

アメリカ反トラスト法における 合理の原則（1）

—Hovenkamp 教授の「合理の原則」論と日米比較への試論—

久 保 成 史

はじめに—概要—Hovenkamp の緒言

一 Rule of reason と裁判所

- 1 訴答要件
- 2 法解釈すべき問題
- 3 理不尽な略式裁判の原則
- 4 先例拘束性の原理

二 挙証責任と Quick Look 審理

- 1 Per Se Rule による訴訟コストの節約
- 2 証明責任の割当て
- 3 証拠義務の段階設定
 - (1) 原告に一応有利な事例
 - (2) 正当性
 - (3) より制限的でない代替手段
- 4 反競争的制限の認識：消費者福祉の視点（以上、本号）
- 5 一応有利な事例へのアプローチ
 - (1) 「Quick Look 審理」対「スライド制審理の尺度」
 - (2) Quick Look 審理の積然としない解釈—合弁事業の活動
- 6 バランス審理

三 Rule of Reason 審理の範囲

- 1 Per Se Rule 審理の減少
- 2 「あからさまの（露骨な）制限」対「附随的制限」

- (1) 誤った事実審理
- (2) 適法な共同行為に埋め込まれた制限
- 3 救済策（問題解消措置）
 - (1) 複雑な活動に対して区分された救済策
 - (2) 公平な救済策：「一方的な行動」対「協調的な行動」
- 4 適法な合併事業に埋め込まれた「あからさま」の制限
- 5 知的財産権に関する協定

四 Rule of Reason の適用と構造上の論点

- 1 水平的な共同行為における支配力の評価
- 2 垂直的な排他的行動に対する支配力の要件
- 3 垂直的な協定と Rule of Reason
- 4 組み合わせられた垂直的慣行と水平的慣行

五 小括

結語—日米比較への試論

はじめに—概要—

本稿は、アメリカ反トラスト法の中心的立法であるシャーマン法における指導的解釈原理である合理の原則・rule of reasonに関するものである。ここでは、まず、アメリカの反トラスト法分野の第一人者のひとりである Herbert J. Hovenkamp 教授の rule of reason 論⁽¹⁾を詳細に展開することによって、筆者の考えている rule of reason 論⁽²⁾が、どの程度 rule

(1) Hovenkamp 教授は、長きにわたってペンシルバニア大学ロースクールで反トラスト法を担当してきており、「2018 The Rule of Reason」は、彼が Florida Law Review に寄稿した論文である。この論文によって彼の rule of reason に対する考え方の掘り下げを試みる。主たる参考文献は次の通りである。Hovenkamp, 2018 *The rule of Reason*, 70 FLA. L. REV. 81 (2018).

(2) 拙書『アメリカ反トラスト法における合理の原則』（中央経済社 2017年、以下、拙書『合理の原則』とする）。なお、本文及び註において、原語である rule of reason を使用するが何ら他意はない。我が国の経済法学者間でも、合理の原則というよりも原語である rule of reason が頻繁に使

of reason の本質に迫っていたかを確認することを目的とする。

次に、筆者の解釈である rule of reason 論・審理の方法に間違いがなかったか否かを検証することにある。ただ、これら2つの目的を個別に論じるのではなく、本文と註の随所に混在させながら Hovenkamp 教授の rule of reason 論を展開し、最後に日米比較への試論を提唱して筆者の rule of reason に関する研究に区切りをつけたい⁽³⁾と思う。

Hovenkamp の緒言

Hovenkamp は、序において次のように述べている。裁判所は、rule of reason の下でほとんどの申立てを吟味するのであり、そこでは、原告に対して、市場支配力を持っている被告の反競争的な行動を立証するように要求する。ある慣行が「合理的」であると結論することは、反トラストの審理を終わらせずに継続することを意味する⁽⁴⁾。このことは、反トラストの「それ自体・当然に」とは対照的であり、per se rule の審理では、一般的に支配力が立証される必要はなく、反競争的影響は、主としてその行動のそれ自体から推測されるのである⁽⁵⁾。ただ、per se rule の範囲は狭められてきており、「Naked・あからさま」の価格決定及び

用されていることを付記しておく。

(3) このような考えに至った経緯は、筆者の研究テーマである rule of reason 論を2017年に研究書として出版した翌年の2018年、Hovenkamp 教授が rule of reason 論を発表したからである。私は、彼が、反トラスト法分野の全てにわたって精力的に執筆していたものの、rule of reason に関しては僅かに触れる程度であり、rule of reason に関してまとめて論じたものを発表していなかったことも気になっていた。この辺も本文で明確にしていきたい。

(4) See, 7 PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION ¶1501 (4th ed. 2017)

(5) See, e.g., Newman v. United Pictures, 813 F.2d 1519, 1522-23 (9th Cir. 1987) (per se rule は、反競争的影響であると主張する原告を信頼し、そのことが推測されると説明している)。

市場分割協定、小規模なボイコット、共同の取引拒絶、そして極めて細⁽⁶⁾いつながりであるが、ある種の抱合せ協定に及んでいる。

本稿は、rule of reasonの下で反トラストの申立てに関する訴訟分野の指針を提供する。すなわち、より正確に言えば、rule of reason 審理の適用が好ましい場合に対する指針である。訴答書面の段階では、まだ下書きであり、略式裁判の時点では五分五分である⁽⁷⁾。訴訟当事者にとっては、裁判所が rule of reason 審理を適用するか否かはわからないのである。というのは、rule of reason か per se rule かの選択が、法の問題を提示するために、裁判の前に確立されるのが一般的だからである。

第一は、先例拘束性の役割も含め rule of reason 審理については、先例拘束の適用を制限に関するある特定の類型よりも、分析に関する方法に適用すべきであると論じることによって、訴答書面と略式裁判の原則を考察する⁽⁸⁾。

第二は、立証責任を転嫁する必要がある証拠の質と挙証責任にまつわ

(6) EU 競争法は、per se rule にほぼ類似した「反論を唱えることによって」評価される制限と、大まかに言って rule of reason に近い「効果によって」評価される制限とをほぼ同じように区別している。See EUROPIAN COMMISSION, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT: GUIDANCE ON RESTRICTIONS OF COMPETITION “BY OBJECT” FOR THE PURPOSE OF DEFINING WHICH AGREEMENTS MAY BEBENEFIT FROM THE DE MINIMIS NOTICE 3 (2014), http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annx.pdf. (Last viewed: December 22, 2022),

(7) 簡潔に訴訟の流れを説明しておく。①訴答：当事者からの言い分が記載された最初の書面，②証拠開示：当事者がお互いにまたは第三者に証言や証拠の開示を要求して重要な情報を収集する，③申請：争点の審判申請，略式判決の申請，証拠に関する申請などを行う，④判決：判事によって判定される法廷裁判と陪審員による陪審裁判がある，⑤裁判後の再申請や上訴を行うこともある。北川リサ美智子「アメリカでの訴訟&仲裁プロセス」(グローバル経営2019年5月号20頁) https://joea.or.jp/wp-content/uploads/2019_05_020.pdf. (Last viewed: December 22, 2022)

(8) 要するに、先例に拘束されて判断するのではなく、事案ごとの分析に重きを置くことを意味する。

アメリカ反トラスト法における合理の原則（1）

多くの諸問題を検討するが、主として次の事を議論する。すなわち、一応有利な事例に関する原告の責任は、市場支配力の要件に対しては相対的に厳しくすべきであるが、反競争的な行動の立証に対しては相対的に軽減すべきである。加えて、何故に、反トラスト違反に対する消費者福祉の基準（Standard）⁽⁹⁾が、rule of reason 審理の下で評価された慣行にのみ適用されやすいのかを示す。また、このこととは対照的に、一般的な消費者基準は、あらゆる消費者の損失が定量化され、他の者に影響を与える可能性と同様に、効率的に獲得した生産者と比較されるのである。消費者福祉の基準を選考する実質的な理由とは別に、一般的な福祉基準は、最も明解な事例を除いて何らかの事例に適用するのは困難である。消費者福祉の基準は、そのような制約の下で生産高が高いか低いか（低価格か高価格）だけを尋ねるのである。そして、この部分については、省略された審理、すなわち、“quick look- rule of reason” 審理の可能性を考察するが、それは、rule of reason と per se rule に対する代替的な審理としての分析であり、審理の分類として、“quick look- rule of reason” の正当性の認識を議論するものである。⁽¹⁰⁾ただ、そのことについては、「バランス審理」の簡潔な議論をもって結論とし、rule of reason 審理の段階的で且つ一連の審理の理由が、適法的に企図された為に裁判所は、可能であればいつでもバランス審理を回避できるのである。⁽¹¹⁾

第三は、反トラストの rule of reason 審理の適用に関する行為の類型

(9) ここで後述する test と standard の訳し方に筆者なりの考えを記しておく。この分野によく出てる test を「規準」と訳しており、この test の一定の集合が standard になると捉えている。間違っているかもしれないが、本稿で規準とあれば test であり、基準はまさに standard の意味である。

(10) Hovenkamp, *supra* note 1, at 83-84.

(11) *Id.* このバランス審理に関しては、前掲註2、拙書『合理の原則』第5章「Rule of Reason 訴訟の実態と再検討」（277頁以降）において、かなり頁数を割いている。

について、その認識へと目を向ける。そして、競争的であると認識されている共同行為の基本的な特徴には異議を唱えることはできないが、特定の条件あるいは競争を脅かす慣行の場合には、適切な問題点の解消を検討する。その後、知的財産権の市場における反トラストの制約に関する特定の事例を簡潔に検討する。

そして、最後の第四は、反トラストの rule of reason 審理について市場構造の要件を検討するが、それには垂直的制限に対する rule of reason 審理の適用と市場支配力の評価も含めるものであり、水平的な要素と垂直的な要素の両方を併せ持つ制限についても同じように検討する。⁽¹²⁾

Rule of reason 審理は、1911年の *Standard Oil Co. v. United States* 判決⁽¹³⁾ において生まれた。連邦最高裁の判決文を書いた Edward Douglass White 裁判長は、“reason” という言葉を使用しなければ、反トラストの事例を決定することができないと、術学的（知識の見せびらかし）でバカげた結論（silly conclusion）に到達したのである。⁽¹⁴⁾ 結果として、この事件は、rule of reason を適用すべきであるとされた。⁽¹⁵⁾ 実のところ、

(12) Hovenkamp, *supra* note 1, at 84.

(13) 221 U.S. 502 (1911). 本件については、前掲註2、拙書『合理の原則』第1章「Rule of Reasonの歴史」及び第4章「*Standard Oil*判決の再考と経済理論」で触れている。

(14) 筆者にとって、この Hovenkamp の表現は衝撃的でさえあった。Hovenkamp, *supra* note 1, at 85. silly conclusion ⇒ 「馬鹿げた結論」ということは、彼がこれまで rule of reason 審理について多くを語らなかった真意であろうと推測する。しかし、満を持して rule of reason としてかなり長い論文にまとめたことの真意も知りたいと思う。221 U.S. 502, at 516.

(15) See *id.* at 517 (何らかの可能性のある概念・考え方によって、本件事案は、それを決定する目的の為に信頼できる理由を確信できなければ、確固たる根拠として扱うことができないように、当然の結果として、合理に照らして (by the light of reason) 判示されなければならないのである。何故ならば、この結論は、他の解釈では到達できないからであり、それはまた、激しく非難された契約や協定が、制定法の一般的な条文の中に存在

アメリカ反トラスト法における合理の原則（1）

本件の15年前に判事補だった White 判事は、*United States v. Trans-Missouri Freight Association* 判決⁽¹⁶⁾における鉄道会社の価格決定⁽¹⁷⁾について、際立った見解を述べており、連邦最高裁判事であった Rufus Peckham 判事の見解に対して、同事件での彼は、シャーマン法が、自動的に「あらゆる」水平的制限を有罪にするとの判示に反対であった⁽¹⁸⁾。

Trans-Missouri 判決における White 判事は、シャーマン法が取引の自由に対して、すべての制限を考えられる限りにおいて非難されるべきではなく、「制限が合理的であるのか、それとも不合理であるのか」を見るべきであると主張したのである。むしろ、「取引制限」なる言葉は、不合理に取引を制限する契約にのみ受け入れられるのであり、したがって、ある程度、そのような契約が含まれようとも、「取引を制限する」合理的な契約は、その言葉の意味に含まれない。ただ、文理解釈上、「すべての」制限に関する有罪は、通常のビジネス上の協定を違法にするのである⁽¹⁹⁾。

Trans-Missouri 判決及び *Standard Oil* 判決を同じように解釈したこと（両判決の一体化）は、混乱を生ぜしめたのである。というのも、*Trans-Missouri* 判決の多数意見は、シャーマン法が、競争に対するすべての制

し、制定法の条文の解釈並びにその影響・効果は、同法が禁止している取引制限に該当するからである）。

(16) 166 U.S. 290 (1897).

(17) White 判事は、1894年から1910年まで判事補として勤務しており、1910年12月19日、彼は裁判長になっている。See White, Edward Douglass, BIOGRAPHICAL DIRECTORY OF U.S. CONGRESS, <http://bioguide.congress.gov/scripts/biodisplay.pl?index=W000366> (Last viewed Feb. 1, 2022).

(18) See *Trans-Missouri*, 166 U.S. at 343-74 (White, J., dissenting).

(19) *Id.* at 346. この取引制限の言葉と関連して、rule of reason の議論の際に頻繁に現れるのが文理解釈の指摘である。Peckham 判事の見解が文理解釈である明言している一例は、Handler の研究書にみられる。MILTON HANDLER, 1 TWENTY-FIVE YEARS OF ANTITRUST, 3 (1973). なお、この間の解釈の展開につき、前掲註 2、拙書『合理の原則』11頁以下（二 rule of reason 論：初期の展開）。

限を射程範囲におさめており、*Standard Oil* 判決は、あらゆる制限が rule of reason によって左右されるべきであると言明したように思われたからである。この混乱を解決したのが、1927年の *United States v. Trenton Potteries* 判決⁽²⁰⁾での連邦最高裁であった。本件において、Harlan Fisk Stone 判事は、たとえ一般的に取引制限が rule of reason に従って解釈されようとも、「価格を維持し決定するための協定」のような制限⁽²¹⁾の特定の類型は、機械的に不合理とみなされると説明したのである。

競争者間あるいは潜在的な競争者間の協定である水平的な制限に対して、*Trenton Potteries* 判決によって示唆された分類システムは、今日、反トラスト法を専攻する我々が利用しているシステムにほぼ類似するのである。これとは対照的に、競争関係にない垂直的慣行の法理は、十分に安定しておらず、主として垂直的な取引制限の目的と効果・影響に関しては、論争の元になっているのである。1911年、連邦最高裁は、ディーラーの再販売価格を決定した供給業者の再販売価格維持が、当然違法であると判示したのである⁽²²⁾。また、1949年の排他的取引の事例である *Standard Stations* 判決の見解では、抱合せ協定も極めて厳しく審理すべきで

(20) 273 U.S. 392 (1927).

(21) *Id.* at 396; *see also id.* at 397-98. 判事は、次のように述べている。効果的にあるにせよ、すべての価格決定協定の目的と結果は、競争の一つの形態の排除である……その潜在的な支配力を創り出す協定は、協定それ自体、不合理あるいは違法な制限と判示されるであろう。このことは、ある特定の価格が決定されたことにつき、それが合理的であるか、不合理であるかの綿密な審理の必要もなく、また、単なる経済的な状況の変動を通じて合理的になるか否かを日ごとに確かめる責任をシャーマン法に負わせる政府の意向を考慮する必要もないのである。

(22) 本件は古典的な事例であり、頻繁に引用される。Dr. Miles Med. Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373, 399-400, 409 (1911). 支配的あるいは反競争の影響に言及せずに、機械的に再販売価格維持を違法とした。本件における再販売価格維持に対する per se rule に関しては、次の文献を参照。see 8 AREEDA & HOVENKAMP, *supra* note 4, ¶1620. 前掲註2, 拙書『合理の原則』95頁。

アメリカ反トラスト法における合理の原則（1）

あると判示した。⁽²³⁾すなわち、per se rule によって審理すべきとしたのである。1950年代、連邦最高裁はこの方針を踏襲し、抱合せの製品に関して、市場支配力が乏しい場合を除いて、一定の抱合せを当然違法であると言明したのである。⁽²⁴⁾このような判断から言えることは、そのような要件が、抱合せ協定を per se rule で審理する特別な協定にするのである。対照的に、排他的な取引は、常にすくなくとも一定の条件で rule of reason ⁽²⁵⁾の下で審理されるのである。

一 Rule of Reason と裁判所

反トラスト法制は、違法性の判断について反トラスト原則に特別な類型を用意していないのである。シャーマン法は、⁽²⁶⁾論点において有益な文言を一切規定していないのであり、クレイトン法は、⁽²⁷⁾価格差別、排他的取引、そして「競争を実質的に減殺する可能性のある」影響を持つよう

(23) Standard Oil Co. of Cal. v. United States, 337 U.S. 293, 305-06 (1949) (抱合せ協定は、競争の抑制・減殺とは関係なく何らかの目的にほとんど役立っていない)。

(24) See N. Pac. Ry. Co. v. United States, 356 U.S. 1, 5 (1958) (その慣行の実態において、裁判所は、これまでの抱合せ協定をそれ自体違法であると考えられる慣行である)；Times Picayune Publ'g Co. v. United States, 345 U.S. 594, 608-09 (1953) (抱合せは、売り手が抱合せ市場で市場支配力を有し、抱合わされた製品の実質的な量において、商業が制限される時はいつでも、シャーマン法第1条の下で当然違法である)。

(25) See, e.g., Tampa Elec. Co. v. Nashville Coal Co., 365 U.S. 320, 327 (1961) (重視しなければならない市場支配力が欠如する場合、排他的取引は適法である)。当該市場でたいていの企業によって行われた並行的な排他的取引(各企業がこぞって排他的取引を実施すること)は、たとえ排他的取引がそのような状況下では効率的であると判示されようとも、反競争的な排除の証拠になる可能性が高いと判示している。Hovenkamp, *supra* note 1, at 87.

