

## 優越的地位濫用規制の有用性とその限界

- 体系的な位置づけおよび民法などによる規制をふまえて

東京大学大学院法学政治学研究科

民刑事法専攻経済法務専修コース 2年

佐藤 大心

<ul style="list-style-type: none"> <li>. Introduction</li> <li>- 優越的地位濫用規制の立法過程</li> </ul>	p 1
<ul style="list-style-type: none"> <li>. 優越的地位濫用規制の構造の確認</li> </ul>	p 3
<ul style="list-style-type: none"> <li>. 当事者の決定に介入が必要な場面の検討</li> <li>- 経済学の知見をもとに</li> <li>1 - 契約の経済分析一般について</li> <li>2 - hold up problem 偏面的な依存関係における問題</li> </ul>	p 4 p 4 p 5
<ul style="list-style-type: none"> <li>. 当事者の決定への介入手法についての検討</li> <li>1 - 私法秩序と競争秩序の連続性</li> <li>2 - 民事規制と行政規制</li> </ul>	p 1 0 p 1 0 p 1 2
<ul style="list-style-type: none"> <li>. 優越的地位濫用規制の有用性および体系的位置付け</li> <li>1 - 従来 of 学説 of 概観</li> <li>( 1 ) 相対的優越説と絶対的優越説の観点からの学説の整理</li> <li>( 2 ) 独占禁止法上の「市場」概念について</li> <li>2 - 優越的地位濫用規制の有用性および体系的位置付け</li> <li>( 1 ) hold up problem が生じる場合</li> <li>( 2 ) 同時点の問題に対する介入</li> <li>3 - 従来からの学説との若干の比較検討</li> </ul>	p 1 5 p 1 5 p 1 5 p 1 9 p 2 0 p 2 0 p 2 4 p 2 7
<ul style="list-style-type: none"> <li>. 結語</li> </ul>	p 3 0
<ul style="list-style-type: none"> <li>参考文献一覧</li> </ul>	p 3 2

## ． Introduction - 優越的地位濫用規制の立法過程

優越的地位の濫用についての指定が行われたのは昭和28年改正によってである。現行の一般指定は昭和57年改正によるものであるが、その改正の趣旨は以下のような点にあった。旧一般指定10項(「自己の取引上の地位が相手方に対して優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして相手方に不当に不利益な条件で取引すること」)が一般的・抽象的にすぎたために4つの行為に類型化してより具体的かつ明確な規定にすること、旧一般指定9項の役員選任に関する不当干渉<sup>1</sup>を優越的地位の一類系として整理したこと、旧一般指定が施行されていたときから旧10項に言う「条件」には契約の一部をなしているものに限らず事実上の不利益な状況なども含むとされていたので、解釈上の疑義をなくすために「条件」という文言を削除したこと、の三点である。したがって、昭和57年改正は旧指定の実質的内容を変更することを意図したものではないし、また、文言上も「自己の取引上の地位が相手方に対して優越」「正常な商慣習に照らして相手方に不当に」といった鍵となる概念を残しており、類型化に関しても現行指定14項第4項が一般条項的な規定振りとなっていることから、優越的地位濫用規制の実質的内容に変更が生じたとも考えられない。したがって、昭和28年改正時の優越的地位濫用規制導入の立法理由を検討することは現行法においても有意義である。

優越的地位濫用規制導入の立法理由は必ずしも明らかではないが、「同改正によりカルテル、合併に関する規制が緩和され、また旧第8条(不当な事業能力の較差)の規定が削除されたので、経済力の濫用について幅広くその弊害を除去するため、これに対する規制手段をおいておく必要があったため」<sup>2</sup>とされている。旧8条の削除は優越的地位濫用規制導入に際して強調されることもあるので、もう少しこの点については付言しておく。旧8条にいう「不当な事業能力の較差」は旧2条5項に定義されており、私的独占を行うことができる程度に事業者と競争者の事業能力の間に較差がある場合をいう。このような「不当な事業能力の較差」を排除する旧8条の削除と優越的地位濫用規制導入については、公正取引委員会事務局編の『独占禁止法20年史』に「第八条の削除であるが、第五条と同じく『大体他の規定によって取り締まりの実を挙げることができる」と認められたため』であり、当時の資料によれば、『私的独占的行為については、第三条の禁止規定があり、この形式的予防的規定を廃止しても、独禁法の法益上支障ないとともに、本条を存置することは事業者の企業意欲を阻害するおそれもあるので、これを削除するのが適当と認めたのである。なお大企業が自己の優

<sup>1</sup> 「正当な理由がないのに、相手方である会社の役員...の選任についてあらかじめ自己の指示に従い、または自己の承認を受くべき旨の条件を付けて、当該相手方と取引すること」

<sup>2</sup> 田中寿編著「不公正な取引方法 新一般指定の解説」p 86

越した地位を利用する行為については別に不公正な取引方法に追加してこれを防止することにした。」と説明されている。』(『』内は横田委員長の提案理由補足説明からの引用とされる)という記述がある<sup>3</sup>。ただし、旧8条については以下の二点に注意しておく必要がある<sup>4</sup>。「不当な事業能力の較差」の定義が私的独占の概念に着目したものである以上、特定の「市場」に注目しない一般集中規制とは異なる。「較差」は事業者とその競争者の間において計られるのであって、ある取引の両当事者間のおける格差が問題とされているわけではない。

結局、何が立法趣旨かは必ずしも明確ではないが、前記したように「経済力の濫用」という表現がなされていることや「大企業が自己の優越した地位を利用する行為について」という提案理由説明があったことから考えると、経済的強者と経済的弱者という考え方はあったように思える。一般的にも「典型的に従来考えられているような量販店など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」<sup>5</sup>という理解がされているようである。

しかし、このような「経済的強者と経済的弱者の間における経済力の濫用」の意味内容は文言からは明らかではないし、また、その意味内容の探求も十分に行われていなかったように思える。優越的地位濫用規制については、その性格付けや不公正な取引方法の中での位置付けなどについて様々な議論がなされているが、議論が紛糾している原因の一つとしてこの点があげられると思われる。

そこで本稿では、で優越的地位濫用規制の法文上の構造を確認した上で、まず、では経済学の知見を利用して、当事者の決定に対して何らかの介入が必要とされるのはどのような場合かを検討する。その上ででは介入方法として法的な規制を利用する際の視点を検討し、で・の結果を踏まえて優越的地位濫用規制の有用性や体系上の位置付けを検討する。

---

<sup>3</sup> 公正取引委員会独占禁止政策二十年史編集委員会「独占禁止政策二十年史」p 145

<sup>4</sup> 白石忠志「取引上の地位の不当利用」規制と「市場」概念」東北法学57巻3号p 20

<sup>5</sup> 田中寿編著「不公正な取引方法 新一般指定の解説」p 33 根岸哲発言

## ・優越的地位濫用規制の構造の確認

いわゆる優越的地位の濫用の規制とは2条9項5号を受けた一般指定14項である。

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、次の各号のいずれかに掲げる行為をすること。

- 一 継続して取引する相手方に対し、当該取引にかかる商品又は役務以外の商品又は役務を購入させること。
- 二 継続して取引する相手方に対し、自己の為に金銭、役務、その他の経済上の利益を提供させること。
- 三 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。
- 四 前三号に該当する行為のほか、取引の条件又は実施について相手方に不利益を与えること。
- 五 取引の相手方である会社に対し、当該会社の役員（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年法律台54号）第2条第3項の役員をいう。以下同じ。）の選任についてあらかじめ自己の指示に従わせ、又は自己の承認を受けさせること。

本項においては、「自己の取引上の地位が相手方に優越していること」（優越的地位にあること）、「それを利用して、正常な商慣習に照らして不当」な行為をすること（濫用）が要件とされる。昭和57年の一般指定改正においては、旧指定が一般的・抽象的であって分かりづらかったということを踏まえて、明確化のために<sup>6</sup>各号で行為類型を示すようにしたが、四号が一般条項的なものとなっているので、本項の限りでは上記二つの要件を考えればよい。

また、本指定の基礎となっている2条9項は不公正な取引方法を定義するに際して、「公正な競争を阻害するおそれ」（公正競争阻害性）を要件としている。

したがって、優越的地位濫用規制を考える際には、「優越的地位」、「濫用」、「公正競争阻害性」という三つの法的概念を念頭に置く必要がある。しかし、いずれの概念も抽象的であり、規制の外延が不明確となりがちである。規制をかけるべき場面やその方法、独占禁止法の体系などを手掛かりとして、これらの概念の明確化に資する視点を提供するのが本稿の目的である。

<sup>6</sup> 田中寿編著「不公正な取引方法 新一般指定の解説」p 86

## ・当事者の決定に介入が必要な場面の検討 - 経済学の知見をもとに

経済学の観点からの議論を行う際には、「自己の取引上の地位が相手に対して優位であることを利用して、相手方に不利益を課したとしても、それは市場メカニズムの制約条件下での合理的選択行動である。そのような取引に法が介入することは、当事者の自主的判断を損ない、当事者の利潤最大化行動を否定する事を通じて、社会的に見てロスが生じる<sup>7</sup>。また、経済的弱者救済という側面においても、規制は実効性をあげることができない<sup>8</sup>」という論調に傾斜しがちであった<sup>9</sup>。しかし、このような立論が常に正しいわけではない。以下では、契約の経済分析一般について述べた後に、特に優越的地位濫用規制や継続的取引の関係で議論されてきた **hold up problem** について検討する。

### 1 - 契約の経済分析一般について

上述した取引への法の介入を否定する見解が成り立つためには「強制されるならば、約束者と受約者(**promisee**)の両者が各自の目的を達成する上で理想的となるような約束」(これを「完全契約」という<sup>10</sup>) が達成されていなければならないが、このような契約が成立するためにはいくつかの仮定が必要とされる<sup>11</sup>。

