

# 米国反トラスト法における 合理の原則とエラーコスト分析<sup>1)</sup>

隅 田 浩 司

- I 競争法の現代的課題
- II 合理の原則の生成と発展そしてその課題
- III エラーコスト分析と偽陽性回避傾向について
- IV 結 語

## I 競争法の現代的課題

現在、競争法（独占禁止法）には、大きな期待が寄せられている。たとえば、GAF に代表されるプラットフォームによるデータの独占の問題、新しいサービスやアプリを開発しているスタートアップを買収し、潜在的脅威を排除しているのではないかという問題、そして、様々なビジネス手法によって独占を維持強化しているのではないかという疑惑などが指摘されている。そのため、データ・エコノミーに移行した市場における新しい競争環境の登場に対する各国の競争法当局（日本の公正取引委員会）の適切な対応が期待されているのである。また、社会全般の様々な変化の中で、競争法には、これまで競争法の領域とされていなかったような問題、課題への対応も期待

---

1) See Marina L. Lao, *The Major Questions Doctrine, FTC Rulemaking, and Rulemaking on Noncompete Clauses* (April 21, 2023), *Journal of Antitrust Enforcement* (JAE), Oxford Univ Press, Forthcoming, Seton Hall Law School Legal Studies Research Forthcoming, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4429124> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4429124>

されるようになった。たとえば、格差の急激な拡大、特に、新しい労使関係の問題への競争法の適用である<sup>2)</sup>。さらに、これ以外にも仮想通貨に関する競争、個人情報利用とインターネット上での情報収集 (Data scraping)<sup>3)</sup>の問題等、様々な新しい論点が次々と提示され、競争法ではどのように対応できるのか、という議論が盛んである。

他方、従来の競争法の判断枠組み、そして規制手法に対する批判も多い。具体的には、従来の制定法である競争法では、このような新しい問題に対して、適切に対応できるのだろうか、事後的に対応しようとしても、すでに判断が下された時点では手遅れになっているのではないか、という疑問である。これに対して、競争法による事後規制とは異なる規制手法が考案、検討されるようになった。たとえば、EUでは、Digital Market Act (DMA) が制定<sup>4)</sup>され、日本では、特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律による共同規制<sup>5)</sup>という考え方に基づく事前規制がスター

---

2) See Natalia Moreno Bellosso and Nicolas Petit, *The EU Digital Markets Act (DMA) : A Competition Hand in a Regulatory Glove* (April 5, 2023), (2023) 48 *European Law Review* 391, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4411743>

3) Data scrapingとは、公開、非公開ともにウェブサイトから情報を抽出する行為である。hiQLabs事件は、LinkedInのユーザーがパスワードなしに閲覧できるところに掲載した情報は、仮にその情報がLinkedInのウェブサイトに掲載されたものであっても、第三者によるData scrapingを禁止することはできないと判断した。したがって、LinkedInは、コンピュータ詐欺・乱用法(「CFAA」)に基づき、hiQLabsに対して、差し止めを請求することはできないと結論づけたのがこの判決である。hiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corp., 31 F.4th 1180. 次に、Metaに関する事件も同様に、公開されている情報であれば、その利用をMetaが禁止することはできないと判断した。Facebook, Inc. v. BrandTotal Ltd., 2021 U.S. Dist. LEXIS 31558. これによって、少なくとも、公開されている情報であれば、利用規約、会員のプライバシーを根拠としたData scraping禁止は不可能になったことを意味する。今後、Data scraping、Web Scrapingは生成AIとの関係で、ブルーリンクを削除したAIによる個人への回答が、コンテンツ制作者のインターネット・エコシステムとデジタル広告市場にあたる影響について競争法の懸念が生じる可能性がある。See Christophe Carugati (2023) : Antitrust issues raised by answer engines, Bruegel Working Paper, No. 07/2023, Bruegel, Brussels

トした、このように新時代に向けた様々な取り組みが進んでいる。しかし、未だ問題は山積しているのが現状である。

このように、競争法に対する期待と批判が同居している今日、競争法の最新の論点についての研究と同時に、原点に立ち返ることも重要である。そこで本稿は、この競争法に対する疑問、批判の根底にある問題について焦点を当てる。本稿が取り上げるのは、米国反トラスト法訴訟において用いられる分析手法である。特に、その中でも、合理の原則に関する議論を整理する。この合理の原則は、問題となる行為が競争に悪影響をあたえるか否か、その分析に際して、原告及び被告がどのような主張、立証をすべきか、を整理し、当該行為の反競争的効果を認定する分析手法を意味する。しかし、合理の原則は、Chicago Board of Trade 事件<sup>6)</sup>において提唱された当初から、批判の対象となってきた。その最大の理由は、原告の立証負担が過大ではないか、というものである。本稿では、この合理の原則が、現在、三段階の分析手法として整理されている状況を踏まえ、それでもなお、原告の立証負担の大きさがあまり解消されていない点について明らかにする。

次に、本稿では、合理の原則を適用する裁判官、この合理の原則に基づいて訴追するか否かを決定する競争法当局の担当および関係する弁護士、そして競争法の研究者の発想の根底にある市場経済とその介入に関する考え方、発想に焦点を当てる。特に、エラーコスト分析に焦点を当てて検討する。エラーコスト分析とは、反トラスト法の適用に際して、総社会費用の最小化という目的を果たす必要があるという考え方である。ここでいう総社会費用と

---

4) REGULATION (EU) 2022/1925 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act).

