



Title	構造規制 —その経済学的、法律学的考察（1）
Author(s)	来生, 新; KISUGI, Shin
Citation	北大法学論集, 27(3-4), 427-477
Issue Date	1977-03-30
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16225">https://hdl.handle.net/2115/16225</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	27(3-4)_p427-477.pdf



構造規制—その経済学的、法律学的考察— (1)

来 生 新

目 次

- 序
- 第一章 公取委の独立性と政策的裁量をめぐる二つの立場
- 第二章 構造規制の経済学的考察
- 第一節 市場支配力概念とその利用可能性
- 第二節 経済学的独占概念の修正の途
- 第三章 構造規制の法律学的考察
- 第一節 裁判例の検討
- 第二節 法的検討のまとめ(以上本号)
- 第四章 構造規制のあるべき姿と公正取引委員会
- 第一節 純粹構造規制の性格と法規範のあるべき姿
- 第二節 純粹構造規制手続の検討

## 序

昭和四九年のオイル・ショックの中で、独占禁止法改正がはなばなしい話題となつてから、早くも二年になる。この間、公取委試案、修正政府案、五一年四月の新政府案が順次発表され、それぞれが議論をよびおこした。このような一連の経過の中で一つの中心的論点は、市場構造規制の問題であつたといえよう。四九年、五〇年の各案が純粹構造規制を導入した時、また、五一年新政府案において構造規制が削除された時に、いずれも大きな社会的関心が惹き起され、賛否両論に渡る様々な議論が展開されたのである。

今（五一年七月現在）ジャーナリスティックな関心は独禁法改正問題から他へ移り、独禁法改正問題は時事問題としての力を失っている。このような時期であるが故に、今、我々は政治的考慮からはなれ、客観的な学問的認識の対象として、ここ数年の独禁法改正で提起された一連の問題を充分に再吟味しうる時期にあるといつてよいであらう。

本稿は、独禁法改正の多様な問題の中から、構造規制の問題をとりあげ、それを経済学的、法律学的に洗いなおすことにより、公取委の独立性と構造規制の関係を理論的に検討することを目的としている。また、本稿は、我国の経済法学界において大きな影響力を有する今村成和前北海道大学法学部教授の、同大学学長就任による同学部の退官を記念して、教授に献げるものである。私は教授の学恩を得て経済法学界に新規参入しえた者であり、私なりに教授の学恩に報いるため、あえて本稿を今村教授の所説に対するつたない批判的見解を展開するものとして構成した。学界の通説形成者として圧倒的影響力を有する今村教授に対し、およばずながらその胸をかりてぶつかつていくことこそ、私のような新規参入者が最もよく教授の学恩に報いる途であらうと考えるからである。今村教授はじめ他の多くの諸先輩からの御批判をいただけるならば幸である。

## 第一章 公取委の独立性と政策的裁量をめぐる二つの立場

独禁法の改正が論議される過程で、構造規制に関する議論は、常に、公正取引委員会の独立性をめぐる二つの対立する議論を背景にしてなされていた。すなわち、独禁法の改正を契機に、公取委の独立性を弱めようとする立場と、これを阻止せんとする立場とが、構造規制という論点において、鋭く対立することとなったのである。

公取委の独立性を否定的にとらえる立場の理論的根拠は、構造規制に代表される公取委の活動は、本来、産業政策の一環であって行政的コントロールに服するべき点にあった。今村教授は、これに対して、公取委の独立性を維持強化するという立場から、「独禁法改正と公取委改組論」<sup>(1)</sup>の中で、独立性否定論の理論的代表として、時の法令八七六号掲載の「公正取引委員会と原子力委員会」<sup>(2)</sup>を選ばれ、これに対する批判を展開される。本稿は以下で、まず時の法令の議論と、これを批判する今村教授の議論を紹介し、そこから論を進めて行くことにしよう。一

時の法令のPQR氏は、独禁法改正案への一般的に見られる反論を次のように整理する。

「……改正試案の中には、公正取引委員会の本来の任務である私的独占、不当な取引制限の排除、不公正な取引方の取締りといった点をこえて、産業、経済の方向をどうもって行くかといった政策的分野に踏みこんだものがあるのではないか、……こういう種類の問題を、現在のような独立性の強い公正取引委員会に所掌させることは、産業、経済に関する国の政策の斉合性の確保といった点でこのましくない結果をきたすものではないか——中略——（こういう問題を独禁法改正に）もし盛りこむとすれば、そういうことがらは、通商産業省など一般の経済官庁あるいは、少なくとも物価問題についての総合官庁である経済企画庁あたりに所掌させるべきではないのかという論であるといえるようである。」

続けてこの論の当否を吟味しPQR氏は次のように述べる。

「公正取引委員会は、現在、総理府の外局であるが、独占禁止法第二七条第二項によれば、いわゆる『所轄機関』とされている。……(以下独立性についての説明、省略)……」

こういう公正取引委員会の強い独立性は、同委員会が、現行法上与えられている中心的な権限、すなわち、私的独占や不当な取引制限や不正な取引方法など、法律によって禁止されている事業者や事業者団体の行為を発見し、これを審判に付して、裁判所に類似するような準司法機関的な手続によって黑白を判定するというようなことを行うには適しているが、産業経済に関する政策的、裁量的な措置を実施するについては、あまり適していないのではないかとということがいわれる可能性を持っているといえるであろう。すなわち、産業政策、経済政策は、内閣が一体的に責任を負って遂行すべきものであって、そのためには、各経済官庁がよこの連絡をとって協調、調整しつつ実施する必要があるが、それにもかかわらず、その中の一つの役所が、他の役所や内閣と協調しないで独自の判断で政策を遂行し、事実上はともかく、法律的にそれを調整する手段がないというのは、産業経済政策の斉合性は得られず、国民経済的にみてもマイナスではないかというような点からである。

理論的にいうと、たしかにこういう議論がありうるわけで、こんどの独占禁止法の改正試案中のある種のものが、そういう政策的、裁量的な判断をすべき事項に属するかどうかの議論はさておき、ひろい意味での独占禁止政策に属することがらでも、他の経済官庁の施策との間を調整しつつ政策的・裁量的判断の下に実施する必要のある分野のもの、公正取引委員会のような準司法的機能の遂行を主体とする独立的行政委員会の権限とすることは必ずしも適当でないという論は、成り立ち得ないことではないということもいえるであろう。(3)(傍点筆者)

今村教授は、以上の議論が二つの点において議論の前提たる独占禁止政策ないしは独禁法の理解を誤るものと指摘

し、次のように述べられる。

「第一に、独禁法が資本主義社会における自由競争秩序を維持するために、企業行動のルールを定めるものであることは、人びとの共通の理解に属することであろう。したがって、その規定はできるだけ明確で、裁量の余地の少ないものであることが望ましい。このことは、独禁法を改正強化する場合にも当てはまることであって、私的独占や不当な取引制限の規制に比し、企業分割や原価公表などの命令のほうが裁量の幅が広いというようなことは、あるべきではない。だから、公取の改正案によって、公正取引委員会に広汎な裁量権が与えられることになる、という理解の仕方は正当ではないのである。

もっとも、改正試案に、このような誤解を生む因がないとはいえず、また、公正取引委員会が、この点について明確な態度を示しているとはいえないことも指摘されなくてはならないが、改正試案の条文化に際しては、当然に、この点の配慮を怠ってはならないのである。

だから、独禁政策が広汎な政策的・裁量的判断の下に実施されるという前提は正当ではなく、むしろ独禁法は、準司法的手続によって適用されるのにふさわしいように構成されなくてはならぬのである。

次に、第二の問題として、この説には、独禁法の運用が、政策的・裁量的判断の名の下に、時の政治的勢力の左右するところとなった場合の弊害について盲目であることが指摘されなくてはならぬ。……中略……外国の例を引くまでもなく、八幡・富士合併事件を想起するだけでも、思い半ばに過ぎるものがある。そうである以上、今更、公正取引委員会を、時の政府の統制下に置くこととして、前車の轍を履むことはないのである。<sup>(4)</sup>

以上の指摘に加えて、今村教授は、第一の問題点としてあげた「私的独占や不当な取引制限の規制に比し、企業分割や原価公表などの命令のほうが裁量の幅が広いというようなことは、あるべきではない。」との主張を補って、註

において、「企業分割は、自由競争のルールではなく、自由競争のための基盤の確保を目的とするものであるが、そうでなければなおのこと、その基準は明確である必要がある。」<sup>(5)</sup>と述べられる。(以上傍点筆者)

右のPQR氏と今村教授の所説の引用中で、筆者が傍点を施した部分に注意されたい。これらの部分を検討して言うことは、PQR氏は、構造規制が、政策的・裁量的事項か否かの判断を回避しているということであり、また今村教授の主張も、企業分割が惹起する裁量の性質についての分析に基づくものではなく、そのあるべき姿について、教授が抱かれている信念に依拠するにすぎないものだということである。

私は、構造規制と、それに不可避的にかかわるものとしての公正取引委員会の独立性の問題とを理論的に検討せんとする時に、右の二つの所説が十分な検討を加えることのなかった、企業分割に内在する裁量の性質をこそ、我々がまず問題としなければならないと考える。すなわち、それは今村教授が説かれる如く、広範な裁量が必要としない形で構成しうるものなのか、それとも、PQR氏が暗に前提としているように、広い政策的・裁量的判断を要するものなのかということが、この問題を解く最大の鍵であると考えるのである。事柄の性質上、考察は経済学と法律学との双方からのアプローチが要求される。以下経済学的考察と法律学的考察とに章を分けて論をすすめよう。

- (1) 今村成和「独禁法改正と公取委改組論」法律時報、昭和五〇年、四七卷二一、六八頁。
- (2) PQR「公正取引委員会と原子力委員会」時の法令八七六号三〇頁。
- (3) 同論文三一—三三頁。
- (4) 今村成和 前掲論文七〇頁。
- (5) 同論文七一頁。

## 第二章 構造規制の経済学的考察

構造規制の目的は、ある企業が有する独占力（市場支配力）を排除解消することである。したがって、そのルールについて考察する前提として、企業の独占力（市場支配力）をどのように理解するかということをもまず検討する必要がある。独占力（市場支配力）の性質が明らかになれば、自ずと、それを解消するための企業分割ルールの設定に伴う裁量の性質も、ある程度明らかになると考えられるのである。

経済学と法学との間における「独占」概念の違いに関する古典的研究として名高い、“Monopoly in Law and Economics”<sup>(1)</sup>において、メイソンは、法的独占概念が、評価の基準（standard of evaluation）であるのに対し、経済学上の独占概念が、一九二〇年代以降は評価の基準たることを止め、分析手段として発展したことを指摘する。<sup>(2)</sup> 分析手段たる経済学的独占概念（独占力概念Ⅱ市場支配力概念）は、後述するようにその性質上、きわめて明快な一義的内容を持つものであり、解釈者の裁量の余地がほとんどない形で規定されるものである。我々は、以下の本章で、まずこの経済学的独占概念の内容を検討し、次に、それがそのままの形で法学に利用しうるものか否か、すなわち、公共政策上の評価基準として機能しうるか否かを検討し、最後に仮にそれがそのままの形で法学に導入しえないものであるならば、その内容の明快な一義性を保ちつつ法律学的概念として利用可能な形に修正しうる方法があるか否かを吟味することとしよう。

### 第一節 市場支配力概念とその利用可能性

#### 第一、経済学的定義

市場支配力を経済学的に最も端的に定義するならば、「完全競争市場内における企業がとるであろう行動以外の行動をなしうる能力」と定義されよう。<sup>(3)</sup>これを更に具体的に規定すれば、それは、「企業が自己の生産量の決定が価格に対して感知しうる影響を与えることを知っていること、すなわち、各企業が所与の需要条件の下で自己の販売する生産量をその価格を低下させることによってのみ増大させうる」ことを知っているため、「独占企業はどれだけ生産すべきかを決意するまえに、価格がどれだけかをただ座視せずに、むしろ価格を決定する。しかもその価格で予期する需要量と、それだけの産出量を生産する費用とをにらみあわせて価格を決定する」という行為をとることなのである。<sup>(4)</sup>

右の規定を完全競争の概念との関係で、簡単に敷衍しておこう。経済学者には当然のことながらであっても、我々法律学者には、その内容が必ずしも常に明確に理解されるわけではなく、本稿では、経済学的概念についての扱いを慎重になすことが、今後の議論の展開に不可欠だと考えるからである。

完全競争市場の成立に必要な条件は、「各経済主体は、市場にくらべて非常に小さく、ゆえに価格に認知可能な影響を与えない。生産物は等質(homogenous)である。企業の自由でまた容易な参入(entry)および退去をふくめて、すべての資源の自由な可動性が存在する。そして市場のすべての経済主体は、完璧で完全な(complete and perfect)知識を有している。」<sup>(5)</sup>という四条件である。

このような条件の下にある完全競争者は、価格に対して如何なる支配力をも持たない純然たる価格の受け手(price taker)として規定される。すなわち、完全競争者は現行の市場価格を所与のものともみなし、その価格でできる限り、もしくは儲けのあるだけ販売すること以外の行動をなしえず、各人の販売量の増減が市場価格に影響を与えることはないことを想定されている者なのである。また、各経済主体が現在と将来に関する完全で完璧な知識を有しているが故に、完全競争企業は競争相手の価格以上の価格では全く製品を売ることができず、また、このような条件下で合理

的で利潤極大化を目ざす企業が、競争相手の値段以下で売ることもありえず、市場全体で同一の価格が成立するのである。これが価格支配力を持たないということ、すなわち、企業が価格に関するいかなる選択をもなしえないということの意味であり、これは、完全競争下での企業に対する水平な需要曲線として図示される。<sup>6)</sup>

これに対して市場支配力を有すると考えられる完全独占者、寡占者、及び独占的競争者は、完全競争者が所与の市場価格のまま売りたいだけ多くのものを売れるのに対して、前述の如く価格を下げねば自己の販売量を増大させえないという立場にあるものとして規定される。そして、このような条件下にある独占者が利潤を極大させるべく決定する価格と生産量は、競争市場におけるそれに比して、より高い価格とより少ない生産量とならざるをえず、社会的資源配分の効率性を損うこととなるのである。

この詳細については、経済学の教科書に説明を譲り、次にかような分析的概念としての市場支配力概念が、企業分割という公共政策上の評価の基準として利用しうるか否かについて検討しよう。

## 第二、法的利用可能性

企業分割の基準として、「非完全競争的に行動しうる力」という経済学的な市場支配力概念をそのまま用いることができるであろうか。すなわち、非完全競争的に行動しうる力を有する企業をすべて分割の対象となしうるであろうか。答は明らかに否である。右の問は、すべての市場を完全競争市場にすることができるか、またそうするべきか、という問題に等しく、少なくとも一部の費用通減産業における規模の経済性から見て不可能なことは明らかであり、またより一般的な問題として、現実にはほとんどすべての市場においてほとんどすべての企業が（新日鉄から街角のタバコ屋まで）何がしかの形で先に検討した意味での市場支配力を有しているといわざるをえず、市場支配力の有無という基準による企業の二分法には積極的な政策的意義が見出しえないという実情があるからである。<sup>7)</sup>

