

「不当な取引制限の成立と立証（上）（下）」に学ぶ

北海道大学大学院法学研究科 教授 中 川 寛 子

和田健夫先生のご退官及び名誉教授ご就任を心よりお祝い申し上げます。そして、長期にわたり、経済法学会に対してはもちろんのこと、小樽商科大学の学長として残された偉大なご貢献は、小樽商大だけでなく北海道全体、ひいては日本全体の大学のモデルとしても先駆的なものであったと、様々な報道に接し深く感銘を受けておりました。少しゆりりとご休養頂き、そして心伸びやかに研究に専念おできになるよう、心よりお祈り申し上げます。北大経済法研究会でのご指導を賜る機会が増えることを、楽しみにお待ちしております。

さて、このたび、和田先生のご退官記念特別号への執筆を許され、改めて、代表的研究に触れたいと思い、和田先生の「不当な取引制限の成立と立証(上)(下)」¹⁾(以下、「本論文」という)を読み直した。

「時代を超える名著」というものが、「ちゃんとあるものだなあ…」というのが、何より強い実感である。こういう論文を書きたい、と思いつつも、なかなかこうはいかない。なお、以下は書評めいた形式になるが、上から何とやら、などではあろうはずもない。遠い空の星を見上げての憧憬と尊敬の思いにて駄文を認めさせて頂く。

本論文が、1995年の公表以降、不当な取引制限規制を学ぶ上での必読文献で

1) 和田健夫「不当な取引制限の成立と立証（上）（下）」商大討究45巻3号109頁-173頁、同47巻2 = 3号145頁-180頁（1995年、1997年）。以下、和田（上）、または和田（下）と引用する。

あるのはいうまでもない。法律論文としての結構の確かさ、日本の学説、判例・審決例、欧米の学説・事例への万遍ない言及と整理はもちろん、実体要件と立証問題の正確な区別及び相互の関連性、政策論、立法論との区別が厳格に維持されている。

1995年当時において、ゲーム理論を用いた寡占企業間の戦略的相互依存関係に関する議論等への目配り、課徴金の導入がかえってカルテル行為の摘発・立証を困難にするのではないかとのご指摘は、まさに先見の明であろう。

本論文において示唆・言及されていることで、四半世紀を経た今日、学説上も実務上も定着している例を挙げれば、枚挙に暇がない。さしあたり、実質的競争関係概念の拡大傾向、縦の関係への規制の拡大傾向、間接証拠を用いた「合意」の立証方法の確立、については異論が出ないだろう。

カルテル規制において、常に問題となるのは、寡占市場における意識的並行行為と、法が規制の対象とすべき不当な取引制限行為との識別である。そして、これは本論文を貫く問題意識であろう。

例えば、東芝ケミカル判決²⁾は、独禁法2条6項の「共同して」の解釈を「意思の連絡」があったと認められることが必要とし、「意思の連絡とは、複数事業者間で相互に同内容または同種の対価の引き上げを実施することを認識ないし予測し、これと歩調をそろえる意思があることを意味」とし、明示の合意までは必要でなく黙示の意思の連絡で足りると述べた。この判示部分は、多摩談合事件³⁾において最高裁も支持しているが、読み方によっては、黙示の意思の連絡と意識的並行行為（conscious parallelism）との識別が困難なようにも思われる。実際のところ、日本で規制されてきた事例においては、例え「暗黙の合意」とされる事例においてもなんらかの接触がある。実務上、究極的な限界事例は今のところ存在しないのかもしれないが、理論的には、どういう場合に意識的並行行為と法禁の行為が区別されるのか、について議論が不可欠と

2) 東京高判平7年9月25日、審決集42巻393頁。

3) 最判平24年2月20日、民集66巻2号796頁。

なる。

この点、本論文では、「事業者の意識（state of mind）」⁴⁾「人為」の重要性が一貫して説かれている。

また、不当な取引制限、とりわけ行為要件である「共同して…相互にその事業活動を拘束し」の解釈論について、日米欧の学説の広範かつ精密な検討から、「合意」概念の外延がそれぞれどこにあるか、概念論争の限界、が示される。そして、立証面について、明示的な合意・協定が存在しない場合における、各種の証拠の活用の仕方等が綿密に述べられている。

以下、本論文の構成に沿って詳しく議論を追ってみよう。

【要件論・合意概念】

最初に、日本の学説の議論状況について、「相互拘束中心説」⁵⁾と「共同遂行独立要件説」⁶⁾の特徴が丁寧に説明され、相違が明らかにされる。そして、相互拘束中心説について、従来の通説より拡張的に解釈しうることが述べられる。

