HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	機能割引に関する対価差別上の諸問題（１）　ー購入者間競争への影響についてー
Author(s)	藤田, 稔
Citation	北大法学論集, 33(2), 93-134
Issue Date	1982-10-22
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16397
Type	departmental bulletin paper
File Information	33(2)_p93-134.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

機能割引に関する対価差別上の諸問題（一）

――購入者間競争への影響について――

藤田稔

目次

はじめに
第一章　問題の設定と分析視角
　第一節　日本の流通機構の現状と諸問題
　第二節　機能割引問題の諸類型
　第三節　独占禁止法上の問題点
　第四節　対価差別の経済理論
第二章　旧クレイトン法二条の分析
　第一節　一九〇〇―三〇年代のアメリカ流通機構をめぐる問題状況
　第二節　旧二条の成立経緯・判例分析・まとめ
第三章　ロビンソン・パットマン法の成立経緯と概観
　第一節　成立経緯

第二節　二条(a)項
第三節　機能割引条項及びロビンソン・パットマン法四条
第四節　二条(f)項
第五節　二条(c)項
第六節　二条(d)(e)項
第七節　改正の目的

（以上、本号）

はじめに

本論文は、マーケティングの手段である機能割引を、独占禁止政策における対価差別規制の視点から解明し、政策提言を目指すものである。

まず第一章で、問題点の総括的提起を行う。次いで第二章で、アメリカにおける一九三六年改正前の旧クレイトン法二条時代の対価差別規制を分析する。第三章では、一九三六年の改正経緯を分析して改正法を概観し、問題点の指摘を行う。そして第四章以下で改正法の具体的ケースの検討を行い、その総括に立って、政策提言を目指すものとする。

第一章　問題の設定と分析視角

本章ではまず、本論文でとりあげる機能割引の検討にどのような意義があるかを明らかにする為、日本の流通機構の現状と諸問題の中での位置づけを明らかにする。次いで、機能割引問題の諸類型とそれぞれの問題点を提示し、関連する独占禁止法上の解釈論上の問題点を一般的に検討しておく。また、機能割引に関する法理論の検討には、差別の発生要因、その経済的意味に関する経済理論の検討が必要であり、具体的な法運用の検討に入る前に、価格差別に関する経済理論を検討し、後に述べる政策選択の意味するものを明らかにする。

第一節　日本の流通機構の現状と諸問題

日本の流通機構の現状については、以下に述べる三つの問題点がある。

第一に、流通機構の効率化促進の課題がある。第二次大戦直後の流通機構の状況は、長く複雑なものであった。これは、一九六〇年頃には、それが物価上昇の原因ではないか、製品販路に過度に労働力を使用することにより高度成長のボトルネックとなるものではないか、という角度で論じられていた。(1) 現在でも、これは重要な課題であろう。

第二に、流通系列化の問題がある。第二次大戦後は、大衆消費社会の発展が見られ、家庭電器、自動車といった消費財部門で、大規模メーカーが登場する。これら製品については、伝統的流通業者からでは十分なサービスが期待できないこと、又、大規模メーカー側のマーケティング依存傾向の高まりなどから、メーカーによる流通機構への介入が見られた。所謂、流通系列化である。

これに対しては、公正取引委員会は、まず価格面での再販売価格維持を問題視し、更に流通系列化全般についても、実態調査を進めた。その上で、寡占メーカーの市場支配力形成の側面を捉えて流通系列化規制を進める立場の独占禁止法研究会報告が登場している。(2)

第三に、大型店問題がある。スーパーと通称されている大規模小売店は、当初、高度成長を背景に、大量生産・大量消費のパイプを短くすることによる流通経費の削減と、大量仕入れによるコストダウンを図るという仕入れ段階における規模の経済性、及び売場面積拡大に基づくワンストップ・ショッピングの顧客吸引力により、成長した。以後、資本自由化の実施に及び、合併・業務提携が為された。そして、オイルショック後の低成長時代には、消費支出の低迷と、消費者の個性化への対応に、迫られるに至った。この中で、新規大型店舗の地方進出、業務提携、資本提携が進められてきた。(3)

このような地方進出に対しては、地方百貨店、中小小売商保護の視点から、大型小売店舗の新規参入に対し売場面積規制の形で規制を加える大規模店舗小売法が存在する。

独占禁止法の視点からは、まず大型店間の合併が問題となり、公正取引委員会は昭和五六年七月に「小売業における合併等の審査に関する考え方」を作成し公表している。(4) また、百貨店や大型量販店による納入業者に対する優越的地位を利用した押し込み販売も問題とされ、現在、審判で係争中の三越事件(5)が存在する。

大型店には、このスーパー以外に、家電専門店、眼鏡専門店などの専門店部門で、量販店、チェーン店が存在し、発展している。これら大型店は、購買力の濫用といった側面からも、昨今、問題が指

摘されるに至っているが、[6]それに関連して、独占禁止法上の対価差別規制の問題ともなる要素を、はらんでいる。

メーカーによるマーケティングの価格政策には、顧客の流通段階の位置に応じて与えられる機能割引、顧客の取扱い数量の差異に基づく数量割引などが存在する。大型小売店は、自ら卸機能を果たすことで卸割引を獲得し、又、数量割引でも大幅割引を獲得し得る。これが大型小売店と中小小売商との間の競争に、競争政策上好ましくない影響を与えるのではないか、ということが問題となるのである。

以上、日本の流通機構が直面している問題点は、第一に流通効率の向上、第二に流通系列化、第三に大型小売店に関連した流通業者間競争の問題であると言えよう。

本論文は、これらの問題点のうち、第三の問題を主としてとりあげ、対価差別規制の視点から、機能割引を重点的に捉える方向で論じるものである。行為は、機能割引を取得する販売業者間の競争に与える影響が主として問題となるから、メーカーの購入者の次元での購入者間競争に関係するものに限定する。

本論文の主たる視点は、大規模小売店の購買力行使の側面を問題視するものであるが、他方、大型店は、流通効率促進、寡占メーカーへの対抗力として機能する面を持つことから、第一・第二の課題との総合的考慮も課題となる。

なお、本論文では、同様な問題を持ち、又、日本法の母法的存在でもあるアメリカ法の運用・背景を、経済理論を踏まえて分析する手法を、用いるものである。その上で、機能割引に関する対価差別規制の法運用上の基準を具体的に明らかにすることとともに、幅広くその独占禁止政策上の問題点に言及することも、目指すこととする。

(1) 代表的例として、林周二『流通革命新論』(中央公論社・一九六四)など参照。

(2) 野田實編『流通系列化と独占禁止法』(大蔵省印刷局・昭五五)。

(3) 黒田重雄「大型小売店の進出の現状と問題点」(『公正取引』三七一号・一九八一)二三頁。

(4) 公正取引委員会事務局「小売業における合併等の審査に関する考え方」(『公正取引』三七一号・一九八一)三一頁。

(5) 昭和五四年(判)第一号。昭和五四年五月一四日、審判開始が決定された。(『公正取引』三四四号・一九七九)五四頁。

(6) 矢部丈太郎「買手の優越的地位濫用に関する各国の規制状況」(『激流』一九七九―三号)四〇頁。

第二節　機能割引問題の諸類型

本節では、機能割引とは何か、又、機能割引が問題となる諸類型

を提示した上で、対価差別の独占禁止法上の解釈論上の問題点を、一般的に概括する。

機能割引は、売手が、買手の流通サービス提供に対して報償を与える伝統的な価格テクニックである。(1)

典型的には、流通段階の位置に応じて異なる割引が与えられる。すなわち、卸業者・仲卸業者・小売業者に、価格割引を、小売価格に対して次第に減少する割合で与えて行くものである。そこで与えられる割引が、卸割引・仲卸割引・小売割引などと呼ばれる。この典型的な機能割引は、又、仲間割引とも呼ばれる。このタイプの割引は、流通段階の上部に位置する流通業者ほど、倉庫・引き渡しの負担、散在する小さな客にサービスするコスト・リスクなどの流通機能を、メーカーに代わって広範に果たしているとの認識を反映しているものである。この典型的なタイプでは、流通段階の異なる購入者の間には競争関係が存在しないから、通常、対価差別上の問題は起こらない。

しかし、所謂、流通革新の進展に伴い、一方で卸業者が小売機能をも同時に果たしたり、小売業者が卸機能をも果たしたりする垂直統合が進展し、他方、旧来の卸業者の果たしていた機能の一部門のみを扱う専門分化した流通業者が登場してくる。こうなると、伝統的な整然たる割引体系は、崩れることになってくる。しかし、この場合も、又、流通業者の流通機能負担に対する報償として与えられる割引であるが故に、機能割引と把握される。(これに対しては、仲間割引との表現は用いられない。)

こうした機能割引には、購入者間競争に影響を与え、対価差別規制の点から問題となる可能性を持つものがある。それを、類型化してみよう。

①卸業者が小売販売も同時に行う場合、その統合業者は小売販売分についても、卸割引を得られるときがある。他方、メーカーから直接購入する小売業者は、小売割引しか得ていない。その際の、統合業者とメーカーから直接購入した小売業者間の、小売販売をめぐる競争に対する影響。

②卸業者に対して、メーカーから直接購入する小売業者に対するよりも安く販売した場合、直接の購入者である卸・小売間では、競争関係が存在しない故に問題は起こり得ない。が、卸業者への販売価格が過度に安いと、その卸業者が小売業者に対し、メーカーが小売業者に直売する販売価格よりも安く販売できることになる。その結果、メーカーから直接購入する小売業者より、卸業者から購入する小売業者が安く購入することとなるが、この両者の小売販売をめぐる競争に対する影響。

③卸業者に対して、メーカーから直接購入する小売業者に対する

よりも安く販売していても、卸業者への販売価格の安さの程度が、小売業者への直売価格に比して不足している場合、②と逆にメーカーから直接購入する小売業者の方が、卸業者から購入する小売業者より安く購入することとなる。この両者の小売販売をめぐる競争に対する影響。

④メーカーから直接購入する小売業者に対して、卸業者に対するよりも安く販売する場合、卸業者を通じて購入する小売業者は、当然にも、メーカーから直接購入する小売業者よりも高い価格で、卸業者から購入することとなる。この両者の、小売販売をめぐる競争に対する影響。

更に⑤として、卸業者とメーカーから直接購入する小売業者に対して、メーカーが同一価格で販売する場合がある。その結果、卸業者を通じて購入する小売業者が、メーカーから直接購入する小売業者よりも高い価格で、卸業者から購入することとなる。この両者の小売販売をめぐる競争に対する影響をどう評価するかも問題となろう。

以上に加えて、実質的な流通機能を誰が果たしているか、メーカーの購入者は実質的に誰であるか、共同購入組織をどう評価するかなどで、タイプが分かれてくる。

以上の類型に基づき主に分析を行うが、メーカー側は自らが評価する流通機能の分類に基づき機能割引を与えており、そのメーカーによる機能割引分類にも検討が加えられる。

本論文は、機能割引問題に関する問題を論ずるが、顧客の取扱い数量の差異に基づいて与えられる数量割引の結果、大量購入者に与えられる大幅割引には、留意すべきものもあるかもしれない。それは、伝統的に卸業者に与えられてきた卸割引には、卸業者の大量購入に起因するコスト節減に対する報償という側面も認められるのではないか、との評価も可能であるからである。この把握に立つと、数量割引と機能割引との区別は、必ずしも明白なものではなくなる。また、現実にはリベート支給の形で、種々のものが融合して与えられている(2)とも見られよう。

なお、総ての機能割引問題が本論文の問題意識の背景たる購買力問題と関係するものではない。しかし、本論文は、購買力問題以外のタイプも合わせて論じることで、機能割引問題を全般的に扱うものであり、その上で、購買力問題も把握することを試みる。

(1) *Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws* (U.S. Government Printing Office, 1955) pp. 202-205 などを参照。

(2) リベート等も含めた概観として、定村礼士「マーケティング活動の一環としてとらえたこれからのリベート政策を探究す

る」（藤枝高士編『リベート政策の革新』日本生産性本部 昭四五）一五五頁以下を参照した。

第三節 独占禁止法上の問題点

本節では、対価差別の独占禁止法上の問題点を一般的に概括し、論点の明確化を行う。

対価差別は、独占禁止法二条九項一号に基づく公正取引委員会の一般指定四号、並に、脱法行為禁止規定たる二号と法一九条により禁止されている。（昭和五七年四月二〇日、公正取引委員会事務局発表の不公正な取引方法の一般指定の改正案によれば、現行四号は指定案三項に、現行二号は指定案四項に、おおむね相当する。）