以上の考察から、ここで、経済学的市場支配概念と、公共政策運営の手段たる法的措置としての企業分割制度の對象・目的との關係を第一次的に明らかにしうる。すなわち、企業分割（もつと広げて独占禁止法上の違法性判断といつてもよいであろう）の前提となるのは、ある企業が経済学的な市場支配力を有する企業か否かの質的な判断ではなく、ある企業が有しているある程度の市場支配力が社会的に容認しうる範囲にとどまるものか否かという、市場支配力の程度に関する価値判断だと言えるのである。それ故、法的な判断に経済学的基準をそのまま持ちこむことができないことは明らかである。法的な判断とは、経済学的な市場支配力の觀念を一つ的前提としつつ、それに社会的受容性という観点からの、価値判断を加えてはじめて成り立つものだからである。

アメリカにおいても我国においても、価格を支配する力の存在を違法な独占の表徴とする見解が一般的である。もとよりこのような考えの基礎には前述の経済理論があり、これはそれ自体決して否定されるものではない。しかし、独占禁止法の任務が、ほとんど総ての企業が何がしかの程度の独占力を有することを前提にした上で、それをさらに社会的に許容しうるものと然らざるものとに區別することであると考へるならば、單なる価格支配力の存在をもって違法な独占の表徴とすることは、そのみでは法的基準として決して充分なものとは言えない。価格支配力の不存在を意味する、個々の売手が価格決定力を有しない純然たる市場価格の受け手（price taker）であるということは、現実には、ほとんどありえないことだからである。それ故に、今日我々の疑うべからざる常識ともいふべき「競争が行われるということは、競争によって価格がきまり、何人も価額を決め相手方に強制できない状態が保たれる」ということを意味するという理解、また「市場における支配力—価格支配力—を形成することによって、利潤の維持、拡大をはかるためのさまざまな試みが行われる」ことを「競争が制限され、機能しなくなる場合」と同一視するという理解は、これを更に一步深めて法的な意味づけをするのでなければ、法律学的には無意味なものであり、むしろ経済学

と法律学との前提の違いを無視するものとの非難さえあびかねないことになるのである。<sup>(11)</sup>

## 第二節 経済学的独占概念の修正の途

### 第一、有効競争論の内容

これまでの議論は、完全競争の基準は独占禁止法運用の基準としては用いることができないという、現在、ある意味では常識的ともいふべき議論を、<sup>(12)</sup> 法的な判断が程度についての判断であるという点に力点を置きつつ再述したにすぎない。本章における主たる問題は、法的判断の基準として、これまで検討して来たような経済学的な市場支配力概念を活用するために、その一義的明確性を保ちつつ修正を加えることが可能か否かの検討である。

従来、我国においてもアメリカにおいても、有効競争論の名で、完全競争の基準と具体的な法的判断基準の関係とが議論されて来た。それ故、ここでも有効競争論を素材に議論を進めることとする。但し、有効競争論の学説史的研究としては、我国でもこれまでにいくつかの秀れた研究があるため、<sup>(13)</sup> ここでは、学説史的観点からではなく、有効競争論を政策的評価基準、就中、企業分割の基準として見た場合に、これが法の執行に当る者にどの程度の裁量の余地を残すものであるかという点にウェイトをおいて検討を加えていくこととしよう。いずれにせよ、非常に多義的な概念である有効競争の概念について、私なりに整理をすることから議論を始めるべきであろう。私は一九五〇年代の末に、アメリカでそれ以前の有効競争に関する一八名の学者の説を集大成したソスニツクの議論を借りて、<sup>(14)</sup> この作業を行うことにしよう。

有効競争論の名の下で提唱される独占力の社会的受容性に関する判断基準は、(i)市場構造に関するもの、(ii)行為に関するもの、(iii)成果に関するもの、の三カテゴリー下に分類される。<sup>(15)</sup> (i)は市場の型(patterns)、状態(status)を

構成 (composition) に関する基準である。(ii) は事業者の行為、取引、戦術 (tactics) に関する基準である。(iii) は規範的な意義を有する経済的結果を実現させる要素についての基準である。これら三カテゴリーの区別は相対的なものであり、ある一つの規範がいくつかのカテゴリーに重複して属することもある。それぞれのカテゴリーの内容として、具体的にあげられるのは、以下のような基準である。

(i) 構造基準

① 多数の、少なくともかなりの数の取引主体が存すること。または、規模の経済が許す範囲内で可能な限りの取引者が存すること。

② あまり極端にならず、かつ価格に敏感に反応する品質の差があること。

③ 可動性に対する人為的障害の不存在。

④ 市場の情報へ各主体が充分接近しうること。

⑤ 価格低下に対する競争相手の反応に、何らかの不確実性があること。

⑥ 法的な特恵、制限のないこと。

⑦ 新たな市場分野や、新たな型の競争的な交渉 (type of competitive contact) が継続的に開かれて行くこと。<sup>(16)</sup>

(ii) 行動基準

① 各企業は、他から影響されない独立した判断を追求し、共謀せずに、利益と損失に対応しつつ競争的努力をせねばならない。

② 各企業が非能率な競争相手、顧客、供給者を永続的にかばってはならない。

③ いかなる不公正、排他的、略奪的、強圧的な戦略もってはならない。

- ④ 差別的取扱には認められるものと認められないものがある。
  - ⑤ 欺罔的な販売促進方法がとられてはならない。
  - ⑥ 買手は、売手の申し出る条件の差に迅速かつ公正に対応すべきである。<sup>(17)</sup>
- (iii) 成果基準
- ① 操業は効率的であるべきである。
  - ② 販売経費が過度になつてはならない。
  - ③ 利益水準は投資と効率に応じ、革新を刺激する程度であるべきである。
  - ④ 生産は効率的資源配分の下でなされるべきである。
  - ⑤ 価格が景気変動の大きさを増幅させてはならない。
  - ⑥ 品質は消費者の利益に合致すべきである。
  - ⑦ 品質、技術等の改善が重視されるべきである。
  - ⑧ 資源保全に留意すべきである。
  - ⑨ 買手の真に望むものを、より多く供給する者が成功すべきである。
  - ⑩ 市場への参入は、その産業の性質が許す限り自由であるべきである。
  - ⑪ 産業は国防に役立たねばならない。
  - ⑫ 少数者に過度の政治、経済力が集中すべきではない。
  - ⑬ 労働者の福祉が重視されるべきである。

以上がソスニクによってまとめられた、一九四〇年のクラーク論文以降の一八名の学者による諸基準の具体的主

張と分類である。先に述べたように、この三カテゴリーは絶対的なものではなく、個々の有効競争論者の主張は、この三カテゴリーにまたがる諸基準のいずれかを各々総合的に唱えるものであったといつてよい。それ故、実際にはこれら三基準のいずれか一つのみで競争の有効性Ⅱ市場支配力の社会的受容性を判断する者はない。純粹の構造基準論者、純粹の成果基準論者というのは存在しないのである。しかし、各論者毎に、この三カテゴリーのうちのどれを特に重視するかという点における差があり、その重点のおき方がいが、構造基準論者、成果基準論者、総合判断論者という相対的分類を可能ならしめるといえる。(行動基準は伝統的な法的思考とほぼ一致するものであり、ここで改めて論ずる必要はないであろう。)

一般的に、ごく大まかに言つて「構造基準がある程度『量的かつ客観的』性格をもつのに対して、成果基準は、『質的かつ主観的』と規定することができる」といわれる。<sup>(18)</sup>構造基準の客観性ということについては、後により立ち入った検討を必要とするが、議論の出発点として、右の指摘を一応うけ入れることが便利である。それ故、経済学的な市場支配力概念の客観性を保ちつつ、それを法的判断の基準へ修正する途があるとすれば、今のところ、それは構造基準を中心とし、成果基準を極力排するということであると考えられる。我国の有力な学説においても、このような観点から違法性の判断に関して意図的に成果基準の考察を排除し、構造基準のみを採用すべしとの主張がなされている。<sup>(19)</sup>

## 第二、根岸説の紹介

独占禁止法上の法的判断の特色を、本稿のように独占力の社会的受容性についての程度の判断であると理解する時に、違法性判断および企業分割の決定の際に、成果に関する諸基準を考察しないということが、法の経済政策的目的にてらして、判断の妥当性を保つ適切な方法として認められるであろうか。このような方法が妥当と認められるならば、我々は企業分割のルールを今村教授の説かれるような形で容易に設定することができるであろう。また逆に、そ

の妥当性が否定される時には、成果基準を導入しつつなお裁量の余地の少ないルールを設定することができると否かを更に検討せねばならないということになる。我々の次の課題は、このような問題の検討ということになる。

この問題について、まず、成果基準は違法性の判断基準とはなりえないとの見解を明示する前記根岸助教授の説を紹介し、それへの疑問を提起する形で議論を進めて行くこととしよう。

根岸説は、経済学的な立場からは成果基準が構造・行動基準より秀れるものと認識する。しかし、それに続けて独禁法運用における違法性の判断基準として必要な「争訟制度の効率的運用を不当に阻害することなく、判断の正確性を高めるものであるか否か」の観点からは、成果基準を採用することができないものと主張する。その具体的理由として根岸助教授が指摘されるのは以下のことがらである。

(i) 成果基準を構成する諸要因を測定すること自体が困難であること。

(ii) 各基準をどの程度に満たせば満足すべき成果をおさめているのかを判断する客観的基準がなく、判断が困難であること。

(iii) 成果基準を構成する諸要因相互間の重要度の序列が不明であり、各要因間の評価にちがいが生ずる場合の総合的評価が困難であること。

(iv) 成果の判断は長期でなければ正確を期し難いこと。

(v) 法規制の対象たる企業行動と成果の相互の因果関係の解明が、経済学の現状では充分になしえないこと。<sup>20)</sup>

以上の主たる理由に加える補足的理由として、根岸助教授は更に、(イ) 成果基準の導入が反トラスト政策に公共企業規制型の規制方式を必要とさせ、独禁法を弊害規制主義へと質的に転換させること。(ロ) 違法要件の中心である「競争の実質的制限」の確立した解釈は、「ある程度自由に価格を支配できる状態」ということである。これは、成果基準の

諸要因と次元が異なる問題であり、成果の如何にかかわらずこのような意味での市場支配は成立しうるために成果基準によってはこの状態の判断がなしえない。また仮にそれを判断しうるとすれば「競争の実質的制限」の従来の定義の放棄を余儀なくされ、大混乱が生ずる。以上の二つの理由をあげられる。<sup>(9)</sup> 成果基準の右のような欠陥を指摘した後、根岸助教は、合併規制を例に、構造、行動基準を違法性の判断基準とする議論を展開されるのである。

### 第三、違法性の判断基準と分割の判断基準

議論のポイントは、根岸説が経済論ではなく、法律論（違法性の判断）に必要なものと指摘し、成果基準を排除する根拠とされた「判断の正確性」とは何かということにある。しかし、根岸説が扱うのは違法性判断の問題であり、本稿の直接の対象である企業分割の問題ではない。それ故、議論をかみあわせるためには右の問題の検討に進む前に違法性判断の基準と、本稿の直接の目的である違法行為の排除措置ないしは違法行為を前提としない純粹構造規制としての企業分割の基準との関係を簡単に整理しておく必要がある。

違法性判断の対象は、ある企業の有する独占力（市場支配力）が社会的に是認しうるものか否かの判断である。これは、(i)企業がどの程度の市場支配力を有するかの認識と、(ii)それを社会的に容認しうるもの（適法）と判断するか、否（違法）かの判断という二つのプロセスから成る判断である。法的な判断が行為を対象とするというのは、経済学的には、主として企業の行為が(i)の認識の指標として用いられるということにすぎないといつてよいであろう。

排除措置としての企業分割の判断対象は、右の違法性判断を前提とし、それに分割の実施可能性の判断を加えるものといえよう。この場合、判断の対象となる企業に、既に違法の評価が加えられているということに留意されたい。

これに対して純粹構造規制としての企業分割の場合は、違法の評価を前提としない。したがって理論的には、ある

企業の市場支配力が、違法とは評価されないが、社会的に好ましくないとの評価をうける程度には至っている場合にも、それを分割の対象とすることができよう。すなわち、違法性についての法的議論から自由に、より経済技術的な判断を下しうる余地があるのである。それ故、少なくとも観念的には、純粹構造規制の対象は排除措置の対象より広いといえる。しかし、この場合も、(一)企業の有する市場支配力の程度の認識、(二)その社会的受容性の評価、(三)分割の実施可能性の判断の三つのプロセスの判断が必要となることは、排除措置の場合と同じであろう。(二)の評価の観点(基準)が排除措置の場合と異なるのである。

以上の比較から、(一)ある企業がどの程度の市場支配力を有するかの認識と、程度にちがいはあれ(二)その社会的受容性の評価という二つの作業は、違法性判断でも、企業分割の判断でも共になされねばならないことが明らかになった。それ故、我々は、分割の実施可能性の問題を別に考慮する必要はあるが、少なくともこの二点の判断については、根岸説の提起した問題と、企業分割の問題とをパラレルに扱うことができるのである。

#### 第四、構造基準の判断の正確性

議論を元にもどそう。我々の検討課題は、法的判断の正確性とは何かということである。これは、先に述べた違法性判断の二つのプロセスたる、①ある企業がどの程度の市場支配力を有するかの認識と、②その社会的受容性に関する判断との両方にかかわるものである。根岸助教が指摘された主たる理由も、この両方にかかわるものであった。すなわち、前記(i)各要因測定の困難、(iv)短期測定の困難の指摘は第一のプロセスについての正確性にかかわるのであり、(ii)満足度に関する客観的基準の不存在、(iii)各要因間の序列の不明、(v)行動と成果の因果関係の不明の問題は第二のプロセスにかかわるものと考えられるのである。以下問題を各プロセス毎に検討してみよう。

第一のプロセスに関する成果基準の欠陥についての根岸助教の指摘は、それ自体としては妥当なものである。し

かし、逆に成果基準を排して構造基準のみに依拠することが、判断の正確性を高めるといえるであらうか。成果基準が多くの欠陥を有するのと等しく、構造基準にも多くの欠陥があるのではなかるうか。根岸説はこの点の検討に欠ける。

例えば、マーケット・シェアの測定については、その前提となる市場の画定をめぐる問題がある。一度市場が画定された後では、たしかにシェアの測定は技術的・客観的になしえようが、その前提たる市場の画定が常に客観的かつ妥当になしうるとの保障はない。これについては、アメリカでアルコア判決、セロファン判決という好例が存する。<sup>(22)</sup> 市場の画定方法自体に関する確定したルールがないのである。<sup>(23)</sup>

さらに、市場の画定が仮に正確になされたとしても、単純な構造基準には次のような問題の存することが指摘されている。

「たとえ市場の画定が、可能な限り正確になされたとしても、需要の性質 (characteristics of demand) は、市場内で唯一の独占企業に対してでさえ、買手を搾取したり、資源配分をゆがめる力を、相対的にほとんど与えないこともありうる。利用可能な代替品が市場の画定からは除外され、その除外が妥当であるにもかかわらず、その市場において除外された代替品が諸企業の反競争的に活動する能力を大きく制限する場合があります。参入が相対的に容易なこともありうる。取引が秘密にかつ不定期になされるため、又は高度に差別化されているために効果的な寡占的協調が大きく損われることもありうる。市場内の企業数は少なくとも、諸企業間に大きなコストの差、経営態度 (attitudes) の差があるために寡占的協調が大きく損われることもありうる。その産業が高度に資本集約的であるため、ないしは生産拡大の余力の大きい周辺の企業が存在するため、寡占的協調が大きく損われることもありうる。企業の数や規模とならんで、このような諸要因は、市場構造がどの程度にその市場の経済的成果と有効競争による結果の見こみに影

