

アメリカ反トラスト法における 合理の原則（3・完）

——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、第51巻3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 水平的な共同行為者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 組み合わせされた垂直的慣行と水平的慣行

五 小括

結論一日米比較への試論（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

Rule of reason の本質は何か。このことに関して、合併事業との関係でその事業の複雑な組織・運営について、もう少し掘り下げてみる。NCAA 判決で明確にされたように、総じて社会的に有益な合併事業は、あからさまの制限を隠してしまう可能性がある。この合併事業の設定において、ある制限は、もしその制限が、合併事業の適切な機能に対していかなる貢献もせず、また生産高を制限し、価格を引上げる傾向にしかなく、単に利益を追求するだけのものであるならば、まさにあからさまの制限である。⁽³⁴⁶⁾このような要因の第1は、何故に、完璧な当然違法⁽³⁴⁷⁾（hard-core per se rule）が宣告されない可能性があるかを示唆するので

(345) See generally, NCAA v. Bd. of Regents, 468 U.S. 85 (1984). 「あからさま」の制限の文脈の中で、合併事業の複雑さを説明している。

(346) Hovenkamp, *supra* note 1, at 151.

(347) hard core per se rule を一応、「完璧な当然違法」と訳しておく。ゆ

ある。すなわち、裁判所は、その制限と全体的な事業である合併事業の間における関係性を決定する必要がある。ある制限が、当該事業の適法な機能にとって本質的ではなく、そして当該事業の利益性が価格支配に依存すると判断したならば、そのとき、裁判を長期化させるいかなる理由も存在しないのである。そのような場合には、支配力を審理しないでその制限を有罪にできるのである。

この領域のすべてにおいて、NCAA 判決の追隨的な判示がなかったとしても、複雑ではないのである。rule of reason は、ある事業がまさに生産物をつくりだすことが本来的な目的であるとき、あらゆる制限に適用されなければならないのである。⁽³⁴⁹⁾ rule of reason の適用に際して、連邦最高裁は、判決を下す前に、特定の制限が、その生産物の引き渡し(TV 放映)に必要なではなかったと判示したのである。⁽³⁵⁰⁾ そのような論点である生産高に影響を及ぼす制限は、あからさまの制限である。しかし、裁判所は per se rule ではなく、rule of reason の下で判断し、有罪と判示したのである。⁽³⁵¹⁾

るぎない per se rule の適用であるが、合併事業に隠された当然違法に該当する行為であるから、逆説的に、あえて hard core なる用語を使用したのかもしれない。Hovenkamp は、naked を hard core と言い換えただけなのかもしれない。要するに、続けて審理をする必要がない悪質極まりない制限のことである。

(348) NCAA v. Bd. of Regents, 468 U.S. 85. 117.

(349) *Id.* at 100-01. 裁判所は次のように、その見解を述べている。この事案に per se rule を適用することは適切ではない。この判断は、この種の取決めに伴う司法上の欠如に基づくのではなく、NCAA が非営利団体として組織されたという事実に基づくのである。すなわち、裁判所の関心事は、大学間のアマチュア競技の維持と奨励における NCAA の歴史的役割に基づくのである。むしろ重要なことは、本件が、ある産業を含んでおり、その産業からある生産物を入手するためには、競争に対する水平的な制限が不可欠である産業に関係しているということなのである。

(350) See NCAA, 468 U.S. at 114.

(351) Hovenkamp, *supra* note 1, at 151.

この判断について、Hovenkamp は次のように説明している。すなわち、連邦最高裁は、共同的な活動がその運営にとって必要不可欠である場合に、そのような状況の関連性を正当化しなかったのであり、rule of reason の広範囲な使用は、既に確立されている附随的制限理論に一致しないように思われる。要するに、rule of reason を持ち出すまでもなく、共同的な活動がその運営にとって必要不可欠であれば、合理的必然性として判断すればよく、合理的な制限として、その共同的な活動を附随的制限であると判断すべきであったとの見解である。

しかし、この Hovenkamp の説明は、少し理解しがたい。附随的制限は、従たる制限であり、その場合には、per se rule ではなく、rule of reason の下で判断される。Hovenkamp の言う附随的制限のドクトリンと rule of reason が一致しないというのであれば、rule of reason と附随的制限が別の解釈のように考えられる。何故ならば、ある取引制限が附随的であれば、rule of reason によってそれが合理的であれば適法であり、不合理であれば違法とされるのが rule of reason 審理だからである。⁽³⁵²⁾

Hovenkamp は、NCAA の制限についても、その制限がスタジアムのホットドッグの価格や駐車料金を決定するためのものであったことを、何故、提示できなかったのかと疑問を呈する。rule of reason 審理であれば、あらゆる要素を審理することである。quick look- rule of reason で審理するにせよ、この従たる制限であるホットドッグの価格や駐車料金の内容を、何故、説明しなかったのか。裁判所の判断に納得しないのである。

ただ、言えることとして、合併事業形態による協定に埋め込まれた制限を前提にして、簡潔な再検討がなされる必要がある。そして、このこ

(352) この考え方は、筆者とやや相違する。Taft 判事が示した附随的制限論は、あくまでも rule of reason の審理に導くためのものであり、やはり前提は rule of reason である。附随的制限と rule of reason は、矛盾するものではない。

とは、簡潔な再検討が、rule of reason が適用されていることを保証するのに十分であり、制限は必要不可欠ではなく、あからさまの制限であると認定されたように、有罪判決が極めて省略された分析（quick look）の下で適切であるとされた場合でも同じことが言えると述べて、rule of reason でも quick look- rule of reason でも結果は、同じであったが、Hovenkamp が、審理のプロセスにおいて納得のいく説明を求めたのである。

5 知的財産権に関する協定

Hovenkamp は、知的財産権の共同活動の扱いについて疑問を呈する。すなわち、反トラストの法廷は、知的財産権に関する契約を含んだ協定をどのように扱うべきか。前提としなければならないことは、実際問題として、技術移転、共同の研究開発は、革新と技術の進歩にとって必要不可欠な要素である。しかし同時に、通常、知的財産権、特に特許をライセンスする協定（契約）は、保護されていない製品に関する協定と同じように、極めて反競争的である可能性を伴う。⁽³⁵³⁾

このように問題提起して、Hovenkamp は、知的財産権法制について彼自身の考えを述べる。この問題にアプローチする一つの最も重要な手段は、知的財産権法制というそれ自体の文言である。知的財産法制が、特定の慣行を明確に許可している限り、知的財産は、反トラストの攻撃から除外されるべきである。例えば、特許法は、ライセンスの一方的な拒否が、特許権の濫用に対しても反トラスト違反に対しても適用できないと規定するのである。⁽³⁵⁴⁾ すなわち、特許商品の抱合せは、抱合せ市場の力の存在がある場合⁽³⁵⁵⁾にのみ違法である。特許法が特定の行為を許可するという単なる事実⁽³⁵⁵⁾は、その行為の特定の反競争的な場合にまで当該行為

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

(354) 35 U.S.C. § 271 (d)(4) (2012).

(355) *Id.* § 271 (d)(5).

を許可するということが必然的な結果ではないのである。

例えば、特許法は、特許の譲渡を認めるものの、そのことは、特許が反競争的な意思を持って売却できることを意味するものではない。⁽³⁵⁶⁾このように説明する Hovenkamp は、特許の取得が、合併法の目的に反するような目的であれば、やはり違法な資産取得である可能性を否定できない。議会は、頻繁に特許法を改正し、同法が適合されるのであれば、議会は常に適用除外規定をつくり、適用範囲を変更するのである。⁽³⁵⁷⁾

特許法が一定の慣行を認めていないとき、最善のアプローチは、per se rule の下であからさまの協定を有罪にすること、そして正当な附随的制限に rule of reason を適用することを通常のように反トラストに委ねることである。勿論、事實は、申立てられた制限が、附随的制限として問題になる可能性を持った知的財産権のライセンス戦略の一部である。たいていの技術移転協定は、そのような協定が、附随的制限法理並びに rule of reason 審理に値するものとして、共同研究あるいは共同清算が期待されるのである。対照的に、製品が個別に開発された場合の価格決定は、通常、あからさまの制限である。⁽³⁵⁸⁾

同じことは、⁽³⁵⁹⁾ Actavis 判決の論点の一つであった支払遅延問題にも該当するのである。協定によって対象となるこの期間、すなわち、ライセ

(356) See 35 U.S.C. § 261; 特許それ自体、特許の出願あるいはその中の利益は、書面による手段で法律上、譲渡可能である。

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

(358) *Id.* at 153.

