Kobe University Repository : Kernel

PDF issue: 2026-11-07

市場メカニズムと損害賠償 : 市場連動型不法行為における損害概念への一試論（神戸大学「市場化社会の法動態学」研究センター第5回国際シンポジウム特集）

山本, 顕治

(Citation)
神戸法學雑誌,58(1):77-169

(Issue Date)
2008-06

(Resource Type)
departmental bulletin paper

(Version)
Version of Record

(JaLCDOI)
https://doi.org/10.24546/81005070

(URL)
https://hdl.handle.net/20.500.14094/81005070

神戸法学雑誌　第五八巻第一号　二〇〇八年六月

市場メカニズムと損害賠償

―市場連動型不法行為における損害概念への一試論―

山本顯治

はじめに ―市場における意思決定とその法的保護―
第一章　判例および学説の問題点
第二章　カルテル行為の構造と違法性
　第一節　数量制限カルテルの禁止根拠
　第二節　独占禁止法違反行為の私法上の権利・利益への影響
　第三節　被侵害利益の考察と「純粋経済損害」の意味
第三章　従来の損害概念の批判的検討
　第一節　差額説は有効な判断基準を提供し得るか
　第二節　損失説は有効な判断基準を提供し得るか
　第三節　損害事実説は有効な判断基準を提供し得るか
第四章　市場連動型不法行為における損害概念
　第一節　需要曲線を用いた差額説の批判的検討
　第二節　補償変分に基づく損害賠償
　　第一款　市場連動型不法行為における損害の特質
　　第二款　二財モデルにおける「費用最小化問題」と「補償変分」
　　第三款　n財モデルにおける「補償変分」と「消費者余剰」の関連
　　第四款　損害賠償法上の意義
おわりに

はじめに ―市場における意思決定とその法的保護―

前稿で検討したように[1]、わが国の伝統的な意思表示理論は、表意者が「目の前にある財を購入するかどうか」について意思決定をなすにあたり、その特定の財の購入に向けられた意思が十全であったかどうかという視点に立って理論を構築してきた。しかし、「市場」という観点を取りいれるならば、意思決定とは、「他の財との比較を度外視して、その財のみに着目して購入するかどうかを決定する」というものでは決してなく、それは、「所得制約の下で、他の財と比較しつつどのように自己の効用を最大化するか」という決定であることが判明する。かかる観点からは、意思決定とは「市場における多数の財からの選択」に他ならないと考えられるのである。このように「市場における多数の財からの選択」という次元を意思表示理論に取り込んだ時、市場における意思決定が相手方の違法行為により歪められたならば、表意者は一体いかなる損害を被ることになるのか。本稿は、いわゆる「取引的不法行為による純粋経済損害の惹起」といわれる昨今関心を集めている不法行為類型をとりあげ、その本質を正確に理解するためには、そこに「市場において遂行される不法行為」という視点を取りいれることが不可欠であると主張する。その上で、本稿は、「市場における意思決定」の保護を不法行為法における損害賠償によってはかるための理論枠組みの構築を試み、またその一適用例として損害賠償額の算定方法についての新たな解釈を呈示しようとするものである。

ところで、周知の通り、いわゆる取引的不法行為には、いくつかの時期が存している。

第一期は、民法七一五条におけるいわゆる「外形標準説」を論ずる中で取り上げられてきた取引的不法行為であり、この段階においては、取引的不法行為はもっぱら使用者責任の問題として論じられていた。そこで不法行為法と契約法との交錯問題として主に論じられていたのは、使用者責任と表見代理の競合問題であった。その際、被用

者に不法行為が成立することは所与のものとされ、後は被用者のなした行為を不法行為法上（使用者責任）、法律行為法上（表見代理）、雇用者（本人）に帰責し得るのかどうかが論じられていた。ここでは、被用者のなした不法行為自体の構造的特質に関心が払われることはなく、取引的不法行為が被害者の意思決定に違法に働きかけ、広い意味での意思表示の瑕疵を惹起する行為であることが有する問題性が論じられることもなかった。従って、第一期の取引的不法行為論においては、当該不法行為が相手方の意思表示にいかなる意味での瑕疵を惹起するものであるのか、不法行為法的保護と法律行為法的保護との評価矛盾、法的効果の特色等、第二期において重要な課題として登場する問題が分析の俎上にあげられることはなかった。

第二期は、金融商品取引における説明義務違反類型に典型的に見られるように、錯誤法・詐欺法により与えられる保護の不十分さを補完する形で発展してきた取引的不法行為である。そこでは取引的不法行為の特質は、相手方の意思表示に違法に働きかけることで、広い意味での意思表示の瑕疵を惹起する所にあることが正当にも認識され、従って、不法行為法による保護と法律行為法による保護の基礎にある価値判断の相違、要件論上、効果論上の異同こそが重要な課題として検討の対象とされることになる。かかる検討は不法行為法のみならず法律行為法上も、現在なお重要な課題であるが、他方で、第二期の取引的不法行為法論においては、対面状況で相手方の意思表示に直接に働きかける類型のみが念頭におかれていたという問題がある。取引的不法行為の本質の一つが、「相手方の意思表示に対する違法な働きかけ」にあることが第二の時期において認識されたことは確かに大きな意味を持つ。そのことによって、不法行為法と法律行為法という二つの制度間の緊張関係がはじめて分析の俎上に上げられ、それはまた独占禁止法や各種業法に反する取引行為を公序違反と評価することで、一方では問題となる行為を広く「法秩序に違反する行為」として無効と評価する立場を生み出したが、他方では、広く相手方の意思表示への違法な働きかけとして意思表示の構造を再検討する必要性への視点をも開いたからである。反面、第二期の取引的

不法行為法論は、なお相手方に対する直接の働きかけを通じて遂行される二当事者間での不法行為のみを念頭においており、それは取引的不法行為が「市場において遂行される不法行為」であることの持つ重要な意味を理解するものではなかった。第二期の取引的不法行為論には「市場」という視点が欠落していたのである。

これに対し、本稿で検討対象とする「市場」という視点を基礎に据えた取引的不法行為論は、第二期の取引的不法行為論には包含されないいくつもの特色を有している。つまり、(1)この取引的不法行為は、相手方の意思表示に対する直接的な働きかけを伴わない。つまり直接的・物理的働きかけをなすことなく、市場メカニズムを通じて遂行される間接的な不法行為であり、被害者は直接的な侵害行為を受けることなく純粋経済損害を被るという特色がある。(2)市場において遂行されるため、極めて多数の市場参加者に影響が及ぶこととなる。(3)また、相手方の意思表示への働きかけという場合、それはすでに購入するかどうかの対象が絞り込まれた段階での意思表示の瑕疵・欠缺として問題になるのではなく、それは、「市場における多様な財からの選択の自由」の侵害という形をとることになる。(4)消費者に発生する損害がいかなる形をとって外面に現れるかは多様であり、一見したところ損害は不定形である。(5)名目所得額の損失を伴うことなく実質購買力の低下が惹起されるところにこの損害の特色がある等である。このとき、「価格メカニズム」や「選択の自由の侵害」、「実質所得の低下」等々、これまでの民法理論においてそれらを分析するための理論枠組みが欠けていた諸概念が、この市場という視点を取り込んだ取引的不法行為論においては中心的な役割を果たすこととなる。以下では、この「市場において遂行される取引的不法行為」を広く「市場連動型不法行為」、あるいは「経済的不法行為」と呼称することとする。(2)

この市場連動型不法行為を検討するための具体的な素材として、本稿では、独占禁止法違反行為をなした企業が個々の消費者と契約を締結することを通じて遂行する不法行為を取り上げる。その際、独占禁止法違反行為の個々の類型を踏まえた考察が必要であることは論を俟たないが、本報告では問題の所在を明らかにするために、最も基

本的な独占禁止法違反行為の一つである数量制限カルテルを検討対象とする。カルテル企業から製品を購入したことによって個々の消費者が被った損害については、独占禁止法二五条、および民法七〇九条により損害賠償が認められ、この場合、カルテル企業に不法行為が成立するためには、消費者の侵害された権利・利益とはなにか、消費者が被った損害とはなにか、それはどのように金額に評価されるのか等の諸点が問題となる。後に見るように、数量制限カルテルによる不法行為は、カルテル締結企業が生産量を制限することにより、生産物の市場価格を上昇させ、もってカルテルを締結した企業全体の利潤を最大化するという行為であり、市場メカニズムを通じて遂行される典型的な市場連動型不法行為である。この市場メカニズムを通じた不法行為は、その構造の把握に困難が存しているためか、これまでの不法行為法学の論稿・体系書においては立ち入った検討がほとんど行われていない状況にある。しかし、この不法行為類型には、これまでのわが国の民法理論が構築してきた損害賠償理論の枠組みをもってしては十分な解決の得られない多くの問題が存しており、不法行為理論の新たな展開を促す重要な契機が胚胎されていると考えられる。

以下では問題の所在を簡略化するために、カルテル企業との間で直接に個別契約を締結した個々の消費者が、民法七〇九条に基づきカルテル企業に対して損害賠償を請求するというケースを想定するものとする。

（1） 拙稿「競争秩序と契約法 ―『厚生 対 権利』の一局面―」神戸法学雑誌第五六巻三号（二〇〇六）二七二頁以下、特に一四六頁以下参照。

（2） 第一期と第二期の取引的不法行為論に関しては、例えば奥田昌道編『取引関係における違法行為とその法的処理』（有斐閣・一九九六）所収の諸論文、および、奥田昌道ほか「シンポジウム・取引関係における違法行為とその法的

処理―制度間競合論の視点から―」日本私法学会『私法』第五九号（一九九七）参照。他方、第三期の取引的不法行為論の方向を示すものとして、例えば吉田克己「競争秩序と民法」『厚谷襄児先生古稀記念論集（上）』（信山社・二〇〇五）三一頁、吉田克己ほか「シンポジウム・競争秩序への多元的アプローチ―実定法学のクロスロード―（一）（二・完）」北大法学論集第五六巻一号、三号（二〇〇五）、吉田克己ほか「競争秩序と民法―日本私法学会シンポジウム資料―」NBL八六三号（二〇〇七）三九頁以下、さらに田村善之「知的財産権と不法行為」『新世代知的財産法政策学の創成』（有斐閣・二〇〇八）三頁以下がある。もっとも、市場という視点の重要性がどこまで認識されているかという点については、第三期を示唆する論者の間にもなお相当な隔たりが見られる。

第一章　判例および学説の問題点

まず、カルテル企業との間で個別契約を締結することで個々の消費者が被った損害の賠償問題について、これまで判例・学説において論じられてきたところを以下の論述に必要な限りで簡潔に振り返ってみよう。

周知の通り、判例は、灯油カルテルにより小売価格が上昇したとして、独禁法二五条あるいは民法七〇九条に基づき、消費者から事業者に対して提起された損害賠償請求訴訟において、消費者の被った損害とは以下の様なものであるとしている。

(1)「原告らは、前記四の1に認定した本件購入者らの灯油購入価格（以下、「現実購入価格」という。）は、本件値上げ協定の実施によって形成されたものであるとし、本件購入者らは、本件値上げ協定の実施により右現実購入価格とそれがなかったならば購入し得たであろう価格（以下、「想定購入価格」という。）との差額の損害を蒙った

旨を主張するところ、違法な価格協定により協定の対象商品の購入者が蒙る損害は、右協定のため余儀なくされた余計な支出であり、それは購入者が購入に際し支払った代金額とその当時における当該商品のあるべき価格との差額（すなわち、現実購入価格と想定購入価格との差額）となるべきはいうまでもない。」（東京高判昭和五六年七月一七日判時一〇〇五号三二頁―東京灯油訴訟一審判決）

(2)「元売業者の違法な価格協定の実施により当該商品の購入者が被る損害は、当該価格協定のため余儀なくされた余計な支出であるから、本件のような最終の消費者が右損害を被ったことを理由に元売業者に対してその賠償を求め得るためには、当該価格協定に基づく元売仕切価格の引上げが、その卸売価格への転嫁を経て、最終の消費段階における現実の小売価格の上昇をもたらしたという関係が存在していることのほかに、かかる価格協定が実施されなかったとすれば、右現実の小売価格よりも安い小売価格が形成されていたといえることが必要であり、このことはいずれも被害者たる消費者において主張立証すべき責任があるというべきである。」（最判昭和六二年七月二日民集四一巻五号七八五頁―東京灯油訴訟最高裁判決）

(3)「控訴人らは被控訴人元売一二社の独禁法違反行為によって公正かつ自由な競争の下で形成された価格により商品（白灯油）を購入する利益を侵害されたものであるから、控訴人らの被った損害とは現実購入価格と価格協定がなければ形成されたであろう価格（想定購入価格）との差額であることは前記のとおりであって、従って被控訴人元売一二社はその差額を損害額として控訴人らに賠償すべきものといわなければならない。」（仙台高裁秋田支判昭和六〇年三月二六日判タ五五三号九二頁―鶴岡灯油訴訟控訴審判決）

(4)「元売業者の違法な価格協定の実施により商品の購入者が被る損害は、当該価格協定のため余儀なくされた支出分として把握されるから、本件のように、石油製品の最終消費者が石油元売業者に対し損害賠償を求めるには、当該価格協定が実施されなかったとすれば、現実の小売価格（以下「現実購入価格」という。）よりも安い小売価格が形成されていたといえることが必要であり、このこともまた、被害者である最終消費者において主張・立証すべきものと解される。もっとも、この価格協定が実施されなかったとすれば形成されていたであろう小売価格（以下「想定購入価格」という。）は、現実には存在しなかった価格であり、これを直接に推計することに困難が伴うことは否定できないから、現実に存在した市場価格を手掛かりとしてこれを推計する方法が許されてよい。[3]」

（最判平成元年一二月八日民集四三巻一一号一二五九頁―鶴岡灯油訴訟最高裁判決）

これらの判決に対しては多くの論稿が公表されており[4]、独占禁止法、民事訴訟法、民法にわたるいくつもの問題が論じられてきた。この内民法上は、(1)因果関係、および損害（額）に関する立証問題、(2)独占禁止法に違反している行為であることは、民法上の違法性判断にどのような意味を持つか[5]、(3)独占禁止法違反の不法行為における損害概念、損害額の算定方法の三点が主に論じられてきた[6]。この内損害概念に関しては、前記の諸判例は「差額説」を採用していると評する者が多い[7]。

その上で、差額説においては、損害の発生、加害行為と損害との因果関係、さらには損害の金銭的評価という異なった考量を要する判断が明確に区別されないという問題が存していると批判しつつ、個々の法益に被った不利益を損害とみるいわゆる「損失説」や、あるいは被害者が事実上被った不利益をもって損害とすれば足りるとする「損害事実説」に立ち、平井宜雄により展開された損害概念、賠償範囲、損害の金銭的評価を区別する不法行為の構造論をもとに[8]、この新たな理論構造を独占禁止法違反行為の不法行為による損害賠償額算定問題へと当てはめる

という解釈論的対応が試みられてきた。[9]

例えば淡路剛久は、判例の立場を差額説に立つものとして批判しつつ、カルテルによる不法行為においては「公正な競争によって形成された価格で商品を購入する利益」が保護法益であり、「この利益について被った不利益、いいかえれば、私的独占、不当な取引制限または不公正な取引方法によって形成された価格（これを「独占価格」と呼んでおく）で商品を購入せざるを得なかったこと自体が損害である」とする。[10]この見解においては、カルテル形成後の「独占価格で商品を購入せざるを得なかったこと自体」が損害と把握されつつ、因果関係の問題を除けば、損害額の算定は裁判官の裁量による金銭的評価に委ねられることになる。[11]このような見解には、七〇九条において展開されてきた不法行為の一般理論の応用例としてこの独占禁止法違反の不法行為における損害賠償問題を位置づけるという問題意識が顕著である。

しかし後に検討するように、この見解において、損害の内容、すなわち「独占価格で商品を購入せざるを得なかったこと自体」とは具体的に何を意味するのかは必ずしも明確ではない。そして、損害内容が不明確なままに、金銭的評価の作業は裁判官の裁量に委ねるとされる結果、損害賠償額算出のプロセスが差額説に比して曖昧なままとなってしまうという問題が存している。さらに、最終的に算出される損害額についても、差額説とどのような差異を生むことになるのか、判然としないところがある。

実は、損害事実説や損失説は、七〇年代において主として念頭におかれていた、生命・身体・財産に対する物理的・直接的な侵害行為を容易に認めることのできる伝統的不法行為類型の範囲内においては、有意な損害論を提供するものといえるが、物理的・直接的な侵害行為を容易に観念できない市場メカニズムを通じて遂行される不法行為類型においては、損害賠償額算出の判断過程に対し有意な理論枠組みを提供できず、むしろその実質において差額説の提供する判断枠組みに大きく依存するということさえ生じ得る。[12]損害概念の中に、損害賠償の範囲、損害の

金銭的評価という次元の異なった問題を差額説が混在させていたことを指摘し、それぞれを分別した上で、損害賠償の範囲（保護範囲・義務射程）、損害の金銭的評価に関する理論を大きく進展させた点において損害事実説・損失説が高く評価されるべきであることは論を俟たない。しかし他方で、両説においては損害概念の持つ役割に十分な重きが置かれず、そのことが市場連動型不法行為により発生する損害の構造的特質について立ち入った分析がなされないままとなったことの大きな要因をなしているように思われる。

他方、差額説に対しても本稿は従来の学説とは異なった観点から批判的に検討を加えるものとする。仮に、差額説のいう「被害者の現実の財産状態と不法行為がなかった場合の財産状態との差額」を損害概念として採用するとしても、それが市場連動型不法行為における有効な損害論たり得るのかという批判である。そこでは、差額説のよって立つ「差額」の内実を検討することによって、そのとらえ方には複数の可能性があることを示し、いずれのとらえ方に立っても市場連動型不法行為により消費者が被った損害の塡補という観点からは、十分なものとはいえないことを明らかにする。その上で、これまで提示されて来た差額説・損失説・損害事実説とは異なる、損害賠償額算定の根拠についての新たな損害概念の可能性を検討するものとする。

かかる検討の前提作業として、以下の章では、まず独占禁止法における数量制限カルテルの禁止根拠に関する近時の見解を概観した上で、カルテル行為がいかなる意味で私法上の個々の消費者の権利・利益侵害に関連しているのかを検討してみよう。そこで得られる市場連動型不法行為が惹起する私的権利・利益侵害の構造についての理論的知見は、カルテル企業と契約を締結することによって消費者の被る損害を考察する上で、重要な手がかりを提供するものだからである。

（3）なお、「想定購入価格」を「現実に存在した市場価格を手掛かりとしてこれを推計する方法」について、本判決は、「一般的には、価格協定の実施当時から消費者が商品を購入する時点までの間に当該商品の小売価格形成の前提となる経済条件、市場構造その他の経済的要因等に変動がない限り、当該価格協定の実施直前の小売価格（以下「直前価格」という。）をもって想定購入価格と推認するのが相当である」とし、但し、「協定の実施当時から消費者が商品を購入する時点までの間に小売価格の形成に影響を及ぼす顕著な経済的要因等の変動があるときは、もはや、右のような事実上の推定を働かせる前提を欠くことになるから、直前価格のみから想定購入価格を推認することは許されず、右直前価格のほか、当該商品の価格形成上の特性及び経済的変動の内容、程度その他の価格形成要因を総合検討してこれを推計しなければならないものというべきである」とする。

（4）多くのものがあるが、民法学における代表的研究として、淡路剛久『不法行為法における権利保障と損害の評価』（有斐閣・一九八四）二二八頁以下がある。経済法学のものとして、例えば、村上政博＝山田健男『独占禁止法と差止・損害賠償［第二版］』（商事法務研究会・二〇〇五）八三頁以下がある。また法学者と経済学者の協働によるものとして、公正取引委員会「独占禁止法二五条に基づく損害賠償請求訴訟における損害額の算定方法等について」ジュリ九八三号（一九九一）四四頁以下がある。

（5）なお、独占禁止法違反の点をもって、違法性判断の基礎とすることの可否は、過失一元論では過失判断の一要素として位置づけられることになるが、本稿の検討課題は過失一元論、違法性一元論、違法性・過失二元論のいずれの立場に立っても問題となり得るものであり、以下ではこの議論には立ち入らない。

（6）損害、因果関係、損害額の立証の相互関係につき、根岸哲と舟田正之は、独占禁止法違反行為に対する損害賠償請求において、「損害は違反行為が存在しなかった場合に想定される価格や利益と違反行為期間中の現実の価格や利益との金銭的差額であることから、一般に、損害、因果関係および損害額はそれぞれ別個に認定されるのではなく、三つが一

挙に認定されることになる。すなわち、結局、損害額がいくらかが認定できなければ、損害も因果関係も認定できないことになる。その意味では損害額の認定が最も重要であるということになる」との興味深い指摘をなしている。参照、根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説［第二版］』（有斐閣・二〇〇三）三三二頁。同じく、根岸哲「独占禁止法違反と損害賠償」経済法学会編『独占禁止法講座第Ⅶ巻・独占禁止法の運用　公正取引委員会』（商事法務研究会・一九八九）八五頁参照。さらに、小倉顕「判解」『最高裁判所判例解説　民事篇平成元年度』四七二頁も、「例えば交通事故による人的損害及び物的損害の評価というような事案と異なり、損害自体が経済的支出額の損害であるから金銭的評価自体でするほかなく、本件では、損害の発生の有無も因果関係の有無も額の算定と離れて観念することはできない」とする。

（7）　例えば、佐藤久夫「判解」『最高裁判所判例解説　民事篇昭和六二年度』三四八頁は、前掲東京灯油訴訟昭和六二年七月二日最高裁判決が差額説に基づくものであり、「このように独禁法違反の価格協定による損害を差額説によって把握しようとする考え方それ自体はほぼ異論のないところといってよいように思われる」とする。また小倉・前掲注（6）四七一頁も同様の指摘をなす。さらに、淡路・前掲注（4）二二九頁以下も、「最近の独禁法違反損害賠償請求事件においても、諸判決は差額説にもとづいて損害の判断をしている」とし、東京灯油訴訟控訴審判決、鶴岡灯油訴訟一審判決（山形地裁鶴岡支判昭和五六年三月三一日）について「差額説の考え方を明らかにしている」とする。

