市場法秩序における取引の自由・公正な競争・能率競争

- ―なぜ優越的地位の濫用は補完的でなければならないのか―
- ・能率競争DPの理論的基礎
- ・優越的地位の濫用のパラダイムシフトと対等取引権 説・初期オルドー主義との関係
- アダムスミスの思想と最高裁判決の人為性概念ー

明治大学大学院教授 越知保見

DPガイドラインによるパラダイムシ フトと能率競争DP

- ▶DPガイドラインの問題については、昨年のセミナーで講演させていただいたが、これに対し、公取委「能率競争」概念からみた優越的地位の濫用の公正競争阻害性に関する一考察」DPは、本職の問題意識に応えるものとなっており、本職の問題意識を受け止めていただいたことに感謝申し上げたい。
- ▶ 本職も、その後、アダムスミスの思想、世界の競争法理論の生成と形成について研究を進めたが、その結果、優越を競争政策の中心に据える競争政策は、市場経済に整合しない理論としてドイツではすぐに廃れた(修正された)初期のオルドー主義の理論を復活させるものであるという重大な問題に行き着き、その問題を明治大学法科大学院論集に掲載した。
- ▶ 他方、能率競争DPは、本職の研究と同じベクトルから研究であり、本職の論文は、能率競争DPの主張に理論的根拠を提供するものとなっている。本発表では、論集掲載後の研究成果・マイナミ事件判決も踏まえ、本職の研究が、能率競争DPの主張をどのように理論づけることになるかに重点を置いて発表を行う。草稿の変更履歴部分が論文に記載されていない部分である。

DPガイドラインの依拠する「取引の自由」の意義の問題点

- ▶ 昨年の主張の要点
- ▶ ・取引の自由・私的自治という基本的な問題のとらえ方が、 欧米の通常の解釈と全く異なる そのような学説の動きの原 因として、自由競争の問題を、取引の自由ではなく市場支配 力の抑制の問題として考え、公正な競争において(本来、自 由競争の問題であるべき)取引の自由を考えるという独自の 体系が維持されてきたことがある(2元論)。
- ▶ 研究の結果、判明したより根深い問題
- ▶ ・DPガイドラインは、対等な取引では、取得できないような取引条件を悪とみなし、経済的劣位のものが優位のものに対する対等な交渉権限を回復する権利であるかのように解釈する理論(対等取引権説)を、「取引の自由」「公正な競争」の名のもとに復活させるものである。この対等取引権は、初期オルドー主義に理論的根拠がある。

対等取引権・as if基準・完全競争

- ▶ 初期オルドー主義は、完全競争状態を競争政策の観点から理念型とし、対等取引の取引条件が実現するような介入を通じて経済力を制御しようとした。これを完全競争であるかのように(完全競争状態を仮想して)規制することから「かのように(as if))基準」と呼ぶことがある。川濱・市場秩序278頁。この「かのように」基準を発展させたのが、正田説の対等取引権であり、舟田説の「取引の自由」であると考えられる。
- ▶ しかし、かかる理論は、競争による淘汰、規模の経済、私的自治の原理が否定される点で市場経済と相いれないものであることが認識され、競争が有効に機能していない場合に介入するという考え方に修正された。これがcompetition on the meritという考え方であり、有効競争論である(EUでは、effective competitionもだいたい同じ意味で使われる)。

今村教授と国際シンポでの欧米の指摘の重要性

- ▶ 初期オルドー主義は国家による介入を強化する動きにならざるを得ず、 自由主義市場経済ではなく、社会主義市場経済むしろ整合する理論で ある。
- ▶ 今村・独禁法新版96頁は、公正競争の理想形を、「同じような規模の競争者が多数依存し、その間において、」「純粋な、」能率による競争(良質廉価な商品または役務の提供を「唯一の手段として」顧客を獲得しようとすることが行われる状態を指すものと位置付け(カギかっこは筆者)、能率競争以外の行為を一切禁止するというような場合を想定すれば、それはもはや競争の管理に他ならないもので、自由競争の原則とは、縁もゆかりもないものということになろうと警告を発していた。
- ▶ 日本で開かれた優越をテーマとしたシンポジウム (ICN,、ASCORA)でも、かかる観点から優越という制度に対する懐疑的見解が繰り返し指摘されている(なお、ICNでDPガイドラインのような優越の適用が肯定的に評価されたという事情はない、肯定的に評価されたのは、購買力濫用に対する対応の必要性である。

ドイツにおける初期オルドー主義の 修正:有効競争・業績競争への転換

- ▶ 初期のオルドー主義は、米国に留学した第2世代以降、競争のメリットが生じるような競争を保護する、競争が有効に機能していない場合に介入するという考え方に修正された。これがcompetition on the meritという考え方であり、有効競争論である。EUでオルドー主義・オルドーリベラリズムという場合には、成果競争・業績競争を中核とした有効競争という修正されたオルドー主義が念頭に置かれている(カラハ論文参照)
- ▶ ドイツの業績競争論で業績と訳されるMarktleistungの英訳は、 有効競争における成果を意味するperformanceである。ドイツの 最高裁判決などでは、performance based competition(業績によ る競争)という用語が頻繁に用いられていることは成果基準を中 心とする有効競争概念に依拠していることを示すものである

一部の学説において取引の自由・公正な競争が対等 取引の確保(完全競争)の意味で使われていること

- ▶ 舟田説は、初期オルドー主義、as if基準が、ドイツでも衰退し、 有効競争にとって代わっているため、本来、完全競争と対立概 念である有効競争を意味する概念である能率競争・ドイツの業 績競争概念を自由な競争と区別される公正な競争についての概 念であると紹介し、対等な地位であり得ないような取引条件を 「公正かつ自由な競争の下ではあり得ない不利益」であり、取 引の自由と公正な競争を侵害するとして、対等取引権説、as if 基準を復活させた。
- ► それは、「取引の自由を制限・阻害するものは、経済力である。 経済的力は、他者の自由な、自主的な判断・行動をコントロールする源泉となるからである。」と述べ、取引の自由を取引劣 位の者が優位者に対する交渉上のハンディを回復する概念としてとらえていることにあらわれている。

優越に、劣位のものの取引の自由を確保するための規制とする考え 方は初期オルドー主義のas if基準を復活させるものであり、市場経 済・私的自治と整合しないこと

- ▶ しかし、そのような考え方は私的自治の考え方とも整合せず、アダム・スミス以来の「取引の自由」「経済的自由」の考え方と著しく乖離した考え方である。今村教授も「峰村正田説においては、不公正な取引方法の基本理念を対等取引権の確保にお」いているが、縦の関係を対等取引権の確保に置くことは誤りであ」ると主張されていた(今村・独禁法新版146頁)
- ▶ 対等な取引で生じない取引条件が「不利益」だと解されると劣位の側は、自らの不利益な点をとらえて、いつでも当局・司法に規制の発動を求めることができ、かつ当局・司法はそれに対処しなければならないことになる)。完全な対等はあり得ないから、常に取引条件が、「不利益」主張によって、無効化されるリスクを含むことになる。
- ▶ それは、市場経済・規模の経済・私的自治の利点を破壊するものであり、市場経済と整合せず、それ故に、初期オルドーは廃れたのである。
- ▶ 川濱・市場秩序288頁では、「完全競争という仮想状態が想定されている」と批判されることがあると、そのような仮想は妥当でないとしているが、DPガイドラインは、実質的に、まさにそのような仮想状態をベースラインとしており、DPガイドラインを擁護する教授の立場は、川濱・市場秩序の立場と整合しない。

