



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	市場をめぐる法と政策 : 競争法の視点から
Author(s)	川濱, 昇
Citation	新世代法政策学研究, 1, 65-88
Issue Date	2009-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43670
Type	other
File Information	1_65-88.pdf



市場をめぐる法と政策

－競争法の視点から－

川 濱 昇

京都大学の川濱でございます。本日は、北海道大学法学研究科のグローバル COE の創設シンポジウムの報告の機会をいただきまして、誠に光栄でございます。時間の関係で祝辞の部分もはぶいてもいいのでしょうかけれども、一言申し上げたいことがございます。

私が十数年前にアメリカに留学したときに、もちろん知的財産権法が非常に隆盛になっているときでしたが、そのころに1つ特徴的だったのは、知財の研究に若手の優秀な人材が集まるだけではなく、他分野の名の通った方々が知的財産権の分野に流れ込んでいくような形で研究をしていたことでした。その後の展開を見ますと知財での先端的な研究が他の分野にまた還元していくという傾向があったように思います。

まさに、北大の21世紀 COE は知財の拠点として、知的財産権の優れた先生方が集まっただけではなく、他分野の優れた先生方が知財の中に融合され、その魅力的なテーマの研究に結集されたことが特徴だったわけですが、今回そこでの成果が散種される形で、多くの法領域に新たな展開をされるというのは、非常に理想的な流れであるように思われました。

早速ですが、報告に入らせていただきます。私のテーマは、市場をめぐる法と政策というのですがレジュメの最初の総論部分で書いた内容は本日の田村先生のご報告や、それから藤谷先生の予定されているご報告と重なる部分もでございますのでさっそく、独禁法のテーマを軸に市場における法と政策の緊張関係を説明したいと思っております。

＜競争プロセスへの注目＞

ここでは、今、田村先生がお話しなされた問題意識に関係して、独禁法は現在どのような問題直面しているかということ、特に競争プロセスに注目することで明らかにします。まず、なぜ競争プロセスという一見自明なことを、わざわざ語る必要があるかということ、少し大きな視点から申し上げたいと思います。

＜独禁法の目的＞

独占禁止法・競争法に関して、その目的が何かについて争いがあります。これはレジュメの2ページに書いてあるように2つの問題群に分かれます。1つは消費者厚生か社会的厚生ないし社会的効率性のいずれが経済的目的となるか、2つ目はかかる経済的目的以外に経済的自由などがかかわるのかということです。まず、最初の問題ですが、これは消費者厚生か、あるいはトータルウェルフェア、社会的なウェルフェアの増大かということが大きな争点にはなっております。いずれにせよ、何らかのウェルフェアの増大であるということに関しては、これは合衆国でもEC法でもまったく問題がないということです。

＜社会的厚生（social welfare）一元論と経済学の隆盛＞

特にこのウェルフェアの増大という形で問題設定をしますと、ほとんどの問題が経済学によって説明可能になります。その結果、ポズナーに言わせると、反トラストというのはいまや応用経済学の一分野にすぎないということになります。ECの競争法を見ても、このわずか数年間ほどの間に急激に応用経済学の一分野といった様相を濃くしています。

私自身は、現在の日本では経済的な分析が十分でないという点に問題を感じてはおります。と申しますのは、日本の独禁法は、実体的な基準の理論的には検討については重要な課題が残っているわけではないカルテル規制がほとんどです。法科大学院の授業や判例審決解説でも諸外国ではあまり議論しないし、公共政策としての有用性もそれほどなさそうな些末な議論を繰り返すこととなります。その結果、諸外国で喫緊の課題とされている難問について経済学的手法を使った分析が、学界全体としては欧米ほど活発ではないように思われます。しかしこのままだったら、たぶん世界

的な標準からは遅れていくのではないかと懸念しています。

もちろん合併規制のように完全に国際標準化された基準を持っている分野もございませぬけれども、カルテル規制に関して、諸外国では例を見ない公共政策としては妥当でない古い判例等に依拠した些末な解釈論や立証上の困難のため競争当局の貴重な資源をつぎ込まざるを得ない状態になっているのではないかと問題やロースクールの発足がかえって学際的な研究を学生たちに呈示する機会を奪っているのではないかと懸念を覚えています。

＜経済的自由の視点の重要性＞

このように経済学の利用はますます推進すべきだと強く思っていますが、独禁法が応用経済学の一部、すなわち社会的厚生の増大のための政策的側面しか持たないという点には強い懸念を覚えています。懸念というよりも、そのような視点だけで独禁法なり競争法を了解可能なのかということに関して疑義があります。どういうことかと申しますと、レジュメの3ページの2に書いてある通り、社会的効率性等の最大化を目的とする立場は、いわゆる経済的自由の位置付けとか、あるいは独禁法が経済憲法といわれたときに注目されていた目的が見失われるのではないかと問題だと思っています。この後者の観点にはドウォーキンがいうところの原理の側面があったのでないか。前者の政策的な問題に対して、後者はいわば法的な問題ですが、両者の緊張関係に独禁法というのがあったように思うわけです。例えば合衆国の反トラスト法では、制定段階から経済的自由の擁護というのが大きな課題でしたが、今日その問題というのはどうなっているのだろうか。

同じくドイツの競争法におけるオールドリベラリズムの場合であっても、まさに経済憲法として、いわば競争を強制することに1つの価値があり、それは何かというと、やはり自由の確保のためでした。

＜独禁法における原理論的側面＞

これに対するシニカルな見方としては、そういった部分は政治的な美辞麗句にすぎないのであって、しょせんこれは産業政策の1項目にすぎないのだという議論もあり得ないわけではありません。だがよく考えてみると、

それで独禁法は了解可能かという、どうも了解可能ではなさそうなところがあります。単純に厚生主義的な帰結主義にとどまらない原理的な側面もあって、それが特に、私訴の議論などに関連性を持つように思います。あるいは、そのような分野があるということが、法が取引社会に受容される、遵守可能な法として成立する上では必要になっているのではないのかというのが、ここでの問題意識でございます。

