

反トラスト法による抱合せ販売規制の新展開

藤 田 稔

(人文学部 法経政策学科)

はじめに

1. アメリカ反トラスト法における学説と判例の新展開
 - 1-1 抱合せ販売の学説の展開
 - 1-1-1 シカゴ学派の学説の展開とその批判
 - 1-1-2 情報の経済分析に基づく抱合せ販売の分析
 - 1-2 連邦最高裁判所判決の歴史的展開
2. 日米の法理の比較検討
 - 2-1 反トラスト法の判例法理の現状と課題
 - 2-2 日本の審決・判例・公取委の指針との比較検討

結び

はじめに

2006年3月に、特許製品に関する抱合せ販売でアメリカ連邦最高裁判所は、事業者は特許権を保有することにより当該製品に市場力を有するとは推定されないとの新たな判断を示した¹。米国の学説にも新たな展開が見られる。本稿は、米国の学説と判例法理の歴史的展開及び現状と課題をまとめ、日本の審決・判例・公取委の指針と比較することを目的としている。

1. アメリカ反トラスト法における学説と判例の新展開

1-1 抱合せ販売の学説の展開

1-1-1 シカゴ学派の学説の展開とその批判

抱合せ販売を規制する初期の判例法理²は、特許権に基づく主たる製品³の特許範囲が、特許権の梃子の力によって特許権を持たない従たる製品にまで拡張されることを問題にし、また、

「抱合せ販売は、競争抑圧以外の目的に資することがほとんどない。」との見方⁴を示した。これに対して、いわゆるシカゴ学派によって批判が加えられ、新たな分析と法理が提起された。本節では、このシカゴ学派の学説の展開を中心に、それを批判する学説や判例法理を支えてきた学説について概観する。

1957年のBowmanの論文⁵は、抱き合わせを行うと買手に対する主たる製品の魅力を減らして主たる製品の販売量が減少して利潤を減少させるのであり、従たる製品の売上にこれを補って余りある収入増加が必要であることを示した上で、独占的な梃子の力の行使は、主たる製品における既存の独占力の収入最大化の手段として行使されるものと、従たる製品に新たに独占を形成する為に行使されるものとに区別されると主張している。Bowmanは、主たる製品が独占市場、従たる製品が完全競争市場で、主たる製品と従たる製品が変動比率で用いられる補完関係にあって主たる製品と従たる製品の需要が相互関連し、従たる製品の用途が主たる製品と関連して用いられる用途に限られている場合に、抱合せによって、主たる製品の価格は独占価格よりも下がるものの、従たる製品の価格が上昇し生産量が減少し、主たる製品に独占価格を付けた場合よりも両製品の利潤の総計が増加し最大化することを示した。Bowmanはこれを独占力の拡張と把握したが、他のシカゴ学派の論者は、これも価格差別によって独占力の有効な利用がなされたにすぎないと考えている⁶。

Bowmanが既存の独占力の収入最大化の手段と見た抱合せ販売は、価格差別の計測装置としての利用であった。主たる製品を高頻度に利用する需要者は主たる製品に高い価値を見だし高額を支払許容価額を有しているが、主たる製品の使用頻度が小さい需要者は支払許容価額も低い。この場合、主たる製品の価格差別をすることで収入を増加させることができるが、需要者間の転売による裁定取引を防ぐことと、需要者側の使用頻度を計測する必要がある。そこで主たる製品の価格を引下げて、従たる製品の価格を市場価格よりも引上げてそちらから収益を得るようにすると、使用頻度に応じた従たる製品の使用から得られる収益によって、主たる製品に価格差別を行ったのと同様の結果を得られる。これが価格差別の計測装置としての抱き合わせである。この抱合せでは、主たる製品の販売で価格差別を行った以上の結果は得られず、従たる製品市場で新たな市場力を生じることがない故に、抱き合わせの規制対象から除外すべきであるとBowmanは指摘する。

Bowmanは主たる製品と従たる製品が固定比率で用いられる場合は、買手は主たる製品と従たる製品の総計価格に基づいて購入するので、主たる製品に独占力を保持していれば、主たる製品のみで独占利潤を獲得でき、抱き合わせを行う意義がないとも指摘している。ただし、主たる製品に価格規制がされていれば、従たる価格を引上げて追加の利潤をあげることで、主たる製品の価格規制を実質的に回避できる意義があると指摘している。

Bowmanの抱合せ販売規制の法理に対する政策的含意は、必ずしも明確ではない。技術的な

相互依存性が両製品にある故に抱き合わされる場合、適切な成果に必要な仕様を注意深く記述することで抱き合わせをしなくても成果は得られることを認めているし、他方で、需要者側はこのタイプの抱き合わせには取引の強制を見出さないと指摘している。抱き合わせが結合生産又は販売の効率性をもたらすケースについても、結合体の生産・販売コストが部品を別々に生産・販売するコストよりも小さい場合は抱き合わせが存在しているとは言えず、コスト面で有利ならば強制は不要であると述べている。もっとも、抱合せ販売を当然違法とすることには、明確に疑問を呈している。

BorkがBowmanの議論を当然合法論に向かって純化させた⁷。Borkが反トラスト法において問題にする行為は、市場力を生み出す行為であるが、市場力を一つの市場から他の市場に拡張させる梃子の理論をBorkは全面的に否定する。抱合せ協定は、一つの独占から二つの独占利潤を得る手段ではなく、独占力は二重にカウントできないと言うのである。主たる製品に独占価格を付けておいて、さらに従たる製品に市場価格を上回る価格を付ければ、主たる製品の価格が独占価格を超える場合に等しい効果を持つことになって、販売量が減少することになり極大利潤を得られなくなるという議論である。市場力の拡張が生じないにもかかわらず、抱き合わせが行われる理由は、効率の改善によって収益が増加することに求められることになる。したがってBowmanでは政策的含意が必ずしも明確ではなかった価格規制の回避、価格差別の計測的手段、技術的相互依存性、結合生産・販売の効率性のケースは全て効率性の増進を示すものとなり、技術的相互依存性に起因する抱合せも、主たる製品に適切な成果を得る為に必要な従たる製品の仕様を注意深く記述する手法よりも、抱合せをした方がコストが低いから行われるという説明になる。

Posnerも、Borkと同様に基本的には反トラスト法において問題にすべき行為は、市場力を生み出す行為であるとするが、独占獲得に向けて使われるコストを社会的資源の浪費として問題とし、さらに独占力を持つ者が効率性が等しいか自分よりも効率的な事業者を排除して市場力を拡張する可能性を有していることを認めることが⁸、Borkと大きく異なっている。価格差別が経済効率を向上させるか否かについては、価格差別の態様によって効果は分れるし、価格差別を行うこと自体がコストを増加させる行為であるが、Posnerはこれらの効果を認めて、価格差別の計測装置としての抱き合わせの利用をBorkのように積極的に効率増進的なものとして評価しないが、価格差別を一般的に禁止している法律がないことから、このタイプの抱き合わせを規制する根拠も乏しいとする。Posnerは、梃子の理論の致命的な弱点は、一つの市場で独占力を持つ企業が、補完品を同様に独占しようと欲する理由を説明できないことにあるとし、判例法理が抱き合わせの結果としての従たる製品市場での独占形成の証拠を要求しなかったことを批判する。Posnerは抱合せ販売を悪性のある行為と一般的に評価することはできず、シャーマン法2条の一般的な独占行為の規制の中で対応すれば足りると主張する⁹。

こうしたシカゴ学派の理論展開に対して、KaysenとTurnerは、抱合せは常に従たる製品の参入障壁を主たる製品の参入障壁の水準にまで高める行為であると主張していた¹⁰。一方の製品を供給しようとする売手は他方の製品も供給して、抱合せを行っている売手に完全に代替しなければならなくなるからであるとし、主たる製品に代替する製品を開発するのは、不可能ではないとしても困難であろうから、抱合せは市場力をそれが存在しない市場に拡張する傾向があると説明していた。だが、この議論は従たる製品が主たる製品にしか用途がないという極めて限定された条件が前提となっていて¹¹、一般的に抱き合わせが梃子の力を発揮できることは論証していないと思われる。

従たる製品市場に独占力を拡張する梃子の理論は、1990年のWhinstonの論文によって明確な形を取るに至った¹²。Whinstonはそれまでの議論では、従たる製品市場が競争市場であることを前提にしていたが、この仮定の下では、従たる製品市場の市場構造に影響を与える梃子の使用は現実には不可能であると指摘する。ウィンストンは、規模の経済性が従たる製品に存在し、結果として市場構造が寡占的になる場合を仮定したモデルを基に分析し、従たる製品市場に市場力が拡張される場合があることを明らかにした。しかしながら法規範に対する含意は必ずしも明らかではないとされており、梃子の理論が有効な場合があることを示したに過ぎない。

これに対して、抱合せ販売に対する当然違法の法理を積極的に定式化したのは、1958年のTurnerの論文である¹³。Turnerは、裁判所が保護しようとしている正当な利益は、しばしば、梃子の力の行使から買手を保護することにあつたことを認めているが、買手の保護だけが目的ならば、少なくとも実質的な力が合理的に推定できるケースに当然違法のカテゴリーを限定することになると指摘する。しかしながら裁判所は、従たる製品市場に競争者が自由にアクセスし、個々の製品の販売競争が製品のメリットに基づいて行われることに対して主要な関心を抱いていると述べて、たとえ売手の主たる製品に対する力が小さくて買手が抱合せ取引を強制されたとは言えない場合でも、有害な影響を受けることを指摘する。Northern Pacificの事案¹⁴では、競争している鉄道会社が提供する条件と等しい条件で買手側が役務の提供を受ける権利が保証されており、買手側は従たる製品市場の競争の利益を得ていた。Turnerは、従たる製品の競争者が能率競争によって競争することを妨げられていることを問題にし、顧客が強制を受けているとまで言えない事案にまで違法性の範囲を広げることが提唱した。買手が自由に選好した結果であるとは言えない限度で最低限の力が売手には必要となるが、それは、主たる製品が他の製品と区別できる特性を有していれば十分であるという見解である。Turnerは、技術的相互依存性由来する信用の保護は、適切な成果に必要な仕様を注意深く記述するという代替的手段により抱合せを用いなくても実現可能であり、主たる製品と従たる製品の購入に時間差がある場合を対象にすれば、結合生産の効率性も僅かであると考えられるので、抱合せによって得られる正当な利益はなく、当然違法の原則が妥当であると論じる。従たる製品市場における競争

者の能率競争が阻害されることを問題にするものであり、従たる製品市場に市場力が発生することを問題にするものではなく、シカゴ学派の議論とは基本的な前提が異なっている。

抱合せの主たる目的が価格差別にあると認めつつ、潜在的な独占力をこのように抱き合わせによって実現すること自体を問題にし、独占力の行使を抑止する為に抱合せ販売を当然違法とすることが妥当であるとする学説もある¹⁵。この学説では、主たる製品が市場において一定のシェアを占めるという形で独占力を有していることが当然違法の適用の前提となっている。この学説は価格差別の効率性やコスト効果を問題にするわけではないので、消費者余剰の売手側への移転を問題にすることになろうが、シカゴ学派はこういった経済効果に焦点を合わせる政策を評価しないので¹⁶、ここでも政策論の基本的な前提が異なっていると言える。

1-1-2 情報の経済分析に基づく抱合せ販売の分析

情報の経済分析が、抱合せ販売の違法性の認定に新たな知見をもたらしている。

Crasswellが1982年の論文で、情報の経済分析に基づいて抱合せ販売の新たな分析を提示した¹⁷。その問題意識は抱合せの事案の多くが極端に集中度の低い市場で生じていることをどのように説明するかにあった。何故、買手が抱合せを受け入れたかが問題になり、独占力を有する売手が課した場合には、買手側に選択肢がないとの説明が可能だが、独占力がない売手ではこの説明は当てはまらない。その場合、①買手と売手の双方のコストを削減する協定であり双方に便益をもたらすものである場合、②抱合せが独占以外の市場の失敗の帰結である場合があるとする。

