

垂直的取引制限についての一考察

馬川千里

- 一 はじめに——「公正な競争」問題——
- 二 排他条件付取引と公正競争阻害性
 - (一) 排他条件付取引と判審決の動向
 - (二) 排他条件付取引と学説の展開
 - (三) 販売促進活動と「垂直的外部性」
 - (四) 系列化のメリット・デメリット論
- 三 再販原則違反の再検討
 - (一) 「当事者間の競争の制限」理論
 - (二) 製品差別化と「市場の画定」
 - (三) 再販の導入根拠と独禁法の解釈
 - (四) 三つの仮説と独禁法の現状
- 四 再販の原則違反と系列取引への波及
 - (一) 「再販制度」と判例理論
 - (二) 再販と不当廉売の判例理論
 - (三) 不当廉売に対する取引拒絶
 - (四) 不当廉売に対する自主的な解決
- 五 拘束条件付取引の規制問題

- (一) 一店一帳合制と公正競争阻害性
- (二) 対面販売の要求と再販問題
- (三) 「販売方法の制限」とシェア問題
- 六 おわりに——古い価値観からの脱却——
- (一) 市場理論とは異なる憲法判例
- (二) 競争原理と公正原理との相剋
- (三) 新しい解釈・立法の提言
- (四) 公正競争阻害性と有力説の問題点

一 はじめに——「公正な競争」問題——

垂直的取引制限（「流通系列化」とも呼ばれる）には、①取扱商品を制約する専売店制、②相手方の販売する商品の販売価格を定める再販売価格維持行為（「再販」または「再販行為」という）、③取引の相手方を制限する一店一帳合制やテリトリリー制などがあり、独禁法では二条九項四号の「相手方の事業活動を不当に拘束する条件をもつてする取引」と総称される。その内容は排他条件付取引（一般指定一一項）、再販売価格の拘束（一般指定一二項）および拘束条件付取引（一般指定一三項）として指定されている。

昭和五五年、公正取引委員会（以下「公取委」という）の私的諮問機関である独占禁止法研究会は、「流通系列化に関する独占禁止法上の取扱い」（野田編「一九八〇」）と題する報告書を公表した（以下「独禁研報告書」という）。この独禁研報告書は、流通系列化を規制するために、不公正な取引方法の禁止規定の適用を考えるものであるが、その内容には多くの批判がいわれることになった。

経済法の分野から来生教授は、「報告書の議論が、全体として、流通系列化行為を基本的に違法視し、流通系列

化行為性悪説の前提の上で、その規制を容易になしうる理論をどのように構成するかという方向に傾くものであり、それが、不公正な取引方法に関する一般指定の解釈につき、『正当な理由』等の実質的要件の評価を個別に具体的になすという従来の通説的態度とは逆に、これを可能な限り無視し、形式的要件（いわゆる行為の外形）についての判断を中心として、極端な場合にはそれのみで、ある行為の違法性を判断しようとするような理論の構成をもたらすという態度を生ぜしめているように思われる」（来生〔一九八〇〕四九頁）と批判している。今村教授は、「私の疑問としたところは、①流通系列化が、本来違法のものであるかのような取扱い、②ブランド内競争の過度の重視、③一般指定七、八号等について『正当な理由』の軽視」の三点に集約されるとしている（今村〔一九八五〕二二二頁）。また、「各論部分……については、全面的に反対」（野木村〔一九八〇〕三七頁）、さらに、「流通の系列化そのものは、価値的にはニュートラルな性質をもつものである。……系列化ということでも十把一からげに法律論を行なうことは、ほとんど意味をなさない」（川越〔一九八〇〕一七頁）といった指摘もある。経済学の分野からは、「流通系列化には、取引費用を節減することによって効率性を改善する可能性が存在する。そうだとすれば、流通系列化による取引費用節減効果を過小評価して、垂直統合を単に競争を制限し市場支配力を強化するだけとみるのは一面的・短絡的であろう」（石原〔一九九七〕一一〇頁）といった批判である。マーケティングの分野からは、「再販売価格を『行為の外形からそれ自体で違法と判断されるもの』とし、一店一張合制、有効な顧客制限効果を有するテリトリー制、および払込制を『行為の外形から原則として違法と判断されるもの』とした。この結論に対しては『ブランド内競争を過度に重視するもの』との批判が多数の論者から寄せられた」（加茂〔一九九六〕一六三頁）といった指摘である。

憲法二二条の「営業の自由」や憲法二九条の「財産権の保障」は、市場経済を基本にしていると考えられる。独

禁法の基本も競争の促進であり、競争制限的規制ではなく「競争促進的規制」である。このことが、独禁法をいわゆる経済憲法として位置づける理由であり、憲法理論でも積極的規制に上げられる理由でなければならない。それゆえ、憲法二二条の「公共の福祉」による制限は、単にある事項に「必要性がある」「重要性がある」といった漠然とした理由では不十分であり、市場での自由な競争では望ましい資源配分が実現できないという「市場の失敗」に対する是正という限定された場合でなければならぬ（馬川「二〇〇三」五頁）。経済学の分野からも、三輪教授は、「規制、産業政策、社会政策などのいずれの名称で呼ばれるにせよ、民間の経済活動に対する政府の関与が『市場の失敗』によってのみ正当化されうるという点については、少なくとも経済学者の間では基本的な合意がある」（三輪「一九九七」二四頁）と述べている。また、憲法学の分野からも、阪本教授は、「独占は、競争のもつ制御装置を機能させなくする。そのために、独禁法といった、国家による市場の外からの制御装置が別に必要となる。〈独占禁止法は、競争促進のための法である〉といわれるのは、このためである。経済的自由に関して独特の『公共の福祉』があるとすれば、それは、市場の外からの制御装置として、国家が独禁法のごとき法令を提供することである」（阪本「一九九六」二五七頁）と述べている。単に政府規制の名のもとに行われる競争制限的規制は、消費者の選択の自由を狭め効率性を損なうことになり、結局、消費者の利益を害することになり、「政府の失敗」である。

憲法の「営業の自由」や「財産権の保障」は、同時に「契約の自由」の保障を含むと解することには異論は少ないと考える。契約自由の原則には、契約締結の自由、契約の相手方（取引先）選択の自由、契約内容の自由、契約方法の自由等が含まれることはいうまでもない。憲法の保障する市場経済の下では、事業者は自分の思うとおりに行動し、自由に契約できるのが原則である。平成一〇年の花王化粧品事件最高裁判決（最三小判平一〇・一二・一

八審決集四五巻四六一頁。以下「花王最高裁判決」という)も、「メーカーや卸売業者が販売政策や販売方法について有する選択の自由は原則として尊重されるべきである」と判示している。川越弁護士の指摘のように、「契約に対して司法的、行政的な干渉が行われるのは、契約内容が公序良俗に違反しているとか、権利の濫用が行なわれているとか、いわゆる『市場の失敗』の状態にあるなどの場合であつて、市場経済の下では特殊で例外的なケースに限られるべきである」(川越「一九九三」一〇頁)。「公正な競争」を口実にする拡大した厳しい解釈による規制は、結果的には、「自由な競争」を制限する政府規制になりかねない。このことは垂直的取引制限についても例外ではないと考える。右に挙げた多くの批判や指摘は、いずれも検討に値する問題の提起となっているが、それにより与えられる示唆を手掛かりに、垂直的取引制限の解釈を考察し、私見を述べてみたいと考える。一般指定一一項の排他条件付取引の考察から論を進める。

二 排他条件付取引と公正競争阻害性

(一) 排他条件付取引と判審決の動向

独禁法における競争制限は、「当事者間の競争の制限」(Ⅱ「相手方の自由の拘束」)とは峻別して考えることが必要である。競争を機能させなくする私的独占やカルテルは、「市場における競争制限」の関連で捉えられ、当事者間の競争の制限の問題ではない。しかし、初期の審決には、当事者間の競争の制限のような捉え方が少なくなかった。今村教授も、「競争の実質的制限」について、「その意味は、……一定の取引分野における競争の、実質的部分を制限する、というのとは違う」(今村「一九七八」六一頁)とされ、しかし、「古い審決には、屢々このような誤

解があつた。例えば、東宝・スバル事件の審決が、東宝がスバル興業経営の二劇場を賃借することは、その間の競争が消滅することとなるから、それは、競争の制限に該当……とした如きは、その典型的な事例である」(今村「一九七八」六六頁注1)と述べている。このような解釈は、極めて厳しい規制結果になるが、不公正な取引方法についても同様の問題が考えられる。

公取委は初期の丸金醤油事件(昭二五・三・二〇同意審決、審決集一卷一二九頁)において、排他条件付取引について、当該契約の競争に及ぼす影響の有無なし程度を問うことなく、このような契約を一律に違反とした。しかしその後、リーディング・ケースといわれる第一次の日本光学事件(昭二七・九・三審決、審決集四卷三〇頁)において、「相手方の自由を拘束する」という理由で違反とした審決案(審決集四卷三八頁)を取り消し、「いかなる場合にかかる拘束的とりきめが競争制限の作用を生ずるかを考えて見るに、商品またはサービスを供給する業者がきわめて有力であり独特の技術または卓越せる事業能力等の理由により多数の供給を受くべき業者にかかる条件の甘受を強要しうる場合、または供給を受ける事業者がきわめて有力である場合である。右いずれの場合にも供給を受くるものをして供給者の競争者から供給を受けざることを約束せしむることにより該競争者の同一市場に進出することを有効に阻止しうるから、競争を減少せしむる虞は大いにあるので、かかる場合こそ不公正競争方法として取り締まる必要が存する」と判示した。

その後の北海道新聞社事件の東京高裁判決(東京高判昭二九・一一・二三審決集六卷八九頁)も、「一般に相手方が自己の競争者から物資等の供給を受けないことを条件としてこれと取引することは、それ自体は違法ではない」とした。そして比較的最近の事件である東洋精米機事件の東京高裁判決(東京高判昭五九・二・一七審決集三〇卷一三六頁)も、「排他条件付取引が正当な理由がないものとして……不公正な取引方法七(現行一般指定一

項)に該当するとい得るためには、それが行為者と競争者との間における公正な競争を阻害するおそれがあると認められることが必要であり、……右の公正競争阻害性の有無は、結局のところ、行為者のする排他条件付取引によって行為者と競争関係にある事業者の利用しうる流通経路がどの程度閉鎖的な状態におかれることとなるかによって決定されるべきであり、一般に一定の取引の分野において有力な立場にある事業者がその製品について販売業者の中の相当数の者との間で排他条件付取引を行う場合には、その取引には原則的に公正競争阻害性が認められるものとみて差し支えないであろう」と判示した。

右に掲げたような判断審決を通じて、排他条件付取引はそれ自体違法ではなく、流通経路の重要な部分が閉鎖的状态におかれる点に求められてきたことである(根岸〔一九九〇〕三八頁、服部〔二〇〇二〕一一九頁)。公正競争阻害性を表す用語として一般指定一一項も、「不当に、……競争者の取引の機会を減少させるおそれがあること」と改められ、要件の明確化をはかっている。しかし、学説上は、この公正競争阻害性をめぐって複雑な展開を示すことになる。

(二) 排他条件付取引と学説の展開

排他条件付取引の公正競争阻害性をめぐって、従来、学説は二つに分かれていたが、独禁研報告書によって第三の学説が提唱されてきた(馬川〔二〇〇二〕七〇頁)。しかし、ここでは、それを問題にしないで進める。独禁研報告書は、排他条件付取引のうちで問題となることの多い専売店制(排他的供給契約)の公正競争阻害性について、次の二点に求められるとした(野田編〔一九八〇〕二三頁)。