響を与えるかを決するのである。」<sup>(24)</sup>

右はアリーダーの指摘であるが、この中には、第一のプロセスの問題のみならず、第二のプロセスの問題も含まれている。しかし、これによって、たとえ成果基準の欠陥が根岸説の指摘のとおりのものであるとしても、企業の非完全競争的に行動しうる力である市場支配力を正確に認定するために構造・行動基準のみを用いるならば、むしろその判断の正確性が、成果基準も用いる場合より、大きくゆがめられることになることは明らかにされたといえよう。根岸説があえて経済学的には成果基準がすぐれていると述べるのも暗黙のうちには右の事情を認めるために他ならないと考えられる。

第二の社会的受容性判断のプロセスについて検討しよう。これに関しても根岸説の指摘する成果基準の欠陥は、全く妥当な指摘といえる。しかし、ここでも構造基準が、ある独占力の社会的受容性の判断について、我々をより正確で妥当な判断へと導くものと言うことはできない。このことは、第一のプロセスについて言える以上に明らかなのである。

根岸説の主張の如く、成果基準について、各基準をどの程度に満たせば満足すべき成果をおさめているのかを判断する客観的な基準がないことは否定しえない。しかし同様の基準は構造基準にも存在しえないのであり、現実に適切な企業数や規模については、かなりの意見の相違がみられるといわれる。<sup>(25)</sup> また成果基準の諸要因相互間の重要度の序列が不明確であるとの指摘は、そのまま構造基準にもあてはまる。例えば、一時的にある企業のシェアが高くなっているが、参入障壁は相対的に低いと考えられる場合、総合的な評価がどのようになるのか、短期のシェア算定のみからはいかなる客観的原則も導かれえないであろう。行動と成果の因果関係が不明ということについても、それに比して、構造と成果、行動との因果関係がどれほど明らかと言えるのであろうか。構造なくして行動なしというスロ

ーガンの存在にもかかわらず、構造が行動を確定的に規定しうるのは、完全競争の場合だけなのである。<sup>(3)</sup>

以上のような諸事情を考慮するならば、私は、ある市場におけるある企業の市場支配力の社会的受容性を妥当に判断するためには、市場構造のみならず市場成果をも考察することを避けえないと考える。私は次に示すソスニクのような思考方法こそ、反トラスト法制の経済政策的目的にてらして妥当な認識と評価を可能にするものだと考えるのである。

「構造や行動についての基準のいかなる実行性あるセットも、とりわけ、通常言及されているような不完全なセットだけでは、成果が満足すべき状態にならうということを保証しうるものではない。成果が満足しうるものか否かということは、成果に関するデータによってのみ推測されうるのである。それ故、成果についてのデータが利用可能な場合には、構造―行動基準を満足させていることは、有効性にとって充分条件であるとはいえないのである。」<sup>(4)</sup>

#### 第五、有効競争論についての私見

私が以上述べて来たように、根岸説と完全に異なる結論を導くこととなった背景には、私と根岸説の間の有効競争論観のちがいがいるように思われる。根岸説は違法判断の「基準」として有効競争論を見る。本稿でもこれまで一応基準という語を無批判に用いて来た。しかし、ここで言われる基準とは、一体如何なるものなのであろうか。有効競争論は、言葉の厳密な意味で判断の基準たりうるのであろうか。

有効競争論の性格については、結局のところ次のような指摘がその総てを最も良く言いあらわしていると考えられよう。

「有効競争という概念の定義は、いわば『健康』とはどのような状態を指すのかを定義しようとする試みのようなものであり、結局のところ産業組織について各人の持っている理想、あるいは産業組織政策の課題そのものをめぐる

全般的な議論に導かれてしまっているのである。人々が『健康』であるとはどういうことか、あるいは文章が名文である（あるいは悪文でない）ためにはどのような条件が必要かというようなことを論じることは、決して無益ではないが、それを一般的な形で定義し、その条件を列挙しようという試みは有意義とは思われないのである。」<sup>28)</sup>

右の議論は、完全競争理論という完璧な演繹理論の体系を有する純理論の側からの評価である。あらゆる点についての明確な定義を有し、総ての必要条件が列記されている完全競争論との対比では、有効競争論の試みに消極的評価が与えられるのは当然であろう。完全競争のような形では有効競争は規定しえないのである。しかし、法律学的な立場からは、むしろ右の引用文中に見られる「無益ではない」との評価に意味があると言える。というのは、有効競争論は、我々に（引用文中の比喻をそのまま用いれば）健康の問題を討論する際の、いくつかの重要なチェック・ポイントを示すことができると考えられるからである。

健康とはいかなる状態かを一般的な形で定義しようとし、条件を列挙しようとするのは、総ての人に適用可能なある人が健康か否かの一義的判断基準をつくらうとすることに他ならない。

言葉の厳格な意味での基準とは、判断者が誰であるかにかかわらず、その基準が満たされているかどうかの判断が一致するものである。そうであって初めてその基準が真に有用な基準として機能しうる。しかし、チェック・ポイントというのは、その個々のポイントについて何らかの判断が下される点であるというにすぎない。ここでは、各ポイントについての判断が、人により、また時により、かなりの幅でバラつくことも認めているのである。

いかなる状態が健康かを、一般的に定義しその条件を列挙することは不可能であるとしても、我々がある人の健康について何らかの判断を下し、かつその判断についての議論を効果的になすために、予めいくつかのチェック・ポイントを設けることはできる。個々のチェック・ポイントのうち、あるものについては共通の測定方法があり、あるも

のについてはそれがないかもしれない。しかも複数のポイントのうちのどれを重視するか、諸ポイントの総合判断をどうするか、更によればこれらのポイントが真に我々の健康診断のキメ手となる点を網羅するものなのか否か、これらの点について絶対に確かなことは、少なくとも現在の科学水準では、誰にもわかりえないのである。

しかし、このような不確実性が避け難いものであるとしても、それにもかかわらず議論の参加者が、全く勝手に自己の判断を述べあうよりは、共通の了解事項としていくつかのチェック・ポイントを予め設定し、それにもとづいて議論することに、充分な意義があることは改めて論ずるまでもないであろう。<sup>(29)</sup> 法的判断においては、この類の客観性以上のものは期待しえないのではないのだろうか。

これまでに述べて来た私の立場をここでくり返すならば、かようなチェック・ポイントとして構造基準のみでは不十分であるということであり、成果、構造、行動の総合的なチェックが競争の有効性の判断には必要だということなのである。<sup>(30)</sup>

#### 第六、有効競争論と裁量

ここで本章におけるこれまでの議論をまとめ、次章に進むための一応の結論を出しておくことにしよう。

経済学的な独占Ⅱ市場支配力概念は、完全に一義的な内容を持つ形で定義される。しかし、いかに裁量の余地がなくとも、これは独占禁止法上の違法性の判断や企業分割の基準としては利用しえない性質のものであった。法的な判断の本質が、市場支配力の有無の選別の後、それを社会的に許容しうるものと然らざるものとに分けるという価値判断作用であるからである。

経済学的な独占概念を法的に利用可能な形に修正せんとする試みが有効競争論であった。ある企業の経済学的な意味での市場支配力の程度をできる限り正確に認識し、資源配分の効率性を改善するという経済政策的目的に照らして

その市場支配力の社会的受容性を妥当に決しようとするならば、我々は有効競争論の構造基準のみに依存することはできず、成果、構造、行動を総合的に考察することが必要であるとの結論が下された。

この場合、有効競争論は、我々が如何なる点に判断を下すべきかを示すにとどまるものであり、各点の判断につき、ある場合には、いずれが正しいかの判断がなしえない複数の結論が導かれる余地のあるものであり、これら各点の判断を総合する場合に、いずれのポイントが重視されるべきかを決定するルールもなく、したがって最終判断も複数個成立することが避けられない、あいまいな性格を持つものであった。それ故、我々は、ある企業が、企業分割の対象となるに足る市場支配力を有するか否かについて、多くの場合現在の経済学の助けをかりても、一義的な判断を下すことはできないと言わざるをえない。すなわち、経済学的な意味での市場支配力の排除という専柄自体の中には、比較的広範な裁量性が内在していると結論せざるをえないのである。

以上の議論は、基本的に経済学の側から企業分割の法的問題を見るものであるといえよう。有効競争論が、法的判断への利用という問題意識を有しつつ、なお、その発想の基盤を経済学に置くものであることは改めて確認するまでもなく明らかなことである。<sup>31)</sup>我々の次の課題は、このような経済学的価値のみならず政治的・倫理的価値が錯綜し衝突する現実世界の具体的実践である法的判断の場における企業分割の問題を検討することである。

私は、今村教授と同様に経済法を経済政策の法としてとらえる者であり、独禁法の問題も、基本的には経済的資源配分の効率性にかかわる問題であると考える。それ故、本章で検討した経済学的考察が法的考察においても大きな影響を持つものと考ええる。しかし、同時に、私は経済学的考察と法的考察が全く重なり合うものではないとも考える。具体的な政策実践の場たる法的判断のレベルでは、問題の経済的性質の如何にかかわらず、裁量の余地を少なくするような判断ルールを決定する可能性も否定しえないと考えるのである。これは、根岸説が争訟制度の効率運用とい

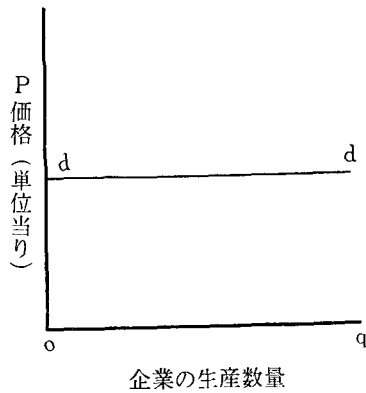
う言葉で現わした問題である。根岸説は、それが判断の正確性と矛盾しないとの前提に立つが故に取りえないものであった。実際は、この問題は、ある程度判断の正確性、妥当性を犠牲にすることと、その代償としてえられる裁量の範囲の減少のみならず諸効果との、どちらをどの程度優先させるのかという実践的判断・政策決定の問題なのである。我々は、企業分割の実施可能性の問題とあわせて、次章で、このような問題を検討することにしよう。

(一) Mason Edward S., "Monopoly in Law and Economics" (47 *Yale Law Journal* Nov. 1937) 本稿における引用は、同論文を再録した彼の論文集 *Economic Concentration and the Monopoly Problem* (1959) からなすため、引用頁数は論文集の頁数である。