後者については、さらに、①詐欺又は不意打ちによるもので、買手が抱合せを受け入れることになることを知らなかったことに起因するものであり、売手側が故意に抱合せの存在を隠していた場合や買手側が注意深く契約を読まなかったことによって発生するもの、②売手の機会主義的な行動によるもので、買手が購入を始めた後に、売手から抱合せを受け入れなければ主たる製品の供給を止めるとの脅しを受けて抱合せを受け入れたというもので、売手側が他方当事者の契約内容の了解に反して行動することによって生じるものであり、受け入れる買手側のコストが他の売手に転換するコストに達するまで抱き合わせを課することができるもの、③レモンの均衡と呼ばれるもので、買手が契約内容そのものは十分に知っていても、他の選択肢との価格比較や品質の比較が困難な場合等、十分な関連情報を有していないことに起因するものに分類されている。Crasswellは、これらは、消費者保護の他の領域である非良心的な契約と質的に同様な問題であると論じる。

他方、前者に属する抱合せには、①生産・流通の効率性が向上することによるもの、②従たる製品の製品選択の効率性によるもので、情報不足で買手側の適切な製品の選択が困難な場合

や、売手側が規模の経済性や、他の供給業者から供給を受ける際に大量購入に基づく大きな交渉力を活用できる場合には、製品選択を売手側に委ねることで、両者とも利益になるもの、③製品評価の効率性によるもので、様々な構成要素の評価が結合製品において最も容易に評価できる場合であり、様々な構成要素を別々な事業者から供給を受けた場合には、適切な評価を下すことができなくなることによるもの、④リスク配分の効率性によるもので、買手が主たる製品の価値に確信を抱いておらず、従たる製品の購入量が主たる製品の使用量に依存する場合には、主たる製品がコストを下回る価格で販売され、買手が従たる製品を市場価格を上回る価格で購入することが条件とされることを両者ともに選好するというものであるが、これは非良心的な契約と非難される事例にも登場するもので、結局は売手と買手のどちらが有利になるかは様々であるとされている。

その上でCrasswellは、反トラスト法における救済は、放任か禁止かの選択肢しかないが、抱合せがしばしば売手に独占力がない場合に発生し、問題とすべき場合にも買手側の情報不足に由来することから、情報志向の救済策の策定が可能であり、不完全情報のケースはこれを正し、十分に効率的な抱合せはそのままにして、効率的な抱合せと非効率的な抱合せとの選別を市場に委ねるアプローチを提唱する。具体的には、①売手に抱合せの存在を開示させる、②抱合せのコストが買手側にどの程度になるかを売手に開示させる、③売手に全体のパッケージに単一の価格を付けることを求める、④主たる製品と従たる製品の供給業者が別個の業者であって財務上の関係がないことを求める、⑤以上の救済策が執行コストや有効性等において問題がある場合には全面的に禁止するという救済方法である。Crasswellは独占力のない売手によって行われる多数の抱合せの問題は反トラスト法の問題ではなく、消費者保護の問題として取扱い、民事契約の法理や行政的な開示規制で対処すべきであると論じている。

Crasswellが、情報の経済分析に基づいて、抱合せ販売の経済的根拠を示しながらも、反トラスト法の問題とはすべきではないと指摘したのに対して、SullivanとGrimesは、反トラスト法違反の積極的根拠として、情報の経済分析を用いた。彼らは、主たる製品に何らかの市場力を有している売手は主たる製品のみを販売を通じて力を行使することに不満を抱いている場合があり、抱合せを課すことによって買手の取引を複雑にし、結果として主たる製品に対する需要の実質的な減少もなく、従たる製品に対する買手の需要を増大させて、買手を搾取する能力を高めることができると論じている。欺瞞や搾取に基づく需要の増加は、主たる製品の販売のみでは得られない反競争的な結果であるとし、抱合せには、①買手の購入決定を複雑にし、買手が最も有利な選択をするのに必要な情報を集めるのを難しくし、買手がコストに敏感な行動を取るインセンティブを掘り崩す、②ある程度従たる製品の売手の競争者の市場機会を閉鎖するという二つの有害な効果があると論じている¹⁸。

このうち前者が市場の不完全に起因するものであるが、これはさらに、①購入決定の際に買

手が直面する情報不足に起因するものと、②購入決定の際の、動機上の欠陥、又は、コストを意識した行動のインセンティブの欠如に起因するものに分類されるとする。そして、抱合せが買手の情報不足を濫用するものであることを示す多くの要因があるとして、①従たる製品の先延ばしされた購入を求めているか、②買手の注意が主たる製品に向けられそうなものか、③主たる製品と従たる製品とが複雑な商品又はサービスであるか、④抱合せが洗練されていない買手をターゲットにしているかどうかを挙げている¹⁹。

①については、買手が主たる製品の購入後、時間を経てから従たる製品を購入する場合、主たる製品が購入される時点では、買手は従たる製品のコスト又は品質に鈍感であり、たとえ買手が従たる製品の購入条件に関心を抱く場合でも、買手はどの程度従たる製品を購入する必要があるか、従たる製品が必要となる将来において、従たる製品の代替品が存在しているか否かは誰も知ることはできないと指摘する。そしてこの説明が多数の最高裁判決の事案の解明に適合していると論じる²⁰。③については、例えば、小麦粉のパッケージが砂糖のパッケージと一緒に売られていても、大部分の消費者はパッケージ価格がバーゲン価格なのか否か容易に計算することができるが、パッケージが、コンピューター、ソフト、プリンターを含む場合には評価はより困難になるとし、これらの抱合せの分析に情報の問題が関連していると指摘する²¹。

次に、買手の動機が影響を受けやすい二つの状況として、①買手のために購入決定を行う代理人が、裏切ったりその利害に葛藤があったりする場合、②買手が購入コストを第三者に移転することができる場合があるとし、①については、例として、フランチャイズでフランチャイザーがフランチャイジーに代わってサプライの購入先を指定する場合で購入先からフランチャイザーにリベートが支払われるケース、②については保険の対象となっている製品を従たる製品として、従たる製品に高価格を付けるケースを挙げている²²。

SullivanとGrimesは、こうした市場の不完全による抱合せ以外にも、抱合せを行う売手の高いシェアと結びついた競争侵害も指摘している。従たる製品の競争事業者が同等の製品を、抱合せを行っている事業者よりも安く提供する場合には、相手方に競争事業者と取引することを認める条項の付いた抱合せ販売について、従たる製品の売手にとっても買手にとっても取引における価格競争のインセンティブを減殺することで、協調的な行動を容易にする効果があり、抱合せの反競争的効果の分析には、抱合せを行っている事業者のシェアのみではなく、ライバルのシェアの総計も考慮すべきであると指摘している²³。そして彼らは、買手の情報上の欠陥を濫用する抱合せの反競争的効果は、独占力の行使と結びついた抱合せと本質的に異なっておらず、個別の事案では両者の効果は相俟って分ちがたく存在していると指摘している²⁴。

Grimesは、特にフランチャイズについて、フランチャイザーがフランチャイジーに対して、契約関係に基づく市場支配力 (relational market power) を有していると論じる。フランチャイズの事業関係に入ることによってフランチャイジーに生じるサンクコストの結果、転換コストが高くな

り、フランチャイジーがフランチャイザーにロックインされて、フランチャイザーのフランチャイジーに対する市場力を生み出すという理論である。フランチャイズの事業関係が長期に及ぶものであることから事業関係に入る前にはフランチャイジーは極度の情報不足の状態にあって単にフランチャイズ事業の投資収益の情報に注目するだけであって、種々のフランチャイズ事業の事業開始後のライフサイクルでのコストを比較できる状況にはない。サプライ製品の購入先の指定によってフランチャイズの商標とサプライ製品の抱合せが行われる可能性がたとえ一般的な文言で事前に開示されていても事業関係に入る前のフランチャイジーには評価できないので事業関係に入ってしまう、その後にフランチャイザーによる力の行使を受けて搾取されることになるが、この力の行使を反トラスト法違反として規制する必要があると主張する。フランチャイザーがサプライ製品の仕様を指定したり複数の購入先を指定したりするのでは、フランチャイズとしてサプライ製品の品質を保持することができない場合にのみ、抱合せは正当化されるとする²⁵。

これに対して、Kleinはフランチャイズの事業関係に入る場合には、フランチャイジーは多数のフランチャイズから選択できるのでフランチャイザーには市場力はないと指摘する。Kleinは事業関係の成立後にフランチャイジーにサックコストが生じてロックインされてフランチャイザーが市場力をふるう可能性があることを否定しないが、それは抱合せが課されることが事前に開示されていなかった場合か、事業関係に入った後に一方的にフランチャイザーが政策変更した結果、フランチャイジーが競争水準を超える価格を従たる製品に支払われた場合であるとし、一般的な文言でも事前に可能性が示されていればよく契約後の事業に関して完全な情報の提供が求められているわけではなく、FTCのフランチャイズ情報公開規則を遵守していれば全く問題はないとする。契約後の政策変更による不意打ちはフランチャイザーの評判を悪化させて新たなフランチャイジーのリクルートの際に支障を来すことになること、フランチャイジーをリクルートする際のフランチャイザー間の競争が事業関係の成立後のロイヤルティとサプライ製品のパッケージ価格を競争水準にもたらずこと、フランチャイジーは事業関係の形成後に発生する問題を当初の契約段階で契約条項によって取決めることができるし、反トラスト法ではなく契約法の法理で事後のフランチャイザーの行動を調整すべきであるとする。抱き合わされたサプライ製品の価格が競争水準を超えている場合でも、その場合はフランチャイズのロイヤルティが低く設定されており、ロイヤルティをサプライ製品の収益から得ようになっているのであって、パッケージの価格としては競争水準にあって、フランチャイジーが損害を被ることはないとは指摘する²⁶。

このように、情報の経済分析は抱合せ販売の分析を大きく前進させたものの、具体的な違法性要件の提起では、学説が分れている状況にある。

1-2 連邦最高裁判所判決の歴史的展開

抱合せ販売に関しては、パテントミスユースの法理²⁷が反トラスト法の法理に影響を与えてきた²⁸。Sidney Henry et al. v. A. B. Dick Company²⁹では、原告のDick社は、特許機械を原告が製造したサプライ製品のみを用いることを条件に販売していた。被告のHenryらがこうした条件を知らず、特許機械に使用されるインクを販売したことに対して原告が提訴し、連邦最高裁は特許権の寄与侵害であると判示して抱合せを肯定した。この判決は、1914年のクレイトン法の成立に影響を与えた。

クレイトン法3条が直接的に定められている類型は、「競争者の物品の使用又は取扱いを行わない」ことであり、排他的取引協定である。これに対して抱合せ販売は、その間接的効果として、従たる製品が購入される限度で競争者の物品の使用が制限されるに過ぎない。このように法の文言では抱合せ販売は直接的に定められていないにもかかわらず、議会が法案を審議した際には、それまでの抱合せ販売に対するシャーマン法1条の判例を乗り越えることが制定の目的の一つとして、明確に意識されていた³⁰。

クレイトン法制定後の1917年のMotion Picture Patents Company, v. Universal Film Manufacturing Company et al.³¹では、原告は映写機の特許権者であったが、映写機に貼付したプレートにより、原告の製作した映画のみに映写機を使用することを条件として告知していた。最高裁は、原告の行為は法が独占を付与した特許機械から収益を上げるのではなく、特許機械で使用される特許権のないサプライ製品から収益を上げようとする行為であり、サプライ製品に力を拡張する行為であると認定した。最高裁はクレイトン法3条に言及し、クレイトン法3条を本件で適用する必要はないが、公共政策の最も説得力ある表現として受け入れなければならないと判示した。こうして抱合せ契約はパテントミスユースの法理の一角を占めるに至った。