(26) Sherman Act, ch 647, 26 Stat. 209 (1890) (codified as amended at 15 U.S.C. §§ 1-7 (2012))。

(27) Clayton Act, ch 323, 38 Stat. 730 (1914) (codified as amended at 15 U.S.C. §§ 12, 13, 14-19, 21, 22-27 (2012))。

な合併の場合に、そのような合併について規定している。⁽²⁸⁾この文言は、裁判所に対して申立てられた制限の影響を評価するように求めるものであり、そのことは、per se ruleによる審理が適切ではなく、そのこと以外に何も述べることはない⁽²⁹⁾と示唆するのである。事実、同法は、「競争」という用語を明確にしておらず、競争が滅殺されたか否かを測るための何らかの規準（test）⁽³⁰⁾を用意していないのである。

この不十分な文言は、反トラストの原則の展開において著しく裁判所の役割を重要にするのである。そのことは、立証責任の評価も含め、反トラストの本質的な部分の創造（解釈の創造）と申立て、そして手続きの適切な原則の方針を裁判所に委ねるのである。

1 訴答要件

Bell Atlantic v. Twombly 判決⁽³¹⁾において、連邦最高裁は、反トラスト事

(28) *Id.* § 13(a). この影響（効果）のあるという文言は、次にあげる条文との間で僅かに異なっている。*Id.* § 13（価格差別）；*id.* § 14（抱合せと排他的取引）；*id.* § 18（合併）。

(29) この点については、次の文献を参照。1 RICHARD S. MRAKOVITS, *ECONOMICS AND THE INTERPRETATION AND APPLICATION OF U.S. AND E.U. ANTI-TRUST LAW* 87-88 (2014). ここで、立証可能な影響については、クレイトン法を重視することを説明している。

(30) 我が独占禁止法は、第2条4項で「競争」を定義しているが、それは状態概念としての「競争」であり、常に動く競争の動的概念を定義することは困難である。ただ、他の法律との関係・体裁上、あえて定義したと考えた方が理解しやすい。いわゆる英米法の大陸法的体裁・整合性と考えておく程度でよいのではないか。翻って、Hovenkampは、競争の用語を明確にしていないと述べるが、「競争なる用語の明確な用意」を「条文上の競争の定義」としてみても、それは、本文で述べているように裁判所の役割である。アメリカ法に横たわる判事＝法律であろう。一般的には、クレイトン法の12条、13条、14条—19条、21条、22条—27条、なお、次を参照されたい。拙稿「提言 競争とは何か、再考」公正取引（2009年6月号通巻704号）46頁。

(31) 550 U.S. 544 (2007).

アメリカ反トラスト法における合理の原則（1）

例の訴答要件をかなり厳格に制限したのである。本件で原告は、地域の電話事業会社がお互いの地理的領域に参入しなかったことが、とりもなおさず彼らのお互いの地理的市場に参入しないと共謀を証明して⁽³²⁾みせたと主張したのである。このような申立てに伴う問題点は、企業にはいつでも他の市場に参入する傾向があり、その場合に反トラストの共謀とは全く関係ないのである。例えば、ペットショップは自転車を販売しないし、自転車店はペットを販売しないのである。しかし、それだけで彼らがお互いの市場から離れることに同意したことを示唆することは⁽³³⁾ほとんどあり得ないのである。

Twombly 判決は、ある特定の事例における申立てにつき、明らかに不適切である訴答書面（答弁書）の問題を単純な訴答書面よりも、むしろ訴答事実の形式を要求するものとして、それが一連の制約へと拡大されて方向転換したのである。⁽³⁴⁾要するに、間違いが明らかな訴答書面の内容ではなく、今後の形式として訴答事実を重視する方向へと舵を切ったのである。したがって、少なくとも反トラストの事例において、この結果は、100頁かそれ以上になる長い申立て書面になってきたのである。そのために、申立て書面の段階で阻止される恐れのある事例について、それを阻止するに十分な事実関係を有することになり、原告を保証することで⁽³⁵⁾あった。

競争相手を意識しながら価格を設定する意識的並行行為は、相互依存関係を示唆する一方で、新しい市場へ参入する際の並行的な障壁は、通常、存在しないのである。換言すれば、*Twombly* 判決は、共謀を示唆する行為類型の反トラスト事例として、はるかに狭く解釈されてきた可能

(32) *Id.* at 550–51

(33) *See* Herbert Hovenkamp, *The Pleading Problem in Antitrust Cases and Beyond*, 95 IOWA L. REV. 55, 64 (1010).

(34) *See id.* at 56.

(35) *Twombly*, 550 U.S. at 556.

性があった。それにも拘わらず、連邦最高裁の多数意見は、連邦裁判所のあらゆる訴答書面（訴え）に対して反トラストの領域を超えており、訴答書面の要件を一般的にする内容を記したのである。⁽³⁶⁾

Twombly 判決以後、rule of reason の下で申立てられた反トラスト事例において、原告は、申立てた取引制限について、市場支配力並びに反競争的影響を十分に準備して申立てなければならなかったのである。⁽³⁷⁾ 勝訴した事例は、販売に関して特定のグループ化が関連市場であるにせよ、被告が単に市場支配力だけを有していたと主張しなかったのである。それよりも、特定の事実、すなわち、事実認定を正当化するような他の製品との代替性が欠如していることなどを主張しなければならないのである。⁽³⁸⁾ それ故に、*Twombly* 判決の下での訴答書面は、単に申立ての輪郭の通知書を準備するだけでなく、その主張した事実が真実であるならば、判事が、その申立てられた内容につき、適切に妥当すると推論できるだけの十分な準備をしなければならないのである。⁽³⁹⁾

排他的な慣行の訴答法理は、それほど普及しなかったのである。し

(36) Hovenkamp, *supra* note 1, at 88

(37) 例えば次の文献を参照。Robert G. Bone, *Twombly, Pleading Rules, and the Regulation of Court Access*, 94 IOWA L. REV. 873, 881 (2009).

(38) *See, e.g., Simpson v. Sanderson Farms, Inc.*, 774 F.3d 702, 710-11 (11th Cir. 2014). (先例であるポスト *Twombly* 判決の下で、rule of reason を用いる反トラストの原告は、関連する地理的市場の輪郭が妥当すると示唆するために、その申立てにおける十分な情報を常に提示しなければならないのである。反トラストの先例は、原告に対して申立てるあらゆる市場の状況・慣行について事実上の支持を主張するように要求するのである)。

(39) *See Alexander A. Reinert, The Burden of Pleading*, 162 U. PA. L. REV. 1767, 1768-69 (2014). 論点は、訴答内容の通知ではなく、事案に妥当する訴答書面のことを述べている。また、妥当する訴答書面と通知だけの訴答書面において、その対照点に関して詳細に論じている文献として、次のものがある。Arthur R. Miller, *Simplified Pleading Meaningful Days in Court, and Trials on the Merits: Reflections on the Deformation of Federal Procedure*, 88 N.Y.U.L. REV. 286, 331-32 (2013).

アメリカ反トラスト法における合理の原則（1）

かし、*Twombly* 判決は、もし真実であるならば、被告が、市場支配力を創造あるいは維持する傾向にあった一つもしくはそれ以上の反競争的な慣行に専念し、原告は、その反競争的な慣行によって損害を被ったことを立証することが必要であるように思われる。同判決のいうことをさらに強調するならば、当該申立てが *per se rule* の下であるならば、その申立ては、やはり *per se rule* による当然違法の訴答書面でなければならぬのである。もちろん、申立ては、多様な論点を有することができる、申立てのいくつかは、*rule of reason* の下で主張されるし、他方で *per se rule* の下でも申立てられるのである。⁽⁴⁰⁾

Twombly 判決の訴答書面の基準は、被告が主張しなければならない事実を認識するために証拠開示手続に接近する必要がある原告にとって、そのことは困難な状況をつくりだしたのである。このことは、首尾良く行った行動が、秘密裡に依存する共謀やその他の慣行に特に当てはまる。被告は、共謀の証拠を抱え込み公にしないかも知れないのであり、原告は、通常、申立てが下書きの段階であるとき、被告の共謀の証拠に接近できないと考えられる。⁽⁴¹⁾ 証拠開示手続に先立つ訴訟の取り下げは、当該訴訟の証拠が決して暴露されないであろうということに確信を持ったときである。しかし、一部の裁判所はこの問題点となる行為を認め、その共謀の主張は、単純にみて適切に妥当するものでなければならぬと論じて対応したのである。⁽⁴²⁾ つまり、訴答書面の段階での問題点は、その申立てが原告に証拠開示の資格を与えるのに十分であるか否かである。

訴答書面の問題点は、一般的に *rule of reason* の事例よりも、*per se*

(40) Hovenkamp, *supra* note 1, at 89.

(41) Hovenkamp, *supra* note 32, at 58.

(42) *See, e.g., Anderson News, L.L.C. v. Am. media, Inc.*, 690 F.3d 162, 189-90 (2d Cir. 2012) (論点は、申立者による書面に妥当するに十分な事実に基づく主張であるか否かであり……連邦民事訴訟規則12(b)(6)に基づく申請において、妥当しうる代替的手段における裁判所の選択の根拠である申立てを却下するのは、裁判所の管轄ではない)。

rule の事例に関する方が様々で異なっている。per se rule の事例において、論点は、価格協定のような反競争的影響が存在したか否かであり、典型的な事例として、被告は、そのような協定を内密に維持することが強力な動機になっていたか否かである。ただ、協定の立証は、証拠開示手続に接近できなければ不可能であるかもしれない⁽⁴³⁾。要するに、per se rule の訴答書面には、当然違法を要求するために、それだけ確固たる根拠が必要である。このこととは対照的に、典型的な rule of reason の事例において、協定の存在が議論されることはない。むしろ、当該事例が、その状況の下で反競争的であるか否かに目が向けられるのである。このアプローチは、保険料が典型的な被告の排他的な支配ではないとの証拠に基づいた客観的な規準 (test) として捉えるのである。

そこで Hovenkamp は、次のように指摘する。すなわち、一般的な事柄として、市場構造と製品の代替性の証拠は、妥当する申立てであれば、それを支持するために原告が十分に入手すべきであると主張して、証拠開示手続の不備を指摘する⁽⁴⁴⁾。

要するに、rule of reason による事例において、訴答書面に関する規準は、市場構造と排他的影響の客観的な証拠であるか否かであり、市場

(43) See, e.g., *Am. Chiropractic Ass'n v. Trigon Healthcare, Inc.*, 367 F.3d 212, 227 (4th Cir. 2004). 本件で、裁判所は、医師のグループと保険会社が価格を設定する協定を共謀したとするのは不十分であり、それは単なる事実でしかないと判示している。

(44) Hovenkamp がこのように指摘するのは、次の判示結果による。Mich. Div.-Monument Builders of N. Am. Cemetery Ass'n, 524 F.3d 726, 732-33 (6th Cir. 2008) (原告の訴答書面において、関連市場の問題点に関して、原告に証拠開示手続の資格を付与することは不適切であると判示している)；*Allen v. Dairy Farmers of Am., Inc.*, 748 F. Supp.2d 323, 334-35 (D. Vt. 2010) (関連市場の論点において、証拠開示手続を rule of reason 審理の原告に付与することは、適切であると判示している)。証拠開示手続について、裁判所の態度は、per se rule では不適切であり、rule of reason では適切であるとする。この点について、Hovenkamp は、per se rule 審理にも証拠開示手続を採用すべきことを提案している。

構造と排他的な影響の両方は、通常、被告自身の記録（反トラスト法違反が妥当することを示す）に接近できなければ得ることができないのである。そのような懸念事項が確立されれば、原告には、証拠開示手続が得られる権利を与えるべきである。⁽⁴⁵⁾

2 法律問題

訴答書面（訴え）が事実に基づく申立てによって左右される一方で、反トラスト法が適用されるかという究極的な問題は、法律問題のひとつである。per se rule を適用するか否かを決定するとき、連邦最高裁は、しばしば決定的な要素として「司法の経験」に言及する。⁽⁴⁶⁾ただ、陪審員は、「司法の経験」を持たないのであり、もちろん、その論点についても全く経験も持っていないのである。さらに、専門家は事実問題に関してのみ証明するため、事実に関する専門家の証明は、適用する規則を決定する際に裁判所の判断を確実にすることができるものの、per se rule

(45) Hovenkamp, *supra* note 1, at 90.

(46) *See, e.g.,* FTC v. Superior Court Trial Lawyers Ass'n, 493 U.S. 411, 433 (1990) (rule of reason は、制限のある類型を違反として、その制限が不合理であるとする決定的な推測が適用されてきたのである。しかし、そのような制限の特定のある類型に伴うかつての経験は、連邦最高裁に対して信頼性を持った予測を可能にしてきたのである)；NCAA v. Bd. of Regents of Univ. of Okla., 468 U.S. 85, 100-01, 100 n.21 (1984) (司法の経験が、どの規則を適用するかを決定することに関して議論している)；Broad. Music, Inc. v. Columbia Brad. Sys., Inc., 441 U.S. 1, 9 (1979) (裁判所がそれらの行為をシャーマン法の当然違反に分類するのは、一定のビジネス関係に伴うかなりの経験を積んだ後である)；California *ex rel.* Brown v. Safeway, Inc., 615 F.3d 1171, 118 (9th Cir. 2010) (per se rule の分析は、論点である制限の類型に伴う先の司法上の経験により、ほとんどあるいは常に競争を制限する傾向にあるとの決定に従うのに十分であるか否かを審理するのである)。In re Ins. Brokerage Antitrust Litig., 618 F. 3d 300, 316 (3d Cir. 2010) (司法の経験は、rule of reason の適用が不必要であるときに教えると議論している)。

及び rule of reason の問題点に関する専門家の証明は認められないのである。⁽⁴⁷⁾

Per se rule を適用するか否かの究極の論点は、申立てられた慣行が rule of reason の下で更に詳細な審理を示唆する性格を有するか否かにかかっているのであり、そのことは、当該慣行が必要でもなければ逆の効果（悪影響）を生じないと思われるか否かである。陪審員は、この決定を下すいかなる能力も有さないのであり、判決の前に事件の事実を審理することが付与されているのである。しかし、このことにより、事実⁽⁴⁸⁾の認定者を無関係であるとすることはできないと考える。rule of reason による分析の範囲内で、ある制限が「合理的」であるか否かの論点は、通常、事実のひとつである。⁽⁴⁹⁾すなわち、事実を審理する陪審員にとって、rule of reason で審理するか否かを「要求」できるのである。したがって、陪審員は、ある制限が制限そのものであるのか、それとも生産活動に附随するものであるか否かについて、幾つかの補助的な論点を検討するために問いかける可能性がある。⁽⁵⁰⁾

(47) 例えば、制限の影響について、一定の行動は rule of reason の下で分析されるべきものであるとする経済学者の証言を排除している事例が見受けられる。See *In re Cardizem CD Antitrust Litig.*, 105 F. Supp. 2d 682, 694 (E.D. Mich. 2000).

(48) Hovenkamp, *supra* note 1, at 91.

(49) See *Arizona v. Maricopa Cty. Med. Soc'y*, 457 U.S. 332, 343 (1982) (rule of reason は、あらゆる状況の下で、その制限的な慣行が、競争に対して不合理な制限を押し付けたか否かの決定を事実の認定者に要求する)。

(50) 「制限が制限そのもの」という文言の原語は、naked であり、「制限を主目的とした」という意味で用いられ、ancillary (附随的あるいは補助的) とは対照的に用いられる。なお、事実問題としての議論は、次の事例にみられる。See, e.g., *In re Whole Grocery Prods. Antitrust Litig.*, 752 F.3d 728, 733-34 (8th Cir. 2014) (2つの原則において、rule of reason なのか per se rule なのかの選択が、法律問題を提示すると議論する一方で、純粋に法律上の決定が、多くの事実問題であると支持している); *Perception, Inc. v. Sensor Adaptive Machs., Inc.*, 221 F.3d 913, 919 (6th Cir.