他方、村上＝山田・前掲注（4）一〇八頁、一一三頁は、米国反トラスト法における損害額の算定方法と比較しつつ、前記灯油訴訟は差額説を採用したものとするが、以下のような興味深い分析をなしている。すなわち、村上＝山田によれば、米国反トラスト法においては、違反行為後の被害者の現実の利益と違反がなかった場合に想定される想定利益との差額をもって損害額とする考え方（ロスト・プロフィット基準＝逸失利益基準）と、違反行為者が現実に請求した販売金額と違反行為がなかったならば請求したであろう想定販売金額との差額を被害者の損害額とする考え方（オーバーチャージ基準＝超過請求額基準）があるとする。この場合、ロスト・プロフィット基準が基本的な考え方であり、「ボ

イコット、略奪的価格設定、市場支配的事業者による排除行為によって被害を受けた競争業者、垂直的制限に違反して取引を打ち切られた販売業者などの損害額算定についてはこの考え方による」とされる。他方、オーバーチャージ基準は、「価格引上げ協定、価格の上昇をもたらす独占化行為における（違反行為者からの）直接購買者の損害額算定」に適用される。もっともオーバーチャージ基準については、違反行為者の超過請求額に着眼するか、最終購買者の超過支払額に着眼するかで相違が生じ得る。違反行為者と最終購買者との間に中間業者が介在する場合には、違反行為者の超過請求額と、最終購買者の超過支払額とは一致しない可能性があるからである。但し、最終購買者が違反行為者からの直接購買者である場合には、違反行為者の超過請求額と最終購買者の超過支払額とは一致する。その上で、村上＝山田は前記諸判決は、差額説の内、超過支払額をもって損害（額）としたものとする。参照、村上＝山田・前掲注(4)一一四頁以下、一二九頁。

この内、超過請求額については、七〇九条による損害賠償の目的は、被害者たる最終購買者の被った損害の塡補のみならず、不法行為者が違法に得た利得を吐き出させることにもあると理解することが仮に可能であるならば、「利得吐き出し型損害賠償」の一例として、超過請求額基準も検討に値するように思われる。もっともこの点は、被害者の権利保護を中核とした匡正的正義・個別的正義の実現を原理的基盤として七〇九条を理解することから、社会的厚生の改善を目的として七〇九条を理解することへの転換を内包するものであり、不法行為法の原理的基盤との整合性が問題となり得る。

(8) 参照、平井宣雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会・一九七一）。

(9) かかる方向を示す代表的な論稿として、淡路・前掲注(4)二三一頁以下、同「鶴岡灯油訴訟最高裁判決と損害賠償責任」ジュリ九五三号（一九九〇）四二頁。なお、前者の因果関係・損害額の立証問題の内、損害額に関しては、現在は民事訴訟法二四八条によって立法上の手当がなされるに至っている。しかし、同条の性質については、周知の通りいわ

ゆる実体法説と訴訟法説の対立がある他、同条にいう「相当な損害額」に関する判断の指針についてもなお検討されねばならないところが多い。

(10) 淡路・前掲注(4)二二九頁、二三四頁。

(11) 淡路・前掲注(4)二三六頁。

(12) 後に見るように、市場連動型不法行為においては、損失説の損害概念である「独占価格で商品を購入せざるを得なかったこと自体」の内実は、差額説から、金銭的評価部分を差し引いた「現在の財産状態と仮定的財産状態との差」によって具体化されることになるともいえ、仮にこの点を重視するのであれば、損失説はその判断の主要部分が実質的には差額説に依拠していると見ることも可能であろう。もっとも差額説は、包括的・抽象的な損害額決定方法、損害の金銭的評価を内包していること、実費主義等々、場合によっては相矛盾し得る複数の構成要素から成り立っており、どの部分を差額説の要諦と見るのかによって、差額説に対する評価は異なり得る。この点につき例えば、高橋眞『損害概念論序説』(有斐閣・二〇〇五) 一五二頁以下、一六四頁、二〇七頁以下等参照。

第二章　カルテル行為の構造と違法性

第一節　数量制限カルテルの禁止根拠

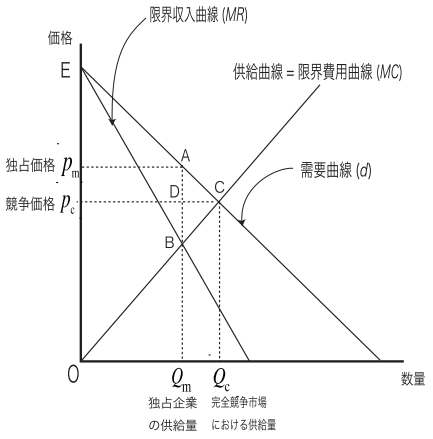
まず、独占禁止法違反行為はなにゆえに禁止されているのかについて、近時有力となっている見解を簡潔に紹介しよう(13)。

議論を簡略化するために、ある独占企業の直面する需要曲線d、および当該独占企業の限界費用曲線MCがと

もに線形である場合を想定すると図1のようになる。完全競争市場においては、企業は市場価格に対する影響力を持たず、「市場価格を所与のものとして」、自己の利潤を極大化するように生産量の決定を行うという「プライス・テーカー」の仮定が妥当する。この市場においては、需要と供給の一致するC点において、市場価格 Pc が決まり、同時に需要量 Qc ＝生産量 Qc が決定される。

これに対して、独占的な市場においてはプライス・テーカーの仮定がはずされ、独占企業は自己の利潤を最大化しようとして、価格や生産量を決定できることになる。ここでは独占企業がカルテルにより生産量を調整する場合を考える。独占企業は互いに協調してグループ全体でみた利潤を極大化しようとして生産量を決定するから、カルテルを締結する複数の企業を一社として考え、この企業が利潤を最大化しようとしてどのように生産量を決定するかを考察すればよい。図1の需要曲線 d は $x = d(p)$ と表せるが、これを x について解くと、逆需要曲線 $p = p(x)$ を得ることができる。この意味するところは、独占企業が生産を行う場合は、市場価格 p は生産量 x に応じて変化するから p は x の関数であるということである。この時、企業が x に生産量を決定するならば、それを $p(x)$ 円で売ることができるから、この独占企業の収入は $p(x) \times x$ で表される。また、x の生産をなすためにかかる独占企業の費用を、費用関数 $c(x)$ で表すものとする。この時、当該企業の利潤 π は、「利潤＝収入－費用」であるから、$\pi = p(x)x - c(x)$ と表すことができる。

【図1　線形の需要曲線と限界費用曲線】



ここで、利潤最大化の一階の条件を求めると、

$$\begin{aligned}\frac{d\pi}{dx} &= \frac{d}{dx}(p(x)x - c(x)) \\ &= p'(x)x + p(x) - c'(x) \\ &= 0\end{aligned}$$

となり、$p'(x)x + p(x) = c'(x)$が得られる。

一階の条件$p'(x)x + p(x) = c'(x)$の左辺は、収入$p(x)x$を生産量xにより微分したものであるから、生産物をさらに一単位追加的に生産することから得られる収入の増加分（限界収入：MR）を意味する。右辺は費用$c(x)$を生産量xにより微分したものであるから、一単位の追加的生産のために必要な費用の増加分（限界費用：MC）を意味する。よって、一階の条件は、限界収入MRと限界費用MCが利潤最大点においては等しくなければならないことを示す。この利潤最大化の条件の示すところにより、独占企業もまた限界収入と限界費用が等しくなる点（$MR = MC$を満たす生産量x）で生産量を決定することがわかる。図1で見るならば、限界収入曲線MRと限界費用曲線MCとの交点Bで示される生産量Qmが当該独占企業の生産量である。このとき、供給量（＝生産量）Qmの時の市場価格は需要曲線上のA点で示される価格、すなわち$Pm(= p(Qm))$となる。

ここで完全競争市場における社会全体の利益（社会的総余剰）、つまり消費者の利益（消費者余剰）と生産者の利益（生産者余剰）の総和と、独占経済における社会的総余剰とを比較してみよう[14]。

完全競争市場においては、生産量Qc、価格Pcであったから、消費者余剰は$ECPc$で表され、生産者余剰は$PcC0$で表される。よって、社会的総余剰は$EC0$となる。他方、独占市場では、生産量はQm、市場価格はPmとなり、消費者余剰は$EAPm$で表され、生産者余剰は$PmAB0$の台形で表される。よって、社会的総余剰

は$EAB0$となる。両者を比較すると、まず、社会的総余剰はABCの分だけ減少している。このABCの部分の余剰は独占の結果消滅してしまった余剰であり、これを社会的に見た厚生の損失、あるいは「死重損失」（dead weight loss）という。また、消費者余剰は$ECPc$から、$EAPm$に減少しており、$PmADPc$の部分の余剰が生産者に移転していることがわかる。以上より、完全競争市場に比較して、独占市場においては、ABCの部分の社会的厚生の損失が生じており、さらに$PmADPc$部分の余剰が消費者から企業に移転していることがわかる。

ABCの部分の損失は社会的損失として認められるが、$PmADPc$の部分については、消費者の余剰が企業に移転しただけであり、社会的な厚生の損失が発生しているわけではなく、よってその点については違法評価の対象とはならないとする見解も米国には存するとの指摘がなされている[15]。しかし、わが国の有力説は、$PmADPc$は独占の結果、消費者が高価格の支払いを強いられたものであって、これも「不法行為に基づく損害賠償の典型的な対象と考えられる」と主張する[16]。

結局、以上に見た近時のわが国における有力説によれば、数量制限カルテルが独占禁止法により禁止される重要な根拠の一つは、それが社会的厚生の損失を惹起し、かつ、消費者余剰を企業に移転させてしまうことに繋がるためということになる[17]。このように、近時の見解が、独占禁止法上、カルテル行為が違法とされることの理由の一つに、社会的厚生の損失惹起と、消費者余剰の生産者余剰への移転を掲げていることは、後に見るように、独占禁止法二五条、民法七〇九条における損害とはなにかを考察する上で、重要な意味を持っている。この見解は、カルテル行為が、いかなる私的権利・利益の侵害を惹起するかについての手がかりを与えるものであるからである。

第二節　独占禁止法違反行為の私法上の権利・利益への影響

図1においてみたように、最もシンプルな分析においては、数量制限カルテルを締結する企業はグループの利潤を最大化しようとして生産量の決定をなし、その結果生産物の供給量は減少し、生産物の市場価格は上昇する。その結果、社会的厚生の損失を惹起し、さらには消費者余剰の生産者余剰への移転が招来されたのであった。この時、カルテル行為自体は独占禁止法に違反するという意味において違法であるが、問題はその結果個々の消費者との間での契約締結行為がいかなる意味で民法上不法行為を形成するのかである。[18]

そのためには、カルテルの結果、当該生産物の価格が上昇したことによって、個々の消費者の権利や私的利益にいかなる影響が及ぶのかが検討されねばならない。そして、侵害された消費者の権利や私的利益の内実を明らかにすることは、消費者の被った損害の内実を明らかにすることにもつながる。カルテルは、対象となった財の価格をつり上げることで当該財の購入をなそうとする消費者の実質所得の低下をもたらし、これに対処しようとして消費者は全消費計画の変更という意思決定を余儀なくされるという類型であるが、以下では民法の基本的な吟味の手順に従い、カルテル行為がまず個々の消費者の意思決定にいかなる影響を具体的に及ぼすのかにつき検討を加えることとしよう。[19] ここでは、問題の所在を明らかにするために、二財モデルを取り上げ検討する。

いま、企業A、Bが自分たちグループの生産するx_1財について数量制限カルテルを締結し、その結果、市場においてx_1財の価格p_1^1がp_1^2へと上昇したとしよう。[20] このとき、問題は企業Aと契約を締結し、当該生産物を購入しようとする個々の消費者の私権・私益に対して、カルテルによる価格上昇がどのような影響を及ぼすのかということである（以下では特に断りがない場合、内点解の存在を仮定する）。

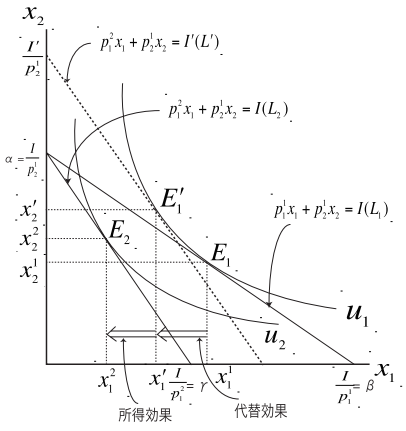
まず、個々の消費者の市場における意思決定メカニズムは以下の無差別曲線を用いた図2によって説明することができる。[21] 消費者は所得制約のもとで自己の効用を最大化しようとして消費計画を決定する（効用最大化に向けた自己決定）。まずカルテル締結前において当該消費者はどのように意思決定をなすかを見てみよう。二財モデルに

おいては、問題となる x_1 財とともに、消費者は他の x_2 財の購入をも比較検討する。つまり x_1 財の価格 p_1^1 と x_2 財の価格 p_2^1 を考えながら、自分の現在有している所得 I の制約のもとで、自己の効用を最大化しようとして消費計画を決定する。

このとき、予算制約線は、$p_1^1x_1 + p_2^1x_2 = I$ と表すことができる。この予算制約線を L_1 と表記しよう。このとき、消費者の最適消費計画を示す点は E_1 で表すことができる。無差別曲線は原点に対して凸のなめらかな曲線であり、内点解の存在が仮定されているから、当該消費者の効用を表す無差別曲線 u_1 は予算制約線 L_1 と E_1 において接する。つまり x_1 財と x_2 財のそれぞれの価格が (p_1^1, p_2^1)、消費者の有する所得が I の時の、当該消費者に最大の効用（満足）を与える最適消費計画は $E_1(x_1^1, x_2^1)$ で表されることになる。

このとき、企業A、Bが数量制限カルテルを締結した結果、A、Bの生産・販売する x_1 財の価格が p_1^1 から p_1^2 に上昇したとしよう。当該消費者の所得 I は変化しないから、当該消費者の予算制約線は予算制約線の x_2 軸切片たる a を基点として時計回りに回転することになる。つまりカルテルによる x_1 財の価格上昇の結果、消費者の予算制約線は新たに $L_2(p_1^2x_1 + p_2^1x_2 = I)$ となる（このとき、名目所得額 I は変化していない）。この新たな予算制約線 L_2 のもとでも消費者は自己の効用を最大化すべく意思決定をなすことになる。L_2 の下で当該消費者に最大の効用を与える消費計画を表しているのが E_2 点であり、その際の二財の消費量は (x_1^2, x_2^2) とな

【図２「代替効果」・「所得効果」】



る。このとき図2から明らかなように、消費者の消費計画は、E_1 から E_2 へと変化しており、価格の上昇した x_1 財については消費が減少し（x_1^1 から x_1^2 へと減少している）、相対的に割安感のでた x_2 財の消費が増加している（x_2^1 から x_2^2 へと増加している）。また、無差別曲線は右上に位置するものほど消費者の効用がより高いことを意味するから、当該消費者の効用水準は無差別曲線 u_1 で表される効用水準から、無差別曲線 u_2 で表される効用水準へと低下している。

このとき興味深いのは、予算制約線 L_1 は L_2 よりも右上にあるから、L_2 が表す予算制約の下では L_1 では購入できた財の組み合わせの一部が、もはや購入できなくなるということである（具体的には α—β—γ で囲まれる三角形部分は L_1 の下では購入可能であった組み合わせであるが、L_2 の下ではもはや購入できない組み合わせとなる）。つまりカルテルによる x_1 財の上昇は、消費者の予算制約線が L_1 から L_2 へと変化することを意味するが、それは即ち当該消費者にとり購入可能となる財の組み合わせが減少しているという意味において、当該消費者にとっての「実質所得の減少」を引き起こしているのである。このように、財の価格が上昇することにより予算制約線が回転し実質所得に変化が生じ、その結果消費計画が変更されることを「所得効果」と呼ぶ。

他方、x_1 財の価格上昇に伴い、消費者は相対的に高価となった x_1 財の消費を減らし、相対的に割安感の出た x_2 財の消費を増加させるように消費計画を立てることも図から容易にわかる（x_1 財から x_2 財への乗り換え—代替が生じている）。このように x_1 財と x_2 財の相対価格の変化を理由とする消費者の消費計画の変更（意思決定の変更）は「代替効果」と呼ばれる。

つまりカルテルを理由とする価格上昇の結果、消費者の消費計画は E_1 から E_2 へと変化しているのではあるが、そこには、二つの理由が存していることが判明する。つまり、(1) x_1 財の価格上昇に伴う実質所得の減少による消費計画の変更、すなわち「所得効果」と、(2) x_1 財、x_2 財の相対価格の変化を理由とする「代替効果」である。

見方を変えれば、カルテルによる価格上昇は、消費者の意思決定に対して、「所得効果」と「代替効果」という二つの影響を及ぼすものであることがわかる。図2を用いてこの「所得効果」と「代替効果」をより詳しく見てみよう。x_1 財の価格上昇による u_1 から u_2 への消費者の効用水準の低下は、消費者の主観的満足度である「効用」によって計られるものである。しかし主観的満足にすぎない「効用」はそのままでは計測できないので、これを「貨幣」単位に置き換えることを試みてみよう[22]。

この時、価格上昇後の x_1 財、x_2 財の価格である p_1^2、p_2^1 を前提に予算制約線 L_2 と平行で、かつ価格変化前の無差別曲線 u_1 と接する一本の直線 L' を描いてみよう。この L' は、$p_1^2x_1 + p_2^1x_2 = I'$ と表される。L' と u_1 の接点を E_1' とする。このとき L' は、「カルテルによる価格上昇後の p_1^2、p_2^1 の組み合わせのもとで、価格上昇前の当該消費者の効用（満足）を達成するためには、いくらの所得をこの消費者に補う必要があるか」を示すものとなる。E_2 は x_1 の価格上昇により、当該消費者の効用が u_1 から u_2 へと低下することを示している。このとき上昇後の価格の下で、当該消費者に一定の所得を補えばこの消費者はもとの効用水準 u_1 に戻ることができる。このもとの効用水準にもどるために消費者に与えられる（補償される）所得は、図2の L_2 から L' へのシフトとして表される。

ところで、L_2 は $p_1^2x_1 + p_2^1x_2 = I$ と表され、また L' は $p_1^2x_1 + p_2^1x_2 = I'$ と表されるから、当初の効用水準を実現するために補われる所得は $I' - I$ によって表すことができる。この $I' - I$ は価格上昇により低下した効用（$u_1 \downarrow u_2$）を $I' - I$ 分の所得を補償することでもとの効用水準 u_1 にもどすことのできる額を示している。つまりは $I' - I$「価格上昇による効用の低下分を金銭で計ったもの」ということができる。これこそ、財の価格が上昇することにより低下した当該消費者の効用水準を金額に置き換えたものであり、このような変化後の価格の下で価格変化前と同様の効用水準を補償する所得 I' のことを「補償所得」と呼び、当初の効用水準を実現するために

当初所得 I に加えられる所得額 $I'-I$ を「補償変分（CV：CompensatingVariation）」と呼ぶ[23]。

他方、今度は L_1 と L' を比較してみよう。当初の所得制約すなわち予算制約線 L_1 のもとで達成される最適消費計画は E_1 で表され、他方価格上昇後の価格の組み合わせの下で所得を補償した結果可能となった同一の効用水準を達成する最適消費計画は E'_1 で表される。このとき E_1 から E'_1 への移転は、実質所得の目減り分を補った上での変化であるから、「所得効果」が取り除かれた上での変化である。すなわち、E_1 から E'_1 への変化は、x_1 の価格上昇に伴う x_1 と x_2 の「相対価格の変化」による消費計画の変化のみを表している。つまり E_1 から E'_1 への変化は「代替効果」を表している。

以上より、x_1 についてみると、x_1^1 から x'_1 への変化は「代替効果」によるものであり、x'_1 から x_1^2 への変化は「所得効果」によるものであることが判明する。つまりカルテルにより惹起された x_1 財の価格上昇は、当該財を購入しようとする消費者にとっては、一つには「実質所得の減少」による消費計画の変更、すなわち「所得効果」を及ぼし、一つには相対価格の変化による他の財への乗り換え、すなわち「代替効果」を及ぼすことが判明する。まとめると「ある財の価格変化が個々の消費者の意思決定に及ぼす影響は、『所得効果』と『代替効果』に分けられる」ということである。そして、カルテルという市場連動型不法行為の特質が、消費者の実質所得の減少を引き起こし、消費者の効用水準の低下という損害を引き起こすところにあるとするならば、かかる損害を金銭に評価したものこそ、「価格上昇により低下した効用水準をもとに戻すために必要な所得の追加分」、つまり $I'-I$ により表される「補償変分」であることになる。

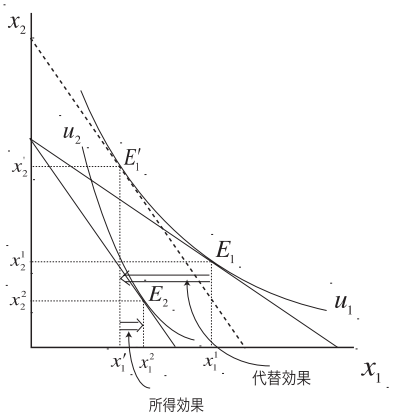
ところで、図2から容易に判明するとおり、ある財の価格上昇の結果、個々の消費者に引き起こされる「所得効果」と「代替効果」がどの程度のものであるかについては無差別曲線の形状に依存している。無差別曲線は原点に対して凸、かつなめらかな曲線であることが仮定されているが、その具体的形状は消費者毎に異なっている。無差

