

(CPRC 発表用原稿<sup>1</sup>)

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—  
明治大学大学院教授 越 知 保 見

目次

第1 DP ガイドラインが明らかにした日本の競争法観の根本的問題 .....	3
1 DP ガイドラインによるパラダイムシフト .....	3
2 筆者と学説の対応状況 .....	4
3 DP ガイドラインの理論的基礎は、初期オールドー主義にあること .....	5
4 競争法観に言及した先行研究とその問題 .....	6
第2 DP ガイドラインの取引の自由の意義と初期オールドー主義・完全競争 .....	8
1 DP ガイドラインの依拠する取引の自由の意義 .....	8
2 初期オールドー主義とドイツの業績競争概念 .....	10
3 初期オールドー主義と市場経済との整合性 .....	11
第3 市場法秩序に適合する取引の自由・公正な競争の意義 .....	12
1 公正な競争・取引の自由が対等性の確保・回復の意味で用いられていること .....	12
2 取引の自由の本来の意義と営業の自由論争 .....	14
3 取引の自由の概念の歪曲の原因とアダムスミスの思想 .....	15
(1)取引の自由の概念の歪曲の原因 .....	15
(2)アダムスミスの思想 .....	15
(3)最高裁判決の人為性概念とアダム・スミスの思想との整合性 .....	15
(4) 市場経済は、ギリシャの都市国家の時代にあり、アダムスミスの思想は経済思想 におけるルネッサンスであること .....	16
4 公正の意義・一元論と二元論 .....	17
第4 能率競争・有効競争・競争保護の概念の分布 .....	18
1 完全競争と有効競争 .....	18
2 ドイツの業績競争：初期オールドー・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 .....	19
(1)ウルマーの業績競争論についての舟田説の理解 .....	20

<sup>1</sup> 本稿は、明治大学法科大学院論集掲載の「市場法秩序における取引の自由・公正な競争—優越的地位の濫用に傾斜する競争政策の持続可能性—」に関し、CPRC における講演のため、その後の研究・コメントを踏まえ、修正したものである。網掛け部がスライド化された部分である。

(2) EU の判例に影響を与えたウルマーの見解の要諦.....	20
(3) EU の有効競争論の最高裁判決への影響 .....	21
(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 .....	21
(5) competition on the merit .....	21
(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 .....	22
(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 .....	22
(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 .....	22
3 日本 の 能率競争概念についての 3 つの見方と最高裁判決の展開 .....	23
(1) 能率競争をめぐる概念の混乱 .....	23
(2) 能率競争・有効競争に関する最高裁判決の展開 .....	24
(3) マイナミ事件東京地判により、競争機能侵害・一元説の考え方が推し進められていること .....	24
(4) 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 .....	25
4 競争法理論の分布状況と根源的問題の整理 .....	25
(1) 世界の競争法理論の分布状況 .....	25
(2) 日本の学説の位置づけ .....	26
(3) 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 .....	26
5 ここまでのまとめ：経済民主化の意義を誤解して、独禁法理論が形成されてしまったという独禁法の根本問題とそれが放置され続ける危険 .....	28
<b>第 5 市場法秩序における「搾取」概念の補完性 .....</b>	<b>29</b>
1 搾取を排除と並ぶ規制原理と解することの特異性 .....	29
2 EU 競争法における搾取規制 .....	30
3 ドイツ競争制限法の搾取的濫用の位置付け・独仏の競争法に関する我田引水的主張 .....	30
4 能率競争 DP の間接競争侵害説の再構築 .....	31
5 地位の不当利用という修正について .....	32
<b>第 6 DP ガイドラインによる解釈の変容の要点 .....</b>	<b>33</b>
1 優越のパラダイムシフト .....	33
2 規制根拠としての「自由で自主的な取引の侵害」の意義 .....	34
3 取引依存度・代替的取引先の確保の容易性の意義 .....	35
4 濫用行為性・「不利益」性の意義の変更 .....	36

5	消費者取引への拡張.....	37
6	不利益変更・一方的変更についての考え方の変更.....	38
	(1)従来の検討枠組み.....	38
	(3)楽天価格表示事件と食べログ事件.....	39
第7	結語と補足：デジタル経済における競争政策の本道—競争過程保護—.....	40
補論1	「自由」の価値の認識と「分配」の問題.....	41
補論2	カラマーゾフの兄弟の大審問官伝説の提起する「自由」と「分配」の問題.....	43

## 第1 DPガイドラインが明らかにした日本の競争法観の根本的問題

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、本職の問題意識に答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、DPガイドラインによって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)初期のオー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本職の研究に示唆を与えるものとなっており、本発表では、論集掲載後の研究成果と能率競争DPの示唆を盛り込んで発表を行うものである。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。

### 1 DPガイドラインによるパラダイムシフト

第4の産業革命とも呼ばれるデジタル経済の進展の下で新たな競争政策上の問題が生じており、それらの問題に対し、公取委から、精力的に報告書・ガイドラインが発表されている。それらの報告書・ガイドラインから、規制手段として、優越的地位の濫用(以下「優越」という)に傾斜する姿勢が鮮明になっている。そして、その優越の適用においては、DPガイドライン<sup>2</sup>の考え方を適用している。DPガイドラインが発表された時点では、優越ガイドライン<sup>3</sup>で示した一般原則を修正するものではないとか、デジタル経済の規制を優越だけに頼る趣旨ではなく、時間的に優越の検討しかで

<sup>2</sup>令和元年12月17日「デジタルプラットフォーム事業者と個人情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用についての考え方」

<sup>3</sup>平成22年11月30日「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」

きなかったためと説明されていたが、その後に発表された報告書・ガイドラインを読むと競争に与える影響・セオリーオブハームを詰め切れなくなるような問題が生じたときに、劣位の事業者に不利益は生じているのだから優越では規制できるかのような解釈—理論的詰め・セオリーオブハームを丁寧に考えることをおよそ無意味ならしめるような解釈—が平然と行われている。

これらの報告書・ガイドラインの中には優越を使ってよい場合もあるが、そのような場合には、従来の優越ガイドラインの考え方でも対応できる(フリーランス、スタートアップ企業に関するガイドライン<sup>4</sup>で指摘される問題はそのような場合である)。しかも、そのような問題はデジタル経済の本丸の問題ではない。**巨大 DP が提起している現代的な問題の本丸は、取引の相手方に利益を供与することによって相手方を囲い込むことによって競争を排除するものであるから、優越で対応できるものではない。**優越の適用に傾斜する結果、デジタル経済の本丸の問題とりわけ巨大 DP が提起している現代的な問題への対応については、欧米はもとより近隣のアジア諸国と比べても立ち遅れの状況となっており、現状の競争政策の方向性を維持すればその遅れは広がる一方となるであろう。

## 2 筆者と学説の対応状況

筆者は、そのような状況に懸念を示し、越知・デジタルと優越 I～IV、越知・競争法大全第 2 章・第 8 章等で論じてきた。優越を独禁法の規制の柱に備えることについての危惧を示す論文が複数現れ<sup>5</sup>、実務家の大勢は批判的ではあるものの大きなうねりにはつながっていない。DP ガイドラインとそれ以降の動きによって浮かび上がっているのは、取引の自由・代替的取引先の確保、自由競争基盤の侵害という概念の意義が変容している状況、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特異な解釈が取られながら、それを認識していないか棚上げして黙認する見方がかなり強いということである。2021 年の経済法学会では、優越ガイドラインなどこれまでの解釈が変更されているという問題、私的自治との関係という基本的な問題を棚上げして、DP ガイドラインのパラダイムシフトを肯定する発表が行われている<sup>6</sup>。

<sup>4</sup> 平成 3 年 3 月 29 日スタートアップとの事業提携に関する指針、平成 3 年 3 月 26 日フリーランスとして安心して働ける環境を整備するためのガイドライン

<sup>5</sup> 根岸哲「優越的地位の濫用規制の来し方・行く末:覚書」商学研究第 71 巻臨時号、上杉秋則「デジタル・プラットフォーム事業と優越的地位の濫用規制」商事法務 49 巻 5 号(2021)588 頁、細田孝一「優越的地位の濫用規制の新展開—適用範囲の拡大の問題性」同志社大学法学第 73 巻 6 号(424 号)(2021 年)。上杉・細田両氏から優越についてのこれまでの議論の経緯等に関して、多くの示唆・助言をいただいた。厚く御礼申し上げます。

<sup>6</sup> 柴田潤子「デジタルプラットフォームに対する優越的地位の濫用規制の意義」日本経済法学

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という独自の体系が維持されてきたことがある。しかも、その問題に関し、岡田与好教授が半世紀前に提起した営業の自由を巡る論争<sup>7</sup>に関し、取引の自由(岡田説では営業の自由)の確保が自由競争秩序の根幹の問題であることを指摘していたにもかかわらず、この学説は受け入れられなかったのである。筆者は越知・営業の自由論争<sup>8</sup>において、かかる経緯を検証し、学者が岡田教授の問題提起を正しく受け止められなかった一方、最高裁は、薬事法事件以降の一連の判決により、繰返し、取引の自由を根底に置いた能率競争(有効競争)に基づくオーソドックスな競争法の解釈の枠組みを提示し続けており、これは、基本的に岡田教授の問いかけに整合する動きであることを指摘してきた。

### 3 DPガイドラインの理論的基礎は、初期オルドー主義にあること

越知・営業の自由論争脱稿後の研究において、DPガイドラインの示す「取引の自由」の考え方は、欧米では、市場経済に相いれないものとして廃れている初期オルドー主義に通じる考え方であり、そこに問題の核心があることを発見した。本稿は、その問題を明らかにするものである。要点は以下のとおりである。

(i) DPガイドラインの示す「取引の自由」の考え方は、経済的劣位のも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学説(対等取引権説・正田説)を参照したものであること

(ii) 舟田説は、対等取引権を主張した正田説の理論的根拠となった完全競争を志向する初期のオルドー主義を独自の「取引の自由」・「公正な競争」観によって復活させたものであること

(iii) オルドー主義は、オルドーリベラリズムとも呼ばれるが、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、(ア)完全競争状態を強制することは、競争に基づく淘汰と規模の経済を否定することになり、競争ではなく、淘汰されるべき非効率な競争者を保護することになり、

---

会年報 42 号 40 頁(2021)(以下「柴田論文」という)。筆者は、学会で私的自治との関係をどうとらえるかについての質問をフロアから行っていたが、(他の質問は採用されたにもかかわらず)この最も重要な質問だけは取り上げられなかった。