少し走り過ぎたところがありますので、まず消費者厚生と社会的厚生の問題の話から少し敷衍させていただきます。まず経済的な分析を重視する立場からは、社会的厚生への一元論というのが有力なようです。社会的厚生と消費者厚生との差異というのは独禁法が関わる局面では多くの場合にはそれほど差がないように見えますが、消費者厚生の一元論というのは経済政策としては支持しにくいものであって、ある種の義務論的制約というぐらいにしか説明がつかいません。ところが、結論において消費者厚生を改善を目的とすべきだというのが、これはアメリカでもヨーロッパでも法実務で受容されています。これが1つのポイントになります。

＜社会的厚生と消費者厚生について＞

ところで消費者厚生と社会的厚生の問題ですけれども、簡単に説明するところとなります。独禁法の問題というのは、いわゆる市場支配力の問題を中心としています。これは、ある想定された競争状態よりも、何らかの行為によって、価格を引き上げることなどによって利益を得ることが可能な地位が形成・維持・強化されることが起きた場合に、これを実質的違法性基準とするものです。そのような場合に、値段が上がるわけですから、消費者は過大な支払いをしなければならないことになる。これが消費者の不利益ですが、もう1つ不利益があります。つまり高い値段になったら買えなくなるという不利益です。買えなくなる人というのは、本来買えたら実現されたかも知れない貨幣的な価値というものを享受できたはずで、それが享受できなかったというのは、消費者の不利益パート2なわけです。社会的厚生一元論は、後ろの高くなって買えなくなってしまったことに伴う消費者不利益を発生するのを防ぐことのみを独禁法の目的とする立場です。

また、これ以外にプラスの効果があった場合に、どう比較考慮するかと

というのが、独禁法の大きな課題になってくるわけです。いずれかの厚生上の不利益と、その当該慣行が他にもたらすかも知れない効率性との比較考慮を比較衡量するわけですが、社会的厚生のみを問題とする立場は、高く買えなくなったことに伴う社会的損失を生産上の効率性が解消させるかどうかのみを比較衡量の問題とします。

欧米及びわが国の多くの立場は、消費者厚生というのは両方含んでいるものであって、それが改善されることを独禁法の目的と考えるべきだとしています。これは消費者の選択の自由、競争があるが故に消費者のメニューを拡張することにより、自己決定の対象が広がるのが大きな目的だからそうなのとも言えます、実際そう考えないと、おそらく競争法を受容する側、少なくとも一般の有権者にとって、受け入れ難いだろうと思われまふ。この点に関連して神戸大学の山本顕治教授が「競争秩序と契約法—「厚生対権利」の一局面—」神戸法学56巻3号272頁（2007）で主張されているように、この意味での消費者厚生を権利的に構成することは可能だと私も考えますが、この論文に関してちょっと補足しておきます。この論文でテクニカルに説明している部分、特に数式で展開している部分が何を消費者の不利益としているのかについて学生や院生で分かり難いとされている部分があります。そこで扱われている消費者厚生というのは、先に述べた、高く買えなくなった場合の不利益と、高く払わされた部分の不利益が同じ代表的消費者の中に同時に成立している場合を説明しているわけです。払えなくなったことに起因する不利益は、要するにその商品にいくら払う気があるかという、自分の主観的なウィリングネス・トゥ・ペイ（willingness to pay）によって、いくら払う気があるかによって左右されるわけです。これは一般に、いくら払っていいかという部分に関して、積分をして貨幣価値が算出可能となります。その積分の可能性を保障するために必要な条件を議論されているのであって、読者はそこを混乱してはならないと言うことです。買えなくなったことに伴う不利益の貨幣的表現を厳密に議論するのは中級マイクロ経済学の議論で初期のポズナーの富の最大化の論稿ではその点について誤解があったのですが、いずれにせよ買えなくなった不利益の計測は多くの場合困難を極め、厳密尺度を用いるかどうかはあまり意味のある議論にはなりません。なお、ポズナーは初期の富最大化論の頃に批判を浴びたせいとかその後の独禁法の文献では、需要曲線

から消費者余剰が計測できることを確保するように、当該需要曲線が補償されたものであることを断る一文を入れております。

山本先生の論文では正確期するあまり、かえって一般読者で見通しが悪くなった方が少なくないように思います。普通に高く払わされた人と、高いせいで買えなかった部分の不利益と理解した方が、独禁法学者や経済学者とコミュニケーションをする上では便利でしょう。あそこで行われている複雑な議論は高いせいで買えなかった不利益の厳密な計測に関する条件であるとういことを理解しておれば十分だと言うことです。

＜独禁法における自由の意義＞

さて、経済的な目的、市場における資源配分の効率性の達成なり消費者厚生への達成は重要ですが、それだけに留まるのかという問題があります。独禁法と自由という問題です。独禁法を取引の自由や経済的自由の擁護のための法律として考える立場は、反トラスト法制定段階から今日に至るまで根強く残っています。合衆国ではポズナーは反トラストは応用ミクロの一分野だと言っていますが判例を読むとやはりいまだに自由に関する議論というのが説得力を持っているわけです。

では、この独禁法における自由はどのように言及されてきたのでしょうか。大別すると①分散化された市場による経済力の抑制、②事業活動の自由の積極的擁護、③消費者の選択の自由という3つに分かれます。②はさらに2つに分かれます。

最初の、いわゆる分散された市場と経済権力の抑制とは、独占力というのは自由に脅威だから、ともかくその経済力を抑制しましょうという主張です。経済が分散化された方が社会的政治的自由にとっても好ましいというもので、反トラスト法の歴史では繰り返し主張されています。わが国では一般集中規制の正当化として持ち出し得るものですが、独禁法による規制の判断枠組みとしては、米国でかつてとられていたような厳格な企業結合を正当化する論拠の1つとしてしか意味がなく、理念としての重要性はともかくプラクティカルな重要性はあまりないことに異論は少ないものと思われる。

