

反トラスト政策の実践

——理論と現実の調和——[†]

太 田 耕史郎

(受付 2000 年 5 月 10 日)

1. は じ め に

筆者は別稿 ([2000a]) で反トラスト政策と産業経済学の関係および進展を概観した。近年では伝統的なミクロ経済分析に立脚し、市場機能を堅固に信頼する所謂 Chicago 学派、そして経済主体の戦略的行動を専らゲーム理論を利用して厳密に分析する post-Chicago 経済学¹⁾が産業経済学の主流となり、これと歩調を合わせて裁判所は経済合理性を重視する合理の原則 (rule of reason) の適用範囲を拡大している。Baker [1999] はこの変遷を「例えば、1997年に最高裁は再販売上限価格維持はもはや当然違法 (illegal per se) であるとは考えられないだろうと裁定した。同様に、かつて代替財の売手間での価格協定または市場分割を実施しようとするあらゆる試みは例外なく有罪を宣告された [が、] 今日ではこれらの行動は価値のある新製品を創るのに必要であるならば許されるかもしれない」(p.191) と説明している。しかし、「post-Chicago 経済学の分析はある所与の事実の集合から生じる反トラスト問題について異なる結論に到達することが十分にあり得る」(Sullivan [1995], p. 673) ので、これと合理の原則の組み合わせは個々の事例毎に詳細な分析を要請するが、利用可能なデータの制約もあって問題行動の効果を短期間に正確に把握するのは決して容易でなく、ある行動に相反する効果がある場合にそれらを比較考量 (weighting and quantification) することはさらに困難を増す^{2,3)}。また、複雑化する経済分析に対する裁判官・陪審員の理解力も疑問視さ

[†] 本稿の作成に当たり、筆者は郵政省郵政研究所の春日教測主任研究官より有益なコメントを戴いた。記して、感謝したい。勿論、本稿に係わるすべての責任は筆者のみが負うものである。

1) Sullivan [1995] は Steven C. Salop, Carl Shapiro, David Teece, Robert D. Willig などを post-Chicago 経済学者に分類している。尤も、それは特定の大学または地域と結び付く通常の「学派」とは異なり、「今日ではそこに多くの経済学者、法律家、裁判官や執行機関職員が見い出される知的な寄合 (intellectual neighborhood) である」(Sullivan [1995], p. 669)。

2) 正確な比較考量の困難は Williamson [1968] が提示した合併の是非に関する公式から既に明白であった。なお、*Continental T.V. v. GTE Sylvania Inc.* (1977) において最高裁はテリトリー制 (territorial restriction or exclusive territories) の合法性をブランド間競争 (interbrand competition) とブランド内競争 (intra-brand competition) への影響の多寡から判断すべきとしたが、Easterbrook [1984] は実施の困難からこれを「架空の動物の狩猟」(snipe hunts; p. 13) と表現している。

れている。これらは単に当面する訴訟に関する問題ではなく、判決は企業に明確な指針を与えるべきであると言う意味でより広範で、重大な問題である。

筆者はこの状況は反トラスト政策における経済分析の重要性の低下、さらにはその放棄を意味するものでなく、経済分析と反トラスト政策の運用の間に穏当な調和、つまり経済分析の最新の成果を反映する、かつ運用が容易な裁判における意思決定の仕組みを要請するものと解釈する。こうした仕組みの研究は post-Chicago 経済学が登場する以前に既に Areeda and Turner [1975] などにより着手されているが、本稿は先行研究を分類、解説し、それと筆者の他の研究を踏まえて提言を行うことを目的とする。

構成は以下の通りである。次の第2節で裁判官・陪審員の能力と裁判の現状に触れ、判決に経済分析が反映されない脅威を指摘する。これは我々の視点の意義を端的に示すものである。第3節から第5節でこれまでに提案された3つの主要な方策、つまり合法性テストの策定、「当然」原則の拡大または Chicago 経済学への回帰、そして事前・事後の2段階検査を順に解説し、最後の第6節で筆者の見解を提示する。

2. 裁判所の能力と裁判の現状

反トラスト訴訟に合理の原則を適用する障害として post-Chicago 経済学の特徴と裁判所の能力が挙げられたが、前者については他に譲り⁴⁾、本節では後者についてより詳しく検討することにしよう。

