

流通系列化と独占禁止法

——独禁研報告について*——

(下)

三 輪 芳 朗

目 次

I	はじめに	
II	全般的あるいは予備的な解説	
III	「ただ乗り効果」について	
IV	「ブランド間競争とブランド内競争との関係」について (以上前号, 以下本号)	
		頁
V	「専売店制」の取扱いについて	35
V-1	基本的な考え方	35
V-2	「専売店制」とは	36
V-3	留意事項	37
V-4	第一の型	37
V-5	第二の型	40
V-6	例外的考慮事項	44
V-7	(補論) 不公正な取引方法との 関係に限定されることについて	44
VI	野木村忠邦〔31〕の批判について	46
VI-1	はじめに	46
VI-2	議論の前提	46
VI-3	経済分析の適用について	47
VI-4	野木村〔31〕の基本的な主張点	49
VI-4-1	基本的な主張点	49
VI-4-2	素直な読み方	49
VI-4-3	別の読み方——その1	50
VI-4-4	別の読み方——その2	51
VI-4-5	別の読み方——その3	51
VI-4-6	蛇足的なコメント	52
VI-5	その他の論点	53
VI-5-1	「一 垂直的制限」 について	53
VI-5-2	「二 専売店制」 について	54

VI-6 むすび……………55

V 「専売店別」の取扱いについて

Vの目的は、「報告書」各論「4 専売店制」の解説を試みることである。

II-5-2でふれたように、各行為類型ごとに示された公正競争阻害性の判断基準は、具体的な行為に適用する際には、抽象度が高いため、多少の解説を要する。

V-1 基本的な考え方

「専売店制」の取扱いに関する「報告書」の基本的な考え方は、次の部分に現われている。

(野田〔30〕, 23頁, 以下, 特にことわらない限り, 出典は同じ。)

「ウ 専売店制については、原則として違法である場合として、次のような場合を挙げることができる。

① 製造業者が、従来併売店であった販売業者を専売店に切り換えさせ、競争業者がこの流通経路を利用する可能性を排除する場合(参考: 第1次大正製薬事件, 北海道新聞事件)

この場合には、主として、販売業者に対して、取引拒絶、競争業者との取引の妨害等の手段により、専売店となるように強要する、その手段の不当性に公正競争阻害性の根拠を求めることができる。

なお、特定の併売店のみについて、自己の専売店に切り換えさせる場合であっても、その手段の不当性、波及性、反復性等からみて、競争阻害効果が強い場合には、この範疇に含めて考えることができる。

② 有力な製造業者が専売店制を実施すること
ある。

(*) この論文は日本経済研究奨励財団の助成による研究の一部を構成するものであり、同財団に深く感謝するもので

とによって、関係する流通経路の重要な部分が、競争業者にとって閉鎖的狀態に置かれることとなる場合(参考:武藤工業事件, ビジョン事件, フランスベッド事件)

この場合には、有力な製造業者が専売店制を採ることによって、流通経路の重要な部分が閉鎖的狀態に置かれることとなる点に公正競争阻害性の根拠を求めることができる。」

冒頭の「原則として違法」(傍点引用者)という表現に対応して(3)(24頁)があり、②の「有力な製造業者」および「閉鎖的狀態」に関連しては(2)のAとIがそれぞれ対応して置かれている。

上に引用した基本的な部分は、たとえば、根岸哲〔29〕のいうように、「本報告書は、従来の審判決の態度をほぼそのまま踏襲している」(31頁)と考えてよい(5-1)。

V-2 「専売店制」とは

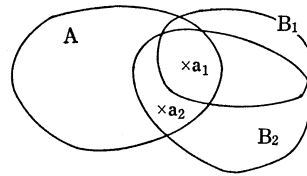
「報告書」では、「専売店制」は次のように考えられている。

「イ 専売店制は、製造業者が、流通網を把握し、価格維持を図ること、販売の拡充を図ること、専門的能力による販売や充実したアフターサービスを行わせること等を目的として、販売業者に対し、他社商品の取扱いを禁止し又は制限する制度である。」(22頁)

注意すべきことは、「報告書」は、形式上は、このような「専売店制について……原則として違法である場合」について議論しているが、実質的には、公正競争阻害性を有する行為のうち「専売店制」と呼び得る場合は何かという議論をしているということである。従って、あくまで、目的が公正競争阻害性を有する行為の集合Aの画定と、具体的な行為aがAに属するか否かの判断であることに注意して考える必要がある。

「専売店制」と呼び得る行為(5-2)の集合Bを独禁法との関連で大方の合意の得られるものと

して定めることは可能ではないし、敢えてそれを試みることに格別の意味があるわけでもない。仮に2つのタイプの概念規定 B_1, B_2 が可能であるとすると、形式的には、違法な「専売店制」



は $A \cap B_1$ あるいは $A \cap B_2$ ということになる。しかしながら、重要な問題は具体的な行為 a_1, a_2

が $A \cap B_1$ あるいは $A \cap B_2$ に属しているかどうかということではなく、それらが、Aに属しているかということであるから、「専売店制」として B_1 をとるか B_2 をとるかはさほど重大な問題ではないのである。たとえば、 a_2 は、「専売店制」として B_1 を考えれば、違法な「専売店制」とはならないが、違法な行為であることには変わりはない。

「報告書」の議論の性格がこのようなものであることに関連して、特に解説的見地からふれおくべきことがいくつか生ずる。

第一に、「専売店制」のタイトルのもとに書かれている各論のこの部分では、「専売店制」とは何かを議論しているわけではないし、まして、「専売店制」それ自体が一般的に独禁法違反になるか否かを議論しているのではない。一般に「専売店制」あるいはそれに類するものとして理解されるものが、独禁法違反になど得るとすれば、如何なる場合かという問題について検討していると考えれば良い。

第二に、従って、上記引用の「専売店制」の概念規定の当否について議論したり、特定の具体的な行為がこの概念に該当するかどうかを議論することは余り重要なことではない。

(i) 掲げられている目的が網羅的でないとか、諸目的がすべての「専売店制」に共通でないとか、特定の行為が、たとえば、専門的能力による充実したアフターサービスの提供のように、

(5-1) また、根岸哲と同じく独禁所会員である松下満雄は次のように発言している。

「専売店制はずっと従来からの判決、審決例の傾向、特に最近の傾向にほぼ沿ったかっこうになっておるかと思いま

す。」

松下満雄, 実方謙二〔21〕6頁。

(5-2) このように「行為」と考えることの意味については、次項でふれる。

「独禁法」からいってむしろ望ましい目的しか持っていない場合がある、とかいう議論は、少なくとも、「報告書」のこの部分の内容の理解に関する限り、重要ではない⁽⁵⁻³⁾。

(d) 「他社商品の取扱いを禁止し又は制限する制度」にいう「他社商品」について厳密に考える必要はない。通常用語法からすれば、「専売店制」というからには、すべての競争業者の商品のすべての「取扱いを禁止し又は制限する」ものというイメージを抱くことになるだろうが、そのようなことは必要ではなく、特定の競争業者のものに限定する場合も問題になり得る。つまり、いくつかの競合商品（極端な場合には、特定の商品を除くすべて）の取扱いを禁止も制限もしていないとしても、「専売店制」のタイトルのもとに示されている考え方に従って違法と判断される場合があり得るのである。

(e) 「取扱いを禁止し又は制限する」という表現についても厳密に考える必要はない。公正な取引方法が、「公正な競争を阻害するおそれ」を実質的要件とするのであるから、「禁止」又は「制限」はそれに結びつく行為を例示したものと考える方が良い。たとえば、リベート、価格差別等の誘因を以て同様の効果をもたらす場合も、当然にここに含まれると考えるべきではない。

V-3 留意事項

V-1に引用した、「専売店制」の取扱いに関する「報告書」の考え方の検討に入る前に、前提となるべき留意事項に触れておくのが適当であろう。

結果として、あるいは、事実として「専売店」になっていることそれ自体が独禁法上問題になるのではない、ということである。

販売業者が自主的な選択の結果として「専売店」化したり、特定の製造業者の製品を取扱わ

なくなり、その結果、特定の製造業者が流通経路を見つけることができなくなったり、製造業者段階が寡占的あるいは独占の状態になったとしても、そのことが独禁法上問題になることはないし、排除措置として併売することあるいは特定の製造業者の製品の取扱いが命じられることはあり得ないことである⁽⁵⁻⁴⁾。

問題になり得るのは、(i)そのような状況を生み出す要因を製造業者が提供している場合、または、(ii)販売業者が共同あるいは単数もしくは複数の製造業者と協力してそのような状況を生み出している場合である。

「報告書」が先に引用した部分でとりあげているのはこのうちの(i)であって、①の「切りかえさせ」②の「実施する」という表現をみれば、何等かの形で製造業者の行為が問題にされていることは明らかであろう。

(ii)については、特定の製造業者（複数でも良い）の製品のボイコットを考えれば良い。形態としては、イニシアティブをとるのが、特定の製造業者の場合、複数の製造業者の場合、販売業者の団体の場合、誰だか特定できない場合などいろいろ考え得る。このようなもののうちに、「専売店制」あるいはそれに類するものと考えられるものも含まれるのである。しかしながら、特定の製造業者の排除（又は支配）に結びつくものが典型であって、一般に「専売店制」と考えられるものとはいささかイメージを異にする場合が多いと考えられるため、「報告書」が(i)の場合に限定したことそれ自体は適切なことであると思われる。(ii)の場合も、「報告書」に述べられている考え方の延長線上にあることに留意する必要がなくなるわけではない。

V-4 第一の型

「報告書」が「専売店制について……原則として違法である場合として」挙げている第一の

(5-3) IIIで検討した、ただ乗り効果を強調する議論は、「専売店制」についても存在し得るが、IIIで述べたのと同じ理由で、有効ではない。

たとえば、メーカーのディーラーに対する様々な援助（資金援助、技術指導、経営ノウハウの提供など）は、競合メーカーにただ乗りされる場合には著しく阻害される場合がある。そのような援助が提供され、その恩恵が消費者の手

