

独占禁止法の違反行為類型と法科大学院教育

栗 田 誠

「反トラスト法は修得が難しい科目である。初学者は事実から論点を抽出すること自体に困難を感じるが、その多くは『トリアージ』が的確にできないことによる。救命救急における重症度判定にも似て、反トラスト事例分析における最初の難問はどのような分析が必要になるかを大まかに分類することにある。」⁽¹⁾

I はじめに

本稿は、法科大学院において「独占禁止法」あるいは「経済法」を教授する際に、どのような体系・順序により説明することが初学者の理解度を高めることにつながるかを検討するものである。平成16年度に法科大学院が開設されて以来、10数年にわたり独占禁止法の教育に携わる中で得られた知見を披露し、江湖のご批判を得たいと考えたものである⁽²⁾⁽³⁾。

- (1) Daniel A. Crane, ANTITRUST, Wolters Kluwer, 2014, p. 13. 著者はミシガン大学ロースクール教授であり、同書はロースクール学生向けの副読本である。
- (2) 私事ながら、平成30年3月末を持って千葉大学を退職することとなり、専任教員として法科大学院で独占禁止法の教育に当たることはなくなることもあり、本稿を公表することには些か躊躇もあるが、独占禁止法の体系的理解と今後の法科大学院教育に何らかの貢献ができれば望外の喜びである。
- (3) 本稿は、北海道大学グローバルCOEプログラム「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」による研究会における報告「独占禁止法の禁止行為類型と法科大学院教育」(平成24・6・16)が基となっている。報告の機会を与えていただいた北海道大学関係者にあらためて感謝する。

以下では、次の順に論述する。まず、なぜこのような問題を論じてみようと考えたのかを簡単に振り返る(Ⅱ)。次いで、公表されている主要な法科大学院における「独占禁止法」ないしは「経済法」⁽⁴⁾のカリキュラムやシラバスを比較・検討し、若干の分析・感想を示す。また、独占禁止法の概説書等に示された独占禁止法の実体規制に関する論述の順序を比較し、違反行為類型がどのように体系化されているかを概観し、法科大学院における教育内容と対比する(Ⅲ～Ⅵ)⁽⁵⁾。こうした予備的作業を経て、千葉大学法科大学院における「独占禁止法」のカリキュラム・シラバスを紹介しつつ、筆者の教育実践を振り返り、違反行為類型の取り上げ方の意図や特徴を紹介する(Ⅶ)。最後にまとめとして、法科大学院における独占禁止法の「理論と実務の架橋」を考えるとともに、法科大学院における独占禁止法教育や司法試験選択科目「経済法」の在り方について、若干の私見を述べる(Ⅷ)⁽⁶⁾。

-
- (4) 「経済法」は、司法試験論文式試験の選択科目8科目の一つとされており、「経済法においては、独占禁止法関係の分野を中心に出题する。」(「平成18年から実施される司法試験(選択科目)における具体的な出題のイメージ(サンプル問題)」)とされ、また、実際にも独占禁止法以外の法令に関する出題がされたことはなく(司法試験用登載法文法令には、下請法や景品表示法も含まれている)、実質的に独占禁止法に限定されている。本稿では、特に断らない限り、「経済法」と「独占禁止法」を同じ意味で用いる。
- (5) 各法科大学院のウェブサイトにおいて公表されているカリキュラムやシラバスのみを参照しており、授業担当教員の意図や趣旨を誤って理解しているおそれがあることをお断りする。
- (6) 本稿は、法科大学院教育を直接の対象としているが、同様の問題は公正取引委員会における初任者研修や途上国競争当局職員等向けの競争法整備支援においてもみられる(筆者は、これらの研修における講師を務めた経験がある)。法科大学院学生か競争当局職員かという違いはあるが、競争法(独占禁止法のような、市場競争を制限する行為を規制する法令の国際的な呼称)の初学者であることは同じである。競争法整備支援における支援内容について、栗田誠「競争法整備支援とその評価～競争法の普遍性と土着性の観点から」金子由芳編『アジアの民事法と法整備支援—改革の諸断面』(神戸大学出版会・2018年刊行予定)所収参照。

II 問題意識

1 日本の独占禁止法の実体規定の分かりにくさ

日本の独占禁止法の実体規定は、体系として分かりにくく、整合性に欠ける面もあり、また、長年の解釈運用による歪みもある⁽⁷⁾。しかし、独占禁止法の主要な概説書は、後述するとおり、独占禁止法の実体規定に沿った章立てになっているものがほとんどである。教育という観点からは、厳密さを維持しつつ、分かりやすい説明順序を考えることも必要である。また、独占禁止法上の違反行為類型ごとに論述するだけでなく、違反行為類型に共通する分析手順や分析方法⁽⁸⁾を抽出・提示することが理論的にも実務的にも求められており、これは普遍性・応用性のある教育を目指す上でも有用である。

2 独占禁止法教育の現状

独占禁止法教育には、独占禁止法の解釈・理論を追究し、また、その教育に当たる経済法研究者、特に司法試験において「経済法」を選択する法科大学院学生、独占禁止法の分析方法や審査実務を学ぶ公正取引委員会職員、独占禁止法問題の防止や解決を図る企業実務家・法曹といっ

-
- (7) その具体的内容をここで詳論することはできないが、①不当な取引制限規制と事業者団体規制の二重基準、②私的独占規制(部分的には不当な取引制限規制も関係する)と不公正な取引方法規制の二重基準、③不公正な取引方法の過度の細分化(法定類型と指定類型の併存を含む)といった点については立法論的検討を要すると思われる。また、解釈運用による歪みの一例として、不当な取引制限の守備範囲に関わる新聞販路協定事件東京高裁判決(昭和28・3・9高民集6巻9号435頁)とその制約から脱しようとする試みを挙げることができる。
- (8) ここで「違反行為類型に共通する分析手順や分析方法」とは、違反行為類型ごとの要件論ではなく、市場競争を制限・阻害する行為としての独占禁止法違反行為類型に共通する分析枠組や、違反行為類型ごとの要件に沿った分析の前提(先行作業)となる「トリアージ」(具体的な事案についてどのような種類の違反行為として検討することが必要かを第一次的に判断する作業)の方法をいう。その具体的内容については、以下において論述する。

た多様な利害関係者が関わっている。これらの利害関係者が共同して、独占禁止法教育の内容や説明順序等を議論することが有意義であると思われるが、そうした取組は進んでいない。また、法科大学院開設当初には、法科大学院における独占禁止法(経済法)教育に関する検討がなされていたが、近年においては見当たらない。事例中心の法科大学院の授業に向けて、独占禁止法の標準的なカリキュラム・シラバスも作成されていない⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾。

もちろん、先行研究がないわけではない。経済法に重点を置いたカリキュラムを構築している法科大学院の教員による優れた実践の報告があり⁽¹²⁾、また、主として企業法務関係者を念頭に置いたものとはいえ、独占禁止法の学び方に関する多彩な論考や経験に基づく助言もみられる⁽¹³⁾。しかし、独占禁止法の違反行為類型と法科大学院教育とを直接関連させて論じたものは見当たらず、何がしかの貢献はできるものと考えた次第である。

3 独占禁止法教育と独占禁止法実務の乖離

法科大学院における独占禁止法教育と独占禁止法実務との乖離が指摘されることもある。例えば、独占禁止法実務では極めて重要な優越的

(9) 法律基本科目(7法)及び法律実務基礎科目については、「共通的な到達目標モデル(コア・カリキュラム)」が作成・公表されており、法科大学院は認証評価基準により、その遵守が求められているが(大学改革支援・学位授与機構「法科大学院評価基準要綱」解釈指針2-1-2-1)、「経済法」を含む先端・展開科目については作成されていない。

(10) どのような経緯であったかは記憶していないが、平成15年春ごろに、法科大学院で独占禁止法の授業を担当する予定の教員間でシラバス案を交換したことがあるが、その後の作業が継続されなかったことが惜しまれる。なお、「国際経済法」においては、学会としての取組が行われたことがあり、「『国際経済法』・『国際取引法』のあり方を問い直す―法科大学院発足・新司法試験開始を契機として」日本国際経済法学会年報15号(法律文化社・2006年)に関係論文が収録されている。

(11) ただし、近年、独占禁止法事例分析のための優れた演習書が相次いで刊行されている。

位濫用や下請法について、法科大学院における授業では重視されていないという指摘である⁽¹⁴⁾。個人的には、不公正な取引方法、特に不正手段型や搾取型のそれに教育の重点を置くことは適切ではないと考えるが、法科大学院における独占禁止法教育と実務家向け研修プログラムとは、何が同じで、何が違うのかを考えることも有益であろう。