まず、反トラスト訴訟の審査員は「門外漢から成る陪審員、その取引規制訴訟の決定において評判される専門知識が疑わしく、また広く疑われている連邦取引委員会 (Federal Trade Commission; FTC) と大半が反トラスト訴訟の審理に長い経験を持たない連邦地方裁判官」(Posner [1981], p. 15) から構成される。彼ら自身、「裁判所は困難な経済問題を検討する上で限られた有効性しか持たない。……それらはこうした意思決定には ill-equipped で ill-suited であり、極めて多面的な競合的利益とこうした意思決定を支えるために必ずやもたらされるであろう無数のデータを分析し、解釈し、そして評価することはできない」(U.S. v. Topco Assocs.; 1972) と断言している⁵⁾。さらに、適切なデータが利用できないことも十分

3) Chicago 学派以前に産業経済学の主流を占めた Harvard 学派の構造主義 (structuralism) または “SCP paradigm” は相対的に単純な意思決定規則を提供した。皮肉にも、この単純さが Harvard 学派が Chicago 学派に主流の座を奪われた主要な原因である。

4) 最近の産業経済学のテキスト、例えば Carlton and Perloff [1994] や Martin [1993] に詳しい解説が見られる。

5) Bork [1978], pp. 125–6, Easterbrook [1992], Fisher and Lande [1983], Part V などとも参照のこと。なお、こうした見解は U.S. v. Trenton Potteries Co. (1929) での判決を始めとして、Standard Oil Co. v. U.S. (1949), Northern Pacific Railway Co. v. U.S. (1958), U.S. v. Phila- ➤

にあり得るが、そうであれば経験を積んだ見識のある専門の研究者でさえ適切な判断を下すことはできないのである。

それでは、裁判の現状は如何なるものであろうか。Krattenmaker and Salop [1986] はこれを「反トラスト法の支配的見解は常に反競争的效果が尤もらしい分野では効率性は抗弁にならないと言うものであった。所謂「合理の原則」分析は効率性の主張を考慮するが、尤もらしい効率性の主張が提示されると原則的に反競争的效果の主張を精査に掛けることでそれを行っている。最高裁が問題の行動は恐らく企業に価格を引き上げる力を授与すると結論付けても、消費者への被害がその行動を採用する企業への費用削減に凌駕されるという理由でその行動を支持する事例を知らない」(p. 278)と要約する⁶⁾。これが当然違法の原則への固執を帰結するのであれば、その原則自体に経済的效果が存在し、その適用範囲の決定に経済分析の役割が確保されるという理由で容認も可能であろうが、Hovenkamp [1985] の「一度〔経済〕モデルがより複雑になると、政策決定者は必然的にモデルの外側にある価値に依存〔し、〕その結果は常に非経済的または政治的な内容の反トラスト政策である」(p. 284)との見解には脅威を覚える。事実、「Aspen Ski [Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.; 1985)」の判決は当該行動は一部を“angry”, “infuriated” または “irate” させたと言う理由で消費者を害したと結論付けたようであり、Aspen での滑降が1つの市場を構成するかどうかの分析は含まれていなかった」(Krattenmaker and Salop [1986], f.n. 11), または裁判官は陪審員に非常に曖昧な説明を与え、問題の行動を効率性ではなく道徳 (morality) から評価するよう委ねた (Easterbrook [1992], p. 122) との解釈が提示されている。

そこで、次節から経済分析の成果を反映しながら、データの利用可能性とも関連する裁判所の能力の限界や post-Chicago 経済学の結論の不明瞭さと言った制約に対処する裁判の仕組みを検討することにしよう。

3. 合法性テスト

反トラスト政策の実施上の問題に対処する第1の方策はある企業行動が競争または消費者厚生に与える純効果に関する尤もらしい、そして適用が容易な判断基準 (“quick look” version of the rule of reason) または合法性テスト (legal test (s)) を構築し、実施することである。

delphia National Bank (1963) などでも繰り返し表明されている。

6) *FTC v. Procter & Gamble Co.* (1967) における Harlan 最高裁判事の同意意見を参照のこと。なお、Williamson [1968] はこれがしばしば効率性と並ぶ反トラスト法の関心事とされる所得分配への配慮から説明可能なことを証明しているが、同時に所得分配が課税、支出や移転支出の領域に含まれることを指摘している。Fisher and Lande [1983], Part IV も参照のこと。