まず、個人の合理性について3つの仮定がおかれる。その第一は、契約当事者が安定し整序された選好を有しているということである。これを受けた契約法上の制度が無能力者制度である。第二に、意思決定者の機会が制約されており、その目的の中の一部は実現可能であるが、全部を実現することはできないという仮定がある。契約の相手方によって課されたりもしくは契約の状況によって生じた選択の制約が過酷でありすぎる場合には、契約は拘束しないということが契約法上も認められている(強要ないし強迫・履行不能・窮状)。第三に、契約当事者は自己の利益の最大化を図るというものである。

また、取引費用ゼロの仮定として4つの仮定がおかれる。第一の仮定は、第三者への悪影響が存在しないということである。第二には、これは重要な仮定とされているが、情報の完全性である。契約法上でこれに対応するのが、詐欺・開示の懈怠・契約

---

<sup>7</sup> 経済学的に言えば「当事者レベルにおいても社会的レベルにおいてもパレート最適が実現されない」ということになる

<sup>8</sup> なぜならば、優越的地位濫用規制を利用することによって取引条件を弱者に有利な形に変更したならば、それまで参入を控えていた他のプレイヤーが当該取引に参加するようになって競争が激化し、その結果、市場メカニズムによって再び元の取引条件にまで戻るからである。

<sup>9</sup> 三輪芳朗「独禁法の経済学」(日本経済新聞社・1982)など

<sup>10</sup> ロバート・D・クーター、トーマス・S・ユーレン「新版 法と経済学」(商事法務研究会・1997) p 219

<sup>11</sup> 以下の記述は、前注文献の p 219 ~ による

目的の達成不能・相互の錯誤とされる。第三には、現実ないし潜在的な取引相手が多数存在するということである。第四に、取引交渉にはコストがかからないという仮定がある。

これらの仮定の中には数学的処理をしやすくするためにおかれたにすぎないもの（個人の合理性についての第三の仮定）などもあるが、どのような仮定の下でなら契約に法が介入する必要性がないかという分析の視角は、仮定がどのような場合に満たされないかを検討することにより、契約への法の介入を考える際の手掛かりになると考えられる。特に、個人の合理性についての第二の仮定（意思決定者の一定範囲のみでの機会の限定）および取引費用ゼロに関しての第二の仮定（情報の完全性）は有用な視点だと思われる。このような仮定が崩されるときに、当事者の決定に対する介入は、必要な限度において、正当化される。

## 2 - hold up problem 偏面的な依存関係における問題

ここまでは契約メカニズム（そしてその背景にある市場メカニズム）がどのような場合であればうまく機能し、またどのような状況があれば機能しなくなるのかを一般的に検討してきた。このセクションでは、契約メカニズムがうまく働かない場面の一つで、契約メカニズムに代替するものとして利用される中間組織での取引形態を経済学的に検討する。中間組織形態の取引としては下請け取引をはじめとする継続的取引があげられることが多く、そのために優越的地位濫用規制の検討においてはこの点の検討が有用な視角を与えるからである<sup>12</sup>。

将来時点で生じうる事態が多様かつ複雑なものである場合、ありとあらゆる事態を織り込んだ契約を作るのはコストがかかる（取引交渉にはコストがかからないという仮定から大きく外れる）。また、そもそも相手当事者が機会主義的な行為を行うことを契約で規律することは難しいという問題もある（詳しくは後述の hold up problem を参照）。したがって、このような場合に当事者は契約という手法を選択しない。

このような事態に対処する方法としては、取引を内部化し、組織内で全ての取引を代替するという手法が考えられる。組織内に取引を内部化すれば、当事者が分離することによる情報の偏在を心配することなく、またいちいち複雑な契約を構築していく

---

<sup>12</sup> このような観点からの論考として、本城昇「情報の非対称性と優越的地位の濫用規制」（『公正取引』no.507）、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』no.487,no.488,no.491,no.492）、若杉隆平「不公正な取引方法に関する規制（1）：不当廉売及び優越的地位の濫用・下請取引 - 「不公正取引の一般指定」と「下請代金支払遅延等防止法」」（後藤晃・鈴木興太郎編『日本の競争政策』東京大学出版会・1999・p97～）。また白石忠志「取引上の地位の不当利用」規制と「市場」概念」東北法学57巻3号、田村善之「市場と組織と法をめぐって一考察」（『民商法雑誌』121巻4・5号～6号）も参照

コストも考える必要がなくなる。取引相手が変更したりすることがないので、collaboration の観点やノウハウ蓄積の観点からも効率的であろう。しかし、取引の内部化には問題もある。第一に、組織内部での雇用契約に基づく生産活動を行った際には、景気動向などに柔軟に対処して生産体制を変更することが難しい。また第二に、各部署の生産に対する貢献と利益分配の関係が曖昧になりがちであり、効率化のインセンティブをなくすことにもなる。

このように、契約による取引関係の構築にも取引の組織への内部化にも一定の問題点が潜んでいる。そこで、両者の中間形態が選択されることになり、その例の一つが継続的取引であるといわれる。

たとえば、自動車産業における親会社と下請け会社の関係が典型例とされる。現在では自動車メーカーの生産に即時に対応する形で下請け部品業者が納入を行うという just in time 方式<sup>13</sup>が一般的であるが、これには下請け部品業者達からの協力が不可欠である。一方で下請け業者としては、部品の生産には当該自動車メーカーに対応した機械を導入するなどの取引特殊的投資及び自動車メーカーからの情報提供等が必要であり、安定した取引関係を必要とする。しかし、このような長期にわたる取引関係においては将来生じうるあらゆる事態を織り込んだ契約を締結することは困難であるかもしくは不可能であるし、情報の不完全性もどうしても発生してしまう。その一方で、内部化にも前述のような不可避なコストが生じる。そのため、このような双方当事者の利潤最大化行動の結果、継続的な取引関係が効率的な方法として選択されることになるのである。

このような場合、当事者は長期的観点から利益を最大化するために、相手方と協調的行動を維持しながら取引を行うことを期待している。しかし、契約を利用して非協調的行動に対するサンクションを設定しておくことは実際的でないことが多い。なぜならば、将来時点で生じうる全ての事態を想定した契約を結ぶことは困難ないし不可能であるし、たとえそのような契約を締結できたとしても、訴訟提起にかかるコストや裁判所が当該条項の不履行状況を検証しうるかという問題が常に存在するからである<sup>14</sup>。そこで、このような取引関係においては、契約以外の方式でお互いに相手を裏切らないというを約する（コミットメント<sup>15</sup>する）必要がある。たとえば前出の例における、ある自動車メーカーの部品を作るためにのみ有用な機械に対して下請け部品業者が行う投資などが典型例である（このような投資を「取引特殊的投資」と呼ぶ）。

---

<sup>13</sup> カンバン方式とかトヨタ方式とも呼ばれる

<sup>14</sup> 田村善之「市場と組織と法をめぐる一考察（一）」（『民商法雑誌』121巻4・5号）p 565

<sup>15</sup> ゲーム理論においては、将来の選択肢を排除する行為をいう

このようにお互いに「人質」を差し出しあうことによって、非協調的な行動を行うことが当事者にとって不利益になる状況を作り出し、長期的な関係を維持するのである<sup>16</sup>。

また、非協力的な行動を行った事による不利益は、「人質」のように人為的に設定されるもの以外からも生じる。先の自動車メーカーとその下請け部品業者の例に見られるように、「人質」だけみれば両当事者の間には不均衡が見られる場合がある。しかし、この場合には「評判」のシステムによって、非協力的な行動を行った事による不利益が均衡することも多い。すなわち、自動車メーカーが「人質」の不均衡を利用してある下請け業者との取引で機会主義的に非協調的な行為を選択すると、自動車メーカーは評判が悪くなり、他の下請け業者達との間での協調的な関係をも失う可能性があり、これによって自動車メーカーと下請け業者の間における「非協力的な行動を行った事による不利益」が均衡するのである。

しかし、常にこのようにして均衡が達成されるわけではない。一般的に言って、評判のメカニズムがうまく機能するかどうかは、将来予想される利益がどれだけ大きいか依存する。成長産業であって将来の予想利益が大きいのであれば、将来も当該産業に残ることを意図するために、評判を気にするであろう。しかし逆に、衰退産業であると不況時においては、評判のメカニズムはさして強く働かない。また、産業全体という大きな目で見なくとも、当該企業が近時点での市場からの退出を考えているのなら評判のメカニズムはうまく働かない。これらは「評判」のメカニズムそのものが働かない場面であるが、「評判」を決するのに必要である情報が十分に「評判」を決定する側にない場合もある。たとえば<sup>17</sup>、一店規模の各フランチャイジー単位ではフランチャイザーの行為が機会主義的なものであるのかそれとも合理的な不採算店切り捨てなどであるのか分からない場合もあるだろう。このような情報の不完全性（情報の非対称性）は実際の事業能力の較差を考えると現実にかなり生じうるものと思われるが、このような場合には「評判」メカニズムが働く前提に欠ける。このように考えていくと、**hold up problem**が生じる場面は少なくないと思われるし、日本では継続的取引が行われやすい土壌があり実際に下請取引をはじめとする継続的取引が多いとの指摘もある<sup>18</sup>。

---

<sup>16</sup> したがって、お互いに差し出す「人質」としては、「人質を出した側にとって価値が大きく、同時に、人質を取った側にはほとんど価値のないようなもの」がよいとされる。ロバート・D・クーター、トーマス・S・ユーレン「新版 法と経済学」（商事法務研究会・1997）p 246