<sup>7</sup> 岡田与好『独占と営業の自由』(本澤社 1975 年 2 月 10 日)(以下「岡田(1975)」という)

<sup>8</sup> 越知保見「営業自由をめぐる論争の今日的意義」『金井貴嗣古希記念論文集』(弘文堂 2022) 33 頁(以下「越知・営業の自由論争」という)<sup>9</sup> 越知・競争大全 57 頁参照

市場経済と相いれない、(イ)当事者間の合意に広範に介入することになり、私的自治・契約自由に反する

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、市場経済というより、社会主義的経済システムにむしろ整合する理論であること(実態は、オルドーソーシャリズムであること)、その点を、古くは今村教授、最近では、欧米の学者が日本で開催された優越的地位の濫用をテーマとしている国際的な学会・シンポで指摘してきたこと

(iv) 初期オルドー主義は、米国に留学した第2世代以降、初期オルドー主義の問題に気付き、有効な競争の確保を志向する有効競争論(competition on the merit)に修正されており、EUの裁判例の有効競争、ドイツの業績競争、日本の最高裁判決が示す能率競争概念はいずれも有効競争の考え方に依拠していること(オルドーリベラリズムという用語も、有効競争に基づく修正されたオルドー主義を指して用いられることが多いこと)

(v) 日本の学説・専門家の多くは、完全競争を志向する初期オルドー主義の影響を受け一方、有効競争に依拠する修正されたオルドー主義(フライブルグ学派)の違いが認識されていないようであり、アダム・スミスの思想へも十分配慮されないまま、初期オルドー主義の影響を受けていること

(vi) 越知・営業の自由論争で紹介した岡田教授の「営業の自由」の考え方は、アダム・スミスの思想と有効競争の考え方に最も近いものであるが、岡田説の指摘は、独禁法学説では無視されていること

(vii) しかし、人為性を基礎に置く最高裁の競争法観は、アダム・スミスの市場経済の思想に合致するだけでなく、営業の自由論争での岡田教授の唱えた競争法観に合致するものであること

(viii) 以上は、日本の独禁法解釈の独自性の根源にあること<sup>9</sup>、DPガイドラインは、日本の独禁法解釈の独自性の根源的問題を明らかにするものであること

(ix) DPガイドラインに示された特殊な「取引の自由」の解釈に依拠する優越の解釈に基づく競争政策の運用は、自由主義経済の基本法としての性格に反する方向性であり、最高裁の一連の判決とも整合せず、持続可能な競争政策ではないこと

(x) 日本では、「取引の自由」の位置付けの誤りが有効競争・能率競争概念の欧米と異なる独自の理解を引き起こしており、それをEU競争法、ドイツの業績競争の正しい理解である競争過程を重視する見方に引き戻すことが、デジタル経済の本来の競争政策の在り方であること【この部分は、現在、国際商事法務にて、一連の論考を発表予定】4競争法観に言及した先行研究とその問題

---

<sup>9</sup> 越知・競争大全 57頁参照

日本では、この競争概念の根本的な問題を論じた最近の論考は多くはない<sup>10</sup>。現在の学説では、舟田教授には多数の論考があるが、初期オールド学派の理論に影響を受けた正田博士の見解を、ドイツの業績競争の考え方についての（EUの一般的理解とは異なる）独自の解釈に依拠して論じるものである。最近では、杉崎論文<sup>11</sup>は、EU競争法102条の柱を搾取的濫用と位置付け、かつ、市場支配的地位がない場合でも搾取が生じることから、市場支配的地位がなくとも濫用(搾取)が生じるので、立法論として、市場支配的地位がなくとも濫用規制を行うべきであるとのフランスの学説があることを紹介し、これに依拠して、日本の優越的地位の濫用はかかる動きを先駆するものであると評価する。以下（特に第7.2 このような評価も初期オールド学派の主張を復活させるものであるが、EU競争法・仏独の競争法の実像を歪めるほとんど独自の解釈に依拠している。）で詳細に論じるが、EU競争法・ドイツ競争法・フランスの学説のいずれもベースラインは成果基準を主たる要素とする有効競争であって、初期オールド主義の完全競争の考え方に回帰するものではない<sup>12</sup>。

自由競争を重視する学説からの論考には、川濱・市場秩序<sup>13</sup>があり、詳細な文献の照会・引用が行われており、越知・競争法大全第2章でも繰り返し言及しているが、川濱教授は、同論文の市場秩序の考え方・自由競争を重視する市場法観<sup>14</sup>に立てば、受け入れられるはずがないDPガイドラインの立場を支持されている<sup>15</sup>。越知・営業の

<sup>10</sup> 越知・競争法大全第2章は、詳細にこの問題を論じている。競争法観の展開の要点は、第1節17頁以下参照。

<sup>11</sup> 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」一橋法学19巻3号1337頁以下(2020年)(以下「杉崎論文」という)

<sup>12</sup> オールドリベラリズムという場合には、この修正されたオールド主義を指して用いられているJohn Kallaugher & Brian, Rebate Revisited :Anti-competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82 abuse [2004]E.C.L.R. 263(以下「カラハ論文」という)は、EU競争法は、初期オールド主義を成果基準を重視する観点から修正した有効競争論をオールドリベラリズムとして紹介している。なお、杉崎論文も、オールド主義には、第1世代と第2世代があることが指摘されている。第2世代(有効競争の立場から修正されたオールド主義)の論者として、メルトメッカーの見解が紹介されている。金井貴嗣「EU支配的地位の濫用の生成」中央ロージャーナル12巻1号(2015)43頁、川濱・市場秩序(注14参照)のような先行研究では、第1世代、第2世代以降のオールド主義が区別されず、第1世代がEU競争法の判例法に「色濃く」影響を与えているかのように論じているので、杉崎論文が、第1世代と第2世代を区別して論じていることは評価できる。ただし、初期EU競争法の判例の形成に重要な影響を与えたのは、次の世代のピーター・ウルマー・ハイデルベルク大学教授であるが、同教授の見解には全く言及されていない。カラハ論文、越知・競争法大全では、同教授の理論を詳細に紹介している。

<sup>13</sup> 川濱昇「市場秩序法としての独禁法(1)(2)(3)」(『民商法雑誌』139巻3号265-301頁、4・5号439-465頁、6号581-606頁、2008年)(以下「川濱・市場秩序」という)

<sup>14</sup> 川濱教授を含む日本の学説の素描は、越知・競争法大全62頁参照

<sup>15</sup> 川濱昇「優越的地位の濫用の慎重な新展開」NBL1166号24頁(2020)(以下「川濱・優越」という)、DPガイドラインが慎重な新展開であると評価して、DPガイドラインを支持しているが、競争政策上の柱に位置付けるというパラダイムシフトを起こしている状況を看過してい

自由論争後に、川濱・市場秩序を再検討したところ、同論文においては、初期オルドー主義を先駆者とする一方、有効競争という最もオーソドックスな競争法観が「廃れた」ものとして取り扱われ、初期オルドー主義が市場による淘汰を否定する結果となること、成果基準を主たる基準として再構築された有効競争論、それがドイツの業績競争・日本の能率競争概念の基礎となっているという流れなど、市場法秩序を考察するにあたっての重要な点についての言及を欠いているという根本的な問題があることがわかった。初期のオルドー主義に関しては、アダム・スミスの市場経済の思想からは異端であり、今日ではまさに「廃れている」初期オルドー学派の完全競争に基づく考え方が「先駆者」として紹介され、それが、現在の EU 競争法に「色濃く」残されているという独自の(少なくともそのような考えは、欧米では一般的ではない)認識の下で、市場法秩序に対する考察が行われている。他方において、欧米の競争法観の基礎ともいべき有効競争の考え方が「廃れている」と切り捨てられ、オーソドックスな競争法観に立った岡田教授の問題提起は無視されているのである<sup>16</sup>。この点は、DPガイドラインの理論的問題を考える上で最も重要な問題と考えられ、本稿では、これらの先行研究に言及しつつ、日本の独禁法の競争法観の根本的な問題を明らかにするものである。

## 第2 DPガイドラインの取引の自由の意義と初期オルドー主義・完全競争

### 1 DPガイドラインの依拠する取引の自由の意義

本来、自由競争減殺の本丸の問題であるはずの「取引の自由」の侵害が優越の規制根拠となり、そこから「不当不利益」一般を優越的地位の濫用に該当するという DP ガイドラインの考え方の理論的根拠となっているのは、正田説の対等取引権を取引の自由として再構築した舟田説と考えられる<sup>17</sup>。

---

る。川濱・市場秩序で示された考え方と取引当事者間の対等性を志向する完全競争的な考え方に立つ DP ガイドラインは理論的に整合しないはずであるが、川濱・優越では、川濱・市場秩序で示された教授の見解との整合性についての問題はすべて棚上げされている。

<sup>16</sup>川濱・市場秩序においては、有効競争の重要な要素である競争過程の保護については、十分な言及がなされており、筆者は、従来、成果基準を中心として再構築された EU の有効競争について理解されているものと考えていたが、最近の川濱・市場支配力基準により、競争過程保護は市場支配力分析に解消され、パラメーターとしての意義を失っていることが判明した(第3の3、第4の5参照)。

<sup>17</sup> 正田彬編『全訂独占禁止法 I』120頁。正田彬『消費者の権利』(岩波新書)にも、これに近い考え方が示されている。今村成和『独占禁止法(新版)』(有斐閣1978)(以下「今村・独禁法新版」という)127頁は、峰村光郎・正田彬『私的独占禁止法』(日本評論社1956)を引用して、対等取引権の確保を論じている。



舟田説は、「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<sup>18</sup>、取引の自由を経済的力から対等な取引を回復する権利(正田説の対等取引権)から理解する<sup>19</sup>。すなわち、舟田説は、取引の自由をもつばら、取引劣位の者の取引の自由を問題にし、優位者に対する交渉上のハンディを回復する概念であるかのようにとらえる。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。

通常取引の自由の考え方は、両者に取引の自由があり、優位にあるからといって優位になる側の取引の自由が無視されるものでも、相手方の利益を擁護する義務が生じるものでもない。市場支配的地位においては、市場支配的地位にある者、取引の自由は制限され、それはE U競争法では、市場支配的地位にあるものと特別の責任と解されている。その考え方は、有効競争の考え方から導きうるものであるが、優位にある者に一般的に特別の責任が課されると考える見方はない(私的自治・契約自由の原則に配慮するからである)。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)。最近の村上・国際商事法務連載論文でも引用されている。学説は、しばしばE U競争法の特別の責任論という理論構成に疑義を呈する。そうであれば、優位の者に特別の責任、それも相手方の利益擁護義務という市場原理を否定するかのような義務を課しながら、それに対する批判・慎重な検討が行われるのが自然であるはずだが、そのような批判も、今村教授の指摘に対する検討もないままにそれが支持されているのである。

