

非ハードコアカルテルの違法性評価の在り方

公正取引委員会

競争政策研究センター

非ハードコアカルテルの違法性評価の在り方

【執筆者】

泉水文雄

神戸大学大学院法学研究科教授・CPRC 客員研究員

宮井雅明

立命館大学法学部教授・元 CPRC 客員研究員

齊藤高広

金沢大学人間社会研究域法学系教授・CPRC 客員研究員

井畑陽平

椋山女学園大学現代マネジメント学部准教授・元 CPRC 客員研究員

遠藤光

公正取引委員会事務総局審査局第三審査長（元取引部相談指導室長）・CPRC 研究員

【謝辞】

本研究に当たり、沢田克己新潟大学実務法学研究科教授に有益な資料及びコメントを頂いた。

また、ヒアリング調査に御協力いただいた団体、学者等の皆様にも貴重なお時間を割き、有益な情報を頂いた。

本報告書を取りまとめるに当たっては、岡田羊祐 CPRC 所長を始め、競争政策研究センターのワークショップの参加者から有益なコメントを頂いた。

ここに記して感謝の意を表したい。

【本研究報告書における役割分担と位置付けについて】

本報告書は、第1章及び第4章（第3節）を齊藤、第2章を宮井、第3章を井畑、第4章（第1節、第2節、第4節及び第5節）、はじめに及びおわりにを泉水が担当した。

本報告書の内容は執筆者が所属する組織の見解を示すものではなく、記述中の責任は執筆者のみに帰する。

目次

はじめに	7
第1章 EU法における非ハードコアカルテルの違法性評価	9
第1節 はじめに	9
第2節 競争法	9
1 競争法における規定の構造	9
2 競争法の近代化以降におけるガイドラインの公表・改定	10
第3節 各種政策目標の関係性	11
1 政策目標	11
2 環境政策	12
3 環境問題を扱った競争法事例	13
第4節 水平的協力ガイドライン	14
1 環境協定・規制に係る判断	14
2 情報交換活動	15
第5節 社会公共目的を有する共同の取組に対する判断枠組み	16
1 101条における「制限」の意義	16
2 1項と3項の関係性と消費者の意義	18
3 判断枠組み3類型	19
4 小括	22
第6節 事業者団体の活動に対する判断の傾向	23
1 規制態様	23
2 専門職サービス報告書	24
3 事業者団体における各種規制に係る判断事例	25
4 小括	27
第7節 レジ袋削減に対する取組	27
1 EU指令の改正	27
2 英国における展開	28
第8節 おわりに	29
第2章 米国法における非ハードコアカルテルの違法性評価—判例の分析	30
第1節 研究の対象と目的	30
1 米国連邦反トラスト法におけるカルテル規制の概要	30
2 米国連邦反トラスト判例法を研究する意義と研究対象の限定	31
3 研究の視点	33
第2節 米国連邦反トラスト法における「合理の原則」の展開（CDA事件判決まで） ..	33
1 連邦最高裁判例の系譜（CDA事件判決以前の流れ）	33

2	下級審への影響（CDA 事件判決以前）	37
3	反トラスト当局の動向	41
4	CDA 事件判決の意義と読み方	43
第3節	CDA 事件判決以降の展開	47
1	最高裁判例	47
2	下級審判決例	62
第4節	米国判例法の分析	92
1	「合理の原則」, 「当然違法の原則」, 「簡略化された合理の原則（クイック・ルック）」との関係について	92
2	判断枠組みの現状への批判と再編に関する諸提案	93
3	諸判決例にみる傾向	99
第5節	むすびと残された課題	103
第3章	米国法における非ハードコアカルテルの違法性評価（非判例部分）	106
第1節	はじめに	106
1	調査のテーマ	106
2	具体的な調査の対象	106
3	本稿の構成	107
第2節	米国競争当局に対するインタビュー成果の説明	107
1	DOJ	107
2	FTC	108
第3節	本研究で実施したインタビューの成果に関連する近時の事例	109
1	判例（North Carolina State Board of Dental Examiners 事件）	109
2	判例以外の競争当局による見解が公開された例	112
第4節	本稿のまとめ	113
	米国連邦司法省（DOJ）からのヒアリングメモ	115
	米国連邦取引委員会（FTC）からのヒアリングメモ	116
第4章	日本法における非ハードコアカルテルの違法性評価	117
第1節	ガイドラインの立場	117
1	事業者団体ガイドライン	117
2	リサイクルガイドライン	118
3	その他のガイドライン	118
第2節	相談事例集の諸事例の検討	120
1	レジ袋の削減のための共同の取り組み（平成 14 年）	120
2	平成 19 年度事例 3（レジ袋の利用抑制のための有料化の決定）	121
3	ごみ袋に係る相談事例	121
4	平成 24 年度事例 9（事業者団体による環境への影響が懸念される製品の製造販売を停	

止する取決め)	122
5 平成 19 年度事例 4 (容器回収の共同化)	122
6 平成 17 年度事例 11 (事業者団体によるリサイクルシステム運営上の基準設定)	123
7 平成 14 年 1 月から平成 15 年度事例 10 (自動車リサイクル業務の共同化)	124
8 事業者団体の活動に関する主要相談事例 (平成 14 年 3 月)	125
9 環境以外の相談事例	126
第 3 節 地方公共団体に対するヒアリング	127
1 地方公共団体 A	127
2 地方公共団体 B	128
3 地方公共団体 C	130
4 地方公共団体 D	131
5 総括	133
第 4 節 社会公共目的の自主規制に係る事業者団体ガイドラインの考え方の評価	135
第 5 節 震災等緊急時における共同行為	136
1 はじめに	136
2 震災等緊急時における取組に係る想定事例集 (平成 24 年 3 月 13 日)	136
3 被災地への救援物資配送に関する業界での調整について	137
4 東日本大震災に関連する Q&A	137
5 独占禁止法に関する相談事例集 (平成 23 年度) のうち, 東日本大震災に関連した相談事例について	138
6 まとめ	139
おわりに	141

はじめに

本研究は、非ハードコアカルテルの違法性の評価の判断枠組み及び判断基準について、環境分野その他の分野を中心として、日米EUの比較法研究の観点から分析するものである。

非ハードコアカルテルは、様々な場面でなされるが、我が国においても環境保護を目的とする共同行為について、相談事例等の蓄積がある。また、環境分野以外の社会公共目的の共同行為に関する相談事例等も多い。また、地震等の緊急事態における共同行為に係る想定事例等も公表されている。これらの判断基準について米国、EUのそれがどうなっているのかを比較して研究することが本報告書の目的である。

本報告書では、第1章においてEU、第2章及び第3章において米国、第4章において日本の法規制の状況や考え方を分析する。

EUにおいては、環境分野は競争法分野のほか様々な規制による取組が行われ、それらをやや広く分析する。また、環境分野以外の社会公共目的の共同行為に関する競争法の考え方も可能な範囲で分析する。

米国においては、調査した結果、競争法分野に特有な事例等は乏しいために、非ハードコアカルテル全体の分析方法について、判例や当局の執行方針の分析、ビジネス・レビュー・レター等の当局の執行方針を明確化した文書の分析及び環境分野に係る州規制・適用除外制度（州行為免責理論）の射程についても分析する。

日本においては、ガイドライン、環境分野等に関する相談事例及び震災等緊急時における対応等を検討する。また、平成19年度相談事例において、A市、同市内の住民団体及び参加小売事業者各社が、レジ袋の提供を有料化し、その単価については、1枚5円とするという内容の協定を締結することについて、直ちに私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和22年法律第54号。以下「独占禁止法」という。）上問題となるものではないとした事例がある。このような環境目的により、レジ袋の単価を合意する協定は競争法上問題となるものでないとするものと同様の事例は諸外国では見当たらず、この相談事例についてヒアリング調査等の方法によりフォローアップを行う。その関係から、EU及び米国において、レジ袋の提供について競争法及びその他の規制がどのように対処しているかを併せて分析する。

なお、非ハードコアカルテルの定義について若干の説明を加える。

ハードコアカルテルに、価格カルテル、入札談合、数量制限カルテル、市場分割カルテル、取引先制限カルテル等が含まれるとの見解は国際的にも共有されている¹。ただし、ハードコアカルテルの外延について一致した見解はない。また、非ハードコアカルテルを「ハードコアカルテル以外のカルテル」と定義することは可能と考えられるが、ハードコアカルテル

¹ 例えば、Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels, OECD Doc. No. C (98) 35FINAL (Mar.25 1998) IA 2 a)を参照。

の外延が明確ではない以上、そのような定義にも困難が伴う。

このようにハードコアカルテル及び非ハードコアカルテルについて、統一的な定義が存在するものではない。しかしながら、学説における有力な見解²を参照しつつ、本共同研究においては、ハードコアカルテルを「競争制限のみを目的とするカルテル、又は客観的に反競争効果が明白であって、これを補うような競争促進効果若しくは正当化事由を持たないことが外見上明らかなカルテル」とし、非ハードコアカルテルを「ハードコアカルテル以外のカルテル」として定義する。

前記の定義の下では、環境保護等の社会公共的目的による共同行為については、競争制限以外の目的を持ち、また競争促進効果又は正当化事由を持つ可能性までは否定されないと考えられる。したがって、当該共同行為は、ハードコアカルテルに該当せず、非ハードコアカルテルとなる。

² 金井貴嗣ほか編『独占禁止法〔第5版〕』 39頁以下〔宮井〕（弘文堂，2015年）

第1章 EU法における非ハードコアカルテルの違法性評価

第1節 はじめに

EUは、多面的な価値を内包した様々な政策目標を謳っているとともに、域内における人・モノ・サービスをめぐる自由な移動についても重視している。政策の実施に当たっては、これらの各目標を考慮に入れることが予定されている。他方、加盟国においては、専門職団体における自主規制も少なくなく、会員ないしは新規参入に対する制限・制約のあり方が問題となることも増えつつある。

以下では、EU加盟国における競争法・競争政策が平準化されるなか、各政策目標と競争政策・競争法と交錯する事例について、特に関心が高い環境分野について目配りをしながら、①競争法の規定、EU基本条約における各政策目標の関係性について確認し、②社会公共目的がある共同の取組に対する競争法の判断枠組みを検討し、③事業者団体における各種規制に対する判断の傾向を捉え、さらに、④EU及び英国におけるレジ袋削減の取組について検討する³。

第2節 競争法

1 競争法における規定の構造

EU競争法は、Treaty on the Functioning of the European Union（以下「TFEU」という。また、TFEU101条、同条1項、同条2項及び102条は、単に101条、1項、2項及び102条ということがある。）101条1項において、競争制限「目的」又は「効果」を有する「合意」又は「協調的行為」を禁止するとともに、同条3項における要件を充足すれば、適用を免除する規定を持っている。すなわち、1項においては、「事業者間の協定、事業者団体の決定及び協調的行為であって、加盟国間の取引に影響を与えるおそれがあり、かつ、域内市場の競争の機能を妨害・制限・歪曲する「目的」を有し、又はこのような「結果」をもたらすものを禁止する。」と規定している。具体的には、①価格協定、②生産、販売、技術開発又は投資に関する制限又は規制、③市場又は供給源の割当て、④取引の相手方を競争上不利にする差別的取扱い、⑤抱き合わせ契約、を列挙している。

1項で禁止されている協定又は決定は、2項において当然無効と宣言されているが、3項において、次のような場合には、適用を免除することを規定している。すなわち、①商

³ EU法及び各政策については、例えば、須網隆夫『ヨーロッパ経済法』（新世社、1997年）、岡村堯『新ヨーロッパ法』（三省堂、2010年）、中西優美子『EU法』（新世社、2012年）、庄司克宏『新EU法 政策篇』（岩波書店、2014年）のほか、Ivo Van Bael & Jean-francois Bellis, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law Intl (5th 2009), Nicholas Moussis, *Access to the European Union*, Intersentia (20th 2013), Vivien Rose & David Bailey ed, *Bellamy & Child European Union Law of Competition*, Oxford (7th 2013), Jonathan Faull=Ali Nikpay, *Faull & Nikpay the EU Law of Competition*, Oxford (3rd 2014)などの概説書・研究書が詳しく、本報告書でもこれらを参照している。なお、数次の条約改定を受け、条文番号に変更が加えられているが、本報告書では、ガイドラインの名称を除いて、原則として、TFEUにおける条文番号で統一記載する。

品の生産・販売の改善又は技術的・経済的進歩の促進に役立ち、かつ、②消費者に対しその結果として生ずる利益の公平な分配を行うもの」であって、前記目的達成のために③必要不可欠でない制限を参加事業者に課すこと、当該商品の実質的部分について、④参加事業者に競争を排除する可能性を与えること、のいずれにも該当しない場合である。

ハードコア型カルテルに該当する制限内容や目的を有する場合であっても、上記適用除外に必要な4つの要件、すなわち、①生産・販売の改善、技術的・経済的進歩、②消費者均てん、③目的達成の必要不可欠性、④参加事業者の競争を排除しないことを立証できれば、実際に許容される実例の多寡はさておいて、適用が免除される余地があることを、欧州裁判所も述べている⁴。

競争法・政策分野においては、EUないし欧州委員会が排他的管轄権を有しているが（TFEU 3条1項(b)）、下記で言及するように、適用除外の判断にあたっては、加盟国当局ないしは司法機関が判断することも可能になっている。ただし、加盟国内における事件を検討するに当たって、加盟国の司法機関が、EU競争法等との整合性を確認するため、欧州裁判所に対して、質問状を送付する形式をとって、意見を求める制度を利用することも多くみられる（「先決的判決制度」）。

2 競争法の近代化以降におけるガイドラインの公表・改定

(1) 水平的協力ガイドライン

EU競争法において、1958年1月1日、当時のローマ条約として施行されて以来、欧州委員会は、流通取引契約などの垂直的共同行為を含めて、様々な協定・合意に対して適用免除を判断してきた。黎明期においては、その負担が過度に増加したため、1968年に「事業者間の協力に関する協定・決定及び協調行為に関する告示」を策定し、公表することとなった⁵。この協定は、その後、2001年に「水平的協力ガイドライン」として刷新され⁶、2011年改訂を経て、現在にまで至っている⁷。2011年水平的協力ガイドラインは、2001年ガイドラインにおける典型的な共同行為について各違法性判断基準

⁴ See, e.g. *Matra Hachette*, Case T-17/93, [1994] ECR II -595; *Beef Industry Development Society*, C-209/07, [2008] ECR I -8637; *Glaxo Smith Kline Services*, C-501/06P, [2009] ECR I -9291.

⁵ Notice concerning agreements, decisions and concerted practices in the field of cooperation between enterprises, [1968] OJC75/ 3-6. 翻訳として OECD 編『海外主要国の独占禁止法』（公正取引委員会事務局訳編，商事法務研究会，1970年）493-499頁がある。

⁶ Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation (hereinafter, *2001 HORIZONTAL GUIDELINES*). 翻訳として田中久美子「水平的協定に対する EC 条約第 81 条の適用に関するガイドライン [1] ~ [6・完]」国際商事法務 29 巻（2001年）4号 397頁，5号 560頁，6号 677頁，7号 832頁，8号 942頁，9号 1076頁がある。

⁷ Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, [2011] OJC11/01 (hereinafter, *2011 HORIZONTAL GUIDELINES*).

を踏襲又は精緻化し、また新たに、情報交換活動に係る違法性判断基準を明確化しようとしている。

(2) 3項ガイドライン (2004年)

水平的協力ガイドラインの改定に先立って、2004年、3項に係るガイドラインが策定されている⁸。本ガイドラインは、一般に、経済的利益や効率性など、経済学の知見（消費者厚生基準）を重視して、適用免除基準を更に明確にしていることが特徴的である。この点については、2004年5月1日以降、いわゆる「競争法の近代化」によって、適用免除の事前届出制度が廃止されたことに伴って、事業者自らが、当ガイドラインに照らして自主的に適法性を判断し、自身によって主張立証できるようにしたこと、さらに、加盟国（当局及び裁判所）においても101条及び102条の判断を可能とするなど、分権化を通じて事務処理の効率化を図ることとしたため、いわば共通言語として、判断基準や考慮要因を明確にすることもあって、経済学の知見を広く採用しているとの見方もある⁹。

また、3項ガイドラインは、3項の意義のほか、1項との関係性を明確にしたと評価されている。すなわち、101条の目的は、消費者厚生を向上させ、また資源の効率的分配を達成する手段として、競争を保護することもあるとし¹⁰、他方で、競争制限的な協定（共同行為）であっても、「効率性の確保を通じた競争促進的効果」が上回る場合があることを3項は想定しているとしている¹¹。

さらに、例えば、フランチャイズ契約やジョイント・ベンチャーのように、主たる取引の実施に当たって直接関連かつ必要な範囲で競争制限が伴うような契約形態がある。このような「付随的制限(ancillary restraints)」は、直ちに101条1項に該当しないが、実施の必要性と取引との比例関係に基づいて、主たる取引における競争制限を判断することとなるため、3項における比較衡量論とは異なる性質をもっており、3項検討の範囲外であると位置付けられている¹²。

第3節 各種政策目標の関係性¹³

1 政策目標

EUは、同等の法的価値を有する2つの基本条約、すなわち、欧州連合条約（EU条約）

⁸ Commission Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (hereinafter, *81(3) GUIDELINES*).

⁹ 例えば、武田邦宣「EC競争法原理の生成」阪大法学 56巻6号1401頁、1433頁以下（2007年）が検討・分析を加えている。

¹⁰ *81(3) GUIDELINES*, para.13.

¹¹ *Id.*, para.33.

¹² *Id.*, para.29-31. See also, D.G.Goyder, *EC COMPETITION LAW*, Oxford (2003, 4th) 102.

¹³ 競争法と各政策（環境政策、雇用政策、文化、国内政策ほか）の関係や判例の変遷について、例えば、Giorgio Monti, *EC Competition Law*, Cambridge (2007) 87-113 参照。

とEU機能条約(TFEU)によって設立・運営・機能している。EUの目的・目標として、「人の自由移動の保証」(EU条約3条3項)や、単一の域内市場における「完全雇用及び社会発展を目指す高度に競争的な社会的市場経済」、「高度の環境保護及び環境の質の改善」等に基づく持続可能な発展に向けて活動することを掲げている(EU条約3条3項)。

また、EUは、加盟国とともに、雇用・社会政策(TFEU第9篇・第10篇:145条以下,151条以下)、文化(第13篇:TFEU167条)、保健・公衆衛生(TFEU第14篇:168条以下)、産業(TFEU第17編:173条)、地域統合(TFEU第18編:174条以下)など、多元的な価値を内包した政策目標を掲げ、各政策を統合する原則(「政策統合原則」)を規定している。例えば、保健・雇用について見てみると、TFEU9条は、「連合は、その政策及び活動の策定並びに実施において、高水準の雇用の促進、適切な社会的保護の保証・・・人の健康の保護に関する要求を考慮に入れる(*shall take into account requirements*)」と述べている。

2 環境政策¹⁴

環境政策についても、競争政策のほか、上記にある他の政策と同様、域内市場における持続可能な発展という目的・目標を達成する重要な価値(手段)として位置付けられている。競争法については、もっぱらEUによる排他的管轄権(TFEU3条1項(b))が認められているが、環境政策については、EUと加盟国の双方が共同して管轄している(TFEU4条2項(e))。

環境政策の実施に当たっては、次のような特徴がある。第一に、政策統合原則については、他の政策目標では、「考慮に入れる」と規定しているに過ぎないが、環境政策については、特に持続可能な発展の促進のために「組み入れられなければならない(*must be integrated*)」としており、より重要視しているように見える(TFEU11条)。第二に、予防原則並びに防止的措置(*based on the precautionary principle and on the principles that preventive action*)を採用し、科学的な因果関係が十分に立証されていなくとも、重大又は回復不可能な損害が発生するおそれがある場合、一定の措置を講じることが可能となっている(TFEU191条2項)。第三に、加盟国は、基本条約に適合することを条件としつつ、EUよりも、より厳格な国内措置を維持し、導入することが許されている(TFEU193条)。

¹⁴ EUにおける環境政策の展開については、前掲註3)に掲げた各概説書のほか、例えば、岡村堯『ヨーロッパ環境法』(三省堂、2004年)、庄司克宏編『EU環境法』(慶應義塾大学出版会、2009年)、Suzanne Kingston, *Greening EU Competition Law and Policy*, Cambridge (2012)、Nicolas de Sadeleer, *EU Environmental Law and the Internal Market*, Oxford (2014)などが詳しい。

3 環境問題を扱った競争法事例¹⁵

EU条約3条3項は、「持続可能な発展」に向けた施策にあたって、読み方によっては、競争政策（「高度に競争的な社会的市場経済」）と環境政策（「高度の環境保護」）とを並列的に位置付けているようにも見え、また、それ以外の他の政策目標よりも政策統合を重視しているようにも見える。そこで、例えば、いわゆる社会公共目的に関連する共同行為について、競争法が問われる場合、TFEU101条において、環境政策目的や多面的な価値をめぐって正当化事由ないし比較衡量の対象としてどのように評価されるのか、その判断枠組みや判断基準が問題となる。

環境問題に係る事件では、本研究報告では対象外である市場支配的地位の濫用規制（TFEU102条）や国家援助（TFEU107条）の規定について、単独で又は他の規定と合わせて同時に問題となった事例が見られるが、特に環境基準適合商品の流通促進に係る共同の取組やリサイクルシステムの構築等の事例が目立っている。

EUは、加盟国に向けて廃棄物処理・管理に係る指令、すなわち、①包装及び包装廃棄物指令（1994年）¹⁶、②電気・電子機器廃棄物指令（2003年・2012年）¹⁷、③使用済み自動車指令（2000年）¹⁸、④電池指令（2006年）¹⁹、を策定・公表し、廃棄物処理並びにリサイクル及びリカバリーに向けた対策を加盟国に対して義務付けており、加盟国においてはリサイクルシステムの構築と運用に係る市場が注目されることとなった。基本的な枠組みとして、各指令が念頭に置いている廃棄物の回収・リサイクルに係るシステムは、競争法の適用を排除しているわけではなく、TFEU101条及び102条の観点から分析するものとされている。実際、下記先行事例において、既存施設・システムが存在し、かつ、実態としては当該システムが単独の事業者しかない場合であっても、委員会決定や司法判断では、潜在的な競争者を想定した判断を下している。

加盟国におけるリサイクル施設に係る競争法判断事例として、①DSD事件²⁰、②Eco-

¹⁵ 先行研究として、例えば、沢田克己「ECおよびドイツにおける社会的規制と独占禁止政策法」日本経済法学会21号40頁（2000年）、市川芳治「環境保護とEU競争法」庄司克宏編『EU環境法』慶應義塾大学出版会187頁（2009年）、市川芳治「環境政策とEU競争法」日本EU学会年報29号104頁（2009年）、沢田克己「環境と競争政策」公正取引717号31頁（2010年）、沢田克己「EUにおける競争政策と環境政策」公営企業平成23年9月号2頁（2011年）などがある。

¹⁶ Directive 94/62/EC of 20 December, 1994 on packaging and packaging waste.

¹⁷ Directive 2002/96/EC of the European Parliament and of the Council of 27 January 2003 on waste electrical and electronic equipment (WEEE); Directive 2012/19/EU of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on waste electrical and electronic equipment (WEEE).

¹⁸ DIRECTIVE 2000/53/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 18 September 2000 on end-of life vehicles.

¹⁹ DIRECTIVE 2006/66/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 6 September 2006 on batteries and accumulators and waste batteries and accumulators and repealing Directive 91/157/EEC.

²⁰ DSD, [2001] OJL319/1 [§101].

Emballages 事件²¹ , ③ARA (Alstoff Recycling Austria) ほか事件²² , がある。①DSD 事件は、ドイツ国内全土において包装廃棄物の回収・処理・再利用システムを広範に持つ非営利の事業者が、各地域で実際に回収・分別作業を行う事業者らとの間で締結していた協定(契約)について、同社と競合関係に立つであろう他のリサイクルシステム業者を排除する可能性があるものの、当該協定に係る内容については適用除外を認めている。また、②Eco-Emballages 事件は、フランスにおける包装廃棄物の回収・処理・再利用システムに係る適用除外を判断し、これを認めたものである。

なお、上記 DSD 事件では、他方、回収・再利用の対象となる包装商品に貼付する「再利用マーク」を製造業者に独占的に販売・ライセンスする仕組みについて市場支配的地位濫用違反の可能性を問われ²³、この点につき解消措置を採らず、委員会と争って司法判断を求めた。他方、Eco-Emballages 事件では、独占的な販売・ライセンス形態を採用しておらず、委員会は、リサイクル関連市場における競争準則を初めて示した先行事例と位置付けている。また、101 条に係る司法判断として、オーストリアにおける廃棄物処理システムに係る前記 ARA ほか事件判決がある²⁴。

リサイクル市場に係る判断以外にも、④CECED 事件決定(2000 年)が有名である²⁵。欧州の家電メーカーを会員とする事業者団体が、洗濯機ラベル表示に係る委員会指令(95/12/EC)に基づいてカテゴリー化した高消費電力商品(洗濯機)について、生産・販売・輸入を停止する協定を締結したことについて適用免除を認めた決定である。締結事業者におけるシェアの合算は 90%近くであり、協定の目的は、最低効率基準の遵守に係るものであって、競争を制限する目的も効果もないが、当該協定によって、従前には生産販売できた洗濯機を取り扱うことができなくなり、消費者の選択の自由を奪う一方、消費電力低下と技術開発による効率性をもたらし、節電と新商品の恩恵を消費者は受けるとともに、CO2 削減目標を達成する上で不要な制限をもたらし、競争に悪影響を及ぼすものではないと判断した。

第 4 節 水平的協力ガイドライン

1 環境協定・規制に係る判断

2001 年に策定された水平的協力ガイドラインは、環境に関する協定(環境協定)と題する項目を設けていた。2001 年ガイドラインは、環境汚染の減少を目的として行われる協定を環境協定と定義し、協定の性質として、TFEU101 条 1 項に、①該当しない協定、②該当する協定、③該当するおそれがある協定の 3 つを示し、さらに、3 項における評価について述べていた。すなわち、①該当しない協定として、(a)参加者らに何らの義務を

²¹ Eco Emballages, [2001] OJL233/37.

²² ARA, ARGEV and ARO, [2004] OJL75/59.

²³ DSD, [2001] OJL166/1 [§102].

²⁴ Alstoff Recycling Austria v Commission, Case T-419/03 [2011] ECR II-975.

²⁵ CECED, [2000] OJL 187/47.

課しておらず、拘束力を伴わない方法を採用する場合、(b)製品等の多様性・消費者による選択肢の確保に著しい影響を及ぼさない場合、(c)リサイクル市場のように新たな市場を設ける場合などであるとしていた。

他方で、②該当する協定としては、カルテルを偽装した場合を挙げており、さらに、③該当するおそれがある協定として、(a)参加事業者の自由な活動を制限し、製造・販売に大きな影響をもたらす場合のほか、(b)高い市場シェアを持つ参加事業者らの製品について回収・リサイクル事業を独占的に行う場合などを挙げている。ただし、1項に該当する場合であっても、競争制限効果を上回る経済的利益、すなわち、種々のコストを相殺する便益が発生し、消費者利益が期待でき、また、環境上の目的を達成するのに不可欠であって、潜在的な競争を排除しない場合には、3項によって評価されることが示されていた。

これに対して、2011年に改訂した水平的協力ガイドラインでは、環境協定という形で扱われておらず、研究開発協定(R&D)と環境標準の項目において、それぞれ一例として言及されるにとどまっている。すなわち、研究開発協定における事例(【事例5】)は、自動車部品会社2社が既存部品に係るR&D活動部門と技術ライセンス部門とを統合し、合弁会社を設立するケースを取り上げ、引き続いて個別に部品の製造販売を行うこと、複数の競合技術が存在していること、他の自動車メーカーによる技術市場への参入によって当事会社を牽制することも考えられるところ、101条3項を評価する上では、燃費向上による消費者の便益を考慮する必要があると紹介している²⁶。

また、環境標準における事例(【事例5】)は、一定環境基準に準拠しない洗濯機の製造を取りやめるメーカー間の合意について取り上げ、環境に配慮した新商品は技術的にみても質的効率性を伴うものであり、費用よりも便益が上回るとして、101条3項の判断基準を満たすものと紹介している²⁷。この事例は、改訂前の2001年ガイドラインでも例示されており²⁸、前記CECED事件決定をモデルにした記述であることが窺える。

2 情報交換活動²⁹

2011年水平的協力ガイドラインは、情報交換活動について新たに項目を立て、その違法性判断基準を明確にしようとしている。具体的には、情報交換合意を違法行為と位置付けつつ、競争促進につながるような非ハードコア型と評価され得る情報交換活動との境界線の明確化を図ろうとしている。例えば、寡占的な市場において、価格や生産数量など、競争上重要な情報について、データを提供している事業者を特定化でき、その行動を把握ないしは監視できるような場合には、そのような情報交換合意又は情報交換活動それ自体が、101条1項違反として認定されることがある。

²⁶ 2011 HORIZONTAL GUIDELINES, para.149.

²⁷ *Id.*, para.329.

²⁸ *Id.*, para.198.

²⁹ 詳細については、齊藤高広「EU競争法における情報交換活動の規制(三・完)」法学新報118巻1・2号135頁(2011年)を参照されたい。

違法とはされない事案として、例えば、情報の非対称性の改善をもたらす情報交換活動がある。すなわち、借り手の信用記録等を金融業団体が収集・配布する活動は、他の加盟国でも実施されていること、返済や債務不履行の予見可能性を高めること、金融市場は非集中的な市場であることなどから、欧州裁判所は競争法には違反しないと考えている（スペイン与信機関事件先決的判決（2006年）³⁰）。この場合、割高な金利を負担することとなる借り手も生じる一方、不必要に高金利を負担していた他の消費者にとっては、適切な金利設定によって利益となる。本件は、競争戦略上の重要情報（価格・数量等）ではなく金融・保険部門におけるリスク情報に係る判断ではあるが、水平的協定ガイドラインも当該判決を踏まえた記述をしている³¹。

他方、同ガイドラインでは言及されていないが、欧州委員会は、緊急時における情報交換に係る適用除外の可否について判断をしたことがある。すなわち、石油危機等の緊急事態において、OECD加盟各国への割当（流通及び供給）を確保する目的で、石油会社に対し、通常であれば秘密情報と扱われる情報（輸出入量、価格、原産国、タンカー数、製油所数、備蓄量など）を国際エネルギー機関や加盟国政府に提供させる情報交換活動について、緊急時かつ最小限の範囲という条件を付けて、欧州委員会は適用除外申請を認めている（1983年）³²。判断にあたっては、加盟国及び消費者に平等に再配分することで石油不足を解消するとし、101条3項における消費者均てんを考慮する一方、石油会社の寡占的行動を促進させる可能性を指摘するなど、緊急時以外は、違法の可能性が極めて大きいことを指摘している。

なお、EUは、水平的協力ガイドラインの改訂作業時、環境問題に係るOECDのラウンドにおいて、廃棄物処理・管理に係る協力行為、例えば包装商品に関する重要情報を交換したり、価格を固定したりすることは、TFEU101条に該当し、ハードコア型カルテルは、より寛大な扱いからもたらされる便益がある場合でも、単に環境〔問題〕に関連するという理由だけで正当化されることはないであろうとし、さらに、社会政策や文化政策の分野についても同様の議論が可能であろうとも述べている³³。

第5節 社会公共目的を有する共同の取組に対する判断枠組み³⁴

1 101条における「制限」の意義

社会公共目的がある共同の取組みに対する判断枠組みや評価・判断手法を検討するに

³⁰ *Asnef-Equifax v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancario*, Case C-238/05 [2006] ECR- I 11125.

³¹ *2011 HORIZONTAL GUIDELINES*, para.97.

³² *International Energy Program*, [1983] OJL376 / 30.

³³ *OECD Policy Roundtables : HORIZONTAL AGREEMENTS IN THE ENVIRONMENTAL CONTEXT* (DAF/COMP (2010) 39) 125-126 [EU].

³⁴ TFEU101条の解釈論や社会公共目的を有する共同行為に係る近時の研究として、例えば、鞠山尚子「EU競争法における競争制限の解釈」（CPRC2011年9月CPDP-52-J, 競争政策

当たって、主として、1990年代から2000年代にかけて下された欧州裁判所等における司法判断を概観する。その前提として、TFEU101条における制限の意味をめぐる議論を簡単に確認する作業から始めたい。大雑把に整理すると、まず、EU競争法と各加盟国における公益（非競争的利益）調整に着目する接近方法がある。加盟国内における固有の性質、事情を考慮しつつ、一定の制約・制限があることを反映した考え方である³⁵。ただし、加盟国調整という視点については、今日、EUと加盟国における法制度等は平準化するとともに、EU競争法と抵触しないことを義務づけられているため、加盟国に固有な性質や事情を参酌できる余地があるかは不明である。

次に、例えば、フランチャイズ契約におけるフランチャイジーに課された事業上の制約、消費者・中小企業・労働者などの組合において大企業に対する拮抗力の形成を目的とする内部での制約など、契約内容の性質上、当事者に何らかの制約・制限が伴う。このような本来的・内在的な制限を伴う形態の契約・協定について、本章第2節2(1)で触れたように、前掲・3項ガイドラインが「付随的制限」という形で扱っており、その主たる目的が競争制限でなければ、1項に該当せず、3項の比較衡量の対象外としており、本来的・内在的な制限であることを前提とした記述になっていると思われる³⁶。

これに関連して、米国反トラスト法を参照あるいは対比させる議論がある。すなわちEU競争法においても、ハードコア型カルテルに対する違法認定が厳格であることから、当然違法原則と合理の原則という違法性判断基準を採用したのではないかと、という接近方法であるが、少なくとも101条1項について類似性は認めるものの否定的な見解が多いようである³⁷。実際、M6事件において当時の欧州第一審裁判所（CFI）は、域内における放送事業契約の違法性を判断するに当たって、「合理の原則」によって判断すべきであるとする主張に対して、このような思考枠組みを採用しないと判示している³⁸。

なお、M6事件判決は、上記放送事業契約のような「主たる事業活動の実施に直接関連し、必要とされる制限」(any restriction which is directly related and necessary to the implementation of a main operation)については、①客観的に見て必要な制限であるか

研究センター)、川原勝美「EU競争法における事業者間協定の規制について」福岡工業大学研究論集44巻1号35頁(2011年)、渡辺昭成「EU機能条約101条3項における競争制限効果と非競争的利益の衡量」國士館法學44号63頁(2011年)、柳武史「EU競争法における反競争的行為の正当化」一橋法学11巻1号137頁(2012年)、渡辺昭成「EU機能条約101条1項における非競争的利益の考慮(1・未完)」國士館法學46号41頁(2013年)などがある。

³⁵ 例えば、庄司・前掲註3) 276頁以下では、TFEU101条における正当化事由について、「加盟国レベルの非競争的利益」という項目で説明をしている。

³⁶ 81(3) GUIDELINES, para.29-30.

³⁷ See, e.g. Richard Whish=David Bailey, *Competition Law*, Oxford (7th 2012) 134-136; Einer Elhauge=Damien Geradin, *Global Competition Law and Economics*, HART (2nd 2011) 81.

³⁸ M6 and Others v Commission, T-112/99 [2001] ECR II-02459.

どうか、②当該制限と契約の実施との間で均衡がとれているかを考慮するとしている³⁹。この判旨から、アメリカ反トラスト法におけるいわゆる「付随的制限論」を採用したと考えるとよいか、あるいは、3項ガイドラインが例示する垂直的制限を包含する一般的な概念と捉えてよいかは不明であるが、現在多くの概説書等においては、下記(3)(C)で紹介する *Wouters* 事件判決などとともに、「付随的制限」という項目を立てて検討を加えている⁴⁰。

2 1項と3項の関係性と消費者の意義

続いて、TFEU101条1項と3項における関係性や役割分担、すなわち、競争制限「目的」又は「効果」を有する共同行為と3項における比較衡量に係る議論について簡単に整理し現状を分析する。まず、1項では比較衡量の対象となる判断は行わないとする見解がある⁴¹。その根拠として、もし競争制限効果について1項で評価・判断をしてしまうと、3項の意義がなくなってしまうためである。この見解は、前掲・M6事件判決が依拠する立場に近く、また、前掲3項ガイドラインが各項の役割分担と消費者厚生基準の採用を明確にしたこととも整合的である⁴²。

他方で、前述のとおり、比較的最近の判例は、直ちに1項に該当する競争制限「目的」の共同行為であっても、3項における審査対象になることを確認している。このことは3項ガイドラインでも再確認しており、同項に掲げる4要件を充足する限りにおいて、あらゆる協定を対象とするとともに⁴³、他の政策も考慮することができると述べている⁴⁴。

もともと、3項ガイドラインが、社会公共目的を1項において考慮することをまったく許していないかは、必ずしも定かではない。また、正当化事由の対象となり得る「目的」を持つ協定を3項において判断する際、もっぱら消費者厚生基準に依拠する競争促進効果に置き換えて、すべて比較衡量の対象とすることが可能かどうか、逆に、もし消費者厚生基準に基づく競争促進効果以外の考慮要因があるとするれば、これを1項において判断・

³⁹ *Id.*, para.104.

⁴⁰ 前掲註3)で掲げた各概説書のほか、EU競争法の判例ガイドとして定評のある Ariel Ezrach *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing (3rd 2012) 97-104では「付随的制限」として判例を分類している。他方、反トラスト法では当該契約条項の必要性と競争促進効果の双方を検討するのに対して、EU競争法では事業上の成功を目的としそれに必要な合意・契約であれば市場への影響はないと判断することから、両法における付随的制限の判断方法が異なるとする見解もある (*Monti, supra note 13*) 35-36)。

⁴¹ 鞠山・前掲註34) 25頁以下で判例や学説を整理しつつ、詳しく分析している。なお、後掲 *Wouters* 事件判決における101条1項の実質的な比較衡量論の指摘については、渡辺・前掲註34 [2013年] 62頁以下参照。

⁴² 3項ガイドラインは比較衡量の説明についてM6判決を引用している。*81(3) GUIDELINES*, para.11 note10 and para.30 note 40.

⁴³ *81(3) GUIDELINES*, para.20 and 46.

⁴⁴ *Id.*, para.42.

評価できる余地があるのかどうか、言及されているわけでもない⁴⁵。この点、環境協定の場合、前掲 CECEC 事件決定では、消費者は消費電力低下と技術開発による効率性から生じる節電と新商品の恩恵を受けるとしていたが、消費者の意義や消費者利益の均てんをめぐっては、従来、主としてコスト削減の観点から判断されているところ、EU 域外の消費者利益や将来の消費者利益についてまで考慮すべきなのか、議論がある⁴⁶。

3 判断枠組み3 類型

社会公共「目的」がある協定・決定に係る司法判断には、労働環境・雇用政策などを考察した事例や事業者団体内における自主規制を判断した事例などがある。これらの判断枠組みや評価・判断手法について、以下では便宜的に3つに整理して検討する。

(1) 広義の「公共の利益」論

一つ目は、社会公共目的を有する取組みについて、101条3項における比較衡量を行う際、何らかの「公共の利益」を考慮するという判断枠組みである。これは、*Métropole Télévision* ほか事件判決(1996年)で採用された判断枠組みである⁴⁷。すなわち、欧州委員会は、欧州放送連合(EBU)に対してスポーツ放送権の共同取得に係る規則について適用除外を認めたが、同連合に未加入であった各国放送事業者らがこれに異議を申し立てたところ、当時の欧州第一審裁判所(CFI)が上記公共放送に係る適用除外に係る委員会決定を取り消した司法判断である。

同裁判所は、3項を再検討するにあたって「公共の利益(public interest)」を考慮すると説示している。本件では、公共放送における放映権や番組を閲覧する利用者の利益がこれに該当する。この点、「公共の利益」の意味内容を拡大解釈すれば、社会公共目的を理由とする共同の取組みについて違法性を阻却することを可能とする枠組みと捉えることもできると考えられるが、他方で本件における実質的な判断においては、経済的データを踏まえていることから、社会公共目的における非経済的価値を広範には許容しているとは言いがたいとする見解もある⁴⁸。

(2) 性格・趣旨論

二つ目に、社会公共「目的」を有する共同行為における競争制限効果を判断するに当

⁴⁵ EU 及び加盟国における公共政策(public policy)に係る競争法上の考慮問題と3項ガイドラインとの関係性について、Monti, *supra note* 13) 119-123 が詳しい。

⁴⁶ Kingston, *supra note* 14), 276-278. Sadeleer, *supra note* 14), 411-413. なお、3項ガイドラインは、消費者利益の均てんに際して、一定のタイムラグが生じる可能性があることを認めている。81(3) GUIDELINES, para.87.

⁴⁷ *Métropole Télévision*, T-528/93, T-542/93, T-543/93 and T-546/93 [1996] ECR II-649.

⁴⁸ 例えば、本判決を詳しく分析する柳・前掲註 34) 149-152 頁ほか参照。なお、庄司・前掲註 3) 277 頁は、101条1項の適用範囲外にある「排除ルール」として説明をしている。

たつて、当該協定の性格と趣旨に着目して、101条3項を通じないで、1項の適用を除外する判断枠組みがある。雇用政策や社会保障に係る団体協約がもたらす競争制限効果について判断した Albany 事件判決(1999年)は、このような判断枠組みを採用した事例である⁴⁹。すなわち、オランダ繊維産業における強制加入年金労使間(団体)協約に対して、掛け金の支払を拒否した1社が、販売市場・雇用市場・保険市場等における競争制限をもたらすとして101条1項違反を主張したところ、欧州裁判所は、雇用条件等の改善を目指す団体協約は「その性格と趣旨(nature and purpose)」から1項の適用外にあると判示している。

本件では繊維産業における団体協約が問題となっているが、他の業界についても同様の申し立てがなされており、ほぼ同じような判断が下されている⁵⁰。本判決について、オランダ国内法は、雇用・社会保障法と競争法における法の優先順位、すなわち上位法・下位法の関係性が不明であったことから、明示の適用除外がない社会政策と交錯する分野を判断した事例と捉えることもできる。また論理的には、EUにおける多元的価値を実現する「目的」があれば、101条1項において(黙示的に)競争法の適用を免除すると解釈する余地もあるが、目的の合理性だけで直ちに適用除外を認めたのではなく、一定の社会政策を実現する契約・協定等のうち、「その性格と趣旨」を厳格に精査した上で判断を下しているなど、実際には絞り込みを掛けているようである⁵¹。

(3) 目的の必要性と競争制限効果の比例的判断

最後に、契約・協定・決定等の目的を吟味しつつ、これに内在する競争制限効果を個別に判断する判断枠組みや判断手法である。Wouters 事件判決(2002年)がこのような判断枠組みと判断手法を採っている⁵²。ただし本件では、社会公共目的が正面から問題となったというわけではなく、専門職団体における倫理綱紀がもたらす競争制限効果が問題となっている。すなわち、弁護士と会計士とのパートナーシップ契約を禁じたオランダ弁護士会規則に対して、一部の会員が国内競争法(TFEU101条1項該当)に違反すると主張したことから、オランダ裁判所が、当該規則決定が101条1項にいう

⁴⁹ Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, Case C-67/96 [1999] ECR I-05751.

⁵⁰ オランダにおける木材卸業界の強制年金制度を扱った Brentjens 事件 (Brentjens 'Handelsonderneming BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen, C-115/97 [1999] ECR I-06025), オランダにおける医療従事者に対する強制年金制度を扱った Pavlov 事件(Case C-180-184/98 [2000] ECR I-06451)がある。Brentjens 事件を検討したものとして、渡辺・前掲註 34) [2011年] 135頁以下がある。

⁵¹ この点につき、例えば、武田・前掲註 9) 1439頁以下参照。

⁵² J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh and Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, Case C-309/99 [2002] ECR I-01577. 本判決に係る詳細な検討として、例えば、村田淑子「専門職業団体の自主規制と EC 競争法」公正取引 637号 105頁(2003年)、渡辺・前掲註 34) [2013年] 43頁以下などがある。

事業者団体の決定に該当するかどうか、共同事業を禁じた当該規則が 101 条 1 項に違反するかどうかなどについて、欧州裁判所に対して回答を求めた先決的判決である。

欧州裁判所は、前者については、いわゆるリーガルサービスの分野において経済活動に従事している会員弁護士に対して、会員の行動を制約する専門職団体としての取決めであることから、101 条 1 項における事業者団体の決定であると回答している⁵³。後者については、①法律・会計業務の統合サービスに関心を持つ顧客がいる一方、業務提携による規模の経済性から生じるコストへの正の影響がもたらされず、サービスの幅を広げるワンストップ型の新たな事業形態の提供もなくなるため、101 条 1 項にいう生産・技術開発を制限する可能性があるところ⁵⁴、②無条件かつ無制限に業務提携を認めれば、現在の市場における事業者数が相当程度減少する結果、全体としてはリーガルサービスの分野における競争を制限する可能性もあるものの、当該規則は競争を制限するのであって、加盟国間の通商取引への知覚可能な影響も生じる⁵⁵。③もっとも、101 条 1 項は、「経済活動（行動）の自由(freedom of action)」を制限する全ての協定・決定等を違反とするのではなく、全ての状況(overall context)、とりわけ、消費者に対する適切かつ適正な法的サービス義務や職業倫理等の必要性などの目的を考慮し、その上で、競争制限効果が当該目的を果たすのに内在（比例）するものかどうかを判断すると説示し⁵⁶、当該弁護士会規則は同条に反しないと回答した。

本先決的判決は、必要性という観点から協定等における「目的」を考慮し、当該目的を達成するのに内在する競争制限効果を比例的に判断する手法を示している。ただし、判旨を分析すると次のような特徴がある。すなわち、本件における質問状では、もっぱら 101 条 1 項違反の成否について照会されており、形式的には 3 項における具体的な検討は加えられていない。ところが、会計業務が集中化する市場である点を指摘する一方、リーガルサービス市場における競争制限を問題とし、他方で、業務提携がもたらさず生産・技術開発面での進歩性、顧客の利便性向上、規模の経済性が得られるコスト削減など、本来 3 項を通じて検討されるべき考慮要因を挙げながら、しかし 4 つの要件を網羅的かつ厳密に検討しているわけでもない。さらに、上記判断基準を示すにあたっては、消費者利益の確保というよりも、むしろ「経済活動（行動）の自由」という EU の基本政策を言及している。

以上のような背景事情からか、本判決が展開した **Wouters** 事件法理の意義やその射程をめぐって、論者により様々な議論が展開しているようである。確固とした定説や解釈を明確に示した後続判例があるわけではないが、さしあたり論点を大雑把に整理すると次の通りである。第一に、判決は、前掲・M6 事件判決とは異なり、文字通り 1 項

⁵³ *Wouters*, para.44-71.

⁵⁴ *Wouters*, para.73-90.

⁵⁵ *Wouters*, para.91-96.

⁵⁶ *Wouters*, para.97.