3 理不尽な略式裁判の原則

略式裁判の事例において、*Twombly* 判決にほぼ匹敵するのは、*Matsushita Electric Industrial Co., Ltd. v. Zenith Radio Corp.* 判決⁽⁵¹⁾である。同事件は、原告が、陪審員の前で反トラストの申立てをする際に、その申立てのレベルを引き上げたのである。先例の法理は、略式裁判による反トラスト訴訟の場合には、「控えめに」使用すべきと示唆したのである。というのは、「動機と意図が主導的な役割を果たし」、その証拠は、訴えられた被告の共謀者が、原告にとっては不利益な証言をすることによって判示されるからである。つまり、原告にとっては、証拠固めの難易度が高く、勝ち目のない略式裁判になる可能性が高いのである。そして、結果は、極めて専門性の高い反トラスト訴訟でも、陪審員の評価にかかっているのである。

対照的に *Matsushita* 判決は、証人の信憑性から、原告の主張と裏付けとなる証拠が妥当性のしきい値（境界線）を超えたかどうかを立証する傾向のある客観的な市場ベースの要因に焦点を移したのである⁽⁵²⁾。言うなれば、主観的な証言によって陪審員が振り回されない客観的な市場占有率に焦点を移したことを意味するのである。

そして、ひとたび却下の申立てが認められれば、その原告は、修正するいかなる自動的な権利も有さない。ただ判事は、少なくとも一つの修正された申立てを認めるのが通常である。このこととは対照的に、いったん略式裁判に移行すれば、原告は、単に訴答書面を提出しただけのこ

2000) (かつて裁判所は rule of reason を適用して来ており、パテントライセンスを内容とする25年間に及ぶ非競争的協定が、不合理であるか否かを決定することは、陪審員の判断にかかっていると来た)。

(51) 475 U.S. 574 (1986).

(52) *Matsushita*, 475 U.S. at 587 (実際の状況において、被告の信じがたい反論を放棄するならば一すなわち、もしその反論が、単にいかなる経済の意味も持たないものであるならば、被告は、必要とされる彼らの申立てを裏付ける為に、更なる説得力のある証拠を提出しなければならな

となり、このことは、反トラスト訴訟の証拠開示手続と立証にとって悪影響を及ぼすことになるのである。この問題は、次のような点を内包するのである。すなわち、本件が *per se illegal*・当然違法で審理されると信じている原告は、証拠開示手続を通じて市場支配力または関連市場を立証する必要はないと考えており、反競争の影響を示す必要はないのである。

更に、このことは、これらの事項を確証する専門家の証明を採用する必要がないことを意味するのである。⁽⁵³⁾その後、略式裁判の申立てが整然と実施される段階に進んだとき、裁判所は、本件が *rule of reason* の下で進められるべきであるとする被告の主張に同意するのである。しかし、結果として、本件申立ては却下されたのである。何故ならば、被告の主張する *rule of reason* 審理の本質的な要素が欠落していたからである。⁽⁵⁴⁾例えば、合併事業の事例である *Dagher v. Saudi Refining, Inc.* 判決⁽⁵⁵⁾において、原告は、*per se rule* の下で代替的審理である“quick look” rule の下でその申立てをしたのである。⁽⁵⁶⁾連邦地裁は、原告が伝統的な *rule of reason* の規準への依存を放棄したとの結論の後、略式裁判を認めたのである。しかし、第9巡回区連邦控訴裁は、*per se rule* の適用に関し

い)。

(53) Hovenkamp, *supra* note 1, at 92.

(54) *See, e.g., Bassett v. NCAA*, 528 F.3d 426, 434 (6th Cir. 2008). 本件で、第6巡回区連邦高裁は、*rule of reason* を根拠にした反トラストの申立てにつき、連邦地裁が却下したことを支持している。また、*Major League Baseball Props., Inc. v. Salvino, Inc.*, 542 F.3d 290, 334 (2d Cir. 2008) において、第2巡回区連邦高裁は、*rule of reason* を適用すると結論付けた後、原告への略式裁判を認めて、結果的に *rule of reason* ではなく *per se rule* で判断している。

(55) 369 F.3d 1108 (9th Cir. 2004), *rev'd*, *Texaco, Inc. v. Dagher*, 547 U.S. 1 (2006).

(56) いわゆる、quick look- *rule of reason* (*rule of reason* の省略的審理) の意味である。

アメリカ反トラスト法における合理の原則（1）

て事実問題を認定して連邦地裁判決を破棄したのである。⁽⁵⁷⁾その後、連邦最高裁は第9巡回区連邦高裁判決を破棄し、その申立てを却下したのである。⁽⁵⁸⁾

この一連の目まぐるしい判決に伴う問題点は、裁判所が最終的に rule of reason 審理を要求する何らかの合理的な機会が存在すると判断したならば、原告は、その機会が少ない場合でも rule of reason の下で証拠開示手続きを通じて裁判を進める以外にいかなる機会も有さないのである。このことは、per se rule の価値が多く重要な事例において喪失したことを意味する。というのは、当該事例が最終的に per se rule で決定される可能性のある事例でさえ、関連市場、市場支配力、そして反競争的影響に関する論点で専門家の証拠（鑑定・見解）も含めて、原告は、rule of reason 審理が要求するあらゆる事象を分析しなければならないからである。すなわち、少なくとも、事実審に先立って、rule of reason 審理の訴訟における莫大な訴訟費用は、その多くが訴訟書面の費用である。したがって、per se rule 審理の卓越性によって訴訟費用を節約することは、失なわれていくことになる。⁽⁵⁹⁾

この問題に対処する一つの方法は、ひとえに裁判所の判断にかかっている。すなわち、裁判所が、被告の動機を当然違法（per se illegal）とする略式裁判を認めたならば、原告には、rule of reason 審理を含めた修正が認められるべきであり、裁判所は、原告が修正した申立てを支持

(57) *Id.* at 1125.

(58) *Texaco, Inc. v. Dagher*, 547 U.S. 1, 8 (2006); *see also* *Cal. Dental Ass'n v. FTC*, 224 F.3d 942, 958-59 (9th Cir. 2000). 本件において、“quick look”の下で、歯科医師団体の制限を評価する際に原告である同団体は、連邦最高裁を説得できず、被告である連邦取引委員会は、rule of reason の下で違反を実証するための証拠書面を認めなかったのである。

(59) *Hovenkamp*, *supra* note 1, at 93. *Hovenkamp* は、訴訟費用の点で per se rule に優位性があると述べて、裁判所の振り子のような焦点の定まらないことをあげる。rule of reason 審理に否定的な側面が見受けられる。

するならば、その後、rule of reasonの下で証拠書面へと展開されることになる。per se ruleなのかrule of reasonなのかは、当然に判事裁量に従うべきである。もちろん、被告側でも原告が示唆した証拠を受け入れるように提案できるし、原告側も、本件がrule of reasonの下で審理されることについて、すべてを受け入れることを認識すべきである。このとき、たとえ裁判所が誤って認定したとしても、裁判所は、原告の最初の申立てが客観的にみて正当化されるか否かを決定しなければならないのである。Hovenkampは、このように裁判所の柔軟な姿勢を要求しており、略式裁判に拘束されることの理不尽さを指摘する。⁽⁶⁰⁾

4 先例拘束性の原理

先例拘束性の原理は、憲法上の条文解釈・説明に対するよりも制定法における法解釈の問題に強く関係しているのである。議会は、連邦最高裁が下した判断に合致しないとき、制定法を容易に変更できる⁽⁶¹⁾のである。このことは、クレイトン法自体が、議会にとって魅力的でない⁽⁶¹⁾と判断した連邦最高裁の判決に対応する重要な法律の一部として機能していることから十分に理解できる。主たる制定法を補足する新たな制定法という

(60) 例えば、*Dagher*, 369, F.3d at 1117. Hovenkampは、第9巡回区連邦高裁が、誤った原則を選択したと指摘している。Hovenkamp, *supra* note 1, at 93.

(61) See *Kimble v. Marvel Entm't, LLC*, 135 S. Ct. 2401, 2409 (2015). (*Brunette* 判決のように、ある決定が制定法を解釈するとき、先例拘束は、支持を得てその解釈を従わせるのである。我々の領域である先例拘束を作り出す (ruling) ことは、まさに道路を渡るごとく先例拘束に異議を唱えることである) ; *Hilton v. S.C. Pub. Rys. Comm'n*, 502 U.S. 197, 202 (1991) (先例拘束に関する考察は、制定法解釈の領域において特別な強制力を有するのである。何故ならば、議会は裁判所の判断を変更する自由を保持しているからである) ; see also, *Cont'l T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 60 (1977) (White 判事の同意意見) (多数意見は、先例拘束が制定法解釈の事例で強引に適用される場合、先例拘束が採用されないことが重要であるとするとする)。

アメリカ反トラスト法における合理の原則（1）

不本意な影響は、経済的に弁解の余地がなくなってきた後も、長く残存した再販売価格維持と抱合せに対して *per se rule* で審理する反トラストのドクトリンである。例えば、1960年代以降、再販売価格維持に対する反トラスト上の *per se rule* 審理に容赦のない経済的批判が存在してきたのであり、それは1911年の *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co* 判決⁽⁶²⁾において告知されたのである。同事件で連邦最高裁は、再販売価格維持を *per se rule* で審理し、同判決を破棄するまで実に半世紀⁽⁶³⁾を要したのである。また他の事例においても、連邦最高裁は、議会が法の変更を選択しなかったことを注視しながら、それらの不完全さを認めつつ経済的に不完全な原則に固執したのである。反トラストにおいて頻繁にみられる影響は、裁判所が先の判例に条件を付けることによって容易に変更可能な文言の優位性を採用する場合もあれば、先例を破棄せず⁽⁶⁴⁾にそのまま踏襲するということが起こるのである。

Per se rule (illegality) と *rule of reason* を区別する反トラストの原則において、先例拘束は、独特な一方向の装置として機能するのである。すなわち、連邦最高裁が初期の頃の判決から外れて *per se rule* を適用するとき、先例拘束の原則は、判断としての一つの要素ではないのであ

(62) 220 U.S. 373, 400, 406-08 (1911).

(63) Hovenkamp, *supra* note 1, at 94. 再販売価格維持を *per se rule* から *rule of reason* に変更した事件は、次の通りである。Leegin Creative Leather Prods., Inc., 551 U.S. at 882. なお、前掲註2、拙書『合理の原則』143頁以下。特に、再販売価格維持の連邦最高裁判例の推移について、簡単に図表にまとめている（同書144頁）。

(64) *E.g.*, *Version Commc'ns Inc. v. Law Office of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 408-10 (2004). 本件では、*Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585-86, 588 (1986) 判決で示された一方的な取引拒絶のドクトリンを破棄せずに大胆な条件付けをしている。また、*Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 585-86, 588 (1986) 判決は、*Poller v. Columbia Broad. Sys., Inc.*, 368 U.S. 464, 473 (1962) 判決で採用した略式裁判のアプローチを破棄せずに大胆に条件付けしている。

る、その起点は、*White Motor Co. v. United States* 判決から *United States v. Arnold Schwinn & Co.* 判決⁽⁶⁶⁾、そして *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania* 判決⁽⁶⁷⁾への経過で見て取れるのである。*White Motor* 判決において、連邦最高裁は、製造業者による垂直的非価格制限を合理的であると (rule of reason で) 判示したのである⁽⁶⁸⁾。

しかし、これらの判決は、わずか4年後の *Schwinn* 判決によって破棄され、更にその際、先例拘束性の原理に関していかなる議論もなされないまま per se rule が適用されたのである⁽⁶⁹⁾。そして10年後の *GTE Sylvania* 判決は、rule of reason を適用したのである。このように振り子のように揺れ動く per se rule と rule of reason の適用について、Hovenkamp は、次のように述べている。「連邦最高裁は、先例拘束性の原理との関連性を議論しなければならないとし、White 判事は、*GTE Sylvania* 判決における彼の同意意見の中でそのことを取り上げている⁽⁷¹⁾」と説明しており、先例拘束のアンバランスな取り扱いを批判している。

とはいえ、このアンバランスな適用は、per se rule のロジックにおいて本質的であり、先例拘束性の原理は、per se rule の適用を拒絶する裁判所の結論に附随するものではないのである。というのは、裁判所が論点である取引制限について、審理するための十分な経験を持っていなかったからである⁽⁷²⁾。その後、裁判所は、直ぐにでも変更することがで

(65) 372 U.S. 253 (1963). 本件は、*United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 (1967), *Cont'l T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977) の両判決によって破棄された。

(66) 本件は、388 U.S. 365 (1976), *Cont'l T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977) によって破棄された。

(67) 433 U.S. 36 (1977).

(68) *White Motor Co.*, 372 U.S. at 264.

(69) *See Schwinn*, 388 U.S. at 378-79.

(70) *See GTE Sylvania*, 433 U.S. at 49.

(71) Hovenkamp, *supra* note 1, at 95.

(72) *Id.*

アメリカ反トラスト法における合理の原則（1）

きるほどの多くの経験をしたものの、rule of reason 審理の方向付けの中で後戻りすることは、極めて困難であった。何故ならば、今や、司法の経験が打ち立てられてきたと思われるからである。事実、連邦最高裁は、per se rule を適用した従来の反トラスト判決を決して却下せず自ら⁽⁷³⁾の法廷で rule of reason を適用したのである。

ところが、反トラストの事例ではない⁽⁷⁴⁾パテント・ミスユースに類似した *Kimble v. Marvel* 判決において、連邦最高裁は、パテント終了後にパテントのロイヤリティーを求めるライセンスの取り決めが当然違法であるとする⁽⁷⁵⁾ことについて、先例拘束性の原理は、広く批判されている原則を覆すことを禁じていると判示し、先例拘束性の原理を堅持する判断をしたのである。⁽⁷⁶⁾*Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde* 判決において、連邦最高裁の O'Connor 判事の同意意見は、たとえ per se rule の存続が経済的観点からみて支持されることがないことを鑑みても、先例拘束性の原理は、多くの批判にさらされている抱合せ協定に対する per se rule の適用を覆すことができないと示唆したのである。⁽⁷⁷⁾その後、*Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.*,⁽⁷⁸⁾判決において、連邦最高裁は、パテントが市場支配力を自動的に付与するとの理由で、per se rule を拒絶するか否かの論点をあいまいにしたのである。⁽⁷⁹⁾ただ、市場支配力

(73) See *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 882 (2007). 本件では、再販売価格維持に対する per se rule を却下している。

また、*State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3, 7 (1977) 判決では、最高再販売価格維持に対する per se rule を却下し、*GTE Sylvania* 判決では、垂直的非価格制限に対する per se rule を却下している（本文記述）。

(74) 135 S. Ct. 2401 (2015).

(75) *Id.* at 2409-11.

(76) 466 U.S. 2 (1984)

(77) *Id.* at 9.

(78) 547 U.S. 28 (2006).

(79) *Id.* at 40. 本件で裁判所は、特許製品を含んでいる抱合せ協定に関して、当然違法の推定を拒否している。

が存在するとき、抱合せ協定に対する一般的な per se rule は、今でも適用されている傾向にあると考えられる。

Per se rule の適用範囲の疑問点に先例拘束性の原理を適用するには、裁判所がこれまでに判断した取り決めを分類する必要がある。例えば、抱合せ行為は、per se rule により当然に違法であり、排他的取引は rule of reason に従うのである。けれども、この2つの相違点を見つけることは困難である。このことから、この種の問題は、垂直的なブランド内制限に関する知的な分析を弱体化させてきたのである。連邦最高裁による *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 判決⁽⁸⁰⁾までの30年間にわたり、垂直的な「価格」制限は、当然違法・per se rule であり、非価格制限は rule of reason で審理されてきたのである。結果として、訴訟当事者は、取り決め前に、当該取り決めが価格協定なのかそれとも非価格協定下に関する議論に多くの訴訟材料を投入して、それだけ多くの時間を割くのである。⁽⁸²⁾ *Leegin* 判決に続くその後においても、そのような相違点はそれほど重要な点になっていないのである。

Hovenkamp は、次のように主張する。先例拘束と rule of reason に

(80) See, e.g., *Jefferson Parish*, 466 U.S. at 44-45. O'Connor 判事は、抱合せよりも排他的取引の方が影響力が強いとの同意意見である。つまり、市場に対して影響力が弱い抱合せ行為に per se rule で審理し、影響力の強い排他的行為を rule of reason で審理することに疑問を呈している。また、*Race Tires A, Inc. v. Hoosier Racing Tire Corp.*, 614 F.3d 57, 75-76 (3d Cir. 2010) において、原告は、排他的取引の事例について、実際には抱合せであると主張している。このように、事例にもよるが、抱合せと排他的取引に関して明確な一線を引くことは困難である。

(81) 551 U.S. 877 (2007).

