

〔論 説〕

Leegin 判決以後の再販売価格維持に関する検討

伊 藤 政 也

- I はじめに
 - 1 研究対象
 - 2 日本法との関係
- II Leegin 判決に至るまでの判例の沿革
 - 1 Dr.Miles 事件 (1911 年)
 - 2 Colgate 事件 (1919 年)
 - 3 Bauch&Lomb 事件 (1944 年)
 - 4 Parke, Davis 事件 (1960 年)
 - 5 Albrecht 事件 (1968 年)
 - 6 Sylvania 事件 (1977 年)
 - 7 Business Electronics 事件 (1988 年)
 - 8 Khan 事件 (1997 年)
 - 9 まとめ
- III Leegin 事件の概要
 - 1 事案の概要
 - 2 多数意見の理由付けの概要
 - 3 少数意見の理由付けの概要
- IV Leegin 判決に対する評価及び Leegin 判決以後の議論
 - 1 アメリカでの評価
 - (1) Breyer 判事の見解
 - (2) Kirkwood 准教授の見解
 - (3) Marina Lao 教授の見解
 - (4) Grimes 教授の見解
 - (5) Lambert 准教授の見解
 - (6) Leegin 判決以後の動向
- V Leegin 判決の問題点
 - 1 多数意見と少数意見に対する評価検討
 - 2 経済学的分析への批判
 - 3 Leegin 判決に対する私見
 - 4 Leegin 判決後のルールを示した各モデルに対する評価
 - (1) 総論
 - (2) 各論
- VI おわりに

I はじめに¹⁾

1 研究対象

本論文においては、今後のアメリカ反トラスト法運用上、重要な意味合いを持つことになるであろう *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* (以下、*Leegin* 判決とする)²⁾の全体像を把握し、その分析に努めるものとする。本判決は、近年規制の緩和の傾向が見られた垂直的制限のうちで、現在まで約 100 年に亘って運用が維持されてきた最低再販売価格維持 (Minimum Resale Price Maintenance) 規制に関する先例である 1911 年の *Dr.Miles* 判決を変更したものであり重要な意義を持つ。本件は、判決の判断が多数意見と反対意見に分かれているため、各意見の対比を行うことによってその対立点を探っておくことが、本判決を理解する上でも有益である。

分析の方法としては、第一に、再販売価格維持規制に関する反トラスト法上の先例に関する理解の変遷を問題とする。*Leegin* 判決では、1911 年以来維持されてきた *Dr.Miles* 判決が破棄されることとなった。そのため、*Dr.Miles* 判決を破棄するに至った理由を検討するために、*Leegin* 判決に至るまでのアメリカの垂直的制限に関する先例の概観をまとめていく作業を行う。この作業の中では、対象となった *Dr.Miles* 判決にフォーカスを当てて、*Leegin* 判決に至るまで *Dr.Miles* 判決で考えられていた当然違法の原則の意味合いが、反トラスト法上どのように変容しているかを問題の焦点として扱いたい。この作業を通して、*Dr.Miles* 判決によって示されたコモン・ロー上の法理が、反トラスト法先例の中で整合性をもって解釈されてきたことを示し、*Leegin* 判決において評価されるような「古い時代の関連性の乏しい原則」³⁾として軽

¹⁾ 本稿は、早稲田大学大学院法務研究科最終学年 4 単位科目「研究論文指導」(指導教員 岡田外司博教授)において執筆・提出した研究論文に加筆・修正を加えたものになります。

本研究を進めるにあたり、多くの方々の御指導を頂きました。ここに感謝の意を表します。中でも筆者の指導教授として、御自身の貴重な研究時間を割いて格別なるご指導を頂きました岡田教授には、心より感謝申し上げます。本稿についての責任が筆者にあることは当然であります。本稿が完成に至ることができたのは皆様の学恩に他ありません。本稿がそれに報いることができるものであるかは甚だ不安ではありますが、ここに重ねて厚く謝意を表し、謝辞と致します。

²⁾ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551U.S 877 (2007).

³⁾ *Id.* at 888.

視されるべきものではないことを述べていこうと考えている。第二に、本判決で重視されており日本法へも影響のあり得るであろうフリーライド論を問題とする。Leegin 判決では、フリーライド論を重視して再販売価格維持の競争促進効果を肯定的に評価していると見ることができるが、当該経済学上の知見が反トラスト法上どのように扱われるべきであるのか、そしてこの知見の依拠している前提の妥当性等理論上の問題点を扱いたい。

これらの分析を行った後、Leegin 判決以後の再販売価格維持に関する法運用の状況について検討を加えていく。ここでは、Leegin 判決によって示された新しい基準の下で判断された差戻審において、まさに反対意見において危惧されていた合理の原則の運用上の問題が生じている点を指摘する。また、Leegin 判決以後の運用状況を踏まえて出されたアメリカの最低再販売価格維持規制に関する論文のいくつかを検討し、今後の再販売価格維持規制としてのあるべき運用方法を検討していくものとする。このように、Leegin 判決以降の運用上の問題点に検討を加えておくことは、Leegin 判決の正確な理解のため、そして、アメリカ反トラスト法の再販売価格維持規制の実態を把握する上で有益であると考えられる。

2 日本法との関係

反トラスト法上の先例として一世紀近くにわたって維持されてきた Dr.Miles 判決が Leegin 判決によって覆されたことから、反トラスト法を母法とする日本の独占禁止法（以下、独禁法とする）においても同様の再販売価格維持規制の緩和の議論が起こることが予想される。独禁法では、反トラスト法とは異なり、当然違法の原則のような例外を認めない運用というわけ⁴⁾ではなく、原則違法の類型として取り扱われている。ここでは、当然違法の原則と異なり再販売価格維持規制の「正当化事由」の内容として何を考慮すべきなのか、という点が問題となるのである⁵⁾。これについて独禁法上は、

⁴⁾ 独禁法上は、例外的に公正競争阻害性がないことを被告の側において主張・立証することが予定されており、合法化される可能性が残る点で、当然違法の原則よりも柔軟な運用が可能な基準が用いられているものと評価できるだろう。

⁵⁾ この点について、独禁法上の問題点は、当然違法の原則による反証を許さない硬直的なルールが問題視されていた反トラスト法とは、自ずから重視すべき点に違いが生じると言えるだろう。

第一次育児用粉ミルク事件最高裁判決を先例とする、ブランド内競争の制限があればブランド間競争が促進されるとしても自由な価格競争が行われた場合と同様の経済上の効果をもたらすものではないため、再販売価格維持は違法であるとの理解が一般である。これについて「ブランド内競争が制限される限り、ブランド間競争が強化されるとしても、『競争の減殺』が生じ違法」⁶⁾となることに対する批判的な検討も行われている。そこでは、再販売価格維持の公正競争阻害性が自由競争減殺にあることを前提として、その内容が「市場における全体としての競争、すなわちブランド間競争」⁷⁾を特に問題として検討が行われる。このような見解からは、「ブランド内価格競争を制限するが、ブランド間競争を維持・促進することがあるか、あるとした場合にブランド内価格競争の制限によって生じる弊害と、ブランド間競争の促進によってもたらされる利益とを比較衡量する」⁸⁾という方向性での正当化事由の分析が試みられることになる。そして、Leegin 判決で用いられた経済学上の知見であるフリーライド論による競争促進効果の分析は、独禁法上のブランド内競争とブランド間競争の議論とも親和的であり、加えて各法制の制限を捨象した経済学上の議論であるため、正当化事由の分析においても容易に組み込むことが可能と言えるだろう。しかしながら、これを正当化事由として評価すべきかということについては、各国の法制度や法目的を踏まえた詳細な検討がされて初めて許されるものであるだろう。そのため、本稿では日本の独占禁止法において、フリーライド論を採用して再販売価格維持の正当化事由の判断を行いその規制を緩和すべきかという踏み込んだ議論にまで立ち入ることは叶わないが、その前提となるフリーライド論の含む問題点を指摘しておきたいと考えている。これらの検討を通して、独禁法上の再販売価格維持規制に関する議論の参考になることがあれば幸いである。

⁶⁾ 根岸哲「「競争の実質的制限」と「競争の減殺」を意味する公正競争阻害性との関係」甲南法務研究 4 号 2 頁 (2008 年)。

⁷⁾ 根岸哲「育児用粉ミルク再販事件最高裁判決」ジュリ 599 号 41 頁 (1975 年)。

⁸⁾ 金井貴嗣『独占禁止法』314 頁 (弘文堂, 第 3 版, 2009 年)。

II Leegin 判決に至るまでの判例の沿革

本章では、Leegin 判決に至るまでの沿革を見ていくこととする。なぜなら、これまで垂直的非価格制限の分野において、判例変更による規制の緩和が進められてきており、これらの議論を見ておくことは同じ垂直的制限に区分される Leegin 判決において、なぜ再販売価格維持が「合理の原則」での取り扱われるべきこととなったのかを把握する上で一助となるものと考えためである。そのため、まず再販売価格維持に関する最初期の判例として 1 Dr.Miles 事件、2 Colgate 事件を中心として検討する。そして、1940 年代に Dr.Miles 事件判決の理解を明確に示したものとして 3 Bauch&Lomb 事件、それに続く 4 Park&Davis 事件を検討し、再販売価格維持に対する反トラスト法の先例における考え方を確認する。また、垂直的非価格制限の分野において特に重要視されており、反トラスト法の転換点の一つと言えるであろう 6 Sylvania 事件を見ていく。そして近時の重要判例である 7 Business Electronics 事件、最高再販売価格維持に関する 5 Albrecht 判決を破棄した 8 Khan 事件を見ていく。これらを通して、垂直的制限に対する緩和の傾向がどのような思考の下でなされてきたのかを明らかにし、Leegin 判決を検討する際の示唆を得ることとしたい。

1 Dr.Miles (1911 年) 事件⁹⁾

本件は、Dr. Miles Medical Co. (以下、Dr.Miles 社とする) が、非公開の方法（故に特許は取得されていない）で製造された医薬品¹⁰⁾の販売にあたって、400 以上の卸売事業者との間で委託販売契約を締結し、小売業者との間では販売代理店契約を結んでいたという事案である。ここで用いられた委託販売契約では、小売事業者への販売時点まで Dr.Mile 社に所有権が留保された上で、Dr.Miles 社の指定する小売事業者及び卸売事業者へ Dr.Miles 社の指定する再販売価格

⁹⁾ Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons, 220 U.S. 373 (1911).

¹⁰⁾ 野木村忠度「米国における再販売価格維持行為規制の出現とマーケティング活動への影響」明治大学大学院商学研究論集 27 巻 107 頁（2007 年）において、米国における最初の再販売価格維持がなされた分野が医薬品であるとの指摘について指摘がなされている。そこでは、1875 年に同制度が医薬品分野において行われた事が示されている。

を下回らない価格での販売のみが許されることになっていた。これらの契約内容は、識別ナンバーを付された包装箱によって監視されていた。同様に、小売業者との間での販売代理店契約においては、包装箱に印刷されている価格以下での販売を禁止していた。このような事情の下で、John D. Park & Sons Co. (以下、John D. Park&Sons 社とする) は、上記の委託販売契約及び販売代理店契約を結んでいる事業者から購入した Dr.Miles 社製品を低価格で販売したものである。そこで Dr.Miles 社が、John D. Park&Sons 社に対して、Dr.Miles 社と卸売事業者、小売事業者の間の契約違反となるような取引の勧誘行為が悪意の取引妨害に当たるものとして、当該取引及びその誘因の差止めを求めた事件が本件である。

判決では、当該販売契約を実質的には委託販売ではなく所有権の移転であると捉えた上で、「譲渡の権利が、動産の一般的な所有という本質的な副産物の一つである」¹¹⁾ という観点から、譲渡に対する制限は、転々譲渡されるような物に対する移転の一般的な自由として保障される公序に反するものと述べられた。そして、そのような取引の制限は公序に反するために無効であることも確認されている。本件で問題となった価格維持については、「仮に販売業者たちが自ら結合を形成し、同じ制限を課す、つまり、相手の合意によって同じ結果を達成しようとしたとしても、そのようなことは認められないのと全く同様に、製造業者のこれらの同一の契約による計画についても認められない」¹²⁾ として、機能的にカルテルと同様の効果があることが意識されていたものである。後の本判決に対する評価としては、このカルテル効果に対する部分が強調される嫌いがあるが、「原告は自らにとって満足な価格でその製品を販売した以上、公衆は、その後の流通における競争から得られるかもしれない、いかなる利益に対しても権利を有するのである」¹³⁾ として、競争によって得られる利益を享受すべきものとしての公衆の利益が考慮されていることが重要である。

¹¹⁾ *Dr. Miles*, 220 U.S. at 404.

¹²⁾ *Id.* at 408.

¹³⁾ *Id.* at 409.

2 Colgate 事件（1919 年）¹⁴⁾

本件は、米国における再販売価格維持規制を考える上でもっとも重要な判決の一つである。事案は、石鹼等の商品の製造販売を行う Colgate 社が、流通業者に対して再販売価格維持のための拘束でない旨注記した上で、統一価格を遵守するように求めたものであり、同時にそれに応じない場合には販売の拒絶を行うことも通知していた。また遵守しなかった事業者のリストや、将来にわたる価格の遵守を求め応じなければ取引拒絶を行った。

判旨は、Colgate 社の行為は、単なる価格政策の通知とそれに伴う取引拒絶に過ぎないものであり、小売業者は Colgate 社から購入した製品についての価格設定の自由を有しており、推奨価格を遵守しなかった場合に取引を拒絶するに過ぎず、両者の間に価格設定に関する合意が存在しないと判断した。また、Dr.Miles 判決については「販売業者の販売する権利の自由な行使を妨げようとした契約によって、違法な結合が形成されたのである」との評価が加えられている¹⁵⁾。この判決については、後に Colgate ドクトリンと称される、売主による再販売価格維持政策の公表と、その政策を遵守しない者への販売を一方的に拒絶すること自体は違法でないという法理を示したものとされ、『C 社の行為を「顧客の選択権の行使」と評価し、取引拒絶自体は違法とはいえないとの立場を表明した』ものとの評価がなされている¹⁶⁾。また、シャーマン法の目的について「取引と商業に従事し、或いは従事したいと望む人々による自己の権利の自由な行使に対しておそらく不当に干渉する、独占、契約、及び結合を禁止すること——一言で言えば、取引の自由の権利を確保する」¹⁷⁾と明確に述べている点も興味深い。この判決についての評価を本件最高裁は肯定的に見ているが、後に見ていくように、米国の判例においても本判決はその射程を限定的に解されてきたものであり、当該法理の適用には慎重であったものといえることができるのである。

¹⁴⁾ United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300 (1919).

¹⁵⁾ *Id.* at 306.

¹⁶⁾ 松下満雄『アメリカ独占禁止法』199 頁（東京大学出版会，1982 年）。

¹⁷⁾ *Colgate*, 250 U.S. at 307.

3 Bauch&Lomb 事件 (1944 年)¹⁸⁾

本件は、排他的取引契約に関するものであるが、末端の小売価格の維持を目的として供給拒絶も問題となった事件である。そこでは、眼鏡に使用するレンズの製造・販売業者である Bauch&Lomb 社と Softlite という商標の下に着色レンズの販売を行う Softlite 社の間で、Bauch&Lomb 社が Softlite 社のために排他的にレンズを製造し、販売業を営まないという契約が締結されており、Softlite 社も Bauch&Lomb 社以外からの供給は受けないということが定められていた。Softlite 社は一定の卸売業者に対してのみ、レンズの供給を行うこととし、その卸売業者は指定された小売業者以外の小売業者に売ることを禁じられており、指定小売業者以外に販売をする又は販売量が水準に達しない場合には契約が打ち切られることが予定されていた。小売業者がレンズの供給のためのライセンスを受けるためには、指定された卸売業者のみから供給を受け、類似する商品の販売を行うことが禁じられ、かつレンズの価格について Softlite 社の希望する価格で販売することが必要であった。後に、類似する商品の排除条項は Softlite レンズの名声を害するおそれがある行為の禁止という趣旨の契約に変更された。これらの卸売業者、小売業者に対する制約は保証書に記載された番号によってどの卸売業者からどの小売店に流れたが把握され、違反する事業者に対しては供給拒絶が実施されることで実効性が確保されていた。このような流通実態に対して、アメリカ政府がシニヤーマン法 1 条違反で訴訟を提起したのが本件である。

判決では、上記のような販売体制は、小売業者は、Softlite 社によって指定された小売業者からのみ商品を購入する特権を与えられるものではあるが、本来、Softlite 社の商品を所有するいかなる者からもそれを購入する「権利」を有しており、商標権によって Softlite 社に小売業者のそのような「権利」を制限する「特権」が与えられるものではなく、明らかに「通商の自由」が害されるものであると述べられている。本件は、ミラー・タイディングス法の存在する時代の事案であり、同法により本件の販売体制に伴う再販売価格維持はシニヤーマン法の適用除外になることが主張されていたようである。しかし、判決では、同法による適用除外は厳格に解されることが求められ、本件のような小売業者間の水平的協定を含む再販行為には適用されないこ

¹⁸⁾ United States v. Bauch & Lomb Optical Co., 321 U.S. 707 (1944).

