

〔論 説〕

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 —

Freedom of Trade and Fair Competition
in consistent with Market Economy;
Paradigm Shift of Abuse of Superior Bargaining Position ("ASBP")
and its Sustainability

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问题
 - 1 DP ガイドラインによるパラダイムシフト
 - 2 筆者と学説の対応状況
 - 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
 - 4 競争法観に言及した先行研究とその問題
- 第2 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
 - 2 規制根拠としての「自由で自主的な取引の侵害」の意義
 - 3 取引依存度・代替的取引先の確保の容易性の意義
 - 4 濫用行為性・「不利益」性の意義の変更
 - 5 消費者取引への拡張
 - 6 不利益変更・一方的変更についての考え方の変更
 - (1) 従来の検討枠組み
 - (2) DP ガイドラインによるパラダイムシフトと楽天価格表示事件
- 第3 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
 - 2 初期オルドー主義とドイツの業績競争概念

- 3 初期オルドー主義と市場経済との整合性
- 4 取引の必要性の観点について
- 第 4 市場法秩序に適合する取引の自由・公正な競争・能率競争の意義
 - 1 公正な競争が完全競争の意味で用いられていること
 - 2 公正な競争に関する二元論の特殊性
 - 3 自由と公正の意義と市場経済
 - 4 ドイツの業績競争における公正な競争
 - 5 最高裁判決の立場
 - (1) 最高裁判決の判示の整理
 - (2) 最高裁判決の意義
 - 6 「能率競争」の概念について
- 第 5 アダム・スミスの思想と取引の自由・最高裁判決理論との近似性
 - 1 アダム・スミスの思想と取引の自由：自由放任の経済学という誤解
 - 2 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
 - 3 アダム・スミスの思想の発表時と現在の類似性
- 第 6 「取引の自由」をめぐる半世紀前の論争の意義
- 第 7 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
 - 2 ドイツ競争制限法の搾取的濫用の位置付け
 - 3 地位の不当利用という修正について
- 第 8 「自由」の価値の認識と「分配」の問題
- 補論 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

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

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⁽¹⁾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⁽²⁾

- (1) 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」
- (2) 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」

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きなかつ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⁽³⁾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。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⁽⁴⁾、越知・競争法大全⁽⁵⁾第2章・第8章等で論じてきた。優越を独禁法の規制の柱

(3) 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

(4) 越知保見「【デジタル経済と優越的濫用Ⅰ】 優越的濫用と取引の自由・私的自治」国際商事法務第48巻4号467頁(2020)(以下、「越知・デジタルと優越Ⅰ」という)。同「【同Ⅱ】 データ集中と市場法秩序(上)(下)」国際商事法務第48巻5号627頁、6号775頁(2020)(以下、「越知・デジタルと優越Ⅱ」という)、同「【同Ⅲ】 競争についての二元論と最高裁判決(上)」国際商事法務第48巻7号917頁(以下、「越知・デジタルと優越Ⅲ」という)、同「【同Ⅳ】 「擣取」「排除」の意義・射程とFacebook事件ドイツ最高裁決定」国際商事法務第49巻2号195頁(2021)(以下、「越知・デジタルと優越Ⅳ」という)。

(5) 越知保見『日米欧競争法大全』(中央経済社2020)(以下、「越知・競争法大全」という)

に備えることについての危惧を示す論文が複数現れ⁽⁶⁾、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、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⁽⁷⁾。

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。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⁽⁸⁾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⁽⁹⁾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

(6) 根岸哲「優越的地位の濫用規制の來し方・行く末：覚書」商学研究第 71 卷臨時号、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 卷 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 卷 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。厚く御礼申し上げる。

(7) 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。

(8) 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）」といふ）

(9) 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」といふ）

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く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、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、批判を受けて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よれば依拠していること（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る一方、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⁽¹⁰⁾、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

4 競争法観に言及した先行研究とその問題

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⁽¹¹⁾。現在の学説では、舟田教授には多数の論考があるが、初期オルドー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。

(10) 越知・競争大全 57 頁参照

(11) 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。

市場法秩序における取引の自由・公正な競争

最近では、杉崎論文⁽¹²⁾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。このような評価も初期オルドー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。以下（特に第7.2）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、初期オルドー主義の完全競争の考え方へ回帰するものではない⁽¹³⁾。

自由競争を重視する学説からの論考には、川渕・市場秩序⁽¹⁴⁾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、川渕教授は、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⁽¹⁵⁾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

-
- (12) 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)
 - (13) 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、初期オルドー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ルドーリベラリズムとして紹介している。なお、杉崎論文も、オルドー主義には、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ルドー主義）の論者として、メルトマ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」中央ロジャーナル12巻1号(2015)43頁、川渕・市場秩序(注(14)参照)のような先行研究では、第1世代、第2世代以降のオルドー主義が区別されず、第1世代がEU競争法の判例法に「色濃く」影響を与えていた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。
 - (14) 川渕昇「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「川渕・市場秩序」という)
 - (15) 川渕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

支持されている⁽¹⁶⁾。越知・営業の自由論争後に、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⁽¹⁷⁾。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。

(16) 川濱昇「優越的地位の濫用の慎重な新展開」NBL 1166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。

(17) 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)。

第2 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⁽¹⁸⁾。つまり、DP ガイドラインは、自由競争減殺の問題そのものが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⁽¹⁹⁾など）もあった⁽²⁰⁾が、その先例が理論的詰めもなく一般的な解釈となってしまっているのである。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