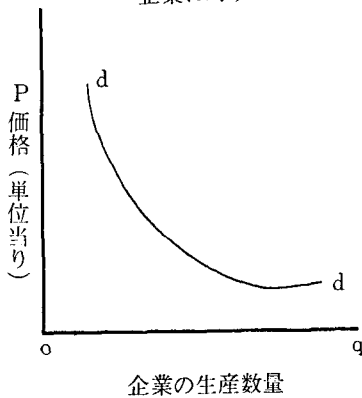
(二) *ibid.*, pp. 332—333. 丹宗昭信「独占禁止法上における競争概念の検討(1)」北大法学論集三二巻一—三六頁。ここでの丹宗教授の表現は、ともすればメイソンが構造のみを重視する考えを抱いていたかに理解されかねないものである。私はこの記述は正確ではないと考える。後に同論文四二頁で、丹宗教授は、メイソンが構造基準と成果基準の総合論者であると述べられるが、こちらに指摘の方が彼の本質をよくとらえていると思われる。丹宗教授が引用されるストックキングの説においても、「メイソンは、明らかに市場構造が競争に対して与える影響を認識していたが、一方で彼はまた、市場成果を、市場の状況 (market arrangements) の社会的な望ましさを判断する重要な基準と考えていた。」<sup>25</sup>」<sup>26</sup>」<sup>27</sup>」<sup>28</sup>」<sup>29</sup>」<sup>30</sup>」<sup>31</sup>」<sup>32</sup>」<sup>33</sup>」<sup>34</sup>」<sup>35</sup>」<sup>36</sup>」<sup>37</sup>」<sup>38</sup>」<sup>39</sup>」<sup>40</sup>」<sup>41</sup>」<sup>42</sup>」<sup>43</sup>」<sup>44</sup>」<sup>45</sup>」<sup>46</sup>」<sup>47</sup>」<sup>48</sup>」<sup>49</sup>」<sup>50</sup>」<sup>51</sup>」<sup>52</sup>」<sup>53</sup>」<sup>54</sup>」<sup>55</sup>」<sup>56</sup>」<sup>57</sup>」<sup>58</sup>」<sup>59</sup>」<sup>60</sup>」<sup>61</sup>」<sup>62</sup>」<sup>63</sup>」<sup>64</sup>」<sup>65</sup>」<sup>66</sup>」<sup>67</sup>」<sup>68</sup>」<sup>69</sup>」<sup>70</sup>」<sup>71</sup>」<sup>72</sup>」<sup>73</sup>」<sup>74</sup>」<sup>75</sup>」<sup>76</sup>」<sup>77</sup>」<sup>78</sup>」<sup>79</sup>」<sup>80</sup>」<sup>81</sup>」<sup>82</sup>」<sup>83</sup>」<sup>84</sup>」<sup>85</sup>」<sup>86</sup>」<sup>87</sup>」<sup>88</sup>」<sup>89</sup>」<sup>90</sup>」<sup>91</sup>」<sup>92</sup>」<sup>93</sup>」<sup>94</sup>」<sup>95</sup>」<sup>96</sup>」<sup>97</sup>」<sup>98</sup>」<sup>99</sup>」<sup>100</sup>」<sup>101</sup>」<sup>102</sup>」<sup>103</sup>」<sup>104</sup>」<sup>105</sup>」<sup>106</sup>」<sup>107</sup>」<sup>108</sup>」<sup>109</sup>」<sup>110</sup>」<sup>111</sup>」<sup>112</sup>」<sup>113</sup>」<sup>114</sup>」<sup>115</sup>」<sup>116</sup>」<sup>117</sup>」<sup>118</sup>」<sup>119</sup>」<sup>120</sup>」<sup>121</sup>」<sup>122</sup>」<sup>123</sup>」<sup>124</sup>」<sup>125</sup>」<sup>126</sup>」<sup>127</sup>」<sup>128</sup>」<sup>129</sup>」<sup>130</sup>」<sup>131</sup>」<sup>132</sup>」<sup>133</sup>」<sup>134</sup>」<sup>135</sup>」<sup>136</sup>」<sup>137</sup>」<sup>138</sup>」<sup>139</sup>」<sup>140</sup>」<sup>141</sup>」<sup>142</sup>」<sup>143</sup>」<sup>144</sup>」<sup>145</sup>」<sup>146</sup>」<sup>147</sup>」<sup>148</sup>」<sup>149</sup>」<sup>150</sup>」<sup>151</sup>」<sup>152</sup>」<sup>153</sup>」<sup>154</sup>」<sup>155</sup>」<sup>156</sup>」<sup>157</sup>」<sup>158</sup>」<sup>159</sup>」<sup>160</sup>」<sup>161</sup>」<sup>162</sup>」<sup>163</sup>」<sup>164</sup>」<sup>165</sup>」<sup>166</sup>」<sup>167</sup>」<sup>168</sup>」<sup>169</sup>」<sup>170</sup>」<sup>171</sup>」<sup>172</sup>」<sup>173</sup>」<sup>174</sup>」<sup>175</sup>」<sup>176</sup>」<sup>177</sup>」<sup>178</sup>」<sup>179</sup>」<sup>180</sup>」<sup>181</sup>」<sup>182</sup>」<sup>183</sup>」<sup>184</sup>」<sup>185</sup>」<sup>186</sup>」<sup>187</sup>」<sup>188</sup>」<sup>189</sup>」<sup>190</sup>」<sup>191</sup>」<sup>192</sup>」<sup>193</sup>」<sup>194</sup>」<sup>195</sup>」<sup>196</sup>」<sup>197</sup>」<sup>198</sup>」<sup>199</sup>」<sup>200</sup>」<sup>201</sup>」<sup>202</sup>」<sup>203</sup>」<sup>204</sup>」<sup>205</sup>」<sup>206</sup>」<sup>207</sup>」<sup>208</sup>」<sup>209</sup>」<sup>210</sup>」<sup>211</sup>」<sup>212</sup>」<sup>213</sup>」<sup>214</sup>」<sup>215</sup>」<sup>216</sup>」<sup>217</sup>」<sup>218</sup>」<sup>219</sup>」<sup>220</sup>」<sup>221</sup>」<sup>222</sup>」<sup>223</sup>」<sup>224</sup>」<sup>225</sup>」<sup>226</sup>」<sup>227</sup>」<sup>228</sup>」<sup>229</sup>」<sup>230</sup>」<sup>231</sup>」<sup>232</sup>」<sup>233</sup>」<sup>234</sup>」<sup>235</sup>」<sup>236</sup>」<sup>237</sup>」<sup>238</sup>」<sup>239</sup>」<sup>240</sup>」<sup>241</sup>」<sup>242</sup>」<sup>243</sup>」<sup>244</sup>」<sup>245</sup>」<sup>246</sup>」<sup>247</sup>」<sup>248</sup>」<sup>249</sup>」<sup>250</sup>」<sup>251</sup>」<sup>252</sup>」<sup>253</sup>」<sup>254</sup>」<sup>255</sup>」<sup>256</sup>」<sup>257</sup>」<sup>258</sup>」<sup>259</sup>」<sup>260</sup>」<sup>261</sup>」<sup>262</sup>」<sup>263</sup>」<sup>264</sup>」<sup>265</sup>」<sup>266</sup>」<sup>267</sup>」<sup>268</sup>」<sup>269</sup>」<sup>270</sup>」<sup>271</sup>」<sup>272</sup>」<sup>273</sup>」<sup>274</sup>」<sup>275</sup>」<sup>276</sup>」<sup>277</sup>」<sup>278</sup>」<sup>279</sup>」<sup>280</sup>」<sup>281</sup>」<sup>282</sup>」<sup>283</sup>」<sup>284</sup>」<sup>285</sup>」<sup>286</sup>」<sup>287</sup>」<sup>288</sup>」<sup>289</sup>」<sup>290</sup>」<sup>291</sup>」<sup>292</sup>」<sup>293</sup>」<sup>294</sup>」<sup>295</sup>」<sup>296</sup>」<sup>297</sup>」<sup>298</sup>」<sup>299</sup>」<sup>300</sup>」<sup>301</sup>」<sup>302</sup>」<sup>303</sup>」<sup>304</sup>」<sup>305</sup>」<sup>306</sup>」<sup>307</sup>」<sup>308</sup>」<sup>309</sup>」<sup>310</sup>」<sup>311</sup>」<sup>312</sup>」<sup>313</sup>」<sup>314</sup>」<sup>315</sup>」<sup>316</sup>」<sup>317</sup>」<sup>318</sup>」<sup>319</sup>」<sup>320</sup>」<sup>321</sup>」<sup>322</sup>」<sup>323</sup>」<sup>324</sup>」<sup>325</sup>」<sup>326</sup>」<sup>327</sup>」<sup>328</sup>」<sup>329</sup>」<sup>330</sup>」<sup>331</sup>」<sup>332</sup>」<sup>333</sup>」<sup>334</sup>」<sup>335</sup>」<sup>336</sup>」<sup>337</sup>」<sup>338</sup>」<sup>339</sup>」<sup>340</sup>」<sup>341</sup>」<sup>342</sup>」<sup>343</sup>」<sup>344</sup>」<sup>345</sup>」<sup>346</sup>」<sup>347</sup>」<sup>348</sup>」<sup>349</sup>」<sup>350</sup>」<sup>351</sup>」<sup>352</sup>」<sup>353</sup>」<sup>354</sup>」<sup>355</sup>」<sup>356</sup>」<sup>357</sup>」<sup>358</sup>」<sup>359</sup>」<sup>360</sup>」<sup>361</sup>」<sup>362</sup>」<sup>363</sup>」<sup>364</sup>」<sup>365</sup>」<sup>366</sup>」<sup>367</sup>」<sup>368</sup>」<sup>369</sup>」<sup>370</sup>」<sup>371</sup>」<sup>372</sup>」<sup>373</sup>」<sup>374</sup>」<sup>375</sup>」<sup>376</sup>」<sup>377</sup>」<sup>378</sup>」<sup>379</sup>」<sup>380</sup>」<sup>381</sup>」<sup>382</sup>」<sup>383</sup>」<sup>384</sup>」<sup>385</sup>」<sup>386</sup>」<sup>387</sup>」<sup>388</sup>」<sup>389</sup>」<sup>390</sup>」<sup>391</sup>」<sup>392</sup>」<sup>393</sup>」<sup>394</sup>」<sup>395</sup>」<sup>396</sup>」<sup>397</sup>」<sup>398</sup>」<sup>399</sup>」<sup>400</sup>」<sup>401</sup>」<sup>402</sup>」<sup>403</sup>」<sup>404</sup>」<sup>405</sup>」<sup>406</sup>」<sup>407</sup>」<sup>408</sup>」<sup>409</sup>」<sup>410</sup>」<sup>411</sup>」<sup>412</sup>」<sup>413</sup>」<sup>414</sup>」<sup>415</sup>」<sup>416</sup>」<sup>417</sup>」<sup>418</sup>」<sup>419</sup>」<sup>420</sup>」<sup>421</sup>」<sup>422</sup>」<sup>423</sup>」<sup>424</sup>」<sup>425</sup>」<sup>426</sup>」<sup>427</sup>」<sup>428</sup>」<sup>429</sup>」<sup>430</sup>」<sup>431</sup>」<sup>432</sup>」<sup>433</sup>」<sup>434</sup>」<sup>435</sup>」<sup>436</sup>」<sup>437</sup>」<sup>438</sup>」<sup>439</sup>」<sup>440</sup>」<sup>441</sup>」<sup>442</sup>」<sup>443</sup>」<sup>444</sup>」<sup>445</sup>」<sup>446</sup>」<sup>447</sup>」<sup>448</sup>」<sup>449</sup>」<sup>450</sup>」<sup>451</sup>」<sup>452</sup>」<sup>453</sup>」<sup>454</sup>」<sup>455</sup>」<sup>456</sup>」<sup>457</sup>」<sup>458</sup>」<sup>459</sup>」<sup>460</sup>」<sup>461</sup>」<sup>462</sup>」<sup>463</sup>」<sup>464</sup>」<sup>465</sup>」<sup>466</sup>」<sup>467</sup>」<sup>468</sup>」<sup>469</sup>」<sup>470</sup>」<sup>471</sup>」<sup>472</sup>」<sup>473</sup>」<sup>474</sup>」<sup>475</sup>」<sup>476</sup>」<sup>477</sup>」<sup>478</sup>」<sup>479</sup>」<sup>480</sup>」<sup>481</sup>」<sup>482</sup>」<sup>483</sup>」<sup>484</sup>」<sup>485</sup>」<sup>486</sup>」<sup>487</sup>」<sup>488</sup>」<sup>489</sup>」<sup>490</sup>」<sup>491</sup>」<sup>492</sup>」<sup>493</sup>」<sup>494</sup>」<sup>495</sup>」<sup>496</sup>」<sup>497</sup>」<sup>498</sup>」<sup>499</sup>」<sup>500</sup>」<sup>501</sup>」<sup>502</sup>」<sup>503</sup>」<sup>504</sup>」<sup>505</sup>」<sup>506</sup>」<sup>507</sup>」<sup>508</sup>」<sup>509</sup>」<sup>510</sup>」<sup>511</sup>」<sup>512</sup>」<sup>513</sup>」<sup>514</sup>」<sup>515</sup>」<sup>516</sup>」<sup>517</sup>」<sup>518</sup>」<sup>519</sup>」<sup>520</sup>」<sup>521</sup>」<sup>522</sup>」<sup>523</sup>」<sup>524</sup>」<sup>525</sup>」<sup>526</sup>」<sup>527</sup>」<sup>528</sup>」<sup>529</sup>」<sup>530</sup>」<sup>531</sup>」<sup>532</sup>」<sup>533</sup>」<sup>534</sup>」<sup>535</sup>」<sup>536</sup>」<sup>537</sup>」<sup>538</sup>」<sup>539</sup>」<sup>540</sup>」<sup>541</sup>」<sup>542</sup>」<sup>543</sup>」<sup>544</sup>」<sup>545</sup>」<sup>546</sup>」<sup>547</sup>」<sup>548</sup>」<sup>549</sup>」<sup>550</sup>」<sup>551</sup>」<sup>552</sup>」<sup>553</sup>」<sup>554</sup>」<sup>555</sup>」<sup>556</sup>」<sup>557</sup>」<sup>558</sup>」<sup>559</sup>」<sup>560</sup>」<sup>561</sup>」<sup>562</sup>」<sup>563</sup>」<sup>564</sup>」<sup>565</sup>」<sup>566</sup>」<sup>567</sup>」<sup>568</sup>」<sup>569</sup>」<sup>570</sup>」<sup>571</sup>」<sup>572</sup>」<sup>573</sup>」<sup>574</sup>」<sup>575</sup>」<sup>576</sup>」<sup>577</sup>」<sup>578</sup>」<sup>579</sup>」<sup>580</sup>」<sup>581</sup>」<sup>582</sup>」<sup>583</sup>」<sup>584</sup>」<sup>585</sup>」<sup>586</sup>」<sup>587</sup>」<sup>588</sup>」<sup>589</sup>」<sup>590</sup>」<sup>591</sup>」<sup>592</sup>」<sup>593</sup>」<sup>594</sup>」<sup>595</sup>」<sup>596</sup>」<sup>597</sup>」<sup>598</sup>」<sup>599</sup>」<sup>600</sup>」<sup>601</sup>」<sup>602</sup>」<sup>603</sup>」<sup>604</sup>」<sup>605</sup>」<sup>606</sup>」<sup>607</sup>」<sup>608</sup>」<sup>609</sup>」<sup>610</sup>」<sup>611</sup>」<sup>612</sup>」<sup>613</sup>」<sup>614</sup>」<sup>615</sup>」<sup>616</sup>」<sup>617</sup>」<sup>618</sup>」<sup>619</sup>」<sup>620</sup>」<sup>621</sup>」<sup>622</sup>」<sup>623</sup>」<sup>624</sup>」<sup>625</sup>」<sup>626</sup>」<sup>627</sup>」<sup>628</sup>」<sup>629</sup>」<sup>630</sup>」<sup>631</sup>」<sup>632</sup>」<sup>633</sup>」<sup>634</sup>」<sup>635</sup>」<sup>636</sup>」<sup>637</sup>」<sup>638</sup>」<sup>639</sup>」<sup>640</sup>」<sup>641</sup>」<sup>642</sup>」<sup>643</sup>」<sup>644</sup>」<sup>645</sup>」<sup>646</sup>」<sup>647</sup>」<sup>648</sup>」<sup>649</sup>」<sup>650</sup>」<sup>651</sup>」<sup>652</sup>」<sup>653</sup>」<sup>654</sup>」<sup>655</sup>」<sup>656</sup>」<sup>657</sup>」<sup>658</sup>」<sup>659</sup>」<sup>660</sup>」<sup>661</sup>」<sup>662</sup>」<sup>663</sup>」<sup>664</sup>」<sup>665</sup>」<sup>666</sup>」<sup>667</sup>」<sup>668</sup>」<sup>669</sup>」<sup>670</sup>」<sup>671</sup>」<sup>672</sup>」<sup>673</sup>」<sup>674</sup>」<sup>675</sup>」<sup>676</sup>」<sup>677</sup>」<sup>678</sup>」<sup>679</sup>」<sup>680</sup>」<sup>681</sup>」<sup>682</sup>」<sup>683</sup>」<sup>684</sup>」<sup>685</sup>」<sup>686</sup>」<sup>687</sup>」<sup>688</sup>」<sup>689</sup>」<sup>690</sup>」<sup>691</sup>」<sup>692</sup>」<sup>693</sup>」<sup>694</sup>」<sup>695</sup>」<sup>696</sup>」<sup>697</sup>」<sup>698</sup>」<sup>699</sup>」<sup>700</sup>」<sup>701</sup>」<sup>702</sup>」<sup>703</sup>」<sup>704</sup>」<sup>705</sup>」<sup>706</sup>」<sup>707</sup>」<sup>708</sup>」<sup>709</sup>」<sup>710</sup>」<sup>711</sup>」<sup>712</sup>」<sup>713</sup>」<sup>714</sup>」<sup>715</sup>」<sup>716</sup>」<sup>717</sup>」<sup>718</sup>」<sup>719</sup>」<sup>720</sup>」<sup>721</sup>」<sup>722</sup>」<sup>723</sup>」<sup>724</sup>」<sup>725</sup>」<sup>726</sup>」<sup>727</sup>」<sup>728</sup>」<sup>729</sup>」<sup>730</sup>」<sup>731</sup>」<sup>732</sup>」<sup>733</sup>」<sup>734</sup>」<sup>735</sup>」<sup>736</sup>」<sup>737</sup>」<sup>738</sup>」<sup>739</sup>」<sup>740</sup>」<sup>741</sup>」<sup>742</sup>」<sup>743</sup>」<sup>744</sup>」<sup>745</sup>」<sup>746</sup>」<sup>747</sup>」<sup>748</sup>」<sup>749</sup>」<sup>750</sup>」<sup>751</sup>」<sup>752</sup>」<sup>753</sup>」<sup>754</sup>」<sup>755</sup>」<sup>756</sup>」<sup>757</sup>」<sup>758</sup>」<sup>759</sup>」<sup>760</sup>」<sup>761</sup>」<sup>762</sup>」<sup>763</sup>」<sup>764</sup>」<sup>765</sup>」<sup>766</sup>」<sup>767</sup>」<sup>768</sup>」<sup>769</sup>」<sup>770</sup>」<sup>771</sup>」<sup>772</sup>」<sup>773</sup>」<sup>774</sup>」<sup>775</sup>」<sup>776</sup>」<sup>777</sup>」<sup>778</sup>」<sup>779</sup>」<sup>780</sup>」<sup>781</sup>」<sup>782</sup>」<sup>783</sup>」<sup>784</sup>」<sup>785</sup>」<sup>786</sup>」<sup>787</sup>」<sup>788</sup>」<sup>789</sup>」<sup>790</sup>」<sup>791</sup>」<sup>792</sup>」<sup>793</sup>」<sup>794</sup>」<sup>795</sup>」<sup>796</sup>」<sup>797</sup>」<sup>798</sup>」<sup>799</sup>」<sup>800</sup>」<sup>801</sup>」<sup>802</sup>」<sup>803</sup>」<sup>804</sup>」<sup>805</sup>」<sup>806</sup>」<sup>807</sup>」<sup>808</sup>」<sup>809</sup>」<sup>810</sup>」<sup>811</sup>」<sup>812</sup>」<sup>813</sup>」<sup>814</sup>」<sup>815</sup>」<sup>816</sup>」<sup>817</sup>」<sup>818</sup>」<sup>819</sup>」<sup>820</sup>」<sup>821</sup>」<sup>822</sup>」<sup>823</sup>」<sup>824</sup>」<sup>825</sup>」<sup>826</sup>」<sup>827</sup>」<sup>828</sup>」<sup>829</sup>」<sup>830</sup>」<sup>831</sup>」<sup>832</sup>」<sup>833</sup>」<sup>834</sup>」<sup>835</sup>」<sup>836</sup>」<sup>837</sup>」<sup>838</sup>」<sup>839</sup>」<sup>840</sup>」<sup>841</sup>」<sup>842</sup>」<sup>843</sup>」<sup>844</sup>」<sup>845</sup>」<sup>846</sup>」<sup>847</sup>」<sup>848</sup>」<sup>849</sup>」<sup>850</sup>」<sup>851</sup>」<sup>852</sup>」<sup>853</sup>」<sup>854</sup>」<sup>855</sup>」<sup>856</sup>」<sup>857</sup>」<sup>858</sup>」<sup>859</sup>」<sup>860</sup>」<sup>861</sup>」<sup>862</sup>」<sup>863</sup>」<sup>864</sup>」<sup>865</sup>」<sup>866</sup>」<sup>867</sup>」<sup>868</sup>」<sup>869</sup>」<sup>870</sup>」<sup>871</sup>」<sup>872</sup>」<sup>873</sup>」<sup>874</sup>」<sup>875</sup>」<sup>876</sup>」<sup>877</sup>」<sup>878</sup>」<sup>879</sup>」<sup>880</sup>」<sup>881</sup>」<sup>882</sup>」<sup>883</sup>」<sup>884</sup>」<sup>885</sup>」<sup>886</sup>」<sup>887</sup>」<sup>888</sup>」<sup>889</sup>」<sup>890</sup>」<sup>891</sup>」<sup>892</sup>」<sup>893</sup>」<sup>894</sup>」<sup>895</sup>」<sup>896</sup>」<sup>897</sup>」<sup>898</sup>」<sup>899</sup>」<sup>900</sup>」<sup>901</sup>」<sup>902</sup>」<sup>903</sup>」<sup>904</sup>」<sup>905</sup>」<sup>906</sup>」<sup>907</sup>」<sup>908</sup>」<sup>909</sup>」<sup>910</sup>」<sup>911</sup>」<sup>912</sup>」<sup>913</sup>」<sup>914</sup>」<sup>915</sup>」<sup>916</sup>」<sup>917</sup>」<sup>918</sup>」<sup>919</sup>」<sup>920</sup>」<sup>921</sup>」<sup>922</sup>」<sup>923</sup>」<sup>924</sup>」<sup>925</sup>」<sup>926</sup>」<sup>927</sup>」<sup>928</sup>」<sup>929</sup>」<sup>930</sup>」<sup>931</sup>」<sup>932</sup>」<sup>933</sup>」<sup>934</sup>」<sup>935</sup>」<sup>936</sup>」<sup>937</sup>」<sup>938</sup>」<sup>939</sup>」<sup>940</sup>」<sup>941</sup>」<sup>942</sup>」<sup>943</sup>」<sup>944</sup>」<sup>945</sup>」<sup>946</sup>」<sup>947</sup>」<sup>948</sup>」<sup>949</sup>」<sup>950</sup>」<sup>951</sup>」<sup>952</sup>」<sup>953</sup>」<sup>954</sup>」<sup>955</sup>」<sup>956</sup>」<sup>957</sup>」<sup>958</sup>」<sup>959</sup>」<sup>960</sup>」<sup>961</sup>」<sup>962</sup>」<sup>963</sup>」<sup>964</sup>」<sup>965</sup>」<sup>966</sup>」<sup>967</sup>」<sup>968</sup>」<sup>969</sup>」<sup>970</sup>」<sup>971</sup>」<sup>972</sup>」<sup>973</sup>」<sup>974</sup>」<sup>975</sup>」<sup>976</sup>」<sup>977</sup>」<sup>978</sup>」<sup>979</sup>」<sup>980</sup>」<sup>981</sup>」<sup>982</sup>」<sup>983</sup>」<sup>984</sup>」<sup>985</sup>」<sup>986</sup>」<sup>987</sup>」<sup>988</sup>」<sup>989</sup>」<sup>990</sup>」<sup>991</sup>」<sup>992</sup>」<sup>993</sup>」<sup>994</sup>」<sup>995</sup>」<sup>996</sup>」<sup>997</sup>」<sup>998</sup>」<sup>999</sup>」<sup>1000</sup>」<sup>1001</sup>」<sup>1002</sup>」<sup>1003</sup>」<sup>1004</sup>」<sup>1005</sup>」<sup>1006</sup>」<sup>1007</sup>」<sup>1008</sup>」<sup>1009</sup>」<sup>1010</sup>」<sup>1011</sup>」<sup>1012</sup>」<sup>1013</sup>」<sup>1014</sup>」<sup>1015</sup>」<sup>1016</sup>」<sup>1017</sup>」<sup>1018</sup>」<sup>1019</sup>」<sup>1020</sup>」<sup>1021</sup>」<sup>1022</sup>」<sup>1023</sup>」<sup>1024</sup>」<sup>1025</sup>」<sup>1026</sup>」<sup>1027</sup>」<sup>1028</sup>」<sup>1029</sup>」<sup>1030</sup>」<sup>1031</sup>」<sup>1032</sup>」<sup>1033</sup>」<sup>1034</sup>」<sup>1035</sup>」<sup>1036</sup>」<sup>1037</sup>」<sup>1038</sup>」<sup>1039</sup>」<sup>1040</sup>」<sup>1041</sup>」<sup>1042</sup>」<sup>1043</sup>」<sup>1044</sup>」<sup>1045</sup>」<sup>1046</sup>」<sup>1047</sup>」<sup>1048</sup>」<sup>1049</sup>」<sup>1050</sup>」<sup>1051</sup>」<sup>1052</sup>」<sup>1053</sup>」<sup>1054</sup>」<sup>1055</sup>」<sup>1056</sup>」<sup>1057</sup>」<sup>1058</sup>」<sup>1059</sup>」<sup>1060</sup>」<sup>1061</sup>」<sup>1062</sup>」<sup>1063</sup>」<sup>1064</sup>」<sup>1065</sup>」<sup>1066</sup>」<sup>1067</sup>」<sup>1068</sup>」<sup>1069</sup>」<sup>1070</sup>」<sup>1071</sup>」<sup>1072</sup>」<sup>1073</sup>」<sup>1074</sup>」<sup>1075</sup>」<sup>1076</sup>」<sup>1077</sup>」<sup>1078</sup>」<sup>1079</sup>」<sup>1080</sup>」<sup>1081</sup>」<sup>1082</sup>」<sup>1083</sup>」<sup>1084</sup>」<sup>1085</sup>」<sup>1086</sup>」<sup>1087</sup>」<sup>1088</sup>」<sup>1089</sup>」<sup>1090</sup>」<sup>1091</sup>」<sup>1092</sup>」<sup>1093</sup>」<sup>1094</sup>」<sup>1095</sup>」<sup>1096</sup>」<sup>1097</sup>」<sup>1098</sup>」<sup>1099</sup>」<sup>1100</sup>」<sup>1101</sup>」<sup>1102</sup>」<sup>1103</sup>」<sup>1104</sup>」<sup>1105</sup>」<sup>1106</sup>」<sup>1107</sup>」<sup>1108</sup>」<sup>1109</sup>」<sup>1110</sup>」<sup>1111</sup>」<sup>1112</sup>」<sup>1113</sup>」<sup>1114</sup>」<sup>1115</sup>」<sup>1116</sup>」<sup>1117</sup>」<sup>1118</sup>」<sup>1119</sup>」<sup>1120</sup>」<sup>1121</sup>」<sup>1122</sup>」<sup>1123</sup>」<sup>1124</sup>」<sup>1125</sup>」<sup>1126</sup>」<sup>1127</sup>」<sup>1128</sup>」<sup>1129</sup>」<sup>1130</sup>」<sup>1131</sup>」<sup>1132</sup>」<sup>1133</sup>」<sup>1134</sup>」<sup>1135</sup>」<sup>1136</sup>」<sup>1137</sup>」<sup>1138</sup>」<sup>1139</sup>」<sup>1140</sup>」<sup>1141</sup>」<sup>1142</sup>」<sup>1143</sup>」<sup>1144</sup>」<sup>1145</sup>」<sup>1146</sup>」<sup>1147</sup>」<sup>1148</sup>」<sup>1149</sup>」<sup>1150</sup>」<sup>1151</sup>」<sup>1152</sup>」<sup>1153</sup>」<sup>1154</sup>」<sup>1155</sup>」<sup>1156</sup>」<sup>1157</sup>」<sup>1158</sup>」<sup>1159</sup>」<sup>1160</sup>」<sup>1161</sup>」<sup>1162</sup>」<sup>1163</sup>」<sup>1164</sup>」<sup>1165</sup>」<sup>1166</sup>」<sup>1167</sup>」<sup>1168</sup>」<sup>1169</sup>」<sup>1170</sup>」<sup>1171</sup>」<sup>1172</sup>」<sup>1173</sup>」<sup>1174</sup>」<sup>1175</sup>」<sup>1176</sup>」<sup>1177</sup>」<sup>1178</sup>」<sup>1179</sup>」<sup>1180</sup>」<sup>1181</sup>」<sup>1182</sup>」<sup>1183</sup>」<sup>1184</sup>」<sup>1185</sup>」<sup>1186</sup>」<sup>1187</sup>」<sup>1188</sup>」<sup>1189</sup>」<sup>1190</sup>」<sup>1191</sup>」<sup>1192</sup>」<sup>1193</sup>」<sup>1194</sup>」<sup>1195</sup>」<sup>1196</sup>」<sup>1197</sup>」<