2つ目の事業活動の自由の問題ですが、これは2つのバージョンに分かれます。事業活動の自由を制約するような、拘束的な合意を行うこと、そ

れ自体を自由への制限と考え、独立した事業活動、それ自体を競争の不可欠の構成要素と考える立場です。これは、反トラスト法の基となったコンローの世界から連綿と伝わっている議論で、この議論がいまだに、例えばある種の競争する自由を拘束するような相互拘束は、本人が望んだ場合であっても当然に規制するという、悪影響なしに当然規制するという、*per se illegal* 当然違法とといわれる一連のルールの中にその根拠を持っていると考えられていました。もっとも、当然違法原則に対しては自由の擁護といった原理論的な正当化ではなく、厚生主義的な帰結主義からでも擁護可能なのだと一般的に考えられています。ただ、現に存在する当然違法やそれに近い違法性推定の考え方はこの自由に関わる問題とリンクするが故に、不明瞭な部分を残しているように思われます。たぶん現段階での各国の独禁法、競争法での個々の規制内容を厚生主義的帰結主義で正当化できるのかは難問です。これを難点として、ウェルフェア一元論でいけというのが、ある種の法と経済学の立場ではあり得ますが、それは必ずしも今のところ一般に受容されるだけの説得力を持っていないように思われます。

ところでこのような拘束がないことを以て競争の必要条件とする考え方はいわば常識的な競争観に依拠したものです。競争という言葉にこだわっている以上、市場でみんなが活発に競争するのが競争だろうという、その先行了解というのを抜きには議論できない。この部分は、今でも重要な意味を持っているということです。

これとよく似た考え方は、ドイツのオールド学派の議論でも見られます。オールド学派の場合も、〈1〉の分散された市場と経済権力の抑制の問題も重視しますし、〈2〉の事業活動の自由の問題、これは要するに自由に競争することを強制すると競争の必要条件と考えているわけです。合意によっても排除できないような自由があるのだという形で事業活動の自由を考えているわけです。

次に〈2〉の自由のバリエーションとして、事業活動の自由というのを、優位に立つ事業者が相手方の意思決定を制約する形で、自由な意思決定の領域というものを想定した上で、それに介入する形で圧力を加えるようなことを問題視するという視点。これも、一貫して違法性を見るときに取っ掛かりとして使われてきた問題であって、これらも自由として重視されて

きました。

我が国の独禁法の問題としては、1条で、その他一切の事業活動の不当な拘束を排除することによりとしているのは、この点を宣言したものと考えられます。とにかく、事業者が自由に事業活動を行うことが重要なのであって、そのような拘束のない状況というのが望ましいという、これが先ほど申しました経済的自由のマグナ・カルタとか、この表現は合衆国の表現としても似たような、経済憲法としての競争法ということを主張するオールドの立場などもこういった考え方に由来します。

最後の消費者の選択の自由というのは、これは現状の消費者厚生重視説の側が、その立場を規範的に説得するために持ち出す議論でもあります。自由の言葉で語るというのは、少なくとも市場経済を是とする人々の間で、自由や自己決定というものが非常に強い、センチメンタルなバリューを持つ言葉なので、それこのように表現するということとなります。

<自由をめぐる言説の弱体化>

ところで、このような競争法における自由の言説は現在あまり有力ではありません。米国では経済分析が優先していますし、EC競争法ではかつてオールドの影響とされていたものが批判の対象となっています。EC競争法の現代化にとって批判の対象とするものをオールドレガシーといった形で呼ぶこともあります。この問題がなぜ重視されなくなったかといえますと、1つには消費者厚生であれ、トータルウェルフェアであれ市場支配力の形成・維持・強化につながる行為が問題とする点では一緒であって、その議論をすれば充分だからでもあります。これは、消費者厚生か社会的厚生かという議論どちらをとっても一緒です。

市場支配力の形成・維持・強化を目指す行為ということだけを強調しますと、日本のコンセプトで言うと、お前の言っているのは競争の実質制限だけではないか、公正競争阻害性をとらえきれないのではないかということになりそうです。しかし、公正競争阻害性の中でも、一番重要性の高い自由競争阻害は、結局、市場支配力の形成・維持・強化をおそれの段階で規制しようというだけのものであって、結局市場支配力の形成・維持・強化の問題に直面します。

それでは手段の公正さの問題や、優越的地位の乱用の問題は問題にしな

いのかという批判があるかもしれませんが、これはよく考えると、手段の不当性の問題とか、それから力の不当な乱用の問題というのは、それ独自で違法か、そうでないかの判断基準を考えられそうです。要するに、欺まんの行為をしてはいけないというのは、市場全体に対する悪影響があるうが、なかろうが、その不当性に対する支持を調達しやすい分野なのであります。正当化の点で厄介な問題は自由競争にかかわるインタラクションの中で、いい行為と悪い行為をどう区別するかの問題ではないかということです。その場合には、介入の必要条件というのは、市場支配力の形成・維持・強化、ないしはそのおそれという形で一元化できます。

これは、日本だけではなく、アメリカやヨーロッパにおける競争制限の問題もそのようにとらえられる。と申しますのは、よく日本で公正競争阻害性は日本独自の概念だという主張される方もおられますが、実際には、現実に市場支配力の形成・維持・強化があったことだけで規制するわけではなく、アメリカでもヨーロッパでも、これをおそれの段階で規制する場合があって、それは先ほど言った当然違法や推定的な違法の議論に妥当します。ある一定の行為があった場合には市場支配力の形成・維持・強化があったか否かを個別に検討することなく、あるに決まっているのだから規制しようという考え方や、弱いレベルで推定しよう、という考え方です。これは公正競争阻害性に対応します。

ところで市場支配力の形成・維持・強化だけが問題なら、現在では様々な理論的、経験的な手法があるわけです。もし、そうならどうも競争における自由などを議論する余地がないのではないかというのが、率直な感想だと思います。しかし、ちょっとここでよく考えてみると、これは当たり前前の話ですけれども、独禁法であれ、反トラスト法であれ、いずれも競争の法律であって、その介入の手掛かりというのは、やはり市場における競争の状態をということなのです。

<なぜ、競争過程が問題か>

これが、ある意味では桎梏になっていると見る人もいます。藤谷先生のご報告で言及されると思いますが、キャプローとシャベルの効率性と公正という著書（Louis Kaplow and Steven Shavell, *Fairness versus welfare* (2002)）では、ルールの当否はもっぱら社会的厚生によって決定