別曲線の形状は、各人の嗜好を表しているのである。よって、財の性質にもよるほか[24]、「所得効果」「代替効果」の影響は個人毎に異なることになる。

この点を次の図3を用いて見てみよう。

図3におけるx_1財の消費量をみると、所得補償後の消費計画E_1'における消費量x_1'の方が、所得補償前の消費計画E_2における消費量x_1^2よりも少なくなっている。つまり、x_1財は、所得が少ない場合の方がより消費量は多くなっているのである。このように「所得が増加すると消費量が減少する財」を「下級財（劣等財）」といい、逆に「消費量が増加する財」を「上級財（正常財）」という。さらに、塩などのように所得の大小にかかわらず一定量が消費される財も存在する。なお、代替効果については無差別曲線が原点に対してなめらかな凸形状をしていることから、二財モデルでは必然的に一方の財の価格の上昇はその財の消費量の減少と他方財の消費量の増加を帰結する（逆にいうと、無差別曲線の形状に関する仮定を取り払うと別の結論となる）。図3によれば、x_1財の価格上昇による所得効果と代替効果は互いに打ち消しあっており、図3からは代替効果（x_1財の消費量の減少）が所得効果（下級財であるx_1財の消費量の増加）を上回っているために、結果としてx_1財の消費量は減少することになる。また財の性質によっては、所得効果が代替効果を上回るため、財の価格が上昇したにもかかわらず、当該財の消費量が増加するという結果を導く場合も理論的にはあり得ることになる[25]。

【図3　下級財】



第三節　被侵害利益の考察と「純粋経済損害」の意味

以上のように、カルテル企業は、個々の消費者の意思決定に対し「実質所得の減少」による消費計画の変更という「所得効果」と、相対的価格の上昇による消費計画の変更という「代替効果」を惹起させていることが判明した。

この内、少なくとも「所得効果」による「消費計画の変更」は消費者にとっては「強いられた」ものである。なぜなら、財価格の上昇により、消費者は本来可能であった消費計画の実現を阻まれているのであって（図2において、$\alpha-\beta-\gamma$で表される三角形部分は価格上昇前の予算制約L_1の下では購入可能な消費計画の組み合わせだが、価格上昇後の予算制約L_2の下では購入不能な組み合わせとなる）、独占禁止法違反行為がなければ本来実現可能であった「選択の自由」が制約されているのである。つまり、「所得効果」とは、財価格の上昇によって、実質的に所得が目減りし、財価格の上昇前には可能であった選択可能領域が縮減することによって消費者の「選択の自由」が侵害されるという私法的にも重要な意味を持つ現象であることが分かる。その意味で、この「選択の自由」を要保護性のある権利、少なくとも要保護性ある利益として民法上承認することができるならば、カルテル行為は私法上の権利、あるいは法律上保護される利益を侵害する行為として七〇九条の要件を満たすものと評価することができる[26]。

このように、数量制限カルテルは、少なくとも選択領域の縮減による個々の消費者の「選択の自由」の侵害を惹起しているという意味において、個々の消費者の私的利益を侵害していることが判明する。その意味で、独占禁止法の保護目的からすれば附随的なものであるにせよ、独占禁止法はその内に、私権・利益の保護を主たる目的とする民法と同様の機能を果たす規律を含んでいるということができる[27]。そして、このことに着眼することで、いかなる場合に独占禁止法上の違法評価が民法上の違法評価として援用し得るのかが明らかになり、独占禁止法と民法

が協働し得る場合とそうでない場合との限界付けにつき分節化可能な形で論ずることができるようになると思われる。つまり、独占禁止法違反行為といっても多様なものがあり、その一部に私法上の権利・利益侵害をも惹起する類型があるのであって、この限りにおいては、この私権・利益侵害を理由として、民法上も当該行為を違法と評価することができることになる。この場合は、いわば「私法としての独禁法」と民法とが協働して不法行為法上の違法性を承認することとなる。他方、独占禁止法違反行為の類型によっては、かかる私益侵害が認められないか、あるいは私益侵害による賠償の塡補ではなく社会的厚生の確保を典型とする公益保護が問題となっている場合には、独禁法固有の政策的考慮による問題として取り扱われるべきこととなろう。

ところで、カルテル行為は一つには「選択領域の縮減」による「選択の自由」の侵害を惹起するものであり、そこに私権・私益侵害を検知し、違法性を承認するとしても、民法の塡補賠償原則を前提とする限り、そこではいかなる損害が生じており、それはいかに金銭的に評価され得るかが問題となる。図2に見た「所得効果」は、財価格のつり上げによって引き起こされた「実質所得」の減少によるものであり、これは見方を変えれば「消費者の財布に入っている所得を目減りさせる行為」がなされていることを意味する。目の前で自身の財布から金銭が抜き取られた場合は窃盗が成立するが、独占禁止法違反行為による財価格のつり上げの場合は、消費者の目に映っているのは価格上昇というシグナルだけであり、自身の財布の中にある金銭の名目額は変化しないために、消費者は所得が目減りさせられていること（つまり財布から金銭が抜き取られていること）を直接には気づかない。すなわち、ここでは市場メカニズムを通じて遂行される「隠れた所得窃取」が行われていると見ることができる。市場メカニズムを通じて遂行されるこの「隠れた所得窃取」の特色は、直接的な金銭の窃取と異なり、直接的・物理的な窃取という行為が存しないこと、また名目額が変化しないままに、実質所得が奪われていること、加えて、カルテル行為は、市場に参加する多数の消費者から「広く浅く」所得を奪うことを特色としていること、さらには企業自身も金

銭の抜き取りを意図しているわけではなく、単にグループ企業の利潤最大化を実現しようとして生産量を決定しただけであり、よって故意があるとは必ずしもいえないという点にある。[28] ここでは、個別契約の締結というそれ自体は適法な行為を利用して、相手方の実質所得の窃取が実行されているのである。

このような特色の内、特に民事損害賠償論にとっては、市場連動型不法行為が「直接的・物理的な権利・利益侵害」をともなわずに消費者から「実質所得の窃取」を行うという類型であることが重要である。七〇年代に主に念頭におかれていた交通事故、公害といった事実的不法行為類型はいうに及ばず、また九〇年代以降不法行為法の舞台で重要な役割を果たすこととなった第二期の取引的不法行為類型においてさえ、そこで念頭におかれていたのは、不法行為者Yの行為により、被害者Xの生命・身体（事実的不法行為類型）、あるいは被害者Xの意思決定（取引的不法行為類型）という保護法益に対する物理的・直接的な侵害が認められる場合である。いわば、我々の経験知に基づき外部からの観察によって侵害行為の内実（侵害行為と保護法益侵害・損害発生の因果的連関）と、それにより発生した損害のいずれをも直感的に把握することが比較的容易な場合がこれまでは前提とされてきた。これに対して市場連動型不法行為は、不法「行為」の次元においては、市場の価格メカニズムを利用しながら、しかも購買者の一見自由とみえる意思決定を利用したものであり、伝統的な意味における、物理的・直接的な侵害行為を観念することができず、また、被害者のもとに発生する損害は、「実質所得の目減りによる効用水準の低下」なのであって、損害そのものが経験的に把握し難いという顕著な特色を有している。そこで惹起される損害は、生命・身体に対する物理的・直接的な侵害行為を伴わない純粋経済損害であると述べることができるが、ここにいう純粋経済損害とは、一〇〇〇万円を有していた被害者が単純に騙されて四〇〇万円を窃取されたという意味での純粋経済損害（名目所得額の減少）なのではなく、被害者が奪われているのは自身の効用あるいは実質購買力である（物理的・直接的侵害を伴わず、名目所得額の減少も生じない）ところに問題の本質が存している。法的構成・構

造把握の困難さもそこに由来しており、つまり、不法行為の前後を通じて、被害者の有する名目所得額に変化がない場合、被害者の失った効用あるいは実質所得の目減りを果たしてどのように損害として把握し金銭に換算するのかという困難な課題がここには存しているのである。そして、上に見たように、かかる問題に対応するために本稿が着眼するのが、財価格の上昇によって実質所得が目減りし、その結果発生する効用の低下分を金銭に換算したものとしての「補償変分」（*CV*）である。

ところで、損害概念としての実質所得の減少による効用の低下、およびその金銭的評価としての補償変分についてのさらなる検討に入る前に、第一章において概観した差額説、損失説、損害事実説が、実質所得の目減りによる消費者の選択の自由の侵害に対して、果たして有効な損害概念と金銭的評価の手がかりを提供し得るものなのかについて、これまでの検討によって得られた知見を元に吟味してみることとしよう。

（13）参照、根岸哲＝杉浦市郎編『経済法［第三版］』（法律文化社・二〇〇二）、川浜昇＝瀬領真悟＝泉水文雄＝和久井理子『ベーシック経済法　独占禁止法入門』（有斐閣・二〇〇三）、金井貴嗣＝川浜昇＝泉水文雄編『独占禁止法』（弘文堂・二〇〇四）、柳川隆＝川浜昇編『競争の戦略と政策』（有斐閣・二〇〇六）、矢野誠『ミクロ経済学の応用』（岩波書店・二〇〇一）等。これらの見解につき拙稿・前掲注(1)二一七頁以下参照。

（14）余剰分析については、柳川＝川浜編・前掲注(13)一八頁以下参照。

（15）川浜＝瀬領ほか・前掲注(13)一六頁、根岸＝杉浦編・前掲注(13)三一頁。

（16）金井ほか・前掲注(13)九頁、川浜＝瀬領ほか・前掲注(13)一六頁。また、興味深い指摘をなすものとして、泉水文雄「独占禁止法と損害賠償」民商一二四巻四・五号（二〇〇一）一〇一頁注六三、一一一頁注七二も参照。

(17) 独占禁止法上の禁止根拠を考察する上では、本文のような静学的理解に留まらず、自由競争が企業の新規参入を促し、技術革新へのインセンティブを生み出すといった動学的な観点も加えた考察が不可欠である。ただ、民事損害賠償法の枠組みにおいては、このことは、技術革新へのインセンティブが阻害されたことにより、個々の消費者がいかなる損害を被ったのかという形で問われることになるが、かかる損害の算定は容易ではなく、また生ずることの不確定な将来的利益に対する損害賠償が問題となることから、そもそも民事的損害賠償になじむものであるのか問題もある。このような将来に向かって産出される動学的な利益は、民事責任の問題となるとしても差止の問題として考察されるべきであろう。ちなみに、このように動学的利益の保護もまた独占禁止法上の禁止根拠となり得ることを想起するならば、本稿は、独占禁止法違反行為が個々人の有している現在的な権利・利益への侵害を惹起する場合に、その権利・利益侵害の内実を明らかにした上で損害賠償を考えるべきことを主張するものであり、個々人の現在的な権利・利益の保護に、独占禁止法の禁止根拠をすべて還元できると主張するものではないことに留意されたい。

(18) 以下の分析については、拙稿・前掲注(1)一七五頁以下参照。

(19) カルテル行為が個々の消費者の意思決定や権利、あるいは私的利益にどのような影響を及ぼすかを吟味した上で、私法上の違法性を判断すべきとする本稿の立場に対しては、そもそも独占禁止法により保護・促進される競争政策は個々の消費者の権利・利益の保護・促進をも目的としているのであるから、独占禁止法違反行為は、個々の消費者の意思決定や権利・利益にいかなる影響を及ぼしているのかを吟味することなく、即座に私法上も違法性を招来すると立論するかのような見解も民法学や経済法学に見いだされないわけではない。独占禁止法上の違法性を民法は援用し得るとするこのような見解を「違法性の借用論」と呼ぶことができるが、かかる見解はそのままでは、独占禁止法違反による違法性と民法上の違法性とはその内実を異にするという見解との間での「水掛け論」となるか、あるいは、民法固有の権利侵害・違法性判断についての「思考停止」を要請するかのいずれかに終わりかねないものである。参照、拙稿・前掲注

（1）一四九頁以下。

この点につき、すでに松下満雄は、「独占禁止法違反イコールストレートに民法七〇九条に該当するかというと、経済法の観点から見ても何かワンクッションが必要である」とし、独占禁止法違反行為の中には、競争政策という経済政策からすれば不当と評価されるものであっても、民法上の権利侵害性、違反性には必ずしも該当しない類型の行為が存しているのではないかとの指摘をなしていた。松下は、独占禁止法違反行為といっても、民法上問題にし得るものとし得ないものがあり、この区別をすることが重要であるが、その場合の基準は何かが問題とされねばならないとしていたのである。参照、淡路剛久＝川越憲治＝松下満雄「鼎談　独禁法違反行為と民法七〇九条（下）」NBL二三九号（一九八一）二七頁（松下満雄発言部分）。

このように、ある独占禁止法違反行為が民法上の違法性を惹起するかどうか（あるいは過失一元論のもとでは、帰責性を承認することができるか）の判断基準を明らかにするためには、それがいかなる権利・利益侵害を惹起する行為なのかという観点から当該不法行為の構造を明らかにすることが必要であるが、かかる分析視角については、森田修の一連の研究に示唆を得ている。参照、森田修「『独禁法違反行為の私法上の効力』試論―独禁法による民法の〈支援〉―」日本経済法学会年報第一九号『競争秩序と民事法』（日本経済法学会編・有斐閣・一九九八）、同「市場における公正と公序良俗」金子晃＝根岸哲＝佐藤徳太郎監修『企業とフェアネス―公正と競争の原理―』（信山社・二〇〇〇）、同「独占禁止法違反の法律行為の効力」丹宗暁信＝岸井大太郎編『独占禁止手続法』（有斐閣・二〇〇二）、同『新版・注釈民法（三）』［川島武宜・平井宜雄編］（有斐閣・二〇〇三）九四頁以下参照。

（20）なお、価格 p_1^1 の右下の添え字は x_1 財の価格であることを示し、右上の添え字は当初価格であることを示す。よって、例えば p_2^1 は x_2 財の当初価格であることを意味し、p_2^2 は x_2 財の価格上昇後の価格であることを示す。この添え字の意味は財 x_1、x_2 についても同じであり、例えば x_1^1 は x_1 財の価格上昇前の消費量を表し、x_1^2 は、x_1 財の価格上昇

後の消費量を表す。

(21) 図2は、今泉博国＝須賀晃一＝渡辺淳一『ミクロ経済学　基礎と演習』（東洋経済新報社・二〇〇四）六六頁による。

(22) 以下では、「補償変分」を用いた説明を行う。「等価変分」をも用いた説明については、西村和雄『ミクロ経済学』（東洋経済新報社・二〇〇三）一二〇頁以下参照。

(23) なお、拙稿・前掲注(1)では、「補償所得」を「補償変分」と混用している箇所がある。拙稿・前掲注(1)一七一頁においては、補償所得を「変化後の価格の下で価格変化前と同様の効用水準を補償する所得」と定義しており、これは本稿で見たI'を意味する。他方、拙稿・前掲注(1)一五八頁以下では、補償所得を$I'-I$と記述している箇所がある。拙稿・前掲注(1)一七一頁の定義が正しく、$I'-I$は「価格上昇により低下した効用をもとに戻すために必要な所得の追加分」、つまり補償変分である。謝してここに訂正しておきたい。

(24) 問題となる財が、塩などの所得の大小にかかわらず常に一定の消費量が必要な財なのか、それとも、通常の消費財のように、所得が大きくなればなるほどより消費量の大きくなる財なのかによっても違いが生ずる。

(25) いわゆる「ギッフェン財」である。参照、ハル・R・ヴァリアン（佐藤隆三監訳）『入門ミクロ経済学［原著第七版］』（勁草書房・二〇〇七）九九頁以下。

(26) 他方、「選択の自由」の侵害は、意思表示法・法律行為法の評価にも服すべき問題である。この点につき、参照、拙稿・前掲注(1)一五〇頁以下。

(27) 前掲最高裁平成元年一二月八日判決はこの点につき、独占禁止法の審判制度は「もともと公益保護の立場から同法違反の状態を是正することを主眼とするものであって、違反行為による被害者の個人的利益の救済を目的とするものではな」く、独占禁止法二五条、二六条の規定は、「これによって個々の被害者の受けた損害の塡補を容易ならしめることにより、審判において命ぜられる排除措置とあいまって同法違反の行為に対する抑止的効果を挙げようとする目的に出

た付随的制度に過ぎないものと解すべき」であるが、同条に依らねば損害賠償を求め得ないということはできず、「同法違反の行為によって自己の法的利益を害された者は、当該行為が民法上の不法行為に該当する限り」、「別途、一般の例に従って損害賠償の請求をなすことを妨げられない」とする。

(28)　民法上は、故意不法行為と過失不法行為において、損害賠償の範囲を異ならしめるべきとする立場を採るならば、独占禁止法違反の点に故意を認め得るかはなお重要な問題となる。もっとも、現在においては、独占禁止法違反行為の経済的意味が周知徹底されることにより、「故意」の存在を否定することはできないように思われる。例えば、前掲鶴岡灯油訴訟控訴審判決（仙台高裁秋田支判昭和六〇年三月二六日）は、「一般不法行為における故意は、『客観的に違法とされる事実の発生の認識』があれば足りるのであって、それが違法であるという違法性の認識を要しないものというべきである。」とし、本件においては、「石油元売一二社は、石油製品の販売価格の引上げを目的として価格協定を締結したもので、それが石油製品市場における有効な販売競争の制限をもたらすことを認識していたものであるから、故意のあることは明らかである。」とする。また、独占禁止法違反行為が不法行為を形成するための故意・過失要件に関しては、根岸・前掲注(6)六三頁以下も参照。

第三章　従来の損害概念の批判的検討

第一節　差額説は有効な判断基準を提供し得るか

差額説の問題点を明らかにするために、設例をもとに検討してみよう。

〔設例一〕製造業者Y_1、Y_2のカルテル行為により、Y_1、Y_2の生産する消費財の価格が一ユニットあたり四〇〇円から一〇〇〇円に上昇した。消費者Xはカルテルの前後を通じて当該消費財を、毎年二〇〇ユニット購入・消費していた。Xの被った損害額はどのように算出されるだろうか。

この例においては、損害額を算定することは一見容易であるように見える。例一においては、消費者Xは、カルテル成立前には「二〇〇ユニット×四〇〇円＝八万円」の支出をなしていたところ、カルテル成立による消費財の価格上昇により、「二〇〇ユニット×一〇〇〇円＝二〇万円」の支出をなしており、差引一二万円の余計な支出をなしている。この余計な支出分をもってXの被った損害の額とすることには誰しも気付くところであろう。第一章に見たように、判例は「商品の購入者が被る損害は、当該価格協定のため余儀なくされた支出分として把握される」としつつ、それは「購入者が購入に際し支払った代金額とその当時における当該商品のあるべき価格との差額（すなわち、現実購入価格と想定購入価格との差額）」であるとする[29]。判例の準則を設例にあてはめると、カルテルによりXは余計な支出を余儀なくされており、それはXが現実に支払った価格二〇万円と、当該消費財の想定購入価格八万円の差額である一二万円として算出されることになる。

問題はこのような考え方を支える損害概念である。まず前記判例の採るところと評されている「差額説」から検討してみよう。周知のとおり、差額説は「現在の財産状態と不法行為がなかった場合の仮定的財産状態との差額」をもって損害と定義する。そして、学説には前記判例は差額説に立つと評するものが多いことも第一章に見た通りである。しかし、判例は本当に差額説に立つものといえるのだろうか。

まず、差額説の中でも、総体差額説と呼ばれる見解は、「現在の総財産状態と、不法行為がなかった場合の仮定的総財産状態との差額」をもって損害と把握する。よって、設例一については、カルテル成立による価格上昇後の

Xの総財産状態とカルテルが存しなかった場合のXの仮定的総財産状態を比較することになる。他方、財産状態の差額に着眼するとしても、総財産状態の差額ではなく、当該財の購入に要した支出変化、あるいは従前と同水準の支出により入手得た当該財の購入量変化のみに着眼することも損害理解としては可能であろう。この考え方によれば、例えば「カルテル後当該財の購入に現実に要した支出額と、不法行為がなかった場合の当該財の購入にあてる仮定的支出額の差額」をもって損害と把握することになる。本稿では後者の考え方を個別差額説と呼ぶこととする。

設例一では、総体差額説は、「カルテルがない場合のXの仮定的総財産状態から、カルテルがある場合のXの現実の総財産状態を差し引くと一二万円の減少が認められる」ことを理由として一二万円を損害額として把握する。他方、個別差額説は、当該財の購入に要した額にのみ着眼するから、「当該財を購入するために、本来なら八万円の支出で済んだはずのものが、二〇万円の支出となっている」ことをもって、その差額一二万円を損害として把握する[30]。このように、総体差額説を採るか、個別差額説を採るかの違いはあるにせよ、カルテル企業との契約締結により消費者が被った損害を把握するためには、「カルテルなかりせば購入し得たであろう額と、カルテルの結果上昇した価格で購入した額の差額に着眼し、その間に存する消費者の財産状態の差額をもって損害とする」という考え方が設例における損害額算定の一つの基礎を提供するものであるように見える。

しかし、本当にそうなのであろうか。前記の算出方法を注視すれば容易に判明するように、総体差額説が妥当な結論を導くためには、いくつかの前提条件が必要である。例えば、設例一において消費者Xが、総財産状態に一二万円の損害を被ったということができるためには、問題となっている財以外の財に対するXの支出は一定でなければならない。カルテルによる価格上昇の前に、様々な財の購入のためにXが仮に年間二〇〇万円の支出をなしており、その内問題となった財の購入に「二〇〇ユニット×四〇〇円＝八万円」の支出を充てていたとしよう。そ

の後、カルテルによる当該財の価格上昇により、Xは当該財の購入に「二〇〇ユニット×一〇〇〇円＝二〇万円」の支出を要することとなり、よって総支出額が二一二万円になったとしよう。このように当該財の価格上昇以外の財産状況に変化がないという仮定条件の下では（例、当該財の消費量や他の財の価格・消費量が変わらない等）、なるほどXは当該財を同量入手するために年間一二万円の余計な支出をなしているように見える。Xの総財産は一二万円減少しており、よって「総財産状態の差額」が一二万円として算出されることにも理由があるように見えるのである。(31)

しかし、この仮定条件が妥当しない場合はどうであろうか。設例二を見てみよう。

〔設例二〕製造業者Y_1、Y_2のカルテル行為により、Y_1、Y_2の生産する消費財の価格が一ユニットあたり四〇〇円から一〇〇〇円に上昇した。消費者Xはカルテルによる価格上昇前には当該消費財を毎年五〇〇ユニット購入・消費していたが、価格上昇後の現在においては、年二〇〇ユニットを購入・消費している。Xの被った損害額はどのように算出されるだろうか。

