

垂直的制限

目次

- 一 違法性推定の一般的基準の概要
- 二 違法性推定の一般的基準の詳しい説明
 - (一) 第一類型
 - 1 評判へのただ乗り防止
 - 2 情報の不完全性を改善する垂直的制限
 - (二) 第二類型
 - 1 ブランド内競争を制限する垂直的制限
 - (1) 社会的デメリット
 - (2) 社会的デメリット
 - (3) 社会的デメリットと社会的メリットの比較

2 横流し禁止

3 専売制

4 総合評価

三 事例

(一) 化粧品対面販売事件

(二) セブンイレブン事件

(三) 二〇世紀フォックス事件

(四) ゲームソフト事件

1 ゲームソフト事件審決（新品分）

(1) 再販

(2) 横流し禁止

2 中古品の再譲渡禁止（販売禁止）

(1) 社会的メリットと社会的デメリット

(2) ゲームソフト事件審決

3 ゲームソフト事件最高裁判決

（補論）ゲームソフト事件

一 コースの推測について

(1) コースの推測

(2) ゲームソフト事件への応用

二 再販によるコースの推測の防止

三 中古品の再譲渡禁止（販売禁止）

(一) 社会的メリットと社会的デメリット

(1) 社会的メリット

ア 情報の非対称性の改善

イ 資源の有効利用

ウ コースの推測

(2) 社会的デメリット

ア 一期目に価格が上る効果

イ 開発費の回収の低下

(3) 総合評価

(二) 報酬請求権

一 違法性推定の一般的基準の概要

垂直的制限の違法性推定の一般的基準についてみてみよう。

再販（価格拘束）、テリトリイ制、一店一帳合制、横流し禁止、販売方法の制限等、価格拘束や非価格拘束でブランド内競争を制限する垂直的制限、あるいは専売制は、販売サービスが重要でブランドを信用すれば統一された販売サービスが受けられることが重要な場合（第一類型）は合法とし、そうでない場合（第二類型）は違法という基準で事実上推定するのがよいと思われる。

まずブランド内競争を制限する垂直的制限についてみてみよう。

ブランド内競争を制限する垂直的制限について、公取委の流通・取引慣行ガイドラインでは、価格拘束は原則違法とし、地域外顧客への販売制限や取引先制限等は価格が維持されるおそれがあるときに違法とし、厳格な地域制限は有力な事業者が行い価格が維持されるおそれがあるときに違法としている。また、資生堂東京販売事件と花王化粧品販売事件の最高裁判決では、対面販売という販売方法の制限について、それなりの合理性と同等性があれば合法であると判示している。

従来、価格拘束は原則違法とされてきたが、正当化事由を考えれば問題がある。非価格拘束については、公取委の流通・取引慣行ガイドラインは、違法性について価格維持効果基準を採用しているが、価格維持効果はあっても正当化事由があれば合法とする必要があり、また、この基準が価格競争しか保護に値しないとみているのは問題がある。なお、米国では、再販は、二〇〇七年のリージン事件最高裁判決で、当然違法から合理の原則に判例変更がされた。筆者は垂直的制限は価格拘束も含めて合理の原則を適用する必要があると考えるが、上のような違法性推定の一般的基準⁽²⁾を作ることが可能であると考ええる。

垂直的制限にはただ乗り防止のような効果がある場合がある。ただ乗り現象とは、ある販売業者が消費者に対して販売サービスを行う場合に、これを行わずその分安く売る別の販売業者がこれにただ乗りしこの消費者に販売すれば、販売サービスを行うことは割に合わないの、どの販売業者も販売サービスを行わなくなる現象である。ただ乗りで販売業者の販売努力が減れば、メーカーやフランチャイズ(本部)の売上が減るのでメーカーやフランチャイズ(本部)はただ乗りを防止した方が利益が大きくなる。

垂直的制限は、ただ乗り防止のような正当化事由がある場合もあることを考えると、次のように当該商品の特性

に応じた違法性推定基準を適用するのがよいと思われる。

価格拘束、地域外顧客への販売制限、厳格な地域制限、取引先制限、販売方法の制限等ブランド内競争を制限する垂直的制限は、価格制限であれ非価格制限であれ、消費者の商品選択に際して、販売店が重要な販売サービスを提供し、ブランドを信用すれば、販売サービスを含めて統一された財・サービスを購入できることが重要な場合（第一類型）は合法と推定し、そうでない場合（第二類型）は違法と推定するのがよいと思われる。それは次の理由である。

ブランド内競争を制限する垂直的制限が防止する販売店のただ乗りには、ブランドの信用へのただ乗りの場合（ただ乗りの第一形態）と、説明等の簡単な情報提供へのただ乗り（ただ乗りの第二形態）の場合とがある。ただ乗りは第一類型では前者が考えられ、第二類型では後者が考えられる。

第一類型については、次のように考えられる。販売店が重要な販売サービスを提供しており、ブランドを信用すれば販売サービスを含めて統一された財・サービスを購入できることが重要な場合、流通業者がブランドの信用にただ乗りして、販売サービスの手抜きをして安売りすることが考えられる（ただ乗りの第一形態）。このようなただ乗りが行われれば、販売サービスは低下してしまう。この場合、ブランド内競争を制限する垂直的制限はただ乗りを防ぎ、また、価格拘束等は小売マージンを大きくして、ブランドの信用にただ乗りして販売サービスの手抜きをしたことが発見された場合の出荷停止のペナルティ効果を大きくすることでも、ブランドの信用へのただ乗りを防止する。ブランドの信用へのただ乗りは広範囲に生じ、そのただ乗りを防止する垂直的制限は重要であり、第一類型については垂直的制限は合法と推定する必要がある。垂直的制限がブランドの信用へのただ乗りを防止する第一類型の代表的な例は、ハンバーガー、居酒屋、塾等のフランチャイズの場合であるが、フランチャイズに限らず、

工業製品の場合もある。工業製品の場合は、あるメーカーが、当該メーカーの商品について販売業者に詳細な情報提供やその他の重要な販売サービスを行わせ、そのただ乗りを防止するためにブランド内競争を制限する垂直的制限が行われるときである。なお、第一類型は、高度技術品やぜいたく品に限られない。高度技術品やぜいたく品でなくとも、例えば、ハンバーガー、居酒屋、塾等であっても、上の第一類型に該当すれば垂直的制限は合法と認めべきである。また、高度技術品やぜいたく品でも、第一類型に該当しなければ、垂直的制限は合法と認めるべきでない。

次に、第二類型については次のように考えられる。第二類型では、ブランド内競争を制限する垂直的制限は、ただ乗りが考えられるとすれば、説明等の簡単な情報提供のただ乗りである（ただ乗りの第二形態）が、消費者は商品に関する情報を情報誌やインターネット等から独自に得ることも多く、説明等の簡単な情報提供を受けてから安い店を探すのはコストもかかり、また、消費者は簡単な情報提供等をアフターサービス等の指標とするので、簡単な情報提供のただ乗りは広範に生じているとは考えられない。後述するように、第二類型では、ブランド内競争を制限する垂直的制限は、社会的メリットと考えられるものは経済厚生に与える影響ははつきりしないのに対し、社会的デメリットの方は、小売マージンを大きくして自社製品を優先的に推奨させるために行われたり、販売店に販売促進投資（固定費）が必要となときにブランド内競争により価格が独占価格より下るのを防ぐため再販で価格を引き上げたりして、ブランド内競争を制限する弊害や、あるいは、再販のようにカルテルや暗黙の協調の手段として使われたり、テリトリー制のように協調促進的慣行（制限的商慣行）として使われ並行的に行われブランド間競争を緩和したりして、ブランド間競争を制限する弊害が大きい。第二類型では、ブランド内競争を制限する垂直的制限は、よほど強い正当化事由がない限り違法とし、可能な限りブランド内の流通業者の競争やブランド間競争を保

護した方がよいと思われる。

近年の工業製品についてみると、一般的には壊われにくく使用も容易で重要な販売サービスは不要な商品が多く、第一類型に当ることは稀で一般には第二類型に当ると推定できるが、あるメーカーは販売サービスよりも価格が安い方を重視する消費者を対象とし第二類型の商品を提供し、別のメーカーは価格よりも販売サービスを重視する消費者を対象として第一類型の商品を販売する場合もある。

次に排他条件付取引（専売制）についてみてみよう。

専売制については、流通・取引慣行ガイドラインは、有力な事業者が行い、競争者が他に代わり得る取引先を容易に見い出すことができなくなるおそれがある場合に違反になるとしている。しかし、これは、専売制について、正当化事由を考えていないこと、下位企業が行ってもライバルは最も適した取引先と取引できなければライバルのコスト引上げになること、あるいは協調促進的慣行として使われること等の問題がある。専売制も次のような違法性推定基準を作ることができるとと思われる。

専売制も上の第一類型では合法と推定し、第二類型では違法と推定するのがよいと思われる。それは次の理由である。

第一類型では、フランチャイズ本部やメーカーが販売業者に対して、資金の提供、技術サポート、訓練等さまざまな投資を行うことが必要な場合が多く、専売制は他のフランチャイズ本部や他メーカーがそれにただ乗りすることを防ぐから、専売制は合法と推定するのがよいと思われる。

これに対して、第二類型では、専売制はブランド間競争や流通業者間の競争を制限し、強い正当化事由は考えられず、違法と推定してよいと思われる。それは、専売制は、下位企業が行う場合であっても、ライバルのコスト引

上げとなったり、協調促進的慣行（制限的取引慣行）として使われ並行的に行われてブランド間競争の緩和になったり新規参入を阻害したりするからであり、また、流通業者間の競争についてみれば、専売制が並行的に行われれば、併売店の参入を阻害することのためである。

テリトリイ制や専売制のように垂直的制限が協調促進的慣行（制限的商慣行）として使われ並行的に行われブランド間競争を緩和する場合は、ブランド間競争の制限に含めて考える。このような協調促進的慣行（制限的商慣行）は、後述のように戦略的補完関係にあるので、後で行う程有利であり、採用する企業が増える程市場価格が上がるので、結局すべての企業が採用する。未だ採用する企業が少ない段階では、一定の取引分野における競争を実質的に制限するおそれ（具体的危険性）があるとして、不公正な取引方法で規制すればよい。いずれは並行的に行われると考えられるが並行的に行われるのを待っている必要はない。

本項で概要を説明した垂直的制限の違法性推定基準について、次項以下で詳しく説明する。

二 違法性推定の一般的基準の詳しい説明

前述した垂直的制限の違法性推定の一般的基準について詳しくみてみよう。

（一）第一類型

1 評判へのただ乗り防止

垂直的制限の違法性推定の一般的基準の第一類型についてみてみよう。

再販（価格拘束）、テリトリイ制、一店一帳合制、横流し禁止、販売方法の制限等、ブランド内競争を制限する垂直的制限は、価格制限であれ非価格制限であれ、販売サービスが重要でブランドを信用すれば統一された販売サービスが受けられることが重要な場合（第一類型）は合法と事実上推定するのがよいと思われるのは、垂直的制限がブランドの信用のただ乗り（ただ乗りの第一形態）を防止するからである。

小売業者の販売サービスが、当該ブランド商品の需要を増大させる公共財的性格があれば、再販や販売サービスの拘束は、ただ乗りを抑え、販売サービスを増大させる。

販売サービスが重要でブランドを信用すれば統一された販売サービスが受けられることが重要な場合（第一類型）、ブランドの信用に流通業者がただ乗りして、販売サービスの手抜きをして安売りすれば、販売サービスは低下してしまう。販売店の販売サービスが重要であり、消費者にはその品質・内容がよくわからない（情報の不完全性がある）とき、消費者がブランドを信用すれば、販売店の販売サービスを含めて統一された品質・内容のものを購入できることが重要な意味を持つ場合、次のように、価格拘束は、低級品を高級品と偽って売ったり、販売サービスの手抜きをしてブランドの評判にただ乗りするのを防止する。

長期的視野に立って販売サービスを手抜きせずに行おうとする小売店が、ブランドの評判にただ乗りして販売サービスを手抜きしその分安く販売するただ乗り店に対抗して価格を引き下げざるを得なくなるのであれば、将来得られる利益が減って長期的視野に立って良質の販売サービスを行う商法を維持するのが難しくなる。価格拘束は、小売業者の販売サービスを手抜きする行動に対してメーカーが出荷停止を行なった場合に失われる将来の利益というペナルティを大きくし、小売業者に対する販売サービスの手抜きの防止を大きくする⁽³⁾ (Klein and Murphy (一九八八年))。

この考え方は次のようなものである。

フランチャイザーやメーカーにとって望ましい販売サービスを販売業者に契約で行わせようとしても、完全に実行可能な形で契約で行わせることはできない。例えば、努力するという条項を入れても、裁判所への証明が困難である。契約には、このような不完全性がある（契約の不完備性）。このような場合、フランチャイザーやメーカーが販売店の販売サービスの手抜きを観察することが可能であるなら、継続的取引がこの困難の解決のために使われる。このときに、フランチャイザーやメーカーは、価格拘束（再販）によって、流通業者に正常より大きなマージン（準レント）を与えることができる。販売業者が販売サービスの手抜きをした場合に、取引を打ち切れば、流通業者は、このマージン（準レント）を得られなくなる。販売サービスの手抜きをすれば取引を停止されるという脅しが有効であるためには、販売業者に十分高いマージンを与えなければならない。流通業者に販売サービスを手抜きしないインセンティブを与えるためには、市場で決まる正常利潤よりも高いマージンを与えなければならない。取引を継続することと停止されることが無差別であるようなマージンでは、販売サービスを手抜きしないインセンティブを与えることができない。

筆者は、再販等のブランド内競争を実質的に制限する垂直的制限によるただ乗りの改善効果のうち、簡単な情報提供のただ乗り（ただ乗りの第二形態）の改善効果は、垂直的制限の弊害に比べれば重要な問題ではないと考えるが、評判のただ乗り（ただ乗りの第一形態）の防止効果は重要であると考ええる。

筆者は、情報の不完全性のために垂直的制限をしなければ円滑な供給が行われなくなる場合、情報の不完全性を改善する垂直的制限は重要な意味を持つと考える。このような場合、評判（名声）は情報の不完全性を改善する一つの重要な要因であり、垂直的制限の評判（名声）に対するただ乗り防止効果は重要な問題であると考ええる。

2 情報の不完全性を改善する垂直的制限

消費者に品質内容がよくわからない（情報の不完全性がある）財・サービスは、事業者の信用が重要な意味を持つ。評判のメカニズムが働けば、ある事業者が品質内容を落とした商品を販売すると、一時的には利益があるようにみえても、長期的には事業者は信用を失い大きな損害を受ける。そこで、長期的な視野に立つ事業者は、信用を重視し一時的な利益のために、品質内容を落とすことはしない。したがって、消費者は信用ある事業者の商品を購入すれば、品質・内容の低いものを購入することになるという心配がない。特に、サービスは、消費者に品質・内容がわからないという情報の不完全性の問題が大きい。

