

# 東海法学

No.58

## 論説

「交渉」のコミュニケーションを可視化する

—模擬弁護士交渉の相互行為分析(1)—

..... 北村隆憲・岡田光弘・米田憲市・櫻田美雄

## 論説

ビデオ・エスノグラフィーによる法現象の研究

—ハイデガーとデュルケムのモノとしての「法律相談」—

..... 岡田光弘・櫻田美雄・北村隆憲・米田憲市

## 判例評釈

英国における医薬品の高価格設定と支配的地位の濫用

Flynn Pharma v CMA and Pfizer v CMA [2018] CAT 11

..... 鞠山尚子

2020

東海大学法学部



# 東海法学 No.58

2020  
東海大学法学部



東海法学 58号 2020 目次

論説

「交渉」のコミュニケーションを可視化する

—模擬弁護士交渉の相互行為分析（1）—

…………… 北村隆憲・岡田光弘・米田憲市・榎田美雄 1

論説

ビデオ・エスノグラフィーによる法現象の研究

—ハイデガーとデュルケムのモノとしての「法律相談」—

…………… 岡田光弘・榎田美雄・北村隆憲・米田憲市 19

判例評釈

英国における医薬品の高価格設定と支配的地位の濫用

Flynn Pharma v CMA and Pfizer v CMA [2018] CAT 11

…………… 鞠山尚子 35



【論説】

# 「交渉」のコミュニケーションを可視化する — 模擬弁護士交渉の相互行為分析 (1) —

北村隆憲・岡田光弘・米田憲市・樫田美雄

[目次]

概要

1. 交渉学と交渉の「コミュニケーション」
2. 交渉コミュニケーションと相互行為分析
  - 2.1 相互行為分析の特徴
  - 2.2 交渉学と相互行為分析
3. 交渉の相互行為秩序
  - 3.1 バーゲニング連鎖
  - 3.2 日常会話とバーゲニング連鎖
  - 3.3 連鎖の拡張と複雑化
4. 模擬弁護士交渉データの概要 **【以上, 本号】**
5. 弁護士交渉における「提案」 **【以下, 次号】**
6. 提案に「先行する」コミュニケーション
7. 提案に「後続する」行為連鎖の分析
8. 分析知見の概要と含意

参考文献

付録：トランスクリプト記号

## 概要

国内外で、ゲーム理論に基づく交渉分析や意思決定分析に基づく交渉研究など、「交渉 (negotiation)」についての探求は、多くの理論的・実践的な知見を積み重ねてきた。そして、その知見は、社会・職業生活においても重要な技能として広く利用されるとともに、法科大学院のローヤリング教育や ADR 教育を通じて、法律家も身に着けるべき実践的知識／技能とされるようになった。

私見によれば、従来の交渉学／交渉研究の主たる関心は、交渉の「理論モデル」を作り上げそれを利用して、交渉結果や交渉者の利害・効用・推論を理解／説明／予測すること、あるいは、交渉についての一定の理念や原則を考案してそこから良き交渉実践のための方策を提言することなどにおかれていた。ここでは、交渉が「コミュニケーション」（ないし、「相互行為 (interaction)」）であることは自明視されているものの、むしろそれ故に、交渉の現実のコミュニケーション過程は「ブラックボックス」として扱われ、実際の交渉コミュニケーションにおける交渉者たちの実践の詳細に探求の焦点が当てられることは殆どなかった。

本稿は、交渉を「コミュニケーション」として真剣に探求する可能性を開拓することに向けて、エスノメソドロジーと会話分析に依拠した「相互行為分析」を用いて、模擬弁護士交渉の録画データを詳細に解析することにより、交渉の相互行為秩序とその構造を見いだそうとするものである。

実際の分析では、「交渉」のコミュニケーション上の核心である「バーゲニング連鎖」を中心に、この連鎖の第 1 行為である「提案(オファー)」に「先行する」行為連鎖と「後続する」行為連鎖の諸側面を記述的に分析することにより、交渉のコミュニケーション秩序の構造を検討してその含意を示す。

## 1. 交渉学と交渉の「コミュニケーション」

国内外で、「交渉」について探求する学問領域（「交渉学／交渉研究／交渉分析」などと呼ばれる。以下では「交渉学」として一括する）において、多くの理論的・実践的な知見が積み重ねられてきた<sup>1</sup>。例えば、交渉者たちの対立を解決する際の、底流する利益、効用、推論を強調するゲーム理論に基づく交渉分析や意思決定分析に基づく交渉研究なども交渉学の領域でよく知られた典型的なアプローチである。さらに、こうした交渉についての様々な知見は、学問研究を超えて、ビジネスやマネジメント分野、さらに一般社会生活において、不可欠で重要な技能として広く求められ、利用されている。そしてさらに、こうした交渉学のアプローチや成果は、日本の法科大学院のローヤリング教育やADR教育のなかで、弁護士が身に着けるべき実践的知識の一部として教示されるようになっており、今や法律家にとってもなじみのある研究・教育・実践の分野である。

こうした交渉学研究の諸分野において、ハーバード大学ロースクールの交渉学研究プログラム（Program on Negotiation）の影響力は大きい。例えば、ロジャー・フィッシャーとウィリアム・ユーリーによる『ハーバード流交渉術』、ウィリアム・ユーリーの『決定版ハーバード流“NO”と言わせない交渉術』、ローレンス・サスキンド『ハーバード×MIT流 世界最強の交渉術』といった、邦訳もされ日本でよく知られた著作も、このハーバード大学の交渉研究所に関わる交渉の実践理論家たちによって書かれたものである。これらは、「ハーバード流交渉術」などと呼ばれ、従来のゼロサム型の交渉モデル（あるいは「分配型交渉モデル」）を超えて、当事者双方のニーズ／インタレストを掘り起こすことによって創造的に問題解決を図る交渉モデル（いわゆる、「Win-Win 交渉」、「問題解決型交渉」、「統合型交渉」、「原則立脚型交渉」）の典型として知られている。

私見によれば、こうした諸研究をその一部とする従来の交渉研究は、概して、交渉の「理論モデル」を生み出したり、あるいはそれを利用して交渉の結果を理解したり説明したりすることに主眼があった。あるいはまた、交渉についての一定の理念や原則を考案して、そこから良き交渉実践のための方策を提言することに強調がおかれていたように思われる。

こうした従来の交渉学の観点からは、交渉が「コミュニケーション」（ないし、

---

<sup>1</sup> 日本の交渉学研究の分類と多様性については、東川 2019 参照。また、交渉学／交渉研究における諸理論や実践技法について、例えば以下を参照。Raifa 1982; Fisher & Ury 1991; 太田 1990; 太田・草野編 2005; Nelken 2007; 小林編 2012。

「相互行為 (interaction)」であることは、いたって当たり前のことであると思われるかもしれない。しかし、私見によれば、概して、交渉が「コミュニケーション」であるということは、当然のものとして想定されているものの、あるいは、そのようなものとして自明視されている故に、交渉のコミュニケーション<sup>2</sup>それ自体に焦点が当てられることは殆ど無かったように思われる。つまり、従来の交渉学では、実際のコミュニケーションのプロセスは「ブラックボックス」、ないし自明なものとして扱われることで、現実の相互行為としての交渉のコミュニケーション・プロセスの中で参加者たちが実際に行なう実践の詳細に探求の焦点を当てることは殆ど行なわれてこなかったのである。

例えば、交渉とは、一方からの条件の提示(オファー)に対する他方からの対抗オファーのやりとりが一定時間継続していくこと、というようなイメージが想定されている。もちろん、オファーと対抗オファーのやりとりは、主として言語的コミュニケーションによって実現するものであるから、その意味において、交渉はコミュニケーションとして理解されている、といってもよからう。しかし、こうした交渉の理解が成立するためには、そもそも「オファー」が相手方にとって「オファー」として理解されなければならないだろう。つまり、当事者間に相互理解が確立されなければならない。しかし、実際のやりとり(コミュニケーション＝相互行為)のなかで、どのようにしてこのことが実現しているのだろうか。さらには、こうした相互理解が崩壊するとき、交渉に何が生じるのだろうか。あるいはまた、交渉を構成すると想定されているオファーと対抗オファーが行なわれるべき時に行なわれない、つまり「遅延」が起きるときに、交渉に何が生じるのだろうか。

従来の交渉学において交渉のコミュニケーション自体を検討する研究が殆ど無かったことの一つの理由の一つは、そうしたコミュニケーションの現実の詳細を分析する方法論が知られていなかったことも挙げられるだろう。本稿では、エスノメソドロジーと会話分析に依拠した分析アプローチ(「相互行為分析」と呼ぶ)を利用して、交渉の参加者が実際に行う自然な会話的相互行為(視線、ジェスチャーなどを含む)の録音・録画データから詳細なトランスクリプトを作成しそれらのデータを精査することにより、「交渉のコミュニケーション」を可視化して、交渉参加者たちが作り上げている交渉のコミュニケーション(相互行為)

---

<sup>2</sup> 交渉学の一般書では、次の引用のように、交渉における「コミュニケーション」は、単なる「言葉の選び方」などとして理解/説明されることも多い。「交渉学で究極的に重視されるポイントは、状況に応じてどのような言葉を選ぶかではなく、交渉の結果が当事者の利害を満足させるかどうかです。もちろん、言葉の選び方といったコミュニケーションの問題についても、交渉学で全く扱わないわけではないのですが、関心の主眼ではありません。」(松浦 2010: 43-44)

秩序を記述する試みを行なう。

## 2. 交渉コミュニケーションと相互行為分析

### 2.1 相互行為分析の特徴

ここで「相互行為分析」と呼ぶ研究方法は、社会学のエスノメソドロロジーと会話分析(Garfinkel 1967, 2002; Sacks et al. 1974)に基礎をおくものである。

この研究方法の特徴として、本稿の目的にとって重要なものを列挙してみれば、

(1) 仮設的な発話例の理論的な考察ではなく、相互行為・行為連鎖のなかで実際の発話事例を詳細に分析する、(2) 単一の発話でなく、行為のやりとりの文脈(相互行為ないし行為の連鎖)の詳細へ注目する、(3) やり取りの文脈の中で、会話参加者たちがお互いの発言を実際にどのように理解しているかを、経験的に示された参加者の志向から検討する、などである。要約すれば、そのアプローチの核心は、分析者の理論やモデルを当てはめるのではなく、あくまでも場面の参与者たち自身がつくりだす相互行為の文脈の論理(参与者の志向)に内在的に、つまり、「参与者たちが行うやり方で」(Maynard 2006:488) 相互行為を探求することに存する。こうした探求方法の特質は、「実際に行為の構成される仕方が、優れた理論的直観によっても見通せない多様性と複雑さを持つことに目を開かせてくれること」(串田他 2017: 37)にある。

日常会話のコミュニケーションについての相互行為分析の考え方と知見を、以下の分析に必要な限りにおいて概観しておこう。

会話的コミュニケーションは人間の「社会性の根本基盤(the primordial site of sociality)」を成している。日常会話は、会話参加者の1人が1度に発話をする機会である「(発話) 順番(a turn)」が順次交替していく相互行為である。通常、複数人による同時発話や発話間の長い沈黙はあまり生じずに、発話順番が会話参加者の間でスムーズに「順番交替(turn-taking)」が実現していく(Sacks, Schegloff & Jefferson 1974)。順番交替の「技法」は、(a)現話者が質問や依頼などの「隣接ペア」の第1成分を特定の会話参加者に宛てることなどにより、選択された者が次の発話者としての権利と義務を得て話し始める(「他者選択」)場合と、(b)他者選択がなされない場合に、他の会話参加者が自ら話し始める(「自己選択」)場合とがある(Sack, Schegloff & Jefferson, 1974)。また、会話は、発話を通じて実現される行為が連鎖的(sequentially)に組織されている。「質問」―「返答」のように、ある発話と、連鎖上その前後の位置において産出される発話との間の規範的な関係は「隣接ペア」と呼ばれる。隣接ペアは、「質問」―「返答」(あるいは、「呼びかけ」―「応答」、「誘い」―「受諾/拒絶」)などのように2つの行為(第1成分と第2成分)から成り、第1成分が産出さ

