

グローバル化時代の独占禁止法： 国際的な法形成起点と域外適用

中川 晶比兒

- I. 序論
- II. 独禁法における国際的な法形成起点
 - 1. 国際組織による立法提案
 - 2. 競争当局間のベストプラクティス (regulatory best practice)
 - 3. 競争当局間の個別事件における協力・調整 (regulatory coordination)
 - 4. 私人によるベストプラクティス
- III. 独禁法の域外適用
 - 1. 議論の前提
 - 2. 域外適用に関する国際公法上の規律
 - 3. 独禁法における域外適用の考え方
 - 4. 私訴における準拠法との関係
- IV. 結語

I. 序論¹⁾

(1) 国際化と独禁法

独占禁止法（以下、「独禁法」という。）は、経済取引を規制対象とする法律であり、経済取引及びその背景事情の変容（技術進歩など）を反映して、法のあり方もその対応を迫

1) 本稿は基盤 B「政策実現過程のグローバル化に対応した法執行過程・紛争解決過程の理論構築」第三回研究会（2017年3月29日開催）において報告した内容に加筆したものである。コメントを頂いた研究会参加者には改めて感謝申し上げます。

られてきた。グローバル化という言葉が日常的に使われるようになる前にも、市場の国際化ないし国際取引との関係で独占禁止法は盛んに議論されてきた。そこで論じられたテーマは、概ね以下の4つを挙げることができる。第一に、国境を越えて経済取引が行われていることを、独占禁止法上の違法性判断（競争制限効果の評価）においてどう取り込むか、という課題である。具体的には、競争制限効果を判定する舞台である市場を、国境を越えていかに画定するのかという問題及び輸入圧力の評価の仕方²⁾、国際競争力強化のための合併の評価³⁾がある。第二に、これまで独禁法が典型的に違法と考えてきたものとは異なる、新たなビジネス慣行をどのように評価するかである。国際的なジョイント・ベンチャー、国際的な技術ライセンス契約、国際的な共同研究開発など⁴⁾は、(国際的な側面がない場合であっても)その適法性・違法性の判断基準を新たに構築することを迫られた。第三に、域外適用及び国家管轄権をめぐる問題である⁵⁾。第四に、独禁法のハーモナイゼーションあるいは、国際比較の観点からの、国内独禁法の見直しがある⁶⁾。以上の問題はいずれも、現在でもなお議論の対象となるトピックであり、研究が続けられているテーマでもある。

(2) 経済におけるグローバル化

それではグローバル化との関係で、独禁法が新たに論ずるべき問題とは何であろうか。グローバル化の定義が困難であることはよく知られているが、独禁法学ではグローバル化の定義にこだわったことはなかったし、それをタイトルにしたとしても、「現代的な問題を扱っていれば何でもよい」という程度の意味しか持っていないように思われる。

そもそもグローバル化は、国際化と何が違うのであろうか？グローバル化(globalization)は、経済・政治・社会・文化の各側面で語られることが一般的である。

2) 稗貫俊文「国際取引と独占禁止法上の『一定の取引分野の確定』」図書館情報大学研究報告第2巻1号72頁(1983年)。並行輸入の障害は我が国では一定の取引分野を要件としない不公正な取引方法として処理されてきたため、市場画定の問題は顕在化してこなかったが、競争関係の認識において国境を越えた市場画定は暗黙のうちにやられてきた。なお、「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」は、平成3年の制定当初(現在は部分改訂されている)から、域外適用を想定していたことについては、山田昭雄ほか編著『流通・取引慣行に関する独占禁止法ガイドライン』238頁(商事法務研究会, 1991年)を参照。

3) 正田彬「経済の国際化と企業合同の規制」法律のひろば22巻5号11頁(1969年)。

4) 初期の研究として例えば、瀬領真悟「反トラスト法におけるジョイントベンチャー規制(一)(二)・完」立命館法学182号415頁, 187号383頁(1985-1986年)、稗貫俊文「特許ライセンス契約上の諸制限に対する反トラスト法規制の方法の検討(1)(2)・完」北大法学論集34巻2号47頁(1983年), 36巻3号237頁(1985年)、根岸哲「共同研究開発と独占禁止法」日本工業所有権法学会年報9号1頁(1986年)。

5) 松下満雄『独占禁止法と国際取引』(東大出版会, 1970年)、小原喜雄『国際的事業活動と国家管轄権』(有斐閣, 1993年)。

6) 根岸哲「国際化と独占禁止法」貿易と関税35巻7号9頁(1987年)。

しかしこれら全ての局面を含む定義は曖昧であって実用に耐えない。独禁法は経済取引を規律するものであるから、本稿では経済取引におけるグローバル化について、その典型的なイメージを確認するにとどめる。

グローバル化を考えるためには、何がグローバル化されているのかを明らかにする必要がある。ここでは、「企業戦略のグローバル化」に焦点を当てることにより、射程は狭いかもかもしれないが一つの視点を得ることとする。Yip は、multidomestic strategy（多国籍戦略）との比較で global strategy（グローバル戦略）を明らかにする⁷⁾。多国籍戦略では、商品役務を提供する先の国（消費地国）ごとのニーズに合わせるために、バリュー・チェーン（サプライ・チェーン）の全てもしくはほとんどを各国ごとに構築する⁸⁾。他方で、グローバル戦略では、バリュー・チェーンを分解してパーツごとに異なる国に集中して行わせることができるため、費用を削減できる。グローバル戦略では、消費地国に合わせた調整が最低限で済ませられるような、標準化された商品（a standardized core product）を作ることが理想とされる⁹⁾。

Yip によると、グローバル戦略を有利とする条件（globalization drivers）が備わっている産業であるかどうかを認識することが重要であるとされる。このような条件としては、① market drivers（例えば、商品の特性のうち、顧客ニーズが国境を越えて同質的な側面があること）、② cost drivers（規模の経済性が働くこと、販売価格に比べて輸送コストが小さいこと、高い技能を持った労働力を低費用で調達できること）、③ governmental drivers（保護主義的な対応をとる国家によってバリュー・チェーンを一国に集中することが妨げられないことなど）、④ competitive drivers（グローバルに市場を競り合う競争者の存在）の4つが挙げられる¹⁰⁾。

グローバル戦略に関する以上の分析は、一昔前の事例を対象としたものであり、多国籍戦略との違いは理念型としての違いにすぎない。しかし、研究開発投資の規模が大きな、現在のグローバル企業の行動にも、当てはまる部分はあるように思われる¹¹⁾。

7) George Yip, Global Strategy... In a World of Nations?, 31 Sloan Manage. Rev. 29 (1989).

8) Id. at 29 & 31.

9) Id. at 31. Kate Gillespie & David Hennessey, Global Marketing 8 (4th ed. 2015) は、同じことを、グローバルな単一戦略（“a single strategy ... for the entire global market.”）と表現する。他方で、多国籍戦略は、各国向け戦略の集合（a series of domestic strategies）にすぎない。Michael Porter, Competition in Global Industries: A Conceptual Framework, in COMPETITION IN GLOBAL INDUSTRIES 18 (Michael Porter ed., 1986).

10) Yip, supra note 7 at 35-39.

11) グローバル戦略をとる企業は、生産拠点をグローバルに移転できるから、原料供給者、労働者、そして受入国政府との関係で交渉力を高めるとの指摘は、興味深い。Id. at 33.

(3) 法形成起点の国際化と域外適用

企業戦略がグローバル化すると、独禁法が国際化や国際取引の関係で直面した問題はより深刻化または複雑化する。また、グローバル戦略に対して複数の競争当局¹²⁾が自国の独禁法を適用することとなり、同じ行為に対する競争当局間の判断の整合性が注目されやすくなる。このような現象は、グローバル化を法秩序との関係で捉える次の定義から、より鮮明に理解することができる。すなわち、グローバル化を、「国家の単位で仕切られた（＝国境と国籍によって外部とは区別された）〈社会〉と、当該社会に妥当しこれらを規律する〈法〉秩序、の一对一对応が崩れたと認識される状況」と定義し、国家法秩序の内部と外部の峻別自体の相対化に焦点を当てる立場¹³⁾である。本稿では、この定義にも依拠して、独禁法の関連する「現状」を紹介することとする¹⁴⁾。具体的には以下の内容を論じる。

II章では、国内独禁法からみて、独禁法の立法及び個別事件での独禁法の解釈適用に影響してきたと思われる国際的な影響力について論じる¹⁵⁾。第一に、国際組織による立法提案である。これは、独禁法ルールの国際的収斂ないしハーモナイゼーションを志向するものであるが、国際的な組織が主導して国内立法プロセスに影響を及ぼす。第二に、競争当局間の調整が論じられる。競争当局が国際的なネットワークを形成することにより、ベストプラクティスを公表する動きが盛んである。これはガイドラインの制定といった法的拘束力を持たない形で、各国競争当局による法の解釈適用に影響を及ぼしうる。各国の競争当局からみれば、経験の多い競争当局からその知見を調達するものである。また、国際的合併を典型とする個別具体的な事件において、競争当局間での国際的な執行協力も行われる。そこでは、問題解消措置の設計を、経験の多い競争当局にアウトソースしたのと同じ現象が観察される。第三に、私人間で独禁法適合的な取引方針を自ら策定するものである。

12) 日本でいえば公正取引委員会に当たり、独禁法（世界では競争法と呼ばれる）の適用及び執行に責任を持つ行政機関のことをいう。

13) 藤谷武史「グローバル化と公法・私法の再編」浅野有紀ほか『グローバル化と公法・私法関係の再編』336頁（弘文堂、2015年）。

14) 本稿よりも広く国際的な取り組みを論じる先行研究として、瀬領真悟「競争法の国際的エンフォースメント・国際的執行協力」日本国際経済法学会編『国際経済法講座I』430頁（法律文化社、2012年）がある。

15) ただし、その全てに言及するわけではない。貿易摩擦問題の解消のために独禁法を強化改正するか、逆に独禁法の適用を抑制すること（適用除外規定の利用）は我が国でも見られたが、本稿では論じない。八木真幸「国際化時代における我が競争政策の役割」公正取引427号4頁（1986年）。なお、日米構造問題協議以降の国際的な要因による日本の独禁法改正が、サンクションの強化という部分最適化を目指したものであり、独禁法の制度全体としての実効性を考えた全体最適化を先送りしてきたとの評価として、栗田誠「国際的脈絡における日本の独占禁止法」新世代法政策学研究17号241-249頁（2012年）を参照。TPP協定の発効により導入予定の排除措置計画（いわゆる確約手続）については、それが利用される場合には私訴に対する影響が大きいと考えられる。しかし、私訴への目配りを感じさせる規定はない。これも、独禁法の体系全体を見た制度設計の発想を欠く立法といえよう。

グローバル戦略では標準化された商品サービスが重要であった。標準化が有益な分野では、標準化に必須な特許をめぐる権利関係の安定化が、グローバルな取引に影響を及ぼすことから、早くから私人間で取引ルールを定めることが行われてきた。この分野では、各国独禁法がそのような私的な秩序に事後的にお墨付きを与えるという形で、独禁法ルールに取り込んでいる。これらの三つの現象は、いずれも、国内独禁法ルールの形成（解釈適用を含む）において、国境を越えた知見やアイデアの調達が行われているという点で共通するため、本稿では法形成起点の国際化と呼ぶ。以上に述べた3つの起点は、「国際レジーム」「国際ネットワーク」「国際民事ルール」¹⁶⁾を参考にした分類であるが、本稿では「誰が法形成の initiative を持つか」という観点に重点を置いているため、分類としては一致していない。国際的影響の下で形成されたルールは、法形成起点に応じて、立法・行政・司法のいずれかのプロセスを経て法的拘束力を持つことになる。

Ⅲ章では、国内独禁法が国境を越えて適用される局面（域外適用）について、域外適用がどのような範囲で適切なのかを論じる。域外適用は、独禁法の適用が国際法により正当化されるか否かという問題であるものの、実際には各国国内法の解釈によって法域完結的に解決されている現状があり、Ⅱ章とは対照的に、国際的な影響に基づく協働は必ずしも大きくないことを論じる。域外適用は、法を適用される側からみれば、国内独禁法だけではなく外国独禁法も遵守しなければならないことを意味する。従って、域外適用の可否は、抵触法と同じ問題のように見えるが、そう単純ではない事情があることを論じる。

II. 独禁法における国際的な法形成起点

1. 国際組織による立法提案

(1) OECD による Recommendation

OECD の公表する Recommendation は、各国の独禁法の整備に一定の影響力を持ってきた。日本が締結した独禁法協力協定の背景となったものとして、1986年勧告¹⁷⁾及び1995年の勧告¹⁸⁾がある。また、実体規定に関する勧告として、Recommendation of

16) 原田大樹「政策実現過程のグローバル化と公法理論」新世代法政策学研究 18号 251-256頁 (2012年)。

17) Recommendation of the Council of the Organization for Economic Cooperation and Development Concerning Cooperation Between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting International Trade (1986)。米欧間の協力協定 (1991年) の背景となった。

18) Recommendation of the Council of the Organization for Economic Co-operation and Development

the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels, C (86) 65 (Final) (1998) がある。これはハードコアカルテル抑止のために、十分なサンクション、執行協力、二国間条約の締結等を勧告した。とりわけ、カルテルを規制する条文はしばしば一般的・抽象的であるところ、カルテル禁止規定が主要な標的として想定している行為類型（価格協定、入札談合、シェア協定、地域分割など）を明文化した意義は大きい。

(2) OECD の country reviews, UNCTAD の Voluntary Peer Review of Competition Law and Policy

これらは各国の競争政策をレビューするもので、勧告が付される¹⁹⁾。例えばロシアに対する OECD のレビュー (2013 年) では、刑事罰がカルテルだけでなく支配的地位の濫用 (日本では私的独占行為に相当する) の繰り返し違反にも科されていることについて、支配的地位の濫用の定義が明確でないため刑事罰を削除するよう勧告している。またフィリピンに対する UNCTAD のレビュー (2014 年) では、リニエンシー (課徴金減免) 制度の導入を勧告している。これらの勧告は、法改正を国際的に後押しする要因となりうる²⁰⁾。

(3) 国際組織による立法提案：評価と位置付け

OECD や UNCTAD の勧告に従って法が形成され、法的拘束力を持つためには、各国政府による条約の締結や国内の立法過程を経る必要がある²¹⁾。OECD, UNCTAD の共通点は国際的収斂を目指している点である (ただしその意味合いが ICN と完全に同一ではないことについては後述する)。UNCTAD は唯一 Model Law on Competition (条文のひな形とコメンタリー) を有している。

OECD は内容面で先取性を示す。国際協力に関する 2014 年の勧告²²⁾ では、

Concerning Cooperation Between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade (1995). 日米 (1999 年)・日欧 (2003 年) 独禁協力協定で背景としてあげられている。

19) OECD のレビューは、各国が自ら望む場合にのみ行われるとされており、独立の専門家が評価を行い、それに対して当該国が反論する手続も設けられている。Frederic Jenny, *International Cooperation on Competition: Myth, Reality and Perspective*, 48 *Antitrust Bull.* 973, 988 (2003). UNCTAD は OECD と違って、途上国とのつながりが深いため、経済発展の側面も視野に入れた評価が可能であるとする指摘がある。Maher Dabbah, *INTERNATIONAL AND COMPARATIVE COMPETITION LAW* 147 (2010).

