

第 18 章「優越的地位の濫用の再検討」

* 公正取引 674 号 10 頁以下（2006 年 12 月）掲載。前の第 17 章の前書きに書いたように、これは第 17 章の続編という性格を持っている。これら 2 章については、かなりの加筆を施した。

内容としては、前章の続きで一般論を敷衍したほか、具体的な濫用の類型である下請代金の不当値引き、従業員等の派遣、押し付け販売や協賛金要請を取り上げ、従来あまり議論されていないことにつき、一定の理論的把握ないし解釈論を提示したつもりである。

一. 前稿の要約

前稿「公正競争阻害性の再検討---優越的地位の濫用を中心に」（本誌 671 号 49 頁以下。本書、第 17 章収録）では、優越的地位の濫用について十分に触れることができなかった。今回幸いに続編を掲載する機会を与えられたので、優越的地位の濫用についての解釈論・事実認定論を前稿に基づいて展開してみよう。

まず前稿で述べたことの要約を以下に箇条書きで示す。

(i) 不公正な取引方法における公正競争阻害性については、近年は、①「競争の減殺」、②「競争手段の不公正さ」、③「競争基盤の侵害」を挙げる説が通説となっている（以下、「三条件説」）。

しかし、これらを統一的に把握しようとするれば、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（「濫用説」）。

(ii) この濫用説の特徴は、問題となる行為が公正競争阻害性を有するか否かの判断の際に、行為を行う主体に即して見るのではなく、行為が向けられた者の取引の自由が侵害されたか否かを基本とすることにある。

(iii) この取引の自由は本質的に理論的概念であって¹、しかもこの自由は国家に対するという意味での形式的自由ではなく実質的自由を指すから、これを直接的に解釈論のレベルで用いることができない場合も多い。

他方で、前記の三条件説が挙げる 3 つの要素は、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または判断の視点という点で、ある程度有益・有効である。

(iv) 不公正な取引方法によって保護される取引の自由は、「公正な競争」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。

(v) 優越的地位の濫用の理論的把握のレベルにおいては、取引の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って、金銭的に評価される意味のそれではない（この点で、民法上の「給付の不均衡」²とは異なる）。

したがって、濫用に当たるか否かの判断の際に、行為者または取引の相手方の競争上の利益・不利益という観点が入る余地はない。

また解釈上も、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、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、ということだけを見るべきではない。

二. 「不利益」 --- 具体例に則して

1. 下請代金の不当値引き

上述の(v)の「不利益」について、本書第17章四.2.において簡単に触れたが、以下では具体例に則して検討する。

下請代金の不当値引きについては、事前の取引条件と異なる取引条件を押し付けられ、値引きを了承せざるを得なかった場合は、下請法4条1項3号(「下請事業者の責に帰すべき理由がないのに、下請代金の額を減ずること」)に当たるという解釈・運用が行われている³。これは一般指定14項3号(「相手方に不利益となるように取引条件を設定し、又は変更すること」)の解釈としても妥当すると解される。

この理を分説すれば、第一に、事後の代金変更も1種の合意であるが、これは認めないということである。

民法ないし契約法上は、下請事業者は後の契約条件変更を了承し、合意が成立しているのであるから、当該変更後の取引条件も有効と解される余地があるのかもしれない。

しかし、下請事業者にとってみれば、例えば、既に当該下請事業のために原材料を購入し、あるいは設備投資をし、更には既に商品の製造を行った後に契約条件変更を申し入れられたのであるから、断ることが困難な状況にあることが通常であり(いわゆる「ホールド・アップ」の状況)、まさに下請代金の値引きは強要されたのであって、通常の対等な取引ではあり得ないことである。

第二に、仮に変更後の値引きされた価格が、客観的に見て市場価格に合致するなどによって妥当なものであると認められる場合であっても、当該値引きは濫用に当たる(実際には、値引き後の代金が市場価格から見て妥当ということはほとんどないであろう)。

すなわち、値引きされた下請代金を金銭的に評価して取引の相手方に不利益を課している場合は、一般指定14項3号における「不利益」要件を満たすと解すべきことはいうまでもない。しかし、それが仮に市場価格等によって客観的に見て、金銭的に評価して利益が均衡している場合であっても、当該行為を受ける取引の相手方にとっては、下請代金の値引き要請を受け入れるか否かについて自主的な判断をすることは実際上不可能であり、対等な当事者間では拒否したであろう取引条件の一方的変更を強いられたということ自体が「不利益」であると解すべきである。

2. 従業員等の派遣 --- 納入業者にとっての「利益」・「不利益」

(1) 不利益かどうかの判断がつきにくいことにつき、より深刻な事例として、大規模小売業者が納入業者に従業員等を派遣させることが納入業者にとって「利益」になる場合は違反にならないか、という問題を挙げることができる。

その前提として、従業員等の派遣に関する「利益」についての検討は、直接には後述の大規模小売業者特殊指定7項1号の「納入業者の直接の利益」に関わる部分もある。しかし、特殊指定の個別的な解釈の基礎にあるべき「優越的地位の濫用」についての理論的把握というレベルにおいては、まず従業員等の派遣を一般指定に当てはめるとどうなるかを考えることが有益であろう。

その場合、従業員等の派遣に対しては、まずは一般指定 14 項 2 号が適用されることになる。しかし、この 14 項の各号の関係は、同項 3 号・4 号が、その前に置かれている 1 号・2 号を内容上含む、「一般条項」としての性格を有していると捉えられるから、この問題も 3 号・4 号における「不利益」の解釈に引き直して考えることができるのである。

具体的には、従業員等の派遣が「濫用」に当たるか否かは、一般指定 14 項 3 号の、「相手方に不利益となるように取引条件を設定し、又は変更すること」のうち、特に「不利益」になるかにかかっていると見えよう。特殊指定は、これをより具体的に見て後記のように複数の要件を定めているが、その基礎は一般指定 14 項 3 号にあると考えられる。

(2) ドン・キホーテ事件の審判開始決定（平成 17 年 4 月 1 日）は、「被審人は、負担額及びその算出根拠、使途等について、あらかじめ納入業者との間で明確にしていなかったにもかかわらず」、協賛金を要請し、また、「あらかじめ納入業者との間でその従業員等を派遣する条件について具体的に合意することなく」、従業員等派遣を要請したと述べる⁴。