5) 共同規制という事前規制手法については、生貝直人『情報社会と共同規制 インターネット政策の国際比較制度研究』(勁草書房 2011) 参照。ところで、公正取引委員会による確約手続、それに伴う競争唱導 (Advocacy) もまた、事後規制の中の早期問題解決思考の一つである。

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

は、偽陽性のコスト、偽陰性のコスト、訴追・裁判などに要するコストの3つで構成される。これは、1970年代から急速にその影響力を拡大したシカゴ学派による市場介入を過度に抑止し、市場の自動調整機能を重視する発想から生まれた考え方である。すなわち、競争法による市場への過剰な介入の結果、本来、競争上問題がない行為が禁止されることによってもたらされる社会的な損失（偽陽性（false positive）による損失）を回避する思考が根底にある。これは、経済学的な根拠に裏付けられた理論というよりは、市場経済に対する信頼表明を上手に表現しているという意味において極めてレトリカルな表現である<sup>7)</sup>。しかし、この偽陽性回避志向は、反トラスト法、あるいは、これまでの競争法の適用に少なからぬ影響を与えている。

そこで、本稿は、米国における合理の原則に関する議論状況を整理し、競争法に関する法的判断枠組みについて考察する。そして、その中で、エラーコスト分析のような市場に対する競争法の介入へのリスク及びデメリット（偽陽性、偽陰性問題）が、どのような影響を与えるのか、この点について検討する。ただし競争法における法的判断枠組みそのものを包括的に取り上げ、また、それを個々の行為類型の中で詳細に検討するのは、極めて壮大、かつ困難な課題である。当然ながら、本稿では、そのような巨大な課題を、そのまま、検討するものではない、本稿の目的は、法的判断枠組みにおける議論の中から、現在の競争法への期待、そして現状への不満からの批判を理解する上で、参考となる要素を提供することを目的とするものである。

## II 合理の原則の生成と発展そしてその課題

### 1) 合理の原則の生成と発展

合理の原則の生成と発展については、すでに詳細な研究がある<sup>8)</sup>。詳細は

---

7) 偽陽性、偽陰性という用語法のレトリカルな要素については、隅田浩司「競争法における偽陽性・偽陰性に関する一考察」土田和博他編『現代経済法の課題と理論 金井貴嗣先生古希記念祝賀論文集』（弘文堂 2022）87頁。

先行研究に譲り、ここでは、簡単にその概要を説明する。1890年、シャーマン法が制定された当時、裁判所は、経済に関する諸問題について、経済学を前提に法適用を行うという発想はほとんどなかった。これに対して、シャーマン法は、企業間の共謀を禁止する1条、独占を禁止する2条というシンプルな構成であり、かつ、その内容は抽象的であったため、当初、裁判所は、この反トラスト法の取り扱いに苦慮していたといわれている<sup>9)</sup>。ただし、1912年に反トラスト法の判断枠組みを初めて具体的に整理したのがChicago Board of Trade事件である。ここで、ブランダイス判事は、シカゴ商品取引所による価格制限は、競争の抑制によって、競争を促進させるだけの効果を有するか、それとも、単に競争を破壊するだけのものなのかという問題を検討する必要があるとし、その上で、どちらの効果を有するかという疑問を解消するためには、当該事業の内容、その行為の性質、拘束が行われた前後での市場の状況の変化、そして、実際のあるいは可能性のある将来の効果、すべてを考慮する必要があるという判断を示した<sup>10)</sup>。

これが、合理の原則の誕生であり、この結果、膨大な立証を原告に課すことになるという結果を生み出したのである。これに対する反発、批判の結果、米国では、合理の原則による判断を回避する傾向が生まれた。それが当然違法(per se illegal)である、当然違法では、経験則上、違法性が明らかな行為については、当該行為の存在を立証することによって、反トラスト法を適用することができるとするものである。この当然違法は、分析手法として、訴追側に有利なものであったことから、広く適用されることになった<sup>11)</sup>。

8) 田村次朗『競争法におけるカルテル規制の再構築：日米比較を中心として（慶應義塾大学法学研究会叢書 91）』慶應義塾大学出版会（2021）、久保成史『アメリカ反トラスト法における合理の原則』中央経済社（2017）。

9) ただし、その中でも、事業提携における競争制限を判断する際に用いられる付随的制限の法理は、反トラスト法における事業提携の判断基準として現在、重要な指針として機能している。U.S. v. Addyston Pipe & Steel Co., 85 F. 271, 280 (CA6 1898), aff'd, 175 U.S. 211 (1899).