20) Hugh Hollman & William Kovacic, *The International Competition Network: Its Past, Current and Future Role*, 20 *Minn. J. Int'l L.* 274, 292-293 (2011).

21) 二国間条約にも、第一世代と第二世代があるが、近年では、執行管轄権の行使による共助 (mutual legal assistance) を含む協定や、秘密情報を情報提供者の同意なしに競争当局間で交換できる内容を含む協定が第二世代と呼ばれる傾向にある。Dabbah, *supra* note 19, at 498. は、第二世代の条約が競争当局間の信頼の高まりによって可能になったとする。

22) Recommendation of the OECD Council concerning International Co-operation on Competition Investigations and Proceedings (2014).

information gateways（競争当局が、調査から得られた秘密情報を、提供元企業の同意がなくても、他国の競争当局と共有するもの）についても言及がある。これは後述する ICN の best practice にも書かれていない²³⁾。

2. 競争当局間のベストプラクティス (regulatory best practice)

(1) ICN (International Competition Network) の Recommended Practices

ICN は各国の競争当局をメンバーとするネットワーク²⁴⁾であり、2001年に結成された。ICNとしての事務局や職員はなく、国際組織ではない。各国の競争当局はワーキンググループ（合併、カルテル、単独行為、advocacy、agency effectivenessの5つ）のいずれかに属して議論する。ワーキンググループでの議論のほとんどは電話会議かメールで行われ、年次総会で Recommended Practices（推奨慣行）等を採用するのが主たる活動である。推奨慣行を始めとする成果物には、競争当局に対する拘束力はない²⁵⁾。

なお、各国の競争当局が NGAs (non-government advisors) を指名して参加することができる²⁶⁾とされており、合併ワーキンググループの実際の作業では、国際合併に通じた弁護士²⁶⁾の貢献が大きいとされる²⁶⁾。

現在 Recommended Practices というタイトルで公表されているものは6つある。また、このほかにも推奨慣行であることを示唆する表現 (Competition agencies should…; It is good practice to …) を使った文書が Handbook, Guidance, Manual といったタイトルで公表されている。内部向け文書（職員教育のための toolkit や modules, 人的資源管理や知識管理などについての Practice Manual, 実務で用いるひな形）も成果物として公表している。

23) 国内競争法規定（英国、オーストラリア、カナダ、ドイツ）もしくは二国間条約（米・豪間）において定められており、定め方も多様である。National and International Provisions for the Exchange of Confidential Information between Competition Agencies Without Waivers, [DAF/COMP/WP3 (2013) 4] (2013).

24) 2018年1月現在での参加当局数は137である（タイの競争当局はダブルカウントされていると思われるので一つと数えた）。<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/members/member-directory.aspx> 東アジアでは台湾及び香港の競争当局が加盟しているものの、中国の競争当局は参加していない。

25) “The ICN does not exercise any rule-making function. Where the ICN reaches consensus on recommendations, or “best practices”, arising from the projects, individual competition authorities decide whether and how to implement the recommendations, through unilateral, bilateral or multilateral arrangements, as appropriate.” <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/about.aspx>

26) Hugh Hollman & William Kovacic, The International Competition Network: Its Past, Current and Future Role, 20 Minn. J. Int'l L. 274, 283 n.18 (2011).

以下では、国際的な収斂が特に求められてきた合併規制²⁷⁾（企業結合規制）に関する推奨慣行について検討する。

(2) 合併規制に関するベストプラクティスを例に

この節では、二つのベストプラクティスを例にして、ICNの作業の内容を少し詳しく検討する。

① Recommended Practices for Merger Analysis (2008-2010)

競争者間の水平合併（horizontal merger）の実体法上の判断手法について、12か国の合併ガイドラインの調査に基づいて、ベストプラクティスをまとめたものである。米・EUといった競争法執行をリードする法域の合併ガイドラインの到達点を踏襲した内容になっている。日本の合併ガイドライン（企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針）はほぼこれを満たしている。技術的に高度な内容も一部含まれており、人的資源の乏しい法域によっては推奨慣行としにくい部分もある。

この推奨慣行については、それ自体に限界があることを、二点指摘することができる。

(ア) 推奨慣行の内容が不明確なものがある

I. C. Comment 4では、競争当局は合併分析に用いる分析要因を明確にすべきであると述べている。これは透明性を高める点で重要な推奨であるが、ガイドラインに列挙すれば足りるのか、個別事件でも要求されているのか不明である。欧州委員会決定（60頁前後の短いものから本文のみで300頁を超えるものまで）²⁸⁾や米国で訴訟ないし裁決手続が行われる事件（問題解消措置を十分だと認めない事件）を除けば、一般に個別事件の判断で、分析要因が十分に明示されているとはいえないのが現状である。

(イ) 推奨慣行の公表後、divergenceが見られるもの

II. F.では供給の代替性（supply-side substitution、合併当事会社にとっては、当事会社のシェアを減らす要因となりうる）を考慮すべきであるとしているが、その具体的な判断方法については明示されていない²⁹⁾。現在では米国（2010）・英国（2010）・EU（1997）のガイドラインで、供給の代替性をどれほど広く（緩やかに、大雑把に）認めるかは相当に異なっている（収斂していない）³⁰⁾。

27) 本稿では、会社法上の合併に限らず、株式取得等の全ての企業結合類型を含んで、合併という言葉を使う。

28) 欧州委員会における決定理由文が長い背景に principle of good administration があることの指摘として、山根裕子「合併審査の国際比較」日本経済法学会年報24号（通巻46号）55-58頁（2003年）を参照。

29) Workbook A.21では、欧州委員会告示をほぼそのまま踏襲する記述をしていたが、Recommended Practices II. F.ではこの趣旨の記述はない。

30) 立場の違いの理論的な説明は、中川晶比兒「販売アライアンス・少数株式取得と独占禁止法」NBL1090号84-85頁（2017年）を参照。なお、85頁脚注15の「44%、44%、30%」とあるのは、正しくは「37%、

ここには問題点が二つある。第一に、Recommended Practices II. F. が Workbook を参照しなければ何をすればよいのか分からない書き方になっているため、現時点から見れば国際的収斂がなされていないのに、Workbook に書かれた欧州委員会の立場のみが best practice として流布する可能性がある³¹⁾。Recommended Practices と Workbook との整合性がとれていないという問題でもある。今後さらに成果物が蓄積すれば、組織としての統一性の弱いネットワークが、それらの成果物間の整合性を維持できるかが問題となる。一国の競争当局が出す成果物同士の整合性と比べて、コミットした批判者が少ない可能性は否定できない。第二に、推奨慣行を抽出する過程が不明であり、practice の理論的根拠と経験的妥当性を批判的に吟味した上で best practice と認定されているわけではないように見える。推奨慣行を抽出する時点で、蓄積の多さまたは立場の明確性のみが影響してしまう懸念がある。

② Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures (2002-2005)

複数法域での合併審査を協調的に進めることができるように、事前届出の期限、最初の待機期間（届出から 6 週間以内）・詳細審査（最初の届出から 6 か月以内）について推奨慣行を論じる。競争当局間の協力内容として、information requests の調整や、joint interviews, coordinating site visits を挙げる。

効果的な問題解消措置 (remedies) は、譲受人が当該市場において viable and long-term competitor になりうるものでなければならないとする。この点は日本の公取委実務及びガイドラインでは十分に盛り込まれていない。なお、問題解消措置に関する国際協力（次の 3. 節で述べる）については、Merger Remedies Guide (2016) があるが、推奨慣行とはされておらず³²⁾、複数法域の事例を引用して、現行実務をまとめたものになっている。

(3) ICN の推奨慣行の評価

① ICN の成果物が多い理由

推奨慣行は、競争当局のネットワークが率先して推奨慣行をまとめるものである。法的拘束力はなく、上述のように推奨慣行で示された方針であっても日本の公取委のガイドラインに反映されていない部分がある。各国競争当局が推奨慣行を受け入れれば、実務上の

37%、25%」であるので訂正する。

31) Oliver Budzinski, International Antitrust Institutions, in INTERNATIONAL ANTITRUST ECONOMICS 138 (Roger Blair & Daniel Sokol eds., 2015) は、勧告が行われた時点での暫定的 (provisional) な知識が永続的な標準になることへの懸念を示す。

32) Merger Remedies Guide (2016) では、問題解消措置について他の競争当局と議論することにはメリットがありそうだ (para. 3.5) という抑制的な表現が使われている。

運用方針ないし解釈規則となるが、これが法的拘束力を持つためには裁判所での判断が必要である。

ICN が各国競争法のハーモナイゼーションに貢献したとの評価は少なくない³³⁾。もっともその評価は、ICN の Recommended Practices がどの法域に向けられたものか、に依存する。米国 EU 等の先進国は ICN の勧告から学ぶものは多くないし、ICN よりは米国 EU 英国韓国といった競争法先進国（＝優れた人的資源のネットワークが強い国）の実務に目を向けるのではないか。

にもかかわらず、ICN が選好される理由は、競争当局にとって同質的なネットワークであるために、自律性が確保されるからである。Damro は、EU の競争当局（欧州委員会競争総局）が、自らの意思決定権限と自律性を拡大するように競争政策を追求しようとする（competence-maximizer）³⁴⁾ と仮定し、この現象を説明する。競争当局が国際協力や国際的収斂を好むのは、競争法の適用をめぐる国際的な衝突によって国内の政治家が介入する可能性を減らすことができるからである。また競争と通商の関連性は、欧州委員会内部の衝突すなわち Directorates-General 同士の衝突を招きかねないところ、ICN は UNCTAD, OECD, WTO とは異なり、通商交渉担当者の介入なしに、競争当局者のみが裁量的な権限を使って勧告に合意し、意思決定できるから、競争総局（DG Competition）の選好に最も合致するという³⁵⁾。

もっとも、このことは逆に、ICN を含む transnational regulatory networks に寄せられてきた批判（統治全体としての実効性はむしろ低下すること）³⁶⁾ が競争法分野でもまた妥当することを示す。また、regulatory best practice に基づく法形成は、行政機関による適用 application/implementation（ガイドラインの改正や個別事件での法適用）によつ

33) 各国法の改正により収斂が行われたことを明示的に述べている例としては、ICN Statement of Achievements 2001-2013, 16 (2013) がある（チェコ、スウェーデン、フィンランドは届出金額について、コロンビア、コスタリカは審査期間について）。

34) Chad Damro & Terrence Guay, EUROPEAN COMPETITION POLICY AND GLOBALIZATION 7 (2016).

35) Id. at 90-91, 104.