続いて、欧米判例におけるconcerted action（米）、concerted practice（欧）概念について、学説・裁判例が精細に紹介・解説される。

米国については、判例の詳細な検討から、シャーマン法1条の「「共謀」概念の本質の提示」⁷⁾が試みられ、そして「共謀とは、違法な目的・効果を持った計画に意識的に参加すること」とし、それらが（明示的な）申し合わせや協定によって生まれるとは限らず、ある事業者や個人によって提示されることもある」とする。

そして、米国法におけるconcerted action概念と「（明示の）合意・協定」概

4) 和田（下）、前掲注1、167頁。

5) 代表的な論説として、今村成和「独占禁止法入門（第4版）」（有斐閣、1993年）など。

6) 代表的な論説として、正田彬「全訂独占禁止法Ⅰ」（日本評論社、1980年）、根岸哲「独占禁止法入門」（有斐閣、1983年）など。

7) 和田（上）、前掲注1、153-154頁。

念との相違、情報交換活動の共謀認定上の役割、等も明らかにされる。また、concerted actionが、いかにして状況証拠から認定されてきたか、とりわけ意識的並行行為との識別には、何が必要であり、決定的となるのか、がきわめて詳細に紹介されている。

EU法についても、EU機能条約101条の、concerted practice概念について非常に精緻に検討されている。共同行為と訳されがちであるが、独語とも比較した上で、むしろ「協調行為」の方が正確である、との指摘からは、原語の語感がよく理解される⁸⁾。

EC裁判所(当時)判決の検討から、concerted practiceを、明示の合意と単なる行動の一致の中間に位置する調整行為であることを位置づけ、「意識的」な「協同(co-operation)」をもたらす事業者間の調整行為(co-ordination)のということばからは、少なくとも共に行動しているという当事者の意図=共通の意図を前提としているようにもみえる⁹⁾とし、行動の調整がどのようにもたらされているのかについて述べた判決¹⁰⁾を引用しつつ、「将来の行動に関する不確実性を排除・軽減する目的又は効果を持つ「直接的又は間接的な接触」が意識的な協同を生む調整行為の、いわば構成要件である」と述べ、「他の者も同様の行動(を?)取るであろうと期待しつつ、これに歩調を会(合?)わせるといふ主観的な関係が前提になっている・・・但し、事業者の間にあるそのような意識あるいは意図が、直接又は間接の接触を通じて、いわば人為的に形成されたことが重要である(括弧内筆者)」¹¹⁾と述べられている。

このようにして正統的な比較法研究から、不当な取引制限にかかる行為要件論としての「事業者の意識(相互の認識・協調/同調)」「人為」の重要性が導き出される。

8) 和田(上), 前掲注1, 154頁注2)。

9) 和田(上), 前掲注1, 156頁注6), 注7) (quoting ICI v. Commission, Case 48/69, [1972] ECR 619, para.64)。

10) 和田(上), 前掲注1, 159-157頁 (citing Suiker Unie v. Commission, case 40/73, [1975] ECR 1663, paras.173-174)。

11) 和田(上), 前掲注1, 157頁

【立 証】

立証に関する今なお重要な示唆は、証拠は多様であり限定すべきでないこと、「ライバルの行動の不確実性を減少・除去するような人為的措置」¹²⁾それ自体に注目することによって証拠の種類を広げることができるというご指摘であろう。これは、課徴金制度の普及・強化改正により、悪質なカルテルほど水面下に潜る傾向が強まっている現在、一層強い意義を持つ。

そして、情報交換活動の、証拠としての扱い方に関する示唆もまた重要である。情報交換活動は、合意を立証する間接証拠として、重要度の高い証拠となり得るとしつつも、それがないことで直ちに証拠不足とするのではなく、「それ以外の証拠から隠された協定を推認する方法も否定されるべきでない」¹³⁾との論述は、非常に重要だろう。その意義は、情報交換活動には競争促進効果を伴う場合があり、それ自体を違法とすべきでないことについて、研究・実務が進んでいることからみても、改めて首肯される。

さらに、そうした経済証拠を立証上活用するためには、「各産業の実態調査や研究が十分行われ…信頼でき、かつ操作可能な結果やデータが蓄積される」ことが前提となり、それを「補助的な判断資料として用いるのが適切」¹⁴⁾とする。デジタル化の進む今日、公取委は多くの実態調査報告を出しているところ、それらの今後の立証における活用のあり方としても、重要な示唆である。

【デジタル時代への貢献】

ところで、25年も前に執筆された本論文は、もはや古めかしい時代遅れなもの、なのだろうか。デジタル化社会においては、応用しがたい論理なのだろうか。筆者は、決してそうは思わない。むしろ適用可能な面が多々あると思われる