において比較衡量をしているため、これをどのように理解するのかという論点である⁵⁷。第二に、本件は職務に必要な職業倫理等に係る業界内における自主規制を判断したに過ぎないのか、あるいは広く社会公共目的に係る協定等を判断する基準を示しているのか、という論点である⁵⁸。第三に、本件は、前述の通り、一般論としていわゆる「付随的制限論」を採用するに至ったのかどうか、という論点である⁵⁹。

最後の点についてのみ言及すると、近年、Wouters 事件法理は、スポーツ分野における事件などでも援用されている⁶⁰。例えば、Meca-Medina 事件（2006 年）⁶¹では、ドーピングを禁止するオリンピック（水泳）規則は、選手の「行動の自由」を制約するものの、健全な競技を確保する目的のもと、組織・運営に内在する制限で、過剰規制でもないとして、同法理・基準に照らしても競争法違反の疑いはないと欧州裁判所が判断をしている⁶²。Wouters 事件法理の射程範囲・対象範囲については、職業倫理に係る自主規制の分野に限らず、他の分野における自主規制をはじめ、広く公共の利益(public interest)に係る比較衡量論の判断枠組みとして準用されており、さらに適用範囲が拡大する可能性も指摘されている⁶³。

4 小括

TFEU101 条 1 項と 3 項という規定の構造のもと、社会公共目的に係る判断枠組みに

⁵⁷ 村田・前掲註 52) [2003 年] 108-109 頁、鞠山・前掲註 34) 21-22 頁。なお、本判決に至る先例のほか、スポーツ法の分野の適用事例を含めて判例等を分析し、101 条における非経済的利益の考慮可能性について論じた Rompuy は、本判決及び後掲 Meca-Medina 事件判決が非経済的利益を 101 条 1 項で捉えた理由について、①Monti らによる公共の利益論、②付随的制限論、③手続上の制約という観点から議論をしている。Ben Van Rompuy, *Economic Efficiency: The Sole Concern of Modern Antitrust Policy?*, Wolters Kluwer [2012] 251. ③の議論は、EU 競争法の近代化以前において、当該合意・協定が 3 項の適用除外申請を欧州委員会に事前していなかったことから、オランダ裁判所の付託質問も欧州裁判所の回答も 1 項についてのみ検討せざるを得なかったという趣旨の議論のようである。Whish=Bailey, *supra note 37*) 133. See also, Goyder, *supra note 12*) 94-95.

⁵⁸ 例えば、公共政策に係る考慮を擁護するのに必要な競争制限を許容した判決と理解する見解 (Monti, *supra note 13*) 112), 一定条件のもと 101 条 1 項において非経済的利益を考慮する先例と見なしうるとする見解 (Rompuy, *supra note 57*) 244, 249-250, 277) もあれば、同じ経済活動でも非経済的活動に係る専門職団体内における規則制定について、むしろ移動の自由という観点から本判決を評価する見解 (Okeoghene Odudu, *The Boundaries of EC Competition Law*, Oxford (2006) 31,53) などがある。

⁵⁹ Whish=Bailey, *supra note 37*) 130. Rompuy, *supra note 63*) 251. 鞠山・前掲註 34) 20-21 頁、渡辺・前掲註 34) [2013 年] 66 頁以下も参照。

⁶⁰ スポーツ分野における EU 競争法の適用事例については、例えば、佐久間正哉「プロスポーツに対する米国反トラスト法・EU 競争法の適用について (下)」公正取引 655 号 60 頁 (2005 年), Rompuy, *supra note 57*) 283-359 など参照。

⁶¹ David Meca-Medina and Igor Majcen v Commission, Case T-313/02 [2004] ECR II-03291; C-519/04P [2006] ECR I-06991.

⁶² C-519/04P, para.40 *et seq.*

⁶³ Whish=Bailey, *supra note 37*) 132-134, Faull=Nikpay, *supra note 3*) 253-255.

については、複数の判断手法があり、必ずしも確固とした定説があるとまでは言い切れないようである⁶⁴。EU 競争法における近代化以降、また、消費者厚生・経済学的アプローチを重視する 3 項ガイドライン策定以降、判例において、社会公共目的に係る判断枠組みが正面から問題となったケースがあるとまでは言えず、他方で、3 項ガイドライン策定以前の重要判例に依拠して、社会保障や環境保全などの多元的価値を 101 条 1 項において読み込む余地が皆無であるとも言い切れない。

具体的には、社会公共「目的」がある協定・決定について、①「その性格と趣旨」から 1 項の適用外にあるとする枠組み、②3 項の比較衡量において「公共の利益」を捉える枠組み、③協定等を取り巻く全ての状況、特に必要性という「目的」を考慮し、目的達成に内在・比例する競争制限効果を判断する枠組み、である。もっとも、実際には、単に社会公共目的があるという理由だけで直ちに、また無制限に競争法の適用除外を認容するのではなく、種々の考慮要因に基づいて判断をしているようである。

Wouters 法理の解釈によっては、あるいは 3 項における全ての要件を充足しなくとも、同項における考慮要素を尊重しながら、1 項において比較衡量を行うことができる可能性がある。このような解釈が認められるかどうかは、今後の進展に留意することが肝要であるが、EU 競争法では、社会政策・公共放送・自主規制など、社会公共目的に係る共同行為について、多元的価値を比較衡量する判断枠組みを有している。

第 6 節 事業者団体の活動に対する判断の傾向

1 規制態様

事業者団体、なかでも専門職団体における各種規制や制限については、料金規制や参入規制のほか、構成事業者に対する活動規制などがある⁶⁵。事業者団体が自主的に取り決めることによって、又は加盟国が立法、承認等のプロセスを経るなどすることによって、規制が設けられることがある。後者については、例えば、加盟国による国家行為の一環として、事業者団体が各種の規制を行った場合、そもそも事業者等による合意・決定として評価されるものではなく、国家行為又は国家措置として事業者団体性そのものを否定する手法がかつては見られた。

もっとも、このように国家行為又は国家措置と位置づけられると、国家(加盟国)が 101 条及び 102 条に抵触する行為を援助・助長等することから、国家に対する責任が問題となりうる⁶⁶。すなわち、現在、加盟国は、基本条約において、EU の「任務の遂行に際し

⁶⁴ 例えば、Kingston も Albany 事件判決と Wouter 事件判決を挙げて環境問題と競争法の適用について論じている。Kingston, *supra* note 14), 233 *et seq.*

⁶⁵ 以下で検討している各報告書及び委員会決定については、欧州委員会競争総局における専門職サービス(Professional services)のサイトから入手が可能である
<http://ec.europa.eu/competition/sectors/professional_services/overview_en.html>。

⁶⁶ 専門職業団体規制をめぐる判断枠組みと加盟国の責任については、村田淑子「EC 競争法と専門職業規制における加盟国の責任」日本経済法学会年報 30 号 120 頁(2009 年)、村田淑子

てこれを支援し、連合の目標の実現を危うくするおそれのあるいかなる措置も講じない」ことが義務付けられるとともに (TEU4 条 3 項), 「公的企業及び特別の若しくは排他的権利を許与する企業に関しては, 二条約 [TFEU 及び TEU] 並びに特に… [TFEU] 101 条から 109 条までに定める規定に反する措置を講じ, 又は継続してはならない」とされているためである (TFEU 106 条 1 項)。

2 専門職サービス報告書

欧州委員会は, 2004 年, 専門職サービス分野に係る報告書を作成し, さらに同分野における競争の促進と加盟国に対する平準化に向けた作業等を進めている⁶⁷。2004 年の報告書は, 専門職サービス分野における特性や性質を述べるとともに, 構成事業者の経済活動の自由, 団体における個人・会員の活動制限の扱いなど, 競争法の適用可能性のほか, 同分野における競争力の確保の観点から, 加盟国に対する平準化ないし近代化を提案するものである。

報告書は, 専門職サービス分野は, EU 経済における競争力を改善する上で重要な役割を果たし, サービスの質と競争力による重大な派生効果をもたらすとしている⁶⁸。ここで, 専門職分野とは, 特に, リベラルアーツもしくは科学における特別な鍛錬を要する専門職ないし自由業, 例えば, 弁護士, 公証人, 会計士, 建築家, 技術士, 薬剤師などを取り上げて検討をしている。これら専門職分野に係る各種規制について, ①料金決定, ②推奨価格, ③広告規制, ④参入規制, ⑤事業組織規制・綱紀ほか, と 5 つにカテゴリー化した上で, 加盟国における現状を分析している⁶⁹。

専門職分野において種々の規制が必要な理由として, 情報の非対称性, 外部性, 公共財など, 公共の利益・公益性の特徴を挙げ, サービスの質を確保し, 消費者を保護するなど, いわゆる市場の失敗を回避する必要があることにも, 報告書は理解を示している⁷⁰。しかしながら, 競争を侵害する可能性が高い規制であって, 客観的に見て正当化することが困難なものについては, より競争制限的でない規制に移行するなど, 加盟国においても競争促進的な方向で自主的に再検討するなど, 専門職サービス分野における近代化を提言している。

「EC 競争法における専門職業規制と加盟国の責任」同志社法学 60 巻 7 号 1049 頁 (2009 年) が詳しく論じている。

⁶⁷ Report on Competition in Professional Services, COM (2004) 83 final (Feb.09, 2004) (hereinafter, *Professional Services Report*); Professional Services - scope for more reform" Follow-up to the Report on Competition in Professional Services, COM (2005) 405 final (Sep.09, 2005).

⁶⁸ *Professional Services Report*, para.11-14.

⁶⁹ *Id.*, para.30-64.

⁷⁰ *Id.*, para.25-28.

3 事業者団体における各種規制に係る判断事例⁷¹

事業者団体に対する判断事例について大雑把に分類すると、例えば、(A)特定専門職が行う業務に係る料金規制を扱ったもの、(B)特定業務に対する参入規制や資格要件等の可否を判断したもの、構成員の事業活動に対する制約や付随する規制等について判断したものに分けることができる。その判断枠組みは、先に述べたように、国家行為の一部として評価し、事業者団体性や事業者等による合意を否定する手法もある。

欧州委員会や欧州裁判所が、直接、専門職団体に係る各種規制について競争法違反を検討し、これを認定している事案は必ずしも多くないものの、例えば、自主規制等の内容が、ハードコア型に該当するかどうか、その性質に着目して判断したり、競争促進効果と別の要素も加味して反競争効果を比較する手法が採られている。また、加盟国内で提起された私訴について、加盟国裁判所が欧州裁判所に対して EU 競争法の規定や判例との整合性を確認することを求める先決的判決が多くを占めている。

(1) 料金規制

料金規制を扱った事例として、イタリアの通関士が行う業務料金・報酬が関連事業者団体によって決定されていることについて、加盟国に所在する産業・商業・運輸等の事業者等からの申立てから、その是非が問われた CNSD 事件（1993 年・1998 年・2000 年）がある⁷²。本件は、当該団体が決定した料金・報酬については監督大臣が承認し、料金を遵守しない者については懲戒対象となっていたところ、当該団体の事業者団体性を認め、101 条 1 項違反を認定された事件である。また、スペインにおける弁理士業務（特許・商標権申請等）に係る最低料金の決定について 101 条 1 項違反を認定した事件として COAPI 事件決定（1995 年）⁷³があり、さらに、イタリアにおける弁護士報酬（民事刑事訴訟事件及び訴訟外業務に係る料金決定）の是非が問われた事件として、前掲・Wouter 事件判決と同じ日に判決が下された Arduino 事件判決（2002 年）⁷⁴がある。

近年では、ベルギーにおける建築業団体における推奨価格の設定に対して制裁金（10 万ユーロ）を賦課した事例（2004 年）⁷⁵があるほか、フランス薬剤師会(Ordre National des Pharmaciens)らが、臨床検査料の最低価格と参入制限を加えていたことについて、

⁷¹ 専門職団体と EU 競争法との関係を論じた Ida E. Wendt, *EU Competition Law and Liberal Professions*, Martinus Nijhoff Publishers (2013)は、以下で掲げる判例の多くを対象として分析するとともに、各自主規制と TFEU102 条違反について、また国家が介入する各種規制の問題について幅広い分析を加えている。

⁷² Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali (CNSD), [1993] OJL203/27; C-35/96, [1998] ECR I -3851; T-513/93, [2000] ECR II -1807.

⁷³ Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial (COAPI), [1995] OJL122/37.

⁷⁴ Arduino, Case C-35/99, [2002] ECR I -1529.

⁷⁵ Recommended prices for Belgian Architects, [2005] OJL4/10.

制裁金 500 万ユーロが科された LABCO/ONP 事件決定 (2010 年)⁷⁶がある。さらに、例えば、イタリアにおける技師・建築家の料金規制 (最低料金設定) が支配代金に係る紛争 (Conte 対 Rossi 事件・2001 年)⁷⁷や、イタリアにおける弁護士とクライアント間における業務報酬をめぐる紛争 (Cipolla 対 Macrino 事件・2006 年)⁷⁸など、私人間の紛争に関連して下された先決的判決のなかでも料金規制が取り上げられている。

(2) 参入規制・資格要件等の事例及び事業活動の制限等の事例

専門職サービス分野に係る参入規制や資格要件に係る問題は、弁護士と会計士とのパートナーシップ契約について争われた前掲・Wouters 事件のように、広い意味で事業活動の制限に該当する場合もあれば、「人及びサービスの自由な移動」の保証 (TFEU45・49・56 条) という EU の基本政策にも抵触することがある。参入規制・資格要件については、例えば、ドイツにおける税務弁護士と公認会計士の独占的業務について争われた事件 (1997 年)⁷⁹のように、主として市場支配的地位の濫用行為 (102 条) について問題となることが多い。

正面から 101 条違反が問われている事件については、前掲・Wouters 事件以外にはあまり見られないが、いくつか先決的判決が下されている。例えば、ドイツの緊急車両業務に係る参入問題に関わる先決的判決 (2001 年)⁸⁰、イタリアにおける税務の独占業務に関わる先決的判決 (2006 年)⁸¹、イタリアにおける司法試験合否判定に係る先決的判決 (2005 年)⁸²などでは、EU 競争法適用を妨げないかどうかを司法機関が回答するにとどまっている。さらに、FIFA が、選手及びクラブに対して、サッカー代理人業務について公認代理人に制限するなどしている点について、過度の負担をもたらすデポジット制度 (預託金制度) をあらためるなど一部の規定を見直した結果、欧州委員会が調査を終了した委員会決定 (2002 年) の取消しを求めて争った訴訟 (2005 年・2006 年)⁸³がある。

事業活動の制限については、広告規制の是非が問われた事件がある。EPI 事件 (1999 年・2001 年) は、関連事業者団体が欧州特許業務に関わる行動規範を策定・見直し、ネガティブ・クリアランス若しくは適用除外を申請したことを受けて、欧州委員会がこ

⁷⁶ LABCO/ONP, [2011] OJC92/16 (Summary of Commission Decision of 8 December 2010).

⁷⁷ Giuseppe Conte v. Stefania Rossi, Case C-221/99 [2001] ECR I -9359.

⁷⁸ Federico Cipolla v Rosaria Fazari, Case C-94/04 [2006] ECR I -11421.

⁷⁹ Bundesverband der Bilanzbuchhalter e.V. v Commission, T-84/94 [1995] ECR I -101; C-107/95P [1997] ECR I -947.

⁸⁰ Ambulanz Glöckner, C-475/99 [2001] ECR I -8089.

⁸¹ Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti v Giuseppe Calafiori, C-451/03 [2006] ECR I -2941.

⁸² Giorgio Emanuele Mauri v Ministero della Giustizia and Commissione per gli esami di avvocato presso la Corte d'appello di Milano, Case C-250/03 [2005] ECR I -1267.

⁸³ Piau v FIFA, COMP/37124 [Rejection Decision of 15 April 2002], Laurent Piau v Commission, T-193/02 [2005] ECR II -209; C-171/05P [2006] ECR I -37).

れを是認している。すなわち、従来、会員らは事実上広告掲載を禁止されていたところ、比較広告など一部の方法を除いて広告を認める行動規範の内容は競争法違反に抵触しないと判断している⁸⁴。本件は、専門職団体における料金・価格規制以外の事項について、初めて EU 競争法を適用した事例として知られている。なお、後に司法判断において、一部の規定について取り消しが命じられている。

このほか、広告規制について実体面を判断したものではないが、ベルギーの歯科技師が法の禁ずる広告活動を行ったことで告発された刑事事件に関連して、ベルギーの裁判所が求めた先決的判決（2008 年）がある⁸⁵。

4 小括

専門職団体等における各種規制については、加盟国における国家行為ないしは国家措置に該当すれば当該団体の事業者団体性を否定され、あるいは事業者（団体）の合意・決定と評価されず TFEU101 条 1 項違反を問われない余地がある。その一方、当該団体に対して競争法違反となる行為を援助・助長等した国家に対しては、EU 基本法ないしは競争法違反を問われる可能性がある。

加盟国における固有の事情等がどこまで参酌されるか、政策動向等を分析する課題は残っているが、加盟国競争法は EU 競争法と平仄を合わせる形で改正が加えられ、各規定や解釈は平準化されており、加えて、2004 年に策定・公表された EU 報告書は、専門職サービス業に対する競争力確保の観点から、加盟国に対して、近代化を促進するよう提言し、専門職サービス分野における競争の促進を期待されている。

決定・判例等は、専門職団体が取決める価格・料金規制などに対して、競争法違反を認定し、当該団体等に対して制裁金を賦課する傾向にある。他方、参入規制や事業活動の制限については、前掲・Wouters 法理を援用して提訴されるケースも見られるが、自国内の私訴に関連して、国内裁判所が先決的判決を欧州裁判所に求める場合が多い。また、競争法の観点のみならず、「人及びサービスの自由な移動」という EU の基本理念にも同時に抵触する可能性もある。

第 7 節 レジ袋削減に対する取組

1 EU 指令の改正

EU において、前掲・包装及び包装廃棄物指令があるにも拘わらず、域内において配布、廃棄されたレジ袋については、必ずしも破棄物管理の仕組みに取り込まれておらず、そのため廃棄レジ袋が海洋に流出し、海洋汚染の一因となっていたことが懸念されていた。

EU 環境理事会において、2011 年 3 月 14 日、小売店で配布されるレジ袋(plastic carrier

⁸⁴ Institute of Professional Representatives (EPI), [1999] OJL106-23; T-144/99 [2001] ECR II-1087.

⁸⁵ Ioannis Doulamis, C-446/05 [2008] ECR I-1377.

bags) について、配布を削減し、又は使用を禁止する検討が行われたことを受けて、欧州委員会は、同月 18 日、課税等の方法によるレジ袋削減に係る意見徴収を実施した上で⁸⁶、同年 11 月 4 日、レジ袋削減に係る前記指令の一部改正案を提示した⁸⁷。その後、欧州議会において審議がなされ、一部修正等を経て、2015 年 4 月 28 日、同改正案が可決（承認）されるに至った。

具体的な改正内容は、次の通りである⁸⁸。すなわち、同改正指令は、加盟国に対して、配布数が最も多く厚さが 50 ミクロン以下である軽量レジ袋（lightweight plastic carrier bags）の消費量を削減すること、削減目標を設定した上で、これを達成するための手段として、レジ袋の（無料）配布を禁止する、あるいは、レジ袋の有料化や課税等による経済的インセンティブを利用するなどの措置を講じることなどを命じている。

具体的な目標値として、加盟国住民 1 人当たりのレジ袋年間消費量について、2019 年 12 月 31 日までに 90 枚未満、2025 年 12 月 31 日までに 40 枚未満とすることを示している。また、加盟国は、毎年、レジ袋削減等に係る実績について委員会に報告する義務を負う。ただし、15 ミクロン以下の超軽量レジ袋（very lightweight plastic carrier bags）については、食料品について、食品衛生上の観点から、あるいは食品廃棄の回避目的で、使用可能かどうかは、加盟国の判断に委ねている。その他、生分解性・堆肥可能プラスチック製レジ袋に係るラベル表示の設定等についても方針が示されている。

2 英国における展開

上記 EU 指令改正に先だって、加盟国のなかでもレジ袋の削減に対して先進的な取組をし、活動が顕著であるのは、英国である。英国では、既にウェールズ地方では 2011 年 11 月から、北アイルランド地方では 2013 年 4 月から、また、スコットランド地方でも 2014 年 10 月から、課税方式等による方法でレジ袋削減の取組がみられていたところ、イギリス環境食糧農林省（DEFRA）は、2015 年 10 月からは、イングランド地方においても、5 ペンス課税（Single-use plastic bag charging）を実施することとなった⁸⁹。

イングランドにおける 5 ペンス課税実施については、本報告書執筆時現在、次のよう

⁸⁶ Commission seeks views on reducing plastic bag use (IP/11/580, 18 May 2011).

⁸⁷ Commission proposes to reduce the use of plastic bags (IP/13/1017, 4 November 2013); Questions and answers on the proposal to reduce the consumption of plastic bags (IP/13/945, 4 November 2013). 邦語による紹介として加藤浩「立法情報 【EU】レジ袋削減に関する指令案」(外国の立法 2015 年 1 月版, 国立国会図書館調査及び立法考査局)がある。

⁸⁸ DIRECTIVE (EU) 2015/720 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 29 April 2015 amending Directive 94/62/EC as regards reducing the consumption of lightweight plastic carrier bags, [2015] OJL115/11.

⁸⁹ イギリス環境食糧農林省(DEFRA : Department for Environment, Food & Rural Affairs, Environment Agency)の WEB ページ参照。
<https://www.gov.uk/government/policies/reducing-and-managing-waste/supporting-pages/charging-for-single-use-plastic-carrier-bags>.

な概要となっている。すなわち、①実施主体は、小売店であるが、小規模小売店は対象外となっている。もっとも、小規模小売店であっても、任意で参加することは可能である。②各小売業者は当局（DEFRA）に対して、3年間、配布数・削減数等について、年度末に実績を報告する。③全てのレジ袋に対して課税対象となるわけではない。すなわち、未加工生鮮食品（例えば、魚・肉など）を扱う場合、素手で扱う食品類（例えば、ポテトなど）、陸運・海運・空運など輸送向けの物品、修理・クリーニング用の場合のほか、再利用可能バッグ(Reusable multiple reuse bags)、などは対象外であることを示している。④また、既に課税実施済みの小売店については、重複して課税することはない、としている。

第8節 おわりに

リサイクルシステムの構築に係る問題や消費電力削減のための取決めを除いて、環境規制に係る取組と競争法との緊張関係が正面から問題となる事例は、少なくとも判例等においては表面化していないようである。もっとも、レジ袋削減に向けた取組を本格化させているEUにおいて、有料化によるレジ袋の削減に取り組んだ場合、次のような問題が生じる可能性がある。

例えば、英国では、課税の対象から外れている再利用可能バッグについて、大きさ・厚さなど、一定の条件を満たすバッグでなければならないが、「5ペンス（又はそれ以上）で販売される」として、当局が1枚当たりの最低価格を示している。ここで、例えば、原材料である原油等の価格が高騰し、仕入れ価格が上昇した場合、あるいは、5ペンスと設定してもなおレジ袋の配布量が削減されない場合、小売業者が、共同で、又は消費者団体（ないしは地方政府）も加わって、レジ袋価格を一定額に引き上げることが、競争法上問題となるか否かについては、公表されている現在の情報を見る限りにおいては、明確になっていない。

EUにおいて、レジ袋削減に係る具体的な取組が、加盟国単位・自治体単位での決定になるのか、事業者団体単位での自主的な決定に委ねるのか、あるいは、我が国のように「三者協定」の形態を採ることとなるかは不明であるが、我が国における相談事例回答はレジ袋価格に対する違法性判断基準について先行して明示していることになるようである。EUでは、競争法の近代化以降、3項ガイドラインを見る限り、各項の役割分担と消費者厚生基準の採用が明確になっているが、同ガイドラインには、他の政策も考慮する旨記載しており、また、伝統的な先例における判断枠組みを通じて、社会公共目的を有する共同行為を判断する余地が残されている。同じ社会公共目的であっても、特に関心の高い環境政策の分野においては、EU条約とEU競争法との関係、TFEU101条1項と3項の関係性や各項の解釈論など、新たな判例やガイドライン等について、引き続き注視することが重要であると思われる。

第2章 米国法における非ハードコアカルテルの違法性評価—判例の分析

第1節 研究の対象と目的

1 米国連邦反トラスト法におけるカルテル規制の概要

米国連邦反トラスト法においては、カルテルを規制する根拠条文は、シャーマン法1条である。連邦取引委員会（以下、FTCと略称する。）がFTC法5条を根拠としてカルテルを禁止する場合でも、基本的にはシャーマン法1条に関する判例法理が参照される。周知のように、シャーマン法1条は、あらゆる形態の取引制限を禁止するような文言となっているが、判例法上、「不当な (unreasonable)」取引制限のみが禁止されるものと解されている⁹⁰。取引制限の「不当」性を判断するための基本的な枠組みは「合理の原則 (rule of reason)」だとされている。「合理の原則」を一般的に定式化した判決はいくつか存在するが、本調査の主題である非ハードコアカルテルについては、いまだに1919年のChicago Board of Trade事件連邦最高裁判決⁹¹の次の定式が引用されることが多い。

「合法性の真の基準は、課された制限が、単に競争を規制するのみであり、そして、おそらくはそのことにより競争を促進するようなものか、それとも、競争を抑圧ないし破壊さえするようなものか否か、である。この問題を決定するために裁判所は通常、制限が課される事業に特有の事実を考察しなければならない。すなわち、制限が課された前後の状況、制限の性格とその現実ないしは潜在的効果、制限が課された経緯、存在すると信じられている弊害、特定の救済策を採択する理由、達成されようとしている目的、これら全てが関連する事実である。⁹²」

この定式は、「不当」性の審理における重点を明らかにするものとは言い難いが、あくまでも競争に与える影響が問題であることを明らかにしており、本判決が重要先例として引用されるのはそのためである。

その後、これも周知のように、水平的価格協定や産出量協定等のハードコアカルテルについては、行為の存在のみで「不当」性を確定的に判断する「当然違法 (per se illegal) の原則」が台頭してきた。「当然違法の原則」の内容と意義についても、これを一般的に説明した判決はいくつか存在するが、ここでは、1958年のNorthern Pacific Railway事件連邦最高裁判決⁹³から引用する。なお、引用文中「当然不当」とあるのは、「当然違法」と同義である。

「いくつかの協定ないし行為は、その競争に対する悪影響とそれを補う利点の欠如とによって、それが引き起こした弊害、あるいは、その利用に関する事業上の正当化事由についての詳細な調査なしに、確定的に不当であり、それゆえ違法と推定される。この当然不当の原則においては、シャーマン法によって禁止される制限の類型がより確かなもの

⁹⁰ Standard Oil Co. v. U.S., 221 U.S. 1 (1911).

⁹¹ Chicago Board of Trade v. US, 246 U.S. 231 (1918).

⁹² Id. at 238.

⁹³ Northern Pacific Railway Co. v. US, 356 U.S. 1 (1958).

となっており、関係する全ての者にとって利益となるばかりでなく、特定の制限が不当であるか否かを決定しようとする過程での当該産業並びに関連産業の全歴史に関する信じ難いほど複雑で時間のかかる経済調査（この調査は、着手してみると、全く無益であることが多い。）が不要になる⁹⁴。」

このように、「当然違法の原則」もまた、本来は、競争に与える悪影響に照らして「不当」性を判断するという意味で「合理の原則」の延長線上にあったことが分かる。ただ、行為の外見的特徴から当該行為の競争への悪影響を推測できるような行為類型は存在するのであり、そのような場合にまで行為の目的や効果を詳細に審理することを求めるのは資源の無駄使いであると同時に、反トラスト法の総体としての実効性を弱めることにもつながるという判断が「当然違法の原則」の前提にあったと思われる。

その後、1970年代前半頃まで当然違法の原則の類型は拡大される傾向にあったが、これに伴って、実際の訴訟では、競争に与える影響とは無関係の、行為分類に関する形式論的で不毛な争いを招いたといわれる。そうした事態への反省や反トラスト法学におけるシカゴ学派の台頭を背景にして、1970年代後半以降、「合理の原則」と「当然違法の原則」との二分法が動揺し始め、競争（あるいは「消費者厚生」）への影響に焦点を絞った分析の必要性や、「合理の原則」と「当然違法の原則」との連続性が強調され始めた。このような傾向を代表するのは、カルテルの分野では、1978年の National Society of Professional Engineers 事件⁹⁵、同年の BMI 事件⁹⁶、1984年の National Collegiate Athletic Association (NCAA) 事件⁹⁷、1986年の Indiana Federation of Dentist 事件⁹⁸、1999年の California Dental Association (CDA) 事件⁹⁹の各連邦最高裁判決である。これらの諸判決を受けて、下級審判例や学説の中には、「合理の原則」と「当然違法の原則」との間の中間領域として「簡略化された (truncated or abbreviated) 合理の原則」あるいは「クイック・ルック (quick look)」が適用される場合があるという立場も現れた。

2 米国連邦反トラスト判例法を研究する意義と研究対象の限定

環境保護を始めとする社会公共目的のカルテルを念頭に置いて非ハードコアカルテルの独占禁止法上の分析手法を探ろうとする本調査の趣旨に照らして、米国連邦反トラスト判例法を研究することにはどのような意義が認められるだろうか。

第1に、前述のように、米国連邦反トラスト判例法においては、取引制限の「不当」性

⁹⁴ Id. at 5.

⁹⁵ National Society of Professional Engineers v. United States, 435 U.S. 679 (1978).

⁹⁶ Broadcasting Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, 441 U.S. 1 (1979).

⁹⁷ National Collegiate Athletic Association (NCAA) v. Board of Regents of the University of Oklahoma, 468 U.S. 85 (1984).

⁹⁸ F. T. C. v. Indiana Federation of Dentist, 476 U.S. 447 (1986).

⁹⁹ California Dental Association v. F. T. C., 526 U.S. 756 (1999).

は、あくまでも競争に与える影響によって判断されるので、カルテルに社会公共目的があると当事者が主張する場合でも、当該目的は、競争を促進すると認められる限りにおいてのみ考慮されることになる。このような分析枠組みの妥当性や限界を検証する中で、我が国における問題の処理にとって有益な示唆が得られるかもしれない。

第2に、競争に与える影響を分析する枠組みそのものについても、多くの重要で未決着の論点が含まれている。そもそも、競争への影響を判断するための尺度は何に求められるべきなのか（さらに、これを議論する際に、反トラスト法の目的に関する周知の議論はどのように関わるのか、あるいは関わらないのか）。仮に、経済厚生を尺度として競争に与える影響を分析すべきだとすると、概念の明確さとは裏腹に、実際には、判断に必要な情報が不足している場合が圧倒的に多い。そうすると、限られた情報の下で適切な結論を得るために「合理の原則」における分析手法をどのように整理ないし構造化すべきなのか。より具体的には、訴訟の両当事者にどのように立証（主張及び証拠提出）責任を分配すべきなのか。換言すれば、どのような事実があるときに、どのような推定を働かせるべきなのか等の論点がある。これらの論点についての米国での議論は、我が国の独占禁止法において非ハードコアカルテルを分析する際にも大いに参考となることが期待される。

結論を先取りするようだが、今日では、「合理の原則」を適用する際の判断枠組みの内容自体に大きな意見の相違はみられない。すなわち、まず行為の反競争効果が分析される。その際、通常、関連市場の画定の後に市場占拠率その他の指標に基づいて、行為の当事者が（共同で）市場支配力を有するか否かが問われる。反競争効果が認定されれば、次に競争促進的でないし効果が分析される。競争促進的でないし効果が証拠によって裏付けられれば、最後に、当該競争促進的な目的ないし効果を達成するためにより競争制限的でない代替手段が可能であったかどうか問われる。

問題は、これらの手順を全て踏まえた、全面展開される「合理の原則」が適用される事案では、訴訟の両当事者とも多大な時間と労力を調査に費やす結果、明快な結論を得ることが困難となり、結果として、違反とされる事案が極端に減ることである。筆者がみるところ、非ハードコアカルテルの事案では、全面展開される「合理の原則」の適用が回避されるか否か、すなわち、それを「簡略化された合理の原則」とか「クイック・ルック」と呼ぶかどうかは別として、「合理の原則」の下での分析がどこまで簡略化されるかが事案の帰趨を事実上決定しているようなのである。今や、全面展開される「合理の原則」と「当然違法の原則」との間の中間領域をどのように整理するかが、「合理の原則」における分析手法の構造化の鍵となっていると思われる。

上記のような事情から、ここでは、非ハードコアカルテルの事例の中で不当性判断の枠組みの選択が問題となった最近の判決例を中心に検討する。上記のような問題意識のもと、一般的な基準の立て方よりも、非ハードコアカルテルの具体的事例に即して、どのような判断枠組みが採用されてきたのか、それが妥当であったのかを具体的に検証したいと考える。

3 研究の視点

上記のような問題意識に基づき、本稿では、具体的には次のような問題群を意識しながら検討を進めることにする。

- ・「合理の原則」と「当然違法の原則」、さらには「簡略化された合理の原則」ないし「クイック・ルック」との関係はいかに整理すべきか。
- ・不当性判断において何が判断の基準とされているのか。この判断の基準は、反トラスト法の目的の捉え方とどのように関わっているのか、あるいは関わっていないのか。
- ・反競争効果の分析の上で、競争回避型と競争排除型¹⁰⁰とで扱いの違いはあるのか。
- ・詳細な市場分析が省略される事案にはどのような特徴がみられるか。
- ・容認される正当化事由の内容や範囲、それが許容されるための条件はどのように考えられているのか。
- ・正当化事由と反競争効果の証明、両者の「比較衡量 (balancing)」の中味は、実際にはどのようなものか。全面展開される「合理の原則」として理解されている内容が示すとおりの順番で裁判所は本当に判断しているのか。

以下、まず、第2節では、取引制限の不当性判断の枠組みの変遷を時系列で辿る。この問題についての連邦最高裁の到達点は1999年のCDA事件判決だと考えられるので、そこに至るまでの判例と反トラスト当局の動向をみる¹⁰¹。第3節では、取引制限の不当性の判断枠組みに関わる、CDA事件判決以降の判決例をいくつかピックアップして個別に検討を試みる。第4節では、学説の紹介・検討も交えながら、取引制限の不当性の判断枠組みに関する判例法の現状について全体を通じて何か傾向を見出すことができないか検討する。

第2節 米国連邦反トラスト法における「合理の原則」の展開（CDA事件判決まで）

1 連邦最高裁判例の系譜（CDA事件判決以前の流れ）

「合理の原則」と「当然違法の原則」の起源と内容については既にみた。ここでは、近年の判決例を分析する前提として、1970年代後半以降の、「合理の原則」と「当然違法の

¹⁰⁰ ここでは、金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄『独占禁止法 [第5版]』（弘文堂、2015年）11頁（泉水文雄執筆）に従い、競争を実質的に制限するための手段の類型として「競争回避型」と「競争排除型」を捉え、「競争回避」は「独立した事業者の間で互いに競争を回避することによって競争を制限する場合」、「競争排除」は「既存の事業者を市場から排除したり、新規参入を阻止することによって競争を実質的に制限する場合」を指すと考える。

¹⁰¹ なお、2と3の記述においては、宮井雅明「『簡略化された合理の原則』再考 ―反トラスト事件における合理的決定の在り方―」法政研究（静岡大学）第6巻3・4号621頁以下（2002年）の記述を利用したことをあらかじめお断りしておきたい。この問題に関する我が国における先駆的研究として、田村次朗「反トラスト法における当然違法と合理の原則の関係について―アリーダ教授の見解を中心に―」法学研究（慶應大学）62巻12号251頁以下（1989年）等を参照。

原則」との二分法の動揺を示すとされる連邦最高裁判例の系譜を確認しておきたい。

「当然違法の原則」が陥りがちな、競争に与える影響とは無関係の、行為分類に関する形式論的な議論への反省は、まず、垂直的制限に関する 1978 年 *Sylvania* 事件判決¹⁰²において表明された。そこでは、「合理の原則からの逸脱は、形式的な線引きよりもむしろ論証可能な経済的効果に基づかせられなければならない¹⁰³」とされた。

水平的制限の分野では、1978 年の *National Society of Professional Engineers* 事件判決、及び同年の *BMI* 事件判決が、二分法の動揺を示す動きの嚆矢とみなされている。もっとも、料金に関する専門職団体（具体的には郡の法曹協会）による料金決定に関わる 1975 年の *Goldfarb* 事件判決¹⁰⁴において既に、注釈においてではあれ、専門職が提供するサービスの公共的な側面、その他の側面に特別の配慮が必要となる場合があることに言及されていたことには注意する必要がある¹⁰⁵。

National Society of Professional Engineers 事件では、特定の顧客との取引において、契約者が決定されるまでは料金の見積もり等を顧客に提示することを会員に対して禁止する（すなわち、競争による客引きを禁じる）建築エンジニアの団体による倫理規約がシャーマン法 1 条違反を問われた。被告は、価格競争は品質劣化につながり、ひいては公衆の健康、安全、福祉に対する危険をもたらすと主張した。最高裁は、まさに専門職に関わる事案であったがゆえに、*Goldfarb* 事件判決の注釈に従って「合理の原則」を適用したが、品質や安全性に対する配慮は他の手段によっても可能であることを指摘しつつ、被告の主張は競争を促進するシャーマン法の存在意義を否定するものである¹⁰⁶としてこれを退け、シャーマン法 1 条違反を認めた。

BMI 事件では、著作権管理団体による包括的著作権ライセンスに伴う統一料金の設定が問題であり、形式的には競争者（楽曲の著作権者）間の価格協定に該当する事案として「当然違法の原則」が適用されるように思えた。しかし、最高裁は、ある行為を当然違法の範疇に組み入れるには関連する事実関係についての相当の経験の蓄積を要するところ最高裁は本件のような制限を検討したことがなく¹⁰⁷、しかも、以下の点で本件は当然違法の対象である価格協定とは区別されるとして、「当然違法の原則」の適用を拒否した。すなわち、a) 本件包括的ライセンスとそれに伴う統一料金の設定は、個々の権利者と放送局等が個別に交渉を行う場合の時間と費用を大幅に節約する、「権利の販売、許諾を得ない著作権使用の監視並びにそれに対する権利の執行の統合」に伴うものであること¹⁰⁸、b) 本件包括的ライセンスは、楽曲の迅速な利用と選択の容易さにおいて個別ライセンスとは

¹⁰² *Continental T. V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

¹⁰³ *Id.* at 58-59.

¹⁰⁴ *Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773 (1975).

¹⁰⁵ *Id.* at 788-789 の脚注 17 を参照。

¹⁰⁶ 435 U.S. 679, 698 を参照。

¹⁰⁷ 以上につき、441 U.S. 1, 9 を参照。

¹⁰⁸ 以上につき、*id.* at 19-21 を参照。

区別される独自の商品と性格付けられること¹⁰⁹, c) 個々の権利者が放送局と個別に交渉する余地を認めていることから, 本件で資源配分のシグナルとしての価格の機能を損なうような競争制限は発生していないこと¹¹⁰, である。

その後, 「合理の原則」と「当然違法の原則」との中間領域に「簡略化された (truncated or abbreviated) 合理の原則」ないし「クイック・ルック (quick look)」という別個の判断枠組みがあることを示唆するものと受け止められた判決として, 1984年のNCAA事件判決と1986年のIndiana Federation of Dentist事件判決が出た。

NCAA事件では, 大学スポーツ競技の運営と管理に携わる非営利団体である被告は, 試合への観客確保と大学間の収入格差の是正等を名目として, テレビ放送の対象となるフットボール試合数の制限, 放送料総額の最適基準の設定, 同一ディビジョン内の各大学への放送料収入の均等配分を計画し, この計画に基づいて特定のテレビ・ネットワークとの間で契約を締結した。被告に所属する各大学は, フットボールの試合に関するテレビ放送権の販売において互いに競争関係に立つとみられるので, 本件制限は, 水平的な価格・産出量制限として「当然違法の原則」に服するとみることが可能だった, しかし, 最高裁は, 本件が「およそ当該商品が利用可能となるために競争の水平的制限が不可欠であるような産業」に関わることを根拠として, 「合理の原則」を適用した¹¹¹。つまり, およそスポーツが成り立つためには競争者間で一定の取決めが必要であり, また, 大学フットボールは大学教育に付随するアマチュアスポーツだからこそ視聴者の支持を得ている部分があり, その意味で商品の独自性を維持するための取決めもまた, 消費者の選択の拡大につながるという意味で競争促進的であるとされた¹¹²。

しかし, 最高裁は, 競争の自由の喪失, 産出量の意図的削減とそれに伴う放送料の上昇, そして, 何よりも消費者の選好とは無関係に産出量と料金が決定される点で, 本件制限が反競争的な帰結をもたらすことは明白だとした¹¹³。そして, このような「価格ないし産出量に対する剥き出しの制限 (a naked restriction on price or output)」は, 被告に市場支配力 (market power) が欠如していることの証明によって正当化することはできず, 何らかの「競争上の正当化事由 (competitive justification)」が示されない限り不当と判断されると判示した¹¹⁴。本件で被告はいくつか正当化事由を主張したが, 最高裁は, そのいずれも退けた。特に, 本件制限が大学間の競争上のバランスを保つために必要だったとの主張に対しては, このような目的自体は尊重されるべきだが, 本件制限とは異なる手段で達成し得るし, 本件制限が競争条件の平等につながることを示されていないとした

¹⁰⁹ 以上につき, id. at 21-22 を参照。

¹¹⁰ 以上につき, id. at 23-24 を参照。

¹¹¹ 以上につき, 468 U.S. 85, 101 を参照。

¹¹² 以上につき, id. at 102 を参照。

¹¹³ 以上につき, id. at 104-108 を参照。

¹¹⁴ 以上につき, id. at 109-110 を参照。

Indiana Federation of Dentist 事件では、歯科医師の団体である被告が、保険金請求の評価のために保険会社から X 線写真の提出を求められたが、この要求を拒絶したことが集団ボイコット (group boycott) としてシャーマン法 1 条違反となるかが問題であった。最高裁は、集団ボイコットに対しては「当然違法の原則」の適用に制限が加えられてきたことや、本件もまた専門職団体の規則に関わることから、本件でも「当然違法の原則」は適用されないとした¹¹⁶。しかし、本件制限は、保険会社による診療内容の審査より過大な請求を排除して保険料の高騰を抑えるという特定のサービスが消費者に提供されることを妨げるもので、このような「市場における通常の give and take」を妨げることにより消費者の選択を妨げるような協定は、これを補う何らかの競争促進的な便益を伴わない限り、「合理の原則」の下で違法となるとされた¹¹⁷。

最高裁は、本件制限が、NCAA 事件にいう「剥き出しの制限」ではなくても、消費者への特定サービスの提供が妨げられたという意味で「競争に対する現実の実質的悪影響 (actual substantial adverse effects on competition)」が示されている限り、市場支配力の証明は不要とした¹¹⁸。また、本件制限によって現実に過大請求が発生し、消費者がより高い保険料の支払を余儀なくされたという認定がないとの主張に対しては、消費者にとって一つの選択肢が排除されたことそれ自体が価格メカニズムの適切な作用を妨げるのに十分であったとして、これを退けた¹¹⁹。

以上紹介した諸判決は、「合理の原則」と「当然違法の原則」との断絶よりもむしろ連続性を強調し、事案の性格に応じて制限の不当性の判断枠組みが柔軟に設定されることを示唆するものであった。特に 1984 年の NCAA 事件判決と 1986 年の Indiana Federation of Dentist 事件判決は、「合理の原則」の枠内で詳細な市場分析が省略される場合 (競争に対する「剥き出しの制限」の場合と「競争に対する現実の実質的悪影響」が示される場合) があることを示した点で重要であった。

他方、以上に紹介した判決とほぼ同じ時期に、水平的制限の分野で「当然違法の原則」を適用した、次のような諸判決があったことも見逃せない。

- ・ 1980 年 Catalano 事件判決¹²⁰ ; ビールの卸売業者が小売業者への掛売りを取りやめる旨合意した事例。
- ・ 1982 年 Maricopa 事件判決¹²¹ ; 医師の団体によるサービス単位の料金の最高額を定めた事例。

¹¹⁵ 以上につき, *id.* at 117-120 を参照。

¹¹⁶ 以上につき, 476 U.S. 447, 458-459 を参照。

¹¹⁷ 以上につき, *id.* at 459 を参照。

¹¹⁸ 以上につき, *id.* at 461 を参照。

¹¹⁹ 以上につき, *id.* at 461-462 を参照。

¹²⁰ *Catalano, Inc. v. Target Sales, Inc.*, 446 U.S. 643 (1980).

¹²¹ *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332 (1982).

・1990年の Superior Court Trial Lawyers Association 事件判決¹²²；貧窮者向け刑事弁護士サービスを提供する弁護士の団体が時間報酬の引き上げを要求する運動の一環として弁護士引き受け拒否を決議した事例。

・1990年 Palmer 事件判決¹²³；司法試験予備校を経営する大手事業者が、ある地域に参入しようとして地元で唯一の事業者と激しい競争を繰り広げたのち、商標使用と教材使用に関する排他的ライセンスを当該地元業者に付与し、自らは当該地域から撤退し、当該地元業者は他地域で大手事業者と競争しない（いわゆる市場の棲み分け）旨合意した事例。

このうち、1982年 Maricopa 事件は、低費用の健康保険プランの提案を目的とする医師のジョイント・ベンチャーに付随する制限が問題となった事案、1990年の Superior Court Trial Lawyers Association 事件は、問題のボイコットが連邦憲法修正1条の保護対象としての表現行為であることが主張された事案、1990年 Palmer 事件は、排他的ライセンスの付与に伴うライセンシーの投資保護の必要性が主張され得た事案であった。つまり、結論の是非はともかくとして、「当然違法の原則」の適用が排除されてもおかしくないような事案であった。これら諸判決の存在に照らして、連邦最高裁は、必ずしも「合理の原則」と「当然違法の原則」とを連続的に捉えているわけではないとみる向きもあった¹²⁴。いずれにしても、1990年代初頭の段階では、「合理の原則」と「当然違法の原則」との関係についてなお解釈の余地があった。

2 下級審への影響（CDA 事件判決以前）

連邦最高裁の上記の動向を踏まえ、あるいはそれを先取りする形で、下級審において「簡略化された合理の原則」ないし「クイック・ルック」を適用したと考えられる判決が出現した。

1980年の Realty Multi-List 事件第5巡回区控訴裁判所判決¹²⁵では、特定地域の不動産情報の集積と提供の便宜を図るために考案されたマルチプル・リスティング・サービス（会員が提供する不動産情報をプールして定期的に会員に提供するサービスで、当該不動産情報の提供者以外の会員も取引を仲介できるが、その際の手数料の一部は情報提供者に還元されるもの）の運営会社が、このサービスを利用し得る会員の資格を過度に制限したことが問題であった。第5巡回区控訴裁判所は、マルチプル・リスティング・サービス自体は、現地に行かなければ商品の概要を知り得ないという、不動産の商品としての性質に起因する市場の不完全性に対処し情報伝達上の障壁を克服する点で競争上の便益をもたらすこと、また、このサービスを利用できる会員の資格を制限することも、サービス

¹²² F. T. C. v. Superior Court Trial Lawyers Association, 493 U.S. 411 (1990).

¹²³ Palmer v. BRG of Georgia, Inc., 498 U.S. 46 (1990).

¹²⁴ 後述の CDA 事件 FTC 審決で多数意見を代表した Pitofsky 委員長（当時）の解釈がそうである。

¹²⁵ US v. Realty Multi-List, Inc., 629 F. 2d 1351 (5th Cir. 1980).