36) 規制当局ネットワークは、「金融コミュニティ内部に固有の合理性を純粋化・先鋭化させる一方で、金融に直接・間接に関連する他の価値や利益とのバランスを等閑視させ、場合によっては社会全体を不安定化させる可能性も否定できない。」金融のみの観点からみた場合の規制の合理性は高められているにせよ、統治全体としての実効性はむしろ低下しているかもしれない。「従来曲がりなりにも様々な政策領域における部分システムの合理性を統合・調整してきたのが国家による統治のプロセスだとすると、政策形成が国家を離れた専門家コミュニティの影響力が強いグローバルなレベルに移行することは、…統治の実効性の面でも警戒を要する面がある…」。藤谷武史「市場のグローバル化と国家の制御能力—公法学の課題」新世代法政策学研究 18号 275-276頁（2012年）。国際的射程を持つ私的規範形成の台頭が専門化した部分システムを生み、部分システムに固有の合理性が行動原理となつて、社会全体からみた包括的調整を困難にすることは、伊藤一頼「市場経済の世界化と法秩序の多元化」社会科学研究 57巻 1号 11-18頁（2005年）も参照。

て行われ、かつ個別事件で法的拘束力を持つ（行政処分の規律力）、透明性の欠如ゆえに、民主的正統性の観点³⁷⁾から何らかの手当が必要かどうかという問題も惹起するだろうか。この点については段落を改めて検討する。

②民主的正統性の論じ方

規制当局の国際ネットワークによる政策形成過程に対して示される民主的正統性への懸念は、主として立法を念頭においているようである。それに対して、独禁法における競争当局間の国際的ネットワークは、法の解釈適用段階での影響要因となっており、局面を異にする。しかしながら、法の適用も、制定法に基づく利害調整の一場面であるから、立法と連続的であって、やはり正統性を論じることは可能である。立法過程において全ての問題を洗い出すことはそもそも無理があり、執行過程での再検討は不可避である。ただし、個別事件の執行になるほど手続参加資格は限られるから、立法と同じレベルでの正統性を要求するのは制度上無理があるかもしれない。

そもそも民主的正統性とは、ドイツ憲法での議論³⁸⁾を受けたものであるようだ。その内容を筆者の理解した限りで示せば、国家権力による支配は、国民が選挙を通じて代表者を選出し、議会が法律を制定し、行政活動が法律に拘束されることを通じて、国民自身に遡って正統化される（自己統治）という原理のようである³⁹⁾。正統性は、決定の内容の正しさとは区別された「決定への服従の根拠」のことである⁴⁰⁾。正統性を欠くことの実際上の問題点は、法を適用する側の責任感の低下と、法を適用される側の規範意識の欠如である⁴¹⁾。

しかしこのような民主的正統性原理をそのまま、渉外的な法律関係に妥当させるのは困

37) 斉藤誠「グローバル化と行政法」磯部力ほか編『行政法の新構想1 行政法の基礎理論』365-367頁（有斐閣、2011年）、原田大樹「政策実現過程のグローバル化と公法理論」新世代法政策学研究18号255、261-263頁（2012年）。

38) 詳しくは、角松生史「行政過程と民主主義」公法研究79号94頁脚注55（2017年）の引用文献を参照。

39) 正確な解説は筆者の能力を超えるが、林知更「憲法原理として民主政」『高橋和之先生古稀 現代立憲主義の諸相（上）』10頁（有斐閣、2013年）のほか、ドイツ法について論じたものではないが、野田崇「行政法における『民主的な意思』」曾和俊文ほか編『芝池義一先生古稀 行政法理論の探究』83頁（有斐閣、2016年）を参照した。

40) 興津征雄「国際機関の民主的正統性」公法研究79号156頁脚注2（2017年）。

41) 郭舜「グローバル化の中の立法システム」西原博史編『立法学のフロンティア2』272頁（ナカニシヤ出版、2014年）は、国内立法過程が国際法定立への従属を強めると、「政治指導者は自己の政策選択の責任を国際法定立過程に帰することによって批判をかわそうとし、国民もまた決定が国民集団の集合的な意思に基づいていないことを理由に責任を逃れようとするだろう。…集合的自己決定の幅が狭められることで集合的な自律が縮減されれば、集団に属する個人に判断の責任を負わせることの正当化も困難になっていく。」とする。

難である⁴²⁾。民主的正統性を、もう少し広く、「法の適用を受ける者が、代表選挙を通じて、立法またはその改正に間接的に関与する機会」と理解したとしても、域外適用を受ける外国の名宛人にはこのような民主的正統性は妥当しない。同じことは、準拠法選択においても言えて、外国法の適用を受ける一方当事者には、このような意味での民主的正統性を満たしようがない。外国法の適用を受けることの正当化は、結局のところ、国家主権の平等であり、(国際私法上の公序や国際公法による制約条件の下で)外国の法秩序を等しく尊重すべきことに求められるのではなかろうか。

それでもなお民主的正統性を論じるならば、日本の行政法においてこの原理がどのような位置付けにあり、民主的正統性を欠くことがどのような法的帰結をもたらすのかを考える必要がある。議会と行政機関の関係だけ見れば、民主的正統性とは、どこまで細かな基準や行政活動にまで法律の根拠が必要かの問題となり、立法に関する議会と行政との権限配分問題としての法治主義や、行政裁量の問題に帰着するのではないかという疑問が生じる。言い換えると、民主的正統性をどこまで要求するかは、利害対立を適切に考慮した判断を、立法・行政・司法のそれぞれの段階で、どの程度の個別具体性または抽象度をもって行うべきかという問題であるように思われる⁴³⁾。もしここまで民主的正統性の内容を稀釈化することが許されるのであれば、「法の適用を受ける者が、利害対立の状況を適切に考慮される機会」を確保することは、行政過程や裁判手続でも実現可能であろう。そして、域外適用や準拠法選択であっても、このような意味での正統性は満たすことができよう。

ここまでは、法の適用を受ける側の観点からみて自己統治を論じてきた。国内法が規制ネットワークにおける国際的な影響にさらされながら法形成する状況を論じる場合には、

42) 「国際社会においては、選挙という民主主義の根本的回路が制度として存在しないのみならず、民主政を基礎付け得る単一の公衆 (the public) ないし人民 (the People) の存在を観念できないということが、国際社会におけるアカウンタビリティの問責者は誰かという問題を惹起する。」興津征雄「グローバル行政法とアカウンタビリティ」浅野有紀ほか『グローバル化と公法・私法関係の再編』77頁(弘文堂、2015年)。

43) 正統性を争点化するための回路として、紛争解決手続及び司法的救済を位置付ける見解として、藤谷武史「ガバナンス(論)における正統性問題」大沢真理・佐藤岩夫編『ガバナンスを問い直すI』240-241頁(東大出版会、2016年)があり、またアカウンタビリティに含まれる責任を問う論理との関係で、司法審査を位置付ける見解として、興津征雄「行政過程の正統性と民主主義」宇賀克也・交告尚史編『小早川光郎先生古稀 現代行政法の構造と展開』330-332, 343-344頁(有斐閣、2016年)がある。他方、国際公法の観点からは、国内三権力の能動的な役割に着目する見解がある。例えば郭舜「グローバル化の中の立法システム」西原博史編『立法学のフロンティア2』276-278頁(ナカニシヤ出版、2014年)は、「国際法定立過程の産物をその時点で完成されたものとして消極的に国内法に受け入れるのではなく、むしろ立法を通じて条約実践を作り出し変えていくことが求められる。とりわけ、新たな条約については批准時点で国内法との整合性を過度に気にする必要はなく、むしろ条約枠組みの内部において自国の国内法に適合的な条約の運用を促していくべきである。」とする。また、伊藤一頼「国際条約体制に正統性はあるのか」法教444号133頁(2017年)は、多数国間条約の正統性評価にあたっては、国内法規範との協働の観点並びに国内三権力間の役割分担及び相互抑制の観点を見落とすべきではないと指摘する。

これに加えて、外部の影響を受けて国内法を適用する側の観点からみた正統性（いわば国際的な服従の根拠）を論じることも必要だろう。法を適用する側の観点からすれば、これまでの国内独禁法の判例実務（これまで蓄積された解釈適用）との関係を十分に説明することが、正統性として要求されると考えられる。たとえば、従来のガイドラインに新たな内容を加えるのであればその理由を、国内独禁法のこれまでの蓄積の上に位置付けて説明することが求められよう⁴⁴⁾。公取委が、「今回のガイドラインの改正は、ICNの成果物にそう書いてあったので、これに合わせました。」と言っても、誰も納得しないであろう。逆にそのようなガイドラインの改正の背景について、このような説明がなされることはないであろうから、影響の仕方が見えにくく、透明性に欠く。個別事件への影響はさらに見えにくくなる。いずれにせよそこで求められる透明性は、国際的な影響を受けたことそれ自体ではなく、その経緯はブラックボックスであるとしても、なぜその方向に法の解釈適用を進めるのかということの説明であり、このように理解すれば、透明性は正統性の一内容になろう。

法を適用される側からすれば、「法の適用を受ける者が、利害対立の状況を適切に考慮される機会」が与えられていることが求められることについては既に述べた。利害対立の状況を考慮する場として、議会と行政のどちらがより適切か（あるいは両方を使うべきか）について、個別問題ごとに決めることになるであろう。

③国際フォーラムの棲み分け

ICNを評価することによって逆に見えてくるのは、OECDの役割である。OECDの加盟国は多くない⁴⁵⁾が、国際的収斂を必ずしも至上命題としているわけではない。例えば、一部の法域しか競争当局が扱う問題とは考えていない国家補助（state aid）について、OECDのCompetition Policy Roundtablesがこれを扱っている⁴⁶⁾。Roundtablesは外部の専門家または事務局の職員がBackground Noteで当該分野の法をサーベイしており、それに続いて各国の現状を解説したContributions from Delegationsが続く。ICN

44) ドイツでは、透明性や一貫性を指導理念としつつ、国家に最終的な規範内容の決定権限を留保する立場があるとされる。原田大樹「グローバル化時代の公法・私法関係論」浅野有紀ほか『グローバル化と公法・私法関係の再編』28-30頁（弘文堂、2015年）。筆者はこの発想に親近感を覚えるが、独禁法は個々の事例または事件類型ごとの違いが大きいため、全ての事件に同じ手法を用いるといった意味で「一貫性」を理解すると、かえって個別事件ごとの利害関係の適切な調整から乖離してしまうことになる。どちらかという、法秩序の「一体性」または「連続性」（細かな枝分かれによって発展していくが、幹は同じであるというイメージ）の方が独禁法には適合的な表現かもしれない。

45) 34加盟国からなり、欧州委員会は1960年から参加している。中国はKey partnersの一つとして2007年から参加している。

46) OECD, Competition, State Aids and Subsidies (2010).

の Recommended Practices が法域の見えない（匿名性の高い）書き方になっているのに対して、各国法を理解するには OECD のペーパーは有益である⁴⁷⁾。同 Roundtables では、競争法だけではなく、開発と関連するテーマを一定程度扱っているのも ICN と比べた特色といえよう⁴⁸⁾。他方、UNCTAD の会合には EU、OECD、WTO、WIPO を含む国際組織も会合に参加することがあるとされている⁴⁹⁾。ICN とそれ以外の国際組織が、異なるバックグラウンドと方向性を持って併存していることは、ICN の不透明性による問題を幾分か緩和するかもしれない。

3. 競争当局間の個別事件における協力・調整 (regulatory coordination)

(1) 国際合併における調整⁵⁰⁾

複数の競争当局に届出される国際合併 (multijurisdictional merger) については、競争当局間の情報交換を通じて、問題解消措置の設計 (remedy design) について議論がなされることがあるとされる⁵¹⁾。問題解消措置 (merger remedies) とは、合併当事会社が事業譲渡など合併計画の部分修正を行うことによって、独禁法上の問題がないことを確保し、合併計画を進められるようにするものをいう。たとえば、A 社と B 社の合併が複数国に届け出られたとしよう。A 社は 3 つの工場を持ち、それぞれの生産能力で見た市場シェアは、 a_1 工場が 20%、 a_2 が 20%、 a_3 が 10% であるとする。他方、B 社は 1 つの工場を持ち、そのシェアは 10% であるとする。A と B が合併することにより、シェアが増加することなど⁵²⁾ の理由から合併後に値上がりしそうであると公取委が懸念を示した場合でも、

47) 重要な政策問題について深い議論をするには、OECD は ICN や UNCTAD と比べて最善のフォーラムだという声が多いとされる。Hugh Hollman & William Kovacic, *The International Competition Network: Its Past, Current and Future Role*, 20 *Minn. J. Int'l L.* 274, 293 (2011).

48) 例えば、*Does competition kill or create jobs? The links and drivers between competition and employment* (2015) ; *Competition and macroeconomic outcomes factsheet* (2013) ; *Competition and Poverty Reduction* (2013) など。

49) Imelda Maher & Anestis Papadopoulos, *Competition Agency Networks around the World*, in *RESEARCH HANDBOOK ON INTERNATIONAL COMPETITION LAW* 60, 70 (Ariel Ezrachi ed. 2013).

50) 具体的な事例については、川島富士雄「企業結合規制に関する国際的協力及び調整」*日本経済法学会年報* 34号 (通巻56号) 37頁 (2013年) も参照。

51) ICN, *Practical Guide to International Enforcement Cooperation in Mergers*, example 1, 3, 5 (2015). 競争当局間では市場画定や theories of harm についての考え方 (agency views) について情報交換が自由に行われる (Id., para. 27) が、問題解消措置については合併当事会社が秘密情報について waivers of confidentiality を提出しないと情報共有 (合併当事会社の提出した情報を一方競争当局 sending agency から他方競争当局 recipient agency に渡し、秘密情報について競争当局間で議論すること) ができない。

52) 現在の合併規制では、シェアの高さだけでなく、様々な要因を考慮して競争制限効果の判定を行っているので本文の説明は単純化されている。シェアの位置付けの理論的説明については、中川晶比兒「実証は理論と共

a_3 を同じ市場で操業しているE社に譲渡すればこの懸念は解消されうる。Eへの事業譲渡により、合併後もABの（単純合計）シェアは合併前と変わらないし、企業数は減るとしても従前は周辺的な企業であったE社が事業譲受けによって合併前のBと同じ地位につけば、合併前と競争状況は変わらない。

ところが、 a_3 の譲渡を条件として合併が承認された後に、別の国の競争当局が同じ合併案件について、 a_1 の譲渡を問題解消措置として必要だと考えた場合には、合併当事会社にとってこの合併計画を進める意義は大きく損なわれかねない。 a_3 の譲渡で後に判断する競争当局の懸念も解消されるならば、問題解消措置は最小限にとどめるのが望ましい。そこで、合併当事会社と問題解消措置を議論する時期が、競争当局間で大きく異ならないように調整（align the timing）することにより、相互に矛盾する問題解消措置が出されるリスクを減らすのである⁵³⁾。可能な限り最小限の措置（合併計画の変更）で済むように調整し、common remedies⁵⁴⁾を模索するものである。

このような調整の結果として、各競争当局が、(a) 別々の（ただし類似する）問題解消措置を命じる場合、(b) 同じ内容の措置を命じる場合、(c) 他の競争当局が命じた問題解消措置を信頼して自らは措置を命じない場合がある⁵⁵⁾。

(c) のケースは、ある競争当局が、問題解消措置の設計を、他の競争当局（事実上は最も厳しい問題解消措置を要求する競争当局、もしくは人的資源が豊富な競争当局）にアウトソースする結果になっている。

(2) カルテルに対する課徴金（行政制裁金）ないし罰金の算定基礎

多くの法域では、独禁法違反行為に対する制裁金のbase fine（加重要因や減免要因を加える前の基準金額）として、違反行為の影響を受けた取引の売上額（sales, turnover）を算定基礎にしている⁵⁶⁾。そのうえで、売上額の計算にあたっては原則として域内ない

に合併規制における経済理論の役割」川濱昇ほか編『根岸哲先生古稀 競争法の理論と課題』所収343頁（有斐閣、2013年）を参照。

53) ICN, Merger Remedies Guide, para. 2.7 (2016). 実務の詳細は不明だが、裁量の範囲で可能な限りで、重要な判断の時期を調整するとされている。法定期限内で競争当局が決められる期限を、他国の審査に合わせて先延ばしにすることが考えられようか。だとすると、審査期間を長期化する方向に働きそうである。なお審査にかかる実際の時間は届出前相談や法定期間の進行を停止する制度も考慮しなければならない。根岸哲『『競争法』のグローバル・スタンダード論に関する覚書』甲南法学51巻4号11頁（2011年）、Gerwin Gerven & Melissa Gotlieb, Data Gathering and Analysis: The Anatomy of a Merger Investigation in Europe, 39 Fordham Int'l L. J. 1, 9-10 (2015).

