



HOKKAIDO UNIVERSITY

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（1）－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; OTSUKI, Fumitoshi
Citation	北大法学論集, 55(5), 366-327
Issue Date	2005-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15325
Type	departmental bulletin paper
File Information	55(5)_p366-327.pdf



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（1）

—— 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、本号）

第4章 シカゴ学派の影響力——最高裁による判例変更

第5章 只乗理論派（2）——新たな展開

第6章 反只乗理論派（1）——只乗理論批判

第7章 反只乗理論派（2）——消費者利益の減少

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

はじめに

本稿は、アメリカ反トラスト法における垂直的制限規制に関する学説の研究である。この研究は、日本の独占禁止法における解釈問題に端を発するものであるが、日本法の研究との関係については、「はじめに」と「おわりに」において、簡略に説明するに止めざるをえない。

本研究に先立つ日本法における問題関心は、垂直的制限¹を規制する結果として生じる社会的厚生の変化を、垂直的制限の違法性判断の中に取り入れるべきか否か、という問題である。ここでは、社会的厚生として、経済効率性や消費者の利益などが念頭にある。垂直的制限の規制は、独禁法では、一般指定12項と13項が受け持っている。これらはいずれも、所定の行為要件と共に、「公正な競争を阻害するおそれ」（公正競争阻害性）があることが要件となっている。現在、学説の多数の支持を得ているのは、この公正競争阻害性を、垂直的制限によって市場が持つ競争機能の発揮が妨げられているか否かによって判断するというものである。しかし、垂直的制限を規制する結果として生じる社会的厚生の変化をも考慮要素とすべきかどうか、という問題について検討する必要があると考えるのである。併せて、考慮要素とすべきであるとするれば、どのようなものがそれに該当するのかということも問題となる。

多数説についてより詳しく述べると、次のようになろう。多数説では、一般指定12項および13項における公正な競争の阻害とは、事業者相互間の自由な競争を妨げること、および事業者がその競争に参加することを妨げることでありと説明される。そして、「公正な競争を阻害するおそれ」があるか否かは、主として価格競争を制限する効果が生じるか否かによって判断するものとされてきた。価格競争は、競争機能の発揮のために最も重要な競争類型であると考えられるためである。再販売価格維持(再販)は価格影響があるので公正競争阻害性が認められ違法(実質的に子会社である場合、真正の委託販売である場合などは、公正競争阻害性なしとする余地あり)となる。垂直的非価格制限については、個別に判断されるが、価格競争への影響を中心にして公正競争阻害性が判断される²。公正取引委員会の流通・取引慣行ガイドラインも同様の内容を定めている。「公正な競争を阻害するおそれ」は、競争の実質的制限に至らない程度の競争制限であると、多数説では説明されるが³、この独禁法における主要な競争影響要件である競争の実質的制限は、市場の競争が持つ機能が制限されている状態であり、言い換えれば市場支配力という競争圧力からある程度逃れて取引条件(特に価格)を設定する事業者の力が形成、維持または強化されることであると理解されている。

上述のように、多数説では、垂直的制限を規制する結果どのような社会的厚生が得られるのか又は損なわれるのかということは、公正競争阻害性の判断において考慮されない⁴。ブランド内競争を制限するが、消費者の利益を増加させる効果があるので、公正競争阻害性なし、というような判断はなされないということである。

社会的厚生への影響を考慮するか否かという問題は、垂直的制限の公正競争阻害性の有無を判断するとき、経済理論を利用することと関係している。産業組織論など経済学の研究成果を利用しようとするとき、規制により生じる社会的厚生の変化の位置づけを検討する必要があるのである。経済理論が利用される場面としてまず挙げられるのは、事実の問題として、問題となる事業者の行為が競争に与える影響(経済的効果)を特定する場合である。経済理論に基づいて、垂直的制限の中で特

定の類型に属するものについて、特定の経済的効果が生ずることを推認することである。しかし、経済理論は、事実問題のみならず、公正競争阻害性の解釈にも影響を与えることがある。すなわち、採用する経済理論によっては、「公正な競争を阻害する」に、垂直的制限が行われることにより特定の社会的厚生が減少する場合を含む、と解釈する必要が生じることが考えられる。例えば、ある理論を垂直的制限の経済的効果を説明するものとして採用することにより、消費者の利益が損なわれる場合を、「公正な競争を阻害する」に当ると解釈することが必要となる場合である。これは、言い換えれば、消費者利益の減少防止を、垂直的制限規制の目的の一つとすることであり、消費者の利益を、垂直的制限規制によって保護される法益に含めることである。誤解を避けるために付言すると、経済理論の利用と言うとき、個々の事件において、垂直的制限を規制することによる社会的厚生が増加または減少を、経済学を使って計算し、数値化して示すことを考えているのではない。そうではなく、特定の類型に属する垂直的制限については、例えば、消費者の利益を減少させるものと評価することである。

多数説の見解も、経済理論と無関係ではなく、独禁法において経済理論を参照することは、今に始まったことではない。しかし、独禁法における多数説においては、経済理論の利用には積極的であるとは言えず、垂直的制限の公正競争阻害性の説明においても、経済理論が占める役割は小さいものである。また、先に見たように、垂直的制限規制の結果生じる社会的厚生の変化を公正競争阻害性の判断要素とはしていない。これに対して、経済理論の導入に積極的な昨今の学説は、規制の結果生じる社会的厚生の変化を重視する傾向にあるのである。

新たな経済理論を取り入れること、およびそれに伴う社会的厚生の取り扱い問題を検討することの必要性には、消極的理由と積極的理由の二つがある。消極的理由としては、学説の趨勢を挙げることができる。積極的理由は、垂直的制限の公正競争阻害性に関する解釈論を改善する可能性があると考えられることである。

まず、消極的理由のほうから見る。以下に示すように、我が国の独禁法学説の中に、経済理論を従来よりも積極的に取り入れようとする傾向が強まっており、これらを無視することはもはやできない状況に至っていると思われる。

経済理論を積極的に使用する論者は、以前から少数ではあるが存在した。これらは、アメリカのシカゴ学派の影響を受けたものである。アメリカの反トラスト法では、経済理論が積極的に利用されるようになっていく。1970年代から80年代に勢力を強めた反トラスト法のシカゴ学派は、厚生経済学の理論に基づいて反トラスト法の解釈理論を構築した。シカゴ学派は、競争そのものよりも、ある行為を反トラスト法で規制することにより市場にもたらされる配分的効率性の変化によって、違法性を判断すべきと考える（詳細は後述）。我が国では、この学派の影響を受けた研究者として来生を挙げることができる。来生は、垂直的制限についても、配分的効率性と動態効率性という競争の結果生じる厚生変化によって公正競争阻害性を判断すべきと主張する⁵。しかし、日本ではシカゴ学派に対する拒否反応が強く、来生説は支持を広げることができなかった。

その後、アメリカでは、シカゴ学派の影響力は以前より低下したものの、経済理論を積極的に利用する流れは変わっていない。ポスト・シカゴの経済学と呼ばれる一群の経済理論など、新しい経済理論が提示されており、シカゴ学派よりも精緻な経済分析が行われるようになっていく。現在、これらの理論を取り入れた反トラスト学説が展開されているが、これらの議論も、配分的効率性など競争の結果もたらされるものに違法性判断の重心がある。

これに呼応するかのように、我が国の独禁法においても、最近、違法性判断に経済学の成果を従来よりも積極的に取り入れようとする動きが、独禁法研究者の中に広がり始めているように思われる。その顕著な例は、大録の独禁法理論である。大録は、経済理論を正面に出した独禁法解釈論を展開し、垂直的制限の公正競争阻害性を含めた競争影響の判断は、配分的効率性（総余剰）の変化によって行うべきと主張している⁶。他の例としては、最近刊行された川濱他執筆の独禁法の教科書を挙げるこ

とができる⁷。従来の教科書よりも経済理論を多く取り上げている。ただ、この教科書では、垂直的制限を規制する結果生じる社会的厚生の変化を違法性判断要素とするか否かについては、明確に示されていない⁸。実務においても、最近、法運用に経済学の成果を生かそうとする動きが見られる。その一つが、競争政策研究センターの設立である。この研究機関は、従来よりも公取委と経済学者との連携を深めることを、設立目的の一つとしている。

このような状況の下で、我が国においても経済理論の取り込みについてより掘り下げた議論が必要になっていると言えよう。そして、経済理論を取り入れようとする、競争制限行為を規制する結果生じる社会的厚生の変化を違法性判断の考慮要素とすべきかどうかについて検討することが必要となる。

次に、前述の積極的理由について見る。筆者は、経済理論を取り入れながら、多数説を修正することによって、垂直的制限の公正競争阻害性について妥当な解釈を導くことができるであろうと予想している。先に述べたように、多数説も、経済理論と一定の関係を有することは否定できない。我が国の多数説は、アメリカ反トラスト法のハーバード学派の影響を強く受けており、この学派は、厚生経済学の応用分野である産業組織論を基礎としている。故に、経済理論を取り入れて学説を修正することは可能であると思われる。

先に、垂直的非価格制限のほうから見る。これについては、多数説が以前から抱える問題点がある。垂直的非価格制限は、通説的見解に従っても、ブランド内競争とブランド間競争の両方の事情を考慮して公正競争阻害性を判断する形になっている。この場合、価格競争に影響を与えるかどうかという基準で答えを出すことが難しい事例が生じうる。例えば、責任地域制である。これは、地域外での競争を完全に制限していないので、競争制限の程度は低いというとき、これは、ブランド内競争の制限を問題としている。同時に、責任地域制には競争促進効果があると考えられているが、この競争はブランド間競争を指している。責任地域制は、

競争制限の程度が弱いとしても、一定範囲の競争を制限していることには変わりはなく、価格にある程度の影響を与えることが考えられる。すると、ブランド内の価格競争を制限する効果とブランド間の価格競争を促進する効果という、価格に関する二つの効果が併存することになる。厳格な地域制限についても、同様の問題を指摘できる。流通・取引慣行ガイドラインの解説によると、「新規参入者や下位の事業者が」厳格な地域制限を「行う場合には、厳格な地域制限が商品の販売促進に寄与し、メーカー間の競争（ブランド間競争）を促進させ、市場全体の競争にとってプラスとなる場合もありうる」のである。このような問題に対して、垂直的制限を規制する結果生じる社会的厚生の変化を公正競争阻害性の考慮要素に含めることが、一つの解決方法になりうる」と期待できる。

第二は、再販についてである。我が国の再販の議論では、再販は製品差別化の程度が大きいなど、ブランド間競争が働かない商品に対して行われるという説明が広く用いられている。このような実態認識に基づけば、ブランド内競争を制限する再販は、常に競争を制限するものであることになる⁹。これに対して、その後の研究により新たな説明理論が提示されている。こうした研究の進展により、従来の説明が当てはまらない事例があるということになった場合、これを公正競争阻害性の判断に反映させるべきかどうか検討する必要がある。また、反映させるべきという結論に至ったとき、価格競争を中心とした競争機能への影響があるか否かのみによって違法性を判断するやり方を維持できなくなる可能性がある。その場合、消費者の利益や配分的効率性などの考慮が必要となることも考えられる。