とも述べられていた。Dr.Miles 事件判決の理解に関わるものとしては、卸売業者に対して満足のある価格で製品を販売した以上、合意によって卸売業者以下の販売に際して付けられる価格に対し何らかの力を加えることは、商標によっても許されないという趣旨のことが述べられている。

4 Parke, Davis 事件（1960 年）¹⁹⁾

本件は、製薬会社である被告が、最低再販売価格を一方的に決定し、小売業者に販売する際に当該価格を示した上で、これに従う事業者とのみ取引を行っていたという事件である。被告は、販売価格を維持しない小売業者にはその供給を拒絶する方針を示し、それを通知し、販売員を通じて各小売業者の価格や安売り業者の把握がなされていた。

判旨は、Parke, Davis 社は Colgate 事件の判旨を基に、取引の自由の範囲内である旨主張したが、最高裁は同社による取引拒絶を違法とした。最高裁は、製造業者と卸売業者の協定による再販売価格維持の協定によって、小売業者に対する取引を拒絶させたものであって、製造業者卸売業者間の共謀が認められるケースでは、Colgate 事件の判旨の射程に入らないということを示したのである。そして、Colgate 事件の判旨の射程に入り、保護を受けようとするのであれば、ただ再販売価格維持を守らない小売業者とは取引をしないというだけに限定されるべきであると述べられているのである。それは、小売業者との再販売価格維持制度を維持するために、卸売業者を引きこんで取引拒絶がなされることは、Colgate 事件の判旨から逸脱することが示されており、再販売価格維持を守らざるを得なくするような行為は、小売業者間の価格競争を制限する違法な結合として許されないものとした。この結論は、Bauch&Lomb 事件において Colgate 事件の射程が限定され、単純な取引拒絶以外の方法による再販売価格維持の事実上の強制は合意によるかよらないかを問わず違法とする、との理解によるものであることも示されている。

5 Albrecht 事件（1968 年）²⁰⁾

本件では、新聞発行業を営む Herald 社が、Albrecht 社をセントルイスにお

¹⁹⁾ United States v. Parke, Davis & Co., 362 U.S. 29 (1960).

²⁰⁾ Albrecht v. Herald Co., 390 U.S. 145 (1968).

いて一手販売業者とした。両者の間では、新聞販売に係る最高価格を設定して、これが守られない場合には、Herald 社自身が同地域においてより低価格で販売することができ、もしくは他事業者に販売させることが可能であるという契約が締結されていた。この契約に基づいて Herald 社は、自らセントルイスにおいて新聞販売を開始したため、Albrecht 社は再販売維持行為に当たるとして シャーマン法 1 条違反を理由に出訴した。

判旨は、Herald 社の契約解除による威嚇によって、小売業者は最高価格を守っているのであり、他の小売業者と共謀して希望価格を守らない小売業者の排除がなされているものであって、単に一方的な単独行為とは認められない。そのため、垂直的価格制限であっても、販売業者の価格決定の自由への不当な干渉であることが認められ、違法であるものと考えられた。ここでは、Sylvania 判決で判例変更されることになる、Schwinn 事件（1967 年）²¹⁾で述べられた、一旦商品の所有権が移転した後の販売を制限することは許されないとする Dr.Miles 事件判決以後、垂直的制限において一貫して用いられてきたメルクマールを前提にして検討がされていたことが認められる。また、最高価格協定は最低再販売価格と異なる機能があり得る可能性については肯定されているものの、KieferStewart 事件（1951 年）²²⁾で述べられた、最高価格協定が最高再販売価格と同様に「取引の自由を阻害」するものとして同一の取り扱いがなされたことが認められる。

6 Sylvania 事件（1977 年）²³⁾

本件は、テレビの製造販売を行う Sylvania 社と同社のフランチャイズを受けた Continental 社との間のフランチャイズ関係の破綻に伴う紛争である。Sylvania 社は、自社のテレビの市場シェアが全米で 1～2%まで落ち込んだことに伴い、上記フランチャイズ制の策定によって地位の強化を図ろうと試みていた。このフランチャイズ契約では、排他的な地域制限ではなくロケーション制が採用され、それに伴って地域内の小売業者の数の決定に対する裁量権を Sylvania 社が保有するという形式がとられていた。これらの販売施策に

²¹⁾ United States v. Arnold, Schwinn & Co., 388 U. S. 365 (1967).

²²⁾ Kiefer-Stewart Co. v. Seagram & Sons, Inc., 340 U.S. 211 (1951).

²³⁾ Continental T.V., Inc. v. Gte Sylvania, Inc., 433 U.S. 36 (1977).

より、Sylvania 社は全米のカラーテレビ市場で約 5%程度までシェアを回復し、第 8 位の地位を占めるに至ったが、サンフランシスコでの販売数に不満のあった同社が当該地域を割り当てられていた Continental 社の小売販売店から 1 マイルの地点に、新しいフランチャイズ店の出店を許したことから、両者の関係が悪化することになったのである。本件では、当該フランチャイズ契約に伴うロケーション制がシャーマン法に違反するかという点が特に問題になったのであり、多数意見において判例変更がなされる Schwinn 判決の理解を含め結論同意意見を書いた White 判事の見解との間に、米反トラスト施策に対する理解の相違があるように思われるため、両者ともに検討を試みる。

多数意見においては、一貫して Schwinn 判決で問題とされた排他的地域制限と本件が同一であると考えられている。そのため、当然違法の適用が許されるかどうかの問題となり、許されないとすると Schwinn 判決が変更されるべきであるとの観点から検討がされているのである。ここで、Schwinn 判決に対する理解として、所有権が移転している場合には、全ての制限が当然違法となるとの見解が示されており、ロケーション制も排他的地域制限、顧客制限についても全て同一の形態による制限であるものと認定がなされている。これは、Schwinn 判決において流通業者間のブランド内競争を完全に排除する制限と、小売業者間のブランド内競争を緩和するに過ぎない制限とを区別しなかったことを問題視する観点からなされたもので、批判の矛先が、Dr.Miles 事件判決以降一貫して採られてきた所有権の移転をメルクマールとする分析にあったように思われる。また、ブランド内競争とブランド間競争の観点が反トラスト法分析において重視される転換点として評価される点も認められるが、その実態としては、ブランド間競争が合理の原則における償うに足りる価値の内容となりうることについて述べたに過ぎず、ブランド間競争の促進があればいつでも合法と捉えられるものでないことは明らかである。確かに、多数意見の注釈においては、反トラスト法の主要な関心事としてブランド間競争があることは示されているものの、それは「ブランド内競争の制限というマイナス要因を考慮にいれても、なおかつブランド間競争の促進というプラス要因の方がはるかに大きいか」²⁴⁾を個別判断すること

²⁴⁾ 松下・前掲注 16) 149 頁。

が求められるにすぎないことに注意をするべきであり、現在重視されている効率性と同一視することは適切でない。最後に、ブランド間競争を重視する方向性は、多数意見の本文中にも確かに見られるものであるが、明確にブランド間競争を中心として述べている部分は注釈部分にとどまるものである。そして、注釈においては、再販売価格維持はその対象となる製品間のみならず全く同様に競争相手の製品との間の競争の減少が目論まれ、事実、ほとんど例外なく競争が減少されるとの *White Motor* 事件²⁵⁾における *Brennan* 判事の見解を引き合いに、垂直的制限のうち価格制限を含むものは当然違法として長年にわたり確立してきたものであり、本判決で言われていることは非価格制限に関するものであるということも説明されている。この指摘は、本判決の正確な理解のために不可欠なものであると考えられる。

他方、*White* 判事の見解を見ていくと、これまで見てきた *Dr.Miles* 事件判決以降の一貫した運用が念頭に置かれていることが明らかである。というのも、*White* 判事の見解では、*Schwinn* 判決と本判決は区別可能なものであり、その理由として制限の性質を分析的に検討していることが挙げられる。*Schwinn* 判決に関する理解としては、独立の事業者が自己の所有する製品を適当と思う方法で販売することができる自由を保有するという *Browning* 判事の少数意見で述べていたところを引き合いに、*Dr.Miles* 判決、*Colgate* 判決、そして委託販売に関する再販売価格維持を合法とした *General Electric* 判決²⁶⁾とも整合性がとれることを示している。これらの一貫した説明として、*KieferStewart* 事件において最高再販売価格維持にも適用しうるものとして、「事業者の自由を拘束し、自己の判断によって販売する能力を制限」²⁷⁾することがシャーマン法違反の根拠となり得ることが述べられているのである。この観点から、本件と *Schwinn* 判決を見ていくと、本件では小売業者は、あらゆる顧客に対する販売の自由を保持していたことが明らかであり、事実上の卸売業者になることも否定されておらずブランド内競争は残されていた。一方で *Schwinn* 判決においては制限を受ける卸売業者は安売り店に販売することは不可能であり、ブランド内競争の可能性が制限されていたのである。

²⁵⁾ *Seeley v. White Motor Co.*, 63 Cal.2d 9, 403 P.2d 145 (1965).

²⁶⁾ *United States v. General Electric Co.*, 272 U.S. 476 (1926).

²⁷⁾ *Kiefer-Stewart Co.*, 340 U.S. at 213.

更に、Sylvania 社は、新規参入業者ではないものの、不安定な市場占有有力しか有しておらず、これから市場に食い込もうとする弱小企業であったと評価されており、本件制限によって新規参入と同様にブランド間競争の促進の潜在的恩恵が特に大きいことも指摘されている。他方、Schwinn 判決では、施策を用いた時点で全国で 22.5%のシェアを持ち、かつ既に市場において最上級の評価をされている事業者であった。これらの二点が、両者の事案を異なるものと評価する理由である。また、多数意見の論旨は、多数意見全体の理解からは「その意図するところではないとしても」「必然的に強く確立された価格制限に対する当然違法の原則に疑問を投げかけるものである」²⁸⁾との見解を示しており、結論には同意できるもののその分析に荒いところがあることを危惧していたように感じられる。なお、詳細な検討を行わず、シャーマン法の最近の判例の一つを変更することは、「法解釈の分野において先例拘束性に、特に重い比重を置かれなければならないという基本原理に対する侮辱」²⁹⁾であるとも述べられており、本判決以後、Khan 判決、Leegin 判決等の先例軽視の傾向が生じることに対する危惧感があつたのではないかと考えられる。

7 Business Electronics 事件（1988 年）³⁰⁾

本件では、シャープの製造する電子計算機の専売業者である原告が、同地域において同様の契約内容を有する同業他社に対抗するため、被告（シャープ）の指定する価格以下で当該製品の販売を行ったところ、同業他社の告発によって原告と被告の取引関係が打ち切られたというものである。同判決においては、再販売価格維持の合意として当然違法の原則の適用がなされるためには、当事者間に価格若しくは価格水準に関する合意が存在することの証拠が必要であるとした。また、同業他社と被告の契約については垂直的市場分割であって、合理の原則の下での判断がなされることになり、結果被告が勝訴することになった。本判決以後、実証的な経済分析の名の下に、ブランド間競争を重視する傾向がより強くなっているとも評価できるだろう。また、

²⁸⁾ Continental T.V., Inc. v. Gte Sylvania, Inc., 433 U.S. 36,70 (1977).

²⁹⁾ *Id.* at 60.

³⁰⁾ Bus. Electr. Corp. v. Sharp Electr. Corp., 485 U.S. 717 (1988).

反対意見においては、ブランド間競争の立証なしにブランド内競争の制限が許されるものではないとの見解も示されており、顧客に対して良いサービスを提供する目的であったとしても、再販売価格維持について製造業者・販売業者間で合意をすることは判例法上許されない事が明確に述べられている。

8 Khan 事件 (1997 年)³¹⁾

本件は、Albrecht 判決を破棄した先例として著名である。原告である Khan 氏とその会社と被告の State Oil 社との間でなされた最高再販売価格維持の問題が扱われた事件であり、事案としては、原告にガソリンの小売価格の設定は認めるものの、State Oil 社の希望小売価格を上回って販売した場合の利益は、原告被告両方で合意していたマージン額を超過した分について被告に返還する、希望小売価格を下回る場合には原告のマージン分が減少するという内容を含むケースである。本判決は、当然違法の原則を適用した Albrecht 判決を破棄したものではあるが、再販売価格維持に関して規制緩和のスタンスととられる Posner 判事が、控訴審において最高再販売価格維持の効率性について肯定的な評価を徹底して述べられているにも拘わらず、結局のところ先例拘束性の観点から最高裁に判例変更を求めるという結論に落ち着いていることが指摘できる。

9 まとめ

反トラスト法の裁判実務においては、垂直的非価格制限の分野で規制緩和の傾向があったことは事実であり否定しがたい。中でも反トラスト法上の垂直的制限の最大の転換点として 1977 年の *Sylvania* 事件最高裁判決が挙げられることから、この分析を最初に行いたい。当該事件は、再販売価格維持に関するものではなく、垂直的地域制限に関する事件ではあるが、反トラスト法分析において「ブランド間競争の重要性を認めるべき」³²⁾ことを示したものとして評価されている。そして、このブランド間競争を重視する思考が効率性の議論と相俟って、ブランド間競争とブランド内競争のうちでブランド

³¹⁾ *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997).

³²⁾ 松下満雄「再販売価格維持は合理の原則で律すべきであるとする米最高裁判決」*際商* 35 巻 9 号 1194 頁 (2007 年)。

間競争を保護することが反トラスト法の最も重要な目的であるとされ、このブランド間競争によって価格の低下が生ずるものであると述べる Khan 判決へと結びつくのである。このような理解は、Leegin 判決においても維持されており、現在の最高裁の立場として反トラスト法上無視しえない重みをもつに至っている³³⁾。しかしながら、Sylvania 判決においてブランド間競争を重視して合理の原則が導入されたことと、ブランド間競争を反トラスト法の主たる目的として効率性と同視することは必ずしも論理的に繋がりのある議論とはいえないのではないだろうか。これは、Business Electronics 事件においても、少数意見が「ブランド間競争の立証なくブランド内競争の制限が正当化されるものではない」³⁴⁾旨述べている点や、Sylvania 判決の理解としてはブランド間競争の促進という観点があくまで「償うに足る価値」の一内容を構成するに過ぎないものであり、効率性と同視できるものではないと読める点から、ブランド内競争を考慮すべき余地があり、ブランド間競争のみを見るものではないということは言うのであろう³⁵⁾。加えて、判例上反トラスト法の主たる目的としてブランド間競争が述べられるようになったこと自体、Sylvania 判決が反トラスト法の「主たる関心事」と述べた部分を契機とするものに過ぎず、それ以前の先例³⁶⁾との整合性も明らかではないので

³³⁾ 価格制限も含めた形で、垂直的制限一般としてひとくくりに取り扱おうとする傾向は、Leegin 判決多数意見が「競争促進効果の増進していく過程において価格が上昇した場合でさえ、裁判所は合理の原則の下で他の垂直的制限を評価してきたのである」と述べていることにも見られるものである。

³⁴⁾ *Bus. Electr. Corp.*, 485 U.S. at 749.

