

CPRC ディスカッション・ペーパー

競争政策研究センター 公正取引委員会

「能率競争」概念からみた優越的地位の濫用の公正競争阻害性に関する
一考察

田辺 治

競争政策研究センター次長・

公正取引委員会事務総局官房政策立案総括審議官

CPDP-90-J May 2022

100-8987 東京都千代田区霞が関 1-1-1
Phone:+81-3-3581-1848 Fax:+81-3-3581-1945
URL:<https://www.jftc.go.jp/cprc/index.html>
E-mail:cprcsec@jftc.go.jp

本ディスカッション・ペーパーの内容は公正取引委員会の見解を示すものではなく、文責は執筆者のみに帰する。

「能率競争」概念からみた優越的地位の濫用の公正競争阻害性に関する一考察¹
競争政策研究センター・ディスカッションペーパー（DP）

競争政策研究センター次長（官房政策立案総括審議官） 田辺治

はじめに

優越的地位濫用規制に対する関心が高まっている。令和に入ってからだけでも、

- ① 巨大デジタル・プラットフォーム事業者（以下「DPF」という。）による消費者や
広告主に対する一方的な不利益行為²
- ② 芸能分野における、芸能プロダクションによる所属のタレントに対する一方的な不
利益行為³
- ③ スタートアップ企業と連携する大企業によるスタートアップ企業に対する一方的な
不利益行為⁴
- ④ フリーランスが働く分野における、取引の発注事業者によるフリーランスに対する
一方的な不利益行為⁵
- ⑤ コンビニエンスストア本部と加盟店との取引における、本部による加盟店に対する
一方的な不利益行為⁶
- ⑥ 水産物及び水産加工品の取引における、漁協等による漁業者に対する一方的な不利
益行為⁷

¹ 本 DP の内容はすべて執筆者個人の見解によるもので、所属組織の見解を示すものではなく、記述中の責任は執筆者にのみ帰する。

² 公正取引委員会「デジタル・プラットフォーム事業者と個人情報等を提供する消費者との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考え方」（令和元年12月17日。以下「消費者優越 GL」という。）、公正取引委員会「デジタル・プラットフォーム事業者の取引慣行等に関する実態調査（デジタル広告分野）について（最終報告）」（令和3年2月17日）、公正取引委員会「デジタル・プラットフォーマーの取引慣行等に関する実態調査報告書（オンラインモール・アプリストアにおける事業者間取引）」（令和元年10月31日）

³ 公正取引委員会「芸能分野において独占禁止法上問題となりうる行為の想定例」（令和元年9月25日）、公正取引委員会競争政策研究センター「人材と競争政策に関する検討会」報告書（平成30年2月15日）

⁴ 公正取引委員会「スタートアップとの取引慣行に関する実態調査報告書」（令和2年11月27日）、公正取引委員会、経済産業省「スタートアップとの事業連携及びスタートアップへの出資に関する指針」（令和4年3月31日。以下「スタートアップ指針」という。）

⁵ 内閣官房・公正取引委員会・中小企業庁・厚生労働省「フリーランスとして安心して働ける環境を整備するためのガイドライン」（令和3年3月26日。以下「フリーランス GL」という。）

⁶ 公正取引委員会「コンビニエンスストア本部と加盟店との取引に関する実態調査報告書」（令和2年9月2日）

⁷ 水産庁「水産物・水産加工品の適正取引推進ガイドライン」（令和3年11月24日）

- ⑦ 仕入先である免税事業者との取引における、インボイス制度の実施を契機として行われる仕入事業者による免税事業者に対する一方的な不利益行為⁸
- ⑧ 労務費、原材料費、エネルギーコストの上昇分の転嫁拒否行為⁹

など、多くの問題を解決するためのツールの一つとして、優越的地位濫用規制による対応が示されている。

このうち、DPFの搾取的な濫用行為に対する効果的な規制の在り方については、我が国のみならず世界各国で議論されている。また、優越的な購買上の地位を濫用する行為に対する規制についても、アジアを中心に競争当局が取り組んできているところは多い。

このように、国内外において、優越的地位濫用規制を含む搾取的濫用規制の活用が目が高まっている現在、優越的地位の濫用行為を競争当局である公正取引委員会が独占禁止法の体系の中で禁止・是正する根拠について、より厳密な説明が必要とされていると思われる。優越的地位濫用規制が積極的に活用されることは、本来当事者間の自由な交渉に基づき決定されるべき取引条件に公正取引委員会が直接介入する場面が拡大し、事業者の自由な経済活動と緊張関係に立つ場面が拡大することであり、単に経済的強者が弱者に不利益を課す弱いものいじめは悪いことだから禁止・是正するといえは済むものではなくなっている。現代の我が国における様々な優越的地位の濫用行為に対して、独禁当局が適切に禁止・是正する役割を担う以上、こうした行為を日本の独占禁止法体系の中で規制する根拠をより明確に説明することが求められていると考えられる。さらに、世界的に共通の課題となっているDPFへの効果的な規制についても、搾取的濫用行為の一種である優越的地位の濫用の規制の先進国である我が国が、その競争制限のメカニズム（Theory of Harm）である公正競争阻害性の内容を明確化することは、競争当局がDPFの搾取的濫用をどのように規制すべきかという各国での議論との整合性の確保や貢献の点でも、意義があると思われる。

優越的地位の濫用の公正競争阻害性は、現在、「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るという、自由な競争の基盤が保持されていること」という、自由競争基盤の侵害をその本質とすると説明されている。そして、自由競争基盤の侵害は、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ことから、独占禁止法が保護する公正かつ自由な競争との関係についてはいわゆる間接的競争阻害規制説により説明されているが、後述のとおり、学説上の批判が多く、問題点も指摘されている。

本DPでは、「能率競争」の観点から、優越的地位の濫用の公正競争阻害性について、自由競争基盤の侵害をその本質とする考え方に疑問を呈し、行為者による能率競争の侵害に

⁸ 財務省・公正取引委員会・経済産業省・中小企業庁・国土交通省「免税事業者及びその取引先のインボイス制度への対応に関するQ&A」（令和4年1月19日）

⁹ 公正取引委員会ほか「パートナーシップによる価値創造のための転嫁円滑化施策パッケージ」について（令和3年12月27日）

その本質を求め、このように解することの現代的な意義について検討を試みるものである。

1 「不公正な取引方法」の公正競争阻害性の3分類説における「能率競争」

独占禁止法研究会報告「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」（昭和57年7月。以下「独禁研報告書」という。）は、不公正な取引方法の「公正な競争」を以下の3分類（以下「3分類説」という。）で説明しており、このような分類方法は、学説上も通説とされている。

- ①自由な競争の確保：「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」
- ②競争手段の公正さの確保：「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」
- ③自由競争基盤の確保：「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」

そして、独禁研報告書による3分類説に基づく公正な競争の考え方から、不公正な取引方法として法律上又は告示により禁止されている行為類型は、通常、それぞれ以下のように位置付けられている¹⁰。

公正競争阻害性の分類	行為類型（独禁法2条9項、一般指定）
主として①競争の減殺（競争減殺型の行為）	共同の取引拒絶、その他の取引拒絶 差別対価、取引条件の差別的取扱い、事業者団体による差別的取扱い等 不当廉売、不当高価購入 排他条件付取引、再販売価格の拘束、拘束条件付取引
①競争の減殺と②競争手段の不正さのいずれか又は両方（競争減殺型 and/or 不正手段型の行為）	抱き合わせ販売等 競争者に対する取引妨害 競争会社に対する内部干渉
主として②競争手段の不正さ（能率競争の観点から正当化されない行為）（不正手段型の行為）	欺まんの顧客誘引 不当な利益による顧客誘引
③自由競争基盤の侵害（競争基盤侵害型の行為）	優越的地位の濫用、取引の相手方の役員選任への不当干渉

¹⁰表のような分類を行うものとして、たとえば菅久修一編著『はじめて学ぶ独占禁止法』53頁[天田弘人]（商事法務、2016）など。

ここで二点留意すべきは、(i)「能率競争」という用語が、もっぱら②の競争手段の不正さを説明する文脈で用いられており、あたかも、能率競争の観点から正当化されない行為は不正手段型の行為だけを指すかのように説明されていること、(ii)③の自由競争基盤の侵害だけから説明されているのは優越的地位の濫用だけであることである。

2 不公正な取引方法における「能率競争」概念の対象範囲の拡大

(1) 米国反トラスト法の「能率競争」概念

公正取引委員会競争政策研究センターによる、競争者排除型行為に係る不公正な取引方法・私的独占についての報告書¹¹によれば、「能率競争」(competition on the merits)の概念は、米国の反トラスト法で用いられている概念を借用したものであるが、もともと競争手段それ自体の不当性を問題にする局面ではなく、競争者を排除する手段が競争秩序の観点から許容されないものであるかどうかを区別するための概念として反トラスト法で用いられはじめたものであるとされる。そして、行為の態様がそれ自体としては不正なものとは思われないものであっても、なお、それが競争秩序の観点から許容されるかどうかを吟味するに当たって、competition on the merits を害するか否か、あるいはcompetition on the merits にのっとったものか否かが問われたものとされる。しかるに、我が国では手段がそれ自体として不公正な場合を説明する概念としてのみcompetition on the merits が理解され、これは長らく見落とされてきた問題点であるとされる。

つまり、「能率競争」とは、本来は、競争手段について、とりわけ競争者排除型の行為について、競争を行うに当たり規制すべきでない正常なものと規制すべきものとを区別するに当たり用いられていた概念といえる。

同報告書が指摘するように、本来、「能率競争」が競争者を排除する手段を念頭に置いた概念であるならば、上記の3分類説のうち、従来能率競争とは別の観点で公正競争阻害性の説明がされている競争減殺型の行為についても、不正手段型の行為と同様に、「能率競争」の観点から正当化されない行為と位置付けるべきと考えられる。

(2) 最高裁判決と「能率競争」

さらに、以下の最高裁判決を見る限り、最高裁では、良質廉価な商品又は役務を提供する形で行われる競争が「能率競争」すなわち正常な競争手段であり、これを人為的に妨げる行為を不公正な取引方法として禁じていると整理されている。少なくとも、「能率競争」概念

¹¹ 川濱昇ほか「競争者排除型行為に係る不公正な取引方法・私的独占について—理論的整理—」公正取引委員会競争政策研究センター共同研究報告書7頁(2008年)。なお、能率競争概念に対応するドイツ法上の概念として、「業績競争」(Leistungs Wezzherb)概念があり、同報告書脚注12では、同報告書で扱う能率競争よりも複雑なものであるとされている。Leistungsには「能率」という意味もあるところ、「能率競争」という言葉自体、“competition on the merits”という英語からではなく、ドイツ語の「業績競争」概念から取り入れられた可能性もある。

は不正手段型の行為の規制根拠の文脈で用いるという3分類説に基づく区別はあまり意識されておらず、逆に、競争減殺型の行為である不当廉売、拘束条件付取引について、能率競争によらないものであることをその規制根拠と説明しているのである。(強調、下線は筆者)

① 日本食品(株)による損害賠償請求上告事件¹²

「・・・不当廉売規制がされているのは、(中略)、企業努力による価格引下げ競争は、本来、競争政策が維持・促進しようとする能率競争の中核をなすものであるが、原価を著しく下回る対価で継続して商品又は役務の供給を行うことは、企業努力又は正常な競争過程を反映せず、競争事業者の事業活動を困難にさせるなど公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれが多いとみられるため、原則としてこれを禁止し、具体的な場合に右の不当性がないものを除外する趣旨で、旧指定の5にいう「不当に」ないし一般指定の6にいう「正当な理由がないのに」との限定を付したものであると考えられる。」とし、企業努力による価格引下げを能率競争の中核としつつ、不当廉売行為は企業努力又は正常な競争過程を反映しないため公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれがあるとして禁止されるとしている。つまり、不当廉売行為は能率競争を反映しないことに公正競争阻害性が認められると述べているように見える。