(82) 例えば、*Bus. Elecs. Corp. v. Sharp Elecs. Corp.*, 485 U.S. 77, 735-36, 748 (1988) 事件において、多数意見は、価格割引に対する被告の制限が非価格制限であったと結論しており、少数意見は、価格制限であったとしている。なお、8 AREEDA & HOVENKAM 7, *supra* note 4, ¶¶1620-27 において、価格制限と非価格制限を区別する点で、多くの論点があることに注意すべきであると論じている。

アメリカ反トラスト法における合理の原則（1）

関する完全なアプローチは、間違っただけである。何故ならば、分析の方法というよりも、形式的な分類方法に過大な先例としての価値を張り付けるからである。綿密に定義された先例拘束性の原理は、「あからさま」の制限に対して *per se rule* を適用すべきであり、そのような制限は、市場支配力の行使に依存して収益をあげるような制限である。それ故に、当然違法の合理性は、十分に理解できるのである。⁽⁸³⁾ このことは対照的に、現実的に利益が、コストの削減あるいは製品の改善からもたらされる可能性があることを示唆しているならば、そのときは、*rule of reason* の審理が適切である。適切な原則の選択は、申立てられた慣行（取引制限）が有益であると同時に有害である可能性があることを示す確固たる論文が存在するか否かを検討すべきである。Hovenkamp はこのように述べて、該当する取引制限として、抱合せの取り決め、再販売価格維持、そして排他的な協定、市場分割をあげている。また、価格に影響を及ぼす水平的な協定、市場分割などの競争相手の排除に関して、訴訟における被告は、競争促進的な理論を適切で可能性のあるものにするような何らかの結合形態あるいは筋の通った行動の証拠を提出しなければならない。そして、そのような証拠を提出できないのであれば、*per se rule* の下で有罪とされるのが適切である。⁽⁸⁴⁾

最後に Hovenkamp は、以下のように述べて *per se rule* と *rule of reason* に使い分けを提案する。例えば、先例拘束は、1984年の *Jefferson Parish*⁽⁸⁵⁾ 判決において連邦最高裁が示唆したように、抱合せ協定に対して *per se rule* を正当化している節があるように思われる。しかし、本件における抱合せは、あからさまの（許しがたい：*naked*）制限ではなかったのである。事実は、その慣行が至る所で見かける慣行であった。すなわち、製品を保護するためであるとか、品質に資する為であったり、製品

(83) Hovenkamp, *supra* note 1, at 97.

(84) *Id.*

(85) *Jefferson Par. Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 9 (1984).

と配給コストを削減するためのものであった。重視すべきことは、抱合せであっても、抱合せ製品市場において市場支配力がなければ、当該抱合せは、際立った反競争的な制限ではないということなのである。したがって、そのような抱合せは、rule of reason で審理すべきである。制限の分類よりも分析の手法で per se rule による審理に重きを置くことは、裁判所が、抱合せと排他的取引を区別したり、あるいは価格制限と非価格制限を区別するなど、結論を明らかにしない分析を回避するのに役立つのであり、それは、そのような per se rule の運用は、司法の資源を効率的に使用するためのはるかに優れた方法である。⁽⁸⁶⁾

二 挙証責任と Quick Look 審理

1 Per Se Rule による訴訟コストの節約

反トラスト政策は、反競争的な行動に関する社会的コストを削減するために努力すべきであるが、それには2つの異なった構成要素がある。その一つは、反競争的な価格の上昇や生産高を削減する行為の純社会的コストとそれを阻止するためにどのような措置を実施したかを立証するのは被告側であり、何らかの経済的利益によって相殺されるのである。第二は、執行コストを運営するための誤ったコストを含む行政上のコストである。つまり、反競争的な行為による社会的コストは相殺されるが、問題は、訴訟全般に要するコストである。

Daniel A. Crane は、詳細な rule of reason の審理が、per se rule（詳細な経済的分析を必要としない）の下での分析よりも多くの費用がかかると推定する。rule of reason を適用することは、市場支配力の評価において関連市場や代替的なメカニズムを認識する専門家の証明を要求するのが典型であり、そのことは、実際の反競争的な影響を測定するために意図を持って実施される何らかの証拠と同じである。⁽⁸⁷⁾これとは対照的

(86) Hovenkamp, *supra* note 1, at 98.

(87) See Daniel A. Crane, *Market Power Without Market Definition*, 90 NOTRE

アメリカ反トラスト法における合理の原則（1）

に *per se rule* は、ある特定の行為類型が起こったという証拠のみを要求するのである。したがって、*rule of reason* 審理は、それが最も優れた結果をもたらす範囲でのみ正当化されるのである。⁽⁸⁸⁾

行政上（訴訟運営上）のコストは、予期せぬ原則が適用された時はいつでも、反トラスト法の遵守と同様に控訴も含めて、和解、解決への手探り、事実審によって決心するか否かの訴訟コストを含めるだけでなく、違反の発見コスト、訴訟するか否かを決定するコストも含まれるのである。そのような中で誤ったコストは、特にそれらの運営を遵守する為のコストに関連するのである。例えば、抱合せに行き過ぎた従来原則（*per se rule*）を適用することは、その抱合せが社会的に有益であるにもかかわらず、抱合せを回避する企業に影響を及ぼすかも知れないのである。対照的に、極めて緩やかな略奪的な価格設定に対する従来原則（*rule of reason*）の適用は、行き過ぎた反競争的な略奪を生ぜしめるかも知れないのである。⁽⁸⁹⁾

更に、過度な複雑な審理は、まさに行き過ぎた簡略化と同じように誤ったコストを増加させるだけである。Hovenkamp は、現在の訴訟事情を辛辣に述べている。すなわち、合衆国の反トラスト訴訟は、反トラスト法を専門にしない判事によって判断され、彼らの多くは経済学の研修を受けていないのである。そして、実態は、しばしば陪審員によって決定されるのであり、彼らは、ほとんど常にどのような事案であれ、審理に関する研修を受けていないのである。そのような事例において、増加する複雑な事案は、より良い結果をもたらすというよりも、まずい結果をもたらすことになる。結果として、*per se rule* では容易に処理で

DAME L. REV. 31, 31-32 (2014).

(88) Hovenkamp, *supra* note 1, at 98. 要するに、*per se rule* は、特定の類型＝適用される範囲が決まっているが、*rule of reason* は、評価の結果によってのみ優れた審理であったか否かが問われることになり、*rule of reason* が万全な審理であるという訳ではない、という点を補足しておく。

(89) Hovenkamp, *supra* note 1, at 98.

きるが、その時期の80%は、恣意的であり決定できない誤った比率の多い、しかも結審するまでに時間を要する rule of reason に対して疑念を持ちつつ rule of reason 審理を選択していたのかも知れないのである。⁽⁹⁰⁾

また、per se rule の使用についても、per se rule と rule of reason の境界線を注視して定義することによって採用するのである。事實は、次のような判断をもたらしている。例えば、1950年代から1960年代にかけて、連邦最高裁は、十分な準備もないままに抱合せの取り決めで per se rule を採用したのであり、その代表的な事例は、*Topco* 判決⁽⁹¹⁾のような合弁事業に採用されたのである。その結果、極めて高い誤ったコストを生ぜしめ、そのコストは、per se rule を使用することで得られる行政上のコストの節約よりも、はるかに高くなったのである。対照的に、十分な準備を行った上での per se rule の審理は、たとえその審理が100%完璧でなかったとしても、かなりの正味のコストを節約できるのである。ここで注視すべき点は、安易な per se rule 審理の使用では行政上のコストが節約できるものではないということである。最も卓越した事例は、どこからみても「あからさま」の価格決定に対する per se rule の審理であり、それはまた、被告が、彼らの価格を決定した証拠に対して単純に違法性を認定した⁽⁹²⁾ことである。

歴史的にみて、いくつかの per se rule の審理は、審理に伴い高い行

(90) *Id.* at 99. Hovenkamp は、判事らの経済学の知識が乏しいことを明確に指摘しており、可能であれば、反トラスト専門の判事を望んでいる。そして、rule of reason についても、再考すべきではないかと示唆している。なお反トラストの分野において、確かに、他の領域よりも経済学の知識を要することは、この分野を専攻した学者・研究者が常に思っていることである。

(91) *United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596, 608 (1972). 本件では、per se rule の下で、競争的に無害である合弁事業による市場分割協定を有罪にしている。

(92) *See* HERBERT HOVENKAMP, *THE ANTITRUST ENTERPRISE: PRINCIPLE AND EXECUTION* 112-14 (2005).

アメリカ反トラスト法における合理の原則（1）

政上のコストを押し上げたために完全性の観点からかなりかけ離れており、しかも *per se rule* が適用された市場では、それによって競争的ではない市場をつくったのである。このことは、*per se rule* の適用によって障害を生ぜしめる判決によって起こったのである。そのような *per se rule* は、徐々に多くの例外的な影響を受けるようになり、訴訟面でも基本的な *rule of reason* の下での訴訟と同じくらいのコスト高になったのである。

このことに関して重要な事例としては、販売業者が価格を付けなければならないにもかかわらず、メーカーによる価格と特定化、すなわち再販売価格維持がある。連邦最高裁は、1911年にこれに該当する事案に対して明確に表現されていない *per se rule* を採用したのである。⁽⁹³⁾ しかしその8年後、*United States v. Colgate & Co.* 判決は、再販売価格維持を強制する単なる「協定」を違法にしたのである。ところが、その企業の行為は、価格割引者との単なる取引拒絶に過ぎない一方的な行使でしかなかった⁽⁹⁴⁾のであり、結局、協定ではなかった⁽⁹⁵⁾のである。問題は、そのような判決が、90年間もの長い間、訴訟にとって悪夢のように居座ったことである。その結果、訴訟当事者は、再販売価格が一方的に押し付けられたものなのか、それとも協定によるものなのかを決定するために多額のコストを充てる必要があり、論点である価格設定の慣行は、まさに反競争的な⁽⁹⁶⁾ものであった。このような議論の問題点は、論点である販売業

(93) See *Dr. Miles med. Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373, 394, 408 (1911).

(94) 250 U.S. 300 (1919).

(95) *Id.* at 306-07.

(96) *E.g.*, *Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp.*, 465 U.S. 752, 755, 768 (1984). 本件では、垂直的価格決定に起因するために、その責任を追及するために必要な立証の基準を示している。なお、このことに関しては多く事例が存在しており、それに関してはまとまった次の文献を参照のこと。
7 AREEDA & HOVENKAMP, *supra* note 4, ¶¶1442-50.

者が、実際の販売業者なのか、それとも価格が適法的に管理されている単なる「代理店」の事例なのかについて、その点が、訴訟の論点になり重荷でもあった。⁽⁹⁷⁾ かなり多く存在する事例において、代理店の論点は、申立てられた再販売価格維持の競争上の効果に関していかなる影響もなかったのである。⁽⁹⁸⁾

その後、連邦最高裁が、垂直的「非」価格制限を rule of reason に従うべきであると明確にしたために、⁽⁹⁹⁾ その後の類似の事例に関する激しい論争は、ディーラーによる販売契約の終了という特定の事例が、「価格」制限 (per se rule) なのか、「非価格」制限 (rule of reason) なのかの議論が引き続いてなされたのである。⁽¹⁰⁰⁾ この点について、Hovenkamp は、次のように説明している。例えば、ショールームへの投資を拒否したディーラーや研修を受けた販売員は、メーカーの製品に低価格を設定できていたのかも知れないのである。もしメーカーが、このディーラーとの契約を終了させたならば、それは、「非価格」(不適切なショールームや研修を積んだ販売員) が理由なのか、それとも「価格」が理由なのか(低い価格設定)。反論するならば、再販売価格維持に関する1世紀に及ぶ per se rule の審理は、重視すべきである訴訟資源を節約したという

(97) See, e.g., *Simon v. Union Oil Co.*, 377 U.S. 13, 14-15, 24 (1964). 本件は、委託販売なのか、それとも代理店による販売なのか、あるいは例外扱いをするのかの認定を拒絶している。*United States v. Gen. Elec. Co.*, 272 U.S. 476, 485-86 (1926). この事例では、委託販売を再販売価格維持の原則から除外する事実認定をしている。

(98) *Illinois Corporate Travel, Inc. v. American Airlines, Inc.*, 806 F.2d 732, 725-26 (7th Cir. 1986). この事例において、航空会社の旅行代理店は、単なる代理店であり、その代理店の価格が航空会社によって設定されるため、何故にその代理店がチケットの買い手と再販売業者でないかを経済的に指摘している。

(99) See *Cont'l T.V., v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36, 59 (1977). 筆者は、本件及び類似の事例について、rule of reason のバランス審理の関係である程度、詳細に説明している。前掲註2、拙書『合理の原則』285頁。

(100) See *Bus. Elecs. Corp. v. Sharp Elecs. Corp.*, 485 U.S. 17, 735-36 (1988).

アメリカ反トラスト法における合理の原則（1）

ことを明解にしないばかりか、*per se rule* の結果が、良い結果に導いたとする考えに完璧に応えるいかなる理由も存在しないのである。⁽¹⁰¹⁾

いくつかの事例は、抱合せの法理にもみられるのである。それらの事例は、密接に関連した排他的取引が *rule of reason* の下で分析されようとも、*per se rule* の下で審理されたのである。しかし、理に適っていなかったのである。⁽¹⁰²⁾ 抱合せ取引と排他的取引の主たる相違点は、抱合せ取引が「別個の商品」を強制した結合体を要求するのである。このため、膨大な訴訟資金が論点に充てられてきたのである。確かに、抱合せと排他的取引の間における一定の販売上・戦略上の相違点は存在するが、個別の商品にそれぞれの正確性を求めるということについては、それらの相違点を明確にするための議論がほとんどないのである。

更に言えば、抱合せの取り決めに関しては通常よりも厳しい取り扱いがなされるにもかかわらず、排他的取引は、実際に競争の成果に資する結果をもたらすことができる。つまり、別個の商品であるか否かの明確な議論の無いままに、抱合せ取引の中に排他的取引・排他性を入れ込んだ販売戦略がなされている実情がある。ある抱合せの取り決めは、ある特定の製品に対して排他性を重視する。⁽¹⁰³⁾ 他方で、排他的取引は、典型的

(101) Hovenkamp, *supra* note 1, at 100.

(102) この事例に合致する抱合せの事例として、*N. Pac. Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 8 (1958) がある。また、また、競争を妨害する目的だけの抱合せ取引は、違法であるとされた事例として、*Tampa Elec. Co. v. Nashville Coal Co.*, 365 U.S. 320 (1961) がある。

(103) Hovenkamp は、次のような事例をあげる。幾つかの抱合せの事例は、抱合せ製品をビジネスそのものにしようとするのであり、少なくともフランチャイズに目を向ければ、それをビジネスにしようとするのである。Hovenkamp, *supra* note 1, at 101. 日本法では、抱合せに関して、主たる商品（売れ筋商品）に従たる商品（売れ残り）を合わせて強制すると説明するのが通常であり、これに異論はないと思う。しかし、Hovenkamp の説明をコンビニに例えて敷衍すれば、本部の要求に合致する製品群、陳列棚、仕入先等までも含めて契約することが、抱合せの一種になる。日本法での解釈が、今後どのように展開されるか興味深い。その他、抱合せに関する

に完全な販売特約店制を採用するのである。例えば、抱合せの要件により、レックスマーク・コンピューターのプリンターの販売業者は、レックスマークのカートリッジの在庫と販売を強制するかも知れないのである。しかし、それでもレックスマーク以外のプリンターとカートリッジを販売することができるのである。対照的に、排他的取引は、販売業者がレックスマーク製以外の商品を買らないようにさせることである。そのような場合、排他的取引の排他的な力は、抱合せによって強制された場合よりも大きい。

Hovenkamp はこのような問題につき、*per se rule* が取引の形態よりも、その分析方法の観点から定義されるべきであると論じる。例えば、ひとたび *rule of reason* が、排他的取引と抱合せ取引の両方に適用されれば、これらの取引の実態の分析は、非常に類似するであろうし、そのことは、不合理な排他的行動に対する裁判所の主たる調査になるのである。⁽¹⁰⁴⁾

2 証明責任の割当て

手続上の論点のすべては、*rule of reason* の下で反トラスト訴訟に含まれるのであり、立証とその開示（証拠・成果物：*production*）の割当てに関する質問ほど重要なものはないのであり、したがって証拠の質は、訴訟の各段階で提示されなければならない。ある *rule of reason* の事例

事例として、*Midwestern Waffles, Inc. v. Waffle House, Inc.*, 734 F.2d 705, 712 (11th Cir. 1971)。本件では、原告は、商標、備品、そしてサービスが抱合せされたと主張している。また、*Krehl v. Basin-Robbins Ice Cream Co.*, 664 F.2d 1348, 1352 (9th Cir. 1982) において、裁判所は、商標とアイスクリームが別個の商品であったとの主張を拒否している。なお、裁判所は、商標登録されたビジネスと供給品が、別々の製品であるとの議論を拒否し、*Rick-Mik Enter. v. Equilon Enter.*, 532 F.3d 963, 74 n.3 (9th Cir. 2008) 判決によって、無効にされている。

⁽¹⁰⁴⁾ Hovenkamp, *supra* note 1, at 101.

