



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	反トラストにおける公平：独占者の保護および競合する利益間の衡量
Author(s)	アヤル, アディ; 田平, 恵//訳
Citation	新世代法政策学研究, 16, 285-332
Issue Date	2012-06
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/49611
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP016_016.pdf



反トラストにおける公平： 独占者の保護および競合する利益間の衡量

アディ・アヤル (Adi Ayal)¹

田平 恵 (訳)

第1章 はじめに

現在の反トラスト政策の根底にある前提を研究するべく、反トラスト政策の歴史を学ぶことは有用である。多くのことが変化しているものの、その裏では反トラストの起源がなお我々に影響を及ぼしていると思われる。

反トラストの歴史や目的に関して多くのことが記されてきている。第2章では、どのように現在の立場に行き着き、また、我々が今現在でも用いている言葉にはどのような意味が関係しているのかということについて、簡単に記す。第3章では、反トラストが達成する（あるいは少なくとも達成しようとする）さまざまな目的について論じる。第4章では、今なお拠っているといえる反トラスト上の暗黙の前提について示し、近時の理論と反トラスト上の歴史との関係を示す。第5章では、本稿で詳説した論考への反論について記す。その反論とは、反トラストがそれ自体で、独占権や契約の自由といった独占者の権利を侵害しており、反トラストは関係当事者すべての権利や利害を含めた衡量テストに服するべきであるというものである。第6章では、独占者が正義や公平に関する議論に拠ることが正しいといえるのか否かを判断するべく、正義に関する Rawls の理論をたよりに、原初状態において我々が提案する反トラスト理論はいかなるもので

¹ Ph.D. (法学、バーイラン大学)、Ph.D. (経済学、カリフォルニア大学バークレー校)。コメント歓迎。Adi.Ayal@biu.ac.il

あるかということを問う。第7章は、実務上の適用とともに結論を示す。

なお、言葉の使用について注意されたい。筆者は、「独占」、「独占的な慣行」といった言葉については、現在学問で用いられているものよりも広いカテゴリで利用している。これは、歴史上のソースが競争上のプロセスのさまざまな濫用を適切ではない形で分離していること、そして、独占者であることが明らかな者ですら、近時の理論が自然権（あるいは、政府が付与した権利）を否定することによる差別を行っている」と論じうるという極端な主張に焦点をあてるという筆者の意図を理由としている。独占と、他に反トラスト上制限される慣行との区別が必要な場合は、その旨を明示する。議論が一般的で、反トラスト上の犠牲者すべてにあてはまる場合には（あるいは、より論争的でない語を選べば、その subject）、簡略化のために「独占者」という一般的な用語で記す。

第2章 歴史的背景およびレトリック上の背景

反トラスト法の起源は、2つのルートにさかのぼる。ひとつは、取引を制限する契約のコモン・ロー上の取り扱いであり、15世紀のイギリスにさかのぼることになる。もうひとつは、国王による独占の許可についてである。その許可は、特定の商品あるいはサービスを扱う単独の権利を付与するものであり、通常は、国王や国王の側近との間の特別な関係や特別な投資を理由とするものであった²。前者の典型事例は、雇用の終了後も被用者が同種の事業（あるいは街）で競争しないことを約束する場合の雇用契

約であろう³。その後一般的になったギルドシステムにおいては、このことにより被用者の商業に関する将来が、雇用者の善意に拠ることとなり、それゆえに彼らの関係性はほとんど永続的なものであった。通常、競業禁止に関する条項は、いかなる競争をも排除するものではなく、被用者が営業可能となる地域や被用者が提供する製品、あるいは、市場分割を制限する。過度に広範囲にわたる制限について裁判所は難色を示し、しばしばコモン・ローのもとで無効とされた⁴。しかし、留意しなければならないのは、そのような制限は、取引制限となるだけではなく、さもないと存在しなかったであろう以前の協力関係をも促進することにもなるということである。現在の被用者が将来の競争者になることをおそれる雇用者は、被用者（歴史的に、女性よりもむしろ男性にあてはまったのであるが）を訓練することを躊躇し、局地的な市場における雇用者のアドバンテージとなる営業秘密や特定の知識を被用者にゆだねることをおそれるであろう。したがって、そのような知識を労働者が使用することに関する契約上の制限がなければ、雇用者によって保護される一独占されることになるであろう。労働人口拡大による労働の分配による利益や事業の成長は、（少なくとも一部分は）投資を行った者に即座にとって代わることをおそれない人的資本に投資する能力に拠る。したがって、営業秘密の保護を欠くシステムの非効率性は明らかである⁵。

取引制限は、実際の競争者と潜在的競争者間の契約の中でなされる。そのような事例において、取引の自由を制限することによって当事者が得る

³ *Darcy v. Allein*, 77 Eng. Rep. 1260 (K.B. 1603)

⁴ Letwin・前掲注(2)、Ernest Gellhorn, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell* (1994) 1章参照。コモン・ローは、しばしば現代の反トラスト法学の基盤として、時間とともに変化を遂げつつも、拠り所となっている。なお、シャーマン法が用いる広範かつ曖昧な用語は、コモン・ローの文言に拠って用いられているのであり、併せて解釈されてきた。Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice* (2nd ed. 1999) 51 参照。シャーマン議員は、彼の名を持つ法律を説明し提案するに際し、彼は、法律は「コモン・ロー上の古く、適切だと認識されてきた原則を州や連邦政府の複雑な案件に適用するものである」と述べた。

⁵ Harry First, *Trade Secrets and Antitrust Law*, 11-06 NYU Law & Economics Research Paper Series (March 2011)

² たとえば、William Letwin, *The English Law Concerning Monopolies*, 21 U. Chi. L. Rev. 355 (1954); Thomas B. Nachbar, *Monopoly, Mercantilism & the Politics of Regulation*, 91 Va. L. Rev. 1313 (2005) 参照。Yale Brozen は、政府による独占の形成という力学が継続していること、そして、その名称と形態を大部分変えているという議論をしたことで有名である。Yale Brozen, *Is Government the Source of Monopoly?*, 5 The Intercollegiate Review 67 (Winter 1968-69). 国王の許可は、個人に対してというよりは、とりわけギルドやクラフトに対してしばしば下された。Jonathan E. Scott, *Limitations of Gild Monopoly*, 22(3)The American Historical Review 586(1917)参照。

ものは相互のコミットメントであり、それにより、各人に割り当てられた市場に応じた市場支配力の獲得が認められるのであり、それとともに、競争者による値下げをおそれることなく価格を上昇させることが可能となる。今日、これらの制限は、反トラストの介入の標的とされる「プレーンバナラのカルテル」と呼ばれる。なお、初期の反トラストの展開において、そのような競争避止条項の分析を「公」というよりも当事者に焦点をあてて私法の分析の対象としていたことは興味深い。この点を取り扱った初期の事例における一般的な基準は、契約のアウトサイダーの利害や最終価格というよりも、当事者の取引の自由であった⁶。そのような条項は、当該事例の特定の事実に基づき、実際に非難に値する、あるいは、ビジネス上の取り決め（雇用、ジョイント・ベンチャー、事業の売却など）の経済的価値の不可欠な一部であると認定されうる。したがって、イギリスの裁判所は、通商に必要な「合理的な制限」と、非難に値するとされる制限とを区別していた。しかし、当事者の利害関係には、社会的結果や契約関係にない者に課された外部性は含まれない。

独占者が社会全体に課す価格は、反トラストの先例の第二の構成要素である国王の許可により認識された。早くも1602年に、イギリスの裁判所は、許可による独占の問題を取り扱い、コモン・ローに矛盾するものとして女王が許可した特許独占を無効とした⁷。当該事例は、反トラストの最初のものとして引用されているが、大部分は憲法上の問題や立憲君主政体における権力分立の問題に関わっていた。女王が付与し、裁判所によって無効とされた同一の特許独占が、後に議会によって地方のギルドに付与された。議会は偉大さと影響力とを手にしたが、競争に対する勝利とはいえなかった⁸。取引制限によって公衆が影響を受け、競争は保護する必要性および

⁶ Gellhorn・前掲注(2)1章参照。

⁷ Darcy・前掲注(3)参照。

⁸ Letwin・前掲注(2)367頁参照。国王と議会は、自身が付与した独占に実際に同意しており、両者が争っているのは、上院が主張する現実の商業上の利益であるということをも主張する者もいる。以下の文献を参照せよ Chris R. Kyle, 'But a New Button to an Old Coat': The Enactment of the Statute of Monopolies, 19(3) The Journal of Legal History 203 (1998)

価値があるという認識を得るには長い期間を要した。

2.1 初期のアメリカの傾向

国王の許可は、アメリカ植民地において激しい抵抗にあった。植民地では、しばしば市場は国王が有利に扱う者によって独占されており、一般市民は取引を制限され、独占価格での購入を強制されていた。この問題はアメリカ植民地の政治的な思想において中心的なものとなり、1641年には Massachusetts Body of Liberties は、「我々の間に独占が付与され、認められることがあってはならない」と明確に述べた⁹。異なる手段を通して生じる同様の効果についても、英国議会によって制定された航海法のように、英国の支配へのアメリカによる抵抗において中心的なものとなった¹⁰。航海法は、植民地の製品に英国の港や船を用いるように限定し、それによってボトルネックの独占を創り出し、商業上の制限を受けたアメリカの植民地開拓者によって抵抗されることになった。航海法が国際的な海運上の取引において英国の力の駆け引きの一部をなしているという事実により、すでに不満を抱いている植民地人への独占的な効果が消滅することなく、その植民地人は、英国の港以外で製品を扱うことを制限された。

国王の許可による独占への抵抗は、州の宣言や憲法で強固な文言で示されるほどにアメリカ植民地において激しいものとなった。例えば、1776年に制定されたメリーランド州の憲法は、「独占者は、自由な政府の精神や通商の原則に反し、憎むべき存在である」としており、ノース・カロライナ州の権利宣言は、「永久拘束禁止則に違反する権利と独占は自由な州の特質に反しており、認められるべきではない」としている。バージニア権利宣言およびマサチューセッツ州憲法には、「いかなる者も、会社も、同業者組合も、公衆に供されるサービスの見返りとして与えられる以外にはいかなる特典も有しておらず、当該共同体の者とは異なる特定の特権や排他的な特権を得ることがあってはならない。」として、独占に反対する原

⁹ *Old South Leaflets* (Boston: Directors of the Old South Work), 7: 261-267 による *The Massachusetts Body of Liberties* 参照。http://history.hanover.edu/texts/masslib.html（最終アクセス2011年12月）

¹⁰ Nachbar・前掲注(2)1325頁。

則を示す全く同一の文言が含まれている¹¹。

つまり、初期のアメリカの政治的思想における独占の嫌悪は、当時の主要な法律文書や政治上の宣言においても見受けられるほどに明確かつ十分に中心的なものであった¹²。しかし、留意しなければならないことは、「独占」という言葉が当時、一国王の許可によって取引の排他性がある者やグループに付与されており、たいてい政治的、経済的に選ばれた者の利益となっていたこと（実際のところこれらを一体のものとしていた）を意味していたことである。独占への嫌悪は、国王の（州の）権限とは無関係に取引や財の結合を通して形成された独占にも及んだが、以下にみるように、議論の焦点およびレトリックは時とともに展開していった。

2.2 焦点のシフト：特許からトラストへ

時が経つにつれ、そして産業革命によってかつてないほどの規模の経済が生じるにつれ、経済的な力は政治的な力と同様に現実の問題として注目されはじめた。規模の経済は、生産の増大やマネジメントを集中させることによって効率性を高めることにより、より大規模な事業をより効率的にし、より小さな規模の非効率な事業を撤退させることになる。これは、価格低下となるコスト削減を理由とするものであり、最終的には消費者にとっての利益となる。また、（輸送やマーケティング手法を含む）不可欠な投入物をコントロールする大規模な事業も理由となりうる一競争者から必要なライフラインを奪うのである。現実の生活は厄介なものであるから、経済的集中に関する事例の大部分には、効率的なメカニズムと非効率的なメカニズムの両方が混合していると考えることが合理的である。もちろん、極端な例では、残りの需要を過度に抑えることなく価格を上昇させることができる独占につながり、高い価格が設定される。しかし、公衆が独占に

向ける嫌悪は、規模のメリットを指摘する手の込んだ経済分析を知らない。**Brandies** は、「大企業の災い」に対する宣戦を布告し、広く公衆の支持を得た¹³。商業が発展し、そして規模を拡大させている企業が卓越すると、ポピュリストはそれを力の濫用であり、巨大な力と捉えた利益追求の欲求の抑制のために政府に行為を要求した¹⁴。

