

再販およびその補完行為規制強化のための独禁法の  
解釈について

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	<a href="https://doi.org/10.14945/00008827">https://doi.org/10.14945/00008827</a>

# 再販およびその補完行為規制強化のための

## 独禁法の解釈について

土田 和博

はじめに

### I 再販と不当な取引制限

一 相互拘束と共同遂行

二 課徴金

三 反トラスト法の学説

### II 再販補完行為と不公正な取引方法

一 対象の限定

二 単独・直接の取引拒絶

三 タテの共同取引拒絶規制の可能性

四 対面販売と拘束条件付き取引

五 対面販売の差別的取扱い

## はじめに

拙稿「垂直的価格制限と日米の独禁法<sup>(1)</sup>」において、私は三つのことを指摘した。すなわち、①単一生産者主導による再販売価格維持行為（以下、再販という）の目的が経済効率の向上による販売量の増大にあり、消費者の利益に合致するから、原則として適法とすべきであるとの見解は、アメリカ反トラスト法のディーラーサービス理論に基づく当然適法論によるものと考えられるが、これは本来、すべての商品に妥当するものではなく、妥当する範囲においても一義的で明確な結論を導くものではないから、不公正な取引方法・一般指定一二項にいう「正当な理由」に只乗りを防止してディーラーサービスが提供される一般的な必要性を含ませることは、日本法の解釈論として適当でないこと、②日米の垂直的価格制限に対するアプローチの仕方は基本的には異なっており、日本では再販は、新聞販路協定事件後、不公正な取引方法の一類型である拘束条件付き取引、あるいは再販価格の拘束として捉えられてきたのに対し、アメリカではシャーマン法一条はもちろん、FTC法五条の運用においても、「契約、結合または共謀」すなわち共同行為ないし合意として把握されてきた。しかし、両者には類似する部分もあって、例えば反トラスト法では商品供給者が取引を停止する旨の威嚇によって販売業者に再販売価格を遵守するよう強制する場合にも、強いられる同意をとらえて合意ないし共同行為が認定されるし、また日本では近年公表された公正取引委員会「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」において「メーカーと流通業者との間の合意によって、メーカーの示した価格で販売するようにさせている」ことも再販売価格の拘束に含まれるとしているからである。③しかし、違反抑止力に着目すると日米の差は大きく、独禁法一九条違反には排除措置が命じられるにとどまり、損害賠償訴訟は到底、抑止力になっていない常況にあるから、何らかの形

で再販抑止力の強化が図られるべきではないか。その一つの試みとして再販を不公正な取引方法(二条九項四号)だけでなく、要件を充足する限り不当な取引制限(二条六項)としても規制すべきではないか、と主張した。<sup>(2)</sup>

以上のうち③については、どのような場合に不当な取引制限が成立するかに関して簡単な例を既に示したが、この点に関連して残された課題としては、(i)二条六項の定義規定に即して要件事実をつめてみることに、とくに不当な取引制限の行為要件である相互拘束と共同遂行に関して、どのような場合がこれに当たり、どのような場合がこれに該当しないのかをつめること、(ii)課徴金の対象事業者をどのように特定するかを検討することが重要である。本稿のIは主としてこの課題を考察することを目的とするものである。<sup>(3)</sup>

またIIでは再販売価格の制限と関連し、これを補完すると考えられる取引拒絶および販売方法の拘束を扱うが、それは反トラスト法における垂直的価格制限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なども含み、後者に関する判決も多数に上るところから、とくに取引拒絶に関する日米の比較法的考察も残された課題だったからである。<sup>(4)</sup>

(1)経済法学会年報第一五号九一頁(一九九四年)。なお、アメリカにおける垂直的価格制限規制の展開とこれに関する学説について詳細は、拙稿「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」法経論集七二号三九頁(一九九四年)を参照されたい。

(2)再販を私的独占として規制すべきであるという見解も少なくない。例えば、鈴木孝之「私的独占の行為概念と構成要件の解釈」『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』三八七頁以下(一九九三年)では、事業者が他の事業者をボイコットする場合には、ボイコットされた事業者の事業活動が排

除されることが直接的な問題であることから、単独の独占的企業がこれを行えば単独の私的独占として、また複数の事業者が共同して行う場合には（不当な取引制限ではなく）通謀による排除行為としてこれも私的独占と解すべきであるとし（三九〇―一頁）、再販についてもブランド間競争が制限されている市場において行うことは、これによりブランド内競争をさらに制限することであり、当該市場における競争の可能性をさらになくす（一定の取引分野における競争の実質的制限の「強化」として、私的独占として問題すべきであるとされる（四〇一頁）。

後述のように（一―）、商品供給者が販売業者に再販売価格の遵守を一方的に強制する場合には私的独占が成立する可能性を否定しないが、商品供給者だけでなく販売業者も自発的に再販売価格の引き上げ、維持等を欲し、これに合意する場合には、相互拘束または共同遂行に当たると理解する方が実態に適合した解釈であると考えるから、本稿では主として不当な取引制限として規制する場合の問題点を検討することとする。

（3）さらに再販を不当な取引制限として規制する場合、「一定の取引分野における競争の実質的制限」に関しても、検討すべき新しい問題があるかも知れない。ここでは、製造業者または販売業者それぞれを含む競争の場のいずれかにおいて、市場支配力が発生することが必要であるとひとまず解しておくが、この点については将来、再検討する可能性を留保したい。

