

第 17 章 公正競争阻害性の再検討---優越的地位の濫用を中心に

* 本稿は、「公正取引」公正取引 671 号 49 頁以下（2006 年 9 月）に掲載した論文に訂正・加筆したものである。

これを執筆した契機になったのは、日本経済法学会が 2007 年の大会シンポジウムにおいて、優越的地位の濫用を取り上げることになり、私が事務局を務めている東京経済法研究会においても 1 年間にわたって、このテーマで共同研究を行い、その過程で私個人もこのテーマについて研究し直したことに基づくものである。

同学会の大会シンポジウムに提示された緒論文は年報 28 号に、またその時の討論の様子は次の年報 29 号に収録されている。本稿は、これらに先立つ時期に執筆されたことになる。

内容としては、優越的地位の濫用を検討する前提として、不公正な取引方法全体について、特に「公正競争阻害性」をどう捉えるかをまず論じたため、優越的地位の濫用については、最後に簡単に触れるにとどまった。そこで、次章では優越的地位の濫用について再検討を行っている。

一. 独占禁止法の目的

独占禁止法の直接的目的は、いうまでもなく「公正かつ自由な競争」の維持である。しかし、「競争は、それ自身のために保護されるべきものではない、ということには異論がない。競争は手段にすぎない。競争システムによって実現されるべき目的が問題である」。¹

競争秩序の維持は、同法 1 条の法意として、経済全体の効率性と経済の民主化、言い換えれば、「望ましい経済成果と民主的な経済秩序」をもたらすとされ、この 2 つが独占禁止法の究極的目的である。²このうち、後者（「民主的な経済秩序」）に「基本的な価値」が認められると考えられるが³、その意味については、以下のように簡単に述べておく。

わが国の独占禁止法は、戦後の「経済民主化」に向けられた諸改革の中で制定された。その背景には、戦前の日本において、経済的な力が社会的・政治的にも影響力を持っていたことへの批判ないし反省があった。敗戦直後に盛んに議論された「経済民主主義」という新しい理念は、政治上の民主主義とセットになって、日本の新しい経済社会像を提示するものであった。

経済的な力は、それによって他者の自由な判断・行為を抑圧し、それらを支配し動かすことによって、自らの意思を実現することを可能にする。もちろん、近代憲法・近代市民法の下では、すべての経済主体は、形式的には自由・平等

であり、したがって、そこにおける経済的な力の不当な行使・利用は、他者の形式的自由を前提として行われるが、実質的にはそれを侵害するような形態・内実を有していることが問題なのである。

独占禁止法は、このような経済的な力の形成を阻止し、または既に成立している経済的な力が不当に行使されることを防止し、それによって、すべての経済主体（取引主体）の経済的自由を実質的に確保しようとするものであると理解することができる。独占禁止法は、取引主体を「事業者」と「消費者」に分けて多様な規定を置いているが、これら取引主体の実質的な「取引の自由」⁴、換言すれば主体性の確保が「民主的な経済秩序」の基礎となるのである⁵。

その第一の形態は、反競争的な方法・行為によって市場における支配力を形成し行使することの規制であって、私的独占の禁止、企業結合規制、不当な取引制限の禁止などがこれに当たる。第二の形態が、市場支配力にまで至らないが、取引の相手方または競争者に対して一定の経済的な力を有する事業者が行う反競争的な行為の規制であり、本稿で取り上げる不公正な取引方法はこの類型に当たる。前者に共通する市場要件が「競争の実質的制限」であり（ただし、企業結合規制は「こととなる」要件にモディファイされている）、後者に共通する市場要件が「公正競争阻害性」である。

二. 公正競争阻害性の理論構成

1. 不公正な取引方法の固有の意味

独占禁止法の中で不公正な取引方法をどのように位置づけるかについては、従来、萌芽理論、「予防的ないし補完的規定」論など、前掲の第一の形態（「競争の実質的制限」）に関する規制に従属する、いわば付随的ないし第二次的な規制であるとする議論が有力であった。

これに対し、不公正な取引方法はそれ独自の意義を有し、固有の性格を持つものと捉える議論も有力であり、本稿もこの立場に立つものである。今日の問題は、その先にあるのであって、どのような意味で、不公正な取引方法は前掲の第一の形態に属する諸規制と異なるのかを明らかにすることにあると考えられる。

2. 公正競争阻害性についての2つの考え方---三条件説と濫用説

公取委・独禁法研究会報告書「不公正な取引方法に関する基本的考え方」（1982年）は、「①自由な競争、②競争手段の公正さ、③自由競争基盤の確保の三つの条件が保たれていることをもって公正な競争秩序と観念し」、これらを「阻害するおそれ」を、①「競争の減殺」、②「競争手段の不公正さ」、③「競争基盤の侵害」として整理している（以下、これを「三条件説」という）⁶。

他方で、同報告には、上の理論構成と並んで、次のような意見も付記されている⁷。「能率競争」を理念型⁸とする「公正な競争」の「阻害」とは、ある事業者の力の濫用によって、取引の相手方または競争者が、価格と品質によって商品・役務を選択する可能性を奪われ、あるいはその選択の判断が歪められることである。さらに、公正な競争を阻害する「おそれ」とは、上記の意味での力の濫用(裏から言えば、取引の相手方・競争者の取引の自由の侵害)がなされる抽象的・一般的危険性が認められることである(以下、これを「濫用説」と呼ぶ)。

これを分解して示せば、① 取引の相手方または競争者に対して一定の経済的な力を有する事業者が、② その力を濫用し、③ 取引の相手方・競争者の取引の自由を侵害することをもって、「公正な競争が阻害されるおそれ」と捉えることができる。

ただし、上は公正競争阻害性についての理論的把握のレベルの議論であって、一般指定14項の法解釈としては、これを踏まえながらも以下のように整理すべきである。すなわち、同項の優越的地位の濫用に該当するとするための要件は、(a) 取引上の優越的地位、(b) 五つの行為類型、(c) 公正競争阻害性(=「正常な商慣習に照らして不当に」)の3つである。「濫用」とは、上の(b)+(c)であって、そこには既に公正競争阻害性のある(=不当な)行為という評価が含まれている。⁹