アメリカ反トラスト法における合理の原則（1）

に対する要件（市場占有率と反競争的影響＜競争阻止効果＞）は、立証するのに極めて困難になる可能性がある。挙証責任の割当ては、その成果（判決の結果）に関して頻繁に解決の手がかりをもたらすのであり、確かに主要な理由になると思われるのは、原告が、*per se rule*あるいは*rule of reason*と称される境界線内でそれらの事例が判示されると考える範囲内で訴え出ることである。

しかし、原告は、裁判所が要求する支配力並びに反競争的影響を示す証拠を法廷までもって来られないのである。この点につき、Hovenkamp⁽¹⁰⁵⁾は、事例をあげて説明している。例えば、*California Dental Association v. FTC*判決⁽¹⁰⁶⁾において、連邦取引委員会は、quick look アプローチの下での連邦最高裁の審理に異議を申立てることを断念したのである。そのような機能不全の結果、連邦取引委員会は、*rule of reason*の下で挙証責任を評価する連邦最高裁の審理方法の形成によって訴訟を起こすことができなくなったのである。⁽¹⁰⁷⁾

Hovenkamp は、自書である Black Letter において、反トラストの法原則で簡潔に説明している。⁽¹⁰⁸⁾原告は、主張内容に関する最初の挙証責任を有し、その後、被告が十分な市場支配力を有し、反競争的な制限をつ

(105) *Id.* at 102.

(106) 526 U.S. 756 (1999).

(107) Hovenkamp, *supra* note 1, at 102. なお、この quick look に関する筆者の理解は、前掲註 2、拙書『合理の原則』36頁において、*California Dental Association v. FTC* 判決を挙げて説明しており、よい詳細には Quick Look 論争として取り上げている（81頁以下）。

(108) Black Letter とは、いわゆるアメリカのロースクールの学生が、司法試験の受験勉強に使用する書物で各科目のものがある。手許にあるのは、*Antitrust Black Letter Outlines* (2011 WEST) (ソフトカバーで全433頁)であり、Hovenkamp は、序の部分で次のように記している。「この“Black Letter”は、法科大学院のコースでカバーされている法の問題を認識し、理解する手助けになるように設計されている。授業の準備をする際の学習補助としても、また、試験勉強する際の主題と復習にも使用できる……」。

くり出す可能性のあることも含めて、それらを十分な証拠として提示する。⁽¹⁰⁹⁾そしてまた、被告がそのような制限の一つを少なくとも押し付けたことも立証しなければならないのである。いくつかの判決は、原告がある制限を反競争的である、あるいは被告が、制限をうまく使うことができる十分な市場支配力を有していたかのどちらか一方を立証することによって、相手側を説得できることを示唆して、その要件を説明する。⁽¹¹⁰⁾しかし、これらの判決内容は不十分である。市場支配力が、*rule of reason*の下で反競争的な制限に対する必要条件ではあるが、それは、決して十分な条件ではないのである。何故ならば、十分な市場支配力を有する合弁事業は、実際に極めて競争的である市場で制限を用いる可能性があるものの、それは、「合理的」である。そのことを証明するより良い原則が、*Tops Markets, Inc. v. Quality Markets, Inc.* 判決で説明されている。⁽¹¹¹⁾すなわち、

「この市場占有率のデータは、被告である Quality 社が市場支配力を有していることを含んでいると仮定しても、Tops 社は、やはり反競争的な影響の要件の下で満足いく立証に失敗したと考える。間接的な反競争的影響を立証する必要がある一方で、市場支配力は、ただそれだけでは不十分である。反競争的影響の代用として市場支配力を用いて立証しようとする原告は、市場支配力を立証しなければならないことは勿論であるが、それに加えて、申立てた行為が、当該市場において競争に危害を与えるかも知れないとの何らかの他の根拠を立証しなければならないのである……」。⁽¹¹²⁾

(109) *See, Cal. Dental*, 526 U.S. at 788-89 (Breyer 判事の一部賛成・一部反対)。競争を害するだけの十分な市場支配力を要求している。

(110) Hovenkamp によれば、これらの判決が不幸であったとまで述べている。Hovenkamp, *supra* note 1, at 102-03.

(111) *Tops Markets*, 42 F.3d at 90-97.

(112) *Id. see also* K.M.B. Warehouse, 61 F.3d at 129-30. 本件では、次のように判示している。たとえ市場支配力が立証されようとも、このような状況

アメリカ反トラスト法における合理の原則（1）

次に、原告が、競争上の危害に対してこの最初の立証を一応有利な事例として証明することに合致させたならば、その後、⁽¹¹³⁾ 挙証責任は、当該取引に対する競争促進的効果の正当性を立証するために被告側に移るのである。⁽¹¹⁴⁾ いわゆる挙証責任の転嫁を意味する。この挙証責任の転嫁について、被告が、一応有利な事例を立証できず、いかなる正当性も提示できないのであれば、その後、原告は有利な立場に立つ。しかし、被告が競争促進的な証拠を提示できるのであれば、その挙証責任は、第2段階へ移る可能性がある。⁽¹¹⁵⁾ そして、この段階においても、原告は、被告の主

の下で反競争的影響の要件を満たすとは考えない……間接的な手段を通じて反競争的影響を立証したい原告は、被告が有害な市場支配力を有していることだけでも証明しなければならない……間接的に反競争的影響を立証する必要がある一方で、市場支配力だけの証明は十分ではない。そこでは、被告の行為が生まれつきの反競争的に関して本質的なのか、あるいはブランド間市場の構造なのかという信ずるべく他の証拠が存在しなければならないのである。このことは、市場支配力を要求する裁判所のアプローチに一致するものの、反競争的影響を証明する為に必要ないいくつかの段階の一つに過ぎないのである。

(113) 例えば、*California Dental* 判決において、その挙証責任は決して転嫁されなかったのである。何故ならば、多数意見の結論は、連邦取引委員会が一応有利な事例を証明できなかったからと判断したからである。See *Cal. Dental Ass'n v. FTC*, 526 U.S. 756, 775 n.12 (1999). 本件において、4人の反対意見の判事は、この結論に同意していない。Id. at 783.

(114) See, e.g., *United States v. Visa U.S.A., Inc.*, 163 F. Supp.2d 322, 399 (S.D.N.Y. 2001), *modified*, 183 F. Supp. 2d 613 (S.D.N.Y. 2001), *aff'd*, 344 F.3d 229 (2d Cor. 2003); see also *California Dental*, 526 U.S. at 783. 本件では挙証責任の転嫁を判示している。すなわち、シャーマン法第1条に該当する通常の適用において、被告は、競争促進的正当性を証明する必要がある。*Contra American Express*, 838 F.3d at 206-07 判決においても、原告は、本件が2つの市場の側面を有するため、商人側とカードの所持者側のそれぞれで「正味の危害」を立証する必要があると判示している。Hovenkampは、この判決の意味について、挙証責任が移る前に、原告が、一方の市場が他方の市場の利益を超えていることの危害について立証しなければならないことを要求していると解している。Hovenkamp, *supra* note 1, at 104.

(115) 反トラスト事例の rule of reason において、挙証責任の転嫁要件に関

張する正当性に関して、そのような制限でなくとも、より制限的でない方法によって被告の経済活動が達成できたと立証する機会を有するのである。ただ、そのことは、多かれ少なかれ同じ利益を提供することになるが、競争上の危害という点では脅威ではないのである。もしいかなるより制限的でない代替手段も使用できないのであれば、裁判所は、制限とその制限の正当性の両方を審理する必要があり、更に、正味の反競争的影響を評価する為にそれらについて「バランス審理」をする必要がある⁽¹¹⁷⁾。

ここで重要な問題の一つは、このような「第2段階」の立証が、類型別なのか、あるいは事案ごとに割り当てられるべきか否かである。後者の場合には、多様な反トラストの rule of reason 審理の申立てと証拠の所在地に多くの意義を与えることになる。一般論として、推論は、少な

する広義の容認については、以下の文献を参照。Michael A. Carrier, *The Rule of Reason: Bridging the Disconnect*, 1999 BYU L. REV. 1265, 1268-69 [hereinafter Carrier, *Bridging the Disconnect*]; Mic A. Carrier, *The Rule of Reason: An empirical Update for 21st Century*, 16 GEO. MASON L. REV. 827, 834-35 (2009) [hereinafter Carrier, *An Empirical Update*]. この Carrier の2つの論文は、筆者の研究で最も衝撃を受けたものの一つである。特に、rule of reason 審理になれば、挙証責任の転嫁によって被告優位になることを知る機会になった。そのことについては、前掲註2、拙書『合理の原則』277頁以下において、「Rule of Reason 訴訟の実態と再検討」の箇所では彼の論理に沿って具体的に検証している。

(116) *American Express*, 838 F.3d at 195. 次のように判示している。もし被告が、そのような立証ができるのであれば、その後、その挙証責任は、被告によって提示された理に適ったとする競争上の利益の立証を覆すべく原告に戻ってくるのであり、そのことは、より制限的でない手段を通じて達成できたはずである、ということを実証することになる。

(117) このバランス審理について、Hovenkamp は、彼の見解をその項目(6 バランス審理)で述べている。Herbert Hovenkamp, *Antitrust Balancing*, 12 N.Y.U. L.J. & Bus. 369, 383-848 (2016). なお、バランス審理については、筆者も注目しており、事例ごとに検討している。前掲註2、拙書『合理の原則』277頁以下。

アメリカ反トラスト法における合理の原則（1）

くとも可能性のある申立人に割当てられるべきある。というのは、それぞれの立場としての当事者に割当てられるべき挙証責任が、それほど容易に論証できるものではないことに加えて、証拠の「質」が増加されることを示唆するからである。⁽¹¹⁸⁾

挙証責任の論点と切り離さないものは、当事者の挙証責任を満足させる必要がある証拠の量と質の問題である。このことは、より多くの質の良い証拠が次の裁判（陪審から裁判）の論点を作る必要があることを意味する。すなわち、原告には、反競争的影響に関するより強力な証拠が要求され、被告は、それほど反競争的ではなく、返って競争促進的効果の立証が要求されることになる。このことは、少なくとも、略式裁判の目的にとって連邦最高裁が *Matsushita* 判決において明確にし、同判決は、略式裁判を回避するために原告の申立ての妥当性と証拠の程度（質）を問題にしたのである。裁判の妥当性について、証拠の質は大きな要素であり、通常のスライド制審理を問題にしたことになるともいえる。⁽¹¹⁹⁾

日本の音響機器メーカーである被告（Matsushita）は、倒産したアメリカのメーカーを市場から排除するために20年間にわたって略奪的価格設定（日本法にいう、不当廉売に該当）を画策したとして告発されたのである。その告発は、実質的にみて成功の可能性がない略奪的価格設定

(118) Hovenkamp, *supra* note 1, at 104.

(119) *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 587 (1986). 一般にスライド制と言われ、原告と被告のキャッチボールの状態になることを望むのであれば、それなりの質の高い証拠が必要になる。なお、このスライド制審理をごく簡単に言えば、挙証責任の転嫁において、原告が反競争的影響を主張することに対して、被告が競争促進的効果を主張する（以上、第一段階）。次に原告が新たな反競争的影響を主張すれば、被告は新たな競争促進的効果を主張することになる（以上、第二段階）。これは、段階ごとに審理される形式的挙証責任の転嫁と言われるものである。この他、総体的挙証責任と言われるものもあるが、峻別されているわけではない。詳細には、前掲註2、拙書『合理の原則』74～76頁。

計画であり、事実上、影響力のないものであった。⁽¹²⁰⁾第一として、20年間にわたるキャンペーンは、被告がその略奪的価格設定に要した投資を回収する前に、数10年間の独占的価格が必要であった。第二として、原告は、被告がこの期間に競争にならない価格を維持し、市場に参入することが困難であったことを示すいかなる証拠も提示できなかったのである。⁽¹²¹⁾したがって、申立をする際には、略式裁判を回避するするため、より多くの証拠が要求されることになる。もちろん、被告側もそれなりの説得力のある証拠を提示しなければならないのである。このことについて、連邦最高裁は、次のように言明している。

現実の文脈において、もし被告の可能性のない反論が提示されるのであれば、すなわち、もしその主張が単純でいかなる経済的意味も有さないのであれば、被告は、より説得力のある証拠を進んで出さなければならないのである。⁽¹²²⁾

証拠の質もまた、挙証責任に影響を及ぼす。例えば、ひとたび、ある原告が十分な最低限の市場占有率を持つ関連市場を確立したならば、当該市場に参入が容易であるか困難であるかの立証責任を負うのは誰なのか。同様のことは、異なる2つの商品が十分に代替可能である場合、そのようなとき、同一市場にすべきか否かの論点にも当てはまるのである。⁽¹²³⁾

(120) *Id.* at 577-78.

(121) *Matsushita*, 475 U.S. at 591 n.15. このことは、安易に訴訟を起こすことは無駄であり、起こすには、十分な証拠を用意すべきことを示唆しており、それがなければ、略式裁判になることを意味している。

(122) *Id.* at 587. なお、説得力のある証拠に関して、事実の正確な捉え方が必要であり、このことにつき、略奪的価格設定の法理を説明している文献として、3A AREEDA & HOVENKAMP, *supra* note 4, ¶¶726-28.

(123) 例えば、次のような判断が示されている。HDC Med., Inc. v. Minntech Corp., 474 F.3d 543, 547-48 (8th Cir. 2007) 本件において、原告は、使い捨ての透析装置なのか複数回使用の透析装置なのかを立証する責任がある。また、FTC v. Arch Coal, Inc., 399 F. Supp. 2d 109, 121 (D.D.C. 2004) 判決において、原告は、燃焼の良い石炭と燃焼の悪い石炭が同一市場であるか

3 証拠義務の段階設定

（1）原告に一応有利な事例

原告にとって一応有利な事例は、反トラスト法の下で申立てられた制限を評価する際の最初の第一歩に過ぎないのである。⁽¹²⁴⁾ この一応有利な事例について、Hovenkamp は次のように述べて、疑問を投げかける。すなわち、余りにも多くの裁判所では、あたかもこの段階が、事件の全貌を構成するとしてすすめてきたのである。確かに、一応有利な事例は、一つの論点に焦点を合わせるべきことである。

しかし裁判所が説明を求める前に、論点であるその制限の説明が行われるものの更なる尋問もないままに、その申立てが却下されるべきであろうか。一般的な問題として、一応有利な事例を支持する根拠は、競争促進的正当性を支持する証拠ほども詳細な証拠は必要とされないのである。もし被告が、競争促進的正当性を有するならば、当該制限の動機となる要素を有するはずであり、被告は、競争促進的正当性を容易に証明できたはずである。一方で、一応有利な事例に附随する証拠の多くは、当該市場に関係するものであり、その市場で、企業は、論点になっている取引制限の明確な傾向を持って実施するのである。しかも、それに関する証拠の多くは、被告によって左右されるのである。⁽¹²⁵⁾

更に Hovenkamp は続けて、証拠の質と量は、以下のように証拠開示の異なる段階で変化するとして、挙証責任の在り方を説明する。

第一として、市場支配力の証拠は、被告が、申立てられた制限によって反競争的な結果をつくり出すことができたとの推論にとって強力な証拠であるべきである。ただし、このためには、当該市場が明確に定義さ

否かの立証責任がある。

(124) 「一応有利な事例」とは、立証の種類として、rule of reason の下で先例を持ち出して証明することである。そして、一応有利な事例を確定すれば、その立証はそれで十分であるとして、良いか否かの問題へとすすむことである。前掲註 2、拙書『合理の原則』124頁。

(125) Hovenkamp, *supra* note 1, at 107.

