

アメリカ反トラスト法における 合理の原則（2）

—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、第51巻2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 審理の釈然としない解釈—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」

(以上、本号)

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

5 一応有利な事例へのアプローチ

反トラストの「分析モデル」に関する論争は、推定、挙証責任、そして証拠の妥当性の在り方などに関する懸念が存在するが、それらについての司法上の対応などは、根本的な問題である。このことについて、Hovenkamp は次のように rule of reason 審理の拡大を説明している。反トラストの事例は複雑であり、判事らは、推測とそれ以外の証拠となる道に注目するのである。比較的少ない推測や証拠が、原告の有利性と証拠の要求が大きくなるにつれて、我々は、rule of reason の領域に支配されるようになる。より多くの事例が原告に有利であると推定され、証拠の要求が少ないとき、我々は、反対の方向に動くのである。極端な場合には、per se rule であり、その審理の下では、支配力と反競争的影響の両方は、行為のある一定の種類が起ったという事実・証拠に基づいて推定されるのである（経済的分析は行わない⁽¹⁹⁵⁾）。

(195) *Id.* at 122. *See, e.g., State Oil v. Khan*, U.S. 1, 10 (1977). 本件は、最高販売の再販売価格維持が、rule of reason で審理すべしと判示された事例である。拙書では、第3章の「再販売価格維持と Rule of Reason」の下、

(1) 「Quick Look 審理」対「スライド制審理の尺度」

それは *Trenton Potteries* 判決⁽¹⁹⁶⁾から始まったが、連邦最高裁は、反トラストの分析を2つのモデルに分けたのである。この2つのモデルについて、Hovenkamp の説明は、一般的に全く別の創造物として扱われており、それら2つのモデルの間には大きな空間が存在すると指摘する。*Trenton Potteries* 判決に関する解釈には、per se rule の切れ味の悪いの説明と広がりある説明があり、後者として挙げたのは、*Board of Trade of City of Chicago v. United States* 判決⁽¹⁹⁷⁾における連邦最高裁判事であった Louis Brandeis の rule of reason の解釈であり、それは、限界や境界のない広がりのあるものであった説明している。

Rule of reason 審理の下、その高いコストで議論が長引く反トラスト訴訟は、有益で簡潔な方法が存在するのではないかと発想のもとに、その空間・隙間の探索に導かれるのである。たとえある制限が、per se rule のカテゴリー内で明確にならないとしても、支配力と反競争的影響に関する完璧な分析は、それ以上に必要ではないと考えられる。下級裁判所、連邦取引委員会、そして学者・研究者らは、実際に以下のよう⁽¹⁹⁸⁾な3つのサイロ・silos に収まると頻繁に示唆して来たのであり、それ

特に、再販売価格維持に対する連邦最高裁判例の推移として一覧表にまとめている。前掲註2、拙書『合理の原則』145頁。

(196) *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392, 397-98 (1927). 本件について、Hovenkamp が切れ味の悪い解釈として指摘しているのは、次の通りである。価格を決定する力は、それが合理的な行使であるか否かにかかわらず、市場を支配し、思うままに不合理な価格を決定する力を含むのである……そのような潜在的な力をつくり出す協定は、協定自体、不合理あるいは不当な制限であると判示されるであろう。その際、特定の価格が合理的な価格として決定されたか否かの綿密な調査の必要もなく、シャーマン法を執行する連邦政府に対しても、当該協定が、経済的状況の単なる変化の一つとして不合理になって来たか否かに関して、日々の変化を究明する責任を負わずこともないのである。*id.* at 397-98.

(197) 216 U.S. 231 (1918).

(198) Hovenkamp の使用した silo なる用語は、カテゴリー・類型とは幾分

らは、rule of reason, per se rule (illegality), そして中間的な quick look (省略的 rule of reason) である。それらの審理方法は、異なる裁判所によって異なった方法で表現されて来たのである。⁽¹⁹⁹⁾ この中間的な審理である quick look の事例は、当然に違法な制限の特性のいくつかから生じると言われているが、追加的な審理に価値があるとはいえ、その追加分だけ複雑な要素かも知れないのである。また、幾つかの事例における制限は、十分な司法上の経験がなくても判断できる極めて特徴的な事例もあり、そのような場合には、完璧な経済分析を行う full-blown rule of reason 審理の必要がなくても、直ぐに per se rule 審理に付されるのではなく、更なる審理が要求されるのである。

しかし、連邦最高裁は、3つ目のサイロである quick look を決して快諾しなかったのである。同裁判所がカテゴリー的にその考え方を拒否しなかったものの、それに関する様々な見解は、極めて批判的なものであった。⁽²⁰⁰⁾ 連邦最高裁が明確に quick look を承認したのは、3つの事例だけであり、その後、類似の事例においては、quick look を拒否し続けたのである。⁽²⁰¹⁾

か相違する。既存の rule of reason から分離した解釈の存在場所という意味で使用しており、最初から存在した類型ではない。以後は、サイロとして記述する。

(199) *Compare* N.C. State Bd. of Dental Exam'rs v. FTC, 717 F.3d 359, 373 (4th Cir. 2013), *aff'd*, 135 S. Ct. 1101 (2015), *with In re Se. Milk Antitrust Litig.*, 739 F.3d 262, 275 (6th Cir. 2014). この2つの事例の比較に関して、前掲註2、拙書『合理の原則』では取り上げていない。筆者の見落としてである。

(200) Hovenkamp, *supra* note 1, at 123.

(201) *FTC v. Actavis, Inc.*, 133 S. Ct. 2223, 2237 (2013) (quick look を適用しない一方で、その制限は、rule of reason の下で違法であると判示している); *Texaco, Inc. v. Dagher*, 547 U.S. 1, 5 (2006) (連邦地裁は、quick look ドクトリンを適用することを拒否してきたのであり、論点である合併事業の協定を容認し続けており、そのことを注視するものの問題視していない); *Cal. Dental Ass'n v. FTC*, 526 U.S. 756, 781 (1999) (裁判所は、「quick look」の分析を要求する連邦取引委員会を認めない事と full rule of

アメリカ反トラスト法における合理の原則（2）

裁判所が quick look を受け付ける傾向にないことを説明した後、Hovenkamp は、日本法であまり聞きなれない文言である「スライド制」⁽²⁰²⁾ 審理を取り上げている。

最初に反トラスト法の専門書で展開された代替的な見解は、反トラスト分析の方法が、異なった状況に対して要件の異なる事実認定を持って連続性を表す、すなわち「スライド制審理」⁽²⁰³⁾ であるとする考え方である。⁽²⁰⁴⁾ 連邦最高裁の多数意見は、*FTC v. Actavis, Inc.* 判決における Stephen Breyer 判事の考え方を採用したものであり、それは、*California Dental* ⁽²⁰⁵⁾ 判決における David Souter 判事の見解と同様に、Breyer 判事は反対意見であった。⁽²⁰⁶⁾ Hovenkamp によれば、争点である *California Dental* 判決における議論は、連邦最高裁が、何らかの形式による 3 部構成を意図していなかったことを明らかにして、更に詳細に審理したものであるとして、判決文を詳細に記述している。すなわち、

本件で主張する状況に関して、反競争的な影響は、直感的に明確な障害が見て取れる (quick look) 事とより詳細な審理 (rule of reason) と呼ばれるそれらの間において、一般的にその制限の間に一線を画するいかなるカテゴリー的な線は存在しないのである。むしろ、要求されることは、その事件に合致する審理であり、状況への目配り、詳細さ、そして制限の論理である。制限の目的は、市場の経験が極めて明確であり、

reason を要求すること；その後連邦取引委員会は、申立てを却下している)。

(202) このスライド制審理については、筆者も quick look との関連で触れており、簡単な図表にまとめている。前掲註 2，拙書『合理の原則』74頁～75頁。

(203) 最初に専門書に記述されたの文献は、Hovenkamp 本人である。8 AREEDA & HOVENKAMP, *supra* note 4, ¶1500, 1507.

(204) 133 S. Ct. at 2237.

(205) *Cal. Dental*, 526 U.S. at 780-81 (1999).

(206) *Id.* at 781-94. *Cal. Dental* 判決の事実関係については、前掲註 2，拙書『合理の原則』36頁及び43頁。特に、43頁では、一覧表にまとめている。

ある制限の主たる傾向に関する結論が、即座に（あるいは少なくとも、より即座に：筆者挿入）見てわかるような、すなわち必然的により綿密な審理に代わりうるか否かを理解することである。そして勿論、仮に事例ごとに rule of reason の分析が全く同じ結論に到達するのであれば、我々の理解することが、時間と共に変化するかも知れないのである。少なくとも、現在のところ、それほど使用されてこなかった quick look は、このように専門家が注意を引き、その制限の傾向として、本件で最初の評価を要求したのである。⁽²⁰⁷⁾

Breyer 判事は、多数意見が quick look アプローチの採用を拒否したことに反対した訳ではなかった。しかし彼は、「論点であるその制限が、全体的にみて反競争的である」か否かを決定する為には、幅広い質問事項が必要であることに同意しなかったのである。⁽²⁰⁸⁾ むしろ判事は、4つの古典的で補助的な反トラストの質問事項を阻止したように思われたのである。すなわち、①論点である特定の制限とは何なのか、②制限の反競争的影響の可能性とは何なのか、③競争促進的効果の正当性を相殺することができるのか、④当事者は、相違点をつくり出す十分な市場支配力を有するのか。⁽²⁰⁹⁾

(207) *Cal. Dental*, 526 U.S. at 780-81

(208) *Id.* at 782.

(209) Hovenkamp は、彼の理解している rule of reason 審理の詳細を註の部分で詳細に説明しており。ここでは、その註の全文を挙げておく。第一に、我々はその制限が、「本質的に生まれながらにして疑いのあるもの」であるか否かを尋ねる。換言すれば、その種の慣行は、効率性の観点から正当性もなく、「競争を制限し、生産高を減少させる」傾向にあるのか？例えば、水平的な価格決定と市場分割は、本質的に疑わしいのである。何故ならば、それらは、生産高を減少させることによって価格を上げる傾向にあるからである。もしその制限が、本質的に疑わしいものでないならば、そのとき、市場の定義と支配力に附随する問題点は、伝統的な rule of reason が援用されなければならないのである。しかし、それが本質的に疑わしいものであれば、我々は、第二の問題点を投げかけるのである。すなわち、その慣行に対して、効率性に関する正当性の可能性はあるのか？つま

Hovenkamp は、Breyer 判事が完全な rule of reason ではなく quick look 審理を支持しようとしていたことを説明し、前述の quick look の居場所であるサイロに言及している。

判例法上のまさにうわべの言及は、カテゴリー的に「quick look」の居場所・サイロをつくる為に僅かな正当性を露呈するのである。裁判所は、多様な仮説の可能性並びに証拠の入手可能性とその所持などについて、原告の強さに依存した支配力と反競争的な慣行の両方に対して証拠となる要件を変化させるのである。⁽²¹⁰⁾ここで重要なカギとなる事例は、*Activis* 判決である。同事件において、連邦最高裁は、「quick look」よりも、むしろ rule of reason が適用されるべきであるとしつつ、同時に、十分な市場支配力と反競争的な影響は、排他的な支配力から推測できる

り、その慣行は、競争を創造したり、促進する可能性が存在すると考えられるのか（例えば、その製品の製造コストや製品の市場調査の削減、新たな製品をつくり上げること、更には市場での運営の改善など）？そのような効率性に基づく反論は、そのことについて、克明な事実審理の必要性はないとして拒絶されないならば、効率性の可能性が存在する。もし可能性がないならば、そのとき、その制限は、即座に有罪となる。しかし、もしその効率性の正当化が可能であれば、更なる審理としての第三の審理が必要であり、その内容は、正当性が実際に有効であるか否かを決定することである。もしそうであるならば、事案は、完全なバランス審理である rule of reason の下で評価されることになる。しかし、審理上、もしその正当性が有効でないならば、そのとき、その慣行は、より詳細な審理もなく rule of reason の下で不合理であり違法である。競争に与える脅威を埋め合わせるような利益は全く存在しないからである。NCAA 判決において、連邦最高裁が考えられ得る効率性を認定したことは注目に値するものであり、効率性を考慮しつつ、それに欠けていることにも認定したのである。そして、通常の rule of reason 審理である完全なバランス審理を援用することなく、rule of reason の下で原告勝訴の判決を下したのである。Hovenkamp, *supra* note 1, at 124.

(210) *E.g.*, *New York v. Julius Nasso Concrete Corp.*, 202 F.3d 82, 8-89 (2d Cir. 2000). 例えば、本件では、市場情報の不足が、原告の証拠責任を軽減するかも知れないと記している。

とも示唆しているのである。⁽²¹¹⁾

要するに、連邦最高裁は、「推測できる」との文言によって、rule of reason も quick look も言明していないのである。この点を捉えて Hovenkamp は、このような事例が持ち込まれた際に、裁判所が常に考慮すべきことを示唆していると述べて、一応有利な事例と当事者双方の主張の相殺を説明する。もし反競争的な影響に対する原告側の一応有利な事例が優勢であれば、そのとき、被告側の举证責任に十分な主張を認める時間を割り当てると共により強力な利益の証明を要求することが理に⁽²¹²⁾適っているのである。勿論、原告側の主張が弱いとき、被告側の主張が採用されるのは当然である。ほとんどの審理方法において、例えば、カリフォルニア州歯科医師協会（原告 CDA: California Dental Association）に対する連邦取引委員会（被告）の主張は、市場支配力を伴う CDA のメンバーの自己利益のために制限を通知する明らかな価格（診察料金）と品質（治療レベル）を内容とした極めて強力なもので⁽²¹³⁾あった。

しかしながら、rule of reason 自身は、举证責任の適切な調整によって簡潔にそのような事例に対応できるのである。消費者福祉の規準の下、論点は、CDA の規約（協会員の拘束：制限）が、歯科医師のサービスを引き下げ、価格を引き上げる傾向にあったか否かにあると考えられる。

次に、Hovenkamp、はスライド制審理に関して小説の登場人物にたとえて、判事の力量に迫っている。

スライド制審理のアプローチに関する⁽²¹⁴⁾一つの問題点は、判事が判断するその必要性である。もし名探偵エルキュールだけが、分別良く反トラスト事件を解決できるならば、そのような場合には、スライド制審理は

(211) FTC v. Actavis, Inc., 133 S. Ct. 2223, 2235-38 (2013).