(18) 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。

(19) 公取委平成 2 年 2 月 20 日勧告審決

(20) 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 卷 11 号。

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、競争ではなく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。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よる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、効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⁽²¹⁾）。

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乘じて、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も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

(21) 東京地判平成16年3月31日など、越知・競争法大全659-660頁。

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。

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。

DP ガイドライン以前には、取引の自由・自律性の保護は、優越ではなく、自由競争減殺型の規制根拠であり、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も強度のものが予定されていると解してきた。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⁽²²⁾。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。優越の規制の趣旨は、経済的弱者の弱みにつけこんで同意を強制するような悪性の高い行為(私的自治の濫用的行為)から経済的弱者を保護するものであり、民法の公序良俗論の延長線上にあると解されていた。その点は、優越における濫用行為の例示からも特別法である下請法からも明らかであった。

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

(22) 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、双方または一方で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。

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（セオリーオブハームの立証）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。

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い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⁽²³⁾。

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い。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を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、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つておらず、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⁽²⁴⁾。

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、見出として優越的地位の濫用という用語が使われている⁽²⁵⁾。課徴金制定前までは、伝播性・抑圧性・不利益の著しさ（私的自治でも是認できないような地位の不当利用・不利益）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」

(23) 越知・競争法大全 118 頁、越知・デジタルと優越 I 467 頁。

(24) 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）。

(25) 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あつたが、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。

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⁽²⁶⁾。DPガイドラインに至って、（経済的利得でない）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かのような解釈が行われるようになっている（下記6参照）。

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、警鐘を発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つたからである。

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

(26) 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。

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が問題の本質である。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⁽²⁷⁾。

6 不利益変更・一方的変更についての考え方の変更

(1) 従来の検討枠組み

デジタルプラットフォーマー(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いうDPでなくとも起こりうる問題であり、優越ガイドラインと民事法の考え方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。

(27) 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。

民法的には、内容が従来の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）、従来の考え方は、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⁽²⁸⁾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、上記の民法理論・透明化法の考え方を基礎にして、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、変更内容の著しさとその合理性を検討し、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利益性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」といえず、優越的濫用の問題ではないと解してきた。

（2）DPガイドラインによるパラダイムシフトと楽天価格表示事件

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、優越に該当するかのような考え方へ転換され、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

（28）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）

ことが楽天の価格表示事件⁽²⁹⁾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、優越としての著しい不利益はなく、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⁽³⁰⁾。

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。このような劣位にある当事者の利益だけしか考えない発想になってしまふことがまさにDPガイドラインの問題であり、完全競争をベースラインとした発想で独禁法の解釈を考えることの問題をあらわすものである。基本的には、消費者のメリットを享受するために、必要であったか（より効率的な方法はなかったのか）、変更の方法（待機期間など）は、相当であったかが考えられるべきである。そのような発想がなければ、効率性を高め、消費者に利益を与える変更も許されないことになりかねない。それが市場経済の在り方に整合しないものであることは素人でもすぐに分かることである。このようにすぐに分かるはずの問題を専門家である当局・学者がわからなくなっていることがDPガイドラインのも

(29) 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つた。

(30) 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）。

たらした重大な問題である。第3でさらに詳述するが、この事例は初期オルドー主義に基づく独自の「取引の自由」・「公正な競争」の考え方方が市場秩序法としての独禁法の考え方になじまないものであることを示す端的な例であり、最高裁は柴田論文が指摘するような考え方をとらないことを明言している（第4参照。資生堂事件は、正常な競争手段を逸脱する人為性がある場合に限定している）。

第3 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、自由競争滅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⁽³¹⁾。

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⁽³²⁾、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⁽³³⁾。すなわち、舟田説は、取引の自由をもっぱら、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

(31) 対等取引権という表現は、文献では使われていないが、正田説は一般にそのように解されている。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『私の独占禁止法』（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。

(32) 舟田正之「『公正な競争』と取引の自由」舟田正之・土田正博編『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。

(33) 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。……

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。

通常の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の取引の自由は制限され、それはEU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）。

学説は、しばしばEU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、そのような批判も十分な議論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。

「取引の自由」と呼ぶことが適當であろう」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 初期オルドー主義とドイツの業績競争概念

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⁽³⁴⁾。しかし、(i)完全競争状態を強制することは、競争に基づく淘汰をも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、市場経済と相いれない、(ii)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、との批判が行われ、フライブルグ学派により、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⁽³⁵⁾、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（クラーク等）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⁽³⁶⁾ため、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方は廃れたものと認識されてきた⁽³⁷⁾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

(34) 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。川演・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。

(35) 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。

(36) 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。

(37) 川演・市場秩序 288 頁

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⁽³⁸⁾。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的であるために概念の混乱を招いている⁽³⁹⁾。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・業績競争を中心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⁽⁴⁰⁾。ところが、DP ガイドライ

(38) 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が多い）。越知・競争法大全 31 頁

(39) 越知・競争法大全第 2 章第 5 節 59 頁以下

(40) 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、川濱・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ク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、川濱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ビーター・ウルマー・ハイデルベルク大学教授の performance based compe-

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⁽⁴¹⁾。

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、自由主義経済の競争政策と相いれない。端的に言えば、この競争法観では、競争の結果、淘汰が生じることにまで介入が行われ、私的自治まで否定されることになるからである。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⁽⁴²⁾。

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。

titionの考え方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。

- (41) 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。
- (42) 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、」「純粹な、」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）、現実の資本主義社会では、純粹競争の姿を追えば、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、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、普段の法実行・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は、市場経済の考え方ではないことをすでに指摘していた。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。能率競争概念は完全競争を確保する概念ではなく、有効競争を確保する概念であり、最高裁判決は、そのように解している（第4の6の能率競争概念の整理を参照）。

