

米国反トラスト法における 反競争的行為の正当化

柳 武 史*

- I 序
- II 連邦裁判所の判例
- III 連邦議会の審議
- IV 連邦取引委員会・司法省のガイドライン
- V 学説
- VI 結語

I 序

共同して製品基準を策定するという行為が、消費者の安全性を確保する目的の下に行われたとする。例えば、冷蔵庫を製造するメーカーが、子供が閉じ込められた場合にうまく内部から扉を開けることができる規格を採用することを申し合わせた場合である。この規格には一定の追加的な費用が必要であって必然的に価格の引き上げを伴うとすると、これはカルテルという反競争的行為であると評価される可能性がある。しかし、この取決めによって子供の安全が守られるのだから許されて然るべきではないか、生命・身体の安全は競争に対する悪影響を阻止するよりも遥かに大切な利益ではないかとも考えられる。このような一見合理的で正当化の契機が見出されてもよいようにも思われるケースの場合には、我が国独占禁止法の母法であって法解釈に対する影響力が強く、検討課題に関する判例も数多く出ている米国反トラスト法において、どのような論理で、いかなる結論が導き出されるのであろうか。

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第10巻第2号2011年7月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程・日本学術振興会特別研究員 DC

米国反トラスト法の中核的規定の一つであるシャーマン法 (Sherman Act) 第1条は、「州間の又は外国との取引又は通商を制限する、すべての契約、トラスト若しくはその他の形態による結合又は共謀は、違法であると宣言される。」と定めている¹⁾。同条は取引を制限する行為を禁止しているのみであり、反競争的行為の正当化については何ら規定していない。その取り扱いについては、解釈に委ねられている。米国反トラスト法では、判例及び学説において正当化事由 (justification) の存在そのものは認識されているものの、これを明確に定義付けたものは見受けられない²⁾。この正当化事由に関しては、現在、考察が進められている途上にあり³⁾、必ずしも体系的な議論が構築されているとはいえない状況にある。ただし、反競争的行為の正当化の「範囲」及び「立証」の観点を中心として、次のように問題を整理することができるように思われる。

まず、正当化事由を許容する「範囲」をどのように解するかが問題となる。米国反トラスト法においては、経済的効果⁴⁾、競争上の効果⁵⁾又は商業的目的⁶⁾などとの関連性 (relation) の有無をメルクマールとして、正当化事由を2つの範疇に分けることができるとされている。経済的正当化事由 (economic justification⁷⁾) とは、競争を促進する正当化事由をいう。これに対して、非経済的正当

1) 15 U.S.C. §1.

2) なお、米国法一般においては、正当化事由は「行為が違法であることを妨げるあらゆる事実」などと定義されて承認されている。Bryan Garner et al., BLACK'S LAW DICTIONARY 944 (9th ed. 2009). 田中英夫他編『英米法辞典』488頁 (東京大学出版会、1991) も参照。

3) 我が国での先行研究としては、徳力徹也「競争制限の正当化事由について」千葉大学法学論集15巻2号211頁 (2000)、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)・完」法学論叢155巻2号57頁 (2004)、155巻4号50頁 (2004)、森平明彦「社会政治的規制と反トラスト(1)、(2)」高千穂論叢36巻3号1頁 (2001)、37巻2号1頁 (2002) などがある。

4) Nelson O. Fitts, Note, *A Critique of Noncommercial Justifications for Sherman Act Violations*, 99 COLUM. L. REV. 478, 481 (1999).

5) Lee Goldman, *The Politically Correct Corporation and the Antitrust Laws: The Proper Treatment of Noneconomic or Social Welfare Justifications Under Section 1 of the Sherman Act*, 13 YALE L. & POL'Y REV. 137, note 7 at 137 (1995).

6) Srikanth Srinivasan, Note, *College Financial Aid and Antitrust: Applying the Sherman Act to Collaborative Nonprofit Activity*, 46 STAN. L. REV. 919, note 47 at 925 (1994).

7) “procompetitive justification”と表記されることが多い。しかし、本稿では“noneconomic justification”と対応させるために、“economic justification”で統一する。

化事由（noneconomic justification⁸⁾）とは、競争と関連しないが「公共の利益」（public interest）に資する正当化事由をいう。そして、非経済的正当化事由を許容される正当化事由の範囲に含めるべきかが争われるのである。正当化事由に関する判例・学説の多くは、この論点を中心に論じている。

仮に非経済的正当化事由を否定して、経済的正当化事由に限定するという立場を採るとしても、どのような事実をもって「競争を促進する」（promote competition）ないしは「競争促進的」（procompetitive）と評価するかという問題は依然として残ることになる。この問題は、許容される経済的正当化事由の具体的な範囲をどこまで拡張することが許されるかと言い換えてもよいだろう。この論点をめぐっては、米国反トラスト法は経済学と密接に関係しているため、伝統的な法学のアプローチのみに依拠するだけではなく、経済理論も参照する必要があるといえよう。後に詳しく検討するように、筆者は、正当化事由の範囲の問題は「市場の失敗」という経済理論に基づいて解釈することが可能であると考えている。「市場の失敗」（market failure）とは、市場メカニズムが効率的な資源配分を実現することを阻む要因を指し、市場の成立を困難にしたり非効率的なものにしたりする⁹⁾。その具体例としては、外部性（externality¹⁰⁾、公共財（public good¹¹⁾、情報の非対称性（information asymmetry¹²⁾、取引費用（transaction cost¹³⁾などを挙げることができる。反競争的行為であっても、このような「市場の失敗」を是正するためになされたものであるならば、機能不全に陥っていた

8) “noncommercial justification”, “public interest justification”, “social justification” などとする例もある。

9) 金森久雄他編『経済辞典（第4版）』510頁（有斐閣、2002）参照。

10) ある消費者や生産者の経済活動が他の消費者や生産者に影響を与えることを指し、有利な影響を受ける場合を外部経済があるといい、不利な影響の場合を外部不経済があるという。金森他編・前掲注9）124頁参照。

11) 各個人が共同消費し、対価を支払わない人を排除できず（非排除性）、ある人の消費により他の人の消費を減少できない（非競争性）財をいう。金森他編・前掲注9）345頁参照。

12) 取引される財・サービスの品質やタイプなどについての情報が、経済主体の間で異なる状態をいう。金森他編・前掲注9）622頁参照。

13) 取引契約の締結や対価徴収のための費用などの取引のために必要な費用をいい、取引の便益に比して取引費用がかかりすぎる状況では、取引自体が行われなくなる可能性がある。金森他編・前掲注9）944頁参照。

市場メカニズムを回復させるという点で、自由競争政策を擁護する反トラスト法の目的に合致する正当な価値を有するとして、「競争を促進する」ないし「競争促進的」と位置づけられ、適法と評価されることが許されるのではないかが問題となる。

次に、正当化事由の「立証」の枠組みをどのように設定するべきかという議論を提起し得る。具体的には、反競争的行為の正当化に関する審査基準をいかに解すべきかという問題がある。米国反トラスト法の分析においては、当然違法(per se illegal)の原則¹⁴⁾、合理の原則(rule of reason)¹⁵⁾及び簡略化された合理の原則(abbreviated rule of reason¹⁶⁾)¹⁷⁾が認められており、諸般の事情を総合的に考慮する合理の原則が一般的な審理の在り方であるとされている。判例・学説はこれらの原則の振り分けと合理の原則における判断の双方において正当化事由を考慮している。本稿の主たる関心は、反競争的行為が最終的に適法と評価されるためにどのような要件をみたさなければならないかということであるから、合理の原則が適用された場合の正当化事由の審査基準を中心に論じることとし、審査基準の振り分けの問題については適宜触れることとする。

筆者は、この合理の原則の下での正当化事由の立証の問題は、二段階の審査を経て判断することが可能であると考えている。第一段階では、当該事案における反競争的效果と競争促進的效果の相関関係を抽象的に判断して、厳格な審査基準(目的が必要不可欠で、手段が必要最小限度であること)、中間的な審査基準(目的が重要で、手段が実質的関連性を有すること)、緩やかな審査基準(目的が正当で、手段が合理的関連性を有すること)のいずれかを選択する。第二段階では、

14) 合意の本質や必然的な効果が明らかに反競争的なので、違法性を確定するために産業の精査が必要とされない原則をいう。National Society of Professional Engineers v. United States, 435 U.S. 679, 692 (1978).

15) 合意の競争的效果が、事業に特有の事実、制限の経緯及び制限が課された理由を分析することによってのみ評価される原則をいう。Ibid.

16) “truncated rule of reason”, “quick look rule of reason”, “bobtailed rule of reason” などとする例もある。

17) 経済学の基本的理解しかない判断権者でも、問題となっている合意が消費者及び市場に反競争的效果を有するであろうことを結論付け得る原則をいう。California Dental Association v. Federal Trade Commission, 526 U.S. 756, 770 (1999).

その定立された審査基準を当該事案に具体的にあてはめて正当化事由の有無の結論を出すことになる。このような二段階の審査によって、判断の困難である単純な比較衡量を避けて目的・手段の検討に専念することが可能となり、審理過程を透明にして連邦裁判所の裁量を可及的に統制することができ、自由競争政策を擁護する反トラスト法の目的が効果的に達成されるのではないかが問題となる。

これらの反競争的行為の正当化の「範囲」及び「立証」の問題については、検討の対象となる資料は司法府の判例のみに限られるものではなく、立法府の審議、行政府のガイドライン及び学説を総合的に取り扱うことが正当化事由の解明に役立つであろう。司法府・立法府・行政府の各見解及び学説は、位置付けが異なることはもとより、それぞれの示唆する内容にも相違があり、これらは分けて整理していくことが網羅的でありながら簡明な分析を可能とする。そこで、本稿においては、連邦裁判所の判例、連邦議会の審議、連邦取引委員会・司法省のガイドライン及び学説という項目に分ける構成とし、なるべく客観的に記述しつつ、筆者の法解釈の主張を加えることとする。

まず、II章においては、正当化事由をめぐる判例を連邦最高裁判所のものを中心に検討する。米国における司法府の判例は、判例法として法の一部を形成する重要なものであるため、この点を先に検討する。そして、III章においては、連邦議会における反トラスト法案の審議経過を取り上げる。立法府の意図は、法律の解釈において有力な手掛かりとなるため、判例の次に見ていくこととする。また、IV章においては、連邦取引委員会と司法省が発表したガイドラインを分析することにより、行政府の見解を明らかにする。さらに、V章においては、主として非経済的正当化事由を許容するかをめぐって活発に議論が展開されてきた学説を検討する。最後に、VI章においては、以上のような総合的な検討を踏まえて、反競争的行為の正当化の「範囲」及び「立証」の問題を中心として筆者の結論を示すこととする。

II 連邦裁判所の判例

1 概説

本章においては、反競争的行為の正当化について説示している連邦裁判所の判例を取り上げる。米国反トラスト法は法律の規定が抽象的であるため、連邦裁判所が解釈によって法規範を定立する余地が大きい。一連の判例の中でも、とりわけ連邦最高裁判所の判例は、法律の最終的な有権的解釈を示すものとして重要である。本章で取り上げる判例は、後の判例によって変更されることはなく、すべて現在における判例法の一部となっている。本章は、このような判例法の全体像について、正当化事由の「範囲」の問題を中心として整理することを試みるものである。

本章の概略を示すと次のようになる。連邦最高裁判所は、競争と関連しないが「公共の利益」に資する非経済的正当化事由を否定し、競争を促進する経済的正当化事由のみを許容していると一般的に理解されている。しかし、その経済的正当化事由の具体的な内容を分析すると、連邦最高裁判所は単に抑制的な立場をとっているのではなく、正当化事由を拡張的に認めようとする傾向もみられることを指摘し得る。注目すべきなのは、近時の連邦最高裁判所の判例は、「市場の失敗」の一つである情報の非対称性を是正する取り組みを「競争促進的」と評価しており、経済理論に傾斜しつつある点である。そして、非経済的正当化事由を認めているようにも読める連邦最高裁判所の判例の在り方も問題となる。なお、連邦控訴裁判所レベルでは、非経済的正当化事由を正面から認める判断も出ていることや、正当化事由の「立証」の問題も議論されていることも紹介する。

まず、競争と関連しないが「公共の利益」に資する非経済的正当化事由を許容すべきかをめぐって連邦最高裁判所がどのような立場をとっているのかを検討する。連邦最高裁判所は、非経済的正当化事由について排斥し、競争を促進する経済的正当化事由に限定する立場で一貫していると理解されている。

2 経済的正当化事由への限定

(1) *Chicago Board of Trade* 事件¹⁸⁾

反競争的行為の正当化に関する連邦最高裁判所の立場が見受けられるようになるのは、1918年に下された本件判決においてである。本件判決では、競争の規整や促進が反競争的行為を適法とするにあたって肯定的に評価されており、競争を促進する経済的正当化事由が許容されることが示されている。

事案の概要は次のとおりである。シカゴは世界の主要な穀物市場であり、シカゴ商品取引所 (*Chicago Board of Trade*) を通して多くの穀物の取引が行われている。取引所で行われていた取引の中には、到着予定の穀物の取引 (*sales "to arrive"*) があり、定例立会の閉会直後に行われるコール (*Call*) と呼ばれる特別立会で取引されていた。1906年、取引所はコール規則を制定し、その構成員はコールの終了から翌営業日の定例立会の開始まで、コールでの終値以外の価格で購入すること又は購入の申出をすることを禁じられた。この結果、コール規則の制定前は、構成員は指値を一日中各々が適切であると考える価格に維持していたが、コール規則の制定後は、翌日の立会の開始まで指値をコールにおけるその日の終値のまま維持しなければならなくなった。1913年、米国政府はコール規則が反トラスト法に違反するとして、その実施の差止を求めて提訴した。

本件判決において、ブランダイス判事 (*Justice Brandeis*) による法廷意見は、コール規則が一般の市場価格やシカゴに到着する穀物の全体量に重大な影響を及ぼすことなく市場の状況を改善するのを容易にした点を挙げて、反トラスト法の規定と調和した合理的なものであって適法と評価されると結論付けたが、合理の原則における適法性の判断基準に関して、以下のように述べている。

「合意又は規則の適法性は、それが競争を制限するかどうかという単純な基準によって判断することはできない。取引に関係するすべての合意、取引のすべての規則は、制限するものである。拘束し、制限することは、まさにそれらの本質である。適法性の真の判断基準は、課された制限が単に競争を規整し、

18) *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918).

及びそれによって競争を促進し得るものかどうか、又はそれが競争を抑圧し、若しくは競争を破壊しさえし得るようなものかどうかである。その問題を判断するために、裁判所は、通常、制限が適用される事業に特有な事情、制限が課される前後の当該状況、制限の性質及びその現実的又は蓋然的効果を考慮しなければならない。制限の経緯、存在すると考えられた害悪、特定の救済策を採用する理由、達成しようとする目的又は目標は、すべて関連する事実である。これは、制限の善良な意図が、通常であれば反対すべき規制を認めることになるから、又はその逆であるからではなく、制限の意図を知ることが、裁判所として事実を解釈し、結果を予測することが容易になるからである。]¹⁹⁾

本件判決は、直接的には合理の原則における適法性の基準及び考慮要素を説示したものであるが、正当化事由についても含意するところがある。本件判決によれば、取引の制限の有無を判断するに際しては、競争を規整し (regulate)、促進する (promote) ことと、抑圧し (suppress)、破壊する (destroy) ことの対比が評価の中心的位置を占めることになる。そうすると、本件判決は、「競争を促進する」ということについて、米国反トラスト法における適法性を基礎付ける事実、すなわち正当化する方向ではたらく事実であると解していることとなる。本件判決は、競争を促進する経済的正当化事由を許容した上で、競争を抑圧する合意は、競争と関連した適切な正当化事由が存在する限りにおいて、適法とされ得ると説示しているのである²⁰⁾。

本件判決について、コール規則は、取引費用 (transaction cost) を相当程度減少させているので、事実上、新しい市場を創出しているか、又は市場を以前より非常に大きくしているとの評価がある²¹⁾。この取引費用の大幅な減少は、「市場の失敗」を是正するものとみることも可能である。すなわち、個別的に穀物の取引をしていたのでは取引費用が著しく高くなっていたところ、取引所の出現に

19) Id. at 238.

20) Lawrence A. Sullivan & Warren S. Grimes, THE LAW OF ANTITRUST: AN INTEGRATED HANDBOOK 221 (2nd ed. 2006).

21) Herbert Hovenkamp, FEDERAL ANTITRUST POLICY: THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE 211-12 (3rd ed. 2005).

よってこれが緩和されたとするのである。このような「市場の失敗」への取り組みは、市場メカニズムの機能を改善するものとして「競争促進的」と位置付けることもできる。

本件判決によって、問題は、経済的正当化事由の存在を認めるかということよりも、経済的正当化事由の具体的内容をどのように考えるのかに移ったといえよう。つまり、「競争を促進する」ということの意味を明らかにしていく必要があるのである。ただし、本件判決は、競争の規整や促進の果たす役割を述べたにとどまり、競争と関連しないが「公共の利益」に資する非経済的正当化事由の是非については必ずしも明確に否定する説示をしているわけではない。

(2) *Professional Engineers* 事件²²⁾

本件判決は、正当化事由についてのリーディング・ケースであり、本稿で紹介する一連の連邦最高裁判所の判例の中で最も重要な位置を占めるものである。本件判決によって、競争と関連しないが「公共の利益」に資する非経済的正当化事由は否定され、競争を促進する経済的正当化事由に限定されるに至ったと評価されている。

事案の概要は次のとおりである。1935年、全米専門技術者協会（National Society of Professional Engineers）は、その構成員の専門的、社会的、経済的な利益の促進を含む技術者の仕事の非技術的側面を取り扱うために組織された。1964年、協会は、顧客になろうとする者が最初に特定のプロジェクトについて技術者を選択するまでは、顧客になろうとする者と報酬について交渉し、又は協議することを禁止した倫理規程（Code of Ethics）を定めた。そこで、1972年、米国政府は協会を相手取り、構成員による競争入札を禁止した倫理規程はシャーマン法に違反しているとして、その差止を求めて提訴した。これに対して、協会は、技術者間の競争は「公共の利益」に反するものであり、その仕事の品質を考慮することなく最低入札者と契約することは公衆衛生、公共の安全及び公共の福祉を危うくするため、倫理規程は合理的であると主張した。

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

本件判決において、スティーブンス判事（Justice Stevens）による法廷意見は、倫理規程は競争的な価格設定を絶対的に禁止するもので、顧客が技術者の選別に当たり価格を比較することを妨げるなどの点でシャーマン法1条の取引の制限に該当すると結論付けたが、合理の原則における反トラスト法の審査に関して、以下のように述べている。

「合理の原則は、その名に反して、反トラスト法の審査の範囲を、合理性の範囲に含まれ得る制限を是認するすべての議論へと広げるものではない。そうではなく、合理の原則は、直接的には当該制限の競争上の条件に対する影響に焦点を絞っているのである。」²³⁾

本件判決においては、*Chicago Board of Trade* 事件における競争を規整し、促進することと、抑圧し、破壊することの対比が引用されている²⁴⁾。合理の原則の下では、この対比によって適法性の評価がなされることが、本件判決においても確認されているわけである。もっとも、*Chicago Board of Trade* 事件では、競争と関連しないが「公共の利益」に資する非経済的正当化事由をどのように取り扱うのかについて必ずしも明らかとはなっていない。この点について、本件判決は、上記の説示によって反トラスト法の審査が、問題となる制限の競争上の条件（competitive conditions）に対する影響に焦点を絞って行われることを鮮明にした。この立場は、「審査は、競争上の条件への影響の考察に限定されている。」²⁵⁾との表現によって更に明確にされている。

このことから、本件判決について論者によって次のような指摘がなされている。すなわち、本件判決は、非経済的正当化事由を否定している判例の中で最も説得力がある²⁶⁾。本件判決によると、競争こそが合理の原則において考慮される唯一の評価軸であり、非経済的正当化事由が考慮される余地はない²⁷⁾。非経済的

23) Id. at 688.