販売に当たって、販売店の販売サービスが重要な意味を持ち、販売サービスに関して販売店の品質・内容の管理が重要である場合を考えよう。このような販売サービスは、消費者に品質・内容がよくわからず、情報の不完全性が大い。このような場合に、消費者がメーカーのブランドやフランチャイズのブランドを信用すれば、販売店の販売サービスも含めて統一された品質・内容のものを購入できる。このような場合、メーカーやフランチャイズのブランドの評判が小売店の販売サービスに大きく影響を受ける。このような商品は、小売店の努力によりブランドの評判が高まる。このような商品について、小売業者は、ブランドの評判にただ乗りして、低級品を高級品と偽って販売したり、販売サービスを減らしたりする誘引が働く。ブランド内競争を制限する垂直的制限は、このようなただ乗りを是正する。

このような場合として、例えば、次のフランチャイズのケースが考えられる。塾・ハンバーガー店・居酒屋等のフランチャイズについて、フランチャイザーがフランチャイジーに対して課す制限は、販売店（塾）の販売サービスの品質・内容の管理が重要であり、販売店（塾）の販売サービスの品質・内容に関する消費者の情報の不完全性

が大きく、消費者がブランドを信用すれば、販売店の販売サービスを含めて統一された品質・内容のものを購入できるようにするために行われるものである。なお、このような場合、小売店のサービス提供が本質的な重要性を持つているから、フランチャイザーがフランチャイジーに対して課す価格拘束は、独占禁止法二条九項四号の再販売価格（仕入れた商品を転売するときの価格）の拘束ではなく、一般指定一二項の不当な拘束条件付取引に該当するかどうかという問題になるだろう。工業製品でもこのような違法性推定基準の第一類型に該当するケースも考えられる。

このような場合は、ブランド内競争を制限する垂直的制限は、価格拘束であるか非価格拘束であるかを問わず合法と推定する必要がある。また、専売制は、フランチャイズ本部やメーカーが小売業者に対して行う援助がライバルにただ乗りされるのを防ぐため重要な意味を持ち、合法と推定される。フランチャイズ本部やメーカーが小売業者に対して行う資金援助、技術指導、経営ノウハウの提供等のさまざまな援助は、他のフランチャイズ本部やメーカーにただ乗りされるおそれがあり、専売制は、このただ乗りを防ぎ、これらの援助を増大させる。

上のような販売サービスが重要である場合の情報の不完全性を改善する垂直的制限は、フランチャイズの場合が代表的なものであるが、垂直的な制限が独占禁止法上許容されるかどうかについては、販売店の販売サービスの品質・内容の管理がブランドの信用の維持に重要な意味を持つ商品であるかどうかをメルクマールとすべきであって、フランチャイズ形式であるかどうかという形式的なことをメルクマールにすべきではない。

(二) 第二類型

次に、違法性推定基準の第二類型についてみてみよう。

工業製品についてみると、第一類型と第二類型の違いは、情報の伝達の取引費用から説明される。メーカーから消費者への情報伝達や、消費者のニーズやトラブルについての情報をメーカーに伝達し製品改良に役立たせる情報伝達は、情報が、複雑性、不確実性、情報の非対称性が高い程、取引費用が大きく第一類型がとられ、情報伝達の取引費用が低い程第二類型がとられる。

かつては、工業製品は、操作が難しく壊れやすく、品質も低いものも多かった。また、工業製品の普及段階で消費者の商品知識も不足していた。工業製品が操作が難しく壊れやすく、消費者の商品知識も不足しており、小売店の詳細な情報提供やアフターサービスが重要な場合には、メーカーが販売店の販売サービスを管理し、メーカーのブランドを信用すれば、販売店の販売サービスも含めて、統一された品質・内容のものを提供できるようにすることが重要な意味を持つ。このような場合、ブランド内を管理する垂直的制限はブランドの評判のただ乗りを防ぎ情報の不完全性を改善する。例えば、価格拘束は小売店のブランドの評判へのただ乗りを防止し、一店一帳合制や卸売業者の販路制限は、販売店の販売サービスの手拔きの監視のために使われる。

また、メーカーが小売店に対する援助をするときの外部効果を防ぐため、専売制は重要な意味を持つと考えられる。メーカーが小売業者に対して行う、資金援助、技術指導、経営ノウハウの提供等のさまざまな援助は、他メーカーにただ乗りされるおそれがあり、専売制は、このただ乗りを防止する効果がある。

このような工業製品について、メーカーが垂直的制限によって販売店を管理すれば、消費者は、メーカーブランドを信用すれば、優良な販売サービスも受けられる。これは、前項で説明した販売サービスが重要である場合の情報の不完全性を改善する垂直的制限（第一類型）に当る。

日本の高度成長の初期頃までの工業製品は、このような製品も多かったと思われる。しかし、近年の工業製品は

異なる。現代の工業製品は、操作も容易となり、故障が少なくなり、品質も向上し、消費者の商品知識も増加し、販売店の詳細な情報提供やアフターサービス等の販売サービスは不要となり、故障の修理もメーカーが行えばよい商品が一般的である。例えば家電製品は、以前は、操作も難しく壊れやすく、小売店の詳細な情報提供やアフターサービスが重要な意味を持っていた。しかし現在では、操作も簡単となり、小売店の詳細な情報提供は必要無くなり、また、商品が故障しにくくなったため、小売店のきめ細かいアフターサービスは不要で、メーカー修理で十分である（修理に関しては販売店はメーカーに取り次ぐだけである）。このような商品では、メーカーのブランドの信用は製品の品質に関するもので、小売店の販売サービスとは切り離されて確立している。また、メーカーの製品の品質が向上しているため、消費者は、メーカーのブランドを信用すればよく、品質のよい商品を選択するために高級店で買う必要はない場合が多い。現在では、工業製品では、一般に、販売店の販売サービスはメーカーのブランドの信用に重要な意味を持っておらず、メーカーのブランドの信用は製品の品質に関するもので、販売サービスに関する小売店の信用とは別々に存在する。現代の工業製品で第二類型に該当する場合を一般の工業製品ということにしよう。以下では、一般の工業製品についてみてみよう。

一般に日本で、現在の工業製品について、ブランド内競争を制限する再販やそれと同様の効果を持つ垂直的制限を違法とする一番大きな理由は、消費者が品質や内容がよくわからない製品差別化商品について、メーカーが小売店に自社製品を優先的に顧客に推奨させることであると考えられる。このような場合の垂直的制限は、社会的メリットは考えられず、小売価格を引き上げ、小売店が規模の経済性や範囲の経済性を生かすことを阻害し、流通の革新を妨げ、消費者に不利益を与える。

消費者には、メーカー間の商品の品質・内容の違いがそれ程よくわからない場合、安い店を探したり遠くに買い

に行くのが面倒であれば、店頭にある商品、店のなかで目立つところにある商品、店員の推める商品を購入する。

このとき再販やそれと同様の効果を持つ垂直的制限によって、小売店の安売を防止し小売価格を引き上げれば、小売マージンを大きくすることができ、これによって、小売店に自社製品を優先的に推奨させることができる。小売店は、再販やそれと同様の効果を持つ垂直的制限により高い小売マージンが確保される商品を優先的に売ろうとし、消費者の本来求めているものや商品の品質に関係なく、上の垂直的制限により高い小売マージンが確保される商品を店頭に並べ、目立つところに置き、あるいは説明販売で推奨するだろう（店頭に並べてもらうこと、目立つところに置いてもらうこと、説明販売で推奨してもらうこと等はすべて自社製品の優先的推奨に含まれる）。このような場合、メーカーは消費者に対する競争をしているのではなく、小売店に対する競争をしている。小売店の売場をどのくらいおさえたかが、即、メーカーのシェアとなる。

特に、日本の流通業者は小規模小売店が多い。日本の流通業界に小規模小売業者が多いのは、都市部では駐車場がないことや渋滞等のために自動車ではなく徒歩で買物に行くことが多いという交通事情、あるいは、住宅が狭く日用品のストックができず毎日買いに行く必要があるという住宅事情が考えられるが、そのほかに、大規模小売店舗法等の参入規制によるところも大きい。小規模小売業者は、価格を上げれば顧客がなくなってしまうわけではないという意味で何らかの地域的独占力を持ち、売場面積は小さく、メーカーは、再販等の垂直的制限を行い、小売店の安売りを防止して小売マージンを大きくし、小規模小売店の棚に置いてもらうこと、さらに売場のうち目立つ所に自社製品を置いてもらうことや顧客に推奨してもらうことが重要となる。米国では、日本的な小規模小売店は、ほとんどなくなってしまうっており、メーカーにとって再販等の垂直的制限によって自社製品を優先的に推奨させることの重要性は、米国よりも日本の方が大きいと思われる。したがって、再販等の垂直的制限が行われる頻度も、

それを規制する必要性も、米国よりも日本の方が大きいと言うことができる。

自社製品を優先的に推奨させるために行われる再販やそれと同様の効果を持つ上の垂直的制限は、社会的メリットはなく、小売価格を引き上げ、また、流通革新を阻害する社会的弊害が大きい。このような再販やそれと同様の効果を持つ垂直的制限は規制して、小売店に対する競争ではなく、消費者に対する競争を行わせるようにし、市場機能を活用するようになる必要がある。

なお、消費者が商品の品質・内容がよくわかつている場合の差別化財でも、次のように再販が行われることがある。販売店が、販売促進のための投資（固定費）が必要な場合、ブランド内の価格競争が行われ、特定ブランド商品の顧客を奪い合えば、価格は限界費用（仕入価格等）まで下り、販売促進投資（固定費）を回収できず、メーカーはその分を共同利潤から別途補助金として渡さざるを得なくなる。そうでなければ、販売店は当該メーカーの商品を扱わない。この場合、独占価格という共同利潤最大化の観点からは、小売価格が下りすぎるので、再販を行い小売価格を上げる。これに対して、再販を禁止すれば、小売価格が下り、一般には経済厚生を高める。ただし、メーカーの開発費（固定費）の回収の正当化事由については別途評価する必要がある。しかし、一般には参入障壁を考えれば、開発費の回収の正当化事由はそれ程大きいものではないだろう。

近年の一般の工業製品では、以下で説明するように、再販、テリトリー制、販売方法の制限、一店一帳合制、流通業者の販路制限等のブランド内競争を実質的に制限する垂直的制限は、一般に、ブランド内競争（一定の取引分野の競争）を実質的に制限する社会的デメリットが社会的メリットを上回っており、違法と事実上推定されると考えることができる。（テリトリー制は、後述のように寡占の暗黙の協調を強めるために戦略的に使われ、ブランド間競争を実質的に制限する又はそのおそれも問題となる）。また、近年の一般の工業製品では、横流し禁止や専売

制も違法と事実上推定されると考えることができる。これらについて以下で詳しく説明しよう。

1 ブランド内競争を制限する垂直的制限

近年の一般の工業製品のように、販売サービスが重要ではなく、ブランドを信用すれば統一された販売サービスを受けられることが重要でない違法性推定基準の第二類型を考えよう。

第二類型では、再販等のブランド内競争制限が行われる場合、社会的デメリットが考えられるのは、①自社製品の優先的推奨として使われる場合、②小売価格を引き上げる場合、③ブランド間競争制限の手段として使われる場合であり、社会的メリットが考えられるのは、①二重限界性の改善、②ただ乗りの改善、③危険分担、④工業製品の新製品発売直後の高価格の維持による開発費の回収である。価格差別のための横流し禁止は、社会的メリットも社会的デメリットも考えられる。

以下、順次みてみよう。

(1) 社会的デメリット

まず、社会的デメリットについてみてみよう。

一つ目は、自社製品の優先的推奨である。

再販は、工業製品についてみると、一般には、社会的メリットのない自社製品の優先的推奨のために行われるので、違法にする必要があると考えられる。日本では、地域的独占力を有する零細小売店が多く、小売店の推奨（小売店に置いてもらうことも含む）が売上額の増大に大きな影響力を有することが、工業製品について再販が行われる一番大きな理由であると考えられる。

再販は、特定ブランド商品需要に対して独占価格がつけられることが問題であるのではない。ここでは小売業者

が販売促進投資（固定費）をしない場合を考える。再販は、自社製品の優先的推奨のために行われることを考えなければ、小売業者が競争的でなければ二重限界性を改善し独占価格となる（卸価格と小売価格は下がる）し、また、流通業者の競争が激しければ、再販をしなくとも、メーカーは出荷価格の操作により独占利潤を得、小売価格は独占価格となる。この場合はメーカーは再販を行う動機がない。したがって、再販をしてもしなくとも、小売価格が独占価格になることに変わりはない。この独占価格はメーカーと流通業者の共同利潤を最大化する。メーカーと流通業者の共同利潤を最大化する場合は限界収入と限界費用が等しくなるように供給量が決まる。しかし、自社製品を優先的に推奨させるための再販は小売マージンを大きくし、この場合、限界収入と「限界費用プラス小売マージン」が等しくなるように供給量が決定され、供給量が減少し、メーカーと流通業者の共同利潤を最大化する小売価格（独占価格）以上に小売価格を引上げ、総余剰のデッド・ウェイト・ロスを増加させる。自社製品の優先的推奨の場合の再販の問題性は特定ブランド商品需要に独占価格がつけられるのではなく、製品差別化が行われかつ消費者が品質がよくわからない商品について、小売マージンを大きくし自社製品の優先的推奨が行われることに問題がある。再販により小売マージンを大きくするために、メーカーと流通業者の共同利潤を最大化する小売価格（独占価格）や数量とはならない。これが再販が非効率を生ずる原因である。自社製品の優先的推奨のための再販は、該当メーカーの需要曲線を拡大させるから、該当メーカーだけが行えば、メーカーと流通業者の共同利潤を最大化する小売価格（独占価格）より小売価格がより上がるかどうかはわからないが、このような再販は各メーカーが行うことになるから、需要曲線の拡大効果は相殺し合い、小売マージンが大きくなるために、供給量は減少しメーカーと流通業者の共同利潤を最大化する小売価格（独占価格）より小売価格が上がるだろう。自社製品の優先的推奨のための再販は、消費者余剰を減少させ総余剰のデッド・ウェイト・ロスを増加させる。

日本で再販が原則違法となっているのは、小売マージンを大きくして自社製品の優先的推奨のために行われることが多いためであると考えられる。この目的だけで行われる場合は、小売価格を引き上げるだけで社会的メリットはない。近年の一般の工業製品については、非価格制限も同様に考えられる。