に届くためには、ただ乗りを防ぐことが必要であり、「専売店制」はそのための有効な手段となり得る。

(5-4) このことは、たとえば再販の場合に、再販売価格が維持されていること（どの販売業者もそれ以下で販売していないこと）それ自体が問題になるのではなく、それ以下で販売すること、あるいは、再販売価格がバラックことが命じられることがあり得ないのと同じことである。

型(ウ ①)について検討しよう。

「報告書」は①で、「原則として違法である場合として」「製造業者が、従来併売店であった販売業者を専売店に切り換えさせ、競争業者がこの流通経路を利用する可能性を排除する場合」(23頁)をあげているが、この部分はいくつかの点でコメントを要する。

最初にコメントすべきことは、「報告書」はこれを「原則として違法である場合」としてあげているが、当然のことながら、不公正な取引方法の実質的要件を満たす必要があるから、①の場合がすべて違法というわけではないということである。「報告書」が、このような場合はすべて違法であると主張しているのであれば、明らかに行きすぎで誤りという他ないと思われるが、ここは当然の前提となる一般原則が省略されていると考えるのが妥当なところであろう(5-5)。

どのような場合に違法となるかは、結局のところ、不公正な取引方法の実質的要件を満たすかどうかで判断することになる。

典型的なケースとしては、有力な製造業者が従来併売店であった販売業者を一斉に専売店に切り換えさせ、競争業者の少なくともいくつか(単数でも良い)がそれによって著しく不利な立場に立たされ、結果として市場から排除されるか、そこまでいかなくとも活発な競争者としての役割を果たし得なくなり、そのことが市場における競争を阻害するという事態を考えれば良い。

典型的なケースではなく、どのようなケースがここで問題にされるかは、以下に見るいくつかのポイントに留意することによって明らかになる。

(イ) 行為者である製造業者は「有力な」ものである必要はない。いかなる製造業者であれ、

問題の行為をすれば違法となる(5-6)。

有力な製造業者でなければ問題になるような行為はできないという事実判断に基づいた反論もあり得ようが、有力でない製造業者による問題の行為の可能性がある限り、限定的に解釈しておく必要はない。

また、たとえば、有力な新規参入企業によって最も強い打撃を受けるのが既存企業のうち相対的に弱い立場にあるものであることがしばしばであるが、このような場合に、この弱い立場にある企業が新規参入企業の排除を目的として販売業者に働きかけることは大いにあり得る。同様に、現時点では有力とはいえない製造業者が、たとえば、有力な金融機関の力を背景に問題の行為をすることも当然にあり得る。

(ロ) 「従来併売店であった」ことは必須の要件ではない。

たとえば、販売業者の自主的な判断の結果として成立している「専売店制」が違法にならないことはV-3でふれた通りであるが、このような状況下にある販売業者に新規参入業者が現われて取扱いを申し入れた時に、既存の製造業者がその取扱いを断るように仕向けた場合は、当然問題になる。

「報告書」は「従来併売店であった」と述べているが、ほとんどの場合がそうであるとしても、それに限定されるものではない。

(ハ) 「一斉に専売店に切り換えさせる」必要はない。

「報告書」は「一斉に」と述べず、更に関連して、3つ目のパラグラフで次のように述べている。

「なお、特定の併売店のみについて、自己の専売店に切り換えさせる場合であっても、その手段の不当性、波及性、反復性等からみて、競争阻害効果が強い場合には、この範疇に含めて

(5-5) たとえば、実方謙二、松下満雄[22]では次のようなやりとりがある。(8-9頁)「松下：……併売店を専売店にするというようなことは零細業者でも起こり得ることですね。そしてほとんど市場の影響はないかもしれない。……

実方：……類型によって違いますけれども、一般論として市場の競争に全く影響を与えないものは一般原則に従ってとり上げる必要はないという理論で解決できる問題です。

……
実方：だからご指摘の点は一般原則でカバーすると、そこは報告書に書いたほうが忠実かもしれない。」

(5-6) 「報告書」はこの点を考えて、特に「有力な」とは特定化していないが、有力な製造業者によるものが典型的であることに変わりはない。

考えることができる。」(23頁)

特定の併売店を自己の専売店に切り換えさせるだけでは、通常は、競争業者を著しく不利な立場に立たせることにはならず、従って、市場への影響は無いと考えられるから、違法となることはない。しかしながら、それが、徐々に反復性をもって進行しつつあるものの一つであったり、特定の地域の代表的な販売業者であって近隣の販売業者への波及性が予想される場合、あるいは、競争業者にとって拠点的地位にある販売業者である場合などであれば、問題になり得る。

(二) 「専売店に切り換えさせ」ることが必須の要件ではないことは、V-2で見た通りである。

「報告書」がここで「専売店」と限定しているのは、ここで検討しているのが「専売店制」であるという理由によるものであり、何が違法にあるかを考える際にはこの限定は必要ではない。

特定の競争業者あるいはいくつかの競争業者の商品を取扱わせないことであっても、特定の競争業者の製品全体ではなくその一部が対象であっても、問題になり得る。

(四) 「専売店に切り換えさせ」の「切り換えさせ」に該当するために、何等かの形での強制によって販売業者の意に反して行われることを要するわけではない。

「報告書」は関連して、続く第二パラグラフで次のように述べている。

「この場合には、主として、販売業者に対して、取引拒絶、競争業者との取引の妨害等の手段により、専売店となるように強要する、その手段の不当性に公正競争阻害性の根拠を求めることができる。」(23頁)

多くの販売業者が専売店化することを有利な選択と考える状況を生み出すことが問題となるのであるから(5-7)、それが、販売業者に対する強制あるいは「強要」であるか否かは重要な事

項ではないし、販売業者の自主的な選択の結果であってその意に反するものではないからといって違法でなくなるわけではない。(あらゆる行為は、与えられた状況下での自主的な選択という性格を持っている。)

「報告書」が「切り換えさせ」といい、関連部分で「強要する」という表現を用いているのは、記述上の簡便さを考慮したうえでのことであり、事柄の性質上、このことにこだわる必要はない。

(六) 上記関連部分にいう「手段」としては、例示的に掲げられた「取引拒絶、競争業者との取引の妨害」の他にも、様々なものが考えられる。

たとえば、抱き合わせ販売により自社製品の取扱比率を高める誘因を与えること、リベート、納入価格、諸サービスの提供等について差別して専売店化あるいは自社製品の比率を高めることなどがその例となろう。(たとえば、専売比率60%以上であれば出されるリベート。)

(七) 上記関連部分にいう「その手段の不当性に公正競争阻害性の根拠を求めることができる」ということの意味は、たとえば、取引拒絶という手段が公正競争阻害性を有するか否かが問題になるのであって、それが「専売店制」の実現に有効に関与しているか否かとは関係がないということであり、不公正な取引方法禁止規定の一般的性格を述べたにすぎないものである。従って、この部分を、たとえば、「取引拒絶」をすれば即違法であるとか、それにより「専売店となるように強要」すれば即違法という考え方を表明したものと見ることは明らかな誤りである。

(八) 「競争業者がこの流通経路を利用する可能性を排除する場合」という「報告書」の表現にはコメントを要する。

この部分は、先行する「専売店に切り換えさせ」ることの論理的帰結に他ならないから、特別の存在理由を持つ部分ではないが、「専売店

(5-7) もちろん、このようなケースが、すべて違法となるわけではない。

販売業者の店舗の広さからいって、少数の製造業者の製品に限定して取扱うことが合理的なことが当然あり得る。

しかしながら、このような形での「専売店」化が一斉に、あるいは急激に進行することはないし、また、すべての販売業者が「専売店」化することも不自然であろう。

に切り換えさせ」るとが競争業者に対する影響を通じて問題になり得る点を考慮して置かれた部分と考えればよい。

従って、(二)でみたように「専売店」に特にこだわる必要がないことから、次の二つの留意事項がでてくる。

㉑ 「競争業者」はすべての「競争業者」である必要はないし、新規に参入を企てつつある業者であってもよい。

㉒ 「利用する可能性を排除する」ことは必要ではなく、競争業者の製品のの一部であっても良いし、それも完全に排除する必要はない。

「報告書」が限定的表現を用いているのは表現上の簡便さを考慮したうえでのことであり、二つの留意事項は不公正な取引方法禁止規定の性格から導かれるものである。

(i) これまでにも触れたことであるが、何が違法かを判断する際には、競争業者の少なくとも一社が排除されることは必要ではない。

㉑ 排除されなくとも、活発な競争業者としての機能を失ってしまう場合（たとえば、問題の製造業者あるいはその系列販売業者に実質的な販売活動を依存してしまう場合）には、そのことの市場における競争に対する影響を考えなければならぬ(5-8)。

㉒ 市場における「競争を阻害するおそれ」が問題になるのであるから、その市場が一定地域に限定されたものである場合もあるし、特定の製品に関するものである場合もあり、競争業者の存続に関わるか否かが、直接的を判断基準となるわけではない。

V—5 第二の型

「報告書」が「専売店制について……原則として違法である場合として」挙げている第二の型（ウ ②）について検討しよう。

②は、「原則として違法である場合として」、

(5-8) 私的独占が「他の事業者の事業活動を排除し、又は支配すること」（2条5項）を要件にしていることを想起すれば足りる。

V—7を参照。

(5-9) たとえば、排他性をもった販売網は販売面での規模の経済性の実現のために必要であるとする主張が見られるが、「もしも、排他性をもった販売網を維持することによって

「有力な製造業者が専売店制を実施することによって、関係する流通経路の重要な部分が、競争業者にとって閉鎖的狀態に置かれることとなる場合」をあげ、「報告書」は関連する解説部分として、続く部分と、(2)のA、Iを置いている。

第二の型の考え方の基本的視点は、続く次の部分に示されている。

「この場合には、有力な製造業者が専売店制を採ることによって、流通経路の重要な部分が閉鎖的狀態に置かれることとなる点に公正競争阻害性の根拠を求めることができる。」(23頁)

何故なら、このような場合には、既存の競争業者の相当部分が、代替的流通経路の整備が困難となったり、たとえ整備できても質的に劣るものとなるため、競争上不利になったり、新規参入が困難になったりするため、市場における競争が阻害されるおそれに結びつくからである。