（4）前掲、法経論集七二号九六頁参照。

## I 再販と不当な取引制限

不当な取引制限が取引関係にある事業者間でも成立する可能性があるというのは、新聞販路協定事件<sup>(1)</sup>後も多くの学説が主張し続けてきたことであるが、公正取引委員会も近年、方針を変更してこれに従うことを明らかにした。すなわち、公取委が一九九一年に公表した「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」(以下、ガイドラインという)は、「第一部第二共同ボイコット」中の「取引先事業者等との共同ボイコット」において、取引先事業者との間でも共同ボイコットが成立するとし、しかもそれが一定の場合には不当な取引制限に該当する可能性を認めた。アメリカからの要請に応えたものとはいえ、母法であるアメリカ反トラスト法ではタテの共同ボイコットもシャーマン法一条違反とされること、また独占禁止法二条六項には「取引の相手方を制限する」という文言があること等から、このような方針の変更は是認できる。

この場合ガイドラインは、相互拘束について「その内容が行為者すべてに同一である必要はなく、行為者のそれぞれの事業活動を制約するものであって、特定の事業者を排除する等共通の目的の達成に向けられたものであれば足りる<sup>(3)</sup>」としている。拘束の相互性は必要でも共通性までは必要でないというのが公取委ガイドラインの立場である。ガイドラインの「相互拘束」の解釈が注目されるのは、再販との関係でもこの相互拘束の要件を充足する場合があると考えられるからである<sup>(4)</sup>。そうだとすると、競争の実質的制限の要件をも満足させるケースについては、抑止力強化の観点から課徴金と刑事罰の対象となりうる不当な取引制限として規制するうえで、理論上の障害はなくなっているということになる。

ガイドラインの右のような解釈は、新聞販路協定事件判決あるいは東宝・新東宝事件判決<sup>(5)</sup>とは相容れないから、公取委は適当なケースがあれば判例変更を求めるのも辞さない方針のようである。そこで以下では、再販が不当な取引制限として規制される場合の問題点を反トラスト法の学説をも参照しながら検討したい。

## 一 相互拘束と共同遂行

不当な取引制限の行為態様としての相互拘束と共同遂行に関して、後者を独立の要件と解する説と解さない説とがあることは周知のところである。ここではまず、独立の要件と解さない説、すなわち不当な取引制限の本体は複数の事業者による事業活動の相互拘束・制限にあるとの説（公取委はこの立場にあると考えられる）と共同遂行を独立の要件とみる説とで、どのような場合が行為要件に該当し、どのような場合が該当しないかの結論がいかに異なるのかを検討したい。

公取委ガイドラインの立場にたてば、例えば、①複数の製造業者と複数の販売業者が共同して一定の価格を維持するために、製造業者は販売業者に対して一定の価格を下回る価格で販売しないよう拘束・制限し、販売業者は製造業者に対して安売り販売業者に商品を提供しないよう拘束・制限するといった場合、あるいは単一の製造業者であって市場占拠率の大きなものが複数の販売業者と同様の制限を行う場合には、相互拘束の要件を充足すると思われる。

しかし、拘束の相互性が要求されている以上、拘束が一方的である場合には相互拘束に該当せず、不当な取引制限は成立しないことになる。例えば、②市場占拠率の大きな製造業者から出荷停止やリベート削減等の不利益を示唆されて一定の再販価格による販売を強制されるだけで、自らは製造業者に何らの制限をも課さない販売業

者は、不当な取引制限を行うものとはいえない。この場合にはむしろ製造業者による私的独占が成立する可能性があるといえよう。<sup>(6)</sup> また③複数の製造業者から一定の再販価格による販売を要請された複数の販売業者は、これを黙認し、また販売業者から安売り販売業者に商品を供給しないよう要請を受けた製造業者はこれを暗黙裡に遂行するにすぎない場合も相互拘束に当たるといえるかは微妙であろう。

他方、共同遂行を独立の要件とみる説にたつと、どうであろうか。②製造業者から一定の再販価格による販売を強制されるだけで、安売り販売店への供給制限を含めて自らは製造業者に何らの制限をも課さない販売業者は、自発的に再販に参加しておらず、共同ないし共通の認識に欠けるから共同遂行の要件も充足しないと考えられる。しかし、③の場合および④製造業者から一定の再販価格による販売を要請され、これを販売業者が黙認する場合には通常、共同・共通の認識があり、共同遂行の要件を充足するといつてよからう。

以上のように、①、②に関しては共同遂行を独立の要件とみる説、みない説ともに結論は変わらないが、④の場合には異なる結論を導き、③にもその可能性があることになる。私見は二条六項の文言が相互拘束「または」共同遂行であるにもかかわらず、両者を実質的に同一の要件とみななければならない説得的な理由が提示されているとはいいたいこと、また本稿が「はじめに」で述べたように違反抑止力の強化が焦眉の課題であるとの認識に立つこと等から、規制範囲の広い共同遂行を独立の要件とする説に立ちたいと考える。そうすると、相互拘束または共同遂行という行為要件を充足するのは、右の①、③および④の場合である。

## 二 課徴金

再販を不当な取引制限として規制する場合、当該不当な取引制限は「商品若しくは役務の対価に係るもの」(七



条の二)であるから、公正取引委員会は課徴金を命じなければならない。右に述べた共同遂行を独立の要件とみる見解に立つて、課徴金を命じられる事業者を整理しておこう。

(1) まず、複数の同業者が共同してその取引の相手方を行う共同再販の場合も、単一の生産者が取引の相手方である複数の販売業者と行う個別再販についても、生産者が販売業者への売渡価格(生産者価格)を引き上げ、販売業者も再販売価格(卸売価格または小売価格)を引き上げる場合には、再販による不当利得は生産者にも販売業者にも発生し、課徴金の納付は生産者と販売業者に命じることができる。しかし、例えば生産者が卸売業者に卸売価格を維持するよう指示するにとどまり、生産者価格は引き上げない場合には不当利得は卸売業者にのみ発生するから、課徴金納付命令も卸売業者に対してのみ命じ得ることとなる<sup>(7)</sup>。