正田舟田説は、初期オールドー主義の完全競争(対等取引)をベースラインとした競争法観から、独禁法の「取引の自由」を契約の自由・私的自治に優越する概念のように構成しているが、その思想自体に市場経済との整合性に重大な疑問があり、その点は、今村教授からも、優越に関する国際シンポにおいて、米国の研究者・実務家からも指摘され続けている。その点が全く無視ないし認識されずに、DP ガイドラインにそのような考え方が採用されてしまったものである。以下で詳述する。

---

<sup>18</sup> 舟田正之「「公正な競争」と取引の自由」舟田正之・土田和博編『独占禁止法とフェアエコノミー』(日本評論社 2017)(以下「舟田(2017)」という)28 頁、同「経済法序説(3)」立教法学 94 号 197 頁。

<sup>19</sup> 舟田(2017)は、経済的自由は、古くは「営業の自由」等として議論され、また、オールドー自由主義等においては、「競争の自由」という用語が用いられてきた。・・・「取引の自由」と呼ぶことが適当であろう」と指摘している。しかし、その「取引の自由」の意味は、経済的力からの自由であって、市場力の抑制・規制であるとするが、ここでの市場力は、市場支配力のみならず、相対的市場力が含まれるとされ、結局、経済力格差を問題にするものとなっている。これは、正田教授の対等取引権の考え方を「取引の自由」と表現するものであり、取引の自由の意義自体を変質させたものである。

## 2 初期オールドー主義とドイツの業績競争概念

初期オールドー主義は、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<sup>20</sup>。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)。有効競争は、競争のメリットがあるか否かを、市場構造(structure)、行動(conduct)、成果(performance)を総合して判断するが<sup>21</sup>、1960年代の米国の寡占をめぐる論争の時代には、有効競争論の論者から、市場構造と市場行動が重視され成果基準が補完的に使われると主張されたため<sup>22</sup>、シカゴ学派から有効競争論が SCP パラダイムとして批判された。そのため、日本では、有力学説において有効競争の成果を利潤率などで見る 1960年代の経済学の学説だけが有効競争論であるかのように解され、シカゴ学派の台頭と共に有効競争という考え方は廃れたものと認識されてきた<sup>23</sup>ようである。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 competition on the merit の考え方自体が廃れたものではない。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り、有効競争論自体が廃れたものではない(廃れているのは、初期オールドー主義である)。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 であり、成果と同じ訳語である。ドイツの最高裁判決などでは、performance based competition 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<sup>24</sup>。良質廉価を巡る競争と意義付けられる能率競争概念は、成果を重視する有効競争概念・ドイツの業績競争概念と同じであるはずであり、最高裁はまさにそのように解しているのに、日本では、完全競争の理想形から逸

<sup>20</sup>これを完全競争であるかのように規制することから「かのように」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。

<sup>21</sup>その経緯については、越知・競争法大全第 2 章第 1 節 17 頁以下参照。<sup>22</sup>構造基準、行為基準を主たる基準とみて、成果基準を従たる基準とみて、成果基準を、利潤率・事業者の数などから見る経済学の学説であり、クラークなどによって主張された。

<sup>22</sup>構造基準、行為基準を主たる基準とみて、成果基準を従たる基準とみて、成果基準を、利潤率・事業者の数などから見る経済学の学説であり、クラークなどによって主張された。

<sup>23</sup>川濱・市場秩序 288 頁

<sup>24</sup>越知・競争法大全第 2 章第 3 節のドイツパートを参照。performance と merit の違いは、merit が市場の特性(市場構造)を踏まえた競争過程の保護を包摂しているところにある(ただし、あまり区別が明瞭でないことも多い)。越知・競争法大全 31 頁

脱した取引条件すべてが不公正な手段であるかのように能率競争概念を位置付けたり、不正手段型の規制根拠として定義づけられることが一般であるために概念の混乱を招いている<sup>25</sup>。第4の5と6で詳述する

### 3 初期オルドー主義と市場経済との整合性

今日、欧米にオルドー主義・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フライブルグ学派の考え方によって修正されたオルドー主義が念頭に置かれている<sup>26</sup>。ところが、DPガイドラインを契機とした優越に関する解釈論の展開によって、有効競争論によって克服された初期オルドー主義が優越の解釈を通じて復活する状況となっている<sup>27</sup>。

しかし、初期オルドー主義が唱えた完全競争という競争法観は、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だけでなく、国家による介入を強化する動きにならざるを得ず、自由主義経済と相いれない。それは、今日では、究極的には、社会主義的な競争政策(あるいは、アダム・スミスが批判した重商主義的経済政策)に向かうことになる<sup>28</sup>。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)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)、現実の資本主義社会では、純粋競争の姿を追えば、規制が極端に走って、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述べている、

優越的地位の濫用規制がこのような初期オルドー主義的な解釈論を誘発する危険

<sup>25</sup> 越知・競争法大全第2章第5節59頁以下

<sup>26</sup> 筆者は、EUの競争法の有効競争(competition on the merit)の源流を越知・競争法大全の前著である『欧米独占禁止法の解説』(商事法務2000)『日米欧独占禁止法』(商事法務2005)では、フライブルグ学派として紹介したが、カラハ論文が、EU競争法の基礎である修正されたオルドー主義をオルドーリベラリズムとして紹介していること、川瀆・市場秩序277頁では、「ドイツのオルドー学派(フライブルグ学派)」として、オルドー学派とフライブルグ学派を同視していることから、越知・競争法大全29頁以下では、有効競争論に立つフライブルグ学派の主張をオルドー主義として紹介している。しかし、日本では、完全競争を志向する初期オルドー主義をもってオルドー主義・オルドーリベラリズムであるとの理解が根強いようであり、川瀆教授も初期オルドー主義と有効競争論に立つフライブルグ学派が区別できていないようである。カラハ論文では、フライブルグ学派の有力論者であるピーター・ウルマー・ハイデルベルク大学教授のperformance based competitionの考え方が詳細に示されており、フライブルグ学派によって修正された有効競争論をオルドーリベラリズムと位置付けている。

<sup>27</sup> 正田博士の対等取引権という主張は、初期オルドー主義の主張を突き詰めた主張であるが、今日、欧米では、そのような考え方は取られていない。

<sup>28</sup>

は、優越的地位の濫用を取り上げた 2008 年に京都で開かれた ICN の年次総会でも、国際的な競争法学者のネットワークである ASCORA の東京大会(2013 年)でも、優越的地位の濫用規制が、初期オールドー主義に向かう可能性があること、契約自由・私的自治の原則に反する運用となる危険があること、社会主義的な法制を志向する結果となることについての問題が米国のパネリストから提起された。

筆者は、その当時は、社会主義に向かうというのは極端な批判のように思われたが、DP ガイドラインとその後の展開によって、そのような批判・指摘が、現実のものとなりつつある。そのため、その危険性に警鐘を鳴らすべく、繰り返し問題を指摘しているのである<sup>29</sup>。

ところが、日本では、自由競争を重視する学説にさえ、初期オールドー主義の影響が認められる一方、有効競争的な考え方が看過される傾向がある。川濱・市場秩序においても、初期オールドー主義に関し、先駆者としての評価を与える一方、SCP パラダイムの批判を受けて 有効競争プロジェクトは廃れたと評価しており(288 頁)、初期オールドー主義が市場による淘汰を否定する結果となること、成果基準を主たる基準として再構築された有効競争論、それがドイツの業績競争・日本の能率競争概念の基礎となっているという流れなど、市場秩序を考察するにあたっての基本的な観点についての言及を欠いている。競争過程の保護については、十分な言及がなされているが、(注(49)の川濱・市場支配力基準により、)市場支配力分析に解消されるので、結局、競争過程は独自の意味を持っていないことが判明した(第 4 の 5 で詳述する)。また、取引の自由に関しても、岡田・営業の自由が提起した「取引の自由」に関する論争への言及も欠いている。

### 第 3 市場法秩序に適合する取引の自由・公正な競争の意義

#### 1 公正な競争・取引の自由が対等性の確保・回復の意味で用いられていること

「取引の自由」を経済的力からの対等性の回復という完全競争論・初期オールドー主義の観点から理解する舟田説は、そのような解釈の根拠を完全競争や初期オールドー主

<sup>29</sup> ICN 京都総会では、当時 FTC 委員であるコバチッチ氏などが壇上で指摘した。筆者が、その大会後、ジョーンズデイ東京事務所での議論した結果は、越知・競争法大全 105 頁に記載されている。ASCORA 東京大会では、パネルの議論においてエレナー・フォックス教授によって指摘された。大会の夕食会で、筆者は、エレナー・フォックス教授と同席し、優越がバーゲニングパワーの回復のための介入を行うのであれば、初期オールドー学派の考え方であること、その考え方は、competition on the merits(有効競争)の考え方ではないことを指摘する趣旨で発言したことを確認している。川濱昇「反トラストポピュリズムに関する覚書」法学士林 116 巻 2・3 合併号(2019)117 頁(以下「川濱・ポピュリズム」という)では、反トラストポピュリズムの論者として、エレナー・フォックス教授の主張を引用されているが、反トラストポピュリズムに立つ学説によっても DP ガイドラインの完全競争的な考え方が支持されるものではないのである。

義ではなく、「公正性」「公正な競争」に求める。完全競争理論・初期オールド主義が、ドイツでも衰退し、有効競争にとって代わっているため、完全競争にかえて公正な競争を観念し、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、それを完全競争的に理解された「取引の自由」の論拠として用いているのである。舟田説が主張する公正な競争・能率競争・業績競争は、初期オールド主義に基づく劣位の者に完全競争の下での取引条件を回復させるため概念として用いられており、公正の問題が、平等の問題に置き換えられているのである。

「公正かつ自由な競争の下ではあり得ない不利益」とは「対等な取引ではありえないような不利益」と解されることは、正田説も舟田説も変わりなく、実質は、対等取引権である。それをあたかもそれが自由の問題のように見せていることが問題なのである。

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)

DP ガイドラインのように、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、いつでも当局に規制の発動を求めることができ、かつ当局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・私的自治の利点を破壊するものであり、市場経済・規模の経済・私的自治と整合せず、それ故に、初期オールドは廃れたのである。

