

優越的地位の濫用における公正競争阻害性 ——日本トイザラス（株）に対する件を参照して——

山本龍之介
(田村研究会 4 年)

はじめに

- I 不公正な取引方法における公正競争阻害性
 - 1 不公正な取引方法
 - 2 黎明期における学説
 - 3 学説の変遷
- II 優越的地位の濫用における公正競争阻害性
 - 1 優越的地位の濫用
 - 2 黎明期における学説
 - 3 学説の変遷
- III 最新の審決を用いての考察
 - 1 日本トイザラス（株）に対する件
 - 2 公正競争阻害性

おわりに

はじめに

独占禁止法¹⁾は、昭和22年の制定以来幾多の改正を重ね、今日においてはその重要性が広く認識されるようになってきた。平成21年改正の際には、昭和28年改正以来はじめて、不公正な取引方法の定義を規定している2条9項が改正されるとともに、不公正な取引方法の1類型である優越的地位の濫用（2条9項5号）²⁾については、それを「継続して」行った場合に課徴金が課されるようになった（20条の6）。そのため、行為主体として規制の対象となる事業者にとっては、自己

の行為がどのような場合に優越的地位の濫用に該当するのかが重大な関心事項となった。しかし、平成21年改正を経て依然として優越的地位の濫用の概念についての解釈は確立されず、同号の文言も抽象的であったことから、法運用の透明性・事業者の予見可能性の観点から問題があった。そこで、公正取引委員会は平成22年に「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」³⁾(以下、ガイドライン)を策定し、その後公表された5件の排除措置命令および課徴金納付命令⁴⁾並びに1件の審決⁵⁾における参照ないし引用を通じて、現在に至るまで解釈を緻密化させてきた。特に、平成27年に公表された日本トイザラス(株)に対する件(以下、日本トイザラス事件)は、平成21年改正以降初の優越的地位の濫用に関する審決として確定し、解釈論を深める契機となった⁶⁾。

優越的地位の濫用の要件解釈において主に問題となるのは、優越的地位の認定と濫用の認定である。濫用の認定の際には、形式面として濫用行為該当性(イ、ロ、ハ)、実質面として公正競争阻害性(「正常な商慣習に照らして不当に」)の認定が求められている。特に公正競争阻害性については、従来から今村成和先生、正田彬先生の学説を中心に議論されていたことに加え、上述の通り平成21年改正により優越的地位の濫用には高額な課徴金が課されるようになったこと⁷⁾、1号～4号は再度違反した場合に課徴金が課されるのに対し、5号は「継続して」行えば初めて違反した場合でも課徴金が課される点で厳格な規定になっていること、課徴金算定時の違反行為の切り分けに影響するようになったこと⁸⁾、さらに、上記審決において濫用行為の存在から優越的地位を推認するとの認定方法が新たに用いられたことなどから、近年実益を伴う重要な論点となっている。

不公正な取引方法における公正競争阻害性については、①自由な競争の侵害、②競争手段の不正さ、③自由競争基盤の侵害の3つの観点に求める見解⁹⁾が現在通説として位置付けられている¹⁰⁾。そして、優越的地位の濫用における公正競争阻害性については、上記通説の③、すなわち、自由競争の基盤を侵害する点に求める学説¹¹⁾(以下、自由競争基盤侵害説)が現在通説として位置付けられているが、自由競争の基盤の侵害に加えて、間接的に競争を侵害する点にも求める学説¹²⁾(以下、間接的競争侵害説)も従来から存在しており、他にもEU競争法102条における搾取型濫用規制と優越的地位の濫用規制を同質のものと捉え、「市場支配的状态の究極形態としての、行為者による相手方からの搾取それ自体」に求める学説¹³⁾(以下、搾取規制説)などが存在している。

日本トイザラス事件においては自由競争基盤侵害説が採用されたと評価されて

いる。本事件において公正競争阻害性が認められた行為は、日本トイザラスが納入業者117社に対して行っていた返品および減額である。上記行為は取引の相手方である納入業者の自由かつ自主的な判断による取引を阻害していた。そのため、日本トイザラスを罰することは、独占禁止法の目的の1つである事業者、すなわち、本事件でいう納入業者の利益を保護することにつながっている。一方で、上記行為には対象商品が不稼働在庫であるためになされたものも含まれ、さらに日本トイザラスからは、対象商品のリニューアルに伴い、旧商品を早期に消化することにより、新商品と旧商品の併売を避けつつ、新商品の販売促進を図るために行ったとの主張もされている。この場合、上記行為は対象商品の値下げや新商品の販売スペース拡大などにつながる可能性がある。そのため、日本トイザラスを罰することは、独占禁止法が事業者の利益と並んで保護することを目的としている消費者の利益に反するような結果を生み出してしまう可能性がある。果たして、自由競争基盤侵害説を採用した場合、公正競争阻害性を適切に検討することはできているのであろうか。

そこで本稿では、不公正な取引方法および優越的地位の濫用における公正競争阻害性に関する現在に至るまでの学説およびガイドラインなどを整理し、上記審決を参照して、優越的地位の濫用における公正競争阻害性を自由競争基盤の侵害にのみ求めている点について考察する。

I 不公正な取引方法における公正競争阻害性

1 不公正な取引方法

不公正な取引方法は、私的独占・不当な取引制限（3条以下）、企業結合（9条以下）と並ぶ、独占禁止法の4本柱の1つとして重要な意義を有している¹⁴⁾。独占禁止法制定当初は「不公正な取引方法」ではなく「不公正な競争方法」として2条6項に規定されていた。しかし、昭和28年改正の際に、競争手段とはいえないような行為でも公正な競争秩序に影響を及ぼす行為があると考えられ、そのような行為も包含して規制するために、「不公正な取引方法」と名称を改めた¹⁵⁾。そして、昭和52年改正の際に、現在の2条9項に移された。

独占禁止法は、不公正な取引方法を事業者が行うことを禁止しており（19条）、他にも事業者が不公正な取引方法に該当する事項を内容とする国際的協定又は国際的契約をすること（6条）、事業者団体が事業者に不公正な取引方法をさせる

