

専売店制に対する独占禁止法による規制

藤 田 稔

(人文学部 法経政策学科)

はじめに

- 1．初期の審判決の検討
- 2．再販行為とともに実施された事案
- 3．学研事件の検討
- 4．東洋精米機事件の検討
- 5．専売店制規制の現状と課題

結びにかえて

はじめに

本稿は、専売店制に対する独占禁止法による規制の経緯を検討し、規制の現状を評価することを試みるものである。学習研究社（以下、学研）事件と東洋精米機製作所（以下、東洋精米機）事件の分析に際しては、情報公開法に基づき入手した公正取引委員会（以下、公取委）の審判と東京高等裁判所（以下、東京高裁）の裁判における準備書面も利用した。

1．初期の審判決の検討

公取委が最初に専売店制に関する見解を示したのは、日本光学事件¹である。競争制限の作用を生じる場合は、「商品またはサービスを供給する業者がきわめて有力であり独特の技術または卓越せる事業能力等の理由により多数の供給を受くべき業者にかかる条件の甘受を強要する場合、または供給を受ける事業者がきわめて有力である場合である。」として、本件行為は昭和28年改正前の独禁法2条6項5号に違反しないとした。その後、第1次大正製薬事件²では、同社が大正チェーンという自由連鎖店を組織していたが（加盟店4245店）、同じような組織を採用する競争者が現われてきたので、これに対抗して自己の取引先を確保するため、加盟店を普通加盟店と連鎖加盟店（他のチェーンに加盟しないこと、現に加盟しているチェーンについては脱退を指示し得ること、大正製品を優先的に販売すること等を約定した加盟店）

に分け、この連鎖加盟店に対してリベートを優遇し、かつ、この約定を守らせるために警告等を行ったことが、「自己の競争者と取引しないことを条件とするもの」であって、昭和28年改正前の独禁法2条6項5号に違反するとされた。この事件において、大正製薬は、薬局は全国に数万店もあるのに対し、連鎖加盟店は4245店であり、取引額のシェアも1、2割にすぎないから、競争への影響も問題とするに足らないと主張したのに対し、審決は「多数の連鎖加盟店に対して、類似チェーンへの加入を禁止するときは、自由連鎖店組織を採る他の製薬業者が、経済的能率に基づく良質廉価な製品の提供という公正な競争手段に出ずる場合にも、前記の範囲においてこれを妨げるものと認めなければならないし、……競争制限的作用が問題とするに足らない程度のものであるなどということは到底いい得ない。……その競争の制限が、一定の取引分野における競争を実質的に制限するものと認められる程度のものである必要はなく、ある程度において公正な自由競争を妨げるものと認められる場合で足りる」と述べている。同時期中の中京ライオン歯磨株式会社に対する件³では、競争者の進出を抑制するために、競争者と取引していた代理店を専売店にした行為が、北海道新聞事件⁴では、合売している販売店に対し競争紙を取り扱わないように強要した行為が、森永乳業株式会社に対する件⁵では併売店26名に対し競争者との取引を廃止するように申し入れ、13の併売店に競争者との取引を廃絶させた行為が、それぞれ不当な排他条件付取引に該当するとされている。森永乳業事件から昭和28年改正後の不公正な取引方法の事件であり、当時の一般指定の7号が適用された事案である。

東京高裁と最高裁判所（以下、最高裁）が最初に専売店制に関する見解を示したのは、北海道新聞事件である。新聞販売店が合売制の時代に新聞社によって行われた競争者排除行為について、東京高裁は「一般に相手方が自己の競争者から物資等の供給を受けないことを条件としてこれと取引することは、それ自体は違法ではない。ある事業者Aがかかる競争方法をとつても、その競争者たる別の事業者Bにとつて、Aと取引ある者を除外してこれに代るべき取引の相手方を容易に求めることができるかぎり、Bはこれとの取引を通じて価格、品質、数量、サービス等のいわゆる能率による本来の競争により、その市場への進出は少しも妨げられないところであるから、Aのかかる競争方法はなんらBに対して脅威となるものではなく、結局において公正な競争を妨げるものといいい得ないこととなるであろう。しかしそうでない限り、Bはその競争の条件においてすでに不利益を受け、本来の競争による市場進出はAによつて人為的に妨げられることとなるわけであるから、Aのかかる競争方法は不当なものとならざるを得ないのである。」「原告は……道内において発行されるすべての新聞紙の五十六パーセント、札幌市内のその四十五パーセントを制し道内全新聞販売店の九十パーセントをいわゆる系統店として把握するという巨大な経済力を具有する事業者であるが、かゝる経済力の存在はたんに審決認定のような競争方法が原告によつて人為的にとられ得た契機たるの意味を有するに止まり、審決もそのことをもつて右競争方法を不当ならしめるものとしているのでないことは審決自体

によつて明らかである。しかし従前合売制の維持され来つたところで原告が各新聞販売店に対し自己と取引する限り競争紙たるタイムス紙を扱い得ないことを条件とするときは、タイムスは自己の新聞の販売については原告と取引ある既存の合売店を用いることを得なくなるのであり、これに対処するためにはあらたに直売もしくは専売の販売制を採るか、又は原告と取引のない別個の合売店を見出してこれによつてその販路を開拓せざるを得なくなるのであり、殊に予約購読制を原則とする新聞販売において、すでにその競争の条件において多大の不利益を受け、その当面する困難はあたかも既存の市場に入り込む新規の競争者のそれにも比すべきものである。かくてはその北海道という特殊の立地条件と相まつてタイムス社がその商品たる新聞の販売において価格、品質、数量、サービス等をもつてする本来的競争によつて市場に進出することは原告のこの人為的措置によつて妨げられることとなるのであつて、これこそ自由競争を公正なものに規整しようとする法の理念に背くものというべく、かかる条件を付する取引は結局不当のものと断ぜざるを得ない。」と判示し、最高裁はこれを支持した。本件で注意すべきは、北海道新聞社の主張に答えて、東京高裁が審決主文の２項について、「原告が今後あらたにいわゆる専売店を設置することまで干渉するものとは解し得ない。」と判示し、最高裁も「所論審決主文第二項が、合売制の行われる限りにおいて適用されるものであつて、専売制を予想していないことは、その理由に徴し明らかである。」と判示したことである。「専売店を設置する」とはどういうことを意味しているかは、専売店制の規制の現状を評価する上でも重要であると考えらる。

初期の審決の法理につき、併売店を専売店に強制的に切換える行為を手段として不当であると把握する考え方があり、流通系列化に関する独占禁止法研究会報告に盛り込まれている⁶。これについては、手段行為自体を問題にすれば足りるとも考えられるが、第２次大正製薬事件⁷では、手段行為のみが独禁法違反とされている。これとは別に、併売店から排除された事業者が代替的流通経路を確保して失地回復をするのは困難であり、違反行為者の有力さはそれほど問題とはならないとの説明も為されている⁸。初期の審決では明示されていないが、販路閉鎖の程度が相当なものであったとの事実が把握されていたとの指摘もある⁹。最高裁判決も出された北海道新聞事件は、専売店化を強要する要素と有力事業者によって行われて販路閉鎖が相当な程度に及ぶ要素とをともに有している事案であった。昭和57年の改正後の一般指定11項による規制では「競争者の取引の機会を減少させるおそれがあること」が公正競争阻害性の徴憑とされるが、手段としての不当性は、自由競争減殺ではなく、手段としての不公正ないし自由競争基盤の侵害の問題であるとの指摘もある¹⁰。いずれにせよ、手段としての不当性に問題を見いだす法理は、平成３年の公取委事務局の流通取引慣行指針では姿を消している。

2. 再販行為とともに実施された事案

初期の事案の後、約20年の間、専売店制が問題にされることはなかった。次に違法とされた事案は、同時に再販売価格の拘束が行われていた事案であった。武藤工業事件¹¹では、製図機械の3分の2を供給している同社が、販売業者に対し競合品を取り扱わないように指示し、また、54名の販売業者と競合品の取扱いを制限する条項を含む契約を締結して取引していることが、旧一般指定の第7号に該当するとされた。ピジョン事件¹²は、ほ乳ビンにおいて約80%（第1位）、紙おむつにおいて約25%（第2位）、ベビーパウダーにおいて約10%（第2位）の市場シェアを有し、育児用品の有力な総合メーカーであるピジョンが、代理店14名との間に競合品の取扱い制限等についての契約を締結して取引していたケースである。フランスベッド事件¹³は、ベッドの市場シェアが40%であるフランスベッド社が、同社の販売店2525名のうち有力販売店1329名と類似品の取扱いを禁止する旨の条項を規定する契約を締結して、この条項の違反者には特典を喪失せしめたケースである。これらの事案は、専売店制を実施することによって、関係する流通経路の重要な部分が競争者にとって閉鎖的状态に置かれるおそれがある場合には、原則として違法となることを示しており、これは客観的な市場閉鎖効果に着目するものであり、その手段の不当性を直接問題にするものではないとも説明されている¹⁴。

いずれも業界の有力事業者によって行われた事案であり、シェアが市場閉鎖の程度を示す代用指標となるとの指摘もある¹⁵が、審決において市場閉鎖の規模・割合が明示されているわけではなく、市場閉鎖自体は必ずしも高いとも言い切れない事案¹⁶であろう。

再販行為とともに実施されたことに着目する把握も有力に主張されているので、再販行為とともに実施された場合、専売店制がどのような理由で公正競争阻害性が強まるのかを考察することにしよう。再販売価格の拘束、中古品の取扱い制限、横流し禁止が行われた事案で、個々の行為を切り離して捉えるべきではなく、一体として評価すべきであるとの審決がある¹⁷。また流通系列化の規制に際しては、流通系列化をシステムとして把握して評価すべきであると指摘されている¹⁸。

