

反トラスト法における市場力の研究(二)

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: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00008789

反トラスト法における市場力の研究 (二)

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、第一巻一号)

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
 - ①ハーバード学派の反トラスト政策論と実務における経済分析の試み
 - ②シカゴ学派の反トラスト政策論と実務における経済分析の定着

反トラスト法における市場力の研究 (二)

③反トラスト政策における「レーガン革命」の意義

④小括

(2) 市場力理論の分析

①ハーバード学派の立場

②シカゴ学派の立場

③シカゴ学派の市場力理論の特徴と関連市場の画定問題

(3) 市場力理論の実務への浸透（以上、本号）

四 市場力理論の発展

五 結語

三 市場力理論の確立

周知のように、反トラスト政策論の主流はハーバード学派の立場からシカゴ学派の立場へと変遷してきた。今日では、新産業組織論の研究成果が、シカゴ学派への批判を通じて徐々に判例法と反トラスト当局の方針に影響を及ぼしつつあると言われる¹⁾。市場力理論においても、シカゴ学派が確立した理論の基本的枠組みは踏襲されているが、各論

においては、シカゴ学派の非現実的で静態的な行動仮説への批判⁽²⁾を通じて理論の修正が試みられているのが現状である。本章では、まず、「レーガン革命」に至るまでの反トラスト政策論の全体的潮流を概観し、次に、シカゴ学派の市場力理論の構造と特徴をハーバード学派の立場との比較を通じて分析したいと思う。本章での分析を踏まえて、次章では、シカゴ学派の市場力理論への批判を検討したいと思う。

(一) 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

この間の反トラスト政策論の変遷、すなわち、有効競争論 (workable competition, effective competition) の出現と、市場構造—市場行動—市場成果の因果関係を実証研究の分析枠組みとするハーバード学派の産業組織論の展開、ハーバード学派に対するシカゴ学派からの批判については既に多くの紹介がある。⁽³⁾ ここでは、反トラスト政策論の変遷については、次節以下の議論に必要な限度で跡付けるに止めたい。本節ではむしろ、反トラスト当局による反トラスト政策の立案と執行の過程における経済分析の定着の過程に着目したい。⁽⁴⁾ 一般的な調査研究に止まらない、反トラスト法の解釈・運用における経済学の体系的利用は、アメリカにおいては単に学界レベルでの現象に止まらず、いわば制度的な裏付けを伴っている。市場力理論の提唱とその変遷は、実務において経済学の体系的利用を促したのと同じ問題意識に根差していると思われる。本節は、実務における反トラスト法の経済政策化とも言うべき過程を跡付け、その意義と問題点を探ることにより、市場力理論分析のための視点を提示することをも同時に狙っている。

①ハーバード学派の反トラスト政策論と実務における経済分析の試み

一九三〇年代後半から七〇年代前半に至るまでの時期は、反トラスト政策論において、有効競争論や、そこから発展したハーバード学派の産業組織論^⑤の立場が主流を占めていた。有効競争論は、完全競争論がその非現実性と靜態的性格のゆえに反トラスト政策の基準として適切でないとの認識から出発したと言われる^⑥。完全競争が成り立つための前提条件、すなわち、市場参加者が価格受容者であること、完全知識、完全流動性、参入退出の自由は、現実には満たされておらず、これと矛盾する諸現象、すなわち、市場の寡占化、製品差別化、参入障壁の存在が一般化するに至っている。有効競争論やハーバード学派の産業組織論では、完全競争モデルからのかような逸脱が市場構造の変質と捉えられ^⑧、市場構造の変質が完全競争モデルの経済厚生上の帰結をどの程度歪めるかが問題とされた。もちろん、この立場においても、大規模生産や大規模流通がもたらす規模の経済性や、資本集中が可能とする技術革新が社会にもたらす便益は理論上無視し得ないものであった^⑨。しかし、少なくとも七〇年代前半までは、アメリカの大企業は、規模の経済性を達成するに必要な規模をはるかに超えて肥大化しており、却って生産上、経営上の非効率を生み出しているという実態認識が一般的であったと思われる^⑩。かような実態認識に基づいて、市場構造の改善を通じた競争プロセスの回復が反トラスト政策の中心的課題とされた。具体的には、長期間にわたって持続する市場力を有する企業の分割措置の提案、意識的並行行為の予防のための合併規制の強化、寡占的相互依存関係を維持・強化する効果をもつ垂直的制限や特許ライセンス上の制限に対する規制強化（当然違法原則の適用範囲の拡大）等が提案された^⑪。

ハーバード学派の反トラスト政策論は、判例法においても、当然違法原則の適用範囲の拡大と集中率重視の姿勢に反映されたと言われる。注目されるのは、この時期の反トラスト政策論が、判例法において根強く受け継がれて来たポピュリスト的価値観と概ね整合的であったことである。ハーバード学派もまた、シカゴ学派と同様に、新古典派経

経済学の価格理論を分析の出発点としている。しかし、ハーバード学派の反トラスト政策論では、市場構造と市場成果との因果関係が前提とされているため、市場構造の改善、すなわち、中小企業に成長の機会を与える多元的秩序の回復は、一般的には、資源配分上および生産・流通上の効率性の達成といった経済政策上の目標と矛盾しないのである。市場構造と市場成果との因果関係に疑問が投げかけられるとき、反トラスト法の立法過程において実現が期待されていた諸価値の間の矛盾・抵触が鋭く意識されることになる。¹²⁾

反トラスト法の運用に経済学を体系的に利用する最初の試みは、一九三八年のニュー・デイル政策の転換を契機とする。この年、産業集中の進展に伴う競争抑圧的な企業行動が不況深刻化の元凶であるとの認識に基づき、F・ルーズベルト大統領は反トラスト法の運用強化の方針を打ち出した。これを受けて、連邦司法省反トラスト局長に就任した「J」アーノルドは、反トラスト法を実効的な経済政策として運用する必要性を唱え、¹³⁾そのための反トラスト局の組織改革に乗り出した。具体的には、反トラスト局の予算とスタッフの増加、経済学的・統計的調査によって法律家スタッフを助ける六人の経済スタッフからなる課の設置が実現した。さらに、臨時全国経済委員会(TNEC)の調査結果を含む経済データに基づく訴追対象の選択、反トラスト局の活動の標準化と合理化のための上級スタッフによる新人研修や訴追理由の公表、同意判決を利用した行政的手法による事案解決が試みられた。¹⁴⁾本来司法省は訴追機関に過ぎず、反トラスト法の分野に限らず、要件事実の立証可能性が事案の選択と評価の基準となる傾向が強かったと言われる。いわば法律家的発想が司法省の行動を特徴づけていたのである。このことに照らしてみれば、アーノルドの試みは画期的なものであった。しかし、アーノルド以降、反トラスト局における反トラスト法の運用は再び法曹主導型となり、¹⁵⁾経済学の体系的利用の試みは一九六五年のD・F・ターナーの反トラスト局長就任まで待たねばならなかった。

ターナーは、反トラスト法運用の目標の確立と訴訟負担の管理のために経済分析に依拠すべきことを主張した。法律家的発想の下では訴訟に勝てる (can win) かどうか が 事案選択の基準となりがちであるが、重要なのは、経済分析に照らして勝つべき (should win) かどうか であるとされた。¹⁶⁾ 具体的には、前任者 W・オリック時代の政策立案グループを引き継ぐ形で設置された政策立案・評価セクションによる訴状や準備書面の経済学的評価の試み、経済アシスタント・グループやターナー自身による事案選択の試み、当時の産業組織論研究の成果を最大限に利用した一九六八年合併ガイドラインの発表等が行われた。¹⁷⁾ しかし、経済スタッフの質が必ずしも高くなく、しかも、事案の選択・評価における経済スタッフの影響力は限られていたので、ターナーの意図は必ずしも十分には達成されなかったと言われる。¹⁸⁾

他方、連邦取引委員会（以下では FTC と略称する）は、商務労働省企業局 (Bureau of Corporation)¹⁹⁾ を前身とするため、経済調査を専門とするスタッフを初めから抱えていた。²⁰⁾ しかし、経済スタッフと法律家スタッフとの内部調整の仕組みが欠如していたため、反トラスト法の運用における経済学の体系的利用は、合併規制の分野を除いて七〇年代に至るまで進まなかったと言われる。²¹⁾

以上概観したように、七〇年代前半までは、反トラスト当局における経済学の体系的利用は必ずしも十分ではなかった。その最大の原因は、反トラスト法の運用において法律家スタッフの発言力が依然として大きく、しかも、法律家スタッフ自身、詳細な経済分析の必要性をさほど感じていなかったことにあると言われる。²²⁾ 当時の判例法における当然違法原則の適用範囲の拡大、集中率を重視する構造主義的態度がその背景にあった。

②シカゴ学派の反トラスト政策論と実務における経済分析の定着

五〇年代にシカゴ大学のロー・スクールで教鞭をとったA・ディレクターが価格理論を反トラスト法上の諸問題に
応用したのが、反トラスト政策論におけるシカゴ学派の起源であるとされる。²³ 反トラスト政策論におけるシカゴ学派
は、市場メカニズムに対する強い信頼と肥大化した福祉国家への反感を基調とするハイエク流の新自由主義のイデオ
ロギーを共有する。²⁴ また、方法的には、新古典派経済学の価格理論を反トラスト法上の諸問題の分析に適用しよう
とする。²⁵ かくして、反トラスト政策論におけるシカゴ学派は、利潤最大化原則あるいは効用最大化原則に基づく経済
主体の合理性²⁶を前提とし、「市場の失敗」よりも「政府の失敗」のコストを重視するので、企業活動の自由をより広
く認める傾向にある。また、その論理は、具体的な実証研究に基づく帰納法ではなく、静態的で時に非現実的な諸前
提からの演繹法によって特徴づけられる。²⁷

反トラスト政策論におけるシカゴ学派は、ハーバード学派の反トラスト政策論と解釈論に対する批判者として登場
した。その批判の矛先は、まず、抱き合わせ協定、再販売価格維持協定等の垂直的制限や垂直的統合の分野に向けら
れた。²⁸ さらに、産業組織論の分野でも、宣伝・広告による製品差別化の評価、参入障壁の分析、集中度と利潤率との
関係についての従来の研究成果に対して疑問が投げかけられた。本稿の主題との関連では、市場構造と市場成果との
関係に関する研究が重要である。J・S・ペインの研究に代表されるように、ハーバード学派は、集中度と利潤率と
の間に高い相関関係を見だし、これを企業間の共謀や協同行為といった競争抑圧的な行動によって説明した。²⁹ これ
に対してシカゴ学派では、集中度と利潤率との間の高い相関関係は、最適規模の達成に向けた産業の調整過程で一時的
に生じた不均衡、あるいは、大規模企業における効率的生産活動の結果として説明される。つまり、高集中産業に
おける企業の高い利潤率は、競争がない結果ではなく、むしろ競争が行われている証拠として解釈されるのである。³⁰
さらに、シカゴ学派は、ハーバード学派の参入障壁の定義を批判し、既存企業が負担しなかつた費用で新規参入者が

新たに負担しなければならない費用のみが真の参入障壁と見なされるべきであると説く。^①規模の経済性や広告による製品差別化によって一時的に参入が困難になったとしても、その結果としての高利潤が新たな参入を呼び起こすので、通常、既存企業は価格支配力をもち得ないとされる。それゆえ、企業に独占的な価格設定を可能とするような参入障壁は、政府による市場への人為的介入以外にはほとんど無いことになる。かような主張から、シカゴ学派の反トラスト政策論では潜在的競争圧力の頑健性が前提とされていることが分かるのである。

要するに、シカゴ学派の反トラスト政策論は、市場構造—市場行動—市場成果の因果関係への懐疑を前提としている。したがって、反トラスト法におけるポピュリスト的価値の追求と経済政策上の目標の達成とは必ずしも整合的ではなくなり、反トラスト政策を経済政策として首尾一貫させようとすれば、ポピュリスト的価値観は放棄されねばならないことになる。シカゴ学派の論者が資源配分上の効率性の（生産・流通上の効率性を阻害しない限度での）達成を反トラスト法の唯一の目的と捉えることの背景には、かような実態認識がある。^②かような立場から、大企業の分割措置への否定的評価、合併規制の緩和（垂直的合併や多角的合併の事実上の容認、水平的合併の規制緩和）、シャーマン法第一条事件、特に垂直的制限における合理の原則の主張、水平的制限重視といった具体的提言がなされたことは周知のとおりである。^③そして、市場構造—市場行動—市場成果の因果関係への懐疑は、結果的には、反トラスト当局において経済分析が定着する一契機ともなった。

シカゴ学派の立場は、産業組織論の分野では七〇年代初頭に既に優位となり、その影響は、相次ぐ判事の交替を契機として七〇年代中頃には連邦最高裁にも及び始めたと言われる。実務においてシカゴ学派の優位が確立したのはレーガン政権以降であるが、反トラスト当局では既に七〇年代において、判例法の動向に呼応して経済学の体系的利用のための体制作りが進んでいた。M・A・アイズナーによれば、これが反トラスト政策における「レーガン革命」

を準備することとなった。³⁵⁾

まず、司法省反トラスト局においては、一九七二年に反トラスト局長に就任したH. コイパーが、G・ハイと協力して経済政策室 (Economic Policy Office) を設置し、事案選択を含む政策過程の全段階で経済分析の影響力を高めることを狙った。従来の経験に照らすと法律家スタッフの強い抵抗が予想されたので、彼らは、権限の再分配を伴うような公式の措置によってではなく、あくまでも経済分析の有効性を法律家スタッフに説得することによって経済政策室の影響力を高めようとした。³⁶⁾当初は、優秀なエコノミストの獲得が困難であったこと、法律家スタッフとエコノミストとの対立、さらには、経済政策室内部でのハーバード学派とシカゴ学派との対立による合意の欠如により、経済政策室は政策過程において影響力を十分発揮できなかった。³⁷⁾しかし、七〇年代の判例法の経済分析重視の姿勢、一九七六年のハート・スコット・ロディノ法による合併事前届け出制度の導入、七〇年代以降の規制緩和の風潮を追い風として、経済政策室の影響力は次第に強まっていった。³⁸⁾七〇年代の後半頃までには、経済政策室は、経済分析に基づく事案の選択・調査、届け出られた合併計画の競争に及ぼす効果の分析、政府調達における談合入札等の競争的行動の識別、同意判決修正提案の経済分析、政府規制の経済分析と競争促進的な規制改革案の提案、裁判所や規制機関における専門家としての証言等の機能を担っていたと言われる。³⁹⁾注目すべきことに、この機能充実の背後には、この間の判例法の変化によって法律家スタッフ自身が反トラスト法における経済分析の役割を認めざるを得なくなっただという事情があった。⁴⁰⁾

