

## 経済法 第 17 回 06/20

担当 中川晶比兒

### I 再販売価格拘束・再販売価格維持の規制

#### 【関連する規定】

##### [1] 定義規定:独禁法 2 条 9 項 4 号(課徴金対象行為)

「四 自己の供給する商品を購入する相手方に、正当な理由がないのに、次のいずれかに掲げる拘束の条件を付けて、当該商品を提供すること。

- イ 相手方に対しその販売する当該商品の販売価格を定めてこれを維持させることその他相手方の当該商品の販売価格の自由な決定を拘束すること。
- ロ 相手方の販売する当該商品を購入する事業者の当該商品の販売価格を定めて相手方をして当該事業者これを維持させることその他相手方をして当該事業者の当該商品の販売価格の自由な決定を拘束させること。」

##### [2] 違反に対する独禁法上の措置:排除措置命令(20 条)のほか、課徴金納付命令(20 条の 5)

「事業者が、次の各号のいずれかに該当する者であつて、第十九条の規定に違反する行為(第二条第九項第四号に該当するものに限る。)をしたときは、公正取引委員会は、…当該事業者に対し、当該行為をした日から当該行為がなくなる日までの期間(当該期間が三年を超えるときは、当該行為がなくなる日から遡つて三年間とする。)における、当該行為において当該事業者が供給した同号に規定する商品の政令で定める方法により算定した売上額に百分の三(当該事業者が小売業を営む場合は百分の二、卸売業を営む場合は百分の一とする。)を乗じて得た額に相当する額の課徴金を国庫に納付することを命じなければならない。ただし、当該事業者が当該行為に係る行為について第七条の二第一項若しくは第四項の規定による命令、同条第十八項若しくは第二十一項の規定による通知若しくは第六十三条第二項の規定による決定を受けたとき、又はこの条の規定による課徴金の額が百万円未満であるときは、その納付を命ずることができない。

- 一 調査開始日から遡り十年以内に、第二十条の規定による命令(第二条第九項第四号に係るものに限る。次号において同じ。)又はこの条の規定による命令を受けたことがある者(当該命令が確定している場合に限る。次号において同じ。)
- 二 第四十七条第一項第四号に掲げる処分が行われなかつた場合において、当該事業者が当該違反行為について事前通知を受けた日から遡り十年以内に、第二十条の規定による命令又はこの条の規定による命令を受けたことがある者」

##### [3] 適用除外規定については後述

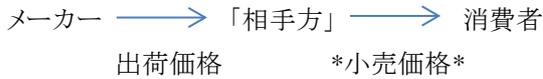
#### 【再販売価格拘束の意義とその規制根拠】

[1] 「再販売価格維持行為(=再販行為)とは、生産者…が取引の相手方たる販売業者に対し、その販売価格(いわゆる再販売価格)を指示し、遵守を求める行為である。取引の相手方たる販売業者が卸売業者である場合には、その取引の相手方たる小売業者の販売価格(再々販売価格)をも、生産者の指示する価格に従うようにさせることを、当該卸売業者に要求する場合を含む。」<sup>1</sup>

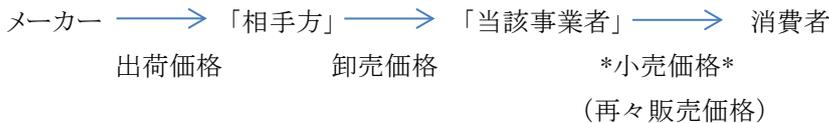
<sup>1</sup> 今村成和『独占禁止法入門(第 4 版)』158 頁(有斐閣、1993 年)

※ 2 条 9 項 4 号の規定ぶり

①イの場合:「相手方の…販売価格の自由な決定を拘束すること」



②ロの場合:「相手方をして」「当該事業者の…販売価格の自由な決定を拘束させること」



再販売価格の拘束は「事業者が直接の取引先事業者(例えばメーカーが卸売業者に)対して行う場合のみならず、事業者が間接の取引先事業者(例えばメーカーが小売業者や二次卸等に)対し、直接の取引先事業者を通じて、あるいは自ら直接に、その販売価格を拘束する場合」も含まれる。<sup>2</sup>

