

# 競争法の目的と 経済厚生・イデオロギー (最終報告)

成蹊大学 央戸 聖

2023. 10. 6, @CPRC

# はじめに

## 本研究の究極的なテーマ

- 競争法解釈において何が考慮要素とされうるのか(目的の整理を通じて)

## なぜ、今になって競争法の目的を論じることが重要なのか

- 目的論は「何をもって不当とするか」の基礎
- 近年、この基礎をちゃんと見直さないと対応できない問題が顕著に
  - デジタルプラットフォームの隆盛
  - 格差の是正、平等と競争法(人材分野の問題など)

## 競争法の目的を巡る議論の構造

- 経済厚生を巡る対立
  - 総余剰 vs 消費者厚生
- 各種イデオロギーの対立
  - 経済的目的 vs 社会的・政治的目的
- これらの対立が相互に絡み合って複雑な構造を作り出している

# 本研究の内容

- 経済厚生を巡る議論の整理及び分析
  - 米国の議論を題材に
  - (宍戸単著(2022)第2章の内容を含む)
- イデオロギーの対立の整理及び分析
  - ここからはディスカッションペーパー独自の内容
  - 競争過程の位置付け
  - 目的をめぐる議論の中にイデオロギーが及ぼす影響
- この問題の広がり
  - 先端問題: デジタルプラットフォームの自己優遇、労働問題
  - 法解釈学的観点からの分析
    - 競争法における形式主義的アプローチと事前規制
- 今後の展望

# 報告の 目次

1. 競争法と経済厚生・効率性
2. 米国における反トラスト法の目的と経済厚生を巡る議論
3. 競争法の目的を巡るイデオロギーの対立構造
4. 日本の現状の確認
5. 考察1: 総余剰基準の難点
6. 考察2: 消費者厚生基準の難点
7. 小括
8. 今後の展望

# 本研究の位置 付け (削除予定)

- イデオロギーの位置付け
  - 特定の場面でのみイデオロギーの対立を見ることが意味を持つという考え方もあり、労働問題や言論問題、搾取の問題など、特定の場面を想定して社会的、政治的な価値判断が独禁法解釈に与える影響を分析するアプローチもある(2021年学会シンポ)
  - ただ、これらの場面に限定せずとも、あらゆる論点で何かしらのイデオロギーの対立が背景にあることも指摘されている(Lao, 2014)
- 本研究の目的
  - 排除型私的独占を一つの検討材料として、その検討を通じて広く競争法解釈におけるイデオロギーの相違が持つ意味を分析する
  - この研究はあくまでも今後の本格的な法解釈学的観点からの検討のための足がかり
    - けれど結局、実際の政策を考えるときには、特に消費者厚生以外の目的を考慮しなければならない場面を抽出して、個別に価値判断の優先順位や立法の趣旨を検討する必要が出てくるため、宮井先生の整理に収斂するのは...? → 今後の展望②へ

# 1. 経済厚生とは

- 経済厚生
  - ある経済的取引または経済的状态が社会にどれだけの利益をもたらしているか
  - 厚生経済学では、効率性と経済厚生は、市場が健全な状態かどうかを見極めるための概念。
- 実態に則した「効率性」のスタンダード
  - ほとんどの法的ルール、政策は必然的に利益を獲得する者と損失を被る者を生み出す
- 消費者厚生 vs 総余剰
  - いずれかの厚生をものさしに、競争への悪影響を見分けよう(効率性を増大しているのか、低下しているのか)というのが現代の競争法の解釈論の前提にある

## 2. 反トラスト法の目的と 経済厚生を巡る議論

## 2. 反トラスト法 の目的と 経済厚生 を巡る議論

### 総余剰基準

- Bork
- Posner
- Easterbrook
- Kaplow
- Werden

### 消費者厚生基準

- Salop
- Areeda & Hovenkamp
- Hovenkamp
- Blair & Sokol
- Joshua Wright



## 2.1 総余剰基準を 支持する学説 ：総論

### 総余剰基準

- 行為によって総余剰が増大するのであれば消費者厚生が低下する場合を許容する立場
  - 社会総余剰基準 (total welfare standard: aggregated welfare standard等) と呼ぶ
- これらはすなわち、失う者の損失を補って余りある利益があれば、損失を被るものがいたとしても効率性が増大したものとする立場
- この立場だと、独占者の余剰が消費者の損失を上回るなら適法となる

## 2.1.1 総余剰基準を 支持する学説 Robert Bork

### この立場をとる代表的な論者がBork

- シャーマン法の立法時の議員らの意図を分析し、「シャーマン法の適用及び発展を支配する価値または方針は今日という消費者厚生 (consumer welfare) である」と主張。

### Borkのいう「消費者厚生」

- 「議員らの言及は今日の経済学の知見を踏まえたものではないが、消費者厚生としか言えないものではある。」
- Borkは消費者厚生 (consumer welfare) という言葉を総余剰の意味で使っている。
  - Bork の書籍 (初版) における90頁、107頁以下の文脈。
  - 「この意味における消費者厚生は、単に、国家の利益と言い換えることもできる」。

### Borkの狙い

- Borkは総余剰基準を支持することで、裁判所がその意見において経済学的な知見に依拠することの整合性が保たれると考えていた。
- 当時はそもそも立法者の意図に基づかずに経済学的な知見を根拠に反トラスト法違反を認定することについて、合憲か違憲かということが議論されていたよう

## 2.1.2 総余剰基準を支持する学説 Richard Posner

- Borkによる立法者意思に関する分析をもとに、経済効率性こそが唯一の反トラスト法の目的であるとする。
- 「少なくとも近現代に形成された判例法に基づけば、反トラスト法の目的は、経済的効率性の促進のための手段として競争の過程を保護することにある」
- また、「反トラスト法の唯一の目的は経済厚生促進である」(the only goal of the antitrust laws should be to promote economic welfare)とも述べる
  - なお、Posnerのいう経済厚生とは、「経済学者のいう効率性」(the economist's concept of efficiency)とされている。