(359) FTC v. Actavis, Inc., 133 S. Ct. 2223, 2232 (2013). 本件は、リバーズ・ペイメント特許和解と言われており、医薬品に関して先発会社と後発会社間で特許紛争が生じた際に、当該市場への参入を遅らせることを条件に、先発会社から後発会社へ金銭等を提供することによる経済的利益を逆に支払う意味から、逆支払いと呼ばれており、当該市場への参入を遅らせる見返りに金銭等を支払う和解と言われている。詳細には、前掲註2、拙書『合理の原則』78頁～79頁。論点は、full blown- rule of reason と quick look-rule of reason との対立である。

ンスされた製品が実際に生産されるまでの間、協定が合理的に附随的なものであるような典型的に統合されたいかなる生産活動も存在しないのである。そのような協定は、その協定をあまらさまの生産市場を分割の形態にする。更に、特許の終了よりも遅れた時点まで参入を遅らせる支払いは、当然に違法にすべきであり、特許期間終了後にまで及ぶそのような協定は、特許法の文言によっても保護されないあからさまの制限である。⁽³⁶⁰⁾

連邦最高裁の *Actavis* 判決が展開したように、特許の期限が切れる前に当該市場への参入を許可する遅延参入支払いは、様々な問題を引き起こし、より丹念な処理が要求されるのである。通上、連邦最高裁の判決は、rule of reason を要求するが、同判決は、極めて簡略化された立証である quick look- rule of reason に基づき推論された支配力と反競争の影響（連邦取引員会の主張する立証）の両方の審理を許したのである。明らかに、将来にわたって他の企業が参入しないようにするジェネリック製品との協定は、排除期間中の生産高を減少させるという理由だけであり、利益を上げる目的のあまらさまな制限である。

Hovenkamp は、このような純粋な垂直的知的財産権の協定を rule of reason で審理すべきであり、一般的に言っても垂直的な協定の評価に合致すると論じる。そして、こうも主張する。すなわち、そのような協定は、ライセンスを許諾された者がライセンス保持者と競争しない条件の内容を含むのである。技術共有のプール協定とそれ以外の形態は、推定的に rule of reason の下で審理されるべきである。しかし、いくつかの留意点があることは言うまでもないことである。一つの重要なことは、協定などが、知的財産権よりも製品を管理することを目的にする場合である。他の重要なことは、ある特許が別々に展開された場合に、他者の排除を目的に協定された場合である。対照的に、共同で開発される合併

(360) Hovenkamp, *supra* note 1, at 153.

事業は、十分なインセンティブをつくり出し、ただ乗りの問題を管理するために排他性を要求する場合がある。いずれにせよ、排他性は、一般に支配力の欠如という点で無害である。⁽³⁶¹⁾

四 Rule of Reason の適用と構造上の論点

Rule of reason の下で、原告と被告双方は、どのような主張や立証をしなければならないか。また、それは、どの範囲に行われるべきか。要するに、いかなる枠組みが必要とされるか、あるいは必要とされないのか。この審理において、原告は、被告が市場支配力を有していることを立証しなければならない。また、原告は、共同体の運営による組織によって、その支配力が維持されたことに言及しなければならない。例えば、もし伝統的な市場占有率の測定方法を用いるならば、その関連市場の占有率は、通常、合併事業またはその他の組織の個々のメンバーの占有率の総計であり、その行為が論点になるのである。⁽³⁶²⁾

Hovenkamp は、ここでの議論を水平的な制限と垂直的な制限に絞って支配力をどのように評価すべきかについて論じている。そして、評価の際に市場支配力に内包されている技術的なあらゆる論点を詳細に検討はしない。むしろ、以下の2つの命題について、自身の見解を示してい

(361) *Id.* Hovenkamp は、合併事業における rule of reason 審理を強く支持しているようである。共同・合併事業が、「共同性」を有する為に、その一面を捉えて per se rule を適用することが経済活動を委縮させることになる。それ故に、この知的財産権を内容とする協定は、市場を支配できるだけのものでなければ、心配する必要性はないとする。

(362) 現在、我が国の公正取引委員会も、市場占有率に変わって SSNIP (Small but Significant Non-transitory Increase in Prices) を用いている。このことについては、久保成史・田中裕明『独占禁止法講義 (第3版)』(中央経済社 2014年) 33頁、236頁を参照されたい。もっとも、通常、一般的には market share・市場占有率が使用されており、両方が併記の形で記されている場合もある。

(363) Hovenkamp, *supra* note 1, at 154.

る。第１として、rule of reasonの下で審理されているほとんどの水平的な共同行為の場合、市場支配力の要件は、類似の行動に従事している単一の支配的企業の要件より低くすべきである。加えて、関連性のあることとして、市場占有率の計算に依存しない他の測定方法は、合併事業の文脈において、それは、より適切な方法であるかも知れないのである。しかしながら、第２として、現行法との矛盾点において、排除の脅威を含む純粋な垂直的な協定（主として、独占的な取引と抱合せ）の場合、支配力の要件は、単一企業による独占に対する要件よりも詳細に検討すべきである。⁽³⁶⁴⁾

１ 水平的な共同行為者における支配力の評価

合併事業の競争者もしくは潜在的競争者の形態は、協定によって支配力を生み出し、しかも即座に成し遂げるのである。例えば、当該市場でそれぞれが25%を有する３つの企業が、合併の生産企業体を形成したならば、それらの企業の集合体としての生産高は、直ちに75%になる。不動産情報を複数の不動産屋で閲覧できるシステムのような自由参加方式の企業体が、高い利益を約束するとの理由で、それが新たな企業として魅力的であるならば、新規参入者は参加するインセンティブを有するであろう。要するに、合併事業の力は、連合形態によって生み出される典型的なものであり、単独的な行為よりもはるかに容易であり即効性がある。独占者とそのライバル間の関係が本質的に競争者であるものの、自由参加の企業体とその他の企業間の関係は、より魅力的であるかもしれないのである。

このように説明する Hovenkamp は、救済策に関しても次のように述べる。すなわち、枠組み設定のない救済策（改善策）は、合併事業に対しては行政上の処理をするのが容易である典型である。例えば、NCAA

(364) *Id.*

判決の事例のような救済策は、全米に放映される生産物として4つのゲームに限定するということに、その差止命令は、単純である。⁽³⁶⁵⁾各チームは、放映したいゲームの数を自由に選択することができる。連邦最高裁判決の影響が残る中で、全米に放映されるフットボール・ゲームは、⁽³⁶⁶⁾劇的に増加したのである。しかし、もしNCAAが、単体の組織体であるならば、その場合、行政的な救済策は、各TV会社が全米に放映できる適切なゲーム数を決定するための規制を要求するであろう。複雑であるが、競争促進的な合併事業に対する反トラスト上の救済措置の総体的

(365) NCAA v. Bd. of Regents, 468 U.S. 85, 88 (1984).

(366) Ira Horowitz, *The Reasonableness of Horizontal Restraints: NCAA* (1984) 215-16, in *THE AMERICAN REVOLUTION* (Lawrence J. White & John Kwoka eds., 1999). Ira Horowitz は、その担当箇所の序において、次のように述べている。1960年から1981年までNCAA（全米大学体育協会）が、参加大学のフットボール・ゲームの放映権を管理しており、この放映権は、ABC, CBS, NBCの3つの主要なネット・ワークの中で最高額の入札者にパッケージ化され、販売されていた。1982年、ジョージア大学とオクラホマ大学は、TV放映権を取り戻すため連邦地裁に提訴したのが本件である。両大学は、TV放映されるゲームに支払われる推奨価格、TV放映されるゲーム数の制限、および特定のゲーム指定を含むNCAAのネット・ワーク契約が、シャーマン法第1条に違反すると主張したのである。Juan C. Burciaga 判事は、大学勝訴の判示をし、第10巡回区連邦高裁も連邦地裁判決を支持したのである。この結果、フットボール・ファンは、1～2つの試合に制限されるのではなく、秋の土曜日に正午から夜まで（他の夜も）サッカーを観戦できるようになった。

そして、Horowitz は、論点を次のように指摘している。裁判所は、「必要性」の評価に関して、市場支配力の証明がなくても価格に影響を与える水平的な制限は、当然違法であると言明しているが、市場支配力のない協同組合（Cooperation; なお、Hovenkamp は、NCAA を合併事業と捉えている）が、価格、生産量、消費者の福祉にどれだけ悪影響を与えたかについては、推測の余地がある。更に、連邦最高裁は、誰が、そして何が市場を構成するかの決定を必要としない経済的成果と市場行動を評価するための一般的な分析の枠組みが存在するか否かについて、議論と司法の注目の余地を残したのである。

な観点からみた枠組設定によるわかり易さは、過度の抑止が一方的な行為よりも共同行為の方が小さな問題であることを示唆しているのである。

単独的な行動であれ、共同的な行動であれ、rule of reason 審理は、申立てられた行動が反競争的であるとの推論を根拠のあるものとするためには、十分な市場支配力の立証が要求される。最低限要求されているのは、申立てられた行動の類型によって異なるのである。例えば、一方的な略奪的価格設定は、略奪者が既に当該市場で支配的な地位にいる場合にのみ、成功する排他的な略奪であると考えられるのが一般的である⁽³⁶⁷⁾。被告が単体企業ではなく、共同体の組織の場合、そのような前提から外れるいかなる理由も存在しないのである。対照的に、不適切に取得された特許に対する特許侵害訴訟の提起は、成功すれば、比較的適度な市場支配力を持つ企業がかなりの独占権を取得できるようになるのである⁽³⁶⁸⁾。

Hovenkamp のこのような考察は、現代の反トラストのドクトリンの下で、単体企業の排他的な慣行が、申立てられた違反につき、それが独占なのかそれとも独占の企図に依存するかによって高いレベルの市場支配力の要件を生ぜしめていると指摘する⁽³⁶⁹⁾。そして、次のように締めくくっている。すなわち、水平的な合併事業に関して一般的に言えることは、より困難であり、様々な類型は、単体企業による行動よりも広範囲であるが、判例法理において言えることは、単体企業の排他的慣行ほど⁽³⁷⁰⁾も明確ではないことである。

(367) Hovenkamp, *supra* note 1, at 155.