② (株)富士喜本店による地位確認等請求上告事件¹³

「・・・拘束条件付取引が規制されるのは、相手方の事業活動を拘束する条件を付けて取引すること、とりわけ、事業者が自己の取引とは直接関係のない相手方と第三者との取引について、競争に直接影響を及ぼすような拘束を加えることは、相手方が良質廉価な商品・役務を提供するという形で行われるべき競争を人為的に妨げる側面を有しているからである。」とし、拘束条件付取引は、良質廉価な商品又は役務を提供するという競争(=能率競争)を妨げることに公正競争阻害性が認められると述べているように見える。

(3) 「能率競争」概念の競争減殺型行為及び優越的地位の濫用への拡大

このように、能率競争は米国反トラスト法においてはもともと不正手段型の行為の説明で用いられている概念ではなく、最高裁判所においても不正手段型の行為の規制根拠の文脈に限定して捉えられてはいない。そもそも、当該市場での有力な地位を手段としようが、反競争的行為を手段としようが、いずれも価格・品質(サービス含む。以下同じ。)によらない方法で競争者を排して顧客を獲得しようとする手段を用いた行為であることからすれば、競争減殺型の行為であっても、不正手段型と同様に、一元的に能率競争の観点から正当化されない行為と位置付けることができると考えられる。

同様に、競争減殺型の行為だけでなく、優越的地位の濫用行為についても、能率競争の観点から正当化されない行為として、次のように考えられないだろうか。

¹² 最判平成元年12月14日民集43巻12号2078頁(都営芝浦と畜場事件)

¹³ 最判平成10年12月18日民集52巻9号1866頁(資生堂東京販売事件)

すなわち、取引上の優越した地位を利用して相手方から本来行為者が得ることのない利益を得、又は本来負担すべき不利益を相手方に押し付けて回避することにより、行為者が競争者と競争する検討対象市場において競争上有利になることは、行為それ自体に反競争性があるものとして、広い意味での不正手段型の行為ととらえ、他の不公正な取引方法と同様に能率競争の観点から正当化されない行為と位置付けられるのではないか¹⁴。

不正手段型の行為は、その性質上顧客の商品選択の自由を妨げる行為であり行為の態様からそれ自体として能率競争に悪影響を与えるとされており、性質上明らかに能率競争によらずに顧客を自らと取引するように仕向け、競争者から顧客を奪取するような、欺まんな顧客誘引や不当な利益による顧客誘引などの行為類型が、その対象とされる。

この点、優越的地位の濫用行為は、価格や品質によらない方法で競争者の顧客を自らと取引するように仕向けるというものではない。このため、行為の態様からそれ自体として能率競争によらない手段とはいえないようにもみえる。しかし、取引上の地位を利用して本来得ることのない利益を得、又は本来負担すべき不利益を回避する行為は、通常はそこで得た利益を検討対象市場での競争につき込むために行われると考えられるのであり¹⁵、そうした方法で利益を得て競争することは、健全な競争プロセスを損ない、正常な競争手段を逸脱しており、公正な競争を阻害するおそれがあるといえ、行為の性質上能率競争の観点から正当化されない競争手段である、との考え方も可能ではないか。公正取引委員会が独占禁止法に基づいて優越的地位の濫用で個別の取引条件設定に介入し禁止・是正する根拠としては、公正かつ自由な競争の維持促進の観点から健全な競争プロセスを損なう行為として規制対象行為を捉えるべきであって、取引の諾否及び取引条件についての自由かつ自主的な判断の有無を競争法の観点から規制する根拠の本質と捉えるべきではないのではないかと考える。

(4) 違法性判断基準の違いについて

¹⁴ この点において、本 DP の主張するところは、平成 26 年度日本経済法学会シンポジウムでの高橋岩和教授の次の発言と趣旨を全く同じくするものである。「行為者の競争優位性の議論は、ガイドラインにも書いてあるように、成り立つのではないかと、という質問です。(中略)もし行為者における競争上の優位性が認定できれば、そのような枠組みで議論できるのではないのでしょうか。」「今村先生の学説史における立場はその通りだと思いますが、ただ今日においてガイドラインが、自由自主性の侵害かつ競争の優位性と書いている。公取委はガイドラインに従って法適用しているかと思いますが、この点について、学説として、積極的あるいは論理的に精密化できるのであれば、そのような余地を評価していくという態度も必要になってくるのではないかと。」齊藤高広「『優越的地位の濫用規制の展開』平成 26 年度シンポジウムの記録」日本経済法学会編『日本経済法学会年報第 36 号』143 頁[高橋岩和発言] (2015)

¹⁵ 相手先から得た経済上の利益を自ら競争する市場につき込む典型的な例としては、取引先の製造業者から製品製造のノウハウや知財を無償で提供させて、自社工場で自ら製造販売して利益を得る行為などが考えられる。

優越的地位の濫用について、能率競争の観点から正当化されないことに公正競争阻害性を見出す場合と、自由競争基盤の侵害に公正競争阻害性を見出す3分類説による場合とで、違法性判断基準について具体的にどのような違いが生じるか。結論として大きな差は生じないものの、以下のように、何が問題なのかの視点には若干の違いがあると思われる。

たとえば、相手方が従業員賃金の引上げに伴い上昇分コストとして販売価格に転嫁しようとしても行為者が取引上の地位を背景に協議を十分せず一方的に価格を据え置く行為を考える。取引主体の自由かつ自主的な判断という視点からは、協議がどの程度実質的なものであったかが重要であるが、能率競争の観点から正当化されない行為という視点からは、行為者が本来一定程度受け入れるべき相手方のコストを、相手方にのみ押し付けて価格を据え置いたという事実が、行為者が負担を回避して自らの競争上有利になることを示す事実として、重要となる。したがって、行為者が本来一定程度受け入れるべき転嫁分コストがいくらであるか、すなわち不利益の分配の著しい不公正さの問題となる。これは、基本的には自由な取引条件交渉により定められるべきところであるものの、何がコスト上昇分の分配として公正かは、その時々¹の社会経済環境により変化する。昨今の状況にかんがみれば、相手方の賃金、原材料価格の上昇分コストについては、行為者が本来受け入れるべき負担が一定程度存在するとみるべきであろう。

社会経済環境の変化に伴い、行為者、相手方双方に、自らの責によらない様々な事情で発生する課題が生じている。その対応の中で、行為者が本来負担すべき不利益を取引上の地位を利用して相手方に一方的に押し付け自らの負担を回避することを反競争的行為として規制すべきは、疑いがない。他方、こうした押し付けではなく、相手方を取引のパートナーとして取引関係を構築する中で十分協議してそれぞれが応分の負担をすることが、現在求められていると思われる。サプライチェーンの中で取引当事者の全ての共通の問題として発生した経済的不利益の分担に取り組まなければならない際に、当事者双方でそれぞれ不本意ながらも応分の負担を受け入れざるを得ない場面も想定される。そのような場合に、優越的地位の濫用に該当する反競争的行為が行われたのかどうかの判断に当たっては、取引主体の自由で自主的な判断が損なわれているか否かもさることながら、行為者が本来負担すべき不利益を押し付けて競争上有利になるか、すなわち行為者と相手方の不利益の分配の著しい不公正さの有無の判断が重要と思われる。

(5) 「能率競争」概念の抽象性について

能率競争の観点から正当化されない行為として不公正な取引方法を一元的にとらえようとする考え方に対しては、3分類説からは次のような反論がありうる。

「能率競争」は抽象的な説明であり、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することを能率競争というといっても、価格は各種割引やリベートなどの様々な取引条件の一つの手段に過ぎない。品質も、付随的サービスやその他の販売活動（宣伝広告

など)まで含めると無限に広がる可能性がある。したがって、「公正な競争」とは「能率競争」が実現されることであると抽象的にいうことはできるが、この「能率競争」が直接的に違法性判断基準となるわけではない。違法性判断基準とつながるように考えるには、「公正な競争」＝「能率競争」の議論を踏まえつつも、いったんそれから目を転じて、3分類説により公正競争阻害性の実定法上の意味を、不公正な取引方法を禁止する趣旨や他の規定との関連を念頭に置きながら、具体的に規定されている各行為類型ごとに行われなければならない¹⁶。

この指摘のとおり、能率競争によるものであれば公正な競争として直ちに正当化されるわけではなく、問題となる行為が能率競争の観点からみて正当化されるかどうかについて一定の価値判断を伴うことは、避けられない。たとえば不当廉売が、安い価格での販売であるにもかかわらず能率競争の観点から正当化されない手段であると評価されるように、顧客にとってより便利なサービスの提供又は顧客にとってより安い価格での商品の提供であっても、やり方によっては正当化されず公正競争阻害性が認められるものは存在する。

しかし、不当廉売は、単に安い価格で顧客を獲得する行為ではなく、前記2(2)で紹介した最高裁判決で「原価を著しく下回る対価で継続して商品又は役務の供給を行うことは企業努力又は正常な競争過程を反映せず」と認定されているとおり、能率競争の観点から正当化されない行為として廉価による正常な顧客獲得競争手段とは明確に区別される。独占禁止法が市場における公正かつ自由な競争を維持促進することを目的としていることを踏まえれば、わざわざ能率競争概念から離れて別の「公正さ」を公正競争阻害性の根拠とするよりも、行為が良質廉価な商品又は役務の提供による顧客獲得方法といえるのか、それとも良質廉価な商品又は役務の提供ではなく自らの市場における地位にものをいわせたり反競争的な不正手段を用いたりすることで効率的な競争者を排除し市場での地位を維持強化することによる、健全な競争プロセスを損なう顧客獲得方法といえるのか、という、能率競争の観点からの違法性判断基準で一元的に公正競争阻害性を捉えるほうが、より分かりやすく、かつ適切なのではないかと考える。

そして、優越的地位の濫用行為も、取引上の地位を利用して不当に得た利益や回避した不利益により競争上有利になり、良質廉価な商品又は役務の提供による顧客獲得競争すなわち能率競争の観点から正当化されない行為であって、健全な競争プロセスを損なう行為であると位置付け得る。また、そのように位置付けるほうが、規制すべき対象行為の範囲をより明確にでき、DPFが市場での地位を維持強化するような濫用行為についての私的独占との関係も整理しやすいなどのメリットがあるのではないか、と思われる。

(6) 市場画定について

¹⁶ 根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説〔第5版〕』102～103頁(有斐閣、2015年)。

優越的地位の濫用行為を抽象的な自由競争基盤の侵害行為ではなく検討対象市場における能率競争の観点から正当化されない行為と位置付ける場合に、検討対象市場の画定をどの程度具体的にを行う必要があるか。これについても、優越的地位の濫用にとどまらず、不公正な取引方法全般について当てはまる問題である¹⁷。

不公正な取引方法は「競争の実質的制限を生じさせる可能性が高い行為や、公正な競争秩序確保の観点から見て不適当な行為は、競争阻害の程度がさほど高くない段階であってもこれを禁止することになっているのであって、・・・不公正な取引方法の規制をするための要件としては、具体的に競争を阻害する効果が発生していることや、その高度の蓋然性があることまでは要件になっておらず、公正競争の確保を妨げる一般的抽象的な危険性があることで足りると解される。」とされている¹⁸。