一つは、「製造業者が、従来併売店であった販売業者を専売店に切り替えさせ、競争業者がこの流通経路を利用

する可能性を排除する場合（参考：第一次大正製薬事件、北海道新聞事件）」として、「その手段の不当性に公正競争阻害性の根拠を求めることができる」としている。専売店制を取り上げた初期の審決には、このような事案に関するものが少なくなかった。他の一つは、「有力な製造業者が専売店制を実施することによって、関係する流通経路の重要な部分が、競争業者にとって閉鎖的状态に置かれることとなる場合（参考：武藤工業事件、ピジョン事件、フランスベッド事件）」として、「この場合には、有力な製造業者が専売店制を採用することによって、流通経路の重要な部分が閉鎖的状态に置かれることとなる点に公正競争阻害性の根拠を求めることができる」としている。そして、この場合に該当するか否かは、専売店制を実施する製造業者のシェアと順位、専売店制の対象となる販売業者の数および市場の地位、競争者による代替的な流通経路の整備の困難性……などの諸要因を考慮することによって判断する、というものである（野田編「一九八〇」二三頁）。しかし、一般指定一項目の公正競争阻害性に、この二つの基準を単純に認めるべきかは極めて重要な問題である。

専売店制の公正競争阻害性も、市場にどのような影響を及ぼすかによって判断されるべきであり、専売店に切り替える手段が不当であるか否かは、市場に及ぼす影響とは区別すべき事柄であろう（松下「一九八九」一六六頁）。根岸教授も、有力なメーカーが専売店制を実施することによって、関係する流通経路の重要な部分が競争業者にとって閉鎖的状态におかれる場合に、不当性を求めるべきであるとして、「審決には専売店に切り換えさせる強圧的な手段の指摘があるが、それは専売店制の実効性を示すものにすぎず、強圧的な手段があったから違法とされるものではない」（根岸「一九九〇」三八頁）と述べている。平成三年公表の独占禁止懇話会の「流通・取引慣行に関する独占禁止法の指針」（以下、「流通ガイドライン」という）も、「市場における有力な事業者が、……取引先事業者に対し自己又は自己と密接な関係にある事業者の競争者と取引しないよう拘束する条件を付けて取引する行

為又は取引先事業者に自己又は自己と密接な関係にある事業者の競争者との取引を拒絶させる行為を行い、これによつて競争者の取引の機会が減少し、他に代わり得る取引先を容易に見いだすことができなくなるおそれがある場合には、当該行為は違法となる」(第1部第四2、第2部第二2)としている。「市場における有力な事業者」の認定については、シェアが一〇%以上またはその順位が上位三位以内であることが一応の目安とされている。「競争者の取引の機会が減少し、他に代わり得る取引先を容易に見いだすことができなくなるおそれがある場合」の判断は、①対象商品の市場全体の状況、②行為者の市場における地位、③当該行為の相手方の数および市場における地位、④当該行為が行為の相手方の事業活動に及ぼす影響、を考慮して判断されるとしている。経済学の分野からも、有賀教授は、「専売店制について、違法性の判断を市場閉鎖効果に求めるのは、経済学の立場からみても妥当な基準である」(有賀「一九九九」一五四頁)と述べ、反対に、「用いられる手段のみから違法性を判断することを、経済学の立場から擁護することは困難であるといわざるをえない」(有賀「一九九九」一六〇頁)と指摘している。

(三) 販売促進活動と「垂直的外部性」

排他条件付取引をすべて当然に不当なものとすることは明らかに不合理である。かりに、前出の日本光学事件の審決案のように拡大した厳しい解釈が採用されれば、外国との輸入総代理店契約はできないことになり、厳しい解釈が過剰規制となる一例である。松下教授も、「ある市場に後発メーカーが参入する場合、そのメーカーが販売業者と排他条件付一手販売契約を結ぶならば、それにより、その市場に橋頭堡を確保することができ、先発メーカーと積極的に競争を行っていくことができる。この場合には、排他条件付取引は後発メーカーの市場への参入を促進する作用を有し、排他条件付取引は機能的には市場の競争を抑圧するというよりは、むしろ促進する結果になる場

合も考えられる」(松下〔一九六八〕二九頁)と述べている。そして、経済学的考察では、専売店制が採られる理由の一つとしていわれるのが、メーカーの販売促進活動に関する垂直的な外部性である。

販売促進活動という場合、メーカーは効率的な販売促進のために、小売業者に対してさまざまな援助を行っている。このような援助には、広告をはじめ、アフターサービスのための技術情報の提供や部品供給、店舗開設費用の分担、需要情報の提供や経営指導などがある。しかし、小売業者がこのような資源を適切に用いるという保証はない。小売業者は、往々にして、あるメーカーから援助された資源を、自己にとって有利な他のメーカーの製品を販売するために用いることがある。すなわち、メーカーが自社製品の販売促進のために小売業者に援助した資源が、小売業者の行動を通じて、他のメーカーによってただ乗りされる可能性がある。これを水平的外部性と区別して「垂直的的外部性」とよんでいる。このような状況では、メーカーによる小売業者への援助が積極的に行われず、チャンネルの効率性は低下する。こうした小売業者を媒介とした垂直的的外部性に対処するために、メーカーは専売店制を導入し、自己の販売促進投資の効果を内部化しようとするのである(丸山・成生〔一九九九〕二七四頁)。

専売店制が採られる他の理由の一つは、他のメーカーの新規参入を妨げることである。既存の小売店がすべて既存メーカーの専売店となっているのであれば、新規参入メーカーは既存小売店で自社製品を販売してもらうことができず、自ら小売店を設立するか、新規小売店を募集・育成する必要がある。これは参入に要する費用を増加させ、しかもその費用の多くがサンクとなって参入障壁を高めることになる(小田切〔二〇〇一〕二六二頁)。

このように専売店制一つを採ってもメリット、デメリットが考えられる。独禁研報告書も、流通系列化で指摘されるメリット、デメリットについて、「メリットは、①流通過程において社会的分業による利益の増進、②流通経路の整理・短縮化、大量輸送、交錯輸送の排除、在庫管理の合理化等による流通コストの節減、③商品情報、消費

者の欲求の変化等の情報が効率的に伝達されること及び計画的生産・販売の確保、④専門的知識・経験による販売及び充実したアフターサービス、品質管理の可能、である。デメリットは、①販売業者間の競争の制限によって価格が硬直化し、また、価格水準の維持・引上げが容易になる、②新規参入の障壁となり、また、新規参入業者の販路確保や下位業者の販路拡張等における制約となる、③過大な販売促進費が費消され、製品差別化が強化される、④販売業者の自立性を失わせ、経営の合理化を阻害する、⑤製造業者と販売業者との間の支配・従属関係を発生させ又は強化し、製造業者による優越的地位の濫用行為が容易になる」(野田編「一九八〇」一四頁)と整理している。そして報告書は、これらの両面は密接不可分のものとはいえず、「流通系列化のメリットについては、公正な競争を制限しないような他の方法によって確保できる場合も少なくないと考えられる。他の方法としては、例えば、経営・施設の近代化、品質管理の徹底、物流技術の革新、人材育成等が考えられる。このため、まずこのような他の方法を探るといふ方向の模索が行われるとともに、デメリットの解消・縮減に向けての規制のあり方が検討される必要がある。この規制は、様々な観点からなされるべきであろうが、独占禁止法上の規制としては、前記の流通系列化についての一般的な評価を踏まえつつ、流通系列化のために用いられる具体的行為と『公正な取引方法』との関係を中心に検討される必要がある」(野田編「一九八〇」一五頁)と整理している。しかし、この内容は必ずしも明確とはいえないし、また、独占研報告書に対する批判の対象にもなったものである。さらに、公正な取引方法の重要な問題にも発展する内容と考える。

(四) 系列化のメリット・デメリット論

独占研報告書に対する批判を簡潔に繰り返せば、「報告書の議論が、全体として、流通系列化行為を基本的に違

法視し、流通系列化行為性悪説の前提の上で、その規制を容易になしうる理論をどのように構成するかという方向に傾くもの」(来生)、「私の疑問としたところは、①流通系列化が、本来違法のものであるかのような取扱い、②ブランド内競争の過度の重視に集約される」(今村)、「各論部分については、全面的に反対」(野木村)、「流通の系列化そのものは、価値的にはニュートラルな性質をもつものである。系列化ということでも十把一からげに法律論を行なうことは、ほとんど意味をなさない」(川越)といった批判である。

独禁研報告書で述べられている流通系列化のデメリットが、どのような視点からのものであるかは極めて曖昧であるが、その曖昧さが内容に対する批判の原因であると考ええる。根岸教授も、「流通系列化のメリット、デメリットを直ちに同一次元において比較較量することができるとは問題がある」(根岸「一九八〇」三七頁)と指摘している。たとえば独禁法一五条の「合併の規制」を例に挙げれば、企業合併についてもメリットとデメリットがいわれる。しかし、一般的な評価としてのデメリットがあるからということでは合併を禁止すれば、商法上は自由な合併が、独禁法によってすべて禁止されるといふ不都合な結果になりかねない。だから、一五条の「合併の規制」は、「競争を制限することとなる場合」という要件を明示して、独禁法でいう合併のデメリットを明確に示しているのである。デメリットが曖昧な根拠では、結果的には、自由な競争を制限する政府規制になりかねないからである。

同様に、専売店制を例に挙げてみよう。垂直的外部性に対処するために、メーカーは専売店制を導入し、自己の販売促進投資の効果を内部化する。しかし、その専売店制には他のメーカーの新規参入を妨げることになるといふデメリットも考えられる。しかし、だからといって、専売店制は独禁法上規制されるべきであるという解釈では、流通系列化のほとんどは不公正な取引方法として禁止されることになり、不都合な結果となる。このような解釈の原因は、公正競争阻害性を「当事者間の競争の制限」に根拠をおくからである。しかし、独禁法は、本来自由な事

業者間の取引に対して、「市場における競争制限」という特殊で例外的な場合の規制のはずである。経済学の分野からも、「流通系列化に対する独禁法による規制で重要なことは、有効な競争が確保されるか否かである」(三島「一九九六」二〇七頁)と述べられる理由である。また、大録教授も、「契約の一部に相手方の取引の自由を侵害するような内容が含まれていても、何ら、社会的デメリットはない。社会的デメリットが発生するとすれば、一定の取引分野の競争を制限することから生ずる。したがって、一定の取引分野の競争を実質的に制限しなければ、相手方の取引の自由を侵害するような内容が含まれていても規制する必要はない」(大録「一九九八②」四七頁)と指摘される理由である。

流通系列化の一般的な評価としてのデメリットを挙げ、そのデメリットは不公正な取引方法に該当するといった解釈は、その前提として、「当事者間の競争の制限」や「相手方の自由の拘束」に公正競争阻害性の根拠をおく解釈によるものであろうと考える。そして、そのような解釈は、本来、価値中立的な流通系列化を、逆に、それ自体違法なものと考えられていることであり、「行為の外形だけで違反」と解釈することになり、結果的には「公正な競争」を口実にした「自由な競争」に対する政府規制になりかねないことである。それがよりはっきり現われてくるのが、次の再販(一般指定一二項)である。

三 再販原則違反の再検討

(一) 「当事者間の競争の制限」理論

昭和五〇年の明治育児用粉ミルク事件の最高裁判決(最判昭五〇・七・一一審決集二三巻一九八頁。以下「明治

最高裁判決」という)は、一日違いで出された和光堂育児用粉ミルク事件の最高裁判決(最判昭五〇・七・一〇審決集二二卷一七三頁。以下「和光堂最高裁判決」という)とともに第一次育児用粉ミルク事件を構成するもので、再販行為が一般指定八(現行一般指定一二項)に該当するとした公取委の審決(昭四三・一〇・一一審決、審決集一五卷六七頁。以下「明治審決」という)を、最高裁が支持したリーディング・ケースである。判審決に共通した考え方は、「当事者間の競争の制限」や「相手方の取引の自由の制限」に公正競争阻害性の根拠をおいていることである(馬川「二〇〇二」七五頁)。しかし、そのような解釈は妥当であろうか。それは最も基本的な検討内容であり、同時に、再販行為に対する規制の評価を大きく左右することになる内容と考える。