54) Dorte Hoeg, EUROPEAN MERGER REMEDIES 69 (2014).

55) ICN, Merger Remedies Guide, para. 3.5 (2016). 各国で異なる問題解消措置がとられた実例としては、工藤俊和「企業結合案件における企業の対応」日本経済法学会年報33号（通巻55号）96頁（2012年）を参照。

56) Sanctions in Antitrust Cases, [DAF/COMP/GF(2016)6], para. 19.

し国内の売上額に限定する立場が通常採用されている。このことは、仮に全世界に影響するグローバルなカルテルが行われても、各国は自らが規律管轄権を有する範囲で制裁金を課し、同じ売上額について複数国が重ねて制裁金を課すことはないように自制していることを意味する⁵⁷⁾。

4. 私人によるベストプラクティス

(1) 標準化団体の patent policy

技術の互換性に関して技術標準を策定する標準化団体は、標準に依拠する場合の必須特許⁵⁸⁾ となりうる特許を保有する参加者に対して、その行動を規律する義務づけを patent policy に含めてきた⁵⁹⁾。具体的には、(i) 必須特許となりうる特許を保有することを知っている参加者に対して、標準が採択される前にそれを開示すること、(ii) 必須特許の保有者は、fair, reasonable and nondiscriminatory な条件 (FRAND 条件) で必須特許のライセンスを行うこと、(iii) 必須特許のライセンスにおいて要求するロイヤリティーの最高額ないし最も制限的なライセンス条件について表明すること、である。

(2) patent policy と独禁法

patent policy に含まれる必須特許権者の行動の規律は、いずれも私的な合意であるが、競争法はこの私的な取り決めの法的評価に関わってきた。

①独禁法適合性

まず、米国では司法省による執行意思がないことを示す business review letter で、これらの取り決めが独禁法に違反しないことが示された⁶⁰⁾。最高額の決定 (上記 (iii)) が価格カルテルのような外見を持つことから事前に当局による独禁法適合性の判断が求められたと考えられる。patent policy は、必須特許保有者による機会主義的行動が技術取引 (及びその技術を使った商品の取引) を阻害することのないように、私人が解決策を講じたも

57) 英国は域外での売上額を考慮する場合には当該国の明示の合意を条件としている。OFT's Guidance as to the Appropriate Amount of a Penalty (2012), para. 2.10. 域内の売上高だけでは違反行為の影響の過小評価になる場合に、域外の売上額が考慮される。たとえば世界的な市場分割カルテルについて、伊永大輔「国際市場分割カルテルにおける課徴金の算定について」*修道法学* 34 卷 1 号 115 頁 (2011 年)、泉水文雄「国際カルテルと域外適用」*日本国際経済法学会編『国際経済法講座 I』* 379-384 頁 (法律文化社、2012 年)。

58) standard essential patents (SEPs) と呼ばれる。当該特許を実施せずに標準に依拠した製品を製造することが技術的・商業的に不可能なものである。

59) 詳しくは、和久井理子『技術標準をめぐる法システム』256-291 頁 (商事法務、2010 年) を参照。

60) 2006 年の VITA へのレターにつき、和久井理子『技術標準をめぐる法システム』311-316 頁 (商事法務、2010 年)。

のであり、このポリシーが機能すれば（必須特許権者がポリシーを遵守すれば）独禁法が出る幕はほとんどない。

② FRAND 宣言への独禁法による拘束力の付与

しかしながら現実には、必須特許の譲受人が policy に示されたよりも高いロイヤリティーを請求したり、必須特許権者が FRAND 宣言を守らずに差止請求をする紛争が世界中で発生してきた。現時点では米国を除き、patent policy によって FRAND 条件でライセンスする契約上の義務は生じないとされている⁶¹⁾。

他方、独禁法は FRAND 宣言の拘束力を持たせるために使われてきた⁶²⁾。

米国の FTC は、FRAND 宣言をした企業による侵害差止訴訟が、FTC 法 5 条（不公正な競争方法の禁止）に違反するとして、同意命令によって FRAND 宣言に拘束力を持たせている⁶³⁾。また欧州司法裁判所は、必須特許の特許権者 Huawei による差止訴訟につき、FRAND 宣言がライセンス条件に関する正当な期待を第三者に与えること等を考慮すれば、必須特許権者が FRAND 条件でライセンスしないことは、原則として TFEU102 条に違反する（支配的地位の濫用に該当する）とした⁶⁴⁾。その上で、必須特許権者は、侵害訴訟を提起する前に、侵害事実を告知し、被疑侵害者が FRAND 条件でライセンス契約を締結する意思を表明した場合には、FRAND 条件での申出をしなければならないと共に、被疑侵害者もこの申出に誠実に対応しなければならないとした⁶⁵⁾。

(3) 評価

private best practice は、私人によって形成され、私人がそれを適用・実施することによって事実上の拘束力を持つ。しかしそれが法的拘束力を持つためには裁判プロセス（法の解釈・適用）を経る必要がある。

独禁法が FRAND 宣言に拘束力を認めるために利用できる場合がどれほど広いかは、議

61) Thomas Cotter, Comparative Law and Economics of Standard-Essential Patents and FRAND Royalties, 22 Tex. Intell. Prop. L.J. 311, 315-319 (2014) 日本の知財高判平成 26 年 5 月 16 日判時 2224 号 146 頁も同様である。ただし同判決の意義は、特許法の目的にも言及して損害額を FRAND 条件の枠内にとどめたことにある。同判決の損害額の算定に交渉促進規範を見出すものとして、吉政知広「FRAND 宣言のされた特許権の侵害を理由とする損害賠償請求」法政論集 270 号 249 頁（2017 年）を参照。

62) 本稿で触れないその他の国での競争法適用の現状については、Chrissyroula Pentheroudakis & Justus Baron, Licensing Terms of Standard Essential Patents: A Comprehensive Analysis of Cases (2017)にサーベイされている。

63) Jorge Contreras, A Market Reliance Theory for FRAND Commitments and Other Patent Pledges, 2015 Utah L. Rev. 479, 529-532 (2015).

64) Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp., Case C-170/13 [2015], paras. 49-53.

65) Id. at paras. 63& 65.

論のあるところだが、独禁法が私的秩序の実効性を高めるために動員されていることは、特筆すべきである。独禁法の観点から望ましい私的秩序であるという評価に基づいて、これを守るために、独禁法が適用されている。

III. 独禁法の域外適用

1. 議論の前提

(1) 域外適用と国際私法

独禁法の域外適用については、国際私法の側からも関心が示されてきたので、論点を整理しておく。国際私法における一つの見方は、独禁法の実体規定（禁止規定）を、絶対的強行法規（強行的適用法規）⁶⁶⁾と位置付けて、国際的適用範囲についても国際私法の観点から議論するものである⁶⁷⁾。絶対的強行法規と位置付けられた場合には、伝統的な準拠法選択手法（最密接関係地の探求）は用いられず、適用範囲が個別法ごとに議論される⁶⁸⁾。もう一つの見方は、絶対的強行法規という性格付けを行うことなく、立法管轄権などの議論も取り込みながら、伝統的な準拠法選択アプローチを利用するものである⁶⁹⁾。国際私法は、法を適用される側の立場に立って、適用すべき法を選択するアプローチをとるのが原則であるが、その例外たる絶対的強行法規では、法を適用する側の立場に立って、その射程を認識するという問題の立て方をする⁷⁰⁾。同様に、国際公法上の立法管轄権は、国家を出発点とするから、法を適用する側に立った見方をするようになる。域外適用に対する国

66) 絶対的強行法規とは、当該法規定の目的からして、国際私法によって指定される準拠法であろうとなかろうと適用されるべき、法廷地国の強行法規のことである。石黒一憲『国際私法〔第2版〕』60頁（新世社、2007年）、神前禎ほか『国際私法〔第3版〕』148頁（神前禎）（有斐閣、2012年）、横溝大「国際私法の範囲」櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法第1巻』36頁（有斐閣、2011年）。

67) 私法・公法の相対化に伴い、国際私法が絶対的強行法規や域外適用の検討を含まざるを得ないことについては、早川吉尚「準拠法の選択と「公法」の適用」国際私法年報5号206頁（2003年）を参照。

68) 横溝大「国際私法の範囲」櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法第1巻』39-40頁（有斐閣、2011年）。

69) 道垣内正人「法適用関係理論における域外適用の位置づけ」松井芳郎ほか編『国際取引と法』229頁（名古屋大学出版会、1988年）は、「域外適用の問題を考える視点を、立法をする国家の側ではなく、規制の対象となる私人・企業の側に置くと、内容が相対立し両立不可能な法が同時に適用されることのないように適用されるべき法（準拠法）の決定がなされなければならないはずである。」とする。

70) 国際私法における、法律関係からのアプローチと法規からのアプローチについては、中西康ほか『国際私法』14-20頁（有斐閣、2014年）を参照。なお、岡本直貴「独占禁止法の域外適用における『抵触法的アプローチ』」日本経済法学会年報34号（通巻56号）99頁（2013年）では、法規からのアプローチが主になっていると思われる。

際私法からのアプローチとの対話を可能にするためには、まず独禁法がどのような法律なのかを確認しておく必要がある。独禁法が絶対的強行法規と考えられることについては、ほとんど争いがないようであるが⁷¹⁾、独禁法の規定の仕方及び仕組みに照らした説明が独禁法学には求められている⁷²⁾からである。

(2) 独禁法の基本的な思考枠組みについて

①独禁法の仕組み

独禁法が扱う紛争において登場する利害関係者は、独禁法違反行為をしたとされる「違反行為者」、違反行為者の「取引相手」（違反行為者からみて買い手または売り手）、「競争者」の三者である。独禁法の条文ではそのことを明示した規定はなく、せいぜい「不当に競争者の顧客を自己と取引するように誘引し、又は強制すること。」（独禁法第2条第9項第6号ハ）という定義規定に示唆されている程度である。「競争者」は違反行為者の競争者のほか、取引相手の競争者も含みうる。取引相手は、事業者の場合も消費者の場合もある⁷³⁾。独禁法は、被疑違反行為者が行った（あるいは行おうとしている）取引方法に関する利害関係者間の紛争を解決するための法律である。独禁法の実体規定は、禁止される行為を定める禁止規範である。すなわち独禁法の実体規定は、潜在的紛争当事者の一方に行方義務（作為・不作為義務）を課し⁷⁴⁾、その遵守に行政機関を関与させるという手法をとる法律である。言い換えると、潜在的紛争当事者間に予め権利・義務（法律関係）を設定する法律ではない⁷⁵⁾、ということになる⁷⁶⁾。

71) 横溝大「私訴による競争法の国際的執行」日本経済法学会年報34号（通巻56号）61頁（2013年）（「競争法の中核的規定が各国の経済政策を体現した強行的適用法規であることについては、これまでは殆ど問題なく受け入れられていたと言える。」）。

72) 絶対的強行法規か否かの識別基準はなお開発途上に見受けられる。早川吉尚「準拠法の選択と「公法」の適用」国際私法年報5号220頁（2003年）は公権力性の強さをメルクマールとし、横溝大「国際私法の範囲」櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法第1巻』36頁（有斐閣、2011年）は、「各法規の保護法益が一般的か具体的かという区別は有益であるように思われる。」とする。そこでの議論は、公法と私法の区別が形を変えて再現しているようにも見える。筆者は、行為義務を遵守させる行政機関の存在を一つのメルクマールとみるが、それだけで全ての絶対的強行法規を説明できる保障はない。

73) 些末な話であるが、消費者間で競争関係は通常観念しない（バーゲンセールに殺到する消費者の「競走」ないし「競争」は独禁法を適用してまで保護されるべきとは考えられていない）ので、取引相手の競争者が観念されるのは、取引相手が事業者の場合に限るのが通常と思われる。

74) 主要な禁止規定は、「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。」（独禁法第3条）、「会社は、…となる場合には、当該株式を取得し、又は所有してはならず…」（独禁法第10条第1項）、「事業者は、不公正な取引方法を用いてはならない。」（独禁法第19条）といった定め方になっている。