こと（8条5号）などを禁止している。また、排除措置命令（20条）、特定の行為類型に対する課徴金（20条の2～6）についても規定している。

不公正な取引方法の定義は2条9項に規定されている。「公正な競争を阻害するおそれ」との文言は同項6号にしか明記されていないが、「正当な理由がないのに」（1号、3号、4号）、「不当に」（2号）、「正常な商慣習に照らして不当に」（5号）は、「公正な競争を阻害するおそれ」と同義であると解されている¹⁶⁾。もっとも、「正当な理由がないのに」は、行為要件に該当すれば原則として公正競争阻害性が認められ、公正競争阻害性がないことを立証しない限り違法となる行為類型であるのに対し、「不当に」は、行為要件に該当するだけでは原則として公正競争阻害性は認められず、個別に公正競争阻害性の立証がされて初めて違法となる行為類型であり、「正常な商慣習に照らして不当に」は、「不当に」と同様であるが、立証の際に「正常な商慣習」の観点を加味する行為類型である¹⁷⁾。

独占禁止法が不公正な取引方法を禁止している趣旨について、現在の通説からは、公正な競争を阻害するおそれのある行為、すなわち、公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれのある行為を禁止することにより、自由な競争を減殺する行為や不公正な競争手段・取引手段から競争を保護し、公正かつ自由な競争を促進する点にある¹⁸⁾と説明されている。

2 黎明期における学説

(1) 今村説

不公正な取引方法における公正競争阻害性については、従来、大きく2つの学説上の対立があったとされている¹⁹⁾。1つ目は、従来の多数説といわれる今村説²⁰⁾である。

今村説によれば、不公正な取引方法の独占禁止法における位置付けは、私的独占および不当な取引制限の補完的地位となる。これは、独占禁止法の母法たるアメリカ反トラスト法の沿革を背景とした考え方である。アメリカにおいては、私的独占および不当な取引制限の禁止を規定するシャーマン法²¹⁾のみでは独占の形成を未然に防ぐことができなかつたため、不公正な競争方法の禁止を規定する連邦取引委員会法²²⁾を新たに制定して、独占の形成を未然に防ぐようになった。日本においても、独占禁止法制定当初は連邦取引委員会法と同じく「不公正な競争方法」と表記し、禁止規定も同法と同様の形式を採用していた。その後、上述の通り「不公正な取引方法」と表記を変更し、定義規定を新設するなどの変更が

加えられたが、その本質は変わっていないと考えられる。そのため、不公正な取引方法とは、「その趣旨においては、主として、私的独占の形成を未然に防ぐ目的の下に、その手段となる行為を禁止したものである」²³⁾ と考える。

以上を踏まえて、「公正な競争を阻害するおそれ」については以下のように説明する。

まず、「公正な競争」については、「理想形は、同じような規模の競争者が多数存し、その間において、純粋な、能率による競争（良質廉価な商品又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）が行われる状態」²⁴⁾ とする。

次に、「阻害」については、「第一に、取引方法自体が非難に値するもので、これを放任しておくことが、公正な競争秩序を維持してゆく上に、好ましくない場合」、「第二に、公正な競争の基盤は、自由な競争にあるから、自由競争を困難ならしめるような、経済力の集中又は特定の事業者の市場からの排除を生ずる場合」²⁵⁾ としていた。もっとも、この説明に対しては批判がされたこともあり²⁶⁾、後に「（１）市場における競争が自由であり、且つ、（２）そこにおける競争が公正に行われている状態を侵害するおそれのあること」²⁷⁾ と説明され直した。（１）とは、市場参入の自由・市場における競争の自由が妨げられていない状態のことであり、（２）とは、その競争が良質廉価な商品又は役務の提供による能率競争を本位として行われていることである。

最後に、「おそれ」については、具体的に公正な競争を阻害する危険性（蓋然性）は必要ではなく、抽象的に阻害する危険性（可能性）があれば足りるとする²⁸⁾。なぜなら、「類型的に、不公正な取引方法に該当するとされる行為は、元來能率競争とは関係のないもので、そのような行為に、公正な競争秩序を侵害するおそれが客観的に認め得る限り、具体的な危険性の有無を論じてこれを放置しておくいわれはないからである」²⁹⁾。

（２） 正田説

２つ目は、正田説³⁰⁾ である。正田説によれば、不公正な取引方法の独占禁止法における位置付けは、「論理的には、私的独占・不当な取引制限の禁止、集中規制、独占的状态の規制などによって、市場支配力の形成が阻止され、あるいはその排除が行われた後の競争秩序を、積極的に秩序づけるための制度」³¹⁾ となる。正田説は、独占禁止法の目的を、経済的従属関係を前提として取引主体間の取引上の地位の実質的平等を確保することと捉えており³²⁾、この経済的従属関係は体

制的従属関係（一定の商品をめぐる市場、すなわち競争の場において、一定の企業ないしは企業群が、取引についての支配力を確保することによって、競争が実質的に制限され、当該商品の取引市場において、支配者の意思が強行されうる状態がもたらされる場合³³⁾）と個別的従属関係（競争に伴って生じる企業間の個別的な従属関係であり、典型的には、企業間における個別的な取引関係において、ある企業が他の企業を支配するという関係が生じる場合³⁴⁾）によって構成されている。私的独占および不当な取引制限などによって、市場支配力の形成が阻止され、すなわち、体制的従属関係の成立が阻止された後も、依然として個々の大企業・支配的資本の力を中心とする個別的従属関係が残されており、それを不公正な取引方法は対象とする。

以上を踏まえて、「公正な競争を阻害するおそれ」については以下のように説明する。

まず、「公正な競争」については、独占禁止法が実現を目指している競争の状態であって、「競争参加者に、①競争の要因たるべき事項について、自主的な判断に従って事業活動を行いうる状態、すなわち競争機能を自由に発揮しうる状態が保たれていると同時に、②企業性を前提とした、企業の能率、商品の価格・品質などをめぐって行われる競争行為によって構成される自由な競争の状態³⁵⁾」とする。