Ⅲ 法科大学院における経済法教育の現状～カリキュラム

1 概要

予備的検討の最初に、法科大学院のカリキュラムにおける「経済法」の位置付けを再確認する。統計的な分析を行うものではなく、大まかな印象論にとどまる。主要な法科大学院における経済法科目の開講状況(平成29年度)を別表に整理する。

-
- (12) 土佐和生「経済法(特集2 法学部・法科大学院の授業案内)―(法科大学院の授業はどうなるのか?)」法学セミナー49巻5号(2004年)66-67頁、土佐和生「法科大学院および法学部での経済法教育の現状」公正取引653号(2005年)20-23頁、土佐和夫「経済法(特集 新司法試験―プレテスト 選択科目―8科目の魅力と入門)」法学セミナー50巻10号(2005年)27-31頁、池田千鶴・泉水文雄「神戸大学における経済法の教育方法の試み」ロースクール研究3号(2006年)、稗貫俊文「法科大学院における経済法(独占禁止法)の講義の意義」ロースクール研究15号(2010年)51-54頁、望月宣武「先端科目としての経済法、司法試験科目としての経済法、実務における経済法」ロースクール研究15号55-58頁。
- (13) 独占禁止法の専門雑誌である「公正取引」において、法科大学院が開設されたころから、その学び方に関する特集が繰り返し組まれている。「特集 独占禁止法を学ぶ」公正取引653号(2005年3月)、「特集 独占禁止法の学び方」公正取引714号(2010年4月)(栗田誠「公正取引委員会の排除措置命令・審決及び関係判決の読み方」(22-29頁)を含む)、「特集 独占禁止法の学び方」公正取引738号(2012年4月)、「特集 独占禁止法の学び方」公正取引786号(2016年4月)。
- (14) 望月宣武「日本における競争法教育と競争法実務との乖離」新世代法政策学研究13号(2011年)27-35頁及び川島富士雄「望月宣武氏『日本における競争法教育と競争法実務との乖離』に対するコメント」同号63-69頁。

「経済法」科目は、法科大学院における授業科目のうち、「展開・先端科目」に区分され、通常、選択科目(あるいは選択必修科目)として位置付けられている⁽¹⁵⁾。

2 授業科目の名称等

授業科目の名称について、学部では「経済法」を用いることがほとんどであろうが、実定法教育を行う法科大学院では「独占禁止法」を用いるものもみられる。司法試験選択科目「経済法」の出題範囲が「経済法においては、独占禁止法関係の分野を中心に出題する。」とされていることも反映し、「経済法」の名称であっても、実質的には独占禁止法のみを内容としていると思われる。また、学部段階で「経済法」を未履修であることを前提としてカリキュラムやシラバスが設定されているものと思われる⁽¹⁶⁾。

3 単位数

多くの法科大学院が経済法科目として、2科目4単位、あるいは3科目6単位を開講しているが(少数ながら4単位科目として開講するところもある)、一部には1科目2単位もある一方、8単位以上の科目を開講している法科大学院もある。また、入門的・概説的な科目と応用的・発展的な科目を置いたり、講義中心の科目の履修を前提に事例研究を中心と

(15) 公表されているカリキュラムからは「経済法」科目の開講を確認できなかった法科大学院がごく少数ながら存在した。

(16) なお、これも印象論であるが、法科大学院の設置やその後の学部・法科大学院一貫教育の考え方に沿った学部カリキュラムの見直しにより、学部における選択科目を縮減する動きがみられ、「経済法」についても、例えば、従来の4単位科目を2単位科目にするといった改正が行われているようである。なお、千葉大学法政経学部においては、従来の「経済法」(半期4単位)がクォーターごとの独立した「経済法Ⅰ」及び「経済法Ⅱ」(各2単位)に改められたことから、両科目をどのように分けるかが課題となった。これまでのところ、「経済法Ⅰ」では経済法・独占禁止法総論を、「経済法Ⅱ」では独占禁止法各論を扱っている。

する演習科目を設けたりしている法科大学院も少なくなく、さらに、独占禁止手続法、外国競争法等の多彩な科目を開講するところもある。特に、複数の担当教員から異なる視点による授業を受けられることは、より深い理解を得る上で有効であると思われる。例えば、研究者教員が担当する講義科目の履修を前提に、実務家(弁護士、公正取引委員会職員等)が担当する演習科目を配置するといった工夫がみられる。

司法試験選択科目として「経済法」を選択する上では、2単位では明らかに不十分であり、少なくとも4単位は必要ではないかと思われるが⁽¹⁷⁾、法科大学院の規模等により経済法科目の開講状況に大きな格差が生じていることが窺われる⁽¹⁸⁾。

4 カリキュラムのパターン

経済法科目の開講状況を見ると、上述のとおり、4単位又は6単位を開講している法科大学院が多い。4単位の編成パターンをみると、ごく一部に半期4単位(週2回)もあるが、ほとんどは半期2単位科目を2つ開講するものであり、「基礎」(講義中心)と「発展(応用)」(事例演習中心)で区分するものと、行為類型で二分するものがある。主要な違反行為類型をどのような順序とウェイトで扱うかは、当然のことながら、担当教員により異なる。また、6単位の場合には、4単位(1科目又は2科目)を講義中心、2単位を事例演習中心という組み合わせが多いよう

(17) 最初の新司法試験が実施された段階で、「今回の結果を受けて法科大学院に求めるのは、選択科目については、法科大学院で最低4単位程度の授業を提供することである。当たり前のことであるが、当初は2単位というところがあった。」(司法試験委員会会議第31回(平成18・11・8)「新司法試験考査委員(選択科目)に対するヒアリングの概要」と指摘されていた(経済法の考査委員の発言部分であり、舟田正之教授のものと同推測される)。

(18) 法科大学院協会が法科大学院教員を対象に毎年実施している司法試験アンケートの「2017回答付記意見」の「経済法」の項には、平成29年司法試験論文式試験「経済法」の出題について、「適度な難易度の良問」、「複雑すぎ、内容的にも分量的にも解答が困難」といった様々な評価が列記されている。こうした評価の違いは法科大学院間の経済法科目の開講状況の格差を反映している面もあると思われる。

ある。

また、2科目4単位の年次配当としては、2・3年次の前期及び後期というパターンが多いが、2年次後期及び3年次前期というパターンも少なくなく、3年次のみに配当するパターンも少数ながらみられる。

5 千葉大学法科大学院のカリキュラム

千葉大学法科大学院では、開設当初は「独占禁止法」1科目2単位のみであったが、2年目から2科目4単位に増やし、「独占禁止法基礎」を2・3年次後期に、「独占禁止法」を3年次前期に配当してきた⁽¹⁹⁾。しかし、2年次後期には必修科目が多数配当されており、自習時間の確保が難しいという事情等を考慮して、平成28年度から、2・3年次前期に「独占禁止法基礎」を、3年次後期に「独占禁止法」を配当している⁽²⁰⁾。

また、2科目を違反行為類型で分けるよりも、2回繰り返す方が理解は深まると考え、「独占禁止法基礎」では独占禁止法の体系的な理解と簡単な事例の学習に、「独占禁止法」では審判審決や判決を用いた事例分析に、それぞれ重点を置いた内容としている。

IV 独占禁止実体法の体系～講学上の体系論

1 概要

独占禁止法の違反行為類型を体系化する試みは、近年、それほど多くないという印象がある。これは、独占禁止実体法を一定の考え方により論述すれば自ずと体系化することになるから、あえて体系を論ずるまで

(19) 3年次後期に「独占禁止法基礎」を履修する学生は実際上いないから、実質的には2年次後期から3年次前期にかけての1年間で「経済法」を学ぶカリキュラムであった。また、「独占禁止法基礎」を含めて、事実上「経済法」を選択する予定の学生のみが受講するという状況にあった。

(20) 2年次前期に「独占禁止法基礎」を履修する学生は実際にはいないから、実質的には3年次の1年間で「経済法」を学ぶカリキュラムである。個人的には、3年次前期に4単位分の講義中心科目を、3年次後期に2単位の演習科目を開講することが適切であると感じている。

もないということと思われる。かつて、私的独占、不当な取引制限及び不公正な取引方法の3つが独占禁止法による規制の「三本の柱」と称されたことがある⁽²¹⁾。また、現在では、私的独占、共同行為(事業者団体規制を含む)及び企業結合に不公正な取引方法を加えて実体規制の「4本柱」とする考え方が通説的見解とされる⁽²²⁾。以下では、現時点での代表的な体系論を概観する⁽²³⁾。

2 伝統的な体系論

独占禁止法の実体規定に沿った伝統的な体系論として、金井貴嗣教授の所説をまず取り上げる。教授は、従来の体系論を概観した上で、実体規制をまず行為規制と構造規制に分け、行為規制を更に「競争制限規制」としての①私的独占の禁止及び②共同行為の規制と公正競争阻害規制としての③不公正な取引方法の禁止に分類し、また、構造規制として④一般集中規制と市場集中規制としての⑤独占の状態に対する措置及び⑥企業結合規制に分類することで、6つの柱を立てることができるとされる⁽²⁴⁾。