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

(213) Cal. Dental Ass'n. v. FTC, 526 U.S. 756, 762 (1999).

(214) Hercules Poirot: アガサ・クリスティーの小説に出てくる小柄で口髭を生やしたベルギー人の名探偵である。「オリエント急行殺人事件」など33の小説、54の短編に登場している。詳細は、KADOKAWA の HP を参照。

アメリカ反トラスト法における合理の原則（2）

うまくいかないのである。サイロを居場所に行っている「quick look」のアプローチは、容易に行えるとは思えない審理である。ただ対照的に、その審理のやり方は、各段階で挙証責任を評価・判断するうえで、その審理をより些細な部分に分類することができる判事の力量で単純化されるのである。実際に、*Actavis* 判決の Breyer 判事は、その事例と関連した方法で質問事項に枠組みを設定する連邦地裁判事の能力に極めて楽観的であった。その事件において判事は次のように述べている。

他の法律分野と同様に、反トラスト訴訟において、事実審は、反トラスト理論の使用を回避するように構築できる一方で、反トラスト理論の使用は、適切な分析を容認するために可能な限り短縮・省略できるのである。従って、すべての可能な事実の考察あるいは最小限の論点に関する考察は、まさに正当化されない反競争的影響が存在しても、不要として削減される可能性が存するのである。⁽²¹⁵⁾

省略的審理である quick look については、重要な論点を見落とす場合があり、その使用には慎重であるべきはずである。その点を指摘したのは、Breyer 判事であった。Hovenkamp が Breyer 判事と同じように、quick look の使用に積極的な立場でないことは、次の説明からも伺える。

いずれにせよ、3つのサイロのアプローチに関する一つの重大な欠如は、それらのアプローチが省略的審理を拒否するときはいつでも、判事に詳細な full-blown rule of reason を要求する傾向にある。そのことが *Actavis* 判決ではなかったにも拘わらず、*California Dental* 判決及び *California ex rel. Brown v. Safeway, Inc.* 判決の際に起こったのである。⁽²¹⁶⁾

いわゆる quick look に関するもう一つの問題は、その定義の欠如

(215) *Actavis*, 113 S. Ct. at 2238.

(216) 615 F.3d 1171 (9th Cir. 2010). *Safeway* 判決に関して、裁判所は、quick look の更なる複雑な解釈を提示しており、筆者は、その点を図表にしてまとめている。前掲註2，拙書『合理の原則』65頁。

である。というのも、quick look の定義を要求するいかなる兆候もないのである。むしろ、quick look を適用することが目的化した裁判所は、rule of reason の下ですべきことを実行したのであり、そのことは、段階的な挙証責任の割当てを成形する事と証拠の質に関して個々の法的判断をすることである。quick look と他の分析を区別する主たる点は、多くの仮説と証拠の簡便な方法にある。⁽²¹⁷⁾ 例えば、*FTC v. Indiana Federation of Dentists* 判決及び *Actavis* 判決において、連邦最高裁は、rule of reason の適用を表明したものの、支配力と反競争的な影響のそれぞれについて省略的な立証を容認したのである。⁽²¹⁸⁾ 1984年の *NCAA* 判決において、連邦最高裁は、rule of reason が適用されなければならない。何故ならば、製品（TV 中継）の配信には、共同行為が必要であったからであると言明している。⁽²¹⁹⁾ さらに、全米に放映された多くのゲームに対する被告・*NCAA* の制限は、「表面的」に反競争的であった。したがって、生産高に与える影響の推定をする必要はないと判示したのである。そして、たとえ *NCAA* が申立てられた放送番組に関して市場支配力を有していようとも、「裁判所は、そのような事例における市場支配力の立証を決して要求するものではない」と判示したのである。⁽²²¹⁾

すなわち、大学対抗のフットボールは、大学間だけのものであり、当該市場における *NCAA* 主催のフットボールに限定すれば正当化されるものであり、ファンにとっては比類なき魅力であったと判示した。この

(217) Hovenkamp, *supra* note 1, at 126.

(218) 476 U.S. 447 (1986).

(219) *Actavis*, 133 S. Ct. at 2237; *Ind. Fed'n of Dentists*, 476 U.S. at 459-64.

(220) *NCAA v. Bd. of Univ. of Okla.*, 468 U.S. 85, 00-03 (1984).

(221) *Id.* at 110. *see also Ind. Fed'n od Dentists*, 476 U.S. at 460 (詳細な市場分析をしなくても、幾つかの点で競争上の正当性を要求しなければならない大いに疑いのある制限として述べている); *United States v. Brown Univ.*, 5F. 3d 658, 669 (3d Cir. 1993) (競争上の危害が推定されているために、詳細な市場分析は必要ではない)。

アメリカ反トラスト法における合理の原則（2）

点について、Hovenkamp は、市場支配力の要件を薄めたと評している。連邦最高裁は、rule of reason として分析の手法を説明する傍ら、実際には、本件に対して個々に採用されるはずの多くの分析を省略してきた⁽²²²⁾のである。

連邦取引委員会の立ち位置は、反トラストに対して rule of reason と同一視できるとして quick look (rule of reason) のアプローチを支持してきた一方で、司法省反トラスト局と連邦取引委員会は、「競争者間における共同行為に対する反トラストのガイドライン」を2000年に公表し、以下のような声明を出している。すなわち、

Rule of reason の分析は、柔軟な審理を必要とし、協定と市場環境の本質に依存して焦点の当て方と詳細な審理の点で異なるのである。司法省反トラスト局と連邦取引委員会は、そのような要素にのみ焦点を当て、関連する協定の全般的な競争上の影響・効果に信頼しうる決定をなす必要な事実審理にのみ着手するのである。ただ通常、いかなる要因も、その分析が決定的というものではない。⁽²²³⁾

そして、信頼しうる審理は、「quick look」よりも「sliding scale」を選好すると記して2000年ガイドラインは、次のように詳細に説明している。すなわち、

様々な事例において、協定の本質と市場支配力の欠如は、それらと共に競争上の危害が存在しないことを明示するかも知れないのである。そのような事例において、司法省反トラスト局と連邦取引委員会は、当該協定を申立てないのである。あるいは他の方法として、反競争的危害がその協定の本質によるものである場合、すなわち、反競争的危害が既に実施されている協定に起因するものである場合、そのとき、反競争的危

(222) Hovenkamp, *supra* note 1, at 126

(223) TED, TRADE COMM'N & U.S. DEPT. OF JUSTICE, ANTITRUST GUIDELINES FOR COLLABORATIONS AMONG COMPETITORS 4 (2000). Available from the FTC Home Page.

害を相殺できる決定的な利益がないならば、我々（両機関）は、そのよ
うな協定の詳細な市場分析もしないままで当該協定を申立てるのである。⁽²²⁴⁾

このように、反トラスト法を執行する2つの機関（シャーマン法⇒司
法省反トラスト局、連邦取引委員会法⇒連邦取引委員会）は、反競争的
影響に対して、quick look 審理とスライド制審理の両アプローチを視野
に入れて臨む方針を示したのである。

Hovenkamp は、市場支配力の論点解決が、一応有利な事例の使用に
あるとの見解から、次のように指摘する。例えば、ある市場の80%~100
%を支配する合弁事業は、価格に与える影響あるいは潜在的な排他的行
為に関して、そこに焦点をあてて綿密な吟味に取り組むべきである。対
照的に、市場占有率が50%以上であるか、あるいは当該市場が明確でな
いならば、一応有利な反競争的な慣行を立証するハードルは、高目に設
定すべきである。あらゆる重要な論点は、論点であるその制限の市場を
支配する合弁事業の能力である。もし十分な参入機会が、その合弁事業
の外部に市場として存在するならば、当該制限は、脅威にもならないレ
ベルである。⁽²²⁵⁾

このような持論を展開する Hovenkamp は、かつての事例にも手厳し
い見解を示す。かつて指摘したように、*Appalachian Coals* 判決に含ま
れたような排他的権利（独占的な権利）は、違法性の支持であり、先例
として考慮すべきではないのである。⁽²²⁶⁾ 対照的に、*Broadcast Music (BMI)*
判決と *Maricopa* 判決⁽²²⁷⁾において認められた権利は、排他的とはいえず、
従って、両事件で認められた制限は非排他的な権利であり、競争上の危

(224) *Id.*

(225) Hovenkamp, *supra* note 1, at 127.

(226) *Appalachian Coals v. United States*, U.S. 344, 357-58 (1933). もっとも
この判決は、およそ50年ぶりに次の事件で破棄されている。*Copperweld
Corp. v. Indep. Tube Corp.*, 467 U.S. 752 (1984).

(227) *Arizona v. Maricopa Cty. Med. Soc'y*, 457 U.S. 332, 355-56 (1982); *Broad
Music, Inc. v. Columbia Broad. Sys., Inc.*, 441 U.S. 1, 11-12 (1977).

害にならない旨を強く示唆するものである。

要するに、「quick look」が rule of reason と per se rule の間に隔離された空間のどこかに独特のサイロ（審理の方法）を築くその見解は、綿密な分析を生ぜしめないものである。省略された立証責任を含む判決の総計・集合体は、明らかに反対意見を確定するのである。例えば、*Engineers* 判決の事例は、競争入札における専門家協会による制限を有罪にしたのである。⁽²²⁸⁾ そのとき、与えられた反論は、積極的な入札であったものの、エンジニアに手を抜かせて安全を危険にさらすことを余儀なくさせるものであり、それは、当該制限があからさまの制限であることを承認するのに等しいものであった。

すなわち、その入札は、安全性よりも価格割引を優先したことに依存して成功したのである。連邦最高裁は、rule of reason がそのような弁明を支持しないであろうと結論したのである。⁽²²⁹⁾ このようなプロセスにおいて、競争入札の禁止は、反証できない一応有利な事例の最終的な事例になったのである。

連邦最高裁が、「quick look」なる言葉あるいは分析の要件を明確にしない間に、裁判所は、スライドしながら per se rule と full-blown rule of reason の間に取めたいくつかの事例に対して quick look を適用していたのである。

⁽²³⁰⁾
National Society of Professional Engineers v. United States 判決及び *California Dental* 判決の両事件は、明らかに豊富なデータの中から必要事項を抽出する顧客の検索コストを増加させる協定を内容としていたのである。他方で、*Maricopa* 判決は、そのような検索コストを減少させる協定⁽²³¹⁾であった。*Engineers* 判決の事例において、競争入札の禁止は、エン

(228) Nat'l Soc'y of Prof'l Eng'rs v. United States, 455 U.S. 679, 692-93 (1978).

(229) *Id.* at 696

(230) *Id.* at 679.

(231) Cal. Dental Ass'n v. FTC, 256 U.S. 756, 754 (1990); *Maricopa*, 457 U.S.

ジニアが価格設定の議論に参加できないことを意味し、また、*California Dental* 判決においては、広告制限により、歯科医師は、患者の診察をするまで診察料金を見積もることができないことを意味したのである。

これらの両事件において、顧客（患者）らは、価格（料金）によって自由に別の取引先（歯科医院）を代替することができたのである。しかし、その当時、競合相手よりも、より良い取引先を検索するのは不確かであり、特定の取引先に対して実質的な関与が存在したのである。対照的に、*Maricopa* 判決における協定は、差し迫った必要性に応じて特定の診察料を保証した医師の価格表を患者に提供することによって患者の検索（医師選び）コストを削減したのである。そのとき、患者らは、医師を比較して探す立場にあった。⁽²³²⁾ 連邦最高裁は、誤って per se rule を適用したの⁽²³³⁾である。

省略的審理である quick look は、裁判所の裁量によって審理が進められ、しかも明確さがないままにいつの間にか詳細な部分で審理方法に相違点が見られる。このことは、理解するのが困難である理由の一つである。まさにスライド制審理と言われるゆえんである。Hovenkamp が指摘した *Maricopa* 判決の結果は、事実関係を十分に審理しないまま quick look から更に進んで per se rule で処理されたものであり、quick look から per se rule に移行する時点が何処にあるかが判然としない事例である。

概略的に言えば、スライド制審理は、原告と被告のそれぞれの挙証責任の内容の1つひとつに深く関係するものはなく、原告の証拠と被告の

at 349; Nat'l Soc'y Prof'l Eng'rs, 435 U.S. at 700.

(232) *Maricopa*, 457 U.S. at 364-66 (Powell 判事は反対意見である)。下級裁判所である第9巡回区連邦高裁は、アリゾナ州の主張するマリコパ群医師協会の当該協定が違法である旨の主張を退けている。それを受けて本件に及び、連邦最高裁は per se rule を適用したのである。see also Frank H. Easterbrook, *Maricopa Price Fixing*, 48 CHI. L. REV. 886, 894 (1981).

(233) Hovenkamp, *supra* note 1, at 128.