このダイナミクスがより鮮明になるのは、シャーマン法に公衆の反響をもたらし、伝統的なトラストー反トラスト法に一般的な名を与えた一以外にはない。最も著名な例は **Standard Oil** であり、石油事業でオハイオ州法人としてはじまり、即座に、製品を輸送する鉄道会社、あるいは州外での精製事業者や石油会社に活動拠点を広げて、経済的利益を見込んだ¹⁵。のちに一般的な反トラスト上の用語になった経済学的議論では、**Standard Oil** は、**John D. Rockefeller** によって垂直的、水平的両方で拡大された一垂直的には、以前に投入物を供給していた、あるいは **Standard Oil** 製品を消費していた事業に対するものであり、水平的には、同様の製品を生産している競争者に対するものである。オハイオ州は、同州の会社は州外の株式保有を行うことを禁止していたため、新奇な事業編成が利用された。それは、複数の企業の株式を受託者が齊一的にコントロールできる手段として、長年にわたる法メカニズムである信託（トラスト）を用いるというものであった¹⁶。本質的に、株式の大部分を持っている者は、**Rockefeller** と彼の「クルー」にマネジメントを委ね、そのかわりに、共通の資産の利益の分け前を享受する権利を付与する証明書を受け取った。

適法なトラストは、適法でない利益の機会を生じさせたのと同時に、効率性を生じさせた。40の精製業者が1つの巨大な企業として稼動している

¹³ Louis D. Brandeis, *Other People's Money and How The Bankers Use It* (1914), Ch. 8. 参照。

¹⁴ Eric Foner, *Give Me Liberty! An American History* (2006), 17章参照。

¹⁵ Ron Chernow, *Titan: The Life of John D. Rockefeller Sr.* (1998), 6, 7章参照。

¹⁶ ニュージャージー州も、**Standard Oil** のトラストを促進した持株会社を認める際、（収益と影響をとともなう）地元州での会社設立を望む州間での「底辺への競争」を先導した元凶であるとされてきた。Crane・前掲注(12)11頁, **Rudolph J.R. Peritz**, *Competition Policy in America: History, Rhetoric, Law* (Oxford, Revised ed. 1996), pp.8 参照。

¹¹ Eric Daniels, *Reversing Course: American Attitudes about Monopolies, 1607-1890*, in *The Abolition of Antitrust* (Gary Hull, ed. 2006) 参照。

¹² たとえば、「取引における独占者は、政府が好む者に与えられ、そこでは進取という考えはなく、市民は排他的権利を有する者による強奪に服することになる」*Documentary History of the Ratification of the Constitution* 482 (as reported in Daniel A. Crane, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement* (Oxford, 2010), pp 7 n. 23.

場合に達成可能となる規模の経済と、集中的な経営による利益の一部は、革新的な製品に加えて、低価格を消費者に提供した。（たとえば、今日「ワセリン」として知られるものは、当時人気のあった密蝋と競合する合成石油化学製品の派生品として始まった）。他方、Standard Oil は競争者に対して積極的な行動を行うことで知られており、競争者は市場から締め出されただけではなく完全に脅しであるという主張を行っていた¹⁷。トラストによって垂直的拡大がなされたという事実も重要であった。それはトラストがコントロールしている（他の輸送サービスの供給者と同様、大規模な契約を失うことに慎重な）鉄道会社が、Standard Oil の競争者に客が移らないようにと指示されていたからであった。結局、経済的な力と組み合わせられた抜け目のない事業は効果的に競合することを禁止された者への苦難と失望を創り出すのと同様、トラストの受益者に利益を得る機会を創出した。その結果、公衆による抗議を増大させた。このことは例えば、のちの1904年に The History of the Standard Oil Company として公刊された、McClure's magazine における Ida Tarbell の一連の記事にある話に見られるとおりである¹⁸。

反トラスト法に精通している者にとって、Standard Oil という名前からは決まって、取締役会が異なる34の別個の企業に分解するように要求した1911年の最高裁判決が想起される（意図せざる結果として株価総額を引き上げ、Rockefeller に思わぬ利益を与えた）¹⁹。法的な重要性を超えて、Standard Oil は、反トラストが何に関するものであるかということについて、思い巡らせる余地を残して不気味に立ちはだかっている—シャーマン法

¹⁷ 同時期のものとして、Henry Demarest Lloyd, *The Story of a Great Monopoly*, The Atlantic Monthly (March, 1881) 参照。しかし、John S. McGee, *Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N. J.) Case*, 1 J. of Law and Economics 137 (1958) は、一般に言われる略奪的価格設定といえるような記録がなかったということと、驚くべきことに、そのような行為によって、最終的には独占のコスト削減になったとして、厚生が改善がはかられたとしている。

¹⁸ Ida M. Tarbell, *The History of the Standard Oil Company* (1904)

¹⁹ Michael Reksulak, William F Shughart, Robert D Tollison, and Atin Basuchoudhary, *Titan Agonistes: the Wealth Effects of the Standard Oil (N.J.) Case*, 21 Research in Law and Economics 63 (2004) 参照。

制定や、その一般的支持のきっかけになった歴史においてもそういえる一。Standard Oil 事件における White 判事の意見が最もそれを表しており「コモン・ローの中で個人による独占の形成を認めているものがないことは留意しなければならない²⁰」としている。

元来、独占は国王による命令においてのみ生じるものと理解されてきたが、現代では、さまざまな経済的効果を含める独占という言葉の拡大が見られ、(不完全な) 市場メカニズムを通して形成される場合をも含まれる。結局、反トラストは、競争者を締め出したり消費者に悪影響を与えるために用いられる経済的な力を抑えることを目的とし、個人や企業のビジネス上の行動への様々な制限を含むとして展開している。初期の頃とは対照的に、今日の反トラストは個々の原告の利益というよりも、主に公衆の利益を保護するものであるとされるのが一般的である。「立法史は、競争者ではなく競争の保護への議会の懸念を示している」という Warren 判事の言葉は有名であり、競争から社会が獲得するものへの焦点を合わせることは、下記の議論において不気味に立ちはだかっている²¹。

第3章 背景：反トラストの目的

反トラストの目的はしばしば言及され、想像されることすらある—しかし、現実世界の実務で決定的な要因として用いられることはほとんどない一。多くの者がこの問題について記しており、とりわけ現代では規範的な考慮から効率性に焦点が移行していることについて記されている。そして、規範的な区別があるにもかかわらず、いずれの立場も同様の政策を提示しているという一般的な前提があるようである²²。本章は短いものであ

²⁰ *Standard Oil Co. of N.J. v. U.S.*, 221 US 1, 55 (1911)

²¹ *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. 294, 320 (1962)

²² シャーマン法に関する議論は、制定初期の頃から数多くなされている。J.H. Benton, *The Sherman or Anti-trust Act*, 18(5) Yale L.J. 311 (1909) 参照。目的に関する議論はながきにわたってなされ、多くのシンポジウムや講義がなされた。*The Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy*, 65(3) Columbia L.R. 363 (1965); *Antitrust Jurisprudence: A Symposium On the Economic, Political and Social Goals of Antitrust Policy*, 125 U. Pa. L.

るので、当該問題に関する検討を十分に行うことはできないが、以下にいくつかの背景を提示できればと考えている。

しばしば、反トラストにはいくつかの目的が同時に存在し、これらの目的に異なる起源を求める者も、どちらがより重要かを検討する者もあるが、それらの目的は理論的あるいは実務的に矛盾するものではなく、その中からひとつを選択する必要もないととらえられている。現在の反トラスト法学は経済的な効率性を強調しており、それは、社会一般の厚生を総計したものを反映しているという。効率性が反トラストの唯一の目的である（あるいはそうであるべきだ）とする者もいれば、他の目的も同様に解釈されるべきだとする者もいる。集合的な基準ではなく、独占によって悪影

Rev. 1182 (1976-1977) 参照。のちに、先導的な論争をしたものとして Chicago 学派、Harvard 学派、Virginia 学派など、様々な大学で「その学派の考え」としてまとめあげられた。長年にわたってこの点に関して、Herbert Hovenkamp の見解を示した興味深いものとして、*Distributive Justice and the Antitrust Laws*, 51 Geo. Wash. L. Rev 1 (1982); *Antitrust Policy after Chicago*, 84 U. Mich. L. Rev. 214 (1985); *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution* (Harvard, 2005) 参照。近時の様々な批判については、*How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust* (Robert Pitofsky, ed., 2008) 参照。当該文献では、経済学的な効果や、価格理論の分析に焦点を当てた議論を行っている。反トラストの主たる目的を経済上の効率性であることに反する議論として、Edwin J. Hughes, *The Left Side of Antitrust: what Fairness means and why it Matters*, 77 Marquette Law Review 265 (1994) 参照。議会は、反トラストを効率性の最大化というよりもむしろ消費者保護のための手段としてみているという伝統的な議論については Robert H. Lande, *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, 34 Hastings Law Journal 65 (1982) 参照。他に歴史上の分析をおこなった著名なものとして Rudolph J. Peritz, *A Counter-History of Antitrust Law*, 1990 Duke Law Journal 263, およびその著書 *Competition Policy in America*, 前掲注(16)や、Alan J. Meese, *Liberty and Antitrust in the Formative Era*, 79 Boston University Law Review 1 (1999) も参照。競合する歴史的、標準的な主張に関する検討として、William Page, *Ideological Conflict and the Origins of Antitrust Policy*, 66 Tulane Law Review 1 (1991) 参照。Maurice Stucke は、経済的効率性は反トラストの目的の一つにするものとして成功しておらず、単一的ではない「混合的な」アプローチによってより良い手段となり、より正確に社会が欲するものを確定できると論じている。Maurice Stucke, *Reconsidering Antitrust's Goals*, Boston College L. Rev. 参照（公刊予定）。

響をうける、あるいは州による介入を必要とする別個のグループに焦点をあてる者もいる。消費者の保護がしばしば挙げられるが、競争者の保護はそうではない（競争者の保護については消費者の保護に加えて用いられることはある）。そして、労働者や局地的なコミュニティに言及する者もいる。集合的な懸念に焦点を当てる者はいるが、最終的な結果よりも適切な社会的プロセスを強調して経済的基準は避けられている。（独占は国の主権を脅かす力の集中の形成だととらえられているため、）民主主義の保護が思い浮かぶが、それは、中央集権的に所有、コントロールされた経営のもとで働く多くの労働者を雇用している経済的密集を認めることよりもむしろ、独立したビジネスマンである企業家社会を促進するという Jefferson が理想としたものである。競争の保護はそれ自体、この経済的プロセスに与えられた重要性を反映した独立した目的として、成長につながるイノベーションや市場の動態から、各人が自身で稼いでより大きなパイの取り分を競う自由な市場の社会的理想まで、色々な利益のブレースホルダーとしてしばしば用いられる。競争は反トラストの別個の、そして独立した目的としてみられているが、しばしば代理のもの一固有の価値というよりはむしろ帰結ゆえに有益なものとして用いられる一。実務において、価値判断や、経済学的判断の代理変数として用いられる場合には、反トラストは初期の頃からの規範的かつポピュリスト的なアピールを保ち続ける²³。これが適切であろうとなかろうと、当該問題は検討対象となる。

概して、我々は反トラスト法の目的を2つの一般的カテゴリ、つまり、疑わしい事業の慣行により悪影響を受けた個人や企業の保護と社会厚生（それをどのようににはかるにせよ）の全体的な向上とに分類することができる。前者は個人に焦点を当てている：国は他者の力からある者を守り、「公平」の考慮を行うことになる。後者は、コミュニティのメンバーすべての利益ととらえられ、集合的企図としての社会基礎を形成する集合的な関心に焦点をあてている。このカテゴリは、最もわかりやすい形では「効率性」として例証されるが、集合的な懸念はそれにとどまらない。経済的効率性は、本質的には集合的なものである。というのは、各人の効用がは

²³ 近時の訴訟を、競争的 vs 反競争的な特徴を挙げて、「善 vs 悪」の立場を定義づける者もいる。Crane・前掲注(12)100頁参照。

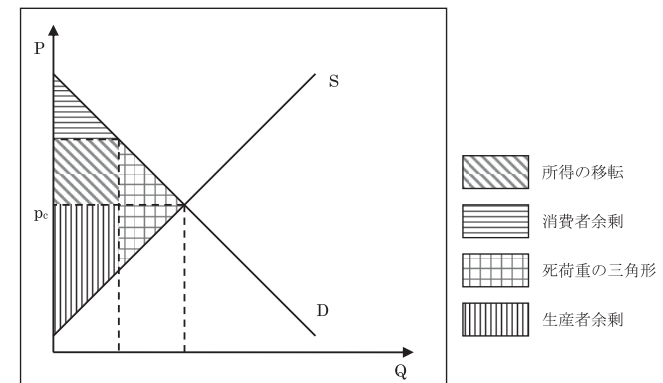
かられ、考慮されるからである（あるいは、我々は関連する指標を完全にはかることはできないため、むしろ近似であるといえる）。しかし、効率性以外に、他の社会的目的も同様に存在する。たとえば、反トラスト法が経済的な力の集中傾向を防ぐために重要であるとする見解では、経済的な懸念よりも政治的な民主主義的懸念が強調されるけれども、社会全体における集合的な懸念に焦点をあてている。同様に、社会が小規模な実業家や企業家の分権的な努力によって改善されるとする Jefferson の理想は、現代経済社会において大企業が有する役割がますます高まっていることに反する力として反トラストを称賛している²⁴。また、激しい反トラスト政策で守られている場合に、競争によってさらなるイノベーションや社会的流動性が生じるという見解は、独占により悪影響をうけた特定のグループの便益というよりもむしろ、集合的な懸念や、我々が生きていきたいと考える社会のタイプから生じるものである。

