



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ライバルコスト引上げ理論と独禁法・反トラスト法による排他的行為の規制
Author(s)	藤田, 稔; FUJITA, Minoru
Citation	北大法学論集, 46(6), 45-82
Issue Date	1996-03-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15641
Type	departmental bulletin paper
File Information	46(6)_p45-82.pdf



〈経済法研究会「独占禁止法の新しい理論のために」2〉

ライバルコスト引上げ理論と独禁法・反トラスト法による排他的行為の規制

藤 田 稔

目 次

はじめに

第一章 ライバルコスト引上げ理論について

第一節 理論の目的と排他権の概念

第二節 旧来の理論の誤り

第三節 ライバルコスト引上げのメカニズムと計測方法

- (一) 不可欠施設取得によるライバルコストの引上げ
 - (二) 裸の排他権購入・インプットの超過購入によるライバルコストの引上げ
 - (三) 共同行為の組織化によるライバルコストの引上げ
 - (四) 寡占市場形成によるライバルコストの引上げ
- 第四節 独占力の形成
- 第二章 ライバルコスト引き上げ理論の批判的検討
- 第一節 計測手段の問題
- 第二節 排他権購入のコストと戦略の実行可能性
- 第三節 効率悪化と効率増進の比較衡量
- 第四節 救済措置とライバルコスト引上げ理論
- 第五節 他のライバルコスト引上げ類型
- 第三章 ライバルコスト引上げ理論の意義と今後の検討課題
- 第一節 ライバルコスト引上げ理論の評価
- 第二節 意義と今後の検討課題

はじめに

本稿は、反トラスト法の理論として提起されているライバルコスト引上げ理論を紹介し、検討を加えた上で、日本の独禁法理論の検討課題を提起するものである。

アメリカでは、一九六〇年代に反トラスト法が最も厳しく運用されたが、これに対していわゆるシカゴ学派と呼ばれ

る学者によつて強い批判が行われた。この結果、アメリカではシカゴ学派の考え方が、アカデミズム、裁判所、行政当局いずれにも深く浸透し、シカゴ革命と呼ばれる状況を生み出した。⁽¹⁾

これに対して、一九九〇年代に再び反トラスト法の運用は強められてきている。だが、それは単純な六〇年代理論への回帰ではない。この現在の運用強化を支える理論は、ポストシカゴ学派と呼ばれているが、本稿で検討するライバルコスト引上げ理論は、このポストシカゴ学派の理論の一つである。

第一章 ライバルコスト引上げ理論について

第一節 理論の目的と排他権の概念

ライバルコスト引上げ理論は、種々の形で展開されているが、これを垂直的制限による排他的行為の一般理論として提出し、詳細で包括的な議論を行ったのは、クラテンメイカーとサロップである。以下では、そのうち両教授がイエール・ロー・ジャーナルに発表した論文⁽²⁾を紹介する。

クラテンメイカーとサロップによれば、裁判所・規制当局は、一定の垂直的制限⁽³⁾は、独占力を生み出すか、その行使を容易にすると感じてきたが、どのように独占力を獲得できるか、独占力の獲得が最も起こりやすい条件は何か、についての一貫した理論がなく、判例理論における不十分な理由づけはシカゴ学派による厳しい批判を招いてきたと述べて、これに対して、明示的で一貫した理論的分析と、信頼できる客観的で執行可能な指針を提出するものであると、その意図を述べている。そしてその基本的分析方法について、旧来の公式理論に対するシカゴ学派による批判に異を唱えるも

のではなく、シカゴ学派の理論の中からの批判であると述べている。⁽⁴⁾

まず、ライバルコスト引上げ理論の中核となる排他権協定は、次のような概念であると述べている。すなわち、事業者は、事業活動に必要なインプットの供給業者との間で、自らの競争者に対して、自分と同等の条件で取引しないように協定を結ぶことによつて、価格を引き上げる能力を獲得することができるとして、この協定を排他権協定と呼んでゐる。一定の状況下で、この協定は、ライバルに利用可能なインプットの供給を制限することにより、ライバルのコストを引き上げることができ、それによつて、排他権の購入者に、アウトプット市場での価格引上げの力を与える、といふものである。⁽⁵⁾

従つて、反競争的効果の可能性は次の二段階の分析により、評価される。第一に、問題の行為が、競争者のコストを不可避免的にかなりの程度引き上げるものかどうか、問われるべきである。第二に、ライバルのコストを引き上げるこゝとが、事業者に独占力を行使する力を与えることができるかどうか、問われるべきである。この場合、独占力とは、競争水準以上に価格を引き上げる力を意味している。⁽⁶⁾

なおこの分析におけるインプットの用語の意味について、注意が必要である。すなわち、例えばガソリン販売における専売制の文脈では、ガソリンスタンドは、ガソリンをインプットとして購入して再販売している。だが、排他権の分析枠組みでは、小売業者を上流企業と叙述して、その提供する小売サービス(場所、設備、人員)を、下流企業である石油会社にインプットとして販売する、と叙述することが適切なのである。どちらかがあるいは双方が、排他権の購入者でライバルのコストを引き上げて、購入者に価格上の力を与えることになるかが問題なのである。⁽⁷⁾

以下では、具体的にどのようなライバルコスト引上げが可能になるのかに関する理論的説明と、それぞれの実際的な具体的認定方法について、述べていく。

第二節 旧来の理論の誤り

クラテンメイカーとサロップによれば、シカゴ学派によって厳しく批判されてきた旧来の市場閉鎖理論は、以下のよ
うな点で誤った理論であった。

反トラストの執行者と裁判所は、垂直的制限の害悪は、競争者に対する供給を閉鎖することであると主張していたよ
うに思われる。⁽⁸⁾ この最高裁の理論は、インプットの供給量削減による供給曲線のシフトのみを考慮して、市場価格が上
昇するとするものである。だが、市場からは排他権購入者によるインプットの需要も同時になくなっている。需要曲線
も同時にシフトするので、価格水準は変わらない。協定は、企業間の購入パターンの再編成に導き得るものだが、ライ
バルコストを引き上げる傾向はない。排他権協定の結果、市場取引の量が減ったに過ぎないのである。⁽⁹⁾

むしろ、この排他権協定は、競争促進的と推定される。すなわち、何故インプット供給業者が市場メカニズムに頼る
ことを避けるかを考えれば、それはインプット移転のコストを引き下げる場合のみに行われると推定されるからである。
そうなると、こうした排他権協定を違法として妨げるよりも、ライバルも同様の垂直的協定を行なうことを認める方が、
消費者ウエルフェアは増進されると考えられる。⁽¹⁰⁾

クラテンメイカーとサロップは、このように旧来の閉鎖理論に対する批判を是認するが、ライバルコストの引上げを
通じて、消費者が害されることがあり得るとして、旧来の理論的根拠とは別な理由で、市場閉鎖理論は正しいと主張す
る。⁽¹¹⁾ 以下、それを具体的に見ていこう。

第三節 ライバルコスト引上げのメカニズムと計測方法

(一) 不可欠施設取得によるライバルコストの引上げ

これは、インプットの市場価格を決定している、最も低いコストのインプット供給業者のうち、総てのあるいは十分な数の者から、排他権を購入して、ライバルコストを引き上げるもので、ボトルネックあるいは、不可欠施設の事案として、従来から知られているものである。⁽¹²⁾より、高いコストのインプット供給業者の供給曲線と需要曲線との交点で、価格と供給量が決まることになり、ライバルのコストは引き上げられることになるケースである。⁽¹³⁾

この場合、ライバルにとって残されたインプット供給源が、より、高いコストのもので、それ故、必然的に、より、高い価格設定が行われるかどうかが問題になるが、これは、直接に証拠によつて答えられねばならない問題である。換言すれば、排他権協定で排他権購入者のライバルへの供給を制限された供給業者が、不可欠施設やボトルネックを支配しているかどうかが問題である。⁽¹⁴⁾

さらに、ライバルコストの増加が、排他権購入企業に独占力を与えるかどうかの問題が、残っている。中心的論点は、ライバルのインプットの価格増加が独占力を与える可能性は、当該インプットにおけるコスト増加の大きさと、総コストに占める当該インプットの規模との関数であるということである。これを示す概念がコストシェアと呼ばれるものである。これはライバルの総コストにおいて、排他権協定に關係するインプットが占める割合である。インプットのコストシェアが小さければ、インプットの価格増加のライバルの総コストに対する効果は小さくなる。例えば、小売サーピスが靴販売のコストの四〇%を占めているならば、そのインプットの閉鎖は一〇%を占めている場合の四倍の影響を靴

価格の上昇に与えることになる。⁽¹⁵⁾

(二) 裸の排他権の購入・インプットの超過購入によるライバルコストの引上げ

これは、インプット供給に対応する部分を上回る排他権を購入することにより、ライバルからそのインプット供給部分を取り去り、それによってライバルに利用可能なインプットの残りの部分の市場価格を引き上げることであり、従来、供給圧搾とか量的閉鎖と呼ばれていたものであるとクラテンメイカーとサロップは述べている。これは強調点が、不可欠施設のような閉鎖されるインプットのユニークな性質にあるのではなく、全く量の点にあるからである。