(1) 簡潔な基準

まず、競争作用を信頼する Chicago 学派が提示する最も簡潔な基準は当該行動の継続性である。つまり、「もしそれらが独占的であれば新規参入がそれらを駆逐するであろうから、複雑な企業行動の継続からそうした行動が生産的であると推論する」(Page [1995], p. 44) のである⁷⁾。継続期間については、Easterbrook [1984] はその間に参入が実現するであろう 5 年を挙げている。しかし、競争作用に対する強い信頼は「経済学から演繹されない仮定」(Fox and Sullivan [1987], p. 969) であるとの解釈があり、また後の節とも関連するが、逆に利用可能な理論やデータの乏しい行動に対する判断は誤謬の危険が高まるのである。次に、*Broadcast Music, Inc. v. CBS* (1979) における Stevens 最高裁判事の見解はある効率性をより少ない競争制限で実現する代替的行動の有無に向けられたが、これは “less restrictive alternative” approach と呼ばれ、当然違法と合理の原則の間に位置付けられる。尤も、合併について Fisher and Lande [1983] が「合併企業が特定の効率性を内部成長または競争に対して脅威のより少ない買収を通じては達成し得なかったことを証明するのは事実上、不可能であろう」(p. 1667) と述べるように、適用範囲は大幅に限定されるかもしれない⁸⁾。

(2) 2 段階基準

しばしば(1)の基準を含むより慎重かつ複雑な 2 段階基準 (2-stage benchmark) が提案されており、Areeda and Turner [1975] の略奪的価格設定 (predatory pricing) に関する先駆的な基準は以後の判決に重大な影響を与えている⁹⁾。この他、司法省の *Vertical Restraint Guidelines*¹⁰⁾、Baumol [1979]、Joskow and Klevorick [1979]、Ordover and Willig [1981]、Scherer [1976]、Williamson [1977] の略奪的価格設定、Krattenmaker and Salop [1986]、Posner [1977] の垂直的合意・統合に基づく排他的行動 (exclusionary conduct) または

7) この、または言い換えである「競争市場で発生する行動は「最適」である」(Page [1995], f.n. 324) との理由から先の *Aspen Ski case* の結論を擁護できるかもしれない。

8) 村上 [1999] は合併に特有な効率性について、「従前数カ所で行っていた生産を一ヶ所に統合することによって限界生産コストを減少させることは認められる可能性が大きい。研究開発能力の向上についても認められる可能性が大きい。物質調達能力、経営管理能力、資本調達能力の向上については、認められる可能性はそれほど大きくない」(p. 197) と述べている。

9) Waldman and Jensen [1998] は *International Air Industries Inc. and Vebco, Inc. v. American Excelsior Company* (1975), *In The Matter of General Foods Corp.* (FTC; 1984) と *FTC v. Borden Company* (1967) を例に挙げている (pp. 542-3)。Joskow and Klevorick [1979], 脚注 2, Williamson [1977], 脚注 5 も参照のこと。また、村上 [1999] はこれに合わせて「1970 年代後半からは……略奪的意思を証拠文書等から安易に推認することを避ける傾向にある」(p. 132) と述べている。

10) 「このガイドラインの基本的立場は、垂直的制限の競争阻害の効果は簡単には認められない」(松下 [1985], p. 474) というものであり、競争阻害の効果について若干の記述はあるが、実質的には次節で扱う「当然合法」原則に近いものであった。ただし、1993年に廃止が宣言されている。

“restricted distribution”に関する基準や Easterbrook [1984] の包括的な基準などがこれに該当する¹¹⁾。これらは何れも市場支配力 (market or monopoly power) の有無, つまり集中度, entry hurdle や reentry barrier を調査する構造テスト (structural test) から開始する (裁判所も既に市場支配力の証明を訴訟の最初の争点としている¹²⁾¹³⁾。そして, 市場支配力がなければ競争を損ない得ないとの理由で当該企業に市場支配力が示される場合にのみ次のテストに移ることになる¹⁴⁾。

勿論, テストの数や内容は, 基準の厳密さを増せば当該行動がそれを満たすかどうかの判断がより複雑になるので, その費用と便益の評価の程度に依存することになる。Areeda and Turner が価格と平均可変費用の乖離を計測する費用テスト (cost-based test) を, 限定的ではあるが代案として Ordoover and Willig が排他性がより低く, 短期的利潤をより実現する行動の有無を調査する前述の “less restrictive alternative” テストを主張し, Posner が①市場における当該行動の普及の程度や②当該行動採用以降の生産量の変化, と言った観察が容易な事象に注目するのは, 行動の相違に加えて, そうした評価の相違を示すものでもあろう。Areeda and Turner と Scherer の短期・長期と言う目的の対立も同様であり, Areeda and Turner は Scherer に対するリプライ ([1976]) で「長期の可能性は本質的に思索的で不確定なので, 無視されなければならない……。……Scherer の関係する変数の膨大なリストは我々の主張の正しいことを示す」(p. 897) と主張している。因みに, Posner の基準を簡単に解説