るPを押し下げてしまう。」と説明する。

(A) 完全競争下での  
企業に対する需要



(B) 不完全競争下での  
企業に対する需要



(7) フリーダーは、次のように述べる。

「市場支配力 (market power) というのは、非完全競争的な行為をなしうる能力であるので、ほとんどすべての完全競争基準からの乖離は、何がしかの市場支配力を含むものなのである。それ故、ほとんど総ての市場において、市場支配力を有する複数の企業が存在するのである。」(Areeda Phillip, op. cit., p. 195.)

(8) アメリカの裁判例でもこのような見解を明示するものは多い。一例をあげれば、有名なアルコアの排除措置判決で、ノックス判事は、排除措置の決定にあたって問題とすべきは「価格決定力、競争者排除力」として具体化される独占力そのものであると述べた。U. S. v. Aluminum Co., of America 91 Fed. Supp. 333 at 344—346.

(9) Keyes Lucile Shepard, "The Shoe Machinery Case and the Problem of Good Trust." 68 Quarterly Journal of Economics, May 1954, p. 294.

- (10) 正田 彬、実方謙二編、独占禁止法を学ぶ、昭和五一年、有斐閣、二一三頁。
- (11) このような見解を代表してソスニックは次のような鋭い問題提起をなす。「過去一八名の有効競争論者の主張を検討した結果）法的な合言葉といえる、価格を引きあげ、競争者を排除する力の不存在という基準を、我々の検討対象となった一八名の研究者は、賢明にも誰一人として提唱していない。」この基準は、文字どおりに解せば、完全競争の基準に等しく、文字どおりに解さねば、この基準は、市場力の起源、強度、持続期間、行使の態様等に応じて、様々な型の市場力を評価するための基準を要求するに等しくなり、それは結局市場の構造、行動、成果の諸側面についての基準を探究するということを意味するにとどまるのである。(Sosnie Stephan H, A Critique of the Concept of Workable Competition, 72 Quarterly Journal of Economics 380 at 387—388.)
- (12) ステイグラー、フリードマン等の有力な経済学者の一部には、完全競争の基準を政策的な評価基準としても用いるとする見解が見られるが、大多数はこのような見解に否定的だといわれる。(Bernard Richard C, "Competition in Law and Economics," 12 Antitrust Bulletin 1099, esp. p. 1115, note 40, 41.)
- (13) 代表的なものとして、小西唯雄、反独占政策と有効競争、有斐閣、昭和四二年。同著者、「有効競争基準の背景と特徴」、「伝統的有効競争基準の内容」、「有効競争基準の発展」経済セミナー二〇八号、二〇九号、二一〇号。同著者「産業組織政策と『有効競争』」、日本経済政策学会編、国際化時代の産業組織、勁草書房、一九七四年。出石邦保、「米国における反独占政策と競争の理論」、同志社商学、一一巻一号。法律学者の手になるものとして、丹宗昭信、前掲論文。実方謙二「新シャーマン法と有効競争の理論」商学討究、一四巻四号。同著者「反トラスト法と有効競争の理論」公正取引一八八—一八九号。
- (14) Sosnie Stephan H, *op. cit.*, pp. 380—423.
- (15) *Ibid.*, p. 386.
- (16) *Ibid.*, pp. 389—391.
- (17) *Ibid.*, p. 391.
- (18) 小西唯雄、反独占政策と有効競争、有斐閣、昭和四二年、一一二頁。
- (19) 根岸哲、「独占法運用における経済学利用の効用と限界」経済法一五号。
- (20) 同論文、一五頁。

- (21) 同論文、二六頁。私はこの理由はある意味でナンセンスなものだと考える。くわしくは注(11)におけるソスニックの見解を参照された。
- (22) *U. S. v. Aluminum Co. of America*, 148 Fed. 2d. 416 (1945), *U. S. v. E. I. Du Pont De Nemours & Co.*, 351 U. S. 377 (1956).
- アルコア判決では、市場画定の方法が三とおり考えられ、それぞれに応じて、アルコアのシェアは、三三%、六四%、九〇%の三様に算定されうるものであった。第一審は三三%の、また最終審たる巡回控訴審では九〇%のシェア算定がなされる市場が各々採用された。経済学者達は、最終審の市場画定の方法に対して、かなり一致して、市場を過度にせまく限定するものとの批判をなしているといわれる。(cf. *Stocking G. W.*, op. cit., p. 141, n. 70)
- セロファン・ケースでは、市場をセロファンに限定するか、軽包装材全体とするかで、デュボンのシェアは七五%とも二〇%とも算定された。最高裁は市場を広く認定した。これについては、経済学者の評価がわかれているといわれる。(cf. *Asch Peter, Economic Theory and Antitrust Dilemma*, (1970) p. 253)
- (23) 市場は製品市場と地理的市場とからなるという類のルールはあるが、このような規定にほとんど意味がない(抽象的にすぎること)は明らかであろう。
- (24) *Areeda P.*, op. cit., p. 40.
- (25) 小西唯雄、「反独占政策と有効競争、一〇三—一〇四頁。
- (26) 熊谷尚夫「独禁法改正に対する私の意見」(季刊現代経済アンケートへの解答) 同誌一六号、一九五頁、熊谷教授は次のような指摘もされる。
- 「たとえば、二社の複占企業をそれぞれ分割して、四社の寡占を成立させたとき、価格や資源配分はどのような影響を受けるか。クールノーの寡占モデルによれば、その場合には価格は低下し、産業の産出量は増えることになる。だが、われわれにとって困ったことには、クールノーの寡占モデルは多数ありうる中の一つにすぎず、企業がクールノーの仮定どおりに行動しなければならぬという理由は何もない。非価格競争などを考慮に入れると事態はいっそう混沌としてくる。」
- (27) *Sonic S. H.*, op. cit., p. 397.
- (28) 今井賢一他、*価格理論Ⅲ*(現代経済学3) 岩波書店、一九七二年、一一〇頁。