次に、「阻害」については、公正な競争を成立させるための条件である上記①②のいずれかあるいは両者が制限されている場合とする。①が制限されている場合とは、「事業者の自主的な競争機能の自由な行使を阻害する」³⁶⁾ 場合であり、この場合は、「競争機能の自由な行使を制限された取引主体を含む競争に影響を与えることを通して、直接に市場における競争秩序に影響する可能性があると同時に、かかる制限を課した取引主体を含む競争に影響を与えることを通しても間接的に市場における競争に影響を与える」³⁷⁾ 可能性があり、この点に公正競争阻害性が認められる。②が制限されている場合とは、「競争行為が、当該取引に固有な事項について行われていない場合、事業者の事業性を否定するような競争方法が用いられる場合」³⁸⁾ であり、これらの場合は、競争行為自体が、事業者間の力、とりわけ資本金・経済力などにおいて優位に立つ事業者にとって有利な競争手段という性格を持つ³⁹⁾ ため、この点に公正競争阻害性が認められる。

最後に、「おそれ」については、今村説と同様に、公正な競争を阻害する可能性が一般的抽象的に認められれば足りるとする⁴⁰⁾。

(3) 両説の対比

まず、両説は不公正な取引方法の独占禁止法における位置付けについて、私的独占の形成を未然に防ぐための制度と考えるのか（今村説）、私的独占の形成が阻止され、あるいはその排除が行われた後の競争秩序を積極的に秩序づけるための制度と考えるのか（正田説）の違いがある。もっとも、正田も「アメリカの反トラスト法発展の過程において、不公正な競争方法の規制が、独占の形成を萌芽の段階で規制するという性格のものであるとする見解があることは否定しえない」⁴¹⁾、『「不公正な取引方法」の禁止規定が、市場支配力の形成を阻止する制度、とりわけ私的独占の禁止規定との関係で、いわば予防的な機能を果たしていることも、その一つの特徴として認める必要がある」⁴²⁾と述べている。不公正な取引方法が問題になる場面としては、通常の競争が行われている場面、私的独占の形成過程の場面および私的独占の形成後の場面の3つの場面があると考えられており⁴³⁾、結局はどの部分を重視するかの違いであり、見解の相違は大きなものではない。

次に、「公正な競争を阻害するおそれ」については、市場における競争に対する影響の可能性を、直接問題にすることが必要であると考えるか（今村説）、一定の行為が個々の事業者の競争機能を制限することの中に、競争機能を制限された事業者および競争機能を制限する事業者のそれぞれを巡る市場における競争に対する影響、さらには当該市場における競争に対する影響の可能性を認めるべきと考えるか（正田説）⁴⁴⁾の違いがある。もっとも、市場における競争に対する影響の可能性を問題とする点については基本的な違いはないため、必ずしも全面的に対立するようなものではない⁴⁵⁾。

3 学説の変遷

(1) 流通系列化に関する独占禁止法上の取扱い

後述の優越的地位の濫用における公正競争阻害性に関する議論も含めて、多数説としての今村説と少数説としての正田説の併存ないし対立状況が、昭和28年改正に伴い優越的地位の濫用が規制されて以降続いていたが、両学説の対立を止揚し、実務に指針を与えるために⁴⁶⁾、独占禁止法研究会により2つの報告書が発表された。

1つ目は、1980年に公表された「流通系列化に関する独占禁止法上の取扱い」⁴⁷⁾（以下、報告書Ⅰ）である。報告書Ⅰは、「公正競争阻害性のとらえ方として

は、大きく分けて二つの考え方がある」として以下のように述べた。

第一の考え方は、公正競争を価格・品質による競争（能率競争）としてとらえ、市場におけるこうした競争を阻害するおそれがあることを公正競争阻害性としてとらえるものである。もっとも、競争阻害の仕方・程度は、各行為類型によって異なるものであり、それぞれについて違法となる程度を検討する必要があるという考えである。

第二の考え方は、個別的な取引における抑圧性それ自体を公正競争阻害性に当たるとするものである。すなわち、競争の阻害は、取引相手方の事業活動の制約によって、その競争機能が阻害されること自体に内在するものと考え、したがって、抑圧的な行為が無視できない程度に、実効性を持って行われていれば、それ自体で公正競争阻害性の要件を満たすことになるという考えである。

ここで流通系列化の競争阻害性を問題とするに当たっては、市場における競争を直接的に問題とする第一の考え方を基本とするが、流通系列化の効果、手段として、販売業者の従属化も問題となる。特に、それが販売業者間の競争、ひいては製造業者間の競争を阻害する側面を有する点に着目する必要がある。このため、第一、第二の考え方のいずれかを排他的に採るとするのではなくて、対象となる行為の性格、効果に即して、二つの考え方を有機的に組み合わせることが有益であると考えられる。

第一の考え方は、今村説・正田説の両説が共通して公正競争を阻害するものとして捉えている、能率競争の観点から説明するものである。そして、第二の考え方は、正田説における公正な競争の成立条件のうち、②の観点から説明するものである。

（2） 不公正な取引方法に関する基本的な考え方

2つ目は、1982年に公表された「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」⁴⁸⁾（以下、報告書Ⅱ）である。報告書Ⅱは、公正競争阻害性について、報告書Ⅰの「発展として理解することのできる見解」⁴⁹⁾として次のように述べた。

「公正な競争」とは、次のような状態であると考えられるのではないか。

第一に、事業者相互間の自由な競争が妨げられていないこと及び事業者がその競争に参加することが妨げられていないこと（自由な競争の確保）。

第二に、自由な競争が価格・品質・サービスを中心としたもの（能率競争）であることにより、自由な競争が秩序付けられていること（競争手段の公正さの確保）。

第三に、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、自由な競争の基盤が保持されていること（自由競争基盤の確保）。

これは、①自由な競争の確保、②競争手段の公正さの確保を可能ならしめる前提条件でもある。

したがって、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、このような競争秩序に対し悪影響を及ぼすおそれがあることをもって、公正競争阻害性とみることができる。独占禁止法二条九項各号に列挙されている行為類型は、これらの三つの条件のいずれか又はいくつかを同時に侵害するものである。

