

再販売価格維持行為の法と経済学

公正取引委員会
競争政策研究センター

再販売価格維持行為の法と経済学

【執筆者】

川濱 昇

C P R C 客員研究員・京都大学大学院法学研究科教授

柳川 隆

元C P R C 客員研究員・神戸大学大学院経済学研究科教授

林 秀弥

C P R C 客員研究員・名古屋大学大学院法学研究科准教授

諏訪園 貞明

元C P R C 研究員

瀬戸 英三郎

元C P R C 研究員

【本研究報告書における役割分担と位置付けについて】

- 1 本報告書の執筆は、第1章及び第3章を川濱、第2章を瀬戸、第4章を柳川、第5章を林、第6章を諏訪園がそれぞれ担当した。
- 2 本報告書の内容は執筆者が所属する組織の見解を示すものではなく、記述中の責任は執筆者のみに帰する。

再販売価格維持行為の法と経済学

目次

第1章	はじめに	1
1	本研究の背景	1
2	共同研究の手順と章立て	2
第2章	リージン事件連邦最高裁判決について	4
1	当事者—リージン社の概要	4
2	当事者—PSKS, Inc.	4
3	最低価格再販	4
4	司法判断	5
5	司法省及び連邦取引委員会法廷助言意見書	7
第3章	リージン判決の法と経済学	9
1	リージン判決のインパクト	9
2	リージン判決の経済学	10
3	サービス提供をめぐる	12
4	参入促進・新ブランド投入	25
5	再販の反競争効果の捉え方	26
第4章	再販の経済分析—需要の不確実性への対応としての再販—	35
1	はじめに	35
2	モデル	35
3	再販の代替策としての返品制	45
4	プライスプロテクションの効果	46
第5章	EUにおける垂直的制限規制	48
1	はじめに—問題の所在—	48
2	垂直的協定に関する一括適用免除規則	48
3	学説の動向	56
第6章	我が国における再販事件の事例整理とその意義	57
1	問題の所在	57
2	我が国における再販規制の論拠とこれまでの事例	57
3	欧米における再販規制を参考とすることの意義	75
4	まとめ	77
参考編	EC条約第81条(現EC条約第101条)第3項の適用に関するガイドライン	78

第1章 はじめに

1 本研究の背景

再販売価格維持行為（以下「再販」という¹。）については、20世紀の初めに米国ではこれを当然違法（反競争効果が推定され、正当化が許されないものをいう。）とした後、おおむね1970年代までには、多くの法域で限定的な適用除外があるものの当然違法ないしは原則違法の立場がとられてきた。再販に許容的な立場が強い米国でも、再販に該当する行為の外延をめぐって判例法の動揺はあったものの、最低価格再販に対する当然違法原則は長らく維持されてきた。

しかし、周知のように2007年に米国の連邦最高裁はリージン事件において再販に対して当然違法原則から合理の原則へと立場を変えることになった。この判決は5対4の僅差によるものでもあるが、96年間にも及ぶ再販に対する当然違法原則に終止符を打った。米国の再販規制は、一方で外形上規制対象となる限り、一切の正当化を許さずカテゴリカルに違法となるという当然違法原則を採用しつつ、規制対象となる再販については「合意」要件を要求することにより、諸外国で問題となる再販一般を規制対象とするものではないといった独特のものであった²。当然違法原則の放棄がどのような規制基準を目指すのかははっきりしない。法廷意見と少数意見が僅差であることから分かるように再販の機能については意見が分かれている。州では再販に厳格な立場をとることが予想されるなど、再販の評価について多様な意見があり、その規制基準が不明確なままである。現在、それをめぐって活発な議論が続いている。

我が国やEUは、再販を当然違法とするのではなく、原則違法とした上で反証若しくは正当化要因を立証可能とする立場である。リージン判決による判例変更は我が国の法運用と直接関係するものではない。しかしながら、我が国やEUでは実際にそのような反証等が認められることはなかったこともあり、リージン判決による判例変更を契機に再販に対する許容的な立場を唱える議論が有力化しつつある。

EUでは、リージン判決の直後に垂直的制限のガイドライン改定作業が行われ、その過程で再販に許容的な立場からの問題提起がなされ、それは大勢に影響するものではなかったようであるが、活発な議論が展開されたようである。また、我が国では、再販を課徴金対象行為としたこともあって、今後、被審人の側が再販の公正競争阻害性を問題にすることも当然予想される。また、一部には公正競争阻害性を推定するという立場への疑問を表明する論者もいる。逆に、マーケティングにインターネットが活用される現在、古典的な再販許容論は流通段階でのイノベーションを阻害するという懸念もある。リージン判決以降、EUで許容的な主張が散見されるようになった最中の2009年に、ドイツ連邦カルテル

¹ 以下で指摘するように、米国における再販（Resale Price Maintenance＝再販売価格維持行為）と我が国独占禁止法第2条第9項第4号にいう再販＝再販売価格拘束では対象となる行為の範囲が異なる。米国では「合意」に固執し、単なる取引拒絶による「拘束」は合意の範囲外として規制されないといういわゆるコルゲートドクトリンがあるため、他の国に比べて再販に該当する行為の範囲が狭い。もっとも、経済的効果を論じるに当たって両者を区別する実益はないので、本稿では再販売価格維持行為と再販売価格拘束をいずれも再販と呼ぶことにする。

² 米国の再販規制のこの側面については、川濱昇「再販売価格維持規制の再検討－公正競争阻害性を中心に（5）」法学論叢139巻4号1頁、4-13頁（1996）を参照。

庁は相次いで3件の再販事件を取り上げた³。高額の制裁金が課されたこと（410万ユーロ、900万ユーロ、1150万ユーロ）に加えて、そのうち2件がインターネット販売に関わるものであったことが注目される。

ところで、リージン判決の法廷意見と少数意見との対立、あるいは広く再販に懐疑的な立場と許容的な立場を経済理論に対する認識の差に求める見解が散見するが、それは失当である。リージン判決の法廷意見が述べた経済理論の知見のほとんどは20年以上前に知られていたものであり、少数意見にとっても周知のものである。それらの理論的知見の現実妥当性が問われているのである。

奇妙なことであるが、我が国での再販規制をめぐる法的議論では、再販に許容的な立場はリージン判決の法廷意見の再販の経済分析を前提とせずに、独自の経済理論を展開している。これは次のような事情による。再販を厳格に規制する我が国の規制は、かつて我が国経済の特徴とされていたいわゆる流通系列化をめぐる論争を通じて1980年頃までに定着した認識枠組みを前提としている。上述の我が国における見直し論は、リージン判決で判例変更を推進した経済的な立論よりは、流通系列論における通念の立場⁴のバリエーションとなっている。すなわち、市場支配的な事業者が再販等によって市場支配力を利用していった流通系列化論華やかなりし頃の言説に依拠して、再販を行うブランドが一つの市場を構成するか否かといった、リージン判決の法定意見が前提とした再販の理論的説明とは一致しない枠組みが主張されたりする。再販に対して許容的な立場をとるにせよ、厳格規制の立場をとるにせよ、経済分析の枠組みを共有する作業が不可欠であろう。

ところで流通系列化に特徴付けられてきた産業においても流通システムは激変したといわれる。現状の流通システムの下で、従来競争制限的とされてきた慣行の具体的効果を検討する時期が来たようである。それにはまず、それらの慣行についての理論的な知見を共通にし、その枠組みを前提にそれらの慣行が持ち得る競争促進効果と競争制限効果の双方を経験的に再確認する必要がある。

本共同研究は、競争制限的な流通慣行の典型である再販についてこの再確認の作業を行うものである。

2 共同研究の手順と章立て

まず、議論の出発点としてリージン判決を厳密に読解し、法廷意見と少数意見が依拠する経済的な論拠を確認する。その際、リージン判決後に書かれた主要な論文をサーベイして理解に遺漏がないように努めた。この点については第2章にまとめられている。

その上で、再販が持ち得るとされる競争制限効果と競争促進効果をリージン判決の法廷意見と少数意見がどのように理解しているかを整理し、それらを詳細に吟味した。そのプ

³ B3 - 69/08-Phonak (15. 10. 2009) では、補聴器について再販とインターネット販売・卸売販売の制限が問題となり、410万ユーロの制裁金が課された。B7-190/08-Microsoft (08. 04. 2009) では、ソフトウェアの小売段階で再販に対して900万ユーロの制裁金が課された。B3-123/08-CIBA (25. 09. 2009) では、コンタクトレンズの再販とともにインターネット販売の制限がなされ1150万ユーロの制裁金が課された。なお、この事件では推奨価格はあったものの、それからの逸脱に対する不利益賦課（遵守に対する利益供与）が明示的ではなく、「協定」の存在（我が国では「拘束」の存在）についての限界事例となっている点（再販規制の範囲が拡張されている点）も重要である。

⁴ 古典的な流通系列論については、野田実編『流通系列化と独占禁止法—独占禁止法研究会報告書』（大蔵省印刷局 1980）235-283頁参照。

プロセスでリージョン判決法廷意見の再販の競争制限効果の経済分析を我が国の再販許容論が致命的に誤解していることを明らかにした。また、競争促進効果として主張される効果が消費者厚生等に改善効果を持つ前提条件を明らかにして、それが現実に充足される蓋然性について検討した。この研究の内容は第3章にまとめられている。さらに、第4章は再販が持ち得るとされる競争促進効果の中でも特に需要の不確実性への対処を取り扱う。これは、従来我が国ではあまり紹介されておらず、特に法律家にはほとんど知られておらず、他方再販が新規参入に役立つとされるケースを一見説得的に説明するようにもみえるところから、正確な理解が求められるからである。

これらによって、現在の経済学の水準での再販のもたらし得る諸効果についての基本的な理解を共有し、その枠組みを前提に、EUの垂直的制限ガイドラインの改定作業での議論状況を現地調査した。EUの政策担当者等は再販の経済分析の現状については米国の反トラスト専門家と理解を共通にしているはずである。にもかかわらず、リージョン判決法廷意見らの再販に許容的な立場はEUでは有力ではないことが明らかになった。この点についての詳細は本報告書の第5章にまとめられている。

ところで、このような差異が何に起因するのかは重要な問題である。例えば、リージョン判決の法廷意見と少数意見とで再販についての理論的認識については共通点が少なくないのに、政策提言が異なっている。政策目的として消費者厚生と社会全体の効率性のどちらにウェイトを置くのかという価値判断の問題も影響しているかもしれないが、その最大のポイントは理論の現実的妥当性である。本共同研究は、我が国の文脈で問題を探求すべく、まずこれまでの事例を整理するとともに、これまで再販を行ってきた経験のある事業者を中心にインタビューを行い、それぞれの市場の特色、再販がもたらす事業活動への影響についての意見を尋ねた。そこでは、再販が効率性改善効果を持つとされる様々な理論を前提に、それが妥当する可能性を尋ねた。また、流通系列化が典型的だとかつてされていた化粧品業界や家電業界における近時の流通システムの変貌や当然違法原則を放棄したとして、再販が有効に利用される可能性があるのかを調査した。第6章においては、インタビューの成果及びこれらの検討、さらにそれを前提に現行法の下で再販の「正当な理由」としてどのようなものが考えられるかを展望した。本報告書によって、再販における「正当な理由」として何を評価すべきかについての指針が明らかになったものと思われる。また、従来我が国ではメーカー主導のブランド内競争制限行為が注目されてきたが、本研究の調査から今日では流通市場における買手経済力が問題となっているのではないかという感触を得た。これは、既にCPRCの研究でも明らかにされているところである（小島泰友・瀧川和彦「流通市場における買手パワー(Buyer Power)の競争への影響について一大規模小売業者を中心として一」（競争政策センター報告書 2010））。そうだとすると、かかる経済力がブランド内競争制限行為の悪影響に関連しているとして注目している諸外国と同様の問題状況に直面している可能性もある。これは今後更に実態調査すべき課題を示していると考えられる。

第2章 リージン事件連邦最高裁判決について

2007年6月28日、米連邦最高裁は、最低価格再販について、当然違法であるとの確定した判例を覆し、合理の原則によって判断されるべきとの判決を下した。この判決は、婦人用ベルトを製造販売しているリージン社が小売業者に対して行った最低価格再販について判断したもので、リージン判決と呼ばれる。以下、このリージン判決について、その内容のほか関連情報について述べる。

1 当事者—リージン社の概要

リージン社（正式名称は Leegin Creative Leather Products Inc であり、カリフォルニア州の 14022 East Nelson Avenue City of Industry に所在する。）は、1966年に Lee と Ginny の二人が始めた、ベルトやハンドバッグ、サンダルなどを製造する事業を前身とする。1972年に現在のリージン社の代表取締役である Jerry Kohl がこの事業を承継し、リージン社として法人化した。

判決では、リージン社は1991年に Brighton のブランドでベルトの販売を開始したとあるが、リージン社を分割した Brighton, Inc. という法人が存在するようであり（代表取締役及び本店所在地はリージン社と同一である。）、現在、Brighton ブランドの商品の販売は、この Brighton, Inc. が行っている可能性がある。事件において、Brighton, Inc. がどのように関わっていたかは明らかではない。



リージン社の Brighton

2 当事者—PSKS, Inc.

判決では、原告は PSKS, Inc.（以下「PSKS」という。）という会社であり、テキサス州リューイスビルにある婦人服店「Kay's Closet」を経営する事業者となっている。リージン社ほどの規模がないためか、企業情報のデータが乏しく、詳細は不明である。判決によると、PSKS は、1995年からリージン社より Brighton ブランドの商品を購入するようになり、Brighton の宣伝、「Brighton の日」を設けるなどの販売促進を行い、一時はその利益の40%から50%を Brighton ブランドの売上げから稼ぎ出していた。

3 最低価格再販

1997年に、リージン社は「Brighton Retail Pricing and Promotion Policy」（Brighton の小売価格決定及び販売促進に関わる政策）を定め、この政策に従い、あらかじめ示唆した価格より低い価格で Brighton 商品を販売した小売業者に対して出荷拒否をすることとした。

この政策を小売業者に伝える文書の中で、リージン社は次のように述べていた。

「Macy's, Bloomingdales, May Co. 等のメガストアの時代にあって、信頼に足る製品保証とサポートが欠けていることに消費者は当惑している。絶え間ない廉売は、消費者を更に混乱させている。」

「リージン社にあっては、専門店での販売により、このような販売からは決別すること

にした。専門店では、顧客に高品質の商品、一流のサービスを提供することができ、365日変わらないサポートをすることができる。」

「この方針が成功するか否かは、半分はリージン社が素晴らしい Brighton 製品を作り出すかどうにかかっているが、もう半分は、小売店の皆さんが見栄えのする店舗で質の高い接客を行うかどうにかかっている。」

このような文言から分かるように、リージン社は、小売業者がリージン社の製品をどのように販売するかについて干渉することにより、消費者市場における自社製品のブランド価値を維持・向上させようとしていた。

なお、この「Brighton Retail Pricing and Promotion Policy」だけであれば、小売業者との「合意」ではなく「一方的行為」であるため、コルゲート社事件判決（1919年）によれば、違反とはならない⁵。

問題は、1998年からリージン社が導入した「Heart Store Program（ハートストアプログラム）」と呼ばれる販売戦略にあった。このハートストアプログラムでは、リージン社はハートストアになる小売業者に対し、特典を与えると同時に、リージン社が指定した価格での販売を誓約させていた。

PSKSの経営する Kay's Kloset はハートストアプログラム導入後すぐにハートストアとなったが、リージン社側が事後的に店舗を視察し、あまり魅力的な店舗ではないと判断したことから、1998年以降はハートストアとならないということで合意がなされたようである。しかし Kay's Kloset の Brighton 商品の販売量は増加を続けた⁶。

2002年12月、Kay's Kloset が Brighton 商品を全て20%引きで販売していることが分かり、リージン社は PSKS に値引き販売をやめるよう求めたが、PSKS はこれを拒否したので、リージン社は PSKS に対する商品の出荷を停止した。

これに対し、PSKS は、テキサス東部地区連邦地方裁判所に訴訟を提起し、リージン社が小売店との間で再販売価格を維持する旨の合意をして反トラスト法に違反していることを主張した。

4 司法判断

原審及び控訴審は PSKS の主張を認め、リージン社に損害賠償を命じた。控訴審でリージン社は、再販の合意の存在については争わず、本件合意については合理の原則によって判断されるべき旨を主張したが、控訴審はこの主張を排斥した。再販の合意について当然違法原則により判断することを示したドクターマイルズ事件判決があり、これに従って裁判所が再販を当然違法としてきた経緯がある以上、このような判断は当然であった。

しかし、連邦最高裁判所は、5対4の僅差ではあったが、このドクターマイルズ事件判決を覆して、最低価格再販について合理の原則によって判断すべきとして、事件を高

⁵ 事前に指定した小売価格を遵守しない小売業者に対して一方的に取引を拒絶する行為（一方的行為）は、シャーマン法に違反しないとした。

⁶ 判決文からは明らかではないが、原審はリージン社と PSKS がハートストアプログラムによる契約関係にあったことを認定しているものと思われる。そうでないと、PSKS が被った取引拒絶による損害を、シャーマン法違反行為に起因するものと評価できず、PSKS に対する損害賠償を認定できない。

裁に差し戻した。

(1) 法廷意見

ア 合理の原則の妥当性について

法廷意見は、合理の原則の妥当性について、以下のように述べる。

まず、シャーマン法第1条について、文言上、取引を制限する事業者間の契約等の全てを禁止しているようにも読めるが、不当な制限のみを禁止していると解釈すべきである。そして、不当な制限に該当するか否かを判断するに当たっては、制限の経緯、性質、効果等のあらゆる事情を考慮して不当性を判断するという、合理の原則が採用される。他方、そのような事情を考慮することなく制限自体を当然に違法とする、当然違法原則が採用される場合もあるが、これが採用されるのは競争者間の価格カルテルなど相当限定されており、当然違法原則を採用するためには、ほとんど全ての場合に反競争的効果を有していると実証できなければならない。

かつて再販についての先例であるドクターマイルズ事件判決は、①譲渡した財産に対する一般的制限は無効であるとの原則、②再販が小売業者間の価格協定に匹敵することを根拠として、再販に当然違法原則を採用した。しかし、①は形式主義的な法理論にすぎず、反競争的効果の立証とは無関係であり、②は垂直的協定の競争制限効果を判断するルールと水平的協定の競争制限効果を判断するルールとは異なっているのであるから、再販であるというだけで、それが直ちに水平的協定と同様の競争制限効果を有していると評価することはできない。

このように、ドクターマイルズ事件判決が当然違法原則を採用したことに正当な根拠が見いだせないことから、改めて再販について経済的效果を検討すると、再販の競争促進効果として、ブランド間競争を促進することが認められる。その根拠としては、①再販がなければ十分なサービスを行う小売業者に対するディスカウント業者のフリーライドが生じること、②再販により新規事業者の市場参入が容易になることが挙げられる。

再販は、製造業者間の価格カルテルや小売業者間の価格カルテルを容易にするなどの反競争効果を持つことがあり得るが、それでも、当然違法原則を採用しなければならないほど、ほとんど全ての場合に反競争的効果を有しているとは実証できない。

再販に合理の原則を適用することが行政コストを増加させるとしても、それだけで当然違法の原則を採用すべきとはいえない。

また、小売業者が得るマージンは製造業者にとってコストであり、製造業者は小売業者に対して過度のマージンを補償するインセンティブがない。どのようなコストを掛けてどのようなサービスを提供するか製造業者にとって自由である以上、再販を直ちに違法であるということとはできない。

イ 先例拘束性について

本件は先例であるドクターマイルズ事件判決を覆すものであるが、法廷意見は、シャーマン法はコモンローを成文化したものであり、シャーマン法の解釈についての先例拘束性は比較的強いものではないとする。

また、法廷意見は、ドクターマイルズ事件判決はシャーマン法施行後間もない1911年の判決であることを述べ、既に先例として維持されているとは言い難いことを示す

事例を多く挙げる。例えばドクターマイルズ事件判決のわずか8年後にはコルゲート事件判決により、契約ではない一方的な再販が許容されていること、1977年には垂直的非価格制限について当然違法原則に代えて合理の原則を適用するものとされ、1997年には最高価格を定める再販に合理の原則が適用されていることなどである。この中でも特に、コルゲート事件判決はドクターマイルズ事件判決との矛盾が大きい。

被上告人 PSKS はミラー・タイディングス法⁷等を廃止した連邦議会の動向から、連邦議会が再販に当然違法の原則を適用することを承認している等主張したが、法廷意見はそのような認定はできないとした。

(2) 少数意見

少数意見は、おおむね法廷意見に対応して、再販の反競争効果と競争促進効果、合理の原則を採用した場合の判断コストについて述べ、先例拘束性に関しても対照的な意見を述べている。

少数意見の主張する再販についての反競争効果は次のとおりである。

- ・流通業者間の価格競争の減殺
- ・製造業者間の競争回避の促進
- ・消費者価格の上昇

消費者価格の上昇については、法廷意見は、製造業者が流通業者によるサービスにコストを掛けた結果にすぎないとするが、少数意見は、流通業者による過度のサービス提供につながるとして否定的である。また、法廷意見がブランド間競争の促進を挙げていたのに対し、少数意見はブランド間で競争回避が行われやすくなると指摘しており、法廷意見と対照的である。

また、少数意見の主張する再販の競争促進効果については次のとおりである。

- ・フリーライドの防止
- ・新規事業者の市場参入の容易化

ただし、少数意見は、フリーライドの防止に関しては、防止すべきフリーライドが一定程度存在することについて懐疑的である。

少数意見は、再販に競争促進効果があることを認めつつも、それは法廷意見ほど積極的なものではなく、法廷意見よりも多くの反競争効果のリスクが生じることを危惧している。このことから、合理の原則を採用した場合、反競争効果の存在を見逃すおそれが高くなり、判断コストが高くなることを指摘する。

先例拘束性については、ドクターマイルズ事件判決が過去の事件で数多く引用されていること、ミラー・タイディングス法等を廃止した議会の動向は再販について当然違法とする意図の表れであるとみられたことから、いまだドクターマイルズ事件判決で示された考え方を変更するだけの事情はないとしている。

5 司法省及び連邦取引委員会法廷助言意見書

本件に関する司法省及び連邦取引委員会の法定助言意見書の概要は次のとおりであり、本件の法廷意見とほぼ重なる内容となっている。

⁷ 州の公正取引法によって合法化された再販契約を連邦法の適用除外とする法律であり、1937年に制定された。

- ・最高裁は、ドクターマイルズ事件判決を破棄し、再販を合理の原則に従わせるべきである。
- ・当然違法原則は、ほとんど常に反競争的な制限に限って適用される（合理の原則が通常の基準である。）。当然違法原則の適用は、特定の種類の協定が反競争的であることが正当化されていて、それを立証する必要はほとんどないという一般論を具体化したものである。
- ・再販は、当然違法原則に関する最高裁の基準を満たしていない。
 - ◇ 非価格垂直制限と最高価格再販を「合理の原則」に従って分析するのに、最低価格再販に対して当然違法原則を適用する根拠はない。
 - 再販は、しばしばブランド間競争を活発にし、競争促進的な正当化事由を持つ。
 - 再販は、流通業者に販売促進的なサービスと売上拡大努力を行うようにさせる。
 - 再販は、小売業者のフリーライドへのインセンティブを低減する。
 - フリーライドがある場合、小売業者によるサービス提供が行われなくなるので、再販がある場合と比べて、個々の小売業者の利益が少なくなる。
 - 著名な小売業者の品質証明、品質シグナリングがある場合、当該小売業者に自社製品を取り扱わせるために、再販が行われることがある。
 - 再販は、小売業者のフリーライドをなくし、製造業者の製品の販売を促進する（小売店舗、立地、サービスのスピードなど）。
 - 再販は、小売業者に対し、より大量の在庫を抱えるよう誘導して、製造業者が望む水準で製品をストックさせる。
- ・ドクターマイルズ事件判決の判決理由は、最高裁の先例によって根拠を失っている。
- ・当然違法原則に対する他の正当化事由は維持できない。
- ・先例拘束性の原理の検討からはドクターマイルズ事件判決の維持は正当化されない。

第3章 リージン判決の法と経済学

1 リージン判決のインパクト

第2章でみたように米国では、リージン判決によって、1911年以來維持されてきた再販を当然違法とする判例法が覆された。

この判決を契機に実際に再販がどの程度利用されるようになるのか、それが消費者厚生や効率性の改善をもたらすのか、あるいはインターネット等を通じた流通業におけるイノベーションを阻害することはないのか⁸といった、同判決の経済的な効果に関心が持たれている。もちろんそれらは非常に興味深く重要な問題である。しかし、それらの評価を行う前提として、この判決によって米国の再販に対する法運用にどのような変化が生じるのかが問題となる。まず、この点については議論が分かれている。当然違法原則の否定が5対4の僅差でなされたことで分かるように、再販に対して批判的な議論への支持も根強い。リージン事件では37州が再販への当然違法原則の維持を支持するアミカスブリーフを提出している⁹。このように州レベルでは、再販を厳格に規制すべきだとする意見は根強い。連邦反トラスト法の判例変更にもかかわらず、州反トラスト法ではカリフォルニア州などで当然違法原則が維持されている¹⁰。メリーランド州のように新たに制定法で当然違法原則を確認した州もある¹¹。なお、再販規制への志向は州レベルにとどまらない。連邦議会においてもリージン判決を覆すための立法の動きもある¹²。

そもそも、当然違法原則を否定した後の連邦反トラスト法の基準がいかなるものかも判然としない。一部のシカゴ学派の論者が言うような原則合法への転換は支持が少ないと思われるが、他の垂直的非価格制限と同様の合理の原則の全面的適用となるのかも明らかではない。この立場は、原告が反競争効果を立証するのにどのような理論的前提でどのよう

⁸ Note, Leegin's Unexplored "Change in Circumstance": The Internet and Resale Price Maintenance, 121 HARV. L. REV. 1600 (2008).

⁹ Brief for States of New York, Alaska, Arkansas, Connecticut, Delaware, Florida, Hawaii, Idaho, Illinois, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, North Carolina, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, Utah, Vermont, Washington, West Virginia, and Wyoming as Amici Curiae Supporting Respondent, *Leegin Creative Leather Products v. PSKS*, 551 U.S. 877, 127 S. Ct. 2705 (2007) (No. 06-480), 2007 WL 621851.

¹⁰ *California v. Bioelements, Inc.*, case no. 10011659 (January 11, 2011) (2011-1 Trade Cases ¶ 77,306) (再販を当然違法とした上で同意審決で再販の停止と51000ドルの制裁金が認められた。), *New York v. Herman Miller Inc.*, No. 08 CV-02977, 2008-2 Trade Cases (CCH) ¶ 76,454 (S.D.N.Y., filed March 21, 2008); *New York v. Herman Miller Inc.*, No. 08 CV-02977 (S.D.N.Y. March 25, 2008) (Stipulated Final Judgment and Consent Decree), available online at http://www.oag.state.ny.us/bureaus/antitrust/pdfs/Signed_FJ.pdf. (和解で終了。)。なお、カリフォルニア州はアミカスブリーフを提出した37州には属しておらず、州レベルでの再販規制への支持の強さがよく分かる。

¹¹ 詳細は、Alan M. Barr "STATE CHALLENGES TO VERTICAL PRICE FIXING IN THE POST-LEEGIN WORLD", (Federal Trade Commission FTC Hearings on Resale Price Maintenance May 21, 2009) <http://www.ftc.gov/opp/workshops/rpm/may09/docs/abarr.pdf> を参照。

¹² See, e.g., United States. Congress. House. Committee on the Judiciary. Subcommittee on Courts and Competition Policy, *Bye Bye Bargains? Retail Price Fixing, the Leegin Decision and Its Impact on Consumer Prices* : hearing before the Subcommittee on Courts and Competition Policy of the Committee on the Judiciary, House of Representatives, One Hundred Eleventh Congress, first session, April 28, 2009.

な事実を示せばよいのか自体が不明確なため、米国では垂直的非価格制限の規制は極めてまれなものとなった。

リージン判決の法廷意見は、垂直的非価格制限よりも再販のほうが反競争的弊害の危険性が高いことは認めている。垂直的非価格制限のような基準ではなく、もっと明確な基準が志向されてもよいはずである。そうだとすると、水平的制限でしばしば採られているように簡略化された合理の原則が採用されることになるのだろうか。後者の場合も様々なバリエーションが考えられる。この場合、再販が行われているという行為の外形から反競争効果を推定し、当該再販が競争促進的傾向を持つものだとすることを事業者に立証させるというEUや我が国と近い方式と何らかの構造的要因で悪影響を持つ再販を識別するという方式とに分かれる。後者の場合、再販の反競争効果をどのようなものと捉えるかが問題となる。リージン判決の法廷意見は再販の反競争効果として4種類のタイプを提案している。しかしながら、そこでの反競争効果の捉え方が、我が国で再販の悪影響と考えるものと一致していないことは注意を要する。我が国でも学説上、再販を原則違法とすることに懐疑的な見解がある。具体的に反競争効果を立証すべきだとするのであるが、それらが念頭に置いているであろう市場における有力な製造業者による下流市場での競争回避をもたらす再販は、法廷意見やそれと同調する学説では反競争効果と捉えられていない。

リージン判決以降、再販規制に関する論稿は数多く、それらの集積は汗牛充棟と呼ぶほかない。文献の増加は今後も続きそうである。再販が価格に与える影響についての実証研究はあるものの、消費者厚生ないし社会的厚生にどのような影響を与えるかについての実証研究がほとんどないこともあって、議論が収斂することもなさそうである。

本章では、まず、リージン判決の法廷意見と少数意見とを分けたものが何かを明らかにする。次いで、本章及び次章でそれらの論拠について経済的な評価を行う。

2 リージン判決の経済学

米国の反トラスト法事件の判決で経済学文献が引用されることは珍しくはないが、リージン判決法廷意見が引用している経済学文献の量は群を抜いている。本判決の法廷意見を1977年のシルベニア判決¹³で垂直的制限に関するフリーライダー論が採用されて以来のシカゴ学派反トラスト法の到達点という評価もある。そのため、経済分析に依拠した法廷意見と経済学を軽視した少数意見との対立と誤解する傾向もあるようである。そのような見方は皮相なものであり、端的にいうと誤りである。このことは少数意見側の判事を見れば容易に想像できる。少数意見の執筆者であるBreyer判事が経済学に精通した法律家としてPosner判事やCarabresi判事らとともに希有の存在であることは周知の事実である。また少数意見に同調したStevens判事は経済学のロジックを最高裁判例に導入することに貢献したシカゴ学派寄りの反トラスト法の専門家である¹⁴。逆に法廷意見の執筆者であるKennedy判事が経済学的な分析を重視した例はあまり知られていない。実際、少数意見も再

¹³ Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc., 433 U.S. 36 (1977)

¹⁴ Robert A. Skitol, Kenneth M. Vorrasi, JUSTICE STEVENS' ANTITRUST LEGACY, 24Antitrust, 32(Summer, 2010)なお、同判事が裁判官となる以前に反トラスト法の専門家であり、シカゴ学派反トラスト法学の先駆者であるEdward Levi(元シカゴ大学総長、フォード政権下の司法長官)と協力関係にあったことについては、George L. Priest and William Ranney Levi, "Stevens and antitrust" The National Law Journal May 24, 2010が詳しい。

販について書かれたこれまでの経済理論については法廷意見と認識を共通しているのである。すなわち、再販が競争促進的効果を持ち得ることを示唆する経済理論として、法廷意見はフリーライダーが問題となる販売前サービス提供等のサービス提供理論、需要の不確実性への対処、新規参入理論に言及するが、これらは少数意見も認めている。また、反競争効果について法廷意見はメーカー・小売レベルでの協調、強力な小売による圧力、支配的なメーカーによる排除に言及するが、少数意見も最後の部分を除いて同様である。また、少数意見が反競争効果として挙げる再販の価格維持効果については、法廷意見も一般的にそのような効果があることは認めている。

法廷意見と少数意見の見解の相違は、先例拘束の法理をどの程度重視したのかという法理学的スタンスの問題も関わるが、再販規制の在り方については以下の点にある。まず、競争促進的とされる目的（フリーライダー防止等）のために再販が利用されることがどの程度あるのかという経験的な問題である。また、そのような目的があり得るとして消費者厚生の上昇という反トラスト法の基本的目的に照らして妥当な場合とそうでない場合とを裁判所が識別することができるのかという運営可能性を中心とする問題である。さらには、価格維持効果をどのように評価するのかといった悪影響に対する基本的スタンスの問題も加わる。

再販が競争促進的であることを示唆するとされている経済理論は、需要の不確実性への対処を除いては20年前から基本的には変わっていない。反競争効果に関しては、法廷意見がメーカー段階での排除を主張した点が目新しい。これもかねて主張されていたものであり、我が国でも先駆的な検討はなされているものの奇妙なことにほとんど知られていない。ここで奇妙なことと言ったのは次の事情である。法廷意見は市場で独占的な企業が行った再販を危険視している。これは、「再販を行ったメーカーの市場での地位が独占的であればあるほどその競争制限効果を高めるのであるから、それを必要条件と考えるべきだ」といった我が国で再販規制縮小論者が自明視している見解と一見対応している。ところで、独占的事業者による再販を問題視する論拠として法廷意見が持ち出しているのはこの理論だけである。上記の見解と同じ立場の我が国の論者で、この理論を持ち出した論者は寡聞にして知らない。また、この理論以外で市場支配力を持つ再販が追加的な反競争効果をもたらす理論を提出した例も知らない。

なお、後述するように市場支配力を有する事業者が再販によって価格維持を行う理論は存在するが、それらは差別化された市場支配力＝再販を実効的に行い得る必要条件があれば足りるのである。

法廷意見と少数意見との違いの多くは理論についての認識の差異にあるのではない。むしろ、理論の現実妥当性や再販が持つ可能性の高い効果が何かについての判断の差異が重要なのである。再販についての実証研究は、特に厚生評価に関しては極めて少ない。再販が価格維持（上昇）効果を持つことを示す実証研究は極めて多いが、社会的厚生ないし消費者厚生の上昇と再販による価格引上げとは両立するため、厚生評価に関しては決定的なものではないとされている。リーゼン判決後の法の在り方について数多くの提案は、いずれも推定則の定め方や悪影響を何らかのチェックリストで判断できるかによっている。推定則の定め方は、意思決定理論からするなら、再販という現象が消費者厚生等に与える影

響に関する事前確率と追加的な情報による確率改訂の問題にすぎない¹⁵。実証研究の乏しさから、この問題はまず第一次的には競争促進効果とされるものが現実に厚生を改善するために利用される可能性の評価として提示されることになる。もちろん、もう一つは再販が競争に悪影響を持つのはどのような形であるかについての理解が関わる。本章では、前者の競争促進効果、特にサービス提供理論をまず検討し、それが当てはまる事案がどれだけ現実に存在するのかと、そのような事案における厚生評価の方法について議論する。その後、後者の反競争効果の問題に言及することにする。話の順序が逆のように思われるかもしれないが、反競争効果の説明としての排除的再販の問題は再販の機能を説明してからではないと理解が困難であり、それ以外にも反競争効果の評価には再販のサービス提供理論等についての評価抜きには議論できないものも多い。再販の持つ機能として一見して自明なサービス提供理論等の問題は、その分かりやすさゆえ厳密な議論が展開されてこなかった。本章ではそれを軸に法廷意見の論拠とされた理論の批判的検討を行う。

なお、需要の不確実性に対する対処の問題はこれまで我が国で紹介されることがなく、特に法学コミュニティにおいてはほとんど知られていないため、次章において詳細に取り上げることにする。

3 サービス提供をめぐる

再販を行う目的として、流通業者がサービスや販売促進を行うよう動機付けることを挙げる見解は1世紀近く前からあった¹⁶。再販により、マージンを保障することで価格競争をサービス競争に転化させるというのである。しかし、このような主張で再販を正当化できるものとは考えられていなかった。消費者にとって望ましいものであれば（提供に際し外部性がない限り）競争状態でも流通業者がそれらを提供するようになるはずだし、再販はかえって流通段階での品質・価格ミックスの多様性を阻害することになるはずであり、流通業者間の競争ではサービス競争が十分には行われなことを示さなければ、説明になっていないのである。

周知のように、Telser(1960)¹⁷が議論の状況を一変させた。流通業者が販売前の流通段階での情報提供など消費者にとって有益でかつそれを提供する側がその成果（留保価格が上昇した消費者への販売）を専有することができないタイプのサービスが存在し、かかるサービスを提供せしめるために再販が有益であることを明らかにしたからである。スペシャルサービス論ないしフリーライダー論と呼ばれるこの見解は、Bork や Posner らシカゴ学派の法律家が再販を正当化する際のよすがとなった¹⁸。

もともと、この理論が妥当する再販がそれほど多くないことは比較的早い段階で知られていた。そこで、フリーライダー論のほかにメーカーが再販によって流通業者の行動を制

¹⁵ 反トラスト法の推定則の（ベイジアン）意思決定理論からの整理について、C. Frederick Beckner and Steven C. Salop, *Decision Theory and Antitrust Rules* 67 *Antitrust L.J.* 41(1999)を参照せよ。

¹⁶ かような議論の古典的な例として、H. R. Tosdal, "Price Maintenance", 8 *Am. Econ. Rev.* 283, 286-290 (1918)は、「消費者は一定の価格で商品に加えて流通業者が提供する一定量のサービスも購入する。しかし、一定の価格で商品の品質又は商品とともに売られるサービスについての競い合いも存在するかもしれないのである。」とする。ただし、本文に述べたような理由からこれは再販を正当化しないとする。

¹⁷ Lester Tesler, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?*, 3 *J.L. & ECON.* 86 (1960)

¹⁸ Richard Bork, *Antitrust Paradox*, Richard Posner, "The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality", 48 *U. Chi. L. Rev.* 6(1981)

御することによって、自己の最適性を図ることを示唆するモデルが幾つか提案された。その中でも比較的もってもらいとされているのが、Marvel と McCafferty による品質確証理論¹⁹、Klein と Murphy による契約執行メカニズム論²⁰である。法廷意見は主としてこれら三つの理論を重視して再販の競争促進効果を説明している（需要の不確実性については第4章を参照）。以下、これらの理論を中心に再販による流通段階でのサービス等の制御とその評価について検討することにする。

(1) 「サービス」提供における市場の失敗とその是正

① 水平的外部性1—スペシャルサービス論

例えば製品の特性が複雑な耐久消費財があったとする。その複雑な機能は消費者が小売店レベルで情報提供を受けなければそれを購入するか否かを決し難いとしよう。この場合小売店レベルでの情報提供は消費者の当該商品に対する留保価格（幾らまで払ってもよいという当該消費者にとっての貨幣的価値）を高め、当該商品に対する需要曲線を上方にシフトさせる。これはメーカーにとって利益となる。同時に、小売店にとっても有利な行動である。また、消費者にとってもこのような情報提供の結果、自らの選好に合致した消費活動が行えるようになる。しかし、商品販売前の情報提供のような「サービス」に関しては、それを享受して留保価格が上昇した消費者が、かかる「サービス」を提供せずその分低価格販売している小売店から商品を購入する可能性がある。つまり、かような「サービス」提供にはフリーライダー問題が生じるのである。この公共財的性質から、競争に任せていたのではメーカー及び小売店にとって（場合によっては消費者にとっても）かかる「サービス」は過小にしか供給されなくなる。再販はかような事態を除去する一方法と考えることができる。

後述するようにフリーライダー論が妥当する「サービス」の提供が再販によって実現したとしても、消費者厚生が改善されるとは限らない。しかし、それ以前にここでの「サービス」が限定されたものであることに注意を要する。一般に「サービス」の典型として考えられるのはいわゆるアフターサービスであるが、これは当然のことながらスペシャルサービスに該当しない。

ところで、アフターサービスはフリーライダー問題を緩和する機能を果たすこともある。例えば、事前の情報提供がなければ購入決定さえ十分にできないような複雑な製品であれば、購入後も適切な情報提供を必要とするであろう。他方、事前情報を提供しないで事後のアフターサービスのみを提供する戦略を小売店が採り得るだろうか。事後の情報提供等のサービスは自己からの購入者に限定すれば、アフターサービスを必要だと考える多数の消費者はそちらを選好するだろう。このように現実世界ではフリーライダー問題を解消する様々なメカニズムが存在する。実際、再販が規制されたからといって複雑な情報提供を必要とする製品が市場に浸透できなかったという証拠は見当たらない。

ところで、フリーライド可能なサービスか否かの問題はしばしば誤解されている。これは熟達した論者にさえみられる。Posner は、Telser の議論が妥当するのが「販売時点での

¹⁹ Howard P. Marvel & Stephen McCafferty, Resale Price Maintenance and Quality Certification, 15 RAND J. ECON. 346 (1984).

²⁰ Benjamin Klein & Kevin M. Murphy, Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms, 31 J.L. & Econ. 265 (1988).

サービス」であることから、典型的な初等論理のミスによって、売場のレジで待たされる時間をフリーライダー問題の一例として挙げている²¹。ある店が売場で待たせないようにしたからといってフリーライドできないことを詳述する必要はなかろう。ゴージャスな雰囲気で購入できるような店舗環境を上げるものもある。しかし、ある店舗のゴージャスな雰囲気を他の店舗で購入する消費者は享有できない²²。

たとえ経験財であっても繰り返して購入が行われるような商品に関しては多くの消費者は当該商品に関して購入前に情報を有しているのだから、フリーライダー論による説明は妥当しない。このように、フリーライダー論の妥当する「サービス」は極めて限定的なものである。Telserが「スペシャル」サービスを問題にしたのだという点を忘れてはならない。しかしながら、Posnerと同種のミスは繰り返し行われており、しかも再販を正当化する議論がかようなミスに基づいている例もまた多い。

フリーライダー論の妥当しない「サービス」が現実には多いということはフリーライダー防止のために再販を利用することを困難にする事情となっていることにも注意を要する。流通段階で提供可能なサービスの多様性がフリーライダー論による再販正当化の信憑性を揺るがすことになるのである。Telserとは別個の観点で再販を正当化する論文で、KleinとMurphyが説得的に指摘したように²³、「フリーライダー」のせいでメーカーが望むような「サービス」が提供されないという事態への対処としては再販は不十分である。何となく、フリーライド可能な「サービス」の提供を怠って、消費者にとって魅力的な他の「サービス」を提供する戦略が可能なはずであり、それが小売店にとって有利となるからである²⁴。再販だけではフリーライダーを十分に防止できないのである。小売店の行動をそれ以外の方法で制御する必要がある。しかし、かような制御が可能であれば再販はフリーライダー防止にそもそも必要がない。再販の取り柄は、小売店の活動の詳細な監視を行わなくとも価格の面における監視だけで「サービス」提供をコントロールできるという利点にあったのである。

②水平的外部性 2—品質確認機能

Telserによるフリーライダー論が妥当する「サービス」は既にみたように非常に限定されたものである。これに対し、小売店の品質確認機能に注目してフリーライダー現象が広範に存在すると主張する議論がある²⁵。小売店の重要な機能にその品揃えがある²⁶。品揃え

²¹ Posner, *supra* note(11)at6. もっともこれに対しては、レジで待たせないという「評判」が特定のブランドを提供する小売店にスペシフィックに成立していればフリーライダー論が適用できるという主張もあろう (Posnerはそのような議論をしていないが)。しかし、かような「評判」は正に当該小売店にスペシフィックに成立するものである。むしろかようなサービスや品揃えなどが小売店が自己の「評判」を築く重要な要因なのである。かような「評判」へのフリーライドが成立するのはいわゆるビジネスフォーマット型のフランチャイズのケースに限られるが、その場合、再販より適切な制御方法が存在する。

²² 豪華な店舗で売られているというイメージが重要な場合を問題とする余地はあるが、その場合は再販だけでは不十分であって選択的流通制度が不可欠である。しかも、EUの経験からは再販を禁止しても選択的流通制度は効果的に実施可能である。

²³ Benjamin Klein & Kelvin M. Murphy, "Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanism", 31 J. L. & Econ. 265 (1988).

