

反トラスト法における市場力の研究(三)

メタデータ	言語: jpn
	出版者:
	公開日: 2015-06-26
	キーワード (Ja):
	キーワード (En):
	作成者: 宮井, 雅明
	メールアドレス:
URL	所属:
	https://doi.org/10.14945/00008790

反トラスト法における市場力の研究（三）

宮井雅明

一 課題の設定

二 問題の所在

- （１）反トラスト法における「力」への関心と市場力理論の課題
- （２）判例法にみる「力」の意義と位置付け（以上、第一卷一号）

三 市場力理論の確立

- （１）反トラスト政策論の変遷と実務における反トラスト法の経済政策化
- （２）市場力理論の分析
- （３）市場力理論の実務への浸透（以上、第一卷二・三・四号）

四 市場力理論の発展

- （１）シカゴ学派の市場力理論の受容と批判

法政研究二卷一号（一九九七年）

反トラスト法における市場力の研究 (三)

①議論の出発点

②シカゴ学派の市場力理論に対する理論的批判の要点

(2) 市場力理論の新展開

①関連市場画定方法と市場力の規模の評価

②競争排除力としての市場力

③「技術革新市場」の提唱と研究開発における市場力(以上、本号)

五 結語

四 市場力理論の発展

(1) シカゴ学派の市場力理論の受容と批判

①議論の出発点

競争水準以上に価格設定し得る力としての市場力の定義自体は、今日一般に受け入れられているように思われる。⁽¹⁾シカゴ学派の市場力の定義は価格理論の原点に立ち返ったうえでの定義であるから、反トラスト法の経済政策化の現状に照らしてみれば、いかなる立場からも、この定義自体は一般論として否定し難いのではないと思われる。それどころか、シカゴ学派の市場力理

論は、市場力の規模を規定する諸要因を明確化し、それら諸要因の間の関係、特に、集中度とその他の要因との関係を明確化することに寄与した。そして、関連市場は、集中度の数値が市場力の大きさをより正確に反映するように画定されるべきこと、それゆえ、関連市場の範囲を規定する諸要因は市場力の規模を規定する諸要因と本質的には同じであることを理論的に解明した。これらの理論的成果は、今や学界の共通認識となつていゝと言つても過言ではない。

また、シカゴ学派の市場力理論が反トラスト法理の明確化に寄与した側面も無視し得ない。そのことは、特に、シャーマン法第一条事件における合理の原則と当然違法原則との区別、その中で「市場力」の意義と位置付けの問題に示されているように思われる。合理の原則と当然違法の原則との区別が形式主義的に解釈され始め経済構造の変化に適合しなくなつた時点で、改めてそれぞれの意味と相互の関係が再検討された。⁽²⁾その際、シカゴ学派の市場力理論は、いずれの原則も特定の協定の反競争的効果の立証にかかわること、反競争的效果が市場力の発現であることを示唆することによつて、問題点の整理に⁽³⁾（少なくとも間接的には）寄与したと言つてよい。本稿の二（二）①で示した、当然違法の原則・合理の原則・簡略化された合理の原則の区別と関係に関する判例法の立場は、⁽⁴⁾この間の議論を反映しており、シカゴ学派の市場力理論と整合している。もつとも、一方では、審理に値する事件を識別する基準として全てのシャーマン法第一条事件で市場力の立証を求めるべきとの立場があり、⁽⁵⁾他方では、反競争的效果を全て市場力の発現と捉えるのではなく、取引の公正の観点からする規制の余地をも認めるべきとの立場があり⁽⁶⁾得る。本稿ではこれらの論点に深く立ち入ることはできないが、シカゴ学派の市場力理論が（少なくとも反面教師として）問題の所在を明確化するのに寄与していることは否定し難い。

しかし、シカゴ学派の理論面での貢献とは別に、その前提にある一面的な価値観と方法論に対する批判は根強い。⁽⁷⁾以下、②ではシカゴ学派の市場力理論に対する理論面での批判を要約し、これを踏まえた具体的な政策提言については（二）で検討する。なお、今日では、シカゴ学派への批判も、同じ経済学の土俵のうえで展開されない限り実務に対して影響力をもち得ない傾向

(8) である。かような批判としてもつとも有力視されているのは、新産業組織論の理論研究の成果を応用した「ポスト・シカゴ」の反トラスト政策論であると言われる。(9) しかし、「ポスト・シカゴ」の反トラスト政策論が反トラスト政策論の全体像をどのように書き換えるかは、いまだ未知数である。また、市場力理論とかかわる産業組織論研究の成果もおそらくは無数に存在するであろうが、その全てを吟味することは筆者の能力を遙かに越えている。そこで以下では、一九九五年末までの時期を対象として、市場力理論に関する諸動向のうち、反トラスト法の実務に少なからず影響を及ぼしている政策提言に限定して検討したいと思う。(10) しかし、それでも、筆者の能力の限界から重要な政策提言を見逃しているかもしれないことをあらかじめお断りしておきたい。

②シカゴ学派の市場力理論に対する理論的批判の要点

シカゴ学派の市場力理論を代表するランデスとポズナーの理論に対しては、市場力の規模、および、市場力の行使の可能性を過小評価する危険性をはらむ点が早くから指摘されていた。第一に、反トラスト法の目的解釈とかかわる次のような批判がある。すなわち、市場力の規模は、反トラスト法の立法過程での議論に照らして、資源配分上の損失のみではなく、所得配分上の効果(企業から消費者へ移転する富の大きさ)等の他の指標によつても測られるべきだという批判である。市場力が行使される場合、一般に死重損失よりも消費者から企業へ移転する富のほうが遙かに大きいと考えられるので、資源配分上の損失のみで市場力の規模を測ることは、この立場からすれば、反トラスト法の規制範囲を不当に狭めることになる訳である。(11) ただ、死重損失にせよ富の移転にせよ、正確にこれを測定する手法は確立されたとは言えない状況であるから、この論点は、市場力にかかわる反トラスト法の解釈・運用に直接影響するというより、むしろ、政策立案に臨む際の基本姿勢の問題であると言えよう。(12)

第二に、彼らの市場力理論の前提にある市場モデルが静態的で非現実的な仮定に基づくことへの批判がある。具体的には、彼らの市場力理論は、(ア)市場力の短期の帰結と長期の帰結とを区別していないこと、および、(イ)市場の不完全性に対する楽

観的な認識を前提とすることに由来して、戦略的行動や非価格競争一般の分析には役立たないと同時に、需要・供給の弾力性を過大に評価する（したがって、市場力の過小評価をもたらす）ことになる、との批判である。⁽¹³⁾（イ）に関しては、三（二）③において、関連市場画定問題と関連して既に指摘したところである。⁽¹⁴⁾ここでは、（ア）に関して補足的に説明しておきたい。

（ア）に関しては、 $R \cdot \text{シュマレンジー}$ が次のように指摘していた。すなわち、市場力の尺度として死重損失のみを念頭に置くとしても、死重損失の大きさは、短期と長期とで異なり得る。長期においては、通常、企業は十分な収益の見込めるいかなる市場にも参入すると予想されるからである。それゆえ、市場力を有する企業は長期において短期におけるよりも弾力的な残余需要曲線に直面すると予想されるので、長期的に見た死重損失は短期的に見た死重損失よりも小さいと予想される。⁽¹⁵⁾このことを考慮に入れた全体的な死重損失の大きさ（市場力が存続する各時点での死重損失の大きさを合計したもの）は、次のように定式化される。⁽¹⁶⁾

$$TWD = \left[\frac{1}{r} \cdot r(DW_s) + \frac{\gamma}{r+\gamma} (DW_L) \right]$$

ここで、 TWD は全体的な死重損失の大きさ、 DW_s は短期での死重損失の大きさ、 DW_L は長期での死重損失の大きさ、 $(DW_s) \cdot r$ は利子率、 γ は DW_s と DW_L との格差の一年毎の減少率を表す。 $R \cdot \text{シュマレンジー}$ によれば、ランデスとボズナーが供給の弾力性を決定づけるものとして挙げる諸要因のうち、既存の周辺企業による生産拡大能力は市場力の短期の帰結にかかわるが、新規企業の参入能力は（既存企業の生産拡大よりも新規参入は通常遅れて生じるであろうから）市場力の長期の帰結にかかわる。新規参入の容易さは先の定式の γ によって示されており、 r と比較した γ の大きさが、 TWD に占める DW_s と DW_L の、それぞれの比重を左右することになる。⁽¹⁷⁾このように考えると、判例法上の「競争を排除する力」⁽¹⁸⁾は、市場力の長期の帰結に関わるものと解釈し得る。およそ死重損失の大きさによって反トラスト法上の規制の是非を判断するのであれば、市場力の短期の帰結と長期の帰結との総合判断が必要となる。したがって、長期的に見れば大きな死重損失をもたらさない市場力であっても、短

期的に見た死重損失が大きければ、反トラスト法上の規制が必要とされる場合があり得ることになる。⁽¹⁹⁾

シュマレンジの指摘を踏まえると、ランデスとポズナーの市場力理論は、市場力の長期間の持続を許すような参入障壁は（政府規制以外には）ほとんどあり得ないとの認識の下に、長期の市場モデルの諸条件が短期にも基本的には妥当することを暗黙のうちに前提としていたのではないかと推測される。そうだとすれば、彼らの立場は、事実上、市場力の行使に伴う消費者への短期の犠牲を軽視するものだったと言えよう。市場力理論の前提に据えるべき市場モデルの時間的枠組みの設定においても、反トラスト法の保護法益の捉え方や市場の不完全性に関する実態認識が反映しているのである。

(2) 市場力理論の新展開

① 関連市場画定方法と市場力の規模の評価

ランデスとポズナーの市場力理論が「市場再画定アプローチ」と称され、八四年合併ガイドラインにおける関連市場画定方法はその応用と見られること、そして、いずれも、市場力の過小評価をもたらす恐れがあるゆえに批判を受けたことは、前章で既に指摘したとおりである。⁽²⁰⁾その後、シカゴ学派のそれに代わる新しい関連市場画定方法は、主として合併・株式取得（以下「合併」と総称する）規制の文脈において大別して二つの異なる方向で展開されたように思われる。一つは、伝統的反トラスト法理の復権を図る方向であり、過去の取引実態を反映する証拠に照らして関連市場を画定し、市場力を抑制する諸要因を、基本的には市場占拠率の比重を修正する質的考慮要因と捉える点に特徴がある。⁽²¹⁾ここでは、その代表として一九八七年の全国司法長官協会 (National Association of Attorneys General, NAAG) の水平的合併ガイドラインの立場を取り上げる (a)。

もう一つは、経済分析を徹底化することで前述の批判に応えようとする方向である。エコノミストの側では、八四年合併ガイ

ドラインの関連市場画定方法を基本的枠組みとしながら、計量経済学的手法による残余需要の弾力性の推測に基づく関連市場の画定方法が提唱された⁽²²⁾。それと手法は異なるが、一九九二年の連邦司法省・FTC水平的合併ガイドラインの関連市場画定方法もまた、経済学的な意味での厳密性を追求するものであった。ここでは、後者を取り上げる(b)。