結局、反トラストは多くの（そしてほとんどの）実務家や学者からは複数の目的を同時に達成するものであり、それらが矛盾することはほとんどないとされる。「反トラストは公平で効率的なものである」というのは好ましいことであり、効率性の分析を支持する者は正義になかった配分の達成を主張する者と同調できるようにする。独占の問題に関するスタンダードなマイクロ経済学による供給、需要、独占による課徴金のグラフを使った説明が最も明確である。下記の表 1 は、ここで改めて紹介する必要はない

²⁴ Peckham 判事の有名な言葉に、以下がある。「小規模であるかもしれない会社の長である独立したビジネスマンを他の会社の単なる使用人や企業のエージェントに変容させるというような変化が生じるのは、国の実際の繁栄のためにならない…彼らは当該企業の経営方針の形成に意見することはできず、他者からの命令に従わざるを得ない」。US v. *Trans-Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290 (1897), at 322-3 参照。これらの言葉は、Hand 博士の、反トラストは「それ自体を目的として、また、コストが生じうるにもかかわらず効果的に競争することができる小規模の事業体で産業の組織を永続的に保持すること」を目的としているというイデオロギー的な言葉に共鳴するものである。US v. *ALCOA*, 148 F. 2d 416, 425 (C.C.A. 2d, 1945)。もちろん、これらの考えは近時の反トラスト政策を支配するものではなく、反トラストのキーとなる目的として集合的な経済的効率性を目指すものでもない。

ほどに反トラスト学者にとってはなじみのあるものであるが、筆者の問題意識を明らかにするべく、グラフで示すことにする。所得の移転に焦点をあてることにより、（自身が作り出さなかったにもかかわらず）競争的結果を消費者が享受していることを前提としている。また、死荷重に焦点をあてることによって、他の財産所有者に適用することができない基準（彼らが存在する唯一の目的は他者に便益を与えることであるという）によって独占者を評価する。

表 1



価格を上げることで、産出量は減少し（死荷重の三角形において非効率性を生み出す）、取引による利益の再分配が行われるため（所得の移転である長方形が消費者余剰から生産者に移転する）、反トラストは公平であり、効率的であるという見解は興味深い。以下には、現実はいずれも複雑であるということを示す。独占的な現象は効率的なことがあるといえる、あるいは、少なくとも独占を許容することで（不完全に）規制しようとする場合よりも効率的である、ということは、今日では、自然独占、規模に関する収穫やネットワーク効果などの増大で明らかとなっている。この研究に対しては、死荷重の三角形の反証が豊富に提示されており、協調による便益、集合的な富を作り出すレントシーキングのインセンティブ、疑わしい慣行で争うことを課せられた国家機関の社会的コストに留意が必要

となる²⁵。これらは、ここでの主題ではない。本稿では、経済的な懸念よりも公平の懸念に焦点をあて、所得の移転の直方形自体がイデオロギー的なものであり、この余剰が生産者の独占者よりも先に消費者に「属する」という暗黙の仮定に基づいていることを示したい²⁶。グラフ上では、長方形は競争と独占との区別を示しており、競争が存在するべきであるということ的前提として、独占が生じる場合には介入が必要とされるものであるとする。同様の比較に基づいて死荷重の三角形も示されることになり、社会が余分な生産を受ける価値があり、独占者が生産しない場合には富を盗んでいるということが前提とされる。両者とも、現状の不適切さを理由として、どのようにすべきであったかが個々の事業慣行に対する州による介入を正当化するという考えに拠っていること、そして、独占者が本来自身のものではないものを得ており、そのような不正を正すために政府の権限が必要であるという前提にたっている。以下のように、これらは現代の反トラストの議論において一般的な前提といえるが、必ずしも必要な前提というわけではない。

反トラスト法は国によっても時代によっても多様であり、すべてのレジームにあてはまるひとつのイデオロギーはないといわれている。しかし、（重要性は低いとしても）最も一般的といえる反トラストの目的に関する議論は広くなされている²⁷。様々なレジームによって、様々な理由で反トラスト法が制定され、適用されており、そのほとんどが消費者厚生保護

や競争の高まりに関連するものである（これらの一般的な語句が時折変化しているとしても）。

現代の反トラスト法は世界的な現象といえ、（マーケティングと生産を国際的に行っている国内企業と同様、）多国籍企業には、世界中の反トラスト当局間での連携の必要性を創出した。このことは、企業が効率的に国際的な展開をすすめることができるような共通の基盤の形成と同様、エンフォースメントを促進する反トラスト法の「ハーモナイゼーション」を促すものである²⁸。この国際的なハーモナイゼーションの動きは、米国と欧州が先導しており、自身の形式や趣向でより小さな国の反トラスト政策を形成することにおいて独占的な立場を争っている。ICN（International Competition Network）やOECD（Organization of Economically Developed Countries）のような国際的組織は、米国と欧州が相互に作用する領域としても、また、ゲームにおける独立した行為者としてもそのような役割を果たしている²⁹。

政策の実施や実務上の意味は重要であるが、下記では、規範的なことから始めることにし、現在の法や政策を記すことよりも、道徳的に正しいのは何であるかということを示すことにする³⁰。哲学について検討した後

²⁵ *The Causes and Consequences of Antitrust* (Fred S. McChesney & William F. Shughart eds., 1995) 参照。

²⁶ 市場支配力は独占的な生産者、あるいは売手の結合によって行使されるという事実は、一般的議論とは関係がない。単独企業による独占がエンフォースメントの対象となる場合、シャーマン法2条が用いられる。複数企業による協調行為にはシャーマン法1条が用いられる。経済的な力の回避がなされる合併規制にはクレイトン法および連邦取引委員会法が用いられる。すべての事例において、消費者が「受ける資格のある」ものに関する前提は同様といえ、以下の議論の対象となる。

²⁷ 下記参照。 *Competition Laws in Conflict: AT Jurisdiction in the Global Economy* (Epstein & Greve eds., 2004); ICN Report on the Objectives of the Unilateral Conduct Laws, available at: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc353.pdf>

²⁸ さらに詳細なものとして、Spencer W. Waller, *The Internationalization of Antitrust Enforcement*, 77 Boston University Law Review 343 (1997), though see Diane P. Wood, *International Harmonization of Antitrust Law: the Tortoise or the Hare?*, 3 Chi. J. Int. L. 391 (2002) 参照。

²⁹ Stucke・前掲注（22）。

³⁰ Hovenkamp の「反トラストは経済学的政策であって、道徳上の政策ではない」との言葉があるにもかかわらず、である。当該テキストに示されているように、反トラストに関連する道徳上の問題は、経済学上の問題と同じくらい興味深いものであって、両者は補完的なものであるといえる。反トラストが単に経済学的なものであるとするなら、「道徳や公平性、ポピュリスト的な考えよりもむしろ経済的効率性に関するものとされているシステムとして、アメリカのエンフォースメントシステムは効率的ではないようだ」と Dan Crane が指摘したように我々はなお問題を抱えているだろう。Daniel A. Crane, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*

に政治を論じることができ、また、反トラストの基盤を理解した後に、現実の世界における法原則の適用について議論することができるようになる。いうまでもなく、紙幅の都合でこれらについてすべてを述べることはできないため、現代の反トラストの暗黙の前提に関する疑問を挙げ、当該問題に関する我々の思考方法の変更に向けたテーマを提示する。本稿が目的とするのは、完全な解決法を提示することではなく、反抗的ともいえる思考を行うことである。

第4章 反トラスト上の暗黙の前提

一般的に受け入れられている反トラストの目的を再考することにより、その暗黙の前提について推定することができる。市場に法的な介入することは独占の落とし穴から社会を保護する目的から認められており、実際に道徳的にも価値があることであるということを反トラストの社会的目的は前提にしている。独占力が、独占的地位の獲得（または維持）に向けた努力を違法とすることによって規制する場合であれ、（潜在のおよび実際の）競争者間での協調の制限によって規制対象とされる場合であれ、州は市場支配力を高める行為を制限している。前者は一般的に2条の、後者は1条（条文はいずれもシャーマン法）のエンフォースメントの対象となる。しかし、さらに広く、合併、標準機関などの規制は、（シャーマン法や、さらにはクレイトン法や連邦取引委員会法を通して）反トラストのエンフォースメントから社会一般が便益を得ているという格言ゆえに正当化され、これらの法が道徳的に適切なものとなる。

同様に、公平性を根拠にした反トラストの目的は、独占力による犠牲者が搾取から保護される権利を持っており、州が執行のために介入する権利

(Oxford, 2010) 参照。もちろん、学者による効率性への焦点は、一貫した政策が形成されうることによって先導的な指針となりうるが、（実際のエンフォースメントと同様、）反トラストの世間一般の支持は、経済学的と同様に少なくとも経済学的価値以外のものから生じる。このことが事実であれば、エンフォースメントの非効率性のように思われるものは、実際には、他の目的の追求から生じうるものなのかもしれない。

を持っているという前提にたつ。独占による犠牲者が悪影響を受けたという事実は、州が保護を与えなければならないような悪事があるか生じているということの十分な証明となる。効率性を最優先の目的と主張する反トラスト学者、法律家、実務家は、独占の犠牲者への悪影響を、一般的な問題の副作用として当然ながら退けるが、社会一般への悪影響の兆候として消費者への悪影響をなお用いている。そのため、独占的な慣行は「避けるべき悪」としてとらえられているが、社会は経済的市場を通して「商品」の生産に励んでいるといえる。しかし、「社会的悪」としての独占の特徴はそれほど明確なものであるのだろうか。本章では、そのような暗黙の前提について検討し、これらの前提のいくつかについて疑問を示す。

独占は、他に便益がある場合にのみ許容される

この前提が最も明らかになっているのは、合併規制において長きにわたって議論されてきた効率性の抗弁である。1968年にさかのぼると、**Oliver Williamson** は、生産の効率性の向上がわずかな場合であっても、市場支配力のかなりの増大を上回ることがあるとし、独占となるような合併であっても、合併企業によって生産とマーケティングが統合され、あるいは、共通の間接費用が削減される場合には、全体の効率性を高める可能性がある³¹。

米国における2つの競争当局により公表された2010年水平合併ガイドラインには、以下のように示されている。

競争当局は、合併が関連市場における反競争効果を生じさせることがない程度の認識可能な効率性の特徴や大きさしかない場合、合併を提訴することはない。必要な決定を行うために、競争当局は、関連市場の顧客に悪影響をおよぼす合併の潜在性を覆すに十分なほどの認識可能な効率性があるか否か、たとえば市場における価格引上げの阻止などを考慮する。このような分析を行う際、競争当局は、認識可能な効率性の大きさと、効率性がない場合の競争への悪影響の大きさを単に比較するわけではない。合併による潜在的な反競争効果が大きければ大きいほど認識可能な効率性

³¹ Oliver E. Williamson, “Efficiencies as an Antitrust Defense: the Welfare Tradeoffs”, 58 *American Economic Review* 18 (1968)

も大きくなり、顧客にわたる効率性も大きくなり、当該合併は関連市場における反競争効果を持つことはないと言え、競争当局が判断することになる。合併による潜在的な反競争効果がとりわけ実質的である場合には、合併が反競争的でないと判断するのに必要な効率性は相当なものとなる。このアプローチをとる際に、競争当局は反トラスト法が内部の効率性ではなく顧客の保護を重視していることに留意している³²。

競争当局は、合併当事者によって達成される効率性は関連する考慮要因であることを明確にしたが、それは消費者に均霑される場合においてである。消費者あるいは競争が悪影響を受けた場合、合併当事者によって得られる利益は、悪影響と比較されることになる合併固有の効率性とはならないであろう。したがって、当事者は、経済上の所有財産を合併させる権利を持っておらず、利益を最大化する権利も持っていないということになる。合併当事者は、他者が利益を得る同様の方法でのみ財産を扱う権利を有する³³。

もちろん、個人や企業は（さらなる区別は後述する）、財産権あるいは財産から利益を獲得する権利を持たないという意味ではない。しかし、（少なくとも水平合併では）利益最大化を行う企業による経済的な考慮には消費者と売上を共有する必要性が伴う。合併以外のコンテキストにおいても、暗黙の前提は同様である。つまり、価格を上昇させ、利益を増大させるために市場支配力の獲得に励む者は、独占や取引制限の理論によって制限を受け、彼らに利益をもたらす一方で消費者に悪影響を及ぼすような行為を

禁止される。他に影響を受けた者の保護については激しく議論されている。というのは、市場に参加する小規模な競争者の利益を保護する者もいれば、（民主主義の保護やそれに関連する概念の保護は言うまでもないが）単に価格ということではなく製品の多様性を保護する者もいるからである。しかし、反トラストはすべて、独占力を持つ者に、他者に悪影響を与える方法で独占力を用いることを禁止しており、独占力を持たない者については、積極的にそのような力を追求することは禁止しているという前提に拠っている³⁴。独占それ自体が禁止されているわけではないが、消費者を（そして時によりその他の者を）市場の参加の正しい受益者とみる反トラスト上の理論によって厳しく規制される。したがって、市場支配力を有する者は、暗黙のうちに手段として—それ自体を目的とするのではなく、他者にとって利益になるようにするための道具として見られている—。