## 2.1.3 総余剰基準を 支持する学説 Frank Easterbrook

- Easterbrookによる反トラスト法の目的
  - 反トラスト法の目的は「消費者への過剰な請求」を抑止することと、「富が消費者から生産者に移行」するのを妨げることにある
  - 消費者の保護と効率性の促進こそが反トラスト法の目的とする
- Easterbrookの立場
  - 行為の経済的な効果を裁判所が事案ごとに評価することは困難
  - 簡易フィルターを通じて一律の評価が行える枠組みを作り出すべき
    - ここでいうフィルターというのは「産出量の減少、または、価格の上昇」をもたらす行為のみ反トラスト法上の審査を進めるようなものとされている。
- 分析
  - Easterbrookは、「シャーマン法は、効率性の達成ではなく消費者を高価格から守るためのもの」としつつ、消費者厚生という言葉が資源配分上の効率性と同義として扱っていることもある。
  - 消費者厚生を資源配分上の効率性の増大としてとらえるためには、消費者厚生という言葉が総余剰の意味を持つという前提が必要
  - フィルターの概念については消費者厚生基準ともみられる立場をとっているが、法の目的に関しては総余剰の増大を前提としているといえる

## 2.1.4 総余剰基準を 支持する学説 Louis Kaplow

- 資源配分上の目的はしばしば消費者厚生基準を正当化するために用いられてきた。
  - 生産者余剰の恩恵を受けるものは消費者全体よりも概して豊かであり、消費者厚生を増大を競争法の目的とすることには再分配の効果がある。
  - しかし、競争法の目的は総余剰の増大のみに限定しておいて、再分配の達成は税やtransfer systemのみを通じて行うほうが効率的である
    - 同じ再分配の効果がより低いコストで達成できる
    - あるいは、より大きな効果が同じコストで得られる
- 厚生基準の取り方で、ベースラインの価格の重要性も変わってくる。
  - 消費者厚生への害は、ベースラインの価格が競争的な時に最大、ベースライン価格が高くなれば(非競争的であればあるほど)害は小さくなる
  - 総余剰への害はベースライン価格が競争的であれば無視できる程度であり、価格上昇の度合いが大きくなればなるほど害は大きくなる
  - 消費者厚生を増大を基準とすると、本来の目的である消費者厚生を増大とは異なる結果をもたらすことになる可能性がある
    - 消費者厚生基準を採用したにもかかわらず、結果的に社会総余剰の増大がもたらされる場合があるというのがKaplowの指摘

## 2.1.5.1 総余剰基準を 支持する学説 Gregory Werden

- Borkの著書での文言を尊重
  - 消費者厚生という語を総余剰の意味で用い、反トラスト法の目的は消費者厚生の促進にあるとする。
- Werdenによる最高裁の立場の整理
  - 最高裁はBorkの著書を引用しているが、最高裁が総余剰を唯一の法目的とする立場を取っていたとは断言できない。
  - 他方で消費者厚生基準をとってきたとも言い難い。
  - 反トラスト法は消費者に限らず買い手、競争者、売り手、いかなる者であろうと禁じられた行為の犠牲者を守るという趣旨が最高裁によって述べられてきた
    - 最高裁:「反トラスト法の目的は競争者の保護ではなく競争の保護」
    - 「社会を市場の失敗から守るための法であり、市場の働きから事業を保護することは目的ではない」とも。
    - 第9巡回もBorkの定義を利用して消費者厚生という言葉を使っている。
    - Breyerも同様に、反競争的というのは単に個別の競争者を害する行為を意味するのではなく、競争の過程を害する行為を意味していると述べる。
  - 消費者に低価格や良品質な製品、効率的な生産方法といった利益をもたらす競争過程を守ることが法の目的であると整理する

## 2.1.5.2 総余剰基準を支持する学説 Gregory Werden

- 消費者厚生基準への批判
  - 消費者厚生のことを「end user welfare」と呼び、最終消費者の利益を評価しなければならないならば流通チェーンの最下部まで分析対象を広げる必要が出てきてしまい、関連市場を超えた分析を要するとして批判。
  - 最終消費者をtouchstoneとしてしまうと、多くの反トラスト法の原告は最終消費者ではないため、私訴で損害を主張することができなくなるとも主張。

## 2.2 消費者厚生を支持する学説 ：総論

- 現実に経済学的意味での消費者厚生を計測するためには個々の消費者の選好を明らかにする必要がある
  - 通常は困難
- そこで、消費者厚生を評価するために消費者余剰に着目する
  - さらにいえば、その消費者余剰の計測のためのプロキシとして行為が価格に及ぼす影響に着目する立場が競争法分野における「消費者厚生基準」である。



## 2.2.1 消費者厚生を 支持する学説 Steven Salop

- スタンダード (antitrust welfare standard) は真の消費者厚生基準。
  - 「Robert Landeによる法制史の分析から、シャーマン議員を含む議会は消費者厚生基準を想定していたことがわかる」。
  - Borkのような誤解を避けるため、いわゆる消費者厚生基準のことを「真の」と強調している。
- 競争者への害
  - 消費者厚生基準と総余剰基準では、競争者への害の取り扱いが異なる
  - 競争者への害は効率性の低下をもたらすが、総余剰を増加しうることになる可能性もあるから、総余剰基準を採用するなら競争者への害も無視できないものになる。
  - Borkは消費者厚生基準と述べながら、競争者への害は無視すべきとしていた。これはつまり、Borkが総余剰を観念していながら、自分の立場から導かれる帰結をよく理解できていなかったことの証左である
- また、消費者厚生基準に対するよくある批判である「富の分散のために独禁法を使うのは不合理である」という主張については、消費者厚生基準をとるからといって必ずしも反トラスト法を所得や富の再分配に用いるというわけではないと反論。
  - 消費者厚生基準に基づいたとしても、反トラスト法は、反競争的行為が消費者の利益を取り上げるような再分配を防いでいるに過ぎない。