<sup>17</sup> 田村善之「市場と組織と法をめぐる一考察（一）」（『民商法雑誌』121巻4・5号）p 581

<sup>18</sup> 若杉隆平「不公正な取引方法に関する規制（1）」（後藤晃・鈴木興太郎編『日本の競争政策』

評判のメカニズムが働かないと、下請け取引において典型的に見られるように、多くの継続的な取引において「非協力的な行動を行った事による不利益」に不均衡が生じる。そのために、一方当事者（この場合は下請け業者）は他方当事者（親会社）との取引を継続せざるを得なくなり、他方当事者からの要求<sup>19</sup>をのまざるを得なくなる（hold up problem）。この場合の両当事者の合意は「十分に満足する選考結果、すなわち自由な立場からの当事者の選好」を表すものではなく、「不満であっても、限定された状況に適応した選好に従って選択した結果であり、もし選択の範囲が異なっている場合には異なった内容の契約を行った可能性のあるという意味での適応的選好」を表すものである<sup>20</sup>。このような当事者の選択の幅が著しく狭くなった場面での契約は、必ずしも当事者の合理的判断の反映とは言えず、したがって効率的なものとも言えないのである。

この点を若干敷衍しておく、以下のようなことである。hold up problem が生じたもとの当事者の選択は、限られた合理性の中での選択であり、当事者の本来的な選好を反映していない。そのような事態が想定されると、過小投資が生じてしまうことがあり効率的でなくなる。たとえば、下請企業は親会社と取引を行う際に、当該取引に特殊的な投資を行うことが多い。このような投資によって下請会社の生産性は向上し、利益も得られる。また、協調行動をとる限りにおいては親会社もそれによる納入価格の下落を期待できるし、特殊な部品の安定供給などのメリットも得られる。そこでこのような相乗効果を得られる最適な規模まで下請企業は取引特殊的投資を行ったが、その後に親会社が取引条件を親会社に有利な形で変更するように求めたとする。hold up problem が生じている下では取引を停止した場合に生じる sunk cost<sup>21</sup>などの兼ね合いで、下請企業はその取引条件変更を受け入れざるを得なくなる。しかし、変更された取引条件を前提として合理的な選択を行ったのであれば、本来的には既に為された投資水準は過剰であり、ここでの選択ははまさに限られた合理性の中における選択になっている。したがって、hold up problem が生じうるという状況下においては、取引条件の不利益変更を見込んだ水準での取引特殊的投資を行うことになる。しかし、これは条件変更がないことを前提とした最適水準の投資に比べれば過小とな

---

東京大学出版会・1999）p 127、正田彬・船田正之・本城昇・本間重紀・柚木俊二「下請取引の法構造（座談会）」（『ジュリスト』no.999）

<sup>19</sup> このような要求を行うことは「機会主義的行動」と呼ばれる。「機会主義的行動」は「自らの利益のためにあえて他者の意に反して他者に損害が及ぶ選択を為すという行動」と定義できる

<sup>20</sup> 若杉隆平「不公正な取引方法に関する規制（1）」（後藤晃・鈴木興太郎編『日本の競争政策』東京大学出版会・1999）p 116

<sup>21</sup> 市場や業務から撤退する際に回収することのできない費用

ってしまうのであり、競争を通じた最適な資源配分が達成されなくなってしまう。したがって、このような hold up problem が生じないことを担保した方がよいことになる。この点に、当事者の決定に対して介入を行う根拠が求められる。

なお、従来は継続的取引の分析として hold up problem が引用されることが多く、ここでも説明の便宜のために継続的取引を念頭に置いて説明したが、このような hold up problem は継続的な取引にのみ観察される問題ではないことが指摘されている<sup>22</sup>。一般論的にいえば、取引対象となる商品についてある事業者が独占的な地位を占めており、かつ、その商品を取り引きしないことには事業が成り立たないような場面であれば継続的取引ではなくとも生じる。当該市場における競争に勝ち抜いた企業であるとか、当該市場を新たに開拓した事業者がこのような立場に立つこともあるだろうし、それは特許の方は方によって認められた排他権によって生じることもあるかも知れない。またたとえば、以下のような例も考えられる。X がレコード店を開業しようと考えたとする。レコード店を開業するためには店舗などの準備のほかに、A～E の全てのレコード会社と取引を行う必要がある。そうしないと品揃えの面で問題が起き、商売が成り立たない(と仮定する)。そこでどうにか A～D までの各社と契約を結ぶことができたのだが、E 社だけはなかなか契約を結ぶことができなかった。すでに店舗などができていることを見た E 社は、X が撤退できないことを見越して通例よりも高い卸値を提示した(機会主義的行動を行った)が、X はそれを了承せざるを得なかった(hold up problem)という場面などである。

---

<sup>22</sup> 田村善之「市場と組織と法をめぐる一考察(一)」(『民商法雑誌』121巻4・5号) p 580、本城昇「情報の非対称生徒優越的地位の濫用規制」(『公正取引』no.507)

## ・当事者の決定への介入手法についての検討

ここで、優越的地位濫用規制そのものからは離れてしまうが、規制のあり方・必要性を論じる上で前提となる二点について言及しておく。

### 1 - 私法秩序と競争秩序の連続性

かつては私法秩序と競争秩序が相互に関連性を持つ、ということは、私法公法二分論の観念などの下であまり積極的な評価は与えられてこなかった。しかし、私法の側での「公序論」の再編、独占禁止法の側における競争秩序の位置付けの変化などにより、両者の連続性ないし交錯が認められるようになってきている。

まず私法側の「公序論」について、従来の議論状況を整理すると、法体系を構成する規範は公法規範と私法規範に分けられる。公法規範は、国家の内部組織並びに国家と市民間の垂直関係を規律するものであり、私人相互間の水平関係を規律するものではない。後者の関係を規律するのは私法規範である。公法規範であってもその規範目的を実現するために必要なときには、私人相互間の関係の規律にあたってそれを考慮しなければならない。但し、それによって私法の基本原理を害することは許されない、という二点に集約できる<sup>23</sup>。

このような公法・私法二分論は近代社会が成立した当初において確立した警察国家観、自由国家観に立脚するものである。ここでは、国家と社会の分離が前提とされる。しかし、憲法においても、経済活動の発展や社会の高度化に従って、このような警察国家観は国民の基本権の侵害を放置するものに過ぎないことが認識されるようになり、国家が後見的に社会に介入する必要性が指摘され、いわゆる社会国家観・福祉国家観が台頭し現代に至っているのは周知の事実である。とりわけ、他者の基本権とのコンフリクトが生じやすい経済的な基本権については制約の必要性が認識され、ワイマール憲法において財産権が絶対的なものでないとされたことが社会国家観の現れとして必ず指摘されることは本稿との関係では重要であると考えられる。

以上を踏まえると、公法・私法の二分論を金科玉条として扱う必要が現代であるのかは疑問である<sup>24</sup>。そこで、経済的公序論が主張された<sup>25</sup>。これはまず、公法を取引に直接に関係のある価値を実現するための法令か否かを基準に警察法令と経済法

<sup>23</sup> 山本敬三「取引関係における公法的規制と私法の役割」(『ジュリスト』no.1087,1088)

<sup>24</sup> 公法私法二分論につき、塩野宏「公法と私法」(有斐閣・1989)、同「行政法(第2版増補)」(有斐閣・1999) p24~、室井力「公法と私法の区別」(『ジュリスト別冊』行政法の争点)

<sup>25</sup> 経済的公序という概念はもともとはフランスの判例・学説で提唱された概念である。この点については、難波讓治「フランスの判例における公序良俗」(椿寿夫編『公序良俗違反の研究』日本評論社・1995)を参照

令に分類し、従来の議論は専ら前者に関わるものであったとする。そして、取引に直接関係する価値の実現を目的としない警察法令については、取引を保護するためには公法と私法を分離し、その効力を分断することが好ましいとする。一方、近年その重要性が認識されてきている経済法令においては、個々の取引を直接に規律しあるいは取引の環境を整備することによって取引に係る価値を実現しようとするものであるのだから、個々の取引の効力を考えるに際しては経済法令反は重要な意味を持つとする。つまり、私法上の行為である取引の有効性を決定づける「公序」の概念にとって、経済法令が重要な意味を持つことを認めるのである<sup>26</sup>。

以上の動きは民法学の立場からの動きであるが、これに対応して独占禁止法学においても以下のような見解が現れた。たとえば「私法秩序と競争秩序は、元来、市場秩序を支えるものとして相互に不可分の関係にある」<sup>27</sup>とか、「独占禁止法は契約自由の原則に対し、別の理念に基づいて外部から制約（干渉）を加えるものではなく、他人の契約の自由（自由主義経済の法的側面である契約自由の原則は社会の構成員に普遍的に保証されるべきものである）との調整のために契約自由の内在的限界を明らかにする方であるから、独占禁止法の主要規定に違反する法律行為というものは契約自由の範囲の本来的な枠外」<sup>28</sup>といった見解である。

このように見てくると、従来の優越的地位濫用規制に関する論考で見られた、私法と公法の境界を基準の理由付けとして強調すること<sup>29</sup>は妥当でない。とりわけ、優越的地位濫用に関しては、私法秩序との連続性が強いことが指摘されている<sup>30</sup>。このように優越的地位濫用の場面における私法秩序と競争秩序の相互補完関係を承認するのであれば、法規制のあり方を決める際には 公法一般という枠組みからの限界付けではなく、独占禁止法という法の目的や体系からの限界付け、「どのような法規制を用いればより実効的であるか」といった観点が有用であると思われる。

---

<sup>26</sup> 大村敦志「取引と公序 - 法令違反行為効力論の再検討」(『ジュリスト』no.1023)を端緒として、様々な論考がある。例えば森田修「市場における公正と公序良俗」(金子他監修『企業とフェアネス 公正と競争の原理』信山社・2000) および、「特集・独占禁止法と民事法〈座談会〉(上)」(『民商法雑誌』124巻4・5号)での同教授の発言。民法と独禁法が協働して一つの競争秩序を作る必要があり、その際には、契約当事者の利益侵害を伴わないがゆえに従来の私権の侵害を重視する枠組みからは検知されづかった「競争減殺型」を私法側が受け取るインターフェイスを作るべきだとされる。

<sup>27</sup> 根岸哲「民法と独占禁止法」(『法曹時報』46巻1号・2号)