の運用費用の分担の必要性や、サービスの実効性が個々の会員の能力や信頼性に依拠する部分が多いことに照らして必要であることを指摘して、本件では「合理の原則」が適用されるとした¹²⁶。しかし、本件のような資格基準は、資格からの排除によって会員との有効な競争が不可能となるほどの影響力を被告が有する場合には、競争上の必要性によって正当化され、正当な目的を達成するのに必要で目的の趣旨に厳密に沿うように配慮されているのでない限り、過去における競争への効果の証明がなくても「表面上 (facially)」非難されるとした。本件では、サービスを利用する不動産仲介業者の数、リストされた物件の年間総販売額、全リスト物件中で実際に販売に至った物件の比率といった客観的な指標によって被告の影響力は明らかであるとされた¹²⁷。その上で第 5 巡回区控訴裁判所は、問題の資格基準を個別に検討して、結論として資格基準の不当性を認めた¹²⁸。

本判決は、原告である司法省反トラスト局が主張した「表面上の不当性 (facial unreasonableness)」の理論を採用したものとされている。参加者数の増大に比例して有用性も増大するマルチプル・リスティング・サービスの特性に鑑みて詳細な市場分析が省略された事例とみることができる。前述の 1984 年の NCAA 事件判決と 1986 年の Indiana Federation of Dentist 事件判決とは異なる、「合理の原則」の簡略化のパターンを示すものであった。

1984 年の General Leaseways 事件第 7 巡回区控訴裁判所判決¹²⁹では、トラックリース業を営む事業者の団体がその会員に課した営業地域制限が問題であった。被告は、地方に拠点を置く中小規模の事業者が相互に協定を結び、トラックのメンテナンス・修理のための施設の相互利用を認めることにより、全国規模のメンテナンス・修理施設のネットワークを持つ大手業者に対抗することを目的として結成された団体であった。被告は、共通の商標の管理にも携わっていたが、会員にその使用权を付与するに際して、会員の営業地域が互いに 10 ないし 20 マイル離れていることと、大手業者との提携禁止を義務付けた。被告は、このような地域制限は、顕著に営業規模を拡大しつつある会員が施設の相互融通において他の会員が提供するサービスにただ乗りすることを防止するために必要であったと主張した。これに対して、第 7 巡回区控訴裁判所は、サービスの消費に見合った料金を徴収することが可能だったのに、なぜそうしなかったかの説明がないところから、ただ乗り防止論が成り立たないことを指摘した¹³⁰。その上で、「一見して (on a quick look)」競争の排除が明らかである場合に当該行為は当然に違法であるとして、本件地域制限も

¹²⁶ 以上につき、id. at 1367-1369 を参照。

¹²⁷ 以上につき、id. at 1373-1375 を参照。

¹²⁸ 以上につき、id. at 1376-1387 を参照。

¹²⁹ General Leaseways Inc. v. National Truck Leasing Association, 744 F. 2d 588 (7th Cir. 1984).

¹³⁰ 以上につき、id. at 592-593 を参照。

シャーマン法 1 条に当然に違反するとした¹³¹。本判決は、「当然に違反する」という表現にもかかわらず、正当化事由の説得力が結論を左右する鍵とみなされている¹³²ことから、事実上、1984 年 NCAA 事件判決の判断枠組みを踏襲したものといえよう。

これら以外にも、1984 年 NCAA 事件判決の判断枠組みを踏襲したとみられる判決として、いずれもスポーツ競技に関わる 1992 年 Chicago Professional Sports 事件第 7 巡回区控訴裁判所判決¹³³、1998 年 Law 事件第 10 巡回区控訴裁判所判決¹³⁴が挙げられる。

これに対して、「合理の原則」の簡略化に対して懐疑的ないし慎重な態度を示す判決も存在した。

1993 年 Brown University 事件第 3 巡回区控訴裁判所判決¹³⁵では、アイビー・リーグに所属する諸大学が、これら諸大学のうち複数の大学に合格した学生に対して提供する奨学金について、経済的な必要性にのみ基づいて給付することを申し合わせるとともに、経済的な必要性を判断する統一基準を定めたことが問題であった。原審判決は、被告の非営利性と教育上の使命とに照らして「当然違法の原則」の適用は否定したものの、本件制限は学生獲得をめぐる価格競争の排除にあたりと性格付けて「簡略化された合理の原則」を適用して違法と判断していた。その際、本件制限が参加者に金銭的利益をもたらさないことは、それだけでは本件制限の反競争的性格を否定することにはならないこと、被告が主張する教育の機会均等という目的は、社会福祉目的に関わり、反トラスト法上の正当化事由とはなり得ないとしていた。第 3 巡回区控訴裁判所は、この原審判決を破棄して、全面展開された「合理の原則」の下での再審理を命じた。

第 3 巡回区控訴裁判所は、本件では、自己利益の追求という要素が欠けていることから「当然違法の原則」適用の前提が欠けており、また、学生の社会的経済的背景の多様性を確保することによる教育の質の向上や経済的な理由で入学できない学生の入学を可能にするという意味での消費者の選択肢の拡大といった競争促進的な根拠が示されていることを指摘した。社会福祉目的の主張については、判例法は一般的にはこれを反トラスト法とは無関係として退けてきたが、本件で主張されている社会福祉目的は競争促進の利益と矛盾しないことを強調した。すなわち、奨学金について大学間競争に委ねると、経済的な必要性とは無関係に能力の高い学生への奨学金給付が増大すると予想されるが、各大学の財政には限りがあるから、この状態では経済的支援を必要とする学生への奨学金給付が減少し得る。それゆえ、本件制限は、学生の社会的経済的背景の多様性による競争の向上につながった可能性があるとした¹³⁶。

¹³¹ 以上につき、id. at 595 を参照。

¹³² 以上につき、id. at 596-597 を参照。

¹³³ Chicago Professional Sports Ltd. Partnership v. National Basketball Association, 961 f. 2d 667 (7th Cir. 1992).

¹³⁴ Law v. National Collegiate Athletic Association, 134 F. 3d 1010 (10th Cir. 1998).

¹³⁵ US v. Brown University, 5 F. 3d 658 (3d Cir. 1993).

¹³⁶ 以上につき、id. at 677-678 を参照。

1996年のAmerican AD Management事件第9巡回区控訴裁判所判決¹³⁷では、イエロー・ページ発行者の団体が、従来地方企業向けの広告スペースの販売について販売代理店に支払っていた手数料（これは実質的には広告スペースの割引販売の原資として使われていた。）の支払を取りやめる旨決定したことが問題であった。イエロー・ページの発行者は、販売代理店を通じたルートとは別ルートで、自ら直接宣伝者に広告スペースを販売していた。第9巡回区控訴裁判所は、イエロー・ページ発行者と販売代理店との関係が代理関係であったことに着目して、「当然違法の原則」が適用された過去の価格設定事件と本件とを区別して「当然違法の原則」の適用を退ける¹³⁸とともに、本件では「クイック・ルック」の分析を正当化するだけの「剥き出しの制限」は示されていないとした。その際、「クイック・ルック」の分析はあくまでも例外であり、市場画定を前提とする分析によって競争への弊害が証明されることが原則だとした¹³⁹。

これらの判決は、「簡略化された合理の原則」ないし「クイック・ルック」の存在そのものを否定するものではないが、「簡略化された合理の原則」ないし「クイック・ルック」という新たな装いの下で実質的に「当然違法の原則」の適用範囲が拡張される事態を憂慮したものと考えられる。「簡略化された合理の原則」ないし「クイック・ルック」が適用されたとされる実際の事例では結局は違反が認定されていることから、装いを新たにした形式主義が復活することを懸念したのではないかと想像されるのである。その意味では、「合理の原則」と「当然違法の原則」との連続性を意識したものといえるかもしれない。

なお、1993年Brown University事件第3巡回区控訴裁判所判決は、社会公共目的のカルテルに関わる稀有な事例でもある。判決は、あくまでも競争に与える影響をもって不当性を判断するという伝統的な判断枠組みを堅持し、被告の主張についても、競争の促進とみられる限りにおいて考慮するという立場を示したと考えられる。ただ、本件の取決めは、異なるタイプの学生の間での所得分配の在り方に関わっていて、反トラスト法が主として関わる資源配分の効率性ではその正当性は測れないのではないかという指摘がある¹⁴⁰。そうだとすると、本件は、反トラスト法が目指す価値とそれとは異なる価値との関係が真正面から問われるべき事案であったことになる。このような場合に反トラスト法はどのように対処すべきかについては、残念ながら、あまり議論は深まっていないようである。

¹³⁷ American AD Management, Inc. v. GTE Corp., 92 F. 3d 781 (9th Cir. 1996).

¹³⁸ 以上につき, id. at 785-787 を参照。

¹³⁹ 以上につき, id. at 789-790 を参照。

¹⁴⁰ Gustavo E. Bamberger and Dennis W. Carlton, Antitrust and Higher Education: MIT Financial Aid (1993), in JOHN E. QUAKA, JR. AND LAWRENCE WHITE, ed., THE ANTITRUST REVOLUTION 264-285 (3d ed. 1999) を参照。

3 反トラスト当局の動向

上記のような判決例が出される中、反トラスト当局も独自の判断枠組みを提示して議論に一石を投じた。まず、FTCは、1988年のMassachusetts Board of Registration in Optometry 事件審決¹⁴¹において、80年代の最高裁判例の分析に基づいて水平的制限一般について次のような判断枠組みを提示した。

「第一に、当該制限が『内在的に疑わしい』か否かを問う。具体的には、当該行為が、効率性に基づく正当化事由を持たない場合に『競争を制限し産出量を削減』しそうな性格のものかどうか分析する。・・・当該制限が内在的に疑わしくない場合は、市場画定と市場支配力の諸論点を伴う、伝統的な合理の原則が用いられなければならない。しかし、それが内在的に疑わしい場合には、第二の問題を提起しなければならない。すなわち、当該行為に関して効率性に基づくもっともらしい(plausible)正当化事由が存在するかどうか、つまり、当該行為が、競争を生み出し、あるいは、それを高めることができるように見えるかどうか。…この効率性のもっともらしい場合とは、その主張が、広範囲にわたる事実調査なくしては拒絶されえない場合である。それがもっともらしくない場合は、当該制限は直ちに非難される。それがもっともらしい場合には、当該正当化事由が有効(valid)であるかどうかを決定するために、さらなる調査(第三の調査)が必要である。調査の結果、正当化事由が有効であれば、それは合理の原則に基づく全面的な比較衡量の下で評価されなければならない。しかし、正当化事由が有効でない場合、当該行為は、更なる調査を経ることなく、合理の原則の下で不当かつ違法である。・・・¹⁴²」

ちなみに、本件は、マサチューセッツ州の検眼士の団体による料金割引広告の禁止、特定の検眼士との連携広告の禁止がFTC法5条違反に問われた事案に関わる。このうち前者については、市場価格への影響の点で料金そのものの制限と同様に「内在的に疑わしく」、もっともらしい正当化事由も示されなかったとして違反が認定された¹⁴³。後者についても、全国規模で事業展開する眼鏡商の参入をより困難にし、消費者への特定のサービス・パッケージの提供を妨げる点で「内在的に疑わしく」、被審人が主張する正当化事由(本質的に欺瞞的な広告であること、大規模商業資本の影響からの保護)も退けられた¹⁴⁴。

その後、本事件での定式は、1989年のDetroit Auto Dealers Association 事件¹⁴⁵とNew England Motor Rate Bureau 事件¹⁴⁶でも援用された。後者は自動車運送事業者の団体による運送料金の設定に係る事案であり、「内在的に疑わしい」制限が従来の当然違法類型を含むことを示すものであった。これに対して前者では、デトロイト地区における自動

¹⁴¹ In re Massachusetts Board of Registration in Optometry, 110 F.T.C. 549, 604 (1988).

¹⁴² Id. at 604.

¹⁴³ 以上につき, id. at 606-607 を参照。

¹⁴⁴ 以上につき, id. at 607-608 を参照。

¹⁴⁵ In re Detroit Auto Dealers Association, Inc., 955 F. 2d 457 (6th Cir. 1992).

¹⁴⁶ In re New England Motor Rate Bureau, 112 F. T. C. 200 (1989).

車ディーラーの団体が、セールス・パーソンによる待遇改善要求に直面して、彼らの組合化を未然に防止するためにショー・ルームの展示時間を制限したことが問題であった。FTCは、当該制限は、ディーラーによる販売その他のサービスに関する産出量制限として「内在的に疑わしい」と性格付けたが、第6巡回区控訴裁判所は、自動車の販売価格への論証された効果に基づかない「当然違法のアプローチ」に起因するものとしてこれに疑問を呈した。

およそ「合理の原則」の簡略化を目指す判断枠組みは、「当然違法の原則」が適用されてきた行為類型に適用される場合には従来よりも慎重な判断を求めることになるが、「当然違法の原則」が適用される行為類型を超えて適用範囲が拡張されると、逆に、新たな装いの下で「当然違法の原則」の適用範囲が実質的に拡大されるのではないかとの懸念を生み出す。FTCの経験は、後者の場合に、「合理の原則」の簡略化に対する裁判所の拒否反応が強まることを示したといえる。

他方、連邦司法省反トラスト局では、当時の反トラスト局長である Joel I. Klein 氏が1996年11月7日のABA反トラスト部会での講演¹⁴⁷において、「判例法上の当然違法の類型には直ちには該当しないが、価格ないし産出量に関する競争を直接制限する協定」を念頭に置いて、Stepwise approach と呼ばれる三段階分析を提唱した。

第一段階：問題の協定が、判例法上当然違法とされる類型に該当するかどうか。この段階で当局が直面する問題は、当該協定が他の何らかの取決めに付随しているかどうかを見極めることである。

第二段階：当該協定が当然違法類型に該当しない場合、当該協定について競争促進的な正当化事由が存在するかどうか。この主張は単なる憶測であってはならず、事実に関する証拠又は専門家による経済分析、望ましくはその両方による論証が必要で、この論証なき場合は提訴する。

第三段階：有意味な競争促進的便益が論証される場合で、当該協定の反競争的弊害が競争促進的便益を上回るかどうか。この場合、価格ないし産出量に関する直接的な市場効果について説得力ある証拠がない限り詳細な市場分析が求められる。

FTCの定式が「当然違法の原則」が適用されてきた行為類型をも対象とする包括的な判断枠組みであるのに対して、Klein局長が示した判断枠組みは「当然違法の原則」が適用される行為を最初から別扱いにしていたことが注目される。反トラスト局はハードコアカルテルに対して刑事訴追により対処する方針をもっており、刑事裁判で適用される実体法ルールの簡明さを保持したいがためにこのようになったといわれている。しかし、「判例法上の当然違法の類型には直ちには該当しないが、価格ないし産出量に関する競争

¹⁴⁷ “A Stepwise Approach to Antitrust Review of Horizontal Agreements”, Address by Joel I. Klein before the American Bar Association’s Antitrust Section Semi-Annual Fall Policy Program (Nov. 7, 1996) (<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/0979.htm>).

争を直接制限する協定」の外延が具体的に明らかにされた訳ではなかったため、FTC の定式に対するのと同様の疑問が投げかけられた¹⁴⁸。

4 CDA 事件判決の意義と読み方

以上のような状況の下で、1999 年に連邦最高裁は CDA (California Dental Association) 事件判決を下した¹⁴⁹。本事件は、判例における「合理の原則」の簡略化とそれに関わる様々な議論を最高裁がまとめて判断する格好の機会を提供するものであった。

本件では、カリフォルニア州の歯科医師の団体が、その倫理規約において「重要な点で虚偽ないし欺瞞的な方法」での宣伝・客引きを禁じていたところ、この規約の具体的な適用の在り方を示したガイドライン等を通じて、実質的に会員による料金に関する広告とサービス内容に関する広告を制限したことが問題であった。料金に関しては、「low, reasonable, affordable」といった広告表現が禁止され、さらに、サービスごとに割引の対象、期間、額、確証可能な割引の根拠が示されなければならないことから、一律割引の広告も事実上禁止されていた。サービス内容に関する広告についても、当該内容に関する主張は事実に基づく確証に馴染まないため「重要な点で虚偽ないし欺瞞的」となりがちだとして、事実上全面禁止された。FTC は、当該制限が FTC 法 5 条違反にあたるとして調査を開始した。

FTC の行政法判事は、上述の Massachusetts Board of Registration 事件審決の定式を適用して、広告内容の真実性を保つという目的の正当性は認めたが、本件制限は「内在的に疑わしく」正当化事由にも理由はないとした¹⁵⁰。これに対して FTC は、1990 年の Superior Court Trial Lawyers Association 事件判決及び Palmer 事件判決に照らして、最高裁は「合理の原則」と「当然違法の原則」との融合を否定したと解して¹⁵¹、Massachusetts Board of Registration 事件審決の定式は退けた。その上で、料金広告の制限については、料金そのものに関する競争制限の一形態として当然に違法であるとした¹⁵²。品質広告の制限については、「当然違法の原則」が適用される行為類型には該当しないが、歯科医の競争能

¹⁴⁸ 反トラスト局の定式に関する当時の議論として、Joel I. Klein, Point:

“Stepwise” Approach for Analyzing Horizontal Agreements Will provide Much Needed Structure for Antitrust Review; William J. Kolasky, Jr., Counterpart: The Department of Justice’s “Stepwise” Approach Impose Too Heavy a Burden on Parties to Horizontal Agreements, 12 Antitrust 41 (1998) を参照。

¹⁴⁹ California Dental Association v. FTC, 526 U.S. 756 (1999). 本判決については、佐藤吾郎「歯科医師会による広告制限と簡略化された合理の原則—カリフォルニア州歯科医師会事件連邦最高裁判決を中心に」正田彬先生古稀祝賀『独占禁止法と競争政策の理論と展開』（三省堂、1999 年）253 頁以下も参照。

¹⁵⁰ 以上につき、In re California Dental Association, 121 F. T. C. 190, 190-283 を参照。

¹⁵¹ 以上につき、id at 299 を参照。

¹⁵² 以上につき、id. at 303-307 を参照。

力を制限すると同時に、消費者に対して歯科医のサービス内容に関する情報を取得する機会を閉ざす点で反競争的性格は明白だとした¹⁵³。虚偽ないし欺瞞的な表示の規制という正当化事由については、目的自体の正当性は肯定したが、本件制限は当該目的を超えて真実の表示をも規制対象とするもので、欺瞞的表示に関する FTC 自身の規制基準に照らしても正当化され得ないとした¹⁵⁴。

第 9 巡回区控訴裁判所は、両方の制限とも虚偽ないし欺瞞的な広告の制限を目的としていることから「当然違法の原則」の適用は妥当でないとして「簡略化された合理の原則」を適用した¹⁵⁵。その上で、料金広告の制限については、この種の広告が価格競争にとって不可欠であることから、価格競争そのものに対する「剥き出しの制限」と同視し得るとした。正当化事由の主張に対しては、本件では情報開示要件の負担が大きすぎて事実上一律割引が禁止されていたことや、実際に本件制限が情報開示の増大や料金の透明性の向上につながったことの証拠がないとして、これを退けた¹⁵⁶。品質広告の制限についても、消費者に対する情報の制限や（そのような広告があればサービスを受けたであろう消費者の数だけ）産出量制限をもたらす点でその反競争的性格は明白だとした。その上で、虚偽ないし欺瞞的な広告の制限を理由として品質広告の全面的な禁止を正当化することはできないとした¹⁵⁷。

以上のように、本件では、最高裁に至るまでの間に、FTC の定式を始めとする様々な判断枠組みが同一の事実関係に適用されたところから、この間の議論を総括するには格好の事案であった。最高裁は、結論的には、本件制限に対する「簡略化された合理の原則」の適用を誤りとして、再審理のため事件を差し戻した。

まず、最高裁は、「簡略化された合理の原則」の根拠として下級審が引用してきた 1978 年 National Society of Professional Engineers 事件判決、1984 年 NCAA 事件判決、1986 年 Indiana Federation of Dentist 事件判決は「経済学の初歩的な理解しか持たない観察者」でさえも顧客と市場に対する反競争効果の存在を結論できた事案に関わっていたが、本件制限についてはそうはいえないとした¹⁵⁸。それは、専門職サービスの市場がもつ、他の市場にはない次のような特徴によるとされた。すなわち、サービスに関して利用可能な情報について専門職と顧客との間に顕著な情報格差が存在すること、広告が用いられることが比較的まれで、サービス・パッケージの比較可能性が容易には確立され得ないこと、サービスの品質が顧客による測定ないし監視に馴染まないこと、価格・品質とは無関

¹⁵³ 以上につき、id. at 308-311 を参照。

¹⁵⁴ 以上につき、id. at 316-320 を参照。

¹⁵⁵ 以上につき、California Dental Association v. F. T. C., 128 F. 3d 720, 727 (9th Cir. 1997) を参照。

¹⁵⁶ 以上につき、id. at 727-728 を参照。

¹⁵⁷ 以上につき、id. at 728 を参照。

¹⁵⁸ 以上につき、526 U.S. 756, 770-771 を参照。

係に特定のサービス供給者を愛顧する顧客行動の非合理性，である¹⁵⁹。これらの特徴は，顧客による十分な情報に基づく決定に対する障害となり，これらの特徴に照らせば，顧客を欺瞞的広告から保護すると主張されている広告制限に対しては，産出量ないし価格を制限する古典的な水平的制限に対して許容される表面的な分析以上の分析が求められるとした¹⁶⁰。

結局，本件制限については，専門職サービスの料金設定の根拠や品質に関する主張が容易に確証し得るものかどうかの判断が評価の決め手となることを最高裁は指摘した¹⁶¹。原審と最高裁少数意見は，確証可能性を肯定する立場を前提として，真実の表現をも対象とする本件制限の反競争的性格は明白だとしていた。これに対して，最高裁多数意見は，確証可能性そのものに疑問を呈し，料金広告と品質広告とのどちらの制限も，専門職サービスへの信頼性を維持することで産出量を拡大し，欺瞞的な表示による誤った判断から消費者を保護する点で競争促進的であった可能性は否定し得ないとした。それゆえ，本件制限が反競争的であったかどうかは事実により明らかにされるべき問題であって，ア・プリオリに答の出せる問題ではないとした¹⁶²。本件制限によって実際に情報量が増大したかどうかの立証を被審人（控訴人）に求める原審判決は立証責任を誤って分配するものとした。

ただし，最高裁は，本件では全面的な市場分析が求められる訳ではないとして次のように判示した。すなわち，価格や産出量に対する「剥き出しの制限」について詳細な市場分析は不要であるとかつて最高裁は判示したが，「だからといって，（本件のように）より反競争的性格が明白でない制限を攻撃するあらゆる事件が十全な市場調査の候補となる訳ではない。本当のところは，反競争効果に関する我々の分析のカテゴリーは、『当然』とか『簡略化された』とか『合理の原則』といった言葉が表すほどには固定的でない。・・・本件の状況が示すように，反競争効果についての直観的に明白な推論をもたらす制限と，より詳細な扱いを求める制限との間には一般的に分類上の境界線は引けない。求められるのは，むしろ，制限の状況，詳細な内容，論理に着目する事案に即した検討（enquiry meet for the case）である。¹⁶³」

本判決の最大の意義は，改めて「合理の原則」と「当然違法の原則」との連続性を強調して，判断枠組みの分類に機械的に従うことは誤りであり，事案の特質に応じて審理の焦点が異なることを指摘した点にある¹⁶⁴。本件でも市場支配力の分析は不要だとされてい

¹⁵⁹ 以上につき，id. at 771-773 を参照。

¹⁶⁰ 以上につき，id. at 773 を参照。

¹⁶¹ 以上につき，id. at 771 を参照。

¹⁶² 料金広告については id. at 774-776，品質広告については id. at 777-778 をそれぞれ参照。

¹⁶³ Id. at 779-781.

¹⁶⁴ なお，判決が出された当時の判旨に賛成の立場からの論稿として，Wayne D. Collins, Rethinking the “Quick Look”: California Dental Association and the Future of Rule of Reason Analysis, 14 Antitrust 54 (1999); William J. Kolasky, California Dental

て、その点では「簡略化された合理の原則」を適用したとされる過去の判決例と共通している。しかし、本件制限の場合、FTCによる反競争効果の説明は、専門職サービスの料金設定の根拠や品質に関する主張が容易に確証できるとの前提に立脚していた。この前提自体が正しかったかどうか、まさに事実によって確かめられるべき争点だと判断されたのである。専門職サービスの特性に関する主張が、反競争効果の存在を容認した上での抗弁としてではなく、FTCが主張する反競争効果のストーリーに対する反証として最高裁に認定されたのである。その意味で、「合理の原則」の簡略化の新たなパターンを示す事例ともいえる。

なお、本判決は、「合理の原則」における分析の簡略化が認められるためには反競争効果に関する理論的可能性の主張では足りず「競争に対する現実の実質的悪影響」が必ず示されなければならないとして、「簡略化された合理の原則」の適用範囲を著しく狭める判決と一部では受け止められたようだが¹⁶⁵、それは誤解だと思われる。本判決は、理論的可能性としての反競争効果の主張を受け入れることを前提として、反競争効果のストーリーの説得力を問題にしているのだと考えられる。

本判決後の2000年に最終版が公表されたFTCと司法省反トラスト局との連名による「競争者間共同活動に関する反トラスト・ガイドライン¹⁶⁶」は、本判決を踏まえて、「当然違法の原則」と「合理の原則」との二分法に立脚しつつ、「合理の原則」において事案の特性に応じた柔軟な分析の余地を認めるものとなっている。このガイドラインは、「効率性を高める経済活動の統合への参加者が、当該統合に合理的に関連し、かつ、その競争促進的便益を達成するために合理的に必要とされる協定を締結する場合、たとえ、それが他の場合には当然に違法とみなされる類型に属していても、合理の原則の下で分析する¹⁶⁷」としつつ、「合理の原則の分析は、柔軟な調査を伴うものであり、当該協定と市場の

Association v. FTC: The New Antitrust Empiricism, 14 Antitrust 68 (1999) 等を参照。判旨に批判的な立場からの論稿として、David Balto, Some Observations on California Dental Association v. FTC, 14 Antitrust 68 (1999); Stephan Calkins, California Dental Association: No A Quick Look But the Full Monty, 67 Antitrust L. J. 495 (2000); Willard K. Tom and Chul Pak, Toward A Flexible Rule of Reason, 68 Antitrust L. J. 391 (2000); Marina Lao, Comment: The Rule of Reason and Horizontal Restraints Involving Professionals, 68 Antitrust L. J. 499 (2000) 等を参照。

¹⁶⁵ この点については、Andrew I. Gavil, Moving Beyond Caricature and Characterization: The Modern Rule of Reason in Practice, 85 S. Cal. L. Rev. 733, 757-459, 764-766 (2011-2012) を参照。

¹⁶⁶ Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, issued by the Federal Trade Commission and the U. S. Department of Justice (April 2000) (https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdcojguidelines-2.pdf).

¹⁶⁷ Id. at 3.2.

状況とにより焦点と詳細さが異なる¹⁶⁸」ことを指摘する。この「合理の原則」の下での分析では次のような手順が踏まれるとされる。すなわち、「合理の原則の下での分析は、当該協定の性格の検討から始まる。・・・この検討の一部として協定の事業上の目的を尋ね、当該協定が既に実施されていれば、それが反競争的弊害を引き起こしていないかどうかを吟味する。当該協定の性格と市場支配力の低さから反競争的弊害がない場合、当該協定を提訴しない。逆に、反競争的弊害が協定の性格から明白である場合、あるいは、反競争的弊害が実施された協定から現に発生している場合には、この反競争的弊害を相殺し得るような、これを上回るだけの便益がない限り、詳細な市場分析なしで当該協定を提訴する¹⁶⁹。」

ただ、「合理の原則」の簡略化がどのような場合にどこまで認められるのかについて、本判決からは具体的な指針は読み取れない。事件ごとに、まさに「事案に即した検討」を尽くすほかないのである。この点で、本判決は、取引制限の不当性の判断における予見可能性を著しく損なうものと評する向きもあった。以下、CDA 事件判決以後の主要な判決例を紹介し、そこに何らかの傾向が見いだせないか検討する。

第3節 CDA 事件判決以降の展開

1 最高裁判例

(1) Dagher 事件¹⁷⁰

ア 事実

原油のガソリンへの精製と下流の購入者への販売において互いに競争関係にあったテキサコとシェル・オイル（以下、「2社」と総称する。）が、1988年にエキロン（Equilon）というジョイント・ベンチャーを設立して、合衆国西部における上記事業を統合し、米国内におけるガソリンの精製と販売における2社の間競争を終わらせた。ジョイント・ベンチャーの協定において、2社は、2社のリソースをプールし、エキロンの活動からのリスクと利益を共有することに合意した。エキロンの取締役会は、2社の代表から成り、エキロンのガソリンは、2社のそれぞれのブランド名で、下流で販売されることになっていた。エキロンの設立自体は、FTCとその他の諸州によって、同意命令において条件付きで承認されていた。その際、エキロンの販売するガソリンの価格については何の制限も課されなかった。エキロンの操業開始後に、下流のガソリン販売者が、シャーマン法1条に当然に違反する価格協定の存在を理由として、集団訴訟を提起した。連邦地裁は、被告勝訴の略式判決を下した。第9巡回区控訴裁判所は、地裁判決を破棄し、「当然違法の原則」からの例外の余地を否

¹⁶⁸ Id. at 3.3.

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ *Texaco Inc., v. Fousd N. Dagher*, 547 U.S. 1 (2006). なお、本判決については、隅田浩司「事業提携に対する競争法の評価について」大宮ローレビュー第3号61頁以下（2007年）も参照。

定した。

イ 判旨

当然違法とされる水平的価格協定と異なり、本件協定では、当事者であるテキサコとシェル・オイルは関連市場において互いに競争しておらず、エキロンへの投資を通じて共同の販売に参加していた。つまり、ここで違法と主張された価格政策は、単一の企業体による価格設定以上のものではなく、競合する企業体の間での競合する製品に関する価格協定ではない。エキロンの存在を通じて、テキサコとシェル・オイルは、その競争者としての役割においてではなく、その投資家としての役割において、エキロンの活動の利益を共有したのである¹⁷¹。

被上告人は、エキロンが単一ブランドでガソリンを販売することを選んだ場合に当然違法の責任が発生しないことを認めているが、その場合と2つのブランドで販売することを選んだ本件の場合とで異なる扱いをする理由はない。単一の事業体として、ジョイント・ベンチャーは、他のあらゆる企業と同様に、自らが販売する製品の価格を決定する裁量を持って然るべきであり、この裁量には、2つの異なるブランドの下で単一の価格で製品を販売する裁量が含まれる。エキロンによる価格の統一が反競争的だというのであれば、被上告人は、それを「合理の原則」に従って攻撃すべきだった。しかし、合法的なジョイント・ベンチャーの内部的な価格決定を当然違法として非難することは、連邦最高裁の反トラスト法先例と矛盾する¹⁷²。

第9巡回区控訴裁判所は付随的制限の法理を援用することで連邦最高裁と反対の結論に至ったが、攻撃されている事業慣行がジョイント・ベンチャーの核心的活動（core activity）、すなわち、エキロンによって生産・販売される、まさにその商品についての価格設定に関わる場合には付随的制限の法理の適用はないことについて上告人に同意する¹⁷³。

ウ 分析

本判決は、事業活動の統合に伴う価格設定については「合理の原則」が適用されることを明らかにした点に意義を認めることができる。ここでいう「合理の原則」の具体的内容は、コモン・ローで受け継がれてきた「付随的制限の法理」に近いとみられ、問題の制限がジョイント・ベンチャーの核心となる事業活動に関わるかどうかを不当性の判断の基準としているように見受けられる。従来から、ジョイント・ベンチャー

¹⁷¹ 以上につき、id. at 5-8を参照。なお、id. at 6の脚注1では、エキロンの設立自体は合法であるとの前提の下に検討を進める旨の注意喚起がなされている。

¹⁷² 以上につき、id. at 6-7を参照。なお、id. at 7の脚注3では、同じ理由でクイック・ルックに基づく責任もあり得ないことが明言されている。

¹⁷³ 以上につき、id. at 7-8を参照。

一に伴う諸制限について、「ベンチャー内」制限と「ベンチャー外」制限とを区別すべきことが提唱されていた¹⁷⁴が、本判決もまた、その論理に従っているようである。ガソリンの精製だけ統合して、販売に関しては親会社の独自の活動が認められていた事案であれば、違反が認定される余地もあったであろう。しかし、本件は、精製と販売の両方を統合したうえで、親会社が持っていたブランドを活用した事案に関わる。したがって、本件制限は「ベンチャー内」制限として合法とされやすかったのだと想像される。

(2) American Needle 事件¹⁷⁵

ア 事実

NFL に所属する 32 のチームは、それぞれ別個に所有された、独自の名称、色、ロゴを持ち、関連する知的財産権を有する。1963 年以前は、各チームが、その所有する知的財産のライセンスや、帽子やジャージといった商標入り商品の販売について独自の取決めをしていたが、1963 年に、諸チームはナショナル・フットボール・リーグ・プロパティーズ (NFLP) を設立して、知的財産の開発、ライセンス、販売に従事させることになった。NFLP によって得られた収入の大半は、慈善事業に寄付されるか、チームの間で均等に配分されたが、チームは、この取決めから離脱することができ、現に時折、離脱しようとした。

1963 年から 2000 年まで NFLP は、チームの徽章のついたアパレル製品を製造販売することを認める非排他的ライセンスを、上告人のアメリカン・ニードルを含む、多くの売手に付与していたが、2000 年 12 月に、チームは NFLP に対して排他的ライセンスを付与する権限を与えることを議決し、これを受けて NFLP は、リーボック・インターナショナルに、商標付きのヘッドウェアを製造販売する 10 年間の排他的ライセンスを付与し、アメリカン・ニードルの非排他的ライセンスを更新することを拒否した。

アメリカン・ニードルは、NFL、チーム、NFLP、リーボックの間の協定がシャーマン法 1 条及び 2 条に違反するとして提訴した。被告側は、NFL、チーム、NFLP は、単一の経済的企業体であり、シャーマン法 1 条の意味における共謀を行う能力を持たないと主張した。限定ディスカバリーの後、連邦地裁は、NFL とチームが単一の事業体とみなされるべきだとして被告勝訴の略式判決を下した。第 7 巡回区控訴裁判所もこれを肯定した。

イ 判旨

¹⁷⁴ この区別の有用性につき、宮井雅明「ジョイント・ベンチャー規制の現状と課題 (1)」立命館法学第 283 号 92 頁以下 (2002 年)、146 頁を参照。

¹⁷⁵ American Needle, Inc. v. National Football League, 560 U.S. 183 (2010).

シャーマン法 1 条にいう「契約、結合、・・・共謀」の語の意味は、シャーマン法 1 条と 2 条との区別に関わる、共同行為と単独行為との基本的区別から導かれる。この区別は、通常の内部的な事業決定への司法審査を避け、共同行為を単独行為よりも厳格に扱う議会の意思を反映しているが、それは、共同行為が、競争が前提とし、かつ、要求するところの独立した意思決定 (independent centers of decision making) の単位を、市場から剥奪する限りにおいて、内在的に反競争的リスクを帯びているからである¹⁷⁶。

また、我々は、法的に区別された事業体であるかどうかという形式論的な区別を避けて、申し立てられた反競争的行為に関与する当事者が現実にどのように活動しているかという、機能的な考慮を優先してきた¹⁷⁷。(企業内共謀理論に関わる先例をサーベイした上で、) Copperweld 事件判決¹⁷⁸が示すように、形式ではなく実態こそが、ある事業体が 1 条にいう共謀を行えるかどうかを決定づけるべきである。鍵となるのは、「契約、結合、・・・共謀」が共同行為であるかどうか、すなわち、それが別個の意思決定者を糾合するものかどうかにある。それゆえ、検討されるべきは、当該協定が、独立した意思決定の単位を市場から剥奪し、それゆえ、企業家の利害の多様性を市場から剥奪するほどに、別個の経済的利益を追求する別個の経済的アクターの間で「契約、結合、・・・共謀」があるかどうかである。ある企業の、社長と副社長の間の共同行動、ある会社とその法人化されていない事業部門との間の内部的に調整された行動、親会社とその完全所有子会社との間の調整された行動は、1 条の対象とならない。2 当事者が法的に独立した事業体であることは決定的な事実とならない¹⁷⁹。

NFL のチームは、統一された意思決定の実質、独立した行動を特徴づけるほどに経済力を合一していない。それぞれが、競技場でのみならず、ファンの吸引、入場料収入、管理職並びに競技人材との契約においても互いに競争しており、本件に直接関連する点として、知的財産の市場において競争している¹⁸⁰。NFL の設立によって、合併と同様に、単一の事業体を形成し、単一の販路を通じて NFL ブランドの製品を販売しているとの被上告人の主張については、そのことは問題を決定づける事実とはならず、チームは、NFL ブランドの促進といった共通の利益を有するが、なお、それぞれ別個の利潤最大化を目指す事業体であり、チームの商標のライセンスにおいて彼らの利益は必ずしも一致しない¹⁸¹。互いの協力なくして NFL フットボールはあり得な

¹⁷⁶ 以上につき、id. at 190 を参照。

¹⁷⁷ Id. at 191.

¹⁷⁸ Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752 (1984).

¹⁷⁹ 以上につき、id. at 195-196 を参照。

¹⁸⁰ 以上につき、id. at 196-197 を参照。

¹⁸¹ Id. at 198.

いからチームは単一の事業体を構成したのだという被上告人の主張については、共同活動の正当化事由は、当該共同活動が共同行為か独立した行為かという論点とは関連しない¹⁸²。以上から、本件協定は1条にいう「契約、結合、・・・共謀」として同条の適用対象となると結論する。

(以下、傍論として) NFLのチームがリーグ全体を成功させ、収益を上げさせる上で利益を共有しているという事実、そして、チームがゲームの提供と日程編成において協力しなければならないという事実は、一連の共同の決定を行うことについて、完全に理に適った正当化事由を提供する。競争に対する制限が、およそ当該製品が利用可能となるために不可欠である場合、当然違法は適用されず、その代わり、当該制限は柔軟な合理の原則に従って判断されなければならない。そのような事案においては、協定は合理の原則による審査を生き残りそうである。そして、問題の共同活動の内容いかんにより、合理の原則は詳細な分析を要求しないかもしれない。それは、時折、一瞬のもとに適用され得る¹⁸³。NFLの他の側面もチーム間の協定を救い得る。例えば、我々は、競技チーム間の競争バランスを維持することの利益が正当かつ重要であることを認めてきた。この点は、「契約、結合、・・・共謀」の存在を否定する理由とはならないが、チームによってなされる様々な種類の共同決定を正当化し得る¹⁸⁴。

ウ 分析

本判決は、直接的には、共同行為の当事者となり得る事業者の要件に関わり、米国反トラスト判例法では「企業内共謀の法理」の系譜に連なる先例である。本判決は、問題の制限が対象とする事業活動について当事者が独立した意思決定の主体であるかどうかを事業活動の実態に照らして判断するという立場を示している。社会公共目的のカルテルを含む非ハードコアカルテルにおいては、事業者団体や共同子会社による独自の事業活動として実行されることが多いと考えられる。そのような事案を分析する上で大いに参考になる判決だといえる。

ただし、当事者が独立の意思決定の主体として共同行為の当事者となり得るということは、問題の制限の不当性の判断とは直接は関わりがないことに注意しなければならない。本判決も傍論においてそのことに注意を喚起している。不当性の判断との関連で興味深いのは、むしろこの傍論の方である。本判決は、1984年のNCAA事件判決の理論を推し進めて、「競争に対する制限が、およそ当該製品が利用可能となるために不可欠である場合」には、詳細な分析抜きに当該制限を合法と判断する余地があるかのように読める。いわば、制限に不当性がないという結論を導くために「合理

¹⁸² 以上につき、id. at 198-199を参照。

¹⁸³ 以上につき、id. at 202を参照。

¹⁸⁴ Id. at 204.

の原則」が簡略化される場合があることを認めているように読めるのである。スポーツ団体に関わる紛争事例において反トラスト法を根拠とする訴訟の濫発が問題視されていることが背景にあるのかもしれない。このような考え方が実務にどれだけ浸透するのか、今後の動向を見守る必要がある¹⁸⁵。

(3) Actavis 事件¹⁸⁶

ア 事実

本件は、ブランド薬メーカーとジェネリック薬メーカーとの間の特許紛争の和解の一環として行われる「リバース・ペイメント」に関わる。連邦最高裁によれば、「リバース・ペイメント」とその反トラスト法上の問題は次のように表現されている。すなわち、「会社Aが会社Bを特許侵害で訴える。2社は、次の2つのこと、すなわち、

(1) 特許侵害者として訴えられた会社Bは特許期間が満了となるまで当該特許製品を生産しないこと、(2) 会社Aは、Bに対して何百万ドルかの金銭を支払うこと、を求める条件の下で和解をする。この和解は、侵害者と主張された者が特許権者にではなく、その反対に、特許権者が侵害者と主張された者に支払うことを求めるので、この種の和解協定はしばしば「リバース・ペイメント」和解協定と呼ばれる。ここでの基本的問題は、このような協定が反トラスト法に違反して不当に競争を減ずる場合があるかどうかである¹⁸⁷。」

この問題の背景には、ハッチ・ワックスマン法に基づく医薬品規制の存在がある。まず、新薬の認可のためには連邦医薬品食品局（FDA）に新薬認可申請（New Drug Application, NDA）を行うことが必要である。これに対して、既に安全性や薬効が確認されたジェネリック薬については、簡易新薬認可申請（Abbreviated New Drug Application, ANDA）制度が設けられ、既存のブランド薬との同等性（同じ有効成分、同じ投与経路、生物学的同等性、その他）を証明すれば、安全性・薬効を独自の臨床前及び臨床試験で証明しなくても認可される。

ANDAの申請に際しては、ジェネリック薬によって侵害される可能性のある医薬品特許との関係について、4つの種類の証明書のいずれかを添付しなければならないとされている。本件に直接関わるのは、このうちの証明書IVである。これは、当該特許が無効ないしは当該ジェネリック薬によって侵害されていないことの証明である。これが添付されているANDA-IV申請の手続は次のとおりである。

¹⁸⁵ 本判決を素材として、この可能性（正確には、「法の問題として合理的（reasonable as a matter of law）」として一定の取引制限について詳細な事実審査を経ることなく原告の請求が棄却される可能性）を論じるものとして、James A. Keyte and Karen Lent, Reasonable as a Matter of Law: The Evolving Role of the Court in Rule of Reason Cases, 28 Antitrust 62 (2014)を参照。

¹⁸⁶ Federal Trade Commission v. Actavis, Inc., 133 S. Ct. 2223 (2013).

¹⁸⁷ Id. at 2227.