れているか、あるいは支配力の代替的な評価方法が十分に確立されていることが要求される。何故ならば、ほとんどの事例において、市場構造や参入障壁に関する証拠のレベルは、原告が一応有利な事例を立証できる証拠として入手できるからである。もちろん、被告である企業は、被告自身多くの詳細且つ十分な反論証拠を持っていることを知っている可能性がある。その点を考慮しても、ある事例で、もし支配力の評価に際して、被告だけが知っている十分な要素があったとしても、この論点における推論は、原告側に有利とすべきである。⁽¹²⁶⁾

支配力に関する強力な証拠を要求する一つの理由は、支配力の証拠が弱い場合に、証拠としては効率性の説明が優位を占める傾向にあることによる。例えば、もしある企業グループが、いかなる支配力も有していなければ、そのとき、反競争的な影響による生産高の減少は、当該企業の市場行動を説明できないのである。それだけに市場支配力の存在は、反競争的な制限をつくり出せるのである。第二として、ひとたび十分な市場支配力が認識されれば、生産高の制限や価格引上げを合理的に予測できる慣行では、実際の生産高制限や価格引上げの証拠がなくても举证責任を被告に転嫁させるべきである。この段階における問題点は、支配力と重視すべき困難な制限が存在するかどうかだけであり、そのような場合に被告は、十分な説明を提示できると期待されるべきである。この段階で進められている消費者福祉規準は、立証の焦点が、一般的な福祉のようなより広い概念ではなく、当該制限による価格あるいは生産高に影響を及ぼすものである。⁽¹²⁷⁾

しかし、*California Dental* 判決における連邦最高裁の多数意見は、別

(126) *Id.* この点を筆者なりに補足すれば、原告と被告の情報量・反論証拠などを単純に比較すれば、市場支配力を有する企業（被告側）に多いことは十分に理解できることである。優秀な弁護士を顧問にすることもできると思われる。

(127) *Id.*

アメリカ反トラスト法における合理の原則（1）

の方法を考えたのである。本件において、会員である歯科医師らは、会員の価格（診察料金）を広告できないようにするために品質の高い広告を事実上禁止し、そのような歯科医師ら（競争者）をつくり出した制限が不十分であるにも拘わらず、一応有利な事例として認めたのである。⁽¹²⁸⁾ 要するに、反競争の影響を及ぼすほどのない制限を一応有利な事例としたのである。医師らによる広告禁止という慣行（制限）の証拠は、何故、そのような制限が消費者（患者）に危害を与えることになるのかという事よりも、制限がどのような利益になるのかの説明を要求すべきなのである。更に言えば、連邦取引委員会が当該慣行を立証すべきではなかったか。もっとも、実際の生産高（報酬料）の影響を測定することは不可能であり、本件では、可能性のある議論が、明らかに原告（California Dental Ass'n）に有利であると考えられる。その一方で、論点である当該制限をつくり出した原告は、このような特定の制限が、消費者に危害を加えるということよりも、何故、消費者を保護することになるかに関する説明を用意さえすればよいのであり、目的達成の為のこのような手段は、競争上それほどの妨げになるものでなく、何故に他の方法よりも優るかである。例えば、制限の目的が、ごまかしの手口を阻止することであるならば、連邦または州の消費者保護法は、そのような行為を制御できなかったという詐欺に関する重要な記録があったであろう⁽¹²⁹⁾か。

そして、Hovenkamp は、以下のように連邦最高裁の認識不足を指摘している。*California Dental* 判決における連邦最高裁の多数意見は、原告に一応有利な事例だけでなく、提示された正当性にも挙証責任を求めたのである。同裁判所は、論点である市場の脆弱さを認識し、その際に、消費者の選択を邪魔するような影響を与える供給者（歯科医師会）と消費者（患者）間の情報に不均衡であるとして、そのことに焦点を当てた

(128) See Cal. Dental Ass'n v. FTC, 526 U.S. 756, 771-72.

(129) Hovenkamp, *supra* note 1, at 108.

のである。⁽¹³⁰⁾ただ、全く見事な論理的急展開で、歯科医師間の共謀を促進する一連の取り決め事が、実際にその状況を制御する効果的な方法である可能性がある⁽¹³¹⁾と結論付けたのである。「申立てられた広告の制限は、正味の競争促進的效果を有する可能性があるのかも知れない。逆説的に言えば、可能性として競争に対するいかなる影響も存在しないと考えられる」⁽¹³²⁾のである。要するに、この市場をより共謀に導く歯科医師会と患者間の情報の不均衡は、同じように売り手によって共謀的に強制された一連の制限を正当化することに役立つ可能性があるということであり、制限の正当性をどのように解釈するかの問題であり、結果は、反競争的影響よりも競争促進的效果に重きを置いたのであった。

この判決に関して、Hovenkamp は、支配力を有する専門家（本件では歯科医師）は、生産高（歯の治療）を制限したり価格（治療費）を支配することによって利潤が得られるのであれば、彼らは制限を採用すると断言する。それ故に、どのような場合にしろ、特定の専門家自身による規約が、公共の利益あるいは自己の利益を最大にするか否かは、制限の実施を正当化する根拠の一部として適切に立証されるものであり、単純に推定されるものではない。だからこそ、本件における挙証責任は、⁽¹³³⁾被告側（連邦取引委員会）にあるべきである。更に、支配力を有する専門家の事業者による協定は、実際に価格広告を排除し、説明が要求される品質広告を非難するのである。本件において、支配力、自己利益の決定者、そして価格に影響を与える行動は、推論をつくり出すのに十分であるとすべきである。

NCAA v. Bd. of Regents of the University of Oklahoma ⁽¹³⁴⁾判決で採用した

(130) いわゆる情報の非対称問題である。情報量の豊富な企業側とそれほど持っていない消費側の問題に使用される。

(131) *See Cal. Dental*, 526 U.S. at 778-79.

(132) *Cal. Dental*, 526, U.S. at 771.

(133) Hovenkamp, *supra* note 1, at 109.

(134) 468 U.S. 85 (1984).

アメリカ反トラスト法における合理の原則（1）

連邦最高裁のアプローチに関して、Hovenkamp は、少し分析が足りなかったと指摘している。すなわち、NCAA 規約における一応有利な事例を反競争的な影響と認定した連邦最高裁の判断の根拠は、全米に放映されたゲームについて各チームの年間放映数を制限したことにあった。同裁判所の見解は、当該規約が価格（放映料）と生産高（放映分）を制限したことが、NCAA のテレビ放映プランの中に反競争的影響の重大な潜在性があったとしたのである。市場支配力の存在において、そのことは間違いのないことである。その結果、NCAA は、反論を提示する義務があった。⁽¹³⁵⁾つまり、rule of reason 審理であれば、NCAA 側に全米を支配する力があったとしても、何故、規約によって放映回数を制限したのか。その制限が、全米市場において競争促進効果があったかを立証する義務があったのであり、それを要求しなかった裁判所のアプローチに対して、Hovenkamp は、分析が足りなかったと評価したのである。⁽¹³⁶⁾

また、彼は次のようにも指摘する。本件申立てが、共謀というよりも排除するために考え出された行動であるならば、rule of reason で訴える原告には、少なくとも一つ、実質的で且つ推定したライバルあるいは潜在的なライバルが排除されてきたとする立証が要求されるべきである。例えば、*SCFC ILC, Inc. v. VISA USA, Inc.* 判決において、⁽¹³⁷⁾第10巡回区連邦高裁は、Discover カードと競争関係にある原告が、Visa のメンバーであれば、そのような競争関係にあるカードを発行した者に対して Visa のメンバーになることを禁じた Visa の規約が排他的慣行であり、それが、一応有利な事例にあたるとして申立てたのである。⁽¹³⁸⁾もちろん、そのような規約に正当性があるかも知れないが、この段階で重要なことは、それら（一応有利な事例）が正当化の理由であるということである。す

(135) *Id.* at 98–113.

(136) Hovenkamp, *supra* note 1, at 109.

(137) 36 F.3d 58 (10th Cir. 1994), *cert denied*, 515 U.S. 1152 (1995).

(138) *Id.* at 961.

なわち、一応有利な事例は、慣行それ自体の要素としてではなく、排他的な慣行を説明するのに役立つものなのである。⁽¹³⁹⁾

(2) 正当性

正当性は、裁判を左右するものである。ひとたび、原告が競争上の悪影響について、一応有利な事例を立証すれば、その挙証責任は、正当性の認識を提示するために被告に移る。⁽¹⁴⁰⁾ Hovenkamp は、被告によるこの挙証責任を重視しており、原告の一応有利な事例に適用されるものよりも厳格にすべきであると主張する。ある制限は、被告自身の意識の下で採用されるのである。我々は、申立てられた慣行がつけられたとき、被告が何を実施していたかを認識し、そして被告の行動が合理的であったと仮定しなければならないのである。被告の利益に関する期待が、競争上の制限以外のものからもたらされた限り、被告は、証拠を持っているべきであり、その証拠を提示する最良の立場にいるべきである。

正当性を認めることは、証拠と制限の方針という双方の論点を提示することである。たとえば、その正当性が事実に基づく支持であろうとも、すべての正当性が、制限を排除するわけではないのである。⁽¹⁴¹⁾ Hovenkamp は、ここでも NCAA 判決を取り上げて説明する。例えば、NCAA 判決における被告は、チーム当たりの放映回数を制限することで、有名なチームとそうでないチーム間の競技場の観客層の為に必要であったとの合理性を提示したのである。さらにその制限は、入場料を支払って競技場に来る観客を保護するために必要であった。ただ、テレビ放映されて代替手段が利用可能になったとき、入場料を支払う観客の保護は意味を

(139) Hovenkamp, *supra* note 1, at 110.

(140) See NCAA, 468 U.S. at 113; SCFC, 36 F.3d at 969.

(141) Hovenkamp, *supra* note 1, at 110. なお、前掲註2、拙書『合理の原則』において、「1 NCAA 判決の回顧」(82頁以下)において展開している。

アメリカ反トラスト法における合理の原則（1）

なさない⁽¹⁴²⁾のである。つまり、テレビ放映という代替手段によって NCAA の制限は、制限とはいえず、連邦最高裁が、NCAA（原告）の提示した合理性を退けたことは適切であった。何故ならば、被告（Bd. of Regents of the University of Oklahoma）が、そのことを立証する彼らの挙証責任に合致させることに失敗したというのではなく、制限の方針の理由付けに失敗したからである。

一般論としていえば、その目的が弱い参加者を保護するとの結論は、共謀に対する弁明ではないのである。すべてのカルテルは、効率性の悪い企業でも生き残れるような包括的な価格を設定して、そのような企業が生き残ることを可能にするのである。競技場の観客に高いカクテル価格を設定すれば、カルテル化されない代替品を「常」に強力な需要にすることに役立つのである。我々は、このような調節を行う市場に信頼を置くのである。例えば、自動車カルテルは、ピックアップ・トラックの需要を増加させるかもしれないが、そのような事実は、価格決定の弁明⁽¹⁴³⁾ではないのである。乗用車の市場とピックアップ・トラックの市場は相違するからである。

NCAA の両方の弁明に関する最も際立った点は、申立てられた制限が実際に影響を受けた市場で生産高を減少させ、価格を引き上げたと彼らが推定したことである。唯一の放映制限だけが、放映の場をつくり出すことができる為、人気のないチームは、彼らのゲームが全米に放映されることになり、視聴者をテレビから競技場へ足を運ばせる強制力になったのである。効果的な弁明は、ある慣行が市場支配力の行使に依存せず⁽¹⁴⁴⁾に社会的利益をもたらすことを立証できなければならないのである。

(142) NCAA, 468 U.S. at 115017.

(143) Hovenkamp, *supra* note 1, at 110.

(144) rule of reason に関して、次のような説明が見られる。rule of reason は、reason の範囲内に入る可能性のある申立てられた制限を支持するいかなる議論に対しても反トラストの審理の領域に開かれているわけではない。その代わりに、競争の状況に対して申立てられた制限の影響に対して

水平的な制限の申立てにとって、ただ乗りを抑える必要性は、しばしば主張されるが、議論しても始まらない防御である。本当の意味におけるただ乗りは、ある会社が他の会社の投資を利用して投資のインセンティブを減少させるようにすることである。結果として、競争上有害なただ乗りが起こった場合、ある者は、生産高が低くなることを期待するであろう。つまり、誰かがただ乗りをしようとも、生産高が低くなれば、ただ乗りの利益は減少するからである。更に、反競争的なただ乗りを起こすために、そのただ乗りは、他の企業が当該市場で価格を設定できない方法で、誰か他の者の有利な投資を採用しなければならない。このことの意味は、仮に高額な商品の場合には、ただ乗りはしても利益にならないために乗ってもタダではなく、反競争的なただ乗りは、当該市場で価格付けができないようなレベルで行う者への投資しか意味をなさない

直接焦点を当てるのである。要するに、rule of reason は、競争自体が不合理であるとの仮説に基づいた弁明を支持しないのである。Nat'l Soc. of Prof'l Eng'rs v. United States, 435 U.S. 679, 688 (1978). なお弁明につき、Hovenkamp の説明は、少し抽象的な傾向にあるように思う。

- (145) 垂直的制限に対して、垂直的に関連する場合の製造業者は、多くのただ乗り関連事項を正当化する為に役立つ別の利益を有している。See, e.g., H.L. Hayden Co. of N.Y. v. Siemens Med. Sys., Inc., 879 F.2d 1005, 1014 (2d Cir. 1989). もしその製造業者が、そのような関連性を持たなかったならば、ただ乗りの議論は、拒絶されてしかるべきである。See, e.g., Toys “R” Us, Inc. v. FTC, 221 F.3d 928, 938 (7th Cir. 2000). 要するに、「ただ乗り」問題は、それによって、競争促進の効果を有する場合があるものの、それを理由にして弁明しても拒否する場合があることを指摘している。なお、近年、我が国の公正取引委員会は、「流通・取引慣行に関する独占禁止法の指針」の改正案により明確化する事項（平成27年2月5日）において、第2、2(1)の項で垂直的制限行為によって生じる競争促進効果（流通取引慣行ガイドライン第2部の3(2)関係）について例を挙げて説明している。その際、ただ乗り問題を取り上げている。rule of reason 的な解釈に類似する。このただ乗りは、前掲註2、拙書『合理の原則』において、98頁、114頁、156頁、159頁、160頁、189頁において記述しており、特に156頁の①ただ乗りの排除と小売サービスの箇所を参照されたい。

アメリカ反トラスト法における合理の原則（1）

のである。⁽¹⁴⁶⁾このように、適切な利益を得られない場合、投資への意欲を減少させるのである。

Hovenkamp は、ただ乗り問題と裁判所の対応について、裁判所の認識不足を次のように説明する。

しばしば、ただ乗りを申立てる事例は、競争に関する苦情であり、特に、そこに共通費が存在するときに起こされるのである。例えば、SCFC 判決において、原告は、銀行が発行する Visa カードを競争関係にある銀行によって同じ Visa カードが発行されることを禁じた Visa の規約には競争上の危害があるとする一応有利な事例を申立てたのである。⁽¹⁴⁷⁾そのような点について、挙証責任は、正当性を提示する被告側に移るのであり、裁判所は、競争関係にあるカード会社を容認することで、ただ乗りが奨励される⁽¹⁴⁸⁾としてその弁明を受け入れたのである。

この点について、Hovenkamp は、裁判所が、実際のただ乗りの証拠を求めているわけではなく、また、ただ乗りがどのようにして起こったのかについても一切説明をしていないと批判しており、その批判の理由を次のように説明している。すなわち、ただ乗りが採用された可能性があることについて、どのような利点があったのか。また、何故、Visa はただ乗りを採用しないようにしたり、利用者に一定の料金を課すなどの合理的な段階を採用しなかったのか。仮に共通費用が存在するのであ

(146) See *Chi. Prof'l Sports Ltd. P'ship v. NBA*, 961 F.2d 667, 675 (7th Cir. 1992).

(147) *Id.* at 961. 本件は既述（註136）の事案において、論点となった点を一応有利な事例として申立てている。すなわち、それが適切であると認められるならば、その会社は、直接的にあるいは間接的にせよ、Discover カードや American Express カード、その他のカードを発行している申請者を取締役会が競争的なカード会社であると考えて受け入れないとした点につき、申立てられた規約の有効性に論点が当てられた。

(148) 裁判所は、ただ乗りの申立てを拒否した陪審の評決に基づく地裁判決を廃棄している。*SCFS ILC, Inc. v. VISA USA, Inc.*, 819 F. Supp. 956, 967 (D. Utah 1993), *rev'd*, 36 F.3d at 972 (10th Cir. 1994).

れば、その共同事業は、共に利用不可能にするよりも、通常、コストの共有を要求することができるのである。例えば A 社のクレジット・カードを採用する商人は、当該カードの磁気カードの読取装置を受け取るのである。そして、その商人が、同じ装置の利用に保障がない競争相手 B 社のカードを採用したならば、そこにはただ乗りの可能性が存在するのである。しかし、B 社のカードを発行する当該会社が、装置設置費用の分担を求め、それに応じて装置の費用を負担するならば、ただ乗りは、問題にならないのである。⁽¹⁴⁹⁾

また彼は、他の事例においても、「ただ乗り」の申立ては、製品の補完性の問題にすぎないと持論を展開している。例えば、ガソリンの生産者は、自動車の確固たる市場において、自動車の台数が増加すれば、それに応じて販売量も増加するのであり、その逆も同様である。ある者は、ガソリンの生産者が、自動車のメーカーによる投資から利益を得ているとの理由で、このことを「ただ乗り」として説明するのである。しかし、この場合の事例を見れば、全体的な効果は、生産高を減少させるのではなく、増加させることである。ガソリンの生産高を増加させれば、市場でのガソリン価格が下がるだけでなく、自動車産業も豊富なガソリンに基づき、自動車生産も増加させることができる。したがって、この形態のただ乗りは、良いことなのである。このことは、補完性の観点からみることができ、補完性により、ある企業は、他の企業からの投資によって利益を得ることができるが、その効果は、一般に投資のインセンティブを減少させるのではなく、増加させるのである。⁽¹⁵⁰⁾

この Hovenkamp の説明によれば、ただ乗りを法違反として簡単に認

(149) Hovenkamp, *supra* note 1, at 112.