²⁴ *Id.* at 266.

²⁵ Howard P. Marvel & Stephen McCafferty, "Resale Price Maintenance and Quality Certification". 15 Rand J. Econ. 346 (1984).

はそこに来る消費者の買い物の便宜とともに当該商品の品質を消費者に対し確認するという観点からなされる。小売店は商品の品質を調べそれが自身の顧客にふさわしいと考えるときのみ店舗に置く。これによって品質情報を消費者に伝えるのである。高級品を提供する専門店やファッションをリードする専門店は、消費者にアピールする製品を自ら確認して、それを提供するという機能を果たしている。しかし、同じ商品を競争的価格で販売されると品質確認に掛かった費用を回収できない。要するに、商品に関してきちんと品質確認を行わない小売店もその費用を掛けずに他の小売店の品揃えをまねることができると。Telserによるフリーライダー論と同様の問題が生じることになる。これを回避するために、再販を実施するという主張である。

品質確認機能を有する小売店がこのようなフリーライドにさらされることがどの程度あるかがそもそも問題である。品揃えの信頼性が高い店を見て回ってからより安い店を訪れる消費者はどれだけいるのだろうか。だが、そもそも再販がそれを是正できるのかを厳密に検討すると次のように幾つもの難点が見付かる。

このようにフリーライドされるのは特定のブランドの商品に関する情報だけではなく、その店が扱う全ブランドの商品情報である。しかし、彼らは問題となっている商品以外の商品に関する問題を無視した上で新たに導入される商品だけを問題にしている。つまり、品質確認機能に関するフリーライドそれ自体というより、既に「評判」を確立している小売店の「評判」を利用する際の限定された外部性問題のみを扱っているのである。また、品質確認に掛かる費用は固定的な性格のものだと考えるのが自然である。なのに、流通マージンの保証という形でその費用を補填しようというのは不自然である。また、簡単にフリーライドされるものなら小売店に特有の「評判」はいかに形成されるのだろうか²⁷。小売店の「評判」を純粋に情報伝達機能のみに求めているが、現実の世界での小売店の「評判」は後述する優先的推奨の例でも分かるように情報伝達機能だけではなく種々の説得機能をも可能にするものである²⁸。彼らが品質確認機能で説明できると考えた事例の多くが優先的推奨の例としてより良く説明できる。なによりも、複数ブランドを置いている小売店がその比較検査を行おうとしているときに再販によってその費用を填補するというの

²⁶ 有賀健編著『日本的流通の経済学』（1993）115頁以下参照。

²⁷ 既に「評判」を形成した小売店が存在していることが彼らの分析の前提となっている点に注意。

²⁸ 経済学的に定式化された「評判」はそれをフォーク定理類似の構造で説明する場合であれ (Benjamin Klein & Keith B. Leffler, "The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance", 89 J. Pol. Econ. 615 (1981)), クレプス・ウイilson流の不完備情報ゲームの解として説明する場合であれ (David M. Kreps & Robert Wilson, "Reputation and Imperfect Information", 27 J. Econ. Theory 253 (1982); Paul Milgrom & John Roberts, "Predation, Reputation, and Entry Deterrence", 27 J. Econ. Theory 280 (1982); Paul Milgrom & John Roberts, "Prices and Advertising Signals of Product Quality", 94 J. Pol. Econ. 796 (1986)), 逸脱後速やかに「評判」が喪失することが当然の帰結となる。すなわち、前者の場合、逸脱行動の後それに応じて取引相手をとる制裁が強固であるということ(慣習)が存在していることが議論の前提になっているし、後者の場合、逸脱の後には取引相手がプレイヤーのタイプを知ることになり、「評判」は喪失する。しかし、現実には小売店が有している「暖簾」としての評判はその説得機能と相まって何らかの操作可能性を持つものと考えられる。このことは、小売店の推奨に応じて購入した後は特に不都合がない限りかなりの消費者が当該購入行為に否定的な情報を「認知的不協和」を減少させるべく軽視する傾向がある点を考えると、「評判資産」維持の誘因には摩擦が存在することに注意する必要がある。これは、取り分け「信頼財」的性格の強い商品や機能の垂直的差異よりむしろ趣味のレベルでの差異が重要な意味を持つ商品でよく妥当する。また再販を行うことに強い誘因を持つ化粧品や薬品、高級装飾品がこれに該当する点に注意する必要がある。

は、当該製品を卸している企業の全てが再販によって補助金を進呈しているとでも考えない限り合理的ではない。逆に専売店であれば品質確認機能の説明は妥当しない。また、品質検査に掛かる費用の構造を考えれば、リベートその他の報奨金支払でこの問題はより良く解決できるはずである。

これらの難点にもかかわらず、米国で再販を肯定する論者が厳密な実証的証拠もなしに、20年以上にわたってこれをもっともらしいと信じ続けている。彼らのモデル自身は誤りではないが、モデルの現実への適合を無視して再販を肯定しようと米国の一部法律家達（決して少数ではない。）は、認知的不協和にあるのかもしれない。

③ 契約執行の効率性—Klein=Murphy—

Klein=Murphy はスペシャルサービス理論よりも広範に、再販が望ましいサービスの提供や流通業者の活動を確保するのに役立つと主張する²⁹。この議論は次のように要約できる。ここでは、メーカーが直面する問題は、メーカーにとって望ましいサービスの提供³⁰をメーカー側が契約で望んだとしてもそれを完全に執行可能な契約形態で確保することが不能である点にある。要するにここではエイジェンシー問題ないし不完備契約の問題が生じるのである。彼らによると以下の理由からこの困難の解決手段として再販が利用され得る。

メーカーは再販によって流通業者に正常利潤より大きなマージンを与えることができる。かような再販を続けることによって、当該メーカーは取引関係にある流通業者に将来にわたって「準レント」³¹を生ぜしめることができる³²。仮に流通業者がメーカーにとって望ましい行動を採らなかった場合、取引を打ち切ることによってこの「準レント」を奪い取ることができる。これにより契約では確保できなかったメーカーにとって望ましい「サービス」の確保を図ることができる³³。

実例として、ビール会社であるクアーズ社の行った再販が挙げられる³⁴。クアーズ社は特別な醸造技術を用いていたがそれによって出来た商品を良好な状態で消費者に届けるには、流通段階でその冷蔵に十分な配慮が必要である。消費者はその品質を購入後まで分からない。その場合、小売店には流通段階での配慮に要する費用を負担しないで、利潤を追

²⁹ Klein&Murphy, supra note (16). なお、最高裁法廷意見はここで改善される効率性による競争促進をブランド間競争として、フリーライダー問題と別個の問題群としている。この理由ははっきりしないが、フリーライダー問題は、ブランド間競争が問題とならない事業者にとっても有益な場合があることを念頭に置いたのかもしれない。いずれにせよ、かかる用語法にセンシティブになる必要はない。

³⁰ なお、最高裁法廷意見はクライン=マーフィー以外にも、Frank Mathewson and Ralph Winer, "The Law and Economics of Resale Price Maintenance", 13 Rev. Indus. Org. 57, 74-75 (1998)も引用するが、そこで引用部分は Klein=Murphy の解説である。同論文で引用し、司法省のアミカスブリーフでも言及されている Winter の理論、すなわち水平的外部性がない場合であっても、メーカーからみた最適なサービス水準が価格競争によって損なわれる状況を、再販によって制御できることを示した理論には言及されていない。Winter が示唆する問題の解決は、消費者厚生改善には役立たない可能性など、(2)でみる諸問題を惹起しやすいためであろう。

³¹ 準レントとは市場を通じた移転が可能ではない生産要素に生じる余剰のことを通常は意味する。

³² この場合、言うまでもなく当該メーカーが将来にわたって準レントを支払い続けることを信頼できる形でコミットできなければならない。Klein&Murphy, supra note (16) at 269.

³³ この議論は効率的賃金仮説と類似していることは明らかであろう (Carl Shapiro, and Joseph E. Stiglitz, "Equilibrium unemployment as a worker discipline device," 76 Am. Econ. Rev. 433 (1984)).

³⁴ Klein&Murphy, supra note (16). at 280-2.

求する誘因を持つ。そこでクアーズ社は小売店に対し再販によって「準レント」を与えることにより、逸脱した場合のサンクション（出荷停止）の実効性を確保したのである。この議論はメーカーが自身にとって望ましい「販売促進活動」を確保するときなどにも妥当する。

ここでメーカーにとって望ましい「サービス」なり「販売促進」が消費者の立場から常に望ましいか否かという、次で検討するように問題がある。「準レント」の設定は流通業者の機会主義的行動の抑止よりもむしろ後述する流通業者の「協力」の対価として理解できる場合が多いように思われる。しかし、かような観点からの問題点に加えて、Telser からの次のような批判がある。

クアーズ社の例を考えよう。Telser によれば、この場合の再販は「サービス」の適正化に役立つそうもない。仮に再販がなければ反復的売買が期待できるこのような商品であれば、先の説明のようないわば「商品」に対する「評判」へのただ乗りによる不効率の問題は生ぜず、高品質—高価格流通業者と低品質—低価格流通業者の並存をもたらす可能性のほうが高い。再販は消費者に品質への手掛かりを奪う可能性が高いのである³⁵。更に Klein = Murphy の立論は小売業者の活動はモニター可能であるという仮定がない限り妥当しない。代理人問題で最も困難なのは代理人の成果を観察する方法である。彼らの議論ではこの最も困難な問題が解決できることを前提にしつつ、それらの裁判所への証明の困難だけが重大である状況を前提としているのである。再販は Klein = Murphy の主張するような形では代理人問題の解決に有用ではない。それどころか再販によるレントの設定はメーカーによるモニターに悪影響があると Telser は主張する³⁶。Klein = Murphy は小売店の行動をメーカーが検査することができるかと仮定している。彼らはいかなる形で検査が行われるのかを明示していないが、検査に費用が掛かると考えられる限り、メーカー・小売店の直面する状況はゲーム理論で有名なマッチングペニーの一変種であるインスペクションゲーム³⁷として表現できることになる。Telser は検査が行われる場合に到達する混合戦略均衡³⁸に関する比較静学の結果、準レントを得させることがかえって逸脱の誘引を招き、逸脱行為への契約責任の追求といった通常の方法のほうが有益であることを示した³⁹。

また、彼らはその分析を幅広い「販売促進」活動に広げるために、メーカーが小売店に望む「販売促進」活動を限界的消費者にとって特に必要なものと仮定する⁴⁰。かような限

³⁵ Lester G. Telser, "Why Should Manufacturers Want Fair Trade II ?", 33J. L. Econ. 409(1990).

³⁶ Id. at 412-7.

³⁷ Id. at 412-6 参照。そこで説明のあるとおり、正確に言うと逸脱行為を発見した場合に単にレントを奪うこと以外に小売店から何らかの違約金を獲得できないとインスペクションゲームにはならない。この場合検査を行わないというのが純戦略均衡でのメーカーの行動となる。つまり、逸脱行為に対する違約金の取得が検査が行われるための必要条件となる。なお、インスペクションゲームに関しては Drew Fudenberg & Jean Tirole, *Game Theory*, (1991) 17-8 参照。

³⁸ このゲームでは確定的な戦略選択を前提にした純戦略レベルでは均衡は存在しない。メーカーが検査を一定の確率で行い逸脱行為も一定の確率で行われるという混合戦略の下でのみ均衡が存在する。

³⁹ Telser, *supra* note (28) at 416. 結局 Klein = Murphy の議論が妥当する状況というのは、逸脱行為に対する違約金の請求を契約で定めることが現実的ではないにもかかわらず、逸脱行為を発見して一方的措置で取引拒絶によりサンクションを与えることが可能であり、かつ逸脱行為の発見のための監視コストが掛からないという非現実的場合に限られることになる。

⁴⁰ Klein & Murphy, *supra* note (16) at 282 - 4. 流通業者の競争に任せるなら平均的（あるいは全体的）消費者の便益の増加が焦点となるが、独占的メーカーにとっては限界的消費者の視点が重要ものとなる。仮に、

定的な「サービス」供給における機会主義を排除するためのメカニズムとしてわざわざレントを設定しようとするのは妥当だろうか⁴¹。Telser による批判に加えて、Klein=Murphy の主張するような目的で再販が用いられる可能性は乏しいものと考えられる⁴²。

(3) 「サービス」及び「販売促進活動」の評価

①問題の所在

再販が、サービス・販売促進の向上を通じて「効率性」を向上させるか否かを正しく評価するには、そこでもたらすとされる「サービス」及び「販売促進」の具体的内容を明らかにしなければならない。

Bork や Posner は、再販が当該メーカーにとってその需要を増大させるために流通業者から何らかの協力活動を引き出すためのものであると判断する。そして、メーカーにとってその需要を増大させるためのものである以上、「総余剰」（若しくは消費者厚生）の増加につながっていると考える。再販を通じて流通業者に行わせる「サービス」提供や「販売促進」がメーカーにとって有利であったとしても、それが効率性の向上すなわち「競争促進的」なものとは限らない。メーカーにとっての需要増加が「経済的厚生」の増加に常につながるわけではない。具体的な「サービス」及び「販売促進」の内容がまず検討される必要がある。

かかる流通業者の協力的行為の「経済的厚生」の評価は複雑な要因が関わってくるため一義的な結論は得ることは困難であるが、以下ではメーカーにとって需要増となる協力的行為が必ずしも消費者厚生の向上につながらないことを確認する。ここでの議論は(2)で取り扱った理論の実践的評価の前提である。また、リージン判決法廷意見が言う排除的な再販を理解する前提条件でもある。

②カニバリズム型「販売促進」（Scherer の議論）

Posner や Bork らに代表されるシカゴ学派の論者たちは再販がもたらす当該メーカーの需要増をそのまま社会的産出量の増大と考え、死重損失の減少（総余剰の増大）と直結した。

しかし、かような結論は必ずしも成立しそうにない。このことは、再販を説明する古典的な議論である、優先的推奨の獲得の例を考えれば明らかである⁴³。

当該商品の売上が小売段階での推薦や棚における配置の如何によって大きく左右されるタイプの商品がある。かような商品では小売段階での取扱いを有利にすることが当該商品

当該サービスが平均的消費者にとって望ましいものであれば、あえてメーカーが競争を排除してこれを促す必要性は乏しいものとなる。

⁴¹ 独占的レントの分け与えの意義は、後述するように、メーカーにとって必要な（差別化された）投入要素としての「協力活動」の対価と考えるほうが適切であろう。この点で彼らが「棚空間」の獲得をも検討課題としているのは示唆的である。このケースでは明らかに「棚空間」を供給する小売店側がある程度差別化されていること、また、その獲得を目指してメーカー間の競争が行われていることを前提にしないと有意義な分析にならない。また、「棚空間」をあるメーカーにとって最適にしたところで「経済的厚生」は改善されない。

⁴² また仮にかような目的のために再販が行われたとしても、「経済的厚生」の観点からさえ望ましいとは限らない点にも注意する必要がある。

⁴³ 今井賢一・宇沢弘文・小宮隆太郎・根岸隆・村上亮『価格理論Ⅲ』（1972）247頁参照。

の需要増につながる。しかし、かような売上増はせいぜい単に生産者間での余剰の移転をもたらすだけで「消費者厚生」等の増加にはつながらない。実際に諸外国や我が国で再販が幅広く用いられてきた製品はこの説明が妥当するものである。例えば、粉ミルク、ドリンク剤、大衆薬品、化粧品などいずれも再販によってメーカーが期待するサービスがかようなものであることは否定できない。

このように、Scherer が指摘するように単にメーカー間の需要の取り合いにすぎない「販売促進」は必ずしも「消費者厚生」等の増加にはつながらない。この問題は、次にみるようにメーカー間の流通業者サービス獲得競争の視点からみることもできる。

③ 販路・推奨サービス獲得競争：マルチブランド流通業者への再販の問題点

②でみたように、再販がもつばら競争相手との関係で有利な扱いを受ける対価と考えられる場合がある。これは狭義の優先的推奨に限らない。流通業者がそもそも扱ってくれるかどうか、あるいは適切な店頭スペースを与えてくれるかどうかは、メーカーにとって重要な意味を持つ。流通業者の業務は、メーカーから眺めれば市場に接近するためのある種の投入要素のようにみることもできる。このようにみると、メーカーの小売店に対する競争は売手競争の側面とかような投入要素の買手競争の側面の両方を持つことになる。メーカーはかような投入要素を獲得するため様々な対価を提供して競い合うことになる。メーカーが購入するのはかような投入要素以外にも、専売店制などブランド間競争を阻害する条項の場合も考えられよう。排他条件付取引を始めとしてライバル企業のコストを引き上げるような排他的効果を持つ条項と並んで再販が採られているケースは多い。かような事例を我が国では再販のために排他的条項が実施されているのだと解されることが多かった⁴⁴が、再販はむしろ排他的条項の対価の側面を持つ⁴⁵。

より良い商品をより安く流通業者に提供するのも一つの競争方法である。しかし、より良い商品をより安く提供されたとしても、流通業者にしてみれば、他の流通業者が当該商品に関して競争的行動に出てくれば十分な利益を得ることができないおそれがある。それゆえ、流通段階での競争を排除してマージンを保障してもらうほうが小売店としては望ましいケースがある。かような、小売店にとって有利な対価を与えた商品に対し、有利な店頭スペース、優先的推奨などの投入要素を提供することになる⁴⁶。もちろん、小売店が完全に代替的なサービスを提供しているのであれば協力的行為の獲得にかような対価を与える必要はない。しかし、地理的事情、サービスの性質、暖簾確立の程度などにおいて多くの小売店は差別化されていると考えられる。それゆえメーカーの側からそれに対価を与える必要があるのである⁴⁷。

さて、メーカーが協力的行為を競い合って流通業者の協力的行為を獲得しようとすることは、

⁴⁴ 審決で専売店制を違法とした例に再販を伴った事案が多いことに鑑み、それらで再販が専売店制の違法性の基礎付けとなっているといった理解の背景にかような理解があろう。

⁴⁵ このことは再販を実施する上で専売店制が役に立つことを否定する趣旨ではない。しかし、専売店制と再販が同時実施されている場合、流通業者がわざわざ前者を受け入れる対価として競争の脅威から免れた安定したマージンを保障するという説明のほうが自然であろう。

⁴⁶ 再販がいわゆるショッパ（あるいはシェルフ）スペース競争のためになされるという視点は既に Dr Miles 事件判決が指摘していた。220 U.S. at 375.

⁴⁷ Martin K. Perry and David Besanko, "Resale Price Maintenance and Manufacturer Competition for Exclusive Dealerships", 39 J. Indus. Econ. 517, 521 (1991)

その協力行為の内容が反競争的なものではない限り問題はない。しかし、かような競い合いの対価としての再販を禁じることは、協力行為を求める競争を禁じることにはならない。安定したマージン保障という形での競争が行えなくなっても、当該商品の品質と価格をめぐる競争は消滅しない。他の流通業者との競争という不確実な影響がなければ価格と品質の点で優れた商品を扱うことが結局小売店に有利になるはずである。再販が有効なのは、競争による影響を排除して、独占の最大の恩恵である「平穏な生活」⁴⁸を意味する安定したマージンが保障されるほうが有利だからにすぎない。かような形での協力行為への対価の支払は多数の流通業者には望ましくとも、消費者の観点からすれば競争の在り方をゆがめているのである。メーカーが競って求める協力行為⁴⁹の内容には種々のものが考えられる。それらの消費者に及ぼす影響も多岐にわたるが競争制限を対価とするのが好ましくない点に変わりはない。例えば、ブランド間競争を阻害するような専売店制は明らかに望ましくない。また、マージンを確保したことで、いわば競争上の優位を確保する行動は結果として②のカニバリズムに陥る可能性が高い。優先的推奨の場合も品質ではなくマージンの差で消費者への働きかけを行う誘因を与える点それ自体が好ましくもないとも言える⁵⁰。メーカー間競争や消費者の意思決定に直接的な悪影響がないにしても販路や棚空間の獲得競争も対価として再販が用いられる限り結局はネットでの便益を消費者に生まない⁵¹。

⁴⁸ John R. Hicks, "Annual Survey of Economic Theory: The Theory of Monopoly", 3 *Econometrica* 8 (1935).

⁴⁹ ここでの協力行為は個別需要曲線に与える影響の点では、曖昧に「サービス」や「販売促進」と呼んでいるもののクラスに属する。しかし、流通業者の投入によってもたらされるのがもっぱら、個別需要曲線間の単純な移転にすぎなかったり、再販にかかわらず結果として市場に投入される努力であり得るなどの点で、独自のカテゴリーを形成する。

⁵⁰ マージンに応じて流通業者の行う推奨にバイアスがかかり、消費者の意思決定をゆがめる可能性に注目した規制が行われることもあり得る。例えば、平成8年から我が国でも認められるようになった、複数の会社の生命保険から顧客に最も適した商品を推奨する保険ブローカー制の下では、彼らの推奨が手数料によって片寄ったものとならないように手数料を開示させることが消費者にとって重要である(洲崎博史「ブローカー制度の導入について」生命保険文化研究所・募取法研究会報告書 No. 5 (1993) 参照。)。小売段階での消費者に対する説得的働きかけはしばしば需要に大きな影響を持つ。また、広告で行われたなら不当と評価されるような働きかけが、個別的に行われた場合、立証上困難だったりそもそもその不当性が認識されないままであることは、投資者保護法についての常識的知識のある人々にとっては自明とさえいえるかも知れない。米国で州公正取引法による再販を連邦反トラスト法の適用から除外する規定の廃止が決定された1975年議会において再販の妥当性を主張する側からの次のような証言が行われた。当該証言を行ったのはカーワックスに新たに参入した事業者である。彼によれば彼の会社は再販を利用してマーケットシェアを伸ばすことができ、従来の業者に対抗する競争単位となり得たという。しかし、興味深いのは彼の会社のカーワックスは幾分割高なままシェアを伸ばしたが、その間製品の品質評価では定評あるConsumers Reportで一貫して平均より低い品質であることが報告されていたことである。これと同様に、再販が行われている商品が、中立的な第三者機関による評価が低いまま割高で販売され続ける例は多い。これは製品の属性が信頼財としての性質が強かったり、消費者が認知的不協和により購入後の評価を改めないような状況があれば起こりがちなことである。と言っても、もちろん、優先的推奨を狙った行為が当然に独占禁止法上問題となったり、消費者保護上法的介入が必要であることを意味しないのはいうまでもない。しかし、かような目的が流通業者の競争を回避することを正当化しないのも当然であろう。

⁵¹ かような目的でなされた再販がどのような結果をもたらすのかについての厳密な分析を行うには、まず棚空間競争等のもたらす需要への影響を形式化しさらに差別化の定式化をいかに行うかなど様々な困難がある。棚空間競争ではないが流通業者の獲得それ自体をめぐるメーカー間競争と、それへの対価として再販が利用される可能性と問題点を厳密に分析したものとして、Martin K. Perry and David Besanko, "Resale Price Maintenance and Manufacturer Competition for Exclusive Dealerships", 39 *J. Indus. Econ.* 597 (1991)がある。そこではこの過程は次の多段階ゲームで定式化される。まず第一段階で各メーカーは流通業者に契約を提示し、第二段階で小売業者はそれぞれメーカーとの契約への態度を決定し、第三段階でそれに基づいて小売業者間で差別化されたベルトラン競争が行われる。ここでは製品(メーカ

Areeda=Hovenkamp の体系書⁵²に代表されるように、再販が反競争的な効果を持つ重要な要因として、マルチブランドの流通業者向けの再販であることを挙げる法学文献は多い。これは、そのような局面では上述したような目的で再販が行われる可能性が高いからである

このような販路獲得競争や棚空間競争の対価としてのマージン保障のために行う再販をブランド間の競争に関わるものだとし、ブランド間競争促進的だと考える向きもあるかもしれない⁵³。しかし、上述したように、製品のより良い品質と取引条件でそれらの投入要素を獲得するなら格別、競争制限によって確保されたマージンによる競争は消費者にとってネガティブな効果を持つ可能性がある。特に、流通業者が空間その他の特性で差別化された市場支配力を持っている場合には、流通業者の協力の対価としてこのようなレントを支払うことは問題となる⁵⁴。

さらに、流通業者の優先推奨が消費者の意思決定に重要なインパクトを与えるときに、マージンを保障することで、優先推奨品を消費者が購入することは消費者利益の観点から反競争効果が大きなものとして、Areeda=Hovenkamp の体系書ではそれ自体として再販の反競争効果としている⁵⁵。消費者の意思決定能力の現実からして説得的なものと考えられる⁵⁶。

④Telser 型スペシャルサービスの厚生評価 (Comanor の見解) ,

②, ③で見たような「販売促進」ではなく、Telser が指摘したような、販売前段階での

一) 段階と小売段階の両方が差別化されているものとし、それらの差別化を独占的競争の標準的理論に従ってCES型代表的消費者効用関数で把握する(なお、離散型選択モデルでよく用いられるLogitモデルでも同様の結論が導かれることを示している)。このモデルの下でメーカーがいかなる契約を提示する誘因を持ちいかなる帰結がもたらされるかは、パラメータ(取り分けメーカーと小売両段階の差別化の程度を示すもの)に依存することになる。そこで出された結論はいささか驚くべきものである。彼らによると最高価格再販を行う誘因をメーカーが持つときそれは再販が許されない場合に比べて小売価格の上昇をもたらす。逆に最低価格再販は小売価格の下落をもたらす。これらの結論は小売マージンの増加と卸売価格の引下げの両方の効果を考慮すれば納得することができよう。ただし、メーカーの誘因を考慮すれば容易に了解されるように、最低価格再販がこのような形で利用可能なのは、それが二部料金制と併用された場合に限られる。小売店から商品を提供する対価として固定料金を取るものがどれだけいるだろうか。また、その価額を望ましい形で定めるのは現実には実現困難であろう。

なお、同様に小売店段階での差別化を前提に棚空間競争をモデル化したものに、Greg Shaffer, "Slotting Allowances and Resale Price Maintenance: A Comparison of Facilitating Practices", 22 Rand J. Econ. 120(1991)がある。そこではCES効用関数を前提にしたモデルではなく、小売段階での個別需要曲線に対し相手方の価格が他方の需要に影響を与えることを明示的に表したモデルが用いられ、再販の利用が厚生の減少と小売価格の上昇を導くことが直接的に示されている。

⁵² 8 PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW ¶ 1633d at 381 (3d 2010)

⁵³ Benjamin Klein, Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free Riding, 76Antitrust L. J. 431 (2009)は、このような協力的行為を獲得する対価にすぎないとしてこれを擁護するが、そこではかかる協力的行為が消費者に対する説得効果といった特性を持たない純然たる販売上の投入要素にすぎないこと等が暗黙のうちに仮定されている。

⁵⁴ Areeda&Hovenkamp, supra note(45) ¶ 1614d at182-184. See also Warren S. Grimes, Brand Marketing, Intrabrand Competition, and the Multibrand Retailer: The Antitrust Law of Vertical Restraints, 64 Antitrust L. J. 83 (1995).

⁵⁵ Areeda&Hovenkamp, supra note(45) ¶ 1614c at179-182, ¶ 632c3 at363.

⁵⁶ この点を最も強力に主張するものとして、Warren S. Grimes, The Path Forward After Leegin: Seeking Consensus Reform of the Antitrust Law of Vertical Restraints, 75 Antitrust L. J. 467 (2008)を参照。このような実例を多数挙げている。

製品情報の提供などによって需要増がもたらされる場合であれば、常に「経済的厚生」が増加すると考えていいのだろうか。問題点を明確にするためにここではメーカーが独占状態にあるとして、小売のスペシャルサービスによって需要曲線が上にシフトする場合を考えよう。仮に図1のように需要曲線が変化するのであれば、「サービス」提供による限界費用の増加を見込んで、生産量の増加は常にネット（正味）の「経済的厚生」の増加を意味する。しかし、Comanorが1985年の論文で指摘したようにメーカーにとってかような「サービス」提供が有利なのは消費者全体の留保価格を高めるからではなく、限界的消費者の留保価格を高めるからである⁵⁷。そうであるなら、再販実施によって生じる需要曲線の変化が図2のような場合も考えられるはずである。かようなケースでは当該メーカーへの需要増が必ずしも「経済的厚生」の増加を意味しない。つまり、Telser型の「サービス」に限定しても、個別メーカーの誘因は「経済的厚生」の増加と一致せず、具体的にその内容を検討しないことには「経済的厚生」の増減は判断できないのである⁵⁸。

Telser型「サービス」の典型である、販売前の製品情報提供を例にとって考えよう。この場合、図1のような需要曲線の変化は妥当しないように思われる。留保価格の高い消費者は当該商品に関して既に十分な情報を有しているものであると想定するのは自然なことであろう⁵⁹。また、販売前の情報提供が「サービス」なしでも購入する消費者の留保価格を変化させるとしても、当該消費者はいずれにせよ購入するのだから、結局事後的な留保価格はほとんど同様であると考えるのが自然であり⁶⁰、やはり図1のような変化を基に「経済的厚生」を計測するのは失当といえよう⁶¹。そうであるならば、フリーライダー問題を是正するために行われた再販がまさに産出量を増加させた場合であってさえ、効率性の改善があったとは言えないのである。

⁵⁷ William S. Comanor, Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy, 98 HARV. L. REV. 983 (1985)

⁵⁸ この議論は、コマナーも言及しているように、独占的企業での品質決定に関する Spence, "Monopoly, Quality and Regulation", 6 Bell J. Econ. 417(1975)の議論の応用である。教科書レベルでの説明として、Jean Tirole, Theory of Industrial Organization (1988)100-6あるいは清野一治『規制と競争の経済学』41-5頁。また、これは水平的外部性がない場合であってもメーカーが介入する理由の説明ともなる。

⁵⁹ F.M.Scherer & David Ross, Industrial Market Structure and Economic Performance, (3rd ed. 1990)547-8「再販以前に高い留保価格を持つ消費者は、流通業者によって提供される情報なしでもそれを買いたいと強く望むだけ十分に製品に関する情報を有していると推定されよう。」

⁶⁰ 事前に小売店の提供する情報提供サービスが事後における商品利用にも有益な場合などは、その限りで事前の留保価格の増加を「効用」の増加に含めてもよい。しかし、かようなタイプの情報提供が行われている場合は、販売後のケアも同様に必要な場合が多いであろう。販売前後における情報提供やケアに必要なスタッフは同様である点を考えると、事前の情報提供を行わないで事後のケアのみを行う小売店は少ないと思われるし、またかようなケースでは消費者も事前のトレーニングを行ってくれた店で事後のケアを望むであろうからフリーライダー問題の発生する可能性は乏しいものと考えられる。

⁶¹ かような分析は小売段階での情報提供の価値を軽視するものだという批判もあろう。筆者もかような情報提供に独自の価値があることは否定しないが、その価値が需要曲線の変化に伴う「厚生」の増大とは異なる点は争いが無いであろう。かような情報提供の価値を論じるには、その結果他の商品との比較がどれだけ円滑に進むのかといった視点を抜きには評価できない。かような視点が入ってきたとき、次に述べる情報提供かレトリカルな説得なのかといった論点を無視できない。また、競合商品と併売している店なのか、専売している店（必ずしもいわゆる専売店制にあるとは限らない点に注意）なのかも重要な意味を持つ。

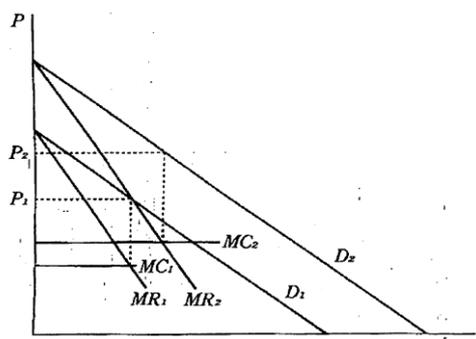


図1 D_1, MR_1, MC_1, P_1 はそれぞれ再販前の需要曲線、限界収入曲線、限界費用曲線及び価格、同様に、 D_2, MR_2, MC_2, P_2 は、再販後の需要曲線、限界収入曲線、限界費用曲線及び価格。

図1

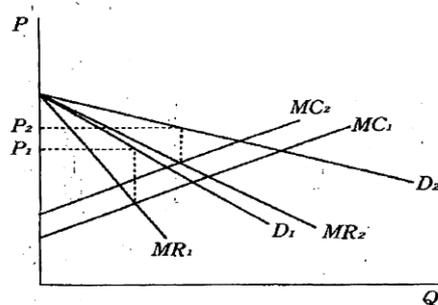


図2 D_1, MR_1, MC_1, P_1 はそれぞれ、再販前の需要曲線、限界収入曲線、限界費用曲線及び価格、同様に、 D_2, MR_2, MC_2, P_2 は、再販後の需要曲線、限界収入曲線、限界費用曲線及び価格。図から分かるように再販後の方が利潤は増加しているが、消費者余剰は減少している。

図2

⑤情報提供の内容

Telser が主張した水平的外部性のある、いわゆるスペシャルサービスを評価するに当たって、かような販売前の情報提供型サービスが仮にネットで当該商品の需要の満足を増加させたとしても、かような需要の充足増を効率性の増大と直ちに評価していいのかという問題がある。消費者の選好を所与とした上で、消費者が情報に基づいてその需要を増加させ、それが充たされたのなら効率性は増加したと言える⁶²。しかし、販売前段階での消費者への働きかけは情報提供というより、消費者の選好を変化させる説得的機能を果たすものではないかという疑問が常に生まれよう⁶³。選好に変化があった場合、充たされた需要が増えたからといって効率性の増大というわけにはいかない⁶⁴。また、かような説得的働きかけが、実質的機能において差異のない商品に関して、イメージ上の差別化を生ぜしめるように用いられる場合、ブランド間の価格弾力性を低下させてブランド間の価格競争を低下させることになる⁶⁵。

販売前段階のサービスが説得的機能と情報提供機能のどちらに重きを置いているか争いのあるところだろう⁶⁶。一般の広告の場合と同じく検証も困難であるが、特に優先的推奨

⁶² メーカーがそれを行ったときの私的誘因と効率性との乖離に関する③の問題に注意する必要がある。

⁶³ 広告の説得的機能と情報提供機能あるいはそれらとイメージ上の差別化、ブランドロイヤリティとの関係についての説明及び実証的研究のまとめとして、Scherer & Ross, supra note (52) at 572-592 参照。

⁶⁴ 選好に変化があった場合になお厚生を増減を吟味できるとするものに、Avinash Dixit & Victor Norman, "Advertising and Welfare", 9 Bell J. Econ. 1 (1978) がある。そこでは、変化前後の両方の選好を基準にどちらによっても産出量が増えるか減るかすればそれを厚生を増減として用い得るとした上で、幾つかのケースに関して厚生を増減を論じたものである。彼らの基準が妥当するケースは限定されたものであり、またそもそも厚生を基準としての理論的妥当性も争われている。彼らの議論及びそれへの批判についての説明として、Dennis W. Carlton & Jeffrey M. Perloff, Modern Industrial Organization, (1989) 604-7 及び小田切宏之『新しい産業組織論』(有斐閣 2001) 147-148 頁参照。

⁶⁵ William S. Comanor, "Vertical Territorial and Customer Restrictions: White Motor and Its Aftermath", 81 Harv. L. Rev. 1419, 1429-30 (1968) 参照。

⁶⁶ かような二分法が必ずしも妥当しない場合がある。マーケティングによる新たな提案がこれまでの選好を変容せしめる場合を考えよ。また、本稿は説得的機能をそれ自体好ましくないとしているわけではない。なお、この点に関連して舟田正之「流通系列化と独禁法上の規制(2)―独禁研報告を中心に―」公正取引 356 号 13 頁, 14 頁 (1980) 参照。

の獲得のための再販など、効率性の増加には直接結び付かないが、Telser 型の再販と表面上区別のつきにくいものも多いことを忘れてはならない。確認しておくがここで問題にしているのは、Telser 型の条件が充たされた場合の問題であって、そうでないサービスではかような問題を考える以前にメーカーの誘因と効率性とが一致する可能性に疑義がある点を忘れてはならない⁶⁷。

プロモーションによるブランドロイヤリティの向上をかような説得的要因にだけ求めるのには異論があるかもしれない。購入してからでないとその品質が分からないいわゆる経験財⁶⁸に関しては、Akerlof のレモンの問題⁶⁹が生じ得る。この場合、当該商品に関する市場が消滅したり、製造にコストのかさむ高品質の商品が市場均衡では取引されなくなるかもしれない。よく知られているように当事者の経済的合理性を仮定する限り、1 回限りの取引ではこの問題は解決し難いが⁷⁰、反復した取引が行われる場合各種解決策が考えられる⁷¹。この場合例えば、次期において当該メーカーが退出しないことを消費者に信頼できる形で伝達するといった方法が考えられる。かような広告費用は市場から退出すると回収できない埋没費用である。当期において大量の広告を行ったとしよう。当期の売上だけでは広告費用を償えないとする。とすると、これは次期においても消費者に購入を期待している証しと理解できる。このようにして、経験財に関して広告によって信頼できるコミットメントを与えることができる⁷²。かように考えると、競争に有害ないし無益なブランドロイヤリティの形成と考えられている広告にも独自の意義があることになる。再販によって行われるプロモーションは結局広告と同様のものである。するとこのような観点からの正当化ができるのではないか。実際 Posner はかような議論の原型であるネルソンの議論⁷³を援用して再販を正当化している⁷⁴。しかし、この議論は説得的ではない。まず、広告がいわゆる説得的ではなくかような信頼できるコミットメントのためになされているという実証的証拠に乏しい⁷⁵。現実にこの理論どおりの推論が行われていることがどれだけある

⁶⁷ 既に述べたように Telser の条件を充たしかつサービスによる留保価格上昇が合理的な根拠を持つ場合であってもこの一致は保障されない。

⁶⁸ 品質情報に関する財の種別としては次の三つの分類が分析に際して有益だとされている。経験財 (experience goods) とは購入後の使用経験を経なければその品質 (属性) を知り得ない商品をいう。探索財 (search goods) とはその品質を購入前に知り得るものをいう。信頼財 (credence goods) とは消費後であってもその品質を知り得ないものをいう。現実の財の多くがこれらを混合した属性を有している。

⁶⁹ George A. Akerlof, "The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism", 84 Quart. J. Econ. 488 (1970).

⁷⁰ 当事者の経済的合理性を仮定したモデルでは解決が難しいということと、現実にレモンの問題がどの程度現れるかは別問題である。現実の人間行動においてレモンの問題がどの程度妥当するかについては実験経済学が検討課題としてきた。実験結果のサーヴェイとして、Douglas D. Davis & Charles A. Holt, *Experimental Economics*, (1993) 381-91 参照。

⁷¹ 以下に述べる解決策以外にも、品質確認の情報を提供し得る中間的取引者の登場等が考えられるが、議論の構造には大差ない。なお、本節⑤参照。

⁷² かような見地からの広告の説明については例えば、Tirole, *supra* note (58) at 118-121 参照。

⁷³ Phillip J. Nelson, "Advertising as Information", 81 J. Pol. Econ. 729 (1974).

⁷⁴ Posner, *supra* note (11) at 11.

⁷⁵ 反対に必ずしも品質が高くないのに強力な広告によりブランドイメージを獲得したとされる事例については、Willard F. Mueller, "The Sealy Restraints: Restrictions on Free Riding or Output?", 1989 Wis. L. Rev. 1255, 1278 参照。また、ナショナル・ブランドとして確立した商品が同等の品質のプライベート・ブランドより高価格で販売されているケースもよく知られている。Carlton & Perloff, *supra* note (57) at 316-7 参照。そこでの引用によるとプライベート・ブランドを実際に購入した消費者の約 80%

うか。また、広告を行うものの動機としてこれがどの程度認められようか。いずれにせよこのストーリーが妥当するのはメーカーが自ら広告を行った場合であって、再販による流通業者段階のプロモーションがメーカーブランドスペシフィックな投資と消費者の眼に映ることは期待できそうもない。

流通の文脈でレモン問題を考えるならば、暖簾を確立した独立した流通業者の価値を再確認することになろう。経験財に関してかような情報提供を行うことが流通業者の重要な機能と解されるのである。かような暖簾は当該流通業者スペシフィックに成立するものであり、ブランドスペシフィックに成立するものではない点を看過してはならない。

⑥まとめ

情報提供等など、流通段階での活動をメーカーにとって好ましい活動を促進するために、間接的な制御手法として再販を用い得ることから、直ちに再販を競争促進的と評価することができるわけではない。確かに、それなしでは提供できない情報提供であって消費者厚生を向上させる例もないわけではないが、これまでみたところでは、そのような例はかなり限定的である。

ところで、リーゼン事件法廷意見を始めとしてサービス提供について好意的な見解は、しばしば小売を単純なメーカーのエージェントであることを暗黙の仮定にしている傾向がある。スペシャルサービス、Klein=Murphy—その他のサービス提供の基礎付けるモデルのほとんどは、そのような環境を前提にしている。しかし、再販の多くの事例はマルチブランドの流通業者⁷⁶が関わる場合である。②、③で見たように、そのような場合にメーカーが求める協力活動は直ちに競争促進的と評価してよいものではない。かえって弊害を生じる活動を促す傾向を持つものである。さらに、少数意見が言うように、再販が効率性をもたない場合と効率性をもたらす場合とは外部からみれば区別できない。さらに、上述のように効率性促進効果を有し得るという理論的な説明がある程度もってもらいたいのは、かなり限定的なフリーライダー問題の解決のための再販に限定されている。少数意見はこの点を強く意識している。Kennedy 判事が、理論の現実説明能力を無視して文献に頼った（ないし頼らざるを得なかった）のに対し、Breyer 判事が理論の現実妥当性をチェックした（ないしできた）ことがこの差を生んだように思われる。

4 参入促進・新ブランド投入

が継続的購入者に転向し、またプライベート・ブランドの購入者の多くは高学歴の富裕層であるとされている。これには二つの解釈が可能である。一つは実際の品質には差がないのにブランドイメージが広告によって確立しているというものである。高学歴の富裕層のようなより合理的な消費者に対してはブランドによる眼くらしが通用しなくなるというストーリーである。このストーリーではブランドは情報提供機能よりもイメージ戦略による説得的機能のほうが重要な意味を持つことになる。別のストーリーは、この例は、品質を知ることが困難な消費者層には確立したブランドが有益な情報提供機能を果たしていることを示すものと理解することである。しかし、反復購入が期待できる経験財に関してはこれは余り説得的な説明ではない。また、この説明は品質保証コミットメントとしての広告という仮説に整合的なようにみえるが、プライベート・ブランド販売業者もしばしば自身の暖簾を賭けていることを無視してはならない。⁷⁶ なお、コモンエージェンシーに関する研究は、それ自体が持つメーカー段階での競争回避を問題にするものであって本章の課題とは焦点を異にしている。B. DOUGLAS BERNHEIM AND MICHAEL D. WHINSTON, "COMMON AGENCY"⁵⁴ *Econometrica*, 923(1986).