れると第2成分の産出が「適切(relevant)」となり強く期待される関係（「条件的適切性」）をもち、会話の基本的な連鎖単位である。行為としての発話が連鎖して展開していく中で、参加者たちは、自他の行為の理解可能性を協働的に作り出すとともに、同時に、それが発話を産出・理解する際の文脈を構成する(Schegloff 2007)。相互行為は、参加者たちの発話順番の一つ一つの進行ごとに秩序付けられ(Sacks, Schegloff, and Jefferson, 1974), これによって相互理解がリアルタイムの動態的過程としてつくりあげられていく。このプロセスは、「相互主観性の連鎖的アーキテクチャ(the sequential architecture of intersubjectivity)」(Heritage 1984)と呼ばれることがある。すなわち、①現発話者は自己の発話順番を組み立てつつ、先行発話にそしてとりわけ直前に隣接する先行発話に志向する。②発話はなんらかの「行為」を遂行する媒体であり、現発話は「次の」行為が参加者により行われることを、経験的に予想させ、規範的に要求することによって次話者が産出する行為の文脈を作り出し、維持し、刷新する。③そして、その次話者による発話は、多様なレベル(先行発話の完了、発話のタイプ、それに応答すべきか否か、など)において、先行行為についての理解を主張し証拠立てるのである (Heritage 1984)。

エスノメソドロジーと会話分析に依拠した分析アプローチは、こうした考え方に基づいて交渉の参加者が実際に行う自然な会話的相互行為（視線、ジェスチャーなどを含む）を録音・録画して詳細なトランスクリプトを作成しそれらのデータを精査する。そして、何らかの理論やモデルを使って交渉を理解・説明しようとするのではなく、交渉に参加している行為者たちが現実の相互行為文脈の中でリアルタイムにどのような意味秩序を生成させ、そこからどのような帰結が生み出されるかという具体的なプロセスの現実を、彼らの相互主観的な視点から厳密かつ系統的に分析・記述するのである。分析の焦点は、交渉者個人や彼らの目的、意図、戦略というよりは、その場に参加している人々が織りなす言語的・非言語的な相互行為を構成する諸行為（行為連鎖）である。私見によれば、このような分析アプローチは、より実践感覚に沿って交渉の現実の姿を記述することができ、またそうした知見に依拠した交渉技法の訓練プログラムの開発をも可能とすると考えられる。

## 2.2 交渉学と相互行為分析

相互行為分析の方法は、様々な法的場面のコミュニケーションの研究にも利用され、その有効性が示されている（北村 2017, 2018, 2019a, 2019b, 2019c）。

エスノメソドロジーと会話分析、ないし相互行為分析の手法により「交渉」のコミュニケーションを分析した先行研究は数少ないものの、興味深い知見を生み出している(Bilmes 1981; Maynard 1984, 1988, 2010; Firth 1995a, b;

Arminen 2005)。

特に Douglas Maynard による 3 つの関連論考は重要である。Maynard (1984)は、会話分析の方法を使い、カリフォルニアの地方裁判所で記録した刑事事件に関する検察官と弁護人との間で交わされる、非公式の審理前協議(有罪答弁取引)の録音データを分析した。有罪答弁取引は、公判前に検察の起訴予定の罪名(例えば、侵入盗)よりも軽い罪名(例えば、小窃盗)について有罪答弁をすることで当初のより重い犯罪の訴追を免れるという弁護人と検察官との取引交渉である。この論考では、会話分析の方法を用いて、答弁取引の会話連鎖の中で、「バーゲニング連鎖(a bargaining sequence)」(提案ないし立場報告とそれへの応答)が、罪名・刑期・正式裁判への移行の是非などについての答弁取引交渉のすべての局面において基礎的な構成要素であり、この連鎖が系統的に展開されることによって答弁取引が実践的に達成されていることを示した。これは、従来の答弁取引研究で取引の帰結に影響する要因として重視されてきた被告人の属性は、交渉の会話の実際の展開の中に埋め込まれて選択的に文脈の一部となることによって、はじめて交渉の帰結を左右しうることを例証するものでもある。また、Maynard (1988)では、この(非公式の)法的交渉場面である有罪答弁取引の「物語構造(narrative structure)」が分析されて、答弁取引の交渉者たちが、相互行為秩序としての物語構造を通じて、この法的な交渉における決定を協働的に行っている姿が詳細に分析されている。

さらに、Maynard (2017=2010)は、不動産取引契約交渉の録音データとともに、有罪答弁取引からの会話トランスクリプト・データも使いつつ、不動産取引交渉の行為連鎖に見出される参加者の相互行為上の3つの技法(留保、延期、抑止)を特定し、交渉活動一般への含意を提示している。この2010年の論考は、もともと2008年に、交渉教育機関として世界的によく知られたハーヴァード・ロースクールの交渉学研究プログラムの主催で開催された「コミュニケーションと交渉シンポジウム」でのメイナードの報告であり、その後、交渉学の著名な国際雑誌である『ネゴシエーション・ジャーナル(Negotiation Journal)』の特集号(Negotiation Journal 26)に掲載されたものである。このシンポジウムでは、調停・交渉の実践家・実務家・理論家などの参加者に対して、会話分析のアプローチ(さらには、「言説分析」のアプローチも関わるが)の有効性を検証するという形式で実施されたものであった。このシンポジウムには、「ハーヴァード・ロースクール交渉プログラム」の副議長であり著名な交渉の理論家であり実践家でもある Lawrence Susskind が参加すると共に寄稿しており、この中で、会話分析による交渉の実際の言語的プロセスを検討するアプローチのインパクトを高く評価して、次のように述べていることは、注目に値する。

「私はこのシンポジウムに出席するまでは、会話分析やディスコース分析で言われるように、「コミュニケーションとは『共同的に構成される意味』であり、『人々を能動的な意味創作者としてみることの必要性』あるいは『意味を単一の発話の中にはなく、（発言と行為の）連鎖の中に見出す』ということを実験的に考えてみたことはなかった。この3つの考え方が、コミュニケーションが交渉と調停の中で果たす役割についての私の理解を根本的に変えてしまったのである。」(Susskind, 2010: 165)」

著名な交渉の実践理論家である Susskind のこの言葉は、交渉学における相互行為分析の貢献可能性を強く示唆するものである。

### 3. 交渉の相互行為秩序

#### 3. 1 バーゲニング連鎖

先に述べたように、相互行為分析は、交渉者個人の認知や心理に焦点を当てるのではなく、交渉者が行う言語的相互行為（コミュニケーション）に焦点を当てる。つまり、交渉参加者たちが、実際の発言をやり取りすることによって連鎖的・関係的に相互行為を秩序だった有意義なものとして、つまり、ここでは、「交渉」のやり取りとして、相互の理解を組み立てていく、そのやり方に注目することにより、交渉の展開過程の秩序の諸側面を探究する。そして、交渉者たちが、交渉という意味を持つ相互行為を作り上げる、相互行為上の諸技法・諸実践を解明するのである。

こうした相互行為分析の観点から、「交渉」のプロセスを可視化して理解するために、「バーゲニング連鎖(a bargaining sequence)」(Maynard 2017=2010)に焦点を当てる。バーゲニング連鎖は、二つの成分からなる基本的な「隣接ペア(adjacency pair)」(Schegloff 2007)である。隣接ペアとは、「質問—返答」や「誘い—受諾／拒絶」といったように隣接する2つの発話順番から構成され、最初の発話（第1成分）が産出されると特定タイプの発話（第2成分）の産出が強く期待されるような、二つの発話順番のことである。したがって、例えば、バーゲニング連鎖の典型例の一つは、当事者一方からの「提案（オファー）」に対して、他方当事者が「対抗提案」を行なうやりとりである。

「私は交渉を、『バーゲニング連鎖（a bargaining sequence）』ないしこれと類似の連鎖を含む会話として議論する。交渉の参与者たちは、バーゲニング連鎖によって、連鎖的に、合意に到達（成功）するか合意を断念（失敗）

するまで、自己の交渉上の立場（ポジション）を表示し合うのである。バーゲニング連鎖は、提案とその提案に同調する返答（受諾）あるいは同調しない返答（拒絶）を含んでいる。受諾と拒絶以外の第三の応答には、受諾や拒絶を留保して、その代わりに対抗提案を産出することが含まれる。交渉の参加者たちが相互行為の中でこうした連鎖をどのように組み立てるのかを検討した後に、他の形式の交渉や言説に対して有する含意を引き出すことができる。」（メイナード 2017=2010: 33)<sup>3</sup>

次の【抜粋 a】は、米国の有罪答弁取引<sup>4</sup>の会話からとられたものである。ここでは、バーゲニング連鎖が大変明瞭なやり方で産出されている。

被告人は、酒場でバーテンが「酒をもう一杯出す」のを拒んだことから「飲み屋をズタズタにした」器物損壊罪（2行目の「損壊」）の容疑で逮捕され、公設弁護人が検察官から有罪取引のオファーを求めているところである（1行目）。

（以下の会話抜粋で、【抜粋 1】などの算用数字を付したものは模擬弁護士交渉データからのものであり、【抜粋 a】などの英小文字を付したものは先行研究などからとられたものである。抜粋中のトランスクリプト記号については、本稿の「付録」を参照。）

#### 【抜粋 a】

- 1 弁護士 2 : さて uh:: , オファーがありますか: ディラニー被告に関して?  
 2 検察官 3 : ええ ( . ) 有罪答弁は 器物損壊と それと uh (1.0) uh::m  
 3 (0.4) 適度な罰金そして uh:: (1.0) 被害弁償ですね。  
 4 (1.0)  
 5 弁護士 2 : オーケー  
 6 (0.8)  
 7 弁護士 2 : 50 ドルでは?  
 8 (4.2)

<sup>3</sup> 「私はバーゲニング連鎖を「社会組織の基底的なユニット」と考えている。バーゲニング連鎖へと導いたり、バーゲニング連鎖を拡張したり、あるいはまたバーゲニング連鎖から退出したりするための系統的な手続き（やり方）が存在しており、この手続きが、バーゲニング連鎖を交渉のその他の諸要素—例えば、議論、口論、正当化、対抗提案、第三者の参加など—と関係づけているのである」（メイナード 2017=2010: 脚注 1）

<sup>4</sup> 有罪答弁取引は、刑事事件に関する検察官と弁護士との間で交わされる、非公式の審理前協議である。答弁取引は、公判前に検察の起訴予定の罪名（例えば、侵入盗）よりも軽い罪名（例えば、小窃盗）について有罪答弁をすることで当初のより重い犯罪の訴追を免れるという弁護士と検察官との取引交渉である。

- 9 検察官3：はい。  
10 (.)  
11 検察官3：それと被害弁償  
12 (5.0)  
13 弁護人2：オーケー。

弁護人が1行目で検察官に対して提案（オファー）の提示を促すと、検察官は提案（proposal）（2-3行目）を産出し、弁護人は受諾（acceptance）（5行目「オーケー」）を行なっている。ここでは、複数のバーゲニング連鎖が連続して配置されている。つまり、弁護人は、器物損壊への有罪答弁の提案を受諾した後、第二のバーゲニング連鎖を開始して、両者はその罰金で合意している（7行目、9行目）。さらに、検察官は被害弁償を提案し、弁護人はそれを受諾している。

交渉に参加する人々は、交渉の中核を成すバーゲニング連鎖を通じて、自己のスタンスを提示し合うことにより、合意を志向するとともに、バーゲニング連鎖を通じて、交渉者間のスタンスやポジションの対立の調整のための会話の継続が促されるのである。