³⁵⁾ 多数意見は「再販売価格維持が反競争的目的よりも効率性を向上させるために利用される傾向があることを示唆」する経済学の文献を参照に挙げていることから、効率性を向上させる最低再販売価格維持の利用を念頭において本件を考えているのかもしれない。

³⁶⁾ 先例中で明確に反トラスト法の目的を述べたものとしては、*Colgate* 事件 (*United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919)) と *Northern Pacific Railway* 事件 (*Northern Pacific R. Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958)) が挙げられる。前者においては、既に述べた通り「シャーマン法の目的は、取引及び商業に従事しているか又は従事することを希望する者の自由な権利の行使に不当に干渉することとなる独占、契約及び結合を禁止すること——一言でいうと、取引の自由の権利を維持すること——にある」とされ、後者では「シャーマン法は、自由で制約されることの無い競争を取引のルールとして維持することを目的とする包括的な経済的自由の憲章となることを意図して作られた」ものであるとし、「同法は、競争する諸力が抑制されることなく相互に作用し合うことによって、我々の経済的な資源の最も望ましい配分、最も低廉な価格、最も大きな物質的進歩が生み出されるし、それと同時に、我々の民主的な政治的・社会制度を維持するのに役立つ環境がもたらされるという前提に依拠」することを明示的に述べている。

ある。他方、*Sylvania* 判決以後の反トラスト法の運用状況をみると、この目的論を背景とするブランド間競争重視の傾向が認められ、理論上の競争促進的效果をもとに先例拘束性を緩和し、実質的に実体判断の行われ難い合理の原則へと運用を移行させようとしているようにも思われる³⁷⁾。それは *Khan* 事件において、控訴審段階で自身は明確に先例拘束性に依拠して判断を下した *Posner* 判事が、理論上の競争促進効果を理由に敢えて最高裁に判例変更を求めていたこと、そして最高裁においてはこの *Posner* 判事の意見に言及の上で判例変更を行うという裁判実務の状況にも表れているように思われる。確かに、最高再販売価格維持に関する分析が最低再販売価格維持と異なることはもはや疑いえないものと評価されていることは事実であろう。しかし、一方で反トラスト法がコモン・ローに類似した法律であることを理由として、このような先例拘束性の弱体化が許されてよいかどうかという問題が置き去りにされているように感じられるのである。また、このような傾向の中にあっても、最低再販売価格維持についての先例は変更されなかったことは重要である。*Sylvania* 判決以後の *Business Electronics* 事件では、再販売価格維持の当然違法の原則の取り扱いは変更されず、「価格」（価格水準）に関する合意は違法になるとの認識が示されている。更に、*Khan* 判決においても、最高再販売価格維持が当然違法の原則を正当化するほどには「消費者と競争を害するとは言えない」³⁸⁾旨が示されており、最低再販売価格維持の場合とは異なるものであることが明確に意識されていると言えるだろう。加えて、上記当然違法の原則の視点からは、当然違法の原則の適用に際して消費者を害するかどうかの観点が含まうることが示されていることも指摘しうる。

次に、*Leegin* 判決において特に問題となる *Dr.Miles* 判決が反トラスト法上どのように理解されてきたのかを見ていきたい。まず、*Dr.Miles* 判決において見られる判例原則は、「原告は自らにとって満足な価格でその製品を販売した以上、公衆は、その後の流通における競争から得られるかもしれない、いかなる利益に対しても権利を有するのである」³⁹⁾という「買い手の自由」を保護するための原則であり、これらに対して制限をすることが公益違反に

³⁷⁾ この点は、反トラスト法がコモン・ローに類似した法律であると評価され、制定法領域の問題とは異なると考えられていることから生じる問題とも言えるだろう。

³⁸⁾ *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3, 15 (1997).

³⁹⁾ *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons*, 220 U.S. 373, 409 (1911).

なるというものであったと整理することができる。そして、この原則の下、Colgate 判決においては小売業者と卸売業者間において再販売価格維持に関する協定が認められない場合に、小売業者の自由な価格決定の結果として生ずる取引拒絶を適法と扱ったのである。両判決の整合性は、ときに問題となり得るものであったが、卸売業者側における「契約自由の原則」が認められることから生じる「取引をしない自由」を「顧客の選択権の行使」として適法なものと評価したと捉えると、買手に自由があるのと同様に売手にも自由が認められ、両者は「取引の自由」という共通の枠内で評価することが可能であり矛盾は生じていないと言えるだろう。そして、Bauch&Lomb 判決では、Dr.Miles 判決の判例原則に加えて、「通商の自由」という観点からも検討が加えられており、Park&Davis 判決では「取引の自由」の内容として事実上の強制が行われているような場合には、自由の行使として適法なものと扱われないということが示されている。これら四つのケースを見ると、少なくとも1960年のPark&Davis事件に至るまで再販売価格維持の先例であるDr.Miles判決の存在は確立したものと扱われていたのであり、その取り扱いにも一定の価値軸の下での整合性があったと評価できるであろう。そして、立法によって再販売価格維持を合法的に用いることが可能であった時期に出されたBauch&Lomb事件、Park&Davis事件の二つにおいても、その論理は変容がなかったことを考えると、Dr.Miles判決の理由付けをLeegin判決のように「古い時代の関連性の乏しい原則」⁴⁰⁾と切って捨ててしまうことは妥当でないと思われる。そして、このように先例として十分に確立していたことが明らかである以上、その正当性を覆すには十分な理由付けと根拠が必要となるはずであり、経済学上の理論を用いて確立していた先例が妥当でないと述べるだけで足りるものとは思えないのである。Leegin判決におけるDr.Miles事件判決の理解については、反トラスト法の目的とも併せてLeegin判決の多数意見に対する批判的検討の中で改めて検討する。

⁴⁰⁾ See *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 887, 888 (2007).

III Leegin 事件の概要

1 事案の概要

本件は、革製品とアクセサリーのデザイン、製造、販売を行う Leegin 社が、Leegin 社のブランドである「Brighton」の製品を 20%引きで販売していた女性向けアパレルストア Kay's Kloset を経営する PSKS 社に対して、安売りを止めるように要求し、その要求が拒否されたことから同ブランド製品の販売を停止させたことに起因する紛争である。提訴に際して PSKS 社は、Leegin 社が小売業者と再販売価格維持の合意を結び、反トラスト法に違反しているとの主張をしたのである。合衆国地方裁判所においては、Dr.Miles 判決の当然違法の原則の下で判断が下された。控訴審においても、合理の原則によるべき主張はなされていたが、最高裁が今まで最低再販売価格維持に関しては一貫して当然違法の原則に依拠して判断を行ってきたことから、Dr.Miles 判決の先例の拘束が残っているとして、Leegin 社とその小売店の間において再販売価格維持に関する合意があったとする地裁判決が支持されることになった。最高裁では、控訴審までとは異なり、再販売価格維持が合理の原則の下で判断されるべきであるとして、差戻しが行われた。最高裁の判決については、節を改めて以下検討していく。

2 多数意見の理由付けの概要

多数意見は、大きな分類として (I) 事案の概要、(II) 合理の原則と当然違法の原則⁴¹⁾について述べた部分、(III) 再販売価格維持を当然違法の原則の下で扱うことの問題点、(IV) 先例拘束性に関する部分、の 4 つに分類できる。このうち、多数意見の主張の骨子のうち本稿に必要な部分を中心に見ていくこととする。

(II) の部分においては、再販売価格維持の経済上の効果について分析が行われている。判決では、再販売価格維持に関して競争促進効果、競争阻害効

⁴¹⁾ 多数意見においては、当然違法の原則が「ある制限が明らかに反競争的效果を有し、それを打ち消しうる利益が欠如していることから、常に、又はほとんど常に競争を制限し、また数量を制限する場合」に限って許されるものであるとの理解を示した上で分析が進められている。この理解を下にした分析は後述する。

果⁴²⁾のどちらも生ずることを否定するものではないが、競争促進効果に重きを置いて議論が進められている。なぜなら、競争阻害効果の説明の末尾において「垂直的価格制限の潜在的競争阻害効果は無視又は軽視されてはならない」と述べながらも、それに至るまでの競争阻害効果の認められる場合が非常に限定的なケースに限られているためである。多数意見において言及されている競争阻害的な再販売価格維持の利用は、製造業者間のカルテル、小売業者レベルでのカルテル、強力な事業者による濫用的利用の3類型に過ぎないのである⁴³⁾。これらが例示的なのか限定的なのかは明確に判断がつかないものの、末尾で述べられている部分に見合った検討がされているとは評価し難い。他方、競争促進的効果について分析を行うと、検討の導入部において「経済学の文献が製造業者による再販売価格維持の利用が競争促進的であるとする正当化理由に満ちていると言え、ここでは十分である」と述べるように、両効果の生じうることを否定はしないものの、競争促進効果に重きを置いている傾向はこの部分でも見て取れるのである。これは、「再販売価格維持に関する経済学の文献の大半は、再販売価格維持が競争阻害目的よりも効率性を高めるために利用されているであろうことを示唆する」文献を引いていることから、再販売価格維持の競争上の効果についての認識は見て取れるであろう。この競争促進的効果の認識を前提として、再販売価格維持が当然違法の原則の基準を満たしているかどうか疑わしいとするのである。そして、*Sylvania* 判決に関する理解として「垂直的価格制限の正当化事由は、他の垂直的制限と同様である」と述べ、ブランド内競争を減少させてもブランド間競争を促進することができるのであり、ブランド間競争の保護が「反

⁴²⁾ 再販売価格維持の反競争効果が認められるかを判断する要素として、「(1)再販を行っている競争者は市場の多数を占めているか、(2)再販の主導権は製造業者にあるか、小売業者にあるか<すなわち、小売業者から再販の発意がある場合には、小売業者間のカルテルの存在を推測せしめる>、および、(3)再販を行っている製造業者又は小売業者は市場力を有しているか」（松下・前掲注30）1196頁）と整理されている。この要素は、後の原則違法の運用から見た場合にも検討すべき要素として重要なものと言えるだろう。

⁴³⁾ この三類型に関する想定さえも、当然違法の原則との関係を述べた部分において「市場力をもたないわずかな製造業者のみが再販売価格維持を採用する場合には、製造業者間のカルテルを容易にするおそれはほとんどない」、「単一の製造業者が再販売価格維持を、競争的な市場において行う場合、小売業者のカルテルはありそうもない」ことを述べている。他方、小売業者が主導の場合には、小売業者のカルテルを容易にするか、競争力に劣る小売業者の保護の蓋然性が高いとする。濫用的な利用については、関連する企業が市場支配力を持たない限り、深刻な関心事とならないことを示している。

トラスト法上最も重要な目的」⁴⁴⁾であるとする。単一の製造業者が行う垂直的価格制限は、ブランド内競争を制限する傾向にあるものの、小売業者に有形無形サービスへの投資を行わせ、製造業者のライバルに対抗するための販売促進の助力になると述べられている⁴⁵⁾。そして、「垂直的価格制限がなかったとすると、ブランド間競争を促進するような小売のサービスは提供されないかもしれない」と想定上の危惧を述べ、その理由としてフリーライド論が登場する。多数意見において問題とされるフリーライド論は、サービス提供を行わないディスカウントストアとサービス提供を行う小売業者間の問題であり、再販売価格維持が行われることによって「高い品質」のサービスが維持されるものと考えている。この他には、新規参入の場合の競争促進的効果、フリーライドが存在しない場合にさえ提供されない小売業者のサービスを促進することによる、ブランド間競争の促進も述べられているが、本稿の趣旨から対立点となるフリーライド論を中心に扱うため詳述しない。

次に、(IV)の部分の検討に移りたい。先例拘束性を問題にする部分においては、*Dr.Miles* 判決の理解が特に重要な問題として現れる。多数意見においては、全体として *Dr.Miles* 事件判決に対して否定的な検討がなされている。というのも、*Dr.Miles* 判決が「ほぼ一世紀前のものであり、裁判所は白紙の状態」で判決を書くわけではないことについて少数意見と見解を同じくするものの、シャーマン法がコモン・ローのように解釈の余地の大きい法律であることから先例拘束性の問題は「本件において重要でない」というのがその理由である⁴⁶⁾。このような前提の下で *Dr.Miles* 判決を見てみると、当該判決は「裁判所が反トラスト法分析の経験をほとんど有しない、シャーマン法の立法後程なく」出された判決と評価される。そして、わずか8年後には当該

⁴⁴⁾ *Leegin*, 551 U.S. at 890 (quoting *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3, 15 (1997)).

⁴⁵⁾ 加えて、再販売価格維持の使用により高コストを伴う代替手段の利用を回避できる場合には、価格引き下げも起こるとの認識が示されている。しかし、ここで想定されているのは、流通系列化に要するコストに比して再販売価格維持にかかる費用が低額であるという点であると思われるが、流通系列化は、再販売価格維持のためだけで為されるものではなく、系列化による他のコスト減や利益の増加を無視して再販売価格維持の利用コストのみと比較することは妥当を欠いているように思われる。

⁴⁶⁾ *Leegin*, 551 U.S. at 899. この部分については「法改正が議会によるべきとする一般的推定が反トラスト法上においてはそれほど強いものではない」との理解も述べられている。しかしながら、当時の立法意思を全く無視した判断が許されるかどうかというのが問題になり得るだろう。この点は後述する。

判決を抑制するための Colgate 判決が出されたものとみているのである。仮に Dr.Miles 判決が破棄されないとすると、これまで他の垂直的制限に対して行われてきた経済的な分析という反トラスト法分析の「原則的なフレームワーク」⁴⁷⁾と抵触することになり、Colgate 判決や Sylvania 判決自体が疑問視されることになるとの認識を示している。このような分析のために、垂直的非価格制限と垂直的価格制限の経済効果が同様であることを、経済学の文献に依拠しつつ示している。

また、先例拘束性の原則を問題とするために、上記のコモン・ローに類似する法律であるという理由以外に、1937年のミラー・タイディングス法、1952年のマクガイア法という再販売価格維持の合法化立法、その廃止を定めた1975年の消費者製品価格設定法に関する評価も行っている。ここでの論旨は、1975年の消費者製品価格設定法の制定によって再販売価格維持が当然違法の原則による運用に立ち返ったとしても、「当然違法の原則」として明文化されなかった以上、連邦議会はコモン・ローの伝統の下で、シャーマン法1条によって裁判所に対して扱っている法原則を発展させる能力を与えることを意図していたものであり、その判断を尊重すると垂直的価格制限について多数意見のような分析をしたとしても何らの問題は生じないということである。

結論として、Dr.Miles 判決は破棄され、垂直的価格制限は合理の原則の下で判断されるべきものとする。

3 少数意見の理由付けの概要

次に、少数意見を見ていくこととする。少数意見は大別すると、(I)再販売価格維持の効果に関する部分、(II)先例拘束性に関する部分に分けられる。このうち(I)から検討を行う。少数意見においては、再販売価格維持の競争促進効果、競争阻害効果どちらもあり得ることが結論とされている。このうち、再販売価格維持に対して好意的な者は、主に①新規参入の促進、②フリーライドの防止の二つの観点から、重要な消費者利益を提供するものとして再販売価格維持を考えていることが指摘されている。他方、再販売価格維持の競争阻害効果に対する懸念をもつ者は、重大な競争阻害効果を生じるカルテル

⁴⁷⁾ Leegin, 551U.S. at 902.