第一および第二は今村説の公正競争阻害性の考え方を、第二および第三は正田説の考え方を基礎としてと思われる。

ここで、第一の観点、すなわち、競争の減殺という観点からの「公正な競争を阻害するおそれ」と、私的独占および不当な取引制限における「競争を実質的に制限する」の関係が問題となる。判例⁵⁰⁾は、前者について、「その競争の制限が、一定の取引分野における競争を実質的に制限するものと認められる程度のものである必要はなく、ある程度において公正な自由競争を妨げるものと認められる場合で足りる」としている。

（３） 通説に対する今村説・正田説からの批判

報告書Ⅱにおける見解が現在の通説と評価されているが、これに対しては今村・正田両者から批判がされている。

今村は、①および②については自説と異ならないが、③については、（１）「自由な競争の『基盤の確保』は、私的独占の禁止にはじまる独禁法の全体系が目標としていることで、五号がそのために設けられた、というような見方は、その発

想において、すでに誤っている」し、(2)「五号の規定は、『自由な競争の基盤』が失われているところに発生した不都合な結果を除去しようとするものではあるが、競争基盤の再建に、直接に役立ちうる規定ではない」⁵¹⁾ ため、③の観点に公正競争阻害性を求めることに十分な根拠がないと批判する。

正田は、まず、①について、(1) 市場における競争減殺の可能性として捉えると、市場における競争減殺の可能性がない場合は、公正な競争秩序が維持されていると判断されることになるが、これが「事業者相互間の自由な競争が妨げられていない」と同一とは必ずしもいえないし、(2) 競争の実質的制限の前段階における規制、すなわち、一種の競争制限規制として位置付けることになると批判する⁵²⁾。また、③について、(1)「自由競争基盤を公正な競争の条件としながら、その侵害が公正な競争秩序とかかわりのある場合に規制するという整理が矛盾する」し、(2)「公正な競争秩序とのかかわりのある場合が、市場における競争の減殺を意味するとすれば、自由競争基盤の侵害を公正競争阻害性の認められる第三の場合としたことが意味を失うことになるし、市場における減殺に連ならない場合であっても公正競争阻害性があるとするのであれば、事業者の競争機能の制限が、市場における競争の減殺をもたらさない場合でも公正競争阻害性が認められることになり」①の整理と矛盾すると批判する⁵³⁾。さらに、①と③の関係について、両者は上述の通り同一の行為に対する評価の視点の異なるだけであるところ、「優越的地位の濫用の違法性を縦の取引関係における事業者の競争機能の侵害として捉えつつ、同様に縦の取引関係に係る拘束条件付取引の場合の違法性を競争の減殺と捉えており」⁵⁴⁾、判断基準の違いに合理的な根拠がなく、不統一のまま使い分けていると批判する⁵⁵⁾。

II 優越的地位の濫用における公正競争阻害性

1 優越的地位の濫用

優越的地位の濫用を禁止する規定は、昭和28年改正において「不公正な競争方法」から「不公正な取引方法」に名称を変更した際に、規制対象の行為が拡大されたことに伴い、独占禁止法に新たに規定された。現在は、2条9項5号に規定する行為と、同項6号に基づいて公正取引委員会が一般指定および特殊指定において規定する行為とに分かれている。5号に規定されている行為は、当初一般指定として規定されていたが、平成21年改正で課徴金の対象行為になったことに伴

い、旧一般指定14項から現在の2条9項5号に移された。一般指定においては、13項で取引の相手方の役員選任への不当干渉が、特殊指定においては、物流業特殊指定⁵⁶⁾、大規模小売業特殊指定⁵⁷⁾ および新聞業特殊指定⁵⁸⁾ が規定されている。また、優越的地位の濫用の1類型でもある下請取引については、優越的地位の濫用規制と同じ趣旨で規制する目的で、下請法⁵⁹⁾ が定められている。

優越的地位の濫用は、「自己の取引上の地位が相手方に優越している」ことを「利用して」、「正常な商慣習に照らして不当に」、「次のいずれかに該当する行為」をする場合に、不公正な取引方法として禁止される。これらのうち「正常な商慣習に照らして不当に」は同号における公正競争阻害性を表す文言である。公正競争阻害性については、上述した今村説・正田説を基礎とした自由競争基盤侵害説や間接的競争侵害説、白石忠志先生が唱えている搾取規制説などが対立している。さらに、公正取引委員会はガイドラインにおいて公正競争阻害性の考え方を明らかにしている。

2 黎明期における学説

(1) 今村説

まず、優越的地位の濫用の独占禁止法における位置付けについては、不公正な取引方法とはかかわりのない別個の規制として規定すべきであったと考える⁶⁰⁾。今村説によれば、公正競争阻害性を判断する際に、市場における競争に対する影響の可能性を直接問題にすることが必要である。そのため、優越的地位の濫用は競争原理が働かない取引関係において認められる優越的な地位の不当利用であり、市場における競争秩序に直接影響を及ぼすものではないと捉えると、このように考えることになる。

次に、「公正な競争を阻害するおそれ」については、上述の考え方を前提にすると説明することができないが、強いて説明するならば、「第一に、自己の取引上の地位を不当に利用して相手方と取引することは、自己の競争者としての地位を不当に強化することであり、第二に、それによって、中小企業の健全な発達を妨げることは、その者の競争者としての地位を弱めることである」⁶¹⁾ から、公正競争阻害性が認められると考えることになる。この考え方は間接的競争侵害説の根拠となっていると思われる。もっとも、後に「この説明は、技巧的に過ぎたように思われる」⁶²⁾ と自ら述べて事実上撤回しており、最終的には、「競争原理が働かないことを利用しての、優越的地位の濫用行為であること自体に求めるより

外はない」⁶³⁾と説明している。

(2) 正田説

まず、優越的地位の濫用の独占禁止法における位置付けについては、取引の場における「力」の不当利用について総括的に規定したものと考え⁶⁴⁾。正田説によれば、不公正な取引方法とされる行為には、取引の場における「力」の不当利用および競争の場における「力」の不当利用の2種類の行為があり、前者は当該市場における支配的ないし優越的な地位を背景に、取引の相手方に対し支配的な「力」を不当に利用する場合が典型例となるため⁶⁵⁾、このように考えることになる。