- 11) ここで紹介する以外の文献については, Easterbrook [1984], 脚注34, McGee [1980], Riordan and Salop [1995]などを参照のこと。
- 12) 「裁判所は「当然」規則の領域に市場支配力の境界を導入し始めている」(Easterbrook [1992], p. 130)。例えば, 「*Northwest Stationers* [(*Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co.*; 1985)] では裁判所は取引拒絶協定に対する当然規則は「その協定者が市場支配力または有効競争への必須の要素に対する排他的アクセスを所有する」ことを証明できなかったので原告に利用できないと判決した」(Krattenmaker and Salop [1986], f.n. 10)。この他, *National Collegiate Athletic Association (NCAA) v. Board of Regents of the University of Oklahoma* (1984), *Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde* (1984) の判決も参照のこと。
- 13) 一般的な尺度とそもそもの市場の確定については Carlton and Perloff [1994], ch. 20などを, entry hurdle や reentry barrier については Ordoover and Willig [1981] を参照のこと。なお, 水平的合併の合法性テストとしては, 司法省・FTC の *Horizontal Merger Guidelines* の他に Fisher and Lande [1983], Muris [1980] などの提案があり, Pogue [1985] は「学説上の議論は, 効率性の抗弁を明示的に認めることによって効率性が最もよく達成されるか [Muris [1980] など], それとも, 効率性の抗弁を認めないで, 合併が訴追される境界値のレベルを高く設定することによって効率性が最もよく達成されるのか [Fisher and Lande [1983] など], という問題に関するものである。このうち後者の見解は, 市場支配力の行使に伴う損失と効率性による節約とを調整するのは (不可能でないとしても) 困難であるという考えを含めて, さまざまな考えを根拠としている」と解説している。
- 14) それゆえ, 最も簡素な判断基準は構造テストのみで与えられる。例えば, *Standard Oil Company of California v. U.S.* (1949) では前述した裁判所の能力を鑑み, 「[排他的取引を禁止する Clayton 法] 第3条は競争が排除され, その分野の取引の substantial な割合が影響を受けていると言う証明で満たされる」と裁定された。

すると、①は当該行動が一様に採用されなければ製造業者に市場支配力が付与されない、または Easterbrook に従えば選択肢があれば消費者に有益な競争が作用することを、②はそれが消費者にも有益な競争手段であれば生産量の増加を、反対に卸売業者のカルテルと関連するのであれば生産量の減少を伴うことを意味するが、厳密には生産量の増減と消費者厚生または社会厚生を増減は必ずしも一致しない¹⁵⁾。

また、当然ながら、基準の理論的な有効性に関する議論もある。Areeda=Turner 基準には過剰な設備投資が短期の限界・平均可変費用を低下させ、制約を形骸化するとの批判があり、Williamson は参入に際して既存企業が生産量を、Baumol は価格が引き下げられる場合にそれを一定期間、維持するよう要請し、これを Areeda=Turner 基準で補足することを提案するが、ここで Baumol は Williamson 基準の下で市場拡大期に必要とされる需要予測の困難を懸念すると共に、それが参入後に競争価格を実現しないことを批判している（後者は Williamson 自身も認めている）¹⁶⁾。Easterbrook は競争企業は決して消費者の擁護者ではなく、しばしば訴訟を競争抑制手段として利用するとの理由で原告の身分をテストに付加するが、排他的行動の存在はこれを退けるように思われる（Krattenmaker, Lande and Salop [1987]）。この対立の原因は排他的行動に関する経済学的な研究が比較的最近であったこと、あるいは Easterbrook が排他的行動を構造テストや他の併用テストである程度補足可能であると認識したことに見られよう。

それぞれの相違を詳しく紹介し、検討することは控えるが、最後に構造テストの高いハードルは結果として Harvard 学派の構造主義と整合する以前の厳格な反トラスト政策への回帰を意味するばかりでなく、追加的なテストの実施により裁判をより煩雑にすることに注意を要する。また、次節との関係では Easterbrook が有益な企業行動に対する誤った有罪判決（“false negative”）の費用を鑑み、彼の提案する 5 つのテストを被告に有利となるよう意図して構成していることにも言及しておこう。