(29) マーカムが有効競争論を「新しい価値理論はまったく生み出さなかったが、その代わりに、価値判断についての系統だった体系を生み出した」と評するのは、私と同意であろうか。(マーカム・J・W・編、アメリカの経済、東京大学出版会、一九六九年、九七頁)

(30) 有効競争論が「それ自体で明確な量の基準を提供してはいない」ことを指摘しつつ「法による介入・規制に際し、何を、どの程度まで考慮すべきか」を示すことができるものと評価し、「構造、行動、成果の総合的考察」を主張される実方説は、本稿の立場と基本的に類似するものといえよう。但し、本稿の立場は、有効競争論が「何を」考察すべきかを示すことができても、「どの程度まで考慮すべきか」は有効競争論自体からは必ずしも明らかにされえないものと考ええる。(実方謙二「反トラスト法と有効競争の理論」公正取引一八九号、一三頁)

私の基本的な考えはソズニクの次のような説に依っている。

「構造、行動、成果、またはそれらの結合した基準を提唱して来た有効競争の観念は矛盾するものではない。ここで成果は最終的な重要性を有しているものであり、成果が満足すべきや否やは、成果についての基準でのみ判断しうる。しかし確実性に欠けたり、偶然的であったり、一時的であったりする成果は、構造と行動についての基準を加えることよってのみ充分に判断しうる。競争の充分な有効性を示すものとして選ばれた諸条件は、それらの諸条件が、構造、行動、成果の各次元の規範を含む時

にのみ、満足すべきパフォーマンスを約束するのである。」(Sosnie S. H., op. cit., p. 390)

(31) 有効競争論と不可分の関係に立つバイン、ケイヴス等の産業組織論が、抽象的、非現実的価格理論から脱却しようという著者等の意図にもかかわらず、依然として価格理論の枠を超えうものではないとの指摘もある。(Bernard Richard C., "Divergent Concepts of Competition in Antitrust Cases," *Antitrust Bulletin* Spring '70 pp. 51—59)

### 第三章 構造規制の法律学的考察

不当な市場支配力の排除による効率的資源配分の実現という経済政策目的に照らして、構造規制に関する判断の妥当性を確保しようとするならば、経済技術的には、有効競争論の成果基準についての判断も欠かせないというのが、我々の前章の結論であった。本章の課題は、この問題を、より具体的な法技術的問題として検討を加えることである。

すなわち、経済技術的観点からの判断の妥当性の確保という目標を一方で考慮に入れつつ、他方で、行政・争訟の各制度の効率的運用という目的、更には法制度に固有の非経済的な、政治的、倫理的価値の実現という目的に照らして経済技術的に必要とされる判断要素をどのように取捨選択しうるかという問題が検討されるのである。

この問題の検討の手がかりとなる素材が二つある。一つは日米両国での独禁法改正案であり、他の一つは私的独占の排除措置としてではあるが裁判所が企業分割を含む構造規制を現に行っているアメリカの裁判例である。ここでは、主としてアメリカの裁判例の検討をなすことにし、日米両国の独禁法改正案には必要に応じて補助的に言及することにしてしよう。独占禁止法制上で日米両国の裁判所の果す機能には違いがあるとしても、具体的な事件において裁判所の示す法的判断がどのような諸要因を考慮に入れるものであったのかということの検討が、本章の目的に最も直接役立つと考えられるからである。

## 第一節 裁判例の検討

ここでは、アルコア判決とユナイテッド・シュー・マシナリイ判決の二つを検討する。いずれも、実体的な判断としては、構造自体を違法とする反トラスト法理の最高水準を示すとの評価をうけるものであるが、排除措置においては司法省が請求した企業分割にまで進みえなかつた例である。

この具体的検討に入る前に、これまで十分な定義をせず使用して来た企業分割という概念と、排除措置としての企業分割の根拠とについてアメリカでの議論を簡単に紹介しておくことが何かと便利であろう。

### 第一、企業分割概念

これまで漠然と用いて来た企業分割（構造規制）という語は、周知のように、アメリカでは三D、すなわち Dis-

solution” “Divestiture” “Divorcement” の三種の措置を含むものとされている。“Dissolution” は「違法を主張された結合ないしは団体 (association) の解体 (dissolving) が問題となる状況を一般的に言及するために用いられる。この語は、この目的を達成するための手段として、“divestiture” や “divorcement” を用いることをも意味する」ものであり、“Divestiture” は「被告がその財産 (property)、有価証券 (securities)、その他の流動資産 (assets) を手放す (divest themselves of) ことが要求される状況」であり、“Divorcement” は「ある型の “divestiture” が命じられる場合の判決の効果を示すのに用いられる語であり、特に、製造業と流通機能の垂直的統合であるとか、用法的ないしは機能において関係のない様々な製品の生産と販売とを統合するような) 統合された所有や支配から生ずる、反トラスト法違反に対する排除措置を確保することを目的とする手続に対して用いられる」と定義される<sup>(2)</sup>。具体的には持株会社の解散、事業部門の独立による会社の分割、営業の一部譲渡、株式の譲渡などの排除措置を意味するといわれる<sup>(3)</sup>。

アメリカにおいては、以上の構造規制を違法行為の排除措置としておこなっている<sup>(4)</sup>。排除措置として右のような規制をなすのは、通常、①市場支配力の全形成過程が違法とされるために、その過程の個々の行為を排除しても意味がなく、違法に形成された市場支配力自体を排除しなければならない場合、②個々の違法行為の差止のみでは、行為者の違法行為の果実の享受を阻止できず、この果実の保持を許せない場合、③将来の違法行為の反復の予防のために、その基礎となる市場構造の変革が必要とされる場合の三つの場合であると説明される<sup>(5)</sup>。以上の知識を前提として、具体的な判例の分析へ進む。

## 第二、アルコア判決

アルコアがアルミ鋳塊市場で九〇%以上のシェアをしめるとの認定にもとづき、同社の独占は押しつけられたも

のではないとの判断を下し、同社がシャーマン法第二条を犯すものであるとの結論を導いた一九四五年の実体判決はよく知られている。<sup>6)</sup>ここでは、第二次大戦後の政府直営工場の処分問題のために四五年判決で一時留保された排除措置を決する一九五〇年判決を検討することにしよう。

(1) 専実と判旨

四五年判決以降の専実の推移は概ね次のようなものであった。

一九四四年の余剰財産法(Surplus Property Act)によって、レイノルズ・メタルズとカイザー・アルミの二社がアルコアの競争相手となるべく政府の工場が処分された。四八年には、アルコアの一次および二次アルミの生産シェアは五五%にまで落ち、レイノルズが二六%、カイザーが一八%のシェアをしめるといふ三社寡占の状況が出現した。このような構造変化を理由として、一九四七年に、アルコアがニューヨーク地方裁判所に対して独占者たる地位から脱したことの確認を求める訴を提起し、政府はこれに対し、競争の回復が不十分であることを理由に、再度アルコアの分割を求めた。これに対する判決が一九五〇年のノックス判決であった。<sup>7)</sup>

ノックスの判決は、アルミ産業の競争回復が不十分であることを認めながら、アルコアを分割して新会社を設立させるという政府の請求は退け、代りに、アルコアに対し特許に関するグラント・バック条項の放棄、セント・ローレンス工場の処分を命じ、アルコアと同社のカナダ子会社ともいふべきアルミナム・リミテッド社との共通大株主たるデイヴィス、ハント、メロン家に対していづれか一社(実際にはアルテッド社の株が売却された)の株式の処分を命ずるといふ折衷的なものであった。<sup>8)</sup>

ノックスが、アルミ市場の競争回復が不十分であることを認めつつ、政府の請求したアルコアの分割を認めなかった理由は何であろうか。また、ノックスが命じた右のような排除措置は、アルミ産業の競争回復に充分なものであ

たのだろうか。この二点に焦点をあてて、この判決を検討することとしよう。<sup>(9)</sup>

(2) 分割拒否の理由

ノックスは、反トラスト法上の許容しうる力に関する考察と、分割の実施可能性、有効性に関する考察とに基づき、アルコアの解体請求を棄却する。この反トラスト法上の許容しうる力について検討するために、ノックスは次の四要素を考慮すべきであるとする。

- ① 市場内の企業の数と強さ
- ② 技術発展、代替品との競争や国外での競争のために必要とされる企業規模
- ③ 大生産力および技術進歩を維持する国防上の必要性
- ④ コスト低下と円滑な生産による公共の利益<sup>(10)</sup>

我々がまず注目せねばならないのは、右の各要素中、②と④が明らかに成果に関する要素であるということであり、①は市場構造に関するものであるが、その中に企業の強さという成果基準的なニュアンスのものが含まれているということである。

ノックスは、アルミ市場の構造と、アルコア、レイノルズ、カイザー、アルテッドの相対的な力関係とから、何らかの排除措置の必要性を認める。しかし、②と④に関する考察は、いずれもノックスの「アルコアの物的な財産組織が乱されるべきではない」という結論の根拠となったのである。

彼は、代替品との競争を理由として、国防上および平和時の公共の福祉のために「強力で資金の豊かな国内アルミ産業を維持することの強い必要性」と、アルコアの生産力の維持の必要性を次のように説く。

「……アルミ産業の将来の発展は、同産業が財政状態が健全で、十分に統合された諸組織によって構成されている

ということにかかっていると考える。我々は、アルミ製品が他の素材から成る製品と激しい競争をしていること、そしてその製品は、規模においてアルコアに全く対等な諸企業によって生産され、販売されていることを、常に思い起さねばならない。実際、いくつかの例では、そのような競争相手の資力が、国内三アルミ・メーカーの全資力をはるかに上まわっているのである。

もしアルミ産業が十分に発達すべきものであり、同産業が、当然の結果として直面せねばならない莫大な需要を満たすべきものであるならば、同産業は、相対的に重要であるにすぎないという地位にまで引き下げられるべきではない。むしろ逆に、同産業は、もしその現在の発展が維持されるべきものであるならば、容易なことでは現在の取引上の地位を手放さないような諸企業によって製品が製造されている、他の産業の守護者の地位をうばいとっていかねばならない。現在強力に自己の足場を固めている競争相手が支配する分野に侵入していくという、このような努力が成功するのは、資金が豊富で十分な科学的実験およびマーケティングの実験をなしうる企業がこれを行う場合のみなのである。現在の状況で、いかなるものであれアルミ製造業者を弱体化することは、アルミ産業全体の上昇力を減ずることになるのである。良きにつけ悪しきにつけ、経済的および社会的な観点から、多くの産業で大企業が現実のものとなっており、もしそのような大企業が有効な競争を受け入れるべきであるならば、その競争相手も、ある程度それに匹敵する強さを有さねばならないのである。」<sup>(ii)</sup>

右の議論は、高度に発達した化学、工業、技術分野での大企業を対象とする場合に、現在の反トラスト法が、単にその企業の属する市場でのシェア一数のみを根拠にしえないという、後年のセロファン・ケースで再度問題化した、複雑な問題をかかえていることをよく示すものであろう。

更にノックスは、アルコアの分割の実施可能性、それによる有効競争実現の可能性について、垂直的統合企業を分

割することによって、今一つの完全に統合した効率的な競争者を作ることの一般的困難さを述べ、次のような点を指摘する。

① アルコアには二つのアルミナ工場があるが、入手の容易な輸入ボーキサイトを使用してレイノルズやカイザーと同等に効率的な操業をなしうるのは一つのみであり、製品加工能力も二工場で差があることから、これを二社に分割すると一方が存続しえなくなること。

② 新会社を設立しても、人的にその経営スタッフがアルコアとの関係を切断しえないと考えられること。

③ 研究スタッフおよび施設が分割によって現在の研究効率を低下させる可能性が大きく、新にアルコアに匹敵する研究体制をつくることはほとんど不可能であること。

④ 新会社は、レイノルズやカイザーが設立時に政府の余剰財産処分計画によって受けたような財産援助をうけられず、それは直ちに新会社の経営上の不利益となること。その他の点を考えて見ても、分割によって創設される新会社が、有効な競争単位として存続しうる可能性が少ないこと。

以上のような指摘の後、ノックスは、政府の提出した二つの分割案が、アルコアの努力と効率とが生み出す力を損わないことを意図している点では評価しうるが、その他の点ではいずれも説得力がないとして次のように述べる。

「問題を別の角度から述べるならば、依然として強力なアルコアが存在する時に、新にアルミ会社を設立することによって現存する競争状態が実質的に変化することの保障はほとんどないということなのである。政府の分割計画から導かれる潜在的利益は、政府の計画の下に創り出された新会社がまもなく衰退し、死滅するという危険を正当化するものではないのである」。

以上のノックスの議論は、我々にマーカムとソスニックが主張した、改善可能性を有効競争の判断の中心にすえる

議論を想起させる。マーカムは有効競争を次のように定義する。

「その市場の構造的な特色やそれらを形成する原動力が徹底的に吟味された後に、公共政策的措置によって、社会的損失よりもいっそう大きな社会的利益を生み出すような変化が、明瞭に現われない時に、その産業は有効競争的と判断される。」

また、右の議論を一層深化させて、ソスニツクは市場構造—行動の基準と改善可能性の問題を次のように規定する。

構造および行動に関する市場条件の基準は、それらが成果にどのような影響を与えるかということで評価されねばならない。しかし所与の基準が成果に対してどのように影響するかを一般的に答えることはできず、またそれがある面では成果を改善し、ある面では悪化させることが明らかの場合に、どちらが優先されるべきかを一般化することもできない。かくて、「構造と行動の多くの要素についての規範は、抽象的には、それが現存する状況に対して何がしかの変化を加えるものならば、その市場においてその変化の総計が成果をより良いものにする—直接にであれ、構造や行動の他の側面に影響することによるものであれ、とにかく成果を改善する—場合にのみ、遂行されることを要求すべきなのである。」

以上のような改善可能性の議論は、司法的手続によって、構造規制をなそうとする際に、判断者が当然考慮せねばならない問題であり、これは、その本質においては、経済学的な議論というよりは、むしろ法的発想と一体のものといつてよいであろう。裁判による問題解決とは、原則として「何ごとであれ法的現状の積極的変更を行うには、それを主張する者の側での十分な挙証と、それに対する反対の側での十分な反証の手続とを経ないでなされる事はない」ということ、すなわち法的現状の保護を優先するという本質を有するものだからである。私は、実体的には構造基準

を採用したと評される本判決が構造的排除措置の決定にあたっては、これまでに見て来たように、成果の諸要素について綿密に検討し、改善可能性について充分に検討せざるをえなかったという事実を充分に認識せねばならないと考へるのである。<sup>(15)</sup>

### (3) 排除措置の有効性

次に、右のような分割に至らない排除措置がアルミ産業の競争回復に十分なものであったかという問題の検討へ移ろう。これが充分に競争を回復するものであれば、構造規制がなされなかったことは、さして大きな意味をもつものではなくなるからである。この点について我々に興味深い素材を提供するのは、アルコアの価格支配力に関する政府の主張とノックスの判示、ならびにこれについて後日経済学者からなされた指摘である。この問題を手がかりに議論を進めることにしよう。

政府は、アルコアのビッグとインゴット価格支配を、排除さるべきアルコアの独占力の表象としてとらえた。すなわち、政府は、アルミ・ピッグとインゴットについて、アルコアがプライス・リーダーシップを發揮していること、レイノルズとカイザーが長期間アルコアのつけた価格から離れられないことなどをあげ、このような価格支配現象こそアルコアの排除さるべき独占力を示すものであると主張したのである。

