



Title	垂直的制限の反競争的效果に関する反トラスト学説の検討（3） - 経済的效果と反トラスト法の目的に着目して -
Author(s)	大槻, 文俊
Citation	北大法学論集, 56(3), 514-473
Issue Date	2005-09-26
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15379
Type	bulletin (article)
File Information	56(3)_p514-473.pdf



[Instructions for use](#)

垂直的制限の反競争的効果に関する 反トラスト学説の検討（3）

—— 経済的效果と反トラスト法の目的に着目して ——

大 槻 文 俊

目 次

はじめに

第1章 課題の設定

第1節 問題の所在

第2節 検討の対象範囲

第1款 前提となる法令と判例

第2款 垂直的制限の種類

第3款 反トラスト法の目的

第3節 本稿の構成

第2章 対立する二つの学説群

第1節 二つの考え方

第2節 只乗理論派の考える反トラスト法の目的

第1款 配分的効率性

第2款 ウィリアムソンの位置付け

第3款 ホーベンキャンプの位置付け

第3節 反只乗理論派が考える反トラスト法の目的

第1款 複数の目的

第2款 スタイナーの独自の定義

第3款 目的の数と競争影響判断

第3章 只乗理論派（1）—— 古典的只乗理論

第1節 テルサーの只乗理論

第2節 ポズナーの只乗理論

第1款 配分的効率性を高めるという説明

第2款 十分なディーラー・サービスが提供される理由

（以上、55巻5号）

第4章 シカゴ学派の影響力——最高裁による判例変更

第1節 シルベニア判決以前

第2節 シルベニア判決

第3節 シルベニア判決以降の下級裁判所

第4節 二つの再販事件

第5節 小括

第5章 只乗理論派（2）——新たな展開

第1節 理論改良の必要性

第2節 只乗理論の改良——マーベルとマカファティ

第1款 品質保証サービス只乗理論

第2款 レノックス社による再販

第3款 問題点の告白

第3節 只乗理論の発展的解消——クライン

第1款 学説の構成

第2款 垂直的制限の原因

第1項 ディーラー間に外部性がある場合

第2項 ディーラーが差別的販促活動を行う場合

第3款 実効性の問題

第4節 取引費用論——只乗理論の補強

第1款 取引費用論（総論）

第2款 ウィリアムソンによる垂直的制限の分析

第3款 取引費用論と只乗理論の交錯（以上、56巻2号）

第6章 反只乗理論派（1）——只乗理論批判

第1節 本章の構成

第2節 ポズナー、マーベル、クラインのいずれの理論にも当てはまる批判

第3節 ポズナーに対してなされた批判

第4節 マーベルに対する批判

第5節 クラインに対する批判

第6節 より制限的でない代替手段

第1款 議論の全体像

第2款 販売奨励金の有効性

- 第1項 一般論
 - 第2項 ケナーの販売奨励金制度
 - 第3款 レブモアによる二つの指摘
 - 第7節 只乗理論の妥当範囲
 - 第7章 反只乗理論派(2) —— 消費者利益の減少
 - 第1節 反競争的效果の説明
 - 第2節 製品差別化強化の理論
 - 第1款 製品差別化の効果
 - 第2款 差別化強化の理論
 - 第3款 理論の問題点
 - 第4款 製品差別化に関わるその他の議論
 - 第3節 店舗内顧客誘導
 - 第1款 店舗内での顧客誘導
 - 第2款 顧客誘導を裏付ける事実
 - 第1項 クラシック・カーワックスの事例
 - 第2項 販売員への聞き取り調査
 - 第3項 訴訟の対象となった商品
 - 第3款 クラインの議論との対比
 - 第4節 二種類の消費者から生じる問題 —— 消費者厚生への影響
 - 第1款 コマナーの議論
 - 第2款 理論の問題点
 - 第5節 ディーラー・カルテル類似効果論 (以上、本号)
 - 第8章 反只乗理論派(3) —— 効率性の低下
 - 第9章 学説対立の原因
- おわりに

第6章 反只乗理論派(1) —— 只乗理論批判

第1節 本章の構成

本章と続く二つの章では、反只乗理論派の学説について整理、検討する。反只乗理論派の論文は、その少なからぬ部分を只乗理論の論駁に充てている。そこで先に、只乗理論を批判する議論について整理する。ここでは、ピトフスキー、コマナー、グライムズ、スタイナー、シェラーの議論を取り上げる。残りの二章で、反競争的效果が生じることを説明

する理論を扱うことにする。

反只乗理論派による只乗理論の批判は、反トラスト法の目的に関する考え方の違いから来るものではない。経済的効果に関する認識の誤りを正すものである。反只乗理論派は、市場の不完全性を大きく見る立場から、配分的効率性の観点から見ても、只乗理論には欠陥が多く、この理論で説明できる垂直的制限は、存在するとしてもその数は限られていることを論証した。

只乗理論に対しては、多様な批判がなされているが、先に見たように只乗理論は複数あるため、個々の批判論がどの只乗理論を対象としたものかに注意する必要がある。そこで、ここでは、只乗理論に対する批判を、批判が向けられる対象によって四つに分類する。それは、(1)ポズナー、マーベル、クラインのいずれの理論にも当てはまる批判、(2)ポズナーに対しなされた批判、(3)マーベルに対する批判、および(4)クラインに対する批判である。これらを第2節から5節で扱う。批判論の中の「より制限的でない代替手段」に関する議論は、第6節として独立させる。これら批判論について見た後に、第7節で、只乗理論が妥当する垂直的制限についての反只乗理論派の見解を紹介する。

判例との関係では、只乗理論の論駁は、再販の共謀認定基準厳格化の根拠を弱める意味がある。モンサント判決もシャープ判決も、共謀認定基準を厳しくした理由を、只乗りを防止するための競争促進的な垂直的制限が、誤って違法とされるおそれがあるためであると述べている。只乗を防止する垂直的制限が誤って違法とされる可能性は小さいとなれば、反競争的な再販を合法としてしまう危険を冒して共謀の認定基準を厳格化する必要性は小さくなる。垂直的非価格制限の判例に対しては、大きな意味は持たないであろう。シルベニア判決では、只乗理論は、当然違法の原則を適用することの正当性を否定するために用いられている。これは、只乗理論が妥当する事例が存在しうることを示すにすぎない。垂直的非価格制限に関する下級裁判所の判決でも、只乗り防止の必要性が合法判断の決定的要因となったものはない。

第2節 ポズナー、マーベル、クラインのいずれの理論にも当てはまる批判

ポズナー、マーベル、クラインのいずれの理論にも当てはまる批判は、四つある。第一は、小売価格の違いをディーラー・サービスの有無のみに求めることへの批判である。只乗理論では、同一の製品で小売価格が異なるのは、サービス提供のための費用を価格に上乘せするディーラーとしないディーラーが存在するからであるとされる。これは、製品の販売にかかるその他の経費は、すべての小売店で同一であることが前提となっている。これに対して、シャープは、すべての小売業者が同一の費用で販売活動を行うとは考えがたいと言う。そして、価格の違いは経営効率の違いによるものであるとする¹⁸⁷。スタイナーも、低価格を実現する第一の要因は、ディーラーの低い営業費（operating cost）にあると言う。そして、これは、「経営の革新、卸売機能の内部化、および一店舗あたりの販売額が大きいことと組織の連鎖的統合から生ずる規模の経済性」から生まれるものであるとする¹⁸⁸。

スタイナーは、安売り店においても特別サービスが提供された事例を紹介している。玩具製造業者ケナー社は、1960年代以降、Kマートなどの大型安売り店が力を持つようになり、ケナー社の玩具も広い価格帯で販売されるようになった。しかし、同社が実演販売を止めることはなく、クリスマス期間の実演販売は、安売り店にも拡大されたという¹⁸⁹。また、Kマートの副社長であるノーマン・G・ミリーは、低価格販売で有名なKマートでは、販売員を置いていること、これらの販売員は、製品の販売の仕方などについて製造業者による訓練を受けていることを明言している¹⁹⁰。

ポズナーらに当てはまる批判の第二は、垂直的制限によってディーラーに同一の粗利益を与えても、すべてのディーラーが同じ水準の特別サービスを提供する保証はないというものである。第一の批判でも指摘されたように、ディーラーによって営業にかかる費用が異なる。従って、同一の粗利益を得てもディーラーによって提供できるサービスの水準は異なるのである。同じ粗利益を得ても、効率性の低いディーラーは、効

率の高いディーラーよりも少ないサービスしか提供できないことになる¹⁹¹。すべてのディーラーが製造業者の望む水準のサービスを提供できるとは限らないのである。

ポズナーら三者に当てはまる批判の第三は、垂直的制限により只乗りが防止され、製品の供給量が増えたとしても、総余剰が増えるとは限らない、というものである。必ずしも総余剰が増えない理由として、三つのものが指摘されている。

第一の理由は、小売業者によって利益が最大になる価格が異なることである。シェラーは、再販は、大量販売の小売業者が利潤を最大化させる水準よりも価格を引き上げてしまうと推測する。この場合、製品の販売量が増えても、大規模小売業者の損失が大きくなり、総余剰が減少する可能性がある¹⁹²。

第二の理由も、シェラーが指摘するものである。シェラーによると、垂直的制限により、粗利益とサービスを増やす結果として、また高い粗利益の故に新規参入するディーラーが増える結果として、規模の経済性が失われたり、市場が細分化したり、固定費用が増加する可能性がある。こうなると、商品に固定費用を振り分けることが困難になり、効率性が低下するおそれがあるという¹⁹³。

総余剰が増えない第三の理由は、ディーラーによるサービス提供が、市場全体の需要を高めるのではなく、顧客を食い合う場合に関するものである。シェラーは、経験則に基づき、このような傾向が強まるほど、垂直的制限の効率性は低下すると言う¹⁹⁴。

ポズナー、マーベルおよびクラインのいずれの理論にも当てはまる批判の第四は、垂直的制限よりも競争制限的でない代替手段が存在する、というものである。そうである場合、競争制限効果と競争促進効果を相殺した結果、垂直的制限が競争制限効果を有しないとしても、より競争制限効果の小さい代替手段のほうを用いるべきと判断される¹⁹⁵。これに関する議論は、後の第6節で詳しく検討する。

第3節 ポズナーに対してなされた批判

只乗理論批判の中で、ポズナー理論を対象にしてなされたものは、四つある。第一は、ディーラーが、垂直的制限によって得た利益を、必ずサービス提供に用いる保証はないというものである。これは、テルサーやポズナーが、製造業者が垂直的制限を行いディーラーにサービス提供のための費用を与えれば、ディーラーはこれをすべてサービス提供のために用いることを、理論の前提としていることへの批判である¹⁹⁶。

