

流通系列化と独占禁止法

——独禁研報告について*——

(上)

三 輪 芳 朗

目 次

	頁
I はじめに	69
I-1 まえがき	69
I-2 「報告書」の性格について	70
I-3 目的	71
I-4 構成	74
II 全般的あるいは予備的な解説	75
II-1 はじめに	75
II-2 「総論」部分の構成について	75
II-3 「1 流通系列化とは何か」について	75
II-4 流通系列化のメリット、デメリットについて	76
II-5 つなぎの部分について	76
II-6 不公正な取引方法との関係に限定されることについて	77
II-7 具体的行為類型について	77
II-8 『公正競争阻害性』の基本的な考え方について	79
II-9 「ブランド間競争とブランド内競争との関係」について	81
II-10 いわゆる「ただ乗り効果」について	81
III 「ただ乗り効果」について	81
III-1 はじめに	81
III-2 「報告書」における取扱い	81
III-3 検 討	82
III-3-1 はじめに	82
III-3-2 批判の批判的検討	83
III-3-3 主張の批判的検討	85
III-4 「報告書」の取扱いの吟味	87
IV 「ブランド間競争とブランド内競争との関係」について	87
IV-1 はじめに	88
IV-2 「報告書」における取扱い	88
IV-3 検 討	88
IV-3-1 問題の性格	88
IV-3-2 関連する諸論点	90
IV-3-3 考え方	92
IV-3-4 まとめ	94
IV-4 「報告書」の取扱いの吟味	94
	(以上本号)
V 「専売店制」の取扱いについて	
VI 野木村忠邦[31]の批判について	
	(以上次号)

I はじめに

I-1 まえがき

公正取引委員会（以下「公取委」という）の私的諮問機関である独占禁止法研究会（以下「独禁研」という）は、3月17日、「流通系列化に関する独占禁止法上の取扱い」と題する「報告書」をとりまとめ、橋口収公取委委員長に提出した⁽¹⁻¹⁾。

研究会の性格⁽¹⁻²⁾、「報告書」の内容からみて、多方面からの議論、批判、反論を呼び起こすことは当然のこととして予想されたが、公取委委員長が当日の記者会見で「中長期的に今後の行政に生かして行きたい」（『日経流通新聞』3月

(*) 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ある。

(1-1) 「報告書」の全文は、たとえば、以下の文献に収められている。

野田実[30]、『公正取引』1980、4、『ジュリスト』No. 716、1980、5、15、『国際商業』1980、6、『季刊消費と流通』Vol. 4、No. 3。（1980夏）など。

(1-2) 研究会の性格等については、野田[30] 35頁以下を参照。

24日号)と語ったと伝えられること⁽¹⁻³⁾, この「報告書」が「流通系列化」それ自体を正面切って評価した(特に否定的に評価した)という印象を与えた趣があること⁽¹⁻⁴⁾, がこの傾向に一層の拍車をかけたように思われる。

私は法学者ではない会員の一人として研究会の討議に熱心に参加した者であるが、「報告書」に対する反響, 批判, 反論をながめて, いささか性急にすぎることが多いのではないかという印象を持つものである。ホット・イシューに関する「報告書」であることを考慮してもその受け止められ方にはいささか問題があり, あくまで独禁研の研究成果であり今後の議論の展開のための一つの礎となるべき性格のものである点を強調したいと考えるものである。

本論文で以下試みることは, いくつか複数の目的を念頭に置きつつ, いくつかの論点について私自身の考え方を述べることである。それらの構想等について述べる前に, その前提として「報告書」の性格について述べておくことが必要である。

I-2 「報告書」の性格について

「報告書」の性格に関して第一に強調すべきことは, 研究会メンバーの構成である。

独占禁止法研究会ではあっても, 「会員としては, 法学, 経済学, 経営学及び言論界の各分野から, 流通問題や独占禁止法に造詣の深い方々に参加していただいた」(野田[30] vii頁)とされるのであり, 会員13名中法学者は半数以下の6名に過ぎない。法学者だけによる研究会

ではないという事は, 特に「報告書」に対して批判的立場に立つ法学者あるいは法律家に対して強調して良いように思われる⁽¹⁻⁵⁾。

第二に, 「報告書」を書くこと, あるいはそのための討議をすること, だけが独禁研の役割ではなかったということを強調しておく必要がある⁽¹⁻⁶⁾。

「報告書」は研究会における討議を「踏まえて……出来上った」⁽¹⁻⁷⁾のものであるが, 「検討の過程においては, 立場や視点の相違から, 種々の見方, 考え方が示され」たのであり, 「報告の取りまとめに当たっては, 主として競争政策の観点から, 極力意見の集約を行ったこと」(野田[30] 5頁)を「報告書」が送り状の中で「付記」していることに注意する必要がある。また, 金澤良雄独禁研会長が, 「報告書の提出に際しては, 特に私から委員長に公正取引委員会がこの報告の内容及び検討過程において出された意見を十分に参酌して流通系列化問題に積極的に取り組んでもらいたい。それを期待するというようお願い申し上げた」⁽¹⁻⁸⁾ (傍点引用者)と記者会見で述べていることにも注意を要する。

単に独禁法をどのように解釈するかという問題だけについて諮問するのであれば, 法学者でない会員が過半数を占める研究会を組織する必要はなかったし, そのことに伴う討議を進めるうえでの苦勞, 「報告書」をとりまとめるうえでの困難性を避けるという選択をする方が良かったのであろう。敢えてこのような研究会を

(1-3) 会見(3月17日の定例記者会見)における発言要旨については、『公正取引』1980. 4., 61頁以下を参照。

関連部分はたとえば次のようになっている。「……この報告書は流通系列化について総合的に検討した結果としての教本, いわば, 教科書と似たような性格をもっていると思う。ただ問題はこの報告書をいただいた後, 行政にどうかすかということであるが, これについては, 中長期的に考えていきたい。一九八〇年代を通じての課題に流通問題がなっており, その中で系列化の問題が大きな地位を占めているのであるが, 利用の方法としては, 中長期的に考えていきたい。」(62頁)

(1-4) たとえば, 田島義博[36]は, 「独禁研報告を読んだ実務家の多くが, 戦後のマーケティングを支えた重要な柱が, ことごとく否定された, という感想を述べている」(8頁)と述べているが, 同様のことは, 私もしばしば耳にし

ている。

この点については, たとえば, II-3を参照。

(1-5) たとえば, 川越憲治[12]は, リポート, 払入制に関連して「これらの行為類型が独禁法上の不正な取引方法のどの条項にあてはまるのかは書かれていない」点を指摘して, 「相当に重要な事柄なのであるから, やはり触れてもらいたかったという気がする」(77頁)と述べているが, この研究会はそのような事柄にまで立ち入ることを目的とするものではないのである。

(1-6) 野田[30](35頁—36頁)所収の「独占禁止法研究会の設置について」では「取りまとめ」について「必要に応じて, 取りまとめ(中間取りまとめを含む。)を行うものとする」と述べているだけで, 「目的」の中にはふれられていない。

(1-7) 金澤良雄[11](野田[30] i頁)

(1-8) 『公正取引』1980. 4. 61頁

組織したのは、「流通系列化」について各会員の立場や視点を反映して、「種々様々を観点から自由な意見が出され、活発な討議が行われ」（野田〔30〕viii頁）ることが、それ自体重要なことと考えられたからに他ならず、前述、橋口委員長の「中長期的に今後の行政に生かして行きたい」という発言も、「報告書」にのみ限定したものではないと思われるのである。

第三に、研究会メンバーの構成が以上のようなものであったため、金澤会長の言うように「わかりにくい独占禁止法の規制と、これまた、わかりにくい流通問題の理解が、学際的な場で、辛抱づよく、お互いに理解しようとする努力によって深められたこともまた事実である」⁽¹⁻⁹⁾としても、本来的な立場や視点の差は一貫して研究会の前提として存続したし、「報告書」のとりまとめに際しては強い制約条件として機能したのである。

このような事情は「報告書」が前述のように送り状の中で「付記」したことから明らかであるが、具体的には、少なくとも個々の会員が強く反対する主張をそのまま「報告書」に折り込むことを極力避けるという方向で機能しており、その結果、「報告書」は次のような特徴を持つものとなっている。

(イ) 各会員が個人的責任において書く学術論文等とは異なり、論理整合性等の点で多少の問題を含んでいる箇所がある⁽¹⁻¹⁰⁾。

(ロ) 重要な問題と考えられ、討議の対象にはなったが、正面からは「報告書」ではふれられていないものがある。

(ハ) 「報告書」にとりあげられていても、曖昧な表現となっており、読み方によって、多少あるいは大きな解釈の余地のある部分がある。

(ニ) 「報告書」にとりあげられている論点の

いくつかは、その突っ込み方、議論の具体性等の点で中途半端な印象を与え易いものとなっている。どの専門に属する読み手にとっても、中途半端にしか議論していないと映る論点を見出すことは容易なことであろう。

研究会および「報告書」は以上にみたような性格を持つものであるから、研究会の研究成果として今後の議論の展開のための一つの礎となるべき性質のものと考えるのが妥当なところなのである⁽¹⁻¹¹⁾。

このことに加えて、次のような事情を考慮すれば、「報告書」に対する反響、批判、反論等は、全体としていささか性急に過ぎると思われるのである。

第一に、「報告書」が独禁法解釈上論議的になっているいくつかの論点についてそれぞれ判断を示したり、少なくともとりあげたことが、多くの論者の関心と呼んだという側面があるが、個々の結論はメンバーの構成からいって当初から予想されたものであろう。

第二に、研究会が個々の論点について如何なる結論を出そうとも、公取委がこれによって直接的影響を受けたり、お墨付きを受けたと考えることは、事柄の性質上あり得ぬことである⁽¹⁻¹²⁾。

I-3 目的

この論文の具体的な目的を明らかにする前に、私の立場と、この論文の性格についてふれておかなければならない。

私は、経済学を専攻するものであって、独禁政策および独禁法の解釈・運用に従来から強い関心を持ってきたとはいえ、固より法学の専門家ではない。従って、「報告書」のとりまとめに入る前までの段階では、積極的に討議に参加したものの（基調報告の各論のうち2つは私が

されるものであろう。

⁽¹⁻¹²⁾ 更に第三の事情として、たとえば、舟田〔4〕のいうように「本報告は、個々の論点について見る限り、従来判審決および学説がとってきた法解釈をほぼ踏襲したものとなっている」（14-15頁）ということもあけても良いかもしれない。

(1-9) 金澤〔11〕（野田〔30〕ii頁）

(1-10) 同旨のものとして、たとえば舟田正之〔4〕14頁、第2段。

(1-11) 同旨、舟田〔4〕14頁。

また、公取委委員長の前掲発言は、研究会の性格からいっても、また、「報告書」の内容からいっても、当然予想

書いたものである⁽¹⁻¹³⁾。とりまとめの段階では、事柄の性質上、積極的な推進者というよりは、むしろ、その障害としての役割を果たしたのではないかと自らを評価している。

昨年12月以降の「とりまとめ(案)」をめぐる討議の過程では⁽¹⁻¹⁴⁾、私自身いくつかの論点について積極的に発言したが、大幅な修正を経てできあがった「報告書」については、独禁法、「報告書」の双方に関する私なりの理解に基づいて、積極的に賛意を表するものであり⁽¹⁻¹⁵⁾、そのうちのいくつかの論点については、既に意見を公表している⁽¹⁻¹⁶⁾。従って、全体として、この論文は、個人的立場からの「報告書」に対する補足意見としての性格を持つものである。

私が改めてこの論文を作成・公表する目的を列挙すれば次のようになる。

(イ) 論じられている問題に対する一層広範囲の人々の理解を促し、関心を喚起すること。

(ロ) これまで主に法学者および法律家によって議論されて来た問題に、新たな見方を提示すること。

(ハ) 「報告書」の内容に関する若干のコメントを述べること。

(ニ) 「報告書」の表現が必ずしも明確ではないいくつかの論点について私なりの考え方を示すこと。

(1-13) 野田 [30] 235頁以下に、「基調報告」が収められているが、各報告は担当会員の手によるものであり、研究会の討議に資するために書かれたものである。(235頁にその旨明示されている。)

当然のことながら、「報告書」と各報告が一致した見解を示しているとは限らないし、各報告もしばしば相互に対立した見解を表明している。

今村成和 [10] は、各所で「報告書」と各基調報告を一体のものとして取り扱っているが、正当なことではあるまい。

基調報告から「報告書」が直接できあがるのであれば、「研究会」は要らない。

(1-14) 研究会開催経緯については、野田 [30] 42頁以下を参照。

(1-15) ただし、事柄の性質上、私の理解あるいは評価の能力をこえるものがあることも事実であるから、そのような点も含めて全面的に賛成というわけにはいかない。

たとえば、各論「6委託販売制」。

(1-16) 三輪芳朗 [25, 26]。

(1-17) たとえば、根岸哲 [28] (154頁)、は次のように述べている。

「独禁政策(ないし競争維持政策)が本質的に法律と経

(ホ) 「報告書」に寄せられた批判のいくつかに私なりの意見を述べること。

独禁法の解釈、具体的な運用、実現のために、経済のメカニズムに関する理解、経済学的知識が不可欠であることはしばしば強調されることであり、法学者と経済学者の共同作業の重要性もたびたび言われることである⁽¹⁻¹⁷⁾。しかしながら、根岸哲 [28] の言うように、「今日まで、独禁法の具体的な運用、実現において、本格的に経済学的知識が利用されたことも、まだほとんどないといいてよい」(155頁)のであり、法学者と経済学者の共同作業がこれまでのところ目覚ましい成果を取めたとは思われない⁽¹⁻¹⁸⁾。

