

水平的共同行為規制における違法性評価の手法 について

—— 米国反トラスト法における合理の原則の展開を中心として

隅田浩司

I	問題の所在	76
II	当然違法の原則・合理の原則の歴史的展開	77
III	事業提携ガイドライン	85
IV	結論	92

I 問題の所在

米国反トラスト法を理解するためには、当然違法の原則、合理の原則そして簡略化された合理の原則という米国独特の概念について、正確に把握する必要がある。とはいえ、これがもっとも難しいともいえる。

本稿は、競争事業者間の事業提携を中心として、この当然違法の原則、合理の原則の意義と性質について、米国での議論を整理する。特に、今日、競争関係にある事業者であっても、ただ「競い合う」だけでなく、競い合うために提携するという選択肢がより重要となっている。しかし、提携は、競争促進効果と共に、市場に対して悪影響を及ぼすものも少なくない。そこで、競争事業者間の事業提携の性質を正確に判断し、適切に反トラスト法を適用することが、きわめて重要となっているのである。

そこで、以下、本稿では、まず、共同行為に対する当然違法の原則、合理の原則そして簡略化された合理の原則の生成と展開を概観したうえで、1999年に出されたcalifornia dental事件¹⁾を契機とする新しい展開が米国における共同行為規制にもたらした意味について、検討する。特に本稿が着目するのは、当該行為が反トラスト法、具体的にはシャーマン法1条に違反するか否かを判断するためのその分析のフレームワークを明確にすることである。なぜなら競争法では、なぜ、当該行為が反競争的であるのか、その理由付けが最も重要であると共に、その判断の論理性と妥当性が問われることになるからである。本稿を通じて米国における当然違法、合理の原則の議論を通じて、競争法全般に通底する法解釈の特徴の一端を抽出したいと考えている。

¹⁾California Dental Ass'n, v. F. T. C., 526 U.S. 756 (1999).

II 当然違法の原則・合理の原則の歴史的展開

1 当然違法の原則と合理の原則の生成

元々、シャーマン法1条はきわめて簡略で抽象的な文言で構成されている²⁾。そのため、同法は、初期にはかなりの運用の錯綜が見られた³⁾。しかし、次第に本来の目的に即した運用が行われるに連れ、どのようにして反競争的であるか否かを判断するかという問題に直面することになった。この点について、パイプに関する州又は地域ごとの供給の割り当てと価格のカルテルが問題となったAddyston Pipe事件⁴⁾では、付随的制限の法理⁵⁾が提唱された。ただし、同判決を含め初期の判例は、コモンローで形成された取引制限に関する判例に依拠して判断を下している⁶⁾。

しかし、次第に、反トラスト法の運用でも次第に独自の解釈が生み出されるようになった。その代表的な判例であるChicago Board of Trade事件⁷⁾は、問題となる取引制限について分析するに際して、当該行為の性質、影響そして目的を分析するという合理の原則⁸⁾と明示したことで有名である。しかし、具体的に被告の行為が市場に与える影響をどの程度まで立証する必要があるのか、また性質、影響そして目的を考慮する際の具体的な考慮要因は何かといった問題について、判決の中では明確に示されてい

²⁾シカゴ学派は、この問題について、シャーマン法は制定当初から、新古典派経済学における効率性の実現を目指すものであったとした(当然のことながら、シャーマン法制定当時、新古典派経済学は、まだ成立していない。従って、この効率性に関する議論は、初期の判例は、そのように「読み取れる」という意味である)。See Robert Bork, *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, 9 J.L. Econ. (1966). これに対して、立法者意思は、より多義的であり、正義や公正などが議論されていたとする見解がある。See Robert. H. Lande, *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: the Efficiency Interpretation Challenged*, 34 Hastings L. J. 65 (1982). これ以外にも様々な議論があるが、少なくとも、シャーマン法制定当初、立法者は、より多義的な法目的の実現を意図していたといえるだろう。なお、シャーマン法制定当時の状況を知る上で有益な文献として See JONATHAN W. SINGER, *BROKEN TRUST: THE TEXAS ATTORNEY GENERAL VERSUS THE OIL INDUSTRY, 1889-1909*, (Texas A&M University Press 2002).

³⁾例えば、制定から7年の間、12件のシャーマン法事件のうち、1件を除き、すべて労働組合を対象とした事件だったといわれている。HERBERT HOVENKAMP, *FEDERAL ANTITRUST POLICY THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE* 727 (West Publishing Co. 3rd Ed. 2005)

⁴⁾U.S. v. *Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271, 280 (CA6 1898), aff'd, 175 U.S. 211 (1899).

⁵⁾付随的制限の法理については後述。

⁶⁾See *supra* note 3 at 52-56.

⁷⁾Board of Trade of City of Chicago v. U.S., 246 U.S. 231, 238 (1918).

⁸⁾See Andrew I. Gavil, Editor's Note; *Symposium: The Future of The Rule of Reason*, 68 ANTITRUST L.J. 331 (2000).

い。そこで、合理の原則に基づいて、原告が被告の行為が有する反競争的效果について立証を求められるとき、被告の行為の性質、影響そして目的が及ぼす反競争的效果について、事実上、すべての考えられる要因に基づいて完璧に反競争的效果の存在を立証する必要に迫られるのではないかという認識が広まっていった⁹⁾。このことから、原告側は、被告側の行為について、当然違法の原則の適用を受ける行為であると先ず主張し、可能な限り自らの立証責任の範囲を限定させていくことを目指すようになる¹⁰⁾。

さらに、訴訟経済上も、経験則上、ある種の行為の存在が、ほぼ間違いなく市場に反競争的效果を与えることが明らかなものについてまで、いちいち、詳細な立証を要求する必要はない。そこで、行為の存在の立証が尽くされている場合には、当然にシャーマン法違反となるという当然違法の原則が採用されるようになった¹¹⁾。ただし、原告側が、裁判所に対して、先例において当然違法の原則が適用された事例と当該事件が同一の事案であると主張し、その請求が認容された場合、被告の敗訴は決定的になる。このように、当該行為の反競争的效果について市場分析を全く必要としないという当然違法の原則と、原告側が当該行為の反競争的效果について非常に多くの要因を考慮して立証する必要がある合理の原則とは、その立証においてあまりに大きな隔たりがあるのである。