<sup>28</sup> 高津幸一「違反行為の私法上の効力」(『独占禁止法講座 独占禁止法の運用・公正取引委員会』経済法学会編・1989)

<sup>29</sup> たとえば戸塚登「取引上の地位の不当利用」(『独占禁止法講座 不公正な取引方法(上)』経済法学会編・1985) p 269

<sup>30</sup> 例えば根岸哲「民法と独占禁止法(下)」法曹時報46巻2号 p 220、松下満雄「経済法概説」(東京大学出版会・1986) p 142

## 2 - 民事規制と行政規制

前述の の観点は で随時検討するとして、ここでは一般的に民事規制と行政規制（行政が何らかの形で権利救済過程に関与する形態による規制、という意味で用いる）を比較しておく。

公序概念の整理でも指摘したように、自由主義・個人の尊厳に基礎をおく近代以降の社会においてはもともと私的自治が大原則であり、権利の救済も私人のイニシアティブに委ねても良いはずであった。しかし、独占禁止法に見られるように、現実には行政規制が独占禁止法などによって規定されている。そこで、このように行政が関与するという形態の特徴を検討し<sup>31</sup>、 で検討したような介入を為すべき場面においてどのような規制を考えるべきかの前提とする。

### flexibility の確保

行政規制の特徴の第一としては、そのフレキシビリティがあげられる。規制緩和が進んだ状況下においては様々な状況が発生した後に事後的に行政側が介入を行う場面が多くなることから、行政側の裁量余地は拡大するし、また技術が企業や国家にとって決定的な重要性をもつなどの状況下において従来に比して動的競争の観点<sup>32</sup>が重視されるべきであるが、動的競争の観点は経済状況の変化のみならず経済政策も関係する分野であり柔軟な判断が要請される。また、競争政策を支える一つの重要な柱である産業組織論<sup>33</sup>においても、価格理論を重視するシカゴ学派への批判、数理経済理論からはなれ企業家精神を強調するオーストリア学派の登場、新ハーバード学派などによるゲーム理論（均衡解が複数存在するのが常態である）の採用などによって、統一的な行動指針を与えることができなくなっており、具体的な状況に応じた判断が必要とされるようになった。このような状況に置いては、このフレキシビリティは重要な意味合いをもつ。

---

<sup>31</sup> この点につき、田村善之「競争法における民事規制と行政規制」(『ジュリスト』no.1088)は委任立法の趣旨、行政処分が介入する趣旨、審判と判決の食い違い、という割り方で検討を加えている

<sup>32</sup> なお、2条4項の文言、適用除外規定のあり方に注目し現行法の規定の仕方として独占禁止法の目的としては動的競争の観点も含まれているが、具体的な規制については動的競争は規制の対象に想定されていないという指摘がある。法の文面を解釈する限り、この指摘は正しいように思える。となると、行政規制の強みであるフレキシビリティが独占禁止法では十分に考慮しづらいことになる。現実には特許・ノウハウライセンスガイドラインなどで動的競争への配慮が見られるが、法の文面がこのような構造をもっているならば今後、改正が必要となるのかもしれない。以上につき、井上従子「動的視点導入による独占禁止法の体系的解釈試論」(日本経済法学会年報20号)

<sup>33</sup> 産業組織論については小西唯雄編「産業組織論の新潮流と競争政策」(晃洋書房・1994)が概略をつかむには適している。また、その他の記述に関しては、後藤晃・鈴木興太郎編「日本の競争政策」(東京大学出版会・1999)を参照した

また、公正取引委員会には、他の違反行為者に対しては法定の行政処分をする意思がないのに特定の事業者に対してのみ差別的意図をもって行政処分するような場合を除き、事件選別に対して裁量を有するとされる（東京もち事件<sup>34</sup>）。これに26条が確定審決を訴訟要件としていることによって、たとえば経済政策が変更されたために規律を及ぼしたくなかったが現行の規定には該当してしまう場合などに、その事件を取り上げないという方向で規定と実状の乖離を回避することもできる。ただし、このようなフレキシビリティは法的な不安定性や市場のプレイヤーの予測可能性を害することにもなりうる。独占禁止法の法文上は分割命令という強力なサンクションも可能であるし、また、社会的な認知度の向上に伴ってインフォーマルなサンクションも強まっていることを考えると、市場のプレイヤーに過大なリスクを負わせてその事業遂行を萎縮させるおそれもある。フレキシビリティの過度の強調にも弊害があることには留意すべきである<sup>35</sup>。

#### 審査能力

動態的競争の観点の導入および経済学の観点からも行動指針を見いだしがたくなっている状況では、違反要件の存否の判断において競争法に対する専門的知識や経験が必要とまではいわなくとも有用であることが多いと思われる。現状の日本を考えると、裁判所が十分に競争法に対する知見を蓄えているとは言い難く、この点にも行政規制の意義がある<sup>36</sup>。また、民事訴訟であれば当事者による証拠収集・立証活動が中心となるが、行政規制においてはフォーマルないしインフォーマルな形での証拠集めなどでもできるという点でのメリットもある。

#### 判断の乖離可能性

行政機関は終審とはなりえないから、行政規制をかける際にはそれは同時に民事規制にもかけられるという可能性を有し、したがって、行政規制である審決と民事規制である判決が乖離する可能性がある。これは行政規制のデメリットとも言える。

しかし、エンフォースメントの内容からして、一方から禁止され他方から命令されるという私人が板挟みになる状況は生じえない。ただ一方では命令され、他方からは命令されないという関係に私人は立つだけであるから、この点は致命的な欠点とは言えない。もっとも、国家機関の判断が分かれるのは好ましいことで

<sup>34</sup> 白石忠志「独禁法講義〔第2版〕」(有斐閣・2000) p160

<sup>35</sup> 白石忠志「差止請求制度を導入する独禁法改正(下)」(『NBL』no.696) p59~60

<sup>36</sup> ただし、独占禁止法24条や25条を利用する形で訴訟を提起すれば、求意見制度の利用が可能(25条訴訟では義務的)である

はないから、できる限り一致するような施策を考えるべきである<sup>37</sup>。

#### 紛争解決コスト

日本において弁護士費用は自己負担が原則であるし、訴訟継続期間がないことから来る訴訟コストの高額化も指摘されている。訴訟コストが相当程度に大きい場合には、訴訟をもってサンクションとする制度設計をしていると、そのサンクションの実効性がなくなってしまい規制の実効性も失われる。この点、行政機関がイニシアティブをとって規制を行うのであれば、紛争解決コストの側面から規制の実効性が失われることはなくなる。ただし一方で、公取委が規制を担当するだけでは、公正さの観点から問題があると思われる商慣習や不正な取引行為が実際には比較的広く存在してしまっているということも指摘されている。そこで、そもそも公正取引委員会に国内すべての独占禁止法違反行為について監視させるのは困難なのではないかということから、私訴による差止請求権が検討されたという経緯もある<sup>38</sup>ことには注意が必要であろう。

---

<sup>37</sup> 現行法でも前注のような求意見制度が設けられている

<sup>38</sup> 板東一彦「不公正な競争行為に対する民事的救済制度に関する主要論点」(NBL No.644)

## ・優越的地位濫用規制の有用性および体系的 position 付け

ここでは優越的地位濫用規制の有用性及び体系的 position 付けについて検討を加える。そのための視角は までで提示してきたが、論を進めやすくするために従来からの学説をまず整理し（ 1 の部分） その上で私見を述べ（ 2 の部分） 最後に従来からの学説との若干の比較検討を行う（ 3 の部分）。

### 1 - 従来からの学説の概観

#### ( 1 ) 相対的優越説と絶対的優越説の観点からの学説の整理

従来から優越的地位濫用規制については、その公正競争阻害性をどのように理解し、独占禁止法の体系上にどのように position 付けるのかということが議論されてきた。それらをここでは便宜上、「優越的地位」について市場における支配的な地位である必要はないと考える説（絶対的優位説）と、市場における支配的な地位がある場合にはじめて「優越的地位」を認める説（相対的優位説）に分けた上で「公正競争阻害性」を含む優越的地位濫用規制の position 付けについての各説を概観しておく<sup>39</sup>。

〔市場における支配的な地位がなくても良いという見解を前提に〕

今村

この見解は、市場で支配的な地位を有することは優越的地位の成立には必要ないという前提に立ちつつ、「競争原理が機能するための前提条件である取引先選択の自由が、一方の側にのみ有利に働く場合において、そのことに基づく優越的地位」<sup>40</sup>が「優越的地位」であるという。

その上で、優越的地位の濫用の悪性は競争原理が機能する場合に比べて著しく不利な条件を相手方に押しつけることができることにあるのだから、それは直接には競争秩序に影響を及ぼすものではなく、不公正な取引方法の一つとしてではなく別個の規制として定めるべきであったとする。しかし、実際に一般指定として規定されている項を趣旨を反映する形で運用するために、「公正競争阻害性」の要件を緩和して、「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があり、第二に、それによって、中小企業の健全な発展を妨げることは、そのものの競争者としての地位を弱めることであるから、結局において、公正な競争を

<sup>39</sup> 学説を概観するものとして、厚谷他編「条解 独占禁止法」(弘文堂・1997) p 208 ~、金子晃「優越的地位の濫用」(金子・実方・根岸・舟田『新・不公正な取引方法』青林書院・1983) p 209 ~

<sup>40</sup> 今村成和「独占禁止法入門〔第四版〕」(有斐閣・1993) p 165

阻害するおそれがある」<sup>41</sup>とする。

実方<sup>42</sup>

優越的地位濫用規制に対しては、取引先の転換が可能であることを通じて取引条件の公正さを確保するという独禁法の正統的手法が機能しない場合の補完的な規制、濫用行為によって相手方の転換を事実上制約するような地位が強化される / 相手方の競争単位としての活力がより制約される、という評価をされる。そしてこれらを根拠として個別的な抑圧行為それ自体を禁止するのが優越的地位濫用規制の立法趣旨であって、相手方に対する抑圧性が一定限度を超えているような個々の抑圧行為があればそれで公正競争阻害性も認められる、とする。