すべきであって、むしろ義務論的制約というのは福利を考える上では桎梏なんだという議論です。もっとも、公正にかかる議論が義務論的制約としてではなく、社会的厚生を高めるがゆえに考慮するということは認められているのですが、それ自体としては関連性がないという立場を示しています。競争法と関連で言うとキャプローが同じく、これに関する反トラスト法の法と経済学のサーベイ論文中で、合理の原則に関連して、厚生だけを基準にすべきであるのに、裁判所は競争過程を吟味しているが、本来は一元化すべきであることを強調しています（Louis Kaplow and Carl Shapiro, “Antitrust” in Handbook of Law and Economics, vol2. (A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell, ed 2007). 1073)。しかし興味深いのは、Kaplow の歯切れの悪さです。

要するに競争を促進できるか、競争を制限できるかという、その比較考慮を裁判所が行っているが、経済学では、競争が活発かどうかというのは、完全競争モデル以外には想定しにくい。だから、この作業は経済学にとってはなし得るものではなく、経済学の利用を考えるなら社会的厚生だとするわけです。にもかかわらず、裁判所の意思決定の制約の問題、能力の点から考えると、要するに競争プロセスを抜きに社会的厚生を判断できるかということに疑義を示しており、そうではなさそうだから、そのプロセスに注目しているのだろうと歯切れの悪い結論を示しているのです

ところで、Katz と Farrell という著名な産業組織論の研究者が、先の効率性の増大か、それとも消費者厚生が増大かという論点に関連して、見落とされていることが1つあるとしています（Joseph Farrell and Michael L. Katz, “The Economics of Welfare Standards in Antitrust”, 2 Competition Policy International 3 (2006 Autumn)）。それは競争プロセスに対する害というのは必要条件なのだとしたことだということです。これはある意味では当たり前で、競争の回避があるか、あるいは競争の排除があるかというのが独禁法適用の前提条件というのは、自明にさえ思われます。しかしこの問題というのは、実は後の競争秩序とか、ないしは独禁法の私訴を考える上では重要な要件なわけです。

このように、競争が義務論的制約にも関わる点については鈴木興太郎先生と後藤晃先生も、「公正で自由な競争の促進を目的とする競争政策は、公正で自由な競争の場を的確に整備・維持することによって、自立的な経済

単位が個性的な目標を自己責任の原則に則って自由に追求する機会を公平・透明に提供する政策なのであって、なんらかの目標関数の制約条件付き最大化というシナリオになじむ政策ではないというべきである。」（鈴木興太郎＝後藤晃『日本の競争政策』9頁）（東大出版 1999）という主張をされています。

＜競争プロセスへ害とは何か＞

では、競争プロセスの害とはいったい何でしょうか。競争プロセスは「他の事業者を排して顧客の取引を獲得すべく努力する活動が集積して市場における取引条件等が制御されていくプロセスを言う」というのが通常の考え方だと思います。非常に凡庸な定義ですけれども、これに対する害というのは典型的には競争の回避か排除ということになります。回避とは、個々の事業者が独立した行動をとらずに一定の拘束を相互に受け入れたり、一方的に拘束されることによって競争を回避するということが問題なのだというものであり、排除とは、競争参加者の競争活動を困難にすることによって、競争的抑制をなくすことが問題なのだということになりましょう。

これも、ある意味では自明のことを言っているように見えます。ひところ、この競争プロセスの害という問題は重要視すべきではないという議論がなされていた時代がありました。これはリチャード・ボークが先ほど言ったトータルウェルフェアの増大を、競争促進と呼ぶべきであって、競争プロセスで問題とする競争概念というのは有益ではないとしたわけです。要するに効率性を増大することが競争を促進的であって、その結果、産出量が増大することが競争促進そのものだというテーゼを唱えました。裁判所の中には、こういった行為に対する制約自身を競争に対する害と見ている部分があるけれども、それはおかしいのだという批判をしたわけです。

これは一面では正しいことです。というのは、当然違法というのは、こういったある種の行動に対する制約の与え方というのは、その対応からして市場支配力の形成・維持・強化以外に役に立つはずがないということから、それらを、悪影響を具体的な立証なしに否定したわけですから、それを安易に、悪影響が発生するかどうかというのにかかわりなく、安易に行為のベースだけで、終局的な判断が可能であるがごとき立場をかつて取ったことがアメリカではありました。ヨーロッパでも長らくそれに近い

立場が取られていました。81条、いわゆるカルテル規制の場合における第一項での競争への悪影響に関して、独立行動を放棄した段階で基本的に成立するものとされて、最終的に第3項における正当化の要因があるか否かに持ち込めるのだという話になっていた時代がありました。あるいは支配的地位を持った企業が行った行為というのが、競争相手の自由な競争の機会を奪ったと考えられるなら、直ちに濫用にするという時代もあったわけです。いずれもその後、市場における効果のレベルにおいてもっともらしい部分がない限りは、介入根拠にならないという批判にさらされました。先のような立場は過剰規制に陥る可能性があることは確かです。しかしながら、それが過剰規制だというのはどのように判断されるのか、ベースラインの確定が必要です。

上記の議論は、市場に対する効果を抜きに競争プロセスだけで判断することの問題点はとらえています。競争の回避、排除が行われるということを手掛かりにせずには、独禁法の法的介入もすることができない点を見失っています。介入のいわばベースラインを確定する作業においては競争プロセスの考え方は、重要な意味を持っています。

＜競争プロセスと私訴＞

同時にそれは、先ほど言いました通り、私訴に関して意味を持っています。競争が害された結果被害とは何かという問題です。日本法では民法709条の問題としても問題となりますが、まず独禁法25条で問題とされている、私的独占、不当な取引制限、事業者団体の行為、不公正な取引方法による被害者とは何かということ、すなわちこの被害の確定という問題です。これは、実は日本で今までほとんど議論をされていなかった争点です。

独禁法違反行為と事実上因果関係がある損害をこうむったら被害者ということになりませんし、相当因果関係をもち出してもそれだけでは決め手になりません。これらの規定によって想定されている被害者、それはこの行為の性質によって競争がプロセスに対して害を与えることを契機として被害を被ったものに限定されているはずではないでしょうか。その部分を、まず独占禁止法の保護法規としての射程の問題の確定というのが必要なのですが、この確定の問題というのは、まさに今言ったプロセスの問題を抜きには確定できないというのが、ここでの主張です。