「一定の取引分野」における「競争の実質的制限」を違反要件とする私的独占、不当な取引制限と比べて、これらの要件がなく、競争阻害の程度がさほど高くない段階でも一般的抽象的な危険性を理由にして行為を禁止することになっている不公正な取引方法の場合、市場画定は、「一定の取引分野」として画定される程度すなわちその市場における競争の実質的制限の認定のために必要な程度にまで厳密である必要は、全くない。ある顧客獲得競争の場で、能率競争の観点から正当化されない行為が行われているとき、その競争への影響の及ぶ範囲の外延がある程度不明確であるとしても、一定程度市場が画定されて、その市場で一般的抽象的な競争阻害の危険性が生じるのであれば、不公正な取引方法で規制され得る。この点において、不公正な取引方法における市場画定は、対象としている取引とそれにより影響の及ぶ範囲から競争が実質的に制限される範囲を画定する市場画定とは、一線を画する。

そもそも「市場画定」とは、独占禁止法の中では用いられていない術語である。能率競争の観点から正当化されない行為としての不公正な取引方法を認定するために必要な市場画定は、上記のとおり競争の実質的制限の認定に必要な市場画定ほど厳密である必要がないとの意味で、以下、便宜上「19条違反認定に要する程度の市場画定」「19条違反認定に要する程度に画定された市場」などと称して区別する。

この場合において、上記2（3）で述べたとおり、市場での有力な地位を手段としようが、反競争的行為を手段としようが、いずれも能率競争によらない方法で競争者を排して顧客を獲得しようとする手段を用いた行為である点で何ら相違はないものの、市場画定の程度には差異が生じると思われる。すなわち、市場での有力な地位を手段とする場合には、検討対象市場がどこであって、そこで有力な事業者であるかどうか、能率競争の観点から正当化されない行為かどうかの重要な判断要素となるのだから、市場画定の程度は

¹⁷ 不公正な取引方法に関する市場の画定について包括的に検討されている文献として、山田務「不公正な取引方法事案における市場の画定についての検討」https://www.lawschool.tsukuba.ac.jp/pdf_kiyou/tlj-19/tlj-19-kiji04.pdf

¹⁸ 東京高判令和元年11月27日審決集66巻476頁（高知県農協事件）

おのずと厳密（ただし 19 条違反認定に要する程度にとどまる）である必要がある。これに対して、不正手段型は、市場における有力性を手段にするものではないから、そのような厳密性は不要となる。このように、19 条違反に要する程度の市場画定であっても、問題となっている行為が何を手段として能率競争を損なおうとしているのかにより、市場画定の程度には差があると考えられる。

3 間接的競争阻害規制説の再評価

(1) 間接的競争阻害規制説の概要とその再評価について

上記 1 でみたとおり、3 分類説においては、優越的地位の濫用については、取引主体の自由かつ自主的な判断により取引が行われるという自由な競争基盤が侵害されることに、その公正競争阻害性が見出されるとされる。この場合、独占禁止法が保護するところの、市場における公正かつ自由な競争と、自由で自主的な判断という自由競争基盤の侵害とは、どのような関係にあるのかが問題となる。

この点について、独禁研報告書は、「このような行為は、第 1 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 2 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」という、いわゆる間接的競争阻害規制説¹⁹により説明している。

この考え方は、「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」（平成 22 年 11 月 30 日公正取引委員会。以下「優越 GL」という。）で採用されており、現時点でこの点に関する最高裁の判決が存在しない中で高等裁判所の判決²⁰でも採用されている。しかし、いわゆる間接的競争阻害規制説については、後述のとおり批判が多く、問題点も示されているところである。

上記 2 のように、能率競争の観点から正当化されない行為として不公正な取引方法の公正競争阻害性を一元的に捉える場合、「能率競争」概念は、19 条違反認定に要する程度に画定された市場における競争を観念している。そして、優越的地位の濫用を能率競争の観点から正当化されない行為と位置付ける場合には、その公正競争阻害性は、19 条違反認定に要する程度に画定された市場での競争に悪影響があるとする間接的競争阻害規制説に求められることとなる。そして、上記 2（3）で述べたように、優越的地位の濫用について、優越的地位にある行為者による濫用行為を不正手段型の行為と同様に位置付けるとすれば、間接的競争阻害規制説のうち特に行為者側の行為の反競争性に、その公正競争阻害性の本質を見出すことが適切ではないかと考えられる。

以下、間接的競争阻害規制説が優越的地位の濫用の公正競争阻害性の説明として適切で

¹⁹ 本稿では、白石忠志教授に倣い間接的競争阻害規制説と称することとする。白石忠志「優越的地位濫用規制の概要」特集 優越的地位の濫用とは？—その現状と対策」ジュリ 1442 号 12 頁（2012）。

²⁰ 東京高判令和 3 年 3 月 3 日審決集 67 卷 444 頁（株ラルズによる審決取消請求事件）

あるとの観点から、再評価を行い、本 DP で「自由競争基盤の侵害」という言葉を用いる際は、単に取引主体の自由かつ自主的な判断により取引が行われるという自由な競争基盤が侵害されるという意味で用いることとし、間接的競争阻害規制説で説明される行為者及び相手方の競争への間接的な悪影響については考慮していない考え方を指すものとする。

(2) 今村成和教授の間接的競争阻害規制説の撤回と学説の批判

間接的競争阻害規制説の考え方を示された今村成和教授は、優越的地位濫用規制に関し、「それが不公正な取引方法とされるのは、『公正な競争を阻害するおそれがある』からであって、単に、経済的強者の弱者に対する不当な支配行為であるためではない。」とし、「しかるに、本号の行為は、直接には競争秩序に影響を及ぼすことのないもので、これを右の要件にどう結び付けて理解すべきやには、問題がある。」との問題意識の下、「もとより、大企業が、下請等の関係を通じて中小企業を隷属させ、その下に、多数の低賃金労働者が苦しんでいるという現実をふまえて、大企業の圧力に対する規制の根拠を定めた本号の規定に、十分な存在理由の存することに疑いはないし、一条に掲げる法目的の実現に役立つことにも異論はない」としつつ、同規制の「趣旨を全面的に生かすために、要件の方を歩み寄らせる」ものとして、こうした考え方を主張していた²¹。

しかし、この間接的競争阻害規制説は、提唱した同教授自身が「本来、このような形で理解されるべき性質のものではなく、むしろ、不公正な取引方法の禁止とは拘りのない、別個の規制として、定むべきものであったろう」としており²²、後に、「ここにこの行為の悪性があるとして指定されているわけではないから、この説明は、技巧的に過ぎたように思われる。」²³として、撤回している。

また、間接的競争阻害規制説は、上記のとおり、優越 GL 及び高等裁判所判例で採用されている考え方であるものの、学説上、現在では、自由競争基盤の侵害の説明としては、取引関係において何らかの原因で一時的でない交渉上の優位性が存在するときに、そのような優位性がなければ課しえなかつたろう不利益を相手方に課すこと自体に、公正競争阻害性が見出されるとする、いわゆる搾取規制説が主流であるようにみえる²⁴。

そして、公正競争阻害性については議論が錯綜しているが、この種の行為に対する規制が必要とされること自体は否定できないことから、優越的地位の濫用の公正競争阻害性を何か統一的な観点から首尾一貫して説明することは、不可能ではないとしても生産的とはいえないという考え方が一般的とみられる²⁵。

しかし、以下述べるのとおり、現代の諸課題に対処するべく優越的地位濫用規制を活用し適

²¹ 今村成和『独占禁止法[新版]』146～149頁(有斐閣法律学全集52-II、1978)。

²² 今村・前掲注21)148～149頁。

²³ 今村成和『私的独占禁止法の研究(五)』258頁(有斐閣、1985)。

²⁴ 白石忠志『独占禁止法(第3版)』417頁(有斐閣、2016)など。

²⁵ 泉水文雄ほか『Legal Quest 経済法(第2版)』202頁[宮井雅明](有斐閣、2015)。

切な規制を行うためには、その規制根拠について、具体的な市場における競争への影響を全く考慮しないのではなく、優越的地位の濫用行為は19条違反認定に要する程度に画定された市場において能率競争の観点から正当化されない反競争的行為であって、間接的競争阻害規制説のいうように、行為者がその競争者との間の競争上有利になることにその公正競争阻害性を見出すことが必要と思われる。

(3) 自由競争基盤の侵害では不十分と考えられる点について

取引主体の自由かつ自主的な判断により取引が行われるという自由競争基盤の侵害の考え方は、優越的地位の濫用の公正競争阻害性の一要素にはなると思われるが、以下のとおり、それ単独では独占禁止法が禁止し是正する根拠としては不十分と考える。

ア 自由競争基盤の侵害に加えて競争への悪影響をもたらす要素が必要と考えられること

優越的地位の濫用以外の不公正な取引方法の一類型とされている競争減殺型の行為は、行為によって、相手方は自由かつ自主的な判断による取引が行えなくなるものであるから、そもそも自由競争基盤を侵害する性質を内包している²⁶。同様に、不正手段型の行為も、適切な商品選択がゆがめられてしまうような行為により相手方は自由かつ自主的な判断による取引ができない状態に置かれることから、自由競争基盤を侵害する性質を内包している²⁷。このように、競争減殺型の行為や不正手段型の行為は、自由競争基盤の侵害を内包しており、いずれも自由競争基盤の侵害に加えて競争への悪影響を説明する要素が備わっている。取引主体の自由かつ自主的な判断が行えないことだけで競争への悪影響を説明するのは若干の無理があり、具体的な競争への悪影響をもたらす何か、自由競争の減殺や競争手段としての不公正さなどに相当するものがないと、行為の公正競争阻害性の説明には十分とはいえないのではないだろうか。

イ 自由競争基盤の侵害だけでは過剰規制のリスクがあること

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、一方の当事者の取引条件、内容等が他方に比べて又は以前に比べて不利となること自体は、事業

²⁶ この点について、今村教授は「自由な競争の確保のためには、何よりも自由競争基盤の確保が必要なのであって、①（筆者注：3分類説のうち自由な競争）から③（筆者注：3分類説のうち自由競争基盤の確保）を切り離す理由は全くない。」と述べている（今村・前掲注23）259頁）。

²⁷ 「相手方の無知・無経験につけ込んだ欺ま的な説明や重要な情報の不開示などの行為があったのだとすれば、このような事情を考慮せずに自由かつ自主的な判断があったかについての結論を出すべきではないだろう」と、欺ま的な説明や重要な情報の不開示などに基づく判断が自由かつ自主的なものとはいえないとする見解として、伊永大輔「独占禁止法における『同意』—優越的地位濫用規制を中心に」

NBL1167号13頁、15頁（2020）。

者の経済活動において、日常的に発生していることであり、特に問題にはならない²⁸。そうした中で、取引の相手方にとって自由かつ自主的な判断による取引が行われないことだけに公正競争阻害性を認め、法規制をかけるのは、過剰規制のリスクが大きく、かつ、独占禁止法が公共の政策として規制する対象であることを説明する競争制限のメカニズムとしては、不十分ではないかと思われる。

昭和 57 年当時の優越的地位濫用規制の解説では、「独占禁止法が公共の政策として競争秩序を維持・確保することを目的とする法律であることから、当該行為が相当数の相手方を対象とし、又は組織的・制度的に行われる場合、あるいは、特定の相手方に対する場合であっても、その不利益の程度が高く、又は当該行為を放置すれば当該行為の他への波及性・伝播性が認められる場合」に該当し規制の対象とするものとされている²⁹。ここで、自由競争基盤の侵害が具体的な競争の場を画定しない抽象的な概念であることから、行為者にとっても相手方にとっても、一体どの程度行為の波及性や伝播性があると自由競争基盤の侵害となり禁止・是正の対象となるのかは、明らかでない。抽象的な自由競争基盤ではなく、少なくとも、行為を禁止・是正することによって秩序が守られるべき競争の場として、19 条違反認定に要する程度の市場画定があつて、そこでの競争に何らかの悪影響があることを、独占禁止法が公共の政策として個別の取引に介入する前提とすべきではないかと思われる。