3. 力の濫用

上の濫用説による「公正な競争が阻害されるおそれ」の分解された要素の①、すなわち「取引の相手方または競争者に対して一定の経済的な力を有する」ことは、ドイツの競争制限禁止法(以下、GWBと略記することがある)における理論的概念を借用したものであり、特定の者に対してのみ成立するという意味で相対的市場力(relative Marktmacht)と呼ばれる¹⁰。これに対し、市場支配力は、市場全体に対する支配的な力という意味で絶対的市場力(absolute Marktmacht)と呼ばれている。

経済的な力は、このように市場支配力と相対的市場力に分けられるが、いずれも実態に係わって構成された概念であるから、それらは有るか無いかではなく、程度問題であり、また現実には、両者の境界も不明確であり、多くの場合は流動的である¹¹。

前掲の分解された要素の②=力の濫用と③=取引の相手方・競争者の実質的自由の侵害は、同じことを行為者とその力が向けられた者の両面から言っているに過ぎない。

市場においてある程度有力な事業者が、上の意味での相対的市場力を持つことがあるということ自体は必然であり、独占禁止法はそのこと自体を違法とす

るものではない。しかし、その相対的市場力を濫用（＝不当利用）して取引の相手方・競争者の取引の自由を侵害することは違法となる、というのが、不公正な取引方法の基本的趣旨である。

なお、市場支配力を有する事業者は、同時に相対的市場力をも有していると考えられるから、その濫用行為も不公正な取引方法に当たるが、ほとんどの場合は私的独占にも該当するであろう（これは私的独占における「排除」と「支配」には、市場支配力の濫用も含むかという問題であり、別の機会に検討する）。

〈補注〉 この点については、舟田「市場支配力のコントロール」ジュリスト1327号110頁以下(2007年)で検討した。結論としては、「排除」と「支配」には、市場支配力の濫用に当たる行為が含まれる場合もあるが、含まれない場合もある。日本の独占禁止法において実際上は、優越的地位の濫用の規定によって市場支配力濫用規制の対象はほぼカバーされるが、立法論として、濫用規制を置くことを検討すべきである。

4. 実質的概念としての取引の自由

上記の考え方の特徴は、不公正な取引方法について、それに当たる行為を行う主体ではなく、行為が向けられた者の取引の自由が侵害されたことを基本とする、という点にある。

不公正な取引方法に当たるかどうかの問題になる行為の多くは、行為者の何らかの競争志向的な戦略に基づくものであるから、行為者側から見ている限り、それが反競争的な性格のものか否かは判断し難い。しかし、これを行為が差し向けられる相手方（競争者・取引の相手方）から見て、彼らが公正な競争秩序の中で自由に判断し行為することがどのように制限されるかという観点から判断することが肝要であると考えられる。この観点は、次に述べる解釈論にも繋がるものである。

なお、力の濫用は、不公正な取引方法についての基本的理解にかかわる理論的概念であるから、実定法化された諸既定の具体的な解釈という次元においては、必ずしもこれに当たらない場合も違法となることがあり得る。

例えば、不当廉売や不当表示などは、一般的な理論としては力の濫用としての性格を有する行為であるが、具体的に経済的な力がない事業者によるこれらの行為も、当該規定についての解釈においては公正競争阻害の「おそれ」があるとされることがある¹²。

以上の基本的理解を踏まえて、次節三では、競争者に対する濫用の場合の公正競争阻害性に関し、「競争の減殺」、公正競争阻害の「おそれ」と民法上の違法性、および、不公正な取引方法規制の保護法益としての「取引の自由」の3点に絞って述べる。

三. 競争者に対する濫用行為

1. 「競争の減殺」と相対的市場力の濫用

(1) 前記の三条件説は、本稿の採る立場（前記独禁法研究会報告書の付記意見＝濫用説）からも、公正競争阻害性に関する具体的な解釈ないし事実認定の際の物差し、あるいは判断の視点という点で、ある程度有益・有効であると考えられる。

これは特に「競争の減殺」に関して妥当する。例えば、流通・取引慣行ガイドライン（第1部第42。第2部第二等も参照）は、「市場における有力な事業者」が、「例えば次のように、取引先事業者に対し自己又は自己と密接な関係にある事業者の競争者と取引しないよう拘束する条件を付けて取引する行為…又は取引先事業者に自己又は自己と密接な関係にある事業者の競争者との取引を拒絶させる行為を行い、これによって競争者の取引の機会が減少し、他に代わり得る取引先を容易に見いだすことができなくなるおそれがある場合には」、一般指定2項（単独の間の取引拒絶）、11項（排他条件付取引）又は13項（拘束条件付取引）に当たる、とする。

ここでは、第一に、取引拒絶等の行為要件が挙げられているのは当然であるが、これと並んで、第二に、当該行為者が「市場における有力な事業者」であること（「有力事業者基準」と呼ばれる。シェアが10%以上又はその順位が上位3位以内が「一応の目安」とされている）、第三に、「これによって競争者の取引の機会が減少し、他に代わり得る取引先を容易に見いだすことができなくなるおそれがある場合」、という2つの判断要素が提示されている。

本稿の濫用説の立場からは、前記ガイドラインの挙げる、「自己又は自己と密接な関係にある事業者の競争者と取引しないよう拘束する条件を付けて取引する行為」などは、競争者に対する相対的市場力の濫用によって、競争者の実質的な取引の自由が侵害される可能性があるものである（同時に、取引の相手方に対する力の濫用としても問題になり得る。この点は前注11で簡単に触れた）。

そして、上記の考え方（濫用説）を前提にした場合も、公正競争阻害性があるか否かの具体的な判断に当たっては、上記の第二・第三の判断要素を用いることが妥当であると解される。市場である程度以上のシェアを有するなら、競争者に対し相対的市場力を有しているであろう（前記第二の判断要素）、また、競争者の取引先転換が容易ではないということは競争者の「取引の自由」が実質的に侵害されたのであろう（前記第三の判断要素）、と判断することができるからである。