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⁽⁴³⁾。

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。

注(42)のように、公正な競争を完全競争的とらえる見方が市場経済に整合しないことを指摘する今村教授さえ、優越の濫用行為を対等な取引では起こ

(43) 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「反トラストポビュリズムに関する覚書」法学士林 116 卷 2・3 合併号（2019）117 頁（以下「川濱・ポビュリズム」という）では、反トラストポビ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、反トラストポビュリズムに立つ学説によても DP ガイドラインの完全競争的な考え方方が支持されるものではないのである。

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⁽⁴⁴⁾。

4 取引の必要性の観点について

なお、DP ガイドラインでは、取引の必要説の観点（白石説）も説かれている。しかし、取引の必要があることは、優位にある者の競争力の反映である場合もある。その優位性の結果、相手に対し、有利な取引条件が導かれるることは、競争の機能そのものであって、取引の必要がある場合に、相手方が不利になつたら地位の不当利用であるとの考え方は、競争の機能、市場の健全な淘汰機能を否定することにつながりかねない考え方である。これは、取引関係である当事者間で市場が成立すると解し、かつ優越的地位の濫用を擰取的濫用と解する白石説の考え方も完全競争的な考え方に向かいがちになることが、DP ガイドラインによって明らかにされたといえる。

第4 市場法秩序に適合する取引の自由・公正な競争・能率競争の意義

1 公正な競争が完全競争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ルドー主義ではなく、「公正性」「公正な競争」に求める。完全競争理論・

(44) 今村・独禁法新版 152 頁。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、本文第 7 の 3 を参照。川瀬・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いとしているが、DP ガイドラインは、まさに完全競争をベースラインとしており、川瀬・市場秩序とガイドラインを擁護する教授の立場は、整合しないものと言わざるを得ない。

初期オルドー主義が、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、初期オルドー主義に基づく完全競争の下での取引条件を達成する概念として用いられており、それは、本来の公正な競争・能率競争・業績競争の意義ではない。能率競争も業績競争も competition on the merit を保護する有効競争の考え方から派生した概念であり、最高裁判決はそのようなものとして正しく能率競争を位置付けている。「取引の自由」・公正な競争・能率競争・業績競争という概念は、いずれも経済的力からの対等性の回復という初期オルドー主義・完全競争を志向する考え方の論拠となるものではない。以下、詳述する。

2 公正な競争に関する二元論の特殊性

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。

3 自由と公正の意義と市場経済

「自由」と「公正」の意義に関しては、次の諸点に留意する必要がある。

市場経済というのは、中世のギルドを離脱した過程で生じたもので、思想的基盤は、アダム・スミスの思想であり、その思想を法制度的に体現したのが、反トラスト法であり、競争法（日本の独禁法もこれに属する）・競争政策である。アダム・スミスの思想が「自由放任」と呼ばれていることの誤解は、第5を参照。

これに対して、「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、個別の商事取引ご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（手段の不正当性を含む）・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⁽⁴⁵⁾。

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

(45) 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統けて、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、

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⁽⁴⁶⁾。

4 ドイツの業績競争における公正な競争

ドイツにおいては、不正競争防止法（UWG）が規制する不公正な競争は、競争の merit がない競争であるから、業績競争として保護されないとして、UWG に基づく公正な競争の保護を業績競争（Leistungswettbewerb）や 業績（Marktleistung）概念に取り込む学説がある（業績競争論と EU 競争法の有効競争論の形成に寄与したフライブルグ学派（第3世代のオルドー学派）のピーター・ウルマー・ハイデルベルグ大学教授の提唱によるものである。越知・競争法大全 50 頁、カラハ論文参照）。舟田教授は、ドイツの業績競争、UWG を競争保護に含める学説に依拠して、ドイツの業績競争概念を（自由競争と別個の）公正競争保護の理論として理解し、舟田説の優越の解釈に比較法的基礎を与えようとする。

(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。

(46) 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。

しかし、業績競争概念に、UWGに基づく公正な競争の保護を取り込む理論は、日本のように自由競争と別建てで公正競争を保護するのではなく、自由競争保護の理論である業績競争理論（performance based competition）に、UWGに基づく不正手段からの保護を（自由競争保護の概念である）業績競争概念に取り込んでいるのである。業績競争で、UWGによる不正な競争からの保護が包摶されることが提唱されたのは、UWGで禁止されるような不正な競争は競争過程を損なうものであることから業績に基づく競争（performance based competition）ではないとするものである。つまり、競争保護における競争過程の保護から行為態様の保護を導き、そこからUWGで違法とされる不正な手段による競争は、業績に基づく競争ではないという論理で、競争保護との関係が整理されたものである。

UWGを業績競争としての保護に包含する上記ドイツの学説の動きは、不正手段型を有効競争保護に取り込むものであって、自由競争と別建てで、公正競争が保護されるものでも、業績競争を初期オルドー主義の完全競争に回帰させるものでもない。したがって、公正な競争によって経済的力からの対等な取引上の地位の回復という完全競争的な考え方を導けるものではない。（公正競争を二元論的に解したとしても、）そこから保護されるのは、不正手段型の行為であり、不利益行為一般が濫用行為になるとか、劣位のものが不利益を受けることにより、取引の自由が侵害されるというDPガイドラインの理論の根拠となるものでもない。むしろ、その反対の考え方、最高裁判決の一元論的な立場からの有効競争論（能率競争阻害）あるいはDPガイドライン以前の優越の解釈の論拠となるものである。