問題は、これらの事実認定がどのような解釈に基づいて、また具体的にどのようなようになされたかである。

本審判開始決定では、法の適用において、以下のように述べられている。

「百貨店特殊指定の第 6 項ただし書に規定する場合に該当しないにもかかわらず自己の販売業務のためにその従業員等を派遣させて使用しているものであり、これは、百貨店特殊指定の第 6 項に該当」する⁵。

「納入業者に対し、自社の棚卸し、棚替え等のためにその従業員等を派遣させて役務を提供させており、また、自己のために金銭を提供させていたものであり」、一般指定第 14 項第 2 号に該当する。

ここで挙げられている百貨店特殊指定 6 項は、以下のように規定していた。

百貨店業者が、自己の販売業務のために、納入業者にその従業員等を派遣させて使用し、または自己が直接雇用する従業員等の人件費を納入業者に負担させること。ただし、納入業者の納入に係る商品について、通常百貨店業者の従業員のもっていない販売に関する特殊な技術または能力を有する従業員等を派遣させてその商品の販売業務に従事させることが、当該納入業者の直接の利益となる場合を含まないものとする。

この百貨店特殊指定は、平成 17 年、「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」（略称、「大規模小売業者特殊指定」）に改定されている（同年 11 月 1 日施行。したがって、これ以前に行われた行為には適用されず、従前の百貨店特殊指定が適用されることになる）。

この大規模小売業者特殊指定 7 項は、「次の各号のいずれかに該当する場合を除き、自己等の業務に従事させるため、納入業者にその従業員等を派遣させ、又はこれに代えて自己等が雇用する従業員等の人件費を納入業者に負担させること」を不当とした上で、そのただし書きで以下のように、従業員等の派遣が違法とならない場合につき定めている。

一 あらかじめ納入業者の同意を得て、その従業員等を当該納入業者の納入に係る商

品の販売業務（その従業員等が大規模小売業者の店舗に常駐している場合にあつては、当該商品の販売業務及び棚卸業務）のみに従事させる場合（その従業員等が有する販売に関する技術又は能力が当該業務に有効に活用されることにより、当該納入業者の直接の利益となる場合に限る。）

二 派遣を受ける従業員等の業務内容、労働時間、派遣期間等の派遣の条件についてあらかじめ納入業者と合意し、かつ、その従業員等の派遣のために通常必要な費用を大規模小売業者が負担する場合

（3）本指定 7 項ただし書きが明示する例外許容については、本改定の際の意見でも、「より要件を厳格にするなどして、限定的にすべきではないか」、「合意があることが違反行為の抜け道とならないよう、合意の事情、背景、経緯などを十分検証」すべきである、などがあつたということである⁶。これらの意見は、優越的地位の濫用の本質を的確に言い当てていると考えられる。これを踏まえ、本指定 7 項の 1 号・2 号について簡単に検討する。

従業員等派遣の例外許容の要件は、本 7 項ただし書き 1 号については以下のように整理することができる。

- (1) あらかじめ納入業者の同意を得ていること
- (2) 当該納入業者の納入に係る商品の販売業務のみに従事させること
- (3) その従業員等が有する販売に関する技術又は能力が当該業務に有効に活用されることにより、当該納入業者の直接の利益となること

また、同ただし書き 2 号については以下の通り。

- (1) あらかじめ納入業者の同意を得ていること、
- (2) その従業員等の派遣のために通常必要な費用を大規模小売業者が負担する場合

これら 2 つの場合のいずれかに該当する場合は、派遣従業員等派遣の要請は不公正な取引方法には当たらないとされている。百貨店特殊指定 6 項は、上記 1 号(3)に当たる場合だけを例外許容としていたのに対し、大規模小売業者特殊指定 7 項は、「同意」を要件とし、さらに上記 1 号(2)と 2 号を追加して、より厳しい規制をかけたと理解される。

なお、本特殊指定 7 項においては、納入業者の「同意」(1 号)、納入業者との「合意」が明示されているについて、前記ドン・キホーテ事件の審判開始決定の「法の適用」においては、「同意」または「合意」についての記述はないが、「事実」の欄では、「あらかじめ納入業者との間でその従業員等を派遣する条件について具体的に合意することなく」と述べられている。

ここから、改定された大規模小売業者特殊指定 7 項ただし書きを実際上の運用において踏まえたと解することも可能であり、あるいは逆に、その法の適用には単に百貨店特殊指定第 6 項に該当としているだけであるから、「同意」・「合意」の有無は問題にしていなくても読める⁷。

（4）大規模小売業者特殊指定 7 項ただし書きの 1 号(3)には、ここで問題としている「利益」（裏から言えば、納入業者の「不利益」にならないこと）が要件として顔を出しているように見えるし、2 号(2)にも、従業員等の派遣のために納入業者が「不利益」を受けることがないことを要件としているようにも見える。

しかし、ここでも、裸の(限定のない)利益、金銭的評価される利益がそのまま「濫用」の有無と結びつけられている訳ではない。

第一に、納入業者の「利益」になっても、他の要件、1号の(1)と(2)、2号の(2)を満たさなければ違法となるとされていることが重要である。ここにも、優越的地位の濫用とは、取引の相手方に対し、単に不利益を課すことをいうのではなく、従業員を派遣するか否かについての取引の相手方の「取引の自由」を不当に侵害することである、という本稿の理解に合致する考え方が表されている。

特に、1号(2)にあるように、単に「当該納入業者の直接の利益となる」ということではなく、その前にある「その従業員等が有する販売に関する技術又は能力が当該業務に有効に活用されることにより」という限定が重要である。

納入業者は、当該派遣要請に直接つながる事由だけから、要請に応じることが自己の利益になるか否かを判断すべきであって、それは具体的には派遣がその従業員等の「技術又は能力が当該業務に有効に活用される」ことが売上増に結びつくか否かという判断になるはずである。それ以外に、派遣要請に応じておけば、別の面で利益をもたらさだろうなどという間接的利益もあり得るであろうが、それはここにいう「利益」には当たらない⁸。