24) Id. at 691.

25) Id. at 690.

26) Goldman, *supra* note 5, at 158.

27) Fitts, *supra* note 4, at 493.

な価値ではなく、競争を促進する経済的便益のみが、価格競争の制限を正当化し得る²⁸⁾。シャーマン法は自由競争政策の上に築かれていて、競争を促進する行為のみが支持されるのであり、経済的正当化事由は許容されるものの、社会的正当化事由は関係がない²⁹⁾。Chicago Board of Trade 事件においては、合理の原則は広範な社会的な改善を取り扱うようにも読めたが、司法府というよりは立法府にこそ対応が求められる問題について、裁判所は反トラスト法の審査の対象を競争上の影響に限定することによって終止符を打ったのである³⁰⁾。

これらの指摘が示すように、本件判決によって、正当化事由の「範囲」をめぐる連邦最高裁判所の立場は、非経済的正当化事由の取り扱いについて否定し、経済的正当化事由のみを許容するということが確立したのである。そして、本件判決は、「公共の利益」を考慮すべきとの点に関して、以下のように述べている。

「当裁判所の分析の目的は、当該制限が競争に与える重大性についての判断を形成することである。それは、競争を支持する政策が公共の利益に合致しているか、又は産業の構成員の利益に合致しているかどうかを決定することではない。そのような政策決定は法律によって定義された例外に従って、連邦議会によって行われてきたのである。」³¹⁾

すなわち、「公共の利益」に基づく正当化は、連邦議会が制定する法律に基づいて行われるべきであると説示した。競争と関連しないが「公共の利益」に資する非経済的正当化事由をめぐることは、司法府が解釈によって競争と対立し得る利益を直接的に比較衡量すべきではなく、立法府が法律に基づく政策決定として判断すべきであるとしたのである。これは、シャーマン法の例外を解釈によって認めてしまうのは、連邦裁判所の役割として適切ではないと判断したといえよう。

もっとも、本件判決の説示に従ったとしても、事実上は一定の「公共の利益」

28) Srinivasan, *supra* note 6, at 940.

29) ABA Section of Antitrust Law, MONOGRAPH NO. 23, THE RULE OF REASON 116-17 (1999).

30) Sullivan & Grimes, *supra* note 20, at 230.

31) *Professional Engineers*, 435 U.S. at 692.

について競争を促進する経済的正当化事由の範囲に取り込む余地がある。すなわち、「市場の失敗」を是正する取り組みについて、「競争を促進する」ものと評価するのである³²⁾。これは、機能不全に陥っていた市場メカニズムの機能を回復することを「競争促進的」と位置付けて経済的正当化事由の範囲に取り込むことに他ならない。このように、経済的正当化事由に限定されるという本件判決を前提としても、「市場の失敗」という経済理論によって、その具体的な範囲を拡張的に解することは可能ということができよう。

(3) *Indiana Dentists* 事件³³⁾

本件判決において、連邦最高裁判所は、競争を促進する経済的正当化事由に限定した *Professional Engineers* 事件の立場を踏襲した。すなわち、*Professional Engineers* 事件はカルテルの事案であったが、その論理が本件判決において問題となったボイコットにも同様に妥当することを確認したものと評価することができる。

事案の概要は次のとおりである。1970年代から、保険会社は、歯科治療費用を抑えるように査定を実施するため、歯科医師に対して、患者を診察したときに用いた X 線写真を添付することをしばしば求めた。保険会社の調査担当者や他の歯科医師による診療の検討及び治療の判断は、歯科医師にとってその職業的独立及び経済面への脅威と受け取られた。こうした中、インディアナ歯科医師会 (*Indiana Dental Association*) は、構成員の歯科医師に対し、請求書に X 線写真を添付しないように誓約するように協力を求め、多数の歯科医師が誓約書に署名した。しかし、保険会社に X 線写真を提出することに反対することは反トラスト法に違反するとの懸念が生じたことから、歯科医師会は、構成員である歯科医師による X 線写真の提出を阻止する努力をやめることを連邦取引委員会に同意した。そこで、一部の歯科医師のグループが、保険会社の X 線写真の要求に抵抗する歯科医師会の方針を受け継ぐためにインディアナ歯科医師連盟 (*Indiana*

32) Phillip E. Areeda, 7 ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION ¶1504 (1986).

33) *Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986).

Federation of Dentists) を結成した。連盟は、構成員が請求書に添付して保険会社に X 線写真を提出することを禁止する規則を公表した。連盟はアンダーソン地区ではほぼ 100%、ラファイエット地区では約 67% の歯科医師に協力を求めることに成功した。これに対し、連邦取引委員会は構成員に保険会社の要請に従い X 線写真を提出することをやめさせる連盟の行為は連邦取引委員会法に違反するとして提訴した。

ホワイト判事 (Justice White) による法廷意見は、連盟の規則によって歯科医師間の競争が抑圧されるという影響が及ぶなどの事実が実質的証拠により裏付けられておりシャーマン法違反を構成し、したがって連邦取引委員会法違反を構成すると結論付けたが、反競争的行為の正当化の問題に関して、以下のように述べている。

「顧客に対する情報の提供を差し控える行為に関する正当化事由は、*Professional Engineers* 事件において違法であるとして排斥された。……仮に非競争的な形で提供されるサービスの品質は公共の安全に資するとの正当化事由をもって、消費者に対する情報提供の拒絶を正当化することが後者の市場（筆者注：*Professional Engineers* 事件における技術サービス市場）において認められないならば、本件（筆者注：*Indiana Dentists* 事件）においてもそのような正当化事由を認める理由は、ほとんど存在しない。」³⁴⁾

本件判決は、*Chicago Board of Trade* 事件における競争を規整し、促進することと、抑圧し、破壊することの対比を引用している³⁵⁾。合理の原則における適法性の評価がこの対比によることがここでも確認された。そして、上記の説示によって、歯科治療サービスの品質 (quality of care) という「公共の利益」の考慮を否定する旨の判断がなされている。競争と関連しないが「公共の利益」に資する非経済的正当化事由は排斥されているのである。本件判決は、ボイコットの事案ではあるものの、カルテルの事案である *Professional Engineers* 事件にお

34) Id. at 463-64.

35) Id. at 457-58.

ける判示の射程が及ぶとされているといえよう。

このことから、本件判決について論者によって次のような指摘がなされている。すなわち、連邦最高裁判所は、競争を促進する経済的正当化事由のみが許容されて社会的正当化事由は関係がないとする *Professional Engineers* 事件の説示を引き継いだ³⁶⁾。価格のみを通じた専門職の競争は提供されるサービスの質の劣化を招き、「公共の利益」を危うくすると論点をめぐる *Professional Engineers* 事件と同様の主張が退けられた³⁷⁾。連邦最高裁判所は、*Professional Engineers* 事件に引き続いて、反競争的行為への非経済的正当化事由を否定する立場で一貫している³⁸⁾。本件判決は、合理の原則は反競争的效果に焦点を合わせるものであるから、制限の競争上の効果と関連しない要素は一般的に分析に無関係であるという *Professional Engineers* 事件の論理に従ったのである³⁹⁾。

ただし、このような競争を促進する経済的正当化事由に限定する立場を前提としても、「市場の失敗」を是正することに「競争促進的」な価値を認めるアプローチが有益である可能性がある。例えば、歯科医師という専門家の供給する市場における情報の非対称性 (information asymmetry) の是正という観点から正当化の契機が見出され得る。購入者と供給者の間には情報の非対称性が存在し、この「市場の失敗」は不完全な情報への購入者のアクセスを否定することによって最もよく克服されるという議論も提起されている⁴⁰⁾。「市場の失敗」の是正に取り組むことを「競争を促進する」ものと評価することによって、経済的正当化事由の範囲に含まれると解する余地があるのである。

(4) *Trial Lawyers* 事件⁴¹⁾

本件判決は、ボイコットにおける正当化事由の「範囲」の問題について、

36) ABA Section of Antitrust Law, *supra* note 29, at 117.

37) Fitts, *supra* note 4, at 493 n. 64.

38) Goldman, *supra* note 5, at 159.

39) ABA Section of Antitrust Law, 1 ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS 72 (6th ed. 2007).

40) Thomas L. Greaney, *Quality of Care and Market Failure Defenses in Antitrust Health Care Litigation*, 21 CONN. L. REV. 605, 651 n. 206 (1989).

Indiana Dentists 事件と同様の説示をしたものである。すなわち、*Professional Engineers* 事件によって確立された、反競争的行為の正当化の範囲を「競争促進的」な経済的正当化事由に限定する連邦最高裁判所の立場を引き続き確認したという意義を有する。

事案の概要は次のとおりである。コロンビア特別区においては、刑事事件における困窮した被告人に対して、刑事裁判法に基づき弁護人を任命して報酬を支払っている。上級裁判所法廷弁護士会 (Superior Court Trial Lawyers Association) らは、刑事裁判法の報酬基準を引き上げるように特別区を説得したが実現しなかった。そこで、1983年、弁護士会において、報酬基準を引き上げる法案が通過しなければ新たな事件を受任しない旨の決議を行い、約90%の弁護士登録者が新たな事件の受任を拒否した。これにより特別区の刑事司法制度は深刻な影響を受け、特別区は報酬基準を引き上げる法案を通過させた。連邦取引委員会は、弁護士会が、特別区が報酬基準を引き上げるまでは新たな事件を受任しない旨の合意を形成し、取引を抑制したことは連邦取引委員会法に違反するとして提訴した。

本件判決において、スティーブンス判事 (Justice Stevens) による法廷意見は、弁護士会のボイコットは当然違法の原則の適用を免れる特別な要素を有していないと結論付けたが、反競争的行為の正当化事由についての司法府の役割に関して、以下のように述べている。

「当裁判所は、ボイコット以前の報酬が不当に低かったこと、及びその引き上げが困窮した被告人のためにより良い訴訟代理を生み出したと考え得る。さらに、当裁判所は、困窮した被告人及び彼らを代理する弁護人のいずれもが有権者に対して特に訴えかけなければ、少なくとも連邦議会が連邦法を改正するまでは、ボイコットなしには特別区の刑事裁判法の報酬は増額されなかったであろうことも考え得る。これらの前提は本件の結論を左右するものではない、

41) *Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association*, 493 U.S. 411 (1990). 山本顕一郎「弁護士団体による刑事弁護の拒絶と反トラスト法」公正取引 552号 62頁 (1996) も参照。

というのも、価格協定の社会的な有用性又は政治的な英知に対して判決を下すのは、当裁判所の役割ではないからである。]⁴²⁾

本件判決は、ボイコットによってもたらされる報酬の増額によって、被告人のためにより良い訴訟代理が生み出されるという「公共の利益」が達成されることを想定している。それにも関わらず、このような非経済的正当化事由を考慮することは司法府が担うべき役割ではないとしたのである。ここでは、*Professional Engineers* 事件においても判示されたのと同様に、「公共の利益」について考慮することは立法府たる連邦議会の役割であることが示唆されているといえよう。そして、本件判決は、困窮した被告人に訴訟代理を提供することが憲法上の義務である事実や、報酬が増額されれば訴訟代理の質も改善し得る事実は、本来であれば違法な取引の制限のための正当化事由としては受け入れられないことを指摘した上で⁴³⁾、*Professional Engineers* 事件を引用して、以下のように述べている。

「被上訴人（筆者注：弁護士会）の取引の制限について提出された社会的正当化事由は、まったく違法性を減じせしめていない。シャーマン法の根底にある立法政策は、『競争の良し悪しの問題への審査を排除している』。被上訴人の主張は、*Professional Engineers* 事件において上訴人（筆者注：協会）によってなされた主張と同様に、究極的には、被上訴人が設定しようとした価格が合理的であるために彼らのボイコットは許容される旨判示することを当裁判所に求めるものである。しかしながら、設定された価格それ自体が合理的であることが全く弁解とならないことは、シャーマン法が成立してすぐに確立されているのである。]⁴⁴⁾

この説示においては、社会的正当化事由（social justification）が明確に否定され、競争と関連しないが「公共の利益」に資する非経済的正当化事由が許容され

42) Id. at 421-22.

43) Id. at 423.

44) Id. at 424.

る余地はないとされている。反トラスト法の審査において、訴訟代理の質 (quality of legal representation) という「公共の利益」を考慮することはできないことを鮮明にした表現であるといえる。

このことから、本件判決について論者によって次のような指摘がなされている。すなわち、連邦最高裁判所は、*Professional Engineers* 事件及び *Indiana Dentists* 事件と同様の非経済的正当化事由を否定する結論に至った⁴⁵⁾。競争と関連しない要素に基づく抗弁は、極めて稀な例外はあるものの無関係である⁴⁶⁾。本件判決によれば、当然違法の原則と合理の原則のどちらで処理されようとも、社会的な便益と競争的な損害との比較衡量が是認されることはない⁴⁷⁾。

もっとも、連邦最高裁判所は、非経済的正当化事由を排斥したにとどまり、「市場の失敗」を是正することに正当化の契機を見出すことを否定する趣旨ではないと解することもできる。すなわち、「市場の失敗」の是正を「競争促進的」と把握する余地は残されているのである。本件判決の立場を前提としても、「市場の失敗」を是正する取り組みについて競争を促進する経済的正当化事由の範囲に含めていくことは可能であるといえよう。

次に、このような競争促進的効果を重視するという立場を前提としつつ、連邦最高裁判所が経済的正当化事由として具体的にどのような事実を想定しているのかを検討する。連邦最高裁判所は、経済的正当化事由に限定しつつも、その内容について別個の商品による新たな市場の創出や情報の非対称性の是正を包含して拡張的に解する傾向がある。

3 経済的正当化事由の範囲の拡張的傾向

(1) *Broadcast Music* 事件⁴⁸⁾

ここまででは連邦最高裁判所が正当化の「範囲」について競争促進的効果に限定していることを見てきたが、「競争を促進する」とはどのようなことを指すので

45) Goldman, *supra* note 5, at 159.

46) ABA Section of Antitrust Law, *supra* note 39, at 47.

47) Sullivan & Grimes, *supra* note 20, at 247.

48) *Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting System Inc.*, 441 U.S. 1 (1979).

あろうか。経済的正当化事由として許容される具体的な範囲が問題となるのである。本件判決は、「競争を促進する」ということが柔軟に解釈されることを明らかにした点で重要な意義を有する。

事案の概要は次のとおりである。コロンビア・ブロードキャスティング・システム（Columbia Broadcasting System, Inc.）は全国的なテレビ放送網を運営しており、年間約7,500の番組をテレビ放送している。著作権のある楽曲を演奏する者は多数かつ広範囲に存在したことから、個々の権利者が使用者と交渉し、使用ライセンスを与え、又は不正使用を調査することは不可能となり、米国作曲家作詞家出版社協会（American Society of Composers, Authors and Publishers）が設立された。ブロードキャスト・ミュージック（Broadcast Music, Inc.）は放送業界により設立され、協会と同様の方法で活動した。国内のほとんどの著作権のある楽曲はいずれかの組織に属していた。両組織は、ライセンシーが期間中希望する頻度だけ、構成員によって所有される楽曲のすべてを演奏する権利をライセンシーに付与するブランケット・ライセンス（blanket license）を主として実施している。ブランケット・ライセンスの費用は総収入に対する固定比率又は固定料金であり、使われた楽曲の量や種類に直接的に基づいてはいない。コロンビア・ブロードキャスティング・システムは、1940年代後半より継続的にテレビ放送のために両組織とブランケット・ライセンスを締結してきたが、両組織が違法に市場を独占しており、ブランケット・ライセンスは違法な価格協定であるとして提訴した。

本件判決において、ホワイト判事（Justice White）による法廷意見は、ブランケット・ライセンスを自動的に違法と判断することには賛成できず、合理の原則の下で判断するべきであると結論付けたが、ブランケット・ライセンスの特徴を踏まえた正当化の「範囲」に関して、以下のように述べている。

「販売者と購入者の双方にとって当然に潜在的に有益である、このような実質的な費用の引き下げにより、ブランケット・ライセンスは個々の利用ライセンスから区別される。ブランケット・ライセンスは、個々の楽曲に加えて一体的なサービスによって構成されている。ここに、ブランケット・ライセンス全

体はまさに個々の楽曲の著作権の集合以上のものであり、それはある程度において別個の商品である。ブランケット・ライセンスは、独自の特徴を有しており、それによって、ライセンシーは、事前の個別の交渉による遅延なくしてカバーされた楽曲を即座に利用することができ、非常に柔軟に音楽の素材の選択をすることができるのである。多くの消費者は、明らかにこの市場性の高いパッケージの特徴や費用面での有利さを好んでおり、米国作曲家作詞家出版者協会及びブロードキャスト・ミュージックと時折競争してきた小規模の演奏権協会でさえも、ブランケット・ライセンスを申し出たのである。このように、ブランケット・ライセンスが別個の商品である限度において、米国作曲家作詞家出版者協会は、多数の販売者の個々の商品を提供する共同販売機関のではなく、個々の楽曲を原材料とするブランケット・ライセンスを提供する別個の販売者なのである。要するに、米国作曲家作詞家出版者協会は、個々の作曲家が本来的に完全に効果的に競争することのできない市場を創出したのである。]⁴⁹⁾

本件判決においては、楽曲を利用するに際して個別のライセンス交渉を不要とするなどの特徴を有するブランケット・ライセンスは、個々の楽曲についてのライセンスとは別個の商品 (different product) であり、新たな市場を創出したとされている。別個の商品による新市場の創出という論理を介在させることによって、「競争を促進する」ものと評価されたのである。これは、経済的正当化事由として許容される具体的な範囲を、別個の商品による新市場の創出を含めて柔軟に解釈したといえることができる。

この点については、「市場の失敗」の是正という観点からも正当化の契機を見出すことができるであろう。すなわち、市場が演奏権ごとの個々の契約によって機能していたならば、取引費用 (transaction cost) はしばしば演奏権そのものの価格すら超えたといえる。ブランケット・ライセンスは、取引費用について何百万ドルもの膨大な金額を節約したのであり、効率性を創出する潜在性は明白で

49) Id. at 21-23.

あったとの指摘がある⁵⁰⁾。大幅な取引費用がブランケット・ライセンスによって初めて回避されたことからすると、それによって達成された効率性はほとんど比類をみないものであるともされている⁵¹⁾。このように、ブランケット・ライセンスは、多大な取引費用を回避することによって市場メカニズムを改善させたものとして、「市場の失敗」を是正する「競争促進的」なものと評価する余地がある。

(2) NCAA 事件⁵²⁾

本件判決においても、競争を促進する経済的正当化事由の具体的な「範囲」をどのように設定するかが問題となった。*Broadcast Music* 事件においては楽曲のブランケット・ライセンスが問題となったが、本件判決においては大学のアマチュア体育の評価をめぐって反競争的行為の正当化事由が争われたのである。

事案の概要は次のとおりである。全米大学体育協会 (National Collegiate Athletic Association; NCAA) は大学のアマチュア体育の規制において重要な役割を担っている。1951年、NCAAは、テレビが大学のフットボールの観客数に悪影響を及ぼす旨のレポートをきっかけに、テレビ放送計画を決定し、これをテレビ委員会に実施させるようになった。1981年、NCAAは、その構成員である大学の主催するフットボールの試合についてのテレビ放送計画を1982年から1985年のシーズンのために採用した。NCAAのすべての構成員のフットボール試合のテレビ放送はテレビ放送計画に従わなければならないとされた。テレビ委員会は構成員の大学のフットボール試合をテレビ放送する交渉をして契約する権利を2つの放送局に認めた。また、NCAAは2つの放送局に14試合の放送をする権利を認めた。2つの放送局はNCAAの構成員に4年間で最低総額1億3,175万ドルの報酬を支払うことを合意した。なお、フットボール・チームが受け取る報酬額は聴衆の規模、試合がテレビ放送される市場の数、試合または参加チームの

50) Hovenkamp, *supra* note 21, at 213.