判審決理論は、「相手方の事業活動における自由の制限」に公正競争阻害性の根拠をおいている。しかし、経済学者からの指摘のように、「契約に入ること自体は当事者の自由な選択であるので、契約当事者の利益(消費者を含むものではないが)が高まるからこそ、垂直的な拘束を含む契約がなされる」(長尾・平尾「一九九八」七六頁)。判審決理論のように、「相手方の事業活動の制限」に公正競争阻害性の根拠をおけば、契約に基づく事業者間の取引の多くは否定され、販売に関する自由は失われかねない。

独禁法における競争制限は、「当事者間の競争の制限」とは峻別して考えることが必要である。根岸教授も、育児用粉ミルク事件最高裁判決の考察のなかで、「販売業者の自主的な競争機能の制限それ自体に公正競争阻害性を求めることは、独禁法の定める不当な拘束条件付取引が、拘束条件付取引ないし取引の拘束という形式的要件と公正競争阻害性という実質的要件とから構成されていることを無視する点、および独禁法の目的ないし保護法益が、本来、個々の事業者の自主的な競争機能の維持それ自体にあるのではなく、市場における競争秩序の維持にあることからいって、妥当とはいいがたい。販売業者の自主的な競争機能の制限は、それ自体では取引の拘束という形式

的要件に該当するにすぎない。また、……個々の事業者の自主的な競争機能が制限されることがあっても、市場における競争秩序に悪影響を及ぼさないかぎり、原則として独禁法による規制を加えるべきではない」(根岸「一九七五」四一頁)と指摘している。同様な指摘として、大録教授も、「契約の一部に相手方の取引の自由を侵害するような内容が含まれていても、何ら、社会的デメリットはない。社会的デメリットが発生するとすれば、一定の取引分野の競争を制限することから生ずる。したがって、一定の取引分野の競争を実質的に制限しなければ、相手方の取引の自由を侵害するような内容が含まれていても規制する必要はない」(大録「一九九八②」四七頁)と述べている。公正競争阻害性を判断理論のように「当事者間の競争の制限」の問題として捉えていけば、排他条件付取引(一般指定一一項)や拘束条件付取引(一般指定一二項)も原則違反といわざるを得ないことになり、政府の過剰規制である。

(二) 製品差別化と「市場の画定」

その後公表された独禁研報告書は、「再販は、製造業者が販売業者の再販売価格を直接拘束し、販売業者間の価格競争を完全に消滅させるものであり、本質的に競争制限的な行為であるので、その行為それ自体で違法であるといえる(参考・粉ミルク事件の最高裁判決)」(野田編「一九八〇」二〇頁)と述べている。さらに、平成三年公表の流通ガイドラインも、「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」(第2部第一1(1))としている。

流通ガイドラインは、「販売価格を自主的に決定することは、……最も基本的な事項である」としている。この理論は、「拘束」のうちでも「価格の拘束」は一番悪いといった考え方にもなる。伝統的に、競争というと「価格」競争を念頭におくことが多かったことによるものであるが、「価格」だからとしても、その拘束が直ちに「市場における競争制限」ということにはならないし、「基本的な事項」だからといって直ちに「市場における競争制限」ということにはならないはずである。再販行為といえども、商品の市場支配力の強弱、市場占拠率の大小、あるいは相手方の規模の大小等により、それが市場における競争に与える影響は一様ではないはずである(来生(一九七八④)八頁)。経済学者からも、「メーカーが、特定の流通業者と再販売価格を拘束する条件をつけて取引することだけでは、違法とはならないことを意味する。違法となるためには、当該流通業者の再販売価格を拘束することが、市場に問題とするに足る影響を与えるものでなければならぬ」(三輪(一九八二)一九九頁)と述べている。

次の問題は、独禁研報告書が「再販は、製造業者が販売業者の再販売価格を直接拘束し、販売業者間の価格競争を完全に消滅させるものであり、本質的に競争制限的な行為であるので、その行為それ自体で違法であるといえる」と述べている点である。また、流通ガイドラインも、「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・消滅させることとなることから、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」と述べている。これは、「ブランド内競争」の制限について述べた内容であり、「販売業者間の価格競争を完全に消滅させるもの」とか、「流通業者間の価格競争を減少・消滅させる」というのは、ブランド内競争の制限について述べたものである。

独禁研報告書は、再販行為と製品差別化に関連して、「再販は、製品差別化が進行している商品について行われ

ることが多く、ブランド間の価格競争が期待できない状況の下で行われるものといえる。したがって、再販は、それ自体で公正競争阻害性を有していると考えられる」、「一般に、再販売価格維持行為その他のブランド内競争の制限が行われる商品は、製品差別化が進んでおり、当該商品の需要者の一部にとって、例えば、Aブランド商品のみ選好し、Bブランド商品は比較の対象とはならない場合が起こり得る。このように、一部の顧客にとって、特定ブランドが独立した『市場』とみられるような場合には、公正競争阻害性を判断するに当たって、当該ブランド商品を取り扱う販売業者間の競争（すなわち、ブランド内競争）に着目する必要がある」（野田編「一九八〇」一八頁）と述べている。製品差別化に着目した理論の展開である。

再販行為を行っているメーカーの製品とそれと競合する他のメーカーの製品との「需要の交差価格弾力性」が非常に小さいという条件がある場合には、そのメーカーのブランドが、それ自体で一つの独立した市場を形成していると考えられるため、当該再販行為が、市場の機能をマヒさせていることは容易に結論しうるであろう（来生「一九七八④」三八頁）。同様の指摘として、「例えば、A社の口紅について、価格が少し高くてもA社製品でなければ満足できないと考える顧客が多数いれば、それらの顧客は、五％程度A社製品が値上げされたとしても、他メーカーの口紅に乗り換えないだろう。この場合には、A社の口紅はそれだけで一つの市場を形成すると見るべきである」（佐藤・川井・地頭所「一九九五」一九三頁）と述べている。また、根岸教授は、「競争の定義がブランド内競争を排除することを意味するものではない。『同種又は類似の商品』とは、需要者の選択において合理的代替関係にある商品のことを意味するものであるから、特定メーカーの商品であっても製品差別化の強い商品やロックイン状態をもたらす商品であって、相当数の需要者の選択において他のメーカーの商品との間に合理的代替関係にない」と評価できる場合には、当該特定メーカーの商品のみで『同種又は類似の商品』を構成するものと解することもで

きる。……したがって、……一定の取引分野は、ブランド間競争が展開される場のみならずブランド内競争が展開される場によっても構成されることがある」(根岸「一九九五」四二頁)と述べている。

それに対して、独禁研報告書は前記のように、「再販は、製品差別化が進行している商品について行われることが多く、ブランド間の価格競争が期待できない状況の下で行われるものといえる。したがって、再販は、それ自体で公正競争阻害性を有していると考えられる」としている。この点について、来生教授は、「形式論理上の問題で、最初の文章が『多く』という留保つきである——そうでない場合もあることが前提となっている——にもかかわらず、後の文章が、総ての場合を包摂する形式になっているのはどうしてなのかという問題である。……再販がある場合は、常に一ブランド一市場という報告書の議論には賛成しえない。……本来、相対的なものであるはずの製品差別化という観念を、過度に絶対化し(ている)」(来生「一九八〇」五九頁)と批判している。

独禁研報告書は、「需要者の一部にとって、例えば、Aブランド商品のみ選好し、Bブランド商品は比較の対象とはならない場合が起こり得る」と述べている。確かに、需要者の「一部」には他のブランド商品を選好しないものがあり得るであろう。そもそも、製品間の違いのほとんどは消費者の視覚、聴覚、味覚に基づいた主観的なものであるから、一部の需要者には他のブランド商品を選ばない場合というのは、ほとんど例外なく起こり得る現象であろう。しかし、そのような「一部」の需要者のために「独立した市場」を画定するという結論には、理論の飛躍があるように思われる。前記引用の学説によれば、市場の画定は、「かなりの顧客」や「相当数の需要者」を前提にした「需要の交差価格弾力性が非常に小さいという条件がある場合」や「合理的代替関係にないと評価できる場合」である。それゆえ、需要者の「一部」にとって起こり得る現象を根拠にした「市場の画定」は、極めて曖昧な不合理なものとなるおそれがある。前述のように、来生教授は、「本来、相対的なものであるはずの製品差別化と

いう観念を、過度に絶対化し(ている)」と批判しているが、根岸教授も、「ブランド内競争の展開される場が常に市場Ⅱ一定の取引分野を構成するものと評価できるのかについては疑問である」(根岸「一九九五」四六頁)と述べている。独禁研報告書の理論は、「市場の画定」について、「一部」の需要者について起こるであろう現象を前提にして、それを絶対化する嫌いがあり、理論が逆ではないかと考える。また、再販原則違反という命題が当然に成立するとはいえないことが、二三条の適用除外規定の立法理由とも整合性を持つことになる。ともあれ、このような理論に引きずられて、次に述べるように、極めて厳しい規制結果を生むことになる。

(三) 再販の導入根拠と独禁法の解釈

1 カルテル仮説

丸山・成生両教授の論述は、「再販は、生産者間でのカルテル価格を小売業者に遵守させるための手段として導入される。生産者間で価格協定が結ばれたとしても、小売業者がそれを遵守するという保証はない。小売業者間の価格競争が激しい場合、この傾向は著しいものとなる。このような状況で、再販に伴うペナルティは、小売業者にたいしてカルテル価格を遵守しようとする誘因を与える。その結果、小売価格は上昇し、消費者の厚生は低下する。それゆえ再販は、独占禁止法上、当然違法 (*per se illegal*) とされる」(成生「一九九九」一三七頁、丸山・成生「一九九九」二六九頁) という内容となっている。

カルテルの実効性を保証するための再販行為を、「当然違法」と解することには異論はないと考える。判審決理論も、再販行為は「原則違反」と解していることも符合する。しかし、ここで注目すべきことは、「カルテル仮説」は、カルテルの実効性を保証するための再販行為であり、競争制限的行為であるから「当然違法」なのである。

それに対して、判審決理論は、「当事者間の競争の制限」に公正競争阻害性の根拠をおくからであり、競争制限的行為であることは無関係である。両説は、似て非なる理論であり、それゆえ、「当事者間の競争の制限」に公正競争阻害性の根拠をおく判審決理論が疑問視される理由である。

カルテル仮説は、再販行為を「原則違反」とするには無理のない理論であるが、再販行為をカルテル仮説にだけ基づいて理論を展開できるほど単純な現象ではない。丸山・成生両教授の指摘のように、カルテル仮説は、再販行為の競争制限的効果を主張する唯一の仮説であり、それ以外の仮説としては、二重マージン仮説（二重限界性）、小売店舗仮説、フリーライダー仮説がある。そして、これらの三つの仮説は、むしろ「市場の失敗」に対処する方策であり、常に競争制限的効果を主張するものではない。そうだとすれば、再販行為を「原則違反」とする一般理論には限界があることになる。次に、「市場の失敗」に対処する方策である三つの仮説（馬川〔二〇〇二〕九五頁）に触れることにする。

2 二重マージン仮説（二重限界性）

メーカーと小売業者が共に価格支配力を持つ状況においては、メーカーと小売業者の双方が独占的なマージンを設定するため小売価格は高くなり、販売量が最適な水準よりも減少してしまう。その結果、流通チャネルの共同利潤のみならず、消費者余剰も減少する。この問題は「二重マージン」の問題と呼ばれている。こうした状況において、メーカーがチャネル全体の利潤を最大にする水準に再販売価格を設定すると、それが小売価格の「上限規制」として働き、二重マージンの問題を回避することができる。このとき、再販行為は、メーカーと小売業者の利益となるだけでなく、小売価格の低下を通して消費者の利益にもなる。これが二重マージン仮説である（丸山・成生〔一九九九〕二六九頁、小田切〔二〇〇一〕二五一頁）。