第二の型についても、いくつかの留意点がある。

(i) 「専売店」であることは、違法であるために必須ではない。

他の特定の競争業者(単数でも複数でもよい)の「商品の取扱いを禁止し又は制限する」だけでもよいし、そのような業者の商品の一部を対象を限定するものでもよい。

従って、「競争業者にとって閉鎖的狀態に置かれること」というのはやや強調した表現となっており、違法であるためには、すべての競争業者にとってそうである必要はないし、文字通り「閉鎖的狀態に置かれる」必要もない。

(ii) V—3でものべたように、「専売店制を実施すること」が問題になるのであるから、その生成、維持、強化に結びつく何等かの形の行為が問題になるのであって、「専売店」化している事実そのものが問題になったり、併売を強制されることはない(5-9)。

実現できる経済性が大きなものであれば、結果として排他性の強い販売網が成立存続することになって、独禁法の適用によって大きな影響を受けないはずである。」(三輪芳朗 [24] 84頁)

また、たとえ「必要である」としても、そのことによって独禁法上適法となるわけではない。VI—4—5を参照。

「報告書」は、「有力な製造業者」について次のように述べている。

「ア ここで『有力な製造業者』か否かは、当該製造業者のシェア、当該業界における順位、掌握下にある販売業者の数、特定の地域的市場における優位性の有無等の要因により判断される。

なお、下位業者の場合であっても、将来への発展性のある業者、有力なブランドを有する業者等については、有力な製造業者に含めることができる。」(23頁)

これは、どのような製造業者が「専売店制」を実施する場合に「原則として違法」となるかを判断するための基準を示す部分である。

第一パラグラフは、考慮要因を列挙しており、このことは、たとえば、シェアだけを考慮する単純な基準を「報告書」が採用していないことを示している。これは、市場における競争に対する影響を問題にすることから考えて当然のことであろうが、明確な基準を求める立場からは批判のあるところであろう⁽⁵⁻¹⁰⁾。

シェアの持つ意義は、市場によって異なるから(たとえば、製品差別化の程度、ローカル・ブランド製品の中でのナショナル・ブランド製品のシェアなど)、たとえば、順位を考慮することにはそれなりの意味があろうし、掌握下にある販売業者の数は影響の程度を左右しよう。また、特定の地域的市場だけをとりあげる必要のある場合もあり得るから、そこにおける「優位性」を考慮することも重要となる。

第二パラグラフは、通常用いられる意味では、あるいは現時点では「有力」と考えられない場合であっても、ここにいう「有力な製造業者に含め」得る場合について述べている。

「将来への発展性のある業者」は、発展が可逆的ではないことと、不公正な取引方法禁止規定が「公正を競争を阻害するおそれ」を予防する性格を有することから当然の判断と思われる。

しかしながら、有力な「ブランドを有する業者」については、「有力なブランドを有する」からといって、その「専売店制」の市場への影響が大きいと考える理由は必ずしも明らかではなく⁽⁵⁻¹¹⁾、これを含めることにはいささか疑問があると考ええる。

第二パラグラフは、「有力な製造業者に含めることができる」場合にいて言及しているにすぎないのであるから、このような業者の「専売店制」が「原則として違法である」というのではなく、第一のパラグラフのテストを受ける資格を有すると述べているにすぎず、その実質的意義な限られたものである⁽⁵⁻¹²⁾。

「報告書」は続いて、次のように述べている。

「イ さらに、関係する流通経路が閉鎖的狀態にあるかどうかについて、次のような事項を考慮して判断されることになる。

(ア) 競争業者にとって、代替的流通経路の整備が困難かどうか。

(イ) 専売店制実施期間中の当該製造業者のシェアの推移はどうか。あるいは、逆に競争業者のシェアの推移はどうか。

(ウ) 当該専売店契約の期間の長さはどうか。

(エ) 当該専売店制を実施することにより、新規参入が容易になる場合、あるいは、いわゆる破綻会社の再起が可能になる場合等に該当するかどうか。

(オ) 競争業者が専売店制を採っているかどうか。」(24頁)

最初に、この部分の位置づけを明らかにしておかなければならない。

ここにいう「関係する流通経路が閉鎖的狀態にある」ことと、関連主文にいう「関係する流通経路の重要な部分が、競争業者にとって閉鎖的狀態に置かれること」とは同じではない。

後者は、「有力な製造業者が専売店制を実施」すれば、それによって競争業者が利用できなくなる(「閉鎖的狀態に置かれる」)流通経路が重

(5-10) 研究会メンバーの構成からいって、その点まで入って合意は得られるものではなからう。

(5-11) たとえば、「有力なブランド」が「将来への発展性」につながる場合があることを考えるのであれば、これを別

掲する必要はない。

(5-12) 従って、上のパラグラフでふれた「有力なブランドを有する業者」についても、第一パラグラフのテストをパスしないから、全体の結論に影響はない。

要な部分を占めることになることをいっており、前者が、それによって競争業者が流通経路そのものを確保するうえでどの程度の影響をこうむるか（閉鎖的狀態にある）というの著しく不利になること）を問題にしているのとは性格を異にする。「報告書」が後者の場合を「原則として違法である」というのは、重要な部分が競争業者に利用できなくなる（後者）が、競争業者が流通経路を確保するうえで著しく不利になること（前者）に結びつき、結果として「公正な競争を阻害するおそれ」があると判断するからに他ならない⁽⁵⁻¹³⁾。

従って、この部分は、「専売店制を実施することによって」、「競争業者にとって閉鎖的狀態に置かれることとなる」⁽⁵⁻¹³⁾「部分」が、「原則として違法」と判定すべき程度に「重要」（傍点引用者）か否かを判断する際に考慮すべき事項を列挙していることになる。先のアが「有力な製造業者」であるか否かの判断基準を示しているのと同様、ここは、「重要な部分」であるか否かの判断基準を示していることになる。

重大な問題は、「報告書」が「有力な製造業者」が「重要な部分」を「閉鎖的狀態」に置くような「専売店制」を実施する場合について「原則として違法」としているが、この二つの形容詞の双方についてそれぞれ置かれている判断基準をどのような比重で重視するかということである。「報告書」の中にこの点に関する考え方を見出し得ないとすれば、この第二の型について示されている考え方は（(1)のウの②）、一般的な考え方の方向を示すとどまるものであり、その実質的意義は著しく減殺されることになる。

私は、「報告書」の考え方は、「有力な」に関するアの要因を主な考慮事項と考えており、「重要な」に関するイに列挙されている事項を付加的な留意事項と考えるものとみて良いと思う。

その理由は、全体のトーンがそのように書か

れていること、「報告書」が、「まず」「有力かどうか判断されることになる」（23頁）とのべ「さらに」ではじまるイに続いていること、更に、「第3部まとめ」で「専売店制」が次のグループに分類されていることによる。

「(2)行為の量的実質性により判断されるもの（有力な製造業者が行う場合には、原則として違法と判断）」（29頁）

イに列挙されいるる5つの事項は、付加的な留意事項とでもいべき性格を持つとみられることもあって、やや雑然と並置されているという観があるが、「有力な製造業者」が実施する「専売店制」でも違法とならない場合があり得るとすればどのような場合を示すものとしてみれば、統一的に理解できると思われる。

列挙事項のそれぞれを掲げること自体については強い意見の対立はないとしても、どの程度に重視するかは論者によって大いに差があるところであろう。ここでは、重視の程度に関する私自身の評価を述べておくことにする。

(ア)は「専売店制」が公正競争阻害性を有するか否かの判断基準そのものという性質を持つものであるから、改めてここに掲げるべきものかどうかという点で多少の疑問が残る。

ここにいう「競争業者」は特定の業者だけのことではないから、潜在的参入者も含めてすべての競争業者が考慮の対象になる。いかなる競争業者も流通経路の整備に困難を感じないのであれば違法にならないことはないまでもないが、逆に、いくつかの競争業者が困難を感じなければ適法になるというわけではない⁽⁵⁻¹⁴⁾。

この部分は、次のように書き改めた方が理解し易いかもしれない。

「他のメーカーにとっての代替流通経路整備の容易さ。すなわち、専売制によって閉鎖されている経路に代替する経路を整備するに要する費用および他の障壁」（松下満雄〔20〕49頁）

(5-13) 「報告書」のこの部分は、表現がいささか紛らわしくなっているように思われる。「閉鎖的狀態」の用い方について、このことは特に著しい。

(5-14) ここでは、新たに「専売店」化をすすめる場合ではなく、成立している「専売店制」を問題にしているのだから、「代替的流通経路」というのはいささか紛らわし

い表現であり、単に「流通経路」といった方が良いように思われる。「代替的」という時には、現実に利用していたものに対する「代替」ではなく、もし「専売店制」がなければ利用できたかもしれないものに対する「代替」であることになる。

の程度。

(ウ)は(ア)と直接関連するものである。

(カ)が、競争業者が「専売店制」を採っている場合には、対抗措置として当該製造業者の「専売店制」が正当化される場合があるなどと主張しているのではないことは改めて強調するまでもないことである⁽⁵⁻¹⁵⁾。

(キ)は、競争業者（単数でも複数でも良い）が「専売店制」を採っている場合には、残りの競争業者にとっての流通経路の整備が一層困難になる点を考慮した留意事項であることになる。

(ク)は、たとえば、「専売制を実施してきた期間のあいだ、それを実施してきたメーカーの市場占拠率は低下の傾向をたどってきているとすれば、その専売制は競合メーカーの新規参入なり、販路拡大なりに大きな影響を与えなかったことになり、市場の競争に大きな影響を与えなかったという推定ができるであろう」（松下〔20〕49頁）という考えに基づくものである。

私は、(イ)のような考え方に全面的に反対であるとか、削除すべきだ、とか考えるものではないが、これを特に重視する立場はとらない。

その理由は、「専売店制」の影響は、当該製造業者のシェアの推移、あるいは特定の競争業者のシェアを見るだけで判断できるとは限らないということである。たとえば、「専売店制」を実施している有力な製造業者がシェアを低下させているとしても、この期間中にシェアを増大させているのが有力な競争業者である場合には、下位業者あるいは新規参入業者がその「専売店制」によって深刻な影響を受けている場合もあり得る。また、期間中に、下位業者あるいは新規参入業者が全体としてシェア増大させて