第二に、納入業者の「利益」になるか否かは、納入業者の同意が実質的なものであることの1つの徴表であると見るべきであって(利益があるのだから同意したのであるという推測)、それ自体が従業員等派遣の例外許容の根拠になるものではない。

優越的地位の濫用は、取引の相手方に利益になるから許されるというものではなく、相手方の自由な経営判断を押さえつけて、行為者の判断を強要する点に悪性があると考えられるからである。

この点は重要であるので、繰り返し指摘しておく。本指定1号(1)の「納入業者の同意」とは、前記意見にあるように、「合意の事情、背景、経緯などを十分検証」し、当該納入業者が実質的には大規模小売業者による強い要請、強制に屈して合意したということではない、ということが認められる場合を指す、と解すべきである。優越的地位にある大規模小売業者は、その地位を背景に納入業者に同意を迫ることが容易であるので、実質的な意味での「同意」であることを示す必要があると考えられる。

さらに、同意は「あらかじめ」でなければならず、事後に変更をしても「同意」とは認められない。

同意や合意は、それ自体が従業員等の派遣を正当化する事由であるというよりは、第一に、大規模小売業者と納入業者を対等の取引の相手方として真摯に交渉しているか、ということを見て、納入業者の取引の自由を不当に侵害していないかという観点から正当化事由となっていると理解される。

また第二に、同意等は、大規模小売業者と納入業者の間で、その他の事由(「当該納入業者の直接の利益となる」か否か、「通常必要な費用を大規模小売業者が負担する」か否か等)に関し実質的な交渉が行われるという過程が合理的に認められるかについての徴表という意味合いがあると考えられる。

(5) 従業員等の派遣は、一方では、アパレル業界などに広く見られるように、

納入業者（特に製造卸を営む事業者）の販売促進等の経営戦略を小売段階に浸透させることができるという判断から、納入業者側から積極的に持ちかけて大規模小売事業者が受け入れるというケースもあり、これを全面的に禁止する理由はない。

他方で、従業員等派遣は大規模小売業者のコスト削減という観点から恣意的に行われることも多い。これら両者を適正に区別するために、本改定による大規模小売業者特殊指定 7 項の規定振りは、上述のような解釈が採られる限りで妥当なものといえる。

三. 「優越的地位」と「濫用」の関係

(1) 優越的地位の濫用規制に対しては、ある行為が濫用に当たるか否かの判断に際し、優越的地位にある者しかなし得ない行為だから濫用に当たる、という理由付けをすると、「優越的地位」と「濫用」の関係はトートロジー（同義反復）、循環論法ではないか、という批判が三越事件の頃からなされてきた⁹。

一般指定 14 項において、「濫用」（＝不当利用）は、特定の行為要件を満たす行為であって、かつ公正競争阻害性があると認められる行為を指す¹⁰。この意味での「濫用」は、法文上は明白に優越的地位とは別個の要件である。したがって、上の批判は、公正競争阻害性に関する事実認定の仕方にかかわる問題である。

優越的地位の濫用に関する公正競争阻害性は、前述の三条件説と濫用説のいずれによっても、具体的な解釈・事実認定の次元では、一般的には、優越的地位がなければ行われなかったであろう行為か否か、あるいは「対等な当事者間において通常付せられるであろう条件との比較を中心として判断される」という他はない¹¹。

したがって、優越的地位と濫用（＝公正競争阻害性を有する行為）は関連して判断されることにならざるを得ないのである。そして、実際に優越的地位の濫用を認定したこれまでの裁判例も、「優越的地位と濫用を全体として一体的に認定している」とみることができるのである¹²。

(2) 翻って考えれば、優越的地位は、取引の相手方に対する相対的優越性で足りると解されており、この意味での優越的地位は現実の取引関係で広範に見られることである。

取引上の優越的地位は、濫用行為を受けることを拒否すると、取引の継続を拒否され、企業経営が著しく困難になる場合に明確に現れるであろう。しかし、これを優越的地位の判断基準とするのは狭きに失する¹³。この場合を優越的地位あることと解することは、そこに既に濫用についての判断の一部が組み込まれているのである（前述（1）で見たように、これが間違いということではない）。

要するに、濫用と区別される優越的地位は取引の相手方に対する相対的優越性として広く解しておき、あとは濫用か否かの判断に委ねるとするのが妥当であるように思われる。

優越的地位につき、これ以上に、当該行為を断ると取引の継続を拒否され、企業経営が著しく困難になるか否か、または「取引先の転換可能性」¹⁴が低いか否かということまで立証すべきであるとする必要はない。

そもそも、そのような立証を厳密に行うことが現実に可能か疑問であるし、優越的地位は、あるかないかの二者択一ではなく、いわば程度の問題であること、また、具体的に行われた行為との関連で見る必要があることに留意すべきであろう。

四. 「濫用」の解釈と立証方法

1. 押し付け販売---本質的に抑圧的・恣意的な濫用行為

問題となる行為が「濫用」に当たるか否かについての具体的な解釈・事実認定に当たっては、以下のような接近方法による精緻化も可能であるように思われる¹⁵。

例えば、押し付け販売や恣意的な協賛金の要請のように¹⁶、特定のタイプの行為は、本質的に抑圧的、恣意的な力の濫用であると評価できるから、それらは優越的地位を前提にしてはじめて可能な行為であると「事実上の推定」をすることができると考えられる。すなわち、これら特定のタイプの行為が行われたことを立証すれば、それに関する優越的地位と公正競争阻害性とがいわば同時に事実上推定される、とすることが可能であると思われる。

これへの反証については、大規模小売業者特殊指定 6 項、およびその運用基準¹⁷にあるように、押し付け販売等をする必要があるという具体的な事実を示すことで行われるべきであると解される。

大規模小売業者特殊指定 6 項（押し付け販売等）

6 大規模小売業者が、正当な理由がある場合を除き、納入業者に自己の指定する商品を購入させ、又は役務を利用させること。

運用基準 第2の6

(2)ア「正当な理由がある場合」の例としては、大規模小売業者が納入業者に対してプライベート・ブランド商品の製造を委託する際に、当該商品の内容を均質にするなど合理的な必要性から、納入業者に対して当該商品の原材料を購入させるような場合が挙げられる。