垂直的制限の公正競争阻害性判断において、規制の結果生じる社会的厚生の変化を考慮要素とするかどうかという問題は、2条9項や一般指定にとどまらず、法1条（独禁法の目的）の解釈にも係わるものである。法1条との関係で言うと、価格競争に影響を与えるか否かは、「公正且つ自由な競争」の促進（いわゆる独禁法の固有の目的）の問題であり、配分的効率性や消費者の利益は、「一般消費者の利益を確保するととも

に、国民経済の民主的で健全な発達を促進すること」（いわゆる独禁法の究極目的）に含まれるものである¹⁰。従って、もし規制による社会的厚生の変化を考慮すべきという結論が出れば、法1条の解釈も変更を迫られることになるかもしれない。

以上のように、垂直的制限行為を規制する結果生じる社会的厚生の変化を公正競争阻害性判断の考慮要素とすべきか否かという問題は、大きな広がりを持つ問題であり、容易に答えが出せる問題ではないと思われる。本稿は、研究の第一歩として、問題解決の糸口を、アメリカの反トラスト学説の中に探ろうとするものである。

第1章 課題の設定

第1節 問題の所在

アメリカでは、配分的効率性や消費者の利益など、垂直的制限規制の結果として生じる社会的厚生の変化は、反トラスト法の目的の問題として論じられている。垂直的制限に限定するのではなく反トラスト法一般の目的についての議論があり、これと関連付けて垂直的制限の反競争的効果を論ずることがなされている。そこでは、垂直的制限の反競争的効果は、垂直的制限の経済的効果に関する議論があり、それが反トラスト法の目的に反するか否かが論じられることになる。アメリカには、この種の学説の蓄積が相当程度存在する。

そこで、本稿では、上述のような学説を分析対象として、次のような課題を設定する。すなわち、反トラスト法の目的に関する考え方と、垂直的制限の経済的効果に関する認識が、垂直的制限の反競争的効果の評価にいかなる影響を与えているかについて検討する、というものである。反トラスト学説では、反トラスト法の目的として、経済的目的を中心に据える考え方が主流となっている。これらの学説においては、経済的効果の議論では経済理論が重要な役割を果たしており、反トラスト法の経済的目的については、反トラスト規制により生じる社会的厚生の変化に重点が置かれる。本稿の関心は、こちらのほうにある。事業者の自立性の確

保などの政治的または社会的目的を重視する学説も存在するが、現在は少数派となっている。しかし、経済的目的を中心に据える学説の中にも、垂直的制限の反競争的効果について見解の対立が存在する。ともに経済的目的を重視し、違法性の議論において経済理論を取り入れているにもかかわらず、一方は、垂直的制限は基本的に競争促進的であると主張し、他方は、垂直的制限には競争制限的なものが多数存在すると主張する。本稿は、この対立に着目して、このような対立が生じる原因が、反トラスト法の目的に関する考え方の違いにあるのか、それとも垂直的制限の経済的効果に関する認識の違いにあるのか、について検討するものである。

検討の対象とする論文は、シルベニア事件の連邦最高裁判決より後に書かれたものである。この判決は、1977年のもので、垂直的制限に関する判例の大きな節目となる判決である。この判決を境に、連邦裁判所の判例は、シャーマン法1条に違反する垂直的制限の範囲を狭くする方向に向かった。シルベニア判決¹¹により垂直的非価格制限は、それまで当然違法とされていたのが、合理の原則によって判断されることになり、ほとんどの事件が違法性なしと判断されるようになった。最低再販売価格維持は、モンサント判決¹²とシャープ判決¹³により違法となる範囲が狭められた。

シルベニア判決に刺激され、学説の議論も活発化した。連邦最高裁のこの方向転換の理論的正当性を支えたのは、シカゴ学派の理論であった。特に、ポズナーの影響が強かった。垂直的制限は基本的に競争促進的なものであると主張する論者たちは、このような実務の流れを歓迎した。これに対して、コマナー、スタイナー、グライムズなど垂直的制限には反競争的なものが多いと考える論者たちは、シルベニア判決以来、垂直的制限を厳しく規制する方向の流れを引き戻すべく、努力を重ねてきた。彼らは、垂直的制限を競争促進的とする学説を論駁し、これに代わる垂直的制限の説明を提供した。しかし、未だ、判例の流れは変わっていない（但し、司法省や連邦取引委員会は、1990年代に、規制を強める方向に変化している）。

垂直的制限をめぐる戦わされるこれらの議論は、複雑であり、錯綜

しているかの印象を与える¹⁴。経済的目的とされるものだけを抜き出しても複数のものであり、それらのうちどれを反トラスト法の目的として選ぶかは学説により異なる。経済的効果に関する判断も同じではない。本稿は、シルベニア判決以降のこれら学説の対立の構図を、判例との関連をにらみながら明らかにする。その上で、学説対立の原因について検討を行う。

第2節 検討の対象範囲

第1款 前提となる法令と判例

垂直的制限を規制する連邦法は、シャーマン法1条と連邦取引委員会法5条があるが、本稿では、シャーマン法1条に関する議論を検討対象とする。垂直的制限に関する学説の多くは、シャーマン法1条を念頭に置いて議論をしている。

シャーマン法1条は、「数州間または外国との取引もしくは商業を制限するすべての契約、トラストその他の形態による結合または共謀は、これを違法とする」と定めている。しかし、最高裁判例により、すべての「制限」を違法とするのではなく、「不合理な」制限のみを違法とするものとされている¹⁵。制限行為が合理的か不合理かは、それが競争を制限するものか促進するものかによって判断される。競争を制限する場合（すなわち反競争的効果を生じさせる場合）、違法と判断される¹⁶。本稿で扱う垂直的制限に関する学説は、この反競争的効果の解釈に関するものである。

第2款 垂直的制限の種類

本稿で検討の対象とする垂直的制限は、最低再販売価格維持と垂直的
非価格制限（地域制限、顧客制限および販売方法の制限）である。これ
らが、シャーマン法1条に違反する経済的効果を生み出すか否かを問題
とする。最低再販と垂直的非価格制限は、いずれも、製造業者（または
卸売業者）が、自分が販売した特定のブランド製品につき、それが流通
の下流にあるディーラー¹⁷により販売されるときに条件を拘束する行為

であり、同一ブランド製品に関する流通業者間の販売競争を弱めようまたは排除しようとする行為である。日本の多数説は、再販と垂直的非価格制限を、性質の異なるものとして分けて考えることが多いが、アメリカの学説では、最低再販と垂直的非価格制限を一括りの分野として議論が行われている。以下、これらを狭義の垂直的制限と呼ぶことにする。

最高再販売価格維持は、本稿では取り上げない。最高再販は、狭義の垂直的制限とは経済的効果が異なるとして、学説では別個に論じられている。また、議論が活発化したのは1997年のカーン判決以降で、まだ論文の数も多くはない。狭義の垂直的制限と比べて議論が未成熟である。幾つかの異なる見解が提示されているが、学説の対立の構図を明らかにできる段階ではない。このようなことから、本稿で検討対象とすることは適当でないと判断した。

抱き合わせ販売と排他取引 (exclusive dealing) も垂直的制限と呼ばれることがあるが、本稿の対象外である。抱き合わせ販売と排他取引は、垂直的關係にある事業者間の行為ではあるが、ブランド間競争を制限することを内容とする取り決めである。従って、ブランド内競争を制限することを内容とする狭義の垂直的制限とは、競争に与える影響が異なり、学説でも異なる領域のものとして扱われている¹⁸。

更に、最低再販と垂直的非価格制限は、事業者の結合の形態から三つに分類できるが、本稿が検討対象とするのはそのうちの一つの類型のみである。三つの類型とは、第一が、製造業者一社と複数のディーラーからなり、製造業者とディーラーの間には協定があるが、ディーラー間には協定がない場合である。以下、これを「純粋な垂直的制限」と呼ぶことにする¹⁹。これは、外形的には、製造業者が主導権を握り、ディーラーの販売活動を拘束するものである。第二は、ディーラー間にも協定がある場合である (ディーラー・カルテル)。これは、ディーラーが共謀して互いに販売活動を拘束し、カルテルを補強する役割を製造業者に要請するものである。第三は、製造業者の価格カルテルの実効性確保手段として、カルテルに参加する各製造業者が最低再販を行う場合である。本稿では、純粋な垂直的制限のみを検討対象とする。他の二つの類型は、

垂直的な制限を含んでいるものの、競争者間の水平的な競争制限を本質とするものであり、シャーマン法上も水平的制限として扱われる。ディーラー・カルテルにおいては、垂直的制限との類似性が問われることもあるが、本稿ではこの問題には踏み込まない。以下本稿では、単に垂直的制限と記す場合、純粋な垂直的制限を意味するものとする。

第3款 反トラスト法の目的

先に述べたように、本稿の関心は、反トラスト法の目的として経済的目的を中心に据える学説にある。従って、政治的または社会的目的も重要視する立場から垂直的制限を論じた学説もあるが、本稿では取り扱わない。

反トラスト法の目的は何かということは規範的な問題である。反トラスト法がいかなる利益または価値を保護すべきと命じているかということである。そして、垂直的制限が行われることによって反トラスト法の目的に反する事態が発生するときに、その垂直的制限は、反競争的であると判断されるのである。

我が国の独占禁止法には、非常に抽象的な文言ではありながら、第1条に目的規定が置かれているが、アメリカの反トラスト法には目的規定はない。我が国独占禁止法の目的規定も抽象的なもので、解釈の余地が多分にあるが、目的規定を持たないアメリカの反トラスト法においては、より多様な解釈が可能になる。反トラスト法の目的が何であるかは、条文に基づく体系解釈や立法資料に基づく法の解釈によって導き出されることになる²⁰。このような目的が容易に特定しがたい事情のもとでは、反トラスト法には多様な目的があるとする解釈が現れることは、容易に想像できる。

政治的目的を重視する考え方は²¹、かつては主流を占めていたが、学説においても判例においても現在少数派となっている²²。政治的目的には、事業者の自律性の確保、小規模事業者の保護、経済的力の過度集中の防止などが含まれる²³。垂直的制限の違法性判断においては、小規模小売業者の保護が重要視される。かつては有力に主張されたが²⁴、学説

も判例も次第に経済的目的を重視する方向に変化してきた。現在でも、小規模事業者保護の観点から垂直的制限の議論する学説があり、個人事業主であるフランチャイジーの保護を力説するものなどがある。しかし、産業構造が、かつての多数の小規模事業者により構成されるものから大規模事業者から成る寡占状態に変化し、経済社会の有権者が小規模事業者から消費者に移っている現在では、反トラスト法による小規模事業者の保護は支持を失っている。