再販が参入を促進するがゆえに競争促進的となる可能性については法廷意見も少数意見も言及している。ブランド間競争の促進が重要だとしばしば語られるが、再販がブランド間競争を促進するのはどのような場合かは判然としない。しかしながら、新規参入や下位企業によるブランド投入の促進がブランド間競争促進の典型例であることに異論は少ないであろう。

ところで、なぜ再販が参入を促進する効果を持つのであろうか。一つの考え方は再販がそれを採用する事業者の効率性を向上させるがゆえに参入を促進するというものである。この考え方に立てば、再販による参入促進は⁷⁷、再販による流通段階での情報提供の効率化や次章で検討する需要の不確実性下における在庫維持手段としての効率化を新規参入企業等が行った場合と同じことになる。そうだとすると、新規参入は特別な問題をもたらさないのであろうか。次の2点が考えられる。一つは新規参入がフリーライダー問題の解決のためになされている場合、3(3)④、⑤でみた問題にもかかわらず、一般的に消費者厚生を改善する傾向を持つと判断してよいという特性があると考えられる。少数意見がフリーライダーの改善それ自体に冷淡でありながら、新規参入を理由とするものをブランド間競争の観点から好意的に扱うのはこのような考え方に立ったものと考えられる。

もう一つの考え方は、再販が効率性を向上させるか否かとは無関係に、それを採用したものが3(3)③でみたように流通業者の販路や棚・優先推奨を確保する上で有利になるからであると考えられる立場である。再販がブランド内競争を損なう以外に有益でないばかりか、ブランド間競争の観点からも無益で、かつ消費者の意思決定にとって好ましくないかもしれない戦略であったとしても、新規参入企業の成長にとっては有益ならばそれを容認すべきだという立場も考えられる。法廷意見はこの立場を採用したのかもしれないが、新規参入業者の保護政策のような競争促進策が妥当か否かは問題のあるところであろう。

5 再販の反競争効果の捉え方

(1) 法廷意見の理論

リージン事件の法廷意見で再販がもたらし得る反競争効果とされているものは、競争回避型と競争排除型、さらに流通段階でのものとメーカー段階でのものに区別することができる。それぞれ、どのような特性を有しているかを検討しよう。

(a) 競争回避型

①流通業者間のカルテルと同様の効果

ブランド内の競争回避であっても流通業者間のカルテルと同様の効果⁷⁸があるはずだというのは再販について古典的に主張されていたものであり、少数意見はこの点を強調している。

法廷意見も再販のこの機能を認めているが、再販がメーカー主導である限りはこの弊害は気にする必要はないことを強調する⁷⁹。すなわち、流通業者の機能はメーカーにとって

⁷⁷ 再販が効率性を促進し、その結果として(不当な排除等ではなく)当該製品の産出量を増大させる効果を持つ場合を競争促進的と呼ぶのは正当であるが、再販の場合には当該産出量の増大をもたらす私的な利害が消費者厚生観点から効率的か否かが問題になるというのが前節の議論であった。

⁷⁸ 法廷意見はカルテルと同様の効果ではなく、流通業者がカルテルを形成してメーカーに強制していることまでを前提にしている。

⁷⁹ 有力な流通業者集団がメーカーに再販を強要しているというストーリーが示されている。See 551

は補完的な投入要素であって、そこに市場支配力をわざわざ成立させることはそれ自体としてはメーカーにとって何ら利益となるものではない。メーカーの合理性を前提とする限りは、メーカー主導で流通業者のカルテルが行われるはずはないことになる。

なお、一部法律家に誤解があるようなので、自明のことを確認しておく、この結論はメーカーが製品差別化の結果生じた軽度な市場支配力であっても、高度な独占的市場支配力であっても同じである。メーカーにとって、流通業者間のカルテルを実施することそれ自体が利益になることはない⁸⁰から、これが問題になるのは、流通業者の集団が主導した場合だけであるというのが法廷意見の理論である。

このコンテキストで強いブランドが強調されることがある。これは強いブランドであれば、流通業者集団がそれをターゲットにして、個別に流通業者間のカルテルを行う意味があるからである。逆に、多くのブランドにまたがっている場合も流通業者主導で行うインセンティブが高い証拠となる。

②メーカー間の協調促進

メーカー主導で再販が行われる場合の説明としてもっともらしいのは、これである。製造業者間でカルテルが意図されたとしよう。この場合、出荷価格で共同歩調をとったとしても、小売業者間の競争の結果その最終価格に斉一性がみられない場合がある。そのようなとき、ある製造業者がカルテル破りをしてそれが発見しづらいためカルテルが不安定となる。もし各企業が再販を行ってれば、最終価格の斉一性も保たれカルテル破りも発見しやすくなり、カルテルの安定性は保たれる。このように、製造業者間のカルテル維持のために再販が行われる場合がある⁸¹。Telser は再販に関する有名な論文でかような実例として、合衆国における電球価格のカルテル事件を挙げている⁸²。我が国の実際をみても、主として素材産業などで生産業者・流通業者一体となって行われる、いわゆる再販売価格カルテル⁸³などはこのタイプの動機なしにはなぜ流通業者の価格をも設定する必要があるのか説明がつかないであろう。

このような再販の機能は、実際に製造業者間のカルテルが行われた場合のみならず、寡占的産業で同調的な活動を行いやすくする、いわゆる「同調促進的慣行」として、再販が用いられるものである⁸⁴。ことさらに再販を協調的行動促進のために行い始めた場合でな

U. S. 877, at893.

⁸⁰ 最終需要が非弾力的でかつ最終価格の高価格によって初めてメーカーの高出荷価格が実現できる場合など例外的な事情があれば別である。それゆえ、我が国のパラマウントベッド事件（公取委勧告審決平成10年3月31日、審決集44巻362頁）では、メーカーにとって流通業者に一定のマージンを保障しつつ、入札談合をさせることで、メーカー段階での利潤拡大が容易になったのである。

⁸¹ 法廷意見は、ここでも再販がメーカー間の共謀の証拠となる点に注目しており、次の同調促進的慣行としての側面を看過しているように見える。551 U.S. at893.

⁸² Lester G. Telser, Why Should Manufacturers Want Fair Trade?, 3 J.L. & Econ. 86, 99-104 (1960).

⁸³ 再販売価格をメーカーが合意するいわゆる再販価格カルテルは出荷価格の協定との一変種と理解できる場合がないわけではないにしても、多くは、再販価格を協定すること自体がメーカーにとって必要な場合であって、再販段階での協調なしにはメーカー段階での非競争価格による利潤が実現できないと当事者が考えていたものである。再販カルテルについては、伊従寛「再販売価格カルテルへの法適用」ジュリスト775号102頁参照。

⁸⁴ 流通段階で需要や費用にショックがあるような状況下で、再販がいかに効果的にメーカー段階での協

くとも、歴史的事情により再販が産業規模で行われている産業ではそれが製造業者間の寡占的協調の背景となっている場合がある。

ただし、この場合はメーカー間で寡占的協調が成立する市場環境になければならない。特定の事業者が強いことや、差別化された製品が単独で市場を構成するといった状況ではなく、寡占的な協調が生み出されやすい集中度であることが要請される。その上で、複数の事業者が再販を用いていること（カバレッジが広いこと）が前提条件となる。

(b) 競争排除型

③流通業者主導

有力な流通業者が、メーカーに対してディスカウンターが低価格攻勢を加えないように圧力を加えるように要請する場合がこれに該当する。近時、各国で強力な流通業者の「購買力」が問題になるが、これは購買力を他者の競争的行動を抑制するてこととして利用するものである。これも流通業者主導で行われることにその特徴がある⁸⁵。EUの垂直的協定のガイドラインでセーフハーバーに買手の購入市場でのシェアを問題にするようになったように、垂直的な流通契約をみる上で近時の焦点となるべき問題であろう⁸⁶。

④有力なメーカーが小規模メーカーや新規参入者の商品を取り扱わせないように再販を利用する場合⁸⁷

これらの悪影響が発生するかどうかは市場の構造（メーカーや流通業者のシェア，集中度），再販が関連市場において利用されている比率，主導者がどちらであったかなどの要因によって決せられるというのが法廷意見の立場である。

我が国でも市場構造的基準に好意的な論者から、メーカーが関連市場で高度なシェアを有することが再販が悪影響を持つことの必要条件であるかがごとき表現がみられるが、法廷意見の考える理論とは一致していない場合が多い。

これらの説明のうち、我が国で通常念頭にあるのは、競争回避型であり、特に①であろう。しかし、法廷意見の立場では①がメーカー主導ではあり得ないことになる。

メーカーは流通業者の競争回避それ自体を自己の利益と考えているわけではないから、流通業者が結集することによって押し付けていることが必要なのである。それには流通業者が十分に集中していることが必要であり、同時にメーカーがそれを許容せざるを得ない状況にあることが必要となる。市場支配的なメーカーが下流領域での競争を回避させると

調促進効果を持つかについては、Jullien, Bruno and Patrick Rey, "Resale Price Maintenance and Collusion", 38 RAND J. of Econ. 983(2007)を参照せよ。なお、再販が競争促進的であることを示す実証研究として挙げられることの多い、Pauline M. Ippolito, Resale Price Maintenance: Empirical Evidence from Litigation, 34J.L. & ECON. 263 (1991)は、問題となった再販の対象製品の特性や市場の構造がフリーライダー仮説等や各種カルテル理論の説明と整合的か否かを検討したものであるが、そこでは水平的合意の主張がない場合は競争回避型の効果を持たないものとして分類しており、水平的共謀がなくとも競争回避をもたらすという協調促進慣行としての特性は無視されている。この点については少数意見が的確に批判している。551 U.S. at920.

⁸⁵ 551 U.S. at894. Thomas R. Overstreet, Jr., Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence 31 (1983)

⁸⁶ このタイプの問題は実は再販以外の垂直的協定について問題を生じている。この点についての検討は別の機会に委ねる。これに関連して、Toys "R" Us, Inc. v. FTC, 221 F.3d 928 (7th Cir.2000)を参照せよ。

⁸⁷ 551 U.S., at894.

いう我が国で一般的なイメージとは異なって、メーカーは市場支配的地位にないほうが都合なのである。なお、③の排除型も同様のシナリオであって、強力な流通業者が自己と競争的な行動をする事業者が価格競争を仕掛けてこないように、メーカーをして競争相手の再販価格を拘束させるというものである。

メーカー主導の場合で悪影響を持つのは、②と④であるが、④は従来は言及されておらず、②のメーカーの協調促進的慣行としての再販が悪影響の典型例とされてきた。

前者は既に述べたように、協調促進を問題とするものであるから、市場集中度の高さと関連市場における再販の利用比率などが重要な意味を持つ。これも市場支配的事業者が再販によって競争へ悪影響もたらすというイメージとは異なっている。

④のメーカーによる排除型再販であるが、これは厳密なモデルがあるわけではなく、かつて砂糖トラスト事件で砂糖トラストが卸売に対して行っていた再販についての記述的説明によっている。すなわち、そこでは再販は忠誠心を確保する手段であって、新規参入者が卸売業者と取引することを妨げており、直接小売店と取引せざるを得ない状況を作り出しているというものである⁸⁸。もちろん、もっと直截に排他条件付取引や抱き合わせ取引の対価として再販によるマージン保障を用いる場合もあり得る⁸⁹。

ここで問題となっている忠誠心とは、競争相手が必要とする流通業者の販路・棚空間・優先推奨を再販によって支配的事業者が確保することを指している。これは、3(3)③で説明した戦略を支配的事業者が採用し、結果として競争相手に費用上の不利を与えたものと言えよう。鍵は、そこで述べたように再販が流通業者の販路等を獲得するのに有益だということである⁹⁰。このような側面は、我が国ではこれまでほとんど注目されてこなかった。唯一の例外として、粉ミルク事件での東京高裁判決がある。そこでは、「独占禁止法は、・・・その立法趣旨からいつて、本来、再販売価格は、卸売業者と小売業者との間に、再再販売価格は、小売業者と一般消費者との間に、その取引当事者間の自由な交渉による合意によつて個別に形成されるべきものであつて、その過程において、卸売業者相互間、小売業者相互間に各事業者の創意工夫、自主的な事業活動による自由にして公正な競争が期待されるとするのである。」「しかるに、再販売（再再販売も含む、以下同じ）価格維持行為はこれに反しこのような自由な取引、自主的な事業活動を阻害し、かかる行為を採る事業者をしからざる者に比して不当に利することとなり、ひいて事業者間の競争の公正を害することとなるものであつて法の目的に沿わない行為であることが明らかである」という点に再販非難の根拠を求めている（東京高判昭和46年7月17日行政事件裁判例集22巻7号1022頁判例時報639号26頁）。

これは排除的再販の前提としての、再販を行うものがマージン確保によって戦略的優位性を確保できることを問題としているのである。

（2）少数意見との差異

⁸⁸ Marvel & McCafferty, supra note(8)at366-68. そこでは、BASIL S. YAMEY, THE ECONOMICS OF RESALE PRICE MAINTENANCE (1954)の説明が引用されている。

⁸⁹ Alan J. Meese, Raising Rivals' Costs: Can the Agencies Do More Good than Harm?, 12 Geo. Mson L. Rev. 241, 264-65 (2003).

⁹⁰ 支配的な事業者に有利であるということはカニバリズムではなく、非対称な戦略となっていることが必要となろう。

少数意見は、反競争効果の理論としては（１）と同様の枠組みを採用している。ただし、再販が流通業者間の価格競争を回避させ、価格引上げをもたらすことを重視している。これは法廷意見と一見したところ同じであるが、メーカーのインセンティブは別にして、ブランド内であっても差別化された製品（その範囲で市場支配力を有するものであるなら⁹¹）であるなら、再販による流通業者間競争の緩和が、他の条件が一定であるなら価格維持効果を持つという、これまで繰り返し確認されてきた事実を重視している⁹²。

このように、少数意見ではメーカー主導の場合であっても、再販が流通業者間の競争回避効果を一般的に持ち、しかも競争促進的効果がそれを凌駕しそうもないケースが多いことを問題視するものである。これに対し、法廷意見はメーカー主導の再販が流通業者間の競争回避によって価格維持の効果があつたとしても、それ自体としてはメーカーの利益にならないはずだから、競争促進的な目的があるはずであり、そのような競争促進的目的は価格維持効果と矛盾するわけではないとする。

ここでのポイントは、価格維持効果とともに存在するメーカーの私的利益をどのように評価するかである。「サービス」確保を通じて行う私的利益が、競争促進効果と同一視できることが多いと法廷意見は考え、少数意見は本章３⑤でみたようにそのようなケースが例外であると考えてるのである。この点に関連して、再販が各種「サービス」確保に有益でなく、もっぱら流通業者間の価格競争回避を主眼に置いたような再販が多いことが問題となる。補論で述べるような理論を除外すると、これはメーカーの「合理性」からは説明できない。

この点に関して、行動経済学の知見を根拠に、メーカーが価格維持効果を有するが私的利益の確保には有益でない再販を行いがちであるとする論者もいる。再販を促す認知的限界として、例えば、流通段階での価格引下げがもたらす悪影響は客観的に確率評価しにくいことから最初の情報に印象付けられて過大評価する傾向（アンカリング）や価格引下げの印象的なケースに頼って判断する傾向（利用可能性バイアス）、現状を重視して価格引下げがもたらす損失を過大評価する傾向（参照点効果・損失回避）、価格への影響を過大視する傾向など様々なものが挙げることができよう。それらに合致する逸話は豊富に挙げられそうである⁹³。このことは、実効性を持って行われる再販であれば、ブランド内競争回避による価格維持効果の結果、効率性を害する危険性が高いことを示唆する。これは、少数意見の立場を補強するものである。また当事者が再販によって「効率性」が改善されることを積極的に立証しない限りは違法とすべきだという、EUや我が国の立場をさらに強

⁹¹ 再販を行うための必要条件である。これについては、Ward S. Bowman, Jr., *The Prerequisites and Effects of Resale Price Maintenance*, 22 U. CHI. L. REV. 825 (1955)参照。

⁹² これらの研究は、再販を禁止した前後での変化や再販の適用除外を認めていた州と禁止していた州との共時的な比較の２種類がある。前者の研究の総括として、Lawrence Shepard, *The Economic Effects of Repealing Fair Trade Laws*, 12 J. Consumer Aff. 220 (1978)を後者の研究の総括としては、再販に対する州法を通じた適用除外制度の廃止を審議するに際して議会に提出された報告書 S. REP. No. 94-466, at 2-3 (1975), reprinted in 1975 U. S. C. C. A. N. 1569, 1570-72; H. R. REP. No. 94-341, at 1-5 (1975)を参照。

しかも、そこで扱われた事件の多くが最高価格再販であつて典型的な最低価格再販に関わる事例は少ない。

⁹³ Avishalom Tor & William J. Rinner, *Behavioral Antitrust: A New Approach to the Rule of Reason After Leegin*, 2011 Univ. Ill. L. Rev. 805, 819-838.

固なものとする。もっとも、行動経済学的な説明がどの程度妥当するかについては、それ自体として大きな研究課題である。別の機会に委ねることとする。

いずれにせよ、再販が競争回避を通じた価格維持効果を持つという経験的事実を反競争効果の根拠とするというのはEUや我が国の立場を正当化する論拠である。さらに、メーカー主導の流通業者間の競争回避が流通業者のイノベーション抑制効果を持つことも無視すべきでない。

(3) 市場支配的事業者による競争回避としての再販：補論

ところで、我が国の法学の文献でしばしばみられる、市場支配的事業者が流通業者をして再販をなさしめ、競争回避を通じて反競争効果を生じるというストーリーはメーカーのインセンティブと整合的なものであろうか。

我が国で再販の原則違法を理論的に確立した、1980年の独占禁止法研究会報告書では、再販に代表される流通系列の機能として「末端小売価格の値崩れから市場の競争インパクトがメーカーの出荷価格に波及」することを防止することが強調されていた⁹⁴。ここでいう「値崩れ」は、メーカー間の競争回避の破綻にどまらない意味を持つ。この現象を対消費者戦略の観点から説明することがまず考えられる。メーカーの再販を消費者の選好や予想形成パターンへの介入と捉えるのである。かような状況では消費者の選好の期間安定性や「合理性」といった、経済学的分析の多くが前提としてきた条件を欠いている場合も多い。例えば、品質を価格と結び付ける消費者が多いとき再販がそれへの対応として行われるというのは、再販を考察した古典的論文で既に指摘されていたし⁹⁵、我が国でも野田醤油事件判決⁹⁶が同事件における市場の客観的条件の要因としてかような消費者の行動様式を挙げていた。

消費者の合理性を仮定した上で、再販が消費者の予想形成プロセスへの介入を通じて「値崩れ防止」を行うという説明として、耐久財に関するいわゆる「コースの推測 (Coase conjecture)」⁹⁷に関連した議論がある。コースの推測は周知のように「耐久財⁹⁸を独占し

⁹⁴ 野田実編『流通系列化と独占禁止法—独占禁止法研究会報告書』(大蔵省印刷局 1980) 257 頁参照。再販が値崩れ防止のために行われるという一般的理解に関しては、さらに、新飯田宏・三島万里「流通系列化の展開：家庭電気」『日本の流通』(東大出版 1990) 97 頁, 115 頁, 小宮隆太郎, 竹内宏, 北原正夫「家庭電気」(熊谷尚夫編『日本の産業組織 I』(中央公論社 1973) 15 頁以下所収) 52-59 頁参照。

⁹⁵ See, e. g., Frank W. Taussig, "Price Maintenance", 6 Am. Econ. Rev. (Pap. & Proc.) 170 (1916 March); Dr Miles, 220 U. S. at 375

⁹⁶ 東京高判昭和 32 年 12 月 25 日高民集 10 卷 12 号 743 頁。

⁹⁷ コースの推測は R. コースが 1972 年の論文で例示をもって示した (Coase, "Durability and Monopoly", 15 J. L. & Econ. 143 (1972))。その後ゲーム理論による厳密な定式化の後、様々な条件下で合理的なプレイヤーがコースの推測どおりの均衡解に到達することが証明された。詳細は、松岡憲司『貸借の産業組織分析』第 3 章や Tirole, supra note (58) at 79-87, 91-2 などを参照。

⁹⁸ 耐久財であることが要請される理由は、①例えば小麦市場のように市場が継続的に再生することがない点、②価格低下を待っても消費者の利益をそれほど害さないという点にある (David M. Kreps, A Course in Microeconomic Theory (1990) 315)。①は前の期に購入した消費者は以降の期には市場に登場しないことを意味し、時間を通じた消費者のセグメント化が可能であることを示す。②から分かるとおりの消費者の商品利用の効用が待機期間内にどの程度割り引かれるかということが、以下で説明する価格支配力の利用を困難化させる程度に影響する。また、消費者が新たに登場するかどうかなども影響する。しかし、これらの要因がある程度影響するにしても、また耐久性が完全でなくとも、独占者にとっては好ましくない抑制効果はある程度働いてくる。See, Tirole, supra note (58) at 83-86.

ている生産者は単なる独占的利潤だけでなく、時間をずらすことにより価格差別を行い得る可能性がある。すなわち、まず最初の期に留保価格の高い消費者にターゲットを絞った価格設定を行い、次の期には留保価格の低い消費者にターゲットを絞った価格設定を行うという具合に。しかし、次の期に価格引下げが行われるということが予想できるならば、留保価格の高い消費者の中にも始めの期に買わないで次の期まで待とうとする十分に忍耐強い者が存在するかもしれない。その結果、価格差別ができないばかりか、本来なら可能であった独占的価格設定自身が困難になる。もちろん、次期において価格引下げを行わないことを表明できるなら通常の独占的利潤最大化は維持できるようにみえる。しかし、次期においては結局価格引下げ販売を行うことが当該企業の利潤を増加させるのであるから、かような表明は信頼性を帯びない⁹⁹。」。このような困難から脱却する一つの手段として、当該企業が「安売り」を行わないという「評判」を確立することがある¹⁰⁰。流通業者が「安売り」を行うと、メーカーが消費者に行わせようとした予想形成が妨害され、値引き販売を行わないという「評判」の確立が困難になる。これを防ぐのに再販が役立つ。

なお、ここでの「評判」は品質などに関する信用とは異なって単に値引きを行わないというだけである。

消費者の予想形成へのメーカーの介入の手段として再販を捉える見解の中でも、かような説明は消費者の「合理性」の仮定と比較的なじみやすい議論ではあるが、厳密にコースの推測が妥当する場合以外にも、ある商品の将来の価格低下が予想される場合、消費者は現在の価格が彼の留保価格を下回っていても購入しないことへの対応策として再販が用いられる可能性がある¹⁰¹。いわゆる「値崩れ」防止のために行われる再販にはかような効果を意図したものも含まれる。

これとも関連するが、別個の観点から「値崩れ」を説明するものとして、消費者の留保価格が当該商品のもたらす効用以外の要因にも影響されるのではないかという点がある。価格にばらつきがあると、ある価格が留保価格を超えていたとしても当然には購入することにはならない。これはもちろん価格のばらつきの結果、探索財に関して探索を行う誘因が生じることから説明され得るが、それ以外にも、消費者がある局面でかなり低額で購入し得たという事実がそれ以降の留保価格に影響を与えることがあることによっても説明される。これは、原価が低いにもかかわらず高額のマージンを取っていることを消費者が知ると、それに抵抗する傾向があるという実験心理学ないし実験経済学の世界ではよく知られた事実から説明される¹⁰²。かなり多くの消費者がその留保価格を原価に関する知識によ

⁹⁹ 次期において安売りを行わないという戦略が信頼性を帯びないのはそれが部分ゲーム完全均衡となっていないからである。部分ゲーム完全均衡に関しては奥野・鈴木『ミクロ経済学Ⅱ』212-215頁(1988)参照。なお、拙稿「法と経済学」と法解釈の関係について—批判的検討—(4完)民商109巻3号1頁, 2-7頁(1993)参照。

¹⁰⁰ See, Tirole, *supra* note(58)at85.

¹⁰¹ コースの推測への対応としては商品の計画的陳腐化等も考えられる(Tirole, *supra* note at86-7)。

¹⁰² 価格上昇に対する「公正さ」の判断が留保価格(willingness to pay)に影響を与えることを示す実験については拙稿「法と経済学」と法解釈の関係について—批判的検討—(3)民商109巻2号13-15頁(1993)が簡単な紹介を行っている。この点について最も厳密な実験を行ったものとして、Steven J. Kachelmeier, Stephen T. Limberg, Michael S. Schadewald, "A Laboratory Market Examination of the Consumer Price Response to Information about Producers' Costs and Profits", 66 *Accounting Rev.* 694(1991)がある。この論文が示唆するように、これらの実験結果は、投資家にとっては有益なはずの費用情報等の開示をしばしば企業が嫌がることの説明となり得る。また、昭和52年の独占禁止法改正

って左右されるのである。これはメーカー等が原価を公表されるのを嫌がる理由の一つでもある。そして、ある商品が安売りされているという事実は正にその原価が、安売りが起こらなかったときに考えられたよりも低額であることのシグナルとなる。ここにも、対消費者戦略として再販を行う理由の一端がある。これは特に、後述する販路獲得競争の結果、生産者が一定の市場力を有するにもかかわらずその出荷価格をある程度下げざるを得ないとき問題となろう。

また、最初に述べたように、消費者が価格（特に競合する商品との相対価格）を品質のメルクマールとしている場合がある。取り分け、ある種の奢侈品などでは消費者のかような対応を市場参加者が前提として行動している場合がある¹⁰³。その場合に再販がそれを実施する者に意味を持つのは当然であろう。

ここで述べた対消費者戦略としての再販の説明は、完全に合理的な消費者行動とは一致しないかもしれない。だが、現実の消費者行動からはかような観点から再販が行われている可能性は否定しがたい。なぜマーケティングに際して心理学が参照されてきたかを考えると納得されよう。例えば、「あるスコッチ・ウイスキーの並行輸入代理店が妨害されたケースでは、介入の結果は国内販売価格の低下と販売数量の大幅な減少であった。同様の現象は、高級ブランドとされるハンドバッグなどについてもみられる。このようなケースの消費者をどのように捉えればよいのか」¹⁰⁴という問題提起がなされているが、上述の説明はかような現象を理解する手掛かりになるのではなかろうか¹⁰⁵。また、かような現象はしばしば「日本の消費者の特異」な性格に帰せしめられがちだが、程度の差こそあれどこの国でも消費者がしばしば示すものと考えられる。

同じく再販をコミットメントメカニズムとして反競争的に利用するものとして次のようなケースも考えられる。Hart と Tirole が、垂直的統合の研究で示したケースである。すなわち、上流で市場支配力を有する企業が独占利潤を最大化するように複数の企業と契約をした後に、競争に直面する下流市場企業と再契約して利潤を増大する可能性がある場合を考えよう。この場合、再契約を行わないというコミットメントができないと、下流企業は独占利潤を最大化する契約に応じず、そのため市場支配力の行使が困難になる¹⁰⁶。下流事業者の再販売価格を拘束することが、再契約を行わないことのコミットメントと同様の意味を持つ可能性がある。これは、下流企業からの競争が上流に波及させないようにして市場支配力を行使するという一般に流布したストーリーとは整合的¹⁰⁷ではあるが、再販の

に際し結局は採られなかった同調的価格引上げに対する原価公表の趣旨も、公表によって買手側がかような買い控えにより結抗力を暗黙の内に形成できる点にあったと解し得る。逆に企業側がこれを嫌がったのは、営業の秘密保持よりむしろこの点を恐れてのものと考えられる。

¹⁰³ 価格を品質のシグナルと消費者が考えている事例は米国にもみられる。Ronald N. Lafferty, Robert H. Lande, and Jhon B. Kirkwood ed., *Impact Evaluation of Federal Trade Commission Vertical Restraints Cases* (1984) 137, 140, 154 参照。

¹⁰⁴ 三輪芳朗・西村清彦「日本の流通：序説」『日本の流通』前掲注（94）3頁，29頁註38）。

¹⁰⁵ これらの説明以外にも、例えば高級ウイスキーの場合であれば、かような製品は企業間における贈答品としての利用が多いことから、それにいくらの費用を掛けたかということが重要な意味を持つからだという説明も可能となろう。

¹⁰⁶ Hart, O., and J. Tirole. 1990. Vertical integration and market foreclosure. *Brookings Papers on Economic Activity, Microeconomics*: 205-86.

¹⁰⁷ 下流市場での競争が上流での市場支配力行使を妨げるというストーリーは協調による競争回避の場合にリアリティがある。

多くを説明するものではない。

第4章 再販の経済分析 —需要の不確実性への対応としての再販—

1. はじめに

二重マージンの回避や小売サービスの供給など、再販に関する経済理論の多くは、既に本報告書で述べられてきたように、1960年代に提示されていた。再販に関する比較的近年の議論は、1990年代に登場した、需要の不確実性への対応としての再販に関する議論であった。これは、需要の大きさが不確実であり、しかも需要の大きさが判明する前に小売店が在庫を保有しておかなければならない財の市場に関するものである。小売店は、需要が小さかった時にたたき売りをしなければならない結果になることを恐れ、在庫保有量を控えめにしておくことになるが、最低価格再販が行われると、需要の小さかった時にも一定の価格で販売することができるために、在庫を十分に保有しようとする。その結果、メーカーにとって利潤が高まるとともに、消費者にとっても、需要が大きい時にも価格が高騰しないというメリットが生じる。もっとも、消費者にとっては再販が行われると需要が小さな時に価格が十分に低下しないために、低価格を享受できないというデメリットが生じるので、再販によって総余剰が増大する場合も低下する場合もある。この議論は、それ以前の再販理論と比べて、外部性がない場合であっても再販が経済厚生を改善する可能性を有するという点が注目された。

本節では、Deneckere, Marvel and Peck (1997)¹⁰⁸のモデル（第1節の線形モデル）を、入門的な経済学のモデルを用いながら詳細に紹介し、返品制やプライスプロテクションについて、若干の考察を行うことを目的とする。

2. モデル

ある財を独占的に供給するメーカーと多数の競争的な小売店が存在する市場を想定しよう。この財に対する需要は不確実であり、1/2の確率で高く、1/2の確率で低いとする。小売店は需要の大きさが判明する前に在庫量を決定し、保有していなければならないとする。以下では、(1)垂直的統合企業の行動、(2)競争的小売の市場、(3)競争的小売に対する（最低価格）再販が行われる市場について、順に、財の生産量（＝在庫量）、需要の大きい場合と小さい場合の市場価格と販売量、消費者余剰、利潤、総余剰をそれぞれ求め、比較する。

モデルは2段階モデルであり、第1段階では、メーカーが小売店への出荷価格を決め、需要量（＝在庫量）に応じて生産量を決める。小売店にとって在庫を購入するコストはサックコストとなるので、第2段階では、小売店が利潤、すなわち売上高を最大化する販売量を決める。サブゲーム完全均衡を求めるため、初めに小売店の在庫仕入量を求め、その後メーカーの出荷価格及び生産量を求めることにしよう。

なお、メーカーの生産コスト及び小売店の販売管理費用は単純化のためにゼロであるとする。

財の需要関数を、需要の小さいときと大きいときに、それぞれ

$$p=1-q \quad (\text{あるいは、} q=1-p) \quad (\text{需要の小さいとき})$$

$$p=1-q/\theta \quad (\text{あるいは、} q=\theta(1-p)) \quad (\text{需要の大きいとき})$$

¹⁰⁸ Deneckere, Marvel and Peck (1997) “Demand Uncertainty and Price Maintenance: Markdowns as Destructive Competition, *American Economic Review*, 87 (September), 256-289.

であるとする。ただし、 $\theta > 1$ である。

2.1 垂直的統合企業における均衡

第1に、ベンチマークとして垂直的統合企業の行動を考えることにしよう。垂直的統合企業は、メーカーが小売店を統合しており、小売店はメーカーの販売部門にすぎない。生産量 (=在庫量) や価格、販売量の決定はメーカーが行う。

需要が小さいと判明したとき、メーカーは販売量を限界収入 = 限界費用 (ゼロ) となるように決定するので、販売量は $1/2$ 、価格は $1/2$ となる¹⁰⁹。また、需要が大きいと判明したときには、メーカーは販売量をやはり限界収入 = 限界費用 (ゼロ) となるように決定するので、販売量は $\theta/2$ 、価格は $1/2$ となる¹¹⁰。

図1に示されるように、需要が小さいときの利潤は $1/4 (=1/2 \times 1/2)$ 、需要が大きいつきの利潤は $\theta/4 (=1/2 \times \theta/2)$ となる。それぞれが生じる確率が $1/2$ であるので、期待利潤は $(1+\theta)/8$ となる。一方、需要が小さいときの消費者余剰は $1/8 (=1/2 \times 1/2 \times 1/2)$ 、需要が大きいつきの消費者余剰は $\theta/8 (=1/2 \times \theta/2 \times 1/2)$ となるので、期待消費者余剰は $(1+\theta)/16$ となる。これらを合わせると、期待総余剰は、 $3(1+\theta)/16$ となる。表1は結果をまとめたものである。

メーカーは、生産コストがゼロであると仮定されているため、当初に生産量 (=在庫量) を需要が大きいつきの場合の販売量 $\theta/2$ に合わせることを望ましく、需要が小さい場合には在庫量のうち販売しない量を処分することになる (なお、処分費用もゼロであると仮定している)。もし生産コストがゼロでなければ、需要が小さいときには生産したにもかかわらず販売せずに処分することになるため、生産量を決めるときにはその費用を考慮しなければならず、その際には、生産量は $1/2$ と $\theta/2$ の間になることが予想される。¹¹¹

¹⁰⁹ 収入 R は、 $R=(1-q)q$ であり、限界費用 MR は、 $MR=1-2q$ となる。限界費用が0であるので、利潤最大化販売量は $1/2$ となる。このとき、価格は $p=1-q=1/2$ となる。

¹¹⁰ 収入 R は、 $R=(1-q/\theta)q$ であり、限界費用 MR は、 $MR=1-2q/\theta$ となる。限界費用が0であるので、利潤最大化販売量は $\theta/2$ となる。このとき、価格は $p=1-q/\theta=1/2$ となる。

¹¹¹ Deneckere 等の線形のモデルに、生産コストを明示的に考慮したものとして、Pepall, Richards, and Norman (2008) *Industrial Organization: Contemporary Theory and Empirical Application*, Blackwell, pp. 480-484 がある。

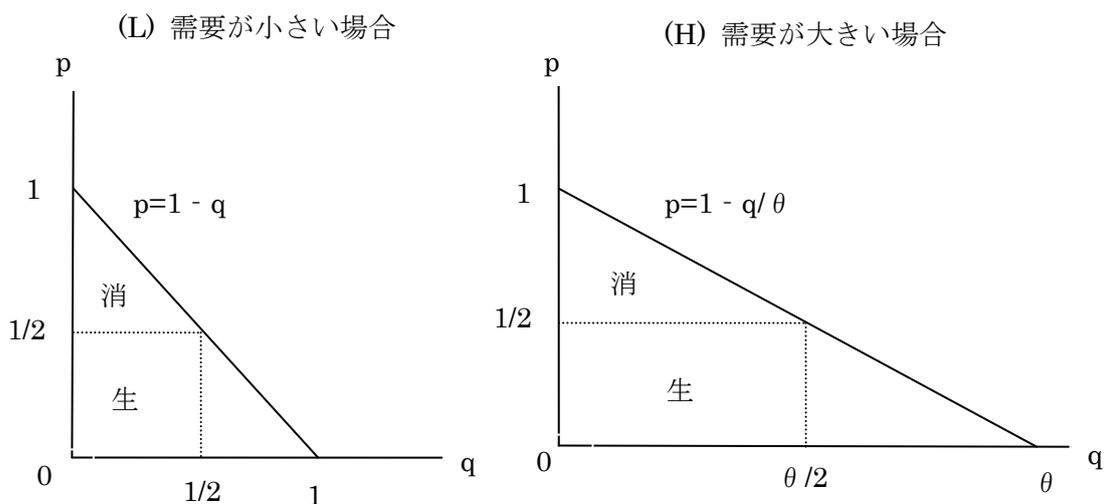


図 1 垂直的統合のケース

需要の小さいとき	価格	1/2
	販売量	1/2
	利潤	1/4
	消費者余剰	1/8
需要の大きいとき	価格	1/2
	販売量	$\theta / 2$
	利潤	$\theta / 4$
	消費者余剰	$\theta / 8$
在庫量	$\theta / 2$	
期待生産者余剰	$(1 + \theta) / 8$	
期待消費者余剰	$(1 + \theta) / 16$	
期待総余剰	$3(1 + \theta) / 16$	

表 1 垂直的統合のケース

2.2 競争的伸縮価格モデルの市場における均衡

次に、メーカーと小売店の間に資本関係がなく、小売店が競争的に価格を決定する状況における均衡について考えることにしよう。小売店は需要の大きさが判明する前に在庫保有量を決定しなければならず、在庫保有のためには、メーカー出荷価格（仕入価格）を支払わなくてはならない。結果として需要が小さかった場合には市場価格が低くなるので、それが仕入価格を下回ると損失を被ることになる。全ての小売店が保有する在庫量が非常に大きい場合には、価格がゼロになる場合もあり得る。その場合には、売れ残った在庫は破棄されるものとし、そのための費用は無視できるとしよう。

以下では、需要が小さい場合に価格がゼロになる場合（ケース 1）と、正になる場合（ケース 2）に分けて述べることにしよう。前者は需要が大きいときと小さいときの差が大きく、後者は、その差が小さいときに生じる。需要の大小の差が大きいと、小売店が大きい需要に備えて保有する在庫量が多くなり、結果として需要が小さかった時に価格が大きく低下する。一方、需要の大小の差が小さいと、小売店の在庫保有量がそれほど小さくなく、需要が小さなきでも価格があまり低下しない。もっとも、小売店の在庫保有量は需要の大小の差に加え、メーカーの出荷価格にも依存する。出荷価格が低いと在庫保有量が多くなり、出荷価格が高いと在庫保有量が少なくなる。メーカーは需要の大小の差を表すパラメーター θ を所与として利潤を最大化するように出荷価格を決めるので、どちらのケースにおいてメーカー利潤が大きくなるかによって、実際に市場でどちらのケースが生じるかが決まる。このように、結局は需要の大小の差を表すパラメーター θ の大きさによってケース 1 とケース 2 を分けることになることが分かる。需要の大小の差を表すパラメーター θ の大きさは後に求めることにしよう。

2.2.1 ケース 1：需要が小さい場合に価格がゼロとなる場合

ケース 1 では、需要が大きかったときの価格 p^H は需要曲線 ($p^H=1 - q^F/\theta$) 上で価格が決まり、正となる。ただし、 q^F は競争的伸縮価格モデルでの消費者の需要量、すなわち小売店の販売に供する在庫量（供給量）を表す。一方、需要が小さかったときには価格 p^L はゼロとなる。このとき、小売店の保有する在庫量は q^F より大きく、売れ残りが生じている。

ゲームは以下の順に行われる。第 1 段階で、需要の大きさが判明する前に、メーカーが出荷価格を決め、小売店が在庫保有量を決める。第 2 段階で、需要の大きさが判明した後に、小売店が販売に供する在庫量を決める。以下では、初めに小売店の行動について述べ、次にメーカーの行動について述べることにする。

既に述べたように、小売店にとって仕入れコストがサックコストとなっているので、需要の大きさが判明した後には収入を最大化するように行動する。しかも小売店は競争的に行動しているので、価格が正である限り在庫量を全て販売に供する。ここでは需要が大きい場合には価格が正となるが、需要が小さな場合には価格がゼロになるまで在庫が市場に供給され、売れ残りが処分されるようなケースを考えている。

小売店は競争的に行動するので、期待利潤がゼロになる。需要が大きい場合と小さい場合の確率がともに $1/2$ であるので、代表的小売店の 1 単位の在庫に掛かる費用は p^w 、そこから得られる期待収入は $p^H/2$ であるので、期待利潤がゼロの条件から $p^w = p^H/2$ が得られる。ただし、 p^w はメーカー出荷価格である。このように、メーカーの出荷価格すなわちメーカーの利潤の源泉は、小売店の期待収入、すなわち需要が大きいときに小売店が得ることのできる収入である。

メーカーの期待利潤は、 $\pi^F = p^w q^F = p^H q^F / 2 = (1 - q^F/\theta) q^F / 2$ となる。これを最大化する生産量を決める条件は、 $(1 - q^F/\theta)/2 - q^F/(2\theta) = 0$ 、すなわち $q^F = \theta/2$ となる。すると、市場価格は、需要の大きいときに $p^H = 1 - q^F/\theta = 1/2$ 、需要の小さいときに $p^L = 0$ 、出荷価格は $p^w = p^H/2 = 1/4$ となる。これより、メーカーの期待利潤（＝生産者余剰）は $\pi^F = p^w q^F = \theta/8$ となる。