アメリカ反トラスト法における合理の原則（2）

反論を1つにまとめて評価する傾向にある。すなわち、原告の反競争的影響の証拠が分離して評価されるのではなく、その代わりに、被告の競争促進的正当性の証拠と原告の反競争的影響を一緒に評価するのである。そこで、rule of reasonのうち、full-blown rule of reasonとquick look-rule of reasonの大方の相違点を可能な限り整理した図表【1】である。なお、図表【2】は、quick look 審理に明確な境界線がないことをイメージしたものであり、境界線ありは上段であり、交錯している場合は下段である。

図表【1】

形式的挙証責任の転嫁 (段階ごとに審理) full-blown rule of reason			総体的挙証責任の転嫁 (共に審理) quick look- rule of reason	
	原告	被告	原告	被告
①	反競争的影響	競争促進的效果	反競争的影響	競争促進的效果
②	新たな反競争的影響	新たな競争促進的效果	新たな反競争的影響	新たな競争促進的效果

<拙書『アメリカ反トラスト法における合理の原則』75頁から引用>

図表【2】

per se rule	quick look- rule of reason	full blown-rule of reason
per se rule …… quick look- rule of reason …… full blown-rule of reason		

<拙書『アメリカ反トラスト法における合理の原則』141頁から引用>

(2) Quick Look 審理の積然としない解釈—合併事業の活動

Hovenkampによれば、真剣なquick lookのアプローチを考察して来た反トラスト訴訟の多くは、専門家団体、ネットワーク、あるいは問題にならない適法な共同の団体などに内在する制限を含んでいたものであり、多くの学者の論文が見受けられるとして、quick look 審理の関心の高さ

を述べている。⁽²³⁴⁾ このことの重要性は、明確にすべきである。いかなる形態の共同生産も、あるいは法に従わない競争者を含んだあからさまの制限は、かなり容易に評価できる。取り決めに関するすべてが疑わしく、相殺するメリットはまったく存在しない。したがって、裁判所は、容易に⁽²³⁵⁾ per se rule を適用できるのである。

(234) 他の事例もこの点であるいは他のどこかの領域で類似の様相を呈していたのである。筆者自身も、第1章 Rule of Reason の歴史の中の一部及び第2章 Quick Look 論争として取りあげている。前掲註2, 拙書『合理の原則』30頁及び81頁～140頁。See. e.g., James A. Keyte, “Quick Look” and the Modern Analytical Framework for Assessing Legitimate Competitor, 30 ANTITRUST 23, 24-26 (2016) Michael A. Lindsay & Erik D. Ruda, *Antitrust Analysis of Joint Ventures: A Simple Progression*, 30 ANTITRUST 12, 16 (2016); Aian J. Messe, *In Praise of All or Nothing Dichotomous Categories: Why Antitrust Law Should Reject the Quick Look*, 104 GEO. L.J. 835, 866 n.165 (2016) (quick look による判決を一覧表にまとめている); see also *In re SE*; *Milk Antitrust Litig.*, 739 F.3d 262, 274 (6th Cir. 2014) (価格決定並びにミルク配給のベンチャー・ビジネスに関連して, quick look の分析について議論している); *N.C. States Bd. of Dental Exam’rs v. FTC*, 717 F.3d 359, 373-75 (4th Cir. 2013) (専門家団体の文脈において, あからさまの制限に関して FTC による quick look の分析を認めている) *aff’d on other grounds*, 135 S. Ct. 1101, 1107 (2015); *California ex rel. Harris v. Safeway, Inc.*, 651 F.3d 1118, 1137 (9th Cir. 2011) (労働紛争の間, 競争者間の収入共有規約に関して, より詳細な審理・調査の意向を求めて quick look のアプローチを拒否している) なお, 本件は複雑な rule of reason 審理を示している。筆者は, 一応整理して図表にしている。前掲註2, 拙書『合理の原則』65頁; *Princo Corp. v. Int’l Trade Comm’n*, 616 F.3d 1318, 1339-40 (Fed. Cir. 2010) (知的財産権のクロス・ライセンスを内容とした合弁事業による生産は, quick look よりも full rule of reason によると判示している); *Rossi v. Standard Rooting, In.*, 156 F.3d 452, 463 (3d Cir. 1998) (ボイコットに per se rule を適用して, 配給のベンチャーが全く存在しない状況であるとき, 被告が主張する quick look 審理を拒否している)。

(235) See *PolyGram Holding, Inc. v. FTC*, 416 F.3d 29, 37 (D.C. Cir. 2005) (あからさまの制限をつくる合弁事業者間の協定は, 疑いがあり, 当然違法とみなされる)。

アメリカ反トラスト法における合理の原則（２）

それ以外の適法であるが、共同の団体（共同性）との観点からつくられる制限は、問題点が多いのである。例えば、容認されていない慣行あるいは不適切な商業的な行為を規制する行為力と同じように、公共性を有する団体は、医療の質的規制を内容とする歯科医師会のような専門家からなる団体に対しては、同団体から受ける利益（質の確保）の為に、ほとんど議論にならないと考えられる。

このような説明に加えて、Hovenkamp は、医療の質という視点から意義のある規制が、必然的にいくつかの標準以下のサービスの排除を引き起こすと指摘する。同じようなことは、合弁事業による生産にも言い得ることである。このことからわかるように、「quick look」は、そのような合弁事業が作り出した疑いのある制限に対して、より意図的に審理する装置として主に用いられて運用されるのである。一例として、*California Dental* ⁽²³⁶⁾ 判決のように、価格制限に対するそれは、食料雑貨店のような完全に無関係であるが、競争関係にある小売業者間に対する同様の制限よりも、歯科医師のような完全に独立している者同士の間での制限に対しては、更なる審理の探求が求められるかも知れないのである。このことは、この特定の制限が理に適った共同行為の運営にとって、何故、合理的に必要であったかを説明する機会を被告に与えること以外に理由が見つからないのである、というのが適切かも知れない。もしいかなる説明も受け入れられず、制限が生産高を減少させ、価格を引上げること以外に何もすることが明らかであるならば、そのときは、即座に有罪が宣告され、そのような制限は、これ以上、どのような審理も行われない事例の典型 ⁽²³⁷⁾ である。

次に Hovenkamp は、生産合弁事業の良い事例として *Polygram Holding, Inc. v. FTC* ⁽²³⁸⁾ 判決を挙げる。本件の論点は、３人の有名なテノール歌

(236) Cal. Dental Ass'n v. FTC, 526 U.S. 56, 781 (1999).

(237) Hovenkamp, *supra* note 1, at 130.

(238) *Polygram*, 416 F.3d at 32. 筆者も本件については、随所で取り上げて

手の曲を共同でレコーディングした2社間の協定であった。⁽²³⁹⁾ この協定は、2社の音楽会社が、以前に同じ歌手のレコーディングを別々にしていたが、今後は、レコーディングだけでなく、プロモートも別々にしないことを決めたのである。通常、彼らの競合する製品を広告しない旨のライバル間の協定は、市場分割として当然違法であると考えられる。

しかし、本件において、2社は、3人のテノール歌手の新たなレコーディングに関して共同製作を行うことにしており、その新たな製品の個々のレコーディングの一部は、最初に個別に製作された製品と同じであった。被告は、個別に製作してきた製品の再出発にあたって、今回の販売促進協定は、新たに製作した共同製品が売れる為には必要であり、個別に製作してきた製品にただ乗りされる危険性を引き合いにして、当該協定が必要であると主張したのである。けれども、裁判所がその見解を述べたように、ただ乗りの危険性が存在したレベルに応じて、ただ乗りは、逆の方向に向かうと考えられる。個別に販売してきた製品は、最初の市場に存在したのである。もしただ乗りの危険性が存在したのであれば、そのことは、新たな製品が、かなり古い個別の製品⁽²⁴⁰⁾に対する消費者の認識の中にただ乗りしているということになる。いずれにせよ、被告が主張した「ただ乗り」は、実際には初期の頃の個別の製品と新たに⁽²⁴¹⁾共同で製作した製品との間における正当な競争に過ぎなかったのである。

いる。前掲註2，拙書『合理の原則』50頁，54頁，76頁，136頁。

(239) 3人のテノール歌手とは、Luciano Pavarotti, Placio Domingo, and Jose Carrerasである。*Polygram Holding*, 416 F3d at 32.

(240) *Polygram*, 416 F3d at 31, 37-38.

(241) *Id.* at 38; *see also* *Realcomp II, Ltd., v. FTC*, 635 F3d 815, 836 (6th Cir. 2011); (価格割引業者と非伝統的な販売代理店を排除した不動産団体に対して、連邦取引員会の quick look による分析を容認している); *N. Tex. Specialty Physicians v. FTC*, 528 F3d 346, 359-61 (5th Cir. 2008) (保険会社と共同で価格交渉を行った医師会が、「本質的に疑わしい」活動を行っているとして、連邦取引委員会の quick look を支持している); *United States v. Brown Univ.*, 5 F3d 658, 72 (3d Cir. 1993) (学生への奨学金競争

要するに、第 6 巡回区連邦高裁は、被告である連邦取引委員会が述べたただ乗りを採用しなかったのである。

を制限したアイビー・リーグの協定に対して、当該協定への quick look アプローチを認めている）；*Detroit Auto Dealers Ass'n v. FTC*, 955 F.2d 457, 471 (6th Cir. 1992)（カーディーラーのショールーム時間を制限することは、違法であるとして連邦取引委員会を支持したが、その審理は連邦取引委員会による quick look のアプローチよりも、full rule of reason の下で行うべきであると判示している）；*United States v. Realty Multi-List*, 629 F.2d 1351, 1370 (5th Cir. 1980)（不動産情報を多数扱う団体のメンバーに対する制限は、表面的に不合理であると判示している）；*cf. California es rel. Brown Safeway, Inc.*, 615 F.3d 1171, 1203 (9th Cir. 2010)（労働争議問題でストライキ中の賃金の基金を設立した競争関係にある店舗は、full rule of reason 審理を要求した）；*Cont'l Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc.*, 277 F.3d 499, 511 (4th Cir. 2002)（共有のセキュリティー・チェック施設における手荷物サイズの規制が、被告の主張する可能性のある競争促進的正当性に資するか否かについて、裁判所は省略した分析の適用を拒否している）。*Brookins v. Int'l Motor Contest Ass'n*, 219 F.3d 849, 854 (8th Cir. 2000)（ライバルの供給業者を排除する内容の協会規約の変更に対して、裁判所は省略した分析の適用を拒否している）。これらの事例は、quick look と full rule of reason を求めたものである。総じて連邦取引委員会は、quick look を求める傾向が強い。

また、スポーツ・ネットワークにみられる多くの事例は、NCAA 判決の連邦最高裁の結論を拠り所にしており、ネット・ワークにおけるあらゆる制限は、rule of reason の審理を要求している。それは、共同行為が TV による配信にとって必要であるとの理由である。*See, e.g., Am. Needle, Inc. v. Nat'l Football League*, 560 U.S. 183, 203 (2010)；*O'Bannon v. NCAA*, 802 F.3d 1049, 1064 (9th Cir. 2015), *cert. denied*, 137 S. Ct. 277 (2016)；*Worldwide Baseball & Spots Tours, Inc. v. NCAA*, 388 F.3d 955, 961 (6th Cir. 2004)（裁判所は、広範囲な市場と交差弾力性の分析が、省略的な分析の下では必ずしも必要でないとして支持しているが、論点である製品市場においては経験が欠如しているとの理由で、省略的な分析の適用を拒否している）；*Law v. NCAA*, 134 F.3d 1010 (10th Cir. 1998)（「quick look」rule of reason の分析を確認している）；*Chicago Prof'l Sports Led. P'ship v. NBA*, 961 F.2d 667, 674 (7th Cir. 1992)（NBA のゲーム放映権を制限する NBA チームのオーナー間の協定に対して、Rule of Reason の「quick look」バージョンを適用している）。

このアプローチでは、第3の quick look のサイロを全く必要としないのである。第3の quick look は、公正で明確且つ客観的な判断にのみ用いられる審理を示すのであり、そのような場合に効率的な合併事業が、疑いのある反競争的な影響の様相を呈する制限を内容とするとき、裁判所は、申立てられた制限が全体的にみて、どのような点で共同性に関係するかを認識するために、ある程度の注意を払う必要がある。ただ、そのような審理は、基本的な rule of reason 審理である。しかし、制限の事実が極めて確かであるならば、省略的審理が行われる可能性がある。⁽²⁴²⁾

6 バランス審理

Rule of reason の一般的な考え方は、時として、決まっているかのよ
うに、競争促進の効果と反競争的影響に関する「バランス」を要求する
と言われる。⁽²⁴³⁾ Hovenkamp は、このバランス審理を次のように捉えてい

(242) Hovenkamp, *supra* note 1, at 131. 筆者は、Hovenkamp が使用するサイロなる表現を他の論文では目にしていない。私の見落としかもしれないが、あえてこの言葉を使用した意図は、quick look にも様々な捉え方があることを示したかったのではないかと思っている。基本的な捉え方は、per se rule, quick look- rule of reason, rule of reason で十分であると考えられる。ただ、裁判所の表現の仕方によっても、微妙な点が異なり、あえてサイロという言葉で表現したと理解すれば良いと思われる。