優越 GL が、「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。」とし（第 1 の 1）、「『問題となる不利益の程度、行為の広がり等』は、行為者又は取引の相手方がその競争者との関係において競争上有利又は不利となるおそれがあるかどうかを判断するに際して考慮するもの」³⁰と考え方を示しているのは、まさに、抽象的な自由競争基盤の侵害でなく 19 条違反認定に要する程度に画定された市場における影響をみたうえで規制対象を判断することを示しているものといえる。

この点、不正手段型の行為について昭和 57 年当時の解説をみると、「これらの行為が独占禁止法による排除の対象となるものであるから、当該行為の相手方の数、当該行為の反復継続性、当該行為の伝播性等を考慮することが必要となろう。すなわち、行為の質的側面（競争手段として不公正であること）だけではなく、量的側面（行為の広がり）を考慮し

²⁸ 田中寿編「不公正な取引方法－新一般指定の解説－」別冊 NBL9 号 86 頁（1982）。

²⁹ 田中・前掲注 28）同頁。

³⁰ 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」（原案）に対する意見の概要とこれに対する考え方（平成 22 年 1 月 30 日）

て規制することとなる。」とされており³¹、優越的地位の濫用と表現は異なるものの、競争手段として不公正であるだけでなく量的側面（行為の広がり）がある場合を規制対象としている。ここでの「行為の広がり」についても、抽象的な自由競争基盤ではなく、欺まんの顧客誘引や不当な利益による顧客誘引行為を禁止・是正することによって秩序が守られるべき、19条違反認定に要する程度に画定された市場において、当該行為が当該市場で能率競争の観点から正当化されない競争手段として規制すべきどうかを評価するに値する行為の広がりを指しているようにも思われる。

（４）間接的競争阻害規制説への批判について

ア 正田彬教授の見解

競争への直接の影響ではなく、搾取自体に反競争性、公正競争阻害性を認める正田彬教授によれば、「取引の場における支配力の所有者が、その力を行使することが、公正な競争を阻害するおそれに連なるとされるゆえんは、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ところに求められる。・・・公正な競争秩序の一つの基本的な要素である事業者の自主性、競争機能の自由な行使が制限されたり、あるいはかかる状態を前提として、事業者の自主性、競争機能の自由な行使が確保されていなければ受けることのない不利益（略）を強制されることが、『公正な競争』を阻害するおそれを伴うということである。・・・**支配的地位にある事業者は、相手方の従属的地位に乗じて、相手方の競争機能の自由な行使を抑圧し、それを支配することによる競争を行うことになる。**いいかえれば、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ことによって、公正な競争の前提が損なわれる状態が形成される。これらの影響が、市場における公正な競争の阻害に連なる可能性が大きいことは、否定しえないのである。取引上の地位の不当利用として、公正な競争を阻害するおそれのある行為という性格が認められるわけである。」（強調は筆者）とされている³²。

ここで「従属事業者を支配することによる競争」がどのような意味かは必ずしも定かではないが、正田教授は、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ことが、公正競争阻害性に連なる可能性があると説明される。これは、自らの企業努力すなわち能率競争により正当化されない競争が行為者により行われることに公正競争阻害性が認められるとの趣旨にみえる。したがって、正田教授の搾取規制説も、結局は、検討対象市場における行為者の競争に与える影響に公正競争阻害性を見出しているといえるのであり、その実際は、間接的競争阻害規制説と大きく変わるところはないように思われる。

³¹ 田中・前掲注 28) 59～60 頁。

³² 正田彬『全訂 独占禁止法 I』410～411 頁（日本評論社、1980）。

イ 優越的地位が生じている状態での検討対象市場について

搾取規制説は「いま存在する競争に影響があるなどというのは持って回ったフィクションである。取引の相手方からみれば行為者と取引せざるを得ないという意味ではすでに行行為者とその競争者との競争はなくなってしまうのであって、その状態で行行為者が相手から搾取し超過利潤を得ようとしていることそれ自体を問題として規制するものだ」という考え方であるとされる³³。

しかし、相手方からみて行為者と取引せざるを得ない状態（いわゆるロックイン状態）にあるとき、相手方をめぐっての行為者とその競争者との競争は終了し又は相当程度なくなっているものの、行為者とその競争者との競争は、当該相手方との関係だけに向けて行われているものではなく、それ以外にも厳然と存在する。

たとえば大規模小売業者が特定納入業者をロックインしている結果、特定納入業者は容易に他の納入先小売業者を見出すことができず、当該大規模小売業者が特定納入業者からの購入取引関係である程度自由に取引各般の条件を左右できる独占的な地位の状態である場合、当該大規模小売業者とその競争者たる他の小売業者との間で、当該特定納入者から購入する取引についての競争はなくなってしまうものの、対消費者向けの市場においては競争を行っている。対消費者向けの小売市場での競争上の地位の維持強化の方法として特定納入業者に対する濫用行為が行われているとみれば、まさに今行われている具体的な競争に対する悪影響があるものとして規制がされるという解釈は、可能であると考えられる。この点で、搾取規制説が「優越的地位にある時点で、行為者とその競争者と競争がなくなっている」とする考え方は、検討対象市場についての考え方が狭きに失するようと思われる。

ウ 行為による行為者の競争への影響が不明確であるとの批判について

搾取規制説は、間接的競争阻害規制説が、優越的地位の濫用を公正競争阻害性の枠組みの中に位置付けるための工夫の一つであるにすぎず、優越的地位の濫用行為は、行為者に財政的な利益をもたらすことはあっても、行為者の市場における地位を強化するとは限らないし、相手方の属する市場における競争にどのように影響するかは不明確である、と間接的競争阻害規制説の問題点を指摘する³⁴。

たしかに、搾取規制説が指摘するように、濫用行為によって行為者が財政的な利益を得ても、それだけで競争者を排して競争者の顧客を獲得できるわけではないから、自らの競争上優位に立つとは限らない。しかし、優越的地位にある事業者がその地位を利用して濫用行為を行い、行為者が本来得ることのない利益を得る性質のものであり、又は本来負担すべき不利益を回避する性質のものであれば、通常行為者はその利益を検討対象市場での

³³ 白石・前掲注19) 12頁。

³⁴ 神宮司史彦『経済法20講』301頁（勁草書房、2011）。

競争につき込むと考えられる。それにより、行為者はその競争者よりも競争上不当に有利になり、ひいては行為者の市場における地位を不当に強化することとなる。このため、濫用行為で得た利益を原資に競争し、競争上の地位を形成・維持・強化することが能率競争の観点から正当化されず公正競争阻害性を有すると整理することは、可能であると考えられる。

また、濫用行為が行為者に本来得ることのない利益を得、又は本来負担すべき不利益を回避する性質のものであれば、それ自体として公正競争阻害性を有するものであり、不正手段型の行為と同様に、実際に競争への影響が生じたのかどうかについてまでの立証は求められないものとする。優越的地位の濫用を含む不公正な取引方法の規制をするための要件としては、具体的に競争を阻害する効果が発生していることや、その高度の蓋然性があることまでは要件になっておらず、公正競争の確保を妨げる一般的抽象的な危険性があることで足りることは前述の高知県農協事件判決³⁵の示すとおりである。

なお、行為者又は相手方への競争への影響を公正競争阻害性として説明する考え方に対し、「優越的地位濫用規制が公正かつ自由な競争の維持と関係することを示すための説明であって、この点の立証がなければ公正競争阻害性が認められないというわけではない」とする見解がある³⁶。行為者とその競争者との競争関係への悪影響が優越的地位の濫用における公正競争阻害性とみる立場からすれば、単に「公正かつ自由な競争の維持と関係することを示すための説明」にとどまるとはいえないものの、具体的な競争への影響の立証がなければ公正競争阻害性が認められないというわけではないとする点では、同じである³⁷。

エ 行為が広範に行われるほど反競争性が小さくなるとの批判について

間接的競争阻害規制説によれば、行為者が相手方に対してより広く濫用行為を行えば行うほど、相手方とその競争者との間での競争上の不利の相対的な差は小さくなり反競争性が小さいことになってしまう、という問題が指摘される³⁸。同様に、競争関係にある複数の事業者が並行して同じような濫用行為を行うと、競争上は相対的に有利にならないから、公正競争阻害性が見出せないのではないかという問題が指摘される。

濫用行為が広範に行われることにより、結果的に相手方又は競争者とその競争者との間での競争上の不利の差が小さくなることは指摘のとおりであるが、競争上の有利、不利については、本来正常な商慣習のもとで行われるべき競争者と比較するべきであり、濫用行為が

³⁵ 前掲注18)

³⁶ 土田和博ほか『条文から学ぶ独占禁止法』218～219頁[土田和博]（有斐閣、2014）。

³⁷ 行為者とその競争者との競争への影響の具体的な立証が求められることによる規制のハードルの高まりを回避すべく、単に公正かつ自由な競争の維持と関係する説明に過ぎないとの解説がなされているとも考えられる。

³⁸ 池田毅「独禁法事例速報 公取委審判審決平成27年6月4日」ジュリ1485号6頁（2015）。

広範に行われていて濫用行為を受けている相手方同士の競争上の不利の差や行為者同士の競争上の有利の差が相対的に小さいものであっても、濫用行為がない正常な商慣習の下での競争者との競争でみれば、むしろ反競争効果が広く蔓延している状態、と考えられ、そうした状態は是正されるべきものと思われる³⁹。

たとえば、行為者間の競争についてみれば、納入業者に対する無償従業員派遣要請や協賛金徴収が横行しそこで得た利益で互いに競争している複数の事業者からなる小売市場があった場合に、行為者間での競争は、いずれも納入業者から不当に得た利益をもって行われているがために互いに競争上有利にならず、行為による競争への影響が小さいから問題ないとの結論になってしまうようにもみえる。しかし、当該小売市場に新規参入し、納入業者に対して無償従業員派遣要請や協賛金徴収などを行わずに競争に挑もうとするまっとうな事業者からみれば、こうした不当な行為の存在は、明らかに競争上不利となるのである。このように、行為者が並行的に濫用行為を行えば競争への影響が小さいということもないし、問題になりにくくなることにもならないと考える。

(5) 小括

上記のとおり、能率競争の観点から正当化されない行為として一元的に不公正な取引方法を位置付けた場合には、優越的地位の濫用の公正競争阻害性については、自由競争基盤の侵害による説明ではなく、間接的競争阻害規制説のうち特に行為者が競争者との関係で有利になることに見出すべきと思われる。

4 「能率競争」概念の対象範囲の排除型私的独占等への拡大

能率競争の観点から正当化されない行為として不公正な取引方法を一元的に位置付けた場合に、派生的な論点として、排除型私的独占との関係がある。

排除型私的独占は、排除について、「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するもの」が最高裁の判断基準として示されている⁴⁰ところ、「正常な競争手段」が「能率競争」を意味するのであれば、「能率競争の観点から正当化されない方法で顧客を獲得すること」と「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」とは、ほぼ同様の意味であると解釈できるのではないかと。

この点について、上記最高裁判決の調査官解説では、「人為性」について、次のような解説がされている。「競争活動とは、複数の事業者が取引先の獲得を目指して、相互に他の事業者を排斥しようとする行動であるところ、良質で廉価な商品や役務を提供するという事