申請後 20 日以内に申請者は、当該特許を保有する NDA 申請者に通知する必要がある。その際、当該特許の無効ないし非侵害の主張を裏付ける理由を詳述しなければならない。ANDA-IV 申請はそれ自体が侵害行為とみなされるが、特許権者が前述の通知から 45 日以内に特許侵害訴訟を提起しない場合には、FDA は、5 日経過後直ちに当該 ANDA-IV について認可を行う。特許権者が通知から 45 日以内に侵害訴訟を提起した場合は、自動的に当該 ANDA-IV について原則 30 カ月間認可が停止される。

他方で、ANDA-IV の最初の申請者に対しては、当該ジェネリック薬について 180 日の排他的販売期間が保障され得る。この間、FDA は同じ製品についての他の ANDA を認可できない。この制度は、医薬品特許の有効性や侵害の有無を争うジェネリック薬メーカーのインセンティブを高めることを意図している。ただ、この権利を取得できるのは、あくまでも最初の ANDA-IV の申請者に限定される。最初の ANDA-IV 申請者がこの権利を失ったとしても、後続の ANDA-IV 申請者がこの権利を得るわけではない。180 日の期間の起算点は、最初の ANDA-IV 申請者による当該ジェネリック薬の商業的販売の開始か、裁判所による特許の無効ないし非侵害の決定か、いずれか早い方である¹⁸⁸。

本件の事実の概要は以下の通りである。1999 年にソルベイがブランドネーム薬のアンドロジェルについて NDA を提出し、2000 年に FDA はこれを認可した。2003 年にソルベイは関連特許を取得してその事実を FDA に開示した。同年の後の時期にアクタビス（当時はワトソン・ファーマスティカルズ）が、アンドロジェルに倣ったジェネリック薬について ANDA を提出した。引き続き、パドックも、自身のジェネリック薬について別個に ANDA を提出した。アクタビスもパドックも、ソルベイの特許の無効と自らの薬が当該特許を侵害していないことの証明書を添付していた。パー・ファーマスーティカルは、独自に ANDA 申請はせず、パドックと協力して、パドックがそのジェネリック薬について認可を得た場合に利益の分配と引き換えに訴訟費用の一部を負担することに合意していた。

ソルベイは、アクタビスとパドックに対して ANDA-IV 申請に係る特許訴訟を開始した。その 30 か月後に FDA は、アクタビス社が最初に申請したジェネリック製品を認可した。しかし、2006 年に特許訴訟の全ての当事者が和解した。この和解の下、アクタビスは、ソルベイ特許が期限切れとなる 65 か月前の、2013 年 8 月 31 日までそのジェネリック薬を市場に投入しない（他の者がより早くジェネリックを販売しない限り）ことに合意した。アクタビスは、泌尿器科の医師にアンドロジェルを勧めることにも合意した。他 2 社のジェネリック薬メーカーもおおよそ同内容の合意に至った。ソルベイは、パドックには合計で 1200 万ドル、パーには合計で 6000 万ドル、

¹⁸⁸ 以上のハッチ・ワックスマン法に関する記述については、id. at 2227-2229 のほか、宮井雅明「米国における知的財産権と反トラスト法ーリバース・ペイメント問題を素材としてー」『公正取引』720 号 27 頁（2010 年）も利用した。

アクタビスに対しては、年間でおよそ 1900 万ドルから 3000 万ドルで計 9 年間、それぞれ支払うことに合意した。各社は、この支払は、ジェネリック薬メーカーが果たすことを約束した他のサービスに対する補償と説明している。

2009 年 1 月 29 日に FTC が和解の全当事者に対して FTC 法 5 条違反を理由に提訴した。連邦地裁は、申立ては反トラスト法違反を含まないとして請求棄却した。これに対して FTC が控訴した。第 11 巡回区控訴裁判所は、見せかけの訴訟ないし特許取得過程における詐欺がない場合、リバース・ペイメントを伴う和解は、その反競争効果が当該特許の潜在的排他性の範囲内である限り反トラスト法の攻撃を免れるとし、ある会社が潜在的競争者に対して市場に参入しないために支払を行う協定を反トラスト法は禁止しているが、リバース・ペイメントを伴う和解は、当事者が特許を保有するがゆえに典型的な事案とは異なるとした。その根拠として、特許保有者は他社を市場から排除する合法的な権利を持つこと、当該特許が無効と判断される可能性はあるものの、紛争の和解を優先する公共政策の観点から、裁判所は当事者に対して反トラスト法の責任を免れるために訴訟を継続するよう求めることはできないことを挙げ、結論として、FTC の主張を退けた。FTC がサーシオ・レーライを求めたのに対し、連邦最高裁は、ハッチ・ワックスマン法に関連する特許訴訟の和解に対する反トラスト法の適用に関して下級審の判断が分かれていることから、これを容認した。

イ 判旨

ソルベイの特許が有効で侵害されていたとしたら、それは、ソルベイが他の潜在的なジェネリックの競争者に支払うことに合意したリバース・ペイメントの支払を補うに足るような薬価を設定することを許容したであろう。そして、この事実をもって、我々は、当該協定の反競争効果が当該特許の潜在的排他力の範囲内であることを示す証拠として受け止めるだろう。しかし、このような事実ないし事実の性格付けが、当該協定を反トラスト法上の攻撃から免れさせることができるという点には同意しない¹⁸⁹。

一つには、有効な特許の保有者に何ができるかに言及することそれ自体は、反トラスト法の問題に答えるものではない。本件の特許が有効であるか否か、侵害されているか否かは分からない。確かに有効な特許は他者を排除し、競争水準より高い価格の設定を可能にするが、無効な特許はそうではないし、有効な特許であっても、それを侵害していない製品や方法を排除する権利はない。本件の ANDA-IV 申請に係る訴訟は特許の有効性と現実の侵害の有無を争点としていたが、本件和解はこの訴訟を終結させた。FTC が実質的に主張しているのは、原告が損害賠償の責任を負う旨の請求を被告が行ったわけではないのに、原告が被告に対して市場から撤退させるのに何百万ドルも支払うことに合意したということである。このような和解の形態は特異な

¹⁸⁹ 以上につき、133 S. Ct. 2223, 2230 を参照。

もので、このような形態をとる和解が競争に悪影響を及ぼす傾向があることに反トラスト法上の懸念の理由がある。「これらの諸要素を前提とすると、当該和解の反競争効果を競争促進的な反トラスト政策にも照らして見積もるのでなく、専ら特許政策に照らしてのみ見積もることによって反トラスト法上の合法性を決するのは不適切である。実際、唯一重要な問題は『当該協定が・・・特許の潜在的排他力の合法的な範囲内にある』かどうかにあるとする第 11 巡回区控訴裁判所の見解とは反対に、当裁判所は、特許によって付与される『特許独占の範囲』、そして、究極的には、反トラスト法の適用免除を決するに際して、特許政策と反トラスト政策とは、両方とも関連すると示唆してきた。」（以下、関連する諸先例を引用したうえで）「要するに、当裁判所（連邦最高裁一筆者挿入）は、巡回区控訴裁判所が本件で明らかに行ったように、ある制限の長さや量を専ら特許期間の長さやその収益の可能性に照らしてのみ見積もるのではなく、あり得る反競争効果、それを補う利点、市場支配力、本件における特許に関連するそれのように、当該事件の事実関係において存在する潜在的に（反競争効果を一筆者挿入）相殺するような合法的考慮事由といった、伝統的な反トラスト法上の要素を考慮することによって反トラストの問題に答えてきたのである。特定の制限が『特許独占の限界を超える』かどうかは、このような分析から導かれる結論であって、（反対意見を述べている一筆者挿入）裁判長が言うように、その出発点ではないのである¹⁹⁰。」

もう一つには、当裁判所の先例が明らかにしているのは、特許関連の和解協定はときに反トラスト法に違反し得るということである。（以下、諸先例を引用した後）これらの事件は、単に、仮定上有効な特許の保有者が、問題の特許関連の条項が許容する高価格を課すことができたかどうかを問うている訳ではない。むしろ、これらの事件は、特許政策と反トラスト政策との調和を図ろうとし、競争を強く選好する反トラスト法政策を特許政策が相殺しない限り、攻撃された条項及び条件を違法と認定してきたのである¹⁹¹。

我々のアプローチには何ら新規なところはなく、むしろ、反対意見の次のような示唆、すなわち、特許保有者は、その特許を尊重させ、事後的な反トラスト法上の審査なしで特許無効ないし非侵害の主張から免れるためには、競争者にお金を支払さえずればよく、このような和解は知的財産訴訟のよく知られた一側面であるとの示唆こそが、新規にみえる。このような主張は、精査してみると疑問がある。反対意見は、その主張の根拠となる制定法規を何ら特定していない。また、提案されているような権利は、必要性ないし正当性なしに公衆が潜在的な独占者に料金を継続的に支払うことを求められないようにするため、正当化されない特許付与を排除するという、特許に関連した政策と調和させることが難しい。反対意見の命題（リバーズ・ペイメン

¹⁹⁰ 以上につき、id. at 2230-2232 から引用。

¹⁹¹ 以上につき、id. at 2232-2233 を参照。

トはよくある和解の一形態であるとの主張)のために引用された諸文献・先例は的を射ていない。何ら訴訟上請求するものがない当事者に対して金銭の支払がなされることによって訴訟が終結させられるのは、通常の和解の形態とはいえない¹⁹²。

最後に、ハッチ・ワックスマン法それ自体に第 11 巡回区控訴裁判所の見解を支持するような政策は含まれておらず、それどころか、特許の有効性を争うことを促進する諸規定や、後で追加された諸規定 (ANDA-IVの届出によって引き起こされた紛争の当事者が和解に達したときにその文言を反トラスト当局に報告させる) など、本法の競争促進的な特徴は、逆のことを示唆している。そのことは立法過程からも明らかである¹⁹³。

我々は、紛争の和解を好む一般的な法政策が存在することを認め、その価値を認識しているが、それにもかかわらず、この特許に関連する要素が本件の結論を決定付けるべきだとは考えない。むしろ、以下の 5 つの要素に照らして、FTC にはその反トラスト法上の請求を立証する機会が与えられるべきだと結論する¹⁹⁴。

第一に、問題となった特定の制限は競争に対して真正の悪影響を及ぼす可能性を有している。本件の支払は、実質的には、訴訟が継続して問題の特許が無効あるいは非侵害と判示されれば失われるところの、排他的に当該製品を販売する権利を特許権者が購入したことを意味する。特許無効あるいは非侵害が認定される場合には、特許権者は、和解がある場合に得られる、競争水準を超える利益を奪われるが、それは、低価格の形で消費者に均てんされる。

確かに、特許の有効性を争う者に対して特許期間満了前の市場参入を許容する条件での和解は競争をもたらすだろう。しかし、本件で FTC が問題視する条件での和解、すなわち、市場からの退出と引換えでの支払は、特許権者が設定する水準で価格を維持し、特許に関連する全ての独占の利益を生み出し、その利益は、特許を争われる者と争う者との間で分かち合われる可能性がある。特許権者と特許を争う者は利益を得る。消費者は利益を失う。実際、特許権者は、ジェネリック・メーカーが ANDA-IV 訴訟を勝ち取って市場に参入する場合に得るよりもはるかに多くの額を支払う傾向がある。「このような規模の支払の背後にある根拠は、あらゆる事案において伝統的な和解の考慮事由によって支持され得る訳ではない。その代わりに、このような支払は、特許権者がジェネリックの攻撃者に対して、競争的市場では失われる独占の利益の分け前をもって、その請求を放棄するよう促そうとしていることを示す強力な証拠を提供し得る¹⁹⁵。」

高額のリバース・ペイメントが問題の特許の有効性に特許権者が確信をもってい

¹⁹² 以上につき、id. at 2233 を参照。

¹⁹³ 以上につき、id. at 2234 を参照。

¹⁹⁴ 以上につき、id. at 2234 を参照。

¹⁹⁵ Id. at 2235.

ないことを示すとすれば、そのことは、他の多くの攻撃者による訴訟を誘発するのではないかとの疑問に対しては、ハッチ・ワックスマン法の二つの特別の特徴に照らして、必ずしもそうはならない。第一は、特許への最初の攻撃者だけが当該ブランド製品のジェネリック版を 180 日間独占的に販売する特典を得られることである。最初の攻撃者以外の者にはこのような排他的期間は保障されておらず、訴訟に勝利しても、他の潜在的な競争者の参入をも促すことになるから、最初の攻撃者が得る利益よりもはるかに少ない利益しか得られないため、最初の攻撃者への支払は必ずしも追隨的な訴訟を引き起こさない。第二は、ジェネリックの最初の申請者が和解したことを知った後に ANDA-IV に基づく申請を行う者は、ブランド品メーカーから提訴された場合、FDA の認可まで約 30 か月待機しなければならないことである。これらの特徴は、二つ合わさって次のことを意味する。すなわち、リバース・ペイメントを伴う最初の申請者との和解は、問題の特許に対するもっとも動機付けられた攻撃者で、もっとも競争をもたらしやすい者を考慮の対象外とすることを意味する¹⁹⁶。

第二に、これらの反競争効果は、常に正当化される訳ではない。リバース・ペイメントには反競争効果を補う、あるいはそれを相殺する利点があることがあり、例えば、その額が和解によって節約される訴訟費用の大きな近似値であるにすぎない場合、ジェネリックが果たすことを約束した他のサービス（特許製品の流通、市場開拓の援助等）に対する補償を反映する場合は考えられる。リバース・ペイメントが、訴訟費用の回避といった伝統的な和解の考慮事由を反映している場合には、特許無効ないし非侵害の認定を回避するために独占の利益の特許権者が利用しているとの懸念が生じることはない。その場合には、当事者は、反競争的帰結を意図したりもたらしたりすることなく、リバース・ペイメントを定めたのかもしれない。しかし、そのような可能性があることは、FTC の提訴を棄却することを正当化しない。被告は 正当化事由を反トラスト訴訟の手續の中で主張できるからである¹⁹⁷。

第三に、リバース・ペイメントが正当化されない反競争的弊害をもたらす恐れがある場合には、特許権者はそのような弊害を実際にもたらす力を有していそうである。「少なくとも、『ブランド化された医薬品の製造者から将来のジェネリックへの支払の規模はそれ自体が力の強力な指標』であり、その力とは、すなわち、競争水準以上の価格を課す力である。この力をもたないいかなる企業も、他者がその市場から撤退するよう促すために『大きな額』を支払おうとはしない。いずれにせよ、FTC は、リバース・ペイメント協定が競争水準以上の利益の存在（これは市場支配力の強力な指標である）と結びついていることを示す研究に言及している¹⁹⁸。」

第四に、反トラスト訴訟は、第 11 巡回区控訴裁判所が考えるよりも運用可能であ

¹⁹⁶ 以上につき、id. at 2234-2235 を参照。

¹⁹⁷ 以上につき、id. at 2236 を参照。

¹⁹⁸ Id. at 2236.

る。第 11 巡回区控訴裁判所の判示は特許の有効性及び侵害の有無について争う必要性を回避するものであるが、そうすることで、「風呂の水と一緒に赤ん坊を流している」（ここでは、事件の解決にとってそれほど重要でない論点の解決が図られる代わりに、より重要な論点の検討がなおざりにされることの例え）。このような極端な措置を採る必要はない。「それは、反トラスト法違反の問題に答えるためには特許の有効性を争う必要は通常ない（おそらく、特許訴訟が見せかけであるかどうかを決定するためでない限り）からである。説明のつかない巨額のリバース・ペイメントそれ自体が、通常は、特許権者がその特許の生き残りに深刻な疑問を有していることを示唆する。そして、次に、その事実は以下のことを示唆する。すなわち、当該支払の目的は、競争的な市場において存在したであろう現実に直面するよりも、特許権者とその攻撃者との間で配分されるべき、競争水準を超える価格を維持することにある、それこそ、反トラスト法違反の主張の裏付けとなる反競争的帰結にほかならない。もちろん、特に価値のある特許の保有者は、無効とされる僅かなリスクでも多額の支払を正当化すると主張するかもしれない。しかし、もしそうだとすると、当該支払は（他に説明がつかない場合は）競争のリスクを妨げようとする傾向にある。そして、既に述べたように、このような帰結こそが関連する反競争的弊害を構成するのである。一言でいえば、説明のつかないリバース・ペイメントの規模は、裁判所に対して特許の有効性それ自体を詳しく調査することを何ら強いることなく、特許の弱さを示す有効な代替物を提供し得るのである¹⁹⁹。」

第五に、多額の、説明のつかないリバース・ペイメントが反トラスト法上の責任を引き起こす危険があるという事実は、訴訟当事者が和解することの妨げとはならない。例えば、攻撃者への支払を伴わずに、特許の期間満了前に特許権者の市場へのジェネリック・メーカーの参入を許容することがあり得る。当事者にはリバース・ペイメントを含む和解を優先する理由があるのかもしれないが、その基本的な理由が特許によって得られる独占の利益を維持し、分け合うことであれば、他に正当化事由がない限り、反トラスト法はそのような取り決めに禁止するであろう²⁰⁰。

以上、5つの点から、裁判所は、リバース・ペイメントの支払額を検討することによって、特許の有効性を検討することなく、リバース・ペイメントのあり得る反競争効果とその正当化事由の可能性を評価することが十分にでき、当事者はリバース・ペイメントを利用せずに特許紛争を和解する手段を見出せる。これらの考慮事由は、総合すると、第 11 巡回区控訴裁判所をして半ば自動的にリバース・ペイメントへの免責を導かせた単一の考慮事由、すなわち、和解の好ましさの便益を上回る²⁰¹。

FTC はリバース・ペイメントに対してクイック・ルック分析を適用することを主張

¹⁹⁹ 以上、引用部分も含め、id. at 2236-2237 を参照。

²⁰⁰ 以上につき、id at 2327 を参照。

²⁰¹ 以上につき、id at 2327 を参照。

するが、我々はそうすることを断る。リバース・ペイメントは CDA 事件において示されたクイック・ルック分析が相応しい場合の基準に当てはまらない。「それは、リバース・ペイメントが反競争効果をもたらす蓋然性は、その規模、支払者が予想する将来の訴訟費用との比較で見たその大きさ、リバース・ペイメントがそのための支払とみなされるような他のサービス、その他の説得的な正当化事由の欠如に依拠するからである。反競争的帰結の存在と程度は、産業間でも異なり得る。これらの複雑さのために、FTC は他の合理の原則の事件におけるようにその事件を証明しなければならないと我々は結論する²⁰²。」

しかし、そのようにいったからといって、FTC は特許の有効性を争う必要があるとか、特許制度の功罪を経験的に論証する必要があるとか、自らの主張を支持するあらゆる事実を提示し、あるいは、被告側に有利な、あらゆる理論を反駁する必要があるとかいうことを裁判所が主張することを求めているわけではない。(常に合理性の評価は sliding scale であることを指摘した後)「他の法分野におけると同様、事実審裁判所は、一方で、あまりに簡略すぎて適切な分析を許さないような反トラスト理論の使用を回避し、他方では、基本的問題(すなわち、正当化されない相当の反競争的帰結の存在)を解明する力が弱いにも関わらず、あらゆる事実又は理論を考慮することを回避するために、反トラスト訴訟を構造化することができる²⁰³。」

以上のように述べて、最高裁多数意見は、下級審に対して本件での合理の原則の構造化を委ねるとして、第 11 巡回区控訴裁判所の判決を破棄差し戻した。

ウ 分析

リバース・ペイメントについては、FTC が 2000 年以降積極的に FTC 法 5 条違反事件として取り上げ、あらゆる機会を捉えてその弊害を訴えてきた。FTC は、本判決にもあるように、リバース・ペイメントに対してクイック・ルックの判断枠組みを適用する立場を採っている。司法省反トラスト局は、当初リバース・ペイメントに対する反トラスト法の適用に慎重な姿勢であったが、近年は FTC に歩調を合わせ始めている。しかし、本件の原審判決がまさに示すように、多くの裁判所は、特許の存在と訴訟の和解を促す政策とを主たる根拠として、反トラスト法の適用には慎重な態度を示していた。本判決以前の、この問題についての下級審判決例の立場は、おおよそ次のように分けられるといわれる²⁰⁴。

第一に、リバース・ペイメントを当然に違法であるとする立場がある(第 6 巡回

²⁰² Id. at 2237.

²⁰³ 以上、引用部分も含め、id. at 2237-2238 を参照。

²⁰⁴ 以下の分類については、Einer Elhauge & Alex Krueger, Solving the Patent Settlement Puzzle, 91 Tex. L. Rev. 283, 285-287 (2012-2013) を参照した。

区)²⁰⁵。しかし、これは比較的初期の判決例で、これに追随する判決例は見当たらない。第二に、リバース・ペイメントは特許の排他的権利が及ぶ範囲を超える場合にのみ違法となり、その判断に際して、和解時点で特許保有者が特許訴訟に勝利する客観的確率が重視されるべきとの立場がある(第11巡回区)²⁰⁶。第三に、リバース・ペイメントは特許の排他的権利が及ぶ範囲を超える場合にのみ違法となるとする点では第二の立場と共通するが、裁判所における審理の限界に照らして、特許の有効性ないし侵害の有無を裁判所は考慮するべきでないとする立場がある(第2巡回区, 第11巡回区の一部, 連邦巡回区)²⁰⁷。第四に、リバース・ペイメントは、それが新規参入を遅らせる以外の目的によるか、何らかの競争促進的便益を提供するものであることが示されない限り違法と推定されるとする立場である(第3巡回区)²⁰⁸。FTC及び司法省反トラスト局の立場は、これに近いといわれている。

これらの下級審判決例の分布状況からも分かるように、リバース・ペイメントの反トラスト法上の評価をめぐっては、特許と反トラスト法との関係、和解を促進する政策と反トラスト法との関係、反トラスト訴訟において特許法に固有の論点について審理することの当否といった諸論点が関わってくる。これら諸論点についてどのような立場を採るかが、リバース・ペイメントに対する反トラスト法上の判断枠組みの在り方を左右する関係にあった。

連邦最高裁の反対意見²⁰⁹は、本件原審判決と同様に、特許の排他的権利の範囲内にある行為については原則として反トラスト法の適用が免除されるとの立場に立ちつつ、和解を促進する政策をも根拠に加えて、本件リバース・ペイメントを合法と考えるものであった。この論理は、「合理の原則」の全面展開を支持するのではなくて、むしろ、既述の American Needle 事件判決の傍論で示唆されていたような「当然合法」に近い処理を支持するものであった。

これに対して、本判決(多数意見)は、特許や和解を促進する政策の存在は、それだけでは反トラスト法の適用を免除することはないとの立場に立って、「合理の原則」の適用を支持した²¹⁰。ここでいう「合理の原則」は、確かに従来の「クイック・ルッ

²⁰⁵ In re Cardizem CD Antitrust Litigation, 332 F. 3d 896 (6th Cir. 2003).

²⁰⁶ Valley Drug Co. v. Geneva Pharm., Inc., 344 F. 3d 1294 (11th Cir. 2003); Schering-Plough Corp. v. F. T. C., 402 F. 3d 1056 (11th Cir. 2005).

²⁰⁷ In re Tamoxifen Citrate Antitrust Litigation, 466 F. 3d 187 (2d Cir. 2006); Ark. Carpenters Health & Welfare Fund v. Bayer AG, 604 F. 3d 98 (2d Cir. 2010); F. T. C. v. Watson Pharm., Inc., 677 F. 3d 1298 (11th Cir. 2012); In re Ciprofloxacin hydrochloride Antitrust Litigation, 544 F. 3d 1323 (Fed. Cir. 2008).

²⁰⁸ In re K-Dur Antitrust Litigation, 686 F.3d 197 (3d Cir. 2012).

²⁰⁹ 133 S. Ct. 2223, 2238–2247 (2013).

²¹⁰ 本判決(多数意見)に賛成の立場からの論稿として, Aaron Edlin, Scott Hemphill, Herbert Hovenkamp, and Carl Shapiro, Activating Actavis, 28 Antitrust ABA 16 (2013); Michael A. Carrier, Five Arguments Laid to Rest after Actavis, 13-1 Antitrust Src. 1

ク」ないし「簡略化された合理の原則」とは異なるが、全面展開される「合理の原則」と同じという訳でもない。本判決が従来先例と異なる点は、詳細な市場分析に代えて、リバース・ペイメントの支払額の大きさをもって反競争効果の指標と捉えている点である。

リバース・ペイメントの支払額の大きさは、2つの事柄の指標となり得るとされている。一つは、特許訴訟において特許保有者が敗訴する確率が高いこと、もう一つは、市場支配力の存在及び競争水準を超える利益が和解当事者間で分かち合われていること、である。もっとも、「リバース・ペイメントが反競争効果をもたらす蓋然性は、その規模、支払者が予想する将来の訴訟費用との比較で見たその大きさ、リバース・ペイメントがそのための支払とみなされるような他のサービス、その他の説得的な正当化事由の欠如に依拠する」とあるから、リバース・ペイメントの存在だけで直ちに反競争効果が導かれるわけではないようである。具体的には、「その額が和解によって節約される訴訟費用の大まかな近似値であるにすぎない場合、ジェネリックが果たすことを約束した他のサービス（特許製品の流通、市場開拓の援助等）に対する補償を反映する場合」にはリバース・ペイメントは正当化される余地があると考えられているようである²¹¹。

いずれにしても、本判決が示した判断枠組みの下では、詳細な市場分析は求められないことになる。また、本判決が示した判断枠組みの下では、特許法に固有の論点、すなわち、問題の特許の有効性及び侵害の有無について審理する必要はないとされていることも注目される。リバース・ペイメントの事例では、発端となった特許訴訟がそのまま継続されたとしたら、どのような判断が下されそうかが、反競争効果の判断を左右する。それゆえ、時間と費用を度外視して「合理の原則」の下での分析を全面展開しようと思えば、特許法に固有の論点も審理せざるを得ないだろう。その意味で、本判決は、二重の意味で「合理の原則」の簡略化を図っているといえる。以上、

(2013); Herbert Hovenkamp, Anticompetitive Patent Settlements and the Supreme Court's Actavis Decision, 15 Minn. J.L. Sci. & Tech. 3 (2014); Robin Feldman, Ending Patent Exceptionalism and Structuring the Rule of Reason: The Supreme Court Opens the Door for Both, 15 Minn. J.L. Sci. & Tech. 61 (2014) 等を参照した。また、本判決に反対ないし懐疑的な立場からの論稿として、Barry C. Harris, Kevin M. Murphy, Robert D. Willig, and Matthew B. Wright, Activating Actavis: A More Complete Story, 28 Antitrust ABA 83(2014); Thomas F. Cotter, When Is the Rule of Reason Not the Rule of Reason?, 15 Minn. J.L. Sci. & Tech. 41 (2014); Daniel A. Crane, Actavis, the Reverse Payment Fallacy, and the Continuing Need for Regulatory Solutions, 15 Minn. J.L. Sci. & Tech. 51 (2014) 等を参照した。ここに掲げたのは、筆者が目にしたものの中で本判決に対する賛否が比較的明確なものに限定されており、本判決に対する評釈の網羅的なリストではないことをお断りしておきたい。

²¹¹ なお、本判決に賛成する立場から、リバース・ペイメントの額の大きさ等に焦点を絞って違法判断基準を提唱するものとして、Michael A. Carrier, Payment after Actavis, 100 Iowa L. Rev. 7 (2014) がある。

本判決は、CDA 事件判決の言う「事案に即した検討 (enquiry meet for the case)」を通じて「合理の原則」における審理の焦点を絞り込もうとした点に意義を見出すことができる。

しかし、本判決を受けて下級審がリバース・ペイメントに関する「合理の原則」の構造化をどのように進めるのかについては、なお不透明さが残る。例えば、最近では、ブランド薬メーカーが金銭の支払に代えて自らが製造するジェネリック薬のブランド (authorized generic) を市場に投入しないことを約束した場合は反トラスト法上どのように評価されるのか、特定の医薬品の共同での販売促進など、訴訟の終結とは直接関係しない共同活動が支払に付随する場合はどのように評価されるのかといった、Actavis 事件判決の射程範囲を問うような論点が提起されているという²¹²。「合理の原則」の将来像を占う意味でも、リバース・ペイメントをめぐる判決例の動向に今後も注目する必要がある。

2 下級審判決例

(1) Worldwide Basketball and Sport Tours 事件²¹³

ア 事実

男子バスケットボール 1 部に関する NCAA の規約において、個々の学校がプレイすることを許されるゲームの種類と数に制限が設けられたことが本件の発端である。男子 1 部は更に複数の連盟に区分され、個々の学校はそれぞれが所属する連盟の中で互いに競技するが、各校は独自の予定を持ち、いくつかの連盟外の試合を求めすることもできる。NCAA は、各チームが年間で試合できるゲーム数に上限を定めている。年間を通じて様々なトーナメントがあるが、認証のものとそうでないものがある。認証トーナメントは、多くの試合を伴うシーズン初期のトーナメントであるが、これらのイベントは、もともと、立地上の不便さのため伝統的に試合編成に困難があるアラスカやハワイの学校とのゲームが予定されることを促すための手段として導入された。

近年、NCAA は、より強力なチームが極端に多くの認証イベントを利用していることを懸念して、「提案 98 - 92」を採択した。これによると、各チームあたりでシーズンごとに許されるゲーム数は 28 に増加され、認証イベントへのチームの参加は、当該イベントにおいてどれだけ多くのゲームがプレイされても、NCAA の定めるシーズ

²¹² Actavis事件判決後のリバース・ペイメント事件の動向と論点については、Allison A. Schmitt, *Competition Ahead? The Legal Landscape for Reverse Payment Settlements after Federal Trade Commission v. Actavis, Inc.*, 29 Berkeley Tech. L.J. 493 (2014); Lars P. Taavolat, *Jumping into the Actavis Briar Patch—Insight into How Courts May Structure Reverse Payment Antitrust Proceedings and the Questions That Actavis Left Unanswered*, 40 Wm. Mitchell L. Rev. 1370 (2013-2014) を参照した。

²¹³ *Worldwide Basketball and Sport Tours, Inc. v. National Collegiate Athletic Association*, 388 F.3d 955 (6th Cir. 2004).

ン上限の計算上1ゲームとしてカウントされる。同時に、各チームは、1アカデミック・イヤーで1つの認証バスケット・イベント、4年で2つの認証バスケット・イベント以上参加することを認められない。その理由は、競争上の衡平性の確保と試合編成における柔軟性の増大に求められた。

本件原告は、認証イベントのプロモーターで、「提案98-92」のうち、認証イベントへの参加を4年に2回と制限する部分が、認証イベントから収益を上げる機会を奪うものでシャーマン法に違反するとして提訴した。2001年12月21日に暫定的インジャンクションのモーションが出された。その後、永久的インジャンクションのモーションと統合審理され、2002年7月19日にオハイオ南部地区連邦地裁が暫定的インジャンクションを否定する判決が下された。2003年2月29日に原告が永久的インジャンクションの要求を更新した。同年7月28日に地裁が永久的インジャンクションを認容した。NCAAは控訴した。

イ 判旨

第6巡回区控訴裁判所は、問題のルールが商業的性格を有することは明らかだとして、それを否定する控訴人の主張を退けた後、本件ルールが不当に取引を制限したかどうかを検討して、概要、次のように判示した。

問題のリーグ内の競争が利用可能となるために水平的制限が必要なことは疑いなく、本件では「合理の原則」が適用される。「合理の原則」の適用においては、関連市場の画定が必要である²¹⁴。「合理の原則」の適用において、簡略化された、あるいは「クイック・ルック」と呼ばれる分析が連邦最高裁判所の先例で認められているが、本件は、(CDA事件判決がいう)「初歩的な経済学の理解しかない観察者でも問題の取決めが顧客と市場に反競争的効果を及ぼすと結論できたであろう」(下線部分は本判決で強調された部分)事件ではないとした点で、暫定的インジャンクションを否定した連邦地裁判決は正しい。本件では、関連市場は明らかでなく、原告は、十分に関連市場を定義しておらず、したがって、「98-92ルール」が、競争者に対してだけでなく、顧客に対して及ぼす効果を評価できなくしている。合理の原則が簡略化され得ることは確かだが、「この簡略化された、あるいは『クイック・ルックな』分析は、裁判所が詳細な市場分析なしに問題の行為が競争を損なうかどうかを認識できるほどに、市場、場合によっては部分市場の輪郭が十分によく知られ、画定される場合のみ、行われ得る。『クイック・ルック』アプローチの下では、詳細な市場及び交差的弾力性の分析は必ずしも求められないが、本件のように、正確な製品市場が明確でなく、争いがない訳でもない場合、市場における代替物の説明や消費者選好の流動性の分析がないことは、端的に言って不十分である²¹⁵。」

²¹⁴ 以上につき、id. at 959.

²¹⁵ Id. at 961.

本件でNCAAは、一見すると、男子1部のバスケットボール全体を関連市場とする原告の主張を争わなかったように見えるが、原告の見解の根拠は記録上は提出されていなかった。原告側証人のトリソン (Tollison) 氏の証言は反トラスト法の目的に照らして市場画定を行った訳ではないし、被告側証人グース (Guth) 氏の証言で主張された、学校が予定したゲームという部分市場も同様である。立証責任をもつ原告が関連市場を画定しなかったため、連邦地裁はその請求を退ける広範な基礎を有していた²¹⁶。

以上から、永久的インジャンクションを認めた地裁判決を破棄した。

ウ 分析

本件は、米国のスポーツ分野でよく見られる、根拠薄弱な反トラスト法訴訟の一つである。本判決の少数補足意見²¹⁷が述べるように、反トラスト法上の損害が存在しないという根拠で請求を棄却することも可能だったと思われるが、多数意見は、実体法上の要件の立証が不十分であることに請求棄却の根拠を見出した。その際に、「合理の原則」の簡略化が可能であるためには、関連市場の範囲が明白で、争いの余地がないことが必要であると判示した。この点を明示した点に本判決の意義を見出すことができる。CDA 事件判決の枠組みに引き付けていけば、原告が想定する関連市場の範囲について被告が説得力ある反論を提示したことにより、原告が想定する反競争効果のシナリオが崩れたため、より慎重な審査が求められた事例といえそうである。

(2) Polygram 事件²¹⁸

ア 事実

三大テノール歌手 (カレラス, ドミンゴ, パヴァロッティ) は、1990年、1994年、1998年に、それぞれサッカー・ワールドカップに合わせてコンサートを行ったが、ポリグラムは1990年のコンサートの録音を販売し、ワーナーは1994年のコンサート・アルバムを販売し、それぞれ、商業的に成功した。1997年末にポリグラムとワーナーは、三大テノール歌手の1998年7月のコンサートの録音を共同で販売することで合意した。具体的には、ワーナーは、全世界で販売する権利を有するが、合衆国での権利を留保しつつ、合衆国以外で1998年のアルバムを販売する独占的権利をポリグラムにライセンスし、両者は、このプロジェクトにかかる全世界での利益と損失を平等に分配することに合意した。本件協定は、両者が1998年のコンサート・アルバムに関する全ての販売及び販売促進活動について互いに協議することを義務付け

²¹⁶ 以上につき、id. at 962-963 を参照。

²¹⁷ 388 F.3d 955, 964-966.

²¹⁸ Polygram Holding, Inc. v. Federal Trade Commission, 416 F. 3d 29 (D.C. Cir. 2005).

たが、究極的には各社が自由に自らのマーケティング戦略を実行し、以前の三大テノール・コンサート・アルバムについては無制限に利用できるものとされた。

1998年1月にポリグラムとワーナーの代表がマーケティング活動上の問題に関して討議するために初めて会合し、その中で、ポリグラムの代表の一人が、以前のコンサート・アルバムのマーケティングが1998年のコンサート・アルバムの売り上げ見込みに及ぼす影響について懸念を表明し、同年8月1日に予定されていた1998年盤のリリースの前後に「宣伝猶予」を両社に課すことを提案した。同年3月の次の会合では、両社の代表は、以前のアルバムへの「ビッグ・プッシュ」を1998年11月15日以前には行わないことに合意した。その後、各社は、それぞれの関連会社に対して1990年並びに1994年のアルバムに関する全てのプロモーションを、7月末ないし8月初めから約6週間やめることを指示した。

ところが、ワーナーの海外部門にはこのメッセージが伝わらず、ヨーロッパ全体で1997年12月からの予定で、1994年盤の値下げとプロモートのための攻撃的なマーケティング・キャンペーンを表明した。これを知ったポリグラムは1990年盤の値下げによって報復すると脅した。その後、どちらが価格戦争の脅しを始めたかをめぐって両者間で告発合戦が行われた。1998年6月になって、1998年コンサートのプロモーターが当該コンサートのレパトリーがかなり1990年及び1994年コンサートのそれと重なることを両社に知らせた。7月10日にパリでコンサートが行われるまでには、両社は、1990年盤及び1994年盤の宣伝と値下げを停止する約束を再確認する手紙を交換し、宣伝猶予は8月1日から10月15日までとすることに合意した。以前のアルバムの価格と販売促進の制限に関する合意について、それを否定する書簡も存在したが、両者の執行部は個人的に当該合意を遵守することを確約しており、現に両者ともこれを遵守した。

2001年にFTCがFTC法5条違反で提訴。ワーナーはこれに同意したが、ポリグラムはこれを争った。違反を認定するALJの審決案の結論をFTCは支持した。その際、前述のMassachusetts Board of Optometry事件審決における「内在的に疑わしい」制限の理論を適用した。ポリグラムが控訴した。

イ 判旨

(FTCの援用するMassachusetts Board of Optometry事件審決における「内在的に疑わしい」制限の理論は連邦最高裁の先例と矛盾しており、あらゆる合理の原則事件では現実の反競争効果あるいは、その代わりとしての市場支配力の証明が求められるとのポリグラムの主張に対して) 当然違法原則と合理の原則との形式的なカテゴリーの区別に依拠するポリグラムの主張は最高裁の先例に照らして受け入れられない。シャーマン法は問題の制限が競争を妨げるかどうかを確定するよう裁判所に求めており、FTCの枠組みもまさにそれをやったのである。我々はFTCの枠組みを受

け入れる。「経済学の知見と市場の経験に基づいて、取引の制限が競争を損ないそうであれば、当該制限は違法と推定され、責任を免れるためには、被告は、当該制限が消費者を害しそうにない何らかの理由を識別するか、あるいは、一見して明らかな、又は予想される害悪を補いそうな、何らかの競争上の便益を識別しなければならない²¹⁹。」。「FTC は、司法の経験と経済学の知見によって消費者を損ないそうであることを示された制限を述べるのに『内在的に疑わしい』という文言を用いるが、自身の枠組みの下では、反証可能な違法性の推定は、必ずしも、ある事業慣行に『内在的な』何かから生じるわけではなく、当該疑わしい慣行と、既に消費者厚生 of 法廷において告発された別の慣行との間の密接な類似性から生じる²²⁰。」。かくして、ポリグラムがこれとは反対のあり得る説明を提示しない限り、本件協定が消費者に有害な効果をもつと結論付けるのに困難はない。「ジョイント・ベンチャーの当事者の中で、ジョイント・ベンチャーの対象ではない製品の価格引き下げと宣伝を制限することに合意することは、競争者間のむき出しの価格取決め協定と同様に疑わしく見える。そのような協定は、通常、当然に違法として非難されるからである²²¹。」。

ポリグラムは本件制限の正当化事由として次のように主張していた。すなわち、1990年盤と1994年盤についての値下げと宣伝に対する制限は三つ全てのコンサート・アルバムの長期的な収益性を高め、「三大テノール」ブランドを向上させる。より具体的には、ポリグラムとワーナーは、それぞれ、相手方が、自らの以前のコンサート・アルバムをプロモートすることにより、ジョイント・ベンチャーのプロモート活動に「ただ乗り」すること（つまり、消費者は、1998年盤の宣伝活動でコンサートのことを知るものの、以前のコンサートの録音によって同じ満足をより安い価格で得られるとすれば、以前の録音を購入するだろうこと）、その結果、三大テノール・アルバムの売れ行きが全体的に落ち、ジョイント・ベンチャーが将来の製品を開発しなくなることを懸念していた。このような懸念への対処として本件合意がある、と。

確かに、本件の宣伝猶予協定は1998年盤の攻撃的な立ち上げに伴う「スピルオーバー」効果を和らげたように見えるので、一見するともっともらしく見えるが、「猶予協定によって排除されるべき『ただ乗り』とは、共同の取決めの対象外である製品の競争にすぎなかった。なぜ、ポリグラムとワーナーは、もっぱら三大テノールの新アルバムをプロモートすることに集中する間、しばらく、彼らの全てのレコードについての宣伝と価格競争を排除する協定を締結しなかったのか。ポリグラムが提示する『競争促進的』正当化事由は、『シャーマン法の基本政策に対する真正面からの攻撃にほかならない』（National Society of Professional Engineers 事件判決からの

²¹⁹ Id. at 37.

²²⁰ Id. at 36-37.

²²¹ Id. at 37.

引用) ²²²。』。

ウ 分析

本件でまず注目されるのは、DC 巡回区控訴裁判所が支持したとされる FTC の判断枠組みの内容である。基本的に、前述の Massachusetts Board of Optometry 事件審決における「内在的に疑わしい」制限の理論が踏襲されているが、本判決では、「内在的に疑わしい」かどうかは「経済学の知見と市場の経験に基づいて」判断されるものとされている。この点は、CDA 事件判決における「経済学の初歩的な理解しか持たない観察者」という表現を彷彿とさせる。また、「反証可能な違法性の推定は、必ずしも、ある事業慣行に『内在的な』何かから生じるわけではなく、当該疑わしい慣行と、既に消費者厚生 of 法廷において告発された別の慣行との間の密接な類似性から生じる」ともされている。つまり、本判決は、おそらくは CDA 事件判決を踏まえて、「合理の原則」の簡略化が認められる際にベースとなる経験則の中味を特定したものといえる。「当該疑わしい慣行と、既に消費者厚生 of 法廷において告発された別の慣行との間の密接な類似性」もまた、「経済学の知見と市場の経験」に基づいて判断されるという趣旨であろう。

本判決における正当化事由の判断は、Dagher 事件判決と関連して言及した「ベンチャー内」制限と「ベンチャー外」制限との区別を彷彿とさせる。1998 年盤のプロモート活動はそれ以前の盤に対する需要をも喚起したと想像される。そうだとすると、1998 年盤のプロモート活動の共同化によって両当事者とも利益を得ることになり、共同活動の成果に当事者のいずれかが「ただ乗り」するという状況は考えにくい。1998 年盤それ自体の売上げが伸び悩むことはあり得るが、それを補って余りある利益が見通せるとすれば、新たな録音盤のプロモート活動を共同で行うインセンティブは失われないであろう。そうだとすれば、本判決が述べるように、「ただ乗り」を理由として既存の盤について価格・宣伝競争を制限する根拠は乏しいということになろう²²³。

(3) North Texas Specialty Physicians 事件²²⁴

ア 事実

ノース・テキサス・スペシャルティ・フィジシャンズ (NTSP) は、フォートワースを含むタラント郡に主として立地する独立の医師及び医師集団の組織で、テキサス州の他の 7 つの郡の医師とも連携関係にあった。2004 年 4 月時点で 480 の会員を擁

²²² 以上につき、id. at 37-38.

²²³ この点については、David Eisenstadt and James Langenfeld, *The Role of Economics in Truncated Rule of Reason Analysis*, 28 *Antitrust* 52, 45-55 (2014) を参照した。

²²⁴ *North Texas Specialty Physicians v. Federal Trade Commission*, 528 F. 3d 346 (5th Cir. 2008).

し、2003年時点で26の医学専門領域の開業医から構成されていたが、いく人かの初期治療担当医師も含んでいた。NTSPに所属するタラント郡の専門医は、タラント郡におけるそれぞれの医学専門領域において大きな比率を占め、肺疾患では80%、心臓血管疾患で59%、泌尿器科で69%を占めていた。NTSPの医師は互いに競争しており、NTSP入会に際して料金を支払、8人のメンバーからなる理事会で働く代表を同僚から選んでいた。

1995年に設立された当初のNTSPのビジネス・モデルは、医師集団を束ねて、これらの集団と「支払者」（保険会社、健康保険機関、その他）との間の契約について交渉するというものであった。この契約は、患者一人当たり定額を基礎とするもので、「リスク契約」あるいは「均等割り契約」と呼ばれていた。しかし、支払者のリスク契約への関心が低下したため、2001年までにNTSPの理事会は、医師が「ノン・リスク契約」を交渉するのを援助することに集中し始めた。これは、支払者と医師との間でのサービス単位の料金であるが、より大きな成功をおさめ、FTCの手続が係属するころには、NTSPは、約20のノン・リスク契約を有し、リスク契約は僅かに一つのみだった。FTCによれば、NTSPの医師の約半分がリスク契約に参加していた。

NTSPとその会員である各医師は、ノン・リスク契約を促進するために、医師参加協定を締結した。これによれば、NTSPがある支払者とノン・リスク契約の申込みを広める協定を締結すると、NTSPは、このような全ての申込みを医師に送付ないし「伝達 (messenger)」し、医師は、これを自由に受諾し、あるいは拒否できる。NTSPの医師の50%以上があるノン・リスク契約の申込みを受諾することに合意すると、NTSPは、当該医師の代わりに契約について交渉する。医師は、特定の支払者との交渉をNTSPが永久に停止したことを告げられるのではない限り、そして、そのときまで、個別には支払者から申込みを受けないと想定されている。しかし、医師とNTSPとの関係は排他的なものではない。つまり、NTSPがある支払者と交渉していない、あるいは、支払者との間で、医師が提供しようとする特定のサービスをカバーしない協定を締結する場合、医師は、その支払者と直接、あるいは、他の独立した医師の団体への参加を通じて間接的に交渉できる。

NTSPは、1年に1回、会員の医師に投票をさせ、医師がノン・リスク契約で受け入れる最低限の料金水準を尋ねる。NTSPは、この投票への回答を、医師が認識する受け入れ可能な料金の中間値、平均値、最頻値を計算するのに用いる。NTSPは、この計算に基づいて、医師に代わっての交渉のときに用いる最低限の契約料金を決定する。NTSPによれば、この投票は、ノン・リスク契約の申込みが医師の多数を引き付けようかどうかを決定する助けとなるもので、したがって、投票から計算された最低限の料金を提示するノン・リスク契約を会員の医師に伝達しているにすぎないと主張している。NTSPは、投票から得られた数値の中間値、平均値、最頻値を参加する医師に報告し、契約上のミニマムを確立するために投票を行っている旨を説明して

いる。NTSP は、毎年の投票に際して前年の投票結果を知らせている。

FTC は以上の NTSP の行為を FTC 法 5 条違反の料金設定協定として提訴した。NTSP は、リスク契約の経験からノン・リスク契約への「スピルオーバー」効果が競争促進効果をもたらすと主張した。ALJ, FTC とも、違反を認定した。FTC は、Polygram 事件判決における「内在的に疑わしい」基準に従って分析した。

イ 判旨

第 5 巡回区控訴裁判所は、本件での FTC の管轄権を肯定した後、投票結果の医師への開示、過去の投票結果のリマインダー、支払者と交渉する際の最低料金の利用といった諸事実の総合考慮により医師間の共同行為の存在を認める FTC の認定を支持した。第 5 巡回区控訴裁判所は、取引の形態でなく実態に着目する立場から、本件で医師が理事会メンバーの選出や投票への対応を通じて NTSP を支配していたことを認めた²²⁵。

当事者が互いに直接意思伝達していない場合でも合意したといえるかについては、参加する当事者が、他の者も同じことをすることを知りながら個々に NTSP に対して自らの代わりに特定の行為を行う権限を与えたこと、しかも、まだ交渉権を NTSP に与えていない医師に対して何人の医師が権限付与に同意しているかを教えていること、NTSP に交渉権を与えて交渉が終わったことを告げられるまでは個別に取引しないことに合意していることから、合意を認定した FTC を支持した。NTSP によって交渉された申込みを医師が拒絶できたことは、価格に関する合意がないことを確立しないとする FTC の立場も支持した²²⁶。

第 5 巡回区控訴裁判所は、不当性の判断の在り方については、先例の立場を振り返った後、本件で FTC が簡略化された「合理の原則」に基づく分析を採用するに際して、攻撃された NTSP の行為の反競争効果及び競争促進効果についての理論的基礎、これらの行為が FTC 法の下で当然に違法とされた行為と類似していたこと、そして、ある程度は、NTSP の行為がいくつかの支払者に及ぼした影響についての証拠に依拠していたとし、結論として、反競争効果が顕著であるのに対して競争促進的正当化は根拠が薄いとすする FTC の認定を肯定した。

このうち、反競争効果の顕著性については、第 5 巡回区控訴裁判所は、FTC の理論を次のように要約した。まず、投票手続の効果について、NTSP は、来る年において医師が受け入れる最低限の料金を投票で尋ねる。尋ねられた医師は、NTSP が投票への回答をもとに支払者との交渉における最低限の料金を決定することを知っている。NTSP は、この投票の際に、過去の投票結果を医師に知らせている。医師は、個別の回答が、この集団にとっての平均料金を上げるか下げるかする助けとなることを予

²²⁵ 以上につき、id. at 356 を参照。

²²⁶ 以上につき、id. at 357 を参照。

期していた。書面での医師参加協定は、医師に対して、ある支払者と NTSP が交渉している間は、当該支払者からの申込みを受けることを避けるよう義務付けている。このことは、NTSP によって決定され、支払者との交渉で利用される最低限の料金より低い料金を受け入れようとする医師と支払者との間の交渉を妨げるか、遅らせる。NTSP がある支払者との契約を獲得するのに成功するならば、NTSP が合意した料金は、参加した医師の多くが現実を受け入れたいと考え、投票への回答で受け入れる旨示した値よりも高くなるであろう。他方、「ハイ・エンド」な医師は気に入らなければこのスキームから離脱できるので、ハイ・エンドな医師が受け取る価格は下がりそうにない²²⁷。

これに関連して、NTSP は、投票に応じたのは所属する医師の 34% にすぎなかったと主張している。これに対して、FTC は、投票結果が全ての医師に開示されたことは、投票に応じたか否かに関わらず、示された最低限の料金よりも低い料金を拒否することを医師に促したとする。この点について第 5 巡回区控訴裁判所は次のように述べた。すなわち、このことが NTSP と連携する全ての医師にあてはまるかは明らかでなく、NTSP の最低料金よりも低い料金で契約をする意思のない医師は、NTSP が交渉する最低限価格を知ったところで、いずれにせよ、それには影響されなかったかもしれない。しかし、投票結果を知らせるという行為は、支払者による申込み料金が自ら最低料金として報告した料金と同じであるような医師に対しては、それが NTSP によって計算された料金よりも低ければ、そのような申込みを拒絶するよう促したことは明白である。このような行為の論理的な傾向として、少なくとも、NTSP の最低料金よりも低い料金を受け入れる用意のある医師と支払者との直接の交渉を遅らせる傾向があるが、このことは、NTSP の最低料金を下回る申込みの取引費用を増大させる。したがって、NTSP は特定の契約に医師を拘束し得ないとしても、その行為は、より低い料金を求める支払者を妨害し、患者による医師の選択の幅を狭める²²⁸。

さらに、NTSP は、その最低料金を下回るいかなる契約も拒絶し、それを医師に伝えなかったこと、さらに NTSP と医師との間の協定には、ある申込みが個々の医師による離脱ないし参加の打診のために医師に伝達される前に、NTSP のメンバーの 50% が当該提案に賛成しなければならないとの条文が含まれていたこと（このことは、NTSP が支払者に対して交渉力を発揮することを可能にする。）は、いずれも、多くの医師が受け入れたであろうよりも、高い料金を交渉で勝ち取ることにつながる²²⁹。

次に、NTSP による医師からの委任状の利用についてであるが、これは支払者との交渉においてテコとして利用された。さらに、共同で決定された条件以外の条件での

²²⁷ 以上につき、id. at 363-364 を参照。

²²⁸ 以上につき、id. at 365 を参照。

²²⁹ 以上につき、id. at 365-366 を参照。

取引の共同での撤回及び拒絶に NTSP が従事したと FTC は結論していた²³⁰。

なお、NTSP は、他の医師及び医師の集団が既に受け取っていたよりも高い料金を受け取っていなかったとの FTC 及び ALJ の認定を強調する。しかし、第 5 巡回区控訴裁判所は、NTSP の医師がそれ以外の医師よりも高い料金を請求していたことの証明は本件では必要ないとの FTC の結論を支持して次のように判示した。「NTSP の問責された行為は、他の場合には直接支払者と交渉することを望む医師と支払者との間に障壁を設ける。それはまた、支払者と医師との間での価格交渉に障害を設ける。委員会が結論したように、我々も次のことに同意する。NTSP は、その交渉力を高めるために共同行為に従事した。NTSP が他の医師が受け取るよりも高い料金を得たことの証拠が記録にないことは、NTSP の行為が反競争的效果をもったとの決定を妨げるものではない²³¹。」。

NTSP が主張する競争促進効果については、第 5 巡回区控訴裁判所は、NTSP の主張が仮に正しいとしても、NTSP は、その漠然とした「チームワーク」の効率性がいかにしてその料金設定行動に依拠しているのかに触れていないといして次のように判示した。「NTSP は、それが提示する競争促進効果（我々は、それを、時間をまたがるチームワークと経験の共有によって提供される、より高い質の医療だと想定するのだが）が、いかにして、(1) 全ての NTSP の会員医師への料金に関する投票結果の伝達、(2) NTSP の医師に対して、NTSP が投票から計算した最低限の料金を下回る支払者の申込みを拒絶するよう促すこと、あるいは、(3) 既に支払者と契約している医師についてより高い料金を要求するために交渉力を利用すること、からもたらされるのか、あるいは、これらと何らかの仕方で結びつけられるのか、に関して、理論をもっていない²³²。」。その他の正当化の主張も同様の判断で退けられた²³³。

ウ 分析

本判決の特徴は、問題の制限が反競争効果をもたらす論理が詳細に説明されており、それが反競争効果の顕著性の根拠とされ、したがって「合理の原則」の簡略化の根拠ともされた点に見ることができる。本件では、NTSP 所属の医師がタラント郡における各診療科目に占めるシェアが引用されてはいるが、詳細な市場分析がなされた形跡はない。また、本件の医師参加協定がどれほど料金に影響を及ぼしたかについても、事実に基づく詳細な検証がなされた訳ではなさそうである。FTC の分析は、本件の医師参加協定が NTSP 所属の医師による料金設定行動に及ぼすと予想される影響に焦点を当てている。その意味で本件もまた、「合理の原則」の簡略化が認められた

²³⁰ 以上につき、医師からの委任状が交渉のテコとして利用された具体的な事例を含めて、id. at 366-367 を参照。

²³¹ Id. at 367.