一般指定四号は、「正当な理由がないのに、地域または相手方により差別的な対価をもって、物資、資金その他の経済上の利益を供給し、または供給を受けること。」と規定している。（指定案三項は、「不当に、地域又は相手方により差別的な対価をもって、商品若しくは役務を供給し、又はこれらの供給を受けること。」と規定している。）

対価差別規制の性格であるが、まず、不公正な取引方法の趣旨につき、クレイトン法、FTC法と同旨の、独占形成の未然の防止、禁止行為の列挙による法適用の基準の明確化を背景とした公正な競争秩序を維持する規定といった方向からの理解[1]と、個別的従属関係を対象とした公正な競争秩序維持の為の規定といった理解[2]が存在する。

もっとも、四号につき、具体的には、「いかなる価格を定めるかは、契約の自由に属することであり、相手方により価格を違えたからといって、一つ一つに正当な理由が要求されるわけではない。しかし、正当な理由がない場合にはそれによって公正な競争を阻害するおそれも、生じ得よう。」という理解[3]に、おおむね通説的に集約されている。正当な理由は、運送費の大小、取引量の多寡、決済方法、商品の特性などに求められ、これらを根拠とする差別対価は違法でないと解され、違法性阻却事由的に見られている。

これに対し、取引量の多寡、その他の事由は、これを当該対価が差別的な対価に該当するかどうかの判断資料と解すべきものであって、当該対価が差別的な対価であると判断した後に、その違法性阻却事由としての正当事由に該当すると、解すべきものではない、差別的な対価に該当する以上、それは当然に公正競争阻害性を有するものであり、これと異なる観点からの理由づけをもって、その違法性を除去することはできないのである、との批判（阿部説）が、存在する[4]。阿部説への批判としては、継受子法国の規制の解釈にあた

っては、母法国の規制が充分顧みられるべきであり、それを排斥して別異の解釈をとる場合には、それだけの理由が示されねばならないとの見解がある。(5)

通説も自由競争阻害をもたらすおそれのある価格差であって、コスト要因などの正当な理由がないものが違法とされることになる、との理解であろうし、アメリカ法と違い、原告側に正当な理由がないことのある程度の立証を求めるものであろう。(指定案三項では、「不当に」との表現がとられ、挙証責任についてこの理解が採られている、と考えられる。)阿部説は、法的差別概念を後述の経済的差別概念に近づけて見ようとするもの、とも見ることができ、注目すべき点もあるが、そのような一般的な理論にとどまるのではなく具体的な事例に即して公正競争阻害性の運用基準を明らかにすることが、重要ではなかろうか。なお、昭和二八年改正前との比較で、具体的危険性より抽象的危険性に厳格化されている、との見解(6)もあるが、これも具体的事例の妥当性に即して検討すべきものであろう。

結局、自由競争阻害をもたらすおそれのある差別とはどのようなものか、又、コスト要因などをどう評価するかを具体的に類型的に明らかにし、どの程度の立証で「事実上の推定」が成立するとすべきかを明らかにすることが課題となる。

また、昭和二八年改正で、「不公正な競争方法」から、「不公正な取引方法」に変更されたことにより、規制対象が、直接の競争手段に限られず、競争秩序に及ぼす影響を一般的に捉えて行為の相手方を基軸とする競争秩序に対して侵害的効果を生ずる行為も対象とされることとなった点も記すに値しよう。(7)これによって、本論文の対象である購入者間競争での競争侵害の問題に対して、日本法が適用されることとなる。

(なお、差別を行う売手とその競争者との競争に影響を与える差別を一段階侵害と言う。売手によって有利に差別される買手とその競争者との競争に影響を与える差別を二段階侵害と言う。そして、売手によって有利に差別される買手の顧客とその競争者との競争に影響を与える差別を三段階侵害、更に売手によって有利に差別される買手の顧客とその競争者との競争に影響を与える差別を四段階侵害と言う。本論文の対象は、購入者間競争での競争侵害の問題であり、二段階、三段階、四段階の競争侵害事例を分析する。)

また、四号の解釈については、差別対価を受ける行為が本号の対象となるのかの点も問題となる。四号のうち、前段は、明らかに売手の対価差別行為を規制する規定である。それでは、買手側の自己に有利な対価差別を売手から引き出す行為は、どう評価されるであろうか。

これは問題にされている対価差別の違法行為が、何に起因するかということから問題となる。次節で論ずるように、差別発生の要因は、売手側にも買手側にも存在し得る。四号前段適用からは、売手側に違法行為の除去を求めることになる。なるほど原因が買手側に存在する場合でも、売手の行為を除去すれば、違法行為は除去される、と言える。しかし、原因が明白に買手側の購買力にあり、売手が強制されて対価差別を行った側面を強く持っている場合、行為除去の責任を売手に課すことは、原因のない者に責任を課す点で社会観念上、又、行為の有効な除去の実現を目指す法適用の目的からも疑問がある。更に、民事訴訟の場合には、違法行為の当事者が誰であるかは直接的に重要であろう。そこで、買手側の要因によって対価差別が為される場合に、買手側に違法性を問う理論構成が問題となるのである。

日本法では、どの規定が適用されるであろうか。それには、四号後段適用説と十号適用説がある。

四号後段は、「差別的な対価をもって供給を受けること」と規定しているが、この解釈には争いがある。この規定を、「大口需要者が小口需要者の事業活動を妨害、排除する為、その商品を不当に買いたたくような場合には、本号違反となるおそれがある。」とする見解[8]と、差別対価で商品の購入をすることは、「差別対価による供給」を受けることではない、販売者によって購入価格を差別することである、とする見解である。[9]前者が買手側の対価差別引き出し行為に四号後段を適用する見解である。

後者の見解からは、一般指定十号が適用されることとなろう。十号は「自己の取引上の地位が相手方に対して優越していることを利用して、正常な商慣習に照して相手方に不当に不利益な条件で取引すること。」という規定である。この場合、優越した地位、正常な商慣習、不当に不利益な条件、を差別対価を引き出す行為に、具体的にどうあてはめるかが問題となり、四号後段の直接適用とは異なった理論構成が要求されるのではないか、と考えられる。(指定案では、十四項に同様の規定が存在する。)

なお、本稿執筆の背景となる問題意識は、購買力問題にあり、その意味ではこの対価差別引き出し行為への法適用が中心的問題となるが、四号前段でも間接的な形で違法行為を除去することができ、とりわけ、十号適用に疑義のある行為に対処できること、そもそも売手側にも差別への要因が存在することから、四号前段の理論構成探究も、同様に重視することとする。

一般指定は、又、二号で「ある事業者に対し、正当な理由がないのに、取引の条件または実施について、著しく有利な取扱をし、または著しく不利な取扱をすること。」を禁止している。この規定は、

価格以外の取引の条件又は実施を対象とするもの、とされている。(10)

「正当な理由」と「著しく」が、解釈上問題となる。この規定は、ここでは、対価差別禁止規定の脱法行為を規制できるのではないか、という点から評価される。(指定案四項が、同様の規定であり、そこでは「正当な理由がない」と「著しく」の要件が、「不当に」という形で一括して判断されることになっている。)

以上、四号を中心に、十号、二号が、四号の対価差別禁止規定との関連において把握されるわけであって、以上指摘した要件上の問題を、より具体的に明らかにすることが、本論文の課題となる。

(1) 今村成和『独占禁止法〔新版〕』(有斐閣・昭五三) 八九—九一頁。
(2) 正田彬『全訂 独占禁止法Ⅰ』(日本評論社・一九八〇) 二九三頁。
(3) 今村 前掲書 一二一頁。
(4) 阿部芳久『独占禁止法』(第一法規・昭五三) 一八〇頁。
(5) 久保欣哉『コンメンタール独占禁止法』(田中誠二他編・勁草書房・一九八一) 二一九頁。
(6) 江上勲『経済法・独占禁止法概論〔改訂版〕』(税務経理協会・昭五五) 一四〇頁。
(7) 今村 前掲書 九二頁。
(8) 公正取引委員会事務局編『改正独占禁止法解説』(日本経済新聞社・昭二九) 二二一頁他。
(9) 正田 前掲書 三四八頁他。
(10) 今村 前掲書 九二頁。

第四節 対価差別の経済理論

二節では、機能割引が対価差別上の問題となり得る諸類型を、形式的に明らかにした。本節ではまず、差別はいかなる要因で成立し、いかなる経済的意味を持つものであるかを、主に購入者間競争に関係するものについて、明らかにする。次いで、政策選択の対象として、主として資源配分政策に基づく政策の他、様々の角度からの中小事業者保護論に基づく政策などもあることを、明らかにする。

まず、分析の主要概念として、経済的差別の概念を導入する。経済的差別とは、個々の販売の限界費用に対して、同じ比率を持つことのない価格で販売を行うこと、ないし、価格と限界費用の差が等しくない場合である、と定義される。(1) この概念には、流通機能評価の問題を関係づけることができる。買手がある種の流通機能を発揮した場合、売手側にコスト節減がもたらされ、その買手に他の買手に比して低価格で販売しても経済的差別には該当しないこととなるからである。

差別はいかなる場合に発生するであろうか。まず、一時的・散発的な差別がある。例えば、輸送コストで隔てられた地域で需要急増が発生した場合、供給増がされるまで、一時的な価格上昇が生じて経済的差別が発生する。(2) 需要増加に際して、新規設備を増設し、新規客に対してのみ低価格販売を行うことによる場合もある。(3) 更に、売手間に寡占的協調関係が存在していても、不況期に過剰能力が存在するようなとき、受注増を狙う売手の一部が、秘密に一部の買手に価格切り下げを行うことにより発生する場合がある。(4) また、売手が市場調査の目的で為す場合もあろう。(5) これらは、一時的で、供給の増加や他の売手の対抗的価格切り下げなどが生じた後に、新たな均衡に達して、差別は消滅してしまう。しかし、これらの差別は市況の変化により発生し易いものである。これらにつき留意すべきことは、これらの一時的差別を法的に規制したならば、かえって市況に応じた新たな均衡に達することを妨げることとなり、法適用は好ましくないことである。(6)

次に恒常的価格差別がある。このタイプの差別を売手が利益を上げて行える条件は、市場支配力を保持すること、顧客を需要の価格弾力性が違うグループに分離できること、買手側のさや取り（売手から低価格で購入した客が、売手から高価格で購入している客に再販売することで、売手は対価差別が不可能となる。）が抑制できるかないし、その誘因がないことである。(7)

市場支配力を持たないわずかな販売量しか持たない売手の場合、仮に、強力な買手に直面しても、その買手に対して他の買手よりも差別的に有利な価格で販売することはなく、他の買手を探して販売することとなるからである。(8) 売手にとって、差別への誘因は利潤の増大である。買手グループごとに限界収入を等しくしなければ、その生産物の所与の販売量からの収入を最大にすることはできないのである。(9) やや小規模の売手でも、グループで安定的な対価差別を行うこともある。背後に了解が存在するもので、でないと高収益をもたらす買手に対してのみ販売してしまえば良いから、差別を維持し得ないからである。(10)

買手側の要因から、恒常的差別が為されることはないか。巨大な買手は、しばしばはるかに売手の規模を超え、売手の地位は弱まる。その際、特定商品の生産者＝売手は、通常販売の確保の為、大規模な買手との安定的関係を追求して、大幅割引を与えることにもなる。(11) こうして、弱い程度の製品差別化された商品を扱う売手は、差別的優遇を大規模買手に与えることとなる。(12)（なお、製品無差別市場では、この場合、売手側に経済的差別の誘因はなく、強い差別製品の売手は、大規模買手にも優り、経済的差別は発生しない。）この場合、現実の生産・配給の効率性を超えた低価格販売が当該買

手に為され、その買手以外の買手に、値引きを要求する力が存在しない場合には、低価格が他に波及することなく、恒常的価格差別となる。（なお、前述の売手側からの差別の誘因と同様に、この場合にも売手側にとっても、差別することがより利益が上がると言えるかもしれない。買手側の要因とは、したがって相対的な表現である。）