51) Sullivan & Grimes, *supra* note 20, at 291.

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

特徴によって変更されるものではなく、2つの放送局はテレビ放送したい試合を交互に選択し、これにより固定価格によってNCAAの構成員に対する排他的権利を獲得するというものであった。さらに、テレビ放送計画は出演要件および出演制限を規定しており、2つの放送局は各2年間で最低82のNCAAの構成員が出演するようなスケジュールを組まなければならない、NCAAの構成員の出演回数は6回を超えてはならず（全国規模の放送の場合は4回）、その出演回数は2つの放送局が等分するものとされた。これに反対するオクラホマ大学らは、他の放送局とテレビ放送に関する契約を独自に締結する可能性を模索したが、NCAAはこれに対して懲戒処分を行う旨発表した。そこで、オクラホマ大学らは懲戒手続を開始すること又は他の放送局との間で締結した放送契約の履行を妨げるような行為を阻止することを求めてNCAAを提訴した。

本件判決において、スティーブンス判事（Justice Stevens）による法廷意見は、NCAAのテレビ放送計画は反競争的效果が明らかであり、価格が引き上げられ、テレビ放送回数が減少したと分析した上で、反トラスト法の根本的な目的に反するものであると結論付けたが、NCAAの果たしている役割に関して、以下のように述べている。

「NCAAは、大学フットボールの特徴を維持する上で極めて重要な役割を担っており、その結果として、そうでなければ手に入れることが不可能であろう商品を市場に送り出すことを可能にしている。この役割を果たすに際して、NCAAの行動は、消費者の選択肢—スポーツファンのみならずスポーツ選手に利用可能な選択肢—を拡大しており、したがって、競争促進的と見ることができるのである。」⁵³⁾

上記の説示では、反競争的行為がなければ手に入れることができなかつたはずである、大学フットボールという商品を市場に送り出す（market a product）ことから「競争を促進する」ものとされた。これは、商品を市場に送り出して消費

53) Id. at 102.

者の選択を拡大したという論理によって、経済的正当化事由の具体的な範囲を柔軟に解釈したといい得る。このように、本件判決は、別個の商品による新市場の創出がなされたと述べて「競争促進的」であることを認めた *Broadcast Music* 事件と同様の説示であると考えられる。そして、本件判決は、競争を促進する経済的正当化事由について別の表現を用いて、以下のように述べている。

「本件に当然違法の原則を適用しないという当裁判所の判断は、主として上訴人（筆者注：NCAA）とその構成員が市場に出すことを求めた種類の競争が確保されるためには、一定程度の共同行為は必要であるという認識に基づいている。NCAAのほとんどの規制の管理は、アマチュア体育チームの間での競争を促進するために正当化できる手段であり、その結果、大学間の体育競技分野における公共の利益を増進するので競争促進的であるとみなすことは合理的である。」⁵⁴⁾

上記の説示においては、「公共の利益」と表現されているものの、競争と関連しないが「公共の利益」に資する非経済的正当化事由を許容したわけではなく、あくまで「競争を促進する」ことを認めたものと読むべきである⁵⁵⁾。経済的正当化事由に限定してきた連邦最高裁判所の立場はここでも維持されていると考えられる。そのような立場を前提とした上で、商品を市場に送り出して消費者の選択を拡大したことが経済的正当化事由の具体的な範囲に包含され得るとされた。

そして、本件判決で問題となった行為は、「市場の失敗」を是正するという点からも「競争促進的」であると評価される余地がある。例えば、本件判決においては、アマチュア体育は競争的市場では供給されない公共財（public good）であり、競争の制限はそれを供給するために必要なものであったという指摘がある⁵⁶⁾。また、とりわけテレビ放送の制限では、個々の大学がテレビ放送するかを決めた場合における他の大学の試合の観客についての損害を外部性（external-

54) Id. at 117.

55) Fitts, *supra* note 4, at 482 n. 16.

56) Srinivasan, *supra* note 6, at 945 n. 164.

ity) と位置付けることができるとの問題提起がされている⁵⁷⁾。このような「市場の失敗」の是正に取り組む限度において、反競争的行為が正当化される契機が見出されるということもできる。

(3) *California Dental* 事件⁵⁸⁾

本件判決は、5対4の僅差であったものの、競争を促進する経済的正当化事由の「範囲」の問題に関して重要な判断を行っている。すなわち、近時の連邦最高裁判所が「市場の失敗」という経済理論に傾斜しつつあることを示したといえる。本件判決は、「市場の失敗」の具体例である情報の非対称性を是正することによって反競争的行為が正当化され得ることを認めたのである。

事案の概要は次のとおりである。カリフォルニア州歯科医師会 (California Dental Association) は、カリフォルニア州の歯科医師の約4分の3にあたる約19,000人が所属する任意の非営利組織である。歯科医師会は、その構成員の利益を図るために陳情・訴訟を行い、マーケティングや広報も行っている。歯科医師会に所属する歯科医師は、倫理規程 (Code of Ethics) に従うことに合意している。倫理規程第10条には、「あらゆる歯科医師は広告をすることができるが、その広告の形式を問わず、重要な点において虚偽又は欺瞞的な広告をしたり患者を勧誘したりしてはならない。」との規定があった。歯科医師会は、その構成員に倫理規程を遵守させるため、同条の解釈に関する多数の見解を発表し、別途広告ガイドラインを作成した。倫理規程に違反する広告をして聴聞手続の後も適切でない場合には譴責・資格停止・除籍処分の対象となった。連邦取引委員会は、歯科医師会がガイドラインの適用に当たり、真実かつ欺瞞的でない広告を制限しており、連邦取引委員会法に違反するとして提訴した。

本件判決において、スーター判事 (Justice Souter) による法廷意見は、本件の認定事実では広告制限が有する反競争的效果が明らかでなく、合理の原則に基づく分析を行うにあたり、広告制限の影響を詳細に審理する必要があると結論付

57) Note, *Antitrust and Nonprofit Entities*, 94 HARV L. REV. 802, 818 (1981) [hereinafter "Nonprofit Entities"].

58) *California Dental Association v. Federal Trade Commission*, 526 U.S. 756 (1999).

けたが、歯科医師という専門職による反競争的行為の正当化に関して、以下のよう
に述べている。

「当裁判所には、カリフォルニア州歯科医師会の広告の制限は、最終的に競争促進的効果を有するか、又は競争上の効果がおそらく全くないと考えることがもっともであるように思われる。価格割引広告及び価格割引広告以外の広告の双方の制限は、少なくとも外観上は、専門職と患者との間では得ることのできる情報に決定的な格差があるという特徴を有する市場において、虚偽又は欺瞞的な広告が行われないことを目指している。」⁵⁹⁾

このように、本件判決においては、「競争を促進する」ということの内容として、供給者と需要者とで情報格差のある市場において情報を提供することが考慮されている。連邦最高裁判所は、虚偽又は欺瞞的な広告を防ぐためとされた広範な制限が、実際には市場を改善して競争的にするとした⁶⁰⁾。専門職の提供する複雑なサービスなどの分野で典型的に見られる市場における取引主体の保有する情報の不均衡は、経済理論においては情報の非対称性 (information asymmetry) と呼ばれ、「市場の失敗」の一つと位置付けられている。本件判決では、歯科医師会の定めた広告制限が、この情報の非対称性を是正していることをもって正当化が認められたと評価することができる。連邦最高裁判所は、情報の非対称性によって作り出された市場の不完全性を緩和する目的を、競争の制限の適法な正当化事由として認めたのである⁶¹⁾。すなわち、競争を促進する経済的正当化事由の具体的な範囲に情報の非対称性の是正が包含されると柔軟に解釈したことになる。そして、本件判決は、上記の説示の内容を更に敷衍して、以下のように述べている。

「広告が相対的に稀であり、サービスの比較が簡単にはできない専門職の市

59) Id. at 771.

60) Hovenkamp, *supra* note 21, at 264-65.

61) ABA Section of Antitrust Law, *supra* note 39, at 72.

場においては、顧客又は潜在的な競争者が価格及びサービスの利用可能性についての情報を入手し、確認することが困難であるため、欺瞞的な広告を伴う競争を招く危険性が増大する。その上、専門家のサービスを評価するためには専門知識が必要であることに加え、生じた不具合が専門家のサービスの品質の悪さ（例えば、稚拙な歯の詰め物）によるのか、あるいはその他の理由（例えば、非常に固いクルミ）によるのか、どの程度起因するのかを決定することが困難であることから、専門職のサービスの品質を、個人の患者や顧客が測定したり監視したりすることは難しい場合が多い。……また、特定の専門職個人を患者が好むという合理性を評価しにくい点が、構図をさらに複雑化している。……専門職のサービスについて情報に基づき顧客が意思決定することを妨げる深刻な難問が存在するため、欺瞞的な又は関連性のない広告から患者を保護するためとされている本件広告制限を考えるにあたっては、産出量又は価格競争を制限する古典的な水平的合意と同じであるとして大まかに取扱う以上のものが必要となる。』⁶²⁾

ここでは、専門職の市場における情報格差の問題について具体的に説明した上で、それを是正する広告の制限が通常的水準的合意とは異なる取扱いが求められることを論じている。連邦最高裁判所は、歯科サービス市場においてはしばしば消費者とサービスの提供者の間に情報の非対称性が存在し、欺瞞的な広告の危険を増大させていることから、品質や患者の満足に関して証明することが困難な主張を制限することは「競争促進的」たり得ると判断したのである⁶³⁾。情報の非対称性は「市場の失敗」の典型例であることから、連邦最高裁判所は「市場の失敗」を是正する取り組みに正当化の契機を見出していることが窺われる。情報の不完全性について機能不全に陥っている市場メカニズムを是正する限度において、反競争的行為は正当化されることとなる。

次に、非経済的正当化事由を認めたと評価されている連邦最高裁判所の判例について見てみよう。伝統的に競争を促進する経済的正当化事由に限定してきた

62) *California Dental*, 526 U.S. at 772-73.

63) ABA Section of Antitrust Law, *supra* note 39, at 73.

判例法の中で、公共サービスを強調するこの判例の説示については「市場の失敗」を是正する取り組みを評価したと位置付けることによって整合的な解釈が可能となろう。

4 Goldfarb 事件⁶⁴⁾の位置付け

本件判決は、連邦最高裁判所が競争を促進する経済的正当化事由に限定する立場を確立したとされている *Professional Engineers* 事件より3年前の1975年に下されたものである。弁護士などの専門職の果たす公共的な役割が反トラスト法の審査に与える影響について連邦最高裁判所がどのように考えたのかを見てみよう。

事案の概要は次のとおりである。ゴールドファーブ夫妻は、ヴァージニア州フェアファックス郡で家屋を購入する契約を締結した。当該購入について融資した金融機関は不動産の権原に瑕疵のないことを保証する権原保険を得ることを要求しており、権原保険にはヴァージニア州弁護士会 (Virginia State Bar) の構成員のみが法律上行うことのできる権原調査が必要であった。しかし、権原調査については、フェアファックス郡弁護士会 (Fairfax County Bar Association) によって公表され、ヴァージニア州弁護士会によって実施されていた最低報酬表に報酬が規定されていた。ゴールドファーブ夫妻は、この最低報酬表に規定された報酬以下で権原調査をする弁護士を見つけようとしたが、失敗に終わったため、最低報酬表に規定された最低報酬額で権原調査をする弁護士に依頼した。その後、ゴールドファーブ夫妻は、両弁護士会を相手取って、居住用の不動産取引に関する弁護士報酬に適用される最低報酬表の実施がシャーマン法第1条に違反した価格協定を構成すると主張し、差止と損害賠償を求めてクラス・アクションを提起した。

本件判決において、バーガー長官 (Chief Justice Burger) による法廷意見は、「土地の権原の調査はサービスであり、そのようなサービスと金銭の交換は、『通商』であるとするのが当該文言の最も一般的な用語法に合致する。」⁶⁵⁾として、

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

シャーマン法第1条が適用されることを認めて、両弁護士会の行為は価格協定に該当すると結論付けたが、脚注17を付すことにより、反トラスト法の審査における専門職の取扱いに関して、以下のように述べている。

「事業から区別された専門職に対して制限が機能しているという事実は、当然のことながら、当該制限がシャーマン法に違反しているかどうかを決定するに際して考慮されている。専門職の実務が他の事業活動と互換性があると考え、そして他の分野で考案された反トラスト法の概念を専門職にも自動的に適用することは現実的ではないであろう。公共サービスという側面、及び専門職の持つ他の特性により、別の状況ではシャーマン法違反であると考えのが正しいとされ得る特定の实務について、異なる取扱いが必要とされることがあり得る。当裁判所は、今日当裁判所が直面している状況以外のすべての状況に関し、いかなる見解も判示するものではない。」⁶⁵⁾

この脚注17は、正当化事由に関する論考の中でよく引用される著名なものである。脚注17は、傍論ではあるものの、弁護士という専門職の公共サービス(public service)などの特徴から、反トラスト法の審査における異なる取扱いを示唆している。この説示から、連邦最高裁判所は、実体的な反トラスト法の分析に非経済的な考慮を組み込んでいる可能性が指摘されている⁶⁷⁾。シャーマン法違反の非経済的正当化事由についての学説上の基礎の大部分は、脚注17における傍論から発展したとも評価されている⁶⁸⁾。これらの見解は、「公共の利益」への配慮が見受けられる脚注17によって、本件判決は非経済的正当化事由を支持する判例であるとするものである。

しかし、競争を促進する経済的正当化事由に限定している連邦最高裁判所の一連の判例の中で、本件判決の脚注17を整合的に位置付けなくてはならないであ

65) Id. at 787-88.

66) Id. at 788-89 n. 17.

67) Goldman, *supra* note 5, at 164.

68) Fitts, *supra* note 4, at 491.

ろう。*Professional Engineers* 事件においても、脚注17の立場を固守する旨の記述があり、倫理規範が競争を規整し、促進することがあり得ると説示されている⁶⁹⁾。すなわち、専門職の担う公共的な役割はあくまで「競争を促進する」という文脈で理解しなければならないのである。本件判決は、非経済的正当化事由を許容したわけではなく、弁護士という専門職の公共サービスなどの特徴を経済的正当化事由の範囲に取り込んでいくべきであると考えたといえよう。

そして、本件判決の脚注17を適切に把握するための理論的根拠としては、「市場の失敗」という経済理論からアプローチすることが考えられる。専門職の果たす役割については、機能不全に陥った市場メカニズムを回復させる場合に反競争的行為を正当化する契機が見出されると解する余地がある。このように考えることにより、正当化の範囲について競争を促進する経済的正当化事由のみに限定している一連の連邦最高裁判所の立場と本件判決の説示を整合的に理解することができよう。本件判決は、「市場の失敗」を是正する取り組みによって「競争促進的」たり得ることを示したと読み解くことも不可能ではないのである。

これまでは連邦最高裁判所の判例を見てきたが、次に注目される下級審判決についても検討を行うこととする。下級審判決においては、反競争的行為の正当化事由の「立証」の問題が論じられているものがある。また、競争と関連しないが「公共の利益」に資する非経済的正当化事由を正面から認める判決も行われている。

5 下級審判決の動向

(1) *Law* 事件⁷⁰⁾

本件判決は、連邦控訴裁判所レベルの判例ではあるものの、連邦最高裁判所が未だに解決するには至っていない正当化事由の諸問題について説示した。すな

69) *Professional Engineers*, 435 U.S. at 696.

70) *Law v. National Collegiate Athletic Association*, 134 F.3d 1010 (10th Cir.), *cert. denied*, 525 U.S. 822 (1998). 栗田誠「NCAA (National Collegiate Athletic Association, 全米大学競技連盟) 傘下の大学バスケットボール部がコーチに支払う報酬の上限を制限するNCAAの規則は、簡略化された合理的原則の下でシャーマン法1条に違反する」*アメリカ法* 2001(2)号 497頁 (2001) も参照。

わち、競争を促進する経済正当化事由の具体的な「範囲」の問題のみならず、反競争的行為の正当化に関する審査基準の在り方を示したものとして注目される。

事案の概要は次のとおりである。NCAA は、スポーツ・カリキュラムをそのカリキュラムの規模及び範囲の違いに応じて異なる部門に分類している。部門Ⅰのバスケットボール・プログラムは、部門Ⅱ及び部門Ⅲのバスケットボール・プログラムに比べて高水準で、高い知名度を誇っている。部門Ⅰには 300 以上の大学が所属し、それぞれの構成員はコーチを雇っている。1980 年代以後、NCAA は競争力のある体育課程を維持するために必要な費用が増加し続けていることに懸念を抱いており、中でもパートタイム勤務のアシスタント・コーチの人件費の問題が取りざたされてきた。NCAA はすべてのパートタイムの地位にある者の報酬に制限を設けたが、報酬の上限額が設定されたにもかかわらず、多くのパートタイム勤務のコーチは年間 60,000 ドルから 70,000 ドルの報酬を受け取った。1989 年、NCAA はコスト削減委員会を設立した。同委員会は①部門Ⅰバスケットボールのコーチを 4 人のメンバー（ヘッド・コーチ 1 人、アシスタント・コーチ 2 人、制限報酬コーチ 1 人）に変更する案、及び②部門Ⅰの制限報酬コーチの報酬をフットボール以外の場合には学業課程中は 12,000 ドル、夏期期間は 4,000 ドルとする旨の NCAA の規則の変更案を提案した。この規則により、制限報酬コーチは一定の場合を除き、教育機関の他の部署で任務を遂行する対価として追加の報酬を受け取ることを認められていた。規則は構成員である教育機関が、バスケットボール・コーチの人員および給料削減によって生まれた余剰金を体育課程の他のプログラムの費用に充当することを禁止しておらず、バスケットボール・コーチを雇っている部門Ⅰバスケットボールの構成員全員に対して拘束力を有するものだった。そこで、NCAA の部門Ⅰの制限報酬コーチが、報酬に関する制限を規定した規則がシャーマン法第 1 条違反であるとしてクラス・アクションを提起した。

本件判決において、第 10 巡回区連邦控訴裁判所は、制限報酬コーチの報酬の上限が設定されたことにより削減された経費が、設備、その他のコーチの報酬など他の用途に充てられてはならず、NCAA は報酬制限が競争を促進し、不平等な状況を平等化し、またはコーチ間に存在するレベルの差を解消することを立証

していないと結論付けたが、経済的正当化事由の具体的な範囲に関して、以下のよう述べている。

「裁判所は本来的には反競争的な合意であっても、それが産出量を増大し、経営上の効率性を創出し、新しい製品を入手可能にし、製品又はサービスの品質を改善したり消費者の選択を広げたりする場合には、このような合意を、その正当化事由にあたるとして認めてきたが、単なる収益性又は費用の節減は、反トラスト法における抗弁とは評価されてきていない。」⁷¹⁾

この説示は従来判例の分析を試みたものであり、競争を促進する経済的正当化事由の「範囲」に含まれる様々な事実が具体的に列挙されている。産出量の増大、経営上の効率性の創出、新しい製品を入手可能にすること、品質の改善、そして消費者の選択の拡大といった具合に「競争促進的」といえる場合がかなり柔軟に捉えられているといえよう。連邦裁判所は、広範な種類の競争を促進する経済的正当化事由を認めるに至っていることが指摘されており⁷²⁾、本件判決もそれに沿う形の説示をしているのである。合理の原則の下における正当化事由は、経済的効率性の観点から狭く定義された競争促進の効果に限定されるわけではなく、広い意味で「競争を促進する」ことになる行為が反競争的效果を正当化し得るとも評価されている⁷³⁾。そして、本件判決は、正当化事由の「立証」の問題に関して、以下のよう述べている。

「原告は、合意が競争に実質的に悪影響を及ぼす効果を有することを示す最初の責任を負う。……原告がこの責任を果たしたならば、違法とされる行為の競争促進的な価値についての証拠を提出する立証責任が被告に転換する。……被告が競争促進的效果を示すことができた場合には、原告は当該行為が正当な目的の達成のために合理的に必要なでないか、又はこのような目的が実質的によ

71) Id. at 1023.