社会的デメリットの二つ目は、小売価格を引き上げる場合である。

消費者が商品の品質・内容がよくわかつている場合の差別化財でも再販が行われることがある。差別化財でも特定差別化財に関するブランド内競争は同質財の競争となり、販売店が寡占であったとしても同質財のベルトラン競争（価格競争）が行われるでしょう。同質財のベルトラン競争（価格競争）が行われれば、寡占であったとしても、価格競争で顧客を奪い合い価格は限界費用（仕入価格等）まで下る。販売店に販売促進のための投資（固定費）が必要な場合、ブランド内の価格競争が行われ特定ブランド商品の顧客を奪い合えば価格は限界費用（仕入価格等）まで下り、販売促進投資を回収できずメーカーはその分を別途渡さざるを得なくなる。このとき独占価格という利潤最大化の観点からは小売価格が下りるので、再販を行い小売価格を引き上げる。

この場合、再販を認めれば、特定ブランド需要に対する独占価格となるが、再販を認めなければ、独占力による高価格が是正され、一般には経済厚生を高める。ただし、メーカーの開発費（固定費）の回収の正当化事由については別途評価する必要がある。開発費の回収については社会的メリットの所で検討するが、一般には参入障壁を考えれば、これはそれ程大きいものではないだろう。

社会的デメリットの三つ目は、ブランド間競争制限の手段として使われることである。

再販は、メーカー出荷価格よりも小売価格の方が監視しやすいため、カルテルや寡占の暗黙の協調の手段として使われる。

専売制、テリトリー制、販売数量の指示は小売業者間の寡占競争が戦略的補完関係にある価格競争の場合、協調促進的慣行（制限的取引慣行）としてブランド間競争の緩和のために使われる。この場合、寡占メーカー間で並行的に行われる。ブランド間競争の緩和はブランド間競争の制限に含めて考える。協調促進的慣行（制限的商慣行）として行われる場合は、戦略的補完関係にあるので、後で行う程有利であり、採用する企業が増える程市場価格が上るので、結局すべての企業が採用する。未だ採用する企業が少ない段階では、一定の取引分野における競争を実質的に制限するおそれ（具体的危険性）があるとして、不公正な取引方法で規制すればよい。これについてみてみよう。

製品差別化が行われ、不完全ではあるけれど代替性のある商品の価格競争について、寡占的相互作用を考えると、ライバル企業同士は価格引上げに対して価格引上げを行い価格引下げに対して価格引下げを行うという追随関係（これを戦略的補完の関係という）がある。この場合には、次のようになる。^④

小売店の均衡価格は小売店の反応曲線の交点で決まるが、併売店制よりも専売店制を採って小売店の態度を報復的にした方が、小売店のブランド間価格競争の戦略的補完関係が強まり、小売店は価格引下げの報復をおそれて協調的に行動し、併売店制の場合よりも小売価格を高くすることができるようになる。ただし、専売制はブランド内競争を制限するのではないので、後で詳しく説明する。

テリトリー制は、次のようになる。

テリトリー制は、ブランド内競争を制限することによって流通業者の特定ブランド需要に対する独占力を大きくし、二重限界性を作り出す。ブランド間小売価格競争が小売価格の引下げに対して引下げで対抗し引上げに対して引上げで追随するという戦略的補完の関係にあるとき、二重限界性の非効率を作り出し、自らの流通費用を引き上

げて反応曲線を外側に移動させれば、ライバルとの協調度を高め、反応曲線の交点で決まる均衡価格を引き上げることができる。

テリトリイ制がある場合に販売数量の指示を行うことがある。これは次のように考えられる。

小売業者は販売数量を確保するために、競争相手のほかのブランドの小売業者の価格引下げに対して、小売価格引下げをより大幅に行う。つまり、相手が攻撃的態度を採った場合により激しい報復を加えるようになる。この場合、専売制で説明したように、小売業者は小売価格引下げに対する相手のより攻撃的な報復をおそれて、融和的態度を採り小売価格を引き上げる。新聞社が販売店に販売数量を指示するような押し込み販売（押し紙）や自動車業界でメーカーが流通業者に販売数量を指示する責任販売台数制の規制は、優越的地位の濫用ではなく、上の観点から評価することができる。

(2) 社会的メリット

次に、社会的メリットについてみてみよう。

社会的メリットの一つ目は、二重限界性の改善である。

再販により二重限界性が改善されれば、小売価格が下る要因となる。

再販が上限価格を設定する場合には、一般にブランド内競争を実質的に制限せず、二重限界性の改善をするものであるから、独占禁止法上許容されると考えられる。

ただし、二重限界性を改善する再販は、上限価格を設定する場合に限らない。二重限界性を改善するための再販はメーカーが小売店の上限価格を制限するものであり、メーカーが廉売規制をしている再販は二重限界性を改善することでは説明できないとする見解がある。しかし、二重限界性を改善する再販の場合、最大化された共同利潤は

メーカーの出荷価格の調整によってメーカーと小売業者に分配され、メーカーの出荷価格は低下し、小売価格とメーカー出荷価格の決め方如何では、安売店の廉売を誘発してメーカーは安売店の廉売の規制をしなければならぬ場合があるから、廉売規制をしている再販であつても、二重限界性の改善で説明できる場合がある⁽⁵⁾。

再販は二重限界性の改善の要因があるとしても、再販によりブランド内価格競争が制限されれば、次のように小売価格が上る要因もある。

前述したように、販売店が、販売促進のための投資（固定費）が必要な場合、ブランド内の価格競争が行われ、特定ブランド商品の顧客を奪い合えば、価格は限界費用（仕入価格等）まで下り、販売促進投資（固定費）を回収できず、メーカーはその分を別途補助金として渡さざるを得なくなる。そうでなければ、販売店は当該メーカーの商品を扱わない。この場合、独占価格という共同利潤最大化の観点からは、小売価格が下りすぎるので、再販を行えば小売価格が上る。

再販は、二重限界性を改善する性格とブランド内競争で顧客を奪い合う性格のどちらが強いかで小売価格が上る場合も下る場合もあり、小売価格に与える影響ははっきりしない。

垂直的制限の社会的メリットの二つ目は、ただ乗りの防止である。

前述したように、垂直的制限が関係するただ乗り防止には、二つの形態がある。第一形態は、ブランドの信用のただ乗りであり、第二形態は、説明等の簡単な情報提供や高級店の品質のシグナリングへのただ乗りである。

近年の工業製品のような第二類型では、一般に、ただ乗りの第二形態が問題となるので、これについて検討しよう。一九六〇年にTeebは、次のようなただ乗りの改善に関する考え方を提示した⁽⁶⁾。小売店が消費者に商品説明や展示を行い、これらの販売サービスを受けた消費者が、当該店で購入せず店を出てこの販売サービスが無くその分安

い安売店で購入すれば、このような販売サービスを行う小売店はなくなってしまう。これは、その後次のように高級店の品質のシグナリングへのただ乗りに拡張された。消費者は、品質がよくわからないときに、長期的に評判を確立している小売店（高級店）で買おうとする。高級店は評判の維持に種々のコストがかかり、仮に品質の悪い商品販売すれば名声を損って店を維持できなくなるから、消費者は、高級店で購入すれば品質が安全であると考え。高級店で売っている商品は品質が安全であるという一種の保証作用がある。高級店にはこのような機能がある。このときに、高級店で売っている商品と同じ商品が安売店で安く売っていることがわかれば、消費者は安売店で安く購入する。このような外部効果があると、高級店は当該商品を扱わなくなる。価格拘束（再販）はこれを防止する（Marvel and Mc Cafferty（一九八四年））。

ただ乗りの第二形態は、説明等の簡単な情報提供サービスや高級店へのただ乗りであるが、これは、第一形態と比べれば、広範囲に生ずるわけではなく、次のように、重要でないと考えられる。以下では、ただ乗りの第二形態を考える。

ただ乗りが重要でない一つ目の理由はただ乗りが限定的であることである。

近年の工業製品は、一般に操作が容易で壊れにくく、販売店の詳細な情報提供やきめ細かいアフターサービスは不要であり、修理もメーカーが行っているが、小売店も簡単なアフターサービスを行うことがある。例えば、パソコンの販売店が、購入後も、簡単な質問には電話で応対するというようなサービスを提供することがある。このようなサービスが行われると、購入前の商品情報提供サービスのただ乗りは生じづらくなる。販売店の水平的ただ乗りの例としてアフターサービスがあげられることがよくあるが、アフターサービスは購入後のサービスであるから、消費者がサービスを受けて購入せずに店を出て、サービスをしないでその分安い店で購入するという水平的ただ乗

りの問題は生じない。むしろ、アフターサービスがあると、購入前の商品情報提供サービスのただ乗りが生じづらくなる。また、販売店が複合的なサービスを提供する場合、消費者は、商品情報提供サービスをほかのサービスの指標とするだろうから、販売店は、商品情報提供サービスだけただ乗りするということはしづらいだろう。

例えば、家電製品等のように、販売店が商品情報提供サービス以外にも据付けサービスもするような状況では、商品情報提供サービスは購入前のサービスだから水平的ただ乗りの問題を生じ、据付けサービスは購入に伴うサービスだから販売店の水平的ただ乗りの問題は生じないが、販売店は、据付けサービスは行うけれど商品情報提供サービスは行わないでただ乗りをすることとはしづらいだろう。家電製品についてみると、系列店だけでなく量販店でも商品情報提供（説明）や据付けサービスを行っている。商品情報提供を行わないディスカウンターは据付けサービスも行っておらず、このような販売店で扱う商品は限られており、また、このようなディスカウンターはそれ程多くはない。

販売店の水平的ただ乗りが考えられるのは、販売店のサービスが購入前の商品説明や展示等の簡単な商品情報提供サービスだけであるという限定的な場合であろう。

ただ乗りが重要でない二つ目の理由は、簡単な説明等を行いショーウィンドウの役割を果たす小売店に補助を行うことで解決できることである。

例えば、家電製品を買うとき、量販店で説明を聞き、ネットで安い店で買うとする。この場合、消費者は量販店の提供する説明サービスにただ乗りし、安売店も量販店の説明サービスにただ乗る。小売店の提供する説明サービスは、費用を負担しなくともそのサービスから排除されず、公共財的性格を持っている。治安サービスや公園のような公共財は、費用を負担しなくともそのサービスから排除されないため、市場メカニズムでは供給されない。

しかし、量販店で説明している者は、多くは、メーカー社員であるように思われる。そうであれば、商品説明コストはメーカーが負担しているから、上のようなただ乗りがあっても、説明サービスはなくなることはない。なお、メーカー社員の量販店への派遣はしばしば優越的地位の濫用で問題となるが、当該メーカー商品については小売店よりもメーカーの方が商品知識が豊富であるから、派遣は合理性がある。また、量販店で説明している者全部がメーカー社員でないとしても、上のただ乗りが生じているときは、メーカーは量販店に補助金を出せば、ただ乗りがあるとしても説明サービスはなくなるらない。

上のことを考えれば、説明サービスに関して、ただ乗りは大きな問題ではないと考えられる。次に、高級店へのただ乗りについてみてみよう。

消費者が高級品だけを販売していると考える小売店（高級店）であるブランドが売られているのを見て、その商品が高級品であると判断し、その商品をデイスカウント店で購入すれば、高級店の品質シグナリングに対する投資がただ乗りされる。しかし、この場合、メーカーは、ただ乗りのため高級店で売れなくなれば、高級店に対する納入価格を下げ、高級店に置いてもらおうとするだろう。これは、高級店に対するメーカーの補助金である。これにより、高級店の品質シグナリングに対する投資が維持される。

ただ乗りが重要でない理由の三つ目は、垂直的制限で販売サービスが減少する可能性があることである。

説明等の簡単な情報提供サービスのただ乗りがどのくらい行われるかはわからず、これらのサービスが顧客を獲得する手段になっている可能性もある。消費者が、小売店で商品説明や展示サービス等の商品情報提供サービスを受けて、商品を買わないで、安売店を探すのは、コストがかかる。また、販売店が据付けサービスやアフターサービス等を行う状況では、消費者は、商品情報提供サービスをほかのサービスの指標とするから、販売店は商品情報

提供サービスだけただ乗りすることはしづらいだろう。これらを考えると、商品説明や展示サービス等の商品情報提供サービスは、ただ乗りが問題となる客ばかりではなく、このサービスに引かれて来店し、その店で購入する客もおり、小売店間のブランド内競争で、このサービスが顧客を集める（奪い合う）効果がただ乗り効果よりも大きい場合も考えられる。

小売店販売サービス競争がブランド内で小売店の顧客を奪い合う効果が大きい場合、各小売店の競争が、このような外部効果を与え合うと、メーカーと小売業者の共同利潤の最大化の観点からは、過大な販売サービスが行われる。このときに、メーカーと小売業者の共同利潤を最大化し、小売店のサービス競争を減少させるために、垂直的制限が行われる。このことを考えると、垂直的制限をした場合に比べると、垂直的制限をしない場合は、特定ブランド需要に対する独占力による過少な販売サービスが改善され、消費者にとって適正な販売サービスの水準になっている可能性がある。この場合、垂直的制限をした場合の状態は、消費者にとって販売サービスが過少となる水準が選ばれてしまい、経済効率性（一般消費者の利益）を損う。このような場合には、垂直的制限を違法とした方が、むしろ、小売店の販売サービスを高め、経済効率性（一般消費者の利益）を高める。

このような場合は、垂直的制限がとられれば、この販売サービスを減少させてしまう。販売サービスがただ乗り効果ばかりであるなら、垂直的制限は販売サービスを増大させる。しかし、販売サービスがただ乗り効果と顧客を集める（奪い合う）効果の両方が考えられる場合には、このどちらの効果が大きいかで、垂直的制限によって販売サービスが増大したり減少したりする。

もしも、上の論理を化粧品品の対面販売（制度品システム）に応用するとどうなるだろうか。化粧品の対面販売がただ乗り効果が強いなら、対面販売を強制させる制度品システムのような販売方法の制限は販売サービスを増加さ

せる。しかし、ただ乗りが多いとはいえないかもしれない。対面販売には、専門的知識を有する者を配置したり、肌の状態を測定するような本格的な形態、試してみるコーナーを設ける形態、多くのメーカーの商品を展示して質問があれば違いを説明する形態等さまざまな形態が考えられるが、水平的ただ乗りが考えられない場合にせよ考えられる場合にせよ、多様な対面販売が、顧客を集める（奪い合う）効果が強い場合（ただ乗りが考えられる場合にはただ乗りよりも顧客を集める効果の方が強い場合）に、制度品システムが、対面販売の内容についてカタログ、説明書に書いてある程度の自社製品の簡単な説明をするように販売方法を制限しているのだとすると、消費者にとって、対面販売のサービス内容を低下させてしまうおそれがある。