例として、クラテンメイカーとサロップはアルコア事件を挙げている。アルコアは、アルミニウムの製造特許権の権利期間終了後、電力会社から他のアルミ製造業者に電力を供給しないと約束を得た。ライバルにとっての電力価格は、残りの乏しくなった電力供給に対して競り合うことにより増加したであろう。これは裸の排他権の購入と呼ばれるものであり、市場から需要量を減らすことなく、供給量を減少させるテクニクであるとされている。次にハンド判事は、アルコアはアルミニウムの需要の増加前に製造能力の拡張を繰り返すことよって、違法に独占を維持したと判示したが、この部分の解釈として、アルコアが希少な資源、特にボーキサイトを過剰に蓄えて、潜在的な参入者に対して、彼らの競り合いが残りの利用可能なインプットの価格をかなり引き上げるだろうとの見込みを与えて参入を抑止したと解するものがあるが、これが超過購入のテクニクと呼ばれるものであると述べている。

超過購入では、排他権購入者が自ら使用する以上のインプットを購入するものであるが、インプット供給曲線の移動が、排他権を購入した企業のインプットの需要が市場から減少したことによるインプット需要曲線の移動の効果を上回

る場合に、市場価格が上昇することになる。なおこのインプットの高価格は、排他権の購入者も支払うことになるが、排他権の購入者がインプットをより、集約的ではなく用いる場合、必要なインプットのいくらかが垂直的に統合されている場合、インプット価格の上昇が長期契約や、優れた交渉能力によって守られている場合には、ライバルのコスト増加の方が排他権購入者よりも大きくなると、クラテンメイカーとサロップは述べている。⁽¹⁶⁾

このタイプの排他権協定が、ライバルに利用可能な残りのインプットの供給量を制限し、インプットの供給価格のせり上げをもたらし、それによるコスト増加によって排他権購入者に価格力を与えるかどうかは、①コストシェア、②純閉鎖率、③市場の定義と参入障壁にかかわる要因、に依存している。このうち、①のコストシェアは、本節(一)の不可欠施設取得によるライバルコストの引上げで述べたことと同じである。

純閉鎖率とは、排他権協定の締結前はライバルに利用可能だったが、協定の結果、利用できなくなった供給業者の能力のパーセンテージを意味する。排他権購入企業による協定前のインプット消費量が、閉鎖された全供給量と、以前可能だった供給量から、控除されて計算される。⁽¹⁷⁾

閉鎖される率が大きければ大きいほど、排他権の購入者がアウトプット市場でつけることのできる価格増加も大きくなる。さらに、純閉鎖率以上にインプットの価格を引き上げる要因は、①ライバルの他のインプットへの転換能力、②新たな供給業者や残っている排除を受けていない供給業者が、閉鎖が生み出した超過需要に応じることのできる程度、③アウトプット市場の条件、に依存している。これらの論点は、司法省のマージャーガイドラインのツールを用いながら、排他権購入者のアウトプット市場における市場の定義と参入の難易を評価する中で、分析されるべきであるとされている。⁽¹⁸⁾

(三) 共同行為の組織化によるライバルコストの引上げ

このタイプは、排他権の購入者が、ライバルに対するインプット供給業者による販売が、あたかもカルテルがあるかのように差別的に行なわれる為の調整役になるものである。インプット供給業者が自らカルテルを行うよりも、排他権購入者は、より効率的な組織化、利潤分配、監視を提供するものであると指摘されている。

二つのタイプがあるが、第一のタイプは、多数のインプットの供給業者に対して、排他権購入者のライバルに対して不利な条件で取引するように、誘引するものである。反トラストの学問では、しばしば価格圧搾と呼ばれてきた事案である。⁽¹⁹⁾

第二のタイプは、排他権購入者が、インプットの供給業者に対して、ライバルとの取引を拒絶させるものであり、裸の排除権のケースである。この場合、インプットの供給業者は、直接、排他権の購入者とその利潤増加分を共有するか、または、排他権購入者に対するインプットの販売価格を引き上げてその利得を抜き取ることを行なうことになる⁽²⁰⁾と述べられている。

この類型は、他の類型よりも、より多くの水平的側面を持っている。インプット供給業者の利益性は、排他権購入者のアウトプット市場で獲得される独占力とその結果としてのインプット供給業者との利潤の分配に依存しているわけではない。インプット供給業者自身が、インプットに独占価格を付けて十分な利潤を得ることがあり得るのである。極端なケースでは、インプット供給業者は排他権購入者に対して、その共謀の組織者としての役割に対して補償できるほどに十分な利潤を獲得できると分析されている。このケースでは、裁判所は反トラスト法違反を認定する前に、アウトプットの独占力の証拠を要求する必要はなくなると言ってもいいとまで、述べられて⁽²⁰⁾いる。

実際の違反の認定方法であるが、まず、排他権の購入先のインプット供給業者が、ライバルに対する供給拒絶や価格引上げに同意するかどうかは、事実の問題である。だが、たとえ同意したとしても、協定は次の三つの理由のいずれかで有効性がなくなることが証明できる。①ライバルのインプットコストの増加が取るに足りないもので、独占力を与えることができない場合、②協定で制約を受けたインプット供給業者が多数で小規模な為に、協定が破られるインセンティブが強く働く場合、③協定で制約を受けていない企業からの競争が戦略を握り崩す場合、である。

②の価格上昇に対する制約は、過大評価すべきではない。しばしば排他権協定自体が、排他権購入者がそういった義務不履行を妨げる手段として役立つからである。しかしながら、相互に競争しようとのインセンティブは排他権購入者の調整能力を乗り越える場合がある。この場合の制約を受けたインプット供給業者間の競争が排他権戦略を無効にする可能性は、制約を受けた諸企業の能力を一つの「市場」として取り扱い、その「市場」に対するHHI（ハーフィンダー・ル・ハーシュマンインデックス）を算定することで、計測できる。HHIが高くなるほど、司法省のマージャーガイドラインに示されているプラスファクターが多ければ多いほど、共謀がより、起こりがちであり、価格差別が永続する蓋然性が大きくなると提起されている。

③の制約は、制限前の全インプット供給市場のHHIを計算し、次いで排他権協定で制約を受けた諸企業が合併したものと扱ってHHIを計算することにより得られる。この後者のHHIとHHIの増加分、参入障壁の程度、共謀を強める可能性を示すプラス要因を考慮して、③の可能性が測定されるとされている。

以上の三要因を合わせ考え、さらにマージャーガイドラインから直接借用することにより、次の三条件が満たされれば、反競争的効果のもっともな主張が為されたことになる。すなわち、①排他権協定がインプット供給業者に、ライバルとの取引拒絶や不利益条件での取引を指示し、もし実施されれば、ライバルのコストをある程度(例、

五%)まで引き上げること、②制約企業から成る仮設市場のHHIが、一〇〇〇ないし一八〇〇を超えており、産業の他の特徴が価格協調が極めて困難であることを示さない場合、③制約企業総てが水平合併をしたとすれば、マージャーガイドラインに反する場合、すなわち、インプット供給市場のHHIが一〇〇〇ないし一八〇〇を超えており、HHIが一〇〇または五〇増加し、参入障壁が低いことや寡占的価格協調が極度に難しいことを示す特徴がないこと、である。

(四) 寡占市場形成によるライバルコストの引上げ

このタイプは、インプット供給業者に対する垂直的制限が、排他権の購入者のライバルが直面しているインプット供給市場の構造を変えることができて、それによって、残りの排他権協定で制約を受けていないインプット供給業者が、ライバルに対して明示もしくは暗黙の価格引上げの共謀ができるようになるというものである。多くの理論的・経験的研究は、参入が容易でない場合に、かなりの競争者数の減少は、暗黙のないし明示の価格協調の可能性が増えることを示している。

極端な例では、あるメーカーが一つを除く他の総ての小売業者と排他的取引契約を結ぶとすれば、参入障壁がある場合には、残った1つの小売業者は、ライバルメーカーに対して独占的供給者として臨むことができることになる。同様に、最も参入の可能性のある企業から、排他権を購入することによって、参入の脅威を除去することにより、既存のインプット供給業者間の共謀を容易にすることができる。

(三)で述べたタイプとは異なり、ライバルコストの増加は、排他権協定の当事者ではないインプット供給業者によって、行われることになる。⁽²²⁾

このタイプの論点は、市場からの制約を受けた企業の除去が、制約されていない企業が価格協調するか、あるいは一方的に生産を制限することで、ライバルのインプットのコストをかなりの程度、引き上げることになる可能性を高めるかどうかにある。具体的な計測方法は、排他権協定前のライバルが面していた全インプット供給業者の全能力からなる市場のHHIと、排他権協定後の協定で制約を受けていない総てのインプット供給業者を「市場」と扱って計算したHHIとを比較し、さらに参入障壁とプラスファクターの存在または不存在を考慮することになる。