通常、「交渉」とは、両当事者が「提案（オファー）」を交換し合うものであると考えられている。例えば、交渉学のテキストでは、一方が条件を提示し、他方がそれに対して対抗オファーが行われると、「ここから交渉が始まる」（Neale and Lys 2015）と言われる。したがって、「バーゲニング連鎖」とは、自明の事柄を概念化したに過ぎないもののように思われるかもしれない。しかし、この概念の決定的に重要な特徴に注目しておくことが必要である。交渉学では、「オファー」や「対抗オファー」のやりとりは、研究者のもつ日常的／制度的な交渉経験に裏打ちされたものであるとしても、理論的・理念的に想定されたものであることが多い。「オファー」や「対抗オファー」などの発言／行為のやりとりを含む「実際の」発話のやりとりが観察されたり分析されることはない。それに対して、相互行為分析（会話分析）では、実際の発話のやり取りとして、固有の構成（発話の組み立てられ方）と連鎖上の固有の位置（どのような発言のやり取りの文脈において産出されたものか）をもつ、具体的な、生きた、発話行為の連鎖として観察され分析される。この観点からは、交渉は、典型的な構成要素としての、示唆、提案、対抗提案、拒絶、理由説明、などの行為が連鎖的に組織化されたプロセスを通じて実現していくと考えられる。

### 3. 2 日常会話とバーゲニング連鎖

交渉のコミュニケーション（相互行為）は、人間の社会性の基盤としての日

常会話が基礎となっている。日常会話のコミュニケーションを構成する、「招待 (invitation)」「依頼 (request)」「提案 (proposal)」なども、類似したコミュニケーションの進行をたどることが知られている。つまり、例えば、「招待」や「依頼」と理解しうる行為が特定の人に向けられて産出されると、通例的に、受け手は「受諾」か「拒絶」の選択肢の一方を産出することが期待されるだろう。

日常会話における「提案」ないし「誘い」の連鎖の例を見てみよう。

【「提案(誘い)」の連鎖】(Schegloff 1972:107)

- 1 A: 時には自宅の方に遊びに[来ないかい?]
- 2 B: [よろこんで]
- 3 A: 是非ね

この例では、Aが「誘い」を行なうと、Aの発話が完了しない前に、Bはそれが「誘い」と認識しうる時点で素早く誘いを「受諾」している。

もちろん、「交渉」においてこの例のように、自己のオファーに対して素早く交渉相手が「受諾」してくれるのならばこれほど喜ばしいことはないだろうが、通常はこのようには「交渉」は進行しない。交渉当事者には通常、利害や価値についての深い対立があるからである。そこから、実際の交渉に臨む交渉者に対して、「手の内 (いわゆる BATNA など) を見せるな」、「最初のオファーは相手にさせろ」とか「最初のオファーは受諾するな」といった実践的助言が与えられることになる。

### 3.3 連鎖の拡張と複雑化

交渉におけるバゲニング連鎖の秩序と構造を検討するために、日常会話コミュニケーションにおいて「提案」連鎖などがどのように展開し複雑化するかを知ることは有益である。日常会話における提案連鎖の複雑化ないし拡張の形式として、2つの側面を検討することができる (Arminen 2005)。提案に「先行する」連鎖の拡張と提案に「後続する」拡張とである。日常会話から、それぞれ一例を挙げておこう。

【提案に先行する連鎖の拡張】(Drew 1984:133)

- 1 A: それで、今週のボーイフレンドは誰なの?
- 2 B: 真剣なのは誰もいないわ
- 3 A: ってことは、誘えばデートできるね?
- 4 B: もちろんよ

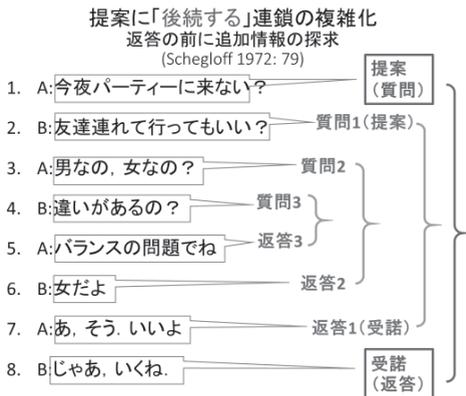
この抜粋では、A が 1 行目に「プレ提案」を産出している。「プレ提案(pre-proposal)」は、主要な連鎖に先行してその産出の準備を整える働きをする。この「プレ提案」にBは「進行承認(go-ahead)」, つまり「提案」本体へ進むことを承認すると、Aは「提案」そのものを産出してBに「受諾」されている。

つまり、ここでは、3行目の「提案」へと進行するための準備として、先行する「質問-返答」の連鎖が「前方に」拡張されていることになる。

【提案に後続する連鎖の拡張】(Schegloff 1972:79)

- 1 A: 今夜パーティーに来ない?
- 2 B: 友達連れて行ってもいい?
- 3 A: 男なの, 女なの?
- 4 B: 違いあるの?
- 5 A: バランスの問題でね
- 6 B: 女だよ
- 7 A: あ, そう, いいよ。
- 8 B: じゃあ, 行くね。

ここでは、提案と受諾という主要な隣接ペアの中に、他の隣接ペアが入れ子式に埋め込まれて、連鎖が拡張している。次の図によってその構造は明らかだろう。



つまり、この抜粋では、「提案」に対して「受諾」するか否かを決めるための別の隣接ペアが挿入されることで、提案に「後続」してやりとりが拡張していることが見てとれる。

#### 4. 模擬弁護士交渉データの概要

本稿での分析に用いられる「交渉」データ（以下、「本データ」とする）の概要を説明する。本データは、鹿児島大学司法政策教育研究センターで毎年実施されている、司法修習生や若手弁護士を対象とする「ロイヤリング実践セミナー」で録画されたものである。このセミナーは、「臨床教育科研」チームとの共同プロジェクトとしてはじまり、セミナー自体を「臨床教育科研」チームのフィールドとして提供して、セミナーの様子を可能な限りビデオに収録するとともに、修習生や若手弁護士のための臨床教育として、一般相談者の協力も得て実施されているものである。このセミナーでは、ベテラン実務家教員による実際の法律相談場面や修習生・若手弁護士による模擬法律相談・模擬交渉の場面の映像収録が行なわれて、その重要部分のトランスクリプト（文字起こし）が作成されたうえで、参加している修習生・弁護士と「臨床教育科研」チームのメンバー全員とで、その録画データについての反省的分析が行なわれる（この「ロイヤリング・セミナー」のさらなる詳細については米田（2013）を参照のこと）。本データは、2015年に開催された3日間にわたるセミナーに参加した2名の司法修習生（以下、「A」と「B」とする）が弁護士役となり、2日間にわたり実施された模擬法律相談及び模擬交渉の過程で録画された（模擬）弁護士交渉からのものである。

上記の研修プログラムは次のように構成されていた。まず、第1日目は、座学として、法律専門職の理念の変遷・多様性について学習する。その中で、参加者は、交渉や相談における対話を活性化するためのアイスブレイキングの技法をはじめとして、交渉学や法律相談についての基本的な理論と原理を学ぶ。第2日目に、「ペット事案」<sup>5</sup>（以下で説明する）を用いて、模擬法律相談を実施する。ペット猫を販売したペットショップ「クルス」の店長（Y）が弁護士Aと、また、ペットを購入した客（X）が弁護士Bと、それぞれ模擬法律相談をおこなった。弁護士役の司法修習生「A」と「B」には、事前に事件の内容は知らされておらず、店長役と客役には各役柄を実演するための概要となる情報のみが与えられ、それ以外はアドリブで演じられた。両当事者役と各弁護士役との法律相談の後、弁護士役の司法修習生AとBとが、当事者の代理人として対面で第一回目の交渉を行った。第1回目の交渉の後、各弁護士役は各当事者と第2回目の法律相談を実施して、今後の交渉の進み方について方針を相談した。その後、両弁護士は、第2回目の交渉を行った。以下で分析する交渉会話は、約70分間にわたる第2回目弁護士交渉のやり取りからとられたものである。

<sup>5</sup> この事案は、もともと和田仁孝教授が作成したものを基礎にしている。

交渉に先だって行なわれた2回の法律相談における購入者側と店側の主要な相談内容と要求の概要は以下のである。

購入者（「X」）は、6ヶ月前に、ペットショップ「クルス」から希少種の生後1ヶ月の子猫を60万円で購入した。購入時に販売した店員は健康な猫であると述べたという。たいそうかわいがって世話をしていたところ、3ヶ月たって、体調が悪いことから獣医に見てもらおうと、遺伝病やウィルスに感染していることが分かった。これまでの治療費は30万円に上る。店主に対応を求めたが、契約書をたてに治療費も、返金にも応じず、誠実な対応してくれない。衛生管理も怠っていたと思われる店に対して納得がいかず、他の動物もかわいそうである。今回のことで、店の態度をただすきっかけにしたい。具体的には、購入者Xは、金銭賠償、店の衛生管理の徹底と謝罪文を要求している。また、2回目の法律相談では、これまでの治療費の返還に加えて、猫は自分が死ぬまで世話をし続け、その経費は店が負担するべきと表明している。

店長（「Y」）は、Xが頻繁に店を訪れて店が非難されることで店の仕事が進まない上に店の悪い噂を立てられることに不安をいだいており、Xの店への頻繁な訪問と非難とをなんとかやめさせたい。また、売買契約書にある、引き渡し後ペットの返金や交換及び損害賠償には、先天性疾患による60日以内のペットの交換を除いて、その他の場合には一切応じる義務がない、との文言があることから、Xの要求には応じる必要はないと考えている。

こうした当該交渉データの由来からも想像がつくように、この交渉の当事者は、これまで弁護士（役）として代理交渉を行なったことがなかった2名の司法修習生によるものである。この70分間にわたるやりとりは、この研修会では「弁護士交渉」と名付けられていた。しかし、「交渉」と名付けられた時間／空間の中で行なわれるやりとりが、自動的に「交渉」となる、というように理解すべきではない。例えば、このふたりが70分間なんらかの言語的相互行為を行なった後に、彼ら自身が「交渉はできなかった」といったようにこのやりとりを理解しあうという可能性もあるだろう。以下では、彼ら自身がこのやりとりを、「交渉」として協働的に生み出していく「彼ら自身のその実践のやり遂げ方(ethnomethodology)」を記述する、という相互行為分析の研究方針に従って、この交渉データを分析していこう。

（本稿は、JSPS 科学研究費 17K03326 の助成を受けた研究成果の一部である。）

[以下、次号に続く]