(2) 取引の相手方に対する相対的市場力は、優越的地位の濫用についての諸事例からも、その存在と内容はある程度理解し易いものである。

これに対し、上記の例のような、競争者に対する相対的市場力という概念は、

極めて理解しにくい、かつ、実定法に定着し、解釈・運用することが困難なものである(不可能という意味ではない)。

ドイツにおいても、競争者に対する相対的市場力の濫用規制に関しては、多くの錯綜した議論の末、これに基づいて 1973 年の競争制限禁止法 (GWB) 第 2 次改正によって競争者の不当妨害規定 (当時は、GWB37a 条 1 項。現行法では、20 条 4 項) が新設されたが、十分うまく機能しているとはいえないようである。また、同様の性格を有すると捉えられている不当廉売については多くの規制事例があるが、これについても議論が錯綜している¹³。ただし、不当廉売や妨害濫用 (GWB19 条 4 項 1 号。市場支配的地位にある事業者による、競争者に対する濫用) の性格 (すなわち、競争者に対する相対的市場力の濫用に対する規制) と存在意義については広い支持があるようである。

なお、ドイツの濫用規制は近年も強化されつつあり、1999 年の GWB 第 6 次改正で、妨害濫用の 1 類型として「不可欠施設」の不当な利用拒否が付け加えられ (19 条 4 項 4 号)、不当廉売規制も強化された (20 条 4 項 2 文)。さらに、これはタテ (取引の相手方に対する) 濫用規制の類型であるが、購買力の濫用規制は 1980 年の GWB 第 4 次改正において強化された (20 条 3 項。改正当時は、GWB37a 条 3 項)。

(3) ドイツ競争制限禁止法の不当廉売に関する議論を参考にして述べれば、公正な競争とは、各競争者がその企業努力に基づく成果(業績=Leistung)を市場に提示し、それが取引の相手方による比較に晒され選択されるという過程で実現されるべきものである (「業績競争」の理念型)。

しかし、ある事業者が、自己のコストを無視して、それとは別個の戦略的観点から廉売行為を行うときは、上記の業績競争はその基盤を失うことになる。したがって、それが他の競争者を市場から排除するか否かということ以前に、そのような性格を有する不当廉売行為をそれ自体として違法としなければならない。

これを前述の排他条件付取引についていえば、例えば、あるメーカーが専売店を広範囲に獲得し、他の競争者が販売ルートを有意に減少させる場合、当該メーカーの商品それ自体の価格・品質 (多様なサービスを含む) についての企業努力ではなく、どれだけ有力な販売店を抱え込むかの努力に傾注することによって、競争が行われることになる。これによって、取引の相手方は、多くのメーカーの商品を比較した上で選択するための商品へのアクセスのチャンスさえ失うことになる。

以上は、「業績競争」の理念型に基づく議論であるが、日本において広く支持されている「能率競争」の理念とその展開ともほぼ重なりといえよう。しかし、これを具体的な解釈論の次元に移そうとする場合には、主としてどのような要

件を満たす場合に公正競争阻害性があるとするかに関し、困難かつ意見の分かれる問題が多く存在することはドイツでも前記の通りであり、日本の独占禁止法においても同様である。

(4) 本稿と同様の立場(濫用説)から、「競争の減殺」という見方に対して、これは公正競争阻害の「おそれ」という要件と矛盾するという批判がなされている¹⁴。

しかし、「有力事業者基準」は、競争減殺の実際上の効果をそれ自体として対象とするものではなく、また、前記ガイドラインの文言にあるように「一応の目安」であるに過ぎない。したがって、例えばこれ以下のシェアを持つ事業者でも違反となることはあり得るし¹⁵、上記の第三の判断要素(競争者の取引先転換が容易ではないということ)も考慮する必要があるとされているのである。

さらに、前記ガイドラインの引用箇所では、第一から第三までの判断要素に加えて、第四の判断要素として、上記ガイドラインから引用した部分の冒頭に「例えば次のように」という記述がある。そこに例示されているような特定の競争上・取引上の状況の中で取引拒絶等の行為が行われたことについて総合的に公正競争阻害性の有無を判断することになる。

なお、以上は、流通・取引慣行ガイドラインの提示した有力事業者基準を手掛かりとして検討したものであるが、その議論の前提として、公取委の各種ガイドラインや、先に引用した公取委・独占禁止法研究会報告書などをなんらかの通用力を持つ解釈基準等として採用しているわけではない。これらは、何らかの法的位置づけがなされているわけではなく(公取委規則でもない)、単に公取委に設置された研究会の見解、あるいは行政庁である公取委が公表した見解に過ぎない¹⁶。また、その具体的内容には疑問の点も少なからず存在すると思われる¹⁷。もっとも、公取委は独占禁止法の行政的執行を担う専門的機関であるから、それが公表した見解は独占禁止法の解釈にとって重要な参考になるということも否定できない。

それはともかく、有力事業者基準について述べている前記ガイドラインの引用箇所は、上記のように、同基準に当たれば直ちに「競争の減殺」に当たるとしているわけではなく、そこで示されている四つの判断基準を全体として見れば、本稿の濫用説からも妥当な見方を示していると考えられる。

(5) 他方で、本稿で採る濫用説に対しては、「具体的にどのような場合に公正競争阻害性が認められるかが明確ではない」との批判がある¹⁸。

しかし、第一に、独禁法における諸要件は、公正競争阻害性の含め、幾つかの不確定概念を用いており、次の第二以下で述べるような解釈についての手掛かりはある程度は有用とはいえ、結局はケース・バイ・ケースで判断せざるを得ないのであり、これは民法や行政法など他の法領域でもしばしば見られるこ