後者の方向性は、反トラスト法の経済政策化の潮流に沿ったものと言えるが、その行き着く先には、そもそも反トラスト法を裁判を通じて執行することは可能なのか、また、司法省ないしFTCの一部のエコノミストの意見によつて結論が左右されるとしたら、かような事態は、反トラスト法が前提としているはずの自由企業体制とあいれるのか⁽²³⁾が問われざるを得ない。これとは対照的に、前者の方向性は、明らかに裁判手続での利用可能性を意識したものとなっている。

a N A A Gガイドライン⁽²⁴⁾の立場

各州の司法長官は、各州の反トラスト法の執行に責任を有するのみでなく、州やその住民を代表して連邦反トラスト法に基づく訴訟を提起し得る立場にある⁽²⁵⁾。N A A Gは五五の州と地域の司法長官の集まりであり、N A A G水平的合併ガイドラインは、N A A Gに属する司法長官による合併規制の一般の指針を明らかにするものである。その内容は、シカゴ学派の影響を受けた連邦政府の合併ガイドラインとクレイトン法第七条の消極的運用とに対抗して、伝統的立場からの積極的な合併規制の復権を目指すものとなっている。N A A G水平的合併ガイドラインの基本方針のうち関連市場画定方法との関連で重要と思われるのは、次の四点である。第一に、このガイドラインは、クレイトン法第七条の目的に合致すると同時に、市場実態に照らした合併分析の必要性を強調している⁽²⁶⁾。この点は、連邦政府のガイドラインの関連市場画定方法があまりに推測に依拠し過ぎることへの批判につながる。第二に、このガイドラインでは、市場力とは、競争水準以上に価格を引き上げる力のみでなく、価格がより低い水準に低下することを妨げる力をも意味するとされている⁽²⁷⁾。この点は、既に市場力が行使されている状況では連邦政府のガイドライ

ンは却つて関連市場を広く画定することへの批判につながる。第三に、合併が競争に及ぼす影響として、資源配分上の効率性よりも富の移転効果が重視されている。⁽²⁸⁾この点は、後述のように、反トラスト法の保護法益の観点から関連市場を画定する立場につながる。第四に、大規模な合併が生産効率の改善に寄与する可能性は小さいという認識が示されている。⁽²⁹⁾この点は、過剰な合併規制が生産効率の改善を妨げることよりも、過少な合併規制が市場力の形成・維持・強化を黙認することの方を問題視する立場につながる。かような認識は、連邦政府のガイドライン以上に集中率を重視する点にも現れている。

NAAG 水平的合併ガイドラインの関連市場画定方法は、⁽³⁰⁾以下のように要約される。まず基本方針として、クレイトン法第七条が保護しようとする者の利益、すなわち、「反競争的な合併により悪影響を受ける消費者(ないし供給者)の集団」(「保護法益集団 (the protected interest group)」)の観点から関連市場は画定されねばならないとされる。⁽³¹⁾具体的には、まず、関連商品市場の画定に際しては、合併当事者により共通に生産されている商品が暫定的に関連商品市場を構成するものと見なし、当該商品とほぼ同等に価格設定されている適切な代替品を含むよう順次市場を拡大して行く。適切な代替品か否かを判定する基準は、当該商品の顧客の少なくとも七五%によつて適切と見なされるか否かである。それを判断する証拠としては、過去における顧客の代替品への転換の事実が主として用いられる(3・1)。⁽³²⁾なお、注意すべき点は、当該商品よりも供給に要する費用が高むにもかかわらず、当該商品について既に市場力が行使されている(すなわち、価格が競争水準を越えて引き上げられている)結果、当該商品と価格面で競争可能となった商品は、関連商品市場には含まれないということである。かような場合、二つの商品がほぼ同じ価格水準にあることが市場力行使の結果であるかどうかを判断するために、連邦政府の八四年ガイドラインとは逆に、当該商品の価格が引き下げられる場合に何が起こるかが問われなければならないとされる。⁽³³⁾

次に、地理的市場の画定に際しては、関連商品市場に含まれる商品の集合を前提として、まず、合併当事者の顧客が、当該商品の供給を求めて容易に転じ得る供給源と地域を決定する。これに、合併当事者の顧客に非常に近接する買い手に対する供給者

が追加される。保護法益集団が容易に転じ得る供給源の決定に際しては、当該市場に現存する過去二年間のすべての供給源を含めるものとされる。保護法益集団が当該商品の供給量の七五%をそこから購入することとなるような生産地域の集合によって、関連地理的市場は構成される(3・2)⁽³⁴⁾。

最後に、上述のように画定された関連市場への潜在的競争源が考慮される(3・3)。N A A G水平的合併ガイドラインは、関連市場に含められるべき潜在的競争源として、別市場における供給分の関連市場への転換(他地域への輸出分の関連市場への転換、自家消費分の関連市場への投入、輸入の増大)(3・31)、関連市場内の企業による産出量の増大(3・32)、新たな生産源の追加(供給面での代替可能性、新設備の建設、裁定取引)(3・33)の三類型を挙げて⁽³⁵⁾いる。いずれにしても、市場力行使の試みから一年以内で利益を上げるような供給面・需要面での反応が起りそうであることの、「ハードな」(すなわち、一般に歴史的事実によって基礎づけられ、たんなる推測(speculation)とは区別される)証拠が合併当事者の側から提出されねばならないとされる⁽³⁶⁾。

以上のようなN A A G水平的合併ガイドラインの関連市場画定方法は、連邦政府の八四年ガイドラインのそれとは次の三点において対照的である。第一に、N A A Gガイドラインは、市場力の所得分配に対する効果を重視するため、市場力の行使によって被害を被る者の観点から関連市場を画定するというアプローチをとる。これに対して、連邦政府のガイドラインは、資源配分上の効果を重視するため、誰の利益が守られるべきかを特定せず、いわば供給者の観点から関連市場を画定するアプローチをとる⁽³⁷⁾。第二に、N A A Gガイドラインは、あくまでも売り手と買い手との現実の取引関係を関連市場画定の基礎とする。これに対して、連邦政府のガイドラインは、仮想事例における顧客および供給者の行動の推測に依拠する。第三に、N A A Gガイドラインは、合併前に既に市場力が行使されている状況では、合併企業による現行価格の引き下げに対する顧客の反応により関連商品市場を画定すべきことを主張する。これに対して、連邦政府のガイドラインは、既に市場力が行使されているか否かにかかわ

らず、現行価格からの引き上げに対する買い手の反応が基準となる。

このうち第一の点は、(保護法益集団が消費者を指す限りにおいては)必ずしも両ガイドラインの関連市場画定方法における考慮要因が異なることを意味しないが、反トラスト政策の立案におけるN.A.A.G.の基本姿勢を示すものとして重要である。⁽³⁸⁾しかし、実務上より注目に値するのは、第二の点であろう。前述のように、合併規制における関連市場の画定に際しては、需要面・供給面での代替可能性を考慮せざるを得ない。需要面・供給面での代替可能性は、顧客ないし他の商品の供給者の将来の行動の予測にかかわる。そこで、これを、誰が、いかなる証拠に基づいて立証すべきかが問題となる。前章で指摘したように、連邦政府のガイドラインは、市場力行使に伴って需要面・供給面での転換が比較的容易に発生し得ること(それゆえ、現実の取引関係が合併後も存続するとは、一般的には想定できないこと)を前提としている。このことは、特に、市場参加者の識別の基準に示されている。しかし、現実には、取引費用の大きさ、情報の不完全性や習慣等に起因する市場参加者の合理性の限界といった要因により、合併企業の価格引き上げに対する顧客や他の商品の供給者の反応には限界がある。N.A.A.G.水平的合併ガイドラインの市場画定方法は、この点を重視して、現実の取引関係が合併後も基本的には存続するという想定に基づいていると言える。⁽⁴⁰⁾このことは、具体的には、顧客ないし他の商品の供給者の過去の行動の証拠に基づいて関連市場を画定すべきとされている点、潜在的競争源を関連市場に加えるに際しては合併当事者に証拠提出の責任がある(合併当事者からの証拠提出なき限り潜在的競争源は関連市場に含めない)とされている点によく示されている。

第三の点にかかわる問題の所在については前章で既に指摘した。シカゴ学派の立場でも、市場力が既に行使されている状態を規制する場合(たとえばシャーマン法第二条事件)には、違反企業の現行価格を基準として関連市場を画定することは誤りとされる。しかし、合併規制の場合には、合併による市場力の「形成」ないし「増大」が問題なのであり、合併以前に既に市場力が行使されていたとしても、そのような状態の是正は合併規制の守備範囲を越える問題とされる。それゆえ、合併規制においては、

合併直前の現行価格を基準として関連市場を画定することが妥当であると説明される。⁽⁴¹⁾ 連邦政府の八四年ガイドラインもかような考え方に基づいていたと考えられる。ここでは、合併規制において問題とされる市場力とは、もっぱら価格を引き上げる力を指すことが暗黙のうちに前提とされている。つまり、既に市場力が行使されている（すなわち、協調行為等により既に競争水準を越えて価格設定されている）場合には、さらに現行価格以上に価格を引き上げることが可能にする合併のみが規制対象とされるのである。しかし、シカゴ学派の市場力理論が依拠する価格理論に照らしても、競争水準を越える価格を維持する力もまた反トラスト法上問題視されて然るべきである。したがって、たとえ合併によって価格を引き上げる力は増大しないとしても、既に競争水準を越えている現行価格を引き下げる競争の発生が合併によって妨げられるとすれば、かような合併もまた反トラスト法上問題視すべきなのである。⁽⁴²⁾ 連邦政府の八四年ガイドラインは、市場力が既に行使されている場合において関連市場を事態よりも広く画定する危険性をはらんでおり、この点で明らかに市場力を過小評価するものであった。N A A G 水平的合併ガイドラインは、この問題を克服することをも意図するものであった。

以上要するに、N A A G 水平的合併ガイドラインの関連市場画定方法は、市場の不完全性や経済主体の合理性の限界に照らして取引の実態に即した分析を強調することにより、シカゴ学派における市場力の過小評価の傾向を克服しようとする。また、企業ないし消費者の過去の行動を証拠として重視することにより、裁判手続での利用可能性に配慮している点も見逃せない。⁽⁴³⁾

b 一九九二年水平的合併ガイドラインの立場

九二年水平的合併ガイドライン⁽⁴⁴⁾は、八四年ガイドラインの水平的合併の部分を変更することを意図するものである。改定の契機となったのは、八四年合併ガイドライン以降の下級審判決の展開と反トラスト当局の方針変更、そして、ゲーム理論に基づく産業組織論研究の新展開であったと言われる。⁽⁴⁵⁾ まず、八四年ガイドライン以降の下級審判決の展開の中で特に重要であったのは、

