



RIETI Discussion Paper Series 23-J-001

新ブランドイスマ主義の含意： 消費者厚生基準と市場支配力基準をめぐって

川濱 昇
経済産業研究所



Research Institute of Economy, Trade & Industry, IAA

独立行政法人経済産業研究所

<https://www.rieti.go.jp/jp/>

新ブランダイス主義の含意：消費者厚生基準と市場支配力基準をめぐって¹

川濱 昇（経済産業研究所）

要 旨

デジタルプラットフォームの経済力集中の懸念により、競争法（関連分野を含む）を巡る議論の枠組みがこの数年で一変した。その原動力の1つは米国における新ブランダイス主義と呼ばれる立場の台頭である。この立場をめぐっては毀誉褒貶が多いが、既に規制の駆動力となっていることは否定しがたい。この立場はアカデミズムから出発しながらも、運動論の様相もあるため議論の整理も難しいが、法学的な立場からは米国における「消費者厚生基準」批判を軸に議論が整理されるのが通例である。

「消費者厚生基準」は一見自明であるが、米国での用法はかなり特殊なものがある。また、欧州や日本では米国の意味で「消費者厚生基準」が有力であったこともないし、そもそも日本法で「消費者厚生」基準がテクニカルに独占禁止法の規制基準であったことはない。しかし、消費者厚生基準と類似した内容の市場支配力基準を採用しており、これは新ブランダイス主義の批判に概ね応答できている。他方、わが国の市場支配力基準は独占力規制が不在な点で異なっていることも指摘できる。新ブランダイス主義はわが国でも喧伝されているが、「消費者厚生基準」や「市場支配力基準」をめぐるとの彼我の差異を理解しないと、それを正確に位置づけることも困難である。新ブランダイス主義を全面的に肯定する議論は少ないが、多くの点でそれと同一方向の議論が有力になっている現状を理解する妨げとなっている。このディスカッション・ペーパーでは米国での「消費者厚生基準」の問題点と「市場支配力基準」の意義を解明することを通じて、新ブランダイス主義のわが国競争政策への含意を明らかにすることを目的とする。

RIETI ディスカッション・ペーパーは、専門論文の形式でまとめられた研究成果を公開し、活発な議論を喚起することを目的としています。論文に述べられている見解は執筆者個人の責任で発表するものであり、所属する組織及び（独）経済産業研究所としての見解を示すものではありません。

¹本稿は、独立行政法人経済産業研究所（RIETI）におけるプロジェクト「グローバル化・イノベーションと競争政策」の成果の一部である。

新ブランダイス主義の含意：消費者厚生基準と市場支配力基準をめぐって¹

第一章 総論

1 新ブランダイス主義登場の背景

(1) 急激な登場と影響力

2010 年台後半から、米国の反トラスト法において新ブランダイス主義と呼ばれる立場が急速に有力化している。この立場は、1970 年台後半のシカゴ学派の台頭以降に反トラスト法が変質したことが、巨大なデジタル・プラットフォーム事業者（ビッグテック）による市場の席卷をはじめ、米国市場の集中をもたらし、その結果として様々な弊害をもたらしたとして、反トラスト法・競争政策の見直しを唱えるものである。その代表者としては、ティム・ウー（Tim Wu）競争政策担当大統領補佐官（コロンビア大学ロースクール）、リナ・カーン（Lina Khan）連邦取引委員会委員長（イエール大学ロースクール）、ジョナサン・カンター（Jonathan Kanter）司法省反トラスト局長が挙げられる。現職からも分かるように、単なるアカデミズムの潮流ではなく、反トラスト法執行に影響をもっている。

新ブランダイス主義と自・他称する論者以外にも、後述するように消費者厚生以外の目的を強調する論者が有力化している。これらの潮流を「ポピュリズム」（反トラストポピュリズム）と呼ばれられることも多い¹。

¹ 反トラスト法におけるポピュリストの潮流は制定時から有力であった。もっとも、ポピュリストの内容は多義的であって、しばしばレッテル貼りに使われる傾向がある。この点については、川濱昇「反トラストポピュリズムに関する覚え書き」法学志林 116 巻 2・3 号 105 頁（2019）を参照。新ブランダイス主義とポピュリズムの潮流を「ヒップスター（hipster）」と揶揄的に呼ぶこともある。Joshua D. Wright, Elyse Dorsey, Jan Rybnicek & Jonathan Klick, "Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust," 51 Arizona St. L.J. 293 (2019) 参照。経済学的方法とエビデンスに基づいた政策を全面的に拒絶する立場として批判する (Id. at 294)。このように単純な説明でこの潮流を理解するのは不適切である。反トラスト法の目的を多元的に理解する立場と経済分析を利用することは矛盾しない。たとえば、その代表的な論者の体系書を参照すれば分かる。Lawrence Sullivan, Warren Grimes & Christopher Sagers, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, 19-22 (2015)。さらに、エビデンスの軽視はボーク（Wright らのよって立つ基盤）の反トラスト法学の特徴というべきである（後注(6)参照）。経験的エビデンスの重視はブランダイス本人の特徴である。経験的証拠を広範に持ち出したことがブランダイスが米国法史にもたらした偉大な成果であることはブランダイスブリーフの名前とともに、わが国でもよく知られている。Philippa Strum, *Louis D. Brandeis: Justice for the People*, 114 (1984) が言うように、それがアメリカ法史を一変したことに異論はなかる

(2)不明確な内容

新ブランダイス主義や反トラストポピュリズムは、後述するように反トラスト法の政治的、社会的目的を強調する立場である。このような総論的な目的に関する表現や反トラスト法の現状への批判という点では一致するものの、それに対する法的戦略についてはあまりに多様で1つの立場としてまとめることは困難である²。共通している認識は、反トラスト法の執行が不当にまで緩和され、それが市場支配力の蔓延をもたらしたということの指摘からはじまる。それへの対処方法など、個別の論点は後述するように多岐にわたる。しかし、反トラスト法の執行の妥当さは従来の枠組みの中でも対処可能な問題である。さらに、多岐にわたる個別論点についても、従来の枠組みからも検討が可能なものとなっている。

もちろん、規模それ自体への介入や無過責独占規制、厳格な分離政策など、過剰な介入の主張も見られるが、上述のように個別的な提案に留まっている。それらについて新ブランダイス主義の立場から一般的な支持があったり、共通の理論枠組みが提示されているわけではない。

まず、米国の競争問題の現状をどう見るかである。新ブランダイス主義が観察している問題点は広く認識されている。というよりも、そのような認識の広がり新ブランダイス主義ないし反トラストポピュリズムの社会的な受容をもたらしているのである。

(3)反トラスト法をめぐる諸問題の発生

(a)不安感の醸成

この点については、2020年にメラメド (Melamed) がポピュリスト (新ブランダイス主義とほぼ重なる) 批判の論文³で行った整理が手際の良い展望を与えてくれる。この論文は、反トラスト法が米国政治の焦点となっており、それが1912年の大統領選挙以来であること

う。もっとも、新ブランダイス主義の論者に対しては、その面でのブランダイスに忠実なのかどうかについて疑問が提起され得る。また、新ブランダイス主義の主要な論者が経済学的方法論を軽視しているのではないかという疑念が、反トラスト法の現状に問題があると信じる主流派の反トラスト法専門家と新ブランダイス主義との分水嶺である。本稿で論じる消費者厚生基準批判は、多くの論者に経済分析の拒否だという印象を与えているのである。

² ただし、限定的な範囲ではあるがウーやカーンら主要メンバーが2018年に共通した目標を明示したことはある。後注(101)参照。ただし、暫定的なもので、練り上げられたものではない。その後も新ブランダイス主義の論者の関心領域は拡散しており、政治的目的をはじめとする多元的目的と消費者厚生基準批判といった抽象的な目的以上の具体的内容については不明確である。

³ A. Douglas Melamed, "Antitrust Law and Its Critics," 83 Antitrust L.J. 269(2020).

を指摘する⁴。その原因を彼はいくつかの要因が重なったからだを見る。

(a)、自由市場、グローバリズム、先進国における不平等の拡大を非難する左右両派のポピュリズムが台頭してきたことが挙げられる。

(b)、ビッグテックの台頭。ビッグテックの力は次の理由から不安を巻き起こしている。

(1)規模と範囲の経済とネットワーク効果によって際限なく拡大するように見えるがゆえに、(2)新しくほとんど目に見えない技術に基づくがゆえに、(3)データを集積してプライバシーを脅かすがゆえに、(4)強力な通信メディアという広いテーマに関わるがゆえに懸念を生んできたのである。これらの問題は、過去に繰り返し反トラストの監視対象となったものである。そして、(5)ビッグテックが政治の安定と慣れ親しんだコミュニティやつながりを損なうと恐れる人々がいることも理由として挙げられる。

市場集中と市場支配力が増大していることを示唆する経済学的研究が増えていることや、その他、政府だけでなく私的権力に対するリバタリアンの懸念が高まっていることなども挙げられている。

(b)反トラスト問題の発生

これらの問題は、事実の変化に対する認識とそれに対する価値的評価の変化の2つの側面での変化が混合されている。しかし、メラメドも言うように、いずれも私的な経済力に対する懸念に関係している。それゆえ、それに対処する道具として念頭に置かれるのが反トラストだということになる。ただし、メラメドが指摘するように、反トラストについてのスタンスは3つに分かれる。1つは反トラストの現状に問題がないとする現状維持派である。これは、上記の問題を発生させるような事象の存在にそもそも懐疑的である⁵。現状維持派は裁判所外では少数派であるが、裁判所では有力である⁶。これに対して、反トラス

⁴ シャーマン法の制定にもかわらず、また、前年の *Standard Oil Co. v. United*

States, 221 U. S. 1 (1911) 及び *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U. S. 106

(1911) 2つの重大判決で巨大なトラストが違法とされ、トラスト解体が命じられたにもかかわらず、巨大企業の拡大が脅威だと広範な社会層において認識されていた。そのため、トラストが重要な政治課題であることについて民主・共和・ルーズベルト派（革新派）いずれの党派も異論はなかった。

⁵ リバタリアン法学を代表する有力な法学者からのものとして、Richard A. Epstein, *Is*

There An Antitrust Crisis In Big Tech? (<https://www.hoover.org/research/there-antitrust-crisis-big-tech>) を参照。

⁶ 連邦裁判所の裁判官の多くは反トラスト法事件において最新の経済学の成果に冷淡である。これは、シカゴ学派の影響とされる。ただし、ここでいうシカゴ学派はポークのものである。ポークにとって、経済学は幾何の証明のようなものであって、実証的なものではない。これは、彼自ら述べていることであって揶揄ではない。彼によると「基本的な経済理論は強度に論理的な主題であり、その多くは若干の経験的に支持された公準からの論理

ト法についての既存の枠組みに基づいて反トラスト法の現状に問題があるという論者もいる。上記の懸念への対応として反トラスト強化が適切かどうかについては留保があるにせよ、私的な経済力への懸念に対処するには、反トラスト法の現状は不十分であることを強く主張するものである。これに対する処方箋として、反トラスト法の全面的な見直しを求めるものとしてポピュリズム（新ブランダイス主義）を挙げるのである。

ここで重要なのは、新ブランダイス主義が2010年台後半に急に広がる前から、上記の現状への批判が強力になっていったという事実である。このように、反トラスト法の現状（判例法や裁判所の対応）への批判が高まっており、それが新ブランダイス主義を生んだといっても過言ではない。

まず、主流派の反トラスト法専門家においても広く認識されていた、現状の問題点が何

的推論として導かれるものからなっている。……理論は十分に根拠をもっているので、われわれはその信頼性に確信を持つことができる、あるいはほとんど確信を持って良い」のだとする（Eleanor M. Fox and James T. Halverson eds., *Antitrust Policy in Transition: The Convergence of Law and Economics*, 16, 17 (1984) (hereinafter cited as *Antitrust Policy in Transition*) (1983年のパネルディスカッション (Judicial Precedent and the New Economics, in *Changing Antitrust Standards*) でのボークの発言))。そのため、「残りは幾何の証明のように行われる」(id.at16) のである。それに続いて、「このシステムは完全に循環的であり、それが強みである。なぜなら、循環論は反証されない (not rebuttable) からである。裁判官は、この体系を理解し、それによって推論することができる」(id.at16) とまで述べる。半世紀も前の法律家ボークの経済学理解が金科玉条とまでは言えなくとも、多くの慣行についての強固な適法の推定が広がっていると考えられる。なお、21世紀初めから指摘されていた、連邦裁判所の保守化傾向もそれに拍車をかけたものと考えられる。この点については、2006年段階でキャス・サンステーンの指摘がある（Cass R. Sunstein, *Radicals in Robes* (2006)）。その後、さらにその傾向に拍車がかかったことは言うまでもない。その後の詳細と、さらにその政治的背景については以下の文献で分析されている。Steven M. Teles, *The Rise of the Conservative Legal Movement: The Battle for Control of the Law* (2008)、Michael Avery and Danielle McLaughlin, *The Federalist Society: How Conservatives Took the Law Back from Liberals* (2013)、Amada Hollis-Brusky, *Ideas with Consequences: The Federalist Society and the Conservative Counterrevolution* (2015) を参照。これら3冊のいずれもが Federalist Society の活動が大きな影響をもったことを明らかにしている。言うまでもなく Federalist Society にとってボークは原意主義のリーダーの一人であり、まさにヒーローである。その法思想の影響は絶大である。憲法・政治的な分野に関心が偏っている Federalist Society のメンバーの多くにとって、経済分野における主たる情報ソースはボークとせいぜいイースターブルックまでとなっている。反トラスト法の分野における強固な適法の推定の伝統が生まれたのである。

かを確認しておく。メラメドが依拠したのは、ベイカー（Jonathan B.Baker）が2019年に公表した書物、『反トラストパラダイム』⁷である。これは、反トラスト法の現状に批判的な主流派の代表者が、現在の米国における市場競争の悪化についての諸研究を集積し、問題となる論点を整理したものとして定評がある。そこでの指摘された問題点は、反トラスト法ないし競争政策の変化を求める原動力となった広く共有されている事実（認識）である。

ベイカーが指摘する現状の問題点は数多い⁸。実質的な市場支配力の広がっていることに加え従来の市場支配力が持続していること、反競争的協調行為の抑止の低下、反競争的合併への抑止の低下、反競争的排除の抑止の低下、市場支配力が持続していること、共有株主問題⁹、支配的情報技術プラットフォームの勃興、寡占が一般的になり、集中度が多くの産業で上昇していること、政府による競争制限の増加、経済的なダイナミズムの低下などの事実を列挙する。これらに対して市場支配力の問題ではないという説明もあるが、それらが説得的でないことを指摘する¹⁰。そして市場支配力の増加が現にもたらす弊害を列挙する¹¹。総括として、米国で市場支配力が概して増大し、深刻な公共政策の問題を引き起こしているが、それは反トラスト法の介入を最小化しようというミニマリズムや自由放任のせいであるとするのである。

なお、これらの基本的な認識の上で、特に情報化した経済の領域を中心に、次のような問題への対処が急務であることを指摘する。アルゴリズムによる協調の立証問題¹²、支配的なプラットフォームによる排除行為の問題¹³、企業結合がイノベーションを減少させる問題（キラー買収を含む）¹⁴、特許に関わる反競争的行為¹⁵、さらに、供給者や労働者への害の問題¹⁶、プラットフォームユーザーに生じる害の問題¹⁷、それ以外にも、企業結合に

⁷ Jonathan B. Baker, The Antitrust Paradigm Restoring a Competitive Economy(2019).

⁸ Id.at13-31.

⁹ Id.at17-18.機関投資家が寡占的市場の競争会社の株式を大量に並行して保有することがもたらす反競争効果の問題。この問題に関しては、川濱昇「共通株主（common ownership）の競争問題」・尾崎安央他編『公開会社法と資本市場の法理』（商事法務 2019年）253頁参照。

¹⁰ Baker,supra note(7)at23-25.

¹¹ Id.at26-31.

¹² Id. at 99-118.

¹³ Id. at 119-149.

¹⁴ Id. at 178-82.

¹⁵ Id. at 182-89.

¹⁶ Id.at178-183.

¹⁷ Id. at 203.

関する構造的推定が軽視されすぎている問題¹⁸など、適切に対処されているか疑わしい問題を指摘する¹⁹。

ベイカーのリストはおそらくもう少し広げることも可能であるが、このような市場支配力問題の広がりとその原因に反トラスト法の緩和があることや、これではビッグテックの問題に対処できないのではないかという事実認識は、一部の現状維持派を除いて、広範かつ強力に広がっていた。

2 新ブランダイス主義の特徴：多元的目的と消費者厚生基準批判

(1) 多元的目的論の復活？

この事実認識の広がり、新ブランダイス主義が普及する原動力であったことはいなめない。シニカルな見方をすると、新ブランダイス主義は広く共有されている問題点を過剰な表現で包装して、反トラスト法のレトリックを変容させるものに過ぎないものとさえいる。

現状維持的な論者の中には、新ブランダイス主義の過剰な包装を批判することで、上記の問題がなかったが如き対応をとるものもある²⁰。誇張されている論者がいることで、そもそも問題となった事象を否定するものであり、事実についての真剣な議論というよりもレトリックによる問題の隠蔽に過ぎないのではないかと疑念が残る²¹。また、現状に批判的な主流派の論者からは、新ブランダイス主義のレトリックの過激さに対する批判がなされることになる。彼らが唱える「消費者厚生基準批判」や「多元的目的論」などがその代

¹⁸ Id.at79.さらに Jonathan B. Baker & Carl Shapiro, Reinigorating Horizontal Merger Enforcement, in How the Chicago School Overshot the Mark 235 (Robert Pitofsky, ed., 2008)及び Herbert Hovenkamp and Carl Shapiro, "Horizontal Mergers ,Market Structure, and Budens of Poof,"127 Yale L.J. 1996(2018)も参照。

¹⁹ Baker,supra note(7) at81-95 は、しばしば裁判所がもつ、反トラスト執行それ自体に對立的な、誤った先入観（ボークやイースタブルック流のシカゴ学派反トラスト法思想）を指摘する。

²⁰ Epstein,supra note(5)参照。さらに、Joshua Wright and Aurelien Portuese "Antitrust Populism,: Towrds A Taxonomy,"25 Stan. J.L. Bus. & Fin. 131(2020)も参照。

²¹ Epstein,supra note(5)は市場の自己修復機能の強靱さを強調するだけである。デジタル・プラットフォームフォームであることが一般的に深刻な独占の弊害をもつものではないことと、独占を持続させる多くの特性をもっているビッグテックの問題をそれだけで否定するのは誠実な態度といえない。有能な法学者が、党派的にボーク流のシカゴ学派の主張を繰り返していることが、新ブランダイス主義のシカゴ学派批判を招いたのである。逆に反トラスト法の主流派にとっては、どちらも素人の印象論であるという冷淡な態度を招き、それがコミュニケーションの断絶を招いているように思われる。

表である。

新ブランダイス主義は多くの若者や、従来反トラスト法を専門としなかった法律家たちの喝采を浴びつつ、上記のように、反トラスト法の専門家からは冷淡な態度がとられがちである。一見してラジカルな表現は大きな反発を招いたのである。強い賞賛と、強い反発、冷淡な拒絶、にもかかわらず政治的なプレゼンスが大きいことは、新ブランダイス主義をめぐる膨大な言説を生み出している。ただし、「新ブランダイス主義」の主張が政治的な議論をもたらしたのではなく、先述したように米国市場全般で市場支配力の増大への懸念、新たに出現した巨大なデジタル・プラットフォーム事業者の強大な独占力への懸念が広がっていることが先にある²²。それらの問題群への対応に関して、従来の立場を「消費者厚生基準」と一まとめに批判しているのである。それに対応して提出するのが、少なくとも1970年台まで反トラスト法で有力だった、反トラスト法の多元的目的である。ただし、多元的目的論と消費者厚生基準批判の関係は不透明である。しかし、彼らが懸念する市場支配力の蔓延の問題が共有されていることや、新ブランダイス主義の代表者が反トラスト法執行の責任者となっているように、米国における変革の原動力となっていることなどから、彼らの議論がクローズアップされているのである。

新ブランダイス主義に関しては、わが国でも憲法学者を中心に、彼らの主張に真剣に耳を傾けることが必要であることを指摘する声も強い²³。上述のように民主主義的価値などの多元的価値を重視する主張は米国反トラスト法では長らく主流であった。他方、多元的目的は市場支配力基準が達成によって実現する効果であって、多元的目的それ自体が基準となるとは考えられてこなかった。多元的目的がたとえば市場支配力基準に何らかの「揺らぎ」を与えることはあり得るが、従来は周辺的なものであった。なお、わが国の独占禁止法制定段階でもそのような多元的目的に立つ反トラスト法が参照されていた²⁴。その後の学説でも多元的な目的があることは当然視されていた。しかしながら、上述の立場と同

²²これに関する文献はあまりにも多いが、ここでは処方箋も示した、Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report, September 2019, available at <https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digitalplatforms-final-report> を挙げておく。

²³ 岡田羊祐他「座談会・憲法と競争」法律時報92巻9号4頁、13頁、16頁、18頁（2020）、山本龍彦「アテンション・エコノミー、競争法、憲法」日本経済法学会年報43号72頁、80頁（2022）、木下昌彦「デジタル・メディア・プラットフォームの憲法理論」情報法制研究9号16頁、27-29頁（2021）参照。

²⁴ 独占禁止法第一条の目的規定の末尾（究極目的）は「国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的とする」とあるが、「民主的で健全な」はこの意味と考えられる。また、米国には存在しない一般集中規制（9条、11条）もこの趣旨の規定であると理解されてきた。

様に、多元的目的は違法性判断基準には影響しなかった。それゆえ、新ブランダイス主義はわが国の経済法学者の関心は高くなく、また、関心を持つ論者であっても包括的にその主張を吟味して、これをどのように位置づけるのかを検討した例はない。

(2)なぜ「消費者厚生基準」批判なのか？

特に新ブランダイス主義が「消費者厚生基準」を強固に批判することが、議論を混迷させている。多くの法域の競争法で「消費者厚生」が重要な目的であることにはコンセンサスがある。なのに、それを一気に取り消すような言明に困惑する向きも少なくない。EUなどでは「消費者厚生」は経済分析やそれと不即不離の関係にある Theory of harm（競争への害の理論、反競争効果の発生機序）を明示化する立場と同一視されることがある。そのため、この立場を峻拒することは経済分析の拒絶のようにさえ見える。実際、その点を強調して新ブランダイス主義に対して経済学を拒絶する不合理な立場として断罪する論稿も見かける。「消費者厚生基準」批判をどのようにとらえるのかが新ブランダイス主義を理解するための鍵となる。その前に次の点を確認しておく必要がある。

まず、第一に「消費者厚生基準」批判は米国の反トラスト法の文脈を考えなければ意味をなさないものであること。第二に、第一と関係するが、批判対象となった「消費者厚生基準」の内容そのものが多義的であることである。第二の問題は第四章で詳しく検討するが、ここでは、第一の点を説明しておく。このような文脈を無視して「消費者厚生基準」批判論を直輸入できるものではない。

新ブランダイス主義の論者は反トラスト法が民主的価値など多元的な目的のためであることを主張する。これを根拠に消費者厚生基準を批判しているようにも見える。また、そのような紹介も散見する。しかし、消費者厚生を重要な目的でないとしているのか、それとも重視しているのかは不明確である。多元的目的論は1970年代末から、ポピュリスト的として批判されるようになったものであるが、先述したように、かつて有力であった反トラスト法の立場と変わりはない²⁵。むしろ、かつて有力であったポピュリスト思想をブランダイスに仮託して復興させようとする点に特色があると言える。しかし、ポピュリスト的とされる論者は、ボークら以上に消費者利益の擁護を唱えてきたのである。むしろボーク²⁶が唱える「消費者厚生基準」は正しく消費者利益を守らないことを批判しさえしていた²⁷。

²⁵ Carl Kaysen and Donald F. Turner, *Antitrust Policy An Economic and Legal Analysis*, 17-18 (1959).