³⁹ たとえていえば、スピード違反が安全な走行のために規制されている場合、多くの運転手が同様のスピード違反を行っているために結果的に接触事故が起らない走行状況になってしまっているようなときにはスピード違反として取り締まる必要はないのか、という問題と似ているようにも思われる。

⁴⁰ 最判平成 22 年 12 月 17 日判時 2101 号 32 頁 (NTT 東日本事件)、最判平成 27 年 4 月 28 日判時 2261 号 122 頁 (株)イーライセンスによる審決取消等請求事件)。

業活動それ自体が他の事業者を排斥する側面を有しているため、排除効果を有する行為の全てを独占禁止法 2 条 5 項の排除に該当するものとする、正常な競争活動と評価されるべき企業の事業活動のほとんどが同項の排除に該当することになってしまう。そこで、同項の排除に該当する行為を、人為性を有するものに限定すべきであると解されているのである。」⁴¹。これは、上記の 2 (1) の competition on the merits の概念と同様の考え方と思われ、能率競争の観点から正当化される方法で顧客を獲得することは正常な競争活動であり、こうした行為は規制されるべきものではなく、能率競争の観点から正当化されない行為を、人為性を有するものと呼んで規制する、と述べているにはかならない。

そうすると、排除型私的独占も、不公正な取引方法と同様、能率競争の観点から正当化されない方法で顧客を獲得する行為であるといえる。そして、単に、検討対象市場における競争への影響の程度によって競争の実質的制限＝私的独占と公正な競争を阻害するおそれ＝不公正な取引方法に分けているとの整理が可能と思われる。

不公正な取引方法全般について、単に競争への影響の程度の違いだけで私的独占と区別されるにすぎないとすれば、優越的地位の濫用を含む不公正な取引方法はすべて私的独占の予防規制と位置付けられることとなるのではないとも考えられるが、私的独占と不公正な取引方法は単に競争への影響の程度の違いだとしても、不公正な取引方法の各類型が私的独占の予防規制なのかどうかは、行為が市場の有力性を手段とするものか、行為の反競争性を手段とするものかで分けて考えられるものと思われる。

市場で有力でなければ合法的な競争者排除であっても市場での有力性が高まると私的独占として一転して違法に変わる特定の行為について私的独占の予防のため規制しているとみれば、優越的地位の濫用を含む行為それ自体の反競争性を手段とするものは、私的独占の予防のための規制ではないと考えられる。

平成 21 年の独占禁止法改正において、一定の不公正な取引方法に対する課徴金制度が導入された際にも、課徴金制度導入の一つの理由として優越的地位の濫用は私的独占の予防規制とは位置付けられていないことが挙げられている。これは、同年の改正において排除型私的独占についても課徴金の対象とされることから、その予防規制と位置付けられている行為類型に対してはある程度抑止効果が及ぶことが期待されるため、予防規制と位置付けられていない行為類型である優越的地位の濫用を新たに課徴金の対象としたと説明されている⁴²。

なお、不当な取引制限や支配型私的独占との関係についてはさらに検討が必要である。

⁴¹ 清水知恵子「最高裁判所判例解説」曹時 69 巻 8 号 2255 頁、2275～2276 頁 (2017)。

⁴² 藤井宣明・稲熊克紀編著『逐条解説 平成 21 年改正独占禁止法』15～16 頁 (商事法務、2009)。

5 能率競争の観点から正当化されない顧客獲得による、不公正な取引方法及び排除型私的独占の公正競争阻害性のイメージ

上記の考え方を図にまとめると以下のようなになる。不公正な取引方法はすべて検討対象市場における能率競争の観点から正当化されない行為として位置付けられる。そして、市場での有力性を手段としている場合と反競争的な手段によるものとの分けることができるが、両者を含む行為類型もある。

なお、価格と品質による顧客の獲得だけが能率競争でありそれ以外の例えば広告宣伝などの手段による顧客の誘引はすべて公正競争阻害性を有し違法とすることは、消費者需要の多様化に対応して多様な販売手段がとられている現在の競争の実態からみれば実際的ではない⁴³。能率競争の観点からみて正当な行為といえるかどうかについては、結局、市場の状況、行為者の市場における地位及び競争条件の差異、対象となる商品又は役務の特性、行為の態様や継続期間等の諸要素を総合的に考慮して判断されるべきものと考えられる⁴⁴。

検討対象市場に関係なく抽象的に「自由な競争基盤を侵害すること」も、不公正な取引方法の公正競争阻害性の要素といえるが、これはすべての行為類型に共通するものであり、単独で公正競争阻害性が満たされるとはいえないものと考えられる。3分類説で説明される各要素により「公正な競争」を説明すること自体について批判するものではないが、自由競争基盤が侵害されるからという抽象的な理由だけで競争法の観点から当局が事業者間取引等に介入しこれを禁止・是正することは疑問なしとしない。

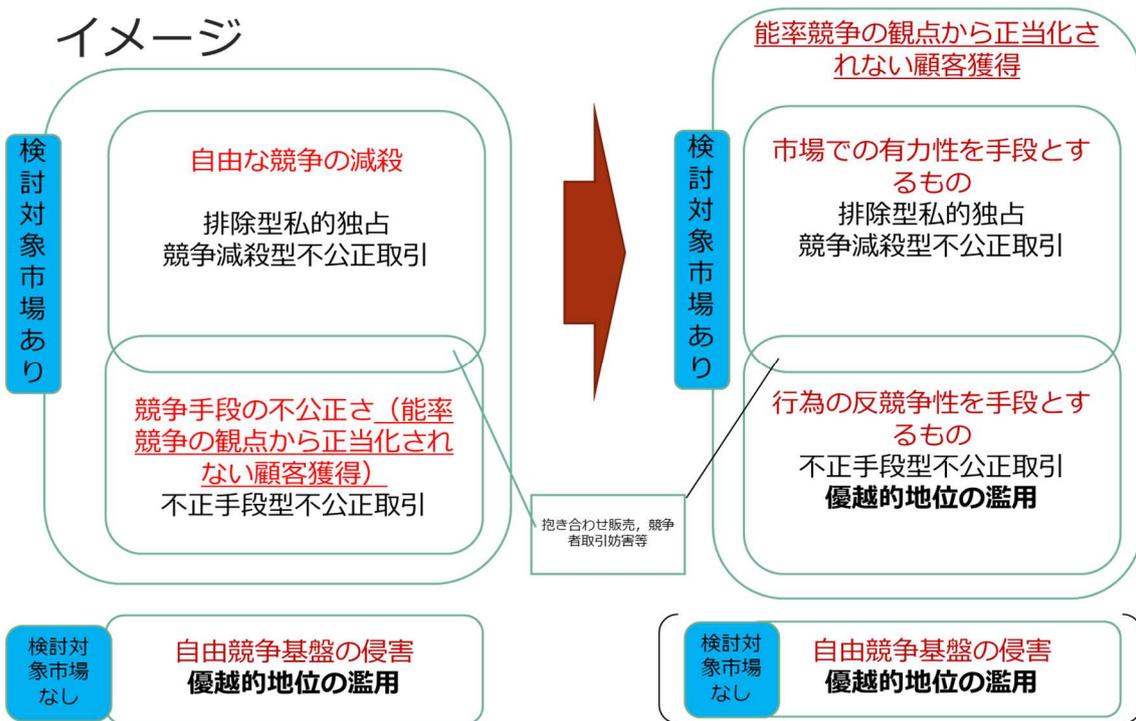
市場での有力性を手段とする場合には検討対象市場での有力性や競争効果を立証する必要があるが、反競争性を手段とする場合には、行為それ自体として検討対象市場で反競争的であることから、検討対象市場での競争効果を立証する必要はないと考えられる。

市場での有力性を手段とするものについて、競争への影響が大きく、競争を実質的に制限するものについては、排除型私的独占の適用対象となる。反競争性を手段とするものについても、市場での有力性が加わると（図の右側の重なり合った部分）、排除型私的独占の適用が考えられる。

⁴³ 実方謙二『有斐閣法学叢書 独占禁止法[第4版]』380頁（1998）。

⁴⁴ 前掲注40)の各最高裁判決における「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり」排除効果を有するかどうかの判断基準に関する判示部分参照。

イメージ



6 「能率競争」の侵害に優越的地位の濫用の公正競争阻害性を求める現代的意義

(1) 相手方が実際に経済的不利益を被るかは直接関係ないこと

自由競争基盤の侵害を、優越的地位の濫用の公正競争阻害性の本質とする考え方に立てば、取引条件について自由で自主的な判断が奪われたことが違反行為の中心と考えられることから、相手方への影響すなわち相手方に経済的不利益が生じているかどうか最大の関心事となる。これに対して、間接的競争阻害規制説の行為者の反競争行為を重視し相手方の競争への悪影響については重視しない立場に立てば、実際の取引において相手方が経済的不利益を被るかどうかは、優越的地位の濫用の公正競争阻害性の判断には直接関係ないこととなる。本質は、相手方が実際に経済的不利益を被ったかではなく、当該行為により、行為者が本来得ることのない利益を得、又は本来負担すべき不利益を回避するものであったかどうかである。このため、以下のように、場合によっては相手方の不利益が発生しない可能性があるとしても、「相手方は現実には経済的不利益を被らない（こともある）」ことを、行為者の抗弁として認めるべきではない。

ア 負担を一部補填することで相手方の経済的不利益が賄えることもある場合

ビー・エム・ダブリュー株式会社に対する確約認定（令和3年3月12日）においては、同社が取引先のディーラーに対して、ディーラーにおいて必要となる事業用車両の台数を超えて新車を自社登録する「政策登録」を要請し、当該ディーラーに不当に不利益を与えたとの疑いで調査が行われたところ、一部、政策登録のために自社登録した車両の販売とリベートで経済的不利益を賄うことができた場合もあったようであるとされている⁴⁵。たとえば、このように相手方がケース・バイ・ケースで経済的不利益が賄えるようなこともあるものであっても、行為者が本来負担すべき不利益を相手方に押し付けて回避する性質のものであれば、公正競争阻害性を有すると考えられる。

イ 需要者利便のために行われる、DPFの利用事業者に対する取引条件の一方的不利益変更による負担の押し付け

DPFが自らのプラットフォームを利用し需要者に商品又は役務を提供する事業者（以下「利用事業者」という。）に対して、需要者利便を高めるために、取引条件の一方的な不利益変更を求める行為について、①当該利用事業者は不利益分を需要者に転嫁すればいいだけだから不利益は被らない、②取引条件の変更により需要者に対してより高品質、低価格の商品又は役務を供給することができるようになり、能率競争の観点から正当化され

⁴⁵ 大澤一之ほか「ビー・エム・ダブリュー株式会社から申請があった確約計画の認定について」公正取引849号84頁、88頁。

る、③需要者利益に資することに加え、商品又は役務全体の供給増により、利用事業者の利益も高まる、などから「正当な理由がある」のではないかとの議論がある。

しかし、取引条件を不利益変更する際に一方的に行業者が本来負担すべき不利益を利用事業者に押し付けること自体に反競争性があるのであり、利用事業者が押し付けられた不利益を需要者に転嫁できるかどうかは、正当化の理由にならないと考えられる。また、需要者利便に資するからといっても、そのために新たに発生する費用負担を行業者が相手方に押し付け、そこから得た利益を自らの設備投資や需要者へのサービスに充て、自らは全く懐を痛めることなくプラットフォーム事業での競争上有利になる行為こそ、能率競争の観点から正当化されない行為そのものであって、競争法の観点から厳しく規制されるべき行為なのであり、最終消費者に対してより良質廉価な商品が提供できるようになるから、という主張は全く「正当な理由」に該当しないことは、いうまでもない⁴⁶。