いるとしても、「専売店制」によって、そのスピードが遅くなっている場合もあり得る⁽⁵⁻¹⁶⁾。従って、当該業者業がシェアを低下させていること、あるいは競争業者の一部がシェアを拡大しているからといって、この「専売店制」が独占禁法上適法になるとは限らない。

(ケ)についても、私は、特に反対する立場はとらないが、これを特に重視する立場はとらない。

「専売店制」は、明示的な専売店契約を伴っている場合が典型だとは必ずしもいえず、このような契約の有無に関わりなく何等かの形で経済的な誘因によってその実効性が保たれているのが通例であると思われるから、㊸専売店契約の内容を重視することは必ずしも適切ではないと考えられるし、㊹経済的誘因の方を放置する限り、再契約が繰り返されることにより期間が短いことの意義は発揮されないのが常であると考えられることによる。

(コ)は、実質的に、続く、(3)で検討されていることであって、ここに留意事項として置くことは適切ではないと思われる⁽⁵⁻¹⁷⁾。

以上にみたように、イに列挙されている5つの考慮事項に関して、私は極めて重要なものであると評価をするものではなく、これを付加的な留意事項と考える「報告書」の立場を妥当なものとするものである。

以上で、「報告書」が「専売店制」について「原則として違法である」と考える場合についての検討を終わるが、検討内容から明らかのように、事柄の性質上、「原則として違法」ということの内容は、簡単明瞭というわけにはいかないことに注意する必要がある。このことは、

(5-15) たとえば自社製品の不当廉売に対抗するために再販売価格維持行為が必要であったとする主張に対して東京高裁は次のようにのべている。

「いわゆる不当廉売があるとしても、それは通常それ自体不公正な取引方法に当たると考えられるから、その排除は法にしたがって被告のなすべきことであり、事業者がその対抗ないし自衛措置として、法二四条の二の指定除外をも受けずに、みずから直ちに一般的、制度的に再販売価格維持行為を採ることは許されない。」（明治商事事件，東京高裁昭和46年6月17日判決，『判例時報』639号37頁）

(5-16) 改めて強調するまでもないことであろうが、「競争

を阻害する」か否かは、当該行為実施前と比較した競争の程度の増減をみて判断するものではなく、当該行為が行われなかった場合と比較して判断するものである。

(5-17) V—6を参照。

「公正な競争を阻害するおそれ」の有無が問題になるのであるから、「専売店制」の場合には、「ブランド間競争」を「阻害するおそれ」の有無が判断基準になる。この基準は、すべての「専売店制」に一律に適用されるものであり、「新規参入」業者、あるいは「破綻会社」の場合に、特別扱いする根拠はない。

「有力な」あるいは「重要な」という形容詞に関連する考慮事項が多く存在する第二の場合に特に著しい。

V-6 例外的考慮事項

「報告書」は、「専売店制」が「原則として違法である場合」について検討したあとに、例外的考慮事項として次のように述べている。

「(3) 新規参入業者又は下位業者がアフターサービスや専門的能力の發揮等を目的として専売店制を採ることによって、安定した販路を確保でき、ブランド間競争をむしろ促進すると認められる場合については、次のように考えられる。

ア 専売店制を採らなくても、他に実施可能な代替的手段がある場合には、当該専売店制の公正競争阻害性が阻却されるものではない。

イ 専売店制以外に代替的手段がない場合においては、競争促進のための他の手当（例えば、専売店制と併用されている他の行為の排除）を講じた上で、専売店制を認めることも考えられる。」(24頁)

この部分は、今村〔10〕の指摘する通り「専売店制そのものは、競争品の取扱いを禁止することに過ぎないから、ブランド内競争には全く影響を与えるものではない」(60頁)のであるから、ブランド間競争を阻害するか否かだけが問題なのであり、「報告書」のいう「ブランド間競争をむしろ促進すると認められる」「専売店制」は当然のこと、それを阻害するおそれがない「専売店制」は、行為主体が誰であろうと、独禁法上問題にならない⁽⁵⁻¹⁸⁾。つまり、そのような「専売店制」は、「新規参入業者又は下位業者」に限らず、「破綻会社」であれ、急成長業者であれ、上位業者であれ、誰が実施しても問題にならない。

私は、この部分は、全面的に削除するのが望ましいと考える。

ただし、そもそも、「ブランド間競争をむしろ促進すると認められる」ような「専売店制」は「原則として違法」の範疇に入らぬものであ

るため、この部分を適用する場合は発生しないのであるから、この部分は「報告書」の中で実質的機能を持つものではなく、存在することによって「報告書」の結論が実質的な影響を受けるということはない。

例外的考慮事項を全く置かなくても良いというわけではない。

「一店一帳合制」に関連して、Ⅲ-4で留保点の2として述べたことが、「専売店制」についてもあてはまる可能性がまったくないとはいえない。ただし、「一店一帳合制」の場合と同じく、実質的には余り重要ではないと考えられるから、特に明示する必要はないのかもしれない。

V-7 (補論). 不公正な取引方法との関係に限定されることについて

Ⅱ-6でみたように、「報告書」は独禁法上の規制として、「不公正な取引方法」に限定して議論を展開している。

「報告書」が自ら設定したこの枠組みが、適当ではない場合があるのではないかという視点から問題を提起するのがこの目的である。

ただし、Ⅱ-6で述べたように、この論点は、規制の対象の範囲に関係するものではなくその強度に関わるものであるから、若干の修正を要する点として述べるものであって、取扱いが不適当であるとして特に反対するものではない。また、以下の議論の中で明らかになるが、この問題は、私的独占禁止規定、不公正な取引方法禁止規定のそれぞれの位置づけおよび相互関係の評価にまで立ち入らざるを得ないものであって、本来的にこの「研究会」に不向きなものなのであり、設定された枠組みはこの問題に立ち入らないための工夫とも考えられるものである。V-7全体を補論とするのは以上の意味においてである。

問題は、「報告書」が独禁法上「違法」と判断するもののなかに、不公正な取引方法該当行為とするよりも、他の違法行為に該当する行為とする方が良いものがあるのではないかという

(5-18) この点で、たとえば、「一店一帳合制」(2)、あるいは

「テリトリー制」(2)イ、とは根本的に性格を異にする。

ことである。

他の規定として具体的には、私的独占又は不当な取引制限の禁止を定めた3条と、事業者団体の禁止行為を定めた8条1項等があげられる。

これらの規定により禁止される行為に比べれば、不公正な取引方法は相対的に軽いものとして位置づけられており⁽⁵⁻¹⁹⁾、例えば、3条に違反する行為を19条に違反するものとして規制するのは、譬えていえば、強盗に該当する者（刑法236条1項）を窃盗の罪（235条）で罰するようなものであり、法の目的の実現にとって適切なことではなからう。

Vで解説を試みている「専売店制」との関連では、特に私的独占との関係が問題になる⁽⁵⁻²⁰⁾。

たとえば、今村成和〔9〕のいうように、「独占禁止法は、『公正且つ自由な競争』を確保するために、事業者の事業活動に種々の規制を加えている。そしてその頂点にあるものが、私的独占および不当な取引制限の禁止なのである」（64頁）が⁽⁵⁻²¹⁾、この私的独占の禁止規定の適用事例は著しく少ない。⁽⁵⁻²²⁾

適用事例数が少ないことの原因が、そもそも該当する行為が稀にしか行われないうことによるのであれば、このことが特段の問題を含んでいることにはならないが、私は他の原因による面が強いと考えるものである。

私が注目するのは次の2点である。

第一点は、私的独占禁止規定およびその定義規定の解釈に問題があり、これに該当するとするための要件を必要以上に厳しく考えていることである。

第二点は、第一点を反映する面もあってか、

本来、私的独占該当行為として扱うべきものを不公正な取引方法該当行為として扱ってきていることである⁽⁵⁻²³⁾。

第3条で禁止される私的独占は、2条5項で次のように定義されている。

「この法律において私的独占とは、事業者が、単独に、又は他の事業者と結合し、若しくは通謀し、その他いかなる方法を以てするかを問わず、他の事業者の事業活動を排除し、又は支配することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限することをいう。」

第一点の定義規定の解釈上の問題点とは、「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」に関わるものであるが、詳しくは別稿で論じる予定であるから⁽⁵⁻²⁴⁾、ここでは立ち入らない。「排除」又は「支配」の行為主体である「事業者」が単独である場合に限られないし、有力である場合に限定されないことが持たここで議論では重要である⁽⁵⁻²⁵⁾。

第二点は、V—4でみた第一の型の考え方を2条5項の規定と照らしみれば、そのうちの大きな部分がこれに該当すると考えられることから明らかであろう。

特に、不公正な取引方法が「公正な競争を阻害するおそれ」（傍点引用者）を要件とするのであるから、現実に「公正な競争を阻害する」行為であり、「競争を実質的に制限する」行為を、不公正な取引方法の該当行為として扱うことは適切なことではない。

具体的には、たとえば、「報告書」が第一の型の例としてとりあげている北海道新聞事件に

(5-19) たとえば、3条および8条1項に違反する行為は罰則の対象となる（89条、90条）が、19条に違反する行為はならない。

また、不当な取引制限と8条1項に違反する行為の一部については、課徴金の規定がある。（7条の2、8条の3）。

(5-20) 「店会制」が、特に8条1項と関連することも改めて強調するまでもなからう。

また、たとえば、再販売価格維持行為と不当な取引制限との関係についても検討の要があるのではなからうか。

(5-21) 独禁法の正式名称が「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」であることに注意を促すことも意味のあることかもしれない。

(5-22) 現時点までの適用事例数は合計8件にすぎず、うち6件は昭和20年代に起きた事例に対するものである。

『公正取引委員会審決集（25）』の巻末に審決等の索引があり、私的独占については449頁を参照。

(5-23) 更に、第三点として、私的独占に限らず、独禁法全体に関する公取委の運用態度が、少なくとも、一時期は、消極的に過ぎたことをあげることが適当であるかも知れない。