しかし、新一般指定の解説(田中寿・解説)では、「公正かつ自由な競争の下ではあり得ない不利益」は、事実上、「私的自治をもってしてもありえないような不利益」「私的自治の濫用によって生じた不利益」に限定するかのよう書き方になっていた。それが DP ガイドラインでは、「公正かつ自由な競争の下ではあり得ない不利益」の意義が「対等な取引ではありえないような不利益」に変更されてしまっており、それこそが DP ガイドラインの問題の核心である。

ただ、今村説も、公正の問題が対等性の問題に置き換えられていることが問題であることを把握しきっていない箇所もある。優越の濫用行為を対等な取引では起こり得ないような著しく不当な取引条件を意味すると解し、対等取引をベースラインに持ち込んでいる<sup>31</sup>。「著しさ」によって濫用性を表現しているのが、正田説とは異なるが、本来は、競争が有効に機能しえなくなるような不利益行為、あるいは私的自治によって許容されない程度の著しい不利益行為など私的自治・契約自由から出発すべきであったと考えられる。ドイツの相対的市場支配力規制は私的自治に配慮して謙抑的に運用されている点は、第 7 の 3 を参照。

また、川濱・市場秩序 288 頁では、今でも独禁法に関して、「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している。同論文では、そのような仮想は妥当でな

<sup>31</sup> 今村・独禁法新版 152 頁。

いとしているが、DPガイドラインは、実質的に、完全競争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。

## 2 取引の自由の本来の意義と営業の自由論争

取引の自由は、優越規制の趣旨ではなく、独禁法の保護法益そのものであり、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り、それが市場支配力の抑制と解され、取引の自由を優越の保護法益として、人為性の要件をとりはらって、保護することになってしまっていることが、DPガイドラインの問題であり、それは、市場経済の解釈ではない。

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、経済弱者の非効率性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り、後述する)。

以上のような取引の自由が競争政策の核心であるという主張を最も的確に主張されているのが、岡田説であるが、岡田説の核心が正しく理解されていない。営業の自由が「公序」であるという要約がなされることがあるが、岡田説の憲法論的観点からの正しい要約は、独禁法は、憲法 22 条、29 条の営業の自由に関する私人間効力を具体化する規定であるというものである。そのように「公序」の意味を理解すれば、公序といえるが、営業の自由に関する私人間効力を具体化する規定であるという指摘・理解はなされていない。岡田説は、今村説を推し進めた説(純化した説)であるにもかかわらず、今村説は、これを批判する側に回っており、競争機能の保護を主張した今村説でさえ、取引の自由が独禁法の核心であることの理解が十分になされていなかったようである。それが4分の3世紀に渡って受け継がれた日本の独禁法学会の根本的な問題であり、越知・営業の自由論文はそれを指摘するものである。

### 3 取引の自由の概念の歪曲の原因とアダム・スミスの思想

#### (1)取引の自由の概念の歪曲の原因

どうして、そのような基本の基本ともいふべきことが日本で理解されず、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・スミスの思想が歪められ、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に気づいた。

#### (2)アダム・スミスの思想

アダム・スミスは、国富論だけではなく、法学・道徳哲学についての著書もあり<sup>32</sup>、法と経済についての先駆者でもある。その思想的基礎は、自然法思想であり<sup>33</sup>、取引の自由が保障される前提で、事業者が利己心を追及することは、自然価格への収れんをもたらす、社会の発展に資するというのがアダム・スミスの思想である<sup>34</sup>。シカゴ学派経済学が新古典派経済学と呼ばれ、アダム・スミスの経済理論が「自由放任」の経済理論と呼ばれていることから、シカゴ学派経済学の起源であるかのように錯覚されている専門家も多いのではないと思われるが、アダム・スミスの考え方というのは、シカゴ学派あるいは新古典派の経済学ほど自由放任ではない。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。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、取引制限と独占化の2か条によって取引の自由を確保するところに競争法(反トラスト法・EU競争法・独占禁止法を含む)の根幹的思想が表れているのである<sup>35</sup>。つまり、市場経済の利点を説いたアダム・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。

#### (3)最高裁判決の人為性概念とアダム・スミスの思想との整合性

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

<sup>32</sup> アダム・スミス『国富論』(講談社学術文庫、岩波文庫など)『道徳感情論』(講談社学術文庫、岩波文庫など)、同『法学講義』(岩波文庫)など。

<sup>33</sup> 丸山徹『アダム・スミスの国富論を読む』第6話では、アダム・スミスと自然法思想の関係がわかりやすく叙述されている。

<sup>34</sup> 前注第3話では、『国富論』において、自然価格への収れんをもたらすために取引の自由が保障される前提があることがわかりやすく叙述されている。

<sup>35</sup> 越知・営業の自由論争では、各規制類型ごとに取引の自由がどのように保護されるかを明らかにしている。

ると考え、そう主張している<sup>36</sup>。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た (判決書 55 頁)画期的判決である。

#### (4) 市場経済は、ギリシャの都市国家の時代にあり、アダムスミスの思想は経済思想におけるルネッサンスであること

舟田 (2017) 23 頁において示された「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。マイナミ事件判決 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ある。

西洋文明の起源は、ギリシャの都市国家において海洋の自由な貿易によって豊かな経済が生まれ、そこから今でも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表れたものではない。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。

要するに、自由というものが管理されて初めて成り立つという、自由と反対の思想、それはアダム・スミスの時代には重商主義であったが、今日では、社会主義市場経済であろう。ところが日本では伝統的に社会主義的な思想への知識人のシンパシーが強すぎ、アダム・スミスの主張の真意をゆがめて要約してきた。アダム・スミスの思想は、自然な競争を保護し、自然価格への収斂が行われれば、国富が最大化するというのは、要するにギリシャ・ローマの自由な経済に回帰することを主張するものであり、当時の自然主義の思想の経済版であり、ルネッサンスの経済版であった。取引の自由の理解が、「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。

17 世紀に人為的に市場経済が現れ、市場を管理する必要があるという考え方は、市場が失敗するという前提に立つもので、それは重商主義的、あるいは社会主義的な考え方であ

<sup>36</sup> 国富論第 4 編、丸山・アダム・スミスの国富論を読む第 3 話、第 6 話参照



る。そのような考え方は、隣国のような独裁を生んでしまう。ドストエフスキーの『カラマーゾフの兄弟』の有名な大審問官伝説は、それを警告するものであり、本稿は、そのことを末尾で指摘している。本稿は、ウクライナ戦争以前に脱稿したものだが、まさに時宜を得たものとなっている。自由を殺し権威の上に築かれた社会システムの問題とロシアがそのような問題を抱えていたことは、大審問官伝説が描いた問題そのものであり、大審問官伝説はスペインを舞台にしているが、それは今日のロシアの問題そのものであり、それは、「自由」の価値を理解していないことに由来するものであるという問題の根源をも示している。まさに予言の書としてドストエフスキーの面目躍如であるといえる。

土田教授の近著「経済法のルネサンス」は、2元論による公正性の強調は、(自由の再生である)ルネサンスと対極の動きであるのに、それを臆面もなくルネサンスと称しており、学説の問題の深刻さを示すものである)。

#### 4 公正の意義・一元論と二元論

近年は、国際的にも公正な競争が論じられるようになっており、越知・競争大全第2章第3節、第4節では、その動きについて詳細に記述している。日本では、自由な競争と公正な競争を区別し、自由競争、不公正な取引方法は公正競争という別の保護法益であり、自由競争に関しては、競争の実質的制限が規制基準であり、それは、市場支配力の形成・維持・強化で違法性を判断し、公正競争は、能率競争によって、違法性を判断するという二元的な違法性判断基準が妥当するかのような考え方が学説・公取委実務でなかば当然視されてきた(二元論)。しかし、欧米での公正な競争の議論は、有効競争・業績競争の考慮要素として公正性をどのように取り込むかの議論であり(一元論)、日本の二元論とは全く異なるものである。

「公正」という概念は、太古の昔から存在した。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

いう考え方であり、ドイツの業績競争、本来の「能率競争」(最高裁の示す意味の能率競争)の考え方も同様である<sup>37</sup>。

その場合、行為それ自体が許容されない行為に関しては、市場分析を行うまでもなく、介入が正当化される。行為それ自体に、競争・市場経済を脅かす抽象的な危険があるからであり、これが、日本では、それが不正手段型において、セオリーオブハームの立証は必要とされていないことが正当化される実質的理由である。(i)2条9項5号イ、ロ、ハに例示された行為自体の悪性が極めて高く、契約・商慣習違反のような私的自治・契約自由によって許容できないような行為が並んでいること、(ii)下請法が、景品表示法同様、市場分析を行うことなく、違法とされることに照らせば、優越が不正手段的なものであるという性格が表れており、その性格によって優越が、公正競争阻害性の具体的な立証を必要としないことが正当化されるというべきである<sup>38</sup>。

#### 第4 能率競争・有効競争・競争保護の概念の分布

##### 1 完全競争と有効競争

有効競争とは、競争保護について、完全競争をベースラインに置き、完全競争からの逸脱が保護対象となるという考え方(初期のオールド学派はこのような考え方をとった)と対比される概念であり、競争のメリットがある場合に保護する考え方である。競争のメリットがあるか否かは、市場構造(structure)、行動(conduct)、成果(performance)を総合して判断する<sup>39</sup>。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。

1960年代の米国の寡占をめぐる論争の時代には、有効競争論の論者から、市場構造

<sup>37</sup> 越知・競争法大全第2章で詳細に論じている。能率競争に関して、最高裁は、自由かつ公正な競争という一元論的な見地から能率競争を意義づけているが、学説は、二元論の立場から「公正な競争」を保護する概念として能率競争が用いられているという特異な状況がある(越知・競争法大全64頁以下)。なお、前出注42で今村・独禁法新版96頁は、公正な競争を完全競争の実現のように理解する見方が市場経済と相いれないことを述べたことに続けて、公正な競争を問題とする法の趣旨は、公正な競争の阻害を問題とするものであるとし、公正な競争の阻害として、大要、(i)不正手段による場合と(ii)自由な競争を困難ならしめるような経済力の集中または特定の事業者の市場からの排除を生ずる場合を挙げる。上記の公正競争の阻害についての(ii)の類型は競争過程侵害の場合として整理することができ、一元論的な見地から能率競争を位置付ける筆者と最高裁判決の立場に近い。最高裁判決の説示する能率競争阻害・競争機能侵害の概念は、上記(i)(ii)の場合を包摂するものと理解することができる。