販売サービスは、上のように公共財的側面がある場合もあるが、特定ブランド商品の顧客を奪い合う側面がある場合もあり、再販の二重限界性の改善で説明したのと同様、垂直的制限により販売サービスが増大するかどうかははっきりしない。販売サービスが他の小売業者からブランド内の顧客を奪う効果が強ければ、共同利潤最大化の観点からは販売サービスが多く行われすぎるので、垂直的制限として販売サービスの拘束を行えば、販売サービスが減ってしまう。このように、販売サービスについては、販売サービスがブランド内競争で顧客を奪い合う性格が強ければ、垂直的制限は、販売サービスを低下させるという問題があり、社会的メリットははっきりしない。

垂直的制限の社会的メリットの三つ目は、危険分担である。

再販は、需要の不確実性が存在するとき、小売業者が危険回避的な場合に、メーカーが、仕入価格や再販価格をコントロールして、危険を分担し、小売業者の取引への参加を高める⁽⁸⁾。

これは経済厚生を高める効果がある場合もある。しかし、ブランド内価格競争の抑止は在庫費用の拡大や大量返品が発生という形で大きな流通費用を生み、それはメーカー負担となる。したがって、再販が自社製品の優先的推

奨のために行われるような場合、危険負担の分担は、流通コストの増大という社会的デメリットを生む。

垂直的制限の社会的メリットの四つ目は、メーカーの開発費の大きな産業で、メーカーの開発費の回収に役立つことである。

小売業者が販売促進投資（固定費）をするときに、小売業者が特定ブランド商品の顧客を奪い合い、価格が小売業者の限界費用（仕入価格等）まで下る場合に、小売価格が、メーカーと小売業者の共同利潤を最大化する価格（独占価格）より低くなるので、再販（価格拘束）で小売価格を引き上げることが考えられる。

家電、ゲームソフト、映画等のように、開発費（固定費）が大きく限界費用が小さく規模の経済性が大きく、かつ差別化が行われる産業では、特に、新製品発売直後の小売価格の高価格の維持が開発費の回収に役立つ。これらの産業で、価格拘束は、開発費の回収に役立てば商品の多様性が増大する社会的メリットがあるが、小売価格は高くなるという社会的デメリットもある。参入障壁や差別化を考えれば企業は利潤を得ており再販による開発費の回収はそれ程考えなくてもよいだろう。価格拘束によるブランド内競争制限の弊害が大きいことを考えれば、価格拘束は、多様性の増大の社会的メリットよりも小売価格が高くなる社会的メリットの方が大きいと考えられる。

(3) 社会的デメリットと社会的メリットの比較

上のように、近年の一般の工業製品のような違法性基準の第二類型では、ブランド内競争を制限する垂直的制限は、社会的メリットを考えられるものは経済厚生に与える影響ははっきりしない。これに対して、社会的デメリットの方は、小売マージンを大きくして自社製品を優先的に推奨させるために行われたり、販売店に販売促進投資（固定費）が必要なきにブランド内競争により価格が独占価格より下るのを防ぐため再販で価格を引き上げたりして、ブランド内競争を制限する弊害や、あるいは、再販のようにカルテルや暗黙の協調の手段として使われたり、

テリトリー制のように協調促進的慣行（制限的商慣行）としてブランド間競争を緩和したりして、ブランド間競争を制限する弊害が大きい。近年の一般の工業製品のような違法性基準の第二類型では、ブランド内競争を制限する垂直的制限は、よほど強い正当化事由がない限り違法とし、可能な限りブランド内の流通業者の競争やブランド間競争を保護した方がよいと思われる。

2 横流し禁止

横流し禁止についてみてみよう。

垂直的制限のために行われる横流し禁止についてみてみよう。

一店一帳合制や横流し禁止の違法性は、再販、テリトリー制等のブランド内競争を制限する垂直的制限の違法性と同一に考えればよい。

メーカーが販売店の販売努力を引き出すために、非線型価格を用いる必要がある。販売努力に対して、契約が作れば、垂直的制限を行う必要はない。しかし、メーカーは、販売業者の販売努力や販売実績はわからない。そこで、販売業者の仕入量に応じた非線型価格を用いて販売努力を引き出そうとする。販売店の販売努力を引き出すため、リベート等を使って、仕入数量が増えると価格が下る非線型価格が使われると、数量を多くすれば、リベート等により限界卸価格が下るため、安売業者への横流しが行われる。しかし、これでは、小売業者の販売努力を引き出すことができない。そこで、メーカーは横流しの禁止を行う。この横流し禁止は、販売努力を引き出すための非線型価格を維持する手段と考えられる。この場合、販売店の販売努力が社会的メリットがあるなら、横流し禁止は、社会的メリットを評価する必要がある。

横流し禁止も、販売サービスが重要でブランドを信用すれば統一された販売サービスが受けられることが重要な

場合（第一類型）は合法とし、一般の工業製品のように、そうでない場合（第二類型）は違法とするという基準で事実上推定するのがよいと思われる。

現代の工業製品で第二類型に該当する場合（一般の工業製品）についてみてみよう。

例えば、再販の潜脱を防止するために、一店一帳合制や横流し禁止は、次のように行われる。小売店が安売りすれば需要が増える。メーカーが小売店への供給量を限定し、一店一帳合制や横流し禁止で、小売店が他から入荷できないようにすれば、小売店は安売できなくなる。一店一帳合制や横流し禁止は、再販の維持のために使われる。

次に、横流し禁止が、消費者に対する差別価格の維持のために使われる場合についてみてみよう。

家電では、量販店、系列店、安売店等いろいろな販売形態がある。これは、メーカーが顧客の需要の価格弾力性に応じて価格差別をするためであると考えられる。安い店を探す時間のない人は近所の系列店で買う。安い店を探す時間のある人は量販店で買う。量販店には数量に応じた販売促進のリベートが出されている。このため、量販店は安売店へ横流ししようとする動機がある。メーカーはこれを防いで価格差別を行うため、横流し禁止の拘束をかける。メーカーは、安い店を探す時間のない人には高く売り、安い店を探す時間のある人には安く売ろうとする。これは、安い店を探すコストを使った消費者の需要の価格弾力性に応じた価格差別である。この価格差別のための横流し禁止は経済厚生を低下させる。なお、この価格差別の実行性を高めるため、消費者が価格の安い店を探すコストを高くしようとし、実売小売価格を表示させないようにすることもある。松下エレクトロニクス事件⁽⁹⁾は、このような事件であったと考えられる。

違法性基準の第二類型では、横流し禁止はブランド内競争を制限する弊害が大きく、よほど強い正当化事由がない限り違法と推定してよいと思われる。横流し禁止が価格差別のために行われる場合も、一般の工業製品のように、

販売サービスが重要でブランドを信用すれば統一された販売サービスが受けられることが重要でない場合は、一般には違法とするという基準で事実上推定するのがよいと思われる。なお、販売店のサービスの種類に応じて価格差別が行われ、消費者が自己選択できるのであれば、第三種の価格差別であり、経済厚生（総余剰）に与える効果は一概にはいえない。しかし、現代の一般の工業製品の価格差別は、販売店による販売サービスにそれ程大きな差は無く、前述のように安い店を探すコストに応じた価格差別の色彩が強いように思われる。また開発費が大きく流通まで含めてみても規模の経済性の大きい産業では、価格差別は開発費の回収に役立ち経済厚生を増大させる。このような特に規模の経済性の大きい産業については差別対価の所で検討する。

3 専売制

かつての工業製品は、操作が難しく品質が低いものが多かった。また、消費者も工業製品の普及段階で商品知識も不足していた。このような場合には、小売店の詳細な情報提供やアフターサービスが重要で、メーカーが販売店の販売サービスを管理し、メーカーのブランドを信用すれば、販売店の販売サービスも含めて、統一された品質・内容のものを提供できるようにすることが重要な意味を持つ。専売制もこのことに役立つ、メーカーが小売業者に對して行う、資金援助、技術指導、経営ノウハウの提供等のさまざまな援助は、他メーカーにただ乗りされるおそれがあり、専売制は、このただ乗りを防ぐ、このように特定メーカーの商品について深い販売サービスをする必要がある場合、専売制は違法性推定基準の第一類型に該当し合法とする必要がある。

しかし、現在の工業製品は、一般に操作も容易となり故障が少なくなり品質も向上し消費者の商品知識も増加し、販売店の詳細な情報提供やアフターサービスは不要である。現在の工業製品については、専売制は、一般に違法性推定基準の第二類型に該当し次のように考えられる。

専売制の問題点は、第一は、メーカーのブランド間競争の阻害であり、第二は、流通段階の競争の阻害である。まず、第一のメーカーのブランド間競争の阻害の問題からみてみよう。

違法性推定基準の第二類型では、専売制は、大きなシェアを持つ企業が行う場合は、参入を阻害し、ブランド間競争という一定の取引分野における競争を実質的に制限し、違法であると考えることができ、これにとどまらず、寡占企業の場合は、次のライバルのコスト引上げと制限的取引慣行の観点から、下位企業であっても、並行的に行われていなくとも、違法と推定した方がよいと思われる。この場合、ライバルが代替的取引先があるとしても事業活動が困難にならないとしても、排除されなくとも、違法と推定した方がよいと思われる。

まず、ライバルのコスト引上げについてみてみよう。

市場が独占又は寡占であれば、市場価格が高いから、参入は革新的でなくとも行われる。市場が独占又は寡占であれば、ライバルのコスト引上げは参入者又は既存のライバルに対して行われる。この場合、参入者又は既存のライバルのコストを引き上げれば、排除できなかったとしても、その分市場における競争が緩和し、市場で価格が引き上げられたり品質の向上が阻害される。なお、このことは、シェアの低い下位企業が行うこともある。例えば、市場が寡占の場合に、参入者と商品が競合して最も影響を受ける下位企業が、間接の取引拒絶や取引先に排他条件取引を行い、参入者が最も適した取引先と取引できなくなれば、参入者が他に取引先がみつかるとしても事業活動が困難にならなくとも排除されなくとも、参入者のコストが上がる。これによりその分市場における競争が緩和し、市場で価格が上げられたり品質の向上が阻害される。

ライバルが代替的取引先があるとしても事業活動が困難にならなくとも、排除されなくとも、違法とした方がよい例として、次のような場合もある。単に流通市場の囲い込みにより事業者数が減り残された部分での単独効果や

協調効果のため流通市場の価格が上がりライバルのコスト引上げになる場合もある。また、専売制により、優秀な流通業者（コストの安い流通業者）を囲い込むことにより他に流通業者がたぐさん残っていると看做しても、ライバルのコスト引上げになる場合もある。これらの場合も、ライバルは、代替的取引先があるとしても、事業活動が困難にならないとしても、排除されないとしても、市場価格が上り一定の取引分野における競争の実質的制限が生ずる。一定の取引分野における競争の実質的制限は、一定の取引分野（市場）で価格が上がったり、品質の向上や多様性が阻害されることである。社会的メリットの考えられない又は立証できないライバルのコスト引上げ行為は、この効果を持つているためにすべて規制する必要がある。

上に述べたことから、社会的メリットの考えられない又は立証できないライバルのコスト引上げ行為は、それを行っているのであれば、一定の取引分野における競争を実質的に制限するときであるから、行為者のシェアがどうか、ライバルが他の取引先を見出せるか、ライバルの事業活動が困難になるか、ライバルが排除されるか、ライバルが革新的であるか等に関係なく、すべて、一定の取引分野における競争を実質的に制限すると事実上推定して規制する必要がある。この場合、ライバルを排除（又は支配）するときは、特に弊害が大きく、私的独占で規制され、残りは不公正な取引方法で規制される。ライバルを排除又は支配するときは、競争単位を減少させ、市場価格の上昇も大きいと考えられ、また、差別化財については消費者の選択の幅を減少させるから、特に弊害が大きく特別に私的独占で規制することとなる。

次に、寡占企業が戦略的補完関係にある場合の制限的取引慣行についてみてみよう。

前述のように、寡占企業間の競争が戦略的補完関係にある場合（差別化財の価格競争）、テリトリー制は二重限界性による非効率を生ずることにより、また専売制は値引きに対して値引きで対抗し値上げに対して値上げで反応

する戦略的補完関係を強めることにより、協調促進的慣行として使われブランド間競争を緩和し、市場価格を上げる⁽¹⁰⁾。ブランド間競争の緩和はブランド間競争の制限に含めて考える。これらの制限的取引慣行は各企業が並行的に行っていけば、一定の取引分野における競争を実質的に制限するということができるが、並行的テリトリイ制は「排除」又は「支配」に当たらず、また、並行的専売制は「排除」に当たることがあっても共謀していないから、私的独占でなく不公正な取引方法の問題となる。専売制は並行的に行われれば、メーカーの参入を阻害したり併売量販店を阻害したりする結果も生ずるから、この観点からは、「排除」に該当することもある。しかし、並行的専売制は、排除に該当する場合があっても通謀がなければ私的独占ではなく不公正な取引方法が適用される。私的独占は通謀が要件であると考えられる。それは、通謀があつた場合と比べると通謀が無かつた場合は違法性が弱いからである。このように専売制は、ライバルのコスト引上げ行為以外でも問題となる。

流通段階の競争の阻害についてみてみよう。

専売店であれば、ある特定のメーカーの商品について、深い販売サービスをすることができるのに対し、併売店であれば、ある特定のメーカーの商品については深い販売サービスをすることはできないが、消費者は多くのメーカーの商品を比較して購入でき、また、多くのメーカーの商品を売ることににより規模の経済性や範囲の経済性を生かしてコストの削減もできる。

現在の工業製品では、一般に、特定メーカーの商品の深い販売サービスは不要となっており、制限的取引慣行として並行的に専売店制が採られれば、流通市場を分断し、併売店の参入が阻害され、流通の競争の制限の弊害が大きい。

上のような制限的取引慣行はこれを採用する企業が増える程市場価格が上がり、結局すべての企業が採用し市場

価格が大きく上がる。戦略的補完関係であれば、後でコミットする程有利であるが、採用する企業が増える程市場価格が上がるので、結局すべての企業が採用することになる。未だ採用する企業が少ない段階では、一定の取引分野における競争を実質的に制限するおそれ（具体的危険性）があるとして不正な取引方法で規制すればよい。いずれは並行的に行われると考えられるが並行的に行われるのを待っている必要はない。

専売制が並行的に行われたことが注目された事例として、東洋製米機事件高裁判決⁽¹⁾がある。従来議論のあった並行的専売制はなぜ並行的に行われるかという点を考えれば上のような観点が必要である。排他条件付取引は、販売・生産の支援やノウハウの供与に他企業がただ乗りするのを防止したり、関係特殊的投资を行うインセンティブを高めたりする社会的メリットがあるが、このような正当化事由の立証されない排他条件付取引は、ライバルのコスト引上げ行為か、又は、上の制限的取引慣行であると考えられるから、シェアが高くなるとも一定の取引分野における競争を実質的に制限する又はそのおそれ（具体的危険性）があるとして違法にする必要がある（違法行為識別問題）。