5 最高裁判決の立場

(1) 最高裁判決の判示の整理

以下の通り、一連の最高裁を一体的に解釈すると、最高裁は、一元論的な立場から、不公正な取引方法、競争の実質的制限を問わず、保護されるべき競争を能率競争と解し、能率競争阻害は、正常な競争手段を逸脱濫用する人為性が

ある場合に認めるとの立場を一貫して取り続けているといえる。その立場は、まさに筆者の解釈論であり、それは、DP ガイドライン以前の優越の解釈論に整合するものである。その要点は以下のとおりである。

芝浦と畜場事件（最判平成元年 12 月 14 日民集 43 卷 12 号 2078 頁）では、「自由競争経済は、需給の調整を市場機構に委ね、事業者が市場の需給関係に適応しつつ価格決定を行う自由を有することを前提とするものであり、企業努力による価格引き下げ競争は、本来、競争政策が維持・促進しようとする能率競争の中核をなす。」と判示し、能率競争概念が（公正な競争ではなく）自由競争における競争概念であることを判示した。資生堂事件（最判平成 10 年 12 月 18 日民集 52 卷 9 号 1866 頁）では、「拘束条件付き取引が禁止されるのは、良質廉価な商品・役務を提供するというべき形で行われるべき競争を人為的に妨げる側面があるからである」と説示し、公正な競争においても、能率競争が「競争」の意義であること、その違法性判断基準は人為性によることが判示された。NTT 東日本事件（最判平成 22 年 12 月 17 日民集 64 卷 8 号 2067 頁）、JASRAC 事件（最判平成 27 年 4 月 28 日民集 69 卷 3 号 518 頁）では、2 条 5 項の排除行為該当性においても、正常な行為を逸脱濫用する人為性を要件として判示し、かかる人為性の有無の判断を「市場支配力の形成・維持・強化」の観点から、市場の特性、当事者の行為態様、競争に与える影響を総合判断することが説示され、市場支配力の形成・維持・強化は、人為性判断における考慮要素（パラメーター）であることが判示された。多摩談合事件（最判平成 24 年 2 月 20 日民集 66 卷 2 号 796 頁）・ブラウン管事件（最判平成 29 年 12 月 12 日民集 71 卷 10 号 1958 頁）では、2 条 6 項の競争の実質的制限に関し、当該取引にかかる市場が有する競争の機能を損なう場合であるとし、ブラウン管事件では、競争過程が独禁法の保護法益であることが示唆された。

一連の最高裁判決は、競争の実質的制限と公正競争阻害性のいずれにおいても、違法性の識別基準として、正常な競争手段を逸脱する「人為性」を中心置く点で共通しており、これは、最高裁が競争の実質的制限と公正競争阻害性のいずれにおいても、実質的に能率競争阻害＝競争機能侵害（一元論）に立つ

ていることの表れである⁽⁴⁷⁾。

(2) 最高裁判決の意義

一連の最高裁判決は、競争の実質的制限を市場支配力の形成・維持・強化とする見方（市場支配力説）に変更を迫るものであると同時に、二元論的見方の変更をも迫るものである。

最高裁が、競争の実質的制限を市場支配力の形成・維持・強化としなかったことは様々な理由から支持できるものであり、筆者はその点を繰り返し指摘している⁽⁴⁸⁾が、市場支配力説の立場からの最近の川濱教授の議論⁽⁴⁹⁾を踏まえ、デジタル経済時代の競争政策の観点からの重要な意義を整理すると以下の通りである。

(イ) 市場支配力の形成・維持・強化はパラメーターでしかありえず、欧米においてもそのように解されていること

最も重要な点は、市場支配力の形成・維持・強化は、正常な競争手段から発生する場合があり、市場支配力が形成・維持・強化されなくとも、競争の機能が侵害される場合がある。その意味で、市場支配力は、適法行為と違法行為を識別する基準となり得ないものであった。そのため、違法性判断基準を人為性

(47) 最判の展開とその意義の詳細については、越知・競争法大全第2章第5節、越知・デジタルと優越Ⅲ、越知・営業の自由論争Ⅲ、5参照。

(48) 上杉秋則・山田香織編『独禁法のフロンティア』(商事法務 2019) 第2章(筆者執筆)、越知・競争法大全第2章第5節Ⅲ(71頁以下)、越知・デジタルと優越Ⅲ、越知・営業の自由論争参照。岡田直紀「『競争の実質的制限』の現代的意義——競争機能侵害説の意義と射程——」(仮題。令和4年経済法学会年報に掲載予定)は、詳細な注記により議論の状況を整理している。

(49) 川濱昇「市場支配力基準の再検討」「金井貴嗣船籍古希記念論文集」(弘文堂 2022) 51頁(以下「川濱・市場支配力基準」という)、なお、本稿脱稿後に接した川濱昇「競争法における「消費者厚生」の位置付け——目的か基準か——」法学論叢188卷4、5、6号も参照されたい。この2つの論文によって、シカゴ学派に批判的立場かと思われた川濱教授の市場支配力説は、シカゴ学派の主張に親和的なものであることが明らかになっている(法学論叢論文では、「シカゴ革命」とも評されている)。