経済学者からは、「この点は、……独禁法の運用の問題に重大な示唆を提起している。独禁法でメーカーによる再販価格維持行為を厳しく規制すると、メーカーは小売価格のコントロールをあきらめ、出荷価格を引上げにかかるともされない。それによって、小売価格はかえって高くなることもありうる」(伊藤・松島・柳川「一九九一」一五二頁)といった指摘となる。そして、好ましい競争のあり方としては、「垂直的な再販を行って、二重限界性を回避し、メーカー間のいわゆるブランド間競争のみを促進すべきであることが示される」(吉田「一九九二」五〇頁)という指摘となる。しかし、公正競争阻害性を「当事者間の競争の制限」として捉える判審決理論による限り、二重マージン回避のための再販行為も「原則違反」という結論なのである。

3 小売店舗仮説

日用雑貨などの「最寄り品」については、その商品を取り扱う小売店が多数存在するほど、店頭で消費者の目に触れる機会が多くなり、商品の需要量が増加する場合がある。このような状況で小売段階が競争的な場合、小売店舗間の価格競争によって小売マージンが低下すると、小売業者の利潤が減少し、固定的な小売営業費用を補填できなくなる。その結果、その製品を取り扱う小売店舗数が少なくなり、メーカーへの需要量が減少する。そこで、メーカーは再販行為により小売価格の「下限」を設定し、小売マージンを保証することによって自社商品を販売する小売業者の数を増やそうとする。このように自社製品を取り扱う小売店舗確保の理由から、再販行為が行われるというのが「小売店舗仮説」である(丸山・成生「一九九九」一九五頁)。

流通網を確立することは、メーカーにとっては無視できないメリットである。いくら良い品物を作っても、それを扱ってくれる流通業者がいなければ、全然売れる見込みはないからである(白石「一九九七」三七頁)。しかし、この場合の再販行為についても、公正競争阻害性を「当事者間の競争の制限」として捉える判審決理論による限り、

メーカーが小売価格の「下限」を設定することは「原則違反」なのである。

4 フリーライダー仮説

価格はマーケティング戦略の一環を構成する重要な戦略であるが、価格競争だけが独禁法上価値を有するものではない。三輪教授も、「われわれは、たとえば、ネクタイについて、色、柄、材質、サイズなどを無視して、ただ安価であればよいという世界に住んでいるのではない」（三輪（一九八二）二〇三頁）と述べている。ファッションや衣料の多用性を重んじるならば、それによつて衣料の生産コストが多少高くなることは、避けられない。また、価格競争を回避し、非価格競争を選択することは、当然、短期的には物価を押し上げることになる場合もある。

ブランド間競争が行われている場合、消費者がどの製品を買うかは消費者の選択による。高い製品を避けて安い製品を買うか、あるいは逆の選択をするかは消費者の自由である。メーカーとしても、消費者抜きで製品差別化を決定できるわけではない。しかも、消費者が何を選択するか分からないから市場の審判を待たねばならないのである。市場経済は消費者主権、つまり消費者の意向に応じて社会の資源が配分される仕組みになっている。消費者は弱者だからといって過剰な保護を行うことは、返つて消費者の利益にはならない。真の消費者保護は消費者主権を徹底させることであり、言い換えれば、市場メカニズムをできる限り働かすことによつて、消費者の選択の自由を保障することである（山本（一九九三）二二三頁）。

メーカーは、販売サービス活動・広告宣伝活動のような非価格競争によつて、顧客を引き付けるべく努力する。アフター・サービス等を要する製品である場合には特に顕著に、販売サービスが付加されることになる。ところが、販売サービス抜き、従つて価格も安い同種の商品の販売が同時に行われれば、販売サービス抜きで安く販売する小売業者から、当該商品を購入することになるただ乗り（free ride）が生まれることになる。一般に「デパートで

みて、スーパーで買う」ということになる。しかし、それを回避しなければ、一般的な業者が、ただ乗り業者に圧倒されるばかりである。それを回避するために、メーカーは販売業者に対する再販行為を行うことが、事業者にとっての合理的な行動と考えられることになる。これが「フリーライダー仮説」である。フリーライダー仮説は、競争関係にある流通業者の水平的外部性に着目し、市場の失敗に対応するものである。しかし、この場合の再販行為についても、公正競争阻害性を「当事者間の競争の制限」として捉える判審決理論による限り、フリーライダー回避のための再販行為も「原則違反」なのである。

(四) 三つの仮説と独禁法の現状

二重マージン仮説、小売店舗仮説およびフリーライダー仮説の三つは、「市場の失敗」に対処する方策であり、常に競争制限的効果を主張するものではない。しかし、公正競争阻害性を「当事者間の競争の制限」として捉えていく限り、競争制限的行為とは関係なく「原則違反」という厳しい規制結果となる。しかし、競争制限的行為とは関係なく「原則違反」とすることは、市場経済のもとでは政府の過剰規制である。

憲法二二条の「営業の自由」や憲法二九条の「財産権の保障」は、同時に「契約の自由」の保障を含むと解することには異論は少ないと考える。契約に対して司法的、行政的な干渉が行われるのは、契約内容が公序良俗に違反しているとか、権利の濫用が行なわれているとか、いわゆる「市場の失敗」の状態にあるなどの場合であって、市場経済の下では特殊で例外的なケースに限られるべきである。「公正な競争」を口実にする拡大した厳しい解釈は、結果的には「自由な競争」を制限する政府規制になりかねないことである。

これらの三つの仮説は、むしろ「市場の失敗」に対処する方策であり、常に競争制限的効果を主張するものでは

ない。そうだとすれば、再販行為を「原則違反」とする一般理論には限界があることになる。経済学の実野からも、有賀教授は、「経済学の実野からみると、すでに多くの指摘があるように、再販価格維持のみを原則違反とする法の立場を一般論として認めることは難しい」（有賀「一九九九」一五五頁）という指摘となっている（同旨、成生「一九九九」一四八頁）。そして経済学の実野からも、来生教授は、「結局、再販価格維持行為には、ほとんどの場合、規制を正当化するだけの公正競争阻害性がないと判断される」（来生「一九八七」一二九頁）と述べている。流通系列化に対する独禁法による規制で重要なことは、有効な競争が確保されるか否かである（三島「一九九六」二〇七頁）。しかし、流通系列化に対する規制の現実には、判審決理論の上に構築され、おとり廉売や単独の取引拒絶等にも、厳しい解釈が波及することになる。次に進んで考察する。

四 再販の原則違反と系列取引への波及

（一）「再販制度」と判例理論

明治最高裁判決は再販制度について、「法二四条の二（現行二三条）第一項の規定は、……販売業者間の競争確保を目的とする一般指定八（現行一般指定一二項）とは経済政策上の観点を異にする規定であると解される。したがって、法二四条の二を根拠として一般指定八の『正当な理由』の解釈を論ずることは当をえない」と判示した。この判例理論に対する批判は極めて少ないが、筆者には説得的な理由とは考えられない。

判決は、一般指定一二項の再販売価格の拘束について、「販売業者間の競争確保を目的とする規定」と解している。これはブランド間競争ではなく、ブランド内競争を意味するものであり、そうだとすれば、二三条の適用除外

とは経済政策上の観点を異にする規定となるのは当然である。なぜならば、再販制度が新設された理由をみると、公取委事務局見解は、「再販売価格維持制度に対する反対論として最もしばしば主張されるのは、これは大生産者の利益を不当に擁護して、販売業者の活動の自由を拘束するものではないかということと、又不当に高い価格が維持され、消費者の利益を害する懸念があるという点だが、これらの反対論も必ずしも現実の事実に基づいたものでなく、商標品の特性を考慮せず、観念的に問題を考えることにより生れた誤解や、特定の濫用された場合の事実に対するものが多いとも考えられる。再販売価格維持は、単に同一生産者によって生産された同一銘柄間の小売販売における価格競争を制限するものであり、競争を小売販売業者の段階から生産者間の競争に還元するに過ぎないから、同一の生産者の同一規格の製品であることが容易に判り、生産者間の自由な競争が行われている場合は、これが為不当に高い価格維持がなされることはあり得ず、生産者は互に競争を行っているのであるから、各生産者の製品の価格は、まちまちであり、いわゆる㊦制度とは根本的に性格を異にする」(公取委事務局「一九五四」二八一頁)と述べている。すなわち、再販制度は、ブランド間競争を前提としてブランド内競争の制限を認めるものであり、生産者間に自由な競争が行われている場合には、垂直的制限の競争制限的効果は少ないということであり、独禁法の前提であると考ええる。しかし、「当事者間の競争の制限」に公正競争阻害性の根拠をおく限り、再販制度を正当化することは困難であり、「一般指定八とは経済政策上の観点を異にする規定」と解さざるを得なかった理由であるが、木に竹を接ぐ感は否定できない(馬川「二〇〇二」八三頁)。

次の問題は、独禁研報告書の資料編が「ブランド間競争が活発に行われている状況においては、再販の維持は極めて困難であると考えられる。ブランド間競争が行われている状況で、あるメーカーが自己のブランドにつき再販を行えば、他のブランドとの競争上不利になるだけであり、その再販は崩壊するか、あるいはそのブランドが市場

から敗退するか、のいずれかになる可能性があろう。この意味では独占禁止法二四条の二のように、ブランド間競争がある場合に再販を認めるといのは、論理的に矛盾しているといえなくもない」(野田編「一九八〇」二八六頁)と指摘している点であり、学説上も有力な考え方となっている(馬川「二〇〇二」八三頁)。

独禁研報告書の資料編は、再販制度が消費者に対する価格をそうしない場合より「不当に高く引上げる」という前提に立って論じられている節があるが、そのような前提そのものが問題である。来生教授も資料編について、「再販が消費者に対する価格をそうしない場合より必ず高くするという前提に立つ。この見解が理論的根拠を欠くことについては、既に総論の検討で述べた。このような誤まった前提を捨て、……他のメーカーが再販をしていないことは、むしろ再販の成功を保证するものではありうるが、当該再販の崩壊ないし当該ブランドの市場からの敗退をもたらす要因では全くないという認識こそ、再販の本質を把握する妥当なものであることが理解されよう」(来生「一九八〇」六〇頁)と述べている。また、大録教授も、「再販が自社製品の優先的推奨のために行われることを考えると、むしろ、逆に、上位企業の再販が禁止されれば、下位企業は進んで再販を行うと考えられる。この点でも再販は、……仮に上位企業が禁止されても下位企業は行うと考えられる」(大録「一九九八②」五一頁)と指摘している。

資料編の理論の前提に立てば、再販制度によって「不当に高い価格維持」が行われれば、他のブランドとの競争上不利になり、あるいはそのブランドが市場から敗退する可能性があるという指摘は正当であろう。同様に、立法理由も、ブランド間競争が行われている場合には、不当に高い価格維持がなされることはあり得ず弊害は少ないとして、それを認めることになった理由であり、資料編の理論と立法理由は実は一の理論なのである。両説の異なる点は、資料編の理論は再販制度によって「不当に高い価格維持」が行われるという前提であり、立法理由は再販

制度によって「不当に高い価格維持」が行われることはないという正反対の前提である。立法理由のように、ブランド間競争が行われている場合は、「不当に高い価格維持」が行われることはないという前提にたてば、再販制度を「論理的に矛盾する内容」とはいえないことである。再販制度は、日常使用する商標品がおとり廉売の対象にされやすいことからであり、「不当に高い価格維持」を認める趣旨ではないことは、立法理由も述べている通りである。