なお、需要者の需要が増えて商品又は役務の供給増により利用事業者の利益も高まるという点は、優越GLで協賛金等の負担の要請に関し「当該取引の相手方が得る直接の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た負担となり、当該取引の相手方に不利益を与えることとなる場合には、・・・優越的地位の濫用として問題となる。」とされ、「直接の利益とは、・・・取引の相手方にとってその納入する商品の販売促進につながる場合など実際に生じる利益」というとされている⁴⁷。同様の観点から、行為者は利益を得ることがなく、負担要請は専ら利用事業者の利益のためだけに行われるものであるとの説得的な説明がないと、合理的な範囲の負担要請とはいえないと考えられる。

ウ 相手方がその従業員に転嫁して自社の経済的不利益を回避する場合

たとえば大規模小売業者から売上増のためにクリスマスケーキを買わされた納入業者が、その購入代金を自社の経費として計上せず自社の従業員に同額以上で買わせて消費させたり、コンビニエンスストア本部から、注文した以上の数量の商品を意に反して仕入れさせられた加盟店が、それをアルバイト従業員に同額以上で購入させたりすれば、相手方たる事業者には行為によっても実際には経済的不利益は発生せず、不利益を被るのは相手方の従業員個人だけであるかもしれない⁴⁸。しかし、これらの場合に、相手方事業者に必ずしも不利益が発生しないことを理由として当該大規模小売業者やコンビニエンスストア本部の行為が優越的地位の濫用に該当しないと解するのは、規制として過小である。

⁴⁶ なお、相手方に利益を提供させ不利益を押し付ける行為で自社の効率性が高まることはなく、むしろ非効率な企業でもそうした行為により事業活動を維持できるため、効率性は低くなる可能性もあることから、優越的地位の濫用行為により行為者の効率性が高まるとの抗弁はありえない。

⁴⁷ 優越GL第4の2(1)協賛金等の負担の要請ア、(注9)

⁴⁸ こうした行為は、使用者による労働者に対する不当な不利益行為として労働関係法令（たとえば労働施策の総合的な推進並びに労働者の雇用の安定及び職業生活の充実等に関する法律（昭和41年法律第132号）が適用されることになると考えられる（フリーランスGL「第2基本的考え方」）。

不利益を被ることとなる相手方たる事業者がそれをさらに従業員に転嫁するあるいは転嫁する余地があっても、行為者が不当に利益を得て競争上上有利になる以上は、優越的地位の濫用に該当すると解すべきであろう。

(2) 取引の停止、解除と優越的地位濫用規制

取引の停止、解除については、契約法上の適正手続にのっとったものであったとしても、相手方にとっては、契約を打ち切られることにより、自由かつ自主的な判断による取引ができなくなり、将来の収入が失われるという極めて重大な経済的不利益を被ることは明らかであり、自由競争基盤の侵害の考え方からすれば、最も問題の大きい行為ということになる。このため、自由競争基盤の侵害の考え方からすれば、濫用行為の一つに取引の停止、解除を含むことは当然のようにもみえる。

この点につき、行為者に着目すると、行為者は相手方との取引の停止、解除によって、本来得られないような利益を得るわけではなく、また、本来行為者が負担すべき不利益を回避して相手方に負担させるというわけでもないことから、競争上有利になる事情はないため、これらの行為が濫用行為に該当するかどうかについては、慎重に検討すべきと考えられる。

なお、搾取規制説に立ちつつ、契約を打ち切られても相手方は自由かつ自主的な判断による取引ができなくなったとはいえないとし、契約解除をただちに濫用行為と扱うことにつき消極に解する見解もみられる。これは、単独の直接取引拒絶による契約解除に対し独占禁止法第24条の差止請求権の内容として契約解除の差止めすなわち取引強制があるか、との問題について、「取引」の意味を①契約締結の承諾の意思表示、②契約の成立、③当該契約の目的物の引渡し、の三つの局面からみて、それらを差止請求権に基づき行為者に強制することはいずれの局面からみても困難であるとしつつ、契約を解除される者に認められる法益とは、契約の申込みをするか否かを自己の意思で自由に決定しうる法的地位にとどまり、契約を解除される者が契約締結で初めて手にすることができる利益（例えば当該契約の目的物の引渡しを受けたりそれを第三者に転売したりして得る利益）は法益でなく単なる事実上の期待に止まるとの見解⁴⁹に則し、契約の解消の場合でも相手方は自由な判断で契約の申込みはできているため、契約解消行為によって自由競争基盤の侵害に直ちに該当するとはいえないとする見解である⁵⁰。

また、取引停止や解除の背景に優越的地位の濫用行為に該当するような取引条件の一方的な不利益変更などがあり、これを受け入れない相手方との取引を停止したり解除したりすることでこうした不利益変更を受け入れさせようとする場合には、取引条件の不利益変

⁴⁹ 根本尚徳「差止請求権による『取引』強制の可否」吉村良一先生古稀記念論集『現代市民社会における法の役割』335頁、364～365頁（日本評論社、2020）。

⁵⁰ 長澤哲也「契約の解消（取引拒絶）」は優越的地位の濫用に該当するか」2021年5月19日
<https://note.com/tetsuyanagasawa/n/n07a9a4069108>

更が優越的地位の濫用に該当するものと考えられ、実効性確保手段としての取引停止や解除自体も是正の対象となると思われる。

(3) 消費者優越 GL との関係

ア 消費者優越 GL との関係

消費者優越 GL は、DPFが消費者からの個人情報を取得・利用する際の一定の行為を、優越的地位の濫用に該当するおそれがあるとし、その公正競争阻害性について、当該取引の相手方である消費者の自由かつ自主的な判断による取引を阻害する（競争基盤の侵害）一方で、DPFは、「消費者に対して、自己の取引上の地位が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不利益を与えることにより削減した費用又は得た利益を、当該取引に係る事業又は他の事業に投入することにより、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（注4）」と説明する。

これは、優越 GL の、自由競争基盤の侵害と間接的競争阻害規制説を組み合わせた考え方を踏襲しつつ、間接的競争阻害規制説のうち相手方が競争上不利になるという説明は、取引の相手方が消費者で消費者同士の競争がそもそも無いため成り立たないことから、行為者が自ら競争する検討対象市場における競争上有利になることを強調しているものと考えられる。

この説明のうち、自由競争基盤の侵害は、上記3(3)で論じたように、単独の規制根拠としては不十分なものと考えられることに加え、主要なDPFが優越的地位濫用規制のない米国に本店を置く事業者であることも踏まえれば、消費者優越 GL に基づいて個人情報の取得・利用等の行為に対して優越的地位の濫用を適用する場合には、自由競争基盤の侵害ではなく、間接的競争阻害規制説の行為者の競争者との競争の悪影響を公正競争阻害性としてその反競争性を説明することが求められると思われる⁵¹。

不正に個人情報を取得・利用してデータを集積する行為は、能率競争の観点から正当化されない手段により競争者のDPFとの競争上有利になるものであり、行為者の市場における有力性の有無に関係なく公正競争阻害性を有するといえる。

さらに、DPFがこれを行い、自らの市場支配力を形成・維持・強化する場合には、競争

⁵¹ DPFによる、相手方にとって不利益な契約システム変更について優越的地位の濫用の適用が問題となる場合の、合理的な理由に基づく合理的な変更である旨の主張として、次のようなやり取りがある（座談会「デジタル広告と競争法・透明化法」ジュリ1564号14頁、21～22頁（2021））。野口祐子グーグル合同会社法務部長「不利益な取扱いや、一方的な変更というときには全体を見て頂いて、なぜそれが必要なのか、合理的な理由に基づく合理的変更の場合には、独禁法上も透明化法上も問題でないと整理して頂かないと、我々としてはビジネスをやっていけません。」鈴木健太公正取引委員会上席企業結合調査官「注意しなければいけないのは、例えばプライバシーを保護する必要があるからというだけで、直ちに正当化されるということはないという点です。それによって失われる競争、競争が失われることによって生じる利用者の不利益がないか、実態を踏まえて詳細に検討していく必要があるのではないかと考えています。」

者である他のDPFを排除する排除型私的独占の問題となるとの考え方と親和的である。これに対し、検討対象市場を一切考慮しない自由競争基盤の侵害を規制根拠にすると、市場への悪影響を規制の根拠とする排除型私的独占とは結びつかないため、排除型私的独占の適用は困難になってしまうものと考えられる。

イ 業務提携に関する検討会報告書

DPFによる個人情報の不当取得等が排除型私的独占の問題となりうるとすでに指摘するものとして、公正取引委員会競争政策研究センターによる「業務提携に関する検討会報告書」⁵²（以下「業務提携報告書」という。）がある。

業務提携報告書では、データを収集・集積する過程において、市場支配力の形成・維持・強化の観点からみて「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」を有する行為を通じて、ネットワーク効果等の発生やその仕組みを不当に操作・増幅することにより、市場支配力を形成する場合は排除型私的独占の問題となる（当該行為は、他の事業者から顧客や事業活動に不可欠となるデータを奪うことにほかならない）と指摘し⁵³、具体的な問題例として、「個人情報保護法等に照らして不当な方法により、又は、顧客の認知・行動上のバイアスやリテラシーの限界を悪用して、本来であれば当該顧客は提供しないデータを収集する方法」を挙げる⁵⁴。

消費者優越GLで示されているとおり、DPFの個人情報の不当取得等の行為に対して優越的地位の濫用を適用できるとしても、市場で有力なDPFによるこうした行為が市場支配力の形成・維持・強化をもたらす場合には、業務提携報告書の指摘するとおり、優越的地位の濫用でなくむしろ排除型私的独占の適用についてその可能性が検討されるべきである。その際、DPFの個人情報の不当取得等の行為が優越的地位の濫用に該当する公正競争阻害性については、検討対象市場における行為者の能率競争の観点から正当化されない反競争的行為と捉えることで、当該行為が有力な事業者により行われ、市場支配力の形成・維持・強化をもたらすものであれば、排除型私的独占が適用されるとの説明が可能となると考えられる。

（４）違反行為の数、課徴金との関係

現行法の運用上は、優越的地位の濫用行為を受けた相手方ごとに違反行為が成立するのではなく、全体として一つの違反行為とみており、課徴金も一つの違反行為として始期と終期を認定したうえで課している。取引主体としての自由かつ自主的な判断による取引が行えないことに公正競争阻害性を求める立場に立つと、相手方が自由かつ自主的な判断によ

⁵² 公正取引委員会競争政策研究センター「業務提携に関する検討会報告書」令和元年7月10日

https://www.jftc.go.jp/cprc/conference/index_files/190710gyoumuteikei1.pdf

⁵³ 前掲注52) 42～43頁、脚注99。

⁵⁴ 前掲注52) 46～47頁。

る取引が行えずに受入れを余儀なくされた不利益行為が違反行為であるので、相手方ごとに違反行為が成立し、課徴金も、相手方ごとに始期と終期が成立した実行期間における売上高を算定基礎として足し上げる、という考え方と親和的である。

これに対して、間接的競争阻害規制説の行為者の競争に与える影響を重視する考え方によれば、行為者が濫用行為によって自己の競争者に対して不当に競争上有利になったことに公正競争阻害性を見出すことから、行為者が行った一連の行為をまとめて一つの違反行為として行うことにより自らの競争上有利になった、との考え方から、違反行為は一つとの現行の運用と親和的である。