犠牲者への悪影響は独占者への悪影響に勝る

反トラスト理論における「消費者への悪影響」への焦点は、法的介入による最終的な受益者がいるということを前提としている。しかし、市場への介入は、コスト無しに行うことはできず、独占による犠牲者を悪影響から保護する場合に正当化できる。訴訟を恐れることによる萎縮効果によって企業が効率的な競争的慣行をやめる場合や、エンフォースメントにかかるコストが現実の便益を上回るほどに膨大である場合など、その（社会に

³² Section 10, *Horizontal Merger Guidelines*, US Dept. of Justice and Federal Trade Commission, issued August 19, 2010

³³ たとえば、Jan Narveson, *Democracy and Economic Rights*, in *Economic Rights* (Ellen Frankel Paul, Fred d. Miller and Jeffrey Paul, eds., 1992) 参照。興味深いことに、反トラスト以外では財産権と、そこから利益を得る権利とを結びつけて考えることは明白なことでとされる。Richard Epstein, “Private Property and the Public domain: The Case of Antitrust”, in *Ethics, Economics and the Law, Nomos XXIV* (J. Roland Pennock & John W. Chapman eds., New York: New York University Press, 1982), at 57 参照。

³⁴ (EU 法の文言では非難していることは明らかであり、近時の判例法や学者たちはこの問題について議論しているところではあるが) 独占価格それ自体は、アメリカの反トラスト法学においては力の濫用とは捉えられていない。このことを、独占者が（消費者の利益よりもむしろ）自分のために利益追求をすることが許されると論じるための反例として利用する者もいる。しかし、このことが述べられた *Verizon v. Trinko* 判決を注意深く読むと、最高裁は独占者の権利よりも消費者の便益を強調している—独占価格を認めて有利に扱う（より正確に言えば、独占価格の禁止を回避する）のは、投資や競争プロセスを奨励するダイナミックな考慮であり、独占者が持つ財産権ではない—。Hovenkamp・前掲注(22), 237頁も参照せよ。*Verizon* 事件が規制監督の対象であったのに対し、訴訟が一般的な反トラスト法によるものであったことを理由に最高裁が介入を拒否したことについて述べられている。この問題は、反トラスト法というよりも、どちらが比較優位を持つかという問題である。

対する）コストが、（特定の消費者に対する）便益を上回る場合に介入が正当化されるかという議論は続いている³⁵。しかし、エンフォースメントの受益者を直接的な悪影響が及ぼされている者と並べてみた場合、独占的な利益を妨げられた企業は全く考慮の対象とはならない。

この点、2010年水平合併ガイドラインは、この点について以下のように記している。

「競争当局は、認識可能な効率性の大きさと、効率性がない場合に生じる競争者への悪影響の大きさを単に比較するのではない。合併の潜在的な反競争効果が大きければ大きいほど、認識可能な効率性が大きくなり、消費者に渡るものも多くなければならない。」

換言すると、合併当事者への便益が消費者への悪影響よりも大きくなるということだけでは効率性というのに十分ではなく、そして、合併特有の利益の多くが消費者に渡ることがない場合には、当該合併は悪影響をもたらすものとされる－それは、合併企業にとって有益となるかとは無関係にそのように判断される－。厚生全体や経済的効率性をはかる集計的な基準は必要条件であっても、合併計画を正当化するに足りる十分条件ではない。同様に、契約を手段として協調しようとする企業は、当該企業が利益を得たか、また、消費者への悪影響がいかに少ないものであったかとは無関係にシャーマン法1条違反を問われる。消費者への悪影響が全くない場合、競争上の問題は全く生じることはなく、1条違反も生じることはないが、当事会社自身によって主張される利益を否定するために消費者への悪影響をいくらか立証することで十分である（もちろん、関係する消費者への悪影響は、極端に広義の「取引制限」あるいは「競争の不正な手段」の対象となる）。経済学的には、政府の効用関数において独占者への悪影響よりも消費者への悪影響の方が重視されるだけでなく、選好が辞書的であると議論される程度にこのことは真理である。

ここでは、2つの留意が必要である。第一に、私は、消費者や独占企業への便益や悪影響を、より大きな問題の例として強調している点である。

³⁵ McChesney and Shughart・前掲注(25); Robert W. Crandall and Clifford Winston, *Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence*, 17(4) J. of Economic Perspectives 3 (2003) 参照。

消費者が、独占による唯一の犠牲者であるということではなく、独占企業は現代の反トラスト理論によって制限される唯一のものであるということではない。第二に、前述のように、競争への悪影響は、独占による犠牲者、つまり競争から便益を得てその消滅から苦しむ者への悪影響にとどまらない。競争が消費者（そしてその他の者）の保護よりも広い目的に資する限り、独占者への悪影響を上回るのは犠牲者への悪影響ではなく、社会全体への悪影響であるとされる。いずれの場合においても、主たるポイントは、独占的行為によって悪影響を受けていると他のグループが論ずることができる限り、介入から生じる独占者への悪影響は反トラスト理論にはみえず無関係である（あるいは関係があったとしてもわずかである）ということである。反トラスト理論にみられる最優先の前提は、独占はそれ自体「社会的悪」であり、独占的地位から利益を得るに値する個人や企業は存在しないということである。

この点、興味深いのは、富の移転への一般的異議は、この富は消費者に帰属し、独占者によって奪われているという前提に拠っていることである。グラフ上は、表1の長方形は、生産者余剰にかわる消費者余剰を示しており、独占市場での競争市場との比較からは（「盗む」という言葉は用いないが）獲得していることが明らかである。しかし、認識されていないのは、この（消費者および生産者）余剰は、当事者間の取引の前に存在しているのではなく、富を両者でわけようとするまさに取引を通してつくられているということである。したがって、余剰を以前から存在しているものとしたり、分配を富の形成から独立したものとして取り扱うことは誤りである。取引の条件に同意する消費者は、価格を受け入れると同時に、生産を促進する。消費者は、競争的な生産を受けるに値し、生産者は消費者の好みに従って低価格かつ広範に生産するが、これらのことにより、生産者は、自身の利益のためというよりも、消費者のために営業を行う者となるかもしれない。さらに、すべての市場で、生産関数、需要関数は異なる。多くの場合において、独占状態では需要が非弾力的であるため、消費者は高い価格を支払う。また、需要の弾力性によって、生産者が低い利益のマージンに甘んじて、独占化が生産者を若干しか「助け」ない場合もある。すべての市場を理想的な反トラスト法の対象として等しく扱うことによって、その利益の大きさや生産者がそれを産むために支払った犠牲を考慮する

ことなく、消費者を受益者にとらえている。

経済的効率性は、政府による財産権収用の正当化事由である

とりわけ、経済的な効率性が反トラストの唯一の（あるいは中心となる）正当化事由であるとする者にとっては、政府が、効率性の名のもとに、事業行為や個人の利益最大化を妨げることができるという見解は、反トラストの領域内で当然視される。さらに広範に捉えると、この見解は驚くべきものである。反トラストが本当に効率的な（競争的な）取引慣行と非効率な（独占的な）取引慣行を分離しているのか考えてみたい³⁶。このことは必然的に政府の介入を正当化することになるのだろうか。

反トラストには、企業に対し、自身の利益を生じさせる事業慣行を妨げることが伴う。そして、効率性による正当化事由では、暗黙のうちに、事業慣行によってコスト以上の社会全体の便益が生じることがない場合、当然に禁止されることが前提とされている。必然的に、政府は、（実際の、あるいは潜在的な）独占企業に以下のことを伝えている。「あなた方の利益は、社会的便益である場合にのみ認められる」、「あなた方の財産は、あなた方自身ではなく、公衆の欲求を満足させるために存在する」。なぜなのか。独占的な慣行を制限することによって、政府は財産の個人的利用を制限している。社会全体の効率性は個人の利益よりも勝り、個人（あるいは企業）は、同時に生じる公益を主張することによって自身が作り出した利益を正当化しなければならない。独占による利益が、社会全体の損失によって生じたものであるならば、利益を作り出すプロセスが違法なものであったとする有効な（あるいは推定的な）証拠とされる。独占利益が明白

³⁶ そのような推定は実際に強いものといえる。反トラストのエンフォースメントは、誤りがないということも、コストもないということもない。エンフォースメントにかかるコストは、直接的支出（当局の予算、訴訟費用、生産やイノベーションの代わりに訴訟に従事する企業の機会費用など）、間接的コスト（競争者による戦略的な訴訟、効率的な慣行を禁止する萎縮効果、当局のエンフォースメントを制限するために政治的な支持の獲得を目的としたロビー活動にかかる努力）のいずれについても大きい。

に禁止されておらず、（EU の政策とは違って）アメリカの反トラスト政策は独占者による法外な価格設定が認められている、と主張する者もいる³⁷。実際に、*Verizon v. Trinko* 事件では、まさに、独占的価格が認められるとする場合について理解するのに有用である³⁸。

Verizon v. Trinko 事件では、最高裁は、法外な価格に基づく独占化の主張を認めなかったが、他方でそのような価格は独占にむけたダイナミックな競争の指標となる、すなわち、現在の高い価格は、将来の競争者をそそのかし、市場支配を達成するための先の投資に対する独占による見返りの一部であると判示した。そうすると、保護の対象となるのは、独占者の財産や利得への権利ではなく、全ての者の利益のために機能する市場メカニズムである。独占的価格設定は、それが長期的な効率性を生じさせる場合には、たとえ暫定期間は静学的な損失や消費者による高価格への支払いという犠牲があったとしても、認められる³⁹。反トラストの訴訟や学者のほとんどが、最終的な価格というよりも、競争のプロセスに焦点をあてている

³⁷ Michal S. Gal, *Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: Two systems of belief about monopoly?*, 49 Antitrust Bul. 343 (2004)

³⁸ *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, L.L.P.*, 540 U.S. 398 (2004)

³⁹ 「単なる独占力の所有や、それにとまって独占価格を課すことは、合法であるというだけでなく、自由な市場の重要な要素といえる。独占価格を課す機会、少なくとも短期的には—「ビジネス上の鋭さ」をそもそも引き寄せているといえる、そして、リスクを取ってイノベーションや経済成長を生み出す行動を促進する。イノベーションにかかるインセンティブを保護するために、独占力の所有は、反競争的行為の要素によって達成されていない限り、違法とはならないであろう。」 *Id.* at 407.

少なからぬ部分で、競争に与える競争促進的な効果を理由に最高裁は独占価格の設定を黙認した。独占がその保持者を異なる（より厳格な）行為のルールに服させるという事実は、議論されることも、覆ることもなかった。第1章にみたように、欧州競争法は異なる態度をとっており、独占価格の規制により好意的といえる。Elhauge は、この競争法についての欧州独特の構造は、単に競争を促進するだけでなく価格を規制する違法な独占から利益を得た者が利益を吐き出す要件として捉えられるため、欧米のパラダイムは一步近づいている、と主張している。Einer Elhauge, *Disgorgement as an Antitrust Remedy*, 76 Antitrust L.J. 501 (2009) 参照。

ことには留意しなければならない。反トラストの矛先となる事業行為に焦点をあてることは契約自由のレトリックに依拠するであろう一方で、独占的価格設定に関するここでのポイントは、「財産としての利益」の議論の具体例を示している。しかし、反トラストが法の他の領域とは異なる取扱いを個人や企業にしている態様を指摘するに際し、両者とも有用である。

反トラスト以外の領域では、財産は社会的利益を満足させるために存在するという判示は多くの反論を招くことになる。我々は、一般的に、財産を持つ個人を、政府のための管理人としてみることはなく、彼らのさらなる目的追求を認め、ひどい状況の場合のみ契約自由や利益を得る機会を制限していることになる。極端な話だが、高級車を破壊するという変わった嗜好を持った人を想定してみよう。そのような人物は、もし彼の資金がゆるせば、彼の周囲は彼の趣向に困る（おそらく浪費に狼狽する）が、車の購入と破壊が認められる。（環境保護を理由に）残物が適切に処理される限りは、彼の望み通り財産を利用することが認められている。しかし、同じ個人が、高級車に関して地域の販売権を購入（参入障壁と配達コストがあると仮定して）したり、（車の破壊、価格引上、生産の制限によって）産出量を減少させた場合、当該個人は、（少なくとも独占を獲得している限りで）反トラスト訴訟が対象とする独占者とされる。事後的にみると、おそらく **Verizon** 事件の判断は、この彼を保護したものである。しかし、それは、彼が望む独占の利用の権利に関する明確な主張というよりは、動的な競争プロセスが残存しているという前提に基づくものであったとさえいえる。結局、非効率的な慣行はそれ自体とがめられているのではなく、反トラストの枠組で突如、提訴可能な対象になったのである。

