

「日本の取引慣行はどう変わるか？

-----『不公正な取引方法』を刊行して」

この度、ようやく論文集『不公正な取引方法』を刊行することができました。「ようやく」というのは、出版の話が持ち上がったのが、もう10年以上前のことだからです。

不公正な取引方法は、独占禁止法の中で、私的独占・企業結合規制、不当な取引制限（＝カルテル規制）と並ぶ重要な規制ですが、これに含まれる行為類型が多種多様であることもあり、その理論的な性格付けや具体的な解釈論について、多くの議論が続いているところです。

本書に収録した論文の中で、最も初期のものは1980年に公表した「流通系列化と独禁法上の規制」（8章）であり、最も新しいものは2006年の「競争対抗料金」と「優越的地位の濫用の再検討」（15章、17章）です。この間、不公正な取引方法に関する規定（独禁法2条9項、19条）はほとんど変わっていないのですが（昨年、課徴金の関連で改正がありました、実体法としての内容に変化はありません）、規制対象の取引実態はいうまでもなく多様な変化がありました。そこで、各章の冒頭に、「前書き」を付け、各章の概要、書かれた背景や今日的意義などについて簡単に述べました。これによって、いわゆる「系列」が主テーマであった70年代から、バブル期を経て、今日までの不公正な取引方法に関する規制や問題とされた取引実態の変化を簡単にトレースすることができたと思っています。

日本の取引慣行---バブル期まで

80年代終わり頃、多くの議論を巻き起こした日米経済構造協議では、「日本の取引慣行」の評価・是正が大きなテーマでした。そこでは、特定の企業間で互いの信頼を基礎に曖昧な取引条件のままで、継続的・固定的な取引関係が結ばれ、閉鎖的・排他的な性格を持つことが問題とされ、広範囲に賛否両論が巻き起こりました。前記日米協議の最終報告書を受けて、公正取引委員会は1991年に、「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」を公表し、「消費者の利益が一層確保され、我が国の市場が国際的により開放的になるようなものへと変化していくことが求められている」としています。

諸々の取引慣行（trade practices. 商慣行とも呼ばれる）のうち、独占禁止法・下請法の関連では、流通系列化に伴うメーカー・販売業者間の取引関係、あるいは製造業における下請関係などで、契約書なしで、曖昧な取引条件の下、大企業が中小企業に不当に不利な取引条件を押し付けることが問題にされてきました。具体的には、上記の取引条件の不透明さのほか、再販売価格維持行為・希望小売価格や卸価格についての「建値」制度、専売店・専属下請などの排他条件付取引、テリトリー制・販売方法の指定などの拘束条件付取引、抱き合わせ販売、互惠取引（相互取引）、多種多様なリベート、押付販売、協賛金の強要、さらには接待・饗応による取引関係の維持など多種多様です。

もちろん、これらは民法の問題にもなり得ますが、取引当事者間で訴訟になるときは、既に取り扱関係は破綻していることが多く、したがって民法上は継続的取引関係の解消が大きな問題となり、数多くの判決とそれについての研究も生まれたことは周知のとおりです。

本書第2部(8章から13章)の諸論考は、1980年から90年にかけて書いたもので、主として日本の取引慣行に関する独占禁止法上の問題を扱っています。さらに第12章では、上記のような取引慣行だけでなく、日本の企業システム全体にまで視野を広げて考えてみようとなりました。取引慣行は、それ自体で生成したものではなく、企業システム(例えば、経営者の選抜システム・経営責任、労働者の労働環境など)と深い関係を持ちながらできあがったものだと思ったからです。

日本の取引慣行--- バブル以降

それから20年経った今、取引慣行はどう変化したのでしょうか。本書9章などの前書きに述べたことですが、上記の諸慣行の多くが産業によっては今も根強く残っていると思われる。ただし、いわゆる「価格破壊」の傾向が続いていること、メーカーと販売業者の関係において大規模小売業者の取引上の力が極めて強力になったことなど、明白な変化が見られることにも留意しなければならないでしょう。

現在特に注視しなければならない取引慣行としては、まず不当廉売・差別対価が挙げられます。これについては、古くからのガソリンや酒類、薬などの事例のほか、近年の国内旅客航空サービスの事例などで「競争対抗料金」が大きな問題となりました(15章参照)。また、以前から問題とされてきた押付販売、派遣店員、協賛金などの優越的地位の濫用に関する諸慣行は、今でも大きな問題であり、近年も違反事件が続いており、公取委の運用指針の改定なども行われています(16章・17章参照)。

前者(不当廉売・差別対価)は、日本に限られず、諸外国でも大きな問題として議論されてきました。しかし、例えばドイツでは、原価割れ販売は正当な取引慣行として認められていないのに対し、日本では、採算を度外視した低価格という宣伝文句が用いられることさえあり、買い手側からも懸命に商売しようとしていると積極的に評価されることもあるようです。また、諸外国で不当廉売が独占禁止法上の問題になるのは、大企業による市場支配力の形成・行使として違法だという場合ですが、日本では中小企業による原価割れ販売も多く見られるということも、「日本的」取引慣行といえそうです。(公取委年次報告によれば、平成20年度における不当廉売の注意件数は、酒類、石油製品(ガソリン等)、家電などで合計3,654件にのぼっています。ただし、「注意」は正式な事実認定をしていないものですから、これほど多くの不当廉売が実際にあるわけではありません)