私は、研究会での討議等を通じて、このような共同作業の困難性を改めて痛感し、今後もこれが容易には進展しないという見通しを得るに至っている。その原因が、本来的な困難性に加えて、法学者、経済学者双方に存在する相手方に対する無理解、誤解、過大評価にあるというのが目下のところ私の判断である。

(イ)は、このような事情に鑑み、主に経済学サイドの人々を念頭に置くものであり⁽¹⁻¹⁹⁾、どのような事柄が論議的になっており、その解決のためにどのようなロジックが用いられているかを示すことにより、直接的には流通系列化との関連で独禁法への理解を促し関心を喚起し、

経済学の混合であり……、したがって独禁政策の策定、運用および評価を行うためには、法学と経済学とが協力しなければならぬことは、今日では、ほとんど異論がないといえてよいであろう。」

(1-18) 法学者と経済学者の共同作業の例として、八幡・富士合併事件に際して公取委に提出された「独占禁止法四五条一項にもとづく措置要求書」(昭和44年3月8日)がある。

この要求書で、法学者(4名)と経済学者(7名)が一致して、八幡・富士の合併が独禁法に違反する疑いがあると判断し、その理由について述べていることは注目に値するが、そうであるからといって、共同作業が目覚ましい成果をあげたということになるとは限らない。私の見るところ、合併の制限規定(15条1項)の理解は法学者と経済学者とでは相当異なるように思われるが、この点については別稿で論じることにしたい。(『経済評論』1月号以降を予定。)

(1-19) 法学者でも経済学者でもない流通問題に関心を持つ専門家のグループ(たとえば、マーケティング学者)の独禁法に関する理解の程度が経済学者のそれを大きく上回るとは思われないから、そのような人々に対する解説としての役割も果たし得ると考えている。

間接的には独禁法全般に対する理解を促し関心を喚起せんとするものである。

(d)は、用いられているロジックを経済学的視点から批判的に検討し、場合によっては、私なりの理解に基づいて新たな見方を提示することが、少なくとも、経済学的な考え方に対する主に法学者および法律家の理解を促す効果を持つという考えによる。

私のみるところ大方の法学者および法律家の経済学に対する理解は十分とは程遠いものであり、そのことが時には経済学に対する過大な期待につながっているように思われる。たとえば、法学者が経済学者に期待する事項のリストをみて、大方の経済学者は小宮隆太郎が合併のガイドラインに関して述べた次の発言を繰り返したという衝動に駆られるであろう⁽¹⁻²⁰⁾。

「たとえて言えば、経済学は雲の上に漂っていて下界になかなか降りてこない。要するに、独禁法という枠組の中で合併はなるべく規制した方がいいとか、寡占化が進めば競争制限になるとかいった基本的な考え方を示す点では経済学の影響力は大きいと思うが、政策の実施、法の執行の段階になると経済学はそれほど役立たないというのが現状ではないだろうか。」

また、法学者の経済学に対する見方も当然のことながら一様ではなく、「報告書」と特に関

連の深い不公正な取引方法の禁止規定に関連しても対立した見方が存在する。

丹宗が「不公正な取引方法のように、民法における私人間の不当威圧による取引に類した行為が問題になる場合は、経済学の理論はほとんど使えない」(小宮他〔19〕103頁)と述べているのに対し、根岸〔28〕は、「不公正な取引方法の場合には、その実質的な違法要件が『公正な競争を阻害するおそれがあること』であり、この判断に経済学的知識を利用することが有意義であると思われる」(158頁)と逆の見方を表明している⁽¹⁻²¹⁾。

法学者と経済学者の共同作業が進行し成果を収めるためには、法学者の経済学に対する理解を促すことが一つの前提となろうが⁽¹⁻²²⁾、このために経済学者が現時点で為すべきことは、たとえば、法律解釈のような法学の対象領域を研究し積極的に発言することであると私は考える⁽¹⁻²³⁾。これまでのところ、この面で経済学者は余りに慎重に過ぎたのではないかと考えるのである⁽¹⁻²⁴⁾⁽¹⁻²⁵⁾。

当然のことながら、私自身の法学および法律に対する無理解、誤解が以下の論述の中で重大な役割を果たすことも十分あり得ることであるから、その点についての法学者の批判、指摘は大いに歓迎するところである。法学の非専門家

(1-20) 小宮隆太郎、丹宗昭信、浜田宏一、平井宜雄、藤木英雄〔19〕104頁。

法学者が経済学者あるいは経済学に期待する事項のリストとしては、たとえば、丹宗昭信〔38〕94—95頁、根岸〔28〕などを参照。

(1-21) この見方の対立は、経済学に対する理解の仕方の差異を背景に持つものでもあるが、独禁法の目的そのものおよび個別規定の解釈、位置づけに関する見解の対立を反映している。この点については、私は根岸の立場をとるものであり、丹宗のものを誤りと考えるものである。(この理由については、別の機会に論じることにしたい。)

経済学の立場から発言することにより、あるいはそのロジックが理解されることにより、このような見解の対立にも多少はインパクトを与え得ると考えられる。

(1-22) たとえば、経済学者は価格が一致することを以て価格協定と考えると、経済学者は価格競争だけを積極的に評価し、製品差別化あるいは広告はそれ自体基本的に望ましくないものと考えているというような意見を、経済学以外の専門家からきかされて、驚かされたことのある経済学者は私に限らないであろう。

(1-23) 私はこの点で次の浜田宏一の発言に共感を覚えるものである。

「……むしろ私は、法学に経済学が乗入れる、あるいは社会学が経済学が乗入れるというように、お互いに自分のディシプリンを使って他の科学の対象領域を研究し、自分なりの結果を得たうえで、当該分野の研究者に検討してもらおうという形をとらねばならぬと思います。そこで他のディシプリンからの批判なり反発が出されて、相互にコンフリクトないし緊張関係が生ずる。このコンフリクトを具体的な問題について議論していかないかぎり、境界領域の研究は進歩しないのではないかと考えます。」(小宮他〔19〕97頁。)

(1-24) 経済学者の平均的な考え方は、法律の解釈、運用は法学者および法律家の役割であって、この点で我々の出る幕はないというものであろう。このことが、一面で法学者に対する過大評価を内包していることは改めて強調するまでもないが、法学と経済学の共同作業を妨げる要因の一つになっていることも明白であろう。これが、経済学者は独禁法など知らなくて良いという考え方を正当化しているとすれば、なおさらである。

(1-25) 「報告書」公表後、これに批判的立場に立つ法学者から、一体、作成に参加した経済学者はどのように考えているのかという質問を受けたことがある。

が、どのような点に関する知識に欠け、どのような点について誤解するかを知ることも、共同作業の進展にとって重要なことだと考えるのである。

(f)と(h)の目的が対になっているように、(i)と(j)の目的も対になっている。

前述のように、私は「報告書」の考え方に積極的に賛成するものである。しかしながら、研究会のメンバー構成からも予想されるように、細部についてまで合意が成立するものではないし、また各会員にとって満足のいく程度にまで明瞭には書いていない箇所がある⁽¹⁻²⁶⁾。

(k)は、いくつかの論点について、若干のコメントを述べることであるが、以下で見る通り、余り重要なものではなく、このことによって、「報告書」全体に対する私の評価が大きな影響を受けるということはない。また、あらゆるコメントを網羅するものではなく、とりあげる事項に関連するものに限定している。

(l)は、曖昧になっている点、読み方がいくつかあり得る箇所をとりあげて私の考え方を示すことである。明瞭には合意が得られず「報告書」に入らなかった論点、入っても意見に差異があるため曖昧になっている論点のなかにも、独禁政策上あるいは独禁法解釈上の今後の重要な課題が含まれているのであるから⁽¹⁻²⁷⁾、その一部について一会員としての考え方を明示することは、今後の議論の進展にとって十分に意義のあることと考えるのである。

「報告書」提出後に数多く公表された関連論文の多くは法学者によるものであり、議論は「報告書」の明確な結論部分に関するものが多く、その多くのものは当初より予想されていたものといつてよい。

私はいくつかの論点について関連箇所ですべてにとどまらず、(h)として1章を設けて反論あるいは批判を試みる。対象は「報告書」の内容に対する全否定の論文である。この論文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、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。内容は、反論というよりは、批判的解説あるいは解説的批判という方が実質に近いと考えて良い。

I-4 構成

以下の論述は5つの部分にわかれており、それぞれのタイトルは次のようになっている。

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

V 「専売店制」の取扱いについて

VI 野木村忠邦 [31] の批判について。

この論文は、I-3でのべたような複数の目的を持つ欲張った試みであるが、それらが複雑にからみ合うものであるため、以下の論述中どの目的がどの部分で特に重要なものとなっているかを明らかにすることは可能なことではない。

各章の目的および内容については、各章ごとに冒頭で詳しく述べる。

IIは「報告書」全体についての解説的なコメントであり、いくつかの曖昧な点について明らかにすると同時に、続く部分に対する基礎づくりにあてられている。

III, IVは、流通系列化に関連する重要テーマをとりあげてそれぞれ検討している。この部分は既に公表した論文⁽¹⁻²⁸⁾に加筆したものであり、理解を容易にするための工夫はされているが、議論の基本的内容に変更はない。従って、既発表論文を読まれた読者は、先へ進まれてかまわない。

Vは「報告書」の各論の「専売店制」をとりあげて、その実質の意味を明らかにするための解説を試みたものである。この部分は「報告書」の中でも論理構成が比較的複雑なところであり、その実質の意味が最もつかみにくいものの一つ

(1-26) 当然のことながら、私を含め一部の会員にとっては判断不能の箇所も存在する。先の注1-15を参照。

(1-27) 明瞭に示されている結論が、従来の判審決をほぼそ

のまま踏襲しているのことに注意を要する。

先の注1-12を参照。

(1-28) 三輪 [25, 26]

であると考えられる。読者はここに、「報告書」の読み方の一例と、経済学的見方の一例とを見ることになる。

Ⅵは、前節最後にふれた、「報告書」の内容を全面的に否定する論文の批判的解説あるいは解説的批判である。

以上の5つの章は、相互に関連するものではあるが、それぞれが一応の独立性を保っていると考えて良い。従って、次のⅡを読まれた読者が次にどの章に進むかは読者の自由であり途中をとばしたからといって、後で著しい困難に直面することはないと信ずる。ただし、読む順序を逆転させない方が理解が容易であることも同様に事実であろう。

Ⅱ 一般的あるいは予備的な解説

Ⅱ-1 はじめに

Ⅱではいくつかの論点をとりあげて解説的なコメントを加える。「報告書」は、全体の構成、各部分の目的・位置づけ等の点で、いささか曖昧なところがあり、現実に多少の誤解が生じていると思われるし、これからも生じ得ると考えられる。

とりあげる論点のなかには、当然のことながら、独禁研のメンバーの間でも意見のわかれるところもあり得るから、私個人の立場からする補足的解説であることに変わりはない。

Ⅱ-2 「総論」部分の構成について

「総論」の部分は、流通系列化について一般的に議論した部分と、それと独禁法との関連のあり方について検討した部分とにわかれるが、その分け方が中途半端であるために、各部分の性格がいささか曖昧になっているように思われる。

流通系列化について一般的に議論した前半部分は、「2 流通系列化の評価」の「(2)流通系列化のデメリット」の部分まで(野田〔30〕13頁—15頁の1行目、以下、特にことわらない限り、文献は同じ)であり、導入部分として、以下の議論のために大雑束なイメージを与えることを

目的にして置かれたものであって、当然のことながら、厳格な性格を持つものではないし、後の議論に対して制約として働らくものではない(2-1)。

流通系列化と独禁法の関係のあり方について検討した部分は、「(3)流通系列化規制の基本的方向」のA、の第二パラグラフ「この規制は…」(15頁、11行目)以下であり、第一パラグラフは、接続部分にあたる(2-2)。

Ⅱ-3 「1 流通系列比とは何か」について

この部分を、「流通系列化」という概念に定義を与えるものとして読むことは正しくない(2-3)。

「報告書」が、一般に「流通系列化」と呼ばれる一連の現象を検討・分析の対象としようとするものであることは間違いないが、このような曖昧かつ包括的な概念についてその当否を問うなどということは本来的に不可能なことである。当否の判断を独禁法上の観点からのものに限定してもこの事情に変化はなく、従って、「報告書」作成に際して、厳密な意味で定義を与えることは、たとえ可能であるとしても、必要なことではない。

独禁研のメンバーにしても、「報告書」の読み手にしても、「流通系列化」という用語については各人が一定のイメージを持っており、そのイメージに大きなバラツキがあるから、極く大雑束なものであっても、一応の概念設定をすることは、議論の土俵設定としても重要なことなのである。(各人が抱くイメージが偏りを持つものであることを了解させるためにも重要な役割を果たし得る。)

従って、この部分が厳格ではないとする批判には、そもそもの外れであると答えれば良いし、重要な部分が含まれていないという批判があるとするれば、それに対しては、そのように修正して読めば良いと答えればよいことになる。