と同様のケースの場合のみならず、1975年の消費者製品価格設定法によってミラー・タイディングス法が廃止された前後の価格行動⁴⁸⁾に経験的な根拠を置いていると見る。そして、今日の経済学者においても、「再販売価格維持は、それがなかった場合よりも、消費者価格を高くする傾向がある」点で合意していると指摘するのである。

このようなどちらとも採れる競争効果に対する議論を経て、多数意見において見られなかった観点を導入する。それは、これらに見る弊害や利益がどの程度の頻度で起こるのかという視点である。また、この両者を区分するのにどの程度の労力が必要なのかという疑問も述べている。このうち、頻度に関する議論を見ていくと、多数意見の前提とするフリーライドの発生に関するコンセンサスは否定しない。しかしながら、少数意見では、フリーライドについて「頻繁に小売業者の投資を妨げるほどの深刻性を有するという点⁴⁹⁾についての経済学上のコンセンサスがあるとは言えない」と異なる観点から否定的な評価をする。そして、法運用上の問題として、フリーライドが仮に利益をもたらさず場合であったとしても時にはそれに対して「当然違法の原則」を適用してよいとする。その理由としては、再販売価格維持の競争促進的な利用か競争阻害的な利用なのかを区別することは容易でないとする先ほどの問題意識から、再販売価格維持協定の首謀者が誰かを明らかにすることの困難さ、フリーライドの認定の困難さが挙げられている。そして、仮に判例変更によって合理の原則の下で判断されることになった場合には、裁判所において「相当な数」の間違いを犯す可能性があり、その回避は「公平に見て不可能」であるとする。この間違いによって生じるコストも相当なものになることが指摘されている。その上で、「白紙の石板」に書くとすれば、容易に判別できて一時的な「新規参入」を例外とすることに同意すると述べており、他の類型については「当然違法の原則」によるべきことを否定しない。この点は、多数意見と大きく異なるものである。その上で、「白紙の石板」

⁴⁸⁾ 再販売価格維持が合法として扱われていた36州と違法と扱われていた14州の価格動向の調査を示している。このデータを基にして、司法省は、合法州と違法州の価格を比較から最低再販売価格維持は価格を19%から27%上昇させるとの主張がなされている。同様にFTCの調査においても、ほとんどの場合、最低再販売価格維持によって製品価格が上昇することが示されている。

⁴⁹⁾ ここでは、フリーライドの程度の問題と深刻なレベルでのフリーライドがどの程度起こるのかという頻度の問題の2つが問題となっているのである。

に書くのではなく、本件は新規参入が問題となっているものでもないため、Dr.Miles 判決を破棄する理由がないと考えるのであろう。

次に(II)の部分について検討する。この部分は更に、①1975年を分岐点とする当然違法の原則と経済学上の議論、②先例拘束性の要件判断の2つに分けられる。

まず、①から検討を行うが、この部分は「多数意見が示している状況変化が認められるかどうか」という観点からなされていることが注目になる。ここで重視されているのは、多数意見が示す1975年の消費者製品価格設定法の制定時におけるDr.Miles事件判決の理解とは異なって、その法律の制定時までに議論されていたことから何らの新しい議論が提示されていないということが重要視されているのである。多数意見において述べられたこととは異なり、少数意見においては消費者製品価格設定法の制定時において「当然違法の原則」に立ち返ることを意図していたことが連邦議会の意思であり、更には意図であったことが指摘されているのである。この立法過程において再販売価格維持の合法・違法様々な議論がされたことから、その段階までの論拠は既に議論が尽くされたものとして評価されている。その上で、1975年より後に当然違法の原則を見直すべき状況があるかどうかを判断する。ここでは、「再販売価格維持は通常、生産者とディーラーの共謀を内容としない」とする研究、再販売価格維持が「必ずしも小売価格の引き上げを伴わない」とする多数意見の依拠する研究が紹介され、これらに対する批判的研究が存在することが示されている⁵⁰⁾。前者に対しては「原告が共謀を主張しなかったことを共謀がなかったことと同一視している」もので、「再販売価格維持事件では、水平的共謀の主張が不要であることと共謀が行われるおそれがあるとの黙示の外観を取っていることを見過ごす」ものであることを指摘した研究を用いて批判を加えている。後者においては、その理論的な前提である、再販売価格維持行為が「効率性」を向上させるという前提に対する指

⁵⁰⁾ 価格の上昇の影響については、再販売価格維持が合法であった時代に、「ほんの一部」でしか利用されなかったとする最高裁の主張を捉えて、現代経済で3000億ドルを超える額を「ほんの一部」と軽視してよいのか、アメリカ世帯に対する影響も4人家族で年間平均1000ドルから750ドルを超える額として示しており、アメリカ世帯にとって重要なこれらの金額を「ほんの一部」として済まして良いのかとして、その影響の大きさについての多数意見の認識に疑問を呈している。

摘がされており、その経験的な根拠とされる 1940 年の唯一の研究に対しても批判が多いことを述べている。多数意見の論拠のうち説得的な例外として、「フリーライドが無い場合であっても、再販売価格維持は、小売業者に宣伝を促し、価値のあるサービスを導入する場合に小売業者のイニシアティブと経験を利用させることで、製造業者の市場シェアを増大させるのに最も効率的な方法になり得るのである」との主張を取り上げる。しかしながら、「フリーライドが無い場合」に既に地位を確立している製造業者がどれほど再販売価格維持を必要とするのか理解できないとして一蹴している。

次に、②の部分について検討する。ここでは、判例変更に関するスカリア判事が示した要点を下に分析が行われており、その 6 つの要点を見ていくこととする。第一として、最高裁において憲法上の事例と比べて制定法の事件では「厳格に」先例拘束性が適用されていることが示され、反トラスト法事件は制定法の事件であること。第二に、最高裁がときどき先例を覆すが、それは合理的な短い期間において不当に決定された場合だけであることが示され、100 年前の判例である *Dr.Miles* 判決並びにその当然違法の原則を再確認した諸判決を覆そうとしていること。第三に、ある判例が「うまく働かない」法的レジームを創造しているという事実は、先例を破棄する有利な点として主張されることが示され、合理の原則の複雑な審理に比較すると当然違法の原則は「実用的」であり、合理の原則に移行することがより「管理可能な」ものになるのかは明らかにされていないこと。第四として、判決が法を不安定なものにするという事実は、先例を破棄する有利な点として主張されるが、「当然違法の原則」は非常に安定した原則であること。第五として、信頼の利益が関係する場合、訴訟事件が所有権や契約法上の権利に係っているという事実は、先例の破棄を支持しないものとして主張されることが示され、当然違法の原則に対する相当な信頼があること⁵¹⁾。第六として、「アメリカの国民文化に法の支配が定着しているという事実が、先例の破棄について否定的な論拠になり得ることが示されている。そして、問題となる当然違法の原則が、経済の中枢神経たる価格に関わっていることから、先例の破棄をする

⁵¹⁾ 相当な信頼の内容として、この当然違法の原則が経済全体に影響していることが指摘される。また最低再販売価格維持がウォルマートのような大規模低価格小売業に有利に働いた事実から、現代におけるインターネットを介した流通業者等が克服することのできない障壁を立てられる可能性を指摘する。

べき状態にはない」こと。以上、これらの全てが先例拘束性によって当然違法の原則を維持する方向性に働く議論として紹介されている。唯一、反対の議論として、裁判所が「当初よりコモン・ローに類似した法律」としてシャーマン法を捉えており、以前にも判例を破棄したことがあるという事実が挙げられている。しかしながら、そこでみられる判決は Albrecht 事件とそれを破棄した Khan 事件、Schwinn 事件とそれを破棄した Sylvania 事件であり、破棄に至るまでの期間はそれぞれ 29 年、10 年と、Dr.Miles 判決の約 100 年には到底及ばない。また、先例としても Dr.Miles 判決は十分に確立したものと評価されており、連邦議会の支持の無かった Albrecht 事件や法の混乱を回避するための必要性があった Sylvania 事件とは同一で論じられないことを指摘している。

結論として少数意見では、1975 年当時の議論よりも進んだ経済学上の知見や経済状況の変動があるとは評価されず、先例拘束性の要件を満たしているとは判断されないとして、多数意見の判例変更に反対する。

IV Leegin 判決に対する評価及び Leegin 判決以後の議論

1 アメリカでの評価

(1) Breyer 判事の見解

Leegin 判決について反対意見を執筆した Breyer は、本判決後に The Economic Journal 誌上で反対意見を述べるに至った理由を説明している⁵²⁾。ここでは「よく確立されて存在している法を変更するのに十分な正当化が見られなかった」旨が示されている。本判決を判例を変更すべきかどうかという点から意見が対立したものと捉えることも可能ではあるが、同判事の見解を検討していくと、その中心的な関心は先例拘束性の点よりもむしろ経済的な分析と法の関係にあったものと見るができるだろう。判事の見解を具体的に検討してみると、ここでは再販売価格維持の問題を扱う場合の考慮要素として①反競争効果の可能性、②競争促進効果の可能性、③結果として生じ

⁵²⁾ Stephen Breyer, *Economic Reasoning and Judicial Review*, 119 THE ECONOMIC JOURNAL F123 (2009).

る法ルールの運用についての裁判所の能力との関係性の三点が挙げられている。そのうち、①②については、経済学者の分析結果による補助があった事を認めているが、③については、これまで十分に検討がされてこなかったことを指摘している。

そして、この判決のために必要な手助けとして、「どのくらいの頻度で反競争効果や競争促進効果が発生するのか」、どのくらい簡単にこの二つを分けられるのかという点を知りたいという旨述べられている。これらの考えは判決少数意見中にも見られるものであるが、米最高裁において最も深く経済学的分析を行える裁判官の一人と評価されている Breyer の法と経済学への関心と、それを扱ってきた経験からの両者の取り扱いについての困難さを示すものと言えるだろう。同判事は「これらの疑問に対して経済学者の多くが黙ったままなのである」として、この点について経済学者のコンセンサスは得られていないことを指摘するのである。

上記見解のうち、多数意見との関係において特徴的な点として、ルールの移行に関するコストに言及している点を取り上げたい。この点についての指摘は、少数意見中の先例拘束性に関する問題意識と共通する部分であるが、多数意見において当然違法の原則を維持することによって効率性のある再販売価格維持が規制されることに対する問題意識が見られていたのと異なる視点を見ることができる。そこでは、明確なルールがない場合には、その審理はより複雑なものとなり、却って不公正で非実用的な運用になり得る事が示されている。この問題を取り扱った経済学の文献がない事に非常に注目されており、それは再販売価格維持のうち合法化されうる場合というのがどの程度存在するのかという疑問に戻ってくるのである。

以上見てきたように、Breyer の論旨をまとめると、再販売価格維持が効率的であることがあり得ることは認めながらも、その量がどの程度あるのかについては確信がなく、当然違法の原則から合理の原則へと移行する必要が認められる程度であるのかどうか疑問である、という形になる。特筆すべき点として、再販売価格維持を合法化する法案が廃止された 1975 年の時点において、再販売価格維持は裁判所において当然違法の原則の下で扱うとする前

提⁵³⁾の下、その当時までに検討されてきた合法化の論拠よりも目新しい主張が見られないと指摘している点が挙げられるだろう。これは、多数意見において強調されるフリーライド論は、Yamey のスペシャル・サービス仮説時点以後、進展の認められる議論としては評価されず、1975 年までに議論された再販売価格維持の合法化論の域を出ないものであり、この議論を以て Dr.Miles 事件判決を破棄することはできないということを示すものである。

(2) Kirkwood 准教授の見解⁵⁴⁾

Kirkwood は、再販売価格維持が効率的である可能性を考慮しつつも、Leegin 判決後の再販売価格維持事件に対する法運用が「原則合法」であることを指摘する。このような方向性は、After Leegin を検討する論者に共通的なものであるが、同准教授の示すモデルは他の論者の示すモデルの問題点を様々検討の上で出されたものであって注目に値する。Kirkwood の本論文において、最も重要だと思われる点は、この新たなアプローチの点にあるであろう。よって、以下では Kirkwood の示したアプローチを引用し、紹介していくものとする。

同稿が比較的新しいものである事もあって、初めに、これまで検討されてきた簡略化された合理の原則等に対して言及がなされている。しかしながら、これらによっては再販売価格維持に関する訴訟の真の解決に至らないと結論づけられている。その理由として、これらのモデルにおいても完全な合理の原則 (Full rule of reason) よりは請求が立ちやすく、訴訟上有意であるものの、証明責任の負担が原告側に重すぎるため、結果として被告に有利なモデルであることは否定できず原則合法的な運用になり得る可能性があることが示されている。そして、その証明責任の点をより発展させる形として、セーフハーバーを伴った推定違法のモデルを検討している（末尾図参照；以下「Kirkwood モデル」と表記する）。

Kirkwood モデルでは、原告の側で、被告が再販売価格維持のために垂直的な合意を行ったことを証明することによって、申立ての通りの証拠がある事

⁵³⁾ 多数意見の述べるところは、後に述べるように立法に際して述べられた大統領のステートメントに反するものであり、少数意見の指摘するように議会の意思とも異なるものである。

⁵⁴⁾ John B. Kirkwood, *Rethinking Antitrust Policy Toward RPM*, 55 THE ANTITRUST BULLETIN, no. 2, Summer 2010, at 423.

件として取り扱われることになる。これは、原告の側で、完全な合理の原則の運用において立証が困難であった、被告が市場力を有していること、その制限が反競争的な効果を有していることの2点を訴え提起時において立証しなくてすむということを示している。原告の側において、被告が再販売価格維持のための垂直的な合意を行ったという点のみを立証すれば、訴えが適法に成立したと認められることになり、被告の行った再販売価格維持に対して違法の推定が働くため、被告の側にその推定を覆すための立証責任が課されることになるのである。

他方、被告の側においては、その行為がセーフハーバーに該当するか若しくは競争促進的なビジネス上の正当化理由があることを示す証拠を提出することによって反証を行うことになる。これに対して原告では、被告の提出した証拠の証明力を争うことが可能である。ここで、セーフハーバーに該当することが立証された場合には、この時点で、被告の反証が勝ったことになり、結論として再販売価格維持は合法となる。一方、被告が、競争促進的なビジネス上の正当化理由を立証していく場合には、原告側としては、被告がその正当化に必要な条件を満たしていないこと、若しくはその競争促進的な効率性はより制限的でない方法で代替可能であることの2点を主張して争っていくことになるのである。原告がより制限的でない方法を提案する場合には、被告の側としてはその手法を採用することが重大なコスト増を招くことや再販売価格維持を用いる場合と比較して効果が小さいことを示す方向で争っていくことになる。これらの過程を通して、原告が被告の試みる再販売価格維持を正当化する反証を切り崩しきれなかった場合には、原告の側で反競争的効果が競争促進的効果を上回り、消費者利益を阻害することを証明しなければならないことになる。この場合、原告は、反競争的効果が生じる理論（例えば、再販売価格維持はディーラーレベルでの共謀を容易にする）を示した上で、その理論の前提となる条件が存在していることを示さなくてはならないのである。このことは、ほとんど全ての場合において、原告に、単一の製造業者やディーラー、もしくは複数の製造業者やディーラーが市場力を有していること、加えて理論から導かれる反競争的効果が被告の主張している競争促進効果よりも重大であるとみられることの立証責任を課したものであることができるのである。

次に、セーフハーバーについて詳しく見ていくこととする。Kirkwood モデルにおいては、既存の製造業者における場合と新規参入の場合の2つのセーフハーバーを認めている。このうち、先に既存の製造業者における場合を検討する。まず、既存の製造業者がセーフハーバーに該当することを示すためには、実質的な市場力を有していないこと、どのディーラーも実質的な市場力を有していないこと、市場におけるほかの事業者のほとんどが再販売価格維持をしていないことの3点を立証する必要がある。これらの条件が満たされる場合には、再販売価格維持は全く若しくはほとんど全く反競争的な効果を有している可能性を除く事ができるため合法として扱われるのである。例として、製造業者の大多数が再販売価格維持を行わない（そうでなくても、価格調整を行っていない⁵⁵⁾）場合には、再販売価格維持が製造業者のレベルでの共謀を容易にすることはあまりありそうもないということが挙げられる。同様に、過度な若しくは誤認的なディーラーの宣伝への投資というのは、製造業者、ディーラーレベルでの激しい競争が行われている場合には起こりそうもないのである。そして、ディーラーによって、過度な若しくは誤認的な宣伝への投資をする気になった製造業者は、その反応として、価格、非価格両方の側面からの競争に直面することになるのである。実際には、製造業者にとってディーラー達に実質的な市場力がないことや、価格維持を行っていないことを示させることは簡単ではない。これまでの議論が明らかにしてきたところを見てみると、市場力等の立証に多大な費用がかかることは確実である一方で、セーフハーバーによって利益を得られるかは不確定であるため、コストを増大させる当該主張をすることは製造業者にとって得にならない可能性が高いのではないかと考える人もいるかもしれない。しかしながら、市場において合意が広がっている場合や、ディーラーの数が多かったり規模が小さかったりする場合、競争関係にあるブランドのディーラーが常時ディスカウントを行っている場合等、市場において製造業者の占めるファクターが小さいケースでは、セーフハーバーは苦も無く肯定されうるのである。

このセーフハーバーも、製造業者のコントロールを超えた動的な条件に従

⁵⁵⁾ Colgate 事件によって合法化された場合のようなケースを指すものと思われる。現実には再販売価格維持契約をしていない場合でも実質的に同様の効果を生じているような場合である。

うものである。もし、他の製造業者が再販売価格維持を採用した場合には、もはや最初の参入者はセーフハーバーの適格性を失うことになる。同様に、数あるディーラーのうちの一つが地理的市場において支配的地位を得た場合には、製造業者はもはやセーフハーバーに頼ることは許されない。これらの場合でも、もちろん製造業者の再販売価格維持が当然に反競争的になったということを示しているわけではない。製造業者は競争促進的な証拠を提出し推定違法を覆さなければならないのである。時が過ぎてこのセーフハーバーについての経験が積み重ねられていくことで、この精度は増していくことになるのである。

この Kirkwood モデルでは、新規参入の場合に広い再販売価格維持の合法的利用を認められる。その運用においては、再販売価格維持がディーラーに新しい商品を扱わせる上で最も効率的な方法であることが前提とされており、より制限的でない代替可能な方法がある場合にも再販売価格維持の反競争効果が認められないとして、セーフハーバー該当性を肯定する。この点については、論旨からは明確ではないのだが、「全てのフリーライドの議論と同様に、これは新規参入が他のより制限的でない代替可能な方法では達せられない場合にのみ有効な正当化事由として成立するのである」としながら、そこで検討される問題点として、より制限的でない代替可能な方法による事が出来る場合があり得る点、ディーラーに宣伝、広告をさせるよりも製造業者の側においてすべきであるとの点を挙げた上で、「これらの難点があるにも関わらず、新規参入時のセーフハーバーは2つの点で適当である」とする。ここで示されている2つの理由として、反競争効果が重大になり持続する可能性は非常に低いこと、並びに、このモデルの下では、反競争効果の生じる可能性が低く、企業は最も効率的な流通方法を選択しうることの2点が示されている。この理由を見る限り、Kirkwood 自身は新規参入時点での再販売価格維持の競争促進効果の方を重く見ていると評価でき、そのためセーフハーバー該当性を広く認めているものと思われる。しかし、一方で、セーフハーバー該当性を認められる時期については限定的に考えていることから、競争促進的効果が反競争効果に勝る時期は限定的であり、新規参入のセーフハーバー該当性が認められる範囲としては広いものの、その時的限界は極めて狭いため注意が必要である。