(5-24) 『経済評論』1月号以降を参照。

(5-25) たとえば、今村〔9〕は、「……私的独占が、経済力の集中に基づく、優越した事業能力を有する事業者による市場支配である」（70頁）と述べている。

についても、「私的独占行為と見るべきものであろう。(5-26)(5-27)(5-28)。

VI 野木村忠邦〔31〕の批判について

VI-1 はじめに

VIの目的は、野木村忠邦〔31〕をとりあげて、その批判的解説あるいは解説的批判を試みることである。

野木村〔31〕は、「筆者は、『報告書』の総論部分における“流通系列化の定義”，“流通系列化のメリット，デメリット”についてはともかく、各論部分における“流通系列化の具体的な行為類型についての公正競争阻害性のとらえ方”——総論部分における“不正な取引方法における公正競争阻害性の基本的な考え方”が前提となっており、報告書のメイン部分である——については、全面的に反対である」（37頁）と述べ、「報告書」の内容を全面的に否定する論文を公表している。

このような内容の論文に関心を示し、必要と考えば反論を試みることは、批判の対象になったものの作成に参加した者の義務の一つであり、また、今後の議論の進展にとっても重要なことと考えられる。

限られたスペースの中で展開された議論であるということもあって誤解のおそれがないとはいえないが、私が見る限りでは、野木村〔31〕の実質的な内容そのものには特に目新しいものはない。特にその根幹部分にあたる、フリー・ライダー論の主張に関しては、既にIIIで批判的

に検討したので、「反論」という観点だけからする限り、この論文の反論に特に一章をあてることを「必要と考える」というわけではない。

Iで予告したように、この論文の内容は多くの点で曖昧であり混乱しているように思われるが、同様の議論は多くの機会に目にし耳にするものであることを考えて、VIの意図は、このような批判に反論することにより、問題の性格を明確にしそれを通して独禁法に対する理解を促そうというものである。冒頭に反論といわず、批判的解説あるいは解説的批判と述べたのはこのような考えによる。

VI-2 議論の前提

野木村〔31〕の内容に入る前に、二つの点について予め確認しておくことが有用であろう。

これらは、事柄の性質上当然に前提とされるべきものであるが、野木村〔31〕を見るとこの前提が満たされているという確信を十分には持てないこと、また、本稿の読者として専門的知識を持つ人々だけを想定しているのではないことを考えて、議論の前提を改めて明示することにもそれなりの意味があると判断して述べるものである。

第一点は、野木村〔31〕の内容が、アメリカ反トラスト法に関する学説の紹介ではなく、ここでの議論も、アメリカ法に関する学説の当否に関わるものではないということである。

野木村〔31〕が、独禁研「報告書」の批判の内容とするものであり、「報告書」が日本の独禁法の解釈・運用に関わるものであるから、こ

(5-26) 今村成和〔8〕251頁。

この事件の概要および私的独占との関係をめぐる議論については、たとえば本間重紀〔6〕を参照。

(5-27) また、たとえば、V-4の(イ)として述べた留意点を参照されたい。

そこで「有力」でない事業者の行為を例にあげたが、そのような行為も私的独占に当然該当し得る。

(5-28) 私的独占該当行為の多くを不正な取引方法該当行為として扱うことは、私的独占禁止規定を半ば死文化させ、独禁法全体のバランスを悪くしているだけでなく、不正な取引方法禁止規定の性格を曖昧にしているように思われる。

元来、不正な取引方法はいくつかのタイプの行為を含むものと考えられるから、その性格を明確にしにくいものであり、その形式的要件を定めた一般指定の各号の意味あ

るいは各号相互間の関係について不明確な点も多くいろいろな問題を含んでいるように思われる。

今後、制定後の経験等を踏まえて、性格づけの明瞭化、一般指定の整理・明確化等が必要となるが、その前提として、本来他の規定で扱うべきものを区別する努力が必要になろう。（このことは、たとえば、不正な取引方法のすべてあるいは一部を刑事罰の対象にするという法改正の議論に先行して行われるべきことである。関連して、たとえば、小宮隆太郎〔17〕31頁を参照。）

昨今の独禁法違反事件は、やや誇張して表現すれば、不当な取引制限該当行為と事業者団体の禁止行為に該当する行為という比較的単純なものを除いて、すべて不正な取引方法禁止規定に違反するものとして扱われているという観を呈しているが、バランスを失っているのではなかろうか。

れが日本の独禁法の解釈・運用に関して書かれたものであることを以下の議論の前提とすることは当然である。

改めて強調するまでもなく、日本の独禁法は、母法であるアメリカ反トラスト法とはいくつかの点で異なっており、たとえば、Ⅵ-4-5でもふれるように、日本法はアメリカ法とは異なり、相対的に明確な目的規定を持つのであるから、アメリカ法の解釈・運用に関する妥当な学説が常に日本でも妥当なものとなるとは限らないのである。

このような事を改めて強調するのは、野木村〔31〕では、アメリカ法に関する学説の紹介と思われる内容に多くのスペースが割かれており、それが日本法の解釈・運用にどのように関連するかという点についてはほとんど説明されていないことによる⁽⁶⁻¹⁾。

第二点は、野木村〔31〕の内容、従って、ここでの議論が、望ましい独禁法のあり方に関するものではなく、現行独禁法の解釈・運用に関わるものであるということである。

独禁研「報告書」が現行独禁法の枠内で、その解釈・運用について検討したものであり、野木村〔31〕がその批判を内容とするものであるから、この第二点を野木村〔31〕をめぐる議論の前提とすることは当然のことである。

このような事を改めて強調するのは、第一点とも関わることであるが、野木村〔31〕ではアメリカ法に関する議論が日本法とどのように関係するかという点について必ずしも十分に議論されておらず、現行独禁法の解釈として同様の結論が得られることについても説明が十分ではないことによる。

Ⅵ-3 経済分析の適用について

野木村〔31〕は、公正競争阻害性のとらえ方について次のように述べている。

(6-1) たとえば、野木村〔31〕は次のように述べているが、クラインの発言を何故に引用したのか、また、「アメリカでは次第に有力になりつつあることを指摘」することが、日本法の解釈にどのように関係するかなどの点については、全く説明されていない。

「筆者は、現在、『報告書』における、流通系列化の具体的な行為類型はすべて、独占禁止法上、原則的に適法であ

『報告書』における、流通系列化の具体的な行為類型についての公正競争阻害性のとらえ方は、……理論的にも実際的にも誤謬を犯しているとしかしいようがないのである。

流通系列化の具体的な行為類型についての公正競争阻害性のとらえ方は、マーケティング活動の実態を踏まえた経済分析に基づき行われなければならないのである。」(37頁)

同時期に、ほぼ同趣旨で書かれた野木村〔32〕は、対応箇所、次のように述べている。

「流通系列化の具体的な行為類型についての公正競争阻害性のとらえ方は、『正しい』経済分析をふまえて行われなければならないのである。」(63頁：アンダーライン、野木村)

第一の引用文の第二パラグラフを読んで、多くの読者（少なくとも経済学者の場合はそうであろう）は、その主張に共感するであろうが、続く本論を読んで、何処にその「経済分析」があり、どこに「経済分析に基づいた公正競争阻害性のとらえ方」が示されているかを捜して、失望するものと思われる。

また、第二の引用文の『『正しい』経済分析』という表現を目にして、少なくとも、経済学者の多くは、ドキリとして、何のことも戸惑うものと思われる。

日本の独禁法との関連で、野木村〔31〕が、何を『『正しい』経済分析』と考え、それをどのように「公正競争阻害性のとらえ方」に用いるべきだと考えているのかを、主張から十分に知ることにはできないように思われる。従って、野木村〔31〕の『『正しい』経済分析』の内容およびその適用の仕方の批判的検討は、一層本格的に考え方が提示されるのを待って行うことにしたい。

ここでは、『『正しい』経済分析』という表現を目にして、多くの経済学者が戸惑うという

と考えている……。B. Kline 教授 (UCLA) は、『流通系列化は経済的効率（マーケティング効率）を向上させる手段であり、それは消費者の利益に合致する。流通系列化に対して反トラスト法により規制を加えようとするのは、時間の無駄 (a waste of time) である』とさえ発言しており、このような主張が、アメリカでは次第に有力になりつつあることを指摘しておこう。」(37頁)

この意味について簡単な説明をしておくことにする。

経済学は、実証的な (Positive) 部分と、規範的な (Normative) 部分とに分けられる。

前者は、特定の経済現象が、どのような原因とメカニズムによって発生するのか、あるいは、たとえば、規制の変更のようなショック (与件の変化) が如何なる帰結をもたらすかということの分析を行うものであり、後者は、それをもとにして、望ましい状態は何か、また、それは如何にして (どのような政策によって) 達成できるのかという分析を行うものである。

独禁法の解釈、運用に経済分析を用いるというのであれば、その場合に関係するのは、当然のことながら、前者に基づいた後者であることになる。野木村[31]が、『正しい』経済分析』というものは、事柄の性質上、後者についてであるが、このことは、前者についても『正しい』ことを前提とするであろうから、双方について『正しい』と主張していることになる。

私が「戸惑う」という理由は、前者、後者の双方について存在する。

まず、前者 (実証的部分) からみてみよう。

経済理論には、抽象度等の点で異なる様々なものがあり (もちろん、それらが勝手バラバラに存在するという事ではない)、あらゆる経済現象に適用可能な『正しい』経済分析』は存在しないと考えるのが通例である。

経済分析が正しいかどうか、適切であるかどうかは、現実の現象をどの程度良く説明できているかを一つの基準として決まる相対的なものであるから、いくら良い分析であっても、一層優れた分析が現われる可能性を否定できるものではなく、この点からも『正しい』経済分析』という表現は使いにくいのである。

また、特定の経済分析 (モデル) の適用が誤りではないとされるためには、第一に、モデルの選択が誤っていないこと、第二に、適用対象のとらえ方が適切であること、という条件が最

