

反トラスト法における共同研究開発・共同生産の規制

——米國一九九三年國家共同研究・生産法を手掛かりに——

東 田 尚 子

I 序説

近年の技術の高度化の結果、技術開発には、多額の費用と高度な研究能力が必要とされる傾向が強まっており、一企業のみでの技術開発は困難となつてきているといわれている。そこで、費用の分担、危険の分散、能力の補充等を目的として共同研究開発⁽¹⁾が頻繁に実施されるようになってきた。共同生産⁽²⁾や共同販売⁽³⁾も、同様の目的で行われるが、共同研究開発には、共同生産や共同販売とは區別される特別の利点がある。「ただ乗り」(free riding)に起因する研究開発投資意欲の阻害を防止するという点である。

「ただ乗り」とは、第三者が対価を支払わずに有価物

を使用すること⁽⁴⁾であるが、研究開発における「ただ乗り」とは、研究開発に参加していない第三者が研究開発の成果を対価を支払わずに利用することである。研究開発の成果である知識や情報はその移転が容易であることから、「ただ乗り」の対象となり易く、この結果、事業者は「ただ乗り」をすることによって自ら研究開発を行わなくとも他の事業者の研究開発の成果を利用し得るので研究開発を行わなくなる一方、他の事業者による「ただ乗り」をおそれて研究開発を手控えるようになる傾向がある。共同研究開発は、潜在的なフリーライダー、すなわち研究開発の成果を利用する可能性のある者に費用を負担させて共同で研究開発を行うことにより、「ただ乗り」の危険により研究開発投資意欲が削がれることを

防止し、研究開発活動を活発化させる⁽⁶⁾。研究開発活動の活発化は、新たな市場の開拓および新規参入の円滑化等につながる、競争を促進する効果を有する。

また、共同研究開発は、製品市場から離れた段階における共同行為であるため、製品市場に及ぼす反競争的影響は小さい。研究開発が共同で行われたとしても、生産や販売において競争が行われれば、製品市場における競争に悪影響を及ぼすそれは小さいからである。

このような理由に基づいて、アメリカでは共同研究開発に関して反トラスト法の適用を緩和する一九八四年国家共同研究開発法 (National Cooperative Research Act of 1984⁽⁷⁾、以下、NCR Aと略記⁽⁸⁾) が制定された。

これに対して、共同生産が行われる場合はどうであろうか。生産活動は研究開発活動に比べると製品市場に直接的な影響を及ぼし、競争を制限するおそれが大きい。共同生産を行う事業者が製品の価格に関する情報を交換し、価格協定を締結することや、生産数量を制限して価格を上昇させることは容易に想像できる⁽⁷⁾。

それにもかかわらず、アメリカでは一九九三年国家共同研究開発・生産法 (National Cooperative Research

and Production Act of 1993⁽⁹⁾、以下、NCRPAと略記⁽⁸⁾) が判定され、共同研究開発に関して反トラスト法を緩和するNCR Aを改正して、その適用範囲が新施設を使用する共同生産などにも拡大されることとなった。NCRPA成立には、その目的として掲げられている「世界市場におけるアメリカの競争力を強化すること」という文言からも明らかのように、近年のアメリカの国際的競争力の低下の原因であるとされる厳格すぎる反トラスト法を緩和して、アメリカの国際的競争力を強化させようとする政策的な意図が大きく働いたと思われる。

NCRPAによれば、共同研究開発並びに新施設を使用する共同生産及び新製品や新技術に関わる既存施設を利用する共同生産については、①違法性の判断は、競争に影響を与えるすべての関連する要因を考慮して判断するという合理の原則に基づいて行われ、②共同行為について司法長官及び連邦取引委員会の双方に有効な届出が行われているならば、私訴において敗訴した場合でもクレイトン法4条に基づく三倍賠償の責任を負わず、実損害の賠償の責任のみが課され、③勝訴した場合には、クレイトン法4条にかかわらず、裁判所は敗訴した側に弁

護士費用を含む訴訟関係費用の賠償を命ずることとなつた。

ところで我が国においては、共同生産は、共同研究開発に比して共同化の必要性は乏しくなる一方、製品市場に直接的な影響を及ぼし、競争制限のおそれが強くなる⁽¹¹⁾という理由から、独占禁止法上、共同研究開発と比して否定的に評価されている。また、その違法性の判断は、『会社の合併等の審査に関する事務処理基準』(昭和五五年七月)に基づいて行われるとされるが、合併においては競争主体数が減少し、当事者間の競争が消滅するのに対して、共同行為においては競争主体は減少せず、当事者間の競争が完全にはなくなる⁽¹²⁾こと、合併は一旦実行されると反競争的效果が生じても原状回復はほとんど不可能であるのに対して、共同行為は活動範囲・継続期間が通常限定されており、原状回復が可能であること等からして、共同行為について合併と同様の処理を行うことには疑問もある。

本稿においては、共同研究開発との対比を通じて、共同生産が競争に与える影響を明らかにし、共同生産に関する規制のあり方を考察することを目的とする。具体的

には、NCRPA成立の経緯、この間における学説の状況の検討を通してアメリカにおける共同生産規制の基本的な考え方を紹介し、我が国における共同生産規制に対する示唆を得たいと思う。

II NCRPA制定の経緯

反トラスト法上、共同研究開発及び共同生産については、取引制限を禁止するシャーマン法1条、独占及び独占の企図を禁止するシャーマン法2条、それが株式や資産の取得を伴う場合には、株式や資産の取得による競争の滅殺または独占の形成を禁止するクレイトン法7条、さらに、不正な競争方法及び不正または欺瞞的な行為または慣行を禁止するFTC法5条の適用が問題となり得る。このうち共同研究開発については、従来より、技術革新を促進し競争を活性化させる点で肯定的に評価される傾向が強かった。しかし、共同生産に対してまで反トラスト法上優遇措置をとるべきであるという見解が主張され始めたのはごく最近のことであり、NCRPA成立に至るまで、活発な議論が行われていた。⁽¹³⁾以下、本章においては、NCRPAが制定されてからNCRPAの