最後に正当化事由について検討をする。このモデルにおいては、セーフハーバーに該当するか、又は実質的に競争促進的効果が認められる場合であるか、のいずれかを立証すれば、違法性の推定の反証が可能であることは既に示した通りである。このうち、実質的に競争促進的効果が認められるには、その正当化理由が理論的に妥当であって、その大きさが重大であること、原告が仮により制限的でない代替可能な方法を主張している場合には、その主張に問題が認められること、について被告の側での主張立証が必要である。ここでは、Areeda 教授、Hovenkamp 教授の記述を引いて認められる類型を示している。しかしながら、その類型化は立証責任の現実には気を配っているとの評価を加えつつも、多くの被告がそこで示されている要件を満たさないだろうとも述べている。そのため Kirkwood のモデルでは、正当化事由の検討は、確かに主張立証することは認められるものの、その立証が成立する範囲は極めて限定的であることが指摘できる。この点は、Kirkwood 自身が「製造業者に推定を覆す合理的な機会を与える」と述べていることや、「再販売価格維持において反競争的効果があり得る場合は実際に多い」との認識を示している事からも肯定できる。

(3) Marina Lao 教授の見解⁵⁶⁾

Lao は、主にフリーライドを理由とする再販売価格維持の正当化について疑問を投げかけている。この点は、少数意見の見解と同方向の見解であり、フリーライドは双方向的に生じうるものであるというのが主たる理由である⁵⁷⁾。そのため、Leegin 判決自体に対しても主として批判的な検討を加えている。特に、Leegin 判決によって再販売価格維持に対する合理の原則の適用

⁵⁶⁾ Marina Lao, *Leegin and Resale Price Maintenance - A Model for Emulation or for Caution for the World?*, 39 INTERNATIONAL REVIEW OF INTELLECTUAL PROPERTY AND COMPETITION LAW 253 (2008); *Free Riding, An Overstated, and Unconvincing, Explanation for Resale Price Maintenance, in HOW THE CHICAGO SCHOOL OVERSHOT THE MARK: THE EFFECT OF CONSERVATIVE ECONOMIC ANALYSIS ON U.S. ANTITRUST 196* (Robert Pitofsky, ed., 2008).

⁵⁷⁾ Lao は「例えば、IBM の行ったアメリカの消費者に対する調査によると、回答者のうち 78%が、実店舗で商品を購入する前にインターネット上での情報収集を行っており、一方でオンラインから購入する前に実店舗で商品を見てくる消費者は 8%であった事が分かっている。ダブルクリックによって行われたその他の調査では、同様の——43%の消費者がインターネットで事前に商品を見てから実店舗において購入しており、対して実店舗で商品を見てからインターネットで商品を購入する消費者が 16%であった——との結果が見られる」との調査結果を引用して説明をしている (See Marina Lao, *Resale Price Maintenance, The Internet Phenomenon and "Free Rider" Issues*, 55 ANTITRUST BULLETIN 473, 491 (2010))。

が示された点については、経済学上、再販売価格維持に「ときどき競争促進効果がある」という共通認識に基づくのみで「Leegin 判決は単に合理の原則を支持したに過ぎず、再販売価格維持が原則合法であることを宣言したわけではない」こと指摘をする。加えて、経済学上の共通認識があるにもかかわらず、「どうして再販売価格維持が競争促進的であるのかを決定づけるための全ての事情を考慮できるような基準を採用しないのか」と述べて、合理の原則の下での判断が、事実上、原則合法的運用となっていることを踏まえての批判がなされている。この合理の原則の下での判断が原則合法的運用となることについては、Ginsburg が関わった、1977年から1991年の45件にわたる垂直的非価格制限の事件において、実に41件の事件が原告側敗訴に終わっているとの調査からも裏付けがなされている。同様に、Michael Carrier が行った、この10数年中になされた合理の原則の下での事件の調査結果では、222件の事件のうち221件が原告側敗訴で終わっていることも併せて示されている。更に、最高再販売価格維持に関する Khan 判決以後の運用実態についても、事実上合法 (De Facto Legal) となったことを指摘している論文⁵⁸⁾に依拠しながら示している。

また、Lao に特徴的な分析として、インターネットによる流通システムのメリットを重視する形で、フリーライド論に批判的な検討を加えている点が挙げられる。そこでは、再販売価格維持について原則合法的運用がなされてしまうことによって、現在の経済実態上重要な意義を有しているインターネットの小売業の分野の成長を妨げる要因となることが指摘されている。このような視点は、インターネットの小売業者が、固定店舗を持つ小売業者の提供するサービスに特段の価値を見出さない消費者に対して、そのサービスを提供しないことでより低い価格を提示できる、ということを Lao が重く見た結果であろう。再販売価格維持の合法化によって、インターネットの小売業者からこの競争上のメリットが失われた場合、自身の最も有利な競争条件を失うことになり、その存在が危うくなることが指摘されている。そして、この問題意識は、少数意見中において述べられているウォルマートの成長に関して再販売価格維持規制が担った役割⁵⁹⁾と共通するものであると言えるだろ

⁵⁸⁾ Daniel A, *Chicago, Post-Chicago, and Neo Chicago*, 76 U. CHI. L. REV. 4 (2009).

⁵⁹⁾ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 925 (2007).

う。

一方で、これまで維持されてきた Dr.Miles 判決については否定的な見解を示している。これは、当然違法の原則によって判断がされる場合、再販売価格維持による競争促進的効果があるかどうかを検討することなく違法となることから、柔軟性を欠いているというのがその理由である。しかしながら、柔軟性を欠いていることを認めつつも、経済学上の共通認識について懐疑的である Lao のスタンスからは、「再販売価格維持が利用される目的を達成するために、最も効率的であるかどうかの合意まではない」ことを理由として、再販売価格維持の合法化される場合を著しく拡大することについて慎重な見解が示されている。

このような視点から、Lao は簡略化された合理の原則による運用を提案している⁶⁰⁾。ここでは、多くの製造業者のうち支配的でない生産者の 1 社か 2 社が、関連する市場において自発的に再販売価格維持を用いるような場合には、反競争的効果はほとんど生じないものとして全面的な合理の原則が適用されるべきとする。同様に、製造業者が新規参入事業者であり再販売価格維持に関するフリーライドの議論が当てはまるような場合には、全面的な合理の原則が適用されるべきとなる。一方で、原告の側において、垂直的な合意が高い価格を維持し、競争促進的な合理性を明らかにし得なかった場合には、一応の証明のある事件として取り扱われることになる。

(4) Grimes 教授の見解⁶¹⁾

Grimes は、Leegin 判決によって再販売価格維持が「合理の原則」の対象となってしまったことから、これまでに規制が緩和されてきた垂直的制限全体を含めた形で「合理の原則」の類型化を試みている。そこでは、大きく分けて二つの方向性の推定が用いられている。第一は、排他的地域制限やロケーション制と言った閉鎖型流通制限については原則合法とする運用である。これはこれまでの反トラスト法の判例法の沿革に沿うもので、緩やかな規制を

⁶⁰⁾ Lao, *Free Riding, An Overstated, and Unconvincing, Explanation for Resale Price Maintenance*, *supra* note 56, at 213-214. 類型化の後、合法的運用の可能性が高いものは合理の原則で取り扱い、そうでないものは原則違法的運用という方向性の検討は、Kirkwood と同様の問題意識から来るものと思われる。

⁶¹⁾ Warren G. Grimes, *The Path Forward After Leegin: Seeking Consensus Reform of the Antitrust Law of Vertical Restraints*, 75 ANTITRUST LAW JOURNAL 467 (2008).

考えているものと思われる。第二は、本稿で問題としている再販売価格維持や広告への値引き表示の規制と言った開放型流通制限について原則違法とする運用である。こちらは、前者と異なり厳格な規制をすべきと考えているものといえ、その理由としては再販売価格維持の合法化において主張される正当化理由のほとんどは前者の方法によって回避が可能であり、更に他の垂直的制限に比して再販売価格維持は競争阻害的利用の影響が大きいという同教授の思考があるものと思われる。両者を詳しく見ていくと、前者の原則合法の推定は、原告の側で共謀を立証するか、川下・川上市場において市場力を有していることを示すことによって「のみ」覆されるものである。一方で、後者の原則違法の推定については、「Leegin 判決の多数意見の言う経済学上の理論では正当化されない」ということを述べている。全体として、再販売価格維持については、Leegin 判決以前の状態に戻すことを意図されているように思われる。

(5) Lambert 准教授の見解⁶²⁾

Lambert は、再販売価格維持がほとんどの場合に競争促進的であるという前提の下で議論を進めている。同准教授の見解の下では、競争促進的な再販売価格維持を違法としてしまうことによる損失と、競争阻害的な再販売価格維持を合法としてしまうことによる損失のどちらを選択することが合理的か、という観点から検討が行われている。そのため、再販売価格維持がほとんどの場合に競争促進的であると考えた立場からは、被告に有利な立証のモデルを作ることこそが有益であるということになる。以下では、Lambert の示された立証構造の概要を説明する。

このモデルでは、再販売価格維持を裁判に訴えようとする側（原告）には訴訟提起の段階で、①問題として扱う再販売価格維持の事実が産出量の減少を招いていることを示して、競争阻害効果の発生を直接に示す証拠を提出するか、若しくは②そのような減少が生じる前提条件を満たしていることを示す、競争阻害効果の発生を示す間接証拠を提出することが求められる⁶³⁾。①の場合には、製造業者の産出量が再販売価格維持がなされた以降減少して

⁶²⁾ Thomas A. Lambert, *Dr. Miles is Dead. Now What?: Structuring a Rule of Reason for Evaluating Minimum Resale Price Maintenance*, 50 WM. & MARY L. REV. 1937 (2008-2009).

⁶³⁾ この主張に対しては、被告の側から①原告が立証に成功していないことを示す証拠の提出、②競争促進的な効果が生じていることを示す証拠の提出が認められる。

いること、かつ、その産出量の減少が他の要因によっては説明がつかないことの2点を示していくことになる。②の場合には、原告の側で、生じている反競争効果が問題としている再販売価格維持に由来している実質的な可能性を示すことが求められる。このうち、①の類型については、Lambert 自身が証明が困難であることを認めており、通常は②の類型によって訴求をしていくことが想定されている。②の類型においては、カルテル仮説、排除仮説に基づいて立証を行っていくことになる。前者においては、ディーラー段階においてカルテル目的で再販売価格維持の利用がされていること、製造業者がディーラーからの要求に従わざるを得ないことを立証することが求められる。具体的には、(a)ディーラーの市場が比較的寡占であり、事実上参入障壁が認められること。(b)製造業者が、価格制限を受けている商品の市場において市場力を有していること、再販売価格維持がその商品の製造業者たちの間で共通に行われていることのいずれかを示すこと。(c)再販売価格維持を求める単一若しくは複数のディーラーのグループが合理的に有効な市場の産出量のうち重大な割合を占めていること。(d)ディーラーの市場の統合に従って、製造業者ではディーラーを制御しえなくなっていること。以上の四点を見ていくことになる。このうち(a)(b)は、再販売価格がディーラーの側から求められていることの立証に、(c)(d)は、製造業者の側においてディーラーに反抗しえない状況が生じていることの立証に用いられることになる。これらの要件を全て満たすことによるのみディーラー段階のカルテルが立証されることになる。次に、製造業者段階でのカルテルについて⁶⁴⁾は、(a)製造業者の市場が寡占状態であること、(b)再販売価格維持が行われている商品が比較的代替可能なものであること、(c)製造業者の市場への参入が実質的に制限されていること、(d)再販売価格維持の利用が製造業者の市場において広く行われていること、を立証することが求められる。最後に、排除仮説による立証を検討する。ここでは、問題となっている再販売価格維持が、他ブランド商品に対する差別化のために用いられており、被告となっている製造業者のブランドについて再販売価格維持に従う小売業者は、対象商

⁶⁴⁾ ディーラー段階と異なり、明確な形で全ての立証を必要とする旨の記載は認められない。しかし、製造業者段階でのカルテルのために再販売価格維持を用いることは「ありそうもない」と指摘していることから考えると全ての要素を立証することが求められているものと思われる。

品の市場において大きな割合を占めていることを立証することが求められる。ここでは、原告の主張に対して(a)提出された証拠が一見明らかなケースとして扱われるべきことを示していない、(b)原告の提出した証拠では前提条件を満たしたことになること、を被告の側から反証することが認められる。

(6) Leegin 判決以後の動向⁶⁵⁾

Leegin 判決自体が、再販売価格維持に関する規制を緩和したこともあって、裁判外におけるその後の流れの多くは判決に対して反動的な傾向をもつものである。そこでは、合理の原則に関する基準の明確化という上記で見てきたような主張よりも、当然違法の原則の立法化の主張が中心的に見られるようである。以下で、代表的な動向をまとめていく。

まず、もっとも代表的なものの一つとしてメアリランド州における動向を示しておく。メアリランド州の動向に関しては、FTC のヒアリング⁶⁶⁾に詳しい。同州では、2009 年 10 月 1 日より、最低再販売価格維持を内容とする契約が不当な取引制限に該当するものとして扱われることになっている。同州の動きとしては、最低再販売価格の合法化によって小売価格の上昇という不利益を被る消費者のみならず、利益を受けることが予想される小売店側からも、最低再販売価格維持を当然違法に戻すべきという議論が生じていることが特徴的と言えるだろう。また、コール上院議員を中心とした連邦法による立法の運動もあり、オバマ政権下で成立の可能性が高いと思われていたが、近時下院において民主党が大敗を喫していることから成立の見通しは不透明になっている⁶⁷⁾。

次に、Leegin 判決後に再販売価格維持に関して厳格な態度を取った事件を見ていきたい。代表的なものとして、まず Herman Miller 事件⁶⁸⁾を取り上げる。

⁶⁵⁾ See Alan M. Barr, *State Challenges to Vertical Price Fixing in the Post-Leegin World*, FTC Hearings on Resale Price Maintenance (May 21, 2009) [Hereinafter *FTC Hearings*]; Richard Liebeskind & Joseph R. Tiffany, *Two Years After Leegin, Questions Remain on Lawfulness of Resale Price Maintenance*, PILLSBURY, (July 31, 2009), <http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/053986E13BCE687E8E0CA54E89372048.pdf>; Michael A. Lindsay, *State Resale Price Maintenance Laws After Leegin*, THE ANTITRUST SOURCE, (Oct. 2009), http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/Oct09_Lindsay10_23f.authcheckdam.pdf.

⁶⁶⁾ See *FTC Hearings*, *supra* note 65.

⁶⁷⁾ S. REP. NO. 111-473 (2010).

⁶⁸⁾ *New York et al. v. Herman Miller, Inc.*, No. 08-cv-2977 (S.D.N.Y. Mar. 25, 2008).

Herman Miller 社は人間工学に基づいたハイエンドのオフィスチェアの販売業者である。同社は、同社製品の取り扱い小売業者がインターネットを通じて同社の Aeron Chair を安売りし始めたことに対応して、広告に表示する下限価格を同社の政策として採用した。ニューヨーク州、イリノイ州、ミシガン州が原告となった本件では、州側から同政策はディスプレイ価格（価格表示タグやインターネットによる販売価格表示を含む）をコントロールするものとして、再販売価格の示唆にあたり、より高い価格への引き上げを行うものであるとの主張がされていた。これに対して、Herman Miller 社の同意が得られたことにより事件は解決されているが、Leegin 判決以後に再販売価格維持に対して当然違法の考え方の下で訴追が行われた事は注目に値するであろう。一方で、Twombly 事件⁶⁹⁾以後においては、訴追するのに必要となる主張を基礎づけるために必要となる一連の事実についての証明がないとの理由で請求が棄却されるケースが多いことが指摘されている。このような運用を前提としてみると、原告の側において再販売価格維持の合意の存在だけではなく、それが不合理であることまで示すことが求められているように思われるのである。この運用の下では、請求棄却を避けるために、関連市場の画定と反競争効果の立証責任を負わせたものと変わらないものであり、いくつかの地裁判決においては同様の運用方針から原告敗訴のケースが続いていることを考えると原則合法の状態であるという指摘には一定の正当性があるものと思われる。そのため、再販売価格維持訴訟の当然合法的な運用に危惧感を持ついくつかの地裁や FTC においては、多段階にわたる小売業者や支配的な地位を有している小売業者が再販売価格維持を行っているようなケースでは、立証責任を転換し推定違法の運用によるべきことが主張されている。本節で検討してきた各論考は、このような観点から書かれたものが多く、再販売価格維持の競争促進効果には一定の理解を示すものの、その運用実態と併せて考えると不当な結果が生じうる可能性を危惧しているものと言うこともできるだろう。

⁶⁹⁾ Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007).

