

アメリカ反トラスト法における垂直的価格制限規制 について

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2015-06-29 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 土田, 和博 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00008826

アメリカ反トラスト法における 垂直的価格制限規制について

はじめに

土田 和博

I アメリカにおける垂直的価格制限規制の歴史的展開

- 1 戦前の判決
- 2 「公正取引法」の時代
- 3 一九六〇年代の判決
- 4 一九七五年消費財価格設定法の制定
- 5 一九八〇年代以降の判決
- 6 議会の反応
- 7 要約

II 学説の対立

- 1 垂直的価格制限の違法性の根拠
- 2 垂直的価格制限の正当化事由
 - (1) 伝統的な根拠
 - (2) 経済学の提示する根拠
- 3 最低再販価格協定の違法性原則
 - (1) R. H. Bork・R. A. Posner
 - (2) W. F. Baxter
 - (3) P. Areeda
 - (4) W. S. Comanor・H. Hovenkamp
 - (5) J. J. Flynn & J. F. Ponsoldt
 - (6) L. A. Sullivan

結びにかえて

はじめに

一九七〇年代後半から八〇年代にかけて、アメリカ反トラスト法に起った最も重大な変化を語ろうとするとき、いわゆる新自由主義⁽¹⁾シカゴ学派の登場と抬頭を忘れることは到底できない。反トラスト法執行機関（司法省反トラスト局および連邦取引委員会）の中枢的職員がシカゴ学派の信念を抱く者によって占められただけでなく、連邦最高裁判所も、シカゴ学派の理論そのものを受容したわけではないにせよ、その明白な影響の下に反トラスト法の様々な分野で、六〇年代のような積極的な姿勢から後退していった。しかし、シカゴ学派の抬頭がいかに目ざましいものであったとしても、反トラスト法学界を完全に席卷するまでには至らなかった。その結果、シカゴ学派と非シカゴ学派とは、反トラスト法の目的の把握の仕方や方法論が明白に異なるだけでなく、多くの重要な問題に関する結論が決定的に対立するという状況を現出させることとなった⁽²⁾。

最も鮮明に結論の相違が認められる分野の一つとして垂直的制限⁽³⁾をみると、別稿でも触れたように、シカゴ学派の論者は反トラスト法の唯一または主要な目的として「経済効率」を掲げ、垂直的制限についても産出量を減少させないのだから「当然適法 (legal per se)」とするか、少なくとも合理的原則 (rule of reason) で扱うべきだというのに対し、それ以外の論者は、立論に差異はあるものの、経済主体の自律性、独立性の維持、経済的権力の少数者への集中の防止等を強調して、少なくとも垂直的価格制限については当然違法 (illegal per se) か推定的違法とすべきだとするのである。

本稿は、このように現在なお、アメリカ反トラスト法において最も論議が沸騰している分野の一つである垂直

的価格制限 (vertical price restraint) を取り上げる。筆者の最大の関心は、近年におけるシカゴ学派と非シカゴ学派との論争にあるが、非シカゴ学派の一部の論者が再販規制を必要と認識する背景には一九三〇年代から始まった「公正取引法 (fair trade laws)」時代の反省があるといわれることから、本稿も優れた先駆的業績との重複を厭わず、一九一一年の Dr. Miles 事件に遡って検討を始めることとしたい。

(1) 本稿でいう反トラスト法におけるシカゴ学派とは、①新古典派経済学を反トラスト問題の分析に応用しようとする方法的傾向をもつこと、②反トラスト法の唯一または主要な目的を経済効率と考えること、③反トラスト法による規制も含めて、国家の介入は必要最小限度にとどめるべきだと主張することを主要な特徴とする学派を指す。シカゴ学派については、Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 127 U. Pa. L. Rev. 925 (1979)、小林逸太「反トラスト政策論争におけるシカゴ学派」法の経済分析」に関する覚書」社会科学討究二八巻二号 (一九八二)、谷原修身「米国反トラスト政策論争の新展開」公正取引四五〇号 (一九八八) とりわけ経済学・産業組織論のシカゴ学派とハーヴァード学派に関しては、南部鶴彦「産業組織と公共政策の理論」(一九八二) 第一六章以下、特に第一八章、土井教之「寡占と公共政策」(一九八六) 第一章、小西唯雄編「産業組織論の新展開」(一九九〇) 第二章および第三章、西田稔・片山誠一編「現代産業組織論」(一九九二) 特に第一章ないし第四章等を参照。シカゴ学派の反トラスト政策を紹介したものとしては、村上政博「アメリカ独占禁止法—シカゴ学派の勝利—」(一九八七)を参照。また反トラスト法における非シカゴ学派といっても、実に多種多様な研究者を含んでおり、相対的にシカゴ学派に近い発想、方法をとる者から、全く異質の理論構成を行う者までが含まれる。

- (2) 拙稿「An Essay on Antitrust Theories in America」法経論集六七・八号（一九九二）二四頁。
- (3) 垂直的制限 (vertical restraint) とは、メーカーと卸売業者のように取引関係にある事業者の間における取引制限であり、通常、再販売価格に関する垂直的価格制限 (vertical price restraint) とテリトリー制限や顧客制限など垂直的・非価格制限 (vertical non-price restraint) とに分かれる。なお本稿においては、垂直的価格制限と再販売価格維持行為 (resale price maintenance: RPM あるいは再販という) という用語を互換的に用い、垂直的価格制限または再販売価格維持行為には、再販売価格維持契約だけでなく、安売り販売業者との取引をメーカーが停止する行為やメーカーと販売業者の明白な合意なしに行われる推奨価格制など、再販売価格に制限的な効果を有する一方的行為を含むこととする。
- (4) 「垂直的価格制限と反トラスト法」、正田彬教授還暦記念論文集『国際化時代の独占禁止法の課題』（一九九三）一八五―一六頁。なお本稿は、論文集所収の拙稿が紙幅の関係等で十分に論じられなかった部分を補うことを主たる目的とするが、それだけを取り上げるのでは全体として完結した論文とならないので、前掲の拙稿が一応扱った判例、学説なども再論することを予めお断りしておきたい。
- (5) 伊従寛『主要国の再販制度とその規制』（一九七四）八八頁以下、長谷川古『再販売価格維持制度（改訂版）』（一九七九）二〇一頁以下、辻吉彦『再販売価格維持制度―何が問題なのか』（一九九〇）、村上政博『独占禁止法の日米比較（上）』（一九九一）二四九頁以下、『独占禁止法の日米比較（下）』（一九九二）二〇頁以下など。

I アメリカにおける垂直的価格制限規制の歴史的展開

1 戦前の判決

(1)リーディングケースとされるのはDr. Miles判決⁽¹⁾である。薬品のメーカーである原告Dr. Miles社は、その商品が値引き販売されたため、自己と取引する約四〇〇の卸売業者と約二五〇〇〇の小売業者を「代理店(agent)」とし、卸売業者はDr. Miles社と契約を締結した小売業者とのみ取引できるとするとともに、卸売業者と小売業者の取引、小売業者と最終需要者の取引に関して適用される最低価格について卸売業者および小売業者と約定した。被告John D. Park & Sons社は、Dr. Miles社との契約を拒否した薬品卸売業者であるが、他の業者から仕入れて原告が他の業者に指定した価格より安く販売したところ、差し止め請求を受けることとなった。

最高裁はDr. Miles社から卸売業者に、また卸売業者から小売業者に実際に売買が行われたのだから「代理店」契約は名目的なものにすぎないとした上で、①秘密の製造工程において商品が生産されたからといって制定法上の特許(statutory grant)を付与されない本件商品について、その取引を不当に制限することが正当化されるわけではない、②生産者が自己の商品を譲渡した以上、買主に制限を課すことは原則として許されず、最低再販価格を設定する原告と卸および小売業者との本件契約はコモン・ローおよびシャーマン法上無効であると判示した。

(2)これに対して八年後に下されたColgate判決⁽²⁾は、Dr. Miles判決と結論において対照的なものであった。本件は、石鹸や化粧品メーカーであるColgate社が卸売業者および小売業者に対して統一的な価格で再販売するよう要請し、これに従わないものには商品の供給を拒絶したという事実に対して、司法省が刑事訴追を行ったも

のである。最高裁は販売業者が購入後、望むなら自己が適当と考える価格で処分できたという地方裁判所の認定にもとづき、被告人 Colgate 社と販売業者との間に、被告人が「設定した価格以外では販売業者は再販売できないという合意」が証明されていないとして司法省の訴えを斥けた。

Colgate 判決は、その後、垂直的な一方的 (unilateral) 行為が取引を制限する効果をもつとしてもシャーマン法一条に違反しないという先例として受け取られてきた。例えばメーカーが安売り業者とは取引しないという事前に表明された販売政策に基づき安売り業者との取引を停止する場合、それが別の販売業者との共謀によるのではなく、メーカー単独の行為であるときには一条違反は成立しない、ということになる。ここに「取引を行う相手方について自由に自己の裁量を發揮することができるという事業者に古くから認められてきた権利⁽³⁾」を強調するもう一つの判例の系譜の起点が認められる。

(3) General Electric 判決⁽⁴⁾もまた、再販規制に消極的であった。白熱灯に関する特許を有する GE は、白熱灯市場において六九%のシェアをもっていたが、大口ユーザー向けに自ら直販するほか、卸機能を果たす代理店四〇〇および小売機能を果たす代理店二一〇〇をつうじて一般消費者等に販売した。これに対して司法省が偽りの代理店制度を利用して再販禁止を脱法しようとするものであるとして差し止めを求めた。最高裁は商品が販売されるまでその所有権が GE に留保されること、GE が火災、洪水、価格の低下等の危険を負担し、代理店の元にある白熱灯のあらゆる保険料を支払い、すべての租税を負担してきたこと等から真正の委託販売契約であるとし、販売業者に販売価格を指示することは反トラスト法に違反しないと判示した。

2 「公正取引法」の時代

(1) 委託販売契約により Dr. Miles 判決の再販禁止を回避するという方法に満足することなく、一九一四年以降

三六年までに再販それ自体を合法化しようとする法案が連邦議会に提出されたが、いずれも成立にはいたらなかった。一方、州レベルでは主として医薬化粧品小売業者の政治力によつて、三三年から三七年までに一四州が再販を合法化していたが、これは、しかし、州内で生産、卸売、小売される商品に限つて適法とされるものであり、経済的重要性の点ではわずかな意義をもつにとどまるものであった。⁽⁵⁾

例えばカリフォルニア州では一九〇七年に制定された Cartwright 法(州反トラスト法)のもとで、再販は違法とされていた。しかし、同法は、二年後に改正され、合理的な利潤なしには販売できない商品について、かかる利潤を得て当該商品を販売するための協定、結合、取決めは違法でないとされた。この改正後、州最高裁は、メーカーが自己の商品の再販売価格を定めることは、合理的な利潤による販売のための協定に該当するとして Cartwright 法違反でないとした。⁽⁶⁾ 一九三一年に制定されたカリフォルニア州公正取引法は、このような判例法を成文化したものにすぎない。⁽⁷⁾

さらに同法は、一九三三年に重要な改正を受ける。すなわち、「本法一条に基づいて締結した契約において定められた価格を下回つて、いかなる商品をも故意に (willfully and knowingly) 広告し、販売の申込をし、または販売することは、広告し、販売の申込をし、または販売した者が当該契約の当事者であると否とに拘らず、これを不公正な競争 (unfair competition) とし、それにより損害を被つたいかなる者にも訴権を与えるものとする」この条項が追加されたのである。これによつて再販契約の非契約者といえども、その者が再販価格を知らされている限り、これに拘束されることとなつたのであるが、この改正も州最高裁において合憲と判断された。⁽⁸⁾

さて、カリフォルニア州において公正取引法を制定、改正させたのは、卸および小売業者の団体、とりわけ医薬化粧品小売業者団体であった。⁽⁹⁾ また、実際に再販契約が多く締結され、実施されたのも医薬化粧品業界であつ

た。しかし非契約者条項を知らない一九三三年前は、この業界でも再販は決して多く利用されたわけではない。三三年改正後、再販契約を締結する事業者は増加したが、それでも大不況のどん底においては、サンフランシスコ市の比較的大規模な安売り店では、現実の販売価格は再販契約価格の七五％程度であった。ところが、これらの安売り店が、より小規模のドラッグ・ストアによる値引き販売によって自己の地位を脅かされるようになると、これらの安売り店は再販制度支持に立場を変え、販売価格は三五年には再販契約価格の九二％程度に回復した。しかしながら、この段階では州公正取引法が医薬化粧品の価格水準に対してどの程度の影響を及ぼしたかについては疑問であり、全体としてみればほとんど影響がないか、あるとしても再販契約前よりも価格を下げるという影響があつたとさえいわれている。⁽¹⁰⁾