4. 当然合法の原則

Chicago 学派はしばしばより簡便な、そして従来の原則と完全に対立する「当然合法」

- 15) 明らかに、当該行動（例えば再販価格維持）とそれに付随する小売店のサービス）が取引量と消費者厚生または社会厚生に及ぼす効果は需要曲線と供給曲線の形状とそれらのシフトの仕方に依存する。需要曲線のシフトはそれが“marginal”な消費者と“inframarginal”な消費者のどちらにより有用であるかを示す。詳しくは、Easterbrook [1987] を参照のこと。
- 16) 略奪的価格設定に関する70年代後半の論争は McGee [1980], Page [1989] などで詳細に紹介・検討されている。なお、McGee は Scherer [1976] や Williamson [1977] の参入阻止価格設定理論（limit-pricing theory）に依拠した議論を批判するが、これに関するより最近の研究については Carlton and Perloff [1994], ch. 10 を参照のこと。

（“per se legality”）の原則を提案している。前節で触れた彼らの市場構造に関する見解はさて置き、そこでは問題となる特定行動は構造テストを通過する状況下でどのように解釈されるのだろうか。

まず、略奪的価格設定については、Areeda and Turner [1975] もそれが現実に稀なことを認めているが、Bork [1978] は「恐らく存在しない、あるいは非常に稀な場合に存在するとしても裁判所が競争的価格行動から区別するのに重大な困難な伴う現象についての規則を構築するのは賢明でな〔く、〕こうした規則を適用する試みは利益よりずっと多くの損害を実現するのがほとんど確実である」（p. 154）と述べ、反トラスト政策の実施を批判している。“restricted distribution”については、Posner [1977] の合法性テストを紹介したが、彼は後（[1981]）に①企業の生産量の変化から外生的な要因を除外し、当該行動の純粋な効果を把握するための統計手法の適用およびそれに対する裁判官や陪審員の理解が必ずしも容易でなく、また②その目的は例えば脚注2で触れた小売店のサービスを通じたブランド間競争（ブランド・イメージの維持・確立も加えられよう）に求められる、③製造者間のカルテルに対する懸念は既存の規則で対応が可能である、との理由で、“next step”としてそれを「当然合法」とすることを提案する。Easterbrook も後（[1992]）に訴訟と誤審の多大な費用に鑑み（加えて、一般に Chicago 学派は競争的な行動を独占的と誤審する“false positive”（または Type I error）の費用がその逆の“false negative”（または Type II error）の費用を凌駕すると主張する）、独占のためのカルテルや合併に対する当然違法の原則の適用と並び、新製品の導入、旧製品のデザイン変更、価格競争、生産能力の拡大、垂直的非価格制限などに対する「当然合法」原則の適用を主張している。

他方で、Posner [1981] は共にサービスの只乗り（free riding）の観点から擁護が可能な再販売価格維持（resale price maintenance）とテリトリー制（価格制約と非価格制約）について前者のみが当然違法と判決されることを批判するが、これに沿って Krattenmaker [1988] は「当然」原則（“per se inadmissible or impermissible”の原則）を行動の類型ではなく、当該行動を擁護する事由の類型に適用することを提案する¹⁷⁾。例えば、「適正価格は不合理的な市場決定価格で代用されると言う主張は per se inadmissible であり、その行動は非金銭的費用の節約を実現するのに合理的に必要であると言う主張は常に admissible に思われる」（pp. 178-9）、となるのである。しかし、例えば Krattenmaker and Salop [1986] がライバルの

17) 類似の施策として、Fisher and Lande [1983] は「部分的な効率性の抗弁」（“partial efficiencies defense”）を挙げている。これは合法性の「考察を最も重大または具体的に証明可能な要因に限定する」（p. 1660）もので、「例えば〔FTC の〕Miller 委員長は合併訴訟において規模タイプ（scale-type）の効率性が1つの容認可能な抗弁とされるよう提案している」（p. 1661）。しかし、Fisher and Lande は特定な要因についてであれ効率性の証明は困難であり、それゆえその現実適応性は極めて限定的であると評価している。

費用を高める排他的行動として取り上げた *Klor's (v. Broadway-Hale Stores; 1959)* の行動もサービスの只乗りの観点から説明が可能であり（当然ながら両者の区別には市場構造が重要な意味を持つことが指摘されている¹⁸⁾）、擁護の事由のみに注目すると、カルテルを含むほぼすべての行動が合法と判断されることになる。

何れにせよ、市場放任的な反トラスト政策は Chicago 学派の特徴であり、理論分析では post-Chicago 経済学が主流となった現在でも政策上の有効性を維持するものと評価され得るかも知れない。