正田<sup>43</sup>

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」の不当利用と市場における「力」の不当利用があるとする。その上で「当該市場における支配的ないし優越的な地位を背景とした、取引の相手方に対する支配的な「力」の不当利用を典型とすることになる。本号は、この取引の場における「支配的な力」の不当利用について総括的に定めたもの」であり、競争秩序が機能しない状況がなければ「課すことができない不利益な条件を課して取引を行い、相手方の競争機能の自由な行使を、ことさらに困難にする行為を行うことなどを規制する」という。独占禁止法が「経済的従属関係を除去し取引主体間の取引上の地位の実質的平等を確保する法」であるとの前提に立つため、取引の相手方の競争機能の自由な行使を困難にする優越的地位濫用規制は不公正な取引方法の中心的なものとする。

独占禁止法研究会報告・根岸

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」<sup>44</sup>によれば、「公正競争阻害性」には自由な競争が侵害されるおそれがある場合、競争手段が不公正である場合、自由競争基盤が侵害されるおそれがある場合、がある。そして優越的地位濫用規制はに当たる。根岸教授はこのような見解を支持され、「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に不利益を与えることにより、取引主体が取引の諾否およ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

<sup>41</sup> 今村成和「独占禁止法〔新版〕」(有斐閣・1978) p 148

<sup>42</sup> 実方謙二「独占禁止法〔第4版〕」(有斐閣・1998) p 355～

<sup>43</sup> 正田彬「全訂 独占禁止法〔一〕」(日本評論社・1980) p 409～

<sup>44</sup> 「公正取引」382号・383号に所収

競争基盤を侵害する場合に優越的地位の濫用として不公正な取引方法に該当することになる。このような場合に該当するか否かは、当該業界における正常な商慣習に照らして個別具体的に判断することが必要となる」<sup>45</sup>とされる。

なお、「優越的地位」についての公正取引委員会のガイドラインによる判断基準を参照しておく。「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第 部第5の2.(3)において、「取引上の地位が相手方より相対的に優越している」という表現に注が付されており、その注において「取引の一方の当事者(甲)が他方の当事者(乙)に対し取引上優越した地位にある場合とは、乙にとって甲との取引の継続が困難になることが事業経営上大きな支障をきたすため、甲が乙にとって著しく不利益な要請等を行っても、乙がこれを受け入れざるを得ないような場合であり、その判断に当たっては、甲に対する取引依存度、甲の市場における地位、取引先変更の可能性、取引対象商品の需給関係等を総合的に考慮する」としている<sup>46</sup>。

辻<sup>47</sup>

旧8条の削除を重視し、「過度集中の防止をよりどころとした新しい一つの柱」と考える。そして、「従来の不公正な競争方法の延長線上にある行為類型とは質の異なるものが、不公正な取引方法の中に、いわば宿借りの的に列挙」されているとする。

来生<sup>48</sup>

優越的地位濫用規制は、取引の相手方に優越していることを利用して利益を最大限追求することを禁ずるものであり、独禁法が当然の前提とする各経済主体の利潤極大化行動に矛盾する。そこで、公正な競争の内容として画定市場における競争以外に、市場の画定を必要としない政治的・社会的競争があると考え、後者の観点から優越的地位濫用規制は正当化されるという。

松下<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> 根岸哲「経済法」(放送大学教育振興会・2000) p131~132

<sup>46</sup> この指針以前においては、取引上相対的に優越していることを前提とした上で、「取引上の地位の優越性については、商品を購入した事業者と相手方事業者との総合的事業能力の格差(資本金、従業員数、総売上額等の比較)、取引関係(取引依存度、継続的取引の必要性等の実態)、取引対象商品の需給関係等を総合勘案し、個別具体的に判断される。」(「不当な返品に関する独占禁止法上の考え方」2(1))といった判断基準がとられていた。この判断基準の変更についての分析は、白石忠志「取引上の地位の不当利用」規制と「市場」概念」(東北法学57巻3号) p278~279を参照

<sup>47</sup> 辻吉彦「事業支配力の過度の集中と優越的地位の濫用 その独占禁止政策上の位置づけと独占禁止法上の地位について - 」(『公正取引』no.383)

<sup>48</sup> 来生新「優越的地位の濫用法理の再検討 競争原理との矛盾と調整 - 」(『公法と経済法の諸問題 下』有斐閣・1982・p299~)

「優越的地位の濫用規制が本来競争の維持とは関係の薄いものであり、これを競争に結びつけて解釈することがもともと無理な性格を持っている」ことを認めた上で、「公正競争阻害性」の要件の関係で競争との関係が若干は必要であるとしても、「結局は「取引社会における健全な競争環境の整備」を目的とする」と説明する。「経済的強者による弱者の圧迫が「過度」に行われ、抑圧的慣行が一般化すると、取引社会の健全性が失われ、「取引社会におけるゆがみがひどくなる」ことを問題視した規制と理解する。

本城<sup>50</sup>

「優越的地位の濫用規制も、情報の非対称性に起因して一方の取引当事者に不利益が課せられることを防止する規制と見ることも可能であり、優越的地位らの濫用規制は、情報の非対称性に関する規制として不当表示規制と同じ性格を持つ規制と位置付けられる余地がある」とする。ただし、「情報の非対称性があっても、市場においてはそれを自然発生的に回避しようという努力が払われるのであり（その例として「人質」や「評判」の話をされている：筆者注）、直ちに、市場メカニズムが機能しなくなるとはいけない」としているので、市場メカニズムが働かない場面を規制するものとして優越的地位濫用規制を捉えていると言えよう。

〔市場における支配的な地位が必要という見解を前提に〕

このような主張をする者<sup>51</sup>のうち、明快な主張をされている一人である白石助教授の見解<sup>52</sup>でここでは代表させる。

白石助教授はまず、独占禁止法2条4項の「競争」の定義が行われる場を「市場」と捉え、ある商品を需要するものとそれを供給するものが当該商品役務の取引の場を独禁法上問題とすべき「市場」と考える見解を前提とされる。そしてまた、一方当事者が他方当事者以外の取引先に乗換えることができない場合に「優越的地位」があるという見解を採用される。その結果、「優越的地位」が認められる場合には、その者は当該画定された市場において絶対的に優越した地位に

<sup>49</sup> 松下満雄「経済法概説（第2版）」（東京大学出版会・1995）p163

<sup>50</sup> 本城昇「情報の非対称性生じた優越的地位の濫用規制」（『公正取引』no.507）

<sup>51</sup> 川越憲治「優越的地位の濫用禁止規定」（『NBL』no.327）、金子晃「優越的地位の濫用」（金子・実方・根岸・舟田『新・不公正な取引方法』青林書院・1983・p207～）、田村善之「市場と組織と法をめぐる一考察」（『民商法雑誌』121巻4・5号～6号）。なお、川越憲治「独占禁止法 競争社会のフェアネス〈第3版〉」（金融財政事情研究会・1997）p288は「ここでいう優越とは、市場支配的な地位とか、それに準ずるような有力な地位（いわば絶対的な地位）に基づき、取引の相手方に対して相対的に優越した立場にある（相対的優位）ことだと解釈すべきである」としている。

<sup>52</sup> 白石忠志「取引上の地位の不当利用」規制と「市場」概念」東北法学57巻3号

立つことになる。そしてこのような考え方の下では優越的地位濫用規制は「自由競争が価格や品質が特定の事業者（ないし事業者集団）に支配されること（または、そのおそれ）に着目した規制」と理解することができ、「この場合の「公正競争阻害性」は「価格・品質の支配（のおそれ）」を指すとすれば、再販規制などと」包括的に捉えることができるとされる。

## （２）独占禁止法上の「市場」概念について

ここまで学説を概観したが、その中で、「市場」概念について明確な定義を与えているものは白石助教授の見解だけであった。しかし、そもそもどのようなものが「市場」として観念されているかは議論の土台であるように思える。そこで、「市場」概念について確認しておく<sup>53</sup>。

独占禁止法の法文上、「市場」という言葉が用いられているわけではない。これは独占禁止法を分析するために導入された道具的な概念である。そこで「市場」概念に求められている機能としては二つのものが挙げられる。第一に、「市場」を画定することによって独禁法違反かどうかを判定しやすくなることがあげられる。また第二に、ある規制がどれだけ画定された「市場」に関係しているかを考えることによって、当該規制の独占禁止法上の体系的位置付けが判断しやすくなる機能である。このように独占禁止法を理解しやすくなるための道具概念である「市場」は、独占禁止法がその根本的な価値を置く「競争」を２条４項で定義していることから考えて、２条４項からその概念を明らかにすべきであろう。

### ２条４項

この法律において競争とは、二以上の事業者がその通常の事業活動の範囲内において、かつ、当該事業活動の施設又は態様に重要な変更を加えることなく次の各号の一に掲げる行為をし、又はすることができる状態をいう。

- 一 同一の需用者に同種または類似の商品又は役務を供給すること
- 二 同一の供給者から同種又は類似の商品又は役務の供給を受けること

このような「競争」が行われる場が「市場」であるから、それは供給者・需要者・商品又は役務の三つの要素からなっていると考えられる。したがって、漠然と観念される「自動車業界の市場」といったものとは、一致することはあり得ても、必ずしも一致するものではない。

<sup>53</sup> 前注文献および白石忠志「技術と競争の法的構造」（有斐閣・１９９４）

## 2 - 優越的地位濫用規制の有用性および体系的位置付けに関する私見

ここまで、どのような規制を行うべきかを考える際に有用と思われる視角を提示してきた。その結果、必ずしも明らかではないが、立法趣旨には大企業などの「経済的強者」による経済力の濫用から下請け企業などの「経済的弱者」を保護するという意味合いは含まれていたと思われる<sup>54</sup>。また、経済学的な視角からは、当事者の決定に委ねておけば（ないし委ねておいた方が）合理性が確保できる場合を明らかにすることができた。ここでは、経済学的視角によって提示された hold up problem の有無を分析の基盤として、優越的地位濫用規制の有用性及び体系的位置付けについて検討を加える。