経済的目的を中心に据える学説は、遅くとも1960年代には数を増やし始めていた。現在は、この考え方が大勢を占めている。反トラスト法の経済的目的には、配分的効率性を高めること、消費者利益を保護すること、動態効率性を高めることなどが含まれる。

第3節 本稿の構成

第2章では、学説の分類を行う。後述するように、垂直的制限に関する学説を、垂直的制限は競争促進的と主張する只乗理論派と、反競争的なものが多いと主張する反只乗理論派に分ける。反トラスト法の目的についてもここで説明する。

第3章から5章までは、只乗理論派の検討である。第3章では、テルサーとポズナーの只乗理論について見る。これらは、古典的只乗理論と呼ばれることがある。テルサーは、再販がディーラー・サービスへの只乗りを防ぐことにより市場に供給される商品を増加させる場合があることを示した。ポズナーは、この理論を取り入れて垂直的制限が競争促進的であることを強く主張した。第4章では、ポズナーの只乗理論が連邦裁判所の判例に与えた影響について検討する。最高裁は、1970年代末から、垂直的制限に対する態度を変えた。それまで垂直的制限は当然違法であるとしてきたが、1977年に垂直的非価格制限には合理の原則を適用することとして、80年代には、再販の共謀認定基準を厳格化し、再販を違法とすることを難しくした。この方向転換を理論面で支えたのが只乗理論であった。第5章では、垂直的制限に対して寛容な判例が出た後の、只乗理論の展開を見る。古典的只乗理論は、幾つもの理論的欠陥が指摘

されている。ここでは、古典的只乗理論の欠点の幾つかを克服しようとしたマーベルとマカファティの理論およびクラインの理論を取り上げる。次に、取引費用論を用いて只乗理論を補強しようとする試みがなされるようになったので、これについても検討する。

第6章から8章は、反只乗理論派に関するものである。第6章では、只乗理論を批判する議論について見る。只乗理論の欠陥を指摘する議論は多数あるので、ポズナー、マーベル、クラインの各只乗理論に対していかなる批判がなされているのか整理する。第7章と8章は、垂直的制限の反競争的効果に関する議論を追う。反只乗理論派は、垂直的制限から反競争的効果が生ずることを説明する幾つもの議論を提示している。そのうち、第7章では、消費者利益への影響を基準に反競争的効果を論ずるもの、第8章では、配分的効率性または動態効率性への影響を基準に反競争的効果を論ずるものを取り上げる。

第9章で、第2章から8章までの学説の検討をふまえて、学説が対立する原因について検討する。

第2章 対立する二つの学説群

第1節 二つの考え方

最低再販と垂直的非価格制限に関する論文は相当数にのぼる²⁵。これらを、反トラスト法の目的に関する考え方の違いと垂直的制限の経済的効果に関する考え方の違いに着目すると、二つに分けることができる。垂直的制限はすべて又はほとんど競争促進的であるとする学説を、ひとまとめにして只乗理論派と呼ぶことにする。これはシカゴ学派を中心とする集団で、配分的効率性を高めることを反トラスト法の唯一のまたは最も重要な目的であると考え、および垂直的制限の経済的効果を説明するのに只乗理論を用いることに特徴がある。経済的効果の分析は、市場の不完全性（完全競争市場と現実市場との乖離）を小さいとする見方に立って行っている。

これに対して、垂直的制限には反競争的なものが多いと主張する学説

をまとめて、反只乗理論派と呼ぶことにする。反只乗理論派は、反トラスト法の目的は複数の経済的目的から成ると考えるのであり、配分的効率性に特別の地位を与えない。若干、消費者利益の保護のほうに重心が寄っているように見える。経済的效果の問題については、只乗理論の論駁に力を注ぎ、同時に、垂直的制限を説明するための只乗理論に代わる理論を幾つか提示している。市場の不完全性は大きいという考え方を土台としている。

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1章で触れたように、当初は、反トラスト法には政治的目的と経済的目的と両方があり、経済的目的に劣らず政治的目的が重要であると考えられていた。これに異を唱え、反トラスト法の目的は、配分的効率性を高めることただ一つと主張したのがシカゴ学派である。政治的目的の存在を否定し、経済的目的も配分的効率性を高めることのみに限定したのである。本稿で只乗理論派と呼ぶ集団は、このシカゴ学派を中心としており、配分的効率性を高めることが唯一または最も重要な反トラスト法の目的であると考えられる者から成っている。

シカゴ学派を代表する論客は、ボーク、ボズナーおよびイースターブルクである。シカゴ学派は、新古典派のミクロ経済学（価格理論）に強い信頼を置き、これに基づいて法的議論を構築する²⁶。そして、配分的効率性の低下を防ぐことが反トラスト法の唯一の目的であると主張する²⁷。配分的効率性は、総余剰の増減によって測定される。そして、ある行為が総余剰を減少させない場合、反競争的效果なしと評価するのである^{28・29}。

反トラスト法の目的としての配分的効率性は、配分的効率性を基本としながらこれに生産効率性を加味して算出されるものである³⁰。すなわち、生産効率性が高まることにより増加した余剰も総余剰の計算に含めるのである。シカゴ学派は、このような総余剰によって測定される効率性を経済効率性と呼ぶことがある。

従って、シカゴ学派は総余剰を増加させることを反トラスト法の唯一

の目的とすると表現するのが正確であるが、反只乗理論派との比較を行う便宜上、本稿では「配分的効率性」のほうを用いる。反只乗理論派も反トラスト法の目的の一つとして配分的効率性を挙げているが、反只乗理論派に含まれる学説の場合、「配分的効率性」を生産効率性を含まない意味で用いている可能性がある。この点については、反只乗理論派の論文から明確に読み取ることはできない。論者によって異なる可能性もある。しかし、垂直的制限の議論では、垂直的制限による産出量の減少によって生じた総余剰の減少分を、垂直的制限により生産効率性が高まったために生じた余剰の増加分が埋めるといふ議論はなされていない。シカゴ学派は、垂直的制限が産出量を増やすことにより総余剰を増加させると主張するのである。従って、シカゴ学派のほうも配分的効率性という文言を用いても、学説の分析には支障はないと考える。

総余剰は、消費者余剰と生産者余剰の和として定義される。シカゴ学派は、この総余剰を、社会の厚生または富を測る尺度であるとする。この場合、余剰が誰にどれくらい分配されているかは問題とならない。ある者は大きな余剰を得、ある者はわずかな余剰しか得られないかもしれない。また、事業者のある行為がなされた結果、ある者はより多くの余剰を手にしたのに対して他のある者は以前よりも少ない余剰しか獲得できなくなるかもしれない。しかし、ポズナーらは、これを問題としない。垂直的制限が行われた結果、消費者余剰が減少し生産者余剰が増加しても、総余剰が減少しなければ、反競争的効果なしとするのである。ポズナーは、消費者から生産者に富が移転したとしても、社会全体としては損失はないと言う。曰く、「なぜなら、消費者の損失は生産者の利得によってちょうど相殺されるのであり、両者はともに社会の構成員である」³¹。

しかし、シカゴ学派は、消費者を犠牲にして企業が利益を得ることを容認するとは言わない。シカゴ学派は、総余剰を消費者厚生と呼ぶ。これには、次のような説明がなされることがある。シカゴ学派の議論は、厚生経済学に基づくものであるが、総余剰を社会的厚生 of 尺度とする厚生経済学では、生産者余剰は「すべて、企業の所有者である消費者たちの家計に分配され、そのぶんだけ消費者の効用を高める」³²と説明されて

いる³³。このように、ボークやポズナーが用いる消費者厚生という概念は、一般に言う消費者の利益とは異なるのだが³⁴、シカゴ学派は、消費者の利益を表すものであると説明するのである。

第2款 ウィリアムソンの位置付け

ここで、ウィリアムソンについて言及しておく。本稿は、ウィリアムソンを、反トラスト法の目的に関しては、シカゴ学派と同様、配分的効率性のみを問題とする学説として扱う。ウィリアムソンは、通常ハーバード学派に分類されるようであり³⁵、例えば合併の違法性判断においては、効率性以外の要素も考慮する立場をとっている³⁶。しかし、垂直的制限の議論に関する限り、ポズナーらと同様、配分的効率性の高低を反競争的か否かの判断の基準とし、これで足りると考えていると思われる。

配分的効率性で判断するという考えは、ウィリアムソンの著作に明示されているわけではないが、彼の著作から読みとることができる。例えば、ウィリアムソンは、「取引コスト分析は、標準的ミクロ理論の代替理論というよりは、むしろ補完理論なのである」と述べる³⁷。これは、取引費用に基づく政策提言が、厚生経済学と同様の基準を用いて社会的厚生の増減を判断するものであることを推測させるものである。

参考として、商品流通にも関係する価格差別に関するウィリアムソンの説明を見ると、ここでも配分的効率性が高まるか低下するかを社会的厚生の基準としていることが分かる。彼によると、完全に価格差別を行っている独占企業は、「販売される最後の単位に支払われる価格が限界コストにちょうど等しくなるまで、産出量を供給するインセンティブをもつ」。つまり、完全な価格差別を行う独占企業は、「産出量を社会的に最適な水準まで拡大する」のであり、そうでない独占企業よりも多くの商品を供給することになる。これについて、ウィリアムソンは、「その過程で所得配分は（おそらく反対を引き起こすような方法で）影響を受けるが、産出量の歪みはなくなり、資源配分効率性は改善される」と述べる³⁸。完全に価格差別された状態とは、消費者余剰がなくなる状態であるが、ウィリアムソンは、このような状態でも、競争がある場合と同じ数だけ

商品が市場に供給されれば、競争政策上問題はないと考えるのであろう。

第3款 ホーベンキャンプの位置付け

第3章以下の学説の分析では、ホーベンキャンプを取り上げていないが、垂直的制限について一定の見解を示しており³⁹、また反トラスト法の目的に関する論考を著しているのので、ここで見ておきたい。ホーベンキャンプは、反トラスト法の研究者としては、通常ハーバード学派に分類される⁴⁰。ここから考えると垂直的制限に関する議論において反只乗理論派に属することになりそうである。しかし、只乗理論派に分類するのが妥当である。これは、ホーベンキャンプが垂直的制限が違法とならない範囲を比較的広くとる点からのみではなく、彼の反トラスト法の目的に関する考え方からも言えることなのである。