只乗理論は、製造業者が特定のサービス提供を明示的にディーラーに要求しなくても、垂直的制限によって一定額の小売粗利益を保証すれば、ディーラーは、自動的に製造業者が満足する水準のサービスを消費者に提供するとしている。しかし、ピトフスキーは、このようなばかげたことは起こらないと述べる。彼によれば、現実の世界では、製造業者がサービスを消費者に提供したいと思うときは、契約によってディーラーにそれを義務付けるか、さもなければ自分でサービスを提供するしかないという¹⁹⁷。

ポズナーとピトフスキーの意見の違いは、市場の有り様に関する認識の違いから来るものである。ポズナーは、流通市場は非集中的で激しい競争が行われていると考える。そうであるとすると、完全競争モデルから類推して、ディーラーは必ず限界費用曲線が販売価格と交差するところまでサービスを増やすことになる¹⁹⁸。これに対してピトフスキーは、大規模小売店の発展などを挙げ、アメリカの多くの流通市場は、競争は激しいが集中的であるとする。流通市場が集中的である場合、ディーラーは、垂直的制限によって得た競争水準を超える利潤の全部または一部を懐に入れることができる¹⁹⁹。従って、垂直的制限を課しても、ディーラーはサービスを提供しないことがある。

ポズナーとピトフスキーと、いずれの認識が正しいのであろうか。それはピトフスキーである。ポズナーの垂直的制限に関する論文が書かれた1970年代は、アメリカでは既に大規模流通業者が存在したからである。1910～20年代にチェーン・ストアという営業形態が登場し、1930年代には、スーパーマーケットが急成長を遂げた²⁰⁰。1940年代および1950年代には、ショッピング・センターや安売り店が登場した²⁰¹。玩具の大型

安売り専門店である「トイザラス」が小売市場に現れたのも、1950年代である。1960年代には、ニューイングランド地域に、ウォルマートやKマートなどの安売り店が多数出店を始めた。そして、1970年代には、高速道路の沿線に大規模なショッピング・センターが次々と建設されたのである²⁰²。

ポズナーが価格理論の競争モデルに引き付けて現実を認識したのは、ポズナーらが理論を作り上げた時代の小売市場が、小規模な小売業者が多数散在する状態であったためではなかったのである。ポズナーの市場の捉え方については、政治的目的を重視する立場から垂直的制限の違法性を力説するフリンとボンソルドも批判を加えている。彼らは、ポズナーらの事実認識においては、現実の紛争における事実が新古典派理論のモデルで前提とされる事実置き換えられており、ポズナーらが考える流通市場は現実の市場から遠いものであると批判する²⁰³。

上記のようなポズナーへの批判に対して、回答を出そうとしたのが、前章で紹介したクラインとマーフィの実効性に関する理論である。クラインらは、ポズナーの事実認識が現実の市場を捉えていないことを認め、只乗理論を修正した。彼らは、市場の競争が不完全であっても、準レントとなる利益をディーラーに与え、取引解消の脅しを組み合わせることで、確実にディーラーにサービスを提供させることができると主張した。但し、クラインらは、このような方法によっても、市場の条件によっては、ディーラー・サービスが提供されないことがあることを認めている。

ポズナーに対してなされた批判の第二は、理論の適用範囲に関するものである。ポズナーは、その只乗理論によって、すべての垂直的制限を説明できるとする。しかし、多くの研究者が、ポズナーの只乗理論で説明できる垂直的制限は少ないことを指摘している。オウバーストリートやフィッシャーのみならず、只乗理論の支持者であるマーベルも、再販が多く行われるのは、ディーラーが提供すべき特別サービスを特定しがたい製品分野である、と述べている²⁰⁴。また、ピトフスキーは、販促活動をディーラーが行うことを期待して垂直的制限を行うと考えることは、そもそも多くの市場の現実と合わないとする。その例として、シルベニ

ア事件を取り上げ、シルベニアは製品を扱ってくれるディーラーを探す新規参入者ではなかったので、販売前サービスの提供をディーラーに求める必要はなかったと指摘する²⁰⁵。スタイナーにあっては、「垂直的制限は、基本的に、只乗りに対処するために採用され得ない」と述べている²⁰⁶。

上記のようなポズナーに対する批判に答えようとしたのが、前章で紹介した、マーベルとマカファティの只乗理論、およびクラインのディーラー・サービス確保理論である。マーベルらは、再販全体から見ると、特別サービスへの只乗りを防止するために用いられる例は少ないことを認める。しかし、只乗理論がすべて誤っているわけではなく、改良すれば正しい理論になると考えた。そしてマーベルらは、再販の多くは品質保証サービスへの只乗りを防ぐためのものとして説明できるとする。

これに対して、クラインは、品質保証サービスによって説明できる再販も多くはないと述べる²⁰⁷。クラインは、垂直的制限が課される原因は製造業者とディーラーの間のサービス提供に関する誘因の不一致にあるとして、不一致がある場合を二つに分ける。それは、ディーラー間に外部性がある場合と、ディーラーによる差別的販促活動がなされる場合である。クラインは、ディーラー間の外部性は、正の外部性と負の外部性があり、テルサーらの只乗理論は、正の外部性が存在する場合の理論であるとする。これに対して、マーベルらの品質保証サービスへの只乗りがいずれに該当するかは述べていない。しかし、少なくとも、クラインは、流行の要素を持つ製品は、只乗りではなく、差別的ディーラー販促活動が問題となると考えている。その理由として、クラインは、この種の製品の場合、品質保証サービスの費用は、製造業者が、製品単位で、百貨店に直接支払うことができることを挙げている²⁰⁸。

ポズナーに対してなされた批判の第三は、製品の性質に関するシェラーの議論である。シェラーは、先の第二の批判と異なり、垂直的制限は、小売業者が顧客に何らかの説明をすることが必要な複雑な製品について行われるという議論に賛成する。その上で、複雑な製品であれば、故障などに対処する購入後のサービスが必要となるので、消費者は、購

入後のサービスを受けるため、販売前サービスを受けた後、安売り店には行かず、そのまま高価格の店で購入する可能性がある」と述べる。シェラー曰く、「複雑なものであれば、おそらく、購入後のサービスが心配になる。高い粗利益を得、販売前サービスを提供する小売業者から購入することによって、その商品が後に故障した場合、素早い信頼できるサービスを受けることができる、という思いを強くするであろう」²⁰⁹。

第4節 マーベルに対する批判

マーベルに対してなされた批判は、六つある。第一は、マーベルらが解決しようとした只乗理論の適用範囲に関するものである。シャープは、再販事件の中でマーベルの説明が当てはまるのは、いかにひいき目に見ても20%に満たないと述べている²¹⁰。この問題については、既に何度か触れたように、同じ只乗理論派であるクラインとマーフィからも批判が出ている。クラインらは次のように批判する。「我々の知るところでは、再販売価格維持は、保証サービスを要求するようには見えない多くのよく知られた衣料品製造業者によって使用されており、他方で、ブランド名を持たないあまり知られていない製品では、価格維持マーケティングの技術が採用されることは多くない」²¹¹。

この批判に対しては、批判者であるクラインとマーフィが、この問題を克服する努力をしている。それが、前の章に示したディーラー・サービス確保理論である。

第二は、サービス費用の負担の問題である。シェラーは、高品質の商品を揃えていることで顧客を呼び込む力を持つ小売店が、呼び込むための費用を本当に負担できないのか疑問を投げかける。彼は、マーベルらの言う高品質で評判の小売店は、安売り店に先駆けて高品質商品を販売するのであるから、販売をはじめてから安売り店が競争に加わるまでの期間に、品質保証サービスの費用を商品価格に転嫁して商品を販売できないとは言い切れないと述べる²¹²。

第三の批判は、垂直的制限を用いなければ品質が良いというイメージを作り出せないわけではない、というものである。グライムズは、「多

くの高品質製品の生産者は、垂直的価格拘束を用いることなしに、製品の評判を維持してきた」と言う。また、「ほとんどの食料品と非耐久財においては、垂直的価格拘束が頻繁に行われるわけではないが、これらのうちの多くが、高品質であるというイメージを維持している」とする。グライムズによれば、製造業者が求める製品の高い評価は、生産者自身による宣伝活動や、販売促進手当をディーラーに支払うことにより、より効率的に獲得することができる。更には、再販は、品質保証どころか、反対に、小売業者が消費者に質の低い製品を販売する動機を強めるものであると述べる²¹³。

第四の批判は、消費者が必ず、高品質で評判の小売店で製品情報を仕入れ、安売り店で製品を買うという行動をとるとは限らないというものである。コマナーは、このような行動をとる消費者についてのみ只乗りが問題となるとする²¹⁴。

第五の批判は、高品質を売り物にする小売店が、顧客の一部が離れたからといって、簡単に営業方法を全面転換するとは思えないというものである。コマナーによると、一定の条件下では、高品質で評判の小売店は、只乗りがあっても、事業形態を維持し、低い収益で営業を続ける。なぜなら、このような小売店は、質の良い商品を置いているとの評判をとることで、収益を上げることが可能になっているからである²¹⁵。

批判の第六は、ライフサイクルに関するものである。シャープは、ディーラーによる品質保証が必要であるとしても、それは製品のライフサイクルにおける初期の問題であるとする。評判の高いディーラーが取り扱うことにより、一度製品が評判を得れば、製造業者は評判の高いディーラーに頼る必要性が小さくなるのである²¹⁶。

第5節 クラインに対する批判

クラインの理論は、従来の只乗理論の欠点を克服しようとするものであり、テルサーやマーベルの議論と比較すると、より精緻なものになっている。しかし、これについても、第2節で挙げたもの他に、二つの批判がある²¹⁷。一つは、グライムズによるものである。彼は、契約によ

り要求されたサービスをディーラーが提供しているかどうかを監視し、その実行に対して報酬を支払うという方法が、反競争的効果を生じさせることなくディーラーによるサービス提供を実現させるものであることを否定する理由を、クラインらの理論は説得的に説明できていないと批判する²¹⁸。すなわち、より制限的でない代替手段が存在しないことを示していないとの批判である。

もう一つの批判は、常に取引解消が可能かどうかについてである。ディーラーとの取引を解消できるだけの力を製造業者が持っていない場合、取引解消の脅かしは役に立たない²¹⁹。相手が小規模なディーラーであれば、取引を切っても、製造業者の側に打撃はないであろう。しかし、ディーラーが全国展開している大規模小売店である場合、製造業者としてもそう簡単に取引を止めるわけにはいかないこともある。

第6節 より制限的でない代替手段

第1款 議論の全体像

只乗理論を支持する学説は、販売奨励金などを用いたディーラー・サービスの確保作業は、最低再販よりも多くの費用がかかり、最低再販の代替手段となり得ないとしている²²⁰。また、クラインは、垂直的制限の議論においては、「完全サービス・ディーラーは、自分が提供した販促サービスの費用を消費者から直接に徴収できない」こと、および「製造業者は、完全サービス・ディーラーに、期待する販売時点サービスをディーラーが提供したことに対する報酬を、直接に支払うことはできない」ことが、黙示的に仮定されていると理解する。そして、これらは、経験的に妥当であるとする²²¹。