これに対して、ノックスはアルミ市場を地金と加工品を含めて広く画定するという立場に立ち、ピッグとインゴットに関する競争よりも、加工品に関する競争を重視する。<sup>(16)</sup> 彼はピッグとインゴットについてのアルコアのプライスリーダーシップの發揮を重視せず、逆に政府が最も重要な論点たる加工品価格について、アルコアの価格支配を立証していないこと、またピッグとインゴットに関するアルコアの戦後の価格づけが、コストに比して、レイノルズとカイザーを市場から追放するほど低くなされたことの立証がないことを理由に政府の主張を退けるのである。<sup>(17)</sup>

このようにアルコアのビッグとインゴット価格支配力に対するレイノルズとカイザーの潜在的牽制力を高く評価し、それによってアルコアの価格支配力を不問に付すというノックスの発想は、アルミ産業における競争の有効性を、各々が実質的な市場支配力を有する三会社の対抗関係に求め、そのうちの一家の、他の二社に対する対抗力を弱めるような結果をもたらす解体請求を退けるという彼の結論の基礎となるものであった。しかし、アルコアによるビッグとインゴット価格支配力こそは、判決の重視する加工品市場における同社の価格圧搾 (price-squeeze) 行為、ないしは販売拒絶、顧客の選択を手段とする同社の加工製品市場での力の源泉であり、決して軽視しえないものであることは、経済学者がつとに指摘するところなのである。<sup>18)</sup>

右の一例からも容易に推測されるように、本判決は結局、三社寡占を容認するものであって、排除措置として有効な競争を回復せしむるものではなかったとの批判も強い。すなわち、本判決が意識的平行行為による競争の停滞という認識を欠き、アルコアの自制による三社協調というパフォーマンスをもたらし、その結果、消費者を保護するのではなく、アルミ業界を保護する効果を持った等の批判がなされているのである。<sup>19)</sup>

#### (4) アルコア判決のまとめ

以上で、本判決の解体請求拒否の理由と、それによる競争回復の問題とを、簡単にフォローして来た。その結果として、私は、本判決が現在の反トラスト法の経済政策手段としての能力の限界を、ある意味で非常にリアルに示すものだという印象をうける。

実方教授が総括されているように、「結局、この判決は、寡占的市場支配の規制という観点から見れば不十分なものであった。」といわざるをえない。しかし、他方で、既に見たようにアルコアの市場支配力の社会的受容性、分割の実施可能性、それによる競争状態の改善可能性等の検討から、企業分割を否定したノックスの態度を支持する見解も有

力なのである。本判決を見る限り、これらを全く考慮せずに、市場が寡占構造であることのみを理由として、(純然たる構造基準で)企業を分割することは、ほとんど不可能であったといわざるをえない。その個々の判断の当否は別にしても、これらの問題を吟味することはの必要性を否定してしまふことは、判決全体の説得力を大きく損うことになると考えられるのである。そしてこのような問題を考慮する限り、司法省の側でよほど説得力ある議論をしめすのでなければ、裁判官が現状の変更を回避せんとする結論を導きがちになるといふことは、大いにありうることなのである。司法的手続による経済政策運営の限界が、まさにここに現われているといえよう。

### 第三、ユナイテッド・シュー・マシンナリイ判決

アルコア判決と同様に、実体的な判断としては独占規制法理の一つの頂点に立つきびしい判断を下しつつ、排除措置については政府の要求する被告会社の三分割案を拒否したもう一つの代表的判決として、ユナイテッド・シュー・マシンナリイ(以下USMと略)判決がある。<sup>(20)</sup>本判決の示した実体法上の法理が大変興味深いものであることもさりながら、我々にとつては、(i)本判決が排除措置の決定と裁判の機能の本質とについて詳細な分析をなしていること、(ii)裁判所で分割不要という判決が下されて一五年後に、結局、政府とUSMが、同社のシェアを三三%にまで減ずる分割計画についての合意を成立させ、その旨の同意判決が下されたこと、の二点において、とりわけ興味深いものとなっている。右の二点に焦点をあてつつ、本判決を検討して行くこととしよう。

#### (1) 事実と判旨

五三年判決における政府の申し立ては、USM社が主要な製靴機械、付属的小機械、リース用機械部品、染皮機械の製造・流通を独占したこと、一部主要機械及び付属機械の独占の企図をなしたことから、製靴工場への原料供給流通の独占ならびに独占の企図をなしたことを理由として、リースの廃止やUSM社の三分割等を請求するものであった。

右の請求に対してワイザンスキー判事は、被告のシェアが七五%以上であること、被告のリース条件が顧客との強力な接触を保ち、競争者を排除する力を強化するものであること、被告がロング・ライン生産者たる地位を用いて、非競争部門での高利潤によって競争部門での低価格政策を実現させたこと、産業界の新機軸、新規部門への参入を被告が独占したこと、中古機市場からの代替的競争が生じないようにリースを用いたことなどを根拠に、被告の市場支配力の存在を認定し、それが押しつけられたものではないとの判断を示し、それが経済非難に値するものであってジャーマン法第二条に違反すると結論する。<sup>(2)</sup>

以上の結論をもとに、ワイザンスキーは排除措置の検討をなす。彼は市場支配力自体を排除することが第二条の基本目的であることを一方で認めつつ、他方で、排除措置を裁判官が決定する際に存在する限界を強く意識し、それについて詳細な議論を展開する。その後彼は、政府のU S M三分割請求を、実施可能性、分割後の新会社による競争状態の改善可能性の点から検討し、これを棄却する。そしてU S Mの分割に代えて、同社の部品製造部門の一部譲渡、子会社製品の販売をなす同社の事業部門の譲渡、制限的リース条項の変更、リース・オンリー政策の放棄等を命じたのである。

#### (2) 分割拒否の理由

順序が前後するが、最初に三分割を拒否した直接の理由である実施可能性、改善可能性の議論から検討しよう。これは、アルコア事件でノックスが展開した議論とはほぼ同旨であり、ここでは、簡単にこれを確認するだけにとどめると考えられるからである。

ワイザンスキーがU S Mの三分割は実施不可能であるとするとする主たる理由は、同社がその全機械生産をビバリー工場のみで行っていることであった。すなわち、現在、一つの単位ないしは一つの組織として機能している工具、鑄造工

場、機械研究所、管理、労働組織等を三つの同等で、かつ分割後も存続しうる形で分割することが不可能であると考えられたのである。また仮に三分割がなされたとしても、新会社の資金調達、経営スタッフ、労働組織の再配備上の問題等で、新会社が競争単位として有効に機能しえないことも指摘されている。<sup>23)</sup>

右の理由づけは、前記アルコア判決が反トラスト法上の許容しうる力の要素としてあげた四項目のうち、②技術発展のために必要とされる企業規模、④コスト低下と円滑な生産による公共の利益という二つの成果に関する考察ならびに改善可能性の考察と、同一の基礎の上に立つものと言いうるであらう。我々は本判決においても、構造規制の具体的実施の判断においては、成果基準およびその一種の変形である改善可能性の考察がなされていることを確認せねばならないのである。

### (3) 裁判所の機能の限界

次に、本判決の最も興味深い点である、構造規制措置の決定について裁判所の能力には、限界があるとの自覚を示すワイザンスキーの論旨を検討しよう。やや冗長になるが以下に彼の見解を訳出する。

「排除措置の決定に当って、これまで裁判官は、自らの限界を自覚して来た。裁判官はその職務上経済的訓練や政治的訓練をうけていない。裁判官のなす経済現象の将来についての予測は、際立った精妙さをもつ判断によるものではない。裁判官は政府の他の部門のように政治的に国民を代表するものではない。裁判官が政府の検察部門から受ける諸請求は、必ずしも政府の執行部門の全体の意見を反映するものではないし、また時としては、司法省の責任者が検討された十分な資料にもとづいてなした判断でもないことがある。裁判所における口頭弁論は、それに（当事者としてではなく）間接的な形で関与せざるをえない裁判官に、他の手続が与えるような状況の実態に対する確かな感触を、常に与えるというものではない。裁判所の排除措置は多忙で、経済事象にあまり通じていない裁判所が監視し

うるような形の枠組にあてはまるものでなくてはならない。たとえ如何なる権限が与えられており、如何なる事実や意見が示されているとしても、何にもまして、第一審判事はただ一人のみなのであり、したがって注意深く、控え目に行動せねばならないのである。

——中略——もし裁判所が、有効競争を絶対に保障することを求める人々や、私的権力の分散による社会的、政治的、経済的利益の実現を直ちに意図したりする人々が持っているような外科手術にも似た冷酷さによって、その手続を進める慣行を有していたならば、裁判所は、反トラスト法の分野でこのように大きな権限を与えられることもなくまたそれを維持することも認められなかったであろうし、時に応じて実体法規の解釈を自由に変えることもなかったであろう。」

ストックキングは、右のワイザンスキーの見解について、ビッグ・ビジネスを肯定的にとらえる当時の時代精神にペースをあわせたものとの評を与える。<sup>(23)</sup>しかし、私は、これを単に一時代の時代精神の如何にかかわらない、資本主義経済体制に普遍的に内在する経済政策手段としての法の機能、就中、裁判機能の限界を指摘するものと考え、とくに興味深いのは、ワイザンスキーが、裁判官は（政治的に）民意を代表するものではないと指摘する点である。

そもそも反トラスト裁判における排除措置の決定は、一種の立法的行為としての本質を持つといつてよいであろう。<sup>(24)</sup>しかも（それ故というべきか）排除措置の影響は、その種類によっては、単に当事者のみならず、当事者以外の多数のものにも及ぶことをさげられない。とりわけ、企業分割の場合は、企業規模が大きくなればなるほど、それにより直接、間接に影響を受ける人々の範囲も広がる。したがって、企業分割の決定は、何が法であるのかということの判断であるよりは、むしろ個人や集団の利害を調整し、社会的均衡を形成維持するために、何がベスト（ないしはベター）であるのかということの判断に接近せざるをえない。すなわち、その決定は政治的決定の性質を色濃く帯び

ざるをえないのである。ワイザンスキーが、裁判官は民意を代表しないことをその自製の理由としてあげる根拠はここにありといつてよいであらう。

これまで、この種の問題については、主として裁判官の経済学的知識の欠如という側面にのみ光があてられるきらいがあった。<sup>(27)</sup>この問題が軽視されるべきでないことは勿論である。しかし、私は本稿の究極目的である構造規制とからむ公取委の独立性という問題の考察にとつては、これまで正面からとりあげられることのなかつた、構造規制措置の政治性という問題が重要な要素として、クローズ・アップされざるをえないと考えるのである。

#### (4) 同意判決による分割の意味するもの

構造規制措置の政治性という観点からは、本判決の一五年後に、同意判決によつて、USMが自己のシェアを三三%にまで減ずる製造設備の売却をなしたという事実は大変興味深い。同意判決をリードする司法省と、通常の裁判手続の主役たる裁判官との立場・政治的機能のちがいが、五三年の判決で不可能とされたUSMの分割を、六八年で成功させた一つの原因であると考えられるからである。

同意判決とは、司法省と被告との間に成立した合意を裁判所が承認するものであるが、この場合、裁判所の承認は形式的なものにとどまり、司法省が被告との間にとりつけた合意についての評価などは一切行わない。それ故、成立する合意は、多分に、訴追負担の回避をはかる司法省と、訴訟費用の節約、企業信用の維持、三倍額訴訟の回避などをねらう被告との間で成立する取引という様相を呈さざるをえない。一九七二年当時の数字であるが、政府が提起した反トラスト民事訴訟の七五・八〇%は、同意判決で解決されているといわれるのである。<sup>(28)</sup>

右に述べたような性質を有する同意判決が、何故、裁判所のないえなかつたUSMの分割に成功したのか、また何故、今日八割にも及ぶ反トラスト事件が同意判決で解決されているのであろうか。右の間に対する一つの答は、同意

判決の内容決定のイニシアティブをにぎる司法省と、ワイザンスキーの述べた裁判官の立場を比較することから得られよう。

裁判官が経済的判断、政治的判断の訓練をうけていないのに対して、司法省の職員は、反トラスト部では経済的訓練をうけ、また最終決定の責任を有する司法省高官は政治的訓練をうけているといえる。裁判官が政治的に国民を代表しえないのに対し、司法省は大統領選挙というチャンネルを通して、間接的にはあれ、国民の政治的意見を反映しうる。司法省は、同意判決の一方当事者であり、常に交渉の過程において状況の実態を把握しうる。司法省は、市場構造が反競争的な市場の動向、企業行動を経常的に監視しうるし、また監視せねばならない。裁判官の判断が純然たる個人的判断であるのに対し、司法省の判断は組織としての判断であり、かつ、何が公益に合致するか判断は、行政判断の本質である。したがって、行政庁たる司法省にとって多数の利害のバランスをとった上で、何が公共の利益であるのかを判断することは、その本来の機能であるともいえる。(選挙のプロセスを通じて、この判断の当否が間接的にであれ、常に国民のチェックをうけることについては既に述べた。)また、何よりも司法省にとって有利なのは、それが現代の巨大政府の一部門として、政府の有する情報と力とをフルに活用できる立場にあることである。

このように見て来るならば、我々はワイザンスキーが裁判官に自制を要求する要因としてあげた各要素が、司法省にとってはことごとく解決されたものだといえることに気づくであらう。現代の独占的大企業が、如何に複雑な技術革新に成果をあげ、公益に貢献するものであるかということを示しようとして、少なくとも理論的には、司法省が裁判官のように自己の公益判断を自制せねばならないと感ずるひけ目はないのである。また、今日これほどまでに強化したビッグ・ビジネスの多様な力に実質的に対抗しうる社会的勢力としては、好むと好まざるとにかかわらず、ビッグ・ガヴァメントがその先頭に立つものであり、司法省の背後には、この巨大政府の力の支えがあるのである。

私は、公正取引委員会の独立性と構造規制の問題に結論を与える際に、公正取引委員会の任務、機能、法的地位を右に示して来たような観点から、それぞれに司法省と裁判所のそれと比較検討することが必要だと考えるのである。<sup>(30)</sup>

本判決の具体的分析は以上にとどめ、以下で、本章の分析を小括しておこう。

## 第二節 法的検討のまとめ

我々が具体的な分析を試みた二つの判決は、実体的にはそれぞれ、構造基準を法的判断の基礎としたものとして高く評価されるものであった。しかし既に見た如く、この二判決は、構造的排除措置の決定にあたっては、いずれも成果基準としてあげられる各要素を重要な要素として考察するものであり、我々が先に経済技術的観点から妥当な判断を下すのに必要としてあげた諸要素を、ほとんどそのまま法的判断の対象としてとりあげるものであった。更に、我々は、構造規制の政治性が、裁判官の職権行使を、裁判官は非政治的存在であるが故に、自制させる方向で働くものであることも見た。

また、本稿では詳しく検討しなかったが、独占禁止法の改正案自体が、公取試案でも政府案でも、排除対象となる独占的状态の定義規定の中に、構造基準のみならず、多くの成果基準を含めざるをえなかったことに注目すべきであろう。<sup>(31)</sup>更に、アメリカのドラスティク対寡占法案であるハート法案でさえ、独占力の認定に収益率という成果基準を一つ含んでおり、しかもこのハート法案は、あまりにも構造重視のものであるために必ずしも説得力あるものとは考えられていないことも興味深い。<sup>(32)</sup>これらのことから、私は、本章の結論として、法技術的にも構造規制の決定に際しては、成果に関する諸要因を相当程度に考慮せざるをえないと考えるのである。<sup>(33)</sup>企業分割の実施可能性、それに