成立に至るまでの、共同研究開発に対する反トラスト法上の優遇措置が共同生産に拡張していった過程をたどることとする。

共同研究開発に関する議論が盛んとなったのは、七〇年代からである。しかし、当時は判例がほとんど存在しなかったことから、事業者は反トラスト法違反に問われることをおそれて、共同研究開発を行うことを躊躇していたと報告されている⁽¹⁵⁾。その後、共同研究開発の反トラスト法上の違法性は、合理の原則に基づいて判断すると判例で示されたにもかかわらず⁽¹⁶⁾、共同研究開発の付随的制限を理由に違法とされた判例等が注目を集め、共同研究開発は反トラスト法上どのように評価されるかが不明確であるという認識が広まっていた⁽¹⁶⁾。そこで公表されたのが司法省の『共同研究開発に関する反トラストガイド』である⁽¹⁷⁾。

このガイドは、共同研究開発に関して司法省が初めて具体的な対応策を示したものであるが、共同研究に関しては、共同研究の実施に際して付随的な制限が課されておらず、共同に参加しない第三者を競争から排除するものでなければ、反トラスト法上ほとんど問題となること

はないとしつつ、共同生産に対しては否定的な態度をとっていた。すなわち、共同研究を行う事業者が他の行為に關しても競争を控えるようになることを危険視して、原則として、研究の終了とともに共同行為も終了すべきであるが、例外的に、共同研究の成果を利用した共同生産が必要な場合に限り⁽¹⁸⁾、共同研究を行った事業者が共同生産を行うことができるとして、共同研究と共同生産には異なる分析方法が用いられることを定めていた。この点を明確にしたのがNCR Aである。

NCR Aは、その適用の対象を、共同研究開発に限定し、共同研究開発に關して、合理の原則の適用、実損害の賠償、訴訟関係費用の賠償を定めていた。議会では、共同研究開発を行った事業者が引き続いて行うその成果の商業化活動もこの法律の適用対象とする意見も提出されたが、結局、共同生産や共同販売は、どれだけ顕著な競争促進的效果を有していようと適用対象とはしないという結論に落ち着いた⁽¹⁹⁾。これは、生産や販売段階での共謀の危険を考慮してのことであるといわれている⁽²⁰⁾。

このように、NCR Aの制定においては、反トラスト法上の問題が生じるのは原則として共同生産や共同販売

の段階であり、共同研究開発はそれ以外の共同行為と区別されるべきであるという認識があったものと思われる⁽²¹⁾。

しかし、アメリカの国際的競争力の低下が顕著となるにつれ、その原因が厳格すぎる反トラスト法にあると主張されるようになり、NCR Aを改正して、その適用対象を共同生産にも拡大し、共同生産についても反トラスト法の適用を緩和させるべきであるという主張が展開されるようになった⁽²²⁾。判例では、共同生産の違法性を合理的原則で判断することが定着しており⁽²³⁾、また、司法省の立場も同様であることが国際的商業活動に関する反トラスト施行ガイドライン⁽²⁴⁾によって明らかにされていたのであるが、NCR Aの適用対象を共同生産にまで拡大させる法案が多数議会に提出された⁽²⁵⁾。以下、代表的な法案を紹介することとする。

① 一九八九年国家共同研究・生産改正法案⁽²⁶⁾

本法案は、共同生産及び共同販売もNCR Aの適用の対象としようとするものであった。しかしこの法案は、共同生産のみでなく、共同販売をもNCR Aの適用の対象に含めようとする点で強い反対を受けた⁽²⁷⁾。

② 一九八九年共同生産・競争法案⁽²⁸⁾

本法案は、共同生産にもNCR Aの適用を拡大させようとするものである。共同生産についてはすでに司法省の国際的商業活動に関する反トラスト施行ガイドラインにおいて合理の原則の下で判断されるとされているという理由から無意味であるとの批判もあったが、ガイドラインには法的な拘束力はないこと等を理由に支持されていた⁽²⁹⁾。

以上の二つの法案に対しては、研究開発においては共同の必要性が明らかであるのに対し、生産や販売においては共同の必要性が明らかではないこと、生産の段階は研究開発より製品市場に近い⁽³⁰⁾ため、共同生産は製品市場において反競争的效果を招く危険が大きいことなどを理由に、新しく開発された技術の商業化のみを反トラスト法適用の緩和の対象とすべきであるとの反論があった⁽³⁰⁾。

③ 一九九一年国家共同研究法拡張法案⁽³¹⁾

本法案は、NCR Aの適用範囲を共同生産にまで拡張するものであるが、共同生産についてのみ適用されるいくつかの保護主義条項を含んでいた⁽³²⁾。さらにこの法案では、既存施設が使用される共同生産の場合には「新製品または新技術」に関することが適用要件とされていた。

この法案の保護主義条項が若干修正され、議会を通過したのがNCRPAである。

NCRPAにより、新施設を利用する場合および新製品又は新技術に関する場合には、共同生産も共同研究開発と同様に扱われることとなった。すなわち、このような共同生産も合理の原則により判断され、私訴において敗訴した場合の損害賠償は実損額に減額され、勝訴した場合の訴訟関係費用の回復が認められることとなった。このような改正に対しては、①共同生産の違法性は既に合理の原則の下で判断されることとなっていること、②共同研究開発のように情報の産出を目的とする共同においては「ただ乗り」に起因する投資意欲阻害の防止等の利点の存在が確実であるのに対して、共同生産の場合はそのような利点の存在が疑わしいこと、③共同研究開発の場合は、競争に対する危険はさほどないのに対して、生産においては伝統的に競争が重視されなければならないことを理由に、共同生産に関する特別な立法の必要はないという根強い反対論³³⁾も存在したが、適用対象を新施設を利用する共同生産と新製品又は新技術に関する共同生産に限定することによって批判を和らげ、改正反対派