(2) 次に、一でみた①または③の事業者、すなわち相互拘束または共同遂行の要件を充足する事業者に不当利得が発生する限り、これらの事業者が課徴金納付命令の対象となることは問題ない。また②の事業者、すなわちメーカーから経済上の不利益(リベートの削減や出荷停止など)をもって再販売価格の遵守を強制される販売業者については、前述したように、共同遂行を独立の要件とみる説に立つても、不当な取引制限の実行行為者ではないから、当然に課徴金の納付を命じられることもない。これらの販売業者にも利得が生じている可能性があるが、不当な取引制限違反行為者でない事業者に課徴金の納付を命じることができない。さらに④の場合、メーカーだけでなく、その要請を黙認した販売業者も違反行為者であり、課徴金の納付を命じることができる。

以上のような結論、とりわけ②の強制された事業者を不当な取引制限の違反行為者とみるべきでなく、違反責任を追求すべきでもないとする結論は、アメリカ反トラスト法の学説とも一致するものと考えられるから、右の点を補強する意味で次に Areeda と Sullivan 両教授の学説を概観しよう。

### 三 反トラスト法の学説

アメリカ反トラスト法の再販に対する接近方法が、シャーマン法一条のみならずFTC法五条の運用においても、メーカーと販売業者等との間に取引を不当に制限する「契約、結合または共謀」を発見しようというものであることは既に述べたところである。<sup>(8)</sup>ここでの問題は、シャーマン法一条違反がメーカーとメーカーから再販価格の遵守を強制された販売業者間で成立するか、あるいは違反が成立したした場合、反トラスト法上の責任が被強制事業者にも発生するかである。例えばフランチャイザーの指示した再販価格に抵抗するフランチャイジーが、フランチャイザーとともに他のフランチャイジーをシャーマン法一条違反として提訴した場合、訴えられたフランチャイジーの中にも、再販価格を強制された「被害者」が存在する場合、この者も違反行為者となり、三倍賠償を含む反トラスト法上の責任を負わねばならないかという問題である。これは反トラスト法が再販を基本的には共同行為ないし合意として捉えながら、その実、右の例のように強制的に再販を実施するケースをもシャーマン法一条の問題として取り込んできたことから派生する問題である。

Sullivanは、被強制事業者の責任を認めることに否定的であり、「法は（シャーマン法）一条違反に必要な行為の共同性を構成するために人または企業を包含し、同時に責任を負わせる際にその人または企業を排除することを学ばなければならないかも知れない」という。具体的にはメーカーと販売業者が垂直的な「結合(combination)」(シャーマン法一条)を構成する場合に、責任はその結合の構成員であること(membership)からではなく、結合に対する関与(responsibility)から生じるのであるから、積極的な役割を担い、(再販価格の遵守状況を)監視し、あるいはメーカーに対し再販制を要請した販売業者などは責任を負うとするのである。このアプローチは、

(メーカーの強制に対する) 単なる黙認 (acquiescence) を超える合意の上の関与 (consensual involvement) に責任の基礎をもとめるものである。<sup>(9)</sup>

Sullivan の示唆する別のアプローチは、販売業者による「事業上の強制 (business coercion)」の抗弁を寛大に扱うことである。物理的な脅迫のもとで刑事上の共謀を強制されたことを立証することができた者は刑事責任を負わないが、これと同じことが経済的強制についても妥当すると考えるべきである、<sup>(10)</sup> という。

Areeda も強制された事業者について、常にシャーマン法一条違反の「契約、結合または共謀」が成立するかは疑問であるとし (Areeda は違反が成立すれば、当然に責任も発生すると考えているようである)、違反が成立するか否かは、①競争を侵害するおそれと被強制者を含む当事者を共謀者として捉える必要性、②強制する者の正義、③強制される者にとっての正義という諸要素を個々のケースにおいて総合的に考慮することによって決すべきだ<sup>(11)</sup> という。(ただし Areeda は右の議論を、水平的カルテルも含めてカルテル一般において被強制事業者も違反行為者に含まれるかという文脈で行っていることに注意。)

右の考慮を垂直的的局面で例示すれば、①は強制によるとはいえ、商品供給者の再販価格の指示に販売業者が応じることは競争を侵害するおそれを有するものであるから、それがどの程度かを考慮する基準である。また強制を行った事業者だけにシャーマン法二条または FTC 法五条を適用できれば、あえて被強制者をシャーマン法一条違反に問う必要はないから、強制行為だけを問擬できないかという考慮である。②は、例えば特許権者が実施権者による侵害が行われている場合に裁判所に訴えて侵害行為の排除を強行する事例のように、強制する行為も強制する目的も合法的な場合には強制者 (特許権者) はシャーマン法一条に違反しないという結論を導く。<sup>(12)</sup> ③については、強制に応じる以外に他に取りうる途があったかどうか、被強制者に責任を負わせることが妥当かどうか

かといった考慮である。

問題は再販などタテのカルテルに限定した場合に被強制者が違反行為者に含まれるかどうかをどのように判断すべきかであるが、Areedaはこれ以上詳細に述べていない。ただ販売業者は威嚇と合法的な説得とを区別することが困難であるから、強制された販売業者に懲罰的な制裁を加えることは水平カルテルのケースより不正義のおそれが大きいと述べていることから、<sup>(13)</sup>被強制者をも一条違反に問うべきとAreedaが考えるケースは少ないのかも知れない。

(1) 東京高裁昭和二八年三月九日判決、高民集六卷九号四三五頁。

(2) 学説の概観については、和田健夫「垂直協定」独禁法審決・判例百選(第四版)四〇一頁(一九九一年)参照。

(3) 公正取引委員会事務局「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」一三―四頁(平成三年七月)。