マージャーガイドラインと基準を一貫させるならば、協定後のHHIが一〇〇〇ないし一八〇〇を超えてHHIが一〇〇ないし五〇増加するか、あるいは支配的企業に関する但し書に該当して、協定後の市場が低い参入障壁や価格協調が極めて困難な特徴を示さないならば、違法の疑いがあることとなる。⁽²³⁾

第四節 独占力の形成

クラテンメイカーとサロップは、ライバルコストの引上げは競争者を侵害するかも知れないが、さらに、競争が侵害されたと言えるのは、排他権を購入した企業が、競争水準以上に価格を引き上げることができる場合のみであると論じている。そして、次の二つの場合に、価格引上げはできず、アウトプット市場での競争は影響を受けないとする。

(1) インプットの価格増加が、わずかばかりで、現実のないし潜在的競争者の総コストへの影響がわずかの場合である。これは、インプット価格の増加がわずかの場合と、そのインプット価格が大幅に引き上げられても、そのインプットが総コストの小部分しか占めていない場合とがある。

(2) ライバルコストが、かなりの程度に増加しても、①排他権を別個に購入するライバル、②排除を受けていない

ライバル、③潜在的な参入者、からの競争が、排除されたライバルによる供給量減少を埋め合わせて、排他権購入者による価格引上げを阻止し得る場合である。

だが、(2)の場合に、上記企業が、競争能力や競争のインセンティブを持たない場合には、そういった競争は生じない。すなわち、①排除を受けていない企業が、政府規制や、コスト増無しには急速な生産拡張ができないことにより、競争する能力を欠いている場合であり、排除を受けていない企業の販売価格は、排除を受けたライバルの供給の減少の結果として、増加する。②ライバルの排除後、市場に残っている企業が十分に少数で、明示のないし暗黙の共謀により、生産量削減と価格引上げを選ぶ場合であり、この場合は、上記企業が生産拡張や参入の能力は持っているが、インセンティブがない場合である。③排他権の購入が、潜在的な参入者のコストを引き上げること、参入障壁の引上げとなり、これが市場の既存企業の独占力を増加させる場合である。このように分析されている。⁽²⁴⁾

アウトプット市場での独占力は、①排除されたライバルの大きさと競争上の意義、②排他権購入者の市場シェア、③参入と生産拡張の容易さへの排他権の効果、に依存するとされ、ライバルに対する供給業者の結果的な縮小が、アウトプット市場での価格上昇に結びつくかどうかは、①消費者が、排除を受けていない企業(参入企業を含む)に転換する選好と能力、②排他権の購入者と排除を受けていない企業との競争継続へのインセンティブ、に依存するとされている。マージャーガイドラインは、垂直的制限の分析のこの側面が提起したのと同じ問題を扱っているので、最も単純なテクニックは、直接、マージャーガイドラインから借用することであり、排他権の購入者と、インプットのコストがかなり引き上げられて排除を受けた企業とが、合併したものと扱うことであるとする。しかしながら、マージャーとは違いがあり、(1) マージャーより反競争性が少ない面としては、①排他権購入企業はライバルコストのかんりの引上げに効果的に成功したとしても、合併の際の合併相手への完全なコントロールのようなものは得ていないこと、②他企業が、

別途、排他権を獲得して、互いに競争を続けることがありえ、これらの購入者間の競争が価格上昇を妨げる場合があり、(2) マージャーよりも反競争性が高い面としては、① 競争者の生産量を制限することによる高価格の利益は、マージャーによる生産制限の結果による共同利潤の分配より多いこと、② 不利益を受けたライバルは、排他権購入者との協調にかなりのインセンティブを持つかもしれないこと、③ 排他権協定が、参入障壁を形成し強めることもできること、④ マージャー後の単純な生産削減よりも、より社会的損失を生み出すかもしれないことを、挙げています。そして以上から、水平的合併で述べられているマージャーガイドラインの数値基準は、排他権協定の効果の計測にそのまま用いられるべきではないとする。

具体的な計測の方法は、反トラスト法の評価の対象とする「市場」を、排他権購入企業(複数の場合を含む)の能力と、他の排除を受けていない企業の能力とのみで取り扱い、この「市場」が参入障壁を有するもの(排他権によって作られたものを含む)ならば、次の段階は、その「市場」のHHIを計測して、排除を受けたライバルを含む排他権協定以前の市場と比較するとして、① 閉鎖の意義は、HHIの変化により測定される、② 一方的な生産制限や価格協調の蓋然性は、排他権協定後のアウトプット市場におけるHHIの水準で測定される、③ 参入障壁の評価には、排他権協定が潜在的参入者に対する与える効果も検討するとしている。

その上で、マージャーガイドラインには述べられていない、追加要因が考慮される必要があるとして、① 排他権のケースでは、マージャーよりも、ライバルの生産制限へのインセンティブについて、より多くの情報があるとして、ライバルのコスト増は、彼らに生産制限への明確なインセンティブを作り出すので、コストが引き上げられたライバルが産業の中で占めているアウトプットの割合は、重要な追加的な検討すべき要素となること、② 限界費用を増加させる排他権のみが、価格に直ちに圧力をかけるものであること、③ 排他権購入企業の需要の価格弾力性が考慮されるべきであり、

弾力性が低い場合には、より大きな消費者への害悪が生じそうであるが、価格弾力性が高い場合はあまり問題にすべきではないと、論じている。⁽²⁵⁾

第二章 ライバルコスト引き上げ理論の批判的検討

クラテンメイカーとサロップのライバルコスト引上げ理論は、厳しい批判を浴びてきた。以下では、その批判とその問題についてのクラテンメイカーとサロップの見解とを検討して、この理論の意義と限界を見いだすことを試みる。

第一節 計測手段の問題

第一章第一節で述べたように、クラテンメイカーとサロップは、競争水準以上に価格を引き上げる力としての独占力が排他権購入者に発生するかどうかを、理論的指針としている。これに対して、これは不適切であるとの批判がある。

すなわち、サブによれば、第一に、価格は常に市場の資源配分の変更に従って変動するが、ライバルコスト引上げ理論は、単に競争均衡への調整を反映した価格増加と、反競争的な略奪を反映した価格増加とを区別していない。第二に、この理論はインプットの数量と製造過程のアウトプットの間⁽²⁶⁾に直接の比例関係が存在することを前提にしているが、例えば、広告のようなインプットの場合、この比例関係は必ずしも一定ではないとする。

だが、私見によれば、単純な価格水準の上昇をクラテンメイカーとサロップが理論的指針としているわけではなく、あくまで競争水準をベースにした理論的指針として考えられているのであり、需給変動を反映した価格はまさに単に競

競争水準の価格でしかないであろう。また、インプットとアウトプットとの比例関係を特にクラテンメイカーとサロップが前提にしているとも思われず、せいぜいサーブの指摘は、理論適用上の留意点を示すものでしかないように思われる。これに対して、ホベンカンブは、価格力を直接指標にするならば問題はないが、クラテンメイカーとサロップがマージャーガイドラインを援用するという代替手段を利用して違法性を認定しようとしていることを批判する⁽²⁷⁾。まず、一般論としては、提起されているテストは代用品だからという理由で非難されるべきではないが、ライバルコスト引上げ戦略の下での反競争的な結果は、代用品の証拠のみでは特定の垂直的協定に帰することはできないと論じている。垂直的制限による効率増進の可能性は、集中市場でも非集中市場と同様に、あらゆる市場で存在しているからである。

ホベンカンブは、一般的に垂直的制限のライバルコストへのインパクトは、三つの異なる方法で評価できるとしている。第一に、直接ライバルのコストの数字等から評価する方法である。例えば、供給されるインプットの価格により得られる。第二に、間接的な証拠により評価する方法である。例えば、ライバルのシェア低下の一方で、実行者のシェアが増大する。第三に、市場構造の変化を検討する方法である。

もつとも、この場合、最低限、ライバルのコスト増加と実行者のコスト低下を区別できる場合にのみ、有用である。ライバルコスト引き上げ行為は非難に値するが、単に実行者のコストを低下させるものは、たとえその効果がライバルを悪化させても、非難に値しないからである。従って、単なるシェア変動は、ライバルコスト増加と実行者コスト低減の双方と一貫するので、役に立たない。クラテンメイカーとサロップは、市場構造の情報に依拠しようとするが、我々の市場についての知識状態からは、市場構造の事実はいずれもライバルコストへのインパクトの状況証拠であり、はるかにそれより少ないものであるとし、問題となる市場構造が存在しなければコストへのインパクトは存在しないとは言えても、存在すればインパクトが存在するとは言えないと指摘する。

こういったホベンカンパの批判があるが、クラテンメイカーとサロップも、マージャーガイドラインの援用にあたって、垂直的制限の反競争的效果についての評価によって、より厳格な基準が採用されるかもしれないことは認めていた。⁽²⁸⁾ 私見によれば、ホベンカンパの批判は、同時にマジャーガイドラインに対する評価にもあてはまるものであろう。マージャーガイドラインの方法の正当性を認めれば、クラテンメイカーとサロップのアプローチも正当性が認められるのではないか。そうになると、マージャーガイドラインに対する評価も論じる必要が生じるが、それは別稿としたい。