5. 事前・事後の2段階検査

ある行動がどの程度効率的であるかを事前に判断するのが困難であり、それゆえ合理の原則の下での合法性の判決が誤りとなる危険が大きい場合、事後検査とその結果に基づく判決の見直しが適切となるかもしれない。この2段階検査 (two-stage audit) または “wait-and-see” or “waiting period” approach は Brodley [1987], [1995] がとりわけ合併やジョイント・ベンチャー (joint venture) に対して提案するもので、米国では一定規模以上の合併について Hart-Scott-Rodino 法により少なくとも30日前に FTC への関連資料の提出が義務付けられているが、こうした資料を利用した事前検査で当該行動が十分に効率的であると判断され、承認されても、事後検査で効率性の実現が不十分または不明確であるとされると、承認の撤回を含むペナルティーが課されることになる¹⁹⁾。

それでは、ある行動の効果は事後検査により常に確証され得るのであるだろうか。事後検査を短期間に実施する場合には、合併については事業統合に時間が要する点を含めて当該行動を評価する十分なデータが入手できない、またはその間に限り合併企業が反競争的行動を控える可能性が高まる。反対に、長期間を経て実施する場合には、その間の状況変化——消費者の選好や要素価格の変化——が評価を困難にし、“false negative” の費用が高まる。また、前者に関して（ただし合併事例ではない）、Easterbrook [1992] は *Hyde, NCAA, Fishman v. Estate of Wirtz* (1986) などを再考し、「ある1事件の経済分析は、その事実から長い時間を経た後でさえ、効率性と消費者厚生に関する問題に明確な解答を与えることはできない」(p. 127) と述べている。さらに、Brodley [1995] は承認の撤回に際して企業に多額の費用が発生するならば、企業が「単に反競争的な行動を隠すために効率性の擁護を主張する」(p. 692) ことは抑制され、反対に執行機関や裁判所の負担が低減すると述べるが、第2節で触れた *U.S. v. Topco Assocs.* の判例にもある通り、一般には「裁判所は規制機関 (regulatory

18) Carlton and Perloff [1994], pp. 839–40, Easterbrook [1987], pp. 314–5 を参照のこと。

19) Pitofsky [1992] によれば、この政策はカナダで実際に採用されている。

agency) のように当該産業の年々の成果を再検査する資源や能力を持たない」(Pitofsky [1992], p. 224) との認識がある。

恐らくこうした理由で、合併についての「“waiting period” approach に対する反対は合衆国の政府および学会において事実上、全員一致」(Pitofsky [1992], p. 225) の状態にあり、前出の Baumol [1979], Williamson [1977] にも同様の見解が推察され得る。

6. お わ り に

これまで反トラスト政策を最新の経済分析に立脚させながら円滑に実施するための3つの方策を概観して来た。そこで、最後にこれらを踏まえた、また筆者の他の研究を参照した見解を提示することにしよう。

まず、2段階調査であるが、状況の変化に伴う評価の困難を考慮すると事後調査は事前調査からそう遠くない将来に実施されるものであろうが、そうであればその間に新たな理論やデータが入手される見込みは小さくなり、企業の効率性の抗弁は困難になる。あるいは、事後調査の日程が周知であれば、企業はその間の行動を調整して、有罪判決を逃れることが可能となる。これらの理由で筆者はこの方策の実施に消極的である。次に、当然合法の原則であるが、これは合法性テストを極限まで単純化したものであり、競争作用に対する強い信頼、そして“ignorance”と“uncertainty”の認識、誤審における“false negative”の重視(“false positive”は競争作用により修正されると見做される)に依拠するが、競争作用の調整速度については何らの証明も与えておらず²⁰⁾、反トラスト政策の形骸化の危険を伴う。そこで、筆者はより穏当な重層的合法性テストに傾倒することになる。言い換えると、それが一般に“false positive”, “false negative”の費用と訴訟に係わる費用の総計を最小化するものと判断するのである²¹⁾。

本稿ではテストの数や内容についての踏み込んだ検討は控えられたが、そこに以下の点を反映させることを提案する。第1に、「あらゆる取り決めの便益は同じ目的を達成する次善の方策に対する改善である」(Easterbrook [1984], p. 9) ので、もしある企業行動が競争または消費者・社会厚生に負の効果を及ぼすことが尤らしいとしても、その実施を実質的に阻止することが困難または膨大な費用が掛かるならば、違法判決に基づく介入は控えるべきであ