72) ABA Section of Antitrust Law, *supra* note 39, at 71.

73) ABA Section of Antitrust Law, *supra* note 29, at 118.

り制限的でない手段で達成できることを証明しなければならない。……最後に、これらの判断過程を経た後に、弊害と便益を比較衡量し、当該行為が結局のところ合理的であるかを判断しなければならない。]⁷⁴⁾

ここでは、反競争的行為の正当化が判断されるにあたっては、合理的必要性の基準又はより制限的でない他の選ぶう手段の基準が用いられることが明らかにされている。合理的必要性ないし「実質的」な代替手段という形で正当化事由の審査基準を事案に応じて柔軟に考える姿勢が見てとれる。すなわち、本件判決は審査基準の問題を画一的かつ硬直的に把握しているわけではないと解する余地がある。そして、最終的に正当化事由が認められるためには、比較衡量を経なければならない。連邦最高裁判所においては正当化事由の「範囲」の問題は論じられてきているが、その「立証」の手法が確立しているとは言い難い。本件判決は、連邦控訴裁判所レベルではあるものの、正当化事由の審査基準について具体的に説示した点で意義を有するといえよう。このような合理の原則における判断構成は、それぞれの連邦控訴裁判所によって多少の相違はあるものの、一般的に類似してきていることが指摘されている⁷⁵⁾。

(2) *Brown University* 事件⁷⁶⁾

複数の下級審判決は、例外的な状況においてではあるが、合理の原則の下で直接的には競争と関連しない問題を考慮している。本件判決は、連邦控訴裁判所レベルの判例であって連邦最高裁判所の立場を示すものではないが、そのような非経済的の正当化事由を正面から認めるという特徴的な判示をしているので取り上げることとする。

事案の概要は次のとおりである。マサチューセッツ工科大学は高等教育を提供する私立の非営利組織であり、非常に優秀な学生のみを受け入れている。マサチ

74) *Law*, 134 F.3d at 1019.

75) ABA Section of Antitrust Law, *supra* note 39, at 57-58.

76) *United States v. Brown University*, 5 F.3d 658 (3rd Cir. 1993). 河谷清文「有名私立大学間の奨学金協定とシャーマン法1条」公正取引532号70頁(1995)も参照。

ューセッツ工科大学は経済状態よりも学力を優先しており、応募者の経済状態を考慮せず実力のみによって選考を実施している。そして、マサチューセッツ工科大学はその全学生に対して奨学金を支給している。1958年、マサチューセッツ工科大学及びブラウン大学を始めとするアイビー・リーグの8大学は、入学を許可された学生に与える奨学金の額を集团的に決定するためアイビー・オーバーラップ・グループ (Ivy Overlap Group) を形成した。アイビー・オーバーラップ・グループは、困窮のみに基づいて奨学金を与え、成績を基準とした奨学金は禁止する旨の明示の合意をした。奨学金の比較可能性を確保するため、参加校は入学を許可された候補者に関する財政的な情報を共有し、家族の寄付金を評価するための統一的な分析を共同して確立することを合意した。アイビー・オーバーラップ・グループは家族の寄付金の算定に当たり同一の分析手法を用いたにもかかわらず、寄付金額に差異が生じたため、構成員が毎年4月に会合を開き、各々の入学を許可された学生の家族の寄付金額を共同して決定することとした。会合において、大学は時間的制約から家族の寄付金額について学生の経済的状況を正確に評価する努力をせずに、むしろ妥協によって一定の金額で合意した。1991年、司法省はアイビー・オーバーラップ・グループの合意がシャーマン法第1条に違反するとして差止訴訟を提起した。

本件判決において、第3巡回区連邦控訴裁判所は、合意が「公共の利益」を目的とする点及び収入を増加させる目的ではない点により、合意の反競争性が不明確となり、合意の性質を綿密かつ慎重に合理の原則で調査する必要があると結論付けたが、*Goldfarb* 事件の脚注17について詳細に論じた上で⁷⁷⁾、連邦議会の採ってきた奨学金に関する政策に関して、以下のように述べている。

「連邦議会は、25年以上にわたって教育のアクセス及び機会の平等という同じ理念を促進するように求めてきた。……連邦奨学金政策は、どの機関又はその機関のどの奨学金担当者が願書を審査しても、同じ状況の学生は同様に取り扱われること、そして奨学金を多く必要としない学生は、奨学金を多く必要と

77) Id. at 670-72.

する学生よりも多くの奨学金を受け取らないことを確保することを目的としている。』⁷⁸⁾

ここでは、アイビー・オーバーラップ・グループが教育のアクセスと機会の平等 (equality of educational access and opportunity) という「公共の利益」を有しており、それは連邦議会の長年にわたる立法政策と同じ立場であるというのである。この教育のアクセスと機会の平等は、競争と関連付けて論じられているわけではなく、競争を犠牲にして達成されるものと位置付けられている。そして、本件判決は、正当化事由の「範囲」の問題に関して、以下のように述べている。

「より多くの人々が価値ある高等教育の便益を享受できるようにするためには、大学が教育のアクセスと機会の平等を達成することが最も望ましい。我々の教育システムの質を向上させることが公共の利益を増大させることも疑いがない。……当裁判所は、簡略化された合理の原則を実施して審査した第一審判決におけるよりも、より一層マサチューセッツ工科大学によって提出された競争促進の正当化事由及び非経済的正当化事由を精査するべきであったとの結論に至った。したがって、当裁判所は、上記の本格的な合理の原則を用いてオーバーラップの合意を審査する旨を説示して、本件を地方裁判所に差し戻すこととする。』⁷⁹⁾

このように、本件判決では、反競争的行為に対して、教育のアクセスと機会の平等という観点から非経済的正当化事由が正面から認められたのである。第3巡回区連邦控訴裁判所は、大学が奨学金に関する合意において何ら経済的な利益を有していないことから、経済的正当化事由というよりもむしろ社会的正当化事由と考えられるとしても、合理の原則の分析の下で認識し得ると説示したとされている⁸⁰⁾。この点については、非営利組織の商業的活動が反トラスト法に服するこ

78) Id. at 675.

79) Id. at 678.

80) ABA Section of Antitrust Law, *supra* note 39, at 73.

とは明らかだとしても、大学の純粋に教育的な使命に向けた奨学金はシャーマン法の目的を超えると主張する余地があるとも指摘されている⁸¹⁾。そして、非経済的正当化事由を考慮されることが許容されるのみならず、要求されるところに本件判決の特質がある⁸²⁾。差戻審においては、もちろんこの「公共の利益」が合理の原則の下での反トラスト法の分析において考慮されることになる。ただし、本件判決の後に和解が成立したため、実際には連邦地方裁判所において非経済的正当化事由の具体的な事実認定が行われることはなかった。

本件判決は、一連の連邦最高裁判所の判例の立場と相容れない判断であると考えられる。第3巡回区連邦控訴裁判所としては、あくまで競争を促進する経済的正当化事由に限定する連邦最高裁判所の判例の枠組みの中で正当化を検討すべきであった。そして、正当化事由の理論的根拠を「市場の失敗」の是正に求める理解からは、本件判決の事案においても競争を促進する経済的正当化事由が認められる余地がある。高等教育の市場は複数の不完全性によって特徴づけられており、例えば、教育サービスの品質は評価することが困難であり、購入者はしばしば直接の受益者ではないという情報の非対称性 (information asymmetry)、設備、教授陣及び学生の改善が、全体としての教育コミュニティに正の影響を与えると外部性 (externality) などを挙げることができる⁸³⁾。さらに、高等教育は、教育を受けた人々によってもたらされる便益を他の人々が享受することを排除できないという「ただ乗り」の特徴を有し、競争的な市場では過小供給される公共財 (public good) であるとも指摘されている⁸⁴⁾。こうした「市場の失敗」を是正するためのアイビー・オーバーラップ・グループの反競争的行為は、機能不全に陥った市場メカニズムを回復するものとして、「競争促進的」であって正当化され得ると評価することが可能である。

81) Sullivan & Grimes, *supra* note 20, at 242.

82) Fitts, *supra* note 4, at 482.

83) Srinivasan, *supra* note 6, at 935.

84) Nonprofit Entities, *supra* note 57, at 816-17.

6 小括

(1) 限定性と拡張性

繰り返し述べてきたように、連邦最高裁判所の判例における正当化事由の「範囲」は、競争を促進する経済的正当化事由に限定されている。連邦最高裁判所の立場は、リーディング・ケースである *Professional Engineers* 事件で確立して以来一貫しており、これはカルテルのみならずボイコットにも妥当することが確認されている。*Chicago Board of Trade* 事件において競争を規整し、促進することと、抑圧し、破壊することの対比が用いられたのを皮切りに、*Professional Engineers* 事件において反トラスト法の審査は競争上の条件への影響の考慮に限定されていることが明示され、そして *Trial Lawyers* 事件においては社会的正当化事由が正面から否定されるに至ったのである。競争との関連性を求める連邦最高裁判所の立場は、これらの一連の判例によって揺るぎないものとなっている。

しかし、連邦最高裁判所は、経済的正当化事由に限定するという歯止めをかけたつても、その経済的正当化事由の内容を柔軟に解釈するという方針を打ち出した。「競争を促進する」ということの意義について拡張的傾向が見て取れるのである。連邦最高裁判所では、*Broadcast Music* 事件及び *NCAA* 事件においては別個の商品による新市場の創出が競争促進的効果を有するとされ、*California Dental* 事件においては「市場の失敗」の一つである情報の非対称性の是正まで経済的正当化事由に該当すると評価されてきたのである。連邦控訴裁判所レベルでは、*Law* 事件において見たように、産出量を増大すること、経営上の効率性を創出すること、新しい製品が得られるようにすること、製品又はサービスの品質を改善すること及び消費者の選択を広げることといった広範な種類の経済的正当化事由が認められるに至っている。

このように、連邦最高裁判所は、一方で経済的正当化事由に限定するという立場を確立しつつ、他方でその経済的正当化事由の具体的な範囲について柔軟に拡張してきたと評価することができよう。この広範な経済的正当化事由は、事実上は「公共の利益」の増進に役立っている部分がある。もっとも、この傾向は歯止めとして機能していないという批判が妥当し得るであろう。何らかの理屈を経て「競争を促進する」と評価さえできれば、柔軟で広範に正当化の余地を認めてし

まうことになりかねない。したがって、理論的根拠から導出しつつ、具体的に妥当な結論をもたらすことができるように経済的正当化事由の範囲を画する必要があるだろう。

(2) 立法府と司法府の役割分担

このような連邦最高裁判所の一連の判例の立場には、米国反トラスト法において立法府と司法府がどのように役割分担するべきかという根本的な問題が背景として存在する。この点について、*Professional Engineers* 事件や *Trial Lawyers* 事件は、競争と関連しない「公共の利益」については立法府たる連邦議会が法律の制定を通して判断するべきであることを繰り返し説示している。すなわち、非経済的正当化事由について考慮するのは司法府たる裁判所の役割ではなく、司法府はあくまで競争促進的効果の考慮に専念すべきだということである。このような立場によれば、制定法である「州間の又は外国との取引又は通商を制限する、すべての契約、トラスト若しくはその他の形態による結合又は共謀」というシャーマン法の文言に該当する反競争的行為は、競争促進的効果がある場合にのみ正当化されると解釈されることになる。

これは、競争秩序そのものと対立することもある「公共の利益」については、選挙による洗礼を受けて直接の民主的正当性を有しており、多様な利益について公開の討論を経て妥協してきた連邦議会が適切に処理し得るとの考えに基づくのであろう。これに対して、連邦裁判所は、民主的な基盤が連邦議会に比して弱いことはもちろん、裁判官の主観的な価値観が結論に大きな影響をもたらすし、判決は刊行によって公開されないこともあり、「公共の利益」を考慮するのに相応しいフォーラムだとは言い難い。

したがって、以上のような立法府と司法府の役割分担からすれば、長年にわたり連邦最高裁判所が司法府の役割について競争を促進する経済的正当化事由の判断に限定する立場を堅持してきたのには十分な理由があるというべきだろう。ただし、ここでも前述した経済的正当化事由の拡張的傾向が再び問題となる。司法府が事実上際限なく立法府の領域に浸食していくことを防ぐためには、経済的正当化事由の具体的な範囲を明確にすることが求められる。

(3) 「市場の失敗」からのアプローチ

このように、正当化事由の「範囲」を適切に設定するためには、理論的根拠にまで遡って論証することが求められよう。繰り返し述べてきたことから明らかなように、筆者は、「市場の失敗」を是正することを、市場メカニズムを回復させる「競争促進的」なものと評価することによって、理論的な基盤に遡りつつ、具体的に妥当な結論を導くことができると考えている。具体的には、外部性、公共財、情報の非対称性、取引費用などを挙げることができ、このような状況を是正する限度において反競争的行為の正当化が是認されるといえよう。この観点から判例法を検討すると、以下の2点を指摘することができるであろう。

第一に、前述したように、*California Dental* 事件においては、情報の非対称性を是正することが経済的正当化事由に該当すると評価された。ここでは歯科サービス市場において歯科医と患者の間には情報が偏在しており、虚偽又は欺瞞的な広告を制限することが競争促進的效果を有するとされたのである。当然のことながら、情報の非対称性は「市場の失敗」の典型例として挙げられているものに他ならない。連邦最高裁判所は、「市場の失敗」のすべてが考慮の対象になると説示したわけではないが、経済理論を参照して情報の非対称性の是正にまで正当化事由の具体的な範囲を拡大したのである。

第二に、先に個別的に検討したように、正当化事由をめぐる一連の判例は、「市場の失敗」という観点から分析することができると考えられる。経済的正当化事由に限定する *Professional Engineers* 事件を前提としても、「市場の失敗」を是正する取り組みを「競争促進的」と評価することは可能なのである。非経済的正当化事由への動揺ともとれる *Goldfarb* 事件は、専門職の果たす役割への考慮を「市場の失敗」の是正という競争促進的效果によって説明することが可能であろう。その他の判例についても、「市場の失敗」の是正という観点から事案を分析して反競争的行為の正当化の契機を見出すことが可能であることは、先に詳しく見たとおりである。

Ⅲ 連邦議会の審議

1 概説

本章においては、連邦議会の審議の中でも正当化事由に関係すると考えられるものを取り上げる⁸⁵⁾。連邦議会における反トラスト法案の審議は、1888年8月14日、財政に精通した有力な政治家として知られたシャーマン上院議員 (Senator John Sherman、オハイオ州選出) の提出した法案が上院財政委員会 (Finance Committee) に付託されたことをもって始まる⁸⁶⁾。この上院法案第3445号 (S. 3445) は一カ条のみからなる簡潔なものであったが、その後幾多の再提出や修正を経て、最終的に全く異なる法律となった。しかし、反トラスト法案の発案者であり、強力な推進者でもあったシャーマン上院議員の功績が大きかったため、シャーマン法の名称で呼ばれるに至っている。

改めて言うまでもなく、法律の文言のみならず法案の審議から読み取られる立法者の意図は法律の解釈において有力な手掛かりとなりうる。競争と関連しないが公共の利益に資する非経済的正当化事由の取扱いを含めた正当化事由の「範囲」の問題について、立法者がどのように考えていたのかが浮き彫りとなろう。以下においては、法案に対して反対ないしは修正を主張する上院議員の意見に対して、発案者であるシャーマン上院議員がどのように答弁していたのかを検討することによって、シャーマン法を制定した立法者の意図を探ることとする。

2 第50回連邦議会の審議

1889年2月4日、第50回連邦議会の上院全体委員会 (Committee of the Whole) において、既に修正を経ていた上院法案第3445号についての討論が再開されることとなった⁸⁷⁾。この中で、有能な法律家とされたジョージ上院議員

85) 審議記録については、Earl W. Kintner, THE LEGISLATIVE HISTORY OF THE FEDERAL ANTITRUST LAWS AND RELATED STATUTES (1978) が議事録などを網羅的に編集している。

86) 連邦議会の審議経過については、谷原修身『独占禁止法の史的展開論』123頁以下 (信山社、1997) 及び同「シャーマン法制定をめぐる米国連邦議会の審議概要」公正取引 476号17頁 (1990) を参照。

(Senator James George、ミシシッピ州選出)は、この法案に対して反対する旨の演説を行い、反トラスト法の形成に重要な役割を果たした。ジョージ上院議員は、当時問題となっていたトラストを規制すること自体には反対ではなかったが、シャーマン上院議員の提出した法案の問題点を攻撃したのである。すなわち、ジョージ上院議員は、法案の規定の適用対象となる者の範囲について、以下のよう

「はじめに、私は、この法案の規定の適用対象は、事業に従事している当事者間のトラスト、結合、協定及び合意に限定されていないという事実について、上院に注意を喚起したい。つまり、法案の文言を素直に解釈すれば、それは製造業者間、販売業者間、輸送業者間の協定や合意のみならず、たとえ純粋に倫理的かつ自衛的な目的を有するにすぎない場合であっても、あらゆる者によってなされた協定を第4条の刑罰規定の射程におさめているのである。……それは事業の特徴を有する協定、合意及び結合のみならず、先に述べたように、純粋に倫理的で自衛的な協定、合意及び結合にも適用される。法案は、同法で述べられている商品の販売、輸送、輸入、製造又は生産に従事している自然人や法人の間でなされたあらゆる協定や契約などが違法であると明示的に規定していないものの、それらに従事しているかどうかを問わずにすべての者に適用されるのである。」⁸⁷⁾

このジョージ上院議員の意見の背景には、反トラスト法は事業に従事している者にのみ適用されるべきであり、「純粋に倫理的で自衛的」である者に対しては適用すべきではないという考えがある。ジョージ上院議員は、上院議員たちが法案の潜在的影響について誤解しており、それは「純粋に倫理的で自衛的」である協定に無差別に適用されると確信していたのである⁸⁹⁾。その上で、ジョージ上

87) 20 CONG. REC. 1457 (1889).

88) 20 CONG. REC. 1457, 1458 (1889).

89) Earl W. Kintner, 1 THE LEGISLATIVE HISTORY OF THE FEDERAL ANTITRUST LAWS AND RELATED STATUTES 15-16 (1978).

