



Title	ハイテク産業における企業結合規制
Author(s)	武田, 邦宣
Citation	阪大法学. 2004, 54(2), p. 35-81
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/55112
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

ハイテク産業における企業結合規制

武田邦宣

第一章 はじめに

第二章 ハイテク産業における競争

一 ハイテク産業の特性

1 ハイテク産業の特性

2 ハイテク産業における反トラスト法の適用

(一) シュンペーター仮説の問題

(二) 反トラスト法の果たす役割

二 反競争効果の理論的整理

1 市場の中の競争 (competition in the market)

2 市場を求めた競争 (competition for the market)

第三章 ハイテク産業における市場分析

一 伝統的市場分析枠組みの問題点

1 伝統的市場分析枠組みの問題点

2 反トラスト当局の立場

- 二 第一原理主義 (First Principles Approach)
 - 三 イノベーション市場の問題
 - 1 イノベーション市場理論と潜在競争理論
 - 2 イノベーション市場における市場分析
 - 第四章 ハイテク産業における企業結合事例
 - 一 ユニラテラル効果の事例 (Adobe / Aldus 事件)
 - 二 競争者排除の事例
 - 1 医薬品産業における事例
 - (一) Sensoromatic 事件
 - (二) Halliburton / Dreser 事件
 - (三) Lockheed-Northrop 事件
 - 2 研究開発経路の減少が問題とされた事例
 - (一) Sensoromatic 事件
 - (二) Halliburton / Dreser 事件
 - (三) Lockheed-Northrop 事件
 - 三 競争者排除力形成の事例
 - 1 取引拒絶の可能性
 - (一) Ciba-Geigy / Sandoz 事件
 - (二) MCI / WorldCom 事件
 - 2 抱き合わせの可能性 (Time Warner / Turner 事件)
- 第五章 おわりに

第一章 はじめに

(ア) 本稿は、一般に「ハイテク産業」と呼ばれる市場における競争者間の企業結合（水平型企業結合）に対して、どのように競争法を適用すべきかを検討するものである。ハイテク産業に明確な一般的定義はないが、ICIE

(information・communication・entertainment) 産業で代表されるニューエコノミー産業、及びバイオ産業等を念頭におく。

ハイテク産業では、企業結合により巨大な資産規模を有する企業が誕生する場合が多く、また戦略的な企業結合が多いと言われるように、企業結合により首位企業が誕生する場合も少なくない。このような現象は、伝統的な競争政策からは厳格な規制を要請するように見える。しかし反面、ハイテク産業では、ハイパーコンペティション(hyper competition)と称されるイノベーションを中心とした激しい競争が行われているとされ、産業内のパラダイム転換に係る逸話には事欠かない⁽¹⁾。このような現象は、企業結合規制を不要とするように見え、さらにむしろ規制の失敗の招来を示唆するようにも見える。

このようにハイテク産業における企業結合規制は一義的ではない。本稿では、ハイテク産業はそもそも競争法による企業結合規制を必要とするのか、必要として伝統的な企業結合規制基準で十分なのか、不十分として如何なる規制基準が合理的なのかについて、米国反トラスト法における議論及び法運用を素材として、検討を行うものである。

(イ) 本稿の構成は、次の通りである。まず第二章において、以後の議論が拡散しないようにするために、ハイテク産業の産業特性を明確にする。そしてそれら産業特性に起因して、ハイテク産業においては、「市場の中の競争」(competition in the market) フェーズと「市場を求めた競争」(competition for the market) フェーズという二つの競争の側面が存在することを指摘する。その上で、「市場の中の競争」及び「市場を求めた競争」それぞれにおける競争制限効果を理論的に整理する。前者においてはユニラテラル効果に基づく市場支配力が、後者においては競争者を排除する力が規制課題となることを指摘する。

次に第三章において、前章において理論的に整理した競争制限効果について、伝統的な市場分析道具がうまく機能しないことを指摘する。また、そもそも伝統的な競争法及び産業組織論において市場支配力の理論的指標とされてきた限界費用価格付けが、ハイテク産業における規範として必ずしも適切ではない点を検討する。さらに、ハイテク産業における重要な政策課題であり、かつ伝統的な市場分析道具をうまく適用できない典型の場合である、イノベーション市場の問題を検討する。反トラスト法によるイノベーション市場の規制においては、「研究開発経路の減少」ないし「多様性の減少」という、典型的な市場支配力概念では必ずしもうまく整理できない規制基準が展開される。

そして第四章において、米国反トラスト法における具体的事例を検討する。競争制限効果の理論的整理に基づき、ユニラテラル効果が問題となった事例、企業結合による直接的な競争者排除の事例、及び企業結合による競争者排除形成の事例を具体的に検討する。

(1) クレイトン・クリステンセン『イノベーションのジレンマ』（祥泳社・二〇〇一年）参照。また、クレイトン・クリステンセン、マイケル・レイナー『イノベーションの解』（祥泳社・二〇〇三年）参照。

第二章 ハイテク産業における競争

一 ハイテク産業の特性

1 ハイテク産業の特性

(ア) ハイテク産業として特にニューエコノミー産業及びバイオ産業を念頭に置くとして、これら産業の特性として、以下の三点を指摘し得る。^①

まず、①イノベーションの重要性である。これは二つの意味を有する。⁽³⁾第一に、競争は、価格ではなく品質改良に基づき行われる。第二に、イノベーションが著しい場合には全く新しい製品市場を創出する可能性があり、競争が次世代の独占者になるために繰り広げられる場合がある。後者は、リープフロッグ (leap-frog) やパラダイムシフトイノベーション (paradigm-shifting innovation) と呼ばれる現象である。

次に、②研究開発やネットワーク構築等に大きな固定費用 (その多くが埋没費用) を要する点である。その反面、限界費用は極めて小さい。これは、供給における規模の経済性が強く働く一般的な場合であるが、特にハイテク産業においては、①に見たイノベーションの重要性から、継続的ないし継起的に固定費用への投資 (continuing sunk cost) ⁽⁴⁾が必要になるとの特性を有する。

最後に、ニューエコノミー産業における、③ネットワーク効果の重要性である。ネットワーク効果とは需要者側の規模の経済性である。⁽⁵⁾ネットワーク効果により、産業で「一人勝ち (winner take all)」現象が見られる。互換標準やインターフェースの保持が競争上重要な問題となる。

(イ) 以上のような産業特性に起因する市場参加者の競争行動に注目すれば、ハイテク産業においては二つの競争フェーズが存在することが分かる。すなわち、伝統的な「市場の中の競争 (competition in the market)」フェーズと、イノベーションやネットワーク効果に基づく「市場を求めた競争 (competition for the market)」フェーズである。⁽⁶⁾前者の競争フェーズは、通常の産業におけるように、価格及び品質に基づいた競争が行われる場面である。これに対して後者の競争フェーズは、先駆者利益 (first-mover advantage) ⁽⁷⁾を求めた競争が行われる場面である。例えば、ニューエコノミー産業においては、ネットワーク効果に起因する先駆者利益を求めた競争が行われ、医薬品やバイオ産業においては、特許権に起因する先駆者利益を求めた競争が行われる。⁽⁸⁾

ハイテク産業におけるこのような競争フェーズの分類は、欧米の競争法研究において、当然のものとなりつつある。⁽⁹⁾ ハイテク産業における競争活動は多段階かつ継続的であり、したがってある市場構造について、競争政策上、一義的に判断できないことがある。しかし、二つの競争概念を用いることによって、それら競争活動や市場構造の競争政策的含意をうまく捕捉・整理することができる。例えば、ネットワーク効果に基づく高い乗り換え費用（switching cost）を考えよう。ハイテク産業における高い乗り換え費用の存在は、競争政策上、両義的である。なぜならば「市場の中の競争」フェーズでは競争制限的に機能しようが、「市場を求めた競争」フェーズでは、それに基づくレントの存在が積極的な企業活動の原動力ともなり得るからである。⁽¹⁰⁾

2 ハイテク産業における反トラスト法の適用

(一) シュンペーター仮説の問題

(ア) イノベーションの役割を重視して、ハイテク産業に反トラスト法の適用を控えるべきとの根強い意見がある。⁽¹¹⁾ それをここで検討しよう。それら意見は多岐に渡り整理は困難であるが、主に企業結合規制について見ると、①イノベーションで特徴付けられるハイテク産業では、たとえ市場支配力を発生させるとしてもイノベーション創出のために甘受すべきとする立場、及び②ハイテク産業では、そもそも市場支配力を発生、維持、強化させることがあり得ないとする立場に分けることが可能のように思われる。ただし両者は重なっており、いずれも市場の頑健性（robustness）に信頼を置く点で共通している。

⁽¹²⁾ このうち前者は、資源配分上の効率性に対するイノベーション（動態的効率性）の規範的優位性を承認した上で、イノベーション創出におけるいわゆるシュンペーター・ガルブレイス仮説を支持するものである。これら説によれば、イノベーション活動には、まず能力の点において、研究開発の大規模投資及び技術蓄積から絶対的な規模

が必要であり、既存の独占レントが研究開発に有益とする。また動機の点において、独占者はただ乗りをおそれることなくイノベーションの果実を享受できるとする。したがって大規模性を達成する企業結合はイノベーション創出の観点から必要かつ望ましく、これに規制を加えようとする反トラスト法は有害とするのである。これに対しては、よく知られているように、市場支配的企業は既存の利潤を犠牲にするイノベーション創出にインセンティブを有さず、また官僚的組織を有さず企業家精神を發揮しやすい小規模企業の方がイノベーションに有利とのアロー仮説がある。⁽¹³⁾

(イ) この問題点に関する反トラスト当局の態度はどうであろうか。ハイテク産業における反トラスト法の適用について、反トラスト当局スタッフがしばしば言及してきたのが、ポーター (M.E.Porter) の競争論である。⁽¹⁴⁾ 例えば、知的財産ライセンスに関するガイドラインが公表された際に、司法省反トラスト局長であったビングガマン (A. Bingham) は、「ポーター教授の著作から得られる教訓は、イノベーションが競争的市場において育まれる」ことだとする。ポーターは、資源配分上の効率性よりもイノベーションや生産上の効率性を重視するとともに、⁽¹⁵⁾ それらイノベーションや生産上の効率性達成には競争圧力が必要と主張する。⁽¹⁶⁾ ポーターによると、イノベーション達成のために、企業結合規制の果たす役割は大きい。⁽¹⁷⁾ このような考え方は、伝統的な反トラスト法学者の信念と共通するものである。⁽¹⁸⁾

しかしこれは、市場構造が完全競争に近づくほどイノベーションが期待できるとの主張でもない。例えば研究開発のインセンティブを理論的に検討すると、研究開発後、技術について独占的排他権を取得しないことを前提とするならば、研究開発競争において競争者の数が増えることは、一方で競争者に先んじるインセンティブ (独占レントを得ようとするインセンティブ) を与えるが、他方で、開発後のレントの専有可能性を減少させインセンティブ

を減少させる効果を有するであろう。⁽¹⁹⁾

そうすると、研究開発に耐えうる企業規模を認めつつ、かつ競争圧力が存在する寡占的な市場構造がイノベーションには必要となりそうである。⁽²⁰⁾ この点、かつて上位四社集中度五〇ないし五五%を示唆する立場があり、またこのような立場を参照して、反トラスト当局のスタッフにも、イノベーション達成のために「実質的な(substantial)」市場支配力を甘受すべきではないとの規範的主張を行う者もある。⁽²²⁾