²⁶ ボークの消費者厚生基準論は第四章で詳しく検討する。

²⁷ この点については、川濱・前掲注(1)参照。新ブランダイス主義の代表者の一人も、2014年段階では「反トラスト法が消費者ポピュリズムへコミットしてきた」ことを強調している (Sandeep Vaheesan, "The Evolving Populisms of Antitrust," 93 *Neb. L. Rev.* 370, 373

「消費者厚生基準」以前から、米国の反トラスト法は市場支配力基準が有力であった。これは、正常な競争過程を害することによって市場支配力の形成等をもたらすことを禁じることなどを通じて、市場支配力の成立を未然に防止するとともに、現に市場支配力を保有する者の行動を規律するものである。第四章で見るように、この基準は概ね消費者厚生と一致している²⁸。消費者厚生基準を主張する論者の多くは、従来の市場支配力基準と同一の意味で用いており、その観点から新ブランダイス主義を批判するのである²⁹。この立場からは、消費者厚生が基準なのではなく、消費者厚生を課題と設定したレジームということになる³⁰。実は、消費者厚生それ自体を基準とする立場では、市場支配力基準から見て、あるいは競争政策を擁護する人々から見て困難な事例が容易く見つかる。新ブランダイス主義の多元的目的の中にはかつては見られなかった供給者・労働者の利益など市場の様々なステークホルダーの利益が言及される。これらの利益はそれ自体を保護するというのではなく、市場支配力のためにこれらのステークホルダーが被る被害を勘案せよというものである。これは市場支配力基準では自明に保護法益に含まれているのである。

もっとも、市場支配力基準を消費者厚生パラダイムで装飾したため、第四章で見るように、競争が基準であることを明示する法域では見られない混乱が生じたのである。他方で、市場支配力基準とは異なった強い意味で消費者厚生基準を用いる論者もいる。さらに、強い意味にも複数のバージョンがある。「消費者厚生基準」批判はそもそも批判対象自体が多義的なものなのである。新ブランダイス主義の論者が「消費者厚生基準」批判を中心的な課題とするのは、この中でもボークの主張するタイプの「消費者厚生基準」を主たるターゲットとしているようである。ただし、それ以外のバージョンと区別せずに行っていることも確かである。これは、現在の連邦裁判所の裁判官の「消費者厚生」及び「経済学」理解の水準を念頭に置いたものであると考えられる。市場支配力基準と同一視可能な消費者厚生基準は、かならずしも現在の米国連邦裁判所の裁判官は採用しておらず³¹、反トラ

(2014))。そこでは、消費者利益と総厚生(効率性)の立場を対極的に扱っており、消費者利益をポピュリズムの重要な価値としている。消費者厚生がしばしば後者と混同されることが新ブランダイス主義の消費者厚生批判の理由の1つであることが裏付けられる。このような点について、明示的な言明がないまま「消費者厚生」批判がなされていることが議論の混迷に拍車をかけている。

²⁸ 消費者厚生と一致しているのであって、消費者厚生基準ではない点に注意されたい。

²⁹ Melamed, supra note(3)参照。

³⁰ メラメドは、主流派のことを消費者厚生パラダイムと呼んでいるのは、この趣旨であろう。Melamed, supra note(3)参照。

³¹ Tim Wu, The “Protection of the Competitive Process” Standard, COLUMBIA PUBLIC LAW RESEARCH PAPER NO. 14-612 (2018). Available at:

https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2290 を参照。後述するようにマ

スト法違反を認定する上で様々な障壁を設ける傾向にある³²。実際、現状に問題があると
する主流派の主張は、反トラスト当局で採用されたとしても、裁判所でどの程度受け入れ
られるかは不明である。反トラスト法に関する裁判所の立場に問題があるなら、立法に頼
るのは当然のことである。後述するように、ブランドイスの活躍は、シャーマン法につい
ての裁判所の立場に対する批判が充満している環境下で、議会による反トラスト法の追加
変更としてのクレイトン法と FTC 法の制定に関するものであった。また、クレイトン法の
企業結合規制の資産取得の抜け道などをふさいだ 1950 年改正も、直前の最高裁判例が明ら
かにした法律の欠陥問題³³が大きな原動力であった。

イクロソフト事件控訴審判決が採用して立場（市場支配力基準と一致するものであり、ウ
ーが賛同する立場）を現在の消費者厚生基準は採用しないであろうことを

³² 偽陽性のコストを過大評価して、偽陰性のコストを軽視し、不必要な要件を設けたり、
原告側のハードルを様々に引き上げる（訴答段階での詳細な事実の要求等。）ことなどが
挙げられるが、実証的な経済分析や発生機序の新しい説明を拒絶する傾向なども見られ
る。この傾向の背景については、前注（5）参照。個別具体的に消費者厚生への害を立証
せよとしつつ、ボーク流の理論以外は知らず、それとはずれた主張を受け入れないとい
う傾向については、Chris Sagers, "Antitrust, Political Economy, and the Nomination of Brett
Kavanaugh," Harvard Law & Policy Review(<https://harvardlpr.com/2018/09/19/antitrust-political-economy-and-the-nomination-of-brett-kavanaugh/>)も参考になる。現最高裁の一部判事の経済分析に対する奇妙な態度が列挙されている。特にカバノー判事が控訴審裁判官時代に書いた意見は前注（6）で言及した最近の保守派裁判官の典型とあってよい。差別化された市場における単独効果分析は 1990 年台以降の企業結合経済分析の主力であり、個別事件の事情に合わせて実証分析を駆使して遂行される。それが問題となった企業結合事件（FTC v. Whole Foods, 548 F.3d 1028 (D.C. Cir. 2008)）で、カバノー判事はボークの反トラスト法の著書に依拠して（10 回以上引用して）、それらの実証研究を十分な理由もなく（たとえば、カバノーが関連市場と信じる領域でのシェアが低いとして）退けるのである。言うまでもなく、単独効果では、市場シェアが低くとも反競争効果が見出せる。ボークの経済分析は半世紀以上前の経済学に依拠している。単独効果の理論的基礎も実証テクニックも明らかになるはるか前のことである。それどころか、市場画定の方法さえ経済学的に十分に検討されてはいない。ボークの立場は一定の立場から「幾何学のように演繹すれば」（前注（6）参照。ボークの言葉。）良いのであって、実証分析は必要ない。単独効果問題になるような市場シェアでは、反競争効果が生じることはあり得ないというのが、ボークのお告げなのである。カバノーがボークの原意主義の忠実なフォロワーであり、ビジネス法の経験が乏しいことから、経済分析のソースとしてボークが頼りなのかも知れない。連邦裁判所の裁判官にこのような者が少なくないと想定できる。

³³ United States v. Columbia Steel Co., 334 U.S. 495 (1948)を参照。垂直的な企業結合をクレイトン法 7 条の射程外であることを確認の上、多数意見（5 対 4）はシャーマン法の基

ホースタッターの著名な論文³⁴を受けて、新ブランダイス主義の動向を「反トラスト運動」に過ぎないという揶揄することも見られる³⁵。ホーフスタッターの主張は、「運動の時代」はその熱狂にもかかわらず、トラスト訴追事例が少なく、その後の活発な「執行の時代」が来たことを強調するものである。しかし、「運動」による法律の整備と執行体制の強化がなければ執行の時代もあり得ないのである³⁶。米国議会での立法がとりわけ現在困

準では適法だとした。ダグラス判事が執筆した反対意見は、経済力の集中が民主主義への脅威になることをブランダイスの巨大さの呪いに言及しつつ、強調したことで知られており、新ブランダイス主義の論者に好んで引用されている。ただし、ダグラス判事は、垂直的結合によって独占が強化され、それが何よりも価格の支配を生むことを、もっとも問題視していた点に注意が必要である (Id.at535-536)。これは市場支配力基準及び消費者厚生目的論と整合的な立場となっているのである。もちろん、そこでの垂直的企業結合の分析手法については、現在の観点からは議論の余地は充分ある。いずれにせよ、垂直的結合も含む企業結合規制と目的を重視すると当事考えられていたシャーマン法の基準とは異なった「競争減殺基準」の必要性を議会に印象づけた判例であった。

³⁴ Richard Hofstadter, "What Happened to the Antitrust Movement?-Notes on the Evolution of an American Creed," in Earl F. Cheit, ed., *The Business Establishment*, 113 (1964). その後、Richard Hofstadter, *The Paranoid Style in American Politics and Other Essays* 188 (1965) に補題を省略の上で改訂版が再録されている。以下では改訂版を引用する。

³⁵ Herbert Hovenkamp, "Whatever Did Happen to the Antitrust Movement?," 94 *Notre Dame L. Rev.* 583 (2018) 参照。なお、反トラスト運動については、Daniel A. Crane, "Technocracy and Antitrust", 86 *Tex. L. Rev.* 1159 (2008) も参照。

³⁶ ホベンカンブにせよ、クレーンにせよ、テクノクラート化と執行強化を同一視する傾向がある。しかしながら、川濱・前掲注(1)で指摘したように、ホーフスタッターが見出した執行強化には、テクノクラート化が必要であったが、クレーンらが考えるのとは違った形で成立している。後期ニューディールのまさに運動の熱気の中、トラストバスターであるサーモン・アーノルドが、反トラスト部門の金銭的拡充と極めて優秀な若手スタッフを反トラストに動員できたため、反トラスト法にかかる優れた人材のプールが形成された。それによって、自己参照的な目的を持って、政治的な支配から独立した手続と基準をもった法律家と経済学者からなる専門家集団(テクノクラート)が制度化されたのである。熱狂的な政治的リーダーシップが専門家集団の自立のための前提条件である。クレーンらの観点からのテクノクラート化の完成は、中立的な経済厚生観点からの事件処理の時期ということになっているが、その時期から反トラスト執行が停滞したのである。政治的な顕著性を欠いた分野でビジネスの影響力が強い分野でテクノクラートがどのような行動をとるのかは容易い道理であろう。余計なことを書くと、21世紀に入って欧州各国を始め多くの法域で比較的若い世代が競争法に参入し、優れた人材プールができているのに対

難であることを考えると、反トラストの強化を運動の拡大として進めようという新ブランド主義の立場も首肯できる³⁷。反トラストの広範なステークホルダーに訴えかけず、政治的顕著性³⁸を欠いたままでは、専門家がいくら議論を重ねたところで、状況の改善は期待できない。デジタル・プラットフォームに関して多くの経済人を含む大衆的な関心の向上とともに、反トラスト法の政治的顕著性が高まりつつある時期において、関係するステークホルダーたちの支持を調達するために、多元的目的に訴えかけるのは運動の論理と

し、米国では反トラスト法の優れた専門家が非常に高齢化していることが指摘できる。もちろん、反トラスト法専門の法律家だけで数千人に及ぶとされ、それに加えて反トラスト問題に従事するエコノミスト群も存在してはいる。しかし、法的にはルーティン化していることは否めず、下記の引用からも分かるように新たな法学的才能の参入は乏しい。新ブランド主義は若手の優れた法律家及び従来反トラスト法に関心のなかった経済学者を含む専門家を反トラスト法に引き込むこむ点でも価値あるものなのかも知れない。クレーン自身がこれに近い現状認識を行っている。<https://www.promarket.org/2021/05/17/law-school-hiring-professors-interest-antitrust/> なお、単なる憶測だけが、クレーンが新ブランド主義の立場を単なる運動として峻拒せずに、彼らと対話を重ねているのはこのためではないかと思われる。なお、法アカデミズムは高齢化していたとしても、エコノミストの参入は活発であり、米国の裁判では採用されなくとも（それが米国の法学アカデミアでの参入不足の理由だと思われる。）、それらの論者が国際的に活躍していることは確かである。

³⁷ 新ブランド主義のもう一つの戦略は、連邦取引委員会の行政委員会としての活動の強化であり、そのための FTC 法 5 条に関する解釈的規則の制定である。Rohit Chopra & Lina Khan, *The Case for Unfair Methods of Competition Rulemaking*, 86 U. Chi. L. Rev. 357 (2020) 及び Sandeep Vaheesan, *Resurrecting "A Comprehensive Charter of Economic Liberty": The Latent Power of the Federal Trade Commission*, 19 U. Pa. J. Bus. L. 645, 676-89 (2017) 参照。しかしながら、行政国家を敵視する傾向がますます高まっている連邦最高裁判所の下で（この傾向については、Cass R. Sunstein and Adrian Vermeule, *Law and Leviathan: Redeeming the Administrative State*, 19-37 (2020) 参照。）、規則制定が適法とされるのか、あるいは裁判所による規則尊重をもたらすシェブロン法理の適用は期待できるのかなどの難点が残る。当然、この構想については揚げ足取りも含めて多数の文献が生まれている。いずれにせよ、この問題は合衆国憲法及び行政法固有の問題にかかわるものである。

³⁸ 政治的顕著性 (salience) の意義と機能についてはさしあたり、Christopher Wlezien, "On the salience of political issues: The problem with 'most important problem'" 24 *Electoral Studies* 555 (2005) を参照。政治的顕著性の欠如が反トラストの執行低下をもたらしたとする主張としては、Harry First & Spencer Weber Waller, "Antitrust's Democracy Deficit," 81 *Fordham L. Rev.* 2543 (2013) も参照。

しては当然のことである。さらに、実際に多くのステークホルダーの利害がかかわっているのである。反トラスト法の目的として、民主的・政治的目的や社会的目的、平等の追求など多元的目的を強調するのもその文脈で理解すべきものかもしれない。

それでは、新ブランダイス主義の検討は我々にとって、実践的にはまったく意味がないものなのだろうか。そうではない。今日、ほとんどの法域で競争法の主たる目的として消費者厚生を挙げている。時には、競争法の目的が競争の維持であることを忘れてしまうことさえ見られる。しかし、わが国を含む多くの国での競争法の基準は競争過程への害と市場支配力を軸に成立した、市場支配力基準である。第二章で見るように、新ブランダイス主義の現状批判の重要点は反トラスト法の誤った解釈が市場支配力の蔓延を招いたというものである。第二章で見るように多元的目的論はこの文脈であまり役に立っていない。多元的目的とされるものは、市場支配力の蔓延がもたらす弊害の列挙という側面が大きく、その観点からの法的介入の変容の提案は少ない。また論者の間でも一貫したものではない³⁹。そうだとする、市場支配力をターゲットとした基準をどのように構築するのかということが主たるターゲットとしても良いはずである。第二章では、新ブランダイス主義の概略を述べ、その主張する問題群の多くが市場支配力問題（市場支配力基準）の周辺とかわるものであることを確認する。ただし、市場支配力問題への対処が多様な目的をもっていることを確認することは重要である。経済法以外の分野で新ブランダイス主義に対する関心が高まっているのはこの目的の多元性である。わが国の独占禁止法は先述のようにもともと新ブランダイス主義の目的論と親和的なものであった。また、米国の反トラスト法で目的の多元性が時に誤解されたことは確かだが、それがまったく関係がないと断言するのは、産湯とともに赤子を流す愚を犯すことになる。独占禁止法本体でのそれらの目的を直接に解釈指針とすることに限界があることは確かだし、実際そのような提案は具体的にはなされていない（中小企業の保護それ自体を重視するような言説も散見はするが、それ自体を目的とした基準の提案は見られない）。しかし、市場支配力問題に対処するための特別の立法の可能性という近時多くの国で喫緊の課題となっている問題群に照らして考えると、それらの多元的目的が立法の推進材料となることも確かである。この場合も重要なのは、市場支配力問題と他の目的との関係があることなのである。

市場支配力をターゲットとした基準は、第三章で見るように、市場支配力基準と呼ばれてきた。これはわが国では「一定の取引分野における競争の実質的制限」と同値のものと考えられてきた。これは、多くの国でも反競争効果の標準的な基準とされるものである。

³⁹ もっとも、市場支配力基準をその代理変数である集中度の問題と置き換え、集中度それ自体を基準と見る傾向も新ブランダイス主義に見られるが、彼ら自身、古典的な SCP パラダイムに戻せという分けではない点は強調している。Lina M. Khan, "Amazon's Antitrust Paradox," 126 Yale L.J. 710,745 (2017)は「私は構造—行動—成果パラダイムへの厳格な回帰を主張しているのではない」とする。

他方、米国反トラスト法では市場支配力の存在自体を課題とする問題群も存在する。これは独占力規制と呼ばれ、わが国の現行独占禁止法では空白の領域である。実は、新ブランダイス主義の提案や新ブランダイス主義を標榜しない主流派内の異論派の立法論は、この側面での市場支配力基準及び消費者厚生基準の揺らぎとでも言える領域にかかわるものである。いわば、大きな独占力を持つ事業者に対して、何らかの予防原則に基づく規制を行うことが必要か否かの問題ともかかわる。これは、消費者厚生基準との関係を考察すると浮かび上がってくる問題でもある。

第四章では、消費者厚生基準の意義を検討する。わが国の裁判所も公正取引委員会も消費者厚生への害を独占禁止法の要件であるとしたことはない。しかし、消費者厚生への言及は独占禁止法・競争政策の文脈でしばしば見られる。消費者厚生は、独占禁止法の最重要目的という形で、独占禁止法解釈の導きの星であるが、それを直接的に基準とすると様々な不都合がおきる。第四章では、消費者厚生基準をめぐる新ブランダイス学派の批判とそれへの再批判を参考に、消費者厚生「基準」の問題点を指摘するとともに、消費者厚生が独占禁止法（競争法）が達成すべき重要課題であることを確認する。法的議論に迂闊なスローガンを持ち込むことの問題点である。

市場支配力基準と消費者厚生基準はあまりにもなじみ深いので、無造作に使用されてきた概念である。新ブランダイス主義をめぐる論争は、両者のセマンティクスをめぐる混乱にも1つの原因がある。もっとも、混乱を明晰に解明することなく、レトリックの武器としてきたことも混乱の理由かも知れない。我々にとっては、これらの概念を明確にすることによって、立法及び解釈論の今後の指針を導くことこそが重要である。本稿はこれをもって新ブランダイス主義の（わが国競争政策にとっての）含意とするものである。

第二章 新ブランダイス主義の概観

1 ブランダイスとの関係

(1) ネーミングの由来

新ブランダイス主義は、ウーやカーンらが自らの立場を名付けたものである。その一派に属するとされる論者も、具体的な主張内容はそれぞれに異なっており、ある意味捉えどころのないものである。新ブランダイス主義という名称は、いうまでもなくブランダイス（Louis Brandeis）に由来する。ブランダイスの反トラスト思想を今日の文脈で再生させるといえるものである。ウーが反トラストの変革の必要性を説得的に述べた一般向け書物は、「巨大さの呪い」⁴⁰と題されている。この書名はいうまでもなくブランダイスが好んで口

⁴⁰ Timothy Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age* (2018) (ティム・ウー（秋山勝訳）『巨大企業の呪い ビッグテックは世界をどう支配してきたか』（朝日新聞出版 2021））。

にした言葉⁴¹であり、金融寡頭制を批判した論文の題名⁴²であり、論文集⁴³の題名となったものでもある。そこで、新ブランドイス主義を語る前にブランドイスについて振り返っておこう。ブランドイスは重要な法律家であるにもかかわらず、経済法・独占禁止法ではボーク⁴⁴の著述で描かれるような、中小企業保護のために競争を犠牲にした論者、単なる大企業批判者、ネガティブな意味でのポピュリズムの代表者といった戯画化されたプロフィールで理解されることが最近では多いように思われる。ブランドイスは多方面で活躍した法律家であり、その法思想は単純に語られるものではないが、簡潔にブランドイスの反トラスト法の主張をまとめておくのは有益であろう。

(2) ブランドイスとその反トラスト思想

ブランドイスは上述のように多方面で活躍した法律家である。企業法務で成功した弁護士であり、また、人民の弁護士と呼ばれるような労働者と弱者の力強い擁護者であり、金融トラストの強固な批判者であり、金融業に精通しているがゆえに、情報開示などその後

⁴¹ Jeffrey Rosen, Louis D. Brandeis: American Prophet, 15 (2016) が指摘するように Brandeis は巨大さの呪いを企業だけでなく、国家権力に対しても用いていた。大きな政府批判はその特徴である。それが独占を管理統制する手法への拒否となっていた。他方、分野特有の独占的企業の規制に対しては、様々な注意を払いながらも肯定的に評価していた。

⁴² Louis D. Brandeis, *Other People's Money and How the Bankers Use It* (1914) の第 8 章の題名である。ブランドイスのもっとも有名な著書といってよいこの書物は、金融寡頭制の問題と投資者保護・開示制度の必要性などを先駆的に示したことで知られる。第八章では、鉄道が金融資本の助力を得ながら、実物投資ではなく他の鉄道会社を買収することが不効率などの問題を生じさせていることを指摘して、鉄道会社間の株式取得等の規制の必要性などを説いている。そこでは、「権力の集中の弊害は明らかであり、結合は必然的にそのような権力の集中を伴うので、結合を正当化する責任は、それを実現しようとする者に課されるべきである」とするとともに、「巨大さ」の不効率も主張している。なお、同書の反トラスト（反独占）思想は、金融資本に焦点を合わせたものである。今日では銀行持株会社による非金融会社の株式保有規制（銀行と商業の分離）に残滓として現れている。銀行と商業の分離の反トラストの側面（健全性の側面ももちろんあるが）に関しては川濱昇「米国における銀行の株式保有規制の変遷－銀行と商業の分離原則の行方」法学論叢 152 巻 5=6 号 211 頁（2003）も参照。

⁴³ Louis D. Brandeis, *The Curse of Bigness: Miscellaneous Papers of Louis D. Brandeis* edited by Osmond K. Fraenkel (1934). この著書は小論文を寄せ集めたものであり、第 3 章が、*The Curse of Bigness* として、反トラスト法関連の小論と反対意見が集められているにとどまる。

⁴⁴ Robert Bork, *The Antitrust Paradox*, 41-47, 51, 59, 69-71, 75-77, 85-87 (1978) 参照。

の証券取引規制の基礎となるアイデアを生み出した開拓者であり、プライバシーの権利の最初の提唱者であり⁴⁵、その進歩思想と出自から保守派の強い反対にもかかわらず連邦最高裁判官にはじめて就任したユダヤ人であるというぐあいに、リストはいくらで続くが、この不完全なリストだけでもその多彩な経歴が分かる⁴⁶。

反トラスト法に関しては、今日でも合理の原則の内容を示す先例として引用され続ける *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918) の法廷意見を執筆したことで知られるが、最高裁時代の反トラスト法事件の意見の数はそれほど多くない⁴⁷。また、反トラスト法のまとまった著書を書くことはなかった。だが、20世紀初頭の巨大企業台頭に対抗した反トラスト運動の時代にキーパーソンとして、クレイトン法やFTC法の制定に至る様々な活動で知られており、その活動に関する小論をいくつも書いている。

その思想の基本的として、金融資本の台頭を背景に例を見ない経済力の集中（トラスト）がもたらされており、また、それは様々な弊害をもたらしているという事実認識があった。そこでの弊害として、政治的・社会的な観点からのものを重視していた。トラストに対してはその経済的効率性が高いことを根拠に、その存在自体には好意的な立場もその当時は見られたが、それを真っ向から否定した。存在自体には好意的な立場ではトラストの否定ではなく、直接的な統制が課題となるが、それを退けた。これは、今日の言葉では直接的統制がキャプチャーとなり、巨大な政府という別の巨大さの呪いにつながるという立場であった⁴⁸。また、そもそもブランダイスはトラストが効率的であるとは考えていなかった。彼が考えたのは競争によるトラストの制御である。ただし、自由放任ではトラストを制御できる競争は生まれてこない。競争を利用したブランダイスの反トラスト思想は次のような「規制された競争」(regulated competition)⁴⁹の視点でまとめられている。

⁴⁵ Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy,” 4 Harv. L. Rev. 193 (1890).

⁴⁶ 評伝も多いが、包括的で詳細なものとして、Melvin I. Urofsky, Louis D. Brandeis: A LIFE (2009)を挙げておく。

⁴⁷ 反トラスト法事件としては、*American Column & Lumber Co. v. United States*, 257 U.S. 377 (1921)での反対意見が重要であろう。これは、硬材（木材）生産業者が生産量や生産見込みなどの情報交換を行ったことをシャーマン法1条違反として事件である。365名の生産者間の情報交換であり、しかも合計シェアは米国の硬材生産の3分の1程度であった。ブランダイスはこの情報交換は、市場の趨勢が分からない小規模な生産業者が長期の植林事業を含めて活動するのに必要な活動であって、競争制限の効果を持つものでないと合理の原則の下で適法だと判断した。この判断は現代的な合理の原則分析の先駆けである。

⁴⁸ 前注(39)参照。

⁴⁹ たとえば、Brandeis, *supra* note(43) at 104–105, 113–116が「規制された競争」に言及

(a)独占が問題であるにせよ、独占を直接的に統制するというのは国家権力の増大を招くし、適切な処方箋ではない。独占は効率性故に自然に生じたものではなく、競争が適切に行われなことから発生、維持されているものだとする。つまり、競争は、冷酷な慣行(ruthless practice)と過度の富と権力を不適切に行使することによって抑圧されているのである。独占は、それによって発生し、将来もそれを維持するためにそうし続けると考えるだけの理由がある。そこで、企業買収を含む、経済権力を利用した不適切な手段を制限した、規制された競争によって独占を制約することができるという。そのように独占を抑制することによって、各事業者は創意を発揮し、効率性の向上を実現できる⁵⁰。

規制された競争はいささか分かりにくい概念である。自由放任競争ではなく、反競争的買収や排他的・略奪的慣行などが無いことを要請しているが、不当廉売における費用基準の算定などについてブランドイスク独自の発想が見られる⁵¹。ともかく、適切に競争を制御すれば独占が抑止されるという考えから、反競争的手段を規制する機関としての連邦取引委員会の構想が生まれたのである。

(b)さらに、規制された競争によって独占を抑制することは、民主主義的ないし共和主義的な観点⁵²から価値あるものとされる。

している。「規制された競争」概念及びそれを軸に展開される簡単には要約できないブランドイスクの思想については、Gerald Berk, Louis D. Brandeis and the Making of Regulated Competition, 1900-1932 (2009)を参照。競争を害さないが、効率性を向上させる情報交換活動の位置づけさらには反トラスト執行体制など多岐にわたる内容をもつことがわかる。さらに今日の一般的な理解としては、Rosen, supra note (41) at 47, 63も参考になる。

⁵⁰ Brandeis, supra note (43) at 104-105, 113-116 参照。さらに、Berk, supra note (49) at 41.

⁵¹ ブランドイスクは、原価計算についての自己の経験から、不当廉売のベンチマークとなる費用のとらえ方について従来の会計基準の問題点を指摘して、連邦取引委員会が専門的な見地から適切な基準を導くべきことを説いたとされる。この点については、Berk, supra note (49) 122-129 参照。独占企業が効率性とは関係のない安売りで、効率的な企業を危殆に瀕しているという発想であり、Khan, supra note (39) がアマゾンの低価格販売に対する独特の批判はこれに由来するものかも知れない。

⁵² 民主主義的と表現されることも多いが、単なる多数決による統治を意味するものではない。それでは今日悪しき意味で用いられるポピュリズムに結びつきかねない、むしろ、公共的な市民に支えられた健全な民主制という意味で共和主義的と表現する方が適当である。以下では民主主義的=共和主義的として表現する。なお、反トラスト法におけるポピュリズムの伝統が、今日批判されるポピュリズムとは異なって、それと対極にある共和主義に根ざしたものである点については、川濱昇「反トラストポピュリズムに関する覚え書き」法学志林 116 巻 2・3 号 105 頁 (2019) を参照。

ブランドイスにとって、反トラスト法の民主主義的な側面は、巨大企業の存在が民主制にとって脅威になるという理解⁵³のみにあるのではない。産業的自由 (industrial liberty)⁵⁴と関連付けられるものである。産業的自由は、知識、共感、市民的勇気を発展させる機会とされており、独立した自律的な事業活動を行う機会などがこれに含まれる⁵⁵。これを保護することは、反トラスト法の社会的目的ともされる⁵⁶。経済力の集中は、個人の成長の条件を破壊することによってヒエラルキーと権力に支配された世界では、アメリカ人は視野が狭くなり、日和見主義に陥り、公的生活において臆病になる。民主主義は退廃的な市民の手に落ちるだろうとするのである⁵⁷。権力の分散と民主主義=共和主義の担い手を

⁵³ ブランドイスがそのような理解をしていると受け取られるような発言をしていることは確かである。1912年に議会のUSスチールに関する公聴会で「USスチールのような力を持った組織が我々の中に生まれることを許していたら、アメリカの民主的な状況を維持することはできない。アメリカ市民の自由は、そのような組織に対して耐えることはできない」と発言したとされる (Note, "Mr. Justice Brandeis, Competition and Smallness: A Dilemma Re-Examined," 66 Yale L. J. 69 (1956)を参照。)。ただし、ブランドイスはこのことから当然に巨大企業を解体しろといっているわけではない。

⁵⁴ Brandeis, supra note(43)at44 参照。

⁵⁵ ブランドイスの産業的自由の具体的内容は様々な小論で断片的に言及されているため、ここでも曖昧さがあるが、それらについては、Berg, supra note(49)at44 がまとめている。

⁵⁶ Hofstadter, supra note(34)at 209-211 を参照。競争的な個人主義によって生み出される自律的な人格の擁護、つまり競争機会が開かれていることを前提に、その機会を追求することによって達成される

⁵⁷ 規制された競争と共和主義的観点との関係については、Berk, supra note(49)at 35-67 が整理しており、本文の説明はこれによった。なお、マイケル・サンデル (小林正弥監訳) 『民主制の不満 公共哲学を求めるアメリカ下』112-118、142-145頁 (2011) は、これとは少し異なった観点からブランドイスの反トラスト思想の共和主義的側面を説明している。後者の説明では、中小企業の擁護が共和主義の担い手を維持するという側面が協調されている。しかし、ブランドイスは共和主義の担い手たちが競争を通じて個人の成長をはっきりできるというダイナミックな視点も含まれている。これは、イノベーションを協調する新ブランドイス主義の展望と整合的である。さらに付け加えるとこのような視点はブランドイスに固有のものではない。反トラスト法制定段階からクレイトン法制定までの時期においては、このような見方が幅広く共有されていた点については、Hofstadter, supra note(34)at 188 参照。初期の段階ではトラストは効率性にならっており、それを規制することの経済政策としての有効性 (経済的目的) には疑義がもたれていた。トラストを民主的政治組織への脅威とみる見方 (政治的目的) や競争的な個人主義によって生み出される自律的な人格の擁護、つまり競争機会が開かれていることを前提に、その機会を追求することによって達成される (社会的目的) が重視されていたことを説明している。ブランド

確保するという両面を意味するのである。

(c)具体的な内容

(a)と(b)は具体的な内容に乏しい。(a)は独占企業や独占企業たらしとする企業が採用しそうな反競争的手段の規制が主たる課題となる。ブランダイスは独占化における手段の不当性を重視した Standard Oil 事件最高裁判決⁵⁸を支持しており、その意味では現在の主流派と同様のものでもある。ただし、競争手段の適切さの内容については不明確な部分が残っている。特に不適切な競争手段として不当廉売を重視しているため、不効率な中小企業を保護することが目的なのだという批判を生むことになる。また、中小企業保護の問題は、再販売価格維持行為の擁護にも関係する。再販を大規模小売店の不当な廉売を防止する手段と考えたブランダイスは、州法によって再販売価格維持行為を許容する公正取引法の制定に熱心であったこともよく知られている⁵⁹。ちなみに、ブランダイスを徹底的に批判するボークも、再販を合法としていることは周知のことであろう。逆に、新ブランダイス主義とされる論者の多くは再販を原則的（ないし当然に）違法とする。また、(b)の主張を中小企業者保護ととらえられることも多い。これらから、ブランダイスの主張を不効率な中小企業を競争から保護することそれ自体を反トラスト法の目的とするものであるという批判もよく見られた⁶⁰。しかし、ブランダイスは効率性の追求を重要な課題としており、それへの到達の手段としての競争を通じた創意・工夫・努力を重視していた⁶¹。効率性の劣った中小企業者を直接保護することを意図したものではなかった⁶²。ブランダイスが経験的事実を重視していたことはよく知られている。ここでの提言は効率性を勘案したものであるが、その当時のブランダイスの事実認識によっている。経験的事実が変化した場合の

イスは社会的目的と政治的目的が相互に関連しているものと言える。なお、ブランダイスはトラストが効率的だと信じておらず、非巨大企業の競争の機会が効率性の達成につながると考えていた。

⁵⁸ Standard Oil Co. v. United States, 221 U. S. 1 (1911) .この事件は、反トラスト運動の担い手たちからは良いトラストと悪いトラストを区別するものだと批難された判決ではあるが、カルテル自体の効率性については問題とせず、独占を実現・維持する手段の不当性を根拠にトラストの解体を命じたものである。

⁵⁹ Laura Phillips Sawyer, American Fair Trade: Proprietary Capitalism, Corporatism, and the 'New Competition,' 1890–1940, 107-148(2018)参照。

⁶⁰ Bork, supra note(44)at17 参照。

⁶¹ Berk, supra note(49)at41, 43, 49–50, 74–83.なお、効率性信奉者としてのブランダイスは、テーラー主義を賞賛することにも現れている (Id.at46–50, 75–79, 160)。

⁶² Id.at59.なお、ブランダイスが主導する再販禁止への抵抗運動も製造業者主導であり、その点でもボークの再販の認識と類似している (Ibid.)。

ブランダイスの評価がどのようなになるかはわからない。いずれにせよ、適切な競争が何かについての外延の設定は困難であり、規制された競争はその内容が曖昧なまま残された。

2 新ブランダイス主義の思想

(a) ブランダイス思想の引き継ぎと新たな構想

新ブランダイス主義は、上述のブランダイスの思想と同様、独占と過度の集中をもたらす民主主義への脅威を強調する⁶³。代表者としてのウーの言葉を借りると「極端な産業集積」と「政府に対する影響力が強すぎる...集中した私的権力」によってもたらされた「現代の課題に直面するために、反トラスト法を更新する必要がある」⁶⁴ため。このために、反トラスト法は、議会が本来意図したより幅広い非経済的目標に戻る必要があるとするのである⁶⁵。カーンも同じく、反トラストを民主的な基盤の上に社会を構成するための重要な手段であり、哲学的な基盤であるとし、1b)で見たブランダイスの見解を繰り返す。さらに、カーンは独占と過度の集中が所得の不平等をもたらすことなども問題とする⁶⁶。

このような観点では、ブランダイスに回帰するだけでは何をすべきか不分明である。彼らの具体的な提案は論者によって異なるが、代表者が述べている点を述べると次のようになる。

具体的にすべきこととして、ウーは「ハイテク・トラスト」に対抗するために、かつて見られた大規模な独占企業への独占化訴訟を通じてその解体をめざす「ビッグ・ケースの伝統」を回復すること⁶⁷などを唱えている。さらに、競争プロセスを重視して、それを維持するように方針を転舵せよという主張も見られる⁶⁸。これらの問題を引き起こしたものとして消費者厚生基準を批判する。また、カーンは、反トラストだけにたよるのではなく、特にネットワークのような独占に向かう傾向のある市場ではシャーマン法の独占化ではないセクタースペシフィックな規制を推奨する。つまり、企業を分割することではなく、この独占を運営する経営者がその力を利用するのを防ぐ公的規制のシステムを設計し、経営者が、特定の製品やサービスを販売したり購入したりするために独占に依存しているすべての人に、可能な限り最高のサービスを提供するための適切なインセンティブをもつこと保証することの重要性も説く。これらの目的を達成するために、政府の直接的規制と様々

⁶³ Wu, supra note(40)at135,

⁶⁴ Id.at 16.