院議員は、この「純粋に倫理的で自衛的」である者の例として、高い賃金を獲得する交渉を行うために結合する労働者、トラストを解消させるために連邦議会に請願する農家及び禁酒協会に参加する市民を挙げている⁹⁰⁾。このような具体例を述べることによって、シャーマン上院議員の提出した法案の適用範囲が広範に過ぎるということを示そうと試みたのである⁹¹⁾。このように、法案の適用対象は事業に従事している者に限定されないという意見に対して、シャーマン上院議員は次のように答弁している。

「それ（筆者注：法案の適用対象が事業に従事している者に限定されないという考え）は私の見解ではないし、この委員会の誰の見解でもないとはっきり述べたい。……また、それは法案の公平な解釈ではないと確信している。」⁹²⁾

シャーマン上院議員は具体的な根拠を述べることなく簡潔に答弁しているが、法案はジョージ上院議員の意見のように解釈されないとしている。すなわち、法案の公平な解釈としては、「純粋に倫理的で自衛的」である者は適用対象から外れるというのである。こうしてシャーマン上院議員は、労働者、農家及び禁酒協会を処罰することは法案の意図するところでないことと確約することによって、反対意見を完全に封じ込めたと評価されている⁹³⁾。「純粋に倫理的で自衛的」である者に関しては、競争と関連しない事情を考慮に入れてるように読めるため、これは非経済的正当化事由を認める趣旨であるとみることも可能である。少なくとも、第50回連邦議会においては、立法者は事業に従事していない一定の者に対して、反トラスト法の適用の例外を認めることを意図していたといえるであろう。

90) 20 CONG. REC. 1457, 1458 (1889).

91) Nelson O. Fitts, Note, *A Critique of Noncommercial Justifications for Sherman Act Violations*, 99 COLUM. L. REV. 478, 486 (1999).

92) 20 CONG. REC. 1457, 1458 (1889).

93) William Letwin, LAW AND ECONOMIC POLICY IN AMERICA: THE EVOLUTION OF THE SHERMAN ANTITRUST ACT 89 (1965).

3 第51回連邦議会の審議

第50回連邦議会においては、シャーマン上院議員の提出した上院法案第3445号は審議未了で廃案となった。しかし、1890年3月26日、第51回連邦議会の上院全体委員会において、シャーマン上院議員が再提出して修正を受けた上院法案第1号(S.1)についての討論が再開されることとなった⁹⁴⁾。この中で、ウィルソン上院議員(Senator James Wilson、アイオワ州選出)は、禁酒同盟のような組織について法案に適用除外を付与するための修正を提案した⁹⁵⁾。なお、ホアー上院議員(Senator George Hoar、マサチューセッツ州選出)によって、このウィルソン上院議員の修正案に対する修正も提案されている⁹⁶⁾。そして、ウィルソン上院議員は自らの修正案について、以下のように提案の趣旨を述べている。

「修正案を提出した目的を率直に述べたい。この条項の規定の下においては、仮にそれが法律となった場合、アイオワのような州における、例えば女性キリスト教禁酒同盟や禁酒連合のような特徴をもったあらゆる組織や、アルコール飲料の製造及び販売に関する当該州の法執行を促進する目的を有する他の組織は、違法なものとなり、それらの運動はこの法案の条項や規定の適用対象となってしまうであろう。現在の法案がそのようなことを意図していないことは承知しているが、私の提案した修正案によってその権限を除外しない場合、同法案の文言はその種の組織全部を包含することになる。」⁹⁷⁾

94) 21 CONG. REC. 2639 (1890).

95) ウィルソン上院議員の提案は、法案に「警察権に従って制定されたすべての州の法の実施及び執行のための当事者間のあらゆる協定、合意、協会又は結合はこの限りではない。この法律は州のかかる権限を支配し、又は奪うものと解釈されてはならない。」という文言を付加するものである。

96) ホアー上院議員の提案は、修正案を「警察権に従って制定されたすべての州の法の実施及び執行のための又はアルコール飲料の使用又は製造を妨げる当事者間のあらゆる協定、合意、協会又は結合はこの限りではない。この法律は州のかかる権限を支配し、又は奪うものと解釈されてはならない。」と修正するものである。

97) 21 CONG. REC. 2639, 2658 (1890).

このように、ウィルソン上院議員は、禁酒同盟を引き合いに出すことによって、「州法の執行を促進」する特徴を有する組織が法案の適用対象となるのは不当であると論じた。ウィルソン議員の修正案は州の権限を重視しており、一定の組織に適用除外を設けるものであった。ウィルソン上院議員は、女性キリスト教禁酒同盟が法案の適用を免れることに確信が持てず、このような適用除外の修正案を提示したのであろう⁹⁸⁾。この修正案は最終的に制定された法律では結局採用されなかったものの、シャーマン上院議員の重要な答弁を引き出すことに成功している。すなわち、シャーマン上院議員は、法案の範囲から特に禁酒同盟を適用除外とするウィルソン上院議員の修正案に対して、次のように答弁している。

「アイオワ州選出の上院議員は修正案を示した。アイオワにおけるこれらの組織は法人として組織されているため、法案の条項の意義に含まれる可能性があると考えerるのには一定の理由があろう。したがって、修正案には異議はない。しかし、私は教会や学校やその他の組織され得る倫理的又は教育的な組織に加えて、禁酒協会を付け加える理由はないと考えている。そのような組織は、あらゆる意味において州際通商を妨げるための結合又は協定ではない。しかし、特定の状況の下では、アイオワ選出の上院議員によって述べられた事実に基づいて、州法の執行に真に役立つアイオワ州のこうした組織を例外とすることは非常に適切だと思う。私はそれを州法の執行のために倫理的手段又は他のあらゆる種類の手段を用いるすべての組織に適用するだろう。しかし、それは禁酒協会を含んでいるので、マサチューセッツ州選出の上院議員の修正案は採用するに値するとは思わない。教会や日曜学校も同様に含まれるのである。」⁹⁹⁾

このシャーマン上院議員の答弁は、正当化事由に関する論考の中でよく引用される著名なものである¹⁰⁰⁾。シャーマン上院議員は、州際通商への影響という観点から問題を把握しているものの、禁酒協会のみならず教会や学校といった「倫

98) Hans Thorelli, THE FEDERAL ANTITRUST POLICY: ORIGINATION OF AN AMERICAN TRADITION 196 (1954).

99) 21 CONG. REC. 2639, 2658-59 (1890).

理的又は教育的な組織」の適用除外を法案に付け加える必要がないとしていることが注目される。これらの組織は、そもそもシャーマン上院議員の提案した法案の射程からは外れているというのである。この部分についても、禁酒協会や「倫理的又は教育的な組織」に関して、競争と関連しないが「公共の利益」に資する非経済的正当化事由を認めることに親和的な答弁であるとみることもできよう。この法律の立法史には、連邦議会はシャーマン法に非経済的活動を包含させない意図を有していたことを示す言辞が実際に見てとれるとも評価されている¹⁰¹⁾。また、非経済的正当化事由を肯定する立場のみならず、これに批判的な立場からも、禁酒協会は州際通商に影響することは明らかであることから、反トラスト法が規制しない種類の実体なのであるともされている¹⁰²⁾。第51回連邦議会においても、第50回連邦議会に引き続いて立法者は一定の組織についてシャーマン法の適用範囲から外すことを意図していたとはいえるであろう。

4 小括

連邦議会の審議に関しては、シャーマン法が制定された当時において、*Brown University* 事件のように大学が経済的活動に従事するといった現在のような状況は想定されていなかったという指摘がある¹⁰³⁾。シャーマン法の立法史は、連邦議会在反トラスト法を非経済的協定に及ぼせることを意図していたかどうかについてまでは決定的に示しているとはいえないとする見解もある¹⁰⁴⁾。確かに、シャーマン法の立法がなされた1890年と現在では大きく社会状況が異なるであろうし、連邦議会の審議が正当化事由の解釈について決定的な含意を有していると

100) 例えば、この答弁を引用して、連邦議会在非経済的の実体による非経済的に動機づけられた制限にシャーマン法を適用しないことを意図していた証拠に多少はなるとする見解もある。Lee Goldman, *The Politically Correct Corporation and the Antitrust Laws: The Proper Treatment of Noneconomic or Social Welfare Justifications Under Section 1 of the Sherman Act*, 13 YALE L. & POL'Y REV. 137, 169 (1995).

101) Srikanth Srinivasan, Note, *College Financial Aid and Antitrust: Applying the Sherman Act to Collaborative Nonprofit Activity*, 46 STAN. L. REV. 919, 952 n. 191 (1994).

102) Fitts, *supra* note 91, at 487.

103) 西村暢史「米国での教育分野と競争政策」公正取引613号32頁(2001)

104) Srinivasan, *supra* note 101, at 952 n. 191.

は即断できないであろう。

しかし、以上にみたように、シャーマン上院議員の答弁からすれば、法律制定時の立法者は、「純粋に倫理的で自衛的」である者や「倫理的又は教育的な組織」についてはシャーマン法の射程は及ばないと考えていたのは確かである。正当化事由の解釈において、このような一定の組織について適用範囲から外すこととした立法者の意図を全く無視することは妥当ではないだろう。連邦議会の審議は、仮にこれらの「純粋に倫理的で自衛的」である者や「倫理的又は教育的な組織」が反競争的行為を行ったとしても、反トラスト法の解釈において正当化が認められるという方向を支持する一つの根拠にはなると考えられる。

問題は、連邦議会の審議から見出されるこのような立法者の意図を現代的な観点からどのように位置付けるかということである。連邦議会是非経済的な特質を有する社会的政治的な弊害を調整する権限を連邦裁判所に付与することは考えていなかったと把握することもでき¹⁰⁵⁾、そうすると前述のように審議経過から見出されるシャーマン上院議員の言辞は競争と関連しないが「公共の利益」に資する非経済的正当化事由を是認する立場と親和的ともいえよう。しかし、反競争的行為の正当化について競争を促進する経済的正当化事由に限定してきた *Professional Engineers* 事件をはじめとする連邦最高裁判所の判例の立場を前提とするならば、この立法者の原始的な意図も競争促進の効果という文脈で読み取ることが求められる。すなわち、「競争を促進する」という意味に包含させる形でシャーマン上院議員の答弁を位置付けなければならないと考えられる。

ここで筆者が着目したいのは、「市場の失敗」を重視するアプローチである。すなわち、「純粋に倫理的で自衛的」である者や「倫理的又は教育的な組織」は、現代的な観点からみれば「市場の失敗」を是正するという立場にあり、その意味で競争促進の効果をも評価できよう。具体的には、これらは「市場の失敗」を構成する情報の非対称性、外部性、公共財及び取引費用などが存在する状況に対処している組織と位置付けることも不可能ではないように思われる。シャーマン法を制定した当時の立法者の意図は、現代的に読み解けば、市場メカニズ

105) Robert Bork, *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, 9 J. L. & ECON. 33 (1966).

ムの機能不全を回復させることについて「競争促進的」と評価して正当化の契機を見出す立場を支える一つの根拠と考える余地があろう。

IV 連邦取引委員会・司法省のガイドライン

1 概説

本章においては、行政府の公式文書の中で正当化事由に関係すると考えられるものを取り上げる。2000年4月、米国反トラスト法の執行を担当する行政府である連邦取引委員会（Federal Trade Commission）及び司法省（Department of Justice）は、「競争者間の共同行為に関する反トラスト法のガイドライン」（以下、「ガイドライン」という。）¹⁰⁶⁾を公表した。ガイドラインは、合併にまで至らない水平的協定についての反トラスト法の分析の枠組みを示しており、それに起因する反競争的行為を行政府が訴追する基準の明確化を図っている。これまでも行政府がヘルス・ケア¹⁰⁷⁾や知的財産¹⁰⁸⁾といった特定の分野について概説したものは存在していたが、このガイドラインは競争者間の共同行為についての分析の枠組みをより一般的な形で記述したものである。

ガイドラインは、司法府が判断を下す際に法的拘束力を有するわけではないが、反トラスト法の執行を担当する行政府が事件を処理するにあたっての指針を表すものとして重要である。ガイドラインは、合理の原則の下における水平的協定の分析の項目において、競争促進的便益の特定と総合的な競争上の効果の評価について記述している。以下においては、正当化事由を許容する「範囲」をどのよう

106) Federal Trade Commission & U.S. Department of Justice, ANTITRUST GUIDELINES FOR COLLABORATIONS AMONG COMPETITORS (2000) [hereinafter "Competitor Collaboration Guidelines"]. 日本語訳として、金子晃=佐藤潤訳「競争者間の提携に関する反トラスト・ガイドライン」法學研究75巻11号33頁(2002)を参照。また、解説として、松下満雄「水平的協定に関する米司法省・連邦取引委員会のガイドライン」国際商事法務28巻7号785頁(2000)がある。

107) U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, STATEMENTS OF ANTI-TRUST ENFORCEMENT POLICY IN HEALTH CARE (1996).

108) U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, ANTITRUST GUIDELINES FOR THE LICENSING OF INTELLECTUAL PROPERTY (1995).

に画するかという問題と、正当化事由の「立証」の枠組みをどう設定するかという問題に分けて行政府の見解を検討する。

2 正当化事由の範囲に関する記述

まず、ガイドラインが、反競争的行為が正当化される「範囲」についてどのように考えているのかを検討する。ここでは、ガイドラインが競争と関連しないが「公共の利益」に資する非経済的正当化事由についていかなる評価をしているかが問題となる。この点について、ガイドラインは、合理の原則の総論的な記述の箇所において、「合理の原則の分析は、当該協定が存在しなかった場合と比較しての当該協定の競争状態に焦点を絞っている。」¹⁰⁹⁾としている。そして、反競争的行為が正当化されるためには認識可能な効率性 (cognizable efficiencies) が必要であるとした上で、その内容に関して次のように述べている。

「認識可能な効率性は、潜在的に競争促進的なものでなければならない。競争自体が不合理であるという考えに基づく一定の効率性の主張は、法律問題として不十分である。同様に、反競争的な生産又はサービスの削減によって引き起こされるコスト削減は、認識可能な効率性として扱われない。」¹¹⁰⁾

このように、ガイドラインは、合理の原則における分析は当該協定の競争状態に焦点を絞っており、認識可能な効率性は「競争促進的」でなければならないとして、競争を促進する経済的正当化事由に重きを置いた記述となっている。これは反競争的行為の正当化の範囲について経済的正当化事由に限定する *Professional Engineers* 事件以来の連邦最高裁判所の立場と整合的である。ガイドラインは、競争者間の共同行為の競争促進的効果を重視しつつ、伝統的に形成されてきた分析枠組みを整理しているとされている¹¹¹⁾。このガイドラインは、必ずし

109) Competitor Collaboration Guidelines § 3.3.

110) Competitor Collaboration Guidelines § 3.36(a).

111) 隅田浩司「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」日本経済法学会年報 29号 111頁 (2008)

も非経済的の正当化事由を明示的に否定したわけではないが、競争促進の効果のみが正当化事由たり得ると読むのが自然であろう。なお、ガイドラインでは、付録において事例¹¹²⁾が挙げられてはいるものの、どのような場合を想定して「競争促進的」と認められるのかについては必ずしも明確に述べられてはいない。

3 正当化事由の立証に関する記述

次に、ガイドラインが、反競争的行為の正当化事由についてどのような立証上の取り扱いをしているのかが問題となる。ガイドラインは、正当化事由が認められるために反競争的行為と認識可能な効率性がどのような関係でなければならぬかに関して、以下のように述べている。

「当局は、当該協定にとって合理的に必要な効率性のみを考慮する。ある協定は、不可欠ではないにせよ『合理的に必要な』とされ得る。しかし、参加者が実際的で実質的により制限的でない手段によって同様の効率性を達成することができたか又はできるならば、当局は、当該協定は効率性の達成にとって合理的に必要なではなかったと結論付ける。この評価をするにあたっては、当局は、参加者が直面する事業の状況において実際的な代替手段のみを考慮し、事業の現実において実際的ではない理論的により制限的でない代替手段を調査するものではない。」¹¹³⁾

ガイドラインでは、審査基準として、不可欠 (essential) であることまでは必要でないが、より制限的でない代替手段 (less restrictive alternatives) の有無が問われることになる。そして、その代替手段の有無は、理論的に存在するかどうかではなく、事業の現実に即して实际的、実質的に判断される。ここでも、合理的の必要性ないし「实际的で実質的に」代替手段を判断するという形で正当化事

112) ガイドラインの付録の事例9 (Appendix Example 9) においては、規模の経済性に起因する削減は認識可能な効率性となり得るが、消費者の意思決定に有益な情報を奪う削減は認識可能な効率性たり得ないとされている。

113) Competitor Collaboration Guidelines § 3.36(b).

由の審査基準を事案に応じて柔軟に考える姿勢が見てとれる。すなわち、ガイドラインは審査基準の問題を画一的かつ硬直的に把握しているわけではないと解する余地がある。ガイドラインでは、より制限的でない代替手段の有無を判断基準として具体的に適用した事例¹¹⁴⁾も付録に挙げられている。このようなガイドラインの記述は *Law* 事件における正当化事由の審査基準とほぼ同一であり、下級審判決の動向に沿うものとなっているといえよう。ただし、より制限的でない代替手段がないことが認められたとしても、必ずしも反競争的行為が最終的に適法と評価されるとは限らない。すなわち、ガイドラインは、認識可能な効率性が認められた後の総合的な競争上の効果の判定に関して、以下のように述べている。

「当局の認識可能な効率性と反競争的な弊害の比較衡量は、必然的に概括的な判断である。協定の総合的な競争の効果を評価するにあたっては、当局は、協定の反競争的弊害と認識可能な効率性の規模及び可能性を考慮する。」¹¹⁵⁾

このように、ガイドラインにおいては、最終的には反競争的效果と競争促進的效果の比較衡量によって正当化の可否が決められることとなる。ガイドラインは、正当化事由の審査がより制限的でない代替手段の有無と反競争的效果と競争促進的效果の比較衡量の双方の見地からなされるとした点に意義を認めることができる。なお、ガイドラインのこの箇所も、*Law* 事件の説示とほとんど同じであり、従来から下級審判決の認めてきたところである。そして、ガイドライン自身も、この比較衡量が概括的な作業であり、具体的な指標を明確に示すのは困難であることを認めている。結局のところ、ガイドラインは、裁判所が競争促進的效果と反競争的效果をどのように比較衡量するのかについて説明してきた以上には精緻

114) ガイドラインの付録の事例10 (Appendix Example 10) においては、ジョイント・ベンチャーの枠外で研究開発に従事しないという合意については、研究開発への貢献の監視やノウハウの不正利用の防止の観点から実際的かつ実質的により制限的でない代替手段はない可能性があるとしている。これに対して、それ以前の各自の商品を販売しないという合意については、マーケティング上の貢献への監視はノウハウの場合と比較して実際的かつ実質的により制限的でない代替手段があり得るとしている。

115) Competitor Collaboration Guidelines § 3.37.

なものとなっていないと評価されている¹¹⁶⁾。

4 小括

ガイドラインに関しては、分かり易く明確なものであるという評価がある¹¹⁷⁾一方で、反トラスト法の専門家にとっては周知の事柄にすぎず、もう少し詳細な分析が欲しいとも指摘されている¹¹⁸⁾。ただし、ガイドラインは、反競争的行為を訴追する行政府の立場を示すものとして重要な意義を有しており、正当化事由についても「範囲」及び「立証」の観点から一定程度の明確化が図られていることは確かであろう。すなわち、正当化事由の範囲については、競争促進的効果を重視して経済的正当化事由に限定する連邦最高裁判所の立場に整合的であり、正当化事由の立証については、より制限的でない代替手段と比較衡量によって決められるとする下級審判決で積み上げられた手法が採用されている。このように、ガイドラインは合理の原則についての伝統的な理解に立脚するものである。

ところで、ガイドラインが競争を促進する経済的正当化事由に限定されるという立場を採っているとしても、その内容をどのように把握するかについては今後議論の展開があり得る。そして、競争促進的効果を重視するこのガイドラインは、これまでに繰り返し述べてきた「市場の失敗」を重視するアプローチを包含することの可能な記述振りとなっていることが注目される。すなわち、「市場の失敗」を是正することを、機能不全に陥った市場メカニズムを回復させるものとして「競争を促進する」ものと位置付ければ、このガイドラインの下でも正当化事由と認識し得るといえよう。反トラスト法の執行を担当する行政府の立場もまた、正当化事由の理論的根拠について「市場の失敗」を重視するアプローチを採用し得るものなのである。

116) ABA Section of Antitrust Law, 1 ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS 77 (6th ed. 2007).