再販行為と横流し禁止のようにいずれもブランド内競争の制限行為である場合は、価格維持効果との結びつきで評価しやすい。これに対して、再販行為はブランド内競争の制限行為であり、専売店制はブランド間競争の制限行為である。専売店制が監視体制を容易にして再販行為をし易くなる効果が考えられる。これに対して、再販行為はこれを実施するメーカーが販売業者に高いマージンを保証して当該ブランドの販売促進にインセンティブを与える効果がある。このようなインセンティブを得た販売業者はメーカーに対して忠誠心を高め、専売店制を受け入れやすくなり、専売店化が進むと販売業者に対する監視・統制が強化されて再販行為がより容易になる。こういった相乗効果が考えられよう。これは専売店制が価格維持効果をもたらす

ことを意味しており、価格維持効果の面から公正競争阻害性を認定することになる。このように考えられようが、公取委の流通取引慣行指針にはこういった考え方は示されていないし、こういう考え方を明示している審決もない¹⁹。

3. 学研事件の検討

本件は、審判が開始されたものの、同意審決によって終了した事案である²⁰。同意審決によると、学研は、学習事業部が販売業務を担当する児童向けの学習雑誌、学習参考書等の学習商品、家庭職域事業部が販売業務を担当する学習用百科事典、図鑑等の家職商品、保育事業部が販売業務を担当する保育用品のほとんどすべてを取引先訪問販売業者を通じて需要者に供給している。学研の事業者としての有力性については、審決では「学研は、訪販商品の販売分野において格段に高い販売割合を占め、幼児、児童等を対象とする学習用の書籍及び雑誌について極めて高い知名度を有する等、訪販出版社中最も有力な事業者であり、昭和53年2月末日現在、訪販商品を取り扱う訪問販売業者約2,080名を取引先としている。」とのみ認定されており、シェアは具体的に示されていない。保育用品の販売分野についても、「その販売額、商品の種類、知名度等から見て、保育用品供給業者中最も有力な事業者であり、特に訪問販売業者向けの販売分野においては、格段に高い販売割合を占めており、昭和53年2月末日現在、保育用品の訪問販売業者約400名を取引先としている。」と認定されているだけであり、家職商品については同様の認定はされていない。

問題とされた行為は、取引先訪問販売業者との間の売買契約に関して、「競争者による取引先訪問販売業者に対する取引の勧誘が激化するに伴い、取引先訪問販売業者による競争者の商品の取扱いが増加してきたので、これを阻止するため」に、「取引先訪問販売業者は、学研の商品の販売を専業とし、書面による承諾なしには他社の商品を一切取り扱わない」等の内容の念書の提出を求め、「昭和53年2月末日現在、大部分の取引先訪問販売業者からこれを提出させるに至っている。」等というものであり、旧一般指定の7号に該当するとされている。

審判において被審人から求釈明が行われ、審査官側から準備書面においてより詳細な事実認識が明らかにされている。そこで明らかにされた認識は、後に担当官解説の中でより詳しく公表されている²¹。この時期の略式審決は、近年のものよりも記載が簡略である。審決を評価する論者は、通常、担当官解説を参照して議論を展開している。公式の違法性の認定は審決記載の事実に基づくものであるから、公取委の判断がどこにあるかは、必ずしも明らかにはいえないと言えよう。

審決と担当官解説の事実認識を合わせると、学研が有力な事業者であることは、学習商品及

び家職商品の訪問販売業者向けの販売分野における学研のシェアが、第1位で4割（第2位のシェアは、2割強程度）であること、学研は、訪問販売業者約2080名を系列の取引先として、全国にきめ細かい販売網を設けていること、幼児、児童の学習用書籍、雑誌については、極めて高い知名度を有するもので、訪問販売出版社中、最も有力な業者であること、保育用品の訪問販売業者向けの販売分野における学研のシェアが第1位で3割強（第2位のシェアは1割強程度）であること、保育用品の販売業者約400名を系列の取引先として、全国に販売網を設けており、同社は、保育用品の種類、知名度等からみても、最も有力な業者であることによって、認定されている。（ここで系列の取引先とされているのは、審査官の準備書面によれば、当該訪問販売出版社の商品を主として、かつ、継続して取り扱う訪問販売業者をいう。）

学研の行為によりどの程度の市場が閉鎖されるかについては、学習商品については、学習商品・家職商品では、月販業者約100名、訪問販売業者約3500名、教材店約3000名のうち、訪問販売業者約2080名が閉鎖されることになり、保育用品については、約1000名の訪問販売業者のうち、約400名が閉鎖されることになる。

審決の法令の適用では、「取引先訪問販売業者が自己の競争者から商品の供給を受けないことを条件として、当該訪問販売業者と取引している」ことを問題にしていることから、審決は明示していないが、製造業者と訪問販売業者とによって構成される、学習商品、家職商品、保育用品を供給する市場の競争阻害を問題にしていると言えよう。

学研が審判で力説しようとしていたのは、第1点は市場の取り方が恣意的ではないかという点で、第2点は学研が時間と費用をかけて育成してきた訪問販売業者を後発事業者が不当に利用しようとする行為を妨げたものであって正当性があるという点である。

第1点に関しては、学研は準備書面で学習商品・家職商品には製造業者から最終消費者まで8つの流通ルートがあることを主張しており、訪問販売を行う業者の中の月販業者は学研の系列販売業者よりも事業規模が格段に大きく、単に訪問販売業者の数によって市場への影響を見ることはできないこと、取次書店ルートを主に用いるライバルを脅威に感じていることを指摘している。

訪問販売業者を通じたルートの重要性について、審決は「学習商品及び家職商品並びにこれらと競合する商品については、その販売を促進する上において、書店で販売するよりも需要者に訪問販売の方が有利である等の事情から、訪問販売業者を通じて需要者に供給されるものが大半を占めている」と述べているが、被審人による求釈明に対して、審査官は「上記学習用の書籍及び雑誌は、幼児、児童の親特に母親が選択、購入するのが通常であり、幼児、児童を持つ家庭を直接訪問して販売の方がより販売を促進できること、大型、高額 of 書籍は、いわゆる説得商品であり、購入する可能性のある需要者を直接訪問して販売の方がより販売を促進できること、更に、訪問販売においては取次業者及び書店を通して販売する場合に存在する

返品リスクがほとんどない等のため訪問販売による方が採算上も有利であること等の諸事情が認められるものである。」と説明している。これに対しては、学研は、書店販売における流通経費ならびに売掛金回収諸経費は全て取次業者の負担と責任に属するが、訪問販売におけるそれらの諸経費及びリスクは、すべて出版社の負担であり、販売組織の維持育成、販売促進等に要する経費を加えると訪問販売に不利な面がかなり多いと反論している。

どこの市場を問題とするかについては、商品が最終消費者に至るルートにおいて訪問販売業者のルートの割合が低ければ違法とされなかったのか、訪問販売業者を通じるルートしか利用可能性のない事業者がいるのかが問題となろう。後者の点について、審決は「訪販商品を供給する事業者のうち、取扱い商品の種類が少なく、知名度の劣る中小規模の者は、一般に、取次業者を通ずる販路を利用し、又はいわゆる系列の訪問販売業者による販路を設けることが容易でない状況にある。」と述べている。担当官解説は、有力大規模業者数社と中小の業者多数により構成される市場構造の下では、中小規模の競争者の競争行動が重要な意義を有するもので、本件関係業界は、そのような市場構造で、有力競争者は、それぞれの流通ルートにより、学研とは共通の取引先訪問販売業者を対象とした競争はしていないが、中小の競争者は、より安い価格（掛率）等をもって学研等の有力競争者の取引先訪問販売業者に売り込みを図って競争行動をとる状況にあることが認められると述べており、中小事業者を排除する行為が本件の核心部分であることを示唆している。

だが、学研の準備書面を読むと、創業当初の学研もまた取次業者を通じるルートの利用が困難であり、学研は自ら訪問販売業者の育成に着手して自らの手で流通ルートを造り出した旨、主張している。学研が重点を置いた主張は、「学研の高い知名度は学研の長年の努力によって価格と品質による競争を通じて得られたものであり、このような知名度は各社とも学研と同様の努力をしさえすれば達成できるものである。即ち、かつて学研が小さな出版社として出発したところにそうしたように通信販売方式をとるとか、自ら直接訪問販売を行うとか、あるいは自らの規模にふさわしい数のセールスマンを雇い、これを訪問販売業者として育てて行くとか、企業としてそれなりの努力をすることが必要なのであって、かかる努力をせずに、いきなり「系列の訪問販売業者」を持つとか、学研の代理店（審査官のいう学研の取引先販売業者）を通じて学研の知名度によりかかり、学研の商品と誤認させるようなやり方で販売しようというのは、決して正常な企業活動ではないし、正常な競争方法でもないのである。このような競争方法は公正取引委員会も許すべきではない。」というものである。これに対して審査官は「学研の取引先訪問販売業者が、学研によって育成されたか否かは、本件行為が不公正な取引方法に該当するか否かとは関係ない。」との主張を行って一蹴しようとした。

担当官解説は、学研は創業当初から取引先業者をして需要者に訪問販売する方法によっていたが、取引先業者は自己の経済的理由等から他社品を合売しており、学研が逐次自社の販売組

織を拡張し、商品数が増加し、売上げが伸張り、知名度も高まるに及び取引先訪問販売業者に専ら学研商品を扱うよう要望してきた経緯があると指摘している。学研が北海道新聞事件最高裁判決の専売店制容認の法理を援用していないことから、新聞販売の専売店制との違いも看取できる。担当官解説は、学研の取引先訪問販売業者は、その設立、事業活動の沿革、学研との取引上の親密性等のいかににかかわりなく、自己の利益のために事業活動をする「事業者」であり、取引の「相手方」であることは明白であること、公正競争阻害性の点から見れば、この問題は、「おそれ」を生ぜしめない特別の理由とは認め難く、不当性を阻却する理由とはなり得ないと断言するが、フリーライドの問題としてさらに考察すべき論点であろうと考える。