12) 和田（下），前掲注1，175頁ほか。

13) 和田（下），前掲注1，176頁。

14) 和田（下），前掲注1，176頁。

る。

とりわけそう考える理由は、事業者間の「意識状態」、及び「人為」への注目である。これはおそらく、本論文を貫く主張であろう。この点への着目は、人間心理に着目する行動経済学寄りのアプローチが採られるときに、一層の重要性を持つ。

デジタル化が刻々と進む今日の文脈においても、日米欧とも、現時点では、基本的に「人」「事業者」の行為を規制する、という姿勢にさほど違いはないように思われる。自動運転車についても運転者・製造者に責任を負わせるなど¹⁵⁾、やはり「人」の行為に最終的には帰着させるという規制態度は、少なくとも当面変わらないのではないか。アルゴリズム・カルテルであっても、アルゴリズムを組んだ者の設計思想において「人為」は見いださうように思われるのである。

そうすると、本論文が示す事業者の意識状態・人為への着眼は、やはり重要であり続けるのではないか。仮にAIが「意識」を持ち、なんらかの人権や法的責任を持たせるべきという時代¹⁶⁾が到来すれば、その「自主性」について責任を問う必要があるかもしれない。そのときの責任関係を視野に入れたとしても(ヒトが支配側・責任を負う側にいるべきかどうかも含めて)、「意識状態」なり「人為」こそがカルテル規制において重要となるという点で、もしかすると本論文はAIへの責任を問うる可能性さえ示唆しているのかもしれない(むしろ、和田先生のこと、そのような事態への応用は、おそらく留保されるだろうが)。

15) 藤田友敬編『自動運転と法』第2部第2章「自動運転と運行供用者の責任」(藤田友敬執筆)(有斐閣、2018年)など。

16) 宇佐美誠編『AIで変わる法と社会』第1章第3節(宇佐美誠担当部分)(岩波書店、2020年)などは、興味深い問題意識を提示している。確かに技術革新の速さを考えれば、何らかの準備は必要であろう。

【ま と め】

以上拝見してきた以外にも、まだまだ、学ぶべき点があるのである。

司法機関及び独禁法の事後規制型行政機関と、事前規制型の行政機関とでの、権限間・機関同士の責任分担関係が強く意識されている、英語・独語のニュアンスにまで目配りした上で、各種概念の注意深い日本語への翻案がされている、等々。

さらには、和田先生のユーモアや読者への思いやりも散見される。「読者を辟易とさせるような・・・長々と続く叙述」¹⁷⁾（認定事実にかかる分析であるから紹介するのはむしろ親切なのに!?）、「以上のささやかな検討」（これだけ膨大な論文が!?）など、思わず笑顔にさせられる。そして、結論部分は、なんと(1)~(4)という番号形式がとられる。内容を余すところなくまとめつつも、この潔さ、わかりやすさである。研究会等での鋭いご指摘とともに、懇親会でビールを片手に、にこやかに独語の歌を歌われる和田先生の笑顔が思い浮かんだ。

さて。以上述べてきたように、本論文の目配りの広さ、緻密さ、周到さには、感嘆するほかない。本論文が執筆された当時から四半世紀を経ても、色あせるどころかむしろ輝きを増すように思われる。

繰り返すが、本論文は日本法上の不当な取引制限規制において、重要な方向性を示してきた。学術的にも実務的にも、御執筆当時はもちろんのこと四半世紀を経てなお、理論的基礎を与え続けている。いわば日本の不当な取引制限規制を支える「背骨」であり「真髄」である。とりわけ、新聞販路協定事件判決¹⁸⁾以降、「（競争者間の・明示的な）合意」の形成過程や、成立の詳細に関する厳密な立証に拘泥していた実務を、今日のような積極的な規制方向へと大きく動かすことは、本論文なしには困難だったのではなかろうか。

17) 和田（上）、前掲注1、153頁。

18) 新聞販路協定事件・東高判昭和28年3月9日、高民集6巻9号435頁。

競争法政策は、常に政策的な面と法律的な面と、両方を持つのだろう。その中であって、独禁法学の研究者の役割は、ある種の政策や実務に対して、後追いや解説にとどまるのではなく、学術的・理論的な見地からそれらが肯定され得るか否かを、冷静に客観的に評価することにあるのだろう。

そのような意味で、本論文はお手本であると改めて実感された。何度読み直しても、その度に新しい発見を与えて下さる。そして今、改めて背筋が伸びる思いをしている。この思いを忘れず研究を続けなければならない、努力を続けなければならない、そう教えて下さった。迷ったら立ち戻りたい論文である。そして、今後の新たなご研究を通じて、引き続き和田先生のご指導を賜ることを願ってやまない。