もつとも、このような主張もイノベーションが期待できる市場環境を一般的に叙述できても、個別事件の法規範としては機能し得ない。もはや絶対的規模や相対的規模のみからイノベーションを予測することは極めて困難とされるのである。⁽²³⁾ 結局、イノベーションに関する市場分析を行うためには、競争者の相互依存性を生み出す寡占的市場構造を前提として、企業間の戦略的行動に注目した市場分析が必要となる。⁽²⁴⁾

(二) 反トラスト法の果たす役割

さて、シユンペーター仮説とは別に、ハイテク産業における反トラスト法規制を控えるべきとして、ポズナー等いわゆるシカゴ学派の論客は、次のような主張を行う。すなわち、まず反トラスト当局及び裁判所はハイテク産業における競争条件を審査する能力を有さず、⁽²⁵⁾ このような状況で規制を行うならば競争制限的でない企業結合を禁止する危険性があり、そもそもたとえ反トラスト法の適用を断念したとしても、市場の自動調整能力の故に企業結合が競争制限効果をもたらすことはないとする。⁽²⁶⁾

これに対して、反トラスト当局及び通説的見解は、ハイテク産業における反トラスト法の適用は可能であり、かつ必要であるとする。確かに活発なイノベーションの故に、競争制限効果に憂慮する必要がある場合があるかもしれない。しかし同時に、ハイテク産業において、ネットワーク効果や標準等に起因して独占力が「発生する」可能

性や、それがスイッチングコスト等に起因して「永続する」可能性、さらにはある世代における独占力が補完品の抱き合わせ等を利用して次世代の独占力にまで「拡大する」可能性など、理論的に競争制限（市場支配力の発生・維持・強化）は問題になる。⁽²⁷⁾そしてマイクロソフト事件や最近のビザ・マスターカード事件のように、ハイテク産業やネットワーク産業において、実際に競争制限効果が発生しているのである。⁽²⁸⁾要は1で見た産業特性を考慮した反トラスト法の適用が必要ということであり、ハイテク産業においても、企業結合規制を含めて反トラスト法の果たす役割は大きいとする。⁽³⁰⁾

二 反競争効果の理論的整理

1 市場の中の競争（competition in the market）

ハイテク産業における企業は、理念上、二つの競争フェーズにおいて競い合っている。伝統的な「市場の中の競争（competition in the market）」フェーズと、「市場を求めた競争（competition for the market）」フェーズである。そして、それぞれの競争フェーズにおいて、協調による競争制限効果と、単独による競争制限効果が問題となり得る。ここでは、これら四つの場合を理論的に検討する。

まず、ハイテク産業の「市場の中の競争」フェーズを検討しよう。

第一に、協調による競争制限効果発生の可能性は相対的に低いと言える。確かに、規模の経済性に起因する市場集中度の高さは、協調行為の蓋然性を高める考慮要因である。しかし、ハイテク産業における重要な産業特性の一つは、品質に基づく競争であった。すなわちハイテク産業においては、製品が差別化されている場合が多く、その結果、協調行為について競争者間の合意は困難である。また、低い限界費用及び高い利潤率という産業特性は、協

調行為からの逸脱に大きなインセンティブを与える。

もつとも、これは完全に協調行為を危惧する必要がないというものではない。ハイテク産業の高い固定費用という特徴に注目すれば、市場価格が平均費用を下回ることを避けるために、協調へのインセンティブが高まるとも言える。特に、市場においてイノベーションが活発でない状況では、協調へのインセンティブが高まることになろう。

第二に、単独による競争制限効果発生の可能性については、伝統的な独占的地位の獲得と共に、製品差別化という産業特性から、いわゆるユニラテラル効果 (unilateral effect) が問題になる。⁽³¹⁾ ユニラテラル効果の計測には、価格費用マージンと製品間の代替率が必要であるが、ハイテク産業の特徴として、高い固定費用の存在を指摘できた。ハイテク産業の利潤率は、高い固定費用を補填するために大きいのが一般的である。したがって、一般に高い価格費用マージンを確認できよう。問題は、製品間の代替率である。企業結合当事者について製品間の代替率が高ければ、ユニラテラル効果の発生可能性が高くなる。

なお、ここでもイノベーションは重要な考慮要因である。イノベーションにより市場支配力の消滅が予想されれば、企業結合が禁止されることはない。これは、どれ程永続して、初めて市場支配力の形成を認めるかという評価の問題である。米国では、新規参入の評価に現れるように、企業結合について二年が基準とされている。二年以内に市場支配力を消滅させるイノベーションが期待できれば、企業結合が禁止されることはない。このように現実の市場分析において、「市場の中の競争」と「市場を求めた競争」は相互に影響を及ぼすのである。特に、「市場を求めた競争」が活発になされていけば、「市場の中の競争」も活発になされることが多いと言える。

2 市場を求めた競争 (competition for the market)

(ア) 次に、ハイテク産業の「市場を求めた競争」フェーズを検討しよう。

第一に、協調による競争制限効果は、「市場の中の競争」フェーズにおけるよりも、更にその危険性は低いと言える。「二人勝ち」の状況において、競争が常に支配戦略となることは容易に分かる。とりわけ協調行為の対象がイノベーション活動である場合には、一層その危険性を憂慮する必要性は低いであろう。協調行為発生メカニズムとしての合意の成立、逸脱の監視、逸脱に対する制裁、これら全ての段階において、イノベーションに関する協調行為は困難である。⁽³²⁾既に市場において協調行為が見られるような場合は別として、協調行為の発生を事前に危惧して、企業結合を禁止する必要性は乏しいと言える。

第二に、単独による競争制限効果発生の可能性については、ティッピング等を利用した、市場における勝利者決定過程をゆがめる競争者排除行為に注視する必要がある。「市場を求めた競争」がなされている市場において、市場参加者は、①競争者排除のために当該競争者を取得したり、また②企業結合後の市場地位を利用して、競争者を排除する戦略的行動を採用するかもしれない。このような競争者排除行為によって、「市場を求めた競争」過程が歪められる可能性がある。

ここでは、競争の停止や競争の回避が問題となっていないのではなく、競争者を排除する力が問題となっている点に注意が必要である。⁽³³⁾上記①は、企業結合が直接に競争者排除の手段行為として用いられる場合である。上記②は、企業結合により競争者排除力の形成が予測される場合である。

(イ) 以上から、ハイテク産業における企業結合規制については、次の点が明らかとなった。まず伝統的な企業結合規制が主眼目としてきた協調行為の発生は、ハイテク産業において憂慮する必要性は相対的に低いと言える。ハイテク産業においては、寡占規制よりも独占規制が課題となる。この点、例えば、「工業経済が寡占で占められていたのであれば、情報経済は一時的独占 (temporary monopolies) で占められることになる」と形容されるの

である。⁽³⁴⁾

より具体的に、「市場の中の競争」フェーズにおいては、伝統的な独占的地位の獲得問題に加えて、ユニラテラル効果による市場支配力の形成に留意すべきである。また「市場を求めた競争」フェーズにおいては、競争者を排除する力の行使及び形成に注目すべきである。そこで伝統的な企業結合分析枠組みが、これら新たな競争制限効果をうまく捕捉できるかが、次の問題となる。

(2) See R. Pitofsky, *Antitrust and Intellectual Property: Unresolved Issues at the Heart of the New Economy*, 16 *BERKELEY TECH. L. J.* 535, 537-542 (2001); L. A. Sullivan, *Is Competition Policy Possible in High Techmarkets?: An Inquiry into Antitrust, Intellectual Property, and Broadband Regulation as Applied to "The New Economy"*, 52 *CASE W. RES. J.* 41, 43-45 (2001); D. S. Evans & R. Schmalensee, *Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries*, NBER Working Paper No. 8268, 7-15 (2001); J. A. Newberg, *Antitrust for the Economy of Ideas: The Logic of Technology Markets*, 14 *HARV. J. LAW & TECH.* 83, 130-132 (2000); C. Shapiro, *Competition Policy in the Information Economy* 2-6 (1999).

(3) 後に述べる「市場の中の競争 (competition in the market)」場面と「市場を求めた競争 (competition for the market)」場面に分けた、イノベーションの意味付けである。

(4) See W. J. Baumol & D. G. Swanson, *The New Economy and Ubiquitous Competitive Price Discrimination: Identifying Defensible Criteria of Market Power*, 70 *ANTITRUST L. J.* 661, 661, 680 (2003).

(5) さしあたり、依田高典『ネットワーク・エコノミクス』一二二—一四頁(日本評論社・二〇〇一年)、田中悟「ネットワーク型標準の形成と効果」(土井教之編『技術標準と競争』(日本経済評論社・二〇〇一年)所収)八四—九三頁参照。

(6) Evans & Schmalensee, *supra* note 2, at 2; G. J. Werden, *Network Effects and Conditions of Entry: Lessons from the Microsoft Case*, 69 *ANTITRUST L. J.* 87, 91 (2001); S. M. Besen & J. Farrell, *Choosing How to*

- Compete : Strategies and Tactics in Standardization, 8 J. ECON. PERS. 117, 120 (1994).
- (7) See OECD, Application of Competition Policy to High Tech Markets, OCDE/GD(97)44, at 19 (1997) [hereinafter cited as High Tech Markets]. 先駆者利益に「さび」や「あたり小田切宏之「新しい産業組織論」一五九—一六六頁(有斐閣・二〇〇一年)参照。
- (8) 医薬品産業について、たとえ技術独占が不可能な場合であっても、他者に先駆けて市場参入し、第一選択薬としての地位を獲得すれば、慣習に基づくスイッチングコスト(心理的スイッチングコスト)を高め先駆者利益を享受することができるとの指摘がある(M.H.Morse, Product Market Definition in the Pharmaceutical Industry, 71 ANTI-TRUST L. J. 633, 637-638 (2003))。
- (9) EC競争法「さび」S. BISHOP & M. WALKER, THE ECONOMICS OF EC COMPETITION LAW 303-304 (2002)参照。
- (10) 勿論、二つの競争概念は、わが国の独禁法分析においても有効である。例えば、企業結合規制におけるイノベーションの扱いについて、これまでの独禁法学は、次に見るシュンペーター仮説とアロー仮説を堂々巡りするだけで、個別事件の規範展開にまで踏み込むことができなかった。しかし、市場行動レベルにおける二つの競争概念を用いることにより、より現実的かつ整理された市場分析が可能となる。この点、動的な競争について「市場構造主義から市場行動主義への観点の転換」を説く、稗貫俊文「日本の医薬品産業と競争政策」知的財産法政策学研究一三九頁(二〇〇四年)参照。
- (11) イノベーションを巡る様々な市場観及びそれらの政策的含意を整理するものとして、J. Ellig & D. Lin, A Taxonomy of Dynamic Competition Theories, in J. ELLIG ED, DYNAMIC COMPETITION AND PUBLIC POLICY 16 (2001) 参照。See also R.J.R.Pertiz, Dynamic Efficiency and US Antitrust Policy, in A.CUCINOTTA, R. PARDO-LESI, & R. V. D. BERGH, POST-CHICAGO DEVELOPMENTS IN ANTI-TRUST LAW 108 (2002).
- (12) この点は、反トラスト法ロシムニティにおいて争いがなす。
- (13) 市場構造とイノベーション活動に係る実証研究一般について、F.M.Scherer, Schumpeter and Plausible Capitalism, 30 J. ECON. LITERATURE 1416 (1992) 参照。