(二) 再販と不当廉売の判例理論

明治最高裁判決は、再販とおとり廉売の関係について、「事業経営上必要あるいは合理的であるというだけでは、『正当な理由』があるとはできない」として、「当該商品が不当廉売又はおとり販売に供されることがあるとしても、これが対策として再販売価格維持行為を実施することが相当であるかどうかは、……被上告委員会が諸般の事情を考慮して公益的見地から判断すべきものであるから、右指定を受けることなく、しかもすべての販売業者に対して一般的・制度的に、再販売価格維持行為を行うことは、右の『正当な理由』を有しないと判示した。「事業経営上必要あるいは合理的である」というだけでは、「公正競争阻害性」がないとはいえないという判例理論は正当であり、学説の支持するところでもある。しかし、同時に、「事業経営上合理的でないもの」は、全て独禁法で禁止されるものでもない。ある事業者の採用する販売戦略が非効率なこともあり、消費者の行動予測を誤ることも稀ではない。だからといって、それに行政が関与する必要は全くない。販売方法についての「事業経営上の合理性」の問題と独禁法の公正競争阻害性の問題は峻別して考えることが必要であり、独禁法上の問題は競争制限的な行為に対する規制なのである。

明治最高裁判決は、「当事者間の競争の制限」に公正競争阻害性の根拠をおいているのであるから、「一般的・制

度的」というのは、本件の内容がその場合に該当したに過ぎないので、それに限定した意味に解することはできない。結局、判例理論は、おとり販売に対する自衛手段としての再販行為も、公取委の指定を受けることなく行うことは「原則違反」という結論なのである。憲法で保障された「営業の自由」と契約自由の原則の下で、競争制限的な行為とは関係なく、価格については契約で触れられない聖域となっているのである。しかし、この事実は、極めて重要な問題を提起するものと考ええる。

昭和五七年、一般指定の改正により、不当販売の新指定である一般指定六項（旧一般指定五）は、「正当な理由がないのに商品又は役務をその供給に要する費用を著しく下回る対価で継続して供給し、その他不当に商品又は役務を低い対価で供給し、他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあること」と規定された。この内容は、今までの解釈・運用を変更したというより、それを整理し明確化を図ったものである。前段は、長期にわたる原価割れ販売であり、この場合は原則として違法となる。後段は、原価割れ販売でなくとも、場合によっては違法となるものとして「不当に」という文言で現わしている。

不当販売事件では、昭和五七年のマルエツⅡハローマート事件（昭五七・五・二八勧告審決、審決集二九卷一三頁・一八頁）が挙げられる。その内容は、おとり販売であるところに特徴がある。公取委は、昭和五七年の新指定により不当販売の要件の明確化を図ったが、本件は、その新指定を先取りしたものといわれている。マルエツとハローマートの二社は、仕入原価一五五円および一五八円の牛乳を一〇〇円という著しい低価格で販売し、しかも約二カ月という長期間にわたる販売であり、このような極端な販売を不当販売と認定したことは当然である。

これまで公取委が不当販売について正式の手續をとったのは、他に中部読売新聞社事件（昭五二・一一・二四同意審決、審決集二四卷五〇頁）がある位である。しかし、不当販売として規制を求める申告件数は増大してきた。

牛乳についても、昭和四九年頃から、量販店における牛乳のおとり廉売が問題とされ、牛乳専売店などから不当廉売として規制を求める申告件数が増大し、昭和五五年度は約一〇万件を超える状況であったといわれる（高橋「一九八二」三六頁）。また、平成一〇年度以降、不当廉売が申告された事件は、小売業に限っても毎年度一千数百件から四千件弱に及ぶ。それぞれの年度の全申告件数の七〇数%から八〇数%が小売業の不当廉売事件である。しかし、申告数は多いが正式な法的措置がとられる例はほとんどない。ただし、不当廉売につながるおそれがあるとして年間数百件から二千数百件の「注意」が出されている。これは公取委の注意例のほとんどを占めているのである（金井・川瀆・泉水「二〇〇四」二四一頁）。そうすると、新しい角度からの問題が考えられる。マルエツⅡハローマート事件を例に挙げれば、両社の長期間にわたるおとり廉売に対する、関係する牛乳メーカー側の対応である。牛乳メーカー側は両社に対して、おとり廉売の中止を申し入れなかったのか、それとも、おとり廉売や不当廉売の解決は公取委の管理下に置かれた問題なのかということである。

（三） 不当廉売に対する取引拒絶

事業者間の取引で、おとり廉売や安売りを嫌う事業者も少なくないし、そうでない場合もある。量販店における牛乳のおとり廉売が問題とされ、不当廉売として規制を求める申告件数が一〇万件を超える状況であったといわれるが、不当廉売を拡大した厳しい要件に解釈すれば、規制を求められた申告の多くは不当廉売になりかねない。しかし、拡大した厳しい要件による解釈は、結果的には量販店の経済活動の自由の制限になりかねないことである。マルエツⅡハローマート事件の審決が認定している量販店と牛乳専売店との間の一本当たり三〇円もの仕入価格の差は、その責任のほとんどは、有名牛乳メーカーおよびその系列の牛乳専売店の側にあることが余りにも明らかで

ある（阿部〔一九八三〕六二頁）。一本当たり三〇円もの仕入価格の差があれば、牛乳専売店側からは量販店の販売価格が不当販売に思える場合が少なくないが、量販店にとっては正常な販売価格である場合が少なくないのである。

事業者間の取引で、おとり販売や安売りを嫌う事業者は、「おとり販売や安売りをしないように」という契約を締結したいと考えるのは当然である。しかし、明治最高裁判決は、「当事者間の競争の制限」に公正競争阻害性の根拠をおいているのであるから、おとり販売に対する自衛手段としての再販行為も、公取委の指定を受けることなく行うことは「原則違反」という結論なのである。そうかといって、おとり販売をする事業者との取引を拒絶すれば、その取引拒絶は一般指定二項の単独の取引拒絶である。

取引先選択の自由は市場経済の基盤をなすものであり、一般指定二項の「単独の取引拒絶」は原則として自由と考えられている。しかし、そのような原則にも例外があり、単独の取引拒絶が違反となる場合としては、独禁法違反となるような不当な目的達成のための手段として用いられる場合である。そうだとすると、おとり販売をする事業者との取引を拒絶することは、再販を目的とするためであるから、再販を目的とする取引拒絶ということで違反と解されてきたのである（鈴木〔二〇〇五〕四四頁）。平成三年公表の流通ガイドラインも、安売り業者への販売禁止について、「メーカーが卸売業者に対して、安売りを行うことを理由に小売業者へ販売しないようにさせることは、これによって当該商品の価格が維持されるおそれがあり、原則として不公正な取引方法に該当し、違法となる（一般指定二項（その他の取引拒絶）又は一三項）。なお、メーカーが従来から直接取引している流通業者に対して、安売りを行うことを理由に出荷停止を行うことも、これによって当該商品の価格が維持されるおそれがあり、原則として不公正な取引方法に該当し、違法となる（一般指定二項）」（第2部第二4(4)）としている。

それでは、おとり廉売やただ乗りは、礼讃される販売方法なのであるか。法哲学の分野から井上教授は、「なぜフリー・ライドしてはいけないのか。理由は単純だが重要である。不正だから、そしてまさにそれゆえに不公正だからである」、「『資本主義の精神』なるものが語りうるとしたら、それは利他主義というよりも、他者にフリー・ライドして勝者となることを恥じる公正さにある」(井上「二〇〇〇」一六頁)と述べている。また、再販制度が新設された理由をみても、「おとり販売等の不当な競争が主として小売面で行なわれており……」(辻「一九九〇」二三頁)と説明されている。おとり廉売やただ乗りが礼讃される販売方法ではないのである。

(四) 不当廉売に対する自主的な解決

おとり廉売が礼讃される販売方法とは考えられないが、だからといって、不当廉売を拡大した厳しい要件に解釈すれば良いというものではない。それは過剰な政府規制になりかねないからである。

一般指定六項のおとり廉売の規制は、形式的な行為類型によって規制されることはなく実質的要件が重視されているのは、独禁法としては当然のことであり、経済活動の自由は尊重されるべきだという要請からである。そうだとすれば、おとり廉売に対する自衛手段としての再販行為についても、同様な解釈が採られるべきである。それにもかかわらず、再販行為については、形式的要件のみで「原則違反」であり、おとり廉売の規制との比較では著しく権衡を欠く嫌いがあり、極論すれば正反対の解釈である。

ただ乗りについては、三輪教授の詳細な指摘があり、「経済活動が相互依存の関係にあり相互にさまざまな形で影響し合って行われる結果、『ただ乗り効果』は経済社会の至るところにある。重要なことはそのような現象に対して特別な対策を講じることを理由に、競争制限的行為が正当化されることはない」(三輪「一九八二」二四一頁)

と述べている。確かに、ただ乗りを理由に「競争制限的行為」が正当化されるべきではない。同様に、再販行為も形式的な行為類型によって規制すべきではなく、実質的要件が重視されるべきなのは独禁法の規制としては当然である。

最後に対抗手段の問題がある。公取委におとり廉売の規制を期待しても、名案があるわけではない。昭和五九年に「不当廉売に関する独占禁止法上の考え方」（二種の「ガイドライン」）が公表されたが、その内容は、今までの運用や解釈を中心にした内容以上のもではなかった。それは、ある意味では当然である。公取委がおとり廉売を、拡大した厳しい要件に解釈すれば、その多くを違反にすることができ、経済活動の自由の制限となり、過剰な政府規制となるからである。市場経済において、問題の解決を安易に政府規制に求めるといった発想は間違いであると考えられる。憲法の保障する市場経済の下では、自由に契約できるのが原則であり、花王最高裁判決も、「メーカーや卸売業者が販売政策や販売方法について有する選択の自由は原則として尊重されるべきである」と判示している。おとり廉売や不当廉売の防止は、本来、当事者間の契約による自主的な解決によるべきものであると考える。独禁法によるおとり廉売の規制は政府規制であるがゆえに、厳格な要件が要請されるのであり、「自主的な解決」であれば、その内容は当事者間の自由な契約によることになる。再販制度が容認された理由も、「おとり廉売を自主的に抑制することによって」、これら商品の販売秩序を維持することであった（辻「一九九〇」二四頁）。しかし、現実には、おとり廉売を中止させることも禁止され、そのような事業者に対する対抗手段としての取引拒絶も違反である。結局、現在の解釈・運用では事業者の販売に関する自由は失われ、公取委の管理下に置かれるといった結果になっていることである。極めてアンバランスな解釈・運用ではないかと考える。最後に、拘束条件付取引の問題について考察する。

五 拘束条件付取引の規制問題

(一) 一店一帳合制と公正競争阻害性

一般指定一三項の「拘束条件付取引」は、「前二項に該当する行為のほか、相手方とその取引の相手方との取引……を不当に拘束する条件をつけて、当該相手方と取引すること」と規定する。拘束の内容・態様によって競争秩序に与える影響も多様であるが、最も問題となるのは取引先の拘束や取引地域の拘束である。取引先の拘束の代表例は一店一帳合制であり、取引地域の拘束はテリトリー制である。

一店一帳合制が問題となった最初の審決例は、昭和四七年の第二次日本光学事件（昭四七・六・三〇勧告審決、審決集一九巻二五頁）である。ここでは一店一帳合制が再販の「実効を確保するため」に行われ、両者が一体となつて違反に問われている。その後、昭和五一年の白元事件（昭五一・一〇・八勧告審決、審決集二三巻六〇頁）、昭和五三年の兼松スポーツ用品事件（昭五三・一二・二一勧告審決、審決集二五巻二八頁）等が挙げられるが、いずれも再販と一店一帳合制が一体化した事例である。それに対して、雪印乳業事件（昭和五二年一月二八日審決、審決集二四巻六五頁）は、再販を伴わない一店一帳合制独自の事例であり、しかも審判手続を経た正式審決である。そこで示された考え方は、公取委の動向を占う上でも重要である。

一店一帳合制の公正競争阻害性については、雪印乳業事件の審決が引用する審決案（審決集二四巻六八頁）が、その理由を詳細に述べている。審決案は、「(1) 本件一店一帳合制が、被審人の育児用粉ミルクの卸売価格及び小売価格を被審人自身の価格建てによる水準に維持する方策として実施されており、実質的にその再販売価格の維持に役立つ機能を有することは、前掲の証拠、……により十分認められる。(2) 小売業者は二以上の卸売業者とは取