の主張が押し切られる形となった。

III 学説の状況

このようにNCRPAの成立に際して学説上賛否両論があった。以下では、まずこれら学説の概要を示し、次に具体的な論点を紹介することとする。

1 学説の概要

(1) NCRPA改正論

この見解は、以下の三つの理由に基づいて、NCRPAを改正して、共同生産にもNCRPAの適用を及ぼし、合理の原則の内容を具体的に定めることを主張した³⁴⁾。第一に、現代における技術革新の循環的な性質を考慮すれば、研究開発と生産を切り離して取り扱うべきではないということ、第二に、NCRPAは、共同研究開発の違法性を判断するに際して、合理の原則に従う旨を規定しているが、合理の原則は、当然違法とはならないすべての行為に適用される原則であり、その具体的内容は明らかではなく、どのような共同行為が違法とされるのが不明確であるということ、第三に、反トラスト法の私訴で敗訴した事業者は、クレイトン法に基づいて損害額の三倍の

賠償を命ぜられるが、共同生産が違法とされ三倍賠償を命ぜられることをおそれる事業者は、社会に利益をもたらすであろう共同生産を躊躇するようになるということである。

(2) N C R A 改正反対論

N C R A の改正に反対する学説は数多く主張されたが、それらの根拠は以下の四点である。

第一に、共同生産の社会的費用 (social cost) は共同研究開発のそれに比して大きいが、共同生産の社会的便益 (social benefit) は共同研究開発のそれに比して小さいということ、第二に、技術革新の循環的性質は、生産の共同化を論理的に導き出すものではないということ、第三に、共同生産の違法性の判断に際しては、既に合理の原則が採用されており、その内容を具体的に法で定めることは、技術革新のような学問上⁽³⁷⁾ 解明されていない問題を含む分野には馴染まないこと、第四に、三倍賠償を命ぜられることをおそれて事業者が共同生産を行うことを躊躇しているという事実はないということである。⁽³⁸⁾

2 主要な論点

次いで、N C R A 改正に関わる議論の中から重要と

思われる三つの論点を取り上げて、さらに検討を加えることとする。⁽³⁹⁾

(3) 共同研究開発と共同生産の社会的便益と社会的費用

改正反対論は、共同研究開発と共同生産の社会的便益と社会的費用を比較することによって共同研究開発と共同生産の違いを示し、同時に、共同生産がもたらすであろう反競争的效果を浮き彫りにし、改正は米國經濟に悪影響を及ぼすであろうと主張した。以下その内容を紹介するが、その前に、改正反対論が前提としている研究市場の特性を概観する。研究市場においては、研究開発投資の回収及び研究開発の成果の普及の段階で効率性が損われる可能性があり、このような市場の特性が、共同研究開発を特別に扱うことの根本的な理由であると考えられるからである。⁽⁴¹⁾

(i) 研究市場の特性

研究開発活動の成果は情報や知識である。情報は、有体物と異なり、以下のような性質を有する。①ある者による有体物の取得は、他の者による同一物の取得を不可能とするが、ある者による情報の取得は、他の者による

取得の可能性を拒むものではない。⁽⁴²⁾ ②有体物の移転には運搬費用がかかるが、情報の移転費用は総じて低い。研究開発の成果である情報は、以上のような性質を有するため、研究開発の成果を第三者が模倣するという形で「ただ乗り」の問題が生じやすい。その結果、企業は研究開発投資の十分な回収ができなくなる。これを避けるため、先に述べたように、企業は研究開発を躊躇する傾向があるとされる。⁽⁴³⁾

特許法などの知的財産権制度は、この不十分な投下資本回収の問題を軽減させようとするものである。⁽⁴⁴⁾ しかしながら、知的財産権制度は、以下の二つの問題を生じさせる。第一に、知的財産権制度により、研究開発から生じた知識の事後の普及が阻害されることである。知識や情報は、同時に、低コストで複数の者に利用され得るという性格を有しているが、知的財産権制度の下で、知的財産権者が排他的にそれを利用することにより、効率的な知識の普及が妨げられることとなる。⁽⁴⁵⁾ 第二に、重複投資が行われることである。知的財産権制度により発明者は投下した資本を収益の形で回収することができるが、そのためには誰よりも早く発明することが必要となる。

その結果、最初に発明するために多数の事業者が重複して研究開発に従事することになり、研究開発に対して非効率な、時には過剰な投資が行われることとなる。⁽⁴⁶⁾

(ii) 共同研究開発の社会的便益と社会的費用

上記のような情報の性質と知的財産権制度に由来する非効率に照らせば、共同研究開発の社会的便益として以下の三点が挙げられる。第一に、共同研究開発は、研究開発の成果の非参加者への溢出 (spill over) を減少させることができ、その結果、研究開発への投資意欲を増大させる。⁽⁴⁷⁾ 第二に、すべての参加者がその成果にアクセスできれば、共同研究開発は、その成果である情報の事後の普及を促進する。⁽⁴⁸⁾ 第三に、多くの独立した研究開発が共同で行われれば、研究開発への過度の投資が行われなくなり、また、研究開発の無駄な重複がなくなり、その結果、より効率的な投資が行われることになる。⁽⁴⁹⁾