この状態を図示したのが図 2 である。メーカーの生産者余剰は、需要が大きい場合 (H) のときに小売店が得られる収入の大きさ $\theta/8$ である。消費者余剰は、需要の小さい場合に

は $1/2$, 需要の大きい場合には $\theta/8$ となるので, 期待消費者余剰は $(1/2 + \theta/8)/2 = (4 + \theta)/16$ となる。よって, 期待総余剰は $(4 + 3\theta)/16$ となる。結果をまとめたのが表 2 である。

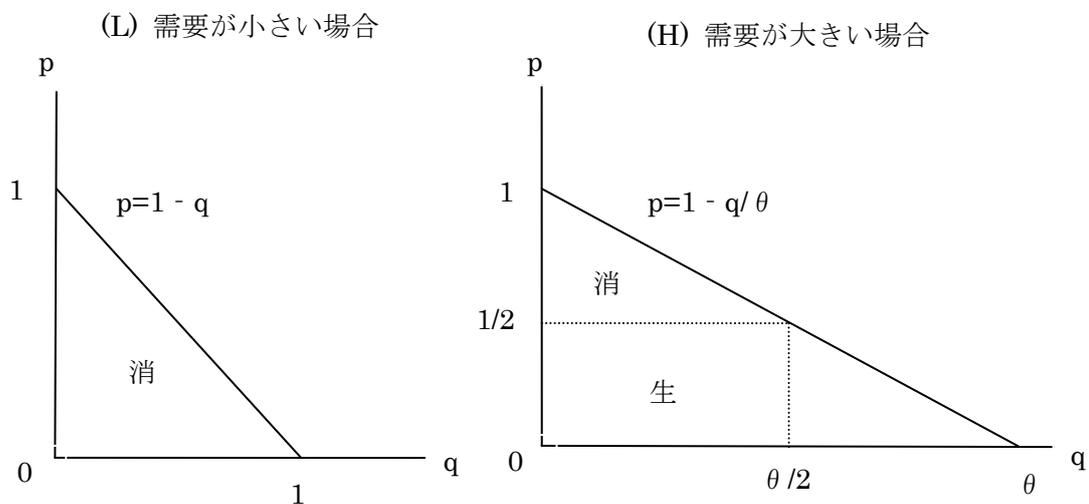


図2 競争的伸縮価格のケース 1

需要の小さいとき	市場価格	0
	販売量	1
	小売収入	0
	消費者余剰	$1/2$
需要の大きいとき	市場価格	$1/2$
	販売量	$\theta/2$
	小売収入	$\theta/8$
	消費者余剰	$\theta/8$
在庫量	$\theta/2$	
出荷価格	$1/4$	
期待生産者余剰	$\theta/8$	
期待消費者余剰	$(4 + \theta)/16$	
期待総余剰	$(4 + 3\theta)/16$	

表 2 競争的伸縮価格のケース 1

2.2.2 ケース 2 : 需要が小さい場合に価格が正となる場合

次に, 需要が小さな場合であることが判明したときに, 小売店が全ての在庫保有量を市場に供給しても価格が需要曲線上で決まり, 正の値を取る場合についてみることにしよう。すなわち, 需要の大きなきときには, 価格は $p^H = 1 - q^F/\theta$ で決まり, 需要の小さなときには

$p^L=1 - q^F$ で決まる。

小売店のゼロ利潤の条件は、 $p^H/2+p^L/2=p^W$ で表され、この式の p^H と p^L に需要曲線の式を代入すると $(1 - q^F/\theta)/2+(1 - q^F)/2=p^W$ となり、これを書き直すと、 $p^W=1-(1+\theta)q^F/(2\theta)$ を得る。これは、メーカーが出荷価格 p^W を決めると小売店の利潤がゼロとなる需要量が決まることを示したものを逆関数で表し、メーカーが生産量を決めると出荷価格を幾らにすればよいかを示した式である。この式を用いると、メーカーの利潤は、 $\pi^F=p^Wq^F=\{1-(1+\theta)q^F/(2\theta)\}q^F$ と書け、利潤を最大化する条件は、 $1-(1+\theta)q^F/(2\theta)=0$ 、すなわち、利潤を最大化する生産量は $q^F = \theta/(1+\theta)$ となる。小売店は在庫量を全て市場に放出する状況を仮定しているの、これを需要曲線に代入して、市場価格が、 $p^L=1 - q^F = 1/(1+\theta)$ 、 $p^H=1 - q^F/\theta = \theta/(1+\theta)$ となることが分かる。これを小売店のゼロ利潤式に代入して、出荷価格は $p^W=p^H/2+p^L/2=1/2$ となる。そして、メーカーの利潤は、 $\pi^F=p^Wq^F=(1/2)\{\theta/(1+\theta)\}=\theta/\{2(1+\theta)\}$ となる。

市場均衡を示した図3から分かるように、メーカー利潤の原資となる小売店の収入は、需要の小さなときには、 $p^Lq^F=\{1/(1+\theta)\}\{\theta/(1+\theta)\}=\theta/(1+\theta)^2$ となり、需要の大きなときには $p^Hq^F=\{\theta/(1+\theta)\}\{\theta/(1+\theta)\}=\theta^2/(1+\theta)^2$ となる。それぞれの生じる確率が1/2ずつであるので、メーカーの期待利潤はこれらを加えて2で除したもので $\theta/\{2(1+\theta)\}$ となる。一方、消費者余剰は、需要の小さなときには $\{1-1/(1+\theta)\}\{\theta/(1+\theta)\}/2=\{\theta^2/(1+\theta)^2\}/2$ 、需要の大きなときには $\{1-\theta/(1+\theta)\}\{\theta/(1+\theta)\}/2=\{\theta/(1+\theta)^2\}/2$ となるので、期待消費者余剰は $[\{\theta^2/(1+\theta)^2\}/2+\{\theta/(1+\theta)^2\}/2]/2=\theta/\{4(1+\theta)\}$ となる。したがって、期待総余剰は、期待消費者余剰と生産者余剰を加えて、 $\theta/\{4(1+\theta)\}+\theta/\{2(1+\theta)\}=3\theta/\{4(1+\theta)\}$ となることが分かる。

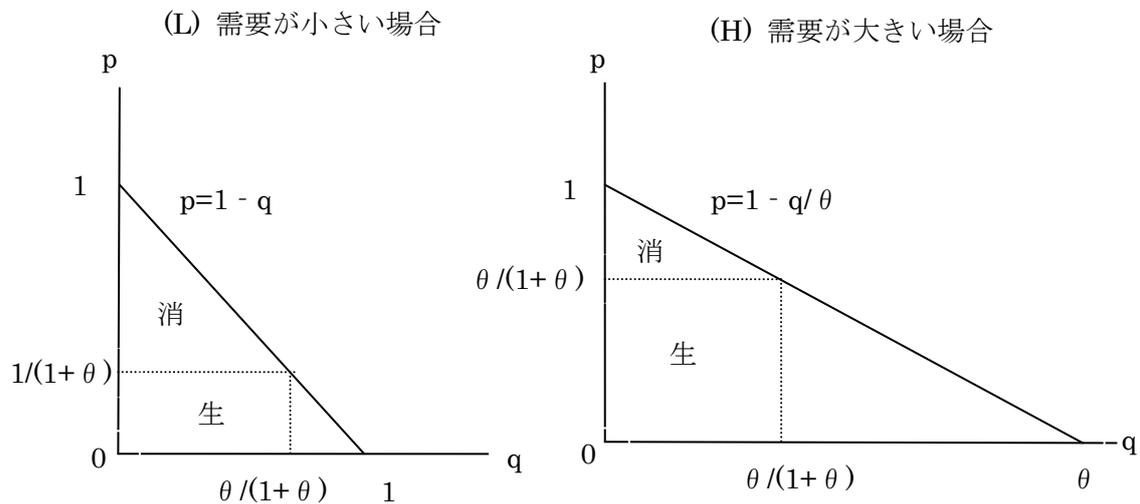


図3 競争的伸縮価格のケース2

需要の小さいとき	市場価格	$1/(1+\theta)$
	販売量	$\theta/(1+\theta)$
	小売収入	$\theta/(1+\theta)^2$
	消費者余剰	$\{\theta^2/(1+\theta)^2\}/2$
需要の大きいとき	市場価格	$\theta/(1+\theta)$
	販売量	$\theta/(1+\theta)$
	小売収入	$\theta^2/(1+\theta)^2$
	消費者余剰	$\{\theta/(1+\theta)^2\}/2$
在庫量	$\theta/(1+\theta)$	
出荷価格	1/2	
期待生産者余剰	$\theta/\{2(1+\theta)\}$	
期待消費者余剰	$\theta/\{4(1+\theta)\}$	
期待総余剰	$3\theta/\{4(1+\theta)\}$	

表 3 競争的伸縮価格のケース 2

2.2.3 ケース 1 とケース 2 の場合分け

需要が小さなときに、小売店が在庫を全て市場に供給しても価格が正となるか、あるいはゼロとなるかは、メーカーの出荷価格（同じことであるが生産量）に依存する。メーカーは利潤を最大化するように出荷価格を決めるので、ケース 1 とケース 2 で得られる利潤の大きさを比較すればよい。メーカー利潤は、ケース 1 の場合には $\theta/8$ 、ケース 2 の場合には $\theta/\{2(1+\theta)\}$ となるので、 $\theta/\{2(1+\theta)\} > \theta/8$ 、すなわち、 $\theta < 3$ のときにケース 2 のほうが利潤は大きくなる。したがって、 $\theta > 3$ のときにケース 1、 $1 < \theta < 3$ のときにケース 2 が実現するように、メーカーは出荷価格を選ぶことになる。言い換えれば、需要の大小の差が大きいときにはケース 1、差が小さいときにはケース 2 となる。これは、需要の大小の差が大きいと、需要の大きいときに備えて小売店が在庫を多く保有するので、需要が小さかったときに、需要に比して供給が大きくなるために価格が大きく低下し、ケース 1 のように価格はゼロに至ることを意味している。

2.3 垂直的統合と競争的伸縮価格の比較

それでは 2.1 で求めた垂直的統合企業が直接消費者に販売する場合と、2.2 で求めたように、メーカーが競争的な小売店に出荷し、小売店が消費者に販売する垂直的分離の場合の均衡を比較することにしよう。以下では、2.3.1 で垂直的統合と競争的伸縮価格のケース 1 の比較を、2.3.2 で垂直的統合と競争的伸縮価格のケース 2 の比較をそれぞれ行うことにしよう。

2.3.1 垂直的統合と競争的伸縮価格のケース 1 ($\theta > 3$) の比較

需要の大小の差が大きく ($\theta > 3$)、小売店の在庫保有が多いために、需要が小さなときに

は価格がゼロにまで低下する場合（ケース 1）の均衡を、垂直的統合の場合と比較することにしよう。

第 1 に、メーカーの利潤は、垂直的統合の場合には $(1+\theta)/8$ 、競争的伸縮価格の場合には $\theta/8$ となり、垂直的統合の場合のほうが大きい。これは次のように理解できる。競争的伸縮価格の場合に、需要が小さいと市場価格が 0 にまで低下し、小売店の収入がなくなってしまう。小売店はその損失を需要が大きいときの利益から回収しなければならないので、メーカーはその分だけ出荷価格を低く抑えなければならない。すなわち、需要が大きいときの市場価格が $1/2$ となるので、出荷価格は $1/4$ にしなければならない。それにより、需要が大きいときの収入で需要が小さいときの損失を賄うことができるのである。結局、メーカーは、需要が大きなときの収入の $1/2$ を利潤として受け取ることになる。需要が大きいときの収入は図 2 の(H)の「生」と記された部分であるが、これは図 1 の(H)の「生」と同じ大きさである。そして、図 1 では(L)でも収入が「生」の大きさだけ生じ、その $1/2$ が利潤となるが、図 2 ではこれに相当する部分がない。需要が小さい場合に収入がゼロとなるからである。図 1 の(L)で利潤が生じるのは、垂直的統合企業は収入を最大にする価格（独占価格）を設定できるからである。

第 2 に、消費者余剰は、垂直的統合のときに $(1+\theta)/16$ 、競争的伸縮価格のときに $(4+\theta)/16$ となり、競争的伸縮価格の場合のほうが大きい。これは、需要が大きなときの消費者余剰は、垂直的統合と競争的伸縮価格の下で同じ大きさである（図 1 の(H)における「消」と図 2 の(H)における「消」）が、需要が小さなときに、垂直的統合の下では価格が正であるが、競争的伸縮価格の下で価格がゼロにまで低下するために、大きな消費者余剰が生じる（図 2 の(L)における「消」）ためである。

第 3 に、期待される消費者余剰と生産者余剰を加えた期待総余剰でみると、垂直的統合では $3(1+\theta)/16$ 、競争的伸縮価格の下では $(4+3\theta)/16$ となり、競争的伸縮価格におけるほうが大きい。これは、需要の大きなときの総余剰は同じ大きさであるが、需要の小さなときの総余剰が、競争的伸縮価格の場合のほうが死荷重は生じず、その分だけ大きくなるからである。このように、競争的伸縮価格モデルは、垂直的統合より総余剰の点からは望ましいことが分かる。

2.3.2 垂直的統合と競争的伸縮価格のケース 2 ($1 < \theta < 3$) の比較

続いて、需要の大小の差が小さく ($1 < \theta < 3$)、小売店の在庫保有がそれほど多くないために、需要が小さなときにも価格が正になる場合（ケース 2）の均衡を、垂直的統合の場合と比較することにしよう。

第 1 に、メーカーの利潤は、垂直的統合の場合には $(1+\theta)/8$ 、競争的伸縮価格の場合には $\theta / \{2(1+\theta)\}$ となり、垂直的統合の場合のほうが大きい ($\because (1+\theta)/8 - \theta / \{2(1+\theta)\} = (1-\theta)^2 / 8(1+\theta) > 0$)。垂直的統合のときと比べて、競争的伸縮価格の下では、需要の小さなときには市場価格は低く ($1/(1+\theta) < 1/2$)、販売量が増えるが ($\theta / (1+\theta) > 1/2$)、需要の大きなときには市場価格が高く ($\theta / (1+\theta) > 1/2$)、販売量が減る ($\theta / (1+\theta) < \theta / 2$)。いずれにしても、収入を最大化する価格 ($1/2$) と販売量（需要の小さなときには $1/2$ 、大きなときには $\theta / 2$ ）の組合せを実現する垂直的統合の場合と比べて、競争的伸縮価格の場合には小売店の収入が減少することになり、それがメーカーの利潤を低下させることになってい

る。

第2に、消費者余剰は、垂直的統合のときに $(1+\theta)/16$ 、競争的伸縮価格のときに $\theta/\{4(1+\theta)\}$ となり、これも垂直的統合の場合のほうが大きい $((1+\theta)/16 - \theta/\{4(1+\theta)\} = (1-\theta)^2/\{16(1+\theta)\} > 0)$ 。消費者余剰は、需要の小さなときの価格低下で増加するが、これは需要の大きなときの価格上昇による減少分のほうが大きく作用することによる。

第3に、期待総余剰は、垂直的統合のほうが大きい。これは消費者余剰も生産者余剰も垂直的統合のほうが大きいことから分かる。消費者余剰について述べたように、需要が小さなときには価格が低下し販売量が増えるので総余剰が増加し、需要の大きなときに価格が上昇し、販売量が減少するので総余剰が低下するが、需要の大きいときの効果のほうが総余剰に及ぼす効果が支配的となるのがその理由である。

2.4 最低価格再販の効果

それでは、最低価格再販を活用する場合にどのような結果となるかを考察することにしよう。最低価格再販を用いることにより、メーカーは垂直的統合と同じ大きさの利潤を獲得することができるようになる。需要が小さい場合に小売店が最も利益を上げることのできる $1/2$ に最低再販価格を指定するとしよう。すると市場での販売量が $1/2$ となる。メーカーの生産量（=小売店の在庫量）を q^R とすると、需要の小さなときに再販を行うと、小売店の所有する在庫が全て消費されない。ここでは、各小売店が販売することのできる確率が、（需要量）／（在庫量）で表わされるとする。すると、価格 $1/2$ の時の需要量 $1/2$ なので、販売できる確率は $(1/2)/q^R$ となる。一方、需要の大きいときには小売店の在庫量が全て販売されるとすると、価格は $p=1-q^R/\theta$ となる。すると、小売店の期待利潤がゼロとなる条件は、出荷価格を p^w とおくと、 $\{(1/2)(1/2)/q^R + 1 - q^R/\theta\}/2 = p^w$ となる。これより、 $p^w = 1/(8q^R) + (1 - q^R/\theta)/2$ を得る。この関係を用いると、メーカー利潤は、 $\pi = p^w q^R = 1/8 + (1 - q^R/\theta)q^R/2$ となり、利潤を最大化する条件は、 $(1 - q^R/\theta)/2 - q^R/(2\theta) = 0$ となる。よって、メーカーが利潤を最大化する生産量は $q^R = \theta/2$ となる。すると、需要が大きなときの価格も $1/2$ となり、市場均衡は垂直的統合と同じことになる。¹¹²また、出荷価格は $p^w = (1+\theta)/(4\theta)$ となり、メーカー利潤は、 $\pi = p^w q^R = (1+\theta)/8$ となる。以上より、メーカーにとっては、垂直的統合と同じ大きさの利潤を得ることができると分かる。さらに、再販制の下での市場均衡が垂直的統合のときと同じになるので、消費者余剰及び総余剰も、再販制の下で垂直的統合のときと同じ大きさになる。需要の不確実がある場合においても、最低価格再販は垂直的統合の代替になるということが分かる。

このように、最低価格再販を用いると垂直的統合の場合と同じ結果となるので、最低価格再販の効果は、2.3で考察したように、垂直的統合の場合と競争的伸縮価格の場合の比較と同様に考えてよい。したがって、最低価格再販の効果は、競争的伸縮価格のケース1（ $\theta > 3$ ）の場合には、メーカー利潤にとっては再販が利用できるほうが望ましいが、消費者余剰と総余剰の点からは再販は望ましくないことが分かる。一方、競争的伸縮価格のケース2（ $1 < \theta < 3$ ）の場合には、メーカー利潤にとってだけでなく、消費者余剰と総余剰の点からも再販は効率性の改善に寄与すると言える。このとき、メーカーの出荷価格を比べ

¹¹² Pepall, Richards, and Norman (2008)に示されるように、生産の限界費用がゼロでない場合には、需要が大きなときの市場価格は最低再販価格を上回る。

ると、ケース2のときには $1/2$ であるが、再販の下では $(1+\theta)/(4\theta)$ へと低下している($\because 1/2 - (1+\theta)/(4\theta) = (\theta-1)/(4\theta) > 0$)。出荷価格が低下すると在庫量が増加し($\because p^w = 1/(8q^R) + (1-q^R/\theta)/2$ より $\partial q^R/\partial p^w < 0$)、需要が大きいときに価格が低下することの効果大きいからである。

ケース2のときに最低価格再販が利用可能であると、需要が小さなときの価格を下支えすることができ、小売店の損失を防ぐことができるので、小売店が需要の小さなときの損失を需要が大きいときに回収する必要がなくなる。したがって、需要が大きいときの市場価格が低下し、販売量が増大する。したがって、需要の小さなときには消費者にとって余剰が減少するが、需要の大きなときには消費者の余剰は増大する。

垂直的統合及び再販の下では、競争的伸縮価格のときと比べて需要の小さなときには価格が上昇するが、需要の大きなときには販売量が増加して価格が下落する。需要の大きなときに販売量が増えて小売店の収入が増えることは、メーカーの利潤の増加につながるので、出荷価格を引き下げて小売店の在庫量を増やすことがメーカーには理に適った行動になる。その結果、再販により、需要の大きなときに価格が下落するプラス効果が、需要の小さなときに価格が上昇するマイナスの効果を凌駕し、消費者厚生も改善する。以上が、ケース2において、すなわち、需要の不確実性における需要の大小の差が比較的小さなときに、最低価格再販が利用可能であることにより、メーカーのみならず消費者にとっても、そして社会全体にとっても望ましくなるという論理である。

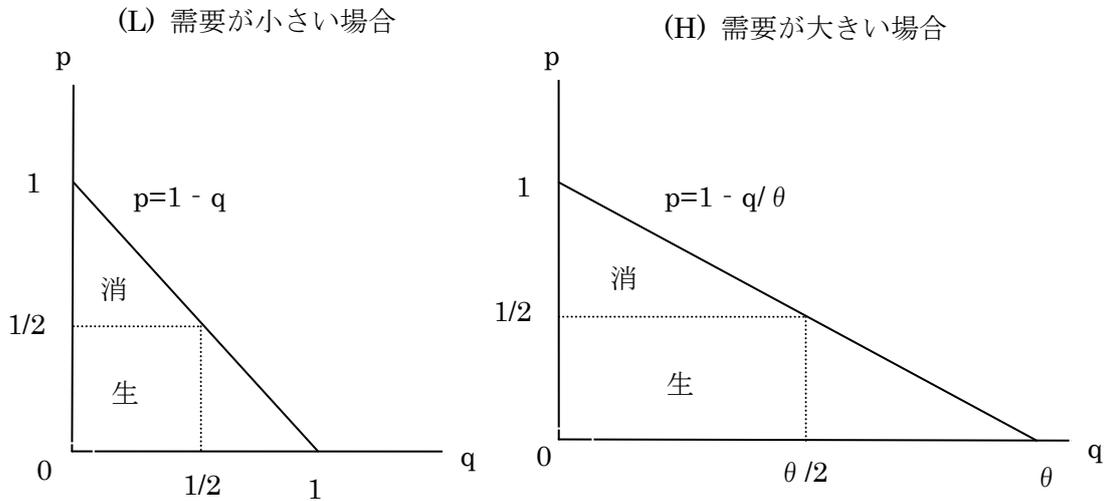


図4 最低価格再販のケース

需要の小さいとき	価格	1/2
	販売量	1/2
	利潤	1/4
	消費者余剰	1/8
需要の大きいとき	価格	1/2
	販売量	$\theta / 2$
	利潤	$\theta / 4$
	消費者余剰	$\theta / 8$
在庫量	$\theta / 2$	
出荷価格	$(1 + \theta) / (4 \theta)$	
期待生産者余剰	$(1 + \theta) / 8$	
期待消費者余剰	$(1 + \theta) / 16$	
期待総余剰	$3(1 + \theta) / 16$	

表 4 最低価格再販のケース

3. 再販の代替策としての返品制

これまで Deneckere, Marvel and Peck (1997) のモデルに従って、需要の不確実性に対して再販が有効になる可能性があることを詳細に紹介してきたが、成生(1994, 第6章)¹¹³では、需要の不確実性に対して、メーカーにとっての利潤拡大のために返品制（委託制）が再販と同様に有効であることを示している。

返品制の場合に生じる均衡を前節のモデルに即して述べると、メーカーは出荷価格を 1/2 に設定し、その価格で返品に応じるものとする。生産量は需要の大きな場合に合わせて $\theta / 2$ とする。小売店は競争があるためにこの価格を上回って販売することはなく、この価格で返品ができるためにこの価格を下回って販売することもない。小売店は在庫を $\theta / 2$ まで持とうとし、そこで期待利潤はゼロとなる（∵在庫が $\theta / 2$ より少ないと需要が大きいときに需給の均衡する価格が 1/2 を上回るので、利潤が生じる。）。したがって、返品制を利用することで、垂直的統合と同じ結果を得ることができる¹¹⁴。

さて、返品制を再販と比較すると、再販制の下では在庫保有のリスク（需要が小さかったときの在庫破棄のリスク）を小売店が負うのに対し、返品制ではメーカーが負うことになる。そのため、出荷価格は返品制になると再販の場合よりも高くなっている。したがって、再販を違法とする理由として、小売店が仕入れにリスクを負うことに対応して価格設定権を留保させる必要があるということに求めるのであれば、返品制（委託制）は再販と異なって小売店のリスクを回避するのでそうした問題がない。実際に委託販売が禁止されているわけではないので、メーカーは再販の代わりに返品制を採用すればよいだけであり、

¹¹³ 成生達彦(1994)『流通の経済理論』名古屋大学出版会、第6章「返品制（委託制）」。

¹¹⁴ ただし、この結論は生産の限界費用がゼロであるという仮定に依存している。限界費用が正である場合、小売店は在庫保有のリスクがないので在庫を多く仕入れようとするが、メーカーは需要が小さかったときの在庫破棄のコストを考慮するためである。

需要の不確実性への対処としてそれにより経済厚生が高まる可能性があるのは再販と同様である。もっとも、需要の不確実性のリスクをメーカーと小売店のどちらが負うのが望ましいかは議論の余地がある。リスクに対する態度がメーカーと小売店で同じであっても、メーカーが多くの商品を販売し、小売店が少数の商品しか販売しないならば、メーカーのほうが個々の商品の需要変動のリスクを吸収することができる(分散が小さくなる)ので、メーカーがリスクを負う返品制が望ましい。逆に、メーカーが少数の商品を販売し、小売店が多数の商品を販売するならば、小売店が個々の需要変動のリスクを負う再販制のほうが望ましいことになる。例えば、小売店が多くメーカー品を扱う量販店であれば再販のほうが望ましいといえる¹¹⁵。

4. プライスプロテクションの効果

最後に、「プライスプロテクション」について触れておこう。これはアメリカでの商慣習で、売れ残った在庫に対して出荷価格を遡って引き下げるものである。こうすると、小売店は在庫処分を行いやすくなる。これを前出のモデルに対応させると、小売店は在庫量を需要の大小が判明する前に決めるが、メーカーは出荷価格を需要の大きさが判明してから小売利潤がゼロとなるように決めるものであるとしよう¹¹⁶。

すると、残念ながら、プライスプロテクションはメーカーにとって再販や返品制の代替とはならない。なぜなら、需要が小さいことが分かった後に、出荷価格を事後的に引き下げてキャッシュバックするとしても、在庫が全て小売店の手元に残っている。そのため、再販でないので価格を引き下げてもよく、また返品もなされないで、小売店は在庫を処分して少しでも収入を確保しようとするので、需給が均衡するまで値下げが生じる。すると、プライスプロテクションが行われても、結局、2.2 でみたような競争的伸縮価格モデルの均衡と一致することになる。(在庫を全て販売しても正の価格となる) ケース 2 の状況において、このことを確認しておこう。

メーカーは事後的に小売店のゼロ利潤条件を満たすように出荷価格を調整できるので、小売店のゼロ利潤条件を考慮することなく、最適な生産量を決めることができる。ケース 2 を仮定すると、生産量を q に決め、事後的にゼロ利潤が保証されると小売店は同量の在庫を保有する。すると、価格は、事後的に需要が小さければ $p=1-q$ 、需要が大きければ $p=1-q/\theta$ に決まる。したがって、メーカーの期待利潤は、 $\pi=(1/2)(1-q)q+(1/2)q(1-q/\theta)=(1/2)\{2q-(1+1/\theta)q^2\}$ となる。そこで、利潤最大化条件は、 $2-2q(1+1/\theta)=0$ となり、生産量は $q=\theta/(1+\theta)$ となる。これは、ケース 2 でのメーカー生産量に等しい。出荷価格は、需要が大きければ、 $p^*=1-q/\theta=\theta/(1+\theta)$ に、需要が小さければ、 $p^*=1-q=1/(1+\theta)$ に定めれば(あるいは、事後的に、 $\theta/(1+\theta)-1/(1+\theta)=\theta-1/(1+\theta)$)をキャッシュバッ

¹¹⁵ 成生(1994, 第6章補論)は、両者の間に情報の非対称性がある場合を考察している。生産者が情報を持つ場合、買取り制の下ではメーカーが大きな需要があるという誤った情報を伝えようとするが、返品制の下ではそうしたインセンティブがない。

¹¹⁶ プライスプロテクションでは、売れ残りに対して価格を引き下げるので、本稿のモデルにおいても、時間差による価格差別と考えて、残った在庫分に対して出荷価格を引き下げ、小売店は残余需要に対して再度販売すると考えることもでき、そのほうが自然な想定であるが、そうすると、当初から二度(あるいはそれ以上)に分けて市場が開かれると仮定する必要があり、その場合には全てのモデルで企業行動が変わり得るので、ここではそのように仮定しない。

クすれば), 小売店の販売する価格と仕入価格が一致するので利潤がゼロとなる。
ケース1のときでも全く同様に, プライスプロテクションの下で生じることは競争的伸縮モデルも場合と等しい。したがって, プライスプロテクションの下では, 期待生産者余剰, 期待消費者余剰, 期待総余剰とも全ての競争的伸縮モデルの場合と等しい。ただし, 異なる点は, 出荷価格が事前に決まる場合は, 小売店は期待値として利潤がゼロとなるが, 結果として需要の大きさによって黒字となったり, 赤字になったりする。しかし, 事後的に利潤がゼロとなるように出荷価格を後決めする場合には, 小売店の利潤は必ずゼロとなる。事後的に利潤がゼロとなるように出荷価格を調整することは, 需要変動のリスクの負担に関わることになる。

第5章 EUにおける垂直的制限規制

1 はじめに—問題の所在—

2010年4月20日、欧州委員会は垂直的協定に関する一括適用免除 (block exemption) 規則及びそのガイドラインを公表した。改正後の同規則及び同ガイドラインは2010年6月1日より施行された。改正前は供給者のマーケットシェアが高くなければ許容されていた垂直的協定が、改正後は購入者の購入市場におけるマーケットシェアも考慮しなければならなくなるなど、事業者に与える影響も無視できない。また、代理店によるオンライン販売に対して供給者が課すことができる制限について、許容される態様や禁止される態様が従前に比べ明確にされた。このようにEU法は近時、ダイナミックな法の発展があり、本稿は、一括適用免除規則及びそのガイドラインを中心に再販をはじめとするEUの垂直的制限規制について概略的検討を行うものである。

2 垂直的協定に関する一括適用免除規則

EUにおいて反競争的性格を有する事業者間の協定等を禁止する規定は、EUの機能に関する条約¹¹⁷第101条第1項である。この禁止規定により、カルテルに代表される競争事業者間の協定等（水平的協定等）のみならず、通常の商品販売契約など、メーカーと販売業者との協定等や卸売業者と小売業者との協定等（垂直的協定等）も原則として禁止されている。しかし、商品・サービスの生産や流通を向上させ、消費者の利益となる協定等まで禁止する必要はない。そこで、事業者間の協定等であっても、一定の要件を満たすものについては例外的に許容されることとなっている（同条第3項）¹¹⁸。

2010年4月20日、欧州委員会は垂直的協定に関する一括適用免除規則¹¹⁹及びそのガイドライン¹²⁰を公表した。改正後の同規則及び同ガイドラインは2010年6月1日から施行されている。改正前は供給者のマーケットシェアが高くなければ許容されていた垂直的協定が、改正後は購入者の購入市場におけるマーケットシェアも考慮しなければならなくなる。特に、供給者のマーケットシェアが低いために現時点では問題のない既存の垂直的協定であっても、購入者のマーケットシェアが30%を超える場合には、2011年5月31日¹²¹までに何らかの対応を採ることが必要となった。また、代理店によるオンライン販売に対して供給者が課すことができる制限について、許容される態様や禁止される態様が従前に比べ明確にされた¹²²。

¹¹⁷ The Treaty on the Functioning of the European Union. 旧 EC Treaty (the Treaty establishing the European Community).

¹¹⁸ 第101条は、水平的協定にも垂直的協定に適用され、第1項は、競争制限的な目的又は効果を有する垂直的協定を禁止し、第3項は、競争制限的な効果を上回る競争促進的な効果をもたらす垂直的協定を1項の適用除外とする。

¹¹⁹ COMMISSION REGULATION (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices

¹²⁰ Guidelines on Vertical Restraints

¹²¹ 2010年5月31日において既に締結されている協定等であって、旧規則によって許容されているものについては、改正後の規則の適用が1年間（すなわち2011年5月31日まで）猶予されていた。

¹²² 第101条第3項に基づき、垂直的協定の一括適用除外規則（以下「規則」という。）が制定され、規則第3条に基づき、第101条第1項の適用が除外される垂直的協定として、すなわちセーフハーバーとして、

2-1 競争制限的協定等（第 101 条）

(ア) 禁止

事業者間の協定、事業者団体の決定及び協調的行為であって、加盟国間の取引に影響を与えるおそれがあり、かつ、共同市場内の競争の機能を妨害、制限若しくは歪曲する目的又は効果を有するものは禁止される。この禁止規定は、競争事業者間の協定（水平的協定）のみならず、メーカーと販売業者間の協定（垂直的協定）にも適用される。禁止される協定の例として、規定上、次のものが挙げられている（第 101 条第 1 項）。

- ① 直接又は間接に、購入価格若しくは販売価格又はその他の取引条件を決定すること。
- ② 生産、販売、技術開発又は投資を制限し又は統制すること。
- ③ 市場又は供給源を割り当てること。
- ④ 取引の相手方に対し、同等の取引について異なる条件を付し、当該相手方を競争上不利な立場に置くこと。
- ⑤ 契約の性質上又は商慣習上、契約の対象とは関連のない追加的な義務を相手方が受諾することを契約締結の条件とすること。

第 101 条により禁止されるいかなる協定又は決定も、自動的に無効とされる（第 101 条第 2 項）。

(イ) 適用免除（exemption）

- ① 商品の生産・販売の改善又は技術的・経済的進歩の促進に役立ち、かつ、②消費者に対しその結果として生じる利益の公平な分配を行うものであって、次の各号の一に該当しない協定等については、第 101 条第 1 項の不適用を宣言することができる（第 101 条第 3 項）。
- ③ 前記の目的達成のために必要不可欠ではない制限を参加事業者に課すこと。
- ④ 当該商品の実質的部分について、参加事業者に競争を排除する可能性を与えること。

第 101 条第 3 項により、一定の要件を満たすものについては例外的に許容されることとなっているといっても、具体的にどのような協定等が例外的に許容されるのかを事業者自らが判断するのは困難であり、萎縮効果をもたらすおそれがあった。そこで、欧州委員会は、協定等の種類ごとに規則を設け、当該規則に該当する協定等は個別の要件を検討することなく許容することとしている。これらの規則を一般的に一括適用免除規則という。

従来は、一括適用免除規則とは別に欧州委員会が個別に届出（申請）を受けて、個別適用免除の決定を行っていたが、2004 年 5 月 1 日より、個別適用免除制度は廃止された。ただし、理事会の授権により欧州委員会が一定のカテゴリーの協定等を一括して適用免除とする規則は従来どおり存置されている（一括適用免除。第 103 条第 2 項 b）。

2-2 一括適用免除規則と垂直的制限ガイドライン

①供給業者の市場占有率が 30%を超えない場合（第 1 項）と、②排他供給義務(exclusive supply obligation, すなわち、供給業者が共同市場内で 1 買手にのみ供給する義務を負うこと)を内容とする垂直的協定の場合には、買手の市場シェアが 30%を超えない場合（第 2 項）が規定されていた。これが、協定の各当事者の（売手も買手も）市場占有率が 30%を超えないことに改定された。

上記のように、EUにおいて反競争的性格を有する事業者間の協定等¹²³を禁止する規定は、第101条第1項¹²⁴である。この禁止規定により、カルテルに代表される競争事業者間の協定等（水平的協定等）のみならず、通常の商品販売契約など、メーカーと販売業者との協定等や卸売業者と小売業者との協定等（垂直的協定等）も原則として禁止されている。しかし、商品・サービスの生産や流通を向上させ、消費者の利益となる協定等まで禁止する必要はない。そこで、事業者間の協定等であっても、一定の要件を満たすものについては例外的に許容されることとなっている（同条第3項）。もっとも、どのような協定等が例外的に許容されるのかを事業者自らが判断するのは困難であり、萎縮効果をもたらすおそれがあった。そこで、欧州委員会は、協定等の種類ごとに規則を設け¹²⁵、当該規則に該当する協定等は個別の要件を検討することなく許容されることとしている¹²⁶。垂直的協定に関する一括適用免除規則もそのような規則の一つであるところ、この規則の改正内容を紹介する。また、当該規則の解釈のため、欧州委員会はガイドライン¹²⁷（以下「ガイドライン」という。）を作成しており、こちらについても改正が行われたので、併せて紹介する。

一括免除規則によって許容されているものは、物品又はサービスの販売又は購入を目的とする垂直的協定等である¹²⁸。例えば、メーカーと販売業者間の代理店契約がこれに該当し、これらは原則として許容されている¹²⁹。ただし、一括適用免除規則では、物品・サービスの販売・購入を目的とする垂直的協定等であっても、反競争的性格が強いと考えられるものについては当該規則の適用対象外としている¹³⁰。今回の改正の中心は、当該規則の適用対象外となる協定等に関するものである。

【マーケットシェア基準】

大きなマーケットシェアを有する事業者が行う協定等は市場への反競争的影響が大きいことから、一定のマーケットシェアを有する事業者の協定等は改正後の規則による一括適用免除を受けることができない。改正前の垂直的協定免除規則においては、供給者の供給先市場でのマーケットシェアが30%を超えないことが、一括適用免除を受けるための要件

¹²³ 正確には、事業者間の協定、事業者団体の決定及び協調的行為（以下「協定等」という。）であって、EU加盟国間の取引に影響を与えるおそれがあり、かつ、共同市場内の競争の機能を妨害・制限・歪曲する目的を有し、又はかかる結果をもたらすものを意味する。

¹²⁴ 旧EC条約第81条第1項

¹²⁵ 例えば、垂直的協定、技術移転協定、研究開発協定などについて、一括適用免除規則が定められている。

¹²⁶ 一括適用免除規則に該当しない協定等であっても、直ちに禁止されるわけではなく、個別に同条第3項の要件（脚注117参照）を充足し許容されるかを検討することになる。

¹²⁷ ガイドラインは欧州司法裁判所の判断を拘束するものではないが、裁判所が規則の解釈・適用を行うに際して重要な参考資料として取り扱われている。

¹²⁸ 規則第1条第1項(a)

¹²⁹ 逆に、物品等の販売又は購入を主たる目的としない協定等（ライセンス契約、事業提携等）は該当しない。また、自動車の流通・サービスに関する協定のように、他の一括適用免除規則によって取り扱われる協定等も、垂直的協定に関する一括適用免除規則の対象外である。

¹³⁰ なお、一括免除規則の撤回事由として、第6条では、規則に基づき適用除外とされる垂直的制限であっても、関連市場へのアクセス又は関連市場における競争が、競争関係に立つ供給業者又は買手が実施する類似の垂直的制限の並行的ネットワークの累積的效果によって、著しく阻害されている場合には、欧州委員会は、規則の適用を撤回することができるとされている。

とされていた。本改正により、この供給者要件に加えて、購入者の購入市場¹³¹におけるマーケットシェアが30%を超えないことが、一括適用免除を受けるための新たな要件として加重されている¹³²。

しかし、マーケットシェアが30%を超えるからといって、直ちに第101条第1項違反を構成することになるわけではない。第101条第1項の下で、当該垂直的制限が、競争制限的效果をもたらすか否かを判断し、競争制限的效果が認められる場合には、第101条第3項の適用に進み、当該垂直的制限がもたらす競争促進的效果と競争制限的效果とを比較衡量し、競争促進的效果が競争制限的效果を上回る場合には、第101条第1項の適用が除外されることになり、そうでない場合には、第101条第1項違反を構成することになる。

なお、この30%の新要件は、改正後の規則の施行日において既に締結済みの垂直的協定等についても適用されることとなっている。

【ハードコア制限】

マーケットシェア基準によれば一括適用免除を受けられるはずの協定等であっても、ハードコア制限に該当する反競争的性格が強いものは一括適用免除を受けることができない。

一括適用免除規則の適用を受けず、同規則に基づく第101条第1項の適用除外とならない垂直的協定に含まれるハードコア制限は、次の効果を有する制限である¹³³。

- ① 買手の販売価格の制限。最高販売価格の制限又は販売価格の推奨は、それが当事者のいずれかによる誘引又は圧力の結果として、固定販売価格又は最低販売価格の制限とならない限り、適用除外となる。

¹³¹ 購入者が当該物品又はサービスを再販売する市場におけるマーケットシェアではない。

¹³² 規則第3条第1項

¹³³ 垂直的制限に係る現実のハードコア制限として、例えば、任天堂による販売業者の並行輸出制限事件委員会決定(2002・10・30)では、任天堂及びその欧州における正規流通業者7社による、各国のゲーム機及びゲームソフトの価格差を利用した並行輸出の制限が問題となった。委員会によると、任天堂と任天堂製品の7社の販売業者は、1991年と1998年の間、人為的に高価格を維持する合意を行っており、当該合意によれば、各販売業者は、その地域から並行輸出すること、すなわち、非公認の販売チャネルを通じてある加盟国から他の加盟国へ輸出しない義務を負っていた。任天堂製品の価格は欧州経済地域(EEA)でしばしば大きな差が存在していた。任天堂製品は、英国での価格が一番安く、したがって、英国から高価格で売れる加盟国へ輸出されることとなった。当該合意は、このような並行輸出を禁止し、任天堂と販売業者は、共同して並行輸出の調査を集中的に行い、並行輸出を見付けると、当該並行輸出を行った販売業者に任天堂製品の出荷の停止又は減少というペナルティを課していた。並行輸出の制限は、第101条の極めて重大な違反行為であることは、1966年という早い時期のコンスタン・グルンデイッヒ事件で欧州司法裁判所によって確認され(The Court of Justice in its judgement of 13 July 1966, in joined cases 56 and 58-64, Grnddig-Consten [1966] ECR 429)、また、比較的近年のフォルクスワーゲン事件委員会決定においても確認されている(Volkswagen, Comission Decision of 28.1.98 relating to a proceeding pursuant to Article 81 (ex Article 85) of the EC Treaty, O J L124/60 of 25.498)。委員会は、任天堂に対し1億4900万ユーロ、販売業者7社に対し1880万ユーロの行政制裁金をそれぞれ課した。任天堂に対する制裁金は、垂直的協定では過去最高額であり、1事業者としても歴代第4位の高額であった。

本件後も、ポケモンのステッカー及びカードの並行輸出入の制限合意が第101条違反に問われた事件がある(Commission Decision of 26.05.04 relating to a proceeding under Article 81 of the EC Treaty (COMP/C-3/37.980 Souris-Topps))。この事件では、2000年に、ポケモン(「ポケットモンスター」。全世界的に人気のある日本のゲーム。)のキャラクターが描かれたシール及びカードについて、任天堂からライセンス契約を結んでいるToppsが、米国及び欧州の子会社並びにイギリス、イタリア、フィンランド、ドイツ、フランス及びスペインの販社との協定/協調的行為を通じて、カードの安い国から高い国への輸入を妨害したことが第101条違反に問われ、159万ユーロの制裁金が課された。

- ② 買手の販売地域制限又は顧客制限。ただし、(i) 供給業者に留保されている又は供給業者が他の買手に割り当てている排他地域又は排他顧客グループへの積極販売の制限(買手の顧客による販売を制限しない場合に限られる。)、(ii) 卸売段階で事業活動を行う買手による最終利用者に対する販売の制限、(iii) 選択的販売システム(selective distribution system, 供給業者が、特定の基準に基づき選択した販売業者のみに販売し、かつ、未承認販売業者には販売しないシステム。)の構成員による未承認販売業者への販売の制限及び(iv) 買手が、供給業者から購入した部品を、供給業者と同一タイプの部品を製造する競争業者に再販売することの制限は、適用除外となる。
- ③ 小売段階で事業活動を行う選択的販売システムの構成員による最終利用者に対する積極販売又は消極販売の制限。ただし、当該システムの構成員が未承認営業拠点から事業活動を行うことを禁止することは、適用除外となる。
- ④ 選択的販売システム内の販売業者間の相互供給の制限であって、異なる段階で事業活動を行う販売業者間の相互供給の制限を含む。
- ⑤ 部品の供給業者と当該部品を用いて商品を製造する買手の間で部品の供給業者が、補修部品を最終利用者に販売することの制限、又は独立系の修理業者又はサービス提供者に販売することの制限。

また、一括免除規則第5条によれば、同規則に基づく第101条第1項の適用除外とならないのは、次の場合である。

- ① 直接又は間接の競争品取扱禁止義務であって、当該義務の期間に定めがないか又は期間が5年を超える場合。しかし、5年の期間制限は、買手が、契約対象商品・役務を、供給業者が所有し又は供給業者が買手と関係のない第三者から借りた建物と土地において販売する場合には適用されない(ただし、競争品取扱禁止義務の期間が、買手による建物と土地の占有期間を超えない場合に限られる。)
- ② 契約終了後、買手に商品・役務を製造、購入、販売又は再販売させないように直接又は間接に義務付ける場合。ただし、当該義務が、(i) 対象商品・役務と競争関係に立つ商品・役務であり、(ii) 買手が契約期間中事業活動をしてきた建物と土地に限定され、及び(iii) 供給業者が買手に伝授したノウハウを保護するために不可欠である場合、競争品取扱禁止義務の期間が契約終了後1年間に限定される場合には適用免除となる(公知になっていないノウハウの使用と開示の制限について期間の限定がなくとも適用免除となる。)
- ③ 選択的販売システムの構成員に特定の競争供給業者のブランドを販売しないよう直接又は間接に義務付ける場合¹³⁴。

【再販】

協定等によって再販売価格を維持する行為は、反競争的性格が強いため、一括適用免除

¹³⁴ なお、競争品取扱禁止義務とは、買手が特定種類の商品について特定の供給業者から必要量の80%を超えて購入することを誘引され又は義務付けられていることを意味するものと解されている(European Commission, Competition policy in Europe-The competition rules for supply and distribution agreements 8 (2002) page191.