(4) 金井貴嗣「流通・取引慣行ガイドラインをめぐる独占禁止法上の論点」ジュリスト九九二号一〇〇頁も参照。なお従来の学説中にも「市場において、一定の優位性をもっている売り手と買い手が、相互に排他条件を付す場合、あるいは相互に販売する商品を排他的に購入することを約する場合(相互契約、とりわけ対等な事業者間の互惠契約)などには、それをとおして形成される力の評価いかんによっては、不当な取引制限に該当するものといえる」と取引関係にある事業者の行う行為が不当な取引制限に該当する場合を具体的に明示する見解があった(正田彬『全訂独占禁止法I』二三九頁(一九八〇年))。ただ右の例で相互に排他条件を付す場合や相互に販売する商品を排他的に購入する場合は、拘束の相互性のみな

らず共通性まで認められるケースであろう。

(5) 東高判昭和二八・一二・七、高裁民集六卷一三三号八六八頁。

(6) ここでは野田醬油私的独占事件(昭三〇・一二・二七審決、審決集七卷一〇八頁、東高判昭三三・一二・二五、高裁民集一〇卷一二号七四三頁)が想起されるべきであろう。本件では、審判決ともに再販を通じての野田による他の最上三印に対する支配を認定したが、学説中には野田の支配は「小売業者の事業活動」に対して行われたと解するものもあった(今村成和『私的独占禁止法の研究(一)』二二九頁(一九六九年))。他の醬油生産者に対する間接支配を認める見解においても、「再販価格の強制」自体も支配行為であることを否定しない(正田彬、『全訂独占禁止法』一八〇頁(一九八〇年))ことからすれば、いずれの見解においても販売業者に対する一方的拘束は、私的独占にいう「支配」に該当する可能性が認められるわけである。

(7) この点に関しては、再販の類型別により詳細な検討が必要と思われるが、他日を期したい。

(8) 経済法学会年報一五号九五―六頁(一九九四年)、法経論集七二号六五頁以下、七〇頁の注四一(一九九四年)。

(9) L. A. Sullivan, HANDBOOK OF THE LAW OF ANTITRUST 396(1977)。この点と本文④に関する結論の差違は、日米独禁法間の、共同遂行という明文の規定の有無によって説明されるべきである。

(10) Id. at 396-7.

(11) 6 P. E. Areeda, ANTITRUST LAW 42-6(1986)。

(12) このような結論は日本では至極当然のことのように思われるが、アメリカでは事業者が自己の知的財産権

を侵害する実施権者を相手方として出訴しても、相手方から原告の提訴が反トラスト法違反行為を覆い隠す不実の訴え (sham litigation) である<sup>(1)</sup> Noerr 法理 (Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc., 365 U. S. 127 (1961)) の適用を受けないから、提訴それ自体が反トラスト法違反であるとの反訴をうける可能性があるわけである。本文の設例は、このような背景の下で考えられねばならない。

(3) 6 P. E. Areeda, supra note 11, at 48.

## II 再販補完行為と不公正な取引方法

### 一 対象の限定

IIでは不公正な取引方法・一般指定一二項の範疇に属する再販売価格を拘束する契約や行為以外の、その実効性を確保しこれを補完する非価格制限・行為のうち、取引拒絶と販売方法の制限について、継続的供給契約の解約に関する最近の判決を素材として、その違法性基準を中心に検討したい。

さて、継続的売買の解消をめぐる判例は古くから存在するが、最近、相次いで判決が下されているのは化粧品業界における継続的供給契約の解約に関する事件である。<sup>(2)</sup> これらは、特定の販売方法を小売業者が取らなかつたことを理由として解約を行ったとメーカーあるいはこれと一体となった販売会社が主張する事件であるが、いずれも原告が被告の親会社である制度品メーカーの化粧品を安売り販売しており、メーカーの希望小売価格がその

限りでは維持されなかったという共通点をもっている。その意味でこれらは再販売価格維持に絡んだ取引拒絶とみることができるといえよう（少なくとも右の一部の判決は、解約が再販売価格維持の目的ないし意図の下に行われたと認定している）。ただし、三つの判決は基本的には私法判例であるが、独占禁止法違反の有無を含めて検討しているから、本稿ではその部分に焦点をあわせることとし、以下、取引拒絶と対面販売の制限について検討する。

まず簡単に事実関係および判旨を概観すると、富士喜事件東京地裁判決<sup>(3)</sup>は、資生堂の販売会社である被告・資生堂東京販売が、基本契約書において求めていた相談・説明による消費者への化粧品の特約店契約を原告・富士喜が行わなかったことを直接の理由として契約を解除したところ、化粧品のディスプレイストアである富士喜が特約店契約に基づく契約上の地位確認と商品の引渡を請求した事件である。判決は、両者の取引が二八年間にもわたって継続されてきたことなどから、いわゆる継続的供給契約が成立しているとし、従って一方的解約ができるのは、信義則上、著しい事情の変更や相手方の甚だしい不信行為等、やむを得ない場合に限るとした。より具体的には「公取委ガイドラインをほぼそのまま引用して」特定の販売方法が商品の安全性の確保、品質の保持、商標の信用の維持等、当該商品の適切な販売のために合理的な理由があり、かつ他の小売業者にも同等の条件が課せられている場合には対面販売を要求することは許され、その約定に反することを理由に解約することも是認されるが、しかし販売方法に関する約定にそれほど合理的な理由が認められず、メーカー（販売会社）がこれを手段として小売業者の販売価格、販売地域、取引先等について制限を行っている場合には不当な取引制限であつて、それを理由に継続的供給契約を解消することは許されないとした。本件の対面販売条項に関しては、資生堂化粧品について皮膚トラブル等の安全性に疑問をもたれた例があつたとの証拠がなく、化粧品が使用方法の如何

により効能を失うものでもないこと、対面販売を要求することはかえって販売経費の増大を招き、大量販売を困難にし、小売価格維持の効果を生じさせること等の理由から、合理的な理由なしに販売方法を制限し、価格維持を図るものとして独占禁止法の法意にもとる可能性も大いに存するとし、従って解約の意思は効力を生じないと判示した。