そこで、当然違法の原則の有するある種の硬直性と、合理の原則が求める際限のない反競争的效果の立証の間隙を埋めるため¹²⁾、次第に、当然違法の原則の適用範囲の限定という形で、裁判所の判断に変化が現れるようになる。まず、このような流れの先鞭として、自転車販売メーカーによる販売地域・顧客制限という垂直的非価格制限について、当然違法の適用を認めたSchwinn事件¹³⁾を覆したSylvania事件連邦最高裁判

⁹⁾この場合、原告の勝訴はきわめて困難である。See Stephen Calkins, *California Dental Association: Not a Quick Look but not the Full Monty*, 67 Antitrust L.J.495, 521 (2000). See also Richard A. Posner, *The Role of Rule of Reason and The Economic Approach: Reflection on the Sylvania Decision*, 45 U.Chi.L.Rev. 1,14-15 (1977)

¹⁰⁾U.S. v. Trenton Potteries, 273 U.S.392 (1927). 初期の運用、当然違法の原則の拡大に関しては、See Thomas C. Arthur, *A Workable Rule of Reason: A Less Ambitious Antitrust Role for The Federal Courts*, 68 ANTITRUST L. J. 337, 347-349 (2000).

¹¹⁾See e.g. U.S. v. Soccony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940); U.S. v. Sealy Inc., 388 U.S. 350 (1967); U.S. v. Topco Associates Inc., 405 U.S.596 (1972).

¹²⁾See Philip E. Areeda, *'The Rule of Reason' in Antitrust Analysis: General Issue* (Federal Judicial Center 1981); Philip E. Areeda, *Antitrust Law* P 1502 (1986); Philip E. Areeda, *The Rule of Reason-A Catechism on Competition*, 55 ANTITRUST L.J. 571 (1986).

¹³⁾U.S. v. Arnold Schwinn & Co., 388 U.S.365 (1967).

決¹⁴⁾がある。この判決では、フランチャイズ契約において指定された場所から顧客に販売することを定めた契約条項について、当然違法の原則の適用を排除し、合理の原則の適用に基づき、特に経済的効果を中心として分析を行うべきであると判示した¹⁵⁾。

続いて、音楽著作権集中管理団体による包括的な著作権の実施許諾契約が水平的な価格協定に当たるかどうかの問題となったBMI事件¹⁶⁾において、著作権集中管理のもたらす競争促進効果に着目して当然違法の原則を排除した。

その後、NCAA事件¹⁷⁾では、大学フットボールのテレビ放映権について放送する試合の総数及びチームの試合放映の回数などを制限したNCAAの規則がシャーマン法1条に違反するかどうかの問題となった。連邦最高裁は、NCAAのテレビ放映権の制限をもって直ちに、当然違法の原則に従いシャーマン法1条に違反するという判断を採用せず、合理の原則に基づいて判断するとしながらも、反競争的效果をさらに詳細に立証するための市場分析は必要ないとして、シャーマン法1条に違反すると判示した¹⁸⁾。このように合理の原則を採用するとしつつ、その審査内容について非常に限定的な考慮要因のみで判断を下したNCAA事件判決は、簡略化された合理の原則を採用したと評価されている。

2 California Dental Associations (カリフォルニア歯科医師協会)事件

このように、アメリカ反トラスト訴訟では、一般に、当然違法の原則、合理の原則、そして簡略化された合理の原則(a quick-look rule of reason or truncated rule of reason)という分析手法(アプローチ)が採用される。

この点、1999年、連邦最高裁は、California Dental Associations (カリフォルニア歯科医師協会)事件(以下、California Dental Associationの頭文字をとり“CDA”とす

¹⁴⁾Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977).

¹⁵⁾*Id.* at 58-59.

¹⁶⁾Broadcast Music Inc., v. Columbia Broadcasting System Inc., 441 U.S. 1 (1979). See e.g. LAWRENCE A. SULLIVAN & WARREN S. GRIMES, THE LAW OF ANTITRUST: AN INTEGRATED HANDBOOK 209-210 (West Publishing Co. 2000). See example Andrew S. Oldham, *The MedSouth Joint-(Ad)venture The Antitrust Implications of Virtual Health Care Networks*, 14 Ann. Health L. 125 (2004); John J. Miles, *Joint Venture Analysis and Provider-Controlled Health Care Networks*, 66 *Antitrust L.J.* 127, 128 & n.6 (1997).

¹⁷⁾National Collegiate Athletic Assn. v. Board of Regents of Univ. of Okla., 468 U.S. 85 (1984).

¹⁸⁾*Id.* at 110 See e.g. F. T. C. v. Indiana Federation of Dentists, 476 U.S. 447 (1986).

る)事件連邦最高裁判決¹⁹⁾において、5対4の僅差²⁰⁾ながら、簡略化された合理の原則に基づいて、CDAによる会員歯科医師に対する広告規制が診療報酬及び診療サービスを制限するものであると判断した第9巡回控訴裁判所(以下、原審)の判断²¹⁾を覆し、より詳細な市場分析が必要であると判断して原審に差し戻した。

この判決は、当然違法の原則、合理の原則、そして簡略化された合理の原則の法的性質を再検討する上で重要な契機となった判決である。そこで事実関係から詳細に見ていくことにしたい。

まず、CDAは、カリフォルニア州の歯科医師の約75%に相当する約19000人が所属する民間の非営利組織である²²⁾。今回の争点は、会員に対する職務上の倫理規則(Code of Ethics)の中で、「虚偽又は欺罔的な(false or misleading)」広告を禁止し²³⁾、「広告規制に関する参考意見(advisory opinion)」及び割引広告に関する「広告ガイドライン(Advertising Guidelines)」を定めて禁止事項を明示したことが問題となった²⁴⁾。

米連邦取引委員会(Federal Trade Commission, 以下FTC)は、「低廉(low), 妥当(reasonable), 支払いやすい(affordable)」という表現を使用することを禁止していた

¹⁹⁾California Dental Ass'n, v. F. T. C., 526 U.S. 756 (1999). なお、本件は、差戻審においてより詳細な市場分析の結果、FTCの判断を破棄し審理の打ち切りを勧告した。California Dental Ass'n v. FTC, 224 F.3d 942 (9th Cir. 2000). その後、FTCは、最高裁への上告を断念した。See *In The Matter of California Dental Association*. F.T.C Doc. No. 9259 (Feb. 15 2001) available at www.ftc.gov/os/2001/02/CDAorder.htm; F.T.C. Press Release, *FTC Dismissed Complaint Against California Dental Association* (Feb. 5 2001) available at www.ftc.gov/opa/2001/02/CDAdmisspr.htm.