水平的合併事件において「強力な買い手 (power-buyer)」の抗弁を容認した諸判決と、合併後の集中率の高さにもかかわらず新規参入の容易さから水平的合併を容認した諸判決⁽⁴⁷⁾であった。特に後者は、物理的条件に照らした新規参入の可能性のみを根拠として集中率を高める合併を安易に容認する点で、反トラスト当局の方針と相いれないものであった。八四年以降の反トラスト当局の方針変更は、実はこの点とかわつていた。八四年ガイドラインでは必ずしも明確ではなかったのであるが、八〇年代後半から九〇年代初頭にかけて反トラスト当局は、水平的合併の分析において新規参入の単なる可能性ではなく、その蓋然性 (likelihood) と規模を考慮する方針を表明し始めていた。⁽⁴⁸⁾ 九二年ガイドラインの狙いの一つは、新規参入の可能性のみから水平的合併を安易に容認する下級審判決の流れに歯止めをかけることであつたと言われる。最後に、産業組織論の新展開がガイドラインの改定に果たした役割も無視し得ない。特に、共謀の安定性、一方的な市場力行使の可能性の分析にその影響が見られる。⁽⁴⁹⁾ 以上の背景から生まれた九二年ガイドラインは、八四年ガイドラインの分析枠組みを踏襲しながらも、合併の反競争的効果の経済分析をより精緻化するものとなつた。

合併規制の目的や市場力の定義については八四年ガイドラインと異なるところはない。分析枠組みの全体に関して従来と大きく異なる点は、第一に、合併が競争に与えると予想される効果の経済分析がより精緻化された点である。前述のように、八四年ガイドラインでは、合併の反競争的效果としては、主として協調行為を容易にする点が念頭に置かれており、企業の一方的な価格引き上げを容易にする効果は先導企業についての但し書きで触れられるに止まつていた。九二年ガイドラインでは、合併企業による一方的価格引き上げ (市場力の一方的行使) の可能性が、差別化された商品の場合とそうでない商品の場合のそれぞれについて詳細に分析されている (2・2)。⁽⁵⁰⁾ また、協調行為の可能性の分析においても、八四年ガイドラインでは協調行為を促進する諸要因が洗濯物リストのように列挙されるに止まつていたが、九二年ガイドラインでは、協調を成立させる要因の分析の後、協調からの逸脱の探知と逸脱への制裁を容易にする要因の分析へ進むという形で、合併によって協調行為が容易になるメカニズ

ムないシナリオに沿って諸要因が体系的に叙述されている(2・1)⁽⁵²⁾。

第二に、合併の反競争的效果の分析が精緻化されるに伴って、集中度のデータへの比重のおき方に微妙な変化が生じた。集中度の計算方法(HHIの使用、市場占拠率計算の尺度として販売額、輸送額のほか、生産能力も採用され得ること等)、市場集中度の分類とその基準(「非集中」、「穏やかな集中」、「高度集中」)については、八四年ガイドラインとほとんど変わらない。しかし、合併後のHHIが一八〇〇を超える市場でHHIを一〇〇以上増大させる合併については、八四年ガイドラインでは、合併の反競争的效果や合併による効率性の分析により競争減殺がありそうにないといわれるのは特別の場合に限られ、ほとんどの場合に提訴があるとされていた。ところが、九二年ガイドラインでは、そのような合併は市場力を形成・増大し、あるいは、その行使を容易にするものと推定されるものの、合併の反競争的效果、参入の容易さ、効率性等の分析によりこの推定は覆し得るとされている(1・51)⁽⁵³⁾。つまり、集中度の数値は、提訴の基準というよりは、次の分析に進むための事案の選別基準という性格を強めているのである。当時の連邦司法省の担当者の説明によれば、集中度の数値は、競争減殺の可能性の事実上の推定をもたらすに過ぎず、提訴するか否かを決定づけるのは、主として、合併の反競争的效果の分析であるとされる⁽⁵⁴⁾。

第三に、参入分析が精緻化された。九二年ガイドラインでは、新規参入は、埋没費用を伴わないuncommitted entryと埋没費用を伴うcommitted entryに分けられている。前者は市場参加者の識別の問題として(すなわち、集中度の計算の問題として)考慮され(1・3)⁽⁵⁶⁾、後者は合併の反競争的效果を相殺する要因として考慮される(3)。ここで参入分析とは、後者の分析を指す。九二年ガイドラインは、合併の反競争的效果を相殺する参入の条件として、それが時宜に適っている(timely)こと、その蓋然性がある(likely)こと、その規模・性格・範囲に照らして合併の反競争的效果を相殺するに足る(sufficient)ことを挙げている⁽⁵⁷⁾。特に、参入の蓋然性の判断に際しては、単なる物理的な参入の可能性ではなく、新規参入者に利用可能な販売機会が、新規参入者が市場において存立可能な最小限度の規模(minimum viable scale)を越えるか否かが問われるものとされている(3・3)⁽⁵⁸⁾。

この点で、九二年ガイドラインは、八四年ガイドラインの参入基準への誤解を払拭し、安易に参入の容易さを認定する下級審判決の流れに歯止めをかけることを意図するものである。また、参入分析の位置についても、八四年ガイドラインでは、合併の反競争的効果の分析の前に位置付けられているのに対して（合併の反競争的効果の分析は3・4、参入分析は3・3）、九二年ガイドラインでは、合併の反競争的効果の分析の後に位置付けられている（合併の反競争的効果の分析は2、参入分析は3）。

以上のような分析枠組みの変更に伴って、関連市場画定方法においても、若干の、しかし、見逃すことのできない変更が加えられた。⁽⁵⁹⁾ 主要な変更点として第一に挙げられるのは、「市場画定 (market definition)」の問題と関連市場の「測定 (measurement)」の問題とを区別し、前者では需要面での代替可能性のみから商品市場と地理的市場とを画定し（1・1、1・2）、供給面での代替可能性に照らした市場参加者の識別は後者で扱うことにより（1・3）、問題点の整理を図っている点である。

第二に、「市場画定」においては、仮定上の独占者の価格引き上げの効果を問う分析方法それ自体に変更はないが、まず、仮定上の独占者の価格引き上げの基準となる価格については、合併前の現行価格を使用することを原則としながらも、合併前に既に協調行為が存在するという証拠がある場合には、合併前の現行価格ではなく、より競争水準を反映した価格を使用するものとされた。⁽⁶⁰⁾ これは、既に市場力が行使されている市場における現行価格を基準とすると、関連市場の範囲を不当に拡大することになるという批判を受けたものと思われる。

その他、「市場画定」に関しては、「少額だが有意で一時的でない」価格引き上げの期間が「予見し得る将来」と表現し直された点、⁽⁶¹⁾ 「少額だが有意で一時的でない」の前に「少なくとも」という文言が追加された点、⁽⁶²⁾ 仮定上の独占者の価格引き上げを想定する際に、他のすべての商品の販売条件は一定であり、暫定的市場に追加される次善の代替品は一定価格で無限に利用可能であるとの条件が明示された点で変更があった。⁽⁶³⁾ このうち、他のすべての商品の販売条件一定の仮定と次善の代替品の無限の利用可能性の仮定は、当該代替品の供給能力の限界を無視するものとして、一部のエコノミストないし経済学者から批判されている。

すなわち、供給能力に限界があるため実際には市場力を抑制する要因とはなり難い代替品でも、このガイドラインでは関連商品市場に含まれ得ることになり、それだけ関連市場は拡大され、集中率の数値は市場力を過小評価することになる、という趣旨である。⁽⁶⁴⁾ もっとも、既存の企業の供給の弾力性は、合併の反競争的效果の分析で考慮するというのがガイドラインの立場であると思われる。そうだとすれば、元来集中率は市場力の唯一絶対的な指標たり得ないのであるから、少なくとも理論的には、市場力の過小評価の批判は当たらないことになる。批判者は計量経済学的手法による残余需要の弾力性の推測に基づく関連市場の画定を主張しており、⁽⁶⁵⁾ 彼らの批判の説得力は、結局、かような手法の信頼性と実務での利用可能性をどれほど高めることができるのかにかかっているように思われる。この点の判断は経済学の専門家に委ねざるを得ない。⁽⁶⁶⁾

第三に、市場参加者の識別の基準がより厳格になった。八四年ガイドラインでは、「生産の代替」による市場参加者の識別の基準として、「少額だが有意で一時的でない」価格引き上げに反応して一年以内に当該商品の生産と販売に容易かつ経済的に使用され得る既存の生産及び流通設備を有するかが問われるとされていた(2・21)。これに対して、九二年ガイドラインでは、「供給上の反応を通じて「市場に」参加する企業」の識別の基準として、「少額だが有意で一時的でない」価格上昇に反応して、一年以内に、かつ、参入と退出の際の有意な埋没費用を支出することなく、供給上の反応が発生する蓋然性がある (likely to occur) ことが必要とされた。そして、かような供給上の反応に達する技術的可能性はあっても、消費者による商品の受容が困難であることや、流通・生産の採算性等の理由から、かような供給に達しそうにない (likely would not) 企業は、市場参加者と見なされないことが明示された。従来の基準は、物理的な生産・流通設備の存在のみから市場参加者を識別するものと解される余地があったのに対して、九二年ガイドラインは、かような解釈を明示的に退けた点で評価し得る。関連市場画定方法に対するこれらの変更は、八四年ガイドラインに対する批判を取り入れたものと言え、集中率の数値が市場力を過小評価する可能性を減ずることに概ね寄与するものと評価されている。⁽⁶⁷⁾

以上要するに、九二年ガイドラインは、現実の市場の不完全性を考慮に入れた関連市場の画定と反競争的效果の分析とにより、少なくとも理論的には、市場力の過小評価の傾向をかなりの程度克服し得るものと言えないかと思う。ただ、経済分析が精緻化されるに伴って、集中度のデータの提訴基準としての重要性が相対的に低下している。換言すれば、合併の提訴基準として、集中度によって表される量的な指標よりも、質的な指標がより重視されている。質的な指標のうち、参入分析の精緻化は合併規制を強化する要因として働くであろうが、その他の面での分析の精緻化が合併規制の強化につながるか否かは、ガイドラインの文面のみからは判断し難い。逆に言えば、それだけ反トラスト当局のケース・バイ・ケースの裁量の余地が拡大されたと言うことはできる。⁽⁶⁸⁾この点で、同じく現実の市場の不完全性を重視しながらも、裁判手続での利用可能性を重視して、集中度に大きな比重を置き、現実の取引関係を基本として関連市場を画定する前述のN A A Gガイドラインとは対照的である。それでは、いずれの立場が支持されるべきなのか。