私がより一般的なものとして主張したいことは、反トラストが効率性に焦点を当てることの支持者の大部分は、同様の考えを一般化することにそれほど好意的ではないということである。つまり、政府は、「最も効率的な利用者」の手に財産を移すように、あるいは効率的ではない財産の保有者に社会全体の利益が最大となるような方法で利用させるように介入すべきであるというものである。経済的効率性は、価値中立的なものとして反トラストの対象であるとされており、様々な正義や個人の権利の構想を調査することなしに介入の客観的基準について学者や実務家に同意させるという、社会の構成員すべてに利益を与える枠組みであるとされる。

しかし、これは誤りである。効率性が介入の理由として扱われる場合、我々は社会の構成員に同一のルールを等しく当てはめて扱うが、彼らへの影響は平等ではない。さらに、経済的効率性が個人の権利の制限への十分な理由とされる場合、反トラストの世界で財産や契約自由が妨げられているように、我々が政府による財産権の制限として分析するにせよそれ以外とするにせよ、制限されている者は他者の利益を促進する手段として扱われる。そのような他者は、識別可能な個人であることもあれば、累積的な構成物としての社会であることもある。いずれの場合であっても「独占者」の制限は、彼らの便益を他者の便益と並べるという方法で実行される。したがって効率性を高めることは価値中立的とはいえず、他者の権利よりも一方の権利に好意的な選択である。この選択は必ずしも誤りであるとはいえないが、道徳というより効率性として描く方が困難な問題を回避できる。

反トラスト以外では、非効率的なことは個人の権利としてとらえられ、少なくとも、私有財産の不運だがまだ受け入れられる結果である。反トラストでは、非効率性は介入の原因としてとらえられる。反トラスト主義がそれ以外でも受け入れられるのであれば、政策によって個人の権利が侵害されたり、補償が必要であるという議論と同様、国家行為や政府による収用を現在よりも多くみることになるであろう—まさに反トラストの対象とすべきだと私が主張していることである—。

もちろん、当該問題を異なるレンズでみることも可能である—そのような財産はそれ自体政府がつくったのであり、競争的なプロセスが財産権の対象となるものの決定要因であるというようなことは後述の通りである—。しかし、非効率な慣行への政府による介入を支持することは反トラストの学界において広くなされていることを指摘することは有用であるものの、同様のアイデアを財産権一般に実行するには困難が伴う。

第5章 反論：財産および競争の源泉

ここまでの焦点は、反トラストが、他の財産の所有者が扱われる方法とは異なった形で（一般的な言葉の意味での）独占者を扱っているということ、そして、反トラストにおける暗黙の前提は他の場面でも容易く受け入れられることを証明することにあてられた。これに対して、反トラストは

他のコンテキストとは異なるということ、そして反トラスト上の正当化はそれをとりまく特有の事情に拠ると応答されるかもしれない。反トラストを正当化するのには効率性向上だけではない。一般的ルールとして、効率性は、政府が私的財産を制限することを許容するに足る社会的目的とは捉えられていないからである。実際に、効率性が、（公共事業や公共財など）政府による収用を正当化する場合であっても、もとの所有者もまた保護の対象となるとされ、合衆国憲法修正第5条は「正当な補償」が与えられるとしている⁴⁰。同様に、政府が、他の強者からある種の個人を保護するために介入する場合ですら、強者の権利はなお考慮され、裁判所は、様々なグループによる相反する主張の間でバランスを図っている。反トラストにおいてそのような衡量はなされていない（わづかではあっても）合併に伴う悪影響が消費者にふりかかっている場合には、合併当事者の利益は考慮されることなく、価格固定（カルテルメンバーへの効果や便益を考慮しない）、独占的抱合せ（独占者への便益とは無関係に違法とされる）などの当然違法類型と同様となる。

反トラストは、一般的な財産権法や（政府による介入を規定している憲法が別の状況下で財産権や契約の自由に関する権利を扱っているのとは異なった形で）独占利益と事業慣行とを扱っている。しかし、このことは、これらの利益が独占とは両立しがたいものによって正当化されているためかもしれない、反トラストにおいて異なる取り扱いをするのはそのような根本的理由のあらわれといえる。したがって、筆者は、このような傾向のなかでなされた2つの一般的な議論、ひとつは財産それ自体が競争の結果である（したがって、財産の反競争的な利用は矛盾している）というもの、ふたつめは、独占者は暗黙のうちに反トラストを、市場の参加者として行

⁴⁰ *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469 (2005) 事件に留意されたい。当該事件では、最高裁は、私人である開発者に財産を移転させるために政府の収用を認め、もとの所有者への正当な賠償の要件は問題にならなかった。したがって、効率性を理由として独占を否定する場合ですら、所有者／独占者の補償が命じられる。もちろん、独占者が市場支配力や利益を所有するという見解を受け入れる必要はなく、その議論は次で述べるとおりである。

いるゲームのルールの一部だととらえていることについて検討する。これらの議論はともに、多くの推奨される点を持つものの、私には、現在の反トラスト理論の一般的正当化には欠ける点もみられる。

5.1 財産は競争から生じる

財産自体は固有の概念とはいえず、それを保護する場合に暗黙のうちに言及される根本的な正当化から生じるものであり、これらの価値と切り離して理解することはできないと主張する者もいる⁴¹。この見解によれば、財産権の強力な保護は代替としてなされ、それゆえ根本的な価値が達成されない事例においては、「財産権」を保護する主張はほとんど、あるいは全く価値のあるものではない。この見解を反トラストにあてはめると、同様の議論が生じることになる。「社会が私的財産を保護する理由は、私有財産が、リソースの利用を規律する効率のメカニズムから生じる社会的便益の代替物となるからである。競争は社会的財としてみられているが、それは、競争によって、全ての他人へのサービスの提供や、感謝を支払いという形であらわす競争において平等の機会が全員に与えられるからである。独占的な慣行の目的がそのようなプロセスを破壊することにある場合、そのような慣行によって最初に財産を生じさせたまさにそのプロセスが傷つけられるのであり、そのような行為を制限することは、財産権や契約自由への制限とはならない。むしろ、反トラストは、財産の源泉を保護するものとして捉えられなければならない、それには独占者の財産も含まれる」

この見解によると、財産は競争とそれを生み出す社会的合意から生じることになり、したがって財産を基礎付ける競争プロセスは財産の概念に内包される。独占者は、国家による競争保護によって悪影響を受けたという主張をすることができない。というのは、彼らの財産は、最初に、競争に悪影響をもたらすものとして用いてはならないとして、制限を伴って生を受けているからである⁴²。このことが事実であれば、（市場支配力を形成す

⁴¹ Hanoch Dagan, *Property: Values and Institutions* (Oxford, 2011)

⁴² この見解は、*International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (1918) における Pitney 判事と Brandies の議論に見られる。Pitney は財産を労働の報いへの自然

るために合併をしない、カルテルを行うために統合しないなどの）財産の利用に関する政府による制限は権利の侵害ではなく、権利の真の姿のあらわれ—社会プロセスによってもたらされ、そのプロセスの継続的な存在や保護のもとにある個人の便益のあらわれであるといえる。

この見解は、多くの者から賞賛されたが、前述のような反トラストの一般的目的を一掃するには不十分であった。この議論を拒絶している者が多いことそれ自体が議論の拒絶の理由ではない（政治学と哲学を混同し、真実と大衆の知恵を混同することになるであろう）。しかし、反トラスト支持者の多くが支持していないということは、反トラストが提示するといわれる根本的な原則にすることへの反対論といえる。

現在において理解され、実行されている財産権には、競争や競争的な市場とは明確な関係がないと指摘する者もいる⁴³。我々の現実世界の市場の多くは競争的ではなく、それは反トラストに関連することだけを理由とするものではない。自然独占は多く、リソースは不足しており、局地的な独占やニッチな独占を創り出す質や特徴によってしばしば差別化され、我々の社会における資源の配分は平等主義から遠くはなれているために、多くの者が時代や世代によるアドバンテージを得た（あるいはアドバンテージを欠いた）状態で生活を始めており、様々な市場の失敗が現実世界のシナリオを悩ませている。結局、競争は、財産という便益を説明する際の良いモデルなのかもしれないが、国が尊重する財産権を授与するためには必要ない。

さらに、我々が財産権の根本的な正当化事由を脱構築する場合には、競争が最も重要な要因であるとは必ずしもいえず、関連要因のひとつにすぎ

権を所有者に授けたものであるととらえたが、Brandies は財産を国がつくったものであり、それは利益に関する立法上の衡量に服するとした。Peritz, *Competition Policy* 前掲注(16)・70—72頁参照。

⁴³ Rudolph J. Peritz, *The "Rule of Reason" in Antitrust Law: Property Logic in Restraint of Competition*, 40 Hastings L. J. 285 (1989) を参照せよ。当該文献は、財産と競争は、初期の頃にはシャーマン法を理解するための競合するパラダイムとして捉えられていたことについて論じている。競争は効率性とは異なるものとして捉えられており、経済的な効果よりも、効率性の社会的な効果や哲学的な根拠が強調されている。

ない。財産権は、それに関連づけられる（あるいはそのようなことはない）正義は別として、社会秩序形成の諸目的に資するのであり、そのような社会秩序は、つまらぬ口論がひっきりなしに行われることを避けるべく（すべてではなくとも）多くの者に有益なものである。安定性が独立した価値であることを理解するためには土地の財産権が紛争の対象となっている社会を見、世代を超えて存在する血響や部族の派閥を観察するだけで足りる。財産権によって投資がなされ、それによって全ての者が得をする関係を作り出す一分配が平等ではなく、不公正であるとすらいえる場合でもそうである一。明確に定義され、保護された財産権を伴う社会で生きることを選択する理由は様々であり、競争はその長いリストのなかのひとつである。競争がなければ財産がその意味を失うと主張することは、実際の財産よりも狭い定義といえる。

結論として、我々が、財産が競争によって定義されるという反論の正しさを前提としても、以下の2つの理由により、現行の反トラストを正当化することはできない。第一に、基本権の濫用ですら、憲法上の衡量テストによって決定づけられる点までしか保護の対象とならない。第二に、財産に濫用に関する内在的な制限が含まれる場合、市場支配力に関する近時の反トラストの概念よりも、経済的な力の概念に拠る方がより良く説明される。前者については以下に述べ、後者については Rawls の研究によって適切に定義されている（ように思われる）ため次章に委ねる。

極限状態における憲法上の衡量：Skokie 事例

財産は競争から生じ、そして独占的な慣行は財産権や契約自由の濫用であるという議論を想定してみよう。さらに、独占的な慣行によって、社会が構築したインフラや権利の他の利用者に悪影響が及ぼされ、国家による保護が強く主張されたと想定しよう。近時の反トラスト理論は正当化されるだろうか。独占者への利益や、犠牲者への悪影響の程度とは無関係に、独占的な慣行を防ぐことによって社会が介入するのだとすると、私の回答は条件付きでノーである。ただし、私は反トラストそれ自体が本来的に悪であり、介入が正当化されないとは主張しない。むしろ、私の主張は微妙なものであるが、そのような介入は、国が行動を起こさなかった場合の独占による犠牲者への悪影響と、国の介入による独占者への悪影響とを評価

する衡量テストの対象となるというものである。そのような衡量テストは、社会における様々な部分における利害の衝突を日常的に処理する憲法では一般的であるが、経済的な効率性や消費者の権利、利害に焦点をあてる反トラストではあまり聞かれない。したがって、私は、例を用いてその理由を明確化することにする。

既存の民主主義よりもファシストが優れているとの思想を持つ党员によって構成された小さな政党のことを考えてみよう。これらのファシストは、「新しい信者」を転向させ、自らが望むような変化をもたらすに足りる政治的影響力を獲得するために、他者を自己の見解に服させようとする。

我々は、彼らが生きる民主主義には言論の自由を尊重したルールがあり、反民主主義的なグループは公の「思想の自由市場」へのアクセス獲得のためにそれらのルールに頼ることを望んでいると想定している。このグループの目的が民主主義の構造と矛盾する場合、我々は自動的に、民主的な議論に参加する権利を剥奪することを想定しても良いのだろうか。この問題について多くの者が議論しているが、とりわけ米国における *Skokie* 事件の際のものが代表的といえる⁴⁴。これは、イデオロギー的な指導者であるアドルフ・ヒトラーの誕生日を記念した行進の許可についてのネオナチのグループによる申請に関するものであった。詳細を調べることなく、(ナチのユニフォームや勲章を身につけて公に行進をする権利を含めた) 言論の自由に焦点をあてた法的議論がなされた。他には、そのようなグループにはユダヤ人大虐殺の生存者コミュニティでの行進—政治的言論を目的とするものではなく、むしろ、最も精神的苦痛を受けやすい者の反感を買うことを目的とした手段—を認めるべきではないと主張する者もいた。結果的に最高裁は、言論の自由は他のあらゆる考慮要因に勝るという議論の末に行進を認めた。言論の自由への制限として正当化される唯一の理由は、他者に「明白かつ現在の危険」がある場合と判示された。

もちろん、当該事例における最高裁の判断や、最高裁の判断を正当化する衡量テストに反対する者もいるかもしれない。重要なのは、そのようなグループの言論に関する権利やその他の権利について論ずる可能性を受