20) 競争作用による市場の修正については、市場構造と利潤率に関する Joe S. Bain の市場集中原理 (market concentration doctrine) に対するアンチテーゼである Yale Brozen の実証研究があるが、Martin [1993] は「Bain のサンプルが [Brozen が指摘するように] 不均衡での利潤率を示すとして、そうした不均衡での利潤率のほぼ25%が……17年後にも存続していた」(p. 462) ことになり、Brozen が発見した利潤率の調整は緩慢であったと評価している。

21) これらの費用の比較については、Fisher and Lande [1983], Part V を参照のこと。

る。*Airline Tariff Publishing Company case* (1994) の争点である主要航空会社間のコンピュータ予約システム (CRS) を利用した情報伝達は正にこれに適合する (太田 [2000b] を参照)。第 2 に、当然ながら「法的介入を擁護する条件は我々が当該行動について多くを知る場合に満たされる」(Easterbrook [1987], p. 308) ので、目新しい企業行動や技術革新などにより変化の著しい産業を対象とした調査、訴訟および有罪判決は控えるべきである。これに関して、抱き合わせ販売などが争点とされた *Microsoft case* (1995) において代替的なオペレーティング・システム (operating system; OS) である LINUX の潜在的成長性が十分に考察されたか、またはされ得たかは大いに疑問である²²⁾。

最後に、産業経済学の最先端に位置する post-Chicago 経済学に言及にすると、その複雑な議論をそのまま反トラスト政策に適用するのは困難であるとしても、それに立脚した個別的な実証研究の積み重ねは合法性テストの実施を容易にする、または合法性テストそれ自体を改善するのに貢献すると期待される。その意味でその実践的な意義は決して損なわれないであろう。

参 考 文 献

- Areeda, P. and D. F. Turner [1975] "Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act," *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 4.
- Areeda, P. and D. F. Turner [1976] "Scherer on Predatory Pricing: An Reply," *Harvard Law Review*, Vol. 89, No. 5.
- Baker, J. B. [1999] "Developments in Antitrust Economics," *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 13, No. 1.
- Baumol, W. J. [1979] "Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing," *Yale Law Journal*, Vol. 89, No. 1.
- Bork, R. H. [1978] *The Antitrust Paradox*, Basic Books.
- Brodley, J. F. [1987] "The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress," *New York University Law Review*, Vol. 62, No. 5.
- Brodley, J. F. [1995] "Post-Chicago Economics and Workable Legal Policy," *Antitrust Law Journal*, Vol. 63,

22) より最近の訴訟についてはあるが、Young and Rohm [1999] から関連箇所を引用しよう。「Microsoft 側の弁護士は、一部小売店で……LINUX の売り上げが Microsoft Windows の売り上げを上回っていると警告するような内容の〔社内〕電子メールを引用して、Windows が激しい競争にさらされていることを示そうとした。……連邦地裁の Jackson 判事〔は〕、……公判中に書かれたそのようなメモは「自社の自己弁護を目的としたもの」であると評した。……しかし、Microsoft が LINUX に危機感をいだいていることは、Eric Raymond が1998年11月にインターネット上にリークした、Microsoft の2つの内部戦略メモからも明らかである。「OSS (オープンソースソフトウェア) は Microsoft にとって、短期的な収入とプラットフォームの両面で脅威をもたらすものである。……OSS のプロセスがインターネット上の何千人もの個人の IQ を結集させ、それを有効活用できるという能力はまさに脅威である。」「OSS プロジェクトは商用ソフト並み、あるいはそれを超える品質を達成できる。」(邦訳, pp. 245-6; ただし一部の表記を変更している)。なお、LINUX の普及については、WebCMO, Inc. の Linux Survey Report に詳しい調査結果が見られる。

Issue2.