思うに、いかに経済分析の手法が精緻化されても、経済学的に見て完全無欠の関連市場の画定はあり得ず、常に幾らかの誤差が伴う。そうであるならば、先ず、いかなる方向での誤差が許容されるべきかが問われ、次に、決定手続の公正が問われるべきであろう。反トラスト法の立法時の精神により忠実であろうとするならば、政策立案の基本姿勢と市場の不完全性に関する実態認識、そして、裁判手続での利用可能性といった諸点において、N A A G水平的合併ガイドラインの立場が支持されるべきであるように思われる。もともと、九二年ガイドラインの手法が実務に及ぼす影響は、具体的事例の分析を経ないと十分には測り難い。そこまでの余裕がない現段階では、結論を保留せざるを得ない。

c 近年の新たな動向

i 一九九二年コダック事件判決の意義

一九九二年コダック事件連邦最高裁判決は、既に我が国で紹介されているように、「ポスト・シカゴ」における反トラスト法の新たな方向性を示すものとして注目を集めた判決である。関連市場画定方法に關しても重要な問題提起を含んでいるので、ここで項を改めて本判決の意義について検討したいと思う。まずは、判決の内容を簡単に紹介しよう。

コダック社は、コピー機械、その他のマイクログラフィック機器の製造・販売とともに、その保守サービスの提供にも従事していた。コダック製マイクログラフィック機器の保守サービスの提供については、コダック社以外に独立系の保守サービス業者(ISO)が存在していたが、コダック社は自社機器の保守サービスの八〇%から九五%を占めていた。コダック社は、自社のマイクログラフィック機器の購入者のうち自社と保守契約を締結した者に対してのみ取り替え部品を供給する方針を採用し、さらに、これを実行するために、部品の独立系製造業者、独立系ディストリビューター、コダック製マイクログラフィック機器所有者との間でISOへの部品不買協定を締結した。その結果経営が困難となったISOは、コダック社に対して、シャーマン法第一条および第二条違反を理由として損害賠償請求訴訟を提起した。⁽⁷¹⁾ ISO側の主張によれば、コダック社の行為は、自社のマイクログラフィック機器の取り替え部品の供給に自社の保守サービスの提供を抱き合わせるものであり、抱き合わせ協定に関する(条件付)当然違法の原則の適用対象となり、さらに、自社のマイクログラフィック機器の保守サービスの市場の独占を図るものとしてシャーマン法第二条違反にも当たるとされた。これに対して、コダック社は、マイクログラフィック機器の製造・販売分野における競争の活発さに照らして、コダック社が自社の機器の取り替え部品および保守サービスの分野において「市場力」を有しないことは明白であるとして、被告勝訴の略式判決(summary judgment)を求めた。カリフォルニア北部地区連邦地裁はコダック社の主張を容認したのに対し、第九巡回区控訴裁判所はこれを否認した。これを不服とするコダック社の請求に応じ、連邦最高裁は事件移送令状を発した。⁽⁷²⁾

コダック社が略式判決を求める根拠は、より具体的には次のようなものであった。すなわち、本件では、コダック製マイクロ

グラフィック機器の取り替え部品についても、その保守サービスについても、顧客を急速かつ大量に失う事なく競争水準以上に価格を引き上げて利益を上げる力としての「市場力」は存在しなかった。なぜなら、マイクログラフィック機器市場における競争の激しさに鑑みると、コダック社が部品ないし保守サービスの価格を競争水準以上に引き上げようとすれば、顧客はコダック製の機器の購入をやめて他社製の機器を購入しようとするであろうから、短期的に利益を増大させることはできても、長期的には損失を被るであろうからである。⁽⁷³⁾

これに対して最高裁は、概略以下のように述べて、コダック社の主張は取り替え部品や保守サービスの市場における「市場力」の存在を否定するには十分でないと結論した。

(i) コダック社の主張の経済理論上の誤り―理論上、部品、サービスについての高価格が、機器販売量の低下による損失を補うに足るだけの水準に設定される場合が考えられるし、また、現行水準からのさらなる価格引き上げが機器販売量の低下を伴わずして為し得ないということは、部品ないし保守サービスにおいて既に「市場力」が行使されていることを示しているかもしれない。コダック社の理論に従えば、部品ないし保守サービスの価格引き上げによって機器販売量が低下するはずであるが、現実にはそのような証拠は提出されていない。また、コダック社は、機器販売について競争水準以下の価格を設定し、部品や保守サービスについては競争水準以上の価格を設定することによって、全体として競争的な価格設定を行っている旨主張するが、この主張は、コダック社の現実の行動と矛盾する(実際には、どちらにおいても利益を上げていたとされる)。⁽⁷⁴⁾

(ii) 被上告人の情報取得費用の主張―保守サービス市場の価格が機器販売に影響を及ぼすためには(すなわち、消費者が部品ないし保守サービスの価格引き上げに反応して、他の機器に乗り換えることができるためには)、顧客は、機器のライフサイクルの全体でかかる費用を正確に知っていることが必要であるが、複雑な耐久消費財についてそれを知ることが困難である。故障頻度、故障修繕のためにいかなる作業が必要か、取り替え部品と保守サービスの価格、故障期間の長さ、故障期間中に負

担される損失の見積もり等、元の機器の円滑な作動と機能のグレードアップや改善に要する費用を知らなければならないが、それは顧客には非常に困難である。また、ライフサイクル中の部品や保守サービス価格の変更の可能性、より高性能の機器の開発の可能性も考慮しなければならない。さらに、本件のマイクログラフィック機器は、顧客によってライフサイクル全体の費用が異なるという性格をもつ。⁽⁷⁵⁾

—(a) 顧客はこれらの情報をコダック社の（マイクログラフィック機器についての）競争者から得られるとコダック社は反論するが、顧客によって情報内容が異なるため、競争者がこれらの情報を実際に与え得るかは疑問である。また、仮に競争者が情報を知っていたとしても、それを顧客に教えることは競争者の利益にはならない可能性が大きい。さらに、情報が利用可能だとしても、その取得費用が高価であるため顧客はあえて情報を収集しないかもしれない。⁽⁷⁶⁾

—(b) 大規模で洗練された顧客（大企業や官公庁）は、これらの情報を取得するだけの余裕があると考えられるので、これらの顧客がライフサイクル全体の費用の比較によって機器の選択を行う結果、コダック社は、洗練されていない顧客を含む全ての顧客について、部品ないし保守サービスの価格引き上げを抑制せざるを得ないとコダック社は反論する。しかし、大規模で洗練された顧客の数が比較の少ない場合には、なお、部品ないし保守サービス市場での競争水準以上の価格設定は利益を上げる可能性がある。また、洗練された顧客とそうでない顧客との間で価格差別が行われる可能性がある。⁽⁷⁷⁾

—(iii) 他の機器への転換費用—コダック製マイクログラフィック機器の既存の顧客は、部品ないし保守サービス価格を引き上げられても、他社製品に転換する費用が高つくため容易に他社製品に乗り換えることができない（コダック製機器に「ロック・イン」されている）。ロック・インされた顧客の数が十分に大きい場合には、部品ないし保守サービス市場での非競争的価格設定が利益をもたらす。また、ロック・インされた顧客とそうでない顧客との間で価格差別の可能性がある。⁽⁷⁸⁾

さらに、最高裁は、シャーマン法第二条違反の可能性も認めた。そこでの論点は、関連商品市場の画定のあり方であった。被

上告人が主張した関連商品市場は、コダック製のマイクログラフィック機器のみについての保守サービスからなっていた。このように単一のブランドのみからなる関連商品市場の画定が許されるか否かが問われた。最高裁は、本件での関連市場はコダック製機器の所有者にとつて利用可能な選択肢によつて決定されるとしたうえで、「コダック製機器のためのサービス及び部品は、他の製造業者のサービス及び部品と交換可能ではないから、コダック製機器の所有者の視点から見た関連市場は、コダック製機器をサービスする会社のみからなる」と判示した。⁽⁷⁹⁾ かくして、最高裁は、コダック社による略式判決のモーションを否認した控訴裁判決を肯定した。⁽⁸⁰⁾

本判決は、直接的には、抱き合わせ協定に関する従来の判例法に新たなルールを追加するものであるが、情報取得費用や転換費用の存在といった市場の不完全性に由来する「市場力」ないし「独占力」の規制に道を開くことにより、シカゴ学派の市場力理論に修正を迫るものでもあった。さらに、本判決は、資源配分上の効率性を唯一の価値判断基準とする一面的な価値観や経済主体の合理性を前提とした演繹的な分析手法を斥けた点で、シカゴ学派の反トラスト政策論全体へのアンチ・テーゼ、さらには、(正確な理解とはいえないが) 反トラスト法の解釈における経済分析の利用そのもののへのアンチ・テーゼと一部では受け取られた。⁽⁸²⁾

関連市場画定方法との関連では、本判決は、ロック・イン現象によつて価格差別が可能であつたとの認識に基づき、ロック・インされた顧客の観点から単一ブランドのみで関連市場を画定すべき場合のあることを主張している。八四年合併ガイドラインにおいても価格差別を受ける顧客の観点から関連市場が画定され得ることは認められていたが、単一ブランドのみから関連市場が構成され得るかは必ずしも明らかでなかつた。⁽⁸³⁾ 本判決の論理を推し進めて行くと、製品差別化の程度が大きい場合における関連市場の画定方法、特に、かような場合に単一ブランドのみからなる関連市場の画定があり得るか否か、そして、およそ製品差別化に起因する市場力の測定方法はいかにあるべきかが、市場力理論をめぐる一つの論点として浮上して来る。⁽⁸⁴⁾ 本判決では耐久

消費財におけるロック・イン現象によって顧客の他ブランドへの転換が困難であつた事案が扱われたのであるが、同様の状況は、何らかの要因で差別化が進んでいる製品分野において多かれ少なかれ生じているはずである。ある研究によれば、製品差別化の程度が大きい場合には、需要の交差的価格弾力性基準や八四年合併ガイドラインの基準は、訴訟において、むしろ、関連市場の範囲を狭く画定する根拠として援用されることが多いと指摘されている。⁽⁸⁵⁾そして、かような場合には、八四年合併ガイドラインにおける価格差別基準が関連市場画定基準として有用となる場合が多いことも示唆されている。⁽⁸⁶⁾

シカゴ学派的な実態認識の下では関連市場の広めの画定をもたすとして批判された八四年合併ガイドラインの基準が、現実の市場の不完全性を前提とする場合には、むしろ関連市場の範囲を狭める傾向にあるという指摘は興味深い。シカゴ学派の市場力理論に対するコダック事件判決の問題提起が、製品差別化の問題においていかなる形で実を結ぶのか、今後の動向を注意深く見守る必要がある。

ii 業種による基準の細分化?