この部分が、以上に述べた性格のものであることは、事柄の性質上当然の結果として導かれ得るものであるが、その他にも、次の部分に注

(2-1) Ⅱ-3、Ⅱ-4を参照。

(2-2) 接続部分であるため、性格がいささか曖昧になってい

ると思われる。Ⅱ-5を参照。

(2-3) たとえば、川越〔12〕76頁を参照。

意すれば明らかなことであろう。

(イ) (1)の「流通系列化とは……」ではじまる部分の最後が「……することを流通系列化と呼ぶこともできる」(傍点引用者)となっていることに注意を要する。厳格な定義は通常このような形で与えられるものではないし、特に、例示的表現を意味する「も」を用いることはない。

(ロ) 後半部分のはじまりで、「……独占禁止法上の規制としては、……、流通系列化のために用いられる具体的行為と『不正な取引方法』との関係を中心に検討される必要がある」(15頁：傍点引用者)と述べられていることに注意を要する。「報告書」が「流通系列化」そのものと「不正な取引方法」との関係について検討するわけではないから、「流通系列化」の定義は必要ではない。

冒頭に置かれたこの部分に強い印象を受けてか、「報告書」が「流通系列化」そのものの当否を独禁政策との関係で評価したものであるとか、更に否定的評価を下したものであるとか考えるのは、明らかな誤りである。

II-4 流通系列化のメリット、デメリットについて

II-4-1 一般論

「2 流通系列化の評価」の(1)と(2)で展開されている(13—14頁)流通系列化のメリット、デメリットに関する議論は、「流通系列化」と呼ばれる一連の現象が共有する特徴を列挙したものではないし、まして、このような諸特徴をすべて兼ね備える「流通系列化」が存在すると想定しているのでもない。

この部分も、II-3でみた「流通系列化とは何か」と同じく、大雑束なイメージを抱くことにより共通の土俵を設定するために置かれたものにすぎず、具体的には、各会員の主張あるいは、一般的に言われているもの、を列挙したものにすぎない。従って、メリット・デメリットとも、反対論の当然あるものも含まれるし、リストが完全であると主張する必要もないし、各分野の専門家の目から見れば意味が曖昧であ

たり不明確なものも当然含まれる。

しかしながら、この部分の性格および位置づけからいって、以上の点は問題にならないし、以下の議論に直接影響するものではない。

II-4-2 独禁法との関係

独禁法上の規制にとって、このようなメリット、デメリットが直接に関連性を持つものではないことについて、ここで強調しておくことは意味があろう。

私的な経済主体の行為が国民経済上の(私的なものについてはいうまでもない)いかなるメリット、デメリットを持とうとあるいは持たないとしても、独禁法に違反しない限り、独禁政策当局の関知するところではない。独禁法が「公正且つ自由な競争を促進」することを直接の目的とし、不正な取引方法が「公正な競争を阻害するおそれ」を実質的要件としているのであるから、特定の行為のもつ一般的なメリット、デメリットは、独禁政策当局の直接の関心の対象ではない。

従って、列記されているメリットのいくつかが実現できるからといって「公正な競争を阻害するおそれ」のある行為が独禁法上適法となるわけではないし、逆に、デメリットのどれかがあるからといって(たとえば、「過大な販売促進費が費消され、製品差別化が強化されること」)、即座に独禁法違反になるというわけではない。

「報告書」が後半部分のはじめに「……前記の流通系列化についての一般的評価を踏まえつつ……」(15頁：傍点引用者)と述べていることに注意する必要がある。

II-5 つなぎの部分について

「総論」の後半部分に先立つ(3)、アの前半部分についてもコメントを要する。

この部分は次のようになっている。

「流通系列化には、以上のようなメリット、デメリットが考えられるが、これら両面が必ずしも密接不可分のものとはいえず、流通系列化のメリットについては、公正な競争を制限しないような他の方法によって確保できる場合も少なくないと考えられる。他の方法としては、例

えば、経営・施設の近代化、品質管理の徹底、物流技術の革新、人材育成等が考えられる。このため、まずこのような他の方法を採用するという方向の模索が行われるとともに、デメリットの解消・縮減に向けての規制のあり方が検討される必要がある。」(15頁)

問題は、今村成和〔10〕のいうように、「模索」の主体および、その意味である。

素直に考えれば、今村〔10〕のいうように「感じとしては、公取と業界が一緒になって模索することのようであり、『行政指導』として、これに近いことは行い得るだろう。しかし、当該行為が違法と認められない場合にまで、公取が音頭をとってこのような『指導』を行うことには、越権行為の疑いもでてこよう」ということになろう。また、「流通系列化それ自体に対しては、独禁法は、価値中立的であるというほかに、ただ指摘されるようなデメリットを伴い勝ちなものであるところから、『その解消・縮減』のために、違法と認むべき行為の排除に努める必要がある、というのが公取の基本姿勢でなくてはならぬだろう」(57頁)というのが正論であることは間違いない。

注意すべきことは、この部分が、「この規制は、様々な観点からなされるべきであろうが、独占禁止法上の規制としては……」(15頁：傍点引用者)に続くということである。

つまり、問題の部分では、未だ「規制」の手段は独禁法に限られておらず、従って「模索」に公取委が関与すると考える必要もないし、主体を「公取と業界」に限定して考える必要はないということになる。

メリット、デメリットもⅡ-4でみたように、独禁法上の適法、違法と直接関連するものではないのであるから、この部分は前半部分を受けて、一般的に政策のあり方を論じたところと考えるのが妥当なところであろう。この部分の位置づけは極めて曖昧であり、今村〔10〕のよう

に読むことも不可能でなからうが(事実、とりまとめの段階では、私自身、同趣旨のコメントをしている)、ここは、後半部分へのつなぎとして置かれているものとして読まれるべきところであろう(2-4)。

Ⅱ-6 不公正な取引方法との関係に限定されることについて

「報告書」は、後半部分の冒頭で、「独占禁止法上の規制としては、……流通系列化のために用いられる具体的行為と『不公正な取引方法』との関係を中心に検討される必要がある」(15頁)と述べ、以下では「不公正な取引方法」との関係に議論を限定しているが、このことはいささか問題を含んでいるように思われる。

具体的には、一部についてVで「専売店側」との関係でふれるが、たとえば、「専売店制」に関連する行為の少なくとも一部は、私的独占禁止規定に違反すると考える方が妥当であるというものである。

しかしながら、この論点は、規制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(2-5)、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。

Ⅱ-7 具体的行為類型について

「報告書」は、「不公正な取引方法との関係で問題になると思われる流通系列化の具体的行為類型として」(15頁) 8つのものをあげており、各論はこの類型ごとに検討している。

Ⅱ-7-1 網羅的だと考える必要はない

第一に注意すべきことは、このリストを以て全てと考える必要はないということである。

流通系列化と独禁法の関連で問題になり得る行為をいくつかの類型に分類したもののリストがこれなのであるから、このリストにある類型にすべての問題になり得る行為が分類し尽せると考える必要はないし、新たな型の行為が生まれる可能性を封ずる必要はない(2-6)。

(2-4) そうであれば、段落のつけ方の点で、「報告書」の書き方に多少の問題があることになる。

(2-5) たとえば、私的独占禁止規定違反は罰則の対象となるが(89条)、不公正な取引方法禁止規定違反はならない。

(2-6) たとえば、払入制やリベートをとりあげて、価格差別、抱き合わせ販売などが取りあげられていないからといって、特に問題があるわけではない。

「報告書」のリストが、「高額な又は差別的に取り扱うリベート等」(15頁)と「等」をつけて終っていることに注意し、「あとがき」で、「このほかにいくつかの行為類型もみられ、また、流通系列化の具体的内容は、商品特性、物流技術、規制の仕方等に依存し、企業のマーケティング活動によって創造されるものであるので、今後、新たな行為類型が発生することも十分考えられる。これらについては、既に検討した考え方に準拠して判断することができるものとする……」(31頁)と述べていることに注目する必要がある。

どの行為類型にも分類されない行為であるからといって、独禁法上適法となる、ということがあり得ないことはいまでもない。

II-7-2 行為類型の性格

8つの行為類型のリストに関連して第二に注意すべきことは、リストに掲げられた各々の類型が公正競争阻害性を有するか否かを判断するために適切なものであるとは限らないということである。

一般的に言えば、不公正な取引方法禁止規定の性格からいって、個々の具体的な行為ごとにこの規定に違反するか否かを判断すべきものであることはいまでもないことである。(たとえば、独禁法に再販売価格維持行為を禁止するとは書かれていないのであり、また、たとえ、再販行為が不公正な取引方法であるという判断が固まったとしても、具体的な行為が再販行為に該当するか否かという判断は依然として残っている。)研究会の討議および「報告書」の作成は、このような事情を当然の前提としたうえで、様々な具体的な行為をいくつかの典型的なものに類型化し、それに関して公正競争阻害性の有無を問うという方向で行われた。この方向自体は極めて自然なものであるが、このような形式

をとったからといって、個別行為ごとに最終的判断が必要であるという点に変わりがあるわけではない。変化があり得るとすれば、行為類型が適切に設定され、類型ごとに公正競争阻害性の有無が判断できれば、最終的に判断すべきこととして具体的な行為が特定の行為類型に属するかどうかだけが残るとい形においてである。

従って、問題は、「報告書」が採用した類型が、議論を進め、公正競争阻害性の有無を判断するうえで適切なものであるかどうかということであることになる。

この点に関しては様々な見方があるが、私には、類型の選択が分析上の便宜を考えたいうで行われたというよりは、一般的に使われている類型のうち現在公取委が強い関心を持つものを選ぶという結果となっており、そのこともあって、採用された類型の中には討議を進めるうえで必ずしも適切ではないものも含まれているように思われる⁽²⁻⁷⁾。その典型が、結果として、「行為の質的実質性により判断されるもの」に分類されている「委託販売制」、「リベート」と、「個々の行為に分解して判断されるもの」に分類されている「店会制」であって、これらの場合には、具体的な行為がこれらの類型に該当するか否かの判断をしても、その公正競争阻害性の有無は判断できないのである⁽²⁻⁸⁾。

討議を進めるうえで相対的に適切だと考えられる類型についても、公正競争阻害性の有無の判断基準が具体的な行為に容易に適用できるとは限らない。

最も明快な基準が提示されている再販行為についても、再販売価格が結果として維持されているだけでは問題になる再販行為に該当するわけではなく(従って、即違法となるわけではない)、それに結びつく一連の行為⁽²⁻⁹⁾の有無が問題になるのであるから、この基準の適用も常に容易

(2-7) そもそも、そのような適切な類型化がどこまで可能かという点には疑問があるのであるから、せいぜいのところ、もう少し適切なものはなかったかという問いが為し得るにすぎないであろう。

個人あるいは少数の手による研究ではなく、多数の様々な分野の専門家による研究会ではこれ以外の選択は困

難であったのかもしれない。

(2-8) その他の類型についても、テリトリー制は2つのタイプに分ける結果になっているし、いくつかのものも様々な条件をつけたうえで、最終的な分類が行われている。

(2-9) たとえば、契約、ブラック・リスト、出荷停止、リベート・価格の差別など。

であるとは限らない。

この点に鑑み、本論文では、Vで「専売店制」をとりあげ、「報告書」に示された基準の実質的意味について検討する。

Ⅱ-8 『公正競争阻害性』の基本的な考え方について

Ⅱ-8-1 実質的な考え方

「報告書」は、公正競争阻害性のとらえ方としては、市場における競争の問題としてとらえるもの（第1の考え方）と、個別的取引における抑圧性それ自体を問題にするもの（第2の考え方）の二つがあるとしたあとで、次のように述べている。

「ここで流通系列化の競争阻害性を問題とするに当たっては、市場における競争を直接的に問題とする第1の考え方を基本とするが、流通系列化の効果、手段として、販売業者の従属化も問題となる。特に、それが販売業者の競争、ひいては製造業者間の競争を阻害する側面を有する点に着目する必要がある。このため、第1、第2の考え方のいずれかを排他的に採るとするのではなくて、対象となる行為の性格、効果に即して、二つの考え方を有機的に組み合わせることが有益であると考えられる。」（17頁）

この部分で即座に読む者の関心をひくのは「このため」以下の後半であり、そこから、「『組み合わせる』ということは可能なのか」「『有機的に組み合わせる』と言っただけでは、その方法を具体的に明示したことにならないのではないか」という疑問が生まれるのは当然のことであろう⁽²⁻¹⁰⁾。

この部分を読むに際しては、次のような事情に注意する必要があると、私は考える。

公正競争阻害性のとらえ方については、法学者の間に意見の対立があるが、独禁研の会員の間にも対立がある。しかも、「報告書」の作成に際しては、会員の間に対立があるからといって、この問題について全く触れないで済ますこ

とはできない。従って、「総論」の部分で明快に結論を書くことには強い制約が存在するのである。

このような事情に注意すれば、実質的に「報告書」の核心であり結論に結びつく「各論」でどのような考え方がとられているかという点にこそ関心を持つべきだと私は考える。

私自身は、第1の考え方を採るものであり、第2の考え方は独禁法の目的・基本的な考え方からいって適切なものではないと考えるのであるが、「報告書」も実質的には第1の考え方に従って書かれていると見て良いと考えるものである。