消費者Xはカルテルによる価格上昇後の現在、当該財に支出している総額は「二〇〇ユニット×一〇〇〇円＝二〇万円」である。他方、カルテルがなかった場合の支出額は「五〇〇ユニット×四〇〇円＝二〇万円」である。設例二においては、消費者Xは財価格の上昇に伴い、消費量を減少させることにより当該財の購入のための支出額をカルテル前における支出額と同額に抑えているのである。この場合に、Xに生じた「財産の差額」とはどの点に着眼して算定されることになるのであろうか。総体差額説に立つならば、当該財の価格上昇に伴い、消費者が消費計画を変更し、当該財の消費を抑え他の財で代替することによって結果として総支出額をカルテル成立前と同等に抑えた場合には、支出額にのみ着眼すると総体としての名目的財産状態に変化がない以上、損害は発生していない

という結論が導かれることになりかねない。

このように設例二では、総体差額説にいう「総財産状態の差額」を、「何と何の差額」と理解するのかが問われている。Xの総財産を、a所得（金銭）、b購入した当該財、およびcその他の財産に区分するとしよう。カルテルのある場合の購入とない場合の購入との間で仮にcに変化がないとした場合、設例一においては、Xの購入した当該財二〇〇ユニットには変化がなく（bの変化ゼロ）、よって、Xの総財産状態に生じた差額はXの余分に支出した金銭aの差額と等しくなる。つまり設例一では、「総財産状態の差額＝aの差額」となる。しかし、設例二では、同じくcに変化が生じていないとした場合、購入する財の量bを控えることで、Xは支出する金銭aをカルテルによる価格上昇前の水準に保っているのであって、aのみに着眼すれば差額は発生しない（aの変化ゼロ）。この場合にも、損害が発生しているというためには、aに着眼するのではなく、bにも着眼することが必要となる。設例二において、Xが財の購入のために支出した金額は以前と同一水準であったが、購入した財の量は、五〇〇ユニットから二〇〇ユニットに減少している。Xは従来と同じく二〇万円を支出しているが、代わりに入手した財の量は、三〇〇ユニット減少している。つまり、bに着眼するならば、Xは同額の支出をなしながら、入手した財は三〇〇ユニット分少ないという意味において、総財産状態に差が生じている。このように、設例二においても損害を観念しようとするならば、総財産状態に「三〇〇ユニット分の購入量の減少が見られる」ことをもって損害があると理解することになる。もっとも、これは未だ「金額」に評価されておらず、よって、購入を断念した三〇〇ユニット分の財をどのように金銭に換算するのかという問題が残る。しかし、この点について、差額説は明快な基準を提供しないように思われる。容易に気付く手がかりとしては、カルテル前の価格四〇〇円や、カルテルによる価格上昇後の価格一〇〇〇円、あるいはその差額六〇〇円に着眼することであるが、「三〇〇ユニット×四〇〇円」、「三〇〇ユニット×一〇〇〇円」、「三〇〇ユニット×六〇〇円」のいずれの計算式も、三〇〇ユニット分の購入量

減少という損害の金銭的評価（差額説ではそもそも両者は一体として観念されるはずであるが）として根拠を持つものではない。その困難さは、損害額算定にあたり設例一で着眼された「余計な支出」は、我々の日常生活経験に基づく損害理解になじむものであるが、設例二で問題となった「購入量の減少、購入の断念」は、我々の日常生活経験をもってしては十分にその本質が理解されない損害であるところに存している。

ところで、設例二については、Xの被った損害額を、「二〇〇ユニット×（一〇〇〇円―四〇〇円）＝一二万円」という算定方法により計算するという考えが総体差額説から主張されるかも知れない。このような損害額算定方法は以下のような一般化された式で表されることになる。

（値上がり後現在の消費量）×（現在の価格－仮定的価格）＝損害

しかし、総体差額説のこの算定方法に対しては、これが総体差額説の前記の定義から導き得るものであるか疑問がある。「現在の総財産状態と仮定的総財産状態との差額」として損害（額）を定義する以上、ここでもどうして「問題となった財の価格変化のみ」に着眼するのか疑問がある。この計算式は、「価格上昇を見た当該財の購入に要した支出変化」、すなわち前記aのみに着眼するものであり、これが総体差額説の損害概念と整合するためには、b、cに変化がないことが前提条件となることは上に見たとおりである。ある財の価格変化により、b、cに変化が生じた場合にもaにのみ着眼し、aに発生する差額のみをもって損害とするのであれば、これはもはや総体差額説とはいえないことになる。総体差額説は、現在の総財産状態と仮定的総財産状態とを比較するものであるから、総体差額説の定義からして、当該財の価格上昇分のみならず当該財の消費量変化や、他の財の消費量変化もまた考慮に入れねばならないはずである。前記の計算式は設例一のように価格上昇の前後を通じて、消費者Xの消費

量に変化がなく、かつ他の財の消費量も変化していない場合（つまり一貫してXが二〇〇ユニットを消費し、他の財の購入量にも変化がない場合）にのみ、差額説の定義である「現在の総財産状態と仮定的総財産状態との差額」という定式から導かれる結論と偶然一致するものにすぎない。

これに対し、本稿が個別差額説と呼ぶ立場では設例二はどのように理解されることになるのだろうか。個別差額説は、当該財に関する支出・消費量のみに着目して被害者のもとに発生した財産（額）状態の変化をもって損害と定義する。ここでは、個別差額説に基づき、「当該財の購入に充てた余計な支出」をもって損害と定義することとしよう。実際に要した支出に着眼するならば、値上がり後の現在において、消費者Xが、ユニット当たり一〇〇〇円で計二〇〇ユニットを購入している場合には、カルテルがなかった場合の仮定的価格四〇〇円と比較して、Xは「二〇〇ユニット×（一〇〇〇円―四〇〇円）＝一二万円」の余計な支出をなしているから、この一二万円をもって損害（額）とすることになる。

しかし、個別差額説のこのような算定方法にもなお問題があるように思われる。前記の総体差額説と同じく、一般化された式によってこの個別差額説を表すと以下のようになる。

（値上がり後現在の消費量）×（現在の価格―仮定的価格）＝損害

この式においては、なるほど当該財の購入に要した余計な支出が計算されているように見えるが、ここでも、「価格の上昇については変化を算入するが、消費量の変化についてはこれを無視する」のはなぜかという疑問が当てはまるように思われる。つまり、当該財の購入にあてた余計な支出は損害として算入されるのに、財の購入を断念したことはなぜ損害として考慮されないのかという問題である。設例二においては、価格の上昇に伴い、Xは従

来五〇〇ユニット消費していたところから、二〇〇ユニットの消費へと消費計画を変更しており、当該財の購入に視点を限定してみても、Xは三〇〇ユニットの消費を断念しているという事実が存している。しかし、この計算式においては、価格上昇による「購入の断念」という事実がそもそも評価対象となってはいない。その理由は、前記で個別差額説が「当該財の購入に充てた余計な支出」と損害を定義したことに由来する。この計算式においては、価格上昇後に購入した当該財の購入量が無批判に損害額算定の基準とされており、だからこそ「当該財の購入に充てた支出額」のみに着眼して損害額が算定され得るのである。ここでは、「購入を断念したり、あるいは他の財の購入に充てた支出」は最初から考慮の外に置かれているのである。つまり、個別差額説が、損害を「当該財の購入に（実際に）充てた余計な支出」と定義する時、「購入を断念したり、他の財の購入に支出を回したこと」が損害の定義から除外されることとなるが、そもそも購入断念という損害が定義からなぜ除外されるのかは不問に付されたままである。既に見たように、市場における消費者の意思決定においては、市場価格の上昇により、消費者は価格上昇のあった財の消費量を減少させ、相対的に割安感の出た他の財の消費を増やすことが通常である。しかし、前記の算出方法では、価格上昇に伴い実際の消費量は仮定的消費量よりも少なくなっているということが、定義の段階からそもそも評価対象に入ってこないのである。

もっとも、個別差額説の正当化の一つの試みとして、当該財の購入に要した「余計な支出」は、価格上昇による「購入を断念した財」の購入に本来充てられるものであることに着眼すればよいとする見解もあるかもしれない。この見解では、「余計な支出」についての賠償を与えることは、本来購入し得た「購入を断念した財」の購入分の賠償ともなっていると考え、よって、「余計な支出の賠償」は「購入断念分の賠償」を兼ねると考えることになる。設例二の検討において述べたところによれば、価格が四〇〇円から一〇〇〇円に上昇したことにより、消費量が五〇〇ユニットから二〇〇ユニットに減少したとしても、実際に購入した二〇〇ユニットについての余計な支

出、すなわち「二〇〇ユニット×（一〇〇〇円―四〇〇円）＝一二万円」を、消費を断念した三〇〇ユニットの購入に本来充てられたものと考え、よって一二万円の賠償を与えることは、購入断念による損害の賠償ともなっていると考えることになる。つまり、「余計な支出」という損害（額）と、「購入断念」という損害（額）とは、同一の損害（額）を別な観点から見ているものに過ぎないというわけである。実際、前記の例では、購入を断念した三〇〇ユニットを、上昇前の価格四〇〇円で購入したとしたら、「三〇〇ユニット×四〇〇円＝一二万円」となり、これは二〇〇ユニット購入のために要した余計な支出一二万円と一致するように見える。この考え方の当否を検討することは、市場連動型不法行為が惹起する損害の特質を理解することに役立ち、よって第四章第一節において改めて検討を加えることとする。

ところで、消費量の変化は、損害額算定にあたり評価対象として見落とされるべきではないとの本稿の考え方に立つならば、価格変化にともなって、消費者は当該財の消費量をどのように変化させるかという財の性質もまた重要な意味を持つことになる。つまり、上に見た、いわゆる上級財、下級財に類似した区別がここで意味を持つことになる[32]。

この財の性質が重要な意味を持つことになるのが次の設例である。

〔設例三〕製造業者Y_1、Y_2のカルテル行為により、Y_1、Y_2の生産する消費財の価格が一ユニットあたり四〇〇円から一〇〇〇円に上昇した。消費者Xはカルテルによる価格上昇前には当該消費財を毎年五〇〇ユニットを購入・消費していたが、価格上昇後の現在においては、年七〇〇ユニットを購入・消費している。Xの被った損害額はどのように算出されるだろうか。

ギッフェン財に類似する財を考えることになるが、現実社会にはギッフェン財を見いだすことは困難であるとさ

れている。ここでは、灯油の価格上昇によりXは生活全般を切り詰める必要を感じ、それまで灯油に加えて、便利さを優先し電気、ガスをも併用していたところ、コストのかからない灯油に全面的に切り替えたという仮装事例をとりあえず想定してみよう。

設例三においては、カルテルによる価格上昇に伴い、消費者の消費量はかえって上昇している。この時、差額説による前記損害額算出の定式をそのまま適用し、消費者の被った損害を求めると以下のようになる。

（値上がり後現在の消費量：七〇〇ユニット）×（現在の価格－仮定的価格：六〇〇円）＝損害（四二万円）

仮に価格上昇によってもXが依然として五〇〇ユニットを消費していたとしたならば、余計な支出は、「五〇〇ユニット×（一〇〇〇円―四〇〇円）＝三〇万円」である。しかし、右の算定方法では、価格上昇により上積みされた二〇〇ユニット分（七〇〇ユニット―五〇〇ユニット）も、追加的支出の評価対象として算入されている。これまで見たところと対比するならば、価格上昇により消費量を減少させたときは損害評価の対象とはされず、価格上昇により消費量を増加させたときは損害評価の対象とされることになる。つまり、購入量変化という観点から見るならば、「購入量の減少は法的に考慮されず、購入量の増加は法的に考慮される」という偏頗な扱いとなっている。この結論は、差額説が消費者Xに対して過剰な賠償を与える場合があり得ることを示しているように思われる。

結局、被害者が余儀なくされた余計な支出、すなわち名目所得額の変化のみに着眼する総体差額説・個別差額説は、価格上昇に伴い消費量を減少させる種類の財については、消費量の減少という局面を考慮から排除していることによって当該消費者にとり過少賠償を与えることになり、他方、価格上昇に伴いかえって消費量を増大させる種類の財については、過剰賠償を与えることになり得るという問題を有しているように思われる。逆に、例外的に価

格上昇の前後で消費量が一定であるような財においては、前記の損害額算定方式は消費者の被った損害額の算定方式として、一定の合理性を有するようにも見える。かかる観点からは、東京灯油訴訟、鶴岡灯油訴訟において争われた「灯油」という財が、少なくとも他の財への代替が当時容易でなく、価格上昇の前後において消費量に大きな変化がないと見込まれる種類のものであったとするならば、このことは当該事例における前記諸判決の採った算定方式の合理性を評価する上で、無視できない重要性を有していると評価されることになる(33)。

とはいえ、市場連動型不法行為の特徴が、当該財を購入しようとする消費者に実質所得の目減りを生ぜしめ、消費者の効用水準の低下を惹起することで、消費者に全消費計画の変更を迫るという点にあることを正確に理解するならば、「余計な支出」にのみ着眼する差額説は、一方で購入量の変化という局面を無視している点において問題の本質を捉えておらず、他方で購入量の変化に着眼しようとしても、損害額算定の理論的基礎を提供できないという点において理論的に不備があるように思われる。

第二節　損失説は有効な判断基準を提供し得るか

次に損害を個々の法益に対する侵害により被害者が被った実体的価値の喪失と定義する損失説を検討してみよう(34)。実は、損失説もこれまで見た設例に対して十分な答えを提供し得るものではないことが判明する。損失説については、まず、その損害概念の不明確性が指摘し得る。特に市場メカニズムを通じて純粋経済損害を惹起する独占禁止法違反の不法行為の事例においては、損失説にいう個々の法益に被った実体的価値の喪失・不利益とは、果たしていかなるものを指すのかなお不分明である。学説は、独禁法違反の不法行為の場合には「公正な競争によって形成された価格で商品を購入する利益」が保護法益であり、「この利益について被った不利益、いいかえれば、私的独占、不当な取引制限または不公正な取引方法によって形成された価格（これを「独占価格」と呼んでおく）

で商品を購入せざるを得なかったこと自体が損害である」とする。[35] しかし、「独占価格で商品を購入せざるを得なかったこと自体が損害」との説明では、「独占価格のために、商品の購入を断念せざるを得なかったこと」がそもそも考察から排除されているという前節で見た問題がここにも存しており、他方、仮に「独占価格で購入せざるを得なかったこと」を損害と把握するとしても、そこから具体的にどのような判断基準が抽出されることになるのか、曖昧なままである。

「独占価格で商品を購入せざるを得なかったこと」という損害理解から、仮に「現在の消費量×価格上昇分＝損害」という損害額算出の定式が導かれるのであれば、いかなる理由によってそれが導かれるものなのかは、差額説以上に不分明である。差額説の損害概念から、保護範囲（義務射程）や損害の金銭的評価という作業を分離した点において、損失説や次に見る損害事実説の果たした理論的貢献の大きさには疑う余地はない。しかし、独占禁止法違反の不法行為類型においては、差額説に対するこの批判が妥当するものであるのか疑問がある。一見して分かるように、「現在の消費量×価格上昇分＝損害」と考えるのであれば、その「損害」概念はすでに「金銭」に表されたものとなっており、損害の金銭的評価を含んでしまっている。これでは、損失説が批判したはずの差額説と大差ないことになろう。[36] これを回避するためには、「現在の消費量×価格上昇分」をもって損害とするのではなく、損害概念としては、あくまで「独占価格で商品を購入せざるを得なかったこと自体」という抽象的な損害理解に留まりつつ、後は金銭的評価の作業に委ねるとする判断構造を維持せねばならないことになる。しかし、金銭的評価は裁判官の自由裁量の問題であるとされるならば、[37] ここにみた損害の定義の抽象性から始まって、損害の金銭的評価にいたるまで、どの段階でもほとんど分節化可能な判断基準を損失説は提供していないことが明らかとなる。設例一、二、三のいずれの場合においても、損失説自体からは損害賠償額算定に関する具体的な判断基準は導かれないのである。損失説は、一方では損害の定義において「財の購入の断念」をなぜ損害と把握しないのかの説明を与え

ず、他方では「独占価格で当該財を購入せざるを得なかったこと自体」の具体化においては、差額説の呈示する判断基準に依存するものである。仮に後者を否定し、差額説への依存を断ち切ろうとすれば、損失説は、抽象的な損害論と裁量的な金銭的評価論を内容とする、無限定な自由裁量的損害賠償論がその全体像であるということになろう。

付言すれば、損失説に立つのであれば、独占禁止法違反行為がなぜ私法上の不法行為として違法（過失一元論においては、過失ある行為）と評価されるのかについての、いわゆる違法性の借用論との関連も重要な問題となる。[38] 借用論は、独占禁止法は私法上の権利・利益保護をも目的としており、よって私法上独自に違法性判断を施すことなく、独占禁止法違反行為は私法上も違法行為として評価されるとする。しかし、損失説は「法益に被った損失」を損害として定義し、独占禁止法違反の不法行為においては、「独占価格で商品を購入せざるを得なかったこと自体」を損害であるとする以上、そこでは「いかなる法益」に損失を被ったといえるのかを結局は明示せねばならないことになっている。そして被侵害法益・被侵害利益の確定は違法性判断の重要な構成要素であることを想起するならば、被侵害法益を明示することは、違法性判断の重要な部分をここで行っていることを意味する。よって「損失説」は、独占禁止法違反の点とは独立に民法上そもそもいかなる法益侵害があったかを問う必要を認めない「違法性の借用論」とは両立し得ないはずである。

この場合、独占禁止法は私的権利・利益保護をも目的としており、よって抽象的に「競争秩序」が法益であり、この侵害があることをもって侵害された法益の確定としては十分であるとの反論も考えられる。しかし、このような考え方は既に見たように、損害の定義を極めて抽象化することになり、損害要件はもはやそれに続く具体的損害内容の把握、損害の金銭的評価への具体的手がかりの提供という役割を担うことのできないほとんど無意味な要件に終わってしまうことになる。[39] 損失説のように、なお損害概念に不法行為体系上の意味を見いだすべきとの立場を

採るのであれば、被害者の被った損害を確定し、賠償額を算定するためには、当該被害者はいかなる「法益」を侵害されたのかがまずもって確定されねばならず、そこで確定された「法益に被った不利益」とは、以後の損害賠償額算定のために手掛かりをあたえるだけの具体的内容を持ったものでなければならないはずである。損害の発生・範囲の確定と、それに続く損害の金銭的評価という一連の法的評価の中で、損害の発生・範囲の確定は、そこで確定された損害が金銭的評価の対象となり得るだけの最低限の具体性を持つものであることを必要とするはずだからである。

しかし、例えば「競争秩序が保護法益として侵害されている」というだけでは、いわば一般的に「法益が害されている」と述べるに等しく、さらに、「公正な競争によって形成された価格で商品を購入する利益」と述べるだけでは、そこにもなお金銭的評価を施すに足りるだけの最低限の具体性を見いだすことはできない。加えて、「保護法益としての競争秩序」や「公正な競争によって形成された価格で商品を購入する利益」というだけでは、公正な競争により社会全体が受ける利益、すなわち社会的厚生と、個々の消費者の受ける利益との区別も不明確なままである。少なくとも現行七〇九条の理論枠組みのもとでは、個々の被害者は、社会全体の被った損害（社会的厚生の損失）を社会全体を代表して独占企業に対し賠償請求するわけではなく、ここに見た損失説の知見は、懲罰的損害賠償、二倍・三倍賠償と塡補賠償、差止と金銭賠償等々が含意しているところの相違を明らかにすることができるだけの、十分に明瞭な分析枠組みを提供することもできないように思われる。

このように伝統的不法行為類型については説得力をもって受け止められた損失説も、市場連動型不法行為に関してはなんら有効な判断基準を提供し得ないことが判明する。その主たる理由は、市場連動型不法行為の惹起する損害が、市場メカニズムを通じて消費者の下に純粋経済損害を惹起するという特質を持つものであるところ、損失説はこの構造的特質の把握に失敗しており、人身損害・物的損害を想定してそれまで展開されていた不法行為法理論

の枠組みを用いて問題に対処しようとしたところにあると思われる。

第三節　損害事実説は有効な判断基準を提供し得るか

最後に、損害事実説を検討してみよう。周知の通り、損害事実説は、わが国の損害賠償法においては、「損害を定義する法技術的意義に乏し」く、被った不利益として被害者により主張された事実をもって損害と定義すれば足りるとする[40]。損害は「損害賠償の内容に解消される」こととなり[41]、具体的には、賠償範囲と金銭的評価の作業に解消されることになる。そして前者の賠償範囲は結果回避義務の射程の問題として処理され、後者の金銭的評価は裁判官の創造的・裁量的判断に委ねられることになる。

しかし、この損害事実説も市場メカニズムを通じて遂行される不法行為という類型については、十分な判断基準を与えないように思われる。というのも、まず損害を賠償範囲論で取り扱うとしても、賠償範囲確定の基準たる結果回避義務の射程を判断するにあたっては、回避されるべきかどうかという評価の対象となる「結果」が判明していることが必要である。しかし、独占禁止法違反の不法行為という問題群ではそもそも「回避されるべき結果とは何か」が問題なのである。義務射程の理論は、生じている「結果」が自明な不法行為類型（そこでは、公害や交通事故といった、保護法益の侵害および発生した損害が経験的に認識可能な事実的不法行為類型が明らかに念頭におかれていた）について、その結果が「回避されるべきであったかどうか」についての判断枠組みを提示する理論である。義務射程の理論は、損害賠償の範囲は過失の内容たる結果回避義務の範囲と一致するとするが、それは結果回避義務とは独立して、「結果」それ自体が経験的・直感的に認識可能な場合に、その「結果」が結果回避義務の射程内に入るかどうかの評価を与えることによって、その「結果」を不法行為者に帰責する理論である。