(2) 州公正取引法のこのような限界に直面して、再販を要求する小売業者団体は、州際取引に該当する再販を連邦反トラスト法上、合法とするかどうかを各州の判断にゆだねるという方針に転換し、これが効を奏して、ようやく一九三七年に Miller-Tydings 法が制定された。その結果、最終消費者への小売販売が行われる州が公正取引法で容認する場合には、州際取引についても再販はシャーマン法または FTC 法違反とならないこととなり、多くの州は、カリフォルニア州法を模範として非契約者条項を含む公正取引法を制定したのである。⁽¹¹⁾

こうして Miller-Tydings 法の制定後、一四年間、再販制度は裁判所から比較的好意的な扱いを受けたが、五年に販売業者は、大きな衝撃を受ける。Schwegmann 判決⁽¹²⁾は、Miller-Tydings 法が非契約者に再販契約に従うよう強制することまでをも反トラスト法上、適法とするものではないと判示したからである。この判決が下されるやいなや、大都市のデパートは再販契約を締結していない商品についてディスプレイ販売を行うと宣言し、実際には、そうした「価格戦争」は部分的で短命であつたにも拘らず、中小小売業者団体は、再び立法的解決に

訴えることとなった⁽¹³⁾。議会は、様々な委員会で法案を審議したが、下院州際商業委員会において検討された McGuire Bill が、一九五二年六月一四日、上下両院を通過、成立した。同法は、FTC 法五条 a 項に再販契約者と非契約者に対する再販売価格維持契約の執行は、いかなる反トラスト法によっても違法とされないという主旨のただし書きを付け加えることによって Schwegmann 判決によってもたらされると「公正取引」制度維持論者が懸念する混乱を防止しようとするものであった。

(c) McGuire 法の制定過程で行われた様々な論議は、「公正取引」制度実施の模様を知る貴重な資料である。それによれば、再販制度が最もよく利用された商品は、医薬品、化粧品、アルコール飲料、家庭電気製品(ただし、洗濯機、冷蔵庫、テレビ等はディスカウント店による公正取引価格を下回る価格での販売が、しばしば行われている)、書籍、宝石類、スポーツ用品、カメラ等であった⁽¹⁴⁾。再販制度の最も有力な支持団体の一つであり、McGuire 法制定にも尽力したのは、既に述べた全米医薬化粧品小売業者協会(National Association of Retail Druggists: NARD)であり、自らの商品がおとり廉売の具に使われることを嫌うメーカーもまた再販制度に好意的であった。

他方、再販制度への反対論は、労働者、農民、消費者の諸団体、司法省、連邦取引委員会、デパート、通信販売店、スーパーマーケット、再販実施を困難とみるメーカーなどによって主張され、ビジネス・ウィーク、ウォールストリート・ジャーナル、フォーチュン等の新聞、雑誌も反対の論陣を張った。反対論の主な内容は、何よりもまず再販制度が小売マーシンの人為的かつ過剰に増大させ、小売価格を引き上げることによって、消費者を搾取することに求められた⁽¹⁵⁾。

また再販制度に反対する理由として、再販契約実施上の問題も大きかった。州公正取引法は、概ね、再販契約を締結した者または締結しない者(非契約者)が故意に公正取引価格を下回る価格で販売し、またはその申出を

した場合、それによって損害を被った者に訴権を与えるものであった。しかし、裁判所は、公正取引価格が現実
に広く行われており、たんに契約書上だけのものでないことを一貫して要求した。言い換えれば、値引き販売が
常態化しており、それを是正する有効な措置を取っていない場合には、再販契約の実施を求める者は公正取引法
と再販契約が認める権利を放棄したものとみなされた。このように再販制度の実施には、違反の発見と是正が不
可欠であったが、少なからざるメーカーが再販制度を実施することができないと考えたのは、まさに違反の発見
と是正の困難さの故であった。⁽¹⁶⁾

(4) 連邦最高裁が公正取引制度を一旦、法的に容認しなかったことは、McGuire法の制定にも拘らず、州公正
取引法(特に非契約者条項)が、その後少なくとも州において、違憲であるとの判決を受けることにつながった。
こうした判決によって力を得たデイスカウントストアは、値引き販売を以前にも増して積極的に行うようになり、
プライベート・ブランド商品の増加とも相まって再販制度の崩壊が経済の内部から徐々に進行することになっ
た。⁽¹⁷⁾ 一九五〇年代後半には一部の商品を除いて再販制度の利用は完全に全盛期を過ぎ、さらに世界的な石油需要
の逼迫に端を発した超インフレーションが世論を動かす形で、七五年にいたってMiller-Tydingsおよび
McGuire両法は廃止された。ここにアメリカにおける再販適用除外制度は終息したのである。

アメリカにおける再販適用除外制度の経験から明らかにになったことは、Hollander教授によれば、マーケティ
ングにおける変化と競争に対して、いかに不毛な費用を要する障壁を作りだそうとしてきたかということであ
る。⁽¹⁸⁾ 再販制度は小売業者の生存にほとんど何の役割も果たさなかった。Hollanderはいう。再販をより実効的に
実施するためには、参入制限、プライベート商品の禁止、ストップ・リストの広範な利用、カルテル化等のより
制限的な措置を伴わなければならなかったが、その結果は消費者と経済全体の観点からみて、望ましいものでは
ない。

なかつたであらう⁽¹⁹⁾、と。

また、Steiner氏は、アメリカおよびイギリスの歴史からみてメーカーと小売業者いずれかの側に依存性がある場合に再販が採用されやすく、メーカーブランドの人気とディスカウンド店・中小小売店のシェアの関係によつて、依存的関係が変化したときに、再販は廃棄される傾向があるという。例えば、アメリカでは伝統的な医薬化粧品小売店と卸売店が相当な販売シェアをもち、メーカーにはこれに対抗するブランド力がない場合に再販が採用されるが、他方、タバコ、石鹼などの強力なブランド商品をもつメーカーは、販売業者からの要求を拒絶することができたこと、またイギリスでもメーカーが伝統的な中小小売店の販売量はスーパーマーケットのそれより少ないと判断したとき、メーカーは再販制を放棄したことは、右の傾向を例証するものである⁽²⁰⁾。

3 一九六〇年代の判決

六〇年代の判決は、戦前、戦時中の「公正取引」制度の経験と反省をふまえて、再販に厳格な判断を示すこととなつた。

(1) Parke, Davis 判決⁽²¹⁾ 薬品メーカーである被告 Parke, Davis & Co. が、公正取引法が存在しなかつたコロンビア特別区とヴァージニア州において卸および小売業者と再販売価格の維持をはかり、推奨小売価格 (suggested retail price) を守らない小売業者への出荷を停止するとともに、かかる小売業者と取引する卸売業者にも商品の供給を拒絶したことに對して政府が差し止めを求めた。最高裁は Colgate 判決によつてメーカーが推奨価格で販売しない顧客とは取引しない旨の販売政策を事前に通知し、このような安売り業者と単に取引しないことは許されるが、本件の場合、被告会社は小売業者の安売り広告を中止させたり、卸売業者への取引停止の警告を小売業者との取引停止を引き出すために利用することによつて推奨最低小売価格を維持しようとしたとして、Col-

gate 事件と区別した。こうして Parke, Davis と卸および小売業者による結合をみとめ、シャーマン法一条違反を肯定したのである。

本件は、事前の販売政策の表明と単純な取引拒絶以上の方法で再販売価格を遵守させることは Colgate 法理を超えるると判示したものと理解される。しかし「単純な取引拒絶以上の方法」が右のように決定的とはいいがたいものであってみれば、本判決は四〇年以上を経て、Colgate 法理の適用範囲をきわめて限定したとみることができよう。

(2) Union Oil 判決⁽²²⁾ Simpson は、Union Oil からガソリンスタンドの設備を借り受け、委託販売契約をむすんで Union Oil のガソリンを販売してきた。その委託販売契約は小売価格を定めていたが、Simpson はそれを下回る価格で販売したところ、契約の更改を拒否され、設備の返還を求められた。そこで Simpson は、被告の行為がシャーマン法一条および二条に違反するとして損害賠償をもとめた。一審、二審とも原告が敗訴したが、最高裁は、本件では特許製品が問題となっていないわけではないこと、在庫商品に対する保険料および租税の負担を被告がほとんど行っていないことから GE 事件とは区別されるとして損害の有無等について審理を行わせるため事件を差し戻した。このような判示にもかかわらず、評釈の多くは特許製品であるか否か、保険料・租税の負担をどのように配分していたかによる区別はきわめて形式的であるとみており、⁽²³⁾ 最高裁の実質的な関心は、販売業者の独立性を維持することと生産者の強制から販売業者を守ることにあつたといわれる。

(3) Albrecht 判決⁽²⁴⁾ 被告 Herald 社はセントルイス市における新聞発行業者であるが、市内を排他的なテリトリーに分割し、各々の地区において販売業者が請求しうる推奨最高価格 (suggested maximum price) を定めた。原告 Albrecht は、市内のある地区において被告の発行する新聞を配達・販売してきたが、被告の定めた最高価格

を上回る価格を購読者に請求したため、被告が別の業者を使って原告の購読者を被告に切り換えさせ、Albrechtと競争する形で当該地区の一部の購読者により低い価格で販売することとした。これに対し原告は、被告らの行為がシャーマン法一条に違反する結合であるとして三倍額賠償訴訟を提起した。

一審、二審とも被告が勝訴したが、最高裁は原告の主張を支持した。すなわち、本件は被告会社、原告の購読者を被告に切り換えさせた業者、および原告に代わって当該地区のフランチャイズをえた販売店による、原告を推奨最高価格に従わせる結合を含んでおり、この結合はシャーマン法一条に当然に違反する取引制限である、と。

最高裁は、垂直的最低価格協定と垂直的最低価格協定が異なる効果をもちうることを認めながらも、前者も次のような危険性があると指摘した。すなわち、①市場ではなく、売手のたぶんに誤った判断によって、買手が競争し、生き残る能力が侵害されること、②最高価格が多く、販売業者が必要なサービスを提供できない程に低く設定されるかもしれない、③最高価格が販売業者の現実のコストに近づくにつれて最高価格が固定的になりがちであるが、そうならば最高価格協定は最低価格協定のあらゆる属性をもつにいたる傾向があることである。こうして最高裁は、初めて最高再販価格協定も、シャーマン法上、当然に違法であると判示した。

4 一九七五年消費財価格設定法の制定

一九五〇年代末には既にその全盛期を過ぎていた「公正取引」制度は、右にみた六〇年代の諸判決によっても一層形骸化した。一九七五年消費財価格設定法 (The Consumer Goods Pricing Act of 1975) は、完全にその命脈を断つこととなった。

一九七四年の時点で、なお一三州が有効な非契約者条項を含む公正取引法を、また二三州が非契約者条項のな

いそれを有していたが、世界的な石油需要の逼迫に端を発した二ケタにおよぶインフレーションが消費生活物資の価格を大幅に引き上げると、消費者の不満はなお残存する再販適用除外制度に向けられた。Miller-Tydings および McGuire 両法を廃止するこの法律は、目だった反対もないまま両院を通過し、七五年二月二日、フオード大統領の署名によって成立した。ここに四〇年以上にもおよぶアメリカの再販適用除外制度は廃止されたのである。ここでは上下両院での審議内容を後の議論と関連する限りで取り上げておきたい。

まず公正取引制度の目的とされたものの実現度について、下院司法委員会報告書は次のように述べている。⁽²⁵⁾ 第一に小規模家族経営店の保護であるが、公正取引法の存在する州と存在しない州とを比較すると前者の方が倒産率は高く、このことから公正取引法は所期の目的を達成するように機能しなかったとされる。むしろ一九七〇年のロードアイランド州における公正取引法の廃止に関する調査では、対象となった小売業者の七四%が廃止されても何ら影響がなかったと回答しているという。また報告書は、ある新規参入メーカーが再販を行った結果、小売店を確保して市場に定着することができたと公聴会で証言し、新規参入者による再販の競争促進的效果を示唆したのに対して、下院司法委員会はこのメーカーが成功した理由は再販ではなく、返品を自由に認める等の販売方針にあるとのFTICの見解を採用した。

次に公正取引制度の弊害についてみると、下院では司法省の一九七〇年の調査により公正取引法のある州の方がない州より対象商品の価格水準が高いことから、再販が人為的な高価格、イノベーションと効率性の抑制、コストのかかる販売促進活動への依存をもたらしと指摘した。⁽²⁶⁾ 上院でも同様な論議が行われたが、次のような事実(27)に注意したい。すなわち上院司法委員会の公聴会では、デイリーサービスに販売戦略上の重きをおくメーカーが、再販が許されなければ小売業者が十分なサービスを行わなくなるであろうと再販の必要性を訴えたのに対し