V Leegin 判決の問題点

1 多数意見と少数意見に対する評価検討

両意見の重要な対立点として、Dr.Miles 判決の理解⁷⁰⁾が挙げられる。この点は、1975年の消費者製品価格設定法の制定時において「当然違法の原則」がどのように評価されるかによって、両者の論拠の正当性に大きな影響を与えるものである。ここで検討するべきは、本件で問題となった Dr.Miles 事件のみならず、当然違法の原則を前提として運用されてきた Colgate 事件等も含む反トラスト法上積み重ねられた先例である。少数意見においては、1975年の立法によって、当然違法の原則を「拡大」したものとの理解が示されている⁷¹⁾。他方で、多数意見においては、シャーマン法を制定法領域の問題としてではなくコモン・ローのと同列の法律であると捉えることで、運用において議会の立法時の判断に必ずしもよらなくてもよいとするのである⁷²⁾。一面としては、多数意見の述べるところも妥当であるが、議会意思が明白な場合にも敢えて裁判所の側で議会の意思を想定の上検討を行うことが当然に許されるのかという疑問も生じる。本件の場合、当時の大統領の見解⁷³⁾、当時の議会の見解どちらをみても、消費者製品価格設定法の制定によって再販売価格維持を合法とした上記2法が廃止されることが、つまり再販売価格維持を当然違法の原則下で判断することになるという帰結を意図していたことは明らかである。それは、当然違法の原則が Dr.Miles 判決によって既に確立した原則であることから、明文化さるまでもなく再販売価格維持事件は当

⁷⁰⁾ Dr.Miles 事件前後の Resale Price Maintenance の取り扱いについて、1917年の Boston Store v. American Gramophone 事件 (Boston Store v. American Gramophone Co., 246 U.S. 8 (1918)) において、再販売価格維持の違法性がいまや確立した法となっているという見解が、最高裁に対する意見確認という形で明らかにされている。

⁷¹⁾ Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 919 (2007).

⁷²⁾ *Id.* at 899-890.

⁷³⁾ 1975年に同法が成立する際の大統領 (Gerald R. Ford) のステートメントにおいて、1937年と1952年の両方はデフレ状況に対応するための法律であり、1975年時点の経済状況下においてはもはや意味を為さないものであり、これらの法律によって再販売価格維持を合法化することはもはや不公正であるとの認識が示されている (See Gerald R. Ford: *Statement on the Consumer Goods Pricing Act of 1975*, THE AMERICAN PRESIDENCY PROJECT, <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=5432> (last visited Apr. 1, 2011)).

然違法の原則の下で運用されるという認識が存在していたことによる⁷⁴⁾。それにもかかわらず、再販売価格維持を当然違法の原則によって判断するということを明文として規定しなかったことが、裁判所に対して判断基準を思うがままに扱える権限の付与であるかのごとく捉えるのは行き過ぎと言えるのではないだろうか。また、Dr.Miles 事件と Colgate 事件、Sylvania 事件との関係性を指摘して、Dr.Miles 判決が破棄されないとすると、それはこれまでの判断枠組みとしての「原則的なフレームワーク」⁷⁵⁾と抵触し、後二者の判決と矛盾すると指摘する点にも問題があろう。これについては、Colgate 事件、Sylvania 事件を一面的に評価する場合には、確かにそのようにみることも可能ではあるだろう。しかしながら、少なくとも最低再販売価格維持に関する部分については、近時の立証上の困難さは認められるが、Colgate 事件でさえ判決を重ねてその合法と扱われる射程は限定的に解されており、一連の先例を踏まえた検討を行わずに議論を行うのは適切とは言うことはできない。加えて、上記で検討したように、Colgate 判決は Dr.Miles 判決と同一の基準で検討された判決であって、多数意見がみる Colgate 事件の競争促進効果の把握も当時においては見られない事後的な評価に過ぎないのである。そして、Sylvania 判決についても、その判断において「価格」「非価格」の別が重視されていたことは疑いえない点であろう。そのため、これらの判例を一面的にとらえて「原則的フレームワーク」とまで評価できるのかは疑問があるのである。更に、Dr.Miles 判決に対する理解としては、当初より妥当でなかったかのような表現が多数意見において散見され、それに基づく当然違法の原則は「欠陥のある反トラスト法原則」⁷⁶⁾とまで述べられている。このような評

⁷⁴⁾ この点は、既に土田和博「垂直的価格制限と日米の独禁法」経済法学会年報 15 卷 91 頁（1994 年）において明らかにされている点である。そこでは、「法案審議の過程で、再販が禁止されれば小売業者が十分なサービスを提供しなくなることを理由に、廃止に反対したメーカーがあったにも拘らず、これは契約において十分なサービスを提供するよう要求する条項を設けることによって解決できる問題であるとして法律が制定されたことは、議会の意思としてディーラーサービス理論を正当化事由として認めなかったことを意味するものと考えられる。Hovenkamp 教授は、その他の正当化事由についても一切容認しなかった議会の意思を尊重して、再販当然違法原則を維持しなければならないと主張している」ことが示されている。また、同法制定後程なくだされた Sylvania 判決 footnote(18)内においても、議会の見解に対して同様の認識がされていることが示されている。

⁷⁵⁾ Leegin, 551U.S at 902.

⁷⁶⁾ Id. at 904.

価が説得的と言い難いことは、反トラスト法の先例の検討を通して既に述べた通りである。

また、本来は多数意見の理解を前提としても、*Dr.Miles* 判決は判決当時においては正当という論理になるはずである⁷⁷⁾。そのため、1975年の消費者製品価格設定法の制定時において、再販売価格維持が当然違法の原則によって判断されるべきことを明文で規定しなかったことから、*Dr.Miles* 判決による「当然違法の原則」が先例として変更できないものではないという多数意見の理解を元にしたとしても、明確に *Dr.Miles* 判決の効力を否定するものでない以上、なお先例としての効力は認められているはずである。そうすると、多数意見においては、再販売価格維持が「常に、又はほとんど常に」競争阻害的であるかを当然違法の原則の適用のメルクマールとしていることから、再販売価格維持契約がなされたとしても競争阻害的となる場合が「ほとんど常に」でさえない事を示す必要があることになる。しかし、多数意見の各論旨は競争促進的な利用が「あり得ること」を示すにとどまり、「競争促進的な正当化理由で満ちている」とする経済学文献⁷⁸⁾についてもその頻度に関しては述べるところを持たない。そのため、「あり得ること」についてはかなりの確率で認められるものの、多数意見が示す「常に、又はほとんど常に」競争阻害的でないということの立証には成功していないと言わざるを得ないものと考えられる。

⁷⁷⁾ 多数意見はコモン・ロー原則の妥当性の否定に際して、「コモン・ロー原則の形成された400年前、*Dr.Miles* 事件判決の出された100年前の状況」が「現在の」アメリカの経済状況と異なる点を指摘して疑問を呈しているに過ぎない。そうすると、当時における正当性までを否定することはできていないこととなる。仮に再販売価格維持の合法的利用が可能となったことを重視したとしても、その後 *Bauch&Lomb* 事件においては、ミラー・タイディングス法の適用除外は限定的な場合にしか認められない事が明示されており、広範に適用除外を認める趣旨ではないことが明らかである。そのため、この合法化が *Dr.Miles* 判決を破棄するものであるとは評価しえないため、未だ先例としての効力を有しているとみるべきだろう。

⁷⁸⁾ これは、仮に新規参入の場合について全ての文献において競争促進的であると認められたとしても、新規参入の頻度については述べるところがないということである。競争促進的な再販売価格維持の利用が全体の1%に過ぎないとすれば、その1%がどれだけ確実であろうとも再販売価格維持全体としては「ほとんど常に」競争阻害的であることを反証することにはならないのである。これを独立に分類することが可能であれば新たな類型として判例上合法類型とすれば足りるのであり、再販売価格維持全体を当然違法の原則から離れさせることにはならないのである。なお、その1%を規制することを肯定すべきかどうかというのは別論となる。

次に、Leegin 判決で示されている Dr.Miles 事件判決の理由付けに対する理解について検討する。これについては、少数意見は、Dr.Miles 判決を既に 100 年近くに亘って維持されたものであって、十分に確立した先例であると評価をしその意義を重視している点からも見て取れる。他方で、Dr.Miles 判決を前提としない「白紙の石板」に判決を書かない場合には、当然違法の原則のルールとしての明確性を有用なものとして、新規参入の例外を除く他の再販売価格維持について当然違法の原則の下で判断されるべきことを示していることから、単純に結論的に妥当であったがゆえに Dr.Miles 判決の示す理由付けを批判していないと捉えることも可能であろう。しかしながら、確立した先例として肯定的に評価するためには、Dr.Miles 判決の示すコモン・ローの原則の下で判断された様々な先例の評価も含めて判断することが求められるのである。そうすると、Sylvania 事件以前のコモン・ローの原則の下で判断された先例に対しても、黙示的にはあるが肯定的な評価を加えていることになるのを見るのが妥当であろう。なぜなら、Dr.Miles 判決の示す理由付けに対して批判的であると考えれば、確立した先例として Dr.Miles 判決を捉えない多数意見の論拠に近くなり、現在の少数意見の結論とは異なる結論が出るか、別な理由付けの下で当然違法の原則によるべきことが示されるはずなのである。そうではなく、新たな理由付けによることなく、新規参入を別として当然違法の原則によるべきことが示されている以上、Dr.Miles 判決の理由付けに対しては否定的な態度を取っていないと考えるのが妥当であろう。

他方、本件で問題となっている「譲渡に対する一般的制限」を問題としたコモン・ロー原則について否定的な評価を加えている多数意見から見ていくと、Dr.Miles 事件判決はもともと問題のある判決であったとの前提があるように思われる。しかしながら、その論理は反トラスト法の目的を効率性とのみとらえる見解から導かれるもので、Colgate 事件をはじめ各反トラスト法判決を見ていくと必ずしもその理解は妥当でない。まず、第一に、Colgate 事件との整合性を踏まえると反トラスト法においては経済的効率性以外の価値観が評価軸として含まれているのである。これは、Dr.Miles 事件判決の理解を示す文献として最も引用されるものの一つである Turner⁷⁹⁾の見解によ

⁷⁹⁾ Donald F. Turner, *The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal*, 75 HARV. L. REV. 655, 687 (1962).

るが、同判決のコモン・ローによる分析の部分については「古くから確立しているコモン・ローの考え方に基づいて契約によって譲渡に対して制限を課すことは十分に正当化されているとはいえず、裁判所の言葉では、契約がディーラーの一部が所有している商品の取引の自由を阻害している」と述べられているのである。その上で、Colgate 事件⁸⁰⁾については、「拘束する契約がない事から、技術的には譲渡に対する一般的制限が存在しない」として取引の自由は失われていない⁸¹⁾ものと評価されており、この点に二つの判決の整合性が肯定されていたのである。ここでは、現在の再販売価格維持の検討に際して特に重視されている経済的な効率性の議論は見られず、取引の自由を保護すべきであるという一定の価値観が見受けられるのみである。第二に、経済的効率性を再販売価格維持の正当化理由の評価軸に含む場合でも、この第一でみた「取引の自由」の保護の観点で否定されるものではないということが指摘できる。多数意見を前提として、効率性のみを反トラスト法の価値基準として考えた場合には、競争促進的な利用があり得るものは先例があったとしても当然違法の原則の類型になじまないということになるはずであるが、今も残る先例を踏まえて考えた場合、この反トラスト法の目的論からでも、このような法運用は許容されるものではないといえるだろう⁸²⁾。法目的との関係で述べておくと、反トラスト法の目的を効率性のみと捉える見解は、少なくとも *Sylvania* 判決の段階までは整合的とは言えず、効率性の観点はむしろ現在においてもなお考慮要素として評価できるに過ぎないものではないかと思われる。

以上見てきたように、*Dr.Miles* 判決の正当性自体に疑問を有して勧められ

⁸⁰⁾ また、Colgate 事件では、*Dr.Miles* 事件判決の理解が「販売業者の販売する権利の自由な行使を妨げようとした契約によって、違法な結合が形成されたのである」として示されている。

⁸¹⁾ *Turner, supra note 79.*

⁸²⁾ 反トラスト法の目的に関する理解としては、シカゴ学派系列の議論においては効率性を高めることのみを対象としている傾向がみられる。一方、本稿で扱う *Grimes* らシカゴ学派に否定的な論者においては複数の目的が主張されており（*See Warren S. Grimes, Brand Marketing, Intra-brand Competition, and the Multibrand Retailer: The Antitrust Law of Vertical Restraints*, 64 *ANTITRUST L.J.* 83, 92 (1995-1996)），効率性のみならず、消費者利益の保護等も考慮されている。また、Robert H. Lande, *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust*, 34 *HASTINGS L.J.* 65, 68 (1982-1983)では、反トラスト法制定において議会は消費者からの不公正な利益の移転を第一義的な関心事にしていたことが示されている。

ている多数意見の論理は、再販売価格維持に対する当然違法の原則の適用を否定するには足りないものであったと考えるのが妥当である。経済学的分析の部分については、Breyer の述べる「1975 年の時点での知見と比して新しいものが認められない」とする評価と異なるものではないが、以下節を変えて検討する。

2 経済学的分析への批判⁸³⁾

本節では、Leegin 判決の主たる理由付けの一つであるフリーライドを理由とする再販売価格維持の合法化への主張に疑問を投げかけたい。フリーライドに関連する最初期の議論⁸⁴⁾として、Yamey が紹介したスペシャル・サービス仮説が挙げられ、そこに本件に通じる問題意識を見ることができる。Yamey においてフリーライドは「サービスを提供せずに低価格で販売している小売業者と、事前にサービスを提供する代わりにその費用を価格に上乗せしている小売業者が並存する場合、消費者が後者でサービスを受け前者で商品を購入すると後者のサービスがただ乗りされたことになり、後者はサービスを行なうインセンティブが削がれ、仮にその商品にとって小売サービスが不可欠な場合、ただ乗り問題によって結果的に製造業者は十分な販売促進活動を行えなくなる（故に RPM を採用してサービス提供の誘引を与える）」⁸⁵⁾と説明されて

⁸³⁾ 垂直的制限全体についてフリーライド防止の競争促進効果を否定するものではないことを示しておく。本稿では、再販売価格維持を正当化する論拠としてのフリーライド論を特に問題とするものである。また、本件がブランド品に関する問題であることから、ロスリーダー仮説に基づく正当化の主張も考えられるが、「アカデミックな場でこれを未だに唱えるものはいずれの国においてもほぼ消滅した」（川濱昇「再販売価格維持規制の再検討（四）」法學論叢 137 卷 3 号 11 頁（1995 年））と指摘されている。また、Marvel & McCafferty の 1984 年の論文（Marvel & McCafferty, *Resale Price Maintenance and Quality Certification*, 15 RAND J. ECON 345）が多数用いられていることから、小売店の品質確認機能説に基づく主張も考えられる。しかし、こちらも既に「この視点から正当化することはできない」（川濱昇「再販売価格維持規制の再検討（三）」法學論叢 137 卷 1 号 25 頁（1995 年））として、その正当化の主張の妥当性は否定されている。

⁸⁴⁾ B.S. Yamey, *Notes on Resale Price Maintenance*, 17 ECONOMICA 254 (1950). フリーライドの分析の初期のものとして Lester G. Telser, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?*, 3 J.L. & ECON. 86 (1960) が挙げられるが、Yamey はそれより早期の 1954 年の時点においてこの問題を取り扱っている。また、Breyer 判事も *Economic Journal* 誌上で Yamey を特に取り上げていたことから、本稿では Telser ではなく Yamey を取り上げて説明する。