75) 実定法が行為規範を定める場合には、本文中で述べた二通りに加えて、刑罰法規を加えた三通りの規定の仕方がある。一つの法律の中に三通り全ての規定が含まれる場合もある。なお、権利義務設定規範と行為義務設定規範との中間的な性格を持つ法制度として知的財産法が位置付けられるかもしれない。このような問題意識

②独禁法と他の法分野との対話を進めるために：公益と私益⁷⁷⁾

独禁法は一般に公益に関する法律であると考えられる傾向がある⁷⁸⁾。おそらくその最も明確な表現は、「独禁法は、…公正な競争秩序の維持，すなわち公共の利益の実現を目的としているものであることが明らかである。」と判示した主婦連ジュース事件の最高裁判決⁷⁹⁾である。独禁法に公益を第一に結びつける思考が根強く残ると思われる背景には、独禁法規定のうち、不当な取引制限と私的独占の定義規定に、「公共の利益」という文言が含まれることも挙げられる。「独禁法…2条6項にいう『公共の利益に反して』とは、原則としては同法の直接の保護法益である自由競争経済秩序に反することを指す…」⁸⁰⁾という、今や確立した思考枠組み自体が、「独禁法の保護法益＝公益」という思考の背景を提供するものになっている。しかしこのような理解には、独禁法の実体規定（行政法的に言えば、処分要件）の解釈適用を考察してきた筆者からすれば、根本的な疑問が残る。独禁法違反行為に関わる利益⁸¹⁾のあらわれ方を時系列的に示せば次のようになるからである：

を示す見解として、田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究 20 号 3-4 頁（2008 年）（知的財産権は不特定多数者の行動の自由を制約する権利だから、その正当化根拠は、「広く多数の者の利益に資するという観点」すなわち、「フリーライドをある程度、防がないと、…一般公衆が不利益を被ると…観点をもち出さざるを得ない…」）、窪田充見「集团的・集合的利益の保護と知的財産法」民商 150 巻 4・5 号 512-517 頁（2014 年）（知的財産法は侵害行為に対する行為規制ルールであると共に行為許容規範でもある）がある。これらの理解は、公益転化型保護利益の帰属者に法的地位を認める行政個別法（中川丈久「続・取消訴訟の原告適格について」佐藤幸治・泉徳治編『行政訴訟の活発化と国民の権利重視の行政へ』288 頁（日本評論社，2017 年）を参照）との共通点を見出すことができよう。

76) なお、本稿では法規範について別の分類の仕方、すなわち、法律関係もしくは法的責任を発生させる手段として、民事手法、行政手法、刑事手法の三つがあるとする分類にも言及する場合がある。中川丈久「行政法における法の実現」佐伯仁志編著『現代法の動態 2 法の実現手法』111-113 頁（岩波書店，2014 年）参照。金利規制では、民事手法、行政手法、刑事手法がそれぞれ別個の法律として成立し、その不整合（グレーゾーン金利）を最高裁が解消していったことが想起される。

77) 以下の論述は、中川晶比兒「独占禁止法エンフォースメントにおける私益と公益」と題して、2015 年 1 月 25 日に基盤 (A)「集团的利益または集合的利益の保護と救済のあり方に関する解釈論的・立法論的検討」総括シンポジウムで行った報告内容の一部を基にして、重要な修正を加えたものである。問題意識を与えていただいた窪田充見教授、中川丈久教授には改めて御礼申し上げたい。

78) 明確な例としては、安念潤司「公取委審決取消訴訟の原告適格について」中央ロー・ジャーナル 10 巻 1 号 52-54 頁（2013 年）がある。なお、曾和俊文「公益と私益」曾和俊文ほか編『芝池義一先生古稀 行政法理論の探究』47 頁（有斐閣，2016 年）は、独禁法が曾和教授のいう三極構造をとらないという理解に基づいて議論されているが、【独禁法の保護法益図式】の説明で示すように、独禁法の実体規定（禁止規定）は基本的に三極構造を問題にしている。

79) 最三小判昭和 53 年 3 月 14 日民集 32 巻 2 号 211 頁。

80) 最二小判昭和 59 年 2 月 24 日刑集 38 巻 4 号 1287 頁（石油カルテル事件最高裁判決）。

81) この図式では独禁法に違反することが確定する場合を想定しているため、「違反行為者の利益」（排除措置命令等の処分の名宛人の利益）は、（たとえば独禁法適合的な解釈適用を受ける利益は、行政争訟の場面では想定されるべきであろうが）書かれていない。

【独禁法の保護法益図式】

(ア) 独禁法違反行為 → (イ) 特定人 (私人若しくは公的法人) または一部の一般消費者の利益侵害
→ (ウ) 違反行為の是正 → (エ) 「公正な競争秩序の維持, すなわち公共の利益」の実現

独禁法の実体規定 (禁止規定) の解釈・適用を考える際には, 基本的に (ア) ~ (ウ) を視野に入れた考察をするのであって, (エ) はいわば, 法が守られた状態での (実体規定の解釈適用を議論する段階とは別の時点での) 話である. これに対して主婦連ジュース事件の最高裁判決が述べた公益は (エ) であって, 独禁法が既に適用されたか, 自発的に遵守されている結果として実現されたものにすぎない. 独禁法違反行為によって利益を侵害される者 (上記 (イ) で登場する者) は, 特定私人であることも, 国や地方公共団体等の公的法人⁸²⁾ の場合もある. 例えば (i) 違反行為者による競争制限行為によって, 公正かつ自由な競争に参加できる利益を侵害された「競争者」⁸³⁾, (ii) カルテルや入札談合によって, 競争的な取引条件⁸⁴⁾ を享受できる利益を侵害された「買い手」 (部品をカルテル価格で高く買わされた完成品メーカーや, 入札談合の被害にあった発注者としての地方公共団体⁸⁵⁾ など), (iii) 優越的地位の濫用によって, 自主的に取引条件を決定できる利益を侵害された「取引相手」⁸⁶⁾ などが挙げられる. (イ) における一般消費者については少し説明が必要である. メーカーが自社商品の小売価格を拘束する再販売価格の拘束⁸⁷⁾ を例にして考えてみよう. 特定ブランドの毛糸や特定ブランドのスポーツシューズについて再販売価格の拘束 (以下, 「再販」という.) がなされた場合, それによって利益を侵害されるのは, 一般消費者と考えられるが, 利益を侵害された消費者とは, 特定ブランドの毛糸やスポーツシューズを違反行為期間中 (再販が実施された期間中) に購入した消費者に

82) 設立根拠法があり組織等の法的定めがある法人を念頭に置いている.

83) 日本遊戯銃協同組合事件・東京地判平成9年4月9日判時1629号70頁は, 「本件妨害行為により, 原告の自由な競争市場で製品を販売する利益が侵害されていることは明らか」とした.

84) 独禁法という競争的価格とは, 当該違反行為がなければありえた (反事実の) 価格であり, 違反行為前または違反行為後の取引価格が, その最も単純な候補となる. 独禁法違反の成否を判断する際に, 反事実との比較が基本的な思考枠組みになっていることについては, 中川晶比兒「独占禁止法における法的推論と経済分析」日本経済法学会年報35号 (通巻57号) 113-114頁 (2014年) を参照.

85) 東京高判平成21年5月21日は, 「公社は, …入札参加者に適正な競争を行わせることによって, 適正な価格で工事を発注し, その結果, 町田市が負担する委託費は, 適正な価額となることが実現されるものである. 町田市のこのような利益は, 法律上保護すべき利益である」とした.

86) 東京高判平成25年8月30日判時2209号10頁は, コンビニ加盟店オーナーには, 加盟店契約上「商品の販売価格を自らの判断で決定することが保障されている」としたうえで, 見切り販売の妨害行為は「加盟店オーナーが有する商品の価格決定権の行使」を妨げるものと評価した.

87) 独禁法第2条第9項第4号で定義され, 独禁法第19条で禁止される.

88) 実例として, Online resale price maintenance in the commercial refrigeration sector, Case CE/9856/14 [2016] がある.

限られる。手芸やスポーツシューズに興味のない消費者に対する利益侵害は上記（イ）の段階で生じていない。その意味で、（イ）で生じる一般消費者利益の侵害とは、一般消費者の一部に生じる利益侵害となるのが一般的である。なお、同じ再販であっても、商品のエンドユーザーが事業者である場合（たとえば業務用冷蔵庫の再販⁸⁹⁾の場合)には、一般消費者（の一部）に利益侵害があるか否かは、独禁法違反の成否の判断においてそもそも考慮されない⁸⁹⁾。以上の考察から、（イ）の段階で考えられている利益とは、社会全体の利益というよりも、特定人の利益であることが分かる⁹⁰⁾。

このように見てくると、独禁法が専ら一般的の公益に関わる法律であるという表現には違和感を覚えざるを得ない⁹¹⁾。独禁法の適用によって公益も実現されるが、直接的に独禁法を発動させる原因となるのは特定人の利益侵害と考えざるをえないことの方が多いのである。公益ありきではなく、「まず私益があり、そして公益もある」のである⁹²⁾。

89) エンドユーザーはレストランなどの事業者であり、再販ゆえに業務用冷蔵庫を競争的価格よりも高く購入した差額分をレストランが消費者に転嫁すれば、消費者に「も」利益侵害が生じる。しかし、例えばラーメン店がラーメンの値段にいくら転嫁したか（またはサイドメニューにのみ転嫁したか）は、独禁法違反行為による「損害」が最終的に誰に発生したかという側面では問題となるものの、独禁法違反が成立するか否かを判断する（「利益侵害」の有無を考慮する）段階では考慮されない。

90) 独禁法違反行為が特定人の利益侵害を発動要件とするという本文のような理解を前提としても、差止請求権に関する違法侵害説を受け止めることが可能である。同説によれば、個々の法規が私人の法的利益を定めている限り、法規違反行為によって「本来あるべき法状態」が実現されていない場合には、一定の私人が法違反を止めさせる制度（差止請求権制度）を民法自身が準備してしかるべきだとされる。根本尚徳『差止請求権の理論』111-112, 120-121, 422 頁（有斐閣, 2011 年）を参照。一般消費者に被害が生じる場面を想定した場合、差止めの意味が大きいのは、被害がまだ拡散しておらず、知識のある注意深い私人が損害発生を回避できる場合（同 2-3 頁）である。その場合に、たまたま利益侵害を回避できた私人になお差止請求権の行使を認めることはありえよう。法違反行為に対する回避行動を取らなくてもよい状態こそが、あるべき状態である以上、利益侵害を回避できたことだけを理由に差止めの発動要件及び請求資格を否定することは、行政的手法による是正に比べて過大な制約を課すものと思われる。

91) 現在ではこの違和感自体はかなりの程度共有されているのではなかろうか。山本隆司「集团的消費者利益とその実現主体・実現手法」千葉恵美子ほか編『集团的消費者利益の実現と法の役割』218 頁（商事法務, 2014 年）、中川寛子「判批」判時 2244 号 136-137 頁（2015 年）（独禁法の保護法益が公益と私益の両方の側面を持ち峻別困難である）を参照。また、根本尚徳「競争秩序と差止」藤岡康宏編著『民法理論と企業法制』195 頁（日本評論社, 2009 年）は、端的に、「競争秩序（競争法）の究極の目的を、私人の利益を保護あるいは促進することとらえる。…競争の公正を維持することそれ自体は、…右究極の目的を実現するためのいわば手段に止まる…」とする。行政法学からも、独禁法において公益と私益が密接な関係にあることが論じられてきた。興津征雄「競争秩序と事業者の利益」民商 150 巻 4・5 号 551-552, 572 頁（2014 年）は、私的アクターの利益を保護することが秩序の実現と不可分一体をなす場合と位置付ける。また、中川丈久「続・取消訴訟の原告適格について」佐藤幸治・泉徳治編『行政訴訟の活発化と国民の権利重視の行政へ』301-302 頁（日本評論社, 2017 年）は、競争者を一般的公益の核心的享受者と位置付けている。筆者の主張は、興津教授、中川丈久教授の結論とも整合的である。

92) なお、中川晶比兒「独占禁止法エンフォースメントにおける私益と公益」（前出注 77）では、「『独禁法は（公取委による法運用を含めて）個々の主体の私的な利益を保護するための法である』という極端な立場」に立って報告を行った。このような立場に対しては、国や地方公共団体が入札談合の被害者になった場合に、それは「私益」の侵害ではなく納税者の利益侵害であり公益侵害ではないかという批判があるかもしれない。これは公益

それでは主婦連ジュース事件最高裁の考える公益とはどのような概念なのか⁹³⁾。同判決及び長沼ナイキ最高裁判決⁹⁴⁾に依拠すれば、公益とは、「利害関係者が国民全体に広がりうるもの（誰にでもオープンアクセス可能な利益）」という定義が通俗的な理解に近いと思われる。つまり、いつか被害者になるかもしれない者の利益を含んだものであり、潜在的被害者の被害防止という事前の視点に立った概念といえる⁹⁵⁾。このような理解によれば、公益と私益は、法的紛争が展開する時間軸上で同一の時点に共存し「あれかこれか」という形で相互排他的に分類できるものではない。むしろ、一定の重なりを持ちながらも、時間的にずれのある概念であると思われる⁹⁶⁾。このように解釈された公益との関係では、独禁法は公益と私益の両方を守るものであり、しかしその重点はあくまでも私益にある⁹⁷⁾。今日の行政法学では、行政個別法によって公益のみが実現されるのではなく、私人の利益ないし法的地位も認められていることは共通理解になっている⁹⁸⁾。本稿の立場は、その理解に共感しつつ、独禁法についてはその重心が私益にあることを論じるものである⁹⁹⁾。