(150) *Id.* 要するに、他の企業の投資によって利益を得ることができるが、それはただ乗りではなく、その投資によって投資を実施した企業（この事例では自動車メーカー）は、ガソリンの更なる消費により、当該企業の投資を更に誘引するのである。

アメリカ反トラスト法における合理の原則（1）

めることは疑わしいことであり、それはまた、過度な救済でもあると述べ、ただ乗りが認められれば、そのことによる一定額の損失が起こった場合、過度な救済になるのである。例えば、ある知的所有権に関するプロ野球リーグの整理統合（合同）に対して、ただ乗りが法違反であるとの主張を受け入れた第2巡回区連邦高裁の判決は、ライセンスの排他的な権利によって単一のチームに編成したことが加盟チームによって支持されたのである。⁽¹⁵¹⁾ 統合によりただ乗り問題が解消されるからであるが、裁判所が支持した理由は、個々のチームの知的所有権の価値が、他のチームによって支持された知的所有権の機能であったとの主張を信頼したからであった。つまり、簡潔に言えば、統合前の価値あるAチームの知的所有権が、余り価値のないBチームの知的所有権にただ乗りされていたからである。

他方で、合弁事業などは立ち上げの時から高いリスクを含んでおり、その共同行為という懸念事項を有するものの適法である。この高いリスクを有しながら、合弁事業に参加する企業は、そのリスクを乗り越えるまで待つ強いインセンティブを有するのである。しかし、仮に反トラスト法が、後からその合弁事業に参加する企業の権利を保証するのであれば、各企業は、最初からの参加による資本リスクに対してただ乗りをするインセンティブを有するのである。⁽¹⁵²⁾ すなわち、ただ乗りを認めることは、最初から合弁事業を行う企業の資本リスクを無視することに等しいのである。

ただ乗りを正当化する他のタイプには2つタイプがあり、それらが慣行として確立されれば堅牢なものになり、実際に支持され得る理由がある。例えば、合弁事業は、生産と配給コストあるいは市場取引のコストを下げるとして、しばしば正当化される。⁽¹⁵³⁾ しかしながら、そのような事

(151) MLB Props., Inc. v. Salvino, Inc. 542 F.3d. 90, 304-05 (2d Cir. 2008).

(152) Hovenkamp, *supra* note 1, at 113.

(153) *See, e.g., Polk Bros.*, 776 F.2d at 188. 本件で被告は、他の者と競争す

例において、論点とされるコストは、被告が生ぜしめたものであり、そのコストは、最初の段階で合弁の協定を締結した際に遂行されるべき要素である。したがって、被告は、証拠となる根拠を持って合弁事業の正当性を立証する義務を有すべきである。⁽¹⁵⁴⁾

被告が、その制限に対する正当性を立証する義務を負う一方で、この段階で合弁事業による正当性の効果が、申立てられている制限に導かれたその関係性を十分に埋め合わせることを示す必要性はないとすべきである。このように指摘する Hovenkamp は、rule of reason 審理の在り方に言及する。rule of reason による立証の全体的なロジックは、競争促進の効果と反競争的影響のバランス（比較衡量）であるものの、その分析は最小限に留めることである。多くの問題点を醸し出した *United States v. American Express Co.* 事件における第二巡回区連邦高裁判決は、この視点を失い、最初の段階でバランス審理を強制的に持ち込んだのである。さらに、一応有利な事例は、カード保持者の利益のために要求したのではなく、クレジット・カード市場に焦点を当てたものであり、結果的に、競争上の危害を引き起こしたとする制限に関する「正味の危害」を要求したのである。⁽¹⁵⁵⁾ このことについて、Hovenkamp は、次のように否定的な見解を述べている。すなわち、一定の提示された正当性は、更なる審理を要求しない極めて強力なものであるかも知れないか、極めて弱いものであるかも知れない。しかし、それは、すべての事例におい

る可能性がある前に、幾つかの点で共同する必要がある、共同の施設で効率的な生産ができる旨を説明している。

(154) Hovenkamp の主張は、正当性の根拠がコストを下げる効率性とするのではなく、そのような要素（根拠）は、合弁事業には当然に備わっているのだから、単に効率性では正当化の根拠にならないという事である。考えるに、その効率性によって消費者がどれだけ利益を享受できたかを根拠として挙げるべきだという事ではないか。

(155) *United States v. Am. Express Co.*, 838 F.3d 179, 194 (2d Cir. 2016); 本件は、その後、*Ohio v. Am. Express Co.*, 138 Ct. 355 (2017) 事件で確定している。

て、ほとんど真実ではないのである。⁽¹⁵⁶⁾

（3）より制限的でない代替手段

競争制限のうち、それほど制限しない別の方法とは何か。rule of reason 審理の原告側の立場はどうあるべきか。Hovenkamp は、次のように説明している。訴訟において、被告が、自身の行為を正当化しようとも、原告は、通常の挙証責任で、より制限的でない代替手段によって、論点になっている行為と同様の効果を達成できたと立証できるのである。⁽¹⁵⁷⁾ このことを言い換えれば、原告は、当該制限以外に他の方法があったと立証する必要がある。

より制限的でない代替手段を消費者福祉に合致させるうえで、ある代替的手段が被告の適法な目標のほとんどを達成できるならば、より制限的でない代替手段を考慮すべきである。このとき、より低価で、より高品質な商品を提供し、競争をそれほど排除しない程度でなければならぬことは言うまでもないことである。このように説明するHovenkampは、この論点に関する説明困難な問題として、より制限的でない代替手段の安定性と品質（出来栄え）を挙げて、それに対する疑問点を挙げる。第一として、単なる仮説によって、より制限的でない代替手段が提示される可能性があるのか。すなわち、原告は、当該企業のそのような制限が、

(156) Hovenkamp は、最初から rule of reason 審理を始めたことに否定的であり、同じような判断をした事例も見受けられる。See *Wilk v. AMA*, 895 F.2d 352, 358 (7th Cir. 1990)。次のように、バランス審理を用いた rule of reason について判示している。時として、反競争的影響の可能性は、極めて明確であるために、rule of reason 審理による分析が保証されないと説明している。

(157) See, e.g., *United States v. Brown Univ.*, 5 F.3d 658, 679 (3d Cir. 1993)。本件で第3巡回区連邦高裁は、その差戻審において、原告（政府）は、貧しい学生に用意されている学資援助に関して競合する機関と被告（ブラウン大）の合意に対して、より制限的でない代替手段の存在を立証する責任があると判示している。

実際に代替手段として使用されていることを立証しなければならないのか。第二として、提示された代替手段は、被告企業が選択した制限と同じ効果・影響でなければならないのか。すなわち、多少なりとも、より影響のない代替手段として受け入れられるものでなければならないのか。⁽¹⁵⁸⁾

そこで、Hovenkampは、具体的な事例を挙げる。最も確実に且つより制限的でない代替手段の一つは、被告の実際の排他的協定に代わる非排他的協定である。そのような協定は、一括ライセンス制やパテント・プールのように知的財産権を内容とする水平的な協定の場合において特に妥当する。排他的でないライセンスは、一般的に彼ら自身が、技術の改善を必要とする企業に寄与する。そのために、論点である知的財産権の外部の実行者（ライセンス契約をしていない者）を排除するだけである。そして、排他的権利が存在しない場合には、多くの参加者からなる場合において特に重要である。例えば、*Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.* ⁽¹⁶¹⁾ 及び *Maricopa County Medical Society* ⁽¹⁶²⁾ の両

(158) rule of reason 審理の分析において、より制限的でない代替手段の誤った使用に関する論文として、次のものを挙げておく。Gabriel A. Feldman, *The Misuse of the Less Restrictive Alternative Inquiry in Rule of Reason*, 58 AM. U.L.REV. 561, 602 (2009). この論文の冒頭部分では、古典的な rule of reason をコモン・ローと対比して述べており、現代的な rule of reason のアプローチは、コモン・ローの起源とほとんど似ていないと指摘している。周知のように、コモン・ローの解釈においては、良い制限と悪い制限があり、悪い制限だけが違法であるとする。したがって、より制限的でない代替手段＝制限は、コモン・ロー下では良い制限と解釈されることになる。

(159) See, e.g., *Arizona v. Maricopa Cty. Med. Soc'y*, 457 U.S. 332, 369. 本件で、Powell 判事は、次のような反対意見を述べている。大きなグループは、その取り決めが排他的でないならば、生産高を削減しても効果を得ることはできない。

(160) Eg., *Broad. Music, Inc. v. Columbia Broad. Sys., Inc.*, 441 U.S. 1, 5 (1979). 本件で論点となったライセンス制は、排他的でなかったとの見解を示している。

(161) 441 U.S. 1 (1979).

(162) 457 U.S. 332 (1982).

アメリカ反トラスト法における合理の原則（1）

事件において、被告側は数千に及んだのである。⁽¹⁶³⁾ そのような事例において、各カルテルメンバー（加盟者）に非カルテル販売（自由な価格設定）を実施する無制限の権限を与えることは、価格決定を極めて困難にする⁽¹⁶⁴⁾と思われる。

排他性は、両事件の方向性をみても解決の糸口ではありえないのである。すなわち、被告が、合併事業あるいは共同の技術革新によって生産に専念するとき、ただ乗りを回避するための手段として排他性は必要であるかも知れない。例えば、共同の研究開発に専念している2つの企業は、彼らの企業の為に自身らの改善点を適法的に維持しようとする可能性があり、その結果、排他的なライセンス制を要求するのである。

対照的に、彼らの個々の研究あるいは個々に発展させた知的財産権の成果をプールする企業は、異なる懸念を生ぜしめるのであり、そのような企業は、明らかに彼ら自身の技術を改善する権利を有する。その一方で、他者の排除は、重大な懸念を引き起こす可能性がある。*Broadcast Music* 判決における他者を排除しない（非排他性）ということが、その成果にとって重要であったというのは、論点である著作権で保護された音楽が独立して展開され、その後、一括ライセンス制の協定に参加する者以外の共同の生産活動には従事しない著作権者によってライセンスされる⁽¹⁶⁵⁾からである。そのような場合に非排他性は、特に、グループとして

(163) *Id.* at 339（被告の団体は、1750人の医師からなり、マリコパ群で約70%の医師に該当すると述べている）；*Broad Music*, 441 U.S. at 5（BMIは、2万人の作詞家及び作曲家からなり、全米の作詞家と作曲家は2万2,000人である）。

(164) ここで、Hovenkampは、each cartel memberなる用語を用いており、通常使用する意味でのカルテルとはいささか相違する。したがって、cartelは、目的を同じくする者（同盟者）という意味で使用したものと推察する。Hovenkamp, *supra* note 1, at 115.

(165) *See Broad. Music*, 441 U.S. at 5. 本件について、筆者は前掲註2、拙書『合理の原則』において「特定の事実を中心となる経済的概念によって、反競争的影響と効率性（一括ライセンス制）に焦点を当てて」きたと評価

共同性が重大な支配力を有するとき、共謀に関する懸念事項に対処する必要があるかも知れないのである。

また対照的に、共同の研究開発は、完全ではないものの十分に考え出されており、そのメンバーの成果を保持する権利は、適切なインセンティブの創造にとって極めて本質的であるように思われる。⁽¹⁶⁶⁾

次に Hovenkamp が取り上げた事例は、*Appalachian Coals, Inc. v. United States* 判決⁽¹⁶⁷⁾である。本件において、連邦最高裁は、経済的な議論もないままに、ある取決めを容認したのである。すなわち、134社からなるアパラチアン地方の石炭メーカーは、石炭の販売に際して仲介業者として一つのエージェント・代理店を指名したのである。指名された代理店は、134社の石炭を一手に引き受けて独り占めにしたのである。石炭メーカーからなる業界団体が、十分な市場支配力を有していたか否かの疑いは存在したのである。⁽¹⁶⁸⁾この団体が、その支配力を発揮して実行したとしても、より制限的でない代替手段があったのではないかとの疑念は消えないのである。被告である当該団体は、単一価格にして共同で石炭を販売するグループを彼ら自身で結成したのである。

この行為自体は、確かに共謀の脅威を及ぼす行為として、一応有利な

している。本件に類似する我が国の事例としては、JASRAC 事件（最判平成27・4・28民集69巻3号518頁）がある。ジュリスト判例百選をはじめ各書で解説がなされている。尚、田中裕明『市場支配力濫用規制法理の展開』201頁以下（日本評論社 2016年）に詳しいので参考にされたい。

(166) Hovenkamp の表現は、共同の研究開発が「共同性」ということだけを持って *per se rule* で処理するのではなく *rule of reason* が適しているとの考えであると思われると同時に、共同で開発し研究の成果を権利として主張することは、本質的なものとして捉えており *rule of reason* 審理に有用性を与えていると考えられる。

(167) 288 U.S. 344 (1933).

(168) See *id.* at 357. 市場占有率は74.4%であった。この点を見れば、十分であるものの、アパラチアン地方だけでなく、市場を広げれば11.9%しかなかったのである。ただ筆者は、当時（1930年代）の解釈において、地理的市場の定義をどうするか議論がなされていない可能性があると思っている。

アメリカ反トラスト法における合理の原則（1）

事例にとっては十分である。それに対して、被告は、単独の販売代理店が取引コストを引き下げることができたと主張したのである。その点について、連邦最高裁は、代理店を1つにするという排他的な取決めが、実質的に取引コストを引き下げたか否かを審理すべきであった。しかし、同裁判所は、そのような排他的な取決めが生産高制限になるとして、単独の共同販売機関（代理店）を容認しなかったのである。⁽¹⁶⁹⁾

もちろん、ただ乗りの問題も存在する。他の販売店は、共同の販売機関の価格設定を参考にして、競争力のある価格設定をする可能性があるためにその点を立証する必要のある一つの問題である。ただ、本件の被告らは、伝統的なカルテル（共同の販売機関＝共同行為）を実行可能にするには余りにも大きすぎたのである。ただ、排他的な共同販売機関は、単一の価格設定者を生み出し、秘密裡の販売者（非販売代理店）は、即座に見ぬかれるであろう。そういった意味で、排他性は、共謀を可能にしていた要素であった。⁽¹⁷⁰⁾

ただ乗りとの関係性を述べる Hovenkamp は、裁判において、共同の販売機関がただ乗りの防止策であったとの主張を担保すべきであるとす。ただ、それを認めるとしても、より制限的でない代替手段を利用する可能性を探すべきであるとも述べる。問題は、ただ乗りする者の主張は、評価が困難であるという事に尽きる。というのは、生産高が長期では減少する一方で、短期では増加するかもしれないからである。この現象は、垂直的事例においてほぼ誰もが認めるところである。⁽¹⁷¹⁾ 例えば、最

(169) Hovenkamp, *supra* note 1, at 116.