に置き換え、市場支配力の形成・維持・強化をパラメーター（考慮要素）に位置づけ直したものである。

この点につき、川濱・市場支配力基準では、競争機能侵害・反競争性と市場支配力の形成・維持・強化は、一致するものであり、それが欧米でも一致した見解であるとする（52頁）。しかし、市場支配力の形成・維持・強化と競争機能侵害が同一であるというのは、市場支配力基準を消費者厚生基準と見て、消費者厚生基準で競争保護を考えるという前提に立つからであり、それはシカゴ学派の考え方であって、欧米で一致した見解ではない。日本の専門家の大勢は、川濱教授を含めてシカゴ学派に対し批判的であり、同教授がシカゴ学派的な見地を欧米の一致した見方として、市場支配力基準を正当化されようすることには違和感を禁じ得ない。

しかも、シカゴ学派であっても、市場支配力は、取引の自由の制限の合理性を測るパラメーターとして位置づけられている。そのことは、シャーマン法1条にあっては、full fledged rule of reason 以外の違法性判断基準は、市場支配力の形成・維持・強化だけで違法性を判断するものではないことからも明らかである。シカゴ学派でさえも、各類型に応じて、パラメーターとして市場支配力の使われ方が異なることは当然視されており、あらゆる類型に共通の要件として市場支配力の形成・維持・強化で考える日本の市場支配力説は、欧米に存在しない独自の考え方である。他方において、不公正な取引方法の問題については、一転して市場支配力基準から離脱するという二元論もまた日本独自の理論である⁽⁵⁰⁾。

また、川濱・市場支配力基準の市場支配力分析は、市場支配力を消費者厚生と同値とみる見地に立てば当然の帰結になるというものでもない。同論文の分析は、競争が専ら価格を通じて行われる、部分均衡型の静態的な経済モデルで

(50) 川濱・市場支配力基準では、非ハードコアカルテルでは、市場支配力の形成・維持・強化が問題になっているとするが、米国の判例法は、当然違法が適用されない場合について多様な緩和された基準を展開させており、そこでは、市場支配力分析によらない中間的な基準が存在する。越知・競争法大全 320 頁以下。

あり（頻繁に言及されている Kaplow は、静態モデルの経済学説である）、そのモデル自体が市場の現実に乖離しているとも評価されている（近時は、品質、イノベーションなどの質的な面も加えたモデルが用いられることが通常である）。ラーナーインデックスを市場支配力の指標とすることは、動態的な視点を欠くことに加え、特定の具体的な指標を分析の前提にすること自体に、SCP パラダイム（とハーバード学派）が受けた批判が妥当する。同論文 65 頁は、高度な市場支配力は一律に課されるべきであり、スライディングスケールを否定するのが通説であるとするが、そのような硬直的見方もまた市場支配力基準の問題性を示すものである。

つまり、市場支配力概念自体が一義的に決まるものではなく、一義的に決めてはいけない概念である（一義的に決めようとしたことが SCP パラダイムとしてシカゴ学派の批判を浴びたのである）。川濱・ポピュリズムにおいて、市場支配力基準をわかりやすい基準と主張している（117 頁）が、川濱・市場支配力基準によってわかりやすい基準とは程遠いこと、わかりやすい概念するために、ある指標を絶対視してはならないことが明らかになっている。市場支配力もあくまで指標であり、指標はパラメーターでしかありえず、法律上の要件該当性が、指標によって直ちに決まることなどありえない。そのことはシカゴ学派、経済学者においても了解されている。

川濱・市場支配力基準では、同論文の主張する経済モデルが理解できない者を「初学者」であるとされるようである（57 頁、62 頁）が、それでは、法律専門家のほとんどは、初学者のレベルにすら到達していない領域にいると思われるし、同論文の主張する経済モデルはデジタル経済の時代に活用可能な経済モデルからは程遠く、それを理解できないからといって、初学者とみなされるものでもないと思われる。むしろ、それ自体指標に過ぎないある経済モデルの立証如何によって競争の実質的制限の該当性が決まるかのように考えることこそよほど初步的誤りのように思われ、市場支配力分析を極めることにより、かえって、競争保護の意義を見失いがちになることが示されているといえる。

(ロ) 市場支配力基準では、非価格的な考慮要素が重要なデジタル経済に対応できないこと

しかも、デジタル経済では、非価格的な支配力が重要であり、より一層、同論文で論じられている市場支配力分析だけで反競争性・競争機能侵害を基礎づけることはできなくなっている。しかも、そのことは同論文もその末尾において認めるところとなっている。すなわち、同論文は、冒頭において、市場支配力の形成・維持・強化が競争法の中核概念としつつ、末尾では、市場支配力分析（そこでは、消費者厚生基準とよばれている）では、「市場支配力」の蔓延を防げなかったこと、消費者厚生基準では、危険性レベルで、市場支配力をとらえることができないこと、市場支配力基準は、デジタル経済の下では機能しないことを自ら認められておられる（68頁）。それでは、なぜ、市場支配力基準に固執するか理解困難であり、天動説への信仰（越知・営業の自由論争参照）としか説明できないものであることが改めて明らかになっているように思われる。

競争機能侵害は、市場支配力分析だけではなく、行為態様・競争過程・非価格的要素なども考慮した総合判断であるべきであり、市場支配力は、あくまで重要なパラメーターである。最高裁がデジタル経済の到来を前に、競争機能侵害を説示したことは、時宜に合致したものであった。そのことは、まさに、同論文からも明らかになっており、今後は、最高裁判決の競争機能侵害の意義を突き詰めること、競争過程をどのようにその分析に取り込むかに研究の方向が向けられるべきである（具体的な競争過程の活用に関しては、別の論文で詳細に論じる予定である）。