⁶⁵ Id. at 135-39.

⁶⁶ Lina Khan & Sandeep Vaheesan, Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents, 11 Harv. L. & Pub.Pol. Rev. 235 (2017).

⁶⁷ Id. at 93-101, 119-26.

⁶⁸ Wu, supra note(31) 参照。

な形態の独占禁止法・政策の両方を用いてきたとするのである⁶⁹。

(b)構想？の検討

①ビッグ・ケースの伝統とは？：独占規制の2つの道

ビッグ・ケースの伝統の問題は、21世紀に入って大規模独占企業への独占化事件がなくなったことを批判してのものである。新ブランダイス主義にとってこの面の変質が大きな問題であることは疑い得ない。独占化事件では不当な排除によって生成した独占を違法とし、その解体をめざすことに主眼がある。そこでは、市場支配力の存在そのものが重要な争点となるという意味でわが国の私的独占と違った様相がある。独占化を単独行為規制として整理することが今日では多い。構造的是正措置を単独行為規制に付随するものと思われるがちである。そのため、構造規制としての独占化が後景化していったきらいがある。新ブランダイス主義の消費者厚生基準批判は、このような傾向を生んだ原因の1つにそれがあると考えているのかもしれない。この問題は日本法の枠組みに親しんだ者には分かりにくいところがある。

独占力を直接ターゲットにする規制は、構造的規制だけではなく、行為規制においても展開される可能性がある。この文脈にカーンが述べるセクター特有の規制も含まれてくる。セクタースペシフィックな規制では、市場参加者の市場参加機会の確保など多元的目的を加味した立法論も展開可能である。多元的目的といっても、反トラスト政策としての多元的目的は、市場支配力の問題である。市場支配力に対する予防的規制とその行使による弊害防止がセクタースペシフィックな規制の課題となる（そうであるから、このような規制も反トラスト政策に属するのである）。もちろん、このような構想には賛否両論であろう。しかし、反トラスト法本体で無理をするのではなく、それとは別個の立法論に対してはメラメドのような主流派も好意的に受け止めている⁷⁰。これらの問題は、反トラスト法やEU競争法では独占規制という手掛かりはあるにもかかわらず、それが不十分だから新たな規制に乗り出すべきではないかと議論となっている。わが国の独占禁止法は、そもそも独占規制として米国・EUに相当する領域がない。この点も第三章で検討することとする。

②目的の多元性の帰趨：政治的目的を中心に

政治的目的を含めた多元的目的で反トラスト法をとらえる立場は、ブランダイスの議論と重なり合うが、同時に1970年台までよく見られたものでもある。

なお、誤解を避けるために確認しておくが、多元的目的を唱える論者は、多元的目的の

⁶⁹ Lina Khan, *The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate*, 9 J. Eur. Compet. Law Pract. 131 (2018)

⁷⁰ Melamed, *supra* note(3) at 289-291 参照。提案に賛成しているわけではなく、消費者厚生パラダイムないし市場支配力基準で吟味可能だとしているのである。

いずれかに合致することで、それ以外の点では反トラスト法違反であることを正当化するという立場をとるのではない。反トラスト法違反によって実現する価値を多元的にとらえることで、反トラスト法違反の範囲を拡張するのである。ボークを典型とする消費者厚生基準の立場からの批判はそのような拡張的な法適用はかえって消費者厚生を低下させるというものである。

ところで、民主的な価値や企業家の自由などは、最高裁判例でもしばしば強調されてきた⁷¹。新ブランドイスマ主義の誕生前から、ピトフスキー⁷²やフォックス⁷³、サリバン⁷⁴のような有力な反トラスト法研究者・実務家は、シカゴ学派台頭以降も、この主張を繰り返してきた。

経済的目的以外の目的を反トラスト法の目的とするこのような立場は1970年代末からポピュリズムと呼ばれてきた⁷⁵。主張される目的は多様であり、また表現も多様であったが、概ね次のようにまとめることができる。(1)経済力の分散による民主制の基盤をなすこと、(2)私的な経済力の裁量の抑制（それによって競争への機会が妨げられないようにすること）の保証（それを通じた自律的な事業者の存立基盤の確保）、(3)(2)と重なるが経済的な力による政治的干渉の回避、(4)(1)(2)との関わりで中小企業の保護やその自由行動の保証などが強調されることもある。ただし、中小企業の保護自体を目的とする立場は今日では有力ではない。効率性に劣る企業が淘汰されること自体はやむを得ないという立場が主流になっている。なお、公正な所得分配といった分配上の目的は、「目的」と表現されてはいなくても、反トラスト法の厳正な執行が結果としてもたらすかもしれない好ましい効果と理解

⁷¹ 良く引用されるものとしては、Northern Pacific Railway Co. v. United States. 356 U.S. 1,4(1958)参照。そこでは、「シャーマン法は、・・・自由な競争的な力の相互作用は、経済資源の最良の配分、最も低い価格、最高の品質、最大の物質的進歩をもたらすと同時に、民主的な政治的及び社会的制度の維持につながる環境を提供するという前提に基づいている。」としている。

⁷² Robert Pitofsky, "Political Content of Antitrust", 127 U. Pa. L. Rev. 1051 (1979).

⁷³ Eleanor M. Fox, "The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium", 66 Cornell L. Rev. 1140 (1981).

⁷⁴ Lawrence A. Sullivan, Handbook of the Law of Antitrust 91-93(1977)

⁷⁵ Phillip Areeda and Donald F. Turner, Antitrust Law (1978) ¶ 103 は典型的には、(1)富の分散、(2)事業の規模や経済的政治的な力の限定、(3)企業家の機会の拡大、(4)取引相手を搾取したり強制したりする経済的権力を市場の非人格的な力にとってかえることが挙げてポピュリスティックな目的としており、これを考慮することをネガティブにとらえている。もっとも、Turnerは1959年段階ではこれらの目的を反トラスト法の目的としてとらえていた。前注(25)及び該当する本文を参照。

されているようである⁷⁶。また、既に述べたように、今日の多元的目的論者が主張する労働者・サプライヤーや中間的業者の利益が消費者厚生そのものを基準とする立場からは軽視されるという批判もあるが、第四章で検討するように市場支配力基準で保護される通常の経済的目的に含まれる。

ところで、多元的目的は消費者厚生パラダイム（基準ではない）と直ちに対立するわけではない。むしろ、これらの論者は消費者の利益をボーク以上に強調していた⁷⁷。多元的目的が結果として消費者の長期的利益をもたらすという主張はよく見られたし、反競争的な消費者の不利益を他の目的で相殺するような主張をしているわけではない。それでは、近時の論者が「消費者厚生」を敵視するのなぜだろうか。確定的な答えではないが、次のような背景の事情がかかわっているものと考えられる。上記のポピュリストとされる議論は1980年前後のものである。これは、ボークの議論が有力化する時点でそれへの批判としてなされた。そこでのボークの議論は「消費者厚生」の追求としてよりも、より正確な表現ではあるが「効率性」の追求として理解されていた。「消費者厚生」に関しては、消費者利益ないし消費者余剰という素直な理解も可能であったことから、経済的目的を重視する論者は「消費者厚生」概念のもとに不完全に理論化された合意がなされ、その枠組みで問題が整序されていったのである。ところが、第四章で説明するように「消費者厚生」概念のあいまいさと多義性のせいで、本来の経済的基準であった市場支配力基準（競争プロセスを害することにより市場支配力の形成等）から見て過小規制となる事例が生まれてきた。反トラスト法専門家内部の議論はともかくとして、一般裁判所で理解される消費者厚生基準はボーク流の粗野な消費者厚生主義である⁷⁸。そのため、裁判所中心の議論を再編するには、「消費者厚生基準」そのものをいったん清算すべきだという判断に至ったものと考えられる。それが多元的目的論の現代バージョンである新ブランドイスマ主義からの消費者厚生基準への批判を生んだのである。そもそも、多元的目的を唱える論者であって

⁷⁶ この問題については、川濱 昇「競争法の目的・機能と分配問題」法律時報 93 巻 5 号 23 頁（2021）を参照。この問題に関連して、労働市場における買手市場支配力など反トラスト法の執行が不十分であるため労働者にとって不利な状況をもたらしていることを指摘するものとして、Eric A. Posner, How Antitrust Failed Workers (2021)を参照。

⁷⁷ 上記の論稿以外にたとえば、Stephen F. Ross, Principles of Antitrust Law, 9-10, 20 (1993) や Sandeep Vaheesan, "The Evolving Populisms of Antitrust, 93 Nev. L. Rev. 370, 373 (2014) を参照。

⁷⁸ この間の裁判所の動きについては、前注（6）（32）を参照。さらに、Filippo Lancieri, Eric A. Posner & Luigi Zingales, The Political Economy of the Decline of Antitrust Enforcement in the United States 67-71 (University of Chicago, Becker Friedman Institute for Economics Working Paper No. 2022-104)

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4187134 も参照。

も、その立場からの反トラスト法基準についての提案は一枚岩ではない。多元的目的であっても、市場支配力基準とは、整合的な主張も多いのである。というよりも、そもそもの問題は反トラスト法の執行不全が市場支配力の蔓延をもたらしたということが新ブランドイスマ主義の批判の出発点なら、市場支配力基準と無関係ではありえない。市場支配力基準も第三章で見ると一枚岩ではないが、「競争プロセスを害することにより市場支配力の形成等をもたらすこと」という観点での基準と多元的目的との差異はどの程度なのだろうか。それとも、前者のフレームに収まるのだろうか。政治的目的を中心に整理しておく。

まず、反トラスト法の政治的目的は経済力集中への攻撃として理解されていた。そこで基本的に考えられる規制は、シャーマン法 2 条による独占の解体とクレイトン法 7 条の企業結合規制ということになる。特に、1950 年のセラーキーフォーバー法の改正はクレイトン法 7 条に分権的経済による全体主義批判を背景になされたことは周知のことである⁷⁹。

たとえば、①で述べたビッグ・ケースの伝統は、巨大な独占を解体することを基本とするシャーマン法 2 条事件をさすものである。それは基本的に多元的目的に適合しているのである。実際、判決の中で民主的価値のレトリックで独占規制のよって来る由縁を説明することはかつてよく見られた⁸⁰。新ブランドイスマ主義がそれらの部分に言及することも多い。しかし、独占化の規制基準は排除による独占力の維持強化であって、この評価に民主的価値が混入するわけではない。なお、この文脈で、無過責 (no-fault)⁸¹ 独占に対して衡平法上の救済を認めるという立場⁸²も持ち出されることもあるが⁸³、仮にその立場を採用するにしても衡平法上の救済を求めるに足りる独占は、経済的弊害が大きい独占に限定されるのである。民主的価値が追加的な規制を要請するとは考えられない⁸⁴。ピトフスキー

⁷⁹ これらにかかわる歴史的な研究は汗牛充棟であるが、消費者厚生基準の代表的論者が行った研究として、Daniel A. Crane, Fascism and Monopoly, 118 Mich. L. Rev. 1315 (2020) を挙げておく。

⁸⁰ United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416, 427-48 (2d Cir. 1945)でのラーニッド・ハンド判事の民主的価値による正当化は著名である。

⁸¹ 無過失と訳されることも多いが、過失がないことではなく批難に値する行為がないことなのでここでは無過責と訳しておいた。

⁸² Khan & Vaheesan, supra note(66)285-87.

⁸³ 銀行と証券の分離に類するプラットフォームと商業の分離構想など、利益衝突や独占利益の漏出予防のための分離原則の背景に政治的な動機を見出すことはもちろん可能だが、政治的な目的は波及効果であって、まずは経済的な弊害の問題が中心課題となる。

⁸⁴ 前掲注 (82) の引用は無過責独占規制への思いつきが述べられているだけで、要件についての検討はない。この点については、Phillip Areeda and Donald F. Turner, Antitrust Law vol.3 ¶ 623(1978)及び Oliver E. Williamson, "Dominant Firms and the Monopoly Problem: Market Failure Considerations," 85 Harv. L. Rev. 1512, 1514, 1516 (1972)を参

の議論では、企業結合規制が焦点となっていた。SCP パラダイム華やかなりし頃、集中度と当事会社のシェアによる違法推定の原則⁸⁵（構造的な推定原則）が確立し、さらに集中度の閾値がそれほど高くなくとも違法とされていた時代があった。これは、分権的な経済を政治的に理想とする論者と市場支配力基準とが調和した時代でもあった⁸⁶。しかし、いっとき裁判所が考えていたほど低い閾値が妥当しないことが明らかになったとき、それをあえて採用すべき議論として政治的目的を持ち出すという議論もあり得た。先述したように、構造的な推定原則が最近の裁判で機能しないことは主流派からも批判されている⁸⁷。これはあくまでも経済的な視点からなされるものである。なお、この文脈でピトフスキーが持ち出すのは、巨大企業どうしのコングロマリット型合併である。これについての規制は市場支配力基準がうまく適合しなくとも（反競争効果が認定できなくとも）規制される必要があるかもしれないというものである。これは、まさに一般集中型規制の可能性である。しかし、クレイトン法もシャーマン法も一般集中型の規制はこれまで存在しなかった。政治的目的を持ち出す論者の中には、市場支配力を超えて絶対的規模による制限⁸⁸や政治力に依拠した企業結合規制に関する独創的な立法論⁸⁹も見られるが、新ブランドイスマ主義の論者の中でも突出したものにすぎない。なお、わが国では独占禁止法の中に既に一般集中規制（独占禁止法9条、11条）が組み込まれている。

中小企業保護それ自体が反トラスト法の目的になるかであるが、この問題は少なくとも従来のポピュリストでは、消費者を犠牲にして中小企業を保護することが適切な社会的目的と言えないということで見解は一致していた⁹⁰。現在の議論でも、中小企業の保護それ自体というよりも、独占企業の反競争的行為で中小企業の競争の機会が不当に妨げられないかという問題に収斂している。そこでの競争の機会が市場支配力基準で判断するのが適当かという問題になる。これは競争過程の保護の問題と関連することになる。

照。独占の持続性などから弊害の面での絞りがかけられている。それなくしては、規制の正当化は困難となろう。なお、これに関してはわが国では独占状態の規制を既に有している。

⁸⁵ *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963) 参照。

⁸⁶ Derek Bok, "Section 7 of the Clayton Act and the Merging of Law and Economics", 74 *Harv. L. Rev.* 226 (1960) を参照。

⁸⁷ 前注(18) 参照。

⁸⁸ Zephyr Teachout, *Corporate Rules and Political Rules: Antitrust as Campaign Finance Reform* (Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 2384182, 2014), papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2384182. 参照。

⁸⁹ Eric Posner and Glen Weyl, *Radical Markets*, 203 (2018) 参照。

⁹⁰ Pitofsky, *supra* note(72) at 1058 を参照。

③競争プロセスの保護

ブランダイスの「規制された競争」は不適切な競争手段（経済的力を利用した排除を典型とする。）の規制によって、独占の成立を防止し、それを抑制しようというものであった。新ブランダイス主義の「競争プロセスの保護」はこれに対応するものである。

確かに、ボークの消費者厚生基準においては競争プロセスの保護は視野にない。しかしながら、判例及び主流派の多くも競争プロセスを害することを前提条件としている⁹¹。特定の行為によって、競争の回避や不当な排除をもたらすことによって、競争的制約が低下し、市場支配力が形成等されることを問題とするものである。用語法の問題であるが、上記の判断過程を併せて競争プロセスへの害と呼ぶ場合もある。

新ブランダイス主義の競争プロセス論はそれらとどこが違うのだろうか。実は、この点について不明確な表現が見られることが議論の混乱をもたらしている。純粹に競争プロセスへの害だけでは、行為の形式だけで規制する形式ベースの基準ということになる。合理の原則を避けるべしという表現が見られることから、それを志向するものと受け止められている。しかし、簡単にそう割り切っているわけでもなさそうである。たとえば、反競争効果を見ないと形式ベースの基準と批判されることの多いウーの主張でさえ、かならずしも形式ベースの考え方に与しているわけではない。競争プロセスへの害を判断するには、文脈、産業の歴史、被告の明白な意図、反競争的行為の馴染みのあるカテゴリーに入るのか、それとも新しいものなのか、さらに、その行為が競争プロセスに脅威を与えたのかを確認するために、市場支配力の分析が必要だとする⁹²。それなら、通常の経済学の分析方法が有意義なはずである。このようにその内容は不明確である。しかし、手掛かりはある。ウーは競争プロセスの維持を過去の先例からの発見として記述する。そこでウーが引用するのは Microsoft 事件の控訴審判決である。同判決をウーは自説の補強材料としているのである。2001年の Microsoft 事件連邦巡回区控訴審判決は、「反トラスト裁判所の課題は、社会的厚生を減少させる排除的行為とそれを増加させる競争的行為を区別するための一般的な規則を述べることにある。」⁹³とした上で、「排除的だと非難するには、独占者の行為は反競争効果を有するものでなければならない。すなわち、それは競争プロセスを害し、それによって消費者を害するものでなければならない。」⁹⁴とする。ウーはこれを、競争プロ

⁹¹ Melamed, supra note(3)及び Gregory J. Werden, The Foundations of Antitrust: Events, Ideas, and Doctrines, 235–300 (2020)（関連する判例を引用し、この観点から合理の原則、当然違法、クイックルックを整理する。）を参照。

⁹² Wu, supra note(31).

⁹³ United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34, 58 (D.C. Cir.) (en banc), cert. denied, 534 U.S. 952 (2001)

⁹⁴ Ibid.

セスを害するという基準の先例として強く支持する。

同事件では具体的に厚生への低下を示す事実の立証は行われていない。関連市場である PC 向け OS への潜在的脅威となり得たミドルウェアとしてのネットスケープと Java を排除することで、独占力の維持が示され、反競争効果としてはそれで十分だとしたのである⁹⁵。ここでは、競争プロセスを害し、市場支配力の形成等があれば十分だとしたのである。

ウーは、この判決は、競争プロセスを害するものであることを反競争効果と見たのだとして評価し、今日の「消費者厚生基準」では具体的な消費者厚生への害が立証されていないとして、シャーマン法2条違反とならないとされる危険性が高いとしているのである⁹⁶。確認しておくが、マイクロソフト事件では、被告の独占力が立証され、その力の源泉たるネットワーク効果によるアプリケーション参入障壁に対する挑戦者たるミドルウェアを正常な競争手段を逸脱した手段で排除したことが問題となったのである。市場支配力基準で違法とするのに何ら疑問のない事件である。もし、ウーがマイクロソフト事件の立場に留まるなら、通常の市場支配力基準とどこが違うのだろうか。

まず、市場支配力基準と言っても、第三章で見ると、行為自体が市場への影響を内包しているハードコアカルテルや悪影響の推認を可能にするクイックルックが可能な場合、市場の全体的な分析が必要な場合など様々である。これらの簡略化された状況では、複雑な市場支配力分析をしなくとも、市場支配力の形成等をもたらすことが多いと判断することはできる。ウーやカーンは合理の原則ではなく、明確なルールをという主張も行っている。その趣旨は、このような類型を増やせということかもしれない。しかし、それには当該行為がどのような特性を持ち、それがどのような市場環境の下で悪影響をもつのかと言うことに関する、理論的、経験的分析が不可欠なはずである。それを行うなら、市場支配力基準と大差ないことになる。ただし、明示的な議論はないものの、市場支配力基準より低い水準のあるいは、その蓋然性ないし危険性のレベルで規制せよという主張と読むことも可能である。また、低いレベルであっても純粋の行為ベースではなく、諸要因を勘案したタイプのスタンダード的色彩の強いルールと理解すれば、彼らの批判者が言うほど不合理なものではないかも知れない。

カーンも次のように述べる「反トラストは、結果ではなく競争の構造とプロセスに焦点

⁹⁵ Id.at78.この部分は因果関係として論じられているが、効果の問題でもある。なお、ミドルウェアが生存能力ある代替プラットフォームに成長することの立証も要求されていない。そこでは、ミドルウェア・プラットフォームとしての潜在能力があるという認定で十分だとされている。いわゆるキラー買収の問題を考察する上でも参考になるものと思われる。

⁹⁶ Tim Wu, *supra* note(31)及び Tim Wu, *After Consumer Welfare, Now What? The "Protection of Competition" Standard in Practice*, CPI ANTITRUST CHRON. (Apr. 18, 2018)を参照。

を合わせなければならない」⁹⁷とし、「反トラスト法の執行者は、特定の結果に焦点を当てるのではなく、開放性と競争を促進する方法で市場が構成されていることを保証することによって、この目的を達成したのである。」⁹⁸とする。これも一般論としては市場支配力基準と類似したことを述べている。ただし、構造への言及は市場構造の規制への志向をもってしていると批判されることもある⁹⁹。また、ウーと同じく競争プロセスの保護に形式主義への傾斜を見て批判されることもある。

しかし、カーンもウーと同じく、もう少しニュアンスのある表現を採用している。「競争を理解するためのより良い方法は、競争プロセスと市場構造に焦点を当てることであると提案する。市場構造に焦点を合わせると主張することによって、構造-行為-成果のパラダイムへの厳格な回帰を提唱しているわけではない。むしろ、構造の役割を認識することなく、競争を評価しようとするのは見当違いであると主張しているのである。なぜなら、競争の最良の保護者は競争プロセスであり、市場が競争的であるかどうかは、その市場がどのように構造化されているかによってのみ決定されるのではないにせよ、密接に関連しているからである。言い換えれば、競争プロセスと市場構造の分析は、厚生を測定するよりも、競争の状態についてより良い洞察を与えるだろう。」分析の際に考慮されるべき要因として、「(1) 参入障壁、(2) 利益相反、(3) ゲートキーパーやボトルネックの出現、(4) データの利用や管理、(5) 交渉力のダイナミクスなど」¹⁰⁰があげられている。

これだけでは、十分に明確とは言えないものの、問題となった行為が具体的な市場条件（構造を含む）の下でどのような影響をもつかの分析が念頭に置かれていることは確かである。これは標準的な市場支配力分析とそれほど差異があるように見えない。しかし、上述のように、そこで与える影響の程度の問題が残るかもしれないということである。

おそらくは、市場支配力の形成等という水準より低い水準での介入も想定しているのかもしれない。このことは次の点からも裏付けられる。カーンやウーら新ブランダイス主義の具体的な政策提言は何であるかがはっきりしないというのは、この立場へよく出される疑問である。あるシンポジウムで上記疑問が提出された。そこで、カーンやウーらが暫定的にその時点で合意している論点を呈示したものがある（ユタ宣言¹⁰¹と呼ばれている）。

⁹⁷ Khan, supra note(39)at745.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Werden, supra note(91)at334.

¹⁰⁰ Khan, supra note(39)at745-746.