- (14) See e. g., A. Bingham, *The Role of Antitrust in Intellectual Property* (1994); R. J. Gilbert & S. C. Sunshine, *Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets*, 63 *ANTITRUST L. J.* 569, 580 (1995); T. N. Dahdoub & J. F. Mongoven, *The Shape of Things to Come: Innovation Market Analysis in Merger Cases*, 64 *ANTITRUST L. J.* 405, 408 (1996). See also L. B. Landman, *Competitiveness, Innovation Policy, and the Innovation Market Myth: A Reply to Tom and Newberg on Innovation Markets As the "Centerpiece" of "New Thinking" on Innovation*, 13 *ST. JOHN'S J. L. COMM.* 223, 231-234 (1998).
- (15) See M. E. Porter, *Competition and Antitrust: Toward a Productivity-Based Approach to Evaluating Mergers and Joint Ventures*, 46 *ANTITRUST BULL.* 919, 932-935 (2001).
- (16) See id. at 923, 953-954.
- (17) See id. at 943-944.
- (18) See E. M. Fox & L. A. Sullivan, *Antitrust-Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From? Where Are We Going?*, 62 *N. Y. U. L. REV.* 936, 976 (1987); H. S. Gerla, *Restoring Rivalry As a Central Concept in Antitrust Law*, 75 *NEB. L. REV.* 209, 228-237 (1996).
- (19) See F. M. SCHERER & D. ROSS, *INDUSTRIAL MARKET STRUCTURE AND ECONOMIC PERFORMANCE* 632 (1990).
- (20) See id. at 660.
- (21) F. M. Scherer, *Market Structure and the Employment of Scientists and Engineers*, 57 *AM. ECON. REV.* 524, 530 (1967); P. AREEDA & D. F. TURNER, 2 *ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION* 291 (1978).
- (22) Gilbert & Sunshine, *supra* note 14, at 581.
- (23) 後藤晃・鈴木興太郎『日本の競争政策』三四〇—三四一頁(岡田羊祐執筆)(東京大学出版会・一九九九年)参照。
- (24) See D. McGowan, *Innovation, Uncertainty, and Stability in Antitrust Law*, 16 *BERKELEY TECH. L. J.* 729, 769-770 (2001).

- (25) See R. A. Posner, *Antitrust in the New Economy*, 68 *ANTITRUST L. J.* 925, 936-943 (2001). See also Ptofsky, *supra* note 2, at 556-558.
- (26) D. J. Teece & M. Coleman, *The Meaning of Monopoly: Antitrust Analysis in High-Technology Industries*, 43 *ANTITRUST BULL.* 801, 846-847 (1998).
- (27) See generally Shapiro, *supra* note 2; D. L. Rubinfeld, *Antitrust Enforcement in Dynamic Network Industries*, 43 *ANTITRUST BULL.* 859, 879-880 (1998). なお、独占力の「永続」及び次世代への「拡大」の観点からレベレンシ（特に抱か合わせ）の競争制限効果を論じた R. C. Feldman, *Defensive Leveraging in Antitrust*, 87 *GEO. L. J.* 2079, 2090-2095 (1999) 参照。
- (28) もともと反トラスト法の適用に慎重な立場からは、これら事件はそもそも規制すべきでない場合と理解される。See e. g., W. J. Kolasky, *Network Effects: A Contrarian View*, 7 *GEO. MASON L. REV.* 577, 612-614 (1999).
- (29) R.J.Gilbert & W.K.Tom, *Is Innovation King at the Antitrust Agencies?: The Intellectual Property Guidelines Five Years Later*, 69 *ANTITRUST L. J.* 43, 47 (2001).
- (30) R. Ptofsky, *supra* note 2, at 536; R. Ptofsky, *Antitrust Analysis in High-Tech Industries: A 19th Century Discipline Addresses 21st Century Problems*, 4 *TEX.REV. L. & POL.* 129, 130-133 (1999); W. J. Baer & D. A. Balto, *Antitrust Enforcement and High-Technology Markets*, 5 *MICH. TELECOMM. TECH. L. REV.* 73, 75 (1999); F. M. Fisher, *Antitrust and Innovative Industries*, 68 *ANTITRUST L. J.* 559, 564 (2000); J. Polenber, *fosorcM and cromifos: Why High-Technology Antitrust Inquiry Is Backwards and Inside-Out*, 57 *MIAMI L. REV.* 1275, 1279-1284 (2003).
- (31) Shapiro, *supra* note 2, at 6-7.
- (32) See Gilbert & Sunshine, *supra* note 14, at 591. 通常イノベーション活動は競争者にとって非可視的であり、協調行為からの潜脱の発見、制裁の機能が働き難いという点が重要であろう。
- (33) 既に川浜教授は、本稿が「市場を求めた競争」と整理するイノベーション競争について、競争排除型の市場支配力行使に注目すべきことを指摘されている（川浜昇「技術革新と独占禁止法」日本経済法学会年報四二号五七―五八頁

(一九九九年)。

(34) C. SHAPIRO & H. R. VARIAN, INFORMATION RULES 173 (1999).

第三章 ハイテク産業における市場分析

一 伝統的市場分析枠組みの問題点

1 伝統的市場分析枠組みの問題点

(ア) 米国反トラスト当局の企業結合規制方針は、司法省及びFTCが共同で公表した一九九二年の水平企業結合ガイドラインにおいて明らかにされている。一九九二年の水平企業結合ガイドラインの基本的な分析枠組みは、①SSNIPテストにより市場を画定し、②市場参加者を認定した後市場におけるHHIを算定するというものである。すなわち、①「小幅であるが有意かつ一時的なものでない (small but significant, nontransitory increase in price)」仮定的独占企業の価格引き上げテスト (SSNIPテスト) により、需要の代替及び供給の代替を考慮した市場画定を行い、次に②市場における参加企業のシェアの二乗を足し合わせたものに基づき市場を分類して (HHIテスト)、新規参入の蓋然性や効率性の達成等の分析を行うというものである。⁽³⁵⁾

このような市場分析道具は、①価格を基準とした企業間競争を念頭に置き (SSNIPテスト)、かつ②価格支配力の発生モデルとしてプライスリーダーシップ型の寡占協調を主たる対象にする (HHIテスト) と評価できるであろう。しかしながら、これは先に見た典型的なハイテク産業の特質と必ずしも整合的でない。そこで、SSNIPテストやHHIテストの利用について、以下のような問題点が指摘される。

(イ) 第一に、SSNIPテストについては、次のような問題点が指摘される。

まず、「市場の中の競争」について、価格引き上げに伴う需要の移動を観察することは、必ずしも容易ではない。差別化された製品に関する市場画定の一般的な困難さの他、システム財としての問題が生じ得る。すなわち、パソコンやソフトウェアなどのシステム財については、関連製品以外のハードウェアやソフトウェアの市場環境により、関連製品の需要は一変するのであり、単に問題となつてゐる製品の価格のみに注目して市場を画定することはできない。またソフトウェアのような耐久財については、価格引き上げに対抗して、需要者は既存製品（バージョン）を使用し続けることも可能である。⁽³⁶⁾そこで、既存インストールベースからの競争を、どのように市場画定において考慮すべきかという問題が生じる。⁽³⁷⁾

また、そもそもハイテク産業においては品質に基づく競争が行われており、需要者は「小幅な (small) 価格引き上げ」に反応を示す訳ではないとの批判もある。具体的にティース (D. Teece) は、SNIPテストに代わる、次のようなテストを提案する。すなわち、製品の品質の変化に対応する需要の移動を見るために、「製品の特徴的な性能 (key performance attribute)」一つについて二五%の劣化を仮定して、四年間における需要の移動を見るというものである。⁽³⁸⁾

もつともこのような主張に対しては、「特徴的な性能」や「二五%の劣化」を確定することの現実性や客観性が疑問視されている他、⁽³⁹⁾そもそも品質の劣化を仮定することの意義が問題となろう。すなわちハイテク産業における問題は、品質の劣化ではなく、品質改善（イノベーション）の「停滞」である。たとえ独占者であっても、現在より製品の品質を劣化させることは現実的ではない。このような非現実的な仮定は、市場を広く画定することになりかねない。⁽⁴⁰⁾

次に、「市場を求めた競争」については、「ダイナミック・ファラシー (a dynamic fallacy / penetrating

pricing fallacy)の問題が指摘される。ダイナミック・ファラシーとは、とりわけネットワーク産業において、企業が「浸透価格 (penetrating pricing) 戦略」を採用し、短期限界費用を下回る価格付けを行うような場合、その価格を基準にSSNIPを仮定すれば、狭い市場を画定することになるといえる問題である。低価格が活発なネットワーク間競争の証左であるにもかかわらず、狭い市場を画定してしまうのである。もつともダイナミック・ファラシーは、いわゆるゼロファン・ファラシーと反対の問題である。そこで、ゼロファン・ファラシーの解決策と同様に、仮想的な一時的ではない競争価格を基準にすることが考えられる。しかし後に述べるように、ハイテク産業における「競争価格」の認定は容易ではない。

(ウ) 第二に、HHIや市場シェアについても、次のような問題点が指摘される。

まず、「市場の中の競争」については、パソコンやソフトウェアなどの耐久財に関して、いわゆるコースの推測 (Coase Conjecture) が機能する可能性がある⁽⁴¹⁾。すなわち、製品に高い留保価格を有する需要者も、いずれ供給者が顧客獲得のために価格を引き下げるに違いないとの推測を立てれば、留保価格 (限界費用以上の価格) での購入を控えるのである。コースの推測が機能すれば、大きな市場シェアを有する供給者も、市場支配力の行使を行わないことになる。勿論、供給者は様々な対応策を採用する。それらの中には競争制限的と評価できるものも存在する⁽⁴²⁾。しかし、それら規制は、第一義的には企業結合規制の問題ではない⁽⁴³⁾。

また、ユニラテラル効果についても、次のような問題が生じる。すなわち、先に述べた様々な困難さを克服して市場を画定したとしても、一旦市場画定がなされれば、関連製品間の密接代替性は捨象されてしまう。しかしユニラテラル効果の分析においては、市場シェアは我々の大きな関心事ではない。製品間の代替率が直接の関心事である⁽⁴⁴⁾。

次に、「市場を求めた競争」については、市場シェアの高さそれ自体を問題にすることはできない。イノベーションやネットワーク効果に基づき不可避免的に生じる高い市場シェアに対して、どのような規範的評価を与えるかが問題である。また、急速な市場変化を特性とするハイテク産業において、現在の市場シェアや市場集中度が、将来の競争状態をどれ程正確に反映するのか、必ずしも明らかではない。⁽⁴⁵⁾

(エ) 第三に、そもそも既存の市場分析枠組みが前提とする「市場支配力 (market power)」概念自体について、問題ありと批判される。伝統的な反トラスト政策において、市場支配力は一般に(短期) 限界費用と価格との乖離率で示されてきた。⁽⁴⁶⁾ そして市場シェアの重要性も、クールノー競争型市場における当該乖離率との連関において支持されてきた。