他方、FTCは、前述のとおり、従来から法律家スタッフと経済スタッフとの内部調整の仕組みの欠如や委員長のリーダーシップの欠如を指摘され、五〇年代から幾度かの組織再編を経験して来た。⁴¹⁾しかし、本格的なFTC改革の動きは、六〇年代後半以降のインフレを背景とする消費者運動の高まりと当時のデイクソン委員長によるFTC運営に対

する批判を直接の契機とするものであった。一九六九年には、ニクソン大統領の要請によりアメリカ法曹協会（A B A）内に設置されたF T C研究委員会の報告が出され、その後のF T C改革の青写真が示された。⁴²一九七〇年八月には、このF T C研究委員会の委員長であったM・カークパトリックがF T C委員長に任命された。彼の下で、F T Cの部局の再編成（従来の規制分野毎の部局を競争局と消費者保護局の二局へ集約）、政策立案・評価室（Office of Policy Planning and Evaluation）の設置、運用担当事務局次長と管理担当事務局次長の新設、委員長を補佐するエコノミック・アドバイザーの新設、ディクソン委員長時代のスタッフの大幅入れ替えと新たなリクルートメント・システムの確立が実行された。⁴³ F T C内での経済分析の定着に寄与したのは、政策立案評価室の活動であった。経済局産業分析部との協力による消費者厚生を基準とした調査対象産業識別の試み、コスト・ベネフィット分析に基づく予算配分案の勧告、経済分析に基づく事案の選択・評価の標準化の試みがそれである。⁴⁴ さらに、政策立案評価室の活動に呼応して、競争局内部に事案の評価と政策立案のために評価委員会が設置され、そこに経済局所属のエコノミストが恒常的に参加することにより、F T Cによる反トラスト法の運用に経済分析を活用する道が開かれた。⁴⁵

以上概観したように、経済分析を重視する七〇年代の判例法の変化に対応して、反トラスト当局においても経済学を体系的に利用する体制が整備されたのである。これにより、学界での反トラスト政策論の動向が実務に反映される制度的基盤が準備されたのである。その後、カーター政権時のパーチェック委員長時代のF T Cは、ポピュリスト的価値の実現を目指し、ハーバード学派の産業組織論に基づく積極的な反トラスト法運用を試みたが、議会の反発にあつて挫折することになる。⁴⁶ レーガン大統領がシカゴ学派の市場経済観とミクロ経済学の信奉者を反トラスト当局のトップに据えるに至つて（司法省反トラスト局長にW・バクスター、F T C委員長にJ・C・ミラー三世）、実務におけるシカゴ学派の優位は決定的となつた。

③反トラスト政策における「レーガン革命」の意義

レーガン政権時代にシカゴ学派の反トラスト政策論が次々と実行に移されたことは周知のとおりである。具体的には、

- ・長年の懸案であったIBM訴訟の取り下げ⁴⁷
- ・水平的制限、特に入札談合事件への規制強化とその他の分野での大幅な「規制緩和」⁴⁸
- ・既存の同意判決の整理⁴⁹
- ・判例法の変更を狙った、法廷の友 (amicus curiae) としての私訴への介入⁵⁰
- ・シカゴ学派の立場に基づく合併ガイドライン、国際的事業活動ガイドラインの改定、垂直的制限ガイドラインの作成⁵¹

・反トラスト法緩和のための法案提出⁵²

・A T & T分割を含む政府規制緩和への積極的関与⁵³

といった活動に現れている。もちろん、シカゴ学派の反トラスト政策論に反対する勢力は学界、裁判所、各州の反トラスト当局、議会等に少なからず存在するので、これらの活動のすべてが実を結んだ訳ではない。しかし、これらの活動が、七〇年代の反トラスト当局における経済学の体系的利用の延長線上にあったことは見逃せない。

司法省反トラスト局では、全体的な定員削減の中でエコノミストの削減は法律家スタッフに比べて低く押さえられたので、法律家スタッフに対するエコノミストの割合は却って増加し、⁵⁴それに伴って事案選択の過程においてもエコノミストの発言権は増したと言われる。その背景には、法律家スタッフ自身が反トラスト法の解釈に経済分析を受け入れざるを得ないことを痛感し始めたという事情もあった。⁵⁵民間の法律事務所への有利な条件での転身のためには反

トラスト局である程度の実績を上げねばならないが、今や、経済分析を駆使できることがそのための必要条件となつたのである。

スタッフ削減に伴う一九八四年（D・ギンズバーグ局長の時代）の組織再編では、局長の下に訴訟担当次長と規制事項担当次長がおかれ、これに伴い、経済分析グループ（従来の経済政策室を改組したもの）の中でも、反トラスト訴訟での経済分析を担当するセクションと規制事項での経済分析を担当するセクションが設けられた。レーガン政権の関心に沿つた再編であつたと言える。⁵⁶その後組織内でのエコノミストの地位と影響力は強まっている模様であり、例えば、C・F・ルール局長の時代には、合併の初期審査から法律家は完全に排除されるに至つたと言われる。⁵⁷FTCもまた、同様の状況にあつた。レーガン政権の初期には、前政権によって任命された委員の発言封じのため、委員長のトップ・ダウンによる意思決定を可能とするような組織の再編が行われた。⁵⁸

かくして、反トラスト政策における「レーガン革命」には、反トラスト当局のトップにシカゴ学派の論者が座つたことにより初めて可能になつた側面と同時に、従来からの経済学の体系的利用の延長線上に位置付けられる側面とがあると考えられるのである。我々は、過去からの断絶の要素のみに目を奪われるのでなく、過去との連続の要素をも正視せざるを得ないのである。⁵⁹

④小括

反トラスト当局における経済学の体系的利用は、元来、反トラスト法を単なるアメリカ社会の理想のシンボルに止まらせることなく、理想を可能な限り実現するための実効性ある手段として確立するために追求されたのであつた。その意味では、反トラスト法の経済政策化は、その出発点においては積極的意義を有するものであつた。経済学に基

づく市場力理論提唱の意義もまた、この文脈の中で捉えることができるだろう。

しかし、反トラスト法にとって経済学とは、本来、その目的に照らして現実を分析し、処方箋を導き出すための一つの分析道具に過ぎないはずである。経済学における価値判断の尺度を反トラスト法のそれと同一視したり、複雑な現実の一定の側面ないし傾向を明らかにするために過度に抽象化された既存の理論モデルを現実そのものと同一視することは、本末転倒である。反トラスト政策における「レーガン革命」の「革命」たる所以は、この本末転倒が、新自由主義のイデオロギーと結び付いて、極限まで追求された点にあると考えられる。あるいは、本来分析の道具に過ぎないはずの新古典派経済学の理論モデルそれ自身が、大企業擁護のイデオロギーに堕したと表現した方が正確かもしれない。いずれにせよ、かつてのシカゴ学派の反トラスト政策論は、今日、この本末転倒の傾向ゆえに批判にさらされていると言える⁶⁰。次節以下では、シカゴ学派の反トラスト政策論のかような特徴を、市場力理論に即して具体的に明らかにして行きたいと思う。

ただ、反トラスト政策が、学派の対立にかかわりなく歴史的潮流として、経済政策の一分野として高度に純化ないし専門化する道をたどって来たことは否定し得ない事実である。特に、市場構造と市場成果との関係に疑問が投げかけられて以降の今日の反トラスト政策論議においては、立場の如何を問わず、ポピュリスティックの価値が直接的に考慮されることはほとんどないと言ってよい。かつて会社法制から反トラスト的要素が分化し別個の政策分野として発展を遂げたように、⁶¹ 今や、ポピュリスティックの価値の実現は反トラスト政策とは別次元の法政策として追求されつつあるよう⁶² にも見受けられる。現実を改革する手段として反トラスト法を用いようとする限り何らかの意味での経済学の利用は不可避であったのだが、そのことに起因して、今や、反トラスト法による規制の必要条件として、その経済学上の根拠が（具体的には資源配分上の効率性の観点からする規制の正当化が）求められるに至ったのである。是非は別とし

て、これが反トラスト政策論の現段階なのである。本章と次章で取り上げる議論も、この意味において視野が限定されていることに注意する必要がある。独占禁止法ないし競争法が担うべき価値は国によって異なり得るのであり、そのことを無視した比較法研究とハーモナイゼーションの主張には意味がないことを銘記すべきである。

（2）市場力理論の分析

前節での反トラスト政策論の変遷に対応させる形で、本節では、まず、ハーバード学派の市場力理論を説明し、次に、シカゴ学派の市場力理論の構造と特徴を解明したいと思う。

①ハーバード学派の立場

ハーバード学派の反トラスト政策論の問題意識と理論の特徴を最も明確に示すと同時に、最も体系的で洗練されているのは、一九五九年のC・ケイセンとD・F・ターナーの反トラスト政策論⁶³であろう。彼らの反トラスト政策論の中心的課題は、市場力の制限による競争プロセスの維持にあった。市場力は彼らの反トラスト政策論の鍵概念であった。そこで本稿では、彼らの唱える市場力理論によってハーバード学派の立場を代表させたい。彼らの市場力の概念構成は反トラスト政策全体の目標設定と不可分の関係にあるので、まず、反トラスト政策の目標設定の論理を追うところから始めたい。

彼らは、現代の混合経済体制の下で反トラスト政策が必要かつ望ましい政策である事をまず確認する。当時の彼らの現状認識としては、政府による独占や政府規制産業部門のアメリカ経済に占める比重は反トラスト政策を不可能た

らしめるほどではなく、また、市場経済部門における諸産業の集中度は規模の経済性によっては正当化されないとされる。すなわち、当時のアメリカの諸産業は規模の経済性によって不可避とされる範囲をはるかに越えて集中化しており、規模の経済性を損なわないで競争を活発化させることは可能であり、望ましいとされる。⁶⁴ どのような実態認識が彼らの市場力理論と政策提言の不可欠の前提となつて注目に注意を喚起しておきたい。

彼らは反トラスト政策の目標として、(i)大企業の力の制限、(ii)経済的成果(効率性と進歩性)、(iii)公正取引(「fair dealing」)、(iv)市場力の制限による競争プロセスの保護を挙げる。このうち、(i)は、民主主義の基礎としての社会的な力の望ましい分配のあり方への関心を示す。⁶⁵ また、(ii)と関連して、反トラスト政策の望ましい経済的帰結としては、資源利用の効率性と進歩性のほかにも、生産と雇用における安定性や所得の公平な分配も挙げられるが、反トラスト政策の効果を判断するための直接的な尺度となるのは効率性と進歩性であるとされる。⁶⁶ ここで効率性とは、価格と費用、生産能力と産出量、需要と生産能力との効率的な関係のほかに、効率的な場所での効率的な規模での生産への関心が含まれる。⁶⁷ 進歩性とは、新技術の開発によるインプット当たりの生産量の増大とより良い最終製品の生産を意味する。⁶⁸ (iii)の「公正取引」については様々な意味付けが可能であるが、他の目標とは異なる独自の意味をそこに見いださうとすれば、同様の状況にある者の平等取り扱いの原則がこれに該当するものとされる。具体的にはロビンソン・パットマン法による中小企業保護が念頭におかれている。⁶⁹ (iv)は文字どおり競争プロセスの促進それ自体を目的視する立場である。競争プロセスの促進それ自体が望ましいとされるのは、個々の経済活動の帰趨が、特定の個人の支配にではなく非人格的な市場メカニズムの作用に委ねられることが公平だとする感覚に由来するとされる。⁷⁰ ここで市場力とは、後述のように、競争プロセスを抑制する力として理解されている。

ケイセンとターナーは、「経済的成果の望ましい水準を維持することと合致する限りにおいて不当な市場力を制限す

ること」に反トラスト政策の主要な目標があるとす。すなわち、(ii)と矛盾しない限度で(iii)を追求するということである。他の二目標のうち、(i)は、定義上運用上の困難、他の諸目標との抵触の可能性に照らして、主たる目標とは為し得ないが、市場力の制限によって(i)の関心にも相当程度応えることは可能であるとされる。(ii)についても、市場力を制限することによって、純粹に「公正取引」の確保のみを根拠とする規制の必要性はかなり薄らぐものとされる。彼らが反トラスト政策の主目標として市場力の制限を掲げた背景には、従来の行為規制中心主義の限界を克服し構造規制に道を開く意図があった。市場力の定義にそれが反映しているのである。

彼らは、市場力に定義を与える前に、反トラスト政策が市場メカニズムのいかなる作用に関心をもつのかを確認する。反トラスト政策は、市場メカニズムがもたらす望ましい経済的成果、特に、効率性と進歩性の達成に関心をもつと同時に、個々の企業の恣意的な行動の範囲が抑制される競争プロセスそのものにも関心をもっている。しかし、反トラスト政策は、経済的成果とプロセスそのものに直接作用するのではなく、直接的には市場構造と市場行動とに働きかけることによって望ましい経済的成果とプロセスを実現しようとする。ここで、市場構造とは、「比較的永続的であるか、あるいは、緩慢にのみ変化する、企業の行動の仕方を決定づけけないとしても「少なくとも」それに影響を及ぼす、企業にとって外在的な状況」であり、市場行動とは、「企業の特定の決定の結果であり、比較的短期間に変更可能なものと少なくとも想定し得る市場の諸側面」であるとされる。市場構造と市場行動との区別はしばしば微妙であるが、反トラスト法違反に対する救済措置として差し止めを選択すべきか、あるいは、よりドラスティックな企業再編を選択すべきかという実践的な問題ともかかわっている。彼らは、市場構造と経済的成果との間の因果関係、特に、進歩性と市場構造との関係についての研究成果が不十分であることを認めながらも、市場行動および市場構造と競争プロセスとの間、さらには、経済的成果との間に一応の因果関係を想定できるものと考え、かくして、経済的成果