て、司法委員会報告書は、この問題は小売業者にサービスを提供するように求める契約条項を設けることで解決できるとして、ディーラーサービスを理由とする再販必要論を斥けたことである。また公聴会では新聞発行業者が最高再販価格協定を許容する修正法案を求めたのに対して、これも拒否された。

こうしてアメリカにおける再販適用除外制度は廃止され、州際取引における垂直的価格制限は当然違法であるとの原則に対する例外は法律上、消滅した。

5 一九八〇年代以降の判決

一九七五年消費財価格設定法の成立は、再販禁止の一つの頂点を示す象徴的な出来事であったが、それにも拘らず、反トラストの振り子は再度、再販許容へ動きだした。それは当然違法原則を緩和しようとする以下の最高裁判決にみてとれる傾向であるが、これを理論的に支えたのがシカゴ学派であった。

(1) Monsanto 判決⁽²⁸⁾ 農薬の卸売業者である原告 Spray-Rite 社は、一九五七年以来、被告 Monsanto 社から除草剤を購入し再販売する指定業者であったが、六七年に一定の基準に照らして一年ごとに契約を更改することとなった。原告は従来から値引き販売を行ってきたが、六八年に Monsanto 社との取引の継続を拒否された。そのため原告は、他の卸売業者から商品を仕入れようとしたが十分な量を手に入れることができず、また必要な時期に間に合いもなかった。そこで Spray-Rite は、① Monsanto と他の卸売業者は再販価格を共謀して決定しており、②この共謀に基づいて自己との取引関係を打ち切ったことは、シャーマン法一条に違反するとして損害の賠償を求めた。被告は共謀を否認し、原告との取引を停止したのは原告が訓練を受けたセールスマンを雇わなかったこと、小売業者に対して十分な販売促進活動を行わなかったことによると主張した。

最高裁はこれに対して、①垂直的価格協定を推認するためには他の販売業者からの苦情の存在や取引停止が苦

情に対応して行われたとの事実だけでは不十分であり、生産者その他の者が違法な目的を達成するために企てられた共通の計画に対し意識的な関わり (conscious commitment) をもったことを合理的に証明することとなる直接証拠または状況証拠が必要である、②この基準に照らしてみると、Monsanto が他の安売り業者に対して推奨再販価格を守らなければ商品の十分な供給を受けられないであろうと述べ、後者がこれに応じて推奨価格に従ったという Monsanto 社の地区マネジャーの証言など被告と他の販売業者が再販価格を維持し、原告との取引を打ち切るとの協定または共謀の当事者であったという証拠がある。また推奨価格を守ろうと考えた卸売業者が、これを守らない者は取引関係を打ち切られるということを知っていたのは当然であるから、Spray-Rite との取引停止はその協定の一部あるいはそれに従って行われたものといえることができる。このように述べて最高裁は垂直的価格協定の成立を認めた。

Monsanto 判決は垂直的価格協定ないし共謀を証明するためには、安売り業者との取引停止が当該業者に関する他の販売業者からの苦情の後に行われ、なおかつ苦情に対応して (in response to) なされたことを証明するだけでは不十分であり、「違法な目的を達成するために企てられた共通の計画に対し意識的な関わり」をもったことを立証しなければならないという。この証明基準自体、きわめて曖昧なものであり、Monsanto 判決が一〇〇〇万ドル以上の賠償を認めたにもかかわらず、多くの下級審裁判所は垂直的価格協定ないし共謀を証明する基準が引き上げられたと理解しており、本件判決後、下級審では原告敗訴の正式事実審理を経ない判決 (summary judgment) が続出することとなった。

(2)これに対して、Sharp Electronics 判決⁽²⁹⁾は、垂直的価格協定の実体要件にかかわる。電子計算機のメーカーである Sharp は、テキサス州ヒューストンにおいて自己の商品を販売する唯一の小売業者として Business Elec-

tronicsを指定したが、同社の営業成績が思わしくないので第二の小売業者Hartwellを追加した。Sharpは推奨小売価格リストを設けていたものの、小売業者はこれを守る義務を負わなかったところ、概してHartwellはこれを遵守し、Business Electronicsはこれを下まわる価格で販売した。そこでHartwellはBusiness Electronicsが安売りをを行い、自己の販売促進および教育サービスに対する投資に只乗りしているとして同社との取引関係を打ち切るようSharpに要求した。Sharpがこれに応じたところ、Business Electronicsは提訴し、①SharpとHartwellは、共謀して自己との取引を停止した、②そのような共謀はシャーマン法一条によって当然違法であると主張して損害賠償を請求した。

最高裁は、①垂直的取引制限は価格または価格水準に関する協定を含まない限り、シャーマン法一条のもとで当然違法ではない、②ある販売業者との取引を値引き販売を理由として停止するという製造業者と他の販売業者との合意は、製造業者と後者の販売業者の間で、ある水準に価格を設定する旨の明示的または黙示的な同意を伴わない限り当然違法ではない、と述べて訴訟手続きのやり直しを命じて事件を差し戻した控訴審判決を支持した。この判決のもっとも重要な意味は、価格または価格水準に関する協定を含まない限り、安売り業者を排除する垂直的協定それ自体は当然違法原則の適用を受けないとしたことである。以前の下級審判決の中にはこれを当然違法と解した⁽³⁰⁾ものもあることを考えれば、最高裁は再販—当然違法原則の適用範囲を明らかに限定したといえよう。

(3) USA Petroleum 判決⁽³¹⁾ 被告Atlantic Richfield Company (ARCO) は、ガソリンを主として西部諸州において販売する統合石油会社であり、自己および販売業者のガソリンスタンドを通じて供給してきた。ARCOは、一九八二年、ガソリンの安売りをを行う独立販売業者とより有効に競争するために、自己の販売業者に対して臨時

援助金 (temporary competitive allowances) を与えたり、クレジットカードによる販売を認めない等の新しい販売方針を実施した。原告 USA Petroleum 社は、ARCO のガソリン販売業者と競争関係にある安売りガソリンスタンドであるが、被告とその販売業者が原告の値引き販売に対抗するために結んだ垂直的最低価格協定は、シャーマン法一条に当然に違反すること、また原告はそれによって反トラスト法上の損害 (antitrust injury) を被ったとして三倍額損害賠償を請求した。第一審は、summary judgment により被告を勝訴させたが、第二審では逆転した。

最高裁は、Albrecht 判決の指摘した最高再販価格協定の危険性が取引相手である販売業者や消費者についてのみ妥当するものであつて競争者には当てはまらないとした上で、①垂直的最低価格協定は違法であるが、協定された価格が掠奪的 (Predatory) なものでない限り、競争者に対して反トラスト法上の損害をもたらしものでない、②垂直的最低価格協定が仮に当然違法であるとしても、そのことから直ちに反トラスト法上の損害が発生するとはいえず、後者の点の証明は別個に必要であると判示し、本件の被告の行為は、掠奪的でない垂直的最低価格協定であつて、競争者である原告は反トラスト法上の損害を立証していないとした。

本件では、垂直的最低価格協定が依然として当然違法とされるか否かについて判断が下されたわけではない。この点は一応前提として、掠奪的とはいえない垂直的最低価格協定について、競争者からなされた損害賠償請求を斥けたものである。しかし本判決は、掠奪的であると最高裁が認定することが概して少ないこと(32)とも関係して、垂直的最低価格協定も当然違法と判断されるというルールが担ってきた抑止的機能のかなりの部分を掘り崩すものと思われる。

6 議会の反応

右にみた八〇年代の最高裁判決に対して連邦議会は概して批判的である。レーガン、ブッシュ両政権下、司法省およびFTICは、ともに再販事件をほとんど取り上げないだけでなく、Monsanto 事件においては司法省が法廷助言者 (*amicus curiae*) として被告会社を支持し、裁判所に対して再販＝当然違法原則の見直しを求めたことに對して、議会は司法省がこうしたプログラムに財政支出を行うことを制限する立法を成立させてきた。しかし Monsanto、Sharp 両判決が下されるに及んで、再販＝当然違法原則の堅持を求める連邦議会は立法的に両判決を覆す法案を検討しはじめた。

(1) まず、下院「一九九一年価格協定防止法 (The Price Fixing Prevention Act of 1991)」⁽³³⁾ (H. R. 1470) の重要部分の内容は次のようである。

「二条 (a) 項 シャーマン法一条または三条に基づいて提起され、価格 (最高価格を除く) を設定し、変更し、または維持する契約、結合、または共謀が主張される、いかなる民事上の訴え (civil action) においても、再販売を目的として商品または役務を原告に販売する者が、

(1) 原告の競争者から、商品または役務の再販売における原告の価格競争に関する連絡 (communication regarding price competition by the claimant) を受け、かつ

(2) かかる連絡に対応して (in response to) 商品もしくは役務の再販売のための購入者である原告との取引を停止し、または原告の求める当該商品もしくは役務の全部もしくは一部を原告に供給することを拒否した、という証拠は、かかる者および当該競争者が当該条項に違反して当該商品または役務の価格を設定し、変更し、または維持する共同行為 (concerted action) を行ったという推定を成立させるのに足りるものとする。本項に關しては、連絡が取引停止または供給拒否の實質的な原因 (substantial contributing cause) である場合は、

当該取引停止または供給拒否は、連絡に対応して行われたものとする。

(b) 項 シャーマン法一条または三条に基づいて提起され、価格を設定し、変更し、または維持する契約、結合、または共謀が主張される、いかなる民事上の訴えにおいても、商品または役務の売手と買手が再販売のための価格（最高価格を除く）を設定し、変更し、または維持する合意に達したという事実は、当該条項違反を構成する。商品または役務の売手と買手が、販売業者である他の買手の価格政策 (pricing policies) の故に、その者との取引を停止し、供給を拒否することに合意することは、特定の価格または価格水準が合意されると否にかかわらず、当該条項違反を構成するものとする。」

要するに、安売りを理由にメーカーによって取引を停止され、あるいは供給を拒否された販売業者が、その取引停止または供給拒否が他の販売業者による原告の安売りについての苦情に対応して行われたという証拠を提出すれば、メーカーと他の販売業者による共同行為が推定されることによつて、Monsanto 判決を覆し、こうした取引拒絶は、価格または価格水準に関する合意の有無にかかわらず、シャーマン法一条または三条に当然に違反することによつて Sharp 判決をオヴァールルールしようというものである。ただし、右の推定効と再販——当然違法原則の確認は、最高再販価格協定については除外されており、ここではむしろ厳格な Albrecht 判決を修正したと解することもできるものとなっている。

この H. R. 1470 は、一九九一年一〇月一〇日、下院本会議において一部修正の上⁽³⁴⁾ 可決された。

(2) 他方、上院法案 S. 429 (The Consumer Protection Against Price-Fixing Act of 1991) は、次のようなものであった。⁽³⁵⁾

三条 シャーマン法を改正し：次の条文を挿入する。

「八条 a 項 (1) (A) 価格を設定し、変更し、もしくは維持する契約、結合、もしくは共謀が主張される合衆国もしくは州司法長官による本法一条もしくは三条に基づく訴えまたは連邦取引委員会法五条に基づく連邦取引委員会による訴えを含むいかなる民事上の訴えにおいても、商品または役務を原告に再販売の目的で販売する者が、かかる商品または役務の再販売を行う原告の競争者と契約、結合または共謀を行ったと事実認定者 (a trier of fact) が連邦民事訴訟規則により合理的に結論することができる十分な直接または状況証拠があると裁判所が認定する場合には、裁判所は事実認定者にかかる者およびかかる競争者がこれらの条項に違反して商品または役務の価格を設定し、変更し、または維持する共同行為を行ったかについて検討することを許すものとする。

(B) 本条項 (1) に関しては、原告が次のような十分な証拠を提出した場合には、裁判所は商品または役務を販売する者が契約、結合、または共謀を行ったとの『十分な証拠』があると認定するものとする。

(i) かかる者が原告の競争者から原告の再販売における価格競争を減殺し、または排除するための措置を講ずるように、明示もしくは黙示の要請もしくは要求または現在行われている事業上の取り決めに停止するとの警告を受け、かつ

(ii) かかる要請、要求、または警告の故に、かかる者が商品もしくは役務の再販売のための買手としての原告との取引を停止し、または原告によって求められた商品もしくは役務の全部もしくは一部を原告に継続して供給することを拒否したこと。