1922年の、United Shoe Machinery Corp. v. U. S.³² 事件判決では、賃貸人の競争者の機械を使用しないとの特定の条項が含まれているわけではないが、その実際効果は競争者の機械の使用を妨げるものであるとして、直接的な競争者排除条項を含まない行為へのクレイトン法3条の適用可能性を認めた上で、靴の製造機械の供給において支配的地位を占める事業者（シェア95%）による行為が、クレイトン法3条の競争減殺条項を満たすことは明白であると判示している。

注目すべきは、以後の最高裁判例の展開は、競争者を排除する効果がより直接的な排他的取引協定については、違法性の認定をより慎重に、競争者を排除する効果が間接的である抱合せ販売の違法性の認定はより容易になるように展開したことである。1936年の、International Business Machines Corp. v. U. S.³³事件判決は、作表機械を賃貸するに際して、そこで利用するパンチカードを被告から購入する旨の条項がクレイトン法3条に違反すると判示しているが、作

表機械の特許権を有するメーカー間における、それぞれがこの種の賃貸を行うことに合意し、他のメーカーの機械を賃借している者に対して、自社製のカードを購入するように勧誘しないとの協定も存在しており、主たる製品市場に独占的地位を占める事業者による抱合せで、従たる製品市場の閉鎖も万全に近いとも言えるものであった。

だが、Borkは、本件は価格差別の計測装置としての抱合せの利用の事案であったと分析しており、違反行為とされたことに疑問を呈する。最高裁は、IBMの作表機の賃借人として政府は自作のカードを使用する権利を交渉によって得たが、その結果レンタル料が15%上昇したと記しているが、これはパンチカードの価格を通じて作表機の賃借料が払われていたことを示していると言うのである³⁴。だが、SullivanとGrimesは、本件の政府のように力のある洗練された買手に対して抱合せを課さないような差別的なやり方は、より情報・知識のない買手に対して高い価格を課す価格差別の実施と整合しており、主たる製品に高い価値を有する者に対して高い価格を課す価格差別とは整合していないと指摘する³⁵。従たる製品であるパンチカードの購入は、抱合せ契約の締結後、時間を経て行われるのであり、むしろ情報・知識に乏しい小規模な買手を搾取するタイプの抱合せであると分析している。さらに、本件では従たる製品のパンチカードに他の用途がなく、抱合せによる市場閉鎖でライバルの規模の経済性が失われる可能性も指摘している³⁶。

これに続く1947年のInternational Salt Co. v. U. S.³⁷ 事件判決は、産業塩の最大のメーカーが、塩を加工する機械及び塩を缶製品に注入する機械に特許権を有していたが、これらの機械の賃貸に際して、機械で使う全ての岩塩を自ら購入することを求めたことが、シャーマン法1条とクレイトン法3条に違反するとした地裁の事実審理省略判決（summary judgment）を支持している。1944年に、これらの機械に使用する為に岩塩は、11万9千トン、約50万ドル、販売されていた。最高裁は、「価格協定のみが当然に不合理なのではなく、競争者を市場のかなりの部分から閉め出すことも、当然に不合理である。」「これらの契約によって影響を受ける事業量は、重要でないあるいは実質的ではないと言うことはできず、この協定の独占獲得の傾向は明らかであると思われる。」と抱合せ販売を当然違法とする法理を打ち出した。本判決では、主たる製品である当該特許機械の市場力がどの程度のものか、また従たる製品市場の市場閉鎖の割合も認定されることなく違法性が認定されたものの、当然違法とされる要件もその実質的根拠も必ずしも明らかではなかった。また、同質の塩をより低価格で競争者が提供すれば、賃借人は公開市場で自由に購入できるとも定められており、従たる製品の価格は競争水準を上回るものではなかったが、被告は単に競争者と等しい販売価格を付ければ足りたことから競争を制約する効果は免れないと判示された。従たる製品市場に市場力が生じたか否かは、違法性の認定に際して問題にされないことを意味していよう。

本件では主たる製品は特許製品である。だが、特許権は範囲と重要性は様々であり、特許権

を有しているからといって、市場力を有しているとは限らない³⁸。Turnerは、本判決は、主たる製品市場の支配的地位は違法性の認定には不要であること、むしろ支配的地位が、主たる製品が何らかのユニークな側面を有していると単に立証することで、推定されることを含意していたと把握している³⁹。本判決は政府の主張を受け入れてパテントミスマスの法理を抱合せ販売の反トラスト法に移植した判決であると、現在の米国連邦最高裁は評価している⁴⁰。本件の最高裁は何ら認識していないが、本件の抱合せは、価格の暗黙の協調的行動を助長するものであるとの指摘がある。売手にとっても買手にとっても従たる製品の販売価格が競争者と同一になる結果、価格競争のインセンティブが失われることによる⁴¹。

1949年に最高裁は、*Standard Oil Co. of California v. U. S.*⁴² 事件判決において、必要量購入契約による並列的系列化の事案で注目すべき判決を下したが、その中で傍論ではあるが、「抱合せ販売は、競争抑圧以外の目的に資することがほとんどない。」と判示した。

1953年の*Times-Picayune v. U. S.*⁴³ 事件判決は、ニューオーリンズで朝刊と夕刊を発行する新聞社が朝刊紙掲載の新聞広告と夕刊紙掲載の新聞広告の取引を抱き合わせてシャーマン法1条に違反したと問擬された事案であり、当該地域の唯一の競争者は夕刊紙のみを発行していた。本判決は抱合せ販売の先例を総括して、シャーマン法1条の下では、売手が主たる製品市場において独占的地位を占めており、かつ、競争者が市場のかかなりの部分から閉め出されるなら当然に不合理であり、それより競争効果要件の程度が低いと考えるべきクレイトン法3条の下では、このいずれかを満たせば当然に不合理であると解した上で、主たる製品のシェアが40%では、違法性は認定できないとともに、本件では別個の製品の抱合せを認定できないと判示した。*International Salt Co.*事件判決では、シャーマン法1条とクレイトン法3条の違反要件を区別することなく判示していた。しかも主たる製品の市場力がどの程度のものか、また従たる製品市場の市場閉鎖の割合も認定されることなく違法性が認定されており、当然違法の法理を示したとも読める判例であったが、本件はそれに追随することはなかった。もっとも、本判決も特許権や著作権を有していることから市場力を推定できることを認めており、市場の事業者数を鑑みればシェア40%は、大きなシェアとは言い難い数字だった⁴⁴。

1958年の*Northern Pac. R. Co. v. U. S.*⁴⁵ 事件判決が、当然違法の法理を確立した判決である。政府は被告の前身に、約5000万エーカーの土地を鉄道建設に便宜を図って譲渡した。1949年までに、鉄道会社は約3700万エーカーの土地を販売したが、販売されなかった土地の大部分は、賃貸に出された。大部分の販売契約、リース契約は、優先運送条項を含んでいた。これは、譲受人・賃借人は、その土地で生産された製品を全て、被告と競合する鉄道の料金が同社の料金より低廉である場合を除き、被告の鉄道で輸送しなければならないというものだった。政府は連邦地裁に、被告の優先運送条項はシャーマン法1条違反の非合理的取引制限であるとの宣言を求めて提訴した。種々の正式事実審理前の証拠収集手続の後、政府は正式事実審理省略判決

の申立てをした。地裁は政府の申立てを認めて差止命令を出した。被告は、最高裁に跳躍上告を行った。

最高裁は、1949年のStandard Oil Co. of California v. U. S. 判決から、「抱合せ販売は、競争抑圧以外の目的に資することがほとんどない。」を引用して、抱合せ販売に対する非難を強めた。抱合せ販売の悪性の説明として、そのような条件が課されると、従たる製品市場におけるメリットに基づく競争が必然的に歪められ、競争者が従たる製品市場に自由にアクセスすることが、抱合せを課した者がより良い製品とかより安い価格を提供しているからではなく、他の市場における力ないし梃子によって否定されることになり、これは同時に購入者が競争商品間で自由な選択を差し控えることを強制されることになると述べている。この説明で注意すべきは、メリットに基づく競争が害されることと自由な競争が侵害されることとが、表裏一体のものとして捉えられており、顧客の自由な選択が歪められることがこれに付加される形を取っていることであろう。本判決は、当事者が主たる製品に関して、従たる製品市場の自由競争を容易に感知し得る程度に制限するのに十分な経済力を有し、とるに足りないとは言えないだけの州際通商が影響されればいつでも、それらはそれ自体として不合理であるとしたが、この場合の「十分な経済力」とは、他の市場における能率競争を妨げる経済力を意味していた。さらに、少なくとも他の説明が提出されない限り、大量の抱合せ協定の存在それ自体が、被告の大きな力の説得力ある証拠であるとも判示している。

本件の従たる製品は輸送役務であり物的製品ではないので、クレイトン法3条の形式要件を満たさず、シャーマン法1条の適用が問題となったが、従たる製品が物的製品と役務とで取扱いを異にする合理的根拠は見出し難い。主たる製品には特許権もなく、市場力が高い市場シェアから認定されたものでもなかったことから、違法性が認定される要件のハードルを低く設定することで、抱合せ販売に対する規制を強めたと評価できる判例であった。

本件についてBorkは、州際通商委員会の鉄道運賃の料率規制を回避する為に、鉄道会社は潜在的な輸送需要者に土地価格を通じて輸送料金の割引を提供したのかも知れないと分析する⁴⁶。これに対して、SullivanとGrimesは、本件でも大規模な取引相手には抱合せが課されないという差別的な取引が行われていたこと、従たる製品である鉄道役務の購入は主たる製品の土地取引から時間が経過した後に行われることから、知識・情報の欠けた者に不利益を課すタイプの価格差別が行われていた事案であると分析している⁴⁷。

1962年のU. S. v. Loew's Inc.⁴⁸ 事件判決は、テレビ放映向けの映画作品の著作物のブロック・ブッキングの、シャーマン法1条の下での適法性が争点であった。地裁は、長期間の正式事実審理（trial）の後に、シャーマン法1条違反を認定した。地裁は配給業者間の激しい競争も認定し、判決は個々のブロック・ブッキングの行為のみに根拠を置いていた。政府がブロック・ブッキングの存在を主張した68のリース協定のそれぞれを地裁は慎重に検討して、25にのみ違

法性を認めていた。本判決では、抱合せ販売の悪性について、まず買手に従たる製品の代替品の購入を放棄するよう強制することを挙げ、次いで従たる製品の競争業者の自由なアクセスを破壊し得ることを挙げている。主たる製品市場における梃子の力を有していれば、この一つか二つの好ましくない効果もたらされると述べた上で、十分な経済力があるかどうかは違法性の基準であり、市場支配までは必要ないと述べている。本判決は、違法性の認定に必須の経済力が主たる製品が特許権又は著作権を有している場合には推定されると判示したが、パテントミスユース理論の判例からその根拠を導いている。その上で、個々のフィルムに代替性はなく、それぞれの被告は、主たる製品に関して独占的地位を有しているので、従たる製品の自由な競争を容易に感知し得る程度に制限するに十分な経済力が存在していると認定した地裁の判断を支持している。だが、注目すべきことは、希望しないフィルムを強制されたテレビ局は、他の配給業者のフィルムにアクセスすることを否定されていたと述べていることである。本判決が希望しないフィルムの購入が強制されたことそれ自体を問題にしているわけではないことを示していると読める。