²³² Id. at 369.

²³³ 以上につき、id. at 369-370 を参照。

事例であることは確かである。とはいえ、本件の医師参加協定の運用に関する事実認定は、「簡略化」という言葉の語感とは裏腹に、かなり詳細であり、FTC のような専門機関だからこそ立件が可能であったようにも思われる。「合理の原則」の簡略化とは、事案の特性に応じて審理の焦点を絞り込むことであり、事実認定そのものの簡略化を意味するものではないことが分かる。

なお、本件は、共同行為の認定の在り方との関係においても興味深い事例といえる。本件では、NTSP の会員である医師の間で直接料金について意見交換がなされた訳ではない。いわば NTSP という媒介項を通じて、医師間で最低料金についての共通の認識が醸成され、そのことをもって合意が認定された訳である。その際、NTSP が意向調査を行っていたこと、医師は意向調査の結果が支払者との交渉においてどのように利用されるかをあらかじめ知っていたこと、意向調査の結果が医師に知らされていたこと、が重視されたようである。我が国独占禁止法の実務でいう「意思の連絡」の一つのパターンを示しているといえよう。

(4) Realcomp II 事件²³⁴

ア 事実

リアルコンプは、ミシガン州南東部に拠点をおく不動産ブローカーを会員とする、地域の不動産協議会及び団体の連合体である。リアルコンプは、全国不動産業者協会（NAR）と連携しており、その準則は NAR の規則の遵守を会員に求めている。その約 14,000 の会員は、家の買手と売手に対する住宅用不動産仲介サービスの提供において互いに競争している。全ての会員は、そのビジネス・モデルの違いに関わらず、四半期ごとに同じ金額の会員料を払っている。リアルコンプの主たるサービスは、その会員が閲覧し検索することができる不動産リストのデータベースである、リアルコンプ・マルチプル・リスティング・サービス（リアルコンプ MLS）の運営である。

この MLS は、FSBO（所有者自身による販売）に係るものを除く不動産販売情報のデータベースで、ミシガン州最大の MLS である。この地域で営業し、MLS に参加する全ての地方ブローカーによって閲覧・検索され得る。詳細なリスト物件情報の拡散によって、買手を代理するブローカーと売手を代理するブローカーとの間での情報共有を促すことを目的とする。リアルコンプ MLS における不動産リストは、財産の詳細と補償のオファーを含んでおり、リアルコンプの会員であればリアルコンプのオンライン・システムを通じて閲覧できるが、一般公衆は、会員ブローカーからのアクセスなしでは閲覧できない。ただし、リアルコンプ MLS は、公衆が検索できる、一部の公開のウェブサイトにはリスト情報を流している。このようにして、リアルコンプ MLS は、MLS データベースそれ自体へのアクセスとそこでの宣伝に加えて、リアルコンプが情報を提供する、承認ウェブサイト上でのインターネット広告を会員に提供している。

²³⁴ Realcomp II, Ltd. v. Federal Trade Commission, 635 F. 3d 815 (6th Cir. 2011).

承認ウェブサイトの中には、リアルコンプが毎日「IDX フィード」（インターネットによるデータ交換を通じて配信されるコンテンツの概要）を送っている会員ブローカーのウェブサイトが含まれる。「IDX フィード」は、自らのリストが配布されることを希望する全てのブローカーからの、選別された MLS リスト物件のデータを集めたもので、会員ブローカーのウェブサイトにアップロードされる。このようにして、会員ブローカーは、リアルコンプのデータベース上にあるリスト物件の情報を各自のウェブサイトに表示することができ、このルートを通じて消費者は利用可能な不動産を検索できる。

FTC の主張によると、MLS データベース情報のフィードを通じた拡散といった技術の発展は、消費者が、今までブローカーが提供してきた不動産仲介サービスの一部を自ら行うことによって、伝統的な仲介サービスのモデルに対して競争圧力をかけることを可能にしている。

不動産ブローカーの利用に係る伝統的なモデルでは、家の売手と協働する「リスティング・ブローカー」と家の買手と協働する「コオペレイティング・ブローカー」が関わる。ブローカーは、ひとつの取引では売手か買手かのどちらかを代理するが、リスティング・ブローカーないしコオペレイティング・ブローカーのいずれかに特化することはあまりなく、売手と買手のどちらも代理し得る。リスティング・ブローカーと家の売手との協定は、「リスティング協定」と呼ばれ、契約期間、リスティング・ブローカーによって提供されるサービスのタイプ、リスティング・ブローカーに支払われる補償、買手を確保したコオペレイティング・ブローカーに支払われる補償のオファーを明記する。リスティング・ブローカーは、リスティング協定締結時に一括で支払われる一律の料金、家の売却価格に基づく手数料、あるいは、両者の組み合わせのいずれかにより補償を受ける。家の売手はまた、コオペレイティング・ブローカーにも、直接か、あるいはリスティング・ブローカーへの支払を通じて補償する。

リスティング協定には2つのタイプ、すなわち「排他的販売権 (ERST) 協定」と「排他的代理 (EA) 協定」とがある。

ERST 協定では、リスティング・ブローカーは、特定の期間に所有者が指定した条件でその財産を売却する売手の排他的代理人に任命され、その財産が当該ブローカー以外の誰によって確保されても同じ補償を提供される。これに対して、コオペレイティング・ブローカーは、典型的には、直接売手ないし買手から支払われず、リスティング・ブローカーを通じて家の売手から間接的に補償される。リスティング・ブローカーは、自分自身が受け取る補償の中から工面して、最後に家を買った買手を見つけたコオペレイティング・ブローカーに対して補償のオファーを行う。リスティング・ブローカーへは当該不動産価格の6%の手数料、リスティング・ブローカーからコオペレイティング・ブローカーへは3%の補償のオファーが通例である。もともと、EA 協定の一律手数料よりも高い手数料を提供する一律の ERST リスティングもある。

EA 協定では、リスティング・ブローカーは、家の売手の排他的代理人として活動するが、当該財産が販売されるに際して追加的な援助がリスティング・ブローカーから提供されない場合には、より少なくしか支払われない。EA 契約では、寄せ集めの、あるいはバラ売りの仲介サービスを提供することができ、補償の構造としては、リスティング・ブローカーへの（売却不動産の売値に応じた）手数料ではなくて一括払いの料金によって性格付けられ、コオペレイティング・ブローカーに対しては3%の補償のオファーが売手から直接になされる。

ERST 協定は伝統的な仲介サービスの全て（財産の披露と販売促進、売手へのオファーの提示と評価、反対オファーの交渉など）をパッケージにして提供するのに対して、EA 協定は、限定されたサービスを提供するものである。買手がブローカーを立てない場合、ERST 協定だと、リスティング・ブローカーへの補償は買手がブローカーを立てた場合と同じで、売手の負担も同じである。EA 協定だと、コオペレイティング・ブローカーに支払われるべき補償の分を売手が確保できる。

EA 協定に例示される限定的サービス仲介モデルは、従前のフル・サービス仲介モデルに対する低コストの代替策となっていて、これまでブローカーが提供していたサービスの一部（例えば、財産の披露、オープン・ハウスの開催、買手との交渉、取引の終結）を消費者自ら提供して、ブローカーからはMLS へのリスティングなど一部のサービスを買うという消費者の需要に応えるものである。これを可能にした一つの原因は、不動産取引におけるインターネットの役割の増大であった。

2006年10月10日にFTCは提訴した。リアルコンプは、そのウェブサイト政策を通じて、リアルコンプMLSにあるEAリスティングその他の非伝統的リスティングに関する情報がMLS フィードを通じて公開の不動産宣伝ウェブサイト配布されることを禁じた。具体的には、2001年に採択され、2004年に施行されたウェブサイト政策において、リアルコンプは、全てのリスティングについてリスティングのタイプを示すよう会員に要求した。2003年に採択され2007年に削除された検索機能政策を通じて、EA その他の非伝統的リスティングがリアルコンプMLSのデフォルトの検索設定から除外され、その結果、EA リスティングを検索結果に表示させたいブローカーは、全てのリスティングないしEA リスティングを検索することを明示的に選択するか、その設定への変更を保存することにより永久に検索デフォルトを変更しなければならなかった。さらに、2004年に採択され2007年に削除された最小限のサービス要件が実施されたが、これは、リスティングがERSTと表示されるために、したがって、公開のウェブサイトへのフィードとリアルコンプMLSのデフォルト検索に含まれるために、ブローカーは、そのリスティングと関連する全サービスを提供することを求められるとするものだった。

2007年12月10日のALJ仮決定では、相当の反競争効果の証明がないとして提訴が退けられた。FTCは全員一致でこれを破棄して、「内在的に疑わしい」基準により

違法と推定し、競争促進効果の認定において ALJ は誤ったとして FTC 法 5 条違反を認定した。リアルコンプは控訴した。

イ 判旨

第 6 巡回区控訴裁判所は、まず、リアルコンプは、競争するブローカーの 7 つの団体によって所有され、これらの団体の会員によって統治されていることから、そのウェブサイト政策は、リアルコンプの会員間の、リアルコンプ MLS を統治する協定を構成し、したがって、リアルコンプは、契約、結合、ないし共謀にあたる²³⁵。

その上で、FTC による「内在的に疑わしい」基準の援用が適切だったかどうかの論点を回避して、より広範な「合理の原則」の分析に基づいて FTC の結論を支持した²³⁶。

第 6 巡回区控訴裁判所は、「合理の原則」の適用に際して、最初に、「現実の反競争効果」か「競争への真正の反競争効果の可能性」のいずれかが示されなければならないとした Detroit Auto Dealer 事件判決を引用したうえで、現実の反競争効果が証明されなければならないというリアルコンプの主張を退けて、「合理の原則の下で反競争効果の可能性を示すには市場支配力と制限の反競争的性格で十分であり、それが示されれば、リアルコンプは競争促進的正当化事由を提示しなければならない」と判示した²³⁷。

その上で、市場支配力の存在については、ALJ 及び FTC は、代替サービスの欠如の観点からミシガン州南東部の諸郡における家の売買についての不動産仲介サービスと、そのインプットの市場としての MLS の市場を関連市場とし、MLS のネットワーク効果（その価値が利用者の数に依拠すること）に照らして、その市場占拠率が市場支配力のよい指標となるとして、リアルコンプの市場占拠率の大きさ、ネットワーク効果とそれに起因する参入障壁の大きさとに照らして、2 つの関連市場におけるリアルコンプの市場支配力を肯定していた。第 6 巡回区控訴裁判所も、これを支持した²³⁸。

次に、制限の反競争的性格については、第 6 巡回区控訴裁判所は、まず次のように判示した。すなわち、本件では料金に対する制限が問題ではないので、「我々は、リアルコンプの制限が消費者の選択に及ぼす効果、とりわけ、家の売手にとって利用可能な、不動産仲介の競争的な選択肢の減少を検討する。それゆえ、測定されるべき関連のアウトプットは、リアルコンプ MLS における非 ERST リスティングのシェア、これらのリスティングの消費者への露出度、これらの結果とリアルコンプのウェブサイト政策との関連である。²³⁹」。この点について FTC は、i) リアルコンプ MLS がミ

²³⁵ 以上につき、id. at 824-825 を参照。

²³⁶ 以上につき、id. at 826 を参照。

²³⁷ Id. at 827.

²³⁸ 以上につき、id. at 828-829 を参照。

²³⁹ Id. at 829.

シガン州南東部における住宅用不動産の販売に関する最も有効な手段であること、ii) 限定サービスを提供するブローカーと伝統的なフル・サービスを提供するブローカーとは互いに新しいリスティングを求めて競争していること、iii) 限定サービスのブローカーのサービスは、フル・サービスのみを提供するブローカーよりも潜在的に低費用であること、iv) 限定サービスのブローカーのリスティングは、フル・サービスのブローカーのリスティングに対して結果として「価格圧力」を発揮していること、v) リアルコンプのウェブサイト政策は、その最低限サービス要件と合わさって、限定サービスのリスティングへの消費者のアクセスを著しく制限したこと（当該リスティングは最も人気のあるウェブサイトで利用できないから）を認定した。これらの認定は証拠により支持され、リアルコンプの相当の市場支配力とこれらの認定とを合わせてみると、FTC はリアルコンプのウェブサイト政策が反競争的傾向をもつと合理的に結論した²⁴⁰。

この点と関連して、ALJ は次のように認定していた。すなわち、リアルコンプのMLS だけで家の買手の 80% に到達でき、さらに、ブローカーは Realtor.com というウェブサイト上に EA リスティングを掲載することができたから、合わせて 90% の買手に到達できた。したがって、問題のウェブサイト政策は、アクセスできないウェブサイト上で家のリスティングを求めていた、残り 10% という、比較的小さな比率の家の買手に EA リスティングが到達することを妨げたに過ぎなかった、と。これに対して第 6 巡回区控訴裁判所は、次のように判示した。「しかし、逆に、当該ウェブサイト政策は、値引きリスティングにさらされる家の買手の数を 10% まで減らすことにより、十分に不当な制限を構成し得る。家のリスティングのオンラインでの拡散を制限することが特に害悪が大きいのは、インターネットと値引き仲介サービスとが住宅用不動産市場に及ぼす競争上の影響が今まさに勃興しつつあるからである。・・・しかし、実質的証拠が示すところによれば、値引き仲介サービスやオンラインでのリスティングへの消費者のアクセスのような『生まれつつある脅威の排除 (the exclusion of nascent threats)』は、『合理的に見て反競争効果に実質的に寄与することができる。』²⁴¹」。

また、第 6 巡回区控訴裁判所は、MLS に関する従来先例では特定の事業者が MLS への参加を認めない旨のルールが反トラスト法違反を問われてきており、MLS 内でのルールに係る本件とは異なるが、本件のウェブサイト政策も、ブローカー間の競争を減少させ、仲介料金をめぐる競争の減少に帰結する点で MLS からの全面的排除と同様であると指摘した。そして、以上の諸事実は、反競争効果の「間接的」証拠と位置付けられるとした²⁴²。

²⁴⁰ 以上につき、id. at 829-830 を参照。

²⁴¹ Id. at 830.

²⁴² 以上につき、id. at 830-831 を参照。

さらに、第6巡回区控訴裁判所は、FTCが検討した競争効果についての直接の証拠に照らした現実の反競争効果の認定も支持した。具体的には、Darrell Williams博士による時系列分析により、リアルコンプMLSにおけるEAリスティングの比率が問題のウェブサイト政策の実施前後（2004年5月から2006年10月）で、ひと月平均で約1.5%から0.75%に低下したと結論付けたこと、さらに、他の大都市統計地域(MSA)との比較分析により、基準となったMSAにおけるEAリスティングの比率が5.4%なのに対して、リアルコンプのMSAにおけるそれが1.4%であったと結論付けたことが重視された²⁴³。

リアルコンプが主張する競争促進的正当化事由については、第6巡回区控訴裁判所は、FTCがそれを「正当で、蓋然性があり、有意で、合理的」ではないとして退けたことは適切であったと結論付けた²⁴⁴。

まず、EA協定による売手が、手数料を通じてMLSに投資し、参加し、その他の仕方でもMLSの活動を支えるリアルコンプの会員にただ乗りしているとの主張に対しては、リアルコンプは全ての利用者に平等に会員料金を課していることで失当と判示した²⁴⁵。

また、リアルコンプは次のようにも主張していた。すなわち、EAによる家の売手は、自らのコオペレイティング・ブローカーとして行動するから、リスティング・ブローカーへの支払を通じてのみリアルコンプに補償しているが、これではリアルコンプの全ての費用をカバーしておらず、コオペレイティング・ブローカーがその分を支払っていることになるが、これは、コオペレイティング・ブローカーを用いない売手に補助金を支給していることになり、リアルコンプのコオペレイティング代理人にただ乗りしている、と。これに対しては、コオペレイティング・ブローカーはEAの売手に対して提供するサービス（EAリスティング取引の80%でサービスが提供されている。）については補償されていること、買手に仲介者がいない場合にはEAの下でもERSTの下でもコオペレイティング・ブローカーへの補償はないことから、「リアルコンプはウェブサイト政策とただ乗り防止との間の関連を論証していない」とされた²⁴⁶。

さらに、コオペレイティング・ブローカーによって代理される買手がEA取引において仲介なしの買手に対して負う「入札上の不利益 (bidding disadvantage)」の排除のため本件制限は必要であったとの主張に対しては、これは、コオペレイティング・ブローカーの手数料を競争の圧力から隔離する政策、つまり競争の否定を意味し、EAとERSTとの間の「入札上の不利益 (bidding disadvantage)」の論証となってい

²⁴³ 以上につき、id. at 831-834を参照。

²⁴⁴ 以上につき、id. at 834を参照。

²⁴⁵ 以上につき、id. at 835を参照。

²⁴⁶ 以上につき、引用部分も含めて、id. at 835を参照。

ないから、ウェブサイト政策との関連性が論証されていないとされた²⁴⁷。

ウ 分析

本件の原審審決において FTC は、Massachusetts Board of Optometry 事件審決以来受け継がれてきた「内在的に疑わしい」制限の理論を適用して FTC 法 5 条違反を認定した。しかし、本件で問題となった制限は、「当然違法の原則」の対象とされてきた諸行為のいずれとも似ていなかった。前掲の 1980 年 Realty Multi-List 事件第 5 巡回区控訴裁判所判決以来、不動産仲介サービスで問題とされてきたのは、MLS の利用からの特定業者の全面排除（の可能性）であり、本件におけるようなウェブサイト政策や検索機能政策が問題視されたことはなかったといわれる。そのため、原審審決は、「内在的に疑わしい」制限の理論の適用範囲が拡張される兆しと受け取る向きがあった²⁴⁸。Polygram 事件判決で一定程度明確化が図られたとはいえ、「内在的に疑わしい」制限かどうかの基準にはなお曖昧さが残るため、原審審決は、事実上、当然違法類型の新たな拡張を目指すものとして警戒されたようである。そのためか、控訴審判決は、「合理の原則」の通常の手順に沿って本件を分析した。結果として FTC の結論は支持されたが、本件のような制限に「内在的に疑わしい」制限の理論が適用されるべきだったかどうかについては明言が避けられた。

しかし、本件で問題となった MLS は、会員数の増大に比例して効用が増すので、特定地域で圧倒的なシェアをもつ MLS を支配することが当該地域の不動産仲介分野における市場支配力につながることは比較的明白だったと思われる。実際、本件でも、市場支配力の有無は、さほど重要な争点とはなっていない。むしろ、本件制限の反競争的性格こそが、本件で結論を左右する重要な争点だった。その意味では、本件もまた、事案の特性に応じて審理の焦点が絞り込まれた事例といえるであろう。

本件制限の反競争的性格の認定においては、インターネットの普及によって勃興しつつあった、低料金での限定的不動産仲介サービスの成長が妨げられたことが重視されていることが注目される。本件制限によって実際に低料金での不動産売買の機会を妨げられた人の数や全体に占める比率自体はさほど大きくなかったようだが、

²⁴⁷ 以上につき、id. at 835-836 を参照。このほか、id. at 836 の脚注 17 では、コオペレイティング・ブローカーは、EA 協定の場合にはしばしば売手と直接取引しなければならず、他の場合にフル・サービスのリスティング・ブローカーによって提供される取引上のサービスを自ら提供することを求められるから、ウェブサイト政策は、EA と比べた ERST のより大きな価値を反映しているとの主張にも言及がなされ、コオペレイティング・ブローカーの選好に応えることがいかにして消費者の利益となるのか、EA リスティングの価格がこれらの費用を含まないとすれば、それはなぜか、あるいは、この政策が効率性の便益をいかにしてもたらすのかについてのリアルコンプ側の論証がないとされた。

²⁴⁸ この点について、David L. Meyer, The FTC's New "Rule of Reason": *Realcomp* and the Expanding Scope of "Inherently Suspect" Analysis, 24 *Antitrust* 47 (2009-2010) を参照。

そのこと自体は反競争的性格の認定において重視されておらず、むしろ、既存の取引形態に対する有望な代替的選択肢の芽が摘まれることが問題視されている。この点は、取引制限の反競争的性格ないし反競争効果の認定において留意する必要がある。

(5) Safeway 事件²⁴⁹

ア 事実

2003年秋に、労働組合のユニテッド・フード・アンド・コマーシャル・ワーカーズ (UFCW) のいくつかの地方支部と南カリフォルニアで営業する3つの大きなスーパーマーケット・チェーン (アルバートソン、ラルフ、ボンズ、セイフウェイの子会社) との間で締結された団体交渉協定が失効することが予定されていた。もう一つのグローバル・チェーンであるフード4レスは、UFCW と別の契約を締結しており、こちらは前者から数か月遅れの2004年2月に失効することになっていた。これらの協定が失効する前に、アルバートソン、ラルフ、ボンズは、後続の労働契約の交渉のために、2003年夏に複数雇用者交渉単位を形成した。

2003年9月に、アルバートソン、ラルフ、ボンズ、フード4レスは、組合による「ホイップソー」戦略 (交渉相手である複数の企業のうち特定の企業に対して集中的にストライキを行うことにより企業間で分断をもたらそうとする戦略) の可能性を予測して、相互ストライキ援助協定を (MSAA) を締結し、その中で、いずれかの当事者が組合によってストライキされた場合に他の小売店 (フード4レスを除く) は48時間以内に全ての組合員被用者をロックアウトするものとされた。本件の反トラスト法上の請求に関わるのは利益分配規定 (RSP) である。それによれば、ストライキ及びロックアウトが発生した際、他の小売店と比較して過去の市場占拠率を超える収入をストライキ期間中に上げた小売店は、ストライキ前の市場占拠率を回復するために、他の小売店に対して当該超過収入の15%を補償として支払うものとされた。その際、ストライキ・ロックアウト期間は、ストライキ・ロックアウトが始まった週の開始日から始まり、ストライキ・ロックアウトの終了から2週間まで続くものとされた (「2週間の尻尾」と呼ばれた)。15%という数値は、追加的な売上ごとに得られる利益の増加分を数値化するものであった。この取決めを実施するために、小売店はストライキ前の8週間及びストライキ期間についての週ごとの販売データを公認会計士に提出することに同意した。提出を受けて、公認会計士が過去のシェアとそれに基づく過去の支払額を計算することになっていた。

2003年10月11日、組合との交渉が決裂し、諸組合はボンズに対してストライキを開始した。これを受けて、翌日、アルバートソンとラルフがロックアウトを開始した。組合は、最初、アルバートソン、ラルフ、ボンズの店をピケットしていたが、すぐにラルフへのピケットから撤退し、ピケットの努力をアルバートソンとボンズに

²⁴⁹ State of California v. Safeway, Inc., 651 F.3d 1118 (9th Cir. 2011).

集中することを選択した。ストライキが始まって約4か月半経った、2004年2月末に、小売店と組合の間で協定が成立し、ストライキ・ロックアウトは終結した。RSPに従い、ラルフは、ボンズに対して約8350万ドル、アルバートソンに対して約6250万ドルを支払った。

上記ストライキ中にカリフォルニア州が、小売店に対してシャーマン法1条違反を理由として提訴した。限定ディスカバリの後、規定に基づかない労働問題関連の適用除外の法理の適用を根拠とする簡略判決のモーションが小売店から出されたが、連邦地裁はこれを棄却した。カリフォルニア州は反トラスト法上の当然違法ないしクイック・ルック分析の下での違法を根拠とする簡略判決のモーションを出したが、連邦地裁はこれも棄却した。小売店は、再度、適用除外を根拠とする簡略判決のモーションを出すも、連邦地裁は再度棄却した。カリフォルニア州が全面的な合理の原則の下でRSPがシャーマン法1条違反であるとの理論を追求しないことに合意し、小売店は、労働問題関連の適用除外以外の様々な抗弁を追求しないことに合意したことで、当事者は、連邦地裁判決について控訴する権利を留保しながら小売店勝訴の最終判決で和解した。連邦地裁はこれに従った判決を下した。原告、被告双方が控訴した。原告は、当然違法ないしクイック・ルックの下での違反を主張し、被告は、規定に基づかない労働問題関連の適用除外を主張した。

イ 判旨

第9巡回区控訴裁判所は、まず、規定に基づかない労働問題関連の適用除外について、その位置付けと先例を確認した。規定上の適用除外は、労働組合が取引を制限する結合ないし共謀にあらず、反トラスト法上の審査を免れることを確立するものであり、組合と非組合当事者との共同行為ないし協定を適用除外するものではない。本件で主張されている、規定に基づかない適用除外は、連邦労働立法から推認されてきたもので、これらの立法は「自由で私的な集団交渉」を優先する全国レベルの労働政策を定め、「賃金、労働時間、労働環境をめぐる誠実な交渉を求め」、「関連する規則制定及び解釈権限を全国労働関係委員会に委ねる」ものである。本件で主張されている暗黙の適用除外は、労使紛争の領域において、何が合理的な行為で、何がそうでないのかを決定する反トラスト法上の裁判所の権限を制約するものとして労働立法を解釈し、この領域において、反トラスト法に関連する司法の決定の代わりに、労働に関連する立法上並びに行政上の決定に置き換える。連邦最高裁がその限界を画する指針を与えた諸判決は、そのほとんどが、雇用者と労働組合との協定が雇用者の事業ないし製品市場における競争者を害し、あるいは排除したと主張された事例に関わるものだった²⁵⁰。

²⁵⁰ 以上につき、id. at 1124-1125 を参照。

本件での小売店の主張は以下の通りであった。すなわち、諸先例のうち Brown 事件判決²⁵¹は、時間と状況において団体交渉の過程に関わりのある雇用者間の協定を適用除外とするもので、その当事者が労働紛争における立場を高めるために用いる経済的武器（ホイップソー・ストライキの効果を弱めるための収益分配協定のような）は、雇用条件に関する交渉がそうであるのと同様に、団体交渉の過程の一部であり、そのようなものとして政府の規制を受けないで行使されるべきである、と²⁵²。

これに対して、第 9 巡回区控訴裁判所は、本件では反トラスト法の適用は除外されないと結論した。その根拠として、まず、Brown 事件判決は、交渉の行き詰まりの後の雇用者による一方的な雇用条件の賦課に関わっており、これに関しては労働の法と政策の問題として容認されていると同時に、労働法によって広範囲に規制され、注意深く制限されているのに対して、利益分配協定はそのような是認を享受しておらず、ましてや、労働法上注意深く規制されてきた歴史がある訳でもない。したがって、Brown 事件には存在した、適用除外の歴史と論理にとって中心的であった顕著な関心事項が、本件には存在しない。労働紛争の間とその直後の期間における利益分配協定は、団体交渉の過程で重要な役割を果たさないし、意味のある団体交渉が起こるのを助けるのに必要である訳でもなく、交渉の核心的事項に関わっていない²⁵³。また、RSP は組合との交渉において小売店の立場を強めることを狙っているが、この事実のみでは、協定を反トラスト法の適用除外とさせるのに十分でない。小売店が反トラスト法上の責任の可能性を懸念して RSP を締結できないとしても、団体交渉の過程が機能することは妨げられない²⁵⁴。さらに、RSP は、労働市場ではなく、「事業」あるいは「製品」の市場に関わり、労働市場に直接的な効果を及ぼさないところ、そのような制限については適用除外の根拠は乏しいと解されてきた²⁵⁵。最後に、団体交渉単位の非メンバーであるフード 4 レスがストライキ期間中に利益分配協定に参加していたことは、適用除外の適用に反対する方向に作用する。そのことは、適用除外の根拠（問題の行為は、団体交渉の過程に関わっているからこそ、労働の法と政策の観点から反トラスト法の適用除外が認められていること）に照らして論理的に導ける²⁵⁶。以上の諸点において、Brown 事件判決と本件とは異なっていることから、第 9 巡回区控訴裁判所は、本件で反トラスト法の適用除外を否定した。

他方、第 9 巡回区控訴裁判所は、反トラスト実体法上の責任に関するカリフォルニア州による当然違法の主張については、カリフォルニア州が本件で関連すると主張

²⁵¹ Brown v. Pro Football, Inc., 518 U.S. 231 (1996).

²⁵² 以上につき、651 F.3d 1118, 1128 を参照。

²⁵³ 以上につき、id. at 1129-1130 を参照。

²⁵⁴ 以上につき、id. at 1130 を参照。

²⁵⁵ 以上につき、id. at 1130-1131 を参照。

²⁵⁶ 以上につき、id. at 1130-1131 を参照。

する Citizen Publishing 事件（同じ地域内で競合する 2 つの日刊紙間での競争回避のための利益のプールとあらかじめ決められた率での当事者への分配の取決めが当然違法とされた事例）²⁵⁷と本件 RSP とは重要な点で異なるため、当然違法は相応しくないとした。

その違いとして第一に、RSP による利益の分配は、労働紛争とその後の 2 週間の期間においてのみ生じており、RSP は、その狙いにより、期間が限定的かつ不定期である。Citizen Publishing 事件では、50 年間継続が予定され、当事者の相互の同意がない限り解約されないこととされていた。この点の違いは、RSP が「予測可能で有害な反競争効果」を伴う、当然に不当な取引制限であるかどうかに関わる。「RSP は、不定期だが一時的な期間のものであるから、小売店は労働紛争期間中に競争する誘因を保持していた。・・・RSP の期間が分からないこと、本件協定がストライキによって引き起こされたという性格、本件協定はいつでも終結し得るという事実は、小売店がその顧客ベースを維持し、増加させることに継続的な利益をもっていたことを示唆する²⁵⁸。」。

第二に、RSP は、当該地域において活動する全ての小売店を含んではいなかったという点で Citizen Publishing 事件における利益分配協定とは異なっていた。RSP の当事者の合計シェアは、ロスアンジェルス・ロングビーチ大都市地域の小売店市場で 54.4%から 65.1%の間、サンディエゴ大都市地域の市場では 67.1%から 76.0%の間であった。ライバルとして、ステイター・ブラザーズ、トレイダー・ジョーズ、コスコ、ホール・フーズが存在した。これら競争者の存在を前提とすれば、RSP の当事者である小売店は、ストライキ期間中の顧客流出を防ぐために値引きや製品の宣伝を継続ないし増大させ、可能ならば新たな顧客を獲得し、ストライキ後の収益性と市場占拠率を最大化するインセンティブを保持した蓋然性が高い²⁵⁹。

また、第 9 巡回区控訴裁判所は、RSP が各当事者の市場占拠率に応じた南カリフォルニア市場の分割だとする主張に対しても、RSP は、特定の顧客や地域を割り当てるものでなかったとして、これを退けた²⁶⁰。

さらに、第 9 巡回区控訴裁判所は、クイック・ルック分析に基づく非難の妥当性についても、当然違法の扱いが本件で正しくないのと同じ理由で、クイック・ルック分析も本件では不適切であるとした。「RSP の諸側面（その限定された不定期の期間、市場における他の競争企業の存在）は、本件協定が正味で競争促進効果を有するか、あるいは競争に全く影響を及ぼしそうにないと考えられそうであることを示唆している。²⁶¹」。これとは反対に、RSP が、ホイップソー・ストライキの間における参加小

²⁵⁷ Citizen Publishing Co. v. United States, 394 U.S. 131 (1969).

²⁵⁸ 以上、引用部分も含めて、id. at 1135 を参照。

²⁵⁹ 以上につき、id. at 1136 を参照。

²⁶⁰ 以上につき、id. at 1137 を参照。

²⁶¹ 以上、引用部分も含め、id. at 1137-1138 を参照。

売店の販売喪失の金銭的リスクを減じるという理由で、不可逆的に反競争的と主張できるだろうかという問いに対しては、そのような主張は失当と結論付けた。利益分配は、ストライキによる金銭的損害からのある程度のクッションを提供するが、RSPを締結した小売店が価格をめぐる競争を減じるよう動機付けられることは決して自明ではなく、ストライキ中に競争者に販売を奪われる直近の金銭的リスクは利益分配によって減じられるが、合理的な競争者が活発に競争し続けると予想されるほどにリスクはなお残っている。したがって、価格設定への現実の反競争効果の証拠がない限り、RSPのクッション効果の論証だけでは当然違法ないしクイック・ルックによる分析を適用するのに十分でないとした²⁶²。

(フィッシャー (Fisher) 判事の賛成意見) 本件利益分配協定が競争のインセンティブを減じないとする点には強い疑問を表明する。ただし、本件の(裁判所にとっての)新規な状況に照らして、簡略化された分析を適用することには反対する²⁶³。

(コズィンスキー (Kozinski) 判事の反対意見) 反トラスト法違反がなかったという結論であれば、適用除外について審理するのは連邦憲法 3 条の管轄権を超えるものである²⁶⁴。

また、多数意見は適用除外について正しく判断しておらず、Brown 事件判決で示された諸要素は、むしろ RSP が適用除外されることを支持するものである。第一に、RSP は、労働組合の分断戦略に対抗する目的のみに沿うよう慎重に設計されていて、団体交渉の過程と密接に関連している。第二に、Brown 事件判決が示した適用除外のための要素としての、「労働の法と政策の問題として反論し難いもの」という要素は、本件で適用除外を支持する方向に作用する。交渉グループをかく乱する組合の努力にもかかわらず結集力を維持することを狙った利益分配規定は、受け入れられる労働慣行の範疇にあてはまっている。組合がストライキを行う労働者に便益を支払う場合、彼らの団体行動は規定によって保護される。団体交渉の過程を保護するためには、使用者もまた、反トラスト法上の責任を恐れることなく損失を分け合うことを許されなければならない。第三に、RSP は、団体交渉の帰結に直接の利害をもつ当事者のみに関わっていた。フード 4 レスは、団体交渉単位に含まれていなかったが、労働問題に関して他の 3 社と歩調を合わせることに強い利害関係を有していた。第四に、問題の行為が団体で交渉される主題に関わっていることという要素は、本件では当てはまらないが、交渉手続上の戦術は適用除外の目的の核心、すなわち、団体交渉過程を機能させるのに必要な使用者の行動を反トラスト法上の審査から免除することに関わる。第五に、問題の行為が団体交渉の間とその直後に起きたことについては争

²⁶² 以上につき、id. at 1138-1139 を参照。

²⁶³ 以上につき、id. at 1139-1140 を参照。

²⁶⁴ 以上につき、id. at 1140 を参照。

いがない²⁶⁵。

以上から、本件では適用除外が成立しそうであり、この点で多数意見は誤っていた可能性があるが、反トラスト法違反がないとした以上、この部分の多数意見は傍論と位置付けられるので、この誤りを是正する機会がないことになる²⁶⁶。

(ラインハルト (Reinhardt) 判事の反対意見) 本件利益分配協定における不定期の期間及びその当事者が市場を全面的に支配するに至っていないことは、反トラスト法に内在的に違反する協定の分析にとって重要ではない²⁶⁷。本件では、「当然違法プラス、あるいはクイック・ルック・マイナス分析」、つまり、純粋の当然違法と純粋のクイック・ルックの間のどこかに位置付けられる分析を適用して違法と判断する²⁶⁸。

RSP が過去に当然違法とされた利益分配協定とは異なるとする小売店側の主張のうち、過去のシェアを上回った収入分の 15%のみが分配されること、つまり、分配額が僅少であることについては、15%は、過去の分のシェアを上回った分の売上の結果として得られる利益を示すものと当事者にみなされているところ、全ての追加的な利益を分配する計画があることが反トラスト法上重要であり、それで十分であるから、この点の主張には理由がない²⁶⁹。しかし、RSP の有効期間が限定的であること、RSP の当事者以外に競争者が存在したことについては、厳格な当然違法のアプローチが本件では不適切であるとの疑問を抱かせるものである。いずれの特徴も、過去に裁判所が取り組んだ利益分配協定にはなかった特徴だからである²⁷⁰。

本件では、混合アプローチと呼ばれる、次のようなアプローチを適用することが適切である。すなわち、本件のような事案では、反競争効果の蓋然性の決定のため、裁判所は、利益分配協定についての司法の経験の歴史に眼を向け、基本的な経済学の諸原則を問題となっている特定の協定の意味と効果に適用し、当該協定の状況、詳細、論理を注意深く分析すべきである。次に、反競争効果を克服するに足るものと主張される競争促進効果を考察する必要がある。このような審査と分析の後に、当該協定の主たる傾向が競争を制限するものであることについて裁判所が「確信の持てる結論」に達することができるかどうかの問題である。「確信の持てる結論」は常に正しいとは限らないが、訴訟経済の観点からの基準である。本件では、被告の利益分配協定が大きな反競争効果の蓋然性をもたらし、その効果は、被告によって主張される競争促進効果の可能性によって克服ないし中和させられないことについて確信を持つこと

²⁶⁵ 以上につき、id. at 1140-1143 を参照。

²⁶⁶ 以上につき、id. at 1143-1144 を参照。

²⁶⁷ 以上につき、id. at 1145 を参照。

²⁶⁸ 以上につき、id. at 1148 を参照。

²⁶⁹ 以上につき、id. at 1148-1149 を参照。

²⁷⁰ 以上につき、id. at 1149-1150 を参照。

ができる²⁷¹。

被告が主張する、当然違法とされてきた利益分配協定と本件の利益分配協定との違いは、反競争効果についての結論を左右するものではなく、本件において競争圧力削減が（当然違法とされた利益分配協定と比べて）小さいことは程度の問題に過ぎず、利益分配協定の反競争効果がなくなる可能性はまったくない。

まず、期間が限定されていることについて、将来の利益を確保するためにストライキ期間中でも顧客をつなぎとめておく必要があるから競争のインセンティブは減少しないとの被告の主張に対しては、その将来の販売がいつ生じて利益を生むのか分からないから、そのような将来のインセンティブは憶測にすぎず、大いに割り引いて評価されなければならない。将来の顧客の購入を求めて競争するインセンティブが残っていたとしても、本件協定が現在の購入を求めて競争するインセンティブを減少させる分がそれをかなり上回る。被告に有利な見方をとるとしても、本件協定から生じる反競争効果は、当然違法とされるものに比べれば減少するかもしれないが、排除されることは確実でない²⁷²。

利益分配協定に参加していない小売店からの競争圧力の指摘についても、かなりありそうにない。被告の合計シェアは価格その他の帰結に相当に影響を及ぼすに足るものであること、被告の店舗立地の数の多さと種類の豊富さは他の追随を許さないものであること、ブランド認知度、施設の限定、供給者やスタッフとの契約の面で他の競争者と被告とで差があること、他の競争者はそれぞれ独立して経営しており、まとまった形で被告に対して競争の圧力を行使する傾向も力もないことが、その理由である²⁷³。以上から、他の剥き出しの制限と同様の反競争効果が認められる。

ストライキの脅威、あるいはストライキそのものが、これを否定する特別の状況たり得るかについては、被告の協定が労働争議とその後の短期間の間だけ利益分配を認めているという事実は、その内在的に反競争的な性格を変更するものではない。ストライキは需要を減らし、労働力を削減させ、財政上差し迫った状況をもたらし、それが被告の競争行動に影響するかもしれないが、それは利益分配協定の存在とは独立して起こるものである。利益分配協定は、このような状態に追加する形で、それが無い場合に比べて被告の競争を減じる²⁷⁴。

協定が反競争的であることを示す経験的証拠がないとの被告の主張については、判例上、当然違法においてもクイック・ルックにおいても、協定が及ぼし得る効果の反競争的性格が顕著である場合には原告が反競争効果を示す経験的証拠を提出する必要はないとされていることから、混合アプローチの下でもそれは不要である。また、

²⁷¹ 以上につき、id. at 1150-1152 を参照。

²⁷² 以上につき、id. at 1153-1154 を参照。

²⁷³ 以上につき、id. at 1154-1155 を参照。

²⁷⁴ 以上につき、id. at 1156-1157 を参照。

本件の制限の反競争的性格を前提とすると、我々の前にある経験的証拠は原告の主張を支持するか、少なくともその結論に大きな影響を及ぼすものではない²⁷⁵。

被告が主張する正当化事由は、以下のようなものであった。すなわち、本件協定は労働争議に勝ち、賃金や福利厚生を減らす可能性を高め、そのことは、小売店が価格を引き下げ、他の会社とより効果的に競争する力を増大させる。これに対しては、まず、被告による労働者に対する交渉力の行使と消費者の購入価格の引き下げとを結びつける被告の議論は、いくつもの条件の連鎖に依拠しており、このような議論から導かれる協定の競争促進的便益は単に憶測に基づくものである。また、被告が主張する交渉力の増大とは、買手側のカルテルに類似するもので、これに対しては、売手側のカルテルと同様に反トラスト法の規制が及ぶものとされている。いずれにしても、被告の主張は、働く人々の権利と利益を保護するという我が国における労働の法と政策に照らして説得力に乏しい²⁷⁶。

ウ 分析

本件は、労働組合の戦術に対抗するための使用者側の協定が反トラスト法の適用を除外されるかどうかが問われた珍しい事例である。後述の(6)の事例と同様に、被告側が主張する正当化事由の内容が他の法分野において確立された価値に関わるため、反トラスト法からの適用除外が争点となった事例として位置付けることができる。ただし、本件で争点となった「労働の法と政策」に基づく適用除外の法理の内容は、必ずしも十分に確立されたとは言えないようである。第9巡回区控訴裁判所の多数意見は、本件の利益分配協定は労使交渉の核心的内容、すなわち労働条件に直接関連するとはいえないとして適用除外を否定した。しかし、コズィンスキー判事の少数反対意見は、労使間の団体交渉の過程を保障することをもって「労働の法と政策」と捉え、この要請に応えるためには、組合側に使用者分断戦術の余地を認めると同時に、使用者側にも組合側の分断戦術に対抗する余地を認めなければならないとして、反トラスト法の適用除外を認めた。この2つの意見の相違は、反トラスト法が譲歩すべき「労働の法と政策」の内容そのものについての意見の相違の反映であることが分かる。筆者としては、ラインハルト判事がいうように、「労働の法と政策」は、使用者との交渉において劣位に立つ労働者を保護することに核心があると考えられるべきであって、使用者が組合側の戦術に対抗するに際して、他の分野における法と政策に反するような行動の余地を使用者側に認めなければならない必然性はないと思われる。

本件はまた、反競争効果の僅少性を根拠として反トラスト法違反を否定した点でも珍しい事例である。しかし、この点についての本判決の議論には疑問がない訳ではない。確かに、本件は、利益分配協定が当然違法と判示された Citizen Publishing

²⁷⁵ 以上につき、id. at 1157-1159 を参照。

²⁷⁶ 以上につき、id. at 1160-1162 を参照。

事件と事実関係において異なる点が多い。しかし、ラインハルト判事の少数反対意見が述べるように、Citizen Publishing 事件における利益分配協定と本件におけるそれとの違いは程度の問題に過ぎず、本件利益分配協定の反競争的性格自体は否定できないと思われる。本判決が反競争効果の僅少性を示すものとして重視した諸要素のうち、利益分配協定に服さない他の小売業者の存在については、本件被告の合計シェアの大きさに照らして説得力は感じられない。本件利益分配協定の有効期間が短期間かつ不定期であったことについては、確かに「当然違法の原則」の適用を否定する根拠にはなるかもしれない。しかし、少なくとも、利益分配協定の反競争的性格に照らして、その実際の反競争効果について「合理の原則」の下で詳細な審理が必要ではなかったかと思われる²⁷⁷。本判決の射程について今後の判決例の動向が注目されるところである。

なお、ラインハルト判事が言及した「当然違法プラス、あるいはクイック・ルック・マイナス分析」については、それがこれまでの「クイック・ルック」や「簡略化された合理の原則」とどのように異なるのか、はっきりとは分からない。これまで見てきた判決例は、既に「合理の原則」の簡略化の多様なパターンを示している。その中には、「当然違法の原則」が適用されてきた行為類型に属すると捉えられるにもかかわらず「クイック・ルック」が適用された事例もあった。もはや、判断枠組みを細かく分類することにあまり意味があるとは思われない。

(6) North Carolina State Board of Dental Examiners 事件²⁷⁸

ア 事実

ノースカロライナ州歯科検査官ボード（以下「ボード」）は、州の機関で、歯科営業が「公衆の健康、安全、福祉」に関わるために創設された。ボードの8人のメンバーの構成は、6人が登録歯科医、1人が登録歯科衛生士、1人が消費者となっている。6人の歯科医は歯科医の中から、1人の歯科衛生士は歯科衛生士の中から選出され、同数票の候補者がある場合には、再投票の前に候補者はボードが扱う論点についての自分の立場を述べることを許される。消費者メンバーは知事が任命する。ボードはノースカロライナにおける歯科医と歯科衛生士によって支払われる手数料によってファンドされる。消費者以外のボードメンバーは、在職中に実際に歯科営業を維持することを求められ、本件の関連期間において何人かのボードメンバーは、本件で問題となった歯の漂白サービスを提供していた。

ノースカロライナ州の歯科営業法によれば、個人がボードからのライセンスなく

²⁷⁷ 本判決に対する批判的な検討として、Andrew I. Gavil, *Moving beyond Caricature and Characterization: The Modern Rule of Reason in Practice*, 85 S. Cal. L. Rev. 733, 770-781 (2011-2012) を参照。

²⁷⁸ North Carolina State Board of Dental Examiners v. Federal Trade Commission, 717 F. 3d 359 (4th Cir. 2013).