を改善するための市場構造の改善が展望し得ることになる。

ケイセンとターナーは、経済的成果の諸側面としては、価格・費用関係、産出量・生産能力と需要との関係、企業管理上の効率性、プラントの規模と位置の効率性、進歩性、販売・宣伝費用の適切さを取り上げ、市場構造の諸側面としては、前提問題としての市場画定問題、売り手の数と規模の分布、新規参入と既存の売り手による販売拡大に影響を及ぼす諸要素（プラントないし企業の最適規模、技術への自由な接近の可能性、要素供給への自由な接近の可能性）、製品差別化の程度、既存の売り手の行動の独立性の程度を取り上げる。そのうえで、市場力を次のように定義する。「企業が市場力を有するのは、他の点では同様の費用及び需要条件に直面する企業に対して競争的市場が強制する行動とは異なる仕方、持続的に行動できる場合である。」⁽⁷⁶⁾ 基本的に、市場力とは、構造的な概念、すなわち、市場構造の諸指標によつて識別されるものとされる。ただ、市場構造と経済的成果との因果関係についての知識の不十分さに照らして、市場力の有無は、現在の市場構造のみではなく過去の経済的成果をも参照して、総合的に判断されねばならないものとされる。⁽⁷⁹⁾ また、市場力は、企業が単独でもつ場合もあれば、寡占市場における意識的並行行為にみられるように複数の企業により共有される場合もある。⁽⁸⁰⁾

ケイセンとターナーは、すべての市場力を問題視するのではなく、「不当な (unreasonable)」市場力のみを規制対象と考える。「不当な」市場力と「正当な」市場力とを区別するのは、経済的成果への配慮からである。「不当な」市場力と「正当な」市場力とは、市場力の規模と起源に照らして区別されねばならない。規模の点では、市場力の持続性が「不当」な市場力識別のための大きな要素となる（少なくとも十年、すなわち商品の一サイクル程度が目安とされている）。起源の点では、規模の経済性によつて不可避免的な市場力、基本特許の合法的な利用による参入障壁のみに起因する市場力、新工程・新製品・新販売手法の導入による市場力は、「正当」として規制対象から除外される。企業

分割措置の立案に際しても、経済的成果を犠牲としないよう配慮が必要とされる。⁸¹⁾

彼らの市場力理論は、具体的には、市場力そのものの除去（企業分割措置を含む市場構造の競争的改善）のための立法提案や、主として市場力基準に基づく企業行動の規制提案に具体化される。⁸²⁾このうち、企業行動の規制に関しては、彼らは、それを厳密には二つの種類に分けて考えていた。一つは、「市場力の増大をもたらさし、あるいは、その維持に寄与し得る企業行動が、実際にそのような効果をもつか、あるいは、そのような効果をもつ強い蓋然性をもつ場合における」企業行動の規制である。⁸³⁾これはさらに、詳細な市場分析を要する（合理の原則が適用される）行為類型と、それを要しない当然違法の原則が適用される行為類型とに分かれる。後者は、「その唯一のいしは主要な目的が競争の制限にあり、それが現れる市場の文脈に関わりなく害悪をもたらすおそれのある行為」と表現されている。⁸⁴⁾企業行動規制のもう一つの種類は、前述の公正取引の確保の観点からのものである。彼らの市場力理論に基づく提案が完全に実現されたとしても、市場の不完全性は完全に解消されることはなく、これに起因して取引当事者間でのある程度の力の格差は発生する。このような場合に、競争プロセスの確保とは別の観点からする企業行動規制の余地を彼らは認めていた。⁸⁵⁾

以上概観したように、ケイセンとターナーの市場力理論は、反トラスト法の多元的価値を前提とする点、市場構造―市場行動―市場成果（彼らの用語では「経済的成果」）の一応の因果関係を前提とする点、市場構造そのものの改善を志向する点で、ハーバード学派の反トラスト政策論の特徴を明確に示している。彼らは、個々の企業の恣意的な行動の範囲が市場における調整の圧力によって抑制されるプロセス（彼らの言う「競争プロセス」）の維持は一般的には経済的成果の追求と矛盾しないとの前提に立って、前者の観点から市場力を幅広く定義している。後述のシカゴ学派の市場力概念が、経済的成果の観点から、もっぱら価格支配力として定義されているのとは対照的である。⁸⁶⁾ハーバー

ド学派の関心は、伝統的反トラスト法理が体现してきた様々な価値観を所与としながら、それらを可能な限り論理整合的に追求するための政策論の構築にあつたことが窺える。

彼らの市場力理論が実務に対していかなる含意をもっていたかは既述のとおりである。ただ、ここで注意しておきたいのは、理論と政策提言とは一応区別されねばならないということである。理論上は、ハーバード学派の立場でも市場力の指標として集中率を絶対視する立場は必ずしも取られていなかった。ケイセンとターナーは、学問的正確さを期するため、すべての事案に通用する市場力の一般的基準はあり得ないことに注意を喚起している。⁸⁷六〇年代から七〇年代半ばまでの実務における集中率を重視する姿勢は、当時のアメリカ産業の集中化の実態に起因する部分が大きかつたと思われる。後述のように、シカゴ学派の市場力理論は市場力の程度を規定する諸要因とその相互関係を理論的に明確化することに寄与したのであるが、この功績自体はいずれの立場からも否定し得ないものであつた。今日における対立は、大部分、市場力の形成と持続を妨げる要因が現実にとれほど機能しているかに関する実態認識の違いに根差している。さらに言えば、実態認識において、いかなる市場観を前提とするかが立場を分けているのである。

②シカゴ学派の立場

前述のように、シカゴ学派の反トラスト政策論が資源配分上の効率性を唯一の価値判断の尺度として設定することによって、死重損失 (dead weight loss) の発生ないし増大がシカゴ学派にとっての反競争的效果の意味となる。⁸⁸この意味での反競争的效果をもたらす力が市場力である訳だが、価格理論は完全競争下での均衡価格の下で社会的余剰が最大となることを示しているので、理論的には、競争均衡価格 (製品一単位を新たに生産するのに要する費用すなわち限界費用に等しい) を上回って価格設定し得る力が市場力とされる。⁸⁹産業の寡占化が進行した今日では、どの企

業も多かれ少なかれ市場力を有すると言える。それゆえ、反トラスト政策上は、市場力の存在よりも、その程度が問題とされる。反トラスト法上の規制に値する程の市場力が存在するか否かは、死重損失の規模によつて測られる。市場力が行使されると、社会的余剰の減少と同時に消費者から生産者への富の移転⁽⁹⁰⁾という所得分配上の効果も発生するが、所得の望ましい分配のあり方は政治的意思決定に委ねられるべきであるとか、企業に移転した富は株主への配当を通じて究極的には消費者の欲求充足に利用される⁽⁹¹⁾といった理由で、反トラスト政策上は所得分配効果は無視される⁽⁹²⁾。ただ、消費者から企業へ移転した富が独占的地位の維持のため、政治過程への働きかけを含む非価格競争に費やされ、その結果社会的な浪費がもたらされる可能性は、少なくとも理論上は認識されている⁽⁹³⁾。

一般的に言つて、相当程度の市場力が存在する（形成される）ということ、あるいは、それが現に行使されて反競争的效果が発生しているということ（それゆえ、相当程度の死重損失が発生するおそれがあること、あるいは、現に発生していること）は、反トラスト法上の規制が発動されるための必要条件ではあつても十分条件ではない。市場力の形成・維持・強化やその行使と見られる行為が、同時に、生産・流通上の効率性の達成や技術革新への誘因（競争促進的效果）をもたらす場合があり得るからである。既に我が国でも紹介されているように、シカゴ学派の反トラスト政策論においては、企業の単独行為や垂直的制限、垂直的合併は、シカゴ学派の意味での反競争的效果をもたらす可能性は小さく、むしろ生産・流通上の効率性に資するものとして性格づけられる⁽⁹⁴⁾。反トラスト法上の規制は、ほとんどもつばら、競争促進的效果を伴わない水平的制限や、競争促進的效果を上回る程の市場力の形成・維持・強化をもたらす水平的合併に向けられるべきことになる。

なお、シャーマン法第一条事件における反競争的效果の立証に際しては、一般に商品ないし役務の産出量の縮減が目安とされる⁽⁹⁵⁾。協定そのものの性格や産出量削減の事実から反競争的效果が認定され得ること自体は、シカゴ学派の反

トラスト政策論の基本的立場と矛盾する訳ではない。⁽⁹⁶⁾ それゆえ、二(2)①で紹介した「簡略化された合理の原則」は、この立場と必ずしも矛盾する訳ではない。ただ一部の論者は、当然違法原則が適用される協定を含む全ての事案について、反トラスト提訴に値する事案とそうでない事案とを振り分ける基準として市場力の立証を求めるよう提案している。⁽⁹⁷⁾ これは、資源配分上の効率性を反トラスト法の唯一の価値判断の尺度とすることの、もつとも極端な論理的帰結と言えよう。

シカゴ学派の市場力理論は概ね以上のように要約されると思われるが、市場力の概念を反トラスト法の解釈・運用に利用可能な形で具体的かつ詳細に展開したのは、W・M・ランデスとR・A・ボズナーの一九八一年の論文であつた。⁽⁹⁸⁾ そこで、以下では、彼らの市場力理論を検討してみよう。

ランデスとボズナーは、市場力を「企業（あるいは、共に行動する企業の集団）が、価格の引き上げが利益をもたせられず、「それゆえ」撤回されざるを得なくなるほどに多くの販売を急速に失う事なく、価格を競争的水準以上に引き上げる力」と定義する。⁽⁹⁹⁾ シャーマン法第二条では高い程度の市場力としての「独占力」の立証が必要とされ、クレイトン法第七条や、シャーマン法第一条事件のうち合理の原則が適用される事件と抱き合わせ協定事件においては、「独占力」よりも程度の小さい市場力の立証が求められる。いずれの場合も、まず関連市場を画定し、次に集中度を測定し、その大小と他の補足的証拠（利潤、新規参入の容易さ、価格差別の存在等）から市場力の立証が行われている。ランデスとボズナーは、かような実務のアプローチと大きく矛盾せず、しかも、経済学的により厳密な市場力の測定方法の提唱を試みる。⁽¹⁰⁰⁾

彼らは、市場力の理論上の指標としてラーナー指数を取り上げる。市場力をもつ企業 i と、企業 i のそれと同質的な商品ないし役務（以下、単に「商品」と略称する）を製造販売する価格受容者たる周辺企業の集団 j の存在を想定

すると、ラーナー指数は次のように定式化される。⁽¹⁰⁾

$$L_i = \frac{P_i - C_i}{P_i} = \frac{1}{\epsilon_i^d}$$

L_i は企業*i*のラーナー指数、 P_i は企業*i*の価格、 C_i は企業*i*の限界費用、 ϵ_i^d は企業*i*の需要の弾力性、すなわち、価格の1%の変化によつてもたらされる産出量の変化比率を示す。この定式が教えるところによれば、企業の市場力は、当該企業の直面する需要の弾力性（厳密には、当該企業の直面する残余需要 (residual demand) の弾力性、すなわち、市場全体の需要のうちライバル企業の供給によつて充たされる分を除いた需要量と価格との関係⁽¹¹⁾）の逆数として表される。これが知られるならば、集中率の算定は不要であることをこの定式は教えている。しかし、利潤を最大化する産出量水準での限界費用や需要の弾力性を裁判手続において実際に計測することは困難である⁽¹²⁾。そこで、彼らは、この定式をさらに次のように変形する。まず、企業の直面する需要の弾力性は次のように変形できる。

$$\epsilon_i^d = \frac{\epsilon_m^d}{S_i} + \frac{\epsilon_j^s(1 - S_i)}{S_i}$$

ϵ_m^d は市場全体での需要の弾力性、 S_i は企業*i*の市場占拠率、 ϵ_j^s は周辺企業の供給の弾力性、すなわち、価格の1%の変化に対応する周辺企業の供給量の変化比率を示す。これを先のラーナー指数の定式に代入すると、次の定式が得られる。⁽¹³⁾

$$L_i = \frac{P_i - C_i}{P_i} = \frac{S_i}{\epsilon_m^d + \epsilon_j^s(1 - S_i)}$$

この定式は、市場力の程度を決定づける諸要因の関係を簡潔に示している。まず、市場力の程度は集中率によつて

左右されることが分かる。直感的に考えても、より大きな市場占拠率を有する企業の方が、価格引き上げに伴う販売量損失分の全販売量に占める比率は小さいので、市場占拠率の小さい企業よりも損失を伴わない価格引き上げの余地が大きいことが分かる。⁽¹⁰⁾

しかし、集中率は市場力の唯一絶対の指標ではないこともこの定式は示している。市場占拠率の數値を割り引く要因として、第一に、市場全体の需要の弾力性 (ϵ_{Dn}) がある。これが大きいほど市場力は小さくなることが分かる。市場全体の需要の弾力性が大きいということは、当該市場で販売されている商品に対する良い代替品が存在することを示している。問題の企業が価格を引き上げれば、消費者は代替品に消費を転換するであろう (需要面での代替可能性)。⁽¹¹⁾ 転換の程度が大きいほど、損失を伴わない価格引き上げの余地は小さくなる訳である。第二に、周辺企業の供給の弾力性 (ϵ_S) がある。これは、具体的には、(i)問題の企業の価格引き上げに反応して、既存の周辺企業がどれだけ販売を増大できるか、(ii)別の市場に存する企業が生産・販売設備の大きな変更を伴わずに当該市場向けに供給活動をどれだけ転換できるか (供給面での代替可能性)、(iii)新たな設備投資を伴う新規参入がどれだけ可能か、という問題である。ライバル企業ないし新規参入者によって販売機会を奪われる可能性が大きいほど、損失を伴わない価格引き上げの余地は小さくなる訳である。⁽¹²⁾

しかし、市場全体の需要の弾力性や供給の弾力性もまた、今日の学問水準では正確に測定することは困難である。そこで、ランデスとポズナーが提唱するのが「市場再画定 (market redefinition) アプローチ」と呼ばれるものである。彼らは、市場全体の需要の弾力性が大きいことを示唆する事実、たとえば、優れた代替品が存在するという事実があれば、この代替品を関連市場に含めて、改めて問題の企業の市場占拠率を算定することを提案する。⁽¹³⁾ また、供給の弾力性が大きいことを示唆する事実、たとえば、現在は当該商品を生産していないが既存の生産設備に大きな変更