このように考える理由は次の通りである。

第一に、各論の部分が、実質的に第1の考え方に従って書かれていること。

このような主張については、各論の「4 専売店制」の(1), ウ, ①の「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）の部分と、「7 払入制」の(1), ウの「……製造業者の販売業者に対する圧迫行為とすることができる」（26頁）の部分の2箇所はそうではないという反論が予想される。前者についてはV-4でふれるので、ここでは後者についてのみふれておく。

この部分は次のようになっている。

「払入制は、販売業者の廉売に対する牽制効果を有しており、再販と同様の効果を有するものである。また、払込制は、本来販売業者が自由に処分することのできる売買差益を、合理的な理由もなく、製造業者が一方的に保留するものであり、製造業者の販売業者に対する圧迫行為とすることができる（参考：第2次粉ミルク事件）。したがって、払込制は、その行為の外形から、原則として違法と判断されるものである。」（26-27頁）

注意すべきことは、「したがって」以下の結論を導くのに、問題の部分を含む「また、払込制は」の文章は不可欠ではないということである。

あろう。

(2-10) 独禁法の条文をそのように解釈することが、そもそも可能なのかという疑問あるいは批判が出ることも当然で

つまり、再販売価格維持行為について「再販は、それ自体で公正競争阻害性を有していると考えられる」(20頁)と述べたあとで、払込制について「再販と同様の効果を有するものである」と判断しているのであるから、「したがって」以下の結論はそこから直接導かれるのである。

問題の部分は、「また」ではじまって、補足的な理由づけとして用いられているようにも見えるが、先行部分だけで上にみたように理由になっているのであるから、ここでも実質的には第1の考え方が採られているのであり、「有機的に組み合わせること」が行われたと考える必要はない(2-11)。

「報告書」が実質的に第1の考え方に従っていると私が考える第二の理由は、それが「市場における競争を直接的に問題とする第1の考え方を基本とする」(17頁)と明言していることである。

第三の理由は、「報告書」が「流通系列化の効果、手段として、販売業者の従属化も問題となる」と述べながら、続いて「特に、それが販売業者間の競争、ひいては製造業者間の競争を阻害する側面を有する点に着目する必要がある」(17頁)と述べていることである。

「販売業者の従属化」が問題になる代表的あるいは典型的な場合が「特に」以下に述べられていることであり、その内容は第1の考え方そのものであるから、ここに述べられていることは、第2の考え方に従って「個別的な取引における抑圧性それ自体」が問題になるのは、それが第1の考え方にいう公正競争阻害性に結びつく場合であるという考え方を「報告書」がとっていることになる。従って、「有機的に組み合わせることが有益」と述べながらも、「報告書」は実質的には第1の考え方を採用していると考えられるのである。

II-8-2 (補論)、「支配・従属関係」について

関連して、「2 流通系列化の評価」の(3). ウ. (i)で「流通系列化は……製造業者との間の支配・従属関係を前提としているといえる」(16頁)と述べていることに触れておこう。

この文章の入っている(i)を含めて、(3). ウの「流通系列化と不公正な取引方法との関係について検討するに際して」の「留意」点は、一般に言われていることあるいは会員の主張したことを列挙したものであって、たとえば、「各論」との明確な結びつきまで検討したうえで書かれたものとはいえないと考えて良い。従って、列挙されている事項の内容は千差万別であるし、会員の合意が得られている程度にも大きな差があると考えて良い。

その中でも、前項でふれた「公正競争阻害性」の基本的な考え方についての見方の差を反映して、(i)の引用部分に関して会員の見方の差異が最も大きいものと思われる。

私は、引用部分は、表現が曖昧で全体の意味が不明瞭であると同時に、事実と反する場合も多く、削除するのが適当と考えるものである。ただし、前項でみたことから、「報告書」の重要な部分に実質的な影響を与えているとはいえず、この点を特に重要と考えるものではない。

曖昧であるというのは、「支配・従属関係」の意味についてである。この表現がどのような意味で用いられるかを理解することは常に困難なことであるが、取引関係は常に「支配・従属関係」を伴うと言え言えないこともないかもしれない。しかしながら、どちらが「支配」的地位に立つかは場合により時により異なり、この地位はしばしば容易に逆転し得るものではなかろうか。問題になる「支配・従属関係」がどのようなものであるかが明示されない限り、このように言

(2-11) 参考に掲げられている第2次粉ミルク事件審決に関する私の考え方については、三輪芳朗[23]第5章を参照。

また、払込制とリベートと区別して取り扱うことに関する疑問については、野田[30]345頁を参照。

更に、すべての「払込制」が「再販と同様の効果を有する」という判断にはいささか疑問があろう。たとえば、「専

売店制」の実効手段としての「払込制」も当然あり得よう。この点を考えれば、「払込制」は「リベート」と同じ形の取り扱いをするのが妥当なところであろう。ただし、一定のタイプの「払込制」が「再販と同様の効果を有する」とことは間違いない。

うことの意義は明瞭であるとは思われない。

流通系列化と「支配・従属関係」の関連についてはしばしば言及されるが、事実と反する場合も多いように思われる。たとえば、再販行為は、大多数の販売業者の支持があつてはじめて可能なのであつて、これをメーカーによる販売業者の支配ととらえることは事柄の本質を見誤るものと考えるのが適当な場合が多いと考えられる⁽²⁻¹²⁾。

II-9 「ブランド間競争とブランド内競争との関係」について

「いわゆるブランド間競争とブランド内競争との関係」(18頁)について、「報告書」は総論の部分では双方とも重要であるという一般論を述べているにすぎず、具体的な考え方は各論の関連箇所ですすという態度をとっている。

この問題に関する「報告書」の具体的な考え方について、私は基本的に賛成するものであり、その理由についてはIVで述べる。

II-10 いわゆる「ただ乗り効果」について

流通系列化あるいは流通問題と独禁法の関連性が問題になる際に、常に話題になるのがいわゆる「ただ乗り効果」をどのように取り扱うかということである⁽²⁻¹³⁾。

「報告書」はこの点について明示的には触れておらず、ただ断片的に各論の中に関連性があると見做し得る部分が見られるにすぎない。「報告書」が「ただ乗り効果」を重視せず、実質的にもこれを重視した主張が入り込む余地を完全に否定し去るという態度をとったことを私は妥当と考えるものであるが、この点についてはIIIで改めてとりあげる。

(2-12) たとえば、書籍の再販を考えてみればよい。

また、「たとえば、昭和49年9月から再販行為の独禁法の適用除外が縮小されたことに対し、その後、これまで強硬に反対しているのは、メーカーではなく小売業者の団体である全粧連である。」(三輪 [23] 23頁)

再販行為参加メンバーの利害関係の分析については、三輪 [23] 第2章を参照。

(2-13) たとえば、VIで改めてとりあげる野本村 [31] の「報告書」批判の基本的論拠はここにある。VI-4。

(3-1) IIIは、三輪芳朗 [25] に加筆したものであり、基本的な考え方の修正はない。

III 「ただ乗り効果」について⁽³⁻¹⁾

III-1 はじめに

IIIでは、いわゆる「ただ乗り効果」(free-rider effect) の回避を代表とする、競争の垂直的制限⁽³⁻²⁾ (vertical restraint of competition) に対する一連の正当化事由の妥当性の検討および位置づけを試みる。

一連の正当化事由の位置づけ等については、特にアメリカで従来から活発な論争が行われていたが、一九七七年のシルヴァニア事件最高裁判決がこの論争に言及したこともあつて、反トラスト法に関する最重要論点の一つとしての地位を獲得するに至っている。

この判決は日本でも大きな関心を集め、公取委事務局によって訳出されるだけでなく、内容にたち入った紹介・検討がなされたり(たとえば、滝川敏明 [37])、ただ乗り効果の主唱者であるリチャード・ボズナーの判例評釈の紹介がなされたりしている(菊地元一 [13])。

「報告書」はこの論点について明確には言及していないが、III-2でみるように、断片的に書かれた箇所を総合して判断すると、形式的には正当化事由の存立余地を多少は認めたものとなっているとしても、実質的にはほぼ完全に否定し去ったものとなっている。

「報告書」のこのような判断については多くの論議が予想されるところであり、また、独禁研の会員が全員このような考え方に同意しているわけでもないと思われる。私は、「報告書」のこのような取扱いに基本的に賛成するものであるが、会員の一人でもあるから、この部分は他の部分と同様個人的立場からする報告書に対する補足意見という性格を持っている。

(3-2) 垂直的制限とは、商品の供給者(メーカー)が、その供給を受けて商品を販売するもの(販売業者)の間の競争を制限する行為に関与することである。

販売業者間の競争制限にメーカーという縦の取引関係にあるものが関与するため、特に垂直的制限という。

具体的行為類型としては、再販売価格維持行為、一店一帳合制、テリトリー制などを考えればよい。

注意すべきことは、誰が主導権を握っているかあるいは誰が特にそれを強く望んでいるかは重要な問題ではないし、「契約等による取り決め」(滝川 [37] 333号, 16頁)があるかどうかも重要な問題ではないことである。

Ⅲ—2 「報告書」における取扱い

「報告書」は、まず、「総論」で、流通系列化のメリットとデメリットについて羅列的に論じたあとで、「流通系列化規制の基本的方向」として次のようにのべている。

「流通系列化には、以上のようなメリット、デメリットが考えられるが、これら両面が必ずしも密接不可分のものとはいえず、流通系列化のメリットについては、公正な競争を制限しないような他の方法によって確保できる場合も少なくないと考えられる……。このため、まずこのような他の方法を探るといふ方向の模索が行われるとともに、デメリットの解消・縮減に向けての規制のあり方が検討される必要がある。」(野田〔30〕15頁、以下特にことわらない限り出典は同じ。)

Ⅱ—5 でみたように、この部分では未だ「規制」の手段は独禁法に限られているわけではない。独禁法との関係は、第二部の「各論」では、各行為類型ごとに例外的な場合として具体的に検討されており、問題の一連の正当化事由の「報告書」の位置づけはここに現われている。

たとえば、「2 一店一帳合制」のなかでの関連部分は次のようになっている。

「(2) 例外的に、一店一帳合制が直ちに公正競争阻害性を有するとはいえない場合が考えられる。新規参入業者又は下位業者によって、品質管理等を目的として行われる場合であって、ブランド間競争をむしろ促進すると特に認めら

れる場合がこれに該当する」(21頁)。

ここに示されている考え方は、一店一帳合制によるブランド内競争の制限が正当化される場合があり得るとすれば、これによって「ブランド間競争をむしろ促進すると特に認められる場合」であるが⁽³⁻³⁾⁽³⁻⁴⁾、そのようなことがあり得るとすれば新規参入業者又は下位業者によって試みられる場合に限られるのであり、その場合にも無条件ではなく品質管理等を目的として行われる場合に限定される、というものである。問題の一連の正当化事由が関連性を持つのが「品質管理等を目的として」の部分であることはいうまでもない。

このような条件を満たして「例外的」なケースとしての取扱いを受け得る場合がどれ程あるかという点に関する判断は様々であろうが、私は極めて稀なものであると考えている。

ただ乗り効果の回避を代表とする問題の正当化事由については、「ブランド間競争をむしろ促進すると特に認められる場合」等の条件がついているため、ブランド間競争促進の手段として採用することを正当化するための論拠として役立つものではあり得るとしても、それ自体としての正当化事由としての積極的役割は完全に否定されている⁽³⁻⁵⁾。

Ⅲ—3 検 討

Ⅲ—3—1 はじめに

垂直的制限の正当化事由として主張される事柄には様々なものがあるが、以下ではただ乗り

(3-3) 「ブランド間競争」と「ブランド内競争」については、Ⅳで詳しくふれる。

「報告書」の表現を用いれば、「ブランド間競争」とは「製造業者間の価格競争」のことであり、「ブランド内競争」とは「当該ブランド商品を取り扱う販売業者間の競争」(18頁)ということになるが、「価格競争」に限定せず単にそのような「競争」と考えるのが一般的である。

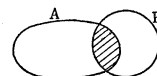
垂直的制限によって「制限」されるのは、いうまでもなく、「ブランド内競争」である。

(3-4) 「直ちに公正競争阻害性を有するとはいえない場合」であり、総論で「ブランド内競争も、ブランド間競争と同様に、これを促進する必要がある」(18頁)をのべているから、これだけで十分な条件というわけではない。

つまり、ここで述べた条件を満たす例外的な場合に、はじめてブランド間競争の促進効果はブランド内競争制限の弊害と比較衡量される対象としての資格を獲得するに至るという意味なのである。

(3-5) 例外扱いをするために「品質管理等を目的として行われる」こと(条件A)と「ブランド間競争をむしろ促進すると特に認められる」こと(条件B)の双方を満たすことを「報告書」の基準が要求しているのに対し、一連の正当化事由は、条件Aを満たせば、条件Bを満たすかどうかに関わりなく、例外扱いすべしと主張していることになる。(ここでは、「新規参入業者又は下位業者によって」という条件は無視している。)

条件A、条件Bを満たす行為の集合をそれぞれA、Bとすると、「報告書」が例外扱いするのは図の斜線部分であり、一連の正当化事由が例外扱いすべしと主張する部分の一部にすぎない。