10) Chicago Board of Trade v. U.S., 246 U.S. 231, 238.

11) U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940).

膨大な立証負担を要求する合理の原則と、先例において反トラスト法違反と判断され、経験則上、正当化の余地なしとみなされた場合に適用される当然違法という極端な二極化、これが反トラスト法の根底に流れる問題の始まりである。なぜなら、この2つの分析手法では、米国においても顕著に問題となっていた寡占市場における協調行動、独占企業の行為、垂直的制限の問題に対する有効な判断枠組みを提供することが難しいからである。そして、この混乱がピークに達したのが、1960年代頃である。この頃から、特に、垂直的制限を中心として、当然違法の拡張に対する疑問、さらには、反トラスト法による市場や競争への過剰な介入に対する批判が指摘されるようになった。

## 2) シカゴ学派による批判とその後の展開

特に、当然違法を中心とする反トラスト法の運用に対して、痛烈な批判を行って有名になったものが、ロバート・ボークによる The Antitrust Paradox<sup>12)</sup>である。そして、ボークもその中に属するシカゴ学派は、自由主義市場経済を推進するレーガン政権の登場もあって、反トラスト政策の主流派となり、その影響力は決定的なものとなっていった<sup>13)</sup>。この当時のシカゴ学派の論者の多くは、特定の行為が反トラスト法違反となるような反競争的な行為であった場合、仮に裁判所がこれを見逃したとしても（いわゆる、偽陰性）、中長期的には経済の自律的な調整機能によって、その弊害は減少することになる、と考えていた。その結果、反トラスト法上問題のない行為に対して、競争法を適用すれば（偽陽性）、その影響は決定的で、その後、市場経済の自律的な調整では回復することが困難な状況に陥るという考え方に至る<sup>14)</sup>。さらに、エラーコスト分析では、総社会費用の最小化が、反ト

---

12) ROBERT H. BORK, THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF 221 (1978).

13) Jonathan B. Baker, Taking the Error out of "Error Cost" Analysis: What's Wrong with Antitrust's Right, 80 ANTITRUST L.J. 1 (2015).

14) Frank H. Easterbrook, The Limits of Antitrust, 63 TEX. L. REV. 1, 2-3 (1984).

ラスト法適用の上で重要であると考ええる。米国反トラスト法は、1980年代以降、このシカゴ学派に強い影響を受け、その執行方針を大きく変更することになる他、裁判所においても当然違法の原則の縮小へと繋がっていった。

その結果、反トラスト法は、企業間の共謀によるカルテル・談合、市場分割協定といった、明らかに反競争的な行為に対する当然違法の適用、その摘発の厳格化について、積極的な運用は継続したものの、独占規制については、積極的な運用は影を潜め、また、垂直制限に対する規制は低調となった<sup>15)</sup>。また、この当時、当然違法と合理の原則の間を埋めるための分析手法として、簡略化された合理の原則という概念が提唱されたことがある<sup>16)</sup>。しかし、実際には、この簡略化された合理の原則は、裁判所によって積極的に受容されることはなかった<sup>17)</sup>。そのため、当然違法、合理の原則という2つの分析手法の中で、その分析枠組みの硬直性が顕著となっていたのである。

この合理の原則の再整理に関する議論が進化した契機となったのが、1999年、カリフォルニア州歯科医師会の広告制限が問題になった California Dental 事件<sup>18)</sup>である。この事件を契機として、合理の原則の整理が進んだ。現在、最も有力な合理の原則の具体的な分析枠組みを提唱したのが、Amex 事件<sup>19)</sup>である。この事件は、自社のカード加盟店において、商品・役務を

15) 当然違法の原則の縮小というかたちで垂直的非価格制限に合理の原則が適用されるようになった。See *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977). 他方、共同行為規制であっても、その正当化事由を考慮した音楽著作権集中監理団体に関する事件である BMI 事件も、硬直的であると批判されていた当然違法の原則に対する見直しの一つと見ることができる。See *Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting System Inc.*, 441 U.S. 1 (1979).

16) *Vogel v. American Society of Appraisers*, 744 F.2d 598 (7th Cir. 1984) (Richard Posner J.)