しかし、一方で共同研究開発の社会的費用として以下の四点が挙げられる。第一に、参加者が共謀して研究開発を遅滞させ、研究開発競争が阻害されるおそれがある。⁽⁵⁰⁾ 第二に、すべての参加者が成果に平等にアクセスできる場合、発明による一時的独占が不可能となるため、研究

開発への投資が減少するおそれがある⁽⁵⁷⁾。第三に、共同研究開発は、後続の生産以降の段階での競争を減少させ、共謀によって参加事業者が生産量を制限し、価格を上昇させるおそれがある⁽⁵⁸⁾。第四に、共同研究開発への参加やその成果へのアクセスを拒絶することにより、顕在的または潜在的な競争者が競争上不利な立場におかれ、市場から駆逐される可能性がある⁽⁵⁹⁾。

このように、共同研究開発は反競争的目的で利用され、反競争的效果も生じさせ得るが、一般的に、基礎研究を目的とする共同研究開発や非集中的市場におけるそれにおいては、社会的費用より社会的便益が大きいいわれている⁽⁶⁰⁾。

以上が共同研究開発の社会的便益と社会的費用であるが、次にこれと共同生産の社会的便益と社会的費用を比較する。

(iii) 共同生産の社会的便益と社会的費用

共同生産の社会的便益として、以下の三点が挙げられる。第一に、企業の効率的最小規模 (minimum efficient scale) が個々の企業の規模を越える場合には、共同生産には規模の経済性の議論が妥当し、それによって

効率的な生産活動が実現される⁽⁶¹⁾。もっとも、実証研究によれば、米国の大多数の産業における企業の効率的最小規模は縮小してきており⁽⁶²⁾、規模の経済性の議論が共同生産を肯定する根拠となる場合は多くはない。第二に、共同生産は、費用分担や危険の分散等の効果を有する。しかし、一般的に新製品の生産に伴う危険は、研究開発に伴う危険より小さいといわれている⁽⁶³⁾。第三に、共同生産は、参加者の費用の分担や技術の補完からくる相乗 (シナジー) 効果を生み出す可能性がある点も指摘される⁽⁶⁴⁾。もっとも、共同生産から生み出される相乗効果が共同研究開発のそれより大きいかどうかは明らかではない⁽⁶⁵⁾。

これに対して、共同生産の社会的費用としては以下の三点が挙げられる。第一に、共同生産は、生産段階において反競争的效果を有する可能性が高いことである。参加者が競争者である場合、参加者は生産量を減少させて価格を上昇させ、利益を増大させる明白な動機を有する⁽⁶⁶⁾。第二に、共同生産は、生産以外の分野における参加者間の共謀の可能性を増加させる点も挙げられる⁽⁶⁷⁾。第三に、共同生産される製品が競争上不可欠な商品・役務 (essential facility) である場合、共同生産への参加や当該

高品・役務の供給・提供を拒絶することによって製品市場での競争を阻害するおそれがあるという点である。⁽⁶²⁾

以上から、共同生産の社会的便益は共同研究開発のそれより小さいが、社会的費用はかなり大きいと考えられている。⁽⁶³⁾

(2) 技術革新の循環的性質と共同の必要性

次に、NCR A改正論の根拠である技術革新の循環的性質と共同化の必要性を検討する。

改正論の第一の根拠は、技術革新の過程は「循環的」であるということである。Jorde教授とTeece教授は、技術革新の循環的性質を以下のように説明する。⁽⁶⁴⁾

伝統的な技術革新のモデル、すなわち、技術革新を研究、開発から始まり生産、販売、サービスに至る一連の過程とする見解は、もはや技術革新の過程を適切に性格づけるものではないとJorde教授とTeece教授は考える。何故ならば、技術革新は、必ずしも研究から始まるものではなく、連続的でもないからである。例えば、経験に基づき、なぜそのように作用するかもわからずに製品が作られ、あとから科学的な研究がなされることがしばしばある。また、旧製品が販売され、それがリバース

エンジニアリングの対象となっている一方で、旧製品のデータを基に新製品の開発が進められることもしばしばある。このように、技術革新においては、研究、開発、生産等の活動の各段階間で継続的にフィードバックが起り、頻繁に途中で修正が行われる(循環的モデル)。⁽⁶⁵⁾

そのため、研究から製品の商品化に至る過程においては密接なつながりが必要となる。⁽⁶⁶⁾ Jorde教授とTeece教授は、さらに、費用の分担、危険の分散、時間の短縮のためにも共同化が必要であると指摘する。新技術や新製品の開発には多大の費用を必要とする上、危険も伴い、また、フィードバックに素早く対応して成功を収めるためには時間の短縮が必要であるからである。⁽⁶⁷⁾ さらに、参加者は技術革新に関する情報を共有することによって、自己の技術レベルがどの程度であるかを把握し、技術革新を成功させるためにどのようなビジョンを持つ必要があるかを認識することができる。⁽⁶⁸⁾ このように、技術革新に関する情報の共有は、個々の企業の技術レベルの向上につながり、このことが技術革新の活発化を促し、競争の活発化に資するというのである。

しかし、このような議論に対しては、以下の三点が指

摘されている⁽⁶⁹⁾。まず、技術革新の循環的性質については、これらの議論にあつては、生産者と研究者間のコミュニケーションの必要性を強調するにあつて、基礎研究、応用研究、開発活動の区別が行われていないという点が指摘されている。新製品の開発者は、製品が効率的にかつ低コストで製造され得ることを確認するために生産者とコミュニケーションをとる必要があるが、基礎研究を行う者にとって、生産者と頻繁なコミュニケーションをとる必要はないであろう。このように、生産者とのコミュニケーションや生産者からのフィードバックの必要性は研究開発活動の種類によって異なるという点が考慮されていないというのである。第二に、新製品の開発によって他社よりも競争上優位に立とうとする企業にとっては、研究から生産までを共同化しようとする誘因は乏しいと指摘されている。第三に、共同の意思決定には時間がかかるため、共同生産により新技術の商業化が速まる⁽⁷⁰⁾とはいえないとも指摘されている。