ところが、市場メカニズムを通じて遂行される不法行為類型においては、そもそも生じた結果とはなにか自体

の確定が困難である。カルテルにより価格が上昇し、その結果消費者が余計な支出を余儀なくされたことが回避されるべき結果なのか、それとも、価格上昇により消費者が財の購入を断念したこともまた回避されるべき結果なのか、あるいはカルテルにより競争秩序が害されたこと自体が回避されるべき結果なのか。損害事実説からはいずれについても有意な判断基準は導かれない。これまで論じられてきた不法行為類型においては、いかなる損害が発生しているかという点について経験的・直感的に把握が可能であるため、実質的に問題として残るのは、経験的に把握された損害の内、どの範囲を賠償範囲に含めるのか、そして、賠償範囲に入るとされた損害をどのように金銭的に評価するかという作業である。よって、損害概念を論ずる具体的意義はこれらの作業に解消されるとの主張には確かに理由がある。しかし、損害それ自体を経験的に把握することに困難が存する場合には、結果回避義務の範囲内にあるかどうかの判断に先立って、そもそも発生している損害とは何かを確定する必要性が顕在化することになる。損害事実説は、損害の確定自体に十分な理論的重要性を置いてこなかったために、この課題についての分析枠組みを提供しない。結局、不法行為体系上、「損害を定義する法技術的意義に乏しい」といい得たのは、法技術的意義を論じる必要のない類型が取り上げられてきたからに他ならないのである。

同様のことは、損害の金銭的評価にも当てはまる。仮に金銭的評価が裁判官の裁量問題であるとしても、損害は、裁判官の裁量に基づく金銭的評価の対象として、個々の消費者の被った損害額の算定を裁判官に可能とするだけの具体性をもったものでなければならない。そして、損害を論ずることに法技術的意義が乏しいといい得たのは、金銭的評価の対象として損害が既に具体的な形をとっている事例群が念頭に置かれてきたからである。しかし、市場連動型不法行為においては、何をもって損害とするかの確定自体が問われているのであって、ここでは「一体何を金銭に評価すればよいのか」自体が問題となる。

例えば「カルテルにより消費者が被った事実上の不利益」や「独占価格で商品を購入せざるを得なかったこと」

自体を損害と把握するとしても、それだけではなお金銭的評価の対象としての具体性を持ったものとはおよそいい難い。この時、損害事実説が、「独占価格で商品を購入せざるを得なかったこと」をもって損害の把握としては十分であるとし、その金銭的評価は、「被害者に対し可及的に不法行為前の財産状態を回復させるべし」とする「全額評価の原則」[42]を指針として裁判官の裁量によりなされるとするのであれば、これは、消費者の被った損害は極めて抽象的な次元に留められつつ、「余計な支出」や「購入の断念」といった事実はすべて金銭的評価にあたっての裁量の一判断資料として位置づけられることを意味する[43]。これでは、損失説について述べたところと同じく、損害事実説もまた、この市場連動型不法行為の類型に関しては、抽象的な損害論と裁量的な金銭的評価論を内容とする、無限定な自由裁量的損害賠償論に陥ってしまうことになる。

他方、損害事実説が、「カルテルにより消費者が被った事実上の不利益」や「独占価格で商品を購入せざるを得なかったこと」をもって損害と把握するのみならず、さらに具体化を試み、仮に「消費者のなした余計な支出」をもって損害と把握するのであれば、「余計な支出」は金銭的評価の一資料ではなく、損害事実の内容確定の問題と位置づけられることになる。しかし今度は、金銭的評価の資料ではなく、損害事実の内容確定の問題に振り分けられるのはなぜかが問題とされることになり、さらに、かかる位置づけをなすことは、まさに損害を定義することに法技術的意義を認めていることになる。ここでも、「独占価格で商品を購入せざるを得なかったこと」の内容に、「余計な支出」のみが含まれるのか、それとも「消費を断念したこと」も含まれるのかという問題が生じ、損害を定義する法技術的意義が乏しいどころか、これは実質的に損害を定義しながら論じていること以外のなにものでもない[44]。

つまり、損害事実説は、損害が経験的・直感的に把握可能な事例においては一定の合理性を持つが、損害の把握自体が主要問題として問われる事例においては有効な判断枠組みを提供せず、一方では「余計な支出」等を金銭的

評価の一資料に位置づけるならば、損害概念の抽象性とも相俟ってなんの基準も提供しない自由裁量的損害賠償論に陥ってしまい、他方、損害事実の内容確定の問題に位置づけるならば、損害の定義に法技術的意義を認めざるを得ないという矛盾を抱えているように思われる。

結局、損失説について妥当した、それが市場連動型不法行為についてほとんど有意な損害賠償の判断基準を提供し得ていないという批判は、損害事実説に一層当てはまるように思われる。損失説、損害事実説ともに、我々の経験知により損害を把握することのできる伝統的不法行為類型については、差額説に対する鋭い批判とともに、我々に重要な知見をもたらすものの、損害の内容確定自体が重要な課題として問われることになる市場メカニズムを用いてなされる不法行為類型においては、有効な視点を提供しないことが明らかになる。

以上のように、一見無風状態に見えた市場連動型不法行為における損害論もなお重要な所で不分明な点が存しており[45]、差額説、損失説、損害事実説ともに問題を抱えているのであった。このように独占禁止法違反の不法行為類型に対応できるだけの損害論は、現在のわが国の不法行為法理論においてはなお十分な展開を見ていないのが現状である。そこには、市場連動型不法行為類型特有の構造が十分に意識されず、もっぱら交通事故や公害、その他の物的損害といった生命・身体・有体物への直接的・物理的な侵害行為が存在する場合を前提として発展してきた七〇年代・八〇年代の不法行為法理論の枠組みが依然として所与のものとされているという一つの背景事情が見て取れる。しかし、既に見たように、独占禁止法違反の不法行為は市場メカニズムを通じて純粋経済損害を惹起する不法行為類型であり、伝統的不法行為法理論の提供してきたこれまでの理論枠組みでは捉えきれない構造的特色を有しているのであった。そこには、不法行為の前後を通じて、被害者の所有する名目所得額に変化がない場合でも、被害者の選択の自由を保障し、実質所得の目減りにより低下した効用を果たしてどのように損害として把握し金銭に換算するのかという困難な課題が存しているが、それはいずれもこれまでの不法行為法学において十分な理

論的枠組みが提供されているとはいい難い問題である。そこで次の章では、この市場連動型不法行為の特質、すなわち、価格メカニズムに働きかけることにより個々の消費者の実質購買力の減少を引き起こし、消費者の効用水準の低下をもたらす一方、不法行為者の利得を極大化するという構造的特質を踏まえつつ、独占禁止法二五条、および民法七〇九条における損害賠償論の新たな理論的基礎づけを試みるものとする。

（29）参照、前掲最判平成元年一二月八日民集四八巻一一号一二五九頁等。

（30）なお、差額説については、差額説自体の妥当性という概念体系上最も上位レベルの問題から、差額説の下での具体的損害額算定基準としての、超過請求額基準や逸失利益基準の適用範囲、さらにその具体的算定方法としての前後理論、ヤードスティック基準、市場占有率基準の妥当性等、下位レベルの具体的な損害額算定方法の問題まで、段階に応じた問題が存している。村上政博と山田健男が、カルテル行為により生じた損害を現実購買価格と想定購買価格の差額としてとらえたとしても、想定購買価格の認定においてはなお問題が存すると指摘するのはこの例である。この点、前掲平成元年一二月八日鶴岡灯油訴訟最高裁判決は、原則として「当該価格協定の実施直前の小売価格（以下、「直前価格」という）をもって想定購買価格と推認することが相当である」と判示するが、村上政博と山田健男は、このような「いわゆる前後基準による損害額の算定方法を簡単に容認する判示部分は、損害額を容易に認定しすぎる可能性があり一般論としては問題である」とし、判例の準則の適用範囲を限定しようとする。参照、村上＝山田・前掲注（4）一一六頁。なお、村上＝山田前掲注（4）一一八頁は、「最高裁判決で示した、消費者（最終需要者であり、中間業者ではない）に対する損害額の算定方法としての差額説については、純粋論理上批判を受ける点はない」とするが、そのようにいってよいかはなお問題があり、むしろ本稿はカルテルによる不法行為の損害論を差額説によって説明することには、純粋論

理上問題があることを示そうとするものである。

(31) もっとも、後に見るように、本稿の立場からすれば「貯蓄」もまた一つの財であると考えることになる。他の財の消費量一定との仮定の下で、問題となる財購入のために一二万円の余計な支出をなしたという場合、この一二万円の支出は「貯蓄」という財の購入を断念したことになる。よって所得制約のもとでは、他の財の消費量を一定にしつつ、当該財の消費量を維持するという仮定自体そもそも成立し得ないことになる。

(32) もっとも、経済学にいう上級財、下級財の区別は、消費者の所得変化に応じて当該財の消費量が上昇するかどうかという区別であり、ここにいう、価格変化に伴う消費量の変化に関連して意味を持つ財の性質とは異なる。さらに財の他の性質も重要となるが、この点については第四章第二節第四款で検討する。

(33) この点についての詳細は、本稿第四章第二節第四款参照。

(34) 独占禁止法違反行為における損失説については、淡路・前掲注(4)二二九頁、二三三頁以下参照。同所において淡路は、人身損害の領域においてはじまった損失説、すなわち「個々の法益についてこうむった不利益」を損害と考える立場は、独占禁止法違反の不法行為の場合についても妥当する、とする。損失説の評価については、佐藤・前掲注(7)三五五頁、三六四頁注一二も参照。

(35) 淡路・前掲注(4)二三四頁。

(36) 既に、伊藤真「独占禁止法違反損害賠償訴訟―因果関係および損害額の立証（上）」ジュリ九六三号六〇頁は、「『独占価格で商品を購入せざるをえなかった不利益』といいかえてみても、その不利益が具体的に何を指すかが問題とされれば、差額とせざるを得ないであろう」とし、加えて「人身損害の場合と異なって、この損害は、本来的に金銭的損害であり、立証された損害の事実に対してさらに金銭的評価を加えるという性質のものではない」とする。また、佐藤・前掲注(7)三六四頁注一二も、損失説によっても、「その不利益の金銭的評価は、結局、現実購入価格と想定購入価格

との差額ということになり、損害額の算定については差額説との間に相違を生じないと思われる」とする。同様に、根岸・前掲注(6)八七頁も参照。

(37) 例えば、淡路・前掲注(4)二三六頁。同じく、実方謙二「鶴岡灯油訴訟最高裁判決の検討」法律時報六二巻三号二〇頁も、損害額の評価・算定は、正義の実現という不法行為法の目的を考慮して、裁判官が具体的な事案に即して創造的機能を発揮し、妥当な算定方式を採用することで決定すべき問題であるとしていた。

(38) 違法性の借用論については、拙稿・前掲注(1)一四九頁以下参照。

(39) その意味で、損害概念はもはや法技術的意義を持たないとする損害事実説はまさにこの点を明示するものと理解できる。

(40) 参照、平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』(弘文堂・一九九四) 七五頁。

(41) 平井・前掲注(40)七五頁。

(42) 参照、平井・前掲注(40)一三八頁。

(43) かかる立場では、「なぜ値上がり後の消費量」をもって算定の根拠とするのか、なにゆえに「消費を断念したこと」は損害賠償額算定の基礎とされないのかという問いに対しては、それは裁判官の自由裁量の問題と答えられることになろう。しかし、これではおよそ有意な指針が提供されているとはいい難い。「消費を断念したこと」を考慮外とし、「値上がり後の二〇〇ユニットの消費量」のみを算定の基礎とすることが果たして消費者を「従前の状態に可及的に回復すること」となっているのかは、そのよって立つ「全額評価の原則」に照らしても大きな問題となる。このように、金銭的評価の次元においても消費者に十分な損害の塡補を与えるためには、「消費者が被った損害とは何か」の解明は必須である。

(44) 市場連動型不法行為について損害事実説を検討したところから明らかになるのは、仮に一般不法行為の体系論として

損害を独立に論じないとする立場を採ったとしても、結局は賠償範囲および金銭的評価論の中で損害を実質的に定義しつつ検討を行わざるを得ないということである。つまり、「損害を定義する法技術的意義に乏しい」といわれる場合、仮にそれが賠償範囲や金銭的評価と独立に損害論を論ずるか、それとも場所を変えて賠償範囲論・金銭的評価論の中で実質的に論ずるかの「論じる場所の相違」が問題にされているのであれば、確かに論じる場所はさほど重要ではない。しかし、本文で明らかになったのは、問題は損害論をどこで論じるかという所にあるのではなく、仮に賠償範囲論・金銭的評価論の中で論ずる場合にも、損害とは、確かにそれを定義する独自の法技術的意義を持つということである。

(45)　独占禁止法違反行為の損害賠償の問題は民法と独占禁止法の境界領域に存しているためか、因果関係・損害の立証問題についての議論を除くと、市場連動型不法行為に関する民事実体法上の損害賠償論そのものは、残念ながら手付かずといってよい段階にある。不法行為法、独占禁止法に関する体系書を概観しても、この辺りの事情は一目瞭然である。一方では、競争政策の実現に果たす私人の役割が強調されながらも、私人の権利実現の重要な手段たる損害賠償をめぐる理論状況がこのような段階にとどまっているのは、一つには、東京灯油訴訟判決、鶴岡灯油訴訟判決が登場した時期におけるわが国の不法行為法理論においては、損失説・損害事実説が強い影響力を有していたという事情があろう。他方では、カルテルが「広く薄く」多数の市場参加者から所得を奪う行為であるために、個々の消費者に生ずる損害額が僅少にとどまり、結果として消費者が賠償を求めて提訴することが稀であって、よってこの不法行為類型が一般不法行為理論に影響を及ぼし得るほどの重要なケースであるという認識を獲得するまでには至らなかったという事情が存するのかもしれない。もっとも、談合事件に関しては自治体住民による損害賠償請求が増えていたことについては、根岸＝舟田・前掲注(6)三三一頁参照。

第四章　市場連動型不法行為における損害概念

第一節　需要曲線を用いた差額説の批判的検討

カルテル締結による財価格の上昇により、当該カルテル企業と契約締結をなしたことによって個々の消費者が被った損害について、判例は「当該価格協定により余儀なくされた余計な支出」をもって損害と定義し、その具体化として「カルテルがなかった場合の想定購入価格と、現実の購買価格との差額」をもって損害と把握していたのであった。他方、学説は、例えば、「独占価格で商品を購入せざるを得なかったこと自体」を損害と把握しつつ、その具体的算定は裁判官の創造的・裁量的作業である金銭的評価に委ねられるとしていた。

これに対し、本稿は、市場連動型不法行為の特徴は、価格メカニズムを利用することによって消費者の実質所得の低下をもたらし、消費者の選択の自由を侵害することを通じて、消費者の効用の低下を惹起するところにあると考え、価格上昇後の価格比のもとで、価格上昇前の消費者の効用水準を実現するための所得追加分、すなわち補償変分（CV）をもって、損害額と把握するという試論を呈示する。所得効果という実質所得の目減りによる効用の低下を損害と把握し、その金銭的評価が補償変分であると理解するのである。この見解は、カルテル企業と契約を締結することにより消費者が被る損害の本質的構造に明確な説明を与える点において、差額説や損失説、損害事実説よりも優れている。また、従来の見解においてはなんら説明が与えられることがなかった「財の購入断念により消費者が被った損害」をも包含しつつ、「市場における選択の自由」の意味・構造を明らかにした上で、それを損害賠償法の枠組みでどのように保護するか、どこまでの保護が可能かとの点について分節化された説明を与える点において優れていると思われる。

本節では図を用いてこれまでの判例・学説の見解と私見との比較を試みるものとする。これにより判例や学説の

損害定義が、市場連動型不法行為により消費者が被った損害を塡補するために必ずしも十分ではないこと、これに対して、実質所得の目減りによる効用の低下を損害と把握し、補償変分をもってその金銭的評価と理解することは、市場連動型不法行為における損害概念について従来の見解が有していた欠点を克服するものであることを具体的に検証してみることとする。

第二章で見たように、x_1 財の価格変化は、当該消費者の予算線の傾きに影響を与え、消費者の全消費計画に影響を与える（二財モデルでは、x_1 財の消費量のみならず、x_2 財の消費量変化をも惹起する）。このように市場連動型不法行為は、価格上昇を見た x_1 財のみならず他の財の消費量にも変化を及ぼすものであるため、x_1 財の消費量変化のみに着眼して損害額を算定することではなお不十分である。x_1 財の価格上昇により実質所得の目減りが生じ、よって消費者は効用水準の低下を最小限にとどめるべく、x_1 財以外の財も含めて、全消費計画の変更を行う。このように、ある x_1 財に生じた価格変化は、他の財の消費量変化にも影響を及ぼすので、x_1 財のみならず、当該消費者が購入対象とする n 財の消費量変化をも考慮に入れ得る理論枠組みが、市場連動型不法行為においては要請されるのである。

以下では、まず二財モデルを取り上げ、検討を行う。この分析によって、判例の立場は消費者の被った損害の内一体何を塡補するものであるのかを明らかにする。その上で、n 財の消費量変化を捉え得る理論枠組みを構築することとする。また、以下では、断りの無い限り、上級財を前提とする。

x_1 財の価格 p_1 の変化と x_1 財の消費量変化の関係を示す図を描いて考察してみると以下の図4のようになる。[46] 図4の下図の曲線 d_1 は、上段に再掲した図2を、x_1 財の価格 p_1 が変化することで、x_1 財の消費量にどのような変化が生じているかという関係に書き換えたものであり、図4の d_1 は x_1 財に関する当該消費者の需要曲線を表している。[47]

d_1は慣例により、p_1軸から見ることとなっており、d_1は、価格p_1が決まると、x_1財をどの程度当該消費者が需要するかを示している。図2においては、x_1財の値上がり前の仮定的価格がp_1^1であるときには、消費量はx_1^1であり、カルテルによる値上がりにより価格がp_1^2となったときには、消費量はx_1^2となっていたのであるから、これを書き換えたd_1も点(x_1^1, p_1^1)、(x_1^2, p_1^2)を通っている。[48]

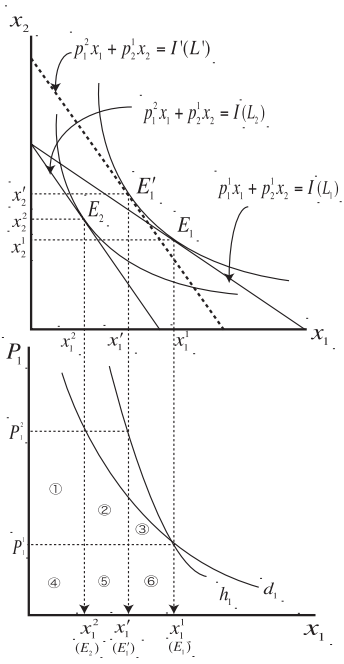
この図4の下図に基づいて、判例の損害賠償額算定方法と、補償変分に基づく損害賠償額算定方法の違いについて検討してみよう。

判例は「差額説」に立つといわれるが、差額説は基本的に「値上がり後の現在の消費量 ×（上昇後現在の価格—仮定的価格）」をもって損害賠償額を算定することは第三章に見たとおりである。図4下図においては、これは以下のように表される。

$$x_1^2 \times (p_1^2 - p_1^1) = ①$$

この計算式の前提には、当該消費者は、カルテルがなかった場合には$x_1^2 \times p_1^1 = ④$の支払をなしていたはずのところ、カルテルにより現在$x_1^2 \times p_1^2 = (① + ④)$の支払をなしているのであるから、過払分である①をもって損害（額）と把握するとの理解が存しているように思われる。かかる理解では、まさに①は「当該価格協定により余儀なくされた余計な支出」と

【図4　需要曲線d_1と補償需要曲線h_1】



いうことができる。

しかしかかる損害理解に対しては、第三章に見たように、以下の問題が存していた。

第一に、①をもって、賠償額とすることは、算定の根拠が明確ではないという問題があった。「総体差額説」に立つならば、x_1 財の価格上昇に伴い、x_1 財の消費量が変化していることも考慮にいれられねばならないはずである。前記の算定方法は、当該消費者は価格上昇の前後において一貫して x_1^2 だけの量を消費しているはずとの理解を暗黙裡に前提にしている。しかし、需要曲線 d_1 が示しているように、当該消費者は、価格が p_1^1 の時には x_1^2 ではなく x_1^1 の消費をなすのである。つまり、カルテルがないという仮定的状態においては、$x_1^1 \times p_1^1 =$ (④+⑤+⑥) の支出がなされているはずである。このことから、当該消費者は x_1 財の価格上昇に伴い、⑤+⑥分の支出を控え、①分の支出増加に回していることがわかる。しかし、判例は、一見したところ⑤+⑥を賠償の対象とせず、①のみについて賠償を認めているため、その理由が問題となる。第三章第一節に述べたように、その理由の一つとして、x_1 財の購入に要した「余計な支出」(①) は、価格上昇による「断念した消費量」(⑤+⑥) の購入に本来充てられたものであると考えるという立場があり得るかもしれない。「余計な支出①」についての賠償を与えることは、「購入断念分の損害」を仮に⑤+⑥とするならば[49]、この塡補をも兼ねていると考え、これによって判例の算定方法は、仮に「購入の断念」を損害と把握したとしても、なおその分につき十分な塡補を与えるものであるとみなすことができるとする立場がこれである。

この問題については、①と⑤+⑥の関係について考えてみると解決が得られる。「余計な支出」①と、「断念した購買分」⑤+⑥とを比較すると、両者は等しいものではないことが判明するからである。このことを以下の図5を用いて見てみよう。

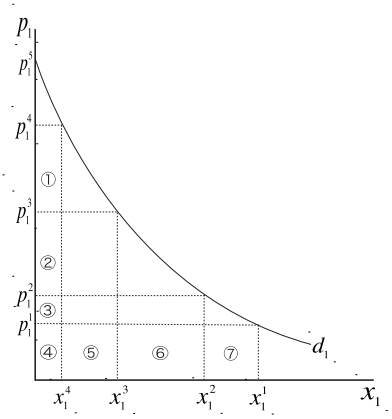
図5は、図4の下図をより詳細に書き換えたものであり、x_1 財の価格 p_1 の変化により、当該消費者がどのよ

うに需要量を変化させるかをより詳しく示している（但し、図5の丸番号は、図が詳しくなっていることに応じて新たに打ち直してあるため図4下図とは異なっている）。図5は、価格の上昇とともに、当該消費者が消費量を減少させてゆく様子を表しており、価格p_1^1の時は、消費量はx_1^1、p_1^2の時は、消費量はx_1^2、p_1^3の時は、消費量はx_1^3、p_1^4の時は、消費量はx_1^4となることが示されている。また図5において、需要曲線は縦軸と交わっている（価格がp_1^5となると需要量はゼロとなっている）[50]。