ただし、かかる要請、要求、または警告が取引停止または供給拒否の主要な原因 (major cause) である場合のみ、取引停止または供給拒否が「かかる要請、要求、または警告の故に」行われたものとする。

b項 価格を設定し、変更し、もしくは維持する契約、結合、もしくは共謀が主張される合衆国もしくは州司法長官による本法一条もしくはは三条に基づく訴えまたは連邦取引委員会法五条に基づく連邦取引委員会による訴えを含むいかなる民事上の訴えにおいても、商品または役務の売手と買手が当該商品または役務の再販売価格を設定し、変更し、または維持する合意(agreement)を行ったという事実は、これらの条項違反を構成するのに十分であるものとする。ただし、本条項は商品または役務の再販売価格を設定し、変更し、または維持する合意が商品または役務の最高再販売価格を設定し、変更し、または維持する合意である場合には適用しない。販売業者としての買手の価格政策の故にその者との取引を停止し、またはその者への供給を拒否するとの商品または役務の売手と他の買手の合意は、特定の価格または価格水準が合意されると否とに関わらず、当該条項違反を構成するものとする。」

このように上院の「一九九一年価格協定からの消費者保護法」案は、商品の再販売のための購入者である原告が、その競争者から商品または役務の供給者に「原告の再販売における価格競争を減殺し、または排除するための措置を講ずるように、明示もしくは黙示の要請もしくは要求または現在行われている事業上の取り決めを停止するとの警告」が行われ、かかる「要請、要求または警告が主要な原因となって」商品または役務の供給者が原告との取引を拒絶したとの証拠を提出すれば、裁判所は供給者と原告の競争者が当該商品または役務の価格を設定し、変更し、または維持する共同行為を行ったかを事実認定者(陪審)に審理させるものとする、として *Mon-santo* 判決を覆そうとしている。

また、商品または役務の売手と買手が、販売業者である他の買手の価格政策の故に、その者との取引を停止し、

または供給を拒否することに合意することは、特定の価格または価格水準が合意されると否とに拘らず、シャーマン法一条もしくは三条またはFTC法五条違反を構成する、とすることによってSharp判決を修正しようというものである。

上院もS. 429を基本としつつ一部修正された法案を九一年五月九日に可決した⁽³⁶⁾

(3) 以上のように上院、下院の両法案は類似の骨子をもっていたが、しかし、次の点で異なるものであった。第一に上院法案は、私人だけでなく、司法省、州司法長官、連邦取引委員会がシャーマン法一条もしくは三条または連邦取引委員会法五条に基づいて提起した民事上の訴えに適用されることを明示したこと。第二に下院法案は販売業者からメーカーに原告の安売りについて「連絡」があり、これに対してメーカーが取引拒絶を行ったという証拠を原告が提出すれば一条違反の共同行為が推定されるとするのに対し、上院法案はメーカーと販売業者が合意したという合理的な証拠が原告によつて提出されれば、陪審による正式事実審理に進むことができるというにとどまることである。第三に下院法案に比して上院法案は商品供給者の権利に配慮した文言となっていることである。それは、H. R. 1470が主として原告の安売りについての苦情を意味する「原告の価格競争に関する連絡」というやや曖昧な文言であるのに対して、S. 429は「原告の価格競争を減殺し、または排除するための措置を講ずるように、明示もしくは黙示の要請もしくは要求または現在行われている事業上の取り決めを停止すると警告を受けたこと」とより限定的な表現となっている点や下院法案が「価格競争に関する連絡」と取引停止・取引拒否との因果関係について前者が後者の「実質的な原因」であることを求めているのに対して、上院法案は、「要請、要求、または警告」が「取引停止または供給拒否」の「主要な原因」であることを要求している点にみられる。このように上院が慎重な態度を取ったのは、メーカーと販売業者が商品の売行き等、市場の情報を交換

することがしばしば行われるが、これが「価格競争に関する連絡」にあたるとされないのである。あるいは販売業者の営業不振や商品説明の懈怠などを理由として取引を停止する場合も違法とされることがないよう配慮する趣旨であった。

右にみたところから明らかなように、上下両院法案に多少の差異がみられるとしても、Monsanto および Sharp 両判決を立法によって覆そうという基本的なねらいについては相違はない。いずれの法案もメーカーの求める再販売価格を下回る価格で販売した者に対して、他の販売業者からの苦情によってメーカーが取引を拒絶することは、苦情と取引拒絶との間に因果関係—求められる程度に差はあれ—が認められる限り、共同行為の推定を受け、あるいは陪審による正式事実審理を受けることができるとし、またメーカーがある販売業者の苦情の故に安売り業者との取引を停止する場合には、「特定の価格または価格水準が合意されると否とにかかわらず」当然違法原則の適用を受けるとするのである。

7 要約

(1) 歴史的概観

以上の概観から明らかなように、アメリカにおける垂直的価格制限規制は、禁止と許容の間において幾度かの変転を経験してきた。Grimes 教授は、一九〇〇年から Miller-Tydings 法が制定される三〇年代後半までは振りが再販許容に向って振れた時代であり(例外は Dr. Miles 判決)、四〇年代から The Consumer Goods Pricing 法が成立する七〇年代半ばまでは、再販禁止に(例外は McGuire 法)、それ以後は再び許容にそれぞれ向った時代であるという。⁽³⁷⁾

このような大きな歴史的視野にたつと、Dr. Miles 判決は再販許容時代の例外的判決であり、これをもって実質

的な意味で再販—当然違法原則を確立したとはいいがたいことになる。しばしば再販がシャーマン法上、当然違法とされた先例として紹介されるこの判決は、当然違法と合理の原則のいずれによって再販という行為類型が判断されるべきかという枠組みの中で意識的な判示がなされたわけではなく、自己の商品を譲渡した以上、買主になんらかの制限を課すことは原則として無効であるという先例に従って右のような結論を下したにとどまるといふ点に注意すべきであろう。³⁸⁾ 再販—当然違法原則を確立したのは、むしろ、一九三〇年代からはじまる「公正取引法」のもとでの経験、反省をふまえた戦後、とくに六〇年代の判決によるとみた方がよいように思われる。³⁹⁾

六〇年代の最高裁判決は、同様な事実関係にある戦前の先例を実質的に覆していった。例えば委託販売に関する Simpson 判決（六四年）と GE 判決（二六年）とでは、特許製品が問題となっているか否か、在庫商品に関する保険料および税金の支払を被告が行っているか否かが事実関係の違いにすぎず、また取引拒絶に関わる Parke, Davis 判決（六〇年）と Colgate 判決（一九年）の相違も小売業者に安売り広告を中止させたかどうか、卸売業者に対する取引停止の警告を安売り小売業者への取引停止を引き出すために利用したかどうかといった点にとどまり、いずれも先例と区別できるほど決定的な差異ではない。それにもかかわらず六〇年代のウォーレン・コートが戦前の再販許容的判決を覆していったのは、再販適用除外制度の反省をふまえた上で、販売業者の自律性、独立性の維持を優先させる意図によるとみてよいように思われる。

ところが八〇年代の最高裁判決は、再度再販禁止を緩和し、あるいは六〇年代の判決を事実上、オーヴァールールしようとしてきた。Monsanto 判決は垂直的価格協定の証明基準を引き上げ、Sharp 判決は再販価格に関する合意のない限り、安売り業者との取引を拒絶するとの垂直的な合意を当然違法の範疇から除外し、*Grain Processing USA* Petrolen 判決は、Albrecht 判決の最高再販価格協定に対する禁止のかなりの部分を実質上、無意味化したからで

ある。⁽⁴⁰⁾

しかし垂直的価格制限規制のゆくえは、九〇年代にはいつて不透明となっている。それは連邦議会が *Mon-santo/Sharp* 兩判決を覆す立法を成立させる可能性があり、またクリントン政権が再販規制を積極化させるかも知れないからである。アメリカにおける再販規制の振り子が、再度その方向を変える日は、そう遠くないかも知れない。

(2) 「合意」の認定について

戦前、戦後の判例を通じて一つの問題は、いかなる場合にシャーマン法一条にいう「契約、結合または共謀 (contract, combination or conspiracy)」すなわち「合意 (agreement)」が存在すると認定できるかである。⁽⁴¹⁾

伝統的な意味における合意 (意思の合致) があるといえる場合は言うまでもないが、裁判所がシャーマン法一条違反の「合意」を認定してきたのは、そのような場合に必ずしも限らない。例えば推奨価格 (suggested price) それ自体は販売業者が自発的かつ独自にこれを遵守する限りはシャーマン法一条違反の合意があるといえないが、それに加えて取引を停止する旨の商品供給者による威嚇が行われた場合には同法違反が認定される。⁽⁴²⁾ また取引拒絶に関しては、*Colgate* 法理によってメーカーの推奨する再販売価格に従わない販売業者に対して、メーカーは取引を停止することができ、この場合にはシャーマン法一条違反の合意は成立しないから、共同行為ないし合意があるというためには販売政策の事前の表明と単純な取引拒絶に加えて何らかの行為や要因が必要となる。⁽⁴³⁾

「合意」を成立させる何らかの行為ないし要因に関して、従来裁判所は、少なくとも次のような点を問題にしてきた。⁽⁴⁴⁾ すなわち、①価格維持の要請と黙示の承諾、②第三者の利用 (*Albrecht* 判決で購読者を *Herald* 社に切り換えさせたような第三者、あるいは小売業者に推奨価格を遵守させるために利用される卸売業者)、③強制

(coersion)である。以上のような要素のいずれかがあれば、あるいは強制によって強いられる同意を捉えて、あるいはメーカーと取引拒絶を受けない他の販売業者との結合を捉えて、さらには商品供給者とその手先 (pawn) となつて働く者との結合、共謀を捉えて、シャーマン法一条違反の共同行為ないし合意があると認定される可能性があるわけである。

ところで Monsanto 判決は Colgate 法理を復活させたといわれるが、Monsanto 判決によって、右の点はそのような影響を受けたであろうか。この問題を「推奨価格と強制による合意」についてみると、Monsanto 判決後の下級審判決のなかには、卸売り価格の二倍に小売価格を設定するよう圧力をかけること自体は強制には当たらないとし、⁽⁴⁵⁾あるいはメーカーが小売業者に小売価格を引き上げさせるために、取引停止の可能性を示唆して脅しや嫌がらせをし、一年後に小売業者が値上げしたという事案でメーカーの行為と小売業者の値上げとの因果関係がないとして事実審理のやり直しを命じたものがある。⁽⁴⁶⁾これらは、ある行為が強制に該当するかどうか、あるいは強制に当たる行為と再販価格の維持、引き上げの間に因果関係が認められるか否かを問題とするものであって、これらの点をクリアする限り、推奨価格と強制によつて（販売業者にとっては不承不承の）「合意」が成立するという構成したいは変わっていない、⁽⁴⁷⁾と考えられる。

- (1) Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U. S. 379 (1911).
- (2) United States v. Colgate & Co., 250 U. S. 300 (1919).
- (3) 250 U. S. 307 (1919).
- (4) United States v. General Electric Co., 272 U. S. 476 (1926).

- (5) Hollander, United States of America, in B. S. Yamey, ed., *RESALE PRICE MAINTENANCE* 68 (1966).
- (6) See, *Grogan v. Chaffee*, 156 Cal. 611, 105 Pac. 745 (1909), *Ghirardelli Co. v. Hunsicker*, 164 Cal. 355, 128 Pac. 1041 (1912).
- (7) Grether, *Experience in California with Fair Trade Legislation Restricting Price Cutting*, 246 Cal. L. Rev. 640, 643 (1936).
- (8) *Max Factor & Co. v. Kunsman*, 55 P. 2d 177 (1936).
- (9) Grether, *supra* note 7, at 647-8.
- (10) *Id.* at 659-685.
- (11) Hollander, *supra* note 5, at 69.
- (12) *Schwegmann Brothers v. Calvert Distillers Co.*, 341 U. S. 384 (1951).
- (13) *Fulda, Resale Price Maintenance*, 21 U. Chi. L. Rev. 175, 177-8 (1954).
- (14) *Id.* at 179.
- (15) *Id.* at 191.
- (16) *General Electric*社は、三万件の再販契約を結び、三千件の訴訟を起こし、年間一〇〇万ドルの実施費用を支出したが、それにも拘らず、値引き販売は後を立たなかった (*Steiner, The Nature of Vertical Restraint*, 30 *Antitrust Bull.* 143, 170 (1985))。有名なGEとMacy百貨店との訴訟はこの事情を物語っている。Macy百貨店は、ニューヨーク州の他の小売業者がGEの家電製品を公正取引価格を下回って値引き販売し続けたため、GEに抗議した後、自らも値引きを行ったが、GEは、差止めを求めて提訴し、他の違反者の発見と是正措置を

とることを条件として勝訴判決を得た。興味深いのは、この訴訟の係属中も判決後もニューヨーク州では違反が後を立たなかったことである (Fulda, *supra* note 13, at 203-4.)。結局、GEは、一九五八年二月一日、小家電製品の再販を放棄した。

- (17) 繰り返し函達をだして詳細な価格調査を行った Bowman, *The Prerequisites and Effects of Resale Price Maintenance*, 22 U. Chi. L. Rev. 825 (1955) とよみだす Schwegmann 判決は、公正取引法を有する州の価格を引き下げる効果をもたせ、それは McGire 法の制定ともかわらぬ、打ち消されなかったという (*Id.* at 857-8)。
- (18) Hollander, *supra* note 5, at 100.
- (19) *Ibids.*
- (20) Steiner, *The Nature of Vertical Restraint*, 30 *Antitrust Bull.* 143, 165-170 (1985).
- (21) *United States v. Parke, Davis & Co.*, 362 U. S. 29 (1960).
- (22) *Simpson v. Union Oil Co.*, 377 U. S. 13 (1964).
- (23) 例へば、L. A. Sullivan, *HANDBOOK OF THE LAW OF ANTTITRUST* 388-390 (1977).
- (24) *Albrecht v. The Herald Co.*, 390 U. S. 145 (1968).
- (25) H. R. Rep. No. 94-341, 94th Cong., 1st Sess. 4-5 (July 9, 1975).
- (26) 120 Cong. Rec. S 20361, 20362-3 (1974).
- (27) S. Rep. No. 94-466, 94th Cong., 1st Sess. 2-3 (1975).
- (28) *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U. S. 752 (1984).
- (29) *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U. S. 717 (1988).