次に、「公正な競争を阻害するおそれ」については、「従属者である取引の相手方の競争機能の自由な行使が制限され、このことを前提とした取引が、公正な競争秩序の予定しない状態をもたらす」⁶⁶⁾点に求められると考える。具体的には、自主性、競争機能の自由な行使を制限されている事業者を含む競争秩序に影響があり、さらに支配的地位にある事業者は、自らの企業努力による競争に加えて従属事業者を支配することによる競争が行われる点に求められる⁶⁷⁾。これは、正田説から不公正な取引方法における公正競争阻害性を説明する場合のうち、①の類型に当たるものである。

3 学説の変遷

(1) 不公正な取引方法に関する基本的な考え方

優越的地位の濫用における公正競争阻害性についても、報告書Ⅱにおいて以下のように見解が示されている。

- (1) 取引当事者間に取引上の地位の格差があることは通常であり、その反映として、一方の取引当事者の取引条件が不利となっても、そのこと自体は問題とならない。しかし、取引上の地位が優越している事業者が、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、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、自由な競争の基盤を侵害する場合には違法となる。

このように、取引上の地位の不当利用の公正競争阻害性は、自由競争基盤を侵害する点に求められる⁶⁸⁾。

(5) 自由競争基盤の侵害については、次のように考えることができる。

ア ……これらの侵害は、市場における自由な競争そのものを直接侵害するおそれがあるものではないが、当該取引の相手方の競争機能の発揮の妨げとなる行為であり、このような行為は、第一に、不利益を押し付けられる相手方は、その競争者との関係において競争条件が不利となり、第二に行為者の側においても、価格・品質による競争とは別の要因によって有利な取扱いを獲得して、競争上優位に立つこととなるおそれがある⁶⁹⁾。

この見解は、取引の相手方の競争機能に着目する正田説をベースに、市場における競争秩序に影響を及ぼすと理解するための説明として今村説が唱える考え方を合わせたものとされている。もっとも、不公正な取引方法における公正競争阻害性についての説明も含めて、あくまで公正競争阻害性は自由競争の基盤を侵害する点に求められていると通説は解している。

自由競争基盤の侵害については、今村説から、自由競争の基盤が侵害されているということは、優越的地位の濫用行為の基礎としてある状態であって濫用行為の結果ではないとの批判がされている⁷⁰⁾。「違法とされているのは、濫用行為であって、優越的地位そのものではない」。「濫用行為が排除されても、優越的地位は残るわけであるし、もともと優越的地位は、その濫用行為に基づいて生じたのではない」。そのため、行為を排除しても自由競争の基盤が回復することはないと考えることになる。

(2) 優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方

平成21年改正の際に、優越的地位の濫用には課徴金が課されるようになった。1号～4号は再度の違反の場合に課徴金が課されるのに対し、5号は「継続して」行えば1回目から課徴金が課される点で厳格な規定になっており、さらに課徴金算定時の違反行為の切り分けに公正競争阻害性の考え方が影響するようになったことなどから、公正競争阻害性についての解釈はより重要なものとなった。そこで、法運用の透明性・事業者の予見可能性を確保するためにガイドラインが策定され、公正取引委員会の見解が以下のように示された。なお、ガイドラインは、あくまで公正取引委員会の考え方を伝えるものすぎず、裁判所や事業者などを拘束するものではない⁷¹⁾。

事業者がどのような条件で取引するかについては、基本的に、取引当事者間の自主的な判断に委ねられるものである。取引当事者間における自由な交渉の結果、いずれか一方の当事者の取引条件が相手方に比べて又は従前に比べて不利となることは、あらゆる取引において当然に起こり得る。

しかし、自己の取引上の地位が相手方に優越している一方の当事者が、取引の相手方に対し、その地位を利用して、正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えることは、当該取引の相手方の自由かつ自主的な判断による取引を阻害するとともに、当該取引の相手方はその競争者との関係において競争上不利となる一方で、行為者はその競争者との関係において競争上有利となるおそれがあるものである。このような行為は、公正な競争を阻害するおそれがあることから、不正な取引方法の一つである優越的地位の濫用として、独占禁止法により規制される。

どのような場合に公正な競争を阻害するおそれがあると認められるのかについては、問題となる不利益の程度、行為の広がり等を考慮して、個別の事案ごとに判断することになる。例えば、①行為者が多数の取引の相手方に対して組織的に不利益を与える場合、②特定の取引の相手方に対してしか不利益を与えていないときであっても、その不利益の程度が強い、又はその行為を放置すれば他に波及するおそれがある場合には、公正な競争を阻害するおそれがあると認められやすい。(ガイドライン第1の1)

ガイドラインは基本的に報告書Ⅱにおける見解を踏襲しており、「とともに」との文言で、自由競争基盤侵害説のみならず間接的競争侵害説も記載されている。両者の関係についてはガイドラインにおいても明確にはなっていない。

(3) 学説の展開

ガイドラインを踏まえて、現在は、自由競争の基盤を侵害する点に公正競争阻害性を求める自由競争基盤侵害説と、自由競争の基盤の侵害に加えて、間接的に競争を侵害する点にも求める間接的競争侵害説が大きく対立している。前者は正田説を、後者は今村説を基礎として、ガイドラインに組み込まれたものと評価されている。

間接的競争侵害説に対しては、ガイドラインが不利益の程度、行為の広がり等

を要件としている点について、「優越的地位の濫用が私人間の紛争において最も頻繁に用いられる独占禁止法上の行為類型の1つであり、紛争解決に有益な役割を果たしていることも考慮すると、私的紛争において主張・立証が困難な事実を条文上の明確な根拠なく要件と解すべきではな⁷²⁾」との批判がある。また、行為者が濫用行為を広く行えば行うほど、取引の相手方とその競争者の間の競争上の有利不利の差はいつしか生じなくなるし、行為者の競争者も同様の濫用行為を行っている場合には、行為者とその競争者の間の競争上の有利不利の差もいつしか生じなくなり、理論的に弱点があるし、取引の相手方に消費者を含めることができなくなるといった批判もされている⁷³⁾。そのため、依然として公正競争阻害性の解釈は確立されていないといえる。