ホーベンキャンプは、反トラスト法には複数の目的があり、配分的効率性に限定できないことを認める⁴¹。しかし、反トラスト法に複数の目的を認める多くの学説は、配分的効率性に特別の地位を与えないのに対して、ホーベンキャンプは、配分的効率性をとりわけ重視する立場をとるように見える。例えば、ホーベンキャンプは、次のように述べている。反トラスト分析が経済的性質を有することは争う余地がないので、資源配分の効率性を反トラスト法の基本的目的とすることは可能である⁴²。そして、「反トラスト法体系は、公正問題を他の法領域に割り当てることにより、政策の『公正』を保ちながら効率性問題を守るというこの問題を回避できるかもしれない。」⁴³

ホーベンキャンプは、公正問題を避けることは難しいが、できるならば公正問題を回避したいと考えていると思われる。ホーベンキャンプは、配分的効率性以外は、すべて富の分配問題として捉える。配分的効率性以外の目的の実現は、政治的目的であっても、富の分配に影響を与えるものなので、分配問題に還元できると考えているようである。従って、公正の問題も分配問題であることになる。そして、「議会は、反トラスト法制定にあたって、効率性の問題のみに動機付けられていたわけではないので、反トラスト法体系は、分配問題をうまく避けることはできな

い」と述べる⁴⁴。ここからは、できるだけ分配問題を避けたいが、それは非常に難しいという認識が読みとれる。このような考え方は、ホーベンキャンプが垂直的制限を違法とすることに慎重になる一原因となっていると思われる。

第3節 反只乗理論派の考える反トラスト法の目的

第1款 複数の目的

反トラスト法の目的については、複数の目的があり、その中には経済的目的も政治的目的も含まれるとする解釈が、古くは一般的なものであった。しかし、1970年代後半から、シカゴ学派が反トラスト法の世界で勢力を伸ばした。これにともなって、複数の目的があるとする学説の中にも、経済的目的を中心に据える考え方をとるものが多くなってきた。このような考え方をする論者として、本稿で検討の中心に置いているピトフスキー、コマナー、グライムズ、スタイナーなどを挙げることができる^{45・46}。

経済的目的を中心に据え、複数の目的があるとする学説も、統一された形を持っているわけではない。しかし、これらの学説が反トラスト法の目的と考えるものの中で主だったものとして、(1)配分的効率性を高めること、(2)消費者利益の保護、および(3)動態効率性を高めることの三つを挙げることができる⁴⁷。配分的効率性の内容については、第2節1款で述べたように、シカゴ学派との厳密な異同は問わないこととする。総余剰が増加するときに配分的効率性が高まったと評価されるものと考えられる。消費者利益の保護には、富の不当な移転の禁止⁴⁸や消費者厚生確保として論じられるものがある。富の不当な移転とは、消費者から制限行為を行った生産者やディーラーに富が移転することである。消費者厚生の増減によって反競争的か否かを判断するという考え方を提唱するのは、コマナーである。配分的効率性と消費者の利益の両方を考慮することは、事業者の利益にも目を配りながらも、事業者の競争から生まれた成果が消費者に還元されなければならないという規範的判断を示すものであろう。

典型と見られるのは、グライムズの説である。グライムズは、反トラスト法の目的として、効率的資源配分の確保、経済発展の促進、富の不当な移転の抑止を挙げている⁴⁹。文脈のつながりから、経済発展には技術革新、つまり動態効率性が含まれると理解できる。

ピトフスキーの議論も、上記の三要素を含んでいる。彼は、反トラスト法には、経済的目的と政治的目的の両方があるとしながらも、主たる目的は経済効率性であるとする。ピトフスキーの言う経済効率性は、「独占力に起因する配分的非効率性を回避し、資源の利用における効率性と進歩性を高め…公正な土俵で、不必要で望ましくない私的な富の蓄積を最小化するために、費用に近い価格を設定すること」である⁵⁰。

第2款 スタイナーの独自の定義

反トラスト法には複数の目的があるとする反只乗理論派の中にあって、スタイナーは多少趣を異にする。スタイナーは、総余剰を増やすことをただ一つの反トラスト法の目的と考えるととれる議論をするのである。スタイナーは、総余剰ではなく社会的厚生を大きくすることが反トラスト法の目的であると考えてるのであるが、社会的厚生そのものを量ることは難しく、最善の代用尺度は総余剰であるとするのである。そして、総余剰の増減を競争影響判断の基準として議論を進めている。従って、総余剰の増加を反トラスト法の目的としていてと考えてもよいであろう⁵¹。

これは、一見すると只乗理論派と同じに見えるが、只乗理論派とスタイナーは、総余剰の定義が異なる。スタイナーは、経済学者が通常用いる生産者余剰と消費者余剰からなる経済モデルは、「製造業者と消費者の間に挟まる市場は不活性で完全に効率的である、という非現実的な仮定を設けることにより、流通における卸売や小売の経路を…無視している」と批判する⁵²。スタイナーの場合、総余剰とは、生産者余剰とディーラー余剰と消費者余剰の和である。生産者余剰とは、ディーラーへの卸売価格から生産費用を引いたものであり、ディーラー余剰とは、小売価格から卸売価格と販売に要する費用を引いたものである。

スタイナーは、上記のように定義された総余剰が増加する場合、効率

的であると表現する。効率性には、配分的効率性と動態効率性があるが、スタイナーは、動態効率性のほうにより大きな重要性を見出しているように見える。スタイナーは、動態効率性が高まることにより社会にもたらされる利益は大きいと考えているのである。これは、配分的効率性を問題にするシカゴ学派とは対照的である⁵³。また、同じ反只乗理論派に属するグライムズらも、動態的側面も考慮するとはいえ、相対的に配分的効率性のほうに重点を置いている。

第3款 目的の数と競争影響判断

反只乗理論派は、反トラスト法には目的が複数あると考えるので、違法性判断において利益衡量をしなければならぬ事態が生ずる可能性が考えられる。すなわち、一つの垂直的制限から、ある反トラスト法の目的の実現には適う効果と他の目的には反する効果が同時に生じる場合である⁵⁴。しかし、反只乗理論派の論文では、利益衡量が必要な具体的事例は挙げられていない。例えば、ピトフスキーやグライムズは、利益衡量がなされる可能性を示唆しながらも、具体的にどれとどれをどのように衡量するのかについては説明していない。配分的効率性を高めるという目的と富の不当な移転を防ぐという目的の関係についてみると、利益衡量が必要となる具体的な事例の存在はまだ指摘されていない。動態効率性を高めるという目的と配分的効率性を高めるという目的についても、両立しない場合があるのか否か明確にされていない。

従って、本稿では、反只乗理論派の議論において利益衡量が必要な事例が存在することを想定しない。すると、反トラスト法の目的のうちどれか一つに違反する経済的效果が明らかになれば、その垂直的制限は違法となると考えて議論を進めることが可能となる。第7章と8章で、反只乗理論派の反競争的效果に関する議論を、消費者利益の減少に関するもの、配分的効率性の低下に関するもの、および動態効率性の低下に関するものの三つ見分けて検討しているが、そこで列举されている個々の経済的效果の説明は、そのままその効果を有する垂直的制限が違法であるとの主張につながることになる。その垂直的制限から、他の反トラ

ト法の目的に適う経済的効果が生じるか否かを調べることなく違法か否かの判断をしてもよいということである。故に、本稿では、反只乗理論派の論者毎に競争影響判断のまとめを示すことはしない。

第3章 只乗理論派（1）——古典的只乗理論

本章では只乗理論なかでも初期のものについて見る。テルサーにより生み出された只乗理論は、ボークやポズナーなどのシカゴ学派の支持を得て、垂直的制限の競争促進効果を説明する理論として広く知られるようになった。

只乗理論は、垂直的制限が配分的効率性を高めることを説明する理論である。テルサーの只乗理論は適用範囲が最低再販に限定されていたのに対して、ポズナーは、この理論を用いてすべての垂直的制限を説明しようとした。テルサーとポズナーの理論は、その後に発表されたマーベルやクラインの只乗理論と対比して、古典的只乗理論と呼ばれることがある⁵⁵。

これらの理論は、判例にも学説にも大きな影響を与えたのであり、肯定的に評価するにせよ批判するにせよ、垂直的制限を論ずる上では言及しないわけには行かない存在となっている。

第1節 テルサーの只乗理論

只乗理論の中では最初のものが、テルサーの只乗理論である。テルサーがこの理論に関する論文を発表したのは1960年、シルベニア判決が出る17年前である⁵⁶。「なぜ製造業者は公正取引（fare trade）を欲するか」と題されたこの論文は、製造業者が主導して最低再販売価格維持が行われる理由を解明しようとするものである。この論文は、規範的問題すなわち再販が反競争的効果を持つか否かの問題には触れていない。実証的分析を行った論文である。このテルサー論文では、製造業者が単独で再販を行う場合と、複数の製造業者が共謀して再販を行う場合の分析がなされている。このうち前者に関する分析において提示されたのが只乗理論

である。

まず、テルサーは、製造業者により再販が行われるのはいかなる場合かを考える。そして、製造業者が再販を用いるのは、製造業者の販売する「製品が経済的側面において競合する製品から差別化されているため」、製造業者が「その製品の価格に対してある程度の独占的制御力を持っている」場合であるとする。その他の場合、すなわち、製造段階の価格が影響を受けることなく小売業者への販売数量を決定できる場合と、市場が競争的である場合は、再販は行われないとする。なぜなら、前者の場合、製造業者は再販を行う必要はないし、後者の場合、製造業者は、供給量を変えることにより価格を操作することができないからである⁵⁷。

次に、テルサーは、小売りの販売量が、小売価格と小売業者が提供する特別サービスに依存して決まる製品を想定する。この特別サービスとは、通常の商品販売では行われたい特定商品のみを対象としたサービスであり、製品が販売される前に顧客に提供されるものである。具体的には、店員による顧客への商品説明などである。更に、この製品の販売量は、小売価格に反比例し、特別サービスに比例すると仮定する⁵⁸。

この想定のもとでは、テルサーによれば、この製品を特別サービスとともに小売業者に販売してもらうためには、製造業者は再販売価格維持を行う必要がある。小売業者には多様な形態のものがあるが、すべての小売業者に特別サービスを提供させるには、一律に再販売価格を拘束し、小売業者に特別サービス提供に要する費用を保証することが必要であるというのである。これは、次のような理屈である。ある製品について、特別サービスを提供する小売業者は、特別サービスを提供する費用を上乗せした価格で当該製品を販売しなければならない。反対に、特別サービスを提供しない小売業者は、サービスの費用を負担する必要がない分、安い価格で販売することができる。小売価格の下限を設定しない場合、小売業者の中には、特別サービスを提供せずに、低価格で販売するものが現れる。このとき、特別サービスを提供して当該製品を販売する小売業者は、この安売り業者に顧客を奪われる。これが、安売り小売業者による他のディーラーが提供する特別サービスへの只乗りである。その結

果、特別サービスがほとんど又はまったく提供されなくなり、この製品の販売量は減少する。製造業者は、再販売価格を拘束することにより、特別サービスを提供せず低価格で販売する動機を取り除くことができる。従って、再販を行えば、小売業者はサービスを提供して競争することを強いられる⁵⁹。