## 参考文献

- Arminen, Ilkka (2005) *Institutional Interaction: Studies of Talk at Work*. Ashgate.
- Bilmes, J. (1981). "Proposition and confrontation in a legal discussion". *Semiotica* 34:251-275.
- Drew, Paul. (1984) "Speakers' reporting in invitation sequences", in J. M. Atkinson and J. Heritage (eds.) *Structures of Social Action*. Cambridge University Press, 129-51.
- Firth, A. (1995a) "Introduction and overview". In *The Discourse of Negotiation*, edited by A. Firth. New York: Elsevier.
- Firth, A (ed.) (1995b) *The Discourse of Negotiation*. New York: Elsevier.
- Fisher, Roger and Ury, William (1991) *Getting to Yes*, 2<sup>nd</sup> ed.. Penguin Books. (金山宣夫・浅井和子訳『新版ハーバード流交渉術』TBS プリタニカ, 1998)
- Garfinkel, Harold (1967) *Studies in Ethnomethodology*. Polity.
- Garfinkel, Harold (2002) *Ethnomethodology's Program: Working Out Durkheim's Aporism*, Rowman & Littlefield.
- Heritage, John (1984) *Garfinkel and Ethnomethodology*. Polity.
- Heritage, John and Maynard, Douglas (eds.) *Communication in Medical Care: Interaction between Primary Care Physicians and Patients*. Cambridge.
- 東川達三 (2019) 「交渉学の学問分類と研究特性」日本交渉学会学会誌 29(1)
- 北村隆憲 (2017) 「交渉の相互行為を分析する一訳者解題」東海法学 54 号 22-28.
- 北村隆憲 (2018) 「エスノメソドロジーと会話分析による法社会学研究の世界」東海法学 55 号 1-56.
- 北村隆憲 (2019a) 「評議における裁判官のアイデンティティと実践の諸形式—相互行為上の資源としての『後ろの位置』」法社会学 85 号 181-208.
- 北村隆憲 (2019b) 「法律相談のコミュニケーションを分析する—全体構造組織と相互理解の技法」東海法学 56 号 81-129.
- 北村隆憲 (2019c) 「調停のコミュニケーションを分析する—非難の連鎖はいかに「管理」されるか」東海法学 56 号 47-80.
- 串田秀也・平本毅・林誠 (2017) 『会話分析入門』勁草書房.
- 小林秀之編 (2012) 『交渉の作法』弘文堂.
- Margaret A. Neale and Thomas Z. Lys, (2015) *Getting (more of) What You Want: How the Secrets of Economics and Psychology Can Help You, Negotiate Anything in Business and in Life*, Basic Books.
- 松浦正浩 (2010) 『実践・交渉学：いかに合意形成を図るか』ちくま書房.
- Maynard, Douglas W., (1984), *Inside Plea Bargaining: The Language of Negotiation*.
- Maynard, Douglas W., (1988), "On Narratives and Narrative Structure in Plea Bargaining". *Law and Society Review* 22: 101-133.
- メイナード, ダグラス (北村隆憲・当山紀博訳) (2017=2010) 『交渉』の会話分析 ——

延期, 留保, 抑止」, 『東海法学』54号, 2017年. (Douglas W. Maynard, “Demur, Defer, and Deter: Concrete Actual Practices for Negotiation in Interaction.” *Negotiation Journal* 26:125-143.)

Nelken, Melissa L. (2007) *Negotiation: Theory and Practice* (2<sup>nd</sup> ed.), LexisNexis.

太田勝造 (1990) 『民事紛争解決手続論』信山社.

太田勝造・草野芳郎編, 奥村哲史・鬼澤友直・豊田愛祥・西潟眞澄著 (2005) 『ロースクール交渉学(第2版)』白桃書房.

Raifa, Howard (1982) *The Art and Science of Negotiation*. Harvard University Press.

Sacks, Harvey, Emanuel A Schegloff and Gail Jefferson (1974=2010) “A simplest systematics for the organization of turn-taking for conversation,” *Language*, 50(4) . [「会話のための順番交替の組織—最も単純な体系的記述」(西阪仰訳)『会話分析基本論集—順番交替と修復の組織』世界思想社]

Schegloff, E. A. (1972) “Notes on a conversational practice : formulating place”, in D. Sudnow (ed.) *Studies in Social Interaction*. Free Press: 75-119.

Glenn, Phillip and Susskind, Lawrence (2010) “How talk works: studying negotiation interaction,” *Negotiation Journal* 26(2):117-123.

米田憲市 (2013) 「臨床法学教育場面のビデオ・エスノグラフィー」鹿兒島大学法学論集 47号 225-230.

付録 抜粋中の記号の説明

記号	記号の定義
だから : :	コロンは音の延び。コロンが多いほど長い。
それー	ダッシュは突然の途切れ
↑ ↓	急激な音の上昇・下降
(1.4)	括弧内の数字は間合いの時間(秒)
(.)	0.2秒以下のごく小さな間合い
(( ))	分析者の注記
?	語尾の音の上昇(文法記号ではない)
A : コピー [だよ	上下の角括弧は同時発話開始の位置
B : [持つてるよ	
A : ええ＝	等号は発話間に隙間がなく急速に連続した発話
B : =だから	

きたむら たかのり (本学法学部教授)

おかだ みつひろ (国際基督教大学 教育研究所研究員)

よねだ けんいち (鹿児島大学司法政策教育研究センター教授)

かした よしお (神戸市看護大学准教授)



【論説】

ビデオ・エスノグラフィーによる法現象の研究  
—ハイデガーとデュルケムのモノとしての「法律相談」—

岡田光弘・檜田美雄・北村隆憲・米田憲市

はじめに

第 1 節 どこに現れても不思議ではない不朽のモノを研究する

第 1 項 「詳細な観察記録に依拠した推測」と「ビデオ・エスノグラフィー」

第 2 項 「推測された秩序性」には二種類ある

第 2 節 その現場での秩序を産出する人々が、身体を伴ってする実践として理解された  
「法律相談」を遂行する上での特徴

第 1 項 ={相談に来た人が「相談者」になる}=ことと={相談に来た人を「相談者」  
として認める}=こと

第 2 項 資料に関して

第 3 項 ={ペース}=と={話題の組織}=

第 4 項 ={質問をする}=

第 5 項 ={調停や法廷での質問に備える}=

第 6 項 ={今、どこにいるかを伝える}=ことと={相談を終わらせる}=こと

おわりに

はじめに

社会は、法でできている。いかなる日常生活も、一切、法と関わらずに送ることはできない。しかし、ごく普通の人々にとって、自分たちが、常々、法に従っていると意識されることはない。法は、その全ては、六法全書に書き込まれているが、基本的には、自分たちの生活の外側にあり、ある時、突如として、自分たちを制約したり罰したりする「強制力」のように思われ、可能であれば、これと関わることを避けたいことだろう。多くの人がそのように考えているだろう。

そういった人たちが、仕方なく、法に関わる時、まず、頼れるのは、「法テラ



「その場に習熟し、そのユニークな方法に寄り添え」として定式化された強い要求を満たしていないことを認めていた。その結果、彼らは、自分たちの研究を、大教室での講義という、大学では広く行き渡っているが、それまでは気にもとめられず、見落とされてきた秩序性についての「詳細な観察記録に依拠した推測」と呼んでいる。

ガーフィンケルの行った研究は、私たちが「法律相談」を扱った手法とは、少し違っている。その違いを繰り返すなら、まず、私たちが研究にビデオ録画をフルに活用したということである。そして、私たちが、こうした方法による達成について、登場者である弁護士を含め、法の専門家を交えた確認・検討会を行ったということである。私たちは、このように研究を進めていく手法をビデオ・エスノグラフィーと呼んでいる。確かに、この手法でも、先に述べた、ガーフィンケルによる「その場に習熟し、そのユニークな方法に寄り添え」という強い要求を満たしているとは言えないかもしれない。だが、登場者や専門家の目を組み込むことで、確実に、「その場を理解し、そのユニークな方法に寄り添え」という弱い要求を満たすものになっているとは考えている<sup>03</sup>。いずれにせよ、このエスノメソッドロジー一流のエスノグラフィーは、読者を、自分がほとんど知識をもっていない「法律相談」にヴァーチャルに参加するように強く促すものになっている。本稿で記述されている出来事と振る舞いが、本当にその場にありそうなもの、すなわち、実践的な客観性と目撃可能性をもつものとして読まれるなら、それは、「法律相談」が、ローカルな現場で協働的に作り出されており、日常言語の理解可能性に基づいて、一目でそれと分かるように、当たり前前に組織された行為であることが明らかにされたということである。読み手には、「法律相談」での出来事と振る舞いの細目が示され、その接続と進行が目撃可能にされている。こうした記述を、相談者と弁護士とが、「法律相談」の場で、見だし、位置づけをし、服従し、さらに目撃する、この社会を形作っている活動の部品として組織されたモノとしてのつながり方、すなわち、論理一文法(Socio-Logic)を示していると読んで欲しい。

そのようにして読まれるとき、本稿が、ガーフィンケルが、独特の記号を用いて、={法律相談}=と表記する組織されたモノを対象としているということが見えてくるはずである。もっとも大きな活動である={法律相談}=は、「法現象」としての「法律相談」を指している。そして、その組織されたモノの細目が特定され、接続が示されていれば、本稿は、読者に「法律相談」がどのように進行していくのかに見取り図を与え、馴染ませ、そうした場への参加の仕方を伝える、一種のチュートリアルとなるだろう。

## 第1項 「詳細な観察記録に依拠した推測」と「ビデオ・エスノグラフィー」

ハロルド・ガーフィンケルとデイビッド・サドナウとは、1972年の夏に、大学の大教室で行なわれていた化学の講義を観察し、さらに、それについての自分たちの議論を記録した。その後、ガーフィンケルとその学生だったメリンダ・バックスとによって1973～1974年の間に、歴史学と社会学の講義からも資料が集められたという。また、バックスは、それ以外のいくつかの専門学校や学科でもインタビューを行い、この多様な領域でのインタビューによって、その領域で、それぞれの仕方、彼らが、その現場で、その専門らしい方法による達成として目撃した問題を収集している。

私たちは、2010年以来、実際の法律相談を録音・録画し、これについて相談を担当した弁護士とそれ以外の弁護士、そして司法修習生を交えて検討するという機会をもった。全文をトランスクリプトにし、法律相談という活動を構成している部品とも言える、現象としてのさまざまな細目、すなわち「モノ」について、「法現象」として、繰り返し検討している。これによって、語られている言葉の内容や法的含意についても、事実確認ができる状態になっている。

ガーフィンケル(2002)では、講義が進行し、遂行されていくさいの特徴について、以下のように時間軸に並べて、活動が接続していく見取り図が示されている。

={講義は始まらない}=、={場所をとって、そして待っている}=、={部屋が埋まり始めるのを見ている}=、={講義が始まっている}=、={遅刻}=、={中断}=、={注意を払う}=、={彼は板書を消去する}=、={「あなたは前回の講義での・・・を覚えているでしょう」}=、={普通に暢気に聞いている}=、={ペース}=、={講師が準備するのを見ている}=、={話題の組織}=、={理解を提示する：質問}=、={講義が終わりに差し掛かり、聴衆が落ち着かなくなる}=、={聴衆がザワザワしている：騒々しい会衆}=、={ミーティングを閉じる}=。これらは、それぞれ、大教室での授業を経験した人なら思い当たる「組織され、社会的な現象」である。

ガーフィンケルの研究は、ビデオ録画に基づいておらず、完全にエスノグラフィックである。エスノグラフィックな資料を使用することで、一目でそれと分かる、目撃可能な現象について示唆することができる。あるいはそれらの特徴づけることができるだろう。しかし、そうした現象を組織していくメカニズムを特定することはできない。目撃された対象が、定式化され、利用可能にされる必要があったので、ガーフィンケルは、「社会現象」を進行していく接続として提供した。これらは、本来は、それ自身のメカニズムが特定され、独自の

現象として記述されるべきものである。

ガーフィンケルは、論文化の過程で「言葉をこき使う (shoving words around)」ことによって、興味深い多くのものが得られたという。ちなみに、インタビューによる研究は、専ら、「言葉をこき使う」ことによって成り立つ、「語りの組織化」の研究である。だが、彼は、自分たちにはできなかつたものの、可能なら、当たり前、一目でそれと分かる細目の録音・録画が必要であると言う。そして、エスノメソドロジー研究としては、録音だけが、それが遂行されていく細目とともに「経験の組織化」の特徴について検討することを可能にしてくれるという。彼は、部品となつて、進行している連接としてのモノを、適格な能力によって、「当たり前 (Naturally) 組織された、活動のシステム」として分析したかつた、と言っている。結果として、彼らの研究では、録画を活用して、経験を組織化している細目について、十分に特定することができなかつたため「その場の方法にユニークに妥当せよ」という要件は満たされなかつた。そのため、彼は、自分たちの調査結果を、化学を教えるという方法による達成についての「詳細な観察記録に依拠した推測」と呼んでいる。彼は、適格な能力をもつ化学者なら、この素材に見出すかもしれないものを取り逃がしていることを認めている。