(243) *See, e.g., United States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290, 321 (2d Cir. 2015), *cert denied*, 136 S. Ct. 1376 (2016) (裁判所は、バランス審理の必要性が、rule of reason 事例の要素であると述べている)；*ZF Meritor, L.L.C. v. Eaton Corp.*, F.3d 254, 273 (3d Cir. 2012) (裁判所は、排他的な割引事例における価格—コスト規準の創造が、「コスト以上の価格設定の競争促進的正当性とそれによる反競争的影響を判断できたのはバランス審理」の成果であったと示唆している)；*United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 59 (D.C. Cir. 2001) (裁判所は、通例通りに反競争的な危害が、競争促進的利益を上回るとの主張を原告に要求するバランス審理のアプローチを適用すると言明している)；*Am. Ad. Mgmt., Inc. v. GTE Corp.*, 92 F.3d 781, 789 (9th Cir. 1996) (裁判所は、rule of reason 審理がその制限と何らかの正当性あるいは制限の競争促進的效果のバランスによって決定するとして、不

アメリカ反トラスト法における合理の原則（2）

る。裁判所は、これらの声明をしたにもかかわらず、バランス審理における立証に10年以上も要しており、結果、バランス審理の実行を不可能にして実際の試みを僅かにしたのである。⁽²⁴⁴⁾ 裁判所がバランス審理を実施すると宣言しても、ほとんどの場合、最も明確な場合を除いて、裁判所の力量の範囲を超えて実施しているのである。消費者福祉規準の下でのバランス審理は、一般的な福祉規準よりも容易なため重要である。何故ならば、消費者福祉規準は、価格あるいは生産高の影響・効果のみの予測を要求するからである。ただ、このことは、特にバランス審理に先立って存在する挙証責任の転嫁の分析で審理した制限にとりて、バランス審理が容易であるという事でないのである。⁽²⁴⁵⁾

このように Hovenkamp は、バランス審理に対して実行性の観点から手厳しい評価をしており、Taft 判事のバランス審理に関して次のように述べている。

今から1世紀前、第6巡回区連邦高裁の William Howard Taft 判事は、*United States v. Addyston Pipe & Steel Co.* 判決⁽²⁴⁶⁾において、以下のように言明したのである。すなわち、ある裁判所は、取引制限の不合理性を決定する際に、その原則・per se rule を適切に緩和するには限界がある

合理であるとの立証を要求すると述べている)；*See also Eastman Kodak Co. v. Image Teck. Serv., Inc.*, 504 U.S. 451, 486-87 (1992) (Scalia 判事の反対意見は、rule of reason と per se rule における相違点が、先のバランス審理を要求するとの見解であった)。このバランス審理に関しては、筆者自身も注目しており、「第5章 Rule of Reason 訴訟の実態と再検討」として取り上げている。前掲註2、拙書『合理の原則』277頁以下。

(244) その決定について、バランス審理が稀であったとする論文については、以下を参照。実は、筆者もその論文は気に入り、拙書においても多数引用しており、rule of reason 審理の実態を筆者なりに明らかにしている。Carrier, *Bridging the Disconnect*, *supra* note 114, at 1364. この論文で、Carrier は、実際にバランス審理が行われたのは、rule of reason 事例でも4%であることを例証している。

(245) Hovenkamp, *supra* note 1, at 132.

(246) 85 F.271 (6th Cir. 1898).

として、その分析を誤って理解したのである。これらの裁判所は、「どの程度、競争の制限が公共の利益であるのか、また公共の利益でないのか」を決定する支配力を仮定することによって、「疑いをもったまま航海」⁽²⁴⁷⁾してきたのである。

この Taft 判事の警告は、*Chicago Board of Trade* 判決における rule of reason に関する Brandeis 判事のたびたびの批判的な声明と対照をなすのである。同事件における Taft 判事は、バランス審理がすべてであるとして、次のように述べている。

違法性の真の規準は、強制された制限が単なる制限なのか、そして制限によって競争を促進すると推定できるのか、あるいはそのような制限が競争を抑制するのか、それとも破壊することさえもあるのか否かである。そのような論点を決定するために、裁判所は、常日頃から制限が実施されたビジネスに特有の事実を考察しなければならないのである。すなわち、制限が強制された前後の状況、制限の本質とその影響・効果、現実的なのか可能性のレベルなのか。制限の歴史、悪魔が存在すると信じられていること、特定の救済に適用する根拠、目的及び達成しようとした目的、これらのあらゆる要素は関連事実である。このことは、良き意図が、他の方法では好ましくない規制であったり、あるいはその逆で悪い意図を確保するというものではない。むしろ、事実を解釈し、結果を予測する裁判所に資するかも知れないのである。⁽²⁴⁸⁾

(247) *Id.* at 283-84.

(248) *Chi. Bd. of Trade v. United States*, 246 U.S. 231, 238 (1918); *see also* *In re Sulfuric Acid Antitrust Litig.*, 703 F.3d 1004, 1011 (7th Cir. 2012) (rule of reason は、バランス審理において競争あるいはそれ以外の経済的価値を増加させるかもしれない、と主張された制限的な慣行に関して、その全般的な経済的な影響・効果の評価に道筋をつけるのである)。垂直的な制限に関する事例は、次を参照。*Cont'l T.V., v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 49 (1977) (rule of reason の下で、事実を認定する者は、事件のあらゆる状況を衡量するのである)。なお、Taft 判事の rule of reason 解釈について

アメリカ反トラスト法における合理の原則（2）

Hovenkamp は、これらすべてを関連事項とする Taft 判事の rule of reason について、そのような規準が、どのような有益さも提供しないと断言し、その理由は、その審理が、どの点を重点的に調査するかも与えなければ、重要な要素を認識する事さえもないと批判的である。⁽²⁴⁹⁾ 要するに、*Chicago Broad* 判決の定式化が批判的になったのである。複雑な領域において、反トラストの法廷が、投げかけられたボールをしっかりと見続けることは、本質的なことであり、消費者福祉規準の下で、そのことは、実際に生産高を制限し、価格を上昇させる制限に及ぶのである。そして、そのようなことは、合併事業の適法な機能を継続し続けることに対して全く本質的ではないのである。

バランス審理は、測定単位がないために概念的には、どうみても不可能である。すなわち、一方の価値がゼロのときでも、純粋なバランス審理は、通常の方法で作用するのである。しかし、原告と被告の価値が何らかの重要な事項を有するとき、我々は、そこからそれぞれを相殺する方法を考え出さなければならないのである。そうであるにもかかわらず、合併事案を除いて、どのような裁判所も実質的な数字、つまりドル換算による経済的な損益が、制限の反競争的な影響あるいは制限に対して提示された正当性に反映させるような評価をする試みをしてこなかったと思われる。rule of reason の観方において、極めて良い方法は、可能であるときはいつでも、バランス審理を回避することを意図しており、rule of reason を一連の連続した段階として捉えることである。バランス審理が機能しなければならないとき、消費者福祉の原則は、価格あるいは生産高のどちらかの測定できる単位を強く要求するのである。⁽²⁵⁰⁾

バランス審理を密接に機能させるようになる領域は、合併ガイドライ

ては、前掲註 2、拙書『合理の原則』14頁及び17頁（図表）で説明している。

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

(250) *Id.*

ンの下での分析である。このことを可能性にさせるのは、合併の違法性に対して設定された規準が、価格の影響であり、一般的な福祉の影響ではないのである。合併事案に関連する問題点は、競争上の危害と効率性の相殺の両者が考察された後、価格が上昇するのか、それとも下がるのかである。既に述べたように、もし rule of reason が理に適った方法で運用されるのであれば、一般的な福祉よりも価格あるいは生産高に焦点をあてた規準⁽²⁵¹⁾を利用することが、本来の審理なのである。けれども、これらの事案においてさえ、必要とされる影響・効果の測定は、困難である。このように Hovenkamp は、rule of reason におけるバランス審理が機能していないと指摘して裁判所の方向づけを否定する。

彼は、判例の中には、一種の「バランス審理」として rule of reason の挙証責任の転嫁の枠組みが存在するが、それが同じではないとして、次のように言及している⁽²⁵²⁾。例えば、原告が、一応有利な事例を立証できたか否かを決定するとき、裁判所は、原告の支配力と反競争的慣行の証拠が、十分な証拠（一定量の証拠）に値するとして、そのような状況を考慮したことに信頼を置くのである⁽²⁵³⁾。その時点で、たとえ決定的な証拠がなくても、正当性を立証するための挙証責任が転嫁されるのである。ただ、この要求は、何も意味をなさないし、競争促進的効果と反競争的影響に関する基本的な衡量さえも必要とされないのである。確かに、挙証責任の転嫁に伴い一連の証拠の段階は、バランス審理を回避する一つの試みである。「より制限的でない代替的手段」の段階は、金銭なのか

(251) 既述のように、Hovenkamp の主張は、rule of reason が用いられるのであれば、そのとき、消費者福祉の規準の審理でせよという事である。

(252) *In re NCAA Student-Athletic Name & Likeness Licensing Litig.*, 37 F. Supp. 3d 1126, 1136 (N.D. Cal. 2014). 本件では、競争に対する制限の危害が、制限による競争促進的な効果よりも重視するならば、「決定する際のバランス審理において……結論を導くための挙証責任の転嫁」を述べている。

(253) この点については、既述、前掲註111を参照。

アメリカ反トラスト法における合理の原則（2）

それとも福祉なのかの点について、正味の競争上の危害の量的側面を審理せずに、その判決を下すための試みの最終的な立証になるのである。重要な点は、金銭と福祉の相違点に価値を置くのではなく、より制限的でない代替的手段が存在する⁽²⁵⁴⁾のか、全く存在しないかを示すことである。

バランス審理のあるべき姿は何か。このことについて、Hovenkampは、次のように説明する。バランス審理を考えるより良い方法は、被告が、一応有利な反競争的な制限に対して競争促進的な説明を申し出てきたときが最後の手段であり、決してより制限的でない代替的手段を申し出てきたときではないのである。それができれば、基本的な挙証責任の枠組みができるようになる。そのとき、裁判所は、一応有利な事例において立証された反競争的影響が、開示された弁明によって十分に相殺されたか否かを決定しなければならないのである。この場においても、その証拠のレベルという点での厳しい調査は重要である。裁判所は、当該市場が、支配力に関して説得できる証拠と共に十分に画定されていること、そして高い価格設定あるいは反競争的な排除の脅威が明らかであることを確認する必要がある。同様のことは、提示された正当性の証拠にも当てはまる。期待するとは、たとえその可能性が排除されることはないにせよ、僅かな事例かも知れないが、その事例は、この厳格な調査を乗り切るであろうし、そのためにも、バランス審理が今でも要求される⁽²⁵⁵⁾のである。Hovenkampは、バランス審理を完全に否定するのではなく、期待を込めてバランス審理の厳格さを要求するのである。

American Express 判決において、第2巡回区連邦高裁は、原告の一応有利な事例の一部として基本的なバランス審理を要求して極端な反論を展開したのである⁽²⁵⁶⁾。本件は、「両側面をもった」市場を内容としており、

(254) Hovenkamp, *supra* note 1, at 134.

(255) *Id.*

(256) *United States v. American Express Co.*, 838 F.3d 179 (2d Cir. 2016), *cert. granted subs. nom Ohio v. Am. Express Co.*, 138 S. Ct. 355 (2017).

異なる2つの市場から収益を得る典型的な市場であり、代替できない市場参加者からなっていたのである。例えば、雑誌は、購読者と広告主の両方から収益を得ているかも知れない。

更に、2つの資源（購読者と広告主）は、お互いにその雑誌を通じて取引していることになる。すなわち、広告を増加させれば、広告収入を増加させる可能性はあるが、その過程において、広告を嫌がる購読加入者を遠ざけるかも知れないのであり、その結果、購読加入による収入を減少させる可能性がある。

このような場合と同様に、クレジット・カードの市場は、2つの側面を持っている。何故ならば、カードの発行は、カード保持者に対して支払額の大きさに応じて商品に課される手数料の額の大きさを相殺する必要があるからである。アメリカン・エクスプレスは、加盟店の高額な手数料を請求するが、他方でカード保持者に対しては気前の良い高価な特典を付与するのである。少なくとも、一部の加盟店は、よりコストのかからない支払方法を使用して顧客に割引を提供して、今後の顧客増に繋がる戦略をすることを好むと思われるが、政府が申立てた Amex の「自由に設定できない割引率」規約は、加盟店の割引を禁じるのである。加盟店は、取引額に応じて手数料を Amex に支払っており、加盟店が客に割引するのは加盟店の計算でやっており、それは自由である。しかし、この Amex の規約の結果、Amex カードの保持者は、自身らに高価な特典を付けてくれるため、より割安なカードへ変更するインセンティブを持たないのである。

政府の申立てを却下する際に、第2巡回区連邦高裁は、原告が「カード保持者と加盟店の両方」について、最初に「正味の危害」を立証する責任があると判示したのである。⁽²⁵⁷⁾ すなわち、加盟店に対する危害は、政府の一応有利な事例の一部として、カード保持者にとっての利益も考慮

(257) *American Express*, 838 F.3d at 206.

アメリカ反トラスト法における合理の原則（2）

したバランス審理によって実証しなければならないのである。⁽²⁵⁸⁾このことは、もちろん、定量化された危害と利益の両方が必要とされ、そのようなすべての事例において、バランス審理の必要性があり、それが効果的に行われるのである。さらに本件において、競争上の危害の挙証責任は加盟店側にあり、他方でその利益は、カード保持者に発生するのである。⁽²⁵⁹⁾このような形式的にみて2つの市場（Amex と加盟店並びに Amex とカード保持者）は、実質的には1つの市場なのである。というのは、Hovenkamp が、説明しているように（註258）、その形式的な2つの市場は関連市場ではなく、加盟店は Amex の行為を補完しているに過ぎないからである。勿論、補完市場を関連市場として捉える解釈も可能であるかも知れない。いずれにせよ、バランス審理は、丁寧に進めなければならないことを Hovenkamp は論じる。

(258) Hovenkamp は、裁判所が判断を誤った点を指摘している。すなわち、裁判所のアプローチは、二重に誤った。というのは、両者（加盟店とカード保持者）が、合理的な交換関係になく、当該市場で加盟店がカード会社に代わってする行為というよりも、補完（結果として、カード会社が補完する）行為として遂行するにもかかわらず、判決は、加盟店とカード保持者を同様の関連市場として位置付けたからである。See 2B AREEDA & HOVENKAMP, *supra* note 7, ¶565.