17) See *National Collegiate Athletic Assn. v. Board of Regents of Univ. of Okla.*, 468 U.S. 85(1984). なお本判決については、田村次朗「NCAA 事件に見る米国反トラスト法の簡略化された合理の原則」慶應義塾大学産業研究所編『正田退職 法と経済の基本問題』慶應義塾大学産業研究所 (1990年) 153頁参照。

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

19) *Ohio v. Am. Express Co.*, 138 S. Ct. 2274, 2289 (2018).



購入しようとする顧客に対し、クレジットカード会社に加盟店が支払う必要がある加盟店手数料がより安いクレジットカードでの支払いを推奨または依頼する行為を禁止したアンチ・スティアリング条項 (an anti-steering, contractual provision) が問題となった。これによって、加盟店が低手数料のカード利用に顧客を誘引する手段が失われることになる。結論として、Amex の行為は、反トラスト法違反とは判断されなかったものの<sup>20)</sup>、本判決は、合理の原則の分析枠組みを定式化したものとして評価されている。

### 3) 合理の原則の3段階分析と偽陽性バイアス

Amex 事件が提示した合理の原則では、市場支配力と、市場生産高を減少させ価格を上昇させる恐れのある慣行の特定に焦点をあて、第1段階では、被告の行為によって、原告がどのような損害を受けたのか、相手方の反競争的行為の存在及び競争上の損害について一応の立証を行う必要がある。この段階では、市場力の立証が重要な要素となる。この立証に成功した段階で、被告側は、第2段階として、自己の行為の正当化事由について立証する必要がある。仮に、被告の正当化事由の立証が成功すれば、第3段階において、原告は、再び、被告の行為に代わって、より反競争的でない手段によって、その競争促進的な合理性が達成されうることを証明する機会が与えられることになる<sup>21)</sup>。しかし、合理の原則では、第1段階を突破することは極めて困難である<sup>22)</sup>。現状でも大きな変化はない<sup>23)</sup>。

特に近年では、法律家と裁判官は、より精緻な経済分析に基づく定量的な証拠<sup>24)</sup>を要求するようになってきている。その結果、反トラスト法違反の立証に要する経済分析の負担<sup>25)</sup>は一層、増加している。これに加えて、市場の自動調整機能を強調するエラーコスト分析、偽陽性回避志向は、原告の反ト

---

20) 本判決の詳細は、井畑陽平「[取引型]の二面プラットフォームによる垂直的な制限とシャーマン反トラスト法1条：アメックス事件連邦最高裁判決 [2018.6.25]」公正取引821号(2019)19頁参照。

21) 7 PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW, Ch. 15 (4th ed. 2017).



ラスト訴訟を提起するインセンティブに悪影響を及ぼすことになる<sup>26)</sup>。次に、米国のエラーコスト分析は、規制によって生じる総コストの最小化を効率性と評価し、偽陽性、偽陰性によって生じる社会的損失全体を評価するため、当該行為の当事者の利得（規制によって生じる損失）とその被害者の損失を個別に評価する視点はないように思われる。

このように、米国の連邦裁判所が、エラーコスト分析、偽陽性リスク回避傾向となるのはなぜだろうか。この点について、単一の行政機関が競争法を運用するような EU とは異なり、分散された執行機関と先例拘束性の強い裁判システムにその原因があるという指摘がある<sup>27)</sup>。次に、例えば、米国の

- 
- 22) 1977 年から 99 年までに提起された反トラスト訴訟 495 件のうち、84% の事案が原告の立証が不十分であることを理由に訴訟が終了している。ここでいう第 3 段階まで立証責任をお互いが尽くし、その上で、裁判所が、利益衡量の段階、すなわち、当該行為の競争促進効果、反競争の効果を比較衡量し、最終的に裁判所が判断を下すという事案は、全体の 4% といわれる。See Michael A. Carrier, *The Real Rule of Reason: Bridging the Disconnect*, 1999 B.Y.U.L. L. Rev., 1265, 1268-1269 (1999).
- 23) 1999 年から 2009 年までの調査では、97% の事件が第 1 段階で終了し、最終的な段階まで至るのは 2% である。See Michael A. Carrier, *The Rule of Reason in the Post Actavis World*, 2018 COLUM. BUS. L. REV. 25 (2018).
- 24) 定量的な証拠に過剰に依拠することの問題性については次の文献を参照。See Jonathan B. Baker, *Market Definition: An Analytical Overview*, 74 ANTITRUST L.J. 129, 132-33 (2007). また、定性的な証拠の重要性を指摘するものとして次の文献を参照。See Marina Lao, *No-Fault Digital Platform Monopolization*, 61 Wm. & Mary L. Rev. 755 (2020), at 810-811.
- 25) *Daubert v. Merrell Dow Pharm. Inc.*, 509 U.S. 579 (1993). 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 Roger D. Blair & D. Daniel Sokol, *The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach*, 78 ANTITRUST L.J. 471, 473 (2012).
- 26) See Jonathan B. Baker, *Taking the Error Out of "Error Cost" Analysis: What's Wrong with Antitrust's Right*, 80 Antitrust L.J. 1.3. (2015).
- 27) Nicolas Petit, *A Theory of Antitrust Limits*, 28 Geo. Mason L. Rev. 1399, 1449 (2021).