とである。

第二に、公正競争阻害性の判断についても実際の判例・審決が次第に蓄積されてきつつあり、公取委のガイドライン、公表された行政相談事例などを参考にすることができる。

第三に、前記の有力事業者基準は、公正競争阻害性についての判断につき、「一応の目安」に過ぎないが、1つの手掛かりを与えているとは言えるであろう。この他、各類型毎により具体的な判断基準を少しずつ作っていく作業が審判決研究等や公取委ガイドラインによってこれまでも行われてきたし、今後も進めていくべきことである。本稿で以下検討することも、その作業に幾分かでも寄与することを目的としている。

2. 公正競争阻害の「おそれ」と民法上の権利侵害・違法性

(1) 「公正な競争を阻害するおそれ」という要件における「おそれ」は、「一般的・抽象的危険性」で足りる、とするのが通説であり、これにはほとんど異論はない。その意味は、問題となる行為につき、具体的な競争への影響の有無や程度を問題にしているのではなく、当該行為が当該取引・市場の状況の下で、一般的にどのような性格（反競争的か否か）を持つか、また持ちうるかという判断が要請されている、ということである。

このことは、特に競争減殺型(競争者に対する濫用のタイプ)について実務上も重要である。例えば、排他条件付取引によって、どのような具体的な競争阻害が生じたかを立証する必要はなく、どのような取引の内容か、その意図・目的は何か、また影響の範囲はどのようなものか等を推察し得る状況の下で明らかにすることで足りる。

ただし、多くの審決等の事例では、上の意味での「おそれ」の段階ではなく、実際に公正な競争を阻害している段階を対象としていることが多い。しかし、理論的には、実際に阻害が現れている前の「おそれ」の段階で、公正競争阻害性の要件が満たされると解すべきであることは前述の通りである。

(2) 実際に、ある行為に対し、「おそれ」＝「一般的・抽象的危険性」のレベルで「公正な競争を阻害するおそれ」があると事実認定がなされる場合には、不公正な取引方法に当たるが、民法上の不法行為の要件である「権利侵害」ないし「違法性」を満たさないと解される可能性があるように思われる。

例えば、必ずしも適切な例ではないかもしれないが、不当表示がなされ、しかし、これを信じて取引がなされたという事実がまだない場合、あるいは、不当表示と知っていながら取引をしたという場合である。

これに対しては、独占禁止法違反行為は、そのこと故に直ちに不法行為においても違法と評価されるべきだという解釈をとる立場もあり得るところである

が、これは不法行為論の領域であるので、ここでは立ち入らないこととし、以下の二点を指摘しておくにとどめる。

第一に、「一般的・抽象的危険性」のレベルないし段階で不公正な取引方法のある類型に当たるとされた場合は、「損害」もないとされる場合がほとんどであろう。これに対し、この「一般的・抽象的危険性」のレベルを超えて、現実に競争阻害が生じている場合に不公正な取引方法に当たるとされれば、原則として不法行為の各要件を充足すると解されるのであろう。

第二に、「一般的・抽象的危険性」のレベルで不公正な取引方法に当たるとされると、差止請求はどうなるか。これも、先の「損害」要件と同様に、独禁法24条には「その利益を侵害され--」があるから、ここで外れることになるから問題ない、と考えてよいのであろう。

3. 保護法益＝「取引の自由」

(1) 理論的に最も重要なこととして、この「おそれ」要件は、不公正な取引方法、あるいはより広く独占禁止法が確保しようとしている法益について示唆を与えている。

前述の独占禁止法の目的をふまえれば、同法の中の重要な諸規定は、「公正かつ自由な競争」秩序を保護法益としているとともに（ここまではほぼ異論がない）、同時に、市場参加者に対し、「公正かつ自由な競争」秩序の中で取引する権利を保護法益としている、と理解すべきものと考えられる。

後者は本稿の用語では「取引の自由」であり、これは「公正かつ自由な競争」秩序という客観的な価値と一体であるが故に、主観的権利であるだけでなく、客観的・秩序的性質を有している¹⁹。「公正かつ自由な競争」秩序とは、そこで活動する市場参加者（事業者と消費者）がそれぞれの「取引の自由」を十分発揮できるような環境であるともいえよう。

この取引の自由は、「公正かつ自由な競争」が実現していれば可能なはずの、自主的な判断ないし行為を行う自由のことであり、逆から言えば、独占禁止法違反行為は、「公正かつ自由な競争」の下であり得たであろう、主体的な判断・行為を制限し、または不可能にしてしまうという意味で、取引の自由を違法に侵害しているのである。

不公正な取引方法が公正競争阻害の「おそれ」を要件としていることから、それによって保護される取引の自由は、「公正かつ自由な競争」秩序の中で判断し行為するチャンスないし可能性、という性格を持つことになる。

(2) 例えば、不当表示の事例では、誤認を導くような取引条件を示されたこと、すなわち購入するかどうかの判断の際の情報が故意に歪められているということ自体で直ちに公正競争阻害の「おそれ」があるとされるのであって、特定の消費者がこの表示を信用したか、しなかったかなどの具体的結果は問題と

ならない。

また、優越的地位の濫用の事例で言えば、納入業者は協賛金を強要されること、あるいは無償での店員派遣の要請に応じざるを得なかったこと自体で公正競争阻害の「おそれ」があると判断される。

これらの行為が終わった後で、当該納入業者のうちの数名は、強要に応じるときに期待していたように、行為者との後の取引において、上記の協賛金等の不利益を償えるような利益を得たということもあるかもしれないし、逆にそうではなく、結局は丸損ということもあり得よう。しかし、独占禁止法は、このような実体的な不利益・利益を考慮しているのではなく、市場におけるプレーヤー（事業者・消費者）が、取引するか否か、取引条件（協賛金等も含め）等につき、自主的かつ自由に判断できるような環境を整えることを目指しているのである。

上の協賛金の例に見られるように、すべての取引条件は、当事者双方にとって利益があると判断されるから合意され実施されるのであって、特に濫用行為を受ける側の事業者の利益をいわば裸のまま問題にすることは、どの範囲まで利益考量を広げるか、またこれは事業者の個別事情によって異なるのか、当該市場全体の状況の変化など他の外的条件も左右する場合はどうするかなど際限のない判断要素を取り込むことになり、妥当ではないと考えられる²⁰。