(170) *Id.*

(171) See Victor P. Goldberg, *The Free Rider Problem, Imperfect Pricing, and the Economics of Relating Services*, 79 NW. U.L. REV. 736, 736 (1984). Hovenkamp が、この論文を引用した背景には、Goldberg が限界販売費用の説明に経済学の通常の理論を図表を用いて説明したことと思われる (Goldberg, *id* at 741-745)。周知のように、*Continental T.V. v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977) 判決において、連邦最高裁は、当時優勢であっ

も理解しやすい事例を挙げれば、ショールームを持たない価格割引業者は、顧客にその日の低価格を提供するだけでなく、彼らのビジネスにおいて最適な投資をして完全なサービスを提供する業者のインセンティブを減少させるのである（ショールームを持たない業者は、そのような施設に投資せずに済むために低価格で販売できる。よってショールームを持つ業者にただ乗りすることが可能になる）。

ただ、このような事例において、製造業者は通常、インセンティブに関して正しい考えを持っており、そのインセンティブは、短期間の低価格設定よりも「最適な」配給に沿った方が良いというものである。また、このことに関連した販売業者が垂直的に関連する企業（製造業者と販売業者）というよりも、当該企業が（同一市場の）競争者であるとき、ただ乗り者の主張は、評価するのが一層困難になるのである。というのは、ただ乗りをする者が、当該市場に参入することにより、競争が活発になる可能性があるためにただ乗り者を評価するのは困難を伴うからである。したがって、ただ乗り者の行為は、すべて違法な行為として認めることができないのである。

このような状況を想定して、Hovenkamp は、裁判におけるただ乗り者の申立てに対処するために、ただ乗り者を市場から排除する為に効果的で、より制限的でない代替手段を利用すべきであると提案する。そして、最も明確な一つは、ただ乗りに対する評価が、ただ乗り者の価格に関するメカニズムであると指摘する。⁽¹⁷²⁾

た「法と経済学」（シカゴ学派）の学者らの提案する同一のブランド内競争の制限がブランド間（他者との）競争を促進するとの理論を認識したのである。垂直的非価格制限事例に関して per se rule の審理から rule of reason 審理への移行でもあった。これ以上の説明は割愛するが、因みに、我が国の解釈では、ブランド内競争の制限は、ブランド間競争の制限につながるという解釈である。どちらの解釈を取るにせよ、量的な計測ができないという事実があることを付け加えておく。

(172) Hovenkamp, *supra* note 1, at 117. 要するに、価格メカニズムに明確に

アメリカ反トラスト法における合理の原則（1）

また Hovenkamp は、次のような事例も挙げて、より制限的でない代替手段を説明する。例えば、情報に関する規約などは、市場からの排除策として強圧的な実施よりも効果的である可能性がある⁽¹⁷³⁾。さらに、反競争的な抱合せのように、品質上の仕様は、より制限的でない代替手段であったかも知れないと指摘する。要するに、抱合せによって製品の品質をあげるのであれば、有効な代替的手段になり得る可能性を示唆する⁽¹⁷⁴⁾。

ただ、この代替的手段に関して、ある代替的手段は、特定の防御に対して実際に効果があることを保証しなければならないと主張している⁽¹⁷⁵⁾。品質管理が、抱合せに対して正当性を有するならば、より制限的でない代替手段として品質の仕様を考慮することは、意味をなすことである。しかし、抱合せは、品質管理の防御が不適切な他の目的の為に使用されるのである。例えば、*Siegel v. Chicken Delight, Inc.* 判決において、それほど支配的でもないフランチャイザーは、フランチャイジーが仕入れ

現れない場合には、ただ乗り者を違法であるとはできない場合に備えた価格以外の対策を暗示しているのである。

(173) See *Wilk v. AMA*, 895 F.2d 352, 356, 363-64 n.2 (7th Cir. 1990)（「教育」は、カイロプラクティック治療の絶対的な排除よりも、より制限的でないであろうという点を留意すべきであろう）；*Kreuzer v. Am. Acad. of Periodontology*, 753 F.2d 1479 (D.C. Cir. 1984)（限定的な歯周療法の治療を受けた患者にとって、最低限の治療時間の要求は、制限された歯周療法に対する規約が、より制限的でない代替的手段であろう）。

(174) See, e.g., *Jefferson Par. Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 26 n.42 (1984)（抱合せに特別な代替として品質の仕様を認識している）；*Mozart Co. v. Mercedes-Benz of North Am., Inc.*, 833 F.2d 1342, 1349 (9th Cir. 1987)；*Siegel v. Chicken Delight, Inc.*, 448 F.2d 43, 51 (9th Cir. 1971)（抱合わされた製品の品質の仕様は、買い手がそれを被告から購入せよとの強制よりも、より制限的でない代替手段であろう）。抱合せの事例において、より制限的でない代替手段として品質あるいは原材料の品質についての議論がある。see also C. Scotto Hemphill, *Les Restrictive Alternatives In Antitrust Law*, 116 COLUM. L. REV. 927, 941-42 (2016).

(175) Hemphill, *supra* note 173, at 937.

(176) 448 F.2d 43 (9th Cir. 1987)

る消耗品の品質を特定すること並びに他の業者から購入することを容認することよりも、フランチャイザー自身が供給する消耗品を購入することを要求したのである。⁽¹⁷⁷⁾ただ、論点として、裁判所は、抱合せがフランチャイジーの販売額を測定する計測装置として利用されていたと認識したことである。⁽¹⁷⁸⁾要するに、裁判所は、フランチャイジーからの多様なフランチャイズ料金やロイヤリティーの代わりに、フランチャイザーが、自身の供給品を抱合せを強制したことを問題にしたのである。抱合せることによる商品の品質仕様（維持）は、より制限的でない代替手段を満足させるものではないのである。同じように、小さな市場占有率の観点も考慮しても、反競争的の始まりではなかったことを示唆したのである。⁽¹⁷⁹⁾

このように、より制限的でない代替手段という困難な評価は、rule of reason 審理でしかできない手法である。Hovenkamp は、より制限的でない代替手段の正当性を主張する場合、それを論点の中心において説明したのである。⁽¹⁸⁰⁾

4 反競争的制限の認識：消費者福祉の視点

Rule of reason の分析における正当性の相殺に関して言えば、一連の一応有利な事例を利用するポイント及びより制限的でない代替手段は、申立てられた制限が、非制限的なレベルで生産高を減少させるか、それ

(177) *Id.* at 49. トレード・マークの所有者が、十分な支配力を有しているかを検討すると結論によって、当該市場の支配力を指摘している。ただ、この判決のある部分は、*Illinois Tool Works, Inc. v. Independent Ink*, 547 U.S. 28, 46 (2006) 判決によって破棄されている；*see Rick-Mik Enters., Inc. v. Equilon Enters, LLC* 532 F.3d 963, 971-72 n.2 (9th Cir. 2008), 本件で、*Illinois Tool Works* 判決が、*Siegel* 判決を事実上破棄したと認識されている。

(178) *See Siegel*, 48 F.2d at 46.

(179) *Id.* at 49.

(180) より制限的でない代替手段に関して、筆者は、一つの項目として説明している。前掲註2，拙書『合理の原則』240頁～245頁。

アメリカ反トラスト法における合理の原則（1）

とも価格を増加させるかを評価することである。このアプローチは、反トラスト法の消費者福祉の原則に一致するものである。つまり、そのことは、量的に測られたものなのか、あるいは質的に測定されたものなのかであり、競争の視点からみれば、低価格でしかも高い生産高（⇒反トラスト法上の消費者福祉）として反トラスト法のゴールを認識させるのである。⁽¹⁸¹⁾ けれども、反トラスト法上の消費者福祉は、必ずしも一般的な福祉の原則（⇒憲法上の福祉権など）に合致しないのである。そのような下で、生産者（製造業者など）に対する効率性の獲得（利益）は、少なくとも消費者の損失分と同じことを条件にすれば、実際には、より高い価格で生産するための制限や生産高をより少なくする制限は許されるのである。

しかし、ここでは消費者福祉あるいは一般的な福祉が、反トラスト法のゴールであるべきか否かを議論する場ではない。⁽¹⁸²⁾ 究極的な価値が何であれ、消費者福祉のアプローチが、一般的な福祉原則（管理性）に対する一つの優れた有利性を持っていれば、それだけで十分である。⁽¹⁸³⁾ 消費者福祉の原則の下、制限を評価する際の一つの必然的な疑念は、制限の結

(181) See Hovenkamp, *Implementing Antitrust's Welfare Goal*, 81 *FORDHAM L. REV.* 2471, 2471 (2013).

(182) See *id.* at 2473. その他、効率性に関する議論や総合的な福祉基準に関する議論については、次の文献を参照されたい。Robert H. Lande, *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, *HASTING L. J.* 65, 67-68 (1982); Alan J. Messes, *Debunking the Purchaser Welfare Account of Section 2 of Sherman Act: How Harvard Brought Us a Total Welfare Standard and Why We Should Keep It*, 85 *N. Y.U. L. REV.* 659, 690 (2010). 合併施策と消費者福祉については、次の文献を参照。Herbert Hovenkamp, *Appraising Merger Efficiency*, 24 *GEO. MASON L. REV.* 703 (2017). また、総合的な福祉アプローチに関しては、後述。筆者は消費者福祉に関し、主として「取引費用の経済学」を借用して説明している。前掲註2，拙書『合理の原則』102頁～103頁，105頁・223頁・236頁・242頁・272頁。

(183) Hovenkamp, *supra* note 181, at 2473.

果として価格が、より高く（あるいは生産高がより低く）なるか否かだ
 けである。⁽¹⁸⁴⁾ 価格が上がる（あるいは生産高が減少する）場合には、あらゆる消費者が損失を被り、製造業者（生産者）が利益を得ているのである。

消費者と生産者の福祉の変化を相殺するには、需要曲線の形状、被告のコスト、そして申立てられた制限が、これらの数値をどのように変化させるかに関する予測の情報が⁽¹⁸⁵⁾必要になる。一般的な福祉規準（test）の下で、消費者福祉の被害を測定することは、その価格が上がるのか下がるのかの予測だけでなく、非効率的な消費者代替によって引き起こされた「死重的」損失（deadweight loss）の大きさにも関係するのである。一般的な福祉を測る試みは、それに近い事例のいくつかが存在するものの、ほとんど存在しないのである。⁽¹⁸⁶⁾ 裁判所が実際に、効率性を相殺することによって正当化された反競争的な生産高の制限と価格の上昇を認定した訴訟は、未だかつてアメリカにおいて存在しないのである。⁽¹⁸⁷⁾ このこ

(184) *Id.*

(185) Hovenkamp, *supra* note 1, at 118-119.

(186) 例えば、かなり競争が激しい市場において、被告が何らかの支配力を欠いている場合、消費者への被害はゼロであり、生産者の利益は、申立てられた制限の影響を好意的に捉えて容認されるであろう。Hovenkamp, *supra* note 1, at 119.

(187) カナダ反トラスト法（カナダ競争法）は、総合的な福祉アプローチを採用し、同法は、生産者の利益が消費者の損失よりも重いとの理論に基づき、実際の価格上昇をもたらす合併を許可する非常に物議を醸す決定を下した事例がある。Comm'r of Competition v. Superior Propane, Inc., 2003 Can LII A-219-02 (Can); see Daniel J. Gifford & Robert T. Kudrie, *Rhetoric and Reality in the Merger Standard of the United States, Canada, and the European Union*, 72 ANTITRUST L.J. 423 (2005); Drawin V. Neher, David M. Russo & J. Douglas Zona, *Lessons from the Superior-ICG Merger*, 12 GEO. MASON L.REV. 289 (2003). 2010年合衆国水平的合併ガイドラインは、そのようなアプローチ（カナダ競争法）を拒否し、消費者価格を引き上げるような合併を訴えるように要求している。See U.S. DEPT. OF JUSTICE & FED. TRADE

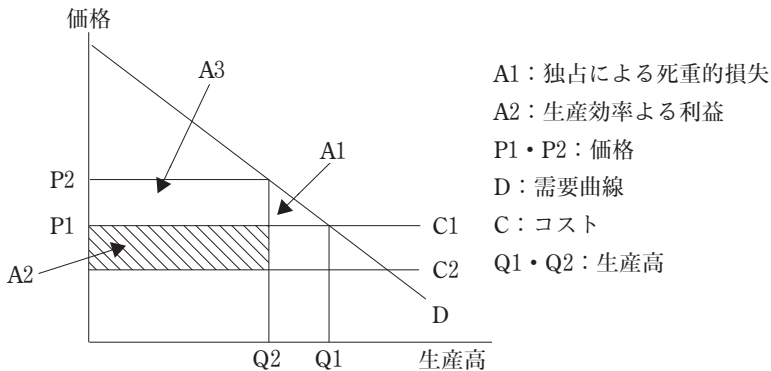
アメリカ反トラスト法における合理の原則（1）

とは対照的に、消費者規準を当てはめることは、制限によるその価格が、上層するのか、それとも下降するのだけを問うことである。

ここで例証するために、Hovenkamp は下図を用いて説明する。

この図は、Oliver Williamson の有名な福祉交換モデルを見やすくしたものであり、効率性と市場支配力を生ぜしめる合弁事業の制限に対する「消費者福祉」と「一般的福祉」の規準間における測定上の相違を示したものである。⁽¹⁸⁸⁾ 申立てられた制限の実現をみる前に、この市場は、価格 (P1) がコスト (C1) に等しいことを示している。この申立てられた制限から、2つのことがみてとれる。

第1に、当該企業の総体的な市場支配力が上がれば、価格 P1 は P2 へと上昇し、生産高 Q1 は Q2 へと減少する。ところが、第2として、その企業のコストは、C1 から C2 へと減少して生産上の効率性を生じさせる。このとき、三角形 A1 は、その変化によって引き起こされた伝統的な死重的損失を表してる。すなわち、当該部分は、消費者への販売損失からなり、それ故に被告企業にも利益をもたらさないのである。図の長方形 A2 (斜線部分) は、申立てられた慣行 (制限) の結果として



COMMN HORIZONTAL MERGER GUIDLINE §10 (2010).

(188) See Oliver E. Williamson, *Economics as in Antitrust Defense: The Welfare Tradeoff*, 58 AM ECON. REV. 18, 21 (1968).

得られた効率性を表し、長方形 A3 は、消費者から生産者へ富が移転した部分を表している。

消費者福祉規準の下で、もしその制限が、 $P2$ であったり ($P1 \Rightarrow P2$)、あるいは $Q1$ ($Q2 \Rightarrow Q1$) であれば、違法であり、総計は関係ないのである。あらゆる点において、 $P2$ が $P1$ を超えていることを知る必要があり、そこで教えられることは、その制限が効率性を生んだか否かであり、その価格が上がって相殺（価格の上昇分だけ生産高が減少）するのに十分であったことではない。我々は、価格の上昇 ($P1 \Rightarrow P2$) あるいは生産高制限・減少 ($Q1 \Rightarrow Q2$) の大きさを知る必要はないのである。さらに、そのようなことが引き起こされたことに対して、価格上層の総計と生産高の範囲の機能、すなわち富の移行である A3 の大きさについても、⁽¹⁸⁹⁾ 何ら知る必要はないのである。

このことは対照的に、違法性に関する一般的福祉規準は、消費者の損失が生産者の利益を超えたことの立証を要求するのである。⁽¹⁹⁰⁾ その為に、我々は、長方形 A2 が示す生産者の利益を数値化しなければならないし、そのことは、我々が効率性の利益に関して 1 単位あたりの大きさを測定しなければならないことを意味する。また、そのことは、長方形 A2 の最上部に該当し、それによる利益に対する生産高 Q2 であることを自覚し、それが生産高（長方形 A2）の幅である。我々はまた、価格に際立って現れる限界（可変）コストに影響を与えるそれらの節約を認識して、分離する必要がある。

更に、我々は、A1 部分にあたる消費者の死重的損失を計量化しなければならない。そのためには、我々は、論点における価格の上昇の大きさ ($P1 \Rightarrow P2$) と制限によって生産高が減少する ($Q1 \Rightarrow Q2$) 単位数を知る必要がある。これらは、死重的損失である「三角形」A1 の部分の斜辺（需要曲線 D）に関して、通常、三角形ではないのである。というの

(189) Hovenkamp, *supra* note 1, at 120.

(190) See Hovenkamp, *supra* note 181, at 34-35.

アメリカ反トラスト法における合理の原則（1）

も、需要曲線は、直線ではないからである（理解し易いように直線で示している）。したがって、我々は、需要曲線と死重的損失によってカバーされている需要の輪郭と位置を知る必要がある。⁽¹⁹¹⁾このような一連の測定は、最も明らかな事例を除いて、全体でみた作業によって一般的福祉の変化を算出する必要がある。

このことは、消費者福祉規準の下で競争上の危害を認識することが、常に容易であるという訳ではない。例えば、ある制限は、価格を押し上げる市場支配力の総体的な行使をするかも知れないのである。しかし、効率性の効果により、結果として実質的にその価格が、制限前よりも低くなる可能性がある。そのような制限は、消費者福祉規準の下でも一般的福祉規準の下でも適法であろう。ただ、市場支配力が確立されていたとするならば、裁判における弁明は、効率性の効果が、制限前のレベルに価格を維持するのに十分であることにより、市場支配力の影響に重きを置いた証拠が要求されるであろう。⁽¹⁹²⁾そして、たとえその通りであろうとも、正味の価格の影響を評価することは、正味の福祉効果を評価することよりも、かなり単純であろう。⁽¹⁹³⁾

さて、消費者福祉の規準利用は、絶対的なものとするよりも、推定のものとするべきであるのか。多くの事例が存在するものの、該当する制限によってつくられた市場支配力の総計は、比較的に小さいものかも知れない一方で、効率性の利益は、証明可能であって極端に大きいかも知れ

(191) 一般的福祉規準の下で、我々は図 A3 の大きさを計算する必要はなく、その A3 に該当する部分が、生産者の利益になり、同時にその部分が消費者に損失をもたらすのである。Hovenkamp, *supra* note 1, at 121.

(192) このことは、2010年合併ガイドラインの下で評価される合併に対して適用される効率性のアプローチである See U.S. DEPT. OF JUSTICE & FED. TRADE COMM'N, *supra* note 186; Hovenkamp, *supra* note 181, at 2473.

(193) なお、Hovenkamp は、効率性の弁明・防御に関して、その表現は、will, might, would なる用語を多用しており、彼の論理が確立されている訳ではないことに留意すべきである。

ないのである。したがって、より制限的でない代替手段によってしても達成できないと思われる。

しかし、最も重要な判断は、その制限の下の価格の事例もまた、価格がより高いということよりも、より低いという傾向にある。実際に、価格を引き上げる制限に関して、総合的な福祉の視点からみた増加の事例は、極端に稀なものとして捉えて、しかも最も明確な証拠もないままに、⁽¹⁹⁴⁾それを受け入れるべきではないのである。ごく簡単に言えば、Hovenkampの主張は、rule of reason 審理によってしても、より制限的でない代替手段は判断が困難であり、福祉の名の下に、あるいは福祉を大義名分にして、競争を間違えて捉えてはならないという事であると思われる。

(194) Hovenkamp, *supra* note 1, at 121.