これに対し控訴審判決<sup>(4)</sup>は、継続的供給契約の解除には取引関係を継続し難い不信行為の存在等やむを得ない理由が必要であるとしつつ、本件の事実関係の下では資生堂の解約にはやむを得ない事由があると判示した。判決がこのような結論に到ったのは、本件解約理由を主として富士喜が対面販売条項に適合した販売方法をとることに一旦合意しながら、これを守る姿勢を示さなかったことに求め、また対面販売条項については化粧品が人体の皮膚にアレルギー等を引き起こす可能性があるという商品特性や化粧品の販売が「もの」としての価値だけでなく、それを使用して美しくなるという機能をも販売するという面があること等から、合理性が認められるとしたことによる（合理的理由の有無は当該メーカーが必要と判断し、また一般的に考えてもそれなりに合理的なものであればよいという）。

さらに花王化粧品販売事件<sup>(5)</sup>の概要は以下のとおりである。顧客に対面して肌質にあつた同社製品を推奨し、使用方法等を説明助言する対面カウンセリング販売を被告・花王販売が推進してきたところ、原告・江川企画はこれに反して、職域販売と称して職場から電話等による注文を受け、メーカー希望小売価格の一・二割引きで販売してきた。被告は原告の仕入高が極めて多いことから原告が商品を横流ししているのではないかと考え、販売先、販売経路、代金回収方法等の説明を再三求めたが拒否されたため解約に及んだ。このように事実関係は富士喜事件と類似していたが（ただし、富士喜事件控訴審判決の事実認定との違いは、花王事件の場合には原告が当時花



王化粧品の唯一の安売り業者であったこと、富士喜事件では安売りを行う販売店であつて、解約されないものも存在したこと等である)、判決は、解約の主たる理由が職域販売における値引き販売と原告に対する安売り業者への卸販売(商品の横流し)の疑いであると認定し、それは再販売価格を維持する目的で本件解約におよんだものであつて独禁法違反であると明言した(不公正な取引方法・一般指定一二項)。

また対面カウンセリング販売の義務づけについても、傍論ながら特約店が短時間顧客に対面カウンセリングをしたからといって皮膚障害の発生可能性を大きく引き下げるものとは思われないのに、そもそもその可能性の少ない顧客の皮膚障害の発生可能性をさらに下げるために特約店に一律に対面販売を要求するものであるから、花王化粧品の適切な販売のために合理的理由があるか疑問であり、またかなりの負担である対面カウンセリング販売を特約店に強いることによつて事実上採算の面から値下販売を断念させようとの意図が全くないわけでもないこと、推知されること、対面カウンセリング販売が同社化粧品の販売促進に役立つとも思われないこと、顧客も化粧品に関して少なからざる知識をもっている上、詳細な使用説明書も添付されていること等に鑑みると、たとえ花王化粧品のシェアが約六・五%であり、業界六位であるとしても、個々の商品ごとに対面カウンセリング販売を要求する条項は独占禁止法にいう不公正な取引方法にも該当しかねないものと思料されると述べた(一般指定一二項)。

これらの事件を独占禁止法の視点から考えるならば、①メーカーあるいはこれと一体となつた販売会社による解約は、再販売価格の拘束(一般指定一二項)または不当な取引拒絶(一般指定一項または二項)に該当するか、②対面(カウンセリング)販売を要求する条項は拘束条件付き取引(一般指定二三項)等に該当しないか、を検討する必要がある(以下、①は二および三で、また②は四および五で検討する)。

## 二 単独・直接の取引拒絶

まず、①に関しては、メーカーあるいは販売会社の解約理由が何かという事実認定が重要であるが、これは個々の事件における証拠に左右される問題であるから、ここでは解約理由が解約された小売業者の安売りにあるとの仮定の下に、こうした理由による解約は一般指定一二項の問題なのか、それとも二項の問題なのかを論じてみたい。

花王化粧品販売事件東京地裁判決は、原告の職域販売における値引き販売および安売り業者に対する卸売販売（商品の横流し）の疑いを主たる理由として花王が解約を行ったことは、再販売価格を維持する目的でそれに関連のものであって独占禁止法上、到底許されないとして不公正な取引方法・一般指定一二項を引用している。しかし、一般指定一二項の射程距離は、例えばリベートの削減や出荷停止を行う旨を示唆するなどして販売業者を威嚇し、それによって再販売価格を維持することまでであって、それを超えて現実に解約が行われた場合には一般指定二項の問題となるのではないか。一般指定一二項は相手方の販売価格の自由な決定を拘束するという「拘束の条件をつけて、当該商品を供給すること」であって解約が行われ、商品が供給されなくなった場合までも含むとは解し難いからである。公取委ガイドラインも「再販売価格の拘束の手段として、取引拒絶<sup>(6)</sup>が行われる場合には、その行為自体も不公正な取引方法に該当し、違法となる（一般指定二項<sup>(6)</sup>）」としている。

さて一般指定二項は単独・直接の取引拒絶を含むが、すべての単独・直接の取引拒絶が違法となるわけではない。単独・直接の取引拒絶が違法となる一例として、ガイドラインは「独占禁止法上違法な行為の実効を確保するための手段として取引を拒絶する場合には違法とな<sup>(7)</sup>」るとし、ガイドラインに関する解説書は、この場合には

「有力な事業者（市場占拠率一〇パーセント以上または市場における順位が上位三位以内であることを一応の目安として判断される）」でない事業者が行う場合にも違法となるとしている。<sup>(8)</sup> 裁判所の事実認定によれば花王による解約は、まさにこの場合に該当する。一般に再販売価格を維持する目的で、販売業者の再販売価格を理由に解約することは、一般指定二項に該当し、違法となるといえよう。