同州で歯科を営むことは違法である。また、人の歯から汚れ、付着物、沈殿物を取り除くことは、歯科営業とみなされる。ボードは、i) 歯科営業のライセンス発給拒否、ii) ライセンス更新の拒絶、iii) ライセンスの撤回ないし停止、iv) ボードが適切と考える、ライセンシーに対する他の規律措置の権限を持ち、無許可営業の疑いがあるときはその差止を求める訴訟をノースカロライナ州最高裁に提起するか、検察に告発できる。なお、同様の権限は、州司法長官、検察、住民にも認められており、ボードに固有のものではない。さらに、ボードは、無許可の個人、その他の非歯科医に対して、歯科営業法違反をやめるよう規律する権限をもたない。

本件はノースカロライナ州における歯の漂白サービスに関わる。歯の漂白は、美容目的の歯科施術で、歯科医内での治療、歯科医によって提供される持ち帰り用キット、店頭製品、サロン、モール・キオスク、その他の場所で非歯科医によって提供されるサービスといった諸形態がある。どの形態のサービスも、ジェルないし紙片によって過酸化水素を歯にあて、化学反応を起こしてより白い歯にする点で共通するが、各サービスは、結果の迅速性、利用の簡便さ、繰り返し使用の必要性、技術サポートの必要性、料金水準において異なる。歯科医内での治療は迅速かつ実効的で、通常繰り返しの処方が必要でないが、最も費用がかさむ。他方、店頭での漂白製品は、典型的には過酸化水素の濃度がより低く、結果を得るためには多数の利用が必要だが、はるかに費用が低い。

1990年代初頭にはノースカロライナ州で歯科医が歯の漂白サービスの提供を開始し、2003年頃には非歯科医も、歯科医よりもはるかに低い料金でサービス提供を開始した。その直後に、歯科医がボードに対して非歯科医のサービス提供について不服を訴え始めた。歯科医からの不服を受理した後、ボードは、非歯科医による歯の漂白サービスについて調査を開始した。歯科医のメンバーが事件担当官 (case officer) となって調査を統括し、ボードの副業務担当役 (Deputy Operations Officer)、審査官 (Investigator)、ボードの法的代理人からなる調査パネルを指揮した。消費者メンバーも歯科衛生士メンバーも、これに参加を認められてはいたが、調査には参加しなかった。ボードは、会合で不服の増加について討議し、開業歯科医に対して非歯科医のサービス提供者をなくすよう試みている旨を示唆した。調査の結果、ボードは、29の非歯科医による歯の漂白サービス提供者に対して、少なくとも47の営業停止を求める書簡 (cease-and-desist letters) を発した。これにより、非歯科医はサービスを停止し、歯の漂白製品の製造者と販売者はノースカロライナから撤退するか、参入を延期した。ボードは、モールの運営者に対しても書簡を送って、モール内で非歯科医による漂白サービスのためにキオスクのスペースを貸さないよう求めた。さらに、ノースカロライナの美容法ボードと接触して、そのメンバーとライセンシーに対して歯の漂白サービスの提供をやめるよう知らせることを求めた。「要するに、ボー

ドは、首尾よく、非歯科医をノースカロライナの歯の漂白市場から排除した。²⁷⁹」。

2010年6月17日にFTCがボードを提訴した。管轄権の欠如及び州行為の理論を根拠に棄却を求めるボードのモーションをALJは却下し、FTCもこれを支持した。これに対して、ボードは、同じ根拠でFTCによる手続を停止する宣言的判決を求める訴訟を提起した。ノースカロライナ北部地区連邦地裁はこれを棄却した。ALJによる本案審理の後、FTCはその認定を支持して停止命令を発動した。ボードはこれに対し控訴した。

イ 判旨

第4巡回区控訴裁判所は、まず、「州行為の理論 (state action doctrine)」による反トラスト法の適用除外の主張について分析する前提として、いわゆる Parker 事件判決²⁸⁰の理論が適用される3つの状況－ i) 州自身の行為、 ii) 私人が、州の政策として「明確に述べられ、肯定的に表明された (clearly articulated and affirmatively expressed)」ところに従って行動し、その行動が「州自身によって積極的に監督されて (actively supervised by the State itself)」いる場合、 iii) 競争を規制し、あるいは独占による公共サービスに置き換える州の政策に従って行動する地方公共団体及び「州に準じる政府機関 (substate governmental entities)」による場合－を確認し、 iii) の場合には、適用除外のために「州自身によって積極的に監督」の要件を示す必要がないことを確認した²⁸¹。

ボードは、自らが州に準じる機関として前記の iii) に該当するため、「州自身によって積極的に監督」を示すことなく反トラスト法の適用を除外されると主張したが、これに対して、第4巡回区控訴裁判所は、決定権をもつメンバーの集団が、規制される市場への参加者からなり、同じ市場の参加者から選出され、彼らに説明責任を負うような州機関については、「州自身によって積極的に監督」の要件が必要とのFTCの意見を支持した。Parker 事件判決による適用除外は、市場参加者から選出されたメンバーから構成される州機関が、そのメンバーの利益のために反競争的行動を促進することを許すものではないことが根拠で、本件のボードはこの意味で「私」人であり、「州自身によって積極的に監督」の要件の証明が適用除外のために必要であるとされた²⁸²。

本件でボードは「州自身によって積極的に監督」の要件を満たしているとの主張については、第4巡回区控訴裁判所は、この点についてのリーディング・ケースである

²⁷⁹ Id. at 365.

²⁸⁰ Parker v. Brown, 317 U.S. 341 (1943).

²⁸¹ 以上につき、717 F. 3d 359, 366-367 を参照。

²⁸² 以上につき、id. at 368-370 を参照。

Midcal 事件²⁸³と比べても、本件では「監督」の程度がはるかに小さいこと、営業停止を求める書簡 (cease-and-desist letters) の送付には州の監視がなく、求められる裁判所の授権もなかったこと、一般的な監視ではこの要件は満たされないことから、これを退けた²⁸⁴。かくして、州行為理論による適用除外は否定された。

反トラスト実体法の要件のうち、企業内共謀理論の適用により共同行為が存在しなかったとのボードの主張に対しては、第 4 巡回区控訴裁判所は、前掲 American Needle 事件判決の理論を適用して、ボードのメンバーは現実ないし潜在的競争者にあたり、問題の行為についても歯科医のボードメンバーによる相当程度の支配があったことから、シャーマン法 1 条にいう共謀を行うことができるとの FTC の主張を支持した²⁸⁵。

共同行為の存在については、第 4 巡回区控訴裁判所は、独立した行動以上の何か、すなわち、目的の一致、共通の意図と理解、あるいは、意思の連絡 (meeting of minds) が必要との一般論を確認した後、本件では、複数の機会にボードは非歯科医による歯の漂白サービスについて議論しており、これを制限する行動のために投票していること、メンバーが、営業停止を求める書簡 (cease-and-desist letters) その他の方法により非歯科医による歯の漂白を妨げる一貫した行動に従事したことを指摘し、共同行為を指し示すのはこの「一貫性」と「頻度」であったとして、共同行為の存在を認定した FTC を支持した²⁸⁶。

制限の不当性については、FTC は、クイック・ルックのアプローチを適用して、問題の行為は、その核心において、より低価格で人気のある競争者の集団を排除する共同行為であるから「内在的に疑わしい」と結論付けたが、第 4 巡回区控訴裁判所もこれを支持した。連邦最高裁は、集団ボイコットのようない行為もクイック・ルックのアプローチになじむことを明らかにしており、低費用の歯の漂白の提供者を市場から駆逐することが当該サービスについての消費者向け料金を引き上げる傾向をもつことは理解するのに難しいことではないとした²⁸⁷。

ボードは、州法に従っていること、公共の保護の関心に動機付けられていることを正当化事由として考慮すべきだと主張した。これに対して FTC は、当該主張を支持する事実はなく、ボードは、リスクを実証する臨床的ないし経験上の証拠なしに歯の漂白の理論的なリスクを示すにすぎず、FDA によって安全とみなされ、過去 20 年間に百万回以上利用された製品について、わずか 4 件の逸話的な消費者被害を指し示す

²⁸³ California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal Aluminum, Inc., 445 U.S. 97 (1980).

²⁸⁴ 以上につき、717 F. 3d 359, 370 を参照。

²⁸⁵ 以上につき、id. at 371-372 を参照。

²⁸⁶ 以上につき、id. at 373 を参照。

²⁸⁷ 以上につき、id. at 373-374 を参照。

にすぎないとして批判した。第 4 巡回区控訴裁判所も FTC の結論は実質的証拠によって支持されるとした²⁸⁸。

(キーナン (Keenan) 判事の賛成意見) 本件で州行為理論の適用が退けられたのは、ボードメンバーが市場の参加者によって選出されていたことが決め手であったことを強調した。さらに、ボードの関心は、非歯科医のサービスによる消費者被害の防止にあったが、その役割は州自身が担う権限をもっており、それを必要と判断するのであれば、私人を通じてではなく州自身が行動しなければならないとして、競争の犠牲の上に歯科事業を規制しようとするボードの行為は、いずれにせよ反トラスト法違反の責任を免れないとする²⁸⁹。

ウ 分析

米国においても、特定の専門職の代表からなる組織が、政府の一機関として当該専門職における事業活動を規制する権限を委ねられる場合がある。これは、専門性が高い職業については「餅は餅屋」の論理が通りやすいからであるが、その反面として、既得権益の保護を目的とした競争制限のために規制権限が濫用される危険性がつきまとう²⁹⁰。他方、専門職の活動は、何らかの意味で経済的合理性の追求を超えた「公益」に関わることが多いから、専門職の代表からなる政府機関の規制もまた、そのような意味での「公益」の保護を名目として行われることが多い。このような状況の下では、いわゆる社会公共目的のカルテルの問題は、当該政府機関に対する反トラスト法の適用除外の是非という論点を巡って争われることになる。

米国では、主権を体現する州政府の活動には反トラスト法は適用されないとする法理が確立されているが、州政府による規制と一口に言っても、州議会による法律の制定もあれば、専門職団体への権限移譲による場合もある。その態様の違いに応じて、専門職が州政府の意図から離れて自主的な調整を通じた競争制限をもたらす危険の大きさも異なってくる。そこで、この点に関する米国判例法は、本判決でも触れられているように、i) 州自身の行為、ii) 私人が、州の政策として「明確に述べられ、肯定的に表明された」ところに従って行動し、その行動が「州自身によって積極的に監督されて」いる場合、iii) 競争を規制し、あるいは独占による公共サービスに置き換える州の政策に従って行動する地方公共団体及び「州に準じる政府機関」による場合、に分類しているのである。

本件のボードは、州法の上では政府機関として位置付けられているので、iii) にあ

²⁸⁸ 以上につき、id. at 374 の脚注 12 を参照。

²⁸⁹ 以上につき、id. at 376-377 を参照。

²⁹⁰ 米国におけるその実態について詳しくは、Aaron Edlin & Rebecca Haw, *Cartels by another Name: Should Licensed Occupations Face Antitrust Scrutiny?*, 162 U. Pa. L. Rev. 1093 (2013-2014) を参照。

たるかどうかが問題であった。ボードがiii)に該当するとなれば、州の政策として「明確に述べられ、肯定的に表明された」ところに従って行動しさえすれば反トラスト法の適用は除外され、その行動が「州自身によって積極的に監督されて」いる必要はないことになる²⁹¹。実は、専門職の代表からなる政府機関の位置付けについては、本件以前には確立された先例はないに等しい状況であった²⁹²。本判決は、ボードがiii)に当たることを否定し、反トラスト法の適用が除外されるためには、その行動が「州自身によって積極的に監督されて」いる必要があることを明らかにした。この問題に関する本判決の立場は、2015年2月25日の連邦最高裁判決によっても支持された。この最高裁判決については、第3章第3節の1(109頁以下)の井畑准教授の担当箇所を参照されたい。

なお、第4巡回区控訴裁判所の賛成意見は、本件のボードがiii)に該当しないのは、ボードのメンバーが、ボードによって規制される当の専門職によって選ばれたからであって、当該専門職の中から州知事自身がボードのメンバーを任命していればiii)に該当したであろうことを示唆している。しかし、ここでの問題は、政府機関を装ったカルテルに対する監視を強めることである。この観点からすると、誰がボードのメンバーを任命するかによって州自身による積極的な監視要件の必要性が左右されるのは疑問である。前掲の連邦最高裁判決も、州知事がボードのメンバーを任命したかどうかを問題にはしていないと思われる。

反トラスト実体法の面でいえば、本判決も、FTCが「クイック・ルック」の分析を適用した事例と位置付けられる。本件で問題となった行為は、一種のボイコットであるが、ボイコットの標的とされた事業者のサービスないし商品は、いずれも歯科医によるサービスよりも大幅に廉価であった。そのことから、ボイコットが料金の水準に及ぼす影響は明白だと考えられたと思われる。その意味で、本件は、料金カルテルそのものと実質的に同視し得るような事例であったといえる。

第4節 米国判例法の分析

1 「合理の原則」、「当然違法の原則」、「簡略化された合理の原則(クイック・ルック)」との関係について

これまでの判決例の検討から、シャーマン法1条における取引制限の不当性の判断枠組みとしての、「合理の原則」、「当然違法の原則」、「簡略化された合理の原則(クイック・ルック)」の間で、断絶よりは連続性を強調する傾向が強まっていることが分かる。もはや、「簡略化された合理の原則」と「クイック・ルック」との違いを強調することに大き

²⁹¹ この点のリーディング・ケースは、Town of Hallie v. City of Eau Claire, 471 U.S. 34 (1985)である。

²⁹² この点については、Aaron Edlin & Rebecca Haw, supra note 201, at 1124-1126を参照。

な意味は感じられない。Safeway 事件の少数意見にあるような、「当然違法プラス」とか「クイック・ルック・マイナス分析」といった新たなカテゴリーを主張するのは、もはや趣味の問題にすぎないといえる。実際には、事案の特性と当事者の主張内容に応じて審理における焦点の絞り方は様々である。審理における焦点は単純に行為の外見的特徴のみから決められるものではないので、「当然違法の原則」の対象とされる一部のハードコアカルテルを除き、行為の外見的特徴に照らして過去の事例を分類し、類型化することには限界があるといわざるを得ない。

そもそも、取引制限の不当性判断における判断枠組みの選択は、不当性を正確に判断するために情報を収集し分析すること自体に多くの時間と費用がかかることを前提として、より少ない費用でより大きな抑止効果を上げるために、訴訟の両当事者の間で主張及び証拠提出の責任をどのように分配すればよいのかという問題に関わっていた。「合理の原則」の簡略化の在り方も、主張及び証拠提出責任の分配の在り方の問題として把握する必要がある。

いずれにせよ、現時点での判決例の状況を前提とすると、事案の積み重ねに乏しい新たな種類の行為の場合には、事案ごとに立証の焦点がどこにあるかを事実審裁判所が判断しなければならないことになる。これが、Actavis 事件判決がいう「合理の原則」の「構造化」の意味である。しかし、リバース・ペイメントの事案がまさにそうであるように、どのような「構造化」が望ましいかについての判断自体が、議論の余地があり難しい場合がある。他方で、全面展開される「合理の原則」の下では、原告が勝訴する確率はゼロに近い²⁹³から、「構造化」の在り方が事案の帰趨を左右する重要問題となってしまう。

このような状況を念頭に置いて、裁判所による判断枠組みの選択や「合理の原則」の内容を批判する見解もみられる。いずれの見解も、現状における予見可能性及び透明性の欠如、そのことに伴う恣意的な法運用の可能性、「法の支配」からの逸脱を指摘した上で、シャーマン法 1 条違反となり得る行為のカテゴリーによる分類の必要性を主張する。以下、これまで紹介した判決例を整理する意味も込めて、これらの提案を紹介してみよう。

2 判断枠組みの現状への批判と再編に関する諸提案

(1) シュトゥッケの提案²⁹⁴

まず、モーリス・E・シュトゥッケ (Maurice E. Stucke) は、現状の「合理の原則」

²⁹³ 全面展開される「合理の原則」の下で原告が勝訴する例は極めて稀であることについては、若干データが古いですが、以下の文献を参照されたい。Michel A. Carrier, The Rule of Reason: An Empirical Update for the 21st Century, 16 Geo. Mason L. Rev. 827 (2008-2009). これによれば、1999年2月2日から2009年5月5日までに確定判決が出された反トラスト法訴訟738件のうち、222件が「合理の原則」の下で審理されたもので1件を除いて全て被告勝訴だった。唯一の原告勝訴例は、United States v. Visa U.S.A., Inc., 344 F.2d 229 (2d Cir. 2003) とされる。

²⁹⁴ Maurice E. Stucke, Does the Rule of Reason Violate the Rule of Law?, 42 U.C. Davis L. Rev. 1375 (2008-2009).

には、「法の支配」に照らして次のような難点があるとする。すなわち、企業にとっては、反トラスト当局が特定の状況でいかにして強制力を行使するのか確実に予見することができず、それゆえ、実効的に事業計画を立てられない。「合理の原則」は先例の積み重ねによる試行錯誤とルール具体化を想定しているが、問題ある先例を最高裁が見直す機会がそれほどあるわけではない法システムに「合理の原則」はうまく適応していない。シャーマン法の目標を制定当初のそれから実質的に変更することにより、最高裁は、「合理の原則」の基準の下での正確性、客観性、予見可能性を更に減じている。競争政策上のトレード・オフの設定（総厚生か消費者厚生か、ブランド間競争かブランド内競争か、ブランド内の価格競争か有形・無形のサービスへの投資競争か、等を論じている。彼によれば、これらのトレード・オフについて判断できるのは議会であって裁判所ではないとされる。）において、最高裁は、その「合理の原則」の基準の下での正確性、客観性、予見可能性を更に減じている。「合理の原則」は将来を見渡せるものでなく、接近可能でも、明確でもないので、行政府がその権限を恣意的に行使することを抑制できない。同じ理由で、「合理の原則」はレント・シーキングを抑制できず、司法府がその権限を恣意的に行使することを妨げることができない。最後に、「合理の原則」は、裁判所が反トラスト法を迅速かつ大きな支出を伴わずに執行することを妨げる²⁹⁵。

シュトゥッケは、これらの難点のために、反トラスト法の執行数の低下、消費者及び小規模な競争者に対する保護の喪失、望ましくない市場行動とその帰結、反トラスト当局間のグローバルな基準の収斂の妨げ、残存する「当然違法の原則」の弱体化がもたらされたと指摘する²⁹⁶。しかし、他方で、反トラスト法の執行において「法の支配」の諸原則に厳格に従うことには限界があること（新たな事態に対して原理に即した柔軟な対応の必要性、複雑な現実において多様な準則の束で対処することの不適切さと非現実性）も指摘した上で、より多くの当然違法類型の創出は必ずしも解決につながらず、新たな類型の制限について柔軟性を維持しつつ通常の事件における予見可能性を向上させるため、準則と一般原則との組み合わせが必要だと主張する²⁹⁷。

具体的には、よりよい「合理の原則」のために、大別して次の3点を提言している。

i) シャーマン法の根底にあった立法政策への回帰

ii) シャーマン法の諸原則に適合したより理解可能な基準の創出；この点については、まず、シャーマン法の目的を促進するような差異化された基準（中間的な基準）を追求し、例外的な事件について「合理の原則」と「当然違法の原則」を留保すべきとしつつ、彼の言う「中間的な基準」について次の諸点を留意すべきだとする。すなわち、問題の行為が反競争的であると同時にそれ自体が独立して悪質である場合（欺罔行為など）に

²⁹⁵ 以上につき、id. at 1421-1465 を参照。

²⁹⁶ 以上につき、id. at 1466-1473 を参照。

²⁹⁷ 以上につき、id. at 1473-1480 を参照。

は、競争促進効果との比較衡量は不必要と考えるべきである。また、ある制限についての反競争効果の推定は、それが正味で反競争的帰結をもたらす比率によって決せられるべきである。さらに、反競争効果の推定は、個々の事業活動のカテゴリーについて競争促進効果に達するために合理的に必要なことの十分な証拠によって覆すことができる应考虑すべきである。

また、全面展開される「合理の原則」の適用に際しては次の諸点に留意すべきだとする。すなわち、その適用は裁判所がほとんど経験を有しない事案に限定されるべきである。新規の事案についても、市場画定のような論争的な論点を極力回避し、現実の反競争効果に着目すべきである。現実の反競争効果への着目は、裁判所による比較衡量の必要性を最小限化し、トレード・オフの必要性を排除する上でも有効であるとされる。

iii) 市場の作用についてのよりよい理解のための経験分析の導入；これは、ある行為類型について設けられた基準が実際にどのような帰結をもたらしたかの検証に基づいて基準の在り方を見直すべきであるという趣旨である²⁹⁸。

(2) マーカム J r. の提案²⁹⁹

次に、ジェシー・W・マーカム J r. (Jesse W. Markam, Jr.) は、予見可能性・透明性を高めるため、違反行為のカテゴリーを区分するアプローチの復活を説く。その際、以下の4つのカテゴリーを識別すべきとする。

i) 当然違法のカテゴリー（反競争効果の反証不可能な推定）；価格、産出量、革新、市場アクセスへの、水平的なあからさまな制限が対象となる。このカテゴリーの下では、市場の文脈や効果の調査を必要とせず、確定的に違法と推定される。被告は、当然に禁止されるべき行為のいずれかに自らの行為が分類されるという行為の性格付けを、整然とした、予見可能な仕方で行うことができる（当該制限が、他のより制限的でない代替策によっては達成できないような仕方でも消費者に便益をもたらすことの表明により）。この点で十分な証明があれば、次の「内在的に疑わしい」カテゴリーに移行する。

ii) 内在的に疑わしいカテゴリー（違法性の反証可能な推定）；ジョイント・ベンチャー、リーグ・スポーツ、専門職の文脈での当然違法行為に類似した協定が対象となる。このカテゴリーの下では、協定は反競争的であると推定されるが、被告は、正味で競争促進効果があることを示すために十分かつ見せかけのものでない (non-pretextual) 正当化事由を提示することにより反証が可能である。他方、市場画定、市場支配力、反競争効果は、このカテゴリーでは審理の対象とならない。

²⁹⁸ 以上につき、id. at 1480-1489 を参照。

²⁹⁹ Jesse W. Markam, Jr., *Sailing a Sea of Doubt: A Critique of the Rule of Reason in U.S. Antitrust Law*, 17 *Fordham J. Corp. & Fin. L.* 591 (2012).

iii) 合法と推定されるカテゴリー（合法性についての反証可能な推定）；標準の設定，特許ライセンス，共同研究開発等，市場に悪影響を及ぼさないか，あるいは，競争が存在するのに不可欠な共同活動が対象となる。合法と推定されるため，協定が反競争的であることを確立する責任は原告に存する。反競争効果の証明は，市場支配力（及び関連市場の画定）の証明か，あるいは，反競争効果の直接の証明かの，いずれかによって確立され得ることを裁判所は明示すべきであるとされる。

iv) 当然に合法のカテゴリー（合法性についての反証不可能な推定）；一部の論者が主張するカテゴリーだが，対象は垂直的制限に限られるとされる³⁰⁰。

(3) ワーデンの提案³⁰¹

最後に，グレゴリィ・J・ワーデン（Gregory J. Werden）は，「合理の原則」における究極の基準としての「消費者厚生」の概念をめぐる論争に言及しつつ，実際の判決例は，数量化不可能な厚生概念に依拠して不当性を判断してきた訳ではなく，競争のプロセスがどれだけ害されたかを基準としてきたとする³⁰²。下級審判決例の中には反競争効果と競争促進効果との比較衡量（balancing）に言及するものもあるが，そこで実際に意図されているのは，二者択一的な行為の性格決定（すなわち，反競争的か，それとも，競争促進的か）であり，これを行うために立証責任転換（burden-shifting）アプローチが採用されているとする。³⁰³ワーデン自身が再構成した立証責任転換アプローチの内容は以下の通りである³⁰⁴。

まず，原告の第一次的責任は，取引を制限し，それによって競争のプロセスを害する協定の存在を示すことにあるが，その具体的内容は，行為の性格付け（すなわち，様々な範疇の制限によって惹起される競争プロセスへの脅威について我々が知っていることと行為との関連付け）に応じて異なるとされる。

まず，彼の言う「カルテル行動（cartel activity）」は，顕著に反競争的で，そのことを補う何らの利点も欠如している行動を指すが，これに対しては「当然違法の原則」が適用され，原告の第一次的責任は，その存在を確立し，そのカルテル行動としての性格付けを説明することにある。

「価格を設定し，産出量を制限し，顧客を割り当て，又は市場を分割する，競争者間

³⁰⁰ 以上につき，id. at 657-660 を参照。

³⁰¹ Gregory J. Werden, *Antitrust's Rule of Reason: Only Competition Matters* (2013), (downloaded from http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2227097). なお，同内容の論文が 79 *Antitrust L. J.* 713 (2014) に掲載されている。

³⁰² 判例の分析につき，id. at 16-29 を参照。

³⁰³ 以上につき，id. at 36-38 を参照。

³⁰⁴ 以下の記述について，id. at 38-50 を参照。

でのほとんど剥き出しの協定 (nearly naked agreements among competitors to fix prices, restrict output, allocate customers, or divide markets)」は、正当な活動と結びつく可能性は否定できないが、明確かつ有機的に正当な活動と関連付けられているとはいえない協定を指し、この場合、原告による行為の性格付けは、行為の状況へのより深い検討を求める。

「経験的にほとんど知られていないが、経済学について初歩的な理解しかない観察者でも反競争的と結論するだろう制限」は、CDA 事件が典型例であるが、この場合、原告は、それが競争の重要な次元に関わるために当該制限が競争のプロセスを害することを示さなければならない。

最後に、「(それ自体としては) 嫌疑不十分な制限 (non-suspect restraints)」は上記のどの範疇にも属さない制限を指し、この場合、原告は、当該制限が競争のプロセスを害すると信じる、理論上及び事実に関する頑健な基礎を提供するよう求められる。しかし、いくつかの種類の制限については効率的で競争促進的であることが知られているので、原告の責任は重くあって然るべきである。原告がその責任を果たすための道筋として、次のものが考えられる。一つは、市場支配力の存在による相当の反競争効果の可能性の証明である。もう一つは、市場における当該制限の現実の影響の証明で、例えば、Indiana Federation of Dentist 事件がその典型例とされる。この場合、当該制限が、それに服する多くの者の行動を変えたということで十分だとされる。

被告の責任の内容もまた、上記の制限の種類ごとに異なる。

まず、「カルテル行動」については、被告は、原告による行為の性格付けを否定することを許容される。「経験的にほとんど知られていないが、経済学について初歩的な理解しかない観察者でも反競争的と結論するだろう制限」については、原告の議論の事実に関する基礎のみならず、原告が依拠する経済学の理論を争うことも許容される。つまり、経済学の初歩的な知識しかない者が理解するのとは異なる、競争プロセスに対する影響を示すことによって原告への反証とすることが許容される。「(それ自体としては) 嫌疑不十分な制限」については、相当の反競争効果の可能性の証明に対する反証が許容される (例えば、市場画定を争うことや、現実の影響については当該証拠の関連性と十分性を争うことを通じて)。

「カルテル行動」を含まない事件における正当化事由としては、被告による次のような主張が許容される。一つには、当該制限が正当な活動に付随しているとの主張が挙げられる。これは、著名な Addyston Pipe 事件判決³⁰⁵における Taft 判事の付随的制限の理論に由来する。その現代版として、ジョイント・ベンチャーに伴う制限、垂直的な制限等における「ただ乗り」防止論、販売促進活動の増進、被告の効率性 (被告がより効果的に競争することを可能にする) のための制限が考えられる。もう一つは、市場がよ

³⁰⁵ U. S. v. Addyston Pipe & Steel Co., 85 F. 271 (6th Cir. 1898), 175 U.S. 211 (1899).

りよく機能するようにし、競争を促進するための水平的制限の主張が挙げられる。

最後に、被告が正当化事由を主張した場合の原告の説得責任の果たし方としては、被告が主張する目的を当該制限は達成し得ないことの証明、より制限的でない代替策が被告の主張する目的をよりよく達成し得るであろうことの証明、被告の主張にも関わらず、なお当該制限は競争を害することの証明（反競争効果が量的に競争促進効果を上回ることの証明）の3通りが考えられるとされる。

(4) 小括

まず、シュトゥッケの議論は、取引制限の不当性に関する判断枠組みの現状について抱かれている懸念を集約的に示すものといえる³⁰⁶。しかし、そのシュトゥッケでさえ、「当然違法の原則」の適用範囲を単純に拡張することまでは主張しておらず、せいぜい「合理の原則」の枠内において、専門家の間でも決着がつかないような論争点を回避する程度の提案にとどまっている。取引制限の不当性に関する判断枠組みが多様化ないし流動化するのには、反トラスト政策に関する議論の蓄積を通じて事案分析の手法が精緻化されてきたことに加えて、科学技術の発展に伴って企業間提携の内容自体も変化してきたからだと思われる。このような現状では、柔軟な判断の余地をある程度認めるような判断枠組みを構想せざるを得ないのであろう。この点、マーカム Jr. とワーデンが、いずれも、訴訟の両当事者間の主張及び証拠提出責任の分配の在り方の問題として不当性の判断枠組みを論じていることが改めて注目されるのである。今や、不当性判断の枠組みを一般的に示すには、このような方法しかあり得ないのかもしれない。

マーカム Jr. とワーデンの提案を比較すると、マーカム Jr. の方があるべき行為類型論として提起されているためか、ワーデンと比較してより簡潔かつ概括的である。企業にとっての予見可能性や透明性を重視しているためなのかもしれない。これに対してワーデンの方は、実際の判決例を彼なりに再構成したものと説明されており、それだけに、こちらの方がより詳細で実際の判決例の立場に近い。

両者の違いとして特に重要だと思われるのは、マーカム Jr. のいう「内在的に疑わしい」に相当するカテゴリーが、ワーデンの説明では、さらに、「価格を設定し、産出量を制限し、顧客を割り当て、又は市場を分割する、競争者間でのほとんど剥き出しの協定」と「経験的にほとんど知られていないが、経済学について初歩的な理解しかない観察者でも反競争的と結論するだろう制限」とに分けて説明されていることである。より具体的には、「価格を設定し、産出量を制限し、顧客を割り当て、又は市場を分割する、競争者間でのほとんど剥き出しの協定」については、被告は競争促進的な正当化事由の主張によって対抗するほかないのに対して、「経験的にほとんど知られていないが、経済学について初歩的な理解しかない観察者でも反競争的と結論するだろう制限」については、被告には、原告が主張する反競争効果のシナリオそれ自体の反証も許容される。

³⁰⁶ 他に、Andrew I. Gavil, *supra* 76 も参照されたい。

後者は、明らかに CDA 事件を念頭に置いていることが分かる。逆に、前者の方は、NCAA 事件のように、行為の外見的特徴のみに照らすと「当然違法の原則」が適用される行為類型に属するが、リーグ・スポーツや専門職団体の規約のように、周囲の状況から競争促進的な説明が可能なものを念頭に置いている。ワーデンの説明がこのように詳細なのは、まさに本稿でこれまで検討してきたように、「合理の原則」の簡略化のパターンが近年多様化してきたことを反映しているのだと考えられる。

このように見てくると、ワーデンの提案の方が、現実の判決例を整理する上で有益だと考えられる。ただ、現実の判決例は、ワーデンが言及していないような、「合理の原則」の新たな簡略化のパターンを示し始めているようにも思われる。以下では、ワーデンの整理を念頭に置きつつ、本稿で検討してきた諸判決からいかなる傾向を読み取ることができるかをもう少し詳細に分析してみたい。

3 諸判決例にみる傾向

(1) 詳細な市場分析が省略される事案の特徴

「合理の原則」での分析が簡略化されたとされる事例に共通の特徴は、関連市場の画定を前提とする詳細な市場分析が省略されていることである。詳細な市場分析の簡略化が可能かどうかは、問題となる取引制限の性格付け、すなわち、それが「剥き出し」の制限とか「内在的に疑わしい」制限といえるかどうかによって依拠するものとされる。取引制限の性格付けを行う際の根拠は、Polygram 事件 DC 巡回区控訴裁判所判決で明示され、先のワーデンの説明においても示唆されていたように、「経験」と「(初歩的) 経済学」に求められる。

このうち、「経験」とは、具体的には、同じ外見的特徴を備えた行為に関する先例における事実関係と眼前の事実関係との異同の分析を指すようである。例えば、Safeway 事件では、競争関係にある小売店同士が、労働組合の分断戦略に対抗して、ストライキ中に過去の市場占拠率を超える利益を得た小売店が他の小売店と利益を分けあう旨の協定を締結したという事案について、同じ地域内で競合する 2 つの日刊紙間での競争回避のための利益のプールと予め決められた率での当事者への利益配分の取決めが当然違法とされた Citizen Publishing 事件の事案との比較がなされた。このような手法は、反トラスト法の分野に限らず裁判所が得意とするものであるが、この手法による場合には、先例における事実関係と眼前の事実関係との差異が反トラスト法の目的に照らして意味のあるものかどうかを常に自覚されなければならない。そうでなければ、かつて「当然違法の原則」の適用範囲が拡張された時代に問題視された形式的な線引きの論理が復活しかねない。

他方、「(初歩的) 経済学」とは、眼前の事実関係に適用可能な先例が存在しない場合や、先例が存在しない訳ではないが、先例との類似性だけでは「剥き出し」とか「内在的に疑わしい」といった性格付けに対する根拠としては不十分な場合に、援用される

ものである。具体的には、問題の取引制限がどのような意味で競争に悪影響を及ぼすのかについての筋道だった説明が求められるようである。この場合、CDA 事件がまさにそうであったように、原告による反競争効果の説明が現実には成立し得ないことを被告は（より高度な？）経済学に基づいて主張できる。

前述のように、CDA 事件は、専門職サービスの料金設定の根拠や品質に関する主張が容易に確証し得るものかどうか、広告制限の反競争的性格を評価する前提であったが、この前提自体が事実によって確証されるべき問題だと判断された事例であった。そのほか、North Texas Specialty Physicians 事件では、医師の団体が個々の会員に代わって医療サービスへの支払者と料金の交渉を行う際に、受け入れ可能な料金について会員の医師にアンケートを取り、そのデータを分析して交渉時の最低料金を決定することが、どのような意味で反競争的であるかについて詳細な説明がなされた。Realcomp II 事件では、特定地域で売買対象とされる不動産情報のデータベースを運用する不動産業者の団体によるウェブサイト政策や検索機能政策の変更が、いかにして、低コストでの不動産売買のオファーへのアクセスを困難にし、反競争的性格を有するかについて詳細な説明がなされた。

(2) 取引制限の反競争的性格ないし反競争効果を判断する基準

これら諸判決において取引制限の反競争的性格が判断されるに際しては、直接的に経済厚生（消費者余剰や社会的余剰）が言及される例は見られず、ワーデンが指摘するように、競い合いのプロセスがどれだけ害されるかが基準とされているように見受けられる。

例えば、Indiana Federation of Dentist 事件は、現実に産出量制限の証拠があった事例と解されることがある。しかし、この事件で問題となった、保険会社からの X 線写真の提出要求の拒絶は、保険会社による診療内容の審査を通じて過大な請求を排除して保険料の高騰を抑えるという特定のサービスが消費者に提供されることを妨げるという意味で、「市場における通常の give and take」を妨げるものと性格づけられていた。この事件で X 線写真自体が産出量でないことは明らかで、むしろ、本件では、保険料の高騰を抑える努力が妨げられたことそれ自体が反競争的性格を示すものと捉えられている。そのほか、Realcomp II 事件や North Carolina State Board of Dental Examiners 事件は、いずれも、一種のボイコットに係る事例であるが、価格や産出量への影響について詳細に分析するまでもなく、低費用の競争者が排除されることそれ自体が問題視されていた。

これらの事例を見る限り、ワーデンの言うように、取引制限の不当性を判断する第一的基準は「競争プロセス」と見てよさそうである。また、「合理の原則」では、反競争効果と競争促進効果とが比較衡量されるとよく言われるが、実態としては、問題の取引制限の二者択一的な性格決定（すなわち、正味で反競争的であるかどうか）が問題と

されているといえそうである。

ただ、他方において、Safeway 事件では反競争効果の僅少性が反トラスト法違反を否定する根拠とされ、Worldwide Basketball and Sport Tours 事件では関連市場が自明でないことから「合理の原則」の簡略化が否定された。これらの判決は、一見すると反競争効果の量的実質性を求めるかのように見える。これらの判決が他の判決と整合的に理解できるのかどうかについては、現段階では判断しかねる。いずれにしても、反競争効果と競争促進効果とが何らかの意味で比較衡量 (balancing) される場合が皆無とはいえないことは確かであろう。

最後に、「クイック・ルック」とか「簡略化された合理の原則」と銘打っていなくても、「合理の原則」における審理の焦点が絞り込まれる事例がみられるようになってきたことに留意すべきである。例えば、CDA 事件では、CDA の組織としての意思決定を通じて市場支配力が形成・行使される得ること自体は疑いなく、その限りにおいて詳細な市場分析が省略されることが認められていた。Actavis 事件では、FTC が主張する「クイック・ルック」の適用は否定されたが、関連市場の画定を前提とする詳細な市場分析までは求められていなかった。リバーズ・ペイメントの額の大きさこそが、その反競争的性格を判断する鍵と捉えられていた。Realcomp II 事件でも、「クイック・ルック」は適用されなかったが、リアルコンプのデータベースをコントロールできるということが関連市場における市場支配力につながることは明白であり、審理の焦点はリアルコンプのウェブ政策及び検索機能政策の反競争的性格にあった。

現在、「当然違法の原則」の適用範囲はますます縮小してきているが、逆に、全面展開される「合理の原則」が適用される事例も稀だと思われる。「合理の原則」の下で、個々の事案の特性に応じて審理の焦点が絞り込まれることは、訴訟経済の観点からしてむしろ当然のことである。しかし、同じような事案で同じような焦点の絞り込みが行われるとき、それをもって「合理の原則」の新たな簡略化のパターンとして一般化し、将来の紛争に備えることが可能となる。リバーズ・ペイメントや事業者団体による事業活動の制限の事案には、少なくともその萌芽がみられるように思われる。

(3) 容認される正当化事由の範囲、適用除外法理

本稿で取り上げた事例の中では、General Leaseways 事件、Polygram 事件、Realcomp II 事件において共同事業の成果への「ただ乗り」防止論が主張された。本稿では直接取り上げなかったが、ただ乗り論自体は、正当なジョイント・ベンチャーに付随する制限については不当性を否定する「付随的制限の法理」の適用事例の中で容認されてきた。例えば、1986 年の Rothery 事件 DC 巡回区控訴裁判所判決が、その例として知られている。本件では、中小規模の運送業者による代理店ネットワークを組織するジョイント・ベンチャーが、規制緩和に伴って新たに州際免許を獲得した会員に対して、独自に州際営業を行う場合には別法人を通じて行うよう義務付けたことが問題とされた

事案で、共同事業体による商標やその他の施設への投資への「ただ乗り」を防止するために必要であり、その意味で効率性を追求するものと判示された。ただし、本稿で取り上げた事例でも明言されているように、問題の制限との関連性が論証されない限り、「ただ乗り」防止論が受け入れられることはない。

問題の制限と正当化事由との関連性については、Dagher 事件判決が、ジョイント・ベンチャーの文脈において「ベンチャー内」制限と「ベンチャー外」制限との区別論に立脚していたことが注目される。この場合には、何がジョイント・ベンチャーの対象なのかに関連性を判断するうえで重要となってくる。Dagher 事件では、対象製品の製造と販売の両方を統合するジョイント・ベンチャーが問題であり、しかも、当該ジョイント・ベンチャー自体は既に反トラスト当局によって承認されていた。だからこそ「ベンチャー内」制限と「ベンチャー外」制限との区別論が有効に機能し得た事例といえる。他の事案でも同じように有効に機能するかは疑問である。

リーグ・スポーツの分野では、NCAA 事件以来、「およそ当該商品が利用可能となるために競争の水平的制限が不可欠であるような産業」として性格付けられ、このような性格に基づいて取引制限が正当化される場合があるものと考えられてきた。American Needle 事件判決は、さらにこの論理を推し進めて、詳細な審理なしで制限が合法とされる場合があり得ることを示唆した点で注目される。取引制限が詳細な審理なしで不当と判断される場合は「当然違法」と称されるが、American Needle 事件判決が示唆するのは、その逆で、いわば「当然合法」の扱いともいえる。リーグ・スポーツ分野における反トラスト訴訟の濫発を防ぐ意図があると想像されるが、このような考え方が下級審でどのように受け止められるか、今後、検証が必要である。

競争促進の論理では説明し難い正当化事由が主張される場合、そもそも反トラスト法の問題ではないとして退けられるのが通例である。およそ反トラスト事件における正当化事由として何事かを主張しようとするならば、全て競争促進の観点から根拠づけられなければならないことになる。

この点、Brown University 事件では、大学間の奨学金競争は優秀な学生に対する給付水準の吊り上げをもたらすと考えられるところ、問題とされた大学間の申し合せは、そのような競争を抑制して学生の社会的経済的背景の多様性を確保しようとするものだとして主張された。判決は、学生の社会的経済的背景の多様性確保の要請を競争促進に資するものと捉えたが、そのように表現するだけでは問題の解決にはあまり役立たない。優秀な学生に対する奨学金給付の水準が吊り上がることもまた競争の成果といえるからである。本件での真の争点は、優秀な学生に対する給付を削減してまで学生の社会的経済的多様性を確保すべきかどうかにあったのであり、これは、通常反トラスト訴訟において念頭に置かれている競争促進の論理だけでは解けないトレード・オフ問題だったと考えられる。この種の問題に反トラスト法がいかに関与すべきかという問題は、なお、未解決の問題として残っていると思われる。

しかし、現実の事件においてこの種の事案がなかなか上がってこないのは、反トラスト当局による事案選択の結果であるとともに、競争促進の論理だけで解決できない問題については、別途、反トラスト当局以外の公的機関が対処しているから、あるいは、他の公的機関が対処すべきだと考えられているからだと推測される。このような状況では、反トラスト事件における社会公共目的の考慮は、州行為理論、暗黙の適用除外（implied immunity）理論、政府請願の法理といった適用除外に関わる法理の適用問題として現れることになる。North Carolina State Board of Dental Examiners 事件は、その典型例といえる。

そこで問題となった州行為理論の適用においては、競争促進と矛盾する法ないし政策の内容の妥当性は問題とならない。確かに、競争促進と矛盾するような法や政策が州議会等で提案される場合、反トラスト当局は、競争唱導の活動を通じて、それをやめさせたり、修正させたり働きかけることはできる。しかし、それが州政府によって正式に採択されれば、反トラスト当局も裁判所も、それを尊重しなければならない。州行為理論の適用に様々な条件が設けられているのは、州の関与を隠れ蓑とする企業による自主的な競争制限を識別するためである。そこで問題となるのは、真に主権者たる州の行為とみなすことができるかどうかである。これを見るために、問題の行為に対する州政府の関与の仕方と程度が問われるのである。これは、競争促進だけに還元できない価値を含む問題を競争法が処理する際のひとつの在り方を示しているように思われる。

労働問題に関わる適用除外の適用が問題となった Safeway 事件については、尊重されるべき「労働の法と政策」の内容についてなお議論が残っているようである。ただ、私見としては、この事件で「労働の法と政策」を根拠に反トラスト法の適用が除外されるとしたら、それこそ反トラスト法の存在意義が疑われるように思われる。本稿の課題との関係では、労働条件そのものに関する取決めが反トラスト法上どのように扱われるかという問題の方が興味深い。しかし、この問題については、今回は詳細に検討する余裕はなかった。今後の検討課題としたい。

第5節 むすびと残された課題

非ハードコアカルテルの違法性評価に関する米国反トラスト判例法の現状は次のように概括することができよう。

- ・違法判断においては、あくまでも行為の競争への影響が問題であり、これ以外の観点からの分析は行われぬ。
- ・事例を見る限り、日本でいう「社会公共目的」については競争に影響を及ぼさずに対応可能であることがほとんどであり、逆に、競争に悪影響を及ぼすような行為を「社会公共目的」によって正当化することは反トラスト法の存在意義を否定するものと捉えられる。
- ・ただし、環境、安全、労働者保護等の「社会公共目的」は、判例法上の適用除外法理の中で扱われる可能性がある。

・行為の競争への影響を判断する手法ないし枠組みについて、裁判所による差異はあるものの、おおよそパターンは確立してきている。しかし、経済厚生を比較衡量の尺度とすると、予見可能で明快な結論に達することが難しく、訴訟の長期化・泥沼化がもたらされやすい。

・上記の問題を回避するために、競争の過程に対する影響の観点から、行為の態様や文脈について一定程度分類を行い、それぞれの分類について訴訟当事者間での立証責任の分配のルールが明示されること、換言すれば、適切な推定則の活用が避けられない。

本稿で検討しきれなかった論点としては、次のようなものが挙げられよう。

まず、取引制限の不当性を判断する究極の基準は何か、また、この問題を考えるに際して、反トラスト法の目的に関する周知の論争は、どのように関わるのか、という問題が避けて通れない。反トラスト法の目的については、「消費者厚生 (consumer welfare)」の概念をめぐる有名な論争があった。そこでの議論の焦点は、部分均衡分析の枠組みを前提として、「消費者厚生」が「消費者余剰」を意味するのか、それとも「総余剰 (=生産者余剰+消費者余剰) を意味するのかにあった³⁰⁷。いずれの立場にたつたとしても、「合理の原則」の下での分析は、いずれかの意味での経済厚生を尺度とした反競争効果と競争促進効果との比較衡量 (balancing)」を必然的に伴うものと捉えられてきた。

しかし、これに対して前掲のワーデン論文は異議を唱え、「消費者厚生」概念の提唱者である Bork 判事自身も、取引制限の不当性の基準として「消費者厚生」を捉えていた訳ではないとする。その趣旨は、概要、以下の通りである。すなわち、Bork 判事のいう「消費者厚生」は、一般均衡分析を前提として、その下で最大化される「社会的厚生 (social welfare)」ないし「総厚生 (aggregate welfare)」 (=資源配分上の効率性、パレート最適の状態) を指し、これは、そもそも数量化できない性格のものである。反トラスト法は、資源配分上の効率性を改善する手段として評価され、「競争」という概念もまた、このような意味で望ましい状態を指し、競い合いのプロセスとしての「競争」の概念を Bork 判事が拒絶したことは確かである。しかし、彼は、「合理の原則」の下で行為の不当性を判断する基準としてこの概念を捉えていた訳ではなかった。彼自身は、厚生分析を反トラスト法の分析に取り入れようとしたことはなく、ただ、事案の解決においては、経済分析の導きによって形成される諸々の推定 (presumptions) が利用されなければならないと考えていたとされる。

その上で、ワーデン論文は、前述の通り、実際の反トラスト判例法は、「消費者厚生」の語を直接援用した事件判決³⁰⁸ を含め、不当性の基準として競争のプロセスの確保に焦点を当ててきたとする。また、下級審判決例の中には (反競争効果と競争促進効果との) 比較衡

³⁰⁷ 反トラスト法の目的として「消費者厚生」の概念を提唱した Bork 判事は、当時 (経済学や法学文献で) 理解されていたこの概念の意味 (すなわち、消費者余剰) を意図的に再定義して「総余剰」を意味するものとして用いたが、この用語法は誤解を招き、欺瞞的であるとして多くの論者に批判されてきた。その嚆矢は、Joseph F. Brodley, *The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress*, 62 N.Y.U.U. L. Rev. 1020 (1987) だとされる。

³⁰⁸ *Reiter v. Sonotone Corp.*, 440 U.S. 330 (1979).