取引の自由の本来の意義

▶自由で自主的な判断の制限(独立した意思決定の制限)から、取引の自由を守ることが競争政策そのものであり、(不当な取引制限・私的独占も含め)自由競争減殺の問題そのものであり、ただし、正常な競争手段の結果として、それが制限されることは許容される(人為性がない)とするのは、競争政策の根幹の問題である。

▶つまり、取引の自由は、本来、自由競争保護の概念そのものである。したがって、競争の実質的制限、自由競争減殺とは、取引の自由の人為的制限と本来解すべきものである(マイナミ事件東京地裁判決は、独禁法の目的が「事業者の競争的行動を制限する人為的制約の除去と事業者の自由な活動の保障を旨とする」と説示し(判決書55頁)以上の理解を明言する画期的な判決である)。

優越の本来の規制根拠(単なる不利益・単なる自由 の制限の問題ではなく、不正手段性にあること

- ▶優越の濫用行為は、経済的弱者の弱みに付け込む悪質な行為であり、単なる取引の自由の制限の問題ではない。優越ガイドラインの自由で自主的な判断を損なうという意味は、経済弱者の弱みに付け込む不正手段行為によって私的自治が濫用されているという意味である(そう解すべきである)。
- ▶経済的弱者の弱みに付け込む不正手段行為とは、利益・損失分配の著しい不均衡、透明性の欠如など、行為態様が強い非難に値するので、行為自体が能率競争に反する抽象的危険があり、セオリーオブハームを立証するまでもない。2条9項5号イ、ロ、ハは、そのような行為を例示したものである
- ▶能率競争DPは、間接競争侵害説を再構成し、以上の立場を 明言した打ち出したことに画期的意義がある。

アダムスミスの思想への歪曲

国富論などのアダムスミスの著作を調べた結果、取引の自由についての基本の基本ともいうべきことが、日本で正しく理解されず、競争の実質的制限を市場支配力の抑制の観点からとらえてきたのは、アダムスミの思想が歪められ、自由放任の経済に対して、規制を行うのが独禁法だという思想が独禁法学者に一般化していることに由来していることがわかった。

アダム・スミスの国富論は、市場原理が機能するために取引の自由の確保の重要性を強調しており、「自由放任」というのは、不正確なレッテルである。市場の各プレイヤーに取引の自由が確保されている「自然な状態」が、神の見えざる手を機能するための前提とされているのであり、有効競争論(能率競争論)の考え方に近い。(明治大学論集の論文に詳細を記載している)

反トラスト法は、アダム・スミスの理論に基づき、取引の自由を確保させるための法律であり、反トラスト法を継受した日本の独禁法も「取引の自由」の確保を市場経済の核心に置くものであった。

最高裁の人為性概念とアダム・スミスの思想との整合性・マイナミ事件判決の意義

- ▶ 最高裁が繰り返し指摘する正常な競争手段を逸脱する人為性という考え方は、アダム・スミスの自然価格・自然法の思想に極めて整合的である。アダム・スミスは、自然な経済活動が行われることが、「神の見えざる手」即ち市場経済が機能する前提であると考え、そう主張している。自然な経済活動を逸脱する手段が行われると市場の機能が発揮できなくなるという考え方は、有効競争・能率競争の阻害という考え方の萌芽となる考え方である。そして、最高裁が正常な事業活動を逸脱する人為性という概念、自然という概念の反対概念である「人為」という概念を持ち込んだことは、アダム・スミスの思想に近い発想である。
 - ▶マイナミ事件地裁判決は、排除行為の定義に先立ち、独禁法1 条を引用した後に、事業者の競争的行動を制限する人為的制約の 除去と事業者の自由な活動の保障を旨とすると明言している(判 決書55頁)画期的判決である。

初期オルドー主義の自由市場観

- ▶ 「自由市場」は、それが成立する近世以来、今日の現代資本主義に至るまで、自生的に生まれた秩序ではなく、国家の法と政策の下で成立し、かつ、不断の法実行・政策遂行によってはじめて維持されるものである」との見方(舟田・独占禁止法とフェアエコノミー(2017) 23頁)は、初期オルドー主義のオルセンの主張であり、市場経済と整合しないと批判されている考え方である。
- ▶ 自生的に生まれた秩序が市場経済であり、自生的に生まれ、 あるいは生まれるはずの経済活動への人為的な制限が取引 の自由の制限であり、競争法・競争政策の目的はかかる人 為的な制限を(競争機能侵害・能率競争阻害として)除去する ことにある。マイアミ事件判決55頁は、その旨を明言して いる点で不滅の先例的価値を有するのでる。

アダムスミスの思想は経済分野のル ネッサンスであること

▶ 西洋文明の起源は、ギリシャの都市国家であるが、そ こでは、海洋の自由な貿易によって豊かな経済が生ま れ、そこから今日でも我々が感嘆するギリシャ文化と 民主主義を生み出した。それは、まさに市場経済の利 点によって生み出されたものであり、市場経済は、17 世紀にアダムスミスの提唱に拠って突然現れたもので はない。ギリシャ・ローマの時代は、理想的な市場経 済であり、アダムスミスは、それに回帰することを求 めた思想、いわば経済版のルネッサンスというべき思 想なのである。取引の自由の理解は「自由」の歴史的、 思想的理解と関わっている根源的な問題なのである。

自由市場経済における公正性の保護の方法

- ▶市場経済体制でなくとも公正は要請される(中世のギルド社会にも公正の概念は存在した)。そこでの不公正な行為は、当初は、脅しや詐欺などの不正な行為から、他人の名声の利用等、他人の信用を毀損する行為に広がった。今日では、それが不正競争防止法として整備され、個別の商事取引ことに許認可を有する規制産業においては、業者規制などで不公正とされる行為が列挙されることが多い。
- ▶ 競争政策が取られる場合でも、不公正な手段が許容されるものではないから、公正性の概念も競争政策に取り込まれ、それは、自由かつ公正な競争という形で表現されるようになったが、それは、自由競争の中で一体的に考えることが基本である(一元論)。そう考えなければ、公正の概念によって、自由競争という市場経済の理念が覆されかねないことになる。DPガイドライン以後の優越の解釈は、まさにその問題を顕在化させるものである。
- ▶ すなわち、競争政策においては、公正な競争の問題は自由競争保護の中で行為態様(手段の不当性を含む)・競争過程の問題として保護される。これが有効競争という考え方である。