(3) 合理の原則

NCRA改正論に立つJorde教授及びTeece教授は、合理の原則の詳細な内容を成文化する必要があるとし、

セーフハーバー(Safe harbor)の設定を主張した。まず、NCRAは、合理の原則について、反競争的效果と競争促進的效果を比較考量すると規定しているが、これだけでは合理の原則の内容が明らかではないと指摘する。なぜなら、競争促進的效果の測定のプロセスが明らかでないし、また、反競争的效果と競争促進的效果を比較するといつても具体的にどのような比較が行われるかが明らかではないからである。そこで、市場力と反競争的效果の関係に着目し、市場力を有しない事業者の行為は違法とならないとする市場力の度合いに基づくセーフハーバーを設定することが主張される。具体的には、①共同事業者が合計で二〇%―二五%を超える市場シェアを有する場合、②関連市場におけるハーフィンダール指数(HHI)⁽⁷¹⁾が一八〇〇を超え、且つ、共同生産によって、HHIの増加が一〇〇を超える場合にのみ当該共同生産は違法となる可能性があると主張した⁽⁷²⁾。

しかし、これに対しては、合理の原則の成文化は望ましくなく、合理の原則の具体的な内容は、判例やガイドライン等で示されたほうがよいとの反論も出されている⁽⁷³⁾。先にも触れたが、技術革新のように法律学上も経済学上

も解明されていない問題が存在する分野では、新しい問題が生じたときにそれに対処できない旧法があれば、法改正を経る必要があるため、問題の解決が困難になるという理由からである。

また、セーフハーバー規定に関しては、以下の点も指摘されている。⁽⁷⁴⁾ すなわち、製品市場においては、過去の市場シェアから将来の市場を予測することができるが、研究市場の市場シェアは測定不可能であり、さらに、研究市場における事業者の数を決定するには、潜在的競争者を考慮する必要があるが、潜在的競争者の数は確定できないので、推測的な結果しか導き出せないという点⁽⁷⁵⁾がある。

IV 結びに代えて

NCRPAは、米国の国際競争力を強化するという対外的経済防衛の思想に基づいた場当たりの措置という印象を与えかねない法律である。しかし、この法律は、共同生産規制のあり方を考える上での格好の題材でもある。最後に、これまでの検討を踏まえ、若干の指摘を行って結びとしたい。

共同生産規制のあり方を考える際には、まず第一に、共同生産が製品市場での競争に与える影響を考察する必要がある。本稿で紹介した共同生産の社会的費用と社会的便益、すなわち競争促進的效果と競争阻害的效果の考察は、共同生産が競争を阻害するおそれは大きい⁽⁷⁶⁾が、それを埋め合わせる競争促進的效果は限定されていることを示している。それゆえ、NCRPAがその適用対象を新施設を使用した共同生産並びに新製品及び新技術に關する共同生産に限定しているとはいえ、共同生産にまで反トラスト法の優遇措置を拡大したことには問題が残る。アメリカ法における社会的便益と社会的費用に関する議論は、我が国の独占禁止法の共同生産についての議論にもあてはまるが、我が国の場合は、次のような問題がさらに存在する。すなわち、独占禁止法違反の有無は、当該行為が競争阻害的效果(競争の実質的制限)を有するか否かで判断され、当該行為の競争促進的效果が独占禁止法の解釈上どのように位置づけられるか明らかではないことである。競争促進的效果の独占禁止法の解釈上の位置づけは、今後残された問題である。

第二に、新製品・新技術に関する共同生産の規制のあ

り方を考えるに際しては、技術革新の性質を事実的に即して把握する必要がある。本稿においては、経済学者によって主張されている技術革新の循環的性質の理論を紹介した。このように、事実認識のため経済学の知見を利用する方法は、反トラスト法の解釈、運用上有用であると思われる。これは、我が国の独占禁止法の解釈、運用についてもあてはまるであろう。

もっとも、技術革新の各段階の活動が相互に影響しあっているとする技術革新の循環的性質の理論は、共同研究開発を行った事業者による共同生産⁽⁷⁾を肯定することの根拠とはなっても、共同生産のみを行う場合の共同生産を肯定する根拠としては弱いと思われる。同様のことは、我が国の独占禁止法上の共同生産規制を考える上でもあてはまるであろう。

第三に、共同生産の違法性の判断についてセーフハーバーを設定することの適否である。本稿では、反トラスト法上、当該行為が一定要件を満たせば（あるいは満たさなければ）適法とされるセーフハーバーを設定する必要性の有無に関する議論を紹介した。セーフハーバーの成文化には反論もあるが、ガイドライン等によってセ

ーフハーバーを設けることに對しては異論はない。このことはセーフハーバーの設定を積極的に考える根拠となる。我が国においても、共同生産に関してセーフハーバーを設定し、事業者に予測可能性を与える必要があると思われる。具体的にどのような共同生産に関して、どのようなセーフハーバーを設定するかを検討する必要があるが、これは今後の課題としたい。

(1) 共同研究開発とは、複数の事業者が共同で研究開発を行うことを指す。米國においては、*cooperative research & development* と称されたり、*research & development joint venture* と称されたりするが、これは我が國でいう共同研究開発と同様に、共同子会社を設立させるものも、契約のみによるものも含んでおり、本稿ではいずれも共同研究開発として取り扱うこととする。

(2) 共同生産とは、複数の事業者が共同で生産を行うことを指す。米國においては、*cooperative production* または *production joint venture* と称されるが、これも我が國でいう共同生産と同様に、共同子会社を設立させるものも、契約のみによるものも含んでいる。本稿で共同生産という場合は、両者の形態を含むこととする。

(3) J. Paul McGrath, *Antitrust Division Chief's Nov. 2 Speech on Joint Ventures*, reprinted in 47 *Antitrust &*

Trade Reg. Reg. (BNA) 872, 873 (1984).