け入れることである。私は、そのような主張を即座に却下するのではなく、グループの道徳や法的地位とは関係なく、判断を下す前に徹底的な分析が必要であると単に思っているにすぎない。

独占者は、制約されていない行動について絶対的に認められるべきか否かということがここでの問題なのではない（実際に、厳格な制限が時々必要となる）。問題は、単に、独占者自身が、犠牲者の権利と一緒に考慮されるべき権利を主張することができるかという点である。この点について、モラルに基づく独占者による主張を無視する理由はない。したがって、そのような主張は、権利の衝突のバランスをはかるいくつかの方法でなされた他の当事者（多くの犠牲者）による相反する主張と比較されなければならない。*Skokie* 事例が明らかにした最も極端で、直観に反した設定はこのことであった—社会に授与されている言論の自由を用いる者は、最終的な目的が社会や構成員に悪影響をもたらすものであっても、また、現在彼らが主張しているまさにその権利を撤廃することにあるとしても、最初は尊重と保護の対象となる—。反民主主義的な要素が繁栄に値するというのではなく、言論は非常に重要なものであり、それを抑圧することは、実行されなければ多大な悪影響がもたらされる場合などの極限状態に限られる、ということである。言論を制限することは、財産や契約の利用を制限することと同様に、認められる—しかし、両者への効果のバランスをはかり、それぞれへの悪影響の程度を決定した後に限られる—。「明白かつ現在の危険」基準は、反トラスト（あるいは言論に関する問題）において必ずしも適切ではないのだが衡量の基準は必要である⁴⁵。最終的に衡量テス

⁴⁵ 実際には、さらなる政府による介入を認める点で異なった衡量テストを提示する者が多い。Lawrence H. Tribe, *Constitutional Choices* (Harvard University Press, 1985), at 189-190 参照。「明白かつ現在の危険」理論については、*Schenck v. US*, 249 US 49, 39 S.Ct. 247 (1919) における Oliver Wendell Holmes 判事によって初めて論じられたが、Holmes は裁判所を代表して判決を書いたにもかかわらず、他者は結論には賛同し、理由付けには賛同しておらず、「明白かつ現在の危険」の基準はHolmes によってのみなされることに留意しなければならない。*Abrams v. US*, 250 US 616, 40 S.Ct. 17 (1919) 事件では、Holmes は多数意見に反対し、苦心して当該テストを詳しく述べた。彼のテストは、*Whitney v. California*, 274 US 357, 47 S.Ct. 641 (1927) 事件の多数意見においてようやく受け入れられた。しかし、ことばの合意は、実行への合意を保証

⁴⁴ *Village of Skokie v. National Socialist Party of America*, 69 Ill.2d 605, 373 N.E.2nd 21 (1978); *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (1978) 裁量上訴不受理。

トが選択されるか否かとは無関係に、衡量が生じるのは、全ての利害関係者の権利を尊重するゆえである。近時の反トラスト理論は、独占的な慣行を本来的に悪とし、消費者の便益を正当なものとするものであり、あるグループを他のグループの犠牲のもとに有利に扱うことによって区別するものである。こうした理論は、独占者への悪影響が大きく、消費者（あるいは他に影響を受けた者）への便益が小さいときですら、前者を正当化する。実質的には、検討されている問題とは関係のないものとして独占者による主張が先見的に却下されているのはそのあらわれである。

5.2 独占者は反トラスト上の制限に暗黙のうちに合意している

「反トラストが独占者の権利を侵害している」ということへの別の反論は、独占者は暗黙のうちに競争上の現在のフレームワークに合意しており、そのフレームワークに反する主張をすることを禁じられているというものである。もちろん、反トラスト法の審査に服する大部分の者や企業は法に関する見解を聞かれたこともなければ同意をしたわけでもないが、理論的な構築物としてそのような議論がなされる。独占者が、反トラストの対象となる競争上のフレームワークに（仮想的、暗黙の）合意を与えたと見ることができるのであれば、一度制限に服すると不平を言うことはできない。ここで、競争から生じる財産に関する先ほどの問題が関連する（しかし、同一のものではない）。ゲームのルールを受け入れることは、暗黙のうちにゲーム自体、あるいはそこで生じる結果を受け入れている。もちろん、そのゲームを受け入れないという選択肢がある、あるいは退出が可能の場合にのみこれがあてはまる⁴⁶。

個人的に現実的なレベルにおいて、我々のなかで、我々が生まれた社会

するわけではない。Vinson-Hand テストとして知られるものにおいて、これら 2 人の判事は同じことばを用いているが、危険が大きい場合には、わずかな可能性によって言論への制限を正当化すると述べている。

⁴⁶ Albert O. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States* (Harvard, 1970) 参照。社会からの退出の機会が増大すると、退出という選択肢の行使を拒絶して、参与を選択した個人が社会に対して感じる忠誠心が増大することを論じている。

的秩序から退出する選択肢を実際に持っている者は誰もいない。（関連するルールが両者で異なり、我々を受け入れようとしている）別の社会へと退出することが可能な場合であっても、（実際の、そして精神的な）コストは莫大なものとなる。そこで、我々が存在している世界と、反トラストのルールがない別の世界とを比較するには仮想的な思考実験をすることになる。別の世界が明らかに劣ることが示されていれば、我々は、仮想的な黙示の合意を、現在の反トラスト理論に対して独占者が示していると解釈し、不適切な形で扱われているという主張を否定するであろう。そのようなシナリオに関する有効なフレームワークは、Rawls がいう「原初状態」であるが、それ自体は次章で説明するとして、ここでは、反トラストルールへの独占者の合意ということを導き出す、歴史に基づく理論およびゲーム理論の 2 つの代替的な概念に焦点をあてる。

歴史的観点からの議論は、以下の通りである。既存の生産者はすべて、反トラストのルールが法的領域および経済学的領域を対象とするものであるということを知ったうえで市場に参入しているため、反トラストのルールに反することを禁止されている。注意を要するかもしれないのは、それは既存の企業（あるいは経済的制度）には反トラストに先んずるものが存するからである。そのような企業は、途中で大きな変化が生じたゲームのルールに合意したとすることはできない。まさにその反対で、この種の議論は反トラストに反対するものとして用いられる。というのは、反トラスト以前の消費者や他のプレーヤーは、優位な経済的な力の行使は自由であることを知って経済的領域に参入しているため、そのような黙示の合意は国家の介入がない市場に対するものであるからである。

さらに、独占者になるつもりの方が後の段階でゲームに参入する場合でも、ゲームのルールすべてが正当なものであるというわけではない。反トラストが公正さの議論に依拠するものであるのなら、我々は、「我々は先にここにいた」ということを言う以上の何かを提供しなければならない。競争を保護するものとしての反トラストは、多くの者の厚生を促進するかもしれないが、市場の全参加者がその存在から利益を得ることになるとは言えず、また、それによって苦しめられる者が暗黙のうちにその力に同意したということも言えない。ここで、再度、退出／発言のパラダイムが関連する。反トラストの規制のない市場を好む者には有効な退出の選択肢は

ない。反トラスト法から解放された代替的な市場を作り出すことは認められていないため、彼らに唯一残されている選択肢である参加という単なる事実だけでは、暗黙のうちに合意したと言われることはない。

黙示の合意に関するゲーム理論上の構想は、協調にかかるコスト、および社会構成員による、調整問題に対する政府による解決への暗黙の合意に依拠している。囚人のジレンマが見受けられる事例において、当事者すべてにとって協調することが最善策とすることを目的とした外部の介入を支持する強力な主張がある。この協調行為は、効率性を達成するだけでなく、当事者個人の利益の最大化をもたらしうる⁴⁷。しかし、協調の議論は反トラスト上適切といえるだろうか。そうであれば、そのような協調は生産者にとっても消費者にとっても価値あるものでなければならない。さらに、黙示の合意の理論を正当化するためには、原則として、消費者および生産者全てに適用されなければならない—さもなければ、そのような同意が黙示されたとはいえない—⁴⁸。

生産者は反トラスト法から何を得るのだろうか。実際にはそう多くはない。彼らは事業慣行を制限され、競争によるプレッシャーを絶え間なく受け、競争的ではあるけれども反トラストの執行当局の疑義を生じさせるような行為を避けるべく慎重な判断をしなければならない。他方、独占するべく熱心に競争している企業はすべて、他社からいくらかの投入物を購入している。独占価格を支払うリスクとともに独占の利益を得る機会か、両者を排除する反トラスト法のいずれを好む（ここでは擬人化して示す）か

⁴⁷ Douglas G. Baird, Robert H. Gertner & Randal C. Picker, *Game Theory and the Law* (Cambridge: Harvard University Press, 1994), at 31-35; Richard A. Epstein, *Principles for a Free Society: Reconciling Individual Liberty with the Common Good* (Reading, Massachusetts: Perseus Books, 1998), at 44-47; Susan Rose-Ackerman, “Inalienability and the Theory of Property Rights”, 85 *Columbia Law Review* 931 (1985), at 957-959 参照。

⁴⁸ ここでは、効率性の分析で用いられる一般的なゲーム理論のモデルとは異なる。そこでは集合的な優位な結果は、解決法を正当化するものとして十分なものである。しかし、黙示の合意のモデルでは、我々は、制限を受けた者が現実世界においてこの解決法を自身で選択することを証明しようとしている。利益の最大化を保証することによってのみ、公平性による抑圧が正当化される。

を問われたなら、一選択は容易でない。確かに、見返りを伴うリスクを喜んで引き受ける者もあり、投入物市場での競争が便益を与える以上に、「独占化の自由」を享受する地位にいる者もいる。

反トラスト法から生産者が得るものに関する別の観点は、水平的関係にあるのではなく、垂直的な投入物市場である。独占の利益を達成する可能性によって、多くの企業はそのような地位を達成することを願って多大な支出をすることになる。これはまさに、前述の「レントシーキングの長方形」の基礎となるものである⁴⁹。企業に「金を探」させるものこそが、囚人のジレンマのプロトタイプの原因である。集合的には、経済学的に無意味である。しかし、個別的には、全く異なる状況となる。各企業が X を投資しており、確率を p として、独占の利益 M を達成すると想定しよう。独占が長期間維持されるほどに参入障壁あるいは戦略的選択があるとすると、 $pM > X$ は現実的な可能性となる。割り引かれた独占利益が、独占達成のための投資よりも大きいならば、 N 個の企業を考えれば、 $NX > M$ も可能であり、独占のための競争への投資総額は、独占による利益を超える。両方の不等式ともあてはまる場合、独占のための競争は個別的には合理的であるが、集合的にみれば非効率である。

個別的には、集合的な効果は外部化されるため、企業は最初の不等式にのみに関心を持つ。企業すべてが黙示の合意をしているということが確かであれば、 $pM < M$ が証明されなければならない。しかし、それが事実であるとしても、レントシーキングはなされるのであろうか。

おそらくなされる。上述の分析の失敗はその静学的な設定にある。企業が競争的な見返り C を得ており、そして、単にレントシーキングに投資するかやめるかを決定することを想定している。より現実的なモデルにおい

⁴⁹ Richard A. Posner, *Antitrust Law* (2nd ed., University of Chicago Press, 2001), 17-21頁参照。独占の社会的コストに関する伝統的研究（Arnold C. Harberger, “Monopoly and Resource Allocation”, 44 *American Economic Review* 77 (1954)）がコストの過小評価になっていると論じる。Epstein (1982)・前掲注(33) 52頁。しかし、Mark Glick, “Is Monopoly Rent Seeking Compatible with Wealth Maximization?”, 1994 *Brigham Young University Law Review* 499 では、レントシーキングによる支出が、現実的ではあるが社会的なコストとしてみなされることはないことについて述べられている。

ては、以下の2つの期間が含まれる。第一期は、企業が、競争的に行動して見返り C を享受する、あるいは、レントシーキングに投資をして $C-X$ という第一期の見返りを得ることを選ぶ期間である。第二期は、第一期の投資によって見返りが決定するのであるが、それによってレントシーキングに投資をしなかった者が、独占市場における周辺の企業の見返りとして F を受け取り、レントシーキングの第一期の投資した者が、 $pM+(1-p)F$ を期待する。これは、（達成の可能性によって割引かれる）独占利益であらわされる第一項と、投資しなかった場合の周辺の企業の利益の受け取りであらわされる第二項である。

$F < pM+(1-p)F - X < C$ があてはまるのであれば、レントシーキングへの第一期の投資は、すべての企業にとって個別的には合理的といえるが、そのようなレントシーキングへの協調的な制限はすべての企業にとって利益となる。競争的な場合の見返りは、（成功の確率も考慮して）レントシーキングから生じる見返りよりも多く、両者は周辺の企業に期待される利益よりも多い。したがって、企業は、すべての企業が利用不可能であるということを条件に、自分には利用不可能だと事前に思っていた選択肢に投資することになる。