第二節 排他権購入のコストと戦略の実行可能性

ライバルコスト引上げ理論の最大の問題点は、排他権購入のコストの評価と、戦略の実行可能性の問題である。

クラテンメイカーとサロップもこの問題は重視して、かなり詳細に論じている。すなわちクラテンメイカーとサロップは、①排他権購入者のライバルが排他権の売手に対して、排除の為に支払おうとする額以上を支払おうとすれば、排他取引は成立しないだろう、②排他権の売手が彼らの販売額や利潤が減少することになるので、排他権の販売から利益を得られないかもしれない、供給業者が反競争的な排除協定に加わるインセンティブがほとんどないと期待できるとの議論も可能であると問題をたてて、排他権の購入者は、ターゲットのライバルが、排除を免れる為に支払おうとする以上のもの、さらに、インプット供給業者がターゲットのライバルに販売を継続することから得られる追加利潤の支払いを留意しなければならぬとするが、これは次のような理由で戦略の実行にはあまり影響しないとする。

まず、排除を受けようとするライバルが、排他権を購入しようとする者よりも、多くを支払おうとする対抗戦術については、①ライバルが排除によるコスト増加を避ける為に、追加の料金を支払わなければならないならば、その追加自

体がコスト増となり、②仮に排除が経済的に見て非効率としてもその事實は、ライバルが排他権購入者を上回る値づけをすることを意味しないとする。その理由は、ライバルが排除されないことによる経済的利益の多くは、排他権の値づけには関係していない第三者の消費者に与えられるものであり、これらの消費者が排除されようとしているライバルとともに、排他権購入に対抗する値づけの費用を負担する場合にのみ、非効率な排除が妨げられることになるが、ライバルの消費者が限定された数の大きな買手の場合でなければ、そうした費用負担は考えにくいからであるとする。

さらに、排他権に対する値づけは、取引が起こった場合の、利得と損失の見込みによって決まるが、排他権購入者は、独占力獲得による利潤増加の見込みを反映して値づけを行なうのに対して、排除を受けるライバルは、排除される以前の競争価格とその利益水準の見込みを反映した値づけを行なうのであり、排他権購入者は、ライバルが失うもの以上を獲得するので、排他権に多くを支払うことができることになる。そしてこの分析の二つの重要な含意として、①排他権購入者のシェアが大きく、排除されるライバルが小さい場合に、排除はより成功しやすい、②排除されたライバルに対する害悪がより少なくなる場合、例えば、ライバルの固定費よりもライバルの限界費用を増加させる場合、ライバルには害が少なく、反撃への意欲が少くないとする。

ライバルの反撃のインセンティブを減らす二つの要因として、①排他権購入者が独占力を得て、価格引上げを行い、ライバルの価格引上げの追従を許すかもしれないこと、②排他権がライバルのいくつかを排除することになり、ライバルが個々では排除から助からない場合に、ライバル達が協調する為のコストは、協調して排除に対抗するには、より費用がかかることになると、指摘している。⁽³⁰⁾

次に、排他権購入にはインプット供給業者の収入損失を補償することが必要となる点について、クラテンメイカーと

サロップは、しばしば、インプット供給業者は代替的販路を持っており、排他権購入者の製品は、インプット供給業者の商品をインプットとして利用するいくつかの製品の一つに過ぎないかもしれない。追加の補償はわずかで良いと論じている。さらに、排除が排他権購入者に独占力を与えるならば、インプット供給業者に補償する為に利用可能な十分な追加の利潤を生み出すことになると指摘している。

排他権購入者が排他権を多くのインプット供給業者から得ようと試みるならば、供給業者のいくつかは、高い価格を狙って出ししほりをするインセンティブを持つかもしれない。また、排他権購入者のライバルに対して高価格でインプットを販売できることを期待するかもしれないし、排他権購入者から独占的利潤のより多くを自らに移転できると信じるかもしれない。この場合、十分な供給業者が出ししほりを行なうならば、排他権戦術は失敗し、ライバルのコストは上がらないことになる。だが、この問題についてクラテンマイカーとサロップは、多くの場合、排他的行為の重要な制約となりそうもなく、排他権の購入者と売手との利潤の分配に影響を与えたり、せいぜい、販売される排他権の数を制限して、購入者が完全な独占を獲得するのを妨げるくらいの効果であるとして、重視していない。

インプットの供給業者は、排他権購入者が成功すれば、制限を受けていない供給業者が、引き続きライバルに対して、彼らのインプット価格を引き上げることができると予想するかもしれない。思慮深い供給業者は、この可能性を排他権販売の機会費用として考慮に加え、これが排他権のコストを引き上げて、排他権の購入を求めめる数を減らすかもしれない。だがこれについてもクラテンマイカーとサロップは、排他権購入者の独占力は、購入者とインプット供給業者に、固有の相互利得をもたらして、これが十分に相殺の効果を持つとして重視していない。

インプットの供給業者が、独占利潤のより多くを獲得しようとする出ししほりの問題は、当事者間での独占利潤の分配の問題であるが、多数の供給業者が市場にいる場合、その間の排他権を販売する競争が、この出ししほりを妨げたり、

少なくとも制限すると指摘している。そして一定の要因が、排他権購入者に出ししほりの問題を乗り越えさせるに十分なものを提供させて、供給業者に排他権販売を誘うことを可能にするとして、①排他権購入者の市場シェアが大きな場合、独占力による報酬は大きくなるので、反競争的排除行為に多くを支出しようとする事、②インプットに対する需要が幅広い場合には、排他権購入者と競争する者に対する需要を失うことは、インプット供給業者に対して取るに足りない効果しか持たないことを指摘している。

以上から、クラテンメイカーとサロップは、排他権協定により、アウトプットに独占力が得られるならば、協定の執行を通常妨げる要因はないとする。ただし、ライバルが排他権購入者を上回る値づけをすることを否定するわけではなく、例えばインプット供給業者が独占体ならば、購入者に独占力を与えるような排他権譲渡はたいに行わないだろうと分析している。⁽³¹⁾

クラテンメイカーとサロップは次のような数値例を挙げて、上記の議論を説明している。⁽³²⁾ インプット販売業者をS、排他権購入者をX、ライバルをYとする。

① Yへの1個二〇〇ドルでの販売を、Sが取りやめるとする。これに対するXがSに行うべき補償は、Sの次のオプションの販売先が、1個一九〇ドルでの輸出で、輸送費が五ドルとすると、一五ドルの補償が必要となる。

② さらにYによる別のインプット販売業者から購入するコストが、Sからの購入に比べて五〇ドル増加するとする。YがXに対抗してSに提示する額は、この五〇ドルまでである。この結果、Yによる対抗がある場合には、XはSに排他権購入に六五ドル支払う必要がある。

③ 次に排他権戦略が成功すれば、排他権をまだ販売していないインプット販売業者は、Yにインプット販売の際により、高い価格をつけることができる。これを考慮に入れると、Sの二〇〇ドルの販売価格は、二二五ドルに上昇すると予

想できるとする。Yによる対抗がないとすれば、この場合は、インプット価格の上昇分二五ドルと、排他権を販売するSが輸出に代替先を見いだす際の補償分としての一五ドルとの合計四〇ドルを、排他権購入においてXはSに支払わなければならない。(Yによる対抗があれば、対抗の提示額は五〇ドルでインプット上昇予想分の二五ドルを上回っているから、Xはこの場合もSに六五ドル支払いが必要になることになる。)

④ XがSに必要な補償の総額は、YにSは一〇個販売していたとすると、六五〇ドルとなる。これに対して、Xの収益は次の通り。排他権獲得前に、Xは九〇個販売してシェアは九〇%だったとする(残りはYの一〇個)。排他権購入後に、Xはアウトプットの価格を四五ドル引き上げたが(これはYのインプット購入の増加コストの五〇ドルよりも低い)、九〇個引続き売れたとする。(市場の需要弾力性は〇・五ということ)。Xの収入は、 $90 \times 45 \parallel 4050$ ドル増加して、補償総額六五〇ドルを上回る収入増加となっている。これに反して、排他権獲得前に、Xは10個売ってシェアは50%だったとして、排他権獲得後、四五ドル値上げしても、一〇個は変わらず売れたとする。(需要弾力性は二・二ということ)。収入増加は、 $45 \times 10 \parallel 450$ ドルで、補償額の六五〇ドルに満たず、排他権戦略は利益にならないことがわかる。

この分析に対して、厳しい批判がある。まず、インプット供給業者は代替的販路を持っており、排他権購入者の製品は、インプット供給業者の商品をインプットとして利用するいくつかの製品の一つに過ぎないかもしれないと、追加の補償はわずかで良いとのクラテンメイカーとサロップの議論について、この前提を保证するものはないとの批判である。代替的な仮定、すなわち良質の販売先は見つづけるのが困難であることも、同様にもっともらしく思われると指摘されている。⁽³³⁾