(368) See Kaplow, *On the Relative of Market Power*, 130 HARV. L. REV. 1303, 1407. Kaplow は、行動と同様に様々な市場支配力の要件があるとし、Hovenkamp が指摘していることよりも詳細な審理を要求している。なお、略奪的価格設定の違法性の高さに関して、筆者は多くを論じていないが、総論的に説明している。前掲註 2，拙書『合理の原則』8 頁。

(369) Hovenkamp, *supra* note 1, at 156.

(370) United States v. Visa U.S.A., Inc., 344 F.3d 229, 239-40 (2d Cir. 2003)
＜本件の前提：両カード会社が、支払いシステムにおいて合併事業を組織している。（Visa のカードは、全米の売上高の47%に達し、Master カード

2 垂直的な排他的行動に対する支配力の要件

水平的な制限と垂直的な制限の間における一つの重要な相違点は、前者が協定それ自体によって容易に支配力を生み出すことができることである。このことについて、Hovenkamp は次のように説明している。例えば、各社が10%の市場占有率を持つ7社からなる契約上の結合は、70

の売上高はおよそ26%である。それぞれのクレジット・カード会社に対してシャーマン法第1条に基づく異議申立てを支持するのに十分な市場占有率である証拠を示している（両社で全米売上高のほぼ73%を占めている）。「当裁判所は、Visa U.S.A と Maser Card が共同しても、別々にしてもネットワーク・サービス市場において市場支配力を有していることに同意する」ものである；RE/Max Int'l, Inc. v. Realty One, Inc., 173 F. 3d 995, 1025 (6th Cir. 1999)（北東オハイオ州において、不動産会社の仲介業務を営む大手2社は、2社合計の市場占有率が50%を超え、2社の独占を維持するためにRE/Maxの代理店を介して買い手に対する不動産の販売をボイコットしてきたような場合、第6巡回区連邦高裁は、被告に対する地方裁判所の略式判決を支持している）；N.M. Oncology & Hematology Consultant, Ltd. v. Presbyterian Healthcare Serv., 54 F. Supp. 3d 1189, 1219-20 (D.N.M. 2014)（シャーマン法第2条の下で、原告の主張を退けようとする被告の申立てを拒否している。その際、被告は、申立てられた市場占有率の46%を保持しており、申立てられた市場占有率10%を保持している2番手の病院と排他的な契約を結んでいたのである。このため、両法人の合計市場占有率は50%を超えており、この点が重要な要素であった。更に第10巡回区連邦高裁は、次のように判示している。すなわち、お互いに競争者であると思われる両者間の共同は、競争システムにとって本質的である意思決定の中心である独立性を奪うものである）；Del. Health Care Inc. v. MCD Holding Co., 957 F. Supp. 535, 541 (D. Del. 1997)（市場占有率55%以下の市場において、病院と在宅医療提供者の合併事業は、独占支配力を示す兆候がないために法律問題としては不十分である）；Advanced Health-Care Serv., Inc. v. Giles Mem'l Hosp., 846 F. Supp. 535, 541 (D. Del. 1997) 多くの事例と学者らは、次のことを示唆している。過度の状況が存在しなければ、市場支配力を示すには、50%超の市場占有率が必要であると示唆しており、当該合併事業の市場占有率は、1989年に44.1%でピークに達し、1986年から1989年の平均市場占有率は32.9%であった。従って、被告の市場占有率は、独占支配力を示すために設定された下限を大幅に下回った事実は、重要である。

％の市場占有率を有する共同の協定をつくることができる。これとは対照的に、純粋な垂直的協定は、市場占有率を増加させることが全くできない。勿論、大きな市場占有率がそこに既に存在している可能性もあり、垂直的な協定それ自体は、それ以上に増加させることはできないのである。

結果として、純粋な垂直的協定は、どのようにすれば競争に危害を加えさせることができるか、という追加的な説明が要求されるのである。この事実は、垂直的な協定が水平的な制限よりも競争に対してそれ程も攻撃的ではないことを推定させる。例えば、10％の市場占有率を有する7つの企業が、共同の配給協定を締結していたならば、現在、合計で70％の配給網を支配しているが、我々は、その協定がそのような状況下で当該配給網について、それが何故に合理的であるのかの更なる説明を求めるのである。

対照的に、単体で70％の市場占有率を有する企業が、制限された配給網の中で事業展開するとき、そのような基本的な状況について、我々は、説明を求めないのが普通である。説明を求めるならば、何らかの追加的な要素が存在しなければならない。例えば、流通網における川上の排除あるいは川下の確保であり、それは、おそらく共謀の容易化であろう。⁽³⁷¹⁾

更に、Hovenkamp は次のように続ける。抱き合せ取引及び排他的取引を含む垂直的ブランド間制限は、合併事業に類似するよりも支配的な企業による排他的な慣行に類似するのである。確かに、これらの多くは、抱き合せ、排他的慣行、あるいはそれに関連する形態について、シャーマン法第2条に下で独占的な慣行として申立てられてきたのである。⁽³⁷²⁾

(371) Hovenkamp, *supra* note 1, at 156-57.

(372) *E.g.*, United States v. Dentsply Int'l, Inc., 399 F.3d 181, 193 (3d Cir. 2005) (排他的取引を争点にしている)；United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34, 84-95 (D.C. Cir. 2001) (抱き合せを議論している)；Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co., 603 F.2d 263, 289-91 (2d. Cir. 1979) (技術上の抱き合せを争点にしている)。

型的な抱き合せあるいは排他的な取引が、反競争的な懸念を引き起こすとき、その理由は、川上の単体企業が、その企業自身の市場におけるライバルをターゲットにした排他的な慣行として協定を利用しているからである。抱き合せあるいは排他的取引を強制された企業は、単なる水の流れる水路のようなものである。例えば、Windowsを入手する条件としてIEのブラウザを受け入れるようにPCメーカーや顧客に強制することによって、Microsoftは、ブラウザ市場で競争相手であったNet-scape⁽³⁷³⁾を排除しようとしたのである。

ブランド内制限とブランド間制限の間における一つの重視すべき相違点は、既存の販売業者が、再販売価格維持や地域割当条項のようなブランド内制限から利益を得るのが典型的な事例である。最も影響を受ける販売業者は、新規参入業者と割引業者であるのが一般的である。そのため、再販売価格維持のような慣行は、製造業者と既存の販売業者の両方が利益を得るという意味で、しばしば共同的な行動をとるのである。かつての*Dr. Miles*判決の事例は、確かに、割引業者を懲らしめる目的で再販売価格維持を押し付ける為に販売業者である*Dr. Miles*社を利用した薬剤師のカルテルを内容としていたのである⁽³⁷⁴⁾。ただ乗り対策として再販売価格維持という「古典的な」防御策でさえも、その行為は、販売業者の強い要請を用意して、それに同意してきた既存の販売業者並びにそのような要請を回避しようとする既存の割引業者を含むのである。既存の販売業者と敵対関係にある者が直面する傾向にある一つの垂直的なブランド間制限は、最大限に再販売価格を維持することである。何故ならば、彼らの販売地域において、自らの価格設定力を最大限に活用する販

(373) *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 47 (D.C. Cir. 2001).

(374) この判決について、Hovenkampは、その著(HERBERT HOVENKAMP, ENTERPRISE AND AMERICAN LAW 1836-1937, at 340 340-47 (1991))において、次のように説明している。小売業者である薬剤師によるカルテルは、小売の割引業者を廃業に追いやるために、その製品に関して再販売価格維持を押し付けるように*Dr. Miles*社に強制実施させたのである。

売業者の能力をなくすからである。しかし、このことを強く言えるのは、最大の再販売価格維持が、事実上、常に競争促進的だからである。確かに、最低価格の決定を偽造している可能性以外に、そのことについて一貫した反競争的な説明を明確にすることは困難である。⁽³⁷⁵⁾

対照的に販売業者は、彼ら自身の自由を拘束する抱き合せや排他的取引に抵抗する可能性が高い。確かに、このような方法には、例外が存在する。しかし、そのような例外は、たいていの場合、常に優先されるのであり、結果として、抱合わせと排他的取引は、カルテルや合併事業のような「攻撃的・集团的」な力の使用に相当しないのである。抱合わせと排他的取引は、それらの取引が競争相手を不合理に排除するとき、主に川下市場や抱き合わされた側の製品市場の競争相手を不合理に排除する場合、どちらも違法である。抱合わせや排他的取引が、このような影響を有するとき、それらの慣行は、消費者及び競争相手に悪影響を与えるだけでなく、その制限が課された販売業者や他の中間業者にも影響を与えるのである。

このように説明する Hovenkamp は、具体的な事例をあげる。*United States v. Dentsply International, Inc.* 判決において、この訴訟は、Dentsply 社の排他的な取引規約により、より安価なコストで仕入れることができる代替歯科材料を歯科医が拒否せざるを得なかったことから提訴されたものである。そのような慣行は、Dentsply 社の競争相手、同社を利用する販売業者、そして消費者に悪影響を与えたのである。*Microsoft* 判決⁽³⁷⁷⁾

(375) Hovenkamp, *supra* note 1, at 157-58. この Hovenkamp の考え方は、シカゴ学派の主張する理論である。すなわち、ブランド内競争の制限（再販売価格維持）が、ブランド間競争（他の競争相手）を促進するとの解釈である。なお、再販売価格維持に関しては、筆者も項数を割いて言及している。前掲註 2，拙書『合理の原則』143頁～203頁（第 3 章「再販売価格維持と Rule of Reason」）。

(376) See *United States v. Dentsply Int'l, Inc.*, 399 F.3d 181, 190-94 (3d Cir. 2006).