なお、競争過程に関し、川濱・市場支配力基準61頁では、「競争過程を害することで競争自体が減少することで生じる市場への影響を問題とするのが反競争的效果であり、その程度を示すものとして市場支配力の形成等を捉えることができる」として、市場支配力基準でも競争過程が取り込まれているように主張されるようであるが、後段のように、市場支配力分析だけでその程度を測る結果、非価格的要素にかかる競争過程は、実際には、ほとんど考慮されない

ことになる。今日のデジタル経済における競争過程の考慮の在り方として妥当なものではない。

(iv) 排除の問題が適正に評価できること

(iv) に関連するが、価格を自由に左右できる力として定義されているように市場支配力は、一般には価格支配力として理解されている。しかし、価格支配力があるかどうかは明らかではないが競争が排除される場合があり、そのような場合、市場支配力基準では、（価格支配力が立証できないので）介入が困難になる。川演・市場支配力基準による MP デルタの分析を通じた市場支配力分析によって、競争の排除が適正に評価できるかは明らかではない。正常な競争によって、MP デルタが増加する場合にも違法となると判断されるおそれがある一方（人為性の要件を最高裁が付加した理由はまさにこの点にある）、初学者的な思考によれば、MP デルタの有意な増分のない「排除」は、いろいろな局面で考えられ、それがすべて適法と考えられてしまったのでは、まさにデジタル経済に対応できない。「排除」では規制できないから「搾取」だ、「搾取」は優越的地位の濫用が規制しているから、それを活用するのだという議論（注(65)における杉本前委員長の著作の議論）は、まさに、市場支配力基準が DP ガイドラインのパラダイムシフトを生じさせた原因となっていることを示唆するものである。

最高裁は、JASRAC 事件判決で排除型独占においても、利用抑制が生じれば排除効果が生じうるとしており⁽⁵¹⁾、反競争的抑制が生じる場合に介入は可能であり、最高裁判決に従って、排除の意義を再検討し、排除型私的独占ガイドラインを最高裁判決に沿った形で改訂することこそ、本来取られるべき方向性である。

(51) 最判平成27年4月28日民集69巻3号518頁、越知・競争法大全640頁、上杉秋則・山田香織編『独禁法のフロンティア』(商事法務2019)第7章(筆者執筆)178頁、越知・デジタルと優越IV 202頁

(二) 「取引の自由」が中核的概念であることが確認されたこと

より根源的な意義として、市場支配力ではなく、「取引の自由」の人為的制限が競争の実質的制限の中核概念であることを確認したことである。川濱・市場支配力基準では、冒頭で、市場支配力基準が競争の実質的制限の中核的概念であると断定されており、論証されるべき命題が前提とされて議論されている。しかし、最高裁は、中核概念を「取引の自由」と「人為性」と見ているのであり、それは、立法経緯からも市場経済の形成過程からも支持できるものである。

独禁法の制定時に、日本の立案担当者が、実質的制限の「実質的」の意味がどういう言う意味かをサロウィンに訊きに行ったとき、サロウィンが、机の上の花瓶を指して This is substance. といったという有名な逸話がある⁽⁵²⁾。禅問答のように見えるが、その意味は、substance の形容詞形が substantial であり、「実質的な」とは、「識別可能である」という意味であるということだと思われる。最高裁が、「競争の実質的制限」の「実質性」を人為性で解する考え方を示しているのは、識別可能性に人為性を持ってきたものといえるのであり、サロウィンの説明に沿う解釈である。

このような取引の自由と人為性を中核概念とした定義・解釈こそ、アダム・スミスの競争観・市場経済の形成過程に適合する解釈であり、欧米の基礎概念に関する定義・解釈に整合するものである。第5では、アダム・スミスの思想が取引の自由を基礎とした競争法観・最高裁判決の人為性の考え方には整合的であること、第6では、日本でも、半世紀前にそのような考え方方が示され、論争が行われたことについて詳述するが、その前に学説・判例の能率競争の意義の違いを整理しておく。

6 「能率競争」の概念について

日本の概説書では、能率競争という用語を全く異なる3つの見解を混同させて用いている。

(52) 公正取引委員会事務局編『独占禁止政策三十年史』(1978) 431 頁〔有賀美智子〕参照。

第 1 は、公正な競争を完全競争の意味で使う立場の学説（正田・舟田説）からは、能率競争を公正な競争を意味するものとして用いている。

第 2 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、最高裁判決は、この立場である。この立場からは、能率競争は competition on the merit と訳されることになる。

第 3 は、中間的な学説で、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・解説の立場であり、公取委の解釈であった。

概説書には、上記 3 つの立場に分かれていることが記述されるべきであるが、不正手段型の規制根拠の意味で、能率競争を用いながら、能率競争を competition on the merit と訳している概説書が多い。そして、そのような競争法観の違いを認識せずに議論していることが、消費者厚生を重視する競争法観に依拠できなくなったデジタル経済の競争法において、優越を競争政策の柱におき、完全競争モデルに回帰することの問題性を認識できないという問題を生んでいる。

上記のいずれの学説に立つかで、能率競争の定義が微妙に異なっている。

資生堂事件最判は、「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」と表現しているが、正田・舟田説では「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）。 「真価に基づく競争」（川瀬昇ほか編『ベーシック経済法（第 5 版）』（有斐閣）157 頁）という書き方がされることもある。

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、1960年代には、そのように主張されていた。企業結合で市場シェアを増やすことも、良質廉価を唯一の競争手段と解する立場からは否定的に解されることになる。今日では、そのような意識を持たずに企業結合を「人為的」な手段だと表現する論文・概説書があるが、それは、知らず知らずのうちに完全競争をベースラインとする考え方を持ち込んでいるのである。優越的地位にある者が、その地位を利用して不利益を与えれば優越に該当するという考え方には違和感を感じることも不感症が進行していることを疑わせるものである。