これに対して、反只乗理論派は、第3節でも述べたように、垂直的制限が只乗りの防止に有効であるとしても、より制限的でない代替手段が存在すると主張する²²²。より制限的でない代替手段が存在するのであれば、垂直的制限は反競争的効果を持つと判断される。代替手段として主張されるものの一つは、販売促進リベート（割戻金）または販売奨励金である。これは、製造業者がディーラーに、提供した特別サービスに

応じて報酬を支払う方法である。また、ピトフスキーは、同じ垂直的制限であっても、厳格な垂直的制限に代えて、より制限の程度が弱い第一次責任条項 (primary responsibility clause) や利益移転条項 (profit pass-over clause) を使うことができるとしている²²³。また、スタイナーは、販売奨励金²²⁴は、再販のもとで価格を監視したり、制限的流通体制の下で公認ディーラーから非公認ディーラーへの転売を監視したりするよりも実施費用が安く済む方法であると主張する。特別サービスは特定のブランド製品に特化したものであるため、販売奨励金制度を設けることは難しくないとするのである²²⁵。

第2款 販売奨励金の有効性

第1項 一般論

ここでは、販売奨励金制度の有効性を説くスタイナーの議論について見る。販売奨励金制度とは、製造業者が求める特別サービスを消費者に提供したことを、ディーラーが証明した場合に、製造業者が、ディーラーに、サービスに費やした費用の一部または全部に相当する額の金銭を支払うものである。

只乗理論を擁護する論者の多くが、只乗問題を解決しようとする場合、販売奨励金制度など製造業者が小売業者に直接サービス費用を提供する方法は、再販を行うよりも多くの費用がかかると述べている。これに対して、スタイナーは、そのようなことを示す経験的な証拠は、何も提出されていないと指摘する²²⁶。経済学者も法学者も、販売奨励金制度における監視費用と取り締まり費用を計算しようとしなかったのである²²⁷。スタイナーは、むしろ、販売奨励金制度のほうが、少ない費用で実行可能であるとする。彼によれば、只乗りを防いでディーラーに特別サービスを提供させるには、販売奨励金制度のほうが有用であり、垂直的制限はむしろ、特別サービスが必要ない商品の販売において役立つ²²⁸。

スタイナーは、特別サービスは特定商品のみを対象とするものであるから、その費用を商品が売れたときに直接ディーラーに支払うことは容易であるとする²²⁹。彼は、販売奨励金制度が大きな費用をかけずに運用

可能であることを示す例として、ケナー・プロダクツ・カンパニー（以下、ケナー）の事例を示している。

第2項 ケナーの販売奨励金制度

話しは、テレビが普及する前の時代である。ここでは、コンピューターやファックスなど、取引費用と監視費用を大幅に減少させる技術が登場するかなり以前に、ケナーが、手頃な費用で小売店に特別サービスを提供させることができた事実が紹介されている。

ケナーは、創造性豊かな独自の玩具を開発しており、顧客には限界内消費者よりも限界消費者が多かった。つまり、ほとんどの顧客は、商品棚を見て玩具を買うのではなく、玩具の操作などについて説明した新聞広告を見たり、店内での実演販売を見たりしたときに、その玩具を購入した。このため、ケナーは、百貨店と幾つかの大規模玩具小売店を対象とする販売奨励金制度を設けており、玩具が最も売れるクリスマス前の5週間に、新聞広告と実演販売を行うよう小売店に促した²³⁰。

無数の小規模小売店には、卸売業者を通して製品を流通させた。小規模小売業者に対しても、販売奨励金制度が設けられていた。奨励金の払い戻しを受けるためには、小売店は、販促活動をしたことの証拠を提出しなければならなかった。証拠を提出することにより、個別に奨励金の支払いを受けた。

新聞広告に対する販売奨励金を受け取るには、小売店は、広告のページおよび新聞社から小売店への請求書の写しを、ケナーに提出しなければならなかった。新聞の地方広告料金は、全国料金より非常に安いので、このようなやり方は、ケナー自身が広告を出すよりも少ない費用で新聞広告を行うことを可能にした²³¹。

実演販売に対する販売奨励金は、次のような仕組みになっていた。ケナーは、州外で事業をするさいの法的問題と税金問題を避けるため、実演者を小売店の従業員名簿に登録させた。実演者には、小売店が直接給料を支払っていたが、ケナーも、実演者の販売成績に応じて奨励金を支払った。実演者には毎日葉書で販売数量をケナーに知らせることを義務

付けており、これによってケナーは実演者の販売成績を把握することができた²³²。

ケナーの実演販売は、玩具業界では最も大規模なもので、特にクリスマス期間中は、100人から200人の実演者を配置した。この時期には、ケナーの販売員は、担当地域の百貨店の人事部と協力し、実演者の配置と訓練を行った。また、ケナーは、国内最大規模の二つの百貨店（ニューヨークのR. H. メイシーとシカゴのマーシャル・フィールド）で、年間通して玩具の実演販売を行っていた。この大口顧客との通年の宣伝および実演に関する取り決めは、簡単な書面によるものであったが、深刻な紛争は起こらなかった²³³。

第3款 レブモアによる二つの指摘

レブモアは、より制限的でない代替手段として、次の二つを挙げている。一つは、彼が下流での解決策（downstream solution）と呼ぶものである²³⁴。レブモアによれば、垂直的制限は、上流での解決策（upstream solution）である。流通の上流にある製造業者が、小売段階で只乗問題を解決するために行うものである点を捉えてこう名付ける。これに対して、下流での解決策とは、コンシューマー・リポートのような消費者向けの雑誌や独立の検査機関が出す刊行物から買いたい製品に関する情報を得る方法である。これは、製造業者や小売業者が自ら解決策を講じるのではなく、市場で自然に問題が解決されるのに任せるということである。例えば、冷蔵庫はこのような方法で只乗り問題を解決できる製品であるという。しかし、レブモアによれば、下流での解決が期待できない製品も存在する。その一つがブルー・ジーンズである。ジーンズの場合、試着するなど小売店舗に出向いて製品の情報を獲得する必要があるからである。

もう一つのより制限的でない代替手段は、製造業者が一定期間内は返品可能という条件を付けて、消費者に直接製品を販売する方法である²³⁵。消費者は、返却可能な期間内に製品を実際に使ってみることによって製品に関する情報を得ることができる。ブック・クラブや通信販売業者に

よって用いられている。

第7節 只乗理論の妥当範囲

反只乗理論派の中で、只乗理論が妥当する垂直的制限について具体的に論じているのは、ピトフスキーとスタイナーである。いずれも、競争促進効果を有するとする範囲は狭く限定されている。両者の議論は次のようなものである。

ピトフスキーは、コンピューターやステレオについては、再販が只乗り防止に役立つとする。このような複雑な製品の場合、消費者は、商品説明をしてくれる小ざれいな店で情報を仕入れ、Kマートのような店で安く購入するという²³⁶。故に、このような場合、ピトフスキーは、垂直的制限が競争促進的であることを認める。

スタイナーが競争促進的であるとする垂直的制限は、次の二つである。第一に、ディーラーによる製品の普及活動（missionary work）に他のディーラーが只乗りするのを防ぐ場合である。競争促進的な垂直的制限の多くはこれであるとする。普及活動とは、例えば、「ポラロイド・カメラや家庭用フードプロセッサのような新しい製品概念を確立するための、『完全サービス小売店』を用いた、企業が会社を挙げて取り組む活動である」。シルベニアのテレビのような下位製造業者の製品の販売促進を受け持つディーラーの活動も、普及活動に含まれるという。これらはいずれも、大きな市場占有率を持つ既存のブランド製品と果敢に競争しているものである²³⁷。

第二は、製造業者が自社の商品を販売する小売店を増やすために行う垂直的制限である。このような場合も、垂直的制限は社会的厚生を高めるとする。高粗利益の小売店と低粗利益の小売店の両方に広く製品を流通させることにより利益を増やすことができる製造業者によって採用される²³⁸。

但し、上記いずれの場合も、一社が再販を行い、市場における他の多くの製造業者も追随して再販を採用し、囚人のジレンマ状況が生じたときは、社会的厚生が低下する。スタイナーは、小売店の推奨が消費者の

商品選択を左右する種類の商品では、追隨的波及が起りやすく、一般には社会的厚生が低下すると述べている²³⁹。

第7章 反只乗理論派（2）——消費者利益の減少

第1節 反競争的効果の説明

この章と次の章では、反只乗理論派による垂直的制限の反競争的効果に関する理論について検討する。反トラスト法の目的によって学説を二つに分ける。この章では、垂直的制限が消費者利益に与える影響について論じたものを取り上げる。配分的効率性に反することも合わせて主張するものもあるが、配分的効率性への影響をうまく説明できていない。次の章では、配分的効率性と動態効率性への影響について論じたものについて見る。

判例との関係では、次のようなことが言える。第4章で見たように、シルベニア判決は、ブランド間競争が存在すれば、ブランド内市場力の行使を抑えることができるという認識を示した。これは、その後の垂直的制限の判例に、特に下級裁判所に大きな影響を与えた。ブランド内競争制限の程度がいかに強くても、ブランド間競争がある限り反競争的効果は生じないことになったのである。反只乗理論派は、これが間違いであることを示そうとする。消費者利益への影響に関する理論は、消費者利益の増減の観点からブランド間競争があってもブランド内競争を制限すると弊害が生じることを説明するものである。これに対して、配分的効率性に関する理論は、ブランド内競争を制限することによりブランド間競争も弱まることを説明するものである。動態効率性に関する理論は、ブランド内競争対ブランド間競争という構図から離れ、小売業者の間にあるタイプ間競争に注目する必要性を指摘するものである。

第2節 製品差別化強化の理論

反只乗理論派が主張する垂直的制限から生ずる効果のうち、消費者利益の保護という反トラスト法の目的に反するものの一つが、製品差別化

の強化である。合わせて、配分的効率性を低下させることも主張されている。垂直的制限が製品差別化を強化するという議論は、シルベニア判決直後に出された幾つかの論文で採用されたものである。これらは、シルベニア事件以前に出たコマナー論文に基づいているので²⁴⁰、コマナーの議論を中心に見ることにする。製品差別化の概念は、本節以下の反只乗理論派の議論において重要な役割を果たすものであるので、本節では、まず、製品差別化に関する一般論を概観することにする。その次に、垂直的制限による製品差別化強化の理論について見る。

第1款 製品差別化の効果

完全競争モデルや寡占モデルにおいては、各製造業者の生産する製品は完全に同質的であることが前提とされている。しかし、現実には、すべての市場が同質的な製品から成っているわけではない。差別化された製品から構成される市場が多数存在する。製品差別化の要因は多様である。例えば、製品の品質、性能、特性等の違いによる差別化がある。他には、デザインの違いによる差別化、製品に随伴するイメージによる差別化などが考えられる²⁴¹。この差別化を積極的に行う方法の一つが、ブランド・マーケティングである。これは、製造業者が固有のブランド名を持ち、これを宣伝広告によって広め、このブランド名を付けて自分の製造した製品を市場に出すものである。これは、大量生産が可能となった19世紀末から行われるようになった²⁴²。現在では、これが多くの産業において広く行われている。