### (1) hold up problem が生じる場合

hold up problem が生じている場合には当事者の合理性が限定されており、それゆえになされた合意が効率的であるとは言えないことはすでに示した。また、介入に際して考慮すべき視角も示した。ここではそれを踏まえて、法が介入を行うべき必要性につき検討する。

経済学的な視角からの検討によって、機会主義的な要求に直面した当事者が必ずしも合理的な選択をできないこと、そのような事態には契約という手法では対応できないこと、それゆえにそのような事態の発生を予測して事前の段階で過小投資の問題が起きること、が示された。このような観点からは、「取引必要性が生じた場合に、それに乗じて行われる機会主義的な行動」が規制によって予防されるべき事になる。

しかし、このような基準で判断して良いのだろうか？ 従来、法的規制の分析として hold up problem が参照される場合、継続的取引がその念頭に置かれてきた。継続的取引のみを念頭に置いた場合には、たとえば、「事後の非対称的に有利な交渉力に基づいて行われる機会主義的な行動」が「優越的地位濫用」とされよう<sup>55</sup>。この定義を行った論考は同一当事者がプレイヤーとして登場する二時点を想定した経済分析を行っていることから考えると、「継続性」<sup>56</sup>が付加された規制基準といえよう。このように「継続性」を要求することには合理性はないのだろうか？

「継続性」を要求しない見解としては、たとえば、田村助教授が白石助教授の見

---

<sup>54</sup> 正田彬・船田正之・本城昇・本間重紀・柚木俊二「下請取引の法構造（座談会）」（『ジュリスト』no.999）

<sup>55</sup> 伊藤元重・加賀見一彰「企業間取引と優越的地位の濫用」（三輪芳明・神田英樹・柳川範之編著『会社法の経済学』東京大学出版会・1998 p393～）p413

<sup>56</sup> 「事後性」という言葉では同一当事者であるという含意が読みとりづらいので、若干ミスリーディングな表現であるが「継続性」とした

解を「相手方の転換可能性がなくなっていることを利用した機会主義的行動が、一般指定十四項に該当することになる」<sup>57</sup>とまとめられているものがある。また田村助教授自身も、中間組織への介入の可否を決する第一義的な基準として市場が機能しているかどうかをあげ、前出のレコード店の事例( 2 .)を市場が機能していない一場合としてあげられているので、「継続性」は要求していないように思える<sup>58</sup>。このような見解は、継続的な関係が続いているときには取引取引特殊的投資がなされることなどによって取引必要性が生じることが多い、という意味しか「継続」に見出さないことを背景としている<sup>59</sup>。

「継続」という観点を組み込むかどうかで差異が出るのは、既存の関係はないが取引必要性があるという場面である。一般論的にいえば、取引対象となる商品についてある事業者が独占的な地位を占めており、かつ、その商品を取り引きしないことには事業が成り立たないような場面である。具体的には 2 .の終わりで検討した例などである。このように既存の取引関係がない場合まで介入を行う必要性はあるだろうか？たしかに、既存の関係がなくとも取引必要性を背景として、一方当事者が他方当事者に選択の過酷な制約を課しうる。それによって過小投資の問題も生じえよう。しかし、カルテル・取引拒絶・拘束条件付取引・差別的取扱い・独占状態の維持といったような他の独禁法違反に問われたり、強迫などの民法違反に問われたりする場合は別論として、独占的地位に立った者が他の新規参入者が現れるまで機会主義的行動をすることのどこに問題があるのだろうか？取引時点において「競争を通じた最適な資源配分が実現されていない」という hold up problem の規制を正当化する状況はあるが、既存の関係がない場面では独占的地位にある者にも誰とどのような条件で取引するかという自由があること<sup>60</sup>、同時(点)の問題であれば当事者は不利益のみまで含めて判断を下しえたこと、同時での機会主義的行動は他者の新規参入などによる競争の過程で解消されうるものであるしまた競争を促進することで市場メカニズムを利用して経済的發展を遂げることが独占禁止

---

<sup>57</sup> 田村善之「市場と組織と法をめぐる一考察(二)」(『民商法雑誌』121巻6号)p777。白石忠志「契約法の競争政策的な一断面」(『ジュリスト』no.1126)も参照

<sup>58</sup> 田村善之「市場と組織と法をめぐる一考察」(『民商法雑誌』121巻4・5号~6号)。ただし、「何をもって機会主義的行動と判断するのかという問題は残る。少なくとも、契約の当初に予定されていたリスクとリターンの配分を相当程度の逸脱することになる要求は、これを抑止すべきであろう」(4・5号p589)とも書かれており、契約当初と機会主義的行動を起こした時期が一致した場面での判断は保留されているとも読める。他の部分でもこの点については留保を残しているような感がある。

<sup>59</sup> 前注文献のp800、白石忠志「契約法の競争政策的な一断面」(『ジュリスト』no.1126)p128

<sup>60</sup> この点を指摘するものとして、中田裕泰「継続的取引の研究」(有斐閣・2000)p13

法の基礎であろうこと、といった諸点を考えあわせると、既存の関係がない場面での機会主義的な行為までも「濫用」とすることには抵抗を覚える。独占禁止法は「市場支配力を形成維持するような人為的な手段とか、市場構造をとらえて、市場支配力の成立を予防したり、形成手段を禁止したりという手法をとって」いるのであるから、市場支配力の濫用それ自体を規制の対象とすることにはなじみにくいといういい方もできよう<sup>61</sup>。取引を開始した後に、取引で当初予定されていた利益分配の方式を大幅に変更するような要求が行われたのであれば、そこで初めて「濫用」を認定すれば足りると思われる<sup>62</sup>。このような行為の場合、行為者は取引の自由の一部を自ら放棄した後であるといえるし、たとえば取引特殊的投資をさせたことなどに市場支配力の形成について的人為的な行為という側面も見いだせるからである。

「継続性」がない場面で起きる問題については、取引拒絶・拘束条件付取引・差別的取扱いなどの独禁法における他の規制や強迫などの民法の規制や、取引必要性以外の理由をも考慮に入れることができるし従来の議論ではそれが入れられてきた<sup>63</sup>継続的取引に対する民法の規制で対応すれば足りると思われる。そしてまた、それで足りるのであれば優越的地位濫用規制よりもより明確な場面を規定している他の諸規定の要件をきちんと考え、それに対処していく方が法的な安定性の面からもよいと考える。

したがって私見では「事後的に生じた取引必要性が認められる場面において、機

---

<sup>61</sup> 実方謙二・金子晃・奥村英一 「<座談会> 不公正な取引方法(一般指定)改正の意義」(『公正取引』no.382) p 14 実方発言。なお、公正競争の概念につき井上達夫「公正競争とはなにか - 法哲学的試論 - 」(『企業とフェアネス』・信山社・2000)は“正義としての公正”という観点から整理をしており、「強者は強者であることによって当然に不公正であるわけではない...強者が不公正になるのは、「新しい強者」の現出を妨害して自己の勝利を永続的に約束させようとするとき、「かつての強者」をうち負かした彼(女)自身と同様な成長と挑戦の軌跡を他者が「現在の強者」である彼(女)を破るために迎えることを排除しようとするときである。このとき、この「現在の強者」は普遍化不可能な、反転不可能な仕方であり自己と他者を差別している転で、まさに正義に反しているがゆえに不公正なのである。」とされる

<sup>62</sup> 田村善之「市場と組織と法をめぐる一考察(一)」(『民商法雑誌』121巻4・5号) p 567の注(10)は「市場による解決に委ねておけば、淘汰が働いて「いずれ」問題が生じなくなるだろうというだけでは(たとえば、機会主義的行動をとった当事者に対しては、評判のメカニズムが働いて将来的に市場から淘汰されるであろう)法が介入する必要がないことを示したことにはならない。現在、紛争が生じている(たとえば、現に被害を被っている相手方が存在する)という事態に変わりはないからである。ただし、この場合、現在の紛争に関しても何らかの理由により法が介入する必要はないという判断が下されることもあり得るが(たとえば、被害当事者はそのような機会主義的行動にあつたことを十分に予測して取引条件を設定していた)それはそれとしてまた別に論じる必要がある。」とされる。本論文の場合に即していえば、現在の紛争に関して少なくとも競争法は介入する必要はないし、被害当事者は機会主義的行動にあることを予想しえたはずであるしまたすべきであったということになる。

<sup>63</sup> 前注文献、上山徹「継続的売買契約の解消に関する一考察」(『北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル』no.5・1998)

会主義的な行動をすること」が「優越的地位の濫用」となる。この場合、「継続性」の要件を「優越的地位」に読み込むか「濫用」に読み込むかはどちらでもよいと考えるが、いずれにせよ「優越的地位」の基準として取引必要性が求められるのはたしかである。そして私は供給者・需要者・商品又は役務の三要素からなる機能概念的な「市場」概念を支持するので、この場合の「優越的地位」は当該画定された「市場」における絶対的ないし支配的地位を指すことになる。「継続性」や「濫用」の意味内容を明らかにすることは難しいが、契約の当初時点で想定されていたと認められるリスクとリターンの配分を相当程度の逸脱することになる要求を行うこと、というのが違反か否かを決する一応の基準となろう。「公正競争阻害性」の意味内容については、「優越的地位」の内容として「市場」における絶対的ないし支配的地位を想定しているので、再販売価格維持や取引拒絶と同様、自由な競争が侵害されるおそれ（独禁法研究会報告が公正競争阻害性の内容として挙げるものの一つ）と解することができる。hold up problemのうち同時的な問題を除いたことについては、そのような段階ではいまだ自由な競争を侵害するおそれがないという説明になる。