## 第2項「推測された秩序性」には二種類ある

最初に言えるのは、「化学の講義」や「法律相談」という活動をそれとして識別させてくれる細目は、一目でそれと分かり、目撃可能なものだということである。そして、観察され、記録された現象は、いわば、エスノグラフィックなものである。目撃可能な事実性という根拠に基づくことが、現象学の基本であり、一目でそれと分かるように組織する方法が、その現場での秩序を産出して

ワーク  
いること、すなわち、「方法による達成が、当たり前、一目でそれと分かるこ

ワーク  
とが、方法による達成を特徴付けている (The natural accountability of work identifies work)」(Garfinkel 2002:222)。このことを解明するというのが、エスノメソドロジー研究の調査方針である。自らについて語る言葉は、現場で秩序が生み出される方法について知る、大きな手がかりである。これに基づいて、まず、概念の理解可能性から、自らのカテゴリーの使用法を振り返ったり、「言葉をこき使い」概念を明確化したりすることによる「理にかなつた推測」という段階の研究がある。これは「語りの組織化」の水準で「理にかなつた」ものである。ただ、経験そのものという、リアルタイムでの「経験の組織化」

の水準に達していないため、その適切さは「詳細な観察に依拠した推測」に比べて制限されたものとなっている。観察に基づいたものであっても、推測された水準は、ある種の脆弱さをもつ。そして、それについて読み、そして、概念間の関係を突き詰め、概念の結びつきが「理にかなった」ものになっても、そうした知見の適切さには限界がある。「言葉をこき使う」ことだけでは、人々の実践の細やかさを乗り越えることはできないのである。

ワーク  
サククス、シェグロフとジェファーソンは、会話という方法による達成について研究した。録音素材に基づいて、彼らが例証して解決したのは、={会話}=という現象を産出するメカニズムである。このような会話の秩序性を産み出す方法による達成の研究は、表面的には「会話=語り」が対象となっているが、録画には「語られた結果」であるインタビューによっては、けして、手にすることのできない実践の細やかさ、すなわち、ローカルな現場で、その場に即して「示される」ものが含まれている。「経験の組織化」、すなわち、「示される」水準の現象については、それが如何に丁寧に行なわれても、概念の理解可能性に基づいた「理にかなった推測」によって特定することはできないし、「観察記録に依拠した推測」によって扱うことも困難である。

言語表現、ないし概念の理解可能性に基づいた「理にかなった推測」、あるいは、フィールドノーツといった、「詳細な観察記録に依拠した推測」よりも強力

ワーク  
な、繰り返し目撃可能な録画素材を使用すると、法律相談を方法による達成として、目撃することができるはずである。法律相談という活動の部品となっている、どのような組織的なモノが、テクニカルに秩序を産出する現象として推測されるだろうか。それが見つかったなら、それこれこそが、当たり前、一目でそれと分かるように講義をするという方法による達成である。

この論文の後半では、ビデオ・エスノグラフィーという手法によって、法律相談の実践的な客観性と目撃可能性とが、方法による達成であり、当たり前、一目でそれと分かる部品から成り立つということを示す。こうした当たり前組織されている活動についての研究は、エスノメソドロロジー研究による調査を詳細に展開することによって、方法による達成が、当たり前、一目でそれと分かるモノを産み出していく姿を記述するものとなっている。

さまざまな活動が現象として同定され、集められ、定式化されて、そして分析されるということが重要なのである。エスノメソドロロジー流のエスノグラフィーは、まず、「理にかなった推測」としてもたらされる。そして、エスノグラフィーの報告による「詳細な観察記録に基づいた推測」という段階がある。ま

た、その中には、(a)分析者が自分自身の材料を使うもの、そして(b)分析者が他の人の材料を使うものがある。だが、これらにビデオというテクノロジーが加わることで、研究においてこの自他二元論的な区分が融解して、周りの誰でもが目撃可能な「経験の組織」に照準することになる。そして、ビデオ・エスノグラフィーは、活動のシステムの構成要素とその接続について記述的な分析をする研究手法になる。

## 第2節 その現場での秩序を産出する人々が、身体を伴ってする実践として理解された「法律相談」を遂行する上での特徴

ここからは、法現象について、その細目を特定し、それぞれが接続していく姿を明らかにしていくために、相談の場所、開始、終了、相談者の構成、トピックといったモノを扱う。六法全書、弁護士のメモ、相談者の資料などは、そのために利用されるモノである。法現象は社会的に組織されたモノであり、状況に埋め込まれた方法による達成と状況に埋め込まれた出来事と関係がある。

大教室での講義において、後から={講義が始まっている}=と気がつくのは、そこでは、講師が、講義を明確に始めることを行わないからである。それに対して、相談者が待っている部屋に、={弁護士が歩いて入る}=のだろうと、あるいは、弁護士が、待っている部屋に={相談者が歩いて入る}=のだろうと、彼らは、明確に相談を始める必要がある。「始まる」のか「始める」のか、いずれにしる、彼らが利用している、ある種のモノ-組織上のモノ-と比較することが可能になる。こうしたモノは、手の甲のような存在である。私たちの多くは、自分の手を自在に動かすことができるだろう。手とは、馴染みのあるものである。そして、手を自在に動かすとき、手の甲は、いつでも目の入っていることだろう。だが、手の甲は、手を慎重に駆使するときにも、それを気にすることのない存在である。そうであっても、手の甲は、実際の手の動きを構成している重要な部品である。読者は、しばらくの間、手の甲のように、目に入っているが、気がつかれていない組織上のモノが、現場でどのように駆使され、接続し、進行していくかについて目にするようになる。

### 第1項 ={相談に来た人が「相談者」になる}=ことと={相談に来た人を「相談者」として認める}=こと

今回のデータが収集された場である無料の「法律相談」は、まず、相談者を募ることから始まっている。そこに、相談者が申し込み、相談として適格であるとして、受け入れられたことで、その日の「法律相談」が成立した。相談者

は、予約時に、まず、秘書の助けを借りて「法律相談予約受付票（以下、予約受付票）」に「相談内容」さらに「相談の概要」を書き込む。これに対応するものとして、弁護士が相談後に、「法律相談事件報告書（以下、事件報告書）」に「相談内容」「助言内容」をまとめる。この「予約受付票」と「事件報告書」とは、対応関係にあり、日常的な「問題」の提示とそれについての法的な「解決」の提案となっている。

「出会いは両者の『挨拶』から開始される」という原則がある、だが、これに従って、いつでも、入室するとすぐに、弁護士と相談者の両者が挨拶を交わして、そののちに着席するかということそうではない。これ以外の進行が起こりえるのである。すなわち、相談者からすると、それ以前に、相談者が「予約受付票」を埋めるという手続きを経ており、弁護士はすでにこれに目を通しているため、これに基づいて、弁護士が、組織を代表するものとして、相談者（たち）に着席を促し、その後に両者が挨拶を交わすということも起こりえるのである。

また、同様に、相談の申し込みをし、「予約受付票」を書くということが、相談の依頼と解釈できる点を利用して、入室してすぐに、相談者（たち）が、「お世話になります」や「お願いします」と切り出したり、促されて着席した途端に、具体的な相談を切り出したりといったこともある。また、弁護士の側が、秘書による聴き取りに基づいて書かれた「予約受付票」の存在を利用して、「予約受付票」の存在に触れつつ、問いかけを始めることもある。

このように、「この」相談の場は、数日にわたる日時の隔たり、電話を介するという空間的な隔たりを跨いだ重層的な構造をもっており、「この」場で、弁護士と相談者のどちらから、挨拶をすることも、相談を始めることも可能になっているのである。だがしかし、挨拶が、あってもなくても、相談が「始まる」ことはあるが、着席しないで、相談が「始まる」ことはない。={着席を促す}=ということは、相談を「始める」下準備であり、「挨拶」や「質問」と同様に、相談を「始める」ことを構成している。そして、それは、弁護士個人のアイデンティティと重複していてもいなくても、組織を代表して行われることであり、弁護士の側からしかできないことである。

## 第2項 資料に関して

相談者は、事前に用意した家系図や土地の概略図を携えてくることがある。逆に、弁護士が、手元の紙や「事件報告書」に家系図を={図に書いて確認する}=ことがある。それは、「相談内容」の中でも重要な要素として、図として記載される。相談者が、事前にそういったものを用意していることもある。そのように持参されたり、描かれたりした図は、相談の要所要所で、={理解を提示する}=

ために指し示されたり、={資料の適切さを確認する}=ために言及されたりすることで、両者が共有するリソースとなる。

また、相談者は、まず、={持ってきた資料を示す}=ことで相談を始めることができる。相談が始まる前と後では、資料のもつ意味合いは大きく変わる。相談の前には、それぞれの資料が、「この」問題の解決の役に立つか立たないかは不確かである。

相談の後では、資料のもつ意味合いが仕分けされ、その価値に重みがつけられる。このことから、「法律相談」は、ある意味で、相談者が持参してきた、={資料の適切さを確認する}=ことから、それぞれの資料の「この」相談での意味合いが仕分けされていくことで、={資料に何が足りないかを発見する}=過程であるとも言えるだろう。

この過程を弁護士の側の持ち物である六法全書との関わりで見えてみよう。弁護士にとって、「法律相談」は、相談者の利害関心に向き合うなかで、六法全書という={資料の適切さを確認する}=とともに、それを最大限に利用する場となっている。ここで「利用される」、={資料の適切さ}=には、弁護士の法的推論を支える道具といった直接的な性能だけでなく、目をやることで、その発言に重みをもたせることや、触れたり、開いたり、手を置くことで間をもたせるといったことも含まれる。また、「最大限に」ということの中には、六法全書の条文が包含する範囲が、本稿で最初に述べた、ごくふつの人々の常識と違うものだということが含まれている。素人は、六法全書に記されている条文は、法律の全ての可能性を網羅していると考えがちだが、相談内容のすべてが、六法全書の条文の世界の中で解決する訳ではないということである。「法律相談」は、ときには、明治時代の前から続いている習俗といった、民法を越える存在に出会う場でもある。また、税理士という職種が管理しており、弁護士も市民としての常識の範囲でしか知らない、租税といった制度、すなわち、六法全書の世界の外部にある制度に出会う場でもある。

### 第3項 ={ペース}=と={話題の組織}=

私たちは、弁護士が自分のペースで、相談者たちに進行を示すことに注意を向けているのを聞く。すなわち、弁護士は、「この」相談を取り扱うために、相談者に与えておかなければならない材料を、順序よく与えている。彼は、一定のペースで、相談者たちが、その材料を用いて、できること、すべきことを組み立て、取り組めるように促し続けるのである。弁護士は、事前の「予約受付票」から、あるいは、相談の途中で気づいたことから、自分が伝えようとしているものと一致するように組織された素材を相談者に供給しようとする。そこで維持されている={ペース}=のもつ特徴は、「法律相談」に特有な出来事。

「考える順番が与えられ、話題が接続し、すべきことやできることが組織されていく」として、弁護士が慣れ親しんでいる、その場にありそうな進行、すなわち、実践的な客観性と目撃可能性をもつ進行と大いに関係している。例えば、弁護士が、その場で「事件報告書」などに「家系図」を書き始めたとしよう。これらは、弁護士が、その場で実際に、相談の={ペース}=や={話題}=を管理する材料となっている。家族関係をめぐる権利や義務を明らかにする材料として「家系図」を描くことが活用されることは、その場では、「法律相談」というシステムに特有の、客観的で、目撃可能な進行が思い描かれており、参照されているからである。