を加えることなく当該商品を生産・販売し得る企業の存在、既存の周辺企業における過剰生産能力の存在⁽¹⁰⁾等の事実があれば、これらの企業の販売量あるいは生産能力を分母に加えて、改めて問題の企業の市場占拠率を算定することを提案する。この場合、市場占拠率算定の尺度は、実際の販売量ではなく生産能力（すなわち潜在的な販売量）ともなり得ることに注意されたい。⁽¹¹⁾ いずれにしても、関連市場の規模は初めよりも大きく見積もられるから、問題の企業の市場占拠率はより小さく算定されることになる。そして、より小さく算定された市場占拠率が、市場力の大きさをより正確に反映するものと見なされる。

元来、ランデスとポズナーにとつて市場占拠率とは、企業が直面する需要の弾力性の代替的指標に過ぎず、その数値にそれ以上の意味はない。それゆえ、市場占拠率の数値に置き換えられない、新たな設備投資を伴う新規参入の可能性を除き、市場力の程度を規定する諸要因は同時に関連市場の境界線を規定する要因ともなる訳である。市場占拠率が市場力の程度をより正確に反映するように絶えず関連市場の境界線を引き直すという発想は、ラーナー指標に基づく市場力概念の論理的帰結なのである。

さて、ランデスとポズナーにとつても、反トラスト政策上問題なのは、市場力の存在よりも程度である。反トラスト訴訟の提起が正当化されるためにはどの程度の市場力が必要かは、第一に、市場力の社会的損失の規模に、第二に、違反行為の性格に依拠するものとされる。⁽¹²⁾ 第一の市場力の社会的損失としては、主として資源配分上の損失、いわゆる死重損失（dead weight loss）が念頭に置かれている（ただし、この論文ではこれ以外の社会的損失が尺度とされる可能性は必ずしも否定されている訳ではない）。ここでは、反トラスト法の執行に要する費用や、（反トラスト法の執行によって却つて）競争促進的な行動が抑圧される効果を上回るほどの社会的損失が存在する（おそれがある）か否かが問題となる。重要な点は、市場力の社会的損失の大きさは、価格の限界費用からの逸脱の程度のみでなく、

市場全体の販売額によつても左右されるということである。したがつて、市場占拠率等のデータからラーナー指数自体は小さいと判断される場合であつても、市場全体の規模によつては提訴が正当化される余地はある訳である。⁽¹⁰⁾ 第二の違反行為の性格との関係に関しては、違反行為の悪質性の程度に応じて立証を必要とされる市場力の程度を小さくするスライディング・スケールの裁判所による採用が示唆されている。⁽¹¹⁾ さらに、ランデスとポズナーは彼らの市場力理論を、関連市場の画定問題⁽¹²⁾、特に地理的市場の画定問題（いわゆる転換 (diversion) アプローチの提唱）⁽¹³⁾、合併事件、損害賠償請求訴訟における損害額の算定問題⁽¹⁴⁾、規制産業における市場力の立証問題⁽¹⁵⁾に應用しているが、ここでは省略する。

③シカゴ学派の市場力理論の特徴と関連市場の画定問題

以上概観したように、ランデスとポズナーの市場力理論によつても、集中度は市場力の重要な指標ではあるが、それのみで市場力を測定することには慎重でなければならない。この点は、同じ新古典派経済学を分析の出発点とするハーバード学派の立場と異ならない。市場力の程度を規定する諸要因のうち特に集中度と他の要因との関係を理論的に明確化した点において、ランデスとポズナーの研究は立場の違いを越えて評価されている。彼らの研究は、市場力をめぐる後の議論に共通の土俵を設定したと言つても過言ではない。

しかし、彼らの研究に代表されるシカゴ学派の市場力理論は、今日様々な側面から批判にさらされている。ここでは、後の議論との関連で見たシカゴ学派の市場力理論の特徴を三点指摘しておきたい。第一に、市場力の抑制要因として（それゆえ関連市場の境界を画する要因としても）供給の弾力性を従来より重視する点が挙げられる。具体的には、新規参入者による潜在的競争圧力の重視、関連市場の画定における供給面での代替可能性の考慮⁽¹⁶⁾といった点であ

る。潜在的競争圧力の頑健性を前提とするシカゴ学派の参入障壁の定義がここに反映している。ただし、今日批判者が問題とするのは、供給の弾力性という概念そのものではなく、むしろ、その認定のあり方であることに注意された。第二に、市場力行使の具体的形態として、一企業単独、あるいは、複数企業の協調行為による価格引き上げ（特に後者）をもつばら念頭に置いている点が挙げられる。後述のように、この点は、いわゆる「排他的行動」に対するシカゴ学派の肯定的評価とも結び付いていると思われる。その結果、判例法における「独占力」の定義のうち「競争を排除する力」は、シカゴ学派の立場からは余計な規定として無視されることになった。⁽¹⁶⁾ 第三に、関連市場の画定を市場力の測定という目的に照らしてより弾力的に捉える点が挙げられる。

これらの特徴は、いずれも、シカゴ学派の反トラス政策論が極度に単純化ないし抽象化された理論モデルを前提とすることに起因すると言える。かような方法論は、理論的明晰さに資する一方で、現実の市場の不完全性を覆い隠し、大企業擁護のイデオロギーに墮する危険性を孕んでいる。このことは、シカゴ学派の市場力理論の三つの特徴のすべてについて言えるのだが、特に、第三の特徴において集約的に現れていると思われる。以下では、シカゴ学派の市場力理論の功罪両面を際立たせるため、第三の特徴について補足的に説明したいと思う。

従来、関連市場の画定は、経済学的には、需要の交差的価格弾力性（cross elasticity of demand）を基準とするものと一般的には考えられていた。⁽¹⁷⁾ これは、周知のとおり、二つの商品ないし役務（以下、単に「商品」と略称する）あるいは地域のうちの一方の商品（地域）の価格の変化率に対する他方の商品（地域）の需要量の変化率を意味し、この数値が大きいということは、二つの商品（地域）が同じ市場に属することを示唆するものと説明される。しかし、関連市場の画定基準として需要の交差的価格弾力性を使用することには、供給面での代替可能性を考慮しない点の他にも、理論上難点があることが指摘されてきた。この点は、特に関連商品市場の画定と関連して大略以下のように説明され

ている。

すなわち、製品差別化現象が一般化した現状では、同一の用途をもつ商品の間には多かれ少なかれ代替関係が成立する。換言すれば、これらの商品は代替関係の連鎖を形成している。⁽²⁷⁾ 関連市場の画定とは、この代替関係の連鎖の中から特に強い代替関係が成立する範囲を限定する（逆に言えば、代替関係の連鎖における顕著な断絶を見いだす）作業を意味する。それゆえ、特に強い代替関係が成立する商品の集合を識別するための閾値が問われざるを得ないが、需要の交差的価格弾力性の基準それ自体からはこの問題に対する解答は得られないのである。⁽²⁸⁾ また、需要の交差的価格弾力性は、二つの商品の間の代替関係の程度を表すに過ぎない。市場力の有無が問題とされている企業の商品に対しては、複数の代替品が存在するのが普通である。市場力が行使される場合にこれらの代替品の全体にどれほど買い手が転換するかが市場力の程度を左右する。問題の企業の商品と個々の代替品との間では需要の交差的価格弾力性が小さくとも、代替品全体を取ってみれば、市場力の抑制要因として無視し得ないという場合が考えられる。⁽²⁹⁾ さらに、実務的により重要な点であるが、利潤を最大化しようとする独占企業は、代替品への消費の転換が起こるぎりぎりの水準まで（すなわち需要の交差的価格弾力性が相当大きくなるまで）価格を引き上げると考えられる。通常、需要の交差的価格弾力性が大きいことは、代替品を関連市場に含めるべきことを、したがって、問題の企業の市場力を小さく見積もるべきことを意味するとされる。ところが、独占企業が現に市場力を行使している時点の価格を基準とすると、需要の交差的価格弾力性は、市場力の存在にもかかわらず大きくなるのである。⁽³⁰⁾

以上の諸点に照らしてみれば、需要の交差的価格弾力性基準は、どちらかと言えば、部分市場均衡分析の場を設定するための理論的基準、あるいは、一定の均衡価格へと収斂する傾向をもつ商品の集合を統計学的手法によって画定するための基準なのであって、⁽³¹⁾ 集中率の数値に市場力の大きさをより正確に反映させるための基準としては不十分で

あった。しかも、需要の交差的価格弾力性を実際に測定するのは困難であった。実際の実証研究では、Bureau of Censusの産業分類が利用されていたと言われる。⁽¹²⁾おそらくは、ある程度産業構造が固まってきたので、それで足りると考えられたことも一因なのであろう。いずれにせよ、ハーバード学派の立場においては、実際にはかなり固定的な産業分類を念頭において市場力の概念を構成していたと思われるのである。⁽¹³⁾

しかし、産業ないし市場の境界線の引き方は、それが何を目的とするかによつて異なり得るはずである。反トラスト法においては、市場力（それがいかに定義されようとも）を測定する前提として関連市場が画定されるのである。この論理を推し進めると、関連市場の画定に予め市場力の抑制要因を読み込むシカゴ学派のアプローチに行き着くのである。この立場からすれば、市場力の現実の行使を問題とするか、それとも、市場力形成の未然防止を問題とするかによつても、関連市場の画定の仕方は当然に異なつて来る。ポズナー自身、合併規制に関連して同様の発想を既に示していた。⁽¹⁴⁾今日ではより一般的に、部分市場均衡分析の枠組みとしての「経済学的市場（economic market）」と、市場力測定の枠組みとしての「反トラスト市場（antitrust market）」とを区別する主張も見られるに至つている。かような主張自体は、今や立場の如何を問わず肯定されつつあると思われる。⁽¹⁵⁾

ただ、ランデスとポズナーに代表されるシカゴ学派の市場力理論においては、関連市場を広く画定する方向にバイアスがかかつていた点が重要である。この傾向は、ランデスとポズナーの「市場再画定アプローチ」に示されている。「市場再画定アプローチ」は、構造的に、需要面・供給面での代替可能性を過大に評価する（それゆえ、市場力を実際よりも過小に評価する）危険性を孕むものとして批判された。たとえば、独占企業の商品と需要面で代替可能な商品が存在するとしても、当該代替品のすべてが、独占企業からの顧客の転換をもたらすとは考えにくい。顧客の転換がどの程度生じるかは、まさに需要の交差的価格弾力性の大きさに依拠するのである。ところが、「市場再画定アプロ

子」では、当該代替品の全販売量が市場占拠率算定の際に分母に加えられる。供給面での代替可能性を反映するため市場の再画定においても同じことが言える。独占企業の商品と代替可能な商品を追加的費用を伴わずに迅速に供給し得る企業が存在するということは、当該企業の供給能力のすべてが実際に独占企業の価格引き上げに反応して当該代替品への転換に利用されることを必ずしも意味しない。それにもかかわらず、「市場再画定アプローチ」の下では、当該企業の供給能力のすべてが、市場占拠率算定の際に分母に加えられることになる。かくして、いずれの場合でも、常識的な産業分類よりも関連市場は広めに画定され、市場占拠率は市場力の程度を実際よりも小さく表現することになる（少なくとも、そうなることが期待されていた）⁹⁶。

関連市場を広めに画定する傾向の背景には、経済主体の合理性と市場メカニズムの機能に対する楽観的な実態認識とともに、新自由主義のイデオロギーに根差した政策的な価値判断が潜んでいる。およそいかなる政策提案も経済学的に見れば誤差を伴う。判断が分かれるのは、過剰な規制をもたらす方向での誤差を許容するか、それとも、過少な規制を容認する方向での誤差を許容するかという点である。企業行動の合理性と市場メカニズムの機能にほとんど絶対的な信頼をおき、それゆえに、「市場の失敗」よりも「政府の失敗」を問題視するシカゴ学派の立場からすれば、当然、後者が選択されるのである。以上要するに、関連市場の弾力的な画定が市場力の過小評価の傾向と結び付いていた点に、シカゴ学派の市場力理論の最大の特徴を見いだすことができるのである。

(3) 市場力理論の実務への浸透

ここでは、一九八四年合併ガイドライン⁹⁸にシカゴ学派の市場力理論が反映していることを確認しておきたい。

このガイドラインにおける合併規制の基本方針は、「市場力」を形成し、あるいは、それを高め、あるいはまた、その行使を容易にする合併は、反トラスト法上許されるべきでない」という点にある。⁽¹³⁾ここで「市場力」とは、「実質的な期間において、利益を確保しながら競争水準を越えて価格を維持する一ないしそれ以上の企業の力」（売り手の市場力の場合）と定義される。⁽¹⁴⁾「市場力」は、単一企業によつて行使される場合もあれば、協調行為（いわゆるカルテルのみでなく、従来意識的並行行為と呼ばれて来た行為も含むことに注意）をつうじて複数企業によつて行使される場合もあるとされる。一九八四年合併ガイドラインは、協調行為による市場力の行使を予防する点に主眼をおいていると言われる。⁽¹⁵⁾このことは、水平的合併の提訴基準によく示されている。すなわち、水平的合併の提訴の際に考慮されるべき要素として挙げられているのは、先導的企業についての但し書き（3・12）を除いて、ほとんどが合併による協調行為の促進可能性にかかわるものであるからである。他の類型の合併の提訴基準に関してもほぼ同じことが言える。唯一の例外は参入障壁を高める垂直的合併の場合（4・21）であるが、そこでの市場閉鎖の認定基準は、シカゴ学派の参入障壁の定義を反映してかなり厳格である。垂直的合併については、事実上自由放任の方針が採用されていたと言つても過言ではあるまい。そこで、次に、水平的合併の提訴基準をより詳細に検討してみよう。

