルに属するとされるカルテルであっても、品質維持、業界標準の確立、研究開発の外部性、動学的効率性、費用上昇に伴う企業行動の合理性などの観点から経済厚生に望ましい効果をもたらす場合があることを明らかにしている。同論文は、だからといって、直ちに、ハードコア・カルテルにも合理の原則を

- (30) 適用するべきであるとは結論づけてはならない。しかし、同論文は、ハードコア・カルテルを当然違法とすることが必ずしも自明でないことを示唆している。
- (31) EU競争法も、ハードコア・カルテルを、101条の下で、当然違法として巨額の行政制裁金を課しており、米国反トラスト法と実質的に同じ状況にある。
- (32) また、ハードコア・カルテルに属するとされるカルテルであっても、現実には、競争促進効果が認められる事案も登場することから、これを当然違法とはできず、合理の原則も簡易なものから完全なものまで様々な程度と範囲の合理の原則を登場させるに至っている。この点については、比較的最近のものとして、中川・前掲注(27)の論文及びその(二)法学論叢155巻4号50頁を参照。
- (32) 平成22年3月10日内閣府政策会議(公正取引委員会関係)(参考2)「公正取引委員会が行う行政調査手続における手続保障の在り方に関する検討について」(公取委HP「政策会議」)。
- (33) 例えば、独占禁止法研究会報告書(平成15年10月28日 公正取引委員会)に添付されている別紙資料の別紙7「我が国の課徴金とEUの制裁金の比較」および別紙8「日本企業を含む最近の国際カルテル事件」参照。また、経済産業省に設置された競争法の国際的な執行に関する研究会の中間報告書(平成20年6月)および競争法コンプライアンス体制に関する研究会の報告書―国際的な競争法執行強化を踏まえた企業・事業者団体のカルテルに係る対応策―(平成22年1月29日)がコンプライアンス体制の構築・整備へ向けた提言を行ったのは、欧米の「競争法」による制裁が日本の独禁法をはるかに超える峻厳さであることの認識に基づくものであった。なお、EU競争法では市場支配的地位の濫用に対する制裁も峻厳である。上記競争法コンプライアンス体制に関する研究会の報告書8頁の図表4および同9頁図表5参照。
- (34) ハードコア・カルテルに対しては、EU競争法においては、行政調査の非協力や妨害に対して、前年度の売上額の10%以下の行政制裁金の賦課における加算要因となるとともに、行政調査の非協力や妨害それ自体に対し前年度の売上額の1%以下の行政制裁金を賦課している。米国反トラスト法においては、ハードコア・カルテルに対しては直接物理的抵抗を排除して捜査ができる犯罪捜査が行われ、犯罪捜査の非協力や妨害に対してはそれ自体に対して刑罰等の制裁が科されるとともに、犯罪捜査の非協力や妨害はハードコア・カルテルに対する刑罰を科す上での加算要因となる。これに対して、日本の独禁法は、ハードコア・カルテルについて、犯則調査の対象にすることは極めて例外的であり、行政調査に対する非協力や妨害に

- 対しては、実効性の乏しい刑罰による間接強制制度（94条）を用意するのみであり、課徴金の加算要因ともなっていない。
- (35) 吉野裕介「『国際標準』の実態正視を」公正取引715号54頁は、「防御権だけは欧米並に配慮し、調査側の攻撃手段は縛ったままでは、著しくバランスを欠く」とし、「国際標準」の実態を正視すべきことを述べている。
- (36) Statement of Chairman Leibowitz and Commissioner Rosch In the Matter of Intel Corporation Docket No.9341 File No.0610247 p.1.
- (37) FTC Approves Modified Intel Settlement Order, <http://www.ftc.gov/opa/2010/11/intel.shtm>.
- (38) Concurring and Dissenting Statement of Commissioner J. Thomas Rosch In the Matter of Intel Corporation Docket No.9341 File No.:061 0247 pp.1,4. キウヰナ Twombly 事件と Credit Suisse 事件を挙げているが、同(3)ナは、Trinko 事件にも当てはまる。
- (39) Bell Atl Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007).
- (40) Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V.Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004).
- (41) Credit Suisse Sec. (USA) v. Billing, 551 U.S.264 (2007).
- (42) 隅田浩司・公正取引710号62頁も、Twombly 事件の解説において（65頁）、「米国反トラスト法を理解するためには、実体の解釈だけ見ても意味がなく、手続的側面を十分に理解しない限り多面的な理解は不可能である」と警鐘を鳴らしている。
- (43) 企業結合の事前届出制自体は、日本の独禁法が最も先導的であって、その後、米国反トラスト法もEU競争法もこれに倣い、すべての企業結合形態に対する事前届出制を採用するに至った。日本の独禁法は、株式取得に限って事後報告制の下にとどめることを続けていたことから、平成21年改正法によりすべての企業結合形態を事前届出制の下に置くに至った。
- (44) 「企業結合規制（審査手続及び審査基準）」の見直し案に対する意見募集について」（平成23年3月4日 公正取引委員会）1頁、2頁。
- (45) EU競争法上の合併規則においては、不承認（違法）決定（2条3項）のみならず、承認する場合にも行政処分としての合法決定を行う（2条2項）点で、透明性の点で優れている。
- (46) 企業結合審査における「事前相談」の原則廃止は、政治（ないし経済産業省）主導に基づくものであり、国際的整合性の観

(47)

点からも、「事前相談」自体のメリット・デメリットの観点からも、正確な実態把握に基づくものとはいえない。

欧米の「競争法」を超えて公正な競争や公正な取引を重視する東アジアないしアジアの「競争法」のリージョナル・スタンダード論の模索が始まっているといえるかもしれない。例えば、裨貫俊文ほか特集「国際金融危機と東アジア経済法の現状」新世代法政策学研究8号77頁以下、林秀弥「アジアにおける競争法の法整備支援」公正取引715号23頁、根岸・前掲注(1)「統合コメント」など。