法律相談の予定表としての={話題の組織}=は、順序よく、ありふれた目撃可能性を産み出す。「法律相談」の基本的な構造とは、相談者による説明に沿って「家系図」を作図していくさいに顕著なように、弁護士と相談者が、提携して、調子を合わせ、相談の={ペース}=を保ち、お互いが相談の進行を見守り、理解することである。

#### 第4項 ={質問をする}=

ここで、私たちは、={理解を提示すること}=としての「質問」の特徴を明らかにしようとしている。まず、質問の働きには、事実を知る、事実を確認する、といったことがあるだろう。「法律相談」においては、これに加えて、相談者は、不明なことだけでなく、「法的な論点」を示す単語が耳に入った時に、その論点に関して、さらに知りたいことを質問している点が特徴的である。わざわざやってきた相談者の耳に入りやすいのは、理解しようとして、関心の対象としている法的な問題と関わる弁護士の発言なのである。相談者たちは、まずもって、法的な論点だと聞こえることに「耳をそばだて」、メモを取る。さらに自分にとって「有利」な論点や「不利」な論点については、さらに敏感さを増し、それが「耳に入った」なら、「その言葉に食いつき」、確認したり、追求したりする質問を行なうのである。

これとは別のことだが、弁護士の側から言うと、「法律相談」には、「いま聞いていること」について尋ねる質問と「すでに聞いたこと」について尋ねる二つの質問があるようにみえる。これは、おおまかに、樫村(1996, 2001)における、「開始部門（相談先行連鎖）」と「相談部門」という二つのフェーズのそれぞれの場において、弁護士が心に描いている主要な関心と一致したのように見える。「すでに聞いたこと」について尋ねる質問は、「いま聞いていること」が、正しく聞けたかどうかという={理解を提示する}=ことでもあり、それは、理解について実演することでもあるだろう。

開始後、しばらくの間、相談者の話に、弁護士から質問が差し挟まれること

がある。これらの質問は、「いま」「相談者が」「話していること」のなかにある事実、すなわち「いま聞いている」細々とした事実を確認するための質問である。たほう、相談者による説明が、一段落した後、「すでに聞いたこと」をもとに、今度は、弁護士側の聞きたいことを聞く質問が続いていく。これらは、「すでに聞いたこと」のゲシュタルトを確かめる質問である。この二つの「質問」は、「質問-答え」という隣接対としては、同じ形式を共有している。だが、質問が置かれている文脈、背景となっている枠組みが異なっていることができる。たとえ、同じ言葉で語られようと、それが置かれた場によって、質問のもつ意味合いに違いが出てくることは、相談の={ペース}=や={話題の組織}=とも関わっている。

### 第5項 ={調停や法廷での質問に備える}=

以下の法律相談において、「質問について語る」部分があった。これは、その場にありそうな、すなわち、実践的な客観性と目撃可能性をもつ段階的な進行の中で、「いま聞いている」事実を確認するための質問が発端となっていた。その内容に対して、相談者が={気になる言葉に食いつく}=ことで、偶発的に、調停や法廷における質問のもつ意味を相談者に伝えるという働きをもっていた。ここでは、={ペース}=が調整されるだけでなく、={話題の組織}=がなされ、相談において重要な、法的な推論の骨格が示されてもいる。事前に計画されていたとは考え難いが、「この」現場で、日常生活では聞きなれない、法廷での論理一文法(Socio-Logic)に出会うことで、やりとりが深められていったことで、={調停や法廷での質問に備える}=ことになったのである。これは、ビデオに収められ、繰り返し検討されることで見えてきた。「この」法律相談に特有の出来事であった。

実際のデータを見てみよう。弁護士は、いくつかのやり取りのあと、「DV という、その、ことばでとらえる必要はまったくない」という定式化をする。それに続くやり取りにおいて、その意味がつまびらかにされていく。まず、ここでは、相談者に、裁判所では「DVをしたことはあるか」という表現で尋ねられることはないと伝えている。加えて、もし、「大声で怒鳴ったことがあるか」に「はい」と答えると、それは、DV と見なされる可能性があると言う。しかし、これは、テレビドラマにあるように、弁護士が想定問答での答え方を教唆したり、すべき受け答えのシナリオを示したりしているものではない。この点は、相談者が「怒鳴らなかつた」と答えると良いのかを尋ねると、「嘘をつけとは言えない」と突き放すことから明らかである。

相談者は、ここで、法的な論点だと聞こえることに「耳をそばだて」、={気になる言葉に食いつく}=、すなわち、自分にとって「不利」な論点について、確

認し、追求する質問を行なっている。ちなみに、弁護士の「DV という、その、ことばでとらえる必要はまったくない」という定式化とそれに引き続く展開は、弁護士の質問が、「いま」「相談者が」「話していること」のなかにある事実、すなわち「いま聞いている」事実を確認するための質問であるということを示すものである。

20130824 (L: 弁護士, C: 相談者)

L: いや DV という、その、ことばでとらえる必要はまったくないんです

C: ああ、はい

L: ようするに大声で怒鳴ったことがあるかどうかという

事実が大事なわけであって

C: あ事実じじつ

L: それを評価して DV と言うか言わないかはあまり気にしないでください

C: ああ

L: 広い意味でいえば、それはりっぱな DV です

C: DV

L: だし狭い意味でいえば DV でないかもしれません

C: あ DV とそうじゃないかはどこで

L: はっきりした概念はないんじゃないでしょうかね

C: ない、あ実際にはどういうふうなかんじで

L: だから何月何日

C: はい

L: おくさんをなんとかいって大声でどなったことが

あるかないかということです

C: ああ、あるかどうか

L: 裁判所で DV をしたかどうかという問いかけはありません

C: あ怒鳴ったことがあるか

でもしわたしが怒鳴ったことがあると認めた場合は

L: はい

C: それはまた慰謝料につながっていくわけでしょ

L: つながるでしょうね、いくらか、離婚にもつながるでしょうね

C: あ hh じゃもう、怒鳴らなかつたというしかない＝

L: =いやそんなことは僕ら答えられません

C: あ hhh はい

L: 嘘をつけとはいえませんが

C: ああ h

弁護士の「DVという、その、ことばでとらえる必要はまったくない」という定式化によって、ここでなされていた質問が、あくまでも、「いま聞いている」事実を確認するための質問であったことが示されている。そこでは、話題を限定し、打ち切りを図っており、相談者が={気になる言葉に食いつく}=ことに対して、弁護士による={ペース}=の調整と={話題の組織}=がなされている。計画されていたとは考え難いが、ここでは、結果として、相談者には、法的な推論の骨格が示され、聞きなれない法的推論に出会うことになる。そうした接続の中で、さまざまな構成要素の組み合わせによって、「この」相談に特有の={調停や法廷での質問に備える}=が生じている。

### 第6項 ={今、どこにいるかを伝える}=ことと={相談を終わらせる}=こと

弁護士は、相談を進めていくために、そして、報告書を作成するために、相談をしながら、相手の言葉の、={要点を書き取る}=、={作図する}=といった活動を行う。これらは、基本的に、相手に={ペースを合わせる}=中で成し遂げられていく。

さて、相談では、相手に={ペースを合わせる}=以外のことが行われるのだろうか。実は、そうしたことは実際に起こっている。弁護士は、必要とあれば、相手の話に割って入り、あからさまに、自分から、質問や新たな話題を切り出すことをする。このときには、弁護士は、相手と提携することをしない。相手に={ペースを合わせる}=ことをしないのである。これらは、ただ、聞かれたことに答えることで、相手に={ペースを合わせる}=中で進めていくこととは違っている。

相手に={ペースを合わせる}=ことをしない場合には、特徴的な活動が生じる。具体的には、相談者を={たしなめる}=、={なだめる}=、={ねぎらう}=、といった活動を行うことで、自分の={ペース}=を取り戻し、相談の進行において={今、どこにいるかを伝える}=ことを行うのである。たとえば、話のスジが逸れた時には、={たしなめる}=し、来談の目的が果たせず、期待したものと違った結果しか手にできない相手には、={なだめる}=、あるいは={ねぎらう}=ことで、相手に={ペース}=をにぎらせないようにする。そして、要所要所で、={格言を述べる}=ことは、それぞれの段階で、={今、どこにいるかを伝える}=ことで、相談の進行を促進したり、終了に向かわせたりということを行なっていることになる。

このように、「法律相談」に特徴的な現象の細目は、={法律相談をする}=という、その場で最も大きい組織的なモノの部品なのである。そして、「法律相談」が終わるさいには、以下のことを目にする。そこでは、掛け時計でも腕時計で

も、時計の存在が、適切さにおいて、突出した関連性をもっている。30分という、目処とされている時間に近づくと、相談は終わりに向かって動き出す。具体的に「時間」という単語が話の中に出てくることもある。また、言葉によって、終わりに差し掛かっていると告げることなく、={相談が終わりに差し掛かっている}=を達成することもある。たとえば、弁護士は、これを定式化して告げないで、いま行なわれている相談を引き継ぐ、次の組織について言及することで、自分たちが、相談の進行において、={今、どこにいるかを伝える}=こともできる。「この続きは、法テラスで」という言葉によって、法テラスについて説明を始めるなら、それは、この相談の次に起こる組織的な活動について示すことであり、さまざまな要素によって成し遂げられた、={相談が終わりに差し掛かっている}=という共通の了解を前提にして={相談を終わらせる}=という次の現象を産み出す活動になっていると言えるだろう。

## おわりに

これまで見てきたように、={法律相談をする}=という組織された現象として、おおまかに、={相談に来た人が「相談者」になる}=、={相談に来た人を「相談者」として認める}=、={着席を促す}=、={図に書いて確認する}=、={持ってきた資料を示す}=、={資料の適切さを確認する}=、={資料に何が足りないかを発見する}=、={要点を書き取る}=、={作図する}=、={質問をする}=、={理解を提示する}=、={話題の組織}=、={ペース}=、={気になる言葉に食いつく}=、={調停や法廷での質問に備える}=、={たしなめる}=、={なだめる}=、={ねぎらう}=、={格言を述べる}=、={いま、どこにいるかを示す}=、={相談が終わりに差し掛かっている}=、={相談を終わらせる}=といった<sup>・</sup>モノを取り上げた。その全ては、日常言語による理解の範囲にあり、そのうちのあるものは、ビデオを駆使した観察によって初めて、研究対象にできる複雑さをもっていた。また、この全ては、「語られる」だけでなく「示されて」おり、そうした意味で常識(common sense)による理解可能性に支えられ、一目でそれと分かり、「法律相談」における「経験の組織化」に用いられている<sup>・</sup>モノである。その一つ一つが、その場で、文脈に即して、作り上げられているが、「法律相談」なら、どこに現れても不思議ではない不朽の存在なのである。すなわち、そうした<sup>・</sup>モノの一つ一つは、日常言語で理解され、利用され、駆使されることで、実践において客観性を持ち、道具として利用可能であるという意味で、伝統的な社会学における社会構造にあたる存在なのである。このように論理一文法(Socio-Logic)に従って産み出され

ている実践的な客観性、事実性は、社会秩序の源であり、その点において、広い意味での、社会学が発見すべき対象なのである。

## 註

### ワ ー ク

01 ここで、また、いくつかの箇所、方法による達成とルビを振っているのは、エスノメソドロジー研究において、work という語の持つ特別な意味合いを示すためである。煩雑になるので、重要箇所以外は、単に「方法による達成」として簡略化しているが、同様の意味合いを読み取ってほしい。

ガーフィンケルは、現象学の伝統を引き継ぎながら、それに重要なアレンジを加えることで、自らの研究を社会学の系譜に接合した。それは、労働や仕事が work であるだけでなく、日々の行いも、その場に特有の方法によって成し遂げられているという意味で work であるとする観点である。それによって、日常生活について、「人々が社会を組織化する方法 (Ethno-method)」のコレクションとして研究する道が開かれた。