私見によれば、これはライバルコスト引上げ戦略が具体的にどのような形態で行われているかにも依存するように思

われる。例えば、排他権購入者がメーカーで流通業者から排他的供給契約という排他権を購入する事案では、個々の流通業者にとつては取扱商品量が確保されればいいのであつて（純閉鎖率は零ということ）、複数メーカーの商品を扱つていたのが、排他権の販売によつて単一メーカーの製品を扱うことに転換したとしても、構わないわけであろう。いわばインプットの代替的販路を探す必要もないわけであり、メーカーの追加補償は不要と言えよう。これに対して、ホベンカンパがあげるような、流通業者が複数のメーカーから排他的受入契約を獲得するという形での排他権を購入するタイプや、アルコアが電力会社から電力は購入せずに、ライバルに電力を販売しないという裸の排他権を購入するタイプでは、インプット供給業者には商品の代替的販売先を探す必要が生じるであろう。こういった場合に、インプット供給業者への補償はかなり大きなものになる可能性もあろう。

さらに、排他権購入者がアウトプット市場で独占力を獲得した場合、インプットへの需要が減少することで、インプット供給業者の販売量減少を招くことになり、これも補償を要するとの批判もある⁽³⁴⁾。この要因については、クラテンメイカーとサロップは直接的な考慮の外に置いている。私見によれば、これも具体的な排他権の性質に依存する問題であるように、思われる。

ホベンカンパは、「寡占市場形成によるライバルコストの引上げ」の類型について、市場構造にかかわらず、成功しそうにない指摘している。すなわちこのケースでは、排他権協定に参加していない業者間の寡占的協調行動が利益を生み出すならば、排他的供給契約にコミットするよりも独立の販売業者でいた方が、はるかに利益が上がるのではないかという点である。販売業者が排他的供給契約から逃れて独立しようとするのが予想され、これを協定に引き留める為のコストが大きくなる⁽³⁵⁾ことである。

クラテンメイカーとサロップの考えは、アウトプット市場で得た独占利潤によつてコストはまかなうことができる

するものであるが、それにはかなりの独占利潤の発生を必要とするように思われる。他方、排他権協定から逃れることが別な要因によって妨げられる状況も考えられるのではなからうか。例えば株式所有や依存性が存在することである。

クラテンメイカーとサロップはこの戦略を可能とする要因の一つに、排他権を販売する側の業者間の競争の存在を見ている。⁽³⁶⁾確かにインプット販売業者にとっては、情報が不完全で将来のインプット価格の上昇を十分予測できないということもある。しかしこれも、時間が経てば、インプット供給業者は情報を入手してインプットの価格が上昇するのであり、せいぜい、略奪者は短期の収益を獲得し得るに留まるとの分析もある。⁽³⁷⁾ただし、私見によれば、排他権協定をいったん始めると継続することそのものに何らかの便益が生じる状況があるならば、当初の状態こそが重要なのだと言うこともでき、ここでもどんな排他権なのか、どんなインプットなのかに依存しているように思われる。

「共同行為の組織化によるライバルコストの引上げ」の類型についても、インプット供給業者間の協定なくして、どうして戦略は有効に働くのか、始まったとしても何故安定するのかという問題が指摘されている。供給業者による単独の価格引き上げは、強力な買手が始めようが強力でない買手が始めようが、販売額と利潤の損失のみを生むであろう、他の供給業者も同様に実行する場合にのみ機能するのであるとの指摘である。⁽³⁸⁾だが私見によれば、現実に独占力が発生して、インプット供給業者間の横の協定が立証できない場合に、この行為類型を問題にする意義があるように思われる。「インプットの超過購入によるライバルコストの引上げ」の類型についても、インプット保管の為にかんがりの在庫費用を負担するかもしれないが、さらに結局は、技術的あるいは市況の変化によって、まずい投資をして、事実上、非経済的な長期契約にロックインされたことを、排他権購入者が見いだすことになるかもしれないとの批判がある。⁽³⁹⁾クラテンメイカーとサロップがこの類型の可能性があると指摘するアルコア事件についての最近の研究でも、この類型を用いた説明はあてはまらないと批判されている。⁽⁴⁰⁾クラテンメイカーとサロップも、排他権がそれ自体で購入されるわけではなく、

商品の超過購入により結果的にライバルコストが引き上げられることになる超過購入の類型では、法の適用によって経済効率性が損なわれることを懸念して、超過購入が被告が合理的に必要とするものをかなり超過しており、インプットの購入者が非常に大きくて、かなりの非効率な資源の利用が発生することになることを、原告が立証することが要求されるべきであるとしており、原告の立証が非常に難しいことを認めている⁽⁴¹⁾。私見によれば、排他権が別個に購入されるタイプの超過購入の事案は別であらう。例えば、メーカーが多く、販売業者から排他的供給契約を獲得して、自らのそれらの販売業者への総商品供給量が、排他契約締結前の販売業者の取扱い総数量よりも少なければ、超過購入による純閉鎖が生じているわけであり、この類型では、インプット保管費用などはかからないのであるから、上記の批判はあたらぬと思われるからである。要するに、排他権の具体的形態にこの戦略の実行可能性が依存するということである。

またクラテンメーカーとサロップの、潜在的な独占利潤を排他権の購入者と売手との間で分配することができるのと分析に対しては、水平的共謀ではライバルは独占利潤をとにもするが、垂直的排除ではそうではなく、ライバルは排他権購入者と排他権獲得をめぐって依然として競り合い、インプット供給業者に独占利潤の一層の引出しを許し、買手にとつての排他権の価値を引き下げることになるとの批判もある⁽⁴²⁾。私見によれば、ここでも排他権の具体的形態が何かに独占利潤の分配が円満に行われるかどうか、依存しているように思われる。

サーブは、排他権の購入で利益が上がるのは、排他権が購入者にユニークな効率性を生み出す場合にのみ可能であると指摘して、権利はそれを最も高く評価する購入者に行くのであり、効率性を保証するものであるとして、潜在的な独占力の大きさは、単に権利が購入者に生み出す効率性の関数なのであると論じている。そして超過購入によるライバルコスト引上げの際の、クラテンメーカーとサロップが述べた排他権購入者が獲得する優位性の発生要因も、優れた効率性の産物であると指摘している。優れた効率性のみが排他権の購入を利益のあるものにするのだから、排他権の背後に

ある起動力は、競争者のコスト増大ではありそうもなく、排他権に対する競争は、単に資源の市場での配分の例を示しているとする⁽⁴⁴⁾。だが私見によれば、排他権を購入して独占利潤を得る為の競争が最も効率的な者の勝利に終わるとしても、ライバルコストが引き上げられてアウトプット市場で独占力が生じることに変わりはないのではなからうか。クラテンメイカーとサロップも、排他権に対する競争市場が競争的な製品市場に導きそうであると考えことはできず、反トラスト法は垂直的協定ないしマージャーによる反競争的な排除の主張に無関心であるべきであるとの主張を反駁するには、十分な根拠があると主張している⁽⁴⁵⁾。

第三節 効率悪化と効率増進の比較衡量

排他権の獲得が効率性も伴う場合がある一方で、排他権がアウトプット市場に独占力を生み出す場合があることも明らかにしたように思われる。そこで、効率悪化と効率増進の比較衡量が重要な論点となってくる。

クラテンメイカーとサロップは次のように議論を展開している⁽⁴⁶⁾。クラテンメイカーとサロップは、この問題の難しさの核心部分は、反トラスト法が保護しようとする消費者ウエルフェアをどのように記述するかの問題であるとする。仮にシャーマン法が、消費者と企業に対して、一定の企業に独占力を与える取引制限がない状態で取引を行なう権利を認めているとするならば、コスト節減がかなり大きな為、独占力の増大にもかかわらず、価格が下落する場合でなければ、効率性の主張によって独占力を生み出す排他的協定を救済すべきではない。他方、仮にシャーマン法が、消費者と株主との間の富の分配を問題とせず、効率的取引と低い生産コストの純価値の促進を求めるとすれば、何らかのコスト節減の可能性と規模は、排除の主張の違法性の判断に取り入れられるべきものとならうと述べる。

その上で、反トラスト法の判例における先例の重みは、効率性を正当化事由として認めることを拒否する者の側にあると分析し、現在、負担は変化を主張する者の側にあるとして、効率性の増進を排他権の反競争的效果の相殺抗弁として主張する者は、次のことを準備すべきであるとす。①これらの効率性の規模を見積る基準を開発すべきである。例えば、フリーライダー効果を除去する便益のドル額を測定すべきである。②効率性がどのように、より、制限的でない、あるいは、より、反競争的でないテクニックで得られるか、評価する方法を開発すべきである。③金銭上の経済性と、現実の経済性を区別して、後者のみをカウントすべきである。④価格増加に帰結する有効な排除の中から、以下を区別する基準を定立すべきである。(a) 単なる消費者から株主への富の移転、(b) 富を消費者から非生産的なものへと移転してしまふ、レントシーキングとか戦略的参入阻止のような活動を生じるもの、(c) 富を増加させる技術革新に対してインセンティブを与えるもの。