能率競争と有効競争・業績競争

1 有効競争

- ▶ 有効競争とは、完全競争に基づく対等取引ではありえないような 条件であれば、競争が損なわれているという考え方ではなく、競 争のメリットを保護する考え方である。競争のメリットは、市場 構造(structure)、行動(conduct)、成果(performance)を総合し て判断する考え方である。平たく言えば、規模の経済性の利点を 生かしつつ、競争の機能が損なわれる場合で介入するという考え 方であり、最高裁は、有効競争の考え方に立っている。
- ▶ 日本では、有効競争の一つの考え方であった市場構造と市場行動が重視され、成果基準は高い利潤率によって判断するSCPパラダイム=有効競争と誤解され、シカゴ学派の台頭により、SCPパラダイムが廃れたことを有効競争が廃れたものと読み替える誤解が一般化してきた。
- しかし、競争のメリットがある場合に競争が保護されるという有 効競争(competition on the merit)の考え方自体が廃れたものでは ない。

2ドイツの業績競争・EUの新有効競争と 競争過程保護

- ► ドイツの業績競争論は有効競争の成果基準を良質廉価の観点によって再構成したものである。業績競争は成果競争 (performance based competition)という意味であり、有効競争の成果基準を重視する理論である。
- ► ドイツ・EUの新有効競争論は、成果競争(performance based competition)という表現が取られながら、実は、競争過程をも重視する。
- ▶ 日本の能率競争概念は、ドイツの業績競争の意義に近いので、本来は、有効競争であるが、有効競争が廃れたと解される一方、ドイツ法の研究者から、ドイツの業績競争を初期オルドー・完全競争の観点に引き戻して紹介し、能率競争・公正競争の概念も初期オルドー・完全競争の観点に引き戻して理解する考え方が有力に主張され、能率競争概念の混乱とEU競争法にの理論を正しく理解できない事態を招いた。

3ドイツの業績競争:初期オルドー・完全競争の観点に引き戻して 紹介する学説と正しい理解

(1) ウルマーの業績競争論についての舟田説の理解

▶各事業者は、一定の商品または役務を自己の業績 (Leistung:「成果」)として市場に提示し、それが、他の競争者の業績と、価格、品質、条件、サービス等の行為パラメーターをめぐって比較に供されるところに、業績競争が成立する。取引者の企業努力、すなわち正当と評価すべき業績(これは、市場に対して提示する商品・役務の品質と価格として現れる)を的確に反映したものか(=業績競争)、それとも、当該事業者の力を反映した内容の取引か(=非業績競争)、という区別が肝要である。

(2)EUの判例に影響を与えたウルマーの見解の要諦

- ▶しかし、上記のP. ウルマーの所説の理解は、実際にドイツ・EUの判例法で理解されている新有効競争論ではなく、業績競争を初期オルドー主義の完全競争的な考え方に引きつけて理解する(当該事業者の力を反映した内容の取引を非業績競争とすることに端的に表れている)独自の理解である
- ▶ウルマーは、1970年代において、市場支配的事業者の競争者を不当に妨害することの意味が問題になったとき、ウルマーは、①競争者の取引の機会に重要な影響を与えること、②行為は、業績に基づくものではないこと、という2ステップ・アプローチを提唱した。業績に基づく競争であることは、市場支配的地位の濫用のセーフハーバーであると解された。この見解は、1977年から1980年のベルリンの控訴審裁判所の4つの事件で採用された。そのうち2つの事例がリベートに関するものであった(カラハ論文268−9頁)。

- ▶EU判例においては、ミシュラン事件とホフマン事件により、実質的に、上記のウルマーの解釈が採用された。すなわち。EU競争法がEU競争法102条の市場支配的地位の濫用における市場支配的地位とは有効競争の維持を妨げることができる地位であり(United Brands事件)、濫用行為とは、支配的事業者の存在によって、競争が弱められている市場において、通常の条件とは異なる条件を設定することによって競争の程度を維持するかまたは活性化することを妨げる効果を有する行為と定義される(Hoffmann事件)。
- ▶この「通常」は、ドイツ語の原義は、「業績」であり、ウルマーの 業績競争論がEUに反映していることの重要な根拠となっている(カラ ハ論文269頁)。
- ▶ウルマーによって主張され、EU競争法に影響を与えた業績競争論の要諦は、有効競争の成果を重視し、その競争手段を正常な競争手段を逸脱する場合には、業績に基づく競争ではないとして排除する点であり、その理論はEUの支配的地位の濫用行為の定義に反映され、その後の判例の展開においても参照されたのである。

(3) EUの濫用行為の定義と最高裁の排除行為の定義の近似性

2条6項の排除行為の判断枠組みを示したNTT東日本事件最判、 JASRAC事件最判の排除行為の定義はEU競争法の濫用行為の定義に非 常に似たものであり、このことからも、最高裁が、有効競争の立場を とっていることがよくわかる。図表化すると以下のとおりである。

日本(NTT東日本)	EU	要因
自らの市場支配力 の形成・維持・強 化の観点から	(i)支配的地位にある企業の存在によって、すでに競争構造が弱められている市場に	市場 構造 要因
正常の競争手段を 逸脱濫用する人為 性を有する	(ii)影響を与えるか、通常の競争における条件とは異なる条件を設定することにより	行為 要因
競業者の・・・参 入を著しく困難に するなどの効果を 持つ行為	(iii)市場において依然として存在する競争の程度を維持するまたは競争を活性化させることを妨げる効果を有する行為	効果 要因

(4)利益誘導を有効競争阻害と見る考え方の EU判例における強固な展開

- ▶ウルマーの利益誘導を有効競争阻害と見る考え方の影響を受けた理論は、市場支配的地位の濫用の濫用性において、支配的事業者による排他的リベートその他の便宜供与による囲い込みが有効競争を阻害するとの理論であり、EU102条の解釈として強固に発展してきた。
- ▶それについては、実務家からの批判も強く、欧州委員会は、102条ガイダンスにおいて、「通常の方法を逸脱する方法」であるか否かの分析(それは meritに基づく競争か否かの分析であり、有効競争阻害が生じるか否かである)において、効率性を考慮することを明確化した。
- ▶しかし、今日では、GAFAの利益誘導による囲い込みにより、 多くの市場で競争が消滅する事態となっており、EUの有効競争・競争過程論に基づく競争法理論の再構築が急務となっている。その方向性については、越知・デジタル経済と競争過程論文(2022国際商事法務7月号から順次掲載)参照