自由競争侵害説、間接的競争侵害説以外に、近年唱えられている有力な説としては搾取規制説がある。この説は、優越的地位の濫用規制を、EU競争法102条が禁止する市場支配的地位の搾取的濫用と同質のものとして捉えるものである。優越的地位の要件が満たされる場合、すなわち、既に競争がなくなっている場合に行われる行為は、もはや新たに競争を阻害するわけではないが、競争がなくなった独占状態を利用して行為者が相手方から搾取しようとする行為を広い意味での競争政策の観点から規制するものとする。つまり、市場支配的地位の究極形態としての行為者による相手方からの搾取それ自体に公正競争阻害性を求めるものである。自由競争基盤侵害説と実際上の議論を異にするわけではないが、市場の捉え方が異なり、この説では市場画定が要件として追加されることになる。搾取規制説は、「取引の相手方である当該需要者を出発とした狭い市場（特定の供給者だけに選択肢が限定されている需要者がいればそのような者だけを需要者とする市場）」⁷⁴⁾と捉えるが、自由競争基盤侵害説はそうに捉えない。なお、この説に対しては、EU競争法において市場支配的地位の濫用として挙げられているのは独占の高価格設定を典型とした搾取濫用であり、同義として捉えると例えば行為者が超過利潤を獲得している場合でなければ「搾取」しているとはいえないことから、およそ取引相手に不当な不利益があればよいと考える立場のほうが誤解はないとの指摘がされている⁷⁵⁾。

さらに、上記学説以外にも、優越的地位の濫用における公正競争阻害性について、①取引の相手方の「取引の自由」を不当に侵害する点に求める説⁷⁶⁾、②不完備契約における事後の機会主義的行動を規制することで社会的に望ましい取引、投資を促進する点に求める説⁷⁷⁾、③行為主体が「ロックインされた市場」で相手

方に「その力を押し付ける」点に求める説⁷⁸⁾などが唱えられている。また、公正競争阻害性が「自由かつ自主的に判断することの抑圧」とされている点について、「自由かつ自主的に判断すること」の侵害は、公正競争阻害性の判断のところでは問題になるのではなく、優越的地位の利用行為の成立において問題となる事柄であり、公正競争阻害性の判断は別途なされるべきであるとする説⁷⁹⁾も存在している⁸⁰⁾。

Ⅲ 最新の審決を用いての考察

1 日本トイザラス（株）に対する件

(1) 事件概要

本事件は、日本トイザラスが納入業者117社に対し行っていた減額および返品が優越的地位の濫用に該当することを理由に、公正取引委員会が公表した排除措置命令および課徴金納付命令について、117社のうち14社に対して行った減額および返品に係る命令の取り消しを求めたものである。

(2) 判断内容

本審決は、まず、優越的地位の濫用における公正競争阻害性の考え方については、「当該取引の相手方の自由かつ自主的な判断による取引を阻害するとともに、当該取引の相手方はその競争者との関係において競争上不利となるおそれがある一方で、行為者はその競争者との関係において競争上有利になるおそれがある」という立場を採用した。これは、報告書Ⅱそしてガイドラインにおいて一貫して採用されていた考え方であり、本審決もそれを踏襲した形になった。

次に、公正競争阻害性の認定については、「115社にあらかじめ計算できない不利益を与え、115社の自由かつ自主的な判断による取引が阻害されたものであり、これは、取りも直さず、115社が、返品や減額によって、その競争者との関係において競争上不利となる一方で、被審人が、当該返品や減額によって、その競争者との競争において競争上有利となるおそれを生じさせたものであるから、その点で既に本件濫用行為には公正競争阻害性があることが認められる」と判断した。

(3) 考察

自由競争基盤の侵害に対応する点について、公正競争阻害性の認定箇所におい

ては「既に認定したとおり」とだけ記載し詳細な当てはめがされていないが、濫用行為の認定箇所において14社ごとに詳細な当てはめがされている。しかし、間接的競争侵害に対応する点については、公正競争阻害性の認定箇所においては「取りも直さず」上記おそれを生じさせたとの記載しかされておらず、その他の箇所においても詳細な当てはめはされていない。優越的地位の濫用が公正競争阻害性を「商慣習に照らして不当に」との文言で表していることから、上述の通り個別に公正競争阻害性を立証しなければいけないにも関わらず、個別に当てはめがされていない。そのため、本審決は積極的な当てはめがされている自由競争侵害説を採用していると評価することができる。

2 公正競争阻害性

(1) 議論の所在

本審決において、自由競争基盤の侵害については、例えば「したがって、減額〔1〕は、事前の合意に基づくものであると認められず、むしろ、不稼働在庫であることを理由に被審人が値引き販売の実施に伴う費用負担を求めたものと認められるところ、同減額について例外事由に当たるなどの特段の事情はうかがわれないから、同減額については、Mにあらかじめ計算できない不利益を与えたものと推認され、濫用行為に当たると認められる」と認定されている。

確かに、ガイドラインと審決を併せ読むと、減額は原則的には違法であり、例外的に正当化事由がある場合に合法となるものであるため、正当化事由として認められていない「不稼働在庫であることを理由に被審人が値引き販売の実施に伴う費用負担」、すなわち、減額を求めることは、形式的には違法との判断につながる。しかし、このような減額は、消費者にとっては利益になるとも考えられる。本審決において日本トイザらスは、対象商品のリニューアルに伴い、旧商品を早期に消化することにより、新商品と旧商品の併売を避けつつ、新商品の販売促進を図るために行ったとの主張をしている。消費者全員が新商品の購入のみを希望しているわけではなく、新商品の発売に伴い価格が下がる旧商品の購入を希望する消費者も存在するため、消費者の利益を実質的に判断する必要性があるように思える。