⁸⁵⁾ 岩本明憲「古典的再販売価格維持理論の再構築」三田商学研究 49 卷 4 号 207 頁（2006 年）。

おり、この分析は本件多数意見や本件に関する経済学者有志の意見書を見る限り現在も説得力を有するものと考えられているものと思われる⁸⁶⁾。

しかしながら、Yamey が紹介した時点において、「第一に、ただ乗りの恐れがあるスペシャル・サービスとは（店頭での商品説明等の）販売前のサービスだけであり、顧客は（ただ乗りされない）アフターサービスも考慮して購入を決める。第二に、RPM それ自体は、サービス水準の向上を促すとは限らず、再販売価格維持が行われていても小売業者のただ乗りのインセンティブがそがれる訳ではない」という有効な批判が既になされていたことが指摘されている点に注意すべきである⁸⁷⁾。

ここで第二の点について敷衍すると、Pitofsky が 1984 年の論文⁸⁸⁾の中で指摘しているように、安い価格で販売をすることのできる事業者が必ずしもフ

⁸⁶⁾ 第一に関連して、Telser においてはスペシャル・サービスの内容として「販売前」の商品説明等が想定されていたに過ぎないことが指摘できる。一方、Posner 以降の議論ではその対象が過度に拡大されているように思われる。そのため、垂直的制限全般について Telser の理論を拡大しフリーライドからの説明が試みられているのである。この点は、Posner の理論が成立するためには、市場の完全性が高いことが必要となるように思われるし Posner 自身においてもそれを前提としていることが認められる。しかし、近時、Posner と同様のスタンスの論者からもこの前提に対する批判がなされており、現実の市場における議論として適切なのか疑問がある。また、Telser 自身も後にスペシャル・サービスの拡大について批判を行っている（See Lester G. Telser, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade II?*, 33 J.L. & ECON., no. 2, 1990, at 409）。また Pitofsky は、古典的なフリーライド論による正当化の対象範囲に含まれないものとして、化粧品や対面販売による医薬品、ペットフード、ビタミン剤、洗髪料、紳士用下着、小型電気用品、ジーンズといった販売業者による説明や消費者への情報提供、営業技術、ショールームの整備、その他の効果的なマーケティングを要しない製品に対しても再販売価格維持が用いられている現実を指摘されている（See Robert Pitofsky, *Why Dr.Miles was Right*, 8 REG. 27 (1984)）。そのため、本稿では、現実の市場において再販売価格維持が合法的運用となる場合に、スペシャル・サービスの必要な製品以外についても再販売価格維持が行われる可能性を考えている。少数意見においては、集中度の高い産業において競争回避のために再販売価格維持が用いられうることを指摘している。

⁸⁷⁾ 岩本・前掲注 83) 223 頁。ここで岩本は、再販売価格維持によっても「小売段階での『スペシャル・サービス』が担保されない」ことを指摘する。

⁸⁸⁾ Pitofsky, *Supra* note 86. 再販売価格維持は、価格水準による監視の手段であって、サービス内容が適切であるかどうかの監視の手段とはなりえないのではないだろうか。同様のサービスを提供した上で、効率的な事業者が低価格を実現する場合を規制することに対する問題点を検証する必要があるものと思われる。Pitofsky においては、低価格の実現がフリーライドによるという想定よりも、むしろ効率性の高い事業者であることを想定する方が市場の現実に照らして適切であるという認識が認められる。加えて、再販売価格維持によって小売業者に与えられた利益がサービスという形で提供されるとは必ずしも言えないということも言うのであろう。

リーライドによって利益を受ける事業者（ここでは、サービスの提供を行わない事業者）と言えるのかという疑問を呈することが可能である⁸⁹⁾。同論文においては、より効率的な事業者であるが故に他の小売業者よりも低価格での販売が可能であるという想定を行うことの方がもっともである旨も示されており、説得力のある説明であると考えられる。

これらのフリーライド論は、確かに起こりうる現象であり、それを問題視する観点も理解できる。しかしながら、このフリーライドの問題は、多かれ少なかれ相互に様々に生じていることは Breyer や Lao が指摘してきたことを見る限り明らかであり、また再販売価格維持がこれらの問題点を克服するのに最も効率的であるとの証明は未だされていないのが実情であろう。その意味で、再販売価格維持にフリーライドを防止することによる競争促進的効果⁹⁰⁾があり得ることには肯定できるものの、その程度や効果についてはなお疑問を呈さざるを得ないというのが実情であろう。

この双方向のフリーライドを認識した上で合理の原則を前提とした検討を加えると、再販売価格維持が合法であると主張する場合には、市場において

⁸⁹⁾ この場合、再販売価格維持によって発生する競争阻害効果は明白であり、効率的な事業者が害されることになるのが明らかと言える。

⁹⁰⁾ 再販売価格維持の競争効果を検討するに対して各論者の間で、反トラスト法の目的及び市場に対する理解の相違が議論の分岐になっているものと考えられる。例えば、シカゴ学派の議論においては、総余剰という観点から消費者の利益が検討されている。これは消費者から企業に対して利得の移転がある場合に、それが最終的には生産者でもある消費者に返ってくることになるため、消費者からの利得の移転がある場合でも産出量が増大し総余剰が増加している場合には再販売価格は合法であると考えられるものである。そのため、誤認的な方法による消費の増大であったとしても、それは総余剰を結果的には増大させるため合法ということになる。しかし、企業側に留保されることになる利得については、税金等の措置によって再分配が試みられる（もしくは適切に従業員等へ分配が行われる）ことが一応の前提とされており、このような前提が成り立つのかどうか疑問が残る。一方、Comanor においては、消費者余剰という観点から消費者の利益が検討されている（See William S. Comanor, *Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy*, 98 HARV. L. REV. 1990 (1985)）。これは、スペシャル・サービスに対して価値を認める消費者と価値を認めない消費者が存在する場合に、価値を認めない消費者から企業へ利益が移転することを消費者余剰が害されるものとして説明するもので、この利益移転を内部移転ととらえて問題が無いと考えるシカゴ学派の前提の置き方に対する批判として説得的である。Comanor の説から見ると、サービス提供のためのマージン確保として再販売価格維持が行われる場合には、サービスの質が一定でないにもかかわらず価格の固定がなされているため、再販売価格維持が違法とされるケースが多いことになるだろう。これらの点については、代表的論者における検討を見たにすぎないため、今後更に検討を加えていきたい。

互いに利用できる投資のうち「自己の投資額>他者の投資額」という図式を示して、他者が自己に対してよりフリーライドしていることを証明しなければならないはずである。しかしながら、このような検討は行われておらず、仮に自己が他者によりフリーライドをしているような場合であっても、自己へのフリーライドを防止させるための施策ができるのかという点は問題となりうるだろう。また、多数意見の想定するフリーライドを、少数意見やエコノミスト意見書と併せて検討すると、フリーライドの生じる場合としてインターネット小売事業者等が特に問題にされているようにも理解できる⁹¹⁾。そして、価格競争力を有するインターネット小売業者のフリーライドを防止するという観点⁹²⁾から再販売価格維持の正当化を肯定してしまうことは、結果的にインターネット小売業者の存在する業種、存在しない業種どちらにおいても、フリーライドが発生しているかどうかの詳細な検討を必要とせず、運用上ほとんど全ての再販売価格維持が合法として扱われることになりえるため妥当でない。このような運用が可能となる原則合法の状況を前提とすると、Lao が指摘していたようにインターネット小売業者の存続が危うくなるだけでなく、本来は競争阻害的であるとして違法と扱われるべきである再販売価格維持も見逃されてしまうことになるのである。競争促進効果があり得ることよりも、競争阻害効果があることは経済学上の共通認識としてより理解されているものと思われることから⁹³⁾、当然合法的な運用を前提として議論を進めることは妥当でない。

よって、再販売価格維持の合法化をフリーライド論を用いて説明をするこ

⁹¹⁾ 仮にインターネット小売業者がフリーライドによって利益を受ける事業者であると考えても、Lao の指摘する (Lao, *supra* note 57) ように消費者がインターネットによって商品情報を得ることをどのように評価するのか問題となる。

⁹²⁾ ウォルマートの成長に関して少数意見が指摘している部分とインターネットを介する流通業者の問題に関して述べたところによる。この場合、フリーライドが問題になり得る程度のインターネット小売業者であれば、サイト上で価格や製品に関する情報収集の対象となっていることが想定でき、固定店舗の小売業はこのようなインターネット小売業者に情報収集コストをフリーライドしているとも評価できそうである。更に、小規模な小売業者がフリーライドを行っていた場合に、そのフリーライドを問題として競争阻害的なものも含めた再販売価格維持が運用上合法化されてしまうことの妥当性が問題となるだろう。

⁹³⁾ 例外として、当然合法論が存在するが、いずれも完全競争下（若しくはほとんどそれに近い市場）を前提とした議論であるため、現実の問題に用いるには難があると言わざるを得ない点は後述する。完全競争下という条件は、再販売価格維持の正当化を「産出量を制限しない場合に限り」法的に認められるとする Posner らの前提にもなっていると思われる。

とは、論拠として強いものではなく、慎重に検討を重ねる必要があるものと考ええる。

3 Leegin 判決に対する私見

最高裁が再販売価格維持について当然違法の原則を破棄したことについては否定的に評価し、少数意見の方に肯定的な評価を加えたい。なぜなら、再販売価格維持において競争促進的な効果がある場合がありうることが否定できないが、多数意見の論理では先例上確立している当然違法の原則の適用対象とされる「常に、またはほとんど常に」競争阻害効果の生ずる場合ではないことが示し切れていないと考えるためである。そして、その根拠として少数意見の理由付けに説得的な資料や論理が見られるものと評価する。しかしながら、当然違法の原則を示した Dr.Miles 事件判決が破棄された以上、立法論を別とすると、新たに採用される合理の原則の運用方法を検討する際には、当然違法の原則に戻るべきであるとまでは述べられない。それは、新規参入の例外といった競争促進的効果がほとんど疑いなく認められる場合を、それまでの当然違法の原則を前提とした例外として扱う基礎を欠いた状態になってしまったのではないかと考えるためである。そのため、新しいルールを考える上では、合理の原則を前提としてどのような類型化が適切であるのかという方向性で検討を加えていきたい。

まず、現在の運用方法を見る限り、合理の原則の下では、原告に市場画定の主張立証責任があり、これに失敗するとその先の主張については検討を必要とせずに棄却が可能という、事実上の原則合法状態となっていることは既に示した通りである。事実、Leegin 事件の差戻審においては、市場画定に失敗したとして棄却という形で終結が図られているのである。今後、同じように再販売価格維持を訴求するためには、市場画定がまず第一の関門となり、仮にそれが突破できたとしても市場力を有しているかどうかという困難な立証が第二関門として待ち受けている。これらを突破することが可能であるとしても、その立証のために必要となるコストがどの程度になりうるかという点も非常に重大な問題になる。単純に訴訟をするだけでも小売業者側にとって負担であるにもかかわらず、一般に困難とされる市場画定まで立証を必要とすると、そのコストを考えた上で、敢えて訴求を諦めるという方向に強

いインセンティブが働き、再販売価格維持に実際に競争促進的な効果が認められるか否かの判断がされる可能性が小さくなる。そのような運用が予測される中では、競争阻害効果のある再販売価格維持さえも野放しとなることになり、妥当ではないだろう。

4 Leegin 判決後のルールを示した各モデルに対する評価

(1) 総論

Leegin 判決に対する上記のような検討を踏まえて、アメリカ反トラスト法上、再販売価格維持規制についてどのような運用が適切であるか検討していく。まず、前提として、Leegin 差戻審にみられるような原則合法的な運用方法は妥当でないということは既に述べた通りである。この点については、競争促進効果が認められるとの立場に立って Leegin 判決を肯定的に評価する立場であっても賛同し得るものであると考える。一部の論者の見解においては、再販売価格維持自体を原則合法にするべきであるとの意見が見られるが、それらの見解の多くは完全競争市場⁹⁴⁾で再販売価格維持が行われるという前提⁹⁵⁾で論が建てられており、経済理論としての正当性はともかく現実の法的分析に持ち込むことには難がある。次に、訴訟における運用モデルを検討する上で、立証責任の観点には重要な意義を有するものであるため、その点からの検討を行う。アメリカ反トラスト法上の私訴においては、原告が勝訴すれば3倍額賠償が認められるという特質がある一方で、その事実認定を含めた各手続において係る費用が莫大であるという側面も認められるのである。このような訴訟実態を考慮すると、相対的に再販売価格維持の合意をせざるを

⁹⁴⁾ 完全競争市場とは、①市場で取引する売り手と買い手の数が非常に多く、どの売り手も買い手も市場価格の上にかなる影響も及ぼしえないこと。②どの売り手も買い手も市場における価格その他の取引条件について完全な情報を有していること。③市場で取引される商品が同質であり、差別化されていないこと。④あらゆる生産要素の完全な可動性が存在し、売り手、買い手とも様々の取引へ自由に参入し又は退出することができること。以上、4つの条件が満たされている場合に成立するとされ、このような市場は「およそ非現実的であり、實際上不可能」と評価されている。根岸哲=舟田正之『独占禁止法概説』30頁（有斐閣，第4版，2010年）参照。

⁹⁵⁾ この点について、完全競争市場ならば再販売価格維持が効率的に用いられると考えると、現実の市場を完全競争市場と見ることが妥当でないとしても、再販売価格維持の効率的な利用が否定されることにはならないとも言うべきだろう。しかし、当然違法の原則による先例を判例変更するためには、他の効率的な利用があり得る場合を想定した主張を必要としたはずである。

得なかったとして訴求する側に重い立証責任を課すことは、私人による訴訟提起の芽を摘むことにもつながりかねない。一方で、被告側に反証不能な状況にしてしまうことは、Dr.Miles 事件の評価として挙げられる「硬直的な運用」に立ち返ることになり同意が得られるものでなくなる可能性が高い。そこで、両者のバランスを適切に踏まえたモデルの採用が望まれるのである⁹⁶⁾。以下では、経済学上の知見を踏まえつつ、訴訟においてどのようなモデルを採用することが、反トラスト法のより適切な運用を可能にするかという観点から検討を行いたい。

(2) 各論

まず、Lambert のモデルについて検討する。このモデルは、再販売価格維持が「ほとんどの場合において競争促進的」であることを前提とする。再販売価格維持の競争促進効果については、「ありうる」可能性については法学、経済学両者において共通の見解があると思われるが、「ほとんどの場合において競争促進的」であるとまで言うのかどうかという点についてまで共通の見解が認められるかという点と疑問が残る。加えて、これまでの Dr.Miles 判決を基にした当然違法の原則による運用から、全く反対の原則合法を前提とした議論を進める場合にはより詳細な議論が求められるのではないだろうか⁹⁷⁾。そのような状況において、Lambert のモデルを見てみると、原告に対してかなり重い立証責任が課されていることが見て取れる。この点については、Lambert 自身も認めているように、原則合法的運用を指向して作成されたものと言うことができるだろう。そのような運用が肯定される前提として、産出量が増加するようなケースであれば常に競争促進的であるとする思考が見受けられる⁹⁸⁾が、Kirkwood 論文において示されている通り、誤認的な

⁹⁶⁾ United States, FTC 等が原告になる場合について、原告の立証責任を重くすることは可能であろう。しかし、私人間訴訟と異なる法運用がどの程度許容されるのか明確でなく、本稿ではこれ以上立ち入らない。

⁹⁷⁾ この点について、判決が破棄されたことで当然に再販売価格維持を合法化するものとの評価をすることもありえるだろう。しかしながら、その場合には判決理由においても、そのような思考での理由付けがされているはずであり、Leegin 判決の多数意見を見てもそこまで肯定するものではないと思われる。そうすると、運用上の問題点から原則合法的取り扱いになっていることは否定できないものの、再販売価格維持の性質面からそのような合法化が許されているものではないのであり、議論の前提を再販売価格維持当然合法のスタンスに置くことにそもそも問題があることになる。

⁹⁸⁾ 「フリーライダー問題を是正するために行われた再販がまさに産出量を増加させた場合

宣伝によって産出量が増加したケースについてまで競争促進的であるとして良いのかどうかは、なお問題とならざるを得ない。また、当該主張が再販売価格維持完全合法論とでもいうべきスタンスに近いとすると、現実においては凡そありそうもない「完全競争市場」を前提としたモデルに基づく理解⁹⁹⁾であり、理論的正当性は別として現実の裁判において用いることは疑問がある。なお、流通系列化と比較して再販売価格維持を行う方がコスト上有意であるとの主張も見られるが、ここで問題にされているようなフリーライドは実際上非価格制限を中心とする方法で合法的に対策可能であることは先例から明らかである。そうすると、結論としては、経済学理論に過度に依拠したモデルであるとの評価が可能であり、*Dr.Miles* 事件判決が破棄された後の代替モデルとしては急進的過ぎると言わざるを得ない。