## 2.2.2 消費者厚生を 支持する学説 Areeda & Hovenkamp

- 総余剰基準への批判
  - 現実に行為のゲインとロスを測るのは困難
  - 法的基準としての確立が難しいと批判
  - 総余剰を基準とすると、あらゆる独占化の行為が厚生を増大すると考えられてしまうため、法的なテストを求める際に問題が生じる
  - Areedaらは、そのうえで、現行のアメリカ法は消費者厚生基準に依拠していると整理している。
- Hovenkamp(個人)
  - 教科書では、前記treatyと同様にあくまでもアメリカ法の現状が経済的効率性(総余剰基準)ではなく、消費者厚生基準に整合的であると説明。
  - 論文では、目的を複数掲げている
    - 行為が不当かどうかと経済的な意味での消費者厚生基準(消費者余剰)
    - 市場支配力の形成維持強化 経済的な意味での消費者厚生(価格上昇)

## 2.2.3 消費者厚生を 支持する学説 Blair & Sokol

- 経済学的な見地から社会総余剰に着目することが最も正確な基準・価値観である
- しかし、現実には社会総余剰を基準とすることが難しい
- セカンドベストとして消費者厚生基準を支持。

## 2.2.4 消費者厚生を 支持する学説 Joshua Wright

- 消費者厚生基準は判例法が長年かけて作り上げてきたものであり、消費者厚生基準を批判する論者らは、その歴史を否定するのに足る証拠を挙げられていないとして、あえて消費者厚生基準以外の立場をとる理由がないと主張。
- また、「消費者厚生基準は、有効で一貫性のある客観的なフレームワークをもたらす」と評している。
  - Wrightらは、このフレームワークについて、「競争に害が及ぼされたか否かという反トラスト調査の根幹を、行為が消費者を豊かにするか否かというシンプルな問題に変換する」フレームワークであると整理する。

## 2.3 ここまでの 整理

- 競争法分野における経済厚生を巡る議論の対立
  - 競争法の評価における抽象的な悪影響・反競争性の根拠
- どちらの厚生を害する行為を反競争的行為として規制するべきか
  - 議論はあるが米最高裁は消費者厚生を基準とする立場を明言
    - Microsoft判決も比較衡量アプローチを提示するなかで、その枠組みの第一段階で「競争過程への害」とそれによる「消費者への害」を要求している。
    - しばしば、競争過程への害と消費者への害の2つをセットにして「消費者厚生基準」と説明されることもある。
- 競争過程への害
  - 通説的な見解では、反競争的行為は競争過程への害を通じてのみ行為者の市場力を増大させることができ、市場力は競争過程への害の反映であり、それゆえ、反トラスト法は経済厚生を促進するために競争過程を保護していると整理される。
  - これは、単なる厚生の減少それ自体を反トラスト法の介入対象と捉えているわけではないから

## 2.4 課題

- スローガンとしての「競争過程」: Hovenkamp, 2022
  - ネオブランダイスの言う「競争過程」は抽象的で、非難すべき行為を定義するものではない。この意味で競争過程はスローガンである。
  - ゴールは広く受け入れられにくい一方で、一度受け入れられれば特定の問題に対して多くが納得する結果を導きだす一方で、スローガンはあいまいさゆえに広く受け入れられるが、特定の問題に対して何の答えも示さない。
- 競争過程は本当にスローガンなのか？
  - これから各種イデオロギーを整理しながら見ていきます。

# 3. 競争法の目的を巡る イデオロギーの対立

## 3.1.1 イデオロギー について

### イデオロギーとは

- ここでいうイデオロギーは党派や侮蔑の意味ではない
- 競争法における、自由市場の頑健性や政府介入の積極性、競争の価値、独占企業の倫理、その他政治的・社会的な事象に対する一定の哲学をいう

### 競争法の議論の根底 (Marina Lao, 2014)

- 競争法の議論の根底にはイデオロギーの相違がある
- そのイデオロギーの相違を直接議論しても平行線
- だからこそ、現代の競争法では、経済学に基づく理論や分析枠組みを対象に、どちらを選択するのか、という議論が行われている
- 排除行為の文脈でも、フリーライドやRRC、独占利潤拡張不能理論



### 3.2.1 イデオロギー の対立： 位置付け

## 競争法における議論の対立軸

- 経済厚生を巡る対立(2章で概説)
  - 総余剰 vs 消費者厚生
- 各種イデオロギーの対立(3章で扱う議論)
  - 経済的目的 vs 社会的・政治的目的
  - 貧富の格差など、そもそも経済厚生とは別の価値、規範から競争法の目的を説明する余地をどの程度残すかが争われている

## 3.2.2 イデオロギー の対立： 対立の構造①

### 最近話題のイデオロギーの対立構造 (Melamed)

- 消費者厚生基準をそのまま維持すべき → 保守派
- 同基準は前提としつつ、基準の改善をすべき → 中道進歩派
- 消費者厚生基準を批判し、社会的・政治的目的による法運用の重要性を説く → ネオブランダイス (ポピュリズム等)