この只乗理論は、製品差別化されたすべての製品に当てはまるわけではない。テルサーによれば、特別サービスを必要とするのは、新製品と購入頻度が低い製品である。これらの製品は、いずれも消費者に十分知られておらず、店頭での販促活動が有効である。新製品については、製造業者が直接消費者に向けて全国規模の宣伝活動を行う方法もある。しかし、テルサーは、そのような宣伝活動は、消費者に製品の利点を納得させるには不十分な場合もあると言う。その一方で、テルサーは、小売業者によるサービスに代わるものがほとんどなかった1920年代に比べて、ラジオやテレビが登場したそれ以降の時代においては、製造業者が再販を利用する動機が弱まっている可能性をほのめかしている⁶⁰。

テルサーは、再販と同一の只乗り防止効果を有する代替手段について検討している。その結果、実施費用がかかりすぎ代替手段として使えない場合もあると結論付けている。テルサーは、三つの代替手段を取り上げ、次のように述べる。第一は、製品と特別サービスの価格を別にし、特別サービスは、その提供を望む消費者にのみ提供する方法である。しかし、提供したサービスの量に応じて価格を決定することは非常に費用がかかり、十分な市場規模がない場合、この方法は採算に合わない⁶¹。第二は、特別サービスを提供する小売業者と提供しない小売業者で、卸値を変えることである。この場合、特別サービスを提供するふりをして他の小売業者に製品を横流しするおそれがあり、製造業者は、小売業者が特別サービスを提供しているかどうかを監視しなければならない。これに対して、最低再販の場合、価格を監視すればよいので、実施費用がより少なく済む⁶²。第三の方法は、特別サービスを提供しない小売業者には製品の販売を拒否する、というものである。しかし、この場合、サービスを提供する小売業者に報酬を支払う仕組みを用意する必要がある

り、それは、小売業者に直接支払う仕組みが持つ欠点を持たないものでなければならない⁶³。以上の代替手段の議論は、代替手段の存在を全否定するものではなく、よりよい代替手段がない可能性の存在を示すに止まるものである。しかし、論文の調子からは、テルサーが、代替手段がない場合が多いと認識していることが窺える。

第2節 ポズナーの只乗理論

テルサーが只乗理論の論文を発表したことを受けて、シカゴ学派は、垂直的制限を全面擁護する（すなわち、シャーマン法1条に違反しないとする）論陣を張った⁶⁴。議論の中心となったのは、言うまでもなくボークとポズナーである⁶⁵。前の節でも述べたように、シカゴ学派の垂直的制限の議論では、ポズナーの論文が代表的なものである。

ポズナーは、製造業者が一方的に行う最低再販に限定されていたテルサー理論を垂直的非価格制限にも拡大する⁶⁶。すべての垂直的制限を只乗理論で説明しようとするのである⁶⁷。そして、純粋な垂直的制限は、総余剰を増加させるものであるから反トラスト法の目的に適うのであり、故に反競争的效果を生じさせることはなく、従ってシャーマン法1条に違反しないと主張する⁶⁸。

第1款 配分的効率性を高めるという説明

垂直的制限が配分的効率性を高める、すなわち総余剰を増加させるというのは、次のような論理による。すなわち、垂直的制限は、対象となる製品の販売量を増加させるものであり、このような一ブランド製品の産出量が増加すれば、その製品が属する市場における総余剰が増加するということである。

まず、垂直的制限が対象となる製品の販売量を増加させる理屈のほうから説明する。この説明に使われるのが、只乗理論である。ポズナーは、テルサー理論を垂直的非価格制限にも適用し、垂直的制限とは、ディーラーが他のディーラーが提供する特別サービス（ポズナーは、販売前サービス（presale service）と呼ぶ）に只乗りすることを防止するための手段

であるとする。只乗りを防ぐことにより、ディーラーは、特別サービス提供のための資金を確保できるので、十分なサービスが顧客に提供されるようになり、対象製品の販売量が増えることになるという。

垂直的制限が特別サービスへの只乗りを防止する事例として、ポズナーは、ジェネラル・モーターズ事件⁶⁹を取り上げている。この事件を、ポズナーは、シルベニア事件に類似する事例であると考えている。この事件の事実関係は、次のようなものである。1950年代の末、ロサンゼルス市の安売り店は、シボレーの新車をシボレーのフランチャイズ・ディーラーよりも安い価格で販売していた。これらの安売り店は、同市にある一部のシボレー・ディーラー（以下、提携ディーラー）から車を入手していた。その結果、他のシボレー・ディーラーの売上げが落ちてしまった。これに対して、シボレー・ディーラーで作る事業者団体が、ジェネラル・モーターズ・コーポレイション（以下、GM）に、提携ディーラーが安売り店に新車を供給することを止めさせるよう働きかけた。ディーラー団体の度重なる強い要請を受けたGMは、これに対処して、提携ディーラーに安売り店と取引することを止めさせた。この事実を捉えて司法省は、このディーラー団体とGMの行為がシャーマン法1条に違反するとして提訴した⁷⁰。ポズナーは、この事件を次のように理解する。安売り店に協力するディーラーは、安売り店を通して販売する場合特別サービスを行う必要がなかったので、安売り店に魅力的な価格を提示することができたのであり、安売り店は、特別サービスをほとんど行わなかったため、小さい利幅で販売することができた⁷¹。

テラサーが再販の議論で想定する特別サービスは、店員が来店した顧客に対して商品説明を行うことであった。しかし、ポズナーは、それ以外の特別サービスがあることを認めている。垂直的非価格制限について、特別サービスの内容がこれとは異なる場合として、幾つか例を挙げている。以下では、その例を二つ紹介する。

第一は、販売促進に多額の初期投資を必要とする場合である。ポズナーは、消費者に受け入れられなければ無駄になる販売促進のための多額の初期投資が必要となる新製品を、ディーラーに販売して欲しいと考える

場合、製造業者は、地域制限を使うことができるとする。無駄となる危険を負って多額の初期投資をしたディーラーの販促活動によって、この新製品が市場で成功した場合、このディーラーは、初期投資を回収するために一定期間その投資分を上乗せした価格で製品を販売しなければならない。しかし、初期投資をしないディーラーが現れ、投資分を割り引いた価格で販売を始めると、消費者は安く販売するディーラーで商品を購入するようになり、初期投資をしたディーラーは投資を回収できなくなる。このようなことが予想されると、その新製品を販売しようというディーラーがいなくなってしまう。そこで、製造業者は、その新製品の販売につき排他的販売地域を与え、ディーラーをブランド内競争から解放し、投資分を上乗せした価格で販売することを保証するのである⁷²。

第二の事例は、コココーラ事件である。これは、連邦取引委員会法5条違反が争われたものであるが、ポズナーは、垂直的制限の仕組みを説明するものとして取り上げている。コココーラ社は、清涼飲料の原料となるシロップや濃縮液を、多数のボトラーに販売している。ボトラーは、これを用いてコココーラなどの清涼飲料を作り、これをコココーラの商標を付けた瓶に詰めるなどして、与えられた排他的販売地域内の小売業者に販売する⁷³。ポズナーは、この排他的販売地域は、多くの小売業者がコココーラ社の清涼飲料を販売できるようにするために必要なものであると理解する。販売量の少ない小売店を通して清涼飲料を流通させる場合、その費用は非常に高く、これをすべて製品の価格に上乗せすると、製品は売れなくなる。このような小売店でも製品を販売できるようにするためには、これら小売店には流通にかかる費用以下の価格で卸し、その損失をスーパーマーケットなど流通費用の安い店舗への卸売で穴埋めしなければならない。ポズナーは、これを実現するには、ボトラーに排他的販売地域を与え、ボトラー間の競争を排除し、ボトラーの販促活動に他のボトラーが只乗りすること防ぐ必要があるとする。なぜなら、あるボトラーが販売量の少ない小売業者に低価格で製品を提供することにより当該製品を販売する小売業者を増やそうとしても、ボトラー間に競争があれば、他のボトラーがスーパーマーケットなどの流通にかかる費

用の安い小売業者に低価格で製品を提供するので、費用以下の価格で少量販売の小売店に製品を卸したボトラーは、低費用の小売業者との取引でその損失を埋め合わせることができなくなるということである⁷⁴。

次に、一ブランド製品の産出量が増加すれば、総余剰が増加するという理論についてであるが、ポズナーは、詳しい説明をしていない。制限行為を行った製造業者の産出量が増加すれば、競争促進的で、減少すれば反競争的であると述べるのみである⁷⁵。おそらく、市場における他のブランド製品の産出量は一定と仮定し、垂直的制限の対象となったブランド製品の産出量増加分を単純に足しているのであろう。

第2款 十分なディーラー・サービスが提供される理由

ポズナーによれば、ディーラーは、垂直的制限によって得た利益を必ず特別サービス提供のために使う。これはなぜであろうか。ディーラーは、この利益を資金としてサービスを提供することをせず、利益を懐に入れることはないのであろうか。これについてポズナーは、垂直的制限が課されれば、ディーラーは、限界費用が再販売価格に一致するところまでサービス提供のための支出を増やすと言う⁷⁶。このようなディーラーの行動の理解は、シカゴ学派の事実認識の方法に起因するものである。シカゴ学派は、現実の市場を、新古典派経済学の競争モデルに引き付けて理解しようとする。そして、ポズナーは、製造業段階においては寡占や独占が生じうることを認めるが、卸売と小売の段階は、非集中的で激しい競争が行われていると現実を認識する⁷⁷。つまり、ディーラーが製品を販売する市場は、完全競争に近い状態になっているとするのである。そうであるとすると、製造業者がサービス提供を強制しなくても、ブランド内の価格競争を抑えてディーラーに資金さえ提供すれば、競争圧力が働くため、ディーラーは、販売を伸ばすためにできるだけ多くの特別サービスを提供しようとする、すなわち活発な非価格競争を行うのである⁷⁸。