これに対してハイテク産業においては、限界費用との乖離率を以て市場支配力の徴表にすることは不可能であるとの批判がある。すなわち、研究開発費に代表される多額の固定費用の存在を鑑みれば、限界費用を上回る価格付けは企業活動上不可避であり、限界費用を上回る価格付けがなければイノベーションを期待することができない(結果として活発な競争を期待することもできない)と指摘されるのである。⁽⁴⁷⁾

そこで、限界費用に代えて平均費用を基準とすることや、さらに平均費用に適切なりスク調整を加えたものを基準とするとの主張もなされる。また、企業の利潤率を市場支配力の指標とすべきとの主張もある。⁽⁴⁸⁾ 特に利潤率を重視すべきとの学説には、反トラスト法違反を主張する者に、利潤率の高さが①イノベーションに対する報酬としての性質 (Schumpeterian) 又は②希少性に基づく生産上の優位性を示す (Ricardian) ものではなく、③市場支配力の徴表 (Porterian) であるとの立証責任を負わせるべきとの主張もある。⁽⁴⁹⁾

もっともいづれの説も、算定等の技術的困難性が指摘される。⁽⁵⁰⁾ 特に利潤率を市場支配力の指標とする場合には、

会計上の利益率を参考にすることになるが、反トラスト法学において既によく論じられている通り、機会費用の算定やレントの認定はそれほど容易なものではない。何よりも、事前規制である企業結合規制において、このような作業を行うことはほとんど不可能である。これら費用は技術条件等により外生的に決定されるのではなく、企業が戦略的に決定するもの（内生的）だからである。

2 反トラスト当局の立場

さて、ハイテク産業における企業結合ガイドラインの有用性について、反トラスト当局の立場は如何なるものか。この点、反トラスト当局のスタッフは、現在の水平企業結合ガイドラインによりハイテク産業の市場分析を行うことも十分に可能とする。例えば、司法省のスタッフは、以下のように述べる。⁽⁵¹⁾

第一に、製品市場画定については、品質が競争戦略上の変数となっている場合には、品質の変化に依じた需要の代替性を見るのであり、企業結合ガイドラインも「価格又は他の競争上の変数の変化に応じて (in response to relative changes in price or other competitive variables)」需要の変化を観察すると規定している。⁽⁵²⁾

第二に、市場集中度及び市場シェアを検討する際にも、現在の市場シェアが将来の競争的地位を適切に示さない場合には、水平企業結合ガイドラインは「市場環境の現在又は将来の変化について合理的に予見可能な効果 (reasonably predictable effects of recent or ongoing changes in market conditions)」を検討すると規定している。⁽⁵³⁾

第三に、市場参入の蓋然性についても、たとえ二年間という「時宜に合った (timely)」新規参入が現実になされないとしても、イノベーションによる参入が予期されることで潜在競争圧力が生じ、企業結合後二年間の間に競争制限効果が緩和されることが期待できるのであれば、そのような新規参入の蓋然性を積極的に評価することが可

能である。⁽⁵⁴⁾

そして第四に、競争制限効果についても、水平企業結合ガイドラインは、価格競争のみならず「品質、サービス、イノベーション」等の非価格競争の減殺にも留意することを明示する。⁽⁵⁵⁾以上の司法省スタッフの発言と同様に、FTCのミューリス(T.J.Muris)委員長も、既存の水平企業結合ガイドラインをハイテク産業の企業結合分析に適用することが可能とする。⁽⁵⁶⁾

もつとも反トラスト当局スタッフの主張は、水平企業結合ガイドラインが、ハイテク産業の特殊性やイノベーションの問題を処理し得る柔軟性を有すると述べるに過ぎない。ハイテク産業における市場分析について、具体的な方法論を提示するものではない。反トラスト当局スタッフの中にも、ハイテク産業の企業結合分析について、ガイドラインの方法論の限界を指摘する者も存在するのである。⁽⁵⁷⁾

二 第一原理主義 (First Principles Approach)

(ア) 以上検討したように、ハイテク産業における企業結合規制においては、SSNIPテストやHHIテストといった、同質財の価格競争を念頭においた市場分析道具に、限界が存在する。特に「市場を求めた競争」フェーズにおいては、とりわけその合理性が問題となる。このような状況において、ハイテク産業における企業結合規制について反トラスト法原理を提供するものと注目されているのが、サロップ(Salop)の「第一原理主義 (First principles approach)」である。⁽⁵⁸⁾ サロップは、反トラスト法の目的は市場支配力の抑制にあり、伝統的な市場画定及び市場集中度の検討はそれ自体に価値はないとする。そして反トラスト法の目的に忠実であるには、問題となっている「市場行動」の反競争的效果に直接注目した市場分析を行うべきとする。そして、このような考え方

は、シカゴ学派の市場集中度等に基づく「閾値分析・セーフハーバー主義 (a threshold analysis)」⁽⁵⁹⁾と対比できるようにする。⁽⁶⁰⁾

先に見たように、ハイテク産業においては、①「市場の中の競争」について、差別化製品市場の企業結合によるユニラテラル効果、及び②「市場を求めた競争」について、競争者排除が問題となる。共に伝統的な市場分析に限界が露見する場面であり、⁽⁶¹⁾サロップの第一原理主義がよく当てはまる場面である。①は、市場画定や市場シェア算定が不要な場合として、よく知られている。⁽⁶²⁾②は、上で述べたように市場シェアの高さのみから違法性判断を行うことはできず、また急速な市場変化の中で、現在の市場シェアが将来の市場状況を正確に叙述できるのか明らかではない。とりわけ「市場を求めた競争」は、新たな規制基準及び市場分析道具を必要とするのであり、第一原理主義の警笛が大きな重みを持つ。

(イ) なお、サロップは、企業結合規制においてSSNIPテストやHHIテスト等の有用性を完全に否定する訳ではない。第一に、市場集中度に基づく違法推定原則は可能とする。⁽⁶³⁾伝統的な市場支配力の発生形態を検討する際には、市場集中度や市場シェアは重要な考慮要因の一つとする。⁽⁶⁴⁾ただしサロップは、たとえ協同行為を問題にする場合であっても、あくまで市場集中度は重要な考慮要因の一つに過ぎず、他の考慮要因と共に総合的に企業結合の競争制限効果を判断することが必要とする。その際、企業結合が生み出す効率性への十分な考慮も必要である。⁽⁶⁵⁾第二に、逆に、企業結合ガイドラインにおけるHHIに基づくセーフハーバーも支持できるとする。⁽⁶⁶⁾HHIが十分に低い場合には市場支配力の発生可能性が十分に小さく、それ以上の情報収集は費用の観点から合理的でないとする。

サロップは、規制当局や裁判所の判断(意思決定)について、全て情報収集の利益(市場分析の確度向上による

利益)と費用とを比較衡量して、考慮要因の選定(利用する情報の選定)及び考慮順序の合理性(逐次的決定の過程)を検討すべきとする⁽⁶⁷⁾。このような観点から、一定の企業結合についてセーフハーバー(当然合法)を支持し、ハードコアカルテルについて当然違法原則を支持する⁽⁶⁸⁾。そして産出量削減型の市場支配力認定においては、違法推定原則を支持するのである。これらは反トラスト法学における経験知ないし暗黙知の一つの説明方法である。しかしハイテク産業における市場分析において、SSNIPテストやHHIテストは、ユニラテラル効果を初めとする競争制限効果につき、必ずしも市場分析の確度を向上させる訳ではない⁽⁶⁹⁾。むしろそれらを機械的に当てはめることは様々な誤謬を生みかねない⁽⁷⁰⁾。したがってそれらを墨守することに合理性は存在しないのである。

三 イノベーション市場の問題

1 イノベーション市場理論と潜在競争理論

ハイテク産業においては、競争者を排除する力の形成が大きな課題となることを示した。そこで特に問題となるのが、いわゆる「イノベーション市場(innovation market)」の問題である⁽⁷¹⁾。企業結合により競争者を排除し、イノベーション経路が減少することをもって競争制限効果を問いうるかの問題である。イノベーション市場は、一九九五年公表の知的財産ライセンスガイドラインによって、初めて反トラスト当局の政策方針となった⁽⁷²⁾。そして司法省のギルバート・サンシャイン(R.J.Gilbert & S.C.Sunshine)によって、ライセンス契約から離れ、企業結合規制への応用が示されたのである⁽⁷³⁾。

それにもかかわらず、イノベーション市場を明確に支持した判例は、今なお存在しない。また学説にも、イノベーション市場を批判するものがある。例えば、法文上の問題として、有形又は無形資産の取引行為を伴わない以上、

「市場」を画定できないのではないかとの批判がある。⁽⁷⁴⁾

また、規制の失敗を危惧する批判は根強い。確かに、イノベーションを生み出す研究開発活動は一般に参入障壁が低く、研究開発活動の減少をもって企業結合規制を行うことは過剰規制になりかねない。また特許レースモデルにおける common pool 問題としてよく知られるように、重複した研究開発は社会的無駄になりかねず、企業結合により重複投資を避けることは社会厚生を高める可能性を有している。

これらイノベーション市場に批判的な立場は、イノベーション市場における問題は潜在競争理論により扱うべきであると主張する。⁽⁷⁵⁾ 潜在競争理論のうちいわゆる将来競争理論に依拠して、将来製品の価格競争減殺に注目して分析を行うべきというのである。潜在競争理論は一九八四年の B A T 事件を境に衰退傾向にあった。⁽⁷⁷⁾ しかしその後、一九九〇年代になって、①立証要件として B A T 事件における「明白な証明」要件が緩和され、また②実体要件として、結合企業が共に市場に参入していない状況で潜在競争理論を認める「二重の潜在競争理論 (double potential competition theory)」が採用されるなど、⁽⁷⁸⁾ 潜在競争理論は復活したと評価されている。⁽⁷⁹⁾ そうすると、確かにイノベーション市場概念が果たす役割は小さくなるようにも見える。

しかしながら、イノベーション市場理論が問題とするのは、潜在的な価格競争減殺ではない。⁽⁸⁰⁾ また、将来に期待される研究開発成果の減少でもない。現在の研究開発競争の減殺を問題にするのである。⁽⁸¹⁾ イノベーション市場を支持する議論は、研究開発「活動(努力)」の減少を直接に問題視するのである。⁽⁸²⁾ 一九九六年の F T C スタップレポートは、「イノベーション競争の減殺により消費者が被る不利益を検討する際には、反トラスト法は反競争的効果 (effects) の可能性に注目するのではなく、反競争的行為 (conduct) の可能性に注目すべき」とする。⁽⁸³⁾ イノベーション市場理論を批判する際にしばしば持ち出される、研究開発支出(インプット)とイノベーション水準(アウト

トプット」との間に合理的連関は存在しないとの批判は、必ずしも当を得たものではない。⁽⁸⁴⁾

2 イノベーション市場における市場分析

以上のように、イノベーション市場理論においては、直接にイノベーション活動の減少が問題とされる。そこでは、研究開発努力の低下、特に企業結合による「研究開発経路」の減少が問題となる。⁽⁸⁵⁾ ここでは、イノベーション市場における市場分析はどのように行われるのであろうか。知的財産ライセンスガイドラインには、イノベーション市場における市場シェアの算定及び検討を示唆する箇所がある。⁽⁸⁶⁾ ガイドラインは市場シェア算定の基準として、①保有する特殊資産、②研究開発費用、③関連製品のシェアを例示する。また学説には、④保有特許数を基礎とした市場シェア割当てを主張する者もある。⁽⁸⁷⁾