本件のようなブロック・ブッキングについて、Stiglerがそれが行われる理由を説明している⁴⁹。Borkはその説明に依拠しつつ、これも価格差別を実現する手段であると指摘している⁵⁰。これに対して、SullivanとGrimesは、テレビ局は主としてプライムタイムの広告収入を確保する人気のあるフィルムに眼を向けていたのであって、買手の注意を主たる製品に集中させて従たる製品に対する判断を誤らせる行為だとしている⁵¹。また、当該産業におけるブロック・ブッキングの広範な利用から、買手段階又は売手段階のカルテル的行動を容易にすることによって、購入者のコスト意識的な行動を弱めた可能性があるとも指摘している⁵²。このようなブロック・ブッキングについては、単価取引の市場の形成を拒むことで交換の利益を購入者側から奪うとともに、抱き合わされたフィルムの独立系の製作会社の事業機会を奪い映画全体の質の低下を招くものであるとの分析もある⁵³。

最高裁は、その後、Fortner Enterprises v. U.S. Steel Corp.⁵⁴ 事件判決と、同判決の差し戻し後に再度上告されたU.S. Steel Corp. v. Fortner Enterprises⁵⁵ 事件判決によって、主たる製品市場における市場支配的地位が立証されなくても、必須の経済力は、消費者に対する望ましさあるいはその製品の属性がユニークであることから推定することが許されるものの、その際に主たる製品市場において競争者が保有しない強みを持っているかどうかの問題となり、競争者よりもより少ない利益を甘受したり、大きなリスクを負担していることを根拠にして、ユニークであると証明することはできないと判示した。1969年の第1回目の判決が最高裁による抱合せ販売規制が厳格を極めたピークであり、1977年の第2回目の判決が転換点となった判決である。本件は、不動産開発業者の原告が、USスチールと100%子会社のクレジット会社を被告として、被告間の協定により、原告や他の者に、被告のクレジット会社の有利な融資を受ける条件として、U

Sスチールが製造したプレハブ住宅を購入することが強制されたと主張して三倍額損害賠償請求と差止を求めた事案であった。プレハブの材料は非合理に高価格で、欠陥があって、使い物にならず、追加の費用が必要で完成も遅れたと主張されていた。被告勝訴の正式事実審理省略判決を破棄した第1回目の最高裁判決による差し戻し後、正式事実審理に基づいて当然違法の下級審判決が出ていたが、再度の最高裁判決は、融資は取得・開発コストの100%を融資するもので、ユニークなものであったことを認めたが、この融資は、費用のかかる住宅を販売する為に喜んで廉価な融資を提供する以外の何もかも証明しておらず、被告が競争者に対してコスト上の優越性を有しているとの証拠、他の貸手がそう選択すれば提供し得る融資に比して著しく差別化された融資を提供できるとの証拠がなければ、被告が十分な経済力を有していることの根拠にはならないと判示した。本件についてSullivanとGrimesは、買手の注意は従たる製品のプレハブ住宅に向いていたこと、抱合せを受け入れた買手は洗練された請負業者であり、市場の不完全につけいった種類の抱合せではなかったと分析している⁵⁶。

1984年のJefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde⁵⁷ 事件判決の頃までには、「抱合せ販売は、競争抑圧以外の目的に資することがほとんどない。」という考え方に対して、これを批判するシカゴ学派による有力な理論が提出されており、本判決の多数意見もこの考え方には基づいていない。同意意見は当然違法の原則から合理の原則に転換すべきことを説いているが、多数意見は、当然違法原則を維持しつつ、その妥当範囲を限定したものであった。麻酔医のHydeが、東ジェファーソン病院に病院のスタッフとなることを申し込んだ。病院の委員会は承認するように勧告したが、病院の経営委員会は拒否した。病院は、全ての麻酔医の役務をRoux & Associatesによって提供すると契約が根拠であった。Hydeは、シャーマン法1条違反の排他的契約であると主張して提訴し、解約が違法であるとの宣言判決とスタッフに任命する命令を求めた。地裁は正式事実審理を経た判決で救済を認めなかったが、第5控訴裁判所は、違法な抱合せの存在を認めて破棄した。最高裁は病院側からの上告を受理して破棄差し戻しの判決を下した。

抱合せ販売の悪性の説明において、多数意見は、単に主たる製品の価格を引上げることによる市場力の利己的利用と、従たる製品市場の競争に制限を加えることを試みることを、法は区別していると述べて、その力が他の市場におけるメリットに基づく競争を侵害する為に用いられる場合には、潜在的に劣っている製品が競争上の圧力から隔離される場合があり、この侵害によって、既存の競争者を害するか、従たる製品市場に参入障壁を築くことが生じ得るであろうし、価格差別を容易にすることによって市場力の社会的費用を増加させて、抱合せがなかった場合より多くの独占的利益を生み出すこともあり得ると述べている。さらに、消費者の視点からは、その利益は法が特に保護することを意図しているが、従たる製品の市場で最高の取引を選択する自由は、主たる製品を購入する必要によって害され、パッケージとしてのみ利用可能な場合、それぞれの商品の真のコストを評価できないことによって害されるとした上で、要

するに、抱合せ協定を通じて、メリットに基づく競争の制限を許すことは、自由競争が許容しない力の存在を許容することになろうと述べている。ここでは、従たる製品市場におけるメリットに基づく競争が侵害されることに、自由競争への侵害と顧客の選択の自由の侵害とが結び合わされた上で、市場力の社会的費用の増加にも結び合わされているのである。その上で、当然の非難、すなわち、現実の市場条件の調査なしに非難することは、強制の存在が蓋然的な場合にのみ妥当であるとして、強制力に焦点を合わせる。しかしながら、購入者が従たる製品市場の他の売手からさえ買う気のない製品の購入を強制された場合は、競争への悪影響は存在し得ないが、それは強制がなければ他の売手に利用可能であった市場のどの部分も閉鎖されていないからであるとして、あくまで市場閉鎖との結びつきを必要とし、さらに、当然違法を正当化するためには、競争への影響が実質的に生じ得るものでなければならないことから、実質的な通商量が閉鎖されない場合には、抱合せを非難できないとした。その上で、本件の場合には、主たる製品市場のシェアが30%であることから、当然違法の成立を否定することによって、当然違法のハードルを引上げてその範囲を限定した。ただし、政府が売手の製品に対して、特許権又は同様な独占権を与えている場合には、売手に市場力を与えていると推定するのが公正であるとも述べていた。

原審の第5控訴裁判所は、医療保険の普及による第三者による医療費の支払いが、患者による病院間のコスト比較のインセンティブを減らしていること、提供されている医療の質に関して情報が不十分であることから、市場の不完全性が存在しており、この結果、患者が近くの病院を選好することになることは驚くべきことではないと指摘し、個々の病院にとって地理的市場は地裁が認定した範囲よりも遥かに小さくならないと指摘し、東部ジェファーソン地域の患者の3分の1が当該病院を利用していることで、当該病院は従たる製品の購入を強制するに足る十分な市場力を有していると認められると判示していた⁵⁸。これに対して、最高裁は、これらの要因は抽象的な意味での市場力を生じ得るかも知れないが、抱合せを非難することを正当化する種類の市場力を生み出すものではないと判示した。価格ないし品質競争の欠如は、このタイプの強制を生み出すものではなく、消費者が価格の意識を失っていても、この事実から消費者が欲しくもない麻酔医のサービスを受け入れることを強制されることはないこと、価格に無関心であることは、彼らを選ぶ麻酔医のサービスを受けることのできる他の病院に行こうとすることないしその能力に対して、何の影響も与えないこと、同様に消費者が麻酔医の品質を評価することができなくても、抱合せ協定がない場合にさえ、認定された麻酔医の間での選択に無関心であるということが論理的帰結であって、そのような協定は患者の選択を閉鎖したとは言えないとした。控訴裁判所が依拠する市場の不完全性はいずれも、消費者を強制して、抱合せがなければ選択しない麻酔医サービスを受け入れさせるものではないと判示して、本件では市場の不完全性から強制を認定することを否定した。

また、二つの製品が抱き合わされているか否かの問題は、機能的関係ではなく、二つの品目に対する需要の性格に依拠すると述べた。多数意見は、Times-Picayune事件判決に依拠しており、同判決は、買手の目から区別できる製品の二つの別個の市場を当該協定が結びつけていないことを理由に、抱合せ協定は存在しないと判示していた。多数意見は本件に関して、病院のサービスから区別されるだけの麻酔サービス購入の十分な需要がなければ抱合せ協定は存在し得ないと述べた上で、本件では別個製品の市場の存在を肯定した。十分な需要の存在によって別個の市場が存在することが当然違法の要件とされたことになり、この面からも当然違法の範囲を限定している。

1992年のEastman Kodak Co. v. Image Tech. Svcs.⁵⁹ は、情報の経済分析を導入して、アフターマーケットにおける抱合せの違法性の認定に道を開いた判決として注目を集めた。被告のEastman Kodak社は、コピー機と顕微鏡検査機器を製造販売しており、さらにその機器に対するサービスと置換部品を販売している。原告は18の独立サービス事業者であり、1980年代の初めに被告のコピー機と顕微鏡検査機器のサービス業務を始めた。被告はその後、部品の独立サービス業者への利用可能性を制限する政策を採用し、独立サービス事業者が被告の機器のサービスで被告と競争することを難しくした。独立サービス事業者は、被告の行為はシャーマン法1条と2条に違反するとして損害賠償と差止を求めて提訴した。地裁は正式事実審理省略判決によって請求を棄却したが、第9控訴裁判所は被告の市場力に関して真正の争点があることを示す証拠があるとして、正式事実審理省略判決を破棄した。最高裁は被告の上告を受理して審理を行った。本件は被告側の正式事実審理省略判決の申立てに関するものなので、独立サービス事業者の証拠が信用され、全ての正当化し得る推測が独立サービス事業者に有利に導かれることを前提に判断されており、本判決の争点は、被告の機器販売の市場における市場力の欠如が、法の問題として、派生的なアフターマーケットにおける市場力の可能性を否定することになるか否かであった。正式事実審理省略判決を下すことは適切ではないとの控訴審判決の結論を最高裁の多数意見は支持している。

被告は、たとえ関連する置換部品市場で独占的シェアを有していても、シャーマン法違反に必要な市場力を現実に行使することはできないと主張した。機器販売の市場において競争が存在しているからで、アフターマーケットの高価格販売による利潤の増大は、少なくとも、消費者がより魅力的なサービスコストを持つ他社の機器の購入を始めるから、機器販売における利潤減少で相殺されてしまうと指摘した。被告は、「機器市場の競争が派生的なアフターマーケットにおける独占力の認定を妨げる」との法的ルールの採用を主張し、これによって事実審理省略判決の申立てに必要な、市場力に関する真正の事実問題の争点は存在しないと立証責任を果たすことになると主張した。

多数意見は、一つの市場が他の市場における搾取を妨げることは、消費者が他市場の価格の

変化に対応して消費を変化させる程度に関わっており、被告の提案したルールは、機器市場とアフターマーケットの需要の交叉弾力性の仮定に依拠していると指摘した。独占的市場においてさえ、独占価格への引き上げは販売量の減少を招くのであり、サービスと置換部品の高い価格による収入の増大が機器の販売減少による損失を上回る最適価格があり得ることを指摘して、機器市場がアフターマーケットの価格を制約することは、アフターマーケットにおける力の行使をけって反証するものではないと述べている。

多数意見はさらに、被告の理論の帰結は、低いサービス価格が機器販売の急激な増加をもたらすということであり、被告が独立サービス事業者の低価格サービスを機器販売の増加に利用することが予想されようが、被告は反対に、独立サービス事業者の低価格サービスを制限する政策を採用したこと、サービス価格は上昇したが、被告の機器販売が減少したとの証拠も全く無ければ、そのような主張もされていないことを指摘した。