このような製品差別化にかかわる現象を理論化したのが、チェンバリンである。彼は、差別化された製品による競争を独占的競争と名付けた²⁴³。市場が、同質的な製品で構成されている場合、各製品の需要曲線は完全に弾力的である。つまり、需要者は、各製品の価格の変化に反応して、購入する製品を自由に変えることができる。これに対して、差別化された製品に対する需要曲線は、非弾力的なものとなる²⁴⁴。つまり、需要曲線は、独占市場における需要曲線のように、右下がりの線になる。この場合、製品の価格を引き上げても、すべての顧客が逃げることはな

く、一定の顧客はその製品の需要者として残る。価格を引き上げながら収益を増加させることが可能となるのである。これは、製造業者が、この製品について一定の市場力を持つことを意味する²⁴⁵。

しかし、製品差別化には有益な面もある。例えば、品質による差別化は、品質競争の結果である。また、製品が差別化されているということは、市場に多様な製品が存在するということであり、需要者の選択肢が広がることでもある。この点についてストラッサーは、次のように言う。「現実の品質、製品の機能、製品付属のサービスまたは価格の違いが、改善要因として考慮されるべきである。もしこれらが存在すれば、効果的な差別化が存在するが、それは抑制されるのではなく促進されるべき競争の一要素として製品の改良と言うべき種類のものである。」²⁴⁶ コマナーは、これを、アルコア判決の文言を借りて「優越した技術、先見性および勤勉」による製品差別化と表現した²⁴⁷。

上記のように、製品差別化は、正負両面を有しており、市場にとって有益か有害かはその事案に応じて判断することになる。正負両面の衡量についてコマナーは、次のように述べている。「消費者の転換可能性が小さいことは、しばしば、現実の製品間の違い、および特定企業の特別な技術や属性に起因する。このような場合については、製品差別化の価格に対する影響は、しばしば、多様な製品が存在することによる社会的利得により相殺される。」²⁴⁸ すなわち、製品の改良や多様性の実現など差別化によりもたらさせる利益は、市場力が強まるという有害な側面を補って余りあるものというのである。

第2款 差別化強化の理論

反只乗理論派が問題とするのは、垂直的制限によってなされた製品差別化である。彼らは、垂直的制限は製品差別化を行うまたは強化するものであると考える²⁴⁹。コマナー曰く、製品が高度に差別化されている場合、製造業者は顧客を失うことを恐れずに高い価格を付けることができるので、製造業者には、製品差別化を最大化させる動機がある。製造業者は、垂直的制限によってブランド内競争を制限し、ディーラーが高価

格を維持することを助け、ディーラーに製品差別化のための活動を行わせようとする。この価格維持によってディーラーが得た資金は、差別化活動の原資および報酬となる²⁵⁰。コマナーは、これを、市場力の形成に寄与する一方で、これを相殺する有益な要素はなく、反競争的なものであるとする²⁵¹。²⁵²

シルベニア判決やシカゴ学派は、ブランド間競争はブランド内市場力の行使を抑制するので、ブランド間競争が行われている場合、ブランド内競争を制限しても競争上の弊害は生じないと主張する。しかし、上記のような、製品差別化の議論から、反只乗理論派は、ブランド間競争はブランド内競争の代替物とはなり得ないとする²⁵³。製品差別化により対象製品に対する需要弾力性が小さくなっているので、ブランド間競争の影響が十分に及ばないと考えるのである。

垂直的制限は、いかにして製品差別化を促すのか。コマナーは、ディーラーが垂直的制限によって得た利益を使って消費者への宣伝等の販促活動を行うことにより、消費者がその製品に対する選好を強める、という筋書を考えている。製造業者とディーラーは、製品差別化により可能となる値上げによって利益を得るのであり、そのためには、製造業者は、垂直的制限によってディーラーが値上げできる条件を作り、その利益が製品差別化に用いられることを確実にしなければならない。コマナーは、具体例として、ディーラーが装飾的なショウウィンドウを作ることを挙げている²⁵⁴。コマナーには、このような宣伝等を用いた製品差別化は、製品の情報を消費者に提供するのではなく、一定のイメージを消費者に植え付けるものであり、社会の利益になるものではないとの認識がある。コマナーの言葉を借りれば、「製品の現実の違い」ではなく「空想された違い」による差別化である²⁵⁵。同様の見解を示す論者として、例えばストラッサーは、「イメージによる差別化が存在する場合、販売前ならびに販売時点サービスおよびディーラーの忠誠を得るために、垂直的地域制限を用いる必要性は小さくなり、そのような制限行為から参入障壁が形成される可能性が大きくなる」と述べている²⁵⁶。また、ピトフスキーは、垂直的非価格制限に含まれる宣伝広告は、消費者の注意を価格から

逸らす技術であると述べている²⁵⁷。

この製品差別化の強化から生じる反競争的効果は、消費者の利益を損なうことと配分的効率性の低下である。コマナーは、小売価格が競争水準より高いところで設定されることを問題視し、「製造業者とディーラーは…消費者の犠牲のもとに…利益を得る」と述べている²⁵⁸。これは、消費者から企業への富の不当な移転があるということである。垂直的制限には、コマナーらによれば、ブランド間競争を不活発にする効果もある。製品差別化は、市場力を高めてブランド間競争を弱めるものであるもので、製品差別化を強化する垂直的制限は、ブランド内競争を排除するのみならず、ブランド間競争をも制限することになり、配分的効率性が低下するのである²⁵⁹。

垂直的制限によってディーラーが得た利益は、製品差別化を強化するための費用とディーラーの報酬になるというコマナーの認識は、クラインの認識とは対照的なものである。クラインは、垂直的制限によってディーラーが得た利益は、ディーラー・サービス提供のための原資と報酬になると考える。報酬の持つ意味も両者では異なる。クラインの考えでは、この報酬は、ディーラーにサービス提供を促すという競争上有益な行為のための正当な報酬である。反対に、コマナーにおいては、この報酬は、宣伝による製品差別化の強化という競争制限行為によって得られた不当な利益である。この違いは、ディーラーによる販売促進活動に対する認識の違いから来るものと思われる。後述するように、只乗理論派は、ディーラーの販促活動を、消費者に商品情報を正確に伝えるものであると考えるのに対して、製品差別化強化を懸念する論者は、ディーラーの販促活動が消費者に誤った商品情報を与える可能性が高いと考えるのである。

第3款 理論の問題点

垂直的制限による製品差別化強化に関する理論上の問題点として、次の二つを指摘できる。第一は、垂直的制限により製品差別化が強化されることを前提とする場合である。この場合でも、差別化強化によって必

ず配分的効率性が低下するとは言えないであろう。垂直的制限の対象となった製品について差別化が強化されたとしても、その製品の価格が引き上げられると、一部の顧客は他のブランド製品に移ることになる。同水準の価格引き上げで他のブランド製品に逃げる顧客の数は、差別化が強化される前よりは減少するであろうが、依然として競合ブランドに転換する顧客は存在するのである。そのため、市場全体で見ると産出量が減少するとは限らない。従って、市場において競争関係にあるすべてのブランド製品が強く差別化されている場合以外は、市場全体で総余剰が必ず減少することを説明することはできない。

第二の問題点は、より根本的なものである。それは、宣伝広告により製品差別化が強化されるか否かについて学説の争いがあり、差別化強化を否定する議論のほうが優勢であるように見えることである。宣伝広告によって競争が活発化する場合があるとすると、垂直的制限により製品差別化が強化されることを批判する前提が崩れてしまう。

宣伝広告により、対象となる製品について、製品差別化が強化され需要の価格弾力性が小さくなるとする考え方は、かつては広く学説の支持を得ていた²⁶⁰。ポズナーは、シュウィン事件当時の経済学者は、「宣伝広告を、宣伝された製品の需要弾力性を小さくすることに役立つだけの浪費的行動であると考えていた」と述べている²⁶¹。これに対して、宣伝広告により価格弾力性は大きくなるとする学説が現れた。この説によれば、宣伝広告は、製品情報の提供であり、消費者が持つ代替性の高いブランド製品に関する知識を増やすことにより、競争を刺激するものである²⁶²。

只乗理論派は、宣伝広告は競争を活発化させるとする説を採用する。ポズナーは、コマナーらの議論は消費者は非合理的で操作可能であるという前提に立っているものであり、価格理論に矛盾するものであるとして拒絶する。彼は、合理的行動の前提に基づき、宣伝広告に消費者がお金を出すのは、それが消費者の探索費用を低下させるからであり、この場合の宣伝広告は実態の伴った情報提供であると主張する²⁶³。

ウィリアムソンは、ポズナーと異なる立場から、製品差別化強化の理

論を批判する。ウィリアムソンは、イメージを用いた販促活動を不要とする考えは、消費者が制約のない合理性を有しており、製品間の優劣を完全に認識できるということを前提とするものであり、誤りであるとする。彼によれば、消費者の判断力には限界があるので、信頼性のイメージを作り出すことにより、消費者を援助する必要がある。従って、垂直的制限にともなう宣伝広告によってなされる品質イメージ、ブランド・イメージの形成維持は有益であるという²⁶⁴。

反只乗理論派の中にも、宣伝広告を肯定的に捉える論者が存在する。スタイナーは、宣伝広告によって消費者の利益が増す場合も損なわれる場合も両方あり得ると考える²⁶⁵。そして、小売業者が宣伝広告の役割を担うことは非効率であるとしながらも、宣伝広告費が低い水準に抑えられると、技術革新、製品の質および選択の幅が損なわれることがあるとする²⁶⁶。グライムズも、ブランド差別化を行う宣伝広告には、競争を促進する性質があることを認めている。彼は言う、ブランド・マーケティングによる製品差別化は、「消費者が製品の出所を認識することを容易にし、製品の質や特性を改善維持しようという製造業者の動機を強め、ブランド名を使用した販売促進活動によって、販売を拡大し大規模で費用効率的な製造と流通を」可能にしたのである²⁶⁷。

このように、製品差別化強化の理論は、反只乗理論派の中でも、支持者が多いとは言えないものである。

第4款 製品差別化に関わるその他の議論

製品差別化を利用した価格引き上げに関しては、差別化強化の理論のほかに、幾つかの議論が見られる。ピトフスキーは、製造業者が製品差別化によって得た価格を引き上げる能力の限界内で、小売価格を引き上げることを問題視している²⁶⁸。この場合、価格の引き上げによって顧客の一部は他のブランド製品に移るであろうが、残りの顧客は価格の引き上げられた製品を買い続けるので、消費者余剰が減少することになる。グライムズは、製品の高級イメージを維持するために、高級イメージのある小売店にのみ製品を卸し、価格を拘束して割引販売を防止する場合

を問題にする。これは、再販と選択的流通を組み合わせることで製品差別化の水準を維持する例である。この場合、経営効率の高い小売店も一定の高い価格を維持することになるため、消費者厚生に損失が生じる²⁶⁹。