最後に、関連市場の画定にのみ関わる訳ではないが、クリントン政権下での合併規制方針に関わる注目すべき動向を幾つか拾い上げてみよう。

一九九二年水平的合併ガイドラインは今日でも反トラスト当局の方針として生きているが、クリントン政権の下で、個別の産業分野に限定したガイドラインないし規制方針が幾つか表明された。一九九三年九月に初めて公表され、翌年九月に改定された「医療(Health Care)と反トラストに関する執行政策と分析上の諸原則についての連邦司法省と連邦取引委員会の共同声明」⁽⁸⁷⁾、一九九四年四月のアメリカ法曹協会反トラスト部会での司法省反トラスト局次官補の講演における銀行合併に対するより緩やかな基準の表明⁽⁸⁸⁾、一九九四年四月に国防省によって公表された「防衛産業報告」における防衛産業での合併に対する反トラスト法

上の特別の配慮の提案等⁽⁸⁹⁾である。これらは、合併規制における反トラスト政策以外の政策（医療政策、国防政策等）への配慮を示すと同時に、反トラスト政策上も、合併規制において個々の産業の特質に応じた綿密な経済分析を求める方針の現れと見ることができるともされない。取引の実態を重視する「ポスト・シカゴ」の反トラスト政策論においては、全産業に共通する一律の提訴基準の設定は次第に困難となつて来ているのかもしれない。

②競争排除力としての市場力

前述のように、シカゴ学派の市場力理論は、判例法上の「独占力」の定義のうち「競争を排除する力」に積極的な意味を認めない⁽⁹⁰⁾。シカゴ学派の反トラスト政策論は、利潤最大化原則に基づく経済主体の合理性を前提とし市場の不完全性を軽視することにより、意図的に競争者の費用を高めたり、新規参入を阻止する戦略的行動が成立する可能性を重視しない。そのため、従来から判例法上「排他的行動 (exclusive practices)」と性格づけられて来た行為類型の反競争的側面は軽視され、むしろ、その競争促進的側面が強調される傾向にある。「競争を排除する力」に積極的な意味を見いだす立場は、経済厚生に影響を及ぼす排他的行動の成立の余地を認め、その実務的な認定基準を提案する。

前述の R・シュマレンジーの批判は抽象理論のレベルに止まるものであったが、より具体的に「競争を排除する力」の意味を明確化し、その分析方法までも提唱したのは、T.H.G.クラッテンメーカー、R・H・ランデ、S・C・サロップの論文⁽⁹²⁾であった。彼らは、競争者の費用を意図的に引き上げる (raising rivals' costs) 戦略的行動として排他的行動を分析する立場から、「競争を排除する力」の独自の意味付けを試みる。彼らによれば、判例法上の「独占力」と「市場力」とは、どちらも、競争水準を越える価格を課すことによつて利益を増大させ、消費者を害する力を本質とする⁽⁹⁴⁾。より重要な区別は、反競争的な経済力が顕在化し得る二つの仕方の間にあるとされる。

すなわち、第一に、企業ないし企業の集団は、自らの産出量を制限することによって直接的に、競争水準以上に価格を引き上げ、あるいは、維持し得る。このようにして顕在化する市場力は、前述のように、シカゴ学派の分析の焦点となつてゐることから、「古典的ないしスティグラー的市場力」と呼ばれる。判例法上の「独占力」の定義のうち、「価格を支配する力」がこれに該当する。⁽⁹⁵⁾

第二に、企業ないし企業の集団は、競争者の費用を意図的に引き上げ、そうすることで競争者にその産出量を制限することを余儀なくさせることによって、競争水準以上に価格を引き上げ、あるいは、価格がより低い水準に下落することを阻止し得る。

このようにして顕在化する市場力は「排他的ないしペイン的市場力」と呼ばれる。⁽⁹⁶⁾ここでは、従来から排他的行動として分類されて来た行為類型、すなわち、原材料供給者や流通業者との排他的取引、生産・販売活動に不可欠な施設の排他的利用、現在の需要量を越える生産能力の拡大、さらには、これらと同様の排他的効果をもたらす垂直的統合等が念頭に置かれている。⁽⁹⁷⁾これらの行為は、インプット（原材料の供給のみでなく、最終製品を消費者に配給するのに必要な流通サービスの提供を含む）⁽⁹⁸⁾への接近から競争者を全面的に排除するか、そこまで至らなくとも、競争者がインプットの購入に要する費用を高める効果をもち得る。⁽⁹⁹⁾彼らは、これらの行為が、競争者の費用の上昇による産出量の減少を通じて、消費者厚生上の減少と資源配分上の損失をもたらすこと、したがって、どちらの形態の市場力の行使も、経済厚生上の意味は同じであることを論証する。⁽¹⁰⁰⁾彼らは、このペイン的市場力が判例法上の「競争を排除する力」に相当するものと解釈するのである。⁽¹⁰¹⁾

それゆえ、彼らによれば、「価格を支配する力」と「競争を排除する力」とは、性質の異なる二つの力ではなく、同じ力の二つの異なる現れ方を指すことになる。このスティグラー的市場力とペイン的市場力は、それぞれ独立に発生することあれば、同時に発生することもある。後者の例としては、たとえば、排他的行動によって競争者の費用を高めること（ペイン的市場力の発生）が、水平的な共謀（スティグラー的市場力の形成）に対する障害を除去する場合が考えられる。⁽¹⁰²⁾

彼らによれば、ペインの市場力は、反トラスト法上、ステイグラの市場力に対するのとは異なる分析を要する。ステイグラの市場力の分析においては、市場力の分析は、行為の分析とは切り離され、行為の反競争的效果を分析する前提としての意味をもつ。これに対して、ペインの市場力においては、価格を支配する力は、排他的行動と同時に生じる（いわば、市場力の「形成」と「行使」が同時に為される）ので、排他的行動の分析と市場力の分析とを切り離すことはできない。⁽¹⁰⁸⁾ 具体的には、第一に、排他的行動が競争者の費用を高める効果をもつか否か、第二に、競争者の費用上昇により、行為者は、自らの生産・販売する商品の価格を競争水準以上に引き上げることができるか否か、が問われる。これらの問いに答えるために、アウトプットの市場における競争の程度、インプットの市場における競争の程度、さらに、アウトプットの市場とインプットの市場との関連性の程度が吟味されねばならないとされる。⁽¹⁰⁹⁾

クラッテンメーカー、ランデ、サロップの市場力理論は、排他的行動の一般理論を提示することにより、八〇年代に反トラスト当局によつて軽視された独占規制や垂直的統合規制の復権を図る試みの一環である。彼らの理論は、行為類型により市場力や関連市場の分析が異なることを理論的に示した点で、従来の市場力理論に新たな局面を切り開くものと言える。彼らの議論は、シカゴ学派と同様に価格理論の分析枠組みに従いつつも、シカゴ学派が（おそらくは意図的に）無視ないしは軽視した戦略的行動の存立可能性を前提として市場力の経済分析を展開する点に特徴がある。⁽¹⁰⁶⁾ その意味で、彼らの議論も、シカゴ学派の経済分析における静態的で非現実的な行動仮説への批判に根差していると言えよう。

ただ、彼らの言う「ペインの市場力」の存在を厳密に立証しようとする場合には、かなり複雑な経済分析が必要となる。それゆえ、彼らの理論が、実務、特に裁判所においてどれほどの影響力をもち得るのか、また、理論的にはともかく、実際に排他的行動に対する規制強化に結び付くのか、疑問がない訳ではない。⁽¹⁰⁶⁾ 彼らの理論が大企業規制の新たな武器として定着するか否かについては、今後の実務の動向（特に、垂直的統合の分野での規制動向）を見守る必要があるだろう。⁽¹⁰⁷⁾

③「技術革新市場」の提唱と研究開発における市場力

シカゴ学派の反トラスト政策論では、「進歩性」あるいは「動態的効率性」は、反トラスト政策が直接追求すべき政策目標というよりむしろ、反トラスト法の適用と執行に際してその実現を妨げないよう配慮が求められる要因、換言すれば、反トラスト法の適用と執行を抑制する要因であったと言える。⁽¹⁰⁸⁾そこでは、企業規模の拡大や（技術革新前後の）市場力の存在を研究開発促進要因と捉えるシュンペーター仮説が、少なくとも暗黙のうちに前提とされていた。もちろん、その背景には、八〇年代におけるアメリカ製造業の国際競争力の低下に対する懸念といった、純粹に学問的な立場の問題を超える政策的配慮もあったと思われる。⁽¹⁰⁹⁾その具体的な現れが、共同研究開発事業に対する三倍額損害賠償責任の免除を内容とする一九八四年の国家共同研究法⁽¹¹⁰⁾（一九九三年に改正されて「国家共同研究生産法」と改称された⁽¹¹¹⁾）であった。しかし、伝統的反トラスト法理は、むしろ研究開発面における多様性の確保こそが技術革新を促進するという信念に基づいていたと思われる。⁽¹¹²⁾また、市場構造と研究開発・技術革新との関係に関する産業組織論研究においても、独占者は既存の製品からの独占的収益の流れを犠牲にすることを恐れて研究開発投資に消極的になるというアロー仮説が、シュンペーター仮説と並んで有力に主張されて来たところである。⁽¹¹³⁾

九〇年代に入って、反トラスト法の積極的適用と執行により研究開発競争を促進しようとする新たな動きが見られる。合併に伴う研究開発競争の実質的減殺の蓋然性を根拠とする反トラスト当局によるクレイトン法第七条事件提起の動きがそれである。これは、製品市場および技術取引市場の上流にあるインプット市場としての「技術革新市場（innovation market）」の画定を前提とする分析（「技術革新市場」分析）に基づくものだと言われる。⁽¹¹⁴⁾

八〇年代にも「研究開発市場（research and development market）」を前提とする研究開発競争の分析枠組み自体は既に存在したが、これは、事実上、共同研究開発事業を反トラスト政策上正当化するためのレトリックの性格が強かった。八〇年代にお

いては、水平的合併や共同研究開発事業が研究開発競争を抑圧する可能性は、理論的にはともかく、現実にはほとんど無いと見られていたように思われる。⁽¹¹⁶⁾「技術革新市場」分析も、研究開発における共謀の成立が困難であること、重複投資の回避・規模の経済の達成・補完的資産の結合の面で企業結合が研究開発における効率性に寄与し得ることを承認する点では、八〇年代の「研究開発市場」分析を受け継いでいる。「技術革新市場」分析の新しさは次の諸点にある。すなわち、製品市場および技術取引市場のインプット市場として「技術革新市場」を位置付けることにより研究開発競争の減殺がもたらす経済厚生上の損失の分析を容易にした点、研究開発における共謀の可能性よりも研究開発資産の集中に伴う研究開発の一方的削減の可能性を重視する点、市場画定および市場占拠率の算定に際して、技術知識の蓄積を含む「特定の資産」に着目する点である。⁽¹¹⁷⁾これらの工夫によって、研究開発競争減殺の蓋然性もまた、基本的には一九九二年水平的合併ガイドラインの手順に沿って分析可能となるというのが、「技術革新市場」分析提唱者の主張なのである。⁽¹¹⁸⁾

「技術革新市場」分析に対しては、そもそも、集中率と研究開発投資の削減との間、研究開発投資の削減と技術革新の減少との間の因果関係が理論的にも実証的にも確証されていない現状では、企業結合に対する過剰規制をもたらすという根本的な疑問が投げかけられている。⁽¹¹⁹⁾したがって、それが実務に定着するかは未だ予断を許さない。ただ、市場力理論との関連で注目されるのは、「技術革新市場」分析が、研究開発活動を削減する力としての市場力を前提としていることである。シカゴ学派の市場力理論では、「進歩性」ないし「動態的効率性」についての前述のような見方を反映して、専ら価格競争のみを念頭において市場力が概念構成され、研究開発の次元において市場力を構想する必要性自体が意識されていなかったように思われる。そのことは、理論的明晰さに資する一方で、競争プロセスが果たす多様な役割を切り捨てる結果をもたらした。「技術革新市場」分析は、シカゴ学派の市場力理論が切り捨てた非価格競争に対する関心を新たな装いの下に復活させる点で、注目に値するのである。⁽¹²⁰⁾

(1) たとえば、反トラスト法の代表的な教科書における以下のような市場力の定義を参照。

「市場力とは、産出量を制限することにより価格を引き上げる能力である。…経済学的には、市場力は、販売量の全体的な損失を招くことなく価格を引き上げる能力である。かくして、それは明らかに程度問題である。」PHILIP

AREDA & DONALD F. TURNER, ANTITRUST LAW, vol. II, at 322 (1978).