ここでは、「当該商品の内容を均質にする」などの客観的な合理性・必要性が問題になるので、反証すべき事柄は明白である。

2. 協賛金---合理的な範囲を超えるか否か

(1) これに対し、協賛金については、実態として多様な形態があるようであり、慎重に考えなければならない。

大規模小売業者特殊指定 8 項（不当な経済上の利益の収受等）は、以下のように規定する。

8 前項に規定するもののほか、大規模小売業者が、自己等のために、納入業者に本来当該納入業者が提供する必要のない金銭、役務その他の経済上の利益を提供させ、又は当該納入業者が得る利益等を勘案して合理的であると認められる範囲を超えて金銭、役務その他の経済上の利益を提供させること。

また、これに対応する運用基準（第2の8）では、以下のような記述がある。

ウ また、本項の「納入業者が得る利益等を勘案して合理的であると認められる範囲を超えて」提供させる「金銭、役務その他の経済上の利益」とは、具体的には、例えば、納入業者の商品の販売促進に一定程度つながるような協賛金や多頻度小口配送（配送の小口化とそれに伴う配送回数の増加）、納入業者のコスト削減に寄与するような物流センターの使用料等であっても、納入業者が得る利益等を勘案して合理的であると認められる範囲を超えていれば、これに該当する。

「納入業者が得る利益等を勘案して」の「等」には、大規模小売業者が金銭等を提供させる目的や金銭等の内容（協賛金や物流センターの使用料であればその額、多頻度小口配送であれば配送の頻度）及びその算出根拠、納入業者との協議の状況等が含まれる。例えば、広告協賛金のように、広告に納入業者の納入する商品を掲載するため、広告を作成・配布する費用の一部を求めることは、納入業者にとってもその広告により自己の納入する商品の販売促進にもつながることから、直接の利益があるといえる。しかしながら、その広告に係る費用を超えて納入業者に金銭の負担を求めることになる場合には、合理的であると認められる範囲を超えた金銭の負担となる。

上の特殊指定 8 項によれば、協賛金は、A. 「納入業者に本来当該納入業者が提供する必要のない金銭、役務その他の経済上の利益を提供させ」るタイプと、B. それ以外、に分かれる。前者はそれ自体違法であり、後者については、それに応じることによって「納入業者が得る利益等」が合理的な範囲で認められるかどうか判断されることとなっている。

ここでも出発点は、前述の「不利益」についての考え方であり、仮に納入業者にとって不利益にはならないとしても、協賛金を強制すること自体が、納入業者の自由な経営判断を妨げるのであって濫用に当たる、ということである。

(2) これが解釈論としてそのまま妥当するのが、前記 A のいわば本質的に抑圧的・威圧的なタイプに属する協賛金である。この点につき、運用基準（第 2 の 8 (2)イ)は、以下のように述べている。

本項の『本来当該納入業者が提供する必要のない金銭』とは、具体的には、自己の利益を確保するために用いる決算対策協賛金等の協賛金や、納入業者の商品の販売促進に直接寄与しない催事、売場の改装、広告等のための協賛金等をいい、納入業者の商品が含まれていない催事や広告のための協賛金、納入業者の商品が置かれている売場とは関係ない場所での売場の改装のための協賛金等がこれに該当する。

これらの協賛金は、要するに「納入業者の商品の販売促進に直接寄与しない」タイプのものであり、それにもかかわらず大規模小売業者が納入業者に協賛金を要請するという自体に不当性を認めることができよう。

(3) これに対し、前記 B のタイプの協賛金については、例えば、物流センター、売場の全面改装などは、すべての納入業者の協力が必要であり、かつ納入業者にとっても商品の販売促進に直接寄与する可能性のある事柄であるから、その使用料や費用を負担することにも客観的に合理的な理由がある場合もあることは否定できない。大規模小売事業には、当該店舗を利用する納入業者との共同事業という側面があることも否定できないからである。

したがって、この B タイプの協賛金については、納入業者にとっての利益の有無ないし程度、算定の合理性などを考慮し、かつ、それに関する実質的な説

明と交渉、合意に至る過程などを見て、濫用には当たらないと解する余地がある。すなわち、これらの協賛金は、納入業者との共同事業にとって必要であるとされる場合で、かつその実質的な意味での合意の下でなされるのであれば、それは不当な強制ではないと解される。ここでも、前述の派遣従業員等についての限界と同様の考え方が妥当するのである。

したがって、これらの場合には、当該協賛金が合理的な算定方法によって要請されていること、かつ、納入業者に対し、協賛金に見合う利益を具体的に算定した形で約束したなどの交渉の中での諸事実があるということを反証として提出することが許されると考えられる。

(4) このように、協賛金を前記 A と B の両タイプに分けて考えるとしても、両者の境界線上には多様な形態があるようである。

例えば、広告協賛金について、ある納入業者は、当該納入先の大規模小売事業者の広告とは別個に、独自の広告戦略をとることにした場合、それを理由に広告協賛金要請を拒否することは当然のことであって、小売事業者が納入業者にもそれ相応の利益があるはずだからという理由で広告協賛金を強制することは濫用に当たるようにも思われる。

しかし、前記運用基準(第2の8(2)ウ)は、以下のように、合理的な範囲での広告協賛金の要請を違法ではないとするが、納入業者独自の広告戦略という観点がない点で疑問もある。

「例えば、広告協賛金のように、広告に納入業者の納入する商品を掲載するため、広告を作成・配布する費用の一部を求めることは、納入業者にとってもその広告により自己の納入する商品の販売促進にもつながることから、直接の利益があるといえる。しかしながら、その広告に係る費用を超えて納入業者に金銭の負担を求めることになる場合には、合理的であると認められる範囲を超えた金銭の負担となる。」

さきに、大規模小売事業者の店舗運営には、納入業者と大規模小売事業者の共同事業という側面があると述べた。上の疑問は、店舗改装や催事に比べ、広告は共同事業性が弱いのではないかという実態認識に基づくものであるが、これは催事と広告の関連性など具体的な事情によって異なるのかもしれない。