本件では中小事業者が価格競争によって学研の系列訪問販売業者に食い込もうとしていたわけだが、これらの中小業者は取次ルートも利用できず²²、自ら訪問販売業者を設けることもできないとされているが、その根拠は品揃えの少なさなどであって、むしろ効率性に劣る事業者であるとも言えるのではなからうか。これらの事業者はむしろ学研の育成した流通ルートにフリーライドすることで、コストを抑え価格競争を展開できたのであり、学研が自己と同等以上の効率的事業者を排除しようとした事案と言えるのであろうか。フリーライドを抑制することで専売店制が経済効率の増大につながることを指摘する見解もある²³が、本件の場合はどう評価されるのだろうか。

フリーライダー効果それ自体を独禁法解釈で加味する必要はないと論じる経済学者の見解があり²⁴、日本の独禁政策に強い影響を与えてきたように見受けられる。この論者も特許権のような特別法によるフリーライダー抑制政策は肯定するのであるが、日本の法制度では、近年、不正競争防止法が抜本的に強化され、フリーライドを抑止する政策が強められてきている。フリーライドが抑止されることが投資の拡大につながるという政策選択であろう。また、事業者自身も契約による拘束を通じてフリーライドを抑止しようと試みているが、そこに独禁政策と衝突する状況が現れる。独禁政策の視点からは、フリーライドを肯定することが、先行事業者の市場力行使を抑制し、競争を活発にする面があることを重視することになろう。フリーライドが肯定されていても、市場先行の利益があるから、フリーライドを甘受してでも先行投資が行われる面がある²⁵。どのくらいのフリーライドを認めるべきかが、政策上の課題と言えよう。

学研事件以後の事件として、フランチャイズに競争避止義務を課することが独禁法上、問題ない旨、判示した私訴の判決がある²⁶。何故問題がないのか理由が明示されていないが、フランチャイズシステムの情報が競争事業者のシステムに流用されるフリーライドを抑止する為であると説明できよう。また、流通取引慣行指針は、原材料を提供して製造を依頼する場合に排他条件付取引を課すことを是認している²⁷が、その理由は明示されていない。この場合も、事業者が自ら調達した原料に、競争事業者がフリーライドして事業を展開することを阻止することを是認する趣旨と説明できるのではないか。流通取引慣行指針が、完成品製造業者が部品製

造業者に対し、ノウハウを供与して部品を製造させている場合で、そのノウハウの秘密を保持し、又はその流用を防止するために必要であると認められる拘束条件を課すことを是認するのも、フリーライドの阻止であろう。

こうした点から見て、学研事件の帰結は、メーカーが流通業者を自ら育成する場合でも、当初から専売店化しておかないと、後発メーカーがこうした流通業者にフリーライドして事業を展開しようとした場合に排他条件付取引を課して排除しようとする、独禁法違反に問われる場合があることを示唆しているように考える。後発メーカーはたとえ非効率事業者であってもフリーライドすることが是認されるのであって、フリーライドを肯定することで先行事業者の市場力を抑制する側面²⁸を重視した政策が選択されていると言えるのではないかと。

なお、仮に学研の行為を適法とした場合に、そこに形成される参入障壁はどう評価できるだろうか。この点、参入障壁の意義として、生産手段である原材料が入手可能であることを条件として、新規参入者が既存業者より高いコストを負担しなければならないような状態において参入障壁が存在する、新規参入者が、既存業者の負担しなかった生産コストを負担する状況において参入障壁が存在する、の2つの考え方があり、後者がシカゴ学派の考え方であると指摘されている²⁹。本件では、の考えでは参入障壁は存在しないことになり、の考えの場合には、学研のような有力事業者が既に存在している市場では、後発事業者は自前の流通業者の育成に先発事業者よりも高いコストの負担を強いられるので参入障壁が認められると言えるのではなかろうか。

4．東洋精米機事件の検討³⁰

本件で問題とされた東洋精米機の行為は、同意審決によれば³¹、昭和51年11月に発売した防音型精米機の販売に際し、販売業者に対して、「イ．特約店は、東洋精米機の製造に係る防音型精米機、混米機及び石抜撰穀機と競合する他社の製品を取り扱わないこと。ロ．特約店は、特約店以外の販売業者に、東洋特約製品を販売しないこと。ハ．前二項の実効の確保に関する事項」を内容とする特約店契約を結んだ者に対してのみ防音型精米機を販売する旨を告知し、販売業者との間に、昭和52年3月11日現在、全国の販売業者約240名のうち79名の者と同契約を締結し、これに基づき取引しているというものである。実効性の確保の手段は、確定しなかった審判審決によれば³²、特約店において被審人に約束手形を預けるなどの方法だった。昭和51年の米穀小売業者向けの販売量は、同意審決によれば、精米機は国内の総販売量の約28%、混米機は約70%、石抜撰穀機は約52%とされている。

ここでまず注目できる点は、専売店化が、シェアの大きい混米機や石抜撰穀機ではなく、精

米機を梃子に行われたことであろう。シェアの小さい製品を梃子にシェアの大きな製品の競争者の排除を進めたことになる。梃子になった力は、防音型精米機に関する工業所有権にあった。防音型精米機の取引を求めた販売業者にのみ、排他条件の受け入れが求められていた。精米機のシェアの認定をめぐる本件審決は、東京高裁で実質的証拠がないとして取消され³³、差し戻されたが、シェアが排他条件付取引を課す力の源泉ではなかったとなると、シェアが本件で有する意味が問題となろう。

東洋精米機が審判で重点を置いて力説したのは、特約店契約は工業所有権を侵害する製品を取扱わないことを求めただけであって、公正競争阻害性はなく、正当な理由があること、精米機の製造販売において、米穀小売業者向けに限定することなく、大型精米工場で使用されている精米機を含めれば、東洋精米機は有力な事業者とは言えない、ということだった。いずれも、東京高裁の取消理由とは関係のない問題である。

の争点につき、審判審決は、「契約が書面によってなされている場合、契約の内容の確定に当たっては、書面に記載された文言を客観的、合理的に解釈することを第一義的に考えるべきこと」と、東洋精米機の提出した証拠からその主張に即した事実が認定ができないこと、「昭和51年11月4日当時、被審人は、同業他社が3ヶ月後には新型を出す予定なので、その前に早く販売店との間に特約店契約を結ぶ必要があるとの方針を打ち出していたこと、したがって、それは工業所有権を侵害することになるか予測のつかない段階でのことであると認められること」を根拠に、「本件特約店契約は工業所有権侵害品の排除ではなく、一般に同業他社の競合品の取扱いを禁止するものであることは明らかである。」とした。事実認定の側から東洋精米機の主張を退けている。東京高裁は、「競合品」なる文言を工業所有権侵害品を意味するものと解するのは、文言の一般的用法に合わないものであり、また、原告主張の右事実、本件特約店契約締結の動機または目的にとどまるにすぎないものと考えられる。」「右のような契約締結の動機または目的が契約に用いられた文言に優先して契約内容を確定すべき事情となるものではないとし、右契約に用いられた文言にそって本件特約店契約を一般的に東洋特約製品と競合する他社製品の排除を趣旨とするものであるとした本件審決の認定に、不合理な点があるものとすることはできない。」として、東洋精米機の主張を退けた。

だが、東洋精米機の主張からみると、動機・目的の中心が、工業所有権の侵害品からの防衛だった可能性は相当に高いのではないか。東京高裁は「原告の請求原因」において、契約の文言は当初案では「侵害品」とされていたが、東京営業所長の具申により、「競合品」の表現に改められたことを記しているが、準備書面を読むと、「侵害品」の表現では何をもって「侵害品」とするかが問題となって実効性が乏しいので、「競合品」として東洋精米機が特約店契約の解釈で主導権を確保することが意図されていたことが看取できる。これでは結局のところ、競合品を幅広く排除できることになるので、非侵害品には排他性がないとの東洋精米機の主張には無

理があろう。そもそも工業所有権の侵害品のような独禁法以外の法令に違反する行為を排除する為に独禁法違反行為の違法性が阻却されるかも法律上の問題となるであろう。他の法令違反行為の排除は、まず当該他の法令の法定手段に基づくべきであって、それを用いることができない緊急避難的な例外的な場合を除いて独禁法違反行為の違法性を阻却することはないと考えられようが、本件で審決も判決も法的な判断は明らかにしていない。東洋精米機は当時の法制度では工業所有権の侵害に十分に対処できない旨、審判でも東京高裁でも繰り返し力説していた。この点、現行の特許法は、政府の知的財産立国を目指すとの政策の採用後、特許権侵害行為に対応する条文を改正したり追加したりすることによって大幅に強化されているが、本件発生時の昭和51年当時の特許法は特許権者の保護に現在よりも乏しかったと言えよう。特許製品が侵害品によってフリーライドされていたケースが少なくなかったことも考えられよう。契約による拘束に基づく知的財産保護が効率性の増大につながった面も必ずしも否定はできないのではないかと。本件は、このようなケースでも独禁法の違法性の認定には影響しないことを明らかにした先例であるとも言えよう。