(5) competition on the merit

- ▶日本では、competition on the meritを能率競争と訳し、effective competitionを有効競争と訳し、別の概念であるかのように位置付ける学説が有力であるが、EU判例上、両者は同義のものとして用いられていることは歴然としており、competition on the meritが有効競争ではないとの理解は、EU判例を誤読しているものというほかない。
- ▶EUの有効競争の考え方の基礎となったドイツ競争制限法の業績競争(成果競争)概念は、有効競争のパラメーターである構造基準、行為基準、成果基準のうち、良質廉価を成果基準とし、これを主基準としつつも、行為態様、市場構造も見た総合判断を行う理論であり、EUのcompetition on the merit、effective competition もそのような概念として使われてきた。

- (6)不正競争防止法に反する行為に関するウルマーの理論とcompetition on the meritへの独自の理解が生じた理由
- ▶ ウルマーは公正性を重視し、不正競争防止法に反する行為や利益誘導(景品の提供を含む)行為を業績に拠らない競争手段であり、行為そのものの違法を主張したが、ドイツでは、行為そのものが競争法上違法になるという考え方は今日に至るも取られていない。不正手段からの救済は、被害を受けたものによる不正競争防止法を請求原因とする民事訴訟によるのみである。公正な競争を重視するフランスであっても状況は同じである。
- ▶ ウルマーのその考え方が競争政策に浸透したのは、日本であり、 不正手段型を競争への影響を見ることなく(セオリーオブハームを示すことなく)違法であるという理論に結実した。そのために、 ウルマーの考え方が手段の不当性を重視する議論として理解され、 competition on the meritあるいは能率競争が手段の不当性にかかわる概念で、有効競争ではないという独自の理解が導かれたものである。しかし、そのような考え方は、ドイツでも、EUでも取られてこなかった。

(7)ドイツのFB事件でカルテル庁が目指したことは、日本では実現済みの問題であること

▶ ドイツのFB事件は、同意のない個人情報保護を不正手段と構成し、不正手段を市場支配的地位の濫用と構成した事例であり、不正手段型の規制を競争法に取り込むうとする試みであった。日本では、すでに不正手段型規制は、不公正な取引方法に取り込まれているのであるから、法令違反行為(個人情報保護法違反行為)を不正手段とみることによって、不当な顧客誘引として規制可能なものとなっていた。DPガイドラインにより、優越を一般的な不当不利益を規制するものと位置付けるという日本の独禁法理論の市場経済との整合性に疑義を生じさせる解釈を行う必要は全くなかったのである。

(8)エディカ事件判決は、日本のこれまでの優越の考え方・能率競争DPの理論的根拠を提供するのであること

▶優越的地位の濫用に関しても、ドイツで、日本の優越的地位の濫用類似のような理論が展開された。近年の購買力濫用問題についての問題意識の高まりを受けて、購買力濫用事例に相対的地位の濫用規制が適用される事例が初めて現れた状況である(エディカ事件)。この判決はDPガイドライン以前の優越の解釈を比較法的に支持するものであって、比較法的に、DPガイドライン以降の優越の解釈に類似する解釈を取るものではない。エディカ事件に依拠して、DPガイドラインの優越の解釈を正当化するのは、我田引水的解釈である。

▶エディカ事件で相対的地位の濫用が適用された理由は、経済的弱者に協 賛金を強要して自らの投資額を節約することは、(不正手段であり)業績 に基づく競争ではないとするものである。能率競争DPが優越に能率競争阻 害の考え方を持ち込む理論と同じであり、能率競争DPの考え方は、比較法 的にも検証されうるのである。

4 日本の能率競争概念の見解の対立・有 効競争・公正な競争との関係

- ▶第1は、その公正な競争を対等取引ではありえない取引条件を能率競争に反すると解する立場(正田・舟田説立場の)である。この立場は、能率競争を公正な競争を保護する概念として用いるが、実質は、公正な競争を完全競争の意味で使っている。
- ▶ 第2は、能率競争を(自由競争減殺型とは異なる類型として位置づけられる)不正手段型の規制根拠と考える立場である。これは、公正な競争を不正手段と考える立場であり、田中・解説の立場であり、DPガイド以前の公取委の立場であった。
- ▶ 第3は、自由競争減殺の意味で能率競争を理解する立場であり、芝浦と殺場事件以来の最高裁判決の立場である。

第1説(取引条件の対等性確保説)

- ▶ 上記のいずれの学説に立つかで、<u>能率競争の定義が微妙に異</u>なっている。
- ▶ <u>第1説</u>では、対等性をベースラインとして考える考え方であり、「良質廉価を唯一の手段として」と表現される。「唯一の」という他のパラメーター(考慮要素)が考慮されないがごとき表現は、シカゴ学派的とも思えるが、実際には、その対極の考え方である。「唯一の手段」は、自己の経済的地位を一切利用してはならないという意味で用いられており、劣位の者が交渉上の対等性を回復させるための概念として用いられ、そのような意義づけの正当化根拠が「公正な競争」であり、実際は完全競争を確保する意味で用いられている。この考え方では、広告を活用したブランド化・商品差別化も能率競争に反することになり、1970年代には、そのように主張されていた。

第2説(行為の不当性説)

- ▶ 第2説は、能率競争を(自由競争減殺型とは異なる類型として位置づけられる)不正手段型に限定された規制根拠と考える立場である。これが、田中・解説の立場で示された公取委の解釈だが、これは、公正な競争を不正手段と考える立場であり、今日では、この不正手段を広げて解釈し、手段の不当性を意味すると解し、それが、Competition on the merit の意味であると解していることが多い(川濱昇ほか編『ベーシック経済法(第5版)』(有斐閣)157頁)。しかし、それは、欧米の判決の使われ方ではない。
- ► この立場からは、第3の立場に立つ最判と同じく「良質廉価の商品が提供されることによって行われる競争」と定義されるほか「真価に基づく競争」と定義されることが多い。

第3説(有効競争説・最高裁判例)

- ▶第3説は、EU競争法と同じく、有効競争の考え方に基づく<u>自由競争減殺の意味で能率競争を理解する資生堂事件最判の立場であり、</u>「良質廉価の商品が提供されることによって行われる競争」と表現されている。最高裁判決の立場である。
- ▶最高裁は、不当廉売事件である芝浦と殺場事件において能率競争が自由競争減殺の概念であることを判示し、資生堂事件において、良質廉価の商品が提供されることによって行われる競争が人為的に妨げられることが公正競争阻害性の意味であるとし、能率競争阻害を判断するキーワードとして、人為性概念が最高裁において、初めて用いられた(なお、最近、最初の審決取り消し訴訟においては、競争の実質的制限に関し、人為性を有する市場支配という表現が用いられていたことを発見した)。
- ▶資生堂事件では、市場における当事者の地位を検討することなく、市場の特性のみから、対面販売義務条項が公正競争阻害性を認定しており、この基準は、行為の不当性にかかわるものであるとも解する余地があったが、NTT東日本事件最判、JASRAC事件最判は、排除効果と正常な範囲を逸脱濫用する人為性は、市場の特性、行為態様、期間、競争に及ぼす影響等を総合して判断するとの立場が示されたので、人為性概念が単に行為の不当性にかかわる概念ではなく、有効競争阻害を認定する規範であることが明らかになっている