をどう定義するのかにかかっている（本文のすぐ次の段落で論じる）と共に、私益及び公益を、利益侵害の時点（上記（イ）の時点）で見ているのか、利益侵害が是正された時点で見ているのかという、考察する時点の違いを反映したものである。国民全員の利益を侵害するカルテルや入札談合は稀であり、利益侵害の時点で見限る限り、一般的公益にまで膨らまないことの方が独禁法では一般的であろうと考えられる。

93) ここでは、対立する私人の利益を広く集めて利害調整した結果としての「公益」概念（たとえば、阿部泰隆『行政法再入門（上）〔第2版〕』38-39頁（信山社、2016年）はこちらの理解をとる。）は検討対象としない。行政法学においては、同じ文章の中で公益が二つの意味（国民全体の潜在的利益と、利害調整の結果としての公益）のいずれの意味でも使われているのが一般的であるように思われる。「公益の二重性」と言えよう。

94) 最一小判昭和57年9月9日民集36巻9号1679頁。「現在及び将来における不特定多数者の顕在的又は潜在的な利益の全体を包含するもの…、…を個別的利益を超えた抽象的・一般的な公益としてとらえ…」との判示を参考とした。

95) 通俗的な意味での公益が逆に興味深いのは、独禁法上の全ての利害関係者が含まれているのではなく、主権者である国民に限られていることである。同質的な国民を観念するならば、独禁法違反行為の潜在的被害者の側に偏ることになる。

96) 吉田克己「保護法益としての利益と民法学」民商148巻6号572頁（2013年）が、「公共的利益は、開放性を備えており、市民であれば誰でも接近可能で遍くその利益を享受することが可能である。」（596頁）とし、「公共的利益侵害に対する民事救済として、差止めは、きわめて重要な意味を持っている。」（601頁）とするのは、このような意味での公益理解と適格的である。吉田教授は私訴が行政的エンフォースメントを補完する公共的性格を持つことに関心があるため、公益を出発点にすることへの「警戒心」は当然のことながら存在せず（同598頁）、私益に重点を置く筆者とはその限りで立場を異にするが、最終的な方向性は同じであろう。

97) このことは、行政機関によるエンフォースメントと被害主体が自ら違反行為者を相手取って行う訴訟（「私的なエンフォースメント」とで、実現される内容が等しくなっても何らおかしいことではない、ということの意味する。中川丈久「消費者被害の回復」現代消費者法8号34頁（2010年）。

98) 塩野宏『行政法I〔第六版〕』396-399頁（有斐閣、2015年）、前田雅子「行政法のモデル論」磯部力ほか編『行政法の新構想1 行政法の基礎理論』23-27頁（有斐閣、2011年）など。

99) もちろん本稿は独禁法に限定した議論であって、開業に係る許可・登録といった行政処分については、一般公益の保護が前面に出るであろう（もっとも、許可業種であっても、取引内容や取引態様に対する規制については、本文で述べた図式と同じ構造になる場合もあろう）。行政個別法における私益と公益の関係性にバリエー

③以上のような議論を前提とすれば、独禁法が絶対的強行法規であって伝統的な準拠法選択手法の対象にならないことの説明は、論者によっては自明でなくなるかもしれない。そこで次に、独禁法の域外適用についてどのように考えるべきかを、いったん国際私法から離れて論じた後で、改めて国際私法との接続を試みる。

2. 域外適用に関する国際公法上の規律

(1) 独禁法の域外適用が問題となる状況¹⁰⁰⁾

独禁法の利害関係者は、「違反行為者」「競争者」「取引相手」の3者であった(本章 1. (2) ①を参照)。独禁法の域外適用が問題となる状況は、結論からいえば、「違反行為者」またはその「取引相手」(被害者)のいずれか一方¹⁰¹⁾が、適用国(適用候補となる独禁法を制定した国)の領域外に所在する場合であると考えられる。違反行為者と取引相手の両方もが外国に所在する場合には国家管轄権が及ばない(外国に優先して国家管轄権を行使すべき理由がない)ため、検討対象から除外する。また、両者とも適用国に所在する場合には国内法適用そのものである。

域外適用か否かが問題となる状況の識別に、「競争者」がメルクマールとして登場しないのは、適用すべき法の選択に影響しないからである。例えば、違反行為者と取引相手の双方が国内に所在している場合に、競争者のみが外国に所在しているとしても(例えば日本企業の閉鎖的な系列取引を問題にする場合)、その場合には国内法の適用そのものと考えられてきた。違反行為者と取引相手の双方が国外に所在して、競争者のみが国内に所在する場合もやはり外国法の適用のみが問題となり、国内法の適用の出番はない。

以下では簡単化のため、B2B取引(売り手も買い手も企業である場合)を考えると、域外適用が問題となる状況は次の表のようにまとめられる。なおここでいう適用国企業とは、適用候補となる独禁法を制定した国家からみた自国企業という意味であることに注意されたい。

ションがあることについての示唆に富む分析として、中川丈久「続・取消訴訟の原告適格について」佐藤幸治・泉徳治編『行政訴訟の活発化と国民の権利重視の行政へ』288-302頁(日本評論社、2017年)を参照。

100) 独禁法の域外適用に関する最近の研究動向については、東條吉純「独禁法の適用範囲」日本経済法学会年報34号(通巻56号)20頁(2013年)及び泉水文雄「国際カルテルをめぐる諸問題」法時89巻1号52頁(2017年)を参照。

101) 利害関係者には違反行為者の競争者も含まれるが、その所在地いかんは本文の分類に影響しないため、ここでは省略している。

【域外適用事例の類型化】（域外適用が認められてきた典型は [A] である。）

[A] 違反行為者（売り手）＝外国企業 取引相手（買い手）＝適用国企業（内国企業）
例：外国企業によるグローバルなカルテルや外国企業間の合併に、日本の独禁法を適用できるか。

[B] 違反行為者（売り手）＝適用国企業 取引相手（買い手）＝外国企業
例：日本企業による海外顧客向けのカルテルに、日本の独禁法を適用できるか。

[C] 違反行為者（買い手）＝外国企業 取引相手（売り手）＝適用国企業
例：外国企業による日本商品の輸入カルテルに、日本の独禁法を適用できるか。

[D] 違反行為者（買い手）＝適用国企業 取引相手（売り手）＝外国企業
例：日本企業による外国企業に対する買い手カルテルに、日本の独禁法を適用できるか。

(2) 独禁法の域外適用に関する慣習国際法は成立しているか？

ここでは、慣習国際法が成立しているかどうかについて、条約及び若干の各国法規についてのみ言及する¹⁰²⁾。

①条約

二国間条約では、一方の締約国政府の執行活動が他方の締約国政府の重要な利益に悪影響を及ぼすことがないように、各当事国の利害関係の強度の違い等を考慮して、競合する利益の適切な調整を図ることを定める¹⁰³⁾。しかしこのような規定は抽象的で、域外適用に関する具体的基準の導出は困難であり、規律管轄権一般に関する基準として書かれているとは思えない。

② state practice（国家実行）としての法規

域外適用をめぐるもっとも論争を提起してきた米国は、国内法である FTAIA (Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982) によって、域外適用の可能な場合を明記した¹⁰⁴⁾。同法によると、2つの場合に域外適用が可能である¹⁰⁵⁾。第一に、違反行為が

102) 慣習国際法を国内判例から抽出することの難しさについては、Roger O’Keefe, Domestic Courts as Agents of Development of the International Law of Jurisdiction, 16 Leiden J. Int’l. L. 541, 550-551 (2016) を参照。

103) Agreement Between United States and European Communities on the Application of Positive Comity Principles in the Enforcement of Antitrust Laws, Art. 4 (2) (1998); 「反競争的行為に係る協力に関する日本国政府と欧州共同体との間の協定」6条3項 (2003) を参照。

104) 具体的には、15 U.S.C. §6a; 15 U.S.C. §45 (a) (3) として規定されている。

105) FTAIA 自体は適用除外立法だが、この二つの場合に域外適用が認められるという解釈については確立している。Animal Science Products, Inc. v. China Minmetals, 654 F.3d 462, 466 (3rd Cir. 2011); U.S. v. Hui Hsiung, 778 F.3d 738, 751 (9th Cir. 2015); Dep’t of Justice & FTC, Antitrust Guidelines for International

import trade or import commerce¹⁰⁶⁾である場合には域外適用が認められる。第二に、違反行為が foreign commerce であるが、(1) 合衆国内の通商または合衆国への import trade or import commerce に対して direct, substantial, and reasonably foreseeable effect を持ち、かつ、(2) この影響がシャーマン法、FTC 法違反の根拠となる場合である。EU 競争法の条文には域外適用の射程を示す条文はない。欧州において域外適用に最も批判的だった英国競争法では、欧州司法裁判所の先例にならって、属地主義に根拠を持つとされる implementation doctrine を一部の規定に導入している¹⁰⁷⁾。しかしながら、効果主義と implementation doctrine との違いはほとんどないとの評価もある¹⁰⁸⁾。他方、日本の独禁法規定は独禁法第4章で規制される行為（合併や株式取得等）については、外国会社を規制対象に含むことを「会社（外国会社を含む、以下同じ。）…」(独禁法第9条第2項)という形で規定している¹⁰⁹⁾。諸国の法規の定め方にはばらつきが多く、域外適用に関する統一的な方向性を観察することは困難である¹¹⁰⁾。

3. 独禁法における域外適用の考え方

(1) 国家管轄権からの出発

小寺教授によれば、「国家管轄権の域外適用に関する法理は、アプリアリに存在していたわけではなく、むしろ個別分野の問題処理を通じて種々の検討視座及び原則・基準が生成してきた。」¹¹¹⁾とされる。刑事法を念頭に置いた属地主義や効果主義といった分類が、国境を越えて行われる経済取引にどれだけ有用性があるのかは疑わしい。独禁法の基本的な思考枠組みに立ち返って国家管轄権について考えることが求められるだろう。

Enforcement and Cooperation ¶3.1-3.2 (2017)を参照。なお、Hui Hsiung 事件は、二つの基準いずれについても満たされる（いずれの理屈でも域外適用が認められる）とした。Hui Hsiung, 778 F.3d at 755, 758-759.

106) あえて日本語訳を当てないのは、この文言解釈をめぐる細かな紛争が続いているからである。例えば、import とはどのようなことを意味するのか、ということを探求して、物流を重視する解釈が導かれたりする。

107) Competition Act 1998, s2 (3). Richard Whish & David Bailey, COMPETITION LAW 533 (8th ed. 2015).

108) Cedric Ryngaert, JURISDICTION IN INTERNATIONAL LAW 83 (2d ed. 2015).

109) なお独禁法6条は域外適用を回避するための規定として使われてきた。根岸哲「独禁法の国際的執行・協力」日本経済法学会編『独禁法の理論と展開1』129頁（三省堂、2002年）。現在ではその存在価値を失っているといえよう。

110) ただし合併規制については、事前届出が必要な合併の thresholds（届出基準）として、国内または域内での売上高を用いるのが通常であり、これは域外適用に対する一つの一貫した国家実行と見ることもできるかもしれない。

111) 小寺彰「国家管轄権の域外適用の概念分類」村瀬信也・奥脇直也編『山本草二先生古稀 国家管轄権』344頁（勁草書房、1998年）。

国家管轄権は、国家主権原則、国家の平等、内政問題への不干渉という基本的な原理を反映している¹¹²⁾。そうであるならば、ある行為に対して、他国の競争当局が、「その問題はまさに我が国の独禁法を適用して解決すべき典型的なケースだ」と考えるような事例を、自国の競争当局の立法管轄権から排除することが考えられる¹¹³⁾。

(2) 独禁法による法律問題の切り取り方

独禁法違反をした者（違反行為者）が「売り手」の場合を想定すると、独禁法は、ある行為が市場における競争を制限することによって、違反行為者による値上げ等¹¹⁴⁾をもたらす場合にこれを規制する。そこでは、市場すなわち、「売り手」（違反行為者及びその競争者）と「買い手」（取引相手）という取引当事者と、そこで取引される「商品・役務」をセットとして、問題が観念される（法的に切り取られる）¹¹⁵⁾。独禁法違反行為による被害（利益侵害）は、違反行為者の競争者にも及ぶこともある¹¹⁶⁾が、直接の取引相手には常に被害が発生する。国家がその領域内における違反行為に対して救済を与える責務を負っていることを前提とすれば、まずもって違反行為者の「取引相手」が自国に所在する場合に管轄権を行使するのが自然であるということになる。

以上のことから、違反行為対象商品・役務を「違反行為者」と直接取引する「取引相手の所在地」を管轄する国が立法管轄権を持つ、と考えられる¹¹⁷⁾。

取引相手が法人である場合、その所在地は、内国法人、外国法人ごとに、適用法国の定めに従って決めることになる。その際に参考になるのが、法人税法である。内国法人の所在地は「本店又は主たる事務所」（法人税法第2条第3号）によって判断される。取引相手が外国法人の場合には、国内に恒久的施設及び国内源泉所得を持つ限りにおいて、国内に所在地を持つと考えてよい。

112) Malcolm Shaw, INTERNATIONAL LAW 469 (7th ed. 2014).