東洋精米機はまた、東京高裁において、本件の特約店契約がシェアの大きさからではなく、東洋特約製品が工業所有権に保護された一種の独占商品であることに起因すると主張している(判決の請求原因の中にも記載されている)。この主張に対する東京高裁の判断は示されなかったが、東洋精米機の主張は特許権を梃子にして排他的行為を行っても独禁法違反にはならないとの趣旨と考えられる。東洋精米機は準備書面の中で独禁法の適用除外規定を根拠に主張を組み立てているが、適用除外規定は工業所有権を梃子に市場力を拡張する行為を容認するものとは解されておらず、とうてい支持できない主張である。だが東洋精米機自身は専売店制の梃子の力が、工業所有権にあった旨、認識していたことは、留意すべき点であろう。

東洋精米機は、審判の段階から、精米機が米穀小売業者向けと大型精米工場向けで本質的な違いがないことを力説し、精米機の市場全体では、自らが有力な事業者ではないと主張した。東洋精米機の主張は審査官の主張にも影響を与えたようである。審判審決前の審査官の最終意見書では、大型精米工場では小型精米機を連結して使用して50馬力以上を確保しておりこの50馬力をもって、米穀小売業者向けと区別している。これに対して、東洋精米機は大型精米工場には精米機を連結せずに使用している工場もあり、審査官の主張は正確ではないことを指摘するとともに、大型精米工場で競争相手の佐竹製作所が高いシェアを有している理由の一つに、佐竹製作所が他のメーカーよりも馬力の高い精米機の製造販売で先行し、大型精米工場で連結して使用する際に利用しやすかったことも指摘している。いずれにせよ、米穀小売業者と大型精米工場で使用されている精米機の間に本質的な違いがないことを踏まえて本件を考えることが必要である。この点、審判開始決定書では、別商品と理解して、「米穀小売業者向け製品」としていたが、審判審決においては、事情が明らかになったので、「小精米用加工機」なる用語に

変更したとの指摘がある。この「小精米用加工機」の表現は、再販売先である需要者段階で装置、使用される状態でみた馬力数の差異に基づき「大型」と区別された概念とのことである³⁴。

東洋精米機は、「審査官は、取引ないし競争の場の中に、更に、「米穀小売業者向け製品」なるものの取引ないし競争の場があることを前提として、業界1位としているが、そのような独立の取引分野はない。あるのは、大型精米工場及び米穀小売業者を含めた食糧加工機の需要者全体に対する製品の販売としての取引分野だけであり、他社が圧倒的販売比率を持っている。被審人は有力な事業者ではない。」と主張した。

これに対して審決は、「食糧加工機製造業者である被審人が防音型精米機、混米機及び石拔撰穀機を販売業者に対し販売するに当たって行った行為が、不公正な取引方法に該当し、独占禁止法第十九条に違反するか否かが問題されているのであるから、食糧加工機製造業者が、防音型精米機、混米機及び石拔撰穀機を販売業者に販売するという取引の場において、公正な競争が阻害されるおそれがあるか否かが問題であって、当該取引の場が一定の取引分野を形成するかどうかは問題ではない。したがって、本件においては、被審人の製品が全食糧加工機製造業者の製品の中で占める販売比率を厳密に論ずることはもともと不必要である。」と述べた上で、「ただ食糧加工機を販売業者に販売するという取引の場における被審人のおおよその地位をは握することは、本件行為の競争に及ぼす影響等を明らかにするために役立つことなので、その点につき検討を加えることとする。」として、「精米機、混米機及び石拔撰穀機には、主として米穀小売業者によって使用されるもの（以下「小精米用食糧加工機」と総称する。）のほか、大型精米工場に設置して使用される大型精米装置及び農家で使用される自家用精米機がある。そして、小精米用食糧加工機は、その大部分が販売業者を経て米穀小売業者に販売されるのに対し、大型精米装置は、その大部分が全国食糧事業協同組合連合会又は全国農業協同組合連合会を経て大型精米工場に販売され、また、農家で使用される自家用精米機はその大部分が農機具販売業者又は各都道府県農業協同組合を経て農家に販売されている。」として、「したがって、食糧加工機製造業者が食糧加工機を販売業者に販売するという取引の場における被審人の地位をは握するには、小精米用食糧加工機についての販売比率によるのがもっとも妥当である。」とした。

これに対して、東京高裁は、「或る市場の中において、更に、流通する商品、流通経路、流通主体等の特性に基づいて、それぞれ、対象市場を区分し類型化することができる取引の場があるときは、ここに更に局限された独立の取引の場が存在すると認めるのが相当であるから、本件審決が前記食糧加工機製造業者が販売業者を通じて小精米用食糧加工機を米穀小売業者に対して供給するという独立の取引の場の存在を認めたことは不合理なものといえることはできない。」「大型精米工場に対する食糧加工機の供給は、佐竹製作所がその大部分を全農連及び全糧連を経てしており、その余の部分はその他の食糧加工機製造業者が販売業者を経てしているも

の、その例は少ないものであることが認められるから、食糧加工機製造業者が小精米用食糧加工機を販売業者を通じて大型精米工場に供給していることがあるとしても、直ちにこのことをもつて、本件審決のこの点の認定が合理性を欠くこととなるものとはいえず、ひいては、実質的証拠を欠くものとすることはできない。」として、審決の認定を支持する旨、判示した。

しかしながら、実際は、判決は「食糧加工機製造業者が販売業者を通じて小精米用食糧加工機を米穀小売業者に対して供給するという独立の取引の場」を認めたのに、審決は「食糧加工機製造業者が、防音型精米機、混米機及び石扱撰穀機を販売業者に販売するという取引の場」を認めており、両者は異なっていた。審決はその取引の場における被審人のおおよそその地位を把握する為に「小精米用食糧加工機についての販売比率によるのがもっとも妥当である。」としていた。

判決は、東洋精米機の販売額は「大型精米工場向けの五〇馬力以下の精米機の販売額と米穀小売業者向けの五〇馬力以下の精米機の販売額とを合算した額」を基にして販売比率が算定されていることを指摘し、「原告の右シェアを正確に認めるためには、原告の右販売額から大型精米工場向けの五〇馬力以下の精米機の販売額を控除した残額を求め、更に全国の他の製造業者一〇社の同様な数額を求め、これに基づいてシェアを算出、認定しなければならない理である。」として、「原告が右取引の場において有力な地位を有する業者であるとの事実……に関する認定は、実質的証拠を欠くものといわざるをえない。」と判示した。

注意すべき第1の点は、判決も「一定の取引分野」の認定を不要とする審決の考えは支持して「取引の場」の認定で足りるとしていることであり³⁵、注意すべき第2の点は、審決と判決とでは、「取引の場」の捉え方は違っているが、審決もその取引の場における東洋精米機のおおよそその地位の把握には、審決の認めた「取引の場」における東洋精米機の販売比率ではなく、「小精米用食糧加工機」の販売比率で見るとしているのだから、ここでは審決と判決とで考え方に違いはなく³⁶、判決は厳密さを求めた点のみが異なっていることであると考ええる。

不公正な取引方法には「一定の取引分野」という法定の要件がないので、これと区別する為に「取引の場」という表現が使われたのかも知れず、またシェア等を厳密に求める必要がないことを示す為に審決は「取引の場」との表現を使ったようである。だが、独禁法2条4項は「競争」を定義しており、不公正な取引方法でもこの定義を踏まえた議論が必要になり有益であろう。

不公正な取引方法を問題にする場合でも、自由競争減殺が問題となる排他条件付取引の違法性の判断には、問題の行為が市場に与える影響を評価する必要がある。そしてこの場合の市場とは、「2条4項にいう『競争』が行われる場」という意味で用いられていると理解するのが最も確であると指摘されている。2条4項によると、「同一の需要者」に対して供給しようとする行為のみが、「競争」と呼ばれる。2条4項は供給者が需要者に「供給」として定められており、

「取引」するとは定めていないことから、市場は複数の取引段階を包括して成立することを認めている。具体的な事案で弊害要件の成否が問われる具体的な検討対象市場は、多数あることが多く、それらの中に一つでも違反要件を満たす市場があれば、違反なのであって、当該市場における違反状態を除去することが求められると指摘されている³⁷。

本件の場合、検討対象市場としては、需要者を販売業者、供給者を食糧加工機製造業者、需要者を米穀小売業者、供給者を食糧加工機製造業者、需要者を大型精米工場、供給者を食糧加工機製造業者、とすることが考えられよう。を対象にすべきだったとの趣旨の学説³⁸と、を対象にすべきだったとの趣旨の学説³⁹がある。

を唱える論者は、各製造業者が販売業者を介さない直接販売ルートでも最終需要者へ販売を行っている場合には、市場閉鎖効果を判断するためには直販ルートも考慮せざるをえないのであって、販売業者を介するルートにおけるシェアのみで市場閉鎖効果を判断するわけにもゆかないと指摘している⁴⁰。本件に即して考えると、製造業者が米穀小売業者に販売するルートは、販売業者を通じるものしか主張されていなかった。でもでも違法性の認定に影響はなかった。これに対して、との関係では、大型精米工場には販売業者を経ないルートがむしろ有力だったのであり、における競争阻害が生じて、をめぐると競争には影響しないことになる⁴¹。本件に関しては、が問題にされたわけではないので、で十分だったのであり、審決のようにの影響を評価する為ににおける影響を見るといった迂遠なことをする必要は無かったのではなからうか。

次に、本件で東京高裁は、公正競争阻害性に関して、注目すべき判示を行った。まず、「右の公正競争阻害性の有無は、結局のところ、行為者のする排他条件付取引によつて行為者と競争関係にある事業者の利用しうる流通経路がどの程度閉鎖的な状態におかれることとなるかによつて決定されるべきであり、一般に一定の取引の分野において有力な立場にある事業者がその製品について販売業者の中の相当数の者との間で排他条件付取引を行う場合には、その取引には原則的に公正競争阻害性が認められるものとみて差し支えないであろう。」と判示し、原則的に公正競争阻害性が認められる類型を明確にした。通説に即したものと言えよう。