(377) 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

における抱き合わせの事例は、Netscape 社のようなブラウザの競争相手が当該市場へ参入することを拒否して Windows のブラウザである IE を抱き合わせることであった。Netscape のような製品について推測できることは、そのような製品は、消費者だけでなく、コンピュータの売り手にとっても利益をもたらしたと思われた製品であった。⁽³⁷⁸⁾

確かに、多くの抱き合わせ協定は、効率的であり、消費者にも利益をもたらすのである。そして、推測するに、生産高の増加、製品の品質改良、配給網の簡素化によって販売業者にも利益をもたらすのである。⁽³⁷⁹⁾しかし、重要な点は、抱き合わせが反競争的である場合、競争相手、販売業者、そして顧客は、その抱き合わせに反対することが期待できるということである。結果として、ある抱き合わせを押し付ける企業は、「企業自身のため」であり、いわば、力という論点に対して市場占有率や挙証責任の軽減などを合わせても、ほとんど意味をなさないのである。抱き合わせや排他的取引が適法な排他的行為であるとき、そのような排除は、最終的に強制された排他的な慣行と一般的な取引の実行と多かれ少なかれ、極めて同じである。その結果、シャーマン法第2条の独占支配力の基準が、それらに適用されるべきである。⁽³⁸⁰⁾

Hovenkamp は、たとえ実行された抱き合わせ取引や排他的取引が適法な取引であったとしても、違法な場合と同じ結論になるため、シャーマン法第2条を適用すべきと結論する。少し理解しづらい説明であるが、抱き合わせ取引にしろ排他的取引にしろどちらの場合においても、市場における独占力がなければ実行しても意味をなさないために、結論がどちらになろうとも、独占支配力の基準が重要であり、従ってその基準が適用されるべきであるということである。

⁽³⁷⁸⁾ *Id.* at 47.

⁽³⁷⁹⁾ Hovenkamp, *supra* note 1, at 159.

⁽³⁸⁰⁾ *Id.*

３ 垂直的な協定と Rule of Reason

典型的な合併事業は、既存の競争者あるいは潜在的な競争者から成り立っている。そして、その合併事業によってもたらされた脅威は、競争者間における競争を減殺することが可能であるが、それは、価格決定の容易さや特定の競争相手を排除できることにある。これらの合併事業の多くは、幾つかの重要な資産が売買されているという観点からみれば、垂直的な要素が更に含まれている。例えば、NFLのチームは、共通の仲介業者にチームの知的財産権のライセンスを独占的に認める契約を交渉するかも知れないのである。⁽³⁸¹⁾ すなわち、パテント・プールや一括適用除外ライセンスの取決めは、NFLの権利を他の者にあるいは共通の所有者にライセンスするかも知れないのである。⁽³⁸²⁾

このことについて、Hovenkampは次のように説明している。垂直的な制限に対する rule of reason は、行為者を限定して水平的制限に対する審理と同様の一連の問題点に焦点を絞るのである。すなわち、競争者間の協定は相対的に例外であり、一定の審理を要求するものの、通常の売買及びライセンス付与の協定は、消費者レベルに至るまで、普通のビジネスの本質的な一部である。⁽³⁸³⁾ 結果としてみれば、垂直的な協定の単純

(381) Am. Needle, Inc. v. Nat'l Football League, 560 U.S. 183, 201 (2010).

(382) E.g., Broad. Music, Inc. v. Columbia Broad. Sys., Inc., 441 U.S. 1, 24 (1979)

(383) Herbert Hovenkamp, Leegin, *the Rule of Reason, and Vertical Agreement* 1, (U. of Iowa Legal Studies, Research Paper No. 10-40, 2010). リサーチ・ペーパーとして論述しているが、rule of reason に関して真正面から捉えている数すくないものである。Leegin 判決は、これまでの再販売価格維持に対する per se rule から rule of reason へと変更された重要な判決である。Hovenkamp は、このリサーチ・ペーパーにおいて、メーカーとディーラーの間で垂直的な「合意」が存在するか否かという論点について、最初に合意が存在するか否かを尋ね、肯定的な回答を受け取った後にのみ、per se rule または rule of reason が適用されるか否かが判断されなければならないと論じている。Leegin 判決を含め、再販売価格維持の審理の変遷については、前掲註 2、拙書『合理の原則』143頁以下、特に144頁（図表）を参

な主張は、どのような場合でも原告に勝ち目はないのである。垂直的な制限は、それが生産量の減少を助長し、コストとの関係で価格を上昇させる場合にのみ、違法とすべきなのである。この考慮の範囲において、すべての反競争的な垂直的制限は、それが共謀なのか排除的なのかという点について、少なくとも明白な水平的な要素を含まなければならない。純粋な垂直的な協定に関する大多数のものは、いかなるそのような脅威も引き起こさないものである。これらの結論は、ほとんどが判例法理によって裏付けられるのである。ひとたび、rule of reason が垂直的な慣行に適用されれば、有罪にされる事例は僅かである。⁽³⁸⁴⁾ このことに関する例外は、排他的な取引やそれに準ずる排他的取引になる傾向にあるが、正確に言えば、これらの慣行による脅威が、水平的な排除に関係しているからである。⁽³⁸⁵⁾

Hovenkamp は、更に垂直的制限に対する per se rule の適用性に関して持論を展開している。垂直的制限と適用可能な per se rule を考察するとき、最初の質問は、反競争的な影響しかないという意味で、「あからさまの」制限である純粋な垂直的制限を考え出せるか否かである。この質問の答えが「はい」であると推測したとしても、そのような協定は、絶対的な扱いを保証するための十分な数の協定が存在しうるであろうか。

数年にわたって明確に示されないまま、連邦最高裁は、純粋な垂直的制限が rule of reason の下で評価されるべきであると明言したのである。⁽³⁸⁶⁾

照されたい。

(384) 判例法理の検討については、以下の文献を参照、Carrier, *Bridging the Disconnect*, *supra* note 115, at 1267-68. この Carrier の分析は、筆者にとって衝撃的であった。詳細には、前掲註2、拙書『合理の原則』277頁以下を参照のこと。特に、rule of reason 審理では、約97%が適法とされている（同書、309頁図表）。

(385) Hovenkamp, *supra* note 1, at 160.

(386) 水平的な協定の証拠が存在したならば、per se rule だけが適用されると明言している。See *NYNEX Corp. v. Discon, Inc.*, 525 U.S. 128, 138 (1998).

しかし、それ以前に信頼しうる他の判決が存在したのである。最低価格の設定をする再販売価格維持に関して、1911年の⁽³⁸⁷⁾*Dr. Milers* 判決から2007年の*Leegin* 判決まで、連邦最高裁は、当然違法として per se rule を堅持してきたのである。*Leegin* 判決の際、連邦最高裁は、ほぼ一世紀に及ぶ権威を破棄し、rule of reason を適用したのである。他方で、最高価格の設定をする再販売価格維持の per se rule は、もっと短い期間で rule of reason 審理になった。ディーラーの最高価格を設定した製造業者主導の再販売価格維持は、1968年の連邦最高裁の⁽³⁸⁸⁾*Albrecht* 判決において初めて当然違法になった事例である。この判決は、1977年の*Albrecht* 判決が、*States Oil v. Khan* 判決によって破棄されるまで有効であった。この⁽³⁸⁹⁾*Khan Oil* 判決以来、最大価格を設定する再販売価格維持を違法とするいかなる判決も存在しないのである。⁽³⁹⁰⁾

垂直的非価格制限は、一般にディーラーの販売地域の割当ておよびこれらのディーラーが割り当てられた地域外への販売をしないようにする内容を含むものであり、価格以外の制限を意味する。このような制限は、ディーラーのサービス保証、ショールームの設定、そして中古部品の販

(387) *Dr. Miles Med. Co. v. John D. Park & Sons*, 220 U.S. 373, 384-85 (1911), *overruled by Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 882 (2007).

(388) 390 U.S. 145 (1968), *overruled by States Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1977).

(389) 522 U.S. 3 (1977).

(390) See D. Daniel Sokol, *The Transformation of Vertical restraints: Per Se Illegality, the Rule of Reason, and Per Se Legality*, 79 ANTITRUST L.J. 1003, 1010 (2014). Hovenkamp は、Daniel の論文を引用しているが、それは Bork 及び Posnerに通じるものと思われる。例えば、Richard A. Posner, *The Next Step in Antitrust Treatment of Restricted: Per Se Legality*, 48 U. CHI L. REV. 6, 14 (1981). Daniel と Posner は、共に per se legality・当然適法を説明している。なお、Daniel は、当然違法が合理の原則へと変遷したのではなく、当然違法から合理の原則に基づく推定上の適法性へと劇的に変化すると述べている。

売禁止なども含むのであり、そのことは、どのようにすればディーラービジネスが、顧客に対してその営業が維持されるかさえも含まれるのである。⁽³⁹¹⁾ 垂直的非価格制限は、反トラスト法のほとんどの期間において、rule of reason の下で対処してきたのである。ただ、1967年から1977年の10年間に於いて、連邦最高裁は、per se rule を適用してきたのである。

このように揺れ動いた連邦最高裁の判断に対して、Hovenkamp は、紆余曲折的な判断をしてきた連邦最高裁の不確かさを露呈するものであると評し、垂直的な協定（垂直的价格制限と垂直的非価格制限）の反トラスト上の取り扱いに不安定さをもたらしたと厳しく論じている。⁽³⁹²⁾ 1963年に政府が提訴した *White Motor* の事案において、連邦最高裁は、垂直的地域制限（垂直的非価格制限）に対する当然違法の争点を決定するにあたり、per se rule の適用を拒絶したのであり、その主な目的や影響を認識するには時期尚早であると結論したのである。⁽³⁹³⁾ ところが、4年後の *Schwinn* 判決において、連邦最高裁は、経済学の知識が十分にあると信じて、市場占有率13%以下である企業に対してディーラーによる地域割当制限を当然違法と判示したのである。⁽³⁹⁴⁾ 連邦最高裁は、製造業者が

(391) Hovenkamp, *supra* note 1, at 161.