¹⁰¹ Paul Gabrielsen, What is the "Utah Statement?", @THEU, THE UNIV. OF UTAH (Jan. 2, 2020), <https://attheu.utah.edu/facultystaff/what-is-the-utah-statement/>にその経緯が書かれており、その内容は、Tim Wu, Utah Statement: Reviving Antimonopoly Traditions for the Era of Big Tech

A new framework for holding private power to account(Nov 19,

そこで、現状の反トラスト法へのその時点で変更すべき 10 の提言がある。それらは必ずしも理論的な連関があるわけではない、ある意味でアドホックな論点の列挙に過ぎないし、また、米国法での問題¹⁰²であって競争政策一般に含意のあるものでもない。さらに提言の内容があまりに漠然としているため、真意がどこにあるのか判然としないものもある¹⁰³。しかし、次の点は注目すべきである¹⁰⁴。

提言 5 は、独占の梃子に関する Berkley Photo の基準を復活せよとしている。

提言 6 は、重大なインフラストラクチャーサービス (critical infrastructural services) へのアクセスを拒否する支配的企業に対するエッセンシャルファシリティ理論を再生せよ。

提言 5 は、独占力を隣接市場での有意性のために利用することを独占の梃子として隣接市場での市場支配力の形成等を要求することなく違法とした下級審判例法理の復活¹⁰⁵を指している。提言 6 も川下企業で市場支配力の形成等に至らない程度の競争の歪曲を問題にするものである¹⁰⁶。

2019)<https://onezero.medium.com/the-utah-statement-reviving-antimonopoly-traditions-for-the-era-of-big-tech-e6be198012d7> に書かれている。なお、Connor Leydecker, "A Different Curse: Improving The Antitrust Debate about "Bigness", 18 N.Y.U. J.L. & Bus. 845, 895-896 (2022) に主要部分が再録されている。

¹⁰² 提言 3 は政府規制による暗黙の適用除外、提言 4 は不当廉売等についての埋め合わせ基準、提言 9 政府行為に関するノアベニントンの法理、提言 10 クレイトン法の労働適用除外の範囲などは米国独自の問題である。

¹⁰³ 提言 1、垂直的強制、垂直的拘束、垂直的合併は、公衆への利益であるという推定を享受すべきではない。提言 2、規則や法律により、競業避止義務は、推定的に違法とされるべきであるは、その内容の意味がはっきりしない。限定的に読むならそれなりの合理性もないではないが、批判を招く表現ではある。

¹⁰⁴ それ以外に提言 7 で企業結合についての構造的推定の復活、提言 8 でプライスクイズをシャーマン法 2 条の独自カテゴリーとすることなど重要な問題ではあるが、市場支配力分析の射程内で議論できる話なので割愛する。提言 7 については前注 (19) も参照せよ。もちろん、構造的な推定原則をもたなかった日本法の解釈に直結するものではないが、企業結合分析において構造 (集中度) をどの程度重視すべきかという問題は重要な問題である。

¹⁰⁵ Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co., 603 F.2d 263 (2d Cir. 1979), cert. denied, 444 U.S. 1093 (1980) のことである。

¹⁰⁶ 独占の梃子法理及びエッセンシャルファシリティ理論の変遷とこのような特性については、和久井理子「単独事業者による直接の取引・ライセンス拒絶規制の検討(一)(二)」民商 121 巻 6 号 813 頁, 122 巻 1 号 74 頁 (2000) が詳しく、その時点で米国の法理の変遷が終了しているため、現在でも信頼に足りる。学説では異説はあるものの、判例法理にはおおよそ変化の可能性が見出せない点が、運動としての新ブランダイス主義が登場する契機と

これらはともに、独占力を利用して市場支配力の形成等に至らないないし危険性レベルでの反競争効果を問題とするものである。日本的に言うならば自由競争減殺型の公正競争阻害性に関連したものということになる¹⁰⁷。

なお、競争プロセスの保護をもっぱら強調する論者は、このように通常の市場支配力基準よりも何らかの意味で低い水準の基準を模索するためにこれに言及するようである。たとえば、スタインバウムとスタックが提唱する効果的競争基準 (effective competition)¹⁰⁸ は、競争プロセスの保護を課題に、市場構造を加味して新たな基準を呈示しようとするものであるが、これは立証水準が引き上げられたせいでカルテル以外には執行が困難になった¹⁰⁹ことに鑑み、垂直的制限規制などの復活をめざすものであるが、「取引制限をその初期の段階で、シャーマン法に違反する本格的な制限に発展する前に阻止する」というクレイトン法の目的を回復させるものであるとしている¹¹⁰。

これにかかわる要因も、市場支配力の存在と程度や競争者の特性など市場支配力基準でもおなじみの要因が列挙されている。具体的な行為類型毎の分析がないため、実際の基準は分からないものの、定性的な多くの要因と比較的低いシェアによる数値基準の提唱などが見られる。特に市場支配力を有する事業者の行為について、低い閾値での規制を考えていることもうかがわれるなど、上記の説明が妥当するものと思われる。

競争プロセスに注目することは問題となる行為が、どのように他の市場参加者に影響し、それによって競争が当事者の行動に対する抑制が低下する、ないしするおそれがあるかを叙述することである。これは、今日の言葉で言うなら Theory of harm (反競争効果の発生機序) を明示した分析である。新ブランダイス主義もこの局面での議論を放棄している分けではなさそうであるが、形式的な行為要件で悪影響を推認する領域を広げたり、市場支配力の変動に至らない水準での規制を考えているようである。大きな独占力を有する事業者に対してはこの規制を必要とするのではないかというのは、彼らと軌を一にする立法論

なったと考えることもできる。もちろん、現行法理（あるいは、現行では関連法理が存在しないこと）には新ブランダイス主義がいうところの「消費者厚生基準」派からの強固な支持がある。

¹⁰⁷ この点については、金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄編『独占禁止法 第6版』（弘文堂2018）266-267頁（川濱執筆）を参照。

¹⁰⁸ Marshall Steinbaum and Maurice E. Stucke, "The Effective Competition Standard: A New Standard for Antitrust," 87 U. Chi. L. Rev. 595(2020).これはそもそも「反競争的な行動を阻止することによって競争を促進する」(Id.at601)ことが反トラスト法の目的であるという市場支配力基準と同じ立場から、具体的厚生への害の発生を要求するのはハードルが高すぎることを問題にするものである。

¹⁰⁹ Id.at596.

¹¹⁰ Id.at604.

のとする立場である。これについては経済学的な土俵に乗った合理的な議論ができそうに思われる。しかしながら、市場支配力基準や消費者厚生基準をめぐる法的議論の混乱が合理的な議論を妨げているようである。実際、あまりにも日常的に多用されるため、概念の精緻化が行われてこなかったため、議論の混乱が生じ、またその混乱を自説の説得のために濫用する傾向（あるいは論者自身が分からなくなってしまう傾向）も見られる。以下では、これらの概念の交通整理を行うこととする。

第三章 市場支配力基準をめぐる：市場支配力の存在と変動¹¹¹

1 総論

(1) はじめに

わが国の独占禁止法の主要な反競争効果要件は「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」（以下、「競争の実質的制限」という。）である。これは、問題とされている行為の結果として、「市場支配力の形成・維持・強化」（以下、「市場支配力の形成等」という。）が生じることを意味するものされている¹¹²。市場支配力とは、端的には、競争がある状態に比して、「競争自体が減少して、特定の事業者または事業者の集団が、その意思で、ある程度自由に価格、品質、数量、その他各般の条件を左右すること」¹¹³をいう。

競争法において、市場支配力概念に依拠した違法性基準は、市場支配力基準（あるいはテスト）と呼ばれており、米国の反トラスト法で、1950年台にそれまでの判例と整合的にかつ経済分析にも適合したものとして提唱されたものである。各国競争法でも違法性判断の中核部分を占めているものである¹¹⁴。この基準は、一見したところ明解であるが、その細部には曖昧な点があるため、競争法問題をめぐるコミュニケーションを阻害したり、政策課題を正しくとらえることができないなどの問題を生み出している。

問題とされるべき曖昧さは2つに大別される。1つは「市場支配力基準」及び「市場支配力」の内容がそもそも明確でないことである。一見し分かりやすい概念だが、コンテストに応じて意味内容が異なっていることがある。そのせいで議論を混乱させていることがある。「競争の実質的制限」の内容は上記の通りであり、それは、各国の競争法の主要部分での反競争効果もほぼ同内容である。しかしながら、市場支配力の位置づけは国によっ

¹¹¹ 本章の分析枠組みは、川濱昇「市場支配力基準の再検討」・土田和博他『現代経済法の課題と理論』51頁（弘文堂 2022）に依拠している。そのため、内容に重複も多いが、同論文はもっぱら競争の実質的制限の解釈のためのものである。

¹¹² 最判平成22・12・17民集64・8・2067参照。

¹¹³ 東京高判昭26・9・19高民集4・14・497。

¹¹⁴ 泉水文雄「独禁法の比較法－市場支配力の視点から」日本経済法学会編『経済法講座第2巻・独占禁止法の理論と展開』39頁（三省堂 2002）参照。

て様々である。また、産業組織論のテキストで説明される市場支配力の理論・実証的な説明は法的評価に直ちに結びつけることもできないが、しばしばそれらを混同させている。そもそも「市場支配力」概念についても、暗黙のうちに仮定されながらそれが明示化されていないため、不要な混乱を巻き起こしていた点も多い。特に、わが国では市場支配力基準とは、行為の反競争効果の意味でもっぱらとらえているが、独占規制においては反競争効果要件とは別の独自の意義を持つ場合もある。産業組織論での市場支配力の説明はじつは反競争効果要件ではなく、独占規制で課題とされる、市場支配力の存在それ自体の問題に対応しており、法的な議論とは齟齬がある。しかし、法律家はそれを無自覚に使う傾向がある。

もうひとつは、消費者厚生との関係である。市場支配力基準と消費者厚生の関係はどのように整序されるのかも問題である。反競争効果要件としての市場支配力基準は、消費者厚生の改善と整合的であり、また消費者厚生基準（の逸脱形態）に対する近時の批判を免れてはいる。しかし、市場支配力基準は欧米の独占規制の射程を狭める傾向があることも確かであり、これが現在の巨大デジタル・プラットフォーム規制の焦点となっている問題とかかわっている。他方、米国・EU のような独占規制を有しない日本においてはこの問題は見逃されてしまう傾向がある。

なお、消費者厚生については効率性（社会的厚生、社会的総余剰と同じ意味で使うが、生産上の効率性と混乱しそうな場合は（社会的）効率性と表記する。）との関係も問題になる。つまり、両者は同じか、違うならどちらが優先するのかという問題もある。

消費者厚生基準に対しては、第一章及び第二章で見たように新ブランドイスマ主義からの批判が強い。しかし、その批判は消費者厚生を基準そのものとする立場に妥当するものであり、ここでいう市場支配力基準に対しては当てはまらない部分も多い。そのため、消費者厚生基準と市場支配力基準との異同を示す必要もある。これら 2 つの問題群は相互に関連する部分もあるが、本章ではまず、前者の問題を扱ってから、それを前提に第四章で消費者厚生の問題を論じることとする。

(2)市場支配力概念をめぐる問題

市場支配力の概念についてはまず、次の 2 つの問題が明確に意識されずに言及されてきた。

(a)まず、市場支配力を測る際のベースラインをどのように定めるかという問題である。「競争水準に照らして」とひとまず言えるにせよ、それが何かという問題である。経済学の標準的立場を採用するのか、法的問題の解決に相応しいように再定義するのも問題になる。

(b)次に、市場支配力を基準にするといっても、市場支配力の位置づけに不明確な点があることである。市場支配力については、その「形成等」（「変動」とも表現できるので、

以下、区別せず併用する。)ではなく、その「存在」を念頭に置いて議論が展開される場合もある。わが国の独占禁止法の違法要件としての市場支配力基準は変動のみに注目しているが、米国・EUでは、それにとどまらない。存在に重点を置いた規制が行われているからである。わが国でも、その影響を受けて議論が混乱している例もある。

これらの区別は当たり前のようであるが、市場支配力を語る時従来もっぱら存在問題に焦点が合わせられてきた。これは、欧米では当然のことである。シャーマン法2条やEU機能条約102条では行為主体の大きな市場支配力の存在を問題にして、それから規制されるべき行為を検討するという立て付けになっている。その場合に、上記の変動問題の位置づけをめぐって長らく争いがあった。消費者厚生基準は、第四章で述べるように変動問題を必要条件であることを明示したものと理解できる。他方、これは独占規制において反競争効果の程度を見ないで濫用的行為を規制する立場からは、規制範囲の縮小を意味する。最近のデジタル・プラットフォームに対する規制にはこの側面の行為も含めて考えられる。これは、市場支配力基準派と新ブランドイスマ主義の論者の重用な差異であるが、これまで両者ともこの面での建設的な議論はなかった。これを明示化することも意味がある。

ところで、消費者厚生基準にはそれに留まらない意味が与えられるケースもある。消費者厚生基準批判の主たるターゲットはこちらである。この問題は直接日本法にかかわるわけではないが、消費者厚生をスローガンとして多用すると陥る混乱として他山の石になるものと思われる。こちらは第四章で論じる。

変動を厳密に要求する必要があるか否かの問題は、1990年台に欧米でもいったんは後景化した。しかし、現在立法論とも関連してこの問題を再定位することもかかっている。

以下、2で(a)の問題を、3で(b)の問題を説明して概念の明確化を行う。独占禁止法の法律要件としては「形成等」が問題であるが、米国・EUではまず存在の問題が重視されており、実証の問題は、主として存在に関して議論されている。特に、1980年台以降の実証経済学の進歩によって、市場支配力を測定する計量的な技法が急速に高度化し、法学文献でもそれらに言及されることも多い。それらの多くは市場支配力が特定時点で存在することを実証するものである。しかし、上記の変動を評価するにはそれだけでは十分でない。他方、「競争政策」については存在問題が伝統的に重要な課題でもあった。その重要性も含めて、概念の異同を論じる。その上で、4では、反競争効果要件として「形成等」をとらえることの意味を確認し、さらに「形成等」の概念の明確化を行う。5では、市場支配力の形成等と市場支配力の存在との関係を検討する。これは3で扱う問題ともかかわる。一方で法律要件として高度な市場支配力を要求することがなぜ問題なのかということも明らかにし、存在の認定が反競争効果を認定する前提作業となっていること及びそこで存在問題の意味を説明する。これによって、これまで議論が不透明だった点を明確化する。

2 市場支配力の意義：定義と程度の問題

(1) 市場支配力の意義：出発点

独占禁止法において市場支配力とは、1 で述べたように、「競争自体が減少して、事業者または事業者の集団が、その意思で、ある程度自由に価格、品質、数量、その他各般の条件を左右すること」ができる状態のことだとされてきた。その「形成等」が「競争を実質的に制限する」ことになる。

「その他各般の条件」とあるように、価格以外の要因についても、競争水準から乖離した条件等の設定が可能な場合を含んでいる。この定義では、明示されていないが、イノベーション・技術水準を制限することにより将来の品質等を左右することや、望ましい商品バリエーションを左右することも「その他各般の条件」¹¹⁵に含まれると考えられるし、それを排除する理由はない。法がとらえるべき市場支配力の内容として過不足はないが¹¹⁶、いくつか補足すべき点がある。まず、一般に採用されている経済学的な定義を参照軸に、概念の明確化を図ることとする。

(a) 市場支配力の定義：ベンチマークの明示化

標準的定義：客観的ベンチマークと大きさ

(1)で見たように、市場支配力が左右する取引条件等は価格に限らないが、最重要かつ代表的な指標は価格である。そこで、しばしばラーナー指数を用いて市場支配力を定義することになる。要するにベンチマークとなる価格を完全競争価格（限界費用）とした化アックマージンとなる。限界費用を MC、利潤最大化価格を P とすると、その値は、 $(P - MC) / P - (a)$ となる。これは、当該企業が直面する市場の弾力性の絶対値の逆数に一致する¹¹⁷。ところで、完全競争をベンチマークした市場支配力（限界費用を超えた価格設定

115「その他各般の条件」を EU 法の用語である competition parameter を直輸入して、競争変数と呼ばれることもある。ここではその表現は避けた。競争変数では、企業が競争する際の戦略変数それ自体と混同されるおそれがあるからである。たとえば広告等も戦略変数である。しかし、広告に何らかの基準を設定することそれ自体は、戦略変数を自由にしたとは言っても競争制限とまでは直ちには言えない。戦略変数それ自体ではなく、本来競争的な市場が決定すべき、取引相手にとって重要な取引条件に影響することが肝心なのである。EU で competition parameter という表現が用いられているのは、かつてのローマ条約 85 条（現行 101 条）の解釈では、戦略変数の共同化をそれ自体で 101 条違反ととらえる形式的なアプローチがあったことの反映だと考えられる。以下では、市場が決定すべき「その他各般の条件」を左右する地位という判例由来の表現を用いる。

116「左右する」は、左右することによって利益を得られることが暗黙の条件となっている。

117この点については、任意のミクロ経済学・産業組織論の標準的なテキストを参照されたい。たとえば、花園誠『産業組織とビジネスの経済学』（有斐閣 2018）36-38 頁。完全独占であれば市場需要曲線の弾力性が用いられるが、そうでない場合は供給の弾力性等も

が可能な地位)^{*118}は、市場では非常にありふれたものにすぎない。そのような市場支配力が存在するからといって、ただちに法的あるいは競争政策上の問題が生じているとは言えない。したがって、市場支配力の「存在」それ自体を法的ないし政策的に問題視する場合には、まず、その「大きさ」ないし「規模」の程度が問われる。

1 で指摘したように、「大きさ」にも、いくつかのディメンションがある。上述の定義は、完全競争状態からの取引条件の乖離の程度を意味する。乖離の程度も市場支配力の大きさの一側面であるが、大きさの問題はそれだけではない。そのような力の存続期間も問題となる。競争圧力によってごく短期に縮小・消滅するような場合もあれば、長期にわたって継続するものもある。つまり、市場支配力の持続性も重要である。ラーナー指数のように特定時点での競争状態からの乖離を数値化する場合には、この点は見落とされがちである。また、経済への影響の大きさは、関連市場の規模が問題となることもある。

一定レベルの大きさの市場支配力を法律要件とする場合には、これらの視点から米国やEUでは独占力や市場支配的地位の基準が定められることになる（なお、独占禁止法 2 条 7 項（独占状態の定義）を参照）。伝統的には、高度なシェアや参入障壁（持続性の観点）、間接的な証拠として高度なマージン乃至利潤率などが参照されてきた¹¹⁹。

(b) 行為の影響を組み込んだ定義：行為ベースのベンチマーク

競争法上の評価は何らかの行為を媒介としてなされる。その立場からは、「行為ナカリセバ状態」を競争的なベンチマークとすることが考えられる¹²⁰。問題とされる行為がなかった状態から乖離した水準の価格設定を可能になっている場合に市場支配力が存在するという立場である。 $P - MC$ ではなく、 $(P - P(\text{but for conduct})) / P - (b)$ が行為による追加

勘案して、残余需要曲線（自己の直面する需要曲線）の弾力性を導出することになる（支配周辺企業モデルを念頭においている）。

118 価格に注目した定義ではあるが、品質その他の特性は価格へ変換することで射程に入っている。イノベーションなどは、動的性質を持つため、価格に容易に変換できない側面がある。この場合の市場支配力は完全競争ベンチマークでは定義しがたい。その場合は、反競争効果について適切な発生機序（Theory of harm）に依拠して、(2)で見る②型ないし3(2)で $MP \Delta$ と定式化した市場支配力の成立が争点となる。この場合もコンベンショナルな市場支配力についての情報が反競争効果の評価に有益である。

119 Phillip Areeda and Herbert Hovenkamp, Antitrust Law vol.3B (4th ed.2015) ¶ 801.

120 市場支配力をこのような形で明示的に定義する例は経済分析の論稿では見あたらない。あり得べき立場としてこれに批判的に言及するものとして、Einer Elhauge and Damien Geradin, Global Competition Law and Economics (3rd ed.2018) 315 参照。ただし、因果的な反競争効果という法的問題についてはこれに言及されているらしい文献はあるし、その目的においては適切な定義である（ただし、観察可能な市場支配力概念ではない）。

的マージンとなる。

この立場では、市場支配力の大きさを問題とする必要はない。(b)の意味で市場支配力が有意に存在することが直ちに当該行為が反競争効果を有していることを意味する。日本法流に言えば競争の実質的制限があったことになる。

(2) 経済学的定義(a)型と法的評価(b)型の関係

欧米の競争法のテキストなどでは(a)の観点からの定式化が通常行われている。独占禁止法の概説書等では市場支配力の厳密な定式化は行われていないが、おおむね(a)を前提としているようである。

しかし、法的評価において重要なのは(b)であるという主張もあり得る。これは、1 で述べた定式化の「競争自体が減少して」の部分の読み方に関係する。すなわち、「競争自体の減少」を問題とされる行為を通じた減少と考えるなら、そこでの状態は変動の発生と読むことができる。これは法的な評価にとっては自然である。

それならば、わが国での市場支配力は(b)の立場をとったものと理解すれば良いということにならないだろうか。しかし、多くの論者は、米国・EUと同様に、(a)の立場を前提としているものと考えられる。(b)の立場は市場支配力の概念に、行為による「形成等」(効果)を組み込んだものである。この基準では、現実に観察される価格等の取引条件と、行為がない場合に想定される反事実的な状態との比較が市場支配力の判断基準となっている。そのため、特定の時点において外部から観察することが可能なものではない。市場支配力の定義の中に、特定の行為がもたらす効果の評価が含まれているからである¹²¹。これには、行為が市場支配力の変動をもたらす因果的寄与の評価が必要である。5(1)で見るように、問題となる行為がどのように作動するのかについての理論的説明(発生機序ないし Theory of harm)が不可欠なのである。法的な評価の基準としては妥当だが、市場支配力の定義としては、それを外部から観察して計測することが困難だという致命的な欠陥がある。このように定義したとしても、事実に基づいて評価する際の操作性が低いのである。

(b)の定義は、結局のところ、3 で見る市場支配力の変動と同値のものである。仮定的状態からの変動が直ちに認識可能な場合には、いきなり(b)の定義に依拠して評価を行うことが可能であり、便利でもある。たとえば、カルテル事件の多くはそれに該当する。(b)の観点からの推論が容易であるがゆえに、多くの国で当然違法や原則違法の取扱いを受けているのである。しかし、問題となる行為が具体的にどのような影響を持つのかを評価する必要があるときには、(b)の観点を直ちに持ち出さずに、(a)の観点からの市場支配力について3 で見る変動を問題にするのが便宜にかなうことが多い。

121 Elhauge & Geradin, supra note (120) at 315 も、この立場は反競争効果と市場支配力の要素とを混同するものであることを批判し、市場支配力の定義としては有益でないとする。

3 市場支配力基準の意義：市場支配力の位置づけ

(1)市場支配力基準の多義性

(a)存在問題と変動問題

上述のように、一定の取引分野における競争の実質的制限とは、問題の行為による「市場支配力の形成・維持・強化」を基準とするものである。「市場支配力」は競争法の中核的部分を占めている。各国の競争法のテキストでも、市場支配力の説明、その認定方法、それがもたらす悪影響などの説明が行われることが多い。そこで「市場支配力」を違法性判断の中心部分とする考え方は「市場支配力基準」と呼ばれる。典型的には、その「形成・維持・強化」を基準とするものであるが、それ以外の視点も混在している。

市場支配力の形成等は、行為による市場支配力の変動を主題とするものである。4・5で見ると、米国でも当然違法原則を除くと、この変動が違法性の前提条件であることは共通了解となっている¹²²。EUにおいても今日ではほぼ同様である。これは、反競争効果の内容としての市場支配力基準であるということを指す。しかし、米国とEUの独占化規制などでは市場支配力の存在それ自体が法律要件となっている。市場支配力基準という表現を、変動以外に大きな市場支配力の存在を重視する基準を含んで理解することもあった。この場合に、高度の市場支配力を有する主体に何らかの追加的な規制を行う（変動を要件としない規制）ということも選択肢となる。本稿では、これを広義の市場支配力基準と呼ぶことにする。

(b)広義の市場支配力基準：反競争効果とは別の側面

広義の市場支配力基準については若い年代の読者には分かりにくい点があるので、歴史的な説明を加えておく。市場支配力基準という表現は、ケイセンとターナーによるハーバード学派反トラスト法の代表的著述を通じて普及した。そこで言及されている市場支配力基準（テスト）では、2つのタイプの規制が含まれていた¹²³。すなわち、市場支配力の形成等に対する規制と、不当なる市場支配力の規制の2つである。前者は市場支配力の変動をターゲットにしたものであり、後者はいわばその存在をターゲットにしたものである。これは主として構造的是正を前提にした独占化事件が念頭にある。他方、独占力の濫用として、通常の水準の反競争効果を前提としない規制への切っ掛けとなることも米国法では見られたし、EUでは通常であった。前章で言及した独占の梃子の問題などがそれに該当する。

「反競争効果」は変動に現れるのであって、わが国のようにそれが主たる規制基準となっている場合には、存在問題は補助的な役割を果たすだけのように思われるかも知れない。だが、米国やEUでは独自の重要性をもつ。そのことを理解しないと、混乱して正確

122 泉水・前掲注(114) 95-97頁、A. Douglas Melamed, "Antitrust Law Is Not That Complicated", 130 Harv. L. Rev. Forum, 163, 166 (2017) 参照。

123 Kaysen and Turner, supra note (25) at 44-45, 52, 57, 58, 59, 240 (1959) 参照。

な比較法的な考察ができなくなる。

(2)市場支配力概念の分類

(1)で見た、市場支配力の変動問題と存在問題の区別は自明のように思われるであろう。しかし、内外の様々な文献は、それらを一まとめにして「市場支配力」として言及してきた。

専門家にとっては、ニュアンスの違いを自ら区別して論じることが可能であるが、このような一括した言及のされ方が混乱を招いていたことは確かである。たとえば、企業結合に関連して市場支配力が問題になっているときに、経済学に依拠して市場支配力の存在にかかる実証テクニックが紹介されることもある。しかし、変動が問題となっているときに、このような実証がどのような意味をもつのかを意識せずに、漫然と経済分析に言及するだけの態度はしばしば見られた¹²⁴。しかし、多くの文献はコンテキスト毎の理解に任せており、この区別を明示的に分析した研究は米国でも最近になってようやく行われた。キャプローの一連の論稿¹²⁵である。キャプローは、市場支配力概念の意義と効能を探究した2017年の論文で、競争法で扱われている市場支配力を次のように分類した¹²⁶。競争法では特定の行為を評価するために用いられるという前提で、問題となる行為前の市場支配力(MPpre)と行為後の市場支配力(MPpost)とに区別し、さらに、両者の差分(MPΔ)を持ち出し、それらの3つに分類する。キャプローによれば競争法での市場支配力概念は、この3つのタイプが含まれているのである。

キャプローは、MPΔを単なる差分として定義しているが、MPΔは行為ナカリセバ状態のMPと行為後MPの差分とするのが適切である。MPpreとMPpostに行為以外の因果効

¹²⁴ 市場支配力の経済分析は独占化事件における独占力の存在問題として主題化されてきた。これに対して、変動問題は「反競争効果」として定性的な分析しかされなかった。企業結合事件の場合は、まさに行為が変動をもたらすか否かが争点となる。もちろん、事前に十分な市場支配力が存在していることが立証された場合、問題の行為がそれをどのように強化するのかについての作用機序を説明しやすくなることはある。なお、企業結合分析の文脈では、変動それ自体を主題とするような実証手法が開発されることになった。合併シミュレーション及びUPP (upper pricing pressure) とその変種の利用がそれである。この点については、川濱昇「単独効果の理論的基礎－水平的企業結合規制の再検討」金井貴詞他編『経済法の現代的課題』261頁(2017)参照。

¹²⁵以下の分析枠組みを最初に提示したのは、Louis Kaplow, "Market Definition, Market Power", 43 Int'l Jour. of Indus. Org. 148, 158 (2015) である。

¹²⁶Louis Kaplow, "On the Relevance of Market Power", 130 Harv. L. Rev. 1303, 1392-1396 (2017).