3 代表的概説書における体系論

独占禁止法の概説書における体系化の典型例として、金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄編著『独占禁止法』を取り上げる。同書では、独占禁止法の規制が①共同行為の規制(不当な取引制限、事業者団体及び国際契約)、②私的独占の禁止、③不公正な取引方法の規制及び④企業結合の規制(市場集中規制、一般集中規制及び独占の状態)の4つからなるとし、競争

(21) 今村成和『独占禁止法〔新版〕』(有斐閣・1978年)3頁。企業結合規制は、私的独占規制の系列に位置付けられている。

(22) 山部俊文「独占禁止法の春秋—独占禁止法に『冬の時代』はあったのか」日本経済法学会年報38号(有斐閣・2017年)3-19頁(15頁)。

(23) 独占禁止法の体系論に係る学説について、厚谷襄児「独占禁止法の体系の検討—今村成和博士の体系的把握を通じて」正田彬先生古稀祝賀『独占禁止法と競争政策の理論と展開』(三省堂・1999年)14-25頁参照。

(24) 金井貴嗣「独占禁止法の目的と体系」日本経済法学会編『独占法の理論と展開 [1]』(三省堂・2002年)1-21頁(13頁)。

を制限する手段により「競争回避型」と「競争排除型」があるとする⁽²⁵⁾。

4 白石忠志教授の「3+1」の類型論

白石忠志教授は、「独禁法が禁止しようとする行為は、次に示す3+1=4種類の具体例で、ほとんどが網羅されてしまう」と述べ、「競争停止の規制」、「他者排除の規制」及び「搾取の規制」の3つと、「以上の3種類と同等の弊害を別の切り口で防ごうとする」企業結合規制を挙げる⁽²⁶⁾。そして、「違反要件論の全体像」という見出しの下に、違反行為は「競争停止行為」(水平的共同行為及び垂直的共同行為)、「他者排除行為」(取引拒絶系と略奪廉売系が典型的な2つのパターン)、「搾取行為」及び「企業結合行為」の「4種類でほぼ網羅される」とする⁽²⁷⁾。

5 村上政博教授の「競争法の基本体系」論

村上政博教授は、「今日、競争法の基本体系、競争ルールというと、国際的にはかなり明確なものになって」おり、「国際標準の競争法の基本体系では、水平的制限、垂直的制限、単独行為、企業結合という規制対象に着目して、競争法の基本規制を、水平的制限規制、垂直的制限規制、単独行為規制、企業結合規制の4つに分類」していると指摘する⁽²⁸⁾。そして、競争法の規制は、概念的には、まず事後規制と事前規制に分けられ、事後規制としては単独行為規制と共同行為規制(水平的制限規制及び垂直的制限規制)に大別され、事前規制としては企業結合規制が該当し、さらに、各国固有(独自)の規制が存在するという⁽²⁹⁾。そして、こうした「あるべき競争法制」を念頭に、単独行為規制、共同行為規制、企業結合規制、固有の禁止行為の規制の順に実体法を論ずる。

(25) 金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄編著『独占禁止法 [第5版]』(弘文堂・2015年)10-13頁 [泉水執筆]。

(26) 白石忠志『独禁法講義 [第7版]』(有斐閣・2014年)1頁(同書18頁の図解も参照)。

(27) 同上16-18頁。なお、「例外的な違反類型」として、市場集中規制と独占的状态規制を挙げる(同書224頁)。

(28) 村上政博『独占禁止法 [第8版]』(弘文堂・2017年)4頁。

6 上杉秋則氏の合理の原則型行為の分類

上杉秋則氏は、共同行為をハードコア・カルテル(米国反トラスト法では「当然違法」とされ、EU競争法では「目的により違法」とされる類型)とそれ以外に区分することの重要性を強調し、また、ハードコア・カルテルと企業結合を除く行為類型について、合理の原則による分析が必要であるとして、共通する分析方法を詳細に論じた上で、競争者間の提携、独占行為(排除型私的独占)、縦の取引制限(垂直的制限)、知的財産権が関わる事案の4つについて具体的に検討している⁽³⁰⁾。独占禁止法の違反行為類型を体系化しようとするものではないが、こうした分類は本稿の視点からは示唆に富む。

V 独占禁止法の概説書の章立て

1 概要

次に、独占禁止法の主要な概説書において、違反行為類型に関する解説がどのような章立てによりなされているか、その章立てがどのような考え方に基づいているかを比較・検討する。講学上の体系論だけでなく、教育的見地を加味して章立てがなされていることも考えられ、こうした比較にも意味があると思われる。

2 主要な概説書の章立て

学部や法科大学院における授業で教科書あるいは参考書として広く採用されている主要な概説書において、独占禁止法の実体規定⁽³¹⁾がどのような章立てになっているかを簡潔に整理すると、次のとおりである⁽³²⁾。

(29) 同上5-7頁(同書51頁の「図表2 競争法の基本体系」も参照)。不公正な取引方法規制のうち、優越的地位濫用規制及び不正競争行為規制を独占禁止法による固有の規制とする。

(30) 上杉秋則『独禁法国際実務ガイドブック』(商事法務・2012年)「第4章 国際水準の独禁法コンプライアンスの構築」。独占禁止法の体系論として提示されたものではなく、また、「実務書」として解説されたものであるが、体系論や法科大学院教育の検討においても有益なものと考え、紹介する。

- ①アルマ経済法：私的独占→不当な取引制限(事業者団体を含む)→企業結合→不公正な取引方法
オーソドックスな、条文構成に沿った章立てといえる。
- ②白石講義：不当な取引制限→私的独占→不公正な取引方法→事業者団体→企業結合
違反要件総論(特に「弊害要件」)が詳細に論じられた後に、「日本法の条文に即した違反要件論」として、上記の順に説明がなされている⁽³³⁾。同書の初版では、「不公正な取引方法→不当な取引制限→私的独占→事業者団体→企業結合」という章立てになっており、「行為要件が具体的に規定されている順に、解説する」(初版68頁)と説明されていたが、版ごとの章立てに変更がみられる。そして、第4版以降、「違反要件総論」と「日本法の条文に即した違反要件論」の二本立てとなり、第4版では「不当な取引制限→不公正な取引方法→私的独占→事業者団体→企業結合」の順であったが、第5版以降は上記のように変更されている⁽³⁴⁾。
- ③根岸舟田概説：独占・集中(私的独占・企業結合)→共同行為(事業者団体を含む)→不公正な取引方法
私的独占と企業結合を「独占・集中」として取り上げていることが特

-
- (31) 独占禁止法の実体規定を網羅的に検討する場合には、一般集中規制や独占の状態に対する措置を含める必要があるが、以下の整理では省略する。
- (32) 以下では、次の概説書を略語で引用する(初版の刊行年の順)。岸井大太郎・大槻文俊・和田健夫・川島富士雄・向田直範・稗貫俊文『経済法〔第8版〕』(有斐閣・2016年)(以下「アルマ経済法」)、白石忠志『独禁法講義〔第7版〕』(有斐閣・2014年)(以下「白石講義」)、根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説〔第5版〕』(有斐閣・2015年)(以下「根岸舟田概説」)、川濱昇・瀬領真悟・泉水文雄・和久井理子『ベーシック経済法〔第4版〕』(有斐閣・2014年)(以下「ベーシック経済法」)、金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄編著『独占禁止法〔第5版〕』(弘文堂・2016年)(以下「金井他独占禁止法」)、泉水文雄・土佐和生・宮井雅明・林秀弥『リーガルクエスト経済法〔第2版〕』(有斐閣・2015年)(以下「リークエ経済法」)、村上政博『独占禁止法〔第8版〕』(弘文堂・2017年)(以下「村上独占禁止法」)。
- (33) 同書は、「日本法の条文が体系性を欠いていることは、以下の各章の全体をお読みいただければ十二分に理解できる」と述べている(71頁)。

徴であるが、企業結合規制は共同行為規制にも関わることを考えると、疑問もある。

④ベーシック経済法：企業結合→不当な取引制限→私的独占→不公正な取引方法→事業者団体

同書では、企業結合を最初に取り上げるといふ、類書にない章立てとなっているが、その理由について、「第1章で企業結合規制を取り上げた。独禁法の条文構成とは異なるが、競争への悪影響をどのように判定するのかについて明確な議論をするには企業結合規制から入るのが分かりやすいと判断してのことである。」(初版はしがき)と説明されている。