いずれの市場シェア算定手法も、現実性や客観性に批判が加えられている。⁽⁸⁸⁾ しかしより根本的な問題は、そもそもシェアを配分することの必要性及び合理性に存在するであろう。イノベーション活動の減殺について、市場シェアを算定する意味は存在するのであろうか。

この点、イノベーション市場における競争参加者は、既に次の二つの要件にて限定されていることに注意が必要である。第一に、イノベーションが特定の新たな又は改良された製品又は製法に向けられていること。そして第二に、イノベーション能力が特定資産又は特質に特徴付けられていることである。これら要件は、研究開発活動については一般に参入障壁が低いことから、過剰規制にならぬよう規定された要件である。そしてイノベーション競争は、このように競争能力を認められた者による「市場を求めた競争」であると考えられる。これはオークションの状況と近似すると言えるであろう。

このような状況では、参加者に不均等にシェア配分することに意味はなく、各競争単位に均等にシェアを配分す

る（シェア等を配分することなく競争単位の減少を問題とする）他はないと思われる。⁽⁸⁹⁾ イノベーション競争の滅殺を問題にした実際の事例を見ても、イノベーション活動について市場シェアの算定は行われていない。知的財産ライセンスに関するガイドラインは、イノベーションの「単位」に基づくセーフハーバーを提示する。⁽⁹⁰⁾ そして、このように市場シェア及び市場集中度算定が意味を有さないという点において、イノベーション市場理論は、サロップの第一原理主義がよく当てはまる場面と言えよう。⁽⁹¹⁾

- (35) 村上政博『アメリカ独占禁止法』一八八—一九九頁（弘文堂・一九九九年）、拙著『合併規制と効率性の抗弁』一八一—一八三頁（多賀出版・二〇〇一年）参照。
- (36) ソフトウェア産業について、長岡貞男「情報産業における反独占政策」（後藤晃・山田昭雄編『IT革命と競争政策』（東洋経済新報社・二〇〇一年）所収）七〇頁参照。
- (37) このようなソフトウェア産業における市場画定の問題点については M. L. Katz & C. Shapiro, *Antitrust in Software Markets* 10–13 (1998) 参照。
- (38) Teece & Coleman, *supra* note 26, at 853–857. See also A. C. Hruska, *A Broad Market Approach to Antitrust Product Market Definition in Innovative Industries*, 102 *YALE L. J.* 305, 327 (1992); M. L. Azucenaga, *Merger Law Enforcement in the Evolving Antitrust Environment* 8 (1995).
- (39) A REPORT BY THE FTC STAFF, *ANTICIPATING THE 21 ST CENTURY: COMPETITION POLICY IN THE NEW HIGH-TECH, GLOBAL MARKETPLACE*, Chap. 7, at 43 (1996) [hereinafter cited as *FTC STAFF REPORT*].
- (40) ティースは、さらに別稿において、①市場において活発な技術競争が行われている場合、又は②四ないし五年のタイムスパンにおいて市場参加企業のシェア変動が大きい場合は、競争が活発に行われている証拠であり、SUNIPテストにおけるよりも広い市場を画定すべきであるとの提案を行っている（C. Pleatsikas & D. Teece, *New Indicia for Antitrust Analysis in Markets Experiencing Rapid Innovation*, in J. ELLIG ED., *DYNAMIC COMPETITION*

- AND PUBLIC POLICY 95, 132-134 (2001))。結局のところティースは、ハイテク産業における反トラスト法の適用に対して、懐疑的なのである。広い市場画定手法を主張した上で、「勿論、いったん市場が適切に画定されれば、市場支配力を評価する手順にさらに進む必要はなからう。市場が広ければ、シェアは大変小さく認定され、競争制限的行為は全く不可能かほとんど不可能である」とする (id. at 134)。
- (41) See Katz & Shapiro, *supra* note 37, at 10-13.
- (42) コースの推測問題を緩和するための様々な企業活動、及びそれらの競争政策上の含意について、B. Y. Orbach, *The Durapoint Puzzle: Monopoly Power in Durables-Goods Markets*, 21 YALE J. REG. 67, 84-112 (2004) 参照。
- (43) これに対して、計画的陳腐化等、社会厚生上の損失が大きいかかわらず、反トラスト法の規制が困難な企業活動が存在することを理由に、寡占的な耐久財市場において積極的な企業結合規制の重要性を説く、id. at 112-113 参照。
- (44) 勿論、市場シェアの大きさは、製品間の代替率の低さを間接的に推認させる。
- (45) 如何なるデータを基にして、市場シェアを算定すべきかという問題もある。ネットワーク産業においては、価額に基づくよりも、量に基づく方が適切であろう。さらに量で算定すべきとして、既存のネットワーク参加者 (例えばソフトウェアのインストールベース) を重視するか、新規参加者 (例えばソフトウェアの現在出荷額) を重視するかという問題もある。両者に相違がある場合は市場が流動化していることを示しており (パラダイトシフト)、将来の市場構造を検討する企業結合規制においては後者を重視する方がよいであろう。See Katz & Shapiro, *supra* note 37, at 14-15.
- (46) See e. g., H. HOVENKAMP, FEDERAL ANTTITRUST POLICY 80 (1994).
- (47) Evans & Schmalensee, *supra* note 2, at 16-17; Gilbert & Tom, *supra* note 29, at 46; Pleatsikas & Teece, *supra* note 40, at 134-135; J. Gual, *Market Definition in the Telecom Industry* 12 (2002); M. A. Carrier, *Resolving the Patent-Antitrust Paradox Through Tripartite Innovation*, 56 VAND.L.REV. 1047, 1061-1062 (2003).
- (48) See Baumol & Swanson, *supra* note 4, at 681-684.
- (49) Id. at 683; Pleatsikas & Teece, *supra* note 40, at 134-135 (「また、利潤率の検討は「単一の製品」についてなされるのではなく、企業の研究開発全体 (a firm's R&D portfolio) についてなされるべきである。なお、コメントについて」 M. Sanderson & R. A. Winter, "Profits" Versus "Rents" in Antitrust Analysis: An Application to the

- Canadian Waste Services Merger, 70 ANTITRUST L. J. 485, 494-502 (2002) 参照。
- (50) See e.g., *id.* at 510-511; G.J.Hurdle & H.B.McFarland, Criteria for Identifying Market Power: A Comment on Baumol and Swanson, 70 ANTITRUST L. J. 687, 695 (2003).
- (51) D. L. Rubinfeld & J. Hoven, Innovation and Antitrust Enforcement, in JELLAG ED., DYNAMIC COMPETITION AND PUBLIC POLICY 65, 69-73 (2001).
- (52) DOJ & FTC, 1992 Horizontal Merger Guidelines, para. 1.11 [hereinafter cited as Horizontal Merger Guidelines].
- (53) Horizontal Merger Guidelines, para. 1.521.
- (54) ガイドラインは「耐久財について、実際に新規参入が行われなくとも新規参入の明確なコミットメントがなされれば、消費者は、実際に新規参入が起るまで、新品を購入することなく現在保有する財を使い続けることがある。このように二年間の間に実際に新規参入が行われなくとも、二年間の間に競争制限効果を緩和できる場合があり、このように参入は「時宜に適った」ものとなる (Horizontal Merger Guidelines, para. 3.2)。
- (55) Horizontal Merger Guidelines, para. 0.1 n. 6.
- (56) T. J. Muris, Antitrust Enforcement at the Federal Trade Commission: In a Word-Continuity (2001).
- (57) D. A. Yao & S. S. DeSanti, Innovation Issues under the 1992 Merger Guidelines, 61 ANTITRUST L. J. 505, 521 (1993). 例えが、インベーション競争のためのリーナストを採用する企業が「市場参加者のコマ・コンピタンス (core competencies) に注目して市場画定する他はなごとなる (id. at 510)。
- (58) See e.g., OECD, Roundtable on Merger Assessment in High Innovation Markets: Issues Paper by the Secretariat, DAFNE / COMP (2002) 8, at 8-9 (2002); P. Freeman, Talk by Peter Freeman to CBI Competition Conference, Friday 5 March 2004: The Enterprise Act and Innovation 10 (2004).
- (59) 例えが、既述の T. Jorde & D. Teece, Innovation, Cooperation, and Antitrust: Striking the Right Balance, 4 HIGH TECH. L. J. 1 (1989) 参照。
- (60) S. C. Salop, The First Principles Approach to Antitrust, Kodak, and Antitrust at the Millennium, 68 ANTI-

- TRUST L. J. 187, 188-189 (2000) [hereinafter cited as First Principles Approach].
- (61) ユニラチナル効果、イノベーションの問題を、伝統的な新古典派市場分析における重要な限界問題とする。R. J. R. Peritz, Some Realism about Economic Power in a Time of Sectoral Change, 66 ANTITRUST L. J. 247, 256-261 (1997) 参照。
- (62) J. B. Baker & S. C. Salop, Should Concentration be Dropped from the Merger Guidelines?, 33 U. WEST. LOS-ANGELES L. REV. 3, 11-12 (2001). See generally G. J. Werden & L. M. Froeb, Simulation as an Alternative to Structural Merger Policy in Differentiated Products Industries, in M. B. COATE & A. N. KLEIT ED., THE ECONOMICS OF THE ANTITRUST PROCESS 65, 66-70 (1996).
- (63) See Baker & Salop, supra note 62, at 7-11.
- (64) See id. at 8. 理論的及び実証的に、それら考慮要因と市場支配力発生との相関関係は否定されないとする。
- (65) See id. at 13-14.
- (66) See C. F. Becker III & S. C. Salop, Decision Theory and Antitrust Rules, 67 ANTITRUST L. J. 41, 66-67 (1999).
- (67) See id. at 61-75. なお意思決定理論に関する概説書として、さしあたり松原望『意思決定の基礎』（朝倉書店・二〇〇一年）参照。
- (68) 市場においてカルテルが実効性を持つて行われている以上、市場画定及び市場シェア算定等の市場分析は全く無意味である (Salop, First Principles Approach, supra note 60, at 200-201)° See also, Becker III & Salop, supra note 66, at 63-65.
- (69) See Baker & Salop, supra note 62, at 10-14.
- (70) See Salop, First Principles Approach, supra note 60, at 194-195.
- (71) イノベーション市場の問題については、岡田羊祐「技術革新市場と競争政策」（後藤晃・山田昭雄編『IT革命と競争政策』（東洋経済新報社・二〇〇一年）所収）八五頁、佐藤潤「技術開発を巡る企業結合規制」法学政治学論究三二二号四〇三頁（一九九七年）、宮井雅明「反トラスト法と技術革新」立命館法学二五〇号一四五二頁（一九九六年）参照。