水平的合併の提訴の際に考慮されるべき要素は、集中度とその他の要素とに大別できる。集中度以外の要素としては、参入の容易さ（3・3）、商品の性質と販売条件、特定取引についての情報の利用可能性と買手側市場の特徴、中小企業ないし周辺企業の販売拡大能力、（過去の水平的共謀の記録や共謀を促進するような取引慣行の採用など）関連市場内での企業行動、（反競争的な行動の証拠としての）市場成果といった共謀を促進する諸要因（3・4）、そして、効率性（3・5）が挙げられている。⁽¹⁶⁾これらは、協調行為の成否を左右する諸要因のうち、集中度の数値に還元し得ない、いわば質的な判断を要する要因といえる。集中度の指標としては、周知のとおり、ハーフィンダール・

ハーシュマン指数(HHI) (関連市場に参加する企業の市場占拠率を二乗したものの合計) が採用されている。HHIが100未満の市場は「非集中」、100以上180未満は「穏やかな集中」、180以上は「高度集中」と分類される。合併後の市場が「非集中」であれば原則として提訴せず、合併後の市場が「穏やかな集中」であれば合併によるHHIの増加が100以上の場合に、合併後の市場が「高度集中」であれば合併後のHHIの増加が50以上の場合に、それぞれ他の要素を検討のうえ提訴するものとされている(3・1)。⁽¹⁴⁾

このように、八四年ガイドラインにおいても集中率は市場力の指標として重視されてはいる。ただ、前述の諸要素のほかに、集中度の重要度に影響を与える要素として、市場の諸条件の合理的に予見し得る変化、企業の財務状況、外国からの輸入の影響が挙げられており、これらの要素に照らして、集中度が合併企業の市場力を正確に反映するものか否か、さらに吟味する必要性が指摘されている(3・2)。⁽¹⁵⁾集中度は市場力の代替的指標の一つに過ぎないというシカゴ学派の市場力概念の影響がここに見て取れる。

しかし、シカゴ学派の市場力概念の影響がもつとも明確に現れているのは、関連市場の画定方法と市場占拠率の算定方法であろう。八四年ガイドラインにおける市場画定基準は、そこに参加する企業がお互いの行動を調整し得る場合に実効的に市場力を行使し得るような市場を画定することに狙いがある。つまり、合併規制の主眼を協調行為の予防におく関係上、集中度の数値に還元し得る諸要因に照らして協調行為が有効に成立し得る範囲が関連市場の範囲を画するものと考えられているのである。⁽¹⁶⁾

具体的には、まず、関連商品市場が次のような方法で画定される。すなわち、各合併当事者が生産ないし販売する商品について利潤最大化を図る独占者の存在を想定し、この仮定上の独占者が当該商品について(原則として、現行価格を基準として)「少額だが有意で一時的でない(small but significant and nontransitory)」価格引き上げを実施す

る場合に何が起るかを問う。もし、当該商品の多くの買い手が他の商品に転換するために、かような価格引き上げがかえって損失をもたらす場合には、当該商品の次善の代替品を仮定上の独占者の販売メニューに付け加えて、再び同じ問いかけを行う。「少額だが有意で一時的でない」価格引き上げが利益をもたらすまでこのプロセスを続ける。そして、「少額だが有意で一時的でない」価格引き上げが利益をもたらす最小範囲の商品の集合が関連商品市場と見なされるのである（2・1）⁽¹⁴⁾。良い代替品が他にあれば、協調行為による価格引き上げは代替品への消費者の転換をもたらすので、協調行為は成立し得ないであろう。それゆえ、この方法は、需要面での代替可能性に照らして協調行為の成立可能な範囲を画する意味をもつ。なお、価格差別の事実が見られる場合には、代替品への転換によっては仮定上の独占者の価格引き上げに対抗することができない買い手の集合に着目して、上述のようにして画定される関連商品市場よりもさらに狭い範囲で関連商品市場が画定される可能性も認められている（2・13）⁽¹⁵⁾。

次に、このように画定された商品の集合を生産する企業を識別しなければならぬ。というのは、理論上は、現在当該商品を生供給する企業のみが協調行為の成否を左右する訳ではないからである。現在は当該商品を生供給していないが、当該商品について協調行為が成立し価格が引き上げられれば、追加的な費用をさほど伴わず迅速に当該商品を生供給し得る企業もまた協調行為の成否を左右する。八四年ガイドラインは、「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ような既存の生産・流通設備を有する企業を、関連市場参加者に付け加えることを明らかにしている（2・2）⁽¹⁶⁾。これは、供給面での代替可能性に照らして協調行為の成立範囲を画する意味をもつ。（広義の）新規参入の可能性一般が協調行為の成否に影響を及ぼすのであるが、その影響度を市場占拠率という形で数値化することが実際に常に可能な訳ではない。八四年ガイドラインは、（広義の）新規参入の可能性の影響度のうち、具体的に数値化し得る部分のみを市場画定の問題の中で扱い、数値化で

きない部分を、集中率以外の、いわば質的な判断要素として扱っていると見えよう(3・3)。

最後に、地理的市場が画定されねばならないが、その画定方法は関連商品市場の画定方法と本質的に同じである(関連商品市場を前提とし、あとは、商品の代わりに地域について仮定上の独占者の価格引き上げの可能性を問うことになる。)⁽¹⁾

関連市場が画定された後は、各企業の市場占拠率が算定されねばならない訳だが、ここで注意を要するのは算定の尺度である。八四年ガイドラインは、ブランド化された商品ないしある程度差別化された商品についてはドルベースでの販売額ないし搬送額が、比較的同質的で差別化されていない商品については物理的生産能力や在庫量あるいはドルベースでの生産額が、市場占拠率算定の尺度として望ましいとする。⁽²⁾ 関連市場参加企業の供給面での反応もまた、協調行為の成否を左右する。ガイドラインは、この可能性を市場占拠率の数値に反映させるために、現実の販売量ではなく生産能力を算定の尺度とすべき場合のあることを認めているのである。

以上のように、八四年ガイドラインは、合併規制の目的に照らした関連市場の弾力的な画定と市場占拠率の算定を志向するものと言える。ここに明らかに「市場再画定アプローチ」と同様の発想が見て取れるのである。確かに、ランドスとポズナーの議論では単一企業により市場力が行使される場合が主として念頭に置かれていたのに対して、八四年ガイドラインでは協調行為による市場力行使の可能性が主として問題とされているという違いはある。⁽³⁾ しかし、集中率の位置付けや関連市場画定問題の捉え方は、「市場再画定アプローチ」の応用と見てよいであろう。

この点と関連して、関連市場の画定と市場占拠率の算定におけるガイドラインの方法論は合併企業の市場力の過小評価につながるという批判があったことは見逃せない。

まず、仮定上の独占者が価格を引き上げる際の出発点となる価格は、原則として、合併当事者の商品の現行価格と

されている。仮に合併前において既に明示的ないし暗黙の協調行為が蔓延しているとすれば（すなわち、共同で市場力が行使されるとすれば）、前述のように、その時点の価格では、そうでない場合に比べて合併当事者の販売する商品に対して有力な代替品が多数存在することになる。したがって、ガイドラインの方法論に従えば、より多くの代替品を関連商品市場に含めなければならないことになる。かような市場では、合併によって寡占的相互依存関係が強まり価格はますます下方硬直的になる可能性があるにもかかわらず、ガイドラインの方法論に従えば、かような可能性は集中率には反映されないことになる。⁽¹⁶⁾

次に、供給面での代替可能性がかなり樂觀的に捉えられている。当該商品の供給に利用可能な生産・流通設備の存在が関連商品市場への参加企業の識別の基準とされているが、たとえそのような設備を有していても、既存の顧客との取引関係を無視してまで関連商品市場に参入する企業の数に限られるであろう。そうだとすれば、この点でもガイドラインの基準は市場力の過小評価をもたらすであろう。⁽¹⁷⁾

また、「少額だが有意で一時的でない」価格引き上げとは具体的にどの程度の価格引き上げを指すのかという問題も、市場力の評価にかかわってくる。この数値が高いほど関連市場は広く画定されることに注意されたい。八四年ガイドラインは、八二年ガイドラインに対してこの点と関連する批判があった⁽¹⁸⁾ことを考慮して産業の性質により変更があり得ることを認めながらも、依然として、ほとんどの場合に一年間継続する五%の上昇がこれに当たるとする。この数値は、産業の実態に照らして一般に大きすぎるといふ批判があった⁽¹⁹⁾。また、実際には司法省反トラスト局は、十%を基準としていたとも言われている。⁽²⁰⁾

さらに、より根本的には、取引の実態から離れて仮定の質問を繰り返すという方法論それ自体に疑問が投げかけられた。⁽²¹⁾確かに、合併規制における関連市場の画定に際しては、企業や顧客の将来の反応の予測が必要となることは否

定し得ない。問題は、合併時の取引関係が基本的には合併後も継続するとの前提に立つか、それとも、合併による市場力の行使に伴って顧客の転換や供給活動の転換が比較的容易かつ迅速に発生し得るとの前提に立つかである。ガイドラインは、明らかに後者である。批判者は、ガイドラインが非現実的な市場観を前提としており、そのことが市場力の過小評価の傾向の根源にあることを指摘する。⁽¹⁰⁾

以上、八四年ガイドラインにおける関連市場画定方法が合併企業の市場力を過小評価する可能性を指摘したが、その背景に合併一般に対する肯定的評価があることも見逃せない。ガイドラインは、無能な経営陣の交替、投下資本の効率的な利用と既存設備の再配置を促進するうえで、合併が自由企業経済において重要な役割を果たし得ることを分析の出発点としている。⁽¹¹⁾この点は、合併による効率性の達成を提訴の際の考慮要因としている点にも示されている。合併一般に対する肯定的評価が、合併を過剰に規制する（すなわち、効率性の達成に寄与する合併を規制する）方向で分析を誤るよりも、過少に規制する（すなわち、市場力を形成・維持・強化する合併を容認する）方向で分析を誤る方が望ましいという姿勢を生み出している。⁽¹²⁾ここにもシカゴ学派の顕著な影響を見て取ることができるのである。

(一) 従来から我が国では、産業組織論や反トラスト政策論の領域で「ハーバード学派」と「シカゴ学派」との対立という言い方をして来たが、八〇年代後半時点で既に両者の違いはかなり曖昧になっていたとも言われる。See, e.g., HERBERT HOVENKAMP, ECONOMICS AND ANTITRUST LAW (Hornbook Series Lawyers's Edition) v-vi (1985). 筆者は全学者についてその立場を検討した訳ではないので、学派の名称については、とりあえず本稿では最近の産業組織論の教科書の用語法に従った。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）六頁参照。なお、新産業組織論の研究成果等を援用しながらシカゴ学派の反トラスト政策論を批判する立場は、『Post-Chicago』と総称される⁽¹³⁾であらう。See, e.g., Symposium: Post-Chicago Economics, 63 Antitrust L. J. 445-695 (1995).

(2) かようなシカゴ学派批判の典型を示すものとして、see, Herbert Hovenkamp, *Antitrust Policy after Chicago*, 84 Mich. L. Rev. 213 (1985)、「モデル外在的批判」と「モデル内在的批判」とを区別。なお、シカゴ学派と伝統的反トラスト法理（ハーバード学派の立場とすへての点で一致する訳では必ずしもない）とを比較対照する文献として、see, Eleanor M. Fox and Lawrence A. Sullivan, *Anchoring Antitrust Economics - A Lexicon*, in HARRY FIRST, ELEANOR M. FOX, AND ROBERT PITOFSKY, ed., *REVITALIZING ANTITRUST IN ITS SECOND CENTURY: ESSAYS ON LEGAL, ECONOMIC, AND POLITICAL POLICY*, at 67-89 (1991).

(3) たとえば、熊谷尚夫『経済政策原理』（岩波書店一九六四年）、R・ケイヴズ著、小西唯雄訳『産業組織論』（東洋経済新報社一九六八年）、J・S・ペイン著、宮沢健一監訳『産業組織論』上・下（丸善一九七〇年）、今井賢一、宇沢弘文、小宮隆太郎、根岸隆、村上泰亮『価格理論Ⅲ』（岩波書店一九七二年）、馬場正雄『反独占の経済学』（筑摩書房一九七四年）、小西唯雄『反独占政策と有効競争』〔増補版〕（有斐閣一九七五年）、荒憲治郎、稲毛満春、小西唯雄、伊達邦春、根岸隆、福岡正夫編著『経済学3・産業組織論』（有斐閣一九七六年）、植草益『産業組織論』（筑摩書房一九八二年）、南部鶴彦『産業組織と公共政策の理論』（日本経済新聞社一九八二年）、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）、小西唯雄編『産業組織論の新潮流と競争政策』（見洋書房一九九四年）等を参照。

(4) この点については本節の以下の叙述は、MARC ALLEN EISNER, *ANTITRUST AND THE TRIUMPH OF ECONOMICS: INSTITUTIONS, EXPERTISE, AND POLICY CHANGE* (1991) に依拠している。なお、今日のアメリカ社会における新古典派経済学の社会的役割一般については、佐和隆光『経済学とは何だろうか』（岩波新書一九八二年）を参照。

(5) 産業組織論の起源はA・マーシャルにまで溯ると言われるが（マーシャル自身の「産業組織 (Industrial organization)」の意味については、橋本昭一編著『マーシャル経済学』（ミネルヴァ書房一九九〇年）第五章（橋本昭一執筆）を参照）、ここで言う産業組織論は、有効競争論における市場構造・市場行動・市場成果の三分法を理論的・実証的研究の枠組みとするJ・S・ペイン、R・ケイヴズ等の体系

を念頭においてゐる。産業組織論の起源と特徴について、小西唯雄・前掲書一三二—一四二頁参照。その歴史と今日までの研究成果を概観せよとのこと、see, William G. Shepherd, Theories of Industrial Organization, in HARRY FIRST, ELEANOR M. FOX, AND ROBERT PTOFSKY, ed., REVITALIZING ANTITRUST IN ITS SECOND CENTURY: ESSAYS ON LEGAL, ECONOMIC, AND POLITICAL POLICY, at 37-66, 38-42 (1991).

なお、有効競争論は、J・ロビンソンの「不完全競争」論、E・S・チェンバレンの「独占的競争」論による価格理論の革命以後にその影響を受けて提唱されたと言われているが(小西唯雄・前掲書八八頁参照)、それ以前の産業組織論的研究はドイツ歴史学派の影響を受けた学者による歴史主義的方法論に基づいてなされたと言われる。See, HERBERT HOVENKAMP, ENTERPRISE AND AMERICAN LAW 1836-1937, chap. 22 (1991).