(4) R. Posner & F. Easterbrook, *Antitrust* 177 (2nd Ed. 1981).

(5) もっとも「ただ乗り」防止は、いかなる場合にも共同行為の正当化事由として認められるわけではならぬ。See Chicago Professional Sports Ltd. Partnership v. NBA 961 F.2d 667 (7th Cir. 1992).

(6) 15 U. S. C. 4301-4305. 我が国におおってもNCRAを含む米国共同研究開発規制とEUCGの括適用除外(Regulation 418-85 on Block Exemption of R & D Agreements; 1985 O. J. L 53/5)を参考として、一九九四年に共同研究開発に関する独占禁止法上の指針が公表されている。

(7) 水平的共同は従来から危険視されてきた。マダム・スミスも以下のように述べている。「同業者とらうものはただ楽しみや気晴らしのためにでもたまたま相会すれば、たいていの場合には、話は結局社会一般に対するなんらかの陰謀、すなわち値段を釣り上げるある種の考案へ落ちつてしまつてしまふのである。」A. Smith, *The Wealth of Nations* at 130 (Edwin Cannan ed., 1904). 翻訳は以下に從つた。竹内謙二訳「マダム・スミス論富論」(一九六九)。(8) 15 U. S. C. 4301-4306. NCRAの解説と翻訳は、以下に掲載されている。中川宏「米国における生産ジョイントメンチャー法の成立について」*国際商事法務*二二巻(一九九三年)七八三頁。

(9) 103 P. L. 42, 107 stat. 117.

(10) 米国においては、三倍賠償制度の濫用が米企業の活力を削ぐ結果となつてゐるといふ理由に基づいて三倍賠償制度廃止論が展開されてゐるが、この議論に関しては、以下を参照のこと。F. Easterbrook, *Derechling Antitrust Damages*, 28 J. L. & Econ. 445 (1985).

(11) 平林英勝編著『共同研究開発に関する独占禁止法ガイドライン』(一九九三年)六五頁。

(12) 上杉秋則編著『特許・ノウハウライセンス契約と共同研究開発』(一九八九年)一四一―一四三頁。

(13) 以前から反トラスト法が共同行為を妨げており、そのことが経済の発展を阻害してゐるといふ主張はあったが、それらは技術革新と関連させた主張ではなかった。See Walter Lippman, *Drift and Mastery: An Attempt to Diagnose the Current Unrest*, 124-125, (1914; Henry Holt and Company Edition, 1917), Charles R. Van Hise, *Concentration and Control: A Solution of the Trust Problem in the United States* 277-278 (1912).

(14) Industrial Research Inst. for the Commerce Technical Advisory Bd., *Institutional and Legal Constraints to Cooperative Energy Research and Development*, 133-155 (1975).

(15) Berkeley Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co., 603 F. 2d 263, 301-302 (2d Cir. 1979).

(16) W. Baxter, *Antitrust Law and Technological Innovation*

tion, 1 Issues in Sci. & Tech. 80, 84 (1985). See generally House Comm'n on Science and Technology, Subcommittee on Science and Technology, Subcommittee on Science, Research and Technology, Analysis of President Carter's Initiatives in Industrial Innovation and Economic Revitalization, 96th Cong., 2d Sess., 55-61 (comm. Print 1980).

- (17) U. S. Dept. of Justice Antitrust Div., Antitrust Guide Concerning Research Joint Ventures (1980), *reprinted in*: Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA) No. 992 (Special Supplement). 共同研究に関するアンチトラスト法は、共同開発と共同研究を区別し、共同開発を共同生産と同列に論じているが、費用や危険は研究段階ではなく、むしろ開発以降の段階で生じるとしている理由を、研究と開発は厳密に区別できないう理由から、その後、この分類方法は修正され、共同研究開発と共同生産を区別する分類が一般的に取られるようになったものと述べられる。See *Japanese Technological Advances and Possible United States Responses Using Research Joint Ventures: Hearings Before the Subcomm. on Investigations and Oversight and the Subcomm. on Science, Research and Technology of the House Comm. on Science, and Technology*, 98th Cong., 1st Sess. 199 (1983) (Statement of D. Merrifield, Asst. Sec'y of Commerce).
- (18) 共同生産が必要な場合とそうでないのは、企業経営上の必要

性、例えば、費用の分担、能力の補充等を指すと思われるが、必ずしも明らかではない。

- (19) S. Rep. No. 427, 98th Cong., 2d Sess. 16, *reprinted in* [1984] U. S. Code Cong. & Ad. News 3105, 3112-13.
- (20) B. Hawk, United States, Common Market and International Antitrust, 1990 Supplement at 359.
- (21) See D. Crane, Joint Research and Development Ventures and the Antitrust laws, 21 Harv. J. on Legis. 405, 410 (1984).
- (22) T. Jorde & D. Teece, *Innovation, Cooperation and Antitrust*, 4 High Tech. L. J. 1, 2 (1989).
- (23) National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of University of Oklahoma, 468 U. S. 85 (1984).
- (24) U. S. Dept. of Justice, Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations (1988), *reprinted in*: Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA) No. 1391 (Special Supplement). このガイドラインは、「一般的に共同を判断するに際して、共同のもたす反競争的効果と競争促進的効果性を比較考量することである。」
- (25) NORA成立の結果、共同研究開発が促進されたことから、共同生産を適用対象とする同様の法の成立が共同生産を促進するを期待された。See J. Rill, *United States Antitrust Policy in International Trade: Legislative Proposals Concerning Antitrust Treatment of Produc-*