この問題は、我が国では明示的には議論されていません。議論のないまま、裁判所は暗黙のうちにこの条文から結論を出しております。しかし、この問題はわが国の母法である反トラスト法では徹底的に議論されていますし、EC競争法でも私訴を強化する際に直面している問題の1つです。反トラスト法では、この問題は反トラスト被害（antitrust injury）の法理として論じられています。これは反トラスト法私訴における反トラスト被害—これは権利侵害と読んだ方がいいような気もいたします—が、損害賠償に必要だというものです。この法理は、反トラスト私訴が可能なのは、単に問題となる行為によって事実上損害を被っただけでは足りず、原告が反トラスト被害を被った場合に限定されるというものです。そして、反トラスト被害とは、「反トラスト法が発生を防止しようとするタイプの被害であって、被告の行為を違法とするものから生じる被害でなければならない」とするものです。ここで吟味されている問題が、25条における被害とパラレルに考えられそうです。ところで、この法理は、ちょうど反トラスト法が消費者もしくは社会的厚生を増大を目的とするものだということが有力になった時期とほぼ軌を一にして出された議論であって、その後、学説でも、法と経済学と非常に相性のいい法理と考えられています。

じゃあここで問題となるのは、反トラスト法が発生を防止しようとするタイプの被害でなければならない。だとしたら、先ほど言った社会的厚生か消費者厚生が改善が目的だったとしたら、違法な市場支配力の形成等による被害だけが問題になりそうです。しかし、そのような立場は合衆国でもまったく取られていません。端的に言いますと、市場支配力の形成等をもたらす過程で違法に排除された競争者はこれに該当します。同様に、排除された競争者だけでなく、独禁法の違反行為の遂行過程の中で、事業活動の拘束を受けた事業者、ないしは事業活動の拘束の達成手段として、取引拒絶されて不利益を被った事業者これらの者の被害はいずれも反トラスト被害と考えられています。これらは少なくとも我々が考える競争に関する被害という直観には一致しています。もちろん最終的な受益者である消費者が被害者であることは間違いありません。選択する自由を独禁法の違反行為によって奪われた消費者も当然含まれますが、上記の事業者が、反競争行為が行われるプロセスで被った被害もこの反トラスト法の被害に入ってくるわけです。

ここで独禁法違反による被害というのは先ほど言った競争プロセスの中で述べられた競争の前提としての事業活動の自由などかかっています。なんらかの手段で排除された事業者とか、あるいは自由な自己決定の領域に干渉されたものがいたとして、その干渉それ自体がただちに違法となるわけではありませんが、その干渉などが市場に与える悪影響が一定レベルに達した場合には、かかる干渉等に対する損害も賠償させると必要があるわけです。ここでは対市場効果が一定の閾値に達していることを必要条件とはしていますが、やはり競争のプロセスを抜きには独禁法違反による被害は考えられないわけです。この考え方は日本法でも同じく妥当すると考えられます。

以上から、我々は競争を観念をするときに、当該行為が社会的効率性を増大させているかだけを問題にしているのではなく、なんらかの競争プロセスを害していることも必要条件と考えているものと思われれます。実際、現行法上の競争法の理解の中には、このプロセスへの害を説明しないことには出てこない部分があるわけです。

どうも従来、単に競争者の問題とか、消費者の問題を個別に取り上げられてきて検討したきらいがあったけれども、この部分を抜きにしては、いわゆる競争秩序の理解もできないのではないかと考えられるわけです。

<合併と競争プロセス>

ここまで競争プロセスの害の問題をあまりにも抽象的に説明しましたので、合併を例に取りましてプロセスの害があるか、ないかで結論が区別される問題というのを説明しておきます。この問題もまた反トラスト被害の問題と関係しています。

合併によって市場支配力の形成・維持・強化がもたらされる場合というのは、いろいろなストーリーが考えられます。我々が通常念頭に置くのは次のような場合です。競争業者同士が合併することによって、その結果、競争の回避があり、その結果として単独の事業者が他のプレーヤーからの圧力があっても、なおかつ利益を得るような地位が形成・維持・強化される場合や、あるいはその競争回避を起点として、市場内部において暗黙の協調、その他の競争回避活動を促すような状況が促進されるような状況がある場合です。これが規制が行われる典型的なケースです。この場合、合

併が競争プロセスを害しているということが出来ます。

しかしながら、ひところ合衆国においてこんな議論がありました。合併が行われました。その結果、今非常に強い企業がさらに効率性を増大しそうだ。この企業がこれ以上効率性を増大したら、ほかの企業が対抗することはできないじゃないか。となったら、市場支配力がさらに強化されたといえるはずだ。だから規制しろというものです。これは効率性ゆえの違法論と呼ばれています。今はむしろ、効率性というのは競争にとってプラスの効果と考えて、効率性の向上があった場合に、競争回避、競争排除に伴う悪影響をどう比較考慮するかが問題となります。それを、これは法解釈のテクニックとしても、競争促進効果という形でどう整理するかというのが1つのポイントですけれども、これは独禁法にプロパー過ぎる話なので、今日は割愛させていただきます、そういった形で競争という平面で効率性の問題も処理しようというのが1つの流れとしてあるということですが、効率性ゆえの違法論はベクトルが逆向きです。

さて競争プロセスの観点から言いますと、効率の向上によって他の事業者に打ち勝つというのは独禁法が促進すべき競争そのものなわけです。この結果ついてこれらなくなって市場支配力が強化されたとしてもこれは競争プロセスを害したかゆえのものとは評価すべきではないということになります。もっとも理論的にはこのように説明できますが、現実の応用面では実は厄介な問題があります。合併によってある種の競争を排除する地位が形成される場合との識別の問題です。これは垂直的合併などの場合において、他の競争事業者に対して、その費用を人為的に増大させたり、あるいは人為的な排除を可能にするような地位が形成されることにより市場支配力の形成・維持・強化が生じるという問題です。この場合も、独禁法違反になることは争いありませんが、その問題と効率性の向上の問題というのは、非常に識別しにくい場合があります。

これは現実には、ECの合併規制でのGE事件で問題となった論点でもあります。これはGEがハニエルという会社を買収した事案で合衆国はこれを容認したのに対し、EC委員会は禁止しました。そのときの論拠の中に、効率性の向上と見られる特性に基づいてライバル企業を排除しうる状況を不当な排除としたのではないかとと思われる部分がありました。先の識別問題にかかわってくる問題といえましょう。