117) 金子晃＝佐藤潤訳「競争者間の提携に関する反トラスト・ガイドライン」法學研究 75 卷 11 号 34 頁 (2002)

118) 松下満雄「水平的協定に関する米司法省・連邦取引委員会のガイドライン」国際商事法務 28 卷 7 号 794 頁 (2000)

V 学説

1 概説

本章においては、長年にわたって反競争的行為の正当化を論じてきた学説の整理を試みる。反競争的行為の正当化に関する学説の展開が始まったのは、1962年に Coons の公表した「シャーマン法の抗弁としての非商業的目的」¹¹⁹⁾ という論文にまで遡る。この論文は、1978年の *Professional Engineers* 事件より前に反トラスト法の文脈において非商業的目的がどのように取り込まれるべきかを論じたものであった（その詳細は以下において紹介する。）。そして、この論文を契機として、学説上では「公共の利益」を反トラスト法上どのように評価するかをめぐる激しい議論が行われてきた。すなわち、競争と関連しないが公共の利益に資する非経済的正当化事由について反競争的行為の正当化の「範囲」に含めるかどうか論ぜられたのである。さらに、この議論に伴い、一部の学説は正当化事由の具体的な審査基準といった「立証」の問題にまで踏み込むに至っている。

非経済的正当化事由を肯定していくのかどうかという論点について、まず連邦最高裁判所の立場に沿う否定説を紹介した上で、次に肯定説を取り上げる。学説の多くは、特定の状況に限定してはいるものの、事実上はある程度「公共の利益」を取り込む方向で検討を進めている。また、非経済的正当化事由を否定する見解の中にも、正当化事由とは呼ばないものの、実際には反トラスト法の適用除外を認めているものがある。そして、反競争的行為の正当化の理論的根拠として注目されるのが「市場の失敗」からアプローチする見解である。この見解は経済理論を参照するという特徴を有しているため、否定説及び肯定説とは独立した項目を立てることとした。以下においては、否定説、肯定説、そして「市場の失敗」を重視する説に分けて、各論者の学説の内容を詳しく見ていくこととする。

119) John E. Coons, *Non-Commercial Purpose as a Sherman Act Defense*, 56 NW. U.L. REV. 705 (1962).

2 非経済的正当化事由についての否定説

(1) Yale・Note (1965) の見解¹²⁰⁾

1965年にYale Law Journalに掲載された匿名Noteは、映画産業における共産主義の流行を判定する下院非米活動委員会による調査に端を発して、ハリウッドの危険分子のブラックリストが作成されて俳優や脚本家が排除された事件を取り上げている。この事件では、シャーマン法において禁止されるボイコットであるとして、俳優や脚本家はその適法性に正面から挑むこととなった。これに対して、排除を行った映画制作会社は、有効な社会的、倫理的及び政治的な目的の達成に向けられた場合にはボイコットに例外が創出されるべきであり、雇用の拒絶は適法であると反論したとされる¹²¹⁾。

このNoteは、これらの目的はそれ自体としては望ましいものであるかもしれないとしつつも、シャーマン法の判例はこれらの目的を共同の取引拒絶という手段によって達成することを禁じているとする。連邦最高裁判所は、ボイコットの目的の合理性への審査を一貫して拒絶して、当然違法の原則を確立したというのである。当然違法の原則を適用したこれらの判例を分析すると、防御方法として提出された正当化事由はすべて自らの経済的利益を主張するものとして理解することができるとしている。さらに、私的な企業による経済力の集中は、政府に比肩し得る力の行使を可能にすることから、これに統制を加えることは長らく米国の政治哲学の一部であったという。そして、このNoteは、反トラスト法に一貫して求められた目的の一つは、民主的な代表による政治的責任のもとに政府の権力を保持せしめることであると指摘している¹²²⁾。法案の提出者であるシャーマン上院議員も、私的な経済力の集中は立憲民主主義に対峙するものであり、政治権力の集中と同じく専制的であると信じていたと評価している。

このようにして、このNoteは、経済力を分散させて市場の自由な機能を確保するために、当然違法の原則の下では、すべてのボイコットはその目的に関わら

120) Note, "Political" Blacklisting in the Motion Picture Industry: A Sherman Act Violation, 74 YALE L.J. 567 (1965).

121) Id. at 569.

122) Id. at 577.

ず例外なしに禁じられるべきであると主張する。シャーマン法は、反競争的行為によって達成されうる望ましきについて、裁判所による新たな判断を求めるものではないという。権力分立に基づくシステムにおいては、法律を解釈する際に、何が「望ましいか」又は「望ましくないか」に基づいて例外を創出することにより、連邦議会の判断を修正することは連邦裁判所の役割ではないとしている¹²³⁾。仮に映画産業から不誠実な人間を排除する極端な手段をとることが望ましいとしても、そのような排除は立法過程を通して政治的に責任のある決定の結果として達成されるべきであり、その場限りの司法の判断や私的な企業の共同行為によって達成されるべきではないというのである。

この Note は、社会的、倫理的及び政治的に望ましい (desirable) とされる目的の達成に向けられたボイコットについて、例外を許容することなく全面的に禁止すべきであるとしている。すなわち、競争と関連しないが「公共の利益」に資する非経済的の正当化理由を一律に否定する見解と位置付けることができよう。これは、私的な企業による強大な経済力の行使を予防するためのシャーマン法の広範な規制を骨抜きにしないようにするための解釈と考えられる。何が望ましいかを判断するのは、政治的責任を負う連邦議会の役割だということである。

(2) Bird の見解¹²⁴⁾

Bird は、シャーマン法の政策と非商業的な共同の取引拒絶との関係を概観した上で、経済的な損害を与えることによって非商業的な目的を達成する試みをシャーマン法は規制すべきか、規制すべきであるとしてどのような枠組みが適切であるかという問題を検討している。まず、Bird は、その目的に関わらず、共同の取引拒絶によって被害者のみならず、被害者が購入したり販売したりする市場の競争に損害を与えるといった経済的損害の問題があると主張する¹²⁵⁾。次に、結合による排他的な権力は、立法や司法によってのみ行使されるべき主権を侵害

123) Id. at 579.

124) C. Coleman Bird, *Sherman Act Limitations on Noncommercial Concerted Refusals to Deal*, 1970 DUKE L. J. 247 (1970).

125) Id. at 255.

するという非経済的損害の問題もあると指摘している。そして、連邦裁判所は、単純な利己主義から公共政策の増進まで、正当化事由が共同の取引拒絶によって引き起こされる損害を上回るには十分でないと一貫して説示しているものの、少数のケースでは共同の取引拒絶が反トラスト法の司法審査を通過することもあり得るといふ。これらのケースでは、共同機関の運営のための制限の形態を採る場合や、立法による明示又は黙示の強制の場合にのみ反トラスト法の適用を免れることになっていると評価している。

次に、Bird は、非商業的な共同の取引拒絶の問題を取り扱う判断枠組みとして、合理の原則と当然違法の原則のどちらが相応しいのかを論じている。合理の原則については、連邦裁判所が競争的な弊害と公共政策の利益とを比較衡量する際に直面する2つの問題を挙げている¹²⁶⁾。すなわち、第一に、結合による正当化事由として主張される様々な公共政策の目的を比較衡量するためにどのような審査基準を採るべきかという問題があるという。第二に、連邦裁判所には真に非商業的な目的によって動機づけられた共同の取引拒絶と実際には競争者を排除する目的に動機づけられた共同の取引拒絶を区別する能力があるのかという問題があるとしている。したがって、非商業的な目的をもつ共同の取引の拒絶を審査するためには、膨大な費用のかかる合理の原則は適切な判断枠組みではないと結論付けている。

そして、市場の構造や条件についての詳細な分析や公共政策の利益についての微妙な比較衡量を避けるためには、行政府にとっても司法府にとっても当然違法の原則が大幅に時間を節約できて好ましいとするのである。もっとも、Bird は、非商業的な目的による共同の取引拒絶の問題は当然違法の原則によって処理すべきであるとしつつも、立法の要請や成功を取めている共同機関によってなされる自主規制に関しては例外を許容すべきであると論じる¹²⁷⁾。この当然違法の原則の例外が認められる要件としては、排除される者には告知と聴聞の機会が与えられており、自主規制のために適切なものであり、自主規制の目的を達成するために必要な程度を超えないことを満たさなければならないとしている。

126) Id. at 278.

127) Id. at 292.

Birdは、非商業的な共同の取引の拒絶は基本的には当然違法の原則によって処理すべきであると主張しているため、ここでは競争と関連しないが「公共の利益」に資する非経済的正当化事由を排斥する見解であると位置付けた。しかし、Birdは、結論として正当化事由という言葉を避けながらも、当然違法の原則に一定の要件のもとに「例外」を許容すべきであるとする。望ましいボイコットについて例外を許容することなく違法とするYale・Note(1965)とは異なり、非商業的な目的を評価しているわけである。これは実質において、立法による要請や共同機関の運営によってもたらされる公共政策を取り込んでおり、非経済的正当化事由を認めているのと変わらないともいい得る。

(3) Fittsの見解¹²⁸⁾

Fittsは、アメリカ経済及び国際経済が急速に発達する中で、かつては明確であった営利企業と非営利組織の境界は曖昧なものとなり、今日では多くの営利企業は商業的理想と同様に非商業的理想を追求していると指摘する。より重要なことは、多くの非営利組織は、税金を免除されつつ消費者市場のシェアを伝統的な営利企業と競争していることであるという。そして、Fittsは、連邦議会の審議からは、シャーマン法について非経済的正当化事由を許容するという立法者意思の肯定的な示唆を何ら見出さないとする¹²⁹⁾。すなわち、特定の行動や組織の性格をもって正当化するという連邦議会の意図と、競争的效果と非経済的正当化事由を比較衡量する見解とは区別できるというのである。

さらに、Fittsは、連邦裁判所の判例を概観して、*Goldfarb*事件の傍論である脚注17に始まり、*Brown University*事件にて結実した非経済的正当化事由の説示の展開をたどる。連邦裁判所は、経済的效果をもたない組織と、明確な経済的行動にも関わらず倫理的又は社会的な正当化事由を主張する組織とを混同しており、シャーマン法を不適切に解釈してきたとする。それらの事件とは対照的に、Fittsは、連邦裁判所は特定の競争的弊害が特別な倫理的又は社会的政策によっ

128) Nelson O. Fitts, Note, *A Critique of Noncommercial Justifications for Sherman Act Violations*, 99 COLUM. L. REV. 478 (1999).

129) *Id.* at 484.

て正当化されるかどうかではなく、むしろシャーマン法で用いられている「取引又は通商」という用語の完全で正確な定義の問題に焦点を当てるべきであると論じている¹³⁰⁾。すなわち、シャーマン法の「取引又は通商」という文言から検討を加えており、「競争を促進する」といえるかどうかという連邦最高裁判所の伝統的な立場からは分析していないのである。

そして、Fitts は、慈善組織又は非営利組織はそのアイデンティティに基づいて反トラスト法の責任を免れることができるべきではないと主張している。シャーマン法は「取引又は通商」に及ぶのであり、慈善によって動機づけられた取引を当然に免責しているわけではないという。Fitts は、反トラスト法の分析において非経済的正当化事由を用いることを否定し、その代わりに非経済的正当化事由は全体としてシャーマン法1条の適切で実質的な射程の問題に組み込まれるべきことを提案している。反トラスト法の訴訟における被告は当該行為がシャーマン法そのものの適切な権限の外であるという主張によって抗弁するべきであると結論付けている。具体的には、現実の市場に影響を及ぼす商業的活動を行っている商業的実体かどうかという審査基準によって分析されることが念頭に置かれている¹³¹⁾。そのような分析は、司法府が非経済的正当化事由について政策に基づいた判断をすることにより立法の領域に介入することを防止し、連邦裁判所が連邦議会の政策の真に適用することを意図した者に対して反トラスト法を執行することを助けるとする。

Fitts は、学説によって発展してきた非経済的正当化事由を批判している。連邦議会こそが様々な非経済的正当化事由の相対的価値を比較衡量するのにより適した機関であり、連邦裁判所はシャーマン法の実質的な限界である「取引又は通商」の定義付けの問題に専念すべきであるとしている。そして、この「取引又は通商」にあたるかどうかの審査基準としては、現実の市場に影響を及ぼす商業的活動を行っている商業的実体ということを挙げている。しかし、Fitts の見解によっても、結局のところ「取引又は通商」の定義に該当しない場合には反トラスト法が適用されないという領域を認めることになる。そうすると、競争を促進す

130) Id. at 507.

131) Id. at 496.

る経済的正当化事由に限定されるという連邦最高裁判所の伝統的立場を踏まえて、経済的正当化事由は当該活動と当該実体の特徴という審査基準に基づいて判断することで Fitts と同じ結論を導くことができるようにも思われる。

3 非経済的正当化事由についての肯定説

(1) Coons の見解¹³²⁾

Coons は、コモンロー以来の取引の制限に関する判例を概観することにより、被告の目的、とりわけ非商業的目的が正当化事由の判断においてどのような影響を与えてきたかを考察している。コモンローの取引の制限の判例においては、被告の目的が取引の制限の正当化事由を決する上で重要な考慮要素となっていたとしている¹³³⁾。そして、連邦最高裁判所の反トラスト法の判例においては、被告が私的な企業である場合には、被告の目的は利益を最大化するという均一であるために正当化事由に関連しないとみられるという。しかし、シャーマン法の労働事件においては、労働者の目的が明確な非商業的目的であるために、仮にこれが私的な企業によって主張された場合には違法となるべき制限が正当化されるとする。なお、下級裁判所における少数の反トラスト法の事件は説示に疑問があり、予測可能性に乏しいという。

そして、Coons は、当時は未だ決定的な事件の存在しなかった反競争的行為の正当化の問題についてどのような解決法を採るべきかを提案している。すなわち、特殊な事件における被告の明確な「目的」について、反競争の効果に対する正当化事由としての目的と、競争への効果の証拠としての目的という2つのアプローチを認めるべきであると主張するのである¹³⁴⁾。第一に、反競争の効果に対する正当化事由としての目的とは、実質的な面において、反トラスト法の責任は、実際の又は意図された被告の行為の反競争の効果と、被告の目的の政策的な価値や採用された手段によって実現する公算との比較衡量によるべきということを意味している。目的が自由競争以外の政策目標に合致する限度において、目的の実現

132) Coons, *supra* note 119.

133) *Id.* at 725.

134) *Id.* at 747.

の過程で被告によって犯される反競争的な罪は償われ、関与した競争の損害に対する正当化事由が認められると主張している。第二に、競争への効果の証拠としての目的とは、証拠の面において、被告の目的は当該制限から予期される経済的効果を解明することになるということである。目的は、競争の損害の程度を決定する際に、市場において起こり得る結果の証拠として機能するという。

このような解釈を採るべきとする理由として、Coons は次のような理由を挙げている。まず、これらの論理に基づくことにより、労働組合のような非商業的目的を有する被告を免責する反トラスト法の判例を合理的に説明することができることである。次に、有益な非商業的目的が存在する場合には、不明確ではあっても確固たる正当化の効果が認められるべきなのであると主張する。理論的にいえば、私的な企業であっても非商業的目的に依拠して同様の正当化事由を主張することが可能といえるが、私的な企業が関与している事件においては、そのような目的は稀にしか認められないという¹³⁵⁾。

Coons は、コモンロー以来の取引の制限に関わる判例を丹念に分析することにより、非商業的目的が反トラスト法の責任において果たすべき役割を検討している。非商業的目的は、公共政策と合致すれば実質的に正当化事由として機能するとともに、制限による経済的効果の証拠とも位置付けられるというのである。Coons の主張は 1960 年代の時点での判例法から帰納的に導き出されたものであって理論的な根拠に乏しい面は否めない。当然のことながら、ここでは「市場の失敗」といった経済学上の議論は前提とはなっていない。しかし、具体的な問題を抱えた判例を前提とせずに仮説上の問題提起をした画期的な論文と位置付けることができよう。当時は *Professional Engineers* 事件のようなリーディング・ケースも存在しなかったことに留意しなければならない。競争と関連しないが「公共の利益」に資する非経済的正当化事由をめぐる議論は、この Coons の論文の問題提起を契機として発展を遂げてきたのである。

135) Id. at 755.

(2) Yale・Note (1978) の見解¹³⁶⁾

1978年にYale Law Journalに掲載された匿名Noteは、NCAAの反トラスト法上の責任を分析することにより、シャーマン法がNCAAに類似した自主規制組織（規制権限の行使によって構成員よりも広範な範囲に便益をもたらす組織をしている。）にどのように適用されるべきであるかというモデルを検討している。NCAAは、学生運動選手の報酬やコーチの数を制限するといった行為を行っており、通常の企業によって行われたのであれば当然違法とされうる価格協定、市場分割及びボイコットに参与しているという。そして、このNoteは、当該行為が当然違法の範疇に含まれるのならば、主張される正当化事由や合理性に関わらず通常は反トラスト法違反と判示されるはずであると指摘する¹³⁷⁾。

しかし、組織の本質が当然違法の原則の緩和を正当化することを示唆したGoldfarb事件の連邦最高裁判決以来、判例法によればNCAAに似た非商業的な文脈で活動している組織は当然違法ではないとされているという。まず、自主規制組織の行為を審査するに当たり合理の原則の基準を用いるというアプローチは、司法府によって適切に執行できるかは疑問であるとしている。このNoteは、社会的な価値の広範な比較衡量は、司法府よりも立法府たる連邦議会による適切な指導なしに行い得るものではないと主張するのである¹³⁸⁾。次に、商業的行為と非商業的行為を区分する審査を行うというアプローチは、対象者の動機や行為の本質について複雑で詳細な事実認定を必要とすること、そして商業的要素と非商業的要素の双方を包含する行為に適用する際に商業的行為と非商業的行為を区別することができないことから批判できるという。

そこで、このNoteは、自主規制組織について当然違法に例外を創出する必要性を認識しつつ、判例法においてこの例外のあるべき判断枠組みについて二段階の審査基準を提案している¹³⁹⁾。第一に、被告は規制される集団よりも広範な集団の利益を実質的に図る目的で特定の制限が行われていることを示さなければなら

136) Note, *Tackling Intercollegiate Athletics: An Antitrust Analysis*, 87 YALE L.J. 655 (1978).

137) Id. at 658.

138) Id. at 668.

139) Id. at 673.