原告は、重要な情報・転換コストの存在によって、サービスとパーツの価格と機器の売上とがあまり反応しないことがあり得ると主張した。サービス価格が機器の需要に影響を与えるには、消費者は、機器・サービス・パーツのパッケージのライフサイクルでのコストを機器の購入時点で知らなければならないが、複雑な耐久財では見積もりは難しくコストがかかることによる。

被告は情報コストの問題を認識していたが、証拠の提出はせずに、顧客の情報の必要性は機器市場の競争者によって満たされると示唆した。だが多数意見は、競争者が必要な情報を提供するかは事実の問題であるとし、競争者は他社の機器のライフサイクルコストに関して信頼できる情報を持たないかも知れず、たとえ競争者が適切な情報を持っていたとしても、消費者に提供して利益が増進するかは、明らかではないと指摘した。たとえ消費者が複雑な情報を獲得し加工することができたとしても、情報の獲得にはコストがかかるので、サービスのコストが機器の価格に比して小さく、消費者がサービスコストよりも機器の能力に対して関心を抱いていれば、情報の加工は効率的でないと考えるかも知れないとも指摘している。

洗練された顧客が存在して比較研究を行い、被告が競争的なライフサイクル価格を付けるように要求するかも知れないが、多数意見は、洗練された顧客の数が比較的少なければ、サービス市場で競争水準を超える価格を付ける利益は、当該顧客を他に追いやっても利益となり得るであろうし、顧客の間に価格差別ができれば、洗練された顧客の存在がそうでない顧客に対する搾取を止めることはできないと指摘した。原告は、被告がセルフサービスの顧客には置換部品を販売し、第三者のサービスを用いる顧客には置換部品の販売を拒否することで、価格差別を行ったと主張していた。サービスのスタッフを有しているような顧客は大量購入のユーザーの可能性があり、ライフサイクルの価格比較に必要な情報を獲得することに利益のある顧客であった。

被告の主張を退ける第2の要因は、異なった製品に転換する為の現在の機器の所有者の転換コストである。多数意見は、仮に転換コストが高ければ、既に機器を購入して、ロックインされている消費者は、機器のブランドを変更する前にある程度のサービス価格の上昇を我慢することになること、転換コストがサービス価格の増加に比して高く、ロックインされた顧客の数が新規顧客の数に比して高ければ、売手はアフターマーケットで競争水準以上の価格を付けて利益をあげることができること、さらにロックインされた顧客と新規顧客との間で価格差別をすることができるならば、この戦略はより利益の上がるものと証明されやすいと指摘した。

本判決にはScalia判事による有力な反対意見が付された。Scalia判事は、被告が機器販売の当初から、機器にライフタイムの置換部品とサービスの保証を付けていたり、置換部品とサービスのライフタイムの契約締結を消費者に要求していれば、疑いなく抱合せを構成し、被告は市場力を持たないが故に当然違法原則の適用を免れていたであろうと指摘する。同様な結果は、被告が参入の当初から、置換部品の販売を制限する政策を公表していたのならば、得られたであろう。顧客はアフターサービスは被告のみから得られると認識して機器を購入するからである。被告機器のサービス市場からの独立サービス事業者の閉め出しは完璧となるが、抱合せによる害悪は現れていない。ブランド間競争が被告に力を与えないからである。この仮設に比して、本件はかけ離れた事案ではない。原告も、被告の政策が続けられれば、被告の顧客が新しい機器を購入すると独立サービス事業者はサービスを提供できなくなり、機器が廃れるにつれ、新たな機器が増えて、やがて独立サービス事業者は全くサービスができなくなると述べている。仮設に当てはめる為に欠けている唯一の事実、制限政策が公表されていたか、又は一般に知られていたことを示す具体的証拠であり、競争的な機器市場のメーカーが、機器を置換部品とサービスに抱き合わせると当然違法原則の適用から免れ、置換部品とサービスを抱き合わせると、当然違法原則の適用から免れないとするのは、首尾一貫せず、本判決に疑問をもたらすに十分であると指摘している。

こういったScalia判事の指摘に応えたのではないかと見られる多数意見の見解が、判決の注(24)で述べられている。反対意見の言う欠けている唯一のものが決定的であり、置換部品とサービスの抱合せが、機器とサービスの抱合せと同様に取り扱われるべきかは、機器市場が置換部品市場での市場力の行使を妨げるかどうかにかつ依拠しており、被告にこの事実問題の証拠の提出を求めることは、先例と完全に整合していると述べている。

本件は、地裁に差し戻されて審理が行われたが、原告は違法な抱合せ販売が行われたとの主張を放棄し、シャーマン法2条違反に限定した主張を行って勝訴したが⁶⁰、抱き合わせの主張を放棄したことには、注目すべきものがある。最高裁判決は被告側の正式事実審理省略判決の申立てに関するものなので、独立サービス事業者の証拠が信用され、全ての正当化し得る推測が独立サービス事業者に有利に導かれることを前提に判断されており、真実は被告の政策変

更が新規顧客に対するものだけで、ロックインされていた顧客は対象外だった可能性がある⁶¹。

Kodak事件判決後、情報コスト、ロックイン、転換コストに依拠して抱合せ販売の違反行為を立証しようとした訴訟がいくつも起こされたが、契約前に抱合せの開示がされておりコダック事件とは区別できるとして、訴えを退けるのが下級審判例の流れになっている⁶²。

Illinois Tool Works Inc., et al. v. Independent Ink, Inc⁶³は、Jefferson Parish 事件判決でも採られていた特許権から市場力を推定する法理が問題とされて、主たる製品に特許権が与えられているとの単なる事実は市場力の存在を推定しないとの判例変更が行われた事案である。本件は被告のIllinois Tool Worksが特許製品のインクジェットのプリンタヘッドとインク容器に、特別に設計されているが特許権のないインクを抱き合わせて販売していたことに対して、同質のインクを開発した原告のIndependent Inkが、シャーマン法1条と2条に違反する行為であると主張し、特許権の無効と特許権侵害の不存在の確認を求めて提訴した事案である。地裁は、被告側の正式事実審理省略判決の申立てを認めて、関連市場についても市場力についても原告は積極的証拠を提出していないとして、いずれの反トラストの主張も勝訴できないと判示したが、控訴裁判所は、特許権から市場力を推定する最高裁判例の先例に遵わざるを得ないとして地裁判決を破棄し、最高裁が被告側の上告を受理した事案である。

最高裁は、パテントミスユースの法理が、International Salt Co. v. U. S.で反トラスト法の法理に移植されたこと、Fortner Enterprises v. U.S. Steel Corp 判決までは、「抱合せ販売は、競争抑圧以外の目的に資することがほとんどない。」との認識が表明されていたが、U.S. Steel Corp v. Fortner Enterprises以後、放棄されたこと、1988年の特許法271条(d)項の改正により、市場力の存在が個別に認定されない限り、パテントミスユースに該当しなくなったと歴史的経緯を述べて、主たる製品に特許権が与えられているとの単なる事実は市場力の存在を推定しないと判示した。

原告は、特許権の存在に市場力の反証可能な推定を与えるべきだと主張し、多数の有効な特許権が商業上の意義を有しないことは認識しているが、嫌がる購入者に抱き合わせを課すようなものは、かなり大きな市場力を行使していると推定できると主張した。また、価格差別を実現できるような抱合せが行われた場合には市場力を推定できると主張したが、最高裁は抱き合わせが完全に競争的な市場においても発生することが広く認識されているとして、原告の主張を退けた。

その他、連邦最高裁判決ではなくワシントンDC控訴裁判所判決ではあるが、司法省が提訴した事案に対する判断が示された注目すべき判決がある。U.S. v. Microsoft Corp.⁶⁴である。司法省は、1998年、PCメーカーとの間におけるOS（ウィンドウズ）とブラウザー（IE）の抱き合わせに関する合意、およびオンライン・サービス提供企業等との間における反競争的行為によって、シャーマン法1条および2条（インテル互換PC用OS市場の独占化およびブラウ

ザー市場の独占化の企図）違反の疑いがあるとして、Microsoft社のOS事業部門と応用ソフトウェア事業部門の分割を命じる差止を求めて連邦地裁に提訴した⁶⁵。地裁はPCメーカーとの間におけるOSとブラウザの抱き合わせに関する合意に対して、当然違法の法理に基づいて、シャーマン法1条違反であると判示した⁶⁶。

控訴裁判所は、当然違法の法理に基づいた地裁判決を破棄して、合理の原則に基づいて審理するように指示して差し戻した。被告は、ウィンドウズとIEは別個の製品ではないと主張し、従たる製品市場から競合製品を実質的に閉鎖しなかったと主張し、主たる製品のOS市場で独占力を有していなかったと主張していた。

控訴裁判所は、地裁がJefferson Parish 事件最高裁判決の別個製品テストに基づいて事実認定を行ったことを問題にした。控訴裁判所は、この別個製品テストは、抱き合わせが効率性を高め経済厚生を増進するものではないことを判定する為の代用品となっていると指摘した。製品のバンドリングによる効率性よりも十分な数の消費者の選択に対する利益が優る場合にのみ、消費者が現実的に別個に購入すること、市場力のない企業は、バンドリングによるコスト節減が消費者が別個の製品選択に有している価値に優る場合にのみ、バンドリングするのであって、全ての競争的な企業によるバンドリングは、真の効率性の存在を強く含意することを挙げて、その場合には裁判所が従たる製品に対するそれとわかる別個の需要が全く無いと認定するか、主たる製品と従たる製品とは全体で一つの製品と宣言すべきであり、当然違法の法的責任は否定すべきであると指摘した。その上で、別個製品テストは過去を見るものであり、新たな革新的な統合における全般的な効率性の有無の判断では貧しい代用品であるとした。直接的な消費者の需要の調査は統合前の消費者行動に焦点を合わせるものであり、間接的な産業慣習の調査は被告と異なり主たる製品と従たる製品とを統合しなかった企業に焦点を合わせるものとして、効率的な抱き合わせを選別する機能を果たさない旨、判示した。そして最高裁は、一定の事業関係を当然違法に分類するのは、かなりの経験を積んだ後に初めて行うことであると警告してきたと指摘して、本件では参考になる先例が無く、司法経験が当然違法の妥当性を信じるだけの十分な基礎を提供していないとして、当然違法の法理に基づく判断は不適切であるとした。ただし、裁判所が抱合せ協定の効率性を特定する全てのケースで合理の原則に転換すべきことを示す先例として本件は解釈されるべきではないとの判断を明示し、本件の主たる製品がソフトウェアであり、主要な目的がサードパーティーのプラットフォームとして役立つことにあり、従たる製品が補完的なソフトウェアの機能であることを特に指摘している。

地裁が合理の原則に基づいて審理する際には、原告は被告の行為が競争を不当に制限することを立証しなければならないとし、被告には競争促進的な正当化理由を提出することが許され、反競争的な効果が便益を上回っていることを立証することは原告の責任であると判示した。また、地裁はウィンドウズとIEの全体に対する被告の料金が、ウィンドウズ単独で提供した場

合の料金よりも高かったと言えるかの検討も要すると指摘した。それが認められた場合には、地裁は効率性の間接的な証拠として、競争的な周辺部によって提供されている製品を調査すべきであるとした。

なお、本件の他の争点では控訴裁判所は、OS市場の独占化でシャーマン法2条違反を認めたが、ブラウザー市場の独占の企図では違反なしと判示した。差し戻し後、政府側は抱き合わせの主張を放棄し、最終的には同意判決⁶⁷で本件は決着した。結局、ブラウザー市場における競争制限が認められることは無かった。