⑤金井他独占禁止法：不当な取引制限→事業者団体→私的独占→企業結合→不公正な取引方法

同書は、多くの法科大学院で教科書として指定されているようであるが、共同行為規制を最初に取り上げている。

⑥リークエ経済法：不当な取引制限等(事業者団体を含む)→私的独占→企業結合(業務提携を含む)→不公正な取引方法

不当な取引制限ではハードコア・カルテルに重点を置き、企業結合の章において業務提携を扱っている点が特徴である。

以上の概説書が独占禁止法上の違反行為類型ごとの章立てになっているのに対し、村上独占禁止法は、村上教授のいう「国際標準の競争法の基本体系」に沿って論述されており、次のような他に例を見ない章立てとなっている⁽³⁵⁾。

⑦村上独占禁止法：単独行為規制→共同行為規制→企業結合規制→固有

(34) 第4版及び第5版では、「ある程度は国際的に共通する考え方を、なるべく日本の条文に触れずに叙述する」(第4版はしがき)違反要件総論において行為要件についても論述されていたが、第6版以降では、行為類型ごとの各論は「日本法の条文に即した違反要件論」に移されている(その趣旨について、第6版16頁参照)。

(35) 同書では、競争法の基本体系に沿った論述に先行して、「独占禁止法の三大規制」(一定の取引分野における競争の実質的制限を共通の要件とする私的独占、不当な取引制限及び企業結合)と不公正な取引方法に関する総論的な解説がなされている(58-82頁)。

の規制

まず、単独行為規制として、排他的取引、低価格設定、単独の取引拒絶、一連の行為と非定型行為、支配型私的独占の順に論じ、次いで、共同行為規制として、カルテル(ハードコア・カルテルに限定)、共同の取引拒絶、事業者団体の活動、垂直的価格制限(再販売価格維持)、垂直的非価格制限の順に論じ、さらに、企業結合規制を取り上げた上で、最後に、独占禁止法固有の規制として、優越的地位濫用・下請法と不正競争行為を論じている⁽³⁶⁾。

3 章立ての考慮要因

このような独占禁止法の概説書における章立てがどのような点に着目してなされているのかを考えると、おそらく、次のような諸点が考慮されているものと思われる。

第1に、法律中に規定されている順序によるならば、私的独占が最初になるが、違反行為としての重大性や実務上の重要性を考慮すれば、不当な取引制限を最初に取り上げることが適切である⁽³⁷⁾。

第2に、一定の取引分野における競争の実質的制限を要件とする行為類型を先にすることが自然であり、そうすれば不公正な取引方法は自ずと最後になる。しかし、分かりやすさを重視し、具体的な行為類型を先にするのであれば、不公正な取引方法を先に取り上げることも考えられる。

第3に、多面的な競争効果分析を必要とする行為類型をまず取り上げるなら、企業結合が最初になる。学ぶ側からすると冒頭に難関が待ち受けることになるが、企業結合を最初に取り上げることで競争効果分析の

(36) 後述するように、筆者の違反行為類型論は基本的な点で村上教授のものと同じであり、説明順序は別にして、教授の分類をおおむね支持するが、村上独占禁止法では、ハードコア・カルテル以外の水平的制限行為については「判例法上のルールも形成されていないため、解説を省略する」(同書141頁)とされていることが惜まれる。

(37) 多くの概説書が不当な取引制限を最初に取り上げているのはこの点によると思われる。

共通手法を学ぶことができるともいえる。

第4に、補充的な違反行為類型をどこで扱うかにより違いが出てくる。独占禁止法上問題となる事業者団体活動の多くが競争回避型の行為であることから、不当な取引制限と併せて扱うことが便宜であるが、競争排除型の活動もあること、違反要件が緩やかな規定もあることを考えれば、独立の章とすることが適切かもしれない。

第5に、執筆者の体系論を反映した、独占禁止法の実体規定に捉われない独自の章立てが採用されることもあり得るところであり、村上独占禁止法がその例である。

4 違反行為類型ごとの補論

私的独占については、定義規定上、排除型と支配型に類型化されており、議論の多くは多様な手段があり得る排除型私的独占の類型化と類型ごとの違法性判断基準の精緻化に向けられている。また、不当な取引制限については、ハードコア・カルテルと非ハードコア・カルテルの区分が広く支持されているが⁽³⁸⁾、非ハードコア・カルテルの判断基準・分析方法は十分確立されておらず、上記の概説書においても一般に手薄である⁽³⁹⁾。また、非ハードコア・カルテルのうち、いわゆる業務提携は、企業結合と連続性を有しているが、不当な取引制限の章において論述されるのが通例であり⁽⁴⁰⁾、一体的な理解の妨げになるおそれがある。

平成21年改正により、不公正な取引方法の定義規定(2条9項)が改正され、同項1号から5号までに法定された類型(法定類型)と同項6号の委任規定により同号の6つの基本類型の範囲内で公正取引委員会が指定する類型(指定類型)とに分けられた⁽⁴¹⁾。しかし、多くの概説書においては、2条9項6号のイからへまでの基本類型の順に、法定類型と指定類

(38) 白石講義92-93頁は、この区分には否定的であり、弊害要件論で尽きていくとして、非ハードコア・カルテル特有の記述はほとんどない。

(39) 金井他独占禁止法やベーシック経済法が比較的詳細に非ハードコア・カルテルについて論じている。

(40) 唯一の例外はリークエ経済法であり、企業結合の章において業務提携についても詳細に論じている(林秀弥執筆)。

型が合わせて説明されている⁽⁴²⁾。

しかし、同じ不公正な取引方法であっても、重要性や弊害の共通性の観点から、法定類型及び指定類型の統合と細分が必要である。異なる類型であっても、同じ効果(競争制限のストーリーないしはシナリオ)を有するものは一括して説明し、また、同じ類型であっても、異なる効果のものには細分して説明することが考えられる⁽⁴³⁾。

Ⅵ 法科大学院における経済法教育の現状～シラバス

1 概要

法科大学院における経済法教育が実際にどのような順序と内容で行われているかを公表されているシラバスを参照することにより分析する。主要な法科大学院において平成29年度に開講されている経済法科目のうち概説的(基礎的)なものを取り上げ⁽⁴⁴⁾、総論とエンフォースメントを除く、実体規制部分を取り出し、主要行為類型を取り上げる順序や主要行

(41) 2条9項の定義規定の文言には反するが、法定類型についても「公正な競争を阻害するおそれ」(公正競争阻害性)が共通の効果要件であると解されている(簡明な説明として、白石講義164-166頁)。これに対する批判として、厚谷襄児「法定不公正な取引方法における『公正競争阻害性』について・再論」北大法学論集68巻4号(2017年)1008-992頁参照。

(42) ただし、アルマ経済法は、「弊害の性質の違いに基づき」(同書235頁)、まず自由競争減殺型の類型を競争回避型、競争排除型の順に取り上げており、再販売価格の拘束や拘束条件付取引を最初に説明する。また、村上独占禁止法は、前述したように、不公正な取引方法という章を設けることなく、排除型私的独占と関連させて、あるいは共同行為として、更には固有の規制として、法定類型・指定類型に囚われずに論述する。

(43) 例えば、抱き合わせ販売(一般指定10項)、排他条件付取引(一般指定11項)、競争者との取引の制限を内容とする拘束条件付取引(一般指定12項)、競争者に対する取引妨害(一般指定14項)等はいずれも、主として市場閉鎖効果が問題となる類型である。また、拘束条件付取引には、再販売価格の拘束(2条9項4号)と同視できるもの、価格維持効果が問題となるもの、市場閉鎖効果が問題となるものが含まれ、多様である。

為類型の中での区分・順序を簡単に比較・分類してみる。

2 シラバスの特徴・パターン

法科大学院における経済法科目のシラバスには、先に比較した概説書の章立てに見合う次のようなパターンがある。これは、授業担当教員がどの概説書を教科書ないしは参考書として用いているかにも関わっていると思われる。

①「金井他独占禁止法」型：競争の実質的制限行為を先に、しかも不当な取引制限を最初に

①a一橋大学「独占禁止法1」(山部俊文教授：1科目2単位⁽⁴⁵⁾)：不当な取引制限→事業者団体→私的独占→企業結合→不公正な取引方法(ほぼ6基本類型の順)

①b甲南大学「経済法概説」(土佐和生教授：1科目2単位)：共同行為(不当な取引制限・事業者団体)→私的独占→企業結合→不公正な取引方法(6基本類型の順)

②「ベーシック経済法」型：最初に企業結合

②a北海道大学「経済法A」「経済法B」(中川寛子教授：2科目4単位)：企業結合→共同行為(不当な取引制限・事業者団体)／不公正な取引方法(おおむね6基本類型の順)→私的独占

②b名古屋大学「経済法I」「経済法II」(林秀弥教授：2科目4単位)：企業結合→私的独占→不当な取引制限→事業者団体／不公正な取引方法(ほぼ6基本類型の順)

②c京都大学「経済法I」「経済法II」(川濱昇教授：2科目4単位)：企業結合→不当な取引制限→事業者団体→私的独占／不公正な取引方法(おおむね6基本類型の順)