効果との関係で販売業者の対顧客サービス提供の確保を理由とする主張に限定して検討する(3-6)。

この主張は次のようなものである。

販売促進、修理、顧客サービス等の補助的な活動は、しばしば販売の場で最も効率的に提供できるが、いわゆるただ乗り効果によってこのような活動が十分には行われぬ場合がある。メーカーはこの問題に対応するためにテリトリ制等の垂直的制限を課することによってただ乗りをする事業者 (free-riders) から販売業者を守ってやらなければならない(3-7)。

この主張が、単にメーカーが望みだけの対顧客サービスが提供されないという事態を避けるという目的を正当化するためになされるのであれば、独禁法との関係で正当化事由の役割を果たさないことは明白である(3-8)。

問題になるのは、ただ乗り効果によって消費者が望ましいと考えるサービスが望ましいと考える水準以下にしか提供されなくなるから、適切な対顧客サービスを確保するために垂直的制限が必要であるという形で主張される場合である。

このような主張の主唱者が Richard A. Posner であり、批判的立場を代表するのが William S. Comanor であることは衆目の一致するところであろう。私は批判的立場をとるものであるが、コマナーの批判は正確でないし射を射いて

ないと考えている。以下では、まずコマナーの批判を批判的に検討したあとで、何故に私がこのような主張に批判的立場をとるかを示すという順序をとる。これまでも様々な形で論争が行われて来た事柄であるので、コマナーのような形の批判が典型的なものとして定着することは、問題の本来の性格をゆがめ、今後の議論の進行にとって制約となると考えることによる。

III-3-2 批判の批判的検討

コマナーの批判の第一の問題点は、サービスが提供されるために垂直的制限が必要となるのは、制限のない市場では不十分な需要しか存在していないことを示しているという考え方を強調していることにある(3-9)。

たとえば、都会の公園や消防活動のような財・サービスは、私的経済主体の自由な活動に任せては、消費者が全体として望ましいと考える質・量を確保できないという判断に基づいて、政府の手を通じて集团的に供給量(質)を決定している。これは、市場において表明される需要は消費者の本来の需要を著しく下まわることによる(3-10)。

問題のサービスは同様の性格を共有するのであるから、コマナーのこの強調点は、現行の政府の活動の極めて大きな部分に無用の判定を下すことになり、適切なものではない。

コマナーの批判の第二の問題点は、製品と抱き合わせてサービスを供給することによって、

(3-6) さまざまなタイプの主張については、たとえば、William Comanor [3], Richard Posner [33], 滝川 [37], Eugene Zelek, Jr., Louis Stern, Thomas Dunfee [39] などを参照。

他の型の主張の性格、論理的欠陥も基本的には同一のものであるから、検討対象を一つに限定することによって深刻な問題が発生するわけではない。

(3-7) Zelek et al. [39] 44頁-45頁を参照。

ただ乗り効果の例として Zelek et al. [39] は次のように述べている。

「例えば、カメラを買おうとする消費者は色々なカメラの特徴を知るためにあらゆるサービスを提供してくれる写真店へ行って情報を得てしかる後に、欲しいカメラをサービス抜ききの店(たとえば、ディスカウント・ストアやカタログ・ショールーム)で最も安い価格で購入しようとするだろう。このようにして、サービス抜ききの小売店は、他の売り手の努力にただ乗りすることになる。長い目で見れば、サービスを提供する販売業者は、サービス抜ききの店で売ら

れるカメラについての情報の提供を拒否したり、その取扱いを停止したり、ブランド内競争が制限されている商品を消費者に買わせようとするようになる。

このような事態を避け販売業者サービスの提供を促進するために、供給者は垂直的制限によってブランド内競争を制限して、自らが望ましいと考える程度のサービスを提供しても採算がとれるだけの価格を販売業者が徴収できるようにしようということになる。」(44頁, 注163)

また、Posner [33] (149頁-150頁を参照。)

(3-8) 規制の対象になる行為も全て事業者は望ましいと考えて行うのであるから、事業者が望ましいと思うことが正当化事由になるのであれば、独禁法は全く役に立たなくなる。

(3-9) Comanor [3], 1430頁。

(3-10) 「フリー・ライダー」問題は、そもそも、このような公共財の供給量の決定に関連してクローズ・アップされたものである。

製品差別化を達成し市場支配力を増加させ、価格の引き上げに結びつけることになるという考え方を強調することにある(3-11)。

もしも、特に広告についてコマナーの評価が妥当であるとしても、それ以外のものも含む全てのサービス (presale services) を圧迫するよりも一層望ましい型の対応策があるだろうとするポズナーの批判に正当性があると思われる(3-12)。

更に、広告、販売促進活動について、経済全体として妥当か否かという形での評価を下していないし、規制を加えてもいないことに注意しなければならない(3-13)。そうであれば、何故に、販売業者の手によるサービスだけを別扱いにしなければならないのだろうか(3-14)。

コマナーの批判の第三の問題点は、販売業者のサービスを製品に抱き合わせて顧客に購入させることになり、社会全体に資源配分上の損失をもたらすことを強調していることにある(3-15)。

従業員教育活動、研究開発活動などについても、コマナーの論法に従えば、製品に抱き合わせられることになるから資源配分上の損失をもたらすものであり私企業が行うことは望ましくないものであることになるが、そのような判定は妥当であろうか(3-16)。少なくとも現在までのところ、私企業のそのような活動を一般的に非難の対象とする考え方が広範な支持を得ることはないし、現実に規制の対象となることもない。そうであれば、何故に、販売業者の手によるサービスだけを別扱いしなければならないのだろうか。

また、一般に、分離可能な商品を複数個組み

合わせて販売することがそれ自体独禁政策上問題になるわけではないことはいうまでもない(3-17)。

コマナーの批判の第四の問題点は、この種のサービスについて別個の価格を徴収することができるかと主張していることにある(3-18)。

これについては、ポズナーが、「供給者が何故に流通業者のショールームに入って来る客から入場料をとることを最低小売価格を維持することに対する満足すべき代替策と考えないかは明白であろう」とのべている通りである(3-19)。

都会の公園や道路の建設費・維持費の全てを利用者から料金でその度ごとに徴収することを現行の税金として徴収することに対する満足すべき代替策だとは誰も考えまい。

コマナーの批判の第五の問題点は、この種のサービスがメーカーによっても提供できるものであり、垂直的制限を特に認めなくても必要と考える程度に応じてメーカーが提供するという考え方を強調していることである(3-20)。

垂直的制限の下で販売業者が提供するサービスと同程度のものをメーカーが供給すれば社会にとっての費用は増加し、そのことの反映として、メーカーが直接供給するサービスは質・量ともに異なったものとなる。どちらの方がサービスの提供のされ方として望ましいものかは容易に判断できぬ事柄であるが、独禁政策の関心の外側の問題である。

以上にみたように、適切な対顧客サービスを確保するために垂直的制限が必要であるとする

(3-11) Comanor [3] 1430頁。

(3-12) Posner [33] 150頁。

(3-13) たとえば、化粧品メーカーの広告・販売促進費の売上高比率がいかに高くなろうとも、少なくともこれまでのところで、何等かの形の規制が加えられたことはない。

独禁法の観点から、これ自体が独立に問題にされることもない。「独立して」と強調するのは、独占的狀態の定義規定である2条7項の三号のロのような規定を念頭に置いてのことである。

(3-14) たとえば、製品差別化を達成し市場支配力を増加させるものであれば、研究開発活動であれ、従業員教育であれ規制しなければならないのであろうか。

後にふれるように、少なくとも独禁政策の観点からは、このような事柄は関心の対象にならない。

また、そもそも、製品差別化そのものあるいはそれを促

進するか否かということに独禁法は中立的であると思われる。

すべての日本人がカーキ色のネクタイをすることを誰も望ましいとは思わないし、そのようなことを独禁法が要求するなどということはありません。

(3-15) Comanor [3] 1430頁。

(3-16) 更に広告等も同じ範疇に含まれるし、突きつめて考えれば、企業のほとんどすべての活動がこの論理の対象になり得る。

(3-17) たとえば、一括購入を条件にした全集、両足揃えて購入することを条件にした靴、1足500円3足1000円の靴下などが問題になることはあるまい。

(3-18) Comanor [3] 1433頁。

(3-19) Posner [33] 149頁。

(3-20) Comanor [3] 1433頁。

考え方に対するコマーの批判はその正確さ、有効性の点で大いに問題がある。

Ⅲ-3-3 主張の批判的検討

ただ乗り効果を強調した問題の主張に関して私が批判的立場をとるのは、以下の理由による。

私がおのように考える第一の理由は、そもそもどのような財・サービスがどの程度供給されるべきかという問題は、独禁政策の関心の対象の外側にあるということである。

資源配分上の観点からみて経済問題は基本的に次の二つの型のものに分けられる。

(イ) どのような財をどれだけ供給するか

(ロ) どのようにして生産・供給するか

(イ)については、現代社会では消費者主権の立場から原則として消費者の意向を反映した市場によって解決されている⁽³⁻²¹⁾。

原則として消費者の選択によって決められる財のメニューを如何にして効率的に生産し供給するかが(ロ)の問題であるが、独禁政策は基本的に(ロ)に関連するものであって、(イ)は少なくとも直接的な関心の対象ではない。つまり、個々の市場あるいは経済全体における公正かつ自由な競争を促進することにより効率的な供給体制をつくるのが独禁政策の課題であって、それが供給する財の種類および量は消費者が決めるという原則が貫かれている⁽³⁻²²⁾。

問題の対顧客サービスもこのような財に属するわけであるから、供給されるものの質および

量が適切であるか否かは独禁政策の関心の対象外のことであり、従って、垂直的制限を正当化するために適切な対顧客サービスの提供をもち出すことはそもそも外的なことなのである⁽³⁻²³⁾。

そうであれば、たとえばコマーの批判の第一の問題点は提供されるサービスの量が適切なものか否かという点に関連するものであり、独禁政策にとって直接的な重要性を持つものではないことになる。第二の問題点も、サービスの役割評価に関連するものであり、同様に直接的な重要性を持つものではないことになる。

私が批判的立場をとるのは基本的にはこの第一の理由による。

ただ乗り効果を強調することには、独禁政策との関連性を離れても以下にのべるような問題点があり、たとえ、独禁政策の役割を上へのべたように考えないとしても、この主張の正当化事由としての有効性には大きな限界がある。

私がただ乗り効果を強調する見方に与しない第二の理由は、このようなことは経済社会至るところにあるということに関連している。

企業は新入社員に対して教育をしたり、従業員は様々な形で経験を積むが、他の企業が従業員をスカウトすることを防ぐために特別な手段を講じることが認められるわけではない。この場合には、スカウトする企業はただ乗りすることになる。

(3-21) 特に「原則として」というのは、政治的選択を通じて供給量等が決められる場合はそうではないという事実を念頭に置いている。

たとえば、麻薬や拳銃の供給禁止や、消防活動、ゴミの収集サービスの無料供給を考えればよい。

一般的な議論については、例えば、新聞陽一・新飯田宏・根岸隆 [34] 第3章を参照。

(3-22) 改めて強調するまでもないことであるが、「消費者が決める」ことであって独禁政策の「関心の対象ではない」ということは、独禁法上の違法、適法の判断の際にそのような事柄は考慮の対象とはならないし、対象としてはならないことを意味している。

たとえば、飲酒を勧めることを多くの人が望ましくないと考えているとしても、酒屋の価格カルテルがそのことによって独禁法上適法となるわけではないし、新聞業で価格競争ではなく内容の競争が望ましいと人々が考えているとしても、新聞社あるいは新聞販売店の価格カルテルが独禁法上適法となるわけではない。

このような事柄が本当に望ましく実現すべきものである

かどうかは、国会(従って国民)の決める事柄であって、独禁政策当局の決めるべき事柄ではない。

(3-23) そもそも適切な対顧客サービスなる概念は如何なる意味を持ち得るのだろうか。

消費者は千差万別であって、社会が全体として供給すべき財の種類および量に関する考え方は著しく異なり、現実に供給されているものが「適切」だと考える消費者は恐らく存在しないのである。従って、メーカーが「適切」だと考えるサービスは、たとえ一部の消費者にとっては「適切」であり得ても、大多数の消費者にとっては「適切」ではないのである。

もしも、「適切」だと考える消費者がいる限り「適切」な対顧客サービスであり、その供給を確保するために垂直的制限が正当化されるというのであれば、独禁法はその機能をほとんど停止する。

たとえば、価格カルテルはほとんど常にシェア争いの手段としてのサービス競争を激化させる。一部の顧客がサービス提供量の増加を「適切」と考えるからといって、価格カルテルが正当化されるのだろうか。

新規参入企業は、先発企業の確立したブランド・イメージという障壁と戦わなければならない反面、当該商品を普及させるうえで先発企業が果した機能についてはただ乗りできる（マヨネーズ、トマト・ジュース、インスタント・ラーメンなどを考えればよい）。

成功する研究開発は、成功したものの失敗したものを問わず先行する研究開発にただ乗りしながら生まれる。また、特許に守られた成果も、他の研究開発にはただ乗りされるのが通例である。

経済活動が相互依存の關係にあり相互に様々の形で影響し合っている結果、ただ乗り効果は経済社会至るところにある。重要なことはそのような現象に対して特別な対策を講じることを理由に、競争制限的行為が正当化されることはないということである⁽³⁻²⁴⁾。