注

¹ 垂直的制限の行為態様については、第1章2節2款を参照。

- ² 根岸哲ほか『独占禁止法概説』193頁以下、255頁以下（有斐閣、第2版、2003）、実方謙二『独占禁止法』262頁、277頁以下、315頁以下（有斐閣、第4版、1998）、岸井大太郎ほか『経済法：独占禁止法と競争政策』183頁以下、202頁以下（有斐閣、第4版、2003）などを参照。
- ³ 例えば、実方・前掲263頁。
- ⁴ 不当な取引制限などでは、規制により生じる社会的厚生の変化を、「公共の利益に反して」に含まれるものと解すれば、違法性判断の要素となるという意味では、実質的に、競争の実質的制限の中に読み込むことと同じ結果になるが、これは多数説の支持するところではない。
- ⁵ 来生新『経済活動と法』61頁（日本放送出版協会、1987）。「独占禁止法と経済理論(1)」横国2巻2号63-65頁（1994）。
- ⁶ 大録英一「独禁法の体系と一定の取引分野における競争の実質的制限」駿河台17巻2号41頁以下（2004）。他に、「垂直的制限について(1)-(3)未完」香川17巻1号41頁以下（1997）、17巻4号653頁以下、18巻1号195頁以下（1998）を参照。
- ⁷ 川濱昇ほか『ベーシック経済法：独占禁止法入門』（有斐閣、2003）。
- ⁸ 白石は、経済理論を積極的に導入する姿勢は見せていないが、公正競争阻害性判断における考慮要素を限定しない立場をとるので、経済理論を取り入れることを否定するものではない（白石忠志「公正競争阻害性——安全性と公正競争阻害性」今村ほか編『独禁法審決・判例百選』137頁（有斐閣、第5版、1997）参照）。
- ⁹ 例えば、実方謙二『独占禁止法と現代経済』244頁（成文堂、増補版、1977）参照。
- ¹⁰ 例えば、実方・前掲注(2)1-4頁を参照。
- ¹¹ *Continental T. V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U. S. 36 (1977).
- ¹² *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U. S. 752 (1984).
- ¹³ *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U. S. 717 (1988).
- ¹⁴ アメリカの再販規制に関する我が国の研究では、すでに、学説分類の軸として反トラスト法の目的を用いた論文が存在する。佐藤潤「最近のアメリカにおける再販規制の動向(1)~(5完)」公取566号57頁以下(1997)、567号62頁以下、568号65頁以下、569号53頁以下、570号70頁以下は、学説の紹介は簡略なものに止まっているが、再販の弊害に関する最近の論文を、「経済効率性の観点から」主張を行うもの、「消費者保護の観点から」のもの、および「フェアネスの観点から」のもの三つに整理している。前二者が経済的目的を重視するもの、後者が政治的目的を重視するものである。土田和博「アメリカ反トラスト法における垂直的制限規制について」法経論集（静岡大学法経短期大学部）72巻39頁以下（1994）は、最低再販に関する学説を、経済効率性を唯一または主要な目的とするシカゴ学派と、「経済主体の自律性、独立性の維持、経済的権力の少数者への集中の防止等を強調」する非シカゴ学派に分けている。これは、

経済的目的を重視する学説と政治的目的を重視する学説を対比するものである。また、川浜・後掲注(25)からも反トラスト法の目的は何かという問題意識が窺われる。

反トラスト法の目的という視点からアメリカの垂直的制限規制を論じたものとして滝川敏明「垂直的地域制限・顧客制限規制をめぐる問題点——米国の判例と学説から——（上）（下）」公取333号16頁以下、334号24頁以下（1978）が存在する。これは、垂直的非価格制限規制を論じる上において、規制目的について検討する必要があることを指摘している。滝川は、反トラスト法の主要目的は「競争促進による経済効率性の増大」であるが、同時に競争促進以外の公共政策的目的の実現が要請されているかどうか、またこれらの目的は両立し得ないものなのかどうかについて検討する必要があるとする。これは、経済的目的の重要性を前提としながら、政治的目的をどの程度考慮すべきかという問題を提起するものであると言える。

¹⁵ *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U. S. 1 (1911).

¹⁶ *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U. S. 231, 238 (1918).

¹⁷ アメリカの反トラスト法論文では、dealer と distributor の両方が使われ、いずれも小売業者と卸売業者の両方を含めた意味で用いられていると思われる。従って本稿でも、ディーラーと流通業者を同義として扱い、いずれも小売業者または卸売業者を指すものとする。

¹⁸ 本稿では、垂直的取引拒絶も検討対象から外す。垂直的取引拒絶は、典型的には、製造業者が特定のディーラーとの取引を何らかの理由で断るものである。訴訟においては垂直的非価格制限として扱われることがある。しかし、外形的にはディーラーになんらの制限も課していない単独の取引拒絶である。従って、本稿では、垂直的制限には含めない。

¹⁹ ポズナーは、Richard A. Posner, *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, 48 U. CHI. L. REV. 6, 8 (1981) で、purely vertical restrictions on distribution という表現を用いている。これは、本稿の「純粹な垂直的制限」と同義である。

²⁰ 反トラスト法の目的について研究した邦語論文としては、谷原修身『独占禁止法の史的展開論』137-192頁（信山社、1997）がある。

²¹ ポーリングは、「最高裁は、一貫して反トラスト法の目的は競争の促進であると述べてきた」が、この「競争の促進」は柔軟な概念で、「経済的含意とともに政治的価値および社会的価値を含むもの」であると述べている。（William B. Bohling, *A Simplified Rule of Reason for Vertical Restraints: Integrating Social Goals, Economic Analysis, and Sylvania*, 64 IOWA L. REV. 461, 465 (1979)）

²² 政治的目的をも重視する立場から書かれた垂直的制限に関する論文としては、次のようなものがある。John J. Flynn & James F. Ponsoldt, *Legal Reasoning*

and the Jurisprudence of Vertical Restraints: The Limitations of Neoclassical Economic Analysis in the Resolution of Antitrust Disputes, 62 N. Y. U. L. REV. 1125 (1987), reprinted in LAWRENCE A. SULLIVAN, ET AL., REVITARIZING ANTITRUST IN THE SECOND CENTURY: ESSEYS ON LEGAL, ECONOMIC AND POLITICAL POLICY 271-304 (Harry First, et al. eds., 1991). James F. Ponsoldt, *The Enrichment of Sellers as a Justification for Vertical Restraints: A Response to Chicago's Swiftian Modest Proposal*, 62 N. Y. U. L. REV. 1165 (1987). Jean Wegman Burns, *Vertical Restraints, Efficiency, and the Real World*, 62 FORDHAM L. REV. 597 (1993).

²³ フリンとポンソルドは、反トラスト法の目的は何かを問うときに、この法律を制定した議会の意図に着目する。フリンらは、立法史の研究成果は、議会が複数の目的を念頭に置いていたことを示しているとし、その最も簡潔で正確な要約は、フォックスの研究によるものであるとする。そのフォックスによる要約とは、「反トラスト法には歴史的に四つの主たる目的があり…それらは、(1)経済力の分散、(2)長所に基づき競争する自由と機会、(3)消費者の満足および(4)市場統治者としての競争過程の保護である」というものである (Flynn & Ponsoldt, *id.* at 1138 (quoting Eleanor M. Fox, *The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium*, 66 CORNELL L. REV. 1140, 1182 (1981))). フリンらは、これらを政治的な目的であると位置付ける。

²⁴ 小規模事業者の保護に熱心であった論客として、1916年から1932年まで最高裁の判事であったルイス・D・ブランダイスを挙げることができる。(See, Warren S. Grimes, *The Seven Myths of Vertical Price Fixing Politics and Economics of a Century-Long Debate*, 21 Sw. U. L. REV. 1285, 1294 (1992). ブランダイスについて紹介した邦語文献としては、太田洋『「競争」にみるアメリカ社会の特徴——日本との比較』74-78頁 (東京書籍、1989) および谷原・前掲注(20)147-148頁がある。)

²⁵ アメリカにおける再販の配分的効率性への影響に関する学説を詳細に検討したものとして、川浜昇「再販売価格維持規制の再検討——公正競争阻害性を中心に——(一)～(五)未完」論叢136巻2号1頁以下、3号1頁以下(1994)、137巻1号1頁以下、3号1頁以下(1995)、139巻4号1頁以下(1996)がある。この論文では、経済学論文も含めた検討を行っているが、本稿は、原則として法学雑誌に掲載されたものを対象とする。

²⁶ ポズナーはこれを「価格理論のレンズを通して反トラスト法を見る」と表現している (Richard A. Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 127 U. PA. L. REV. 925, 928 (1979))。

²⁷ RICHARD A. POSNER, ANTITRUST LAW 2 (2d ed. 2001).

²⁸ Cf. Posner, *supra* note 19, at 20; ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 13, 15, 27 (5th ed. 1998).

²⁹ 反トラスト法の目的は一つであると考えられる場合、ブランド内競争制限効果とブランド間競争促進効果の比較衡量は、複数利益の衡量ではなく、純粋な事実問題になる。ポズナーなどのように、反トラスト法の目的は総余剰の増加のみであると考えれば、裁判所が行う比較衡量とは、余剰を減少させる要因と余剰を増加させる要因を比較して、差し引きで減少させる作用と増加させる作用のいずれが残るかを判断することである。

このような考え方にに基づきポズナーは、ブランド内競争とブランド間競争の比較衡量は、二つの点で誤っていると言う。第一の誤りは、ブランド内競争への効果とブランド間競争への効果を天秤に掛けることにより、制限行為が競争制限的か競争促進的かを判断できると考えていることである。第二の誤りは、「市場は、自動的にブランド内競争とブランド間競争を比較衡量（trade off）しており、社会的厚生を最大化する両者の組み合わせを生み出している、という事実を無視していることである」（Posner, *supra* note 19, at 19）。

また、ポズナーと立場を同じくするイースターブルクは言う、裁判官は、経済的損失が競争的損失を上回るかどうかを評価できず、それどころか、ほとんどの事業行為の厚生的意味は、経済学者の知力の及ばないところにある（Frank H. Easterbrook, *Vertical Arrangement and the Rule of Reason*, 53 ANTITRUST L. J. 135, 153 (1984)）。比較の対象は、経済厚生つまり生産者余剰または消費者余剰を増減させる要素なのであり、この厚生の計算は不可能であるというのである。

³⁰ ROBERT H. BORK, ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF 91 (1993).

³¹ RICHARD A. POSNER, ANTITRUST LAW: AN ECONOMIC PERSPECTIVE 11 (1st ed. 1976).

³² 今井賢一ほか『価格理論Ⅱ』107頁（岩波書店、1971）。

³³ シカゴ学派の理論について検討した我が国の文献として、川浜昇「『法と経済学』と法解釈の関係について——批判的検討——（一）（二）（三）（四・完）」民商108巻6号22頁以下、109巻1号1頁以下、2号1頁以下、3号1頁以下（1993）がある。

³⁴ この点に注意を喚起するものとして、川浜・前掲注(25)136巻2号17-18頁がある。

³⁵ 小西唯雄『産業組織政策』105頁（東洋経済新報社、2001）。

³⁶ Oliver E. Williamson, *Economics as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs*, 58 AM. ECON. REV. 18, 23-24 (1968).（ウィリアムソンは、所得分配、政治的目的、技術進歩、独占力が経営者裁量（managerial discretion）に与える影響なども考慮要素となりうると述べている。）

³⁷ OLIVER E. WILLIAMSON, ECONOMIC ORGANIZATION: FIRMS, MARKETS AND

POLICY CONTROL 235 (1986). 邦訳はO. E. ウィリアムソン (井上薫訳)『エコノミック・オーガニゼーション：取引コストパラダイムの展開』(晃洋書房、1989)。本文鍵括弧内は邦訳292頁を引用。

³⁸ *Id.* at 203. (邦訳248頁を引用)

³⁹ HERBERT HOVENKAMP, *FEDERAL ANTITRUST POLICY: THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE* §§ 11.1-.3 (2d ed. 1999).