を受けることができない¹³⁵。最低・固定再販はハードコア制限であることに変化はない¹³⁶。この点は改正の前後で変更はない。ただし、最低・固定再販はハードコア制限に当たるとの基本的なスタンスは変わらないものの、ガイドラインでは個々のケースについて、事業者に効率性の抗弁の機会を認める内容が盛り込まれた。例えば、メーカーが新製品を市場に投入するに際して、一定期間、再販によって流通業者に販売促進のインセンティブを与えることができれば、その新製品の市場への浸透がうまくいき、消費者にプラスになることがある。フランチャイズシステムが消費者にメリットをもたらす（2週間から6週間にかけての）短期間、低価格での販売キャンペーンを行う場合に再販が必要となることがあり得るとしている。また、経験財や機能が複雑な製品の販売におけるフリーライド問題を解消するために、再販によって、流通業者にマージンを与えることで消費者に商品説明のサービスを提供させることが可能となる点を挙げている。ただし、再販を行おうとする事業者は再販がフリーライド問題を解決する手段となるだけでなく、フリーライド問題を解消するインセンティブとなること及び販売前の商品説明のサービスが消費者の利益となることを説得力ある形で示さなければならない¹³⁷。

今回の改正を機に欧州委員会が再販に対して緩やかなアプローチを採用することになるのか、今後の動向が注目される。

【総代理店契約とインターネット販売】¹³⁸

インターネットの利用による広告・商品販売と積極販売・消極販売について¹³⁹、全ての販売業者は、広告又は商品販売のためにインターネットを利用することは自由でなければならないとされている。販売業者によるインターネット利用の制限が許容されるのは、積極販売となる場合である。しかし、インターネットによる広告や商品販売は、特定の顧客にターゲットを合わせたものでない限り、一般的には、積極販売にはならず、消極販売に

¹³⁵ 規則第4条(a)

¹³⁶ ガイドライン para 219-220.

¹³⁷ ガイドライン第VI章 2.10(225)

¹³⁸ 最近の事例として、選択的販売制度の下でのインターネット販売禁止事件に係る欧州司法裁判所の先決裁定がある。Judgment of the Court in Case C-439/09 Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS v President de l'Autorite de la concurrence, Ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi (13 October 2011). この事件では、選択的販売制度を採って販売店契約を結んだ販売店を通じて化粧品等を販売する Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS (PFDC) が販売店契約によって販売業者に対して課している薬剤師がいる場所での販売の義務付けが、事実上インターネット販売を禁止するものであり第101条及びフランス商法L420-1条に違反するとして、排除措置及び制裁金を命ずる決定を行ったことが問題となったものである。PFDCは、決定の取消しを求めてパリ控訴裁判所に提訴した。この訴訟の過程で、パリ控訴裁判所は、欧州司法裁判所に対し、第101条等の解釈について先決裁定を求めたのが本件である。欧州司法裁判所は、第101条第1項は、次のように解釈しなければならないと判示した。すなわち、選択的販売制度において、化粧品及びパーソナル・ケア商品を資格を持った薬剤師がいる場所で販売することを義務付ける契約条項は、契約条項の内容及び目的並びにそれが形成する法的及び経済的状況を個別に調査し、当該商品の特性を考慮して、当該条項が客観的に正当化されないことが明らかになった場合には、同項の意味で目的において制限的である。垂直的協定に関する一括適用免除規則第4条(c)は、次のように解釈しなければならない。同規則第2条による一括適用免除は、契約対象商品の販売方法としてインターネット販売を事実上禁止する条項を含む選択的販売契約には適用されない。しかし、そのような契約は、第101条第3項の条件を満たすときは、個別に第101条第3項による適用免除を受けることができる。第101条第3項の適用に関するガイドラインについては、参考資料編を参照。

¹³⁹ ガイドライン para. 52-54.

とどまる。

販売地域又は販売先顧客を制限することは、再販売市場の市場分割協定に該当し、反競争的性格が強いため、原則として一括適用免除を受けることができない¹⁴⁰。市場分割の代表的な例として、いわゆる排他的総代理店契約（販売地域又は顧客層を限定し、代理店に対し、当該販売地域又は当該顧客層に対する排他的な販売権を与える契約）が挙げられる。しかし、排他的総代理店契約であっても、他の代理店に割り当てられた地域・顧客層や、供給者が自ら販売することとしている地域・顧客層に対して、代理店が積極的販売¹⁴¹を行うことを制限することは許容されている¹⁴²。この点で従来から問題となっているのが、インターネットなどによるオンライン販売が積極的販売活動に該当するか否かである¹⁴³。改正前のガイドラインでは、インターネットを利用して販売すること自体は積極的販売行為に当たらないなどという漠然とした説明はなされていたものの、オンライン販売に対して具体的にどのような制限を課すことが禁止されるのかが判然としていなかった。改正後のガイドラインでは、この点について詳細に説明されている¹⁴⁴。取り分け、供給者による以下のようなオンライン販売制限行為が禁止される旨が明確にされている。

- ① 供給者によって代理店が商品又はサービスを販売することを認められた地域（以下「販売可能地域」という。）以外の地域に所在する顧客が、当該代理店のウェブサイトアクセスできないようにすることや、販売可能地域以外の地域に所在する顧客から代理店のウェブサイトへアクセスがあった場合には、当該顧客が所在する地域を担当する他の代理店のウェブサイトへ当該アクセスを転送することを当該代理店に対して義務付けること。
- ② 顧客の住所が代理店の販売可能地域に所在しないことがクレジットカード決済の過程で判明した場合には、当該顧客への販売を中止することを代理店に対して義務付けること。
- ③ 代理店の総売上高のうちオンライン販売による売上げが占める割合の上限を定めること¹⁴⁵。
- ④ 代理店に対するオンライン販売用の商品の卸売価格を、店頭販売用の商品の卸売価格

¹⁴⁰ 規則第4条(b)

¹⁴¹ ダイレクトメールや訪問販売のように、積極的に商品等の販売を持ちかける行為及び特定の顧客に対して行う宣伝・勧誘等である（ガイドライン第III章3(51)）。

¹⁴² 規則第4条(b)(i)

¹⁴³ オンライン販売の場合には、代理店が地域や顧客層に関係なく販売活動を行い、また顧客の側からも容易に地域外の代理店のウェブサイトへアクセスし、商品・サービスの提供を受けることが可能であるため、代理店によるオンライン販売を無制限に認めてしまうと、排他的総代理店契約の目的を達成することができない。そのため、総代理店契約において、代理店によるオンライン販売に対して一定の制限を課すことが通常である。

¹⁴⁴ ガイドライン第III章3(52)

¹⁴⁵ 合理的な範囲である限り、店頭において販売すべき商品の絶対量を定めることは許容される。

より高く設定すること¹⁴⁶。

他方、改正後のガイドラインは、許容されるオンライン販売制限行為についても明確化しているところ、ブランド商品の販売のように、商品・サービスの質やイメージを保つため、一定の選定基準を充足する代理店を通して商品又はサービスの販売を行うビジネス・モデルを採用している場合には、取り分け重要である。具体的には、以下のようなオンライン販売制限行為を課すことが許容されている¹⁴⁷。

- ① 代理店に対して、オンライン販売のみでなく店頭販売も行うこと（店舗を設置すること）を義務付けること。
- ② 店頭販売に際して要求される基準（例えば、店舗の装飾デザイン）と同種同等の基準（例えば、ウェブデザイン）をオンライン販売に際しても充足することを義務付けること。
- ③ オンライン販売に際して代理店がポータルサイト¹⁴⁸を利用する場合には、供給業者と代理店との間で契約対象製品の流通について事前に合意された一定の基準と条件によることを義務付けること¹⁴⁹。

3 学説の動向

次に本節では、学説の動向として、ガイドラインの改正前のものであるが、ALISON JONES 著、Completion of the revolution in antitrust doctrine on restricted distribution: Leegin and its implications for EC competition law¹⁵⁰を紹介する。本論文は、リージン事件米国最高裁判決を受けて、EU競争法における再販規制の今後を占うものである。EUでは、(最低)再販は事実上当然違法と同様の扱いがなされている(フォームベースド・アプローチ)。欧州委員会は再販規制の形式的な運用の見直しに熱心であるが、欧州司法裁判所にそのような動きは鈍いと著者はいう。

著者によれば、リージン事件米国最高裁判決によっても、EU競争法の扱いに劇的な変化は望めないという。その理由を著者によれば3点あるという。

第一に、米国では、シャーマン法の目的が「消費者厚生」として純化して理解されているのに対して、EU競争法の場合は、そのような純化はなされていないこと。すなわち、第一審裁判所（現・欧州普通裁判所）や欧州委員会では第101条の目的は消費者厚生だと

¹⁴⁶ 例えば店舗改装費用等、固定額の補助金を店頭販売用に代理店に供与することは可能である。

¹⁴⁷ ガイドライン第III章3(54)。なお、一般に、店頭販売に際して要求される基準とは異なる基準をオンライン販売に要求することは、その目的が代理店によるオンライン販売を阻止することにある場合には、ハードコア制限に該当するとされているが、この点につき、改正後のガイドラインでは、店頭販売とは異なる基準がオンライン販売に要求される場合であっても、当該基準の差異が販売手法の差異から正当化できるのであれば、そのような異なる取扱いも許容される旨を明らかにしている。

¹⁴⁸ 規則原文では third party platform とされている。

¹⁴⁹ 例えば、供給業者がポータルサイトの名称やロゴなどが付されている代理店のウェブサイトを顧客に訪れないように要請することは許容される制限の例である。

¹⁵⁰ *Antitrust Bulletin* 903(2008)。

述べたことはあるが、上級審の欧州司法裁判所ではそのような目的が宣明されたことがなく、競争法の広範な目的としてEUの市場統合や流通業者間の競争過程（process of rivalry）の重視が挙げられることが多いこと。

第二に、米国におけるリージン事件以前の「当然違法」の枠組みでは、（最低）再販の正当化は一切認められないため、「合理の原則」への判例変更の必要性があった。これに対して、EUでは、第101条第3項の下で正当化が可能であり（事実上、正当化は閉ざされていたものの）、判例変更の切実な必要性が感じられていないこと。

最後に、欧州司法裁判所は先例拘束性を重視しており、米国のように長期にわたる先例を破棄して、「効果重視（イフェクト・ベースド）」の法理に変更するにはまだ機は熟していないこと。

いずれにせよ、リージン事件米国最高裁判決を受けて、「目的による競争の制限」のカテゴリーと第101条第3項で規定された四つの要件の柔軟な運用の必要性が今後EUにおいて指向されるかもしれないと著者は結論付けている。

第6章 我が国における再販事件の事例整理とその意義

1 問題の所在

前章までのところで、米国における法運用の変遷、リージン判決とその評価、EUにおけるガイドラインの見直しについて、さらには、それらの根拠となる経済学的な考え方についての整理をしてきた。

その結果、再販は、「正当な理由」が認められない限り、自由市場競争機能をゆがめ得る行為として一定の規制が必要であることについては、疑問の余地がなく、この点については、先進各国において、これまで同様、共通認識にあることが分かった。

しかし、米国、EUそれぞれにおいて、「正当な理由」と認められる範囲をある程度拡大する方向での見直し、それが、「合理の原則」による規制への見直しであるか、「適用除外」の範囲を拡大することによるものであるかはともかく、一定の見直しを行う動きがみられる。また、こうした動きを支持する法学的・経済学的な考え方がコンセンサスを得つつあることも分かってきた。

他方、我が国では、現在までのところ、再販に対する法運用の考え方等について何らかの見直しを行う動きはみられない。しかし、この点を批判する意見も聞かれるようになってきている¹⁵¹。

そこで、本章では、最初に、我が国の法運用の事例やその背景にある法学的論拠を概観する。

次に、我が国における再販規制運用についての考え方と、前章までに整理した米国・EUでの上記のような見直しの動きとを比較整理する。

さらに、今回の共同研究では、これまでに再販を行って法的措置が採られた企業(家電販売4社による価格表示の拘束事件¹⁵²を含む。)あるいはその取引先等の企業からの面談調査を行った。そこで、同調査を踏まえて、再販を実施した際の企業の動機・市場構造等の背景・その効果等も参考としつつ、これまでに我が国で行われた再販の経済的背景について、その構造的変化を探ることとしたい。

最後に、以上の点を踏まえて、我が国の再販規制の運用の在り方について今後検討すべき事項について整理したい。

2 我が国における再販規制の論拠とこれまでの事例

(1) 再販の公正競争阻害性に関する我が国の考え方

我が国では、これまで再販の公正競争阻害性について、公正取引委員会の審査等

¹⁵¹ 上杉秋則(2010)「なぜ、日本の独禁法は分かり難いのか—国際比較からの示唆」(公正取引No. 712, 4頁)では、米国の判例を参考にして、メーカーが多数の小売業者に再販売価格を維持させつつ、一定の取組を実施することを約束させる場合には、メーカーにとって有利なことをさせる目的があるはずであり、自社製品の販売促進に効果的な場合があるのであり、こうした場合を再販の正当化事由とすることを検討すべきだとしている。

¹⁵² 松下エレクトロニクス(株)、(株)日立家電、ソニーネットワーク販売(株)及び東芝東日本ライフエレクトロニクス(株)に対する件(1993年3月勧告審決)。

における実務を説明する上では、以下の2通りの主要な論拠が示されてきた¹⁵³。

- ① 通説においては、流通業者間の「ブランド内価格競争の制限をもって再販の公正競争阻害性の内容とし、ブランド内競争が制限されている限り原則として違法となる」¹⁵⁴としてきた。したがって、再販の違法性の論拠は、原則として、同一ブランド内の流通市場における競争の阻害に立脚しているといえる。
- ② 他方、少数説ながら有力説として、再販を違反とする論拠には、「競争機能の制限の中に、行為者と被拘束者を含めた市場競争に対する影響の可能性を認めるべき」としながら、再販の公正競争阻害性の本質は、「支配的ないし優越的地位に立つ行為者が被拘束者の競争機能の自由な行使を制限することに…求められる」¹⁵⁵とするものである。

両説を比較してみると、上記①の説では、「ブランド内における流通市場全体に対する影響」を判断基準とし、ブランド内競争に対する影響をどう捉えるかを問題にして、当該競争が阻害されているのであれば規制すべきということになる。他方、②説では「具体的な競争制限効果を量的に測定するのは、公正競争阻害性の判断とは無縁であって、問題は販売業者の競争機能が不当に制限されるかである」として、競争に対する影響を総合的にどう捉えるかは問題でないとする¹⁵⁶。

したがって、両者には、大きなかい離が生じているように見える。

他方、公正取引委員会の運用上の考え方をみると、「事業者が市場の状況に応じて自己の販売価格を自主的に決定することは、事業者の事業活動において最も基本的な事項であり、かつ、これによって事業者間の競争と消費者の選択が確保される。メーカーがマーケティングの一環として、又は流通業者の要請を受けて、流通業者の販売価格を拘束する場合には、流通業者間の価格競争を減少・消滅させることになることから、このような行為は原則として不公正な取引方法として違法となる。」（下線は本章執筆者、「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」平成3年7月11日公正取引委員会事務局、以下「流通取引慣行ガイドライン」という。）としている。

明らかに最初の下線部は、②説の考え方に影響されているように見えるが、次の下線部は、①説の考え方を踏まえて規制の基本的な考え方を示しているように見える。すなわち、②説の考え方によっても規制すべきものではあるが、規制の基本的

¹⁵³ なお、「一部の学説は、再販行為はブランド間競争をむしろ活発化することがあるから、この競争促進効果と、ブランド内競争の消滅による非競争効果との間の比較考量によって、公正競争阻害性の有無を判断すべきであると説く」（根岸哲・舟田正之（2006）「独占禁止法概説 第3版」有斐閣 269頁）とされている。当該学説においては、「競争法の主たる関心事がブランド間競争にあり、その目的がブランド間競争を促進することである」（村上政博（2009）「独占禁止法における反審決分析の役割」商事法務 120頁）として、前述の第一次粉ミルク再販事件の先例価値は失われているとする。しかし、上述のとおり、当該学説が公正取引委員会の実務に影響を及ぼしてきたとは言い難い。

¹⁵⁴ 根岸哲編（2009）「注釈独占禁止法」有斐閣 土田和博執筆 454頁

¹⁵⁵ 前掲・根岸哲編 455頁、正田彬（1999）「経済法講義」日本評論社 159頁ほか

¹⁵⁶ 舟田正之（2009）「不公正な取引方法」有斐閣 72頁

な考え方は、①説によっているとしているようにも読める。そうすると、相反する二つの学説を一つの規制の論拠として採用したということになるのだろうか。

こうした疑問に答えるかのように、上記①説と②説は、「いずれも市場競争に及ぼす影響の可能性を問題としており、一見した程の相違はないものとする。」¹⁵⁷とする考え方も示されてきた。

これは、上記②説の場合でも、再販が市場の競争に影響しないことは想定し難いものである以上、どちらの説によったとしても、「拘束」行為が認定される限りにおいては、実務上の取扱いにおいて差が生まれるものではないということである。

なお、判例¹⁵⁸では、「再販売価格維持行為により、行為者とその競争者との間における競争関係が強化されるとしても、それが、必ずしも相手方たる当該商品の販売業者間において自由な価格競争が行われた場合と同様な経済上の効果をもたらすものでない以上、競争阻害性のあることを否定することはできない」と判示することで、ブランド内競争が制限されることに経済上大きな悪性があり、これが規制の論拠であるとする考え方を示した上で、旧「一般指定8は相手方の事業活動における競争の制限を排除することを主眼とするもの」と判示している。したがって、この判例も、一見すると、流通事業者間のブランド内競争の制限によって生じる経済上の弊害こそが再販規制の趣旨である旨判示しているようにみえる。

しかし、仮に、最高裁が、市場シェア 10%程度の製造事業者であった原告の行為を規制することに、どれだけの経済的意義があったのかという自他の疑問に答えようとして、「相手方の事業活動における競争の制限」という表現に、実は、「相手方の競争機能の自由な行使の制限」の意味を含ませていたとすれば、すなわち、こうした制限を排除することが規制の主眼であると判示していたとすれば、どうだろうか。

このほうが「ブランド内競争制限の経済上の悪性」という論拠だけに寄りかからずに済み、規制することの論拠がより強固なものとなるようにみえる。したがって、このように捉えることができるのであれば、結局、判例も①説及び②説の両者を踏まえたものとも考えられる。

こうしてみると、我が国では、学説によって表現の差こそ多少あるものの、流通事業者間の価格競争を制限することそれ自体に悪性があるのであって、かかる行為を当然違法として、規制すべきだとする考え方が、実務上しっかりと根付いてきたものとみられる。

(2) 再販の違法性に関する米国・EUの考え方

他方、上記(1)で述べた我が国における再販の公正競争阻害性に関する考え方は、前章まで概観してきたリージン判決の考え方とは明らかに異なるし、同判決前の米国連邦最高裁の考え方や、EUの考え方とも相違する。

¹⁵⁷ 前掲・根岸編 453 頁

¹⁵⁸ 第一次粉ミルク再販事件 昭和 50. 7. 10 最判 審決集 22 卷 173 頁

前章までに述べた説明の繰り返しになるが、例えば、米国では、リージョン判決前においても、再販の「反競争的な動機の主なものとして、製造業者間のカルテルあるいは流通業者間のカルテルを促進することがある。このカルテル理論は、リージョン判決前の連邦最高裁において支配的な考え方であったと考えられる。」¹⁵⁹としており¹⁶⁰、流通業者間による同一ブランド間の価格競争制限自体を問題とするのではなく、流通業者間でのカルテルにつながる可能性、あるいは、製造業者間でのカルテルにつながる可能性をもって初めて違法性が生じるとみている¹⁶¹。

さらに、リージョン判決では、「反トラスト法は、主として、価格を引き下げることにつながり得るブランド間競争を守るように設計されている。」としており、同一ブランド内競争の小売事業者の競争阻害それ自体を問題視する考えはない。

また、EUでも、従来から、「委員会は、再販売価格の設定等を課すことは、価格引上げを透明にすると同じように、同ブランド間の競争を除去することにつながると考えていた。透明度が高くなるということは、相手の手の内が見えるということで、供給者あるいは買い主間の水平的共謀を促進することになる。」¹⁶²という見方も一部にあり、リージョン判決前の米国連邦最高裁と同様、製造事業者間あるいは小売事業者間のカルテル促進防止も立法目的の一部であると解されてきたが、さらには、前章で述べたとおり、2010年に改定されたEUの新しい垂直制限行為ガイドラインでも、再販の弊害について、第一に製造業者のカルテル促進のおそれを挙げ、第二に、一又は複数の製造業者への再販の働きかけを通じた小売事業者間のカルテル促進のおそれを、第三に、製造業者間と小売事業者間の競争の緩和の可能性を明示している。

また、第四として、再販によって、小売事業者が価格を引き下げることができなくなるため、価格上昇につながることで、第五として、製造業者は、再販を行うことで流通業者への卸価格引下げを行わないことを確約し (commit)、自らのマージンに対する引下げ圧力を減らそうとする可能性があること、第六として、再販によって流通業者に分厚い利幅を約束することで、流通業者に対して弱小の競合ブランド品販売を阻害するよう働きかけること、第七として低価格を武器とした新規小売事業者の参入阻害の可能性のあることを指摘している。このうち、第四と、第五、第七

¹⁵⁹ Roger Blair, “The Demise of Dr. Miles; Some Troubling Consequences” The Antitrust Bulletin: Vol. 53, No. 1 /spring 2008:133

¹⁶⁰ なお、J. Breyer 判事のリージョン事件連邦最高裁判決における反対意見では、製造事業者間のカルテル促進の弊害を述べると同時に、小売市場について、「再販は単一ブランド又は複数ブランドの小売事業者間の価格競争を減殺する。そうすることで、多くの顧客が好むより低い価格を小売事業者が提供することを防止するし、小売事業者が需要の変化、例えば需要減少に応じて価格引下げによって対応することができなくなるし、小売事業者は価格の代わりにサービスの競争を促進するようになり、そうした部門に無駄に資源が集中する。そうでなければより低い価格で顧客を引き付けることができる効率的な小売事業者の事業拡大を阻害し、小売事業の新しい効率的な発展を阻害することになるなどの弊害が生ずる。」としており、単一ブランド内での小売業者の価格競争制限自体に資源の無駄な集中という弊害が存在する点を指摘しているが、反対意見全体を見れば、この理由は、再販の弊害全体の一部を構成しているにすぎない。

¹⁶¹ 前掲・Roger Blair では、再販を通じた流通業者間のカルテルは、再販の対象となったブランドが純粹な独占でなければある程度の競争に直面することになり、結局、実効性を持って実施されるためには、製造業者間のカルテルが実施される必要があるだろうとしており、興味深い。

¹⁶² 岡村堯 (2007) 「ヨーロッパ競争法」三省堂 375 頁

が再販による小売事業者の価格競争機能を制限することそれ自体による弊害を指摘しているものとみられる。

しかし、リストの順番からみても、全体のウェイトからみても、後者の3点が再販の弊害の主たる部分であるとは解し難い。

こうしてみると、我が国における再販の公正競争阻害性の考え方は、米国・EUの考え方と比較して、少なからず異なっている、あるいは異なるようになったものとみられる。

その原因としては、幾つかの要因が存在するものと考えられるが、後述するとおり、一番大きな背景としては、我が国特有の取引慣行・流通市場構造等の事情が存在したことによるものと考えられる。

そこで、次に、我が国で実際に措置が採られた事例等を踏まえつつ、以下の3点について検討することとしたい。

- ① 再販の公正競争阻害性についてのこれまで述べた我が国の運用・学説の理解の背景となった我が国の取引慣行・流通市場構造等の固有の特殊事情について、改めて整理する。
- ② 上記①で問題とされる特殊事情は、現在も存在しているといえるか。仮に、取引慣行・市場構造等に変化が生じたとすれば、我が国における再販規制について見直す必要性について検討する。
- ③ そうした見直しを行うに当たっては、リージン判決や、EUのガイドラインの見直しはどの程度参考となり得るかについても検討する。

(3) 我が国における再販の事例・当局の対応

上記(2)の3点を検討するに当たって、最初に、再販等の垂直制限行為に対する公正取引委員会によるこれまでの実態調査・事件処理等の行政上の対応について整理し、その背景にあった我が国における取引慣行・流通市場構造等の固有の特殊事情やその変化について整理する。

そこで、以下では、

- ① 最初に、日米構造問題協議において我が国の流通市場の閉鎖性が指摘されたこと等を踏まえて行われた実態調査、事件処理、行政指導等を俯瞰し、
- ② 次に、我が国の流通構造に大きな変革をもたらしたとされる大規模小売店舗法の後継法たる大規模小売店舗立地法の成立した1998年以降の主たる事件（違反行為が行われ、立入検査を経て、勧告審決に至るまでの時間経過を踏まえ、2000年以降勧告審決が行われた事件をいう。以下同じ。）について整理し、
- ③ 最後に、上記①と上記②のそれぞれの事例について比較検討したい。

ア 1998年以前の日本的取引慣行

日米構造問題協議では、我が国の流通分野における日本固有の特殊な取引慣行が流通取引における公正な競争を阻害しているおそれが指摘された。具体的には、「建値制、希望小売価格の設定、リベート制、返品制、多頻度小口配送、派遣店員などの取引慣行」¹⁶³が挙げられた。また、これらの一連の慣行といわゆる流通系列化、すなわち、「メーカーが自己の商品について販売業者の協力を確保し、その販売について自己の政策が実現できるよう販売業者を掌握し、組織化する一連の行為」¹⁶⁴が相まって、「日本の流通システムの持つ競争制限性、閉鎖性が問題とされるようになり、さらに、流通分野に対する公共政策の在り方までが外国企業の参入や製品輸入にとっての阻害要因として批判の対象とされるようになった」¹⁶⁵とされる。

こうした「我が国特有の取引慣行」が様々な弊害をもたらすとの政策判断から、公正取引委員会は、日米構造問題協議最終報告がまとまった1990年以降、以下のような実態調査・事件処理・行政指導等を相次いで行ってきた。

① 流通取引慣行ガイドラインの作成・公表（1991年7月）

② 流通実態調査の実施

- ・ メーカー希望小売価格・建値・リベートに関する実態調査（1992年7月）
- ・ 乗用車・自動車部品・板ガラス・紙の流通実態調査〈各メーカーとディーラー・流通業者との取引契約の排他性・閉鎖性の有無に関する実態調査〉（1993年7月）
- ・ ディスカウントストアの成長とメーカーのチャネル政策の変化（1994年10月）

③ 流通分野における行政上の措置・行政指導

- ・ 有力カーオーディオ・メーカーのアルパイン社に対する勧告審決〈19条・一般指定12項〉（1991年4月）
- ・ ビタミンE剤のトップメーカーのエーザイに対する勧告審決〈19条・一般指定12項及び13項〉（1991年8月）
- ・ ミニドリンク剤トップメーカーの佐藤製薬に対する勧告審決〈19条・一般指定12項〉（1993年6月）
- ・ 化粧品トップメーカーである資生堂に対する同意審決〈19条・一般指定12項〉（1995年11月）
- ・ 流通取引慣行ガイドラインの公表に伴い、各乗用車メーカーがディーラーとの契約見直しを行い、他社の車の取扱いに関するディーラーの自主性を尊重するものに改められた。（1991年12月）
- ・ ビールの価格の同調的引上げの報告徴収に関連して、ビールメーカー4社に

¹⁶³ 矢部丈太郎ほか監修（1996）「流通問題と独占禁止法1996年度版」国際商業出版 43頁 矢部丈太郎・山田昭雄執筆

¹⁶⁴ 前掲・44頁

¹⁶⁵ 前掲・38頁

対して、希望小売価格はあくまで参考価格であって価格は小売業者が自主的に定められることを周知徹底するよう指導。(1991年9月)

④ 再販適用除外制度の見直し

- ・ 指定商品の再販適用除外制度については、1966年度以降徐々に指定商品の削減が図られ、1997年度までに再販指定が全て取り消された。
- ・ 著作物の再販適用除外見直しの結果、2001年、競争政策の観点からは著作物再販適用除外制度を廃止すべきであるが、国民的合意が形成されるに至っていない状況にあることから、制度は当面存置するも、弾力的運用を促すことにより一般消費者の利益の向上を図ることとされた。

以上の各施策を振り返ってみると、我が国の流通慣行の特殊性解消が、当時の競争当局の喫緊の政策課題となっており、そのために相当程度、資源を投入していたことが改めて想起される。

イ 流通取引慣行ガイドライン作成の背景

1970年代後半から、特に米国においてシカゴ学派の考え方が席卷したこともあって、メーカーによる流通政策推進とブランド間競争の促進の関係については、我が国においても、当時の流通慣行に対する様々な問題を論じられる中で、

「メーカーがその販売政策どおりに流通業者を拘束しても、…単にブランド内の競争が制限されるだけであり、かえってブランド間の競争に集中できる」ため、公正競争を阻害することにならないという考え方があることは認識されていたが、同時に、

「ほとんどの流通業者が既存のメーカーの系列下に置かれている状態を想定すると、かかる市場への新規参入には、流通網まで確保した形で行うことが必要となり、それだけ参入障壁が高まることになる。…メーカーの手を離れた製品についてこれをどのように販売するかは基本的に流通業者が自由かつ自主的に決めるべきであるとする考え方から、メーカーによる流通業者の販売政策への介入は自由ではなく、むしろそれなりの必要性が示される場合に認められるべきであると考えられるようになっていく。販売網が内外のメーカーに広く開放されている市場では、既存の流通業者を活用することにより自社製品の販売網を構築することが容易であるから、ブランド内競争の制限に相当する行為を問題視する必要性が希薄であることになる。我が国市場は、海外から参入困難な市場であると指摘されている。これが事実であるかは重要な問題であるが、もし事実であるとすれば、我が国の独占禁止法はブランド内競争の制限行為に対してもかなり厳しく運用することを求められることになるであろう」(下線は、本章執筆者。) ¹⁶⁶

として、同一のブランド内市場における流通業者に対する拘束について注目し、そ

¹⁶⁶ 前掲・86頁 本記述は、当時、流通・取引慣行ガイドライン原案が、米国にとっては、ブランド内競争の制限に対する規制を重視しているように見え、この点を米国が批判していた(同書94頁)ことを踏まえて、執筆されたものと思われる。

の公正競争阻害性を除去することが競争政策上の大きな課題であるとの認識が示されている。

ウ 和光堂事件判決に対する評価

有名な和光堂事件最高裁判決において、高々10%の市場シェアしかない和光堂の粉ミルクについて、消費者の使い慣れの問題に係る十分な経済実態の検証が行われなかったことを捉えて、

「経済実態の分析に対する本判決の依拠の仕方が、あまりにもぜい弱で粗雑なのではないか」¹⁶⁷

とする批判がある。

しかしながら、それぞれ4割前後のシェアを有する明治商事、森永商事の2社も同様に、再販を行っており、業界全体で流通体制が硬直化している中では、和光堂1社のみ「再販によってブランド間競争を促進していたのだ」と主張してみても、説得力を持たず、検証することにあまり意味があったとみなされなかったのであり、最高裁としても、その公正競争阻害性について疑問を差し挟む余地はなかったとする見解も少なからずみられる¹⁶⁸。

また、これと関連して、白石教授が「当該ブランドのみで市場が画定されるのではない限り再販売価格拘束によって直ちに反競争性が生ずるとはいえないとの考え方」（白石忠志「独占禁止法」52頁注114）を主張した上で、根岸教授の論文『競争の実質的制限』と『競争の減殺』を意味する公正競争阻害性との関係」（甲南法務研究4号（平成20年）3頁）を引いて、自らも同じ考え方であるとしている。根岸教授の同論文では、「再販売価格の拘束を実効性を持って行うことが可能であれば、現実には、通常、何らかの程度にブランド間競争の制限効果が認められるものといえるのかもしれない。」としつつも、「一般論として、再販売価格の拘束は、ブランド内競争が制限される限り、ブランド間競争が強化されることになっても、「競争の減殺」が生じ違法となるということには問題がある（根岸哲「育児用粉ミルク再販売価格維持行為事件最高裁判決」ジュリスト599号37頁、41頁）」としている。

しかし、以上の両教授、特に根岸教授の主張には注意を要する。

第一に、根岸教授が上記論文で引用している（根岸哲「育児用粉ミルク再販売価格維持行為事件最高裁判決」ジュリスト599号41頁）では、再販を「維持するためには、それを行う供給業者が、製品差別化の成功などによって、ある程度の市場支配力を単独であるいは共同して持っており、販売価格競争を回避できる場合でなければ不可能である。」（下線は本章執筆者。）としている。

したがって、根岸教授は、白石教授の主張する「当該ブランドのみで市場が画定される場合」だけでなく、「当該ブランドとその他のブランドと共同して」市場支配力を持っている場合も、再販が実効性を持って行われ得るとしていることから、この

¹⁶⁷ 白石忠志著（2008）「独禁法事例の勘所」有斐閣 6頁

¹⁶⁸ 同様の観点からの指摘は、「正田彬 全訂独占禁止法Ⅰ」389頁、「川越憲治編著 実務経済法講義」212頁ほか多数に上る。

ような場合も当然に再販規制の対象とすべきだと考えているものと思われる。

第二に、「再販を行うことは、単独あるいは共同で市場支配力を有している場合でなければ不可能である」としている点である。この「共同で市場支配力を有している場合」について、根岸教授は、共著ながら他の著書では、「競争者との間の価格競争（ブランド間競争）が有効に働いていないことを意味する」¹⁶⁹としている。これをもう少し具体的に解すると、「市場が協調的であり、ブランド間競争が抑制されている」¹⁷⁰場合でもあると考えられる。

そういう市場であれば、再販を行うことでブランド間競争が促進されることは想定できないのであり、根岸教授としても、そうした事態は、事実上想定されていないようにも解される。

したがって、上記の論文『競争の実質的制限』と『競争の減殺』を意味する公正競争阻害性との関係（甲南法務研究4号（平成20年）3頁）では、「一般論として」と述べているのであり、規制が妥当でない再販も、理論的可能性として、排除し得ないとしているにすぎないのではないだろうか¹⁷¹。

また、少なくとも、上記のような我が国特有の流通取引慣行が存在する中では、「当該ブランドのみで市場が画定される」商品でなかったとしても、「複数のブランドが共同して市場支配力を持っている」場合が様々な市場において常態化していたことから、特定のブランドによる再販が認定できた場合には、直ちにその公正競争阻害性を認定しても、何ら問題なかったものと考えられる。

実際、今回の共同研究で実施した事業者からの面談調査（以下「今回の面談調査」という。）においても、有力家電販売社4社に対し勧告（1993年3月審決）が行われた頃の家電業界において、「メーカーの系列店と全国に50社程度存在した家電量販店との間で、一定の棲み分け関係が存在していた」ため、「希望小売価格があり、その一定割合を値引いた価格で量販店が販売し、さらに少し値引いた価格でダイエーなどのスーパーが販売する」という価格体系が、業界内において確固として存在していたとされている。

また、家電業界と同様、系列店関係が強固であったとみられるトラック業界やガソリン販売業界では、各地でディーラー間あるいは地区の販売業界団体による最低販売価格カルテル等が摘発されており（兵庫三菱ふそう自動車販売（株）ほか4名事件（1993年10月審決）、香川県石油商業組合高松支部事件（1986年8月審決）等）、

¹⁶⁹ 「独占禁止法概説 第3版」根岸哲・舟田正之著（有斐閣）268頁

¹⁷⁰ 「アカウント制によるスポーツシューズの再販売価格の拘束」植村吉輝執筆（「別冊ジュリスト経済法判例・審決百選 No.199 April 2010」155頁）

¹⁷¹ 根岸教授の甲南法務研究4号（平成20年）の論文では、むしろ、公正取引委員会の流通・取引慣行ガイドラインにおいて、非価格制限行為についてまで、「育児用粉ミルク事件最高裁判決を支えとして、ブランド内の価格競争が制限される限り『競争の減殺』が生じ違法になるとしている」点を問題として取り上げ、公正競争阻害性の認定と競争の実質的制限の概念の整合性について論じる関係上、再販についても一般論として過剰規制になる可能性が取り上げられたとみるほうが自然であると思われる。

同一ブランド内の小売販売価格を締め付けておきさえすれば、業界全体において、事実上の価格カルテルと同様の効果を持った状態を、事実上、実現することができたものと考えられる。したがって、各企業の市場内でのシェアや業界順位がどうであれ、そのブランド内価格競争を拘束する動きについて十分に注視すること自体が、競争政策上非常に大きな課題となっていたものとみられる。

エ 1998年大規模小売店舗立地法成立以降の事例

1990年代に大規模小売店舗法の各種規制が緩和され、さらに、1998年に大規模小売店舗立地法が成立し、2000年に同法が施行、大規模小売店舗法が廃止されて以降、我が国の小売業界の地図は大きく変貌したとみられ¹⁷²、公正取引委員会も、こうした業界変化を踏まえてか、我が国固有の流通取引慣行がもたらす弊害に係る実態調査について行うことはなくなった。

逆に、この数年、公正取引委員会による大規模小売店による優越的地位の濫用に係る実態調査や事件処理が積極的に行われるようになってきた。また、後述するとおり、大規模小売店は、有力なメーカーに対しても様々な要求を行うことが目立つようになってくるようになるなどメーカーと小売事業者の力関係は、少なからず変貌したとみられ、メーカーによる流通系列支配が依然として残っているとみて明らかかな業界は、乗用車等幾つかの業界を除けば限られたものとなったのではないだろうか。

実際、今回の面談調査でも、2000年以降に再販を行った有力メーカーや、家電小売業界からは、

① 「もう7、8年前くらいから、ホームセンター各社が全国各地で店舗展開を急激に加速し、「あるホームセンターで安売りが行われると、近隣の他のホームセンターでの売れ行きががたっと減るので、そのホームセンターでも安売りを対抗するようになり、そうすると赤が出るため、当社に対して利益補てんを迫るようになってきた」。その結果、「各ホームセンターによる安売りの目玉商品として扱われ、結局、ブランド価値の維持はおろか、ホームセンター同士の販売合戦に巻き込まれてしまった」。

¹⁷² 日本政策金融公庫調査月報2009年2月号「中心市街地活性化の課題」(村上義昭著)によれば、大型小売店舗の開設数自体は、1992年施行の改正大店法の規制緩和(商業活動調整協議会の廃止等)等により急増し、1990年から1994年までに開設した大型小売店の店舗数は約3千店、1995年から1999年に開設した大型小売店の店舗数は、史上最高の約4千店と、1980年代の10年間に開設した店舗数約3千店と同水準か、あるいは、これを大きく上回り、遅くとも1990年代後半から、流通市場の大きな変化が始まっていたものとみられる。他方、いわゆるメーカーによる流通系列化を担っていたとみられる中心市街地に立地する小売商店は、大型小売店の郊外化に伴う中心市街地における商業機能の地盤沈下もあって減少傾向をたどり、小売商店全体に占める割合は、1997年に43.7%であったものが、2003年に39.2%に低下している。より詳細な分析が必要と考えられるものの、達観してみれば、1990年代後半以降の大型小売店の郊外立地の進展等の影響が2000年以降、流通市場における大きな構造変化として明確に現出したものとみられる。

② 有力ゲーム機メーカーの流通網について、昔は、おもちゃ店と量販店と言うように棲み分けがあったが、現在は、両社とも量販店を含むようになった。ゲームソフトに関する各社の流通網は重なっていて、競争が激しい。

③ 有力家電販社4社に対する勧告以降、家電量販店の小売価格について、「全く口出しすることはまかりならなくなった結果」、価格のみで勝負する量販店が急成長し、先日の優越的地位濫用事件で排除措置命令を出された量販店のように、「商品が売れ残ると、結局、我々がリベートを出して2割近い粗利の保障をしてやらないといけない。つまり、卸した後に、値引きを迫られる。また、この価格では消費者に買ってもらえませんなどとして値引きを迫られるのだが、結局、彼らだけが増収増益を続けているのである。有力なメーカーに対して高圧的に値引き要求をしてくるようになっている。」