低限満たされなければならない。

第一点は、たとえば、一匹の蠅を殺すのに大砲を持ち出したり、鯨を捕るのに箸を持ち出すようなことをしないことだと考えれば良い。この場合にも、「正しい」と言わず、「誤っていない」というのは、蠅を殺す方法として通常誤りとはされない方法が多く存在することによるものであり⁽⁶⁻²⁾、モデルの選択についても、唯一絶対という意味での『正しい』選択ということはないことによる。

第二点は、蠅と鯨を「動物」として一括してとらえて、「動物」を捕るのに適切な道具は何かという問いを発するようなことをしないことと考えれば良い。「動物」のタイプによって捕るための道具は様々あるのだから、この問いのように適用対象を「動物」という余りに広いものにしては、解答は不可能になり、適切な対応ができなくなるのである。このように、適用対象のとらえ方が適切でない場合には適切な分析は当然できないが、適切なとらえ方についても唯一絶対というものはなく、その意味での『正しい』適用対象のとらえ方というものはない。

以上のように、これを用いれば『正しい』結果が得られる「経済分析』が存在するわけではないし、実際に行われた分析が適切なものであるとされるために満たさねばならない条件も単数ではない。

野木村[31]が、どのような意味で『正しい』経済分析』という表現を用いているのか、書かれたものからは判断できないように思われる。

次に、後者 (規範的部分) についてみてみよう。

日本とアメリカで経済主体の行動様式に差が無いという前提に立てば、実証的部分については、アメリカでの経済分析をそのまま日本に適用することの一応の妥当性を主張することができる。しかしながら、達成すべき目的を前提とする規範的部分については、アメリカでは妥当であっても、日本ではあてはまらないことは当

(6-2) ハエタタキ、蠅取紙、殺虫スプレーなどを考えればよい。また、鉄砲魚やカメレオンをかったり、蠅取草を栽培

することも、まったく誤りであるとはいえない。

然あり得る。

日本の独禁法は、アメリカ法とは異なり、明確な目的規定を持つのであるから、アメリカ法に関する学説を日本法の解釈・運用に役立つ『『正しい』経済分析』だというためには、少なくとも、学説が前提としているアメリカ法の目的と日本法の目的とが同一であること、あるいは異なってもその差異が結論に影響しないことを確認する必要がある。

野木村〔31〕ではそのような確認が行われておらず、『『正しい』経済分析』とは何のことなのか、何故に、『『正しい』経済分析』であるかは一向に明らかではない。

Ⅵ-4 野木村〔31〕の基本的な主張点

Ⅵ-4-1 基本的な主張点

野木村〔31〕は、「報告書」のいくつかの部分を取りあげて批判しているが、その基本的な主張点は、垂直的制限について書かれた、次の部分に現われている。

「メーカーがディーラーに垂直的制限を課すのは、生産量（販売量）を制限するためではなく、経済的効率（マーケティング効率）を向上させることにより、生産量（販売量）を増大させるためである。メーカーの追求する、このような経済的効率（マーケティング効率）の向上→生産量（販売量）の増大は、消費者の利益に合致するのである。メーカーが、垂直的制限を課すことによって、追求しようとする経済的効率（マーケティング効率）の向上の内容として……顧客に対するディーラー・サービスの提供の確保が、有力メーカーのマーケティング活動との関係では重要である。」（38—39頁）

「垂直的制限は、生産量（販売量）を制限するための手段ではなく、経済的効率（マーケティング効率）を向上させることによって、生産量（販売量）を増大させるための手段である。それゆえ、垂直的制限は、独占禁止法上、原則的に適法とされねばならない⁽⁶⁻³⁾。」（40頁）

Ⅵ-4-2 素直な読み方

野木村〔31〕の基本的な主張は 要するに、特定のメーカーが垂直的制限を課すのは、自らの生産量を増大させるためであり、（それは消費者の利益に合致するものであるから）、独占禁止法上、原則的に適法とされねばならない、というものである。

垂直的制限が常に自らの生産量を増大させるという事実判断の当否については問わないことにし⁽⁶⁻⁴⁾、また、これが、このような目的を持つ行為であるが故に適法であるという主張ではなく事実そうなるのだから適法であるという主張としてみることにして⁽⁶⁻⁵⁾、この考え方の妥当性について検討しよう。

基本的な論点は、自らの生産量の増大を実現できれば、如何なる行為であっても、「独占禁止法上、原則的に適法」とされるという主張の適否である。

たとえば、シェア80%の企業が、シェア10%の2つの競争企業をダンピング等の手段によって排除し、価格の引き上げと生産量の増大とを同時に実現した場合を考えてみよう。

このような行為は、通常、私的独占、あるいは不公正な取引方法に該当するとして独禁法違反に問われると思われるが、自らの生産量の増大を実現できたという事実によって、適法とされなければならないというのだろうか。野木村〔31〕がそのように主張するのであれば、現行独禁法のどこにその根拠を求めるのであろうか。

注意すべきポイントは、第一に、独禁法の直接の目的が「公正且つ自由な競争を促進」することであり、特定の事業者あるいは特定の産業の生産量の増大にあるわけではないこと、および、第二に、独禁法は、他の市場参加者（含消費者）との利害を調整するルールなのであるから、特定の事業者の都合だけで違法になったり適法になったりすることはないことである。第一点については、Ⅵ-4-1-5でふれることにして、こ

(6-3) 専売店制に関しても、野木村〔31〕の基本的な主張点は同じである。40—41頁の3. を参照。

(6-4) 通常は、企業目的は利益の最大化と考えられるから、垂直的制限等のマーケティング手段による差別化の成功は、

生産量の多少の減少と価格の大幅な上昇に結びつくこともあり得よう。

(6-5) 野木村〔31〕の考え方にも合致するものと思われる。40頁の第1段の②を参照。

ここでは第二点についてみておくことにする。

問題の主張は、砂利の運送業者が、自らの生産量(運送量)を増大させるために、信号もスピード制限も無視し、歩行者を警笛で脅しても、道路交通法上、原則として適法とされなければならないと主張するのと同じことである。

市場参加者には、道路利用者と同じく、様々なタイプのものがあり、相互に様々な形で利害が入り乱れ対立している。このような状況を、一定のルールの下に置くことにより、社会的に一層望ましい状態に到達するために、道路交通法等の規制があり、独禁法が存在するのである。

従って、第一に、自らの都合の良いこと(たとえば生産量の増大)が、他へ如何なる影響を与えながら達成されたかを無視することはできないのであり、第二に、他への影響がたとえ無視して良い程度のものであっても、ルール違反はルール違反として罰せられなければならないのである。

第一点は、自らの生産量が増大したことだけで、原則として適法となることはあり得ないことを意味し、第二点として、結果として何等かの意味で社会的に望ましいことが生まれても、ルール違反が正当化されるわけではないことを意味している⁽⁶⁻⁶⁾。

私の知る限り、このように、自らの生産量(販売量)を増大させる行為は、独禁法上、原則的に適法とされなければならないという主張は珍しいものであり、通常は、次項以下にみる三つの形で主張されている⁽⁶⁻⁷⁾。

Ⅵ-4-3 別の読み方—その1

野木村[31]の議論は、Ⅵ-4-2のように、当該メーカーの生産量の増大に焦点を合わせたものとみることが一番素直な読み方であるが、他の箇所を見、他の著者の文献を参考にすれば、別の読み方も全く不可能ではないように思われ

(6-6) スピード違反、酔っ払い運転、信号無視などが、事故に結びつかなかったからといって、適法となるわけではない。

(6-7) Ⅵ-4-1の引用文にみるように、野木村[31]は、自らの「生産量の増大は、消費者の利益に合致する」と述べているが、どのような「消費者」であろうか。

当該メーカーの製品を買わない「消費者」の「利益に合致する」と考える根拠は乏しいから、それを買う「消費者」

る。

別の読み方として可能なものの第一のタイプは、たとえば、顧客に対するディーラー・サービスの確保のために必要であることを重視するものであり、第二のタイプは、これがブランド間競争を促進・増大することを重視するものである。第三のタイプは、当該メーカーではなく、当該産業全体の経済的効率⁽⁶⁻⁸⁾を高めることを重視するものである。

野木村[31]が経済的効率(マーケティング効率)の向上という時には、その内容として、たとえば、顧客に対するディーラー・サービスの提供の確保を意味するのであるが、先の引用にみるように、これが「生産量(販売量)を増大させる」ことに結びつくことをそれを重視する理由としてあげているのであるから、野木村[31]の考え方を前項のように読むのが素直であることになる。

「生産量を増大させる」ことではなく、たとえば、顧客に対するディーラー・サービスの提供の確保それ自体に、垂直的制限行為を「独占禁止法上、原則的に適法とされねばならない」理由を求めれば、通常のただ乗り効果を重視する議論に結びつく。

特定のメーカーが、自らの望ましいと考えるサービスをディーラーに提供させることそれ自体に正当化の論拠を求めることには、前項でみたことと同様の欠陥がある。

消費者の欲するサービスが提供されなくなることと結びつけて提出されるただ乗り効果を重視する議論については、既にⅢで批判的に検討し、少なくとも日本の独禁法のもとでは有効なものではないという結論を導いている。

野木村[31]は、この議論の当否をめぐる論争の紹介に多くのスペースを割いているが、その部分と、先行する結論部分(先の引用の第一の

のことであれば、製品が売れるのはそれを気に入る「消費者」が増えるからだ、と言うに等しく、このことが独禁法上の適否に影響を与えることはあり得ない。

このような考え方は、Ⅲのフリー・ライダー論の検討の際には、予め排除されている。Ⅲ-3-1。
(6-8) ここでは、通常の経済学用語として「経済的効率」という表現を用いており、野木村[31]の用法とは異なる。

部分)との結びつきは必ずしも明らかではない。

また、紹介の内容はこの議論に対する賛否両論を単に並記するにとどまっており、野木村〔31〕の考え方がどのようなものであるか、野木村〔31〕が賛成する立場をとるのであれば紹介されている反対論をどのように評価するか、更に、この議論が何故に日本の独禁法のもとでも有効と考えるかなどという点については一切明らかにされていない⁽⁶⁻⁹⁾。