<sup>38</sup> したがって、優越を不正手段的な性格から自由競争減殺に近い性格にパラダイムシフトをすれば、公正競争阻害性についての立証が必要と解されることになる。

<sup>39</sup> その経緯については、越知・競争法大全第2章第1節17頁以下参照。<sup>40</sup> 構造基準、行為基準を主たる基準とみて、成果基準を従たる基準とみて、成果基準を、利潤率・事業者の数などから見る経済学の学説であり、クラークなどによって主張された。

と市場行動が重視され成果基準が補完的に使われると主張され、その成果は高い利潤率によって判断すると主張された<sup>40</sup>。このような有効競争論が SCP パラダイムであるが、日本では、この 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<sup>41</sup>。しかし、SCP パラダイムとして批判された有効競争の成果基準のとらえ方は、著しく構造基準に近似するもので、SCP パラダイムというのは有効競争を完全競争に近づける考え方であった、

【SCP パラダイムを否定したシカゴ学派は、消費者厚生を基準として、競争保護を考える考え方であるが、これは、成果基準のみを有効な競争が維持されているかのパラメーターと考える考え方ともいえる。】

ドイツでも、完全競争に基づく競争保護は廃れ、成果基準を良質廉価というパラメーターで判断し、成果基準を主基準とする有効競争の考え方が台頭した（これを、SCP パラダイムに基づく有効競争論と区別するため「新有効競争論」という）。その考え方は、業績競争と呼ばれるが、業績の英訳は、performance であり、有効競争の「成果」基準のことである。つまり、業績競争とは成果競争という意味である。良質廉価をめぐる競争と位置付けられる能率競争概念は、ドイツの業績競争の意義に近いものである。この業績競争概念は、EU の市場支配的地位の濫用の定義で採用されており、ドイツも EU も新有効競争論に立っているのである。注意すべきは、ドイツ・EU の新有効競争論は、実は、競争過程をも重視する見解であり、純粹に成果だけを基準とするのは、米国のシカゴ学派以降の主流の消費者厚生だけを基準とする競争法観であるという点である。そして、この考え方でさえも、有効競争論における成果基準に偏向した見方であるといえるのである。

今日では、セオリーオブハームという概念が用いられているが、これは、有効競争阻害(競争機能侵害・能率競争阻害)がどのように発生しているかの評価、反競争性の評価を説明する概念であり、S, C, P の考慮要素をどのように組み立てる下の説明を求めるものであるといってもよい。

ところが、日本では、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。以下で詳述する。

## 2 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

<sup>40</sup> 構造基準、行為基準を主たる基準とみて、成果基準を従たる基準とみて、成果基準を、利潤率・事業者の数などから見る経済学の学説であり、クラークなどによって主張された。

<sup>41</sup>川濱・市場秩序 288 頁

### (1) ウルマーの業績競争論についての舟田説の理解

日本では、有効競争という概念が廃れたという理解の下で、業績競争・能率競争を有効競争と切断して以下のように理解する見解（正田舟田説）が有力に主張されてきた。

「業績競争」については、P. ウルマーの所説に基づき、次のように要約できよう。

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、業績競争を初期オールド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)日本独自の見解である。

ドイツ・EUの判例法の形成に影響を与えたウルマーの理論は、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、競争者の取引の機会に重要な影響を与えること、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。

ECJ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と定義され(United Brands 事件<sup>42</sup>)、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<sup>43</sup>)。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)。しかし、上記のEUの市場支配的地位と濫用行為の定義にみられるように、有効競争阻害が濫用行為性を判断する中核であり、有効競争の具体的規範化において業績競争概念が参照され、

<sup>42</sup> United Brands v. Commission [1978] ECR 207 [1978] 1 CMLR 429

<sup>43</sup> Hoffmann-La Roche & Co. v. Commission (Vitamins), Case 85/76 [1979] ECR 461 [1979] 3 CMLR 211

重大な影響を及ぼしたのである。

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の有効競争論の最高裁判決への影響

そして、日本の最高裁判決の人為性の概念は、かかる定義と近似しており、日本の判決に影響を及ぼしているといってもよい。

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、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影響を与えるか	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) 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、支配的地位を有する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(competition on the merit)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。越知・インテル・クアルコム事件論文参照

### (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、業績に基づかない競争として、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と主張したが、行為そのものが競争法上違法になるという考え方はドイツ競争法では採用されなかった(直近の第 10 次改正において提案されたが、改正は実現していない)。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が、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もうとする試みであった。日本では、すでに不正手段型は、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のは、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、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、我田引水的解釈というほかない。

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。

### 3 日本の能率競争概念についての3つの見方と最高裁判決の展開

#### (1) 能率競争をめぐる概念の混乱

日本の概説書では、能率競争概念が判例学説により、異なるにもかかわらず、その相違にあえて触れることなく、異なる3つの見解を混同させて用いてきた。各学説で、定義の表現が微妙に異なる。

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であり(取引条件の対等性確保説)、「良質廉価を唯一の手段として」と表現される(根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説(第5版)』(有斐閣)182頁)。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。

良質廉価といえば、よいものが安く手に入ることであり、それは消費者余剰の増大であって、シカゴ学派の考え方ではないか、とくに、「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年代までは、そのようにも主張されていた。

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)不正手段型に限定された規制根拠と考える立場である(行為の不当性説)。これが、田中・解説の立場で示された公取委の解釈だが、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も多い(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は、EU競争法と同じく、有効競争の考え方に基づく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(有効競争説)、「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。

## (2) 能率競争・有効競争に関する最高裁判決の展開

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つ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、人為性概念が最判上初めて用いられた(なお、最近、最初の審決取消訴訟においては、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概念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<sup>44</sup>。

## (3) マイナミ事件東京地判により、競争機能侵害・一元説の考え方が押し進められていること

最近のマイナミ空港サービス事件は、これらの最判の枠組みをさらに押し進め、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、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)の中核にあることを明らかにした。この点は、越知・営業の自由論文での主張が支持されたことになる。

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つて、同義はない。最近のマイナミ空港事件では、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、これは、市場支配力の形成維持強化が考慮要素であることを明確にするものである。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、川濱・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。かえつて、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、市場支配力の形成維持強化を市場構造要因とみなしている。

<sup>44</sup>競争の実質的制限の意義に関しても、有効競争が期待できない場合と判示している判例がある(石油連盟事件東京高判昭和 55 年 9 月 26 日)。



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。

(4) 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、最近、能率競争 DP ではこのような考えが示されている<sup>45</sup>。

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、経済的弱者の弱みに付け込むもので、強い非難に値する悪質な行為であり<sup>46</sup>、良質廉価を巡る競争ではないから能率競争に反する。強い非難に値する極めて悪質な行為とは、行為当事者間の地位の不均衡に付け込む行為態様の悪質性の著しさ、利益・損失分配の著しい不均衡、透明性の欠如、猶予期間・協議期間をもうけず問答無用の対応を取るなどの手続的な行為態様の悪質性、およそ正当な理由・競争促進効果がないような行為の場合である。つまり、当事者の地位、行為態様、著しい不均衡、市場へのプラスの影響がないことが「不利益性」を判断するパラメーターである。そのような解釈は、2条9項5号イ、ロ、ハは以上のような内容の行為例示されたものである。

マイナミ事件東京地判は、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」と整理し(判決書26-27頁)、公取委は、能率競争概念に関しては、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。4 競争法理論の分布状況と根源的問題の整理

#### (1) 世界の競争法理論の分布状況

以上の日米校における沿革に照らした競争法理論の展開・分布状況を整理すると以下の通りである。1

##### 世界の競争法理論

- 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(初期オールドー主義の as if 基準)・初期オー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。

<sup>45</sup>

<sup>46</sup> 今村・独禁法新版96頁は、公正な競争の阻害は、取引方法が非難に値する場合と自由な競争を困難ならしめるような経済力の集中または特定の事業者の市場からの排除を生ずる場合を挙げており、前者が優越を想定するものと考えられる。

- 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ただし、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)・

いずれの学説においても、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。

## (2) 日本の学説の位置づけ

- ① が公正な競争の概念。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、②が有効競争であり、有効競争論はすたれたという固定観念がある。
- 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新概念が登場し、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、能率競争に関して、①をもとっているようである。

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するように説明し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。

## (3) 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、競争過程の保護の意義がよく理解されてこなかった。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<sup>47</sup>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 頁は、「有効競争を期待しがたい場合」を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<sup>48</sup>。

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<sup>49</sup>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、そ行為の不当性を重視する学説は、DP ガイドラインを支持し、優越的地位の濫用の一般化を志向している。

川瀆教授は、川瀆・市場秩序において、競争過程に十分に言及されていたが<sup>50</sup>、川瀆・市場支配力基準により、川瀆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<sup>51</sup>。

以上のように、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。

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して判断され、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。

---

<sup>47</sup>この定義は、越知競争法大全では言及していなかったが、石油連盟事件東京高裁判決(東京高判昭和 55 年 9 月 26 日)で、8 条 1 号との関係において、競争の実質的制限とは、有効競争が期待できないばあいと判示している。

<sup>48</sup> 最高裁判決の方向性を示唆したのは、越知・日米欧独占禁止法であったと思われる。同書以外に、有効競争とは、市場構造・競争過程・市場効果を総合評価することであることを明示的に示した概説書はないようである。

<sup>49</sup> 市場経済とは縁もゆかりもないものとなろうと述べる。

<sup>50</sup> 日本の論文において、競争過程を詳細に論じているのは、越知・欧米独占禁止法の解説、越知・日米欧独占禁止法を除くと最初のものである。

<sup>51</sup> 越知・市場法秩序 142 頁で詳細に論じている。

また、石油連盟事件東京高裁判決(東京高判昭和 55 年 9 月 26 日)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。

## 5 ここまでのまとめ：経済民主化の意義を誤解して、独禁法理論が形成されてしまったという独禁法の根本問題とそれが放置され続ける危険

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てきているのである。

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、岡田説の問いかげを正しく認識できた独禁法専門家はおらず、問題を正しく認識し、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。それにもかかわらず、学説は、その状況から目をそらし、判例は学説と同じだと言い張ってきた。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、判例の展開を適正に検証することなく、自らと同じであるとして、判例と異なる前提を当然の前提かのように展開する学説であり、それに依拠した公取委である(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)。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て、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、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。

判例の動きは、学説にとって、「独禁法革命」であって受け入れられないのであれば、公取委は、学説に頼ることなく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。