マイナミ事件東京地裁判決はさらに一元説を押し進めていること

- ▶ 最近のマイナミ事件東京地判は、これらの最判の枠組みをさらに推し進め、2条5項においても競争の実質的制限が競争機能侵害であること、排除行為の定義に先立ち、独禁法1条を引用した後に、事業者の競争的行動を制限する人為的制約の除去と事業者の自由な活動の保障を旨とすると説示し(判決書55頁)、取引の自由の人為的制限が反競争性(競争機能侵害、有効競争阻害、能率競争阻害)の意義であることを明らかにしている。これは、昨年の講演で明らかにした営業の自由論争の岡田説の立場を明言したものである。本判決の朝倉裁判長は、最高裁判決に取り上げられたブラウン管事件高裁判決の第1判決を書いた裁判官である。
- ▶ 市場支配力の形成維持強化は、競争機能侵害と同義であるとの見方が根強く主張されるが、市場支配力の形成・維持・強化は、競争機能侵害のセオリーオブハームを示す主要な考慮要素ではあるが、それ以外の考慮要素も考えるという見方であって、同義はない。マイナミ事件東京地判は、形式的には市場支配力が形成されても、実質的に競争機能侵害に当たらない場合があると指摘しており(74頁)、これは、市場支配力の形成維持強化は、重要な考慮要素に過ぎないことを明確にするものである。

市場支配力の形成維持強化=消費者厚生基準を示唆した判例はないこと

- ▶ そもそも、市場支配力説の有力論者の主張は、市場支配力基準が消費者厚生と同値であることを前提としているが、市場支配力の形成維持強化が消費者厚生基準と同値のものであると示唆した判例はないし、そのような分析を行おうとした判例もない。公取委が、川濵・市場支配力基準で指摘したようなMPデルタの計測をしたこともない。かえって、判例は、排除行為において「市場支配力の形成維持強化の観点からと述べ」、考慮要因において、市場の特性、競争条件の差異を挙げているので、判例はむしろ、市場支配力の形成維持強化を市場構造要因として考えている。
- ▶ 公取委において能率競争DPと判例の立場から排除型私的独 占ガイドラインその他のガイドラインの見直しが急務である。

最高裁の能率競争阻害の考え方は、自由競争減殺だけでなく、不正手段型、優越的地位の濫用にも 適用できること

- ▶ 最高裁の能率競争阻害(競争機能侵害)の意義は、自由競争 減殺だけでなく、不正手段型、優越的地位の濫用(自由競争基 盤の侵害)も能率競争によって説明することが可能であり、能 率競争DPでは、このような考えが示されている。
- 欺瞞的取引誘引などの不正手段は、それ自体が良質廉価による競争とかけ離れているがゆえに、能率競争阻害で説明できる。(行為態様それ自体から能率競争阻害が明白である)。
- ▶ 優越は、企業努力ではなく、経済的弱者の弱みに付け込む 不正手段行為であり、良質廉価を巡る競争ではないから能率 競争に反する。 経済的弱者の弱みに付け込む不正手段行為 とは、行為当事者間の地位の著しい不均衡に付け込む悪質な 行為であり、利益・損失分配の著しい不均衡、透明性の欠如 など、行為態様が強い非難に値する場合であり、行為自体が 能率競争に反する抽象的危険のある行為である。2条9項5号 イ、口、八は、そのような行為を例示したものである。

マイナミ事件判決では、公取委は、能率競争の概念について有効競争説に立つものとして主張整理されていること

- ▶ 能率競争DPの能率競争の解釈は、公正かつ自由な競争を一元的に保護するもので、最判に適合的である。優越に能率競争阻害の観点を持ち込んだことの意義は、後述する。
- ▶ 注目されるのは、マイナミ事件で、東京地判は、公取委の主張を「2者択一を迫る状況を強いることは自由競争秩序の基本である能率競争とはおよそ相いれない」と整理 (判決書26-27頁)し、公取委は、能率競争の概念について一元説・最判の考え方に立つものとして主張整理されているのである。
- 裁判所の判断の項目では、能率競争という文言は使われていないが、実質において、競争機能侵害、有効競争阻害、能率競争阻害が同じ意義を持つものとして用いている。

世界の競争保護の理論の分布状況

- ① 完全競争をベースラインとして、当事者の対等性を回復させること(完全競争が存在しているかのように行動させること)を競争保護の基礎に置く考え方(初期オルドー主義のas if基準)・・初期オルドー主義であるが、市場経済と整合しないものとされ、早々に姿を消している。
- ② 構造基準・競争過程基準を主基準とし、成果基準を利潤率でみる古い有効競争理論(SCPパラダイム論)
- ③ EUの新有効競争論:成果基準を良質廉価で考え、競争プロセス・ 行為態様を重視する有効競争論:ただし102条ガイダンスにより、④ の立場との融合が図られるようになっている
- ④ 競争保護を消費者厚生基準で考える考え方(シカゴ学派・現在の米 国の主流の考え方。しかし、泉水・独占禁止法は、これをポストシカ ゴ学派と位置付けている)
- ⑤ 競争保護を総余剰基準で考える考え方(シカゴ学派の原理的主張)・

▶ いずれの理論においても、自由競争保護とは「取引の自由」であり、公正な競争は、自由競争理論の中で一元的に考えられている。公正な競争は、基本的には競争過程保護で考えられるが、公正な競争保護の観点から競争保護の射程(競争過程保護の射程)が拡張しつつある。

日本の競争法学説の立位置

- ①は、ドイツでは廃れているが、日本では、能率競争の取引条件の対等性確保説として生き残っている。
- ▶ ②は、SCPパラダイムであり、すたれているが、日本では、有効競争論自体が廃れたという誤った固定観念がある。
- ③については、日本では、判例理論の立場であるが、学説からの抵抗が強い。
- ▶ ④⑤ 泉水・川濱説は、⑤がシカゴ学派で、④をポストシカゴ、effect based approachなどと位置付けている。そして、④と市場支配力基準説を同値のものとみている。また、公正な競争は自由競争とは別の保護基準に服するとするが(2元論)、自由競争減殺型不公正な取引方法に関しては、実質的には③の立場をとるようでもあった。しかし、最近の泉水・独占禁止法では、小型の市場支配力という独自の概念が登場し、④の小型版であるとされている。
- ▶ しかも、泉水・川濱説は、DPガイドラインの優越の考え方を支持するので、優越については、①をとっているようでさえある。
- ▶ しかし、①と④は、一方は、規模の経済を否定し、他方はそれを強調する考え方であり、まったく相いれない見解であり、海外で説明すれば、日本の競争法理論の節操のなさに苦笑を禁じ得ないであろう。このような水と油の学説を両立させておかしいと思わないことが、2元論がもたらした大きな弊害である。