さらに、より緩い解釈として、大規模小売事業者が各種のイベントを企画し、そのための協賛金を要請する場合、当該イベントで当該納入業者には、過去の実績からそれに関連した売上増が見込まれることが合理的に推測される場合、また特別の販促スペースや広告で目立つ地位を与えるなどの利益がある場合には違法ではない、という立場も考えられよう¹⁸。

さきには、創業何周年などの名目をこじつけたイベントのための協賛金などは本質的に抑圧的であり、前記タイプ A に属すると述べたが、歳末大売り出しなど、各種イベントには前記タイプ B に属するとしてもいいようなものもあるかもしれない。しかし、これらの場合に、大規模小売事業者側の恣意性を排除した、客観的な算定基準があり得るかどうか、やや疑問が残るところである。

(5) 以上検討してきたように、第一に、特定のタイプの行為は本質的に抑圧的・威圧的であるとして、それに当たる行為が行われたことから、優越的地位と濫用をともに「事実上の推定」をすることができると考えられる。

このタイプに当たる行為として、上では押し付け販売と協賛金のタイプ A を具体例として取り上げたが、それ以外に、代金の不当減額や支払遅延なども挙げることができると考えられる。これらの行為は、下請事業者に全くの責任のない場合のことであり、もっぱら親事業者の一方的な都合（コストダウンなど）による不利益の押し付けであるからである。

これに対し、第二に、物流センターの費用負担や、売場の全面改装などタイプ B の協賛金のような行為は、「納入業者が得る利益等」が合理的な範囲で認められるかどうかの判断にかかっていると考えられる。もちろん、この場合も、同意・合意等が実質的なものであるかも考慮されるべきである。

この B タイプの協賛金等と類似する行為類型として、不当返品についても、不当性の判断にはやや微妙な考慮が要請されるように思われる。返品は、アパレル商品などの（製造卸）納入業者が自己のブランドの信用維持のために大規模小売業者に返品を要求することもあると言われており、取引の実態について個別の事情を判断しなければならないとも考えられる。

ここではこれ以上の詳論は避けるが、今後、どのようなタイプの行為について、前述のような「事実上の推定」をすることができるかについての、より具体的な細かい類型化とその評価、また、その反証はどのように行われるかなどについての検討が行われるべきであろう。

五. 行為の（影響の）広がり

（1）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、優越的地位の濫用における「不当性については、個別ケースごとに、行為者が属する業種とそこにおける取引の慣行及び態様、問題となる不利益の程度、行為の広がり等を考慮して判断する」と述べる。

この最後に挙げられた「行為の広がり」とは、当該行為者が広い範囲で事業展開していること、さらに関連する市場において最有力な事業者であることを意味しているようでもある。例えば、ドン・キホーテ事件では、小売店舗を101店舗展開し、「我が国の総合ディスカウントストア業者の中で最大手の業者である」という記載がある。これらはドン・キホーテ事件に限られず、ほとんどの大規模小売事業者の一般指定14項または大規模小売事業特殊指定違反事件において、同様の事実認定がなされているところである¹⁹。

流通・取引慣行ガイドライン第二部第5の2によれば、優越的地位にあるか否かにつき、「その判断に当たっては、当該小売業者に対する取引依存度、当該小売業者の市場における地位、販売先の変更可能性、商品の需給関係等を総合的に考慮する」とされ、特に、「当該小売業者の市場における地位」が挙げられていることが注目される。

しかし、ここにおける「当該小売業者の市場における地位」は、当該小売業者が優越的地位にあるか否かを判断する1つの材料として挙げられているのであって、それ自体が必要条件とされているわけではなく、「総合的に考慮する」際の1つの判断材料であるに過ぎない。

前掲の諸審決における当該行為者が有力な事業者であることの指摘は、「優越的地位」の認定に結びつく要素としてなされていると見るのが自然であろう。

ここでの「行為の広がり」は、濫用か否かについて説かれているから、問題となっている行為それ自体に則して考えられていると受け取るべきであろう。

(2) そのように考えた場合、「行為の広がり」は、具体的には、第一に、当該行為が多数の納入業者に対して行われたものであることを意味しているように見える。例えば、ドン・キホーテ事件＝同意審決でも、「納入業者に少なくとも延べ約3,600人の従業員等を派遣させ、使用している」、また、「これらの要請を受けた納入業者の多くは、ドン・キホーテとの納入取引を継続して行う立場上、その要請に応じることを余儀なくされ、平成16年7月ころまでに、少なくとも、総額約2億9200万円を提供していた」という事実認定が記載されている²⁰。

第二に、問題となっている行為、あるいはそれと同種・類似の行為が、当該業界で広く行われていること、場合によっては「(商)慣行」として行われていることを「行為の広がり」と読んだのかもしれない。

しかし、当該行為者にとどまらず、例えば別の大規模小売事業者も同様の行為を行っている場合に不当性が認められる、というのは論理的に成立しないと考えられる。不当な行為が広く行われていれば、それを排除・禁止する社会的意義が大きいとはいえるが、その場合に限りて不当とする、という理屈は出てこないはずである。

(3) 前記第一として挙げた、当該行為が多数の納入業者に対して行われたものであることは、当該行為が関連市場において影響の大きいものであることを指しているのであろうが、優越的地位の濫用は、当事者間での不当性を問題にしているのであって、「一定の取引分野」などの関連市場への影響は法的な要件ではないことは明らかである。

前記の独禁法研究会報告書が挙げている「行為の広がり」は、公取委の事件選択の際の考慮要素としてはあり得るものであろうが、一般指定14項の解釈としては疑問である²¹。

あるいは、上記の「行為の広がり等を考慮」することは、前記(本書第17章四.1)の、優越的地位の濫用行為によって、競争者との関係で有利・不利などの影響が出るということまで公正競争阻害性の内容としたことと関連しているのかもしれない。しかし、これについて疑問があることは前述の通りであり、さらに、これを立証すべき要件とすることは根拠のないことであると考えられる。

六. 優越的地位の認定について

1. 継続的取引

(1) 一般指定14項では、1号・2号においては、「継続して取引する相手方」という要件があるのに対し、3号・4号は、この要件を外している。このことをどのように理解すればよいのだろうか。