②d大阪大学「経済法1」「経済法2」(武田邦宣教授：2科目4単位)：企

(44) 概説的な科目が1科目2単位の場合、1科目4単位の場合、2科目4単位の場合がある。2科目4単位の場合には、2科目の間で行為類型をどのように分けるかが重要な意味を持つ(2におけるシラバスの特徴・パターンに関する記述では、「/」により科目の区分を示している)。

(45) 平成28年度のシラバスを参照している。

業結合→私的独占→不当な取引制限→事業者団体／不公正な取引方法
(ほぼ6基本類型の順)

③神戸大学「経済法Ⅰ」(泉水文雄教授：1科目4単位)：企業結合→不当な取引制限→事業者団体→私的独占→不公正な取引方法(ほぼ6基本類型の順)

③「白石講義」型：総論重視、私的独占・不公正な取引方法一体、企業結合が最後

③a東京大学「経済法」(白石忠志教授：1科目4単位)：違反要件総論→不当な取引制限→私的独占・不公正な取引方法(競争停止行為→他者排除行為→優越的地位濫用行為)→事業者団体→企業結合

③b東北大学「経済法Ⅰ」「経済法Ⅱ」(滝澤紗矢子教授：2科目4単位)：弊害要件総論→不当な取引制限→私的独占・不公正な取引方法(競争停止型→排除型→搾取型)／不公正な取引方法(不正手段)→事業者団体→企業結合

④不公正な取引方法先行型：不公正な取引方法を私的独占より先に

④a慶應義塾大学「経済法基礎」(石岡克俊教授：1科目2単位)：不公正な取引方法(再販売価格維持→非価格制限→不当販売等→不当競争手段)→私的独占→市場集中→不当な取引制限→事業者団体

④b早稲田大学「独占禁止法Ⅰ」「独占禁止法Ⅱ」(土田和博教授：2科目4単位⁴⁶⁾)：不当な取引制限→事業者団体→企業結合／不公正な取引方法(拘束条件付取引→排除型→優越的地位濫用)→私的独占

⑤独占禁止法実体規定型：実体規定の順

⑤a同志社大学「経済法Ⅰ」「経済法Ⅱ」(松山隆英教授：2科目4単位)：私的独占→不当な取引制限→事業者団体／企業結合→不公正な取引方法(おおむね6基本類型の順)

⑥実質的分類型：実体規定とは離れた区分・順序

⑥a成蹊大学「独占禁止法」(村上政博教授：1科目4単位)：単独行為規制(排他的取引、低価格設定、単独の取引拒絶、一連の行為と非定型行為、支配型私的独占)→共同行為規制(カルテル、共同の取引拒絶、事業者団体の活

46) 2科目同時期に開講されており、ここに分類した。

動、垂直的価格制限、垂直的非価格制限)→企業結合規制→固有の規制(優越的地位濫用・下請法、不正競争行為)

⑥関西大学「経済法1」(滝川敏明教授：1科目2単位)：カルテルと正当な協調→企業結合→排他行為→単独の取引拒絶→不当廉売等→再販売価格維持等→排他取引・抱き合わせ

3 シラバスの特徴

独占禁止法上の違反行為類型に沿って編成されているシラバスがほとんどである。ベーシック経済法の著者らを中心に、企業結合を最初に取り上げるシラバスもみられるが、多くはハードコア・カルテルを中心とする不当な取引制限を最初に取り上げている。また、競争の実質的制限を共通の要件とする行為類型を先にし、不公正な取引方法を最後とするシラバスがほとんどである。私的独占と不公正な取引方法を一体的に取り上げるシラバスも一部みられるが、ほとんどは別々に取り上げており、不公正な取引方法を最後とするものが多い中において、不公正な取引方法の後に私的独占を取り上げるものもある。なお、2科目の場合には、不公正な取引方法(あるいは私的独占及び不公正な取引方法)以外の行為類型を先にし、2科目目に不公正な取引方法を扱うものが多い。

他方、独占禁止法上の違反行為類型を離れた分類・順序によるシラバスは、ごく一部に限られているようである。

また、独占禁止法の概説が行為類型ごとの説明に先行してなされるが、その内容は独占禁止法の目的や実体規定の概観にとどまっておき、事案のトリアージのための着眼点や共通する効果要件の分析手順や方法を解説するものではないように見受けられる⁽⁴⁷⁾。

(47) 例外的に、白石講義型のシラバスでは、行為類型別の説明に先行する「違反要件総論」に重点が置かれている。

Ⅶ 千葉大学法科大学院における筆者の教育実践

1 概要

千葉大学法科大学院における筆者の授業の順序・内容を紹介し、その趣旨・目的を説明するとともに、その問題点や改善策を考えたい。前述したように、現在のカリキュラムでは、3年次前期に「独占禁止法基礎」、3年次後期に「独占禁止法」という2科目4単位にとどまっており、6単位以上の科目を開講し、特に演習科目を追加する法科大学院が増えている中で、残念ながら見劣りするものとなっている。また、基本的には同じ順序で各行為類型を2度回すことから、理解が定着する面はあるものの、繰り返しになる(内容的に重複する)という問題もある。以下では、「独占禁止法基礎」の授業内容を中心に紹介する。

2 基本的な考え方

シラバスを設計するに当たっては、まず、独占禁止法上の違反行為類型が分かりにくいことから、同法上の違反行為類型ごとに説明することは適切ではないと考えた。分かりにくいと考える理由として、次のような点が挙げられる。第1に、法律上の違反行為類型の中には、行為態様の面でも競争効果の面でも、様々なものが包含されていることが少なくない。第2に、法律上の違反行為類型にはかなりの重複があり、相互の関係を理解することが不可欠であり、また、不公正な取引方法の類型相互の関係を理解することも法適用上重要である。第3に、独占禁止法上問題となる行為類型には、単純で違法性が確立しているものから、複雑で理解しにくいもの、違法性判断が容易でないものまで様々である。

したがって、法律上の違反行為類型を細分して、単純で分かりやすい順に取り上げることで、理解が容易になる可能性があると考えた。「理解しやすさ」の判断基準としては、①対象商品の単複、②共同行為性の有無、③着目すべき市場の単複・広狭、④多面的な競争効果の有無、⑤効率性以外の考慮の要否等が挙げられる⁽⁴⁸⁾。同時に、法律上の違反行為

(48) 理解の容易さの基準は、同時にトリアージの着眼点にもなる。

類型を異にするものであっても、行為の態様や効果(競争制限のシナリオ)が同じものについては、一括して、あるいは連続して取り上げることが理解を助けることになると考えた。なお、違法性判断における「ルール(rules)」「準則(standards)」ではなく⁽⁴⁹⁾が確立されていることも、理解しやすさの重要な要素である⁽⁵⁰⁾。要するに、同じタイプの行為類型はまとめて、異なるタイプの行為類型は別々に、という発想を重視した⁽⁵¹⁾。

3 取り上げる順序

独占禁止法の初学者向けに「理解しやすい」順に独占禁止法上問題となり得る行為類型を取り上げようとする場合に、次のような順序が自ずと浮かんできた(独占禁止法上の違反行為類型を付記する)。**①**及び**②**が「原則違法型」であり、**③**以下が「合理の原則型(個別判断型)」である。また、**①**～**⑥**が基本的に「競争回避型」であり、**⑦**及び**⑧**が「競争排除型」である。

- ①「理解しやすさ」に異論がなく、重要度も高いハードコア・カルテル：不当な取引制限、8条1号
- ②ハードコア・カルテルに準じた垂直的価格制限：再販売価格の拘束(2条9項4号)プラス α (同視できるもの〔拘束条件付取引〕)

(49) See e.g. Louis Kaplow, Rules versus Standards: An Economic Analysis, 42 Duke L. J. 557 (1992).