次に、*Grimes* の見解であるが、こちらは *Lambert* とは逆に、再販売価格維持を原則違法化するモデルであることが認められる。このモデルにおいては、垂直的非価格制限は原則的に合法と扱われることから、これまでに議論されたフリーライドの多くについて再販売価格維持を用いる必要性が乏しくなることが認められる。また、*Colgate* 事件が未だ残存していることを踏まえて、再販売価格維持が合法的に利用されうる可能性も残している点で、*Leegin* 判決以前の状態に戻すことを指向して組み立てられたモデルであると評価できるだろう。しかしながら、このモデルにおいては被告の側の立証責任が過度に重く、実質的に反証が不能となり当然違法の原則における運用と同じではないかという疑問が生じる。そうすると、*Dr.Miles* 事件が破棄された *Leegin* 判決以後の運用としては、未だ硬直的すぎるとの非難を免れないであろう。

最後に、*Kirkwood* のモデルを検討する。このモデルは、再販売価格維持に対して肯定・否定の立場を問わず採用されやすいモデルであると評価できる。なぜなら、*Kirkwood* の論旨においては、競争促進的な効果について広く配慮がされた記述がなされていることから、この点に他の論者と異なる傾向が認

であってさえ、効率性の改善があったとは言えない」と指摘するものとして、川濱・前掲注 83)「再販売価格維持規制の再検討(三)」22 頁。

⁹⁹⁾ *Lambert* は、再販売価格維持の競争阻害効果を①共謀を容易にする点、②新規参入を阻害する点に見る。特に前者においては、明示するところはないが、再販売価格維持によって価格が上昇した場合に利益の減少又は代替財への移行が想定されており、完全競争に近い市場が想定されているのではないと思われる。

められるためである。結論としては、競争促進的な効果がありうることを認める一方で、実質上範囲を極めて限定的にしているため、他の再販売価格維持の競争促進効果を否定する論者と同様の見解であることが指摘できるのだが、セーフハーバーが広く認められることと、競争促進的な効果が認められる場合には正当化事由として合法となる旨が明確に示されていることから、Grimes のモデルと比べて再販売価格維持の肯定派からも受け入れやすい構成となっている。また、肯定派においても、Leegin 判決以後の各論者の見解を見る限り、原則合法論者はごく少数に限られており、原則合法の現状に対して何らかの制限（または類型化）が必要と考えている論者が多数であると思われる。訴訟の側面から検討しても、主張立証構造を踏まえてモデルが提示されていることから、裁判所において採用のしやすいモデルであると評価できる。このモデルによる場合、原告において請求が立ちやすい点が非常に有意であって、原則合法の運用が批判されている現状においては他の論者のモデルと比べて優れていると考えられる。他方、被告側に立って考えた場合、セーフハーバーを示しており予測可能性が高い点、反証の方法をモデルとして示している点から、合理の原則の運用を前提として反トラスト訴訟上の経験を積む上でも有用ではないかと思われる。

しかしながら、各方面に受け入れやすい論理構成を採るが故に、新規参入の場合にセーフハーバーの入口を広く認めてしまうことに対しては論理的な難を含むものとして疑問を呈したい。確かに、Kirkwood のモデルのように時期を極めて限定的にみることによって、反競争効果が生じたとしてもその影響が大きくなることはないということは言いうるであろう。しかし、この場合をセーフハーバー該当として一般的に合法化する論理¹⁰⁰⁾は、論旨からは「反競争効果が持続する見込みが低い」という以外には明らかでない。また、Kirkwood が前提としている、新規参入の再販売価格維持の利用について「より制限的でない代替可能な方法がある場合にさえ」反競争効果が認められな

¹⁰⁰⁾ セーフハーバーに実質論を持ちこんでしまうことによって、結局のところ Kirkwood のモデルで見るところの正当化事由における検討と変わらない構造になるのではないかという批判も考えられる。しかしながら、セーフハーバー該当性の主張立証も同モデルにおいては、被告の側で新規参入であることを示せば足りるのであって、それ以後は原告の反証によることになるのである。その反証に際して、新規参入の時期を逸していることや、既に地位を確立していることの主張が可能である以上、より制限的でない代替可能な方法を特別に違法とする理由が見当たらないと考えられる。

いと述べている点にも反しうるのである。以上の点から、Kirkwood のモデルにはその意義が重大であることを認めつつも、全面的に肯定はし難いものと考え。その上で、訴訟提起の段階までは Kirkwood モデルによりつつ、一方でセーフハーバーを設けるのではなく、正当化事由の中で実質的な検討を行った上で問題となった再販売価格維持のうち合法・違法となる類型を判断していくというのが妥当であると考え。ここでの問題意識としては、Kirkwood モデルでは、セーフハーバーが認められる点に事業者の予測可能性が担保されて有益であると思われる一方で、実質的に合法化される範囲は明確でなく、いつまでなら合法なのかも現段階では「ごく短い期間」という以上に明らかになっていない。そのような中で、特に Kirkwood 自身が新規参入においてさえ反競争的な場合もあり得ることを認識していることからすると、セーフハーバー該当事由とされているもののうち反競争効果の認められるものを一律に合法として扱うことまで許すものであるかという点が問題となり得るのである。私見としては、請求の定立段階までを Kirkwood の主張するところに倣いつつ、その後の正当化事由の検討において同准教授のモデルを借用した立証を行っていくことで十分に対応が可能なものであると考える。また、そのようにして実質的な判断を積み重ねることで、合法化された類型については予測可能性が確立されていくこととなるため、長期的にみて事業者の安定的な再販売価格維持の利用が可能になると思われる。加えて、Grimes と異なり被告の側の反証に具体的な要件を求めないことから「合理の原則」におけるケースバイケースの判断という取り扱いにも合致していると言いうことができるのである。

VI おわりに

本稿では、Leegin 判決を契機としたアメリカでの最低再販売価格維持規制の議論の検討を行ってきた。そこで見られた最低再販売価格維持に対する実態を踏まえると、Leegin 判決にだけ焦点を当てて再販売価格維持の競争促進的效果を強調するのは妥当でないといえるだろう。なぜなら、アメリカ反トラスト法上、最低再販売価格維持に賛成、反対の両方の立場に認められる間

題意識として、当然違法の原則の維持が妥当であるかという点が挙げられ、硬直的な運用方法であることが常に批判の中心にあったように思われるためである。ここでは、例外を認めないルールとしての当然違法の原則を維持することによって、再販売価格維持の一部の有用な競争促進的利用を妨げてでも、全ての再販売価格維持を違法とする取り扱いを続けるべきか、という問題意識があったように思われるのである。特に、少数意見を書いた **Breyer** 判事においては、ルールとしての明確性をはっきりと述べられており、**Dr.Miles** 判決を確立した先例として認識している点も、この問題意識によるものと言えるだろう。他方で、硬直的な運用であるという批判にも見るべきところがないわけではない。なぜなら、新規参入の場合の再販売価格維持の競争促進的な利用については、もはやほとんど異論の無い利用方法であり、かつ、その立証は他の合法化主張と比べて容易であるという点が認められるためである。そのため、これを規制してしまうことによるデメリットをどのように評価するのかということは問題とならざるを得ないだろう。しかし、そのような競争促進的な利用が可能な類型であれば、アメリカ反トラスト法上において **Dr.Miles** 判決を破棄するという形ではなく、新たな類型として区分することが可能であったのではないかという疑問もまた同様に生じうるのである。この点は、**Colgate** 事件以降、様々な利用方法に対してその実態を把握して再販売価格維持とそれに係る取引拒絶の合法、違法の判断を重ねてきたという経緯からも、現実的に取り得た対応ではなかったかと考える。ところが、**Sylvania** 判決において見られる **Schwinn** 判決の理解に見られるように、反トラスト法の先例変更の際には事案が異なるものとして先例と区別可能なものであっても、敢えて同一の類型に当たるものとして判断することによって判例変更の対象とするというケースが見られるのである。その意味で、再販売価格維持においても、同様の傾向の下に、事案を敢えて同一のものとする先例の理解が進められていると評価しうるのである。更にこの点については、反トラスト法の目的論と関係して、**Dr.Miles** 判決の理解を **Leegin** 判決が当初より妥当でなかったかのような評価を与えていることとも関係する。このような評価をすることになった理由として、先例の確立という観点からは長く確立している先例の重要性というのは疑いえないものであり、多数意見自身が判例変更の際に、この先例性が問題となり得ることを認識

していたということを指摘しうるだろう。そのため、*Dr.Miles* 判決の破棄にあたって、この十分に確立した先例性を否定（ないしは弱体化）させることが必要となり、少なくとも 1970 年代半ばまでにおいて反トラスト法上重視されていなかった効率性の概念を反トラスト法の目的であると宣言することによって、現代から遡って当時の判例が妥当でなかったとの評価を下しているのではないだろうか。もちろん、法目的の変更があり得ることは否定しえないし、効率性を反トラスト法上一切検討すべきでないということも述べるつもりではない。しかしながら、効率性のみを目的とすることは反トラスト法の沿革を無視した見解であると言わざるを得ないことは、本稿で述べてきた通りである。このように、*Leegin* 判決のみならず、同判決に至るまでの経緯や理由付けを検討していくと、判例変更の論拠に十分な合理性があったとは評価し難いと思われるのである。

そのような *Leegin* 判決に対する評価を超えて、*Leegin* 判決以後の再販売価格維持規制の実態を見ていくと主に少数意見で危惧されていた運用上の問題が生じていることは明らかであろうし、多数意見が意図していたよりも広い範囲で再販売価格維持が事実上合法となっているものと言い得るだろう。そして、そこで生じた問題を克服するために本稿で参照した各論者の検討が進められているのであり、このような反トラスト法上の議論を考慮に入れず、*Leegin* 判決を再販売価格維持を合理の原則とすることにした判決としてのみとらえて、再販売価格維持が効率性を増進させるため正当化事由を拡大すべき（あるいは、原則合法化するべき）という議論があるとすれば、それはいささか乱暴と言わざるを得ないと思われる。実際のところ、*Leegin* 判決多数意見においても、「原則合法」論として評価できるほどの見解を見ることはできないのであり、ただ原告側に立証責任が重いという運用実態の結果として原則合法の状態になっているに過ぎないのである。このことは、競争促進的な再販売価格維持の利用があり得る可能性以上に明らかな、競争阻害的な再販売価格維持の利用までも合法としてしまうおそれがある点に問題があると言えるであろう。もちろん、総余剰の増加の観点から検討すると、仮に誤認的な再販による消費の増大であったとしても総余剰が増進する場合には合

法¹⁰¹⁾と考えられることになりうるため、一面として競争阻害的であったとしても効率性が増進していると言うことは可能であろう。しかし、消費者に高価格を提示することによる利益の移転が反トラスト法上全く考慮されないというのは、1975年の消費者製品価格設定法の際の議論や先例を見ても肯定し難いのであり、その理論の依拠する前提が現実の裁判においてどれだけ還元可能なものであるかは疑問である。

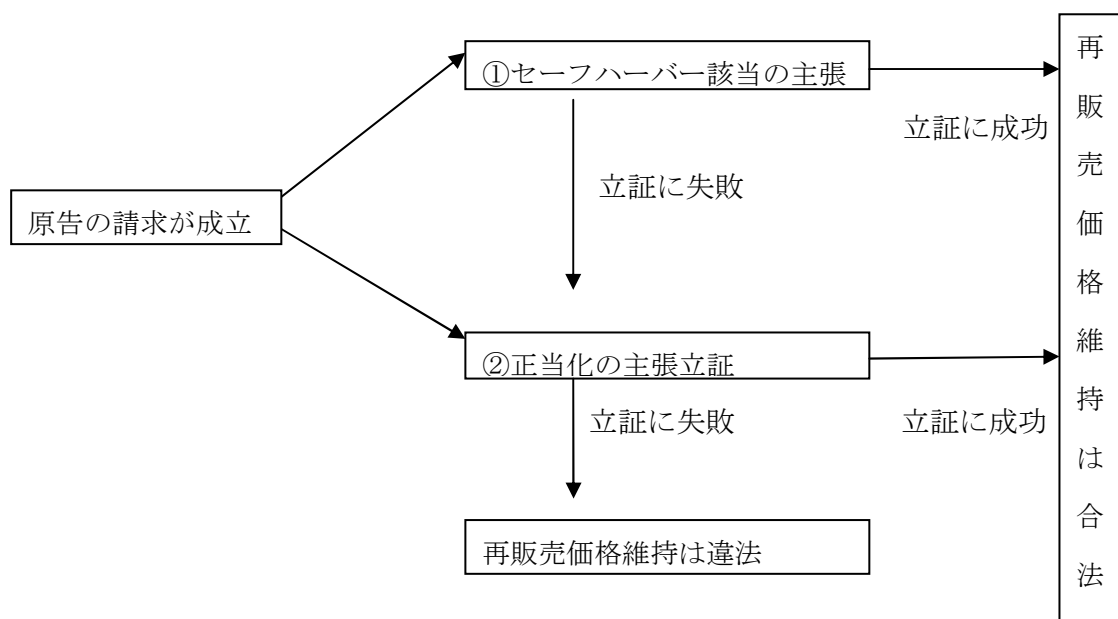
また、日本法への影響については本稿で述べることが叶わなかったが、Leegin判決以後において再販売価格維持の問題となった事例としてハマナカ事件¹⁰²⁾が挙げられる。そこでは、これまでの和光堂の先例を踏まえた原則違法のスタンスが維持されている状態であると指摘することは可能であろう。今後、Leegin判決を受けて再販売価格維持全体に対する取り扱いをどのようにすべきかという議論が生じうると思われるが、日本においては当然違法の原則のような硬直的な運用とは異なり¹⁰³⁾、正当化事由の主張立証が可能であることから、急速な合法論を採る必要性は認められないだろう。他方で、新規参入の例外と言った共通認識になりつつある競争促進的効果のある場合をどのように扱っていくべきかという点はこれから検討されるべきであることは疑いえないものであり、最終的にはガイドライン等で明確なスタンスが示されることが望ましいのではないかと考えている。

¹⁰¹⁾ 移転した利益の分配は租税による解決がなされるべきで、反トラスト法上問題とならないとは言えるかもしれない。ただし、これは反トラスト法の目的を効率性のみにおくものであり、その妥当性が肯定しえない事は前述した通りである。加えて、租税による解決が現実になされるかどうかは、立法に対するロビーイング等も問題になり、適切な立法がなされるか疑問が残る点で不十分であると言わざるを得ないだろう。

¹⁰²⁾ 公正取引委員会平成22年6月9日審決。

¹⁰³⁾ 谷原修身「米国における再販売価格維持行為規制の再検討(3)」青山法学論集第50巻3号66頁(2008年)、独禁法上の再販売価格維持規制に関して「基本的に当然違法の考え方に依拠していると言ってよい」と見る。これは独禁法上の再販売価格維持が、現実には正当化がほとんどありえない運用であることを踏まえて「当然違法」と見るものであろう。しかしながら、「基本的に」が正当化のあり得ることを意味するのであれば、原則違法と異なる意味ではないことになり、当然違法の原則の言葉を用いる理由に疑問が生じる。また、例外としての著作再販等を認識しての表現とみると、当然違法の内容は米国法上の当然違法と同一視することが可能になるが、独禁法上の原則違法を、行為の存在を立証するだけで違法が成立し「反証の余地がない」(松下・前掲注16)17頁)ものままで見ることは、正当化の余地が立証構造上残されている以上妥当とは言えないだろう。

参照図 Kirkwood 教授のモデル



①に対しては、(1)既存の製造業者における場合には、その製造業者が実質的な市場力を有していないこと、関係するどのディーラーも実質的に市場力を有していないこと、市場におけるほかの事業者のほとんどが再販売価格維持を行っている場合でないこと、の全てを立証する必要がある。(2)新規参入の場合には、新規参入自体は容易に認定ができることから、原告の側から既に新規参入として許される期間を超過しており、市場における地位が確立されていることの反証がメインとなる。新規参入が認められない場合には、被告の側としては(1)の立証に移ることになると考えられる。

以上のセーフハーバーに該当することが被告の側において立証できた場合には、再販売価格維持は合法となる。一方で、立証できなかった場合には、②正当化事由の検討に移ることになる。

②に対しては、(1)被告がその正当化に必要な条件を満たしていないこと、(2)その競争促進的な効率性はより制限的でない方法で代替可能であること、を原告側で主張して争うことになる。(2)の主張に対しては、被告の側から、主張された方法が重大なコスト増を招くこと、再販売価格維持の場合に比べて効果が小さい事を主張して争っていくことになる。これらの主張を通して、原告が被告の正当化の立証を崩せなかった場合に再販売価格維持は合法として扱われる。