等の説明が聞かれた。

このように、メーカー側と小売事業者側の力関係に大きな変化が生じている中で、

- ① 企業側はどのような目的で再販を行ったのか、
 - ② メーカー側との関係で力を持っている量販店との関係で、再販を実施する上で、どのように、その実効性を確保しようとしたのか、
 - ③ メーカーによる流通系列支配が強かった時代の再販とは、実態としてどのような点が異なるのか、あるいは異なるところはないと考えてよいのか
- 等の疑問が生ずる。

そこで、以下では、1998年以降の主な再販事件について、事件審査を担当した審査官の解説論文等を参考に、企業側の再販を実施した目的・動機別に整理してみた。

① 中小の系列小売事業者等の保護

- ・ スキューバプロ・アジア株式会社（2002年12月勧告審決）

「並行輸入の増加、廉売を標榜する量販店等の台頭等により」、「零細な小売業者から量販店の安値販売を止めさせるよう求めてくることが増加したことから、量販店等の値引き競争による大幅な値引き販売を防止し、零細な小売業者及び自社の利益を確保するため」¹⁷³再販を実施した。

上記「零細な小売業者」とは、スキューバに必要な資格教室を併設し、ユーザーに同社製品の安全な使用法についての説明を実施したり、故障の際のアフターサービスにおいて十分な技術力を持って対応したりするなどの役割を担っており、ユーザー層拡大を図るのに貢献してきたとみられる。スキューバプロ・アジア株式会社では、こうした小売業者は、同社のスキューバ製品を我が国で普及させていく上で重要なネットワークとなっているとの判断

¹⁷³ 齋藤修・天笠裕介（2003）「スキューバプロ・アジア株式会社による独占禁止法違反事件について」（公正取引No. 628）96-101頁

があったのであろう。

なお、同社は、「国内におけるダイビング用品の販売分野において、シェアが20数%であり、特に、高額な製品である重器材のシェアが高く、業界において有力な地位にある」¹⁷⁴とされている。

- ・ ハマナカ株式会社（2008年6月排除措置命令）

ハマナカ株式会社は、2005年9月頃以降、ハマナカ毛糸の小売業者が標準価格を大幅に下回る販売価格で販売することにより小売業者間の価格競争が激化してきたことから、「事業経営上の合理性、必要性からではなく、大多数の中小の小売業者が生き残れるようにし、産業としての、文化としての手芸手編み業を維持し、手芸手編み業界全体を守るためである」（2010年6月9日審判審決書記載の被審人の主張）として、大手量販店に対し、希望小売価格での価格を維持するよう指導するなどの再販を行った。

なお、排除措置命令時の報道（2008年6月23日時事通信）によれば、同社のシェアは、35%で第1位であったとされている。

- ② 新規販売経路での販売開始とブランド力維持

- ・ 株式会社ウエルネット（2001年1月勧告審決）

株式会社ウエルネットは、テンピュール安眠枕の販売について、1993年から開始し、当初は、百貨店、通信販売業者等により希望小売価格で販売されていたところ、雑誌等で紹介され人気が高まってきたことから、1996年以降、大型雑貨店、大手量販店等にも販路を広げた際、希望小売価格での販売を要請し、この要請を受け入れた小売業者等とのみ取引を行い、また、これに反した小売業者に対して、希望小売価格での販売を行う要請し、同価格を下回る価格での販売を止めさせている。

その目的・動機として、担当官解説¹⁷⁵によれば、「それまで希望小売価格で販売していた通信販売業者、百貨店等との取引がなくなるおそれがあること、テンピュール安眠枕を高級品と位置付けているファゲダーラ社（本章執筆注：同安眠枕の供給元の親会社）との取引に影響が出る恐れがあること等を懸念して」いたことが挙げられている。また、同社としては、「グレードの高い枕としてのブランドイメージを維持するとの営業方針を」採っていたとされている。

なお、そのシェアについては、特段の記載がないが、専門量販店等の店頭には、当時も、いわゆる高級枕には様々な製品が存在していたことから、それほど大きなものではなかったとみられる。

- ・ 株式会社ピエトロ（2000年8月勧告審決）

¹⁷⁴ 前掲・97頁

¹⁷⁵ 吉原仁・本田辰雄（2000）「株式会社ウエルネットによる独占禁止法違反事件について」（公正取引No. 595, 55～58頁）

株式会社ピエトロは、1983年から主として、百貨店向けに生タイプの「ピエトロドレッシング」を販売してきたが、その後、百貨店の売上げが伸び悩んできたこと等から、1995年頃から販路を量販店等に順次拡大していったが、その拡大に当たっては、担当官解説¹⁷⁶によれば、「流通業者及び消費者の間に定着している高級品としての評価が崩れることを懸念し」再販を実施した。

なお、同社の製品は、液状ドレッシングのメーカーとしては、第3位であり、シェアは10%前後であったとされるが、同事件の審査当時、量販店での販売が同社の販売の75%を占めていることを踏まえると、量販店での販売を開始する前は、3%（ $10\% \times 0.25 = 2.5\%$ ）程度のシェアしかなかったものと推計される。

- ・ 日産化学工業株式会社（2006年5月排除措置命令）

日産化学工業株式会社は、それまで主として全農あるいは卸商を通じて、各地の農協組合員向けに販売してきたが、「7、8年前（2001年、2002年）くらいから、ホームセンター各社が全国各地で店舗展開を急激に加速」（後記（参考）参照）する中で、ホームセンターとの取引を拡大させたが、その過程で、幾つかのホームセンターにおいて希望小売価格を下回る小売価格で販売するなどの行為が広がった。

同社としては、地方を中心にテレビ・コマーシャルなどを打ったり、その商品価値を理解してもらって、じっくり販売してもらおう戦略を行ったりすることで、ブランド力を高めてきたことから、ホームセンターの店舗急拡大に伴う、同社製品の廉売は、ブランド力の低下を招くことになるとの危機感が強まったとみられ、再販を徹底し、小売業者に希望小売価格での販売を行わせた。

なお、同社のシェアは4割程度と、いわゆるトップブランドである。

- ・ グリーングループ株式会社（2004年6月勧告審決）

グリーングループ株式会社は、「日田天領水」と称するミネラルウォーターを直接、通販で、又は希望小売価格を下回る価格で販売することの少ない小規模の小売業者向けを中心に販売してきたところ、テレビ番組等で取り上げられ急速に人気が高まったことを受け、2002年以降、希望小売価格での販売を要請しつつ、販売ルートを拡大し量販店での販売も開始したところ、一部の小売業者で安売りする事例がみられたことから、再販を徹底することで、おおむね希望小売価格を下回らない価格で販売させるようにした。

なお、同社のシェアは、担当官の解説¹⁷⁷によれば、同社が「大分県の地場メーカーにすぎず、他方、ミネラルウォーター類の市場規模が極めて大きい

¹⁷⁶ 山下義雄（2000）「（株）ピエトロによる独占禁止法違反事件について」（公正取引No. 601，81～83頁）

¹⁷⁷ 上田充宏（2004）「グリーングループ株式会社による「日田天領水」の再販売価格拘束事件について」（公正取引No. 646 70～76頁）

ことから見て」、同社のシェアが「必ずしも大きくないことは容易に推測できる」としている。

③ 新製品の販売¹⁷⁸

・ アップルコンピュータ株式会社（2000年10月警告）

アップルコンピュータ株式会社は、1998年8月から斬新なデザインとコストパフォーマンスを強みとする「iMac」を、1999年10月から「iBook」をそれぞれ販売してきたところ、同社が選定した「iMacデモ展示販売店」及び「iBookデモ展示販売店」でのみの販売とし、その選定に当たっては、希望小売価格での販売及びポイント提供の対象外とすることを当該小売事業者に要請している疑いが認められた。

当時、各店舗は、同社の2機種を店頭が目立つ所に展示するなどのデモ販売を積極的に行っていた。

また、その販売シェアは、Windows搭載PCに押され、数%程度であったとみられる。

・ サンデン株式会社（2001年9月勧告審決）

サンデン株式会社は、事件審査担当者の解説¹⁷⁹によれば、「自社の石油ストーブがホームセンター等の量販店において安売りされることが常態化し、また、他の小売業者も対抗して安売りしていたことから、利益の出ない商品となるなど、取扱い小売業者のサンデン離れが進み、シェアが年々減少して」いる中で、平成12年1月発売予定の「北海道地区において画期的と評価され」た、新製品ゼータスを投入するに当たって、サンデンの定める販売価格以上の価格で販売させ、広告等の価格表示についても規制する方針の下、取引先代理店を大幅に絞ること等により、再販を徹底した。

当時のサンデンのシェアは、これも事件解説によれば、「過去の違反事件と比較すれば高いものとはいえない」としている。

(4) 1998年以前と以後の事例比較

上記(3)では、大規模小売店舗立地法が成立する以前と以後における再販に対する行政上の措置・行政指導の主要な事例等を挙げてみたが、これを比較してみると、以下のような点が観察される。

① 流通構造の変化

上記(3)アの再販事件をみると、アルパイン、エーザイ、佐藤製薬及び資生堂の各

¹⁷⁸ 新製品の販売に係る事件としては、一般指定13項の事件ではあるが、小売価格との連動性が高い店等又はチラシ広告での表示価格を拘束していたジェイフォン株式会社による事件(2003年9月勧告審決)がある。同社は、当時画期的な新製品であり、他社に約1年半も先行して発売されたカメラ付携帯電話機についての上記表示価格について制限していた(菅原辰男・池田菜摘子(2003)「ジェイフォン株式会社による独占禁止法違反事件について」公正取引No. 637 100~104頁参照)。

¹⁷⁹ 水平健一(2001)「サンデン株式会社による独占禁止法違反事件について」(公正取引No. 613 66~70頁)

社について共通していることは、各社とも、特約店、専売店、あるいは「取引基本契約書」を交わして他の小売業者への転売を制限することを了承した小売業者との取引による流通網を既に築いているメーカーであったという点である。

それでも、以下のような法規制の変更等の何らかの外生的要因あるいは一時的需要変動をきっかけとして価格体系が揺らぐのを防ぐため、あるいは再販指定品目が頻繁に変更される中での同品目に関する注意懈怠もあって再販を行ったものと評価できる。

- ① 「物品税の廃止に伴い価格競争が激化¹⁸⁰する懸念があったこと」(アルパイン)、
- ② 「医薬品の再販指定商品について十分な認識を持たず再販指定告示の商品分類に注意を怠ってきたこと」¹⁸¹ (佐藤製薬)、
- ③ 「指定再販商品の縮小やディスカウント店による割引販売が行われるなど、化粧品の割引販売に対する消費者の関心が高まる事態が起こり、低価格販売を志向する大手量販店において、資生堂化粧品の割引販売を企図する動きが生じた」(資生堂)

なお、家電販社 4 社の行為は、上記のような需要変動等に伴ってというよりは、昭和 60 年代からやや慣行的に行われてきたものであるとみられる。そのうちの 1 社である松下エレクトロニクス株式会社については、担当官の事件解説¹⁸²によれば、定期的なモデルチェンジによる後継機種等の販売について、「広域量販店が広告等において行う価格表示が実勢小売価格の形成に大きな影響力を有して」おり、「広域量販店が価格表示を守れば市場価格の安定が図られ、広域量販店に対する価格表示の規制が問題の核心であったということは容易に推認されよう。」としている。

また、要請を受けた量販店の側も、「参考価格以上での価格表示が定着すれば、実勢小売価格の維持が図られ、自己の利益に資するところから」、再販を遵守していたとされている。

したがって、当時、強力な流通系列支配を行っていたメーカーは、量販店に対しても強力な力を発揮し、他方、量販店の側も、その支配の下で、メーカーの営業政策に従うことで、かえって自らの利益も確保することができたという共存共栄の関係にあったものとみられる。

これに対して、上記(3)エの、大規模小売店舗立地法制定後の再販事件をみると、何らかの外生的需要変動や取引慣行によってというよりは、「廉売を標榜する量販店等の台頭」(スキューバプロ)、「ホームセンター各社の店舗急拡大に伴う廉売」(日産化学工業)、「ホームセンター等の量販店において安売りされることが常態化し、また、他の小売業者も対抗して安売りしていた」(サンデン) ことのように、流通市場の競争激化を主因としてメーカー側が中小小売業者の保護やブランド力の維持、シェア維持等のため、再販を図ったとみられる。

¹⁸⁰ 山田春紀・藤本敏行 (1991) 「カーオーディオの再販売価格拘束事件」(公正取引 No. 490)

¹⁸¹ 長谷部元雄 (1993) 「ユニケル製品等の再販売価格拘束事件について」(公正取引 No. 517)

¹⁸² 檜崎憲安 (1993) 「公正な取引方法における拘束性のとらえ方について 家電量販店の価格表示の制限事件の解説」(公正取引 No. 511)

言い換えれば、流通業者間の激しい競争に巻き込まれるのを何とか回避したいとするメーカー側の意図が強くなるかがわかる。

スキューバプロ社も日産化学工業も、量販店での販売は、全体の販売の3割を占めるにすぎないとされるが、量販店での価格動向をそのままにしておくことはできなかったとみられる。

したがって、前者においては、長年築いてきた系列化した流通市場における外生的あるいは一時的な要因による揺らぎを抑えようとするものであったり、量販店側にとっても収益が約束され慣行化したものであったりするのに対して、後者では、量販店が台頭し激化する流通市場での競争に、いわば振り回されるのを何とか食い止めようとして、メーカーが再販を講じたとも整理できるのではないだろうか。

② 新製品販売、新規販売ルートの開拓に伴う再販の増加

大規模小売店舗立地法制定以降での事件のもう一つの特徴は、画期的な新製品の販売を開始した事件（アップルコンピュータ、サンデン）、あるいは、これまで通販や百貨店のみでの販売であって、シェアも限られていたメーカーによる事件（ピエトロ、ウエルネット、グリーングループ、アップルコンピュータ）が少なからずみられることである。

これらのメーカーは、量販店での販売を開始した際、その製品の品質・新規性・技術力等もあって、希望小売価格での販売を量販店に要請して受け入れられるが、その後、量販店での販売拡大に伴って、一部での安売りがみられたことから、再販を徹底したという点で共通している。

もっとも、これらのメーカーは、再販を行うことで、例えば、ピエトロのように、希望小売価格での販売を受け入れた量販店での販売を通じて、3%程度から10%程度へとシェアを急拡大することができ、キューピーと理研ビタミンによる寡占市場の一角を占めるに至ったメーカーもいる。

また、その他の事業者についても、事件解説においては、シェア拡大についての記載はないが、希望小売価格での販売を受け入れた量販店での販売が拡大し、その過程で、安売りが現れた旨の記述がみられる¹⁸³。

したがって、新規販売ルートとの開拓に当たって、再販が事業戦略上一定の役割を果たしていたとも評価できよう。

(5) 上記事例比較を踏まえた整理

上記のこれまでの事例について、再販が実施された際のメーカー間の市場構造、流通市場の状況、再販を実施した企業の市場シェアに着目して整理してみると、下

¹⁸³ 13項の事件ではあるが、参考価格表示に係る拘束条件付取引を行ったジェイフォンの事件においても、前述の事件解説によれば、同社は、それまで、6割近いシェアを要するNTTドコモに押され、3位18.4%のシェアに甘んじていたが、カメラ付き携帯の販売においては、再販を実施したこともあってか、他社が発売を開始した平成14年4月以降も、再販を実施していた同年11月までは第1位のシェアを維持していたとされる。

記の表のように整理することができる。

		従来からの有力ブランドを持つ企業による再販実施	シェアの小さな企業による再販実施	
			従来からの流通網による既存製品の販売	画期的な新製品販売、新規流通ルート拡大の過程
メーカー：高度寡占市場	流通市場：メーカーによる系列化	資生堂 佐藤製薬等	アルパイン(4位, 10%) (参考) 和光堂(4位, 10%)	
	流通市場：量販店間等での競争激化	スキューパプロ 日産化学工業 ハマナカ		アップルコンピュータ サンデン ピエトロ
メーカー：多くのブランドが存在し、競争 流通市場：量販店間等での競争激化				ウエルネット グリーングループ

上記の表をみると、流通の系列化が問題となっていたころの再販事件が、薄いシャドウの太い枠内の部分に集中していることが分かる。

また、前述の和光堂事件判決に対する批判的な評者の見方によれば、その枠内では、シェアの小さな企業であっても、他の有力企業が並行的に再販を行っている場合や既に流通網を構築している場合には、再販が実効的に行い得たということになるのではないか。

他方、大規模小売店舗立地法が制定されて以降の事件は、濃いシャドウの比較的細い線の枠内に集約され、

- ① 流通市場の競争が激化している中で、従来からのトップブランド企業が再販を行う場合（以下「①の枠」という。）
 - ② シェアが小さな企業が、競争が激化している流通市場において、画期的な新製品販売、新規流通ルート拡大を行う過程で再販を行う場合（以下「②の枠」という。）
- の二つに別れているものとみられる。

このように整理してみると、同じ再販の事件でもその背景となる市場構造や再販実施企業のシェア等について、一定の場合分けができるものと思われる。

問題は、このように背景も動機等も異なる再販について、同様に規制してよいのかという点であろう。特に、上記②の枠の企業については、①の枠の企業と同様に考えることについて、あるいは、流通系列化が問題となっていた時代の企業の再販と同様に規制

することについて、どう整理したらよいだろうか。

もちろん、②の枠内の企業の行為であっても、公正取引委員会の認定では、「対象商品の特色、高い人気・評価、消費者の継続購入」等により、「小売業者が対象商品を取り扱うことを望み、又は取り扱うことが営業上有利であるという事実を認定している」¹⁸⁴以上、①の枠の企業の行為と同様、市場支配力を有している点で市場構造の面では、何ら変わるところがないとみることもでき、その場合には、①の枠と②の枠を分けて考える必要はないかもしれない。

しかし、こうした分析を踏まえると、以下のような問題提起があった場合、どのように応えるべきだろうか。

第一に、上記各ブランドが果たして、従来からの有力なブランドと同様の市場支配力を持っていると言えるかどうか、あるいは白石教授の主張するような「当該ブランドのみで市場を画定することができる場合」であるかどうかという点については、どう答えればよいだろうか。あるいは、立証を求められるとしたらどうだろうか。

第二に、上記の商品についても、各商品について、違反行為が実行される中で、量販店側が希望小売価格での販売を受け入れたという事実が認定されているし、実際そのとおりであったと思われる。

しかし、一般論として考えた場合ではあるが、量販店側としても、何らかの話題がある商品であるがゆえに、品揃えの一環として、かつ、利幅が取れる商品として、メーカー側の「他の量販店も希望小売価格での販売を受け入れたので、是非お願いします」という要請を受けて、自社もこれを受け入れることは、容易に想定されよう。

また、アップルコンピュータのように、店頭でのデモ展示を義務付けていた場合には、量販店側でも他のブランドのPCと比べて販売コストがかさむ以上、一定の利幅を確保する必要があり、メーカーの方から「どこの小売りにも安売りはさせない」との約束が得られれば、希望小売価格自体、Windows 搭載のPCとの比較で割安であったこともあり、希望小売価格どおりの販売を歓迎したとも想定される¹⁸⁵。

したがって、上記の事件を離れた、一般論の想定としてではあるが、それぞれの商品だけで市場を画定できるだけの市場支配力があったから、再販が実効性を持ったというのではなく、他の競合商品と比較して、ある程度の差別化があり、かつ、他の競合商品の価格との比較において値ごろ感のある価格設定であったこともあって、実効性を持つ

¹⁸⁴ 前掲・上田充宏

¹⁸⁵ アップルコンピュータ社の iMac 等の製品は、上述の事件担当官の解説によれば、斬新なデザインがユーザーに評価されたことに加え、「コストパフォーマンスを強みとする」とも評価されており、Windows を搭載する競合他社製品との関係で相対的に価格が上昇した場合には、販売量が低下することになった可能性も排除できない。したがって、決して価格競争を超越した製品差別化が存在したわけではないと考えられる。

ことも想定される¹⁸⁶。

しかし、このような場合、仮に、何らかの事情で他のトップメーカーが卸価格を相当程度値下げするような価格競争を仕掛け、その結果、市場全体の価格動向が仮に5%程度下落するような局面においても、希望小売価格での販売を続けることができたであろうかという問いに対して、どのように答えるべきか。逆に、こうした問いに十分答え得るような立証が求められるとしたら、どうなるだろうか。

以上の疑問を踏まえて、改めて今後留意すべき点について整理してみると、次のとおりである。

第一に、②の枠の「シェアの小さな企業が画期的な新製品販売、新規流通ルート拡大の過程で再販を行う場合」について、我が国における流通の系列化が問題となっていた頃の事件と背景となる市場構造について、改めて実態を調査し、整理してはどうか。

第二に、②の枠の企業は、それぞれ、画期的な新製品販売、新規販路拡大の過程でブランド力の育成という事業戦略の一環として再販を利用しようとしていたとみられる。明確な成功例はピエトロの事例等に限られるとはいえ、寡占市場の一角を占めるに至ったものもある。このように結果的に、あるいは外形上競争促進的であったともみえる事例も存在することを踏まえれば、規制に対する国民的理解を一層推進していく上でも、その背景や実態等を十分に調査してはどうか。

3 欧米における再販規制を参考とすることの意義

上記2(3)で述べたとおり、日米構造問題協議を受けて、再販に関する行政上の対応を強化していた際には、ほとんどの流通業者が既存のメーカーの系列下に置かれている状態にあったとみられる。

他方、現在のように、大規模量販店が流通市場において大きな力を持つようになり、メーカーによる流通支配が、ごく一部の業界に限られていることが明らかとなった場合に、あるいは、メーカーによる流通支配がみられないような業界において、再販が行われた場合には、再販規制を運用するに当たってどのような点に留意すべきだろうか。

その場合には、前章までに検討した米国やEUでの見直しの方向性が一つの参考になるかもしれない。そこで、以下では、これまでに整理した我が国の事例を踏まえて、留意すべき点について検討する。

¹⁸⁶ なお、リージン事件の連邦最高裁から連邦巡回裁判所への差戻し審における判決（地裁に更に差し戻され、連邦巡回裁判所に上告された事件の判決）では、再販の対象となったリージン社のBrightonブランドの女性用装飾品だけで、関連市場を画定することはできないとして、原告の請求を棄却しているが、リージン社は、判決の中では、実効性を持って再販を行っていたと認定されている。後述のとおり、そのまま我が国の再販規制の考え方を検討する上でそのまま当てはめることはできないが、関連市場の画定と再販の実効性の関係を考える上では、興味深い。

(1) 米国リージン判決の射程

同判決を参考とした場合、以下の点で問題が生ずると考えられ、これを参考とすることについては、慎重になる必要があると思われる。

第一に、前述したとおり、リージン事件の連邦最高裁から連邦巡回裁判所への差戻し審における判決では、再販の対象商品がそれだけで関連市場を画定するだけの市場支配力があるかどうかについて問われ、そのテストとして、「消費者が製品の性質において、特定のブランドにロックインされる状況に限られる。」としており、他の競合製品との代替性において「構造的障壁」が存在する必要性を示唆している。

このような立証が必要とされた場合には、例えば、Aという商品は、確かにブランド力があり、「一般消費者には、Aという商品を指名して購入する者が少なくない。」と認定されていたとしても、この意味は、Aという商品の価格が他の有力な競合商品の価格よりも5%程度上昇したとしても、「Aという商品でないにだめだ」という消費者がどれだけいるかということについての立証にはなっていないと思われる。したがって、再販の立証については、相当程度ハードルが高くなるものと考えられる。

第二に、他方で、このAという商品の再販が、許容されてしまうとすると、その企業が、流通系列を有しているトップブランド企業であれば、同社の競合有力ブランドも同じように再販を行うことが想定され、その場合には、再び、我が国におけるメーカーの流通系列支配が復活しないとも限らない。

したがって、仮に、第一で述べたような立証が必要であるとすると、流通系列支配復活の懸念をどう払しょくできるだろうか。

現に、実際、今回のヒアリングでも、自らの系列の小売事業者の保護の必要性を再販の動機として挙げている企業も存在した。こうした動機を持っているトップブランド企業が少なくないとするれば、リージン判決をそのまま参考とすることについては、慎重になる必要があるかもしれない。

(2) EUの2010年垂直的制限ガイドラインの射程

我が国の事例において、特に前述の2(5)の②の枠の企業の再販を考えた場合、今回のEUの改正ガイドラインにおいて、「メーカーが新製品を導入する時に、需要を拡大する導入期間において、再販により、流通業者は、製造業者の当該新製品販促に係る利益をより考慮した行動を取るようになる。再販は、流通業者が販売努力を強化するための原資(means)を提供し、もし、当該市場における流通業者が競争圧力の下にあるならば、流通業者に対して、製品に対する全体的な需要を拡大し、新製品の投入を成功させるよう促すことで、消費者の便益ともなり得る。」としている点は、参考となるかもしれない。ただし、その場合でも、以下の点について留意する必要があるだろう。

第一に、どんなメーカーによる行為も許容されるのかという点である。確かに大店

舗立地法制定後、確かに我が国の流通市場は、大幅に変化したものとみられるし、「流通の系列化」等の現象は、あまりみられなくなったとも考えられる。

ただし、様々な報道等をみる限り、依然として一部の業界では、根強く流通の系列化現象が残っているようにもみえる。こうした点を踏まえると、市場において長年有力な地位を築いてきたメーカーが、新しい製品を企画した場合でも、同様に考えてよいのかどうか等、様々な場合が想定され、少なからず疑念が残る。

第二に、「新しい製品」の定義についてである。一種の時限再販に近いものと考えられるが、どの程度の期間を想定する必要があるのかが問題となる。前述したとおり、これまでの我が国の事例では、数年あるいは、もっと長く通販や百貨店等で販売していて、人気が高まったところで、量販店での販売を開始したような事例もある。こうした場合については、「新たな製品」として考慮するのか、それとも、「新市場への参入」として考慮するのか、いずれにしても、運用する当局としては、難しい判断を迫られることになる。

また、化粧品や、前述した家電販社4社の事件のように、新たなブランドといっても、製品の効能等においては、それほど、従来製品と変わるわけではない場合も少なくない。一定期間を経たいわゆるマイナーなモデルチェンジ、例えば、化粧品のように毎年恒例のモデルチェンジを行っているような場合についても、ブランド名を多少変えるだけで「新たな製品」であるとみなされるとすれば、ほとんどの製品が再販の対象として許容されることにもなる。

したがって、どのような場合に、「新たな製品」としてみてもよいのか、おそらく、従来製品とは異なる画期的な製品であることが求められると思われるが、その基準設定についても慎重に検討する必要があるだろう。

4 まとめ

大規模小売店舗立地法が施行され、大規模小売店舗法が廃止されてから、10年余りが経過した。その結果、我が国の流通市場構造は大幅に変化したようにもみえ、今回の事業者からの面談調査等を踏まえても、「メーカーによる流通系列支配」が強力に機能していた時代とは、取引慣行等も大幅に変わったように思われる。

こうした点も踏まえて、再販規制に対する一層の国民の理解を深めるためにも、第3章で検討した経済学的考え方の現実的妥当性の検証に加えて、十分な流通実態の調査を行うことも一案ではないかと考えられる。

(参考編)

EC条約第81条(現EU条約第101条)第3項の適用に関するガイドライン

(2004/C 101/08)

※網掛けしてある部分は、本稿(第5章)と特に関わりの高い部分を筆者(林秀弥)が色付けしたものである¹⁸⁷。なお、条数は、旧条数(第81条)で表記する。

1. 序文

1. 第81条第3項は、第81条第1項の違反の認定に対する事業者の抗弁を規定する適用免除のルールを定めている。第81条第1項の対象となる協定、事業者団体の決定及び協調行為⁽¹⁾であって第81条第3項の条件を満たすものは、合法的であり、かつ法的効力を有するものであり、その旨の事前の決定は必要とされない。
2. 第81条第3項は、個々の事案で適用すること又は複数のカテゴリーの協定及び協調行為に一括適用免除規則として適用することができる。第81条及び第82条に規定される競争ルールの実施に関する規則1/2003⁽²⁾は、一括適用免除規則の有効性と法的性格に影響を与えない。現存する全ての一括適用免除規則は有効に存続し、一括適用免除規則の対象となる協定は、それらが第81条第1項の意味において競争を制限する場合でも、合法的であり、かつ法的効力を有するものである⁽³⁾。これらの協定は、将来についてのみ、かつ委員会又は国内の競争当局が一括適用免除を正式に取り消した場合にのみ禁止され得る⁽⁴⁾。一括適用免除規則の適用を受ける協定は、私訴において国内裁判所によって無効と宣言されえない。
3. 垂直的制限、水平的協力協定及び技術移転協定に関する現行のガイドライン⁽⁵⁾は、様々な種類の協定及び協調行為に対する第81条の適用を扱っている。これらのガイドラインの目的は、様々な種類の協定と行為に適用される実体的評価基準に関する委員会の見解を定めることである。
4. 本ガイドラインは、第81条第3項に含まれる適用免除の条件についての委員会の解釈を定めている。本ガイドラインは、個々の事案において第81条をいかに適用するかに関してガイダンスを示している。また、本ガイドラインは、加盟国の裁判所及び競争当局が扱う個々の事案に対して、その判断を拘束するものではないが、それらが条約第81条第1項及び第3項を適用する際のガイダンスを提供することを意図している。
5. 本ガイドラインは、第81条第3項の適用に関する分析的枠組みを定めている。この目的は、条約のこの規定を適用するための方法を定めることである。この方法は、垂直的

¹⁸⁷ 本和訳は筆者によるものである。

制限、水平的協力協定及び技術移転協定に関するガイドラインにおいて既に紹介され、展開されてきた経済分析に基づいている。本ガイドラインは第 81 条第 3 項の 4 つの要件の適用について、垂直的制限、水平的協力協定及び技術移転協定に関するガイドラインよりも詳細な考え方を示しており、欧州委員会は本ガイドラインに従うこととする。

6. 本ガイドラインに定められている基準は、各事案に特有な状況に照らして適用されなければならない。これは機械的な適用を排除する。各事案は、その固有の事実に基づいて評価されなければならない。またガイドラインは合理的かつ柔軟性をもって適用されなければならない。
7. 多数の問題に関して、本ガイドラインは欧州司法裁判所の現行の判例法の考え方を示している。ただし、欧州委員会は判例法において扱われていない問題又は解釈の対象となる問題に関する方針についても考え方を示すことも意図している。しかし、欧州委員会は、第 81 条第 1 項及び第 3 項の解釈に関する欧州司法裁判所及び第一審裁判所の判例法や、これらの規定に関して両裁判所が将来採る解釈を妨げるものではないという立場である。

2. 第 81 条の一般的枠組み

2.1. 条約の規定

8. 第 81 条第 1 項は、加盟国間の通商に影響を与えるおそれがあり⁽⁶⁾、かつ競争を妨害し、制限し、又は歪曲する目的を有し、又は効果をもたらす⁽⁷⁾ 事業者間の全ての協定、事業者団体の決定及び協調行為を禁止している。
9. 第 81 条第 3 項に規定する適用免除は、商品の生産若しくはその販売の改善又は技術若しくは経済発展の促進に役立ち、同時にその結果生じる利益を消費者にも公平に分配するものであり、かつ、これらの目的の達成に必要な制限を課さず、また、当該商品の実質的部分において参加事業者間の競争を排除する可能性をもたらさない協定は、第 81 条第 1 項を適用しないと宣言され得ることを規定している。
10. 規則 1/2003 の第 1 条第 1 項によると、第 81 条第 1 項に該当する協定、決定及び協調行為であって、第 81 条第 3 項の要件を満たさないものは、事前の決定を必要とすることなしに禁止される⁽⁸⁾。同規則の第 1 条第 2 項によると、第 81 条第 1 項に該当する協定、決定及び協調行為であって、第 81 条第 3 項の要件を満たすものは、事前の決定を必要とすることなく禁止されない。これらの協定は、第 81 条第 3 項の要件が満たされた瞬間から当該要件が満たされている間、合法的であり、かつ法的効力を有する。
11. したがって、第 81 条に基づく評価は、二つの部分からなる。第一のステップは、加盟国間の通商に影響を与える事業者間協定が反競争的目的を有するか、又は実際に若し

くは潜在的な⁽⁹⁾ 反競争的効果を有するか否かを評価することである。協定が競争を制限すると認定された場合にのみ関係する第二のステップは、当該協定によって生み出される競争促進効果を決定し、これらの競争促進効果が反競争的効果を上回るか否かを評価することである。反競争的効果と競争促進効果の比較衡量は、第 81 条第 3 項に定める枠組みにおいてのみ行われる⁽¹⁰⁾。

12. 第 81 条第 3 項に基づく比較衡量をするため、協定の競争制限的性格及び影響を事前に決定することを必然的に求められる。第 81 条第 3 項をこの文脈において適切に理解するために、第 81 条第 1 項の禁止規定の目的と主な内容を簡単に述べるのが適切である。垂直的制限、水平的協力協定及び技術移転協定に関する欧州委員会のガイドライン⁽¹¹⁾には、様々な種類の協定への第 81 条第 1 項の適用に関する考え方が示されている。したがって、本ガイドラインは第 81 条第 1 項を適用するための基本的な分析的枠組みを想起させることに限定している。

2.2. 第 81 条第 1 項の禁止規定

2.2.1. 総論

13. 第 81 条の目的は、消費者厚生を拡大し、資源の効率的配分を達成するための手段として、市場における競争を保護することである。開放された単一市場の創設と保護は、共同体全域における資源の効率的な配分を促進し、消費者の利益につながることから、競争と市場統合はこれらの目的に寄与するものである。
14. 第 81 条第 1 項の禁止規定は、事業者間の制限的協定、協調行為及び事業者団体の決定が加盟国間の通商に影響を与え得る限りにおいて、これらの協定、行為及び決定に適用される。第 81 条第 1 項の基礎を成す一般原則であって、共同体裁判所の判例法で述べられている原則は、各経済主体 (economic operator) は、自分が市場で採用しようと意図する方針を独自に決定しなければならないということである⁽¹²⁾。この事実を照らし、共同体裁判所は「協定」、「決定」及び「協調行為」を事業者の単独行動と事業者間の行動の調整又は共謀とに区別されることを認める共同体法の概念として定義している⁽¹³⁾。単独行動は、共同体の競争法に関する限り、第 82 条にのみに服する。さらに、規則 1/2003 の第 3 条第 2 項に定めるコンバージェンス・ルール (convergence rule) は、単独行動には適用されない。同項の規定は、加盟国間の通商に影響を与える可能性のある協定、決定及び協調行為にのみ適用される。上記規則の第 3 条第 2 項は、これらの協定、決定及び協調行為が第 81 条によって禁止されない場合、当該協定、決定及び協調行為は、国内競争法によって禁止され得ないと規定している。規則第 3 条は、共同体法の優越という基本原則に影響を及ぼさず、また、この基本原則は取り分け、第 81 条及び第 82 条によって禁止される協定と濫用行為は、国内法によって適法として支持され得ないことを必然的に意味する⁽¹⁴⁾。

15. 第 81 条第 1 項の適用に該当する種類の事業者間の協調行為又は共謀は、少なくともある事業者が他の事業者と共に市場において一定の行動をとろうと企てる場合又はそれらの事業者間の交渉の結果、市場における事業者の行動に関する不確実性が排除され、実質的に軽減される場合である⁽¹⁵⁾。したがって、協調行為は当事者の少なくとも一方の市場行動を規制する義務の形態や当事者の少なくとも一方のインセンティブに変化を起すことにより、当該当事者の市場行動に影響を与える取決めの形態をとり得ることになる。協調行為は、あらゆる関係事業者の利益となることは必要とされない⁽¹⁶⁾。また、協調行為は必ずしも明示的である必要はなく、暗黙であってもよい。暗黙の容認によって締結されたとみなされ得る協定に関しては、明示であるか黙示であるかを問わず、一方の事業者から他方の事業者に対して目標を共同で達成するという誘因がなければならぬ⁽¹⁷⁾。一定の状況において、協定は当事者間における進行中の商業的關係から推論することができ、又はそのような関係に帰することができる⁽¹⁸⁾。ただし、事業者によって採られた措置が進行中の事業関係の文脈に該当するという事実だけでは十分でない⁽¹⁹⁾。

16. 事業者間の協定は、それが価格、生産高、製品の品質、製品の多様性及び革新といった市場における競争要因に実質的な (appreciable) 悪影響を及ぼす可能性がある場合、第 81 条第 1 項の禁止規定の対象となる。これらの協定は、協定の当事者間又は協定当事者と第三者間における競争関係を実質的に減殺することにより上記の悪影響を与え得る。

2.2.2. 第 81 条第 1 項に基づき協定を評価するための基本原則

17. 協定が競争を制限するか否かの評価は、問疑された制限を伴う協定が存在しなければ競争が行われるであろうという現実的な文脈において行われなければならない⁽²⁰⁾。この評価を行うに当たり、ブランド間競争（すなわち、競合ブランドの供給業者間の競争）及びブランド内競争（すなわち、同一ブランドの販売業者間の競争）に対する協定の影響の可能性を考慮することが必要である。第 81 条第 1 項は、ブランド間競争とブランド内競争の両方の制限を禁止している⁽²¹⁾。

18. 協定又はその個々の規定の内容がブランド間競争及び（又は）ブランド内競争を制限するか否かを評価するために、当該協定がどのように、どの程度まで市場での競争に影響を与えるか、又は与える可能性があるのか考慮されることが必要である。以下の二つの質問は、このような評価を行うための有効な枠組みを与える。第一の問題は、ブランド間競争に与える協定の影響に関係し、第二の問題はブランド内競争に与える協定の影響に関係する。協定による制限は、同時にブランド間競争とブランド内競争の両方に影響を与え得るため、第 81 条第 1 項の意味において競争が制限されるか否かが結論される前に両方の質問に照らして当該制限を分析する必要がある。

(1) 協定がなかったならば存在したであろう現実の又は潜在的な競争を協定が制限す

るか否か。協定が競争を制限する場合、当該協定は第 81 条第 1 項の対象となり得る。この評価を行うに当たり、当事者間の競争と第三者からの競争を考慮する必要がある。例えば、異なる加盟国で設立された二つの事業者が相互の国内市場で製品を販売しない約束をした場合、協定の締結前に存在した（潜在的）競争は制限される。同様に、供給業者が競合製品を販売しない義務を販売業者に課し、この義務が第三者による市場への参入を妨げた場合は、当該協定がなかったならば存在したであろう現実の又は潜在的な競争が制限される。協定当事者が現実の又は潜在的な競争相手である否かを評価するに当たり、経済的・法的背景が考慮されなければならない。例えば、関連する金融上のリスク及び両当事者の技術能力のため、各当事者が協定の対象である活動を自力で実行できそうもないことが客観的要素に基づいて判断される場合、両当事者は当該活動に関して競争相手でないといみなされる⁽²²⁾。その旨の証拠を提出するのは当事者側である。

- (2) 協定上の制限がなかったならば存在したであろう現実の又は潜在的な競争を協定が制限するか否か。協定が競争を制限する場合、当該協定は第 81 条第 1 項の対象となり得る。例えば、供給業者が販売業者相互の競争を制限した場合、制限がなかったならば販売業者間に存在し得たであろう（潜在的）競争が制限される。この制限は、再販価格維持及び販売業者間の販売地域の制限又は顧客販売制限を含む。ただし、制限が当該協定の存在のために客観的に必要である場合、一定の制限は一定の場合に第 81 条第 1 項の対象とならないことがある⁽²³⁾。第 81 条第 1 項のこのような適用免除は、当事者自身と無縁な客観的要素に基づいてのみ行うことができ、当事者の主観的見解や特性に基づいて行うことはできない。この問題は、特定の状況において当事者がより制限的でない協定の締結を受け入れなかったであろうか否かでなく、協定の性格と市場の特性を考慮した場合、より制限的でない協定が類似の背景において事業者によって締結されなかったであろうか否かである。例えば、供給業者と販売業者間の協定における販売地域制限は、当該制限が供給業者による新規市場への参入のために客観的に必要である場合は、一定期間、第 81 条第 1 項に該当しないことがある⁽²⁴⁾。同様に、一定のカテゴリーのエンド・ユーザーに販売しないよう全ての販売業者に課す禁止は、制限が当該製品の危険性に関連する安全上又は健康上の理由により客観的に必要である場合は、競争を制限しないことがある。制限がなかったならば、供給業者は垂直的統合に頼ったであろうという主張は十分でない。垂直的に統合するか否かの決定は、広範囲の複雑な経済的要因によって決まり、これら要因の多くは関係事業者に内在するものである。

19. 前項に定める分析的枠組みを適用する際に、第 81 条第 1 項が競争の制限を目的とする協定と競争制限の結果をもたらす協定を区別していることが考慮されなければならない。協定上の制限又は契約上の制限は、その目的又は効果がブランド間競争及び（又は）ブランド内競争を制限することとなる場合にのみ、第 81 条第 1 項によって禁止される。