販売業者による対顧客サービスの場合だけ特例を認めることに根拠があるだろうか。

関連する第三の論点は、ただ乗り理論を強調する主張を競争制限的行為の正当化事由として認めることになれば、垂直的制限に限らず多くの行為が独禁法違反でなくなってしまうということである。

たとえば、特定業界で研究開発を促進するために、研究分野の調整をしたり更に生産供給分野についてまで調整し合う場合を考えよう。研究分野を独占したただ乗りされる恐れがなければ基礎的な研究に一層注力できるであろうし、生産分野を独占できれば成果をただ乗りされることはないから研究開発は安心してとり組めることになる⁽³⁻²⁵⁾。

革新的な新規参入業者に対して、既存企業がこれまでに確立した信用にただ乗りするのであるという名目の下に、一致してその企業の撃退

のためにダンピング、販売業者とも協力したポイコット等の行動に出ることが許されるだろうか⁽³⁻²⁶⁾。

このように考えていけば、ただ乗り効果が経済社会に広く存在することの結果として、現在独禁法違反と考えられている行為のほとんど全てがただ乗り効果防止の名目のもとに正当化されることになり、独禁法の存在は実質的に有名無実化する。

私がただ乗り効果を強調する見方に与しない第四の理由は次のようなものである。

たとえば、併売ルートが典型的な業界で一つのメーカーがこの手段を用いれば、販売業者が他の競合メーカーのものに優先して当該メーカーの製品を販売する結果になることは容易に予想されることである。このことは、従来広く一般に利用されていた販売業者の資本・経営資源、労働力などの経済資源に対する優先的あるいは独占的利用権をただ乗り効果の防止を題目にして認めさせることになる。

このような結果は妥当なものではない。

第五の理由は、ただ乗り効果を強調した主張の持つ有効性は論者が考える程大きなものではないし、その弊害は論者が考える程小さなものではないと考えることによる。

第一に、如何なるサービスを提供するかは販売業者が決めるのであり、メーカーの意図する適切な対顧客サービスが提供されるかどうかは疑わしい。特に専売店でない場合にはこの乖離は著しいものとなろう。

第二に、垂直的制限の結果得られる利益の増分のうち販売業者が対顧客サービスのための支出に向けるのは一部分にすぎない。このような支出の効果は逡減的であろうから、利益の増加

(3-24) 特例を認めることを社会全体が是とする場合には、独禁法第六章のような「適用除外」規定が置かれることになる。

たとえば、第23条は次のように定められている。

「この法律の規定は、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法による権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない。」

(3-25) もっとも、長い目で見て研究開発投資がこのような措置によって増加するか否かは必ずしも明らかではない。研究分野の独占はその分野で生み出される成果を乏しい

ものにし、結果として投入資金を減らすかもしれない。また、生産分野の独占は研究開発努力を鈍らせるかもしれない。

垂直的制限についても同様の側面があるがこれについては第五の論点としてふれる。

(3-26) 同様に、たとえば、メガネのディスカウンターに対して、これまでのメガネ小売業界のつくりあげた信用にただ乗りするものだとし、小売商組合が共同に対抗措置をとる際に、一般指定の十一号に該当するような妨害行為を行っても許されるのであろうか。

分を全てそのために支出することは合理的ではない(3-27)。

第三に、販売業者間の競争を制限することの弊害は相当大きなものであり、その程度は時間と共に拡大するものである。

独占的地位に安住して販売業者としての効率性を維持できない場合、十分な対顧客サービスを提供しない場合には、メーカーは他の販売業者で置き換えれば良いという反論が予想されるが、余り有効なものとは思われない。

そのようなことが実施可能かどうか疑問がある。また、メーカーが販売業者に一定の投資をするのが常であり、販売業者をとりかえることはそのような投資の回収を不可能にする。更に、たとえば、与えられたテリトリーが不安定なものであれば、販売業者の様々な形の投資的支出は抑制される結果になる。

以上にみたように、販売業者の対顧客サービス提供の確保を理由として垂直的制限を正当化する主張は、多くの論理的欠陥を持つと同時に、その基本的性格からいって有効なものではない。

Ⅲ—4 「報告書」の取扱いの吟味

ただ乗り効果の回避を代表とする一連の正当化事由の妥当性に関するⅢ—3の検討結果とⅢ—2でみた独禁研報告書におけるその取扱いとが基本的に一致していることは明らかである。

完全にといわず基本的にとのべるのは、以下の二点について多少の留保をしておきたいことによる。

第一点は、たとえば、Ⅲ—2で引用した一店一帳合制の関連分部から「品質管理等を目的として行われる場合であって」の部分削除する

(3-27) 効果が長期間にわたる累積的な性格をもつため、どの程度に支出されるかは容易に判断できない。

たとえば、与えられたテリトリーの期間が短かいものである可能性がある場合には、そうでない場合に比べて、支出は減少する。

ポズナーが再販行為に関連して全部支出されるとしていることの当否とは関係がない。ここでは非価格競争も含めて他の販売業者との競争は全面的に制限されている。Posner [33] 148頁参照。

(3-28) ただし、この点は実質的にはさほど重要なものではない。

問題の部分は、「例外的」な場合を形成する諸条件のう

のが適切ではないかということである。

独禁法の直接的な目的が公正かつ自由な競争の促進にあり、直接関連する不公正な取引方法が「公正な競争を阻害するおそれがある」ことを実質的要件としているのであるから、「ブランド間競争をむしろ促進すると特に認められる場合」に該当するか否かが基本的な問題であって、行為の形式・目的等については特に限定する必要はないのではないかと。

更に、形式・目的等の妥当性を判断することは、経済が全体として供給すべき財のメニューに判断を下すことであり、独禁政策の対象外の事柄なのである(3-28)。

第二点は、たとえば、販売業者の適切な取扱いを確保できない場合には製品の質が激しく変化し得る可能性が強く、結果として当該製品（競合企業のものも含めた商品）が全体として市場に受け入れられない結果になる場合に、垂直的制限が有力な対策であり他に有効な代替策が存在しないことを供給者が示した場合の取扱いである(3-29)。この場合には、垂直的制限を認めなければ、商品が市場から消えるわけであるから、「ブランド間競争をむしろ促進すると特に認められる場合」に特に該当しなくとも、例外として認めて良いのではないだろうか(3-30)。

以上の実質的には余り重要ではない留保部分を別にすれば、報告書の問題の主張の取扱いは妥当なものである。

Ⅳ 「ブランド間競争とブランド内競争との関係」について⁽⁴⁻¹⁾

Ⅳ—1 はじめに

ちの、重要度の低いものであるにすぎない。Ⅲ—2を参照。(3-29) これは、単に品質保持のために必要であるとする主張とは異なる。

たとえば、Zelek et al. [39], 38—41頁の“extracompetitive justifications”の議論と対比せよ。

シャーマン法に比べて相対的に明確な目的規定をもつ日本の独禁法の下では、extracompetitive justificationsの機能し得る余地は極めて小さい。

(3-30) この論点も論理的可能性はあってもその実質的重要性は極めて小さいであろう。

(4-1) Ⅳは、三輪芳朗[26]に加筆したものであり、基本的な考え方の修正はない。

Ⅳでは、「ブランド間競争」と「ブランド内競争」との関係を取りあげる。

この問題は特に再販との関連で従来から激しい論議的になっていたが、「報告書」はブランド内競争制限行為がブランド間競争を促進する側面を有することによって正当化され得る可能性を極めて限定的に評価する考え方を示している(4-2)。

「報告書」のこのような考え方については多くの論議が予想される場所であり、また、独禁研の会員が全員この考え方に同意しているわけでもないと思われる。私は、「報告書」のこのような考え方に基本的に賛成するものであるが、会員の一人でもあるから、この部分は他の部分と同様個人的立場からする「報告書」に対する補足意見という性格を持っている。

Ⅳ-2 「報告書」における取扱い

「報告書」は、総論で「流通系列化の各行為類型の公正競争阻害性を判断するにあたっては、……次の理由から、ブランド内競争も、ブランド間競争と同様に、これを促進する必要があると考えられる」(野田〔30〕18頁、以下特にことわらない限り出典は同じ)とし一般的な考え方を示しているが、その考え方は各論では各行為類型ごとに言及されており、「報告書」の考え方は具体的にはここに現れている。

(4-2) 「ブランド間競争」と「ブランド内競争」とは、「報告書」によれば「製造業者間の価格競争」と「当該ブランド商品を取り扱う販売業者間の競争」であるとされるが、「価格競争」に限定せず単にそのような「競争」と考えるのが一般的である。

これらの用語の用い方は論者によって異なる場合があるので注意を要する。(たとえば三輪〔23〕第4章、来生新〔16〕を参照。)

「流通系列化」との関連でこれらの概念をめぐる議論がクローズ・アップされるのは、たとえば、再販のような垂直的制限を伴う行為は、「ブランド内競争」を制限すると同時に、それが製造業者にとってのマーケティングの一環を成すものであるため、「ブランド間競争」にも影響を与えることに起因する。

たとえば、この再販が不公正な取引方法に該当するかどうかは、その実質的要件である「公正な競争を阻害するおそれ」の有無をどの「競争」にどのように注目するかによって左右されることになる。

たとえば、「ブランド内競争」だけに注目すれば良いというのであればすべての再販は違法となるし、「ブランド間競争」だけに注目すれば良いというのであればそうはならない。双方の比較衡量が必要ということになれば、どの

たとえば「2 一店一帳合制」のなかでの関連部分は次のようになっている。

「(2)例外的に、一店一帳合制が直ちに公正競争阻害性を有するとはいえない場合が考えられる。新規参入業者又は下位業者によって、品質管理等を目的として行われる場合であって、ブランド間競争をむしろ促進すると特に認められる場合がこれに該当する」(21頁)。

ここに示されている考え方の意味はⅢ-2でみた通りであり、ブランド間競争をむしろ促進するからという理由によって一店一帳合制によるブランド内競争の制限が正当化され得る可能性について、全面的に否定するわけではないが極めて小さなものであるという考え方を示したものとなっている(4-3)。

Ⅳ-3 検討

Ⅳ-3-1 問題の性格

独禁法にいう「競争」が何等かの形で「市場」を背景に持つものであることは改めて強調するまでもない(4-4)。問題は、「公正競争」あるいは「公正な競争を阻害するおそれ」をどのような「市場」を基準にして評価するのが妥当かということである。

Ⅳ-3-1-1

「市場」とは何かという問題について考えることから始めよう。

ようにしてか、というやっかいな問題に直面することになる。

粉ミルク再販事件最高裁判決の考え方は、この点に関しては「報告書」のものと同質的に同じものと考えられるが、その際には、これらの用語は用いられず、「行為者とその競争者との間における競争」と「当該商品の販売業者間」における競争という表現が用いられている。

アメリカでは、たとえば、最近のシルバニア事件最高裁判決でこれらの用語が用いられている。

(4-3) 「報告書」が先行して再販売価格維持行為について述べている部分は、「再販は、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ものといえる」(20頁)という前提の下で、一店一帳合制に関連して示されている原則(引用したもの)を具体化したものとなっている。

Ⅵ-5-1を参照。

(4-4) このことは、「一定の取引分野における競争」(2条5項、6項、10条1項、15条1項1号など)については明らかであるし、「公正且つ自由な競争」(1条)という時にも、不公正な取引方法にいう「公正な競争」(2条9項)についてもあてはまると考えてよい。

「市場」は消費者（中間生産物であれば購入企業）の選択行動を基準にして設定される(4-5)。特定の製品を選択する際に消費者が考慮する側面は多岐にわたりその重視の仕方様々であるが、そのそれぞれについて「市場」を画定し得る(4-6)。

Ⅳ-3-1-2

「市場」が前項でみたようなものであるから、特定の事業者が関与する「市場」は多岐にわたるのが通例である(4-7)。

逆に、特定の「市場」に関与する事業者が多岐にわたるのも通例である(4-8)。

Ⅳ-3-1-3

以上の議論を前提にして次の結論に導かれる。

(i)特定の事業者の特定の行為が関連をもつ「市場」は多岐にわたるのが通例である。

(ii)特定の「市場」に関連をもつ行為は多岐にわたりその主体である事業者も多岐にわたるのが通例である。

特定の自動車会社の特定の車種に関するテリトリー制について考えてみよう。当該車種の販売に関する販売業者間の競争に影響すると同時に、同一会社の他の車種をも含めた「市場」、他企業の対抗車種をも含めた「市場」、自動車「市場」にも影響を与えよう。また、販売業者の販売サービス全体の「市場」にも影響しようし、オートバイの「市場」、自転車の「市場」にも影響を与えよう(4-9)。

(4-5) たとえば、地理的な市場の画定がしばしば問題になるが、これは、2つの異なった地域で供給されているものがたとえ物理的には同じものであっても消費者の相当部分が異なった財とみなして行動する場合には、それぞれについて別個の「市場」を画定することを妥当と考えることによる。

たとえば、上野動物園のワタアメと、天王寺動物園のワタアメを同じ財とみなす消費者は極端な例外に属する。

(4-6) 自動車を選択する際に、排気量、燃費、スタイル、色、価格、ディーラーに対する信頼、メーカー、本人の勤務先、家の車庫の大きさ、などのどれをどのように重視するかは人によって異なる。

車庫の制約から大型の自動車がそもそも選択の対象にならない人、予算面の制約が第一に重要な人、勤務先との関係でメーカーの選択の余地がないと考える人、色を最重要視する人、等々、消費者の行動は様々であって「市場」もそれに応じて設定され得る。同時に、これらのうちの多くについてどうでも良いと考える消費者も多いから、対応し