一方では、ホールドアップ関係以外の場合に優越的地位はあり得ないという立場から、継続的取引関係に限ると解する立場がある²²。これによれば、一般指定14項3号・4号も、実際には継続的取引関係がある場合に限りて適用すべきだということになるのであろう。

しかし、まず取引の実態として、継続的取引関係にない、新規の取引に際し

て優越的地位に基づく濫用が行われることがある。例えば、欧米ではスーパーマーケットが納入取引を希望する納入事業者に対し「取引開始金」を徴収する慣行も見られる²³。

日本では、この種の慣行があるかどうかは不明であるが²⁴、前掲の大規模小売業者特殊指定の運用基準運用基準（第2、7(2)）には、「店舗の新規オープンに際し」協賛金を要請するということが挙げられており、推測としては十分あり得ることであろう。

また同じく、新規の事業者間の取引における優越的地位の濫用の事例として、前掲の岐阜商工信用組合事件なども、1回限りの取引についての事例である。

また、消費者取引における濫用行為の多くは、いうまでもなく1回限りの取引であって、しかし当該取引を開始した後に、ホールドアップ関係類似ないしロック・インなどの現象が生じることがある。ここで問題なのは、最初の取引を開始するとき、既に優越的地位の濫用とすべき事案もあるということである。もっとも、その多くは特定商取引法の規制対象になり、あるいは詐欺罪等の刑法上の問題になるものもあろうが、それと同時に、理論的には独占禁止法における優越的地位の濫用にも当たるケースもあると考えられる。

さらに、フランチャイズ契約を結んでコンビニを運営しているフランチャイジーが、経営悪化に陥り、回復の見込みがないと判断し、フランチャイザーを変更する例も多い。その理由は様々であるが、近隣に同じフランチャイズの店舗が開店したというケースや、フランチャイザーによる各種の拘束（排他条件付取引、商品陳列の拘束など）や取引条件が不当に厳しいと思われるケースなどがあるといわれる。このようなケースで、フランチャイジーが、別のフランチャイザーとの契約に切り替えようとした場合に、同様のまたは別種の不利益な取引条件を課される事例もある。

これらの場合は、一部は取引開始の際に適正な情報提供を受けなかったということの問題にすべきこともあるが、前述の岐阜商工信用組合事件などのように、取引条件についての実体法上の問題も優越的地位の濫用として取り上げるべきケースもあると思われる。

以上は実態論であるが、解釈論としても、優越的地位を継続的取引関係の場合に限る理由はないと考えられる。1回限りの取引でも、優越的地位は成立し、また濫用もあり得ることであり、これに対し一般指定14項を適用しない理由はない。

継続的取引関係に限って一般指定14項を適用すべきとする理由は、ホールドアップ関係がないなら、濫用行為を受けたら断れるはずだということであろう。しかし、岐阜商工信用組合事件に見られるように、どの金融機関でも融資を受ける以上は必ず歩積・両建預金を強制されるという場合もあり、また、消費者取引などにおいて、要求された取引条件が不当な不利益を課すものであることがよく理解されていなかったという場合も多いのである（消費者の不注意ということもあろうが、消費者と事業者の間の「情報格差」は構造的なものであることに注意すべきである）。

2. 取引依存度と依存性

(1) 公取委の大規模小売事業者の優越的地位についての従来運用において

は、ほとんどの場合、行為者の事業規模と、被行為者の取引依存度（濫用を受けた事業者の売上の中における、優越的地位にある事業者との取引の割合）を主たる判断要素として認定している（流通・取引慣行ガイドライン第二部第5の2を参照）。

このうち、「行為者の事業規模」については、前記五.（1）で触れたように、当該小売業者が優越的地位にあるか否かを判断する1つの材料として挙げられているのであって、それ自体が必要条件とされているわけではない。取引上の優越的地位は、取引当事者間の関係について認定されるのが原則であり、その際の1つの考慮要素として行為者側がどれだけ事業規模が大きいかを見ることがある²⁵。

（2）被行為者の取引依存度については、これまで多くの審決ないし公取委の実務において考慮され指摘される重要な要素であった。

それが最も極端な例はフランチャイズ契約であり、店舗側は本部に100%依存することがほとんどである。最近の事例では、家庭用配置薬事件＝東京地判平成16・4・15（判タ1164号235頁）においても、優越的地位についての認定を「取引依存度」に基づいて行っている。

三井住友銀行事件＝勸告審決平成17年12月26日においては、「ア 金融機関からの借入れのうち、主として三井住友銀行からの借入れによって資金需要を充足している」とされ、取引依存度（ここでは、融資依存度）がかなり高いことが示唆されている。

ただし、本件については、銀行は決済機能を持っているから、短期であっても、その間、当該企業が決済できないと、不渡り等の処分を受けることになること、また、都銀が融資をしていれば、そのこと自体で、経営が安定化しており、与信状態も問題ないだろうという評価が高まる、ということもあるようである。逆に、都銀の融資が打ち切られるとなれば、他の金融機関からも信用を失うという負のレピュテーション（評判）効果が機能するということでもある。

古くは、三越事件において納入業者にとって、三越と取引していること自体（「三越御用達」）が、他の取引にとっても有利に働くので、納入業者は三越との取引を無理しても維持したいということになると指摘されていたことが想起される。

これらに現れているように、優越的地位にある事業者に対する依存性は、数字に表れる「取引依存度」では計れないケースも少なくないであろう。少なくとも、いわゆる「ロックイン」²⁶の場合や「取引先の転換可能性」がないときに、依存性が認められるという議論はやや狭すぎると考えられる²⁷。

（3）依存性につき綿密な検討を行った近年の研究業績として、岡野純司「優越的地位の認定――大規模小売業者に対する規制を素材として」がある²⁸。そこでは、優越的地位は、（1）依存関係が強く、かつ、（2）取引先の転換可能性が低い場合に認められるべきであると主張されている。

そこにおける詳細な分析には傾聴すべき点も多く含まれており、また上記の（1）・（2）についての検討は極めて貴重なものと考えられる。しかし、これら（1）・（2）を必要条件とし、それらについての事実認定を強く要求することには疑問がある。