[2] 価格競争の制限ゆえに原則違法

[2-1] 「再販売価格維持行為は、取引の相手方の事業活動を拘束する取引(広義の拘束条件付取引<sup>3</sup>)の中でも、価格決定の自由という取引活動の中心的な要素を直接制約の対象とするものである。再販売価格維持が実質的に複数の相手方に対し実効性をもって実施されれば、当該相手方の間の価格競争が直接消滅する。」「再販売価格が市場で維持されている事実は、当該再販売価格が市場での競争の圧力からある程度独立して決定されていることを意味するから、その事実自体が市場での競争が制限されていることを示している。」<sup>4</sup>

[2-2] 「事業者が<sup>5</sup>マーケティングの一環として、又は流通業者の要請を受けて、流通業者の販売価格を拘束する場合には、流通業者間の価格競争を減少・消滅させることになることから、このような行為は原則として不公正な取引方法として違法となる。」<sup>6</sup>

「再販売価格の拘束が行われる場合であっても、「正当な理由」がある場合には例外的に違法とはならない。」<sup>7</sup>

<sup>2</sup> 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第 1 部第 1 の 2(6)(平成 29 年 6 月 16 日)

<sup>3</sup> 広義の拘束条件付取引とは、本文で後述する垂直的制限行為に等しい。具体的には、(i)独禁法 2 条 9 項 4 号と、(ii)独禁法 2 条 9 項 6 号ニを受けた一般指定 11(排他条件付取引)及び一般指定 12(狭義の拘束条件付取引)とを包含する。

<sup>4</sup> 実方謙二『独占禁止法(第 4 版)』277 頁(有斐閣、1998 年)

<sup>5</sup> 従前の流通取引慣行ガイドラインでは、事業者ではなく「メーカー」が主語となっていた。しかし、平成 29 年 6 月 16 日のガイドライン改正以降は、章立ての改変を受けて、再販についても事業者という言葉に代替している。再販以外の垂直的制限では、川下事業者が川上事業者の事業活動を拘束することもありうるからである。小林慎弥「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」の改正について」NBL1102 号 6 頁(2017 年)

<sup>6</sup> 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第 1 部第 1 の 1(1)(平成 29 年 6 月 16 日)

<sup>7</sup> 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第 1 部第 1 の 2(1)(平成 29 年 6 月 16 日)

## 【再販売価格の拘束】

[1] 「再販売価格の拘束の有無は、事業者の何らかの人為的手段によって、流通業者が当該事業者の示した価格で販売することについての実効性が確保されていると認められるかどうかで判断される。」<sup>8</sup>

[2] 拘束が認められる場合<sup>9</sup>

①「例えば次のように、文書によるか口頭によるかを問わず、事業者と流通業者との間の合意によって、当該事業者の示した価格で販売するようにさせている場合

- a 事業者の示した価格で販売することが文書又は口頭による契約において定められている場合
- b 事業者の示した価格で販売することについて流通業者に同意書を提出させる場合
- c 事業者の示した価格で販売することを取引の条件として提示し、条件を受諾した流通業者とのみ取引する場合
- d 事業者の示した価格で販売し、売れ残った商品は値引き販売せず、当該事業者が買い戻すことを取引の条件とする場合」

②「例えば次のように、事業者の示した価格で販売しない場合に経済上の不利益を課し、又は課すことを示唆する等、何らかの人為的手段を用いることによって、当該価格で販売するようにさせている場合

- a 事業者の示した価格で販売しない場合に出荷停止等<sup>10</sup>の経済上の不利益(出荷量の削減, 出荷価格の引上げ, リベートの削減, 他の製品の供給拒絶等を含む。以下同じ。)を課す場合、又は課す旨を流通業者に対し通知・示唆する場合
- b 事業者の示した価格で販売する場合にリベート等の経済上の利益(出荷価格の引下げ, 他の製品の供給等を含む。以下同じ。)を供与する場合、又は供与する旨を流通業者に対し通知・示唆する場合
- c 事業者の示した価格で販売しているかどうかを調べるため、販売価格の報告徴収, 店頭でのパトロール, 派遣店員による価格監視, 帳簿等の書類閲覧等の行為を行うことによって事業者の示した価格で販売するようにさせている場合
- d 商品に秘密番号を付すなどによって、安売りをを行っている流通業者への流通ルートを突き止め、当該流通業者に販売した流通業者に対し、安売り業者に販売しないように要請することによって事業者の示した価格で販売するようにさせている場合
- e 安売りをを行っている流通業者の商品を買い上げ、当該商品を当該流通業者又はその仕入先である流通業者に対して買い取らせ、又は買い上げ費用を請求することによって事業者の示した価格で販売するようにさせている場合
- f 安売りをを行っている流通業者に対し、安売りについてのその他の流通業者の苦情を取り次ぎ、安売りを行わないように要請することによって事業者の示した価格で販売するようにさせている場合」