＜競争プロセスと排除＞

さて、合併に関連して、不当な排除と効率性による排除にかかる論点が出てきましたが、排除の概念は重要な意味を持ちます。ここでは競争とは何ぞや、ないし、あるべき競争の姿に関する観念が必要となってきます。独禁法の問題を純粋に経済政策の問題と考えるなら、この問題は、社会的厚生の上昇の問題として判断することになりそうですが、それは非常に厄介な問題を生み出すことになりそうです。

排除という形で競争プロセスを害する行為の識別問題というのは、他者の行為の自由と、競争する機会の自由と、それから違法行為を行おうとしているものの事業活動の自由との境界線を引く問題です。その境界線をどうやって引くかの問題、何が正当な事業活動であるのかについてのベースラインの問題が絡んでくるわけです。かつて、非常に安易にこれを完全競争から導出しようという考え方もありました。完全競争は市場ストラクチャーを基準に導かれるのですから、経済理論的には行為の基準を導くわけではないのですが、完全競争では行い得ないような行為ないし観察されないような行為であれば、それは疑わしい慣行だというタイプの議論がありました。これは反トラスト法でもそのような対応一コースの言葉では「冷遇の伝統」一が見られたことがありましたし、ヨーロッパでもオールド学派の影響で「あたかも完全競争のごとく」の基準に同じような傾向が見られました。しかし、そもそも完全競争でない状況下で、完全競争では見られない慣行というのは、不完全競争下で効率性の向上を目指して行われる競争促進的行為の可能性もあります。実際、「冷遇の伝統」で批判されていた慣行がそのような機能を持つことが理論的な研究によって明らかにされてきました。

さて、そこで排除とはいったい何かというときに、通常出されるのは、効率性によらない排除といった考え方は、ここで言う効率性というのは、資源配分上の効率性ではなく、個々の企業レベルでの費用低下や品質向上、その他の能率の向上一般のことです。フランク・ナイトの用法で、リチャード・ボークが採用している表現で言うと生産上の効率性のことです。日常的に言う事業者主体レベルにおける効率性の向上として理解できるものですね。もっとも、これによらない排除って一体どのようなものか、判然としません。

＜社会的厚生基準の不能＞

そこで、特に排除といわれる行為の中には、一見正常な行為、例えば大幅な安売りとか、あるいは新製品の投入とか、あるいは設備の増大のような行為、こんなときにどういう形で基準を出していくのかということが問題となります。いくつかの立場がありますが、一見したところ一番経済的にきれいなのは、当該行為によって社会的厚生が増大するかどうかという基準でしょう。しかしながら、いくつかの難点があります。

まず、厚生が増大のタイムスパンをどうとるかの問題。それから、要するにベースラインをどこにするかによって、厚生基準の内容が変わってくる問題もあります。ある排除によって短期的には社会的厚生が減少するにしても、イノベーションのインセンティブを向上させて長期的には社会的厚生が増大する可能性がある場合はどうか。このような課題は特許法が解決しているものとして、長期的効果は無視するのか。しかし、特許法では競争の投資、研究活動費が不十分だと思っている人だったら、それを変えていく必要があると考えるかもしれない。さらにスピルオーバー効果を考えた上で、事後の投資にとって必要な効果があるのだと考えると、それを考慮に入れることがベースラインになってくるのだろうか。

それらすべての問題を勘案した上で、問題の慣行が社会的厚生を向上させるか否かを判断することは著しく難しく、少なくとも裁判所になしうることはない。さらに、市場支配力を持っている企業が他者を排除するときには、社会的厚生（総余剰）を基準に判断する場合、一見したところ不当な手段で他者を排除したとしても、排除された他者が非効率的であるなら、社会的厚生は改善される場合もあります。なお、誤解のないようにいっておきますが、効率性において劣った事業者を排除することによって社会的厚生が減少する場合も多く、この場合は複雑な比較衡量をしないと社会的厚生が判断できないということになります。このような行為者のあざかり知らない事情で当該行為の当否が決定されることが妥当かという問題もあります。

＜遵守可能な基準としての経済的有意性基準＞

要するに、非常に不確定な要因である上に、観察可能でない外部的状态にも左右される形での定式化は単に運用が難しい以上に、法を守る側に

とって、どうやって自らの行為の当否を判断すればいいのかわからない。また、遵守すべき行為の不合理性を当事者が納得できないし、当該行為で競争する機会を奪われたものの立場において偶然的な事情に依拠して自らに対する排除の当否が決定されるという不条理が生まれることとなります。

そこで、例えば経済的有意性基準や短期利潤犠牲基準などが登場しました。すなわち、独占的な地位を形成・維持・獲得すること以外には、自己の利益にならない行為を判断基準とするものです。これは、社会的厚生基準と違って、当事者にとって自身が行う行為の不合理性が把握可能であり、また、この基準を満たさない行為を競争プロセスを害する行為と呼ぶことが可能です。他方、社会的厚生の観点からは批判があります。また、この基準を満たさなくとも競争プロセスを害する行為があることも重要です。これはあくまでも競争プロセスの観点からは一応正常に見える行為がなお不当となる場合の基準と理解すべきです。

＜競争者の競争能力への害＞

さて、この基準で説明できないが競争プロセスを害する排除と見るべきものとして、競争者の競争する能力への害を取り上げることができます。す。例えば排他条件付取引がこれに該当します。これもシカゴの全盛期には、これによって市場支配力の形成・強化が生じることはありえないとか、もっぱら効率性の向上のために行われているという議論がありました。シカゴの独占拡張不能理論とか言われていました。今日では、この理論の前提条件が満たされていない場合排他条件付取引で競争者の費用条件等を害することで競争を困難にしていくことが可能であることが示されています。この場合の基準としては経済的有意性基準等は妥当ではありません。競争者を害することが直ちに自身の有利になることがあるからです。

このように、従来からの伝統的なドグマティックでは、他の行為者の自由に介入すれば、第一義的におかしい行為とされているわけです。となったら、当該行為が市場支配力の形成・維持・強化に役に立つというところまでの立証が終われば、プロセスに対する害はあったと理解しても差し支えないこととなります。それから市場に対する悪影響がある限りは規制できるとした上で、にもかかわらず効率性の増大の結果、今言った悪影響を相殺できるような場合には、それを考慮して比較衡量を行うという基準が