「真価に基づく競争」と定義される場合には、どの立場に立っているかは明らかではない。ベーシック経済法157頁では、真価をメリットと呼び、competition on the meritの意義で用いているが、182頁以下では、不正手段型の規制根拠として解説している。

第5 アダム・スミスの思想と取引の自由・最高裁判決理論との近似性

1 アダム・スミスの思想と取引の自由：自由放任の経済学という誤解

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⁽⁵³⁾、法と経済についての先駆者でもある。その思想的基礎は、自然法の思想であり⁽⁵⁴⁾、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、自然価格への收れんをもたらし、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⁽⁵⁵⁾。シカゴ学派経済学が新古典派経済学と呼ばれ、

(53) 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。

(54) 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。

(55) 前注第3話では、『国富論』において、自然価格への收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。

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かと思われるが、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⁽⁵⁶⁾。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。

そして、最初の競争法であるシャーマン法は、取引の自由の制限を違法とし、これを継承した日本の独禁法も「取引の自由」の「実質的」制限を違法とするものである。シャーマン法制定時から、取引の自由の確保の観点から競争過程の保護が重視されていたのである。競争過程の保護の問題は、シカゴ学派の台頭以降、希薄化したが、消費者厚生だけで取引の自由が確保できない状況が生じている現在は、競争過程の保護が改めて欧米で脚光を浴びているのである。

2 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⁽⁵⁷⁾。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には、有効競

(56) 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。

(57) 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

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。

3 アダム・スミスの思想の発表時と現在の類似性

アダム・スミスが国富論を著した時代と反トラスト法が制定された時代は、独占の問題が顕著になった時代という点で共通する。アダム・スミスが国富論を発表した時代を資本主義が立ち上がったばかりの牧歌的時代の理論のように思われがちだが、その時代は、東インド会社というかつてない巨大な独占事業者が生まれた時期であり、またワットが蒸気機関を発明し、産業革命が立ち上がった時期である⁽⁵⁸⁾。米国でシャーマン法が制定されたのは、鉄道・通信・電力などの分野における第2次産業革命の時期であり、かつてない規模の独占がトラストの形態をとって形成された時期である。

今日のGAFA問題は、消費者厚生を考えるとデジタル経済自身が莫大な消費者余剰を生み出しているので、消費者厚生基準では、競争が有効に機能しないことが明らかになりつつあるが、そのような問題は、競争法・競争政策が初めて直面した問題ではなく、むしろ、上記の2つの時代にも同じ問題を生じていた。すなわち、独占事業者は、社会便益を供与し、個人に巨大な消費者余剰をもたらしていたため、社会厚生基準からは、その行為は競争促進的であると判断されるものであった。GAFAの問題は、まったく新しい問題というよりも古くて新しい問題という側面を有するのである。

東インド会社の独占をめぐる論争において、アダム・スミスは、取引の自由を確保させることが市場経済を機能させるために不可欠な要因として指摘した。産業革命による新たな独占が米国で進行した19世紀末においては、取引の自

(58) アダム・スミスとワットは親交があったようである。水田洋『アダム・スミス』（講談社学術文庫）47頁

由を確保させることを目的としたシャーマン法を制定させることにより市場経済を確保しようとしたのである。そして、スタンダード・オイル事件（1911）⁽⁵⁹⁾により、スタンダード・オイルが解体されたのである。

いずれの場合も、独占が悪であるからそれを規制しようとするものではなく、取引の自由、競争過程（competitive process）を保護することにより、市場経済を機能させることの重要性が説かれている。取引の自由、競争過程こそが、デジタル経済下のGAFA問題に対する競争政策のキーワードとなる概念であり、まさに、米国ではその動きが起こっている。司法省のグーグル提訴、FTCが、フェイスブックに対し、買収したインスタグラム、ワツアップなどの分割を求める訴訟は、競争過程、顧客獲得競争を重視する競争政策の観点によってしか説明できない動きである。米国では、「消費者厚生」一点張りのシカゴ学派理論から米国反トラスト法の黎明期の思想である競争過程・顧客獲得競争を重視する競争法観へ回帰しているのである。スタンダード・オイル事件では、クレイトン法の制定前であったこともあり、シャーマン法1条違反とされた。企業買収にクレイトン法7条ではなく、シャーマン法を活用することも、反トラスト法の黎明期への回帰を想起させる⁽⁶⁰⁾。

第6 「取引の自由」をめぐる半世紀前の論争の意義

競争の実質的制限を市場支配力の形成・維持・強化と解したことは、「取引の自由」が競争保護の根幹にあること、本来、競争の実質的制限の核心的概念であることについての認識の希薄さを生んだ⁽⁶¹⁾。しかし、半世紀前の営業の

(59) Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1 (1911). 買収を繰り返す行為によるコンツェルンの形成に対する分割命令の事例である。

(60) フェイスブック事件以外にも、シャーマン法2条により合併の差止めが請求された事件も存在する（VISAによるPlaidの買収事件）。同事件は、当事者が合併計画を中止したことで終了している。泉克幸「欧米におけるスタートアップの反競争的買収に対する規律の現況」公正取引848号25頁、31頁（2021年）