さて、これらの恒常的差別はいかなる点で問題なのであろうか。

資源配分上の効率性から検討しよう。差別が為されていること自体、売手が市場支配力を持っていることの証拠となる。これは資源配分上の効率を害することとなるのであろうか。そもそも独占価格は、生産制限に由来するものであるが、売手が客ごとに完全に差別することができるならば、その生産量は、競争水準と変わらない。[13] すなわち、差別は単純な独占価格よりも、効率上、改善されたものである。もっともこの場合、売手が買手をグループ化することが必要であり、その為にかけられるコストが資源のロスである、と言い得る。[14]

次に、長期的視点から、効率への影響を捉えよう。まず、非効率事業者を優遇するタイプの差別は、経済効率の増進を阻害する。[15] 逆に、購買力を持つ買手を優遇する差別は、通常の効率性を持つ事業者の脱落を、帰結する。（この場合、消費者にとっては小規模事業者ならではのサービスを受ける機会を失ったり、身近に購入できる事業者が存在しなくなる不利益を受けることにもつながる。[16]）更に、優遇された大規模の買手は、この優遇に基づいて最適規模を超える成長を追求し、資源配分上の非効率を帰結する点が問題である。[17] その他、売手市場が競争的ならば、コスト面での節減を伴わない大規模購入者への差別は、通常の効率的売手の市場からの脱落を帰結する。[18]

これとは逆に、売手側が対抗上、共同行為や合同を進めることもある。[19] また、強い売手―買手関係が形成されると、売手側或いは買手側に、参入障壁として作用する場合がある。[20] このことは市場構造に影響し、長期的には経済効率に影響を与えることとなる。（なお、大規模な事業者を通じての販売で、売手側に新規参入をし易くなることも考えられる。[21]）

次に、所得分配上の問題は、どうであろうか。[22] 差別は売手に対してより多くの利益を生むものであって、非差別に比して、売手に所得移行をもたらす。逆に、購買力に起因する場合、売手から買手への移行となる。また、買手間での所得移行の面も捉えられる。しかし、いずれにせよ、何が最適の所得分配かは理論的には決められるものではなく、それは具体的ケースでの社会通念上のレベルの問題であり、価値判断の問題となろう。

小売価格への影響から分析しよう。[23] 大規模事業者への差別によって、売手の寡占価格が相対的により競争的な水準に引き下げられる効果があり、これが消費者に移行されるならば、経済厚生上、望ましい、とも言える。もっとも、移行には買手段階での競争の存在が必要であり、又、短期的に移行されても、買手事業者市場の寡占化が進んで、長期的には、移行されなくなるおそれもある。

以上、差別の発生因、その問題性を検討した。次に、経済的差別と法律上の差別概念との関係を、明らかにしておこう。まず、単なる価格差と経済的差別との関係には、価格差アリ—経済的差別、価格差アリ—経済的非差別、価格差ナシ—経済的差別、価格差ナシ—経済的非差別の四類型が存在する。このうち、法的に違法とされるのはどれであるかが、問題となる。法的には価格差の存在が違法性成立の要件であるから、後二者はいずれも合法となり、前二者のうち、経済的差別となる第一の場合だけ違法とするべきかどうかの点が問題となろう。

経済的差別が何をもたらすかを、主として資源配分効率の増進の点から分析したが、政策的には、まず以上述べた経済効率の視点から、問題となる経済的差別だけを規制すべし、との選択が可能である。しかし、他方、対価差別の規制については、小事業者保護の視点に立った政策的選択も可能である。これは、まず、反独占政策の目的の一つを経済的支配力の分散にあると捉え、それを政治的民主主義の基礎と見る考え方に基づくものである。経済的には非差別となる場合でも、高価格で購入することにより大規模商に対して中小小売商が競争上不利に立ち、その結果、中小小売商の淘汰による大規模商への経済力集中が発生することが考えられる。これを問題視する考え方である。この考え方によれば、それが効率の点から望ましくない場合だけでなく、中小小売商が不利となる差別は総て規制すべきこととなろう。

この他、政策的視点としては、大規模商への集中が流通業者段階での寡占化をもたらし、小売価格の上昇で消費者から大規模商への所得移行、大規模商の存在する部門への資源配分悪化を招くことになるのではないか、との点も問題となり、その考えに基づいて価格差別を厳格に規制するという選択も可能であろう。更に、そもそも中小小売商の現状を、失業者吸収地帯と見ての社会政策上の観点から、中小小売商を保護すべきとの政策選択もあり得よう。

これらの考えを対価差別規制の形で追求すると、小規模事業者＝非効率事業者を優遇するという経済的差別はむしろ望ましい、との法運用が選択されることとなろうが、ただ、小規模事業者保護論の当否は別論としても、果たして小規模事業者保護の目的の為に経済的差別を推進するような政策手段を採ることがそもそも望ましいか

も、又、問題となろう。

さて、以上いずれの立場に立つにせよ、経済的差別の概念は分析に有効である、と思われる。そこで本論文では経済的差別の概念を念頭に置きつつ、立法者の意図・法運用の実際がもたらしたものの分析をとりあえず進めてみることとしよう。それによって、政策選択がもたらすものを把握することが可能となる、と思われるからである。

(1) George J. Stigler, *The Theory of Price*, 3d ed., (Macmillan Co., 1966) p. 209.

(2) Richard A. Posner, *The Robinson-Patman Act*, (American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1976) p. 13.

(3) *Ibid.* pp. 13-14.

(4) *Ibid.* p. 14.

(5) Frederick M. Rowe, *Price Discrimination Under the Robinson-Patman Act*, (Little, Brown and Co., 1962) pp. 26-27.

(6) *op. cit.* Posner, p. 12.

(7) Frederic M. Scherer, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, (Rand McNally College Publishing Co., 1970) p. 253.

(8) Morris A. Adelman, *A & P, A Study in Price-Cost Behavior and Public Policy*, (Harvard University Press, 1959) p. 151.

(9) *op. cit.* Stigler, p. 211.

(10) *op. cit.* Adelman, pp. 156-157.

(11) *Buying Power, Report of the Committee of Experts on Restrictive Business Practices*, (Organization for Economic Co-operation and Development, 1981) p. 20.
以下、OECDとして引用する。

(12) *Ibid.* p. 21.

(13) *op. cit.* Posner, p. 8.

(14) *Ibid.* p. 10.

(15) *op. cit.* Adelman, p. 159.

(16) *op. cit.* OECD, p. 43.

(17) *Ibid.* pp. 35-36.

(18) *Ibid.* p. 33.

(19) *Ibid.* p. 34.

(20) *op. cit.* Scherer, p. 261.

(21) *op. cit.* OECD, p. 34.

(22) *op. cit.* Scherer, pp. 257-258.

(23) *op. cit.* OECD, pp. 40, 43.

第二章　旧クレイトン法二条の分析

本章では、いよいよアメリカの審決・判例分析に進み、具体的に問題を解明することに着手する。

現在、アメリカにおいて対価差別に適用される法律には、シャーマン法、クレイトン法二条、ロビンソン・パットマン法三条、FTC法五条、及び、州法による規制などがある。このうち、本論文の分析目的上、最も重要なものは、クレイトン法二条であり、本論文の分析対象は同条項である。この法律は、一九一四年に制定された後、一九三六年にロビンソン・パットマン法により改正されて今日に至っている。

本章では、まず改正前の旧二条時代の分析を行う。

第一節　一九〇〇―三〇年代のアメリカ流通機構をめぐる問題状況

アメリカでの対価差別に関する問題発生は古く、一九二〇年代に始まる。当時の流通問題は何であり、旧二条はそこでどのような意義を持ったのかが、まず問題となる。

なお、以下の問題について本節の分析は、その大部分を、中野安氏の優れた分析[1]に依拠していることをお断りしておきます。また、同氏の分析の視点と、本論文の分析視点には差異があることも、断らせていただきます。

この時期のアメリカにおける流通革新として、百貨店、チェーンなどがあるが、対価差別問題に関係するものはチェーンである。チェーンの出現は一九世紀後半であるが、急速な発展は一九一〇年以後である。その原因は基本的には、生産面特に消費財産業におけるビッグビジネスの出現である。それは巨大な生産力に対応し、したがってまた、その結果としての大量の商品の供給を能率的に処理し得る流通機構を要請した。同時に、それ自体、大量生産に必然的な商品の規格化を促進し、消費行動を従来の小売商に支配的であったのれん・サービス等と無関係の商品本位のそれへと移行させるものであり、商業間の価格競争の素材を生み出すものともなった。これに対応して急速な成長を遂げたのが、チェーンであった。

チェーンの特徴として、①特に発展の初期に重要であった販売面での経営革新、例えば現金持帰り制、②チェーン方式そのものからの組織的利点、大規模性による利点、卸の統合＝兼営、③巨大な仕入れ力を背景とした強力な交渉力故に、供給先から各種の割引・控除・仲介料等を獲得でき、したがって実質的価格優遇を享受できる

こと、があげられよう。

このうち、①については、経費では卸・小売商の経費合計が、靴で三八・〇%、食料品で二五・三%に対し、チェーンでは、靴で二九・七%、食料品で一八・五%といったデータがある。また、価格では、卸・小売チャネルの合計マージン二八・二%に比し、チェーン一九・九%というデータがあるが、その原因は分業による専門化に基づく単純労働分野の相対的拡大による低賃金が重要であったと見られる。

②については、チェーンの卸統合による直接取引、卸価格仕入れ要求を、製造側は当初、未だチェーンの重要性が少ない段階では、独立商の反対により拒否していた。しかし、一九二〇―二一年不況を機に、製造側は、大量生産=製品規格化の進展を背景に、低い販売コスト、掛売り危険の少なさ、大量販売と売上げ代金回収の早さ等のメリットから、チェーンの要求を受け入れて行った。

③については、一九二〇年代の競争の激化、過剰設備の圧力のもとで、チェーンが獲得して行ったものであり、FTCの調査によれば、食料品チェーンは小売売上高の四四%を占めていたのにすぎないのに、対卸商向も含めて実施された割引・控除の九〇%を占めていた。一九三四年のA&Pは、約六〇〇万ドルの広告控除、約二〇〇万ドルの仲介料を得たが、純利潤一六七一万ドルに比して大きさは明白である。

これらに加え、自動車交通の発達、都市化進展を背景に、チェーンは一九二九年に全小売売上総額中、シェアが二二・二%、一九三三年には二五%に達し、一九二九年に雑貨で八九・六%、靴で四五・七%などのシェアを占めていた、とのデータもある。

これに対し、独立商の開業一年内の廃業率は、食料品六〇・〇%、靴四三・八%などであった。これら独立小売商の崩壊は、小売商に対する信用と供給の源泉をなしていた卸商の没落へもつながるものである。

こういった経済状況に対して、独立商はどういった対処をしたであろうか。

小売商の中には、共同購入チェーンの結成が見られ、卸商主宰チェーンも登場した。また、製造側に対し、チェーンへの販売価格を引き上げるように独立商により圧力がかけられ、脅迫やボイコットの手段も採られた。これらはしかし、チェーンの前進を止めるのに失敗したばかりか、反トラスト法違反の不当な取引制限、不公正な競争手段として訴追されることとなった。

この状況に対して独立商は立法運動を展開し、まず州段階でチェーンに懲戒的意味の税金を課する州法が成立した。一九三三年には一三の州税法が成立し、パットマン下院議員の連邦法提案に帰結

した。しかし、裁判所の違憲判決を受ける州法も多く、連邦法は成立せず、チェーン阻止の試みは失敗に帰した。

また独立商は、チェーンに対する低価格販売・割引・控除を規制する法制も望んだ。旧二条は次節で見る諸点から、独立商を守る意義は持たなかったのである。これは、NIRA法下の公正競争規約で一応実現された。製造側は、伝統的な卸チャネル以外への配給を禁ぜられたり、チェーンが卸機能を果たしても小売商並の機能割引しか認められなかったり、量割引の限定・仲介料支払い禁止・広告控除公開などが定められていた。もっとも、チェーン側の抵抗で、事実上、運用不能となったうえ、一九三五年、違憲判決を受けた。(2) これに対する独立商の新立法運動が、一九三六年のロビンソン・パットマン改正を帰結する。

次に製造側の利害関係・動きを見よう。大量販売機構の側面から、製造側はチェーンの税法的な規制には、利益を見い出さない。これに対し、再販売価格維持、割引・控除引き下げには利益がある。