²⁰⁾通常、アメリカでは6名以上の裁判官の合意がない限り、先例としての拘束力はない。田島裕『英米法判例の法理論 田島裕著作集4』信山社(2001年)22頁参照。

²¹⁾California Dental Ass'n v. FTC, 128 F.3d 720 (9th Cir. 1997). 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高裁判決を中心に」『正田古希 独占禁止法と競争政策の理論と展開』三省堂(1999年)253頁参照。

²²⁾California Dental Ass'n, 128 F.3d 723. なおCDAは会員の利益のためロビー活動、各種セミナーそして各種補助金及び保険・長期ローンなどを提供している。

²³⁾*Ibid.*

²⁴⁾参考意見が禁止する広告は以下の通りである。(a)事実誤認を含んだ広告、(b)関連する事実に関する部分的な情報開示によって虚偽もしくは錯誤に陥らせるような広告、(c)患者にとって魅力的な治療効果又は費用に関する虚偽もしくは当てにならない期待を抱かせようとするもしくはその蓋然性を高めるような広告、(d)すべての変動する要因及び関連する要因をすべて又は部分的に開示しないで特定のサービスに関する診療報酬の広告、(e)通常の一般人(an ordinarily prudent person)が誤解もしくは欺かれる合理的な蓋然性がある上記以外の表示もしくは含意を含む広告。Id. at 760-761.

り、診療報酬の割引については、割引広告を行う際、割引に関連するすべてのサービスについて割引のない場合の通常の診療報酬を提示しなければならないといった規制を行ったほか²⁵⁾、診療の「質」に関する広告を禁止していた²⁶⁾点をとらえ、診療報酬に関する広告規制は当然違法の原則に基づいて、診療報酬以外の広告ガイドラインについては、簡略化された合理の原則に基づいてFTC法5条に違反すると判断した²⁷⁾。

これに対して、FTCの審決に対する原審(第九巡回控訴裁判所)は、診療報酬に関する広告規制は「価格競争」の基礎にあたり、この種の規制によって患者がより安価な診療報酬を提供する歯科医を見つけることが困難になることから、CDAの診療報酬規制は「あからさまな(naked)」制限に該当するとした²⁸⁾。そして原審は、CDAの広告規制は、虚偽又は欺罔的な広告を規制するという点について、特にCDAの開示規制を取り上げCDAの開示規制はすべての関連情報を開示させるものであっておよそ実現不可能なものであり、結果的に包括的な割引広告を規制するものであると判断した²⁹⁾。続いて、診療報酬以外の診療の「質」に関するCDAの広告規制については、この種の広告規制によって歯科医師は自分の提供する診療に関する広告について制約されることになり結果的に競争を減殺するものであるとした。

3 連邦最高裁の判断

連邦最高裁は、知的専門職の提供するサービスの特殊事情、特に情報の非対称性に配慮し³⁰⁾、診療報酬に関するか否かを問わずCDAの広告規制は、少なくとも表面的には、医師と患者相互間に情報の不均衡が存在する市場において虚偽又は詐欺的(deceptive)な広告を避けるために作られたものであると判断した³¹⁾。例えば、包括的

²⁵⁾California Dental Ass'n, 128 F.3d 724. 但し、FTCは、CDAは、市場力(market power)を有さないとしたALJの判断については否定している。ALJは、Mass. Board of Registration in Optometry, 110 F.T.C. 549 (1988)の判断を採用し、割引広告に関する規制は、市場力の立証なくして反トラスト法違反になりうると判断したものである。但し、FTCは、CDAには十分な市場力があると認定した。Id. at 725.

²⁶⁾Id. at 724.

²⁷⁾Id. at 725.

²⁸⁾Ibid.

²⁹⁾さらにCDAの規制は情報開示を促進し歯科診療報酬に関する透明性を高めたという競争促進的な証拠は存在しないとされた。Id. at 728.

³⁰⁾情報が売り手もしくは買い手の一方に偏している場合、完全情報の市場での売買に比べ価格低下に伴い売り手と買い手の数が少数になり結果的に売買の成立を困難にすること。ジョセフ・E・ステイグリッツ『ミクロ経済学(第2版)』東洋経済新報社(2000年)502頁参照。また小島寛之『サイバー経済学』集英社新書(2001年)153頁参照。

³¹⁾California Dental Ass'n, 526 U.S. 771-772.

な広告が認められたとして短期的な顧客誘因には成功したとしても、患者が個別の診療に関する価格情報が不足していることからトラブルが発生することになれば、包括的な広告に対する懐疑心が患者側に生じる可能性があり、慎重に判断すべきであるとしたのである。そして原審がCDAによる診療の「質」に関する広告の検証が困難であるという主張について、そのことが広告の禁止を正当化するものではないとした点について、真正の広告を規制する危険性と並んで虚偽もしくは欺罔的な広告を規制することによる競争促進的効果についても十分に配慮すべきであったと判断した³²⁾。

最高裁は、以上の点から、原審は、「完全な (full) 市場分析」は必要ないもののCDAのように明らかに反競争的制限とは言い難いものについては十分な (plenary) 市場分析を要すると判示し、当然違法、簡略化された合理の原則そして合理の原則という類型は、固定的なものではなく、「反競争的効果が直感的に明白なかたちで推定できる規制とより詳細な取り扱いを要する規制との間に絶対的な基準を引くことは出来ない」³³⁾と判断した³⁴⁾。

4 判決の意義と影響

このCDA事件判決のポイントは2つある。第一に、知的専門職団体が会員に対して課す広告規制の反競争的効果は、通常のビジネスにおける広告規制とは異なる配慮に基づいてなされる必要があるのかどうかという点である。この点について最高裁は、知的専門職の特殊性に配慮し広告規制の反競争的効果に対して厳格な姿勢を示した点が注目される。第二に、最高裁が、実務上、当然違法と合理の原則の中間形態として認識されてきた簡略化された合理の原則に対して、そのような区分自体が「固定的なもので

³²⁾ *Id.* at 778.