(6) 小西唯雄・前掲書八三—九三頁参照。J・M・クラークにおける“workable competition”から“effective competition”への発展におけるシユンペーターの経済発展論の影響について詳しくは、大村須賀男「有効競争論とシレンマ問題について—競争理論における競争の自由と経済発展の關係—」修道法学第八卷第一号(一九八五年)一頁、一四—二〇頁参照。

(7) 完全競争論の洗練の過程については、see, George J. Stigler, Perfect Competition, Historically Contemplated, 65 J. of Pol. Econ. 1 (1957). 古典派における競争が時間的プロセスを指すのに対し、新古典派における完全競争が古典派の想定する競い合いのプロセスが尽された後の状態を叙述する理論的概念であることはよく知られている。なお、コモン・ロー上の取引制限の法理が問題視した個々の事業者の自由に対する直接的な抑圧を伴わない、競争者間での自発的な競争の制限を、市場支配を通じた買い手への強制行為(coercion)と捉える見方(「剥ぎ出し」(naked))の制限と「付随的(anillary)」制限との区別は知られる United States v. Addyson Pipe & Steel Co., 85 F. 271 (6th Cir. 1898), aff'd, 175 U.S. 211 (1899)におけるタフト判事の意見が典型的だとされる。反トラスト法における新古典派的競争概念の反映の端緒を見る研究として、see, Herbert Hovenkamp, The Sherman Act and the Classical Theory of Compe-

tion, 74 Iowa L. Rev. 1019 (1989).

- (8) 市場構造の概念化の過程については、南部鶴彦・前掲書第五章を参照。
- (9) この点を強調する大企業擁護論として既に A・カーネギーや W・G・サマーらの社会進化論 (Social Darwinism) の立場が存在した (その内容に影響については詳しくは、see, WILLIAM LEE BOLDWIN, ANTITRUST AND THE CHANGING CORPORATION, 14-19 (1961)) が、この点に関し理論面で有効競争論とその後の産業組織論の展開に無視し得ない影響力をもったのは、シュンペーターの経済発展論（「創造的破壊」の理論）だったと言われる。小西唯雄・前掲書一八―一九頁（いわゆる成果基準論者の理論的基礎の説明の部分）のほか、大村須賀男・前掲論文を参照。
- (10) 三(2)①のケイセンとターナーの市場力理論を参照。
- (11) これら諸点については多くの紹介・研究があるが、個々の論点に立ち入ることは本節の目的とするところではないので、いちいち文献を挙げるのは省略させていた。
- (12) See, MARC ALLEN EISNER, *supra* note 4, at 112, 115-117 (1991).
- (13) Th.アーノルドの反トラスト法観については、see, *id.* at 77-79. 彼は、「我々の伝統的理想の象徴 (symbol of our traditional ideals)」に過ぎなかった従来の反トラスト法を実効的な経済政策として運用することを意図していたと言われる。
- (14) *Id.* at 79-83.
- (15) *Id.* at 86-88.
- (16) *Id.* at 126. 以下は「言葉」の言葉だ。Interview with the Honorable Donald F. Turner, Assistant Attorney General in Charge of the Antitrust Division (Part 1), 36 Antitrust L. J. 113, 126 (1967) から引用されたもの。
- (17) MARC ALLEN EISNER, *supra* note 4, at 126-132.

(18) *Id.* at 128.

(19) これは、一八九八年に議会がトラスト問題の検討のために設置した産業委員会 (Industrial Commission) の勧告に基づいて、Th. ルーズベルト政権時代の一九〇三年に商務労働省の内局として設立され、企業活動の調査と調査結果の年一回の公表を行った。その活動には、Th. ルーズベルト自身のトラスト問題に関する見解が色濃く反映していると言われる。See, e.g., MARTIN J. SKLAR, *THE CORPO. RATE RECONSTRUCTION OF AMERICAN CAPITALISM* 1890-1916, at 184-203 (1989).

(20) 企業局のスタッフがほとんどそのままF.T.C.経済局の主力として残ったばかりでなく、日常業務や既存の調査案件までもF.T.C.は企業局から引き継いだと言われる。MARC ALLEN EISNER, *supra* note 4, at 59.

(21) *Id.* at 59-60, 151-154.

(22) 前述のD. F. ターナーの試みに対して、法律家スタッフは、これを上からの経済学の押し付けと受け取り反発したと言われる。See, e.g., *id.* at 135.

(23) See, Richard A. Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 127 U. Pa. L. Rev. 925, 925-926 (1979)

(24) たとえば、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A(小林逸太執筆)七五頁参照。なお、ここで言う「シカゴ学派」とは、正確には、一九三〇〜四〇年代のシカゴ大学で教鞭を執っていたF・ナイトやJ・ヴァイナー等の時代とは区別される新シカゴ学派を指す。

(25) A・ディレクターの思考の源泉として、そのM・フリードマンとの関係から生まれた政府介入への反感よりもむしろ、価格理論の反トラスト問題への適用という面を強調する見方として、see, Richard A. Posner, *supra* note 23, at 928-929.

(26) この仮定こそが、シカゴ学派の「法と経済学」の実証的研究の要であり、それに対する批判の一点であることについて詳しくは、川浜昇『法と経済学』と法解釈の関係について—批判的検討—(四・完)「民商法雑誌第一〇九巻第三号(一九九三年)四一三

頁、四一四—四三三頁参照。

(27) M・フリードマン以来、シカゴ学派の経済学において実証研究の方法論が洗練されたことはよく知られているが、産業組織研究は別として、少なくとも反トラスト法の解釈論の文献では実証抜きの演繹論法が目立つのは事実である。垂直的制限の分野に關してこの点を指摘するものとして、see, John J. Flynn and James F. Ponsoldt, *Legal Reasoning and the Jurisprudence of Vertical Restraints: The Limitations of Neoclassical Economic Analysis in the Resolution of Antitrust Disputes*, in HARRY FIRST, ELEANOR M. FOX, AND ROBERT PITOFSKY, ed., *REVITALIZING ANTITRUST IN ITS SECOND CENTURY: ESSAYS ON LEGAL, ECONOMIC, AND POLITICAL POLICY*, at 271-304 (1991)

(28) Richard A. Posner, *supra* note 23, at 925-927. 以下で引用されている文献を参照。

(29) 従来の実証研究を概観するものとして、小西唯雄編・註(24)前掲書第二章(新庄浩二執筆)四九—五四頁を参照。

(30) 前者の見方はY・ブローゼンの一九七一年の研究、後者の見方はH・テムゼツの一九七四年の研究によると言われる。集中度・利潤率の關係についてのシカゴ学派の研究と最新の实証研究については、小西唯雄編『産業組織論の新潮流と競争政策』(晃洋書房一九九四年)第七章(新庄浩二執筆)一〇六一—一三頁とで引用されている文献を参照。

(31) G・J・ステイグラー著、神谷傳造、余語将尊訳『産業組織論』(東洋経済新報社一九七五年)第六章を参照。批判的分析として、see, Richard Schmalensee, *Ease of Entry: Has the Concept Been Applied Too Ready?*, in HARRY FIRST, ELEANOR M. FOX, AND ROBERT PITOFSKY, ed., *REVITALIZING ANTITRUST IN ITS SECOND CENTURY: ESSAYS ON LEGAL, ECONOMIC, AND POLITICAL POLICY*, at 338-348 (1991)

(32) See, MARC ALLEN EISNER, *supra* note 4, at 115-117 (1991).

(33) 以下でも個々の論点についての文献の引用は省略させていただきたい。反トラスト政策全体のシカゴ学派への潮流の変化を分析した

ものとして、上杉秋則「米国独禁思想の変化の潮流」ジュリスト第七六号（一九八二年）七四頁、村上政博『アメリカ独占禁止法―シカゴ学派の勝利』（有斐閣一九八七年）を参照。

(34) MARC ALLEN EISNER, *supra* note 4, at 110-111. これは反トラスト法の専門誌 (*Antitrust Law Journal* と *Antitrust Bulletin*) への引用頻度の調査が掲載されているが、それによると、一九六五―七〇年には引用頻度の多い上位一五人中シカゴ学派の論者は二人を数えるのみであるが、一九七五―八〇年には上位一五人中シカゴ学派の論者は七人を数えるまでに至っている。なお、植草益編・前掲書六一七頁（植草益執筆）は、七〇年代以降産業組織論の分野では新産業組織論の立場（シカゴ学派は含まれない）の台頭が著しいことを指摘する。

(35) See, MARC ALLEN EISNER, *supra* note 4, at 185.

(36) *Id.* at 137-138.

(37) *Id.* at 138-140.

(38) *Id.* at 141-146.

(39) *Id.* at 140-141. 以下、司法省の一九七八年の年次報告と反トラスト局のマニュアルが引用されている。

(40) *Id.* at 143-144.

(41) *Id.* at 71-75.

(42) *Id.* at 154-160. ABAの報告(Report of the ABA Commission to Study the Federal Trade Commission (Sep. 15, 1969))以前は、消費者運動家として有名な弁護士 R・ネーターの The Nader Report on the Federal Trade Commission や Report of the Task Force on Productivity and Competition (通称ステイグラー報告) が FTC の改革を訴え、これら(特にネーター報告)に呼応して当時のニクソン大統領が ABA に FTC 改革の方向性を示すよう要請したとされる。

(43) *Id.* at 160-167.

- (44) *Id.* at 168-170.
- (45) *Id.* at 167-168, 170-171.
- (46) パーチェック時代のFTCの活動とそれに対する議会の反発については *see, id.* at 174-179. これを受けたレーガン政権下でのFTC改革の動きについては、上杉秋則・前掲論文七六頁も参照されたい。
- (47) 69 Civ. 200 (S.D.N.Y. 1969-1982). 取り下ろし経緯につき詳しくは Theodore P. Kovaleff, *The Reagan Revolution, in THEODORE P. KOVALEFF, ed., THE ANTI-TRUST IMPULSE AN ECONOMIC AND LEGAL ANALYSIS*, Vol. 1, at 193-277, 201-204 (1994).
- (48) *See, e.g., Eleanor M. Fox and Lawrence A. Sullivan, Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From? Where Are We Going?, in HARRY FIRST, ELEANOR M. FOX, AND ROBERT PITOFSKY, ed., REVITALIZING ANTI-TRUST IN ITS SECOND CENTURY: ESSAYS ON LEGAL, ECONOMIC, AND POLITICAL POLICY*, at 2-35, 10-11 (1991). レーガン政権時代の司法省反トラスト局のブークロードの概観として、山田昭雄「米国における最近の反トラスト政策について」国際商事法務第二二巻第一号（一九九四年）一頁の六―七頁に掲載の図表を参照。
- (49) 修正ならしめ終結された同意判決のリズネは、Theodore P. Kovaleff, *supra* note 47, at 252-270 に掲載されている。
- (50) *See, e.g., Eleanor M. Fox and Lawrence A. Sullivan, supra* note 48, at 12-13; Theodore P. Kovaleff, *supra* note 47, at 231-232. 11 (c) で挙げた判決の中で政府が法廷の友として意見を提出した事件としては、再販売価格協定に関する *Monsanto* 事件、事実上「簡略化された合理の原則」を最高裁が採用したことで知られる *NCAA* 事件、抱き合わせ協定に関する *Hyde* 事件などがある。
- (51) 蛇足ながら、このうち、合併ガイドラインは、後述のように、その水平的合併の部分が一九九二年に修正された。国際的事業活動に関するガイドラインについては、その知的財産のライセンスに関する部分が一九九四年に知的財産のライセンスングに関するガイドラインとして拡充された形で公表され、一九九五年には管轄権の問題に絞る形で新たな国際的事業活動に関するガイドラインが公表された。

最後に、垂直的制限ガイドラインは一九九三年に廃止された。

(52) 一九八二年輸出商社法、一九八四年国家共同研究法等の実際に成立したものを以外では、次のような法案が提出された。

・合併近代化法案—「競争の実質的滅殺」の「有意な蓋然性 (significant probability)」がある場合にのみ合併を禁止するようクレイトン法第七条を改正 (S. 2160, 99th Cong., 2d Sess., 132 Cong. Rec. 26, 2281-82 (1986))。

・反トラスト救済改善法案—三倍額損害賠償を請求し得る場合の限定、政府による三倍額損害賠償請求の容認、勝訴した被告による弁済士費用請求の容認等 (S. 2162, 99th Cong., 2d Sess., 132 Cong. Rec. 26, 2284-87 (1986))。

・衰退産業救済法案—輸入品との競争で衰退した産業における合併に対して五年限度で反トラスト法の適用を免除する権限を大統領に認めさせる (S. 2161, 99th Cong., 2d Sess., 132 Cong. Rec. 26, 2284-87 (1986))。

・対外貿易法案—外国との貿易に係わる事件での反トラスト訴訟の制限 (S. 2164, 99th Cong., 2d Sess., 132 Cong. Rec. 26, 2288-89 (1986))。

・クレイトン法第八条の役員兼任規制を緩和する法案 (S. 2163, 99th Cong., 2d Sess., 132 Cong. Rec. 26, 2287-88 (1986))。

これらの法案の内容について詳しくは、see, e.g., Theodore P. Kovaleff, *supra* note 47, at 222-225。この中には保護主義的要請に基づいて含まれている。本稿では詳しく検討できないが、レーガン政権時代の反トラスト政策には「シカゴ学派の勝利」という観点のみでは説明し切れない部分があることに注意する必要がある。

(53) その概観については、see, e.g., Theodore P. Kovaleff, *supra* note 47, at 204-214。

(54) See, MARC ALLEN EISNER, *supra* note 4, at 190. 法律家マタソンとホルンブリストの数の推移については、Theodore P. Kovaleff, *supra* note 47, at 271 に掲載された表 (Appendix B) に詳しい。

(55) See, MARC ALLEN EISNER, *supra* note 4, at 191-193.