113) もっともこの検討方法は、他国の競争当局も独禁法の基本的な思考枠組みを共有しているということの大前提としている。

114) 「ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右する」（東京高判昭和26年9月19日高民集4巻14号497頁）ことができる状態の最もシンプルな表現である。

115) 「…きちんと市場の図を描けるということは、独禁法の基礎中の基礎である。」白石忠志『独禁法講義〔第7版〕』24頁（有斐閣、2014年）。

116) 独禁法第24条の定める差止訴訟は競争者間の訴訟で使われてきた。

117) 売り手による違反行為については、自国所在需要者説が日本の実務を説明するものとして主張されてきた。白石忠志『独占禁止法第3版』181-187頁（有斐閣、2016年）。その実質的根拠として白石忠志「自国の独禁法に違反する国際事件の範囲（下）」ジュリ1103号117頁（1996年）は、違法性判断が難しい競争排除型の競争制限行為を念頭において、「より正しい判断をおこなうことができるのはどの国か」という観点から、「需要者を自国内に抱える国の独禁法のほうが、競争者を自国内に抱えるにすぎない国の独禁法よりも、優先してしかるべきである」とする。

上記のように所在地を定義した場合、違反行為者と直接取引する「取引相手の所在地」が複数国にわたる場合には、それぞれの所在地国が管轄を持つ（複数国が域外適用することになる。三つ前の段落で述べたように、独禁法は「違反行為者」及びその競争者と、「取引相手」を一つのセットとして取引の場（市場）を認識する。従って、「取引相手」が異なれば、違反行為者が直面する競争関係は異なることがある。序論で述べたグローバル戦略を、産業の全ての企業が採用している場合には、世界を見渡しても売り手が数社しか存在しないことがある。このような市場での合併を審査する場合には、各国競争当局が世界市場（同じ市場）を画定することになる¹¹⁸⁾。世界市場ではどの国の「取引相手」からみても、売り手の顔ぶれは同じである。他方で、スマートフォンや鉄鋼、自動車といった産業では、全ての企業がグローバル戦略をとっているわけではなかったり、地域ごとまたは国ごとに地場の企業が高いシェアを持つことがある。このような場合には、各国競争当局が世界市場よりも狭い市場を画定して、それぞれに独禁法を適用することになる。つまり、地域ごと（例えば、北欧、東アジアなど）のあるいは各国の「取引相手」（買い手）からみて、売り手の顔ぶれは異なっているのであり、同じ合併でも地域や国によってその競争に与える影響は異なりうるのである。

(3) 「取引相手の所在地」基準の正当化

「取引相手の所在地」を基準として域外適用を認める私見は、国際租税法の言葉を借りて比喩的に表現するならば、違反行為者にとっての源泉地国がそれぞれ立法管轄権を行使するものである。「取引相手の所在地」基準は、ある程度予測可能性を高めるものと思われる。取引相手の所在地を基準とすべき実質的根拠は、違反行為者は国境を越えた取引を行うことによって利潤機会を増やしている以上は、利潤機会を増やしてくれる取引相手所在地国のルールに従うべきである、というものである¹¹⁹⁾。また、違反行為者の取引相手の所在地を、租税法の規定によって決めれば、適用国法の税金を使った独禁法執行が、納税者のためになるともいえる。

違反行為者の所在地も基準とすべき立場がある¹²⁰⁾。しかし、この見解では、行政的エ

118) 域外適用がなされた具体例として例えば、中川晶比兒「解説」金井貴嗣ほか編『経済法判例・審決百選〔第2版〕』98頁（有斐閣、2017年）を参照。世界市場が画定される場合でも、買い手からみた売り手の重要性は一様ではない可能性があり、各国競争当局の判断が異なることもある。

119) Joseph Bauer, *The Foreign Trade Antitrust Improvements Act: Do We Really Want to Return to American Banana?*, 65 *Me. L. Rev.* 3, 21 (2012).

120) 土田和博「独占禁止法の国際的執行 逡巡、適用、協力」日本経済法学会年報34号（通巻56号）9頁（2013年）は、「反競争的な行為または効果が日本の領域内にある場合に管轄権を有する」という規定を設ければ、輸出カルテルや被害者が外国に所在する（効果主義では捕捉できない）類型をも規制でき、国際協力に資するという。

ンフォースメントが機能している場合には、私訴（民事的手法によるエンフォースメント）への連携がうまくいかないおそれがある。つまり、違反行為地に follow-on suit の規定（競争当局の違反行為認定に裁判所が拘束されるもの）¹²¹⁾があったとしても、それを被害者が使うには、違反行為者の所在地で提訴しなければならないという意味で負担を増すおそれがある¹²²⁾。私訴への連携も考えて立法管轄を設定すべきである。この関連で指摘すべきは、Positive Comity の衰退である。これは、例えば EU (Requested Party) 域内で米国企業に被害をもたらす違反行為が行われているときに、米国 (Requesting Party) が EU の競争当局に執行を求めるものだが、現在はほとんど使われなくなっている¹²³⁾とされる。確かに、競争当局による行政的エンフォースメントだけ考えればこれでも目的を達成されるが、私訴への波及効果が弱まることを考えれば、使われなくなってきたのも理解できる。

以上のような私見は、もちろん域外適用に関する紛争を根絶するものではありえない。輸出カルテルの適用除外立法や、実体判断の各国間での不一致の余地は、主権者ないし裁定者が一つにならない限り必ず生じうるからである。

(4) 域外適用事例の評価

違反行為者の「取引相手の所在地」を基準として域外適用を判断する私見からすれば、(1) で述べた 4 つの域外適用類型のうち、[A] については域外適用が認められる。この類型には域外適用が当然視されてきた国際合併があてはまるし、そのほかにも多くの先例がある¹²⁴⁾。ただし、[A] 類型については輸出カルテルの適用除外を定める国との調整が必要となる。[B] については私見では域外適用は許されず、結論同旨の連邦最高裁判決もある¹²⁵⁾。[C] については、域外適用が可能だが、輸入カルテルが取引相手（輸出企業）に不

121) 独禁法 25 条訴訟とは異なるものである。例えばイギリス競争法では、欧州委員会による違反決定が確定すれば、follow-on damage claims において、違反事実について High Court 及び CAT を拘束する。

122) 米国のように、ディスカバリー、クラス・アクション、三倍額賠償といった強力な武器が与えられていない限り、被害者が外国裁判所に提訴することの負担はなお大きいのではなかろうか。

123) OECD, Improving International Co-operation in Cartel Investigations 23-24 (2012).

124) 結論だけでいえば、Hartford Fire Ins. Co. v. California, 509 U.S. 764 (1993); U.S. v. Hui Hsiung, 778 F.3d 738 (9th Cir. 2015) がある。

125) F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A., 542 U.S. 155 (2004). なお、米国クレイトン法では、このような状況に外国政府 (a foreign state) が原告となって合衆国連邦裁判所で損害賠償請求できることが定められている (15 U.S.C. 7 & 15 (b)). 制定法で域外適用が可能な範囲を定めているということになる。外国政府が原告となって三倍額賠償が認められた事例として、Pfizer Inc. v. India, 434 U.S. 308 (1978) がある。同判決について RJR Nabisco, Inc. v. European Community, 579 U.S. ____ (2016) は、Pfizer 判決で問題となった規定は私人の訴権を拡大する問題だから域外適用と区別する立場をとっているようだが、このような規定の存在自体が、絶対的強行法規であることを認めているものといえよう。

利益を与えるかどうかは、取引相手に代替的な取引先もあるかどうか（例えば違反行為者以外に有望な取引先があるか）検討しなければならないため、違反となる事件は多くないのではないと思われる。他方で、輸入カルテルにより、輸入国の国内需要者が利益侵害を受けている可能性がある。これは（違反行為者とその競争者（輸出企業）を売り手とし、違反行為者の国内顧客を買い手とする取引だから）域外適用の問題ではなく、輸入国の国内法が適用される。最後に、[D]については域外適用が認められない¹²⁶⁾。この場合には取引相手所在地国の独禁法を適用すべきことになる。なお、輸入カルテルにより輸入国に生じる被害については国内法適用の問題となることは、[C]の場合と同じである。

(5) 「取引相手」は誰か

経済活動のグローバル化に伴う域外適用で問題になるのは、サプライチェーンが国境を越えて分散化した場合に、誰を取引相手とみるべきか、不明確になるという問題である。この点についての私見は、取引相手は、違反行為者に対価支払をする主体（直接の支払主体、違反行為者に売上額を生じさせる主体）であると考えており、商品役務の物流ではなく、商流を見るべきだと考えている。すなわち、商品・役務の仕向地（商品・役務受領者の所在地）ではなく、商品・役務の対価支払主体の所在地を基準に域外適用を考えるべきである。その根拠は、機能的なものだが、違反行為対象商品の支払主体と受領主体が一致しない（商流と物流が一致しない）場合には、商品・役務の仕向地では違反行為対象商品の売上額が存在しない可能性があり、課徴金といった制裁が売上額に関連付けられている以上はこのような管轄権を認めても法の実効性を損なうことにある¹²⁷⁾。サプライチェーンの最終段階まで物流を見て適用国への到達を確認する基準によれば、適用国の買い手がサプライチェーンの最終段階になるほど違反行為の対象商品と離れ、転嫁の抗弁が可能となり、私訴の救済としての実効性が損なわれるおそれが指摘できる。米国では私見と結論同旨の判決¹²⁸⁾も、その反対の判決¹²⁹⁾もあり、決着はついていない。筆者と結論同旨の見解として、日本ではブラウン管カルテル事件審決における小田切補足意見¹³⁰⁾がある。補足意

126) 域外適用を否定した事例として、Turicentro, S.A. v. American Airlines Inc., 303 F.3d 293 (3rd Cir. 2002)がある。米国の航空会社4社（American Airlines, Continental Airlines, Delta Airlines, United Airlines）とIATAが共謀して、中央アメリカの旅行代理店に支払う手数料を引き下げる協定を行ったとして、コスタリカ及びニカラグアの旅行代理店がシャーマン法違反に基づいて三倍額賠償を求めた事件である。

127) なお、すぐ後に言及するブラウン管カルテル事件は、直接的購入者に関する限り、商流と物流が一致している事案である。

128) Motorola Mobility LLC. v. AU Optronics Corp., 775 F.3d 816 (7th Cir. 2015).

129) In re Capacitors Antitrust, 2016 WL 5724960 (ND Cal. 2016).

130) MT映像ディスプレイ（株）ほか3名に対する件・審判審決平成27年5月22日審決集62-1巻27頁、サムスン・エスディーアイ（マレーシア）・ビーイーアルエイチエーディーに対する件・審判審決平成27年

見は、需要者には「意思決定者」「商品受領者」「余剰獲得者」の3つの側面があるところ、課徴金の賦課を最も正当化しうるのは、余剰獲得者としての需要者が正しく余剰を獲得できていない場合であるとする。また、販売価格への転嫁がどれだけできたかは不明であるとの指摘は、私訴との連携を意識されているようにも思える。

他方で、同事件の最高裁判決¹³¹⁾は、小田切委員の示した問題点については一切触れずに審決及び高裁判決を維持した。本節の最後に、同最高裁判決の判旨について確認しておこう¹³²⁾。

ブラウン管カルテル事件は、日本国外で「ブラウン管」のカルテルが行われ、かつ「ブラウン管」の直接の購入者（支払主体）は外国法人（現地製造子会社等）であったが、現地製造子会社等が製造した「ブラウン管テレビ」を購入した日本法人の存在を根拠に、日本の独禁法の適用を認めた事例であった。

最高裁が域外適用を認めた理由は、「我が国テレビ製造販売業者」が (i) 取引の相手方すなわち取引条件の実質的な決定主体であり、かつ、(ii) 直接の取引相手がカルテル対象商品（ブラウン管）を受領して行う事業すなわち「ブラウン管テレビの製造販売業」について、その「主体」（「生産計画や仕様等を決定するなどした」）でもあったことに求められる。

もし (i) だけなら、海外子会社が日本に何ら商品サービスを提供しなくても、日本の独禁法が適用されてしまう。たとえば、日本企業が海外のブランド力のある現地企業を子会社化し、原材料調達についてのみ日本企業が取引条件を決める場合である。それ以外の面では現地子会社に主体的に事業を進めさせ、現地でしか事業を展開しない場合でも、日本の独禁法の適用が認められると考えるのは困難であろう。このような例は、現地子会社の方が「主体」となっている場合であり、最高裁判決の射程から外れる。

最高裁判決は、日本の間接的購入者に影響が及ぶのは必然であると考えているのであろう。「転嫁必然説」と呼んでも差し支えなからう¹³³⁾。EUのインテル事件も、問題構造としては同じである¹³⁴⁾。いずれの判決の立場も筆者とは立場を異にするが、筆者からみれば、

5月22日審決集62-1巻87頁。小田切補足意見を支持する見解として、泉水文雄「審決批評」NBL1062号69頁（2015年）及び滝澤紗矢子「判批」法学80巻2号292-293頁（2016年）がある。

131) 最三小判平成29年12月12日。

132) 課徴金についての判旨も、一定の取引分野が「我が国テレビ製造販売業者をも相手方とする」範囲で画定された点で重要だが、本文で述べる域外適用の理由づけが市場画定にも連動しているため、本稿では省略する。伊永大輔「原判決判批」ジュリ1494号99頁（2016年）を参照。

133) 越知保見「域外適用から国際的執行へ」土田和博編『独占禁止法の国際的執行』53-55頁（日本評論社、2012年）はその明確な例の一つである。転嫁必然説の難点は、部品カルテルについてA国に直接購入者がおり、B国に間接購入者（完成品購入者）がいる場合に、A・B両国が課徴金を命じた場合、A国の課徴金が常に過剰な制裁になりかねないことである。

134) Case C-413/14 P Intel Corporation Inc. v Commission [2017]。ただし同判決は、立法管轄を認めるため

ブラウン管カルテル事件も、インテル事件も、他国がさしたる措置をとっていないことによって生じた域外適用事案であるように思われ、その意味ではその射程を一般化することには慎重であるべきであろう。

4. 私訴における準拠法との関係

(1) 準拠法選択への行政的エンフォースメントの影響

域外適用は、国際私法の側からは、絶対的強行法規の国際的適用範囲の問題となることは前述した。独禁法について、伝統的な準拠法選択が難しいのは以下の理由によるだろう。競争制限行為は複数国の市場に影響を持ち、その影響の仕方も市場によって同じではない可能性がある（各国または地域によって市場のプレイヤー及びその重要性が異なる可能性ゆえである）。そのため、利害関係当事者が準拠法を一つに決定するという解決は困難を極めることが予想される。それゆえ法律を適用する個々の国家の立場に立って、その限界を画するという域外適用の思考方法に落ちているのが現状と思われる。