³³⁾ *Id.* at 781.

³⁴⁾ これに対して Breyer 判事執筆による少数意見は、CDA の広告規制について 1. 問題となる制限の特定、2. 反競争的効果、3. 反競争的効果を相殺する競争促進的な正当事由、及び 4. 市場力の存在という 4 つの論点に基づく分析を行った。少数意見は、1. 低廉等といった表現の禁止、2. 包括的広告の禁止及び 3. 診療の「質」に関する広告禁止について、「価格に関する真正な広告の制限は価格に関する競争を減殺する可能性がある」*Id.* at 782. 少数意見は、FTC の CDA に関する管轄権については多数意見に同意しているため、反競争的傾向 (tendencies) は明白であると主張した。さらに多数意見による包括的な広告の規制は歯科診療サービスの現象には結びつかないとする見解を批判し、特定の診療に対する広告を行う独立した意思決定を阻害する人為的障壁である以上反競争的であるとした。少数意見は、本件をインディアナ歯科医師連盟が保険会社に対して保険金支払査定のために必要な X 線写真提供を拒絶した *Indiana Federation Dentists* 事件同様に競争制限的であり、簡略化された合理の原則に基づいて CDA の広告規制を違法とした原審の判断は妥当なものであるとしている *Id.* at 781-785, 791.

はない」³⁵⁾と判示した点が今後どのような影響を与えることになるのかが問題となる。

まず、第一のポイントから見てみよう。最高裁の判断は、情報の非対称性の特殊性を根拠に知的専門職団体の広告規制について比較的広範に合理性を認めるものである³⁶⁾。最高裁は、顧客勧誘のための積極的な広告活動(説得的広告)についてその弊害をより重視したものと思われる。これに対して、FTC及び原審は、CDAの広告規制の目的それ自体が「形骸化」し、単純に価格・品質に関する広告を規制していたとしてその反競争的効果を重視した。問題は、広告規制が結果的に歯科診療サービスにどのような影響を与えるのかという問題である。この点、原審及び最高裁の少数意見は、広告に関する自由な競争は歯科診療サービスに関する競争の根幹を支えるものであるが故にその規制が価格・品質に及べば通常の市場における広告規制と同様に反競争的効果を判断すべきであるとしている。これに対して最高裁の多数意見は、広告が規制されたことと、歯科診療サービスそのものが制約されたこととは全く別の問題であり、両者の相互関連性について慎重な評価を下した³⁷⁾。但し知的専門職団体の自主規制は一般に過度な制約になることが多い³⁸⁾。またCDAの広告規制が、消費者による情報のサーチコストを引き上げる効果があれば、歯科医師が価格競争をするインセンティブが低下することによって結果的に価格を引き上げる効果が発生する可能性もある³⁹⁾。ただし、CDAは包括的な広告を規制するものの、その代わりに詳細な開示義務を会員に課している⁴⁰⁾。またCDAの倫理規則をはじめとする一連の広告規制は、文面上は

³⁵⁾California Dental Ass'n, 526 U.S. 779.

³⁶⁾知的専門職における情報の非対称性は患者及び依頼人側の情報量不足を招き結果的にサービスの質を低下させことになる。See Marina Lao, COMMENT, *The Rule of Reason and Horizontal Restraints Involving Professionals*, 68 ANTITRUST L.J. 499, 513 (2000); Akerlof, *The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 Q. J. ECON. 488 (1970). See also Carr & Mathewson, *The Economics of Law Firms: A Study in the Legal Organization of the Firm*, 33 J. Law & Econ. 307, 309 (1990). 情報の非対称性に関する取引と私的秩序との関係について、青木昌彦『比較制度分析に向けて』NTT出版(2001年) 67頁等参照。

³⁷⁾California Dental Ass'n, 526 U.S. 776.

³⁸⁾See Lao supra note 36 at 517; Tomas E. Kauper, *The Role of Quality of Health Care Considerations in Antitrust Analysis*, LAW & CONTEMP. PROBS., Spring 1998, at 273.

³⁹⁾See Lao supra note 36 at 523, See James A. Langenfeld & John R. Morris, *Analyzing Agreements Among Competitors: What Does The Future Hold?*, 36 ANTITRUST BULL. 651 (1991); James A. Langenfeld & Louis Silvia, *Federal Trade Commission Horizontal Restraint Cases: An Economic Perspective*, 61 ANTITRUST L.J. 653 (1993).

⁴⁰⁾原審は、この開示規制それ自体が、非常に困難なものであり、結果的に広告を全面禁止したことと同じ効果があるとした。California Dental Ass'n, 128 F.3d 728

「虚偽又は欺罔的な広告」の規制であり、反競争的行為が直接取り決められている訳ではない。さらに、X線写真の提供を求める保険会社への提供を拒絶したIndiana Federation Dentist事件とは異なり、CDAの広告規制は、消費者保護の色彩を有する「虚偽又は欺罔的な広告」の規制であり、その意味では、規制内容について、消費者の視点からの分析も必要になるといえる。従って、原審の採用した簡略化された合理の原則に基づく分析手法では、CDAによる広告規制の反競争的效果について十分に立証されたと見るのは難しい⁴¹⁾。