再販売価格維持との利害関係を示す。製造側は、特に初期のチェーンの未発達期においては独立商のルートを通じてもかなりの量の販売をなす必要がある。チェーンとの競争で苦境に陥った独立商は、製造側に対して値引きを要求したり、販売意欲の減退、競争品への取扱い転換などを行っていた。この中で、タバコ産業のシガレット部門のような強固な寡占的協調体制を維持していた部門では、製造側は商業部門での競争の圏外に存在していたが、他産業では出荷価格の引き下げに追いこまれる等、寡占間協調が崩壊する原因ともなっていた。

割引・控除引き下げとの製造側の利害関係を示そう。一九二〇年代後半の合同により、製造側にある程度の地位強化が見られたものの、一九三〇年代不況期では活発な製造企業間競争の展開の中で、売上高減少による間接費増加の回避の為にも、チェーンの要求に寛大にならざるを得ず、チェーンに対する相対的地位が低下し、高率の割引・控除が与えられていった。この引き下げが製造側に目指された。この帰結として、再販売価格維持法として一九三七年のミラー・タイディングス法が、又、割引・控除引き下げをもたらすものとして一九三六年のクレイトン法二条に対するロビンソン・パットマン改正が生じるのである。

さて、以上の史的分析を基に、本論文の主題に関係させて論理を展開しよう。

我が国では、現在、流通系列化規制が政策課題となっているが、それは違法な再販売価格維持の基盤の排除を通じて流通段階の競争を活発化させ、製造側寡占協調体制を崩すことも、狙いとしていた。これと対価差別規制との総合的考慮が課題となることを、既に

第一章第一節で指摘しておいた。

流通系列化規制の結果、再販売価格維持が行われなくなった場合、いかなる事態の発生が考えられるか改めて論じよう。すなわち、大規模商の購買力の前に大幅な値引きが行われ、かつ、大規模商が活発な廉売を行うようになると、中小小売商は製造側に対し自らへの値引き、大規模商への販売価格引き上げなどを要求するようになる、と考えられる。そして、製造側に十分な市場支配力がなく、かつ、中小小売商のチャネルも重要である場合には、出荷価格のらせん状の引き下げから、寡占間協調の崩壊に至ることが考えられる。(なお、大規模商が十分発達してくると、中小小売商が製造側に大規模商への出荷価格の引き上げを単に要求しても、受け入れられる余地はなくなる。また、ボイコットの手段で要求が為される場合は、ボイコットを禁止する独占禁止法に抵触する。)

その場合、対価差別の規制は、何をもたらすであろうか。

第一に、経済的非差別でも価格差そのものを問題視し、大規模商への安価販売そのものを規制しようとすれば、そもそも上記のメカニズムは作用できず、再販売価格維持を規制する意義の一つは意味を失うことになるのではないか。この場合は、明白に政策上の衝突を来たすことになる、と思われる。また、中小小売商も激しい競争にさらされるものの、値崩れのメカニズムから、結局、低価格供給を受けることができるのだから、たとえ中小事業者保護論を採ろうとも法規制を加えるまでもない、と考えられよう。

第二に、経済的差別にまで該当する価格差、大規模商への大幅割引を規制する立場に立っても果たしてそれが必要であるか、問題となる。すなわち、上述のメカニズムによれば、経済的差別は発生しても、そもそも長期間存続しない種類のものである。まさにそれは、製造側寡占協調を崩し、全般的な競争の活発化の発生がもたらされる過程のものである、と見られる。つまり、第一章第三節の経済理論で論じたように恒常的なもののみを規制することが望ましいことが、改めて確認されると思われる。

この場合、恒常的価格差別とは、購買力に基づき大規模商に安価な供給が為されながら、中小小売商のチャネルの必要性の低下などから、中小小売商の要求が無視されている状況である。

製造側の流通系列化には、大規模商の対抗力を抑える目的で、自己系列店を維持する面があるが(3)、系列化産業では系列化規制の後に来る問題として、購買力問題が捉えられるのではないか、と思われる。

結局、法律上は、差別の恒常性の認定の重視が、政策的に重要である、と思われる。

(なお、系列化規制の視点の前提を除いて捉えれば、恒常的価格

差別の問題として、大規模商が販売価格面ではさほど廉売しておらず、購買力で得た利益を非価格競争につぎ込んでいる場合なども問題となる、と考えられる。)

(1) 当時の小売業界の状況について、中野安「アメリカにおける小売業の再編成過程について」(『香川大学経済論叢』三六巻五号・一九六三) 一六六—二〇三頁。(以下、引用の場合は中野①とする。)

チェーン税法をめぐる分析について、中野安「三〇年代アメリカにおける小売配給の諸問題(1)」(『香川大学経済論叢』三八巻四号・一九六五) 四四—六九頁。(以下、中野②とする。)

ロビンソン・パットマン法の制定期、すなわちクレイトン法二条改正期の分析については、中野安「三〇年代アメリカにおける小売配給の諸問題(2)」(『香川大学経済論叢』三九巻四号・一九六六) 一—四七頁。(以下、中野③とする。)

再販売価格維持の分析については、中野安『価格政策と小売商業』(ミネルヴァ書房 一九七五)。

なお、細かい引用頁は、略させていただきます。

(2) 以上、NIRA期については、*op. cit.* Rowe, pp. 10-11 による。

(3) 実方謙二「流通系列化の競争制限効果と違法性の基準」(『経済法学会年報』第一号通巻二三号・一九八〇) 八頁。

第二節 旧二条の成立経緯・判例分析・まとめ

旧二条のルーツは、一九世紀末の巨大トラスト形成時代にある、と言われる。一九一一年、最高裁判所でシャーマン法違反判決[1]が下されたスタンダード・オイルに対して申し立てられた犯罪の中には、二種類の差別的行為が含まれていた。①地域的価格差別ないし、局地的価格切り下げと、②鉄道会社からの秘密のリベート受け取りとが、それである[2]。しかし判決では、別の理由で違法性が認定されていて、実際に差別的な行為があったか、それに法律上いかなる意義があったかの点については、判断されぬままに残された[3]。

本件における最高裁のオピニオンに対する不満が、三年後のクレイトン法とFTC法の制定の重要な要因となった。

クレイトン法は、シャーマン法の反トラスト法としての限界を補完するものであって、それ自体、独自な視点から独占禁止を進めようというものではなかった。最終的に反競争的効果をもたらすことになるかもしれない行為または慣行を、初期の段階で捉えようとするものであった。著しく競争を弱化する結果をもたらす蓋然性のある行為に、違法性を見い出すことができる[4]。

対価差別規制条項は、二条である[5]。

「通商に従事する者が、その通商の過程において、直接であると間接であるとを問わず、商品の異なる需要者間に価格の面で差別することは、……かかる差別の結果が通商のいずれかの部分において競争を実質的に減殺することとなり、又は、独占を形成するおそれがある場合には、これを違法とする。ただし、販売される商品の等級、品質もしくは数量における差異を理由に、又は、販売若しくは輸送のコストの差を単に正当に斟酌した価格の面における差別には適用しない。又、同じか若しくは異なる社会で、善意で競争に対抗する為に行われた価格の面における差別には適用しない。……」

(That it shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly to discriminate in price between different purchasers of commodities, ……, where the effect of such discrimination may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce: *Provided*, That nothing herein contained shall prevent discrimination in price between purchasers of commodities on account of differences in the grade, quality, or quantity of the commodity sold, or that makes only due allowance for difference in the cost of selling or transportation, or discrimination in price in the same or different communities made in good faith to meet competition: ……)

一九一四年の下院司法委員会報告から、二条制定の主たる目的は、財政的に強力な事業者による地域的対価差別により他の売手の競争上の地位を侵害する行為を阻止することにある、と見られる(6)。

二条は文言上、通商のいずれかの部分における競争を実質的に減殺することとなるか、又は、独占を形成するおそれがある差別を違法とする。そして但書きで、まず、種類・等級・数量の差異に基づくものと、販売・輸送コスト差を正当に斟酌したにすぎないものを、正当化理由として認めている。このうち前段の規定には、後段の「正当に斟酌する」の限定がない為に、たとえわずかなものでも取扱い数量の差が存在すれば、差別の反競争性の有無にかかわりなく違法性は問われなくなることが重要である。その他、但書きは善意で競争に対抗する為の差別などを正当化理由として認めている。

次に旧二条下での機能割引に関する事例を分析する。

一、メンネン事件（一九二二年(7)）

本件は、チェーンに対抗して結成された卸機能を果たす小売業者(retailer 以下、Rと記す)の共同購入組織にR割引しか与えなかったことを、FTCが他の卸業者（wholesaler 以下、Wと記す）に

対して差別するもの、として違法としたが、上訴裁判所が法は差別を行う売手の競争者との競争を阻害（一段階侵害）する場合にのみ適用され、本件はそれに該当しない、として破棄した事例である。

未だチェーンや共同組織の力が弱い時期で、メーカーが旧来の流通業者の意向を尊重していた時期であり、本件は、他のメーカーはW割引を与えていたのに、被告 Mennen Co.（以下、Mと記す）は、旧来の流通業者の活発な販促活動を行うことに対する引き換えとして、共同組織をRなみに扱っていた。

Mは、打ち粉・ねり歯みがき・シェービングクリームなどの商品の製造・販売を行う事業者であり、所謂、ドラッグ部門に属する。問題にされている差別は、一九一七年に始まる。

差別の程度であるが、例えば、一九二〇年一月一日以降のものは、仲卸業者（jobber, 以下、Jと記す）ないしWと分類した客には、一〇グロス以上の販売の場合、定価から、機能割引が、一〇%＋五%（すなわち、十四・五%）、及び、現金決済の場合に更に三%の所謂、現金割引を、差し引いて販売した。他方、Rと分類した客には、同量の購入に対して、定価から、機能割引を一〇%だけ、それに五%の現金割引を差し引いて販売した。他期間の割引量も、おおむね同様である。こうして、同種同量の商品を購入する顧客間を差別している。なお、W・J向け価格表はRには送られておらず、W・J向けの割引量がRより大きいことを知らないRもいる。

問題とされたのは、Rの共同組織が、W・Jと同量を購入しても、Rと分類されてR割引しか与えられなかったことで、これがW・Jと、共同組織の間の競争を妨げ、減殺する傾向があるのであり、卸分野から共同組織を排除し、その商品に対する卸分野での流通チャネルの一つを閉鎖するものである、とされた。

ここでは共同組織の性格が問題となろう。これは法人の組織であり、MやWから大量購入を行って小規模Rの競争者より低価格購入をしていた大規模Rに対し、それとの競争に対抗し得る価格で購入しよう、との小Rの努力に由来する。共同組織は、Rに卸流通サービスを原価で提供するとともに、コストを最小限に引き下げた。それは、(一)メンバーシップ或いは恒常的販売により顧客に接触することで、繰り返し個人的販促活動を行うセールスマンの雇用の必要性とコストの大部分を削除したこと、(二)電話・カタログ回覧の勧誘法を採ったこと、(三)年間五～二〇回の商品回転により大規模資本と大規模ストックの必要性を回避し間接費を削減したこと、(四)キャッシュ、短期信用での事業活動により、悪い信用・金融費用を削減したこと、(五)事務費を削減したこと、の手段により達成された。

そして、(一)原価販売によって、獲得された低価格・高割引をRに実現させたり、(二)一定期間終了後に、加入者に対して利益配当を与

える活動を行っている。

また、Mの共同組織への販売に、より多くのコストがかかったとの証拠もない、とされている。

これに対し、JやWは、一般にコストに加え、卸流通サービスに対する利益分も要求しつつ、大量ストックを保持し多数のセールスマンを雇用しより長期の信用を与えているが、中にはセールスマンも雇わずカタログも発行しないなど、共同組織のサービスをも行っていないものがある。

共同組織は、R割引しか得られなければその利用の意義がなくなり、その注文は奪いとられることを帰結する。

他の製造業者も共同組織に販売する以上、M一者の行為のみでは影響はないのではないか、とも考えられよう。これにつき、Mが年一五〇万ドルの販売額で、全国的に広告してブランドを確立し、実際上、全Wにとって客の需要に答える為には取扱いが不可欠であり、利益がなく損失をこうむってでも取り扱う必要があった旨、事実認定されている。

そして、等級・品質・数量の差異に基づく価格差ではないなど、二条但書きの正当化事由に該当する事実が認められないことが、示されている。

本件は、FTC法五条にも同時に違反する、とされたうえで排除措置命令が出されたが、それは機能割引そのものを全面的に禁止するものであった。

この審決に対して控訴が為され、破棄された。

○　上訴裁判所判決（一九二三年）(8)