2. 日米の法理の比較検討

2-1 反トラスト法の判例法理の現状と課題

前節で反トラスト法の判例の変遷を辿ったが、米国最高裁判決で今日に至るまで反トラスト法の先例として機能していて、この分野で最も重要な判例は、1984年のJefferson Parish事件判決⁶⁸であろう。本判決は当然違法原則を表面的には維持したものの、様々な角度で大幅にその範囲を限定し、実質的には合理の原則に近いものとした。いかなる限定を加えたかの確認とそれでも当然違法を維持した妥当性の検討が必要となろう。

第1の限定は、別個製品テストであり、別個製品を提供するに足るだけの市場が成立するだけの十分な消費者の需要の存在の立証を求めている。この判決後の下級審判決では、本と雑誌の販売に関して個々の製品ごとの市場を認めておらず⁶⁹、自動車の販売に関して個々の製品ごとの市場を認めず二つの異なる製品市場がリンクされていないことを根拠に⁷⁰、当然違法の類型と認めていない。この結果、同一市場で競合する関係にある製品のブロック・ブッキングやフルライン強制が当然違法の範囲から除外されることになったのではないかと見られる。他方、別個製品テストは、別個製品を提供するに足るだけの市場が成立するだけの十分な消費者の需要の存在を求めることを通じて、経済効率性の有無を選別する代用品と考えられたとも見られるが、Microsoft事件控訴審判決は技術革新による製品統合の分析には、この別個製品テストでは不適切な場合があることを示した

第2の限定は、主たる製品の市場力がシェア30%では足りないとして判示したことである。この判決では特許権による市場力の推定を認めたが、2006年3月の最高裁のIllinois Tool Works事件判決⁷¹は、全員一致で特許権による市場力の推定を認める判例法理を撤回した。直接にはInternational Salt事件判決の先例を破棄し、この判例に依拠したり引用したりしているLoew's事件判決、Jefferson Parish事件判決の関連部分も破棄し、Times-Picayune事件判決で判示された独

占的な事業者による抱合せを問題にするだけのものとなったと見られる。特許権を保有していることは、本来、主たる製品が他と区別できるユニークな特徴を持っていることを示す意義が認められないからである。Jefferson Parish 事件最高裁判決は、こうした限定を受けた上で、先例として機能することになる。

Jefferson Parish 事件最高裁判決は抱合せ販売を当然違法原則で処理する根拠を、従たる製品の事業者が能率競争を行うことを妨げることに求めているが、独占力まで売手が持たなくてもその主たる製品に対する強い選好を有する買手の選択の自由は歪められ、その買手に対する競争事業者の能率競争は妨げられる筈である。競争事業者に対する市場閉鎖をあくまで本判決が問題とすることからもそれに結びつかない濫用的な取引強制は当然違法原則の範囲外になる⁷²。抱合せの並列的利用により協調的行動を助長する行為も範囲外になる。抱合せの結果、現実に従たる製品市場で競争者が規模の経済性を失い排除されていくような事案も、主たる製品市場に独占力がなければ、当然違法の範囲外になる。このように、Illinois Tool Works事件判決による限定後は、もはや当然違法原則はその範囲にあれば反競争的效果が認められそうだから違法にしても差し支えないと判断されているという程度のものであり、反競争的效果のある抱合せが当然違法の範囲外のものである可能性がある反面、当然違法原則の範囲内にあるものでも経済効率性の増進が認められて違法性を否定すべき可能性を有するものがあると考えられ、この分野での当然違法の法理は、もはや法理としての有効性は大幅に失われたと言って差し支えない状況にある。

これに対して、Kodak事件最高裁判決は、情報コスト、転換コストをアフターマーケットの抱合せ販売の反競争的效果を分析する際の考慮要因に加えるべきことを示した判決と評価できよう。ここでも正式事実審理における慎重な事実認定が求められたのであって、考慮要因として示唆された事項は多岐に及んでいる。機器販売の市場とアフターマーケットにおける置換部品と補修サービスとの需要の交叉弾力性、機器の購入時点で購入者がアフターマーケットの状況に関する情報をどの程度有していたかまた購入者が情報を活用できる能力、機器の販売時点でどの程度のアフターサービスに関する情報開示が為されていたか、機器市場の競争者によるアフターマーケットに関する情報提供の程度、機器市場の洗練された顧客の存在が他の購入者に対して与える影響、こうした洗練された顧客と他の顧客との間で差別的な取扱いが為されているか否か、機器を購入すると購入者はどの程度当該機器にロックインされることになり転換コストはどの程度かかるのか、ロックインされた顧客と新規顧客の比率、機器購入後の一方的な政策転換の有無が、挙げられているのであって、正式事実審理における慎重な認定が求められている。差し戻し後の正式事実審理で、原告は抱合せ販売に関するシャーマン法1条の主張は放棄したのであって、シャーマン法1条違反は最終的に認定されていない。なお、Jefferson Parish事件最高裁判決では、控訴裁判所が正式事実審理に基づく事実認定に基づいて、

情報不足による消費者行動の結果生じる市場の不完全による抱合せを当然違法の対象としたことを、最高裁は明示的に破棄していたのであり、情報不足による市場の不完全の結果発生する抱合せ販売を反トラスト法で対処することを、最高裁判所が一般論として認めているわけではない。

Kodak事件もLoew's事件もFortner事件も、正式事実審理における慎重な審理を経て最終的な判断が示されており、当然違法の法理の下でも原告の立証負担は重いと言わざるを得まい。当然違法の類型に該当しない場合でも、合理の原則に基づき違反行為を認定する余地があるが、Jefferson Parish事件最高裁判決以後は、合理の原則で原告が勝利することは稀であるとのことである⁷³。これまでの判例法理から合理の原則で違法性を認定する場合の一定の判断基準が導けるかと言うと、それも必ずしも明らかではない。

抱合せ販売の規制根拠も、規制する必要がない根拠も、現在の連邦最高裁がどのように考えているかは、必ずしも明確になっているとは言えない。1950年代から60年代には最高裁も採用していたと見られる、競争者排除を能率競争論に基づいて問題にする法理を近年の最高裁が明確に否定したわけではなく、何故それが独占的な事業者による抱合せに限定して問題とされることになるのか、明らかにされているわけでもない。

このように依然として多くの点が不明確なままであり、残された課題は多い。シャーマン法1条の下での合理の原則の先例がほとんどないことから、むしろシャーマン法2条の重要性が増している状況にあるとも言えよう。

2-2 日本の審決・判例・公取委の指針との比較検討

1982年の不公正な取引方法の一般指定の改正の際の担当者による解説⁷⁴では、一般指定第10項の公正競争阻害性について、「第一の側面」として能率競争阻害を中心に捉えつつ、「第二の側面」として自由競争減殺の側面を有することもあると述べている。この考え方は、アメリカの抱合せ販売の判例法理とは似て非なるものである。「第一の側面」は、顧客が不要な商品押し付けられることを対象にしているようにも見えるが、それは例示の部分であり、それだけに対象を限定してはいない。同一の行為が、「第一の側面」と「第二の側面」を合わせもつこともあり得る書き方であろう。そうすると、「第一の側面」が行為の広がりがあるかどうかで違法性が判断され、「第二の側面」が客観的な競争減殺効果があるかどうかで違法性が判断されるとなると、客観的な競争減殺効果があつて行為の広がりがないものは考えにくいのに対して、行為の広がりはあるが客観的な競争減殺効果がないものは考えられるので、その場合は、「第一の側面」だけ考えれば足りるように思われる。どういう類型を「第一の側面」は認められないが、「第二の側面」は認められると考えているのか、明らかではない。もっとも、「行為の広がり」

の程度が高く要求され、「客観的な競争減殺効果」の認定が抽象的可能性で足りるのならばそうとは言えまいが、その場合も個別ケースごとに、どのようにして重視する側面を把握するのかは、明らかではない。

これに対して、アメリカの判例法理の考え方はこの点では明確である。上記の「第一の側面」は、アメリカの判例法理では、メリットに基づく競争を侵害するものとして把握されているが、これは抱合せの強制によって常に害されると把握されており、同時に、従たる製品の競争者の自由なアクセスを否定することによってその点で自由な競争を減殺するとして一体として把握されており、これが同時に顧客の自由な選択を歪めるものとされており、日本法における上記の担当者解説のように二つの側面に分離していない⁷⁵。アメリカの判例法理は、当然違法の類型とされるものでも、違法性を単に行為の広がりからは認定しておらず、上記日本法の担当者解説の「第二の側面」の判断基準の中に見られる「主たる製品市場に係る市場における地位」と「従たる製品の出荷額」とから違法性を認定している。

一般指定改正後の審判審決である藤田屋事件⁷⁶については、一般指定14項を適用すべきだったとの批判があるが⁷⁷、不公正な取引方法とすべきではなかったとの批判は見当たらない。審決は公正競争阻害性を、「……買手は被抱き合わせ商品の購入を強制され商品選択の自由が妨げられ、その結果、……能率競争が侵害され、もって競争秩序に悪影響を及ぼすおそれのあることを指す」と説明していた。自由競争減殺への言及はない。被審人はゲームソフトの二次卸売業界において約10%のシェアを占めると認定されているが、審決は「本件抱き合わせ販売は事業者の独占的地位あるいは経済力を背景にするものではなく、ドラクエIVの人気そのものに依存するものである」としている。反トラスト法の事案でも主たる製品の消費者に対するユニークさから十分な経済力を認定するアプローチはあるものの、その際に主たる製品市場において競争者が保有しない強みを持っているかどうか問題とされており、本件のように競争相手の誰もが持ち得る商品の人気そのものに十分な経済力を認めるかどうかは疑問である。さらに本件は、ブロック・ブッキングの事案とも見られ、反トラスト法の別個製品テストの下では、当然違法の範囲外にあると思われる。これに対して、反トラスト法と異なり、一般指定10項後段は取引の強制に焦点を合わせていて、抱合せ取引の存在を必ずしも要件としていないとも解される。

前述の一般指定の改正の際の担当者解説は、「第一の側面」の叙述の中で、「例えば、かつて、品不足となった石油製品に、顧客が購入することを欲しない物品を抱き合わせて販売する行為が頻発したことがあるが、これらの行為は相当数の顧客を対象とするなど、行為の広がり認められれば、本項が適用されることとなる。」と述べており⁷⁸、当初からこの類型を10項の対象と想定していたことがわかる。製品間に補完関係がないことから、本来、抱合せによって市場力が新たに生み出される類型ではない。他方、本件の抱合せがブランド間競争を促進する効

果を有するものではなく、従たる製品についてメリットに基づいてその販売競争が行われているわけでもなく、顧客が希望しない製品が強制的に抱き合わされていると言うこともできよう。結局、競争相手の誰もが持ち得る製品の人気そのものに主たる製品の経済力が由来することより、競争者に対する市場閉鎖はさほど生じにくいものの、伝播性がある能率競争が害される範囲が広範囲に渡るおそれがある抱合せ販売を、日本では能率競争阻害の問題と捉えて、行為の広がりのあるものを違法としていると把握することができよう。

一般指定の1982年の改正と第10項の制定の趣旨に関しては、旧一般指定では最もふさわしい規定がなかったので、6号、7号、8号、10号が適用されてきたが、独立の行為類型として分離し、取引強制の主要な行為類型として一般指定における位置づけを明確にしたと説明されていた⁷⁹。だが、改正後の一般指定でも様々な指定が適用される方向にある。公取委は流通取引慣行指針で相互取引に対する10項の適用対象を、「その行われた状況（行為者の市場における地位、行為者と相手方との関係、市場構造、要請又は申入れの程度・態様等）から、相手方が当該事業者からの商品の購入を余儀なくされることとなる場合」であると説明している。そして具体的な行為の例として7つあげているが、このうち5つは13項の適用対象と共通しており、7つ全てが14項の適用対象と共通している。行為の外形から10項の適用対象となるのは、「①購入の意思のない旨を明らかにした者に対して、自己が相手方から役務の提供を受けていることを告げて自己の商品の購入を要請し、これを購入させること。②相手方から購入する旨の申出がないにもかかわらず、一方的に商品を送付し、その販売代金を買掛金と相殺すること。」だけである。後は、「当該有力な事業者から商品を購入せず、若しくは購入できない事業者又は当該有力な事業者の競争者の取引の機会が減少し、他に代わり得る取引先を容易に見いだすことができなくなるおそれがある場合」が13項の対象となり、「取引上優越した地位にある事業者」が行う場合が14項の適用対象となるとして区別しているだけであって、抱き合わせの態様に基づいて区別しているのではない⁸⁰。公取委は、三井住友銀行事件⁸¹では、抱合せ販売とも言い得る行為を14項違反としている。