(392) *Id.*

(393) *White Motor Co. v. United States*, 373 U.S. 253, 263 (1963). 本件で裁判所は、次のように述べている。このような取決めが明確に現出するかに関して、当裁判所は、そのようなビジネスの経済学の知識を十分に知らないのである。そのように、経済学を知らない者が、当該ビジネスに制裁を加えるのは余りにも危険であるかも知れないし、その協定は、攻撃的な競争者に対して保護が許されるかも知れないのである。また、中小企業にとって、唯一可能な手段は、新たに当該ビジネスに参入するか、あるいは既存の市場で事業を継続するかであった。

(394) *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365, 368, 375-76 (1967), *overruled by* *Cont'l T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

部品の所有権を移転させた後で取引された可能性のある当該部品について、地域や業者を制限したり、制限を模索することは、それ以上の審理の必要もなく不合理であると結論付けたのである。同裁判所は、競争政策におけるコモン・ローの解釈を取り入れる為に、制限に関するコモン・ロー上の関連事項を採用した結果、結論を混同させて混乱を引き起こしたのである。しかし、わずか10年後に、⁽³⁹⁵⁾*Schwinn* 判決は、*GTE Sylvania* 判決において破棄されたのである。同判決において、連邦最高裁は、垂直的地域制限が「ブランド内」競争、つまり同一ブランドを扱うディーラー間の競争を制限する可能性がある一方で、他のブランドを扱うディーラー間との「ブランド間」競争を促進するかも知れないと示唆した⁽³⁹⁶⁾のである。このような制限からもたらされる効果・影響は、バランス審理という、*rule of reason* 審理を要求したのである。それ以来、垂直的非価格制限は、*rule of reason* の下で吟味されたのであり、ほとんどの事案は、有罪にされなかった⁽³⁹⁷⁾のである。

排他的な取引及び抱合せ取引を含めて、ブランド間の制限は、基本的な考え方とは矛盾する経験をしてきたのである。抱合せ取引の下で、買い手は、同じ売り手の抱合わされた製品を購入することに同意した場合にのみ、目的の製品の購入を許されるのである。排他的取引は、売り手

(395) *Cont'l T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36, 58 (1977).

(396) *Id.* at 54.

(397) *See* Douglas H. Ginsburg, *Vertical Restraints: De Facto Legality Under the Rule of Reason*, 60 ANTITRUST L.J. 67, 71 (1991). 恥ずかしいことであるが、筆者は、この論文を拙書で引用していない。このバランス審理の内容は、前掲註2、拙書『合理の原則』277頁以下を参照されたい。そこでは、Carrierの検証結果をまとめており、彼は、*rule of reason* 審理では約97%が適法であったと報告している。これは2006年発表の論文であり、Ginsburgの論文が1991年であるから、15年前にこのことに言及していることになる。「事実上の適法」というタイトルからもCarrierの検証結果に一致する。なお、Ginsburgは、*Sylvania* 判決以後、連邦高裁がどのようにして*rule of reason*を適用してきたかに重きをおいて展開している。

の競争相手の商品を取り扱わないことを禁じるものである。例えば、フォード自動車の販売特約店協定は、フォード自動車以外の新車の販売を禁じられていた可能性がある。

このように rule of reason 審理に移行したとはいえ、per se rule は、幾つかの抱合わせの取決めに対して、今でも存続するのであるが、審理において per se rule が適用される場合、被告は、購入者が欲しない選択を強制するための十分な抱合わせ製品市場の支配力を有していたのである。Hovenkamp は、抱合せには、市場支配力が必要な要件であり、⁽³⁹⁸⁾ その場合には、per se rule が適用されるとの解釈である。ところが、*Illinois Tool Works* 判決において、連邦最高裁は、混乱を引き起こす宣言をしたのである。すなわち、抱合せというものは、深く考えなくても違法である。何故ならば、被告の抱合わせた製品が特許を取得している製品であったとの理由だけで、抱合わせは、per se rule を考慮するまでもなく違法であると判示したのである。⁽³⁹⁹⁾ 要するに、連邦最高裁の考えに、市場支配力の観点は存在しなかったということである。

しかし、*Jefferson Parish* 判決において、連邦最高裁の判決は、per se rule の手続きを破棄したのではなく、単純に被告の市場占有率が余りにも小さかったために、買い手に選択しないようにするほどの力ではなかったと判示しており、⁽⁴⁰⁰⁾ そのように捉えて判断したことは明らかであると考えられる。たしかに *Jefferson Parish* 判決は、「もし力の存在に違法性の可能性があるならば」、その場合には「per se rule による禁止が適切である」と判示している⁽⁴⁰¹⁾ ののである。本件は、*Illinois Tool Works* 判決

⁽³⁹⁸⁾ Hovenkamp, *supra* note 1, at 162.

⁽³⁹⁹⁾ See *III. Tool Works, Inc. v. Indep. Ink, Inc.*, 547 U.S. 28, 2 (2006).

⁽⁴⁰⁰⁾ *Jefferson Par. Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 15-16 (1984), *abrogated by III. Tool Works*, 547 U.S. at 28. このような解釈（市場占有率の多寡を考慮した解釈）は、我が独占禁止法2条6項の解釈（違法要件）の判断に用いられている。

⁽⁴⁰¹⁾ *Id.*

とは相違して、特許製品ではない抱き合わせ製品を内容としていたの
ある。この点を比較すれば、*Illinois Tool Works* 判決の連邦最高裁は、
最も狭い可能性を根拠にして手続きを破棄しようとする意図であったと
推測すれば、最善の解釈は、その抱き合わせ製品が特許製品であったとい
う単純な事実に基づいて何らかの *per se rule* による推定を破棄したも
のであったと考えらえる。

その後の連邦最高裁の見解において、同裁判所判事である John Paul
Stevens は、「特許製品を含んでいる抱き合わせの取決めにに関する当然違
法の推定」を再審理する必要性を述べたのである。⁽⁴⁰²⁾ このことは、抱きわ
せに対する *per se rule* の発動は、伝統的に明らかなように、抱きわせ
市場の市場支配力の立証を要求するのである。⁽⁴⁰³⁾ 要するに、*per se rule*
の審理にも、市場を分析する必要があることを Stevens 判事は言明し
たことを意味する。

Hovenkamp は、*per se rule* の審理に市場の分析が必要であるとした
Stevens 判事の見解に対して、確かに、市場を支配する力と十分な排除
する力は、競争相手を締め出すことができる。ただ、その存在が、*rule*
of reason の質問に該当する反競争的であるか否かである。何故ならば、
抱き合わせは、製品の品質を改善し、コストを削減することもできるから
である。⁽⁴⁰⁴⁾ すなわち、価格差別を容易にし、それらの多くは競争上の危害

⁽⁴⁰²⁾ *III. Tool Works*, 547 U.S. at 40.

⁽⁴⁰³⁾ *Id.* at 34-37.

⁽⁴⁰⁴⁾ 非排除型の抱き合わせについて、Hovenkamp の説明は、連邦取引委
員会の HP における説明と同じである。本文で、製品の品質を改善し、コ
ストを削減すると記述したが、その理由は、例えば、パッケージの一部と
して商品と一緒に提供することは、複数の商品を同時に購入できる利便性
を好む消費者にメリットがあり、提供する側は、製品のパッケージング、
出荷、宣伝にかかるコストを削減できるからである。この点につき、連邦
取引委員会の HP における *Tying the Sale of Two Products* の箇所を参照
されたい。なお、我が国独占禁止法上の抱合せに関する一般的な説明は、
次の通りである。抱合せの「強制性」の判断に注目し、その力は主観的の

をなくすからである。いわゆる、非排除型の抱合わせに対する「梃子」⁽⁴⁰⁵⁾の理論は、機能しないということにほぼ誰もが同意しないのである。

排他的取引は、常に、rule of reason の審理の範囲として理解されてきたのである。しかし、既述のように、排他的取引の排除による効果・影響は、抱合わせ取引よりもはるかに広範囲にわたって及ぼすことができる。ある抱合わせ取引は、抱合わす側の製品に利用され、他方で排他的取引は、小売店や販売特約店全体に利用される。また、排他的取引は、抱合わせ取引の第二段階の価格差別と同じタイプを強要することさえ可能である。例えば、フランチャイズ・システムにおいて、アイスクリームを販売する加盟店にフランチャイズ料を要求する本部は、その製品に不当に高い請求額を請求し、ベースとなっている多額のフランチャイズ料の代わりに排他的な取引を設定するかも知れないのである。抱合わせに対するより厳格な規約の利点を採用する試みにおいて、何人かの原告は、抱合せのような取り決めについて、その特徴付けを試みてきたのであるが、そこでの考え方において、抱合わせる側の製品は、フランチャイズ・システムまたは商号であり、抱合わされる側の製品は、排他的取引に附随して作られた製品またはそれに準ずるものであった。⁽⁴⁰⁶⁾もちろん、このことは、ある程度真実である限り、あらゆる排他的取引は、売買契約、ライセンスされた商標、その他の一般的に共通するビジネスを抱合

ものではなく、客観的にみて判断されるものであるとされる。この客観的判断にはある程度の市場の力も念頭にある。わかり易く説明されている文献として、次のものを挙げておく。鈴木孝之・河谷清文『事例で学ぶ独占禁止法』223頁（有斐閣 2017年）。

(405) Hovenkamp, *supra* note 1, at 163. 勿論、この考えに反論も見受けられる。Einer Elhauge, *Rehabilitating Jefferson Parish: Why Ties Without a Substantial Foreclosure Share Should Not Be Per Se Legal*, 80 ANTITRUST L.J. 463 (2016). なお、「梃子」の理論については、次の文献を参照されたい。滝川敏明『日米 EU の独占法と競争政策』170頁以下（青林書院 1996年）。

(406) *E.g.*, *Midwestern Waffles v. Waffle House*, 734 F.2d 705, 712 (11th Cir. 1984).