ここまでは独占禁止法で規制をかけることを所与として、その要件論や体系的位置付け論を行ってきた。最後に、独占禁止法という行政規制方式で hold up problem に対応していくことについて簡単に検討しておく。なぜならば規制の背景である「事後的に生じた取引必要性が認められる場面において、機会主義的な行動をすること」という状況がある場合には、民法上も強迫として救済しうる可能性があるものであり、民事規制でも対応できない場面ではないからである。強迫の外延については日本法での研究はまだ不十分であるが、たとえばフランス法では、当事者にとって外的な状況によって自由意思を欠いた場合であって、相手方がそのような窮迫状態に乗じて過大な利益を得ようとする場合には強迫を認めている<sup>64</sup>。これが経済的な窮迫状態にまで拡張しうるかは議論があるが<sup>65</sup>、それを肯定するのであれば、取引必要性がある下（経済的困窮下）での機会主義的な行動（過大な利益を得ようとする行動）が強迫とされると思われる。窮迫に乗じたこと自身に着目しているために「継続性」という要件はかかっていないが、これは本稿での優越的地位濫用規制の理解に近い。

繰り返しになるが、規制の背景としては「事後的に生じた取引必要性が認められる場面において、機会主義的な行動をすること」があげられ、これは機会主義的な行動を起こす側が経済的な強者であってその相手が経済的弱者であるということに

<sup>64</sup> 森田宏樹「「合意の瑕疵」の構造とその拡張理論（3）」（『NBL』no.484）p 57

<sup>65</sup> 日本法でもこの点ははっきりとした判断は示されていない。たとえば、内田貴「民法（第2版）」（東京大学出版会・1999）p 86

は直接は結びつかない。しかし、立法の過程や従来の議論の焦点の置き方からも明らかのように、事実上、経済的強者が経済的弱者に対して機会主義的な行動を起こす場面が多いのもたしかであろう。そのようなことを前提に考えると、経済的弱者であればコストや遠慮の面から自ら状況の是正に動き出しづらい以上、行政が規制に際してイニシアティブをとる必要がありそうである。また、契約時点で契約に将来時点の事態を全て織り込めない、ということに問題の端緒があったことから明らかのように、フォーマルな形で相手方の情報が他方当事者に残っているとは限らない。したがって、立ち入り調査などを実施できる行政機関が規制に関与する形態をも設けることには意味があると思われる。立法趣旨からや法体系上も位置づけが可能であろう場面であるから、このような場面で独占禁止法が介入の手段として用いられるのは肯定されると思われる。

## (2) 同時点の問題に対する介入

私見では、**hold up problem** の観点で問題とされるもののうちから同時の問題に関しては除外し、異時点間の問題の視角からの規制を検討した。ここでは、同時点の問題にどれだけ優越的地位濫用規制が利用しうるか、また、すべきであるのか否かを検討する。

近年、情報の非対称性の観点から優越的地位濫用規制を運用することを視野に入れた見解が有力に主張されている<sup>66</sup>。そこでここでは、契約がうまく機能せず何らかの介入が必要とされる場面のうち、まず情報の非対称性を根拠とした優越的地位濫用規制の有用性を検討し（取引費用ゼロに関する第二の仮定は情報の完全性であった）、その後当事者の合理性が限られている場面（個人の合理性についての第二の仮定（意思決定者の一定範囲のみでの機会の限定））を検討する。

### 情報の非対称性の観点から

このような議論が同時の問題について行われる際には、不当表示規制（一般指定8項）との関係が念頭に置かれているようである。そして「不当表示規制は、事業者が表示を行う場合、その表示は一般消費者が誤認する虚偽・誇大なものであってはならないという規制であり、それだけでは、必ずしも、消費者にとっては購入に際して必要不可欠な情報が提供されることにならない」<sup>67</sup>という理解に

<sup>66</sup> たとえば、「消費者取引問題研究会（第1回）議事概要」（公正取引委員会平成13年12月5日プレスリリース）。また大録英一「ホールドアップ問題と優越的地位の濫用」（『公正取引』no.487,no.488,no.491,no.492）本城昇「情報の非対称性生徒優越的地位の濫用規制」（『公正取引』no.507）

<sup>67</sup> 前注・本城昇論文

立って、優越的地位濫用規制を利用して情報の提供をさせる可能性を検討しているようである。なお、情報の非対称性が存在してそれが不当表示規制で対応できないという問題は消費者に限らず事業者でも起きるものである。ただし、「一般消費者の場合、事業者のように特定の取引について専門的知識を集積・蓄積することは期待できず、取引相手である事業者との情報格差を改善することは基本的に容易でない」<sup>68</sup>ので、とりわけ消費者保護の問題として情報非対称性の観点は強調される。

前述のように、介入が正当化されない効率的な契約が締結されるには情報の完全性が必要であった。これが崩されると、最適な資源分配が為されない<sup>69</sup>。消費者に話を限定するのならば、消費者が虚偽の表示によって損害を受けることを防止するという意義も見いだせる。

ただし、どこまでを優越的地位濫用規制に組み込むかという問題がある。この議論は「不当表示規制は、事業者が表示を行う場合、その表示は一般消費者が誤認する虚偽・誇大なものであってはならないという規制であり、それだけでは、必ずしも、消費者にとっては購入に際して必要不可欠な情報が提供されることにならない」<sup>70</sup>という前提に立つものであった。ここでいう「必要不可欠な情報の提供」という内容をより深く考える必要がある。

このような議論を行う者の多くは一般指定 8 項による不表示の規制は難しいと考えているようである<sup>71</sup>。しかし、一般指定 8 項は「顧客に誤認させる」と書いてあるだけなのであり、不表示をも規制することは本来的には可能である<sup>72</sup>。したがって、この観点からはわざわざ一般指定 14 項を持ち出す必要はないし、むしろ一般指定 8 項と 14 項は異なる「公正競争阻害性」を有するというのが「公正競争阻害性」に関するほとんどの説に共通している認識である以上、持ち出すべきではないとすら言えよう。

ただし、8 項の規定振りからすると、同項は当事者が合意を為す際の重要な事項に関する事実について誤認が生じなければよいという規定であって、当該事実が取引相手方にとって結果としてどれだけ有益なものであるかという評価の側面

---

<sup>68</sup> 前注に同じ

<sup>69</sup> 「レモン」の問題や「モラルハザード」の問題が生じる。詳しくは注 65 所掲の大録英一論文、西村和雄「ミクロ経済学入門 第 2 版」(岩波書店・1995) p 316 ~ を参照

<sup>70</sup> 注 60 所掲の本城昇論文

<sup>71</sup> 前注と同じ、公正取引委員会プレスリリース(11/14)「21 世紀にふさわしい競争政策を考える懇談会」提言書 p 19

<sup>72</sup> 植木邦之「顧客の不当誘因・強制」(『独占禁止法講座 不公正な取引方法〔上〕』経済法学会・1985・p 174) 藤田稔「一般指定 8 項 ぎまんの顧客誘因」(『条解 独占禁止法』弘文堂・1997・p 150)

についての情報提供までも求めるものでない(このような情報を提供する義務を助言義務という<sup>73</sup>)。しかし、このような情報も取引当事者が満足できる契約を結ぶためにはこういった情報も必要である。したがって、このような情報が提供されず一方当事者に偏在したままに、情報を有しない他方取引当事者にとって不利な内容の契約が結ばれた場合を規制対象としたいのであれば優越的地位濫用規制を用いる意味がある。また、私法全体においても、このような助言義務はなんらかの社会的関係が既に生じている場合にしか認められないとされるので、明文上は既存の関係を要求しない優越的地位濫用規制にこの観点を組み込むことは大きなインパクトを生むと思われる。

ただ、消費者と事業者の取引において、消費者契約法が4条で取引の重要事項などについての情報提供義務とそれが果たされない場合の取消を認め、その上に8~10条で消費者にとって不利な条項の無効化を認めていることを考えに入れる必要がある。助言義務が果たされないことによって満足のいかない契約を結ぶことは一方当事者が消費者の場合に限られないし、8~10条の場面にも限られないが、それにもかかわらず一大論議を伴った消費者契約法の立法によってこのような場面に限定された。優越的地位濫用の解釈を拡張することで、それよりも広い範囲でかつ民事規制とは異なる規制をかけて良いかは慎重な検討が必要であろう<sup>74</sup>。

また、8項で対象とされているような情報を正しく伝えない行為は、競争の基礎を揺るがす「不正な競争手段」として「公正競争阻害性」を認めることができるであろうが、助言義務が問題となるような場面での情報を正しく伝えない行為が「公正競争阻害性」という要件と整合的かどうか不明<sup>75</sup>(独禁法の立法目的の再検討も必要であろう)。さらにいえば、助言義務といった場合には非常に広い内容を含むために、優越的地位濫用規制が消費者取引における一般的な消費者保護規定に近くなってしまうと思われるが、その際には公取委のリソースが限られているということにも留意する必要があると思われる<sup>76</sup>。

当事者の自由な意思の欠如が問題となる場合

---

<sup>73</sup> 森田宏樹「「合意の瑕疵」の構造とその拡張理論(2)」(『NBL』no.483) p 60

<sup>74</sup> 白石忠志「消費者契約法と独禁法 不当条項の無効化と優越的地位濫用の禁止」(『ジュリスト』no.1200)を参照

<sup>75</sup> 根岸哲「消費者保護と独占禁止法」(『私法』40号)。「消費者取引問題研究会(第1回)議事概要」(公正取引委員会平成13年12月5日プレスリリース)には、消費者による適正な選択の実現を「不正な取引方法の判断基準である公正競争阻害性の範囲内で議論するのか、それともこれとは切り離して議論するのかスタンスを決めておく必要がある」という指摘がある

<sup>76</sup> 前注の根岸哲論文

ここまでの では、情報の非対称性を扱い、そこでは当事者が合意を決定した重要な事実について正確な認識を欠くことが問題となっていた<sup>77</sup>。しかし、当事者の自由な意思の欠如が問題となっている場合にも、契約は効率的でないと考えられる。