※ メーカーによる再販売価格の指示に対して、流通業者が進んで再販を受け入れている場合には、実効性を確保する「何らかの人為的手段」が不明確な場合がある<sup>11</sup>。それでも「拘束」にはあたる。ブランド内競争に与える影響が同じである以上、人為的手段が明確でなければ規制範囲から外すべきとする理由はない。<sup>12</sup>

<sup>8</sup> 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第 1 部第 1 の 2(3)(平成 29 年 6 月 16 日)

<sup>9</sup> 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第 1 部第 1 の 2(3)(平成 29 年 6 月 16 日)

<sup>10</sup> これらの実効性確保手段自体も、不公正な取引方法に該当する場合がある。「再販売価格の拘束の手段として、取引拒絶やリベートの供与等についての差別取扱いが行われる場合には、その行為自体も不公正な取引方法に該当し、違法となる(一般指定 2 項(その他の取引拒絶)又は 4 項(取引条件等の差別取扱い))。」「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第 1 部第 1 の 2(4)(平成 29 年 6 月 16 日)

<sup>11</sup> これに対して実方謙二『独占禁止法〔第 4 版〕』286 頁(有斐閣、1998 年)は、「メーカーと流通業者との間の合意によってメーカーの示した価格で販売するようにさせている場合」も、「当該メーカーの関与によって…当該メーカーの流通業者全体の協調関係(自己が指示価格を守れば他の流通業者も安売りをしないという相互期待の関係)が成立」することを根拠に、拘束にあたる。メーカーが他の流通業者にも同じ要請をしていることを「何らかの人為的手段」とする見解といえる。

<sup>12</sup> コールマンジャパン(株)に対する件・排除措置命令平成 28 年 6 月 15 日では、キャンプ用品等の輸入・販売業を営むコールマンジャパンが、小売業者に対して販売ルール(希望小売価格からの値引き限度及び割引販売の対象・方法を定めたルール)に従って販売するよう要請し、小売業者から「販売ルールに従って販売する旨の同意を得」ていたことが再販売価格の拘束にあたることとされている。

### [3] 再販売価格の拘束に該当しない場合

#### [3-1] 希望小売価格:拘束がない

「事業者が設定する希望小売価格や建値<sup>13</sup>は、流通業者に対し単なる参考として示されているものである限りは、それ自体は問題となるものではない。…(注 4)。」

「(注 4) …希望小売価格等を流通業者に通知する場合には、「正価」、「定価」といった表示や金額のみの表示ではなく、「参考価格」、「メーカー希望小売価格」といった非拘束的な用語を用いるとともに、通知文書等において、希望小売価格等はあくまでも参考であること、流通業者の販売価格はそれぞれの流通業者が自主的に決めるべきものであることを明示することが、独占禁止法違反行為の未然防止の観点から望ましい。」<sup>14</sup>

※ 流通業者が進んで受け入れた場合にも拘束に当たるとする立場からすれば、希望小売価格と拘束の区別が曖昧になる。コールドマンジャパン事件では、希望小売価格そのものではなく、希望小売価格からの値引き限度価格を要請したことに価格の拘束が認定された。希望小売価格を守らせる拘束が認定される場合としては、(i)希望小売価格そのものを守ってもらうための追加的な要請が認定される場合、(ii)行為前後の小売価格の水準を見て、希望小売価格を遵守する要請が行われていなければ不自然な価格の一致が見られる場合、が理論的には考えられる。

#### [3-2] 真正の委託販売:再販売ではない …書籍・雑誌の取次(卸売業者)と書店の関係など

「次のような場合であって、事業者の直接の取引先事業者が単なる取次ぎとして機能しており、実質的にみて当該事業者が販売していると認められる場合には、当該事業者が当該取引先事業者に対して価格を指示しても、通常、違法とはならない。