## 第5 市場法秩序における「搾取」概念の補完性

### 1 搾取を排除と並ぶ規制原理と解することの特異性

学説では、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<sup>52)</sup>」という前委員長の著作もその傾向の上に出てきたものと思われる。

独占価格の行使を妨げるのが独禁法の目的であると理解すると、搾取そのものが問題であり、配分(不利益)を是正するための介入を是認する方向に向かうことになる。そう解してしまうともはや市場経済でなくなってしまうのであるが、その問題性に対する認識が希薄になる<sup>53)</sup>。デジタル経済の規制の柱を優越とすることに躊躇がなくなっている公取委の報告書はその弊害が表出している。

市場経済では、市場支配力の行使、独占価格付けは常に妨げられるわけではない。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が、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(有効競争阻害・能率競争阻害はそのように考える理論である)。裁判所が、最初の審決取消訴訟事件以来、人為性に言及するのもそのような意味である。

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といってもよい)。競争が機能しない場合(競争機能侵害が生じている場合)に競争法は介入するが、それは、競争機能の発揮を妨げる行為の除去であり、(市場支配力を有しない)事業者の独立した価格決定・取引条件に対する介入は極力差し控えるべきであり、介入は、基本的には排除行為に対して、行われるべきであるという論理に向かうはずだからである。

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

<sup>52)</sup>前委員長の著作である杉本和行『デジタル時代の競争政策』(日本経済新聞社 2019)で示された考え方である。問題の詳細については、越知・デジタルと優越IV200頁以下、越知・競争法大全 806頁以下。越知・営業の自由論争V参照。

<sup>53)</sup>市場支配力説の有力論者がDPガイドラインを支持していることにその問題が典型的に表れている。

然独占が生じる場合に補完的に問題にされるとしても、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。それは、自由主義経済とは縁もゆかりもない競争政策であり、（注 42 の今村教授の指摘を参照）、持続可能な競争政策とはなり得ない。

## 2 EU競争法における搾取規制

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<sup>54</sup>。単に不利であるとか不利益であるからというだけで搾取と解することはEU競争法では行われていない独自の解釈である。

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である。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 92 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。

## 3 ドイツ競争制限法の搾取的濫用の位置付け・独仏の競争法に関する我田引水的主張

日本では、ドイツ競争制限法の紹介において、ドイツが搾取的濫用を排除的濫用と並ぶ柱のように紹介することが多いが、これもドイツの現状を正しく示すものではない。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、初期オー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。また、これは、法令違反であることから基準が明確な事例である(日本では、不正手段と解することができた事例である)ことがその端的な表れである<sup>55</sup>。

<sup>54</sup> 詳細は、越知・デジタル経済と優越Ⅳ、越知・競争法大全 806 頁以下参照。

<sup>55</sup> ドイツ連邦最高裁決定 2020 年 6 月 23 日 カルテル庁の決定 2019 年 8 月 26 日につき、越

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競争政策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が、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、何でも優越に該当するかのように解釈されている 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。

注 12 の杉崎論文は、その方向性を EU 競争法・フランス競争法にまで拡張している。同論文は、有効競争(performance based competition, competition on the merit)の見地から構築された 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ものである。しかし、杉崎論文の依拠するフランスの学説は、購買力濫用など市場支配的地位の濫用だけではうまく規制できない特別な場合の規制を提唱するものであり、それは、「著しい不均衡規制」につながっているが、初期オールドー主義への回帰を意図するものではない。それは、DP ガイドライン以前の優越の適用の在り方を提唱するものであり、DP ガイドラインのパラダイムシフトが欧州の動きによって比較法的見地から支持されるものではない。

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。

#### 4 能率競争 DP の間接競争侵害説の再構築

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、そして、学説に頼ることなく、自ら判例理論に基づく理論の再構築の動きとして、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

---

知・デジタルと優越Ⅱ 630 頁、最決につき、越知・デジタルと優越 196 頁、事件全体について、越知・競争法大全第 8 章第 2 節 762 頁以下参照。

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。

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、また批判を招く。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。

## 5 地位の不当利用という修正について

この点、最近では、搾取という用語を使わず、地位の不当利用という用語を使う動きがある。搾取という用語を使うことの問題によりやく気付いたことは、一歩前進ではあるが、ラベルを張り替えればよいという問題ではない。ラベルを張り替えなければ維持できない理論を競争政策の柱にもってきていることの異常性に気付くべきである。なお、最近では、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<sup>56</sup>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が、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、何でも優越に該当するかのように解釈されている 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。また、フランスの「著しい不均衡規制」、ドイツの P2B 規制の所管官庁は競争当局でない。これは、公正取引の問題であって競争保護の問題ではないことが含意されていることを示すものであるが、それを無視して、日本の優越規制のパラダイムシフトに同調す

<sup>56</sup> 柴田潤子「デジタル経済における相対的な市場力規制の展開」『金井貴嗣先生子機記念論文集』(弘文堂 2022)413 頁、同論文自体に、ドイツは相対的市場支配力規制に対しては積極的でなかったとの指摘がなされている(417 頁)。それはまさに私的自治への配慮からである。



る動きであるかのように紹介されていることも誤導的な紹介である。

地位の不当利用・不当不利益という言い方をする場合、「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。

## 第6 DPガイドラインによる解釈の変容の要点

### 1 優越のパラダイムシフト

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(注6の細田論文参照)。

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<sup>57</sup>。つまり、DPガイドラインは、自由競争減殺の問題そのものを優越で規制可能であるかのような根本的な解釈の変更をもたらした。DPガイドライン以前にそのような解釈の萌芽となる先例(全農段ボール事件<sup>58</sup>など)もあった<sup>59</sup>が、その先例が一般的解釈となってしまうのである。その結果、丁寧にセオリーオブハームを考えなくとも不利益が生じているから優越で規制できるのだという乱暴な解釈がまかり通る状況が生まれてしまった。

DPガイドライン以前は、自由競争基盤の侵害は、不正手段型に近いものと考えられていた(それゆえに優越においては、公正競争阻害性を具体的に立証する必要はないと解されていた)が、DPガイドラインは、自由競争減殺に近い性格の規制に転換させている。それは、条文の基本的な構造、下請法が特別法とされていることの趣旨と相いれないものであるが、そのような無理な解釈が既成事実化し始めているのである。以下で個別の論点を分説することによりその状況を明らかにする。

優越は、自由競争基盤の侵害という自由競争減殺・不正手段のいずれにも属さない第3類型になっているが、それは、優越が、垂直的な関係における交渉力を欠く事業者(経済的弱者)をその弱みにつけこんだ不正な行為から保護することを目的とすると考えられてきたからである。

<sup>57</sup> 阿寒農協事件、改訂された農協ガイドライン、人材報告書などでは、拘束条件付き取引など自由競争減殺で考えられるべき問題に優越を適用し、またその適用があり得ることを示唆している。越知・競争法大全 114 頁、越知・デジタルと優越 I 参照。

<sup>58</sup> 公取委平成 2 年 2 月 20 日勧告審決

<sup>59</sup> 越知・競争法大全 112 頁。上杉秋則「垂直的制限行為の公正競争阻害性に関する判例と法理論について」国際商事法務 48 巻 11 号。

そのような抑圧的行為に対し、経済的弱者は、法的措置を取りにくい。そのため、公取委がそのような経済的弱者の保護のために、抑圧的行為を排除し、課徴金を課すことに優越的濫用規制の特質がある。自由競争基盤の侵害とは、資本主義が弱肉強食でないことを示す原理としての意義があるが、本来の競争政策ではない。本来の競争政策とは（競争者ではなく）競争の保護であり、不当廉売に代表されるように、効率的な競争者であれば排除されないと考えられる場合には、能率競争の阻害はないと考えられているからである（差別対価に関する LP ガスに関する判決はその点を指摘する<sup>60</sup>）。

これに対し、優越には（本来）同等な効率性の抗弁が成り立つ余地はない。非効率な者が不当な条件を甘受せざるを得ないことに乗じて、優位のものが法外な要求をすることに対して、弱者を保護するのが本来の優越の制度趣旨だからである。そのことは、優越の特別法として下請法が制定されていることから自明であったと考えられていた。それゆえに、優越においては、市場に与える影響・セオリーオブハームの立証は必要ないと解されてきた。そして、その点では、優越ないし第3類型は、不正手段型に近いものと解されていたのである。そのような規定の趣旨・構造からは、濫用行為は、一般指定の各項（現在では、2条9項5号の各号）に例示された行為と同等な程度の著しい不利益が生じる場合であり、計算しがたい不利益というのは、契約条項ないし（契約書上に明示的に記載されていないとしても）商慣習によって期待される利益であり、単に「予測できなかった」というものでは足りない（あとで自分に不利だと気が付いて、予測できなかったということはできない）と考えられていたのである。

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。

## 2 規制根拠としての「自由で自主的な取引の侵害」の意義

優越の規制根拠とされる取引の自由の侵害・自律性の侵害は、DP ガイドライン以前にも用いられてきたが、その意味合いが抜本的に変更されている。

しかし、DP ガイドラインは、劣位のも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。

DP ガイドライン以前には、優越は、経済的弱者故に不公正な取引（不正手段に準じる行為）を受け入れざるを得ないという強制性を意味し、単なる取引の自由の制限より

<sup>60</sup> 東京地判平成 16 年 3 月 31 日など、越知・競争法大全 659—660 頁。

も強度のものが予定されていると解されてきた。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、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<sup>61</sup>。優越ガイドラインでは、事業活動に重大な支障が生じるために要請を受け入れることを余儀なくされると表現されるなど、いずれも強制性が前提とされていた。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。

強制性(著しい取引の制限)がない場合にも取引の自由が制限されて、劣位のものに不利益が生じれば、優越的地位の濫用にあたるというのであれば、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ず、公正競争阻害性の立証(セオリイオブハームの立証)が必要になることは避けがたい。それでは、優越の独自の存在意義は失われることになる。そのような考慮・分析を行うことなく、自由競争減殺型の分析枠組みをスルーするために優越が用いることが、裁判所で受け入れられるとは考え難いし、それが受け入れられるようでは、自由主義経済自体の危機であるといえる。

田中・解説の解釈は、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 はかかる解釈をより理論化したものといえる。