以上のことから、現在の工業製品では、一般には、専売制は違法性推定基準の第二類型であり違法であると推定してよいと思われる。ただし、これは、推定であって、現在の工業製品でも、特定メーカーの商品について深い販売サービスを提供する場合、違法性推定基準の第一類型であり正当化事由があつて合法とする必要があるから、正当化事由を評価するコスト（評価を間違つた場合に生ずる社会的コストを含む）を考えると、流通・取引慣行ガイドラインのように、有力な事業者（上位三位以内又はシェア10%以上）でなければ問題としないとすることは意味があるように思われる。

4 総合評価

垂直的制限は、価格制限や非価格制限によるブランド内競争を制限する垂直的制限も専売制も、商品サービスが重要でブランドを信用すれば統一されたサービスが受けられることが重要な場合（第一類型）は合法と推定し、そうでない場合（第二類型）は違法と推定するという基準で推定するのがよいと思われる。これは、垂直的制限について、強い正当化事由があるかどうかを先に考え、強い正当化事由があれば垂直的制限を合法と推定し、なければ違法と推定する考え方である。

現在の工業製品は、一般に第二類型に当たると推定される。現代の工業製品で第二類型に当たる場合（一般の工業製品）についてみてみよう。

まずブランド内競争を制限する垂直的制限についてまとめてみよう。

テリトリイ制のように協調促進的慣行（制限的取引慣行）として使われブランド間競争を緩和する場合は、ブランド間競争の制限に含めて考える。現代の工業製品で第二類型に該当する場合は、ブランド内競争を制限する垂直的制限は、一般には、価格拘束であれ非価格拘束であれ、ブランド内競争制限やブランド間競争の制限（緩和）の弊害が大きく、強い正当化事由は考えられず、違法と推定してよいと思われる。

次に、現代の工業製品で第二類型に該当する場合の専売制についてみてみよう。

この場合、一般に、専売制は、ブランド間競争や流通業者間の競争を制限し、強い正当化事由は考えられず、違法と推定してよいと思われる。それは、専売制は、下位企業が行う場合であっても、ライバルのコスト引上げになつたり、協調促進的慣行（制限的取引慣行）として使われ並行的に行われて、ブランド間競争の緩和となつたり新規参入を阻害したりするからであり、また、流通業者間の競争についてみれば、専売制が並行的に行われれば、

併売店の参入を阻害することのためである。

三 事例

(一) 化粧品対面販売事件¹²⁾

資生堂東京販売事件や花王化粧品販売事件で、最高裁は、販売方法の制限について、それなりの合理的な理由があること、かつ他の取引先に対しても同等の制限が課されていることという条件を満たせば、不当性はないと判断した。しかし、筆者は、販売方法の制限については、販売サービスが重要でブランドを信用すれば統一された販売サービスを受けられることが重要な場合（第一類型）は合法と推定し、そうでない場合（第二類型）は違法と推定するのが適当であると考ええる。

化粧品の対面販売は、次の二ケースが考えられる。

第一ケースは、重要な販売サービスが行われる場合である。

例えば、医師、薬剤師、美容師、その他これに準ずる専門家を配置して対面対売を行う場合である。また、専門家は置かないが、顧客の肌の状態を測定して化粧品を販売するようなきめ細かいサービスを提供したり、あるいは、化粧品を使ったために肌が傷んだ事例が発生してブランドへの信頼が失墜しないように、客の肌に合わせた丁寧な対面販売を行い、対面販売を担当する店員への教育に力を入れ、店員に専門的教育の受講を義務づけている場合もこれに含まれる。これらの場合、消費者のニーズや化粧品使用による肌荒れのトラブルの情報がメーカーに集められ、製品の改良や新製品の開発に役立つことも考えられる。

第二ケースは、対面販売が、重要な販売サービスではなく、簡単な情報提供程度の場合である。

第二ケースは、対面販売が、丁寧ではなくカタログや説明書に書いてある程度の簡単な説明である場合である。このような場合、多くの消費者は何度も購入しており、二度目からは説明を聞かずに購入したり、あるいは、情報誌やメーカーのカタログ・説明書を読んでいて説明を聞かずに購入しているのではないかと思われる。なお、化粧品品の対面販売について、小売店で矛盾したことを言っているという記事が新聞に載ったことがある。そうであれば、化粧品の対面販売はたいしたサービスをしていないことになる。

化粧品の対面販売の義務づけの違法性は、どの程度重要な販売サービスを行うかにかかっており、第一ケースについては、合法であり、第二ケースについては違法であると推定してよいと思われる。その理由は次のとおりである。化粧品の対面販売の第一ケースは、垂直的制限の違法性推定基準の第一ケース、つまり、販売サービスが重要でブランドを信用すれば統一された販売サービスが受けられることが重要な場合に該当し、合法であると推定される。この場合、垂直的制限は、ただ乗り防止の第一形態、つまり、ブランドの信用のただ乗りを防止する。

これに対して、化粧品の対面販売の第二ケースは、垂直的制限の違法性推定基準の第二類型に該当し、違法であると推定される。この場合、垂直的制限は、ただ乗り防止の第二形態、つまり、カタログや説明書程度の簡単な情報提供のただ乗りを防止する。例えば、説明を聞いた消費者が、他の説明をせずその分価格の安い店で購入すれば、消費者は小売店の説明サービスにただ乗りし、安売店も説明をした小売店の説明サービスにただ乗りする。しかし、メーカーが小売店に店員を派遣したり、あるいは、上のただ乗りが生じているときはメーカーが説明をする小売店に補助金を出せば、説明サービスはなくなるらない。

また、小売店が、薬剤師、美容師その他専門家を配置したり、肌の状態を測定したりする等の重要な販売サービ

スが顧客を奪う効果が強い場合、メーカーと小売業者の共同利潤の最大化の観点から販売サービスが過大と判断されるときには、販売サービスを下させるために、販売方法の制限が行われることも考えられる。

結論を言えば、化粧品の対面販売は、違法かどうかは、どのような対面販売を行っているかに依存する。きめ細かい丁寧な対面販売を行っているなら合法とし、単にカタログや説明書に書いてある程度のことを説明するだけなら違法とするのがよいと考えられる。⁽⁶⁾

(二) セブンイレブン事件

販売方法の制限の例として、セブンイレブン事件についてみてみよう。

セブンイレブン事件⁽¹³⁾では、加盟店が消費期限に近づいた商品を値引き販売することを禁止したことが優越的地位の濫用で問題とされた。しかし、本件は、販売サービスが重要でブランドを信用すれば統一された販売サービスを受けられることが重要な場合の垂直的制限であり違法性推定基準の第一類型に該当し、合法であると推定されると考えられる。

コンビニは、次のように、値引きができないことが鮮度の高いという信頼を得、これが二四時間営業を支えていると思われる。消費期限が近づいた商品は、売上が落ちる。売れ残った廃棄商品の損失は加盟店の負担になるとされている。加盟店は、値引き販売ができれば、その商品を棚の上に置きその商品を売り切ろうとするだろう。しかし、消費期限が近づいた商品の値引きができなければ、加盟店は棚を有効に使うため、新しい消費期限の商品に入れ替えるだろう。値引き販売ができなければ、古い商品は無駄となり、加盟店に大きなコストがかかる。しかし、コンビニは、このコストを払い、価格は高いが鮮度が高いという信頼を得ていると考えられる。

スーパーや百貨店が値引き販売するのに、なぜ、コンビニはしないのかという理由は、次のように考えられる。

スーパーや百貨店は閉店時間があるので、閉店間際の生鮮食料品は閉店時間内に売り切ろうとして大幅に値引きする。この場合生鮮食料品は消費期限が近づいていることを消費者は分る。しかし、コンビニは、二四時間営業なので、消費期限が近づいた商品について値引を認めると、値引きしない商品と値引き商品が混在する。この場合、値引きしない商品が、消費期限が遠い商品とは限らず、消費期限が近い商品が含まれる可能性がある。それは、コンビニの加盟店は、消費期限が近づいた商品について、消費期限を確認して安くないと買わない需要の価格弾力性の高い消費者には安く売り、消費期限を確認せず高くとも買う価格弾力性の低い消費者には高く売ろうとするからである。そこで、値引きしない商品にも、消費期限の近づいた商品を含ませ、値引き商品と値引きしない商品を混在させて、消費期限を一々確認する客には安く売り、確認しない客には高く売ろうとするだろう。これは、コンビニは鮮度が高いという信用を失わせることになる。

コンビニの値引き販売の禁止は、上のように、コンビニの鮮度の高いものを販売するという重要な販売サービスを維持するのに役立つ。消費者は、価格は高いが二四時間営業し鮮度も高いコンビニと、閉店間近には価格が下るスーパーやデパートを選択すればよい。コンビニの値引き禁止が行われてもブランド間競争があれば、問題はない。また、コンビニは、おでんの販売等種々の販売サービスを提供している。この場合、販売価格の拘束は、ブランドの信用にただ乗りが行われるのを防ぐ。

このように、コンビニは、種々の販売サービスを提供しており、消費者は、ブランドを信用すれば、同じサービスを受けられる。これは違法性推定基準の第一類型に当る。この場合、販売サービスの手抜きを行い、その分価格を下げて販売すれば、ブランドのイメージにただ乗ることができる。値引き禁止や販売価格の拘束は、ブランドのただ乗

りを防ぎ、また、販売サービスの手抜きがあったときのペナルティを大きくすることができる。

売れ残った廃棄商品の損失等は加盟店の負担とすることが優越的地位の濫用とされている。廃棄商品のコストは加盟店の負担とすることが加盟店に不利益になるとされている。しかし、加盟店の不利益が大きければ加盟店になろうとする者がいなくなるから、本部は、その分ロイヤティを低くしたり仕切価格を低くして加盟店マージンを大きくするかもしれない。フランチャイズは、本部と加盟店の共同利潤を最大化し、共同利潤を本部と加盟店の競争状況で分配する。加盟店がどのくらい利益を得られるかは、本部と加盟店の競争状況で決まるのであって、廃棄商品のコストを加盟店が負担することとは関係ない。本部が廃棄商品のコストを加盟店に負担させたのは、共同利潤を最大化するため、正確な発注をさせようとしたもので合理性があると思われる。このことについては、契約で書くことが可能な事である。しかし、フランチャイズの加盟店には、素人が多く、内容がよくわからなかったり法律知识が乏しい情報弱者や法律弱者がホールドアップに合うという問題がある。加盟店は、事前に話を聞いていなかったということがあるかもしれない。そこで、これを防ぐため、優越的地位の濫用規制で、事前の説明義務や契約書面の交付義務を課す必要があると思われる。

(三) ニ〇世紀フォックス事件⁽¹⁴⁾

本件は、映画会社が映画館の入場料を決めたり映画館の割引を制限した行為が、旧一般指定一三項違反とされたものである。

前述したように、ブランド内競争を制限する垂直的制限は、価格制限であれ非価格制限であれ、販売サービスが重要でブランドを信用すれば統一された販売サービスが受けられることが重要な場合（第一類型）は合法と推定し、

そうでない場合（第二類型）は違法と推定するのがよいと思われる。

本件は、第二類型に当る。第二類型では、ブランド内競争の制限やブランド間競争の制限の弊害が大きく、よほど強い正当化事由がない限り違法と推定してよいと思われる。

本件では、価格拘束は、封切直後の高価格を維持し、映画のような開発費の大きい産業では開発費の回収に役立つという正当化事由も考えられる。これは、次の効果である。映画館が販売促進投資（固定費）をするときに、映画館が特定映画の顧客を奪い合い、価格が映画館の限界費用（上映費）まで下る場合に、価格が映画会社（映画配給会社）と映画館の共同利潤を最大化する価格（独占価格）よりも低くなるので、価格拘束で価格を引き上げることが考えられる。

映画のように、製作費（固定費）が大きく規模の経済性が大きく、かつ差別化が行われる産業では、特に、新品封切後の高価格の維持が製作費の回収に役立つ。このような産業で、価格拘束が映画会社の開発費の回収に役立つば、商品の多様性が高くなるという社会的メリットがある。しかし、映画産業の参入障壁を考えれば、これはそれ程大きいものではないだろう。また、価格拘束はブランド内競争を制限したり、カルテルや暗黙の協調の手段として使われブランド間競争を制限して、価格が高くなるという社会的デメリットもある。価格拘束によるブランド内競争制限やブランド間競争制限の弊害が大ききことを考えれば、価格拘束は、多様性の増大の社会的メリットよりも価格が高くなる社会的デメリットの方が大きいと考えられる。

（四）ゲームソフト事件

ソニー・コンピュータエンタテインメント（SCE）事件審決と、ゲームソフト事件最高裁判決について検討し

よう。

まず、ゲームソフト事件審決⁽¹⁵⁾についてみてみよう。

ゲーム業界は、間接的ネットワーク外部性のような流通業者のただ乗り以外の外部性があり、再販等はこの外部性を内部化するので経済厚生を改善する可能性を考えなければならない。

ゲームソフトは、ハードがプラットフォームとして、ソフトと消費者との間の取引を仲介する双方向プラットフォームである。この場合、消費者はネットワーク外部性がある。ネットワーク外部性は、参加する消費者の数が増えるとソフトの交換や共有のため便利となる直接的ネットワーク外部性と、あるハードを使うソフトが増えれば、そのハードが便利になる間接的ネットワーク外部性がある。双方向プラットフォームにおける外部性で問題となるのは、間接的ネットワーク外部性である。後述のように再販は双方向プラットフォームにおける外部性（間接的ネットワーク外部性）を内部化するが、経済厚生に対する影響ははっきりしない。⁽¹⁶⁾

違法性基準の第二類型についてみれば、再販はブランド内の小売業者の競争を制限したり、カルテルや暗黙の協調の手段として使われブランド間競争を制限するから、よほど大きな正当化事由がない限り違法とした方がよいと考えられる。後述のようにゲーム業界の再販の社会的メリットは上のような社会的デメリットを打ち消すほど大きくはなく、ゲーム業界では、一般に再販は違法とした方がよいと思われる。

しかし、SCEが再販を行ったことが参入を容易にし、任天堂のそれまでの独占を打ち破ったことは確かである。⁽¹⁷⁾そこで、参入の問題を考えると、ゲーム業界のように、ハードとソフトの間接的ネットワーク外部性のため独占が成立し参入障壁が大きいという状況の場合は、参入者には一定期間だけ再販を許容すれば、間接的ネットワーク外部性の内部化を生かして参入しやすい。このようにすれば、ハードもソフトもブランド間競争が促進される。