引できなくさせられているのであるから、本件一店一帳合制が取引先の自由な選択及び変更を制限しており、その後、小売業者が、随時適宜の卸売業者を取引先として選択し、自己に有利な条件で時宜にかなった仕入れをすることを妨げている事実は明らかである。右の制限は、同時に卸売業者が取引先小売業者を選択及び変更する自由をも妨げるものであるが、このことは、とりもなおさず、卸売業者間における被審人の育児用粉ミルクの販売価格及び各種の取引条件についての競争が行われる場合を極めて狭い範囲に限定することになり、このような被審人による育児用粉ミルクの競争の場の限定は、前述したように卸売業者の段階における育児用粉ミルクについての製造業者間の競争が活発に行われていない状況の下では、卸売業者間において本来存在すべき小売業者に対する競争を減殺する効果を生ずるのであるから、本件一店一帳合制が公正な競争を阻害するおそれがあることは明らかである」(1)、(2)の符号は筆者)として、一店一帳合制の公正競争阻害性を認定した。審決案は、一店一帳合制の公正競争阻害性要因として、一方では、(1)の「実質的にその再販売価格の維持に役立つ機能」を挙げ、他方では、(2)の「卸売業者間において本来存在すべき小売業者に対する競争を減殺する効果」を挙げ、しかも、このような異質な要因を同質なもの扱うかのように並列的に記述しているために学説上の対立がみられた(喜多Ⅱ谷原(一九八五)二四六頁)。

それに対して、審決は審決案とは微妙な違いをみせ、「本件一店一帳合制を実施していることは、本来、卸売業者において自由に決定されるべき販売先の選択を、競争を阻害するおそれのない特別の理由がないのに、制限して取引しているものであり、これは、正当な理由がないのに卸売業者と小売業者との取引を拘束する条件をつけて取引しているものであって」旧一般指定八に該当すると判示した。審決は、公正競争阻害性の根拠を再販維持効果に求めるより、「卸売業者または小売業者がメーカーにその販売先または仕入先を特定され、卸売・小売業者がそれぞれの取引先選択の自由という競争機能の自由な行使が制限されることになるからである」(鈴木「二〇〇五」八

四頁)。

その後、昭和五五年の独禁研報告書は、価格水準の維持安定効果と、卸売業者および小売業者の取引先の選択権が奪われ顧客争奪競争が完全に消滅するという二つを理由に、一店一帳合制は、その行為の外形から、原則として違法であるとした(野田編〔一九八〇〕二二頁)。しかし、平成三年公表の流通ガイドラインは、価格維持効果を基準とする考え方を示し、一店一帳合制について、これによって当該商品の価格が維持されるおそれがある場合には、不公正な取引方法に該当し、違法となるとしたのである(第2部第二4(2))。

一店一帳合制を行為の外形から原則として違法とする理論は、前述した第一次育児用粉ミルク事件の最高裁判決の「当事者間の競争の制限」に公正競争阻害性の根拠を置いている判例理論と不可分のように考えられる。また、村上教授も、「従来、流通系列については、日米とも再販売価格維持の禁止に引きずられて、必要以上に厳格に規制する傾向にあった」(村上〔二〇〇五〕七一頁)と述べている。しかし、再販売価格の維持に役立つからといって、それが直ちに「市場における競争制限」ということにはならないはずである。また、卸売業者において自由に決定される販売先の選択を制限する結果となったからといって、それが直ちに「市場における競争制限」ということにはならないはずである。このような解釈が認められるならば、一店一帳合制に限らずテリトリー制も原則違反となり(野田編〔一九八〇〕二二頁)、他の販売方法にも波及することは避けられない。

(二) 対面販売の要求と再販問題

近年、化粧品の特約販売の要求が独禁法違反になるかをめぐって、一連の判決が出されている(馬川〔二〇〇〇〕)。花王最高裁判決の「それなりの合理性」基準に対しては、「相当な合理性」基準を適用して判断すべきではないか

とする指摘がある（中川「一九九九」九五頁）。また、「化粧品の対面販売の強制を規制すれば、価格のみの競争になつてしまうのではなく、むしろ、サービス競争を促進する」（大録「一九九七①」八〇頁）といった指摘もある。さらに、「適切な販売のための合理的な理由といえるか疑問」といった評釈も少なくないが、賛成・反対の両説に関連して付言したい。

両説に共通した考え方は、再販行為であれば「原則違反」といった判例理論が前提とされているように思われることである。そして、一方では、対面販売の要求は再販行為と同様の効果を有するから、再販に準じて厳しく解釈すべきだという指摘である。他方は、対面販売の要求は再販の拘束とはいえないという解釈論にたち、「原則違反」を回避し、「安全性確保」の問題として捉えることである。平成三年公表の流通ガイドラインも、「メーカーが小売業者に対して、販売方法（販売価格、販売地域及び販売先に関するものを除く）を制限することは、商品の安全性の確保、……のための合理的な理由が認められ、かつ、他の取引先小売業者に対しても同等の条件が課せられている場合には、それ自体は独占禁止法上問題となるものではない」（第2部第二5(2)）としている。商品の「安全性の確保」の問題は、独禁法の規制の対象とは区別すべきものである。政府規制の緩和をめぐつても、「社会的規制」（消極的規制）は「経済的規制」（積極的規制）とは異なる扱いであり、「安全性の確保」は「経済的規制」の緩和から逃れる口実に使われる場合が少なくなつたのである。ここでも同様の問題があるが、それには触れないで、再販の代替手段の問題に論を進める。

メーカーは価格競争ばかりでなく、販売サービス活動・広告宣伝活動のような非価格競争によって、顧客を引き付けるべく努力する。ところが、販売サービス抜き、従って価格も安い他の同種の商品の販売が同時に行われれば、顧客は、販売サービスが行われる小売業者から情報サービス等を受けながら、それを行わずに安く販売する小

売業者から、当該商品を購入することになるただ乗り（フリーライド）が生まれることになる。かくして、そのよ
うなただ乗りを防止するために、供給者が販売業者に対する垂直的制限を行うことが、供給者にとっての合理的な
行動として行われることになるが、再販行為は原則違反という厳しい解釈が先行している。そうすると、再販の代
替手段が必要になり、その一つが対面販売である。反面、そのような代替手段であることと関連して対面販売につ
いては、いろいろの批判がいわれることになる。

対面販売を化粧品品の安全性確保のためと考えるならば、合理的な方法とはいえないであろうというのが正論であ
ろう。しかし、合理性が少ないからといって、行政がみだりに企業の経営に介入すべきではない。企業の経営が危
うくなることがあっても、市場経済においては企業の自己責任の問題である。川越弁護士も、「たとえ皮膚障害の
起こる可能性がごく低いとしても、業者がなおかつ安全性に配慮したいというならば、これを不当とする理由はな
い」（川越「一九九四」五四頁）と指摘している通りである。真の消費者保護は、消費者主権を徹底させること
であり、それは市場メカニズムをできる限り働かすことによつて、消費者の選択の自由を保障することである。消費
者の保護といった理由を掲げて、市場への介入や規制を行うべきではない。しかし、対面販売の行われる理由が、
不当販売やただ乗りを未然に防止するためであるとすれば、違った評価が可能である。合理的な方法とはいえない
という批判は少なくないが、合理的とはいえないという批判が多ければ多いほど、対面販売は再販と比較して合理
的な行為とはいえないということである。再販に対する厳しすぎる規制が、合理的な方法とはいえない対面販売を
生む原因であり、結果的には、「自由な競争」を制限する政府規制となつていふことである。そのことと関連して、
経済学者からは、「非価格競争を制限するようなカルテルは、効率性や消費者利益を損う可能性がある」とされ、
「価格競争以外の競争を制限するような行為に対しても政策的にチェックが必要であろう」（柳川・大東「一九九

九」八九頁）と指摘されている。そうだとすれば、「当事者間の競争の制限」に公正競争阻害性の根拠をおく判審決理論は、実は、企業の多様な競争（非価格競争を含めて）・販売方法の「自由」の制限になりかねないことである。来生教授も、再販行為の当然違法視について、「事業者が、自らの自由な判断で、あることに賭ける可能性を強権的に否定するという意味を持つ。事業者の賭けが当たっていたとすれば、再販売価格維持行為の当然違法視は、強権的に、消費者のより好むものを市場に供給させない状態を生み出すことを意味する。また、再販売価格維持行為を試みる事業者が、消費者の行動予測を誤っているならば、その事業者は競争に破れるだけであって、その失敗に行政が関与する必要は全くない」（来生「一九九四」六五頁）と述べている通りである。

（三）「販売方法の制限」とシェア問題

独占の禁止や競争制限的行為の規制にあたっては、事業者のシェアは重要な要因であると考えられる。オッペン化粧品事件第一審判決（大阪地判平四・七・二四審決集三九卷五八一頁）や同事件控訴審判決（大阪高判平五・九・一四審決集四〇卷六六七頁）も、「オッペン化粧品の販売順位は日本国内で一〇位前後、シェアは約二％に過ぎず、オッペン化粧品は市場に対する支配力、影響力をほとんど有していないことが認められ、……右事実によると、本件訪問販売特約自体は特約店の自主的な競争機能を制限して競争秩序を害するとまで言うことはできず、独禁法二条九項四号に定める相手方の事業活動を不当に拘束する条件とは認め難い」と判示した。

オッペン化粧品事件のように、シェア二％に過ぎないような事業者の販売方法に対する制限については、「原則として事業者の選択に委ねてよいのであり、その合理的な理由にそれほど神経質になる必要もない。この意味で、販売方法に関する制限の独禁法上の評価にあたっては、当該事業者のシェアは大きな要因であり、シェアのきわめ

て小さい事業者に関しては、販売方法について事業者の選択に委ねてかまわまい」(村上〔一九九七〕五七頁)とする指摘になり、このような考え方は支持されている(佐藤〔一九九四〕三四頁、赤松〔一九九四〕二四二頁)。そうだとすれば、「販売方法の制限」の一類型に属する再販行為についても、同様の問題があるはずである。しかし、判審決理論では再販行為は原則違反、すなわち「行為の外形だけで違反」なのである。

次に、花王化粧品事件第一審判決(東京地判平六・七・一八判時一五〇〇号三頁)を考察すると、「シエアが約六・五%であり、業界六位であるとしても、対面カウンセリングが花王化粧品の適切な販売のための合理的な理由といえるか疑問」としている。それに対して、同事件控訴審判決(東京高判平九・七・三一判時一六二四号五五頁)は、「化粧品全体では三・七%、皮膚用化粧品及び仕上用化粧品の分野でも六・五%の市場占拠率を有するに過ぎず、市場支配力はさほど大きくないと考えられることに鑑みると、小売業者にカウンセリング販売を実施させ、その実効性担保のための卸販売禁止の約定を締結させることは、一般指定一三項に該当しないと解するのが相当である」として、一審判決との対立をみせている。

この点について、「一般指定一三項にいう拘束条件付取引は、事業者の競争機能の自由な行使を侵害するが故に公正な競争を阻害するおそれがあるものとして問題とされるのであって……、公取委『流通・慣行』指針に照らしても、……市場シェア等を問題にする必要はないといえる」(諏佐〔一九九八〕二四一頁、土田〔一九九五〕二二四頁)といった指摘がある。独禁研報告書も公正競争阻害性の一つとして、「事業者の自主的な競争機能の自由な行使を阻害する場合」を定式化している(野田編〔一九八〇〕一七頁)。しかし、根岸教授の指摘のように、「販売業者の自主的な競争機能の制限それ自体に公正競争阻害性を求めることは、独禁法の定める不当な拘束条件付取引が、拘束条件付取引ないし取引の拘束という形式的要件と公正競争阻害性という実質的要件とから構成されている