馴染みやすいと思われます。

これらは、従来考えられていた正常な競争手段とそうでないものの、暗黙のベースラインを示していると考えられるかもしれません。例えば、排他条件付取引の結果、競争者に必要な資源が入らないで費用が増大するなら問題ですが、市場支配的地位を有している事業者に競争に必要な資源の提供を申し出た場合、それがかなえられない結果、言い換えれば取引義務があることをベースラインとして費用引き上げ効果有りとして、それが市場支配力の形成等をもたらしたかどうかを判断すればいいといいというのではなく、取引拒絶自体が競争プロセスを害する態様であったか否かが問題となるように思います。その場合の基準については色々議論がありますが、ある種の公益的事業に比すべき場合はエッセンシャルファシリティ理論の妥当することもあるでしょうし、そうでない場合は上記の経済的有意性基準に頼る必要があるかもしれません。また、上述したように、このコンテキストでは、例えば間接の取引拒絶や取引拒絶によって他者に何らかの行為をさせ、それが競争相手に必要な資源へのアクセスを妨げていれば、競争プロセスの段階での害としては十分条件を満たしていると考えられます。

＜競争プロセス論についての結語＞

さて、これまでの競争プロセスの重要性を述べてきましたが、これは要するに、かつての競争者の独立した事業決定を重視したり、他者の事業への介入は人為的だといった考え方を軸に、人為的手段で競争者の競争能力やインセンティブへ介入するなどの事態を競争プロセスへの害と認識した上で、それが市場レベルでの反競争効果を有するか否かを判断し、それがある限りは原則として違法としつつ、競争促進効果があればそれと比較衡量すべきだというものです。これは何も特別なことを言ってるわけではなく、反トラスト法やEC競争法、あるいはわが国でも暗黙の内に前提とされてきた、乃至はこれまでの法運用と整合的な立場だと考えております。

整合性といっても、例えば独禁法を社会的厚生の改善といった経済政策目標とする立場からは迂遠なことをしているだけであって実務との整合性は理由にならないという批判があるかもしれません。しかし、実務とも整合的なかかると考え方は次のように説明できます。確かに、もしも効率性の

ために完全なルールがつくれるのだったら、それを遵守せよという形で市場の基本的な秩序とすることが可能かもしれません。しかしながら、それが可能でない限りは、効率性の改善とある程度整合的にかつ市場参加者が遵守することとそれが原理にかなっていると受容可能なルールを作る必要があるように思われます。競争プロセスに関する議論とは、ある意味で昔から慣れ親しんだ基準、競争する自由とか経済的有意性と言った人為性を出発点にベースラインを考えていく立場です。このような立場は、それを秩序と認識して、みんなが法を順守可能な条件として要請されているのではないのでしょうか。要するに競争プロセスの側面で問題にしているのは、社会的厚生判断に先立って、整合的な、権利義務、あるいは自由の境界領域に関する議論のための領域なのです。

効率性の側面だけでしたら、まさに政策論法だけでとどまっているはずですが、やはりある種の原理論法、権利義務の配分に関する正当性を争う場というのがない限りは、市場における基本的なルールとしては不適合なものでないのでしょうか。さらに、裁判所の運用可能な、効率性可能な基準はつくれないのではないかと。

もちろん、競争政策としては、具体的な行為のルールではなく、手続的な規律による裁量的な介入というのも考えられないではありません。例えば、我が国における独占状態の規制とか、イギリスの市場調査の規制のように、市場において、市場支配力という形での市場の失敗が存在するときに、何らかの介入をすることによって将来に向けて状況を改善するという方式が考えられます。この場合は、介入のための手続的な規律はありますが、それ以外は専ら政策論法により、経済分析が意味を持つこととなります。個別セクターごとの規制においてはこのような裁量型の介入は重要なものだと思います。

もちろん、ルールに違反した場合に、その違反行為の悪影響を消すための排他措置命令の設計の局面では、同じように裁量型介入が問題となります。しかし、事前のルールとして設定されるべきものは単なる政策論法だけでは、権利義務に関わる側面を重視する必要があります。

<原理論法の重要性：不当廉売を例に>

具体例を挙げてこの点を説明しましょう。不当廉売規制に関するルール

の話です。不当廉売に関して、現在諸外国で取られている基準というのは、実は単純な経済モデルから出てきた結論とは一致しません。要するに経済モデルで考えられている、略奪戦略として成功する廉売と一致した形でのルールづくりというのはこれまで提唱されていません。現在の諸外国のルールはモデルの影響を受けつつ、同等に効率的な事業者に脅威とならない、自己の効率性の発揮といえる範囲では価格競争を追求することは容認すべきだという規範的要請と、行為者にとって遵守可能であり、規制者にとっても信頼できるデータに基づいて一定の費用概念を軸にルールを作るという形で行われています（中川寛子『不当廉売と日米欧競争法』（有斐閣2001）、川瀨昇「独禁法における『法と経済学』」国際経済法学会年報15号97頁（2006）を参照）。モデルが示す略奪戦略や効率性を害する略奪的戦略を直接ターゲットとしてそれを規制することがきわめて難しいことを前提に、市場秩序に危険な不当廉売をある程度把握できさらに規範的に受容されかつ遵守可能なルールを取り上げたものである。

ところで、この問題について興味深いものとして、Baumolの基準というものが有ります（中川・前掲39頁以下を参照）。Baumolは、不当廉売は何だという定義はある意味では放棄し、不効率な略奪戦略を行うインセンティブを低下させる方策として、新規参入に直面した独占的企業が価格引き下げを行った場合、参入者が撤退等した場合においては一定期間価格を引き上げることが原則として禁止するというルールを提唱しました。

このようなタイプのルールは他にも設計可能ではあります。経済法において実定法化されたこのようなルールの例として、金融商品取引法164条の内部者による証券取引にかかる短期売買差益の提供義務があります。