(50) 現状において、ルールが確立されている行為類型はハードコア・カルテルに限られている。再販売価格の拘束(2条9項4号)もルールが確立しているという評価もあるが(最高裁判例が存在し、違反事例も多く、実務も確立していること)、経済学的には疑問がある(ケースバイケースで判断すべき)と指摘されている。

(51) 不公正な取引方法として多様な類型が法定され、あるいは指定されているが、競争効果からみれば共通するものが多い。例えば、競争者排除に着目すれば、多様な手段(例えば、抱き合わせ販売、排他条件付取引、競争者に対する取引妨害)にもかかわらず、分析は実質的に同じである。逆に、一般条項的性格を有する拘束条件付取引(一般指定12項)のように、多様な効果・弊害を持ち得るものは、内容に応じた分析が必要になる。

- ③垂直的非価格制限：拘束条件付取引マイナス α (再販売価格の拘束と同視できるものは②、排除型は⑦、⑧)
- ④非ハードコア・カルテル：不当な取引制限、8条3号・4号
- ⑤業務提携：不当な取引制限
- ⑥水平的企業結合：4章
- ⑦「狭い市場」における競争排除型行為：拘束条件付取引、競争者に対する取引妨害等
- ⑧典型的な競争排除型行為：排除型私的独占、市場閉鎖型の不正な取引方法(8条5号を含む)、垂直的企業結合
- ⑨その他の行為：優越的地位濫用、不当な顧客誘引、不要品強要型抱き合わせ

しかし、①と④の間に②及び③(垂直的制限)を介在させると、水平的共同行為が二分されてしまい、混乱が生じがちであったことから、これらの順序を入れ替えることにした。その結果、授業の前半では、ハードコア・カルテル、非ハードコア・カルテル、業務提携、水平的企業結合を取り上げ、後半では、垂直的価格制限、垂直的非価格制限、競争排除型行為、その他の行為を取り上げることになった。以下では、この順にその内容を説明する。

- (1)「理解しやすさ」に異論がなく、重要度も高いハードコア・カルテル：不当な取引制限、8条1号

ここで「ハードコア・カルテル」とは、競争者間の(あるいは事業者団体による)価格・数量・取引先・市場分割に係る協定・合意であって、見返りとなる便益を有しないものを総称する。実務的には、関係事業者間の「意思の連絡」の有無が事実上唯一の争点となる。

ハードコア・カルテルが初学者にも理解しやすい理由として、①共同による競争回避型行為であること、②一つの商品・サービスが関わること、③競争制限効果が期待できるのでないが実施されない行為であること、④ルールが確立されていることが挙げられる。また、ハードコア・カルテルを最初に取り上げるべき理由として、①理解しやすさのほか、②悪質・重大性、③豊富な事例、④多様なサンクション(排除措置、課徴金、刑事罰)を挙げることができ、エンフォースメントについて併せて

説明することができる⁽⁵²⁾。

(2) 非ハードコア・カルテル：不当な取引制限、8条3号・4号

ここで「非ハードコア・カルテル」とは、ハードコア・カルテル以外の共同行為を総称し、独占禁止法上は不当な取引制限として、あるいは事業者団体の活動として規制対象となるが、独占禁止法の規制基準の齟齬が実務上の困難をもたらしている面がある。

非ハードコア・カルテルには多様な類型があり、例えば、①情報交換活動、②共同研究開発、③共同生産・共同販売・共同購入・共同配送、④規格設定・標準化、⑤社会公共目的の共同行為(安全基準の設定、リサイクルの共同実施等)に分類することができるが⁽⁵³⁾、②及び③を「業務提携」と総称することもあり、以下では業務提携を別個に扱う。

非ハードコア・カルテルの法的措置事例は事実上皆無であり(事業者団体の8条3号・4号事件が多少ある程度である)、事前相談による非公式処理を通じた事例の蓄積といくつかのガイドラインが重要な役割を果たしている⁽⁵⁴⁾。しかし、事業者の共同行為規制と事業者団体規制の違法性基準の齟齬が一因となって、水平的制限行為に関する統一的な判断枠組は形成されておらず、公正取引委員会のガイドラインの欠缺領域である。また、伝統的に競争者間の共同行為や事業者団体活動に懐疑的な独占禁止法規制が事業者間協力や事業者団体活動への過度の制約となるおそれもある。

授業では、8条3号・4号適用事例を通して同条1号適用事例との違いを理解すること、事前相談事例を通して多様な共同行為の類型・態様を理解すること、事案分析の着眼点を習得することに重点を置いている。

(3) 業務提携：不当な取引制限

スポットの市場取引と完全な企業統合を両端とするスペクトラムにお

(52) 多くのシラバスで、ハードコア・カルテルが最初に取り上げられ、エンフォースメントを併せて扱っているのも、同じ理由であろう。

(53) 例えば、非ハードコア・カルテルを比較的詳細に扱う金井他独占禁止法98-115頁参照。

(54) 司法試験「経済法」の過去問をみても、事前相談事例を素材とするものがある。

いて中間の広範囲な領域を占める業務提携は、今や日常のかつ多面的に行われており、企業の競争力強化にとって不可欠の手段である。企業にとって、業務提携と企業結合は選択的・代替的であり、独占禁止法規制が企業の戦略的判断に対して中立的であるためにも、企業結合規制との整合性が求められる⁽⁵⁵⁾。事業者間の共同行為として行われる限り、一定の取引分野における競争の実質的制限を効果要件とする不当な取引制限の観点から検討されることになるが、通常、ハードコア・カルテルと同様の弊害が生じることは想定しにくく、法適用事例は皆無と言ってよい。しかし、事前相談を通して問題が指摘されることは少なくなく、分析手法を可視化するために業務提携に関するガイドラインを作成することが急務である⁽⁵⁶⁾。

授業では、事前相談事例を通して多様な共同行為の類型・態様を理解すること、事案分析の着眼点を習得することに重点を置いており、企業結合ガイドラインに示された分析手法を参照することが有益である。

(4) 水平的企業結合：4章

競争制限の弊害のあらゆるものが生じ得る企業結合の規制は、競争法分析の真髄であり、ベーシック経済法の著者らがいうように、企業結合規制をしっかり学ぶことで他の行為類型はその一部の当てはめにすぎなくなる。しかし、多くの企業結合は水平的であり、競争回避や独占化による弊害の分析とその解消策の設計が課題となるのであり、企業行動の

(55) 平成29年司法試験「経済法」の第2問は、競争事業者間の事業統合と業務提携に関するものであり、「論文式試験出題の趣旨」では、「本問全体を通して、独占禁止法の個々の条文よりも、同法全体の体系をどれだけ理解しているかを問うことにした。競争事業者間での企業結合と業務提携は水平的な競争制限効果が発生する行為という意味では、紙一重の関係にある(中略)。両社の事業を企業として一体とすれば企業結合の問題になるし(1)の事業統合、同法第15条の2第1項第1号)、契約関係で処理をするのであれば不当な取引制限の問題になる((2)の業務提携、同法第2条第6項・第3条)」と述べられている。

(56) 主要な行為類型に関するガイドラインは既に作成されているが、業務提携に関しては、平成14年にガイドライン作成の意向が表明されていたにもかかわらず、手つかずとなっている。

観点からも業務提携と連続的に取り扱うことが学習の便に資すると考えており、企業結合による市場閉鎖等の弊害については、それぞれの箇所
で補足することで対応している。

授業では、まず、企業結合規制の手順と判断枠組を習得すること、水平的企業結合がもたらし得る単独行動による競争制限効果及び協調的行動による競争制限効果のシナリオを理解すること、そして、具体的事案においてシナリオどおりに競争制限効果が実際に発現する蓋然性があるかを判断する際の考慮事項を会得することを目指している。

(5) ハードコア・カルテルに準じた垂直的価格制限：再販売価格の拘束
(2条9項4号)プラス α

垂直的制限の全体を概観し(特に「条件付け」の認定が鍵となるから、この行為要件に係る説明にウェイトを置く)、市場閉鎖型の垂直的制限(排他条件付取引等)はここでは除外する旨明示した上で、まず垂直的価格制限を扱う。垂直的価格制限には、①ルールが一応確立されていること(この点には異論もあるが)、②競争回避型の行為であること(ただし、取引先に「競争を回避させる」行為として捉えることになる)、③一つの商品・サービスが関わることといった、ハードコア・カルテルとの共通点がある。もちろん、相違点もあり、①競争上の影響が直接的に生じる範囲がブランド内競争であり、②ブランド間競争へのプラス効果をもたらす可能性があり、また、③販売業者側が関与することも少なくない。こうした異同を理解することが重要である。

不公正な取引方法としては拘束条件付取引(一般指定12項)が適用されることになる、加工を伴う場合や第三者から供給される商品の場合、サービスに係る価格拘束の場合を含めて扱うことになる。

なお、垂直的価格制限がブランド間競争の制限をもたらし得る場合には、支配型私的独占の可能性を検討する必要もあり、ここで併せて扱うことになる。

(6) 垂直的非価格制限：拘束条件付取引マイナス α

垂直的非価格制限(市場閉鎖型のものを除く)を垂直的価格制限と區別して扱う合理性があるかについては議論もあるが、広く支持されている分類である。独占禁止法上は拘束条件付取引として検討することになる

が、多様な類型や態様の非価格制限があり、マーケティング手段に対する過剰な制限とならないように注意する必要がある。一般に、①地域制限、②取引先制限、③販売方法の制限に分類され、①及び②は価格維持効果が認められる場合に問題となり、③は通常、それ自体が問題となることはない。公正取引委員会による法適用事例は限られており、違反ではないと判断された民事事件のほか、3度にわたり改正された流通・取引慣行ガイドラインや事前相談事例が重要な意味を持つ。