(61) 川演・市場秩序では、取引の自由の代表的研究として、舟田教授の研究を挙げる（295頁注57）一方、岡田教授の見解については、言及も文献としての摘示も行わ

自由を巡る論争において、経済史学者である岡田教授は、取引の自由（同教授は「営業の自由」と述べている）を経済的自由の確保として主張した⁽⁶²⁾。かかる解釈は、アダム・スミスの思想にもっとも親和的な学説であったが、当時の独禁法学者・憲法学者は、独禁法に基づく介入は、契約の自由・経済活動の自由を制限する公序（公共の福祉）のように考える傾向が強く、かかる主張は受け入れらなかつた⁽⁶³⁾。舟田説あるいはDPガイドラインの私的自治・契約自由との関係を無視した優越の解釈論は、かかる公序論に由来していると思われる。

しかし、岡田（1975）の発刊の3カ月後、最高裁から、岡田教授の問題意識に沿った判断が示された（薬事法事件最高裁判決昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）。当時の憲法学上「自由」の保護の問題は、表現の自由の問題に傾斜し、経済活動の自由は保護されるものの、二重の基準論の下で、法律による制限が幅広く許容されると解されていた（小売市場距離制限に関する距離制限規定の合憲判断参照）が、同最判は、経済法規の規制であっても自由経済体制に関する消極的規制に関しては厳格な合理性の基準を取ることを説示し、取引の自由の観点から公共の福祉に基づく規制には限界があることを示した画期的な判決であった。独禁法に関する上記の6つの最高裁判決は、薬事法事件最判の取引の自由に対する考え方を受け継いで展開されており、最高裁判決は、一貫して取引の自由の意義を舟田説ではなく岡田説に従って解釈している⁽⁶⁴⁾。かかる解釈によれば、契約自由ないし私的自治を無視した優越の解釈論を最高裁が支持することは考え難い。

れていない。また、金井教授も、従来の学説では、今村説を例外として、不当な取引制限の要件として合意が取引を制限するものであること（取引制限性）、共同行為の内容が事業活動の制限であることがあげられることはなかったと指摘している。金井貴嗣「入札談合の不当な取引制限該当性—多摩談合事件最高裁判決の検討」中央ローカル第10巻4号2頁（2014），9頁

(62) 岡田与好『独占と営業の自由——ひとつの論争的研究——』（本澤社1975年2月10日）（以下、「岡田（1975）」という）

(63) 詳細は、越知・営業の自由論争参照。

(64) この点も、詳細は、越知・営業の自由論争参照。

第7 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

DPガイドラインのような取引の自由に関する特異な解釈（完全競争をベースラインとするかのような解釈）が生じたもう一つの原因として、自由競争に関する保護を市場支配力の抑制とする考え方（市場支配力説）であり、この考え方方が、搾取からの保護を競争政策の柱とすることにためらいの無い姿勢が生じている原因となっているように思われる。その結果、搾取を排除と並ぶ独禁法の柱とすること、不利益を理由に介入することに違和感を感じず、「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、搾取の濫用規制であり、不利益（あるいは不当不利益）を理由に規制を行う⁽⁶⁵⁾」ことの問題性を公取委が看過する結果となっている。

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⁽⁶⁶⁾。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）への收れんが市場経済である、淘汰の結果、独占価格付けを行ふ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

(65) 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IV 200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。

(66) 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。

率競争阻害はそのように考える理論である)。

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⁽⁶⁷⁾。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。

2 ドイツ競争制限法の搾取的濫用の位置付け

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。ドイツ競争制限法においても、条件濫用を搾取的濫用と解しつつも、排除（妨害的濫用）も同時に認定されてきている。フェイスブック事件のカルテル庁の判断でむき出しの搾取が問題とされ注目を集めたが、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ことがその端的な表れである⁽⁶⁸⁾。

ドイツ法を研究する研究者の間に、業績競争がクラークの有効競争論を「成果」を中心に再構築した理論（performance based competition）であること、その理論が初期の EU 競争法の判例の基礎になっていること、それを適切に紹介しているカラハ論文、越知・競争法大全（及びその前著『日米欧独占禁止法』（商事法務 2005））を看過し、搾取的濫用を強調し、ドイツの競争法の実像をゆがめる傾向があるが、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ことが懸念される。同論文は、有効競争（performance based competition, competition on the merit）の見地から

(67) 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。

(68) 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。

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擰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、擰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擰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。

取引条件を擰取とみて擰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。

3 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く気付いたことは、一步前進ではあるが、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⁽⁶⁹⁾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、伝播性を取り扱って、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。

第 8 「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方に先祖帰りするかの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

(69) 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。

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）社会主義の非効率が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ルドー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⁽⁷⁰⁾。

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、取引の自由という概念を本来の意義と正反対に解する解釈がガイドラインとして公の解釈となったり、安易に搾取的濫用に依拠した議論が市場経済の番人たる公取委の委員長によって行われる状況は、どうみても健全な状況とは言い難い。

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

(70) 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、自宅が共産党的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、初期オルドー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、初期オルドー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。

ルドー主義への回帰を志向するものでない。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⁽⁷¹⁾。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、一気に初期オルドー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、必要性と相当性の下で（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か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さえいえる。

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

(71) 新プランダイス派以前にも、エトナー・フォックス教授、ピトフスキーリ教授などは、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、初期オルドー主義であり、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。

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。歐米の 19 世紀の代表的文学の共通の特徴は、自由への渴望だが⁽⁷²⁾、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、ドストエフスキイの『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 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、「もし亜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。

(72) 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」ブルーストの「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——越知保夫全作品』の第 2 部「ルウェジュモンの恋愛と西洋を読む」参照。

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い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と思われる。