### 三 タテの共同取引拒絶規制の可能性

一 でみた化粧品的事件は、いずれも販売方法や販売価格を理由にメーカーの販売会社が解約を行った事件である。これらは通常、まずもって継続的供給契約の解約という私法上の問題として捉えられ、また独禁法上の問題として捉える場合にも、商品供給者が単独かつ直接に販売業者との取引を拒絶するものとして理解されるのが通例であろう。しかし、事例によってはディスカウントストアの販売方法や価格について苦情を述べる他の販売業者と商品供給者とのタテの共同取引拒絶または苦情を述べる他の販売業者の共同・間接のボイコットを問題にする余地があるのではないか。<sup>(9)</sup>

このように考えることは、アメリカにおいて販売業者が商品供給者による取引関係解消から保護を求めめるために用いてきた法的手段の変遷とも軌を一にする。すなわち、アメリカではメーカーやフランチャイザーから契約を解除されたり、出荷を停止された販売業者やフランチャイジーは、まず最初に契約法や不法行為法によって司法的救済を求めたが、その結果は必ずしも成功したとはいえないものであった。次に被解消者が求めた手段は、自動車ディーラー出訴制限法（一九七〇年）など自動車、石油、アルコール飲料等の特定分野に一九七〇年代に成立したディーラー保護法であり、あるいはまた反トラスト法に基づく損害賠償等の訴訟であった。<sup>(10)</sup>（もっとも、

反トラスト法の活用は八〇年代前半までの展開であり、その後は最高裁の Monsanto 判決や Sharp 判決によって以上のような傾向は鎮静化し、最近では救済を求める販売業者は、反トラスト法よりも一九九二年アイオワ・フランチャイズ法のような州法に再び依拠しつつあるといわれている。<sup>(11)</sup>

ここでは日米構造協議後、公取委が新たに運用を拡大した取引先との共同ボイコットとして問題にする場合を考える。既に不当な取引制限との関係では詳細な検討が行われていることもあり、<sup>(12)</sup>以下では取引先との共同ボイコットが不公正な取引方法として問題とされる場合について、構成要件上の問題点を検討したい。

まずメーカーと販売業者とが「共同」しなければならぬ。これは通常、他の事業者との取引を拒絶することについて了解または共通の意思が形成されることをいうとされる。具体的には、例えば販売業者からメーカーに対して他の販売業者の価格政策に関して苦情があり、それを理由として、あるいはそれに対応して解約や出荷停止をする場合が考えられる。この場合、メーカーの関与は、販売業者による間接・共同の取引拒絶におけるより積極的、自発的なものである必要がある。なぜなら、例えば小売業者が共同してメーカーに対して安売り小売業者との取引を拒絶させる場合、メーカーは違反に問われないが、それはメーカーの関与が非自発的、消極的だからである。これとの対比では、タテの共同の取引拒絶の場合には、メーカーの関与はより自発性、積極性が必要だということになるのではないか。

次にタテの共同の取引拒絶の公正競争阻害性をどのように捉えるかが問題になる。<sup>(13)</sup>これについては、行為者が被拒絶者を排除するだけの力が形成されるにいたらずとも（これが形成されれば不当な取引制限が成立する）、独禁法上、不当な目的を実現するために垂直的な結合・共謀関係が形成され、その共同した意思に基づいて被拒絶者を排除しようとすることが「公正な競争を阻害するおそれ」の内容であり、これは被拒絶者の自由な事業活

動を共謀して排除しようとするものであるから、独禁法上極めて悪性の強い行為である。それ故、タテの共同取引拒絶についても「原則として…違法」<sup>(14)</sup>とされるのである。<sup>(15)</sup>

#### 四 対面販売と拘束条件付き取引

従来、代表的な垂直的非価格制限として取り上げられてきたのは、販売地域制限（テリトリー制）や取引先制限（一店一帳合制）であつて、商品の説明販売、自社商品専用コーナーの設置あるいは顧客台帳作成などをメーカーが指示する販売方法に関する制限は、あまり注目されなかつた。<sup>(16)</sup>それ故、販売方法の制限がいかなる場合に違法となるかについては必ずしも明確な基準が確立しているわけではない。

この問題について、公取委ガイドラインは、対面販売の義務づけ等、「販売方法（販売価格、販売地域及び販売先に関するものを除く。）を制限することは」、①「商品の安全性の確保、品質の保持、商標の信用の維持等、当該商品の適切な販売のための合理的な理由が認められ」、かつ②「他の取引先小売業者に対しても同等の条件が課せられている場合」には問題とならないが、③「しかし、メーカーが小売業者の販売方法に関する制限を手段として小売業者の販売価格、競争品の取扱い、販売地域、販売先等についての制限を行っている場合」には後者の制限（再販売価格維持行為、専売店制など）に関する違法性基準による<sup>(17)</sup>としている。

前述した三つの判決のうち富士喜事件の東京地裁および東京高裁判決は、このガイドラインに依拠して前者は対面販売の合理性を否定し、後者はこれを肯定した。これに対し、花王販売事件では対面販売の販売方法としての合理性、その事実上の意図、販売促進効果の有無、顧客である消費者の商品知識、商品説明書の添付の有無、事業者のシェア、順位などを総合的に考慮して「個々の商品ごとに対面カウンセリング販売を要求する条項は独

独占禁止法にいう不公正な取引方法にも該当しかねないものと思料される」と判示した。対面販売の義務づけを含めた販売方法の制限が「公正な競争を阻害するおそれ」（二条九項）を有するのは公取委ガイドラインの示す場合に必ずしも限られないであろうが、ガイドラインが一つの有力な基準を提示したことも事実であるから、ここでは化粧品の対面販売について公取委ガイドラインに即して検討しよう。