次に第二のポイントを検討する。ここで、反トラスト訴訟における当然違法の原則、簡略化された合理の原則、そして合理の原則を再度、整理しよう。まず、当然違法の場合は、反競争的效果について詳細な立証は不要である。なぜなら、当該行為の反競争的效果は、すでに先例を通して明らかだからである。これに対して合理の原則が適用される行為類型については、問題となる行為の競争制限効果について、当該行為の存在のみでは、裁判所が確信をもって反トラスト法違反と断定することができない。従って当該行為の反競争的效果について原告側により詳細な立証を求めることになる。

では、連邦最高裁判決において、多数意見が示した伸縮自在な合理の原則とは、具体的にどのようなものなのだろうか。まず、この判決は、簡略化された合理の原則それ自体を否定したものではない。むしろ、この判決では、簡略化された合理の原則について、「初歩的な経済学の知識を有する者から見て、問題となる協定が市場及び消費者に対して反競争的な影響を有するものであると結論を下すことができる」⁴²⁾という定義を示し、その適用範囲をある程度明確化している。しかし、伸縮自在な合理の原則を適用する際に必要となる具体的な指針や方向性について明示していない。さらに、資格専門職団体の広告規制についてCDAの裁量をかなり広く認める結果となった点についても批判がある⁴³⁾。この点、広告に対する規制の中に、価格に関連する事項が含まれたとして、それをもって、直ちに、当該規制が競争を減殺すると考えるのは早計である。しかし、他方で、資格専門職団体の品位保持を理由とする自主規制については、やはり、競争減殺をもたらすものも存在するはずであるから、すべてが情報の非対称性で正当化されるものではないといえる。

いずれにせよ、CDA事件判決は、合理の原則に基づく分析は、事案に即した柔軟な

⁴¹⁾ See Peter Hammer, *Antitrust Beyond Competition, Market Failures, Total Welfare, and the Challenge of Intramarket Second-Best Tradeoffs*, 98 Mich. L. Rev. 849, 873 (2000).

⁴²⁾ *California Dental Associations* 526 U.S. 770.

⁴³⁾ See e.g. Lao *supra* note 36 at 512.

判断が行われるべきと指摘したものの、それだけでは、Chicago Board of Trade 事件直後の合理の原則への「退行」を意味するのではないかという疑問は否定できない⁴⁴⁾。そこで、次に、2000年4月、司法省反トラスト局と連邦取引委員会(FTC)による「競争事業者間における事業提携ガイドライン(Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, 以下、「事業提携ガイドライン」⁴⁵⁾)」をみていくことにしたい。

このガイドラインは、CDA 事件判決後に、公表された訴追基準であり、事業提携に対して、訴追側が当然違法の原則、合理の原則そして簡略化された合理の原則についてどのように考えているのかを知る上で有益である。

III 事業提携ガイドライン

1 事業提携の意義と性質

ガイドラインが規定する水平的な事業提携とは、「経済活動を営む2又はそれ以上の事業者からなる一もしくは複数の協定及び、一もしくは複数の協定に基づいて経済活動を営むものであり、合併を除外したもの」⁴⁶⁾を指す⁴⁷⁾。注意すべきなのは、合弁会社だけではないということである⁴⁸⁾。

ところで、通常、事業提携というものは、協調することによって新しい経済的価値

⁴⁴⁾Chicago Board of Trade v. U.S., 246 U.S. 231 (1918).

⁴⁵⁾See United States Department of Justice and Federal Trade Commission, Antitrust Guidelines For Collaborations Among Competitors, 64 Fed Reg 54483 (1999), available at <http://www.ftc.gov/os/2000/04/index.htm#7>.

⁴⁶⁾See Collaborations GLs at 2.

⁴⁷⁾なお、当該事業提携は、米国反トラスト法では、シャーマン法1条、2条、同様にFTC法5条により規制される。15 U.S.C. §§1-2 (2000), 15 U.S.C. §45 (2000) See *supra* note 102, DEVELOPMENTS at 411. シャーマン法2条違反は、親会社の一社が50%以上を支配するJVによる一方的な圧力に対して適用される。See *United States v. PanAm. World Airways*, 193 U.S. Supp.18, 36 (S.D.N.Y. 1961).

⁴⁸⁾JVの狭い解釈としては、(1)複数の親会社によって支配されている事業体であり、(2)各親会社が事業体に対して、実質的な関与があることを要求し、また(3)親会社と完全に分離していること、そして(4)生産能力、新技術、新製品及び新規参入を目的とする顕著な新しい事業体としての性質を有するものを指すものがある。See Joseph F. Brodley, *Joint Ventures and Antitrust Policy*, 95 HARV. L. REV. 1521, 1526 (1982). しかし、現在では、市場において、一定の役割を果たし、自ら、権利主体として機能している事業体であり、一般投資家を除く、二又は複数の者(person)によって所有又は支配されているものを指すという比較的広い定義付けが、一般的な理解である。See Gregory J. Werden, *Antitrust Analysis of Joint Ventures: An Overview*, 66 ANITRUST L.J.701 (1998).

を生み出そうというものである⁴⁹⁾。たとえば、基礎研究開発への投資を促す効果はその典型例ともいえるだろう。なぜなら、基礎研究は自然科学上の発見など特許により保護される可能性が低いものであり、通常、公共財と考えられることから、開発者以外の第三者が容易に参照し、そのライバルの製品開発に応用されてしまうので、基礎研究は私的市場では過小供給に陥る危険性が高い。そこで基礎研究のための提携は、技術革新を促進するものと評価しうるのである⁵⁰⁾。他にも、取引費用削減効果や⁵¹⁾ 技術・人的資源を集約することによるシナジー効果、規模の経済性⁵²⁾、さらに標準化活動のようにネットワーク外部性の回避も重要な競争促進効果といえるだろう⁵³⁾。

他方で、競争事業者間の事業提携は、その提携する事業分野において相互に競争を停止すること、を合意するものであるともいえる。従ってその提携内容の中に、価格協定が含まれている場合などは、当然違法の原則に基づいて処理される。ガイドラインはこの点、新興ソフトウェア会社2社が、自社製品を排他的に取扱う流通会社を合併会社として設立したうえで、流通会社の販売価格について2社が決定することを合意しているケースを挙げる⁵⁴⁾。但し、ガイドラインは、一見すると価格協定であったとしても、その合意と競争促進的利益達成との間に合理的な関連性と必要性が認められる場合には、より詳細な分析を行い判断するとしていることには注意が必要である⁵⁵⁾。さらに提携を通じた競争事業者間の共謀の問題も重要である⁵⁶⁾。また、業界標準を管理する

⁴⁹⁾「JVは、(中略)企業の効率性の向上を確保し、より効果的に競争することを可能にする」 See *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.* 467 U.S. 752, 768 (1984).