果が及ばない想定をおいているのでなければ MP Δ に独自の意味はないからである¹²⁷。MPpre と MPpost をともに観察して差分をとることが可能なら一定の意味はあるかもしれないが、両者を現実には測定して差分を計測することは実際には容易ではない。以下では MP Δ は上記厳密な意味での MP Δ とする。

このような差分は(1)で定式化した市場支配力(b)と一致している。(b)のような定式化では、変動問題ではなく存在問題になるのではないかという疑問を持たれるかも知れないが、そうではない。行為ナカリセバ状態を基準に行為がもたらした効果を見るというのは、行為ナカリセバ状態からの市場支配力の変動を問題にしたものに他ならないのである。この場合は、行為がもたらした市場支配力の変動の評価なしには確定できないのである。

キャプローが、MPpre と MPpost とを別個に扱っているのは、単に差分を問題にするためではない。EU 競争法の市場支配的地位の濫用規制では法律要件として行為前に一定程度の市場支配力の存在が必要であり、米国の独占化では、事後に一定程度の市場支配力の存在が要件になっているように、それぞれが法律要件となることがあるからである。さらに重要なのは変動を測定するためには、行為前の市場支配力にかかる事実が問題となるからである。正確には、行為前の市場支配力を根拠づける様々な要素と行為の関数として変動問題が扱われることになる（ただし、キャプローにとっては変動問題ではなく、厚生の変動がターゲットとなっている）。問題となった行為の反競争効果を評価するべく、タイプの異なる市場支配力がどのように有益に機能するかを分析するためである。なお、ここで反競争効果と表現したが、その意味については4(1)で説明する。

(3) 存在問題の独自性：独占規制

既に指摘したように、米国の独占化や EU 競争法の市場支配的地位の濫用では、高度な市場支配力の存在が法律要件となっている。米国や EU のケースブックやテキストでは、市場支配力の実証などの問題も一括して扱われることが多く、変動の問題は、まとまった形で独立して論じられることはほとんどない。特に従来の実証研究の多くは市場支配力の存在についてのものであり、変動そのものを対象とするものは少なかった。

変動の問題とは、特定の市場環境で行為がどのように MP Δ を生み出すであろうかという問題である。これは要するに、評価対象となっている競争過程を害する行為・取引が、当該状況でどのように作動して市場支配力の形成等をもたらすのかを解明する作業とな

127Kaplow は行為以外の要因が因果効果を持たないことを前提条件としているようである。実際、因果的な寄与が大きいような要因が行為以外にない場合は、それで十分であって、両者が観察可能であるならば、事後的に因果関係の問題として処理することも可能である。しかし、差分が観察可能でない場合は、後述するように、作用機序（効果から見れば発生機序）を特定した上で事前の市場環境で行為のもつ効果を評価することになる。

る。この作業は、独占化では、行為の評価の段階で行われる作業であり、現代化された EU 競争法においては、行為の消費者厚生への害（反競争効果）として位置づけられる。もちろん、MPΔの有無を判断するに際して、事前の市場支配力の存在が関連性を持つことが多い¹²⁸。

市場支配力の存在が検討対象となるときには、その存否だけが問題なのではない。程度が重要な意味を持つ。2(2)①で述べたように、市場支配力の存在それ自体はありふれた事実である。したがって、それがどのような水準の市場支配力であるかが課題となる。シャーマン法 2 条の独占化規制における独占力や EU 競争法 102 条の市場支配的地位（dominance）は、その程度がかなり大きいものであることを要求している。市場支配的地位は、その濫用が規制されるのだから行為前に存在しなければならず（MPpre）、独占力は独占化がなされたことが問題なのだから原則として行為後に存在することが問われるように思われるが、多くの場合は独占力の維持型なので行為前の力も問題になる。いずれにせよ、独占化事件では現に独占力が存在することを問題視するものであり、それが「排除」によってなされたならば、独占力の存在自体が否定されるべきものになるというのが特徴である。言うまでもないが、このため、シャーマン法 2 条は構造規制と位置づけられてきたのである¹²⁹。

(4) 存在問題の重要性：独占規制

米国の独占化規制における存在問題の独自の重要性を確認しておく。わが国の私的独占では、排除・支配といった行為が市場支配力の形成等をもたらすという形で反競争効果分析が行われる。米国の独占化においてはそうではない。まず、現在の市場に許容されないほどの市場支配力（独占力）が存在しているかが、検討課題となる。これは、ケイセンとターナーが考えた市場支配力基準の中核部分でもあった。それが存在するとき、何らかの観点で不当とされる行為（排除行為）によって独占力が獲得・維持されたのか否かが問われるのである。この場合、問題とされる行為が独占力の全てをもたらす必要はない。一定の寄与があれば違法となるのであり、これは MPΔに相当するといっても良い。

¹²⁸ シャーマン法 1 条や EU 機能条約 101 条でも、非ハードコア制限の場合は市場支配力が争点になることが多いが、それは変動問題を検討するための分析材料としてであって、法律要件となっているのではない。だからこそ、その評価をスキップする立証が可能な場合もあるのである。この点については(3)(4)を参照。

¹²⁹ 日本の私的独占は独占化を日本的に継受したものであり、そのため私的独占を企業結合規制とともに構造規制の枠組みで解説する教科書もかつては多かった。実効性はともかく構造的措置が命じられた事案も確かに存在するが、衡平法の伝統をもたない日本では構造規制としては発展しなかった。本文にも書いたように、米国の独占化の構造規制の側面は不当な事業能力格差の是正（1953 年まで）と独占状態の規制（1977 年以降）に任されることになった。ただし、ともに規制例はない。

しかし、既に述べたように、衡平法上の救済の対象となるのは厳密に MP Δ に相当する部分に限られない。解体を要求される独占力は行為と因果関係のある独占力だけではないということである。特に 1950 年代から 1970 年代まで、行為の要件の比重を軽くして、何らかの措置によって市場が改善可能か否かに力点が置かれるようになった。構造規制主義や構造基準と呼ばれる立場である。この立場は衰退したが、独占化規制において独占力の存在が重要争点であることには変わらない。独占化規制では、市場支配力が一定水準以上であることが要求され、高度な水準の市場支配力の立証が必要となる。独占力水準の市場支配力は実質的市場支配力 (substantial market power)¹³⁰ と呼ばれることもある。独占化の事件では、独占力 (持続性ある大規模な市場支配力) の存在をめぐる問題が大きなウェートを占め、市場画定とシェアや持続性を根拠づける要因 (各種参入障壁) が詳細に検討される。

わが国でも、一定水準の市場支配力の存在が法律要件となる場合がある。独占状態の規制である。そこでは、高度な水準の市場支配力が存在することが明示的な要件となっている。すなわち、市場の競争状態の悪化による市場支配力が、その程度と持続性、規模がかなりの程度に至っているものが規制対象となっている。それらの指標は米国の独占力で検討されている要因と重なる。これは、米国でアリーダとターナーといった有力な学者が解釈論として提唱していた、無過責独占化 (行為要件不要の独占化)¹³¹ を立法化したともいえるものであり、独占力要件の厳密化が不可欠であったのである。私的独占の規制は構造的規制も視野に入れたものではあり、実際そのような規制例も存在はする。しかしながら、衡平の伝統ある米国と異なって、排除措置 (命令) は行為と因果関係のある状態の是正を原則とする。そのため、できあがった「独占」を解体するという方向ではなく、行為の規制を重視するものであった。これは独占禁止法制定段階において、立法者にも意識されており、構造的規制として不当な事業能力較差の是正制度が存在した (1947 年～1953 年)。その後、1977 年からは独占状態の規制が担当することになったが、どちらも規制例はない。

独占力がもたらす弊害の除去という課題は重要である。これは、独占状態や独占化のような具体的な法適用を離れて行われることがある。英国の市場調査 (market inquiry) での競争評価などで行われている作業である。これは、独占化事案に関する古典的とも言える作業に類似するものでもある。そこでは、特定部門での市場環境、競争状況を把握し、市場支配力の弊害が存在しないかを確認する。ただし、弊害の存在はそれ自体が直ちに法律問題となるわけではない。また、状況を改善するための将来の法的介入の可能性が探索し

130 Phillip Areeda and Herbert Hovenkamp, Antitrust Law Vol.3B, ¶ 802c (4th ed.2015).
ここで問題としているのは、独占力と市場支配的地位をどのような表現で定義するかではなく、何らかの高度な水準が必要だということである。

131 前注 (84) 参照。

たり、状況を悪化させている慣行を特定することなどが行われる。これにより特定された慣行が独占禁止法に違反するか否かを吟味することもある。これは独占化で行われている作業と類似しているが、特定状況の評価が直ちに法的介入の要件となるわけではない。なお、わが国の独占状態の規制もこれと類似しているが、構造的是正措置というドラスティックな対応を念頭に規定が整備されているため、弊害の把握の仕方などが非常に厳格に定められており、その実態は大きく異なる。

類似した例としては、規制産業での規制の根拠として、当該市場の競争状態の評価（競争評価）を行う場合もあげることができる。その場合、実質的な市場支配力が存在しているか否かが問題となることがある。そこでは、競争の停滞が原因で生じている市場支配力が問題となり、その弊害を防止するために多様な規制をとるという観点から分析が行われる¹³²。

米国の独占化事件は、独占の解体を基礎に、それを正当化するものとして、独占の形成（獲得）・維持をもたらした行為が存在すれば独占が違法となるという構成をとっている。かつて、わが国ではこのことを「力と行為の融合」といった表現で説明していたこともあった。私的独占の規制に対してもそのような性質決定を及ぼしていた時代もあったが、構造規制がそもそも限定されていたわが国でそのような性質決定は、事後の市場支配力を強大な場合に規制を限定させるという点で、かえって規制の機能不全をもたらしかねないものであった。しかし、衡平法の伝統に裏打ちされた米国流のアプローチは、不当な独占が認識されている場合、それを是正するために多様な問題解消措置が広範に採用できるという利点をもつ（5(5)参照）。これは独占力の保有者にそれを抑制するための積極的な行為義務を課すという機能を果たすものである。その延長上に、独占力を保有する者が行う、市場支配力の形成等に至らない排除行為の規制もかつては見られた（5(5)参照）。このことは EU の市場支配的地位の濫用規制においても見られた。消費者厚生への害を強調することが、そのような予防的規制は縮小傾向にあることは指摘できるが、それを超えた規制の可能性があることは、特にデジタル・プラットフォーム規制において重要な意味をもつ。また、競争法の延長上に特別な立法を考えやすいものこの伝統に照らして理解できる。

この点で、独占禁止法には独占力（一定の閾値を超えた市場支配力）の保有を前提にした規制がないことは米国・EU との対比で重要なものと思われる。大きな市場支配力（独

132 電気通信事業法上の競争評価については、林秀弥・春日教測「総務省「競争評価」の分析」岡田羊祐・林秀弥『クラウド産業論』（勁草書房 2014）121 頁以下を参照。EU の電気通信事業の競争評価としての重要な市場支配力（significant market power）概念については、岸井大太郎「EU の情報通信における「重大な市場支配力（SMP）」レジーム」岸井大太郎・鳥居昭夫『情報通信の規制と競争政策 市場支配力規制の国際比較』（白桃書房 2015）97 頁参照。

占力)を保有している事業者が、他の市場で競争の制限に至らない程度の悪影響で規制するという手法や、独占力を抑制するために一定の積極的な義務を課すという規制は発展しなかった。低い水準での規制としては不公正な取引方法が考えられるが、そこでは市場支配力に至らない力しかない事業者が行った場合に違法となることを念頭に議論が展開されており、独占力保有者に対する予防的規制類型は存在しなかった(転用は考えられるにせよ)。この点については、6でもう少し詳しく検討する。

4 市場支配力の形成等の位置づけ

(1) 反競争効果としての形成等

(a)反競争効果としての市場支配力基準

わが国における市場支配力基準とは、あくまでその形成等に主眼をおくものであって、存在問題を問うものではない。これは、「反競争効果」¹³³のことである。もっとも、キャプローは、MP Δ を反競争効果とは別個のものとしている。これは、競争が害された効果を有意に把握するための基準として反競争効果をとらえてはいないからである。つまり、キャプローは厚生への影響それ自体を反競争効果と呼ぶからである。

これに対して、一般的には、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反競争効果ととらえている。すなわち市場支配力の形成等ということになる。

繰り返しになるが、キャプローにあっては、反競争的か否かは社会的厚生への影響の問題であって、MP Δ そのものではない。このように競争過程を害することを通じた市場支配力の形成等ではなく、その行使によって生じる具体的弊害を反競争効果と考える立場は米国では有力である¹³⁴。いわゆる、消費者厚生基準もその一例である。第四章でも説明するように、消費者厚生基準とMP Δ の存否とは通常は軌を一にするため抽象的には結論に差はないことになるはずである¹³⁵。ただし、具体的に消費者厚生への害が存在することを要求するようになると、話は別である。そのように解した場合に、市場支配力を規制する

133 独占禁止法の各種規制は、「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」や「公正な競争を阻害するおそれ」など、市場での競争へのネガティブな効果をもつことを要件としている。それらを反競争効果と呼ぶことにする。反競争効果が生じているか否かは、行為の競争制限的(阻害的)効果と(もしあれば)競争促進的効果の比較衡量によってなされる。

134 MP Δ は、反競争効果を判断する際の考慮要因の1つという位置づけになる。

135 A. Douglas Melamed & Nicolas Petit, "The Misguided Assault on the Consumer Welfare Standard in the Age of Platform Markets", 54 Rev. Indus. Org. 741, 746-747 (2019) 参照。競争過程を害してMP Δ があることを問題としている。

ための役割が限定されるものになるというのが、VI、VIIで見ると近時の消費者厚生基準批判の理由の1つである。しかし、MPΔ（形成等）を反競争効果基準とする立場が通常の意味での消費者厚生改善と整合的である（第四章参照）。

(2) 市場支配力の形成・維持・強化の内容

(a) 形成・維持・強化の区別

反競争効果としては、市場支配力の形成・維持・強化の3つのいずれかに該当すれば良いのであって、いずれであるのかに拘泥する必要はない。しかし、維持に関しては反競争効果の発生機序に独自性があり、初学者をはじめ混乱しがちでもある。あらためて、これらの概念を整理してその内容を明確にしておく必要がある。

まず、形成は、市場支配力を新たに生じさせることを意味し、強化は、既に存在していた市場支配力を強化することを意味する。カルテル事案では、形成を中心とした考察がなされ、私的独占では、後者が中心となる。現在の多くの市場で既に何らかの形で市場支配力が生じているため、形成か強化かには特にこだわる必要はない。強いて違いを強調すると、具体的な反競争効果の分析手法の特徴の違いということになる。形成の場合は、それ以前に市場支配力が発生していたという事実を前提とせずに、当該行為が市場支配力をもたらしたか否かを分析することが可能な場合ということになる。強化の場合は、既に存在している市場支配力を前提に当該行為がその強化をもたらす作用機序を示すことが分析の中心課題となるが多かる。

(b) 維持の独自性

問題は、「維持」である。当該行為が「維持」をもたらす時とは、既に市場支配力が存在することを前提としたものであることを含意している。それでは、強化とどう区別されるのだろうか。まず、維持とは具体的に何を意味するのかという点から検討しよう。これには2つのタイプが考えられる。

① 低下の防止

まず、第1のタイプは次のように考えることができる。行為が「維持」をもたらすというのは、行為ナカリセバ「維持」できないということの意味する。そのことを指すというものである。これを「行為ナカリセバ」低下している市場支配力を「強化」したに過ぎないと捉えて、「維持」に独自性はないと見ることもできる。しかし、行為前の状態を基準にすると「強化」されていなかったり、場合によっては「低下」している場合もある。そうであっても、当該行為が「行為ナカリセバ」状態よりも市場支配力を保持させる傾向を持っている以上、それが反競争的であることは確かである。しかし、外面上の変化だけを見ると、反競争効果は分かりにくい。それが含まれることを確認するために「維持」が必要なのである。

② 協調の確保

もう一つのタイプは、協調によって市場支配力が発生している市場において、その協調を強化させるケースである。たとえば、企業結合規制において企業結合前に既に協調が発生しているケースではあるが、企業結合がその協調を安定させる場合がこれである。4社寡占で協調がなされているケースで、それが3社になるケースを考えよう。これによって、既に存在している協調がさらに安定的になる場合も考えられる。この場合、当該企業結合によって、従来より価格を引き上げることが可能になったという意味での「強化」はないが、「維持」と呼ぶことはできるであろう¹³⁶。また、「当該行為ナカリセバ」、存在しなくなる市場支配力を維持したというわけではないが、市場支配力の期待値を有意に上昇させたものと言える¹³⁷。

5 市場支配力の形成等と市場支配力

(1) 総論

(a) 形成等の発生機序

市場支配力の形成等の分析はその発生機序 (Theory of harm) ¹³⁸を示して行う必要があ

136米国の独占化では、行為が「独占力」を獲得（形成）するものか維持するものかが問題となる。米国の企業結合ガイドラインは市場支配力を形成・増強・強固化する又はその行使を容易にするもの (create, enhance, or entrench market power or facilitate its exercise) を禁止するとしている (U.S. Dep't of Justice & Fed. Trade Comm'n, Horizontal Merger Guidelines § 1(2010))。entrench は既に存在している市場支配力を強固にするものであり、わが国でいう強化に含まれるが、維持にも含まれ得る。このように、強化・強固化は「強化と維持」とオーバーラップする。行使の容易化がどのようなものかは明示的には示されていないが、既に存在しているが行使が困難な市場支配力を有利に使えるようにする場合を指すのなら強化ということになろう。また、上述のような協調を確固とするという意味で「維持」に含まれるものも、行使の容易化に該当するものと考えられる。

137前注で述べた内容をまとめて、MPの増加と呼ばれているのはこの趣旨であろう。

138これまでの経験から、一定の前提があれば特定の行為が反競争効果を持つことを明らかな場合もある。この場合は、機序を示すことなく、純然たる経験則に依拠して反競争効果が立証されることになる。米国ではカルテル等の当然違法原則や、かつて有力だった市場集中度に依拠した企業結合の違法推定などがこれに該当する。なお、不公正な取引方法における原則違法（共同の取引拒絶、再販売価格維持行為等）もこれに含まれるものと考えられる（なお、最低限の発生機序の説明は存在すると見ることもできる）。Theory of harm には、このような純然たる経験則も含むものと見ることができ、Theory of harm という概念自体に確固たる定義があるわけではないため論者によってことなる。ただし、Theory of harm を明示的に議論するとき、発生機序の説明が求められているのが通例である。

る。すなわち、問題の行為が、当該市場環境において、どのように競争プロセスに影響し、その影響により（競争の回避や排除等を通じて）、市場支配力の形成等をもたらされるのかについての、首尾一貫した理論的説明が必要である。これには行為の性質把握が不可欠である。

(b) 形成等と市場支配力が存在することの関係－推認の前提

ところで、具体的な市場環境でそのような効果が発生するために、何らかの市場支配力の存在が必要なことが多い。特に排除行為では、市場支配力がないもしくは低いということは、ライバルを排除したり、競争を傷つける能力を欠けていることにつながる。あるいは排除によって十分に利潤を獲得できないことを意味することもある。それゆえ、問題の行為が反競争効果を持つという説明が説得力を欠くことになる¹³⁹。形成等が評価基準であっても、市場支配力の存在が関連性を持つのはこのような理由からである。

排除行為に限らず、一般論として、問題となった行為が市場支配力を形成等するという推認を正当化するのに十分な水準の市場支配力が存在したことを示すことが必要となることは多い。

しかしながら、要求される市場支配力の程度は、問題となった行為によって変わる¹⁴⁰。これは 3(3)で見た法律要件として高度な水準の市場支配力を要求するというのとは異なっている。問題とされる行為が反競争効果を持つことを示している上記の理論的説明が、具体的な事実関係に当てはまるのか否かを確認する作業の一環なのである。3(2)で引用したキャプローの論文の重要な成果は市場支配力がどのような形でその効果の説明と関連付けられるかを解明した点にある。詳しく言えば、市場支配力の存在が確認される場合に、それを支える個別の要素が形成等にどのように関係しているかについての説明である¹⁴¹。

比較的簡単な例として次のような場合がある。例えば、一定の排除効果が推認できるような行為がなされたとしよう。この場合に、当該企業が既にかなりの程度の市場支配力を保有しており、それへの競争的抑制を加える可能性のある企業群に対しその効果が及んでいるとする。この場合には「維持・強化」を推認するのはごく自然なことであろう。第二章で取り上げたマイクロソフト事件は、まさにそのような推論でシャーマン法 2 条違反を認定したのである。

これらの具体的分析は、最終的には、個別の慣行の反競争効果の発生機序とその現実妥当性の問題とに帰着するのである。以下では、一般的な問題として 3 つの論点を説明する。すなわち、高度の市場支配力の存在自体を法律要件とすることの是非、ハードコアカルテルなどの当然違法原則の位置づけ、非ハードコアカルテルにおける市場支配力分析の

139Kaplow, supra note (126) at 1329-30.

140Herbert Hovenkamp, The Rule of Reason, 70Fla. L. Rev. 81,155 (2018).

141Kaplow, supra note (126) at 1328-1345 参照。社会的厚生への影響を見るものであるが、同時に市場支配力の形成等にどのように働くかの説明もなされている。

意義である。

(2) 法律要件としての高度な市場支配力の存在

(a) 米国・EU の単独行為規制における位置づけ

米国・EU の競争法は、いわゆる単独行為規制において、高度の市場支配力の存在を法律要件としている。これに対してわが国では、そのような要件を設けてはいない。反競争効果の立証に市場支配力の存在が重要な意味をもつ場合があるのは確かだが、これを法律要件としていないわが国の立場はいくつかの利点がある。独占力と市場支配的地位は、一般的に高度な市場支配力要件を一律に課すものである。特に独占化では、行為のタイプに応じた市場支配力とのスライディングスケールは否定されている¹⁴²。それゆえ、米国・EU の立場にはキャプローなど有力な論者から批判が見られる。一定水準以上の市場支配力が行為の前後に存在することを要件とすると、水準を超えた市場支配力に達しないが反競争的效果をもつ行為が規制できないことになる。行為によっては、市場支配力が存在しない限り反競争効果が存在しない場合も多いことは明らかである。しかし、反競争効果を見る前に高度な水準の市場支配力の存在を要件とすることは、確かに見落としが生じることになる。これに対する反論としては、市場支配力スクリーンによって積極過誤のコストが低下することなどが挙げられているが、「単独行為」による反競争効果分析の精度は反競争効果の発生機序の説明とそれに適合した事実があるかないかによって決せられるのであって、行為のタイプを考慮しない主体の要件で対応するのは合理的とは思われない。主体の要件がない日本法の解釈論としては米国・EU のような道をとる必要はない。しかし、米国・EU では、公共政策上の問題としてよりも、法的問題としては主体の要件は外せない。そもそも「独占」を違法としてその解体をめざすというシャーマン法 2 条の存在意義は、判例法上も一貫している。この解釈は法の沿革からも変更するのは困難である。また、EU では市場支配的地位の濫用である以上、解釈としてはこの枠を超えることは困難である。

(b) 問題なる行為のタイプによって反競争行為が生じるのに必要な市場支配力は違うはずであり、一律に高度な水準での市場支配力を要求することが過小規制を招く、という批判はかなり強力なものであるが、上記の理由から米国・EU では採用されてこなかった。この点では、主体に対する高度の市場支配力を要件とすることなく、反競争効果であるその形成等を問題視するわが国の方が合理的に思われる。もちろん、形成等の存否の判断において、行為前の競争状況すなわち市場支配力の程度が、有益な（場合によっては必須の）情報であることは確かだが、それを独自の要件とすると過小規制とならざるを得ない。

ところで、ここまでの叙述は反競争効果要件として市場支配力の変動を考えるとという立場を前提としている。これに対して、(5)で述べるように、独占力を要件とすることによっ

142Areeda and Hovenkamp, supra note (18) ¶ 802c-f..

て、反競争効果の閾値を下げるという考え方はあった。米国の場合、独占力の形成・維持等に因果的に相応の寄与ある排除行為が存在する場合、独占力を低下・解消させる措置が可能であって、救済レベルでは、今日でも広範な義務を設定可能である。また、それと関連するのも知れないが、存在する独占力に対して、それを他分野で利用する場合には反競争効果の閾値を下げるという判例法理がかつては存在した。EU でも、市場支配力のいわゆる排除型濫用で、支配的地位の維持強化ではないレベルでの反競争効果で規制を行う、行為ベースの考え方が妥当する領域はあった。これらの立場は米国、EU とも衰退してきた。この衰退を「消費者厚生基準」のせいだとするなら¹⁴³、新ブランドイスマ主義の「消費者厚生基準」批判もそれなりに根拠のある批判ということになる。他方、そのような予防的規制に対してシャーマン法 2 条や EU 機能条約 102 条といったサンクションの厳しい条文を持ち出すことは問題が残るかもしれない。これが、今日の立法論や連邦取引委員会法 5 条の活用論の背景にあるものと考えられる。

(3) 反競争効果と市場支配力の程度

独占禁止法では、「市場支配力の形成等」が問題となっているが、独占禁止法 3 条や 8 条 1 号では行為後に何らかの「市場支配力」が存在していることが必要なはずである。そうだとすると、事後に市場支配力が存在することは必要であって、存在問題は常に考慮されているのではないかという主張もあろう。この主張はここまでの議論とは関係がない。MPΔの大きさは、事後の市場支配力 MPPost の程度とは独立した内容である。これが有意の水準であるなら独占禁止法上マイナスの評価が成立する。ここまでの議論は MPΔとは独立して、MPPre, MPPost の大きさを一定水準以上にせよということなのである。

(a) 当然違法原則の位置づけ

米国の反トラスト法で発展した当然違法原則、とりわけ水平的価格・数量・取引先制限（いわゆるハードコアカルテル）に関するそれは、市場支配力基準とは無関係なものと考えられる。市場支配力がなくとも違法となることが明言されているからである。これを日本法に組み込みための解釈論として市場支配力基準が批判されることもある。しかし、この原則も、市場支配力をもたらす傾向があるという特性と競争促進効果を通常は持たないという両面からいちいち市場支配力の検討をする必要はないとしたものであって、無関係では

¹⁴³ EU では排除型濫用で消費者厚生への害を要件とする立場が、規制範囲の縮小を招いたことは確かである。これに対して、米国では「消費者厚生」基準の採用以前に、独占化ないし独占の企図の要件からこのような帰結に至ったのであって、消費者厚生への言及によるのではないと考えられる。

ないと考えることもできる。これらの行為は、通常は¹⁴⁴、市場支配力の変動をもたらすことがない限りは当事者にとって合理性がない行為である。その観点から一律規制という立場がとられているのである。

経済的に発達した国の競争法ではハードコアカルテルに反競争効果の立証を要求しないのが通例である¹⁴⁵。わが国の独占禁止法は例外的にそれを要求している。諸外国に近づけるべく、上述のように市場支配力基準の変更が必要だという議論も見られる。しかし、市場支配力基準を前提にしても、行為の性質からそれを容易に推認することも可能である。先例もその方向にあると見ることができる¹⁴⁶。もちろん、およそ市場支配力の形成等のおそれがない例外的な場合を許容することが法執行に与える負担は大きいという主張もあるかも知れない。それらも、上記の推定則を適切に活用すればかなりの程度対処できるものとする。

(b)非ハードコアカルテルにおける市場支配力の関連性

わが国において、非ハードコアカルテルについては、判例はおろか、正式の事件さえ乏しい。ほとんどが公正取引委員会の事前相談によって処理されている。そのため、法的議論の展開は不十分である。この文脈では当然のことながら米国反トラスト法の議論が参照されてきた。そこでの議論では多くの場合、市場支配力の立証が必要だということが強調されている。わが国では形成等が問題であるのに既に当事者が市場支配力を有していることが問題とはどういうことなのか。初学者は混乱に陥るようである。ここでも反競争的な効果がどのように生まれるのかについての発生機序に照らして考察すれば分かりやすい。まず、ここでいう市場支配力は現に行使可能な市場支配力ではない。例えば、事業者団体の行為であれば事業者団体が一致して行動した場合に、共同行為であれば共同行為当事者が統合されたとして、市場支配力を行使できるになるか否かが問題となっているのである。言い替えば、共同行為であれば、その参加者たちが齊一的に行動した場合に市場支配力を行使できるか否かが、ここでの存在問題なのである。関連市場での合計シェアが大きければ、非ハードコアカルテルであっても当事者間の競争が緩和されるなどして反競争効果が発生する蓋然性が高くなることも考えられる。第一段階で問題とされている市場支配力はそのようなものと理解すれば十分なのである。逆に市場支配力の形成等がない限

144理論的には例外的には、効率性を促進するに不可欠なものである可能性はある。当然違法原則は、そのような可能性が乏しく、例外的な場合を考慮する必要はないという立場ということになる。つまり、あからさまな (naked) 制限であることが通例であるという判断が当然違法の前提と考えられているのである。11 Phillip Areeda and Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law* ¶ 1910 (4th ed.2018) 参照。

145Elhauge & Geradin, *supra* note (10) at 96-97 参照。

146例えば、東京高判平成 28・5・25 審決集 63-304 の市場画定の方法を参照。

り、合理性をもたない行為であるとか、行うことが困難であるようなタイプの行為であれば、このような第一段階での市場支配力は不要とされている（簡略化された合理の原則）。

(c)市場支配力の「程度」：より精密な分析へ

ここまで市場支配力の程度を問題にした。日米欧とも市場支配力の有無や程度が反競争効果の発生に関連性を持つという観点から反競争効果の分析を行ってきた。もっとも、ここで程度と述べたが、その規模や持続性を根拠づける市場と当事者の特性も重要なはずである。これは6(3)で述べるキャブローのリサーチデザインはこれに関連する。市場支配力を根拠づけるコンポーネントが、特定の慣行のもつ反競争効果に関連することを直視した上で、慣行の作用機序と市場の関連要素（シェア、参入障壁のタイプ）

6. 独占規制の独自性

(1) 単独行為規制を超えて

5(2)(a)では、主体の要件として大きな独占力することは、反競争効果（市場支配力変動）の観点では過小規制になるかも知れないことを述べた。これは、独占規制を単独行為規制と見て、反競争的な行為を規制するという観点からの説明である。日本の私的独占の解釈はこのような視点からなされており、それは妥当なことである。しかしながら、そこでも述べたように米国とEUのような独占規制は別の観点からの意義も考えられる。「単独行為規制」という表現では把握できない、独占力規制としての意義である。たとえば、既に述べた米国では独占力それ自体への介入とかつてあった隣接市場への波及効果規制である。EUでは濫用規制であることから考えられる予防的規制である。これらはわが国の独占禁止法にはない視点である。内容的には重複するところもあるが、一般的な独占規制のないわが国にはない特徴として改めて確認しておく。