ガイドライン①に関連して想起されるのは、Telsler教授によるディーラーサービス理論である。<sup>(18)</sup>それは単一生産者が再販を行おうとする動機が販売業者に只乗りの懸念なく、生産者が必要と考える商品説明など販売前サービスを提供させることにあることを示すものであるが、化粧品の対面・説明販売も一種のディーラーサービスと考えられるからである。しかしTelslerが右の理論の妥当すると考えた商品は、(i)消費者大衆になじみのない商品、(ii)家庭ではごく稀にしか購入されない商品、(iii)販売店のアドバイスに消費者が著しく依存する商品であり、概して消費者に商品知識のない商品、あるいは販売店との情報格差が著しい商品である。(iii)の例としてTelslerは医薬品をあげるが、決して化粧品のように反復購入され、消費者に基本的な商品知識のある商品はディーラーサービス理論の妥当する商品として例示されていないのである。要するにディーラーサービス理論の観点からしても、化粧品には少なくとも再販によって対面・説明販売というディーラーサービスを確保しなければならない合理的な理由がないことになる。

また②に関しては、両事件においてメーカー（販売会社）が他の取引先小売業者にも原告であるディスプレイストアに対すると同じ程度に厳格に対面販売を要求したかは頗る疑問である。電話注文に応じて対面販売なしで、しかしメーカー希望小売価格どおりで販売する小売業者には、対面販売がさほど厳格に要求された形跡が認められないとの事実認定は、三つの判決に共通するからである（この面を捉えて一般指定四項該当性が問題とな

りうるが、これについては五で取り上げる。

以上のように、公取委ガイドラインが販売方法の制限について問題ないと判断するための二つの条件は、化粧品の両事件に関してはいずれも充足しないように思われる。従って、これらの事実関係の下では対面販売の制限は問題がないとはいえない。

しかし、③が示すように、対面販売の制限を手段として小売業者の販売価格等の制限を行っていないければ違法とはいえない。両事件の事実関係は細部においては微妙に異なるが、概して対面販売を義務づけることは通信販売等の手段による大量販売を困難にし、採算面から安売りを防止することとなる。そして、この事実を特定のディスカウントストアだけに対して対面販売が厳格に要求されることと組み合わせるならば、メーカーが安売り防止ないし価格維持の意図をもって対面販売を義務づけているとみることは、決して安易な推測とはいえないであろう。<sup>(19)</sup>

## 五 対面販売の差別的取扱い

両事件を通じて看取できるように、メーカー（販売会社）は、ディスカウント販売を行う小売業者には厳格に対面カウンセリング販売を要求し、他方、電話による注文等に応じて対面販売をしないで、しかしメーカー希望小売価格どおりに販売する小売業者にはさほど厳しく求めないという傾向がみられるように思われる。このようにメーカーが恣意的ないし差別的に特定の販売業者に対してのみ対面販売を要求することについては、一般指定四項（取引条件または実施の差別的取扱い）該当性を問題にする余地がある。

取引条件等の差別的取扱いに公正競争阻害性が認められるのは、一行為者とその競争者との間の競争秩序または

取引の相手方の競争秩序に悪影響を及ぼす場合」および「独禁法上違法な目的または不当な目的を実現する手段として用いられる場合」であるとされる。<sup>(20)</sup> 両事件、とりわけ花王販売事件においてはメーカー（販売会社）が取引の実施について原告であるディスカウントストアに対し不利な取扱をすることにより、原告と競争小売業者との競争秩序に悪影響を及ぼし、あるいは不利な取扱いを手段として価格維持など独禁法上違法な目的を実現しようとしたと認定しうる可能性はあろう。

(1)この点に関しては、中田康裕「継続的売買の解消(1)〜(6・完)」法協一〇八巻三号六六頁〜一〇九巻一号一頁(一九九一〜二年)、川越憲治「継続的売買契約の終了」別冊NBL一九号(一九八八年)等を参照。

(2)比較的最近の継続的供給契約の解約をめぐる事件としては次の二件もある。まずオープン化粧品事件(大阪地判平成四・七・二四、審決集三九巻五八一頁、評釈||赤松美登里・ジュリスト一〇四六号二四一頁以下)では、基本契約書において原告が消費者に対して直接訪問販売を行うこと、違反した場合には契約の解除、出荷停止ができることが規定されていたところ、原告は訪問販売をせずにディスカウントショップに卸販売を行い、出荷を停止されたため、本件出荷停止が独占禁止法に違反するとして損害賠償を請求した事件である。判決は販売方法を直接訪問販売に限定する条項についてオープンのシェアが約二パーセントであり、化粧品業界における販売順位が一〇位前後であることなどから、不当な拘束条件付き取引に該当せず、また訪問販売条項違反を理由とする出荷停止も不当な取引拒絶に当たらないとした。

さらにジーンズ事件(大阪地裁平成五・六・二二決定、判タ八二九号二三二頁、三木俊博ほか「独禁法違反と差止請求」自由と正義四五巻四号五〇頁(一九九四年)参照)は、基本契約書はないが一五年間取



引が継続していたという状況で、小売業者である仮処分申請者が安売り販売店へ卸売り販売を行ったところ、メーカーから出荷停止を受けたというものである。

売主の出荷停止が独禁法に違反するとの主張に対して、決定は「前記認定の事実からすると、債務者ら（売主）の行為が不公正な取引方法の禁止を定めた独占禁止法一九条に違反するといわざるをえない」と述べているが、一般指定の何項に該当するのかが明言していない。「前記認定の事実」というのが本件出荷停止が安売り販売店への「商品の流通を阻止し、その再販売価格を維持するためにとつた措置であることが明らかであり、このような行為は「公正な取引を阻害するものであり、この事実であると考えられるから、再販売価格維持のための取引拒絶として一般指定二項に当たるとみているように思われる。