### → 経済学とどう向き合うかという観点からの対立

- 保守派 → シカゴ学派: 古典的なミクロ経済学
- 中道進歩派 → ポストシカゴ学派: 産業組織論
- ネオブランダイス → 消費者厚生基準は支持しないが、その他の経済学の利用を説く立場も

## 3.2.2 イデオロギー の対立： 対立の構造②

- 過剰介入と過少介入のリスクのバランスのとり方
  - シカゴの立場 (Easterbrooke)
    - 協調的行動はそのほとんどが有益である
    - 経済システムは司法の誤りを正すよりも、独占を正すことに向いている
    - 独占が誤って許容されることによるリスクは、競争を誤って規制してしまうリスクよりも小さい
    - 過少介入のリスクは容認して差し支えない
    - 過剰介入のリスクを特に懸念する
  - シカゴへの批判 (学説多数; Roosevelt Institute, 2018も参照)
    - Levenstein & Suslow (2006): カルテルは長期間存続しうる
    - いままでの反トラスト法執行は弱すぎた
    - 緩い (lax) 執行が数々の弊害をもたらしている
      - 1990年代以降、全米レベルで市場集中の高まり
      - 企業の市場支配力も増大している (少数の大企業が多くの産業を支配)
      - 大企業のマークアップ (及び profit margin) の上昇

## 3.3 イデオロギー の役割

- 一例: 日本の現状
  - 例えば、排除型私的独占行為の法的評価においても、重視されているのは行為の経済的な効果であり、その分析枠組みとしてどの手法が優れているかがもっぱら論じられている
    - EUの排除濫用ガイダンスの改定案も同様？
  - 社会的価値や政治的価値、そしてそれらが独禁法において果たす役割は、法的評価において捨象されていることが殆ど
- 近年の動向に鑑みた示唆(学会シンポも同旨?)
  - プラットフォーム問題や人材分野への介入の問題等
  - 競争法がどのような価値を重視すべきか、なぜ重視すべきか、誰の利益が重要か、その利益が対立する場合、どのように調整すべきか、といった率直な議論が重要になる
- 競争法分野において期待される法学者の役割
  - 経済学の理論・考え方を前提に、どの分析枠組みを選択するのか
    - 近年の議論はこの役割に比重をおいている
  - 政治的・社会的な事象に関するイデオロギーの相違に基づく議論
    - 経済学では拾えない論点を法学の理論として体系づけることも法学者の重要な役割のはず

## 3.3 反トラスト 保守派

- 典型的にはシカゴ学派
  - 水平のカルテルと独占を生み出す合併のみを規制すればよい
- 反トラスト法は現状のままで問題ない。
  - 「消費者厚生」を基準に、その他の価値判断を除外し、生産数量と価格に着目した分析を行うことが「科学的」。
- 市場集中は一時的なものであり、係る市場集中が永続的な場合や、優れた効率性の反映ではない場合というのは、往々にして過度な規制に原因がある。
  - 古典的にはAaron DirectorやBork, Posner
  - Easterbrookなど。

## 3.4 反トラスト 中道進歩派

- 主にポストシカゴ学派
  - 産業組織論に依拠し、シカゴ学派の分析に批判を加えることを通じて、略奪的価格設定やカルテル、抱き合わせ、垂直統合等についてシカゴ学派が放任を提案した領域における問題を指摘
  - 消費者厚生基準は維持したまま、よりよい競争政策の実現を目指す
- これまでの反トラスト法規制は緩すぎたものであり、消費者厚生パラダイムの範囲内において修正されるべき。
  - John Kwoka、Hovenkamp、Salopなど

## 3.5 ネオブラン ダ イス

- ブランダイス判事の哲学、アイデアをリバイバルさせ、中小企業の保護や経済力の集中に対する懸念を唱える立場
  - 反トラスト法の目的として、上記のような効率性または厚生を増大という経済的目的以外の、政治的・社会的目的を標榜する立場。
  - 消費者構成基準を痛烈に批判し、多元的目的論を展開。
  - 大企業や大規模チェーンストアに対するブランダイス判事の意見に由来(大企業に対する差別的課税の正当化など)
- 主な主張として、中小企業の保護、富・所得の再分配、経済的集中による政治力の集中の抑制などの価値を反トラスト法の目的に包含することを提案
  - 反トラストポピュリズムと呼ばれることもある。
- 旧来からの論者
  - Fox, Pitofsky。
  - Foxの立場(経済力の分散、競争のための機会、消費者の利益の確保、市場における競争の確保、小規模企業の保存、正義)
- 近年の論者
  - Eric Posner and Wyle, Tim Wu, Lina Khan

## 3.7 ネオブランダイスの特徴

- 重要な点は、真っ向から経済学的な理論に依拠することを否定しているのではなく、ポストシカゴ学派が専ら産業組織論に依拠していることに着目し、その他の経済学的知見の重要性を指摘する立場も含まれている点である
  - しばしば、経済学を理解していない「非科学的」なアプローチとして揶揄されることもあるが、それはそもそも誤解の場合もある
- ネオブランダイスの主張の前提
  - 自由市場は自然には発生しない
    - 規制を一切受けない市場は存在しない
    - 望ましい自由市場というのが当たり前前に自然に存在するわけではない
  - 市場の失敗があるときに規制介入するという立場を批判
  - 競争のプロセスの重要性を説く
  - 緩すぎる法執行が原因で、全米レベルで市場集中が進み、大企業の市場支配力は増大し、大企業のマークアップが増大している



## 3.8 反トラスト ポピュリズム への批判

### Richard Posner

- 古い議論ではあるが、Posnerは効率性の増大こそが法の目的であるとし、ポピュリストと呼ばれる論者らが主張する非経済的な目的の考慮を一切否定している。

### Wright

- ポピュリストらの主張には実証的・経済学的な根拠がないと批判。
- 例えば、ポピュリストらは従来の緩慢な反トラスト法の規制が高度な市場集中をもたらしたと主張するが、そのような実証的な証拠はない。
- また、そもそも、経済学的には、市場集中度が高いことと消費者厚生との低下に関連性が認められないと整理する。