四. 取引の相手方に対する濫用---優越的地位の濫用

1. 競争者との関係における有利・不利

(1) 前節三では、ヨコの、すなわち競争者に対する相対的市場力の濫用に関する検討を通して、公正競争阻害の「おそれ」、および保護法益＝「取引の自由」についての一般的検討を行った。

これをふまえ、本節では、取引の相手方に対する相対的市場力の濫用に対する規制について検討しよう。このカテゴリーに属する具体的な関連規定としては、一般指定 14 項の優越的地位の濫用規制、下請法、各種の特殊指定などが挙げられる。

優越的地位の濫用規制の公正競争阻害性の理論的な内容としては、「競争原理が働かないことを利用しての、優越的地位の濫用であること自体」に求めざるを得ないという考え方²¹が通説である。しかし、事業者の競争機能の自由な行使が制限され、それがなければ受けることのない不利益を強制されることとする少数説（濫用説）もあり、これまでのところからも明らかなように本稿はこの少数説に従っている²²。

前出の独禁法研究会報告書は、優越的地位の濫用規制の公正競争阻害性について、「取引主体が取引の諾否及び取引条件について自由かつ自主的に判断する

ことによって取引が行われている」ということが、自由競争の基盤を侵害することに当たるとするので、その限りでは少数説と同じである。

(2)ところが、この報告書の立場を敷衍して、取引主体の自由で自主的な判断による取引というにとどまらず、「第一に、不利益を押しつけられる相手方は、その競争者との関係において競争条件が不利になり、第二に、行為者の側においても、価格・皮質による競争とは別の要因によって有利な取扱を獲得して、競争上優位に立つこととなるおそれがある」と説かれることがあり²³、この点は疑問である。

優越的地位の濫用は、取引主体の自由・自主性（前記報告書の用語。本稿の用語では「取引の自由」）を不当に侵害すること自体に公正競争阻害性があると考えるべきであって、その結果、競争者との関係で上記引用のような競争上の影響が出るということまで公正競争阻害性の内容とすべきではない。

不公正な取引方法については公正競争阻害の「おそれ」が要件であるから、問題となる行為によって、競争に対し具体的にどのような影響を与えたかということを示す必要はない（前述、三. 2. (1)）。優越的地位の濫用に関し、競争上の影響を具体的な判断基準として用いるかのような議論もあるが²⁴、これは明らかに不当である。このことには異論はほとんどなく、前記の競争上の影響を説く説も、実定法上の要件の解釈や立証責任についてではなく、より抽象的な理論の次元で議論しているようである。

そこで、理論的な位置づけの議論であるとして、たしかに抽象的には、競争者との関係で有利・不利ということは一般的には言えるのかもしれないが、優越的地位の濫用の規制を競争者との関係で無理に説明する必要はない。「公正な競争」のためには、「公正な取引」が必要なのであり、取引主体の自由・自主性を不当に侵害することは、まさにこの前提を失わせるものなのである。

また、競争者との関係だけに着目すると、例えば岐阜商工信用組合事件＝最判昭和 52・6・20（民集 31・4・449）における両建預金などの場合は、当時はほとんどすべての金融機関が信用力が劣る借り手に対して要請していたのであり、両建預金の強制は借り手・貸し手の双方にとって、競争上不利にも有利にもならない、などのやや奇妙な議論も成立する余地があるようにも思われる。

この両建預金の例のように、業界の商慣行として、優越的地位の濫用に当たる行為が広く行われるということは、昭和 30 年代の百貨店による不当返品（各種の議論の末、旧百貨店特殊指定の制定によって、不当返品か否かの基準が明確化された）、三越事件（審判審決 57・6・17）までの協賛金、押しつけ販売等、その後の派遣店員の慣行など、思いつくだけでもかなりの数に上るのであり、これらのことから、競争者との関係だけに着目した有利・不利という観点では、優越的地位の濫用問題を捉えられないことは明らかであろう。

(3) そもそも、優越的地位の濫用規制は、競争の前提である取引の相手方の取引の自由が不当に侵害されないことを確保しようとするものであり、俗な表現を用いれば、どれだけ相手方から搾り取れるか、あるいは、どれだけ買ったたけるかなどの競争方法は、独占禁止法が維持しようとする「公正な競争」とは無縁のものである。優越的地位の濫用に当たる行為は取引の相手方との関係で見れば足りるのであって、競争者との関係で有利になるから不当であるという議論をする余地もないはずである。

前記の三条件説における「競争基盤の侵害」という表現は、優越的地位の濫用規制がまさに競争の基盤を侵害するという意味で妥当な認識に基づいているといえよう。

2. 「不利益」

(1) 前出の独禁法研究会報告書には、前記引用のすぐ前に、「その地位を利用して相手方に不当な不利益を与えることにより」という部分があるが、これは誤解を招きやすい記述である。

第一に、解釈論のレベルでは、この「不当な不利益」は、少なくとも一般指定14項1号・2号の場合には要件ではない（これに対し、3号・4号は「不利益」が明示の要件である）。したがって、押し付け販売（1号）や協賛金の強要（2号）については、それらが「不当な不利益」に当たるか否かを認定する必要はない。例えば、押し付け販売で買わされた商品が市場価格から見て妥当な代金だったとしても、購買を強制したこと自体が優越的地位の濫用に当たると解される。

第二に、「不当な不利益を与えることにより」ということが、上記のような解釈論のレベルのことではなく、理論的レベルにおける議論であるとすれば、相手方の取引の自由を不当に侵害していること自体が不利益なのであって、不利益を強制するから取引の自由の侵害に当たるとするのは論理が逆転している²⁵。

(2) 上の第二として述べたことには、相手方に与える「不利益」とは、金銭的に評価される意味のそれなのか、それとも、公正競争阻害性の「おそれ」という点から引き出される、より抽象的な不利益、すなわち、「公正かつ自由な競争」秩序の中で判断・行為するチャンスないし可能性が侵害されることなのか（前述、三. 3. 参照）、という問題が現れている。