(3) 東京地判平成五・九・二七、判例時報一四七四号。判例批評として、川越憲治「販売方法に関する約定と特約店契約の解約（上）（下）」NBL五三三二号・五三三三号、川井克倭「富士喜本店対資生堂東京販売社事件判決」ジュリスト一〇三五号、伊従寛「富士喜判決の独占禁止法上の問題点」国際商業一九九三年二月号、佐藤一雄「資生堂東京販売事件判決と流通・取引慣行ガイドラインおよび経済分析との関係（上）（下）」NBL五四四・五四六号、（私法上の問題点の評釈が中心であるが）後藤卷則「判例評論四二六号などがある。また、本文で取上げる判決を契機として特に「国際商業」誌上に出荷停止、対面販売、商品横流し、不当販売などを論じる論文や座談会が注に掲げたもの以外にも多数掲載されているが、それらの紹介・引用は省略する。

(4) 東京高判平成六・九・一四、判例時報一五〇七号。判例批評として、伊従寛「東京高裁の資生堂判決をめぐって」国際商業一九九四年一月号、松下満雄「資生堂事件控訴審判決」国際商業一九九四年二月号、

川越憲治「資生堂東京販売事件控訴審判決の概要（上）（下）」NBL五五四号・五五五号など。

(5) 東京地判平成六・七・一八、判例時報一五〇〇号。川越憲治「対面販売の約定と独占禁止法」ジュリスト一〇五三号、中津晴弘「独禁法と契約の自由」NBL五五四号、拙稿「継続的供給契約の解約と不公正な取引方法」ジュリスト一〇六三号などの判例批評がある。

(6) 公正取引委員会事務局「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」四一頁（平成三年七月）。

(7) 同右、一六頁。

(8) 山田・大熊・檜崎『流通・取引慣行に関する独占禁止法ガイドライン』七五頁（一九九一年）。

(9) 前述のオープン、シーズンズ両事件においては、判決あるいは決定中に明らかにされているように買主と競争関係にある販売業者から売主に対して、買主の安売りについて苦情があった。本文で述べた両事件に関しては、判決からは明らかでないが、化粧品ディスカウントストアの割引販売について他の小売業者からメーカーに対して苦情や取締要請があったとしても不思議ではない。

(10) Bohling, Franchise Terminations Under the Sherman Act: Populism and Relational Power, 53 Tex. L. Rev. 1180, 1181-2(1975).

(11) Burns, Vertical Restraints, Efficiency, and the Real World, 62 Fordam L. Rev. 597,617-9(1993).

(12) 今村成和『私的独占禁止法の研究（六）』一四二頁以下（一九九三年）、根岸哲「共同ボイコットと不当な取引制限」『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』四三二頁以下（一九九三年）、山田昭雄「共同ボイコットに関する一考察」同書四四七頁以下。なお、今村教授は市場の開放性を妨げることそれ自体（共同行為による新規事業者の市場参入の阻止または既存事業者の市場からの排除）に競争の

実質的制限が認められるとし、従つてそうした行為が存在する以上、不公正な取引方法に該当するケースは殆どないとされる（前掲書一五〇頁）が、本稿は競争の実質的制限の解釈いかんでは不公正な取引方法に該当する場合もありうるとの前提にたつて以下の議論を進める。

(13) 従来、共同の取引拒絶の公正競争阻害性に関する学説は、当然のことながら競争者間で共同する場合を前提としてきた。多数説は「自由な競争を減殺するおそれの強い行為」であることに求め（田中寿編著『不公正な取引方法―新一般指定の解説―』四一頁以下（一九八二年）参照）、少数説は「事業者の自主的な競争機能の自由な行使が阻害されること」（正田彬『全訂独占禁止法Ⅰ』三〇七頁以下（一九八〇年））あるいは「力の濫用によつて被拒絶者の取引の自由が侵害されること」（舟田政之『不公正な取引方法と消費者保護』加藤・竹内編『消費者法講座』取引の公正Ⅰ』一三六頁（一九八四年）、金子・実方・根岸・舟田『新・不公正な取引方法』八五―七頁（舟田執筆）（一九八三年））に求めてきた。しかし、両者の違いは、実際にはさほど大きくないのかも知れない。多数説の場合には共同することによつて市場における有力な地位が形成されることが必要とされるが、少数説においても個別的な取引における「力」が前提とされるからであり、また多数説と少数説の一部では被拒絶者が容易に他の取引先を見いだせる場合には問題ないとされるからである。

(14) 前掲「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」一四頁。

(15) 従つて、被拒絶者が他に取引先を見いだすことができたとしても、それは垂直的な結合・共謀体が共同して排除したこと自体の悪性とは無関係であるから、代替的な取引先の有無は共同の取引拒絶の違法性を左右しないと考えるべきではないか。

- (16) ただし、価格表示に関する制限が一般指定一三項に該当するとされた例としては、ヤマハ東京(株)に対する件、公取委勧告審決平成三・七・二五、審決集三八卷六五頁(評釈||稗貫俊文・ジュリスト一〇〇二号 二二三頁以下)、松下エレクトロニクス(株)に対する件、公取委勧告審決平成五・三・八、審決集三九卷二 三六頁ほか家電販売会社三社に対する件(評釈||本田直志・ジュリスト一〇四六号二五三頁以下)がある。
- (17) 前掲「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」五一―二頁。
- (18) 詳細は、拙稿「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」法経論集七二号七四―六頁(一九九四年)を参照。
- (19) ガイドラインも小売業者の販売方法に関する制限を手段として、メーカーが小売業者の販売価格の制限を行っていると判断される場合として、対面販売を「遵守しない小売業者のうち、安売りを行う小売業者に對してのみ、当該制限事項を遵守しないことを理由に出荷停止等を行う場合」をあげる(前掲「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」五二頁の注一〇)。
- (20) 金子・実方・根岸・舟田『新・不公正な取引方法』一一二―四頁(根岸執筆)(一九八三年)、今村・丹宗・実方・厚谷『注解経済法(上巻)』一八六―八頁(金井執筆)(一九八五年)。