らないとする。第二に、原告は同じ目的を実質的に達成するために、ほとんど同じくらい効果的でありながら、より反競争的ではない手段が存在することを示さなければならないとする。第一の基準は、全く反競争的であるか、被告の自主規制の役割に関連しない行為を不合理な取引の制限とするものであるという。第二の基準は、目的との関連で競争的な弊害の総量を最小化することを意図しているとされる。このような二段階の審査基準によって、「競争を促進する」ことを通して社会的な厚生を最大化するという反トラスト法の目的と、自主規制組織が特定の領域において競争を制限する必要性をより良く調和させることができるのである。

この Note は、Coons の問題提起に引き続いて、NCAA を中心とした自主規制組織の提出する競争と関連しないが「公共の利益」に資する非経済的正当化事由について検討を行い、具体的な審査基準の提案まで試みている。この Note の審査基準の核心は、「より反競争的ではない代替手段」の有無を問う第二の基準であり、競争への悪影響をなるべく抑えることが意図されている。Coons は公共政策に合致する非経済的正当化事由が認められるべきことを論じたが、その具体的な審査基準には踏み込むことができていなかったのである。しかし、合理の原則の下で競争を促進する経済的正当化事由に限定する説示をした *Professional Engineers* 事件との整合性は問われることになる。

(3) Gulland らの見解¹⁴⁰⁾

Gulland らは、NCAA 事件において連邦最高裁判所が判断を下す前の段階で、連邦地方裁判所及び連邦控訴裁判所の判決を分析して大学教育とアマチュア体育という競争と関連しないが「公共の利益」に資する非経済的正当化事由の問題を検討している。両裁判所の判決と連邦最高裁判所での当事者の主張は、反トラスト法に関して大学が経済的な市場で競争している営利企業であるかのように問題となった制限を分析しているという。しかし、Gulland らは、テレビに出て収入

140) Eugene Gulland et al., *Intercollegiate Athletics And Television Contracts: Beyond Economic Justifications in Antitrust Analysis of Agreements Among Colleges*, 52 *FORDHAM L. REV.* 717 (1984).

を得ようと求めることによって教育組織は損害を受けるし、商業的な影響を受けると勝利へのプレッシャーが高まって大学の教育基準は脅かされることになるといった弊害があると主張する¹⁴¹⁾。このような帰結への懸念から長らく大学は非商業的な特徴をもつアマチュア体育を保護しようと努力してきたのであり、反トラスト法の分析の文脈においても非商業的な価値は考慮に値するというのである。

Gullandらは、反トラスト法の問題となった教育組織間の合意は、シャーマン法の射程の外とされるか、合理の原則の下で分析されてきたという。そして、いくつかの連邦裁判所は、非商業的な教育的利益と当該制限の商業的な側面との関係を慎重に評価するにあたって、合理の原則のアプローチに従ってきたと指摘する¹⁴²⁾。そして、当然違法の原則はその定義からして当該行為の経緯や目的への審査を閉ざすこととなるため、柔軟性に欠けていて排斥されなければならないとするのである。このように、教育組織間の合意のための反トラスト法の分析としては当然違法の原則は不適切であるとする。

次に、Gullandらは、合理の原則の分析において教育的な価値をどのように評価すべきかの検討に進んでいる。非経済的正当化事由を排斥する立場は、*Professional Engineers* 事件の説示をそれとは完全に異なる文脈に対して文字通り適用したことに起因する深刻な誤りであると指摘する。また、シャーマン法の効果は、あらゆる行為が配分上の効率性の観点のみによって正当化されるべきことを強いるものではないという。そこで、アマチュア体育を規制するに際して非商業的な教育目的を考慮するのに十分な柔軟性があるため、合理の原則こそが適法性を判断するのに適切な分析であるとしている。NCAA 事件における制限は合理の原則の下でも違法とされるかもしれないが、そのような結論は問題となっているすべての経済的価値と非経済的価値を慎重に考慮した比較衡量に基づかなければならないと主張するのである¹⁴³⁾。

Gullandらによると、大学教育やアマチュア体育を追求する教育組織間の合意に対する反トラスト法の分析においては、競争を促進する経済的正当化事由への

141) Id. at 722.

142) Id. at 725.

143) Id. at 731.

限定を乗り越えた解決が求められることになる。しかし、このような立場は Gulland ら自身が認めているように *Professional Engineers* 事件の判例法理の素直な理解からは受け入れられないものとなるであろう。また、Gulland らは、結局のところ、すべての経済的価値と非経済的価値を比較衡量することによって正当化事由を判断することとなる。これでは連邦裁判所の恣意的な価値判断に結論を委ねることとなりかねないという批判が妥当し得るであろう。この立場では具体的な審査基準の定立の問題は課題として残されているといわざるをえない。

(4) Kirby の見解¹⁴⁴⁾

Kirby は、NCAA 事件を契機として非経済的正当化事由の評価を行い、伝統的な反トラスト法の分析は問題となった制限には不相当であり、連邦最高裁判所は合理の原則の下において非経済的正当化事由を考慮すべきであるとしている。まず、被告の本質的な目標としては、体育を教育プロセスの不可欠の一部として維持すること、フィールドの内外でアマチュアリズムの精神を保護すること及び大学間の競争のバランスが商業的な考慮によって弱められないようにすることによって、大学体育を促進することを挙げている¹⁴⁵⁾。教育機能が促進されると運動選手、大学及びコミュニティの利益となるほか、アマチュアリズムの精神とフェアプレイの理想は被告の活力となっており、商業主義やプロフェッショナリズムによって構成員の競争のバランスが危険にさらされるといっているのである。

次に、Kirby は、NCAA 事件の連邦最高裁判所は、制限に対して当然違法の原則を適用しないことを選択するに際して、商業的理由に加えて非商業的理由も考慮しているという。そもそも *Broadcast Music* 事件は、共同して販売する取決めが「競争促進的」な効率性を生み出すとして、当然違法の原則を回避させているとする。そして、このような「競争促進的」な例外は経済的な分析を指向しているものの、NCAA 事件は教育とアマチュアの特徴が独特の魅力的な商品を創出するとしたという。すなわち、このような「競争促進的」な例外は、アマチュ

144) Robert J. Kirby, Note, *Antitrust Law-NCAA Thrown for a Loss by Court's Traditional Antitrust Blitz*, 18 CREIGHTON L. REV. 917 (1985).

145) *Id.* at 927.

アリズム、教育及び反プロフェッショナルリズムという制限に対する非経済的正当化事由を考慮に入れていると主張するのである¹⁴⁶⁾。このような「競争促進的」な例外を通して当然違法の原則を回避したことは、非経済的正当化事由を適切に考慮するものだという。

しかし、NCAA 事件において当然違法の原則を適用しないこととした非経済的正当化事由は、合理の原則の下では排除されてしまっていると指摘している。Goldfarb 事件は合理の原則の段階においても非商業的な要素を考慮しているにもかかわらず、NCAA 事件の連邦最高裁判所は *Professional Engineers* 事件に重きを置いてこれらの要素を考慮することを拒絶したのだという。Kirby は、反トラスト法は純粋に商業的な文脈において経済的な集中による弊害を打破することを意図されたものであるが、被告は教育的にアマチュアスポーツを促進するという非商業的な目的のために創出されたのだとしている。したがって、連邦最高裁判所の合理の原則の下における比較衡量によって、商業的価値と非商業的価値の双方が考慮されるべきであると主張する¹⁴⁷⁾。これらの非商業的な要素は当然違法の原則でも合理の原則でも一貫して考慮されるべきものであるとするのである。

Kirby は、当然違法の原則が適用されることを回避するにあたって、競争と関連しないが「公共の利益」に資する非経済的正当化事由が考慮されているとするが、このような判例の理解には疑問がある。すなわち、*Broadcast Music* 事件も NCAA 事件も、新市場において別個の商品を創出することが「競争を促進する」と評価されたことによって正当化の途が開かれたのである。これは非経済的正当化事由ではなくあくまで経済的正当化事由と位置付けられるべきものであろう。また、合理の原則の分析において非商業的価値を取り込んでいくべきであるとの主張に対しては、Gulland らに対して批判したのと同様の指摘をすることができる。すなわち、このような「公共の利益」を考慮することは、競争促進的効果に限定してきた *Professional Engineers* 事件以来の連邦最高裁判所の立場に相反しており、判例は一貫して堅持されたものであって覆すのは容易ではないであろう。また、比較衡量によるというだけでは連邦裁判所に明確な判断基準を提供したと

146) Id. at 942.

147) Id. at 950.

はいえないのである。

(5) Seib の見解¹⁴⁸⁾

Seib は、NCAA 事件を題材として市場に組み込まれていない商品の反トラスト法における取扱いを論じている。そもそも NCAA 事件においては競争的な市場においては得られないアマチュアリズムや教育が提供されており、これは定義からして「公共の利益」に資するものであると主張する¹⁴⁹⁾。そして、Seib は、市場に組み込まれていない商品についての判例法の展開をたどっている。まず、*Goldfarb* 事件では弁護士会も反トラスト法の規制に従うことになるとしつつも、非商業的組織による制限は異なる取扱いをうけるとされたという。しかし、*Professional Engineers* 事件の説示では「公共の利益」の正当化事由が主張されたものの、合理の原則の下においては競争を最大化する目的しか正当ではないとされたとしている。このような状況の下において、NCAA 事件はアマチュアリズムや教育は市場に組み込まれた商品であり、制限がなければ提供されなかった商品を市場に送り出しているために「競争促進的」たり得るとされたと評価している。

Seib は、制限を正当化するために主張された目的を判断するにあたり、連邦最高裁判所は4つの選択肢を採り得るとする。具体的には、①アマチュアリズムや教育は「公共の利益」であるから *Professional Engineers* 事件の説示の下では正当な目的とはいえないとする立場、②主張された「公共の利益」の正当化事由は、組織の本質からして *Professional Engineers* 事件の説示に関わらず正当であるとする立場、③アマチュアリズムや教育は市場に組み込まれた商品であり、これを促進することは「競争促進的」であるために *Professional Engineers* 事件の説示の下でも正当であるとする立場、④「公共の利益」という目的は正当なものであり、*Professional Engineers* 事件の説示を破棄するという立場が考えられると主張している¹⁵⁰⁾。しかし、①の立場はアマチュア大学スポーツを排除すると

148) Jonathan E. Seib, Recent Development, *Antitrust and Nonmarket Goods: The Supreme Court Fumbles Again*, 60 WASH. L. REV 721 (1985).

149) Id. at 722.

150) Id. at 729.

いう効果をもつことは明らかであり、公共政策から採りえないとする。そして、②の立場はNCAA事件における被告と *Professional Engineers* 事件の説示における被告を合理的に区別できないことから不当であるという。また、③の立場は何が市場に組み込まれた商品であるかを連邦裁判所の主観的な判断に委ねることになることから是認できないとしている。

結局のところ、④の立場であるアマチュアリズムや教育といった「公共の利益」が一定の制限を正当化することを認識するアプローチが妥当であると結論付けている。*Professional Engineers* 事件の説示は、この「公共の利益」を正面から認識するアプローチに抵触する範囲において判例変更されるべきであるというのである。Seibは、具体的な審査基準としては、特定の制限が被告によって促進される社会的な価値に不可欠かどうかを判断することによって、競争を制限するのみである取引の制限を有効とってしまうことを避けることができると論じている¹⁵¹⁾。

このようにSeibは連邦最高裁判所の採り得る4つの選択肢を挙げた上で、消去法によって競争と関連しないが「公共の利益」に資する非経済的正当化事由を認識すべきであるとしている。しかし、*Professional Engineers* 事件の説示を破棄すべきであるとしていることから、競争を促進する経済的正当化事由に限定している連邦最高裁判所には採用しにくい見解といわざるをえない。判例法は、社会的価値を比較衡量することは民主的背景をもつ連邦議会の役割であると一貫して位置付けてきたのである。

(6) Goldmanの見解¹⁵²⁾

Goldmanは、*Brown University* 事件を契機としてシャーマン法1条違反の防御方法としての非経済的正当化事由の問題の包括的な分析に取り組んでいる。企業が社会的に責任のある方法で行動するように促すという魅力はあるものの、事

151) Id. at 737.

152) Lee Goldman, *The Politically Correct Corporation and the Antitrust Laws: The Proper Treatment of Noneconomic or Social Welfare Justifications Under Section 1 of the Sherman Act*, 13 YALE L. & POLY REV. 137 (1995).

業に従事する企業によって提出された反競争的行為の非経済的正当化事由はシャーマン法の下では認識されるべきではないと結論付けている。Goldman は、合意がシャーマン法の下で精査される2つの分析形態について記述した上で、この場合の非経済的正当化事由は当然違法の原則の適用を免除されるべきでないし、合理の原則の下でも考慮されるべきでないと主張する¹⁵³⁾。連邦裁判所は反トラスト法の事件の被告の真の動機を判断するには不適当な機関であるというのである。そして、利己主義で無責任な企業は、社会への主観的又は抽象的な利益と反競争的弊害を比較衡量するのに適切ではないとする。この結論は、司法審査を利用することができ、判決後に立法活動をすることができるとしても変わるものではないとしている。

次に、Goldman は、*Professional Engineers* 事件をはじめとした関連する連邦最高裁判所の判例法を概観している。連邦裁判所は真に公共心に基づいた行動が反競争的効果を正当化するかどうかについて最終的な判断をしていないが、一連の判決の説示が重点を置いているところによれば非経済的正当化事由の排斥が支持されると主張する¹⁵⁴⁾。連邦裁判所の分析は制限の競争への影響に焦点を絞っており、最終的な結論は反競争的效果と競争促進的效果の比較衡量によることになるというのである。

最後に、Goldman は、非商業的に動機づけられた競争への制限がシャーマン法の下での審査から免責されるべき場合について議論している。Goldman は、具体的な審査基準としては、シャーマン法は非商業的な組織による非商業的に動機づけられた競争への制限には適用されるべきではなく、この場合には正当化が認められると主張する¹⁵⁵⁾。商業的な企業によって課された公共心に基づいた制限と、非商業的な組織によって課された制限との間には、負担する責任及び利益の最大化の有無という観点からして重要な相違が存在するという。したがって、非商業的な組織による非商業的に動機づけられた制限への反トラスト法の審査の免除は、商業的な企業によって引き受けられた場合のそのような制限の法的状態

153) Id. at 158.

154) Id. at 163.

155) Id. at 171.

に影響があるわけではないとしている。なお、非営利の法的状態が直ちに非商業的な組織としての組織の適格性を与えるわけではないとされる。非商業的な組織とは、存立の基盤となる一般的な特徴又は理由が商品又はサービスを市場に送り出すことと関連していない者のことを指すという。

Goldman は、非商業的な組織によって課された反競争的な制限に関してのみ、競争と関連しないが「公共の利益」に資する非経済的の正当化事由を是認すべきであるとしている。Goldman が商業的な実体を信頼しないのは2つの理由に基づいており、第一に、商業的な実体はその行動に責任を負わないこと、第二に、利益の最大化を目標とする商業的な実体は反競争の弊害と「公共の利益」を比較衡量するには不適切であることである。なお、Goldman は正当化がなされるためには非商業的な組織の要件に加えて非商業的な動機も要件となるとしているが、この動機の要件がどのようにして導かれたのかは必ずしも明らかとはなっていないように思われる。

4 「市場の失敗」を重視する説

(1) Harvard・Note (1981) の見解¹⁵⁶⁾

1981年にHarvard Law Reviewに掲載された匿名Noteによれば、判例法では非営利組織や知的専門職への自動的な適用除外は認められていないという。しかし、連邦裁判所は、利益の最大化以外の目的が主たる関心事項であるこれらの経済団体への反トラストの概念の適用の体系的なアプローチを明示することに失敗してきたとしている。このNoteは、非営利組織や知的専門職の特別な性格を考慮した上で、それらに影響を与える反トラスト法の判例法を検討している。そもそも非営利組織とは、競争的な市場メカニズムが資源を適切かつ効率的に分配することに失敗した場合に機能するものであるという。そして、「市場の失敗」を解決するということは、非営利組織のあらゆる反競争的行為についての唯一の考え得る正当化事由であると主張する¹⁵⁷⁾。ここでいう「市場の失敗」とは、具体的には製品の品質についての不完全情報の存在、ただ乗り問題に起因するモラ

156) Note, *Antitrust and Nonprofit Entities*, 94 Harv. L. Rev. 802 (1981).

157) *Id.* at 805.

ル・ハザード、教育やアマチュアリズムといった公共財を指すとしている。

この Note は、非営利組織の提出する正当化事由は以下の四段階の基準によって分析されるべきであると論じている¹⁵⁸⁾。第一に、当該組織が社会に与える社会的な便益を考慮せずに、標準的な反トラスト法の分析を適用して違法な反競争的行為が犯されたかどうかを判断するとしている。第二に、当該組織が違法な行為を犯していた場合には、当該組織が競争的な市場では達成することが不可能な社会的な便益を追い求めていたかを決定するという。第三に、そのような「市場の失敗」が存在する場合には、反競争的行為がその解決に必要なかどうかを判定するとされる。この第三の基準は、「市場の失敗」にとって最善の解決方法のみが許容されることになるとするものである。第四に、必要である場合には、反競争的行為によってもたらされる厚生上の損失と、それによってもたらされる社会的な利益の価値を比較衡量するとしている。

この Note は、上記の一般的な理論的枠組みを潜在的に反トラスト訴訟が起り得る特定の分野に適用することを試みている。まず、医療の分野では、政府規制や補助金が既に市場の多くの競争的な性格を取り除いているので、反競争的な影響は軽微なものであろうとされる¹⁵⁹⁾。次に、高等教育の分野では、教育は完全に競争的な市場では過小供給されてしまう公共財であるとしている。そして、アマチュア運動競技の分野では、NCAA のテレビ放映規制の適法性は、補助金によるアマチュアリズムの増加がテレビ局や視聴者に課される費用よりも価値があるかによることになるという。さらに、慈善の分野では、United Way は慈善寄付の著名な収集者及び分配の監督者として、寄付者が直接に寄付の影響を監視することができないという「市場の失敗」と闘っているとしている。

この Note の特徴は、反競争的行為が正当化される契機を「市場の失敗」という経済理論に依拠したことである。この Note が上記の四つの審査基準をみたした場合に正当化事由を認める理論的根拠は、そのような限定された場合においては、「市場の失敗」を解決する社会的な価値が反競争的行為の社会的な費用を上回るということである。しかし、そのことによって要求される第四の比較衡量の

158) Id. at 812.

159) Id. at 816.

基準は、裁判所には不適切な役割ではないかという批判は免れないであろう。これに対して、この Note は、連邦裁判所のさまざまな審査によって判例理論が発達することは、終局的な立法的解決を促進することになるとして反論している。また、「市場の失敗」という経済理論に着目した画期的な論文であるとしても、従来からの競争を促進する経済的正当化事由に限定する連邦裁判所の判例法との整合性をどのように考えるのかという課題がある。

(2) Areeda の見解¹⁶⁰⁾

Areeda は、3つのテレビ局が毎週ゴールデンアワーの2時間を「質の高い文化的な番組」に充てることで合意し、希望する視聴者がそれらのすべてを見ることができるよう非競争的なスケジュールを組む方法を定めるという説例を挙げている¹⁶¹⁾。この結果として、制作者はかつての市場の一部である通常の番組を放送することができず、一定の消費者はさもなければ見ることのできた番組を見る機会を失うことになる。先に述べたとおり、連邦最高裁判所は取引の制限が「公共の利益」の達成に資するかではなく、「競争を促進する」のかどうかのみが審査されると説示しているが、*Professional Engineers* 事件の判例法理の下でより多様なテレビ番組をもたらすという目的は正当なものといえるのであろうか。

このような説例について、Areeda は、文化を同時に向上することのできる新聞とは異なり、テレビでは視聴者や広告主が支持しようとしても文化的サービスは提供されないとしている。ここでの議論の前提は、政府の割り当てるチャンネル数が限られており、各々のテレビ局は放送の視聴者を増やして広告収入を最大化しようとしているということである。そして、Areeda は、*Professional Engineers* 事件を前提としても、「文化的な多様性」について「競争を促進する」という言葉で表現することによって疑問を払拭できると主張する¹⁶²⁾。すなわち、経済学上の議論ではテレビ産業は文化的サービスを提供できないという「市場の

160) Phillip E. Areeda, *The "Rule of Reason" in Antitrust Analysis: General Issues*, 7-8 (Federal Judicial Center 1981).