任天堂は再販等を行っておらず、SCEは再販等により参入することができた。SCEは、再販によりソフト会社の利潤を確保することで、間接的ネットワーク外部性を生かして成功した。SCEは新規参入業者である、ゲーム業界は、ネットワーク経済性が大きく、任天堂の独占が成立し参入障壁が大きかった。この場合、参入者の事業拡大ができないのであれば、特別に、参入者が相当程度の間接的ネットワーク経済性を確保し、競争条件が整うまでの一定期間、再販を認めるようにすることが考えられる。これは、不当廉売で説明したJAL・ANA事件と同様、競争条件が整うまでの限時的措置である。

横流し禁止は再販の維持のために使われる。それは、安売りしようとしても数量が確保できなければ安売りできないからである。したがって、横流し禁止は、再販と同様、新規参入者による場合は一定期間は合法とし、その後は違法とすることが考えられる。

なお、中古販売禁止は、後述のように情報の非対称性の改善の社会的デメリットが大きく、独禁法違反とすべきであると考ええる。

ゲームソフト事件最高裁判決は、中古品再譲渡禁止が問題となったが、これも、後述のように中古品再譲渡は情報の非対称性の改善の社会的メリットが大きく、知的財産権は消尽させた方がよいと考える。

以上のことについて、以下で詳しく検討しよう。

1 ゲームソフト事件審決（新品分）

ゲームソフト事件（SCE事件）審決では、新品については再販と横流し禁止が問題となり、中古品については販売禁止が問題となった。審決のうち中古品の部分については後で検討することとし、ここでは、新品の部分について検討しよう。

(1) 再販

まず、再販についてみてみよう。

ソニーは、再販による次のような効果のため、ソフトウェア会社の利益を大きくしてソニーのプレステへの参加を増大させたり、あるいは販売量を増大させようとする。

再販の一つ目の効果は、発売直後の高価格の小売価格を維持する効果である。

小売業者が販売促進投資（固定費）をするときに、小売業者が特定ブランド商品の顧客を奪い合い、価格が小売業者の限界費用（仕入価格等）まで下る場合に、小売価格が共同利潤最大化価格（独占価格）より低くなるので、再販で小売価格を引き上げることが考えられる。

小売業者の販売促進に投資（固定費）が必要な場合、小売業者が価格競争（ベルトラン競争）をすると限界費用（仕入価格等）まで価格が下り、固定費が回収できず、メーカーは別途固定費代をリベート等で渡さなければならぬ。この場合、小売価格が、ブランド内独占価格という共同利潤最大化価格の観点からは低すぎるので、再販を行えば、共同利潤最大化価格となり、小売価格が上る。

再販により発売直後の小売価格を維持することは、ソフトの開発費（固定費）の回収を容易にし、ソフト会社のプレステへの参加を増大させ間接的ネットワーク外部性を生かす効果がある。小売価格が上ることは社会的デメリットであるが、ソフトの開発費を回収しやすくすることは、間接的ネットワーク外部性がある場合はソフト企業がプレステに参加することを促し、経済厚生に与える影響ははつきりしない。

再販の二つ目の効果は、コースの推測を防ぐため新品でも値引きをさせない効果である。

新品でも、少し時間がたち少し人気が落ちてきたときに小売店は値引をするかもしれない。再販は、この値引き

をさせないで、コースの推測を防ぐ効果がある。コースの推測を防止することは、企業が市場支配力を回復でき小売価格が上るので一般的には望ましくない。しかし、間接的ネットワーク外部性があるゲーム産業の場合は、そのプラットフォームを利用するソフト企業と消費者が増加し、経済厚生への結果は明らかでない⁽¹⁸⁾。

再販の三つ目の効果は、需要の不確実性が存在するとき、ソフトウェア企業や小売業者が危険回避的な場合に、ソニーが、仕入価格や再販価格をコントロールして、危険を分担し、小売業者やソフトウェア企業の参加を高めることである。これはメーカー負担となる大きな流通費用を生むが、間接的ネットワーク外部性を考えれば経済厚生を高めることも考えられる。

再販の四つ目の効果は、二重限界性の解決により、ソフトウェア企業の独占力を抑えて、小売価格を低下させることである。ソフトウェア企業は独占力を有しており、ソニーがロイヤリティをとろうとすると、二重限界性の問題を生ずる。この場合に再販を行えば、二重限界性の問題は解決し、小売価格を下げる。

この効果は、ソフト企業が差別化商品としてのソフトに対する市場支配力（独占力）を行使する結果として小売価格が上り取引量が小さくなることに對して、プラットフォーム企業は再販によって小売価格を下げ販売量を拡大する効果である。しかし、その結果、ソフト企業は独占力を行使できず、このプラットフォームに参加するソフト企業の参入数が減少し、経済厚生への結果は明らかでない⁽¹⁹⁾。

再販の一つ目の効果と二つ目の効果は小売価格を上げるが、三つ目の効果と四つ目の効果は小売価格を下げる。上のように再販は双方向プラットフォームにおける外部性（間接的ネットワーク外部性）を内部化するが経済厚生に對する影響ははっきりしない。

違法性基準の第二類型についてみれば、再販はブランド内の小売業者の競争を制限したり、カルテルや暗黙の協

調の手段として使われブランド間競争を制限するから、よほど大きな正当化事由がない限り違法とした方がよいと考えられる。ゲーム業界の再販の社会的メリットは上のような社会的デメリットを打ち消すほど大きくはなく、前述したように参入者は一定期間は合法とし、それ以外は違法とした方がよいと思われる。

(2) 横流し禁止

ゲームソフト事件では、前期は、再販の維持の手段として横流し禁止をしたものと考えられる。安売をすれば売上げが増える。しかし、品物を手でできなければ、安売しても意味がない。この意味で、横流し禁止は、再販の有効な手段となる。また、後期については、再販は行われていないが、横流し禁止が行われている。横流し禁止が行われれば、再販をしなくとも、出荷量を抑えれば、事実上小売価格の安売りは防止できる。後期は、このために、横流し禁止を行ったものと考えられる。前期も後期も、いずれも横流し禁止の違法性は再販と同様に考えればよい。

2 中古品の再譲渡禁止（販売禁止）

ゲームソフト事件審決では中古品販売禁止が問題となり、ゲームソフト事件最高裁判決では、中古品再譲渡禁止が問題となった。中古品販売禁止は、中古品再譲渡禁止と同じように考えられるので、ここでは中古品再譲渡禁止に代表させ、中古品販売禁止も中古品再譲渡禁止も一緒に区別なく議論しよう。

中古品の再譲渡禁止についてみてみよう。中古品の再譲渡禁止は、新品の再譲渡禁止とは別の考慮が必要である。

(1) 社会的メリットと社会的デメリット

中古品の再譲渡禁止を許容せず、再譲渡を認めさせることの社会的メリットと社会的デメリットは、詳細は補論で説明するが、概要を説明すれば次のように考えられる。

再譲渡を認めさせる社会的メリットは、一般には、①情報の非対称性を改善すること、②資源が有効に利用できる

ることである。また、耐久財については、コースの推測により価格が下ることも社会的メリットである。ただし、コースの推測については次のことが言える。コースの推測を防止することは、企業が市場的支配力を回復でき小売価格が上るので一般的には望ましくない。しかし、間接的ネットワーク外部性があるゲーム産業の場合は、そのプラットフォームを利用するソフト企業と消費者が増加し経済厚生への結果は明らかでない。

再譲渡を認めさせる社会的デメリットは、①ゲームソフトのように時間とともに価格が下る商品について一期末に価格が上り待たされる消費者が多くなること（遅延効果²⁰）であり、②企業の利益が減り開発費が大きく限界費用の小さい産業で開発費の回収の程度が減り、ゲームソフトの多様性が減少する可能性があることである。

中古品の再譲渡が情報の非対称性の改善や資源の有効利用をもたらすだけなら、企業は再譲渡を許容した方が利益が上る。企業が再譲渡を禁止しようとするのは、後述するように、耐久財についてはコースの推測を防止するためであり、また、時間とともに価格が下る商品で、限界費用の小さい商品については、一期間に価格を上げる遅延効果の防止のためである。

中古品再譲渡を認めさせることの社会的メリットについてみると、情報の非対称性の改善効果は大いに期待でき、資源の有効利用効果は、ゲームソフトのように、開発費が大きく限界費用が小さく規模の経済性の大きい商品では効果が小さく、コースの推測による価格の引下げ効果は、間接的ネットワーク外部性のあるゲーム産業の場合は経済厚生に与える影響ははっきりしない。

中古品再譲渡を認めさせることの社会的デメリットについてみると、ゲームソフトのように、時間とともに価値（価格）が下る商品では、中古品の再譲渡禁止が一期間の価格を上げその分安くなる二期目以降に購入する消費者が増える遅延効果は、コースの推測による価格引下げ効果と相殺される可能性がある。社会的デメリットとして、

開発費の大きい規模の経済性の大きい産業で、開発費の回収を難しくし多様性を減少させることも考えられるが、コースの推測を考えれば、昔の中古品を使える方が多様性を増大させる効果もあつてどちらが多様性が増大するかは一概にはいえない。また、ゲームソフトは差別化財の競争であることや参入障壁を考えれば、開発費の回収はそれ程大きな問題ではないだろう。

上のことから、次のように言うことができる。中古品再譲渡を認めさせることは、情報の非対称性を改善する社会的メリットがあり、中古品の再譲渡禁止は、よほど強い正当化事由がない限り認めない方がよく、上の社会的デメリットは強い正当化事由とは考えられず、中古品再譲渡禁止は許容しない方がよいと考えられる。したがって、ゲームソフトについては、頒布権（譲渡権）を消尽させ、また、中古販売禁止の契約を独占禁止法違反とし、中古販売が行われるようにするのがよいと考えられる。

(2) ゲームソフト事件審決

ゲームソフト事件審決は、前期においては、①値引き販売禁止 ②横流し禁止 ③中古品販売禁止の三種の拘束行為を一体としてみて、公正競争阻害性があるとした。審決は、後期においては、値引き販売禁止が消滅し、横流し禁止と中古品販売禁止だけが行われたと認定し、横流し禁止については公正競争阻害性があると認め、中古品販売禁止は公正競争阻害性の成立には証拠が不十分であるとした。しかし、前期においても、中古品販売禁止は新品の値引き禁止のための行為とみることはできず、独立した行為として問題とする必要がある。

ゲームソフト事件は、新品の値引き禁止や横流し禁止の問題と、中古品販売禁止を別の問題として分けて考える必要がある。新品については前に検討したので、ここでは中古品の販売禁止について検討しよう。

ゲームソフト事件審決のうち、中古販売禁止についてみてみれば、前述のように、独占禁止法違反になると考え

る。その理由は前述したように、次のとおりである。ゲームソフトの再譲渡には、情報の非対称性を改善できる社会的メリットがある。したがって、よほど強い正当化事由がなければ、ゲームソフトの中古販売禁止を合法としないう方がよいだろう。コースの推測の防止、遅延効果の防止や事業者の利益が大きくなり開発費が回収しやすくなることは、前述したように強い正当化事由には当たらないだろう。これは、特定差別化需要という一定の取引分野における地位（独占力）の不当利用が問題となる類型である。

前述したように、中古販売禁止を違反とすべき一番大きい理由は、再販売市場には品質のような情報の非対称性を改善する機能があることによると思われる。中古販売禁止を違法とする理由として資源の有効利用があげられることがあるが、ゲームソフトのように限界費用が小さい場合は、大きな問題ではない。

また、「新品と中古品は競争関係に立つから中古販売禁止はブランド内競争制限の問題であり価格を引き上げることが問題となる。」と考える考え方もある。この考え方では、中古販売を容認すると価格が下ることが前提となる。しかし、新品と中古品が競争する二期目のことを単独で評価しても意味はない。一期目と二期目を合わせて、時間を通じた価格差別の観点から評価する必要がある。これは一定の取引分野における地位（独占力）の不当利用の問題である。この場合、前述したような一期目に価格が上ること（遅延効果）の考慮が必要である。

前期について公正取引委員会は、「当該中古品取扱い禁止行為が著作権法上の権利の行使とみられる行為に当たるとしても、中古品取扱い禁止行為を含む全体としての再販売価格の拘束行為が公正競争阻害性を有するものである以上、仮に当該ソフトウェアが『頒布権が認められる映画の著作物』に該当し、中古品取扱い禁止行為が外形上頒布権の行使とみられる行為に当たるとしても、知的財産保護制度の趣旨を逸脱し、あるいは同制度の目的に反するものであることはいうまでもない。」と判示し、被審人の主張を退けた。

しかし、前期についても後期についても、新品の再譲渡禁止と中古品の販売禁止は分けて考える必要があり、また、契約による販売禁止は契約の問題であって、頒布権の行使の問題ではないと考える。契約に対する競争政策は、独占禁止法の分担である。

3 ゲームソフト事件最高裁判決

最高裁は、消尽法理を適用する理由として、市場での商品の円滑な流通を確保する必要性（取引の自由）と、新品及び中古品売上の二段階において利得を認める必要がないことを挙げている。⁽²¹⁾しかし、消尽法理を適用する理由としては、いずれも適当でないと考ええる。

まず、取引の自由については次のように考えられる。

最初の譲渡で消尽させるべきかどうかはコースの定理で決めるべきである。コースの定理は取引費用を最小にするように権利を配分せよというものである。これから考えると、国内取引においては、再譲渡禁止については、次のようにしたときに取引費用が最小になると考えられる。

新品の再譲渡禁止は、国内取引では、一般に、知的財産権者等が、取引の相手方に対する契約や間接の取引拒絶による暗黙の契約で流通をコントロールでき、また、契約や暗黙に対する競争政策は合理の原則を適用する必要がある。したがって、新品の再譲渡禁止については、新品の頒布権は消尽させ、取引の相手方に対する契約や第三者に対する間接の取引拒絶による暗黙の契約を独占禁止法で規制すればよい。この規制基準は既に説明した。

これに対して中古品の再譲渡禁止は、次のように考えられる。中古品の再譲渡禁止は、メーカーが流通をコントロールしきれない。そこで、知的財産権を消尽させない方法をとる必要があるかどうかを検討する必要がある。この場合、前述したように、中古市場が情報の非対称性を改善することを考えれば、中古品の再譲渡禁止は許容しな

い方がよく、知的財産権は消尽させ、中古品販売禁止の契約も独占禁止法違反とするのがよいと考える。

次に二重利得については、次のように考えられる。新品及び中古品の二段階で利益を得ても何ら問題ない。例えば、補論で説明するように、ゲームソフトのように時間が立つと価格（価値）が下る商品（時間を通じた外部性）は、報酬請求権を認め、新品及び中古品売買及び二段階の利益を得させた方が遅延効果を小さくすることができる。ゲームソフト訴訟事件最高裁判決では、ゲームソフトは著作権法二条三項に規定する「映画の著作物」に当たり、その著作権者が著作権法二六条一項所定の頒布権を専有すると解したが、譲渡する権利は第一譲渡により消尽するとした。なお、頒布権のうち、貸与する権利は消尽しないと考えられている。「映画の著作物」については、ゲームソフト事件最高裁判決では、テレビゲームのように、「公衆に提示することを目的としない」場合は、頒布権のうち譲渡権は最初の譲渡で消尽するとされた。映画の配給制度のように「公衆に提示する」場合は、頒布権は消尽しない。