さらに東京高裁はこれに続けて、次のような論議を呼ぶ判示を行った。「しかし、また、右のような場合であつても、一定の取引の分野の市場構造の特殊性等からして、すでに各販売業者が事実上特定の事業者の系列に組み込まれており、その事業者の製品だけしか取り扱わないという事態になっているなど特段の事情が認められる場合は、排他条件付取引に公正競争阻害性が認められないとされる余地が生ずるものと解される。したがつて、排他条件付取引に公正競争阻害性が認められるか否かを判断するに当たつては、行為者及びその競争者の製造する製品を取り扱う販売業者がどの程度存在し、販売業者の各事業者への系列化の実情がどのようなものになっているかといった点が重要な判断資料となるものというべきである。」この並列的系列

化の場合には公正競争阻害性が認められないとされる余地が生ずるとの判旨は多数の学説の厳しい批判を受けることになり⁴²、公取委は後の平成3年の流通取引慣行指針において、判旨とは逆に並列的系列化の場合には公正競争阻害性が強まるとの見解を示している⁴³。基本的には、多数の学説による批判は妥当であろうが、判旨も並列的系列化の場合には公正競争阻害性が認められないとまで述べているわけではないので、例外的な場合が全くないというわけではないとの趣旨と読んで、当該市場構造の特質・実態についての経済分析を求めたものと受けとめるべきであろう⁴⁴。

再開審判において、審査官は新たに行った調査結果に基づき、当該業界の販売業者は基本的に併売店である旨の主張を行っている。個々の販売業者には特定の製造業者の製品を重点的に扱う者も珍しくないが、他社製品も扱っているものであり、東洋精米機以外の製造業者はリポートによって一時期、自社製品の取扱量を増やそうとした業者もあったが、基本が併売店であることに変わりはないとのことである。東洋精米機は再開審判で正面からこうした審査官の主張を争うことはなかった⁴⁵。

東京高裁は先の判旨に続いて、「本件審決が全国の販売業者の数が二四〇名であるとの事実をいかなる証拠に基づいて認定したのかは、被告から当裁判所に送付された事件記録を精査してみても明らかでない。すなわち、本件審決が右認定の根拠として挙示する査第二号証、第五ないし第七号証、第一一号証、第一三号証、第一五ないし第二〇号証、第二九ないし第三一号証からは、右の事実を認めることができず、かえつて、審第四号証、第八四号証、参考人佐竹英三の第一一回審判における陳述、同江口孝雄の第一四回審判における陳述をみると、そこに現れた全国の販売業者の数はおよそ一〇〇名とするものから二、〇〇〇名とするものまで区々に分かれており、とうていこれを確定することができない。」と判示している。だがこの判示も、東洋精米機の主張に応えたものではなかった。

再開審判の審査官の準備書面は、様々な角度で収集したデータを基に論じている。全国米穀業者名簿中の精米機等設置業者欄に登録された設置業者数は205名であるとし、登録されている業者は、機械の設置、販売のほか、技術指導、アフターサービスをも十分に行うことができ、業界で広く認知されている者で、これらの者の売上額は、米穀小売業者向け売上額の大部分を占めるとしている。この名簿に登録されなかったが、同程度と認められる販売業者は、30名から40名程度であるとしている。そして、業者名簿登録が205名、各製造業者が自己の取引先であると報告した者のうち、名簿に登録されていない者が122名、審判で既に明らかな資料のうち、名簿にも業者からの報告にも含まれていない者18名の合計345名を全国の販売業者数であると考えられるとしている（もっとも、この345名の中には年に1台程度の取引しかしていない者、店舗をもたない者、部品の供給程度しか行っていない者も含まれている。）被審人が特約店契約を締結した79名は、審判審決の示した240名に対して約33%、340名に対して、約23%

であり、その後同契約を締結した者を加えた86名は、240名に対して約36%、340名に対して約25%であって、登載されている者で締結した者の比率は、当初が約29%、その後が約32%で、被審人の特約店契約締結者の比率は、いずれをとってもかなり高く、被審人は相当数の販売業者との間に本件特約店契約を締結することにより、流通経路の相当部分を閉鎖的な状態においていることが認められると主張している。また、判決が100名と言っている部分は、参考人の陳述によるものようだが、従業員3名から5名の販売業者の数を陳述したものであり、2000名と言っているのはパンフレットの記載によると推察されるが、農機具販売業者等を含めた全体の取引業者数の概数であると指摘している⁴⁶。

東洋精米機は再開審判において、審査官の提出した証拠は伝聞証拠であると主張して証拠能力を争う姿勢を示したが、積極的に反論することはしなかった。東洋精米機の視点で考えると、全国の販売業者の数がどのくらいかは、業界の有力事業者としておおよそは、通常、把握できている筈であり、審決の誤りを指摘したところで訴訟における意義は乏しいことはわかっていたのではなかろうか。制度的に、審決取消訴訟において東京高裁において審決に実質的な証拠がないと判示された場合でも、そこで被審人の勝利で確定するとは限らず、公取委に差し戻されて審査官が再調査を行うことになる可能性があることは、東洋精米機にも明らかだったのでなかろうか。

シェアの認定に関して実質的証拠がないとの判旨については、東洋精米機の主張の組立てにおいて枝葉末節の部分ではあるが、東洋精米機の主張を認めたものであった。これに関して再開審判で審査官が行った主張は、以下の通りである。準備書面によると、審査官は東洋精米機のシェアの算定の為に、製造業者から報告を求めている。判決が「食糧加工機製造業者が販売業者を通じて小精米用食糧加工機を米穀小売業者に対して供給するという独立の取引の場」としたことに即して、製造業者の全売上による方法、製造業者から販売業者に販売されたものによる方法、製造業者から販売業者に販売され、さらに米穀小売業者にまで販売されたものによる方法、の3つの方法により、行っている。ただし東洋精米機については、大型精米工場からの報告に基づいて、東洋精米機の大型精米工場向け販売台数及び販売金額を算出し、昭和52年の東洋精米機による報告からこれを控除して東洋精米機のシェアを算出したとしている。3つの方法でそれぞれ販売台数シェアと販売金額シェアが算出されているが、3つの方法による各製造業者のシェアの違いは少ない。各製造業者がの販売業者の販売分までどうしてわかるのかの問題があり、とで何が違うのかも問題であろう。製造業者がそれぞれを別個に報告できるデータを保持しているかという問題である。またが大型精米工場に供給された精米機まで含んだ数字なら、佐竹製作所に関してはととで顕著な違いが生じる筈だが、そのような違いを示している業者は見当たらない(東洋精米機以外は準備書面は業者名は匿名で書かれている)。判決が示したについての東洋精米機のシェアは、販売台数で23%、販売金額

で27%でともに1位である。の方法による数字も、販売台数で23%、販売金額で27%でともに1位である。

審査官は販売業者による報告に基づくシェアも算出しているが有効回答は73件しかなく、51年から58年までの各年の数字があるが、年度ごとのばらつきが大きい。東洋精米機は、精米機では、台数で51年は30% 1位、58年は50% 1位、金額で51年は36% 1位、58年は51% 1位である。混米機と石抜撰穀機のシェアも算出されている。

こうしたシェアが公正競争阻害性の認定で果たす意義も問題であろう。審決は、精米機のみでなく、混米機と石抜撰穀機のシェアも問題として有力事業者であることを認定したのに、判決は精米機のシェアだけを問題にしたとの指摘がある⁴⁷。だが本件は、防音型精米機を梃子にして特約店契約を締結させており、その範囲で市場閉鎖がなされると考えられるので、混米機と石抜撰穀機のシェアは関係ないのではなからうか。梃子となったのは、新型の防音型精米機であるから、それまでの精米機のシェアを超えて市場閉鎖が進むことも考えられる。シェアは市場閉鎖の代用指標に過ぎず、販売業者に対する市場閉鎖がどの程度進んだか、より直接的な証拠による事実認定が望ましいと言える。この点、全国の販売業者数の明確な認定を求めた高裁判決の判断は妥当なものと評価できようが、シェアの厳密な認定を求める必要はなかったと言えよう。

再開審判で東洋精米機には争訟を続ける戦意は始めからなかった。強制調査権限のない事業者側に自己以外の業界の実態を証明する証拠を収集する能力は乏しいのではないか。むしろ東洋精米機の準備書面によれば、新たな審査官による調査に対して、東洋精米機には取引先から苦情・強い抗議が寄せられていたとのことである。東洋精米機は昭和57年8月2日に、すべての特約店との間で問題にされていた特約店契約を解消し、これに伴い特約店から東洋精米機に交付された額面300万円の約束手形もすべて各特約店に返還していた。約5年半余りの期間、特約店契約は有効だったことになる。東洋精米機はこの間、金と時間を費やして公取委と争訟を続けていた。東洋精米機の審判における主張は、準備書面を読む限り、違反行為の要件との関係で焦点があまり合っておらず、説得力が感じられない。高裁の段階でようやく独禁法に関する法律論らしい展開となっている。東洋精米機側のピントのずれた争い方によって、審判が長引いた側面があるのではないか。審判中は特約店契約を有効に継続できたが、東洋精米機は自ら特約店契約は工業所有権の侵害品を排除しているに過ぎないと主張していたのだから、専売店化を強力に進めるのには支障があったと思われる。横流しの禁止により、ライバルの佐竹製作所などが東洋精米機の防音型精米機を入手するのを遅らせて、ライバル社の研究開発やフリーライドを妨げる効果があったかどうか、それが争訟のコスト負担を上回る便益を東洋精米機にもたらしたかであるが、実情は不明である。