02 ガーフィンケルは、当たり前組織された、ありきたりの行為 (Naturally Organized Ordinary Action) についての研究でたびたび生じる主題において、さまざまな大きさをもち、活動としての名前をもっている、組織的なモノと、その接続や使用について記述している。それらは「現象」が、自らその存在を明らかにするという、ハイデガー主義の道具としてのモノだが、それが使用される起源は、これまでの現象学の道具箱にはないという。これらは、社会学の対象であり、デュルケムによる、社会の客観的で、物的な基盤という発想に起源をもつという。そうした理由から、社会的な事実、すなわち社会学のモノは、現象としての社会的な事実性、すなわち、道具としてのモノによって置き換えられる。こうした事実性について語るとき、たとえば、={会話}:=という大きなモノや={相談を終わらせる}:=というごくローカルなモノとして語るようになる。こうして、現象を={ }:=で括る奇妙な表記法は、(Garfinkel 2002)に従っている。

03 「その場に習熟し、そのユニークな方法に寄り添え」という強い要求、特に「その場への習熟」が、もし研究者の属するカテゴリーに基づいた規準であるなら、これは、個々の研究が生み出す知見への評価とは別のものとなるだろう。知見のもつ意義から考えると、筆者には、「その場に習熟し、そのユニークな方法に寄り添え」は、二段階の規準であるように見える。また、その規準の満たし方は、線型的な程度の差ではなく、規準を超える手順の違いを反映している

ように思われる。すなわち、その場の誰も、それまでに気がついていないことを発見し、それがその現場で役に立つものであると誰もが認めるなら、まず「その場を理解し」という弱い要求の前半の規準が満たされることになり、概念的な理解可能性の範囲内で「そのユニークな方法に寄り添う」という規準を満たしていることになると考えている。さらに、その知見が、現場の人々によって、「実際に使える」ものだと判断されたなら、それによって「そのユニークな方法に寄り添え」という規準の後半部分が満たされたことになり、その場合には、翻って、「その場に習熟している」という規準が満たされていると看做されるのではないだろうか。

#### 文献

- Garfinkel, Harold 2002 *Ethnomethodology's Program*. Roman & Littlefield.  
樫村志郎 1996 「法律相談における協調と対抗」 棚瀬孝雄編、『紛争処理と合意』、ミネルヴァ書房、pp. 209-234.  
—— 2001 「法的トークの制度的特徴-法律相談の会話分析-」 語用論研究、3:86-100.

おかだ みつひろ（国際基督教大学 教育研究所研究員）

かしだ よしお（神戸市看護大学准教授）

きたむら たかのり（本学法学部教授）

よねだ けんいち（鹿児島大学司法政策教育研究センター教授）

【判例評釈】

# 英国における医薬品の高価格設定と支配的地位 の濫用

Flynn Pharma v CMA and Pfizer v CMA [2018] CAT 11

鞠山尚子

## 1. はじめに

企業が自社商品に高い価格をつけることは、競争法に違反するだろうか。通常、そのような行為は、競争法に違反しないと考えられる。なぜなら、高すぎる価格は市場の自動調節機能により淘汰されると考えられるからである。しかし、市場が適切に機能せず、かつ、当該業界の規制当局による規制も行われなない場合には、どうであろうか。わが国においては、現在のところ、企業が高価格をつけること自体を直接規制する独占禁止法の規定はない<sup>1</sup>が、欧州においては、高価格設定が競争法の規制対象となる。

特に、近年問題となっているのが、医薬品の高価格設定である。本件で取り上げるイギリスの事件のほか、イタリア、デンマーク等でも事件がみられ、欧州委員会もこれに関連する調査を開始したとしている<sup>2</sup>。

本判決は、医薬品の高価格設定を支配的地位の濫用にあたるとした英国競争

---

<sup>1</sup> 現行法で言えば、独占禁止法 2 条 9 項 5 号は、「自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして不当に、次のいずれかに該当する行為をすること」と規定し、ハにおいて、「・・・その他取引の相手方に不利益となるように取引の条件を設定し、若しくは変更し、又は取引を実施すること」と規定することから、この規定による規制が可能であるとも思われる。また、同項 6 号は、「次のいずれかに該当する行為であつて、公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち、公正取引委員会が指定するもの」を不正な取引方法であるとし、同号ロにおいて、「不当な対価をもつて取引すること」を規定することから、一般指定の改正によれば、より直接的な規制が可能となりうる。

<sup>2</sup> Claudio Calcagno et al., *Economics of Excessive Pricing: An Application to the Pharmaceutical Industry*, 10(3) JOURNAL OF EUROPEAN COMPETITION LAW & PRACTICE 166, 167 (2019).

市場庁（Competition and Market Authority、以下、「CMA」という。）の決定を取り消した英国競争審判所（Competition Appeal Tribunal、以下、「CAT」という。）の2018年6月7日の判決である（本判決は、控訴院（Court of Appeal）に上訴中である）。高価格設定は、イギリスのほか、EUおよびその加盟国では、「支配的地位の濫用」として、競争法による規制を受ける可能性がある。CMAが本件高価格設定を不公正な高価格であり、支配的地位の濫用にあたることと決定したのに対し、CATは、両者が支配的地位にあるとした点についてはCMAの決定を是認したが、濫用があるとするには、CMAの分析は判例法に照らして不十分であるとした。

## 2. 事実の概要

本件で問題となった薬は、抗てんかん薬のフェニトインナトリウムカプセルである。この薬は、1938年に発売されたもので、すでに特許期間が満了している。製造・販売していた医薬品メーカーのファイザーにとっては、価格が安く、儲けの出ない薬であったところ、ファイザーは、この薬のイギリスでの販売権を医薬品メーカーのフリンに売却した。ファイザーが製造し、フリンが販売するこの薬を以下、P/Fカプセルという。

イギリスで医薬品は価格規制を受けるが、P/Fカプセルは、その販売権がファイザーからフリンへ売却されたことで、この規制を迂回できるようになり、価格の大幅引上げが可能となった。イギリスでは、正規医薬品（以下、「ブランド医薬品」という。）と後発医薬品（以下、「ジェネリック医薬品」という。）それぞれの価格をそれぞれのメーカーが所属する団体が規制している。ファイザー、フリンが共に加盟する団体は、ブランド医薬品の価格を規制している。P/Fカプセルは、ファイザーからフリンにその販売権が売却されたことで、ブランド医薬品ではなくなり、この団体の規制は適用されないこととなった。一方、ジェネリック医薬品の価格は、ジェネリック医薬品メーカーの団体の規制を受けるが、ファイザー、フリンはいずれもこの団体のメンバーではなく、ファイザーが製造し、フリンが販売するP/Fカプセルはこの団体の規制も受けない。P/Fカプセルがいずれの価格規制も受けないことを利用してP/Fカプセルの価格は大きく引き上げられた。例えば、84個×100mgのP/Fカプセルの価格は、2012年9月に£2.83であったところ、2014年4月までに£67.5まで引き上げられた。

CMAは、P/Fカプセルを製造しフリンに販売するファイザー、ファイザーから購入したP/Fカプセルを販売するフリンに対し、その販売価格が高額すぎて不

公正であり、1998年競争法第2章<sup>3</sup>とEU機能条約102条に違反するとして、価格の引き下げを命じるとともに、両社に合計約9000万ポンドの制裁金を課した。

イギリスで入手可能なフェニトインナトリウムは、P/Fカプセルのほか、ファイザー製フェニトインカプセルの並行輸入品と、主なジェネリックとしてTevaの製造するフェニトインタブレットがある。このタブレットの価格はP/Fカプセルの価格より高価であった<sup>4</sup>。

フェニトインナトリウムの処方せんは、メーカーを指定しない形で出されるが、あるメーカーのてんかん薬で安定している患者は他のメーカーのものに変更すべきでないことが、てんかんの診断管理ガイドラインなどで示されている。

### 3. 高価格設定に対する規制の枠組み

支配的地位の濫用を禁止するEU機能条約102条は、その規制対象の一つとして、不公正な販売価格を課すことを例示する。高価格設定は、不公正な販売価格を課すこととして、EU機能条約102条の規制対象となり、英国においては、EU機能条約102条と1998年競争法第2章の規制を受ける。

高価格設定に関してEU競争法で重要とされる先例は、United Brands事件(以下、「UB事件」という。)<sup>5</sup>である。UB事件によれば、支配的事業者が、不公正な価格を課すことが濫用であるという<sup>6</sup>。不公正な価格とは、製品の経済的価値と比較して *excessive* (過度) であるものをいう<sup>7</sup>。別の段落では、価格が過度であるとは、製品の経済的価値と何ら合理的関係がないことをいうとする<sup>8</sup>。価格が *excess* (過度) かどうかは、当該製品の実際の販売価格とその製品の製造費用を比較することによって、特に、客観的に判断されるという<sup>9</sup>。また、支配的事業者が、通常の十分に有効な競争があったら得られなかった利益を得るべく支配的地位から生じる機会を利用したかどうかを確認することが賢明であるという<sup>10</sup>。さらに、UB事件は、その後の判決で繰り返し引用される以下の二段階テストを提示する。すなわち、第一に、(支配的事業者が) 実際に負担した費

<sup>3</sup> 1998年競争法第1章、第2章は、それぞれ、EU機能条約101条、102条の規定に倣ったものである(公取委HP

<https://www.jftc.go.jp/kokusai/worldcom/kakkoku/abc/allabc/u/uk.html>)。

<sup>4</sup> Tevaのタブレットの価格は28個×100mgで£30であった。数量が3分の1であるから、カプセルと同量の84個×100gで考えると£90であり、価格引き上げ後のカプセルの価格£67.5より高価である。

<sup>5</sup> Case 27/76, *United Brands v Commission*, EU:C:1978:22 (1978).

<sup>6</sup> *Id.* para 235,248.

<sup>7</sup> *Id.* para 235.

<sup>8</sup> *Id.* para 250.

<sup>9</sup> *Id.* para 251.

<sup>10</sup> *Id.* para 249.

用と実際に設定した価格の差が過度（*excessive*）であるか（過度基準）、この問題に対する答えが是であるなら、第二に、設定した価格がそれ自体として、あるいは、競争品と比べて不公正であるか（不公正基準）を評価する<sup>11</sup>。ただし、価格が不公正であるかを判断するほかの基準もありうるとする<sup>12</sup>。なお、EUとその加盟国において高価格設定は、UB事件の示したこの二段階テストによって評価されてきた。

#### 4. 判決概要

本件でCATは、ファイザーとフリンが支配的地位にあることについては、CMAの認定を是認したが、その地位を濫用したとするCMAの認定、すなわち、支配的事業者の設定した価格が過度に高額（*excessive*）で、その地位の濫用に当たるとした点については、高価格設定についての基準を誤って適用したものとした。

##### 4-1 支配的地位について

CMAは、関連市場をファイザーについて、イギリス国内で販売されるファイザー製P/Fカプセル（並行輸入を含む）の製造とし、フリンについて、イギリス国内でのファイザー製P/Fカプセルの販売とした<sup>13</sup>。両者が、それぞれの市場において、圧倒的な市場シェアをもち、競争圧力を受けることなく、価格を大幅に引き上げ、その価格を維持することができたことなどから、両者は、それぞれの市場において支配的地位にあるといえるとした<sup>14</sup>。CATはこのCMAの判断に同意するとした。<sup>15</sup>

##### 4-2 濫用について

###### (1) CMAの認定

CMAは、UB事件の示した二段階テストにしたがい、まず、価格が過度に高額（*excessive*）であるか（過度基準）の評価をした<sup>16</sup>。そこで、CMAが基準としたのが、「コストプラス」である。本件において、コストプラスとは、ファイザーとフリンのそれぞれがP/Fカプセルについて負担する費用に、合理的利益を足したもので、この合理的利益は、ブランド医薬品の価格を規制する医薬品価

---

<sup>11</sup> *Id.* para 252.