(2) 米国

米国のシャーマン法2条は、もともとは行為を規律するというよりも、独占の解体をめざす規制であった。それゆえ、大きな独占力の存在が問題となるのであり、その立証がしばしば訴訟における一大争点となってきたのである。そういうことから独占力の存在をどのように解明するかについて力が払われてきたのである。

独占化の場合、違法な行為の差し止めよりも、違法な行為によって形成、維持、強化した独占力の解体（構造的措置）がかつては重視されてきた。具体的に企業分割¹⁴⁷や特許ラ

¹⁴⁷ 企業分割（企業分割、構造的措置、集中排除措置は原文を尊重して互換的に用いる。）を命じた事例とその論拠については、実方謙二『寡占体制と独占禁止法』（有斐閣1983）12頁～92頁参照。

イセンスの強制¹⁴⁸などである。この場合、違法な行為が解体対象となる独占力の形成、維持、強化にどれだけ寄与したかが問題となる。これを厳格に解するなら、構造的措置は画餅に帰す。米国では、違法な行為が独占力の形成、維持、強化に実質的に貢献していたならば、そのような独占力は構造的措置の対象とするという立場を採っている。厳格な因果関係は要求されてこなかったのである¹⁴⁹。厳格な因果関係は必要ないにせよ、構造＝行為＝成果パラダイムが圧倒的な影響力を持っていた時代に提唱された、違法な行為をきっかけに全面的な構造的措置を正当化する、いわゆる引き金理論は採用されることはなかった¹⁵⁰。また、行為の不当性を問わない無過責独占の解体も有力な論者は唱えたものの、裁判所も立法も採用することはなかった。しかし、違法行為の帰結としての独占力の除去に必要な限りで、構造的措置が最後の手段として控えていることは無視できない。また、除去される独占力が違反行為によってもたらされた独占力の範囲に限定されないという立場を変更した判例は現在のところ現れていない。

独占力への強固な措置を念頭に、その力の濫用に対して他の市場での利用などを厳格に規制する動きもかつてはあった。その代表的なものは独占力の梃子理論である。独占力を保有する事業者が、その力を隣接市場で有意性を確保するために独占力を利用して隣接市場の競争者を排除するために利用することを規制するものであった。第二章で言及した、新ブランダイス主義の論者が復活を望む、Berkey Photo 事件の第二巡回区控訴裁判所の立場である¹⁵¹。シャーマン法 2 条の解釈としては、この行為によって元の独占市場の強化か、隣接市場での独占の企図が必要である。前者は難しいにしても企図については可能性があったものの、最高裁は企図における独占獲得の危険なまでの蓋然性要件を厳格に課することによって梃子の法理をほぼ封じ込んだとされる¹⁵²。梃子の典型としての抱合せであれば

¹⁴⁸ 企業分割が現実的に困難な場合に、ライセンス強制など様々な措置を組み合わせ、競争的市場構造の回復を考えることがある。代表的なものとして、United States v. United Shoe Machinery Corp., 110 F. Supp. 295,352-354 (D.Mass.), aff'd United Shoe Machinery Corp. v. United States, 347 U.S. 521(1954)参照。実方・前掲注(144) 63-72 頁に、その後の展開も含めた説明がある。無償のライセンス強制の例としては、United States v. General Electric Co., 115 F. Supp. 835 ,843-46(D.N.J. 1953)も参照。

¹⁴⁹ 集中排除措置が問題となった判決としてはいまだに先例である United States v. Grinnell Corp., 384 U. S. 563 (1966) を参照せよ。

¹⁵⁰ Areeda and Hovenkamp, supra note(36),at ¶ 653b.3 参照。

¹⁵¹ Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co., 603 F.2d 263 (2d Cir. 1979), cert. denied, 444 U.S. 1093 (1980)

¹⁵² Spectrum Sports v. McQuillan, 506 U.S. 447 (1993) は、危険な蓋然性を別個に立証すべき要件として意図からの推認を否定し、独占化の水準に至らなくとも関連市場における高度なシェアを梃子の場合の隣接市場において要求した。

シャーマン法 1 条の違反として、今日でも限定された形であっても当然違法的な取扱いになるが、それ以外の形態での梃子を規制することは今日では困難になった。梃子の理論は今日問題となっている自己優遇型の行為を規制するためにより所とすることが可能な法理である。もちろん、梃子の理論にはシカゴ学派の（シカゴ大学のロースクールで口頭伝承された理論としての）独占利潤拡張不能理論からの批判がある。この理論は補完関係かつ固定比率というかなり強い条件でしか成立しないことは知られているが、この固定観念が連邦裁判所の多数の裁判官に根強いこともあって、暗黙の前提条件となっていることも梃子の法理の復活を妨げているのかもしれない。しかし、自己優遇が問題となっている状況というのは独占利潤拡張不能理論が妥当しない場合でもある。この場合には、梃子を行う独占力の特性と、それが利用される市場の特性から、予防原則として規制する可能性があるのではないかという議論が展開可能である。

同じことはエッセンシャルファシリティ理論についても妥当する。第二章で見たように、新ブランダイス主義の論者は重大なインフラストラクチャーサービス（critical infrastructural services）へのアクセスを拒否することを規制するエッセンシャルファシリティ理論の復活も提唱する。エッセンシャルファシリティ理論とは、次の要件が満たされれば、シャーマン法 2 条にもとづいて、非差別的に競争者と取引する義務を負うという法理である。すなわち、①独占者による必須の投入要素の支配、②当該商品の利用を希望する競争者にとって、同種の投入要素をもう 1 つつくるのが現実的または合理的には不可能であること、③当該競争者に対して当該投入要素の利用を拒絶していること、④投入要素のアクセスを認めることが独占者にとって技術的にも経済的にも実現可能であることである¹⁵³。この法理は 1970 年台末には認識されていなかった¹⁵⁴。1980 年前後に、下級審裁判所及び研究者によって再発見（発明）されたものである。制緩和の時代に、まさに公的規制がなくなった独占企業を規制する法理として再発見された¹⁵⁵ものであった。最高裁は

¹⁵³ MCI Communic. Corp. v. AT&T, 708 F.2d 1081, 1132-1133 (7th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 891 (1983)参照。

¹⁵⁴ この法理に好意的なサリバンの 1977 年のテキストブック(Sullivan, supra note(74)at 111)にも、あるいは批判的なアリーダ等の体系書の 1978 年版 (Phillip Areeda and Donald F.Turner, Antitrust Law vol.3(1978)) にもこの法理への言及は一切ない。

¹⁵⁵ この法理の先駆けとして、United States v. Terminal R. R. Ass'n, 224 U. S. 383 (1912) が挙げられる。この事件は、セントルイス地域へアクセスする交通機関にとって唯一利用可能な手段を保有する者に対して他の事業者にも平等なアクセスを認めることを求めたものである。もっとも、本件は 3 つの独立したターミナル会社が統合したことが関係するシャーマン法 1 条事件でもある。統合の結果、この施設は 14 の鉄道会社が共同保有している状態であり、それを利用するには 14 社の同意が必要となっていた。これによって、独占化がなされたとしてシャーマン法 2 条違反にも問われたものであり、本文で述べたよう

この法理を明示的に肯定したことはなく、現在では廃れてしまった。なお、公的規制として取引義務を設ける場合にシャーマン法は利用されないということもこの法理が後退した理由である¹⁵⁶。EU や日本では公的規制が取引義務を認めている場合には、取引義務を違反することが排除行為ないし妨害濫用の他の要件を満たす限りで規制することが可能なものと¹⁵⁷好対照となっている¹⁵⁸。

いずれにせよこの法理は、エッセンシャルファシリティの範囲を限定しないと過剰規制になるため、そのままの形で維持するのは難しいものとされる。たとえばエッセンシャルファシリティを自然独占に限定するなどといった形式である。新ブランド主義の主張も、重大なインフラストラクチャーサービスという形で、元になる独占力に強い縛りを加えているように思われる。特殊な独占力への予防的規制を公的規制がない場合のラストリゾートとして利用するための理論ないし、隣接市場における競争を公正に保つための予防的な公的規制導入の理屈として再生させる主張と位置づけることもできる。

このような、独占力の脅威を背景にした、予防的規制の伝統の復活を現在の裁判所は行いそうもない。これが消費者厚生基準への批判であるとするなら、それは狭義の市場支配力基準にも及ぶことになる。

(3) EU

EU 競争法ではそもそも市場支配力の濫用であって、それが追加的な市場支配力を要件とするものではなく、広範に妨害的濫用を規制することが可能であった。ただし、それは関連市場における濫用でなければならなかったが、その後、影響が密接に関連する市場における妨害をも濫用の射程に収めることになった。

これは、EU 競争法では市場支配的地位にあるものが競争を歪曲しないようにする特別の責任を負う¹⁵⁹ということを前提に、競争相手に対して競争上不当な不利益を課したことをもって競争への悪影響を認定する傾向があったからである¹⁶⁰。競争者への被害と競争へ

に救済として取引義務が認められたものと理解することもできる。

¹⁵⁶ Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 412 (2004)参照。

¹⁵⁷ 公的規制の存在は、取引拒否を違法とすることの評価根拠的な事情となる（投資インセンティブの低下などをもたらさない）。

¹⁵⁸ これは3倍額賠償が認められている米国では、公的な義務違反によって3倍額賠償を許容することの是非などもかかわっている。

¹⁵⁹ Nederlandsche Banden Industrie Michelin NV v Commission of the European Communities (322/81) [1983] E.C.R. 3461, para.57、さらに Bellamy & Child, Common Market Law of Competition, 896-897 (8th ed. 2018) 参照。

¹⁶⁰ 排除する力を市場支配力と無関係に行使した場合をも規制対象にしているという表現も可能かもしれない。ただし、必ずしもライバル費用引き上げ型の戦略で排除した場合を扱

の被害の同一視という米国では批判されている立場に近い¹⁶¹。

排除型濫用についても、それによって、支配的地位が強化された等の効果（市場支配力の形成等といった効果）をもつことは必ずしも必要がないという立場になる。このような効果を見なくとも良いという立場は、形式ベースの考え方と呼ばれる。競争を歪曲しない特別の責任に反した濫用か否かの判断は「通常の競争を条件づけるものとは異なる方法」¹⁶²によって判断される¹⁶³。この立場は、消費者厚生基準からは批判されてきた。2009年に公表の排除型濫用のガイダンスは消費者厚生への害が発生するものを規制対象とすることを執行方針としているが¹⁶⁴、この立場では市場支配力の形成等の評価が必要となる。これ

っているわけではないから、先の表現が性格に対応しているわけではない。

¹⁶¹ EU 競争法 102 条とシャーマン法 2 条の比較研究として、Per Jebsen and Robert Steven, “Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition under Article 86 of the European Union”, 64 Antitrust L. J. 443 (1996) ; Eleanor M. Fox, “Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity, and Fairness”, 61 Notre Dame L. Rev. 981 (1986) を参照。排除型濫用についての執行方針では、当該行為によって消費者を害するものに資源を投入するを濫用のメルクマールとしている（Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings [2009] OJ C45/2, paragraphs.20,21）。これは、当該行為が市場支配力の形成等をもたらすことという日米の基準と同値のものである。しかしながら、EU の判例はこのような立場を明言したことはなくそこに至らずとも濫用としてきたと見られる。

¹⁶² F Hoffmann La Roche & Co AG v Commission of the European Communities (85/76) [1979] E.C.R. 461 para6.

¹⁶³ 形式ベースの判断で広範に濫用を認定した事案として、Nederlandsche Baden-Industrie Michelin [1983] E.C.R. 3461 ; France Telecom SA (formerly Wanadoo Interactive SA) v Commission of the European Communities (T-340/03) [2007] E.C.R. II-107; Deutsche Telekom AG v European Commission (C-280/08 P) [2010] 5 C.M.L.R. 27 参照。具体的な競争への害ではなく、特別の責任を強調する最近の判例としては、Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB (C-52/09) [2012] All E.R. (EC) 1092; [2011] 4 C.M.L.R. 18, para.24 も参照。

¹⁶⁴ 排除型濫用についての競争当局の執行方針では、当該行為によって消費者を害することを反競争的排除として濫用のメルクマールとしている（Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings [2009] OJ C45/2, paragraphs.20,21）。これは、当該行為が市場支配力の形成等をもたらすことという日米の基準と同値のものである。しかしながら、EU の判例はこのような立場を明言したことはなくそこに至らずとも濫用としてきたが、裁判所の立場はその方向への変化の兆しはあるものの、なお不明確である。

は、いわゆる形式ベースのアプローチから効果ベースへの考え方への転換である。執行方針の変更はある程度は明瞭になったが、判例法の動向は不明確なところがある。EUの支配的地位の濫用規制は、具体的な影響ではなく、予防的な危険性レベルでの規制を行う余地はあるものの、いわゆる現代化で逆の方向を志向することになり、具体的な悪影響（市場支配力の変動）の立証を要求する立場を明言しているときもある。しかし、行為の類型によってはそうでないこともある。判例法の現状をいささか大胆に整理するところであろう。102条の妨害型ないし排除型濫用において反競争効果の要件は明示されていなかったため、裁判所は効果の立証を要求せず、形式的なアプローチを採用してきたように思われた¹⁶⁵。その後、具体的な悪影響を要求しているようなケースも生まれた¹⁶⁶。しかし、同じ時期に効果の立証を要求していない判例も見られている¹⁶⁷。

これが不明瞭さの原因だが、101条における目的による制限と効果による制限の区別を類推すると理解できなくもない。101条1項では、違法となる協定には効果によって競争制限とされるものと目的による制限の2つがある。目的による制限は主観的に競争を制限するものではなく、目的による制限は、行為の性質上競争を制限するものとして効果に関

¹⁶⁵ Case T-340/03, France Telecom, para. 195, upheld in Case C-202/07 P, France Telecom 参照。一般裁判所は、「102条の適用条件と濫用の目的と効果の区別に関しては、同条の適用上、反競争的な目的と反競争的な効果の証明は、場合によっては、同じことである可能性があることを指摘しなければならない。支配的地位にある企業の行為によって追求される目的が競争を制限することであると示された場合、その行為は、そのような効果をもたらす責任を負うことになる」とし、司法裁判所はその点を否定しなかった。

¹⁶⁶ Post Danmark A/S v Konkurrencerådet (C-209/10) [2013] All E.R. (EC) 950; [2012] 4 C.M.L.R. 23 (Post Danmark I) para. 20 参照。これは効果ベースへの転換と見られた (Lundqvist, Björn and Ølykke, Grith Skovgaard, “Post Danmark, Now Concluded by the Danish Supreme Court: Clarification of the Selective Low Pricing Abuse and Perhaps the Embryo of a New Test under Article 102 TFEU?” 34 ECLR, 485 (2013))。102条の文脈で、EC委員会が効果ベースの考え型へと舵を切ったこと及び裁判所の立場の不明瞭さについては、早川雄一郎『競争者排除行為規制の目的と構造』（商事法務 2018）103頁-176頁を参照。

¹⁶⁷ 関連市場への実際の影響の立証を要求せず、排除的慣行が競争を制限する傾向をもっているか、あるいは競争を制限する能力を有するかを問題とする立場が示されている。C-549/10 P, Tomra v Commission EU:C:2012:221, paras 68-71.これに対して、具体的な影響を要求している傾向を示すものとして、Intel Corporation Inc. v European Commission. Case T-286/09 RENV. (Judgment of the General Court (Fourth Chamber, Extended Composition) of 26 January 2022) available at https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62009TJ0286%2801%29#c-ECR_62009TJ0286_01_EN_01-E0002 も参照。

する立証を要求することなく違法となるものであり、効果による制限は具体的に悪影響をもつ場合に禁止するというものである。前者は純然たる形式ベースによるものといえる。米国の当然違法類型を想起させるが、目的による制限は水平的なハードコアカルテルに留まらず、再販拘束、並行輸出入の制限を含むなど、それによりも広範である。さらに広範な類型に広がる傾向¹⁶⁸も見られた。近時の 101 条の判例では目的による制限にも当然違法的なものだけではなく、目的による制限と判断するには、法的、経済的な文脈の要因を考慮することが必要となることもある。これらの判例の展開もまだ未開拓な領域はあるものの、行為の特性を具体的コンテキストでどのように評価するかについて、経済理論に裏打ちされた経験的評価が必要な作業である。102 条における現在の不明瞭な状況もこのような作業の一過程と言えなくもない。その流れの中で予防原則が妥当な領域が縮減しているのかも知れない。

判例がどの程度、予防的な規制を濫用とするか否かは不明確なところがある。規範形成の根拠となる、経済分析や経験知識の知識を裁判所が獲得していくのは時間がかかる。他方、大きな経済力を有するデジタル・プラットフォームが競争歪曲的な行動の危険性を把握する知識を立法機関が有しているなら、その問題について立法的解決を行うのも合理的かも知れない。それが、デジタル・プラットフォームの競争歪曲的行為について立法的な解決を志向する契機となったものと考えられる。

(4) 日本法への示唆

わが国の私的独占は独占的な力を保有していることを根拠に規制を行うという建て付けになっていない。力の存在に対しては原始独占禁止法では不当な事業能力較差の是正、1977 年からは独占状態の規制で、競争回復のための措置を講じるというタイプの規制になっている。このような建て付けのため、力を利用して行うが、競争の実質的制限に至らない予防的規制を独占規制で志向する余地は乏しかった¹⁶⁹。

予防的規制ないし危険性レベルでの規制としては不公正な取引方法の規制が考えられる。不公正な取引方法は、市場支配力に至らないレベルの力の保有者であっても危険な行為を規制するというのが原則であるが、力を有する者が行う危険な行為を規制するということは考えられなくはない。しかし、独占力を有する事業者が行う危険な行為を識別するような行為類型とはなっていない。

¹⁶⁸ *Groupement des cartes bancaires v European Commission (GCB)* (C-67/13 P) [2014] 5 C.M.L.R. 2, para. 52–53 参照。

¹⁶⁹ EU 競争法の方向での規制を志向する解釈論として、柴田潤子「私的独占」日本経済法学会年報 60 号 20 頁、31–34 頁 (2017) を参照。特にプラットフォームによるレバレッジを規制するための解釈論が展開されている。ただし、現行法を前提にするためのものであるから、予防的規制をカバーするものではない。

現在問題となっている巨大な独占力を有するデジタル・プラットフォーム事業者への規制は競争法内部の独占規制の特殊バージョンであるが、日本法では極端に弊害の多い独占状態に対する、究極の措置たる企業分割を実施する独占状態の規制しかない状態である。わが国では市場支配的地位の濫用規制がないため、私的独占では諸外国の独占規制に及ばないことを問題として、その空白を埋める立法論が必要であることは、本稿とは少しニュアンスは異なるが、既に2007年に正田彬教授が提言している¹⁷⁰。独占状態の規制が高度寡占市場の競争の停滞に注目したドラスティックな介入を志向するものだったのに対して、新たなタイプの独占的企業の台頭の可能性を予感して、備えよという、今日から見ればまさに慧眼というべき指摘と思われる。

米国や EU では立法論も含めて、独占企業の濫用的行為という従来から馴染みのフォーマットの延長で考えられてきた。わが国でも独占的企業が行う、競争阻害的な行為を予防的に規制するフォーマットを考える必要がある。もちろん、予防的規制に対しては過剰規制のおそれがある。独占企業だからといって無制約に予防的規制を行うと有益な行為が阻害される可能性は高い。これは、米国や EU の独占規制が具体的な効果を要求する方向に規制を転舵させた理由である。デジタル・プラットフォーム規制が反トラスト法と競争法に大きな問題となっているのは、上記のトレンドにもかかわらず、独占的な力の保有者に特定の予防的規制を行う必要があるのではないかという事象に直面しているからである。

なお、ここで注意すべきは、問題となる独占力と行為の双方の特性から予防的規制を考える必要があることである。独占力と平板に呼ぶが、これは単なる市場支配力ではなく、その程度が大きく、持続性があるなどの特性を持つものである。当然、独占力の力の源泉となる市場特性があり、その市場特性が反競争効果の発生に関連性をもつものである。本章で紹介したキャプローの市場支配力についての論稿が参考になる。キャプローの研究の眼目は、市場支配力と被疑違反行為があいまって競争に悪影響をもつ理路を明らかにする点にあった。それは市場支配力をもたしている諸要因が、行為の効果にどのように作用するかを検討が必要であることを示すものであった¹⁷¹。この作業は私的独占でも暗黙のう

¹⁷⁰ 正田彬「市場支配的事業者の規制制度の必要性」公正取引 675号 28頁（2007）参照。

¹⁷¹ Kaplow, *supra* note(126) at 1332–1354. 市場支配力の構成要素に注目して行為の持つ効果を検討することが示されている。なお、キャプローは市場支配力の変動ではなく、社会的厚生へのインパクトを検討課題としている。その場合、それらの構成要素が同じベクトルをもつとは限らないことも指摘されている。もっとも、社会的厚生へのインパクトを競争法の判断基準とすることが裁判所や法律家の能力（そもそも競争当局の資源・現在の知識水準）からして、このような展望が可能かどうかについて、メラメドの厳しい批判がある（Melamed, *supra* note(122)）。実際、キャプローの論稿は、このような視点から社会手公正の観点からの研究を遂行すべきであることを示唆する点にある。メラメドの指摘するように、これまでの競争当局、裁判所の主要な課題は当該行為が競争過程を害して市場支

ちに行っていた作業である。たとえば、第二章から参照してきたマイクロソフト事件もそうである。同事件では、PC 向け OS の独占力を基礎づける事実として、アプリケーション参入障壁による力の持続性が挙げられていた。同事件で問題となった行為は、このアプリケーション参入障壁を緩和させる可能性を秘めたミドルウェア API からの脅威を低下させることにあった。ここでは、独占力を維持させている要因と問題視される行為がもつ反競争効果との理路及びそれを裏付ける証拠が重要なポイントとなっているのである。予防的規制を考えるにあたって重要なもの、問題となる独占力に関してそれがそれを基礎づける特性や隣接市場に脅威となり得る特性などを把握し、そのような特性がどのような行為において危険性を持つかという理論的分析及び実証的証拠の積み重ねが重要である。

このような作業は、危険な独占力を保有していると想定されるデジタル・プラットフォームが行う競争を害する危険性のある行為を特定する作業でもあり、わが国を始め各国で営為展開されている作業である。予防的規制を志向する新ブランド主義の論者には時々経済分析を軽視する傾向が見られる。しかし、効果的な予防的規制のためには理論と実証の両面での経済学との協力である。

第四章 消費者厚生基準をめぐって¹⁷²

1 市場支配力基準と消費者厚生・効率性

(1) 議論の概観

独占禁止法・競争法（日本の独占禁止法に相当する法律の総称）の重要な目的の 1 つが「消費者厚生（Consumer Welfare）」の増大にあることは多くの国で一般的な理解となっている¹⁷³。わが国の独占禁止法 1 条がその目的の一部として「一般消費者の利益を確保する」¹⁷⁴ことを挙げているのも同じ趣旨である。

配力を形成するか否か、それに対して何らかの競争促進効果が主張可能かというような形での枠組みで行われている。しかし、市場支配力の形成等に限定して考えるとキャプローの指摘は、メラメドも認めるように精密で貴重な貢献である。ただし、その点でも完結された仕事ではなく、個別的に進められるべき作業である。

173 International Competition Network, Competition Enforcement and Consumer Welfare. Setting the Agenda (2011) [hereinafter 2011 ICN Survey] (https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/11/SP_CWelfare2011.pdf) を参照。競争当局がその執行の目的ないし効果と説明する手段としてほとんどの国で「消費者厚生」に言及していることが分かる。

174 「一般消費者の利益」の意味をどう理解するのも問題であるが、「消費者厚生」の意義も後述するように多様である。どのように定義するにせよ何らかの「消費者厚生」概念には一致することから、独占禁止法が「消費者厚生」の改善をその目的に含めているとい

消費者厚生という表現が世界で普及したのは、米国の影響である。米国では消費者厚生を反トラスト法の唯一の目的とした上で、それを評価の基盤とする立場が1970年末頃から有力化した。この立場は消費者厚生基準と呼ばれる。それ以降、この表現は多くの国で普及したのである。

他方、反トラスト法や競争法での「消費者厚生」とは何であるかについて一般的な合意はなく¹⁷⁵、その意義を巡って議論が展開されてきた。さらに、第一章第二章で説明したように米国で近時有力な新ブランダイス主義の論者は消費者厚生基準を反トラスト法停滞の元凶として、これに激しい批判を投げかけている。米国の議論に触発されて「消費者厚生」の意義や競争法の目的をめぐる議論が世界的にも広がっているようである。

第一章でも説明したように、新ブランダイス主義からの消費者厚生基準への批判は、米国の反トラスト法の現状を背景に行われているものである。消費者厚生基準が普及してから、反トラスト法執行と判例法の実態が反トラスト法の規制基準を緩和する方向に転舵した。その結果、容認できないほどの市場支配力が米国市場で蔓延し、弊害が増えてきたという事実認識が批判の前提となっている。批判者は消費者厚生基準がこれをもたらしたとするのである。この事実を否認する向きもあるが、消費者厚生基準を擁護する論者の多くも原因はともかくこの事実認識は共有している。第一章と第二章で見たように、消費者厚生基準を批判する論者は、この基準が市場支配力の蔓延をまねいたとするのである。ところで、日本法における「一定の取引分野における競争の実質的制限」をはじめ多くの国で市場支配力基準が広く採用されている。実際、第三章で見たように米国での反競争効果基準もそもそもは市場支配力基準だったはずである¹⁷⁶。消費者厚生を基準とする立場と市場支配力基準に何か違いがあるのだろうか。

消費者厚生基準が実践上喫緊の課題となっているのは米国反トラスト法に特有の問題である。独占禁止法に関しては、「公正且つ自由な競争」の促進と「一般消費者の利益」の確保との関係を理論的に検討することは有益である。日本法では消費者厚生基準を以下、2で米国反トラスト法での議論を素材に消費者厚生の意義をめぐる対立とそれらの意義と市場支配力（基準）との関係など整理する。消費者厚生その上で消費者厚生概念の多義性及び目的論と基準論の関係を論じる。

うことは肯定できる。

175厳密な意義に合意がないまま、米国・EUでは当局や裁判所が消費者厚生を基準とすることには大まかな合意がある。典型的な不完全に理論化された合意として機能しているのである。不完全に理論化された合意概念とその競争法における意義については、川濱昇「経済法解釈の特徴について－競争法におけるルールとスタンダード－」（山本敬三・中川丈久編『法解釈の方法論』（有斐閣 2021）125頁、136－139頁参照。

176Melamed & Petit, *supra* note (133) 参照。

(2) 消費者厚生基準の登場とその意義

(a) 米国における登場－歴史的な経緯

(ア) 消費者厚生概念の導入

消費者厚生 (consumer welfare) という概念を反トラスト法に持ち込んだのはボーク¹⁷⁷とされている。1979年の *Reiter v. Sonotone Corp.* で連邦最高裁がそれを肯定的に言及したことから、消費者厚生概念が普及した。その後¹⁷⁸, シカゴ学派の隆盛とともに反トラスト法の重要概念として定着していった¹⁷⁹。

そもそも、反トラスト法執行が消費者の利益に有益なのは自明なことのほうである。反トラスト法の執行が現在のような積極体制になったのは、1930年代末の後期ニューディール期でのサーマン・アーノルド (Thurman Arnold) による反トラスト法の執行強化からであることは広く知られている。そこでの旗印の1つが消費者の保護であった¹⁸⁰。上述の *Reiter* 事件最高裁判決も反トラスト法違反によって高価格での購入を余儀なくされた最終消費者もクレイトン法4条における「事業もしくは財産に被害を受けた者」であって3倍額損害賠償請求が許されるとしたものである。その論拠として、ボークが消費者厚生こそシャーマン法の目的であるとした見解を引用しただけである¹⁸¹。反トラスト法が消費者の利益確保の目的や機能を有しているというだけなら何ら問題がなさそうである。しかし、ボークの主張はそれにとどまるものではなかったし、その後の判例の展開は市場支配力基準とは異なった含意をもつものへと変化していく¹⁸²。

(イ) 効率性 (社会的厚生、総余剰) としての消費者厚生

ボークの議論の特徴は3つある¹⁸³。1つは消費者厚生の改善を反トラスト法 (シャーマン法) の唯一の目的とすること、2つ目はそのコララーとして反トラスト法の基準は消費者厚生が害されたか否かであるとしたこと (消費者厚生が害されない限り、競争が害されたとは言えない。競争を害するということが、独立した要件とは定義されない。)、3つ目は消費者厚生の概念をその当時の厚生経済学のテキストに依拠して資源配分上の効率性としたことである。

ボークはこれをシャーマン法制定時の立法者の意図だとした。この主張は立法史の観点

177 Bork, supra note (44) at 81.

178 *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330, 343 (1979).