これは、典型的な囚人のジレンマの効果である。前述の一般的なレントシーキングに関する議論とは対照的に、ここでは、成功に至った独占者ですら、事前にレントシーキングを排除することを好むであろう。第一期で競争が始まるのは、他者による独占の達成をおそれる場合のみである。したがって、そのような場合には、協調のメカニズムによりプレイヤーすべての利益が一体になり、累積的な効率性が利益となる。もちろん、この議論は、普遍的なものではなく（特定の事実によって仮定がはたらかなくなる場合がある）、消費者保護に関係するものでもない。ここでの黙示の合意は、生産者間でなされるものであり、競争者について公平性の考慮を分析する際して、このような議論が利用可能である。

さらに興味深いのは、囚人のジレンマの分析は、消費者の利益に悪影響をもたらすことが証明されうることである。というのも、最も適切

な水平的な協調メカニズムは競争ではなく共謀だからである⁵⁰。競争者が独占による利益を分配するために共謀を行う場合、囚人のジレンマは解決され、関連するプレイヤーは有利になる。このことはもちろん、ここでの焦点が協調問題から被害を受ける者にあることが理由である—反論が導出しようとした黙示の合意の理論である—。したがって、近時の反トラスト理論に対する生産者による黙示の合意の議論は失当である。

第6章 Rawls はどうするか

我々が現在のドクトリンを維持し、暗黙の前提を当然とすると、反トラストをアブリオリに正当化するものの基盤について検討することは困難である。反トラストに関する支配的な世界観は、（道徳的に）「正し」く、効率的であるということを前提とし、一般市民（立法者は彼らを代表しているのであるが）と同様、関連する（学者、実務家双方の）専門家コミュニティにおいてほぼ完成されたコンセンサスを得ている⁵¹。もちろん、す

⁵⁰ つまり、一企業の独占による利益を達成に向けたレントシーキングへの複数の投資を許すのではなく、すべての企業の共謀への投資（単独のレントシーキングよりも低いことが証明されている）が認められている。さらに、産業全般のカルテルは、それが成功した場合には、独占による利益をすべて手に入れることができるが、周辺の企業の存在する市場における独占者は制約されることになる。囚人のジレンマが介入や政府が命令した協調を正当化するという議論に拠るとすると、法的拘束力のあるカルテルは正当化されることになる—エンフォースメントにかかるコストを削減し、独占力の安定性を維持する—。

⁵¹ Robert Lande らは、反トラストの初期における一般的な支持について記している、前掲注(22)。Richard Hofstadter は、問題に関する国民的議論がなくなったことについて1966年まで振り返って記している。彼は、公共の関心の欠如は、アメリカ人が大規模なビジネスを見る態度に帰する、つまり20世紀初期における恐れや不信から、戦後における経済成長を促すためのビジネス上の利益への信頼という変化に帰するとしている。Richard Hofstadter, *What Happened to the Antitrust Movement?*, in *The Paranoid Style in America Politics* (1966) 参照。Dan Crane は、近時の反トラストへの公共的・政治的留意の欠如について記し、反トラストの専門的な適用は、初期の反トラストを特徴付けていた規模や経済的支配に関して感情的に訴えかけるものに比べて政治的な魅力があるというわけではないとしている。Daniel A. Crane, *Tech-*

すべてのルールには例外があるのであるが、反トラストに関する基本的見解が懸念される場面にはほとんど違いがない⁵²。もちろん、その適用や射程の詳細に関して多くの議論や学派の考えが存在する近時のフレームワーク内では、前述のように、通常、公平 vs. 効率性の議論（公平性が消費者に有利であることを前提として）や、特定の慣行が実際に効率的である（か否か）に焦点をあてている⁵³。

控えめに言っても、我々の社会における反トラストの地位や、それが依拠する暗黙の前提の正確な評価を行うべく、複雑に絡み合った合意から我々を抽出することは困難である。これらの状況下で、議論を進めるフレームワークとなるのが、John Rawls による無知のヴェールの背後にある「原初状態」の我々を想像する「思考実験」である⁵⁴。

この考えは、難解でもあり単純でもある。本質的には、我々を、我々の個人的な状況に関する認識をなくした仮想的立場におきながら、一般的事象や科学的理解に関する世界的な認識を維持するものである。本質的に、この思考実験は、以下のように展開する。関連する社会の全構成員（思考実験を通じて追求される一般性に応じて、ここでは、全市民ないし世界の住人）と共に、想像的な状態へと変化し、世界を見下ろしている自分自身を想像する。ここでは、社会の構成員は熟慮が終わると、「下での」生活を規定することとなるルールを熟慮しなければならない。ゲームのルールが合意された後に、どの体になるのかということや、移行することになる社会的立場について知ることはできない。もちろん、それぞれのルールは、

nocracy and Antitrust, 86 Texas Law Review 1159 (2008). しかし、両論稿とも、アメリカ人による反トラストの受け入れは、総意によるものであるとしている。Herbert Hovenkamp は、この点について最新の著書の最初に、「反トラストの目的に関して、この50年で、よりコンセンサスを得ている」と明確に記している。*Hovenkamp, Enterprise*・前掲注(22)1頁。

⁵² たとえば、以下を参照。Dominick T. Armentano, *Antitrust Policy: The Case for Repeal* (Cato, 1986); Richard B. McKenzie and Dwight R. Lee, *In Defense of Monopoly: How Market Power Fosters Creative Production* (Michigan, 2008); *The Abolition of Antitrust* (Gary Hall, ed., 2005)

⁵³ 前掲注(22)および関連文献参照。

⁵⁴ John Rawls, *A Theory of Justice* (Oxford, 2nd ed., 1999)

社会的立場や特定のニーズに従って個人それぞれにとって有益なこともあれば悪影響（あるいはその両方）をもたらすこともあるため、そのような「目隠しされた熟議」によって我々は、すべての影響を吸収し、そして影響を受けたすべての者を考慮する。というのは、そのうちの一人が我々となりうるからである。

Rawls は、現実の生活において我々の社会を支配する価値を決定するべく（我々の特定の状況についての）この「無知のヴェール」を用いる。この仮定は、このような状態で合意されたルールが、個人的なバイアスから離れた我々の真の構想を反映しているものとして、真の正義に近づくというものである。この分析では、中核となる価値や手段としての適用を選択する際に、我々は自身の幸福への影響から自分自身を切り離し、社会的な固定順序において最も高いところにいるか低いところにいるか、つまり健康か病気か、裕福か貧困か、経営者か被用者かといった点についての考慮から解放されるところに主眼がある。

反トラストは、そのようなフレームワークからどのように利益を得ることができるのだろうか。我々が、中核となる前提を正当に評価しようとするのなら、そのような無知のヴェールの背後に我々が位置することによって、現在の理論によって独占支配されている世界に生きることで生じるバイアスがかからなくなる。問題は、反トラスト理論で合意されるのは何であるかということである。とりわけ、無知のヴェールの背後で仮定される反トラストレジームの主要な焦点は何であろうか。本稿でこの問題のすべてについてとりくむことはできないが、私が読者に納得してほしい主要な問題は単純なものである。つまり、そのような反トラストが、介入（あるいはその欠如）によって影響を受けた様々な当事者に生じる便益と悪影響とを比較する衡量テストを必要としているということである。そして、そのような、状況に応じた衡量をしなければ保護の対象となる権利を国家が誤って侵害することである。

一般的に、無知のヴェールのフレームワークにより、市場を統治するためにはいかなるルールを選択したいのか、また、どのような状況下で政府の介入を求めるのかということ問うことが可能になる。根本原則に戻って財産といったものの構想そのものを（Rawls が行ったように）検討する

ことも可能だが、我々特有の視点を前提として、私有財産と契約自由をベースラインとする。もちろん、私有財産や自由な市場は全くもって選択されているわけではないとする者もいるであろうが、その点の論争は別の論者に譲ることとする⁵⁵。ここで、私は主たる疑問に焦点をあてる。無知のヴェールの背後にある者が、影響を受けた当事者すべての権利や利害についての文脈特定のな衡量を行うことなく、経済的効率性の向上（あるいは消費者保護）に焦点をあてた反トラストレジームを選択するのであろうか。

今日実施されている反トラストは、一般的ルールに基づいて運用されている。我々は、当然違法と合理の原則の分析を区別し、そして、効率性の基準や、消費者にとって不利益な慣行とされるものへの影響をたよりに合理の原則を適用している。現在の反トラスト理論は、（ネットワーク効果、イノベーションの潜在性など、その特性が経済分析に影響を与えない限り）異なるタイプの商品を区別しておらず、消費者の種類、影響を受けた当事者に拠って区別をしているわけでもない。このことは、反トラストが、価値判断が欠如した客観的な形で実行することができ、経済学的手段を用いた科学的分析が可能となるという信念によって正当化される。客観性の価値はその詳細を必要とはしないうえに、異なる市場が同じように扱われているという事実により、ビジネスプランニングを合理化する予見可能

⁵⁵ Rawls は、財産と取引は、マクシミン原則に服するにもかかわらず、資源の社会的利用においてパレート改善を達成するべく認められているとしている。彼が言うには、人間は、一般に（とりわけ基本的に必要となるものについては）リスク回避型の選択をしており、世界のより悪い状態の凋落から自身を保護するべく、平均以上の世界における効率性や便益を犠牲にすることを望むことがある。Rawls・前掲注(54)144頁参照。無知のヴェールの裏では、どの状態が我々にあてはまるのかということを知ることはないということを前提とすると、我々は社会においてより状態の悪い者の幸福を最大化する選択をするであろう。このことを（ゲーム理論と同様）「マクシミン原則」という。したがって、効率性の達成への制限的效果を理由に、平等であることは必要とされていないが（それゆえ私有財産は認められる）、分配に関する関心は社会的便益のスペクトルの下方では支配的となっている。平等ではない経済的（それゆえ社会的）地位を認めながらすべてに関して平等な自由を達成できるという Rawls の前提への批判は、Norman Daniels, *Equal Liberty and Unequal Worth*, in *Reading Rawls* (Norman Daniels, ed., 1989) を参照せよ。

性が生じ、効率性が高まることになる。そして、この反トラストの科学的な見方は多くの支持を得ており、原初状態の社会の構成員はその価値を高く認めているように思われる。

この点、2つの反論が生じる。第一に、反トラストは、消費者のために独占者の負担で介入をするという点で価値中立的なものではないということであり、第二に、客観的基準に焦点を当てることは、社会のほかの構成員よりも反トラストの実務家に魅力的であるということである。第一の反論には、我々は皆消費者であるため、他を犠牲にして、ある特定のグループの利益をはかる選択肢ではないということを強調することによって回答することができる。この論点は前述したところであり、繰り返すつもりはない。しかし、付け加えると、原初状態は社会的地位を等しくするものではなく、単に、我々自身のことに盲目にさせるのである。したがって、無知のヴェールの下であっても、一度ヴェールがあがると、運によって我々は有利な力ある立場に置かれるということを期待して、独占状態によって生じる便益の不平等な分配をあえて選択することも可能である⁵⁶。さらに、「消費者保護」は、一般的な目的としては良いもののように思われるが、別の市場や文脈における異なる効果が認識されると、その一見明白な説得力は失われる。このことにより、我々は前述の第二の反論の議論に入ることになる。

「客観的かつ科学的な」反トラスト政策は、一般市民よりも反トラスト実務家により魅力的なのだろうか。反トラストマニアとして、私は、議論の基礎として、定量的な経済分析を好んでいることを認める。それは、これにより共通の言語が生み出されたり、多様な実践に一貫性が確保されるようになるからである⁵⁷。しかし、無知のヴェールの裏で選択されるもの

⁵⁶ これは、*Verizon* 判決における投資のインセンティブ理論としての「独占」と同じではない。前掲注(38)。この違いは、同判決では Schumpeter がいう「市場のための競争」の便益に焦点があたっており、ここで問題となっているのは、個人の側のリスクのある選択肢ということになる。Rawls は、人々が原初状態でリスク回避の選択をすると主張していることは有名であるが、その前提には批判がないわけではない。

⁵⁷ 反トラストがますますこの方向に移行していることについては、Crane・前掲注

を想像することにより、追加的な懸念が生じる。反トラストの目的が経済的効率性のみであるなら、我々は、反トラスト vs. 反トラストの外側にある権利の問題や効率性の不均一な地位の問題にたちかえることになる。無知のヴェールの背後で選択されるものそれ自体の探求に従えば、反トラストが経済モデルや実証といった同一の手法を用いて運用されている、諸々の文脈を考慮することは意味のあることである。分析対象となった市場には、不可欠な商品も、高級品も含まれる。（独占者と同様）消費者は裕福でもあり貧困でもあり、個人でもあり企業でもあり、現実には富を奪われた者もあれば単に戦略的な手法として反トラストを用いる者もいる⁵⁸。近時の理論ではマイクロ市場分析がなされており、それは伝統的な市場画定を通してなされるか、需要関数を推計するためにより柔軟な計量的手法を通してなされるかを問わない⁵⁹。そのような分析では、関連市場における影響に焦点があてられるが、市場の重要性や、市場における生産者および／あるいは消費者に影響を与える特定の状況に関する区別をしておらず、文脈を無視したものと性格付けできる⁶⁰。