アフターマーケットにおける抱合せの違法性が問題とされたKodak事件に類似する事案は、日本では一般指定10項と15項で問題にされている⁸²。日本でも、東芝エレベーター事件について、初めから保守サービスを抱き合わせたのであり、Kodak事件は当初はライバルに部品を供給し、後から保守サービスの抱き合わせ（事後的ロックイン）をしたのであって大きな違いがあり、独禁法違反とすべきではなかったとの主張がある。ロックイン後価格が引上げられるとしても、ロックインする前に、売手の企業間競争によって、売手は、ロックイン後の値上げを原資とし内部補助によってその分事前の値引き等の優遇を行うので、保守サービスの価格が高くなってもロックイン前の売手の企業間競争によってその分エレベーターの価格が安くなると指摘されている⁸³。だが、当事者からはそのような主張は一切されておらず、元の機器の販売

市場の競争がアフターマーケットでの市場力の行使を抑止するか否かは、審決・判決の争点にはなっておらず、アメリカとは著しく異なっている⁸⁴。アフターマーケットにおける公正競争のみに焦点が合っており、元の機器の市場との関係が視野に入っていないので、元の機器の販売の際に明示的にアフターマーケットの保守サービスを抱き合わせた場合に、不公正な取引方法となるかも明らかではない⁸⁵。

旧一般指定の時代には、農業近代化資金の供給に際して、「当該資金をもって、同組合の販売する施設等を購入する者に限って、融資を行うこと」と決定したことに対して、「自己の競争者から施設等を購入しないことを条件として、当該組合員と取引している」として排他条件付取引を規制する旧7号を適用した審決がある⁸⁶。アメリカでは、抱合せ販売も規制してきたクレイトン法3条は排他的取引協定を規制する条文であり、競争者から購入しないことを条件とすることも抱合せ販売になると判示されている⁸⁷。だが、本来の抱合せ販売では従たる製品も購入することが義務となっているのであって、この義務を守れば他からも従たる製品を購入しても問題はない筈であり、他から購入することを禁じられるのは、抱合せ販売そのものではなく排他条件付取引が課されているのである⁸⁸。逆に、単に従たる製品を他から購入することが禁じられている場合には従たる製品の購入義務はなく、抱合せ販売にも取引強制にもならないのである。

日本では、例えばフランチャイズ契約を締結して、ロックインされた後に抱合せが課された場合、アメリカのKodak事件のように従たる製品の競争者が閉め出される問題が生じなくても、優越的地位の濫用として14項で規制される可能性がある⁸⁹。

日本ではこのように規制目的が異なるいくつかの一般指定と私的独占とで、規制されている。アメリカでもシャーマン法1条、クレイトン法3条、シャーマン法2条、FTC法5条と、いくつかの条文で規制されているが、競争者排除行為を問題とする点で共通している。これに対して日本の不公正な取引方法の規制目的は多義的であり、異なった角度でそれぞれの規制が行われている⁹⁰。

アメリカで問題となっている競争者排除行為が問題となった日本のマイクロソフト事件⁹¹では、主たる製品が市場で第1位であることと従たる製品市場で順位が逆転したことにより違法性が認定されているが、購入者側には主たる製品も従たる製品もパソコンに搭載しない選択肢があり、その選択肢を行使した商品も等しく供給されていたのであり⁹²、排他性がさほど強くなかった事案であるのに対して、アメリカのMicrosoft事件では主たる製品が独占力を有するOSであったので、大きく事案を異にしている。日本ではこのタイプの抱合せの違法性の判断基準も必ずしも明らかではない。

結び

アメリカでは連邦最高裁の新判例が登場し、学説の新たな展開も見られる。様々なタイプの抱合せ販売については、合理の原則で今後は対応せざるを得なくなろうが、合理の原則を提唱している学説の検討や、抱合せ販売に対するシャーマン法2条の独占規制やクレイトン法3条の排他的協定一般の規制との関係も検討する必要がある。他方、日本の独禁法による抱合せ販売の規制目的は複数あり、適用条文も異なる方向にある。企業活動のグローバル化の進展で世界各国の競争法の規制を統一してゆく必要もあろうが、規制の法理には日米間でもかなり大きな違いが見られる。抱合せ販売のあるべき規制目的や日米の規制を統一する方向での解釈論の可能性も検討する必要がある。これらの解明は、今後の課題としたい⁹³。

[付記]

富澤敏勝先生には、日弁連法務研究財団の研究プロジェクト「事業者の秘密の保護と裁判における情報開示の必要性の調和」で一緒に研究をさせていただくなど、種々、お世話になりました。法理論と実務経験に基づく先生のご議論には、多くの啓発を受けてまいりました。ここに心より感謝を申し上げ、拙稿を捧げますとともに、先生のご健勝とご発展を祈念いたします。

注

¹ Illinois Tool Works Inc., et al. v. Independent Ink, Inc, 126 S.Ct. 1281 (2006).

² Motion Picture Patents Company, v. Universal Film Manufacturing Company et al., 243 U.S. 502 (1917).

³ 本稿では、特に断らない限り、抱き合わせる製品を主たる製品、抱き合わされる製品を従たる製品と表現し、製品には役務も含み、販売と表現している場合でも取引には販売も賃貸も含み、売手は賃貸人を買手は賃借人も含むものとして表現することにする。

⁴ Standard Oil Co. of California v. U. S., 337 U.S. 293 (1949).

⁵ Ward S. Bowman, *Tying Arrangements and Leverage Problem*, 67 Yale L. J. 19 (1957). Bowmanの論文の含意に関して、E. シンガー（上野裕也・岡井紀道共訳）『反トラストの法と経済理論』（ペリかん社 1971年）211-233頁を参照した。

⁶ 川浜昇「独禁法上の抱合せ規制について」経法11号125頁以下（1990年）128頁。

⁷ Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox* 365-381 (1978), Basic Books, Inc..

⁸ Richard A. Posner, *Antitrust Law* 9-17, 194-195 (2d ed. 2001), The University of Chicago Press.

⁹ Id. at 198-207.

¹⁰ Carl Kaysen and Donald F. Turner, *Antitrust Policy An Economic and Legal Analysis* 157 (1965), Harvard University Press.

¹¹ Ferguson, *infra*. n. 15 at 563.

¹² Michael D. Whinston, *Tying, Foreclosure, and Exclusion*, 80 *Am. Econ. Rev.* 837 (1990). ウィンストンの論文の含意に関して、柳川隆・川濱昇編『競争の戦略と政策』（有斐閣 2006年）〔泉水〕259-262頁を参照した。この他、シンプルなクールノー競争の枠組みでの抱合せが、社会厚生を悪化させる可能性があることも指摘されているとのことである。荒井弘毅『独占禁止法と経済学』（大阪大学出版会 2006年）138-139頁。

¹³ Donald F. Turner, *The Validity of Tying Arrangements under The Antitrust Laws*, 72 *Harv. L. Rev.* 50 (1958).

¹⁴ *Northern Pac. R. Co. v. U. S.*, 356 U.S. 1 (1958).

¹⁵ James M. Ferguson, *Tying Arrangements and Reciprocity: An Economic Analysis*, 30 *Law & Contemp. Probs.* 552, 562-565 (1965).

¹⁶ Bork, *supra*. n. 7 at 375.

¹⁷ Richard Crasswell, *Tying Arrangements in Competitive Market: The Consumer Protection Issues*, 62 *Boston U. L. Rev.* 661 (1982).

¹⁸ Lawrence A. Sullivan & Warren S. Grimes, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, 422-423 (2d ed. 2006), West Group.

¹⁹ *Id.* at 443.

²⁰ *Id.* at 443-444.

²¹ *Id.* at 445.

²² *Id.* at 446-447.

²³ *Id.* at 441-442.

²⁴ *Id.* at 448-449.

²⁵ Warren S. Grimes, *Market Definition in Franchise Antitrust Claims: Relational Market Power and the Franchiser's Conflict of Interest*, 67 *Antitrust L. J.* 243 (1999).

²⁶ Benjamin Klein, *Market Power in Franchise Cases in the wake of Kodak: Applying Post Contract Hold-Up Analysis to Vertical Relationships*, 67 *Antitrust L. J.* 283 (1999).

米国のフランチャイズに関する抱合せの分析については、若林亜理砂「フランチャイズの抱き合わせに関する反トラスト法の規制について」上法42巻2号353頁以下（1998年）、小塚荘一郎「フランチャイズ契約と競争法」上法45巻4号127頁以下（2002年）、川越憲治『フランチャイズ・システムの法理論』（商事法務 2001年）390-394頁を参照。

²⁷ バテントミスユースの法理に関しては、村上政博・浅見節子『特許・ライセンスの日米比較（第4版）』（弘文堂 2004年）199-203頁を参照。

²⁸ 本稿における米国判例の執筆に際して、松下満雄『アメリカ独占禁止法』（東京大学出版会 1982年）182-196頁、川濱昇「独禁法上の抱合せ規制について（一）」論叢123巻1号1頁以下（1988年）、同「独禁法上の抱合せ規

制について(二)・完 論叢123巻2号1頁以下(1988年)、村上政博『独占禁止法の日米比較(上)』(弘文堂 1991年) 281-291頁、同『アメリカ独占禁止法(第2版)』(弘文堂 2004年) 145-158頁、若林・前掲注26、越知保見『日米欧独占禁止法』(商事法務 2005年) 331-340頁、佐藤一雄『米国独占禁止法』(信山社 2005年) 207-227頁、谷原修身「『マイクロソフト事件判決』と反トラスト法の史的展開論(四) — 「スタンダード・オイル事件判決」との比較的考察—」青法46巻4号61頁以下(2005年)、滝川敏明『日米EUの独禁法と競争政策(第3版)』(青林書院 2006年) 357-363頁、を参照した。なお、筆者は以前、「反トラスト法による抱合せ契約の規制(2・完)」山形大学紀要(社会科学)18巻1号1頁以下(1987年)と、「フルライン強制に対する日米の独占禁止法による規制」山形大学紀要(社会科学)35巻2号175頁以下(2005年)において米国の判例の分析を行っているが、本稿の執筆にあたり、見直しを行った。

²⁹ 224 U.S.1(1912).

³⁰ *International Business Machines Corp. v. U.S.*, 298 U.S. 131(1936)の中で明確に指摘されている。議会が問題としていた判例は、*Henry v. A. B. Dick Co.*, 224 U.S. 1(1912)と、*U. S. v. United Shoe Mach. Co.*, 247 U.S. 32(1918)であったと指摘されている。

³¹ 243 U.S. 502(1917).

³² 258 U.S. 451(1922).

³³ 298 U.S. 131(1936).

³⁴ *Bork*, supra. n. 7 at 377.

³⁵ これについては、知識・情報の乏しい者は代替品の存在を知らないが故に、抱合せを課す者の製品に高い価値を見いださざるを得ないということかと考える。

³⁶ *Lawrence A. Sullivan & Warren S. Grimes*, supra. n. 16 at 433,441.