(2) 田村次郎「反トラスト法における当然違法と合理の原則の関係について—アリーダ教授の見解を中心に—」法学研究(慶応義塾大学) 第六二巻第一二号(一九八九年)二五一頁、同上「反トラスト法における当然違法と合理の原則の関係—価格設定事件を中心に—」経済法学会年報第一四号(一九九三年)一六五頁等を参照。

(3) 関連して、市場力の指標としての行為(特に持続的な価格差別)の位置付けについては、see, PHILIP AREDA & DONALD F. TURNER, *supra* note 1, at 341-345; HERBERT HOVENKAMP, *ECONOMICS AND ANTITRUST LAW* (Hornbook Series Lawyer's Edition) 77-80 (1985).

なお、蛇足ながら、行為以外にも、長期にわたる超過利潤の存在、価格・費用マージンの大きさといった指標が、関連市場の画定を要しない市場力の指標として考えられ、現に過去の裁判事例においてもこれらの指標に関する証拠が提出されて来た。しかし、これらの指標については信頼し得るデータの収集が困難なことから、今のところ市場占拠率の大きさに基づく市場力の推定を補強あるいは反証する証拠として扱われているに過ぎないようである。

(4) 本文二(2)①を参照。

(5) See, Frank H. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, 63 Tex. L. Rev. 1 (1984).

(6) やや分かりにくいのが、Lawrence A. Sullivan, *The Viability of the Current Law on Horizontal Restraints*, 75 Cal. L.

Rev. 835 (1987)における“coercion”を反トラスト法の独自の関心と捉える議論はこの立場に近いように思われる。

(7) See, e.g., Herbert Hovenkamp, *Antitrust after Chicago*, 84 Mich. L. Rev. 213 (1985).

(8) 本文三(一)を参照。

(9) 「新産業組織論」の用語法と内容については、植草益編『日本の産業組織・理論と実証のフロンティア』(有斐閣一九九五年)に依拠した。ゲーム理論を応用した複占・寡占分析と戦略的行動 (strategic behavior) の分析、垂直的差別と水平的差別の分類に基づく製品差別化の分析、不確実性下での研究開発行動の分析等が含まれるとされる。なお、コンテストابل・マーケット (contestable market) の理論は八〇年代に規制緩和の理論的根拠として持て囃されたが、前提条件の非現実性や理論的難点を指摘され、今日では、(そこに含まれている様々な分析上の概念は別として)政策論としての有効性は疑問視されているようである。小西唯雄編『産業組織論の新展開』(名古屋大学出版会一九九〇年)第三章C(福宮賢一執筆)も参照。なお、シカゴ学派に反対する立場からの反トラスト政策論の新動向の概観と現状について、see also, Jonathan B. Baker, Recent Developments in Economics That Challenge Chicago School Views, 58 Antitrust L. J. 645 (1989); Symposium: Post-Chicago Economics, 63 Antitrust L. J. 445-695 (1995).

(10) それゆえ、本文における理論の整理の仕方は、あくまでも反トラスト政策論上の関心に沿ったものとなっている。純粋に経済理論上の関心に基づくならば異なった整理の仕方もあり得るだろう。

(11) Louis Kaplow, The Accuracy of Traditional Market Power Analysis and A Direct Adjustment Alternative, 95 Harv. L. Rev. 1817, 1821-1826 (1982).

(12) 富の移転を反トラスト法の目的と捉える場合の具体的帰結をめぐる議論については、see, e.g., Robert H. Lande, Chicago's False Foundation: Wealth Transfers (Not Just Efficiency) Should Guide Antitrust, 58 Antitrust L. J. 631 (1989);

Terry Calvani, Rectangles & Triangles: A Response to Mr. Lande, 58 Antitrust L. J. 657 (1989).

(13) Richard Schmalensee, Another Look at Market Power, 95 Harv. L. Rev. 1789, 1793-1798 (1982).

(14) 本文三(2)③と(2)を参照。

(15) Richard Schmalensee, *supra* note 13, at 1793-1794.

(16) *Id.* at 1794.

(17) *Id.* at 1795.

(18) 本文二(2)②で紹介したゼロファン・ケースの「独占力」の定義を参照。

(19) Richard Schmalensee, *supra* note 13, at 1795-1796.

(20) 本文三(2)③と(2)を参照。

(21) ハンピツ、Louis Kaplow, *supra* note 11に於いて提議された「直接調整額 (direct adjustment)」へのローキ、ギヤツ、

それと同様の解釈に基づいて市場を分類している。詳細については、Robert G. Harris and Thomas M. Jorde,

Market Definition in the Merger Guidelines: Implications for Antitrust Enforcement, 71 Cal. L. Rev. 464 (1983);

Robert Pitofsky, New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust, 90 Colum. L. Rev. 1805 (1990).

(22) これは、八四年合併ガイドラインにおける関連市場画定基準を理論的指針として、それを具体的に応用するための方法論

の開発を目的としている。See, e.g., David Scheffman and Pablo T. Spiller, Geographic Market Definition under

the U.S. Department of Justice Merger Guidelines, 30 J. Law & Econ. 123 (1987); David Scheffman, Statistical

Measures of Market Power: Uses and Abuses, 60 Antitrust L. J. 901 (1992); Jonathan B. Baker and Timothy F.

Bresnahan, Empirical Methods of Identifying and Measuring Market Power, 61 Antitrust L. J. 3 (1992); Gregory J.

Werden, Market Delineation under the Merger Guidelines: A Tenth Anniversary Retrospective, 38 Antitrust Bulletin 517 (1993); Joseph J. Simons and Michael A. Williams, The Renaissance of Market Definition, 38 Antitrust Bulletin 799 (1994).

(23) なお、事実関係の精査を要求する「ポスト・シカゴ」の反トラスト政策論がエコノミスト、裁判官・弁護士、反トラスト専門家及び評論家の間で一般化され、see, Lawrence A. Sullivan, Post-Chicago Economics: Economists, Lawyers, Judges, and Enforcement Officials in A Less Determinate Theoretical World, 63 Antitrust L. J. 669 (1995).

(24) パレンティン法の原文は「ABA ANTITRUST SECTION, ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS, vol. II (3d ed. 1992) のAppendix D (pp. 1239-1254) を参照せよ。このパレンティン法の一般論を述べ、see, e.g., David W. Barnes, Federal and State Philosophies in the Antitrust Law of Mergers, 56 George Washington L. Rev. 263 (1988); Susan Beth Farmer, Market Power and the National Association of Attorneys General Horizontal Merger Guidelines, 60 Antitrust L. J. 839 (1992).

(25) パレンティン法第40条 (15 U.S.C. § 15c) は州の立法長官は parents patriae として訴訟を提起し得る旨の明文の規定がある。

(26) ABA ANTITRUST SECTION, supra note 24, at 1239-1240.

(27) Id. at 1240 n.9.

(28) Id. at 1240-1241, 1242.

(29) Id. at 1242-1243.

(30) パレンティン法と関連市場画定方法論 (米議会議決プロセス) の原図を述べ、see, Robert G. Harris and Thomas M. Jorde,

Antitrust Market Definition : An Integrated Approach, 72 Cal. L. Rev. 1 (1984).

(13) ABA ANTITRUST SECTION, supra note 24, at 1244.

(22) Id. at 1244-1245. なお、3・11では、価格差別により不利に扱われる消費者の観点から部分市場が成立し得ることを認めつつある。Id. at 1245. この点は地理的市場の画定においても同じである(3・22)。Id. at 1246.

なお、N A A Gガイドラインの関連市場画定方法には、Kenneth G. Elzinga and Thomas F. Hogarty, The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits, 18 Antitrust Bulletin 45 (1973) ; Kenneth G. Elzinga and Thomas F. Hogarty, The Problem of Geographic Market Delineation Revised : The Case of Coal, 23 Antitrust Bulletin 1 (1978) で提唱されたL I F O (little in from outside) / L O F I (little out from inside) 基準の影響が見られる。これは元来、地理的市場の画定基準として提唱されたもので、関連地理的市場の候補となる地理的範囲を想定したうえで、そこで購入される関連商品の総量のうち当該地理的範囲内で供給された分の比率がどれだけか—逆に言うとき当該地理的範囲への輸入の比率がどれだけか—(L I F O) 、また、当該地理的範囲内で供給される関連商品の総量のうち当該地理的範囲内で供給・消費される分の比率はどれだけか—逆に言うとき当該地理的範囲から輸出される分の比率はどれだけか—(L O F I) を問い、それぞれの比率が七五%—輸入ないし輸出の比率は二五%—(七八年の論文では、それぞれ九〇%、十%)となるような地理的範囲を関連地理的市場と見なすものである。

このように商品の輸送パターンに基づいて関連市場を画定する方法(shipment testとも呼ばれる)は、実際に商品の輸送が行われなくとも価格支配に対する抑制力が働く可能性が(少なくとも理論上は)考えられることから、関連市場画定方法論として必ずしも万能ではないことが指摘されている。そこで、これに代わって、価格のデータに基づく方法が提唱されて来た。Ira Horowitz, Market Definition in Antitrust Analysis : A Regression-Based Approach, 48 South. Econ.

J. 1 (1981) (長期的な価格の収斂の度合いについての回帰分析) ; George J. Stigler and Robert A. Sherwin, *The Extent of the Market*, 28 J. Law & Econ. 555 (1985) (値動きの相関係数の計測)

なお、shipment test も、価格データを重視する立場も、元来、必ずしも「反トラスト市場」の発想に基づくものではない。N A A Gガイドラインは、「反トラスト市場」の発想に基づきながらも、裁判で利用可能な基準として shipment test を採用しているものと推測される。「反トラスト市場」と「経済学的市場」については、本文三(2)③を参照。

(33) ABA ANTITRUST SECTION, *supra* note 24, at 1245 n.23.

(34) *Id.* at 1245-1246. L I F O・L O F I 基準の影響については註(32)を参照。

(35) *Id.* at 1246-1248.