ホーベンキャンプは、垂直的制限が反競争の効果を伴う場合があることを認めているが、多くの垂直的制限は、反競争の効果の理論では説明できないと述べている。ほとんどの製造業者は、垂直的制限を、産出量を減少させるような価格拘束のためではなく、小売業者を促して製品をより活発に且つ効率的に販売させるために用いるのであると述べている。そして、それは、多くの場合、只乗り問題を解決しようと意図したものであるとする。ホーベンキャンプは、複数の只乗理論を紹介した後に、特定の只乗理論で広い範囲の垂直的制限を説明することはできないのであり、またその必要もないと述べる。只乗りの形態は一つではなく、個々の状況にあった垂直的制限が選択されることになるからである。

⁴⁰ 参照、石原敬子『競争政策の原理と現実——アメリカの反トラスト政策をめぐって——』34頁 (晃洋書房、1997)。

⁴¹ ホーベンキャンプは、立法史や判例の検討から、反トラスト法の目的は一つではなく、また経済的目的他に非経済的目的も含まれていることを指摘している (HOVENKAMP, *supra* note 39, at 47-48)。

⁴² Herbert Hovenkamp, *Distributive Justice and the Antitrust Laws*, 51 *GEO. WASH. L. REV.* 1, 28 (1982).

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.* at 4.

⁴⁵ ピトフスキーは、政治的目的を軽視すべきでないとしながらも、反トラスト法は、「ときには、あまり効率的でない小規模事業者の消滅を容認して、競争過程を維持する」ものであると述べている (Robert Pitofsky, *The Political Content of Antitrust*, 127 *U. PA. L. REV.* 1051, 1059 (1979))。またグライムズは、小規模事業者の保護などを含む競争の「公正さ」を確保するという目的は、「多くの場合、経済的目的の中に打ち込むことができる」と述べている。すなわち、経済的目的を中心に考えても、公正という価値基準に反するような結果が生じることは少ないと考えているのである (Warren S. Grimes, *Brand Marketing, Intra-brand Competition, and the Multibrand Retailer: The Antitrust Law of Vertical Restraints*, 64 *ANTITRUST L. J.* 83, 93 (1995))。

⁴⁶ ゼレク、スタン、ダンフィも同様の立場に立つものと思われる (Eugene F. Zelek, Jr., Louis W. Stern, & Thomas W. Dunfee, *A Rule of Reason Decision Model*

after *Sylvania*, 68 CAL. L. REV. 13 (1980))。

⁴⁷ フォックスとサリバンは、シカゴ学派と対立する見解を有する論者を伝統主義者または現実主義者と呼び、その考え方を次のように整理している。

「反トラスト法は、過程としての競争を維持し、威圧的な市場行動と搾取的市場行動を抑制し、競争者間の競い合いに資する環境を維持することを目的として、制定された。

議会在競争に価値を見出した主たる理由は、それが、力のある企業が過度に高い価格を設定して、消費者を搾取することを防ぐことにあった。(そのようにすることにより、競争は、経済学者がいうところの「配分的効率性」を高めることになる。) 競争に価値があるもう一つの理由は、それが浪費を減らし(経済学者が注目する「X非効率性」)、技術革新を促進する(経済学者がいうところの「動態的効率性」) ことにある。反トラスト法の中心的概念は、競争であって効率性ではない。…」(Eleanor M. Fox & Lawrence A. Sullivan, *Anchoring Antitrust Economics — Lexicon, in REVITALIZING ANTITRUST IN ITS SECOND CENTURY: ESSAYS ON LEGAL, ECONOMIC, AND POLITICAL POLICY* 68 (Harry First, Eleanor M. Fox & Robert Pitofsky eds. 1991))

この中にも、配分的効率性、消費者利益の保護、動態的効率性の三要素が含まれている。

⁴⁸ 反トラスト法における消費者の搾取を防ぐ目的について論じたものとして、Robert. H. Lande, *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, 34 HASTINGS L. J. 65 (1982) がある。ランディは、立法史の研究から、反トラスト法の第一次的目的は、配分的効率性を高めることではなく、消費者から企業への富の不当な移転を防ぐことであると結論付ける。そして、その他の目的は、これの下位に置かれるとする (*Id.* at 68-69)。

反トラスト法の目的は消費者厚生(消費者余剰のよって測定される)を最大化することにあるとして最低再販の違法性を論じるものに Terry R. Weiss, *The Dealer-Services Rationale for Resale Price Maintenance: Does the Manufacturer Really Know Best ?*, 30 ST. LOUIS U. L. J. 517(1986) がある。

⁴⁹ Grimes, *supra* note 45, at 92-93.

⁵⁰ Pitofsky, *supra* note 45, at 1051.

⁵¹ Robert L. Steiner, *The Nature of Vertical Restraints*, 30 ANTITRUST BULL. 143, 147 (1985).

⁵² 詳しくは第8章2節1款1項および2項を見よ。

⁵³ シカゴ学派も、動態的側面をまったく無視しているわけではない。ボークは次のように述べている。完全競争モデルの図は、「静態的な状態を表している。しかし、現実には、価格と費用は変化しており、科学技術と組織構造も変

化しており、また製品を改善する努力が続けられている。従って、ほとんどの産業においては、長期的に価格が限界費用に等しくなることは、ありそうにない。市場での競い合いは、いかなる図で表されるものよりももっと複雑で発展的な過程である。分析における致命的過ちは、図のこの限界を忘れたときに起きる。」更に、ボークは、完全競争モデルは「経済の力が企業を動かして至らしめる最終的状況を示している」と述べている (BORK, *supra* note 30, at 95)。

しかしこれは、ボークが、反トラスト法の市場分析において、動態的効率性を考慮することを宣言している一文ではない。むしろ、ボークは、静態的分析の限界を知ったうえで、その範囲内で議論をすべしと述べていると理解できる。

この点について、小西は次のように述べている。「ときおり『ハーバード学派の手法は静態的であるのに対して、シカゴ学派は、カーズナーにみられるように動態的だ』といった指摘がなされる。しかしながら、シカゴ学派が価格理論に基礎をおくという以上、その手法は、ある意味ではハーバード以上に静態的というべきかもしれない。少なくとも、シュムペーター流の動態的競争論のような『動態的』性格を持つとはいえないであろう。」(小西・前掲注(35) 107-108頁)

⁵⁴ 只乗理論派においては、利益衡量は問題とならない。シカゴ学派は、反トラスト法の目的はただ一つであると考えるので、利益衡量は必要ない。複数の目的があるとする論者も、配分的効率性を最も重要な目的と位置付けるので、垂直的制限は只乗りを防止することによって配分的効率性を向上させると考える限り、利益衡量の余地はない。

⁵⁵ 他に、只乗理論を支持するものとして、Robert J. Lerner, *Vertical Price Restraints: Per Se or Rule of Reason?*, in *ECONOMICS AND ANTITRUST POLICY* 123 (Robert J. Lerner & James W. Meehan, Jr., eds. 1989)、Thomas A. Piraino, *The Case for Resuming the Legality of Quality Motivated Restrictions on Distribution*, 63 *NOTRE DAME L. REV.* 1, 13-15 (1988)、Lawrence J. White, *Vertical Restraints in Antitrust Law: A Coherent Model*, 26 *ANTITRUST BULL.* 327 (1981)、Wesley J. Liebeler, *1983 Economic Review of Antitrust Developments: The Distinction between Price and Nonprice Distribution Restrictions*, 31 *UCLA L. REV.* 384, 388 (1983) などがある。

⁵⁶ Lester G. Telser, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?*, 3 *J. L. & ECON.* 86 (1960).

⁵⁷ *Id.* at 87.

⁵⁸ *Id.* at 89.

⁵⁹ *Id.* at 91-92.

⁶⁰ *Id.* at 95-96.

ボズナーは、シュウイン判決がなされた当時、テルサーの分析が余り影響力を持たなかった理由の一つは、多くの経済学者が、垂直的制限によって促進さ

れる特別サービスが消費者に与える影響に半信半疑であったことであると述べている（Richard A. Posner, *The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflection on the Sylvania Decision*, 45 U. CHI. L. REV. 1, 4 (1977)）。

⁶¹ Telser, *supra* note 56, at 92.

⁶² *Id.* at 93-94.

⁶³ *Id.* at 94.

⁶⁴ ポズナーは、垂直的制限の競争影響を説明する幾つもある理論の中から、なぜ只乗理論のみを採用したのであろうか。それは、川浜によると、この理論のみが効率性の増大と誘引整合的であり、合理的選択論から説明のつくものであるからである。只乗理論は、私的利益を最大化させる選択を行うという人間の行動性向、および資源を効率的に配分する市場の仕組みに整合するものである。「法と経済学」を思索の基盤とするポズナーにとっては、理論的に美しい説明なのである。詳しくは、川浜・前掲注(25)136巻2号21-23頁を参照。

⁶⁵ ボークは、1966年の論文で、垂直的制限の総余剰を増やす効果として只乗り防止の他に、次のものを挙げている。地域制限については、十分な収益を得るのに必要な規模の市場をディーラーに与えること（生産効率性の問題）、および複数のディーラーが共同でサービスを提供しており、サービスの重複がその効果を損なわせる場合に、これを防ぐことである。再販については、すべての小売店における品質の統一を助けること（例えば、ガソリンスタンドのサービス）、およびディーラーに相当の利益を与えることにより、地域制限を遵守させることである（Robert H. Bork, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division* (pts. 2), 75 YALE L. J. 373, 438, 449-50, 454-57 (1966)）。

しかし、筆者の知る限りでは、その後これらの競争促進効果は、垂直的制限の議論で取り上げられていない。ボーク自身も、垂直的制限の効率性向上効果のうち最も明確なものは、只乗り防止効果であると述べている（BORK, *supra* note 30, at 290）。

⁶⁶ Posner, *supra* note 60, at 4.