その理由は、下院司法委員会報告が、二条目的を地域的対価差別規制にあるとしている、と読んで、法案文言の制定過程での変更により、法は差別を行う売手の競争者との競争を阻害する場合にのみ適用されることとなり、本件はこれに該当しないから違法性はない、とするものであった。

この主たる理由の他に、第二の理由づけが取引拒絶に関して述べられる。すなわち、Mには、独占形成・維持の意図を持っていた、との認定がない以上、MはWのみに販売するか、Rにも販売するかの自由裁量権を持つことから、前もって販売する場合の条件提示をすることも認められ、結果的にMにRとWとに同条件で販売するか否かの決定を下す権利があることになる、と述べている。

更にそれに関連して第三の理由づけにもなり得る見解が述べられている。すなわち、買手がWなのかRなのかは、購入量・購入の性格ではなくて、販売面で決められる、と述べ、Wは最終消費者に対してではなく、JないしRに販売する者である、とする。共同組織

は、Rのみで構成されて在庫の保持を行い、そのメンバーは最終消費者に販売している、と認定し、共同組織をRと認定した。

上訴裁判所は、競争侵害の問題については、何ら論じていない。第一の理由づけは、後に別のケースの最高裁判決において、[9]法文言にあいまいな点はなく、議会意図の援用は不明瞭な場合にのみすることができ、この場合には該当しない、として否認されている。それによって、購入者間競争に影響する対価差別への二条適用の途が開かれることになる。

次に第二の取引拒絶に関した理由づけも、選ばれる必要がないのに選ばれたということから現実に差別されているのに問題にし得ないことにはならない、との批判[10]が可能であり根拠薄弱と言えよう。

判例理論の第三点目こそ、ロビンソン・パットマン改正の過程やその後のFTCの法運用の主流を形成するものとなるのである。

本件でのFTCの差止命令は、機能割引を全面的に否認するものであった。これは、別のJ機能のみ、R機能のみ、JR両機能を果たす者それぞれに、割引率を変えていたことを違法とした事例[11]でも採られたが、機能割引をWとRの間で差別しても、両者間に競争関係がないと、両者間での競争侵害の問題を発生し得ない、といったことがある以上、おおいに問題があろう。

したがって、その場合、機能割引を全面的に違法とすることは為すべきではなく、客をいかなる流通段階のものに分類するかが、次に問題になってくる。上訴裁判所は、販売先をその分類基準としたが[12]、本件で共同組織は卸機能を果たしており、それにR割引しか与えないことは、経済的差別ではないか。共同組織は通常の卸業者を通じた流通より効率的であるとも見られ、こうした差別を是認することは流通経済効率の増進を阻むものともなろう。

また、上訴裁判所は第一の理由づけで処理してしまい競争侵害を何ら論じていないが、共同組織を通じて購入するRを害するものとなるのではなかろうか。ここで共同組織は、Wとしての販売活動は行っていないので、FTCのようにW段階の競争を問題にすることにも、疑問が残る。ここで構成を考えると、共同組織はRと捉え、Wとの差別により、Wを通じて購入したRとの競争を侵害することになる、との構成が可能であろう。(Mは直接Rにも販売しているが、それと共同組織への販売との間を捉えても、そこには差別の形式的側面たる価格差が存在しないことから、問題とはなり得ない、と考えられる。)

以上、旧二条下での共同組織の機能割引事例への法適用においては、FTCは理論構成上、欠陥をはらみながらも、経済的差別に該当する対価差別を違法と捉えており、それは流通経済効率の増進に資するものであった。それに対し、上訴裁判所は経済的差別を放

置する帰結をもたらす法運用を行った、と言える。また、この判決は、もともと共同組織が中小事業者によるチェーンへの対抗組織であることから、中小事業者保護論からも批判が加えられよう。

しかし、FTCも排除措置命令においては、機能割引をそもそも全面的に違法とするかのような問題のある態度を示していた。それでは流通経済秩序に重大な影響を及ぼす事態を、生むであろう。卸業者と小売業者に割引の差を設けることができなくなるからである。

一九三六年の改正案の提案者の考えによれば、旧二条下でも購入者間競争に影響する差別への法適用に途を開いた最高裁判決[13]以降は、一般的に機能割引は、法の含意として、㈠数量の差異に基づく価格差を是認する文言を根拠に、中間業者は通例、大量取引をする結果、大幅割引が認められ事実上、是認されてきたことになるか、㈡競争に影響しない価格差は違法とされないことから、結果的に是認されてきた、とされている。[14]

こうした旧二条は、一九二〇―三〇年代の流通問題に適切な対処をし得たであろうか。

例として、旧二条下でのFTCの運用を見よう。旧二条下でFTCは、四三件の審判開始決定を行ったが、排除措置命令を下したのは一二件にとどまり、うち四件は控訴されて破棄されている。結局、八件のみ命令は有効であり、裁判所では総て敗訴となっている。[15]

それに対し、議会が旧二条の欠陥と捉え、一九三六年に法改正を行ったのは以下の諸点である。

①競争侵害の要件が、競争者への侵害を防止するには厳しすぎる。

②数量の差異に基づく価格差別が、判例[16]から、条件の公開が必要とされることを除き、限定なしに全面的に適法とされることである。ごくわずかの数量の差で、大幅割引が適法となり、チェーンの活動の大部分はこれのみでも無条件に合法化されてしまう。

③広告アロウアンス供与、仲介料供与の形での実質的価格優遇が、価格差別ではないとして法外に放置される。

④競争対抗の抗弁が、緩やかな規定で存在し法適用に障害となっている。

このうち、①の問題は、中小事業者保護論から、主に問題視されるのではないか、と思われる。これに対し、②③の問題は、対価差別が経済的差別に該当するものでも適法とされる場合があることを帰結すると思われ、経済効率論からも問題点と指摘できよう。

次の章では、この一九三六年改正の分析に進む。

(1) Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911).

(2) *op. cit.* Posner, pp. 17-18.

(3) *Ibid.* p. 22.

この部分は、又、土井紀夫「ロビンソン・パットマン法の問題点(1)」(『鹿児島経大論集』一三巻一号・昭五六)も参照した。

(4) Earl W. Kintner, *An Antitrust Primer*, 2d ed., (Macmillan Co. 1973) pp. 21–22.

(5) Act of Oct. 15, 1914, ch. 323, 38 Stat. 730, §2.

(6) H. R. Rep. No. 627, 63d Cong., 2d Sess. 8–9 (1914).

これは初期の高裁判決で、顧客段階の競争侵害をもたらす差別を違法としないとの判断の根拠となっている。もっとも議会意図はそれにとどまらなかったとの指摘も見られる。

B. P. McAllister, Sales Policies and Price Discrimination under the Clayton Act, 41 *Yale L. J.* 518, 521 n. 11 (1932).

(7) The Mennen Co., 4 F.T.C. 258 (1922).

(8) Mennen Co. v. F.T.C., 288 F. 774 (2d Cir. 1923).

(9) George Van Camp & Sons Co. v. American Can Co., 278 U.S. 245 (1929).

(10) *op. cit.* McAllister, p. 530.

(11) South Bend Bait Co., 4 F.T.C. 355 (1922).

(12) 上訴裁判所は、流通段階に応じて与える「仲間割引」を是認しつつ、実質的機能に着目する「機能割引」は否認したとの理解もある。R. S. Kelly, Functional discounts under the Robinson-Patman Act, 40 *Calif. L. Rev.* 526, 531 (1952).

(13) 前掲(9)の判決。

(14) H. L. Schniderman, "The Tyrany of Labels"-a study of Functional Discounts under the Robinson-Patman Act, 60 *Harv. L. Rev.* 571, 579 (1947).

(15) Corwin D. Edwards, *The Price Discrimination Law*, (The Brookings institution, 1959) p. 6.

(16) Ladoga Can Co. v. American Can Co., 44 F. 2d 763 (C.C.A. 7th 1930); *op. cit.* McAllister, p. 523.

第三章　ロビンソン・パットマン法の成立経緯と概観

本章では、一九三六年に行われた旧二条の改正経緯を見るとともに、改正法を概観して機能割引問題に関係する論点の提起も行う。

まず、当時の議会はどのような現状認識・理論及び価値観を持ち法改正にあたったかが問題となる。これらは、第一に改正法の規定そのものに反映し、第二に議会見解の一応の尊重ということを通じて間接的な形で規制当局・裁判所に影響を与えて行くこととなると考えられる。したがって、これらの解明は後の法運用が何故そのような形を採ったのかの理解に資するであろう。

また、法の概観を行う。それによって本論文のテーマに関係する規定は何かを明らかにし、かつ、法律の運用上の論点が何であるかを提起し、判例分析の理解に資することとする。

更に、そもそも議会の法的手段の選択が妥当であったかも問題で

あろう。それは法規定に内在し、後の法運用の中で顕在化されると考えられる。その面の論点の提起も、簡単に行うこととする。

第一節　成立経緯

本節では、成立経緯を全般的に概観する。

一九三六年改正に先立ち、一九二八年、上院はFTCに対し、「チェーンの成長でマネジメントと経営におけるコスト節約に基づくものはどの程度で、チェーンにのみ利用可能な価格に基づくものはどの程度か」を調べることを命じていた。この報告は、一九三四年に提出され、そこで流通実態調査の結果の報告と二条修正提案が行われた(1)。

報告ではまず、食料品チェーンの平均小売価格が独立小売商より低価格であり、消費者にアピールしていることが示された。そして、チェーンが独立商より一貫して低価格販売を続ける限り、最終的にはチェーンの独立商に対する優位と支配が明白に予測されることが指摘されていた。他方、様々なチェーン間で存在する活発な競争が小売流通分野における独占への脅威をほど遠いものとするであろうと信ずる、とも述べられていた。

チェーンの価格切り下げ能力は、部分的に経営効率に、部分的に購入上の便宜、すなわち収入面での大量購入と流通機能を果たすことからくる量割引・機能割引収受に由来していたことが指摘されていた。また、特別の販促アロウアンスがチェーンに供与されたこと、しばしば、現実にはアロウアンスを得てもサービスが為されず、偽装された価格優遇になっていることが強調されていた。

立法的手段としては、チェーン課税に反対、割引・控除その他による対価差別に関してはクレイトン法二条の厳格な運用によって規制し得るとしながらも、裁判所により二条の運用は阻止されていたとした。他方、経済効率増進に一致するチェーンの価格割引を奪うことの試みのもたらす社会的経済的問題の重要性を認識したうえ、FTCはケース・バイ・ケースの評価を可能にすべく「購入者間における価格を不公正にもしくは不当に差別することを禁止する」との趣旨のゆるやかな修正提案を行った。

FTCはチェーンの仕入れ上の利点はこれだけでは解消しないことも認め、それを更に別の新立法で抑制すべきかどうかは重要な社会的経済的問題である、とだけ述べて明言は避けていた。

さて、最終的に成立した法案との関連では、NIRA違憲判決後わずか一五日後の一九三五年六月一一日のパットマン議員の下院への法案提出、次いでロビンソン議員の上院への同一内容の法案提出に始められた(2)。この原型は、食品卸商の事業者団体の法律顧問、H・B・ティーガードンにより起草されたものである。

その特徴は、㈠無条件に州際通商における価格もしくは販売条件の差別を禁止すること、卸への機能割引は認めるがチェーンは小売割引しか受け得ないこと。㈡量割引を大量購入者と取引する際のコスト節減に一致する価格差に限定すること。㈢仲介料を買手側と提携している者に支払うことを禁止すること。㈣広告アロウアンスの支払いを競争関係にあるすべての顧客に対して比例的に同等な条件による場合を除いて禁止すること、にまとめられる。(3)

法案審議では、特に上院でチェーン側の巻き返しが行われ、別のボラー・バン・ノイズ法案が代案として提出された。(4) 刑事制裁規定であったが、量割引を一般的に適法とし、地域的対価差別の禁止は売手側の略奪的意図の立証が為された場合にのみ適用されることになっていた。その他、共同購入組織や農民組織の修正の動きもあった。最終的には、あいつぐ修正の後に、両院協議会成案を経て、一九三六年六月一九日に大統領署名を得て成立した。それが所謂、ロビンソン・パットマン法(5)である。

ロビンソン・パットマン法は、四条から成っており、二条が経過規定である。一条が中心の規定であるが、クレイトン法二条の改正を定めており、クレイトン法二条として扱われ、(a)項から(f)項まである。三条は、詐欺的性格の秘密の価格割引、地域的対価差別、経済的正当性がなくかつ競争者を排除する意図をもった急激な価格切り下げを対象とした刑事規定である。四条は、協同組合に関する特別規定である。

以上のうち、三条及び、価格差別が競争者の同等に低い価格に対抗する為に善意で為されるときは違法とならない旨を主に規定する二条(b)項(6)は、本論文の対象が購入者間競争への影響に関するものである為、分析の対象とはならない。

(1) Federal Trade Commission, Final Report on the Chain Store Investigation, S. Doc. No. 4, 74th Cong., 1st Sess. (1935).