わせる製品として特徴付けるだけで、単純な抱合わせに変えることができるのである。しかし一般論として、何故に抱合わせが、排他的取引よりも厳格に取り扱われるべきであるかについて、いかなる合理的な分類も存在しないのである。

このように説明した Hovenkamp は、あらゆる取引が rule of reason の下で審理されるべきであると主張し、その根拠を述べる。何故ならば、取引というものは、その根底に排他的な慣行があり、そのような慣行は、競争相手を引き込むというよりも、むしろ追い出すのであり、それ故に、それらの慣行は、反トラスト法の独占に関する市場支配力の要件に従うべきだからである。⁽⁴⁰⁷⁾

４ 組み合わされた垂直的慣行と水平的慣行

純粋な垂直的制限に対する最善のアプローチは、枠組みが設定された rule of reason または分類された rule of reason である。抱合わせの設定は別にして、それ以外に唯一認識された法律上の例外は、ディーラーが主導権を握って実施する「ディーラー・カルテル」に関連するものであり、この種のカルテルは、そのような制限が、純粋な垂直的制限ではないことを意味するのである。⁽⁴⁰⁸⁾ ある一定の市場で、力のあるディーラーは、他のディーラーとの競争を減少させるために価格を維持したり（垂直的な力の行使）垂直的な分散（水平的な力の行使）を強く主張することによって、一方的な価格の上昇を可能にするかも知れないのである。⁽⁴⁰⁹⁾

Dr. Miles 訴訟で確立されたように、共謀するディーラーの一部の者は、⁽⁴¹⁰⁾ 同じことを行うことができる。このような両判決（*Dr. Miles* 判決と

(407) Hovenkamp, *supra* note 1, at 164.

(408) 筆者はこの種のカルテルについては、「ディーラー間の共謀」、「製造業者間の共謀」のタイトルで説明している。前掲注 2，拙書『合理の原則』147頁～151頁。

(409) See AREEDA & HOVENKAMP, *supra* note 4, ¶1604.

(410) *E.g.*, Toledo Mack Sales & Serv., Inc. v. Mack Trucks, Inc., 530 F.3d 204,

Mack Truck 判決) の状況において、その力に依存した戦略による成功は、川下企業(要するに大企業)が保有する力と代替品に対する製造業者のブランド品の強さによる。このディーラー・カルテルは、わかり易い事例の一つであり、もしそのようなカルテルがあからさまのカルテルであれば、当然に違法にすべきである。⁽⁴¹¹⁾ もちろん、共同のディーラーの価格割引に対する申立てが、必ずしも反競争的ではないのである。何故ならば、被告側のディーラーは、価格割引以外の理に適った側面、すなわち製造業者が押し付けてきたコスト面などの要求を無視している可能性があるからである。結果として、裁判所は、その制限のために配給上の効率的な取引を促進するためのものとして、それがディーラーの共謀なのかそれとも製造業者の要望なのかを決定する必要がある。

⁽⁴¹²⁾
NYNEX Corp. v. Discon, Inc. 判決において、Breyer 判事は、共同の取引拒絶に対する初期の頃の連邦最高裁の *Klor's* 判決を苦慮しつつ慎重に⁽⁴¹³⁾ 区別したのである。連邦最高裁は、次のように *NYNEX* 判決の状況を結

229 (3d Cir. 2008). 本件で、裁判所は、ディーラー・カルテルによって推進されたとする Robinson-Patman Act (“RPA”) に基づく主張の却下を拒否している。*Dr. Miles* 判決では、小売業である薬剤師カルテルを認めている。*See supra* note 375. なお、ロビンソン・パットマン法は、クレイトン法第2条を修正するもので、現在、価格差別を規制している法律は、ロビンソン・パットマン法によって修正されたクレイトン2条ということになる。この経緯については、松下光雄『アメリカ独占禁止法』221頁以下(東京大学出版会 1982年)を参照されたい。

(411) *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 893 (2007). 本件において、連邦最高裁は、そのようなディーラー・カルテルが当然違法である旨を明確に述べている。

(412) 525 U.S. 128 (1998).

(413) *Id.* at 135-36. Breyer 判事が苦慮したのは、*Klor's Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.*, 359 U.S. 207 (1959) 判決において、*Klor's* 社に対する *Broadway-Hale Stores* 社らによる共同の取引拒絶が、連邦地裁及び連邦高裁では認定されず、連邦最高裁において、*Broadway-Hale Stores* 社らの行為が、当然違法とされたことであった。

論付けたのである。すなわち、その事例は、単体の川上企業（要するにスタートアップ企業）と川下の企業間での協定（垂直的協定）を含んでいたのであるが、結論は、rule of reason に従わなければならないとしたのである。対照的に、*Klor's* 判決は、同社のライバルで小売業者である *Broadway-Hale* 社が、*Klor's* 社をボイコットするために家庭用電気器具の製造業者と競争関係にある数社と共謀したとする訴えを内容としていたのである（水平的協定）。

その後の *Leegin* 判決において、連邦最高裁は、製造業者の希望するカルテルに同意したとするディーラーの答弁にそもそも問題点があったと付け加えている。すなわち、逆に言えば、ディーラーの希望するカルテルに同意したのが製造業者であるとして、以下のように説明している。

価格を上昇させるために生産高を減少させ、あるいは競争者を削減させる競争関係にある製造業者あるいは競争関係にある小売業者間における水平的なカルテルは、当然違法であり、そのように判断すべきである。ある程度、最低限の再販売価格を設定する垂直的な協定は、いずれかの類型のカルテルを助長するために締結されており、そのような事態であれば、rule of reason の下で判示される必要があると考える。この種の協定は、やはり水平的なカルテルの存在を立証する原告の主張が有益な証拠になる可能性⁽⁴¹⁴⁾がある。

この連邦最高裁の言明に対して、Hovenkamp は、次のように批判的な考えを説明している。

連邦最高裁の説明を換言すれば、あからさまのカルテルであれば、水平的な結びつきが当然違法であるかも知れない。しかし、共同者との垂直的な関係性による参加は、rule of reason の下で対処されなければならないということなる。連邦最高裁の論理的な根拠が、混乱させているのであり、もしそのカルテルがあからさまのものであるならば、垂直的

(414) *Leegin Creative Leather Prods.*, 551 U.S. at 893. *Leegin* 判決に関する筆者の説明は、前掲註 2、拙書『合理の原則』143頁以下を参照されたい。

に関係した企業の参加者の行為は、同じようにあからさまのカルテルではないのか？ある研究者は、論点である再販売価格維持が、ただ乗りを抑制することによって製造業者の利益に資すると言及するかも知れない。しかし、そのような事例において、論点である再販売価格維持は、生産高増加の戦略を採るであろうし、ディーラーの協定は同様に rule of reason の下で対処されるべきである。連邦最高裁は、その意思に反してカルテルに参加した垂直的に関連した企業に寛大さを示唆したのかも知れない。しかし、rule of reason 審理は、そうすることに対して間違っ(415)た手段である。要するに、Hovenkamp は、垂直的制限と水平的制限が混在した制限に rule of reason 審理は適当ではないと説明しているのである。

次に、*United State v. Apple, Inc.* 判決では、第2巡回区連邦高裁が分別のある必要条件を追加したのである。すなわち、垂直的に関連した企業が、実際にカルテルに参加したり、そのカルテルを助長したのであれば、per se rule が当該企業の行動に適用されると判示したのである。ただ、この判決に反対を表明する大多数のアプローチは、垂直的に関連する企業の行動に対して rule of reason の審理を要求した *Leegin* 判決に矛盾するとして、裁判所の文言に賛成しなかったのである。⁽⁴¹⁷⁾Hovenkamp は、*Apple* 判決における垂直的制限と水平的制限が混在した内容に対して per se rule が適用されたことに良い評価をしているのであり、行き過ぎた rule of reason 審理の拡大に警鐘を鳴らしたとも言える。

Leegin 判決の声明は別にして、当該制限に対する Apple 社の参加（及び制限の要望）が、あからさまな制限であるならば、rule of reason 審

(415) Hovenkamp, *supra* note 1, at 165.

(416) 791 F.3d 290 (2d Cir. 2015). 本件は、被告である Apple 社が、5つの大手出版社との間で共謀して「電子ブック」として知られるデジタル書籍の小売価格を引上げ、小売価格競争を排除したことに対して、原告である連邦政府及び多数の州の申立てたものである。

(417) Hovenkamp, *supra* note 1, at 165.