- tion Joint Ventures*, 131, 141, in Fordham Corp. L. Inst. (B. Hawk ed. 1989).
- (82) The National Cooperative Research and Production Amendments of 1989, H. R. 1025, 101st Cong., 1st Sess. (1989).
- (83) A. Lindsay III, *Tuning in to HDTV: Can Production Joint Ventures Improve America's High-Tech Picture?* 44 U. Miami L. Rev. 1159, 1193 (1990). 共同販売は、伝統的にカマンチの手段として扱われてきたが、特に市場力を有する事業者による共同販売は、競争的効果に及ぼす利便の余地はほとんどないからである。J. Brodley, *Antitrust Law and Innovation Cooperation*, 4 J. Econ. Pers. 97, 101 (1990).
- (84) The Cooperative Productivity and Competitiveness Act of 1989, H. R. 2264, 101st Cong., 1st Sess. (1989).
- (85) Denger, Halverson, Resasoner & Taylor, *60 Minutes with C. Ruel, Assistant Attorney General, Antitrust Division*, 58 Antitrust L. J. 377, 396-97 (1989); A. Lindsay III, *supra* note 26, at 1206.
- (86) *Hearings Before the Subcomm. in Economic and Commercial Law of the Comm. on the Judiciary House of Representatives 101st Cong., 1st Sess. (1989) on H. R. 423, H. R. 1024, H. R. 1025, and H. R. 2264, 89-90* (Statement of Prof. G. Heaton Jr.) [hereinafter 1989 House Hearing]
- (87) National Cooperative Research Act Extension of 1991, S. 479, 102d Cong., 1st Sess. (1991).
- (88) 議決権付き株式及び持分の 80% 超を外国人により所有されている場合に、反トラスト法上の優遇措置はならざるとし、生産施設が米国内に所在することを適用の要件とするなどの保護主義的条項を含んで了。このような保護主義条項に対する批判として、参照) M. Warner & A. Rugman, *Competitiveness: An Emerging Strategy of Discrimination in U. S. Antitrust and R & D Policy*, 25 Law & Pol'y Int'l Bus. 945 (1994).
- (89) 1989 House Hearing, *supra* note 30, at 120-21 (Comments of Prof. E. Rock).
- (90) Jorde & Teece, *supra* note 22, 70 *Calif. L. Rev.* 101, 117. その適用範囲は共同生産にまで拡張されたが、合理の原則の内容に即して具体的な規定を設けるとして提案は否定された。
- (91) D. Stockdale, Jr., *Antitrust and International Competitiveness: Is Encouraging Production Joint Ventures Worth the Cost?* 7 High Tech L. J. 169, 274-86 (1992). 社会的費用、社会的便益は、当該行為が社会全体に加える費用と社会全体にたらす便益を指すが、ここには競争の観点から考察をわたるため、これらの用語は競争阻害の効果と競争促進的效果と置き換えて理解する必要がある。

- (96) *Id.* 299-300.
- (97) Brodley, *supra* note 27, at 104-105.
- (98) C. Shapiro & R. Willing, *On the Antitrust Treatment of Production Joint Ventures*, J. Econ. Pers. 113, 128.
- (99) 我が国の独占禁止法を考察する上では、参事による特許やその他の知産権無効の議論は、いさぐち無視される。
- (99) See generally J. Ordovery & R. Willing, *Antitrust for High-Technology Industries: Assessing Research Joint Ventures and Mergers*, 28 J. L & Econ. 311 (1985).
- (100) Stockdale, *supra* note 35, at 274; G. Grossman & C. Shapiro, *Research Joint Ventures: An Antitrust Analysis* 2 J. L., Econ. & Organization 315, 321 (1986).
- (99) W. Bowman Jr., *Patent and Antitrust law* 17 (1973).
- (99) R. Nelson, *The Simple Economics of Basic Scientific Research*, 67 J. Pol. Econ. 297, 302 (1959).
- (44) そもそも、知的財産権制度そのものの問題を完全に解決するわけではなく。See generally E. Mansfield et al., *Social and Private Rates of Return from Industrial Innovation*, 91 Q. J. Econ. 221 (1977).
- (99) J. Ordovery & W. Baumol, *Antitrust Policy and High Technology Industries*, 4 Oxford Rev. Econ. Pol'y 13, 14 (1988).
- (99) P. Dasgupta & J. Stiglitz, *Industrial Structure and the Nature of Innovative Activity*, 90 Econ. J., 266, 279 (1980).
- (47) C. Rule, *The Administration's View on Joint Ventures*, 54 Antitrust L. J. 1121, 1131-33 (1984); M. Katz, *An Analysis of Cooperative Research and Development*, 17 Rand J. Econ. 527, 542 (1986); Grossman & Shapiro *supra* note 41, at 321.
- (99) L. Sullivan, *Handbook of the Law of Antitrust*, 299 (1977).
- (99) *Id.* at 298; Dasgupta & Stiglitz, *supra* note 46, at 281. したがって、研究開発の重複は、実懸には必ずしも必要でなく、むしろ指觸をなすべき。Mansfield et al, *supra* note 44, at 226-227.
- (99) W. Baxter, *The Definition and Measurement of market Power in Industries Characterized by Rapidly Developing and Changing Technologies*, 53 Antitrust L. J. 717, 722 (1984). したがって、現代の高度な技術の進歩は速く、国際的な競争が活発な時代には、このようなことをすれば、競争者である非参加者に対して遅れを取ってしまうため、このような事態は生じなごとの指觸をなすべき。Jorde & Teece, *supra* note 21, at 3-4 (1989).
- (100) Stockdale, *supra* note 35, at 277-78.
- (99) J. Brodley, *Joint Ventures and Antitrust Policy*, 95 Harv. L. Rev. 1521, (1982). したがって、共同研究開発自体が