再開審判の状況から見れば、本件は並列的系列化の事案ではなく、むしろ併売店の専売店化

という古典的な事案に近い事案であったと言えそうである。専売店化に対して不当な手段で強制したという色彩はなく、製品自体の魅力によって専売店契約を締結させていったと言える事案であろう。いずれにせよ、本件のように密室で行われたわけではない事案で、審査官側が違法性を認定する為に証拠を収集することに、特段の困難があるとは思えない。平成17年独禁法改正で強制調査権限が拡張された現在はなおさらである。東洋精米機事件は東京高裁が審決を取消したことで当時は衝撃的だったようだが、争訟の面では東洋精米機の主張は枝葉末節が東京高裁で認められたに過ぎず、東洋精米機は完敗に近いと評価できるのではないか。この事件以後、新たな専売店制の規制は為されていないが、この事件が公取委の動きを止めたわけではないと言えそうである。

5．専売店制規制の現状と課題

専売店制を直接、問題とした審決は、東洋精米機事件以後には見当たらない。これまでの審決の法理は、次のようにまとめられよう。

初期の審決で違法性を認めた事案は、それまで併売店であったものを専売店に切換えるように強要した事案だった。そこから手段としての不当性に違法性の根拠を見いだす考え方もあり、手段となった行為を他の一般指定によって規制した事案もあった。だが、違法性の判断基準を一般的に述べている初期の審判決に照らせば、市場への影響と無関係に個別的な不当行為に着目したというものではないと評価できる。違法とされた事案も、公式の審決に詳細に記載されていないものでも、販路閉鎖の程度は相当なものであった事案のようである。もっとも、併売店から排除された事業者は、強力な競争者との競争にさらされながら新たな販路の獲得に苦しむことになり、この種の事案の公正競争阻害性は大きなものが認められよう。最高裁判決が下された北海道新聞事件は、専売店化を強要する要素と有力事業者によって行われて販路閉鎖が相当な程度に及ぶ要素とをともに有している事案であった。

これに対して、昭和40年代からの審決は、競争者の取引機会の減少という客観的な効果を重視するものとなっている。違反事業者は製品差別化された寡占市場における有力な事業者であり、すでにある程度の専売制を敷いている事業者であり、掌握する販路は、有力な小売業者等の良質な販路であったことが認定されている。これらの事業者が、既存の販路をテコとして再販売価格維持行為を行ったり、新たに専売制を維持、強化する措置をとったりしたところを公取委に摘発されている⁴⁸。ただし、初期の審決・判例理論が想定していたと思われるほどの有力事業者でない場合もあり、また競争者の取引機会の減少（販路閉鎖）は、行為者により掌握された販路の販路全体に対する割合でみる必要はなく、有力事業者である限り、当該事業者

よって掌握される販路の絶対数やその質的な評価で足りるというところに示されている。もっとも、再販行為を伴わない事案では、東京高裁によって一旦は取消されて差し戻された東洋精米機事件があり、販路閉鎖の割合を認定して競争者が代替的な取引の機会が困難になることの立証が求められることも明らかになった。ただし、それが公取委の事実認定に困難を強いるようなものとは思われない。

こうして違法性の認定の焦点が、客観的な市場閉鎖効果に移ったことは、公取委事務局の流通取引慣行指針（平成3年）に反映されており、流通系列化独禁研報告（昭和55年）や一般指定改正時の独禁研報告（昭和57年）に見られた手段の不当性に着目する見解は姿を消している。他方、通説は専売店制の効率性増進効果を狭く限定して捉えており、流通取引慣行指針でも取り上げられていない。また再販行為と専売店制が同時に実施されることが違法性を強めるとの考え方も学説では示されているが、それに基づき違法性を判断する考え方は同指針では明示されていない。

専売店制は卸売業の段階で進行しており、輸入品の参入障壁ともなっていると指摘されている⁴⁹が、こうした言わば専売店制の本丸が、独禁法違反で規制されることはなかった⁵⁰。いくつかの問題が考えられよう。

まず、過去に敷かれた専売店制が再販行為を実施したり専売店制を強化したりするような人為的行為が行われることなく推移し、その後の市場環境の変化を理由に公正競争阻害性を認定することには無理があるとの指摘がある⁵¹。

並列的系列化の問題もあろう。東洋精米機事件の東京高裁判決は違法性が否定される余地を認めていたが、並列的系列化はむしろ市場の閉鎖性を高めると捉えるのが多数説であり、流通取引慣行指針も多数説と同様の立場を示していた。しかしながら、並列的系列化の場合は、特定の事業者の行為によってこのような閉鎖的效果が生じるとは言えないから違法性を認めるのは困難であるとの指摘がある⁵²。個々のメーカーの専売店制を他の競争メーカーの専売店制と結合させて、その公正競争阻害性を認定すべきことも示唆されている⁵³が、そのような評価それ自体が容易ではないと同時に、その場合、いずれのメーカーの専売店制を違法として取り上げるべきか、すべてのメーカーの専売店制を違法として排除できるか、できないとするとどれを排除すべきか、判断の困難な問題が生ずることが指摘されている⁵⁴。そこで専売店制は、販売店の公開市場における購入の自由を剥奪し、メーカー段階においては、競争の本質である価格と品質に基づく顧客争奪競争を制限する効果を必然的に招来するとの認識の下に、排除された競争者に他に販路がどの程度残されているかではなく、当該専売店制の掌握する販路がどの程度であるか、換言すれば専売店制によってどの程度の販路が閉鎖されることになるのかという逆の側面から判断して行くことが考えられるとの提起が為されている⁵⁵。1社が専売店制を導入すれば他社の追隨を招くという専売店制の波及効果があることに注目して公正競争阻害性

を認定できるとの考え方⁵⁶、流通過程の間での流通業者間の競争がなくなり、各製造業者は、価格競争を回避する行動をとることが容易になり、製造業者間の協調行動が起こりやすい条件が形成されることになるので、一般指定13項により規制できるとの考え方⁵⁷も提起されている。だが、現在まで日本の審判決でこれらの法理を展開した事例はない⁵⁸。

北海道新聞事件の東京高裁判決が「専売店を設置する」ことは違法ではないと判示し、最高裁が支持していることも見逃せない。資本と人員が流通段階に投下されて専売店が設置されることになるが、これも非価格競争であり市場支配力を強化することにつながる問題のある行為であるとの見方もあり⁵⁹、それ自体は妥当な指摘であるが、だからといって非価格競争であることを根拠にこれを直接、規制することは市場経済体制の枠内での競争政策であるから無理であろう。保有している株式の株主としての立場を利用し相手方の意思決定に影響を及ぼして自己の競争者との取引を制限する行為が違反行為になり得ることは、流通取引慣行指針が認めている⁶⁰。他方、同指針はまた、親子会社間の取引で、株式所有比率が50%超の子会社が「実質的に同一企業内の行為に準ずるもの」と認められるときは原則として不公正な取引方法の規制を受けないと述べている。だが、北海道新聞事件の東京高裁判決が認める「専売店を設置する」行為が、必ずしもそれに限られるのか疑問があり、「実質的に同一企業内の行為に準ずる」までに一体性が強くなくても規制対象とならない場合があることも否定できないのではなからうか。株式保有や役員派遣に基づく流通系列化に対して、独禁法10条1項や13条で規制することを検討すべきであるとも指摘されていた⁶¹が、公取委は既に形成されている専売店制に対してはこれらの条文に基づく規制は行っていない。これについては、今後、株式保有の届出制が現行の事後届出制から事前届出制に改正された場合に、過去に行われた株式取得を競争制限効果が現れた時点で規制することを行わない旨、明文化される事態も考えられる。そうなるに既に形成されている卸段階の専売店制が聖域となることも考えられよう。

もっとも、専売店制の本丸とも言える卸売段階の専売店制が規制されてこなかったことが、日本経済や消費者に害悪をもたらしていると言えるであろうか。専売店制の経済効率性増進効果も考慮した場合に、規制されてこなかったことを、独禁法の不備とか、解釈法理に問題があったとも必ずしも言い切れないのではなからうか。さらに慎重な調査検討に基づいた経済分析を必要とする問題であるように考える。

専売店制の公正競争阻害性を論じた有力な学説は、専売店制の経済効率性増進効果について、育児用粉ミルク事件最高裁判決⁶²を根拠に「競争秩序の維持とは直接関係のない事業経営上又は取引上の観点等からみて合理性ないし必要性があるにすぎない」として、違法性判断基準に直接加味しないとの法理を展開してきた⁶³。効率性増進を示すものではないかとされたものの多くは、独禁法上は中立のものであるとされ、新規参入の手段として有効性がある等のものに限定して、考慮要因とされてきた⁶⁴。

他方、有力な学説は商品の特殊性に基づいて一定の流通過程の構成が不可欠とされてそれが専売店制に連なる場合であって、当該取引分野全体に渡って行われ競争秩序が形成されている場合には、正当な理由のある専売店制であるとも主張している⁶⁵。だが、その根拠はつきつめると、専売店制を認めないと経済効率性を害することになるということであって、暗黙のうちに効率性増進効果を専売店制の独禁法上の評価に加味していると言えるのではない。

学研事件では後発メーカーによる先発業者が育成した流通業者へのフリーライドを、競争政策の観点で事実上は認める判断が背景に存在していた。他方、フリーライダー効果を抑制する為に排他条件付取引を容認することも、それと明示されていないものの流通取引慣行指針において認められており、フランチャイズ契約でフランチャイジーに課された競争禁止義務にも違法性は認められていない。こういった場合、何故、フリーライダー効果を抑制する必要があるのかと言えば、競争を活発化して経済の効率性を高めるのにフリーライダー効果の抑制が必要ということではなからうか。