前述したように、頒布権の消尽は、新品の再譲渡禁止と中古品の再譲渡禁止を分けて考える必要がある。

まず、ゲームソフトのように、公衆に提示することを目的としない場合についてみてみよう。ビデオソフトでも劇場用映画と関係ないものは、この場合に当る。この場合、頒布権は最初の譲渡後消尽させた方がよい。それは前述したように、契約や間接の取引拒絶による暗黙の契約については、新品の再譲渡禁止は、価格差別のためか垂直的制限のためかに応じて、独占禁止法で違法性を判断すればよく、また、中古品の再譲渡禁止（販売禁止）は、独占禁止法で違法と推定すればよいからである。

今後、DVD等、限界費用が安く品質が劣化しないデジタル商品について、再譲渡禁止の問題がクローズアップされてくるものと思われる。デジタル著作物でもゲームソフトのように、デジタル著作物でも、複製が行われずイ

インターネットでも流通しない商品の再譲渡禁止の問題と、音楽や映像のように、パソコンでコピーが容易でインターネットで流通する場合とは別の問題が生ずる。本節の議論は、前者の複製が行われずインターネットでも流通しない商品に関するものである。後者については、別に論ずる。デジタル著作物でもゲームソフトは複製が行われない。これは、次のように考えられる。開発費の回収には、コピーを防ぐため、パソコンを使わない方法がある。このような方法として、ゲームソフトや携帯の着メロがあげられる。パソコン上で再生ができれば、いかにコピープロテクションを強化しても、それを破るソフトが開発される。コピーを防ぐために、家庭用ゲーム機は、ゲーム専用のハードをつくり、そこできしか再生できないゲームソフトをつくったと考えられる。着メロも同様と考えられる。次に、映画の配給制度のように「公衆に提示する」場合について頒布権は消尽しないことについてみてみよう。

これは、新品の再譲渡禁止と中古品の再譲渡禁止が考えられるが、まず、新品の再譲渡禁止についてみてみよう。新品の再譲渡禁止は、一般に前述したように、第三種の価格差別の場合にも垂直的制限の場合も、譲渡に関する権利は消尽させ、契約や暗黙の契約はそれを超えることを認め、契約や暗黙の契約を独占禁止法で規制すればよい。ただし、劇場用映画の配給制度と並行輸入に関しては、これでは不十分であり、次の理由で、頒布権を消尽させない方がよいと思われる。

映画のように開発費（固定費）が大きく限界費用の小さい規模の経済性の大きな産業では、時間を通じた価格差別は、同一価格よりも供給量（見る人の数）を増加させ、開発費（固定費）の回収を容易にし、効率性（総余剰）を増大させる。この場合、最初の譲渡後に契約や暗黙の契約で時間を通じた価格差別ができない場合には、知的財産権を行使できることが望ましい。

劇場用映画は、封切館で高い価格で上映し、その後二番館、三番館で序々に価格を下げて上映し、次いでビデオ

化が行われる。これは、時間を通じた価格差別である。このときに、無断の譲渡や貸与（横流し）により二番館や三番館で安く無承諾の上映やビデオ化が行われれば、時間を通じた価格差別が維持できない。

映画の並行輸入についてみてみよう。差別対価の所で説明したように、国際取引では国内取引とは違って知的財産権を消尽させない方が取引費用を小さくすることができる。

一〇一匹わんちゃん並行輸入事件も、この観点から評価する必要がある。これが、時間を通じた価格差別のために並行輸入を阻止するものであるなら並行輸入禁止は合法とする必要があるが、既に映画が過去のものであるなら、時間を通じた価格差別と関係ないから、差別対価の所で説明したように、先進国間では並行輸入禁止は違法と判断する必要がある。この場合、ホールドアップを防ぐために、並行輸入禁止は製品表示する必要がある。映画が既に過去のものである場合は、先進国間では、並行輸入禁止（再譲渡禁止）を製品表示することは独占禁止法違反となる。ただし、差別対価の所で説明したように、先進国と途上国間の取引では違反にならないと考える。

次に、国内における劇場用映画のビデオの中古品の再譲渡禁止についてみてみよう。

劇場用映画は封切から一定期間後ビデオレンタルが開始され、さらに一定期間経過後は、ビデオの販売も行われる。これは、時間を通じた価格差別と考えられる。

映画会社がビデオの中古品の再譲渡を禁止しているとすれば、コースの推測により商品の事業上の耐久性を短くしているためであると考えられる。劇場用映画のビデオの中古品の再譲渡禁止を許容しなければ、商品の耐久性が長くなり、また、新製品と中古品が競争することになって、新製品の価格が下り経済厚生が増大する。したがって、映画のビデオの中古品については、頒布権を消尽させ、中古品の再譲渡を認めさせた方がよいと思われる。

なお、DVDはパソコンで簡単にコピーできる。この問題については、別に検討する。本稿では、このようなコ

ピーが行われない場合を考えている。

映画の著作物について頒布権を消尽させないことについて、映画の配給制度の保護のためであり、映画の配給制度の場合、映画会社は上映用のプリント・フィルムを映画館経営者に貸与しているのであって譲渡しているのではないことに、根拠を求める考え方ががある。しかし、頒布権（譲渡権）の消尽の問題は配給制度の保護ではなく、時間を通じた価格差別を維持するためかどうかで判断する必要がある。時間を通じた価格差別を維持するためであれば、上映プリントが貸与でなく譲渡であったとしても、頒布権（譲渡権）を消尽させない方がよい。

また、映画の著作物の頒布権について、劇場用映画の配給制度を念頭においており、大量に生産され、一つ一つが少人数しか利用しないものは頒布権は及ばず、ビデオやDVDも、ゲームソフトと同じことになり、再譲渡を認めるべきであるという議論がある。しかし、譲渡する権利の消尽は新品と中古品に分けて考える必要があり、また、新品については、一つ一つが少人数しか利用しないことと関係はなく、時間を通じた価格差別を行うのに必要かどうかから判断する必要がある。

（補論）ゲームソフト事件

ソニー・コンピュータエンタテインメント（SCE）事件審決と、ゲームソフト事件最高裁判決について検討しよう。

補論では、コースの推測について説明し、次いで、再販によるコースの推測の防止と中古品再譲渡禁止（中品販売禁止）についてみてみよう。

一 コースの推測について

ゲームソフト等の再販や中古販売禁止等を考える場合に、基本的なものに、耐久財についての独占企業に関するコースの推測がある。そこで、まず、コースの推測について説明しよう。

(1) コースの推測

ゲームソフト、音楽CD、映画DVD等はブームがあり、ブームが過ぎれば価値（価格）が下る。この場合、安くなるまで待てない消費者と安くなるまで待てる消費者の両方がいる。もしも、消費者が待てない消費者だけであれば、企業は時間を通じた価格差別を行う。また、消費者が待てる消費者だけであれば、企業は、耐久財に関するコースの推測のため、単一価格で販売する。企業は、この消費者の割合を考えて、第一期の価格と第二期の価格を決める。待てない消費者の割合が大きいほど、時間を通じた価格差別の色彩が強くなり、待てる消費者の割合が大きい程、コースの推測のため時間を通じた価格差別は緩和される。

ここでは、待てる消費者だけであると仮定して、コースの推測を説明しよう。

耐久財に関するコースの推測は、次のようなものである。

差別化財は差別化の程度が大きければ企業は特定差別化に対して独占力を持つ。この場合を考えよう。耐久財については、独占力のある企業の次のような時間差を通じた価格差別が考えられる。第一期には通常の独占価格を付けて販売し、第二期には、残りの消費者（残余需要）を対象に新たな独占価格付けを行う。第二期の残余需要は需要の低い消費者であるので、価格は第二期の方が低い。しかし、価格が下がることがわかっていれば、忍耐強い消費者は購入を控え、結局、消費者は価格が限界費用（競争価格）になるまで購入せず、独占企業であっても、限界費用（競争価格）でないと売れなくなる。

独占企業は後から追加生産し価格を下げ続ける価格差別によって市場を拡大しようとする。そうすると消費者は価格の下落をあてにして価格が下るまで買わなくなる。消費者が、独占企業が将来競争価格の近くに価格をつけることを予想し、待つことができるならば、より高い価格を受け入れることはない。ゆえに、独占企業は、初めから競争価格の近くに価格をつけ消費者の信任を得ようとする。したがって、消費者が待つことができれば、独占企業であっても、競争価格をつけそれに見合った数量を生産し、独占利潤はゼロとならざるを得ない。コースの推測は、耐久財については独占企業であっても競争価格をつけざるを得ないという衝撃的なものである。コースの推測は、生産者が最初に需要の高い顧客に高く販売し、後から需要の低い顧客に安く販売しようとする場合に、顧客が後から安く買おうとするものであるから、顧客の時間を通じた裁定行為である。

しかし、消費者が待つことができる耐久財の場合、独占企業はコースの推測を回避し後になっても価格を下げず同一価格であることを消費者に信じさせることができれば、同一価格である独占価格をつけることができる。企業は、後で追加生産がされるというコースの推測を回避し独占価格をつけるために種々の方法をとる。

一つ目の方法は、計画的な陳腐化である。独占企業は次々に新しいモデルを導入して、前のモデルを陳腐化させる。これによって耐久財でなくなり、消費者は待つことができなくなる。計画的陳腐化が行われれば、生産費用を最小化する耐久性よりも低い耐久性が選ばれる。

コースの推測を避ける二つ目の方法は、中古品販売を禁止する方法である。中古品を禁止し、使用を第一期だけとすれば耐久性を下げることができる。

中古品を禁止することは、使用を一回に限定することであり、耐久性を下げることに同じである。

耐久財の場合、企業は、昔販売した中古品と競争しなければならない。改訂版のバージョンを出すとしても、も

しも中古市場があれば、将来、中古品のバージョンが新製品に大きな脅威を与えることが考えられる。例えば、中古販売が許されれば、昔のファミコンやプレステ1の古いソフトは、中古ソフト店で販売する。子供や大人のなかには、最近の難しいテレビゲームでなく、昔の古い器械で古いソフトをやりたいという者も多いであろう。これは新製品の販売に脅威になるだろう。

三つ目は、独占企業が後で価格を引き下げないという評判を確立することである。このことは再販を検討する際に考察する。

四つ目は、最初に固定設備に過少にしか投資しないことである。これによって、独占企業が追加生産しないことを消費者が信ずることができる。

五つ目の方法は、販売でなく賃貸にする方法である。賃貸にすれば、今日の賃貸料が将来下ることはないから、販売と違ってキャピタルロスが生ぜず、時間差を通じた価格差別は行われず、消費者が待つという行動は意味がなくなる。また、賃貸は、中古品の発生を防ぐ手段として使われる。賃貸であれば、生産者は中古品市場を排除できる。賃貸であれば、借手が不要になった場合、貸手（生産者）は回収して、スクラップ化すれば、中古製品は市場に登場せず、耐用年数を短くすることができる。

(2) ゲームソフト事件への応用

ゲームソフト事件についてコースの推測についてみてみよう。

ソフトウェア企業が差別化商品について独占力を持っていることを考えると、耐久財に関するコースの推測が考えられる。コースの推測は、前述したように、将来の値下りが予測されれば、今期においても高い独占価格を提示することができず、独占企業は市場支配力を失うというものである。この場合、ソニーによる再販売価格維持や中

古販売の制限は、将来の値下りが生じないことを制度的に保証するための仕組みと考えることができる。一般には、このような仕組みは、独占企業の市場支配力を回復させるので好ましくない。しかし、間接的ネットワーク外部性のあるゲーム産業の場合は、ソフトウェア企業は、価格が上がるけれど、ソニーへの参入が多くなり、ソニーのソフトウェアの多様性が増大する⁽²²⁾。この場合は経済厚生への影響は明らかでない。

二 再販によるコースの推測の防止

再販の効果のうちの、コースの推測を防ぐため新品でも値引きをさせない効果についてみてみよう。新品でも、少し時間がたち少し人気が落ちてきたときに小売店は値引をするかもしれない。再販は、この値引きをさせないで、コースの推測を防ぐ効果がある。

コースの推測を防止することは、企業が市場支配力を回復でき小売価格が上がるので一般的には望ましくない。しかし、間接的ネットワーク外部性があるゲーム産業の場合は、そのプラットフォームを利用するソフト企業と消費者が増加し、経済厚生への影響は明らかでない⁽²³⁾。

三 中古品の再譲渡禁止（販売禁止）

ゲームソフト事件審決では中古品販売禁止が問題となり、ゲームソフト事件最高裁判決では、中古品再譲渡禁止が問題となった。中古品販売禁止は中古品再譲渡禁止と同じように考えられるので、ここでは中古品再譲渡禁止に代表させ、中古品販売禁止も中古品再譲渡禁止も一緒に区別なく議論しよう。

中古品の再譲渡禁止についてみてみよう。中古品の再譲渡禁止は、新品の再譲渡禁止とは別の考慮が必要である。

一般に、消費者が、中古市場でも売れるとすると、オリジナル製品は、その分価値が高くなり、オリジナル製品の需要曲線を押し上げ、オリジナル製品が高く売れたり、数量が増加する要因となる。しかし、中古品のようにオリジナル製品に近い商品が出回ると、オリジナル製品の販売が低下するという要因もある。また、コースの推測の問題もある。企業は、中古販売を認めるかどうかで、これらの要因のトレードオフを考え、再譲渡を認める場合と認めない場合とがある。

(一) 社会的メリットと社会的デメリット

中古品の再譲渡禁止を許容せず、再譲渡を認めさせることの社会的メリットと社会的デメリットは次のように考えられる。

再譲渡を認めさせる社会的メリットは、一般には、①情報の非対称性を改善すること、②資源が有効に利用できることである。また、耐久財については、コースの推測により価格が下ることも社会的メリットである。ただし、コースの推測については、次のことが言える。コースの推測を防止することは、企業が市場支配力を回復でき小売価格が上るので一般的には望ましくない。しかし、間接的ネットワーク外部性があるゲーム産業の場合は、そのプラットフォームを利用するソフト企業と消費者が増加し、経済厚生への結果は明らかでない。

再譲渡を認めさせる社会的デメリットは、①ゲームソフトのように時間とともに価格が下る商品について一期末に価格が上り待たされる消費者が多くなること（遅延効果）であり、②企業の利益が減り開発費が大きく限界費用の小さい産業で開発費の回収の程度が減り、ゲームソフトの多様性が減少する可能性があることである。