後者(優越的地位の濫用)については、私は1980年にドイツで購買力の濫用に関し、連邦鉄道・連邦郵便や大規模小売業者の取引の実態や、競争制限禁止法の改正問題などについての調査研究を行ったことがあります。当時、OECDからも購買力の濫用を規制すべきだというレポートが出たこともあり、この問題も日本に特有のことではないようです。たしかに、ほとんどの場合、買い手は売り手に対し強い立場にあり、例えば、多くの大企業で

は購買部局担当者の腐敗（饗応や物品の贈答を受けるなど）に警戒した仕組み、例えば担当者の交代制度などを工夫しているようです。

わが国の優越的地位濫用の規制は、この購買力だけでなく、供給する側の濫用も対象にしており、例えば近年、コンビニなどのフランチャイズ・システムにおける本部企業と店舗の間の取引関係が、独占禁止法上の問題としてクローズアップされています。これに関しては、本書では、スーパーやコンビニを中心として80年代に新しく起こった流通の情報化、物流革命と独占禁止法上の関係を取り上げています（9章）。

70年代の後半から80年代を通して、私は実に多くの研究会や現地見学等において取引現場の方々や経営・流通経済論の識者等に実態についてお話しをうかがい、それと法的な議論を結びつけるという作業をして本書収録の論文を書いてきました。90年代になると、それ以前からかかわってきた電気通信・放送・エネルギーなどの公益事業分野の研究に重心を移して、『情報通信と法制度』（有斐閣、1995年）、（編著）『公益事業の多角経営と法規制』（第一法規、1995年）、長谷部恭男氏と共編で『放送制度の現代的展開』（有斐閣、2001年）などを公刊しました。これと平行して、不公正な取引方法に関する研究も続けており（本書14章以降）、最近では、放送産業における放送局と番組プロダクションの間の下請関係についてガイドライン作り等にかかわり、これらについてもいずれ考えをまとめたいと思っています。

力の濫用～セクハラ？

ところで、これらの不当ないし違法な取引慣行が規制される法理論的な根拠は何でしょうか？独占禁止法上、違法とされている上記の諸慣行の多くは、米国の反トラスト法において定められた行為類型であり、そのほか、優越的地位の濫用など日本の取引実態から規定された行為類型もあります。それらは、個別の取引実態についてのその時々の方針的評価ないし立法論に基づいて、いわば経験的に違法とすべきものとして規定されたものですが、それらを公正な競争秩序に反するとする理論的な根拠につき、現在の通説は、競争の減殺、競争手段としての不公正さ、競争基盤の侵害という3つの要素に整理しています（本書第16章などでは「3条件説」と呼んでいます）。

しかし、これはそれ以前の多数説と少数説を単に合体させたにとどまっていて、これら3要素の間をどう理解するのかなど不明確な点があり、私は従来から、これらに共通する反競争性を「力の濫用」として理解する考え方を提唱しています（「濫用説」）。その概要は、本書の「はじめに」でかなり詳しく述べていますので、ここではその具体的事例を挙げてみます。

力の濫用は、まず民法上の権利濫用と区別されます。権利の濫用が所有権や契約上の権利の行使がなされ、それが相手方の利益を不当に侵害するなど種々の要素を利益衡量して、当該行為を法律上認めることが妥当でないと判断されることをいうのに対し、力の濫用は、権利の濫用を含みますが、それに限られず、取引の相手方または競争者に対する事実上の力の不当な行使を指します（「はじめに」四（2）、5章三2等を参照）。

取引の相手方に対する濫用の方が分かりやすいので、その事例を挙げると、私にとって一番印象深い事件は三越事件(昭和 57 年)で、ここでは三越が納入業者に対し、三越の販売する商品の購入を強く要請し(押し付け販売)、協賛金を要求したことが優越的地位の濫用に当たるとされました。

取引関係において、両当事者が全く同等の力関係にあることもありますが、多くは一方が他方に対し、取引上優越的な立場にあります。優越的地位にある者が不当な不利益を取引の相手方に強要する場合、相手方はその取引の継続を望む以上これを断ることはできません。当時の(あるいは今でも?)大規模小売業者と取引する納入業者にとって、多くの大規模小売業者が同様の押し付け販売や協賛金を強要するのですから、逃げ道はないも同然です。

しかも、同様の取引慣行は個人のレベルでも行われ、例えば、百貨店と取引する納入業者の担当社員は、その百貨店の販売するプライベート・ブランドのスーツを着ていかないと嫌みを言われるなど、取引相手方の販売する商品やサービスを個人的にも購入するように心理的圧迫を受けることも少なくないと聞きます。

「対価型」のセクハラやパワハラなどと呼ばれている行為も、相手方に対する何らかの優越的地位に基づく場合が一番強力に作用することはいうまでもありません。これについても「そんな行為は断固拒否すればいい」などと被害者を安易に批判する議論がありますが、これは両当事者の関係の実態についての無理解に基づくものといえましょう。

不公正な取引方法の本質を「力の濫用」規制として捉えるためには、上述のような具体的事例等から得られる実態認識を踏まえつつ、近代市民法から現代の競争秩序を形成・保護する法に至る歴史的文脈の中で考えることが必要です。本書では、市場における力は、経済学が対象とする市場支配力だけでなく、相対的な市場力もあるということ、また、独占禁止法は市場支配力・相対的な市場力の「存在」ではなく、一定の「行使」を違法とするのだという基本に立ち返って考えてみたつもりです。