- (72) DOJ & FTC, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, para. 3. 2. 3 (1995) [hereinafter cited as Licensing Guidelines]. ガイドラインの邦訳として、金子晃・佐藤潤訳「知的財産権のライセンスメントに関する反トラスト・ガイドライン」法学研究七五巻五号六三頁（二〇〇二年）参照。
- (73) Gilbert & Sunshine, *supra* note 14, at 569-570. See OECD, High Tech Markets, *supra* note 7, at 12.
- (74) R. J. Hoerner, Innovation Markets: New Wine in Old Bottles, 64 ANTITRUST L. J. 49, 56-57 (1995). See also R.W.Davis, Innovation Markets and Merger Enforcement: Current Practice in Perspective, 71 ANTITRUST L. J. 677, 679 (2003).
- (75) Hoerner, *supra* note 74, at 55-58; R.T.Rapp, The Misapplication of the Innovation Market Approach to Merger Analysis, 64 ANTITRUST L. J. 19, 39 (1995). 潜在競争理論について、泉水文雄「企業結合規制における潜在競争（一）・（二）」法学論叢一一七巻一号二〇頁・三三頁五二頁（一九八五年）参照。
- (76) B. A. T. Industries, Ltd., 104 F. T. C. 852 (1984).
- (77) J. E. Kwoka, Non-Incumbent Competition: Mergers Involving Constraining and Prospective Competitors, 52 CASE W. RES. 173, 178-179 (2001).
- (78) M.D.Whitener, Potential Competition Theory: Forgotten But Not Gone, 5 ANTITRUST 17, 19 (summer 1991).
- (79) See generally, Kwoka, *supra* note 77, at 182-186. めいめい将来競争理論について、最高裁は否定したままだが²⁹。
- (80) イノベーション市場理論は、価格支配力としてのマーケットパワー概念からの乖離であると批判するものとして、N.A.Widnell, The Crystal Ball of Innovation Market Analysis in Merger Review: An Appropriate Means of Predicting the Future?, 4 GEO. MASON L. REV. 369, 396-402 (1996) 参照。
- (81) FTC STAFF REPORT, *supra* note 39, Chap. 7, at 26-30, 32-33.
- (82) See e. g., Yao & DeSanti, *supra* note 57, at 509-510.
- (83) FTC STAFF REPORT, *supra* note 39, Chap. 7, at 15.

- (84) See e.g., Rapp, *supra* note 75, at 33; C. Hamilton, *Adequacy of the 1995 Antitrust Guidelines for the Licencing of Intellectual Property in Complex High-Tech Markets*, 7 COMP. L. REV. & TECH. J. 23, 26 (2002).
- (85) See Rubinfeld & Hoven, *supra* note 51, at 72; M. H. Morse, *The Limits of Innovation Markets* 7 (2001).
- (86) *Licensing Guidelines*, para. 3. 2. 3.
- (87) See Yao & DeSanti, *supra* note 57, at 507.
- (88) See Widnell, *supra* note 80, at 392-393.
- (89) C. Varney, *Antitrust and the Drive to Innovate: Innovation Markets in Merger Review Analysis*, 9 ANTI-TRUST 16 (Summer 1995); G. J. Werden, *Assigning Market Shares*, 70 ANTI-TRUST L. J. 67, 85-86 (2002).
- (90) *Licensing Guidelines*, para. 4. 3.
- (91) ハイテク市場における市場画定基準について、ブラウンシュー事件におけるチェックリスト方式は、SSNIPテストよりも、さらに合理性に問題ありとの意見がある (Pleatsikas & Teece, *supra* note 49, at 112-117)。しかし、市場シェアに即した市場分析を支持しないのであれば、SSNIPテストがチェックリスト方式よりも常に道具として優れると断言することはできない。

第四章 ハイテク産業における企業結合事例

一 ユニラテラル効果の事例 (Adobe / Aldus 事件)

(ア) ハイテク産業においては、「市場の中の競争」フェーズではユニラテラル効果が、そして「市場を求めた競争」フェーズでは競争者を排除する力の形成が、とりわけ重要な問題となることを検討した。また、これらの場合、伝統的な企業結合分析手法が合理性を有さない可能性があることも検討した。以上を踏まえて、米国の主要なハイテク企業結合事件を検討する。

まず、ユニラテラル効果に関する典型的事例として、コンピューター・ソフトウェアに関する一九九四年の Adobe / Aldus 事件がある。同事件では、Apple社マックOS用のプロ向けイラストレーション・ソフトウェアの開発及び販売市場が問題となった。⁽⁹²⁾ 同市場には、買収企業 Adobe 社のソフトウェア (Illustrator) と被買収企業 Aldus 社のソフトウェア (FreeHand) しか存在しなかった。米国において Adobe 社の市場シェアは七〇%、Aldus 社の市場シェアは三〇%であった。もともと、プロ向けに限定せず、さらにウィンドウズOS用のソフトウェアを含める形で市場を拡大すれば結合企業は三五%強の市場シェアであるが、Illustrator と FreeHand は密接な代替関係にあり、また結合前は両社間において激しい競争が行われてきた。なお、ネットワーク効果の存在等により、競争制限効果を抑制するに足る新規参入は困難であった。

FTCは競争制限効果として、企業結合により、①差別化製品市場における密接代替品間の競争が消滅し、単独の価格引き上げが可能となる、また②市場における協調行為の蓋然性を高めることになるとした。そして六ヶ月以内に FreeHand にかかる資産を譲渡することを命じる同意審決を下した。

①は、ハイテク産業の「市場の中の競争」フェーズにおける反競争的効果をよく示すものである。すなわちユニラテラル効果の発生が予期される典型的事例である。本件において FTC は断定的に市場を画定していない。ユニラテラル効果が問題となる場合、市場画定及び市場シェア算定という伝統的な市場分析は有効とは言えない。本件におけるように、両当事者の製品が密接代替品であることが決定的に重要である。

(イ) これに対して②に関しては、必ずしもその理由付けが明らかではない。ソフトウェア産業は、製品が差別化されておりそもそも合意は困難であり、また低い限界費用及び高い利潤率は協調行為からの逸脱に大きなインセンティブを与え、さらにネットワーク効果の存在からは協調行為の蓋然性は一層低いとも言えそうである。そこで、

本件における協調行為への懸念について、根拠が十分ではないとの批判もある。⁽⁹³⁾

しかし、先に述べたように、ハイテク産業においても、協調行為が発生し得ないと断定することはできない。高い固定費用の存在は、固定費用回収のために競争者間の協調行為へのインセンティブを高めるとも言える。特に、市場において活発なイノベーションが期待できない場合はそうである。

二 競争者排除の事例

1 医薬品産業における事例

次に「市場を求めた競争」フェーズについて、競争者の排除にかかる具体的事例を検討する。競争者排除の具体的事例を、①企業結合による競争者排除（競争単位の減少）の場合、及び②企業結合による競争者排除力形成の場合に分けることを試みる。特に①については、イノベーション市場における競争者排除の事例に注目する。イノベーション市場における数少ない競争者である当事者が企業結合することにより、研究開発経路が減少することが問題となる。

さて、イノベーション市場における競争単位の減少が問題とされる事例は、医薬品産業に関するものが多い。⁽⁹⁴⁾その理由としては、①医薬品の発売にはFDAの認可手続が必要となることから、潜在的競争者の市場参入の蓋然性及び参入時期を確実に予想できる点、②医薬品産業の産業特性として特許権と最終製品との対応度が高く、参入障壁が客観的に認識できる点、そして③審査においてFDAの協力から専門的知見を得られるという点を指摘できよう。⁽⁹⁶⁾これらの特性から、医薬品産業の事例は、明確な将来製品市場を想定できる事件が多いと指摘されている。そこで、イノベーション市場に批判的な立場からは、医薬品産業においてイノベーション市場が問題とされた事例は、

実質上、将来製品市場を画定して潜在競争理論にて処理した（処理し得た）事例と指摘されている。⁽⁹⁷⁾

2 研究開発経路の減少が問題とされた事例

(1) Sensormatic 事件

しかしながらイノベーション市場概念なしに、市場分析を行い得ない事件も存在する。例えば一九九五年の Sensormatic 事件である。⁽⁹⁸⁾ 同事件では、商品の盗難防止システム（タグとセンサー）の研究開発市場が問題となった。買収企業 Sensormatic 社と被買収企業 Knogo 社は、現在、盗難防止システムの生産を行っている。両社の製品に互換性はない。⁽⁹⁹⁾ 現在の生産者のみが、次世代製品の研究開発を行い得た。特許権の存在及び技術習得期間を鑑みて、新規参入は困難とされる。

FTCは競争制限効果として、企業結合により、①Knogo社の研究開発インセンティブを減少させる、②市場における研究開発経路の数を減少させる、そして③Sensormatic社が単独で研究開発を減少させる可能性を指摘した。この三点により、「近い将来及び長期的に研究開発生産量が制限されることになる」とする。

本件では、Sensormatic社とKnogo社が行う研究開発のうち、市場において成功するのは一つであった。なぜならば、次世代製品はメーカー取り付け型の盗難防止タグであり、商品が不特定の小売業者により販売される以上、市場において事実上の標準（de facto standard）の形成が予想されたからである。⁽¹⁰⁰⁾ すなわち、将来製品市場における価格競争の減殺を認定できない事件であった。⁽¹⁰¹⁾ 本件は、イノベーション市場概念なしには解決できない事件であった。⁽¹⁰²⁾

さて本件は、次の二点において、大変興味深い事例である。第一に、事実上の標準を目指した「市場を求めた競争」において、企業結合による競争者の排除が直接に問題となった点である。ボルト＝ピトフスキー（D. Baito &

R. Pitofsky) は標準の問題について、単一の標準が市場を支配することが明らかであり、したがって市場の選択に委ねることに費用を要するとしても、標準決定を競争過程に委ねること自体に価値があり、特にイノベーションの観点からはそうであると述べている。⁽¹⁰⁴⁾

そして第二に、そのような「市場を求めた競争」(イノベーション競争の減少)のみで、企業結合を違法とした点である。他の事件では、イノベーション市場における競争減殺と共に、「市場の中の競争」(現在製品市場における競争) 減殺を指摘するのが通常だからである。イノベーション競争の減少が、企業結合の違法性判断に決定的役割を果たしたのである。

(11) Halliburton / Dresser 事件

さらに、医薬品産業以外において研究開発経路の減少が問題となった事件として、一九九九年の Halliburton / Dresser 事件がある。⁽¹⁰⁵⁾ 同事件では、油田及び天然ガス掘削用の機械 (LWD と呼ばれる) 及びサービス市場が問題となった。沖合掘削において LWD 技術の代替技術は存在しなかった。LWD サービス市場において Dresser 社は市場シェア二七％で第二位、Halliburton 社は市場シェア一八％で第四位であった。市場には他に二社存在するのみであった。LWD の研究開発を四社以外が行うことは難しく、市場におけるこれまでのイノベーションは、全てこれら四社の研究開発によりもたらされてきた。

司法省は競争制限効果として、企業結合により、①市場集中度が高まり LWD サービス市場における協調行為発生の蓋然性が高まること、② LWD の開発及び改良が可能な企業数を減少させることにより、イノベーションのスピードが遅れることを指摘した。

同事件の解説において司法省スタッフは、Dresser 社と Halliburton 社が、LWD の研究開発において異なる企

業戦略を採用していたことが重要であると指摘する。⁽¹⁰⁶⁾ すなわち Dresser 社は、自ら基礎研究を行わず、他社のイノベーションの改良を企業戦略としていた。これに対して、Halliburton 社は、基礎研究を重視して、他社に先駆けてイノベーションを達成することを企業戦略としていた。司法省スタッフは、企業結合により、研究開発の二つの異なるアプローチが一つに減少することを懸念するのである。