ことを無視する点、および独禁法の目的ないし保護法益が、本来、個々の事業者の自主的な競争機能の維持それ自体にあるのではなく、市場における競争秩序の維持にあることからいって、妥当とはいいがたい。販売業者の自主的な競争機能の制限は、それ自体では取引の拘束という形式的要件に該当するにすぎない。また、……個々の事業者の自主的な競争機能が制限されることがあっても、市場における競争秩序に悪影響を及ぼさないかぎり、原則として独禁法による規制を加えるべきではない」（根岸「一九七五」四一頁）。「公正競争阻害性」についての厳しい解釈は、結果的には、「自由な競争」を制限する政府規制になりかねないことである。

六 おわりに——古い価値観からの脱却——

(一) 市場理論とは異なる憲法判例

独禁法（昭二二法五四）は、戦後わが国にはいつてきた新しい考え方の法律である。それ以前は、長い年月にわたる統制経済の時代であった。統制経済においては競争は軽視され、競争制限的規制と結び付いていたことは当然である。「消費者保護」や「規制改革」がいわれながら一向に実現しないのは、こうした価値観がいまだに日本社会の根底に強く残っているからである。

競争軽視の思想は、憲法の解釈においても例外ではないことである。棟居教授のいう、人々の意識に浸透し、実際の国家や社会を動かしてきたのは、日本国憲法という「見える憲法」ではなく、「見えない憲法」の方であった。その内容は、「自由競争経済ではなく、国家による競争制限的な社会経済秩序が望ましい」という基本的価値である」（棟居「二〇〇〇」七一頁）。また、松井教授も、「従来の憲法学の理解は、反自由競争主義・反市場原理主義の憲

法学だったと言っても過言ではない。実際、日本の憲法学では、自由な競争や市場原理自体がなにか望ましくないものと考えられている感じさえ受ける」(松井〔二〇〇〇〕九三頁)といった指摘となっている。結局、人権としての「営業の自由」でさえ、見える日本国憲法ではなく見えない憲法理論、すなわち市場理論とは異質な理論によって解釈されてきたのである。

昭和四七年以降の憲法の判例理論は、昭和四七年の小売市場事件判決(最大判昭四七・一一・二二刑集二六巻九号五八六頁)を踏襲して、「憲法は、全体として、福祉国家的理想のもとに、社会経済の均衡のとれた調和的発展を企図しており、……憲法は、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定している……社会経済政策の実施の手段として、一定の合理的規制措置を講ずることは、もとより、憲法が予定し、かつ、許容するところと解するのが相当」として、積極的規制に対しては、「法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限って、これを違憲とする」という「明白の原則」を採用したことである。かくして、積極的規制は「公共の福祉」による制約を、必要最小限度である必要はなく、必要であれば広く規制が認められるべきで、「法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限って、これを違憲とする」であるから、競争制限的な政府規制が次々と公認されることになった。近年、競争制限的な政府規制の緩和(規制改革)がいられている。その内容は、経済的規制(憲法の「積極的規制」)は「原則自由、例外的規制を基本に規制緩和を推進する」とし、社会的規制(憲法の「消極的規制」)には「自己責任原則に基づく必要最低限の規制にとどめるべき」としている。憲法判例の規制二分論と比較すると、競争政策に対する考え方には大きな隔たりがあり、極論すれば正反対になっていることである。時代錯誤ではないかと思われるが、昭和二八年頃の独禁法の弱体化の時代に使われてきた「過当競争」論や「弱者保護」論などの口実が、現在の憲法の判例理論の上では大勢を占めていることである。憲法の判例理論と経済学

の市場理論とでは、大きく異なっている。憲法二二条の「公共の福祉」こそ、「市場の失敗」と呼ばれる例外的な場合の規制である。単に政府規制の名のもとに行われる競争制限的規制は、消費者の選択の自由を狭め効率性を損なうことになり、結局、消費者の利益を害することになるからである。

(二) 競争原理と公正原理との相剋

経済法の分野ではどうか。過去において独禁法の弱体化のために使われてきた「過当競争」論や「弱者保護」論は、現在では通用するとは考えられないが、「自由」な競争と「公正」な競争の問題がある。

平林教授は、「経済法学者は、経済学者に比して……総じて公正原理に基づく措置に好意的であったといえよう」(平林〔二〇〇五〕三八六頁)と分析している。公正原理に対して否定的な経済学者とは著しい対照をなしていたのであり、公正原理に基づく措置は競争原理からみれば過剰な市場介入であり、競争原理の発揮を妨げることである(平林〔二〇〇五〕三七六頁)。だから、経済学者からは、「不公正な取引方法に関する規制は、関係者に対して明らかに競争制限的効果を有する私的独占や取引制限を禁止する法規制とは、基本的に異なる規制である。このようないかなることから不公正な取引方法を、私的独占や不当な取引制限などの競争制限的行為を防止することとは独立に、競争制限的行為として規制することにどのような合理的根拠があるかは改めて検討を要する課題となっていた」(若杉〔一九九九〕九七頁)と指摘される理由である。また、ラムザイヤ教授も、日本法の経済学的分析のなかで、「独禁法とは主にカルテルを禁止するための法律であり、……いわゆる『不公平な取引』(不公平な取引方法)筆者注)をも禁止することは完全に誤った政策になるのである」(ラムザイヤ〔一九九一〕一六六頁)と述べている。そして、田村教授はアメリカ法との比較において、「連邦取引委員会法五条の運用に関する歴史的な変遷に関

してむしろ参考とすべきことは、競争法の中にいわゆる『公正』さを持ち込むことがきわめて困難な作業をとまな
い、また結果として、競争の促進や消費者利益の増進には結びつかないものであること、そして『公正』な競争は、
かえって競争を阻害し反トラスト政策を曖昧なものにしてしまうことなどである」(田村〔二〇〇〇〕一三三頁)
と述べている。経済活動の自由は、基本的に尊重されるべきである。それにもかかわらず、「公正な競争」を口実
にする厳しい規制は、結果的には、「自由な競争」を制限する政府規制になりかねないことである。このような問
題意識に基づきながら、多くの研究者から、次のような注目すべき提言が行われてきていることである。

(三) 新しい解釈・立法の提言

大録教授は、公正競争阻害性について、「従来の自由競争の侵害という類型は適当ではなく、不公正な取引方法
でも一定の取引分野における競争を実質的に制限することを問題にする必要があると考える。ただし、不公正な取
引方法は、私的独占と違って排除、支配に該当しなくとも規制することができ、このため、私的独占よりはるかに
広範囲に適用することができる。また、一定の取引分野における競争を実質的に制限されるおそれ(具体的危険性)
の段階で規制できる点も私的独占と異なる点であると考え」(大録〔二〇〇四〕四七頁)と述べている。

矢部教授は、「自由な競争は量的概念であり、公正な競争は質的概念であるから、両者は区別されるべきであり、
また、公正競争阻害性は能率競争の阻害を中心に考えるべきである、というのが筆者の考えである。現行一般指定
に混在している自由な競争の制限に係る行為(いわゆる競争減殺型行為)については、不公正な取引方法として規
制するのではなく、自由な競争を制限する縦の協定として法律で明示して規制する必要があると考えている」(矢
部〔二〇〇五〕五八九頁)と述べている。

白石助教は、公正競争阻害性について、①競争減殺必要型「Ⅱ(競争減殺のおそれあり)＋(正当化理由なし)」と、②不正手段型(競争減殺不要型)「Ⅱ(不正手段)＋(正当化理由なし)」の二つの行為態様に整理されている(白石「一九九七」二五頁)。そして、再販を例に挙げての説明では、「不正手段説も有力に唱えられている。すなわち、事業者(販売店)にとって、価格を自分で決めるということは競争の大前提であり、メーカーが再販をして販売店の『価格自己決定権』を制約するのはそれ自体が独禁法違反である、という考え方である。公取委は再販を原則違反としているが、その背景にはどうも、この不正手段説的な発想も含まれているようである。しかしそれに対し、『競争減殺のおそれあり＋正当化理由なし』がある場合に限って違反とすべきだ、という考え方もある。ヘルメット事件を例にとるなら、『もしアライが再販をしてアライのヘルメットの価格が高くなっても、そのときユーザーは、たとえば、昭栄化工……のヘルメットを買えばよいだけである。つまり、ヘルメットの市場での競争減殺は起こっていない。そうであるならば、アライの再販を独禁法違反とする必要はない』ということになる。逆に、不正手段説をとるなら、昭栄のヘルメットがあるがなからうが、アライの再販は弊害要件を満たすことになる。……私は、競争減殺必要説のほうが説得的であると思う。販売店に対して、……地域拘束や販売拘束をしても不正手段とはされないのに、なぜ価格についてだけ不正手段とされるのか、という点が、なかなか説明できないからである」(白石「一九九七」三八頁)と述べている。

また、異なった内容の指摘として、村上教授は、「欧米では、市場における競争制限効果よりも、その行為自体の反競争的性格が規制論拠となるような行為、すなわち市場での競争にほとんど影響を及ぼさない反競争的行為については、不法行為法や不正競争法(日本では不正競争防止法)などによって規制される」(村上「二〇〇五」一三一頁)と述べている。同様に、牧野法務部長も、『経済的弱者保護政策』は独禁政策とは理念的に矛盾するが故

に、再検討の上、他の法体系に移したらどうだろうか。『消費者保護政策』は、消費者保護法体系に任せざるべきである。『不公正な取引方法の禁止』は、自由な競争の制限となる場合を除いて、不法行為法による自力救済に任せればよいのではないか（最近の改正は、不公正な取引方法について被害者による不法行為法に基づく差止に明文根拠を与えた。このことは、不公正な取引方法を不法行為法体系に任せる動きと解釈できないこともない）。これまでに『不公正な取引方法』とされてきた行為類型のなかで、自由な競争を制限する類型（例えば、再販価格維持）は『不当な取引制限の禁止』で取り締まるのが本筋であろう。このようにすれば『競争の保護』に焦点を絞ったシンブルで判り易い独占禁止法になるのではないだろうか」（牧野〔二〇〇一〕三二頁注11）という指摘である。

企業の経済活動の自由は、基本的に尊重されるべきである。それにもかかわらず、「公正な競争」を口実にする厳しい規制は、結果的には、「自由な競争」を制限する政府規制になりかねないことである。右に紹介した学説は表現こそ異なるが、共通なことの一つは、規制の対象を拡大し、しかも、その対象に対する厳しい公正競争阻害性の解釈を行なうことについての批判が基礎になっていることである。

筆者は、この問題に的確に答える用意はないが、今のところ、次のように考える。品質に誤認をあたえるもの、競争者を排除したり誹謗中傷することなどの行為（たとえば、「不正手段型」の行為）が禁止されたからといって、憲法二二条で保障している「経済的自由」が制約されているとはいわないであろう。それはなぜかといえ、法律があろうがなかろうが、いずれにせよ商道徳的理由から、それらの行為は禁じられるべきだと考えられるからである。しかし、経済的自由の規制として現実に問題になるのは、このような不正手段型の行為の禁止のように自然なものではなく、それはもっと政策的な目的による制約である。そして、政策的な目的による規制については、憲法二二条では「公共の福祉」による制約であるが、単にある事項に「必要性ある」「重要性がある」というだけでは

不十分であり、市場理論では「市場の失敗」に対する是正という限定された場合と考えられている。そうだとすれば、「不公正な取引方法」の規制についても、競争制限的行為（「競争減殺のおそれ」とは無関係に規制することになれば、結果的には「経済的自由」に対する政府規制の強化であると考ええる。「不公正な取引方法」に対する規制だからという理由で、安易に経済活動の規制を正当化すべきではない。