### Melamed

- Melamedは現状の消費者厚生基準を厚生のアウトカムをより良くするものではなく、あくまで反競争的な行為を規制するものに過ぎないとする。

# 4. 日本の現状の確認

## 4.1 日本における 厚生基準 (学説)

- 川濱説
  - 総余剰基準について、比較衡量が難しいだけでなく、そもそも行為者にとって行為がもたらす効果を予測することが難しい点や、
  - 前述のとおり、効率性に着目する立場(おそらく総余剰基準に相当する立場)について、多国籍企業が行業者となる場合には国民経済レベルでの効率性を基準にできないことも指摘しつつ、競争過程への害をベースラインとした消費者厚生＝市場支配力基準の採用を肯定的に説明している
- 和久井説
  - そもそも1条の究極目的は消費者厚生基準を採用することの宣言であり、日本法では総余剰基準は支持されていないと明言

## 4.2 日本の 法律要件

- 市場支配力の形成維持強化をもって競争の実質的制限を認めるという日本のフレームワークは、経済的な力の形成維持強化による実際のまたは見込まれる価格の上昇（あるいは維持）を根拠にして競争への害を推定する枠組みとして整理可能であり、消費者厚生基準と親和性が高いように思われる。
- すでに述べたように総余剰基準を採用することは現実的に困難であり、残された問題は反トラストポピュリズムに分類される立場が日本法ではどのようにかわるのかということ。

## 4.3 独禁法2条5項

- 最高裁によれば、競争者排除型行為が排除型私的独占を構成するには、人為性、排除効果、競争の実質的制限、そして、公共の利益に反することが必要。
- 人為性(排除効果): 人為性の評価は、消費者厚生への害に関する入口の評価に相当する。排除効果というのはあらゆる行為に見込まれるものであり、2条5項で取り扱うべき排除効果かどうかの剪定が人為性概念の機能。
- 競争の実質的制限: 市場支配力の形成維持強化＝行為によって価格が上昇するかどうかを見る枠組みである。すでに述べたように、力の獲得や維持をもって価格の上昇を推定し、そこから競争への害を予想するというのは、欧米で消費者厚生基準として整理される立場が用いるフレームワークに相当する。
- 公共の利益に反して: 1条の究極目的(後述)が公共の利益のなかに読み込まれているものと整理できる。
- 8条の場合には公共の利益に反してという文言がないが、競争の実質的制限に関する判断のなかで2条5・6項における公共の利益に関する判断に相当する考慮がなされている

## 4.4 排除ガイドラ イン

- 消費者利益の確保に関する特段の事情
- 問題となる行為が、安全、健康、その他の正当な理由に基づき、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進するものである場合には、例外的に、競争の実質的制限の判断に際してこのような事情が考慮されることがある。すなわち、独占禁止法第1条に記載された、公正かつ自由な競争を促進し、もって、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進するという目的から首肯され得るような特段の事情がある場合には、当該行為が「競争を実質的に制限すること」という要件に該当しないこともあり得る(注23)

## 4.5.1 独禁法1条

- 「...公正且つ自由な競争を促進し、事業者の創意を発揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭及び国民実所得の水準を高め、以て、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的とする。」
  - 直接目的:公正且つ自由な競争の促進
  - 究極目的:一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進すること
- 公正且つ自由な競争の促進とはすなわち、自由競争経済秩序の確保を意味し、これは、経済的意味における厚生・効率性の確保、促進と言い換えられる。

## 4.5.2 独禁法1条 @最高裁

- 最高裁は、直接目的に反する、すなわち、自由競争経済秩序に反する行為であっても、この直接の保護法益と、係る行為によって守られる法益との比較衡量において、究極目的に実質的に反しないと認められる例外的な場合には2条6項に該当しないものとしている。
- この「守られる法益」に何が含まれるのかが問題。
- 文言上、究極目的はあくまでも経済的意味における消費者厚生（余剰）の重要性を強調するものに過ぎないと読むのか、あるいは、究極目的に照らして考慮される法益には、経済厚生とは離れた政治的・社会的な意味での消費者の保護等の法益を法の目的に含めることを宣言するものと読むのか、解釈の余地が残されている。



## 4.5.3 独禁法1条 (解釈)

- 「国民経済の民主的で健全な発達を促進する」という文言を踏まえ、究極目的の部分、総余剰基準を正当化する趣旨として読めなくもないが、すでに述べたように競争の実質的制限に関する評価の実態を踏まえれば、日本では総余剰基準がとられていないと考えるのが妥当といえる。
- たとえば、10条1項前段や15条1項1号は、企業結合等について、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することができる状態が容易に現出するとみられる場合に市場支配力の形成維持強化の合理的蓋然性が認められるものとし、そのような場合には競争を実質的に制限することとなるとしているが、これも消費者厚生基準のフレームワークと整合的なものと整理可能である。

## 4.5.4 近年の議論

- 川濱「新ブランダイス主義の含意」
  - ネオブランダイスらの消費者厚生基準批判を市場支配力基準を参照軸に分析
  - 消費者厚生基準には市場支配力基準以上の意味をもたせるべきでない<sup>1</sup>と整理
    - ただし、消費者厚生は競争法の重要な目的とする
    - そのうえで、社会的効率性は市場支配力基準によっておおむね実現できるとする
  - これらの整理を軸に、デジタルプラットフォームを対象とする事前規制を視野に入れている