反トラスト当局は、特にハイテク産業におけるようにイノベーションの経路が不明確である場合には、「多様性の減少 (the loss of diversity)」すなわち「研究開発経路の減少」自体を、企業結合の競争制限効果としてきた。⁽¹⁰⁷⁾ 最善のイノベーション戦略が不明な場合には、多数の競争単位を維持することが必要であるとされる。

(三) Lockheed-Northrop 事件

研究開発経路の確保について同様に興味深い事例として、一九九八年の Lockheed-Northrop 事件がある。⁽¹⁰⁸⁾ 電子機器及び軍用機の主要メーカー二社が企業結合を試みたことに対して、司法省が差止訴訟を提起した。一〇の市場における水平的な競争制限効果、及び垂直的な競争制限効果が問題とされた。一〇の市場のうち高性能軍用機 (high performance fixed-wing military aircraft) 市場では、競争者が三社から二社に減少することが問題となった。⁽¹⁰⁹⁾ 企業結合により、軍用機的设计、開発、及び生産を行い得るメーカーは、結合企業とボーイング社のみとなった。新規参入障壁は極めて高い。司法省は、競争単位の減少により、プロダクトイノベーション及びプロセスイノベーション双方に悪影響が出ると主張した。

本件で注目される点は、企業結合によっても研究開発費の減少は予期されなかった点である。すなわち、研究開発費の多くは国防省の補助を受けており、企業結合によっても研究開発費の総額には大きな変化はなかったとされている。⁽¹¹⁰⁾ すなわち司法省は、研究開発経路が三つから二つに減少すること自体を問題視したのである。

もともと本件や先の Halliburton / Dresser 事件のように、単純に研究開発経路の減少を競争制限効果と捉えることには、過剰規制との批判もある。⁽¹¹⁾ 研究開発経路が減少しても、結合企業以外の競争者が存在すれば、結合企業が放棄した研究開発経路に代替するかもしれず、他の企業の反応を無視した過剰規制と批判されるのである。確かに、イノベーションの重要性が極めて高く「市場を求めた競争」が活発に行われている場合に、結合企業が研究開発経路のうち一つを放棄するのは、結合企業が二重投資を回避している可能性が高いとも言える。⁽¹²⁾ しかし反トラスト当局は、二重投資回避により企業結合を正当化することについては、慎重な立場を示してきたように思われる。⁽¹³⁾

三 競争者排除力形成の事例

1 取引拒絶の可能性

(一) Ciba-Geigy / Sandoz 事件

以上、企業結合を手段として競争者を直接に排除する場合として、イノベーション市場における研究開発単位の減少が問題とされる場合を検討した。次に、企業結合により競争者排除力の形成が問題となる場合を検討する。企業結合により競争者排除力が形成される場合とは、結合企業が市場環境により何らかの戦略的地位を得て、それに基づき排除行為を行うことが合理的に予測される場合である。ここでは特に、ハイテク産業の特徴的な市場環境であるネットワーク効果の存在や、知的財産権の重要性等に鑑みて、どのような場合に企業が排他戦略を採用するかを合理的に予測できるかが問題となる。

この点、まず注目できるのが、一九九六年の Ciba-Geigy / Sandoz 事件である。⁽¹⁴⁾ 企業結合により問題となった市場の中に、遺伝子治療薬の研究開発市場（イノベーション市場）があった。二社は遺伝子治療薬開発に必要な知的

財産権を有していた。企業結合により両社間の競争が失われ、かつ結合企業が市場競争に必要な知的財産権のポートフォリオを独占することから、失われた競争を回復するだけの新規参入も期待できない状況となった。

本件では、競争制限効果のシナリオとして、次の二つが問題とされた。第一に、研究開発経路の減少である。両社が企業結合することにより、両社が行ってきた研究開発の一方が放棄又は遅延されることになり、遺伝子治療薬の開発における競争を制限することになる。これは先に見たように、多くの医薬品産業の事例において問題とされる競争制限効果である。

第二に、より重要な問題は、結合企業のライセンス拒絶の可能性である。企業結合前の市場において、両社は遺伝子治療薬開発に必要な知的財産権のライセンスについて、競争関係にあった。しかしながら重要な知的財産権のポートフォリオを独占する結合企業は、他の企業にライセンスを行うインセンティブを失うことになる。⁽¹¹⁵⁾

企業結合を認める条件として、ライセンスを望む全ての競争業者に、技術のライセンス及びFDA提出書類へのアクセスが命じられた。資産分離 (divestiture) を条件としない理由として、①競争者は研究開発のための設備を有しており、競争回復のためにはライセンスで十分であること、②資産分離を認めると結合企業の研究開発能力を損なう結果なることを指摘した。⁽¹¹⁶⁾

本件では、企業結合による研究開発経路の減少と共に、パテントポートフォリオに起因する企業結合後の排他行為の可能性を問題にした。⁽¹¹⁷⁾ 特許の集積には、二重限界化の問題を避けるなど競争促進効果も存在する。⁽¹¹⁸⁾ FTCは競争促進効果と競争制限効果との比較及び調整を、ライセンス条件により行ったことになる。⁽¹¹⁹⁾

(二) MCI / World Com 事件

IT産業における企業結合事例として注目できるのが、一九九八年のMCI / World Comの事例である。⁽¹²⁰⁾ 企業結

合によりインターネットバックボーン市場において、支配的企業が誕生することが問題とされた。米国及びECで調査が開始され、史上最大の資産分離が条件とされ、企業結合が認められた。なお本件は、条件を約束することにより審査を打ち切るといふ非公式手続により解決された。⁽¹²⁾

本件では結合企業が四〇ないし七五%のシェアを獲得することで（市場シェアの認定手法により異なる）、市場における支配的企業（the dominant player）となり、二位以下の企業と大きな格差が開くのは確実とされた。企業結合前の市場において企業間の対称性が存在する状況では、ネットワークを維持する企業間に、相互接続のインセンティブが存在する。しかしながら、圧倒的な顧客ベースを獲得した結合企業には、非互換戦略を採用して市場を独占するインセンティブが発生する。

すなわち、単独で又は競争者と共同で、①インターネットバックボーンへの接続料を徴収することにより他のネットワークの費用を高め、又は②接続環境を悪化させる等の戦略を採用することで、結合企業が市場におけるティッピングを狙うインセンティブを有する可能性が問題とされた。結合企業はMCI社のインターネット事業（IMCI）をCable & Wireless社に全て譲渡し、五年間、競争相手となるCable & Wireless社と接続する義務が課された。

本件では、ネットワーク効果を利用して結合企業が競争者を排除するおそれ（企業結合後の排他戦略の可能性）が問題とされた。本件について司法省のスタッフは、結局、ティッピングにより支配的企業が生まれるとしても、企業結合により大きなインストロベースを獲得する結果ではなく、ネットワーク間で競い合いが行われた結果であることが必要と述べている。⁽¹²⁾

2 抱き合わせの可能性 (Time Warner / Turner 事件)

(ア) メディア産業における注目すべき事例として、一九九七年の Time Warner と Turner の事例がある⁽¹²³⁾。同事件では Time Warner 社と Turner 社 (及び TCI 社) との結合により、二つの市場、すなわち①上流市場としての番組制作市場と、②下流市場としての多チャンネル映像番組配給市場における、競争制限効果の発生が問題となった。Time Warner 社は双方の市場で活動を行っており、また Turner 社も自らが上流市場で活動するとともに、資本関係にある TCI 社が下流市場において活動を行っていた。地理的市場は、①前者については全米が画定され、②後者については Time Warner 社と TCI 社が多チャンネル映像番組配給業者 (MVPDs) として活動する個別地域とされた。結合企業は、上流市場 (番組制作) において四〇%超の市場シェアで第一位となった。また Time Warner 社と Turner 社は、HBO や CNN といった、視聴者の需要が大きい番組 (a “marquee” or “crown jewel” service) を制作していた。

FTC は、垂直統合による伝統的な市場閉鎖効果とともに、上流市場における次のような競争制限効果を問題にした。すなわち、「MVPDs に対する交渉力の増大を基に (through its increased negotiating leverage with MVPDs)」、HBO や CNN といった人気番組と他の番組との抱き合わせを行い、配給番組の価格を引き上げるといったものである。そして、Time Warner 社の HBO と Turner 社の番組とを抱き合わせないこと、及び Turner 社の CNN、TNT、WTBS と Time Warner 社の番組を抱き合わせないことを条件の一つとした。

(イ) 本件は、企業結合後の抱き合わせ行為の可能性を理由として企業結合を規制した、興味深い事例である。本件にはアズクエナガ委員 (M.L.Azcunaga) とスターレック委員 (R.B.Starek, III) の反対意見がある。アズクエナガ及びスターレックは、多数説が主張する配給番組に関する価格引き上げが可能となるには、HBO といっ

た Time Warner 社の番組と、CNN といった Turner 社の番組との間に代替関係が必要なところ、両者は代替関係にないと主張する。すなわち前者はプレミアムチャンネル、後者はベーシックチャンネルと呼べるものであり、両者はむしろ補完関係にあるとする。両者が補完関係にあれば、企業結合は価格低下をもたらさそうである。

しかし、特にアズクエナガは企業結合によるユニラテラル効果の発生を念頭に置くが、そもそもここでの問題はユニラテラル効果ではない。確かに、上記「交渉力の増大を基に」との説示は少々不明瞭である。しかし、多数説による補足意見を見ると、これが、チャンネル容量が限定された状況での、抱き合わせによる競争者排除（に基づく価格引き上げ）を意味することが分かる。

企業結合後の抱き合わせを理由とした規制について、アズクエナガは、このような規制は先例がないとした上で、次のように規制を批判する。⁽¹⁴⁾ すなわち、①「市場における企業が、後に反競争的行為を選択するという単なる可能性 (mere possibility)」ではクレイトン法七条の規制基準を満たすことがなく、さらに②事後的な規制も可能であるというのである。しかし、スターレックは可能性を認めるように、⁽¹⁵⁾ 下流市場におけるチャンネル容量が限定された場面では、抱き合わせに基づく市場閉鎖は、競争者が規模の経済性を達成することを困難にして、市場支配力形成を可能にする。

勿論、イノベーションによりチャンネル容量が拡大し、またケーブル放送以外の DBS（直接衛星放送）といった代替メディアが登場すれば、競争者排除のシナリオは不可能になる。まさにアズクエナガは、市場における活発なイノベーションを指摘して、当該主張をなす。しかし、このような主張の当否は、ハイテク市場の市場観に影響を受ける。

(ウ) 競争者を排除する戦略的地位形成を理由として企業結合を規制することは、①市場構造に規律される将来

の「市場行動」の予測を必要とし、かつ②企業結合を規制しなくとも、将来の「市場行動」について事後的な規制の可能性が残される（又はより確実にそのような市場行動を採用しないことの約束を得ることができる）という点において、極めて慎重な判断が要求される。特にハイテク産業においては、市場環境の移り変わりが激しく、より一層、規制の失敗の可能性が高まりそうである。この点、知的財産権の存在（Ciba-Geigy / Sandoz 事件）、またネットワーク効果の存在（Time Warner / Turner 事件）は、比較的明確なホールマークとなる。