図5において、当初価格がp_1^1の時に、消費量x_1^1であったものが、価格がp_1^4に上昇したことで、消費量が現在x_1^4となっている場合を例にとって見よう。現在の消費量を基準に「余計な支出額」の賠償を与えることが同時に「購入の断念」という損害の塡補ともなるという考え方は、余計な支出の賠償は①＋②＋③で表されるから、この賠償を与えることは購入断念による損害⑤＋⑥＋⑦の塡補ともなっていると考えることを意味する。

つまり、この見解の基礎には、①＋②＋③＝⑤＋⑥＋⑦との理解が存していることになる。しかし、残念ながら①＋②＋③と⑤＋⑥＋⑦とは一致しないのである。価格上昇にともないx_1財の需要は$x_1^1 \rightarrow x_1^2 \rightarrow x_1^3 \rightarrow x_1^4$と次第に減少していく。価格がさらに上昇し、$p_1^5$に近づくと、消費量は限りなくゼロに近づくから①＋②＋③も限りなくゼロに近づくことになる。これに反して、⑤＋⑥＋⑦は、ますます④＋⑤＋⑥＋⑦で示される額を上限として大きくなって行くことが図5から容易に判明する。つまり、「余計な支出額」の賠償（①＋②＋③）と「購入断念分の損害」（⑤＋⑥＋⑦）とは一致するどころか、後者が増えれば前者が減

【図5　需要曲線d_1】



るという相反関係にさえ立っているのである。

このように、Xは現実の購入量を基準に「余計な支出」を余儀なくされているという意味での損害のみならず、「購入の断念」を余儀なくされているという意味での損害も被っていると考える立場を採りつつも、前者の賠償は後者の賠償を兼ねていることを理由として、後者の賠償を別個に考える必要はないとする考え方は根拠を持たないことがわかる。

次に、この批判を受けて、Xが消費量を減らしたのは、「購入を断念した」からではなく「購入をしなかったのだ」という別の反論が提起されるかもしれない。この反論によれば「余計な支出額」についてしか賠償を認めないのは、それが同時に「購入断念分」の填補となっているからではなく、「購入断念分」はそもそも損害とはいえないからであるということになる。カルテルの対象となった当該財の購入にのみ着眼した上で、Xが消費量を減らしたのは「購入できなかった」のではなく、「購入しなかった」のであり、「購入しなかった」のは自身の決定に基づくから、その部分の消費量の減少はそもそも法的保護の対象にならないというわけである（自己決定を理由とする自己責任）。この見解によれば、価格上昇にかかわらず、消費量を維持したり、あるいは第三章第一節に見たように、かえって消費量を増加させた場合には損害の発生を認めるが、消費を断念した場合は自己責任を理由としてこれを損害とは認めないということになる。しかし、この反論は、およそ「市場における意思決定」についての理解を欠くものであり、これまで民法理論が所与のものとして疑わなかった、「目の前のある財を取得するかどうか」という観点からの意思決定論・意思表示論を前提とするものに他ならない。市場における意思決定は所得制約の下でなされ、価格上昇にともない当該財を購入しようとする者には実質所得の低下が発生する以上、消費者はどれかの財の購入の断念・減少という形での消費計画の変更をなさざるを得ない。問題の本質は、当該財のみに着眼し購入量が変化したのは当該消費者の自己決定に基づくものかどうかではなく、所得制約がある以上、価格上昇に伴い

実質所得が低下することによりなんらかの財の消費の断念・減少という方向での最適な消費計画の変更が必ず強いられるという点を、正しく評価し得ているのかというところに存している。前記の反論は、損害賠償を求める必要条件として、消費者に従来通りの消費量維持を要求するものである点で妥当でなく、さらには、現在の購入量に要した「余計な支出」の賠償をもってしては填補されない損害が消費者に生じていることを看過している点において損害の理解として不十分である。この見解は、所得制約がある以上、どこかで必ず財の購入を断念・縮小せざるを得ないという事実を見落としているのである。このように、上記の反論は、市場連動型不法行為が惹起する損害の本質を捉えないままに、当該財の消費量のみに着眼し、消費量が減少したのは「購入を断念したからか、それとも、購入をしなかったからか」という不毛な議論を生み出すものでしかない。求められているのは、所得制約がある以上、消費計画の変更を消費者は必ず強いられるという点を正しく法的に評価することのできる損害概念と、それを可能とする損害賠償理論なのである。

第二節　補償変分に基づく損害賠償

第一款　市場連動型不法行為における損害の特質

繰り返し述べてきたように、カルテル企業と契約を締結したことにより消費者が被った損害とは何かを考えるにあたっては、財価格の上昇により消費者の実質所得の目減りが引き起こされ、もって消費者の効用水準が低下するとともに、効用水準の低下を最小限に止めるために消費者は消費計画の変更を強いられるという市場連動型不法行為の構造に対する理解が不可欠である。ある財の価格が上昇すれば、消費者は当該財の消費量を減少させ、他の財の消費量を増加させるのが通常である。仮に、価格上昇を見た当該財の消費量を減少させなかったとしても、所得制約がある以上、消費者は他の財の消費量を減少させるか、あるいは貯蓄に回す予定の所得を取り崩して当該財

の購入に回すことを余儀なくされる。しかも、価格上昇を見た当該財以外の財はもちろんのこと、貯蓄もまた自らの効用水準を最大化すべく当該財と比較される一つの財と考えられるから、貯蓄の取り崩しもまた一つの財の消費量の減少に他ならない（価格が上昇し、当該財を購入するため貯蓄を取り崩せば、当該財を購入しなかった場合や他の財の購入に乗り換えた場合と同じく、個人の主観的満足は低下する）。かかる理解からすれば、ある財の価格上昇は必然的に、当該財を購入しようとしていた消費者の消費計画のいずこかに変更を迫るものであることがわかる。そのことで生ずる損害は、当該財の購入に要した余計な支出という形をとって部分的に外部に現れることもあり、当該財の消費の断念という形をとって部分的に現れることもある。さらに、貯蓄も含めた、他の財の消費量の縮減という形をとって現れることもある。このように、外面に現れるところだけを個別に見れば、市場連動型不法行為により惹起される損害は不定形なものであり、それは価格上昇を見た当該財の購入に要した支出の増加という形をとるとは限らず、様々な形をとることがわかる。しかし、いずれの現象にも共通しているのは、ある財の価格上昇により、当該財を購入しようとしていた消費者のもとで「実質所得の減少」が惹起され、これにともない効用水準が低下し、消費者はこれに対応しようとして全消費計画の変更を余儀なくされるという事実である。この「実質所得の減少による効用水準の低下」こそ、市場連動型不法行為により惹起される損害の実相なのであって、価格上昇を見た財の現在の消費量を所与のものとし、その購入に要した余計な支出をもって損害とする見解は、「実質所得の減少による効用水準の低下」という損害に対応しようとして消費者が採る行動の一部を十分な理論的検討を経ることなく素朴に損害と理解するものであり、市場連動型不法行為により惹起される損害の全体像をおよそ捉えたものとはいい難いことがわかる。価格上昇を見た財のみに着眼し、現在の消費量を基準に「余計な支出」として損害を算出するという方法は、当該財の消費量の減少を考慮に入れないという点において不十分であり、実質所得の目減りに対処するため、必ず消費計画の変更を強いられることになるという損害の特質をそもそも把握していな

いという意味において理論的に不備がある。

これに対して本稿は、「市場における意思決定」とは、「所得制約の下で、他の財と比較しつつどのように自己の効用を最大化するか」という決定であると考え、市場連動型不法行為とは、このような市場における意思決定を歪めるところにその特質があるとの理解に立つ。ある財の価格の上昇は、消費者の実質所得の減少を引き起こし、消費者の効用水準の低下をもたらすものであるところにこそ、市場連動型不法行為における損害概念の本質があると考えるこの立場からは、この本質を直截に把握することのできる法的構成が志向されるべきこととなる。そして、市場連動型不法行為による損害の特質に光りを当て、消費計画の変更による効用の低下という損害を直接に法的に評価するという目的のために本稿が提唱する理論枠組が、補償変分（CV）を基礎とした損害額の算定である。

以下では、理解を容易にするために具体的な関数の形状を与えた二財モデルを検討し、そこで得られた知見をn財モデルに拡張する。そこで示されるのは、問題となっている財の価格がカルテルにより上昇し、消費者の実質所得の減少と、効用水準の低下を引き起こし、それはn個の財の選択に関する全消費計画の変更として外面に現れるという市場連動型不法行為における損害の全体像である。

第二款　二財モデルにおける「費用最小化問題」と「補償変分」

前掲の図2を用いて補償変分（CV）を検討してみよう。ここでポイントとなるのは、補償変分（$CV=I-I'$）を、財の価格と、財の消費量によって表すのではなく、所与の効用水準と財の価格によって表すということである。ここで、図2については、二通りの見方が可能である[51]。第一の見方は、所得$I(=p_1x_1+p_2x_2)$、財の価格p_1、p_2という制約条件のもとで、最大の効用水準（これを仮にu_1^*とする）を達成する消費計画はいかなるものかという問題を表しているのが図2であるという読み方である。この読み方によれば、この問題の解は、消費計画

$E_1(x_1^1, x_2^1)$により与えられ、その消費計画により達成される効用水準u_1^*は、無差別曲線u_1が示す効用水準であることになる。この読み方は、図2において、予算制約線L_1を固定し、最大の効用水準を達成する消費計画を見つけるために、無差別曲線を左下から右上に移動させ、L_1と、無差別曲線との接点を探す作業であるといい換えることもできる。これは、予算を制約条件とし、効用関数を目的関数とする「効用最大化問題」と呼ばれるものである。これに対して、図2は、逆に、無差別曲線u_1により示される最大の効用水準u_1^*を所与のものとし、この効用水準u_1^*を達成することのできる最小の支出（費用）はいかなるものかという関係を表しているという読み方も可能である。この読み方によれば、この問題の解は、無差別曲線と接する予算制約線L_1の表す支出Iにより与えられていることになる。この読み方は、$\bar{u}_1(=\bar{u}_1^*)$を固定し、予算制約線を右上から左下に移動させ、u_1とL_1との接点を探す作業であるといい換えることもできる。これは、効用水準u_1^*を制約条件とし、支出関数を目的関数とする「費用最小化問題」と呼ばれるものである。(32)

理解を容易にするために、後者の「費用最小化問題」を二財モデルに関する図2を参照しつつ、数式で表してみよう。図2において予算制約線は、

$$M = p_1 x_1 + p_2 x_2 \tag{1}$$

と一般に表すことができる。この予算制約線の値をIとせずに、Mと記すのは、Iは、「効用最大化問題」においては予算が所与であるから、定数であるのに対し、「費用最小化問題」において、所与であるのは、効用水準の値u_1^*であり、予算Mは外生変数たる効用水準や価格の変化により、与えられるものだからである。

ここで、無差別曲線u_1を表す効用関数を仮に、

$$u_1 = x_1 x_2 \tag{2}$$

とする。

「費用最小化問題」においては、消費者は所与の効用水準 u_1^* を有していることが前提であるから、数式(2)は効用水準 u_1^* という値をとる。つまり

$$u_1^* = x_1 x_2 \tag{3}$$

が成立することになる。

よって、「費用最小化問題」とは、x_1、x_2 の間に、数式(3)が成り立つことを条件として、数式(1)を最小化するという問題であることがわかる。これは、一般に以下のように記述される。

$$\begin{aligned} \min \quad & M = p_1 x_1 + p_2 x_2 \\ \text{s.t.} \quad & u_1^* = x_1 x_2 \end{aligned}$$

この意味するところは、二種類ある財 x_1、x_2 のそれぞれの価格が、p_1、p_2 の時に、効用水準 u_1^* を最小の費用で達成することのできる最適消費計画 (x_1, x_2) を求めよ、ということである。この時、最小化された支出費用 M は、図2の $I(L_1)$ と一致することになる。

この式の解き方には様々な方法があるが、例えば、数式(3)から

$$x_2 = \frac{u_1^*}{x_1}$$

が成立するので、これを数式(1)に代入すると、

$$M = p_1 x_1 + p_2 \frac{u_1^*}{x_1} \tag{4}$$

となる。よって、Mの最小値をもたらすx_1を求めるためには、数式(4)をx_1で微分して、

$$\frac{dM}{dx_1} = 0 \tag{5}$$

を満たすx_1およびx_2を求めればよい。このx_1、x_2こそ、効用水準u_1^*を最小の費用Iで達成する最適消費計画$E_1(x_1^1, x_2^1)$を表している。この時、数式(5)を解いて得られるx_1およびx_2は、p_1、p_2、u_1^*によって表されているはずである。実際、前記各式を解くと、

$$x_1 = \sqrt{\frac{p_2}{p_1} u_1^*} \tag{6}$$

および、

$$x_2 = \sqrt{\frac{p_1}{p_2} u_1^*} \tag{7}$$

となる。

これらを式(1)に代入すると、

$$M = p_1 \sqrt{\frac{p_2}{p_1} u_1^*} + p_2 \sqrt{\frac{p_1}{p_2} u_1^*} = 2\sqrt{p_1 p_2 u_1^*} \tag{8}$$

が得られることになる。

前記各式では、x_1、x_2、Mのいずれもが、財の価格p_1、p_2、および所与の効用水準u_1^*のみで表されていることを再度確認しておこう。これらの式(6)、(7)、(8)は、それぞれの価格のもとで、効用水準u_1^*を達成することのできる最小の費用はいかなる額となるかという関係を表すものと読むことができる。

このように価格p_1、p_2の時に、所与の効用水準（前記の式では、u_1^*）を最低費用でもたらすx_1、x_2は、u_1^*と価格p_1、p_2の関数として表すことができるが、仮にこの関数をh_i（但し、$i=1,2$）とおくと（よって、例えば$x_1=h_1(p_1,p_2,u_1^*)$となる）、h_iは「補償需要関数」と呼ばれる。前記の式では、式(6)、および式(7)がh_iの具体的形状を表している。また、所与の効用水準u_1^*を達成する最小の費用を、補償需要関数を用いて表した式(8)は「（最小）支出関数」と呼ばれる。

図2においては、x_1財の価格がp_1^1、x_2財の価格がp_2^1の時に、効用水準u_1^*を最小限の費用で達成するx_1財の消費量は、x_1^1であり、価格がp_1^2に上昇したときは、x_1'である。よって$x_1=x_1^1=h_1(p_1^1,p_2^1,u_1^*)$が成立し、また価格上昇後は$x_1=x_1'=h_1(p_1^2,p_2^1,u_1^*)$が成立する。これを図で見ると、$x_1$財の補償需要関数$h_1$は、$(x_1^1,p_1^1),(x_1',p_1^2)$を通る曲線として表されることになる（図4下図を参照）。

この時、「変動後の価格を前提として、当初の効用水準u_1^*を実現するために当初所得Iに加えられる所得額」すなわち、$I'-I$が補償変分（CV）であった。Iは、x_1財の価格がp_1^1、x_2財の価格がp_2^1の時に、効用水準u_1^*を達成する最小限の費用であり、式(8)に、p_1^1、p_2^1を代入することより以下のように表される。

$$I=2\sqrt{p_1^1p_2^1u_1^*} \tag{9}$$

I'は、x_1財の価格がp_1^2に値上がりし、x_2財の価格がp_2^1の時に、効用水準u_1^*を達成する最小限の費用であるから、同じく式(8)に代入すると、以下のように表すことができる。

$$I' = 2\sqrt{p_1^2 p_2^1 u_1^*} \tag{10}$$

よって、補償変分は式⑽から式⑼を引いた値として以下のように表されることになる。

$$CV = I' - I = 2\sqrt{p_1^2 p_2^1 u_1^*} - 2\sqrt{p_1^1 p_2^1 u_1^*} \tag{11}$$

式⑻、⑼、⑽、⑾は、いずれも財価格 p_1、p_2 および効用水準 u_1^* によってのみ表されているところが重要である。最小支出や補償変分を、財価格および効用水準のみの関数として表すことができるということは、x_1 財の価格がカルテルにより上昇し、その結果当該 x_1 財のみならず、x_2 財の消費量に変化が生じたとしても、その消費量変化にとらわれることなく、財価格、効用水準のみを考えることで最小支出額や補償変分を導くことができることを式⑻、⑼、⑽、⑾は示しているからである。

第三款　n 財モデルにおける「補償変分」と「消費者余剰」の関連

前款では、効用関数を数式⑵により具体的に与えたが、今度は前款で得た知見を n 財に拡張し、またより一般的に効用関数の形状を特定せずに「費用最小化問題」を解くこととする。若干数式は複雑になっているが、以下で冒頭に行われていることは前款の二財モデルで示されたところと同一である。また、叙述の簡明さを優先して、以下ではすべて内点解の存在を仮定する。本款では、n 財モデルの検討を通じて、一般的に補償変分を導出するが、その結果、実質所得の減少による個人の効用水準の低下を金銭に換算した補償変分は、「価格上昇を見た当該財に関する価格上昇前後の消費者余剰の差に近似する」という重要な知見が得られることになる。

まず、目的関数は、$M = p_1 x_1 + p_2 x_2 + \cdots + p_n x_n$ 制約条件は $u = u_1^*$ となるので、「費用最小化問題」は

以下のように記述される。[53]

$$\begin{aligned} \min \quad & M = p_1x_1 + p_2x_2 + \cdots + p_nx_n \\ \text{s.t.} \quad & u_1^* = u(x_1, x_2, \ldots, x_n) \end{aligned}$$

この意味するところは、n 種類ある財 $x_1, x_2, \ldots, x_n$ のそれぞれの価格が、$p_1, p_2, \ldots, p_n$ の時に、効用水準 u_1^* を最小の費用で達成することのできる最適消費計画 $(x_1, x_2, \ldots, x_n)$ を求めよ、ということである。これを解いて得られた M の値は、n 財モデルにおいて、効用水準 u_1^* を達成する最小の費用 I を表すことになる。

これを解くために、ラグランジュ関数を作ると、以下のようになる。

$$L = p_1x_1 + p_2x_2 + \cdots + p_nx_n + \lambda(u_1^* - u(x_1, x_2, \ldots, x_n))$$

効用最大化の一階の条件を求めると、以下のようになる。

$$\frac{\partial L}{\partial x_1} = L_1 = p_1 - \lambda\frac{\partial u}{\partial x_1} = 0 \tag{12}$$

$$\frac{\partial L}{\partial x_2} = L_2 = p_2 - \lambda\frac{\partial u}{\partial x_2} = 0 \tag{13}$$

$$\vdots$$

$$\frac{\partial L}{\partial x_n} = L_n = p_n - \lambda\frac{\partial u}{\partial x_n} = 0 \tag{14}$$

$$\frac{\partial L}{\partial \lambda} = L_\lambda = u_1^* - u = 0 \tag{15}$$

これらを $x_1,\ldots,x_n$ について解くと、変数は、$x_1,\ldots,x_n$ および λ の $n+1$ 個であり、内点解を仮定しているため互いに独立した式が $n+1$ 個あるから、$x_1,\ldots,x_n$ は、それぞれ $p_1,p_2,\ldots,p_n$、および効用水準 u_1^* の関数として表すことができる（これは二財モデルで、x_1、x_2 がそれぞれ、p_1^1、p_2^1、u_1^* で表されたことと同一である）。この関数をここでも h_i（但し、$i=1,2,\ldots,n$）とおくと、$x_1,\ldots,x_n$ は以下のように表される。

$$\begin{aligned}
x_1 &= h_1(p_1,p_2,\ldots,p_n,u_1^*)\\
x_2 &= h_2(p_1,p_2,\ldots,p_n,u_1^*)\\
&\cdots\\
x_n &= h_n(p_1,p_2,\ldots,p_n,u_1^*)
\end{aligned} \tag{16}$$

二財モデルで見たように、この $x_1,\ldots,x_n$ は、効用水準 u_1^*、価格 $p_1,p_2,\ldots,p_n$ の時に、当該効用水準 u_1^* を達成する最小限の支出をもたらす消費計画を表す。このように、価格 $p_1,p_2,\ldots,p_n$ の時に、所与の効用水準を最低費用でもたらす $x_1,\ldots,x_n$ は、u_1^* と価格 $p_1,p_2,\ldots,p_n$ の関数 h_i として表すことができることは、上の二財モデルの場合と同じである。

ここでこれらの x_i（但し、$i=1,2,\ldots,3$）を目的関数たる支出関数に代入すると、以下のようになる。

$$\begin{aligned}
M &= p_1x_1 + p_2x_2 + \cdots + p_nx_n\\
&= p_1h_1(p_1,p_2,\ldots,p_n,u_1^*)
\end{aligned}$$

$$+ p_2 h_2(p_1, p_2, \ldots, p_n, u_1^*)$$
$$\vdots$$
$$+ p_n h_n(p_1, p_2, \ldots, p_n, u_1^*) \tag{17}$$

Mは、効用水準u_1^*、価格$p_1, p_2, \ldots, p_n$の時に、当該効用水準u_1^*を達成する最低支出を表す。この時Mは価格$p_1, p_2, \ldots, p_n$と効用水準u_1^*の関数として表すことができるので、この関数をmと置くと、式(17)は、

$$M = m(p_1, p_2, \ldots, p_n, u_1^*) \tag{18}$$

と簡略に書き直すことができる。この意味するところは、n財の価格がそれぞれ例えば$p_1^1, p_2^1, \ldots, p_n^1$の時に、効用水準$u_1^*$を達成するための最低限の費用$M(= I)$は、数式(18)に$p_1^1, p_2^1, \ldots, p_n^1$を代入して得られるということである。関数$m$は、所与の効用水準を、当該価格体系において達成することのできる最小限の支出を表す関数であるから、二財モデルにおいて式(8)に見たところと同じく、mは「(最小)支出関数」である。

ここで「シェパードの補題」と呼ばれる、支出関数mと、ある財の価格p_i(但し、$i = 1, \ldots, n$)の重要な関係を示す定理を導出しておこう。これにはいくつかの導出方法があるが、ここでは別稿で紹介した方法とは別の方法を用いてみよう。(54)