20. 目的による制限と効果による制限の区別は重要である。協定が競争の制限を目的としていると一旦立証された場合、その具体的効果を立証する必要はない⁽²⁵⁾。換言すれば、協定が競争の制限を目的とする場合は、第 81 条第 1 項を適用する上で、現実の反競争的効果が立証される必要はない。他方、第 81 条第 3 項は、目的によって競争を制限する協定と効果によって競争を制限する協定を区別していない。第 81 条第 3 項は、同項に定める四つの条件を満たす全ての協定に適用される⁽²⁶⁾。
21. 目的による競争の制限は、その性格上、競争を制限する可能性を有する制限である。これらの制限は、共同体の競争ルールによって追求される目的に照らして、競争に与えるマイナスの影響の潜在性が高いため、第 81 条第 1 項を適用する際、市場に与える現実の影響を立証することが不必要な制限である。この推定は、制限の重大な性格に基づくほか、目的による競争の制限が市場に対してマイナスの影響を生み出し、かつ共同体の競争ルールによって追求される目的を危険にさらす可能性があることを示す経験に基づいている。価格拘束及び市場分割といった目的による制限は、顧客が要求する商品とサービスが生産されないため、生産を縮小させ、かつ、価格を引き上げて資源の非効率的な配分をもたらす。また、この制限により、顧客は当該商品及びサービスに対してより高い価格を支払わなければならないため、消費者厚生を低下を招く。
22. 協定が競争の制限を目的としているか否かの評価は、数多くの要素に基づいて行われる。これらの要素は取り分け、協定の内容及び協定によって追求される客観的目的を含む。また、協定が適用される（可能性のある）背景及び市場における当事者の実際の行動と行動パターンを考慮することが必要な場合もある⁽²⁷⁾。換言すれば、特定の制限が競争の制限を目的としているか否かが決定される前に、協定の基礎となっている諸事実及び協定が作用する特定の状況の調査が必要とされることがある。正式の協定が制限の目的について明示の規定を定めていない場合でも、協定が実際に実施される方法が競争を制限する目的を有することを示すことがある。競争を制限するという当事者の主観的意図の証拠は関連要素ではあるが、必要条件ではない。
23. 何が目的による制限となるかに関する限定的なガイダンスは、欧州委員会の一括適用免除規則、ガイドライン及び告示に見いだすことができる。一括適用免除としてブラックリストに載せられている制限やガイドライン又は告示にハードコア制限として特定されている制限は、欧州委員会によって競争を制限する目的を有すると一般的にみなされている。水平的協定の場合、競争を制限する目的を有するものは、価格拘束、生産制限及び市場・顧客の分割を含む⁽²⁸⁾。垂直的協定に関しては、目的による制限のカテゴリーは、特に、再販売価格と最低再販価格の維持及び消極的販売制限を含む絶対的販売地域保護を定める制限を含む⁽²⁹⁾。
24. 協定が競争を制限する目的を有しない場合、協定が競争に対して制限的效果を有するか否かが検討されなければならない。現実の又は潜在的な効果の両方が考慮されなければならない⁽³⁰⁾。換言すれば、協定は反競争的效果の可能性を有していなければならない

ない。効果による競争の制限の場合、反競争的效果の推定は存在しない。協定がその効果によって制限的であるためには、当該協定は関連市場において価格、生産、技術革新又は商品・サービスの多様性・質へのマイナスの影響が合理的な程度の蓋然性をもって予測され得る程度において現実の又は潜在的な競争に影響を与えるものでなければならない⁽³¹⁾。このようなマイナスの影響は、実質的なものでなければならない。第81条第1項の禁止規定は、認定された反競争的效果が些細である場合には適用されない⁽³²⁾。この基準は、欧州委員会が適用している経済的アプローチを反映している。第81条第1項の禁止規定は、適切な市場分析に基づいて協定が市場に対して反競争的效果の可能性を有すると結論が出される場合にのみ適用される⁽³³⁾。当事者の市場シェアが欧州委員会のデミニミス告示に述べられている限度を超えることは、上記の認定をするためには不十分である⁽³⁴⁾。一括適用免除規則というセーフハーバーに該当する協定は、第81条第1項の対象となり得る。さらに、当事者の市場シェアのために協定が一括適用免除というセーフハーバーに該当しないという事実それ自体は、協定が第81条第1項の対象であると認定し、又は協定が第81条第3項の条件を満たさないと認定するには不十分な根拠である。協定によって生み出されるであろう効果を個別に評価することが必要である。

25. 関連市場内における競争へのマイナスの悪影響は、当事者が別々に又は共同である程度の市場支配力を有し又は取得し、かつ、協定が当該市場支配力の創出、維持若しくは強化に寄与するか、又は当事者が他の市場支配力を利用することを可能にする場合に生じる可能性がある。市場支配力とは、かなりの期間、価格を、競争水準を上回って維持する能力であり、また、製品の数量、製品の品質及び多様性又は技術革新の点において生産をかなりの期間、競争的水準を下回って維持する能力である。固定費が高い市場において、事業者は投資に対する競争収益を確保するため、限界生産コストをはるかに上回る価格にしなければならない。したがって、事業者が限界コストを上回る価格にしなければならないという事実それ自体は、市場の競争が十分に機能していないことを示すものではなく、また、競争水準を上回る価格にすることを事業者が可能にする市場支配力を事業者が有することを示すものではない。事業者が第81条第1項の規定に該当する市場支配力を持つのは、競争水準で価格と生産を維持するようにするためには競争圧力が不十分な場合である。
26. 市場支配力の創出、維持又は強化は、協定の当事者間における競争の制限から生じ得る。また、市場支配力の創出、維持又は強化は、当事者のいずれかと第三者間の競争の制限からも生じ得る。この理由は、例えば、協定が競争相手の排除をもたらすか、又は協定が契約関係にある当事者と効率的に競争する競争相手の能力を制限して、競争相手のコストを引き上げるためである。市場支配力は、程度の問題である。競争を制限する効果を有する協定の場合に第81条第1項に基づく違反の認定に必要とされる市場支配力の程度は、通常、第82条に基づく支配の認定に必要とされる市場支配力の程度より小さい。

27. 協定の競争制限的効果を分析するため、関連市場を定義することが通常必要である⁽³⁵⁾。また、特に製品の性格、当事者の市場における地位、購入者の市場における地位、潜在的な競争相手の存在及び市場における参入障壁の程度を調査・評価することも通常必要である。ただし、ある場合には市場における協定当事者の行動を分析することにより、反競争的効果を直接証明することが可能な場合もある。例えば、協定が価格上昇を招いていることを確認することが可能な場合もある。水平的協力協定及び垂直的制限に関するガイドラインは、第 81 条第 1 項に基づき様々な種類の水平的協定と垂直的協定の競争上の影響を分析するための詳細な枠組みを説明している⁽³⁶⁾。

2.2.3. 付随的制限

28. 上記 18 項は、ブランド間競争とブランド内競争に対する協定の影響及びその個々の制限の影響を分析するための枠組みを説明している。協定が対象とする主要な取引が競争を制限しないことが当該原則に基づいて結論された場合、協定に含まれる個々の制限も第 81 条第 1 項と整合するか否かを検討することとなる。これは、これらの個々の制限が主要な反制限的取引に付随するからである。

29. 共同体の競争法において、付随的制限の概念は、主要な競争制限的取引の実施に直接関連し、かつ、必要である競争の制限であって、そのような取引とバランスの取れた競争制限を対象としている⁽³⁷⁾。大部分の協定、例えば販売協定又はジョイントベンチャー協定が競争の制限を目的又は効果としていない場合、当該取引の実施に直接関係し、かつ、必要である制限は、第 81 条第 1 項に該当しない⁽³⁸⁾。これらの関連する制限は、付随的制限と呼ばれる。制限が当該取引の実施に付随し、取引と不可分に関連している場合、制限は主要取引と直接関連する。必要性の基準は、制限が主要な取引の実施に客観的に必要で、かつ、取引と比例するものでなければならないことである。したがって、付随的制限の基準は、上記 18 項 (2) で説明される基準に類似することになる。ただし、付随的制限の基準は、主要な取引が競争を制限しない全ての場合に適用される⁽³⁹⁾。これは、ブランド内競争に与える協定の影響を決定することに限定されない。

30. 付随的制限の概念の適用は、第 81 条第 3 項に基づく抗弁の適用と区別されなければならない。同項に基づく抗弁の適用は、制限的協定によって生み出された一定の経済的利益に関係し、協定の制限的効果とバランスが取れている場合である。付随的制限の概念の適用は、競争促進効果と反競争的効果の比較検討を伴わない。このような比較検討は、第 81 条第 3 項に特有のものである⁽⁴⁰⁾。

31. 付随的制限の評価は、主要な非制限的取引又は活動という特定の文脈において、特定の制限が当該取引又は活動の実施に必要であり、かつ当該取引又は活動とバランスが取れているのか否かを決定することに限定される。制限がなければ主要な非制限的取引の実施が困難であり、又は不可能であると客観的要素に基づいて結論され得る場合、当該制限は取引又は活動の実施に客観的に必要であり、バランスが取れたものとみな

され得る⁽⁴¹⁾。例えば、フランチャイズ協定の主な目的が競争を制限しない場合、フランチャイズ制度の統一と評判を保護することを目指す義務といった協定の適切な機能に必要な制限も第 81 条第 1 項に該当しない⁽⁴²⁾。同様に、ジョイントベンチャー協定それ自体が競争を制限しない場合、協定の機能に必要な制限は、主要な取引に付随するとみなされ、したがって第 81 条第 1 項の対象とならない。例えば、TPS（仏衛星デジタル放送）事件⁽⁴³⁾において、欧州委員会は衛星テレビ番組の配信事業とマーケティング事業を行っている会社の経営に関与しないという合弁親企業の義務は、初期段階における合弁事業の創設に付随的であったと結論した。したがって、当該制限は、3 年間、第 81 条第 1 項に該当しないとみなされた。この結論を下すに当たり、欧州委員会は有料テレビ市場に参入することに伴った巨額の投資と事業リスクを考慮した。

2.3. 第 81 条第 3 項の適用免除ルール

32. 第 81 条第 1 項に基づく目的と効果による制限の評価は、分析の一つの側面にすぎない。第 81 条第 3 項に反映されている他の側面は、制限的協定の積極的な経済的効果の評価である。
33. 欧州共同体の競争ルールの目的は、消費者厚生を拡大し、かつ資源の効率的な配分を確保する手段として市場における競争を保護することである。競争を制限する協定は、同時に効率性によって競争促進効果を有することもある⁽⁴⁴⁾。効率性は、生産物を生産するコストを低減し、製品の品質を高め、又は新規製品を創り出すことにより、付加価値を生み出すことがある。協定の競争促進効果はその反競争的效果を上回る場合、当該協定は、結局、競争促進的であり、欧州共同体の競争ルールの目的と整合する。このような協定の正味効果は、競争プロセスの本質そのものを促進することであり、換言すれば競争相手によって提供される製品・価格より優れたものを提供することにより顧客を獲得することである。この分析的枠組みは、第 81 条第 1 項と第 81 条第 3 項に反映されている。後者の規定は、制限的協定が競争制限のマイナスの影響を上回る客観的な経済的利益を生み出すことがあることを認めている⁽⁴⁵⁾。
34. 第 81 条第 3 項の適用免除ルールの適用は、次に示される四つの加算要件、すなわち二つの積極的要件と二つの消極的要件に服する。
 - (a) 協定は、商品の生産・販売の改善又は技術・経済発展の促進に寄与しなければならない。
 - (b) 消費者は、結果として生じる利益の公平な分配を受けなければならない。
 - (c) これらの目的の達成に不可欠な制限でなければならない。
 - (d) 協定は、当該製品の実質的部分において競争を排除する可能性を当事者に与え

てはならない。

これらの四つの要件が満たされた場合、協定は関連市場における競争を拡大する。これは協定が、関係事業者がより安価な又はより優れた製品を消費者に対し提供することにより、消費者に対して競争制限によるマイナスの影響を消費者に補填するからである。

35. 第 81 条第 3 項は個々の協定に適用され、又は一括適用免除規則により複数のカテゴリーの協定に適用され得る。協定が一括適用免除の対象である場合、制限的協定の当事者は、規則（1/2003）第 2 条に基づき、個々の協定が第 81 条第 3 項の各要件を満たすことを証明する責任を免除される。当該当事者は、制限的協定が一括適用免除から利益を受けることを証明しさえすればよい。一括適用免除規則による複数のカテゴリーの協定への第 81 条第 3 項の適用は、一括適用免除規則の範囲に該当する制限的協定が第 81 条第 3 項に定める四つの要件のそれぞれを満たすという推定に基づいている⁽⁴⁶⁾。
36. 個々の事案において、協定が第 81 条第 1 項の対象である場合であって、第 81 条第 3 項の要件が満たされないときは、一括適用免除は取り消され得る。規則（1/2003）第 29 条第 1 項によると、欧州委員会は一括適用免除規則の対象となっている協定が第 81 条第 3 項と整合しない一定の効果を特定の事案において有すると認定した場合、一括適用免除の利益を取り消す権限がある。規則 1/2003 の第 29 条第 2 項に従い、加盟国の競争当局も加盟国の領土（又はその一部）が区分された地理的市場として画定される場合、当該領土（又はその一部）に関して欧州委員会の一括適用免除規則の利益を取り消すことができる。一括適用免除規則の利益を取り消す場合、協定が第 81 条第 1 項に違反していることと、第 81 条第 3 項の要件を満たしていないことを立証するのは競争当局の側にある。
37. 加盟国の裁判所は、一括適用免除規則の利益を取り消す権限を有しない。さらに、一括適用免除規則を適用するに当たり、加盟国の裁判所は一括適用免除規則の対象とならない協定に適用範囲を拡張することにより、一括適用免除規則の範囲を修正することはできない⁽⁴⁷⁾。一括適用免除規則の範囲外においては、加盟国の裁判所は第 81 条を完全に適用する権限を有している（規則（1/2003）の第 6 条と比較のこと）。

3. 第 81 条第 3 項への四つの要件の適用

38. 本ガイドラインの残りの部分は、第 81 条第 3 項の四つの要件のそれぞれを検討する⁽⁴⁸⁾。これらの 4 要件が加算的であることを考慮すれば⁽⁴⁹⁾、第 81 条第 3 項の要件の一つが満たされていないと一旦認定された場合は、残りの要件を検討することは不必要である。したがって、個々の事案において、四つの要件を異なる順序で検討しても差し支えない。
39. 本ガイドラインの目的上、第二要件と第三要件の順序を逆にし、したがって消費者へ

の還元の問題の前に不可欠性の問題を扱うことが適切であると考えられる。還元の実効性は、消費者に対する協定のマイナスの効果とプラスの効果の比較検討を必要とする。この分析は、不可欠性の基準を既に満たしておらず、そのため第 81 条によって禁止される制限の効果を含むべきでない。

3.1. 一般原則

40. 第 81 条第 3 項は、事業者間の協定が第 81 条第 1 項の意味において競争を制限する場合にのみ関係する。非制限的協定の場合は、当該協定によって生み出される利益を検討する必要はない。
41. 第 81 条第 1 項の意味に該当する競争の制限が個々の事案において証明された場合、第 81 条第 3 項は抗弁として援用され得ない。規則 (1/2003) 第 2 条によると、第 81 条第 3 項に基づく立証責任は、適用免除ルールの利益を援用する事業者にある。第 81 条第 3 項の要件が満たされない場合、協定は無効である(第 81 条第 2 項と比較のこと)。ただし、この自動的無効は、第 81 条と整合しない協定の部分にのみ適用され、当該部分は協定全体から分離することができる⁽⁵⁰⁾。協定の一部のみが無効な場合、協定の残りの部分に対する無効の結果を決定するのは国内法の適用の問題である⁽⁵¹⁾。
42. 定着した判例法によると、第 81 条第 3 項の四つの要件は加算的である⁽⁵²⁾。すなわち、適用免除ルールが適用されるためにはこれらの要件の全てが満たされなければならない。全ての要件が満たされない場合は、第 81 条第 3 項の適用免除ルールの適用は拒否されなければならない⁽⁵³⁾。第 81 条第 3 項の四つの要件はまた、消尽的である。これらの要件が満たされた場合は、例外が適用され、他の要件に左右され得ない。条約の他の規定によって追求される目標は、それらが第 81 条第 3 項の四つの要件に包含される程度において考慮することができる⁽⁵⁴⁾。
43. 制限的協定から生じる利益に関する第 81 条第 3 項に基づく評価は、当該協定が関係する各関連市場の領域内で原則的に行われる。共同体の競争ルールは、市場における競争の保護を目的としており、この目的から切り離され得ない。さらに、消費者⁽⁵⁵⁾が利益の公平な分配を受けなければならないという要件は、関連市場内において制限的協定によって生み出される効率性は、同じ関連市場内において当該協定によって生み出される反競争的效果を上回ることを一般的に意味する⁽⁵⁶⁾。ある地理的市場又は製品市場における消費者に対するマイナスの効果は通常、他の無関係な地理的市場又は製品市場における消費者に対するプラスの効果とバランスを取ることはできず、その効果によって補填されえない。ただし、二つの市場が関連する場合は、制限によって影響を受け消費者グループと効率性から利益を受ける消費者グループが実質的に同じであることを条件に、別個の市場で達成される効率性を考慮することができる⁽⁵⁷⁾。実際上、ある場合には川下市場の消費者だけが協定によって影響を受けることがあり、この場合は当該消費者に与える協定の影響が評価されなければならない。これは例えば、売買協定の場合

に当てはまる⁽⁵⁸⁾。

44. 第 81 条第 3 項に基づく制限的協定の評価は、制限的協定が実際に行われる文脈において⁽⁵⁹⁾、かつ一定の時点で存在する諸事実に基づいて行われる。この評価は、諸事実の重大な変化に影響されやすい。第 81 条第 3 項の適用免除ルールは、四つの要件が満たされる限りにおいて適用され、これらの要件がもはや満たされなくなった場合は適用されなくなる⁽⁶⁰⁾。これらの原則に従って第 81 条第 3 項を適用する場合、当事者のいずれかによって行われる初期埋没投資を考慮し、また、効率的に投資を実行し、それを回収するために必要な時間と制約を考慮することが必要である。第 81 条は、このような事前投資を適切に考慮しなくては適用することはできない。したがって、場合によっては、当事者が直面するリスク及び協定を実施するための埋没投資によって、当該協定は投資を取り戻すために必要な期間中、第 81 条第 1 項に該当せず、又は第 81 条第 3 項の要件を満たすことがある。
45. ある場合には、制限的協定は撤回不可能である。制限的協定が一旦実施された場合は、意図された状況を回復することはできない。この場合、評価は実施の際に関連する諸事実に基づいてのみ行われなければならない。例えば、各当事者がそれぞれの研究プロジェクトを断念して、それぞれの参加事業者の能力をプールすることに同意して研究開発を実施する協定を締結する場合は、プロジェクトが一旦断念された場合、それを再開させることは客観的見地から技術的・経済的に不可能と思われる。したがって、個々の研究計画を断念する協定の反競争的効果と競争促進効果の評価は、当該協定の実施が完了した後に行われなければならない。例えば、十分な数の第三者が競合する研究開発計画について、協定参加事業者以外にも、十分な数の競争事業者がいるため、当該時点において協定が第 81 条と両立する場合は、たとえ第三者の計画が後日、挫折したとしても、個々の計画を断念するという当事者の合意は第 81 条と両立する。ただし、第 81 条の禁止は、撤回不可能の問題が生じない協定の他の部分に適用される。例えば、共同研究開発に加えて、協定が共同資源開発を規定している場合に、協定が事後の市場開拓のために競争を制限するようになり、事前の埋没投資を適切に考慮しても第 81 条第 3 項の要件を（もはや）満たさないときは、第 81 条は協定のこの部分（共同資源開発の部分）に適用される（前項と比較のこと）。
46. 第 81 条第 3 項は、一定の種類協定をその範囲からあらかじめ排除しない。第 81 条第 3 項の四つの要件を満たす全ての制限的協定は、原則として適用免除ルールの対象となる⁽⁶¹⁾。ただし、厳しい競争制限は、第 81 条第 3 項の要件を満たすとは思われない。このような制限は通常、一括適用免除規則にブラックリストとして載せられるか、欧州委員会のガイドライン及び告示でハードコア制限として特定される。この種の協定は一般的に、（少なくとも）第 81 条第 3 項の最初の二つの要件を満たさない。これらの協定は、客観的な経済的利益を生み出さず⁽⁶²⁾、あるいは消費者に利益を与えない⁽⁶³⁾。例えば、価格を固定する水平的協定は、生産を制限して資源の非効率な配分をもたらす。この協定はまた、関連市場内で消費者に対して相殺価値を生み出すこと

なしにより高い価格をもたらすため、消費者から生産者へ価値を移転する。さらに、この種の協定は一般的に、第三要件に基づく必要不可欠性の基準を満たさない⁽⁶⁴⁾。

47. 制限的協定はそれが市場における競争の公平な条件を確保することを目的としているため正当化されるという主張は、本来的に根拠がなく、無視されなければならない⁽⁶⁵⁾。第81条の目的は、市場が開放的でかつ競争的であることを確保することにより、実効的な競争を保護することである。競争の公平な条件の確保は、共同体法に基づく義務に従う立法府の仕事であり⁽⁶⁶⁾、自らを規制することは事業者の仕事ではない。

3.2. 第81条第3項の第一要件:生産性の上昇

3.2.1. 総論

- 4.8. 第81条第3項の第一要件によると、制限的協定は商品の生産・販売を改善すること、又は技術・経済発展を促進することに寄与しなければならない。この規定は、商品についてのみ明示的に言及しているが、サービスにも類推適用される。

- 4.9. 欧州司法裁判所の判例法から判断すると、客観的利益のみが考慮され得ることになる⁽⁶⁷⁾。これは、効率性は当事者の主観的見地からは評価されないということである⁽⁶⁸⁾。当事者による市場支配力の単なる行使から生じるコスト削減は考慮され得ない。例えば、会社が価格を固定するか、又は市場を分割することに同意する場合、会社は生産を削減し、したがって生産コストを引き下げる。また、競争の低下は、販売と販売費の減少をもたらす。このようなコスト削減は、生産と価値の低下の直接的結果である。このコスト削減は、市場における競争促進効果を生み出さない。取り分け、このコスト削減は、資産と事業活動の統合を通じて価値の創出をもたらさない。このコスト削減は、関連事業者が利益を増加させることを可能にし、したがって第81条第3項の立場からは無関係である。

50. 第81条第3項の第一要件の目的は、考慮され得る種類の生産性の上昇であって、第81条第3項の第二及び第三の加算基準の対象となり得るものを定めることである。この分析の目的は、協定によって生み出される客観的利益は何であるか、また当該効率性の経済的重要性は何であるかを確認することである。第81条第3項を適用するために、協定から生じる競争促進効果が協定の反競争的效果を上回っていなければならないことを考慮すれば、協定と主張される効率性との関係は何であるか、そしてこれらの効率性の価値は何であるかを確認する必要がある。

51. したがって、効率性の全ての主張は、次の事項が確認され得よう立証されなければならない。

(a) 主張される効率性の性格

(b) 協定と効率性の関連

(c) 主張される各効率性の可能性及びその規模

(d) 主張される各効率性が達成される方法及び時期

52. 上記 51 項の第 (a) 号により、主張される効率性が性格上、客観的であるか否かを当事会社が確認することができる（上記 49 項と比較のこと）。

53. 上記 51 項の第 (b) 号は、制限的協定と主張される効率性との間に十分な因果関係があるか否かを当事会社が確認することを可能にする。この要件は通常、効率性が協定の目的を構成する経済活動から生じることを要求する。このような活動は、例えば、流通、技術ライセンス、共同生産又は共同研究開発の形式をとることがある。ただし、例えば、協定が産業全体のコスト削減をもたらすため、関連市場内でより広い効率性拡大効果を有する程度において、これらの追加的利益も考慮される。

54. 協定と主張される効率性は、通常、直接的な因果関係がなければならない⁽⁶⁹⁾。間接的効果に基づく主張は一般的に、考慮されるにはあまりにも不確実でかつあまりにも遠因すぎる。例えば、直接的な因果関係は、技術移転協定によって新規・改良製品を製造することをライセンシーに可能にする場合又は販売契約によってより低い価格で製品が販売され、また、価値のあるサービスが生み出されることを可能にする場合に存在する。間接的効果の例は、制限的協定が利益を増加させることを事業者に可能にし、消費者の最終的利益になるよう研究開発により一層投資することを可能にすると主張される場合であろう。収益性と研究開発との間に関係がある一方で、この関係は一般的に第 81 条第 3 項の文脈で考慮されるほど十分に直接的でない。

55. 上記 51 項の第 (c) 号と第 (d) 号は、主張される効率性の価値を確認することを当事会社に可能にする。この効率性の価値は、第 81 条第 3 項の第三要件の文脈において、協定の反競争的効果とバランスが取れていなければならない（以下の 101 項を参照のこと）。協定が競争と消費者にマイナスの効果を与える可能性がある場合にのみ（ハードコア制限の場合、そのような効果が推定される）第 81 条第 1 項が適用されることを考慮すれば、効率性の主張はそれが確認され得るよう立証されなければならない。立証されない主張は退けられる。

56. コスト削減を伴う効率性（以下「コスト効率性」という。）について主張する場合、第 81 条第 3 項の利益を主張する事業者は、コスト効率性の価値を合理的に可能な限り正確に計算するか又は推定し、かつ金額がどのように計算されたかを詳細に説明しなければならない。事業者は、また、コスト効率性が達成された方法又は達成される方法を説明しなければならない。提出されるデータは、コスト効率性が実現したか、又

は実現しそうであるという十分な程度の確実性があり得るよう確認されなければならない。

57. 新規又は改良製品の形態による効率性の主張やコストに基づかない他の効率性の場合、第 81 条第 3 項の利益を主張する事業者は、効率性の性格は何であるか、また効率性がいかにして、そしてなぜ客観的な経済的利益となるのかを詳細に記述しかつ説明しなければならない。
58. 協定が十分に実施されていない場合、当事者は効率性が機能して、市場において顕著なプラスの影響を与えるようになる日に関する予測を立証しなければならない。

3.2.2. 効率性の範囲

59. 第 81 条第 3 項に規定される種類の効率性は、全ての客観的な経済的効率性を対象とするよう意図するものであり、広範なカテゴリーとなっている。第 81 条第 3 項に定める様々なカテゴリーの間にはかなりの重複があり、同じ協定が複数の種類の効率性を生じさせることがある。したがって、様々なカテゴリーの間に明確でかつ確固たる区別をすることは適切でない。本ガイドラインの目的上、コスト効率性と質的性格を有する効率性との間に区別がなされるが、これらの効率性は新規製品や改良製品の登場、製品多様性の確保等の形式で価値が生み出されるものである。
60. 効率性は一般的に、経済活動の統合に由来し、事業者は独力では効率的に達成できないことを達成するために資産を統合し、又は事業者は他の事業者によってより効率的に遂行され得る仕事を他の事業者に委託する。
61. 研究開発、生産及び流通プロセスは、多くの段階に分割することができる価値の連鎖とみなされることがある。この連鎖の各段階において、事業者は自ら活動を遂行するか、他の事業者と共に活動を遂行するか、又は活動を他の事業者に全面的に外部委託するかを選択しなければならない。
62. 市場において他の事業者と協力することを選択する場合に、第 81 条第 1 項の意味に該当する協定が通常、締結される必要がある。これらの協定は、両当事者が価値連鎖の異なるレベルで事業活動をする場合のように垂直的なことがあり、又は会社が価値連鎖の同じレベルで事業活動をする場合のように水平的なことがある。両方のカテゴリーの協定は、当該事業者が消費者のためにより低いコストで、又はより高い付加価値を伴って特定の仕事を遂行することを可能にすることにより、効率性を生み出すことがある。また、このような協定は、競争の制限を含むか、又はもたらすことがあり、この場合は第 81 条第 1 項の禁止ルール及び第 81 条第 3 項の適用免除ルールが関係することがある。
63. 以下に述べられる種類の効率性は例にすぎず、網羅的に記述することを意図するもの

ではない。

3.2.2.1. コスト効率性

64. 事業者間の協定から生じるコスト効率性は、多数の異なる要素に由来する。コスト削減の一つの重要な要素は、新規の生産技術と生産方法の開発である。コスト削減の最大の可能性が達成されるのは一般的に技術的進歩が行われるときである。例えば、組立ラインの導入は、自動車の生産コストの非常に大幅な削減をもたらす。
65. 効率性が生じるために非常に重要なその他の要素は、既存の資産の統合から生じる相乗効果である。協定の当事者がそれぞれの資産を統合する場合、当事者は統合しなければ達成できないようなコストと生産の組み合わせを選択することが可能となることがある。補完的な二つの既存技術の結合は、生産コストを削減するか、又はより高い品質の製品の生産をもたらすことがある。例えば、A社の生産設備は時間当たりでは、より多い生産量を生み出すが、生産量単位当たりでは、比較的多い原材料の投入を必要とする。他方、B社の生産資産は時間当たりでは、より少ない生産量しか生み出さないが、生産量単位当たりでは、比較的少ない原材料の投入で可能である。A社とB社の生産資産を結合して生産合弁会社を設立することにより、両当事者が生産量単位当たりで少ない原材料の投入で、時間当たりでより高いレベルの生産量を達成できる場合に相乗効果が生まれる。同様に、ある事業者が価値連鎖の一つの部分最適化し、他の事業者が価値連鎖の他の部分を最適化した場合、両者の事業の結合はより低いコストをもたらす可能性がある。例えば、A社は単位当たりでより低い生産コストを達成する高度自動生産設備を所有し、B社は効率的な注文処理システムを開発した。このシステムは、生産が顧客の需要に合わせることを可能にし、期日通りの納入及び倉庫料と廃棄コストの低減を達成する。互いの資産を結合することにより、A社とB社はコスト削減を達成し得る。
66. コスト効率性は、また、規模の経済から生じることがある。すなわち規模の経済は、生産量が増加するにつれて生産量単位当たりのコストを低減させる。例を挙げると、設備と他の資産への投資は、不可分な組み合わせで行われなければならないことがしばしばある。事業者がある組み合わせを十分に利用できない場合、その平均コストは当該組み合わせを利用し得た場合よりも高くなる。例えば、トラックを運転するコストは、トラックの荷台がほとんど空であるか、半分だけ積まれているか、又は満載であるかにかかわらず、事実上同じである。事業者がその物流事業を結合する協定は、事業者が負荷要因を増やして、使用車両の台数を減らすことを可能にする場合がある。大規模な結合は、また、より優れた分業を可能にし、より低い単位コストをもたらすことがある。会社は、研究開発、生産、流通及びマーケティングを含む価値連鎖のあらゆる部分に関して、規模の経済を達成し得る。学習経済は、関連する種類の効率性を構成する。特定の生産プロセスを使用し、特定の仕事を遂行する経験が積まれるにつれて、生産プロセスがより効率的に実施され、仕事がより迅速に遂行されるため、

生産性が向上することがある。

67. 範囲の経済は、コスト効率性のもう一つの要素である。このコスト効率性は、会社が同じ原材料に基づいて異なる製品を製造することにより、コスト削減を達成するときに生じる。この効率性は、様々な製品を製造するために同じ構成材、同じ設備及び同じ職員を利用できるという事実から生じることがある。同様に、範囲の経済は、複数の種類の商品が同じ車両で配送される場合に物流で生じることがある。例えば、冷凍ピザの生産者と冷凍野菜の生産者は、各自の製品を共同で配送することにより、範囲の経済を達成し得る。二つのグループの製品は、冷凍車両で配送されなければならないが、顧客が実質的に重複している可能性がある。事業を統合することにより、両方の生産者は配送単位当たりより低い配送コストを達成し得る。
68. コスト削減という形式による効率性は、また、優れた生産計画から生じることがあり、これにより大量の在庫品を保持する必要性を減らし、良好な設備稼働率を可能にする。この種の効率性は、例えば、「ジャスト・イン・タイム」方式による購入（買手の必要に応じて買手に構成部品を継続的に供給し、使用されなくなるリスクの高い構成部品について、多数の在庫を買手が抱える必要性を避けるよう、構成部品の供給業者に義務付けること）から生じることがある。コスト削減は、また、当事者間の設備全体を通じて生産を合理化することを可能にする協定から生じることもある。

3.2.2.2. 質的効率性

69. 事業者間の協定は、第81条第3項の適用に関連する質的性格を有する様々な効率性を生み出すことがある。多くの場合、協定の有効性を拡大する主な効率性は、コスト削減ではない。それは質的改善と質的性格を有するその他の効率性である。したがって、個々の事案に応じて、この効率性はコスト効率性と同じくらい重要であり、又はそれより重要なことがある。
70. 技術の進歩は、経済にとって不可欠でかつダイナミックな部分を構成し、新商品・サービス又は改良された商品・サービスを供給するという形を通じて顕著な利益を生み出す。事業者は協力をするにより、制限的協定がなければ不可能であり、又は相当の遅延やより高いコストでのみ可能であったであろう効率性を生み出し得る。このような効率性は、第81条第3項の第一要件の対象となる経済的利益の重要な要素を構成する。この種の効率性を生み出し得る協定は、とりわけ、研究開発協定を含む。例として、A社とB社が細胞組織型のタイヤ (cell-based tyre) を開発するための合弁会社を設立し、開発に成功した場合に同タイヤの共同生産をするための合弁会社を設立することが挙げられる。このタイヤは一つのセルがパンクしても他のセルに影響を与えないが、これはセルがパンクしてもタイヤ全体が破裂する危険がないということである。したがって、この種のタイヤは、伝統的なタイヤよりも安全である。これはまた、タイヤを直ちに取り替える必要がなく、したがってスペアタイヤを積んでおく

必要はないということでもある。これら両種類の効率性は、第 81 条第 3 項の意味に該当する客観的利益となる。

71. 補完資産の結合がコスト削減を生み出し得ると同じように、資産の結合は質的性格を有する効率性を生むような相乗効果をも生じさせることがある。例えば、生産資産の結合は、より高い品質の製品又は新規な特質を有する製品をもたらすことがある。例えば、ライセンス契約及び新規商品・サービス又は改良商品・サービスの共同生産協定の場合であり得る。ライセンス契約は、取り分け、共同体市場での新規技術のより急速な伝播を保障し、かつライセンシーが新規製品を提供し、又は品質改良をもたらす新規生産技術を利用することを可能にする。共同生産協定は、取り分け、新規製品・サービス又は改良製品・サービスがより急速に、より低い価格で市場に導入されることを可能にする⁽⁷⁰⁾。例えば、電気通信分野において、協力協定は新たなグローバルサービスをより迅速に提供することにより、効率性を生み出すと考えられている⁽⁷¹⁾。銀行部門において、国際決済を行うための改良設備を提供した協力協定は、第 81 条第 3 項の第一要件の範囲に該当する効率性を生み出すと考えられている⁽⁷²⁾。
72. 配送協定も品質上の効率性を生み出すことがある。例えば、専門流通業者は顧客のニーズに一層適応したサービスを提供でき、また、流通網を通じてより迅速な納入、より優れた品質保証を提供でき得る⁽⁷³⁾。

3. 3. 第 81 条第 3 項の第三要件:制限の不可欠性

73. 第 81 条第 3 項の第三要件に従い、制限的協定は当該協定によって生み出される効率性の達成に不可欠でない制限を課してはならない。この要件は、二重のテストを要することを意味する。第一に、制限的協定はそれ自体、効率性を達成するために合理的に必要なでなければならない。第二に、協定から生じる競争の個々の制限も効率性の達成に合理的に必要なでなければならない。
74. 第 81 条第 3 項の第三要件の文脈において、決定的な要因は制限的協定と個々の制限が、当該協定又は制限がなかった場合よりも効率的に活動を遂行させることが可能であるか否かである。問題は、当該制限がなかったならば協定が締結されなかったであろうか否かではなく、当該協定又は制限がなかった場合よりも協定又は制限があったほうが一層の効率性が生み出されるか否かである⁽⁷⁴⁾。
75. 第 81 条第 3 項の第三要件に含まれる最初の基準は、効率性を達成する他の経済的に実行可能で、かつ、より制限的でない手段がないという意味において、効率性が当該協定に由来していることを要求する。この後者の評価を行うに当たり、協定当事者が直面する市場要件及び事業の状況が考慮されなければならない。第 81 条第 3 項の利益を援用する事業者は、仮定的又は理論的な代替手段を考慮することを要求されない。欧州委員会は、当事者の事業判断についてとやかく言わない。欧州委員会は、現実的

で達成可能な代替手段があることが合理的に明白である場合にのみ介入する。当事者は、協定にとって同様に現実的であり、かつより制限的でない代替手段がより効率的でない理由を説明し、立証しさえすればよい。

76. 個々の事案の状況を適切に考慮して、当事者がより制限的でない他の種類の協定によって効率性を達成し得るか否かを検討し、達成し得る場合はいつ達成し得るかを検討することが特に適切である。また、当事者が自ら効率性を達成し得るか否かを検討することも必要であろう。例えば、主張される効率性が規模の経済又は範囲の経済から生じるコスト削減の形態をとる場合、関連事業者は同じ効率性が内部的拡大や価格競争を通じて達成されそうもない理由を説明し、立証しなければならない。この評価を行うに当たり、関連市場における最小効率規模は何であるかを特に考慮することが適切である。最小効率規模は、平均コストを最小限にし、かつ規模の経済の効果が消滅する生産レベルである⁽⁷⁵⁾。協定当事者のいずれかの現行規模に比較して最小効率規模が大きければ大きいほど、効率性は当該協定に特有であるとみなされる可能性が一層高くなる。補完資産と補完能力の結合によりかなりの相乗効果を生み出す協定の場合、当該協定は効率性を達成するために必要であるという推定を生じさせる。

77. 上記の原則は、以下の仮定の例によって示すことができる。

A社とB社がより高い生産性とより低い原材料消費を達成するためにそれぞれの生産技術を合弁会社内で結合する。合弁会社は、両社の生産技術について独占的使用権を付与される。両当事者は、合弁会社に対しそれぞれの既存の生産設備を移転する。両当事者（A社とB社）は、また、既存の学習経済が利用されて、更に発展され得よう確保するため主要な職員を転属させる。習熟による経済性は生産コストを更に5%低減すると予測される。合弁会社の生産物は、A社とB社によって別々に販売される。この場合、不可欠性の条件は、A社とB社が独立して生産し続けるため、より制限的とならないライセンス契約によって利益が実質的に達成され得るか否かの評価を必要とさせる。両者が二つの技術を使用するそれぞれの経験から顕著な習熟による経済性をもたらすような利益を同じ一貫性と継続性のある方法でライセンス契約に基づいて得ることはでき得ないであろうから、上記の状況において利益が達成されることはなさそうである。

78. 効率性を生み出すために当該協定は必要であると一旦認定された場合、協定から生じる競争の各制限の不可欠性が評価されなければならない。この文脈において、効率性を生み出すために個々の制限が合理的に必要であるか否かが評価されなければならない。協定当事者は、制限の性格と不可欠性に関する主張を立証しなければならない。
79. 制限がなければ、協定から生じる効率性が排除され、又は著しく減殺される場合又は効率性が実現する可能性を著しく少なくさせる場合、制限は不可欠である。代替解決手段の評価は、特定の制限の削除又はより制限的でない代替手段の適用によって競争が現実的に及び潜在的に改善されるか否かを考慮しなければならない。当該制限がよ

り競争制限的になればなるほど、第三要件に基づく基準は一層厳しくなる⁽⁷⁶⁾。一括適用免除規則にブラックリストとして載せられているか、又は欧州委員会のガイドラインと告示にハードコア制限として特定されている制限は、不可欠であるとみなされることはほとんどない。

80. 不可欠性の評価は、協定が作用する現実的な文脈において行われ、市場の構造、協定に關係する経済リスク及び当事者が直面するインセンティブを特に考慮しなければならない。協定の対象である製品の成功が不確実であればあるほど、効率性が実現することを確保するために制限が一層要求され得る。当事者のインセンティブを調整し、かつ当事者が協定の実施に努力を集中するよう確保するために制限が不可欠なこともある。例えば、かなりの埋没投資が当事者の一方によって一旦行われた場合、ホールド・アップの問題を避けるために制限が必要となり得る。例えば、供給業者が顧客に原材料を提供するためにかなりの顧客との取引に特殊な投資を行った場合、供給業者は当該顧客にロック・インされる。より有利な条件を得るために顧客がこの状態に事後に依存するのを避けるため、この顧客に対して第三者から構成部品を購入しない義務を課すか、供給業者から最低量の構成部品を購入する義務を課す必要があり得る⁽⁷⁷⁾。
81. ある場合には一定期間についてのみ制限が不可欠なことがある。この場合、第 81 条第 3 項の適用免除は、当該期間中にのみ適用される。この評価を行うに当たり、当事者が適用免除ルールの適用を正当化するための効率性を達成するために必要な期間を適切に考慮する必要がある⁽⁷⁸⁾。相当の投資をしないでは利益が達成し得ない場合、当該投資に対する十分な収益を確保するために必要な期間が取り分け考慮されなければならない（上記 44 項を参照のこと）。
82. 上記の原則は、以下の仮定の例によって示すことができる。

P 社は、冷蔵ピザの製造販売をしており、加盟国 X において市場の 15% のシェアを有している。納入は小売業者に対して直接行われている。大部分の小売業者は限られた保管能力しかないため、比較的頻繁な納入が必要となり、低い設備稼働率と比較的小型の車両の使用を招いている。T 社は冷凍ピザと他の冷凍製品の卸売業者で、P 社と同じ顧客の大部分に納入している。T 社が販売しているピザ製品は、市場の 30% のシェアを有している。T 社は、多くの大型車両を保有しており、過剰設備を抱えている。P 社は、加盟国 X について T 社と独占的販売協定を締結しており、他の加盟国の販売業者が T 社の販売地域に積極的又は消極的に売り込みをしないよう保障することを約束している。T 社は、製品の広告宣伝を行うこと、顧客の好みと満足度を調査すること、そして 24 時間内に小売業者へ全製品を納入することを約束している。設備がより有効に利用され、また販売網の重複が排除されるため、独占的販売協定は合計 30% の物流コストの低減をもたらしている。また、独占的販売協定は、消費者に追加サービスの提供をもたらしている。消極的販売の制限は、垂直的制限に関する一括適用免除規則のもとでハードコア制限であり⁽⁷⁹⁾、例外的状況においてのみ不可欠であるとみなされる。T 社の確立さ

れた市場ポジションと T 社に課せられる義務の性格は、これが例外的ケースでないことを示している。他方において、積極的販売の禁止は、不可欠であるように思われる。他の加盟国の販売業者が加盟国 X において積極的に販売することができ、したがって T 社の努力にただ乗りできるならば、T 社は P 社のブランドを販売しかつ宣伝するインセンティブをそれほど持たないと思われる。T 社が競合ブランドを販売し、したがってただ乗りされるのが最も少ないより多くのブランドを売り込む可能性があるため、T 社が P 社のブランドを販売しかつ宣伝するインセンティブを持つことは取り分けない。

S 社は、炭酸ソフト飲料メーカーであり、市場の 40% のシェアを有している。最も激しく競争している競争者は、20% のシェアを有している。S 社は、需要の 25% を占める供給契約を複数の顧客と結んでおり、同契約により顧客は 5 年間にわたり S 社から独占的に購入することを約束している。S 社は、需要の 15% を占める契約を他の顧客と締結している。顧客の購入額が個別的に定められた一定の目標を超えた場合、顧客は四半期ごとの目標達成リポートを受け取ることを同契約により認められている。S 社は、この供給契約は S 社が需要をより正確に予測することを可能にし、したがって計画生産を改善することを可能にし、原材料の保管費用と倉庫料を軽減し、供給不足を避けることになることを主張している。S 社の市場ポジションと制限の全範囲を考慮した場合、制限は不可欠であるとみなされる可能性はかなり低い。排他的購入義務は、生産を計画するために必要なものを越えるが、このことは目標達成リポート制度に当てはまる。需要の予測可能性は、より制限的でない手段によって達成され得る。例えば、S 社は大量購入リポートを申し出ることにより、又は特定の日の納入について事前に確定注文をする顧客にリポートを申し出ることにより、顧客が一回に大量の注文をするインセンティブを与えることができる。