### 3 取引依存度・代替的取引先の確保の容易性の意義

取引依存度が10%程度でも優越的地位を認定してきた実務は、まさに、優越が、競争ではなく、経済的弱者の保護であることから、自由競争減殺における代替的取引先が存在する(容易に確保できる)との議論が通用しないことを示すものであった。わずか10%程度の取引先であれば、排他条件付き取引によって取引先が囲い込まれているという状況でなければ、代替的取引先が確保できないという状況が生じるものではない。そのような囲い込みの状況の立証もなく、単に劣位の者の供述に依拠して、代替的取引先を容易に確保することができないとしてきたのは、優越が競争保護の問題ではないことを示すものである。競争保護の観点からは、この程度で代替的取引先を見つけられないのであれば、その者がよほど競争力のない者(非効率的な競争者)であることを推認させる事情であり、むしろ保護が否定される方向に傾く事情である。

その程度の取引依存度で優越に該当することを正当化するのは、優越は、非効率性ゆえに法外な契約条件を受け入れざるを得ないという点からそのような弱みにつけこん

<sup>61</sup> 田中寿編『不公正な取引方法—新一般指定の解説』(商事法務研究会 1982)(以下「田中・解説」という)90頁。「取引当事者が完全に満足することはまれであり、何らかの意味で、双方または一方に不利益が生じるものである」と述べ、そのような不利益では、不当不利益にはあたらず、不利益に当たるには、抑圧性・伝播性が必要であると指摘している。

だ不正な行為（不公正な行為）から保護されるからである他なく、規定の構造・取引実態からみてもそのような解釈が支持されてきた。すなわち、経済的弱者ほど取引先を失うぐらいなら理不尽な行為（契約に規定されていない行為・商慣習に反する行為）を受け入れたほうが良いという判断に傾きやすく、そのような行為が蔓延することは、取引の公正を損ないひいては自由競争基盤を危うくする。その意味で、代替的取引先の確保・取引依存度は、それが低いからと言って優越的地位が否定されるものではない。最近、7%に満たない場合には、除外しているようにも見えるが、10%の取引依存度は、優越的地位となるが、5%ではそうならないことの理論的説明はついておらず、これは優越の成立範囲（課徴金の賦課範囲）を限定する意味と解するほかないと思われる<sup>62</sup>。

ところが、以上の枠組みを認識せず、取引依存度や代替的取引先の確保の議論において、自由競争減殺型ないし私的独占の排除の概念における代替的取引先の確保と同じ考え方であるかのように説明されることが多くなっている。そのため、10%程度の取引依存度で優越的地位が認められる理由が不明になっている。この点もなぜ異なる考え方とるか説明できなければ裁判所で受け入れられるとは考え難く、持続可能な競争政策とはなりえない。しかも、優越的地位にあるものとされるよりも全社的には売り上げがはるかに大きな事業者（経済的弱者でない事業者）にまで優越を適用したことで、経済的弱者の救済という理論的根拠とも整合しない運用となっており、運用の正当性の説明が一段と困難なものとなっている。山陽マルナカ事件の審決取消しは、このような運用の正当化の困難性が真の根拠であるように思われる<sup>63</sup>。

#### 4 濫用行為性・「不利益」性の意義の変更

優越的地位の濫用行為は、構成要件上は、地位の不当利用による不利益が発生したと書かれており、「濫用」という用語は書かれていないが、見出しとして優越的地位の濫用という用語が使われている<sup>64</sup>。課徴金制定前までは、伝播性・抑圧性・著しい不均衡など、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おり、「あらかじめ計算できない不利益」という表現も、伝播性・抑圧性・不利益の著しさを含意しているものと考えられてきた。

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

<sup>62</sup> 越知・競争法大全 118 頁、越知・デジタルと優越 I 467 頁。

<sup>63</sup> 山陽マルナカ事件(東京高判令和 2 年 12 月 11 日平成 31 年(行ケ)第 9 号 越知保見「本件評釈」ジュリスト 1561 号 107 頁(2021))。

<sup>64</sup> 。昭和 57 年の一般指定の改正時に見出しが置かれ、旧一般指定の時代には見出しもなかったが、昭和 28 年の独禁法改正において、一般指定の根拠となる法律の文言として地位の不当利用が追加された。その時の立法説明において、地位の不当利用は濫用性のある場合であるとの趣旨説明が行われ、「濫用」性があることが当然の前提として運用されてきた。

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ことがうかがわれる。しかし、まさにそのような解釈変更が、高裁で手続きを理由とする審決取消しの原因となった可能性がある<sup>65</sup>。DPガイドラインに至って、(経済的利益でない)個人情報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かのような解釈が行われるようになっている。

以上の経緯を考えると、その他の大規模小売関係の課徴金事件で最高裁がその判断を示す機会がある場合、最高裁は優越の趣旨を逸脱する運用に対し、警鐘を發する判断が行われる可能性があり、またそれが期待される。

## 5 消費者取引への拡張

従来の制度趣旨では、優越の消費者取引への適用はあり得なかった。消費者には、抑圧が生じることも、事業活動の重大な支障が生じることもあり得なかったからである。

DPガイドラインは、消費者が取引条件を交渉するかのような前提に立ち、消費者と事業者の取引に消費者の対等性を確保する必要があるかのように読み取れる記述となっているが、消費者が、取引条件を交渉するかのような前提に立っていることも現実離れしている(消費者は、受け入れて買うか買わないかのいずれかであって、交渉して取引条件を変更できるものではない)。消費者に事業者と対等性を確保させるという発想自体が異常なものである。これは、消費者との取引にまで完全競争をベースラインとする考え方を持ち込むものであり、第3で詳述する初期オールドー主義ですら想定していなかった極端な考え方である。

DPガイドラインが考えるような個人情報保護法違反のような行為は、消費者に自由かつ自主的な判断が確保されているかどうかの問題(消費者の取引の自由の侵害の問題)ではない。個人情報保護法違反という法令違反行為によって、データ独占による市場支配力を強化しているという問題であり、これは、不当な顧客誘引としても、私的独占の支配行為・排除行為としても規制可能な行為である。対等性という発想からのこじつけを行う必要もなく適当でもない。しかも、個人情報保護法を順守したからといって、巨大プラットフォーム企業の情報取得が独禁法上、適法であるといえるものでもない。法令違反はない場合でも、人為的に競争の機能が損なわれているかどうかの問題の本質

<sup>65</sup> 注24の評釈では、山陽マルナカ事件東京高裁判決は、表向きは、手続違反であるが、同判決には、争点整理表に加えて別紙1から10が添付されており(上記評釈には、その要点が記載されている)、そこで、「不利益」は著しいものである必要はないとの解釈が公取委から主張されている。

である。優越で DP の問題を考える結果、競争政策上の問題の本質が見失われているのである<sup>66</sup>。

## 6 不利益変更・一方的変更についての考え方の変更

### (1) 従来 of 検討枠組み

デジタルプラットフォーム (DP) の行為でよく取り上げられる問題として、規約の不利益変更という問題がある。しかし、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) で対応できる問題である。この問題は、(変更を受け入れなければ解除ないし更新拒絶されるため) 継続的契約の解除ないし更新拒絶の問題であり、手続と内容の両面の不正手段性 (不公正性) が民法と独禁法の優越的地位の濫用として検討され、両者は、ほぼ同じ結論を得る状況であった。

民法的には、内容が従来 of 契約の履行を拒否するような実質を有する場合が内容面での濫用性であり、それは、独禁法 2 条 9 項 5 号イ、ロ、ハで列挙された行為は、そのような行為である。そこまでの行為でない場合には、信頼関係理論の観点から解約権・更新拒絶権を制限する法理が判例によって展開してきた。ただ、それは恒久的な解約の制限ではなく、一定の期間の損害賠償の問題とされてきた。改正民法は、約款 (規約) の変更は、必要性・相当性で判断されるとしており (548 条の 4)、従来 of 考え方は、必要性・相当性の考慮要素になるものとみられる。この一定期間の損害賠償という考え方は、手続きの問題であり、優越ガイドラインが協議義務を課していることは、改正民法における手段の相当性の考え方と整合するものである。透明化法<sup>67</sup>の規定も民法の必要性・相当性を具体化するものであるが、それに従っていれば、多くの場合、必要性・相当性が満たされるであろう。

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 (私的自治を考慮しても許容できない不合理性があるか) どう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。これは、補償措置が取られている場合を考慮する民法理論に整合的である。

デジタル経済の場合には、他の市場で生じる競争への影響を考えなければならないが、他の市場の競争に与える影響を評価しなければならないような事例は、「不当不利益」

<sup>66</sup> 以上については、越知・競争法大全第 8 章第 3 節、越知・デジタルと優越 II で詳述している。

<sup>67</sup> 特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律 (令和 2 年 6 月 3 日)

といえず、優越的濫用の問題ではないと解されてきた。

## (2) 「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、期待される利益があることが前提であり、理論上、期待される利益が、契約または商慣習上存在することが前提である。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、取引条件が契約に定められた期間の間に変更されたのであれば、契約期間中に同意なく変更が行われることは不利益であるといえる。しかし、契約期間に定めがなければ、契約の終了は、相当な期間を定めて催告することにより行いうる。したがって、相当な期間を置けば、契約の変更も行いうることになる。ただし、PFと出品者の契約は、長期的取引関係をお互いに期待しあう関係にあり、契約の継続性を前提として、相当な期間が考えられるべきである。この点、民法548条の4 2号は定型約款に関し、必要性と相当性を満たす義理において約款の変更が認められると規定している。この相当性に関しては、上記の「相当な期間」の保護も相当性の中で考えられるべきである。

以上のような契約法理上保護された利益が侵害された場合には、不利益が存在するといえるが、必要性と相当性の要件を充足して、規約変更がなされた場合においては、出品者には、契約法理上、保護された利益が存在しないので、変更は「不利益」ではないと解すべきである。優越ガイドラインが、契約条件を変更する場合、協議義務を要求するのは、上記の「相当な期間」の保護に配慮したものというべきである。

また、相当性に関しては、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、正常な取引条件を著しく逸脱している、あるいは、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。

## (3) 楽天価格表示事件と食べログ事件

規約変更によりその他の市場に競争促進効果がある場合にもそれを無視して運用することが楽天の価格表示事件・食べログ事件で明らかになっている。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、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り、従前はそう解されてきたはずである。ところが、DPガイドラインは、規約が一方的に変更され、その事業者に不利益が生じれば、優越に該当するかなのような考え方に転換され、かつ、規約変更によりその他の市

場に競争促進効果がある場合にもそれを無視して運用することが楽天の価格表示事件<sup>68</sup>で明らかになっている。同事件は、出品者に送料込み表示を義務付けるものであるが、それが、出品者に対する不利益変更であるとして、緊急停止命令が申し立てられた事例である。送料で不測の損害が発生することを避けられるなど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、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てきたはずの事例である<sup>69</sup>。