- (56) *Id.* at 193-194.
- (57) Theodore P. Kovaleff, *supra* note 47, at 235.
- (58) MARC ALLEN EISNER, *supra* note 4, at 212-217.
- (59) *Id.* at 185.
- (60) かような傾向に対する批判として詳しくは、川浜昇・前掲論文の第五章「概念法学的『法と経済学』」民商法雑誌第一〇九巻第三号（一九九三年）四三三頁以下を参照。
- (61) アメリカ会社法における反トラスト的要素の分離の経緯については、本論文二（一）の註(24)（法政研究（静岡大学）第一巻第一号二七六—二七七頁）でも簡単に触れた。なお、会社法と独占禁止法との相互関連性を説く、浜田道代「会社法と持株会社規制」経済法学会年報第一七号（一九九六年）四八頁以下所収の特に六〇—六六頁をも参照。
- (62) たとえば、岡田外司博「アメリカのディーラー法についての管見」経済法学会年報第一六号（一九九五年）一三三頁以下所収を参照。ポヒュリスト的価値の追求によって反トラスト法を補完する機能をもつ法制度の存在を視野に入れなければ日米独占禁止法の比較研究は偏ったものになることをこの論文は示唆している。
- (63) CARL KAVSEN AND DONALD F. TURNER, *ANTITRUST POLICY AN ECONOMIC AND LEGAL ANALYSIS* (1959, reprinted in 1965). 本書の翻訳として、根岸哲、橋本介三共訳『反トラスト政策—経済的および法的分析—』（神戸大学経済経営研究所一九八八年）がある。本書の重要性についてはあえて説明するまでもないと思うが、七〇年代前半までの非集中化の動向に本書が与えた影響の大きさについて、*see, e.g.,* William E. Kovacic, *Failed Expectations: The Troubled Past and Uncertain Future of the Sherman Act as a Tool for Deconcentration*, 74 *Iowa L. Rev.* 1105, 1136 (1989).
- (64) CARL KAVSEN AND DONALD F. TURNER, *supra* note 63, at 5-9. なお、当時のアメリカ産業の集中化の状況については、*see, id.* at

24-43.

- (95) Id. at 17-18.
- (96) Id. at 11-12.
- (97) Id. at 12-13.
- (98) Id. at 13-14.
- (99) Id. at 16-17, 56-58.
- (70) Id. at 14-16, 48-49.
- (71) Id. at 45.
- (72) Id. at 49-52.
- (73) Id. at 56-58. ただし、後述のように、彼らは「公正取引」の観点のみからする反トラスト法上の規制の余地を完全に否定する訳ではな⁵⁵。
- (74) 以上の叙述につき see, id. at 59-60.
- (75) Id. at 60-61.
- (76) Id. at 62-70.
- (77) Id. at 71-75.
- (78) Id. at 75.
- (79) Id. at 75-76.
- (80) Id. at 76-77.

- (81) 以上の叙述につき、see, id. at 77-79.
- (82) 彼らの政策提案の概要については、see, id. at 46-48.
- (83) Id. at 89.
- (84) Id. at 89-90. 当然違法原則の論理についてはの彼らの説明につきより詳しくは、see, id. at 142-144.
- (85) Id. at 90-91.
- (86) その意味でシカゴ学派の立場は、かつての有効競争論における成果基準論の徹底化と見ることができよう。関連して、本間重紀「独占禁止法の基本性格序説—独占禁止法の『再評価』」正田彬教授還暦記念論文集『国際化時代の独占禁止法の課題』（日本評論社一九九三年）三二五頁以下所収も参照。
- (87) CARL KAYSER AND DONALD F. TURNER, *supra* note 63, at 98-99.
- (88) See, e.g., ROBERT H. BORK, *THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF* 91 (1978). なお、シカゴ学派の反トラスト政策論の理論的基礎については、川添昇「独占禁止法上の抱合せ規制について（一）」法学論叢第一二三巻第一号（一九八八年）一頁、四—一二頁、土田和博「An Essay on Antitrust Theories in America」法経論集（静岡大学法経短期大学部）第六七・六八号（一九九二年）一頁、二—八頁等を参照。
- (89) これは後述のラーナー指数に基づく規定であるが、厳密に言えば、現行価格と限界費用との乖離の程度は、完全競争市場における限界費用曲線を前提とするのでない限り、独占度の指標として正確ではない（たとえば、独占企業の限界費用が産出量の一定範囲において一定である場合には、完全競争市場の限界費用曲線は右上がりと考えられるから、独占度を過大評価することになる）。See, William M. Landes and Richard A. Posner, *Market Power in Antitrust Cases*, 94 *Harv. L. Rev.* 937, 941 (1981).
- (90) See, e.g., Frank H. Easterbrook, *Workable Antitrust Policy*, 84 *Mich. L. Rev.* 1696, 1702-1705 (1986).

(91) See, e.g., Eleanor M. Fox and Lawrence A. Sullivan, *supra* note 2, at 68-69, left-hand column.

(92) この点がシャーマン法の立法目的に関する議論の一点であったことは前述のとおりである。消費者から企業への富の移転に反トラスト法の関心があるとする立場と資源配分上の効率性のみに関心があるとする立場との違いは、具体的には、価格差別規制の是非、合併規制の文脈における生産・流通・経営管理上の効率性の考慮の是非あるいは考慮の仕方をめぐる議論において顕著に現れる(もともと、それぞれの立場の中でも意見の違いはある)。詳しくは、金井貫嗣「反トラスト法における合併規制の変容(二・完)」法学新報第一〇二巻第二号(一九九五年)一〇一頁、一一二―一二二頁参照。

ただ、消費者から企業への富の移転効果と死重損失の発生効果とは、同じ市場力という親をもつ兄弟のようなもので、どちらを重視するかによって結論の違いが生まれるような具体的な論点はほとんどないという意見もある。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).

(93) See, Richard A. Posner, *The Social Cost of Monopoly and Regulation*, 83 J. of Pol. Econ. 807 (1975); RICHARD A. POSNER, ANTITRUST LAW, AN ECONOMIC PERSPECTIVE 8-22 (1976)。反トラスト法に基づく私訴における競争者の訴訟適格の問題と関連して、see also, Herbert Hovenkamp, Antitrust Protected Classes, 88 Mich. L. Rev. 1 (1988)。もちろん、研究開発競争を思い浮かべれば分かるように、ここで言う非価格競争が常に社会的浪費を招くという訳ではない。だからこそ、後述のように、市場力の存在は反トラスト法上の諸問題の分析の出発点に過ぎないとされるのである。なお、突出と追隨とからなる競争プロセスの駆動力として市場力を捉えるドイツ競争理論の紹介として、大村須賀男「市場力の決定としての『一定の取引分野』のもつ意味」修道法学第二二巻第一号(一九九〇年)一頁を参照。(94) 個々の行為類型の分析については、(二)(2)の註で掲げた我が国での業績のほかに、HERBERT HOVENKAMP, *supra* note 1 を参照した。

- (95) See, e.g., ROBERT H. BORK, note 88, at 122.
- (96) たとえば、註(7)で言及した付随的制限と判き出しの制限との区別に対する、ポーク判事の肯定的評価を参照。Id. at 278-279.
- (97) Frank H. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, 63 *Tex. L. Rev.* 1 (1984). 以下に对する批評は「*id.*」 see, e.g., Oliver F. Williamson, *Delimiting Antitrust*, in HARRY FIRST, ELEANOR M. FOX, AND ROBERT PTOFSKY, ed., *REVITALIZING ANTITRUST IN ITS SECOND CENTURY: ESSAYS ON LEGAL, ECONOMIC, AND POLITICAL POLICY* at 211-245 (1991).
- (98) William M. Landes and Richard A. Posner, *supra* note 89. 本論文の紹介として「三輪芳朗(論文紹介) W. M. Landes & R. A. Posner, *Market Power in Antitrust Cases*, 94 *HARV. L. REV.* 937-996 (1981)」トメリカ誌(1982-2) 二一八頁参照。
- (99) William M. Landes and Richard A. Posner, *supra* note 89, at 937.
- (100) Id. at 937-938.
- (101) Id. at 939-940. ニーナー指数が企業の需要の弾力性の逆数であることの証明については、see, *id.* at 985-986.
- (102) 以下は、後述のちうご周辺企業の供給上の対応を参数とする点で、それを所与とする(正確には、他の商品の価格と消費者の実収入一定の仮定をなす)需要の自己価格弾力性(own-price elasticity of demand)とは区別されなければならない。他の弾力性概念も含めて、see, WILLIAM F. SHUGART II, *THE ORGANIZATION OF INDUSTRY*, chap. 7 (1990).
- (103) William M. Landes and Richard A. Posner, *supra* note 89, at 941, 943. だが「*id.*」後述の「*id.*」関連市場を画定し市場支配率を算定する必要があるのだが、関連市場の画定にはそれ以上の意味はなごられるべきである。See also, RICHARD A. POSNER, *supra* note 93, at 125. ただし、近年では残余需要の弾力性を推測するための計量経済学的手法が開発されていごあるとごう。See, e.g., Jonathan B. Baker, *Recent Developments in Economics That Challenge Chicago School Views*, 58 *Antitrust L.J.* 645, 653-655 (1989); 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). 後述の「*point*」の手法を関連市場の画定に
応用する提案が存在する。

なお、企業の直面する需要の弾力性を独占度の指標とする場合の理論的難点としては、註(89)で指摘した点のほか、第一に、利潤
最大化価格での需要の弾力性が一ないしそれ以下である場合には、本文で述べたラーナー指数の定式から導出される限界収入の値が負の
値を取ることに限り費用と一致し得なくなるので、定式自体が成立しなくなる。第二に、利潤最大化価格での需要の弾力性が一
よりほんのわずかだけ大きい場合には、価格と限界費用との比率(pe/c)は途方もなく大きな数字となること、第三に、本文で述べた
定式は、独占者が単一の価格を設定する場合のみを念頭においており、価格差別の場合を扱えないこと、が挙げられている。William M.
Landes and Richard A. Posner, *supra* note 89, at 941-943.

このうち、第一の点については、利潤を最大化しようとする独占者は通常弾力的な需要に直面すると考えられること、すなわち、非弾
力的な需要に直面する場合には独占者は価格を引き上げる誘因をもち、遅かれ早かれ独占者は自らの需要曲線の弾力的な領域に達すると
考えられるので、この難点が現実の問題となることはほとんど無いとされる(なお、この問題は関連市場の画定に需要の交差的価格弾力
性を用いる場合に異なる形で現れる)。第二の点については、それが現実的に問題となるのは、特許で保護される情報のように、その使
用のための限界費用がゼロないしそれに近い場合に限られ、この難点も専ら理論上の関心事に過ぎないとされる。

なお、ラーナー指数の静態的性格を指摘するものとして、E・M・シンガー著、上野裕也、岡井紀道共訳『反トラス法の法と経済理
論』(ペリカン社一九七一年)八四―八五頁を参照。

(104) William M. Landes and Richard A. Posner, *supra* note 89, at 944-945. その証明については、*see, id.* at 985-986. なお、市場内のすべ
ての企業が同じ商品ないし役務を生産し、輸送費等、生産者の地理的条件は価格に影響しないこと、すなわち、商品市場、地理的市場
の画定において争いが無いことが前提とされている。

- (9) *Id.* at 945.
- (10) *Id.* at 946-947.
- (11) *Id.* at 945.
- (12) *Ibid.*
- (13) この言葉はランデスとポズナー自身のものではなく、彼らを批判する論者が、「直接的調整 (direct adjustment)」アプローチ（市場全体の需要の弾力性や周辺企業の供給の弾力性を市場占拠率の重要性を解釈するに際しての質的考慮要因と捉えるアプローチ）と対比させる形で「ランデスとポズナーのアプローチを性格づけるために用いた言葉である」。See, e.g., Louis Kaplow, *The Accuracy of Traditional Market Power Analysis and A Direct Adjustment Alternative*, 95 *Harv. L. Rev.* 1817 (1982); Robert Pitofsky, *New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust*, 90 *Colum. L. Rev.* 1805 (1990).
- (14) William M. Landes and Richard A. Posner, *supra* note 89, at 947-948.
- (15) *Id.* at 948.
- (16) *Id.* at 948-949.
- (17) *Id.* at 949-950.
- (18) *Id.* at 950.
- (19) *Id.* at 953. 原文では第一の要素は「市場の規模」と表現されているが、ここでは実質的な意味を取って本文のように表現した。以下で述べるように市場の絶対的規模が市場力の程度を判断するうえで重要であることは、必ずしも従来の実務では意識されて来なかったところから、ランデスとポズナーは特にこの点を強調している訳である。
- (20) *Id.* at 953-955.