3.4 第 81 条第 3 項の第二要件:消費者に対する公平な分配

3.4.1. 総論

83. 第 81 条第 3 項の第二要件に従い、消費者は制限的協定によって生み出される効率性の公平な分配を受けなければならない。
84. 「消費者」という概念は、協定の対象となる製品の全ての直接的又は間接的なユーザーを包含する。ユーザーは、製品を原材料として使用する生産者、卸売業者、小売業者及び最終消費者、すなわち自分の商売又は職業の範囲外とみなされ得る目的のために行動する自然人を含む。換言すれば、第 81 条第 3 項の意味に該当する消費者は、協定当事者の顧客であり、その後の購入者である。これらの顧客は、産業機械又は追加処理用原材料の買手の場合のように事業者であり得、例えば、アイスクリームや自転車を衝動的に購入する買手の場合のように最終消費者であり得る。
85. 「公平な分配」という概念は、利益の還元が第 81 条第 1 項に基づき認定される競争

の制限によって消費者に生じる現実的又は潜在的なマイナスの影響について少なくとも消費者に対して補償しなければならないことを意味する。反競争的協定を防止するという第 81 条の全体的目的に沿って、協定の正味効果は協定によって直接的又は潜在的に影響を受ける消費者の立場からは少なくとも中立でなければならない⁽⁸⁰⁾。そのような消費者が協定の影響を受けて暮らし向きが悪くなった場合、第 81 条第 3 項の第二要件は満たされない。協定のプラスの効果は、消費者に対するマイナスの効果と釣り合いが取れ、その補償をするものでなければならない⁽⁸¹⁾。これが事実であれば、消費者は協定によって損害を受けることはない。さらに、効率性が生産物を生産するためにより少ない資源を消費又は使用し、より価値のある生産物の生産した結果、資源のより効率的配分をもたらす場合、社会全体は利益を受ける。

86. 消費者が第一要件に基づいて確認されるあらゆる効率性上昇の分配を受けることは必要でない。制限的協定のマイナスの効果を補償するために十分な利益が還元されるだけで十分である。この場合、消費者は利益全体の公平な分配を受けることになる⁽⁸²⁾。制限的協定がより高い価格をもたらす可能性がある場合、消費者は品質の向上又はその他の利益によって十分に補償されなければならない。もし補償されなければ、第 81 条第 3 項の第二要件は満たされない
87. 決定的な要因は、関連市場内における製品が消費者に与える全体的影響であって、当該消費者グループの個々の構成員に与える影響ではない⁽⁸³⁾。ある場合には、効率性が実現する前に一定の期間が必要なことがある。この期間が経過するまで、協定はマイナスの効果しか持たないことがある。消費者への還元が一定の時間的ずれをもって起きることそれ自体は、第 81 条第 3 項の適用を排除しない。ただし、時間的ずれが大きければ大きいほど、利益の還元在先立つ期間中における消費者の損失を補償するために効率性は一層大きくななければならない。
88. 上記の評価を行うに当たり、将来における消費者の利得の価値は、消費者の現在の利益と同じでないことが考慮されなければならない。現在 100 ユーロを節約する価値は、同じ金額を 1 年後に節約する価値より大きい。したがって、将来における消費者の利得は、消費者の同じ名目額の現在の損失について十分に補償しない。消費者の現在の損失と消費者の将来の利得を適切に比較できるようにするため、将来の利得の価値は割引かれなければならない。適用される割引率は、インフレ率（ある場合）及び将来の利得価値が低いことの指標としての喪失利息を反映しなければならない。
89. 他の場合において、協定は、協定がない場合に比べて効率性を迅速に達成することを可能にすることがある。このような状況において、このリードタイムが一旦経過した場合、関連市場内の消費者への潜在的なマイナスの影響を考慮することが必要である。当事者が制限的協定によって市場で強い立場を得る場合、当事者は本来請求し得たであろうよりも相当高い価格を請求し得るようになる。第 81 条第 3 項の第二要件が満たされるためには、製品をより早く入手できるという消費者の利益は、同じくかなり大

きくなければならない。これは、例えば、協定がかなり安全な新規タイヤを 3 年早く市場に導入することをタイヤ・メーカー 2 社に可能にするが、同時に市場支配力を高めることによりこれらのタイヤ・メーカーが価格を 5% 引き上げることが可能になる場合である。この場合、大幅に改良された製品を早期に利用できることは、価格引上げに勝る可能性がある。

90. 第 81 条第 3 項の第二要件は、スライド制を包含している。第 81 条第 1 項に基づいて認定される競争の制限が大きければ大きいほど、効率性と消費者への還元が一層大きくななければならない。このスライド制へのアプローチは、協定の制限的効果が比較的限定されて効率性が大きい場合は、コスト削減の公平な分配が消費者に還元される可能性があることを意味する。したがって、この場合、第 81 条第 3 項を適用するための他の 3 要件が満たされるときは、同項の第二要件の詳細な分析を行うことは通常必要とされない。

91. 他方において、協定の制限的効果が大きくて、コスト削減が比較的小さい場合、第 81 条第 3 項の第二要件が満たされる可能性は極めて少ない。競争制限の影響は、協定が締結された後に残る制限の程度と競争の程度によって決まる。

92. 協定が実質的な反競争的効果と実質的な競争促進効果の両方を有する場合、注意深い分析が必要となる。このような場合に比較検討の基準を適用するに当たり、競争が効率性と革新の長期にわたる原動力であることが考慮されなければならない。実効的な競争制約に服さない事業者—例えば、支配的事業者—は、効率性を維持し、又は効率性に依存するインセンティブをあまり持たない。競争への協定の影響が大きければ大きいほど、消費者が長期にわたり影響を受ける可能性は一層高くなる。

93. 次の二つの項は、効率性上昇の消費者還元を評価するための分析的枠組みを詳細に説明している。最初の項は、コスト効率性を扱い、その次の項は新規製品又は改良製品（質的効率性）といった他の種類の効率性を対象としている。これら二つの項で詳しく説明される枠組みは、競争阻害が消費者の利益を上回ること、あるいは消費者の利益が競争阻害を上回ることが直ちに明らかでない場合に取り分け重要である⁽⁸⁴⁾。

94. 以下に定める原則を適用するに当たり、欧州委員会は多くの場合に消費者還元率と他の種類の消費者還元を正確に計算することが困難である事実を考慮することとなる。事業者は、個々の事案の状況を考慮し、合理的に可能な程度で予測と他のデータを提出することにより、その主張を立証することを要求されるだけである。

3.4.2. コスト効率性の還元及び比較衡量

95. 通常あることだが、市場が完全に競争的でない場合、事業者は生産高を変えることにより市場価格に大なり小なり影響を及ぼすことができる⁽⁸⁵⁾。事業者はまた、顧客間で

価格差別をすることができる。

96. コスト効率性は、影響を受ける顧客に生産高の増加と価格の低下をある状況においてもたらすことがある。コスト効率性のため当該事業者が生産高を増加することにより利益を増やすことができる場合は、消費者還元が生じることがある。コスト効率性が消費者に還元されそうな程度及び第 81 条第 3 項に定める比較検討のテストの結果を評価するに当たり、以下の要素が取り分け考慮される。

(a) 市場の特徴と構造

(b) 効率性上昇の性格と規模

(c) 需要の弾力性

(d) 競争制限の規模

通常、これらの要素の全てが考慮されなければならない。第 81 条第 3 項は、市場での競争がかなり制限されている場合にのみ適用されるため（上記 24 項参照）、消費者が利益の公平な分配を受け取ることを競争の残存部分が保障することは推定され得ない。ただし、市場における競争の余地が残されている程度及び当該競争の性格は、利益還元の可能性に影響を及ぼす。

97. 競争が残存している程度が大きければ大きいほど、個々の事業者がコスト効率性を還元することにより売上高を増やそうとする可能性が一層高まる。事業者が主に価格に基づいて競争し、顕著な供給能力の限界に服さない場合、還元は比較的早く生じ得る。競争が主に供給能力に基づいており、供給能力適応が一定の時間的ずれを伴って生じる場合、還元はより緩やかである。市場構造が暗黙の共謀を促す場合も、還元は緩やかになる可能性がある⁽⁸⁶⁾。競争相手が単数又は複数の協定当事者による生産増加に対抗する可能性がある場合、生産を増加させるインセンティブは抑えられることがある。ただし、効率性が与える競争優位性によって関係事業者が少数独占の構成員によって市場で採用されている共通政策から離脱するインセンティブを有する場合は除かれる。換言すれば、協定によって生み出される効率性は、関係事業者をいわゆる「マーベリック」に変えることがある⁽⁸⁷⁾。

98. 効率性上昇の性格は、また、重要な役割を果たす。経済理論によると、事業者は限界収入が限界費用に等しくなるまで、生産単位を販売することにより利益を最大限にする。限界収入は、追加生産単位を販売することから生じる合計収入の変化であり、また限界費用は当該の追加生産単位を生産することから生じる合計費用の変化である。利益を最大限にする事業者の生産と価格決定は一般的に、その固定費（すなわち、生産率と共に変化しない費用）によって決定されないが、変動費（すなわち、生産率と

共に変化する費用)によって決定されることが上記の原則から導かれる。固定費が発生し、供給能力が決まると、価格と生産の決定は変動費と需要状況によって決まる。例として、二つの会社がそれぞれ供給能力の半分だけを操業する二つの生産ラインで二つの製品を生産している状況を挙げる。専門化協定は、二つの事業者が二つの製品のうち一つを生産することに特化し、他の製品用の第二生産ラインを廃棄することを可能にする。同時に専門化は事業者が可変的原材料と保管費用を減らすことを可能にする。後者の節減のみが事業者の価格・生産決定に直接的影響を与えるが、それは保管費用の節減が生産の限界費用に影響を及ぼすためである。各事業者による生産ラインの一つの廃棄は、変動費を低減させず、また生産コストに影響を与えない。したがって、事業者は限界費用を低減させる効率性を増産と低価格の形式で消費者に還元するが、事業者は固定費を低減させる効率性に関して直接的なインセンティブを持たないことになる。したがって、消費者は固定費低減の場合よりも変動費低減の場合のほうがコスト効率性の公平な分配を受ける可能性が高い。

99. 事業者が一定種類のコスト効率性を還元するインセンティブを持ち得るという事実は、還元率が必ずしも 100%であることを意味しない。実際の還元率は、消費者が価格変化に反応する程度、すなわち需要の価格弾力性によって決まる。価格の低減によって生じる需要増加が大きければ大きいほど、還元率は一層多くなる。このことは、増産による価格低減によって生じる売上増が大きければ大きいほど、売上が増産を原因とする低価格によって生じる収入損失を相殺する可能性が一層高くなるという事実から導かれる。価格差別がない場合、価格の低下は事業者が販売する全ての単位に影響する。この場合、限界収入は、限界生産物に対して得られる価格より少ない。関連事業者が異なる顧客に異なる価格を請求できる場合、すなわち価格差別をできる場合、還元は通常、価格に敏感な消費者に対してのみ利益を与える⁽⁸⁸⁾。
100. 効率性上昇は、関連事業者のコスト構造全体に影響を与えないことがしばしばあることも考慮されなければならない。この場合、消費者に対する価格の影響は少なくなる。例えば、当事者が生産コストを 6%削減することを協定が可能にするが、生産コストが価格決定の根拠となるコストの 3分の1を占めるだけの場合は、全額が還元されると仮定すると、製品価格への影響は 2%である。
101. 最後に、そして非常に重要なことは、競争の制限とコスト効率性から生じる二つの相反する力を比較衡量する必要があることである。一方において、制限的協定によって生じる市場支配力の増加は、価格を引き上げる能力とインセンティブを関連事業者に与える。他方において、考慮される種類のコスト効率性は、価格を引き下げるインセンティブを関連事業者に与え得る(上記 98 項を参照のこと)。これら二つの相反する力の影響は、互いに比較衡量されなければならない。これに関して、消費者還元の要件はスライド制を包含していることが想起される。当事者が直面する競争制約の実質的な低減を協定が生じさせる場合、十分な還元が生じるためには極めて大きなコスト効率性が通常必要となる。

3.4.3. 他種類の効率性の還元及び比較衡量

102. 消費者還元は、また、新規及び改良製品といった質的効率性の形で価格の上昇を含む協定の反競争的効果を補償するのに十分な価値を消費者に対して生み出すことがある。
103. この評価は必然的に価値判断を必要とする。この種の動的な効率性に正確な価値を割り当てることは困難である。ただし、評価の基本的目的は同じである。すなわち、関連市場内において消費者に与える協定の全体的影響を確認することである。第 81 条第 3 項の利益を主張する事業者は、消費者が相殺利益を得ることを立証しなければならない（これに関して、上記 57 項と 86 項を参照のこと）。
104. 新規製品と改良製品の入手可能性は、消費者厚生重要な要素を構成する。改良に由来する価値の増加が制限的協定によって引き起こされる価格維持又は価格引上げによる損害を超える限り、消費者は協定がない場合よりも暮らし向きが一層よくなり、第 81 条第 3 項の消費者還元要件は通常、満たされる。協定の潜在的効果が関連市場内の消費者に対する価格を引き上げることである場合、主張される効率性が競争制限の悪影響を補償するよう当該市場の消費者に真の価値を生み出すか否かが注意深く評価されなければならない。

3.5. 第 81 条第 3 項の第四要件:競争排除の禁止

105. 第 81 条第 3 項の四番目の要件によると、協定は関連製品の実質的な部分に関して競争を排除する可能性を事業者に与えてはならない。競争行為と競争プロセスの保護は最終的に、制限的協定から生じ得る潜在的に競争促進的な効率性上昇に優先する。第 81 条第 3 項の最後の要件は、事業者間の競争行為は革新の形態による動的な効率性を含む経済効率性の不可欠な原動力であるという事実を認めている。換言すれば、第 81 条の究極的な目的は、競争プロセスを保護することである。競争が排除される場合、競争プロセスは終焉し、短期的な効率性上昇は、自らの地位（レントシーキング）を維持するために既存事業者に生じる支出、資源の非効率な配分、革新の低下及び高価格に取り分け由来する長期的損失によって凌駕される。
106. 関連製品の実質的な部分についての競争排除に関する第 81 条第 3 項の概念は、第 81 条第 3 項に特有な共同体の法律において自立した概念である⁽⁸⁹⁾。ただし、この概念を適用するに当たり、第 81 条と第 82 条の関係を考慮する必要がある。定着した判例法によると、第 81 条第 3 項の適用は第 82 条の適用を妨げることはできない⁽⁹⁰⁾。さらに、第 81 条と第 82 条は、市場における効率的な競争を維持するという目的を追求するため、一貫性は第 81 条第 3 項が支配的地位の濫用となる制限的協定への同項の適用を排除すると解釈されることを要求する^{(91) (92)}。ただし、市場支配的地位にあ

る事業者によって締結される全ての制限的協定が市場支配的地位の濫用となるのではない。これは例えば、市場支配的地位にある事業者が競争を制限すると認定されたが、同時に資産の実質的統合を伴う非全機能型ジョイントベンチャー⁽⁹³⁾の当事者となっている場合である。

107. 第 81 条第 3 項の最後の要件の意味において競争が排除されているか否かは、協定の締結前に存在した競争の程度及び競争に与える制限的協定の影響、すなわち協定がもたらす競争の低下によって決まる。競争が関連市場において既に弱体化していればいるほど、第 81 条第 3 項の意味において競争が排除されるために必要な競争の低下は一層少なくなる。さらに、協定によって生じる競争の低下が大きければ大きいほど、関連製品の実質的な部分に関する競争が排除される危険の可能性が一層高くなる。
108. 第 81 条第 3 項の最後の要件の適用は、市場における競争の様々な要素、これらの要素が協定当事者に課す競争制約の水準及びこの競争制約に協定が及ぼす影響の現実的な分析を必要とする。現実的競争と潜在的競争の両方が検討されなければならない。
109. 市場シェアが関係する一方で、現実的競争の残りの要素の度合いは、市場シェアだけに基づいて評価することはできない。より広範囲な質的・量的分析が通常、要求される。現実の競争相手の競争能力及び競争相手の競争に対するインセンティブが検討されなければならない。例えば、競争相手が供給能力の限界に直面するか、又はその生産コストが比較的高い場合、競争相手の競争反応は必然的に限定される。
110. 競争に与える協定の影響を評価するに当たり、競争の様々な要素に対する協定の影響を検討することも関係がある。協定がその最も重要な表現の一つにおいて競争を排除する場合、第 81 条第 3 項に定める例外に関する最後の要件は満たされない。これは、協定が価格競争を排除するか⁽⁹⁴⁾、又は技術革新及び新規製品の開発に関して競争を排除する場合に取り分け該当する。
111. 当事者の現実的な市場行動は、協定の影響を理解させ得る。協定を締結した後で当事者が大幅な価格引上げを実施しかつ維持し、又はかなりの程度の市場支配力の存在を示すその他の行動を行った場合、それは当事者が真正な競争圧力を受けておらず、かつ競争が関連製品の実質的な部分に関して排除されていることの徴候である。
112. 過去の競争相互作用は、また、将来の競争相互作用に与える協定の影響の徴候を示すことができる。事業者は、過去において「マーベリック」であった競争相手と協定を締結することにより、第 81 条第 3 項の意味に該当する競争を排除することができ得る⁽⁹⁵⁾。このような協定は、競争相手の競争インセンティブと競争能力を変え、それによって市場における競争の重要な要素を取り除くことができる。
113. 差別化製品、すなわち消費者の目からみて別個の商品と映る場合、協定の影響は協

定当事者によって販売される製品間の競争関係によって決まる。事業者が差別化製品を提示する場合、個々の製品が互いに課す競争制約は、製品間の代替可能性に従って異なる。したがって、当事者が提示する製品間の代替可能性の程度はどのようなものであるか、すなわち当該製品が互いに課す競争制約はどのようなものであるかが考慮されなければならない。協定当事者の製品が類似した代替製品であればあるほど、協定の制限的効果の可能性は一層高くなる。換言すれば、製品の代替可能性が高くなればなるほど、市場における競争制限に関して協定によってもたらされる変化の可能性が一層高くなり、また関連製品の実質的部分に関する競争が排除される危険の可能性が一層高くなる。

114. 現実的競争の要素は、極めて容易に確認されるため、通常、最も重要であるが、潜在的競争の要素も考慮されなければならない。潜在的競争の評価は、関連市場でまだ競争していない事業者が直面する参入障壁の分析を必要とする。市場参入に対する障壁は低いという当事者の主張は、潜在的競争の要素を特定する情報によって裏付けされなければならない。また当事者はこれらの要素が当事者に対する真の競争圧力となる理由を立証しなければならない。

115. 参入障壁と大規模な新規参入の真の可能性を評価するに当たり、取り分け以下の事項を検討することが適切である。

(i) 新規参入に対する影響を決定するための規制の枠組み。

(ii) 埋没コストを含む参入コスト。埋没コストは、参入者がその後、市場から撤退する際に回収し得ないコストである。埋没コストが高ければ高いほど、潜在的参入の事業リスクは一層大きくなる。

(iii) 産業内の最小効率規模、すなわち平均コストが最小になる生産割合。最小効率規模が市場規模に比較して大きければ、効率的参入はより費用を要し、かつ危険が大きい。

(iv) 潜在的参入者の競争力。潜在的参入者が少なくとも既存事業者と同じコスト効率性の高い技術を持っている場合とか、又は効率的に競争することを新規参入者に可能にするその他の競争上の優位性を利用できるような場合には、取り分け効率的参入は期待できるものとして取り扱われる。潜在的参入者が既存事業者に比較して同じ技術的な水準又は劣った技術的な水準にあり、その他の際立った競争上の優位性を有していない場合、参入は期待できない状況にあり、仮にそのような参入があったとしてもそれはより非効率的である。

(v) 買手の立場及び市場に競争をもたらす新しい要素を持ち込む買手の能力。一定の有力な買手が弱い競争相手よりも有利な条件を協定当事者から引き出し得る

ことは無関係である⁽⁹⁶⁾。当該買手が効率的な新規参入への道を開く可能性がある場合、有力な買手の存在は競争排除の一応の認定を打ち消す材料となる。

(vi) 新規参入の試みに対する既存事業者の潜在的反応。既存事業者は、例えば過去の行動によって攻撃的態度という評判を得ており、将来の参入に対して影響を与える。

(vii) 産業の景気見通しは、長期にわたる当該産業の魅力の指標となり得る。停滞又は衰退している産業は、成長によって特徴付けられる産業に比較して参入者にとってあまり魅力のない対象である。

(viii) 過去の大規模参入の事実又はこのような参入がないという事実。

116. 上記の原則は、以下の仮定の例によって示すことができる。この仮定例は、限界を定めることを意図していない。

A社はビール醸造者であり、レストラン及びその他のオントレード (on-trade) 施設のビール販売からなる関連市場の70%のシェアを有している。過去5年間にわたり、A社は市場シェアを60%から現在のシェアに増やした。市場にはB社、C社、D社及びE社という他の4社の競争相手がおり、それぞれ10%、10%、5%及び5%の市場シェアを有している。この数年間、新規参入は起きておらず、A社が実施した価格変更が競争相手によって一般的に踏襲されている。A社は販売量の40%を占めるオントレード施設の20%と協定を締結しており、同協定により契約当事者は5年間にわたりA社だけからビールを購入することを約束している。これらの協定は、コストを引き上げ、最も魅力のある小売店から締め出された競争相手の収入を減らしている。近年強化されたA社の市場ポジション、新規参入がなく、既に弱体化している競争相手のポジションを考慮すれば、市場における競争は第81条第3項の意味において排除されている可能性がある。

全体で関連市場の70%超のシェアを有する海運会社のA社、B社、C社及びD社は協定を結んでおり、同協定によりこれらの会社は出荷のタイミングと運賃を調整している。協定が実施された後、運賃は30%ないし100%上昇した。ほかに業者が4社おり、そのうちの最大の業者は、関連市場の約14%のシェアを有している。近年、新規参入はなく、協定当事者は価格を引き上げた後も市場シェアを大きく失うことはなかった。既存の競争相手は、市場に対し大幅な新規の供給余力を持っておらず、また新規参入も起きなかった。当事者の市場ポジションと当事者の共同行為に対する競争者の反応がないことに照らして、協定当事者は真の競争圧力を受けず、また協定は第81条第3項の意味において競争を排除する可能性を当事者に与えると合理的に結論され得る。

A社は、職業ユーザー向け電気器具の製造業者であり、関連国内市場の65%のシェアを有している。B社は5%の市場シェアを有する競合製造業者であり、より強力であるが電気消費量が少ない新型モーターを開発した。A社とB社は協定を結んでおり、この協定により両社は新型モーターを生産するための生産合弁会社を設立した。B社は、合弁会社に対し独占的使用権を付与することを約束している。合弁会社は、B社の新規技術をA社の効率的な製造・品質管理プロセスと結合している。市場の15%のシェアを有する有力な競争相手がほかに1社いる。5%の市場シェアを有する別の競争相手は、競合電気器具の大手国際メーカーであるC社によって最近買収された。C社自身は、独自の効率的技術を所有している。同社は現在までのところ市場で活動していない。これは主に、事業者が需要地に存在し、需要地で顧客にサービスを提供することが顧客によって望まれているからである。上記の買収によってC社は、市場に参入するために必要な手段を利用できる。C社の参入は、競争が排除されないことを保障する可能性がある。

-
- (1) 以下において、「協定」は、事業者の協調行為及び事業者団体の決定を含む。
 - (2) OJL 1, 2003年1月4日, 1頁。
 - (3) 現行の全ての一括適用除外規則と欧州委員会の告示は、競争総局のウェブサイトである <http://www.europa.eu.int/comm/dgs/competition> で入手できる。
 - (4) 以下の36項を参照のこと。
 - (5) 垂直的制限のガイドラインに関する欧州委員会の告示 (OJC 291, 2000年10月13日, 1頁), 水平的協力協定への条約第81条の適用のガイドラインに関する欧州委員会の告示 (OJC 3, 2001年1月6日, 2頁) 及び技術移転協定への条約第81条の適用のガイドラインに関する欧州委員会の告示 (未発表) を参照のこと。
 - (6) 加盟国間の通商に対する影響の概念は、別のガイドラインで扱われている。
 - (7) 以下において、「制限」は、競争の妨害と歪曲を含む。
 - (8) 第81条第2項によると、このような協定は自動的に無効である。
 - (9) 第81条第1項は、現実的な反競争の効果と潜在的な反競争的效果の両方を禁止している。例えば、事件C-7/95 P, John Deere 事件, [1998年] ECR I-3111, 77項を参照のこと。
 - (10) 事件T-65/98, Van den Bergh Foods 事件, [2003年] ECR II, 107項, 及び事件T-112/99, Métropole télévision (M6) 事件, 及びその他, [2001年] ECR II-2459, 74項を参照のこと。同事件において、第一審裁判所は制限の競争促進的側面と反競争的側面が比較検討され得るのは、第81条第3項の枠組みにおいてのみであると認定した。
 - (11) 上記の脚注を参照のこと。
 - (12) 例えば、事件C-49/92 P, Anic Partecipazioni 事件, [1999年] ECR I-4125, 116項, 併合事件40/73 ないし 48/73 及びその他, Suiker Unie 事件, [1975年] ECR 1663 頁, 173項を参照のこと。
 - (13) これに関して、上記の脚注で引用されている Anic Partecipazioni 事件における判決の108頁及び事件C 277/87, Sandoz Prodotti 事件, [1990年] ECR I-45 を参照のこと。

-
- (14) これに関して、例えば、事件 14/68, Walt Wilhelm 事件, [1969 年] ECR I 及びより最近の事件 T-203/01, Michelin 事件 (II), [2003 年] ECR II, 112 項を参照のこと。
- (15) 併合事件 T-25/95 及びその他 Cimenteries CBR 事件, [2000 年] ECR II-491, 1845 項及び 1852 項並びに併合事件 T-202/98 及びその他, British Sugar 事件, [2001 年] ECR II-2035, 58 項ないし 60 項を参照のこと。
- (16) これに関連して、事件 C-453/99, Courage 対 Crehan 事件, [2001 年] ECR I-6297 及び上記の脚注で引用されている Cimenteries CBR 事件における判決の 3444 項を参照のこと。
- (17) これに関連して、併合事件 C-2/01 P 及び C-3/01 P, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure 事件, [2004 年] ECR I 102 項を参照のこと。
- (18) 例えば、併合事件 25/84 及び 26/84, Ford 事件, [1985 年] ECR 2725 を参照のこと。
- (19) これに関連して、上記の脚注で引用されている Bundesverband der Arzneimittel-Importeure 事件における判決の 141 項を参照のこと。
- (20) 事件 56/65, Société Technique Minière 事件, [1966 年] ECR 337 及び脚注 9 で引用されている John Deere 事件における判決の 76 項を参照のこと。
- (21) これに関連して、例えば、併合事件 56/64 及び 58/66, Consten 及び Grundig 事件, [1996 年] ECR 429 を参照のこと。
- (22) これに関連して、例えば、Elopak/Metal Box-Odin 事件 (OJ 1990 年 L 209, 15 頁) 及び TPS 事件 (OJ 1999 年 L 90, 6 頁) における欧州委員会の決定を参照のこと。
- (23) これに関連して、上記脚注 20 で引用されている Société Technique Minière 事件及び事件 258/78, Nungesser 事件, [1982] ECR 2015 における判決を参照のこと。
- (24) 上記の脚注で引用されている垂直的制限のガイドラインの 119 項にある第 10 規則を参照のこと。同規則によると、特に消極的販売制限—ハードコア制限—は、当該制限が新規製品市場又は新規地理的市場の開拓に関連する場合は、2 年間、第 81 条第 1 項に該当しないとみなされる。
- (25) 例えば、脚注 12 で引用されている Anic Partecipazioni 事件における判決の 99 項を参照のこと。
- (26) 以下の 46 項を参照のこと。
- (27) 併合事件 29/83 及び 30/83, CRAM 及び Rheinzink 事件, [1984 年] ECR 1679, 26 項並びに併合事件 96/82 及びその他, ANSEAUNAVEWA 事件, [1983 年] ECR 3369, 23-25 項を参照のこと。
- (28) 上記の脚注で引用されている水平的協力協定に関するガイドラインの 25 項及び、専門化協定カテゴリーへの条約第 81 条第 3 項の適用に関する欧州共同体規則 2658/2000 の第 5 条 (OJL 304, 2000 年 12 月 5 日, 3 頁) を参照のこと。
- (29) 垂直的協定と協調行為のカテゴリーへの条約第 81 条第 3 項の適用に関する欧州委員会規則第 4 条 (OJL 336, 1999 年 12 月 29 日, 21 頁) 及び上記脚注で引用されている垂直的制限に関するガイドラインの 46 項以下を参照のこと。また、事件 279/87, Tipp-Ex 事件, [1990 年] ECR I-261 及び事件 T-62/98, Volkswagen 対欧州委員会事件, [2000 年] ECR II-2707, 178 項を参照のこと。
- (30) 脚注 9 で引用されている John Deere 事件における判決の 77 項を参照のこと。

-
- (31) 協定が当事者の一人又は二人以上の行為の自由を制限することはそれ自体十分でない。脚注 10 で引用されている Métropole télévision (M6) 事件における判決の 76 項及び 77 項を参照のこと。これは、第 81 条の目的は消費者のために市場における競争を保護することであるという事実に沿っている。
- (32) 例えば、事件 5/69, Völk 事件, [1969 年] ECR 295, 7 項を参照のこと。実質的 (appreciability) という問題に関する説明は、条約第 81 条第 (1) 項に基づき競争を実質的な程度に制限しない重要性の少ない協定に関する欧州委員会の告示に見いだされ得る (OJ C 368, 2001 年 12 月 22 日, 13 頁)。この告示は、実質的いうことを消極的な方法で定義している。デ・ミニマス告示の範囲に該当しない協定は、実質的制限的効果を必ずしも有していない。個別的な評価が必要とされる。
- (33) これに関連して、併合事件 T-374/94 及びその他, European Night Services 事件, [1998 年] ECR II-3141 を参照のこと。
- (34) 脚注 32 を参照のこと。
- (35) これに関連して、欧州共同体の競争法のための関連市場の定義に関する欧州委員会の告示 (OJ C 372, 1997 年 12 月 9 日, 1 頁) を参照のこと。
- (36) 欧州連合官報での参照に関して、脚注 5 を参照のこと。
- (37) 脚注 10 で引用されている Métropole télévision (M6) 事件及びその他における判決の 104 項を参照のこと。
- (38) 例えば、事件 C-399/93, Luttikhuis 事件, [1995 年] ECR I-4515, 12 項ないし 14 項を参照のこと。
- (39) これに関連して、脚注 10 で引用されている Métropole télévision 事件における判決の 118 項以下を参照のこと。
- (40) 脚注 10 で引用されている Métropole télévision 事件における判決の 107 項を参照のこと。
- (41) 例えば、脚注 22 で引用されている Elopak/Metal Box-Odin 事件における欧州委員会の決定を参照のこと。
- (42) 事件 161/84, Pronuptia 事件, [1986 年] ECR 353 を参照のこと。
- (43) 脚注 22 を参照のこと。判決は、脚注 10 で引用されている Métropole télévision 事件における判決において第一審裁判所によって支持された。
- (44) 市場支配力の単なる行使から生じる当事者のコスト節減とその他の利得は、客観的利益を生み出さず、考慮され得ない。以下の 49 項と比較のこと。
- (45) 脚注 21 で引用されている Consten 及び Grundig 事件における判決を参照のこと。
- (46) 協定が一括適用除外されているという事実それ自体は、個々の協定が第 81 条第 1 項の対象であることを示さない。
- (47) 例えば、事件 C-234/89, Delimitis 事件, [1991 年] ECR I-935, 46 項を参照のこと。
- (48) 規則 1/2003 の第 36 条第 (4) 項は、鉄道、道路及び内陸水路による輸送に競争ルールを適用して、規則 1017/68 の第 51 条を取り分け廃止した。ただし、規則 1017/68 に基づき採択された欧州委員会の事件慣行は、内陸輸送部門において第 81 条第 3 項を適用する目的上、引き続き関連している。

-
- (49) 以下の 42 項を参照のこと。
- (50) 脚注 20 で引用されている Société Technique Minière 事件における判決を参照のこと。
- (51) これに関連して、事件 319/82, Kerpen & Kerpen 事件, [1983 年] ECR 4 173, 11 項及び 12 項を参照のこと。
- (52) 例えば、事件 T-185/00 及びその他, Métropole television SA (M6) 事件, [2002 年] ECR II-3805, 86 項, 事件 T-17/93, Matra 事件, ECR [1994 年] II-595, 85 項並びに併合事件 43/82 及び 63/82, VBVB 及び VBBB 事件, [1984 年] CER 19, 61 項を参照のこと。
- (53) 事件 T-213/00, CMA, CGM 及びその他, [2003 年] ECR II 226 項を参照のこと。
- (54) 脚注 52 で引用されている Matra 事件における判決の 139 項及び事件 26/76, Metro (I) 事件, [1977 年] ECR 1875, 43 項を是非参照のこと。
- (55) 消費者の概念に関しては、以下の 84 項を参照のこと。同項において、消費者は当事者の顧客及び将来の買手であると述べられている。当事者自身は、第 81 条第 3 項の目的上、「顧客」でない。
- (56) この基準は、市場に特有のものである。これに関連して、事件 T-131/99, Shaw 事件, [2002 年] ECR II-2023, 163 項を参照のこと。同事件において、第一審裁判所は第 81 条第 3 項に基づく評価は、制限的効果を評価するために利用される分析的枠組みと同じ分析的枠組みで行われなければならないと判示した。また、事件 C-360/92 P, 出版社協会事件, [1995 年] ECR I-23, 29 項を参照のこと。同事件では関連市場が国内市場より広い場合に、第一審裁判所は第 81 条第 3 項の適用において、国内領土に対する影響のみを考慮するのは正しくないと判示した。
- (57) 事件 T-86/95, Compagnie Générale Maritime 及びその他, [2002 年] ECR II-1011, 343 項ないし 345 項において、第一審裁判所は第 81 条第 3 項は、利益が特定の市場に関連することを要求しないと判示し、また適切な場合には、「当該協定がプラスの効果をもたらした可能性のあるあらゆる他の市場に対する」利益「及びより一般的な場合には、品質又は効率性が協定の存在によって改善される可能性のあるサービスに対する」利益に考慮が払われなければならないと判示した。ただし、重要なことは、この事件において、消費者の被害グループが同じグループであったということである。この事件は、共同体内の運輸会社に提供される、取り分け一連の内陸・海上輸送を網羅する一貫輸送サービスに関係していた。制限は、別個の市場を構成すると判示された国内運輸サービスに関係していたが、利益は海上運輸サービスに関連して生じると主張された。両方のサービスは、北ヨーロッパ、南東アジア及び東アジア間の一貫輸送サービスを必要とする船荷主から需要があった。脚注 53 で引用されている CMA CGM 事件における判決も協定が複数の異なるサービスを対象とした一方で、消費者の同一グループ、すなわち北ヨーロッパと極東間におけるコンテナ入り積荷の船荷主に影響を与えた状況に関係していた。協定に基づいて、当事者は国内運輸サービス、港湾サービス及び海上輸送サービスに関する費用と追加料金を固定した。第一審裁判所は、当該事件の状況において、第 81 条第 3 項を適用する目的上、関連市場を定義する必要はないと判示した (226 項ないし 228 項参照)。協定は、まさにその目的によって競争を制限し、消費者にとって利益にならなかった。
- (58) 脚注 5 で引用されている水平的協力協定に関するガイドラインの 126 項及び 132 項を参照のこと。
- (59) 脚注 18 で引用されている Ford 事件における判決を参照のこと。
- (60) これに関連して、例えば、TPS 事件における欧州委員会の決定 (OJL 90, 1999 年 4 月 2 日, 6 頁) を参照のこと。同様に、第 81 条第 1 項の禁止は、協定が制限的目的又は制限的効果を有する限りにおいてのみ適用される。
- (61) 脚注 52 で引用されている Matra 事件における判決の 85 項を参照のこと。

-
- (62) この要件に関して、以下の 49 項を参照のこと。
- (63) 例えば、事件 T-29/92, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (SP0) 事件, [1995 年] ECR II-289 を参照のこと。
- (64) 例えば、絶対的地域保護に関する事件 258/78, Nungesser 事件, [1982 年] ECR 2015, 77 項を参照のこと。
- (65) これに関連して、例えば、脚注 63 で引用されている SP0 事件における判決を参照のこと。
- (66) 国内措置は取り分け、商品、サービス、人及び資本の自由な移動に関する、条約に基づく規則に従っていないなければならない。
- (67) 例えば、脚注 21 で引用されている Consten 及び Grundig 事件における判決を参照のこと。
- (68) これに関連して、Van den Bergh Foods 事件における欧州委員会の決定 (OJ1998 年 L 246, 1 頁) を参照のこと。
- (69) これに関連して、Glaxo Wellcome 事件における欧州委員会の決定 (OJ2001 年 L 302, 1 頁) を参照のこと。
- (70) 例えば、GEAE/P&W 事件における欧州委員会の決定 (OJ2000 年 L 58, 16 頁), British Interactive Broadcasting /Open 事件における欧州委員会の決定 (OJ1999 年 L 312, 1 頁) 及び Asahi/Saint Gobain 事件における欧州委員会の決定 (OJ1994 年 L 354, 87 頁) を参照のこと。
- (71) 例えば、Atlas 事件における欧州委員会の決定 (OJ1996 年 L 239, 23 頁) 及び Phoenix/Global One 事件における欧州委員会の決定 (OJ1996 年 L 239, 57 頁) を参照のこと。
- (72) 例えば、Uniform Eurocheques 事件における欧州委員会の決定 (OJ1985 年 L 35, 43 頁) を参照のこと。
- (73) 例えば、Cégétel+4 事件における欧州委員会の決定 (OJ1999 年 L 88, 26 頁) を参照のこと。
- (74) 第 81 条第 1 項の文脈において関連のある前者の問題に関して、上記 18 項を参照のこと。
- (75) 規模の経済は通常、一定の時点において消尽する。その後、平均コストは安定し、その後は例えば供給能力限界と隘路 (ボトルネック) により上昇する。
- (76) これに関連して、脚注 57 で引用されている Compagnie Générale Maritime 事件における判決の 392 項ないし 395 項を参照のこと。
- (77) 詳細については、脚注 5 で引用されている垂直的制限に関するガイドラインの 116 項を参照のこと。
- (78) 併合事件 T-374/94 及びその他, European Night Services 事件, [1998 年] ECR II-3141, 230 項を参照のこと。
- (79) 垂直的協定及び協調行為のカテゴリに関わる条約第 81 条第 3 項の適用に関する欧州委員会規則第 2790/1999 号 (OJ1999 年 L 336, 21 頁) を参照のこと。
- (80) これに関連して、脚注 21 で引用されている Consten 及び Grundig 事件における判決を参照のこと。この事件において第一審裁判所は、第 81 条第 3 項の一番目の条件の意味における改善は、当該改善が競争分野において引き起こし得る不利益を補償するような性格を持つかなりの客観的な優位性を示さなければならないと判示した。

-
- (81) 消費者に対するプラスの影響とマイナスの影響は、各関連市場内で原則的に釣り合っていることが要求される（上記 43 項と比較のこと）。
- (82) これに関連して、脚注 54 で引用されている Metro（I）事件における判決の 48 項を参照のこと。
- (83) 脚注 56 で引用されている Shaw 事件における判決の 163 項を参照のこと。
- (84) 以下の項において便宜のため、競争阻害はより高い価格に関して言及される。競争阻害はまた、競争阻害がなかったならば生じたであろうよりも悪い品質、少ない多様性又は低い革新を意味し得る。
- (85) 完全な競争市場において、個々の事業者はプライス・テーカー（価格受容者）である。彼らは、全体的な供給と需要で決まる市場価格で製品を販売する。個々の事業者の生産高は少ないため、個々の事業者の生産高の変更は、市場価格に影響しない。
- (86) 寡占市場において、事業者が明示的なカルテル協定に訴えることなく市場での行為を調整できる場合、事業者は暗黙のうちに共謀する。
- (87) この言葉は、本来暗黙のうちに共謀したであろう、市場における他の事業者の価格方針を制限する事業者をいう。
- (88) 制限的協定は、需要弾力性が弱い顧客に対して一層高い価格を課すことを当該事業者に可能にすることさえある。
- (89) 併合事件 T-191/98, T-212/98 及び T-214/98, Atlantic Container Line (TACA) 事件, [2003 年] ECR II-939 項及び事件 T-395/94, Atlantic Container Line 事件, [2002 年] ECR II-875, 330 項を参照のこと。
- (90) 併合事件 C-395/96 P 及び C-396/96 P, Compagnie maritime belge, [2000 年] ECR I-1365, 130 項を参照のこと。同様に、第 81 条第 3 項の適用は、商品、サービス、人及び資本の自由な移動に関する、条約に基づく規則の適用を妨げない。これらの規定は、第 81 条第 (1) 項の意味に該当する協定、決定及び協調行為に一定の状況において適用される。これに関しては、事件 C-309/99, Wouters 事件, [2002 年] ECR I-1577, 120 項を参照のこと。
- (91) これに関連して、事件 T-51/89, Tetra Pak (1) 事件, [1990 年] ECR II-309 及び併合事件 T-191/98, T-212/98 及び T-214/98, Atlantic Container Line (TACA) 事件, [2003 年] ECR II-1456 項を参照のこと。
- (92) これは、脚注 5 で引用されている垂直的制限に関するガイドラインの 135 項及び水平的協力協定に関するガイドラインの 36 項, 71 項, 105 項, 134 項及び 155 項が、支配事業者によって締結される制限的協定は原則的に除外され得ないと述べているとき、これらの項がどのように理解されるべきかということである。
- (93) 全機能を有する合併事業者、すなわち自立的経済主体の全ての機能を継続的に遂行する合併事業者は、事業者集中の規制に関する欧州理事会規則 (EEC) 第 4064/89 号の対象である。
- (94) 脚注 54 で引用されている Metro（I）事件における判決の 21 項を参照のこと。
- (95) 上記 97 項を参照のこと。
- (96) これに関連して、事件 T-228/97, Irish Sugar 事件, [1999 年] ECR II-2969, 101 項を参照のこと。