179 Steinbaum & Stucke, supra note (4) at 597-598.

180 Spencer Weber Waller, Thurman Arnold, 92-93, 102, 108-110 (2005) 及び Thurman W. Arnold, "The Anti-Trust Law and the Consumer," 12 *Mississippi L J.* 579 (1940) 参照。
181 442 U.S. at 343.

182 消費者厚生基準の曖昧さもあって、市場支配力基準が維持されているという見方もあるが、それと逸脱した例もあり広がっているようである。

183 Bork, supra note (44) at 81, 112, 405.

から多くの批判に曝されてきた。それらの批判への有効な再反論は見られない¹⁸⁴。しかしながら、その歴史理解の当否とは別に、この見解はその後の反トラスト法の展開に大きな影響を与えた。その影響は世界の競争法にも波及したのである。

ただし、ボークの見解がそのまま世界中に拡散されたわけではない。そのように一元的な基準とするというよりも、目的の少なくとも重要部分が消費者厚生を増大であるとしただけのものが多い。実際、消費者厚生という表現はあらかじめ定義されない限り、多義的である。そのため、多くの立場を包摂できる。いずれの立場をとるにせよ「消費者」の利益を標榜することは競争法の執行への幅広い支持を調達するのに有益である。この意味で消費者「厚生」という決まり文句は有用であり、それが普及するのは当然とさえ言える。ボークの反トラスト法における成功も自己の政策パッケージを「消費者厚生」というネーミングでプロモートしたからとさえ言えよう。ところで、何らかの意味での消費者厚生への影響を検討するには経済分析が必要となる。最近では、多くの国で競争法執行・運用を合理化するために、理論及び実証面で急速に発展した経済の分析道具を駆使されるようになった。しかし、経済分析の利用は特定の消費者厚生基準の採用を必要とするわけではない。いずれにせよ、法執行・運用を行う立場にとっては、上記多義性もあって、「消費者厚生」の保護を自らの政策のスローガンとすることが分木にかなっていたことは確かである。

(b)消費者厚生基準批判の登場

ところで米国ではこのところ消費者厚生基準批判が急速に強まっている。その背景はいくつかある。デジタル・プラットフォームによる巨大な独占の出現が、経済面のみならず、プラバシー、民主プロセスなど様々な側面で脅威となっている。なのに、現在の反トラスト法はなすすべもないではないか。これは1970年代後半からのシカゴ学派の影響による反トラスト執行の緩和のせいであるとし、それが「消費者厚生」基準の名の下に批判されている。さらには、同じく反トラスト法執行の緩和のせいで、米国市場の集中化の進展と市場支配力の強化がもたらされ、それが富の不平等やイノベーションの停滞などの弊害を生じさせているとし、それも「消費者厚生」基準のせいだとするものもある。

今日の米国において、市場支配力による問題が少なからずあり、その原因の1つに反トラスト法の執行低下があることの証拠はかなり集まっている。印象的な例としてはアメリカ航空産業の例が挙げられる。1970年代の航空自由化の後、主要な航空会社は特定のハブ空港を拠点にスポークスとなる路線においてシェアを拡張することになった。それらの拠

184Robert Lande, "Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged", 34 Hastings L.J. 65 (1982). シャーマン法が立法段階で何を目的としていたのかについては、川濱昇「反トラストポピュリズムに関する覚え書き」法学志林 116 巻 2・3 号 105 頁、111-114 頁 (2019) 及びそこでの引用文献参照。

点ハブで競争的に行動する新規参入航空会社に対して、価格引き下げ・増便で対応し、その参入を挫いた後に減便・価格引上といった行動を繰り返していた。これらは歴史的に典型的な不当廉売行為であり、司法省は提訴したものの、シカゴ学派の影響で規制基準を厳格化した裁判所では不当廉売とされなかった¹⁸⁵。その後も買収等でハブ拠点毎に棲み分けをしつつ寡占が伸長してきた。それらの航空会社に対して巨大ファンドが並行的株式所有を行い、それがさらに寡占の弊害を強化した¹⁸⁶。その結果、Covid19 禍以前の米国の大手航空会社はハイテク会社並の高収益を挙げていた¹⁸⁷。

もっとも、米国における反トラスト法の過少執行の弊害があるとしても、その問題は消費者厚生を「目的」としたことや経済分析を利用したことにあるのではない。むしろ、その利用方法の誤りだと考えることができる。実際そのような立場が有力である¹⁸⁸。また、消費者厚生の増大を標榜する他の国で米国のような問題があるわけではない。なお、「消費者厚生」基準への批判としては、消費者厚生以外の価値が没却されるというものもある。これを「基準」とすると他の価値が没却されるにしても、消費者厚生が重要な価値であるということの否定にはならないであろう。

消費者厚生基準が、単に消費者の利益が法目的であるという主張にとどまるなら批判は強くなかったはずである。批判を招いた理由はいくつかある。1つは、資源配分の効率性の意味での消費者厚生に限定し、それが唯一の目的であるとしたことであろう。さらに、消費者厚生への害の具体的な立証を必要と解する立場が消費者厚生基準と同一視されたことも消費者厚生基準批判の理由となっている。なお、この2つの批判的視点を共有しながらも、消費者厚生基準そのものは擁護する立場も有力である。消費者厚生基準の内容にゆ

185この経緯については、宍戸聖「不当廉売規制の再検討－私的独占の観点から－(4)」法学論叢 187 巻 3 号 77 頁、87－89 頁 (2020) 参照。

186川濱昇「共通株主 (common ownership) の競争問題」尾崎安央・川島いずみ・若林泰伸編『上村達男先生古稀記念論文集 公開会社法と資本市場の法理』253 頁 (商事法務 2019 年) 参照。

187 See, Too Much of a Good Thing, ECONOMIST (Mar. 26, 2016), <http://www.economist.com/news/briefing/21695385-profits-are-too-high-america-needs-giant-dose-competition-too-much-good-thing>. 競争低下が、不効率と高価格をもたらしている例として航空産業を説明している。

188Baker, supra note (7) は裁判所が理解する経済理論と実証研究が過去のシカゴ学派の水準で固定しており、現在の水準に達していないことを問題とし (at 1-7)、反トラスト法の全領域について現在の経済学の地平から現状を批判的に検討するものである。この認識は経済学者や経済学に精通した法律家に普及している。このことが近時の米国反トラスト法の議論の活性化の (ポピュリズム的潮流 (川濱・前掲注 (1) 参照) とは別の) 一因でもある。

らぎがあるのである。この点は、2で検討する。

(3) 消費者厚生と効率性－市場支配力との関係

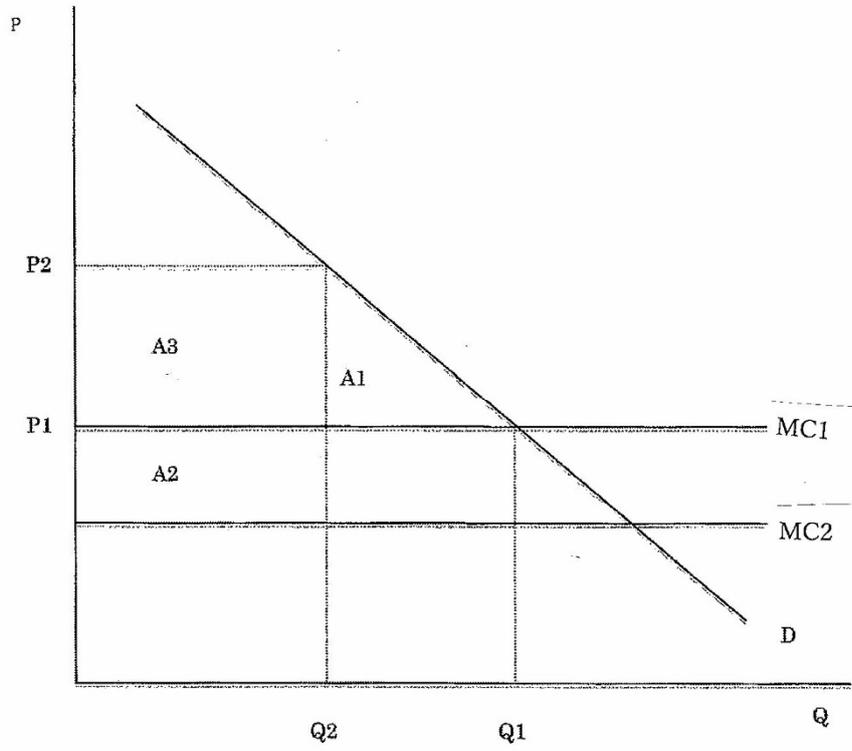
(a) 資源配分の効率性

日本法の「一定の取引分野における競争の実質的制限」が市場支配力の形成・維持・強化（以下「市場支配力の形成等」と表現する。）と解釈されるように、多くの国で競争法上問題となる典型的行為¹⁸⁹は市場支配力と結びつけられている。

市場支配力のもつ効果は短期的・静的にとらえると次のようになる。図1でDは需要曲線、MC1は限界費用曲線であるとする。競争的価格はP1、市場支配力成立後の価格をP2とすると、四角形A2は価格上昇の結果、消費者が奪われる金銭的損失（消費者余剰の移転）である。これに対して三角形A1は市場支配力がない場合には社会が享受できた余剰であるが、市場支配力の結果減少したものである（死重損失、厚生上の喪失）。このうち国民経済の消費者全体から失われる利益である後者を消費者厚生と呼ぶのがボークの用法である。これは消費者厚生という言葉の日常的な意味からは乖離してはいるが、その当時の厚生経済学の用法に従ったものとは言える。

189 不当な取引制限や私的独占、企業結合規制に相当する行為。なお、私的独占に相当する行為では「形成等」ではなく、強度の市場支配力の存在をまず問題とする法域もある。

【图 1】



(b)消費者利益（消費者余剰）と効率性の乖離

他の条件が一定なら市場支配力が増大すると、ボークの意味でも日常的な意味でも消費者厚生は失われる。これに対して問題となった行為が図 1 のように限界費用を MC2 にまで低下させるという効率性向上効果を持つものだとしよう。この場合、当該行為が消費者厚生を害するか否かは A2 と A1 の比較によって決定されることになる。この場合、市場支配力の増減と効率性（ボークの意味での消費者厚生）とは一致しないことになる。これはウィリアムソンのトレードオフとして有名なものである。

(c)効率性としての消費者厚生

先述したように効率性を消費者厚生と呼ぶことのレトリカルな意味は大きい。多くの国で消費者厚生を目的の 1 つという主張が有力なのは、市民が競争法に期待する内容だからである。効率性基準では得られない一般的な支持を集めることができる。これを欺瞞的というのは容易いが、一定の貢献はある。

ボーク以前から消費者利益は余剰の移転防止のみが念頭にあったことが確かだが、消費者厚生の喪失は消費者が被る厚生上の不利益を含むものである。ボークの議論がきっかけとなって、消費者厚生概念は余剰の移転にとどまらない余剰の喪失（厚生上の喪失）が存在するという初等ミクロ経済の知識を法律家一般に普及することになった。今日では、競争法が保護する消費者の利益は、単に超過支払いにのみ認められるのではなく¹⁹⁰、厚生上の喪失も含むことはよく知られている¹⁹¹。独占禁止法 1 条の「一般消費者の利益」もそのように理解できる。

消費者厚生が資源配分上の効率性であるかどうかは別にして、競争法の目的が効率性かどうかは問題になる。それが唯一のあるいはもっとも重要な目的とみるかどうかはそれ自体重要な問題である。この問題は 3 で扱う。

2 市場支配力基準と消費者厚生基準の異同

(1) 市場支配力基準と消費者厚生

(a)自明な関係

市場支配力の形成等を要件とする競争法では、それによって消費者厚生の改善が達成されることは上記のように自明である。競争法の目的に消費者厚生の向上があることは確かである。しかし、このことは競争法の目的がこれに限定されることを意味するわけではな

190ここでの分析は価格に重点を置いているが、品質等の面で消費者の利益ないし厚生も害されることがある。

191川濱昇「独占禁止法は誰の利益を保護するのか」川濱昇・洲崎博史・前田雅弘・北村雅史編『企業法の課題と展望』549 頁、565-568 頁（商事法務 2009）参照。

い。また、後述するように、違法性判断基準が消費者厚生が悪化であることを意味するものでもない。そこでの説明は実質的違法性の判断基準を市場支配力の形成等ととらえた上で、それを防止することで得られる経済的効果として何があるのかを示したにすぎない。日本法では基準はあくまで市場支配力の形成等とされてきた。実際、市場支配力基準は第四章 3 で見たように反トラスト法では消費者厚生基準より古くから提唱された基準である。本節では、その2つの基準が異なり得る場合に焦点を合わせて議論をする。

(b) 消費者厚生基準の歴史的な意義と帰趨

市場支配力は消費者厚生以上に競争法で中心的な役割を果たしているが、IIIで見たように存在問題と変動問題の二面性がある。日本法では法律要件として重要なのは変動問題であり、市場支配力基準とはこれのみを指す。これに対して、シャーマン法 2 条や EU 競争法の市場支配力の濫用規制では存在問題が別個の重要性を持っている。変動が問題となる時、有意な市場支配力の変動 (MP Δ) があれば、それで十分である。既に述べたように独占化や市場支配力の濫用では、かなり大きな市場支配力を要件とする。そのため MP Δが必要か否かについて不明な点があった。

シャーマン法 2 条の独占化では行為後に (独占力レベルの) 市場支配力が存在することが必要となる。それをもたらした反競争的行為の存在を回顧的に確認し、行為と状態の混合物という形で独占化が認定されることになる。それらの行為について市場支配力の変動が厳密に要求されているのかどうかは疑義があった。行為の禁止が主たる対象である場合は、消費者厚生基準は市場支配力の変動を必要とするという含意をもたらしたのである¹⁹²。

EU 競争法の市場支配的地位の濫用では行為時にそれが存在することが必要である。その反面、必ずしも市場支配力の形成等をもたらすことが要求されているわけではなかった¹⁹³。

EU の競争当局が排除型濫用の執行方針として消費者厚生を要件としたことは市場支配力の変動が最小限必要だということを宣明したものである¹⁹⁴。消費者厚生

192第三章 5(5)(b)で見たように、独占力の解体を措置とする場合において、その措置を消費者厚生にかなったものとするという問題もある。これに関連して、集中排除措置を行うのには排除行為が独占力の形成・維持にもたらす因果的寄与の程度をどの程度要求すべきであるかが問題となるが、衡平法上の救済であるため除去される独占力全体への因果的寄与は要求されない。

193第三章 5(5)(c)で見たように、競争者への妨害的効果が認められればそれで足りるという立場であった。

194形式ベースの考え方から効果ベースへの考え方は、消費者厚生への影響をもつかどうかということを基準にするものである。ただし、消費者厚生への具体的弊害を立証することまで要求しているわけではなく、現状においてはあくまでも、MP Δ (ないしその危険

基準は市場支配力基準についてその変動が必要であることを明確に示しているという理解も可能である¹⁹⁵。

ここで消費者厚生基準が果たした役割は、市場支配力基準を明確にすれば十分だったはずだった。消費者厚生を強調したことが後に奇妙な議論の展開を見せることになる。そのことは、消費者厚生基準が市場支配力基準と異なった含意をもったことから始まる。2でそれを検討しよう。

(2) 市場支配力基準と消費者厚生基準

(a) 弊害規制主義的な厚生基準

前節で市場支配力基準が消費者厚生への改善と整合的であることを見た。しかし、市場支配力の変動それ自体を基準とする立場と消費者厚生を基準とする立場とは異なったものとなりうる。

消費者厚生への害は、市場支配力それ自体ではなく、その行使に伴ってあらわれてくる。したがって、消費者厚生を強調する立場は、市場支配力の形成等という反競争効果の問題ではなく、その行使に伴う弊害を法律要件と見ることとなる。このような立場はかつて弊害規制主義と呼ばれていた¹⁹⁶。具体的に消費者厚生への悪化を必要とし、それを基準とする立場は弊害規制主義の一種ということになる。

弊害規制主義的な立場をとる消費者厚生基準を強い意味での消費者厚生基準と呼ぶこともできる。強い意味での消費者厚生基準と市場支配力基準は乖離する。米国で消費者厚生基準への批判が強いのは、強い意味での消費者厚生基準が反トラスト法の機能不全をもたらしている点にある。たとえば、カーンは次のように述べている。

「反トラスト法は、結果ではなく、競争の構造とプロセスに焦点を当てなければならない。議会はもともと、私的権力の過度な集中を防ぎ、個人の機会と繁栄を分配する市場構造を保護するために反トラスト法を制定した。前世紀の大半、反トラスト法の執行者は、特定の結果に焦点を当ててではなく、開放性と競争を促進する方法で市場が構成されていることを保証することによって、この目的を達成したのである。これとは対照的に、「消費者厚生」を重視するシカゴ学派は、反トラスト法をある特定の成果、つまり消費者の福祉とされるものに焦点を合わせている。」¹⁹⁷

性)ということになる。

195 Melamed, supra note (3) 及び Melamed & Petit, supra note (133) at 746 は、消費者厚生基準として批判される現行の規制基準を、端的に競争プロセスを害することを通じて市場支配力の形成・維持・強化を基準とするものであると理解している。

196 今村成和『独占禁止法 新版』27頁 (1978 有斐閣)。

197 Khan, supra note (69) at 132 参照。

この主張自体は市場支配力基準への批判ではなく、合意を得られるものである¹⁹⁸。

(3)反競争効果とそれとは別個の弊害 カナダの例

両者の違いは、後述するように米国の最近の一部の判例や学説が理解する消費者厚生基準と市場支配力基準に関して見られるものである。この違いを明確に理解するには、市場支配力基準による競争への害とそれによる弊害を区別している立法例である、カナダ競争法の企業結合規制が参考になる¹⁹⁹。

カナダ競争法では企業結合について効率性の抗弁が認められている。まず、92条により「競争を実質的に妨害するか減少させそうな場合」に企業結合が禁止されている。「競争を実質的に妨害するか減少させそうな場合」とは、日本法などと同様の市場支配力の形成等である。これに対して96条「合併等から生じる競争の妨害もしくは減少の影響を超え、相殺できるだけの効率性の利益を生じたもしくは生じそうであること、及び当該効率性における利益が当該措置命令がなされたならば達成できないことを認定した場合」には、企業結合に対する措置を命じることができないとされている。これはいわゆる、「効率性の抗弁」を明示的に認めた、珍しい立法例である。当然ながら抗弁の立証責任は企業結合当事会社側にある。

ここで重要なのは、92条の反競争効果と96条で評価される影響とは別者だということである。カナダ最高裁の2015年判例（*Tervita Corporation et al v Commissioner of Competition*, 2015 SCC 3 (Tervita)）はこのこと明確に示している。この事件では競争当局が92条の意味における反競争効果が発生したことの立証には成功し、92条違反の成立は認められた。また、96条抗弁の立証責任について、反競争効果の立証責任は競争当局、効率性の立証責任は合併当事会社にあることを確認している。しかし、最高裁は、競争当局は市場支配力の形成等の立証は行っているが、それがもたらす弊害（harm）については立証責任が果たされていないとした。すなわち、92条違反がもたらす弊害が本来的に量的なものであるなら、定量的に害を立証する必要があるとしたのである（para.128）²⁰⁰。

これは市場支配力における反競争効果（形成等）とその行使に伴う弊害との違いを際立たせるものである。

¹⁹⁸ Werden, supra note(91)at334.

¹⁹⁹カナダ競争法の企業結合規制に関しては、川濱昇・武田邦宣「企業結合規制における効率性の位置づけ」RIETI Discussion Paper Series 11-J-022 <http://www.rieti.go.jp/jp/publications/dp/11j022.pdf> (2011) 26-33頁参照。

²⁰⁰ここでは効率性のプラスの効果と、市場支配力の行使がもたらすであろう「厚生」に与える全体の悪影響を比較衡量する必要がある。そのためには、消費者厚生低下の程度を示さなければならない。需要曲線についての概算なしにはそれはできない。なお、市場支配力基準だけで判断する場合、効率性の向上の意義は(c)を参照されたい。

(4) 市場支配力基準における（生産上の）効率性の位置づけ

このように、市場支配力の形成等とその行使を通じた弊害とは区別される。消費者厚生基準はしばしば具体的に後者の害が生じることを要求する点が特徴である。

競争促進効果とされる効率性は何らかの厚生基準を持ち出すことなく法的に評価することも可能である。効率性が向上した場合、当事者はその能率を反映した形で供給量を増やすという効果をもつ。これは、能率競争の意味において当事者がより競争的に行動するという効果を持つ。その意味での効率性は競争促進的なものとなっている。企業結合を例に取れば、企業結合において市場支配力が形成されることを根拠づける評価根拠事実（競争制限効果）に対して、効率性はその形成を妨げる評価障害事実（競争促進効果）ということになる²⁰¹。ここでは、市場支配力の形成等がもたらす弊害を別個に問題とする必要はないことになる²⁰²。

なお、市場支配力の形成等の判断において市場支配力の形成等がなければ生じないであろう具体的弊害（価格の上昇）を立証することを通じて競争への害が立証されることもある。また、市場支配力の形成等を立証するにあたって、反競争効果発生論の Theory of harm（ないし発生機序）を示す過程で特定タイプの弊害に注目することもあり得る。

3 効率性（総余剰）基準をめぐって

(1) 効率性の内容

これまで見た効率性はパレート効率ではなく潜在的なそれである。カルドア＝ヒックス基準ないし富基準と呼ばれることもある²⁰³。潜在的パレート基準に対しては、補償の問題のため批判はあるものの、この基準での改善が長期的な結果としては、社会の総員にとって改善をもたらしがちであるという楽観的な展望もある²⁰⁴。しかし、これを法的な評価基

201川濱・武田・前掲注（177）35－38 頁参照。なお、このような比較衡量は難しいのではないかと主悪かも知れないが、当事会社が合併に後に価格引き下げのインセンティブを有する要因としての効率性向上効果と、合併後の競争制限効果（価格引上力）との比較を可視化する分析道具は既に各国で利用されている。

202市場支配力の形成等の閾値の設定において厚生基準が有益でないかという主張はあり得る。しかし、形成等が知覚可能な実質的水準に達しておれば一般的な意味の消費者厚生は害されており、その弊害の大きさをさらに問題にする必要はない。結局のところ、効率性を基準とする立場を採用するか否かの問題に帰着する。

203川濱昇「法と経済学と法解釈の関係について－批判的検討－（1）」民商 108 巻 6 号 820 頁、825－827 頁（1993）参照。

204神取道宏『ミクロ経済学の力』471－472 頁（日本評論社 2014）参照。

準とすること一般に対しては様々な批判がある²⁰⁵。競争法に関しては特に次の問題点が指摘される²⁰⁶。

205川濱・前掲注(181) 824-847 頁参照。なお、補償がないから直ちに問題なのではなく、その有無については別個の規範的正当化が求められるということである。これは、神取・前掲注(182) 472 頁の結論と対立するものではない。

206反トラスト法における効率性基準への批判として、これが部分均衡での問題に過ぎないため、本来的に限界があるという主張がある。他の市場での競争が不完全である限り、特定市場の改善が全体としての社会的厚生改善をもたらすとは限らないという、Second Best 問題 (Richard Lipsey and Kelvin Lancaster. The general theory of second best, 24 Review of Economic Studies 11 (1956)) があるため、個別市場の市場支配力の改善をもたらすに過ぎない反トラスト法では、社会的厚生 (= 効率性) を常に改善するものとは言えない。したがって、反トラスト法を効率性の追求のみを目的としたものと理解すべきではないというものである (Sullivan, supra note (74) at 4-5)。これに対するボークの反論は、反トラスト法は個別市場での改善を意図しているのであり、Second Best 理論に依拠したならば運用はできない。可能性の議論で消費者厚生基準を否定するのは妥当でなく、消費者厚生以外の目的は法を執行不能にするというものである (Bork, supra note (44) at 113-114)。これは反論になっていない。サリバンはいうまでもなく個別市場における市場支配力をボーク以上に積極的に規制する立場である。ボークにとっての異端者が法を混沌に陥れるという主張は極端な例を挙げた藁人形論法に過ぎない。Second Best 問題を考慮して規制を停滞させよという主張ではない。現行反トラスト法を資源配分上の効率性によって説明することが困難であるという主張なのである。ボークはもしセカンドベスト理論が可能性に留まらない直面すべき蓋然的なものであるなら、それは反トラストの終焉だとまで主張している。プラットフォームで直面する多面市場の問題は、まさにセカンドベスト問題の拡張形態であり、反トラストとしてどのように対処するかが問われているのである。

効率性の観点からの本来あり得べき反論は、相互に密接に関連する市場を視野に入れておればこの問題を無視しても近似的には問題ないという立場であろう (Robin Boadway and Richard Harris, A characterization of piecemeal second best policy. 8 Journal of Public Economics 169 (1977))。同様の見解は、Richard Posner, Antitrust Law (2d ed. 2001) 12-13n.5 に見られる。なお、ポズナーは独占のコストにレントシーキングの無駄も含めて考えることにより、効率性の観点からの反トラストの擁護も試みている。これは市場支配力をのものをターゲットにするサリバンの説明と補完

(2) 競争法における効率性基準の評価

(a) 言葉の自然な意味

消費者厚生を効率性と同一視することに対しては、消費者についての一般的意義から乖離しているという批判がある。そこで、生産者余剰も結局のところ別の消費者に帰着するのだから消費者厚生と呼んでも良いのだという反論がなされる。しかしながら、市場支配力基準に依拠した競争法が支持を調達できるのは、市場支配力の形成等によって取引の相手方（最終的には消費者）が被害を受けることを防止する目的を持つからである。消費者厚生はこの当然の事理を表したものと理解されているのに、市場支配力獲得による自然人の利益を持ち出すことはやはり言葉の自然な意義とは乖離する²⁰⁷。

(b) 市場支配力基準との乖離及び執行上の困難

効率性を基準とする、市場支配力基準と乖離する場合はよく知られている。市場支配力の形成等があれば、消費者に帰属する厚生という意味での消費者厚生が害されることとなるのは確かである。また、効率性の意味での「消費者厚生」が害されるための、必要条件であることも確かである。しかし、効率性＝総余剰基準の下では市場支配力の形成等があったとしてもなお、改善が見られる場合がある。合併規制におけるウィリアムソンのトレードオフがよく知られた例であるが、これだけではない。たとえば、排除行為によって市場支配力が形成等された場合であっても、不効率な企業を排除したことを通じたただけの場合には、結果として効率的な生産がなされるのだから、それによって生じた改善効果をも勘案すべきだということになる²⁰⁸。これは、単なる市場支配力基準での規制に比して分析を著しく困難にする。特に排除規制を困難にすることは確かである²⁰⁹。

することになる。

207ここまでの主張に納得される方が多いと思われるが、さらに次のような主張もある。つまり、資源配分の効率性は価値中立なものなのに、このような消費者利益のとらえ方はそれに反するというものである。競争法は競争プロセスへの悪影響を通じた市場支配力の形成等を防止するためのものである。それによって具体的に害されることの防止も含んでおり、その意味では中立的なものではない。ここでの主張を「分配機能」と呼ぶ論者もいるが、このことが公正な所得分配をもたらすと当然には言えない。なお、市場支配力に対する規制が現実にもっている所得分配機能は2010年台後半以降、大きな争点となっている。市場支配力規制の有しうる分配機能については、川濱昇「競争法の目的・機能と分配問題」法律時報93巻5号23頁(2021)を参照されたい。