有効競争・競争過程が学説では、深化されない一方で、判例では、進化され続けていること

- ▶ 日本では、有効競争論が廃れたものと解された結果、競争過程の保護の意義がよく理解されてこなかった(多くの基本書では、索引にすら入っていない)。競争の実質的制限を競争機能の侵害であると述べたり、有効競争を期待しがたい場合と述べた今村・独禁法でさえ、索引には、競争過程という用語が入っておらず、競争過程に関する十分な考察を欠いている。今村・独禁法62頁でさえ、「有効な競争を期待することがほとんど困難な場合」をいうと判断しながら、(私的独占においては、)市場支配に置き換えており、最高裁が判示し続けている人為性の考え方、市場構造・競争過程・市場効果を総合評価するという考え方は示されていない。
- ▶ 今村・独禁法96頁は正田説の能率競争の意義である「良質廉価」を唯一の 競争手段とすることは市場経済ではないことを正しく指摘しており、それ は当時においては卓見というべきであったと思われるが、二元論自体は維 持されており、また、公正競争において、ところどころ対等性をベースに する考え方が残存している。これは、(有効競争論をSCPパラダイムと同義 のものと解し、それが廃れたものと解された結果、)競争過程という概念の 活用に思い至っていないために生じた問題である。

- ▶ 行為の不当性を重視することは、競争過程を保護することにつながるものであり、行為の不当性を重視する学説(舟田説など)は、本来は、競争過程保護の概念を展開するに適した学説であった。しかし、DPガイドライン後は、行為の不当性を重視する学説は、優越的地位の濫用の一般化を支持する方向に向かい、競争過程保護の議論が盛り上がれない状況が継続sしている。
- ▶ 有効競争における競争過程保護の観点を欠いたことが、主要な学 説・実務をして、優越を競争政策の柱に備えるという市場経済と相 いれない競争政策に向かわせる根本原因となっている。
- ▶ なお、川濵教授の川濵・市場秩序論文では、競争過程に十分に言及されていたが、最近の川濵・市場支配力基準論文では、川濵教授の競争過程への考慮は、結局市場支配力分析のMPデルタの分析(市場支配力が有意な増加を示すか否かの分析)に解消され、本来の競争過程論の意義を失っている。

判例における競争過程・有効競争

への配慮

- ▶ しかし、判決では、競争過程・有効競争が保護法益であることを 明言している。
- ▶ 芝浦と殺場事件最判は、能率競争保護に競争過程保護が含まれることを示し(正常な競争過程を反映しない場合はこれを禁止すると述べている)、NTT東日本事件、JASRAC事件、マイナミ事件で、行為態様など競争過程の要因が排除行為を判断する考慮要素とされ、ブラウン管事件最判も交渉という競争の過程が日本で行われたことを管轄権を肯定する理由としている。
- また、石油連盟事件東京高裁判決は、8条1号との関係において、競争の実質的制限とは、今村説に従って、有効な競争を期待することがほとんど困難な場合」と判示して、有効競争に言及している。
- ▶ 今の多数説は、人為性・競争過程・有効競争という判例のキー ワードをことごとく無視しているのである。

まとめ(1): デジタル経済は、経済民主化の意義を誤解して形成された独禁法理論を是正できないという独禁村の根本問題露見させた。

- ▶ 日本では、アダムスミスの主張がゆがめて要約され、経済民主化とは、取引の自由の保護であるにもかかわらず、それを市場支配力の抑制と考え、取引の自由を経済力の管理であるかのように解するなど、独禁法の本来の思想を歪めて独禁法の基本概念が形成され、それが是正できていない。
- ▶ 半世紀前の営業の自由論争は、その歪みを是正するチャンスであったが、岡田説の問いかけを正しく認識できた独禁法専門家はおらず、取引の自由を正しく認識し、判例を展開し続けている判例理論との間の乖離が生じ、それが徐々に大きくなっている。
- ▶ 公取委は、司法判断を「訳が分からない判断」が行われるリスクがあると恐れる傾向にあるが、「訳が分からない」ことをしているのは、判例の展開を検証することなく、学説と同じであるとして、経済民主化の意義を誤解した理論に固執する学説であり、それに依拠し続ける公取委である(JASRAC事件、クアルコム事件の審決取消判決にもそのような側面がある)。

学説のデジタル対応をめぐる問題の核心

- ▶ その弊害は、デジタル経済の対応を巡る学会の動きによってより大きな形であらわている。 学説は、人為性・競争過程・有効競争・能率競争・競争機能侵害といった裁判所が提示する概念を無視し、マイナミ事件に至る判決群で示された一元論的解釈をことごとく無視しながら、判例は学説と同じだと言い張ってきた。その一方、搾取的濫用には異常な肩入れを示し、デジタルに、35頁④の自由競争で規律できないからといって、①と④を合わせるという理論的矛盾を平然と行っている。本来、④でうまくいかなければ③で考えるという動きになるはずであるのにそうならず、そこを飛び越えて、市場経済と相いれない①に飛びつくところに日本の学会の抱える本質的問題がある。2022年経済法学会のシンポジウムは、その問題を表出させるものとなっている。
- ▶ 公取委は、判例理論を自ら検証し、それに沿ってガイドライン・報告書を作成すべきである。能率競争DPはまさにそのような動きとして評価される。

市場法秩序における「搾取」概念の補完性:能率競争DPによる軌道修正の意義

- ▶ 一部の学説は、人為性・競争過程・有効競争という判例で 説示されてきた概念を無視する一方、搾取的濫用には異常な 肩入れを示している。「排除では規制できないから搾取で規 制する。優越的地位の濫用は、搾取的濫用規制であり、不利 益(あるいは不当不利益)を理由に規制を行う」という前委員 長の著作も学説の動きに連動して現れたきたものと思われる。
- ▶ 競争が機能した場合に生じる価格(アダム・スミスはこれを自然価格と呼ぶ)への収れんが市場経済である、淘汰の結果、独占価格付けを行使することは許容されるのであり、競争が機能しない状況が作出されているのであれば、それは、自然価格ではない。したがって競争の機能しない状況を排除することが競争政策の目的であり、搾取は排除の補完的概念である。

- 取引条件を搾取とみて搾取的濫用を中心に競争制限行為を問題にすることは、自由な経済活動の保護・市場機能と緊張関係を生じる。取引の自由を保護することは、基本的には、自由な経済活動により、自らの利益を極大化する価格設定・取引条件の設定は保護される(それを保護するのが自由主義経済である)
 - ▶不利益を理由にする介入とは、利益の均衡をもたらそうとする発想であり、それは、市場経済に整合する考え方ではない。「分配」に対する介入は、市場の失敗・自然独占が生じる場合に補完的に問題にされる。
 - ▶一般的に「分配」に介入し、それを競争政策の柱にもってきたのでは、競争政策が「競争」を保護する政策ではなく競争を管理する政策になってしまう(今村・独禁法96頁参照)。