⁵⁰⁾ See Howard H. Chang, David S. Evans and Richard Schmalensee, *Some Economic Principles for Guiding Antitrust Policy Towards Joint Ventures*, COLUM. BUS. L. REV. 223, 238 (1998). See Werden *supra* note 139 at 701 (1998); Gene M. Grossman & Carl Shapiro, *Research Joint Ventures: An Antitrust Analysis*, 2 J.L. ECON. & ORG. 315, 316-17, 321 (1986). 技術のスピルオーバーは、経済全体の技術革新に貢献する反面、これが大きければ、研究開発インセンティブが低下する。小田切宏之『新しい産業組織論』有斐閣(2001年)187-188頁参照。岡田羊祐「独禁法と技術開発」後藤晃・鈴木興太郎編『日本の競争政策』東京大学出版会(1999年)344頁参照。

⁵¹⁾ See Chang, Evans & Schmalensee *supra* note 51 at 239.

⁵²⁾ See Chang, Evans & Schmalensee *supra* note 144 at 242. 提携による規模の経済性はライバル企業が先行者の商品・役務の模倣(imitation)を通じて競争することを断念させる参入するだけの供給量を市場に投入することを可能にする。範囲の経済性は、提携による資源の共有を通じて提携事業者の競争優位が独占的なものに転化する危険性がある。パンガシユ・ゲマワット『競争戦略論講義』東洋経済新報社(2002年)131頁から132頁参照。

⁵³⁾ *Id* at 241-242.

⁵⁴⁾ See *supra* note 3 Collaborations GLs at Appendix Example 4.

⁵⁵⁾ *Ibid.*

⁵⁶⁾ *Id* at 3.31 (a).

コンソーシアムや業界団体の新規加入の抑制、及び業界標準参加事業者に対して課される自主規制や非参加事業者に対する排他的効果も反競争的である場合が少なくない。

このような事業提携の性質を見極め、適切な競争法上の評価を下すこと、これが執行当局にとって重要な課題となるのである。

2 当然違法の原則の限定的適用⁵⁷⁾と事業提携の競争促進効果の考慮

事業提携ガイドラインは、提携内容が、談合と価格協定⁵⁸⁾、市場分割協定⁵⁹⁾であれば、当然違法の行為類型に該当するという判断を下す(In Box分析⁶⁰⁾)。しかし、事業提携ガイドラインは、当然違法の行為類型に該当する提携であったとしても、産出量の増加、価格の低下、製品・サービスの質の向上そして、技術革新を促進するといった「効率性を向上させる統合(efficiency-enhancing integration)」⁶¹⁾である場合には、合理の原則に基づいて判断するとしている(Out Box分析⁶²⁾)。但し、当該提携の他に、同様の効率性達成のため、より制限的でない方法が現実的な形で、そして顕著な形で存在する場合には、当該提携は、効率性達成のため合理的に必要なではないとする⁶³⁾。

この分析によって、外形的には当然違法の行為類型に該当する場合であっても、Out Box分析としてその正当化事由を考慮することを明示している。これは、当然違法の原則を限敵敵に適用するものであり、事業提携に対する萎縮効果を最小限にとどめようとしているものといえる⁶⁴⁾。

このガイドラインの特徴は、当然違法の原則が適用される場面に関する記述と共に、合理の原則に基づいてどのように判断するのか、その具体的な考慮要素を明らかにし

⁵⁷⁾ See Andrew I. Gavil, *Defining Reliable Forensic Economics in the Post-Daubert/Kumho Tire Era: Case Studies from Antitrust*, 57 Wash & Lee L. Rev. 831 (2000). See also *Continental T.V. v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977).

⁵⁸⁾ *U.S. v. Trenton Potteries*, 389 U.S. 320 (1927); *U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co.* 310 U.S. 150 (1940); *Catalano Inc., v. Target Sales*, 446 U.S. 553 (1980) (per curiam); *Arizona v. Maricopa Country Med. Society*, 457 U.S. 332 (1982)(per curiam).

⁵⁹⁾ *U.S. v. Topco* 405 U.S. 596 (1972); *Palmer v BRG of Gam. Inc.*, 498 U.S. 46 (1990).

⁶⁰⁾ *Ibid.*

⁶¹⁾ See Collaborations GLs at 3.2.

⁶²⁾ See William E. Cohen & Gary P. Zanfagna, *Inside the Competitor Collaboration Guidelines: The Forest Among the Tree*, 2000 U Chi Legal F 191 at 202 (2000).

⁶³⁾ See Collaborations GLs at 3.2.

⁶⁴⁾ See Cohen & Zanfanga supra note 62 at 203.

たところにある。まずガイドラインでは、5つの考慮要因を明示する。それは、1)協定の性質・目的、2)市場の画定(市場力評価)、3)提携参加者同士の競争への影響、4)新規参入分析そして、5)競争促進的利益である。事業提携固有の考慮要素は、3)提携事業者同士の競争への影響の評価であろう。これは、提携参加事業者が、それぞれ独立した競争単位であることから、提携参加事業者の競争の可能性があるのか、提携事業者の生産能力施設など、競争上重要な資産が提携に集約されているか否か、提携に対する資本参加形態の関係、提携が提携事業者の意思決定を支配しているか否か、反競争的な情報共有、そして提携期間といった6項目を通じて提携事業者同士の競争に与える影響を検討するというものである⁶⁵⁾。