また、独禁法においては公正取引委員会等の競争当局が、法の解釈について一定の立場を採用していることを無視できない。例えば再販規制について、米国は当然違法原則から合理の原則へと極端な判例変更を行ったが、日本及びEUでは原則違法の立場が取られている。このとき、米国のメーカーが日本向けに販売する商品について、再販を実施した場合を考えよう。日本の公取委が独禁法を適用する場合に、米国法を考慮または適用して、再販の競争制限効果について米国並みに厳密に立証することは、自らが公表しているガイドライン並びに審決例・判決例と矛盾することになる。このような立場を公取委は採用できないであろう。外国企業にだけ特別の基準で判断することになるのは行政法上も問題となろう。このように考えると、日本の消費者が米国メーカーに対して起こす私訴においても、（公取委が米国法の合理の原則に耐えられるだけの詳細な立証を行っていることはおよそ想定されない以上）、日本法を適用した解決でなければかえって救済を否定することになる。行政機関が関与する法規は、原則として絶対的強行法規であり、域外適用が許される場合には、その当事者間の私訴における準拠法も域外適用される国の法に一致するという整理でよいのではなかろうか。民事的エンフォースメントと行政的エンフォースメントの連携を考えるならば、適用法規レベル（域外適用及び実質法選択）においても、その連携が図られるべきであるという立論が可能である。

の効果は稀釈化されたものでよいとしているから、値上げ効果や転嫁をそもそも考慮しておらず、その点では日本の最高裁判決とは同列に論じられない。

もつとも、域外適用を、最密接関係地法で表現し直すことは可能かもしれない。利益侵害を受ける主体の所在地を最密接関係地とすれば、伝統的な準拠法選択の手法を使っても、カルテルや再販事件では処理可能である。他方で、外国企業が第三国企業の競争事業者を排除することによって、日本の買い手に不利益をもたらした場合、保護法益主体の所在地は、第三国と日本の二つ候補地が現われる。市場が売り手と買い手のセットで認識され、取引相手（買い手）が異なれば売り手の顔ぶれが異なりうること（3. (2)）を考えれば、この場合には、買い手の所在地である日本の独禁法を準拠法とすることになろう。

(2) 外国独禁法は準拠法となりうる

他方、紛争当事者が行政機関に頼らずに自ら訴訟において独禁法の適用を求めた場合には、国際私法による複数国の独禁法規定の調整が必要となる。例えば、日本企業による独禁法違反行為によって海外で被害を受けた者が、日本の裁判所で救済を求めた場合には、日本の裁判所が外国競争法を適用することになろう¹³⁵⁾。それは上述の、域外適用の基準に関する私見と矛盾するものではない。

この点については、異なる見解もありえよう（公取委が域外適用できるかという判断との組み合わせで議論が展開されうる）。例えば、日本企業が外国の中小企業にサポート業務をアウトソースして、優越的地位の濫用にあたる行為をした場合である。このとき、外国の中小企業が日本で私訴を起こした場合にどうすればよいか¹³⁶⁾。外国の独禁法が優越的地位の濫用を禁止していない場合、日本法を準拠法とすれば違法であるが、外国法を適用すれば適法だということになる。公正取引委員会はこのような場合に域外適用はしないであろう。確かに、委託先が外国企業であるという理由だけで日本企業が日本の独禁法を遵守しないことは、望ましくないように思われる。しかし、この状況は、日本企業が米国で再販をした場合に、米国の被害者が日本で起こした私訴では、立証負担という点では原告にとって有利な日本法を適用すべきかという問題と同じであろう。日本企業は米国で再販をすれば日本で再販をしたときよりも緩やかな基準でしか規制されないことからすれば、優越的地位の濫用についても、日本の独禁法を優先させることは、外国の主権を害す

135) 横溝大「私訴による競争法の国際的執行：欧州での議論動向と我が国への示唆」日本経済法学会年報 34号（通巻 56号）62頁（2013年）。

136) この論点の指摘は、道垣内正人「国内法の国際的適用範囲」自由と正義 61巻5号24頁（2010年）が下請法を例にしてなされており、そこでは外国裁判所を専属管轄とする合意や外国を仲裁地とする仲裁合意についても、立法的解決が必要な課題として論じられている。絶対的強行法規性が専属管轄合意の有効性に影響することについては、横溝大「解説」ジュリ 1509号6頁（2017年）を参照。

ることになりかねない。このような場合を抵触法ではどのように解決するのであろうか¹³⁷⁾。グローバルな独禁法訴訟に関する論点は、民事的手法と行政的手法・刑事的手法との相互関係を意識しなければ解決できない問題であり、今後の課題である。

IV. 結語

本稿は、経済におけるグローバル化（グローバル戦略）と、法秩序のグローバル化という観点から、独禁法の置かれた現状を概観してきた。独禁法における3つの国際的な法形成起点は、いずれもそれ自体としては法的拘束力を持たない soft influence である。かつて、WTO 体制にグローバルな競争法ルールを取り込むことが構想されたが、頓挫した¹³⁸⁾。WTO 協定が国家の貿易制限措置について行為規範（禁止規範及び許容規範）を設定するものである¹³⁹⁾以上、WTO 協定で実現できる内容には限界がある¹⁴⁰⁾。本稿で見た国際的な法形成起点は、法の解釈適用レベルにも及んでいる。日本の立法そのものに影響するもの¹⁴¹⁾は今日それほど多くない。グローバル化に対する法形成のあり方は、法分野によって異なるかもしれない。システミックリスクが懸念される金融分野と、取引当事者を中心とする利害関係者にのみ影響が及ぶ独禁法分野とでは、一国だけ歩調をそろえないことにより、他国の法規制がその目的実現を阻害される度合い及びそれによる国家経済に及ぼす影響の程度は大きく異なるだろう¹⁴²⁾。現状では、合併規制を除けば、歩調をそろえない

137) 横溝大「グローバル化時代の抵触法」浅野有紀ほか『グローバル化と公法・私法関係の再編』122-124頁（弘文堂、2015年）にいくつかのアプローチが示されている。

138) 競争法（の一部）を WTO 協定に取り込む試みは、EU という法的拘束力を持つ国際組織に慣れた欧州と、そうでない米国との対立から実現しなかったことについては、Mel Marquis, Idea Merchants and Paradigm Peddlers in Global Antitrust, 28 Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J. 155, 167-170 (2015) を参照。途上国側の反対も大きかったとの指摘については、David Gerber, GLOBAL COMPETITION 106-107 (2010) を参照。また、Anu Bradford, When the WTO Works, and How It Fails, 51 Va. J. Int'l L. 1, 28-32 (2010) は、知的財産権との比較で、独禁法規定を WTO 協定に盛り込むメリットが見えにくいこと (diffuse, case-specific, and often unpredictable nature) ゆえに、それを支持する私人（企業または消費者団体）が現われなかったことも頓挫の原因として挙げる。

139) 小林友彦ほか『WTO・FTA 法入門』5-11 頁（小林友彦）（法律文化社、2016年）。

140) 輸出カルテルは、独禁法とその適用除外立法、さらには輸出相手国の経済状況が交錯する問題であり、WTO 協定と各国競争法の域外適用（途上国の場合には域外適用能力）を視野に入れた総合的解決が求められる。Mel Marquis, supra note 138 at 172 n.58.

141) TPP 協定による義務づけを受けた国内立法である、排除措置計画の導入が最近の例である。

142) このような認識は程度問題であり、おそらく意見は人によって分かれるであろう。David Gerber, GLOBAL COMPETITION 295-298, 304, 341-342 (2010) は、各国による独禁法の域外適用による紛争を解消し、各国独禁法を適用した法的結論の国際的収斂を高めるためには、むしろプロセス (pathway) にコミットした多国間条約による方が、各国間のコミュニケーションを制度化し、消費者等の利害関係者の関心を高め

国がいても、他国は自国の独禁法を適用すれば、国家経済については自国の利益を守ることができるとというのが現状であるようだ。域外適用について国際慣習法が生成しているとはいえないことにそれはよく現われている。もっとも、経済のグローバル化により、例えばインフラにまで成長した産業における独禁法適用のあり方は、今後国家経済に及ぶ影響は小さいとは言えなくなるであろう。

独禁法の世界では法的ルールの国際的な収斂（convergence）がある程度必要なことは共通理解となってきた¹⁴³⁾。独禁法の違法性判断において経済分析という比較的科学的な手法が使われるようになったことは、国際的収斂をより加速させる意味を持つ。また、国際的収斂は、経験の浅い競争当局への競争法の教育・普及という側面をも持っている。もっとも、3つの法形成起点のうち、「国際組織による立法提案」及び「競争当局間の調整」は、良い面ばかりではない。これらは、立法アイデアや解釈に関する作業の（一部の）ある種の「アンバンドリング」といえる。経済活動のグローバル化の一つの現象として、サプライチェーンがグローバルに分断化され、ビジネス機能がアウトソーシングによってグローバルに分断化ないしアンバンドリング¹⁴⁴⁾されることが観察される。立法アイデアや解釈作業を国際組織や経験の多い競争当局から「調達」することは、競争法の経験の浅い競争当局にとっては有益である。しかしそればかり続けていると、競争当局の自律的な能力発展は損なわれるおそれがある。それはひいては、自己責任意識の低い行政機関（国際的な先駆者に頼る行政機関）を生んでしまいかねない。ルールは書き写せても、経験はコピーできないのである。ビジネス機能のアンバンドリングと、政府機能のアンバンドリングが持つ意味は全く異なっている。

国家と法の1対1関係が崩れる現象としてのグローバル化という観点から見た場合、独禁法は素材としてはあまり舞台の中央に上がるほどのものではなかったと思われ、独禁法を素材に正統性を論じるのは大袈裟な議論であったかもしれない。しかし、渉外的法律関係において民主的正統性を考えることにより、立法・行政・司法を通じた正統性という視点を得ることができた。正統性の低下が、執行機関の責任感の低下と、規範意識の低下につながりうるという意味では、民主的正統性の議論を独禁法で受け止めるべき意義はあつ

る点で望ましいとする。その背景には、「グローバル競争のプロセスには全ての国家が利害関係を共有している」という考え（Id. at 343）を Gerber 教授が採用していることが考えられる。

143) 域外適用をめぐる国家間の対立を減らすという歴史的意味も持ってきた。川濱昇ほか『ベーシック経済法〔第4版〕』316-317頁（泉水文雄）（有斐閣、2014年）。

144) アンバンドリングとは、フィンテック企業の新規参入によって起こるとされる金融サービスのアンバンドリングをイメージしている。付加価値の高い機能を本社機能として残し、それ以外をアウトソース・外部委託することは、グローバルな競争に直面する企業が産業を問わずとってきた戦略の一つである。

たといえよう。そこで求められたのは立法・行政の能動的な役割である¹⁴⁵⁾。また域外適用については、国家実行（判決例）による国際的なコミュニケーションが今後ますます重要になるだろう。最高裁に対しても、ブラウン管カルテル事件審決で小田切委員の補足意見が示した細やかさは望みたいところである。

本稿の内容を、競争当局間の関係からみれば、次のように整理できる。

縦軸には競争当局相互の信頼の程度をとる。複数の競争当局がお互いに信頼関係にある場合が High である。信頼関係が Low であるのは、一方が他方に対して信頼関係を持つにすぎない場合か、相互不信の場合である。横軸には競争当局間の法執行能力の格差を取る。執行能力には、人的資源の多寡のほか、証拠収集の効率性を含めることができる。横軸についても程度を考えれば、競争法先進国間の能力格差は Low となる。

【Modes of Competition Law Enforcement】

Mutual Trust between Agencies	High	parallel but compatible	deference
	Low	overlapping and inconsistent	assistance or unilateral
		Low	High
Differences in Abilities between Competition Agencies			

縦軸と横軸の組み合わせにより4つの領域が区分できる。右下の領域には、本稿で述べた国際機関による立法提案（assistance）のほか、競争法を持つ国が少なかった時期における独禁法の unilateral な域外適用が分類される。国際合併を典型とする、競争当局間の個別事件における協力・調整は、右上または左上に位置する。他方で、国際カルテルに対する域外適用は、右下または左下の領域に陥る可能性がある¹⁴⁶⁾。グローバル戦略の適法性について競争当局間で判断が分かれる場合にも同様である。グローバル化時代においては、自国の独禁法の適用（判決を含む）が、他の競争当局に対する不信の表明にもなりうるこ

145) 前出注 43 の郭論文、伊藤論文を参照。

146) 部品カルテルについては、完成品と部品の両方について課徴金対象に含まれてしまうおそれが指摘されてきた。John Terzaken & Pieter Huizing, How Much Is Too Much? A Call For Global Principles To Guide The Punishment Of International Cartels, 27 Antitrust 53 (2013 Spring).

とに留意する必要があるだろう。

本稿で扱った問題は、いずれも、国内法と国家の外の法（外国競争法、国際的な私人間とりきめ、国際公法）との関係をどう考えるべきかという問題である。国内法と国際法の関係をどう考えるかといった基本問題とも、問題構造が重なる面はあるかもしれないが、そこまでの分析はできなかった。とりわけ、本稿が国内独禁法を出発点として議論していること、それも法を適用する側の視点から見て議論していることは、一つの見方に過ぎない。国際公法、国際私法の論者から見れば全く違う捉え方になるかもしれないが、それは今後の議論の発展に委ねることとしたい。

【追記】 本稿は科研費（17K0340107）の助成による研究成果の一部である。