原初状態にある者は何を提案するのだろうか。それを言うのは非常に困難であり、仮想的な検討を試みても、さまざまな人々がさまざまに評価するのであろう。したがって、私の評価も主観的かつ不完全ということになる。現実世界において、憲法上の文書でそれを非難し、連邦法で刑罰を

科すほどに社会が独占を嫌っている、という単なる事実からは、何かが誤っていることが読み取れる。主たる問題は、歴史的なものから仮想的なものにこの法感情が変わるかどうか、無知のヴェールの背後で同意できる可否かということである。私はそうなると信じるが、現行の実務よりもかつての実務に近い形ということになる。私は、原初状態において、主導的な経済的なフレームワークとして市場における競争に同意し、市場の失敗が生じた場合の政府の保護や介入にも同意していると考えている。しかし、政府が市場と同様に不完全であり、間違いが避けられないとすると、政府の介入には慎重になるであろうし、最もやむにやまれぬ事例を除いて我々は介入を差し控えることになるであろう⁶¹。さらに、国家の行為は個人の権利（消費者としての我々自身の立場から生じる個人的バイアスを避けるという、無知のヴェールの背後に容易に見える見解）を抑圧することになるということを考慮すると、介入はよりいっそう受け入れやすい市場とそうでない市場があるだろうとされるべきである。文脈や実際の効果とは無関係に、独占は常に悪影響をもたらす（独占化を試みることが刑罰の対象となるほどに！）という立場をとる近時のマイクロ市場分析は、この基準を用いているようには思われない。

原初状態において受け入れられる反トラスト政策は、おそらく不可欠な商品と高級品とを区別しており、財の移転に関する静学的な分析よりも競争のプロセスへの悪影響に焦点をあてている。反トラストの歴史から、経済的効果が大きく、社会のすべてに影響を与え、とりわけ経済的規模が政治的影響につながった事例に国民的議論は関心を向けていたことが分かる。市場支配力というよりは、経済的な力が、民主主義社会の保護のために選択される反トラスト政策の主要な問題であり続けるであろうーとりわけ、政治的な権力や規制権限と結合する場合に一。

さらに、（事業を行う連携相手、販売の際の条件、商品を抱き合わせる

(51) 参照。

⁵⁸ このことは、*Illinois Brick*, 431 U.S. 720 (1977) の「間接的購入者理論」を前提にしている。州の中にはこの理論を拒絶しているものもあり、反トラスト現代化委員会も廃止を提案しているけれども、反トラストの悪影響に苦しむ間接的購入者の対場を否定するルールは、なお今日も連邦訴訟においてみられる。*AMC Report and Recommendations* (2007), III.B. 章 参照。 http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf にて入手可能（2011年12月確認）。

⁵⁹ Louis Kaplow, *Why (Ever) Define Markets*, 124 Harvard Law Review 437 (2010) 参照。

⁶⁰ メディアの市場に払われる特別な配慮のように、いくつかの例外もある（民主的な議論に影響を与える際の中立性を理由とする）が、反トラストを適合させるのではなく他の法律の介入の対象となる。たとえば、Howard A. Shelanski, *Antitrust Law as Mass Media Regulation: Can Merger Standards Protect the Public Interest?*, 94 California L. Rev. 371 (2006) 参照。

⁶¹ Frank Easterbrook は、反トラストの訴訟において生じうるこの手の誤りについて述べており、我々は、度を越えた政府の行為という積極的な誤りよりも、不干渉という消極的な誤りを好ましいととらえるべきだと主張している。Frank Easterbrook による *The Limits of Antitrust*, 63 Texas Law Review 1 (1984) や、*Allocating Antitrust Decision-making Tasks*, 76 Georgetown Law Journal 305 (1987) も参照。

方法のような）個人の自由を制約する介入は一般論としては賛同を得るだろうけれども、影響を受けた特定の当事者に生じる特定の便益やコストを考慮する分析に服する。結局、－それぞれの介入によって生じた悪影響よりも回避された悪影響の方が勝るといふことの立証のためには衡量テストが必要なのである－。（たとえば、言論の自由に関する「明白かつ現在の危険」に近いものか、「悪影響をもたらす傾向」のような、より厳格ではないものといった）どのような衡量テストが用いられるのかは明確ではないが、今日用いられている少しでも消費者に悪影響が及ぼされれば生産者の利益がどの程度かを問うことなく決定的と考える辞書的ともいえる順序づけは、我々を潜在的な独占者としてみていずれの例外が国家の行為を正当化するかを考慮すると、拒絶されることになる（個人的見解ではあるが）。

政府によるエンフォースメントと私人によるエンフォースメントには、両者ともに同一の反トラスト理論があてはまるが、ここでは異なる。国家の競争当局が介入するか否かを選択する場合、エンフォースメントのリソースには限りがあり、エンフォースメントは最適化されなければならないため、おそらく大衆の事情や大衆への影響を考慮することになるであろう。他方、私的なエンフォースメントは、訴訟を起こすことを選択した者の利害に依拠することになり、公衆の利益よりも個人の利益の方に依拠することが期待される。したがって私的なエンフォースメントはより問題が生じやすく、政府の行為よりも制限的となることが正当化され、おそらくスクリーニングのメカニズムに服する。私的、公的な反トラスト訴訟の両方に適用される現行理論は、反トラストがそれ自体で正当化され、経済的効率性や消費者厚生への探求は裁判所による救済を支持するのに足るものであるという考えに基づいている⁶²。原初状態にもどり、（消費者やその他の者と同様に）独占者の権利を考慮することにより、これらの前提への再検討、

⁶² 実際に、Dan Crane は、このことについて、裁判所が私訴の増加の抑制を試みているがゆえに、一般的な反トラスト理論の適用を裁判所が制限する理由であるとしている。Crane・前掲注(12)参照。もしそうであるなら、反トラストの実体ルールは、内的な失敗を理由とするものに限られるのではなく、増大する問題への手続的な解決策の欠如を理由とするものを含む。

あるいは、少なくともより好奇心をもってそのようなルールの例外を探求することが要求される。私の視点は、一般的フレームワークに向けられており、正確な適用には向けられていなかったため、以上はたたき台の考えにすぎない。しかしその答が（なお）明確ではない場合であっても問題を提起することが重要であると考えている。

第7章 結論および私見

本稿では、実践的な適用というより、理論的分析を目的とした。しかし、この2つは関連しており、実務を重視する者には、「それがどうしたというのか」、あるいは「これが反トラストをどう変容させるのか。」ということ我问う権利があると思われる。したがって、筆者は、私が示したことに關して誤解がないようにするために、また、理論が現実にいかなる影響を及ぼし、我々が歴史からどれだけのことを習得することができるかを示すために、法適用に関するいくつかの結論を記す。

我々の社会は、刑事罰を科すほどに独占を嫌っていたが、彼らが思い描いていた独占は、今日の反トラストの基準のもとで抑止される独占とは異なる。反トラストは、王の力によるものであれ、企業の経済的な力によるものであれ、そういったものにより保護される特権に打ち勝つべく国家権力を用いるために制定された。今日、我々社会は鉄鋼やソフトウェアにおける独占と同様のフレームワークのもとで、地方紙における街の独占者に対しても法を執行している。文脈に応じた分析は、法が達成することを目的とする公益が、我々の前の特定の事例において現に存在するか否かということ我问うことになる。当該慣行の効果すべてを正確に計るために、促進される価値について調査するための経済分析を超えて合理の原則をもっと利用することになる。独占に激しく反対することは、一般的には反トラスト上の正当化において、そして特に犯罪として処罰の対象にする点で重大な役割を果たしていたが（あるいは、現在でも果たしているかもしれない）、その者の規模や範囲が社会を脅かしている独占者に向けられていた。反トラストが「効率性を高める」ことを公衆に説明する場合には、反トラストへの支持を同様に集めることができるであろうか。筆者は過去においても、仮定的な原初状態の観点からもそうは思っていない。効率性は

重要であるが、犯罪行為とするのは、経済分析によるものではなく、倫理的な憤りによるものである。

理論を実用的な適用に置き換えるには、反トラスト違反行為、そして、それが実行される際の様々な状況に留意することが必要となる。また、反トラスト専門家として、我々は歴史的に継承してきたものに留意しなければならない。反トラストの刑事法化とそれへのや公的な支持は、経済的な力や国家（あるいは国王）の保護政策への歴史的な関心から生じている。法適用の現状は、力を有した企業と「非力な者」に焦点をあてることから、大規模な者も小規模な者も市場すべてに適用される経済分析へと変容してきている。一方の政策の（歴史的、仮説的な）支持は、他方を支持するものとして用いられるため、国民の信頼を濫用しているというおそれが考えられる。

反トラストは衡量テストに服するべきである。その衡量テストは、各事例において、行為のタイプが十分に犯罪となると言えるほどに不道德なものとして仮想的に公衆が支持することといえるかを問うものである。そして、効率性については、非常に重要であるけれども、十分ではないと考えている。もし十分であるなら、同様の方法で異なる法分野に適用することが知的に誠実な態度である。「反トラストは経済学的政策であり、道徳上の政策ではない」と Hovenkamp は述べている⁶³。筆者は別のように捉えており、もし反トラストが単に経済学上の政策であるとするなら、現在ほど支持を得ていないであろうし、犯罪行為とすることが誤りとなる。

部外者として反トラストを見ている者は、独占を企てたり、保護しようとする者に対して罰金を科したり、投獄させるほどに、我々は独占を嫌っていると捉えるであろう。本稿はこの傾向を見いだすこと、反トラスト政策における暗黙の仮定としてのその普及を示すこと、その正当化について考察することを目的とした。反トラストの犯罪化から明らかにされるのは、社会がこれらの問題を、価値中立的な技術主義としてではなく道徳の問題として、また重要なものであるとしているということである。専門家による科学的な適用という価値であれ、社会全体の富の最大化であれ、「非力な者」を保護するにせよ、経済的な力の過剰な成長から民主主義を守るに

せよ、その価値は反トラストに固有のものである。

国王による許可状を無効にし、Rockerfeller とその仲間のコングロマリットを取り除く際に、過去の反トラストのポピュリストは、「巨大なものをなくそう」というレトリックを出発点にした。このことは、反トラストの一般的な支持を反映しており、反トラストの科学の発展は代償を伴っていると思われる。我々は、ほとんどすべての市場に適用されうるマイクロモデルを用いている（そして例外を分析するために他のマイクロモデルも作る）が、このことによって我々の焦点が（狭く画定された）特定の市場に固定され、一貫性のあるコンセプトであり、規模や文脈の差異とは無関係にいかなる状況においても問題あるかのように共謀や独占化に関する行為を扱っている。反トラストの始まりを導き、公的な支持を固めた価値は、そのようなユニバーサルな適用を支持しておらず、（反トラスト上の）市場すべてに必ずしも等しく適用されるわけではない特定の状況から生じるものである。

効率性は、現代の反トラスト適用における主要な議題であるが、これは価値中立的なものではなく、法律の領域をまたいで整合的に適用されるものではない。反トラストでありふれたタイプとなる事業慣行に国家が介入することは、他の法律のパラダイムのもとでは異なる扱いを受け、そして、領域間での区別は常に一見して明らかといえるわけではない。反トラストは、単に経済学的な基準に拠ってではなく、道徳の基準に従わなければならないという国家政策として慎重な審査に耐えようとするのであれば、適用する状況と、関係当事者すべてへの影響を考慮に入れる深い思考が必要とされる。ポピュリストの用語で語るならば、独占者でさえ権利を持っており、また、独占者の権利は他の権利や社会の利害に劣後するかもしれないが、そのような結果によって競合する価値の間でバランスをとることが求められる。本稿が目的とするのは、反トラストにおける衡量テストである。衡量テストのあるべき姿は、適用のコンテキストや、社会が達成しようとすることを見いだすことに応じるべきである。その具体的内容には、さらなる詳述や思考が必要であるが、その示唆は、まさにそのような問題を扱うべく展開してきた憲法の議論から得ることができる。極端な事例として言論の自由が付与されるに最も値しない例を挙げたのは、それは反トラストが同様であるという議論としてではなく、これらの困難な問題につ

⁶³ Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution* (2005), page 10.

いて考える有用なメタファーとしてである。仮に言論の抑圧を試みることが言論の権利を無効にするのでないなら、おそらく独占にむけた行為は契約自由および財産保護に関する主張もまた無効にすることはない。

いくつかの反論を検証し、**Rawls** の仮想的な原初状態の分析に依拠して、筆者の仮の結論では、独占者の潜在的主張をアприオリに無効とする現在の立場は理由がない。我々は、反トラストが実際の、そして潜在的な権利を侵害しているという可能性と戦わねばならないし、我々が利用しなければならないツールは経済学だけではなく道徳や政治的な哲学にもある。反トラストが不道徳なものであるというのは私の意図ではないが、独占を悪とする現在の（しばしば暗黙の）前提は誤りといえる。我々は、競合する利益間でバランスをとり、そして、それぞれの介入により達成される社会的な目標が何であり、いかなる犠牲を払うかという、困難そして厄介な問題に立ち返らなければならない。