まず、式(17)、(18)、より、

$$M = m(p_1, p_2, \ldots, p_n, u_1^*)$$
$$= p_1 h_1(p_1, p_2, \ldots, p_n, u_1^*)$$
$$+ p_2 h_2(p_1, p_2, \ldots, p_n, u_1^*) \tag{19}$$

$$\cdots$$
$$+ p_n h_n(p_1, p_2, \ldots, p_n, u_1^*)$$

となる。

式(19)を、h_iも価格p_iの関数であることに注意して、x_1の価格p_1で微分すると、

$$\begin{aligned}\frac{\partial M}{\partial p_1} &= \frac{\partial m}{\partial p_1} = \frac{\partial}{\partial p_1} p_1 h_1 + \frac{\partial}{\partial p_1} p_2 h_2 + \cdots + \frac{\partial}{\partial p_1} p_n h_n \\ &= h_1 + p_1 \frac{\partial h_1}{\partial p_1} + p_2 \frac{\partial h_2}{\partial p_1} + \cdots + p_n \frac{\partial h_n}{\partial p_1}\end{aligned} \tag{20}$$

が得られる。

式(12)、(13)、(14)より、

$$\begin{aligned} p_1 &= \lambda \frac{\partial u}{\partial x_1} \\ p_2 &= \lambda \frac{\partial u}{\partial x_2} \\ &\cdots \\ p_n &= \lambda \frac{\partial u}{\partial x_n} \end{aligned}$$

となるから，これらを式(20)に代入すると，

$$\begin{aligned}\frac{\partial M}{\partial p_1} = \frac{\partial m}{\partial p_1} &= h_1 + \lambda \frac{\partial u}{\partial x_1}\frac{\partial h_1}{\partial p_1} + \lambda \frac{\partial u}{\partial x_2}\frac{\partial h_2}{\partial p_1} + \cdots + \lambda \frac{\partial u}{\partial x_n}\frac{\partial h_n}{\partial p_1} \\ &= h_1 + \lambda \left(\frac{\partial u}{\partial x_1}\frac{\partial h_1}{\partial p_1} + \frac{\partial u}{\partial x_2}\frac{\partial h_2}{\partial p_1} + \cdots + \frac{\partial u}{\partial x_n}\frac{\partial h_n}{\partial p_1} \right)\end{aligned} \tag{21}$$

となる。

今度は x_i（但し，$i = 1, \ldots, n$）も p_1 の関数であることに注意して，式(15)を p_1 で微分すると，

$$\begin{aligned}\frac{\partial L_\lambda}{\partial p_1} &= \frac{\partial u_1^*}{\partial p_1} - \frac{\partial}{\partial p_1} u(x_1, x_2, \ldots, x_n) \\ &= -\left(\frac{\partial u}{\partial x_1}\frac{\partial x_1}{\partial p_1} + \frac{\partial u}{\partial x_2}\frac{\partial x_2}{\partial p_1} + \cdots + \frac{\partial u}{\partial x_n}\frac{\partial x_n}{\partial p_1} \right) \\ &= 0\end{aligned}$$

となり，よって，

$$\frac{\partial u}{\partial x_1}\frac{\partial x_1}{\partial p_1} + \frac{\partial u}{\partial x_2}\frac{\partial x_2}{\partial p_1} + \cdots + \frac{\partial u}{\partial x_n}\frac{\partial x_n}{\partial p_1} = 0 \tag{22}$$

が得られる。また，式(16)より，$x_1 = h_1, x_2 = h_2, \cdots, x_n = h_n$ であるから，これを式(22)に代入すると，

$$\frac{\partial u}{\partial x_1}\frac{\partial h_1}{\partial p_1}+\frac{\partial u}{\partial x_2}\frac{\partial h_2}{\partial p_1}+\cdots+\frac{\partial u}{\partial x_n}\frac{\partial h_n}{\partial p_1}=0 \tag{23}$$

が得られる。式(23)を、式(21)に代入し、あわせて式(16)も考慮すると、以下の式が得られる。

$$\frac{\partial M}{\partial p_1}=\frac{\partial m}{\partial p_1}=h_1=x_1 \tag{24}$$

つまり、最小支出関数mを、価格p_1で微分すると、x_1が得られることが分かる。これは前掲の導出から明らかなように、より一般化することができ、一般に最小支出関数mを、x_i財の価格p_iで微分すると、所与の効用水準u_1^*を最小費用で達成する最適消費量x_iが得られることが分かる。これを「シェパードの補題」という。

以上で得た知見を下に、補償変分（CV）を求めてみよう。補償変分とは、「変化後の価格の下で価格変化前と同様の効用水準を達成するために追加される所得」と定義されるのであった。当初の所得Iは、効用水準u_1^*を、価格$p_1^1,p_2^1,\ldots,p_n^1$の下で達成する最小の費用として表すことができるから、式(18)に代入すると以下のようになる。

$$I=m(p_1^1,p_2^1,\ldots,p_n^1,u_1^*)$$

他方、x_1財の価格がp_1^1から、p_1^2に上昇すると、当初の効用水準u_1^*を、価格$p_1^2,p_2^1,\ldots,p_n^1$の下で達成する、所得追加後の最小の費用がI'（補償所得）であるから、今度は、

$$I' = m(p_1^2, p_2^1, \ldots, p_n^1, u_1^*)$$

となる。

よって、補償変分（CV）は、以下のように表される。

$$CV = I' - I = m(p_1^2, p_2^1, \ldots, p_n^1, u_1^*) - m(p_1^1, p_2^1, \ldots, p_n^1, u_1^*) \quad (25)$$

ここで一般に、

$$f(x) = g'(x)$$

の関係が存するときに、いわゆる「微分積分の基本定理」により、

$$\int_a^b f(x)dx = g(b) - g(a)$$

が成立するから、式(25)より、

$$\begin{aligned} CV = I' - I &= m(p_1^2, p_2^1, \ldots, p_n^1, u_1^*) - m(p_1^1, p_2^1, \ldots, p_n^1, u_1^*) \\ &= \int_{p_1^1}^{p_1^2} \frac{\partial m}{\partial p_1} dp_1 \end{aligned} \quad (26)$$

が成立する。

式(24)に示された「シェパードの補題」によれば、

$$\frac{\partial m}{\partial p_1} = h_1$$

であったから、これを式(26)に用いると、以下の重要な知見が得られる。[55]

$$\begin{aligned} CV &= I' - I \\ &= \int_{p_1^1}^{p_1^2} \frac{\partial m}{\partial p_1} dp_1 \\ &= \int_{p_1^1}^{p_1^2} h_1 dp_1 \end{aligned} \tag{27}$$

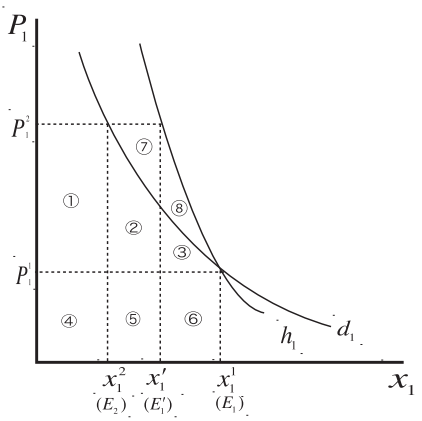
式(27)の重要な含意は、以下の二点である。第一に、補償変分（CV）は、価格上昇を見たx_1財に関する補償需要関数h_1を、上昇前の価格p_1^1から上昇後の価格p_1^2まで積分することにより得られ、第二に、補償需要関数h_1は、財の価格p_i（但し、$i = 1, 2, \ldots, n$）と、効用水準u_1^*のみの関数であるから、補償変分を算出するためには、価格上昇を見たx_1財の補償需要関数に則った需要量変化のみを考慮すればよく、他の$n-1$財の需要量変化を算出の基礎とする必要がないということである。

これを、図4の下図を図6として再掲することで具体的に見てみよう。式(27)の示すところによれば、補償変分（CV）は、価格上昇を見たx_1財に関する補償需要関数h_1を、上昇前の価格p_1^1から上昇後の価格p_1^2まで積分することにより得られるから、図6では、CV＝①＋②＋③＋⑦＋⑧となる。

図6にも示されているように、補償需要関数h_1と、需要関数d_1の間には乖離があるが[56]、ここでは問題の処理を簡明にするために、h_1とd_1は近似することに着眼すると、補償変分は、①+②+③に近似することがわかる[57]。これによって、補償変分は、価格上昇を見たx_1財に関する需要関数d_1を、上昇前の価格p_1^1から上昇後の価格p_1^2まで積分することにより得られる値、すなわちx_1財の価格がp_1^1の時の「消費者余剰」とx_1財の価格がp_1^2に上昇した時の「消費者余剰」との「差」として近似的に表すことができるという重要な知見が導かれることになる[58]。

以上をまとめると、「補償変分≒価格上昇前の当該財に関する消費者余剰−価格上昇後の当該財に関する消費者余剰」という等式が導かれるのである。

【図6　補償変分と消費者余剰の差】



第四款　損害賠償法上の意義

既に見たように、市場連動型不法行為における損害とは、カルテルの対象となった財の価格が上昇することにより、当該財を購入しようとする消費者の実質所得が減少し、それに伴い消費者の効用水準が低下することがその実質的内容なのであった。また、かかる実質所得の減少による効用水準の低下という損害を金銭的に評価したものが、補償変分（CV）と理解されるのであった。さらに、この補償変分は、価格上昇を見た財x_1についての需要曲線d_1を基礎として導かれる、「当該財の価格上昇により消費者が失った余剰」として近似的に表すことができることも判明した。そしてこのいずれの知見も、意思表示論に「市場における多数の財からの選択」という次元を

取り込むことによって初めて得られるものなのであった。

以下では、かかる知見が有する損害賠償法上の意義について重要なものをいくつかピックアップし、また考えられる問題点、今後の課題につき検討することとしよう。

まず第一に、差額説に代表される従来のわが国の損害論との比較である。図6によれば、x_1財の価格が上昇した結果、消費者が現在x_1^2の量を消費している場合に、差額説は①をもって損害（額）として賠償を認めるものであった。しかし、本稿で検討したように、市場連動型不法行為の本質を理解するならば、損害額は消費者余剰の差額たる①＋②＋③として算定されるべきであり、この意味で、「余計な支出」（①）をもって損害と理解する差額説は、「過少賠償」を引き起こしていることが判明する。つまり、「余計な支出」のみを損害と理解する差額説は、「市場における多数の財からの選択」という次元に対する理解を欠くことにおいて市場連動型不法行為における損害の実質を捉えておらず[39]、その結果として、具体的損害額の算定においても、被害者に生ずる損害について十分な塡補をもたらさない結果を引き起こしているのである。第四章第一節に見たように、差額説は①をもって損害（額）とするものである以上、価格上昇に伴い被害者が当該財の消費量を減少させればさせるほど、①部分は小さくなり、よって被害者に認められる賠償額は小さくなるという背理を抱え込んでいる。そこには、カルテル企業が価格を上げれば上げるほど、消費者に生ずる損害が小さくなるという矛盾が存しているのである。しかし、本稿で示した、補償変分（＝消費者余剰の差＝①＋②＋③）をもって損害額とする立場においては、価格が上昇すればするほど消費者は当該財の消費量を減少させ、その結果、補償変分として算定される損害額はますます大きくなることになる（図6からも、①＋②＋③はますます大きくなることが容易に判明する）。つまり、カルテルにより価格が上昇し、消費者が財の購入を控えるほど損害額が減少することになるのが差額説の結論であり、価格が上昇し、消費者が購入を控えるほど損害額が大きくなるとするのが本稿の結論である。この意味で、補償変分をもって損害

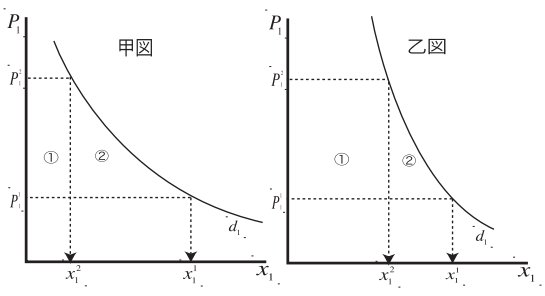
額とする本稿の立場は、「余計な支出」のみならず、「価格上昇による購入の断念」という損害についても法的に正当な評価を与えるものであるということができる。「余計な支出」として損害を定義する差額説は、消費者が購入を控えることにより被る損害について法的に正当な評価を与えることができず、その結果、「過少賠償」を惹起するが、差額説と同じく市場連動型不法行為における損害の実質を把握することに失敗している損失説や損害事実説もまた、「過少賠償」を惹起するものである点において、差額説と同様の欠陥を抱えているということができる。

第二に、市場連動型不法行為における損害概念についての本稿の知見は、独占禁止法上カルテルが違法とされる理由とも整合的である。第二章第一節において検討したように、近時の経済法学によれば、数量制限カルテルが違法とされる主要な理由は、それが「死重損失」で示される社会的厚生の損失を惹起し、また消費者余剰をカルテル企業に移転させてしまうためとされていた。前掲の図1では、それは、価格がPcからPmに上昇することで、ABC部分の社会的厚生の損失が惹起され、また$ECPc$の面積で表されていた消費者余剰が、$EAPm$に減少することに示されている。この時、図1における$PmACPc$という消費者余剰の喪失は、社会全体で集計された消費者余剰の喪失である。その集計された消費者余剰は、社会全体で集計された需要曲線（市場の需要曲線：図1ではd）をもとに算出されている。ところがこの市場の需要曲線は、個々の消費者の需要曲線（図6ではd_1）を集計したものであり[60]、よって、社会全体で集計された消費者余剰もまた個々の消費者の消費者余剰を集計したものである。つまり、独占禁止法上カルテルが違法とされる理由の一つである「消費者余剰が失われ、カルテル企業に移転するため」という理由を肯定し[61]、この失われた消費者余剰を不法行為に基づく損害賠償の保護対象とするというのであれば、社会的に集計された消費者余剰の基礎となった個々の消費者の補償変分こそ、個々の消費者が不法行為に基づいて損害賠償請求をなす場合の損害額とすべきことになる。数量制限カルテルの主たる禁止理由を社会的厚生の喪失のみならず、社会的に集計された消費者余剰の喪失にも求めるという立場を採るのであれば、社会的な

消費者余剰が個々の消費者の下で発生する消費者余剰の和として求められるものである以上、個々の消費者が求めることのできる損害賠償の内容もまた、当該消費者が喪失した消費者余剰の理論的基礎となるもの、すなわち補償変分と理解することが整合的と考えられる。

第三に、補償変分、すなわち失われた消費者余剰をもって損害額と考える本稿の立場からは、価格上昇を見た財の性質が重要な意味を持つことになる。財には、その性質や顧客の嗜好に応じて、価格が上昇した場合に大きく消費量が減少する種類のものと、消費量の減少が僅少な種類のものがある。この財の性質は、財の価格上昇に伴い消費者が失う余剰の大きさに影響を及ぼすと考えられる。これを以下の図7で見てみよう。図7のd_1は、左右いずれも、財の価格と需要量の関係を示したある消費者の需要関数である。甲図と乙図の違いは、甲図に示される財は、需要曲線の傾きが緩やかであるため、p_1^1からp_1^2への財の価格上昇により消費者の消費量がx_1^1からx_1^2へと大きく減少することになるのに対し、乙図で示される財は、需要曲線の傾きが急であるため、価格上昇が同じくp_1^1からp_1^2であっても、消費者の消費量減少は小幅に止まっている。これに対応して、甲図で示される財においては、①部分は小さくなり、乙図で示される財においては、①部分は大きくなっている。第二章第一節に見た差額説によれば、甲図で示される財の場合においては、消費量が大幅に減少することによって、①部分は小さくなるから、消費者に生ずる損害も僅少と扱われることになる。つまり、価格変化の消費量に与える影響が大きな財ほど、損害が小さくなると扱われることになる。こ

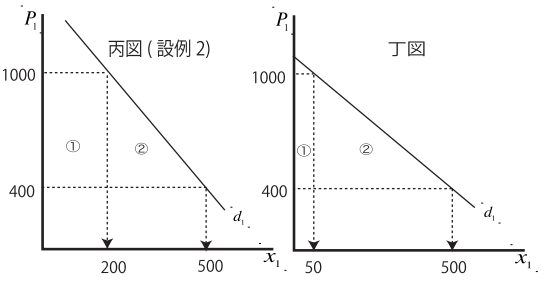
【図7　価格弾力性】



れに対して、消費者余剰の差として近似的に表される補償変分を損害額とする本稿の立場によれば、甲図の財においては、消費量が大幅に減少することで確かに①部分は小さくなるが、反対に、②部分が大きくなっているため、損害は決して小さくなってはいないと理解される。「余計な支出」（①）は小さくなるが、反対に「消費の断念」による損害（②）が大きくなると理解されるのである。[62] このように、価格上昇を見た財の需要の価格弾力性を考慮に入れることは、賠償額を算定する上で重要な意味を持つことになる。弾力性の大きな財においては、価格上昇による消費量の大幅な減少が生ずるため、これに対応して価格上昇後の消費量①が小さくなりがちであり、よって、「価格上昇後の消費量を前提とした、購入に要した余計な支出」をもって損害額と算定する方法では、とりわけ過少賠償となりがちなのである。

この点を、第三章第一節で掲げた設例二を用いて、具体的に見てみよう。設例二においては、消費者Xは、価格上昇前は毎年五〇〇ユニットを購入していたが、価格上昇後は毎年二〇〇ユニットに購入量を減少させているのであった。今、問題の所在を簡明に示すために、X個人の需要曲線を線形と仮定すると、設例二のXの需要曲線は図8の丙図で示すことができる。設例二において、余計な支出を損害額とするのであれば、丙図の①が損害額となり、これは「二〇〇ユニット×（一〇〇〇―四〇〇）＝一二万円」と算出される。他方、消費者余剰の差をもって損害額とする本稿の立場によれば、丙図の①＋②が損害額となるから、「二〇〇ユニット×（一〇〇〇―四〇〇）＋三〇〇ユニット×（一〇〇〇―四〇〇）÷二＝二一万円」が損害

【図8　X個人の線形の需要曲線】



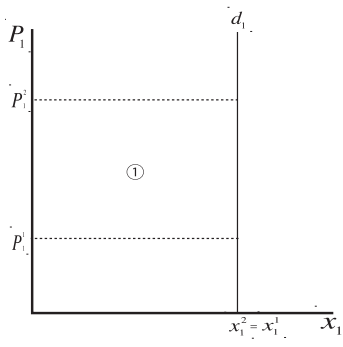
額として算出されることになる。他方、図8の丁図は、丙図の財と比較してより価格弾力性の大きな財に関する消費者Xの需要曲線を示している。丁図の財は価格弾力性が大きいから、丙図の財と比べて、同じく価格が四〇〇円から一〇〇〇円に上昇した場合であっても、大幅に消費量が減少することになる（図では、五〇〇ユニットから五〇ユニットに減少している）。このとき、余計な支出を損害額とするのであれば、「五〇ユニット×（一〇〇〇―四〇〇）＝三万円」が損害額と算定される。これに対して、消費者余剰の差に着眼すると、「五〇ユニット×（一〇〇〇―四〇〇）＋四五〇ユニット×（一〇〇〇―四〇〇）÷二＝一六万五〇〇〇円」が損害額と算定されることになる。

他方、図7の乙図からも興味深い結論が得られる。既に第三章第一節の末尾において指摘したように、価格上昇の前後で消費量が大きく変わらない財においては、「余計な支出」をもって損害額と算定することにも一定の合理性があることを乙図は示していると解釈されるからである。乙図から明らかなように、需要曲線の傾きが急となるほどに、乙図の②部分は小さくなる。今、x_1^1からほぼ垂直に需要曲線が上に伸びている状態を考えてみよう。これを図示するものが以下の図9である。図9は、p_1^1からp_1^2へと財の価格が上昇しても、当該財の消費量には変化がない場合を示している。この場合においては、乙図の②部分は消失し、価格上昇の前後における消費者余剰の差は乙図の①部分と一致する。つまりこの場合においては、消費者余剰の差は、例外的に「現在の消費量（$x_1^2 = x_1^1$）×（現在の価格（p_1^2）―仮定的価格（p_1^1））」と一致することになる。この意味で、東京灯油訴訟、鶴岡灯油訴訟において争点となった「灯油」という財が、他の財への代替が当時容易でなく、価格上昇の前後において消費量が一定と見込まれる財であったと考えられるならば、カルテルにより「余儀なくされた余計な支出」をもって損害と把握し、それは「現実購入価格と価格協定がなかった時の想定購入価格との差額」とする判例の立場は、図9により示される例外的な財に関する準則として妥当性を有すると理解されることになる。つまり、消費者余剰の

差により近似的に表される補償変分を損害額とする見解は、価格の変化に伴い消費量が変化する一般的な財について、財の購入断念という損害をも含んだ包括的な損害論を提供することができ、価格変化の前後において消費量が変化しないという特殊な財に関しても、その一特殊事例として合理的・整合的な説明を与えることができるように思われるのである。

次に、考えられる問題点、将来の課題につき言及しておこう。まず、補償変分をもって市場連動型不法行為における損害の金銭的評価とすることが妥当であるとしても、次に補償変分を具体的にどのように算定するのかという問題がある。補償変分は、価格変化の前後における消費者余剰の差として近似的に表されるから、この問題は、消費者余剰の差をどのようにして算定するのかという問題として現れる。この点に関しては、まず損害賠償を請求する当該個人の当該財に関する需要曲線に基づき、当該消費者の失った消費者余剰を算出するという方法が考えられる。この場合、問題は、当該消費者の具体的な需要曲線をどのようにして見いだすかという形で更に問われることになる。[63] 他方、当該消費者の具体的な需要曲線に基づき消費者余剰を算出するのではなく、市場における需要曲線に基づき、消費者余剰を算出するという方法も考えられる。この場合、前者の個別的な需要曲線に基づく算出方法は、具体的損害計算の一場合として認められるべきであり、後者の市場における需要曲線に基づく算出方法は、抽象的損害計算の一場合として認められるべきである。損害賠償を請求する当該消費者が仮に自身の個別的な需要曲線の形状を立証できなかったとしても、市場における需要曲線は当該財に関する社会内の一般的な需要のあり方を示すものであり、よって市場における需要曲線に基づいて算出される消費者余剰をもって損害額とす