だが、二種の排他権協定は処理しやさいとする。①協定に含まれているものが、全て商品・サービスの販売のみであり、全てが排他権購入者により効率的に消費され、純閉鎖率は零であり、付加的な排他的条項がない場合である。協定は、当然適法と扱うのが最善であり得る。②排他権購入者が、裸の排他権のみを得て、供給業者から自らはインプットを購入しない場合は、効率性増進の主張はほとんど疑わしく、排他権購入者に対して、反競争的效果の合理的可能性がないことを証明する負担を割り当てるのが、公正にできるであろうとする。

そして残る多くのケースでは、判例の重みの理由と、部分的には排他権自体はしばしば特有のコスト節減を生み出さないことを理由に、原告側が現実のない蓋然的な競争阻害を立証した場合には、被告側に測定可能で特定の効率性を正当化事由として立証する負担を課すことは、不合理ではないと考えると結論している。

これに対して、この議論の前提となっている判例の理解について、異論が出されている。⁽⁴⁷⁾ また、ホベンカンブは、ラ

イバルコスト引上げも効率性増進も計測することは事実上不可能であると指摘した上で、クラテンメイカーとサロップは、市場構造から引き出された、ライバルコストを引き上げることとなる純粹に理論的な証拠を認めて、有害性については間接的で憶測上の証拠に基づいて行為を非難しつつ、行為が効率増進的であると等しく説得力のある理論的証拠を無視しているが、こういった立場は、垂直的制限がバランスの上で、反競争的である以上に効率的ではありそうもない場合にのみ弁護可能であると指摘しており、純粹に理論的な証拠の基礎に基づいて、一定の行為が両方の効果がある場合には、何が生じるかはわからないし、起こった場合の程度についても不明であると批判している。⁽⁴⁸⁾ サープは、品目の購入と使用による事実上のライバル排除と、排他権購入によるライバル排除とを区別するクラテンメイカーとサロップの見解を、排除の経済効果は同一であると批判している。⁽⁴⁹⁾

私見によれば、行為が社会的なメリット・デメリットの両面を有する場合で、数量的評価が困難な場合に、どちらに優越性を与えるかは、法的価値判断の問題となろう。日米それぞれの独禁法制の体系的解釈の問題として論じられるべき問題であろう。

第四節 救済措置とライバルコスト引上げ理論

別な角度からのライバルコスト引上げ理論批判は、この理論よりもインプット供給市場の競争制限行為に焦点を合わせて反トラスト法の適用を行う方が望ましいというものである。ブレナンは、ライバルコスト引上げの手段であるインプット価格は、インプット市場で独占力を得なければ引き上げることができないと述べて、独占力が獲得されるならば、このインプット市場の独占化行為自体が違法とされるべきものであり、この力が排他権購入者の排他供給契約によって

行使されるかどうかは、二次的な問題に過ぎないとして⁽⁵⁰⁾いる。ブレナンは、ライバルコスト引上げ理論の貢献は、伝統的水平パラダイムを發展させ得るところにあり、従来考えられてきたよりも、より狭い市場に注意を与えたことにある⁽⁵¹⁾とする。ともに、ライバルコスト引上げ理論は、注意をインプット市場ではなく、アウトプット市場に誤って向けさせるものであると批判している⁽⁵²⁾。

だが私見によれば、少なくともクラテンメイカーとサロップは、インプット市場においてどのように価格引上げ力が形成されるかについて、注意深く議論を展開しているのであり、この批判の意義は、よりインプット市場の分析に慎重であるべきことを留意させる程度のものであるように思われる。むしろブレナンのアプローチと、ライバルコスト引上げ理論のアプローチの違いは、違法性認定後の救済措置の焦点をどこに合わせるかにあるように思われる。

ライバルコスト引上げ理論を支持するグリーアは、最も容易で適切な救済措置は、排他的取引、抱合せ、垂直的統合等のライバルコスト引上げの源泉を除去することにあると述べている⁽⁵³⁾。これに対してブレナンは、インプット供給市場における独占力が垂直的関係の排除のみでは除去されない場合があることを指摘している⁽⁵⁴⁾。

私見によれば、競争の回復に対する救済措置の妥当性を念頭において、ライバルコスト引上げ理論の構成を採るか、インプット市場の独占力を直接問題にするアプローチを採るかを決めるやり方も、あり得るように思われる。

ブレナンは、ライバルコスト引上げ理論は、反トラスト法の注意を競争者に向けさせることで、裁判所・当局を、競争者の保護に過度に敏感にさせるものであり、効率的な垂直的統合に対して企業にリスクを負わせることにつながり、反トラスト法の運用を過去の過剰介入の時代に逆戻りさせるものであるとも批判している⁽⁵⁵⁾。クラテンメイカーとサロップは、単にライバルコストを引き上げるだけでは違法とはすべきではなく、アウトプット市場での独占力発生も要件とすることで、この危険性に対処しようとしている。極端な場合を除いて独占力を獲得できないならばライバルコスト引

上げのインセンティブは起きないと考えられる一方、要件を厳しくすることで、競争者保護的な法運用を回避できると考えているのである。⁽⁵⁶⁾

第五節 他のライバルコスト引上げ類型

ライバルコスト引上げ理論は、本稿でこれまで述べてきた行為類型とは、異なる展開も為されている。ホベンキャンプは、次のような例を挙げている。⁽⁵⁷⁾ ①大企業が政府に対して、小企業には厳しいインパクトのある規制を請願すること。例えば、飛行機に三人の搭乗員を必要とするとの規制は、小さな飛行機を用いる小企業に多くの負担となる。②支配的企業が小企業に訴訟を起こすこと。訴訟費用は固定費と考えられるので、販売量が少ない企業には単価当たりのコストが多くなることになる。③資本集約型企業が労組との間で、市場全体での賃金増加をもたらすような仕方で交渉すること。労働集約型企業には厳しい結果をもたらす。④R & Aを主導する支配的企業が、周辺企業も追従せざるを得ないことを知りつつ、意図的に規模の経済性が大きな技術を選択すること。限界的なあるいは存在しない技術革新に関する一連の特許を得ることを、他企業がその特許の周辺で発明しなければならなかったり、正当性を争わなければならぬことを知りつつ行うこと。

また、経済学のモデルも種々、提起されている。⁽⁵⁸⁾ ライバルコスト引上げの可能性のある行為は上記に留まるものではないだろう。別な機会にこれらは、検討したい。

第三章 ライバルコスト引上げ理論の意義と今後の検討課題

第一節 ライバルコスト引上げ理論の評価

クラテンメイカーとサロップの提起した理論については、自分としては現時点では、結論として次のように評価しておきたい。「不可欠施設取得によるライバルコストの引上げ」「裸の排他権購入・インプットの超過購入によるライバルコストの引上げ」「共同行為の組織化によるライバルコストの引上げ」「寡占市場形成によるライバルコストの引上げ」の各類型は、それぞれアウトプット市場における独占力発生の可能性を示したものとして、注目すべきである。具体的なライバルコスト引上げと独占力発生の計測を司法省のマージャーガイドラインを援用して行なうことも、マージャーガイドラインの評価は留保しておくが、注目すべきものであろう。

しかしながら、具体的にどのような排他権が購入されるのかによって、この戦略の実行可能性に違いがあることに注意する必要がある。これは、①インプット供給業者が制限を受けることによって生じる販売損失を補償する為に生じる排他権購入のコスト、②排他権購入者がアウトプット市場で独占力を獲得した場合、インプットへの需要が減少すること、インプット販売業者の販売量減少を招くことになり、これを補償する為に生じる排他権購入のコスト、③排他権協定から逃れることが別な要因によって妨げられる状況の可能性、あるいは排他権協定が経済効率性を生み出すことによって存続する可能性、④排他権協定後に時間の経過の中でインプットの価格が上昇する可能性、⑤排他権購入者がアウトプット市場で得る独占利潤をインプット供給業者と円満に分配できる可能性、⑥排他権購入を商品購入と分離して捉えられる可能性、に關係してくるように思われる。こういった問題をマージャーガイドラインを援用しつつ作り出さ

れる具体的基準にうまく加味できるかが、問題となろう。もつとも、現実にはライバルコストの引上げとアウトプット市場での独占力の発生が認定されれば、戦略は実行可能であつたとも言えるわけであり、その具体的認定方法こそが問題なのだとも言えよう。

また、競争の回復に対する救済措置の妥当性を念頭において、ライバルコスト引上げ理論の構成を採るか、インプット市場の独占力を直接問題にするアプローチを採るかを決めるやり方も、あるのではなからうか。また、効率性増進と反競争的効果の比較衡量は、各国の独禁法における法的価値判断の問題で、それぞれの体系的解釈を必要とする問題であるように思われる。

第二節 意義と今後の検討課題

本稿で紹介・検討したクラテンメイカーとサロップのライバルコスト引上げ理論が、競争政策全般及び日本の独占禁止法の法理を検討する際に有している意義と限界、並びに本稿で検討できなかった今後の課題には次のようなものがある。