消費者厚生や多元的目的ではなく、あくまでも市場支配力基準を支持する論考

# 5. 考察1： 総余剰基準の難点

## 5.1 米国の現状 (経済厚生)

### アメリカの現状

- 消費者厚生基準が支配的であることは多くの論文が述べており、周知のことといえる
- 異質な見解として、Werden

### Werdenの議論

- アメリカ最高裁がこれまでに「競争者の保護ではなく競争の保護」を強調してきたことをあげて、米国最高裁が総余剰基準をとってきたという趣旨を述べる
- しかし、Salopも述べるように、総余剰基準をとるならば競争者への害も競争過程への害と同様に重要になるはずである
- つまり、競争者の保護ではなく競争の保護に目的があるという宣言は、米国最高裁が消費者厚生基準を採用してきたことの証左と考えるのが妥当

やはり、これまでの米国最高裁の立場は消費者厚生基準と整合的と整理しておいて問題ないだろう

## 5.2 EUの議論状況 (経済厚生)

- 伝統的には、私的経済力への懸念を基礎に置く、オールドーリベラリズムに依拠した形式ベースのアプローチが採用されてきた。
- しかし、近年では、「現代化」に伴い、DG compをはじめとする欧州委員会は消費者厚生基準を採用している。
- Post Danmark 1事件では、先決裁定において、ECJが、行為の消費者厚生への効果を見ることを明言している。
- 非経済的目的に関する議論の蓄積は古くからたくさんある
  - これからそれを見ていかないといけない
  - さらに言えば、formalismの議論にもつながるかも？
    - Justin Lindeboom, FORMALISM IN COMPETITION LAW

## 5.3 消費者厚生と 法的基準

- 消費者厚生基準を直接適用すると、Salopのいう消費者厚生テストやMicrosoftの比較衡量アプローチになる
- しかし、例えば不当廉売や取引拒絶については、行為が正当な競争の範疇にある可能性もあり、単純に消費者厚生への影響を比較をするのはキリがないか、あるいは、意味がない。
  - E.g. ただの低価格設定について、いちいち消費者厚生への影響を評価していたらキリがない。
  - これらの行為に関しては、消費者厚生への正味の影響を比較衡量する前の段階で、消費者厚生への害が見込まれるもののみを抽出するような入口の評価が必要といえる。
    - ※ただし、取引拒絶のうち、自己に忠実でない事業者に対しての懲戒として行われるもの(Lorainのように)や、RRC型の排除行為のうちその不当性が自明なものについては、正当な競争の範疇にないことが明白であり、入口の評価は必要ない。
- その入口段階の評価のための手法として、利潤犠牲テスト、経済的有意性テスト、同等効率性テストがある

## 5.4 RRC

- 一部の排除行為は、競争者の費用を引き上げることで競争者の市場へのアクセスを制限するものと説明可能である
- これらの行為に関しては、拘束条件付き取引のように、行為の手段としての不当性が自明なものも含まれ、そのような行為に関しては純粹に消費者厚生への影響を比較衡量することが可能となる。
- ただし、垂直統合事業者による下流での投入物閉鎖としての側面を持つ取引拒絶のように、RRC型とみることのできる行為のなかでもその不当性が自明でないために入口の評価が必要なものも存在する。
  - ※このような行為に関してはそもそもRRCとしてその反競争性を説明する必要性も薄いと思われるが、丁寧に理屈の整理をしようとする、上記のような事情から、RRC型の排除行為のなかにも入口の評価が必要なものがあるということになる。

## 5.5 総余剰基準の 難点

- そもそも、Areedaらが体系書で整理しているように、独占力を通じた価格の上昇(あるいはその見込み)があったとして、裁判所が消費者余剰の損失と生産者余剰の増分の比較衡量を行うことは難しい。
- また、株主の多くが国外にいるような企業が行為主体あるいは合併当事企業である場合、国民経済レベルでの効率性を基準にできないため、行為が厚生に及ぼす影響の評価はより難しくなる。



6.  
考察2：  
消費者厚生  
基準の難点

デジタルプラットフォーム

労働、人材分野

法解釈学的分析

## 6.1 消費者厚生基準の採用

### 消費者厚生基準の現実事例へのあてはめ

- 5章で整理したように、消費者厚生基準はそのままで法的な評価基準として採用できない
- そのため、米国では略奪という概念を基準とした法解釈や、RRCという説明に依拠した総合考慮型の評価を通じて消費者厚生の増大というゴールに向けた法解釈論が展開されてきた
- 日本も、少なくとも排除型行為の規制という文脈では、このいずれかのパラダイムと整合的に説明できなければ、市場支配力の形成、維持、強化を認定することが難しいのが現状と思われる

## 6.2 自己優遇の例

- RRCと略奪の両方で説明した例もある
  - Google Shopping
- 説明はできるが、RRCないし略奪のいずれかの観点から説明がつかないと違法性が説明できない現状は適切かは疑問が残る
  - 宍戸「独占禁止法における自己優遇の実態と課題」
    - 一応、現行の理論枠組みで対応するなら、RRCと排除両方の観点からの分析の余地を残すべき
    - ただし、デジタルプラットフォームの経済的な特性に鑑みれば、本当にその二つの観点だけに絞って問題ないかどうかは疑問が残る
    - ただし、自己優遇といっても幅広い行為が含まれるため、広く自己優遇というだけで原則違法とはすべきではない
- 種々の議論の背景にあるイデオロギーを踏まえれば...
  - 消費者厚生基準のあてはめでは射程に入っていない、デジタルプラットフォームの特性を利用した自己優遇のなかには、「競争プロセス」の観点から問題とすべきものもあるかもしれない