⁶⁷ テルサー自身は、1990年の論文で、すべての再販が有形的商品と組み合わせられた特別サービスによって説明できるわけではないと述べている。そして、「このような間違いに私は関与していなかった」と付け加えている（Lester G. Telser, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade II*?, 33 J. L. & ECON. 409, 410 (1990)）。

⁶⁸ 垂直的制限の競争影響について裁判所が採用すべき判断枠組として、ポズナーは、垂直的制限を当然合法とすることを提案する（Posner, *supra* note 19, at 25）。垂直的制限を当然合法とすべきという主張は、ポズナーの反トラスト法の目的に関する考え方および垂直的制限の経済的効果に関する認識からすれば、

当然の帰結である。ポズナーにおいては、反トラスト法の目的は、配分的効率性を高めることただ一つであり、垂直的制限は、只乗りを防止することにより、必ず総余剰を増加させるものであると認識している。従って、垂直的制限が反競争の効果を有することはないのである。

ただ、ポズナー自身、当然合法を主張した1981年当時、純粋な垂直的制限を当然合法とすべきという提案が、実務において近い将来に採用されるとは考えていなかった。そこでポズナーは、次善の策として、市場力の節を用いることを提案した (*Id.* at 25)。これは、多数の連邦控訴裁判所に採用されることとなった (第4章3節を参照)。

⁶⁹ *United States v. General Motors Corporation*, 234 F. Supp. 85 (S. D. Cal. 1964), *rev'd*, 384 U. S. 127 (1966).

⁷⁰ この事件の詳しい事実関係は、次のようなものである。

GMは、シボレーの他複数のブランドを持つ自動車の製造業者である。シボレーの車は、通常、GMとフランチャイズ契約を締結したディーラーによって販売されている。ディーラーは、GMから車を購入し、それを消費者に販売する。GMとディーラーの関係は、統一的なディーラー販売契約で規定されている。この契約には、ディーラーが販売する相手方や販売できる地域を制限する条項はないが、販売拠点条項を含んでいた。これは、ディーラーが、GMの事前の承認なしに、販売拠点を移転すること及び支店等を新たに作ることを禁止するものであった。

1950年代末から、安売り店が、ロサンゼルスで、新車を低価格で販売し始めた。これらの店は、フランチャイズ・ディーラーから車の供給を受けていた。1960年までに、多くのシボレー・ディーラーは、GMの承認なしに、安売り店と提携関係を結ぶようになっていた。安売り店は、シボレーが低価格で買えることを活発に宣伝した。安売り店は、複数製造業者の車を扱っており、車を買おうとする者は、これらの安売り店に行きパンフレットや価格表を見るのが常であった。

ディーラーと安売り店の関係は、多様であった。安売り店が顧客にディーラーを紹介するだけの場合、前者では、自動車は、ディーラーと安売り店が事前に取り決めた価格で販売された。安売り店が顧客と直接交渉し、顧客の車を買取り、新車購入のための融資を決める場合もあった。この場合、ディーラーは、車を用意し、所有権を直接顧客に移転させた。

1960年、ロサンゼルス地区にある85のシボレー・ディーラーのうち、安売り店に車を提供したのは12店ほどであった。また、同年、同地区で販売された100,000台の新車のシボレーのうち、約2,000台が、安売り店を通して販売されたものであった。あるシボレー・ディーラーは、年間販売の25%を安売り店を通じた販売から上げていた。また、他のあるディーラーは、一年間に400から

525台を安売り店を通して販売した。これらの販売量が増えるにしたがって、安売り店の近くにある安売り店と提携していないシボレー・ディーラー（以下、非提携ディーラー）は、売り上げを落とし、危機感を持ち始めた。

非提携ディーラーには、更に頭の痛い問題があった。シボレーを購入した顧客は、GMと新車の保証・サービス契約を結ぶのだが、GMは、ディーラーに、自分が販売した車であるか否かに関わらず、この契約にある無料サービスを提供するよう求めていた。彼らは、安売り店で販売されたシボレー車の無料サービスもしなければならなくなり、その数が年を追って増えていた。一方、安売り店は、どこのシボレー・ディーラーでもこのようなサービスが受けられることを、盛んに宣伝していた。

このような状況に直面して、シボレー・ディーラーで作る団体は、GMに対して、提携ディーラーに安売り店への新車供給を止めさせるよう強く要求した（ロサンゼルス市とその周辺のシボレー・ディーラーの団体は、三つあり、この地域のすべてのシボレー・ディーラーは、これらの一つまたはそれ以上の団体に所属していた）。これを受けてGMは、提携ディーラーを説得し、安売り店との提携関係を解消させた。

訴訟の経緯は、次のようなものである。司法省は、GMとこのディーラー三団体の行為は、シャーマン法1条に違反するとして、民事訴訟を提起した。地裁は、被告の間に共謀はないとして、被告を勝たせた。司法省は、これを不服として最高裁に直接上訴。最高裁は、共謀を認め、価格を拘束し競争者を排除する違法な行為であるとして、原審判決を取り消した。

⁷¹ ジェネラル・モーターズ事件の詳しい事実関係を見ると、ポズナーの理解は当たっていないように思われる。この事件では、安売り店は、活発に宣伝を行っており、車のパンフレットや価格表を揃えるなど、販売前の情報提供を行っているのである。更に、この事件で問題となったサービスは、新車販売後に行われる修理等のサービスである。従って、特別サービスに安売り店が只乗りしたと説明するには無理があるように思われる。

⁷² POSNER, *supra* note 31, at 160.

⁷³ Coca-Cola Co., 91 F. T. C. 517 (1978). この事件は、以下のようなものである。

被審人コココーラ・カンパニー（以下、コココーラ社）は、コココーラその他の清涼飲料（ファンタ、スプライトなど）の原液をボトラーに販売していた。ボトラーは、コココーラ社のライセンスを得て、購入した原液から清涼飲料を製造し、コココーラ社の商標を付けて小売業者に販売した。ライセンスを他社に売り渡して事業から撤退することは自由であった。コココーラ社は、ボトラーに排他的販売地域を与えて、その割当地域内でのみ販売することを許した。更にボトラーは、小売業者による商品の横流しを防止する義務を負っていた。その一方でボトラーは、製品の生産量、種類、販売価格を決定することができ、

瓶、蓋、自動販売機、車両などは、コカコーラ社が承認した範囲内で選択することができた。しかし、ボトラーは、小売店の規模によって販売価格に差をつけることはせず、利益のでない小売店にも販売した。ボトラーは、製品を個々の店舗に配送し、チェーン店方式の小売店であっても、物流倉庫に配送することはなかった。小売店を巡回するボトラーの販売員は、期限の切れた製品を新しいものと交換した。また、ボトラーは、コカコーラ社以外の清涼飲料を取り扱うことも禁じられておらず、半数以上のボトラーが競合他社から清涼飲料のライセンスを受けていた。

審判開始決定がなされた1971年には、ボトラーは729社あり、そのほとんどは小規模な独立の会社で、家族経営のものが多かった。ボトラーには、独立系のものと同様コカコーラ社の子会社とがあった。子会社ボトラーは、独立では採算の合わない工場をコカコーラ社が買収したものである。独立のボトラーのうち、被審人コカコーラ・ボトリング・カンパニー（トーマス）は、割り当てられた地域で、他のボトラーに、コカコーラ社の製品を製造販売する排他的なライセンスを与える権限を与えられていた。

市場には、ペプシコーラ、ドクターペッパーなど競合する清涼飲料の製造業者は多数存在し、プライベート・ブランドの清涼飲料も強い競争力を持っていた。コカコーラ社の清涼飲料は、粉末の清涼飲料やフルーツジュース、コーヒーなどともある程度の競争関係にあった。1920年以来、清涼飲料の中で最も人気のあるのがコーラで、コーラ味清涼飲料の種類は多く、1974年以降は、清涼飲料の60から65%がコーラ味のものであった。

清涼飲料産業への参入は容易であった。原料を供給する企業は無数にあり、製品を容器に詰める工場も多数存在した。この工場を、買収、賃借する場合もあったし、生産委託をする場合もあった。

市場では、価格競争が行われていたほか、ブランド間競争は、製品の取り扱い店舗数、小売店への頻繁な配送サービスの提供、自動販売機の設置や無料修理、製品の試飲会などについても行われた。

コカコーラ製品の市場占有率は、1971年には20.8%であった。同年の競争相手であるペプシコーラ製品の市場占有率は、19.3%であった。いずれの会社も、1960年から占有率を2～3%ほど落としている。

デュフレス行政法審判官は、本件の仮決定で、コカコーラ社による地域制限は、競争促進的であると判断した。排他的販売地域の割当がなければ、三つか四つの強力な全国ブランドとプライベート・ブランドのみが生き残り、市場への参入が難しくなり、ボトラーも大規模なもののみが生き残ると予測した。その上で、コカコーラ社の地域制限を競争促進的であるとする理由は、この地域制限が、小規模ボトラーが市場で生き残ることを可能にし、その結果、市場力を持つ大規模ボトラーの出現を防いで、多数の小規模ボトラーによる活発な競

争が行われるからであるとした。

これに対して、ドール委員は、最終決定で、当該地域制限を反競争的であると判断した。ドール委員は、コカコーラ社による地域制限は、清涼飲料産業の動態的側面を損なうものであると述べた。その理由を、同委員はつぎのように説明する。現代は、製造工程を見ると、手作業による生産から全自動の機械を使った生産に移ったことにより、ボトラーの生産能力が増大している。また、道路の整備やトラックの性能向上によりより長距離の輸送が可能となった。このようなことから、ボトラーは、より広い範囲でより大きな規模で事業をすることが可能になった（最適事業規模が拡大した）のである。コカコーラ社による地域制限は、このような背景事情の変化によって可能となった生産効率性の高い事業の実現を妨げるものであるとするのである。

ブランド間競争については、デュフレス審判官は、活発に行われていると認定したが、ドール委員は弱まっていると判断した。その理由を二つ述べている。第一に、ボトラーは、コカコーラ社と競争関係にある原液製造業者の製品をも取り扱うことである。ドール委員は、これにより、コカコーラのボトラーは、他の商標製品の価格設定やマーケティングを制御できるようになり、各ブランド製品が互いに販売を食い合わないよう価格を設定するであろうと推定する。更にこれは、ボトラー段階の市場集中を促進するという。第二に、ドール委員は、清涼飲料市場において、すべてのブランド製品が排他的販売地域のもとで流通していることを問題にする。このような地域制限が並列的に実施されている場合、ある割当地域内でブランド間競争が起こっても、他の割当地域に波及しないので、ブランド間競争は活発化しないという。

⁷⁴ Posner, *supra* note 60, at 6.

⁷⁵ Posner, *supra* note 19, at 21, 24-25.

⁷⁶ Posner, *supra* note 60, at 4.

⁷⁷ Posner, *supra* note 19, at 24.

イースターブルクも、小売市場についてポズナーと同様の見解を明らかにしている。すなわち、「ほとんどの小売市場は、参入が自由であり、小売業者は原子的市場 (atomistic market) に非常に近いものである」と述べている (Easterbrook, *supra* note 29, at 141)。

⁷⁸ POSNER, *supra* note 27, at 172 では、クラインとマーフィの理論を受け入れ、製造業者が、競争水準以上の利潤を小売業者に与えることにより小売業者の忠誠を獲得するために、垂直的制限を用いることがあることを認めている。

* 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。