第一に、ライバルコスト引上げ理論が競争政策全般に持っている意義は、排他的取引において独占力が生み出されるメカニズムを明らかにして、その計測方法を提起したことにあるように思われる。シカゴ学派が排他的取引による独占力発生を限定的に考えていたの⁽⁵⁹⁾に対して、独占力の発生する可能性がはるかに大きいことを理論的に明らかにしたものと思われる。

第二に、この理論が垂直的制限による排除行為の一般理論を提起したことにも、意義があるように思われる。日本の

独占禁止法では、私的独占と不公正な取引方法が排除行為に対処する規定になっているが、過去の公取委の運用では、大部分は不公正な取引方法によって規制されている。これについて、アメリカ法と比較した場合、日本法の規定は細分化されていて、行為の実質ではさほど異なる行為が別の規定の対象となつて要件に違いが生じるといった不合理があるのではないかという問題提起が行われている。⁽⁶¹⁾ こういった日本法の問題を検討する上で、ライバルコスト引上げ理論は一つの視角を提供するものであろう。

第三に、しかしながら本稿で紹介・検討したサロップらが示した理論枠組みは、事業者間の垂直的制限による排除行為であつて、例えば消費者向けの抱合せ販売によってライバルのコストを引き上げる行為は、直接、対象とはしていないことに注意する必要がある。この点、ライバルコスト引上げ理論の他の類型を検討しなければ、排除行為の一般理論の法理の構築までには至らないように思われる。これは本稿では論じておらず、今後の課題であらう。

第四に、クラテンメイカーとサロップの理論が、独占力がいかに発生するかというメカニズムを検討して、法運用を提起していることが日本法の法理に持つインパクトである。日本では、私的独占による市場支配力発生と不公正な取引方法規制とをつなぐ理論が、必ずしも十分ではなかつたように思われる。不公正な取引方法における公正競争阻害性とは何かを再検討する分析視角も、この理論は提供するように思われる。

第五に、本稿では従来の排除行為の法理との比較検討を行つていない。また日米それぞれで、従来展開されてきた排除行為の法理とライバルコスト引上げ理論とを比較検討したり、新たに別に展開されている理論⁽⁶²⁾を検討して、より優れた排除行為の理論を探索することも、今後の検討課題としたい。

以上の検討課題については、いずれ別稿で改めて論じてみたいと考えている。

* 末尾になりましたが、拙稿を私の北海道大学・北海道大学大学院在学中の恩師であり、公私ともにお世話になってまいりました実方謙二先生に捧げまして、学恩に対して改めて感謝を申し上げますとともに、今後の先生の一層のご活躍を心から祈念いたします。

注

- (1) シカゴ学派の影響については、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）が詳しい。
- (2) Thomas G. Krattenmaker & Steven C. Salop, *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price*, 96 *Yale L.J.* 209 (1986).
- (3) この場合、垂直的制限として考察されている対象は、排他的供給契約、抱合せ販売、ホイコット、独占的事業者による競争者排除、垂直的合併、といった様々な排除行為である。他方、再販売価格維持のような垂直的制限は、その対象とはしつゝなす。 *Id.* at 212-214.
- (4) *Id.* at 223.
- (5) *Id.* at 223-224.
- (6) *Id.* at 214.
- (7) *Id.* at 226.
- (8) 例えば、専売制の事案である *Standard Oil Co. of Cal. v. United States*, 337 U.S. 293, 314 (1949) では、「スタンダードとの必要量購入契約のデューラーによる遵守は、競争している供給業者が顧客を引き付けることのできるいかなる機会も有効に閉鎖することは、否定できなす。」と述べている。抱合せ契約の事案である *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392, 396 (1947) では、「これらの契約により影響する事業量が、かなりのものではないとか、実質的なものではないと言ふことはできず、協定の持つ独占達成の傾向は明白であるように見える。」と述べている。垂直的合併の事案である *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 324 (1962) では、「あらゆる広範な垂直的協定は、その性質上、少な

くともしばらくの間、供給業者の競争者に対して、垂直的協定の顧客側の当事者に対する取引の一部分かないし総てに対して競争する機会を「否定するものである。」と述べている。Id. at 232 nn. 74-76.

- (9) Id. at 231-233.
- (10) Id. at 234. ホークの考え方であるとして、R. Bork, *The Antitrust Paradox* 304-309 (1978) が引用されている。
- (11) Thomas G. Krattemaker & Steven C. Sabop, *supra* note 2, at 234.
- (12) Id. at 234. クラテンメイカーとサロップは、United States v. Terminal Railroad Ass'n, 224 U.S. 383 (1912) を先例とする判例として挙げている。この事案は、鉄道経営者のグループが、当地の川にかかる唯一の橋を取得して、非所有者の鉄道会社には、差別的条件下で利用させるとした事案として引用されている。

- (13) Id. at 235.
- (14) Id. at 258-259.
- (15) Id. at 259.
- (16) Id. at 236-238. アルロア事件とは、United States v. Aluminum Co. of America, 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945) である。
- (17) Id. at 259-260. 例えば、ブラウンシューが靴製造販売の一〇%、キニーが靴小売販売能力の三〇%を占めていたとする。そしてブラウンシューがキニーを獲得して、他の靴メーカーをキニーから排除したとする。合併前は、靴供給能力の九〇%をライバルが占めていた。キニーへの取引が閉鎖され三〇%が閉鎖されるわけだが、ブラウンシューの供給量である市場全体の一〇%分も市場での販売が不要となるのでその分は競争者に利用可能となるので、閉鎖は三〇%ではなく、二〇%となる。すなわち、九〇%の供給量の二〇%が閉鎖されることになる。二〇%/九〇%の計算により、二二%が純閉鎖率となる。

- (18) Id. at 260.
- (19) Id. at 238. このテクニクは、United States v. Terminal Railroad Ass'n, 224 U.S. 383 (1912) や、Interstate Circuit, Inc. v. United States, 306 U.S. 208 (1939) のケースで用いられたものであるとクラテンメイカーとサロップは指摘している。

インターステートサーキット事件は、テキサスいつたいに映画館を経営する業者が、ディストリビューターからその業

者の競争者のコストを引き上げる約束を取り付けたものである。インターステートサーキットは、一番館を経営しており、問題の契約は配給業者に二番館のチケット価格の引上げを要求させるというものであり、劇場が興業権に対して支払った価格は必ずしも上昇しなかったが、顧客を引き付けるコストが上昇したと推定されるとクラテンメイカーとサロップは指摘している。もつとも判決は、暗黙の共謀による価格引上げ協定で当然違法というものであったが、暗黙の共謀がなくとも、ライバルコスト引上げ理論で問題にできた事案であるとクラテンメイカーとサロップは論じている。Id. at 238 p. 97.

なお、この判例の共謀理論の面からの詳細な分析として、実方謙二『寡占体制と独禁法』（有斐閣 一九八三年）二二一—二二四頁がある。

- (20) Thomas G. Krattenmaker & Steven C. Salop, *supra* note 2, at 240.
- (21) Id. at 260-262.
- (22) Id. at 240-241.
- (23) Id. at 262.
- (24) Id. at 242-246.
- (25) Id. at 262-266.
- (26) John J. Tharp, *Raising Rivals' Costs: Of Bottlenecks, Bottled Wine, and Bottled Soda*, 84 Nw. U. L. Rev. 321, 353-354 (1989).
- (27) Herbert Hovenkamp, *Antitrust Policy, Restricted Distribution, and the Market for Exclusionary Rights*, 71 Minn. L. Rev. 1293, 1304-1306 (1987).
- (28) Thomas G. Krattenmaker & Steven C. Salop, *supra* note 2, at 257-258.
- (29) Id. at 267.
- (30) Id. at 269-272.
- (31) Id. at 273-277.
- (32) Id. at 273 n. 199, at 274 nn. 203-204, at 275 n.208. なお、私見によれば、Yの代替先Sからの増加コストが五〇ドルとされていって、アウトプット価格の引上げ額がこれより少ない四五ドルとされているが、少なくとも設定する必要性はないの

- ではないか。アウトプットでの独占力は、コスト引上げ額以上になる場合があるからである。
- (33) Herbert Hovenkamp, *supra* note 27, at 1314 n. 102.
 - (34) *Id.* at 1314.
 - (35) *Id.* at 1307-1308.
 - (36) Thomas G. Krattenmaker & Steven C. Salop, *supra* note 2, at 275.
 - (37) Malcolm B. Coate & Andrew N. Kleit, *Exclusion, Collusion, or Confusion?: The Underpinnings of Raising Rivals' Costs*, 16 *Res. in L. & Econ.* 73, 81 (1994).
 - (38) Herbert Hovenkamp, *supra* note 27, at 1309.
 - (39) John J. Tharp, *supra* note 26, at 363.
 - (40) John E. Lopatka & Paul E. Godek, *Another Look at ALCOA: Raising Rivals' Costs Does Not Improve The View*, 35 *J. L. & Econ.* 311 (1992).
 - (41) Thomas G. Krattenmaker & Steven C. Salop, *supra* note 2, at 282 n. 228.
 - (42) John J. Tharp, *supra* note 26, at 363-364.
 - (43) 本稿の第三節(一)を参照されたい。
 - (44) John J. Tharp, *supra* note 26, at 364-365.
 - (45) Thomas G. Krattenmaker & Steven C. Salop, *supra* note 2, at 277.
 - (46) *Id.* at 280-282.
 - (47) サロップらは、反トラスト法の支配的見解は、反競争的効果が蓋然的な場合、効率性は抗弁として認めないというものであるとして、*FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568 (1967) を引用している。いわゆる合理の原則の分析が、効率性の主張を考慮に入れる場合でも、その方法は、もともと効率性の議論が提供された場合に、反競争的効果の主張を、詳しい検討にかけるといえるものであるとして、*Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284 (1985) を引用している。*Continental T. V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977) 判決も、競争促進的効果があり得るので、垂直的制限は合理の原則で決定されるものとしたとその趣旨を解している。そして、最高裁判

例で、問題の行為が企業に独占力を与えてはいるが、消費者への害悪よりもその行為を行う企業に対するコスト節減がま
さっているので、その行為は肯定されるとしたものはないとしている。Id. at 278.