近時の有力な学説は、独禁法違反行為における一般的な正当化事由の枠組において、経済効率性も考慮要因に加えている⁶⁶。判決の法理も、都営芝浦と畜場事件最高裁判決⁶⁷以降、公益ないし一般消費者の利益も考慮要因とするように拡大され、経済効率性も競争阻害性がないという行為者の意図・目的として間接的に考慮に入れられるようになっているとの分析がある⁶⁸。もっとも、比較衡量とか総合考慮といっても、異質のものを衡量するわけにはいかず、プロセスの具体化が必要であると指摘されている⁶⁹。一般消費者の利益に立って総合考慮することから、専売店制の効率性増進効果も一般消費者に還元される必要があろう。被審人の側で、専売店制の効率性増進効果の故に、競争が活発となって、価格下落、品質向上、技術革新の進展などのいずれかが見られることを公正競争阻害性の反証として提出することが認められることになるのではない。もっとも学研事件の審判で被審人が途中で争うことを取りやめたことからみても、これらの立証は必ずしも容易に実行できるとは思われない。専売店制の経済効率性増進効果は、仮にあるとすると、市場閉鎖効果が認められないことによって専売店制を敷くことが適法とされている新規参入業者や下位業者を除けば、メーカー側が資本投下などの流通業者への関与を強めて、不公正な取引方法の適用の埒外に自らを置くことによって事実上実現できていると言えるのではなからうか。

ここでアメリカ反トラスト法の法理の展開を参照すると、アメリカではシカゴ学派が、それまでの過激な垂直的制限の規制法理を厳しく批判して、反トラスト革命と称される大きな影響を反トラスト法の法理に与えた⁷⁰。シカゴ学派の理論家のボークが指摘することは、市場力は二重に行使することはできないから、排他的供給契約を市場力の行使として課することはできないこと、排他的供給契約が市場力の拡張に帰結するのは略奪的行為としてであり、略奪的行為が成立する可能性は低いこと、それにもかかわらず排他的供給契約が行われるのは効率性の増

進があるからであるというものであった⁷¹。

市場力の行使が二重にはできないという主張は独占利潤拡張不能理論とも呼ばれるが、これは川上市場が寡占市場で川下市場が完全競争市場の場合に言えることであって、川上市場と川下市場がともに寡占市場の場合には状況が異なり、垂直的統合によってライバルのコストの引上げが生じて市場の効率性が悪くなるとの分析がある⁷²。だがこの分析が既に市場力を行使した価格設定を流通業者に対して行っている製造業者がさらに市場力を二重にふるって流通業者に排他条件という追加の負担を課することができるのかというボークの提起した問題に、直接答えていると言えるのか、筆者にはよくわからない。シカゴ学派の独占利潤拡張不能理論を批判して市場力の拡張が生じることを論証した文献は種々あるようだが、その一つのサロップらの理論は、排他的供給契約を流通業者からの排他権の購入であると捉えるものであり、排他的供給契約を市場力を行使して相手方に押付けるのではなく、価格設定に際しての市場力の行使を自己抑制した上で排他権を購入するものであると構成し⁷³、排他権の購入を通じてライバルのコストを引上げることによって新たな市場力を生み出す可能性があることを論証し、排他的供給契約が効率性の増進の場合に限らず、市場力の拡張をもたらすが故に追求される可能性があることを示した⁷⁴。だがサロップらも排他的供給契約によって効率性増進効果があり得ることを肯定しており、並列的系列化の場合、排他権に対する需要と供給が排他権取引市場から同時に減少する場合が考えられ、その場合には排他権の価格が上昇することはなく、したがってライバルのコストが引上げられることもなく、むしろ並列的系列化は効率性の増進があるが故に行われることも考えられることを指摘している⁷⁵。並列的系列化が市場力拡張に一面的に結びつくとの見解は採っていない。シカゴ学派のポズナーも排他的供給契約が反競争の効果を持ち得ることを明言しているが、排他的供給契約が効率性を増進する故に追求される場合があることも明言している⁷⁶。

こうした反トラスト法の法理の展開と較べると、日本では専売店制の経済効率性増進効果は実質的にはかなりの程度で認知されていながら、従来は違法性判断基準の中には必ずしも明示された形で組み込まれておらず、資本等による垂直的統合によって事実上実現されたものが多かったと言えるのではないだろうか。

結びにかえて

私的独占の規制において、どのような行為が排除行為として規制されるべきかに関する議論が進展している⁷⁷。本稿は不公正な取引方法による専売店制の規制について論じたが、占有率リポートによる専売店制については、専売店制の直接の事案がなかったことから、論じていな

い。今後は、リベートなど他の類型の排他的行為の研究にも進みたいものと考えている。

注

- ¹ 日本光学工業株式会社に対する件・公取委審判審決昭和27年9月3日審決集4巻30頁。
- ² 大正製薬株式会社に対する件・公取委審判審決昭和28年3月28日審決集4巻119頁。
- ³ 中京ライオン歯磨株式会社に対する件・公取委同意審決昭和28年3月7日審決集4巻106頁。
- ⁴ 株式会社北海道新聞社に対する件・公取委審判審決昭和28年5月18日審決集5巻5頁。
- ⁵ 森永乳業株式会社に対する件・公取委同意審決昭和29年4月22日審決集6巻1頁。
- ⁶ 「独占禁止法研究会報告 流通系列化に関する独占禁止法上の取扱い」（昭和55年3月17日）の第2部4の(1)ウに「この場合は、主として、販売業者に対して、取引拒絶、競争業者との取引の妨害等の手段により、専売店となるように強要する、その手段の不当性に公正競争阻害性の根拠を求めることができる。」と記されている。
- ⁷ 大正製薬株式会社に対する件・公取委勧告審決昭和30年12月10日審決集7巻99頁。
- ⁸ 植木邦之「排他的特約店契約に関する事件」公取312号15頁以下（昭和51年）17頁。
- ⁹ 河村穰「専売店制の公正競争阻害性について（中）」公取461号28頁以下（平成元年）30頁。
- ¹⁰ 山部俊文「取引拒絶・抱合せ販売等・排他条件付取引」公取681号2頁以下（平成19年）8頁。
- ¹¹ 武藤工業（株）に対する件・公取委勧告審決昭和49年11月22日審決集21巻148頁。
- ¹² ビジョン株式会社に対する件・公取委勧告審決昭和51年1月7日審決集22巻115頁。
- ¹³ フランスベッド株式会社に対する件・公取委勧告審決昭和51年2月20日審決集22巻127頁。
- ¹⁴ 田中寿編『不公正な取引方法（別冊NBL9号）』（商事法務研究会 昭和57年）69頁。
- ¹⁵ 植木・前掲注8 17頁。
- ¹⁶ 大槻文俊「排他条件付取引の公正競争阻害性」公取681号25頁以下（平成19年）29頁注29。
- ¹⁷ (株)ソニー・コンピュータエンタテインメントに対する件・公取委審判審決平成13年8月1日審決集48巻3頁。
- ¹⁸ 実方謙二「流通系列化の競争制限効果と違法性の基準」経法1号1頁以下（昭和55年）2頁。
- ¹⁹ 再販行為と非価格制限行為が並んで行われるとき、それらの市場への影響は、両行為の相乗的效果であるから、両行為が相まって市場に影響を与えていると捉えるべきであると指摘されている。富士エックスレイ事件（公取委勧告審決昭和56年5月11日審決集28巻10頁）は、競合品の取扱い制限を、再販売価格の拘束、販売地域の制限とともに、旧一般指定8号に違反すると処理している。厚谷襄児『独占禁止法論集』（有斐閣 平成11年）138頁。
- ²⁰ 学習研究社に対する件・公取委同意審決昭和54年12月20日審決集26巻74頁
- ²¹ 保効俊雄「審決解説」公取356号57頁以下（昭和55年）。
- ²² 取次業者による差別的取扱いであるが、公取委は規制していない。

- ²³ 川濱昇ほか『ベーシック経済法（第2版）』（有斐閣 平成18年）[泉水]193頁。
- ²⁴ 三輪芳朗『独禁法の経済学』（日本経済新聞社 昭和57年）233 - 242頁。
- ²⁵ 田村善之『知的財産法（第4版）』（有斐閣 平成18年）8-9頁。
- ²⁶ ニコマート事件・東京地判平成6年1月12日判時1524号56頁、東京高判平成8年3月28日判時1573号29頁。
- ²⁷ 公取委事務局「流通・取引慣行慣行に関する独占禁止法上の指針」（平成3年7月11日制定、平成17年11月1日公取委改定）の第1部第四の2の注10
- ²⁸ 非効率な事業者でも、市場支配力の抑制として機能することが、指摘されている。川濱昇「競争者排除型行為規制の理論的根拠 - 不公正な取引方法を中心に - 」公取671号9頁以下（平成18年）16頁。
- ²⁹ 越知保見『日米欧独占禁止法』（商事法務 平成17年）37頁
- ³⁰ 本件の分析では、情報公開請求により入手した準備書面を利用している。筆者は書証の開示請求も行ったが、情報公開審査会から公取委事務総長による不開示を支持する答申（平成16年8月3日（平成16年度（行情）答申第178号））が出たので、それを受け入れ、入手を断念した。開示が為されたのは準備書面に止まらないが、本稿の執筆にあたり有用だったのは、審査官・被審人、原告・被告の準備書面であった。
- ³¹ 東洋精米機製作所に対する件・公取委同意審決昭和63年5月17日審決集35巻15頁。
- ³² ㈱東洋精米機製作所に対する件・公取委審判審決昭和56年7月11日審決集28巻38頁。
- ³³ 東洋精米機製作所事件取消訴訟判決・東京高判昭和59年2月17日判時1106号47頁。
- ³⁴ 河村穰「専売店制の公正競争阻害性について（上）」公取459号29頁以下（平成元年）33頁、35頁。
- ³⁵ 根岸哲「東洋精米機事件東京高裁判決」ジュリ813号23頁以下（昭和59年）27頁は、専売店制の公正競争阻害性の判断の前提として、一定の取引分野＝市場を画定する必要があるか否かという、より基本的な点について、判決と審決とで違いがあると論じるが、判決の文面からは疑問である。
- ³⁶ 実方謙二「専売制と公正競争阻害性」公取402号28頁以下（昭和59年）33-34頁は、「取引の場」の認定で審決を支持する立論を展開しているが、審決がその取引の場での東洋精米機の販売比率ではなく、「小精米用食糧加工機」の販売比率を用いようとした点の評価は行っていない。
- ³⁷ 白石忠志『独占禁止法』（有斐閣 平成18年）12頁、22頁、24頁、28頁。
- ³⁸ 今村成和『私的独占禁止法の研究（五）』（有斐閣 昭和60年）266-267頁、谷原修身「専売店制と公正競争阻害性 - 東洋精米機東京高裁判決 - 」南山法学8巻4号57頁以下（昭和60年）70頁、河村・前掲注30 33頁、実方・前掲注32 33頁。
- ³⁹ 根岸哲・前掲注35 27頁、村上政博『独占禁止法（第2版）』（弘文堂 平成12年）220頁。
- ⁴⁰ 村上・同上
- ⁴¹ 仮に の市場が存在しなかった場合、 の市場の競争が制限されても の市場に何ら問題が生じないのだから、 の市場に競争制限を排除する為に独禁法が介入して規制する必要があるか問題であろう。多数の検討対象市場のどこかに競争制限があれば違法となるという理論には課題があり、さらに洗練する必要があるであろう。この理論の提唱者である白石教授は、本件の解説では、紙幅の関係が特に議論をせずに判例に即して解説している。