④ 公正競争阻害性と有力説の問題点

公正競争阻害性の解釈をめぐっては、従来、二つの立場に分れていた。しかし、昭和五五年公表の独禁研報告書は、公正競争阻害性の捉え方の「第三説」として、第一説と第二説の二つの考え方のいずれかを排他的に採るとするのではなく、対象となる行為の性格、効果に即して、二つの考え方を有機的に組み合わせることが有益であると考えられるとした（野田編「一九八〇」一七頁）。しかし、それに対しては、全く異質な考え方を組み合わせることとは公正競争阻害性の捉え方に矛盾と混乱を生じさせるとする批判があり（野木村「一九八〇」三七頁）、また、「相互に異質な二つの考え方を組み合わせることは理論的に可能であろうか、また、その際の組み合わせの基準は何か」という疑問が生ずる」（名尾「一九八〇」七九頁）といった指摘もあった。また、独禁研報告書に対する多くの批判については、本稿の最初で述べた通りである。それにもかかわらず、昭和五七年、「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」において、両説を有機的に組み合わせたものとする「第三説」が定式化されるに至った。しかもその内容が、現在の有力説とか通説とかいわれていることである。次のような三つの側面が考えられている。

①事業者相互間の自由な競争が妨げられないこと、および事業者がその競争に参加することが妨げられないこと（自由な競争の確保）、②価格・品質・サービスを中心とした競争によって自由な競争が秩序づけられて

いること（競争手段の公正さの確保）、③取引主体が取引について自由かつ自主的に判断して取引を行うという自由な競争の基盤が保持されていること（自由競争基盤の確保）、の三条件が確保されている状態をいうと整理されている。その後、平成三年公表の流通ガイドラインも、「公正かつ自由な競争を促進し、市場メカニズムの機能を十分に発揮し得るようにしていくことが重要」として、「①事業者の市場への自由な参入を妨げられず、②それぞれの事業者の取引先の選択が自由かつ自主的に行われ、③価格その他の取引条件の設定がそれぞれの事業者の自由かつ自主的な判断で行われ、また、④価格、品質、サービスを中心とした公正な手段による競争が行われることが必要である」（「はしめに」）としている。

このような公正競争阻害性の内容について、川越弁護士の指摘は有意義である。その指摘は、「この見解は、一読すると総花的であるとともに常識的であり、納得できそうな文章なのであるが、よく読んでみると折衷説特有のあいまいさがあつて、理解できない点が諸方に現れてくる」（川越編著「二〇〇五」一八六頁）という指摘から批判が始まる。③の「取引主体が取引について自由かつ自主的に判断して取引を行うという自由な競争の基盤が保持されていること」、また、流通ガイドラインの「②それぞれの事業者の取引先の選択が自由かつ自主的に行われ、③価格その他の取引条件の設定がそれぞれの事業者の自由かつ自主的な判断で行われ」ることが必要としている。しかし、自主的な競争機能の制限それ自体に公正競争阻害性を求めることは、それ自体では取引の拘束という形式的要件に該当するにすぎない。川越弁護士の指摘も、「この論旨は、個々の取引主体の独立性を意味しているようであるが、独占禁止法の目的は全体としての自由競争秩序を維持することにある。公正競争阻害性とは、そのような見地からみて、経済上の自由の機能を阻害することを意味するのであつて、個々の取引主体の自由が侵害されているかどうかについては、市民法、消費者保護法、中小企業法等、経済法上の別個の体系で考えていくべき事柄で

ある」(川越編著「二〇〇五」一八七頁)。公正競争阻害性について、形式的要件の重視と実質的要件の軽視は、結果的には政府の過剰規制であり、「自由な競争」の制限であると考ええる。繰り返しになるが、憲法二二条の「公共の福祉」でさえも、曖昧なままに使われた結果は、競争制限的な政府規制の強化であった。現にいま、規制緩和がいわれる理由である。「公正な競争」についても、同様な問題が危惧される。「曖昧なゆえに政治的に操作されやすいきわどい概念」(井上「二〇〇〇」三頁)といわれるが、安易に経済活動が規制されれば、結果的には競争促進の法の下で、「自由な競争」の制限という政府規制の強化になりかねないことである。憲法の判例理論だけではなく、独禁法についても、「市場理論」いまだしの感は否定できない点であると考ええる。

公取委の「ガイドライン」に基づく予防行政について触れておくと、独禁法関係だけでガイドラインとみられるものは現時点において二〇に及ぶといわれる(平林「二〇〇五」二七八頁)。しかも、その内容たるや「流通ガイドライン」のように膨大なものもある。しかも、説明抜きの膨大な規制内容は、予防行政の功罪の一つといわれる「判断基準としての不明確さ」を残し(平林「二〇〇五」二七九頁)、解釈の押しつけになるおそれがある。競争政策の健全化のためには良いこととは思えないことである。

(二〇〇六・六・二五)

〔引用文献〕

赤松美登里「一九九四」「オッペン化粧品事件」平成五年度重要判例解説。

阿部芳久「一九八三」「スーパ―による牛乳の不当販売事件」公正取引三八七号。

有賀健「一九九九」「不公正な取引方法に関する規制(2)」後藤晃・鈴木興太郎編『日本の競争政策』(東京大学出版会)。

- 石原敬子〔一九九七〕『競争政策の原理と現実』（晃洋書房）。
- 伊藤元重・松島茂・柳川範之〔一九九一〕「リベートと再販価格維持行為」三輪芳朗・西村清彦編『日本の流通』（有斐閣）。
- 井上達夫〔二〇〇〇〕「公正競争とは何か——法哲学的試論——」金子晃・根岸哲・佐藤徳太郎監修『企業とフェアネス——公正と競争の原理——』（信山社）。
- 今村成和〔一九七八〕『独占禁止法（新版）』（有斐閣）。
- 〔一九八五〕『私的独占禁止法の研究⑤』（有斐閣）。
- 馬川千里〔二〇〇〇〕「流通系列化規制と公正競争阻害性——化粧品流通をめぐる独禁法事件の分析——」駿河台法学一三巻二号。
- 〔二〇〇二〕「再販価格維持と独占禁止法」駿河台法学一五巻二号。
- 〔二〇〇三〕「憲法と経済活動の自由」駿河台法学一六巻二号。
- 大録英一〔一九九七①〕「垂直的制限について（1）」香川法学一七巻一号。
- 〔一九九八②〕「垂直的制限について（2）」香川法学一七巻四号。
- 〔二〇〇四〕「独禁法の体系と一定の取引分野における競争の実質的制限」駿河台法学一七巻二号。
- 小田切宏之〔二〇〇一〕『新しい産業組織論』（有斐閣）。
- 金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄編〔二〇〇四〕『独占禁止法』（弘文堂）。
- 加茂英司〔一九九六〕『再販制と日本型流通システム』（中央経済社）。
- 川越憲治編著〔二〇〇五〕『実務経済法講義』（民事法研究会）。
- 川越憲治〔一九八〇〕「流通系列化に関する報告書（独禁研）の読み方（上）」NBL二〇六号。
- 〔一九九三〕「販売方法に関する約定と特約店契約の解除（上）」NBL五三二号。
- 〔一九九四〕「対面販売の約定と独占禁止法」ジュリスト一〇五三三号。

来生新〔一九七八④〕「独禁法による流通系列化規制の新展開④」公正取引三三二一―号。

——〔一九八〇〕「流通系列化行為の公正競争阻害性」年報一号（通巻二三号）。

——〔一九八七〕『経済活動と法——市場における自由の確保と法規制——』（日本放送出版協会）。

——〔一九九四〕「独占禁止法解釈と経済理論(1)」横浜国際経済法学（横浜国際経済法学会編）二卷二号。

喜多了佑・谷原修身〔一九八五〕「拘束条件付き取引」経済法学会編『独占禁止法講座V』（商事法務研究会）。

公正取引委員会事務局編〔一九五四〕『改正独占禁止法解説』（日本経済新聞社）。

阪本昌成〔一九九六〕『憲法理論Ⅲ』成文堂。

佐藤一雄〔一九九四〕「資生堂東京販売事件判決と流通・取引慣行ガイドラインおよび経済分析との関係（下）」NBL五

四六号。

佐藤一雄・川井克倭・地頭所五男編〔一九九五〕『テキスト独占禁止法』（青林書院）。

白石忠志〔一九九七〕『独禁法講義』（有斐閣）。

諏佐マリ〔一九九八〕「花王化粧品販売事件」平成九年度重要判例解説。

鈴木加人〔二〇〇五〕『独占禁止法の運用と不正な取引方法』（嵯峨野書房）。

高橋克美〔一九八二〕「スーパ―による牛乳の不当販売事件」公正取引三八一―号。

田村次郎〔二〇〇〇〕「アメリカ反トラスト法における『公正』の概念」金子晃・根岸哲・佐藤徳太郎監修『企業とフェ

アネス——公正と競争の原理——』（信山社）。

土田和博〔一九九五〕「花王化粧品販売事件」ジュリスト一〇六三―号。

辻吉彦〔一九九〇〕『再販売価格維持制度』（小学館）。

名尾良泰〔一九八〇〕「流通系列化の行為類型における『公正競争阻害性』の考え方について」ジュリスト七一七―号。

長尾貞男・平尾由紀子〔一九九八〕『産業組織と経済学』（日本評論社）。

- 中川寛子〔一九九九〕「化粧品の対面販売と独占禁止法」ジュリスト一一五四号。
- 成生達彦〔一九九九〕『流通の経済学理論』（名古屋大学出版会）。
- 根岸哲〔一九七五〕「育児用粉ミルク再販事件最高裁判決」ジュリスト五九九号。
- 〔一九八〇〕「流通系列化に対する独禁法の規制のあり方」年報一号（通卷二三号）
- 〔一九九〇〕「企業系列の法構造」現代経済法講座4『企業系列と法』（三省堂）。
- 〔一九九五〕「独禁法三条・八条一項・一九条の相互関係」松下満雄先生還暦記念『企業行動と法』（商事法務研究会）。
- 野木村忠邦〔一九八〇〕「マーケティング活動と流通系列化」ジュリスト七一六号。
- 野田実編著〔一九八〇〕『流通系列化と独占禁止法』（独占禁止法研究会報告）（大蔵省印刷局）。
- 服部育生〔二〇〇二〕「排他条件付き取引・拘束条件付き取引」日本経済法学会編『独禁法の理論と展開2』（三省堂）。
- 平林英勝〔二〇〇五〕『独占禁止法の解釈・施行・歴史』（商事法務）。
- 牧野純二〔二〇〇一〕『競争保護』ルールとしての独禁法へ」公正取引六一一号。
- 松井茂記〔二〇〇〇〕「ほっといてくれ」の憲法学から『みんなで一緒にやろうよ』の憲法学へ」紙谷雅子編著『日本国憲法を読み直す』日本経済新聞社。
- 松下満雄〔一九八九〕『経済法概説』（東京大学出版会）。
- 〔一九六八〕「丸金醤油事件」公正取引二〇八号。
- 丸山雅祥・成生達彦〔一九九九〕『現代のミクロ経済学』（創文社）。
- 三島万里〔一九九六〕「流通系列化の論理」有賀健編著『日本的流通の経済学』（日本経済新聞社）。
- 三輪芳朗〔一九八二〕『独禁法の経済学』（日本経済新聞社）。
- 〔一九九七〕『社会的規制』の政治経済学」経済学論集六三巻二号。
- 棟居快行〔二〇〇〇〕「日本の秩序と『見えない憲法』の可視化」紙谷雅子編著『日本国憲法を読み直す』日本経済新聞社。

村上政博〔一九九七〕『独占禁止法研究』（弘文堂）。

——〔二〇〇五〕『独占禁止法』（岩波新書）。

柳川範之・大東一郎〔一九九九〕「カルテル規制」後藤晃・鈴木興太郎（編）『日本の競争政策』（東京大学出版会）。

矢部丈太郎〔二〇〇五〕「不公正な取引方法の規制原理についての一考察」厚谷襄兒先生古稀記念論文集『競争法の現代的諸相「上」』（信山社）。

山本繁綽〔一九九三〕『日本型政策の誤算』（同文館）。

吉田明子〔一九九二〕「再販売価格維持行為…理論的展望」経済研究年報（東洋大）一七号。

ラムザイヤー〔一九九二〕『法と経済学』（弘文堂）。

若杉隆平〔一九九九〕「不公正な取引方法に関する規制(1)」後藤晃・鈴木興太郎（編）『日本の競争政策』（東京大学出版会）。