本稿は、前掲、中野③一四頁、及び、*op. cit.* Rowe pp. 9–10の要約に依拠する。

(2) H. R. 8442, 74th Cong., 1st Sess. (June 11, 1935); S. 3154, 74th Cong., 1st Sess. (June 26, 1935).

(3) *op. cit.* Rowe, p. 12.

(4) S. 4171, 74th Cong., 2d Sess. (1936).

(5) Act of June 19, 1936, ch. 592, 49 Stat. 1526, §1-4, 15 U.S.C.A. §13, §13a, §13b, §21a.

(6) 以下に、二(b)項の法運用をまとめておく。

二(b)項は、主に、売手の価格差別により反競争的効果が生ずる場合においても、この低価格が競争者の低価格に対する善意の対抗として設定される場合には、違法とはならないとする規定である。この抗弁は立証さえ成り立てば絶対的な抗弁であ

り、これにより売手は免責される。しかし、この抗弁には、次の要件が必要である。

①売手が競争者の低価格に対抗する場合に、競争者の低価格が合法的であると信ずるに相当の理由がなければならない。

②競争者の価格は、現実に設定されている個別的価格でなければならず、価格システムに価格システムで対抗する等は認められない。

③売手と競争者がほぼ同一量の販売を行っており、ほぼ顧客の選好度の同じ商品を販売していなければならない。

④防衛的性格の対抗価格でなければならず、原則としては競争者と同じ水準にまでの価格引き下げが限度である。

⑤新規顧客の開拓の為に低価格を設定することについては、種々の審決・判例がある。

⑥「善意」での設定、すなわち競争者の低価格に対抗する現実の意図がなければならない。また、売手の競争者に対する対抗の場合にのみ認められる。

以上は、松下満雄「購買力（バイイングパワー）の濫用と法規制(3)」（『NBL』二一五〇号・一九八二）四四頁に依拠した。

第二節　二条(a)項

二(a)項は、価格差別を禁止する条項である。

「通商に従事する者が、……同等同質の商品の異なる需要者間に価格の面で差別することは、……かかる差別の結果が、通商のいずれかの部分において競争を実質的に減殺することとなり、又は独占を形成するおそれがあり、又はかかる差別の利益を供与する者若しくはこれを知って受ける者との競争、若しくは、そのいずれかの者の顧客との競争を侵害し、破壊し、若しくは阻害することとなる場合には、これを違法とする。……」（That it shall be unlawful for any person engaged in commerce, ……, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, …… and where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them; ……）

まず、差別について適用対象は、「売手が同等同質の商品を異なる需要者間で価格上差別をして販売すること」である。したがって、㈠有形の商品の販売に限定される。㈡価格差別とは単に価格差を意味し、価格差の存在が違法性の要件となる。㈢同種同等の商品に対する規定で、類似の商品であっても多少の物理的差異があれば法適用を免がれうる。㈣同一の売手が二者以上の異なる需要者に対

して、合理的に近接した時点において販売を行うことが必要であり、売手がその全産出量を単一の購入者へ販売している場合（大口買手が複数の売手からその全産出量を異なる価格で購入する場合）などには、適用されない。[1]

法案段階では、販売条件の差別も価格の面の差別と並び挿入されていたが、適用が広範囲に広がりすぎるとの理由で、下院通過の段階で削除された。もっとも、価格差別に間接的に該当するとされれば、二(a)項の適用を受ける。[2]

なお、差別の利益を知って受ける者の顧客との競争を侵害する行為（三段階侵害）を規制する文言も加えられた。

当初の法案では反競争的効果の要件は存在しなかったが、審議過程で、合憲性への配慮から追加された。[3] もっとも、旧二条の規定に加えて「かかる差別の利益を供与する者、若しくはこれを知って受ける者との競争、若しくはそのいずれかの者の顧客との競争を侵害し、破壊し、若しくは阻害することとなる場合には、これを違法とする。」との立証を容易にする文言が加えられた。これは、「差別によって害される競争者に対する侵害が重要であり、この侵害が積み重なってより大きな一般的侵害が生ずるのであり、これらを種のうちにつみとることで、花になるのを防ぐことができる。[4]」との認識に基づいている。反競争性の認定は事実上、この追加された最も緩い要件で為されることとなるから、他の要件と区別して検討を為す必要はない。原告側に立証が要求されるのは、この反競争性の認定までである。[5]

反競争性認定にいたっての法律上の論点としては、①競争関係の存在、②違法性を認定する競争侵害の程度、③具体的な認定方法が問題となり、③の問題として、差別の持続性・因果関係・低価格の一般的利用可能性などの評価が関与してくる。

また、改正は要件を緩めて、違法性認定を容易にしたのだが、これは中小事業者保護の視点からではないか、と考えられる。しかし法は実際の運用上、この目的を果たし得るものだったのか、それが法評価上の問題となろう。また、この改正が経済効率の視点から見ると、どのようなものをもたらしたと言えるかも問題となろう。

次にコスト正当化の規定を検討する。この規定は、二(a)項に含まれている。

「……ただし、この規定は、当該商品が当該購入者に販売され、又は引き渡される場合の方法もしくは数量の差に基づく製造、販売若しくは引き渡しのコストの差を単に正当に斟酌した差異については適用しない。……」(……: *Provided*, That nothing herein contained shall prevent differentials which make only due allow-

ance for differences in the cost of manufacture, sale, or delivery resulting from the differing methods or quantities in which such commodities are to such purchasers sold or delivered: ……)

旧二条にも、「販売もしくは輸送のコストにおける差異を単に正当に斟酌する」価格差別を是認する規定が但書きに存在していた。しかし同時に旧二条は、価格差別が取扱い数量の差異に基づき行われている場合に、コストに無関係にこれを正当化理由として認めることも但書きに規定していた。この結果、わずかの数量の差で、大幅割引が適法となり、チェーンの活動の大部分は、これのみでも無条件に合法化されてしまうことになった。議会は、これを旧二条の対価差別規制に対する弱点の要因の一つと捉えた(6)。そして、数量の差異の規定を、コストとの関係を要求する販売・輸送コスト差の規定の部分に含ませたのである(7)。これは、二(a)項の訴訟に対し、被告の売手が抗弁として提出することになる(8)。

議会はこの規定の存在で、改正法が事業者の経済的なプロセスの採用に対する障害になることはなく、コスト節減の成果を流通機構において分配することに対する妨げにもならない、と考えていた。また、同時に正当化理由として是認する範囲を、この規定に示される範囲に厳格に限定することで、この規定によって競争を抑圧するような差別まで正当化されるようなことにはならない、と見ており、非常に重要な規定と捉えていた(9)。

さらに、運用にあたっては、①この規定により、売手がコスト差の価格への反映を強いられることはなく、価格差正当化の為の抗弁として規定は存在すること。②価格差を正当化し得るコスト差を、厳格に差別が与えられる特定客に対して、供給の異なる方法・数量に跡づけられ得る現実のものに限定し、③間接費について、現実に関係顧客間で異なる方法・数量の差に基づくと立証され得るものに限定して正当化に用いることができ、特定客に帰せしめ得ない全事業量の増加を理由とした特定客への間接費の割りつけは認められない、とした(10)。

この規定の法運用上の論点としては、①価格とコストの計測対象の決め方、②正当化理由と認められるコストの種類、③具体的なコスト配賦の方法などがある。

旧二条が、数量の差異に基づく割引をコスト差との関係を求めることなく是認していたことは、経済的差別にも該当する価格差別を、合法として放置することになっていた。その是正は経済効率の視点からも必要であろう。

しかし、改正法の規定は、コスト差の存在から経済的に非差別な価格差別に違法性を問わない為の規定として、機能するであろう

か。議会は厳格な立証を、被告側に求めている。これは、中小事業者保護の視点の現われかとも見える。この規定が、具体的に何を帰結するかが法評価上の問題となり、具体的事例分析の視点となってくる。

なお、コスト正当化規定には、更に、FTCが調査・聴聞を行った上で正当化に限定を設けることのできる規定が加えられている。その他、二(a)項には、季節商品に関する抗弁等が存在するが、いずれも本論文のテーマと関係しないので、事例分析で付言する場合を除き分析しない。

(1) 土井 前掲論文 八頁。
(2) *op. cit.* Rowe, pp. 103-105.
(3) *Ibid.* p. 121. この他、地域的対価差別をめぐる問題にもよる。
(4) S. Rep. No. 1502, 74th Cong., 2d Sess. 4 (1936).
(5) 後の運用で、第二上訴裁判所の判例には、単に価格差のみの立証で、prima facie が成立する、としたものがあるが、最高裁は反競争性の立証まで原告側に要求される、とした。
op. cit. Rowe, pp. 108-110.
(6) S. Rep. No. 1502, 74th Cong., 2d Sess. 4 (1936).
(7) *Ibid.* Sess. 5.
(8) 最高裁は法禁行為に対する例外規定に関してはその事項に属すると主張する者に挙証責任があるとする法の一般原則、及び二(b)項の規定、更に上院司法委報告の見解をその理由にあげている。F.T.C. v. Morton Salt Co., 334 U.S. 37 (1948) pp. 44-45.
(9) S. Rep. No. 1502, 74th Cong., 2d Sess. 5 (1936).
(10) H. R. Rep. No. 2287, 74th Cong., 2d Sess. 10 (1936).

第三節 機能割引条項及びロビンソン・パットマン法四条

次に、機能割引問題についての、直接の立法段階の議論・経過を見てみよう。

原案においては、(イ)卸、(ロ)小売、(ハ)消費者、それぞれに再販売する為の購入か、(ニ)再加工のための購入かどうかに単に依存する価格差が、正当化理由として抗弁に加えられていた。(1) (……: *Provided, That nothing herein contained shall prevent differentials in prices as between purchasers depending solely upon whether they purchase for resale to wholesalers, to retailers, or to consumers, or for use in further manufacture; ……*)

旧二条では非限定の量割引条項と反競争性のない価格差を禁止しないことによって、事実上、機能割引は是認されていたが、司法委段階では、両事項の要件の厳格化に伴い、別の条項で機能割引を是

認する必要が生じたとされ、各クラス内で同等の待遇が要求されている限り競争上の悪性は生じず、逆にその抑圧こそ不当に商慣行を妨げるものである、と分析されていた。[2] 下院司法委報告では、特に、小量購入で在庫を増加させつつ事業を行う卸業者に卸割引を保持させることによって卸を保護することに、この規定の望ましさを指摘している。[3]

上院では、通過の際に文言を「単に、仲買商、卸商、小売商、消費者として購入するかどうか、ないし再加工の為の用途に基づく場合の価格差を妨げない。」と修正している。[4]

他方、機能分類の方法について、下院司法委では、「卸商又は仲買商ないし小売商のごとき顧客分類については、購入の性格ではなく、販売の性格で分類を決めるものとする。」との規定を追加した。(……; for the purpose of such classification of customers as wholesalers or jobbers, or retailers, the character of the selling of the purchaser and not the buying shall determine the classification, …….) また、この具体化として、卸・小売両事業を営む者は、小売販売分については小売業者、卸売販売分につき（ただし、直接・間接に自ら所有・支配する小売業者向けは含まず）、卸業者と分類されるとも規定された。[5]

これにより、卸商排除でメーカーと直接取引する大規模チェーンは、実質的に卸機能を遂行しても販売面を基準に小売商に分類されることになるから、卸割引は取得し得ないことになる。したがって卸商より不利な仕入れ価格となるおそれがあるが、それこそは再販売の場面での価格設定上のハンディキャップを解消して、伝統的配給体制を維持しようとする独立商側の狙いであった。[6]