## 6.3.1 労働市場の例

### いわゆる「プラットフォーム」・「シェアリングエコノミー」の台頭

- プラットフォームの仲介を通じて消費者に役務を提供する個人が増加（i.e. uberのドライバー、日本ではuber eatsの配達員）。
- これが事業者なのか、労働者なのか、あるいはその両方に属するのかは一義的には決まらない。
- 事業者概念を適用除外規定のかわりとしていたはずが、事業者概念と労働者概念の接近により、両法の競合が問題に。

### 「フリーランスの問題」

- 労働者あるいは個別的役務提供者は、使用者あるいは発注者に対して弱い地位にいる場合がほとんどである。
- （交渉力格差や情報格差、契約の従属性等の要因による。）

## 6.3.2 労働市場の例

- 労働市場における買い手独占の問題
  - 労働者の獲得をめぐる労働市場において買い手独占が形成されることで、労働者の生産性は低下し、賃金も低下するという労働経済学の研究成果を念頭においた問題
  - 一般に、転職において居住地の移転や競業避止義務を含む何らかの事情による一定の活動制限などを強いられる労働者は、使用者よりも弱い立場に在るといえ、それゆえに労働市場では買い手独占が形成されやすいというのは国を問わずにありうる話
    - 情報や交渉力、あらゆる面で格差が考えられる
    - 後述のPosnerはまずは現行法の範囲内で議論を試みているが、その枠を超えてこれらの格差を競争法では是正できないかという議論も当然に含まれる
- 具体的な例: 買い手独占事業者による労働者の買いたたき
  - 有意な買い手独占力を持つ事業者が、一部の有力な人材に関して競業避止義務を課す場合
  - 米国では製品や役務の独占との比較において、労働市場の買い手独占の割合が相当程度高いことが示されている
  - Eric Posnerを中心に、このような状況において買い手独占力が競業避止義務のような何らかの行為を通じて不当に行使される場合にシャーマン法の2条を適用する可能性が検討されている

## 6.4.1 法解釈学的 分析

- 法解釈の方法 (Formalism vs 総合考慮型)
  - どの解釈・運用方法をとるかだけでなく、ある事柄に法を適用するときのどの程度まで司法意思決定者に裁量を許すかも問題になる
    - これが下記、ルールvsスタンダード
  - このとき、どの事実まで法の適用における論証に用いることが許されるかにもイデオロギーの対立は関わってくる
- 自己優遇と労働市場の二つの例の共通点
  - いずれも突き詰めればどこまで論証の根拠に含めてよいかという問題
  - その根底には、競争法の目的に公平や平等、あるいは交渉力の格差の是正や競争の機会の平等の確保といった目的を読み込むか、読み込むとして経済的目的との調整をどうするか、を巡るイデオロギーの対立がある
- 今後の解釈・立法論の指針となる考え方
  - 事前規制か事後規制か
  - どこまで規制を具体化するか
    - rulenessの問題: ルール vs スタンダード (シャウアーやサンステーンの議論)
    - これは現行法の解釈や解釈に伴う基準の設定でも言えること

## 6.4.2 法解釈学的 分析 ：近年の議論

- **Justin Lindeboom, FORMALISM IN COMPETITION LAW (2019)**
  - ルールを支持するシャウアーの議論を軸に法的形式主義を肯定する
    - シャウアーの理論にしたがい、形式主義を、ルールに基づく法的推論の記述的な(descriptive)理論とする
    - 分析的形式主義の定義を前提とする
      - Duncan Kennedy:「形式(formality)は、相当に合理的な意思決定プロセスを直接に経るのではなくむしろ、相当に合理的な定式化と機械的なルールの適用を通じて相当に合理的な帰結にたどり着くための試みの中にある。」
      - Vs 社会的形式主義(ある種の価値にコミットし、それに適合しない事柄を解釈における考慮要素から除外する)
  - 程度に差はあれ、競争法のあらゆる規定は少なからず形式主義的要素を含むし、他方で完全に形式主義というわけでもないと整理
    - いちいち全ての事項について総合考慮するわけでもなければ、具体的なルールの運用がされる場面もないから(70km/hを超えたら違法等)
    - この部分については、わざわざ形式主義と言わず、ルールらしさのグラデーションとしてとらえるサンステイーンの説明で十分にも思われる
  - 競争法界隈で揶揄されてきた「形式主義」は想像されるような機械的な法適用ではない
    - [宍戸・解説]主旨として、重要なのはルールらしさ
    - おそらく、これは事前規制を肯定する根拠ともなりうる？

## 6.4.2 法解釈学的 分析 ：近年の議論

### Pablo Ibáñez Colomo, 2023

- Form vs Substanceの対立構造を前提
  - Substance: おそらくは全部事項考慮型の総合考慮のこと
- Colomoいわく、欧州委員会はSubstanceを優先している
- Formalismを支持する動きが最近再びみられるが、あくまでもSubstanceを重視するべきだという論考



## 6.4.2 法解釈学的 分析 ：近年の議論

### Daniel Crane, ANTITRUST ANTITEXTUALISM (2021)

- 議会はポピュリズム的な理想主義に傾倒する傾向にある
- 他方で裁判所は大企業が持つ効率性等を考え、現実的な判断を下す傾向にある
  - それゆえに司法はテキストのplain meaningを無視することがある
- この議会と司法の理想と現実の乖離を理解することの重要性を指摘