理を要求することによって解決できると判断することは困難である。Apple 社は、iPad の電子装置の発売と同時に電子書籍ストアの開設を望んでいたのである。電子書籍の販売業者であり競争相手でもある Amazon 社は、Apple 社が価格を設定したものの、その価格設定では参入しても利益をあげることができない価格であった。結果として、主要な出版社から協定を求められ、その協定の下で各出版社は、より高い価格を設定した新たなモデルを採用したものと思われ、その価格を Amazon 社に押し付けたと考えられるのである。⁽⁴¹⁸⁾

このような共謀行為に対して、Hovenkamp は、以下のように結んでいる。我々は、必要に応じてこのことを rule of reason 審理の対象と呼ぶことができる。しかし、事実は、Amazon 社が出版社の要望するカルテルに従ったという事実によって例証されたように、そこには、明らかに支配力が存在したが、それは未解決のままである。結果としてみれば、カルテル価格の傘は、Apple 社の参入に利益をもたらしたのであり、そのことが、水平的な協定を申し込んだ唯一の理由であった。確かに、Amazon 社の価格のいくつかは、取得原価以下であった可能性がある。⁽⁴¹⁹⁾ 事実は、Apple 社が、法廷で Amazon 社に対して略奪的な価格設定訴訟を提起することを正当化するかも知れないのである。しかし、Amazon 社が、価格を引上げる力を持った書籍販売業のカルテルを調整することはほとんどなかったのである。このことに対して、Apple 社が支配的企业である Amazon 社に対抗して当該市場に参入する障壁を取り除いたとして申立てたのである。⁽⁴²⁰⁾ 要するに、Apple 社が競争的な市場にしたとする申立てをしたのである。低価格の設定は、その低価格に合わせること

(418) *Id.*

(419) Hovenkamp は、次のように補足している。確かに、その価格が「客寄せの目玉商品」として多数の者によって説明されているが、それは、彼らの利益性が、その後の独占利潤による回収に依存しないとの理由によって、ほとんど常に適法である。*Id.* at 166.

(420) *United States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d at 350.

ができない者に対して、常に「参入障壁」になり得るのである。しかし、再度述べておுகが、この障壁の撤廃が、共謀を正当化するものではないのである。⁽⁴²¹⁾

五 小括

反トラスト上の rule of reason の複雑さは、不平・不満を引き起こしてきたのであるが、rule of reason 審理の使用は、正当な手続規範に合致しない専断的な結果、すなわち法によらず裁判所や判事らのある種の専断による判決を生んできた感を否めない。このように rule of reason 審理にややもすれば批判的な Hovenkamp は、判事らの rule of reason 審理に対する理解が十分ではない、というように筆者には映る。彼は、次のように続ける。

Brandeis 判事は、*Chicago Board* 判決において、極めて大胆な予測の読めない判断を先例として投げかけたのであり、それは脅威でもあった。⁽⁴²²⁾ 一般的な福祉規準の下で、制限の適法性に関する評価は、やはり極めて困難であり、理に適った判決を脅威にすることができるほど不正確である。

(421) Hovenkamp, *supra* note 1, at 166.

(422) Maurice Stucke, *Does the Rule of Reason Violate the Rule of Law?*, 22 LOYOLA CONSUME L.REV. 15, 19 (2009). この論文を Hovenkamp が引用したのは、Stucke が、rule of reason の管理能力の低さ、主観性や透明性の欠如、そして、一貫性のない結果をもたらしたと明確に主張したからであると推測できる。ここで、筆者がこのタイトルをあえて邦訳すれば、「合理の原則は、法の原則を犯すのか？」ということになる。rule of law を「法の支配」と訳すことに躊躇する。というのは、例えば rule of community, rule of company, rule of governance という原語を訳すときに、最初に rule ありきであって、法も一つの原則であり、法がすべてを支配することではないと理解しているからである。もちろん、誤訳であるかもしれないが、それは筆者の勉強不足による。

(423) *Chi. Bd. of Trade v. United States*, 246 U.S. 231, 238 (1918).

この審理，rule of reason による反トラスト事例が常に複雑である一方で、我々は、一般的な福祉の影響よりも、価格及び生産高の影響に焦点をあてることによって、専断性を制限することができる。反トラストにおける消費者福祉原則の勝利は、一般的な福祉の評価に伴う極めて困難な矛盾点を測定する試みよりも、むしろ消費者危害に対する疑念を制約することに役立ってきたのである。

そして、Hovenkamp は、かつて論争になった反トラスト法と民事訴訟の問題点に言及している。訴答要件における連邦最高裁の *Twombly* 判決⁽⁴²⁴⁾は、必要以上の要件を課した一方で、原告が反トラスト法違反の申立てをする際には、正しい論点に集中することを促すという有用な機能を果たしたのである。同判決において、原告らは、生産高削減あるいは価格上昇の抑制、そして可能な限り十分な事実の主張をする必要があった。また、理想的なことを言えば、反トラスト訴訟に対する *Twombly* 判決⁽⁴²⁵⁾並びに *Matsushita* 判決の両アプローチは、より身近な文脈で生産高削

(424) *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007). 本件は、反トラスト法と民事訴訟を含む連邦最高裁判決である。連邦地裁レベルでは、シャーマン法第1条違反を問うためには、原告が「プラス・ファクター」を確立する必要があると判断され、*Twombly* が共謀を推測できる十分な事実を立証できなかったために、*Bell Atlantic* の主張する訴訟の却下を認めた。このため *Twombly* は、第2巡回区連邦高裁に上訴し、同連邦高裁は、*Twombly* がシャーマン法第1条違反を裏付ける共謀と特定の事実を主張するだけでよいと判断し、*Twombly* の主張は十分であるとして訴訟が進められた。*Hovenkamp* が説明するのは、論点として、連邦民事訴訟の訴答要件が強化されたことであり、そのことがシャーマン法訴訟にとって有益な機能を遂行するという事である。

(425) *Matsushita v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986). 本件は、原告が、すべての請求について略式判決を求めたものであった。その後、地方裁判所は、事件が裁判にかけられた場合に提出されるすべての証拠書類を列挙した陳述書を提出するよう当事者に指示している。しかし、控訴裁判所は、地方裁判所によって除外された証拠の多くが許容可能であると判断した後、地方裁判所が略式判決を下したことは誤りであり、共謀の直接証拠と状況証拠の両方があったと判断している。

減の可能性を高める事実焦点を合わせることによって、より理に適った rule of reason の下で審理する反トラストにすべきであった。この点を敷衍すれば、焦点を絞らずに rule of reason の幅を広げて審理したことを意味するのである。恣意的な意思決定を減少させるもう一つの方法は、制限に関する分類ではなく、分析の方法に per se rule を適用することである。per se rule を適切に使用すれば、理に適わない per se rule の問題の限定であろう。要するに、ある制限には rule of reason、またある制限には per se rule の適用ではなく、制限を分析する際に per se rule の使用が必要であるとの見解である。従って、per se rule の使用においても、一定程度の経済分析の必要性を主張しているようにさえ思われる。

以上のように、Hovenkamp は、rule of reason 解釈の拡大傾向に対して per se rule の使用範囲を分析の段階で判断し、使用できるのあれば、積極的に使用すべきであるとして、rule of reason によるバランス審理に捉われすぎている裁判所に対して、次のように締めくくっている。すなわち、推定と举证責任の転嫁に関する適切な裁判運営により、裁判所は、肯定的な効果（競争促進の効果）と否定的な影響（反競争的影響）の「バランス審理」を採用する必要もなく、諸制限を評価する能力が十分にあることを立証してきたのである。バランス審理は、ほとんど常に判事らの力量を範囲外に追いやる裁判になるのである。

Hovenkamp の最後の言葉について、若干補っておきたい、拙書『合理の原則』⁽⁴²⁶⁾の第5章「Rule of Reason 訴訟の実態と再検討」において、筆者は次のように Carrier の実証研究をまとめている。この実態検証によって、現在の rule of reason 審理では、quick look の採用によって、ほぼ被告勝訴の結果になることが判明した……。このことを捉えて、Hovenkamp は警鐘をならしたものと理解する。Hovenkamp は、rule of

(426) 前掲註2、拙書『合理の原則』277頁以下。

reason を否定するのではなく、per se rule の使用を明確にすべきであり、その使用を要求したのである。

簡潔に拙書と Hovenkamp の理論を比較すれば、筆者がある一定の rule of reason の審理内容を掲げたのに対して、Hovenkamp は、訴訟・rule of reason 審理について掘り下げた持論を展開している。複雑なアメリカの訴訟制度は、大陸法に慣れ親しんだ我々にとって、それを容易に理解するのは困難である。それでも、市場、経済活動の側面からみれば、まったく相容れないものではない。この分野における rule of reason と per se rule という２大原則は、次の結論において試論しているように、我が独占禁止法の解釈と類似点も多く、比較研究における今後の課題にすることも必要であろう⁽⁴²⁷⁾。

結論―日米比較への試論

Rule of reason の研究成果を一応まとめ挙げたものが、拙書『アメリカ反トラスト法における合理の原則』であるが、同書では、日米の比較検討が十分にできておらず、以下のような図示で終わっている。

	基本的な判断 (解釈の出発点)	経済的事実・実態的解釈 (詳細な経済的分析)
シャーマン法	「当然違法」	rule of reason (合理の原則)
独占禁止法	「原則違法」	競争の「実施的」制限