Ⅵ-4-4 別の読み方—その2

別の読み方として可能なものの第二のタイプは、野木村〔31〕を、ブランド間競争を促進・増大することを重視する立場とみることである。

野木村〔31〕は、たとえば、次のように述べている。

「……垂直的制限は、一方において、ブランド内競争を制限する効果を持つが、他方において、経済的効率（マーケティング効率）を向上させることによって、ブランド間競争を促進・増大する効果を持っている。それゆえ、『報告書』におけるような公正競争阻害性のとらえ方が、何を根拠に導き出されるのか、理解に苦しむのである⁽⁶⁻¹⁰⁾。」(38頁)

ここでは、Ⅵ-4-1に引用した部分とは異なり、「生産量を増大させる」ことではなく「ブランド間競争を促進・増大する効果」に垂直的制限を「独占禁止法上、原則的に適法とされなければならない」根拠が求められている⁽⁶⁻¹¹⁾。また、「顧客に対するディーラー・サービスの提供の確保」は、「ブランド間競争を促進・増大する効果を持っている」が故に重視されると

いう位置づけになっている⁽⁶⁻¹²⁾。

この議論も有効ではない。

たとえば、既存の有力な企業が垂直的制限によりディーラーに高いマージンを有効に保障している場合には、同様のことの出来ない下位企業のシェアは低下し、また、新規参入は一層困難になる。このような場合は、通常、ブランド間競争が減殺されたと評価される。

この例にみるように、垂直的制限は、常に「ブランド間競争を促進・増大する効果を持っている」という野木村〔31〕の事実判断は誤りであり、例外が存在する限り、野木村〔31〕の主張は成立しない⁽⁶⁻¹³⁾。

Ⅵ-4-5 別の読み方—その3

別の読み方として可能なものの第三のタイプは、野木村〔31〕を、当該メーカーではなく、当該産業全体の経済的効率を高めることを重視する立場とみることである。

野木村〔31〕を素直に読み取りこのような考え方は生まれないが、野木村〔31〕が、垂直的制限との関連でブランド間競争の促進・増大を重視していること、野木村〔31〕の重視する経済法学者が通常この立場をとっていることを⁽⁶⁻¹⁴⁾考慮して、一つの可能性としてこの立場にも言及するものである。

この主張は、独禁法あるいは独禁政策の目的を経済全体の効率性の増進と考え、特定メーカーの垂直的制限が当該産業の経済的効率を高めることにより、この目的に合致することを強調するものと考えて良い⁽⁶⁻¹⁵⁾。

この主張には大別して二つの問題点がある。

ような評価が原則的に妥当なものであることについては、既にⅣでふれた。

(6-14) たとえば、Robert H. Bork〔2〕, Posner〔33〕など。

(6-15) 野木村〔31〕は、次のように述べており、この部分だけ読めばこの見方と同趣旨ととれぬことはないが、「経済的効率性」はこれまで再三みたように通常の経済学用語とは異なった意味で用いられていることに注意しなければならない。

「独占禁止政策の目的は、有効な競争を維持することにより、経済的効率性（economic efficiency）を最大限に増進すること（産出量（output）の最大化）にあり、それは消費者の利益に合致するのである。」(41頁)

(6-9) Ⅵ-2で、私が、わざわざ野木村〔31〕がアメリカ法に関するアメリカの学説の紹介を目的としたものではないという前提を確認したのは、このような箇所を念頭に置いていることである。

(6-10) ほぼ同趣旨の主張が、39頁第1段中程にも見られる。

(6-11) ここでの引用文で用いられている「それゆえ」とⅥ-4-1の引用文で用いられている「それゆえ」の関係はどのように理解すれば良いのであろうか。

(6-12) この点に注目すれば、前項の読み方は野木村〔31〕のとるところではないことになる。

(6-13) 例外の存在を考慮すれば、この点に関する『報告書』の取り扱いが自然に導かれるものである。

次の問題は、この「例外」がどの程度存在すると考えるかということであり、『報告書』はむしろ「例外」の方が圧倒的に多いという評価を下している。『報告書』のこの

第一のものは、垂直的制限が経済全体の効率性に結びつくという主張の妥当性であり、第二のものは、現行の日本の独禁法は、経済全体の効率性の増進に役立つ行為であれば原則として適法とするという解釈の妥当性である。

私は、第一点については、極めて懐疑的であり、第二点については全く否定的である。

ここでの検討は、第二点に主眼を置き、第一点については簡単にふれるにとどめる。改めて強調するまでもなく、第二点が成立しなければ、第一点の当否に関わりなく、問題の主張は成立しない。

特定メーカーの垂直的制限が当該産業の経済的効率性を必ず高めるという主張には、たとえばⅥ-4-4でみたように、これがブランド間競争の促進にさえ常に結びつくとは限らないことからみて、大いに疑問がある(6-16)。

アメリカの反トラスト法の目的が何かという点については古くから論争があるが、特に、経済的効率性の位置づけがその中心的地位を占めており(6-17)、Lawrence A. Sullivan [35]によれば、「最高裁は、支配的な社会的価値として効率性を重視するものとして競争をとらえる立場にますます傾きつつある」(pp. 2)といわれ

(6-16) 更に、たとえ、当該産業の経済的効率性を高めるとしても、それが、経済全体の効率性を高めることになるかどうかは定かではない。つまり、この場合には、他の産業への影響を無視することができない(ディーラーに限らない)のであるから、主張のように、すべての部門への影響を加味しても、常に経済全体の効率性を高めることとする考え方は大いに疑わしい。

(6-17) Robert H Book [2] は、議会の記録からの証拠に基づいて、次のように述べている。

「……議会は我々が今日消費者の福祉と呼ぶ価値の実現を裁判所に要求したのである。……このことは、裁判所に、効率性を増すことによって富を増加させるような協定あるいは活動を、産出量を制限することによって富を減らすようなものと区別することを求めている。」(pp. 7)

これに対し、Morris Adelman [1] は次のように述べている。

「有効な競争によって資源を一層効率的に利用することは反トラスト法の付随的な目的以上のものではなかったが、予期したものではないが、結果からみれば恐らく最も重要な成果であった。立法者が、消費者の福祉に多大な関心を抱いたことはかつてなかったことである。」(pp. 236)

(6-18) 一時期前の the Warren Court では、「最高裁は、効率性に対する脅威に限定せず、競争に対するあらゆる型の潜在的脅威に適用可能な分析道具を用いた」とされ、そこでの目的は次のようなものと解されていたとされる。

る(6-18)。目的についてこのような論争があり、裁判所の立場が動く一つの重要な要因として、反トラスト法が目的を明示する規定を持たないことがあげられる。

日本の独禁法は第1条に目的規定を持ち、それによれば、独禁法の直接の目的は「公正且つ自由な競争を促進」することであり、その理由は、それが「事業活動を盛んにし、雇傭及び国民所得の水準を高め、以て、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進すること」という究極の目的に役立つと考えられることによる。

従って、経済的効率性の増進が「事業活動を盛んにし、雇傭及び国民所得の水準を高め」ることの内容の一つであるとしても、このことによって、「公正且つ自由な競争」を阻害する行為が「独占禁止法上、原則的に適法とされなければならない」という野木村 [31] の主張は導かれ得ないのである(6-19)。

Ⅵ-4-6 蛇足的なコメント

以上にみたように、野木村 [31] の基本的な主張は、可能な4つの角度のいずれから眺めても妥当性を欠くものである。

ここでは、やや、蛇足の感があるが、野木村 Sullivan [35] pp. 4。

“The Warren Court was the custodian of a malvalued antitrust tradition. To that Court, the idea of competition included political and social objectives. Among these were easing market access, protecting dealer independence, promoting good faith in transactions, and correcting extreme disparities in bargaining power. The Warren Court also was interested in assuring, on grounds of equity and fairness, and regardless of supposed impact on resource allocation, that prices be closely related to cost. It sought each of these goals as an end in itself. Competition could foster all of them.”

(6-19) 経済的効率性が目的に關係があるとすれば、その内容は単に現時点での生産の効率性に限られるのではなく、設備投資、研究開発、マーケティングなどの面での競争を通じて実現される一層長期的な視点からみた効率性でなければならない。

このような意味での効率性の実現を阻害するかあるいは促進するかを問題の時点で判定することは著しく困難なことである。このことから、私は、経済的効率性の達成が独禁政策の最重要目的であるとしても、適法違法の判断基準を経済効率性への影響の仕方そのものでなく、競争への影響のあり方に求める現行法のあり方は、過去の経験に裏付けられた知恵の現われであり、合理的であると考える。

〔31〕が、「垂直的制限は、独占禁止法上、原則的に適法」（傍点、引用者）と述べていることに関連する部分についてふれる。

野木村〔31〕は続いて、次のように述べている。

「垂直的制限は、次のような場合は、違法とされねばならないであろう。

①当該垂直的制限によって、市場の大部分が覆われており、問題となる製品を扱うディーラーが顧客へのサービスを提供していない場合である。

②当該垂直的制限によって市場の大部分が覆われており、ディーラーは顧客へサービスを提供しているが、当該垂直的制限を課した後メーカーの生産量（販売量）が減少した場合である。」（40頁）

この部分についても、野木村〔31〕は、関連する注で Posner のアプローチを紹介したあとで「筆者は垂直的制限の公正競争阻害性の判断基準として、この Posner のアプローチを提案する」（42頁）を述べているだけで、特に日本の独禁法との関連した提案理由を示していないのであるから、その妥当性についての本格的検討は不可能だといって良い。

ここでは、簡単な疑問を提示するに留める。

(イ) ここにいう「市場」とは、いわゆる「ブランド間競争」の場としての「市場」（サムエルソンの Economics ではなく、経済学のテキスト全体、あるいは、書籍全体のこと）であろうが、これだけを取り出すことの限拠は何か。（いわゆる「ブランド内競争」は考慮に値しないというのだろうか。）