(259) 一つの市場で他の者の損失に対して一方が得られるというバランス審理において、その困難さを説明したものとしては、次のものがある。Gregory J. Werden, *Cross-Market Balancing of Competitive Effects: What Is the Law, and What Should It Be?* 43 J. CORP. L. 119, 140 (2017). Werden は、この論文においてシャーマン法の条文にクロス・マーケットに関する規制を示唆するものがないために、連邦最高裁が rule of reason に基づいて当該市場を直接にバランス審理で判断したことはないという。Robecca Haw Allensworth, *The Commensurability Myth in Antitrust*, 69 VAND L. REV. 1 (2016).

三 Rule of Reason 審理の範囲

1 Per Se Rule 審理の減少

反トラスト上の当然違法・per se rule の隆盛期は、1950年代と1960年代に起こり、その当時、効率性があったとみられたいくつかの競争者からなる合弁事業は、当然違法であると判断され、その理由となったのは、彼らが市場を分割したり、共同で取引を拒絶したというものであった。⁽²⁶⁰⁾ 垂直的な慣行である最低価格の設定や最高価格の設定などの再販売価格維持は、多くの抱合せの取決めのよう⁽²⁶¹⁾に当然違法であると判断されてきたのである。⁽²⁶²⁾ 10年間にわたって、垂直的非価格制限は、当然違法⁽²⁶³⁾であると考えられたのである。また、*United States v. Philadelphia Na-*

(260) See, e.g., *United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596, 608 (1972); *United States v. Sealy, Inc.*, 388 U.S. 350, 357-38.

(261) See *Radiant Burners, Inc. v. People's Gas Light & Coke Co.*, 364 U.S. 56, 659-60 (1961). 本件では、原告の危険なヒーターを容認する保険会社の協定を内容とした議論をしている。

(262) *Dr. Mikes Med. Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373, 396 (1911), *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007)。いわゆる *Dr. Miles* の原則は、*Leegin* 判決によって破棄されたが、その破棄にほぼ1世紀を要している。

(263) *Albrecht v. Herald Co.*, 399 U.S. 145, 153 (1968)。この判決は、*States Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1977) によって破棄された。なお、この間については、前掲註2、拙書『合理の原則』第3章「再販売価格維持と Rule of Reason」143頁以下参照。特に、再販売価格維持に対する連邦最高裁の判例の推移については、簡単な図表(同書、144頁)で説明している。

(264) *Fortner Enters., Inc. v. U.S. Steel Corp.*, 394 U.S. 495, 513 (1969) (*Fortner I*); *N. Pac. Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 4 (1958); *Times-Picayune Publ'g Co. v. United States*, 345 U.S. 594, 614 (1953)。これらの事件については、前掲註2、拙書『合理の原則』258頁・260頁で触れている。

(265) *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365, 372-73 (1967) は、*Cont'l T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977) 判決によって破棄された。この2つの事件は、rule of reason 審理において有名な事案である。

アメリカ反トラスト法における合理の原則（2）

⁽²⁶⁶⁾
tional Bank 判決の規準（test）の下で、合併当事者が一定の境目（しきい値）を超えて彼らが共有する場合、合併でさえも per se rule に準じた判断がなされたのである。⁽²⁶⁷⁾

この反トラストの法律学は、per se rule による判例の全てを破棄して来たことが明確である一方で、それらのほとんどすべては、今でも曖昧のままである。確かに、最高及び最低の再販売価格維持に対する per se rule 並びに垂直的非価格制限に対する per se rule は、すべて明確に破棄されてきたのである。ただ、ボイコットに目をやれば、少なくとも、2つの競争者が関与する状況に限定されてきているのである。すなわち、⁽²⁶⁸⁾純粋な垂直的なボイコットは、rule of reason に従うのである。ボイコット以外の領域に関して、Hovenkamp は、合併事業と抱合せの取決めに関する反トラスト上の取り扱いについて、連邦最高裁と下級裁判所が、たとえ基本となる判決が明確に破棄されていなくても、徐々に per se rule 審理をなし崩しにして来たと論じ、*Philadelphia Bank* 判決に影響を及ぼした合併の違法性に関する強力な構造上の推定は、たとえ市場構造が関連市場のままであろうとも、非常に希釈されてきたと指摘する。⁽²⁶⁹⁾

2 「あからさまの（露骨な）制限」対「附随的制限」

Per se rule の正しい適用は、一定の慣行が「分類」上、すなわち一

⁽²⁶⁶⁾ 374 U.S. 321 (1963).

⁽²⁶⁷⁾ *Id.* at 362; see Steven C. Salop, *The Evolution and Vitality of Merger Presumptions: A Decision-Theory Approach*, 80 ANTITRUST L.J. 269, 271-74 (2015). 本件について、Salop は、事実上の per se rule として、*Philadelphia Bank* 判決の規準を説明している。

⁽²⁶⁸⁾ *NYNEX Corp. v. Discon, Inc.*, 525 U.S. 128, 135 (1998). 本件において、第三者との取引を拒否する純粋な垂直的協定は、rule of reason の下で吟味されなければならないと判示している。なお、*Hannah's Boutique, Inc. v. Surdej*, 112 F. Supp. 3d 758, 770 (N.D. Ill. 2015). この事件では垂直的配給制限に対する quick look の適用を拒否している。

⁽²⁶⁹⁾ Hovenkamp, *supra* note 1, at 137.

団の集団⁽²⁷⁰⁾として、不合理であるとの判断に決定的に依存するのである。結果として、有罪の判断は、分類上、一団の集団に属する慣行がその集団の範囲内に正しく位置づけられていることを要求する。しかし、慣行の一定の分類に関する豊富な研究が示されてきたものの、多くの研究成果は、競争的に有益であったか、あるいは無害・良性であったかの代替的な説明であった。そして、それらの研究の顕著なものは、再販売価格維持、抱合せの取決め、そして合弁事業における水平的制限⁽²⁷¹⁾である。Hovenkamp は、このように per se rule 審理の対象領域を一団の集団、すなわち分類された範疇に入る顕著なものについて、競争上の観点からしか研究がなされていないと主張する。これまでの裁判所の判断に異議を唱えて、特に Frankfurter 判事の見解に疑問を呈している。

(1) 誤った事実審理

制限に関する特定の分類に入るものが、生産高を減少させ価格を上昇させる以外に、何らかの影響をほとんど有していない、と司法の経験が示すのであれば、当然の違法性・per se illegality は適切である。このことの根底にあるのは、経済的判断である。その判断もやはり、重視すべき事実であり、たとえある原則の究極の選択が法律問題を提示しようとも経済的事実は変わらないのである。何故ならば、それが事実であり、法律問題の提示が間違ってもあるからである。例えば、1949年の *Standard Stations* の事案において、連邦最高裁の裁判長であった Felix Frankfurter 判事の広範囲にわたって引用した声明を考察すれば、抱合せと排他的取引の間には「重要な経済上の相違」が存在したのであり、「抱合せ協定は、競争の抑制からかけ離れて、何らかの目的にほとんど

(270) ここでは、family group を「一団の集団」と訳したが、「類似するグループ」あるいは「本質的制限を有するグループ」とも訳せる。

(271) 分類上の不合理性に関する議論は、次の文献に詳しい。7 AREEDA & HOVENKAMP, *supra* note 4, ¶1509.

アメリカ反トラスト法における合理の原則（2）

資することがない」ことを露呈しているのである。⁽²⁷²⁾

Frankfuter 判事が取り上げた事実の注視は、痛ましいほどの誤りであった。第一は、塩注入措置の販売において、独占者でない者による抱合せ事案であった1947年の *International Salt Co. v. United States* 判決の判断に信頼を置いたことである。というのは、連邦最高裁が、特許の保持者が十分に支配力を確立していたと判示したために、塩注入装置（商品名：Lixator と Saltomat）に対する International Salt 社の市場占有率を決定しなかったのである。すなわち、抱合せにのみ注意を払い、市場占有率は一切考慮しなかったのである。抱合された製品は、独占状態をつくり出すのが不可能なありふれた日用品である塩であった。⁽²⁷⁴⁾ この状況で最良の評価をするならば、被告の販売額が、塩市場の2~4%であり、競合他社を排除できるだけの力を持っていなかったことの評価である。⁽²⁷⁵⁾ 抱合せは、品質管理に効果があるために、あるいは一つの分類として、消費者にとっては、しばしば有益である価格差別の形態に専念する可能性もあり、結果的に、品質管理と価格差別の両面で利用されてい

(272) *Standard Oil Co. v. United States*, 337 U.S. 293, 305 (1949).

(273) 332 U.S. 392. (1947). Frankfuter 判事が、*Standard Oil Co.* 判決(1949)の判断に際して根拠とした2年前の本件の概要は次の通りである。すなわち、被告である International Salt 社は、塩を処理し、それを様々な食品に混合・注入する専用の特許済機械を所持しており、同社は、当該機械をリースした者に、被告から機械を介して処理される塩またはタブレットをも購入するように要求した（塩注入機械に同社の塩を抱合せする）。原告である合衆国政府は、機械と自社製品の抱合せをシャーマン法違反で起訴し、それに対して被告は、機械で使用される塩の品質管理をするためには抱合せが必要であると反論した。裁判所は、シャーマン法がすべての抱合せを本質的に禁止しているとして、原告勝訴になったのが本件である。

(274) *Id.*, at 395-96.

(275) 2%と評価した論文は、Victor P. Goldberg, *The International Salt Puzzle*, 14 J.RES. L. & ECON. 31, 36 (1991) であり、4%と評価した論文は、John L. Peterman, *The International Salt Case*, 22 J.L. & ECON. 351, 351 (1979) である。

る可能性があった。*International Salt Co. v. United States* 判決において、「競争の抑圧」が何であれ、Frankfurter 判事は、決してそのことを確認しなかったのである。考えられることは、抱合せが、自由な市場から抱合わされた塩に相当する金額を排除したという事実はあるものの、大量の塩だけを販売する契約が行われていたと考えられ、抱合わされた塩は、僅かであったという事実である。

Hovenkamp は、Frankfurter 判事の見解について、皮肉交じりに述べている。判事の誤りは、他の判事に対して法に関する分類上の諸原則への飛躍を急ぎ過ぎないようにとの警告として役立つのである。⁽²⁷⁶⁾すなわち、per se rule の範囲が狭められ、rule of reason の範囲が増加傾向にあるが、十分に考え抜いた rule of reason 審理にしろ、per se rule の存在感が役立つことを意味しているのである。抱合せ行為に対する歴史的な記録は、常に混ぜ合わされてまちまちである。判事が判決文を書いたときでさえ、支配的な企業によって押し付けられたいくつかの抱合せは、不合理である排他的な影響を有した傾向が極めて多くみられたのである。そして、抱合せ以外のものは、無害か良性かのどちらかを一定の範囲で有していたが、やはり抱合せ以外のものも不確かな影響を有していたのである。抱合せの取決めが、競争の抑圧以外に「どのような目的にも資する」と示唆されたものは歴史上全く存在しないのである。どのようにも、1940年代の抱合せの取決めは、やはり十分に理解されてこなかったことを示唆している。⁽²⁷⁷⁾

Hovenkamp の見解は、抱合せに対する裁判所の判断が一定ではなく、抱き合わせの事例に対しても、市場占有率の多寡が重要であるとする。抱合せの行為は、すべて per se rule で審理するのではなく、当該市場の実態を注視して判断すべきであるとの考えである。

(276) Hovenkamp, *supra* note 1, at 138.

(277) *Id.* at 139.

（2）適法な共同行為に埋め込まれた制限

合弁事業、事業者団体、競合他社管理ネット・ワーク、そして、それら以外の共同組織は、通常、ネット社会と経済的利益に貢献するものである。勿論、共同組織であっても、構成員からなるすべての協定が、競争上、良性であることを必ずしも意味しない。rule of reason 審理の下で、多くの反トラストの判例法理は、共同行為・活動の文脈において特定の協定に懸念を示してきているものの、そのような組織の存在と一般的な適法性は、申立てられていないのである。⁽²⁷⁸⁾ このことは、反トラストの救済にとって重要な示唆である。問題解消の措置としての意味を持つからである。共同組織を申立てた制限が、適法なのか、それとも競争上有害であるのかの判断のとき、我々にとっては、それを判断する際の手段として必要であることも意味しているのである。いわゆる附随的制限のドクトリンは、この必要性を主張するのである。表面的には生産高を制限しているように思われるが、合弁事業の効果的な機能性にとって、その制限が必要であるとして、合弁事業の協定（共同行為）を免除することができるのである。

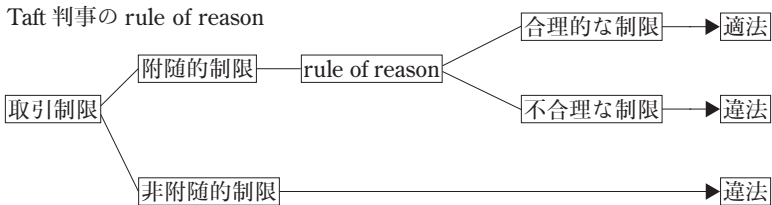
もし、その制限自体が競争を脅かすだけであるならば、その要件は、ある組織（協定による組織）の適法な行動に対して「附随的」制限の rule of reason が適用されるのである。そして、もしある特定の協定が競争上良性であるならば、そのとき、それは反トラスト法の下で適法であり、協定が附随的か非附随的に関係ないのである。例えば、カリフォルニア州歯科医師協会のような組織は、あらゆる組織の職務について、幹部にネクタイとビジネス・スーツの着用を要求すると決めている。ある歯科医師は、そのような規則が、専門職団体の特定の職務にとって合理的必然性があることに疑いの目を向けるかも知れないが、そのようなことは、要求されているスーツとネクタイが競争を脅かすとの考え方

(278) See ROBERT B7, THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF 26-33 (1978).