反トラスト訴訟において、仮に、ある判決が、明らかに反トラスト法の適用として誤りのあるものであったとしても（偽陽性）、これが先例として確立してしまうことになる。ましてや連邦控訴裁判所や最高裁の場合は、その先例としての価値は高いとみなされることになるから、このような判決が先例拘束性の中で、同種の誤りが繰り返されてしまうというリスクがある、これを強く意識している裁判所は、むしろ、反トラスト法上、不適切な行為を見逃すような判決になったとしても（偽陰性）、その後、市場の自動調整機能によって、その社会的な弊害が減少するほうが安全であるという思考に偏りがちになることもやむを得ないともいえる<sup>28)</sup>。

#### 4) 原告勝訴事例から見る合理の原則の限界

原告勝訴が厳しいと言われる米国の反トラスト訴訟であっても、原告側が勝訴した事件も少数ながら存在する。近年の勝訴事例として取り上げられることが多いのが、Alston 事件<sup>29)</sup>である。この事件では、学生アスリートに対する教育に関連する付随的な給付の制限を各大学に課した NCAA の規則がシャーマン法 1 条に違反すると判断された。本件では、大学スポーツにおけるアマチュアリズムを保護するために正当化されるという NCAA 側の主張について、アマチュアリズムという定義それ自体が確立されたものではなく、アマチュアリズムと消費者の需要との関連性は充分立証されていないとして、これを退けた<sup>30)</sup>。ところで、この判決では、興味深い表現が見られる。それは、quick-look approval という表現である<sup>31)</sup>。判決において、こ

---

28) Frank H. Easterbrook, *Allocating Antitrust Decisionmaking Tasks*, 76 GEO. L.J. 305, 320 (1987).

29) Nat'l Collegiate Athletic Ass'n v. Alston, 141 S. Ct. 2141 (2021).

30) ただし、教育に関連しない報酬を含め、一切制限を課すことまで許さないわけではない。大学スポーツにおいて無制限な報酬が支払われれば、もはやプロフェッショナル・スポーツとの区別がつかなくなるという意味において、アマチュアリズムを根拠とする一定の制限に合理性が認められる余地がある。

31) NCAA v. Alston, 141 S. Ct. 2156.

の表現は、NCAA が集団的な買手独占力 (monopsony power) を享受していることを認め、この種の制限があれば、自分のサービスを売ることができる学生アスリートは、他に自らの労働力を売る可能性がないことを指摘し、いかに、NCAA がジョイント・ベンチャーであったとしても、その無数の規則や制限のすべてを即座に承認するような類のものではない (it is hardly of the sort that would warrant quick-look approval for all its myriad rules and restrictions) という文脈の中で、NCAA の抗弁を否定する形で用いられている。ただし、従来この quick-look という表現は、簡略化された合理の原則のなかでは、一見して反競争的であると判断できる場合に、詳細な市場分析を要さないという意味で用いられてきたものである。すなわち、Alston 判決での quick-look approval という表現は、一見して合法な場合であれば、反トラスト法は適用されないという逆の意味で用いられているのである。そのため、この quick-look approval という表現が独り歩きして、早い段階で、一見して反トラスト法違反ではという主張を許し、被告側の略式判決の申立を容易にするという結果を招来するリスクを指摘する見解がある<sup>32)</sup>。この点、NCAA の制限ルールについては、競争促進的であるという推定を置くことによって、十分な検討を行うことなく、反競争的効果が否定されているという指摘もある<sup>33)</sup>。この点、Alston 判決は、原告勝訴となったものであって、NCAA の抗弁や主張が安易に認められていないことは事実である。さらに、その分析手法は、忠実に Amex 事件に依拠したものである。そうであっても、この quick-look approval という表現に疑問が呈されるということは、それ自体、反トラスト訴訟における原告の立証負担の大きさや、偽陽性回避傾向に対する実務家や研究者の懸念が大きいことを示唆しているといえる。

---

32) See Christopher R. Leisie, *Disapproval of Quick-Look Approval: Antitrust After NCAA v. Alston*, 100 Wash. U. L. Rev. 1, 22 (2022).

33) Id at 49. Evan Kanz, *Changing the NCAA's "Year-in-Residency" Rule: Narrowing Supreme Court Precedent from Below*, 52 UIC J. MARSHALL L. REV. 1085, 1102 (2019).