³⁷ 332 U. S. 392(1947).

³⁸ *The Attorney General's National Committee to study the Antitrust Laws* 238(1955).

³⁹ *Donald F. Turner*, supra. n. 13 at 53.

⁴⁰ *Illinois Tool Works Inc., et al. v. Independent Ink, Inc.*, 126 S.Ct. 1281(2006).

⁴¹ *Lawrence A. Sullivan & Warren S. Grimes*, supra. n. 18 at 441.

⁴² 337 U.S. 293(1949). この判決について詳しくは、拙稿「フルライン強制に対する日米の独占禁止法による規制」山形大学紀要(社会科学)35巻2号175頁以下(2005年)177頁を参照されたい。

⁴³ 345 U.S. 594(1953).

⁴⁴ *Donald F. Turner*, supra. n. 13 at 55.

⁴⁵ 356 U.S. 1(1958).

⁴⁶ *Bork*, supra. n. 7 at 376.

⁴⁷ *Lawrence A. Sullivan & Warren S. Grimes*, supra. n. 18 at 433.

⁴⁸ 371 U.S. 38(1962).

- ⁴⁹ George J. Stigler, *United States v. Loew's Inc.: A Note on Block-Booking*, 1963 Sup. Ct. Rev. 152 (1963).
- ⁵⁰ Bork, *supra*. n. 7 at 377-378.
- ⁵¹ Lawrence A. Sullivan & Warren S. Grimes, *supra*. n. 18 at 444-445.
- ⁵² *Id.* at 459-460.
- ⁵³ 矢野誠『「質の時代」のシステム改革』（岩波書店 2005年）64頁。
- ⁵⁴ 394 U.S. 495 (1969).
- ⁵⁵ 429 U.S. 610 (1977).
- ⁵⁶ Lawrence A. Sullivan & Warren S. Grimes, *supra*. n. 18 at 461.
- ⁵⁷ 466 U.S. 2 (1984).
- ⁵⁸ *Hyde v. Jefferson Parish Hosp. Dist. No 2*, 686 F.2d 286 (1982).
- ⁵⁹ 504 U.S. 451 (1992).
- ⁶⁰ 1996 WL 101173 (1996). 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997).
- ⁶¹ Benjamin Klein, *supra* n.26 at 317.
- ⁶² Janet L. McDavid and Richard M. Steuer, *The Revival of Franchise Antitrust Claims*, 67 Antitrust L. J. 209 (1999). そういった下級審判例として、*Digital Equipment v. UniQ Digital Technologies*, 73 F.3d 756 (7th Cir. 1996); *PSI Repair Services v. Honeywell*, 104 F.3d 811 (6th Cir. 1997); *Queen City Pizza v. Domino's Pizza*, 922 F.Supp. 1055 (E.D.Pa. 1996), *aff'd*, 124 F.3d 430 (3d Cir. 1997), *cert. denied*, 118 S.Ct. 1385 (1998); *Wilson v. Mobil Oil Corp.*, 984 F.Supp. 450 (E.D.La. 1997); *Little Caesar Enterprises v. Smith*, 34 F.Supp. 2d 459 (E.D.Mich. 1998) が挙げられている。
- ⁶³ 126 S.Ct. 1281 (2006).
- ⁶⁴ 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).
- ⁶⁵ 田村次朗「情報経済社会における反トラスト法の独占規制」厚谷先生古稀記念『競争法の現代的諸相（上）』385頁以下（信山社 2005年）388頁。その他、本件の検討に際しては、谷原・前掲注28 113-118頁、渡辺昭成「マイクロソフト社による反トラスト法違反事件」早法77巻3号167頁以下（2002年3月）、稗貫俊文「ソフトウェア製品の抱き合わせに対する当然違法の法理の適用の妥当性—米国マイクロソフト事件控訴審判決を素材にして—」小野先生古稀記念『知的財産法の系譜』791頁以下（青林書院 2002年）、隅田浩司「競争法における抱き合わせ規制と結合商品の評価」大宮ローレビュー創刊号 93頁以下（2005年）、飯田浩隆「米国反トラスト法における抱き合わせ規制と製品統合」N B L 740号54頁以下（2002年）も参照した。
- ⁶⁶ 87 F.Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000).
- ⁶⁷ 231 F.Supp. 2d 144 (D.D.C. 2002).
- ⁶⁸ 466 U.S. 2 (1984).
- ⁶⁹ *United Magazine Co. v. Murdoch Magazines Distribution, Inc.*, 146 F.Supp.2d 385 (S.D.N.Y. 2001).
- ⁷⁰ *Southern Pines Chrysler-Plymouth v. Chrysler Corp.*, 826 F.2d 1360 (4th Cir. 1987).
- ⁷¹ 126 S.Ct. 1281 (2006).

⁷² 購入者が従たる製品市場の他の売手からさえ買う気のない商品の購入を強制された場合は、競争への悪影響は存在し得ないが、それは強制がなければ他の売手に利用可能であった市場のどの部分も閉鎖されていないからであると判示されている。これを根拠に当然違法の法理を適用しなかった下級審判例がある。Phillip F. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law IX*, 262-266 (2d ed. 2004), Aspen Publishers.

⁷³ ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments* 210-212 (5th ed. 2002).

⁷⁴ 田中寿編『不公正な取引方法（別冊NBL9号）』（商事法務研究会 1982年）63頁。

⁷⁵ 川浜・前掲注28 「独禁法上の抱合せ規制について（一）」28頁注(65)。

⁷⁶ 公取委審判審決平成4年2月28日審決集38巻41頁。本件の評釈には、真淵博「審決解説」公取499号53頁以下(1992年)、今村成和ほか「判批」公取500号30頁以下(1992年)37-40頁、森平明彦「判批」平成4年度重判解246頁以下(1993年)、江口典「判批」別冊ジュリ141号162頁以下(1997年)、白石忠志「優越的地位の濫用と抱き合わせードラクエIV事件審決を中心に」経法18号141頁以下(1997年)がある。本件の経済的分析としては、三輪芳朗『日本の取引慣行』（有斐閣 1991年）209-218頁を参照。

勧告審決で処理された事案に、松葉屋に対する件・公取委勧告審決平成2年11月30日審決集37巻32頁、マルイチ商事に対する件・公取委勧告審決平成2年11月30日審決集37巻35頁、光陽に対する件・公取委勧告審決平成2年11月30日審決集37巻39頁、一世に対する件・公取委勧告審決平成2年11月30日審決集37巻43頁、ワールドアオヤマに対する件・公取委勧告審決平成2年11月30日審決集37巻47頁がある。本件の抱合せの伝播性を示すものと言えよう。

⁷⁷ 今村・同上 37頁、白石・同上 148頁。

⁷⁸ 田中・前掲注74 63頁。

⁷⁹ 同上 8頁、61頁。

⁸⁰ 公取委事務局「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」（1991年7月11日制定 2005年11月1日改定）の「第5 相互取引」。

⁸¹ 三井住友銀行事件・公取委勧告審決平成17年12月26日。諏訪園貞明「審決解説」公取664号45頁以下(2006年)を参照。

⁸² 東芝エレベータテクノス事件控訴審判決・東京高判平成5年7月30日判時1479号21頁。この判決については、拙稿「判批」別冊ジュリ161号152頁及びそこに掲載した参考文献を参照されたい。三菱電機ビルテクノサービスに対する件・公取委勧告審決平成14年7月26日審決集51巻401頁。東急パーキングシステムズに対する件・公取委勧告審決平成16年4月12日審決集51巻401頁。

⁸³ 大録英一「優越的地位の濫用と取引上の地位の不当利用」駿河台15巻2号125頁以下(2002年)138頁、142頁。

⁸⁴ 本件は民事訴訟であり、東芝エレベータテクノス側はそのような主張・立証をしていないので、そのような事実認定に基づく判決は下せないであろう。また、初めから保守サービスを抱き合わせたと切り切るには、当初の機器の販売に明示的に抱き合わせた場合であろう。独立系保守業者が活動していた事業分野なので、顧客は事実上の抱き合わせがあったとしても、認識していなかったと考えられるのではなかろうか。

⁸⁵ この問題についての筆者の分析は、岡田外司博＝土田和博編『演習経済法ノート』（弘文堂 2007年刊行予定）の「38 抱合せ販売」を参照されたい。

⁸⁶ 斐川町農業協同組合に対する件・公取委勧告審決昭和51年3月29日審決集22巻144頁。同様な事案に、鶴岡市農業協同組合に対する件・公取委審判審決昭和55年5月26日審決集27巻25頁、川西町農業協同組合に対する件・公取委審判審決昭和55年9月10日審決集27巻55頁がある。これらの事案をめぐっては、神田高年「審決解説」公取311号21頁以下（1976年）、今村成和『独占禁止法（新版）』（有斐閣 1978年）142頁、五十嵐秀雄「審決解説」公取371号53頁以下（1981年）を参照。

⁸⁷ Northern Pac. R. Co. v. U. S., 356 U.S. 1 (1958).

⁸⁸ 全日空に対する警告事件・公取委警告平成8年3月22日公取547号64頁以下（1996年）。

⁸⁹ 公取委「フランチャイズ・システムに関する独占禁止法上の考え方について」（2002年4月24日）、杉浦市郎「優越的地位の濫用規制—大規模小売業とフランチャイズを中心として—」経法49号59頁以下（2006年）67頁、川越・前掲注26 416-421頁を参照。

⁹⁰ 滝川教授は、不公正取引概念の多義性は、それぞれの規制目的が衝突して、規制基準を混乱させる危険性をはらんでいると指摘されている。滝川・前掲注28 248-249頁。

⁹¹ マイクロソフトに（株）に対する件・公取委勧告審決平成10年12月14日審決集45巻153頁。本件については、坂本耕造＝五十嵐収「審決解説」公正取引580号50頁以下（1999年）、小畑徳彦「審決解説」NBL663号29頁以下（1999年）、楠茂樹「判批」ジュリ1161号185頁以下（1999年）を参照。

⁹² ロータス1-2-3と一太郎をプレインストールしたパソコンが、エクセルとワードをプレインストールしたパソコンと共に、パソコンメーカーによって販売されていた。

⁹³ 筆者による日本の審判決の分析や違法性判断基準についての考察は、日本経済法学会編『経済法講座第3巻 独占禁止法の理論と実務 [2]』（三省堂 2002年）90-112頁に掲載の拙稿を参照されたい。

Development in the Regulation of Tying Arrangements under the Antitrust Laws of the United States

FUJITA Minoru

(Department of Law, Economics, and Public Policy, Faculty of Literature and Social Sciences)

In this article, we examined the development and problems of the regulation of tying arrangements under the antitrust laws and compared them with the legal doctrines of the Japanese court and Japanese Fair Trade Commission.

In the United States of America the Supreme Court's 2006 decision *Illinois Tool Works Inc., et al. v. Independent Ink, Inc* held that the mere fact that a tying product is patented does not support a market power presumption, abrogating *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392, *United States v. Loew's Inc.*, 371 U.S. 38, and *Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, in all cases involving a tying arrangement, the plaintiff must prove that the defendant has market power in the tying product.

In the *Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, the Supreme Court held that market share of thirty percent in the tying product did not establish the kind of dominant market position that obviates the need for further inquiry into actual competitive conditions, and market imperfections such as a lack of adequate information did not generate the kind of market power that justifies condemnation of tying. However, in the *Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Svcs.*, 504 U.S. 451 (1992), the Supreme Court refused the summary judgment, which is based on the legal rule that equipment competition precludes any finding of monopoly power in derivative aftermarkets. The court on Kodak considered the factors of market imperfections in the examination of relevance of summary judgment.

Meanwhile the Antimonopoly Act of Japan has several purposes and clauses that regulate the tying arrangements, and the doctrine considerably differs from that of the case law in the United States.