- (30) *Cernuto, Inc. v. United Cabinet Corp.*, 595 F. 2d 164 (3d Cir. 1979), *Zidell Explorations, Inc. v. Conval Int'l, Ltd.*, 719 F. 2d 1465 (9th Cir. 1983). *ホフマン* 合理的の原則の適用を促けると判示した下級審判決もある。これらについては、485 U. S. 720, n. 1 を参照。
- (31) *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.*, 495 U. S. 328 (1990).
- (32) *See, Matsushita Electric Industrial Co., Ltd. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U. S. 574 (1986).
- (33) 同法案については、H. R. Rep. No. 237, 102d Cong., 1st Sess. (1991) を参照。
- (34) 二条 (c) 項として「被告が関連市場において市場力 (market power) を欠くほどに小規模であることは、本条における訴訟 (シャーマン法一条または三条による訴訟——十田注記) において抗弁 (defense) となるものとす」という条項が追加された。137 Cong. Rec. H 7736-57 (daily ed. October 10, 1991), 102d Cong., 1st Sess.
- (35) S. Rep. No. 42, 102d Cong., 1st Sess. 29 (1991).
- (36) 137 Cong. Rec. S. 5591, 5599, 5601-5 (daily ed. May 9, 1991), 102d Cong., 1st Sess. *ホフマン* 法案の判決に伴う、両院協議会の上院案の採用を勧告した(138 Cong. Rec. H 5028 (daily ed. June 22, 1992))。九二年六月三日、*ロバート* 下院案の採否(138 Cong. Rec. H 5657-64 (daily ed. June 30, 1992))。
- (37) Grimes, *The Seven Myths of Vertical Price Fixing: the Politics and Economics of a Century-long Debate*, 21 Sw. U. L. Rev. 1285, 1292 (1992).
- (38) White, *Black and White Thinking in the Gray Areas of Antitrust: the Dismantling of Vertical Restraints Regulation*, 60 George Washington L. Rev. 1, 17-8 (1991) 及び Dr. Miles 判決を所有権を譲渡した物について制限を課すことは許されないとするリッセ・フェール哲学による財産権法理に基づいて下された判決とみる。

- (39) E. M. Fox & L. A. Sullivan, CASES AND MATERIALS ON ANTITRUST 582 (1989)は、比較的最近の再販(の弊害)に関する知見は、Dr. Miles判決よりもむしろ公正取引法時代の経験から生まれたものが多いという。
- (40) 八〇年代の垂直的制限規制の司法、立法分野における展開については、Steuer, The Turning Points in Distribution Law, 35 Antitrust Bull. 467 (1990)が興味深い。
- (41) 最高裁は、再販契約が存在しない一方的な取引拒絶も連邦取引委員会法五条に違反すると判示した(Federal Trade Commission v. Beech-Nut Packing Co., 257 U. S. 441 (1922))から、シャーマン法一条違反の必要条件である「合意」を発見するというのとは異なる審決、判例の体系を連邦取引委員会がFTC法五条に関して発展させる可能性は、論理的にはありえた。しかしFTCは、現実にはFTC法五条に関してもシャーマン法一条と同様に「合意」を発見するという方法をとっている。
- (42) 例えば Yentsch v. Texaco, Inc., 630 F. 2d 46 (2d Cir. 1980).
- (43) United States v. Parke, Davis & Co., 362 U. S. 29 (1960).
- (44) 7 P. E. Areeda, ANTITRUST LAW 101-140 (1986). Areeda 自身が「拡張合意理論」として①黙示の承諾理論と②強制論を理論をいさだす (Id. at 54-72.)。
- (45) Sample, Inc. v. Pendelton Woolen Mills, Inc., 704 F. Supp. 498 (S. D. N. Y. 1989).
- (46) Isaksen v. Vermont Castings, Inc., 825 F. 2d 1158 (7th Cir. 1987).
- (47) なお、本文のコンテキストとは若干異なるが、Burns, The New Role of Coercion in Antitrust, 60 Fordham L. Rev. 379 (1991)は、「強制」が今日ではもはや、それ自体としては垂直的制限の違法性の根拠でも非効率的な制限を示す指標でもないが、効率的な垂直的制限と非効率的な垂直的制限とを分かつ必要があり、垂直的制限の

非効率の側面によって損害を被った被害者に原告適格を認める現在の法のもとでは、なお「強制」が垂直的制限の分野において果たすべき役割があると主張する。

II 学説の対立

1 垂直的価格制限の違法性の根拠

(1) 垂直的価格制限の違法性の根拠について最も包括的な検討を行うのは Areeda 教授であろう。⁽¹⁾ Areeda が垂直的制限の悪性(harm)として指摘するのは“dealer power”とメーカー間の協調を促進、強化することである。まず dealer power についてみると、この dealer power とは、主として販売業者のカルテルや支配的 (dominant) 販売業者がメーカーに対して垂直的制限を要求または要請することができる地位をさす。Bork 教授は多数の小売業者がカルテルを形成して垂直的制限を要求することは費用構造やディスカウントストアの存在から極めて困難であり、また形成されたとしても反トラスト法執行機関に容易に発見されてしまう⁽²⁾のに対し、Areeda はインフォーマルな緩く組織された流通業者のグループによる場合や支配的な販売業者が単独で行う場合には発見は困難であり、dealer power が形成され、その力が発揮される現実的な可能性があるとみる。⁽³⁾ Areeda が指摘するもう一つの悪性は、垂直的価格制限がメーカーの協調を促進、強化することである。すなわち、競争に直面する小売業者はメーカーに対して値引きを要求するから再販によって小売価格を統一的なものにすれば、卸売価格引下げ圧力が緩和されるし、またメーカーが暗黙の裡に協調する場合、小売価格が一定である方が協調的な卸売価格からの逸脱を発見しやすいという意味で、メーカー間の協調を促進、強化するとみるわけ

である。この点についても Bokk は、メーカーが併売店を通じて販売する場合には併売店はあるメーカーの値引きが行われたときには、他のメーカーに値引きを求めて報告するから、専売店制が敷かれないう限り再販はカルテル価格遵守方法として不要であるというが、Areeda は併売店であつても、あるメーカーの卸売価格の引き下げを他のメーカーに通知するとは限らず、誇張し、虚偽の報告をすることさえあると主張する。⁽⁵⁾

(2) 垂直的価格制限がメーカーの協調を促進、強化し、あるいは販売業者のカルテルまたは支配的な販売業者によつて要求、要請される危険があるという右のような主張（以下、カルテル理論という）に対して、これをいわば統計的に否定しようとする研究がある。Ornstein 教授は、一八九〇年から一九八三年までに司法省が提訴し判決を得た事件と一九四二年以降八三年までに FTC が下した審決のうち、メーカー、卸売業者、小売業者いずれかの水平カルテルを含むものは前者で一一八八件、後者で一七〇件であるが、そのうち水平カルテルと再販とを共に含む事件（共同再販）は、前者で八一件（六・八％）、後者で一七件（一〇％）にすぎない（これに対して単一メーカーまたは卸売業者による個別再販は、前者で九〇件、後者で八五件である）ことから、再販がカルテルを支え、または促進するというのは誤りであると結論づけるのである。⁽⁶⁾

また Ippolito 氏も、一九七六年から八二年までに Commerce Clearing House 社の Trade Cases に掲載された垂直的価格制限の主張を含む事件二〇三件のうち水平価格カルテルの主張をも含んでいるものは、私訴全体の九・八％、政府訴訟全体の一六・九％にすぎないとして、このことから Ippolito は、カルテル理論の有効性を否定しようとするわけである。⁽⁷⁾

しかし、Areeda も批判するよう⁽⁸⁾に、Ornstein および Ippolito がこの結論を導く論理的プロセスはあまりにも粗雑で飛躍しているといわざるを得ない。寡占的な協調に基づく再販については、反トラスト法執行機関は、そ

れが水平的な共同行為として行われたことを立証しがたいし、その場合には個別再販だけを取上げるであろうから、右の数字だけによってカルテル理論を否定することはできないからである。⁽⁹⁾

2 垂直的価格制限の正当化事由

(1) 伝統的な根拠

垂直的価格制限について伝統的に主張されてきた正当化事由の中で日本法とも最も関連の深いのは「おとり廉売の防止」であろう。すなわち、特定の商品の廉売により顧客を吸引し他の商品によって利益をあげるといふおとり廉売は、こうした販売方法をとれない販売店にとっては不公正で破壊的な商法であり、またおとり廉売の対象とされる商品のメーカーにとっても、商品イメージが傷ついて他の販売店が取り扱わなくなるという弊害を有するから、再販がこれを防止するために用いられる限りで正当な理由があるという。

しかし今日のアメリカでは、おとり廉売の防止は法律上はもとより学説上においても再販の正当化事由として主張されることが珍しくなったといつてよい。それは、おとり廉売の「弊害」とされてきた事柄が本当に弊害といえるのか、またそれを防止するのに再販が必要あるいは有効なのかという疑問とかかわっている。

右にあげたおとり廉売の「弊害」について、Areedaは次のようにいう。⁽¹⁰⁾ おとり廉売は原価割れ販売であるとは限らず、また一商品が原価割れであってもおとり廉売を行う事業者およびその競争者が他の商品について通常の利益を得られる価格で販売していれば掠奪的価格でない。仮に真に掠奪的価格であればシャーマン法二条によって規制が可能であるだけでなく、原価割れ販売であつて掠奪的価格設定でない場合についてもこれを規制する州法によって禁止することができる。またメーカーの商標や信用を害するといわれる点についてもAreedaは「ごく稀に短期的に値引き販売するのが販売店の戦略上、効果的であることから考えて、おとり廉売が長期にわたり繰

り返し行われる現実的可能性は小さく、販売店が有名メーカーの商品も含めて廉売された商品を全く取り扱わなくなるということもありえないという。

いずれにせよ、再販はおとり廉売を行うとされるディスカウントストアだけでなく、他の小売店の間の通常の価格競争をも抑制する極めてドラスティックな措置であつて、再販の正当化のためにおとり廉売の防止が主張されることは、今日のアメリカでは極めて稀となつた。

(2) 経済学の提示する根拠

右のような伝統的な根拠に代わつて、近年再販を正当化し、あるいは原則禁止とすることに疑問を提起するのは、次のような、より洗練されたスタイルの経済理論である。⁽¹¹⁾

(i) デイラーサービス理論

Teiser教授は、その古典的論文「なにゆゑ製造業者は公正取引を求めるのか？」⁽¹²⁾のなかで、生産者が再販を行う動機として、複数の生産者の場合のカルテル動機と単独の生産者の場合のデイラーサービス動機とを指摘し、それぞれについて論じているが、ここでは再販の正当化事由との関係で重要な後者を取り上げる。

Teiserによれば、メーカーが販売業者にマージンの一部を使ってメーカーが必要と考える商品説明や販売促進活動など販売前サービス (pre-sale service) を実行または増大させようとしても、販売前サービスを自らは行わないで他の販売業者の提供するサービスに只乗りして安売りを行う販売業者があらわれるから、その結果、メーカーが必要と考える販売前サービスが提供されなくなってしまう。こうした結果を避けるため個々のメーカーは再販を行い、価格ではなくサービス競争を行わせることによって、メーカーが必要と考えるサービスを提供させるのだという。