(ロ) 「市場の大部分が覆われて」いるか否かは、何故に問題になるのか。

(ハ) 「ディーラーが顧客へのサービスを提供して」いるかいないかを誰が判断するのか、また、どの程度に提供されていれば「提供して」とするのか。

サービスの「提供」は、当然、その内容と程度が問題になるだろうが、それが明示されていない野木村〔31〕の基準は不完全なものではないか。

また、判断は、公取委および裁判所の役割となるだろうが、どのように判断するのだろうか。（メーカーが、自ら望ましいと考える内容と程度のサービスが提供されているかどうかを判断するというのであれば、この基準は存在しないのと同じである。）

(ニ) 「当該メーカーの生産量が減少した」か否かが、何故に問題になるのかがその理由が不明である。

更に、垂直的制限はマーケティングの一環を構成するものであるから、製品政策、広告等の他の販売戦略、他社の政策などに起因して、生産量が減少する場合も当然にあり得る。競争者が画期的な新製品の開発に成功した時には当該メーカーの垂直的制限が違法になり、そのようなことのない場合に適法となるというのは奇妙な基準ではないだろうか。

Ⅵ-5 その他の論点

「報告書」に対する野木村〔31〕の批判の基本部分はⅥ-4 でみた通りであるが、その他にもいくつかの批判が提示されている。

Ⅵ-5-1 「一 垂直的制限」について

野木村〔31〕の「一 垂直的制限」の中で、とりあげるべき批判の第一のものは、垂直的制限が問題になる一連の行為（再販売価格維持行為、一店一帳合制、クローズド・テリトリー制など）のうち、再販だけを「行為の外形からそれ自体違法を判断」することを「奇妙」（38頁）とするものである。

「報告書」の問題の部分は、粉ミルク事件最高裁判決の表現を強く意識しており、その結果、外形的には、いささか論理一貫性に欠けるとい印象を与えるかもしれない。

しかしながら、「報告書」がア、だけでなく、イ、でその理由について検討していることから、ア、の判断が、論理的に導かれたものであるというよりも、たとえば、「一店一帳合制」の(2)の例外的な場合が再販については存在する可能性がないという事実判断に基づくものを考えるのが妥当であることになる。

従って、再販について、他の垂直的制限を伴

う行為を区別して「行為の外形からそれ自体違法と判断」することに問題があるとすれば、論理の一貫性についてではなく、事実判断の妥当性についてであり、また、再販については既に最高裁の判断が示されているのであるから、他の行為と区別して、敢えてこういう事実判断にまで踏み込んで考え方を示した「報告書」の態度に、特に問題があるわけではなからう。

私自身は、事実判断についても妥当と考えており、イ、の第二パラグラフの書き方がいささか不徹底と考えられる点を除けば⁽⁶⁻²⁰⁾、表現についても特に大きな問題はないと考える。

「一 垂直的制限」での野木村〔31〕の批判の第二のものは、再販に関連して、次のような形で述べられている。

「例えば、『報告書』は、『再販売価格維持行為は、製品差別化が進行している商品について行われることが多く、ブランド間の価格競争が期待できない状況の下で行われる……したがって、再販売価格維持行為は、それ自体公正競争阻害性を有している』と指摘しているが、再販売価格維持が行われている製品（例、化粧品・医薬品）について、ブランド間競争が激しく行われているのが現実である。」（38頁）

「報告書」が「ブランド間の価格競争」といい、野木村〔31〕が「ブランド間競争」と述べていることに注意を要する。

再販行為も当該メーカーにとってはブランド間の競争手段の一つであるから製品差別化が進行していてもブランド間競争が全面的に停止されるものではないし、当然のことながら、「報告書」もそのようなことを主張しているのではない。

「報告書」がこの部分で主張していることは、再販行為によるブランド内価格競争の制限が是認され得るとすれば、それによって、ブランド間競争が著しく促進される場合であるが、製品差別化が進行しているためブランド間の価格競争が期待できない以上その可能性は極めて薄い、ということなのである。

(6-20) 私は、たとえば、「以上」のあとに、「このことを

野木村〔31〕のように、「ブランド間競争が激しく行われているのが現実である」と主張しても、「報告書」の考え方に対する有効な批判にはなり得ない。

Ⅵ—5—2 「二 専売店制」について

「報告書」の「専売店制」の取扱いに対する野木村〔31〕の批判のうち、基本的な考え方を提示した部分である(3)についてはⅥ—4の議論を参照されたい。ここではその他の論点をとりあげる。

野木村〔31〕の批判の第一点は、「報告書」が専売店制について「原則として違法」と考える第一の場合（「報告書」23頁、ウの①）について、次のように考えることにある。

「専売店制の公正競争阻害性の根拠についてのこのようにとらえ方は、『報告書』が指摘する不公正な取引方法の公正競争阻害性の基本的な二つの考え方からは導き出せない。専売店制の公正競争阻害性は、市場にどのような影響を及ぼすかによって判断されるべきであり……。」（40頁）

この点については、Ⅴ—4で既にふれた通りであり、この批判的は的を射たものではない。

野木村〔31〕の批判の第二点は次のような形で述べられている。

『「報告書」は有力な製造業者の実施する専売店制の公正競争阻害性を『専売店制が採られることによって、流通経路の重要部分が閉鎖の状態に置かれる』結果として、競争企業が閉め出される（foreclosure）ことになる、すなわち、既存の競争企業が当該市場で取引する機会が排除される、あるいは潜在的競争企業が当該市場に参入しようとする機会が排除されるおそれをもたらされる点に求めている。

『報告書』が専売店制の公正競争阻害性と考えている、競争企業に対する『閉め出しのおそれ』は、幻想（fancy）でしかない。有力なメーカーが専売店制を採用することにより、競争企業を市場から閉め出し、独占を形成したというような実例は、日本にも、いわんやアメリカに

以て」と補う方が良いと考える。

においてさえも存在しない。」(40頁)

「報告書」の対応部分の読み方については既にふれた(V-5)。

「独占を形成したというような実例」がないということが、たとえ事実であるとしても、「報告書」の結論に影響はない。「報告書」は、「すべての」競争業者が、「市場から」「排除」されることに公正競争阻害性の判断基準を求めているのではない。

この部分は、「報告書」を勝手に読み違えた結果生まれた藁人形に向けて批判の矢を射ているとしか評価の仕様がな⁽⁶⁻²¹⁾。

やや蛇足の感もあるが、第三点として、関連して述べられている次の部分にも言及しておこう。

「有力なメーカーが、多数のディーラーと専売店契約を締結し、それが存続しているという事実……は、専売店契約がメーカーにとっても、ディーラーにとっても大きなメリットがあることを示している。……

専売店制がメーカー及びディーラーにもたらすメリットとは、経済的効率(マーケティング効率)の向上以外の何者でもない。」(40頁)

野木村[31]の主張は、たとえば、次の主張と同じ趣旨である。

カルテルは、参加メンバーにとって「大きなメリットがある」から成立するものである。カルテルが参加メンバーに「もたらすメリットとは、経済的効率……の向上以外の何者でもない」のであるから、「独占禁止法上、原則的に適法とされねばならない。」

特定の行為が、行為者にメリットをもたらすかどうかは、独禁法の目的が「公正且つ自由な競争を促進」することにあり、市場への影響を第一義に考えるものであるから、独禁法上の違法、適法の判断には無関係である。従って、野木村[31]のこの主張は、見当外れという他なく、成立しようのないものである。

野木村[31]のこの部分の主張は、要するに、

(6-21) 野木村[31]がカッコ内に英語を入れ、しかも、「いわんやアメリカにおいてさえ」という表現を用いているのを見ると、この論文の目的が、アメリカの学説の紹介では

あらゆる行為は、独占禁止法上、適法であるというものということになる。何故なら、あらゆる行為はその行為者にメリットがあるから行われることを重視し、それが「経済的効率の向上」をもたらすことを、当該行為が「独占禁止法上、原則的に適法とされねばならない」という主張の論拠としているからである。

VI-6 むすび

野木村[31]の「報告書」に対する批判は、以上にみたように、有効なものではない。

引用文献((下)関係のみ)

- [1] Morris A. Adelman “The Antimerger Act, 1950-1960”, *American Economic Review*, May, 1961.
- [2] Robert H. Bork “Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act”, *The Journal of Law and Economics*, 1966.
- [6] 本間重紀「新聞販売店に対する競争日刊紙の取扱い禁止〔北海道新聞事件〕」『独禁法審決、判例百選<第二版>』有斐閣, 1972.
- [8] 今村成和『私的独占禁止法の研究(一)』有斐閣, 1969.
- [9] 今村成和『独占禁止法(新版)』有斐閣, 1978.
- [10] 今村成和『流通系列化と独占禁止法』『国際商業』1980. 6.
- [17] 小宮隆太郎「独占禁止法改正の基本的問題点」『現代経済』No. 16. 1975.
- [20] 松下満雄「流通系列化と独占禁止法」『ジュリスト』No. 685., 1979. 3. 1.
- [21] 松下満雄, 実方謙二(対談), 「独占禁止法研究会報告の背景と意義(上)」『公正取引』1980. 5.
- [22] 実方謙二, 松下満雄(対談), 「独占禁止法研究会報告の背景と意義(下)」『公正取引』1980. 6.
- [24] 三輪芳朗『『流通問題』の現状』『経済評論』1979. 11.
- [29] 根岸哲「流通系列化に対する独禁研報告書」『ジュリスト』No. 716, 1980. 5. 15.

く、「報告書」の批判にあるとするVI-2でみた前提が満たされているかどうか不安になる。

- [30] 野田實(編著)『流通系列化と独占禁止法』大蔵省印刷局, 1980.
- [31] 野木村忠邦「マーケティング活動と流通系列化」『ジュリスト』No. 716., 1980. 5. 15.
- [32] 野木村忠邦「独禁研報告の経済分析の欠落と誤謬」『国際商業』1980. 6.
- [33] Richard A. Posner, *Antitrust Law*, University of Chicago Press, 1976.
- [35] Lawrence A. Sullivan, "Antitrust, Microeconomics, and Politics: Reflections on Some Recent Relationships", *California Law Review*, Jan. 1980.