(『アメリカ反トラスト法における合理の原則』322頁から引用)

そのため、Hovenkamp の合理の原則論と共に、日米の基本的解釈をあげて、現在の日本法（独占禁止法）に rule of reason 的解釈が既にな

(427) 比較研究における最近のまとまった書物として、田村次朗『競争法におけるカルテル規制の再構築 日米比較を中心として』（慶應義塾大学法学研究会 2021年）がある。同書では、rule of reason と per se rule の的確な分析が試みられていることを付記しておく。

されていることを図表と共に記しておきたい。周知のように独占禁止法の私的独占（2条5項）と不当な取引制限（2条6項）の定義規定は、違法要件（法律要件）が同じ文言である。すなわち、「公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限することをいう」と規定されている。この競争の「実質的」制限には、文言の中に経済的分析をすることがあらかじめ組み込まれていると解される。このことを裏付けている一例を挙げれば、公正取引委員会によるガイドラインである（例：「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」＜最終改正：令和2年12月25日＞）。また、「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」＜最終改正：平成29年6月16日＞）においても、詳細な記述がみられ、rule of reason 審理の中でも、最も詳細な full-blown rule of reason に該当し、経済事実に即した丁寧な捉え方が記されており、このことに関して、筆者は、rule of reason 的解釈を基にした執行方針であると捉えている。また、研究者による注解書＜根岸 哲編『注解独占禁止法』（1990年 有斐閣）＞においても、随所に経済的分析・経済学的アプローチがなされており、アメリカのような難解な数式がないだけである。

このような理由から、Hovenkamp の rule of reason 論を手掛かりにし、本稿の結論として、解釈の基本を rule of reason から rule of substantial なる用語に置き換える試みによって日米比較の検討結果を記しておきたい。

我が独占禁止法の2条5項・6項が、行為要件のみであれば、次のようになる。そこで、シャーマン法第1条（取引制限）と独占禁止法第2条6項（不当な取引制限）を挙げて比較すれば、以下の通りになる。

Sherman Act Sec.1

Sec. 1. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal. ……（日本法の私的独占や不当な取引制限が含まれている）

数州間または外国との取引または商業を制限するすべての契約，トラストその他の形態に形態による結合または共謀は，これを違法とする……。 （行為要件を満たせば，それだけで違法）＜邦訳は，松下光雄『アメリカ独占禁止法』8頁（1982年 東京大学出版会）による＞

独占禁止法 2 条 6 項

この法律において「不当な取引制限」とは，事業者が，契約，協定その他何らの名義をもつてするかを問わず，他の事業者と共同して対価を決定し，維持し，若しくは引き上げ，又は数量，技術，製品，設備若しくは取引の相手方を制限する等相互にその事業活動を拘束し，又は遂行することにより（行為要件），公共の利益に反して，一定の取引分野における競争を実質的に制限することをいう（違法要件）⇒（「行為要件」と「違法要件」の両方を満たして違法）。

独占禁止法 2 条 6 項から違法要件を削除した場合

事業者が，契約，協定その他何らの名義をもつてするかを問わず，他の事業者と共同して対価を決定し，維持し，若しくは引き上げ，又は数量，技術，製品，設備若しくは取引の相手方を制限する等相互にその事業活動を拘束し，又は遂行することは，「不当な取引制限」として，これを違法とする。

要するに，行為要件のみであり，それを満たせば違法となる。それ故，独占禁止法に違法要件がなければ，本稿で展開してきた合理の原則は，

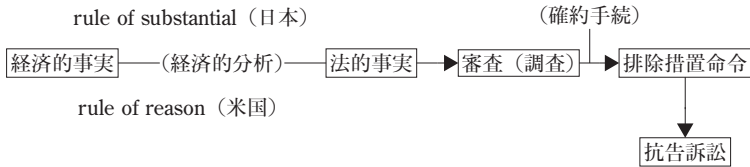
日本法の解釈にも出現していたと思われる。例えば、ある市場において、それぞれの会社の市場占有率が、A社35%、B社25%、C社20%、D社15%、E社3%、F社2%であると仮定する。このときE社とF社が価格カルテルを結んだ場合、当該市場で合計5%の市場占有率で、何ら当該市場に影響を及ぼさなくても当然違法（per se illegal）となる。何故ならば、そのカルテルは、当該市場の競争に影響を与えることはないと考えられるものの、競争を「形式的」に制限していることになるからである。

このように、我が独占禁止法は、rule of reasonや合理の原則なる文言を使用していないだけで、自ずとその審理・解釈を行っていることになる。観方を変えれば、アメリカでは、シャーマン法第1条の解釈において、rule of reasonに関する論文が多く見受けられるが、日本では、これをことさらに意識することなく、その解釈が制定当時から行われていたことになる。また既述のように、競争の「実質的制限」の文言には、「経済的分析による審理をせよ」との見えない命令が組み込まれているのではないかと考えられる。実質的制限であるか否かは、経済的事実を分析しなければならないからである。

また不公正な取引方法においても、一例として、「競争が行われる場である市場を画定しない限り、公正競争阻害性の判断は不可能であるから、不公正な取引方法が成立するためには市場の画定が必要である」とされた（東京高判平19・1・31＜ウインズ汐留差止請求事件＞）。

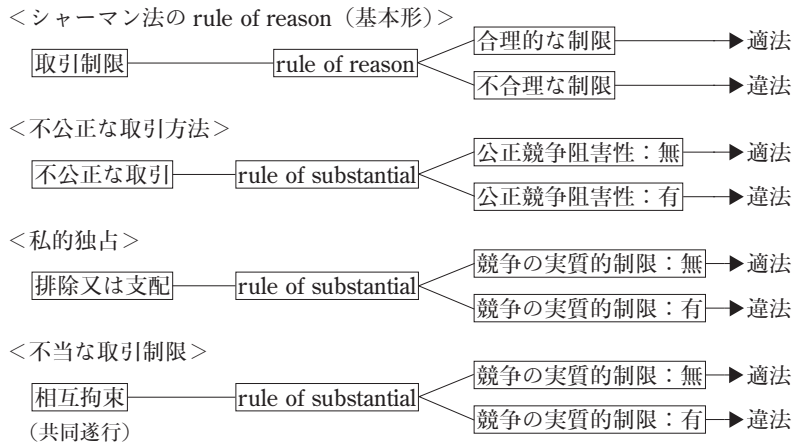
このように、不公正な取引方法においても、私的独占や不当な取引制限と同様に合理の原則（rule of reason）で判断することになると理解しても良いと思われる。このような理由から、筆者は、この合理の原則の代わりに、我が独占禁止法に合致する用語として「実質の原則（rule of substantial）」を提唱し、その用語に置き換えることが可能ではないかと考える。法制度の相違から単純には言えない。しかし、競争市場の経済的事実を法解釈するこの領域では、類似の解釈が実践されていると

言っても良いのではないか。



この上図の流れにおいて、rule of reason 又は rule of substantial による経済的分析の役割は大きく、経済的領域から法的領域に持ち込む際には、競争制限が、本当に経済的事実に基づいて「実質的」に競争を制限しているか否かの見極めの役割を果たすことになる。それはまた、経済的領域から法的領域へ持ち込む際の装置が、rule of reason であり rule of substantial であるともいえる。

Rule of reason に関する研究において、「合理の原則」が「実質の原則」に該当し、既に我が独占禁止法の分野において行われている可能性があることを示唆（図示）すれば、以下になるだろう。



以上によって、合理性・reasonableness を判断するのが rule of reason であり、実質性・substantiality を判断するのが rule of substantial であ

ると捉えても良いと考えられる。更に、既述のように不公正な取引方法においても、市場の画定と市場占有率を明確にしなければならないとの判決に加えて、公取委は、既述の「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第1部3(4)「市場における有力な事業者」において、有力な事業者の概念を「一応の目安」として市場占有率20%超とした上で執行する旨を明確にしている。不公正な取引方法においても市場占有率は、市場支配力としての重要な要素であり、競争を前提にしている。

したがって、原則として19条及び2条9項における法定行為類型は、文言も不公正な「取引」方法から「競争」方法として整理し直しても良く、原始独占禁止法の文言に戻ることに支障はないと考えられる。そのように理解すれば、合理の原則と実質の原則の類似点の抽出が容易になる。

そして更に、近時のガイドライン（公取委「グリーン社会の実態に向けた事業者等の活動に関する独占禁止法上の考え方」別紙1 令和5年3月31日）において、公取委は、同書6頁・33頁の図表及び文章の随所に「競争制限効果」と「競争促進効果」なる用語を用いて、総合的に考慮して問題の有無を判断するとして、その審査方法を明確にしている。文言こそバランス審理なる用語を使用していないものの、このことは、まぎれもなく「合理の原則」・rule of reason 審理の一つの類型である（競争制限効果と競争促進効果の比較衡量）。

このように捉えれば、合理の原則を手掛かりとしたこの分野における日米比較の研究は、今まで以上に進むのではないか。ただ、筆者のこの研究は、本稿をもってひとまず筆を置きたい。

【付記】恩師である故・吉永榮助は、「継受比較法」的考察を研究の中心に据えていた。本稿が、その教えに少しでも近づいていれば本望である。また、この長い拙稿の掲載を許して頂いた、神戸学院大学法学部教授会の寛大なご配慮に心より御礼申し上げる。

（2023年9月22日）