に信頼できる理由を見つけ出せなければ、関係ないのである。

Rule of reason の分析に対する一つの重要な貢献は、附随的制限のドクトリンを展開した Robert Bork であった。⁽²⁷⁹⁾ Bork は、*Addyston Pipe* 判決における第6巡回区連邦高裁判事であった Taft 判事の判決が、附随的制限論の出発点であったとみる。⁽²⁸⁰⁾ 事実、彼は、Taft 判事の議論を詳細に読んでおり、そこでの議論は、何故に統合されていないメンバー間の価格決定がカルテルとして当然違法であり、他方でパートナーシップのような適法に認められた組織体のメンバー間の価格決定が、違法ではないのかに終始したのである。⁽²⁸¹⁾ このとき、Taft 判事は、パートナーシップの範囲において、共通価格の設定が必要であったかもしれないが、その価格決定は、パートナーシップという中核となるビジネスにとって、それは、「附随的」であろうと指摘したのである。Bork は、後に自身が特別区控訴裁の判事であった頃にこの相違点を更に展開している。⁽²⁸²⁾ ここで、Taft 判事の附随的制限論を整理（図表3）すれば、以下ようになる。

図表【3】



< 拙書『アメリカ反トラスト法における合理の原則』17頁から引用 >

この附随的制限のドクトリンは、rule of reason の適用にあたって包

(279) *Id.*

(280) *See United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F.271 (6th Cir. 1897).

Taft 判事は、後に合衆国の副大統領と大統領になっている。また、彼は、連邦最高裁の裁判長にもなっている。Hovenkamp, *supra* note 1, at 139.

(281) *Addyston Pipe*, 85 F. at 290-91.

(282) *See Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc.*, 792 F.2d 210, 224, 229-30 (D.C. Cir. 1986).

アメリカ反トラスト法における合理の原則（２）

括的な方法（最初から rule of reason の適用）ではない。むしろ、分析手法の初期の段階（その取引制限を附随的制限であるとみたとき）に適用されるべきである。訴訟において、附随的制限は、原告が、価格決定、生産高制限、あるいはパートナーシップによって協調的に排除される特定の制限を認識することを要求する。すなわち、原告は、競争上の危害の原因を申立てることである⁽²⁸³⁾。

その後、被告は、彼らのパートナーシップによるビジネス上の取決めが、合弁事業のための規定あるいは統合またはネット・ワークなどのように適法な目的を有し、申立てられた制限が、そのような目的にとって附随的であったと立証するように試みるのである⁽²⁸⁴⁾。例えば、２つの大規模な石油精製会社が、共同で所有する精製所を稼働させたとき、同所が生産する代替ガソリンは、両社と取引するディーラーに同じ価格で販売しなければならなかったのである⁽²⁸⁵⁾。対照的に、附随的制限のドクトリンは、NCAA 判決では全く適用されなかったのである。その理由として、被告は、全米に放映されるゲームに対する制限が、その合弁事業の機能について合理的に必要であったと説得できる主張を全くしなかったからである。むしろ、被告の答弁は、その制限があからさまの制限であったと示唆したのである⁽²⁸⁶⁾。

(283) See, e.g., *Texaco, Inc. v. Dagher*, 547 U.S. 1, 5. (2006).

(284) *Id.* at 7.

(285) 連邦最高裁は、*Dagher* 判決における附随的制限のドクトリンを検討している。See *Dagher*, 547 U.S. at 507.

(286) See *NCAA v. Bd. of Regents*, 468 U.S. 85, 109-17. 本件については、筆者も説明している。若干補足しておく。「NCAA 判決において、下級裁判所は NCAA の行為を当然違法であるとしたのみであったが、連邦最高裁は、NCAA の放映権制限を直ちに当然違法とせず、その制限が、独立した単体のものでなく、その代わりに大学フットボールを生産した合弁事業に附随したものであるとし、それを附随的制限として審理せずに、たとえ附随的であろうとも、そのような制限は、先例の下で当然違法である旨を示唆したのである」。前掲註 2、拙書『合理の原則』83頁。

このような NCAA 判決の rule of reason 審理について、Hovenkamp は、良好な審理とはいえないとして、次のように、持論を整理している。すなわち、①主張した統合的な活動が、真実でないのかそれとも虚偽なのか、②たとえ、その主張した統合的な活動が適法であろうとも、申立てた制限が、その活動にとって合理的な必然性はなかった、あるいは、③たとえ、申立てた活動が、その合併事業の活動にとって合理的に附随的であろうとも、反競争の影響は実質的であり、しかもより制限的でない代替的手段が入手可能であった、と主張すべきである。⁽²⁸⁷⁾

このように提案する Hovenkamp は、rule of reason 審理で適法・違法を判断するためには、主張と反論が、かみ合うことが重要であると論じ、⁽²⁸⁸⁾そして、もしその収益性が、市場支配力の存在に依存するのであれば、当該制限は、「あからさま」である。そのような定義づけから始めるならば、最良の方法は、何故、その制限が利益になるのかを説明させることであり、その制限が、生産物あるいは成果、つまり施設の改善あるいは配給制を確実に改善し顧客に受け入れられるのであれば、そのとき制限は、附随的として扱われるべきである。逆に、その収益性が、量的あるいは質的側面によって生産高を減少させることに依存するのであれば、その制限は「あからさま」の制限である。⁽²⁸⁹⁾NCAA 判決の文章をほぼそのまま引用する Hovenkamp は、次のように持論を展開する。すなわち、ある制限が、同時にこれら両方の事実（顧客に歓迎される事と生産高を減少させる事）を実行する可能性があることに留意すべきである。

(287) Hovenkamp, *supra* note 1, at 141.

(288) ただ、③のより制限的でない代替的手段については、合併事業による制限に代わる具体的な内容については論じていない。もっとも具体的に例示されたとしても、その審理の評価は困難であるとし、その審理は、rule of reason 審理であれば評価が可能であると論じる。そうであれば、合併事業に代替する組織、あるいは、合併事業であれば、制限の方法、すなわち、より制限的でない代替的手段は、具体的に何なのか。例示はない。

(289) See NCAA, 468 at 109-17.

アメリカ反トラスト法における合理の原則（２）

このとき、反競争的影響と競争促進的効果のどちらかを重視しなければならない場合に *rule of reason* が適用されるのであり、もし制限の唯一の事実が生産物（成果物）の改善であるならば、その制限は適法である。⁽²⁹⁰⁾

次に、Hovenkamp は、連邦最高裁のある試みを冷ややかにみている。すなわち、連邦最高裁の *Dagher* 判決は、合弁事業と特別な合弁事業を区別することによって、附随的制限のドクトリンにいくつかの混乱をもたらし、同最高裁は、そのドクトリンを特別な合弁事業にのみ適用されることを示唆したと指摘するのである。⁽²⁹¹⁾ 連邦最高裁は、その製造物に対して共通の価格設定をする 2 社だけの精製合弁事業を容認し、両者の合弁事業に参加している Texaco と Shell のディーラーに販売したのである。この合弁事業を容認した連邦最高裁の考え方からすれば、その価格設定は、合弁活動の一環（*venture activities*）であり、その結果として、附随的制限のドクトリンを持ち出すまでもなく適法であるとみなさなければならないのである。何故ならば、その合弁活動は、単一の企業のように効果的に作用したからである。⁽²⁹²⁾ そのような考え方からすれば、NCAA における全米 TV 放映ゲームの制限は、「合弁の活動」ではなかったことを示唆する。というのは、NCAA 判決では最高裁が、あからさまの取引制限と判示したからである。⁽²⁹³⁾

しかし、TV を媒介とした大学間（大学対抗）のフットボール放映の本質的な部分は、TV 放映契約の交渉事である。そして単体の組織体である NCAA は、各チームの利益になる為には、どの方法によることが、放映を望んでいる者にとって最も良い割当てになるかを決定しなければならないのである。要するに、このことは、大学フットボールファン

(290) Hovenkamp, *supra* note 1, at 141.

(291) See *Texaco, Inc. v. Dagher*, 547 U.S. 1, 7-8 (2006). 裁判所は、その附随的制限のドクトリンにつき、申立人が、いかなる適用もないと主張することに同意すると述べている。

(292) *Id.* at 6.

(293) NCAA, 468 U.S. at 113-15 (1984).

(一般消費者)のための行為であって、NCAAの利益の為ではなかったのである。Hovenkampは、NCAA判決に納得のいかないとの見解を示す。

また、*Dagher*判決についても、彼自信の見解を述べている。すなわち、*Dagher*判決を概観する良い方法は、合弁事業として製造されたものはガソリンであるが、そのガソリンは、それぞれの企業が、その後、企業自身の特色を持った付加価値製品(添加物を入れた製品)を供給したとみることである。共通の製油所から作られた共通の製品は、単一価格で最初の買い手(一次購入者)に販売されるであろうし、別法人であるディーラーは、その後の取引で価格を決定したとのいかなる示唆もなかったのである。⁽²⁹⁴⁾ そのような経緯があるにもかかわらず、裁判所は、*Dagher*社を典型的な附随的制限の事案にしたのである。

更に、Hovenkampは、*Dagher*判決に納得のいかない点を挙げている。*Dagher*判決が引用しなかった*Addyston Pope*判決でのTaft判事の説明は、附随的制限のひとつの事例として、一定の制限に関して、合弁事業が共同の活動である以上、非合弁事業とは相違する点をTaft判事は示唆していたのである。したがって、例えば、パートナーシップという協調関係は、パートナーに対して別の事業に専念することを禁止し、競争回避の協定を強制していた可能性⁽²⁹⁵⁾がある。しかし、そのような制限は、ある合弁事業に対して附随的制限として取り扱うのか、それとも附随的制限として取り扱わないのかの要件にとっては、単に小さな要因に過ぎないのである。パートナーシップは、やはりそのパートナーに対して共通の価格設定計画をすすめる可能性もあり、その点についても、たとえ

(294) See *Dagher*, 547 U.S. at 6-7.

(295) See *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F.2d 271, 280-81 (6th Cir. 1898). 本件で、裁判所は次のように述べている。共通の企業における彼らの完全な努力を保証するとの観点から、そのメンバーの事業活動のパートナーシップ条項における制限は、もちろん、その結合体の主たる目的にとっては、単に附随的に過ぎないのである。

Dagher 判決の下で明らかな合弁の活動であろうとも、それは、附随的であると⁽²⁹⁶⁾考えられる。*Taft* 判事の附随的制限論をあいまいにした *Dagher* 判決を振り返り、*Hovenkamp* は、次のような提案をする。

合弁事業の文脈において、附随的制限に関する賢明な出発点としての定義は、合弁事業自身の用語に対してほぼ間違いなく競争促進的であるのか、それとも当該事業の固有な機能にとって合理的に必要であったと定義するかのどちらかである。そのような場合、制限は、合弁自体の事業（NCAA 主催のゲーム数の制限など）になり得るのか、あるいは特別な合弁事業（NCAA に属さないゲームのときに、NCAA 公認選手の出場機会を制限する規約）になり得るのか。*NCAA* 判決で明らかにされたように、⁽²⁹⁷⁾多くのゲームに対する規約を特徴づけることによって、連邦最高裁は、実際に2つのことを言明している。第一として、NCAA の合弁事業は、まさに協会の成功にとって、この特定の制限（規約）に依存していたとする、ほとんどあるいはいかなる証拠も存在しなかったのである。第二として、その制限は、生産高（放映時間・量）を減少させることによって、ある市場をカルテル化することに効果があり、有益⁽²⁹⁸⁾であった。

形式的に「生産高減少」という規約は、合弁事業に特有の機能にとってほとんど常に必要とされるものである。例えば、NCAA は、公式ゲームのうち、シーズンごとにゲームの数、競技場にいることができる選手の数⁽²⁹⁸⁾を制限しなければならないのである。当時の2時間というゲームの時間は、現在の3時間よりも多く、選手は、実際には6時間に匹敵するぐらい競技場を走り回る為に、より多くの広告の機会をつくりだしたと思われる。

ただ、これらの制限は、ゲーム自体にいくつかの制限を設定する必要

(296) *Hovenkamp, supra* note 1, at 142.

(297) *NCAA*, 468 U.S. at 110.

(298) *See id.* at 104-07, 114.