これに対して、サープは、裁判所は少なくとも一九六六年以来、優れた製品や事業活動の結果として獲得・維持されて
いる独占力には反対できないとしており、さらにシルバニア判決後、過去一〇年、一貫して効率性の役割を反トラスト法
の分析において認知してきたとする。今日まで当然違法の法理の適用を覆したに判決が留まることは、この傾向の意義を
緩和するものではなく、Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp., 485 U.S. 717 (1988) において、垂直的協
定は価格に関する協定を含む場合にのみ当然違法に服すると判示し、裁判所は、総ての垂直的制限は価格を引き上げる可
能性を持つが、たとえテイラーの価格を引き上げたとしても、垂直的制限は当然違法との議論を拒絶したと指摘する。

John J. Tharp, *supra* note 26, at 369-370.

(48) Herbert Hovenkamp, *supra* note 27, at 1310-1312.

(49) John J. Tharp, *supra* note 26, at 355.

(50) Timothy J. Brennan, *Understanding "raising rivals' costs"*, 33 Antitrust Bull. 95, 99 (1988).

(51) Id. at 112.

(52) Id. at 108.

(53) Douglas F. Greer, *"Understanding 'raising rivals' costs": comment*, 34 Antitrust Bull. 895, 906-907 (1989). なお、この論
文では、種々のアレン論文批判が行われているが、他の議論は的外れのように思われる。

(54) Timothy J. Brennan, *"Understanding 'raising rivals' costs": reply*, 34 Antitrust Bull. 909, at 917 (1989).

(55) Timothy J. Brennan, *supra* note 50, at 107-108.

(56) Thomas G. Krattenmaker & Steven C. Salop, *supra* note 2, at 247.

(57) Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy* 285-286 (1994).

(58) 例えば、David T. Scheffman, *The Application of Raising Rivals' Costs theory to Antitrust*, 37 Antitrust Bull. 187 (1992).

(59) Richard A. Posner & Frank H. Easterbrook, *Antitrust Cases, Economic Notes and Other Materials* 869-875 (2d ed. 1981).

(60) 独禁法三条の不当な取引制限の禁止規定もボイコットによる排除行為に適用される場合があり、独禁法八条一項の事業

者団体規制も事業者団体による排除行為を規制している。

(61) 滝川敏明「取引拒絶規制の日・米・EU比較」(経済法学会報告 一九九五年一〇月六日)。

なお、日本でも既に各規制条文を超えた統一的法運用基準の模索も部分的に行われているように思われる。「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」(平成三年七月十一日 公正取引委員会事務局)では、「取引先事業者に対する自己の競争者との取引の制限」において、「市場における有力な事業者が、例えば次のように、取引先事業者に対し自己又は自己と密接な関係にある事業者の競争者と取引しないよう拘束する条件を付けて取引する行為又は取引先事業者に自己又は自己と密接な関係にある事業者の競争者との取引を拒絶させる行為を行い、これによって競争者の取引の機会が減少し、他に代わり得る取引先を容易に見いだすことができなくなるおそれがある場合には、当該行為は不公正な取引方法に該当し、違法となる。」として、一般指定二項、一一項、一三項を該当条文に挙げているが、「市場における有力な事業者」と、「競争者の取引の機会が減少し、他に代わり得る取引先を容易に見いだすことができなくなるおそれがある場合」について、いくつかの統一的な考慮事項を挙げている。

(62) 例えば、大録英一「垂直的制限の公正競争阻害性について」(『公正取引五〇三号』一九九二年九月)五〇頁以下。

The Theory of Raising Rivals' Costs and the Regulation of Anticompetitive Exclusion under Antitrust Laws of the United States and Japan

Minoru FUJITA*

Introduction

I. Summary of the theory of Raising Rivals' Costs

- (1) Object of the Theory and Concept of Exclusionary Rights
- (2) Error of Formal Foreclosure Theory
- (3) Mechanism of Raising Rivals' Costs and Method of Estimation
- (4) Gaining Power over Price

II. The Critical Examination of the Theory of Raising Rivals' Costs

- (1) Problems of Method of Estimation
- (2) Costs of Purchasing Exclusionary Rights and the Feasibility of the Strategy
- (3) Putting Efficiencies in the Balance
- (4) Remedies and the theory
- (5) Other Types of Raising Rivals' Costs

III. Significance of the Theory and Unsettled Problems

- (1) Appraisal of the Theory
- (2) Significance and Unsettled Problems

In this article I examined the theory of raising rivals' costs to achieve power over price. The theory was published by professors Thomas G. Krattenmaker and Steven C. Salop on the Yale Law Journal in 1986.

*Associate Professor of Law, Faculty of Literature and Social Sciences,
Yamagata University

They state that in carefully defined circumstances, certain firms can attain monopoly power by making arrangements with their suppliers that place their competitors at a cost disadvantage. Firstly one should ask whether the conduct of the challenged firm unavoidably and significantly increases the costs of its competitors. If so, one then should ask whether raising rivals' costs enables the excluding firm to exercise monopoly power.

They describe four techniques that competitors successfully can employ to raise their rivals' costs and the circumstances under which success may confer on them the power to raise price. They show how courts and antitrust enforcers might develop a set of objective guidelines to carry out the proposed two-step analysis. They analyze a set of merger guidelines promulgated by the Department of Justice of the United States and describe when standards of measurement like the merger guidelines might facilitate assessing antitrust attacks on exclusionary rights agreements and what kind of specific numerical standards might be adopted by analogy to the merger guidelines.

Several commentators criticize their theory. The main issue is whether their theory insufficiently contains the appraisal of the costs of purchasing exclusionary rights. Critics assert that the costs of purchasing exclusionary rights make the strategies unprofitable.

In my view, the feasibility of this strategy depends upon the specific form of the exclusionary rights such as exclusive dealing, tying arrangement and boycotts. Several issues have relations with this proposition: The amount that (1) the purchaser of exclusionary rights must compensate the suppliers for the loss for their sales to excluded competitors and the loss for reducing their sales volume to the purchaser owing to the purchaser raising its price to monopoly level; (2) The likelihood of certain factors preventing the parties from terminating the arrangements or the economic efficiencies of the arrangements; (3) The likelihood that the suppliers would obtain information over time and the price of exclusionary rights would rise up; (4) The likelihood that the purchaser of the exclusionary rights could calmly distribute the supracompetitive gains between the suppliers and itself; (5) The likelihood that one can separate an express exclusionary right from exchange of goods or services.

It seems to me that actual practice of the strategy reveal the feasibility of the strategy, though. Rather the crucial point seems to be how we can estimate whether the conduct unavoidably and significantly increases the costs of its competitors and whether raising rivals' costs enables the excluding firm to exercise monopoly power. In this article I did not examine the merger guidelines of the Department of Justice of the United States and made no comments on the proposed means.

A certain commentator asserts that practices properly criticized by this theory necessarily involve horizontal monopolization that can be addressed through conventional antitrust analytical techniques. In my view, a significant difference between this theory and conventional theory is the outcome of remedies. We should select the theory on account of relevance of remedies for restoring competition.

A certain commentator indicates that the antimonopoly laws of Japan have so diversified provisions toward the unfair business practices. This theory seems to make a good suggestion toward forming the unified theory against unfair business practices.

In my view, the accepted theory in Japan is not sufficient for the nexus between the prohibition against private monopolization and the prohibition against unfair business practices. This theory seems to make a good suggestion as well.

However this theory contains only the strategy of vertical restraints between firms and does not treat practices toward consumers like tying arrangement. We should examine the other kinds of raising rivals' costs theory and also compare other theories of exclusionary practices with raising rivals' costs theory in order to propose a better theory.

"To Professor Kenji Sanekata with the compliments and deepest gratitude of Minoru Fujita"