ただし、たとえば入札談合事件の課徴金算定において、違反行為は基本合意一つとしつつ課徴金は基本合意に基づく受注調整等の結果、具体的な競争制限効果が発生するに至ったものという解するべきであるとされている⁵⁵ように、違反行為が一つである場合に、課徴金について、一つの違反行為とみた場合の行為の始期と終期から実行期間を認定して課すべきか、特定納入業者ごとに個別の実行行為に対して期間を認定して課すべきかという議論は、必ずしも同じではないと思われる。濫用行為によって不正な利益をどの程度蓄積し、そのような反競争的行為を抑止するにはどの程度の水準が適正なのか、という課徴金の算定基礎をどうするかとの議論と、どこに公正競争阻害性を求めるかの議論を直接結びつけるのは、適切ではないと思われる⁵⁶。優越的地位の濫用における課徴金の算定基礎をどのように考えるべきかについては、本 DP の検討対象から外れるので、ここでは検討を行わない⁵⁷。

(5) 自由かつ自主的な判断と「行為の受け入れを余儀なくされる」の関係について

自由競争基盤の侵害の考え方によれば、公正競争阻害性の本質は、相手方が自由かつ自主的な判断が行えないことにあるので、問題となる違反被疑行為について、自由かつ自主的な判断ができない中で受け入れを余儀なくされたのか、それとも自由かつ自主的な判断により行われたのか、が一つの大きな争点となる。違反被疑行為について違反でないとする主張の一つとして、「仮に自社が本来負うべき負担を相手方に負わせるものであったとしても、相手方が受けるかどうかは任意であるとして要請したにもかかわらず、相手方が

⁵⁵ 最判平成 24 年 2 月 20 日民集 66 卷 796 頁（多摩談合事件）

⁵⁶ 優越 GL が間接的競争阻害規制説を採用している理由として、同説を「公正競争阻害性の根拠とできるのであれば、取引の相手方を問わず最初の取引の相手方に対する違反行為の始めから最後の取引の相手方に対する違反行為が終了するまで全体を 1 つの違反行為とみなして、それらの取引額全体を課徴金の算定基礎とすることが可能になると考えられたからである、と推測される。」とし、このような課徴金の算定の運用を批判するものとして、根岸哲「優越的地位の濫用規制の来し方・行く末：覚書」商学討究第 71 卷臨時号（和田健夫名誉教授記念号）27 頁、35 頁～39 頁（2021）。また、搾取規制説に立ち課徴金を算定する上においても個々の相手方ごとにみるべきとする見解について、白石忠志＝長澤哲也＝伊永大輔「鼎談／優越的地位濫用をめぐる実務的課題」ジュリ 1442 号 16 頁鼎談 25 頁[長澤哲也発言]（2012）。

⁵⁷ 優越的地位の濫用に対する課徴金の算定方式について、現状と問題点を検討するものとして、中川晶比兒「優越的地位の濫用に関する課徴金算定の考え方」公正取引 858 号 51 頁（2022）。

自主的に応じてきたものであり、相手方の取引主体としての自由かつ自主的な判断による取引ができないことはないから、行為には公正競争阻害性はない。こうした自由かつ自主的な判断に基づく取引に対して国が介入するべきでない。」という主張がありうる。そして、実務上も、行為の受け入れを相手方が余儀なくされたのかどうか、濫用行為の立証上の重要な事実の一つとなっていると思われる。

行為者が優越的な立場にある時点ですでに、自由かつ自主的な判断により要請に応じたという主張自体の信ぴょう性に疑念が生じるが、それを措くとしても、相手方が自由かつ自主的な判断で応じたのか、受け入れを余儀なくされたのかという主観の認定は、極めて難しい。

この点、取引主体の自由かつ自主的な判断が損なわれることに公正競争阻害性を求め、行為の受け入れを余儀なくされたことをもってそれを立証するのではなく、行為者が本来負担すべき不利益を相手方に押し付けて回避したこと（それにより競争上有利になること）を能率競争の観点から正当化されない不正手段型の反競争的行為であるとみて公正競争阻害性として立証するほうが、より客観的な基準で判断することができるとも考えられる。

（６）諸外国の搾取的濫用行為に対する規制との関係

EUでは、GAF A等のDPFによる、垂直的濫用行為に対する市場支配的地位の濫用規制が進展し、不当な取引条件やデータ取得の強制に対する搾取的濫用行為による競争侵害の枠組みの適用が検討されているとされる⁵⁸。また、搾取的濫用行為への規制は、米国以外では世界的に認知された概念であり、アジアでも関心が高い。

一の検討対象市場において、市場支配的事業者という行為主体の存在をまず認定して、当該事業者が行う搾取的濫用行為を規制するという体系を我が国は採用しておらず、それに代わるものとして優越的地位濫用規制が活用されているともいえる。優越的地位濫用規制を発展させてきた我が国において、EU等で搾取的濫用行為の競争侵害の枠組みが検討されている中で、その反競争性について、自由競争基盤の侵害という抽象的な説明よりも具体的な競争制限のメカニズムを説明することが、海外で行われている競争法における搾取的濫用行為の競争侵害の枠組みの議論への貢献の点でも重要ではないかと思われる。

ア EU

滝澤紗矢子教授によれば、搾取的濫用行為の一類型としての高価格規制について、欧州競争法の条文上では適用が可能でありつつも従来謙抑的に行われてきた運用に関する新たな動きとして、医薬品を対象とする搾取的な高価格規制への法運用が行われてきているとされ

⁵⁸ 長尾愛女「EUにおける優越的地位の濫用規制—デジタル・プラットフォーム及びフランス競争法を中心に—」公正取引 841号 21頁（2020）、「フランス競争法における濫用規制—優越的地位濫用規制への示唆—」日本経済法学会年報「独占禁止法のエンフォースメント」第41号 83頁（2020）。

る⁵⁹。その上で、同教授は、我が国の優越的地位濫用規制との比較として、「わが国の規制における「濫用」の判断では、相手方の不利益に焦点が当てられる。これに対して、委員会（加盟国競争当局、CMAに同じ）は、行為者の得る利益の過大性を検討している。・・・特に対消費者取引を視野に入れた場合、この違いは重要となり得る。」⁶⁰としつつ、「我が国の優越的地位濫用規制は、多かれ少なかれ中小企業保護の色彩を帯びてきた経緯があるため、相手方の不利益に着目しがちであったと想像される。」⁶¹と指摘される。EUの搾取的濫用規制において、行為の正当性の判断に当たり、搾取される側でなく搾取する側すなわち行為者の利益に着目しており、我が国の優越的地位濫用規制において相手方の不利益に着目していることとの違いが指摘されていることが注目される。

イ ドイツ

（ア）DPFに対する規制

ドイツでは、Facebook の情報取得・利用行為に競争制限禁止法を適用したほか、近年の法改正により、市場支配的地位の濫用の範囲を、支配的地位を満たさないDPFにも拡大したが、同じDPFへの競争法適用を目指したものであっても、一対一取引への介入規定である優越的地位の濫用をDPFに拡大するのとは向きが異なる。

ドイツ連邦カルテル庁は、競争制限禁止法第10次改正法として、新規に「複数の市場を跨ぐ競争にとって圧倒的な意義」を持つ事業者（特に、デジタルコンツェルン）に対する効果的規制を図るため、その濫用行為を禁止する規定を設けている。そこでは、連邦カルテル庁は、濫用行為として、①調達・販売市場へのアクセスを仲介する際に、競争者と比較して自己の供給を優遇すること、②他の事業者の事業活動が、調達市場や販売市場へのアクセスに重要である場合に、当該事業者の当該市場での事業活動を妨害する措置を採ること③直接的又は間接的に、事業が支配的でなくても急速にその地位を拡大することができる市場での競争相手を妨げる④事業者が収集した競合上重要なデータを取り扱うことで、参入障壁を作ったり、著しく高めたり、又はその他の方法で他の事業者を妨害したり、そのような取扱いを認める取引条件を要求したりする⑤製品やサービスの相互運用性やデータのポータビリティを拒否したり、困難にし、競争を阻害すること⑥他の事業者に、提供又は契約したサービスの範囲、品質、成果を十分に伝ええないか、又は他の事業者がそのサービスの価値を評価することを困難にしている⑦他の事業者の供給の取扱いについて、要求の根拠と不

⁵⁹ 滝澤紗矢子「EUにおける搾取的な高価格規制の新動向」NBL1213号4頁（2022）。

⁶⁰ 滝澤・前掲注59）8頁。

⁶¹ 滝澤・前掲注59）9頁、脚注25。

均衡な利益を要求すること、が規定されている（2021年1月18日公布）⁶²⁶³。

ここでは、「複数の市場を跨ぐ圧倒的な意義」要件の導入は、個別市場において既に存在する市場支配及びそこから生じる行為の可能性に結びつくだけでなく、未だ支配的でない市場の競争プロセスを保護しうる、特別な濫用規制の必要性から説明され、データの収集等による搾取及び妨害行為については、たとえ、市場支配的地位になくても、競争関連データの利活用やアクセスの拡大が、典型的には市場参入制限をより強固にするとされている⁶⁴。これは、行為者が市場支配的地位を形成・維持・強化するという排除型私的独占の説明と整合的であると思われる。他方で、上記⑦他の事業者の供給の取扱いについて、要求の根拠と不均衡な利益を要求することのように、我が国では優越的地位の濫用行為の典型とされるような行為についても禁止対象とされているところ、改正法でこうした行為の競争制限のメカニズムがどう説明されているのかは明らかでない。しかし、全体として行為者の市場支配的地位の形成・維持・強化の観点からドイツの法改正が説明されているとすれば、我が国の優越的地位濫用規制の対象行為も、ドイツと同様に、行為者の競争上の地位を不当に有利にするということに公正競争阻害性の説明の重点を置くことが、排除型私的独占との関係からみても、整合的ではないかと思われる。

（イ）相対的に市場支配力を有する事業者に対する購買力濫用規制

ドイツでも、我が国と同様、サプライヤーに対する買手側の購買力の濫用問題への対応が課題となっている。上記（1）のDPF対応のように、市場支配的地位の濫用行為を拡大するのであれば、相手方ではなく行為者の市場における競争上の地位が考慮されることは当然であるが、サプライヤーと購買者との濫用規制においては、市場支配力の濫用規制とは別に、相対的に市場支配力を有する事業者による利益供与要請の禁止規制が存在する（競争制限禁止法 20 条 2 項⁶⁵）。このため、相対的な市場支配力を有する事業者の行為を禁止するに当たって、相手方への不利益を問題にしているのか、行為者が競争上不当に有利になることを問題にしているのか、2018 年のドイツ最高裁の EDEKA による競争制限禁止法違反事件判決で検討する⁶⁶。

⁶² 柴田潤子・東條吉純「オンラインプラットフォームにおける搾取型濫用行為規制の理論～フェイスブックケース（ドイツ連邦カルテル庁決定）を手掛かりとして～」公正取引委員会競争政策研究センター・デイスカッションペーパー（DP）44 頁、58～60 頁（2021）。

⁶³ 法改正の経緯等については、泉眞樹子「【ドイツ】GWB（競争制限禁止法）デジタル化法—デジタル・プラットフォーム企業への競争法上の規制強化等—」外国の立法 287-1 号 20 頁（国立国会図書館 調査及び立法考査局、2021）。

⁶⁴ 柴田・東條前掲注 62) 45 頁。

⁶⁵ 規制の枠組みや経緯等については、泉水文雄ほか「諸外国における優越的地位の濫用規制等の分析」公正取引委員会競争政策研究センター・共同研究報告書 77～82 頁（2014）に詳しい。