(36) *Id.* at 1246. 「不合理的証拠」の意味については、*see, Id.* at 1244 n.22.

(37) *See*, David W. Barnes, *supra* note 24, at 281-282.

(38) 合併企業の競争者に対してクレイトン法第七条に基づく訴訟の原告適格を認めるべきか否かについて、“antitrust injury”の概念の提唱と関わって議論があることについては、大橋敏道「反競争的企業結合と損害賠償—米国における『独禁法的損害』の法理を中心に—」『松下満雄先生還暦記念・企業行動と法』(商事法務研究会一九九五年)一九七頁以下所収を参照。N A A Gガイドラインの原型とも言える Robert G. Harris and Thomas M. Jorde, *supra* note 30 では、競争者の利益が保護法益とされるべき理論的根拠は公正(fairness) (結果の保護ではなく機会の保護)に求められているようだが(*id.* at 16-18) N A A Gガイドラインでは後述の競争者の費用引き上げ(raising rivals' cost) 戦略に伴う反競争的效果に求められている(ABA ANTITRUST SECTION, *supra* note 24, at 1243)。

なお、戦略的行動一般に伴う社会的浪費を根拠として競争者の原告適格を容認し得るとする立場として、*see also*, Her-

bert Hovenkamp, Antitrust Protected Classes, 88 Mich. L. Rev. 1 (1988).

(39) 本文四 (一) ③を参照。

(40) この点については、本文三 (c) の註 (100) で紹介した Robert G. Harris and Thomas M. Jorde, *supra* note 21 にある、その現実的な市場観が反映している。See also, Robert G. Harris and Thomas M. Jorde, *supra* note 30, at 20-34.

(41) See, e.g., RICHARD A. POSNER, ANTITRUST LAW, AN ECONOMIC PERSPECTIVE 128-129 (1976).

(42) See, e.g., Robert G. Harris and Thomas M. Jorde, *supra* note 21, at 483-484; Thomas G. Krattenmaker, Robert H. Lande, and Steven C. Salop, Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law, in HARRY FIRST, ELEANOR M. FOX, AND ROBERT PITOFSKY, ed., REVITALIZING ANTITRUST IN ITS SECOND CENTURY: ESSAYS ON LEGAL, ECONOMIC, AND POLITICAL POLICY at 175-205, 187 (1991); Robert Pitofsky, *supra* note 21, at 1845-1846.

(43) この点については、Robert G. Harris and Thomas M. Jorde, *supra* note 30, at 6 にあることが明らかである。

(44) その原文については、ABA ANTITRUST SECTION, *supra* note 24, at 1367-1392 (Appendix F) を参照した。なお、九二年合併ガイドラインの分析として、金井貴嗣「反トラスト法における合併規制の変容 (一・二)」法学新報第一〇二巻第二号一〇一頁等も参照。

(45) 九二年ガイドラインの動機については、Robert Pitofsky, Merger Analysis in the '90s: The Guidelines and Beyond - Overview, 61 Antitrust L. J. 147 (1992); William Blumenthal, Ambiguity and Discretion in the New Guidelines: Some Implications for Practitioners, 61 Antitrust L. J. 469 (1993) のほか、ABA ANTITRUST SECTION, *supra* note 24, at 1351-1366 における ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS (3d ed.) の編集担当ベタマン・ミューレンタールを参照。

た。

- (46) その分析と九二年ガイドラインへの影響については、see, Mary Lou Steptoe, *The Power-Buyer Defense in Merger Cases*, 61 *Antitrust L. J.* 493 (1993). もっとも、本文三 (c) で前述のように、協調行為の予防に合併規制の重心をおく限り、この問題が実務で問われるのは時間の問題であつたとも言える。

- (47) その分析と批判については、see, e.g., Robert Pitofsky, *supra* note 21, at 1824-1830. 本文二 (2) の註 (86) で引用した判決例も参照された。

- (48) See, ABA ANTITRUST SECTION, *supra* note 24, at 1361-1362. この点で、"could" なら "would" への変化として表現された。この方針変更が表明された当局関係者の講演については、see, Statement of K. Arquit, Director, Bureau of Competition, FTC, Before the ABA Antitrust Section, Spring Meeting (Mar. 22, 1990), reprinted in 7 *Trade Reg. Rep. (CCH)* ¶ 50,030; Statement of J. Whalley, former Deputy Assistant Atty Gen. Antitrust Division, Before the 29th Annual Antitrust Seminar, Practising Law Institute (Dec. 1, 1989), reprinted in 7 *Trade Reg. Rep. (CCH)* ¶ 50,029.
- (49) この点の指摘については、see, William Blumenthal, *supra* note 45, at 482-483.
- (50) ABA ANTITRUST SECTION, *supra* note 24, at 1385-1387.
- (51) より正確には、八四年ガイドラインでは "collusion"、九二年ガイドラインでは "coordinated interaction" と表現されている。この用語の変更は、方針の変更というよりも、合意の立証を要するカルテルのみが、合併規制において予防しようとする反競争的行為のすべてではないことを明示するためであった。See, e.g., Charles A. James, Overview of the 1992 Horizontal Merger Guidelines, 61 *Antitrust L. J.* 447, 453-454 (1993).

- (52) ABA ANTITRUST SECTION, *supra* note 24, at 1382-1385. 難読図の体系的解釈の意図については、see, Charles A.

James, *supra* note 51, at 454.

(52) ABA ANTITRUST SECTION, *supra* note 24, at 1381.

(53) Charles A. James, *supra* note 51, at 449-451 以下「連邦証拠規則 (Federal Rules of Evidence) の規則三〇一を援用され、証拠提出の責任は転換するが説得責任自体は転換しないという evidentiary presumption など説明されている」。

(55) *Id.* at 452. なお「国際的競争にさらされた結果競争力を失った企業の扱い (この点の問題提起について」 see also, Michael N. Sohn, *Failing and Failing Firms: Merger Analysis in a Time of Recession, Changing Technology, and International Competition*, 61 Antitrust L. J. 155 (1992)) と関連して「反競争的効果分析の比重の大きさを強調する司法省反トラスト局関係者の発言について」 see, *Merger Analysis in the '90s: The Guidelines and Beyond - Panel Discussion/Q&A*, 61 Antitrust L. J. 175, 177-178 (comment by Janusz A. Ordover) (1992). 興味深いのだが「訴訟のアウトの關係者が依然として提訴の基準として集中度の比重が高くなることを強調しているという点」を。 See, Kevin J. Arquit, *Perspectives on the 1992 U.S. Government Horizontal Merger Guidelines*, 61 Antitrust L. J. 121, 127 (1992). この点も司法省アウトの間に微妙な意見の違いが存在したことが窺われる。

(59) ABA ANTITRUST SECTION, *supra* note 24, at 1377. 蛇足ながら「埋没費用」は「関連市場の外での再利用によって回収し得ない」有形・無形の資産の取得費用「すなわち「関連商品市場・地理的市場に供給するために固有に負担される費用と説明されている」。

(57) *Id.* at 1387-1388.

(58) *Id.* at 1389-1390. 参入分析の解説について see, e.g., Janusz A. Ordover and Jonathan B. Baker, *Entry Analysis under the 1992 Horizontal Merger Guidelines*, 61 Antitrust L. J. 139 (1992).

- (59) 本文の以下の叙述に際しては次の文献を参照した。Gregory J. Werden, *supra* note 22; Joseph J. Simons and Michael A. Williams, *supra* note 22; William Blumenthal, *Thirty-one Policy Questions Still Linger after the 1992 Guidelines*, 38 *Antitrust Bulletin* 593, 599-621 (1993).

- (60) ABA ANTITRUST SECTION, *supra* note 24, at 1374.

- (61) *Ibid.*

- (62) *Ibid.* 仮定上の独占者が利潤最大化を図るという仮定があること、「少額だが有意で一時的でない」価格引き上げ幅の一応の目安として5%の価格引き上げが想定されていることは八四年ガイドラインと変わらない。ただ、5%の価格引き上げは利潤を最大化しないが、それ以上の価格引き上げが利潤を最大化する場合は(少なくとも理論上は)考えられる(値上げにより競争者に奪われる販売量と競争者に転換しない顧客への販売量との比率によつては、かような場合があり得る)。「少なくとも」という文言は、かような場合を包含するために追加されたのだと言われる。もっとも、この場合も調査対象に含めるのはエコノミストに過大な負担を課すものとの批判がある。See, PHILLIP AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, *ANTITRUST LAW* (Supp. 1993), 553-554.

- (63) ABA ANTITRUST SECTION, *supra* note 24, at 1373, 1373 n.9.

- (64) See, e.g. Jonathan B. Baker and Timothy F. Bresnahan, *supra* note 22, at 9 n.22; Joseph J. Simons and Michael A. Williams, *supra* note 22, at 828-830.

八四年ガイドラインの関連市場画定方法は、仮定上の独占者が直面する残余需要の弾力性の推測方法と性格づけることが可能であったが、九二年ガイドラインのそれは、かような解釈の余地を排除し、仮定上の独占者の自己価格弾力性の測定方法として純粹化されたとと言える。本文三(2)②の註(102)を参照されたい。

- (65) 註(22)に掲げる諸文献を参照。
- (66) データの利用可能性、時間と費用が掛かり過ぎること等の理由で裁判手続での計量経済学的手法の利用に懐疑的な弁護士の見解を、see, Janet L. McDavid, The 1992 Horizontal Merger Guidelines: A Practitioner's View of Key Issues in Defending a Merger, 61 Antitrust L. J. 459, 460-461 (1993).
- (67) See, e.g., Robert Pitofsky, supra note 45, at 148; Merger Analysis in the '90s: The Guidelines and Beyond - Panel Discussion/Q&A, 61 Antitrust L. J. 175, 179 (comment by Robert Pitofsky) (1992).
- (68) See, e.g., William Blumenthal, supra note 45.
- (69) Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 112 S. Ct. 2072 (1992)
- (70) 白石忠志『技術と競争の法的構造』(有斐閣一九九四年)補章「独禁法上の市場画定に関するおぼえがきーロッキン現象の視角から」・泉水文雄「エレベーター保守部品の不当な抱き合わせ販売等事件ー東芝エレベーターテクノス事件大阪高裁判決(平成五年七月三〇日)ー」公正取引第五一九号(一九九四年)五〇頁、松下満雄「最近の独禁法を巡る民事訴訟事件について」独禁法研究協議会『独禁法の動向と展開』(東洋企画一九九四年)二四五頁以下所収等を参照。
- (71) 112 S. Ct. 2072, 2077-2078.
- (72) 以上の点に、Id. at 2078-2079.
- (73) Id. at 2081-2082.
- (74) Id. at 2083-2085.
- (75) Id. at 2085-2086.
- (76) Id. at 2086.