例えば、(1)の依存関係が強くない場合であっても、納入業者が大規模小売事業者からの不当な要請を拒否して、その者との取引を切られるのは、その分だけ売り上げ減になる。その分を他の小売事業者との取引を開拓して回復するのは実際には困難であろうし、特に納入業者内の取引担当者ないし担当部署にとっては失点になるから、濫用を受け入れることも多いであろう。

なお、この場合は、(2)の取引先の転換可能性が低い場合のことだともいえるが、大規模小売事業者と納入業者の関係において、納入業者にとって、取引先の転換可能性が十分にあるということは、実態としてほとんどあり得ないように思われる。

また仮に、(1)の強い依存関係があつて、(2)の取引先の転換可能性が高い場合があるとしても、当該地域の大規模小売事業においては、他の大規模小売事業者も同じような濫用行為を行っているとするれば、取引先を変えても同じだと判断することもあり得る²⁹。

結局、優越的地位は、上記の(1),(2)を中心として、取引対象商品の需給関係等を総合的に考慮するとしかいいえないものである³⁰。

また、優越的地位は、あるかないかの2者択一ではなく、いわば程度の問題であること、また、具体的に行われた行為との関連で見ることが必要であることにも留意すべきである。

以上、不公正な取引方法、および優越的地位の濫用についての理論的位置づけ、及び具体的な解釈論を試みた。今後、これら両面にわたって議論が深まることを期待したい。

注

1 理論的概念といっても、実定法としての独占禁止法を離れて、独自の理論を立てることではなく、独占禁止法を全体として構造的に理解し体系づける過程で得られた概念という意味である。本来、法教義学(ドクマティーク)とは、実定法をどのように全体として理解し意味づける作業であり、そのような意味で具体的な解釈論(これは基本的に要件への当て嵌めを目的とする作業である)と連続する性格を有している。

したがって、根岸哲「優越的地位の濫用の係る諸論点」日本経済法学会年報49号21頁以下(2006年)における「本来あるべきルール」と「現にあるルール」の区別によれば、後者のレベルでの概念であると考えられる。

2 大村敦志『公序良俗と契約正義』(有斐閣、1995年)参照。

3 例えば、下請代金減額の事例であるアルファ事件につき、高野雄二・中村暢弘「株式会社アルファに対する勧告について」公正取引664号54頁(2006年)を参照。

4 本件は、勧告(平成17年3月9日)を経て、審判開始決定(平成17年4月1日)がなされ、現在審判中である。

<補注> 本件は、その後、上の審判開始決定とほぼ同旨の同意審決平成19・6・22が下されている。

5 本件では、派遣店員について、「棚卸し作業を納入業者に行わせること」が一般指定14項2号に当たるとしている。百貨店業特殊指定6項では、「自己の販売業務のために」となっていて、棚卸しが含まれないため、一般指定14項を適用したものである。このような法の適用は、既に、ユニー事件=勧告審決平成17・1・17で見られたものである。ただし、現行の大規模小売業特殊指定では「自己の業務のために」と広がったので、現在では、大規

模小売業特殊指定8項1号該当となる。以上については、粕淵功『大規模小売業告示の解説』（商事法務，2006年）69頁参照。

6 粕淵功『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正な取引方法』の告示について」公正取引655号2頁以下（2005年）6頁以下参照。

くだいて言えば、以下の発言が妥当であると考えられる。「合意があったら何でもいいか」というと、やはりそうではない。合意があっても、著しく不合理な不利益を押しつける場合はやはり問題である」根岸哲（発言）・座談会「最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引656号14頁（2005年）。本文で述べることは、これを理論的に整理し直そうという試みである。

なお、近年の公取の優越的地位の濫用についての運用では、取引の内容そのものでなく、取引条件成立の過程に着目する方向にあるとの指摘がある（平林英勝『独占禁止法の解釈・施行・歴史』（商事法務，2005年）299頁以下）。これは傾聴すべき観点であるが、他方で、「どれだけ下請事業者から真に自由な合意が得られた上で発注書面が交付されているか疑問なしとしない」（同上310頁）との指摘も重要である。同様の観点から、舟田「放送産業と経済法」日本経済法学会編『経済法講座第1巻 経済法の理論と展開』（三省堂，2002年）306頁以下では、交渉は「アリバイ工作」となると、委託取引ガイドラインを批判した。

7 従業員等派遣が、百貨店特殊指定6項該当とされた事件には、以下の諸事件がある。山陽マルナカ事件＝勸告審決平16・4・15、ミスターマックス事件＝勸告審決平16・11・11、コーナン商事事件＝勸告審決平16・12・6、ユニー事件＝勸告審決平成17・1・17、フジ事件＝勸告審決平成17年5月12日。

ドン・キホーテ事件の審判開始決定と同様に、これらの諸事件においても、「事実」の欄では従業員等派遣につき同意・協議がないと認定され、しかし法の適用ではこれには触れられていない。

なお、岩本論「総合量販店による特売セール向け商品の買いたたきと不当な従業員派遣の要請——ユニー（株）に対する件——公取委勸告審決平成17・1・7」ジュリスト1297号146頁以下（2005年）をも参照。

8 同旨、粕淵・前注5『大規模小売業告示の解説』73頁。

9 最近のものでは、岡野純司「優越的地位の認定——大規模小売業者に対する規制を素材として」中大・大学院年報335号281頁以下、298頁（2006年）を参照。

10 この点については、前稿「公正競争阻害性の再検討——優越的地位の濫用を中心に」の2.1. 末尾の叙述（本誌671号50頁。本書第17章収録）を参照。

11 正田『全訂独占禁止法Ⅰ』416頁、418頁参照。流通・取引慣行ガイドライン第二部第5の3は、「事業経営上大きな支障をきたすため、当該小売業者の要請が自己にとって著しく不利益なものであっても、これを受け入れざるを得ないような場合」とする。「著しく不利益」の意味を本稿二で述べた意味に解するという条件付で妥当な解釈である。