また、Alston 事件においても原告は、NCAA の規則が実質的な反競争的効果を有することを示さなければならない<sup>34)</sup>。しかし、この判断枠組みが、本件規則によって生じる損害の証明だけでなく、それによって相殺される効率性を検討したとしてもなお、反競争的効果を有するものだという立証を求めているとすれば、第2段階における被告の正当化事由の立証を待つことなく、すべての立証を原告が負うことになってしまうという懸念がある<sup>35)</sup>。このように、合理の原則では、第一段階の立証責任の軽減が重要な課題である。これに対して、偽陽性回避志向が強ければ、当然ながら、原告の立証責任を安易に軽減することは許されないことになる。また、この3段階（裁判所による利益衡量による判断まで含めると4段階）の合理の原則ルール各段階で、どの程度の主張立証を認め、あるいは抗弁を認めるかどうかの具体的な裁判所の判断のなかでも偽陽性回避志向が、その分析に影響を与える可能性は否定できない。この点、たとえば、第3段階における、より制限的ではない代替手段に関する議論<sup>36)</sup>では、代替手段の存在の立証水準について、検討すべき課題が多いと思われる。

このように、現在においても合理の原則は、依然として、原告の立証負担が大きく、またその運用においても、偽陽性回避志向が作用していると思われる部分が散見される。しかし、少なくともブランダイス判事が示した Chicago Board of Trade 事件から100年以上の時を経て、各ステップに求められる立証の内容を個別に議論していくことが可能になる程度にまでは、十分整理された。今後は、各段階における検討手法の精緻化が期待される。

---

34) NCAA v. Alston, 141 S. Ct. 2160.

35) See Herbert. Hovenkamp, *A Miser's Rule of Reason: The Supreme Court and Antitrust Limits on Student Athlete Compensation*. 78 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 1, 13 (2022).

### Ⅲ エラーコスト分析と偽陽性回避傾向について

#### 1) 偽陽性回避志向に対する執行当局の動向

偽陽性回避傾向は、米国の連邦裁判所において顕著な傾向である。先例拘束性が支配する米国裁判所では、この傾向が急激に変化するとは想定し難い。この点、偽陰性リスク回避による積極的な反トラスト政策を志向する米国連邦取引員会は、2021年、連邦取引委員会法5条の適用範囲について、判例により確立されたシャーマン法の運用で示されている範囲に限定し、いわゆる萌芽規制を放棄する旨、宣言した2015年の声明を撤回した<sup>37)</sup>。その上で、2022年11月、委員会は、連邦取引委員会法5条の新しい執行方針を示した<sup>38)</sup>。主たる根拠として、同5条は、議会により萌芽規制をおこなう権限を付与するものであったとする立法経緯を挙げている。

---

36) See *Epic Games, Inc. v. Apple, Inc.*, 2023 U.S. App. LEXIS 9775. 反トラスト法上の論点に関する限り、原告の主張は認められていない。この事件は、Apple が、iPhone アプリについて、自社の AppStore のみからアプリを配信することを要求し、特にゲームアプリについては、あらゆる課金について、手数料としてアプリ代金または、アイテム購入代金の30%を徴収している行為が、反トラスト法違反となるか否かが問題になった事件である。連邦地裁では、Epic Games は、Apple のアプリ配布条項がモバイルゲームに関する取引コストを競争水準以上に引き上げ、取引数を減少させ、市場競争を阻害していることについて、Apple の手数料率が30%のまま維持されていることそれ自体が、市場の拡大と需要増に鑑みると価格が人為的に高まっていることを示唆し、Epic Games 側は第1段階の立証に成功しているとされた。この事件では、第2段階の正当化事由の争いにおいて、Apple 側の抗弁をどのように取り扱うかが問題になっている。なお連邦地裁では、より制限的ではない他の手段の存在について、セキュリティ保護のための人為的な事前のセキュリティチェックの妥当性などが議論されている。*Epic Games, Inc. v. Apple Inc.*, 559 F. Supp. 3d 898, 2021 U.S. Dist. LEXIS 172303 (N.D. Cal., Sept. 10, 2021).

37) FTC, Statement of Enforcement Principles Regarding “Unfair Methods of Competition” Under Section 5 of the FTC Act (Aug. 13, 2015).

38) FTC, Policy Statement Regarding the Scope of Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the Federal Trade Commission Act Commission File No. P221202 [November 10, 2022].