- Carlton, D. W. and J. M. Perloff [1994] *Modern Industrial Organization*, 2nd ed., Harper Collins College Publishers.
- Easterbrook, F. H. [1984] "The Limits of Antitrust," *Texas Law Review*, Vol. 84, No. 8.
- Easterbrook, F. H. [1987] "Allocating Antitrust Decisionmaking Tasks," *Georgetown Law Journal*, Vol. 76, No. 2.
- Easterbrook, F. H. [1992] "Ignorance and Antitrust," in T. M. Jorde and D. J. Teece eds., *Antitrust, Innovation, and Competitiveness*, Oxford University Press.
- Fisher, A. A. and R. H. Lande [1983] "Efficiency Considerations in Merger Enforcement," *California Law Review*, Vol. 71, No. 6.
- Fox, E. M. and L. A. Sullivan [1987] "Antitrust — Retrospective and Prospective: Where Are We Coming from? Where Are We Going?," *New York University Law Review*, Vol. 62, No. 5.
- Hovenkamp, H. [1985] "Antitrust Policy after Chicago," *Michigan Law Review*, Vol. 84, No. 2.
- Joskow, P. L. and A. K. Klevorick [1979] "A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy," *Yale Law Journal*, Vol. 89, No. 2.
- Krattenmaker, T. G. [1988] "Per Se Violations in Antitrust Law: Confusing Offenses with Defenses," *Georgetown Law Journal*, Vol. 77, No. 1.
- Krattenmaker, T. G. and S. C. Salop [1986] "Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price," *Yale Law Journal*, Vol. 96, No. 2.
- Krattenmaker, T. G., R.H.Lande and S. C. Salop [1987] "Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law," *Georgetown Law Journal*, Vol. 76, No. 2.
- McGee, J. [1980] "Predatory Pricing Revisited," *Journal of Law and Economics*, Vol. 23, No. 2.
- Martin, S. [1993] *Advanced Industrial Economics*, Blackwell.
- 松下満雄 [1985] 「米国独占禁止法の最近の動向」日本貿易振興会編、松下満雄監訳『米国の独占禁止法概説』日本貿易振興会。
- 村上政博 [1999] 『アメリカ独占禁止法』弘文堂。
- Muris, T. J. [1980] "The Efficiency Defense under Section 7 of the Clayton Act," *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 30, No. 3.
- Ordover, J. A. and R. D. Willig [1981] "An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation," *Yale Law Journal*, Vol. 91, No. 1.
- 太田耕史郎 [2000a] 「反トラスト政策と産業経済学」『経済科学研究』第3巻, 第2号。
- 太田耕史郎 [2000b] 「米国航空産業における通信手段の発達と反トラスト政策」『運輸と経済』第60巻, 第9号。
- Page, W. H. [1989] "The Chicago School and the Evolution of Antitrust: Characterization, Antitrust Injury, and Evidentiary Sufficiency," *Virginia Law Review*, Vol. 75, No. 7.
- Page, W. H. [1995] "Legal Realism and the Shaping of Modern Antitrust," *Emory Law Journal*, Vol. 44, No. 1.
- Pitofsky, R. [1992] "Proposals for Revised United States Merger Enforcement in a Global Economy," *Georgetown Law Journal*, Vol. 81, No. 2.
- Pogue, R. W. [1985] 「合併と買収」日本貿易振興会編、松下満雄監訳『米国の独占禁止法概説』日本貿易振興会。
- Posner, R. A. [1977] "The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision," *University of Chicago Law Review*, Vol. 45, No. 1.
- Posner, R. A. [1981] "The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality," *University of Chicago Law Review*, Vol. 48, No. 1.
- Riordan, M. H. and S. C. Salop [1995] "Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach," *Antitrust Law Journal*, Vol. 63, Issue2.
- Scherer, F. M. [1976] "Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment," *Harvard Law Review*, Vol. 89, No. 5.
- Sullivan, L. A. [1987] "The Viability of the Current Law on Horizontal Restraints," *California Law Review*,

Vol. 75, No. 3.

- Sullivan, L. A. [1995] "Post-Chicago Economics: Economists, Lawyers, Judges, and Enforcement Officials in a Less Determinate Theoretical World," *Antitrust Law Journal*, Vol. 63, Issue 2.
- Waldman, D. E. and E. J. Jensen [1998] *Industrial Organization: Theory and practice*, Addison Wesley.
- WebCMO, Inc., Linux Survey Report, WebCMO, Inc.
- Williamson, O. E. [1968] "Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Trade-Offs," *American Economic Review*, Vol. 58, No. 1, reprinted in Williamson [1987] (ch.1).
- Williamson, O. E. [1977] "Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis," *Yale Law Journal*, Vol. 87, No. 2, reprinted in Williamson [1987] (ch.9).
- Williamson, O. E. [1987] *Antitrust Economics: Mergers, Contracting, and Strategic Behavior*, Basil Blackwell.
- Young, R. and W. G. Rohm [1999] *Under the Radar: How Red Hat Changed the Software Business— and Took Microsoft by Surprise*, Coriolis Group (倉骨彰訳『OS 戦線 異変あり』日経 BP 社, 2000).