本稿では、後者の理解に拠るべきであるとしているので、相手方の取引の自由を不当に侵害していること自体が不利益である、ということになる。

この理解に立つとすると、一般指定14項3号・4号の要件である「不利益」の解釈に当たっても、当該取引条件等を単に金銭的に評価して利益が均衡しているか、取引の相手方に不利益になっているかだけを見るべきではないと考え

られる。

(3) また、相手方にとって不利益かどうかは、実は判断がつきにくい場合もある。優越的地位の濫用に当たる行為は、たしかに多くの場合は明白に不利益を与える行為である。

しかし、これも適切な例ではないかもしれないが、例えば、押し付け販売は、当該商品が価格・品質等の点で実際に相手方の利益になる場合もあり得るであろう。また、テレビ会社による番組制作会社に対する不当な「やり直し」の強制は、それによってより良い番組になって番組の価値を高め、後で番組の二次利用をする際に高い価格がつくことも少なくとも理屈上はあり得よう²⁶。

仮に、一般指定 14 項 3 号・4 号の「不利益」を、長い目で見て利益になるか否かということから判断するのであれば、納入業者が濫用を甘受した以上、主観的には不利益はないからこそ合意したのであろうし、また、客観的に不利益があったか否かを判断することになると、多くの事情との因果関係などを含めて考えなければならず極めて困難な作業を強いられることになる。

(4) さらに、具体的に不当な不利益を課したか否かは、公正競争阻害の「おそれ」の解釈論として排除すべきであることは前述した通りである(三 2. 末尾)。

上に述べたことを要約すれば、優越的地位の濫用の理論的把握において「不利益」は取引の自由を侵害したこと自体を意味する、また、一般指定 14 項 3 号・4 号の解釈における「不利益」は当該行為に限って判断され、しかも、取引をすること、又は取引条件についての強制の徴表としてとらえるべきである、ということになる。

注

1 W. メッセルの著書からの引用であるが、競争は自己目的ではない、ということはドイツでよく説かれることである。舟田「取引における力の濫用(2)」立教法学 28 号 6 頁(1987 年)(本書、第 3 章所収)参照。

2 同様に、ドイツの競争制限禁止法(GWB)政府案理由書は、「競争経済が、経済秩序の最も効率的な、また同時に最も民主的な形態である」と明言している。舟田・前注 1 立教法学 28 号 10 頁参照。

3 根岸・舟田『独占禁止法概説』31 頁参照。

4 この文脈で、ドイツの競争制限禁止法に関する議論では、「競争の自由」、「経済的自由」、「行動の自由」などの用語も使われているが、ここでは「取引の自由」という用語を用いた。舟田・前注(1)「取引における力の濫用(1)」立教法学 27 号(1986 年)1 頁以下、7 頁等、その他、11 頁注 12 に挙げた諸論考を参照。

念のために述べておけば、不公正な取引方法においては、「取引」そのものだけでなく、

それに関連する諸行為、例えば表示のように顧客を誘引する行為なども対象とされている。

⁵ 金井貴嗣「現代における競争秩序と法」『現代経済法講座1 現代経済社会と法』（三省堂、1990年）89頁以下、特に125頁以下は、消費者の権利だけに着目すべきことを説く。そこでは、私の論考に対し、「『積極的自由』の主体に法人企業を含めてしまつてよいのかという疑問が残る」として、「生きている人間」である消費者に限定している。

これは重要な指摘であつて、法人企業に積極的自由・実質的自由を享受することを認めることがどのような意義を持つかは更に検討すべきである。しかし、市場におけるプレーヤー（参加者）の中で、消費者には特別の法的意義を認めるべきであるとしても、その積極的自由に限定するのは、独占禁止法の構造から狭すぎる、やや無理な理解であるように思われる。

しかし、この指摘は可能性として重要な問題を広く内包していると考えられる。特に、法人企業に対し消費者と同様に積極的自由を認めるべきかという疑問を引き延ばせば、そこには経済法と労働法との接点に関わる問題もあり（「企業内民主主義」とでも呼ぶべき関係が要請されている）、また社会的責任論を踏まえた企業像の構想とも繋がるように思われる。なお、私が経済法の研究を始めた1960年代末には、企業による公害問題が深刻化しており、その後、石油危機を契機として企業の社会的責任が問われ、これは近年には地球温暖化等の環境問題を契機に再び注目されているし、労働組合が無力化している中で、過労死、偽装下請、派遣労働者の悲惨な状況など新たな労働問題が多様に起きており、これらをも競争秩序の形成の中に組み込むような経済法理論が要請されているといえよう。

⁶ 同報告は、公正取引三八二号・三八三号（一九八二年）、あるいは田中寿編『不公正な取引方法』（商事法務研究会、一九八二年）一〇〇頁以下に掲載されている。本報告書における三条件説に対しては、以下のような疑問がある。第一に、これら3条件を並列的に、相互に関係ないものとして並べることになっていないか、3者の相互関係をどう整理するか。第二に、「競争の減殺」は、競争の実質的制限の程度が低いというだけでいいのか。公正競争阻害の「おそれ」は、「一般的・抽象的危険性」を意味するとされていることと矛盾しないか。第三に、「競争手段の不公正さ」は、どういう根拠ないし価値判断から「不公正」となるのか（同義反復ではないのか）。第四に、「競争基盤の侵害」は、少なくとも現象的には弱者を助けるになるが、「独占禁止法の目的は、競争者の保護ではなく、競争の保護である」といわれる場合の前者＝「競争者の保護」とどこが違うのか。これらに対し、前記独占禁止法研究会報告書でも一応の解答が用意されている点もあり、その後もこれらに触れた議論もあるが、ここでは詳論は割愛する。三条件説を支持する議論として、根岸哲「不公正な取引方法と独占禁止法」・同『独占禁止法の基本問題』（有斐閣、1990年）153頁以下を参照。