【図９　消費量一定の財】



ることは、消費者に平均的に発生する損害の塡補を認めることになり、かかる算定方法は合理性を持つと思われるからである。

また、実質所得の目減りによる効用水準の低下に着眼し、補償変分を損害額として理解する本稿の立場は、果たして市場における「選択の自由」を十分に尊重するものであるのかという問題も存している。[64] 図2にも見たように、財価格の上昇は、消費者の有する実質所得の目減りを引き起こすのみならず、市場における多数の財の間での相対的な値頃感にも影響を及ぼす。実質所得の目減りによる消費計画の変更（所得効果）に関しては、価格上昇後の財価格を前提として所得を追加的に補償することにより（この額が補償変分である）、当初の効用水準u_1^*は維持され得るのであるから、その限りでは、消費者に生じた損害の塡補は実現されていると見ることもできる。しかし、相対的な値頃感の変化による消費計画の変更（代替効果）については、それだけでは何ら法的保護が及ぼされていないこととなる。代替効果もまた、財価格の上昇により消費者の意思決定に及ぼされた影響を表すものであり、この点を法的にどのように評価するかはなお残された課題である。実質所得の目減りによる効用水準の低下を損害と考えるならば、価格上昇により相対価格が変化し、代替効果が生じたとしても、所得の追加的補償により同一の効用水準が維持されている以上、損害は十分に塡補されていることになる。しかし、この場合にも意思決定の自由に対する侵害が存するとの立場を採るのであれば、市場連動型不法行為による意思決定の自由への侵害によって惹起される損害には、効用水準の低下という定義をもってしてはなお捕捉できないものが存していることを前提にせねばならない。この問題につきどのような態度を採るかは、「市場における選択の自由」とは何かという規範的な問いをいかに理解するかに依存している。つまり、人の効用が低下しておらずとも、なお意思自由の侵害とその法的保護について語り得るのかという問題に対する理解がそこでは問われているのである。

さらに、本稿の知見は完全競争市場を前提にして初めて成り立つものであり、現実の市場が完全競争市場でな

い以上、本稿の知見は妥当しないとの批判もなされるかもしれない。しかし、かかる批判は、本稿の論旨に対する理解を欠くものである。そもそも、他の市場が不完全な競争状態にある場合、眼前の市場においてのみ完全競争を実現しようとすることは、市場全体としてみるならば非効率を生むことは広く知られている（いわゆる「次善理論」）。この場合、問題となっている市場において、完全競争状態ににおいて享受しうる利益、あるいはかかる利益に対する権利実現を追求することは、他の市場における参加者の利益・権利を害することとなる。よって、一つには、市場における利益享受に対する権利の平等性の観点から、他方では、市場全体における厚生の極大化という観点から、個々の市場参加者の完全競争状態において享受しうるはずの利益、あるいはかかる利益に対する権利は制約を受けると解される。さらに、本稿では、補償変分の定義、消費者余剰の差額としてそれを近似的に表すという知見の導出過程においても、そもそも完全競争市場の想定は用いられていない。本稿の主旨は、現在価格p_1^2と、想定購入価格p_1^1とを対比し、両者の間における消費者余剰の差として近似的に表される補償変分を損害額と理解すべきであるとするところにあり、そこには、想定購入価格p_1^1を完全競争市場における均衡価格として把握すべきであるとの主張は含まれていない。本稿の主張が成り立つためには、想定購入価格p_1^1が完全競争市場における均衡価格である必要はないのであって、カルテル形成後の現在価格p_1^2と比較して、より競争的な価格をもってp_1^1とすれば十分であり、それが具体的にいかなる価格となるかは、当該社会における権利と利益の布置に関する社会哲学と競争政策上の評価を参照して決定されねばならない問題である。(65)

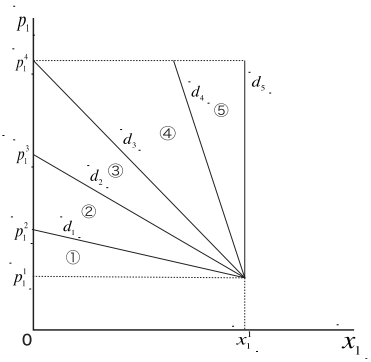
加えて本稿の立場に対しては、我々の日常的直感に反する帰結を導くとの批判も考えられる。図8の丁図においては、価格上昇に伴い、Xは消費量を五〇ユニットに減少させていたが、今度は、四〇〇円から一〇〇〇円への価格上昇に伴い、消費量がゼロになった場合を考えてみよう。この場合は、余計な支出たる①部分は消失し、消費者余剰の差を表す②のみが図に残ることになる。この時、②は、「五〇〇ユニット×（一〇〇〇―四〇〇）÷二＝

一五万円」と計算される。Xは所得制約の下で消費の断念を決定したという意味において、なるほどその消費者余剰に大きな損害を被っており、理論的にはこの損害を金銭に換算したものが一五万円として算出されることになる。しかし、この結論は、Xが当該財の購入を止めたという行為が外部から観察されるにすぎず、当該財の購入を全く行っていない場合にも、Xには損害賠償が認められることを意味する。かかる結論が、なお我々の日常的直感にそぐわないところがあるとすれば、それは、本稿の立場が、「名目所得額」の減少をもって損害（額）と定義するものではなく、市場連動型不法行為の惹起する損害の本質が「実質購買力の低下」にあると理解するところに由来する。

しかし、実質所得の減少をもって損害と定義する立場は、本当に我々の日常的直感に反する結論を導くのであろうか。この点については、以下の図10を用いて考えると分かりやすい。問題の所在を簡明に示すために、消費者の需要曲線は線形であるとする。

今、x_1財の価格が、当初のp_1^1から次第に上昇し、$p_1^2 \downarrow p_1^3 \downarrow p_1^4$となったとしよう。このとき、$A$から$E$までの、五人の消費者の線形の需要曲線（$d_1 \sim d_5$）が図10に示されている。当初財価格が$p_1^1$であった時は、いずれの消費者も$x_1^1$を消費していたことが図10には示されている。需要曲線d_1は、価格が$p_1^1 \downarrow p_1^2$に上昇した段階で、消費者Aが購入を止めたことを表し、需要曲線d_2は、価格が$p_1^1 \downarrow p_1^3$に上昇した段階で、消費者Bが購入を止めたことを表している（つまりBは価格p_1^2の段階ではなお消費をなしている）。さらに、需要曲線d_4は、価格がp_1^4に上昇しても、消費者Dはなお一定の消

【図10　消費者余剰の比較】



費を行っていることを示し、需要曲線d_5は、価格がp_1^1からp_1^4に上昇したにも関わらず、消費者Eは一貫してx_1^1分の消費をなしていることを示している。

このとき、図10より、財価格の上昇によりいち早く消費を止め、他の財に乗り換えたAの失った消費者余剰は、図の①で表される。これに対して、例えば価格がp_1^4にまで上昇してはじめて消費を止めた消費者Cは、①＋②＋③の消費者余剰を失っており、明らかにいち早く消費を止めたAよりも、Cの方が失った消費者余剰は大きい。そして、A~Eの失った消費者余剰を比較すれば、もっとも大きな消費者余剰の喪失を被っているのは、一貫して消費量の変わらないEであることが図10から容易に判明する。

若干の価格上昇により当該財の消費を止めた消費者Aにとっては、当該財は他の財で容易に代替の効く財なのであり、いわば消費者Aにとっては当該財でなければならない必要性の乏しい財であるということができる。消費者Aは若干の価格上昇により他の財に乗り換えており、その結果消費者Aの被った消費者余剰の喪失は僅少であり、よってAの被った損害も僅少に止まるということを図10は示している。これに対し、消費者B、消費者C、消費者D、消費者Eの順番に、価格上昇があるにも関わらず消費量の減少が少なくなっており、これは、各消費者にとって、B、C、D、Eの順番で、当該財はより重要なもの、より必要性が高いものであることを意味する。そして、この必要性の度合いに比例して個々の消費者の失う消費者余剰もより大きくなることを図10は示している。

つまり、Aは、購入を止めたにもかかわらず損害賠償が認められるどころか、いち早く購入を止めれば止めるほど、当該消費者に生ずる消費者余剰の喪失（図では、①部分）はより小さくなり、よってAに認められる損害賠償もより僅少となるのである。

結局、失った消費者余剰によって算定される損害賠償額を消費者に認めるという本稿の立場からは、価格の上昇に伴う当該消費者の当該財に関する需要行動（価格上昇に伴う、当該消費者の需要の履歴）が重要な意味を持つと

いうことが明らかになる。価格の若干の上昇によりいち早く消費を止めた消費者は、認められる損害賠償額も小さく、最後まで消費を続けた消費者は、より大きな消費者余剰の喪失を被っており、よって、認められる損害賠償額も大きくなるという結論が導かれるのである。かかる結論こそ、むしろ我々の日常的直感に沿ったものということができるのではなかろうか。

(46) 以下の図は、荒井一博『ミクロ経済理論』(有斐閣・一九九九)六九頁に依る。

(47) 需要曲線を用いるアイデアは、神戸大学大学院経済学研究科の柳川隆教授から教示を得た。深く御礼を申し上げる。当然のことながら、以下における全ての誤りは筆者の責任である。

(48) なお、h_1は、効用水準u_1^*を常に維持できるよう所得を追加的に補償された場合の需要曲線、すなわち補償需要曲線を表す。図2では、所得補償がなされた場合には、当該消費者はp_1^2の価格の下で、効用水準u_1^*を達成するためにx_1'の消費をなすから、h_1は(x_1', p_1^2)を通る。また、価格がp_1^1のもとでは、効用水準u_1^*を達成するためにx_1^1の消費をなすから、h_1は(x_1^1, p_1^1)を通る。補償需要曲線については、拙稿・前掲注(1)一六三頁、および本稿第四章第二節第三款、第四款参照。

(49) 後に見るように、「購入断念分の損害」自体そもそも図4下図の⑤+⑥によって表されるものではない。

(50) 図5は、価格p_1^5の時は、端点で解が存することを前提としており、よって、図5は以下の説明を容易にするための便宜的なものである。価格が一定以上になれば、需要をやめるという消費行動は広く観察されるところであり、図5は説明のための便宜的なものであるにせよ、現実から大きく乖離するわけではない。

(51) いわゆる「双対問題」である。西村・前掲注(22)八七頁以下参照。

(52) 西村・前掲注(22)三二頁以下参照。

(53) 以下の証明方法については、西村・前掲注(22)一二〇頁以下参照。

(54) 拙稿・前掲注(1)一六一頁・脚注二三二参照。そこでは、西村・前掲注(22)五五頁による、より洗練された導出方法を紹介した。

(55) 西村・前掲注(22)一二三頁。

(56) 両者の乖離につき、西村・前掲注(22)一二四頁以下参照。

(57) 補償需要関数h_1と、需要関数d_1が一致する条件については、西村・前掲注(22)一二五頁、一二九頁参照。

(58) 西村・前掲注(22)一二四頁以下参照。

(59) もっとも、そもそも①のみを損害と把握することが差額説の帰結といえるのかという問題も存することについては、既に第三章第一節で検討した。

(60) 西村・前掲注(22)二〇八頁。

(61) なお、社会的厚生の損失をもって独占企業の賠償すべき損害と理解するのであれば、図1では、死重損失たるABCが損害賠償の対象となろう。他方、消費者の権利・利益の侵害を契機として消費者の下に発生した損害をもって賠償すべき損害と考えるのであれば、消費者の失った余剰分である$Pm\ A\ C\ Pc$が損害賠償の対象とされることになる。いずれを基本とするかは、損害賠償の目的論における「厚生 対 権利」に対する理解に依存することになる。近時の不法行為理論における「厚生 対 権利」の対峙に関しては、拙稿「現代不法行為法学における『厚生』対『権利』―不法行為法の目的論のために―」民商一三三巻六号（二〇〇六）八七五頁以下参照。

(62) なお、需要曲線の傾きは、「財の価格変化にともない、財の需要量がどの程度変化するか」を示すものであり、これを「需要の価格弾力性」と呼ぶ。これは当該財の需要の変化率と、当該財の価格の変化率の比で表される。この場合、

価格の変化に比較して、需要量の変化が多い場合、需要は価格に対して「弾力的である」という。図7の甲図で表される財は、価格変化による需要用の変化が大きい財であるから、価格弾力性が大きく、反対に、乙図の財は価格弾力性が小さいことが示されている。数式であらわすと、価格弾力性εは以下のようになる。

$$\lim_{\Delta p_1 \to 0} \frac{\frac{\Delta x_1}{x_1}}{\frac{\Delta p_1}{p_1}} = \lim_{\Delta p_1 \to 0} \frac{\Delta x_1}{\Delta p_1} \frac{p_1}{x_1} = \frac{\partial x_1}{\partial p_1} \frac{p_1}{x_1} = \varepsilon$$

(63)　この点、顕示選好理論が一つの手がかりとなろう。参照、西村・前掲注(22)一〇七頁以下参照。

(64)　「選択の自由」については、若松良樹『センの正義論－効用と権利の間で－』（勁草書房・二〇〇三）、同「選択の自由とは何か」田中成明編『現代法の展望－自己決定の諸相』（有斐閣・二〇〇四）三一一頁、同「合理性、自由、パターナリズム－合理的選択理論をめぐって－」成城法学七四巻（二〇〇五）二二〇頁、更に本シンポジウムにおける若松報告「法と経済学における倫理の位置」が示唆に富む。また、参照、拙稿・前掲注(1)一五〇頁以下。

(65)　これは一連の灯油訴訟で、「想定購入価格」をどのように設定するかという問題として議論されていたところである。この点につき、前掲注(30)参照。

おわりに

本稿で検討対象とした数量制限カルテルは、市場において遂行される典型的な取引的不法行為であり、それは市場メカニズムを通じて消費者の意思決定に働きかけることにより純粋経済損害を惹起するという特色を持つ。この不法行為類型を本稿は、市場連動型不法行為、ないし経済的不法行為と呼んでその構造的特色を検討した。この

不法行為の本質を理解するためには、「市場における意思決定」の構造に対する理解が不可欠である。そのためには、これまでのような「他の財との比較を度外視した、目の前にある財を購入するか否かの決定」という意思決定論ではなく、「所得制約の下で自己の効用を最大化しようとしてなされる、市場における多数の財からの選択」という意思決定論を基軸に据えることが必要である。そこでは、取引的不法行為論に「市場の中での意思決定」という観点を取り入れることが求められるのである。

市場連動型不法行為は消費者の意思決定に働きかける不法行為類型であるが、その際、被害者たる消費者がいかなる意思決定をなすかは不定形である。ある者は、価格上昇を見た財の消費量を維持するため支出を増加しようとし、他の者は、価格上昇を見た財の消費を減少させ支出を抑制しようとする。当該財の消費を断念する者もいる一方で、かえって当該財の消費量を増加させようとする者もいる。あるいは、当該財の消費量ではなく、他の財の消費量を変化させることで価格上昇に対処しようとする者もいる。これに対応して、消費者の被る純粋経済損害も多様な形をとるように見える。それは、価格上昇を見た財の購入に要した余計な支出と見えることもあり、購入の断念・縮小と見えることもある。また、他の財の購入量の変化や、貯蓄の取り崩しという形をとって見えることもある。しかるに、この市場連動型不法行為に対して、我が国の従来の不法行為理論は、交通事故・公害における人身損害や物的損害を典型とする事実的不法行為類型において形成されてきた損害概念をもって対処しようとしてきた。事実的不法行為類型においては、被侵害利益や発生した損害自体は比較的明瞭な輪郭を持っており、例外はあるものの、多分に我々の日常的直感に依拠してその内実を把握することが可能である。しかし、本稿で検討した市場連動型不法行為は、発生した損害の把握自体が決定的に重要であるという意味において、従来型の不法行為とは大きく異なっている。伝統的不法行為理論において、損害概念がもはや法技術的意義を持たないとの主張が共感を呼び得たのは、損害の把握自体に困難が存しない事実的不法行為が想定されていたからなのである。

伝統的不法行為に対比される市場連動型不法行為の損害は、あたかも目の前の湖に石を投げ込む行為に類似する。投げ込まれた石の衝撃は波紋の広がりとして湖面に現れ吸収されてゆく。その外面への現れは不定形である。つまり、市場連動型不法行為における損害は、財の性質、消費者の嗜好に応じ多様な形をとって現れる。これに対して、「価格上昇を見た財の購入に要した余計な支出」をもって損害とし、あるいは「独占価格で財を購入せざるを得なかったこと自体」をもって損害とすることは、いずれも市場という広い湖の表面に現れる多様な波紋の一部にのみ着眼して損害とするものにすぎず、市場連動型不法行為の惹起する損害の全体像を把握することに成功しているとはいいがたい。いわば、これまでの不法行為法学における損害論は、ある公共施設の年間収入を試算するにあたり、「年間利用者は一〇万人であるから、入場料を現在から一〇〇円値上げをすれば、年間一〇〇〇万円の増収が期待できる」と算段するようなものである。そこでは、入場料が上がれば利用者が減少するため、一〇〇〇万円の増収は実現しないということが考慮に入っていないのである。

そこで市場連動型不法行為により個々の消費者に惹起される純粋経済損害の全体像を把握するためには、湖面に現れる波紋の下にあるもの、すなわち、外面に現れる消費者の多様な選択行動を促し、その基礎に共通して存在するものへの理解が不可欠である。本稿で取り上げた類型においては、それは「代替効果と所得効果を内実とする選択の自由の侵害」なのである。カルテルに代表される市場連動型不法行為は、財価格の上昇により、消費者の下に実質所得の目減りを生じさせる。それは、必然的に消費者の効用水準の低下をもたらし、かかる効用水準の低下を最小限に止めようとして、消費者は全消費計画の変更を行う。消費計画の変更は当該財への余計な支出や購入の断念等多様な形をとるが、それらはいずれも実質所得の減少による効用水準の低下を最小限にとどめようとしてなされる損害軽減行動の一部にすぎない。そして、「選択の自由」侵害の主要部分をなす所得効果を金銭的に評価するための手がかりとなるものが、「実質所得の減少による効用水準の低下」であり、これを金銭に評価したものこ

そ、価格上昇後の価格体系のもとで従前の効用水準を実現するために追加される所得分として定義される「補償変分」なのである。

効用水準の低下を最小限に止めようとして消費者が行う消費計画の変更は、カルテルの対象となった財のみならず、あたかも湖面に波紋が広がるがごとく、他の財の消費量変化にも及ぶ。つまり、一財の価格変化は、通常他の財の消費量変化をも引き起こす。当該財の価格変化のみならず、当該財の消費量変化や、さらには他の財の消費量変化もまた消費者の全財産状態に変化をもたらす重要な要因であるため、損害額の算定にあたってはこれらはいずれも考慮される必要がある。これは一見したところ極めて困難な作業である。しかし、ある財の価格変化により生ずる効用水準の低下を金銭に換算したものとしての補償変分は、まず財の価格 $(p_1^1, p_1^2, p_2^1, \ldots, p_n^1)$ と当初の効用水準 u_1^* の関数として表される支出関数 m が価格上昇前後にとる値の差として表された。そこにさらに、微分積分の基本定理とシェパードの補題を適用することによって、補償変分は、価格上昇を見た x_1 財についての補償需要曲線を変化前の財価格から変化後の財価格まで積分することによって得られる値として表すことができたのであった。そして、補償需要曲線が需要曲線に近似することに着眼することで、補償変分は、結局「当該財の価格変化の前後における消費者余剰の差」として近似的に表すことができたのであった。ここに、消費者余剰の差として近似的に表される補償変分を算出するにあたっては、価格上昇を見た財についての当該個人の需要曲線、あるいは市場における当該財の需要曲線のみを考慮すればよいことが明らかになる。損害は全消費計画の変更として外面に現れるが、その損害の全体を金銭的に評価するためには、価格上昇を見た財の需要量変化のみに着眼すればよいことがここに示されている。そして、個別的な需要曲線に基づく余剰の算出は具体的損害計算の問題として、市場における需要曲線に基づく余剰の算出は抽象的損害計算の問題としていずれも肯定されるべきなのであった。その際、問題となっている財の需要の価格弾力性に着眼することが損害額算定にあたって重要な意味をもつことも明らかと

なった。

このように、消費者余剰の差によって近似的に表される補償変分を損害額とする本稿の立場は、価格変化により需要量が変化する一般的な財について、余計な支出のみならず購入の断念という局面をも含んだ包括的な損害概念を提供することができ、加えて、価格変化の前後において消費量が一定という特殊な財に関しても、その一特殊事例として合理的・整合的な説明を与えることができる。それはまた、市場連動型不法行為における損害の全体像に明確な輪郭を与えるものであり、しかも財の性質や需要量の変化等、損害額算定にあたり、考慮されるべき重要な諸点を具体的・理論的に摘示することができるという点において長所を持つと考えられるのである。

もっとも、本稿は、数量制限カルテルという基本的な独占禁止法違反行為を取り上げ、基本的な分析枠組みを用いて独占禁止法二五条、民法七〇九条における損害概念を検討したものにすぎず、他の独占禁止法違反行為の不法行為的構造の検討は残された課題である。また、近時においては、独占禁止法以外の法領域において重要な市場連動型不法行為類型が存在しているが、本稿では取り扱うことができなかった。さらに、市場連動型不法行為をなした企業が支払う損害賠償については、当該企業が取引活動を行うなかで負担する費用の一種であるとの見方も可能であり、かかる観点は伝統的な塡補賠償原則からの転換を促す契機を内包するが、これも本稿では言及することができなかった。いずれにせよ、物損・人損を前提として展開されてきたこれまでの伝統的不法行為理論ではもはや対応し得ない理論的諸問題が市場連動型不法行為には存しており、この不法行為類型に対応しうる新たな不法行為理論の構築が現代の不法行為法学に要請されている重要な課題であることは確かである。

＊　本稿は、二〇〇七年八月十八日神戸大学大学院法学研究科二一世紀ＣＯＥプログラム「市場化社会の法動態学」研究センター第五回国際シンポジウム「法・市場・水平的秩序－法学・経済学・倫理学の対話－」における報告に基づくものである。