これらの議論は、消費者の利益が損なわれることを理論的には説明できるものの、裁判において、これらの議論に基づいて反競争の効果を立証することは簡単ではない。なぜなら、現実には製品差別化の大きさを測ることは難しいからである²⁷⁰。そのためであろう、製品差別化は、訴訟での市場力の判断において考慮されることはまれであったようである。これについてグライムズは、「ブランド差別化と結びついた市場力の承認は、反トラスト法において目新しいものではないにもかかわらず、ほとんどの訴訟においては、黙示されるに留まっていた」と述べている²⁷¹。シルベニア判決以降の垂直的非価格制限に関する連邦控訴裁判所判決を見ても、製品差別化を考慮した市場分析を行ったものはまれである。ピトフスキーも、製品差別化の考慮を、合理の原則分析においては二次的な役割を果たすものと位置付けている²⁷²。

第3節 店舗内顧客誘導

第1款 店舗内での顧客誘導

グライムズは、垂直的制限から富の不当な移転が生じる場合として、小売業者と消費者の情報較差を利用して、小売業者が店舗内の顧客を特定商品に誘導する場合を指摘する²⁷³。これは、余剰概念を用いずに富の不当な移転を論じるものである。店舗内顧客誘導が問題となるのは、複数ブランドの製品を販売する小売店（以下、併売小売店（multibrand retailer））に垂直的制限が課される場合である²⁷⁴。具体的には、次のようなものである。

垂直的制限は、対象となる製品を小売店が高い粗利益を乗せて販売することを可能にする。これにより、垂直的制限の対象となる製品は、併売小売店で販売される他のブランドの製品よりも小売粗利益が大きくなる。すると、小売業者は、消費者に対してこの垂直的制限が課された製品を購入するよう働きかけるようになる²⁷⁵。この働きかけは、様々な方

法で行われる。例えば、店員が、直接顧客と会話して、自分の店に並べた粗利益の低い製品よりも粗利益の高い製品を買うように勧誘することである。垂直的制限の対象となる製品を優先的に商品棚に陳列するという方法もある²⁷⁶。

このような小売店による誘導により、消費者の購入判断が歪められ、消費者が損害を被ることがある。損害には二つの種類がある。一つは、消費者が誤った製品を買わされる場合である。高粗利益のブランド製品への誘導は、低粗利益のブランド製品が、競合する高粗利益の製品よりも価格と品質において優れている場合でも行われる。二つ目は、消費者が不適切な価格で製品を買わされる場合である。品質が同一の製品が複数あれば、消費者は、小売粗利益の最も高い製品を買わされるであろう²⁷⁷。

上記の議論は、複雑な製品など消費者が購入にさいして店員の助言を必要とする製品について、特に当てはまるとする²⁷⁸。また、グライムズは、再販に関して、製品が信用型の特徴を有している場合に、店舗内顧客誘導が行われる可能性が最も高くなるとする。信用型の商品とは、消費者が商品を使用した後にも、その品質について十分な判断をすることができないものを指す。これには、処方薬や自動車の交換部品などが含まれる²⁷⁹。

このような販促活動が可能となる理由を、グライムズは二つ挙げている。第一に、消費者が小売業者の販売方針に気付かないことである。消費者は、多くの場合、併売小売店は、製造業者から中立的な立場から商品の利点に基づいて顧客に製品を薦めると考えているのである。第二は、小売店の販売員による販売時点の行動を監視することが、非常に難しいことである。悪しき販促行動を監視できるのは消費者であるが、その消費者自体がこの行動に気付かないのである²⁸⁰。

グライムズが店舗内顧客誘導の反競争的効果としているのは、消費者から製造業者およびディーラーへの富の不当な移転である²⁸¹。特に、市場力を持たない事業者が消費者を害することもあることを指摘している。また、グライムズは、消費者が被るこれらの損害は、伝統的な詐欺の法

理や消費者保護法では救済できないものであると考え、そこに反トラスト法の役割を見出すのである。配分的効率性の低下も指摘しているが²⁸²、製造業者やディーラーの富は増えているので、これを説明することは難しい。

第2款 顧客誘導を裏付ける事実

グライムズは、垂直的制限を用いた店舗内顧客誘導の理論を裏付けるため、三つの事実を示している。

第1項 クラシック・カーワックスの事例

グライムズは、垂直的制限による店舗内顧客誘導の例として、クラシック・ケミカルズ・リミテッド（以下、クラシック）の事例を挙げている²⁸³。

クラシックは、自動車用艶出し剤（automotive polishes）などを製造販売する企業であった。同社は、小規模な企業で、自動車用艶出し剤の市場においては新規参入者であった。しかし、最低再販を用いることにより、既存の大手製造業者と競り合って、クラシック・カーワックスの販売を急激に伸ばした。1975年3月、クラシックの社長が議会の委員会に参考人として呼ばれ、このクラシックの成功談を披露した。彼は、成功の秘訣は、質の高い製品と、小売価格を拘束し小売店に高い粗利益を約束することであると述べた。そしてこの逸話は、再販が小規模事業者の市場参入を可能にする、すなわち競争促進的効果を有する証拠として、議会に提出された。

グライムズは、この社長の説明に疑問を投げかける。そして、この事例は、品質が優れていなくても、再販によって売り上げを伸ばすことができることを示すものであると結論付ける。

クラシック・カーワックスの品質が他社のものより高くなかったとする根拠を、グライムズは、次のように説明する。まず、雑誌コンシューマー・レポートによる1968年の商品試験では、クラシック・カーワックスは、試験対象となった25の商品の中で最も価格が高かったが、使いや

すさは平均以下、耐久性は最高水準より低く、総合評価では6番目であった。1974年の商品試験でも、試験対象の37製品のうち価格が一番高いが、耐久性は四段階の上から二番目であった。その後に行われた試験では、クラシックの自動車用品の幾つかが、平均以下または不適切な品質であると判断されたのである。

グライムズは、消費者にこの製品を購入させた販促活動は、クラシック製品を取り扱う、これを目立つところに陳列するまたは助言を求められたときにクラシック製品を薦めるというものであったであろうと推測する。

この事例は、また、市場力を持たない事業者による垂直的制限から反競争的効果が生じうることを示すものでもある。これは、垂直的制限は市場力を有する事業者によってなされるときに反競争的効果を生み出すという、従来多くの学説から支持されてきた考え方は誤りであることになる²⁸⁴。

第2項 販売員への聞き取り調査

グライムズは、かつて全国規模の家電小売店の販売員であった者に対する聞き取り調査を行った。この販売員は、1989年に3ヶ月間、南カリフォルニアにある小売店の映像機器売場で働いていた。この調査結果は、店舗内顧客誘導の説明に説得力を与えるものであったという²⁸⁵。

調査結果は、次のようなものであった。聞き取りに応じた販売員は、最初の訓練期間の給料を別とすれば、収入は、小売販売に伴う手数料と販売報酬から成っていた。手数料は、1%で、販売したすべての商品について受け取ることができた。一方、販売報酬は、特定ブランド製品を販売することにより受け取るものであった。これは、手数料よりも割の良いものであり、この店員の主たる収入であった。例えばある500ドルのテレビを販売したとき、15ドルが支払われた。これは、製品価格の3%である。また、19インチの東芝製テレビおよびソニー製テレビは、500ドルで、販売報酬が50ドルであった。

このような報酬体系は、消費者を販売報酬のついた製品に誘導する大

きな動機を販売員に与える、とグライムズは指摘する。販売員が勤めていた当時、東芝が垂直的制限を行っていたかどうかは定かでないとしながら、グライムズは、東芝製品を販売しようとした販売員は、別の製品については消費者に情報を与えなかったかもしれないと述べている。

第3項 訴訟の対象となった商品

グライムズが店舗内顧客誘導の理論を裏付けるために提示する第三の事実は、1990年前後の最低再販事件12件のうち、11件が信用型の特徴を持つ消費財に関するものであったという事実である²⁸⁶。この11件は、以下のようなものである。

11件のうち3件は、衣料品に関するものである。トイザラス事件²⁸⁷は子供用水着、サンプル事件²⁸⁸は高級婦人服、ジーネリー事件²⁸⁹はジーンズとその他のカジュアル・パンツに関する再販を争ったものである。2件は、家具に関するものである。パークウェイ・ギャラリー・ファニーチャー事件²⁹⁰はアメリカ伝統家具、チーサムズ・ファニーチャー事件²⁹¹はレイジーボーイ社製の家具に関する再販事件である。ベイリーズ事件²⁹²は、チェンソーの交換部品に関するものである。ソリシオ事件²⁹³は旅行用小型鞆、ベン・エルフマン事件は²⁹⁴絨毯に関するものである。また、ロベット事件²⁹⁵は自動車に関するもので、インターシティー・タイヤ事件²⁹⁶は自動車用タイヤに関するものである。最後のコロウジョン・レジスタント・マテリアル事件²⁹⁷は、腐食防止措置を施した金属製の屋根板と壁板（siding panel）に関するものである。これらは、倉庫、工場、商業施設などの建設に使われるものである。

第3款 クラインの議論との対比

ここで、クラインの議論と対比してみる。垂直的制限によって高い小売粗利益が生み出されるが、この小売粗利益の評価はグライムズとクラインでは、まったく反対である。グライムズは、小売粗利益の内訳は、消費者を搾取する活動に用いる費用とディーラーの儲けであると考え、クラインは、ディーラーが有益な販促サービスに用いる費用とそのサー

ビス提供の誘因を作るための報酬であると考ええる。

両者の違いを生む原因の一つは、ディーラーの販促活動に関する認識の違いであると思われる。グライムズは、販促活動によって消費者が誤った商品情報を受け取ることがあると考える。また、垂直的制限がなされるとき、小売店が消費者の選択を誤らせる行動に出る可能性は高くなるとする。これに対して、クラインは、そのような可能性を念頭に置いていない。クラインは、販促活動の原資となるはずの利得が、他の商品の販促活動に転用される可能性があることは認めている。しかし、その可能性は小さいと考えているし、そのような販促活動のための資金の転用が顧客に損害を与える場面は、想定していないと思われる。

第4節 二種類の消費者から生じる問題——消費者厚生への影響

第1款 コマナーの議論²⁹⁸

コマナーは、消費者厚生を反トラスト法の違法性の基準とすべきと主張し²⁹⁹、垂直的制限が消費者厚生を減少させる場合があることを説明した。コマナーの言う消費者厚生は、消費者利益の総和である。これは、垂直的制限の対象となった商品のみについて消費者の厚生を集計するものである。シカゴ学派の総余剰をもって定義する消費者厚生とは異なる。コマナーは、差別化された製品の顧客の間には利害の不一致があることから、垂直的制限によって特別サービスが提供された場合、消費者厚生が低下する可能性があることを説明する。