- ① 委託販売の場合であって、受託者は、受託商品の保管、代金回収等についての善良な管理者としての注意義務の範囲を超えて商品が滅失・毀損した場合や商品が売れ残った場合の危険負担を負うことはないなど、当該取引が委託者の危険負担と計算において行われている場合
- ② メーカーと小売業者(又はユーザー)との間で直接価格について交渉し、納入価格が決定される取引において、卸売業者に対し、その価格で当該小売業者(又はユーザー)に納入するよう指示する場合であって、当該卸売業者が物流及び代金回収の責任を負い、その履行に対する手数料分を受け取ることとなっている場合など、実質的にみて当該メーカーが販売していると認められる場合<sup>15</sup>

※ 委託販売を外すのは、受託者たる相手方が当該商品に関して「実質的に独立した競争単位」<sup>16</sup>と認められない(独立の競争的意思決定をしているとはいえない)ため。<sup>17</sup>

#### [3-3] 取引対象が役務である場合または取引対象が流通過程で変形する場合

《具体例 1》(株)小林コーセイに対する件・勧告審決昭和 58 年 7 月 6 日審決集 30 巻 47 頁

美容室向けコールド式パーマメントウエーピング液(「コールド液」)の国内販売実績で業界首位の小林コーセイが、(i)コールド液を用いて美容室が施術するパーマメント料金の最低料金を 6000 円と定めると共に、(ii)コールド液を美容室に販売する代理店に対して、美容室が上記最低施術料金を守るように措置をとらせていた事案。

《具体例 2》(株)ヤクルト本社に対する件・勧告審決昭和 40 年 9 月 13 日審決集 13 巻 72 頁

発酵乳の原液の製造業を営むヤクルトは、原液を加工業者に販売し、加工業者はこれを希釈・びん詰め加工して「生菌ヤクルト」の商標を付して小売業者に販売していた。ヤクルト本社は、ヤクルトと小売業者との間で定められた

<sup>13</sup> 建値とは、卸売業者が小売業者に販売するときの希望卸売価格(メーカーが設定するもの)を意味する。

<sup>14</sup> 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第 1 部第 1 の 1(2)(平成 29 年 6 月 16 日)

<sup>15</sup> 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第 1 部第 1 の 2(7)(平成 29 年 6 月 16 日)

<sup>16</sup> 実方謙二『独占禁止法[第 4 版]』276 頁\*\* (有斐閣、1998 年)

<sup>17</sup> [3-2]節のタイトルで「真正の」という表現が使われているのは、「販売委託契約」といった名目上の文言を問わず、取引実態から相手方が競争的な意思決定を独立して行っているかを見るという趣旨である。

小売価格を、加工業者が小売業者に守らせなければならないという趣旨の契約を加工業者と結び、実施していた。

⇒ いずれも現在では一般指定 12 項に該当する:

「法第二条第九項第四号又は前項に該当する行為のほか、相手方とその取引の相手方との取引その他相手方の事業活動を不当に拘束する条件をつけて、当該相手方と取引すること。」

### 【再販の規制根拠(再販の公正競争阻害性)】

#### [1] 垂直的制限行為における位置付け

##### [1-1] 垂直的制限行為

「事業者が、取引先事業者の販売価格、取扱商品、販売地域、取引先等の制限を行う行為(以下「垂直的制限行為」といい、垂直的制限行為には、契約によって制限をする場合のほか、事業者が直接又は間接に要請することなどにより事実上制限する場合も含む…。)」<sup>18</sup>

「垂直的制限行為には、再販売価格維持行為…と、取引先事業者の取扱商品、販売地域、取引先等の制限を行う行為(以下「非価格制限行為」という。)がある。」<sup>19</sup>

##### [1-2] ブランド間競争とブランド内競争

「再販行為は、いわゆるブランド商品 ——ある生産者の製品であることが、その銘柄、商標、外装などによって、その生産者の手を離れた後においても明らかであるもの—— についてのみ行われ得るものであるが、ブランド商品については、その商品を取り扱う販売業者間の競争(ブランド内競争)と、同種の商品についてのブランド間競争が成立する…。」<sup>20</sup>