EU競争法も搾取は補完的に用いていること

- ► EU競争法でも、搾取的濫用は、「過度に高価格の価格設定」でのみ用いられる補完的概念である。その「過度」の目安も経済的価値を50%以上上回る価格であり(ユナイテッドブランド事件)、実際に、政府規制・知的財産権が参入障壁となっている場合にしか使われていない。
- ▶ さらに問題は、日本では、価格だけでなく、取引条件が経済 上劣位のものに不利である場合に、取引条件の搾取であると 論じられることもある。これは、対等な取引条件の回復を志 向する対等取引権説(as if基準)そのものであり、ここまで 広範に取引条件に介入したのでは、市場経済とは縁もゆかり もないものとなる(今村96頁参照)。しかし、優越を不利益一 般に解釈する見解はまさにそのような状況を生み出しているのであ る。

ドイツ競争制限法も搾取的濫用は、補完的なものであること

- ▶ ドイツ競争制限法が、取引条件の不当性を条件濫用として、 それを搾取的濫用と位置付けているのは、初期オルドー主義 の残滓であるように思われるが、そのような解釈は、EUで は取られておらず、かつ、ドイツでも、排除(妨害的濫用)も 同時に認定されてきている。取引条件についての条件濫用は、 どこまでの不当性で濫用となるのかの基準は明らかでなく、 事実上、妨害(排除)の不当性が生じる場合に認定されるよう な運用であり、実際は、EUの濫用行為(排除行為)の考え方と 同じである。
- ▶ フェイスブック事件で個人情報保護法違反を搾取的濫用と構成したが、最高裁は、排除と搾取の両者を認定する従来の認定の仕方に戻している。

独仏の競争法に関する我田引水的主張

- ▶ 日本では、ドイツやフランスの競争法では、搾取的濫用が競争 政策の柱になっているかのような主張が学説から行われている。 搾取的濫用の拡張を主張する異説・少数説を針小棒大に主張され、ドイツやフランスの実務の実像が歪められる傾向がある。
- ▶ 例えば、ドイツの相対的市場支配力規制・フランスの「著しい不均衡規制」を優越類似規定として、盛んに紹介されるが、いずれも私的自治に配慮して慎重な運用が行われており、著しさ、抑圧性、伝播性を考慮したDPガイドライン以前の優越の解釈運用はまさにその立場であった。
- ▶ 私的自治・契約自由原則との整合性を考慮せず、著しさ、抑圧性、伝播性を取り払って、不利益さえあれば、取引条件に介入できるかのような誤った解釈がもたらされたDPガイドライン以降の運用を正当化できるものではない。

EU競争法の濫用行為を搾取的濫用を中心に理解するという異常な主張が行われるに至っていること

- ▶ 杉崎弘「EU競争法における支配的地位の濫用禁止規定の構造」は、 その方向性をEU競争法に及ぼす極端なものである。同論文は、初期オルドーと第2世代以降のオルドーの違いに言及されているのだが、EU 競争法の市場支配的地位に関する初期判例を搾取的濫用であると の独自の見解に基づき再構築を行い、さらに、搾取は市場支配的 地位がなくとも生じるから、市場支配的地位の要件は立法論的に は不要であるとのフランスの学説を紹介し、市場支配的地位がな くとも搾取が生じるとする優越的地位の濫用を正当化する。
- ▶ そこまで搾取的濫用をもてはやす動きを作ってしまったことが DPガイドラインの問題である。日本の独禁法学会に潜伏してい た市場経済と相いれない考え方を復活させる動きを作り出してし まった、いわば、パンドラの箱を開いてしまったのである。

能率競争DPの間接競争侵害説の不正手段 性の立場からの再構築

- ▶ 能率競争DPは、開いてしまったパンドラの箱をとじ、まっとう な競争政策に回帰する動きとして、重要なものである。
- 能率競争DPは、優越的地位の濫用が取引の自由の侵害が自由競争基盤の侵害であり、取引の自由の侵害によって生じた不利益が搾取であり、優越は搾取的地位の濫用規制であるとの理解は、間接競争侵害説に立つ公取委審決ではないとする。
- ▶ 不利益を生じた行為の不正手段性に濫用行為性があり、そのような行為によって得た行為者の不正な利益が能率による競争に反するとする。これは、ドイツエディカ事件の考え方である。
- ▶ 従来、間接競争侵害説は、競争への悪影響を立証しなければならないことになるため批判されたが、行為の強い非難可能性がある場合には、行為に一般的抽象的危険性がある(それ自体が競争過程への侵害である)ので、競争への具体的影響を立証する必要はない。この考え方は、不正手段性による競争過程への侵害によって間接競争侵害説を再構築するものとして評価できる。

能率競争DPが土佐あき農協事件 高判を引用している点

- ▶ もっとも能率競争DPが一般的抽象的危険を導くために土佐あき農協事件高 判を引用しているのは、言わずもがなであり、また誤解を招く。同判決は 、拘束条件付き取引で一般的抽象的危険を説示したが、この見解は、資生 堂事件最判の立場に明確に反するものである。同判決が依拠する和光堂事 件最判は、再販価格維持の事例であり、拘束条件付き取引で引用できる判 決ではない。
- ▶ そのような判決を引用しなくとも、不正手段型は、行為それ自体に著しい悪性、一般的抽象的危険性があるから市場への悪影響を具体的に立証する必要がないと解されており、優越の濫用行為も強い非難に値する不正手段行為であるから同様に能率競争阻害の一般的抽象的危険性があり、市場への悪性強を具体的に立証する必要がないと解すればよい。
- ▶ 地位の不当利用・不当不利益という場合、「不当性」は、行為それ自体が 一般的抽象的に能率競争を阻害する不正手段性を有する場合を示すものと 解すべきである。

優越の解釈論:田中・新一般指定解説では、 優越の射程が拡大しすぎないような配慮が なされていたこと

- ▶優越の行為要件である「不利益な条件の設定・実施・変更」は、 あまりに広すぎ、それだけで違法としたのでは予見可能性を著し く損なうので、特殊指定を行うかあるいは特殊指定の対象になり 得る行為に限定されて用いられてきた(細田論文参照)。
- ► ところが、DPガイドラインにより、劣位のものの意思決定が制限され、不利益が生じれば、直ちに濫用行為になるかのように位置づけが変更されている。その結果、従来、拘束条件付き取引の問題であるとされた縦の関係での取引制限の問題(垂直的制限の問題)がすべて優越の射程に含まれるようになってしまった
- ▶ 能率競争DPが、経済的弱者の弱みにつけこんだ抑圧的行為は、私的自治の濫用であり、不正手段型が能率にもとづく競争でないのと同様、優越における濫用行為も不正手段であり、能率に基づく競争でないとして、能率競争阻害の観点から位置づけたことは田中・解説、細田論文の立場を理論化したものといえる。