コマナーは、消費者厚生が増加するか否かは、限界の消費者が得る利益が限界内消費者の被る損失を上回るかどうかによって決まるとする。限界の消費者とは、製品を買うか買わないかの限界線上にいる消費者である。彼らは、小売業者の販促活動を受けてはじめて製品を購入する。彼らは、垂直的制限の対象となった製品の価値を、垂直的制限が課されているときの価格に近いと評価する。これに対して、限界内消費者は、販促活動がなくても製品を購入する。彼らは、当該製品の価値を、垂直的制限が課される前の価格よりも高いと評価しており、垂直的制限によって製品価格が引き上げられても、他の製品に移ることはない。買う

か買わないかの境界線の内側にいる消費者である³⁰⁰。

コマーチによると、これら二つの消費者集団について垂直的制限から生じる利得と損失は、次のようなものである。コマーチは、一つの例として、ディーラーによって提供される特別サービスが、製品の使用方法についての情報提供であり、限界的消費者は問題となる製品について知識を有しておらず、限界内消費者は既に知識を得ているという状況を想定する。この条件下で、垂直的制限によって特別サービスの費用が価格に上乗せされる場合、限界的消費者は利益を受ける。限界的消費者は、製品知識を有しておらず、特別サービスによってはじめて知識を得る。従って、特別サービス費用分を支払うことは合理的である。これに対して、限界内消費者は損失を被る。限界内消費者は、既に製品知識を有しており、特別サービスを受ける必要はないので、特別サービスの費用を負担させられる分だけ損失となるのである。しかし、限界内消費者は、その製品に強い選好を有しているため、価格が引き上げられても容易には他のブランド製品に移らない³⁰¹。

限界的消費者の利益と限界内消費者の損失の相殺の結果は、コマーチによると、二つの要素によって決まる。一つは、限界的消費者の集団と限界内消費者の集団の大きさの違いである。二つ目は、両消費者間の製品に対する（価値または価格）評価の差である。これらの差が大きい場合、需要曲線は非弾力的となり、製造業者は、限界内消費者をほとんど失うことなく、相当程度の価格引き上げができる³⁰²。

コマーチは、個々の事件において消費者厚生を増減を判断することは難しいことを認める。その打開策として、次のような違法性判断枠組を提案する³⁰³。既に広く知られている商品に対する垂直的制限は、消費者厚生を低下させる可能性が高いので、当然違法にするか、合理の原則を適用しながら被告に垂直的制限が消費者に利益をもたらすものであることを説明させる。他方、新商品や新規参入者の商品における垂直的制限は、消費者厚生を低下させる可能性が低いので、より寛容に扱う。

第2款 理論の問題点³⁰⁴

コマナー理論の問題点として、次の二つを挙げることができる。第一に、クラインによれば、特別サービスの提供によって限界内消費者の利益が増加する可能性もある。その一例として、特別サービスが製品のイメージにかかわるものである場合を挙げる。製品のイメージを形成する特別サービスは、限界内消費者にとっての製品の価値を高める場合があるとす³⁰⁵。

第二に、限界内消費者は、価格が引き上げられても、購入量を減らすことはなく、他のブランド製品に乗り換えることもないという前提に関するものである。これは常に成り立つとは限らない。製品について知識を持っている消費者が必ずその製品について強い選好を示すわけではないからである³⁰⁶。しかし、商品知識を持つ消費者の中に商品に強い選好を持たない者がいること自体は、大きな問題ではない。既に商品知識を持っていても消費者の中に商品に対して弱い選好を有する者は、その消費者は価格を引き上げれば他のブランド製品に乗り替えるので損害を被らないが、強い選好を示す者には、やはり厚生損失が生じるからである。問題は、商品知識を持つ者の中に商品に対して強い選好を持つ者がわずかしかない場合である。この場合、広く知られた製品でも、多数の限界的消費者を取り込めば、消費者厚生は増加する可能性がある。

第5節 ディーラー・カルテル類似効果論

純粹な最低再販売価格維持（製造業者間にもディーラー間にもカルテルがない場合）にディーラー・カルテル類似の効果を認める議論は、古くからあるものである。1911年のドクター・マイルズ判決にも、再販にディーラー・カルテル類似効果を認めたと思われる記述がある³⁰⁷。この考え方は、1960年代、70年代に、シカゴ学派の攻撃の的となった。シカゴ学派が標的にしていることから、かつては有力な考え方であったと推測するが、筆者の知る限り、これについて論じた論文は非常に少ない。

学説において、再販にディーラー・カルテル類似効果を認めるのは、ピトフスキーとシャープである。いずれの議論も、消費者の利益が損なわれることを問題としている。彼らは、そもそも、再販の多くはディー

ラー・カルテルが絡んだものであると認識しているのだが³⁰⁸、純粋な（カルテルを含まない）再販の場合であっても、ディーラー・カルテルと類似の効果を有していると考え³⁰⁹。

そこで、まずシャープの説明から見ることにする³¹⁰。彼は、ディーラーがカルテルを行わずに製造業者に再販を行わせる状況は、三通りあるとする。第一は、一社の有力なディーラーが製造業者に圧力をかける場合、第二は、多くの力のあるディーラーが、個別に製造業者に圧力をかける場合、そして第三は、ディーラーは圧力をかけないが、製造業者がディーラーの行動を予想して再販を行う場合である。このような場合、消費者厚生が大きく損なわれることがあると主張する。

第一の場合は、次のように説明される。シャープによれば、評判の高いディーラーが品質の指標となることがあり、その場合、このディーラーは、その販売量が示すよりも大きな影響力を製造業者に対して及ぼす。このディーラーが、価格競争から自分を守るために、製造業者に再販売価格を拘束するよう求めた場合、製造業者は、この要求を断ることにより予想される当該ディーラーとの取引の減少と、再販を行うことによる販売量減少（安売り業者との取引解消などによる）の可能性とを秤にかける。多くの場合、評判の高いディーラーに有利な方向で問題を解決するという。それは、要求を入れて再販を行うことは、現状維持を意味し、安全なマーケティング判断だからである。

第二の場合は、品質の指標となるディーラーが複数存在する場合である。シャープは、むしろこのような状況が通常であるとする。この場合、個々のディーラーは特別秀でた存在でなくても、集団として販売量等に影響を与える。従って、ディーラー・カルテルが無くても、数社のディーラーから安売り業者に関する苦情を個別に受けた場合、製造業者は再販を行うことになるという。

第三の場合は、いかにして起こるのか。シャープは言う、製造業者は、苦情を受けていなくても、安売り競争が、既存のディーラーの幾つかが自分の製品の取り扱いを止める原因となることを知っている。彼によれば、ほとんどの場合、既存の定価販売ディーラーとの取引量のほうが、

安売り店とのそれよりも大きいので、製造業者は、定価販売ディーラーとの取引を維持するために、自発的に再販を行うことがある。

ピトフスキーも、再販が競争に与える影響はディーラー・カルテルとほとんど同じであると述べている³¹¹。再販における製造業者とディーラーの関係は、相手方ができるだけ高い価格で販売し、消費者の競合製品への接近を制限する協力的行為であるという。この協力的行為は、ブランド間競争によって作られる限界の範囲内で行われる³¹²。再販により、その製品が持つ市場力いっぱいまで価格を引き上げることができ、これにより製造業者とディーラーは、ブランド内競争がある場合よりも高い利益を得ることができる。

注

¹⁸⁷ Benjamin S. Sharp, *Comments on Marvel: How Fair is Fair Trade ?*, 3 CONTEMP. POL'Y ISSUES 37, 41 (1985).

¹⁸⁸ Steiner, *supra* note 51, at 153.

コマナーも、マーベルの理論に対して、同様の批判を行っている。コマナーは、マーベルの品質保証サービス只乗仮説には限界があるとする。その限界の一つとして、マーベルが、サービスを提供するディーラーとしないディーラーの小売価格の違いが、品質保証の費用のみによって説明していることを挙げる。コマナーは、流通過程の効率化は、技術革新と同様、流通業者間の価格の違いを作り出すと述べる (William S. Comanor, *The Two Economics of Vertical Restraints*, 21 SW. U. L. REV. 1265, 1271 (1992))。

ピトフスキーに至っては、安売り業者のほうが効率的であり、価格の引き下げによって消費者に利益を還元するものと推定してよいと述べている (Robert Pitofsky, *Why Dr. Miles Was Right*, 8 REG. 27, 29 (1984))。

¹⁸⁹ Robert L. Steiner, *Manufacturers' Promotional Allowances, Free Riders and Vertical Restraints*, 36 ANTITRUST BULL. 383, 406 (1991).

¹⁹⁰ Norman G. Milley, *The High Cost of RPM: Discounting, Manufacturing, and the Scale-Economy Problem*, 14 ANTITRUST L. & ECON. REV. 101, 106 (1983).

¹⁹¹ Weiss, *supra* note 46, at 528.

¹⁹² F. M. Scherer, *The Economics of Vertical Restraints*, 52 ANTITRUST L. J. 687, 700-01 (1983).

¹⁹³ *Id.* at 703.

シェラーによると、「垂直的制限が効率性を低下させるものである可能性が

高いほど、高価格は、取引量の拡大を伴わずに、新規参入者を当該産業内に引き込むのであり、従って既存店舗の規模は縮小し、規模の経済性が失われるのである。」(Id. at 704-05.)

¹⁹⁴ Id. at 704.

オウバーストリートとフィシャーも同様の指摘を行っている。彼らは、「多くのブランド製品を扱うディーラーが、みな個々の製品について販売促進活動を行えば、幾つかの販促活動は、需要創出的というより需要転換的（製造業者間で顧客を転換させる）なものとなる」可能性があることを指摘する（Overstreet & Fisher, *supra* note 81, at 46）。

¹⁹⁵ ポズナーやデンジャーは、より制限的な代替手段があることを理由に垂直的制限を違法とすることは、シルベニア判決によって否定されたと主張する（Posner, *supra* note 60, at 12; Denger, *supra* note 97, at 911）。

¹⁹⁶ 実は、ポズナーは、サービス提供の実効性について矛盾するような発言も行っている。1977年の論文で、彼は、地域制限について次のように説明している。「製造業者は、ディーラーに排他的販売地域を与え、ディーラーが、製造業者が望む水準のサービスを支えるだけの価格を付けられるようにする」。すると、ディーラーは、排他的販売地域によって可能となった値上げ分を懐に入れることはせず、値上げ分を販売前サービスの提供に費やすことになる。「なぜなら、そうしなければ、製造業者は、その販売地域を他のディーラーに割り当てるだろうと予想されるからである。」(Posner, *supra* note 60, at 4.) これは、特別サービスの実効性が、取引拒絶の脅しによって担保されていることを意味している。垂直的制限を課せば自動的にディーラーが特別サービスを提供するというポズナー自身の主張に矛盾するのである。

¹⁹⁷ Pitofsky, *supra* note 188, at 29.

¹⁹⁸ Posner, *supra* note 60, at 4.

¹⁹⁹ Robert Pitofsky, *The Sylvania Case: Antitrust Analysis on Nonprice Vertical Restrictions*, 78 COLUM. L. REV. 1, 20 (1978).