垂直的制限は、「ブランド間競争(メーカー等の供給者間の競争及び異なるブランドの商品を取り扱う流通業者等間の競争をいう。…)やブランド内競争(同一ブランドの商品を取り扱う流通業者等間の競争をいう。…)を減少・消滅させる効果を生じることがある。」<sup>21</sup>

##### [1-3] 垂直的制限行為に関する公取委の一般的な判断基準

「垂直的制限行為に公正な競争を阻害するおそれがあるかどうかの判断に当たっては、具体的行為や取引の対象・地域・態様等に依じて、当該行為に係る取引及びそれにより影響を受ける範囲を検討した上で、次の事項を総合的に考慮して判断することとなる。

なお、この判断に当たっては、垂直的制限行為によって生じ得るブランド間競争やブランド内競争の減少・消滅といった競争を阻害する効果に加え、競争を促進する効果…も考慮する。また、競争を阻害する効果及び競争を促進する効果を考慮する際は、各取引段階における潜在的競争者への影響も踏まえる必要がある。

- ① ブランド間競争の状況(市場集中度、商品特性、製品差別化の程度、流通経路、新規参入の難易性等)
- ② ブランド内競争の状況(価格のバラツキの状況、当該商品を取り扱っている流通業者等の業態等)
- ③ 垂直的制限行為を行う事業者の市場における地位(市場シェア、順位、ブランド力等)
- ④ 垂直的制限行為の対象となる取引先事業者の事業活動に及ぼす影響(制限の程度・態様等)
- ⑤ 垂直的制限行為の対象となる取引先事業者の数及び市場における地位」<sup>22</sup>

<sup>18</sup> 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第 1 部 2(平成 29 年 6 月 16 日)。平成 27 年 3 月 30 日改正で導入された用語である。

<sup>19</sup> 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第 1 部 3(2)(平成 29 年 6 月 16 日)

<sup>20</sup> 今村成和『独占禁止法入門(第 4 版)』160-161 頁(有斐閣、1993 年)

<sup>21</sup> 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第 1 部 1(1)(平成 29 年 6 月 16 日)

<sup>22</sup> 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第 1 部 3(2)(平成 29 年 6 月 16 日)

## [2] 価格制限行為と非価格制限行為

## [2-1] 非価格制限行為が公正な競争を阻害する場合

(ア)「非価格制限行為は、…個別具体的なケースごとに市場の競争に与える影響が異なる。」<sup>23</sup>

(イ)「非価格制限行為の中には、①行為類型のみから違法と判断されるのではなく、個々のケースに応じて、当該行為を行う事業者の市場における地位等から、「市場閉鎖効果が生じる場合」や、「価格維持効果が生じる場合」といった公正な競争を阻害するおそれがある場合に当たるか否かが判断されるもの及び②通常、価格競争を阻害するおそれがあり、当該行為を行う事業者の市場における地位を問わず、原則として公正な競争を阻害するおそれがあると判断されるものがある。」<sup>24</sup>

(ウ)「「価格維持効果が生じる場合」とは、非価格制限行為により、当該行為の相手方とその競争者間の競争が妨げられ、当該行為の相手方がその意思で価格をある程度自由に左右し、当該商品の価格を維持し又は引き上げることができるような状態をもたらすおそれが生じる場合をいう。」<sup>25</sup>

(エ) 価格維持効果が生じやすい場合(公取委担当者による解説<sup>26</sup>を基に作成)

ブランド間競争の状況	市場集中度が高い(市場が寡占的) 製品差別化が進んでいる 参入が容易でない
ブランド内競争の状況	ブランド内で価格のばらつきが小さい 流通業者の業態が多様でない 顧客にとって代替的な流通業者が少ない
市場における地位	市場シェア及び順位が高い ブランド力が強い
取引先事業者への影響	事業者の事業活動の自由度に対する抑制の強さ 制限行為が長期にわたって実施される
取引先事業者の数・地位	制限行為を守る取引先のシェアが高い

## [2-2] 価格制限行為の場合には価格維持効果は自明

「再販売価格維持行為は、流通業者間の価格競争を減少・消滅させることになるため、通常、競争阻害効果が大きく、原則として公正な競争を阻害するおそれのある行為である。」<sup>27</sup>

※ 再販の場合には、[2-1](エ)のような事実を総合考慮した立証をしないということ。従って、再販においては、拘束の有無もしくは、正当な理由の有無が主たる争点とされてきた。