量 (balancing approach) に言及するものがあるが、実際には、行為の二者択一的な性格決定が志向されており、そのためのアプローチとして立証責任転換 (burden-shifting) アプローチが採用されていると見たのである。

本稿での研究を振り返ってみると、判例法の立場は、ワーデンが指摘するアプローチに近いという印象を受ける。とりわけ、「合理の原則」の簡略化が許された事例では、競争（競い合い）のプロセスへの侵害の度合いが重視されている印象を受ける。いずれにしても、ワーデンの指摘を受けて、改めて、取引制限の不当性の判断基準と反トラスト法の目的との関係を理論的に整理する必要がある。

その他にも、問題の取引制限の反競争効果と競争促進効果とを判断する際のベースラインをどのように設定すべきかについても問題提起がなされている。通常は、問題の取引制限がある場合とない場合との比較による（いわゆる but for テスト）とされている。しかし、問題の取引制限が、共同事業の成果に対する「ただ乗り」を防止して、それ自体としては競争促進的な共同事業への投資が行われるために不可欠だとすれば、but for テストが妥当しない場合があるのでないかという指摘である³⁰⁹。また、一部の下級審判決例で採用されている「より制限的でない代替手段」の基準は、全体として競争促進的な共同事業までも反トラスト法上の責任に服させる可能性があり、適切でないとの指摘もある³¹⁰。

いずれも、反競争効果と競争促進効果との比較衡量が行われる場面を念頭に置いた議論であり、実際にはほとんどの事例において「合理の原則」は問題の取引制限の二者択一的な性格決定（すなわち、反競争的か、それとも競争促進的か）を問題としてきたことに鑑みると、それほど実益のある議論ではないという見方もできる。しかし、反競争効果と競争促進効果との比較衡量によらなければ不当性判断ができない場合が皆無とは言えないし、何よりも、反トラスト法上の判断枠組みの探求に際しては、あらゆる場面を想定してその適切さを検証しなければならない。その意味で、ここで提起されている論点もまた、今後の研究課題として留意しなければならない³¹¹。

³⁰⁹ Alan J. Meese, Refraining Antitrust in Light of Scientific Revolution: Accounting for Transaction Costs in Rule of Reason Analysis 62 Hastings L.J. 457 (2010-2011) を参照。

³¹⁰ Gabriel A. Feldman, The Misuse of the Less Restrictive Alternative Inquiry in Rule of Reason Analysis 58 Am. U. L. Rev. 561 (2008-2009).

³¹¹ より詳しくは、中川晶比兒「水平的協定における合理の原則と比較衡量（一）（二）」法学論叢 155 巻 2 号 57 頁、4 号 50 頁（2004 年）を参照。

第3章 米国法における非ハードコアカルテルの違法性評価（非判例部分）

第1節 はじめに

1 調査のテーマ

米国での規制の現状を明らかにするため、本稿においては、連邦司法省（以下、「DOJ」という。）のビジネス・レビュー・レター³¹²や連邦取引委員会（以下、「FTC」という。）のアドバイザリ・オピニオン³¹³等で公表された事例も対象に含めて調査・研究した。

結論を述べると、競争法の動向に大きな影響力を持つ米国の先例では、非ハードコアカルテルという分類方法が採用されておらず、また、例えば問題とされる行為が一方で競争制限的ではあるが、他方で環境保護に資するという理由があるとしても、米国の競争当局は連邦反トラスト法上特別な扱いをしていないと考えられる。すなわち、連邦反トラスト法は、競争を保護するものとされているため、ある行為について連邦反トラスト法に違反するかどうかを判断するにあたっては、当該行為が競争に与える影響が焦点となる³¹⁴。特定の環境問題に対応するための規制等が存在するとして、その存在は、既存の連邦反トラスト法上の分析枠組みに取り込まれた上で、関連する事情として考慮されることとなる³¹⁵。

この点について、米国の競争当局政策担当者に対するインタビュー等に依拠しつつ、再検討した。

2 具体的な調査の対象³¹⁶

本稿で調査の対象としたのは、DOJ 及び FTC の政策担当者に対するインタビュー³¹⁷

³¹² ビジネス・レビュー・レターとは、問い合わせられた特定の行為について、その時点で DOJ 反トラスト局がどのように評価するか（訴追する意図があるか否か）について見解を求める手続を指す。手続の詳細について、see 28 C.F.R. § 50.6 (2010).

³¹³ アドバイザリ・オピニオンとは、事業者による共同行為等の評価にかかるリクエストに応じて、FTC（事務局スタッフが回答することがほとんど）が、当該リクエストに関連すると思われる FTC のルールや取決めについて、公の理解を助けるため、FTC が公表する意見を指す。手続の詳細について、see 16 C.F.R. §§ 1.1-1.4 (2009).

³¹⁴ OECD Policy Roundtables : HORIZONTAL AGREEMENTS IN THE ENVIRONMENTAL CONTEXT at 115, DAF/COMP(2010)39, available at <http://www.oecd.org/competition/cartels/49139867.pdf>

たとえば、シャーマン法 1 条は、競争を制限する共同行為を違法とするものであるから、競争を制限しなければ、米国で環境問題に対応するための共同行為は自由に行って良いということとなる、*id.*

³¹⁵ 特定の環境対策によって新規参入が難しくなったり、当該対策により、特定の商品役務への需要が減少したりすることを競争分析の際に考慮に入れるという趣旨である、*id.*

³¹⁶ 本研究の開始からしばらくは、ウェブ上で入手可能なビジネス・レビュー・レター、アドバイザリ・オピニオン、それに FTC のスタッフ・コメントを中心に実例があるか否かを探索した。結果としては、本研究の関心に直接応える内容の事例は見当たらなかった。

³¹⁷ 国外ヒアリングは、2015 年 1 月 28 日及び同月 29 日に実施した。

DOJ:

Matthew Mandelberg, Attorney, Legal Policy Section

の成果及びインタビューで示唆された資料の本研究の関心に即した検討である。インタビューで示唆された資料とは、主に、DOJ にあってはビジネス・レビュー・レターで、FTC にあっては、アドバイザー・オピニオン及びアドヴォカシー・レター³¹⁸である。

3 本稿の構成

本稿では、上記1の調査のテーマを検討すべく、以下、第2節では、海外調査（米国競争当局）で得られた知見を要約し、第3節では、第2節の成果を参照しつつ、本稿の調査のテーマに関連する資料を分析する。

第2節 米国競争当局に対するインタビュー成果の説明³¹⁹

1 DOJ³²⁰

競争する当事者間の協定等について、連邦反トラスト法上の評価は、当該協定等が、市場支配力を形成し、維持し、強化し、もしくは力の行使に係る競争制限的なインセンティブを生み出すかどうかという観点から行われる。

競争制限的である協定等について、競争とは関係のない価値の実現（例えば、環境の保護）を理由として、反トラスト法上の免責を与えることはない。なぜなら、当該協定等が、環境の保護に真に資するかどうかを判断するのにふさわしい知見を、DOJ 反トラスト局は持たないからである。当該協定等が環境保護に資するかどうかの判断は、連邦反トラスト法上の評価とは別に、連邦政府を構成する当該問題に適切な部局が行う。

Hurricane Katrina and Hurricane RITA に関連して、DOJ 及び FTC が共同して発表

Melanie L. Krebs-Pilotti, Attorney, Foreign Commerce Section

FTC :

Michael J. Bloom, Assistant Director for Policy and Coordination

James F. Mongoven, Deputy Assistant Director for Policy and Coordination

Andrew J. Heimert, Counsel for Asian Competition Affairs

³¹⁸ 連邦の競争当局以外の省庁や州による立法等で消費者や市場での競争に影響を与えそうな政策について、FTC が専門的な知見や見解などを提供するものである。

³¹⁹ インタビューで得られた知見の要点は、末尾の【DOJ ヒアリングメモ】及び【FTC ヒアリングメモ】を参照のこと。

³²⁰ インタビューを実施した際に、インタビューに回答した DOJ 担当者から提供を受けた資料のリストは、次のとおりである。

National Society of Professional Engineers v. United States, 435 U.S. 679 (1978).

California Dental Association v. Federal Trade Commission, 526 U.S. 726 (1999).

DOJ Press Release Materials, Former executive of Peruvian Airline pleads guilty to fixing fuel surcharge rates on air cargo shipments following Hurricanes Katrina and Rita,

http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2011/277862.htm

DOJ Press Release Materials, Antitrust Guidance — Hurricanes Katrina and Rita,

<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/211541.htm>

DOJ Press Release Materials, DOJ Business reviews and FTC staff advisory opinion letters related to Hurricane Katrina and Hurricane RITA aftermath,

<http://www.justice.gov/atr/public/busreview/211539.htm>

した反トラストガイダンスは、当局としては、反トラスト法違反行為に係る免責の正当化事由を創出したものと位置づけていない。あくまでも、違反行為の審査に当たり、迅速かつ簡易な審査を実施する旨を明らかにしたに過ぎない。なお、このガイダンスに関連する事例は、実質的に、ない。

たとえば、大地震のような緊急事態は、一般に、連邦反トラスト法上の正当化事由と考えられていない。ただし、従前の事業環境に相応の変化が生じた結果として、競争する当事者間の協定等について、何らかの競争促進的説明が可能な場合には、当該協定等が連邦反トラスト法に違反しないと評価される可能性は否定しない。

2 FTC³²¹

近時、FTC 法 5 条の不公正な競争方法にいう「不公正性」について、競争に対する具体的な影響の立証を求められる傾向が、FTC の内外を問わず、強くなりつつある。

ある行為が不公正な競争方法であるとされるために、競争制限効果と競争促進効果を比較衡量することは FTC を含め、当事者にとって非常に労の多いことであり、時間の無駄でもある。限られた資源の有効な活用を図るという観点から、競争に与える弊害が比較的明白な行為に FTC の行政資源を投入することは、やむを得ない。

「競争を促進する」という価値以外の、何らかの社会的公共的な価値を実現するために競争する当事者間で協定等が必要となるとしても、そのことを理由にして、競争者間の競争を制限する正当化事由として理解されることは、通常、ない。

もっとも、州の主権に属する政策上の課題について、州議会による立法で明示的に規定された競争制限的な措置は、限られた要件をみたす場合に、連邦反トラスト法の適用を受けないとされる余地がある。

すなわち、州の主権に属する事項³²²について、州が、連邦反トラスト法が体現する「競争の促進」という価値を置いてでも、何らかの社会的公共的な価値を実現しようとすることは、連邦制度上、認められる。いわゆる **State Action Doctrine** である。

State Action Doctrine とは、一定の条件が満たされる時、州による競争制限的な措置について、連邦反トラスト法が適用されない（免責される）というものである。一定の条件とは、第一に、州議会による立法で、あえて競争を排除する旨が明示的に規定され、第二に、当該競争制限的な措置を実施するに当たり、競争以外の価値を実現するため州当局が積極的に関与していることである。

³²¹ インタビューを実施した際に、インタビューに回答した FTC 担当者から提供を受けた資料のリストは、次のとおりである。

National Society of Professional Engineers v. United States, 435 U.S. 679 (1978).

North Carolina State Board of Dental Examiners v. FTC, 574 U.S._____, 135 S.Ct. 1101 (2015).

³²² 連邦憲法の最高法規条項に基づき連邦が規制する権限を先占している事項以外のもの。ただし、近年では、連邦憲法起草者が想像し得なかったであろう範囲にまで、連邦の権限が及んでいることに留意すべきである。

「競争を促進する」ことが目的の連邦反トラスト法を所管する FTC からすれば、「賢明でない」立法が州によりなされる可能性は、否定できない。FTC としては、競争の促進に関する専門的な知見を活用し、当該立法等について、例えば、立法するに当たって配慮すべき事項について、参考とすべき意見を述べるなどして、州議会における議論を尽くす際の参照資料は提供する。ただし、FTC は、ある州議会による立法に関連して、当該立法を取りやめさせたり、立法の内容を改変させるよう介入したりする権限を、与えられていない。

第3節 本研究で実施したインタビューの成果に関連する近時の事例

1 判例（North Carolina State Board of Dental Examiners 事件）³²³

「社会公共目的の実現を目的とした行為」と「競争の維持」とが抵触する場合には、当該行為について連邦反トラスト法の適用が免除されるかどうかの問題とされる³²⁴。以下、本稿は（米国の非判例部分）の担当であるところ、FTC 政策担当者に対するインタビュー時に資料提供を受けたことから、ここで、North Carolina State Board of Dental Examiners 事件の最高裁判決について、分析する³²⁵。

最高裁が本判決で判断した問題とは、North Carolina State Board of Dental Examiners (Dental Board)の競争制限的な行為について、連邦反トラスト法は適用されるかという点についてである。本件で Dental Board は州法上「州の機関」と位置づけられているので、具体的には、Dental Board が「競争を規制し、あるいは独占による公共サービスに置き換える州の政策に従って行動する『州に準じる政府機関』にあたる」か、また州の政策として「州自身によって積極的に監督されている」か、が争点となった。連邦最高裁による法廷意見³²⁶の概略は、以下の通りである。

³²³ North Carolina State Board of Dental Examiners v. FTC, 574 U.S._____, 135 S.Ct. 1101 (2015).

³²⁴ 連邦反トラスト法が適用される範囲を画定する考え方である、黙示の適用除外(implied immunity)や State Action Doctrine と本研究との関連については、宮井教授執筆による第2章第3節の2(6) (89頁以下) 参照のこと。

³²⁵ 本件の事実の説明については、宮井教授執筆による第2章第3節の2(6) (87頁以下) を参照のこと。なお、FTC 審決案、FTC 審決、第4巡回区連邦控訴裁判所では問題とされた行為が「違法に」競争を制限するものかどうかでも争われていて、問題とされた行為は競争制限的ではあるが、しかし、第一に人の健康と安全に資するものである点、第二に合法的な競争を促すものである点、第三に競争制限する意図に欠ける点を Dental Board は主張し、いずれも排斥されている。Dental Board の行為が人の健康と安全に資するものであるかどうかは、一応、競争制限の成否を判断する枠組みの中で、もっともらしいかどうか判断されてはいる。歯科医師でないものが実施した歯のホワイトニングで健康上の問題があったとされた証拠はない、とのことで排斥されている。

³²⁶ Kennedy 裁判官が執筆した法廷意見と、Alito 裁判官が執筆した反対意見と、それぞれ6対3であった。

(1) 連邦反トラスト法の位置づけ³²⁷

連邦として、自由な市場の機能を阻害する反競争的な行為を禁止するものであり、「競争の促進」の実現に重要な価値を置くことを明らかにしたものである。

(2) 州の主権に属する事項に係る州法と連邦法の関係³²⁸

連邦憲法上連邦に認められている事項以外は、州の主権に属し、州の主権の下で、州が重視する「競争の促進」以外の価値を実現するための州の行為は、連邦反トラスト法が適用されない（いわゆる **Parker Immunity**³²⁹を指す）。

(3) **Parker immunity** の限界³³⁰

「競争の促進」の実現は、連邦が重視する価値である。したがって、州の行為に与えられる免責も無限定ではない。

(4) 免責される「州の行為」とは何か³³¹

州が、州の主権に基づき、自ら実施するものが原則である。市場で競争する当事者に州の主権の一部（権限）を代行させるとき、当該当事者が、州と異なり現実に市場で競争するために、競争制限的なインセンティブを持ち、また州から与えられた権限を反競争的に行使し得る以上、州から権限が委譲されたということだけをもって、州の行為と同視できない。

(5) **Midcal** 判決の提示する 2 つの判断基準 (**two-part test**)³³²

競争を制限してでも、「競争の促進」以外の価値を実現するための州の法が連邦反トラスト法上の免責が与えられるためには、第一に、法に、競争を制限してでも「競争の促進」以外の価値の実現を図る旨が明記されていること (**clear articulation**)、第二に、当該「競争の促進」以外の価値の実現について、州が主体的に監督していること (**active supervision**)が必要である。**clear articulation** とは、州の法に規定された権限を行使すると、当然、論理的、かつ通常の結果として、競争が制限されるとき、この要件は満たされる³³³。**active supervision** とは、州の当局（担当者）が、私的な当事者の競争制限

³²⁷ 135 S.Ct. at 1109.

³²⁸ 135 S.Ct. at 1110.

³²⁹ *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341 (1943).

³³⁰ 135 S.Ct. at 1110-1111.

³³¹ 135 S.Ct. at 1111.

³³² 135 S.Ct. at 1111-1112.

³³³ 本件で当事者は、この要件の成否について争っておらず、法廷意見もそれを前提とする。ただし、本件で問題とされている州の法には、歯のホワイトニングサービスについての規定はない（この要件は満たされていない）という考えのようである(135 S.Ct. at 1110.)。

的な行為について審査し、また、州の重視する価値から逸脱する私的な当事者を認めない権限を与えられていて、実際に当該権限を行使しているとき、この要件は満たされる。

(6) 形式的に、州から **Dental Board** メンバーに任命されていれば、**active supervision** の要件は満たされるか³³⁴

市場で競争する当事者が規制当局の担当者に任命される場合、規制当局に、利益相反的な利害関係が生じる。これは、**Midcal** 判決で、**active supervision** の要件を導入することで解決しようとした問題そのものであり、従って、この要件は満たされない。

(7) 本件で **FTC** の主張が認められれば、州の社会的公共的な目的の規制に協力する専門家に過大な責任を負わせることとならないか³³⁵

本件で問題とされている歯科医師もまた、専門職としての倫理基準等を遵守する責任を負っているが、一方で、歯科診療サービス市場で競争する当事者でもあり、自由な競争を制限しようというインセンティブがある。本件では金銭的な賠償を求められる事案ではなく、また、金銭的な賠償については別途補填するなどの方策が用意できるので、本件で **Dental Board** に **FTC** 法上の責任を認めることで過大な責任を負うこととならない。

(8) 本件で、州による **active supervision** はあったのか³³⁶

法には、歯のホワイトニングサービスは歯科診療行為であるとする規定はない。**Dental Board** が歯のホワイトニングサービスが歯科診療行為であると定義する過程で州の規制当局が関与した形跡はない。また、歯のホワイトニングサービス市場で歯科医師と競争関係にある歯科医師でない者達に対して、当該サービスの提供を止めるよう書面等で要求したことも、州は知らなかったのではないか。このような状況で、州による **active supervision** があったとはいえない。

ただし、どのような条件を整えば **active supervision** があったといえるかは、ケースバイケースである。州当局による監督がなされるかもしれないというだけでは、**active supervision** の要件をみたしたとはいえない。

³³⁴ 135 S.Ct. at 1114.

³³⁵ 135 S.Ct. at 1115-1116.

³³⁶ 135 S.Ct. at 1116-1117.

2 判例以外の競争当局による見解が公開された例³³⁷

(1) DOJ 及び FTC による反トラスト政策ステートメント (2014年4月)³³⁸

インタビューで示唆された、急を要する事態——とりわけ DOJ に対するインタビューで、発電所に対するテロリストによる攻撃により、発電能力が急減したケースで議論となった——に際して、競争者間の共同行為が連邦反トラスト法上どのような評価を受けるのかについて、サイバーセキュリティに係る情報共有に係る DOJ 及び FTC による反トラスト政策ステートメントが参考となる。

この政策ステートメントが前提とする問題意識とは、サイバー攻撃(cyber threats)の件数は増大し、攻撃手法も日々洗練されていることである。当該政策ステートメントでは、競争関係にある事業者間の情報共有(information sharing)に係る一般的な連邦反トラスト法上の分析枠組みは、競争者間の共同行為ガイドラインによると明示されている³³⁹。その上で、(競争制限が生じないようセーフハーバー措置を講ずることを前提として)競争者間で共有することが競争促進的な情報の例として、インシデントレポート、サイバー攻撃に関する指標、脅威の兆候に係る諸情報、すなわち技術的かつ限定的な類型の情報共有は、競争促進的であると評価している。ここで、競争促進的であるとされる理由として、情報システムの防護を可能にする、さらには米国のインフラに係る安全性向上に資することで米国の情報システムの安全性・安定性(availability)・整合性(integrity)・効率性を向上させ得るものである点が指摘されている³⁴⁰。

³³⁷ ビジネス・レビュー・レターには、相談された行為がそもそも競争促進的であるという評価を前提として——したがって、この点で本稿が直接関心を寄せる対象ではないもの——、当該行為が環境に与える負荷を軽減するものでもあると述べるものがある。Letter from Anne K. Bingaman, Assistant Attorney Gen., U.S. Dep't of Justice, to Stephen M. Soble, Esq. (Apr. 20, 1994), available at <http://www.justice.gov/atr/public/busreview/211835.htm>.

³³⁸ DOJ & FTC, ANTITRUST POLICY STATEMENT ON SHARING OF CYBERSECURITY INFORMATION, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/305027.pdf>

³³⁹ したがって、当然ではあるが、競争上センシティブな情報(たとえば現在・将来の価格情報等)の共有は、競争を制限するものであるから認められない。

³⁴⁰ サイバーセキュリティに係る情報共有に係る DOJ 及び FTC による反トラスト政策ステートメントに引用されている関連する事例として、2000年10月の Electric Power Research Institute に係るビジネス・レビュー・レター(Klein 局長名で発出)がある。当該レターの背景となる問題意識とは、電力、製油、ガス、情報通信、交通、金融、上下水道、それに公衆衛生の分野で、急速にネット接続が普及し、当該産業の供給者に対するサイバー攻撃が、以前よりも脅威が増大しつつあるというものである。

相談は、EIS(enterprise infrastructure security)計画に関するものであった。すなわち、1997年の大統領諮問委員会報告をきっかけとして、EPRI メンバー間と当該メンバーとメンバーの取引相手間とで、第一にサイバー防衛上効率的な対処法について、第二にサイバー攻撃に脆弱なシステム上の問題点のそれぞれについて、情報を共有することとした。ただし、共有される対象となる情報は、サイバー攻撃に直接関連するそれに限定され、価格や自社システムの詳細に関する情報交換は厳重に禁止する。また、サイバー攻撃対策と称して、特定のサービスや設備の導入を推奨することも行わない。このような計画の連邦反トラスト法上の評価を問い合わせたものである。

(2) 高度実践登録看護師（以下、「APRNs」という。）をめぐる州規制に係る FTC の政策展望(Policy Perspectives)³⁴¹

州により規制の態様は異なるものの、多くの州で、APRNs の医療行為について、規制が課せられている。一方で、APRNs は、多くの場合、その知見と認証を受ける過程で得られた経験等により、基本的な医療行為について、患者に対する安全上の懸念を生じさせることなく提供できる。APRNs が提供するサービスに関連して、医師の監督は、必ずしも、必要でないとする調査結果もある。州が、立法により APRNs の活動に制限を課す場合には、医師の数が深刻に不足している地域の現状等もふまえて、APRNs の活動に不要な制限を課さないよう、考慮されるべきであると FTC は提言する。

具体例として、たとえば、Missouri 州による規制の場合、患者の症状を診察し、分類し、治療上のテストを実施する際には、医師の指導を要する。APRNs は、医師の診察室に物理的に近接した部屋で、活動する必要がある。FTC は、かような州の規制について、市場に与える影響を十分に考慮した上で設定すべきであると提言する。

第4節 本稿のまとめ

連邦反トラスト法上違法と評価されない競争する当事者間の協定や協力等とは、あくまでも、市場での競争を促進すると説明出来るものに限られる。

「競争を促進する」こと以外の価値、すなわち社会的公共的な目的——例えば、環境の保護——を達成するが、一方で競争を制限するような競争する当事者間の協定等を、競争当局が連邦反トラスト法に違反しないとした直接的な事例は、ない（インタビューの成果）。

「競争を促進する」という価値を実現するために、連邦は、連邦反トラスト法を制定した。これに対して、例えば、州が、州の主権に属する事項について、競争を制限してでも、あえて「競争を促進する」こと以外の価値を実現するためには、州による立法で「競争を制限してでも『競争を促進する』こと以外の価値の実現を図る」という趣旨が明確に規定され、かつ、原則として、州自らが、当該価値の実現のための措置を講ずる必要がある。なお、郡、市、又は町村等の地方自治体は、州と異なり、主権が認められない。もっとも、地方自治体は、市場での競争に参加する私的な当事者とも異なり、原則として、州から与えられた競争を規制する権限の行使に当たり、競争を制限しようとするインセンティブを持たないもの

DOJ からの回答の概略は、相談の内容を前提とすれば、競争に与える悪影響を回避するのに十分な措置であり、提案された情報共有を問題にすることはないというものであった（なお、2000年4月に出された競争者間の共同行為ガイドラインについては言及がない）。

³⁴¹ FTC でインタビューに応じて頂いた Bloom 氏の指示に基づき、当日エスコートを担当された Heimert 氏からメールで資料の提供を受けた。

General Policy Perspectives (March 2014)

Comments to Missouri Legislature (May 2014)

Comments to Massachusetts Legislature (January 2014)

Testimony Before West Virginia Legislature (September 2012)

として取り扱ってよいと考えられている。

米国連邦司法省（DOJ）からのヒアリングメモ

1. 日時： 平成27年1月28日（水） 15：05～16：10
2. 場所： DOJ 内会議室
3. 先方： Matthew Mandelberg, Attorney, Legal Policy Section
Melanie L. Krebs-Pilotti, Attorney, Foreign Commerce Section
4. 当方： 駐米日本大使館 稲葉二等書記官
梶山女学園大学 井畑准教授
5. 先方配布資料：
National Society of Professional Engineers v. United States, 435 U.S. 679 (1978).
California Dental Association v. Federal Trade Commission, 526 U.S. 726 (1999).
DOJ Press Release Materials, Former executive of Peruvian Airline pleads guilty to fixing fuel surcharge rates on air cargo shipments following Hurricanes Katrina and Rita, http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2011/277862.htm
DOJ Press Release Materials, Antitrust Guidance — Hurricanes Katrina and Rita, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/211541.htm>
DOJ Press Release Materials, DOJ Business reviews and FTC staff advisory opinion letters related to Hurricane Katrina and Hurricane RITA aftermath, <http://www.justice.gov/atr/public/busreview/211539.htm>
6. 概要
冒頭、当方よりCPRC及び共同研究の意図について説明し、今回聴取した内容について研究目的で利用することについて快諾を得た。
その他のやりとりについては、概要以下のとおり。

(1)

(先方) Hurricane Katrina and Hurricane RITA に関連して、DOJ 及び FTC が共同して発表した反トラストガイドランスは、当局としては、反トラスト法違反行為にかかる免責的正当化事由を創出したものと位置づけていない。あくまでも、違反行為の審査にあたり、迅速かつ簡易な審査を実施する旨を明らかにしたに過ぎない。

(2)

(先方) 緊急事態は、一般に、正当化事由たりえない。ただし、従前の事業環境に変化が生じた結果、事業者間の共同行為について、何らかの競争促進的説明が可能な場合には、正当化事由として評価される可能性は否定しない。

たとえば、テロリストの攻撃を受けて、ある地域で発電所が発電する能力を失ったとする。その場合に、他の地域に所在する電力会社と協力することで、当該地域に送電を実施するようなときには、限られた期間についてはあれ、供給余力に大幅な制限が加わる局面で送電能力を確保するのであるから、競争促進的であると評価できる。

(3)

(先方) ある協定が環境保護に資するかどうかを判断するのにふさわしい知見を、DOJ 反トラスト局は持たない。ある協定が環境保護に資するかどうかの判断は、連邦政府を構成する当該問題に適切な部局が行う。競争制限的である協定について、競争とは関係のない価値の実現を理由として、反トラスト法上の免責を与えることにはならない。■

米国連邦取引委員会 (FTC) からのヒアリングメモ

1. 日時： 平成27年1月29日 (木) 11:05～12:10 (現地時間)
2. 場所： FTC 競争局内会議室
3. 先方： Michael J. Bloom, Assistant Director for Policy and Coordination
James F. Mongoven, Deputy Assistant Director for Policy and Coordination
Andrew J. Heimert, Counsel for Asian Competition Affairs
4. 当方： 駐米日本大使館 稲葉二等書記官
椋山女学園大学 井畑准教授
5. 先方配布資料：
National Society of Professional Engineers v. United States, 435 U.S. 679 (1978).
North Carolina State Board of Dental Examiners v. F. T. C., 574 U.S. _____ (2015)³⁴².
6. 概要
冒頭、当方より CPRC 及び共同研究の意図について説明し、今回聴取した内容について研究目的で利用することについて快諾を得た。
その他のやりとりについては、概要以下のとおり。

(1)

(先方) 競争を制限すること以外に、何らかの価値を実現するために必要な協定・行為がありえたとしても、競争を制限する正当化事由として理解されることは、通常、ない。州等による立法で明示的に規定された競争制限的な措置は、限られた要件をみたす場合に、連邦反トラスト法の適用を受けないとされるだけである。

「州等による立法で明示的に規定される」ことが必須である。私的な団体が、競争以外の価値の実現を根拠として競争制限的な協定を実施すれば、単なる連邦反トラスト法違反行為として評価される。

(2)

(先方) 競争の観点から、「愚かな」立法が州等によりなされる可能性は否定できない。FTC としては、競争に関する専門的な知見を活用し、当該立法等について意見を述べるなどして、州等における衆議を尽くす際の参照資料は提供する。ただし、FTC には、特定の州等による立法に関連して、当該立法を取りやめさせたり、立法の内容を改変させるよう介入したりする権限がない。

(3)

(先方) DOJ と FTC とは、この問題についてほぼ同様の見解であると理解するが、しかし、連邦最高裁を構成する裁判官にすら意見の違いが見られるように、米国全体として一つのテーマについて、特定の統一的な見解が形成されるということは、稀である。Leegin 事件に見られるように、垂直的な価格制限について、時代によりその評価は変遷する。

近時、FTC 法 5 条の不正な競争方法という「不公正性」について、競争に対する具体的な影響の立証を求められる傾向が、内外を問わず、強くなりつつある。ある行為が不正な競争方法であるとされるために、競争制限効果と競争促進効果を比較衡量することは FTC を含め、当事者にとって非常に労の多いことであり、時間の無駄でもある。限られた資源の有効な活用を図るという観点からも、競争にとって比較的弊害が明白な行為類型に行政資源を投入することは、やむを得ないと考えている。



³⁴² 2015 年 2 月 25 日判決 (6 対 3)。Kennedy 裁判官が法廷意見を執筆し、Roberts 首席裁判官、Ginsburg 裁判官、Breyer 裁判官、Sotomayor 裁判官及び Kagan 裁判官が多数意見を形成した。また、Alito 裁判官が反対意見を執筆し、反対意見には Scalia 裁判官及び Thomas が少数意見を形成した。

正確には、ヒアリング時点では判決が出ていなかったため、FTC が提出した Final Brief に依拠して議論された。

第4章 日本法における非ハードコアカルテルの違法性評価

第1節 ガイドラインの立場

1 事業者団体ガイドライン

事業者団体ガイドラインは、社会公共目的のための自主規制について、その考え方を示している。

すなわち、「事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針」（以下、「事業者団体ガイドライン」という。）は、第二の「7 種類、品質、規格等に関する行為」の「(2) 自主規制等、自主認証・認定等」において、「商品又は役務の種類、品質、規格等に関連して、事業者団体が、例えば、生産・流通の合理化や消費者の利便の向上を図るため規格の標準化に係る自主的な基準を設定し、また、環境の保全や安全の確保等の社会公共的な目的に基づく必要性から品質に係る自主規制等や自主認証・認定等の活動を行う場合がある。」とする。そして、事業者団体ガイドラインは、このような活動の独占禁止法第8条第3号、第4号又は第5号の規定に係る競争阻害性の有無の判断について、自主規制については、「①競争手段を制限し需要者の利益を不当に害するものではないか、及び②事業者間で不当に差別的なものではないか、の判断基準に照らし、③社会公共的な目的等正当な目的に基づいて合理的に必要とされる範囲内のものかの要素を勘案しつつ、判断される。」とし、「自主規制等の利用・遵守については、構成事業者の任意の判断に委ねられるべきであって、事業者団体が自主規制等の利用・遵守を構成事業者に強制することは、一般的には独占禁止法上問題となるおそれがある。」とする。

このように、事業者団体ガイドラインでは、独占禁止法第8条第3号、第4号又は第5号の規定に該当しない事業者団体の自主規制等について、①需要者の利益を不当に害しない、②不当に差別的でない、③社会公共的な目的等正当な目的に基づいて合理的に必要とされる範囲内のものという判断要素を示し、さらに、④利用・遵守を強要しないこととしている。ただし、独占禁止法第8条第3号、第4号又は第5号は、例えば独占禁止法第8条第4号は事業者団体が「構成事業者の機能又は活動を不当に制限すること」を要件とし、「競争の実質的制限」の要件を充足しない場合にも規制を行うものである。そして、独占禁止法第8条第1号のような競争を実質的に制限することを要件とする場合は、競争を実質的に制限するか否かを直接に判断し、社会公共目的であることを直接に正当化理由とすることは行わず、競争を実質的に制限しているかどうかを具体的に判断していると考えられる。不当な取引制限の規制においても、社会公共目的であることを直接に正当化理由とすることは行わず、意思の連絡（「共同して」（独占禁止法第2条第6項）の要件）を満たし、かつ、競争を実質的に制限しているかを具体的に判断していると考えられる。以下にみられるように、相談事例等においても基本的にこの立場に立って判断がなされていると考えられる。

2 リサイクルガイドライン

「リサイクル等に係る共同の取組に関する独占禁止法上の指針」（平成 13 年）（以下、「リサイクルガイドライン」という。）は、リサイクルに係る様々な共同行為について考え方を示している。

リサイクルガイドラインは、リサイクル率達成目標の決定等（第 2 の 1）について、「法令上、個々の事業者に義務付けられるリサイクル率を事業者団体が遵守すべきリサイクル率として設定することは、法令上の要件を満たして行われる限り、独占禁止法上問題とはならない。」とし、「さらに、法令上の根拠がない場合であっても、事業者団体がリサイクル率の達成に関する自主的な基準・規約等を設定し、その周知・普及促進を行い、又はその利用・遵守を申し合わせ、若しくは指示・要請する等の活動（自主規制等）を行うことは、会員間で不当に差別的ではなく、その遵守を強制しないものである限り、原則として独占禁止法上問題ないものと考えられる。」とする。また、リサイクルガイドラインは、リサイクル費用の徴収方法に関する自主基準の設定（第 2 の 5 (1)）について、「事業者が共同して又は事業者団体が、需要者の理解を得るため、本体価格とは別にリサイクル料金として需要者から徴収する旨を自主的な基準として設定したとしても、その遵守を強制しないものである限り、独占禁止法上問題ないものと考えられる。」とし、「ただし、事業者が共同して又は事業者団体が具体的なリサイクル料金の額を決定することは、製品の販売と廃棄物の引取りが一体として行われることから、製品市場における競争に与える影響が大きく、また、事業者のリサイクル等に要する費用を削減していこうとする意欲を損ない、効率的なリサイクル等の推進そのものを阻害することになると考えられ、リサイクル市場における競争に与える影響も大きく、独占禁止法上問題となる。」とする（事例 5、事例 6 も参照）。また、徴収時点に関する自主基準の設定（第 2 の 5 (2)）について、「事業者が新たにリサイクル等に対する取組を行う場合、リサイクル費用を廃棄物の回収時に需要者から徴収する方法や製品の販売時にあらかじめ製品の販売価格に含めて徴収する方法などがあるところ、事業者が共同して又は事業者団体が、需要者にとって分かりやすい徴収の仕組みとし、リサイクル等の円滑な推進のため、リサイクル費用の徴収時点を廃棄物の回収時とするか、製品の販売時とするかについて自主的な基準を設定したとしても、その遵守を強制しないものである限り、独占禁止法上問題ないものと考えられる。」とする。

リサイクルガイドラインも、基本的に事業者団体ガイドラインの節で示した自主基準に関する考え方によっているといえる。

3 その他のガイドライン

「資格者団体の活動に関する独占禁止法上の考え方」（平成 13 年）は、「資格者団体が、会員の收受する報酬について情報活動等を行うことがある。このような情報活動等を通じて会員間に報酬の制限に係る暗黙の了解若しくは共通の意思が形成され、又はこのよ

うな情報活動等が手段・方法となって競争制限行為が行われていれば、独占禁止法上問題となる」とする。ただし、次のものは原則として問題とはならないとする。「需要者、会員等に対して過去の報酬に関する情報を提供するため、会員から報酬に係る過去の事実に関する概括的な情報を任意に収集して、客観的に統計処理し、報酬の高低の分布や動向を正しく示し、かつ、個々の会員の報酬を明示することなく、概括的に、需要者を含めて提供すること（会員間に報酬についての共通の目安を与えるようなことのないものに限る。また、価格制限行為の監視のための情報活動に該当するものを除く。）。」。広告規制については、「資格者団体については、法律上「会員の品位の保持に関する規定」が会則記載事項として掲げられており、これを主な根拠として、資格者団体は、会則等において、広告に関する自主規制を行っている。資格者団体の行う広告に関する規制が法律上一定の根拠を有するとしても、会員の事業活動を過度に制限するような場合には独占禁止法上問題となるおそれがあり、その内容は、需要者の正しい選択を容易にするために合理的に必要とされる範囲内のものであって、会員間で不当に差別的でないものとすべきである。」とし、「資格者団体が、会員の行う広告について、媒体、回数、場所、内容等を制限することにより、需要者の正しい選択に資する情報の提供に制限を加えることは、独占禁止法第 8 条第 4 号の規定に違反するおそれがある。また、このような行為により、市場における競争を実質的に制限することは、独占禁止法第 8 条第 1 号の規定に違反する。」としている。

供給者と需要者の間に情報の非対称性がある場合がある。資格者団体についても、資格者と顧客との間に情報の非対称性がある場合があり、情報の非対称性の観点から³⁴³、資格者団体が顧客に情報を提供したり、資格者の報酬にかかる広告などに一定の制限を課すことが考えられる。欧米においても、これらの観点から資格者団体の行為を検討するものがある。資格者団体ガイドラインは、報酬、広告について以上のような記述をしている。報酬、広告について一定の行為を許容するものであるが、いずれも独占禁止法第 8 条第 1 号から第 5 号の観点から、資格者以外の事業者に係る独占禁止法の解釈と異なる立場は採られていないと考えられる。

「高速バスの共同運行に係る独占禁止法上の考え方」(平成 16 年)では、「高速バス・・・の運行については、着地が事業者の営業区域から遠隔地にあり、事業者が単独では運行しにくい場合が多いという特性がある。こうした高速バスの運行における特性を踏まえると、そうした特性に応じた必要な範囲を超えない形で行われる以下の協定は、参入可能な事業体を増やすという競争促進的効果が認められ、また、事業者が単独では達成し得ない効率性を達成することにより利用者の利便に資すると考えられることから、路線分割、市場分割を行う協定を除き、原則として独占禁止法上問題とはならない」、「ア 事業者が単独では参入しにくい場合・・・において、新規路線を開設するために行われる共同経営に関する協定」、「イ 上記アの目的に基づく協定を既に行っている事業者が単独では当該

³⁴³ California Dental Association v. U.S., 526 U.S. 756 (1999).

協定に係る路線を維持することが困難な場合・・・に行われている当該協定」としている。ただし、当該協定に参加する事業者が共同して、競合路線を運行する他の事業者を排除し又は他の事業者による競合路線への新規参入を阻害する行為及び他の事業者が協定に参加し又は協定から脱退することを不当に制限する行為は独占禁止法上問題となるとする。

ここでは、事業者が単独では運行（参入）しにくい場合に、協定により参入可能な事業体を増やすという競争促進的効果があることから、それに必要な範囲・手段に限って共同行為を認めるものであり、一般的な独占禁止法の解釈に合致するものである。

第2節 相談事例集の諸事例の検討

1 レジ袋の削減のための共同の取り組み（平成14年）

「レジ袋の利用抑制のための有料化の決定について」（平成14年4月26日）では、小売業者4社が自然環境に資する活動のために寄付することを明示した上でレジ袋を利用する顧客に一定の費用負担の協力を求めることを決定し、当該費用を1枚当たり5円とする等とするもので、直ちに独占禁止法上問題となるものではないとされた。その理由は次のとおりである。

「ア 4社は、一般の商品の販売に付随して無償配布されているレジ袋の利用を抑制するために、レジ袋を利用する顧客に費用負担の協力を求め、かつ、顧客が負担した費用の全額を自然環境に資する活動に寄付し、その旨を顧客に明示するものであることから、本件相談の行為において4社がレジ袋を利用する顧客に一定の費用負担を求めることは、一般の商品の販売とは異なる」、「イ 4社がレジ袋を利用する顧客に対して5円の費用負担を求めることが競争に与える影響をみると、①4社によれば、レジ袋が有料であれば、約4分の3の顧客がレジ袋を利用しないとしていることから、レジ袋に係る費用が顧客の買物をするスーパーの選択に与える影響は小さいと考えられること、②スーパーにおいては多種類の商品について活発な競争の実態があることから、顧客にとって5円の費用負担が買物をするスーパーの選択に影響を与える程度の顧客誘引効果があるとはいえず、競争に与える影響は小さい」、「ウ 本件相談の行為は、レジ袋の利用を抑制してごみの減量化を図るという社会公共的な目的のためになされるものである」、「エ レジ袋を利用するかどうかは顧客の任意の判断に委ねられており、また、レジ袋を利用する顧客に対し、レジ袋の原価等を考慮して5円の費用負担を求めるものであることから、本件相談の行為が顧客の利益を不当に害するとはいえない」、「したがって、4社の行為は、それがレジ袋の利用を抑制するために、レジ袋を利用する顧客に5円の費用負担の協力を求め、顧客が負担した費用の全額を自然環境に資する活動に寄付し、その旨を顧客に明示するものであって、各社が当該行為に自由に参加・離脱できるものである限り、独占禁止法上問題となるものではない。」

本件では、小売業者4社によるレジ袋の対価の決定・実行が、レジ袋削減という社会公共的な目的のためになされ、不当な取引制限に該当しないとした事例であるようにもみ

える。しかし、本件は、(1)レジとは別の場所にレジ袋を置き、レジでの支払を済ませた顧客がレジ袋を利用した場合に1枚当たり5円を箱に入れてもらう、(2)全額を自然環境に資する活動に寄付するといった事例のようにもみえ、仮にそうであるとすれば、5円はレジ袋の「対価」ではなく、「取引」がなかったために、不当な取引制限に該当しないと回答した事例と理解することもできそうである。そして、その上で、レジ袋に係る費用が顧客の買物をするスーパーの選択に与える影響は小さく、スーパーの選択に影響を与える程度の顧客誘引効果があるとはいえず、スーパー間の競争に与える影響は小さいとしたようにみえる。なお、本件については、関係者へのヒアリング等の方法によるフォローアップを行うことはできなかった。しかし、本件は、各社により有料化がなされたが、一部の事業者は、顧客離れが生じ有料化を撤回し、その後4社のいずれもレジ袋の有料化を取りやめたようである³⁴⁴。

2 平成19年度事例3（レジ袋の利用抑制のための有料化の決定）

本事例では、A市、同市内の住民団体及び参加小売事業者各社が、レジ袋の提供を有料化し、その単価については、1枚5円とするという内容の協定を締結することについて、直ちに独占禁止法上問題となるものではないとされた。

本件については、フォローアップを行った（第3節を参照）。

3 ごみ袋に係る相談事例

ごみ袋については、レジ袋と異なり、商品として流通していること等から市が価格を指定することは問題があるという考え方が示されている。「地方公共団体からの相談事例集」（平成19年）は、市が、市指定のごみ袋の価格を指定すると、小売店等による当該ごみ袋の価格引下げのインセンティブが失われ、市民の負担軽減につながらないおそれがあるばかりでなく、事業者による独占禁止法違反行為を誘発するおそれもあることから、市がごみ袋の小売価格の統一に係る行政指導をすることは、独占禁止法上問題であるとしている。

なお、ある地方公共団体に対するヒアリングにおいては、地方公共団体がごみ袋を製造し、小売店に販売委託をし、その際に地方公共団体が販売価格を決定することにより、小売価格が統一されている例が示された。この事例では、小売業者は売上の全てを地方公共団体に渡し、地方公共団体は小売業者に手数料を支払っているとのことであり、再販売価格の拘束に該当しない真性の委託販売³⁴⁵であると一応いえそうな事案である。ただし、本当に委託者（地方公共団体）の危険負担と計算において行われているか、及びいわゆるハ

³⁴⁴ 例えば、<http://www.city.shimotsuke.lg.jp/hp/page000006600/hpg000006504.htm>、和田尚久「レジ袋有料制凍結：地方のスーパー・チェーンの例」。

<https://www.toyo.ac.jp/uploaded/attachment/8028.pdf>

³⁴⁵ 流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針第2部第一2(7)。

ブアンドスポーク共謀(hub-and-spoke conspiracy)³⁴⁶の問題、すなわち地方公共団体をハブとして小売業者(スポーク)間で意思の連絡がなされる形態のカルテルの可能性がないかについても検討すべきであろう。

4 平成 24 年度事例 9 (事業者団体による環境への影響が懸念される製品の製造販売を停止する取決め)

本件は、建築資材メーカーを会員とする事業者団体が、地球温暖化防止を目的として、温室効果を有さない新型品の商品化に伴い、温室効果を有する化学物質を原材料とする建築資材の製造販売を停止するよう取り決めることについて、「事業者団体の活動の内容、態様等によっては、構成事業者による多様な商品又は役務の開発・供給等に係る競争を阻害することとなる場合もあり、独占禁止法上問題となるおそれがある」とし、事業者団体ガイドラインの 3 基準を示した上で、「本件は、[1]温室効果を有さない新型品の商品化に伴い、温室効果を有する旧型品の製造販売を停止するものであり、需要者の利益を不当に害するものではないこと、[2]建築資材 A のメーカーが新型品を製造することに技術的な問題はなく、追加的な設備投資も必要ないことから、会員間で不当に差別的にはならないこと、[3]地球温暖化の防止を図るという社会公共的な目的の観点から合理的に必要とされる範囲内のものと考えられること、[4]旧型品の製造販売を停止する取決めに遵守するかどうかは会員の任意の判断によるものであることから、会員間の競争を阻害する効果はないため、独占禁止法上問題とはならない。」としている。

5 平成 19 年度事例 4 (容器回収の共同化)

本件は、情報機器メーカーが、情報機器に使用する消耗品の容器回収を共同で行うことについて、「本件共同回収の実施により、5 社間の消耗品 B の販売における競争が実質的に制限される場合には、不当な取引制限・・・として独占禁止法上問題となる」、「また、消耗品 B については、情報機器メーカーごとに、純正品と再生品との競争が存在しており、本件共同回収の実施により、再生品メーカーが容器を回収することが困難となるおそれがある場合には、純正品と再生品との競争を阻害するものとして独占禁止法上問題となるおそれがある」とし、「(2) 5 社間の消耗品 B の販売競争に与える影響 本件共同回収に要する費用(1 個当たり α 円)を、そのまま製品価格に転嫁するよう取り決める場合には、独占禁止法上問題となるおそれがあるが、本件共同回収では、この費用を販売価格に上乗せするかどうかは各社の判断に委ねられており、本件共同回収が 5 社間の消耗品 B の純正品の価格競争に影響を及ぼすとは認められない」、「(3) 再生品と純正品との競争

³⁴⁶ Interstate Circuit, Inc. v. United States, 306 US 208 (1939); Toys ‘R Us, Inc. v. FTC, 221 F.3d 928 (7th Cir. 2000). 比較的最近では、アップル事件でこの法理による反トラスト法違反が認められた。U.S. v. Apple Inc. 952 F.Supp.2d 638 (S.D.N.Y. 2013); U.S. v. Apple, Inc. --- F.3d ---, 2015 WL 3953243 (2d Cir. 2015).