⁶⁶ 判決の概要及び解説については、柴田潤子「E Uにおける優越的地位の濫用」公正取引 817 号 10 頁（2018）。

事案は EDEKA が取引先サプライチェーンに対して、自社の支店の現代化とリノベーションを図るためのパートナーシップ報酬の支払いを要請したことなどが問題とされ、当該行為の正当化事由の有無が争われた。ドイツ最高裁は、正当化事由の要件に関し、業績の観点から正当性を欠く要請は、市場力を背景に成功を見越して要請されるのであり、正当化されないとの推論が働くことになる、との理由で、正当化事由の要件に関して、利益の要請と市場力の因果関係を検討する必要はないことを明らかにした、とされる⁶⁷。そのうえで、ドイツ最高裁判決によれば、正当化されない行為であるか否かの判断基準としては、自己の事業者としてのリスクを取引相手方への（許容されない）転嫁と捉えるべきかの議論に言及し⁶⁸、小売業者の一般的な長期投資にサプライヤーが関与する場合、サプライヤーと小売業者間の典型的な機能配分を破壊し、当該要求には濫用懸念が生じ得るとする⁶⁹。つまりこのような著しく不均衡な転嫁の要求を、業績の観点から正当化されない反競争性を有すると評価しているように思われる。

こうした考え方は、行為者が本来負担すべき利益を負担せず相手方に押し付けることを能率競争の観点から正当化されない不正手段として規制しようとするという本 DP の考え方と一致すると思われる。このように、ドイツの相対的な市場支配力に基づく規制においても、その正当化事由の判断において、行為者が当該行為により能率競争の観点から正当化されない利益を得るかどうかに着目していることが注目される。

ウ フランス

フランスでは、競争侵害要件のもと競争当局が規制する「経済的従属関係の濫用規制」と、競争侵害要件なしで民事訴訟を通じた規制「著しい不均衡規制」とは区別されている。

競争当局による経済的従属関係の濫用規制は、市場支配的地位の濫用規制（商法典 L. 420-2 条 1 項）とは別に経済的従属関係を規制するものであり、競争侵害要件の厳格な解釈の結果規制実績が乏しく、2008 年に、競争当局によるのとは別に民事的な規制である「著しい不均衡の規制」が導入されたとされる。その一方で、2020 年 3 月に Apple 及び卸売事業者 2 社に対し、競争当局は、Apple Premium Reseller と呼ばれる特約店とのタブレット端末取引に関して、製品供給の制限、新製品供給に関する差別的取扱い、値引き条件の不当性等について、経済的従属関係の濫用規定を適用した。そこでは、競争侵害要件として、Apple が Apple Premium Reseller にフランチャイジー類似の義務を負わせる販売網を利用し採算性のある地域のみで直営店を置くことができ、自らの直営販売網が競争にさらされることがなかったとしており、この点は、間接的競争阻害規制説のうち行為者の競争上の有利をもたらしたとの説明と一致する⁷⁰。ただし、行為者が競争上有利になるという点だけでなく、相

⁶⁷ 柴田・前掲注 66) 16～17 頁。

⁶⁸ 柴田・前掲注 66) 18 頁。

⁶⁹ 柴田・前掲注 66) 19 頁。

⁷⁰ 長尾・前掲注 58) 公正取引 28 頁。

手方が競争上不利になるという点にも触れていて、Apple Premium Reseller が Apple に販売条件を拘束されつつ独立した商業上財政上のリスクを引き受けていることで弱体化をもち、特定の実業者の排除につながるもとしており、この点は、間接的競争阻害規制説のうち相手方への競争への影響の説明と一致する。いずれにしても、フランスの経済的従属関係の濫用規制においては、自由競争基盤の侵害ではなく、間接的競争阻害規制説と同様の競争侵害が説明されているものといえる。

エ アメリカ

アメリカにおいては、搾取的濫用行為という概念はない。米国法曹協会反トラスト部会がまとめた市場支配力基準の国際的な多様性に関するタスクフォースの最終報告書⁷¹によれば、過大な価格 (excessive pricing) 規制の各国の状況の説明の文脈で、「搾取的濫用行為は米国では認知された概念ではない。そして、価格の規制は反トラストが基礎とする競争原理と不整合であるとみられている。実際、Trinko 事件において、最高裁は、『独占価格を一少なくとも短期間において一請求する機会、そもそも『実務的洞察力

(business acumen)』を引き寄せるものである；そうした機会は、イノベーションと経済成長を生み出すリスクテイキングを誘引する。』と強調している。」とする。このように、独占力の行使がむしろイノベーションを誘引する機会であるとする立場からすると、米国では、独占的地位を有する者がその地位を利用して利益を得る行為を、検討対象市場における競争プロセスへの悪影響を考慮することなく、少なくとも競争法の文脈で規制することには、大きな違和感があると想像される。

搾取的濫用行為に関する論点があるものとしては、Epic Games 社によるアップルに対する反トラスト法違反訴訟があり、その中で Epic Games は iOS アプリの課金決済処理に係るアフターマーケットにおいて、アップルによる課金決済手数料が 30% と不当に高いと主張し、アップルは同市場で独占力を有するとしている。しかし、同訴訟の米国連邦地裁判決では、30% が競争価格の水準より高いとしても、それが直ちに独占力の直接の証拠にはならないとしつつ、独占力を証明するには、競争水準より高い価格だけでなく制限されたアウトプットは必要である、とし、Epic Games はモバイルゲーム取引のアウトプットへの影響を有するとの証拠を示せていないと判示している⁷²。ここでも、アップルが 30% という手数料を不当に搾取していること自体が反トラスト法に違反するという主張と

⁷¹ ABA Antitrust Law Section “Differences and Alignment :Final Report of the Task Force on International Divergence of Dominance Standards” September, 1 (2019).

https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/comments/october-2019/report-sal-dominance-divergence-10112019.pdf

⁷² Epic Games Inc. v Apple Inc. 令和 3 年 9 月 10 日米国カリフォルニア州北部地区連邦地裁判決 137 頁。なお、本訴訟ではカリフォルニア州不正競争防止法違反に関する Epic Games による主張は認められた。https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.cand.364265/gov.uscourts.cand.364265.812.0_2.pdf

いうよりは、アップルが市場支配力を有していることの裏付け事実として指摘しつつ、Epic Games 社がアップルの課金決済システムを利用しないで自ら課金決済をすることをアップルが妨害している課金決済取引の競争者排除が反トラスト法に違反するという主張で、そうした決済システムの強制利用がアプリ制作販売事業者に不利益を与えるとともにアップルの市場支配力の強化につながっているとされ、アプリ制作者に対する不当搾取ではなくアップルの市場支配力の強化を反トラスト法違反として主張がされているものと思われる。

なお、米国バイデン政権は、アメリカ経済における競争促進に向けた大統領令を2021年7月9日に発出したが、この内容も、GAF Aに限らず多くの産業において市場集中及び競争の減少が米国経済及び国民生活に悪影響をもたらしているとの認識のもと、基本的には事業者間の競争を促そうとするものであり、少なくとも競争当局に対しては、行為者が最終消費者を含む取引の相手方に不利益を及ぼす行為を直接的に禁止させたり料金を引き下げさせたりしようとしているものは見当たらず、あくまで事業者間の競争をより活発化させることを通じて、結果的に対消費者向けの財やサービスの価格引き下げなどを目指すものといえる⁷³。

結語

本 DP においては、「能率競争」の観点から、優越的地位の濫用の公正競争阻害性について、自由競争基盤の侵害をその本質とする考え方に疑問を呈し、行為者による能率競争の侵害にその本質を求め、このように解することの現代的な意義について検討を試みた。

昭和57年の一般指定改正に係る座談会において、独占禁止法研究会メンバーとして関与された根岸哲教授は「不公正な取引方法における優越的地位の濫用の位置付けは、従来から議論があるところですが、昭和28年に法第2条9項の5号という規定が入ったという立法趣旨からいいますと、典型的に従来考えられているような量販店等と納入業者の間の問題、拘束預金の問題、下請取引の問題等というようなことを予想して、それらに対処するためにわざわざ入れた規定であり、どうしてもそのような立法趣旨を生かさざるを得ないことを要請されていると思うのです。」「・・・その趣旨を生かして解釈するのが、普通の解釈ではないかと思います。もし通常いわれている意味での、市場の競争に与える影響を具体的に考えなければならぬことがあるとすれば、少し立法趣旨からはずれるのではないかと思います。」と述べられている⁷⁴。このように、昭和57年当時には、昭和28年の優越的地位濫用規制の規定導入時の趣旨を生かしつつ独占禁止法体系の中で同規制を整合的に位置付けるべく様々な工夫のもとで公正競争阻害性の解釈がなされ、その後も議論がされていたが、

⁷³ 一例として、大統領令においては、処方薬の価格高騰・Price Gouging への対応について、競争当局ではなく保険福祉省の仕事とされている。なお、米国では各州において消費者保護法などにより一方的な高価格設定行為に対する規制を行っている例もある。

⁷⁴ 座談会「一般指定改正の意義について」田中・前掲注28)36頁[根岸哲発言]。

当時の量販店と納入業者との取引、拘束預金、下請取引の問題から、現代の諸課題への対応としてこれだけ優越的地位濫用規制の適用場面が広がってきた中で、同規制を活用しつつ、より現代に則した解釈・運用をしていくには、改めてその公正競争阻害性について考えることが求められているのではないかと思われる。

<参考文献（本文中に引用した以外のもの）>

- 長澤哲也『優越的地位濫用規制と下請法の解説と分析（第4版）』商事法務（2021）
- 上杉秋則「デジタル・プラットフォーム事業と優越的地位の濫用規制～理論上の問題の検討」国際商事法務 Vol. 49 No5 (2021)
- 川濱昇「優越的地位の濫用の慎重な新展開」NBL1166号 24頁（2020）
- 菅久修一編著『独占禁止法（第4版）』商事法務（2020）
- 上杉秋則「垂直的制限行為の公正競争阻害性に関する判例と法理論について～国際的整合性を阻むものは何か～[上][下]」国際商事法務 Vol.48. No10 (2020) N11 (2020)
- 越知保見「データ集中と市場法秩序～Facebook 事件・リクナビ事件・消費者優越ガイドラインの総合的検討～[上][下]」国際商事法務 Vol. 48No5（2020） Vol.48.No6 (2020)
- 越知保見「競争保護に関する二元論と最高裁判決～デジタル経済が促す独禁法基本概念の再検討～[上]」国際商事法務 Vol. 48No7（2020）
- 越知保見「優越的地位の濫用と取引の自由・私的自治」国際商事法務 Vol. 48No4（2020）
- 越知保見『『搾取』・『排除』の意義・射程と Facebook 事件ドイツ最高裁決定』国際商事法務 Vol. 49 No2（2021）
- 越知保見『日米欧競争法大全』中央経済社(2020)
- 日本経済法学会年報「優越的地位の濫用規制の展開」第35号 日本経済法学会編、有斐閣（2014）
- 山田務「公正競争阻害性としての『競争手段の不正さ』についての検討」筑波ロー・ジャーナル 16号（2014）
- 「独占禁止法の主要規定の成立と現行法への示唆」公正取引委員会競争政策研究センター第7回公開セミナー講演、質疑応答記録（2006）
- https://www.jftc.go.jp/cprc/koukai/seminar/h18/07_report_files/061013openseminar-report.pdf
- 日本経済法学会年報「優越的地位の濫用」第27号 日本経済法学会編、有斐閣（2006）
- 日本経済法学会編『経済法講座 独禁法の理論と展開[2]』8 優越的地位の濫用[向田直樹]三省堂 2002年
- 根岸哲『独占禁止法の基本問題』神戸大学研究双書刊行会（1990）