161) *Id.* at 4.

162) *Id.* at 8.

失敗」を示しているという。質の高い文化的な番組に時間を充てることは、この「市場の失敗」を是正するものであり、それによってより「競争的」な結果をもたらすことができるというのである。このように、Areedaによれば、*Professional Engineers* 事件の説示は、様々な「公共の利益」に資する正当化事由を、各種の「市場の失敗」を是正するという意味合いにおいて「競争を促進する」と位置付けるという試みが盛んになることを可能にしていることになる。

Areedaの見解の特色は、「公共の利益」をどのように評価するかという問題について、経済理論を媒介として表現したことにある。すなわち、「市場の失敗」を是正することを「競争を促進する」ものと位置付けることによって、経済的正当化事由へ取り込むことに成功したのである。経済学上の議論を応用することにより、経済的正当化事由に限定する *Professional Engineers* 事件の判例法理を前提としても、「市場の失敗」を是正すると評価される限度において、事実上一定の「公共の利益」は正当化事由とされることが可能になろう。このようにして、Areedaは、連邦最高裁判所の判例理論と整合性を保ちつつも、具体的に妥当な結論を導き出そうとしたのである。確かに、具体例として挙げられている「文化的な多様性」の位置づけが不明確であるといった問題はあがあるが、1980年代という早い時期において経済理論を用いて理論的かつ現実的な見解を提唱したAreedaの功績は大きいといわなければならない。

(3) Greaney の見解¹⁶³⁾

Greaneyは、ヘルス・ケアの専門職による共同行為が問題となった反トラスト法の訴訟において、治療の品質に基づいた正当化事由の問題を分析している。まず、*Professional Engineers* 事件をはじめとして連邦最高裁判所は非経済的正当化事由を前提とした抗弁を退けており、そのような治療の品質の正当化事由を拒絶する判例法が發展しているという。もっとも、治療の品質を改善する一定の専門職の行為が「競争を促進する」ということは否定できず、反トラスト法もすべての治療の品質の改善を排除しているわけではないとしている。そもそもヘル

163) Thomas L. Greaney, *Quality of Care and Market Failure Defenses in Antitrust Health Care Litigation*, 21 CONN. L. REV. 605 (1989).

ス・ケアの市場においては、サービスの本質や供給者と需要者の地位に起因する情報の非対称性といった「市場の失敗」の問題が存在すると指摘している。そして、「市場の失敗」を是正する専門職の共同行為には、「競争促進的」な便益が認められるとする。そこで、治療の品質を改善する取引の制限を反トラスト法の責任から免れせしめるためには、司法府は競争上の条件に審査の焦点を絞るという経済的正当化事由に限定する立場を前提としつつ、限定された範囲において「市場の失敗」の抗弁を是認するべきであるというのである¹⁶⁴⁾。

次に、Greaney は、このような「市場の失敗」の抗弁を採用するにあたって考えられる批判を検討している。例えば、「市場の失敗」という概念は司法審査を受けるには境界が不明確であること、ヘルス・ケアの市場は変化に富んでおり誤って適用され得ること、多くの形態の治療の品質を改善する専門職の共同行為を増進するのに必要ではないことなどが批判として挙げられている。これらの批判を考慮すると、「市場の失敗」の抗弁を一定の限定的な原則のもとで狭い範囲において認めるという解釈を導くべきであると主張する¹⁶⁵⁾。

Greaney は、連邦裁判所が「市場の失敗」の抗弁を許容するための指針として、次のような3つの視点によるアプローチを提案している。第一に、自主規制が深刻な制限をもたらすような場合には、「市場の失敗」の抗弁は狭く限定されなければならないという。第二に、取引の制限を評価するに際しては、連邦裁判所は「市場の失敗」の是正が競争の結果を実際に改善したという証拠を要求しなければならないとする。第三に、たとえ自主規制が市場を改善したとしても、自主規制の権限が濫用されたり反競争的条件に貢献したりする危険を評価する必要があるとしている。これは、より制限的でない代替手段が得られる場合には、競争を制限する自主規制は一般的に容認されるべきではないと主張するものである¹⁶⁶⁾。このようなアプローチによって、競争と「公共の利益」に関する際限のない反トラスト法の評価を避けることができる具体的な構造化された審査を実現することができるという。

164) Id. at 624.

165) Id. at 640.

166) Id. at 649.

Greaney の論考はヘルス・ケアの市場に検討の対象を絞ったものではあるが、反競争的行為の正当化について示唆に富む内容となっている。すなわち、競争と関連しないが「公共の利益」に資する非経済的正当化事由を認める途を開くべきであると主張するのではなく、*Professional Engineers* 事件以来の判例法の立場を前提として立論している点に特徴があるといえよう。「市場の失敗」を是正することを「競争促進的」と評価することによって、専門職の治療の品質を改善する取り組みを反トラスト法の文脈に組み込んでいるわけである。さらに、Greaney は、「市場の失敗」の抗弁について批判がありうることも認めた上で、それらを踏まえた上で具体的な審査基準の定立を導いている。より制限的でない代替手段などのアプローチによって慎重に「市場の失敗」の是正を評価しようとしているのである。このような Greaney の見解は、競争促進的効果を重視する Areeda の見解をさらに洗練するものといえることができる。

(4) Srinivasan の見解¹⁶⁷⁾

Srinivasan は、一般的な経済理論によれば、非営利組織は非経済的な目的を追求することにより外部性、公共財、情報の非対称性及び取引費用といった「市場の失敗」に取り組んでいると主張する¹⁶⁸⁾。利益の最大化以外の目的を有する非営利組織は、十分に機能している商業的市場では生き残ることはできないが、市場が不完全である場合にのみ存在しうるとするのである。しかし、反トラスト法の理論はこのように社会的な厚生を増大させる非営利組織の能力を適切に考慮していないという。

まず、*Brown University* 事件における連邦地方裁判所と第3巡回区連邦控訴裁判所の法廷意見は、非営利組織の協定の反トラスト法上の取扱いをどのように評価するかについて重要な示唆を提供していると指摘する。もっとも、Srinivasan は、価格競争を制限する協定ではあるものの、非営利組織が「市場の失敗」を是正することにより、教育の機会が拡大し、消費者厚生が増大し得たと論じて

167) Srikanth Srinivasan, Note, *College Financial Aid and Antitrust: Applying the Sherman Act to Collaborative Nonprofit Activity*, 46 STAN. L. REV. 919 (1994).

168) Id. at 929.

いる¹⁶⁹⁾。したがって、どちらの法廷意見も非営利組織が機能する独特な市場の環境を適切に明らかにしていないという。次に、伝統的な反トラスト法の分析は、非営利組織の環境を特徴づける「市場の失敗」と、非経済的な目的を追求することによりそのような市場の不完全性に取り組む能力を考慮することに失敗しているとしている。そもそも当然違法の原則と合理の原則の基準は、十分に機能している商業的な市場における競争と消費者厚生を促進するものであるという。しかし、「市場の失敗」が存在する場合には価格競争は社会的な厚生を増大しないので、当然違法の原則と合理の原則は不適切であるとしている。実際に、非営利組織は価格競争が失敗した場面でしばしば誕生しており、異なる分析が適用されるべきであることを示唆しているとしている。

このようにして、Srinivasan は、非営利組織の共同行為が社会的な厚生を増大させることを司法審査がより効果的に方向付けるアプローチを提案している。この提案は、非営利組織が「合理的で誠実な」正当化事由を提出した場合には、非営利組織による共同行為は免責されると主張するものである¹⁷⁰⁾。これにより非営利組織の行動について現在のアプローチよりも洗練された分析が可能となり、反トラスト法の目的をより効果的に促進することになるという。これは、裁判所は異質な利益の衡量をするには不適切であるが、行為の客観的な合理性や行為者の主観的な動機を判断する組織的能力は認められるということによっている。ここでいう合理性とは、「市場の失敗」に合理的に取り組むものでなければならず、それに加えて非営利組織は非商業的な目的を達成するのに合理的に必要な手段を選ばなければならないとする。また、誠実性とは、立証責任の転換にかかるものであり、被告がその行動について合理的な正当化事由を提出したとしても、原告はそれが商業的な目的の隠れ蓑であることを示すことができるのだという。

Srinivasan は、Harvard・Note (1981) の利益衡量の基準は非営利組織が「市場の失敗」の是正に取り組んでいるという経済理論から導出される正当なものであることは認めつつも、裁判所は異質な利益についての恣意的な判断を強いられることになることと批判している。Srinivasan の判断基準は、正当化事由について目

169) Id. at 938.

170) Id. at 947.

的と手段の観点から審査することを提案するものであり、立法府と司法府の適切な権限分配に資するとの評価が可能であろう。

(5) Sullivan と Grimes の見解¹⁷¹⁾

Sullivan と Grimes は、競争を補う便益としてどのようなものが考えられるかという問題について、おもちゃメーカーが小さなおもちゃに鉛を使用しないようにする協定を結んだという標準を定める行為の説例を挙げている。*Professional Engineers* 事件において、連邦最高裁判所は公共の安全を確保するために必要な技術者間の競争の制限という抗弁を拒絶したため、この場合も同様に公共の安全の抗弁と位置付けられて判例法理のもとでは是認されないのではないかが問題となる。この点について、Sullivan と Grimes は、共同行為が「市場の失敗」の是正を目的としているか、または「市場の失敗」を減少させている場合には、これらの効果は判例法理でも是認される便益とみなされると主張している¹⁷²⁾。「市場の失敗」の効果を制限することは、「競争を促進する」という傾向があるというのである。「競争を促進する」といえるかどうかは、特定の事実関係が、どのように見られるのか、どのように位置付けられるのかによることとしている。

ところで、Sullivan と Grimes は、利害関係を有する事業者ではなく政府こそが十分な情報が消費者に欠如しているといった「市場の失敗」に取り組むことができるのではないかという批判があり得ることを認めている。しかし、情報の問題に対応して定めた標準が測定できるものであり且つ客観的である限り、競争の十分な余地が残され得るといふ。少なくともおもちゃへの鉛の塗装の説例のような文脈においては、消費者への情報が限定される「市場の失敗」を緩和するケースはもっともらしく、顕著でさえあるとしている。そして、Sullivan と Grimes は、政府の介入が少ない規制緩和の時代においては、消費者の情報の失敗を是正することを意図したあらゆる共同行為は合理の原則の分析の下で評価されるべきであると主張する¹⁷³⁾。その場合には、司法審査は、情報の問題が存在するかど

171) Lawrence A. Sullivan & Warren S. Grimes, *THE LAW OF ANTITRUST: AN INTEGRATED HANDBOOK* 230-31 (2nd. ed. 2006).

172) *Id.* at 230.

うか、それを是正するために意図されたものかどうか及び便益を達成するために必要であるのよりも制限的かどうかという問題に取り組むことになるという。

このように、Sullivan と Grimes の見解は、「市場の失敗」を是正することは、*Professional Engineers* 事件の判例法理の下でも是認される便益であるとしている。これは、「市場の失敗」を是正することが「競争を促進する」と評価できるということに基づいている。経済的正当化事由の具体的範囲を「市場の失敗」を是正するという事まで拡張する見解であるといえよう。そして、Sullivan と Grimes の見解は、「市場の失敗」の理論が本来的には政府の介入を正当化するものであることを意識している点に注目できる。それでもなお事業者による共同行為が許されるのは、現代が政府の役割の減少している規制緩和の時代であるからだという。さらに、Sullivan と Grimes は、司法審査における具体的な審査基準にまで言及している。すなわち、目的及び手段（より制限的でない他の選ぶる手段）の観点から情報の非対称性といった問題が正当化されるかどうか判断されるのである。

5 小括

(1) 問題意識の共通性

以上にみてきたように、学説においては、特定の状況に限定してはいるものの、競争と関連しないが「公共の利益」に資する非経済的正当化事由を許容する肯定説が有力となっている。これは、競争を促進する経済的正当化事由に限定する *Professional Engineers* 事件や、経済的正当化事由に限定することを前提としてその具体的な範囲を別個の商品による新市場の創出にまで拡大した *NCAA* 事件などに批判的な立場から論じられるに至ったものである。そして、否定説においても、非経済的正当化事由という名称を用いることには慎重であるものの、反トラスト法の適用の例外を一定の要件のもとに認めている。また、「市場の失敗」を重視するアプローチは、経済理論に依拠して、「市場の失敗」を是正するという観点から反競争的行為の正当化を是認するものである。このように、ほとんど

173) Id. at 231.

の学説は、非経済的正当化事由とするか、反トラスト法の適用の例外とするか、「市場の失敗」の是正とするかの区別はあるものの、限定された領域において反競争的行為が適法と評価されることを認めている。この背景には、反トラスト法を硬直的に適用すると具体的に妥当な帰結を導くことができないという考えが表れているといえよう。

(2) 「市場の失敗」からのアプローチ

反トラスト法の例外を許容する論理として、非経済的正当化事由についての肯定説は、「公共の利益」を正面から認めるべきだとしている。しかし、この立場は一貫して競争を促進する経済的正当化事由に限定してきた *Professional Engineers* 事件以来の判例法と整合しないことは明らかである。「公共の利益」が無制限に取り込まれていくことによって立法府と司法府の役割分担が崩れることを防止しようとした判例法の立場には十分な理由があるといわなければならない。次に、非経済的正当化事由についての否定説の中には、「公共の利益」を考慮することは排除するという建前を維持しつつ、一定の要件のもとに例外を許容するものがある。もっとも、例外を許容するにあたっては、これを無制限に拡大することを防ぐ論理が必要となろう。

ここで筆者が注目したいのは、経済理論における「市場の失敗」の概念を重視するアプローチである。「市場の失敗」を是正することは、機能不全に陥った市場メカニズムを回復させるものとして、自由競争政策を擁護する反トラスト法の目的に合致する正当な価値を有している。そして、「市場の失敗」の是正について「競争を促進する」ものと位置付けることによって、経済的正当化事由に限定してきた判例法とも整合的となる。したがって、「市場の失敗」を是正することを「競争促進的」と評価して正当化の契機を見出す見解は、こうした実質及び形式の両面からみて説得力のある学説であるということができよう。

(3) 多様な審査基準

学説では、正当化事由の「範囲」についての論争が中心であるが、これに伴って正当化の「立証」をどのように取り扱うのかという問題も論じられている。そ

の内容としては、比較衡量をするべきであるという単純なものから、具体的な審査基準を定立するものまでである。学説においては、多様な立証上の枠組みが提案されるに至っているといえよう。学説で有力な審査基準としては、より制限的でない他の選ぶる手段を掲げるものがあり、一定の支持を集めている状況にある。

しかし、審査基準についての学説は、これ以外にも様々なものが主張されており、通説が形成されているとは言い難い。このように多様な学説が存在し得ることからすると、一律に審査基準を決することは相当ではないともいい得る。抽象的な規定のなされている反トラスト法においては、適用除外を明確に設けることは困難であろう。

この点については、*Law* 事件やガイドラインが合理的必要性ないし「実質的」な代替手段という形で正当化事由の審査基準を柔軟に把握していたことを想起すべきである。連邦控訴裁判所や行政府は、画一的かつ硬直的な審査基準では事案を適正に処理できないと考えていた可能性があることを指摘し得る。

そもそも反競争の効果と競争促進の効果の度合いは事案によって全く異なるものである。両者の相関関係に即した審査基準を柔軟に定立する必要があるだろう。当該事案の競争促進の効果を適切に評価することによって、自由競争政策を擁護する反トラスト法の目的を効果的に達成する立証上の取り扱いが求められる。

私見によれば、①厳格な審査基準、②中間的な審査基準及び③緩やかな審査基準という3つの審査基準を念頭に置いて、事案に応じて審査基準を定立して適用していくことが考えられる。厳格な審査基準とは、目的が必要不可欠で、手段が目的を達成するために必要最小限度であることを要求する。また、中間的な審査基準とは、目的が重要で、手段が目的を達成するために実質的関連性を有することを要求する。そして、緩やかな審査基準とは、目的が正当で、手段が目的を達成するために合理的関連性を有することを要求する。

まず、連邦裁判所は、反競争の効果と競争促進の効果の相関関係を抽象的に判断して、3つの審査基準から当該事案に適切であるものを選択する。次に、その審査基準に基づいて当該事案で具体的に事実認定をして正当化事由の結論を得ることになる。このような二段階の審査を経ることによって、単純な比較衡量をするよりも目的・手段の審査によって連邦裁判所による判断が容易になる。そして、

判断過程が透明化することを通して可及的に連邦裁判所の裁量を統制することが可能となろう。

VI 結語

これまでに司法府の判例のみならず、立法府の審議、行政府のガイドライン及び学説をも総合的に検討してきた。それらの中で示唆してきたが、筆者の見解を反競争的行為の正当化の「範囲」及び「立証」の観点を中心として確認しておこう。

まず、正当化事由の「範囲」の問題であるが、「公共の利益」を考慮する非経済的正当化事由を否定し、競争を促進する経済的正当化事由に限定する連邦最高裁判所の立場が是認されよう。自由競争政策を擁護する反トラスト法においては、「競争を促進する」ということが正当な価値を有する。そして、立法府と司法府の役割分担からすれば、直接的な民主的基盤を有する連邦議会こそが適用除外立法によって「公共の利益」を考慮する権限を有すると解すべきである。経済的正当化事由が具体的にはどのような事実を指すかということについては、「市場の失敗」を是正する取り組みが分析の有益な視点を提供するだろう。「市場の失敗」を是正することは、機能不全に陥った市場メカニズムを回復させるものとして、反トラスト法の目的に合致する正当な価値を有しているし、これを「競争促進的」と把握することによって連邦最高裁判所の判例法とも整合的となる。

また、正当化事由の「立証」の問題であるが、二段階の審査によって正当化事由の有無を判断すべきである。第一段階としては、反競争的效果と競争促進的效果を概括的に判断することによって、3つの審査基準の中から当該事案に即したものを選択する。ここでは、厳格な審査基準（目的が必要不可欠で、手段が必要最小限度であること）、中間的な審査基準（目的が重要で、手段が実質的関連性を有すること）、緩やかな審査基準（目的が正当で、手段が合理的関連性を有すること）が念頭に置かれる。第二段階としては、当該事案における具体的な事実認定をして正当化事由の有無の結論を得ることとなる。このような立証上の取り扱いをすることによって、当該事案の反競争的效果と競争促進的效果に応じた

連邦裁判所に判断可能な目的・手段の審査基準を柔軟に定立することができ、連邦裁判所の裁量の濫用も可及的に防ぐことが可能となり、競争促進的効果の適切な考慮を通して自由競争政策を擁護する反トラスト法の目的が効果的に達成されるであろう。

最後に、冒頭に掲げた冷蔵庫の規格についての説例に戻ろう。米国反トラスト法においては、安全性の確保という「公共の利益」が直接的に競争と対置されるわけではない。あくまで「競争を促進する」ないし「競争促進的」と評価されるかどうか、ここでの問題となる。説例においては、冷蔵庫の規格が情報の非対称性といった「市場の失敗」を是正する取り組みと評価されるかどうかは正当化事由の「範囲」に含まれるかを左右する。そして、経済的正当化事由として認められたら、次は「立証」の問題として二段階の審査に進むことになる。価格カルテルではなく製品内容カルテルであることから反競争的効果は相対的に小さく、しかも「市場の失敗」の是正の程度が大きいとすると、緩やかな審査基準が定立され得る。この場合には、目的が正当で、手段が目的を達成するために合理的関連性を有すれば、正当化事由が認められることとなろう。

〔付記〕 本稿は、平成22年度科学研究費補助金（課題番号：22・6670）による研究成果の一部である。