「自由で自主的な取引の侵害」についての田中・解説の考え方と私的自治への配慮

- ▶ DPガイドラインは、劣位のものの取引の自由の制限全般が、 優越的地位の濫用にあたるとしている。その結果、自由競争 減殺における取引の自由の制限の概念と区別できないし、同 じものなら、公正競争阻害性の立証(セオリーオブハームの立 証)が必要になる。
- ▶ 田中・解説では、縦の関係では取引の相手方たる優位な側も取引の自由を持っており、その自由は私的自治によって保護されるので、取引において、有利不利が生じても、それが不利益であるとは解されず、「不利益」には手段の抑圧性・伝播性が必要とされていた。これは、経済的弱者が私的自治の濫用と考えられるような著しく不合理な行為(不正手段的行為)に濫用行為を限定していたといえる。
- ▶ この解釈は、私的自治と経済的弱者保護をバランスさせた解釈であり、能率競争DPはかかる解釈を能率競争阻害の観点から理論化したものといえる。

濫用行為の意義の変遷と能率競争DP

- ▶ 課徴金制定前までは、伝播性・抑圧性・著しい不均衡性など私的自治でも是認できないような地位の不当利用(不正手段性)が必要と考えられていた。これも、経済的弱者が私的自治の濫用と考えられるような著しく不合理な行為(不正手段的行為)に濫用行為を限定していたといえる。
- ▶ 課徴金が賦課されるようになって以降「不利益行為」「不当不利益」という用語が使われるようになり、山陽マルナカ事件では、公取委は不利益性は著しいものである必要がないと主張し、1万円程度の協賛金の供与の要請が濫用行為として課徴金対象となっている。課徴金賦課を契機にDPガイドラインにつながる優越の制度趣旨を逸脱する解釈の変更は始まっていた
- ▶ DPガイドラインに至って、(経済的利益でない)個人情報が同意なく 取得されることが不利益であるという例示された行為からかけ離れ た行為まで不当不利益に含まれる解釈が行われるようになった。
- ▶ 不正手段的行為・私的自治の濫用的行為に限定されるべきであり、 能率競争DPはその方向性を示したものとして評価できる。

不利益変更・一方的変更についての従来の考え方(私的自治に配慮した考え方)

- ▶ この問題は、継続的契約の一方的変更として民事判例理論が 集積し、優越ガイドラインも不正手段となる場合を具体的に 示しており、その考え方が基本である(ただし、両面市場を 総合考慮する必要がある場合には、基本的に優越の問題では なく、拘束条件付き取引の問題である)。この問題は、手続 と内容の両面の不正手段性(不公正性)が民法と独禁法(優越的 地位の濫用)の観点から検討され、両者は、ほぼ同じ結論を 得る状況であった。
- ▶ 優越ガイドラインにおいては、手段の相当性において、協議が行われたかを重視し、内容面に関しては、変更内容が著しく合理的でないかどうか(私的自治を考慮しても許容できない不合理性があるか)という観点から検討し、劣位のものに対する「直接の利益」が与えられている場合は、内容面での著しい不合理性はなく、「不利益」はないと解してきたが、これは民法の判例理論と整合的である。

「あらかじめ計算できない不利益」の意義

- ▶優越ガイドラインの「あらかじめ計算できない不利益」とは、理論上、法的に保護された利益が、契約または商慣習上存在することが前提であると解するのが当然である(その点が看過されていることに問題がある)。2条9項5号イロハに列挙された事項は、まさに、契約上、商慣習上、期待された利益が侵害される場合を指しており、これらの例示条項も上記の解釈の正当性を裏付けている。
- ▶契約法理上、法的に保護された利益は、前述の手続きの相当性、 内容の相当性の観点と、民法548条の4 2号の定型約款に関し、 必要性と相当性を満たす限りにおいて約款の変更が認められると の規定の総合評価である。
- ▶変更により、損害の大部分を劣位のものが負担したり、大部分の利益を優位のものがとったり、恣意性が強いなど、強い非難を受けるべき行為である場合には、相当性を欠く解すべきであり、優越ガイドラインに規定される相手方に直接の利益は、そのようなものとして理解されるべきである。

多面市場性への配慮の必要性

- ▶ 規約やアルゴリズムの変更は、川下の消費者にとってメリットがある可能性があり、競争促進的である可能性がある。そのような場合は、不正手段とは言えないから優越としての不利益はなく、拘束条件付き取引の問題として検討されるべきである(従前はそう解されてきたはずである)。
- ▶ 楽天価格表示事件の「送料込みの価格表示」の強制のように、 消費者にメリットがある変更であってもDPを利用する事業者で送 料を価格に転嫁できない事業者にとって不利益であり、同意なく 変更すれば優越的地位の濫用であると主張する学説がある(2021年 経済法学会年報柴田論文42頁)。両面市場であるDPの問題に、この ような劣位にある当事者の利益、片方の市場だけしか考えない発 想になってしまうこと(多面市場性に配慮できないこと)がまさ に優越の不利益の一般化の根本問題である。
- ▶ 優越は、本質的に両面市場を総合考慮しなければならないDPの行為に対する適切な競争評価はできない構造となっており、DP規制の道具となり得ないものである。

まとめ(2): デジタル経済における競争政策の本 道一競争過程保護一

- ▶ 新一般指定の解説は、正田説と今村説の論争のさなか、、優越的濫用の規制指針を明らかにしている。田中・解説の考え方は、正田教授、今村教授両者とも不満だったと聞くが、今日的に見ると、学説の協力なしに、独禁法の執行がままならなかった状況で、両者がぎりぎり妥協できる絶妙なバランスの中で優越を位置づけていたともいえる。
- ▶ そして、そのようなものであるから、優越の規制は、世界の競争法の中でも、少なくとも理論上は、現在の欧州における公正な競争の議論、購買力濫用の議論、フランスの著しい濫用規制、ドイツのエディカ事件を先駆するものとなっていた。これ以上、優越を拡張することは、独禁法が市場のダイナミズムを妨害する方向に動きかねず、その動きは、既に、楽天事件、食べログ事件に現れている。

- ▶ 他方で、デジタルの本丸の問題は、優越では規制できない。 優越は、両面市場の問題に対処できないし、エコシステムの 囲い込みは、取引際に不利益を与えるものではなく、利益を 与えることにより囲い込むものだからである。これに対処す る方向は、競争過程保護であり、世界の競争法は、その方向 での議論が行われている。
- ► その方向を無視して、一気にフェアネスや搾取濫用を振り かざしていることが一部学説の動きの重大な問題である。競 争過程保護に関する研究成果は、国際商事法務7月号から、 順次掲載される予定であるが、まとまった段階で、再度、 CPRCでの発表の機会をいただければ幸いである。