⁷ 当時の委員であつた私1人が主張した意見であり、本稿で後に述べるような濫用説をとるべきだという考えから、「反対（または少数）意見」などではなく、付記意見として加え

ていただいた部分である。既に 20 年以上の前のことであるから、ここで明らかにしてもよいと考えた次第である。

8 不公正な取引方法の指導理念は、「公正な競争」の実現であり、これは一般に、「能率競争」、すなわち良質廉価な商品または役務の提供を唯一の手段として、顧客を獲得しようとすることであると説明されている。前注 4 に挙げた私の以前の論考では、ドイツにおける「業績競争」概念をめぐる論争が下敷きになっている。金子・実方・根岸・舟田共著『新・不公正な取引方法』（青林書院新社、1983 年）63 頁以下（第 2 節 西ドイツ。舟田執筆部分）、舟田「不公正な取引方法と消費者保護」加藤・竹内編『消費者法講座 第 3 巻』（日本評論社、1984 年）99 頁以下、「差別対価・差別的取扱い」経済法学会編『独占禁止法講座 V』（商事法務、1985 年）103 頁以下、「消費者取引における価格の適正化」遠藤浩・林良平・水本浩監修『現代契約法大系 第 4 巻』（有斐閣、1985 年）133 頁以下等を参照。

9 この点で、高橋岩和「優越的地位の濫用と公正競争阻害性」公正取引 626 号 2 頁以下、5 頁（2002 年）の「濫用」についての叙述は疑問である。

10 正田彬『経済法講義』（日本評論社、1999 年）140 頁以下参照。同氏が古くから説いている「個別的従属関係」は、これとほぼ同一の意味である（支配と従属は裏返しの関係にある）。正田彬『全訂独占禁止法 I』（日本評論社、1980 年）109 頁以下、不公正な取引方法との関係については、293 頁以下を参照。相対的市場力については、前注 1,8 所掲の私の以前の諸論考をも参照。

11 舟田・前注 1 立教法学 27 号 5 頁以下参照。

なお、取引の相手方に対する相対的市場力と競争者に対する相対的市場力の関係も、実際には互いに関連していることが通常である。極めて常識的な言い方であるが、ヨコの力とタテの力は互いに関連しているのが通常である。例えば、流通における垂直的制限の場合、販売事業者を強く拘束することができるメーカーは、メーカー間の競争においても一定の市場力を有していることが多い。稀に関連していない場合、例えばタテの力はあるが、ヨコの競争関係では全く無力である場合もあり得るのかもしれないが、社会全体として、取り上げるに値しないことが多いであろう（そうでなければ、当該取引が社会的にある程度の広がりや重みをもって、かなり有意であり、いわゆる「小さい市場」としてアプローチすべき問題なのかもしれない）。

上のことから、ある行為が、取引の相手方に対する相対的市場力の行使と競争者に対する相対的市場力の行使の両面を持っていることも多く見られる。例えば、コンビニ本部が、コンビニ店舗に対し、排他条件付取引や拘束条件付取引等を課すという行為に対しては、上記の 2 つの面から公正競争阻害性の有無を判断しなければならない。ごく小規模なコンビニ本部であれば、競争者に対する相対的市場力はないから、一般指定 11, 13 項における「競争減殺」には当たらないが、14 項の優越的地位の濫用に当たる可能性はある。

ここで、一般指定の各号該当行為が、取引の相手方に対する相対的市場力の行使と競争

者に対する相対的市場力の行使のいずれについての問題かを以下示しておく。

- A. 取引の相手方に対する相対的市場力の行使-----優越的地位の濫用（14 項）
- B. 競争者に対する相対的市場力の行使---不当廉売(6 項), 不当高価購入（7 項）
- C. 両者のいずれにも当たることがある類型-----上記以外の一般指定各項

なお、独占禁止法上の理論的概念である「力の濫用」(Machtmissbrauch)と民法上の概念である「権利の濫用」(Rechtsmissbrauch)についても簡単に触れておく。「力の濫用」という概念は、そこにおける「力」が第一次的には事実概念であり、この点で既に、その出自からして法的概念から生まれた「権利の濫用」とは性格が異なる。ただし、「力の濫用」は不公正な取引方法の理論的根拠である限りでは、事実概念であるにとどまらず法的概念であるが、それは直ちに具体的な解釈論に用いられる道具概念ではなく、理論的概念にとどまるものである。

12 この濫用説の提唱者が、「取引主体の取引活動の自主性と自由が、一定の相対的市場力によって制限される場合が典型」である等々と述べているのは、この趣旨であろう。正田・前注 10『経済法講義』142 頁等を参照。

13 わが国における研究として、柴田潤子「ドイツにおける不当廉売規制の最近の展開」香川大学法学部創設 20 周年記念論文集 101 頁以下（2003 年）、東田尚子「ドイツにおける仕入原価割れ販売の規制」一橋論叢 125 巻 1 号 17 頁以下（2001 年）等がある。

14 正田彬「流通取引ガイドラインにおける公正競争阻害性の検討」公正取引 639 号 51 頁以下、56 頁以下等（2004 年）。

15 流通取引ガイドラインは、引用した部分の後に、一種のセーフ・ハーバー条項を置いており、そこでは上記の有力事業者基準に該当しない場合は「違法とはならない」と述べられているが疑問である。

そもそも、ガイドラインは、公取委が独占禁止法を運用する際のガイドラインであって、客観的な法解釈とは区別されるのであり、上のセーフハーバー条項もそのような行政上の指針と理解すべきであろう。正田・前注 11 公正取引 639 号 53 頁参照。

16 正田・前注 13 公正取引 639 号 53 頁など、正田氏が繰り返し注意している点である。判例

17 流通・取引慣行ガイドラインに対しては、古くは、金井「流通・取引慣行ガイドラインをめぐる独占禁止法上の論点」ジュリスト 992 号 99 頁以下（1991 年）など、最近のものでは、正田・前注 13 などが厳しい批判を展開している。本稿でも、例えば前注 14 では同ガイドラインについての疑問を提示した。