(ii)の例として、特定ブランドの合成洗剤をとりあげ、松本市におけるその販売価格について考えてみよう。これに影響を与える事業者の行為としては、松本の有力スーパーが当該製品について販売価格協定を結ぶこと、洗剤全体について価格協定を結ぶこと、全商品について販売競争を自粛する協定を結ぶこと、松本市に限らず全国レベルで競争を自粛する協定を結ぶという類いの行動にはじまって、共同して他の有力な販売業者の価格戦略に対抗措置をとること、他の有力スーパーの出店に反対する行動をとることなど枚挙にいとまがない。更に、当該メーカーの再販、他のメーカーとのカルテル、新製品販売自粛協定、また、粉石けんメーカーの行動、原料である石油の供給業者の様々な行動などと考えていけば連鎖はかぎりなく続く。

Ⅳ-3-1-4

事業者の行為と「市場」の関係を前項でみたようなものとして理解すれば、特定の行為が「公正な競争を阻害するおそれがあるもの」に該当するか否かを判断する際に基礎とすべき「市場」が多岐にわたることは明らかであろう。

問題は、多岐にわたる「市場」に与える影響をどのように総合して評価すべきかということになるが、この問題に答えることが「ブランド間競争」と「ブランド内競争」との関係をどう考えるかという問題に解答を与えることになることについては改めて説明を要すまい。

てより一層統合された形での「市場」も設定し得、その極端なものが「自動車」あるいは「乗物」ということになる。

(4-7) 自動車会社が乗用車とトラックを同時に供給していればそれで3つ(2+1)の「市場」に関与したことになるのは当然であるし、同じ車種でも標準型とブラック型、色を赤とグリーンとアイボリーの三種類だせばそれだけで12(2×3+2+3+1)の「市場」に関与することになる。

(4-8) 自動車についても、メーカーだけでなく特定のディーラーが重要な役割を果たすことはいままでもないことであるし、様々な部品のメーカーに対する消費者の信頼が重要なものであることもあり得ないことではない。その供給価格が自動車の価格に影響するのであるから部品メーカーが関与していることになるし、同様に、原材料供給者である鋼材メーカー、ガラスメーカーをはじめとしてガソリンの供給者に至るまで関与する事業者の範囲は極めて広い。

(4-9) 更にいえば、ガソリンの「市場」、鋼材の「市場」、個々の部品の「市場」にも影響を与えよう。

Ⅳ-3-3で私の考え方を示す前に、関連するいくつかの論点にふれておかなければならない。

Ⅳ-3-2 関連する諸論点

Ⅳ-3-2-1

特定の行為が「公正な競争を阻害するおそれがあるもの」に該当するか否かを判断するために、多岐にわたる関連する「市場」から一つだけを選択しなければならないことはない。この点については説明は不要であろう(4-10)。

Ⅳ-3-2-2

特定の行為が、いかなる「市場」であれ一つの「市場」における競争を阻害すれば、「公正な競争を阻害するおそれがあるもの」に該当するというわけではない。

たとえば、近所に2軒あるラーメン屋の一方が他方を買収して支店にした時、たとえ200メートル離れたところに別のラーメン屋が数軒あるとしても一部の消費者にとって重要な「市場」が独占化されたことになろう。しかしながら、このような企業統合の阻止を独禁法が求めているわけではあるまい。同様に、不公正な取引方法に該当するとするためには、どのようなものであれ一つの「市場」における競争を阻害すれば十分ということはない。

Ⅳ-3-2-3

特定の行為によって、いかなる「市場」であれ一つの「市場」における競争が促進されれば、「公正な競争を阻害するおそれがあるもの」に該当しないというわけではない。

(4-10) これに対し、たとえば2条6項にいう「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」に該当するか否かを判断するためには、一つの「市場」を選択することが必要である。しかしながら、この場合にも多岐にわたる「市場」に与える影響を比較衡量したうえで選択がなされるのであって、予め問題にされるべき特定の「市場」が与えられているとは限らない。このように、独禁法上問題になる行為の違法性を判断するに際しては、多岐にわたる「市場」に与える影響を比較衡量して評価するのが一般的である。

たとえば、修善寺の旅館業者が宿泊料金の協定を結んだとしよう。これが不当な取引制限にあたるか否かは、たとえば、東京から一泊二日で温泉につかりながら宴会をしようとする人々が、熱海、箱根、湯河原、石和、あるいは別府などをどの程度の代替性を持つ選択肢と考えるかなどと

たとえば、下位企業がテリトリー制によって上位企業に対抗することに成功し「ブランド間競争」を促進したとしても、そのことによって「ブランド内競争」の制限が常に正当化されるとはかぎらない。

同様に、たとえば有力な化粧品会社が一連の垂直的制限によってシェアと利益を増やし、その利益と化粧品市場でのブランド・イメージに基づいて石けん等のトイレットリー製品市場での劣勢の挽回に成功しその市場での競争を促進したとしても、「ブランド内競争」の制限と結果として予想される化粧品市場における「ブランド間競争」の制限が常に正当化されるとはかぎらない(4-11)。

Ⅳ-3-2-4

特定の行為の違法性を判断する際に特に重視すべき「市場」を選択する基準が明確に与えられているわけではない。

たとえば、根岸〔27〕は、「不公正な取引方法の実質的要件である『公正な競争を阻害するおそれがあること』という場合の競争は、独禁法の目的からいって、市場における全体としての競争、すなわちブランド間競争を意味することにならざるをえない」(41頁)とのべている。

「市場における全体としての競争、すなわちブランド間競争」という表現の意味内容は必ずしも明確ではないが、特に重視すべき「市場」を選択する基準が不公正な取引方法の全ての場合に共通のものとして何等かの形で「独禁法の目的」から与えられているとする見方に根拠が

いう点を考慮して判断することになる。当然のことながら、修善寺以外にはいかないという消費者から、伊豆方面ならどこでも良いという消費者、温泉ならどこでも良いという消費者もいるから、多岐にわたる「市場」への影響を比較衡量して「一定の取引分野」を画定することになる。

(4-11) 同様に、特定メーカーの垂直的制限行為によって、その製品の取扱比率の高い販売業者の売上高と利益が増加し、結果として、販売業者の全体としての競合関係、あるいは、他のメーカー製品についてブランド内競争が促進されるとしても、当該行為に伴うブランド内競争の制限が自動的に正当化されるわけではない。

このことは、たとえば、製品の販売カルテルが、それによって得られる利益によって新製品開発競争あるいは製品改良競争を激化させるとしても、自動的に正当化されるわけではないのと同じことである。

あるとは思われない⁽⁴⁻¹²⁾。

Ⅳ—3—2—5

販売業者が複数ブランドを取り扱うのが常態であるとしても、販売業者間の競争全体を「ブランド内競争」よりも重視しなければならないということはない。

粉ミルク事件最高裁判決について、販売業者が複数ブランドを取り扱うのが常態であることを重視して、「行為全体たる販売業者間の競争」の重要性を強調し、「ブランド内競争の消滅という、市場で競争する主体の扱う商品の一部についての価格消滅を」これの「消滅へ結びつける論理」を最高裁が示していないことを「論理の不備」として批判する見方があるが⁽⁴⁻¹³⁾、正当ではない⁽⁴⁻¹⁴⁾。

たとえば、総合商社が鋼材あるいはその一部であるシニア・サイズのH形鋼について販売価格カルテルを実施しても、総合商社間の競争全般を減殺するものであることを示すことが不当な取引制限に該当するとするためには必要なのであろうか。同様に、製鉄会社がシニア・サイズのH形鋼について価格カルテルを実施しても、製鉄会社間の競争全般を減殺するものであることを示さない限り不当な取引制限に該当するとすることはできないだろうか⁽⁴⁻¹⁵⁾。

少なくとも、これまでの独禁法の適用の仕方はそのようなものではなかったし、そのような

(4-12) 根岸の見方では次のどの場合が「独禁法の目的からいって」問題にならないのだろうか。

- (イ) 洋書の有力輸入業者がすべての外貨の対円換算レートについて協定し実質的な価格カルテルを実施した場合
- (ロ) (イ)をドルについてだけ実施した場合
- (ハ) (ロ)をマグローヒル社のものについてだけ実施した場合

(ニ) (ハ)をサムエルソンの Economics についてだけ実施した場合

カルテル事件とは性質が異なるのであれば、輸入業者の有力洋書販売業者に対する再販として為された場合について考えればよい。

(4-13) 来生 [16] 33頁。

(4-14) この見方からすれば、注4-12の(ニ)、(ハ)はもちろん(ロ)についても、洋書の輸入業者間の競争を消滅させるものであることが示されないかぎり不当な取引制限にあたらないというのだろうか。

(4-15) このような例をあげると、販売業あるいは流通業と製造業とは性質が異なるという反論が為されるかもしれない。

見方が妥当なものとは思われない⁽⁴⁻¹⁶⁾⁽⁴⁻¹⁷⁾⁽⁴⁻¹⁸⁾。

Ⅳ—3—2—6

他の形での競争が残っていること、あるいはそれが促進されることによって、競争制限的行為が正当化されるとはかぎらない。

一店一帳合制に関連して、「商品の安定的供給、流通の効率化、品質管理という類の問題」を「多くの学説」が『取引上の合理性や事業経営上の正当性』の問題として認識し、これと帳合制の競争制限効果との比較考量の問題として総合制断」がなされなければならないと考えることについて「不徹底」であると批判したあとで、来生 [14] は次のようにべている。

「私は……諸学説が事業上の正当事由として指摘する問題の大部分が、流通サービスの質の問題として、まさに流通市場における競争の本質的構成要素に他ならないと考えるが故に、これを総合判断の対象とすべきだと考えるのである。」(31頁)

問題は、「総合判断の対象とすべきだ」という来生の主張の意味あいである。

銀行が預金金利を低く設定する協定を結んだとしよう。これによって、預金獲得競争が激化し、その手段として、対顧客サービス面での競争、情報提供サービス面での競争、プレゼント提供競争、店舗をきれいにしてイメージ・アップをはかる競争などが促進されることは当然の

しかしながら、製造された財に販売サービス[・]を付加して供給するのが販売業者であるとすれば、原材料あるいは中間製品に製造サービスを付加して供給するのが製造業者であることになり、呼び名の他にどのような点が異なるのが改めて問われなければならないことになる。

とりあげた例については、販売業であるか製造業であるかは無関係であろう。

(4-16) 例は多数存在する。

例えば、昭和40年2月25日に旭硝子をはじめとする製造業者に同時に出された8つの勧告審決を参照されたい。

(4-17) このような見方が独禁法の有名無実化に帰結することは明らかであろう。

(4-18) 最高裁が、「ブランド内競争の消滅という、市場で競争する主体の扱う商品の一部についての価格競争の消滅を、行為主体たる販売業者間の競争の消滅へ結びつける論理」を示さなかったことは、来生 [16] のいうように「論理の不備」として批判すべきことではなく、後者を重要なものと考えないという最高裁の判断を反映したものである。この判断は、Ⅳ—3—3にみるように妥当なものである。

帰結として予想される。これらが「競争の本質的要素」を構成することに問題はないとしても、この協定が不当な取引制限に該当するか否かを判断する際にどのようなウェイトをつけて「総合判断の対象とすべき」なのだろうか。

いかなる競争制限行為も、あらゆる形態の競争を完全に制限するわけにはいかず、特定の形態の競争の制限が他の形態の競争を促進するのが通常観察されるところである。このような問題状況に対して、たとえば価格カルテル事件であれば価格競争の阻害に圧倒的に高いウェイトをつけ他の面での競争に対する影響にはたとえウェイトをつけるとしてもほとんどゼロに近いものであるというのが、現実の運用に際してとられる方式である。

私は総合判断に際しての現行のウェイトづけの仕方を妥当なものと考える。理由の説明はⅣ-3-3-3でのべることにして、ここでは冒頭でのべたことを確認しておけば足りる。

Ⅳ-3-3 考え方

Ⅳ-3-3-1 原則

特定の行為が「公正な競争を阻害するおそれがあるもの」に該当するか否かを判断するためには多岐にわたる様々な要因を考慮に入れる必要がある。具体的に判断を下す場合に個々の要因をどの程度重視すべきかという問題は一定の政策的判断に基づいて答えられるべきであり、その根拠は独禁法の目的に求められるべきである。

個別要因のウェイトづけの原則は「より直接的なインパクトのより一層の重視」という表現によって象徴できると私は考える⁽⁴⁻¹⁹⁾。

具体的内容については以下で明らかになるから、ここでは、例として、再販行為をとりあげておこう。

粉ミルク再販事件で一番直接的なインパクトを受けたのはいわゆるブランド内価格競争である。これに対して、他の面でのブランド内競争（たとえば、品質管理競争）、メーカー間の競争

が受けたインパクトの直接性は相当低いものであったし、販売業者の全体としての競合関係の受けたインパクトは一層直接性の低いものであった。牛乳の生産農家、ブリキの生産者の受けたインパクトが更に非直接的なものであったことはいうまでもない。