だがそれでは、同時に農民の共同購入組織にも卸割引は与えられなくなる。確かに下院司法委報告では、共同購入組織は、(一)売手にコスト節減をもたらす大量購入をすることに基づきコスト正当化する方法、(二)別会社の卸を設立して商品所有権を一度そこで得て、そこから購入する方法（単に、個々に供給源と取引する場合の代理的存在の場合を除く）で有利な価格を得られるとも指摘していた。[7] だが農民は反対運動を展開し、下院通過時に機能割引は全面的に削除され、両院協議会成案でも削除されていた。

機能割引条項の挿入・削除の過程から、明確に議会意図を読みとることは、かなり困難であろう。せいぜい、裁判所・規制当局に適当な処理を改正法の枠組において委ねたのである、としか言えないのではなかろうか。[8] 結局、規制当局・裁判所が法の規定、議会見解をどう見るかの問題となるのであり、それは具体的事例の中に現われて来よう。

法評価の点からは、改正法の運用が機能割引に関する事例におい

て、流通業者の果たす流通機能に基づくコスト節減を反映した経済的非差別の事例まで違法とするものなのか、それとも、そういった事例は合法とされているのか、逆に問題とすべき行為を放置することになっていないか、がまず問題となる。そしてそういった運用が、経済効率上、又、中小事業者に対して何を帰結させているかが、具体的事例分析にあたっての視点となる。

これが本論文の中心的テーマとなる。

ここで、機能割引に関連する共同購入組織について規定するロビンソン・パットマン法四条について論じるのが、適当であろう。

「この法律は、協同組合がその組合員・生産者又は消費者にその取引行為によって生じた純利益又は剰余金の全部、若しくは一部を協同組合からのないし協同組合に対して若しくは協同組合を通じてのそれぞれの購入量又は販売量に比例して還付することを妨げるものではない。」(Nothing in [the Robinson-Patman Act] shall prevent a cooperative association from returning to its members, producers, or consumers the whole, or any part of, the net earnings or surplus resulting from its trading operations, in proportion to their purchases or sales from, to, or through the association.)

議会では、当初の審議から共同購入組織の保護を目指していた。起草者は、旧二条下での売手の同様の引き渡しに対して、チェーンに与えていた割引を共同購入組織に与えることを拒否することを是認する解釈(9)を、公然と非難していた。こういった不公正な待遇を排除し、共同購入の運動を奨励する意図(10)で、議会は同規定を下院では下院司法委段階から、上院では通過段階から挿入していた。

下院司法委では、共同購入組織で独立の実体を持ち所有権を取得してメンバーに再販売するものを卸と機能分類することも認めていた(11)。

下院議長の下院での最終説明では、共同購入組織を規模の経済性と価格利益獲得の為の組織形成ととらえたうえ、法は全体として共同購入組織をより大きな競争者の差別獲得に基づく圧迫の排除と、共同活動の利益の享受を是認する、という二つの手法で保護しているとする。そして、組織を形成して他の事業者と取引すること、及びメンバーの必要に応じて購入してメンバーに再販売した上でのその成果の配分に関する限り、これらの活動を法案で害するものはないこと、他方、組織が他者と取引する際の、生産・取引の流れにおいては、一般的な他の事業者のエイジェンシーと法的に区別されるものは何もない、と述べている(12)。

共同購入組織は、四条規定から直ちに、より流通機構の上部の流

通業者に与えられる機能割引を得ることを是認されることになるのかが、法律上の問題となる。

法評価上の問題は、機能割引問題の一般的評価に含めて論じることとする。

(1) H. R. 8442, 74th Cong., 1st Sess. (June 11, 1935); S. 3154, 74th Cong., 1st Sess. (June 26, 1935).
(2) H. R. Rep. No. 2287, 74th Cong., 2d Sess. 9 (1936); S. Rep. No. 1502, 74th Cong., 2d Sess. 5 (1936).
(3) *Ibid.*
(4) S. 3154.
(5) H. R. 8442.
(6) 前掲、中野③ 二二頁。
(7) H. R. Rep. No. 2287, 74th Cong., 2d Sess. 9 (1936).
(8) *op. cit.* Schniderman, pp. 586-588.
(9) National Biscuit Co. v. F.T.C., 299 F. 733 (2d Cir. 1924), *cert. denied*, 266 U.S. 613 (1924).
(10) H. R. Rep. No. 2287, 74th Cong., 2d Sess. 17 (1936).
(11) *Ibid.* Sess. 9.
(12) 80 Cong. Rec. 9419 (1936).

第四節　二条(f)項

次に、買手が違法な価格差別を知りながら受け取ることを禁止する二(f)項を検討する。

「通商に従事する者が、……本条により禁止されている価格面での差別を故意に誘引し、又は享受することは、これを違法とする。」(That it shall be unlawful for any person engaged in commerce, ……, knowingly to induce or receive a discrimination in price which is prohibited by this section.)

議会の認識は、悪の根源として大規模購入者を理解し、要求に応じて割引を与えた売手は被害者である、と把握するものであった。(1) しかし、改正は売手側の規定の修正が主であり、購入者側規定は付属的なもの、となった。また、FTCの法運用の面でも主要な部分を占めてはいない。

議会は、当時の、牛乳販売店が異なった地域で異なる価格で別の売手からバター脂を購入することを禁じたミネソタ州法の違憲判決(2)と、売手側の地域的対価差別を禁止していたサウスダコタ州法を合憲(3)とした最高裁の動向に影響を受けていた。

パットマン法案の起草者は、最高裁判決の先例を、買手により異なる供給源に対して支払われる購入価格差を制限することと、売手

の販売価格差を制限することには重要な違いがある、と説明していた。市場価格は買手のニーズよりも主に売手のコストに起因して決まるものであり、売手に対して公正な価格設定を要求することは経済法則に反するものではないからである、とされている。(4)

この結果、売手側の価格差別を規制することを通じて大規模購入者の大幅割引取得を規制することとなる。したがって原法案では、売手側のみの規定であったが、上院で買手側の規定が追加された。

下院への両院協議会成案の提出にあたってのユタバック議員の説明では、二(f)項は、法案の意図・目的に沿う為の売手の努力に価値ある支持を与え、大量購入者への対抗を容易にするもの、とされている。売手側は買手側にコスト正当化できるであろう価格差を超える価格割引であることを知らせ、買手側に故意の要件を課し、売手と同様に違法の責任が帰着することを警告できるからである。(5)

二(f)項は、差別価格を故意に誘引しもしくは受領することを違法としている。単に差別価格を受領することを禁止したのでないことは、購入者は通常、売手の行動を知り得ず他の購入者への販売について知らないにもかかわらず、売手と同様に責任を問われることを避ける為である、と説明されている。(6)

二(f)項における法律上の論点は、①どの程度の原告側の立証で、原告側に一応有利な事件とされるか、②コスト正当化の立証は誰が行い、どの程度の立証まで求められるか、である。結局、二(a)項違反に比して、この点が要件上の差異となっているわけである。

この要件上の差異が、行為の外形上は二(a)項違反行為と同じ行為に対して、法適用に異なる結果をもたらすのではないか、と考えられる。それがどういった効果を経済に及ぼしているかが、法評価上の視点となる。

具体的事例分析では、機能割引に関係する行為に二(f)項が適用されたものも取り上げ、検討を加える。

(1) *op. cit.* Rowe, p. 421.
(2) Fairmont Creamery Co. v. Minnesota, 274 U.S. 1 (1927).
(3) Central Lumber Co. v. South Dakota, 226 U.S. 157 (1912).
(4) *op. cit.* Rowe, p. 423.
(5) 80 Cong. Rec. 9419 (1936).
(6) *op. cit.* Rowe, p. 424 n. 16.
議会の審議過程には、種々の要因がある。

第五節 二条(c)項

次に、売手が買手またはその代理人に、仲介料・手数料等を支払うこと、および買手がかかる支払いを受け取ることを禁止している二(c)項を検討する。

「通商に従事する者が、……手数料、仲介料又はその他の報酬としてなんらかの価値あるもの又はこれに代わる手当若しくは割引料を支払い、許与し、受領し、又は受諾することは、これを違法とする。……」(That it shall be unlawful for any person engaged in commerce, ……, to pay or grant, or to receive or accept, anything of value as a commission, brokerage, or other compensation, or any allowance or discount in lieu thereof, …….)

この規定は、FTCのチェーンストア調査報告と、メーカーと直接取引してブローカーのサービスを不要とする統合体の侵入に対し法的保護を求める食品業界の組織されたブローカーの政治的圧力の結果、規定されたものである。その立法趣旨は、ブローカーサービスを伴わない、大規模商の仲介料支払い強制の防止にある。(1) FTCは、旧二条脱法の為、強力な買手が、自らの従業員や子会社をブローカーと指名し、売手に仲介料を支払わせて価格差別取得目的を達成していたことを指摘していた。(2) 法案起草時にはこの行為のみを対象とした規定であったが、上院で、買手への直接支払い、及びそれに代わる仕入価格引き下げを禁ずる文言が追加された。(3)

こうして、たとえ価格差別の形をとっても、仲介料相当分の割引と認められれば、二(c)項の適用対象となり、二(a)項の対象とならないことが、アメリカ法運用の理解に重要である。

仲介機能も流通機能の一種と考えられるから、機能割引を論ずる以上その対象となり、(c)項を独立に論ずる必要がある。しかし、(c)項が絶対的禁止の規定であり、反競争的効果の立証は不要で、競争対抗の抗弁・コスト正当化抗弁も認められないといった日本の一般指定二号と異なる独特の規定である為、審決・判例の分析は行わない。代わりにこの場で、仲介機能評価を中心に、若干判例理論に言及し、一応の見解を述べておくこととする。(4)

(c)項での仲介機能処理を論ずる場合には、但書きの解釈が重要である。

「……ただし、物資、物品又は商品の販売又は購入に関連して、かかる取引の相手方又は当該取引の当事者の代理人、代表者、取引の当事者のため若しくはその利益のために事実上行動し又は直接若しくは間接にその支配に服しているその代行者であって、報酬を許与し、又は支払う者以外の者に対して提供された役務については、この限りでない。」(……, except for services rendered in connection with the sale or purchase of goods, wares, or merchandise, either to the other party to such transaction or to an agent, representative, or other intermediary therein where such intermediary is acting in fact for or in behalf, or is

subject to the direct or indirect control, of any party to such transaction other than the person by whom such compensation is so granted or paid.)

但書きは、現実に為されるサービスに対する報酬獲得は認められるべきである、との共同購入組織の主張に基づき設けられた。共同組織はブローカーを使用せずに売手と直接取引を行っていたが、直接取引による仲介料節約分の価格割引を取得することが(c)項で認められなくなることを恐れていた。[5]

しかし、下院司法委報告、[6]更に両院協議会報告[7]は、この趣旨とは異なっており、ブローカーが買手にコントロールされていながら売手にサービスを提供することは買手側ブローカーの本来的機能に反するとして、この者に対して売手がブローカー料を提供することは違法である、と指摘した。

後の判例の主流は、この報告に従い、サービス提供の有無にかかわらず買手又は買手側ブローカーへの仲介料支払いを違法としてきた。売手に事実上のサービスを与えたことの事実認定がされた事例[8]でも、二(c)項の文言の句読点を読み変えて処理し、判例理論を維持した。もっとも、二(c)項判例は、ヘンリー・ブロック事件の最高裁判[9]決後、新しい傾向が現われ、動揺している。[10]

さて、ブローカーを利用する主な目的は、取引当事者の発見という情報機能を第三者にしてもらうことである。ブローカーの使用には、売手が雇って買手を探す場合と、買手が雇って売手を探す場合とが考えられる。[11]売手が雇った場合、売手はブローカーに仲介料を払い、そのコストは買手への価格に上乗せされるだろう。買手側がブローカーを雇った場合、買手がブローカーに仲介料を支払うが、売手はコストがかかっていないから買手への価格に上乗せすることはしない。

これが一応、仮説的な分析モデルとして考えられよう。これに合致すれば、経済的差別は存在しない。

購買力に関係する問題が生じるのは、上記の買手側ブローカーに対して、売手が価格への上乗せなしに仲介料を支払う場合である。また、買手が自らの組織内にブローカーと同様の部門を持つ場合も、この買手側ブローカーの例と同様に考えられよう。

旧二条下で放置されていた問題視すべき行為は、価格差別の脱法行為としての仲介活動なしのないしそれを超えた仲介料取得であった。したがって規制対象は、仲介料支払いが現実の仲介機能遂行に対するものでない場合に絞られるべきであったろう。[12]つまり、仲介料削減に代わる価格割引の場合には、二(c)項但書きを通じてこうした機能遂行の有無の評価を行うか、ないし二(a)項の問題としてそのコスト正当化に仲介機能を加えて処理すれば良いのではないか、と