²⁰⁰ 国民経済研究協会『流通機構に対する公的介入の問題点と今後の課題——事例による日・欧・米の比較研究——』4頁（1978）およびR・S・テドロウ（近藤文男監訳）『マス・マーケティング史』（ミネルヴァ書房、1993）。

²⁰¹ レオナード・W・ワイズ（江夏健一ほか訳）『独占・寡占・競争：現代アメリカの産業組織』215頁（好学社、1970）。

²⁰² 高井一『米国E流通革命』20-23頁（東洋経済新報社、2000）。

²⁰³ Flynn & Ponsoldt, *supra* note 22, at 1131.

²⁰⁴ オウバーストリートとフィッシャーによると、1954年の推計では、公正取引契約の対象商品のうち、衛生薬品と内服液が20パーセント、14.6パーセントが薬屋の雑貨、9.5パーセントがアルコール飲料、7.4パーセントが化粧品、

6.6パーセントがタバコとその関連商品であった。つまり、公正取引契約によって販売される商品の半分が、薬屋で多頻度で販売されるものであった (Overstreet & Fisher, *supra* note 81, at 50)。マーベルについては、Marvel & McCafferty, *supra* note 111, at 348 を見よ。

²⁰⁵ Pitofsky, *supra* note 199, at 21.

²⁰⁶ Steiner, *supra* note 51, at 189.

スタイナーは、只乗りが起こらないと言っているのではない。只乗りが起こる場合があることを認めた上で、只乗りが起こる状況であっても、垂直的制限によって防止できる場合は少ないと考えているのである。(只乗防止に垂直的制限が役立つ場合については第6章7節を見よ。)

²⁰⁷ 第5章3節2款を参照。

²⁰⁸ Klein, *supra* note 126, at 20 n. 45.

²⁰⁹ Scherer, *supra* note 192, at 705.

²¹⁰ Sharp, *supra* note 187, at 39.

²¹¹ Klein & Murphy, *supra* note 125, at 289.

²¹² Scherer, *supra* note 192, at 695.

²¹³ Grimes, *supra* note 24, at 1310.

²¹⁴ Comanor, *supra* note 188, at 1271.

²¹⁵ *Id.* at 1272-73.

²¹⁶ Sharp, *supra* note 187, at 40.

²¹⁷ クライン理論を批判する邦語論文として、川浜・前掲注(15)137巻1号14-16頁がある。

²¹⁸ Grimes, *supra* note 127, at 843.

²¹⁹ Comanor, *supra* note 188, at 1276.

²²⁰ Telser, *supra* note 56, at 92-94; Posner, *supra* note 19, at 19-20.

イポリトは、地域制限やディーラー数の制限などの垂直的非価格制限も只乗りを防ぐには不十分であるとし、再販のより制限的でない代替手段とはならないとする (Pauline M. Ippolito, *Resale Price Maintenance: Empirical Evidence from Litigation*, 34 J. L. & ECON. 263, 290 (1991))。

また、ゴウルドバーグは、製造業者間のカルテルがない場合は、できるだけ安い費用で販売する方法は製造業者が一番よく知っていると推定すべきで、裁判所が後知恵で批判すべきではないと述べている (Goldberg, *supra* note 142, at 756-57)。

²²¹ Klein, *supra* note 126, at 6.

²²² ピトフスキーは、販売員が顧客に説明をする必要がある商品の場合、厳格な垂直的制限に代わる手段を見つけることは難しいと認めている (Pitofsky, *supra* note 199, at 23)。

²²³ 第一次責任条項は、ディーラーに販売地域を割り当て、ディーラーは、その地域内で一定量以上の製品を販売しない限り、割り当て地域外では販売できない仕組みである。利益移転条項は、ディーラーが、自分に割り当てられた地域の外に住む顧客に製品を販売した場合、その顧客の住所地を担当するディーラーに一定額の金銭を支払うというものである (*Id.* at 22-23)。

²²⁴ スタイナーは、販売奨励金を次のように定義する。「販売奨励金は、ブランド製品の販売を増やそうとする小売業者の『特別サービス』を行う費用を賄うために、製造業者が小売業者に支払うものである。特別サービスには、宣伝広告、店舗内での陳列、製品の実演販売および店の販売員による『売り込み (push)』が含まれる。」 (*Steiner, supra* note 189, at 384-85.)

²²⁵ Robert L. Steiner, *How Manufacturers Deal with the Price-Cutting Retailer: When Are Vertical Restraints Efficient?*, 65 ANTITRUST L. J. 407, 427 (1997).

²²⁶ Steiner, *supra* note 189, at 383.

²²⁷ *Id.* at 389.

²²⁸ *Id.* at 398.

²²⁹ *Id.* at 397.

²³⁰ *Id.* at 400.

²³¹ *Id.*

²³² *Id.* at 401.

²³³ *Id.* at 401-02.

²³⁴ Saul Levmore, *Rescuing Some Antitrust Law: An Essay on Vertical Restrictions and Consumer Information*, 67 IOWA L. REV. 981, 986-88 (1982).

²³⁵ *Id.* at 989-91.

²³⁶ Pitofsky, *supra* note 188, at 28.

²³⁷ Steiner, *supra* note 51, at 187; *supra* note 225, at 430.

²³⁸ Robert L. Steiner, *Sylvania Economics — A Critique*, 60 ANTITRUST L. J. 41, 45 (1991).

²³⁹ *Id.* at 45-46.

垂直的制限の追隨的波及と囚人のジレンマ理論については、第8章1節を参照せよ。

²⁴⁰ Strasser, *infra* note 246, at 801; Louis, *infra* note 249, at 266; Andersen, *infra* note 249, at 782.

²⁴¹ ピトフスキーは、競争相手のものと区別が難しい製品であっても、ほとんどの場合、「宣伝広告を行いさえすれば、競争相手のブランド製品と区別することが可能である」と述べている (Pitofsky, *supra* note 199, at 28)。

²⁴² Grimes, *supra* note 45, at 94.

²⁴³ See, EDWARD H. CHAMBERLIN, *THE THEORY OF MONOPOLISTIC COMPETITION: A RE-ORIENTATION OF THE THEORY OF VALUE* (8th ed. 1962). (E・H・チェンバリン (青山秀夫訳)『独占的競争の理論』(至誠堂、1966)。

独占的競争の理論は、十分な理論的一般化がなされていないため、一般均衡の枠組において使用することは難しい (Taney, *supra* note 176, at 346)。

²⁴⁴ チェンバリンは、競争関係にある製品が差別化されている (同質的でない) としながら、費用曲線と需要曲線がいずれの製品でも同一と仮定している。これについては批判がある (DONALD. A. HAY & DEREK. J. MORRIS, *INDUSTRIAL ECONOMICS AND ORGANIZATION: THEORY AND EVIDANCE*, 8 (2nd ed. 1991))。

²⁴⁵ 従って、製品差別化がなされている場合、ブランド内競争の制限が市場力に与える影響は、市場占有率の数字から判断されるものよりも大きくなる可能性がある (Wesley A. Cann, Jr., *Vertical Restraints and the "Efficiency" Influence — Does Any Room Remain for More Traditional Antitrust Values and More Innovate Antitrust Policies ?*, 24 AM. BUS. L. J. 483, 518 (1986))。

²⁴⁶ Kurt A. Strasser, *Vertical Territorial Restraints After Sylvania: A Policy Analysis and Proposed New Rule*, 1977 DUKE L. J. 775, 837.

²⁴⁷ William S. Comanor, *Vertical Territorial and Customer Restrictions: White Motor and Its Aftermath*, 81 HARV. L. REV. 1419, 1424 (1968).

²⁴⁸ Comanor, *id.* at 1424 (quoting Edward H. Chamberlin, *Product Heterogeneity and Public Policy*, in READINGS IN INDUSTRIAL ORGANIZATION AND PUBLIC POLICY (R. Heflebower & G. Stocking eds. 1958))。

ボーリングも同じ趣旨を述べている。彼は言う、「製品差別化は、顧客が製品の広い選択肢を持つことを可能にし、非価格競争——品質、サービス、保証等の改善——を活性化させることがある。」(Bohling, *supra* note 21, at 507.)

²⁴⁹ このような説明をするものとして、Comanor, *supra* note 247, at 1425-27、Grimes, *supra* note 45, at 96、Martin B. Louis, *Vertical Distribution Restraints After Sylvania: A Postscript and Comment*, 76 MISH. L. REV. 265, 266 (1977)、William R. Andersen, *Antitrust Consequences of Manufacturer-Suggested Retail Prices — The Case for Presumptive Illegality*, 54 WASH. L. REV. 763, 782 (1979) などがある。

²⁵⁰ Comanor, *supra* note 247, at 1425-26.

²⁵¹ *Id.* at 1424.

²⁵² ズィーマーマンは、「多くの企業が地域制限を禁止する同意判決に進んで署名する…ことは」、地域制限が効果的な流通を行うために不可欠なものではないことを意味すると述べている (Edwin M. Zimmerman, *Distribution Restrictions After Sealy and Schwinn*, 12 ANTITRUST BULL. 1181, 1186 (1967))。

²⁵³ See, e. g., Andersen, *supra* note 249, at 784.

²⁵⁴ Comanor, *supra* note 247, at 1426. Cf. Strasser, *supra* note 246, at 801.

²⁵⁵ Comanor, *id.* at 1423.

²⁵⁶ Strasser, *supra* note 246, at 837.

²⁵⁷ Pitofsky, *supra* note 199, at 17.

²⁵⁸ Comanor, *supra* note 247, at 1426.

²⁵⁹ *Id.* at 1427.

ピトフスキーも、宣伝広告によって産業全体における供給者段階の価格の安定が下支えされると述べている（Pitofsky, *supra* note 199, at 17）。

²⁶⁰ 宣伝広告については、次のようなサローによる興味深い指摘がある。「アメリカ人の心の奥にはピューリタンの考え方がひそんでいる。すなわち、広告や、店の装飾や、商品の見た目のよさや、魅力的な売り子などを取り去ってしまうことができさえすれば、もっと正しい選好ができ、もっと大きなよろこびを味わうことができるだろうという考え方である。」（レスター・C・サロー（岸本重陳訳）『ゼロ・サム社会』228-229頁（TBSブリタニカ、1981））。

²⁶¹ Posner, *supra* note 60, at 4.

スタイナーも、1978年の論文で、宣伝広告は価格弾力性を小さくするものであるとする考え方を、伝統理論と呼んでいる（Robert L. Steiner, *A Dual Stage Approach to the Effects of Brand Advertising on Competition and Price*, in *MARKETING AND THE PUBLIC INTEREST* 127 (John F. Cady ed. 1978))。

²⁶² Steiner, *id.*

²⁶³ Posner, *supra* note 26, at 930; *supra* note 19, at 4.

²⁶⁴ Williamson, *supra* note 160, at 983.

²⁶⁵ Steiner, *supra* note 261, at 127.