(7) 「狭い市場」における競争排除型行為：拘束条件付取引、競争者に対する取引妨害等

独占禁止法における不公正な取引方法規制や事業者団体規制では、特定のブランドに限定した「狭い市場」に着目することがあり⁽⁵⁷⁾、競争排除型行為においても、同一ブランド内の競争者排除を違法と判断することがある。このような行為類型は、競争法違反行為として取り上げることが適切かどうかという問題はあるが、我が国では、①アフターマーケット問題、②並行輸入妨害という、類型化された事案については確立された実務である。なお、①については、「一定の取引分野」の画定によっては排除型私的独占として捉えることができる可能性もあり⁽⁵⁸⁾、次の「典型的な競争排除型行為」に接続することになる。

(8) 典型的な競争排除型行為：排除型私的独占、市場閉鎖型の不公正な取引方法、垂直的企業結合

独占禁止法では、競争排除型行為について私的独占と不公正な取引方法の二重規制となっており、これをどのように体系的に理解し、違法性を判断するかについては様々な議論がある。ここでは、私的独占と不公正な取引方法を行為態様に着目して一体的に把握し、事案における法適用を分ける要因は何かを考えることに重点を置く。特に、排除型私的独占適用事例では、個々の排除手段が不公正な取引方法のどの類型に該当するか、「排除」該当性や「競争の実質的制限」を認定する決め手は何かを考え、逆に、不公正な取引方法適用事例では、「排除」を認定でき

57) 栗田誠「私的独占規制の理論と実務」日本経済法学会編『私的独占規制の現代的課題』日本経済法学会年報28号(有斐閣・2007年)74-91頁(81頁)。

る可能性や排除型私的独占の適用がされなかった理由を探ることが重要である。

排除型私的独占ガイドラインでは、①商品を生供給しなければ発生しない費用を下回る対価設定、②排他的取引(排他的リベートの供与を含む)、③抱き合わせ、④取引拒絶・差別的取扱いを典型行為として挙げているが、授業では、④競争者費用引上げ行為(排他的取引、抱き合わせ、取引拒絶等)、⑤略奪行為(不当廉売等)、⑥共同ボイコット(事業者団体によるものを含む)、⑦取引妨害、⑧垂直的企業結合に分類し、排除型私的独占適用事例と不公正な取引方法適用事例を区別せずに取り上げている。

(9) その他の行為：優越的地位濫用、不当な顧客誘引、不要品強要型抱き合わせ

最後に、競争法規制として典型的とはいえない行為類型をまとめて扱う。特に優越的地位濫用については、実務上の重要性にもかかわらず、体系的な位置付け、他の規定や法令による規制の可能性に言及するにとど

58) 平成29年司法試験「経済法」の第1問は、いわゆるアフターマーケット問題であったが、排除型私的独占と不公正な取引方法(抱き合わせ販売等)の両方の検討が求められている(「論文式試験出題の趣旨」及び「採点実感」)。ところで、本問の「採点実感」には、私的独占と不公正な取引方法の「いずれか一方のみを選択して論述した答案に対し、そのことを理由として減点はしなかったが(一方の違反類型について十分に論述すれば満点を得られるように配点した)、他方で、双方の違反類型について論述した答案に対しては、その部分を加点要素として評価した。」とされている。これは、過年度の「論文式試験出題の趣旨」や「採点実感」から判断する限り、本問のような単独行為の事案について私的独占と不公正な取引方法の両方の検討を求めることが明確に示されておらず(同じくアフターマーケット問題が出題された平成19年「経済法」第1問の「論文式試験出題の趣旨」は、不公正な取引方法の検討を求めている)、急な方針変更になることを回避するための工夫ではないかと推察される。本稿の立場からは、複数の法的構成があり得る事案ではそれぞれ検討することは当然であり、一般論としては適切な出題方針であると考えますが、アフターマーケット問題でそれが適切であるかには疑問もある。従来、アフターマーケット問題については、排除型私的独占として法適用した事例はもとより、警告等の非公式な処理をした事例も存在しないと思われる。

めている。下請法や景品表示法も、実務上重要であるが、扱わない⁽⁵⁹⁾。

4 授業実施上の留意点

独占禁止法上の違反行為類型を離れて、実質的な分類による順序・構成で授業を進行するに際しては、次のような点に留意している。第1に、受講者には事前の準備として、入門的概説書を通読することを求めている。第2に、授業の冒頭では独占禁止法の全体構造を説明した上で、独占禁止法上の違反行為類型を細分・再編する趣旨や分類の基準(事案を分析する際の着眼点でもある)を説明している。第3に、各行為類型を取り上げる際に、他の行為類型との関係に留意するよう促している。第4に、授業の最終段階に、取り上げた各行為類型と法律上の違反行為類型との対応関係をあらためて説明している。

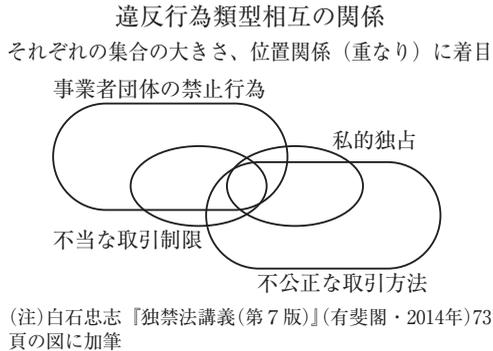
5 教育実践の趣旨・目的

このような授業を行ってきたのは、優れた概説書が多数出版されている中で、ほとんどの概説書が用いている法律上の違反行為類型に沿った章立てと同じような順序・構成で授業を行うことに疑問を持ったからでもある。概説書による法律上の違反行為類型に沿った自習と理解しやすさを基準に細分した行為類型の順に取り上げる授業とが相まって、より深い理解が得られるのではないかと考えたのである。

白石講義73頁の独占禁止法の違反行為類型相互の関係を示した図解は秀逸であり、筆者は、一部加筆した次の図解を説明に用いている。概説書による法律上の違反行為類型ごとの解説は、各集合を順次説明するものであり、各違反行為類型の外延(違反となる範囲)を理解することができる。これに対し、理解しやすさを基準に細分した行為類型ごとの解説

(59) なお、司法試験論文式試験の選択科目「経済法」に係る司法試験用登載法文法令には景品表示法も含まれている(独占禁止法の概説書でも依然として、景品表示法の解説が不公正な取引方法の章に加えられている)。しかし、景品表示法は平成21年改正により消費者法として位置付けられたのであるから、削除することが適切である(「消費者法」が選択科目に含まれていないという事情も関係すると思われる)。

は、当該行為類型が集合図全体のどこに位置するかを説明するものであり、具体的事案が違反行為類型の集合図のどこに位置するかを識別する能力を養うことができる。そして、両者相まって、具体的な独占禁止法事案の分析能力を涵養することができ、特に具体的事案のトリアージのためには、後者の観点からの学習が有効であると考えられる。



6 予想される疑問・批判

上記のような授業の順序・構成に対しては、独占禁止法上の違反行為類型に沿った説明と実質的にどこが違うのかという疑問が出てくる。この疑問に対しては、第1に、不当な取引制限をハードコア・カルテルとそれ以外の非ハードコア・カルテルに明確に分けて説明すること、第2に、業務提携と水平的企業結合を一体的に捉えること、第3に、私的独占と不公正な取引方法を一体的に捉えつつ、競争制限メカニズムに応じて分類すること、第4に、不公正な取引方法の定義規定上の類型を統合し、あるいは細分することを挙げることができる。

また、このような内容・順序とすることに具体的なメリットがあるのかという疑問に対しては、第1に、競争制限効果が明らかなものから取り上げることで、スタートしやすいこと、第2に、行為類型相互の関係を理解しやすいこと、第3に、事案を分析する際の着眼点、分析上の共通の視点を会得しやすく、特にトリアージが容易になることが期待できると思われる。

さらに、法律上の違反行為類型を離れた説明をすることで、かえって混乱をもたらすのではないかという批判に対しては、概説書による自習や実体規定の概要説明により対応でき、むしろ異なる観点から説明することで多面的な理解が得られるようになると思う。また、特に不当な取引制限については、課徴金や刑事罰等が重要なハードコア・カルテルと排除措置(問題解消措置)が重要な非ハードコア・カルテルの違いを意識する上でも、両者を分けて考えることが有益である。

結局は米国反トラスト判例法における行為類型の区分を採用しているにすぎないのではないかという指摘に対しては、基本的にはそのとおりであると答えることになるが、競争法の「普遍性」⁽⁶⁰⁾からみて、実質的な行為類型の多くが共通化することは自然なことであり、行為類型やその分析手法が同じでも、様々な要因により結論が異なることはあり得るものと思う。

VIII おわりに

1 千葉大学法科大学院における経済法教育の重点

「独占禁止法」の授業を担当するに当たって留意してきたことは、次のような点である。第1に、余り時間を掛けずに必要なレベルに到達できるようにする。第2に、事案分析の手順や方法・着眼点を会得することに重点を置く。第3に、事案分析においては様々な法的構成・法適用の可能性を追求する作業を重視する。第4に、法的措置以外の警告等の事件や事前相談事例も広く取り上げる。