- (77) Id. at 2086-2087.
- (78) Id. at 2087-2088.
- (79) Id. at 2090.
- (80) なお、本判決は、合理的経済人の前提に照らして被告の行為は反競争的效果をもち得ないとの根拠に基づき被告勝訴の略式判決を容認した *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986) の適用範囲を限定的に解釈する点でも注目された。この点につき、川浜昇『法と経済学』と法解釈の關係について——批判的検討——(二)「民商法雑誌第一〇九巻第一号一頁、三四頁を参照。
- (81) かような捉え方については、see, Symposium: Post-Chicago Economics Editor's Note, 63 *Antitrust L. J.* 445, 447 (1995). さらに、コダック事件におけるコンピュー機その他のマイクログラフィック機器のような据え付け機械の取引に特有の状況から発生し得る市場力の詳細な分析について、see, Joseph Kattan, Market Power in the Presence of an Installed Base, 62 *Antitrust L. J.* 1 (1993).
- (82) See, e.g., George A. Hay, Is the Glass Half-Empty or Half-Full?: Reflections on the Kodak Case, 62 *Antitrust L. J.* 177 (1993); Robert H. Lande, Chicago Takes It on the Chin: Imperfect Information Could Play A Crucial Role in the Post-Kodak World, 62 *Antitrust L. J.* 193 (1993).
本判決をめぐれる議論は現在進行中である。See, e.g., Severin Borenstein, Jeffrey K. Mackie-Mason, and Janet S. Netz, Antitrust Policy in Aftermarkets, 63 *Antitrust L. J.* 455 (1995); Carl Shapiro, Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak, 63 *Antitrust L. J.* 483 (1995).
- (83) もっとも、単一ブランドのみが関連市場を構成し得るとした例が過去に全くなかった訳ではないようである。See, e.g.,

Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 112 S. Ct. 2072, 2090 (1992). 競争法と市場支配力¹ see, e.g., Herbert Hovenkamp, Market Power in Aftermarkets: Antitrust Policy and the Kodak Case, 40 UCLA L. Rev. 1447 (1993); PHILLIP AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, supra note 62, at 607-609. 同前二つ² コミュニケーションが、実質的には「市場力」の行使を伴わない違法行為類型を容認したものと捉える見解³ see, Joseph F. Brodley, Post-Chicago Economics and Workable Legal Policy, 63 Antitrust L. J. 683, 684-686 (1995).

(8) 製品差別化の進展した市場では「関連市場の画定→市場支配力の認定」の手順と、その市場力の認定方法自体に疑問がある⁴ ことだ⁵ 中へなる指摘がある⁶ 来た問題もある⁷。 See, e.g., Richard Schmalensee, supra note 13, at 1799-1800. この指摘を受けた研究として⁸ see, e.g., Jerry A. Hausman, Gregory Leonard, and J. Douglas Zona, A Proposed Method for Analyzing Competition among Differentiated Products, 60 Antitrust L. J. 889 (1992).

(9) James A. Keyte, Market Definition and Differentiated Products: The Need for a Workable Standard, 63 Antitrust L. J. 697 (1995).

(10) Id. at 739-745.

(11) The joint Department of Justice Federal Trade Commission Statements of Enforcement Policy and Analytical Principles Relating to Health Care and Antitrust (Sept. 27, 1994), 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13,152. 参考として⁹ ABA ANTITRUST SECTION, ANNUAL REVIEW OF 1994 ANTITRUST LAW DEVELOPMENT 72-79 (1995) を参照した。

(12) Robert E. Litan, Deputy Assistant Atty. Gen. Antitrust Division, U.S. Department of Justice, Remarks Before ABA Antitrust Section (Apr. 6, 1994). 参考として¹⁰ ABA ANTITRUST SECTION, supra note 87, at 83-84 を参照

した。

- (68) Department of Defense, Defense Industry Report (1994). その内容については ABA ANTITRUST SECTION, *supra* note 87, at 84-88 を参照した。
 - (90) 本文三(二)③を参照。
 - (91) 反トラスト法上問題とされる行為の分類概念としての「排他的行動」の意味については、*see, e.g.,* RICHARD A. POSNER, *supra* note 41, at 28-31.
 - (92) Thomas G. Krattenmaker, Robert H. Lande, and Steven C. Salop, *supra* note 42.
 - (93) 費用引き上げ戦略としての垂直的制限、垂直的統合、その他の排他的行動の分析については、*see also*, Thomas G. Krattenmaker and Steven C. Salop, *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price*, 96 Yale L. J. 209 (1986); Michael H. Riordan and Steven C. Salop, *Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach*, 63 Antitrust L. J. 513 (1995). 我が国での費用引き上げ戦略論の紹介として、佐々木實雄「垂直的取引制限と流通系列」植草益編・前掲書第七章一六〇—一六三頁参照。
- なお、略奪的価格設定は、短期における行為者の利益の犠牲（「投資回収」理論に言う「投資」）を伴う点で、ここで扱われている排他的行動とは区別されている（略奪的価格設定における「投資回収」理論について詳しくは、本間忠良「略奪と競争—ゼニス社対松下米国最高裁判決をめぐって—」伊従寛、川越憲治、北川俊光、屋宮憲夫編『松下満雄先生還暦記念・企業行動と法』（商事法務研究会一九九五年）一六三頁以下所収を参照）。略奪的行動をも含む意味での排他的行動全般の規制基準の問題につき、滝川敏明「日米 E.U. の独禁法と独禁政策」（青林書院一九九六年）第 IV 部参照。
- (94) Thomas G. Krattenmaker, Robert H. Lande, and Steven C. Salop, *supra* note 42, at 180. なお、この論文は、生産者余

剩とは区別される意味での消費者厚生保護を反トラスト法の目的と捉える立場を前提としている。Id. at 177-178.

(95) Id. at 180-181.

(96) Id. at 181.

(97) Thomas G. Krattenmaker and Steven C. Salop, *supra* note 93; Michael H. Riordan and Steven C. Salop, *supra* note 93.

(98) この理論における「インパクト」の特殊な意味については、see, Thomas G. Krattenmaker and Steven C. Salop, *supra* note 93, at 223-227. 排他的効果をもつ様々な取引を「排他権」の取引と捉えるところに由来する。

(99) 詳しへは、see, id. at 233-247.

(100) Thomas G. Krattenmaker, Robert H. Lande, and Steven C. Salop, *supra* note 42, at 181, 192-195 (Appendix).

(101) Id. at 180.

(102) Id. at 182. この場合がセロフアン・ケース判決で念頭に置かれていたのではないかと推測される。本文二(2)②を参照。

(103) Id. at 185.

(104) Id. at 186-187.

(105) なお、費用引き上げ戦略の理論は、おそらくは今日の反トラスト政策論においてもとも普及した理論の一つであるとは思われるが、戦略的行動に関する研究蓄積の一部を占めるに過ぎない。戦略的行動のリストの一例として、see, Oliver E. Williamson, *Delimiting Antitrust*, in HARRY FIRST, ELEANOR M. FOX, AND ROBERT PITOFKY, ed., *REVITALIZING ANTITRUST IN ITS SECOND CENTURY: ESSAYS ON LEGAL, ECONOMIC, AND POLITICAL POLICY* at 211-245, 226-229 (1991).

- (96) See, e.g., Donald F. Turner, *Containing Section 2*, in HARRY FIRST, ELEANOR M. FOX, AND ROBERT PITOFSKY, ed., *REVITALIZING ANTITRUST IN ITS SECOND CENTURY: ESSAYS ON LEGAL, ECONOMIC, AND POLITICAL POLICY* at 207-210 (1991).

- (97) Thomas G. Krattenmaker and Steven C. Salop, *supra* note 93; Michael H. Riordan and Steven C. Salop, *supra* note 93では、費用引き上げ戦略の理論に基づく場合には、一九八四年合併ガイドラインの提訴基準による場合よりも垂直的合併に対する規制範囲が広がることが示唆されているが、実際にそうなるかについては異論もあるようである。ただ、クリントン政権への垂直的合併に対する積極的提訴の姿勢の背景にはこの理論の影響もあるようである。ABA ANTITRUST SECTION, *supra* note 87には、司法省の提起した事件として、一九九四年の AT&T による McCaw Cellular Communications, Inc. の買収に対する提訴、British Telecommunications plc (BT) による MCI Communications, Corp. の株式取得に対する提訴、Tele-Communications, Inc. と Liberty Media Corp. の合併に対する提訴（いずれも同意判決）が挙げられている。Id. at 103-107. F.T.C. の提起した事件も三件報告されている。Id. at 118-121.

- (98) もっとも、反トラスト政策論における技術革新の位置付けは、従来、主として特許権の行使ないしライセンスに対する反トラスト法の適用のあり方と関わって論じられて来たのであり、ここでは、立場の違いを越えて、動態的効率性と静態的効率性とのトレード・オフ関係が意識されるを得なかったという事情はある。See, e.g., WARD S. BOWMAN, JR., *PATENT AND ANTITRUST LAW* (1973).

- (99) 国際競争力向上のための政策論議の動向について詳しくは、関下稔『競争力強化と対日通商戦略』（青木書店一九九六年）を参照。

- (100) P. L. 98-462.

- (11) P. L. 103-42. 共同生産事業にまで適用範囲が拡大された。
- (112) 拙稿「反トラスト法と技術革新—『技術革新市場』分析をめぐりとして—」立命館法学第二五〇号（一九九七年）一四五二頁、一四五四—一四五五頁参照。
- (113) 研究の現状については、岡田羊祐「研究開発と特許制度」植草益編・前掲書第九章を参照した。
- (114) その理論的根拠を示すものとして、see, Richard J. Gilbert and Steven C. Sunshine, *Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets*, 63 *Antitrust L. J.* 569 (1995). その分析として、前掲拙稿一四五九—一四六五頁参照。また「技術革新市場」分析を援用したと思われる反トラスト当局による最近の提訴事例のリストにつき、前掲拙稿一四七〇頁の註（４）参照。
- (115) See, e.g., William F. Baxter, *The Definition and Measurement of Market Power in Industries Characterized by Rapidly Developing and Changing Technologies*, 53 *Antitrust L. J.* 717, 719-723 (1984).
- (116) 前掲拙稿一四五七—一四五八頁参照。
- (117) 詳しくは、前掲拙稿一四六五頁参照。
- (118) Richard J. Gilbert and Steven C. Sunshine, *supra* note 114 の註 Thomas N. Dandouh and James F. Mongoven, *The Shape of Things to Come: Innovation Market Analysis in Merger Cases*, 64 *Antitrust L. J.* 405 (1996) を参照。
- (119) See, e.g., Richard T. Rapp, *The Misapplication of the the "Innovation Market"*, 64 *Antitrust L. J.* 19 (1996). 議論の概要として、前掲拙稿一四六五—一四六八頁参照。
- (120) 「技術革新市場」分析は、その提唱者が偶然にも反トラスト当局に在籍していたので、実務において援用される機会を得たようである。これ以外にも、反トラスト法における研究開発競争の分析手法は提唱されているようであるが、筆者の能力

反トラスト法における市場力の研究 (三)

の限界により、ここで取り上げることができなかった。