Ⅳ-3-3-2 理由——その1

前述の原則を妥当と考える第一の理由は、非直接的なインパクトほど高きは評価しにくいことである。

下位あるいは新規参入企業がテリトリー制によってシェアを拡大しブランド間競争を促進するという主張を例にとって吟味しよう。第一の問題は主張されている効果の実現可能性の程度であり、第二の問題はそのために必要な期間の長さであり、第三の問題はその効果の程度である。

ブランド内競争制限の弊害がテリトリー制実施の段階から発生するのに対し、ブランド間競争の促進効果が実現するか否かはその段階では明らかではない。従って、総合判断といっても、確実に発生しつつある弊害（コスト）と実現するか否かが不確実な利益を比較することになる。第一の問題はこの点に関連している。

仮にブランド間競争の促進という利益が実現するとしても、遠い将来のことであったり効果の予想存続期間がさほど長くない場合には、その価値は確実に発生しつつある弊害と対比して著しく低いものとならざるを得ない。第二の問題はこの点に関連している。

当該企業のシェア拡大が実現してもそれがブランド間競争の促進にどの程度役立つかは容易には評価できない。たとえば少数の有力企業の周りに多くの競争的周辺部が存在する場合には、下位企業あるいは新規参入企業がシェアを拡大し有力企業に対抗し得ても同時に他の競争的周辺部の存立基盤を圧迫することになりかねず、結果としてブランド間競争を促進することになるかどうかは明らかではない。第三の問題はこ

(4-19) 私が「報告書」の考え方に基本的に賛成するのは、それが基本的にこの原則に従って判断していると理解でき

ることによる。

の点に関連している。

Ⅳ-3-3-3 理由——その2

前述の原則を妥当と考える第二の理由は、総合的判断が本来的に困難なことに鑑みて対象範囲は不必要に拡大すべきではないと考えることである。

特定の行為の及ぼすインパクトの連鎖に限りがないことは先にみた通りであるが、それらを全て考慮することは不可能であり、対象範囲が限定されるべきものであることに問題はなからう。その場合の対象の限定の仕方、重視の仕方をインパクトの直接性を基準にして求めるのがこの原則の考え方である⁽⁴⁻²⁰⁾。

Ⅳ-3-2-6でとりあげた、他の形での競争が残っていること、あるいはそれが促進されることによって、競争制限的行為が正当化され得るかという問題を改めて検討しよう。

ここでの原則に従えば、最も直接的なインパクトが競争制限的なものであれば、他の形の競争の有無あるいはそれが促進されるか否かは総合的判断の重要な考慮項目にならないことになる。

第一に、典型的な競争阻害行為である不当な取引制限の禁止規定が、いかなる形の競争であれ競争を実質的に制限する場合を違法としており(2条6項)、実際の法運用も他の形態の競争がどうなるかは考慮していないことから考えて、独禁法の目的である「公正且つ自由な競争を促進」することは、いかなる形であれ競争を阻害してはならないの意味と考えられる。

第二に、Ⅳ-3-2-6でふれたように、特定の形態の競争の制限が他の形態の競争を促進するのが通例であるから、問題の主張を認めれば独禁法の有効性が著しく阻害されてしまう。

第三に、そもそも独禁法の性格からいって、そのような比較衡量は独禁法の関心の対象の外にあると考えるのが妥当である⁽⁴⁻²¹⁾。

Ⅳ-3-3-4 理由——その3

前述の原則を妥当と考える第三の理由は、政策割当の問題(assignment problem)という観点からみて妥当と考えることである⁽⁴⁻²²⁾。

問題になる政策目標は、ブランド内競争の促進とブランド間競争の促進の二つである。

たとえばテリトリー制について、ブランド内競争の促進を重視した総合的判断に基づいた競争政策を採用すること(競争政策をブランド内競争の促進に割当ること)によりブランド間競争の促進が阻害されるという副作用が生まれるとしても、独禁政策の枠内でも対応する方法は様々あろうし、メーカーとしてもマーケティング手段の組合わせを変えることによって対応するであろう。これに対して、ブランド間競争の促進を重視した競争政策に伴うブランド内競争の阻害という副作用に関しては有効な対応策は見当たらない。このような場合には、競争政策をブランド内競争の促進に割当るのが望ましい選択であろう。

Ⅳ-3-3-5 ブランド内競争の意義

前述の原則が妥当としても、ブランド内競争の場としての「市場」は余りに狭いものではないかという反論があるかもしれない。

流通系列化との関連でみる限り、私はこの反論は成立しないと考える。

垂直的制限が行われるのは、その結果末端価格が上昇しても、販売業者の協力を得れば需要曲線を外側にシフトさせることができ、結果として一層多くの利潤を獲得できるからであり、そのためには強い製品差別化が前提となる⁽⁴⁻²³⁾。

(4-20) 他にどのような考え方があるのだろうか。

たとえばフィラデルフィア・バンク事件で、適切な関連地理的市場を決定するにあたって最高裁が「問われるべきことは……競争が錯綜している地域内で、当該合併の競争に及ぼす効果が直接的かつ即時的(direct and immediate)である場所」がどこかということだと述べていることが参考になるかもしれない。引用はたとえば H. Lee Fusilier and Jerome C. Darnell [5] 152頁。傍点引用者。

(4-21) この理由についてはⅢで説明した。

Ⅲ-3-2, 第一の理由を参照。

(4-22) 政策割当の問題の考え方等については、たとえば、小宮隆太郎・天野明弘 [18] 397頁を参照。

(4-23) このような理由づけについて、詳しくは三輪 [23] 第2章を参照。また今井賢一 [7] 34頁。

なお、需要の交叉弾力性の用い方に関する来生 [15] の批判は、概念の誤解によるものでありの外れである。10頁、注(3)。

このことは、少なくとも相当数の買い手が当該製品を他から相当異なったものとみていることを意味しており、従って、ブランド内競争の場を一つの「市場」とみることに根拠があることになる。

Ⅳ-3-3-6 ブランド内競争とブランド間競争——用語の性格

ブランド内競争の促進を重視する立場に批判的な人々は、ブランド間競争の場である「市場」を明確に把握できるものであるという「前提」に立ち、更にその方がブランド内競争の場に比べて一層重要なものであるという「判断」をもっているように思われる。この「判断」については既にⅣ-3-2-4でふれたが、流通系列化に関連する場合には、この「前提」も疑わしいと私は考える。

前項でみたように、問題の行為の対象となる商品は製品差別化の著しく進行したものであって、それについて一括して「市場」と呼ぶことに如何なる意味があるのだろうか⁽⁴⁻²⁴⁾。たとえば、婦人用コートについて、全体で一つの市場を構成しないとしても少し細分化した「市場」が設定できるとする反論があり得よう。問題は、如何にしてということであり、多くの人々の合意する設定方法があるかということであるが、合意を得ることは容易とは限らず、従って、ブランド間競争の場としての「市場」には曖昧さが伴うのが通例である⁽⁴⁻²⁵⁾。これに対して、ブランド内競争の場は明確に把握できるものである。

第二に、ブランド間競争が、社会通念あるいは統計分類上の商品を念頭に形成される傾向のある概念であるため、流通業者のサービスを反映したものとならない。従って、この考え方に従う限り、流通業者の活動は独禁法の主な対象

から消えることになる⁽⁴⁻²⁶⁾。このような帰結をもたらす考え方が一般的妥当性を持つとする主張は妥当なものではなかろう。

第三に、ブランド間競争を特に重視する人々は、ブランド内競争の場のサイズが小さいことを判断の基礎に置く場合があるように思われるが、必ずしも妥当なことではない。

たとえば、頬紅なり、マニキュアなりの全メーカー合計の売上高と、資生堂の全製品売上高あるいは資生堂の口紅、香水の売上高を比べてみればよい⁽⁴⁻²⁷⁾。

以上に見たように、ブランド内競争に対比されるべきブランド間競争という概念は、通常考えられる以上に曖昧なものであり、それを重視する立場はいくつかの点で問題を含んでいる。

Ⅳ-3-4 まとめ

特定の行為が不公正な取引方法に該当するか否かの判断は、「より直接的なインパクトのより一層の重視」という原則に従って多くの要因を比較衡量して行えばよい。

垂直的制限行為等にこの原則をあてはめれば、ブランド内競争の阻害という直接的なインパクトの重視が妥当ということになり、その他の要因は極めて顕著なものと明瞭に判断される場合にのみ考慮の対象とすればよいことになる。

Ⅳ-4 「報告書」の取扱いの吟味

Ⅳ-2でみた独禁研の「報告書」の取扱いは、基本的にⅣ-3-3で示した原則に従っていると理解できる。注意を要するのは、「ブランド内競争」と対比されるものとしてとりあげられている「ブランド間競争」という表現は、一つの象徴的なものとして理解すべしということである。

第一に、この概念には曖昧さがつきまとい、いろいろなお考え方があがるが、そのうちのどれ

(4-24) 社会通念としての「市場」は、独禁法で問題にすべき「市場」と一致するとは限らない。

婦人用コート、書籍、レコードなどはその極端な例である。

(4-25) 婦人用コートの場合、価格、色、柄、デザイン、材質、メーカー、販売店、着ごち、サイズなどの項目をどのような比重で重視するのだろうか。

(4-26) たとえば、Ⅳ-3-2-4の注4-12で述べた例は、

洋書の販売業者のサービスの評価の面での競争を一部あるいは全面的に制限しようとするものであるが、社会通念あるいは統計分類上の商品を念頭に形成される傾向のあるブランド間競争を重視する立場から、このような販売業者の競争制限行為をどのように取り扱うのだろうか。

(4-27) 極端な例として、トヨタのカローラの売上高をとりあげればよからう。

でも良いという意味で象徴的表現である。

第二に、ブランド内競争の場に次いで直接的なインパクトを受けるものとして通常とりあげられるものとして掲げられているのであるから、その他の「市場」をもこの概念が象徴するものと考えてよい。

以上に見て来た考え方に基づいて、ブランド間競争とブランド内競争との関係の「報告書」の取扱いに基本的に賛成するものである⁽⁴⁻²⁸⁾。

(以下次号)

参 考 文 献

- [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.
- [3] William S. Comanor, "Vertical Territorial and Customer Restrictions", *Harvard Law Review*, 1968.
- [4] 舟田正之「流通系列化と独占禁止法上の規制(1)」『公正取引』1980. 5.
- [5] H. Lee Fusilier and Jerome C. Darnell, *Competition and Public Policy*, Prentice-Hall, 1971.
- [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〕」『独占法審決, 判例百選<第二版>』有斐閣, 1972.
- [7] 今井賢一「流通系列化と独占禁止政策」『ジュリスト』No. 716, 1980. 5. 15.
- [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.
- [11] 金澤良雄「流通系列化に関する報告書を提出して」野田 [30] 所収。
- [12] 川越憲治「独占法報告書の評価と問題点」『国際商業』1980. 6.
- [13] 菊地元一「外国文献読書ノート(3)」『公正取引』335号, 1978. 9.
- [14] 来生新「独占禁止法による流通系列化規制の新展開(1)」『公正取引』1978. 1.
- [15] 来生新「独占禁止法による流通系列化規制の新展開(4)」『公正取引』1978. 5.
- [16] 来生新「独占禁止法による流通系列化規制の新展開(5)」『公正取引』1978. 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.
- [18] 小宮隆太郎, 天野明弘『国際経済学』岩波書店, 1972.
- [19] 小宮隆太郎, 丹宗昭信, 浜田宏一, 平井宜雄, 藤木英雄(シンポジウム), 「法学と経済学の接点を探る」『現代経済』No. 24. 1976.
- [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.
- [23] 三輪芳朗「独占法による『流通系列化』規制の経済的分析」国民経済研究協会企業環境研究センター, 1977. 3.
- [24] 三輪芳朗『流通問題』の現状『経済評論』1979. 11.
- [25] 三輪芳朗「独占法報告書をめぐって(その1)」『公正取引』1980. 8.
- [26] 三輪芳朗「独占法報告書をめぐって(その2)」『公正取引』1980. 9.
- [27] 根岸哲「育児用粉ミルク再販売事件最高裁判決」『ジュリスト』No. 599., 1975. 11. 1.
- [28] 根岸哲「独占政策——法学と経済学」『現代経済』No. 24. 1976.
- [29] 根岸哲「流通系列化に対する独占法報告書」『ジュリスト』No. 716, 1980. 5. 15.
- [30] 野田実(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「独占法報告書の経済分析の欠落と誤謬」『国際商業』1980. 6.

(4-28) 若干の留保を要する点については、Ⅲ-4で既に述べた。

- [33] Richard A. Posner, *Antitrust Law*, University of Chicago Press, 1976.
- [34] 新開陽一, 新飯田宏, 根岸隆 『近代経済学』 有斐閣。1972.
- [35] Lawrence A. Sullivan, "Antitrust, Microeconomics, and Politics: Reflections on Some Recent Relationships", *California Law Review*, Jan. 1980.
- [36] 田島義博 「80年代のマーケティングの根幹」 『季刊消費と流通』 Vol. 4. No. 3. 1980.
- [37] 滝川敏明 「垂直的地域・顧客制限規制をめぐる問題点」 『公正取引』 No. 333. 334. 1978.
- [38] 丹宗昭信 「独禁法と経済分析」 『現代経済』 No. 24. 1976.
- [39] Eugene F. Zelek, Jr., Louis W. Stern, Thomas W. Dunfee, "A Rule of Reason Decision Model After *Sylvania*," *California Law Review*, Jan. 1980.