(60) 競争法には、その適用を通じて、法律上の抽象的な違反基準が具体化され、判断基準や分析手法として可視化される過程において、法域間の差異を小さくしようとする力が働き、国境その他の措置により分断された市場を統合し、活発な競争をもたらすという性質があり、それをここでは競争法の「普遍性」と呼んでいる。詳細は、前掲栗田「競争法整備支援とその評価～競争法の普遍性と土着性の観点から」参照。

2 千葉大学法科大学院における経済法教育の検討課題

現行カリキュラムは、「独占禁止法基礎」(3年次前期・2単位)、「独占禁止法」(3年次後期・2単位)というものであり、科目・単位数からみて最小限であり、2単位の演習科目を追加することが望ましい。その場合には年次配当が問題となるが、「独占禁止法演習」(3年次後期・2単位)を追加するためには、以前のように、2年次後期に「独占禁止法基礎」、3年次前期に「独占禁止法」を配当することが適切かもしれない⁽⁶¹⁾。

また、これまでの受講者は、事実上「経済法」選択予定者に限定されてきており、授業を実施する上では好都合であった。現在のカリキュラムでは、「独占禁止法基礎」が3年次前期に配当されていることもあり、「経済法」選択予定ではない学生にも受講しやすくなっている。そうした受講者が今後増える場合には、授業実施上の工夫が必要になると思われる。

さらに、授業形態について、現状では双方向・多方向の授業は余り実施できていない。基本科目の学習で手一杯の受講者がおり、全ての受講者との質疑応答が成り立ちにくい状況にあり、また、特に「独占禁止法基礎」においては、双方向・多方向の質疑中心の授業の効果には疑問もあることを考慮している。その補完の意味を込めて、簡単なレポート出題の回数を増やしている。例えば、排除措置命令書に具体的な記載がない効果要件を論述する、事前相談事例に示されている考え方や回答を批判的に検討する、警告等の事例で多様な法的構成が考えられるものについて多面的に分析するといった内容である。

3 法科大学院における経済法教育の在り方と独占禁止法実務

独占禁止法実務においては、①独占禁止法上問題となり得る行為を的確に識別し、どのような類型の違反行為として検討すべきかを迅速に判別すること、②識別した行為について、当該事案の具体的な市場環境に

(61) 一部の法科大学院における経済法科目がそうであるように、これらの2科目を統合して3年次前期・4単位科目とすることも考えられるが、千葉大学法科大学院のカリキュラム編成方針に合致しない。

おける競争効果を的確に分析すること、③当該事案に応じた実効的な排除措置や問題解消措置・実施上の留意点を設計することが求められる。したがって、法科大学院の経済法教育においても、こうした能力の涵養に意を用いる必要があり、また、司法試験選択科目「経済法」の出題内容も、こうした能力の判定に相応しいものとすべきである。こうした観点からは、ハードコア・カルテルや再販売価格の拘束を内容とする出題は疑問であり、逆に、多様な法的構成の可能性を問うような事例、違反(問題がある)かどうかの結論が分かれるような事例こそ相応しいと考える。司法試験「経済法」の出題内容の分析については別稿を用意しているが、平成29年の出題はこのような観点からは好ましいものであったと思われる⁽⁶²⁾。

(62) 前掲注55及び58参照。また、第2問の「論文式試験出題の趣旨」には、「本問では、問題文で提示されている検討案(事業統合案及び業務提携案)だけでは、違法とも適法とも判断しにくい事実関係を設定している。そのような中で、どのような要素を重視して違法性・適法性の判断をするのかに着目することとした(結論としては、独占禁止法に違反するとするのでも、違反しないとするのでも構わない。)」と明記されている。

主要な法科大学院における経済法科目の開講状況(平成29年度)

法科大学院	授業科目(単位数)	内 容	担当教員	開講期
北海道大学	経済法A(2)	企業結合・共同行為	中川寛子	2・3前期
	経済法B(2)	不公正な取引方法・私的独占	中川寛子	2・3後期
	現代経済法A(2)	事例演習(不公正な取引方法・私的独占)	中川寛子	2・3後期
	現代経済法B(2)	事例演習(企業結合・共同行為)	中川寛子	2・3前期
	合計8単位			
東京大学	経済法(4)		白石忠志	3前期
	演習(経済法)(2)	外国競争法〔総合法政専攻と兼ねる〕	白石忠志	3前期
	合計6単位			
一橋大学	独占禁止法Ⅰ(2)	(必須の知識の修得)	若林亜理砂	2後期
	独占禁止法Ⅱ(2)	(事例による応用実践能力の獲得)	金井貴嗣	3前期
	実践独占禁止法(2)	(模擬裁判形式の事例研究)	原悦子・植村幸也	3前期
	発展ゼミⅡ(2)	(事例分析能力の修得)	渡辺昭成	3後期
	合計8単位			
京都大学	経済法Ⅰ(2)	競争の実質的制限行為	川濱 昇	2・3前期
	経済法Ⅱ(2)	不公正な取引方法	川濱 昇	2・3後期
	競争政策と法(2)	事例解析	和久井理子	3後期
	経済法事例演習(2)	事例演習	酒匂景範	3前期
	合計8単位			
神戸大学	経済法Ⅰ(4)	実体規制	泉水文雄	2・3前期
	経済法Ⅱ(2)	発展問題、エンフォースメント	泉水文雄	2・3後期
	R&Wゼミ経済法(2)	事例演習	池田千鶴	3後期
	合計8単位			
法科大学院	授業科目(単位数)	内 容	担当教員	開講期
慶応義塾大学	経済法基礎(2)		江口公典/石岡克俊	2・3前期
	経済法実務(2)	(経済法基礎の既修者向け)	品川 武	2・3前期
	経済法総合(2)	事例研究、公取委ガイドラインの検討	江口公典/石岡克俊	2・3後期
	経済法BP(2)	事例研究	石岡・江口・福井 琢	2・3前期
	経済法WP(2)	応用的な問題解決	石岡・江口・福井 琢	2・3後期
	規制産業法(2)	規制法と独占禁止法	石岡克俊	2・3後期
合計12単位				
中央大学	経済法Ⅰ(基礎)(2)	実体規制	河谷清文	2・3(?)
	経済法Ⅱ(応用)(2)	事例研究	金井貴嗣	2・3(?)
	不公正な取引方法の事例研究(2)		金井貴嗣	2・3(?)
	経済法Ⅲ(独占禁止手続法)(2)	エンフォースメント	金井貴嗣	3(?)
	テーマ演習Ⅱ(2)	独占法の事例研究	河谷清文	2・3(?)
	合計10単位			
明治大学	経済法(4)	実体規制	越知保見	2・3前期
	経済法演習(2)	事例研究	品川 武	2・3後期
	独占禁止手続法(2)	エンフォースメント	品川 武	2・3後期
	経済法総合演習(2)	事例演習	越知保見	3後期
	展開・先端系総合指導Ⅱ(経済法)(2)		越知保見	3後期
	合計12単位			
早稲田大学	独占禁止法基礎(2)	—	—	
	独占禁止法Ⅰ(2)	不当な取引制限・事業者団体・企業結合	土田和博	3前期
	独占禁止法Ⅱ(2)	不公正な取引方法・私的独占	土田和博	3前期
	外国独占禁止法Ⅰ(1)	—	—	
	外国独占禁止法Ⅱ(1)	EU	須網隆夫	3前期
	経済法応用演習(2)	事例問題	多田敏明	3後期
	経済法実務演習(2)	—	—	
合計7単位				
同志社大学	経済法Ⅰ(2)	私的独占・不当な取引制限・事業者団体	松山隆英	2・3前期
	経済法Ⅱ(2)	企業結合・不公正な取引方法	松山隆英	2・3前期
	経済法Ⅲ(2)	事例研究	松山隆英	2・3後期
	経済法総合演習(2)	事例演習	松山隆英	3後期
	応用ゼミ(展開・先端Ⅰ)③—競争法の国際比較—(2)		松山隆英	3後期
	合計10単位			
甲南大学	経済法概説(2)		濱谷和生	2前期
	応用経済法Ⅰ(2)	事例分析(私的独占・共同行為・企業結合)	根岸 哲	2後期
	応用経済法Ⅱ(2)	事例分析(事業者団体・不公正な取引方法)	根岸 哲	3前期
	経済法演習(2)	問題研究	濱谷和生	3後期
	合計8単位			

(注1)中央大学の「開講期」については、前後期を特定できなかった。

(注2)早稲田大学のカリキュラムに対応するシラバスが確認できなかった科目については、「内容」及び「担当教員」欄に「—」を付し、合計単位数には含めていない。