- の十分な効果を有しうるものでなく、その競争維持を伴う付随的条項がそのような問題を生じかねる点に留意し、阻礙をせよとせ。 See Grossman & Shapiro, *supra* note 41, at 325.
- (97) J. Teece, *Joint Research Ventures and Antitrust Law in the United States, Germany and the European Economic Community*, 3 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 40-49 (1970).
- (98) 基礎研究を目的とする共同出資開発条項のあり方。 See Kalz, *An Analysis of Cooperative Research and Development*, 17 Rand J. Econ 527, 542 (1985)。ただし競争利益を多数存在し、参入障壁が低く、需要が増大し、この利益の要件を満たす市場では、共謀は阻むべきでないという見解は経済学者の間で共通である。 See generally F. Scherer, *Industrial Market Structure and Economic Performance* at 156-64, 199-227 (3d ed. 1990)。
- (99) R. Pliotsky, *Joint Ventures under the Antitrust Laws: Some Reflections on the Significance of Penn-Olin*, 82 Harv. L. Rev. 1007, 1015 (1969)。
- (99) See F. Scherer & D. Ross, *supra* note 54, 111-120.
- (97) See E. mansfield et al., *The Production and Application of New Industrial Technology* 22-32 (1977)。
- (98) Shapiro & Willig, *supra* note 38, at 114。
- (98) See Stockdale, *supra* note 35, at 114。
- (99) Shapiro & Willig, *supra* note 38, at 114-15。
- (99) Pliotsky, *supra* note 55, at 1013-1014 (1969)。
- (99) Brodley, *supra* note 52, at 1532。
- (99) Stockdale, *supra* note 25, at 285-286。
- (97) Jorde & Teece, *supra* note 22, at 13-5。
- (98) 同一の技術を技術持株と同業の社内で共有し、その Dominant Product, Res. & Dev. 72 (Nov. 1987) ; S. Kline & N. Rosenberg, *An Overview fo Innovation*, 289-294, in *The Positive Sum Strategy* (N. Rosenberg & R. Landau eds. 1986)。
- (99) T. Jorde & D. Teece, *Innovation and Cooperation: Implications for Competition and Antitrust*, 3 J. Econ. Persp. 75, 92 (1990)。加えて、循環競争と異なる観点からの技術開発競争とそれの技術の利用者の役割の重要性の阻礙をせよとせ。 E. Von Hippel, *The Sources of Innovation*, chap. 2 (1988)。
- (99) Jorde & Teece *supra* note 22, at 5, 18-9。
- (99) T. Jorde & D. Teece, *Rule of Reason Analysis of Horizontal Arrangements: Agreements Designed to Advance Innovation and Commercialize Technology*, 61 Antitrust L. J. 579, 596-600 (1993)。
- (99) Stockdale, *supra* note 35, at 299-300。
- (99) 一般的に共同にせよとは、意思決定の主体が複数存在し、統一の意思決定機関が存在しないうためこのように考へらるべき。

- (71) ハーフィンダール指数 (Herfindahl-Hirschmann Index) とは、市場集中度を示す指数であり、市場における各企業のシェアを二乗したものの和である。
- (72) Jorde & Teece *supra* note 68 at 607.
- (73) Brodley, *supra* note 27, at 104-05; Shapiro & Willig *supra* note, 37 at 128.
- (74) Brodley, *supra* note 27, at 106.
- (75) Shapiro & Willig, *supra* note 27, at 106. は賛成しながらも、市場力の測定には合理的原則のような分析方法が必要とされること、例えば市場シェアのみで市場力は決定できないことを根拠に、立法化は好ましくないとしている。Shapiro & Willig, *supra* note 38, at 128.
- (76) これは特にシカゴ学派のように反トラスト法の唯一の目的を効率性の最大化と設定した上での議論ではない。シカゴ学派のように過度に効率性を重視しなくとも反トラスト法上経済理論を利用することは可能である。See Herbert Hovenkamp, Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice 70 (1994).
- (77) 共同研究開発の終了後に共同行為が解消してしまうとその成果である技術を親会社に移転する際に費用や時間がかかるため効率的でない。Jorde & Teece *supra* note 22, at 81. さらに、共同研究開発の結果、成果が生み出された時点で共同行為を終結させるのでは、成果の商業から事業者が得られる利益が少なくなってしまうため、共同研究開発への投資意欲が阻害されるおそれがある。See D. Stockdale, J. Three Essays on Antitrust and Innovation III (1989). (unpublished Ph. D. dissertation, Yale Univ.). この点、EC法においては、共同研究開発を行った事業者による一定条件を満たす共同生産は競争法の適用除外となる。EC法に関しては、別稿を予定している。
- (78) セーフハーバーに関しては、何を基準にセーフハーバーを設けるかが問題となる。この点、市場力を基準にセーフハーバーを設けるのが妥当であると考える。なぜなら、共同生産が問題となるのは、大きく分けて共同自体が問題となる場合と付随的制限が問題となる場合に分けられるが、共同それ自体の問題が生じるのは市場力を有する場合に限られるからである。次に具体的に何を基準に市場力を測定するかが問題となる。市場シェアを基準とするのが一般的であるが、これに対しては批判があり(本稿第三章2(c))参照)、我が国においては、新規参入の容易性、外国製品の輸入圧力等を考慮せず市場シェアだけを重視するのは問題であると指摘されている。野木村忠邦「共同研究開発・共同生産と独占禁止法」電子工業月報三六卷三号(一九九四年)二五頁。

(一橋大学大学院博士課程)