があるため、附随的な制限である。例えば、授業時間などの関係から、その制限は、学生選手が競技できる時間に制限を設定する必要があった。このことは、伝統的に行われている生産体制である合弁事業に当てはまるものである。自動車を共同で生産すると決定したとき、GMとトヨタは、生産台数を決定しなければならないが、両社が選択した台数は、その数が多くならないようにしなければ、競合他社から攻撃を受ける可能性がある⁽²⁹⁹⁾。

合弁事業あるいは他の企業によって推奨された価格に影響を与える協定は、裁判所にとって、その判断には常に困難さを伴うのである。多くの場合、論点となるのは、合弁事業のメンバーによって生産された製品の代替可能性である。価格協定は、合弁事業が代替製品の製品づくりに関与しているとき、附随的として適切にみなされるのである。そのような解釈は、*Dagher* 判決においてなされたのであり、その事件において、合弁による精製は、ガソリンを生産したのであり、それは、*Appalachian Coals* 判決で解釈された石炭販売の合弁販売代理店に対して採用されたものとまさに同じ考え方であった⁽³⁰⁰⁾。数十に及ぶ炭鉱会社を代表する一般的なディーラーは、おそらく石炭が運ばれて来た特定の鉱山を確認するまでもなく、単一の製品として販売したものと思われる。いつでも、その価格が市場の状況によって左右される一方で、合弁事業の参加者の誰の石炭が販売されているかに依存することはないのである。もしそうであるならば、低価格の売り手は、最初に低価格のすべての石炭を販売し、

(299) See Carl Shapiro & Robert D. Willing, *On the Antitrust Treatment of Production Joint Ventures*, 4 J. ECON. PERSP, 113, 117-18 (1990). この論文において、彼らは、議会がライバル企業間の共同生産活動の反トラスト法の扱いを変更するためのいくつかの法案を検討していることについて、生産合弁事業に関する現在の反トラスト法および執行方針は非常にうまく機能しており、イノベーションまたは「競争力」の障害とはみなされないと結論づけている。

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

アメリカ反トラスト法における合理の原則（2）

その後、2番目に低価格の石炭を販売するであろう。

対照的に、製品が差別化されている場合、個々の価格設定は、その合弁事業の運営に一致している可能性がある。例えば、複数の自動車メーカーは、共通の検査コースや研究開発施設あるいは一定の構成部品のための生産施設さえも建設するかも知れないのである。しかし、各社が異なる自動車を生産すれば、彼らが、価格を決定しなければならない如何なる理由も存在しないのである。そのために、幾つかの事例では、合弁による価格の設定を要求した製品を共有したものの、それ以外の点で共有した形跡は見られなかったのである。

更に、その合弁から切り離された2つあるいはそれ以上の取引先の価格を決定することは、かなり疑わしいのである。例えば、代替（交換可能）ガソリンに対する *Dagher* 判決での合弁事業による共通価格の設定は、合弁からディーラーへの最初の取引において完全に理に適っていたのである。しかしディーラー自身は、別法人であり、重視すべき反論もなく、競争というのは、合弁事業者よりも、その取引先の業者によって利幅を考慮したうえで価格を決定すべきなのである。⁽³⁰¹⁾

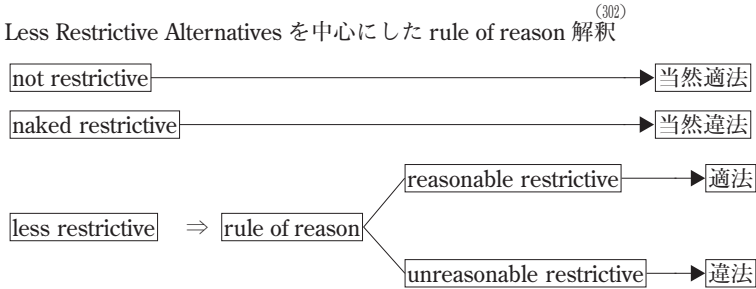
この *Hovenkamp* の考え方を簡潔に要約するならば、合弁事業にはそれなりの共通性・共同行為が組み込まれているが、それをカルテルとして問題にするのではなく、その合弁事業者と取引するディーラーとの問題である。従って、合弁事業それ自体を共同行為として捉えれば、そのメリットが活かせず、かえって競争を委縮させる効果になりかねない。合弁事業のような組織体には、当初から共同性が本質的に内在する。これを違法とする明確な根拠はないという事に尽きる。

合弁事業のような共同性を容認する前提で *rule of reason* によって解釈すれば、そのような組織は、「less restrictive・弱い制限」であり、less restrictive alternatives を中心にこれを図示（図表4）すれば以下のよう

(301) *Hovenkamp, supra note 1, at 144.*

になる。

図表【4】



3 救済策（問題解消措置）

反トラストの衡平法上の地位は、極めて範囲が広く、政府に対して反トラスト上の違反を「阻止・抑止」する権限を与えており、私的な当事者が、反トラスト違反による「脅威や損害」に対して、脅威に対する差止めや損害賠償を得ることも認めている。⁽³⁰⁴⁾ これら2つの規定における一

(302) Less Restrictive Alternatives は、一般に「より制限的でない代替的手段」と訳される。この訳語につき、筆者は、疑問に思っている。というのは、Not Restrictive Alternative であれば、「いかなる制限的な代替的手段もない」となる。しかし、Less Restrictive であれば、「制限は存在するがそれほど強い制限ではない」あるいは「弱い制限」となる。従って、Less Restrictive Alternatives を「より制限的でない代替的手段」と訳すと制限が存在するのかもしれないのが判然としない（日本語訳は難しい）。そうであれば、「弱い制限の代替的手段」と訳するのが理解しやすい。つまり、制限はあるが、rule of reason 審理によって、附随的制限（弱い制限）として捉えられ、それに代わる制限であって、経済的事実に基づき、容認する（適法）か、容認しない（違法）ことになる。これが Hovenkamp のいう rule of reason でしかできない手法である。そのように解釈すれば、ある程度は納得がいく。

(303) 15 U.S.C. §25 (2012).

(304) *Id.* §26（何人も、企業、会社もしくは団体は、反トラスト法の……違反によって脅威に基づく損失あるいは損害に対して訴訟の提起並びに差

アメリカ反トラスト法における合理の原則（2）

つの重要な相違点は、私人に対する衡平法上の救済が、私人である原告⁽³⁰⁵⁾を実際に損害のおそれのある反トラスト法違反に限定されることである。他方で、政府は、政府に対する損害を立証することなく違反を抑止する⁽³⁰⁶⁾広範囲な執行権限を有している。

しかしながら、どちらの場合の規定も、裁判所から衡平法上の救済を得る権限は、反トラスト法違反に限定されるのである。シャーマン法などの制定法は、些細な側面が反トラスト法違反を含んでいるとの単純な理由により、複雑な事業体あるいは結合体の解散を命令する権限がないのである。制定法の文言は別に置き、効率的な執行の原則は、違反とされてこなかった合弁事業が、社会的に価値ある存在とされれば、その価値の範囲を可能な限り広めるべきであり、競争上有害とされる制定法の規定から支障をきたすことがなければ、少なくともそれらの規定から分離すべ⁽³⁰⁷⁾きである。このように主張する Hovenkamp は、次のように合弁事業の社会的価値を述べる。

合弁事業における制限が、入念に調査された合弁事業の一部であるとき、特別に企図された救済策は、社会的に価値ある行動のあらゆる形態あるいはそのほとんどを機能させ、それを守るようす⁽³⁰⁸⁾べきである。他方で、有害な行動は、制限するか排除す⁽³⁰⁸⁾べきである。

（1）複雑な活動に対して区分された救済策

司法上の救済策を分離したり限定する権限は、反トラストの歴史上かなり考え出されてきたのである。このことは、衡平法が、コモン・ローと制定法を補う法であることを考慮すれば理解しやすい。例えば、最初

止めによる救済の資格を有するものとする）。

(305) *Id.*

(306) 15 U.S.C. § 25.

(307) Hovenkamp, *supra* note 1, at 144.

(308) *Id.*

の事例として、鉄道運賃を決定していたことを反競争的観点からみれば違法とする案件であったが、その行為は、まさに効率的であったとして、決定された運賃を除いて合弁事業に関係していたことを長所として判断したのである。⁽³⁰⁹⁾すなわち、州際通商委員会と第8巡回区連邦高裁がその見解を述べたように、合弁事業の主たる目的は、ほとんどの鉄道が1つの州内で運営されているために、長距離輸送を促進することであった。州をまたぐ輸送は、ある路線から次の路線へ移管する必要がある為、合弁事業では、運送計画、荷物輸送、軌道幅、更には運賃も含めてそれらの諸点について協定を必要としたのである。⁽³¹⁰⁾1890年代、代理店は、鉛筆と紙を用いた作業で運賃を計算したのである。もし荷物が複数の鉄道間に出荷されたならば、その代理店は、全体の行程に要する料金を計算する必要がある。結果として、州際通商委員会と第8巡回区連邦高裁は、鉄道会社が、料金を設定する「共通の権限」が必要であり、その権限は、⁽³¹¹⁾鉄道間の輸送と計画を促進するとして認めたのである。それにも拘わらず、政府は合弁事業の解散を要求し、連邦最高裁は、その要求に応じたのである。⁽³¹²⁾この政府の姿勢について、Hovenkampは、合弁事業のあらゆる利益が、⁽³¹³⁾の反競争的影響だけの観点から失われたと批判する。

1890年代と比較して20世紀の頃の動向をみれば、連邦最高裁のNCAA判決は、⁽³¹⁴⁾当時と比べて際立った対照をみせる。争点は、どのチームも1年間に提供されるフットボール・ゲームのうち、全米に放映されるゲー

(309) *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290, 341 (1897).
 なお、合弁事業の効率性について、Hovenkampが自ら執筆している。Herbert Hovenkamp, *Regulatory Conflict in the Gilded Age: Federalism and the Railroad Problem*, 97 *YALL L.J.* 1017, 1040-43 (1988).

(310) *See Hovenkamp, supra* note 1, at 140-43.

(311) *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 58 F. 58, 76-80 (8th Cir. 1893).

(312) *Trans-Missouri*, 166, U.S. at 297-300.

(313) *See Hovenkamp, supra* note 1, at 145.

(314) *See NCAA v. Bd. of Regents*, 468 U.S. 85, 120 (1984).

アメリカ反トラスト法における合理の原則（2）

ム⁽³¹⁵⁾の数を限定する規約であった。協会参加大学と連邦最高裁は、全体的にみて、NCAAが、大学間スポーツの運営にとって不可欠であったこと、そしてまた、大学間スポーツを運営するには、多くの調整された規約の作成が要求されるものであると容認したのである。確かに、最初に提訴した（原告である）オクラホマ大学は、フットボール・チームとして大いに成果をあげたNCAAのメンバー⁽³¹⁷⁾であった。同大学は、NCAAの解散を望んだわけではない。むしろ、全米に放映されるチームごとのゲーム数を制限する規約の条項を問題にしたのである。要求された救済手段は、4つのゲームに制限した運営方法に対するもので、狭い範囲の差止命令⁽³¹⁸⁾であった。最近の事例であるO'Bannon判決は、類似の事例であり、誰ひとりとして、NCAAの解散を求めなかったのである。むしろ、原告であるNCAAは、NCAA傘下の選手への報酬に関する規約を強制的に変更し、また、協会加盟大学の大学名と肖像のライセンスからの収益の一部⁽³²⁰⁾を選手に分配するように強制することを望んだのである。

Hovenkampは、本事例について次のように述べている。そのような事例における公平な救済手段の範囲が狭いのは、概して合弁事業が社会的に有益であり、それを維持する価値があるとの仮説に基づいたのである。ただ、裁判所は、救済手段を容認する前に、申立てられた規約が価格あるいは生産高に影響を与える可能性があるのか否か、そして、もし

(315) *Id.* at 94.

(316) 被告側は、協会加盟大学間の競争を促進するとしてNCAAの主張を認めたのである。したがって、事実は、本事例が価格と生産高の面で競争する協会加盟大学のメンバーの能力を制限する内容を含んでいたにも拘わらず、彼らの競争上の特徴である公正な審理には、その制限に対するNCAAの正当性に関する考察が必要である。See, e.g., *id.* at 103.

(317) See *id.* at 107, n.33. Complaint at 12-13, Bd. of Regents v. NCAA, 546 F. Supp. 1276 (W.D. Okla. 1982) (No. CIV-81-1209-E), 1981 WL 760127.

(318) NCAA, 468 U.S. at 94.

(319) 802 F.3d 1049 (9th Cir. 2015), *cert denied*, 137 S. Ct. 277 (2016).

(320) See *id.* at 1060-61.

その可能性があるのであれば、その規約が合弁事業の機能にとって合理的にみて「附随的」であるか否かを決定しなければならない。連邦最高裁の *NCAA* 判決は、その規約（制限）は必要なかったと判示し、⁽³²¹⁾ 申立てられた規約を「あからさまの」制限と呼び、その規約そのものには問題があるものの、合弁事業としての有益性を持ち合わせていたと説明したのである。⁽³²²⁾

反トラストの事例の多くにおいて、連邦取引委員会や下級裁判所は、明らかにあるいはほぼ間違いなく競争促進的である行為に附随した制限に「quick look」の分析を容認してきている。裁判所は、反競争的である被告の行動について、競争を促進するための制限を認識しなければならないのであり、概して、合弁事業によるそのような協定を分離して審理をしようと試みたのである。⁽³²³⁾

このような事例において、その救済手段は、差止命令なのか損害賠償なのか、あるいはその両方でなければならないのかの問題がある。このことについて、Hovenkamp は、Posner の見解を紹介しており、一般的な問題として、取引費用が比較的に低額な場合、当事者は、効果的な結果を得るために交渉ができるため、差止命令を選択する。⁽³²⁴⁾ 対照的に、取引費用が高額な場合、裁判所がそれを算出する合理的な根拠があると仮定すれば、損害賠償が選択される。⁽³²⁵⁾ ただ、このアプローチが反トラスト

(321) 後に、*NCAA* の反論を拒否している。

(322) See Hovenkamp, *supra* note 1, at 146.