これが有名なディーラーサービス理論ないし只乗り理論であり、日本でもしばしば紹介されるものであるが、注意すべきは、Telslerが右の理論がすべての商品について妥当するとは考えておらず、①消費者大衆になじまない商品(Telslerの例示では新規に発売される電器製品)、②家庭ではごく稀にしか購入されない商品(弓矢などのスポーツ用品)、③販売店のアドバイスに消費者が著しく依存する商品(医薬品)などに限定していることである。

もう一つの理論的限定は、Telsler自身は「販売前」サービスに関して議論を組み立てていると考えられることである。すなわちTelslerによれば、メーカーが再販によって提供させる必要があると考えるディーラーサービスは、販売以前に、あるいは販売時点(point-of-sale)で提供される広告、商品説明やデモンストレーションなどの販促活動であって、修理やコンピュータ・ソフトウェアの教習などのような販売後サービスについては別個にその料金を請求することができることを認識していたからであろう。念頭に置かれていなかった。¹³⁾

Telsler論文は、その後しばしば引用されることとなったが、商品についてもディーラーサービスについても、右のような限定を超えて拡大解釈される傾向がみられ、それがこの理論の誤解される一因となってきた。しかし、それにとどまらず、Telslerのオリジナルな理論そのものに対しても、次のような批判が行われている。それは販売前サービスが一部の消費者にとって意義のあるものとしても、あるいは生産者の当該商品の販売に必要なとしても、販売前サービスの費用を商品を購入するすべての消費者に負担させなければならない必然性はないのではないかという点である。

例えばYaney教授は、配達、与信、据付け、維持保全等のディーラーサービスの対価を商品とは別個に請求することが可能な場合には、それを必要とする消費者のみから徴収すればよいし、また多品種の品揃え、デモンス

トレーション、アドバイスの提供などは、商品価格とは別個に請求できないとしても小売業者が増大したマージンをこの種のサービスに支出することは可能であり、時には大いにありうることであるとする。⁽¹⁴⁾ また Steiner 氏も玩具メーカーの経営者としての経験から、メーカーが必要なサービスを提供した販売業者に支払う販売促進援助金 (promotional allowance) が、特別なサービスを提供させるのに最も有効な方法であり、よく練られた販促援助プログラムであればロビンソン・パットマン法も、実施・監視費用もメーカーに対して、その実行を躊躇させるものではないという。⁽¹⁵⁾

以上のように、Telser 理論は元来、限られた特定の商品の販売前サービスを前提として理論化されたものであつて、それ以外の商品にも同様に適用されうるかは疑問であるのみならず、適用される領域においても再販がディーラーサービスを提供させる唯一の手段かは、Telser の予めの反論にも拘らず、疑問視されているのである。

(ii) Telser 理論を修正または補充する理論

右のようなディーラーサービス理論の問題点をふまえて、これを修正するために、Klein と Murphy 両教授は「私的実施メカニズムとしての垂直的制限」という考え方を正当化事由として提示する。⁽¹⁶⁾ それによれば、メーカーが契約によって販売業者に望ましいレベルのディーラーサービスを提供させることは、それが実施されたかどうかを測定し、裁判所を通じて実行させることが禁止的に膨大な費用を要するから現実には極めて困難である。そこでメーカーは、様々な垂直的制限によってディーラーに望ましいレベルのディーラーサービスを提供させようとするのだが、垂直的制限だけではこれが可能になるとは限らない。なぜならディスカウントストアは、再販によって再販売価格が斉一化したとしても、値引き販売の代わりに例えば景品を無料で提供し、メーカーの求める商品説明などのサービスは行わないことがありうるからである。このように垂直的制限だけではメーカーの目的

が実現されないところから、メーカーは垂直的制限によって準レント (quasi rent) を発生させ、その上で積極的な監視と取引停止の威嚇という「私的実施メカニズム (private enforcement mechanism)」によって望ましいレベルのディーラーサービスを提供させようとするという。

例えばクアーズ事件⁽¹⁷⁾では、ビールメーカーであるクアーズが低温殺菌ビールにかわる無菌醸造ビールを開発したが、流通段階で冷蔵しないと品質が劣化するため、卸および小売業者に冷蔵設備を要求するとともに、在庫商品を最小限度にとどめて商品の回転を良くする販売方法を求めた。クアーズは、こうしたサービスを実施させるため、卸売業者には排他的テリトリー制と最高再販価格制限を課し、小売業者とは最低再販価格協定を結んだ上、越境販売した卸売業者との取引を停止した。このように「Telserのディーラーサービス理論では説明できない本件のような場合でも、私的実施メカニズム理論によれば垂直的制限の目的を説明することができるという。

また Marvel v McCafferty 両教授も、「Telserのディーラーサービス理論が有意なサービスが提供されない商品に関しては妥当しないという認識にたつて、これを補完するために品質保証 (quality certification) 理論を提唱した⁽¹⁸⁾。それによれば、メーカーは小売業者に自己の商品の品質やファッション性を保証させるために再販を行うのだという。この場合、小売業者は消費者の「代理人」として働き、品質、ファッション性の高い商品を選択仕入する。そうした商品の発見、仕入のための費用を再販によって償うのだという。品質保証理論は、このように考えることによって有意なディーラーサービスの提供されない商品や新規参入メーカーの商品についても、その再販の動機を説明できるとするものである。

Marvel v McCafferty が品質保証理論の妥当する事例としてあげるのは Lenox 事件⁽¹⁹⁾である。高級陶器メーカーである同社は、自己が取引する小売業者を便利なロケーションに位置し、結婚プレゼントの相談に応じ、エ

レガントな店舗であること等の条件を満たす高級小売店に限定し、厳格な再販政策をとった。Lenox社が再販を実施したのは、小売店が当該メーカーの商品が高品質であることを消費者に保証させるためであるという。

経済学者であるKleinとMurphyの理論の中心は、垂直的制限と取引停止の威嚇が望ましいディーラーサービスをどのようにして引き出すかを説明することであり、またMarvelとMcCaffertyの理論も再販が小売店にかんして品質を保証させるかを経済学的に説明することに狙いがあった。垂直的制限の合法、違法という規範的評価に関してはほとんど触れるところがない。⁽²⁰⁾この点については、当然の事ながら次の主として法学者の見解をみなければならぬ。⁽²¹⁾

3 最低再販価格協定の違法性原則

1および2では垂直的価格制限について、その悪性と正当化事由をみてきた。いずれが強いとみるかによって、その違法性をどのように判断するかが決まってくるという。以下では、垂直的最低価格制限 (vertical minimum price restraint) ないし最低再販価格協定 (minimum resale price fixing) の合法性あるいは違法性をどのように判断すべきかに関する学説を概観することとする。

(1) R. H. Bork・R. A. Posner

(i) シカゴ学派の代表的論者であるBork教授やPosner判事は次のようにいう。通常、再販には販売業者がカルテルを形成するため生産者に求めて行われるもの、生産者間のカルテルとして行われるもの、単一の生産者が行うものの三種類があるといわれるが、前二者はシャーマン法一条のもとで当然違法とすれば足り、第三の形態の再販までも違法とする必要はない。この類型の再販は主として「只乗り (free riding)」の懸念なく、商品の使用方法の説明や情報提供などを行わせることによって当該商品の販売量を拡大させようとするものであり、産出

量 (output) を制限する」とは、ないから合法である、という。⁽²²⁾ だが Posner は、純粋な再販 (水平カルテルを含まない再販) を「当然適法 (legal per se)」として扱うべきだというが、それが裁判所によって承認されるまで合理の原則を適用し、次のような基準によって再販 (および垂直的価格制限) の違法、合法を判断すべきだとする。すなわち、①その再販がカルテル化が動機と考えられるほど市場の大きな部分について実施されているか。もしそうでないなら、当該再販は適法とされなければならない。②そうである場合には、販売業者はなんらかの販売前サービス (presale service) を提供しているか。提供していないならば、当該再販は違法とされなければならない。大きなマーケット・シェアと販売前サービスの提供の両方の基準を満たす場合には、③生産者の産出量は再販実施後、増大したか減少したか。増大した場合には、再販とは関係のない理由によってその産出量の増大がもたらされたことを原告が立証しなければならぬ。また減少した場合には被告が再販によって産出量の増大を意図したことを証明しえない限り、当該再販は違法とされる。⁽²³⁾

(ii) 右のような見解に対して、まず、ある再販が三つの形態のどれに当るかを判断することは、必ずしも容易ではないのではないかとこの疑問が提起されてきた。換言すれば Bork や Posner が単独メーカーのイニシアティブによる個別再販とみるものの中に、生産者あるいは販売業者のカルテルが潜んでいる場合があるのではないかとこのことである。この点について Bork は、販売業者カルテルについては業者間で費用構造が異なること、大量低価格販売を行う小売業者の存在が小売業者によるカルテルの形成を困難にすること、また仮に形成されたとしても同一市場の大多数の業者を巻き込まなければならぬから反トラスト法執行機関によって容易に見られることを理由に、販売業者カルテルはメーカー主導の個別再販より頻発するとはいえないか、行われたとしても施行機関によって摘発されてしまうという。⁽²⁴⁾

また、メーカーのカルテルが伏在しうるという議論、すなわちメーカーが自らの売り渡し価格についてだけでなく、再販売価格についても協定しておけば、カルテル破りは再販売価格にあらわれるから容易に発見できるとになり、この意味において再販は価格カルテルの遵守を監視するために用いられるという反論に対しては、Borkは、①メーカーが併売店 (common outlets) を通じて売る場合には、併売店はあるメーカーの値引きが行われたときには、他のメーカーにも値引きを求めて報告するから再販はカルテル価格遵守方法として不要であること、②メーカーは、販売業者の費用構造を無視して均一的な再販価格を設定しなければならぬが、その場合にはメーカーは、監視費用のみならず、人為的な価格制限からくる販売業者の販売不振による損失をも甘受せざるをえないこと、③反トラスト法執行機関が産業全体にわたるメーカーカルテルを発見することは容易であること等を理由に、この議論が取るに足りないものであると結論づける。⁽²⁵⁾

(ii) また単独メーカー主導の再販が当然適法であるという点についてみると、BorkやPosnerは、明らかに(2)(i)でみたTelserのディーラーサービス理論⁽²⁶⁾に依拠している。Telser理論は、単一生産者主導の再販が安売り業者による「只乗り」を防止して販売業者に商品のデモンストレーションなど販売前サービスを提供させることを目的とするというものであった。BorkやPosnerがTelser論文に依拠するのは、単一生産者主導の再販が只乗りを防止して小売業者に販売時点サービスを提供させることを目的とするから、そうしたサービスが提供される結果、産出量は増大する(その含意として生産者余剰と消費者余剰がともに増大する)から、従って反トラスト法上、当然に合法であるという分脈においてである。

この点についてGouldとYamey両教授は、既に六〇年代にカルテルが存在しなくとも、再販によって産出量が減少しうる四つの仮説モデルを提示したが、⁽²⁷⁾ Connanor教授の新機軸は再販の結果、産出量が仮に増加したと

しても、消費者余剰と生産者余剰の和は、再販実施後の方が実施前よりも大きいとは限らないと指摘する点にある。⁽²⁸⁾ すなわち、生産者余剰は、産出量が増加し、価格が引き上げられる結果、再販実施後の方が実施前より常に大きい。しかし消費者余剰については、再販を実施することによって提供されるディーラーサービスに価値を認める消費者とそうでない消費者が存在する場合、需要曲線は再販実施前の形のまま平行に移動せず、そのため消費者余剰は実施前より減少することがありうる。その場合には、再販実施後の消費者余剰と生産者余剰の和は、実施前のそれより小さいかも知れない。こうして、実施前より実施後の方が、つねに総余剰は大きいという Bork の当然適法論の前提には有力な批判が提起されているのである。

(2) W. F. Baxter

Baxter 教授によれば、カルテル理論が主張するように再販（など垂直的制限）が市場力（market power）の形成または行使を促進するためには、市場力を形成または行使するメーカーまたは販売業者レベルの市場集中度が高いこと、当該市場への新規参入に障壁が存在すること、市場において大部分の商品が再販（などの垂直的制限）に服することといった条件が必要である。しかし現実の市場で、このような必要条件を満足させる場合は極めて稀である。例えば複数の大規模小売店がディスカウンターとの競争を排除するため、メーカーに再販を強要する場合があるという議論は、小売市場における集中度の低さやメーカーが抵抗することを考えれば、疑わしいものである。

このように垂直的制限が、例外的な場合を除いて基本的に許容されるべきものであるとの Baxter の見解は、次の二つの見方に依拠している。すなわち、垂直的制限が市場力の獲得または行使を促進するのであれば、協力が必要な者の抵抗を受けるはずであるということ、および垂直的制限が効率性を増大させる部分的な垂直的統合