考えられよう。

もっともこれは一応の見解でしかなく、前述の分析モデルの妥当性の検討、又、中小事業者と大規模商との競争への影響を論ずることは、現実の仲介活動の詳細な検討を経た上で、改めて別の機会に行いたい、と考えている。

(1) H. R. Rep. No. 2287, 74th Cong., 2d Sess. 14-15 (1936).
(2) *op. cit.* Rowe, p. 332.
(3) *Ibid.* p. 333.
(4) (c)項の問題としては、①価格差別と仲介料に代わる割引とをどう区別するか、②購入者に支配されているブローカーか否か、③自らの計算で購入するブローカーをどう評価するか、などがある。
(5) *op. cit.* Rowe, p. 335.
(6) H. R. Rep. No. 2287, 74th Cong., 2d Sess. 15 (1936).
(7) H. R. Rep. No. 2951, 74th Cong., 2d Sess. 7 (1936).
(8) Webb-Crawford Co. v. F.T.C., 109 F. 2d 268 (5th Cir. 1940), *cert. denied*, 310 U.S. 638 (1940).
(9) F.T.C. v. Henry Broch & Co., 363 U.S. 166 (1960).
(10) Earl W. Kintner, *A Robinson-Patman Primer*, 2d ed., (Macmillan Co., 1979), ch. 10.
(11) H. R. Rep. No. 2287, 74th Cong., 2d Sess. 15 (1936).
(12) 土井 前掲論文 一五頁。

第六節 二条(d)(e)項

次に、売手が買手に対し差別的なアロウアンスを供与することを禁止する二(d)項、同様なサービス・便益の供与を禁止する二(e)項を検討する。

二(d)項「通商に従事する者が製造し、販売し、又は販売申込した製品若しくは物品の加工、取扱い販売若しくは販売申込に関連して、自己の顧客によって又はそれを通して提供された役務若しくは便益の報酬として又はそれを考慮して、かかる通商の過程において、その顧客に若しくはその者の利益のためになんらかの価値あるものを支払い、又はその支払契約をすることは、かかる支払若しくは考慮が、当該製品若しくは商品の流通において競争関係にある他のすべての顧客に、比例的に公平に同等の条件で与えられない限り、これを違法とする。」(That it shall be unlawful for any person engaged in commerce to pay or contract for the payment of anything of value to or for the benefit of a customer of such person in the course of such commerce as compensation or in consideration for any services or facilities furnished by or through such customer in connection with the processing, handling, sale, or offering for sale of

any products or commodities manufactured, sold, or offered for sale by such person, unless such payment or consideration is available on proportionally equal terms to all other customers competing in the distribution of such products or commodities.)

二(e)項「何人も、加工し又は加工せずに再販売するために商品を購入した者について、加工、取扱い、販売又は販売申込に関連する役務又は便益を、すべての購入者に与えられる比例的に同じ条件とは異なる条件で提供する契約を行い、提供し、又は提供することに役立てることにより、その購入者の一人を他の購入者に比して有利に差別することは、これを違法とする。」(That it shall be unlawful for any person to discriminate in favor of one purchaser against another purchaser or purchasers of a commodity bought for resale, with or without processing, by contracting to furnish or furnishing, or by contributing to the furnishing of, any services or facilities connected with the processing, handling, sale, or offering for sale of such commodity so purchased upon terms not accorded to all purchasers on proportionally equal terms.)

FTCのチェーンストア調査報告において、大規模買手の販売面のサービス活動に対して売手側がアロウアンスを出す外観をとりながら、現実にサービスは為されず結果的に商品の品質、購入量、販売コストに直接関係のない価格割引が実現されていることが、指摘されていた。(1)

法案の起草者は、更にチェーンに対して販促手当が出される場合、サービスが現実に為されたとしてもチェーンは競争者が自らコスト負担をしているのにコスト負担なしの広告などを為すことになる故に、独立商は競争侵害を受ける、という捉え方をした。(2)

この徹底的な規制方針が原法案で成文化され、若干の修正と(e)項の追加を経て成立した。(d)項は、売手が買手に対して、買手が購入商品の再販売につき為した役務へのアロウアンス供与を、買手と競争関係にある他のすべての買手に対して比例的に平等な条件で提供されない限り違法となる、としている。(e)項は、売手が自ら買手の為に役務を為す条件について同様に規定している。

下院司法委報告は、法案が非難対象とした売手と買手の販促協定を、(一)購入者が現実には為していない販促サービスに対するアロウアンス供与、(二)現実に為されたサービスをはるかに超えるアロウアンス供与、(三)現実に為されたサービスへの支払いだが支払いを受けていない購入者に比して事実上販促コストを売手に移し得るもの、とまとめている。(3)

本条項には、競争侵害の要件がなく、コスト正当化の抗弁も認められない。（しかし判例[4]で、競争対抗の抗弁は認めるとされている。）

二(a)項の間接的価格差別との違いで見ると、買手に対する最初の販売に付随するサービス、又はアロウアンスが二(a)項の対象であり、当該買手による当該商品の再販売に付随するサービス、又はアロウアンスの提供が二(d)(e)項の対象となる。[5]

本来、アロウアンス政策は機能割引政策とは異質のものであり、立法段階で機能割引に二(d)項を適用することを考えていたとも思われない。FTCも機能割引に関係のある事例で、二(d)項を直接適用することは、あまりしていない。しかし、二(d)項但書きを、二(a)項違反に対する抗弁として利用できるとする見解が法運用の過程で登場する。その意味で、二(d)項が機能割引問題を論ずる上で、関与してくるのである。

法律上の論点は、どの程度の立証で二(d)項但書きが立証できるとするか、にある。

また、法評価の上では、何故アメリカで二(d)項但書きが抗弁として登場するのか、その具体的事例における事実的背景は何で法制度の背景は何か、法運用が何を帰結しているか、どう対処すべきであると考えられるか、が問題となる。

（二(d)項は、それ自体としては、機能割引問題にほとんど無関係な為、その後の法運用をここで簡単にまとめておくことにする。[6]

要件は、①販促費支給、または販促活動の提供が、総ての競争関係にある顧客にとって利用可能であること、②それが総ての競争関係にある顧客に対して比例的平等条件において提供されていること、である。

①から、利用可能性を通知すること、各顧客が何らかの方法で参加できることを保証する選択的な販売促進援助計画を推進せねばならないことになる。②の比例的平等については、法は単一の方法を規定していないが、購入量、再販売量、店舗量、店舗面積、広告量または広告スペースの大きさ等を基準とした量的比例性の原則が考えられる。

なお、供与者は、顧客が所期の目的通りにアロウアンスを用いているか調査の義務がある。資金を買手が別途に運用している場合には、売手に二(a)項違反のおそれが生じる。

本項は、買手のアロウアンス供与の強制行為に対しては、及ばない。初期には、二(f)項を適用している事例もあるが、現在は、本項を媒介にFTC法五条が適用されることになる。）

(1) *op. cit.* Rowe, p. 366.

(2) *Ibid.* p. 367.

(3) H. R. Rep. No. 2287, 74th Cong., 2d Sess. 15-16 (1936).

(4) Exquisite Form Brassiere Inc. v. F.T.C., 301 F. 2d 499 (D.C. Cir. 1961); Shulton Inc. v. F.T.C., 305 F. 2d 36 (7th Cir. 1962).

(5) *op. cit.* Kintner, *An Antitrust Primer*, p. 65.

(6) 松下満雄「購買力（バイイングパワー）の濫用と法規制(2)」（『NBL』一四六号・一九八一）五三―五五頁。

第七節　改正の目的

改正の目的は、何であろうか。

パットマン議員は提案の趣旨を「我国のすべての独立商人に大規模チェーン、又は大規模企業が受けるのと同じ権利・便宜・機会を与えよう、とするものであって、それ以上の何ものでもない。」と述べている。法案は、NIRA期の規約によって独立商の得た相対的に有利な規定をクレイトン法二条の修正によって確保しよう、としたものであった。(1)

下院司法委報告は、事業機会の対等の復興、反トラスト法の強化であり、取引・通商を不公正な取引慣行と違法な価格差別、取引制限、独占から保護することにより、消費者、労働者、独立製造業者、商人、その他の事業者を保護することにある、としている。(2) そして、大量購入・大量流通に見い出され得る物理的経済性は、阻害されることはなく、非効率事業者に報償を与えることもなく、売手がその節減から得られたものを一部分ないし総て、取引する相手に対して供与する自由を阻害するものでもない、としている。競争を破壊し、取引を制限し、独占を形成する不公正な取引慣行と独占的方法は、一般大衆の利益となることはなく、これを規制するものである、との見解であった。(3)

しかし、セラー下院議員は、クレイトン法修正の偽装の下に、パットマン法案は消費者に対して為されるサービスの効率性にかかわりなく、一つの流通クラスに対して利益ある営業を確実にする為に、意図されたものであると非難した。消費者は不幸にして一般的に組織されてはおらず、独立商は自らの利益追求を為したが、消費者のことは考慮していなかった、と指摘している。(4)

提案者の主観的意図はともかく、この法案は審議過程でチェーン側の抵抗にあって、チェーン側に有利となる修正を重ねた。差別対価の絶対的禁止の原案に反競争的効果の文言を加えたのもその例である。機能割引条項は農民組合の反対で全面的に削除されてしまったが、少なくも、法の明確な規定として伝統的卸商を保護する試みは失敗に帰し、運用の問題に移されている。

もっともこの法は、チェーンに無害なものになったわけでもなく、むしろ、製造側がコスト規定の範囲内で、チェーンに適度な待

遇を与えることができることなどから、製造側に有利な帰結をもたらした、との評価もある。(5)

このように立法者意図は不明瞭であると言えよう。この中から規制当局・裁判所が立法者意図と見るものを適宜選択して行くことになる。次章からは、本章で提起した視点を踏まえつつ、改正法運用の具体的分析に進もう。(6)

(1) 前掲 中野③ 一六頁。

(2) H. R. Rep. No. 2287, 74th Cong., 2d Sess. 3 (1936).

(3) *Ibid.* Sess. 17.

(4) *op. cit.* Rowe, pp. 21-22.

(5) 前掲 中野③ 二一—三一頁。

(6) 本章の分析にあたり、直接引用した文献の他、門馬一徳「ロビンソン・パットマン法制定の歴史的沿革」(『神戸学院法学』八巻一号・昭五二) 一二三頁以下、土井紀夫「ロビンソン・パットマン法の問題点(2)」(『鹿児島経大論集』二二巻二号・昭五六) 二五頁以下、松下満雄「購買力(バイイングパワー)の濫用と法規制(1)」(『NBL』二四四号・一九八一) 八頁以下、なども参照した。

Vol. 33 No. 2 (1982)

Functional Discounts under the Price Discrimination Law (1)

—The injury at the customer level—

Minoru FUJITA*

Introduction

I. The object of the study

II. The analysis of the original Clayton Act § 2.

III. The legislative history and general survey of the Robinson-Patman Act (this issue)

* * * *

The legal problems of functional discounts under the price discrimination law and policy recommendation on this problem are the main theme of this note.

In chapter I, policy implication of functional discount problems in Japanese distribution system is examined. The nature of functional discount and the types of price discrimination concerning functional discount are next analyzed. The legal issues of price discrimination in Anti-monopoly Act of Japan are also surveyed.

Then, the economic concept and the economic effects of price discrimination are analyzed. In this analysis, two policy alternatives are presented, one for economic efficiency and the other for the preservation of independent small merchants.

In chapter II, the backgrounds of functional discount problem are surveyed. These are the problems in American distribution system from 1900 to 1940 and a movement toward new legislation by independent small merchants group and mass manufactures. After this analysis, my recommendation to reconcile price discrimination regulation and resail price maintenance regulation is proposed.

Then, the application of legislated Clayton Act § 2. by Federal Trade Commission and by courts is analyzed and appraised. The defects of the original Clayton Act § 2. are also made clear.

* LL. D. Candidate, University of Hokkaido

In chapter III, the legislative history of the Robinson-Patman Act of 1936 (namely the amendment of Clayton Act § 2.) and the purpose of amendment are examined. The legal and economic issues of its act are also suggested.

(to be continued)