## 6.4.2 法解釈学的 分析 ：近年の議論

- **Marina Lao, IDEOLOGY MATTERS IN THE ANTITRUST DEBATE (2014)**
  - 現代の反トラスト法における議論は単にテクニカルなだけでなく、経済及び市場、そして適切な政府の役割、独占企業のモラル(virtue)、競争の価値、その他の社会的、政治的問題に関連する事項を巡る、反トラスト保守派とリベラルのイデオロギーの相違に端を発するものである
  - 寛容なルールと制限的なルールのいずれかを支持するために提供される様々な経済理論は、通常、経験的裏付けが乏しく、とらえどころがない。
    - その場合、必ずと言っていいほどイデオロギーが登場し、経済モデルの選択、あるいは効果が不明確な場合の介入・不介入の既定(default)の選択に影響を与える。
  - また、イデオロギーの違いは、証拠をどのように評価するか、どのような証拠が関連すると考えられるか、どのような証拠の質と量を要求するかにも影響することは確かである。
    - イデオロギーの相違は、産業集中と競争市場のどちらがイノベーションを促進するかというシュンペーター＝アローの議論においても重要である。また、市場の頑健性や政府介入の有効性に関する視点が分析の前提条件となる意思決定論的な分析においても重要である。
  - 反トラスト法リベラル派は、保守派と経済理論について対立するのではなく、支配的企業の行為に対するより強力な取締りがなぜ良い政策であるかという規範的議論を提示することがより効果的であろう。

## 6.5 経済学的観点 からの示唆

### 行為の期間

- 行為の期間を見れば、平等や公平といった価値をとらえずに済むのではないか？
- 前回の中林先生からのコメント

### 厚生経済学の観点から (Mark Glick and Darren Bush、2023)

- 経済学者にとって消費者厚生基準は時代遅れの理論
- 不平等が大きい場合や民主主義が機能していない場合、市場の失敗の有無にかかわらずに競争法の介入が望ましい場合というのが経済学的に正当化される余地がある

経済学的観点からネオブランダイスの主張を正当化する  
タイプの主張が出てきている... ?

## 6.5 経済学的観点 からの示唆

### Suzumura, Competition, Welfare, and Competition Policy CPRP Reprint Paper Series (2005)

- 競争の結果に価値を見出すのか、過程に価値を見出すのかという議論

### 同論文参照の「過程に価値を見出す立場」として...

- Rawls1971, Dworkin 2001, Amartya Sen 1985, 1999
- friedman, 1962; Hicks, 1981 etc:
  - 自由市場は、経済的効率性と、人種や政治、思想信条とを、切り離す。
  - その結果、ある者は自らの信条や政治思想、人種といったその他の特徴の影響を受けずに、経済的な効率性を達成するためにリソースを使うことができる

## 7. 小括①

### 法解釈学的論点

- 形式主義の再生が唱えられているが、それらの議論は端的にはそれを形式主義と呼ぶ必要があるのか、という疑問には答えられていないように思われる
- 少なくとも分析的形式主義の意味での形式主義については、ルールらしさのグラデーションとして捉えればそれでいいのではないか
- 社会的形式主義のほうで、どこまでを「独禁法の問題」として捉えて良いかという判断が行われるが、こちらも、例えば、消費者厚生基準に沿わない論点だから独禁法の問題ではないといった形式主義をとる理由はないし、その必要もない

## 7. 小括②

### 多元的目的論の正当化

- 少なくとも日本の独占禁止法に関しては1条の規程やその他の条文における公共の利益の解釈運用に照らして、そもそも多元的目的論をとることが妨げられない
- 問題は、市場支配力の形成維持強化や自由競争減殺といった効果要件の解釈において、経済的目的以外の目的を考慮する余地があるかどうか
- 法学的には上の整理のとおり、社会的形式主義の意味で多元的目的論が排除される理屈は消費者厚生基準を金科玉条のものとししない限り、存在しないはず
- 経済学的な観点からはこのアプローチが正当化される？

## 8. 今後の展望①

- これまでシカゴ学派やポストシカゴ学派は経済学のなかでも消費者厚生を軸に説明をする産業組織論に基礎をおいた法目的論を展開してきた
- その様相を批判し、多元的目的論を掲げるのがネオブランダイス
  - しばしば、ネオブランダイスは非経済学的といった批判を受けることがあるが、以外にも多元的目的論や公平、平等といった観点からの法執行も産業組織論以外の経済学によっては正当化されうることが指摘されている
- これまで日本の市場支配力基準は消費者厚生基準と整合的なたちで理解・説明されてきた(川濱・和久井)
  - しかし、市場支配力の形成等の評価において、消費者厚生以外の考慮要因を取り上げることが妨げる判例や解釈論はない
  - 川濱説は消費者厚生を目的に据えた市場支配力基準の運用を提案しているが、消費者厚生以外の目的も同時に据えることも可能はず
  - では、川濱説のとる市場支配力基準には問題がないのか？

## 8. 今後の展望②

- 川濱説が指摘するのは、事後規制における市場支配力基準の有用性であり、市場支配力の予防規程の必要性にも言及している
- しかし、市場支配力の予防規程を設けるためには、消費者厚生基準を目的に据えた市場支配力基準以外の「なにか」が必要
  - 消費者厚生を前提としない広義の競争プロセス(平等を損なう、や民主主義を低下させる、といった自由競争基盤の侵害に近い概念?)を据えることはできないか。
- 個別の問題について、ありうるアプローチ
  - 自己優遇や労働法
  - 当事者間の交渉力の格差や情報の非対称も相まって、特に売り手・買い手市場支配力の濫用(デジタルプラットフォームの自己優遇や労働者の買い叩き)を予防する必要がある場面があるのではないかとすることは指摘されてきている
  - これらの領域について、ネオブランダイスらが特に重視する、平等や民主主義の健全性の担保、競争の機会の確保といった価値判断を「競争のプロセスを害するかどうか」という観点を軸に、事前規制型のルール群を設計することはできないか？
    - ルール群とするのは、あえてスタンダード的な司法上の意思決定の裁量を極力排除し、なるべく射程を狭くとした、過剰介入に配慮した設計にするため