208なお、排除に関するいわゆる同等効率性基準は効率性の観点からは十分条件となるが、必要十分条件ではない。

209排除行為規制に対して偽陽性のコストを高く評価して、結果として市場支配力の横行を招いたと批判を受けることもある米国の現状は効率性基準の弊害と見ることもできる。

(c) 効率性基準の不効率

次にこれを基準とすることがもたらす実際の帰結が不効率をもたらすという問題がある。企業結合規制において総余剰基準を採用した場合を考えよう。市場支配力の形成等があったとしても、問題解消措置についてはいくつかプランがある。その場合、当事会社は自己の利益を最適化するプランを考える。しかし、それでは総余剰の観点からは劣位のものを選ばれる可能性がある。市場支配力の改善を制約条件とする場合に、効率性で劣位の選択が持ち出されることを防ぐ役割を果たすことがある²¹⁰。これは、規制者と被規制者との情報の非対称性が原因となっている。効率性改善効果に関する事実（当事会社の予想利潤に関する事実）は当然のことながら当事会社に遍在しており、当事会社が操作しやすいことも想定できる。市場支配力の形成等があっても許容されることがあるという立場はかなりリスクなものとなる²¹¹。これは企業結合の例に限らない。たとえば、ジョイントベンチャーの計画設計においても、市場支配力の形成等があっても効率性改善が見込まれるなら正当化されるのだとすると、効率性をかえって損なうことになる。これは市場支配力基準を取れば直面しない問題である。

(d) 効率性の帰属問題：国民経済と無関係な効率性

さらに根本的な問題がある。総余剰基準が採用可能なのは、閉じた経済を考えているからである。総余剰基準は生産者余剰が国民経済に帰属することを前提にしている。しかし、海外の企業が当事者であるケースや、わが国上場企業の株主の20%超が海外投資家となった現状において、その想定は妥当しない。単純に総余剰基準を社会的厚生と見ることはできなくなる²¹²。それでは、余剰の最終的帰着点を軸に判断すれば良いのか。これは消費者余剰も含めて複雑な問題を惹起する²¹³。問題の複雑さだけでなく、内外企業を差別的

独占禁止法のコンテキストでは市場支配力基準で違法となっても、公共の利益要件を総余剰基準でとらえ直すという立場も理論的にはあり得るが、そのような主張はこれまで見られなかったし、妥当でもない。川濱昇「私的独占の規制について」後藤晃・鈴木興太郎編「日本の競争政策」199頁、228頁(1998)参照。

210川濱・武田・前掲注(177)18-20頁参照。

211カナダ競争庁は2022年2月の報告書で効率性の抗弁は適切に実施するのが難しいことやその現実の効力と効果はカナダ経済に有害な企業結合を容認してきたという認識を表明している。See, Competition Bureau, Examining the Canadian Competition Act in the Digital Era: Submission by the Competition Bureau, § 2.1 (Feb. 8, 2022), <https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04621.html>. なお、そこで提案されていた96条廃止の提案は採用されていない。

212川濱・武田・前掲注(177)40頁参照。

213国内の中間生産物で市場支配力の形成等があるが、その最終消費者のほとんどが海外の場合もあり得る。

に取り扱うことになる。このような重商主義的政策は法に要求される普遍化可能性を欠いたものである。総余剰基準を貫徹することは、計算の複雑さからそもそも所期の目的にかなうかどうか不明な上、普遍化可能性を欠き、対外的に説明が困難なことになる。

4 消費者厚生基準の問題点

(1) 消費者厚生は目的か基準か

2 で見たように、独占禁止法の追求する目的に消費者厚生の向上が含まれるという言明と、それが基準であるという言明は全く異なったものとなり得る。消費者厚生への害の発生を違法性の判断基準とする立場は²¹⁴、消費者厚生の定義次第で規制を過小にする可能性がある。日本の独占禁止法に関してはそもそも消費者厚生を基準とする立場を裁判所が表明したことはない。米国の影響を受けた論者や EU の文献の表現を文脈をわきまえずに言及することはミスリーディングなものである。独占禁止法ではあくまでも競争への影響が判断基準である。また、米国における「消費者厚生」基準といっても、多くの場合は競争プロセスを害する行為によって市場支配力を形成維持強化することを問題とするに過ぎないと理解することもできる。

ICN の 2011 年のレポートによれば、「消費者厚生」基準といっても、「消費者厚生」を重要な目的の 1 つとしている、ないし競争法の規制の結果実現が図られる目的の 1 つとしているというだけの国が多い。わが国の独占禁止法一条の「一般消費者の利益を確保するとともに」は、独占禁止法の規制が達成する重要な目的に最終消費者の厚生が含まれるとしたものと理解することができる。もっとも、具体的に「消費者厚生」が現に害されることが必要と考える立場が展開してきた議論は、「消費者厚生」概念の内容や位置づけを考える上で有益である。今後、わが国でこの概念をめぐる生じる議論の混乱を避ける上でも意味があるものと考えられる。

(2) 消費者厚生の内容

(a) 消費者厚生を効率性（社会的厚生）と同一視する見解とそれ以外に大別されることはよく知られている。しかし、効率性と区別される消費者厚生に関してもその内容は多義的であり、米国の現在の消費者厚生基準はその射程が狭すぎることが批判されている。多義性は消費者をどの範囲でとらえるかという問題と検討されるべき消費者が被る不利益の種類に 2 つに区別される。

(b) 消費者の範囲

「消費者」という言葉に固執して限定的にとらえるのか、広げるのかという問題である。射程の狭さは、消費者厚生への影響がもっぱら価格と産出量のみ限定されているのではないかという問題である。議論は錯綜しているが、市場支配力の形成等によって害さ

214 ないしは、改善を問題解消措置の条件とする立場と見ることもできる。

れる利益とは何かという観点から整理する。

①需要者か消費者か

企業相手の取引分野で市場支配力の形成等が問題となる場合、相手方企業が第一次的に被害を被るが、それは最終消費者という意味での「一般消費者」ではない。消費者厚生への害は通常は最終消費者に発生することを意味するが、このような「需要者」への被害も「消費者厚生」へ害に含まれているは当然である。需要者側（取引相手側）に生じるすべてが害を消費者厚生への害となる。なお、直接的には中間的需要者相手の市場での市場支配力であっても、具体的な弊害が最終消費者にもつばら生じることもある。

市場支配力の形成等があり、それが行使されるならば、直接の取引相手及び下流事業者に弊害が生じる。消費者厚生という名称や効率性に対するこだわりから最終消費者への害を重視するのは誤りである。他方、直接の取引相手たる「需要者」の害こそが問題なのだという議論もあるかもしれない。しかし、そのような限定を加える論拠はない。市場支配力の形成等が反競争効果の基準であるなら、それによってもたらされる害は、特定の段階の消費者・需要者に留まらない。全ての段階の需要者側の不利益を防止することが競争法の保護法益と考えるべきであろう。消費者厚生基準を採用したとされる *Reiter v. Sonotone Corp.* 事件最高裁判決²¹⁵も、そのことを確認したにすぎない。その結論自体に異論は見られない。

市場支配力の形成等を立証するための Theory of harm のプロセスで、特定のカテゴリーの需要者群の害が示されたり、含意されることも多いかも知れないが、あくまでも争点は市場支配力の形成等なのであって、それが行使され具体的に誰かに害が生じることは示すことまでは要求されない。実際、排除行為による市場支配力の形成等においては、具体的な需要者の害が示されないことも多い。通常は最終消費者の厚生が害されることは言うまでもない。

②買手市場支配力

買手市場支配力についてはさらに議論が混乱しているようである。競争プロセスを害する行為でもって、買手段階での市場支配力の形成等もたらされた場合も独占禁止法（競争法）の問題となることは明らかである。しかしながら、「消費者厚生」の言葉の呪縛によってこの結論を受け入れない見解もある。すなわち、それは購入価格の低下をもたらすものであり、消費者厚生の害は当然にはないはずだという主張である。消費者厚生への害を要件と考えていない日本法などでは、市場支配力の形成等があるだけで不十分であるという主張はあまり見当たらない²¹⁶。しかし、米国ではシカゴ学派の有力化以降、消費者厚

215442 U.S. at 343.

216数少ない例外として、来生新「来生新「経済活動と法」を巡って－批判に答えて－」公正取引 442 号 47 頁、51 頁（1987）を参照。買手市場支配力によって害される生産者の

生が示されていないから問題がないという誤解が生まれた²¹⁷。消費者厚生を効率性＝社会的厚生ととらえるシカゴ学派の立場からすれば、これが誤りなのは自明である²¹⁸。実際、連邦最高裁は買手市場支配力の事案では消費者の害の立証を問題にしてはいない²¹⁹。「消費者厚生」の害を必要だとする議論は無用な混乱を持ち込んでいるようである。ただし、買手市場支配力の防止も「一般消費者の利益の確保」という目的を通常果たすことも確かである。単なる買手の交渉能力ではない、固有の意味での買手市場支配力は投入要素の削減効果を持つ。そのような効果は、最終消費者の厚生を悪化させることは明らかである²²⁰。市場支配力の形成等が消費者厚生の改善という目的にとって有益なのは、買手市場支

利益は消費者の利益に劣るとした上で、原材料価格が下がるのだから消費者の利益は害されず、違法とならない場合があると主張する。なお、そこでの主張は雪印乳業・北海道バター事件（公取委・審判審決昭和31・7・28、審決集8巻12頁）に關してのものである。同事件の事後調査では、公取委の介入後、供給者に対する取引条件の改善と生産数量の増大が見られたとされており（石川一・関川左経・江上勲「最近数年間における審査事件の動向（上）」公正取引95号32頁、38頁（1958））、これはいうまでもなく買手市場支配力の弊害が発生していたことを示すものである。

217 *Balmoral Cinema v. Allied Artists Pictures*, 885 F.2d 313,316 (6th Cir. 1989) は、まさにそのように誤解したのである。

218 シカゴ学派の代表者たちによるケースブックは1981年の段階で買手市場支配力の害を強調していた（Richard Posner and Frank Easterbrook. *Antitrust: Cases, Economic Notes, and Other Materials* 146 (1981)）。これはその時点でのケースブックでは例外的な叙述である。その内容は入門レベルのミクロ経済学の教科書に書かれているレベルの話であり、経済全体での消費者の利益（効率性）を重視するシカゴ学派からは自明のことである。しかし、わざわざ彼らが買手市場支配力の問題を取り扱ったのは「消費者厚生」という表現で誤解する者がいることを懸念してのことと思われる。実際、シカゴ学派の影響を受けた法律家にとっては経済分析よりも、「消費者厚生」という言葉の方が重視されたであろうことは想像に難くない。前注（196）の判例を参照。日本におけるシカゴ学派フォロワーの例として注（195）を参照。

219 *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., Inc.*, 549 U.S. 312,324-325 (2007).

220 Roger G. Noll, "Buyer Power" and Economic Policy" 72 *Antitrust L.J.* 589 (2004). 売手独占が存在するときの買手独占との交渉による改善の可能性があること（コースの定理の一局面）以外には消費者厚生が改善する可能性がないことを示している。なお、これは文字通りの最終消費者に帰属する厚生である。なお、買手独占に対してこれによって害される消費者と利益を得る消費者がいると主張する法律家も見られる。買手独占者を消費者と見るのでない限り、産出量削減の潜在性を持つ買手独占によって一部の消費者に利益になる

配力の場合であっても当てはまるのである。

(c)消費者の不利益の種類

消費者厚生基準が短期的な価格効果と生産量削減効果しか見ないという批判はよく見られる。消費者厚生を凶解するとき用いられる消費者余剰は短期的な価格効果しか示されていない。そのため、価格・産出量の効果のみに注目する傾向が生まれる。市場支配力が左右するのはその他各般の条件であり、価格・数量には限定されない。したがって、市場支配力の形成等がもたらす「弊害」は価格・数量だけでなく、品質、イノベーションさらには消費者の選択肢²²¹にも及ぶ。「価格支配力」という表現を用いてもそのことをわきまえていけば問題はないが、「消費者厚生」基準を標榜する論者が短期の価格・数量効果にのみ目を奪われる傾向があることも否定できない。それが実際に勘案されているかどうかは問題なのである。特に米国で消費者厚生基準が批判されているのは、この基準を唱える者が、目に見えた「弊害」発生を要求しており、そのため短期の価格・数量効果が具体的に発生することを要求しているように見えるからである。

(3) 消費者厚生(弊害)の立証の問題点

ところで、消費者厚生基準に対しては市場支配力問題を引き起こしているという批判がある²²²。なぜだろうか。

もっとも大きな理由は消費者厚生基準が具体的に消費者に弊害が発生することを要するものと考えられていることにある。これは市場支配力の形成等の立証より高いハードルをもたらす。特に目に見えた高価格や産出量削減を「精密に」あるいは「量的に」示すことを要求すると理解された場合にはハードルは一層高くなるであろう。市場支配力基準ではそのような弊害を具体的に示す必要はない²²³。もちろん、行為ナカリセバあり得ない価格

という分析が示された例は知らない。来生・前掲注(195)や *Balmoral Cinema v. Allied Artists Pictures*, 885 F.2d 313,316 (6th Cir. 1989)と同じ誤解が法律家に蔓延しているせいかもしれない。

221選択肢と表現すると競争者が減少すれば自明にそれが減少すると誤解されるおそれがある。それを理由に選択肢の制限を消費者厚生に入れることに反対する論者もいる。しかし、そのようなトリビアルな選択肢の減少ではなく、競争が低下する結果として競争状態でならばあり得た消費者にとって望ましい選択肢の縮減という意味である。

222Khan, supra note (40) at 971-978 参照。

223市場支配力基準はそのような地位の発生を問題にし、具体的に弊害が生じる必要はない。この点については、東宝スバル事件高裁判決(東京高判昭和26年9月19日、高民集4巻14号497頁)を参照。原告が「競争の制限が実質的にあるためには、料金の引き上げを来すであろうとか、数本立てを一本立てにするであろうとかいう具体的事実を示さねばならない」としたのに対し、裁判所はこれが認定のための一資料たる場合はあるが、あく

引上があったことが示されれば、市場支配力の形成等が示されているといえる。しかし、後者が存在するために前者が必要なわけではない。

排除行為による市場支配力の形成等が問題になった場合、排除行為が具体的にどのような消費者の利益を害するのかを述べる必要はない。第二章でも見たが、2001年のマイクロソフト事件判決はやはり示唆的である²²⁴。そこでは OS プラットフォームの独占を維持するため、API をになうミドルウェアを排除した行為が問題となった。それによってマイクロソフトの独占への脅威を消滅させ、独占力を維持することは確かである。排除行為が具体的に消費者へどのような害をもたらすのかは示されていない。排除行為の一環として無償のブラウザ配布に注目して、具体的な消費者への弊害を疑問とする議論もあり得たのである。しかし、裁判所は、消費者厚生に関しては、独占者の行為が反競争効果をもち、「競争プロセスを害し、それによって消費者が害される (harm the competitive process and thereby harm consumers)」ことを問題とするだけであって²²⁵、具体的な消費者への害を問題としているわけではない。

ティム・ウー (Tim Wu) はこの判決の立場は彼らの立場であって、現在の消費者厚生基準はそれを逸脱しているとするのである²²⁶。逆に、現在の反トラスト法の状況を批判しながらも消費者厚生基準を是と論者にとっての消費者厚生とは市場支配力の形成等の立証だけが問題であり、それが結果として消費者の害の防止につながると考えるのである²²⁷。ウーが問題とするのは、現在の消費者厚生基準が上述したような強い意味での消費者厚生基準に変容したことなのである。この二十年間で、Microsoft 事件の司法省の立証では不十分だという立場が有力になったのではないかという懸念である²²⁸。

までも問題は市場支配力の形成等（「競争自体が減少して、特定の事業者または事業者集団が、その意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる形態が現われているか、または少なくとも現われようとする程度に至っている状態」）であることが問題で、競争の減少がその程度態様に達しているかどうかの判断だとする。

224 *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

225 253 F.3d at 58.

226 Wu, *supra* note (31) 参照。

227 Melamed & Petit, *supra* note (133) at 746-747. 競争プロセスを害して市場支配力の形成等が問題なのである。なお、メラメドは司法省でマイクロソフト事件を担当していた。

228 EU の 101 条で目的による制限が問題となった事件である *GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission* case T-168/01 [2006] 5 CMLR 29, on appeal *GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission* case C-501, 513, 515, and 519/06 [2010] 4 CMLR 2 でも消費者厚生への具体的弊害か競争の保護かが問われたものである。そこでは医薬品について価格の高い加盟国への並行取引を減らすための慣行が 101 条 1 項違反に問われた。原審

競争への害と消費者厚生への直接的害との違いについては次のような事案が参考になる。消費者厚生基準と市場支配力基準が対立し、後者が採用された事件としては *Fishman v. Estate of Wirtz*, 807.F.2d 520 (7th Cir. 1986) がある。そこでは、シカゴ地域のプロバスケットボールチームの売却に対してオークションが行われたが、応札に成功した者に対して、チームに必要なスタジアム（エッセンシャルファシリティ）の利用を拒むなどして妨害したことが排除にあたり、シャーマン法違反になるか否かが問題となった事件である。シカゴ学派の代表格であるイースターブルック（Easterbrook）は反対意見で、これでは消費者厚生は害されず、反トラスト法の問題ではないとした。すなわち、「連邦地裁は、チームは自然独占であり、スタジアムは「必要不可欠な施設」とであると判断したため、誰がブルズを所有していても、シカゴはスタジアムでプレーする 1 つのプロバスケットボールチームを持つ運命にあった。所有者が変わっても、・・・生産量の減少、価格の上昇、供給される品質への影響もない。現在も将来も、実際のものであれ、潜在的なものであれ、消費者が損害を被ったという主張はない」（id.at563）、複雑な問題に入るまでもなく請求を棄却すべきだとしたのである。

多数意見は、「消費者厚生の上昇は、反トラスト法に影響を与える重要な政策であり、おそらく最も重要な政策である」（id.at535）とし、いくつかの最高裁判例は、最終消費者への影響は、適切な状況下では、反トラスト法違反があったかどうかを確認するために事業慣行を分析する際に重要な考慮事項であることを示しているとしていることは認めつつ、「しかし、これらの事例は、法律が反トラスト訴訟を維持するための前提条件として、最終消費者の厚生が他のレベルでの競争に対する損害によってどのように低下したかを明確にする責任を原告に課しているとは言えない」（id.at 536）として反対意見を否定した。

具体的な消費者厚生が問題となる時、比較的示しやすい価格と産出量削減への具体的な影響に焦点が合わされることになる。その結果、価格競争以外の次元での悪影響、例えばイノベーションや品質、消費者選択への悪影響を等閑視するという問題につながる。具体的な消費者への害を要求する立場は不当廉売規制に見られる。米国の不当廉売規制が廉売期間の消費者の利益に比してそれより大きな事後の消費者の被害を要求している²²⁹。廉売

は、医薬品の価格統制制度が重要な影響をもっている法的・経済的な背景から、最終消費者の利益を奪うとは言えないと考えたが、司法裁判所は消費者に明らかな悪影響を及ぼす場合にのみ、協定が目的上の制限となり得るとした GC の判断には法の誤りがあったとした。「EU 競争法の目的は「競争者や消費者の利益だけでなく、市場の構造や、そうすることでそのような競争を保護すること」（para63）であるとし、並行取引を削減する協定は目的上の制限を構成するという一般原則を確認し、医薬品分野も例外ではないとした。229埋め合わせ基準と呼ばれる。埋め合わせでは行為者の利益を軸に説明されるのが通例である。今日の埋め合わせは、事前の喪失を超えた事後の利益の確実性を要求している。これは、廉売の当事者にとっての合理性をチェックするものだとされている。しかし、行

での消費者のギフトを上回る、事後の消費者への不利益を示すことが要求されているのである。不当な手段で、市場支配力の維持・強化だけでは足りないとして、それが不当に行われることによる弊害が廉売による消費者の利益を超過することが必要となっているのである。

消費者厚生への具体的な弊害を示すことを要求する傾向を代表する判例は他にもある。多面市場における市場画定の事件として著名な Ohio v. American Express Co.事件連邦最高裁判決である²³⁰。これは反競争効果の立証水準を奇妙なほど高めた事件でもある。本件の事実審では問題となった行為が merchant fee の価格上昇を引き起こしながら、カード保有者への便益の向上がなかったことを認定している²³¹。

裁判所はこの事実認定には触れずに、競争への侵害を立証するには、競争水準を超えた価格設定か産業全体での産出量の削減を立証する必要があるとしている^{*232}。これは、価格・数量効果の直接的な立証を要求するものである。下級審の事実認定からは、競争水準を超える価格設定を行う力の形成等がなければ生じない価格効果を推認するのが通常であるはずなのに、直接的な競争水準を超えた価格設定を要求するものとなっているのである²³³。産出量の側面も含めて、市場支配力の形成等の行使による弊害を直接的に立証させるものである。これは明らかに伝統的な市場支配力分析からは逸脱である。しかし、このような傾向が消費者厚生「基準」のもたらした弊害かもしれない。また、このような立場をとる裁判官がしばしば独占力拡張不能定理のようなボーク流のドグマを金科玉条とし、その前提条件を無視する傾向があることも事実である。そのドグマからはたとえば独占の梃子規制や自己優遇はそもそも悪影響をもたないものとなっている。新ブランドイスマ主義の論者が「消費者厚生基準」を反トラスト法の緩和の原因として批判するのもこのような文脈で理解されるべきものである。言うまでもなく、わが国では市場支配力基準であって、消費者厚生基準ではない。消費者厚生はあくまでも独禁法が達成する目的の1つであって、基準でないというのが立場である。基準として消費者厚生を採用することが、競争を目的するのと乖離する局面が多いことからすると、この点はあらためて確認しておくことは重要である。

為者の合理性は通常は想定できるのだから、反競争効果としては市場構造のチェック程度でよいはずである。実際、そもそもの埋め合わせ基準は市場支配力の発生しそうな市場構造か否かのリアリティチェックにとどまった。

230Ohio v. American Express Co.,138 S. Ct. 2274 (2018).

231United States v. American Express Co., 88 F. Supp.3d 143, 213-215 (E.D.N.Y 2015).少数意見はこれは競争への害の一応の立証に十二分であるとしている (138 S.Ct.at2301-2304)。

232138 S.Ct at 2287.

233138 S.Ct at 2297 (Breyer,J.Dissenting) .

小括

これまでの分析をまとめると以下のようなになる。「消費者厚生」が競争法の目的の主要部分であるからといって、「消費者厚生」への害を基準とする立場をとる必要はない。多くの国で採用されている市場支配力基準は通常の意味での消費者厚生目的と整合的であるが、社会的厚生目的とは不整合があり、前者が望ましいと考えられる。市場支配力の形成等それ自体とその行使に伴う弊害とは区別すべきであり、後者を要求すると必要な規制が行われなくなる。これを独占禁止法のコンテキストに置き換えると次のようになる。

独占禁止法 1 条のいう「一般消費者の利益」は最終消費者の厚生と対応しているという理解は正当なものと思われる。独占禁止法の主要規定が禁止する行為は、それによって消費者厚生を害する効果を持つものであることから、独占禁止法の主要目的が消費者厚生の増大にあると言う主張は当然のことでもある。しかし、それを社会的厚生と解する立場は支持できない。

しかしながら、独占禁止法は各種規制対象の違法性要件として「消費者厚生」への害を要求していない。あくまでも「市場支配力の形成等」など競争への影響が基準なのである。競争への悪影響が要件なのであって、それを通じた具体的な弊害（厚生への害）が要件でないことは比較的早い段階で確認されている。もちろん、競争への影響がなければあり得ない具体的な弊害の発生から反競争効果が推認されることはあり得る。競争への影響を理論的に示す Theory of harm ないし発生機序の説明（問題の行為が、当該市場環境において、どのような競争の回避や排除等という競争プロセスへの悪影響をもたらし、それが市場支配力の形成等をもたらす首尾一貫した理論的説明）において、何らかの弊害を念頭に叙述されることもある。しかし、あくまでも問題は市場支配力の形成等という反競争効果であって、具体的な弊害そのものでない。

これらはごく常識的な事柄と思われるが、米国の一部判例の消費者厚生基準を国際標準と思ひこむ論者からは、それを日本でも必要だとする主張が生じることもあり得る。既に見たように米国の消費者厚生基準も一枚岩ではない。効率性を重視して消費者厚生を考える立場はわが国現行法の反競争効果要件と一致するものではないが、法律上の要件に依拠せずに、行為の「弊害」を、基準を明示することなく問題にする議論は米国の消費者厚生基準の混乱を持ち込む素地になるかも知れない。条文と先例に基づく基準を健全な経済分析によって根拠づけることが必要であって、「目的」の 1 つに過ぎないものを安易に基準としてはならない。

まとめ

本稿では、新ブランドイスマ主義の議論で焦点となる消費者厚生基準批判に対して、市場支配力基準を参照軸に、その内容を吟味した。市場支配力の形成等という市場支配力基準（反競争効果）と市場支配力との関係を論じた。熟達した独占禁止法専門家には暗黙知に

属することのように思われるが、いわゆる「ためにする議論」の目的での語法の混乱を利用することを避けるのに役立つのではないかと思う。重要なのは、問題となった慣行が反競争的なものであることを説明する作用機序・発生機序（Theory of harm）を明示化し、それに応じた市場分析を実践することであろう。

ただし、そこでの検討から分かるように独占力の存在を要件とする予防的な規制については空白の領域がある。公正な取引方法の規制は利用可能ではある。しかし、それは、市場支配力や独占力の存在を前提とした規制ではない。その意味では予防規制と言えるが、大きな市場支配力を有する事業者が行う力を他分野に拡張する行為などの規制類型が明示されていないため、具体的な法運用を通じて規制基準を示す作業が歯必要である。また、適合しない領域も想定される。予防的な規制の問題は、米国・EUとも「消費者厚生基準」とともに軽視されるようになった領域でもある。新ブランダイス主義の主張はこの傾向への異議申立てという側面もある。また、そのような予防的規制領域は巨大デジタル・プラットフォームが脅威をもたらすと考えられる領域でもある。そもそも、予防的規制については、行使主体の特性を絞り混んだ上で、危険な行為の類型を特定して要件を定めるのが合理的である。そうだとすると、デジタル・プラットフォームの産生徒と om に、一般法ではなく、別個の規制枠組みが適当かも知れない。また、そのような規制枠組みでは関連する多元的目的に応答することも可能になるかもしれない。

第四章では、消費者厚生基準はあくまでも市場支配力基準の別の表現という以上の意味をもたせるべきでないこと及び（社会的）効率性基準が妥当でないことも確認した。ただし、消費者厚生が競争法の重要な目的であること、（社会的）効率性も市場支配力基準によっておおむね実現できることも確認した。

本稿では新ブランダイス主義の消費者厚生基準批判に焦点を合わせたため、議論の焦点を市場支配力分析に併せた。しかし、自由競争阻害型の公正競争阻害性の問題との関係づけも重要である。消費者厚生基準批判は、それが「市場支配力」の蔓延を防げないことにあった。その理由の 1 つは、市場支配力が懸念される場合に、それを危険性レベルでとらえることができるか否かの問題であった。消費者厚生基準では危険性レベルの問題は考慮されていない。反トラスト法の文脈ではクレイトン法 2 条、3 条や FTC 法 5 条の役割を見直すことにつながる。他方、わが国では独占禁止法の枠組みは、まさに市場支配力基準とそれを危険性レベルでとらえる公正競争阻害性の二重性は意識されてきた。もっとも、これまでの運用状況が市場支配力の未然防止に有益だったか否かは検討すべき課題である。

ⁱ この DP に関して、2022 年 11 月 15 日開催の RIETI 検討会で有益なコメントをいただき、それを受けて改訂を行った。もちろん、残っている過誤は筆者に由来するものである。矢野誠理事長、森川正之所長、大橋弘教授をはじめコメントいただいた参加者のみなさまに感謝いたします。