このように、ガイドラインは、詳細な審査項目を提示しているものの、すべての項目を常に検討するわけではない。事案に応じて必要な考慮要素を検討するとしている⁶⁶⁾。そのためガイドラインでは、その分析の最初の段階で提携(関連協定)の性質の分析を行う⁶⁷⁾。そこでは、提携参加事業者の独立した意思決定を制約、又は、生産物、重要な施設(資産)、価格、産出量、あるいは、競争上重要な要因に対する共同支配、資本的なつながりを制約している関連協定であって、反競争的效果が明らかな場合には、詳細な市場分析に基づく立証を要することなく訴追するとしている⁶⁸⁾。さらに、提携によって現実に反競争的效果⁶⁹⁾を惹起した場合にも、詳細な市場分析を不要とする。

具体的にどのような提携が反競争的影響を有するものであるかについて事業提携ガイドラインは、提携事業者がそれぞれ独立性を保持しているという提携の特性から、1)提携事業者の独立した意思決定を制限する協定、2)共謀を容易にする危険性のある協定に着目する⁷⁰⁾。なお、生産、マーケティングそして共同購入に関する提携は、情報・資源の集約に伴う市場力の形成・強化を問題とする⁷¹⁾のに対して、R&Dについて

⁶⁵⁾ See Collaborations GLs at 3.34.

⁶⁶⁾ See Collaborations GLs at 3.3.

⁶⁷⁾ *Ibid.*

⁶⁸⁾ *Ibid.*

⁶⁹⁾ *Ibid.* 提携の結果、反競争的行為を行った場合や、消費者の望んでいたサービスの提供が事業提携の結果、市場から消滅した様な場合を指す。See *supra* note 102, DEVELOPMENTS at 66, See also *Levine v. Ventral Fla. Med. Affiliates*, 72 F.3d. 1538 (11th Cir), cert denied 519 U.S. 820 (1996).

⁷⁰⁾ See Collaborations GLs at 3.31 (a), 3.3 (b).

⁷¹⁾ *Id.* at 3.3 (a).

は、提携を通じて技術水準を低下させるような市場力行使⁷²⁾を例としてあげる。

このように事業提携の評価に際しては、協定内容が提携の目的達成にどの程度影響するものか、を慎重に考慮することになる。特にガイドラインでは、多くの事業提携は「競争促進的若しくは競争中立的」であると明示し、「認識可能な効率性」を達成する上で提携が合理的に必要なか否かの審査を行う。そのためには、協定内容と提携の趣旨・目的との合理的関連性を審査することが最も重要になるといえる。この点を考える上で、過去の事業提携に関連するケースでの判断を見てみることにしよう。

3 BMI事件とNCAA事件に見る事業提携に対する反トラスト法の評価

まず、BMI事件⁷³⁾を見てみよう。この事件は、三大ネットワークの一つCBSが、ASCAP (American Society of Composers, Authors and Publishers)とBMI (Broadcast Music Inc.)らに対して提訴した事件である。音楽著作権に関する包括ライセンス (blanket license)が価格協定に該当するか、が争点となった。これに対して、連邦最高裁は、包括ライセンスは、むき出しの競争制限(naked restraints)ではないと判断した。すなわち、包括ライセンスは、販売の統合、著作権の違法な利用に対する監視と対抗措置を講じるためのものであり、これによって、著作権利用者は、膨大な楽曲を個別の著作権者からライセンスを受けて使用することによる取引費用を削減し、迅速且つ、正当な手段で包括ライセンスを受けるという便益がある⁷⁴⁾と認めた。そして包括ライセンスの性質を見れば、これは、通常のライセンスとは別個の商品であると判断した。なおこのケースでは、包括ライセンスだけではなく、著作権者は、自ら個別にライセンスすることができることも指摘されている。

このBMI事件は、過去、Addyston Pipe事件⁷⁵⁾において、Taft判事が示した「付随的制限(ancillary restraints)の法理」との類似性が指摘される⁷⁶⁾。Addyston Pipe事件では、1)製品やビジネスの価値を減じるようなやり方での事業を売り手に対して禁じるもの、2)パートナーの退任に伴う競争避止に関するもの、3)パートナーシップ解

⁷²⁾Ibid.

⁷³⁾*Broadcast Music, Inc. v. CBS*, 441 U.S. 1 (1979).

⁷⁴⁾*Id.* at 16-24.

⁷⁵⁾*U.S. v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271, 280 (CA6 1898), *aff'd*, 175 U.S. 211 (1899).

⁷⁶⁾このAddyston Pipe事件以前は、コモンロー上の合理の原則が全ての制限に対して用いられるべきか、付随的な制限にのみ用いられるべきかについて明確な区別は存在しなかったとされる。Michael A. Carrier, *The Real Rule of Reason: Bridging the Disconnect*, 1999 B.Y.U.L. Rev. 1265 (1999) at n270.

消に伴う競争避止, 4) 買い手に対して売り手と競争する事業と同じことを行わないこと及び5) 契約期間終了後の従業員の競争避止⁷⁷⁾はコモンロー上, その制限が合理的に必要と認められた場合に, 正当化されてきたことに着目し, 反トラスト法における取引制限が「合法的な契約の主要な目的に単に付随するものであって, 当事者が契約の成果を達成する上で必要な制限であり, 他方当事者によって契約の成果を不当に利用される危険性を減じるために必要である場合には, 当該制限は正当化される」と判示⁷⁸⁾したものである。

ただし, BMI事件は, 事業提携一般を正当化するものではない。むしろ, 反トラスト法では, 価格や産出量制限についてそれを正当化する余地は非常に狭いといえる。そのことを示すのがNCAA事件である。

この事件⁷⁹⁾は, 大学スポーツ競技を管理するNCAAのテレビ放映権プランが問題となった。そこでは, テレビ放映権の回数制限及び, 放映権料の総額の決定が, 産出量制限, 価格協定に該当し, 当然違法の原則が適用されるべきか否かが中心的な争点となっている。この問題について, 最高裁は, スポーツは本質的に, 競技団体などを通じて共同して行うものであることから, NCAAの活動や存在は競争促進的であると評価している。そのため, 本件は, 当然違法の原則に該当する産出量制限, 価格制限が現実に行われていることを認めつつも, NCAAの正当化事由を考慮すると判示した。これが簡略化された合理の原則である。そして, 最高裁は, テレビ放映権に係る共同販売それ自体について, 他の手段では達成し得ない効率性を伴うことで新商品を生み出しうると認めている⁸⁰⁾。しかし, 最高裁は, この効率性に関する分析に先立ち, NCAAによるテレビ放映権に関する制限について, これはNCAAが販売代理を行うものではなく, 放映権に関する交渉は, ネットワーク局と各チームの個別交渉にゆだねられていたことに着目し, BMI事件の包括ライセンスのように多数の著作権者の権利を包含するライセンスを提供するスタイルとは異なると判断したのである⁸¹⁾。その

⁷⁷⁾ *Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271, at 281.