注7の柴田論文42頁は、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、それを押し付ければ、不当不利益となるかのように解し、公取委の解釈を支持している。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。

## 第7 結語と補足：デジタル経済における競争政策の本道—競争過程保護—

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、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評価できるものである。

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、ここを進めることは、競争政策が自由経済ではなく、取引条件を管理することになりかねず、その動きは、既に、楽天事件、食ベログ事件に表れている。

他方で、デジタルの本丸の問題は、優越では規制できない。エコシステムの囲い込

<sup>68</sup> 公正取引委員会令和2年3月10日発表 ・越知・競争法大全115頁、越知・デジタルと優越Ⅰ、Ⅲ参照。なお、同事件に関しては、令和3年12月6日新聞発表によれば、送料込み価格表示をあくまで受け入れない出店事業者に不利益を課さない措置を実施したことを確認したことを理由に審査を終了している。規約の変更の発表から1年半を経過している以上、手続き上の問題・相当性の問題は解消されており、本件は、DPガイドライン以後の運用の問題が現実化していることを示す先例となった。

<sup>69</sup> 優越で考えたとしても、消費者の信頼性が増すことは劣位のものにも利益であり、従来の考え方では、「直接の利益」が与えられ、不利益にはあたらないともいえる(柴田論文はこの点を認めつつ、なお、不利益であると解している)。



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。

その方向での研究成果は、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。

## 補論1 「自由」の価値の認識と「分配」の問題

学会において、世界中で克服されている完全競争をベースラインとする考え方に先祖帰りするようなガイドラインが積極的に支持され、従前の実務・最高裁判決との整合性に関する議論もなかったのは、「自由」の意義に対する認識の不十分さという問題をあらわすものである。その不十分さが、「自由」の保護が「平等」(対等権)保護に置き換えられたり、「公正」が「平等」に置き換えられたり、自由の達成のために国家の介入の強化を主張するという「市場経済」と相いれない主張が行われることに違和感を感じないというメンタリティにつながっている。

正田博士が対等取引権を提唱されたのは、独禁法の黎明期であり、(ソ連を崩壊に導いた)社会主義の非効率もたらす問題についても広くは知られていなかった時代に構築された議論であり、日本と同じく敗戦国となったドイツで完全競争的な発想の初期オールド主義が展開したことからも敗戦国が経済民主化としてこうした理論をとることも時代背景を考えれば理解できるものである。

しかし、この4分の3世紀の間に、ソ連の崩壊、中国・北朝鮮の人権問題という社会主義についての問題は十分にあらわになっており、そのような時代背景もまった異なる状況で、戦後間もない時期の理論で市場経済に相いれない理論が復活する状況は、健全な状況とは言い難い<sup>70</sup>。

昨今の日本においては、貧富の拡大の問題が「自由主義」「資本主義」の批判につながり、資本主義の枠組みを修正しようとする潮流がある。確かに、余剰と消費者厚生に傾斜した競争法理論の修正は世界的な潮流であり、米国の新ブランダイス派の台頭

---

<sup>70</sup> 筆者の父も正田博士同様、クリスチャンであり、東京大学在学中に、自宅が共産党の地下活動の拠点となった疑いにより特高に逮捕された経験もある(若松英輔編『小林秀雄—越知保夫全作品』参照)。その時代には、社会主義に対する期待の強かった時代であり、社会主義の問題が明らかになった今日において、そして、初期オールド主義が欧州型の有効競争(能率競争)、業績競争によって修正されて久しい今日、初期オールド主義のような社会主義的な理論が突如復活したことは尋常ならざる状況であるが、それをかつて有効競争を唱えた経産省が支援してDPガイドラインが成立していることもまた尋常ならざる状況である。

もそのような文脈で理解できる。しかし、新ブランダイス派の主張は、競争過程を重視する欧州の有効競争論に基づく競争保護に立ち返ることを主張するものであり、搾取的濫用を競争政策の柱としたり、初期オールド主義への回帰を志向するものではない。DP ガイドラインをそのような動きによって正当化することができるものではないのである<sup>71</sup>。競争過程保護というあるべき地点への回帰が検討されることなく、一気に初期オールド主義に回帰してしまうことに日本の問題がある。そして、それは、今日の社会全体の傾向であるともいえる。貧困や若者の雇用の問題は、不正の問題に対する規制の甘さにあり、「不正」「不公正性」の意義の深化の方向性に向かうべきであるのに、「分配」(搾取)の問題と位置付けてしまうことに端的に表れている。

労働契約には、判例上、不利益変更禁止という理論があり、DP ガイドラインは、優越に不利益変更禁止原則を持ち込んでいるようでもある。しかし、労働法においては、終身雇用という枠組みの中で労働契約を定年までの長期契約と見る考え方を基礎にしており、契約法的基礎を有するが、事業者間の取引にはそのような基礎はない。継続的契約においては、信頼関係理論によって契約期間を超えて保護される期間が伸長するが、不利益変更を一切禁止するものではない。約款(規約)に関しては、必要性和相当性の下で(不利益)変更は可能と解されている(改正民法 548 条の 4)。しかも、終身雇用を前提とした不利益変更禁止に手を付けず、(その外側に)期限付き雇用の形態を認め、期限付き雇用の形態では一転して、期間を過ぎれば自由に解雇(雇止め)可能という継続的契約における取引保護以下のレベルまで労働者保護を脆弱にしたことが貧富の差の拡大の主因であるともいえる。労働契約の不利益変更禁止的観点を独禁法に持ち込んだのでは、市場経済の利点を発揮することを妨げる結果になることは、労働法の経験に照らしてもむしろ明らかであるときえいえる。

それにもかかわらず、不利益変更禁止的な観点、分配の観点から、優越のパラダイムシフトを支持する見方の背景には、歴史的に自由経済の歴史が浅い国ほど、「自由」の意義を正しく理解せず、自由よりもパン(分配)が問題であるという発想に向かいやすくなる傾向があるという地政学的な社会問題がある。欧米の 19 世紀の代表的文学の共通の特徴は、自由への渴望だが<sup>72</sup>、それを平等・分配の問題とどちらが重要なのかを問う形で、自由の哲学的意義を問うたのが、ドストエフスキーの『カラマーゾフの兄弟』の大審問官伝説である。自由とパンの間の緊張関係は、法律家においても留意

<sup>71</sup> 新ブランダイス派以前にも、エトナー・フォックス教授、ピトフスキー教授などは、競争過程を重視する競争法理論を主張していた。川濱・ポピュリストは、両教授の見解をポピュリストと評価しているが、最も極端なポピュリズムは、初期オールド主義であり、またそれに依拠する DP ガイドラインであるが、川濱・優越では、その点に関する議論も棚上げされている。

<sup>72</sup> 19 世紀を代表するフランス文学であるバルザックの「谷間の百合」スタンダールの「赤と黒」「パルムの僧院」プルーストの「失われた時を求めて」はいずれも情熱愛(passion)を通じて自由への渴望が描かれている。情熱愛については、注 70 若松英輔編『小林秀雄一越知保夫全作品』の第 2 部「ルウジュモンの恋愛と西洋を読む」参照。

されるべきであると思われ、補論としてその概要を紹介する。

## 補論 2 カラマーゾフの兄弟の大審問官伝説の提起する「自由」と「分配」の問題

大審問官伝説とは、カラマーゾフの兄弟の次男イワンが、三男アリョーシャに聞かせる創作の戯曲である。

その戯曲は、イエス・キリストが布教活動に入る前に 40 日間、荒野で断食の修行をしたとき悪魔がキリストを誘惑した「悪魔の誘惑」と呼ばれる聖書の断章(ルカ福音書 4 章)を題材としているので、前提知識として、その断章について簡単に紹介する。悪魔は、まず、「お前が神の子なら、石をパンに変えてみよ」と誘惑した。これに対し、キリストは「人はパンのみに生きるにあらず」と答えて誘惑を拒否した。次に、悪魔は、キリストを小高いところに連れてゆき、「もしあなたがわたしの前にひざまずくなら、これを全部あなたのものにしてあげましょう」と誘惑した。キリストは、「主なるあなたの神を拝し、ただ神にのみ仕えよと書いてある」いってこの誘惑を拒否した。最後に悪魔は、「ここから身を投げてみろ、お前が神の子なら父なる神はお前を救ってくれるだろう」と誘惑する。キリストは、「汝の神を試してはならないといわれている」と答えてこの誘惑も拒否する。

大審問官は、この聖書の断章を、キリストが、奇跡と神秘と権威による信仰を否定し、人間に自由意思により、信仰を持つべきことを宣言した逸話であると解釈し、「そのような自由意思は、大多数の人間にとっては荷が重すぎるものだ。我々(キリスト教会)は、とうの昔に、このような聖書の教えに基づく信仰を否定し、奇跡と神秘と権威に基づいて信者にキリストの教えを説いている。我々は、実は、お前を誘惑した悪魔の教えに従っているのだ。だから、お前が現れて、我々の教えを否定されると信者は混乱する。信者を混乱させないように黙って出てゆくがよい」と言い放つ。イワンは、キリストは大審問官の幾星霜を経たしわがれた手に接吻して出てゆくという形でこの戯曲は締めくくられる。

この大審問官伝説は、自由の哲学的意義にかかわる問題を提示している。「自由などよりもパンの方が重要なのだ」という大審問官の議論への誘惑は強く、それがロシア・中国・北朝鮮・南米などでマルクス主義に基づく政権が多数樹立され、ソ連崩壊後のアジアにおいては、なお、マルクス主義がアジアの隣国で政権を支える思想であり続けていることに現れている。日本の学説・公取委を見ていると搾取を問題して何が悪い、大審問官に共鳴する独禁法専門家も少なからずいるのではないかと思う。しかし、この大審問官の論理への共鳴は、米英仏では、日本の知識人ほどではなかった。それは、自由が人権であるということだけではなく、中世とルネッサンスを経験した欧米においては、自由が社会を発展させる力であること、搾取・分配に傾斜する政策では、

自由な発想による競争によって、社会のダイナミックな展開、イノベーションを競争政策自体が妨害することになるということへの自覚が無意識のうちにあるからであるように思われる。東に行くほどに、自由よりパンという議論への共感が深まり、ドイツでは、それが「搾取性」にこだわる一部の学説に現れ、そのような学説に日本の学説が共感して積極的に紹介される結果、欧州・ドイツの一般的な議論が歪められがちになっているように思われる。