に与える影響 本件共同回収は、新たに全国約 4,000 箇所の郵便局に回収ボックスを設置し、その PR によって消費者のリサイクル意識を高め、これまでは廃棄されていた多くの空容器について、その回収を進めようとするものであり、これにより従来からの量販店等での再生品メーカーによる空容器の回収が妨げられて、その回収量が著しく減少するとは考えにくいことなどからすると、本件共同回収の実施が、純正品と再生品との競争を阻害するおそれは小さいと認められる。」とする。

6 平成 17 年度事例 11（事業者団体によるリサイクルシステム運営上の基準設定）

本件は、建設部品メーカーの事業者団体が運営するリサイクルシステムにおいて、処理業者の地理的設置基準を設けることについて、「(1) 本件は、A 協会が構築する建設部品 X のリサイクルシステムにおいて、処理業者の地理的設置基準を定めるものであることから、本件では、建設部品 X のリサイクルにおける競争に及ぼす影響について検討する。」、 「(2) 一般的にリサイクルへの取組自体は、使用済み品の再生化という社会公共的な目的のためのものであり、事業者が共同し又は事業者団体において取組を行っても、それが直ちに独占禁止法上問題となるものではない。他方、事業者団体がリサイクルシステムを構築する場合に、当該システムの実効性を確保するためリサイクル事業者の選定に一定の基準を設けることについては、これにより既存のリサイクル事業者（廃棄物の回収・運搬業者、再資源化業者等）の事業活動が困難となり、又は他の事業者が参入することが困難となる場合は、独占禁止法上問題となる（第 8 条第 1 項第 1 号、第 3 号）。」、 「(3) 現状では、建設部品 X のリサイクル率 60%のうち A 協会のリサイクルシステムによる処理はその半分にとどまり、また、将来的なリサイクル率の上昇もあり得ることから、本件制限が課されても、他の処理業者の事業活動を困難にするおそれがあるとは認められない。さらに、本件の地理的設置基準は、A 協会が、リサイクルの効率化を目的として、処理業者が懸念する設備投資に係る費用の回収を確保するために設けるものであり、また、その基準があらかじめ数値等により明確化されるなど、客観性、公平性が確保されていることから、不当とまでは認められない。したがって、本件地理的設置基準は、直ちに独占禁止法上問題となるものではない。」、 「(4) しかし、A 協会のリサイクルシステムによる処理が高いシェアを占めるようになった後においては、本件地理的設置基準が他の処理業者の事業活動に影響を及ぼし、独占禁止法上問題となるおそれがある。」、 「(5) なお、本件地理的設置基準を設けることの必要性は、契約した処理業者の設備投資に係る費用を回収させることにより、A 協会のリサイクルシステムの実効性を確保する点に認められるものであり、本件地理的設置基準が費用回収の後においてまで設けられる必要性は認められない。したがって、地理的設置基準については、契約した処理業者が設備投資に係る費用を回収するために必要な合理的期間に限るものとし、それ以降は一定期間ごとに取引条件に基づく契約相手の選定を行い、さらに、市場の状況も踏まえ、同一地域内でも複数の事業者と契約するなど、新規参入を促進し、より事業者間の競争を促すような取組にしてい

く必要がある。」としている。

7 平成 14 年 1 月から平成 15 年度事例 10（自動車リサイクル業務の共同化）³⁴⁷

(1) ガイドラインの考え方

事業者が共同事業としてリサイクル・システムを構築する場合、独占禁止法上問題となるかどうかの判断に当たっては、当該共同事業が、製品市場及びリサイクル市場にどのような影響を与えるものであるかが検討される [リサイクルガイドライン 第 1 (リサイクル・システムの共同構築について)]。

(2) 本件の必要性及び合理性

フロン類、エアバッグ類及び ASR について自動車メーカー等ごとに分別回収、保管、配送等のリサイクル処理を行うことは、作業及び管理が極めて煩雑で事実上困難であり、また、自動車リサイクル法の規定（メーカー等によるリサイクル料金・リサイクルに関する収支の公表、剰余金の用途制限等）の下で、メーカー側の引取業務が一括化されることは、費用が節減でき、結果として自動車所有者が支払うリサイクル料金が抑制される効果が生じることとなる。

(3) 考察

本件については、次の状況から競争を阻害するものではないと考えられ、独占禁止法上問題ないと考えられる。

[1]リサイクルに要する費用のうち、フロン類破壊、エアバッグ類リサイクル処理、ASR リサイクル処理等の費用はメーカー間で共通化するが、これら費用の自動車の販売価格に占める割合は小さく、自動車販売市場における競争を阻害するものではない。

[2]以下の点から、リサイクルの分野においても競争性が確保されている。

ア 自動車所有者が支払うリサイクル料金は、各自動車メーカー等が個別に設定する。

イ フロン類回収料金、エアバッグ類回収料金は、自動車メーカー等ごとに設定され、ASR リサイクル処理料金については、自動車メーカー等の 2 グループごとに設定される。

ウ フロン類破壊業者、エアバッグ類リサイクル業者及び ASR リサイクル業者については、いずれも比較的大規模の業者であり、また、自動車以外の廃棄物についても処理を行っている。

エ 自動車メーカー等の本件共同事業への参加・退出は自由であり、排他的なシステムではなく、また、取扱量が少ない自動車メーカー等は、指定再資源化機関（自動

³⁴⁷ 本項の文章は、公正取引委員会ホームページから引用した。リンク先は以下のとおりである。

http://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/h16/h14_15nendomokuji/h14_15nendo10.html

車リサイクル促進センター) にリサイクル処理を委託することにより、共同事業に参加することができる。」

8 事業者団体の活動に関する主要相談事例（平成 14 年 3 月）

「事業者団体の活動に関する主要相談事例」（平成 14 年 3 月）には、いくつかの事例が掲載されている。

「オゾン層破壊物質の使用抑制のお願い」（㉓）は、モントリオール議定書による指定に基づき、生産削減の趣旨の説明と理解・協力にとどまる限り、問題ないとし、ただし、これを契機に、事業者団体が割当て等を行うことは独占禁止法上問題となるとする。

「ダイオキシン類排出濃度の自主規制」（㉔）は、事業者団体が排出抑制の取組の状況について、結果を取りまとめ、取引先に提供することは問題ないとする。その際、事業者団体ガイドラインの自主規制に関する 3 基準を用いるとともに、排出濃度の自己評価に参加しない会員を不適格事業者として取り扱い、これにより当該事業者の事業活動が困難になる場合、独占禁止法上問題となるとする。

「環境対策のために特定顔料の使用を自粛すること」（㉕）は、環境対策等のために茶色、黄色系のレジ袋（法令の範囲内であるが、微量の鉛、カドニウム等の重金属を含有）の製造を自粛し、ユーザー団体に使用自粛の理解を求めることは問題ないとする。その際、事業者団体ガイドラインの自主規制に関する 3 基準を用いるとともに、事業者団体として会員の製造するレジ袋の種類を制限することは独占禁止法上問題となるおそれがあるとする。

「医療廃棄物処理に関する自主基準の設定」（㉖）は、事業者団体が医療廃棄物の適正処理の推進のために、廃棄物の取扱い、処理手順等に関する自主基準を設定することは、順守を強制するものでない限り問題ないとする。その際、事業者団体ガイドラインの自主規制に関する 3 基準を用いるとともに、適正処理のために必要な費用や処理料金の目安等となるものを作成することは独占禁止法上問題となるとする。また、自主基準に基づく評価リストを作成したり、ロゴマークを交付したりすることは、会員と取引先との具体的な取引条件を制限するものではないと考えられ、順守を強制するものでない限り独占禁止法上問題ないとするが、当該ロゴマークがなければ事業活動が困難となる状況のときには、正当な理由なく利用を制限することは独占禁止法上問題となるとする。

「防ベンゼン等の大気中排出量規制に関する自主基準の作成」（㉗）は、大気汚染防止法の改正により指定物質基準が設けられ、ベンゼン等 3 品目について抑制基準（相談では、罰則はなく、事業者の自主管理を促す基準とされている）が設けられた事例において、団体が自己責任のもとに排出の抑制と削減に取り組むことを基本方針とした品目ごとのリスト管理計画を策定することは独占禁止法上問題ないとする。その際、事業者団体ガイドラインの自主規制に関する 3 基準を用いるとともに、排出の抑制、削減が計画どおり進まない企業に対する調査、指導、助言は目的達成に必要な範囲のものにとどめ、強制に当

たらないよう十分留意する必要があるとする。

9 環境以外の相談事例

安全に係る事例として、平成 23 年度事例 8（事業者団体による労働者の安全確保のための自主基準の策定）がある。本件は、機械製品の整備事業者を会員とする事業者団体が、労働者の安全確保の観点から、放射線量値の高い機械製品の整備に関して統一した基準を策定し、会員に対し、その基準の周知徹底を図るものであり、事業者団体ガイドラインの自主規制に関する 3 基準を示し、「本件取組は、機械製品 A の整備を実施する労働者の安全を確保するためのものであり、社会公共的な目的を有するものである。また、内容は作業手順、作業員の服装等に関する基準を設定するものであり、X 協会の会員と顧客との間の具体的な取引条件を制限するものでも、特定の事業者に差別的なものでもない。さらに、このような労働者の安全のための取組は、需要者の利益を不当に害するとまではいえない」とする。ただし、「会員に対し、労働者の安全確保という名目で本来は不必要な作業を行わせ、需要者に高額な費用を請求することとなったり、本件取組を徹底させるためにペナルティを科すなど、会員の事業活動を制限するような場合は、独占禁止法上問題となるおそれがある」としている。

また、平成 19 年度事例 6（事業者団体による製品の耐用年限等の設定）は、事業者団体が、ユーザーの安全の確保に資するため、会員事業者が製造・販売する製品の耐用年限及びその算定基準を設定するものであり、「X 協会が、会員事業者が製造する製品 A についての最低耐用年限を α 年とする自主基準を設けたとしても、この最低耐用年限より短い、あるいは、長い製品を製造販売することが制限されるものではないが、」、「ア 通常、ユーザーは β 年（ α 年よりも長い）以上使用し、これまで特段経年劣化による事故も発生していないとのことであり、このような使用状況を踏まえると、最低耐用年限を α 年とすることに合理的な理由があるとは認められず、また、これは、ユーザーに不必要な買替えを促すことにもつながるおそれがあり、」、「イ ユーザーによっては、耐用年限は短くとも価格の安い製品を望んでいる者もあると思われるが、こうした製品の製造を抑制する効果」、「ウ 多くの会員事業者が耐用年限を α 年程度としている実態から、 α 年以上の製品の製造を妨げないとしても、各会員事業者が最低の耐用年限 α 年の製品しか製造しないようにさせてしまう効果」「を有するものと考えられ、会員事業者間の競争を阻害するおそれがあるものである。」とする。その上で、事業者団体ガイドラインの自主規制に係る 3 基準を示し、「各会員事業者が、経年劣化による事故等の予防のために、ユーザーに対して、製品 A の交換の目安としての耐用年限を示すことは、必要性が認められるものであり、X 協会が、会員事業者が製品 A の耐用年限を定める際の参考となるように算定基準を定めることは、これが、(1)耐用年限を算定するための耐久テストの客観的な試験方法であって、(2)会員事業者にこの基準の利用を強制するものでなく、(3)不当に差別的なものでなければ、直ちに独占禁止法上問題となるものではない。」とする。事業者団体が

設定する耐用年限等を強制するならば、競争が阻害されることは明確である事案である。

第3節 地方公共団体に対するヒアリング

前記第2節の3のとおり、平成19年度相談事例3において、地方公共団体、住民団体及び参加小売事業者各社がレジ袋の利用抑制のための有料化に係る協定（以下このような協定を「三者協定」という。）を締結する取組みについて、直ちに独占禁止法上問題となるものではないとの考え方が示された。このような取組みを含めて、全国では様々なレジ袋削減に係る取組みが散見されるところ、共同研究期間中、泉水、宮井、齊藤、井畑及びCPRC事務局が、4つの地方公共団体に対してヒアリングを実施した。

以下、それぞれについて概要を示し、その後、全体を総括する。

1 地方公共団体 A

(1) 経緯

環境問題に対する関心が高まっていたところ、容器包装リサイクル法改正³⁴⁸を契機として、小売事業者側の関心、市民団体等の意見等を踏まえて、他の地方公共団体における取組みを参考にしつつ、協議会を設置し、地方公共団体Aとして協定のとりまとめを実施することとなった。平成19年に三者協定が締結され、その後、平成21年にレジ袋の有料化が開始された。

(2) 内容・運用

レジ袋の削減運動に取組み可能な範囲で参加を促すために、三者協定については、大きく分けて(A)レジ袋を無料配布しないこと、を明記する協定と、(B)レジ袋の無料配布は継続しながら、業態等ごとの自主的な取組みを反映させる協定の2方式がある。

削減目標については、協定(A)ではフォーマットにおいて「マイバッグ等持参率」を、協定(B)ではフォーマットにおいて「レジ袋削減率」等を目標として記載することとしている。どのような内容の協定を締結するかは、各事業者の個別かつ自主的な決定に委ねられている。協定は3年ごとの期限を設けた上で、更新を予定している。

レジ袋の価格については、協定のフォーマットでは具体的な額面を記載しておらず、各事業者が個別かつ自主的に決定する。

取組み状況については、年度ごとの報告を通じて把握し、全体の成果を地方公共団体Aのホームページ等で公表をしている。このような取扱いは協定のフォーマットに明記されている。

³⁴⁸ 平成19年4月の改正容器包装リサイクル法の施行を踏まえて、容器包装の有償提供（レジ袋の有料化）が、容器包装を用いる小売事業者にとって推奨される行為の一つとして挙げられている。

(3) 特徴・課題

ア レジ袋の価格について

協定のフォーマットには具体的な価格が記載されておらず、価格設定は各事業者の任意であるが、業態ごとに3円、5円等である。しかし、概ね5円と設定している事業者が多いとの印象を受けている。各事業者が全国的な価格設定や全国展開している事業者の価格帯を参考にした可能性があるが、詳細は不明である。

イ 参加率・削減目標の達成状況等について

事業者の自主的な取り組みを重視し、参加しやすいよう協定のフォーマットが二段構えとなっており、特に、協定(A)においては目標を達成した事業者数も多いようである。現在、比較的多くの小売事業者から協定に賛同を得るに至っているが、他方で協定未締結である事業者も存在している。また、当初協定を締結していたが、協定から離脱した事業者もいる。削減目標については、当初「マイバッグ等持参率30%」等であったものの、平成21年にレジ袋を有料化するに当たって、「マイバッグ等持参率80%以上」という目標値が記載されることとなった。

ウ その他

仮に地方公共団体が個別事業者の実績を個々に評価することとなれば、協定から離脱するものが現れることが懸念される。また、仮に、任意の取り組みではなく、取り組みを強制するとするならば、もはや法制化せざるを得ないと考えられる。

仮にレジ袋の価格を協定のフォーマット等で固定してしまうと、価格変動によって削減目標を達成しようとするのが困難となる可能性がある。

2 地方公共団体B

(1) 経緯

環境問題を政策課題とする首長の主導により、平成14年、地方公共団体Bにおいてレジ袋に対する環境税を課す条例を制定した。しかし、施行日は未定であるとともに、条例が可決された際の付帯決議により、同条例の施行前にまずはマイバッグ持参率を向上させることとし、レジ袋削減の推進に係る協議会が設置された。その後、事業者、協議会、地方公共団体Bの三者協定の締結等の取り組みを経て、レジ袋の有料化等に係る条例を制定した（平成20年3月制定、4月施行。なお、上記の環境税に係る条例は平成20年6月に施行されないまま廃止されている。）。

地方公共団体Bにおいては、レジ袋の有料化等に係る条例の制定に先立って、いわば実証実験として、三者協定を締結した例がある。また、当該条例においても、協定の締結が可能となっている。

(2) 内容・運用

地方公共団体Bにおける三者協定において、削減目標については、レジ袋の削減率（マイバック持参率）を60%に固定している。この数値は、前記協議会が設定したものである。レジ袋の価格については、各事業者の任意であり、条例、各種団体等による強制ではない。その他、具体的な取り組み内容については、各事業者が自主的に決定している。協定の期限や更新制度は設けていないが、廃止等の柔軟な対応は可能である。

レジ袋の有料化等に係る条例には、立入調査権限や違反者の公表制度を規定している。しかし、それらの規定を適用した事案はない。取り組み状況の把握に関しては、前年度20万枚以上のレジ袋を配布した事業者のうち、目標削減率である60%を達成した場合に限って、地方公共団体Bのホームページ及び広報誌において事業者名を公表している。目標未達成事業者に対しては、「計画書」や「確認書」の作成及び提出を求めている。なお、協定が未締結であっても、前記枚数以上のレジ袋を配布する事業者に対して、レジ袋の有料化等に係る条例によりレジ袋配布等の実績について調査することが可能であり、実際に調査を行っている。

(3) 特徴・課題

ア レジ袋の価格について

レジ袋の価格設定は、各事業者の任意である。各協定の内容においては、消費者に対して「任意で3~5円程度の協力金」を「寄付」してもらおうとの文言、「1枚5円で販売する」などの文言等があり記載内容に若干の相違点はある。調査によれば、レジ袋の価格は2円から10円となっており、実際に価格にばらつきがある。具体的には、レジ袋の価格を5円に設定する事業者が多く、次に3円を設定する事業者となっている。これは、過去に示された課税額である5円を参照した事業者が多い可能性がある。

イ 参加率・削減目標の達成状況等について

参加率について、比較的多くの事業者が参加している。これは、早い段階から協議会や商店会連合会の関与があったこと影響している可能性がある。各団体から地方公共団体に事業者の紹介があり、三者協定を締結することもある。なお、三者協定を廃止した例もある。

前記の実績調査権に基づき、地方公共団体Bはレジ袋を前年度20万以上配布する事業者に対して調査を実施している。調査によって、商店会連合会は協定を締結するものの、会員である個別の事業者（店舗）は協定を締結せず、レジ袋を配布している例も確認される。他方、協定を締結していないが有料化を実施する事業者もある。

また、コンビニエンスストアを経営する事業者の参加は極めて困難である。これは、万引き防止の観点から参加を見合わせたり、フランチャイズ本部の意向などが強く影響している可能性がある。同一事業者であっても有料化をしている店舗とそうで

ない店舗とが存在することもある。

なお、レジ袋を有料化した事業者からの無料配布に戻したいとの要望も皆無ではない。

ウ その他

レジ袋削減に対する対応として、レジ袋の有料化のほかに、メリット付与型として、ポイント付与やキャッシュバックなどの方法を採用している事業者もいる。

環境税に係る条例に付帯決議が設けられた理由として、レジ袋の配布が顧客サービスとして実施されていること、課税方式という強制的な方法に全面的に賛同することが困難であったこと、徴税・行政コストの問題があることなどが考えられる。

3 地方公共団体 C

(1) 経緯

地方公共団体 C 内において、白熱電球の削減、LED 照明等への転換等、環境問題に対して一定の関心が高まっていたところ、容器包装リサイクル法改正を契機に、事業者の関心が特に高まり、また、各種団体からの意見もあった。これらを踏まえて、レジ袋削減の推進に係る協議会を設立し、平成 20 年度末、レジ袋削減に係る事業者の宣言及び協定の締結に至った。事業者・住民等からの要請を受けたことが理由とまでは必ずしもいえず、主導的な役割を果たした者も特にいない。いわば、発端は自然発生的なものであった。

(2) 内容・運用

まずはレジ袋の削減を取組可能で、参加可能な範囲で行うことから、レジ袋削減を謳う「宣言」と、具体的な取り組みを明示して締結する「協定」の 2 方式を置いている。協定は、三者協定である。

レジ袋の価格、削減目標などの宣言や協定の内容は、各事業者が個別かつ自主的に決定する。具体的には、削減目標については、平均レジ袋辞退率を「50%」、「85%」などと明示する協定もあれば、記載しない協定もある。レジ袋の価格については、協定では具体的な額面を記載したものはないが、「レジ袋の無料配布を中止する」旨の記載が一般的な模様である。取組み状況については、年度ごと、レジ袋辞退率等に係る調査によって把握している。本調査により、各参加者の、レジ袋辞退率、付与するポイント、レジ袋の価格等も把握している。ただし、白紙回答もある。レジ袋辞退率の変化等については、地方公共団体 C のホームページ上で公表をしている。

(3) 特徴・課題

ア レジ袋の価格について

前記のとおり、協定には具体的な価格が規定されていない。ただし、調査によれば、

レジ袋の価格は、1枚2円から10円と、区々である。大型店舗では5円と設定するところが多いが、2円や3円との価格設定も見られる。例えば、クリーニング店といった比較的大きな袋を提供する事業者は、上記価格帯よりも高額となる傾向がある。

イ 参加率・削減目標の達成状況等について

削減目標について、地方公共団体Cが先導的に数値を定め、または管理する意向はなく、自主的な取組みを重視し、各事業者の活動を促すことに力点が置いている。宣言を行う事業者の中にも、自主的に削減目標を設定する者もいる。ただし、地方公共団体Cの資料によれば、「協定」事業者は、60%程度から90%以上の辞退率が多くを占める一方、「宣言」事業者の場合、削減目標を50%とする者もいるものの、多くは20%から30%程度の削減目標である。他方、削減目標を50%とする「宣言」事業者の中には、75%以上の削減実績を出している者もいる。

コンビニエンスストアについては、万引き防止等の観点から配布中止は困難なようだが、フランチャイズ協会等を通じて働きかけを行っている。

同一事業者であっても、地域や店舗によりレジ袋の有料配布と無料配布を選択することもあるようである。

ウ その他

事業者の自主的な取組みを重視し、参加しやすいよう「宣言」と「協定」の二段構えとなっている。「宣言」から「協定」に移行する事業者も存在する。協定の改訂も、事業者側からの要請・要望があれば可能である。

メリット付与型の方策として、ポイント付与やスタンプ方式を採っている事業者もいる。なお、かつて先進的にレジ袋有料化に取り組んだ小売店は、当初、消費者から相当の反発を招いたこともあったという。

レジ袋辞退率等に係る調査票の内容は、レジ袋辞退率、付与するポイント、レジ袋の価格をはじめ細かな項目について実施している。当該調査によると、レジ袋の有料化に伴う収益金は、特定用途のために活用される寄付制度（カーボンオフセット制度）を利用する事業者もある。ただし、すべての事業者が収益金の使途を回答しているわけではなく、不明な場合もある。

4 地方公共団体D

(1) 経緯

環境問題を政策課題とする首長の主導によりレジ袋有料化等に係る検討を開始し、団体等を含めた協議会も設置した。他の地域における先進的な取組み、議論、条例等も参考にして、平成20年度、地方公共団体Dにおいてレジ袋有料化等の取組みを推進する条例を制定した。

(2) 内容・運用

削減目標については、条例において、年間10万枚以上使用する事業所に対して、マイバッグ持参率（レジ袋削減率）を60%以上とする旨の削減目標を明示し、レジ袋有料化等の取組みを義務付けている。この削減目標は、他の地域における先進的な取組みの状況を参照したものと考えられる。レジ袋の価格については、地方公共団体Dとしても統一価格での設定が望ましいと考えていたが、価格については条例に規定していない。現在、各事業者が自主的な判断で価格を設定している。

各事業者の取組み状況については、報告書を提出してもらい把握している。地方公共団体Dのホームページ上で結果は公表している。なお、条例には、立入調査権限や違反者に対する勧告・公表制度を規定しているが、適用した事案はない。

(3) 特徴・課題

ア レジ袋の価格について

レジ袋の価格については、概ね1枚5円とする事業者が多い。

一律に価格を定めた方がレジ袋削減の成果や事業者等からの理解が得られやすいと考えられるため、平成19年度の相談事例について当時参照することができていれば、一律の価格設定を推進していた可能性がある。

イ 実効性・削減目標の達成状況等について

消費者団体からの要望が強かったこともあり、協議会が早期から設置されたが、事業者側はレジ袋の有料化を義務付ける条例制定を望んでいた模様である。これは、任意の取組みにおける個々の消費者からの反発を危惧した可能性がある。条例の制定により、レジ袋削減運動が促進され、実効性を確保することができたと考えられる。また、必ずしも全国展開をしているものではない、地域のコンビニエンスストアも取組みに賛同している。しかし、他方で観光地等では実施が困難であり、賛同を得られていない現状がある。

現在、全体としては80%近くのマイバッグ持参率を達成しており、条例に規定する目標値以上の結果となっている。マイバッグ持参率は、極めて高い数値を示しており、事業所および消費者からも理解が得られていると考えられる。また、協議会と地方公共団体Dが連携し、マイバッグキャンペーンにより消費者にマイバッグを配布している効果が現れている可能性もある。

ウ その他

条例上、年度ごとの報告書の提出を義務化しているが、実際には、提出をしていない事業者もある。ただし、前記のとおり、立入調査権等を発動するまでには至ってい

ない。この点、当該事業者は、協議会の会員であることが多いためから、協議会等を通じて協力要請をすることも期待されている。

レジ袋の価格やレジ袋の売上の使途については、各事業者の判断に委ねられている。地方公共団体Dでは、レジ袋有料化による売上については寄付等を依頼している。

5 総括

(1) 経緯

CO2 削減などを謳った京都議定書の締結後、我が国でも環境問題に対する意識や関心が、市民・住民、各種団体、事業者間で高まっていたこと、平成19年の改正容器包装リサイクル法の施行を受けて事業者に対してレジ袋の有償提供が促されたことなどから、地方公共団体が直接又は間接的にレジ袋削減についてイニシアチブをとることとなり、協議会等を設立し、条例化や三者協定の制定が進んだ。

地方公共団体Bは、我が国でも、比較的早い段階から、レジ袋削減について高い関心を寄せ、かつ、実際の取組みも先行している地域である。他の地方公共団体もその政策や取組みを参照しているモデルケースの1つとなっているようである。

(2) 内容・運用

先進的な取組みをしている地方公共団体のなかには、レジ袋削減又は有料化等に係る条例を制定したところもある。それ以外の地方公共団体では、地方公共団体・事業者・住民団体等における三者協定を締結することにより、レジ袋の無料配布中止、有料化を促進させている。いずれの場合についても次のような特徴が見られる。

①削減目標については、条例を制定している地方公共団体では、「60%以上」の削減率・辞退率を明示している。一方、三者協定による取組みの場合には、事業者の実情に鑑みて任意に設定されている場合もあれば、具体的な数値を明示しないものもある。協定には「80%」以上の目標値を明示し、実際にはそれ以上の削減率・辞退率を達成している事例もある。

②価格については、どの地方公共団体も、事業者の任意であるが、一般的なレジ袋のサイズであれば、概ね5円と設定しているところが多いようである。有料化というディスインセンティブ付与のほか、ポイントカードによるポイント付加などのインセンティブ付与型を採用することで、レジ袋を削減する店舗も少なくないようである。

③成果の把握については、条例で報告書の作成・提出を義務づけている地方公共団体では、レジ袋を一定枚数以上配布した事業者に対して実績等を報告させることができる。ただし、自主的な参加や企業努力を期待して、立入調査権限や勧告・公表権を発動したケースは皆無である。他方、三者協定により運動を進めている地方公共団体では、年度ごとに、アンケートや実績報告書の配布を通じて聴取をしている。条例・協定等の形態を問わず、各地方公共団体は、事業形態ごと、あるいは、企業グループごと、平均

削減率・辞退率等を地方公共団体のホームページで公表している。CSR等の観点から公表を歓迎する事業者も少なくないとも考えられる。

④レジ袋の有料化から得られた売上金については、任意の寄付を通じて還元されているケースも少なくないようである。地方公共団体によっては、各種イベントの開催、消費者等へ配布されるマイバッグの作成などの原資となっている場合もある。もっとも、アンケートや報告書を通じて判明した限りであるため、必ずしも網羅的に売上金の使途を把握しきれているわけではない。

(3) 課題等

ア 実効性の確保（参加率の向上・強制等）

レジ袋有料化又はエコバッグ持参率の向上のためには、このような取組みに賛同する事業者数を多くすることが望ましく、そのため地方公共団体又は各種団体等による「強制」を通じて実施することが実効性を確保するうえで有効であるとの考え方がある。例えば、地方公共団体 B のように、レジ袋に対して一律に地方課税を課すとの条例化・構想もあれば、地方公共団体 D を含めて、条例においてレジ袋の価格や辞退率等の目標値を決定し、これを定めるとの構想もあった。

賛同する事業者が少なければ、地方公共団体 C における一部の小売店が直面したように、1社だけが率先してレジ袋を有料化した際、消費者側から強い反発を受ける可能性がある。地方公共団体 D でも、このような反発を懸念して、事業者の側から条例制定を強く望んだという背景も指摘されている。また、本件ヒアリングの対象外ではあるが、一定地域において複数の小売店が一斉にレジ袋を有料化したところ、顧客離れが進んだため、継続的な取組を断念した地域もあるようである。

ただ、成功事例の1つと評価できる地方公共団体 A のように、事業者の任意に基づくのではなく、仮に「強制」をするならば、立法による措置が望ましいとの意見もあった。また、同じく成功事例の1つと評価できる地方公共団体 C でも、住民や事業者の自主性を尊重し、任意の協力を求めることで、レジ袋削減運動を推進・強化しているケースも存在している。

イ レジ袋削減の目標値と価格設定

レジ袋辞退率の目標値を定めることは効果的である。「80%」以上の目標値を協定で盛り込んでいる地方公共団体 A では、当初 10%ないし 30%程度の削減目標であったが、レジ袋の有料化にあたって「80%以上」との目標値が協定に定められ、現在に至っている。詳細は不明とのことだが、目標未達成事業者に対する罰則規定などを置かなかつたことが、事業者の側の負担を軽減し、賛同を得ることができたとも考えられる。同様に、事業者の自主性を重視する地方公共団体 C でも、目標値が高いとは言えない一部の「宣言」事業者の方が、比較的高い辞退率・持参率（75%以上）を

達成しているケースもある。

条例を制定する地方公共団体では、一律の目標値を定めているが、地方公共団体 A 及び C における目標値や実績と比較すると、「60%以上」という削減率・辞退率は、必ずしも高い数値ではないとの見方もできないわけでもない。この点、導入当初から、目標値が高ければ、課税権の行使と同様に反発を招きやすく、また目標値を改訂する場合にも同様、参加・賛同を得にくくなることも予想されないでもない。

レジ袋の価格については、そのサイズ・用途等から、まちまちであるが、概ね 5 円であることが多い。今回のヒアリングでは、平成 19 年相談事例集回答が示すような三者協定に基づいて価格を決定している地方公共団体はなかった。ただし、地方公共団体 D によれば、地方公共団体内においてレジ袋の価格を統一化することが望ましいとする見方を示している。しかし、その一方で、地方公共団体 A のように、削減率を達成するために、レジ袋の価格を変動させることで辞退率・持参率を引き上げる試みがなくなってしまうのではないかと、との指摘もある。

ウ その他

ほとんどの地方公共団体では、コンビニエンスストアの参加を促すことができるかが、大きな課題になっている。また、商店街単位では協定等を締結しているものの、各店舗では無料配布を行っているケースもあるという。①取扱う商品の種類によって店舗の対応や消費者ニーズが異なる場合、②レジ袋削減に積極的な地方公共団体と、必ずしも積極的とは言えない地方公共団体・商圈が隣接しており、仮にレジ袋の無料配布が顧客獲得のツールとなっている可能性がある場合、③フランチャイズチェーン店では、加盟店オーナーとフランチャイズ本部との意向の違いがある場合など、様々な背景事情や現実的な問題が見られるようである。

第 4 節 社会公共目的の自主規制に係る事業者団体ガイドラインの考え方の評価

社会公共目的の自主規制に係る事業者団体ガイドラインの考え方は、上記のように、相談事例などにおいて広く採用されている。

本章第 1 節 1 で示したように、同ガイドラインは「自主規制等の利用・遵守については、構成事業者の任意の判断に委ねられるべきであって、事業者団体が自主規制等の利用・遵守を構成事業者に強制することは、一般的には独占禁止法上問題となるおそれがある。」としている。この点、学説上、一方で、非強制の要件については、強制しなければ有効に機能しない社会公共目的の自主規制もあるはずであり、一律にこのような要件を置くことはおかしいという批判がある。

他方、自主規制（カルテル）から離脱する自由は最低限、与えるべきではないかとも考えられる。例えば、フォローアップを行ったレジ袋の有料化のような事例を想定すると、仮に、レジ袋が有料であるか否かは顧客による小売店の選択という競争において重要であると事

後的に判明した事例があるとして、そのような場合にもカルテルが維持される危険が残る。さらに、強制しなければ有効に機能しない自主規制が制限しようとする競争（例えば、審判審決平成7年7月10日審決集42巻3頁（大阪バス協会事件）が例示する阿片煙の取引をしない協定）は、通常、独占禁止法上保護に値しない競争であり、その自主規制自体が競争を実質的に制限したり（8条1号）、不当に機能活動を制限しない（同条4号）のではないか、という考え方もあり得る。

第5節 震災等緊急時における共同行為

1 はじめに

震災等緊急時に限定して、一定の共同行為を許容するかにみえる事例がある。震災等緊急時であることは、どのように考慮され、あるいは考慮されないのであろうか。

この点、公正取引委員会が公表している「東日本大震災に伴う公正取引委員会の対応について³⁴⁹」には参考となる多数の事例とそれに関する考え方が示されている。そこには、①震災等緊急時における取組に係る想定事例集（平成24年3月13日）、②業界団体等における夏期節電対策に係る独占禁止法上の考え方（平成23年4月11日。夏期節電対策相談ダイヤルを開設（5月13日追加）。）、③被災地への救援物資配送に関する業界での調整について、④東日本大震災に関連するQ&A、⑤独占禁止法に関する相談事例集が掲載されている。

以下、どのような考え方が採られているかについて順次検討する。

2 震災等緊急時における取組に係る想定事例集（平成24年3月13日）

想定事例集は、最初に、以下のように述べている。「本事例集に掲げた事例については、原則として独占禁止法上問題とはなりません。」「ただし、復旧のために緊急に物資が必要な期間に限定して実施するなど、必要最小限の期間に限定して実施されることが必要です。」「それらの取組に関し、参加や遵守を強制したり、また、差別的なものであったりする場合や、災害後の物資不足等に便乗して、事業者団体や複数の事業者が価格や供給量等について制限するような場合は、独占禁止法上問題となりますので、注意が必要です。」。このように、想定事例集は、社会公共目的の自主規制に係る事業者団体ガイドラインの考え方に沿っている。また、非強制、非差別的が要件となっている。以下、事例の紹介は省略し、そこで示された分析方法の評価に係る結論を述べる。

事例1は、意思の連絡がない事例である。事例2も同様である。また、事例1は所轄官庁が関与し、所轄官庁が個々の事業者と個別にやり取りする事例である。ただし、所轄官庁をハブとした前記のハブアンドスポークの可能性もあり得ると考えられる。事例3もおそらく意思の連絡のない、競争制限効果がない事例であり、所轄官庁が関与している。

事例4は、品薄状態の α 機器の供給数量を確保し、競争する行為ともいえる。ただし、

³⁴⁹ <http://www.jftc.go.jp/soudan/shinsaikanren/index.html>

協会を通じて 5 社の供給量の情報共有がなされる可能性があり得るが、事例集は本件ではその危険はないとする。また、他に代替の方法がない事例である。本件も、所轄官庁が関与している。事例 5 も同じである。

事例 6 は、緊急に仮設住宅を建設する必要があるため、協会が県にメーカーを紹介するものである。事例 7 は、協会が各会員の在庫量及び最大生産可能量を確認し、取りまとめている。しかし、X協会のウェブサイトにおいては、X協会の合計在庫量及び合計最大生産可能量の公表だけにすぎない。

事例 8 は、 α 鉄道車両部品が不足したために、代替供給する競争促進的な行為であり、競争を制限しないといえる事例である。事例 9 は、低熱セメントの供給力低下のために、代替供給する競争促進的な行為であり、競争制限しないといえる事例である。

いずれの想定事例も、競争を実質的に制限しないか、さらに、意思の連絡もない事例といえる。震災時であることについては、震災のため一時的に供給ができなかったり供給量が減少することから、供給を増やす行為（競争促進的行為）について、他により競争制限的でない代替の方法がないかを検討するなどしており、震災等緊急時であることを理由に独占禁止法の適用を停止したり、独占禁止法の要件の解釈やあてはめを変更したりするものではない。

3 被災地への救援物資配送に関する業界での調整について

公正取引委員会は、平成 23 年 3 月 18 日、「被災地は必要な様々な物資が供給されにくい困難な状況」において、「このような緊急の状況に対処し、被災地に円滑に物資を供給するため、関係事業者が共同して、又は関係団体において、配送ルートや配送を担当する事業者について調整することは、(1)被災地に救援物資を円滑に輸送するという社会公共的な目的に基づくものであり、(2)物資の不足が深刻な期間において実施されるものであって、かつ、(3)特定の事業者に対して差別的に行われるようなおそれはないと考えられることから、独占禁止法上問題となるものではありません」という考え方を公表した。

物資を供給するという競争ができない状況において、競争できるようにする行為は、競争を促進する行為であり、競争を制限しない。その意味で、「社会公共的な目的」といっているようである。(2)、(3)においては事業者団体ガイドラインの規範が使われている。

4 東日本大震災に関連する Q&A

問 2 は「今次の震災による物資の不足を受けて、事業者が共同して又は事業者団体が、顧客 1 人当たりの販売個数を調整したり決定したりすることは、独占禁止法上問題となりますか。」であり、答は「被災地に優先的に物資が供給されるようにする、顧客に物資が広く行き渡るようにするといった緊急の対応として専ら行われるものであって、物資の不足が深刻な期間及び地域において実施されるものであれば、独占禁止法上問題となるものではありません。一方、そのような調整を、著しい物資の不足が解消された後にな

っても続ける場合には、独占禁止法上の問題が生じますので、御注意ください。」とある。

物資が広く行き渡るという競争を促進する行為であり、競争を制限しない、より競争制限的でない方法もない事例といえる。

5 独占禁止法に関する相談事例集（平成 23 年度）のうち、東日本大震災に関連した相談事例について

(1) 事例 7 最低販売数量の割当て

本事例は、住宅設備メーカーを会員とする事業者団体が、仮設住宅向けの住宅設備の供給不足を回避するため、会員に対し、仮設住宅向け住宅設備の最低販売数量を割り当てることは、独占禁止法上問題となるものではないと回答した事例である。

本事例に対し、相談事例集は、「5 月初めから同月末までの短期間に建設することとされている仮設住宅に、通常よりも利益率が低いため 5 社はいずれも積極的に販売を希望していない住宅設備 A1 を設置することを目的とするものであり、(1)仮設住宅への住宅設備 A1 の供給が滞ってしまうことを避けるために最低販売数量を割り当てるものであること、(2)5 社は割り当てられた最低販売数量を超えて販売することが可能であることを前提とすれば、独占禁止法上問題となるものではない。」と回答している。

(2) 事例 8 事業者団体による労働者の安全確保のための自主基準の策定

本事例は、機械製品の整備事業者を会員とする事業者団体が、労働者の安全確保の観点から、放射線量値の高い機械製品の整備に関して統一した基準を策定し、会員に対し、その基準の周知徹底を図ることは、独占禁止法上問題となるものではないと回答した事例である。

本事例に対し、相談事例集は、「本件取組は、機械製品 A の整備を実施する労働者の安全を確保するためのものであり、社会公共的な目的を有するものである。また、内容は作業手順、作業員の服装等に関する基準を設定するものであり、X 協会の会員と顧客との間の具体的な取引条件を制限するものでも、特定の事業者に差別的なものでもない。さらに、このような労働者の安全のための取組は、需要者の利益を不当に害するまでとはいえないと考えられる。」と回答している。

(3) 事例 1 1 夏期節電に伴う構成事業者の営業時間短縮の取決め

本事例は、小売業者を会員とする事業者団体が、地域で一斉に全会員が休業する日や営業を中断する時間を定めること及び夜間営業を行わないことを決めることは、独占禁止法上問題となるおそれがあるが、政府から示された電力のピーク時である平日の昼間に輪番で営業を中断することについて調整を行うことは、原則として独占禁止法上問題となるものではないと回答した事例である。本事例に対し、相談事例集は、以下

の回答をしている。

「(2) X組合が、会員に対して地域で一斉に休業する日や営業を中断する時間を定めることは、実施方法によっては電力のピークカットに資する場合もあるが、一方で、商品 A の供給に大きな影響を及ぼし、かつ、需要者の利益を大きく損なうおそれがあるものであることから、独占禁止法上問題となり得る。また、X組合が夜間営業を行わないことを決め、会員に対してその旨を遵守させることは、電力のピークカットに資するものではなく、かつ、商品 A の供給者間のサービス競争を不当に制限するものであることから、独占禁止法上問題となり得る。

(3) これに対し、X組合の会員である複数の小売業者が、会員の事業活動や消費者の利便性に極力影響が出ないようにするために、X組合による調整の上、平日の昼間の電力需要のピーク時に輪番で営業を中断することなどで、電力のピークカットを実現することについては、(1)政府から示されたピーク時の電力の削減目標の達成が他の方法では困難な場合であって、(2)会員間で差別的なものでなく、また、(3)輪番で営業を中断することに留まるものであってその旨を需要者に事前に周知することにより需要者が事前に対策を採れるようにするのであれば需要者の利益を不当に害するものではないことから、原則として独占禁止法上問題となるものではない。」

本事例では、社会公共目的の事業者団体ガイドラインの規範が使われている。

6 まとめ

結論としては、いずれも、競争を実質的に制限しないか、さらに意思の連絡もない事例である。震災等緊急時を理由に独占禁止法の要件の解釈やあてはめを変更するものとはなっていない。

2では、いずれの事例も、意思の連絡がなく、あるいは震災のために品薄状態の商品の供給数量を確保し競争する行為ともいえる。事業者団体を通じて供給量の情報共有の危険や、所轄官庁をハブとしたハブアンドスポークの問題はあり得るが、その点にも回答は配慮している。分析方法としても、社会公共目的の自主規制に係る事業者団体ガイドラインの考え方や情報共有に関する考え方に従っている。

4では、「被災地に円滑に物資を供給するため、関係事業者が共同して、又は関係団体において、配送ルートや配送を担当する事業者について調整することは、(1)被災地に救援物資を円滑に輸送するという社会公共的な目的に基づくものであり、(2)物資の不足が深刻な期間において実施されるものであって、かつ、(3)特定の事業者に対して差別的に行われるようなおそれはないと考えられることから、独占禁止法上問題となるものではない」との判断枠組みが示されている。物資を供給するという競争ができない状況で、競争できるようにする行為は、競争を促進する行為であり、原則として競争を制限しないであろう。その意味で、「社会公共的な目的」といっているようである。ただし、より広い意味でいっている可能性もある。ただし、(2)、(3)で事業者団体ガイドラインの自主規制

に関する考え方が使われている。

おわりに

第1章 EU

EUでは、競争法の近代化以降、3項ガイドラインをみる限り、各項の役割分担と消費者厚生基準の採用が明確になった。しかし、同ガイドラインには、他の政策も考慮する旨記載しており、また、伝統的な先例における判断枠組みを通じて、さらには3項における考慮要素を尊重しつつ1項を通じて、社会公共目的を有する共同行為を判断する余地は残されている。

EUと加盟国との間における法制度・運用が統一化されるなか、国家行為や事業者団体における自主規制について、どこまで平準化するか、関心が寄せられるところ、料金決定については厳格に法適用を採る傾向にあり、また参入規制や会員等の事業活動に対する制限についても競争法の適用が及ぶ領域や範囲が拡大する状況が見られるようになっている。EUにおいてレジ袋の有料化が採用された場合、競争法・競争政策から完全に切り離して実施されるのか、加盟国単位・自治体単位での決定になるのか、事業者団体単位での自主的な決定に委ねるのか、あるいは、「三者協定」の形態を採ることとなるかは不明であるが、我が国における相談事例の回答は先行して違法性判断基準を明示していることになるのではないだろうか。

第2章及び第3章 米国

米国では、違法判断においては、あくまでも行為の競争への影響が問題であり、これ以外の観点からの分析は行われない。

そして、事例をみる限り、日本でいう「社会公共目的」については競争に影響を及ぼさずに対応可能であることがほとんどであり、逆に、競争に悪影響を及ぼすような行為を「社会公共目的」によって正当化することは反トラスト法の存在意義を否定するものと捉えられる。

ただし、環境、安全、労働者保護等の「社会公共目的」は、判例法上の適用除外法理の中で扱われる場合がある。

行為の競争への影響を判断する手法ないし枠組みについて、裁判所による差異はあるものの、おおよそパターンは確立してきているが、しかし、経済厚生を比較衡量の尺度とすると、予見可能で明快な結論に達することが難しく、訴訟の長期化・泥沼化がもたらされやすい。

上記の問題を回避するために、行為の態様や文脈に即した行為類型の分類と推定則の活用が避けられない。

第4章 日本

日本では、社会公共目的の自主規制について、(1)競争手段を制限し需要者の利益を不当

に害するものではないか、(2)事業者間で不当に差別的なものではないかの判断基準に照らし、(3)社会公共的な目的等正当な目的に基づいて合理的に必要とされる範囲内のものかの要素を勘案しつつ判断しており、強制することは、一般的には問題となるおそれがある、との基準が採用されている。

日本のガイドライン、環境等に関する相談事例及び震災等緊急時における対応等を検討し、レジ袋に係る相談事例をフォローアップしたところ、①上記自主規制の基準を採用するもの、②競争を実質的に制限するといえないもの、③意思の連絡がないといえる事例等があった。結論として、環境等又は震災等緊急時を理由に独占禁止法の要件の解釈やあてはめを変更するものはみられなかった。

上記のとおり、日米 EU における非ハードコアカルテルの違法性の評価の判断枠組み及び判断基準については、各国・地域の競争法において区々となっている。EU においては、TFEU101 条 3 項の構造が存在するため競争法の判断の際に社会公共目的に一定の考慮を行っていると考えられる一方、日米においては、おおむね、社会公共目的を直接判断するのではなく、競争に与える影響を実質的に判断する傾向にある。なお、日米の間でも、日本とは異なり、米国は社会公共目的を州行為理論といった法律上・判例法上の適用除外の法理の観点から取り扱われる可能性があるなど、その判断枠組みの差異は必ずしも小さいものではない。

いずれにしても、今後とも環境保護等への社会の関心の高まりを反映し、環境問題等への対応を目的とした共同行為が世界的にも増加するとともに、その内容も多岐に渡ることが考えられる。そのような情勢においては、日米 EU の非ハードコアカルテルに係る判断を注視しつつ、判断枠組みの変遷又は変遷のないことを把握することが重要と考えられる。