18 例えば、横田直和「優越的地位の濫用行為に係る公正競争阻害性の再検討」公正取引 565 号 13 頁（1997 年）参照。このように批判しても、これに代わる「明確」な判断基準は提示されていない。同論文では（17 頁）、当該行為が「経済社会において是認されないものであること」という基準が突然出てくるが、独占禁止法にとって外在的な基準を持ち込むことには慎重であるべきであり、疑問である。

19 これは、ジュース表示事件＝最判昭和 53・3・14（民集 32・2・211）以来、古くから議論されてきている点と関わっている。

なお、一般に、「自由」が客観的性格を持つことがあることについては多様な議論があるところであるが、ここでは割愛する。また、戦後のドイツで、競争制限禁止法の法目的は、

「制度保護」(制度としての競争保護)か「個人保護」(競争の自由の保護)かの論争があったことについては、舟田・前注1 立教法学 28号3頁以下を参照。

20 例えば、以下のような興味深い問題提起がある。すなわち、競争減殺型の取引において、「拘束的な条件を付けて取引契約をするけれど、その契約当事者間では十分にペイされていて、対価が支払われている」ような場合にあっては、契約当事者間での私益侵害は生じていない。「競争減殺型のものにおける取引の悪性というものを、公序違反として問えるのか」という問題が」出てくる。座談会「特集・独占禁止法と民事法(上)」民商法雑誌124巻4=5号466頁以下(2001年)(森田修発言)。

民法の問題(「公序違反として問えるのか」という問題)は別として、独占禁止法上は、契約当事者間でペイされているかどうかをそのまま問題にすべきではない(「そのまま」と書いたのは、場合によっては考慮要素とすべき場合もあるからである)。例えば、再販が広範囲に厳格に行われれば、当事者間ではペイしていることが多いのであろうが、拘束を受ける販売業者の価格決定の自由は侵害され、さらに消費者の「取引の自由」も侵害されている。

損害賠償請求においても、独禁法違反行為による損害は、「差額説」でなく、「現実的損害説」によるとすれば、保護法益は、「公正かつ自由な競争によって形成された価格で商品を購入する利益」である(吉田克己「競争秩序と民法」厚谷記念『競争法の現代的諸相(上)』(信山社、2005年)31頁以下、42頁)。これは既に、以下のもので説かれていたことである。淡路剛久「独占禁止法違反損害賠償訴訟における損害論」経済法学会年報3号48頁(1982年)、舟田「消費者による石油価格カルテルの損害賠償請求」昭和60年度重要判例解説221頁以下(1986年)、同「カルテルと損害賠償請求(2)——鶴岡生協事件」独禁法判例・審決百選(第四版)248頁以下(1991年)等を参照。

21 今村成和『私的独占禁止法の研究(六)』(有斐閣、1993年)179頁、同『独占禁止法』(有斐閣、新版、1978年)146頁以下等を参照。

22 正田・前注10『全訂独占禁止法I』409頁以下を参照。以上について、簡単には根岸・舟田・前注2『独占禁止法概説』283頁以下を参照。

23 田中寿編・前注6『不公正な取引方法』89頁(これは報告書それ自体ではなく、公取の担当者による解説の部分である)。高橋・前注9公正取引626号4頁以下も同旨。

これと同様の説明は、公取委の文書で時折見られる。例えば、「大規模小売業者による納入業者との取引における特定の不公正な取引方法」の運用基準(平成17年6月29日公正取引委員会事務総長通達第9号)の「はじめに」1では、大規模小売業者による優越的地位の濫用行為によって、「納入業者は、取引における自由かつ自主的な判断をゆがめられるとともに、あらかじめ計算できない不利益を受け、他の納入業者との関係で競争上不利となり、一方、不当な行為による利益を享受する大規模小売業者は、他の小売業者との関係で競争上有利となるなど、納入業者間及び小売業者間の公正な競争が阻害される」とある。

また、流通ガイドライン第二部第5の1(1)では、小売業者による優越的地位の濫用行為につき、「優越的地位の濫用の規制は、このような行為によって小売業者間あるいは納入業者間等における公正な競争が阻害されるおそれがある場合に当該行為を排除しようとするものである」と述べる。

このように優越的地位の濫用を競争者との関係で説明し直すということは、おそらく故今村氏に由来するのであろうが、そこでは、「本号の趣旨を全面的に活かすために、この要件（「公正な競争を阻害するおそれ」---舟田）の方を歩み寄らせるとすれば」として、述べられているに過ぎない。この文章は、無理に競争との関係を強いて、こじつけて説明してみれば、というように読むべきものと思われる。今村・前注(20)『独占禁止法』148頁。この箇所は既に、『経済法・独占禁止法』（有斐閣，改訂版，1967年）129頁にもある。

²⁴ 横田・前注17公正取引565号17頁は、「例えば市場メカニズムが適正に機能するための前提とされているリスクの負担を他者に転嫁するような手段を用いることにより、競争者より有利な立場に立つ可能性があるのであれば、公正競争阻害性がある」とする。この前段も議論の余地があると思われるが、後段の、「競争者より有利な立場に立つ可能性があるのであれば」という部分は、より明確な判断基準を持つべきだという趣旨から出ているようであり、具体的な行為ごとにこのような判断が要請されるとしているように読める。

²⁵ 舟田・前注(1)立教法学28号31頁以下では、戦後のドイツ民法理論において、近代市民法を修正し、優越的地位にある者の力の不当な行使を抑制しようとする中で、2つの方向があったとした。すなわち、一方では、それらの法規制は、相手方たる経済的弱者の実質的自由の侵害に対してなされるものとする傾向（実質的自由志向）があり、他方では、相手方が本来享受すべき利益の侵害に対してなされるものとする傾向（個別的成果志向）がある。本稿の立場が、前者（実質的自由志向）に親近性を持つものであることはいうまでもない。

²⁶ やり直しの要請については、公取委「役務の委託取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の指針」（平成16年改定）4（1）を参照。