(2) 消費者の利益

ここでいう消費者の利益とは、独占禁止法の目的と関連して以下のように説明

される⁸¹⁾。

正田説によれば、独占禁止法1条は、経済民主主義の理念が、実質的平等を基に、経済的従属者の基本権の確保を中心として実現されることを要求していると考えられる。ここでいう従属者には、「従属者としての不利益を他に転嫁することのできる事業者もあれば（典型的には、労働者にその負担を転嫁し、または消費者あるいはさらに小規模な企業にその負担を転嫁することができる中小企業を挙げることができる）、また、一方では、取引社会における支配体制の底辺を構成する経済主体である一般消費者のように、自己の受けた負担を他に転嫁しえないものもみられる⁸²⁾。特に一般消費者については、1条で「一般消費者の利益を確保する」と明文が置かれているように、経済的従属者の典型として位置付けられている。

一般消費者の確保されるべき権利は、取引社会における消費者の地位と対応して、以下の2つの面から考えなければならない⁸³⁾。1つ目は、取引における経済的な従属者としての権利である。これは、自己の購入する商品の取引条件の決定に参加する権利のことである。消費者が商品の最終的な取得者であり、商品の流通過程のいかなる場面において独占的支配者が成立しても、その支配による取引上の負担は、最終的には消費者に転嫁されることになるためである。2つ目は、消費者の特殊性に基づく権利である。消費者は、商品の質・性能の判断については、取引の相手方である事業者、あるいは商品の生産者である事業者に依存せざるをえない状態に置かれることになり、このような地位が、消費者の従属性を一層強めている。

(3) 考察

報告書Ⅱにおける3分類のうち、①の自由競争の減殺については、市場に対する影響を通じて最終消費者の利益について検討されるが、③の自由競争基盤の侵害については、取引の相手方（なお、ここには事業者のみならず消費者も含めて理解することは可能である。）⁸⁴⁾への影響が考えられ、間接的競争侵害説を採用しない場合は、その行為自体に公正競争阻害性が内包されていると考えてしまうため、最終消費者の利益を検討することができないことになる。優越的地位の濫用に関する過去の審決を見てみると、自由競争減殺効果が認定された事件⁸⁵⁾が2件あり、①の観点、つまり最終消費者の利益について、優越的地位の濫用においても検討する必要があるように思える。さらに、自由競争基盤侵害説は正田説を基礎として提唱されていると考えられるが、そもそも正田説は、一定の行為が個々

の事業者の競争機能を制限することの中に、競争機能を制限された事業者および競争機能を制限する事業者のそれぞれを巡る市場における競争に対する影響、さらには当該市場における競争に対する影響の可能性を認めるべきと考えており、市場における競争に対する影響の可能性を問題としているため、最終消費者の利益を検討することも許容されるように思える。

おわりに

本稿では、学説、独占禁止法研究会による報告書、公正取引委員会によるガイドラインを参照して、不公正な取引方法および優越的地位の濫用における公正競争阻害性の変遷をたどり、日本トイザラス事件を参照して、自由競争基盤の侵害にのみ公正競争阻害性を求める現在の通説について、消費者利益の観点から考察を加えた。現在の通説に大きく影響を与えている報告書Ⅱは、黎明期に有力な学説として対立した今村説、正田説を参考にするものであり、両説は昭和28年改正において不公正な競争方法が制定されて以来、公正競争阻害性に関する議論をリードし、実務に大きな示唆を与えるものであった。そして、平成21年改正後初の審決となった日本トイザラス事件は、優越的地位の濫用に係る諸論点の解釈論を深める契機となった。本稿では公正競争阻害性について焦点を当てたが、他にも濫用行為の存在から優越的地位を推認し、課徴金算定時に違反行為を一体として認定するなど、本審決は新たな論点を生み出しており、今後さらに議論が積み重ねられると思われる。

優越的地位の濫用における公正競争阻害性については、報告書Ⅱにおける考え方、すなわち、自由競争基盤侵害説が通説と評価されるに至っているが、未だ確立されているとはいえない。また、消費者利益の観点から公正競争阻害性を考慮することは、過去の事例を踏まえて、理論的に考えても可能であると思われる。今後公表されると思われる係争中の4つの事件を含めた事例の積み重ね、特に司法場における詳細な判断がされることにより、さらに議論を深めることができるであろう。今後の公正取引委員会・裁判所の動向に注目したい。

- 1) 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和22年法律第54号）。
- 2) 9 この法律において「不公正な取引方法」とは、次の各号のいずれかに該当する行為をいう。

五 自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして不当に、次のいずれかに該当する行為をすること。

イ 継続して取引する相手方（新たに継続して取引しようとする相手方を含む。口において同じ。）に対して、当該取引に係る商品又は役務以外の商品又は役務を購入させること。

ロ 継続して取引する相手方に対して、自己のために金銭、役務その他の経済上の利益を提供させること。

ハ 取引の相手方からの取引に係る商品の受領を拒み、取引の相手方から取引に係る商品を受領した後当該商品を当該取引の相手方に引き取らせ、取引の相手方に対して取引の対価の支払を遅らせ、若しくはその額を減じ、その他取引の相手方に不利益となるように取引の条件を設定し、若しくは変更し、又は取引を実施すること。

- 3) 公正取引委員会「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」(2010)。
- 4) 公取委命令平成23年6月22日審決集58巻、第1分冊193頁、312頁（(株)山陽マルナカに対する件）、公取委命令平成23年12月13日審決集58巻、第1分冊244頁、352頁（日本トイザラス（株）に対する件）、公取委命令平成24年2・21審決集58巻、第1分冊278頁、384頁（(株)エディオンに対する件）、公取委命令平成25年7月3日審決集60巻、第1分冊341頁、435頁（株）ラルズに対する件）、公取委命令平成26年6月5日審決集61巻、103頁、161頁（ダイレックス（株）に対する件）。
- 5) 公取委審判審決平成27年6月4日審決集62巻、119頁（日本トイザラス（株）に対する件）。
- 6) 宮井雅明「近時の優越的地位の濫用規制をめぐる動向と課題」公正取引817号、3頁（2018）。
- 7) (株)エディオンに対する件においては、エディオンに対して40億4796万円という高額な課徴金が課されている。
- 8) 白石忠志『独占禁止法（第3版）』439頁（有斐閣、2016）。
- 9) 独占禁止法研究会「不公正な取引方法に関する基本的な考え方（1）」公正取引382号、34頁（1982）。
- 10) 根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説（第5版）』184頁（有斐閣、2015）。
- 11) 独占禁止法研究会「不公正な取引方法に関する基本的な考え方（2）（終）」公正取引383号56頁、60頁（1982）。
- 12) 今村成和『独占禁止法（新版）』148頁（有斐閣、1978）。
- 13) 白石・前掲注8）417頁。
- 14) 金井貴嗣ほか『独占禁止法（第5版）』256頁（弘文堂、2015）。
- 15) 今村・前掲注12）94頁。
- 16) 最判昭和50年7月10日民集29巻6号、888頁（和光堂粉ミルク事件）。
- 17) 根岸・舟田・前掲注10）179頁。
- 18) 独禁研・前掲注9）34頁。