(323) 附随的制限として捉えた場合に、その審理を *rule of reason* の下で *quick look* によって更なる調査を要しないとの考え方である。附随的制限であるから、その制限を容認して審理をすすめる方法である。ここでは、バランス審理が用いられることになり。反競争的影響と競争促進的効果が天秤にかけられることになる。このことに関してよく引用される事例は、*Polygram* 判決である。本件については、前掲註2、拙書『合理の原則』50頁、54頁、76頁、136頁を参照されたい。

(324) RICHARD POSNER, *ECONOMICS ANALYSIS OF LAW* 86, 88 (8th ed. 2011).

(325) *Id.* at 86.

アメリカ反トラスト法における合理の原則（2）

事例において適切か否かは、興味のある論点である。このように論点を挙げた Hovenkamp は、競争による損害について、それは、反トラスト訴訟における当事者でない多くの利害関係人に影響を与える典型的なものであるとして、事例を挙げる。例えば、NCAA 判決において、反トラスト法違反を非難する根拠は、テレビ放映されるフットボール市場における生産高の削減と消費者の損害であった。⁽³²⁶⁾しかし、本件それ自体は、NCAA という組織のメンバーを制限した内輪採めの議論であった。⁽³²⁷⁾そのために、当事者の誰もが消費者の声に耳を貸さなかったのである。⁽³²⁸⁾

それにも拘わらず、そのような事例における最適な損害賠償は、消費者も含めた損害を被ったあらゆる当事者に補償するだけの十分なものでなければならないのである。合弁事業に係る反トラスト事例の最適な損害額は、死重的損失以上の独占的な過剰請求の額に匹敵するのである。しかし、これらの計算をすることは、差止めという行政上の方針を優先してそれを提示しても、極めて困難である。⁽³²⁹⁾

更に、職権による3倍額損害賠償は、差止め命令のみの救済に対して訴訟を起こすインセンティブになるものの、この賠償は、効率的な計算を歪めるとして、Hovenkamp は否定的である。その理由について、彼は、次のように説明している。すなわち、例えば、被告の慣行（死重的損失に過剰な請求分）に対して、損害は年間1,000ドルで、被告に年間1,200ドルの利益が生じると仮定する。単純な損害額の規定では、被告が損害を支払うが、それでも200ドルの利益がある。この理由で、被告はその

(326) See NCAA v. Bd. of Regents, 468 U.S. 85, 120 (1984).

(327) See Complaint at 2, 3, Bd. V. NCAA, 1981 WL 760127 (W.D. Okla., Sept. 8, 1981) (No. CIV-81-1209-E).

(328) Hovenkamp は、次のように述べている。すなわち、本件の当事者は、大学と NCAA 以外の61の大学からなるフットボール協会による集団訴訟であった。誰も消費者が当事者であることを認識していなかったのである。See Hovenkamp, *supra* note 1, at 147.

(329) See, *id.*

行為を続行するであろう。うまく機能している市場において、当事者は、予想される差止命令について交渉し、被告は、1,000ドルから1,200ドルの間でいくらかの金額を支払い、事業を継続するであろう。これらの結末のどちらも、効率的である。しかし、職権による3倍額損害賠償によれば、損害額は3,000ドルになる。したがって、たとえ効率的であろうとも、被告は、その事業を中止する傾向が極めて強いと考えられる。⁽³³⁰⁾

所与のものとして、3倍額損害賠償及びあらゆる損害賠償を含め既存の法律を前提にするならば、最適なアプローチは、差止命令止を容認することである。その際、競争を傷つける行動を抑止するように狭義に調整することである。しかし、そのこと以上に、過去に行った危害に対し、危害を被った当事者の損害に寄り添うことである。⁽³³¹⁾

(2) 公平な救済策：「一方的な行動」対「協調的な行動」

協調的な行為は、単独的な行為よりも、公正な救済を調整するうえで本質的により貢献する。このことは、行為の2つの類型を区別するために決定的に重要な意味を持つのである。ただ、論点は、一見して思うよりも複雑である。一般的な課題として、裁判所は、所有者が複数の株主からなる組織あるいはシャーマン法第1条では到達できない資産が複数の法人子会社からなる組織を単体の法人として扱うのである。対照的に、契約によって参加した者で重要なビジネス上の意思決定力を保持している個々のメンバーは、個人として扱われ、シャーマン法第1条が適用さ

(330) この点について、例えば Kaplow は、次のように述べている。彼は、反トラスト法の執行機関である合衆国と EU の両機関を批判している。その理由は、両機関の選好順位が一方的な排他的慣行に対する差止命令だからであり、最適な制裁金や3倍額損害賠償を計算することの困難さに言及していないからである。勿論、3倍額損害賠償は立法であり、それらは廃止される可能性もある。See generally Louis Kaplow, *On the Relative of Market Power*, 130 HARV. L.REV. 1303, at 1365 n.143 (2017).

(331) See Hovenkamp, *supra* note 1, at 148.

⁽³³²⁾
れるのである。

企業は、一方的と考えられる多面的な協定を結び、企業の行動あるいは構造を隠蔽するために法制度の利点を採用する可能性がある。例えば、合併事業のメンバーは、彼らの事業上の割当て部分を指示される普通の会社の株主になるかも知れないのである。しかし、このことは、合併事業が独立した利潤最大化を目指す事業体であるという事実を変えるものではない。連邦最高裁は、ほぼ55年前の *Sealy* 判決及び *Topco* 判決のそれぞれの事例において認識したのであり、それらの両事件は、合併事業の株主であるメンバーにより設立された合併会社に対して、シャーマン法第1条が適用されたのである。⁽³³⁴⁾このようなことは、*Visa* と *Master* が、競争関係にある銀行が株主であり、そのためにそれぞれの株主の意向に沿って遂行した場合でさえも、単体の企業として扱って審理したのである。⁽³³⁵⁾そのことは、連邦最高裁の *American Needle v. National Football League* 判決においても同じことが言える。⁽³³⁶⁾同事件において、単体の会

(332) *Am. Needle, Inc. v. Nat'l Football League*, 506 U.S. 183, 196 (2010).

(333) 368 U.S. 350 (1967). 本件は、ベットやマットレスの製造業者をメンバーとする団体・*Sealy* が、その保有する商標を加盟製造業者にライセンスしており、商標ライセンス契約に問題があった。①小売業者に再販売価格維持を実施させること、②ライセンシーに対して排他的テリトリーを割り当てること。この契約が、シャーマン法第1条違反として本件に及んだものである。連邦地裁では、①を違法としたが、②の地域分割を適法とした。しかし、連邦最高裁は、②についても違法とした。

(334) *United States v. Topco Assocs.*, 405 U.S. 596, 598, 608 (1972); *id* at 352, 357-58. 本件は、大企業に対抗するために結成された中小企業のカルテルが問題になった。*Topco* は、中小のスーパー・マーケットの為に構成された共同仕入機関であった。問題となったのは、*Topco* への加盟条件には排他メンバー方式の制限条項であった。この方式は、メンバーに1地域だけが割当てられ、他の地域へは商品を販売してはならないこととされた。

(335) *See Osborn v. Visa, Inc.*, 797 F.3d 1057, 1066-67 (D.C. Cir. 2015).

(336) 560 U.S. 183 (2010). 本件において、NFL は、NFLP (National Football League Properties) を設立して、その会社を通じて各チームの商標をライセンスしていた。ところが同社は、複数の会社へのライセンスをやめて、

社（NFLが設立したNFLP社）は、NFL（National Football League）のチームがそれぞれに所有する知的財産権の全てのライセンスを独占的運用し、それを複数の会社にライセンスしていたのである。NFLの独占的なライセンス制によって、そのチームの個々のビジネス上の決定に影響を与えることで、あるいはその決定に導かれる限り、会社の地位は、この協定を協力的な行為から独断的な行為への変化に資することはないのである。重視すべきことは、その行為（NFLとNFLPの共同行為）の結末を必ずしも違法にするのではなく、むしろシャーマン法第1条の積極的な解釈により、その基準に沿わせることが役立つのである。⁽³³⁷⁾

結論から言えば、救済的な処遇をするなら、多様で複雑な法人の協定に対するよりも、単体の法人として処理する方が明確である。独断的な行為に対する適切な処罰は、差止命令よりも制裁金または損害賠償金である。ただ、このような複雑な組織運営する法人の独断的行為にとって、差止命令の場合は、制裁金や損害賠償よりも、はるかに痛手である。⁽³³⁸⁾

行為の両タイプにとって、法技術的なことは、被告の事業に対して規制の継続を要求しないような差止命令に工夫を凝らすことである。例えば、単体法人が関与する反競争的な排除事例では、差止命令は、被告への対処義務の範囲と条件を特定しなければならないが、それは、当該地域を管轄する裁判所を規制当局者の役割にする必要があろう。この事実は、「不可欠施設」の法理を認識させるために、あるいはそれ以外に競合相手との取引に対して独占者の一方的な義務を拡大するために、連邦最高裁は、特別に強力な役割を果たしてきたのである。⁽³³⁹⁾

1社に独占的にライセンスしたところ、Needle社は、NFLの各チームがNFLPを通じて共同でライセンスすることがシャーマン法第1条に違反するとして訴えたのである。

(337) *Id.* at 187, 196-97, 202-03. 本件において、連邦最高裁は、原審判決を破棄して、シャーマン法第1条に違反しないと判示している。

(338) *See Hovenkamp, supra* note 1, at 149.

(339) *Id.*

アメリカ反トラスト法における合理の原則（2）

このような問題について、Hovenkamp は、NCAA 判決を挙げて説明する前に、合弁事業の特徴を挙げする。すなわち、このような問題は、協力的な参加企業の場合は、通常、起こらないのである。そのような場合に、合弁事業に参加するメンバーらは、個々に最大の利益を追求するのである。裁判所、その慣行が違法であると命じるだけであり、個々の合弁参加企業は、競争上の成果を求めて競争できるのである。一例として NCAA 事件をみた場合、NCAA が単体の法人であり、裁判所が、シーズンごとの4つの全米テレビゲームの規約が反競争的であると判断したならば、そのとき、NCAA は、何らかの工夫が必要であり、裁判所は、適切な救済策を指導し、NCAA の内部事業に関する継続した監督をする必要がある。しかし、NCAA が参加企業による個々の企業の利益を最大にする合弁事業であることを前提にすれば、4つのゲームの各規約を実施することに対しては、単純な差止命令だけで十分であると思われる。この規約から解放された各チームは、すべての全米テレビ局と交渉できるのである。最も人気のあるチームは、確かに更なる多くの契約を得るであろうし、それが、競争方法の仕組みと言え⁽³⁴⁰⁾る。

論点に関して見解が示された一つの例は、連邦最高裁の *American Needle* ⁽³⁴¹⁾ 判決である。NFL (National Football League) は、すべてのメンバーチームに個々のチームの商標及び関連する権利の独占的ライセンスを中央組織である NFLP (National Football League Properties : NFL の権利関係を管理・運営する会社) を要求し、NFLP は、その後、NFL の使用権に関する独占的なライセンスを小売販売用のロゴ付ヘッドギアを製造する1つの会社に許可したのである。

第7巡回区連邦高裁によって認められたものの、連邦最高裁が破棄した被告 (NFL) は、NFL がシャーマン法第2条にのみ制約を受ける単

(340) *Id.*

(341) *Am. Needle, Inc. v. Nat'l Football Leaguer*, 560 U.S. 183, 186 (2011).
なお、前掲註337参照のこと。

体の法人であったと判断されたのである。⁽³⁴²⁾つまり、Needle社及び第7巡回区連邦高裁は、NFLがシャーマン法第1条違反であるとしたのに対して、連邦最高裁は、同法第2条違反としたのである。共同行為（第1条違反）か独占行為（第2条違反）かの判断に分かれた事例であった。

第7巡回区連邦高裁の分析の下で、この事件は、複数の事業部にまたがる単体の事業体が、どのようにすれば子会社間における知的財産権を配分できるかということに関して、単にある内部的な論争点に過ぎなかったのである。⁽³⁴³⁾例えば、「リンカーン」という車種の名前の許諾を拒否したフォード社の決定は、フォード社が全株所有する子会社の1社に対しても及ぶのであるが、その決定は、一方的な行為であろう。しかし、合衆国の反トラスト法は、一方的に行動する企業に対して知的財産権のライセンス供与を強制することはないのである。つまり、このような事例の場合、反トラスト法の射程範囲外なのである。

対照的に、連邦最高裁が結論を出したように、NFLが複数の組織からなる合弁事業であったならば、独占的ライセンス条項の執行に対する単純な差止命令は、実質性と執行上の理由から両方を対象にするのが望ましいのである。

連邦最高裁のこの結論に関して、Hovenkampは、実質的にみれば、ライセンスの一方的な拒否が、事実上、反トラストの異議申立てから除外される。しかし、協調的な拒否は、免れ得ないとの解釈である。⁽³⁴⁴⁾執行の懸念という観点から、差止命令は、知的財産権のライセンスを最大限利用することをNFLの各メンバーが自由に決定するだけのことである。ただ、彼らが、共謀するのであれば、まぎれもなくシャーマン法第1条が適用される可能性がある。

(342) See *Am. Needle, Inc. v. Nat'l Football League*, 3538 F.3d 736, 744 (7th Cir. 2008), *rev'd*, 560 U.S. 183 (2010).

(343) *Id.*

(344) See 13 HERBERT HOVENKAMP, *ANTITRUST LAW* ¶1222, 203 (3d ed. 2012).

アメリカ反トラスト法における合理の原則（２）

Hovenkamp は、このような単独行為と共同行為を区別した観点と、それらが組み合わされた観点では、論点を見誤ることなく冷静な解釈が求められることを指摘しているのである。

（つづく）