連邦取引委員会は、さらに、unfairの判断基準について、能率競争(competition on the merits)を阻害するか否か、具体的に2つの要素を考慮するとした。第一に、当該行為が強制的、搾取的、談合的、虐待的、欺瞞的、略奪的といった形で経済力の行使を行う可能性があることを指摘している、次に、当該行為が表面上不公正であると見えない場合でも規制を行うとする<sup>39)</sup>。第二に、当該行為が、消費者、労働者など市場参加者に影響を与えているかどうかのみならず、当該行為が、競争条件に悪影響を及ぼす傾向があるかどうかについて考慮するとしている<sup>40)</sup>。特に、第二の判断要素では、明確な価格の引き上げ、生産量の削減、消費者や需要者の選択肢の制限や品質低下、イノベーションの抑制のみならず、否定的な結果を生み出す傾向があるかどうかを検討するとしている<sup>41)</sup>。たとえば、様々な慣行の累積効果の一部<sup>42)</sup>である場合も、規制の対象となりうると示唆する。これは、同5条の解釈、運用における萌芽規制の復活を意味する。次に、当該行為に関して、被告側の企業による正当化事由の主張については、数値化することができない要因についても考慮するとしている<sup>43)</sup>。そして、この声明では、反トラスト法に関して、その反競争的效果が明確でなくても、その反競争的效果を生み出す蓋然性のある潜在的な違反行為についても規制対象とする。たとえば、独占力または市場力を獲得していない事業者による行為、反トラスト法違反に発展する傾向を持つ行為が含まれるとする<sup>44)</sup>。この声明では、連邦取引委員会が規制を行う可能性のある行為を列挙している。その一部について例示すると、①反トラスト法違反に発展する傾向のある合併、買収、またはジョイント・ベンチャー、②反トラスト法上、競争に悪影響を与える可

---

39) *Id* at 9.

40) *Ibid.*

41) *Id* at 10.

42) *Ibid.*

43) 声明では、a net efficiencies test or a numerical cost-benefit analysisを用いることはないとも指摘する。*Id* at 11.

44) *Id* at 12.

能性があるものの、直接的には反トラスト法に違反していないかもしれない企業結合事案、さらに、③ロイヤルティ・リベート、抱き合わせ販売や、排他条件付取引について、業界慣行や業界の性質によっては、反トラスト法違反に発展する傾向があるもの (the tendency to ripen into violations of the antitrust laws) が挙げられている。

さらに、「反トラスト法の本質」に反すると判断される行為として、①暗黙の協調を促進する慣行、②総体的な損害を引き起こす可能性のある排他的並行行為、③累積的に市場の競争条件を弱体化させる傾向にある行為、④標準設定プロセスを弱体化させる、または、特許出願の審査を妨害する不正行為、⑤クレイトン法の適用を受けない買い手に対し、不釣り合いな販促手当を支払うことを意図的に誘引し、または、受領することによる価格差別、⑥市場支配力を利用し、その維持を図るために、同一または関連市場における競争を阻害する事実上の抱き合わせ、バンドル、独占取引、ロイヤルティ・リベート、⑦個別には、反トラスト法に違反しない可能性があるものの、複数の企業結合行為が一連の流れとして行われる場合、⑧ユニコーン企業などの買収などが挙げられる<sup>45)</sup>。

## 2) この執行方針の影響と評価

この声明は 1970 年代以前の連邦取引委員会の運用への回帰、むしろそれ以上に積極的な規制を行う可能性を示している。これに対して、委員である Christine S. Wilson の反対意見がある<sup>46)</sup>。反対意見では、この声明は、極めて不明確な「見ればわかる (“I know it when I see it”）」アプローチを採用し、かつ、それをどのように実施するかについて具体的な方法論も明示せず、行為を「facially unfair」とラベル付けした後、その行為の正当化事由につい

45) *Id* at 13-16.

46) Dissenting Statement of Commissioner Christine S. Wilson

Regarding the “Policy Statement Regarding the Scope of Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the Federal Trade Commission Act” Commission File No. P221202 [November 10, 2022].



ては、従前、反トラスト法実務が行ってきた詳細な審査を省略することになると批判する<sup>47)</sup>。また、不公正であるかどうかを判断する上で、その「傾向」を分析するという判断は、具体的にその行為によって損害が生じていることを立証する必要はなく、当該行為の累積的効果によって認定されることになる。また、この方針に基づく運用では、市場力の立証を不要とすることになるとも指摘する<sup>48)</sup>。特に重要な指摘は、この声明では、合理の原則は放棄されていること、すなわち、一応の証明がなされた後、当該行為の正当化事由はほぼ認められないこととなるという点である、そのため、これは当然違法と同じ法理をすべての反トラスト法違反が疑われる行為に適用するに等しく、反トラスト法における合理の原則の過去の先例、知見をすべて無視するものであると述べる<sup>49)</sup>。

反対意見は、米国反トラスト法の研究者、実務家の主流派の考え方である。裁判所も同意見であることは容易に推察できることから、当該声明に基づく法運用をFTCが行ったとしても、裁判所においてこれが追認される可能性は極めて低いと予想される。更に問題は、FTCの声明には、合理の原則に代わるだけの代替案が示されていない。

なお、偽陽性バイアス回避傾向は、規制改革（規制緩和）、自由市場への強い信頼に基づく制度設計に親和的である。また、米国におけるエラーコスト分析、偽陽性、偽陰性の議論では、競争を前提とするイノベーション、市場における効率性の実現といった経済的価値と、環境保護、人権といった直接的に経済合理性とは直接関連が薄い社会的価値との調整という視点に乏しい。そのため、エラーコスト分析に対する批判は強い<sup>50)</sup>。

---

47) *Id* at 3.