よる改善可能性の問題も、結局は成果の問題に行きつくのであり、好むと好まざるとにかかわらず我々は、法的判断の中に成果に関する諸要素の考察が入ることを回避しえないといえよう。

- (1) 実方謙二、「独占禁止法と構造的規制措置」法学志林、七二巻一号五頁。野木村忠邦、「アメリカにおける企業分割の理論と効果(1)」公正取引二八七号二頁。
- (2) Oppenheim S. Chesterfield, *Federal Antitrust Laws* (1968) pp. 858—859.
- (3) 実方謙二 前掲論文、五頁。
- (4) シャーマン法第四条、クレイトン法第一五条。
- (5) 実方謙二、松下満雄、根岸 哲、「企業分割—アメリカの事例に見る現実と論理」中央公論経営問題特集号、昭和五〇年三月号、二八一—二八二頁。野木村忠邦、前掲論文、三頁。実方謙二、「原価公表・企業分割の法理論」週刊東洋経済三八五四号、八四頁。

(9) *U. S. v. Aluminum Co. of America* 148 Fed. 2d. 416 (1945)

一九三七年に政府は「ボーキサイト」「アルミ」「鋳塊」「地金等」の一二以上におよぶ市場を独占したことを理由に、アルコアの解体を求める訴を提起した。一番では、全市場についてアルコアは独占をしていないとの判決が下された。(*U. S. v. Aluminum Co. of America* 44 F. Supp. 97 (1942)) 政府は最高裁に上告したが、本事件を担当しうる裁判官が定数に満たなかったため、巡回控訴裁判所が最高裁に代わって判決することとなった。バンド判事が判決を代表して述べた。

バンドはアルコアの鋳塊市場シェアを九〇%以上と認定し、同社が輸入鋳塊との競争によって、価格にある程度の上限をつけられつつも、関税、輸送コスト上の利点により、ある限度内で自由な価格づけをなしうると認定する。そこから彼は、同社の利益水準が暴利をむさぼるものではないが、同社は価格決定力としての独占力を有し、それはシャーマン法第一条の価格決定契約の当然違法々理との対比で、「制限的契約の有する悪性と、独占の有する悪性は実際は同一のもの」であり非難されるものとする。(ibid., pp. 427—428) 以上のような検討から、彼はアルコアの独占が「第二条によってカヴァーされる種類の独占である」とする。このような認定に続けて、バンドは、アルコアの独占が同社に押しつけられたものか否かを検討し、「自己が開発した新たな機会をその度に自分の手の中におさめ、総ての新規参入者をして、経験上の優位を保ち取引関係や人的スタッフの面

の卓越性を有する大組織へ既にくみこまれてはいる新たな能力と対決させるということ以上に有効な競争者の排除を考へることはできない」との理由で、同社は押しつけられた独占にあたらなとし、アルコアの違法を結果づけるのである。

この判決が構造基準を反トラスト法解釈に持ち込んだものとして、また経済学的独占概念と法的概念とを一体化させるものとして、我國でも高く評価されていることは改めて述べるまでもない。しかし、この判決に対する次のような批判が有力な研究者によってなされていることも見のがしえないことである。

批判の第一点は、市場認定に関するものである。ハントはセカンド・インゴットを市場認定から除外するが、これに対してはメインソンの多くの研究者の批判がある。(Mason E. S., "Current Status of the Monopoly Problem" in *Economic Concentration and Monopoly Problem* ('59) p. 361. Stocking G. W., *Workable Competition and the Antitrust Policy*. ('61) p. 141, n. 70, Armentano D. T., *The Myths of Antitrust*. ('72) p. 120, Wilcox C., *Public Policies Toward Business*. 4th ed. ('71) p. 153)

また、メインソンは、ハントがシェアラーの大きさと独占力を同一視することを次のように批判する。

「マーケット・シェアラーは有効な競争に関係する重要な一条件ではあるが、しかし、いくつかのパフォーマンスの検証なしでは、それは市場支配の指標としてはとりえないものである。」(Mason E. S., *op. cit.*, p. 359—360)

更に、ハント判決のポイントともいうべき「自己が開発した新たな機会をその度に自分の手に取め」新規参入者に圧倒的な能力差をもって対決することが、アルコアの違法性の中心であるという判断に対しても、メインソンは、「新たな機会をその度に先どりして自己の手に収めることと、通常、好ましい競争のパフォーマンスと考えられるであろうものとを区別することは著しく困難である」との批判をなす。(Ibid., p. 361) 同様の指摘は Singer E. M., *Antitrust Economics* ('68) p. 51 にも見られる。

また右の問題について、アルコアの新たな機会の開拓は需要を先取りするものであったとのハントの認定が誤ったもので、実際は、需要の増大をアルコアの事業拡大が後追いするものであったとの説が経済学的に有力であるともいわれる。(Scheler F. M., *Industrial Market Structure and Economic Performance* ('71) p. 460, n. 30. Mason E. S., *op. cit.*, p. 360)

(7) U. S. v. Aluminum Co. of America, 91 Fed. Supp. 333.

(8) *ibid.* at 418—419.

(9) 注(1)の実方論文が本判決の詳細な紹介、検討をなしている。

- (10) 91 Fed. Supp. 333, at 347.
- (11) *ibid.*, at 416.
- (12) *ibid.*, at 418.
- (13) Markham Jesse W., "An Alternative Approach to the Concept of Workable Competition" 40 Am. Econ. Rev. 349 at 361. (1950).
- (14) Sosnic S. H., "A Critique of the Concept of Workable Competition" 72 Quarterly Journal of Economics 380, at 404.
- (15) メイソンは「正直に勤勉に行動して」強力な企業に成長したものの解体をきつら裁判官の一般的態度については「私は、経済学者も、同じ立場になれば、同じように行動するだろうと考える」と述べる。(Mason E. S., "Market Power and Business Conduct" in Concentration and Monopoly Problem, pp. 400—401) また、一般的には構造規制を積極的に支持するケイゼンとターナーも、本判決がアルコアの解体を実行不可能として退けた態度を「多分正しい判断であろう」として是認する Kaysen C. and Turner D., Antitrust Policy. (1959) p. 109.
- (16) 91 Fed. Supp. 333 at 356—357.
- (17) *ibid.*, at 365. ノックスがビッグとインゴットについてのアルコアの価格支配を重視しない理由は概ね次のようなものであった。
- ビッグとインゴットに関して、アルコアと同様の垂直的統合企業たるレイノルスとカイザトが、各々一三%、三%という低シェアに甘んじているのは、これら二社があえて経営戦略としてそういう方法を選んでいるからに他ならない。すなわち両社は、自己の生産するビッグとインゴットを需要者である非統合加工業者へ販売するよりは、それを自家消費して自ら加工品を製造する方が利潤が大きいと判断し、それを実行しているのである。
- したがって、アルコアが唯一の生産者であった四五年初頭時と異なり、アルコアがビッグとインゴット価格を上昇させうる範囲は、これら二社の潜在的競争力によって、明らかに制限されているのである。(ibid., at 365).
- (18) Adams Walter, "The Aluminum Case ; Legal Victory - Economic Defeat" American Econ. Rev. XLI (1951) pp. 920—921. Kaysen and Turner, *op. cit.*, p. 125. Singer E. M., *op. cit.*, pp. 215—216.
- (19) Adams W., *op. cit.*, pp. 920—922. Stocking G. W., *op. cit.*, p. 377. Asch Peter, Economic Theory and Antitrust

Dilemma (1972) p. 246. 実方謙二「前掲論文」六七頁。

(20) *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 110 Fed. Supp. 295 (53). この地裁判決は、基本的な点については、翌年そのまま最高裁で容認される判決をうけた。(347 U. S. 521 (54))

(21) *ibid.*, at 343—345. この判断の基礎となった製靴機械市場およびその中の U S M 社の地位に関する事実認定は概ね以下のようなものであった。

① 同市場には被告以外に一〇企業が存在し、それらの企業の機械のみを使用したとしても、完全な製靴工場を高能率で操業しうる。

② 製靴機械は各工程毎に全く異質の性質を要求されるため、その製造には高度の技術が必要となる。

③ 被告は全米市場の八五〇七五%を支配し、同社のみが主要な工程を総てカバーするロング・ラインの機械を生産している。

④ 被告の研究・開発投資は莫大であり、所有する特許の九五%は自己開発の成果である。

⑤ リースは本件市場で一般的な取引形態であり、U S M はリース・オンリー政策をとっている。また、リースと一体化した同社のアフター・サービス体制は非常に完備しており、製靴業者にとって工場の効率的操業に不可欠のものとなっている。

⑥ 前記のメリットにもかかわらず、以下のようなリース条件により、同社のリース政策は本件市場に対する参入障壁を著しく高めるといふ効果を持っている。その条件とは、(i) リース契約の期間が一〇年であること、フル・キャパシティ義務、期間満了時の返却料が著しく安いこと等の他の事業者の排除効果をもつ諸条件、(ii) 競争分野における競争相手を上まわる好条件の提示、(iii) 機械の無料修理制度、(iv) 主要機械と付属機械の抱き合わせ、(v) 競争分野での機械と独占分野での機械の価格差別、以上のようなものである。

(22) *ibid.*, at 348—351. 注(1)の実方論文、七三—七四頁が、この部分の判旨を詳しく紹介している。

(23) 注(10)と、その本文参照、なお実方論文は、本判決について「構造規制措置の必要性、有効性」の事前の立証が、U S M の成果の良さの故に、困難であったとの指摘をなす。(注(1)実方論文、七四—七五頁)

(24) 110 Fed. Supp. 295 at 347—348.

(25) *Stocking G. W.*, *op. cit.*, pp. 381—382

(26) このことを鋭く指摘するのは、本判決にロー・クラークとして参加したケイセンである。彼は排除措置が、被告に対して他の者には課せられない、一定期間の行動ルールを決定し、時にはその組織の改編を命ずることをとらえ、立法的行為であると指摘する。Kaysen Carl, *United States v. United Shoe Machinery Corporation*. (1956). p. 341.

(27) 前掲東方論文も、専門知識の欠如の側面からこれを見る。(注①引用論文、七一頁)。

(28) Areeda Phillip, *Antitrust Analysis* (1974) 2d. ed., pp. 57—62.

(29) シェラーによれば、裁判所は、鉄道や映画館チェーンのような、いわば一九世紀的な技術の産業分野では、比較のためらわずに構造的な措置をとっているが、コンピュータや高度な化学製品を製造するような、複雑な技術を駆使し、国民に対する影響の大きさを誇示する企業に対しては、自己の知識の不充分さや、解体による成果の低下をおそれることから、積極的な構造的規制をなしえず、この傾向を熟知するが故に、政府は、IBM、コダック、RCA、AT&T社等に対する独占訴追を、同意判決にもち込むのだ、といわれる。(Scherer F. M., *op. cit.*, pp. 467—468.)

(30) 本稿がここで公取委とアメリカの裁判所との比較のみをなし、アメリカで公取委とまさに同様の法的地位にあるFTCとの比較をしていないのは次のような理由による。

第一の、そして最大の理由は、FTCが私的独占の排除に関してどのような権限を有するかの解釈が、未だ判例上で確立したものになっていないということである。近年FTCがFTC法第五(a)条の解釈を拡張し、純然たる私的独占事件をも同条の適用対象とせんとしていることはよく知られている。(上杉秋則、FTC法第五条の規制範囲①—⑦、公正取引二一九四—二一九九号、Areeda P. *op. cit.*, p. 66) しかし、これまでに最高裁がFTCの企業分割権に言及したのは、一九二七年のクレイトン法一条事件であるFTC v. Eastman Kodak (274 U. S. 619)のみで、これはFTCの企業分割権を否定したものである。その後、同条の修正等を経て、FTCの企業分割権を認める説が有力となったが、形式的にはこの判決をくつがえず最高裁判決は出されていない。現在、法改正によってクレイトン法七条事件に対してFTCが構造的排除措置をとりうることは明らかであるが、私的独占に関してFTCが同様の権限を有するか否かは、必ずしも明らかではないといえよう。

第二の理由は、反トラスト法上司法省とFTCの管轄権が競合する問題について、両者の非公式の調整がなされ、近年FTCは、セメント、繊維製品、食品流通、食品製造、日常生活用品等の産業を主として分担しているとの指摘があることである。(Areeda P., *op. cit.*, p. 67)ゼロックスの私的独占をFTCが問題していることにも見られるように、右の指摘は、ごく大ま

かな傾向を述べるにすぎず、例外も多いことは否めないが、少なくとも大雑把な傾向としては、F T Cが仮に企業分割権を有するとしても、司法省に比して、本稿が特に対象とするような、いわゆる今日の大企業を分割する可能性が少なく考えられるのである。

更に第三の理由は、第二の理由とも関連するが、ハート法案、ハリス法案が、いずれも構造規制の主体としてF T Cを想定していないことである。この理由は、よくわからないが、アメリカでは、構造規制の主体が裁判所であるとの意識が強く、F T Cを現に構造規制の主体とする考えが弱いことの現われであるように思うのである。

しかし、いずれにしても、F T Cの構造規制権という問題は興味深い問題であり、後日の検討課題としたい。

- (31) 昭和四九年九月一八日、独占禁止法改正案の骨子、第一の三各項。また第一の二項「競争が実質的に抑圧されていること」という要件は、有効競争がないことに等しく、これの妥当な認定には、当然成果の考察も要求されよう。昭和五〇年三月五日、独占禁止法改正政府素案（独禁法関係関係懇談会決定）五(1)但書、(2)イ、(3)等。

- (32) *Business Week* 1974.3.23. の特別レポート、"Is John Sherman's Antitrust obsolete?" において、シカゴ大学のポスナーをはじめとする多くの法律家が、このハート法案に反対していることが報じられている。

- (33) 今村教授は、昭和四九年七月二六日の独占禁止法研究会の中間報告を素材にする「私的独占禁止法改正の動向」の中で、この問題を次のように述べられる。

「……中間発表の趣旨は、構造基準と成果基準とを併用するにあると思われるが、構造基準だけでは競争的寡占と協調的寡占との区別ができないから、これは当然であろう。しかし、成果基準としてあまりいろいろな要素を取り入れると、せっかくの分割規定も実効性に乏しいものとなってしまおうであろう。——中略——

いずれにせよ、選別の基準をどのように定めるかは、立法技術的にみて、かなりむずかしい問題を含んでいる。競争政策上の理想からいえばかなり低い線が望ましいが、現実にはそれでは実現が困難であり、法案の立案段階においてたちまち強力な抵抗に遭遇することとなる。かと言ってあまり高い基準としたのでは有名無実の規定となってしまうから、結局のところ、かなり顕著なガリヴァー型寡占であるとか、あるいはごく少数の企業による市場支配が行われている高度寡占型の場合などが、確実に捕捉できるような規定形式を考えるよりほかはないのではなからうか。」(私的独占禁止法の研究、四Ⅱ、四〇(五頁))。

また教授は「独占禁止法改正試案の立法論的考察」において、ハート法案と構造規制の問題にふれ、次のように述べられる。

「……有効競争論における構造基準のごときものをそのまま、シャーマン法の適用基準とすることは思いもよらないことであるから、別にきびしい構造規制を目的としたハート法案が問題となっているが、差し当たり、これが法律化する見通しは乏しいといわれている。」(独占禁止法の研究、(四)Ⅱ、四二四頁)

私は、今村教授が成果基準の考察の必要性を一応は考慮されていることを評価するが、アメリカの実例から見れば、その必要性についての認識は必ずしも充分なものではないと考える。