(partial vertical integration) の一種であるということである。そうである限り、垂直的制限に対する規制は最小限にとどめなければならないという。

それ故、思慮のある法的ルールとしては、①司法省、FTC、私訴における原告は、当該垂直的制限がどのように市場力の形成、行使を促すのかを示すとともに、そのために必要な条件をも示さなければならない。②これが成功した場合には、被告は当該制限が市場の失敗に対応する目的をもつものであること、取引費用を減じ、あるいは只乗り問題に対処するためのものであることを立証する責任を負う。③これが行われたと認められる場合には、司法省、FTC、私訴における原告は、当該制限が実は競争者間の共謀の結果生まれたことを立証することができると勝訴する。以上のルールは、Baxterによれば再販と抱き合わせ販売については、現在の判例法よりも緩和された結果をもたらすであろうが、その他の垂直的制限（テリトリー制、顧客制限、排他条件付き取引）については、ほとんど当然適法とする現行法よりむしろ厳格な結果となるであろう⁽²⁹⁾。

(c) P. Areeda

Areeda教授は、最低再販価格協定を当然違法と判断したとされるDr. Miles判決について、再販がメーカーの利益には決して奉仕せず、常に販売業者間のカルテルと同じ効果をもつという誤った前提にたつ限りで、再検討されてよいという⁽³⁰⁾。

まず、Areedaはディーラーサービス論について、販売業者間の価格競争を制限することによって、安売り業者による只乗りを防止しつつ、広告、テスト、消費者への販売前のアドバイス、知識の豊富な販売員による迅速なサービス、有利な信用条件、無料配達など非価格競争を促すことができるというメーカーの正当な利益に奉仕するもので、ある程度の理論的妥当性をもつとはいえ、再販の歴史的経験からも、また只乗り防止措置としての有

効性からも疑問が残るとする。すなわち、歴史は再販がディーラーサービスが提供されない商品（例えば練り歯磨き）について行われてきたことを示しているし、只乗り防止措置としても、再販は効率的な販売業者が十分なサービスを伴いつつ低価格で競争することを妨げるのみならず、パッケージ・プライシング（再販商品と他の商品とを組み合わせる再販商品だけの価格で販売することによって、値引きを行うこと）など実質的な安売りを防止することもできない。

他方、II 1 (1) でみたように、dealer power とメーカー間の協調を促進、強化するという再販の反競争的危険性は明らかであると考えるところから、Areeda が最低再販価格協定に関して採用するアプローチは、「構造化された (structured) 合理の原則」である。すなわち、原告と被告が主張しうる再販の反競争的危険性と便益とを限定し、事前に立証責任の配分を決定した上で、両者の主張とそれを支える証拠の優劣により、合法、違法を判断するというアプローチである。³¹⁾ その具体的内容は、以下のとおりである。

(i) 次のように定式化された反競争的危険性の要因に関する証拠が原告によって提出された場合、これが存在しないことを被告が証明しない限り、当該再販は反競争的効果を有すると推定されなければならない。

この場合、被告は市場環境が生産者の暗黙の協調を促進するものでないこと、または消費者が商品選択の余地を奪われないこと等を示す決定的でない証拠によって反競争的危険性が存在しないことを証明することはできない。

① 生産者の集中（上位四の事業者が五〇%以上の市場占拠率を有し、またはハーフィンダール指数が一〇〇〇を超える市場において、当該再販が行われていること）

② 販売業者の集中（上位四の事業者が五〇%以上の市場占拠率を有し、またはハーフィンダール指数が一〇〇

○を超える卸売市場または小売市場において当該再販が行われていること)

③ 小売市場において再販が広範な範囲において行われていること（小売市場において、ある商品の五〇％以上が再販の対象となっていること）

④ 販売業者による發議（ある生産者の商品を地域的に、もしくは全国的に三〇％以上販売する支配的な販売業者（dominant dealer）または販売業者が共同で再販を要望し、または要求する場合）

⑤ 強力な商品の存在（小売市場において三〇％以上のシェアを有する商品）

⑥ 支配的な販売業者の存在

⑦ 選択的な再販の実施（ある生産者の商品について再販が二、三の地域市場においてのみ行われる場合）

⑧ 同質的（homogeneous）商品について当該再販が行われていること⁽³²⁾

(ii) (i)の①ないし⑧によって、再販が反競争的效果を有すると推定される場合、被告が主張し、立証しようとする正当化事由との比較衡量を次のように行う。

A. ⑧のように再販が正当な利益に奉仕することがありえない場合には、正当化の余地がない。

B. デイラー・パワー以外の危険性については、生産者が正当な事業上の問題を有すること、それが取るに足りなくない問題であること、再販がその解決に合理的に関係すること、より制限的でない他の代替措置が問題の解決に著しく有効でなく、または著しく費用を要することを証明した場合にのみ、反競争的危険性と再販の奉仕する正当な利益とを衡量し、正当化されることがありうる。

C. デイラー・パワーの危険性を示す要因のうち②、③が問題で、販売業者の集中度が非常に大きく、または

著しく広い範囲にわたって再販が行われる場合には、Bのアプローチがとられねばならない。

また、集中度が右の場合ほど大きくなく、広い範囲にわたって行われない場合または④の場合には、Bで述べた事項に関する実質的証拠により、より制限的でない代替措置以外の正当化事由を証明することによって、被告が勝訴することができる。

さらに、⑤、⑥、⑦のような弱い危険性の要因については、Bで述べた事項に関する実質的証拠を提出することにより、被告が勝訴することができる。⁽³³⁾

(4) W. S. Conanor・H. Hovenkamp

Conanor 教授は、垂直的地域制限および顧客制限を扱った一九六八年の論文⁽³⁴⁾では若干の例外は認めるものの、これらを当然違法とすべきだと結論づけ、垂直的価格制限についても黙示的に同様の結論が窺われたが、八五年の論文⁽³⁵⁾では垂直的制限全般についてやや緩和された感のある見解を述べている。それを再販についてみると次のようである。

すなわち、前述したように Conanor は再販が社会全体に及ぼす gain と loss を評価する際にはサービス (information と promotion) の増大が商品価格の増大にみあうだけの価値を有するか否かが問われねばならないという。Bork はサービスの増大が商品価格の上昇を上回ると消費者が考える場合のみ、生産者は再販を行うであろうというが、Conanor は消費者によってはそうとはいえない場合があるとする。例えば、ある商品について知識のない消費者にとっては再販が消費者余剰を増大させるとしても、その商品の使用方法等を熟知している消費者にとっては再販はかえって余剰を減少させる。従って、再販が常に消費者全体の余剰を増大させるとはいえず、また生産者余剰と消費者余剰の和、すなわち総余剰を必ず増大させるという命題も正しくないと結論づけ

るのである。⁽³⁶⁾

それ故、再販は合理の原則によつてケース・バイ・ケースで違法性を判断すべきだということになるが、これは現実には容易なことではない。それ故、訴訟経済のため次のような一般的な基準をたてることが実際的であろうとして、①一般に定着した商品 (established products) については大多数の消費者が精通しているので、当然違法原則か当該再販が消費者余剰を増大させることを被告が立証しなければならぬという形での合理の原則によつて律する、②新製品について再販が行われる場合または新規参入者が行う場合には (消費者余剰は減少しないから) より寛大に合理の原則が適用されるべきである、という。⁽³⁷⁾

他方、同様な分析を行った Hovenkamp 教授は、経済学だけの問題としては再販は rule of reason によることになるが、議会がその維持を求めていることを理由に当然違法原則がなお適用されるべきであるという結論を導く。⁽³⁸⁾ Hovenkamp がこのような結論に達したのは、一九七五年に制定された The Consumer Goods Pricing Act によつてそれまで存在した再販の適用除外が廃止されたこと等によつて示された議会の意思を尊重しなければならないとの考えがあると思われる。

(5) J. J. Flynn & J. F. Ponsoldt

Flynn と Ponsoldt 両教授は立法史から明らかな反トラスト法の目的として—E. Fox 教授の表現をかりて⁽³⁹⁾—①経済力の分散、②業績に基づいて競争する自由と機会、③消費者の満足、④競争過程の保護をあげ、垂直的な価格 (ならびに顧客および地域) 制限は価格を競争的水準以上にするために競争を廃棄し、制限の犠牲者と消費者から実行者に競争の廃棄を通じて富を移転させようとするものであり、この点こそ議会の意図に根本的に反するといふ。

従って、垂直的制限は原則としてシャーマン法一条違反であるとの反証を許す推定(rebuttable presumption)がなされるべきであるとする。この場合、新古典派モデルに基づいて当該行為の合理性や効率性を主張することはできないが、反トラスト法の多元的価値に照らして公共の利益がいずれにあるか決定的でない場合もあるから、裁判所は当然違法と合理の原則の区別を、適法な行為と違法な行為の厳格かつ迅速な(hard and fast)類型分けとしてではなく、適法、違法の推定の程度を変化させる証拠に関する区別として理解されねばならない、という。当然違法ルールについていえば、それは特定のケースにおいて私的協定が競争過程を廃棄する程度に依じて反証可能性を認めつつ、証拠上、違法性が推定される場合に適用されるルールとして扱われるべきであるとする。このアプローチによれば、垂直的価格制限は、制限の実施者に絶対的な財産権の主張を許し、販売業者が競争上のメリットに基づいて競争する自由と機会を直接に侵害し、通常、消費者に高価格をもたらすから、相対的に決定的な(conclusive)違法性の推定が正当化される⁽⁴⁰⁾という意味で当然違法なのである。

(6) L. A. Sullivan

Sullivan 教授は再販について当然違法ルールが維持されるべきであるとし、その理由として、①生産者の利益を理由として再販が合法化されれば、しばしばその陰に潜んでいる販売業者または生産者のカルテルがカモフラージュされてしまう、②生産者が再販によって達成しようとするといわれる販売前サービスの提供もRPM以外のより制限的でない他の方法によって達成できる、③販売業者の独立性を維持すること(強制から守ること)には非経済的な価値がある、④再販によって良好な消費者サービスが提供できるという生産者の主張は、「販売業者をとりしきる生産者が行う管理された意思決定、中央集権的な意思決定が競争的市場において販売業者によって行われる決定よりも良好なものである」という競争理念とは矛盾する前提がある⁽⁴¹⁾という。

- (1) 8 P. Areeda, ANTITRUST LAW 33-148 (1989).
- (2) R. H. Bork, THE ANTITRUST PARADOX-A POLICY AT WAR WITH ITSELF 292-3 (1978).
- (3) こうした「dealer power」が発揮された有名な一例は、一九三〇年代中頃、Pepsodent社がカリフォルニア州において練り歯磨きの再販を取りやめたところ、全米医薬化粧品小売業者協会 (NARD) が同社製品をボイコットし、その圧力によって再販制への復帰を余儀なくさせただけでなく、二万五千ドルを公正取引法制定のためのロビーイング活動資金として拠出させたという事件である。(See, Lerner, Vertical Price Restraints: Per Se or Rule of Reason?, in ECONOMICS AND ANTITRUST POLICY 131 (R. J. Lerner & J. W. Meehan, Jr. ed. 1989).