中古品の再譲渡が情報の非対称性の改善や資源の有効利用をもたらすだけなら、企業は再譲渡を許容した方が利益が上る。企業が再譲渡を禁止しようとするのは、後述するように、耐久財についてはコースの推測の防止のため

であり、また、時間とともに価格が下る商品で、限界費用の小さい商品については、一期間に価格を上げる遅延効果の防止のためである。

本項では、上のことについて詳しく検討しよう。

(1) 社会的メリット

ア 情報の非対称性の改善

中古品再譲渡を認めさせることの社会的メリットの一つ目は、情報の非対称性の改善である。

再販売市場は、消費者が商品の品質や内容がよくわからないという情報の非対称性の問題の重要な解決方法である。消費者は、品質や内容が気に入らなければその価値よりもわずかも高く売れば、再販売市場で売ってしまう。また、消費者が内容が気に入らない（好みに合わない）のであれば、再販売市場に売ることにより、結局、内容が最も気に入る（好みに合う）消費者が取得する。再販売市場は、情報の非対称性を解決する極めて効率のよい機構である。ゲームソフトについてみても、買ってやってみたら面白くないというときは、再譲渡ができれば、情報の非対称性を改善できる。

イ 資源の有効利用

中古品再譲渡を認めさせることの社会的メリットの二つ目は、資源の有効利用効果である。

中古品の再譲渡が認められれば、使い終ってから必要な人に再譲渡され、資源が無駄にならず、有効に活用できる生産コストが節約できる。これは、中古販売を認めることによって、いらなくなった中古品を必要な消費者に移転できる生産コスト節約効果であり、二期目に生産者が供給する場合と比べて、コストが下り、社会的厚生（総余剰）を増大させる。

資源の有効利用効果（生産コスト節約効果）についてみると、生産コストがかからないことは、生産の限界費用が高い程重要となるため、中古品の移転効果が社会的厚生を増大させる効果は、限界費用が大きい程大くなる。

ゲームソフトのように、開発費（固定費）が大きく限界費用の小さい規模の経済性の大きい産業では、資源の有効利用効果は小さい。

ウ コースの推測

中古品の再譲渡を認めさせることの社会的メリットの三つ目は、コースの推測のため価格が下ることである。ただし、ゲーム業界では、前述したように、これは間接的ネットワーク外部性の活用を阻害する社会的デメリットもある。この場合はコースの推測の防止の経済厚生への影響ははっきりしない。

企業は、後で追加生産がされるというコースの推測を回避し独占価格をつけるために種々の方法をとる。中古品販売（再譲渡）に関連した方法では次のような方法がある。

一つ目の方法は、計画的な陳腐化である。独占企業は次々に新しいモデルを導入して、前のモデルを陳腐化させる。これによって耐久財でなくなり、消費者は待つことができなくなる。計画的陳腐化が行われれば、生産費用を最小化する耐久性よりも低い耐久性が選ばれる。

さらにこの場合、コースの推測を避ける二つ目の方法は、中古品販売（再譲渡）を禁止する方法である。中古品を禁止し、使用を第一期だけとすれば耐久性を下げることができる。

中古品を禁止することは、使用を一回に限定することであり、耐久性を下げることに同じである。

耐久財の場合、企業は、昔販売した中古品と競争しなければならない。改訂版のバージョンを出すとしても、もしも中古市場があれば、将来、中古品のバージョンが新製品に大きな脅威を与えることが考えられる。例えば、中

古販売（再譲渡）が許されれば、昔のファミコンやプレステ1の古いソフトは、中古ソフト店で販売する。子供や大人のなかには、最近の難しいテレビゲームでなく、昔の古い器械で古いソフトをやりたいという者も多いであろう。これは新製品の販売に脅威となる。

(2) 社会的デメリット

ア 一期目に価格が上る効果

ゲームソフトのように時間を通じた価格差別が行われる商品について、再譲渡を認めさせることの社会的デメリットの一つ目は、一期目に価格が上る効果（遅延効果⁽²⁴⁾）である。

ここでは、コースの推測は考えずに、時間を通じた価格差別が可能であるとする。

企業が中古品再譲渡を禁止すれば、企業は直接、二期目以降も供給し、時間を通じた価格差別を行う。ゲームソフト、音楽CD、映画DVDのように、発売直後に人気が高く価格も高く、その後価格が低下する場合がある。この場合、時間を通じた価格差別が重要である。

再譲渡を禁止し、メーカーが直接的に時間を通じた価格差別を行う場合は、最初高く買う人に高く売られ、次いで安くしないと買わない人に安く売られるというように、行われる。

次に、再譲渡禁止が違法とされた場合を考えよう。

二期目は、中古品とメーカーの直接販売が競争する。二期目に再譲渡が許されていると、これを予想して、一期目に再譲渡価格の分だけ原著作物の価格が上る。しかし、次の効果により一期目にさらに価格が上る。この場合は、一期目の数量が二期目に中古品として市場に出るため、前述の時間を通じた価格差別と違って事業者は、一期目と二期目に数量をコントロールして、総余剰すべてを吸収することができない。前述の直接的な時間を通じた価格差

別と比較すると、一期目の製品が二期目に中古品として市場に供給され、生産者は、コントロールの自由度が失われることから、一期目に供給数量を減少させ、価格を引き上げ、独占利潤を確保しようとする。そうすると前述の再譲渡を禁止しメーカーが直接時間を通じた価格差別をした場合と比べると、待たされる消費者が増える効果（遅延効果）が生ずる。⁽²⁵⁾

上の議論は、コースの推測を考えていない。コースの推測を考えると、以下のように遅延効果は相殺される可能性がある。ここでは、待てる消費者が多く、コースの推測が成立する場合を考えよう。

コースの推測を考えると、一期目の価格が上がり待たされる消費者が多くなる遅延効果は、次のように逆の要因もあり相殺し合うと考えられるので、大きな問題ではないと思われる。

耐久財の場合、中古市場があれば、企業は昔販売した中古品と競争しなければならない。改訂版のバージョンを出すとしても、もしも中古市場があれば、中古品のバージョンが新製品に大きな脅威を与えることが考えられる。この場合、コースの推測を考えれば、中古市場があれば、待てる消費者は一期目には購入せず、一期間の価格が下る要因となる。

イ 開発費の回収の低下

ゲームソフトのように開発費（固定費）が大きく限界費用の小さい規模の経済性の大きい産業で、再譲渡を認めさせることの社会的デメリットの二つ目は、開発費の回収の低下である。

ゲームソフトは、近年、CD-ROMの登場で限界費用が大きく低下し、ゲームソフトは、開発費（固定費）が大きく、限界費用が低いという規模の経済性が大きくなっている。この場合、商品の同質性が高ければ価格は限界費用まで下るが異質性が高ければそこまでは下らない。コースの推測を考えなければ、再譲渡禁止を合法とした方

が、企業の利益を大きくし、著作物のように規模の経済性の大きな産業では、開発費（固定費）の回収を容易にし、ゲームソフトの多様性が増大する。しかし、コースの推測を考えれば、昔の中古品を使う方が多様性が増大する効果もあって、どちらが多様性が増大するかは一概にはいえない。また、ゲームソフトは差別化財の競争であることや参入障壁を考えれば、開発費の回収はそれ程大きな問題ではないだろう。

(3) 総合評価

中古品再譲渡を認めさせることの社会的メリットについてみると、情報の非対称性の改善効果は大いに期待でき、資源の有効利用効果は、ゲームソフトのように、開発費が大きく限界費用が小さく規模の経済性の大きい商品では効果が小さく、コースの推測による価格の引下げ効果は、経済厚生に与える影響はつきりしない。

中古品再譲渡を認めさせることの社会的デメリットについてみると、ゲームソフトのように、時間とともに価値（価格）が下る商品では、中古品の再譲渡禁止が一期間の価格を上げその分安くなる二期目以降に購入する消費者が増える遅延効果が考えられるが、コースの推測による価格引下げ効果と相殺される可能性がある。また、社会的デメリットとして、開発費の大きい規模の経済性の大きい産業で、開発費の回収を難しくし多様性を減少させることも考えられるが、前述のように大きな問題ではないだろう。

上のことから、次のように言うことができる。中古品再譲渡を認めさせることは、情報の非対称性を改善する社会的メリットがあり、中古品の再譲渡禁止は、よほど強い正当化事由がない限り認めない方がよく、上の社会的デメリットは強い正当化事由とは考えられず、中古品再譲渡禁止は許容しない方がよいと考えられる。したがって、ゲームソフトについては、頒布権（譲渡権）を消尽させ、また、中古販売禁止の契約を独占禁止法違反とし、中古販売が行われるようにするのがよいと考えられる。

(二) 報酬請求権

ゲームソフトのように、時間とともに価値が大きく下り、かつ限界費用の小さい著作物については、譲渡権は消尽させ、その代りに、中古販売について報酬請求権を設ける案がある。⁽²⁶⁾ 報酬請求権を認めれば、上述の待たされる効果を小さくすることができ、また、報酬額を適切に設定すれば、中古販売は行われ、情報の非対称性の改善は妨げられることはない。

報酬請求権があると待たされる遅延効果が緩和される。報酬請求権があると、企業は中古市場からある程度の利益が上るので、報酬請求権がないときに比べて一期目の生産量を増大させ一期目の価格が下るからである。報酬請求権を認めた場合、再譲渡ができない程高くすれば、情報の非対称性の改善のメリットが損われる。そこで、報酬請求権は認可制をとって、再譲渡ができなくなる程高い報酬は認めないこととする必要がある。

しかし、報酬に関して、政府に情報の非対称性があり、そのための社会的コストが大きい。報酬請求権は、社会的便益が極めて大きい場合に限定する必要がある。ゲームソフトは、遅延効果は、コースの推測を考えれば相殺される可能性があり、規制のコストと社会的便益を比較すれば、遅延効果や開発費回収効果はそれ程大きくなく、規制のコストと社会的便益を比較すれば、報酬請求権を設定するまでの必要は無いように思われる。

- (1) Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, INC., DBA Kay's Closet, Kay's Shoes. 000 U.S. 06-480 (2007)
- (2) 拙稿「垂直的制限について(1)」(香川法学一七卷一七号平成九年六月二〇日)、「垂直的制限について(2)」(香川法学一七卷四号(平成一〇年三月二〇日))、「垂直的制限について(3)」(香川法学一八卷一七号(平成一〇年六月二〇日))。
- (3) Klein, B. and K. Murphy [1988], "Vertical restraints as Contract Enforcement Mechanism," *Journal of Law & Eco-*

nomics, Vol. 31, pp. 265-97.

- (4) スティグリッツ著数下史郎他訳「ミクロ経済学(第二版)」四二八頁(東洋経済新報社二〇〇〇年)。有賀健編著「日本の流通の経済学」第三章(日本経済新聞社一九九三年) 丸山雅祥「流通の経済分析」(創文社一九八八年)
- (5) 伊藤元重・松島茂・柳川範之「リベートと再販売価格維持行為」三輪芳朗・西村清彦「日本の流通」第五章(東大出版会一九九一年)
- (6) Telsler, L. "Why Should Manufacturer Want Fair Trade," *Journal of Law & Economics*, Vol. 3, pp. 86-105. (1960)
- (7) Marvel, H.P. and S. McCafferty [1984], "Resale Price Maintenance and Quality Certification," *Rand Journal of Economics*, Vol. 15, pp. 346-59.
- (8) 有賀健編著「日本の流通の経済学」二三五頁(日本経済新聞社一九九三年)
- (9) 平五・三・八勸告審決・審決集三九―二三六(松下エレクトロニクス事件)
- (10) (5)と同じ。
- (11) 東京高判昭五九・二・一七行集三五・二・一四四(東洋製米機事件)
- (12) 最三小平成一〇・一二・一八民集五二―九(資生堂東京販売事件、花王化粧品販売事件)
- (13) 平成二一・六・二二排除措置命令(セブンイレブン事件)
- (14) 勸告審決平一五・一一・二五審決集五〇―三八九(二〇世紀フォックス事件)
- (15) 平一三・八・一審判審決・審決集四八―三(ソニー・コンピュータエンタテインメント事件)
- (16) 玉田康成、石田潤一郎、山方竜二「ブラットフォーム競争と垂直制限―ソニー・コンピュータエンタテインメント事件を中心に―」公正取引委員会競争政策研究センター二〇〇九年三月
- (17) 池田毅・砂田充「ゲームソフトにおける再販売価格の拘束」岡田羊祐・林秀弥編「独占禁止法の経済学」第八章(東大出版会二〇〇九年)

(18) による。

(19) による。

(20) 松島法明「頒布権と中古ゲームソフト販売問題」社会科学研究五一巻三号(二〇〇〇年)

(21) 最判平一四・四・二五民集五六・四・八〇八(ソニー・コンピュータエンタテインメント事件)

(22) による。

(23) による。

(24) による。

(25) (20) による。(20) によれば、遅延効果と資源の有効利用効果を比較すると次のようになる。

遅延効果は、中古販売を禁止した場合に、一期目の独占利潤をより重視して、一期目に、原著物の販売数量を減少させ、価格を引き上げ、そのために、待たされる消費者が増える効果であり、資源の有効利用効果(生産コスト節約効果)は、二期目の価格が下り、一期目と二期目の数量の合計は増え、総余剰が増大する効果である。資源の有効利用効果(生産費の節約効果)は、限界費用が大きい程大きく、限界費用が小さい程小さい。

企業が、遅延効果と資源の有効利用効果(生産コスト節約効果)を比較すると、コースの推測を考えなければ、次のことがいえる。限界費用が大きいときは、企業は、遅延効果よりも資源の有効利用効果(生産費の節約効果)を重視して、中古販売を容認する。このことから、限界費用の大きい通常の財については、企業は中古販売を容認していることが理解できる。これは、社会的にも望ましい。限界費用が中程度のときは、中古販売による資源の有効利用効果(生産費の節約効果)はそれほど大きくなく、企業は、直接的な時間を通じた価格差別を重視して、中古販売禁止をするかもしれない。この場合、中古販売禁止は、社会的厚生に与える影響を判断するのは難しい。限界費用が小さいときは、企業は、資源の有効利用効果(生産費削減効果)よりも、遅延効果を重視して、中古販売を禁止し、有効利用効果は小さいので、コースの推測を考えなければ、中古品販売禁止は社会的厚生を増大させることができる。ソニーのプレイ

ステーションのゲームソフトは、CD-ROMによるもので限界費用が小さく、上のことからすれば、コースの推測を考えなければ、中古品販売禁止を許容した方が社会的厚生を増大させることができる。

上述の議論は、コースの推測を考えていない。コースの推測を考えると、本文のように遅延効果は相殺される可能性がある。

(26)

(20) による。