²⁶⁶ Steiner, *supra* note 225, at 440.

²⁶⁷ Grimes, *supra* note 45, at 94.

宣伝広告は競争を促進するものであると主張する代表的な論客としてネルソンを挙げることができるが、グライムズは、広く宣伝された製品は、通常、賢明な購入判断がなされていることを意味するというネルソンの見解を受け入れている（Grimes, *supra* note 127, at 822 (quoting Phillip Nelson, *The Economic Value of Advertising*, in *ADVERTISING & SOC'Y* 43, 50 (Yale Brozen ed. 1974))）。

但し、グライムズは、ブランド製品の販売促進活動には反競争的なものも存在すると考えている。それは、消費者への情報提供を伴わない販促活動である。その中で特に有害なものとするのが、次の節で取り上げる店舗内顧客誘導である。

²⁶⁸ Pitofsky, *supra* note 199, at 37.（ピトフスキーは次のように述べている。「大きく差別化されている製品を供給する供給者は、取引の相当部分を失うことなく、価格を引き上げる能力を持つ。そのような供給者がそのディーラーをブランド内競争から守る程度に、供給者は、これらのディーラーに市場力を譲渡す

る。」(第7章5節を参照。))

²⁶⁹ Grimes, *supra* note 127, at 845.

²⁷⁰ Pitofsky, *supra* note 199, at 37.

²⁷¹ Grimes, *supra* note 45, at 116.

²⁷² Pitofsky, *supra* note 199, at 37.

²⁷³ グライムズ自身は、「店舗内顧客誘導」ではなく、「消費者との情報較差の利用から生じる法益侵害」と呼んでいる (Grimes, *supra* note 45, at 107)。

²⁷⁴ 店舗内顧客誘導の問題は、グライムズの提案する垂直的制限の違法性判断枠組に、次のように組み込まれている。判断枠組は二つの段階に分かれている。第一段階には、三つの篩い落としの基準が用意されており、そのいずれかを満たすと違法性なしと判断され、いずれも満たさない場合には第二段階の分析に進む。三つの篩とは、ブランド内競争を相当程度残していること、被告が市場力を有していないこと、および製造業者が小売販売においても危険を負担していることである。店舗内顧客誘導が認められる場合、市場占有率が小さくても市場力有りとして判断される。第二段階は諸要素の比較衡量である (*Id.* at 119-23)。

²⁷⁵ 同趣旨の指摘は J. R. Gould & B. S. Yamey, *Professor Bork on Vertical Price Fixing*, 76 YALE L. J. 722, 724 (1967) にある。グールドとヤーメイは、「競争関係にある製造業者の集団が…小さな粗利益よりも大きな粗利益を好む再販業者からの彼らの製品に対する支援を確かなものにしよとする競争的な意図で、再販を採用する」ことがあると述べている。

²⁷⁶ Grimes, *supra* note 45, at 107-08.

²⁷⁷ 同様の指摘は、ピトフスキーによってもなされている。ピトフスキーは、「ディーラーが複数ブランドの製品を供給する場合、制限は、利幅の大きなブランドのものを購入するよう顧客を説得するようにディーラーを勧誘するための『賄賂』に相当することがある」と述べている (Pitofsky, *supra* note 199, at 19)。

²⁷⁸ Grimes, *supra* note 45, at 108.

²⁷⁹ Grimes, *supra* note 127, at 825-26.

経済学における分類では、商品には、信用型商品 (credence goods) の他、探索型商品 (search goods) と経験型商品 (experience goods) がある。探索型商品とは、購入の際に消費者が、品質を外面から判断しうる商品であり、経験型商品とは、購入して使用した後に品質を正しく判断できる商品である。

²⁸⁰ *Id.* at 830.

²⁸¹ 佐藤・前掲注 (14) 567号67頁もほぼ同様の見解を示したものである。佐藤は、グライムズが指摘する反競争的效果は、消費者保護の観点から問題としたものであると理解している。

²⁸² Grimes, *supra* note 45, at 109.

- ²⁸³ Grimes, *supra* note 127, at 817, 832-34.
- ²⁸⁴ Grimes, *supra* note 24, at 1307-08.
- ²⁸⁵ Grimes, *supra* note 127, at 834-35.
- ²⁸⁶ *Id.* at 838.
- ²⁸⁷ Toys “R” Us, Inc. v. R. H. Macy & Co., 728 F. Supp. 230 (S. D. N. Y. 1990).
- ²⁸⁸ Sample, Inc. v. Pendleton Woolen Mills, Inc., 704 F. Supp. 498 (S. D. N. Y. 1989).
- ²⁸⁹ Jeanery, Inc. v. James Jeans, In., 849 F. 2d 1148 (9th Cir. 1988).
- ²⁹⁰ Parkway Gallery Furniture, Inc. v. Kittinger/Pa. House Group, Inc., 878 F. 2d 801 (4th Cir. 1989).
- ²⁹¹ Cheatham’s Furniture Co. v. La -Z-Boy Chair Co., 728 F. Supp. 569 (E. D. Mo. 1989).
- ²⁹² Bailey’s, Inc. v. Windsor Am., Inc., 948 F. 2d 1018 (6th Cir. 1991).
- ²⁹³ Sorisio v. Lenox, Inc., 863 F. 2d 195 (2d Cir. 1988).
- ²⁹⁴ Ben Elfman & Son, Inc. v. Criterion Mills, Inc., 774 F. Supp. 683 (D. Mass. 1991).
- ²⁹⁵ Lovett v. General Motors Corp., 769 F. Supp. 1506 (D. Minn. 1991).
- ²⁹⁶ Inter-City Tire & Auto Ctr., Inc. v. Uniroyal, Inc., 701 F. Supp. 1120 (D. N. J. 1988).
- ²⁹⁷ Corrosion Resistant Materials Co. v. Steelie, Inc., 692 F. Supp. 407 (D. N. J. 1988).
- ²⁹⁸ William S. Comanor, *Vertical Price Fixing, Vertical Market Restriction and the New Antitrust Policy*, 98 HARV. L. REV. 983 (1985).
- コマナーの議論を支持するものとして、Steiner, *supra* note 238, at 46、Cann, *supra* note 245, at 519-20 および Grimes, *supra* note 45, at 111 がある。
- ²⁹⁹ Comanor, *supra* note 298, at 1001-02.
- ³⁰⁰ *Id.* at 991.
- ³⁰¹ *Id.* at 991-92, 999.
- ³⁰² *Id.* at 999-1000.
- ³⁰³ *Id.* at 1001-02.
- ³⁰⁴ コマナーの議論は、製造業者の利害と消費者の利害は常に一致するというシカゴ学派の主張が間違っていることを示すものである。しかし、ポズナーは、理論的にはコマナーが主張するように消費者の利益が減少する可能性があることを否定できないとしながら、裁判所が限界的消費者と限界内消費者を区別することは實際上困難なので、この問題は反トラスト法の議論で持ち出すべきではないと主張するのである (POSNER, *supra* note 27, at 176)。しかし、これには論理の飛躍があろう。確かに、裁判所が限界的消費者と限界内消費者の区別をすることが難しいのであれば、これらの消費者の得失を計算することを合理の原則分析に含ませることはできない。しかし、合理の原則分析で使えないということは、直ちに反トラスト法で取り上げるべきでないとの結論につながるもの

ではない。理論的に、限界内消費者の損失が生じる結果、垂直的制限によって総余剰が減少する可能性があるという結論に至れば、垂直的制限を当然合法とすべしとの主張は維持できないはずである。(ポズナーの当然合法の提案については注(68)を参照。)

³⁰⁵ Klein & Murphy, *supra* note 125, at 291.

³⁰⁶ Cf. Don Boudreaux & Robert B. Ekelund, Jr., *Inframarginal Consumers and the Per Se Legality of Vertical Restraints*, 17 HOFSTRA L. REV. 137 (1988). (ブードローらは、市場の不完全性を小さく見る立場からコマーサー批判を行っている。彼らは、限界内消費者と限界の消費者における需要の価格弾力性は同じであり、両方の消費者にとって特別サービスは同等の価値を持つと述べる。)

³⁰⁷ ドクター・マイルズ判決で最高裁は、ドクター・マイルズは、再販を「ディーラーが互いに合意をして、結合を形成し、同様の制限を作り上げ、同じ結果を達成しようと努力して自ら行おうとするのと同じようにうまくできる」と述べている (*Dr. Miles*, 220 U. S., at 408)。

なお、ドクター・マイルズ判決における違法判断の理由の一つとしてディーラー・カルテル類似効果があることを指摘するものとして Anderson, *supra* note 84, at 919 がある。

³⁰⁸ カルテルを伴う再販を含めると、シャープらの認識は次のようになる。まず、シャープは、カルテルを伴うものまたはカルテル類似効果を持つ再販は、再販全体の80%以上としている (*Sharp*, *supra* note 187, at 40)。

ピトフスキーも、再販のほとんどはディーラー・カルテルによるものであると考えている。只乗り防止のために採用されることや、製造業者のカルテルを補強するために用いられることはまれであるとする (*Pitofsky*, *supra* note 188, at 28)。

また、リトバクも、経験的に、ほとんどの再販は、カルテル類似の方法で、最初から小売業者によって形成されたものか、再販が課された後に小売業者のカルテル類似の行為によって維持されているものかいずれかであると述べている (*Sanford M. Litvack, The Future Validity of the Current Antitrust Treatment of Vertical Restraints*, 75 CAL. L. REV. 955, 957 (1987))。

³⁰⁹ 垂直的制限のカルテル効果についての認識は、ピトフスキーの提案する垂直的制限の違法性判断枠組に反映されている。まず、再販には当然違法の原則を適用すべきとする。ディーラー・カルテルと同じ効果を持つとの認識から当然の帰結であろう。但し、二つの例外を認める。一つは、新規参入者が、販売にあたってディーラー・サービスが必要な製品について、短期間行う場合である。二つ目は、只乗りが起こる等の理由から価格拘束を行わなければ製品が市場に存在し得ない場合である。これらの場合には、違法性なしと判断される (*Pitofsky*, *supra* note 188, at 30)。垂直的非価格制限については、次の二つを当

然違法とする。第一は、厳格な地域・顧客制限である。その理由の一つとして、ディーラー・カルテルが主導する垂直的制限と識別が難しいことを挙げている。第二は、最低価格の維持に直接的で相当程度の影響を与える垂直的制限である。その他の垂直的非価格制限は、諸要素を総合的に考慮して反競争的効果の有無を判断するほかないと述べている（Pitofsky, *supra* note 199, at 30-32）。

³¹⁰ Sharp, *supra* note 187, at 38-39.

³¹¹ Robert Pitofsky, *In Defense of Discounters. The Non-Frills Case for the Per Se Rule Against Vertical Price Fixing*. 71 GEO. L. J. 1487, 1490 (1983).

³¹² Pitofsky, *supra* note 199, at 15.

* 本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2003年3月25日授与）に補筆したものである。