48) *Id* at 5.

49) *Id* at 6. なお反対意見では、委員長の政治的なバイアスを指摘する他、この種の試みが過去の先例上、ほぼ効果がないと説明している。

50) Herbert J. Hovenkamp, "Antitrust Error Costs" (2022). Faculty Scholarship at Penn Carey Law. 2742. [https://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/2742](https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2742)

#### IV 結 語

米国反トラスト法における合理の原則の精緻化の動向、そして偽陽性回避傾向に関するこれまでの議論を整理すると、不確実性の高まる経済環境における競争法の適用の中で、適切な反競争的効果の分析がいかに難しいか、という問題を再認識させられる。特に、経済分析が浸透しつつある競争法の分析の中では、特定の行為を反競争的であると位置づけるためには、場合によっては、産業組織論に基づく実証分析まで要求されることになる。そこに、不確定な経済環境の中で、当該行為がもたらす影響、特に、そこにイノベーションの萌芽のようなものが推測できるような場合、裁判所が、それを判断できる能力があるのか、という根本的な疑問も検討しなければならない。

特に、この問題は、特定の競争制限を伴う行為に何らかの正当化事由が認められるかどうか、が問題となる場合、特に顕著となる。たとえば、環境保護、労働・人権問題に関連し、競争事業者間の共同行為、協調行為を認める傾向、あるいは、労働問題など、従来、独禁法が取り扱っていない問題について、広く、競争法・独占禁止法を適用するような場合、その適切な理由付けを検討する際には、議論の端々に、偽陽性、偽陰性に対する論者や裁判所そして政策担当者の発想が揺れ動くことになる。たとえば、環境保護に有益な規格の導入に関する共同行為、CO<sub>2</sub>削減および環境負荷の低いエネルギーの採用、あるいは、特定の物質、原材料を使用することを使用しないように取り決めることは、それによってイノベーションの阻害を引き起こす場合もある。特に、最近では、社会的価値の実現を重視する姿勢から、環境保護などにおいて、むしろ、共同行為を容認し、その結果、その領域における競争法の適用を控える（適用除外とする）という考え方も違和感なく受け入れられる傾向が強い。このことは、偽陰性リスク回避傾向の強い経済政策、競争政策が主流になることを意味する。実は、競争法、競争政策において、偽陽性、偽陰性という志向性の間を振り子のように行ったり来たりするような議論状況は、特に、米国の反トラスト法の歴史において顕著に見られる。その意味においても、米国反トラスト法における合理の原則、その分析手法、そ

して偽陽性回避期傾向とそれに対する批判に関する議論について検討することは、日本の独占禁止法、競争政策を一步引いて検討する際、一定の示唆をもたらすものであるといえる。

〔謝辞〕 私が博士課程において、指導教授をお願いしてから現在に至るまで、田村次朗先生には、この脚注では、とても語り尽くすことはできないほど、幾多のご高配を賜った。これまで、田村次朗先生より賜ったご高配には、感謝と御礼の言葉をいくら積み重ねても到底、足りるものではない。田村次朗先生は、私にとって、卓越したご業績、ご実績ある卓越した研究者として尊敬すべき方、というにとどまらず、そのお人柄そしてその人間力すべてにおいて、まさに、仰ぎ見る恩師である。田村次朗先生にお会いすることができ、そしてご指導を賜ったことは、神が私に授けてくださった生涯最大の贈り物であると感じている。ところで、慶應義塾では、先生とは、福澤諭吉先生ということになる。しかし、自分が学んだのは、慶應義塾というよりは、むしろ、田村次朗先生からであって、私にとっては、田村次朗先生のみが先生なのである。これは生涯変わることはない。ただし、これほどの学恩、ご高配を賜りながら、浅学非才ゆえ、なんのご恩もお返しすることができないことが、重ね重ね、申し訳ない限りである。今後、少しでも先生のご恩に報いるべく、先生よりご教示賜った、経済法、国際経済法、そして交渉学・対話力 (Dialogue Management) の研究に真摯に取り組みつつ、「実学」として有益な分野であれば、果敢に挑戦すべきであるという、これも先生よりご教示賜った研究姿勢をもって、少しでも先生の御恩に報いるべく努力してまいりたい。末筆ではありますが、田村次朗先生のますますのご発展を心よりお祈り申し上げ、これまでのご高配、ご厚情に心より御礼申し上げます。そして、今後とも、引き続き、ご教示を賜りますよう何卒よろしくご祈り申し上げます。