しかし、これ以外の状況における抱き合わせ行為（Time Warner / Turner 事件）や略奪的価格設定の可能性については、その能力及びインセンティブを検討し、さらにあり得る効率性との比較衡量を行うという難しい作業が必要となる。⁽¹²⁷⁾ GE / Honeywell 事件を巡る EC 委員会と米国現政権との解釈の相違は、このような判断の難しさを示している。⁽¹²⁸⁾

- (92) 本件も含めてソフトウェア産業における企業結合事例については、Katz & Shapiro, *supra* note 37, at 20-26 参照。
- (93) OFT Economic Discussion Paper 3, *Innovation and Competition Policy*, at para. 9.14 (2002).
- (94) See e. g., American Home Products Corp., 119 F. T. C. 217 (1995); Glaxo PLC, 119 F. T. C. 815 (1995); The Upjohn, Co., 121 F. T. C. 44 (1996); Ciba-Geigy, Ltd., 123 F. T. C. 842 (1997); Baxter International, Inc., 123 F. T. C. 904 (1997). 医薬品市場の産業特性及び企業結合事例の分析については、D. A. Balto & J. F. Mongoven, *Antitrust Enforcement in Pharmaceutical Industry Mergers*, 54 FOOD DRUG L. J. 255 (1999)；A. Gillat, *Compulsory Licensing to Regulated Licensing: Effects on the Conflicts between Innovation and Access in the Pharmaceutical Industry*, 58 FOOD DRUG L. J. 711, 722-726, 729-731 (2003) 参照。
- (95) R. H. Pate, *Antitrust and Intellectual Property* 15 (2003).
- (96) OECD, *High Tech Markets*, *supra* note 7, at 18; FTC STAFF REPORT, *supra* note 39, Chap. 7, at 6; Balto & Mongoven, *supra* note 94, at 267.

- (76) See T. B. Marcotullio, *The Battle Against Drug-Market: An Analysis of European Union and United States Merger Enforcement in the Pharmaceutical Industry 1995-1999*, 32 L. & POLY INT'L BUS. 449, 464 (2001); W. K. Tom & J. A. Newberg, *Antitrust and Intellectual Property: From Separate Spheres to Unified Field*, 66 ANTITRUST L. J. 167, 224 (1997). See also M. L. Azcuenaga, *Address to Boston University School of Law: Recent Issues in Antitrust and Intellectual Property*, 7 B. U. J. SCI. & TECH. L. 1, 12-16 (2001).
- (86) *Sensormatic Electronics, Co.*, 119 F. T. C. 520 (1995).
- (66) *FTC STAFF REPORT*, supra note 39, Chap. 7, at 8.
- (100) *Id.*
- (101) 産米製品市場を画定する以上、規制を行うべきものはなかったと裁判官は論議し、「Landman, supra note 14, at 270 参照。」
- (92) Tom & Newberg, supra note 97, at 225.
- (103) D. Balto & R. Ptofsky, *Antitrust and High-Tech Industries: The New Challenge*, 43 ANTITRUST BULLETIN 583, 598 (1998).
- (104) D. Balto, *Standard Setting in a Network Economy*, para. III (2000).
- (105) *U. S. v. Halliburton Co. & Dresser Industries, Inc.*, Civil Action No. 98-CV-2340 (1999).
- (106) C. K. Robinson, *Leap-Frog and Other Forms of Innovation: Protecting the Future for High-Tech and Emerging Industries Through Merger Enforcement 11-12* (1999) [hereinafter cited as *Leap-Frog*].
- (107) Rubinfeld & Hoven, supra note 51, at 72, 75-76.
- (108) *U. S. v. LockheedMartin Corp. & Northrop Grumman Corp.* (D. D. C. complaint filed March 1998). 結局、司法省の提訴を受けて結合計画は断念された。
- (109) *Complaint*, para. 76-81.
- (110) Rubinfeld & Hoven, supra note 51, at 88.
- (111) See Morse, supra note 85, at 11.

- (112) See id. at 12.
- (113) 二重投資が常に社会的無駄とは言えないとするものとして、Robinson, *Leap-Frog*, supra note 106, at 2 参照。See also Baer & Balto, supra note 30, at 79.
- (114) Ciba-Geigy, Ltd., 123 F. T. C. 842 (1997).
- (115) Ciba-Geigy/Sandoz 事件と同様に、パテントポートフォリオを問題にした事件として、二〇〇二年の Amgen と Immunex の企業結合事件がある (File No. 021-0059)。リューマチ性関節炎の治療薬 IL-1 につき、結合企業が競争者の販売を妨害するような特許訴訟を提起する可能性が問題の一つとなった。
- (116) 資産分離を必要とする意見として、Separate Statement of Commissioner M.L.Azucenaga in Ciba Geigy Limited, File No. 961-0055. See also, Landman, supra note 14, at 258.
- (117) 川浜・前掲注 (33)、六一頁参照。パテントポートフォリオに起因する競争者排除効果について、和久井理子「技術標準化、パテントプールと独禁法」法学雑誌四九卷四四九—四五〇頁 (二〇〇二年) 参照。イノベーション市場におけるパテントポートフォリオの新規参入排除効果について、J.H.Barton, *Antitrust Treatment of Oligopolies with Mutually Blocking Patent Portfolios*, 69 ANTITRUST L. J. 851, 874-876 (2001) 参照。
- (118) 和久井・前掲注 (117) 四四八頁参照。
- (119) 救済措置としてのライセンスについては、その合理性や競争回復の実効性の点において、意見が分かれている。この点、(有償) ライセンスの有用性を積極的に評価する最近の論稿として、Gillat, supra note 94, at 731-735 参照。
- (120) C. K. Robinson, *Network Effects in Telecommunications Mergers*, MCI WorldCom Merger: Protecting the Future of the Internet (1999) [hereinafter cited as *Network Effects*].
- (121) これは司法省特有の「事前介入主義 (fix-it-first)」と呼ばれ、F.T.C. が同意審決により条件履行を法的に担保するのを対比される。See R. H. Pate, *Antitrust Enforcement at the DOJ: Issues in Merger Investigations and Litigation 11-13* (2002). 企業はF.T.C.の審査よりも司法省の審査を望むられる。なお、本件についてはF.C.C.及びE.C.委員会による正式決定も存在しない。
- (122) Robinson, *Network Effects*, supra note 120, at 14.

- (123) In the matter of Time Warner Inc., File No. 961-0004 (1997).
- (124) Dissenting Statement of Commissioner M. L. Accuenaga in Time Warner Inc., File No. 961-0004, at 11-12.
- (125) Dissenting Statement of Commissioner R. B. Starek, III in the matter of Time Warner Inc., File No. 961-0004, at 8-9.
- (126) ネットワーク効果の存在が競争者排除行為の実効性を高める点について、川濱昇「技術標準と独占禁止法」法学論叢一四六巻三・四号一三三頁(二〇〇〇年)参照。
- (127) See generally, P. Watson, Portfolio Effects in EC Merger Law, 48 ANTITRUST BULL 781, 792-804 (2003).
- (128) Case COMP / M.2220, General Electric / Honeywell. 同事件については、泉水文雄「寡占市場間の合併と競争政策」公正取引六二二号一八頁(二〇〇一年)、池田千鶴「GE / Honeywell事件欧州委員会決定」公正取引六二七号七七頁(二〇〇三年)参照。

第五章 おわりに

(ア) 以上、ハイテク産業における企業結合規制について、反トラスト法の展開を検討した。ハイテク産業においても企業結合規制の果たす役割は存在すると認識されている。ただしハイテク産業における企業結合規制は、必ずしも介入事件数が多い訳ではないことも確かである。また、ハイテク産業における企業結合規制について、イノベーションを理由に企業結合を認めた事例も多いとされている⁽¹²⁹⁾。ハイテク産業では、企業結合の競争制限効果を、慎重に見極めることが必要となる。

本稿では、「市場の中の競争」と「市場を求めた競争」という二つの競争フェーズを設定して、企業結合がもたらす競争制限効果の分析を試みた。そこでの重要な結論の一つは、ハイテク産業においては、従来の企業結合規制が主眼目としてきた寡占的協調関係の規制は相対的に重要性が低くなり、競争者を排除する形での競争制限効果が

大きな問題となるというものである。もっとも、ここでの競争者排除とは、供給の代替圧力を低下させて市場支配力の形成（産出量削減）を可能にするという、典型的な市場支配力概念では必ずしも説明仕切れない概念となっているように思われる。すなわち、市場における勝者が不明な場合に、勝者を決する過程を維持しようとするものである。

(イ) このような考え方は、イノベーション市場分析に典型的に現れる。イノベーション市場分析では、将来製品の価格競争の減殺や研究開発経費の減少が問題にされるのではなく、「研究開発経路の減少」が問題にされてきた。これは、市場画定、市場シェア算定という伝統的な市場分析の限界を示す場面となっている。

イノベーション市場については、過剰規制を危惧する意見も強い。しかし実務を見ると、研究開発が製品化へと進んだ段階でなければ、規制が発動されていないことが分かる。なぜならば、研究開発が進行した段階でなければ、規制の明確性を確保した市場分析が不可能だからであり、またクレイトン法七条の法律要件である「通商に影響を与える活動」と評価できないからである。他方、許容性の観点からは、研究開発が進行した段階であれば研究開発費用は既にサンクしており、企業結合による潜在的な二重投資回避の効率性に留意する必要がある。¹³¹

イノベーション市場を批判する学説は、これまでの実務は潜在競争理論により説明可能とする。しかし大変皮肉なことに、これはイノベーション市場を支持する立場とイノベーション市場を批判する立場との間に、製品市場への近接という点において、実際上大きな違いがないことを示している。

そして、市場におけるプレイヤーを認定した上で、競争の過程それ自体に価値を置く反トラスト法思想は、実はハイテク産業に特有なものでも、また目新しいものでもない。すなわち、通説的な反トラスト法学は、排他行為が市場の自然独占性ゆえに免責されるかという論点について、「自然独占獲得の競争 (competition for a natural

monopoly) は、市場の中の競争 (competition within an ordinary market) と全く同じく、消費者にとって利益を与えるものである」と論じてきたのである。⁽¹²⁹⁾これは、均衡に至る「競争過程それ自体」に価値を認める思想である。勿論、本稿が検討したハイテク産業における競争者排除の事例も、このような伝統的な反トラスト法思想により説明可能であることは言うまでもない。

(129) D. A. Balto & A. M. Wolman, *Intellectual Property and Antitrust: General Principles*, 43 *IDEA* 395, 425 (2003).

(130) Davis, *supra* note 74, at 696.

(131) *Id.* at 699.

(132) P. E. AREEDA & H. HOVENKAMP, 3 *ANTITRUST LAW* 118 (1996).

「本稿は、平成一四年度公正取引委員会委託調査「高度技術革新市場における企業結合規制の課題」における研究を基礎にする。米国司法省及び連邦取引委員会における実地調査においては、在米日本大使館の稲熊克紀氏に大変お世話になった。また、伊藤憲二弁護士（現在、公正取引委員会）にも有益なアドバイスを頂いた。記してお礼を申し上げます。」