かような規制は、悪しき排除を定義し、違法とするものではなく、このルールを守るならば制御したい悪しき行為を行うインセンティブを低下させるというものです。違反行為が誰かの利益を侵害したか否かを問題とする原理的な議論とかかわる排除の定義には関連性を有しません。競争過程を害するおそれのある行為を行った者に対して事後的な行為義務を課し、それによって不適切な行為をスクリーニングしようというものです。違反行為を行った者に対して排除措置命令としてこのような行為義務を課すことは適切かもしれませんが、侵害と行為との間に直接的な連関がありません。それが他者に対して好ましからざる効果をもつことがはっきりしない

と法令遵守の意識を喚起させることが難しく、またエンフォースメントのためのメカニズム設計も困難となります。

このようなルールが役に立つ場合もあろうかと思いますが、おそらく市場における基本的なルールとして採用するのは難しいだろうと思います。要するに、原理的にこれは悪い行為を示したものではありません。これによって利益を侵害されたというものと間に損害賠償を認めるといった対応はとりにくいものであると思います。また、このような悪しき行為を直接特定するのではないルールをつくと、それを迂回したルール破りなどが横行する可能性があります。原理に基づかない複雑な制御のためのメカニズムを設計するほど遵守する規範意識の醸成が難しいところがあります。

＜プリンシプルベースの規制＞

この点に関連して、金融規制におけるプリンシプルベースの考え方の問題について、市場の基本的なルールをいかに設計するかという観点から若干の私見を述べたいと思います。この問題は田村先生が先ほど説明された、スタンダードとルールの問題とも密接な関係があります。金融規制に関して英国のFSAが取っている規制方針がプリンシプルベースのものだとされています（Bazley Stuart and Haynes Andrew, *Financial Services Authority Regulation and Risk-based Compliance* (2d 2006) 123-171）。これが非常に良い規制慣行だということで、日本やあるいはアメリカ合衆国でもまねるといふ動きになっています。英国では、かつて一説によると、FSAのルールブックが8,000ページに及ぶとまでいわれていました。こうなると、ルールの藪のような状態となってしまう、それに知悉することは専門家でも難しくなります。しかも、ルールが細かくなると遵守する側に負担となりますが、ある局面のルールをそのまま金科玉条にすると不適切な状態となったり、逆に空隙が生まれる可能性もあります。それを埋めるためにルールを作るとさらにルールの藪が進展していきます。それである段階から、FSAはプリンシプルベースの規制を提唱したのです。このプリンシプルというのは、ルールを総括する原理としてFSAが唱えた11個の行為原則で、これが重要なのであって、この指針に従って我々は規制していくのだというものです。これは複雑過ぎる規制の藪の中で、どうしようもなくなった結果出てきた運用手段であります。これをどう評価するかで

すが、1つは、ルールとスタンダードで、スタンダードの方が規制戦略として有益なのだという問題と見ることもできます。

もう1つの見方として規制戦略としてのスタンダードとルールの問題に解消はできないものが2つあるように思います。1つは、インタラクティブな規制への志向です。プリンシプルを優先するのは結果志向のものであって、形式的なルールの追求を実質で補うという見方はあり得ますが、しかし各ルールが単なる形式的な規則であるなら、その遵守は先に述べたBaumolのルールのように特定の悪しき行為という評価がしにくいものとなってきます。単なる形式的な規則にとどまらず、今言った11個の原則に基礎を持つ。その運用に関して、かかる原則に依拠してインタラクティブな対応で内容を明確にしていくのが眼目となっています。ここでは、インタラクティブな規制、ないしはレスポンス規制（Ian Ayres and John Braithwaite, *Responsive Regulation - Transcending the Deregulation Debate* (1992)）という形で、まさに公私協働の問題と密接に関連してきます。私は従来このルール対スタンダードの問題、インタラクティブな規制の2つでプリンシプルベースの規制の特色は説明可能だと考えていたのですが、これらのルールというのが何らかの権利義務に関する、権利義務として、最終的には権利義務に換言できることの可能なものとするために原則が重要なのではないかと考えるようになりました。そのようなものとして人々の行為準則として了解可能な行為になっていることはそのルールが受容され、機能する上で不可欠なように思います。そうでないと、たぶん規制者と被規制者との間の生産的なコミュニケーションというのは不可能ではないでしょうか？ 原則とはその前提になっているのではないのでしょうか。

＜最後に＞

ジョン・スチュアート・ミルは正義の観念に関して次のように述べています。彼によれば、正義の観念は2つの事柄を想定している。1つはルール・オブ・コンタクトであって、もう一つは、このルール・オブ・コンタクトをサクシジョンする我々のセンチメントなのだ。

要するに、そのルールを破ることに對してそれを不正義として対処していくことを我々が容認するセンチメントが不可欠ということです。センチ

メントを単なる情動としては問題がありますが、法が原理的な整合性を持ったものとして整序可能であるということが、ルールが市場の秩序として機能する上で重要な要素であるように思います。

このような見方は、先に言及した Kaplow と Shavell の立場なら、Well-being の向上を考える際の、道具に過ぎず、それ自体を意味あるものと考えるのは、それこそ法学者のセンチメントに過ぎないということになるかもしれません。しかし、少なくともこれまでのところ公正の問題や原理レベルの議論を Well-being のための道具として完全にとらえるだけの説明がなされわけではありません。もちろん完全な知識を前提にすれば操作主義的な議論ですませることも可能かもしれない。進化心理学の知見などを背景に、我々の行動主義的な制約を完全にとらえて、我々を善導する完全な功利主義の実効可能性を夢想する議論もあるかもしれません。しかし、それはまだ存在もしないラプラスの悪魔を想定した議論に過ぎません。それが存在しない以上、我々は正義の観念に関して議論するし、そうすることによって見えてくるものがあるのではないかと思います。それに固執すること、法の内的視点を重視することが、かえって帰結主義的にもうまくいくのではないかという印象を持っています。これは本当に正しいのか、単に法律家としての希望的観測にすぎないのか分かりませんが、純粹の研究プロジェクトとしては我々が公正や正義の問題としているトピックをも行動主義的に解明する研究も魅力的なように思いますが、少なくとも現状を説明する道具としては、このような議論も視野に入れて市場における秩序を担う法のあり方が了解が可能なものとなると考えております。以上で私の報告を終わります。どうもありがとうございました。