<sup>12</sup> *Id.* para 253.

<sup>13</sup> *Flynn v CMA and between Pfizer v CMA* [2018] CAT 11（以下、「Flynn/Pfizer」とする。）、para 68 (3).

<sup>14</sup> *Id.* para 68 (4).

<sup>15</sup> *Id.* para 251.

<sup>16</sup> *Id.* para 256.

格規制スキーム (PPRS) で採用されている利益率をもとに算定された。この利益率は、イギリス保健省とイギリス医薬品産業が交渉し、売手と顧客の利益のバランスをはかって決められたもので 6% であった。4 年を超えて継続したファイザーとプリンの高価格は、両社の負担した費用に合理的利益を足したコストプラスの価格を大幅に上回っていた。したがって、CMA はファイザーとプリンの価格は、過度に高額である (excessive) とした<sup>17</sup>。

次に、CMA は、その価格が不公正であるか (不公正基準) の評価において、コストプラスの価格以上に、P/F カプセルの経済的価値を引き上げる要因がないことから、P/F カプセルの経済的価値は、コストプラスの価格であるとする<sup>18</sup>。そのうえで、P/F カプセルの価格は、その経済的価値であるコストプラスの価格と合理的関係がないことから、不公正な価格であるとする<sup>19</sup>。また、P/F カプセルには、その価格が競争品と比べて不公正であるかを考慮するために比較する競争品もなく (タブレットは競争品とは言えないとした)、また、比較をする必要もないとした<sup>20</sup>。

## (2) CAT の認定

CAT は前述の CMA の認定について UB 事件の二段階テストを正しく適用していないとして以下のように判示した。

① 価格が過度に高額であるかという過度基準において、基準価格をコストプラスアプローチに限定し、通常の十分に有効な競争状況下での価格を基準としなかった点で根拠が不十分である<sup>21</sup>。

② 価格が不公正であるかという不公正基準において、UB 事件の示す、「それ自体として不公正」と「競争品と比較して不公正」という二つの基準は、両方を立証する必要はない<sup>22</sup>。しかし、一方の選択肢で価格が公正であるという主張が明らかに有効である場合にそれを無視して、もう一方で価格が不公正と立証されたことを根拠に 102 条違反とすることはできない<sup>23</sup>。

③ したがって、CMA の濫用の認定には不備がある。ただし、この事件で濫用があり得ないといっているわけではない。UB 事件の二段階テストに従って 102 条を適用するために、違反行為者が関連市場において支配的地位にあることが立証されたら、競争当局は、以下を立証する必要がある。(a) 通常の十分に有

<sup>17</sup> *Id.* para 68 (5) (i).

<sup>18</sup> *Id.* para 68 (5) (ii).

<sup>19</sup> *Id.*

<sup>20</sup> *Id.*

<sup>21</sup> *Id.* para 310, 356.

<sup>22</sup> *Id.* para 366

<sup>23</sup> *Id.* para 367.

効な競争条件下で維持されるだろう価格を基準価格として設定する。(b) 設定した基準価格と実際に課せられた価格とを比較してそれが過度に高額 (excessive) かどうかを判断する。(c) 価格が過度に高額 (excessive) というために、実際の価格と基準価格との違いが十分に重大で、持続するものかを評価する。(d) 過度と結論付けられたら、それが不公正であるかどうかを考慮する。(e) それ自体不公正か、競争品と比べて不公正かいずれかによって、不公正さを判断する。ただし、いずれかにおいて、価格が公正であることが明らかに説得的であるなら、それを適正に考慮する。(f) 不公正と認定されたら、製品の経済的価値を評価し、実際に課せられた価格と関連がないかを評価する。(g) 支配的事業者によって提示される客観的正当化事由を適切に考慮する。(h) 上述のすべてを充たし、価格が製品の経済的価値と合理的関係がなく、支配的事業者が通常の十分に有効な競争条件の下では得られないであろう利益を得ているなら、102条違反の認定をする<sup>24</sup>。

## 5. 研究

欧州委員会の競争総局長 Johannes Laitenberger が、2018年6月にフィレンツェで行ったスピーチにおいて、この判決について、これまでのEUの判例法よりもさらに踏み込んだものであると述べている<sup>25</sup>ように、この判決は、高価格設定に関するこれまでのEU法判例に照らすと、高価格設定の違法性判断基準をより厳格なものとしているように思える<sup>26</sup>。本判決自体も、UB事件の二段階テストは、見かけほど単純なものではなく、あらゆる事件で簡単に適用できるものではないとしており<sup>27</sup>、より詳細な分析を求めている<sup>28</sup>ように思われる。

まず、UB事件の二段階テストの第一の基準である過度基準の評価において、CATは、CMAの実施した販売価格と費用とを比較する方法を不十分であるとした。CMAは、当該製品について、支配的事業者が負担した費用に合理的な利益を足したコストプラスと実際の販売価格とを比較して価格を過度であるとした。こ

---

<sup>24</sup> *Id.* para 443

<sup>25</sup> Johannes Laitenberger, Competition assessments and abuse of dominance Remarks on the two themes of the EUI Competition Workshop, Florence 22 June 2018, [https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2018\\_11\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2018_11_en.pdf), at 6.

<sup>26</sup> この判決についてUB事件の過度 (excessive) と不公正という二つの要件に経済的価値と競争価格の設定を加えており、厳しすぎるとする論稿もある (Jasper Hoekstra and Wolf Sauter, *What Standard for Excessive Pricing in EU Law? A Discussion of the Competition Appeal Tribunal's Judgment in the Pfizer/Flynn v CMA Case*, 2 EUROPEAN PHARMACEUTICAL LAW REVIEW 215,220 (2018))。

<sup>27</sup> Flynn/Pfizer, para 289.

<sup>28</sup> Laitenberger, *supra* note (25) at 6.

これは、UB事件が、価格が過度であるかを「特に客観的に判断できる」<sup>29</sup>とした方法である。しかし、CATはこれを不十分とする。CATは、過度基準においては、通常の十分に有効な競争があった場合の価格を基準価格とし<sup>30</sup>、それと比較して販売価格が高すぎるかどうかを評価すべきとした。これは、UB事件以降の判例には見られない新たな立証責任を当局に課すもののように思われる。CATのいう基準は、近年のラトビアにおける著作権の高価格設定に関し、欧州司法裁判所に先決付託されたAKKA/LAA事件の法務官意見<sup>31</sup>で示されたものでもある。同意見によれば、UB事件のいう過度基準は、実際に支配的事業者が課した価格と当該市場において有効な競争があった場合に当該事業者が課したであろう価格（基準価格）との間に大きな違いがあるかどうかで判断されるという<sup>32</sup>。しかし、同事件判決自体では、過度基準を法務官意見のように示したわけでない。UB事件で判示されたように、まず、コストプラスの価格と実際の価格とを比較する方法があるとし、それ以外の方法もありうるとしているのみである<sup>33</sup>。確かに、コストプラスが基準として適当ではない事件において、コストプラス以外の他の基準が用いられたことはあった<sup>34</sup>。しかし、本判決は、コストプラスアプローチは、過度かどうかを判断する方法のひとつで、一定の状況でのみ利用可能であり、通常の十分に有効な競争下での価格を示す方法が利用できるときにコストプラスだけを唯一の方法として選ぶのは十分でないという<sup>35</sup>。つまり、本件によれば、UB事件で示された実際の価格とコストプラスとを比較する方法で価格が過度であることが示されているにもかかわらず、この方法が本件において不適当であるとするのではなく、さらに通常の十分に有効な競争下での価格との比較をすべきとしている点で、新たな基準を設定しようとするもののように思われる。

次に、UB事件の第二の基準である不公正基準の、「それ自体」不公正か、「競争品と比較して」不公正かという二つの要件について、CATは、両方を立証する必要はないとしながらも、一方の選択肢が、明らかに価格が公正であることを示す場合に、それを無視して、もう一方の選択肢で、価格が不公正と立証さ

<sup>29</sup> Case 27/76, *United Brands v Commission*, EU:C:1978:22 (1978) para 251.

<sup>30</sup> *Flynn/Pfizer*, para 313.

<sup>31</sup> Case C-177/16, *Biedrība 'Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība' v Konkurences padome*, Opinion of AG Wahl [2017],

<sup>32</sup> *Id.*, para 17.

<sup>33</sup> Case C-177/16 *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra Latvijas Autoru apvienība v Konkurences padome (AKKA/LAA)* [2017] ECL:EU:C:2017:689, para 36-37.

<sup>34</sup> Case C-110/88, C-241/88, C-242/88, *SACEM v Debelle*, ECLI:EU:C:1989:326; Commission decision *Scandlines v Port of Helsingborg* COMP/36.568 など。

<sup>35</sup> *Flynn/Pfizer*, para 316.

れたことを根拠に、102 条違反とすることはできないという。しかし、不公正基準の要件が、「それ自体」、あるいは、「競争品と比較して」のいずれかを立証することであるならば、「それ自体」不公正という要件が満たされれば、競争品と比較して不公正かどうかについては問われなければならないはずである。競争品と比較すれば公正な価格であることが明白だとしても、価格が「それ自体として」不公正であることが立証されているにもかかわらず、「競争品と比較して」不公正であるかどうかを問題とするのは、これまでの判例の評価をこえたもののように思われる。

確かに、高価格設定を競争法で規制することには慎重であるべきである。しかし、判例法に従った法適用という点から考えると、本件の CAT 判決は、少なくとも前述の点において、UB 事件以降の基準をより厳格にした、あるいは、要件を追加したもののように思われる。

我が国では、高価格設定を規制する直接の規定はなく、また、競争当局による高価格設定の規制が抑制的であるべきなのは、もちろんであるが、市場の機能や規制当局による規制が適切に機能しない場合がありうることを考えると、今後は我が国においても、競争当局による高価格規制の必要が出てくる可能性もないとは言えない。競争法による高価格規制の事例数の少なさから言っても本件は（今後の控訴審の判断も含め）非常に重要な事例だと思われる。

本稿は科研費 17H00959 と公益財団法人全国銀行学術研究振興財団の助成を受けた研究成果の一部である。

まりやま なおこ（本学法学部准教授）

東海大学法学部教員一覽(○印は編集委員)

石田 清彦  
内田 剛  
内山 安夫  
押久保 倫夫  
北村 隆憲 ○  
柑本 美和  
塩原 真理子  
鈴木 貴博  
高田 映奈  
高橋 豊  
辻中 彩  
富高 悟  
内藤 茂樹  
永山 聡  
橋本 篤美  
服部 弘  
藤中 尚子  
鞠山 尚子

東海法学 第五十八号  
発行日 二〇二〇年●三月三十一日  
編集・発行人／法学部長 辻中豊  
出版／東海大学法学部  
発行／東海大学法学部

神奈川県平塚市北金目四・一・一

# ***Tokai Law Review***

*No. 58*

● **Contents**

[Article]

**An interaction analysis of legal negotiations**

..... *Takanori Kitamura, Mitsuhiro Okada,  
Ken'ichi Yoneda and Yoshio Kashida*

[Article]

**Video-ethnographic study of legal phenomena**

**: Legal consultation as Heideggerian and Durkheimian things**

..... *Mitsuhiro Okada, Yoshio Kashida,  
Takanori Kitamura, Kenichi Yoneda*

[Case]

**Excessive Pricing in the UK Pharmaceutical Sector: Pfizer/Flynn v CMA  
Case**

..... *Naoko Mariyama*

2020

SCHOOL OF LAW, TOKAI UNIVERSITY

4-1-1 Kitakaname Hiratsuka Kanagawa, 259-1292 JAPAN