- (117) *Id.* at 955-956.
- (118) *Id.* at 960-963.
- (119) このアプローチは、遠隔地にある供給者が、問題とされている地理的市場にいくらかでも販売を行っていれば、他市場での販売分を含めたそのすべての販売量を当該地理的市場に含めるべきことを原則とするもので、経済活動の国際化に伴う地理的市場の拡大を志向するものである。他市場での販売分は容易に当該地理的市場に転換し得ることの前提に立つ点で「市場再画定アプローチ」の応用である。*Id.* at 963-972. 轉換アプローチの批判については、*see, e.g.,* Timothy J. Brennan, *Mistaken Elasticities and Misleading Rules*, 95 *Harv. L. Rev.* 1849 (1982); George Hay, John C. Hille, and Phillip B. Nelson, *Foreign Competitors and Potential Competition: Geographic Market Definition in an International Context*, in HARRY FIRST, ELEANOR M. FOX, AND ROBERT PITOFSKY, ed., *REVITALIZING ANTI-TRUST IN ITS SECOND CENTURY: ESSAYS ON LEGAL, ECONOMIC, AND POLITICAL POLICY* at 349-378 (1991). 判決例を含んだ分析については、*see, e.g.,* Donald I. Baker and David A. Balto, *Foreign Competition and the Market Power Inquiry*, 60 *Antitrust L. J.* 945 (1992). この問題をめぐる議論の紹介として、金井貴嗣「経済の国際化と市場の画定—反トラスト法における論議を素材として」正田彬教授還暦記念論文集『国際化時代の独占禁止法の課題』（日本評論社一九九三年）一四二頁所収も参照。
- (120) William M. Landes and Richard A. Posner, *supra* note 89, at 972-974.
- (121) *Id.* at 974-975.
- (122) *Id.* at 975-976.
- (123) もっとも、供給面での代替可能性を関連市場の画定に際して考慮すべきこと自体は以前から指摘されていた。*See, e.g.,* M.A. Adelman, *Economic Aspects of the Behlehen Opinion*, 45 *Va. L. Rev.* 684 (1959). なお、判例法における供給面での代替可能性の扱については、二の註(77)を参照されたい。

(124) 前述のように、ランデスとポズナーは、市場力を価格を引き上げる力と定義するが、価格の引き下げを阻止する力を定義から除外する根拠は明らかではない。

(125) See, William M. Landes and Richard A. Posner, *supra* note 89, at 977. 「競争を排除する力」は "puzzling" だとされている。

(126) 判例法におけるこの基準の援用については、「二」の註(5)を参照。需要の差別的価格弾力性概念の起源とそれが市場ないし産業の境界画定基準とみなされてきた経緯については、see, Kenneth D. Boyer, *Industry Boundaries, in TERRY CALVANI AND JOHN SIEGFRIED, ed., ECONOMIC ANALYSIS AND ANTITRUST LAW*, at 88-106, 88-90 (1979). 以下でも述べられるように「二」の基準は元来、企業間の競争形態に照らした市場の分類のための基準、特に、協調行為が支配的でもあらゆる産業の識別基準をめぐる議論の中から展開されたものであった。この議論の直接の契機となった論文として、see, Nicholas Kaldor, Mrs. Robinson's "Economics of Imperfect Competition", *Economica* (New Series) No. 3 (hereinafter cited as "Imperfect Competition") at 335-341 (1934); Nicholas Kaldor, *Market Imperfection and Excess Capacity*, *Economica* (New Series) No. 5 (hereinafter cited as "Excess Capacity") at 33-50 (1935). 需要の差別的価格弾力性基準のみで市場を分類する試みとして、see, e.g., Robert L. Bishop, *Elasticities, Cross-Elasticities, and Market Relationships*, 42 *Am. Econ. Rev.* 779 (1952). 代表的な見解を分析したうえで、需要の差別的価格弾力性のみでなく企業間の相互依存関係（いわゆる「推測的変化 (conjectural variation)」)をも考慮した市場分類の試みとして、see, e.g., Ralph W. Pious and C.E. Ferguson, *Market Classification Systems in Theory and Policy*, 26 *South. Econ. J.* 111 (1959). 特に後者は、市場分類の基準としても需要の差別的価格弾力性基準に限界があったことを示す点で興味深い。いずれにしても、この議論が決着しないまま、実証研究では、後述の Bureau of Census の産業分類が用いられるようになったと言われる。

反トラスト政策論の文脈においても、関連市場の画定に際して需要の差別的価格弾力性基準にのみ依拠するこの限界は以前から指摘されていた。See, e.g., George W. Stocking and Willard F. Mueller, *The Cellophane Case and the New Competition*, 45 *Am. Econ. Rev.* 29

(1955), Donald F. Turner, *Antitrust Policy and the Cellophane Case*, 70 Harv. L. Rev. 281 (1956). ケーセンとターナーの反トラスト政策論においても、需要の交差的価格弾力性基準を絶対視する表現は注意深く避けられている。CARL KAYSSEN AND DONALD F. TURNER, *supra* note 63, at 101-102. それゆえ、この基準が関連市場の画定基準として判決において言及されたのは、当時の経済学の水準においてはこれしか参照し得る理論がなかったという単純な理由によるのかも知れない。

(17) このような見方については、*see, e.g.*, Nicholas Kaldor, "Imperfect Competition", at 339-340; "Excess Capacity", at 37-39.

(18) この点は従来から指摘されて来た模様である(たとえは、杉浦市郎「反トラスト法理における関連市場確定の意義と確定基準について(一)」民商法雑誌第七八巻第四号四六九頁、四七四—四七六頁とそこで引用されている諸文献を参照)が、近年の言及例として、*see, e.g.*, WILLIAM F. SHUGART II, *supra* note 102, at 143.

(19) 一九八二年、八四年合併ガイドラインの関連市場画定方法論を残余需要弾力性の測定方法として肯定的に評価する立場からこの点を指摘するものとして、*see, e.g.*, Joseph J. Simons and Michael A. Williams, *The Renaissance of Market Definition*, 38 *Antitrust Bulletin* 799, 825-827 (1994).

(20) この問題は「(2)」で挙げたセロフアン・ケースにちなんで「Cellophane Case Trap」と呼ばれてくる。この問題についての古典的な分析として、*see*, George W. Stocking and Willard F. Mueller, *supra* note 126; Donald F. Turner, *supra* note 126. もっとも、本件最高裁判決自体は、被告 DuPont 社の利益率を問題とすることは、この誤りを免れていた可能性が高いと言わざる。See, Donald F. Turner, *supra* note 126, at 302.

(21) もっとも、J・ロビンソンの「不完全競争」論やE・S・チェンバレンの「独占的競争」論では、相互間での需要の交差的価格弾力性が等しい代替品の集合が市場として想定されており、この非現実的な前提の下で初めて各商品について需要曲線を引くことが可能となる。この点の指摘として、Nicholas Kaldor, "Imperfect Competition", at 340; "Excess Capacity", at 43.

(132) See, Kenneth D. Boyer, *supra* note 126, at 90. Bureau of Census の産業分類の方法については、E・M・シンガー著、上野裕也、岡井紀道共訳・前掲書一九〇—一九七頁を参照。

(133) 『たまたま』 CARL KAYSSEN AND DONALD F. TURNER, *supra* note 63, at 24-43 に於ては Bureau of Census の産業分類が利用されて居る。

(134) See, RICHARD A. POSNER, *supra* note 93, at 125-127.

(135) 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, 124-128 (1987). なお、Gregory J. Werden, *The Use and Misuse of Shipments Data in Defining Geographic Markets*, 26 Antitrust Bulletin 719, 721 (1981) に於ては、この考え方は、かつての司法省反トラスト局経済政策室長であった G・W・ヘンが初めて示唆したものであると居る。

この点で、「反トラスト市場」の考え方をめぐっての論者が賛成して居る訳ではなからぬであらう。See, e.g., Kenneth G. Elzinga, *Defining Geographic Market Boundaries*, 26 Antitrust Bulletin 739, 751-752 (1981) (必ずしも一種の「ローション・メソッド」); George J. Stigler and Robert A. Sherwin, *The Extent of the Market*, 28 J. Law & Econ. 555, 558 (1985) (市場とは価格決定の場であるとした「メソッド」についての地域での値動きの相関係数に基づき地理的市場を画定するところを主張。市場が独占的か否かは市場画定の問題とは別問題とせよ); WILLIAM F. SHUGART II, *supra* note 102, at 148 (反トラスト目的の名に於いて恣意的な市場画定がなされることの懸念)

(136) 以上の点について、see, Louis Kaplow, *supra* note 109, at 1827-1828; Richard Schmalensee, *Another Look at Market Power*, 95 Harv. L. Rev. 1789, 1800-1804 (1982).

(137) たまたま、Frank H. Easterbrook, *supra* note 90 に於ては、これを回答して居る Herbert Hovenkamp, *Rhetoric and Skepticism in Antitrust Argument*, 84 Mich. L. Rev. 1721 (1986) を参照。なお、後述の N.A.A.C.P. の合併ガイドラインは、この「Type I error (競争の実

質的滅殺」の蓋然性のない合併を提訴する(この意味での誤り)と「Type II error (競争の実質的滅殺)の蓋然性ある合併を提訴しない(この意味での誤り)」とを区別している。

(138) 本稿では、ガイドラインの原文と「ABA ANTITRUST SECTION, ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS, vol. II (3d ed. 1992) の Appendix B (at 1205-1228) を参照した。なお、このガイドラインとその前身たる一九八二年ガイドラインについては、既に我が国でも紹介・分析されている。服部育生『企業結合と独禁法—比較法的考察—』(名古屋大学出版会一九九〇年)、谷原修身「反トラスト法における合併規制政策—レーガン政権を中心として—」久保欣哉編著『企業結合と買収の法理』(中央経済社一九九二年)一七三頁以下所収、金井貴嗣「反トラスト法における合併規制の変容」(一)(二)(完)法学新報第一〇二巻第一号七七頁、第二号一〇二頁(一九九五年)等を参照。本稿では市場力理論の反映という観点からの分析を試みる。合併規制に固有の論点については前掲の諸文献を参照。

(139) ABA ANTITRUST SECTION, *supra* note 138, at 1205.

(140) *Id.* at 1205-1206. なお、本稿では検討しないが、ここで言う「市場力」には、買い手が競争水準以下で商品を購入する力も含まれていない。*Id.* at 1206.

(141) See, e.g., Paul T. Denis, Market Power in Antitrust Merger Analysis: Refining the Collusion Hypothesis, 60 *Antitrust L.J.* 829 (1992). 協同行為の予防としての合併規制の位置は「この通り」*see also*, RICHARD A. POSNER, *supra* note 93, at 96-97; HERBERT HOVENKAMP, *supra* note 1, at 293.

(142) See, e.g., HERBERT HOVENKAMP, *supra* note 1, at 210-213.

(143) ABA ANTITRUST SECTION, *supra* note 138, at 1217-1221.

(144) 一九八二年ガイドライン以来今日に至るまで、HHI が集中度の指標として利用されている。一九六八年ガイドラインでは上位四社累積集中度(CR4)が採用されていたが、CR4と比較すると、市場占拠率上位企業間の格差の大きさを反映する点、および、合併当

事者企業間の格差の大きさを反映する点にHHIの利点があることは既に我が国でも紹介されている。もっとも、HHIを採用することに対しては、一九八二年ガイドライン公表時から異論があった。この点の議論を概観するものとして、See, HERBERT HOVENKAMP, supra note 1, at 301-304.

なお、ランデスとボズナーの市場力理論を応用して、複数企業間の協調行為により行使される市場力の指標としてHHIが関連性をもつことを示す論文として、see, Janusz A. Ordover, Alan O. Sykes, and Robert D. Willig, Herfindahl Concentration, Rivalry, and Mergers, 95 Harv. L. Rev. 1857 (1982)。もっとも、協調行為が成功するか否かは、集中度の数値のみでは判断し得ない。前掲論文で展開された定式も、推測的变化が数値化されない限り市場力の指標として利用し得ない。ところが、推測的变化を計測する試みは必ずしも成功しなかったと言われる。かくして、協調行為の予防という観点から合併規制を位置付ける場合、集中度以外の質的考慮要因の検討が不可避免とされるのである。

(145) ABA ANTITRUST SECTION, supra note 138, at 1214-1215。なぜこれらの数値が妥当か否かは、合併規制の文脈では実務上重要な論点であるが、本稿の関心に照らして本質的な論点ではないので検討を省略する。

(146) Id. at 1215-1217.

(147) かような観点からの関連市場画定方法論の起源は定かではないが、同様の発想は既に以下の文献で示されていた。See, RICHARD A. POSNER, supra note 93, at 125-127; PHILLIP AREEDA & DONALD F. TURNER, ANTITRUST LAW, vol. II, at 347 (1978); Kenneth D. Boyer, supra note 126, at 96-98; Gregory J. Werden, supra note 135, at 721。このほか、Kenneth D. Boyer, supra note 126 14、金額の価格変化に対応する市場占拠率の弾力性を基準とするべきことを主張していた。

(148) ABA ANTITRUST SECTION, supra note 138, at 1207-1208.

(149) Id. at 1208.

(151) *Id.* at 1209-1210. なお、2・22 の中古品ならし再加工品の例や2・23 の自家消費の例は、(一)(2)②と言及した *Alcoa* 事件における論点であった。

(151) *Id.* at 1210-1212.

(152) *Id.* at 1212.

(153) 註(144)を参照。

(154) 註(130)と言及した“Cellophane Case Fallacy”ならし“Cellophane Case Trap”の問題である。合併ガイドラインにおけるこの問題点の指摘は正しいが、*see, e.g., Robert G. Harris and Thomas M. Jorde, Market Definition in the Merger Guidelines: Implications for Antitrust Enforcement*, 71 *Cal. L. Rev.* 464, 483-484 (1983); Robert Pitofsky, *supra* note 109, at 1845-1846. なお、合併規制の文脈ではないの問題を無視してこの立場の根拠をなげきつた批判は、後述の如きを参照。

(155) *See, e.g., Robert G. Harris and Thomas M. Jorde, supra* note 154, at 484-485; Robert Pitofsky, *supra* note 109, at 1860-1862. 同種の批判は地理的市場の画定における輸入品の扱いに対しても向けられ得るが、この点についてはガイドラインの立場は、少なくとも文面上は(2)前述の「転換アプローチ」ほど極端ではないと認めざるを得ない。詳しくは、註(119)に掲げる文献を参照。

(156) *See, Robert G. Harris and Thomas M. Jorde, supra* note 154, at 482-483.

(157) *See, e.g., Robert Pitofsky, supra* note 109, at 1836-1840.

(158) *See, e.g., John DeQ. Briggs and Stephen Calkins, Antitrust* 1986-87; *Power and Access (Part I)*, 32 *Antitrust Bulletin* 275, 305 (1987).

(159) *See, Robert G. Harris and Thomas M. Jorde, supra* note 154, at 476-479; Robert Pitofsky, *supra* note 109, at 1823.

(160) 特許、Robert G. Harris and Thomas M. Jorde, *supra* note 154, at 476-479. 特許ガイドラインが、新古典派経済学の価格理論が想定する競売型の市場 (Auction Market) を前提としてこの点を指摘する。しかし、現実の市場は、売り手・買い手間の関係の契約上の性格

（スポット的基礎に基づく売買か、それとも、長期契約か）、取引量や取引の頻度、取引が単一商品のみでなくて複数の商品の束を含むか否か、売り手・買い手間の関係の安定度、供給パターンの安定度、売り手・買い手間の複数市場にまたがる関係の存否、販売前後における付随的サービスの供給の有無等により分類される一種の社会的制度であり、競売型市場はその非常に特殊な一類型に過ぎないとされる。ちなみに、この論文では、競売型市場のほか、入札型市場（Bidding Market）、関係的市場（Relational Market）、契約的市場（Contractual Market）、フランチャイズ型市場（Franchise Market）、拘束的市場（Obligational Market）に分類されている。この分類がいかなる観点に基づくものか不明確な点はあるが、ガイドラインの市場観の非現実性をつくづく点において興味深い指摘ではある。

[16] ABA ANTITRUST SECTION, *supra* note 138, at 1206.

[162] 註(137)を参照。