## [3] ブランド間競争に与える影響は？

## [3-1] ブランド内競争制限だけで規制すべき

「価格競争の直接的阻害効果とその価格水準維持の点での実効性を考慮すれば、ブランド内競争の阻害効果だけをとらえて再販売価格維持の競争阻害性を構成してもよい。」<sup>28</sup>

<sup>23</sup> 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第 1 部 3(2)(平成 29 年 6 月 16 日)

<sup>24</sup> 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第 1 部 3(2)(平成 29 年 6 月 16 日)

<sup>25</sup> 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第 1 部 3(2)イ(平成 29 年 6 月 16 日)

<sup>26</sup> 佐久間正哉編著『流通・取引慣行ガイドライン』(商事法務、近刊)に掲載される予定の内容を基にした。

<sup>27</sup> 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第 1 部 3(2)(平成 29 年 6 月 16 日)

<sup>28</sup> 実方謙二『独占禁止法(第 4 版)』278 頁(有斐閣、1998 年)

### [3-2] ブランド間競争への影響はあるか？

「再販行為は、ブランド内における価格競争を消滅させることにより、当該商品の価格維持をはかろうとするものであるが、それはひいては、ブランド間の価格競争をも鈍化させる結果となるもの…」<sup>29</sup>

⇒ ライバルメーカーにとっても、その小売価格が上昇するように出荷価格を設定するのが均衡となる。<sup>30</sup>

## 【正当な理由がある場合】

### [1] 競争促進効果としての正当な理由

「正当な理由」は、事業者による自社商品の再販売価格の拘束によって実際に競争促進効果が生じてブランド間競争が促進され、それによって当該商品の需要が増大し、消費者の利益の増進が図られ、当該競争促進効果が、再販売価格の拘束以外のより競争阻害的でない他の方法によっては生じ得ないものである場合において、必要な範囲及び必要な期間に限り、認められる。<sup>31</sup>

※ 正当な理由が認められるためには、以下の累積要件を満たす必要：

再販によって(再販をしない場合と比べて)当該商品の需要が増加すること

再販以外のより競争制限的でない代替手段では同じ目的(需要開拓・拡大)を達成困難

再販の対象範囲及び実施期間が目的達成に必要な範囲に限定されている<sup>32</sup>

### [2] 正当な理由が認められる場合

#### [2-1] フリーライダー問題を解消するための再販

①「流通業者は、他の流通業者がある事業者の商品について販売前に実施する販売促進活動によって需要が喚起されている場合、自ら販売促進活動を行うことなく当該商品を販売することができる。このような場合に、いずれの流通業者も、自ら費用をかけて積極的な販売促進活動を行わなくなり、本来であれば当該商品を購入したであろう消費者が購入しない状況に至ることがあり得る。このような状態は、「フリーライダー問題」と称されている。」<sup>33</sup>

垂直的制限によってフリーライダー問題が解消される場合とは、「流通業者が実施する販売促進活動が当該商品に関する情報を十分に有していない多数の新規顧客の利益につながり、当該制限がない場合に比べ購入量が増大することが期待できるなどの場合」である。<sup>34</sup>

②「例えば、事業者が再販売価格の拘束を行った場合に、当該再販売価格の拘束によって…いわゆる「フリーライダー問題」の解消等を通じ、実際に競争促進効果が生じてブランド間競争が促進され、それによって当該商品の需要が増大し、消費者の利益の増進が図られ、当該競争促進効果が、当該再販売価格の拘束以外のより競争阻害的でない他の方法によっては生じ得ないものである場合には、「正当な理由」があると認められる。」<sup>35</sup>

<sup>29</sup> 今村成和『独占禁止法入門〔第4版〕』160-161頁(有斐閣、1993年)

<sup>30</sup> 詳しくは、中川晶比呂「再販売価格維持と小売マージン」北大法学論集 67巻3号 802頁(2016年)を参照。これは、以下の説明にほぼ合致したものである。「製品差別化が実現している、それを前提として製品間に一定の階層的な価格体系が形成されていることが多いが、リーダー的な製品について再販売価格維持を実施すれば、市場全体のこのような価格体系を下支えする効果がある。」実方謙二『独占禁止法〔第4版〕』279頁\*(有斐閣、1998年)

<sup>31</sup> 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第1部第1の2(2)(平成29年6月16日)