白石忠志「独禁法事例の勘所」法学教室314号68頁以下（平成18年）。

⁴² 河村穰「専売店制の公正競争阻害性について（下）」公取462号58頁以下（平成元年）がそれまでの議論を踏まえて詳細な検討を行っている。

⁴³ 公取委事務局「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」（平成3年7月11日制定、平成17年11月1日公取委改定）の第2部の第二の2の注5。

⁴⁴ 村上・前掲注39 221-222頁。

⁴⁵ 東京高裁の並列的系列化の判旨は東洋精米機の主張に基づくものではない。東洋精米機はそのような主張は行っていない。東京高裁判決によると東洋精米機は、「訴外株式会社佐竹製作所（以下、佐竹製作所という。）は、全農連及び全糧連傘下の大型精米工場に対し、全農連及び全糧連を通じてほぼ独占に近い状態で大型精米装置を販売供給しているが、この大型精米装置に関する取引を武器として、販売業者に対しても多大の影響力を有しており、右小精米用食糧加工機を販売業者を通じて米穀小売業者に供給するという取引の場における取引についても重大な影響を与え得る地位を有している。したがって、前記取引の場における事業者の有力者性を把握するについては、右大型精米工場向けの取引において有力な地位を有している業者の存在を無視することはできず、佐竹製作所の存在は、無視できない。」と主張している。佐竹製作所がいかに規模の大きな事業者であるかについての東洋精米機の主張は、東京高裁判決によると、「精米機については、製造業者の数は、本件審決認定の一〇社ではなく一一社であり、原告の昭和五一年度における販売実績は、大型精米工場向けのものを含めて、二億二、一二九万一、〇〇〇円であり、佐竹製作所のそれは約二億円であるから、原告の右販売実績は佐竹製作所のその一〇パーセント程度にすぎない。」というものであった。並列的系列化の公正競争阻害性に関する主張ではない。

⁴⁶ 河村・前掲注9 31頁注4も同様の指摘をしている。

⁴⁷ 河村・前掲注34 32-34頁。

⁴⁸ 今村成和ほか編『注解経済法（上）』（青林書院 昭和60年）[稗貫俊文] 228頁。

⁴⁹ 金井貴嗣「排他的取引慣行と独占禁止法」経法11号51頁以下（平成2年）61頁。

⁵⁰ 日本光学事件（公取委勧告審決昭和47年6月30日審決集19巻25頁）で、用いられていた契約書の8条は、「特約店は日本光学の商品と競合する商品を販売しようとするときは予め日本光学の同意を得るものとする。」旨、定めていたが、この条項は本件では問題とされず、再販売価格の拘束と一店一帳合制だけが問題視されている。

⁵¹ 稗貫・前掲注48 228頁。

⁵² 実方謙二「排他的特約店契約」実務法律時報2号38頁以下（昭和45年）42頁。

⁵³ 金子晃「流通過程における独禁政策」ジュリ511号52頁以下（昭和47年）55頁。

⁵⁴ 根岸哲「独禁法と流通系列化 - 公取委が最近取り上げた事件を中心として - 」公取315号4頁以下（昭和52年）10頁。

⁵⁵ 根岸・同上 9頁。

⁵⁶ 大槻・前掲注16 27頁、実方・前掲注52 42頁。

⁵⁷ 大槻・同上 28頁、

⁵⁸ 反トラスト法における並列的専売店制の事案である Standard Stations 判決 (337 U.S. 293(1949))を詳細に検討し、同判決を基軸に反トラスト法の史的展開を分析した論考に、瀧澤紗矢子「競争機会の確保をめぐる法構造」法協124巻5号993頁以下（平成19年）、同7号1573頁以下（平成19年）、同8号1875頁以下（平成19年）、同9号2141頁以下（平成19年）がある。

⁵⁹ 実方・前掲注52 41頁。

⁶⁰ 公取委事務局「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」（平成3年7月11日制定、平成17年11月1日公取委改定）の第1部第7の3

⁶¹ 実方・前掲注18 26頁。

⁶² 最判昭和50年7月10日民集29巻6号888頁。

⁶³ 根岸哲「流通系列化に対する規制のあり方」経法1号29頁以下（昭和55年）37頁。もっとも根岸教授は、他の論考において、差別対価のコスト正当化や、フランチャイズ・チェーンを組織するに際して、その微妙かつ独特の風味を可能にする香辛料などの仕入先を拘束する抱合せ販売を例に、事業経営上または取引上の合理性ないし必要性が公正競争阻害性の重要な考慮要因となることを認めておられ、経済効率性を考慮要因に加えることを一般的に否定されるものではないと考えられる。根岸哲『独占禁止法の基本問題』（有斐閣 平成2年）166頁。

⁶⁴ 稗貫・前掲注48 220-221頁。

⁶⁵ 正田彬『全訂独占禁止法』（日本評論社 昭和55年）384頁、実方・前掲注52 43頁。

⁶⁶ 白石・前掲注37 96頁。

⁶⁷ 最判平成元年12月14日民集43巻12号2078頁。

⁶⁸ 平林英勝「不正な取引方法の公正競争阻害性の判断における関連要因の総合考慮について - 学説と判審決の比較 - 」法学新報109巻11・12号73頁以下（平成15年）97頁。

⁶⁹ 平林・同上 98頁。

⁷⁰ シカゴ学派のアメリカ反トラスト法に与えた影響、貢献については、村上政博『アメリカ独占禁止法 - シカゴ学派の勝利』（有斐閣 昭和62年）。

⁷¹ Robert H. Bork, The Antitrust Paradox, ch.15(1978), Basic Books.

⁷² 柳川隆・川濱昇編『競争の戦略と政策』（有斐閣、平成18年）[柳川隆・泉水文雄]189-192頁。

⁷³ 市場力は排他権の購入の際に1度だけ行使されることになる。

⁷⁴ Thomas G. Krattenmaker & Steven C. Salop, *Anticompetitive Exclusion: Raising Rival's Costs to Achieve Power over Price*, 96 Yale L. J. 209(1986). 拙稿「ライバルコスト引上げ理論と独禁法・反トラスト法による排他的行為の規制」北法46巻6号（平成8年）1535頁以下。

⁷⁵ Id. at 231-234. 拙稿・同上 1539頁、1567頁注(8)

⁷⁶ Richard A. Posner, *Antitrust Law* 196(2d.ed.2001), The University of Chicago Press,. もっとも市場閉鎖が起き得ることは認められているが、その可能性はかなり限定されている。村上・前掲注70 27-28頁。

⁷⁷ 日本経済法学会年報28号（平成19年）に、諸論考が掲載されている。

Regulation of Sole Agency Arrangement under the Antimonopoly Act

FUJITA Minoru

(Department of Law, Economics, and Public Policy, Faculty of Literature and Social Sciences)

In this article, we examined the development and problems of the regulation of sole agency arrangement under the Antimonopoly Act..

The early cases on exclusive dealing made it illegal to exclude forcibly competing products from distributors. Some of the later cases were that influential manufacturers in a market simultaneously conducted resale price maintenance and exclusive dealing. The Tokyo High Court quashed the decision of the Fair Trade Commission by the reason of insufficiency of substantial evidence on the Toyo Seimaiki case and referred the case back to the Fair Trade Commission. However the Tokyo High Court did not accept the main insistence of the petitioner. Finally the Toyo Seimaiki admitted his defeat on the consent decision. In cases where a restriction on handling of competing products is imposed by an influential manufacturer in a market, and if the restriction may result in making it difficult for new entrants or competitors to easily secure alternative distribution channels, it dose not seem to me that establishing the case is difficult.

While on the level of wholesalers the sole agency arrangement are said to have considerably spread, there is no case under the Antimonopoly Act. In cases where two or more manufacturers respectively and parallelly restrict handling of competing products, it might be difficult to establish the specific illegal conduct. Many manufacturers might own more than 50% of stocks of sole agency and might be beyond the regulation.

While some of exclusive dealings may serve to enhance economic efficiency, there is no formal decision that takes economic efficiency into consideration. However some of economic efficiencies seem to be acknowledged. Some of them might be acutually realized with tolerated sole agency.