⁷⁸⁾ *Id.* at 282.

⁷⁹⁾ *National Collegiate Athletic Assn. v. Board of Regents of Univ. of Okla.*, 468 U.S. 85 (1984). See example Elbert L. Robertson, *Antitrust as Anti-Civil Rights? Reflections on Judge Higginbotham's Perspective on the "Strange" Case of United States v. Brown University*, 20 *Yale L. & Pol'y Rev.* 399, 415 (2002). See also, Chul Pak, *Toward a flexible rule of reason*, 68 *ANTITRUST L.J.* 391, 414 (2000).

⁸⁰⁾ NCAA 468 U.S. 113 (citing *Maricopa* 457 U.S. 365.).

⁸¹⁾ *Id.* at 113.

上で、最高裁は、地裁の事実認定を引用し、このプランが存在することによる効率性の実現は見られないと判断する。具体的には、NCAAのプランが効率性を実現するのであれば、テレビ放映は増加し、その放映権料は下がるはずであるが現実にはその逆の現象が生じていること、さらに、BMI事件の場合は、個々の著作権者は、BMIの包括ライセンス以外に個別にライセンスする権利を認められていたが、NCAAのプランの場合、各大学はNCAAのプランを離れて個別にネットワーク局と交渉することが禁じられていたことを根拠に、その競争促進的な効率性は認められないと結論づけた⁸²⁾。

この事件は、付随的制限の法理という用語こそ使っていないものの、効率性を生み出す事業提携か否かという視点から放映権プランを精査しており、その意味において、付随的制限の法理に通底する部分があるといえよう。そして、これは、事業提携ガイドラインでも同様である。ガイドラインでは、ある協定が、外形上当然違法の原則に該当するようなものであったとしても、事業提携に対して付随的な制限であると認められれば、これを合理の原則に基づいて分析するとしている。すなわち、経済活動における効率性を向上する統合に関連する内容である場合、そして、統合と合理的に関係し、競争促進的便益を達成するために合理的必要性がある場合に付随的制限であるとして合理の原則に基づく判断が行われることになる。

なおこの点について、過去の判例でも、当該協定内容と提携の競争促進効果との関連性を測定するために様々なアプローチが取られてきた。そこでは、提携の目的を達する上でより制限的ではない手段(*less restrictive alternative*)が存在するかが検討されることが多い⁸³⁾。たとえば、フットボールのオーナー権の譲渡制限が問題となった *Sullivan v. NFL* では、合理の原則の判断に際し、より制限的ではない手段によって提携の目的が達成できるか否かを問題とした⁸⁴⁾。しかし、提携とその制限との関連性については、代替的手段の存在を求めるという基準だけではなく、当該制限が低芸目的達成のために適切か否かという基準が用いられたり⁸⁵⁾、事業提携ガイドラインのように代替的手段を求めることなく、当該制限に競争促進効果を求める基準が存在するなど、この議論はまだまだ十分に整理されているとはいえない。

これは、事業提携の性質から見るとやむを得ない側面もある。事業提携の内容の多

⁸²⁾ *Id* at 114.

⁸³⁾ See ABA SECTION ANTITRUST LAW, JOINT VENTURES: ANTITRUST ANALYSIS OF COLLABORATION AMONG COMPETITORS (2006) at 91-94.

⁸⁴⁾ *Sullivan v. NFL*, 34 F.3d 1091,1103(1st. Cir. 1994).

⁸⁵⁾ See *example National bancard Corp. v. VISA U.S.A.Inc.*, 596 F. Supp. 1231, (S.D. Fla 1984).

様性を鑑みれば、当該制限と提携の合理的関連性を個別具体的に判断する判例に統一の基準を見いだすことは難しいともいえるからである。しかし、いずれにせよ、事業提携において、価格や品質に関する制限が含まれている場合、これを付随的制限として正当化する余地は依然として狭いと言うことはいえるだろう⁸⁶⁾。ただし、CDA事件のような資格専門職の広告制限や、標準化、バイオ創薬など巨額の投資を要する製薬業界における共同研究開発などについて、その提携に含まれる制限が競争に与える影響の評価として、この付随的制限の法理を統一的に整理することが求められているといえるだろう。

IV 結論

本稿では、事業提携に対する競争法上の評価について、米国反トラスト法における最近の動向を検討した。米国の場合、水平的制限に対して当然違法の原則が確立していることから、この当然違法の原則の適用範囲を明確にする必要性が他の国よりも強かったといえる。特に、事業提携ガイドラインは、競争事業者間の事業提携への萎縮効果を除去するために一定の役割を果たしているといえるだろう。そして、競争事業者間の提携が経済活動において一般化している現在、事業提携に対する競争法の評価の明確化は、どこの国の競争法当局にとっても大きな課題ではないかといえる。これをガイドラインとして明示するか否かはともかく、事業提携に含まれる各種制限を競争法当局が、どのような判断枠組みを用いて判断するのか、さらに仮に、当該制限を反競争的であると判断する場合には、その理由が明確に、そして、詳細に明示される必要があるといえるだろう。この点、米国では、判例においてその詳細な理由付けの参考となる実例が多く示されている。今後日本の独占禁止法の運用においても、米国反トラスト法の議論状況は参考になるといえるだろう。特に、付随的制限の法理における制限内容と提携の目的との合理的関連性に関する判例の整理と分析は、次の研究課題として近日中にとりまとめたい。

⁸⁶⁾この点については、拙稿「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3号(2007)62頁参照。