<sup>32</sup> 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第1部3(3)アでは、フリーライド防止のための垂直的制限が認められる条件として、「販売促進活動が、当該商品に特有のもの」であることを要求している。(なお、埋没費用の話は当該商品特有であることの例にすぎない。他の用途に転用可能であればサンクしないので。)

<sup>33</sup> 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第1部3(3)ア(平成29年6月16日)。フリーライダーとは、販売促進活動に費用をかけない流通業者(例えばネット販売業者)は、販売促進活動に費用をかけて情報提供している流通業者のサービスに対して、対価を支払うことなくその便益だけを享受していることを指す言葉である。

<sup>34</sup> 同上

<sup>35</sup> 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第1部第1の2(2)(平成29年6月16日)

## [2-2] 最高価格再販による二重限界化防止

メーカーも流通業者も市場支配力を持つ場合には、小売価格が高すぎる(メーカーと流通業者が垂直統合した場合の独占価格さえ上回る)場合がある。その場合には、再販をした方が小売価格は安くなり、取引数量は増える。

### 【再販の適用除外】

#### [1] 独禁法 23 条

「この法律の規定は、公正取引委員会の指定する商品であつて、その品質が一様であることを容易に識別することができるものを生産し、又は販売する事業者が、当該商品の販売の相手方たる事業者とその商品の再販売価格(その相手方たる事業者又はその相手方たる事業者の販売する当該商品を買受けて販売する事業者がその商品販売する価格をいう。以下同じ。)を決定し、これを維持するためにする正当な行為については、これを適用しない。ただし、当該行為が一般消費者の利益を不当に害することとなる場合及びその商品販売する事業者がする行為にあつてはその商品を生産する事業者の意に反してする場合は、この限りでない。

2 …

3 …

4 著作物を発行する事業者又はその発行する物を販売する事業者が、その物の販売の相手方たる事業者とその物の再販売価格を決定し、これを維持するためにする正当な行為についても、第一項と同様とする。

5 第一項又は前項に規定する販売の相手方たる事業者には、次に掲げる法律の規定に基づいて設立された団体を含まないものとする。…

…

三 消費生活協同組合法(昭和二十三年法律第二百号)

…」

#### [2] いわゆる著作物再販

「公取委は、書籍、雑誌、新聞、レコード、音楽用テープ、音楽用CDの6品目だけが独禁法23条4項にいう「著作物」であるとしている。この見解では、映画のDVD、コンピュータ・プログラム、音楽以外のCD-ROMなどはすべて再販できない。その実質的な根拠は、①この適用除外が作られた昭和28年当時、すでに再販の慣行のあった商品を追認したもの」であることなどが挙げられると共に、「解釈論としては、…独禁法23条4項は「発行」という文言を使っているが、この文言はコンピュータ・プログラムなどの新しい著作物になじまない…」などの根拠が挙げられる。<sup>36</sup>

[3] 独禁法23条5項により、「消費生活協同組合、中小企業等協同組合のような消費者や中小零細業者の相互扶助組織に対して…再販ができるとこれらの組織の設立の趣旨が損なわれることから、独禁法の適用除外は受けない…。大学生協などで書籍等が定価より安く売られるのはこの規定があるからである。」<sup>37</sup>

※ もっとも、組合の販売店で購入する消費者のみが、一般の販売店で買う消費者よりも安い価格で購入する特権を得ること(組合に属しない一般消費者は、組合に属する消費者よりも保護に値しないと評価すること)の理由付けは乏しい。消費者を構成員とする団体はある程度の規模の顧客層を継続的に抱えるために、組合が値引き販売しても著作物の発行者・販売業者にとっては利益が上がるから、適用除外から外すことに反対しなかったとみるべきであろう(理論的には説明困難な、政治的な妥協の産物)。

<sup>36</sup> 川濱昇ほか『ベーシック経済法(第4版)』260頁(泉水文雄)(有斐閣、2014年)。なお、レコード、音楽用テープ、音楽用CDは著作権法2条1項5号のレコード(音を固定したもの)に相当するが、「著作物再販」における著作物とは、著作権法上の著作物とは異なる概念(複製物の一部)である。

<sup>37</sup> 川濱昇ほか『ベーシック経済法(第4版)』261頁(泉水文雄)(有斐閣、2014年)。