12 根岸哲「優越的地位の濫用に係る緒論点」日本経済法学会年報49号23頁（2006年）。

13 根岸＝舟田『独占禁止法概説』284頁参照。

14 取引先の転換可能性を要件とすることへの批判は、根岸＝舟田『独占禁止法概説』284頁以下をも参照。

15 なお、岸井大太郎（発言）・前注6公正取引656号15頁を参照。

16 これらの行為は、正田『全訂独占禁止法Ⅰ』418頁以下の「取引に固有な条件以外についての不利益が、条件として課される場合」に当たる。

17 「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）

18 米国のメイシー事件（1964）におけるFTC審決では、協賛金要請は本質的に抑圧的・威圧的であり、明白な圧力の行使を立証しなくとも違法とした。これに対し、控訴裁では、抑圧的・威圧的か否かは立証不要であり、買い手が比例的平等の原則に反して経済的利益を

不当に受領し、競争上有利になる点を問題にした。

控訴裁判決における、競争上有利になるという論理については疑問であり(四. 1. 参照)、FTC 審決における、協賛金要請は本質的に抑圧的・威圧的であるという論理が妥当である。しかし、本文で述べたように、本質的に抑圧的・威圧的とされるタイプには属しない、個別の根拠のある協賛金であって、適正ないし合理的な算定根拠に基づくものは除かれると解される。

R.H.Macy & CO.,Inc. v. Federal Trade Commission, 326 F.2d.445(2nd Cir. 1964). 本件については、金井貴嗣「連邦取引委員会法5条と購買力の規制ーロビンソン・パットマン法との関係を中心にして」経済法学会年報3号107頁(1982年)、松下満雄『アメリカ独占禁止法』東京大学出版会255頁以下(1982年)、細田孝一「諸外国における不公正な取引方法の規制の概要(3)終」公正取引384号61頁以下(1982年)、栗城利明「独占禁止法における取引上の優越的地位濫用規制に関する考察(2)」公正取引552号48頁(1996年)等を参照。

¹⁹ 諸事件については、前注7を参照。さらに、この点については、地頭所五男「百貨店における不公正な取引方法」経済法学会編『独占禁止法講座VI』158頁、岩本・前注7ジュリスト1297号148頁を参照。

²⁰ 例えば、以下の発言は、公取委の事実認定においては妥当な見方であると考えられる。「今までは、三越などの事件では、個々の納入業者に対して優越しているというのではなく、納入業者の群に対して三越が相対的な優位にあるのだという感じだったと思うのですが」植崎憲安(発言)・前注27公正取引656号15頁。

²¹ 田中寿(編著)『不公正な取引方法』34頁(根岸発言、ただし公取委が規制する場合の考慮要因として)、35頁(実方発言)、89頁(解説部分)、実方謙二『独占禁止法』(有斐閣、第3版、1995年)340頁、横田・前注17公正取引565号14頁、金井ほか編『独占禁止法』20頁以下。

なお、同様のことは、ぎまんの顧客誘引についても主張されている。田中寿(編著)『不公正な取引方法』59頁以下、金井ほか編『独占禁止法』272頁。

さらに、川越憲治編著『実務 経済法講義』(民事法研究会、2005年)241頁(川越執筆部分)は、「行為者が市場ないし準市場において強力な地位を持っており」と述べ、本規制は私的独占につながる性格とするが、本稿の立場からは疑問である。

²² 滝川敏明「優越的地位の濫用---限定基準と事件例」公正取引655号29頁以下、31頁(2006年)は、その趣旨のように読める。ホールドアップについては、大録英一「ホールドアップ問題と優越的地位の濫用」公正取引487号~492号(1991年)を参照。

²³ 杉浦市郎「イギリスにおけるスーパーマーケットのコード・オブ・プラクティス」愛知大学・法経論集168号51頁以下(2005年)、同「イギリス競争委員会のスーパーマーケット報告書」公正取引655号36頁以下(2005年)参照。

西ドイツの1976年の不正競争防止法(UWG)のケースでも、取引の開始の条件として一定の金銭を要求する「取引開始金」を違法とした事件があるようである。岸井大太郎「ドイツ競争法における『業績競争(Leistungswettbewerb)』理論」法学志林83巻1号1頁以下、39頁以下(1985年)等を参照。

²⁴ カインズ(ホームセンター)に対する警告事件=平成14・4・25では、店舗の新規オープンに際し、納入業者に対し従業員の派遣又は代行要員派遣の費用の負担を余儀なくさせていた疑いがあるとされている。ただし、ここでも継続的取引関係にある納入業者に対し、新店舗の開店の際に、上記の要請をした事件かもしれない。

²⁵ なお、本文で述べたように、取引上の優越的地位は、理論上は、取引当事者間の関係について認定されるのが原則であるが、実際には1対1の関係だけを見るのではなく、より広く行為者と被行為者群の関係を見た上で認定することが行われ、それは妥当な認定方法であると考えられる。「今までは、三越などの事件では、個々の納入業者に対して優越してい

るというのではなく、納入業者の群に対して三越が相対的な優位にあるのだという感じだったと思うのです」 榑崎憲安（発言）・前注 27 公正取引 656 号 15 頁。

26 特に情報システム等において、ある特定のメーカーや販売会社がユーザーを自社製品で囲い込むこと。これによって、ユーザーは、製品、サービス、システム等を調達する際の選択肢が狭められ、市場の競争による恩恵を十分に受けられなくなり、コストが増大することになる。

ある技術にロック・インされた後の優越的地位の濫用の問題については、和久井理子「技術標準化、パテントプールと独禁法」日本工業所有権法学会年報 26 号 41 頁以下（2002 年）45 頁注 22 に所掲の文献を参照。

27 「厚谷襄児会員：1 対 1 の関係、ロックインされている、取引の依存性という問題が前提となって、こういう問題が生じると考えられるが、ロックインされているとか取引の依存性とか、取引先の代替不能性という考え方は必要とされないとお考えになるのですか。」

「根岸哲会員：ロックインされていることは、優越的地位の濫用を規制する上で絶対的なものかということ、そういうことはないと思います」。日本経済法学会年報 28 号 159 頁

28 岡野・前注 9 中大・大学院年報 335 号 281 頁以下、286 頁。

29 (2)を要件とすることへの批判は、根岸＝舟田『独占禁止法概説』284 頁以下をも参照。

30 同旨、公取委・独占禁止法研究会「不公正な取引方法に関する基本的考え方」（1982 年）、流通取引慣行ガイドライン第 1 部、第五の 2、注 1 3