- (4) Bork, supra note 2, at 293-5.
- (5) 8 P. Areeda, supra, at 101-2.
- (6) Ornstein, Resale Price Maintenance and Cartels, 30 Antitrust Bull. 401, 415-25 (1985).
- (7) Ippolito, Resale Price Maintenance: Empirical Evidence from Litigation, 34 J. L. & Econ. 263, 281-9 (1991).
- (8) 8 P. Areeda, supra, at 104-7 (1989).ただし、AreedaとOrnsteinとの間に触れぬ。
- (9) そのほかOrnsteinも留保するが、統計資料上の制約の問題がある。司法省に関する事件は判決が下されたものに限られており、同意判決 (consent judgement) や被告人の不抗争の答弁 (plea of nolo contendere) によって解決した事件については記録に残らないので不明である。またFTCの審決に関して、OrnsteinはCommerce Clearing House社の資料に依拠しているが、同社による審決の要約が始まった一九四二年以前の審決は参

照されていない。

- (10) 8 P. Areeda, *supra*, at 240-3.
- (11) 本文に取り上げたもの以外にも、経済学が提示する再販の正当化事由としては、「継起的独占 (Successive monopoly) における二重マーシニ化 (double marginalization) の防止」などがあげられるが、ここでは省略する。本文に述べた正当化事由も含めて、これらについては、成生達彦「垂直的価格制限の理論分析」、中田善啓・成生達彦・丸山雅祥編著『マーケティングのニューウェーブ』一七一頁以下(一九九〇)、上田薫「垂直的制限行為と経済厚生」、南山経済研究四巻三号三九五頁以下(一九九〇)、吉田明子「再販売価格維持行為…理論的展望」、経済研究年報(東洋大学経済研究所)一七号三七頁以下(一九九一)、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・西村清彦編『日本の流通』一三一頁以下(一九九一)、丸山雅祥「日本市場の競争構造」一六〇頁以下(一九九二)、大録英一「垂直的制限の公正競争阻害性について(1)〜(8)完」公正取引四九八〜五一五号(一九九二〜三)を参照。
- (12) Telser, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?*, 3 J. L. & Econ. 86 (1960).
- (13) F. M. Scherer & D. Ross, *INDUSTRIAL MARKET STRUCTURE AND ECONOMIC PERFORMANCE* 551-2 (3rd ed., 1990).
- (14) See, Yamey, *Introduction: the Main Economic Issues*, in B. S. Yamey, ed., *RETAIL PRICE MAINTENANCE* 14 (1966).
- (15) Steiner, *Manufacturers' Promotional Allowances, Free Riders and Vertical Restraints*, 36 *Antitrust Bull.* 383, 410-1 (1991). ロウレンソン・パットマン修正については、メーカーが販売業者に販売促進費用を支払うことは

クレイトン法に違反するから、これを恐れてメーカーは再販を選択するのだという見解が、しばしばみられる。しかし、同法は販促費用が「当該製品もしくは商品の流通において競争関係にある他のすべての顧客に、比例的に公平に同等の条件で与えられ」(2条d項)を限り、違法とならなないのであるから、これは弁解に過ぎないと Steiner が述べられている。

- (16) Klein & Murphy, Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms, 31 J. L. & Econ. 265 (1988).
- (17) Adolph Coors Co. v. FTC, 497 F. 2d 1178 (10th Cir. 1974).
- (18) Marvel & McCafferty, Resale Price Maintenance and Quality Certification, 15 Rand J. Econ. 346 (1984).
- (19) Lenox, Inc. v. FTC, 417 F. 2d 126 (2d Cir. 1969).
- (20) ただ法学的・規範的評価と密接に関連する経済厚生上の効果については、Klein & Murphy 及び (一) において (4) 及び Comanor の見解を詳しく簡単に批判して、inframarginal な消費者については垂直的制限が価格引き上げ効果をもつに限らなかつた、あるいは商品イメージに関する販売促進サービスは inframarginal な消費者が価値を見いだすものであることを指摘して、垂直的制限と取引停止の威嚇によるディーラーサービスの提供が marginal な消費者ならびに、inframarginal な消費者の余剰をも増大させることを示唆する (Klein & Murphy, supra note 16, at 291.)。また Marvel & McCafferty の議論については、See, Marvel & McCafferty, The Welfare Effects of Resale Price Maintenance, 28 J. L. & Econ. 363, 369-373 (1985).
- ただし彼等の Comanor の脚注論については、Comanor, The Two Economics of Vertical Restraints, 21 Sw. U. L. Rev. 1265, 1270-76 (1992) を参照されたい。

(21) なお前出の Ippolito 論文の力点は、ディーラーサービス理論や品質保証理論の妥当性を統計的に実証しようとする

することにあり。すなわち前述した母集団のうち、私訴の五二・五%、政府訴訟の四二・五%が消費者にとって購入前に情報が必要な「複雑な」商品に関する事件であり、また私訴の四三%および政府訴訟の二八%が販売店が商品の品質に影響を与えることのできる商品に関するものであるとし、このことからディーラーサービス理論や品質保証理論が、垂直的価格制限の行われる動機をよりよく説明することができることを主張するわけである。

こうした Ippolito の分析に関して統計学上の問題を論ずることは私の能力を超えることであるから、ここでは次の点だけを指摘しておきたい。それは Ippolito が「複雑な商品」あるいは「品質保証にとって販売店の役割が重要である商品」として分類した商品リスト (supra note 7, at 284-5 (Table 8 & 9), 287-8 (Table 10 & 11)) を逐一検討すると、果たして複雑な商品といえるか、あるいは販売店が品質保証のために重要かどうか疑問が生じるものが含まれていることである。例えば、銀食器、限定版皿 (limited edition plate)、電気掃除機、製氷機 (ice machine)、グルメ調理用器具、家具、キッチンキャビネット、ゴルフ用品、スキー用品、スキー服などは見方によっては購入前情報が必要な「複雑な」商品とは必ずしも言えないであろう。このように Ippolito の分類は議論の余地が大いにあるだけでなく、ディーラーサービス理論や品質保証理論の相対的な妥当性が認められるとしても、それだけですべての事件を説明することができないことは Ippolito も認めるとおりである。その限りではカルテル理論の妥当性も否定されたいといふことになる。

- (22) R. H. Bork, supra note 2, at 288-98 (1978); Resale Price Maintenance and Consumer Welfare, 77 Yale L. J. 950 (1968); A Reply to Professors Gould and Yamey, 76 Yale L. J. 731 (1967); The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division, 75 Yale L. J. 373, 397-475 (1966). (以下、最後の論文を The Rule of Reason として引用する。)

- (23) Posner, *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, 48 U. Chi. L. Rev. 6 (1981).
- (24) R. H. Bork, *supra* note 2, at 292-3, *The Rule of Reason*, 405-410 (1966). この論文は、区鑑として、ハー（一）に採られた Areeda の取扱いを参照せよ。
- (25) *Id.* *supra* note 2, at 293-5, *The Rule of Reason*, 411-415.
- (26) Telser, *supra* note 12.
- (27) Gould & Yamey, *Professor Bork on Vertical Price Fixing*, 76 Yale L. J. 722 (1967); *Professor Bork on Vertical Price Fixing: A Rejoinder*, 77 Yale L. J. 936 (1968).
- (28) Comanor, *Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy*, 98 Harv. L. Rev. 983, 990-8 (1985). 同論文を註せよ。F. M. Scherer & D. Ross, *supra* note 13, at 541-8 (3rd ed., 1990) にもこの点について Scherer, *The Economics of Vertical Restraints*, 52 Antitrust L. J. 687 (1983) を参照。
- (29) Baxter, *The Viability of Vertical Restraints Doctrine*, 75 Cal. L. Rev. 933 (1987). また Baxter, *Vertical Restraints and Resale Price Maintenance: A Rule of Reason Approach*, 14 Antitrust L. & Econ. Rev. 13 (1982) を参照。
- (30) 8 P. Areeda, *supra*, at 254.
- (31) *Id.* at 390-2.
- (32) ①から⑥までのことだが、*see, Id.* at 378-80.
- (33) 本文で述べた Areeda の「構造的合理の原則」と一九八五年司法省垂直的制限ガイドラインとはどのような関係

にあるのだろうか（司法省のガイドラインは主としてテリトリー制、顧客制限、専売店制、抱き合わせ販売など非価格制限に関するものであるが、価格に関する明白な合意がない限り、本ガイドラインが適用されると述べていることから明らかなように垂直的価格制限の一部にも適用があることは確かであり、当時の司法省の主観的意図としても価格制限にも適用しようと考えていたと思われるから、以下の論述は両者の比較が可能であるとの前提にたっている。また Areeda の提案は裁判所が当然違法原則を放棄し、それに代って用いられることを念頭においているのに対して、司法省のガイドラインは同省が提訴するか否かの指針であるから、両者は目的も異なる。しかし、それにもかかわらず、両者の内容や基本的発想には明らかな類似性がみとめられることから、両者の比較は可能であるだけでなく、有意義でもあると思われる（なお司法省ガイドラインについては、松下満雄「米司法省の『垂直的ガイドライン』の検討（上）（下）」NBL三二四、三二五号、公正取引委員会事務局官房渉外室「米国司法省の垂直的取引制限に関するガイドラインの概要」、根岸哲「米国司法省『垂直的制限ガイドライン』を読んで」いずれも公正取引四一四号などを参照）。

両者の内容上の異同についてみると、まず反競争的危険性の捉え方に関しては Areeda はメーカーの協調の促進、強化と dealer power であるとし、司法省ガイドラインは共謀（および一排除）をあげる。後者のいう共謀に販売業者のカルテルも含まれるとすれば、両者の捉え方の差異はほとんどない（ただし、Areeda は反競争的危険性の内容として「消費者の商品選択の余地が著しく狭まること」をあげるとみることもでき、そうだとすればガイドラインより広い危険性を根拠としているということになる）。次に反競争的危険性の要因ないし指標については、司法省ガイドラインは垂直的制限指数（vertical restraint index）一二〇〇以上、制限対象比率（coverage ratio）六〇％以上をあげるのに対し、Areeda はハーフィンダール指数二〇〇〇以上、制

限対象比率五〇%以上であるとする。ここで注意を要するのは司法省の垂直的制限指数とAreedaのハーフィンダール指数の算定の基礎が異なることである。司法省ガイドラインは当該垂直的制限を行う事業者について算定するのに対し、Areedaは当該制限が行われる市場についてみる。Areedaによれば、問題は垂直的制限が当該市場におけるメーカー間の協調を促進、強化することであるから、集中度は制限を行う企業ではなく、当該市場についてみる必要があるとして司法省ガイドラインを批判する (*Id.* at 389-90.)。さらに最も重要な違いはAreedaの構造的合理の原則にあつては、本文で述べたように反競争的危険性の要因の存否について立証責任の配分が行われているのに対し、司法省ガイドラインはこれに何ら触れるところがないことである。ガイドラインは司法省の提訴するか否かの指針であるから、その意味では当然であるが、裁判において利用することには限界があるといふことにならう。

- (34) Comanor, Vertical Territorial and Customer Restrictions: White Motor and Its Aftermath, 81 Harv. L. Rev. 1419 (1968).
- (35) Comanor, Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy, 98 Harv. L. Rev. 983 (1985).
- (36) F. M. Scherer & D. Ross, *supra* note 13, at 548 (3rd ed., 1990) ⁹⁰ *Id.*
- (37) Comanor, *supra* note 35, at 1000-2.
- (38) Hovenkamp, Fact, Value, and Theory in Antitrust Adjudication, 1987 Duke L. J. 897, 911, n. 64.
- (39) Fox, The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium, 66 Cornell L. Rev. 1140 (1981).
- (40) Flynn & Ponsoldt, Legal Reasoning and the Jurisprudence of Vertical Restraints: The Limitations of

Neoclassical Economic Analysis in the Resolution of Antitrust Disputes, 62 N. Y. U. L. Rev. 1125, 1145-51 (1987).

(41) L. A. Sullivan, HANDBOOK OF THE LAW OF ANTITRUST 377-87 (1977).

結びにかえて

アメリカにおける垂直的価格制限規制は、禁止と許容の間において幾度かの変遷を辿ってきた。一九〇〇年から三〇年代後半まで再販規制は、一部の例外を除いて最高裁判決も連邦および州の立法も著しく許容的であった。四〇年代以降七〇年代半ばまでは許容的な立法も例外的に存在したが、時代の風潮も最高裁判決も再販禁止に態度をあらためた。しかし七〇年代後半以降、シカゴ学派の抬頭に影響されて最高裁および反トラスト法執行機関は許容的な態度を、連邦議会は禁止的な姿勢をとるという状況にある。

七〇年代後半以降の共和党政権下における行政府、司法府と立法府の垂直的価格制限規制をめぐる対立状況は、学界レベルにも反映しており、それは最低再販価格協定の違法性原則をめぐる学説の対立に最も端的にあらわれている。再販の違法性根拠と正当化事由の評価とも絡むこの学説の対立は、最低再販価格協定を「当然適法」とする見解と当然違法とする見解を両極として、その中間に様々な学説のスペクトラムを形成するにいたっている。

この学説の対立に特徴的なことの一つは、経済学におけるシカゴ学派とハーヴァード学派の対抗が反トラスト法学に持ち込まれていることである。Telser理論に依拠するBork、PosnerとComanor、Schererの対立に明

白にみとめられることであるが、反トラスト法学における経済学の影響の大きさに改めて驚く。

アメリカにおける垂直的価格制限規制の歴史的展開と学説の対立を概観した本稿は、わが国の独占禁止法における再販および取引拒絶規制にとってアメリカ法がどのようなように参考になるかという課題を考察するための前提となる作業であった。アメリカにおける諸学説の優劣や相対的妥当性をそれ自体として敢えて評価しなかつたのは、このような本稿の目的によるものである。すなわち、小稿の目的は、再販規制のあり方をめぐるアメリカ反トラスト法学の論議に直接参加したり、判例や学説をあれこれと評釈することではなく、日本法にとっていかなる示唆が得られるのかを考える上で前段階となるアメリカ法の議論を整理することにあつたわけである。日本法への示唆を考える比較法的考察は、紙幅の関係上、別稿において行うこととする。