- 19) 根岸 = 舟田・前掲注10) 183頁。
- 20) 今村・前掲注12) 94頁。
- 21) Sherman Antitrust Act of 1890.
- 22) Federal Trade Commission Act of 1914.
- 23) 今村・前掲注12) 91頁。
- 24) 今村・前掲注12) 96頁。
- 25) 今村・前掲注12) 96頁。
- 26) 正田彬『全訂 独占禁止法〔I〕』312頁（日本評論社、1980）。
- 27) 今村成和『独占禁止法入門（第4版）』118頁（有斐閣、1993）。
- 28) 今村・前掲注12) 98-99頁。
- 29) 今村・前掲注12) 99頁。
- 30) 正田・前掲注26) 310頁。
- 31) 正田・前掲注26) 297-298頁。
- 32) 正田・前掲注26) 111頁。
- 33) 正田・前掲注26) 118頁。
- 34) 正田・前掲注26) 119頁。
- 35) 正田・前掲注26) 308頁。
- 36) 正田・前掲注26) 310頁。
- 37) 経済法学会編『独占禁止法講座V 不公正な取引方法〔上〕（初版）』17頁、正田彬（商事法務研究会、1985）。
- 38) 正田・前掲注26) 310頁。
- 39) 経済法学会編・前掲注37) 17-18頁。
- 40) 正田・前掲注26) 313頁。
- 41) 正田・前掲注26) 298頁。
- 42) 正田・前掲注26) 299頁。
- 43) 今村・前掲注12) 97頁。
- 44) 経済法学会編・前掲注37) 22頁。
- 45) 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、52頁（2004）。
- 46) 高橋岩和「優越的地位の濫用と独禁法」日本経済法学会編『優越的地位の濫用 日本経済法学会年報第27号（通巻49号）』1頁、10頁（有斐閣、2006）。
- 47) 独占禁止法研究会「流通系列化に関する独占禁止法上の取扱い」公正取引354号、11頁（1980）。
- 48) 公取委・前掲注3）。
- 49) 経済法学会編・前掲注37) 19頁。
- 50) 公取委審判審決昭和28年3月28日審決集4巻、119頁（第一次大正製薬事件）。
- 51) 今村・前掲注27) 119頁。
- 52) 経済法学会編・前掲注37) 25-26頁。
- 53) 経済法学会編・前掲注37) 26-27頁。

- 54) 高橋・前掲注46) 11頁。
- 55) 正田・前掲注45) 58頁。
- 56) 特定荷主が物品の運送又は保管を委託する場合の特定の不公正な取引方法 (平成16年3月8日公正取引委員会告示第1号)。
- 57) 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 (平成17年5月13日公正取引委員会告示第11号)。
- 58) 新聞業における特定の不公正な取引方法 (平成11年7月21日公正取引委員会告示第9号)。
- 59) 下請代金支払遅延等防止法 (昭和31年6月1日法律第120号)。
- 60) 今村・前掲注12) 148頁。
- 61) 今村・前掲注12) 148頁。
- 62) 今村成和『私的独占禁止法の研究 (5)』258頁 (有斐閣、1985)。
- 63) 今村・前掲注27) 166頁。
- 64) 正田・前掲注26) 409頁。
- 65) 正田・前掲注26) 409頁。
- 66) 正田・前掲注26) 410頁。
- 67) 正田・前掲注26) 410-411頁。
- 68) 独禁研・前掲注11) 60頁。
- 69) 独禁研・前掲注9) 35頁。
- 70) 今村・前掲注27) 166頁。
- 71) 金井ほか・前掲注14) 263頁。
- 72) 池田毅「課徴金導入後初の公取委審決において返品・減額による濫用行為を優越的地位の認定に用いた事例—日本トイザラス事件—」ジュリスト1485号、6頁、7頁 (2015)。
- 73) 岡田羊祐ほか編『独禁法審判決の法と経済学 事例で読み解く日本の競争政策』249頁 [岡室博之=伊永大輔] (東京大学出版会、2017)。
- 74) 根岸哲『注釈独占禁止法』498頁 [根岸哲] (有斐閣、2009)。
- 75) 川濱昇「近時の優越的地位の濫用について」公正取引769号2頁、3頁 (2014)。
- 76) 舟田正之「『消費者取引における価格の適正化』遠藤浩ほか監修『現代契約法体系 第4巻 商品売買。消費者契約・区分所有建物』133頁、146頁 (有斐閣、1985)。
- 77) 川濱昇ほか『ベーシック経済法』230頁 (有斐閣、2003)。
- 78) 大録英一「ホールドアップ問題と優越的地位の濫用 (3)」公正取引491号、77頁 (1991)。
- 79) 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、5頁 (2002)。
- 80) 高橋・前掲注46) 12頁。
- 81) 今村・前掲注27) 5頁、正田・前掲注26) 121頁。
- 82) 正田・前掲注26) 118頁。

- 83) 正田・前掲注26) 122頁。
- 84) 正田・前掲注26) 295頁。
- 85) 公取委審判審決昭和52年11月28日審決集24卷65頁（雪印乳業（株）に対する件）、
公取委審判審決昭和52年11月28日審決集24卷86頁（明治乳業（株）に対する件）。