この観点からは前述したように、強迫の一種としての窮迫状態が問題となる。しかし、取引上の地位の不当利用（2条9項5号）を受けた優越的地位濫用で問題となるのは経済的窮迫の利用であり、それについてはすでに（1）で検討したとおりである。独占禁止法は同時点での経済的窮迫の利用を規制する必要はないと考える。

### 3 - 従来からの学説との若干の比較検討

2では「優越的地位濫用規制」に関する私見を述べてきたが、このような見解をもとに、ここでは従来からの学説との比較検討を行う。

まず、としてあげた辻説は、旧8条削除という経緯を重視して「優越的地位濫用規制」は不公正な取引方法の中にいわば宿借りの的に規定されたものとしているが、「優越的地位濫用規制」の提案理由は旧8条に尽きるものではないし、また、事業者とその競争者の間で計られる旧8条の「較差」と取引当事者に着目する現行2条9項5号の「取引上の地位の不当利用」には質的な差異がある。旧8条と現行2条9項5号が重なる場面もあり得るが、異質の部分も多い。また、宿借りの的に不公正な取引方法に規定されているという指摘は立法論的には意味を持つが、不公正な取引方法の一部として規定されている現行指定の要件論に直接役立つものでない。としてあげた来生説に対しては、公正な競争の内容として市場の画定を必要としない政治的・社会的競争があるというのは、あまりに恣意的・拡張的解釈であり、「優越的地位濫用規制」の解釈・運用をも恣意的で不安定なものとしてしまう可能性がある。

であげた正田説に関しては、そもそも経済的従属関係を除去し取引主体間の取引上の地位の実質的平等を確保する法として独占禁止法を捉えることは、「優越的地位や正常な商慣習などの解釈が一般的・非限定的になりがちだけでなく、当事者間に取引上の格差をもたらすという市場機能の結果を否定することにつながるおそれがある」<sup>78</sup>、適

---

<sup>77</sup> の分け方については森田宏樹「合意の瑕疵」の構造とその拡張理論（3）（『NBL』no.484）p 64の分類を参考にした

<sup>78</sup> 戸塚登「取引上の地位の不当利用」（経済法学会編『独占禁止法講座』商事法務研究会・1985）p 261

当でないと思われる<sup>79</sup>。

の今村説、 の実方説および で参照した公正取引委員会ガイドラインの見解については、「市場」概念の未整理という問題点が指摘できる。「市場」を2条4項にいう「競争」が行われる場、すなわち供給者・需要者・商品又は役務の三つの要素からなっている場と考えた場合には、取引先選択の自由がなくなって取引先を転換できない場合を問題とするこれらの説は絶対的優位説と同じ内容を伴うことになり、私見に近くなる。このような「市場」概念を前提とするのであれば、今村説のように技巧的に「公正競争阻害性」を説明する必要はないし、実方説のように抑圧行為そのものに「公正競争阻害性」が認められるという説明をする必要もなく、再販売価格維持や取引拒絶と同様に「自由な競争が侵害されるおそれ」が認められると解すれば足りると思われる<sup>80</sup>。独禁法研究会が掲げる「公正競争阻害性」についての第三の類型である「自由競争基盤が侵害されるおそれがある場合」というものを持ち出す必要もない。そしてまた、このような見解に立てば、競争秩序との関係が希薄という出発点に立つ必要もない。なお、これらの諸見解が、本稿における「同時の問題」に「優越的地位濫用規制」を利用することについてどのように考えているのかは明らかではない。

の本城説は、どのような場合に「優越的地位濫用規制」で規制を行うべきかについて情報の経済学の観点から検討をしている。この点ではほぼ本稿と同様であるが、事業者間の取引では「人質」や「評判」のメカニズムが働くということを前提に、主に消費者取引を念頭に置いて不当表示規制との問題を検討している。そのため、本稿で問題としているような **hold up problem** についての視角がかならずしも明確ではなく、**hold up problem** のような問題を扱う際に「公正競争阻害性」をどのように考えているのか明らかでない。また、不当表示規制との関係においても、「公正競争阻害性」をどのように捉えているのか明らかではない。「情報の非対称性を利用して、取引の相手方の情報不足につけ込み、相手方の不利益を及ぼすこうした行為は公正な競争方法とは言えず…市場メカニズムそのものが機能しなくなる」<sup>81</sup>という点に「公正競争阻害性」を求めるとしており、これは従来から認められてきた独占禁止法研究会「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」にいう“競争手段が不公正である場合”にあたるとと思われる。しかし同時に、「こうした捉え方は、競争者間の競争への悪影響を直接捉えたものではないので、従来の解釈から外れたものであろう」とされており、どのような趣旨であるのか判然と

---

<sup>79</sup> 独占禁止法は「市場支配力を形成維持するような人為的な手段とか、市場構造をとらえて、市場支配力の成立を予防したり、形成手段を禁止したりという手法をとって」いるのであるから、市場支配力の濫用それ自体を規制の対象とすることにはなじみにくいというのが私見である（注61参照）

<sup>80</sup> 白石忠志「取引上の地位の不当利用」規制と「市場」概念」（『法学』57巻3号）p266

<sup>81</sup> 本城昇「情報の非対称性生徒優越的地位の濫用規制」（『公正取引』no.507）p37

しない。hold up problem のような問題も含み得るような解釈を志向したのかも知れないが、そうだとしたらこれも適当でないと考えられる。私見によれば、必要な情報を取引当事者に提供する場面と hold up problem が問題となる場面では、問題とされる弊害が異なると考えらからである。

このように、いずれの学説も、出発点となる「市場」概念の理解が不明確であるとか、もしくは規制すべき場面を十分に検討せずに複数の弊害を一度に組み込んだりしているために、明確な解釈を導くだけの理路一貫性に欠けるきらいがあり、その結果として「優越的地位濫用規制」が広範かつ不明確な規制領域を持ちかねない。また、政策的な志向を前面に出すあまり、法体系上の位置づけに十分な配慮がないようにも見受けられる。

## ・ 結語

私見では「事後的に生じた取引必要性が認められる場面において、機会主義的な行動をすること」が「優越的地位の濫用」となる事は認められると思う。この場合、「継続性」の要件を「優越的地位」に読み込むか「濫用」に読み込むかはどちらでもよいと考えるが、いずれにせよ「優越的地位」の基準として取引必要性が求められるのはたしかである。そして私は供給者・需要者・商品又は役務の三要素からなる機能概念的な「市場」概念を支持するので、この場合の「優越的地位」は当該画定された「市場」における絶対的ないし支配的地位を指すことになる。「継続性」や「濫用」の意味内容を明らかにすることは難しいが、契約の当初時点で想定されていたと認められるリスクとリターンとの配分を相当程度の逸脱することになる要求を行うこと、というのが違反か否かを決する一応の基準となろう。そして「公正競争阻害性」の意味内容については、「優越的地位」の内容として「市場」における絶対的ないし支配的地位を想定しているので、再販売価格維持や取引拒絶と同様、自由な競争が侵害されるおそれ（独禁法研究会報告が公正競争阻害性の内容として挙げるものの一つ）と解することができよう。hold up problemのうち同時的な問題を除いたことについては、そのような段階ではいまだ自由な競争を害するおそれがないという説明になる。したがって、私見によれば、このような場面のみを扱うとするのであれば優越的地位濫用規制の位置付けやその存在意義に関する説明は十分に付くと思われる。

ただし、いくつか検討すべき点は残されている。まず、「競争」が行われなくなっている段階でそれを利用して利益を得る行為の規制を、現存する「競争」を「阻害」する行為と同列に論じうるかという点がある。この点については、「公正競争阻害性」の意味内容と二条四項の「競争」の定義とが異次元のものである<sup>82</sup>ので「現存する「競争」が「阻害」される場合だけを「公正競争阻害性」と呼ばなければならないわけではない<sup>82</sup>」ということがまず指摘できよう。また、私見のように「継続性」を要件とする場合には、初めに取引特殊的な行為を行わせて他者が競争相手として参入してくることができなくなるなどの「競争阻害行為」があることになるので、無理が少ないと思われる。機会主義的行動を起こすことによって、そのような「競争を阻害する行為」を正当化してきた事由が失われるというだけと考え得るのではないだろうか。他の再販売価格維持などにおいても、「競争を阻害する行為」があったとしても、他にそれを正当化するだけの事由があれば独占禁止法違反に問われないというのと同様と考えられる。また他に検討すべき点としては、「取引必要性」や「継続性」「濫用」の内容についての明確化があげられ

<sup>82</sup> 白石忠志「取引上の地位の不当利用」規制と「市場」概念」（『法学』57巻3号）p266

るであろう<sup>83</sup>。とりわけ、どのような場面であれば「継続性」が認められるか(ないし「競争を阻害する行為」が行われたといえるか)については十分な検討が必要であろう。

「事後的に生じた取引必要性が認められる場面において、機会主義的な行動をすること」以外の場面で優越的地位濫用規制を運用することについては、その必要性が希薄であるとか、また「公正競争阻害性」の解釈をはじめとする解釈論の問題もあるし、公取委のリソースが限られているといったような規制を運用する上での問題点や消費者契約法の立法との関係での問題点もあろう。とりわけ、消費者保護を強調する観点から「助言義務」の範囲にまで拡張して「優越的地位濫用規制」を運用することには問題が大きいのと思われる。8項と同様の範囲で「不当表示規制」についての一般規定的な地位を「優越的地位濫用規制」に与えるのに止まるのであれば、「公正競争阻害性」としては、hold up problem の側面を 自由な競争が侵害されるおそれがある場合(競争減殺が必要な型)と理解し、不当表示規制の側面を 競争手段が不公正である場合(不正手段そのものが問題となる型)と理解することが可能と思われるが、8項を超える範囲までの規制を志向すると独禁法研究会報告がいう“自由競争基盤が侵害されるおそれがある場合”のような解釈の範囲が過度に広がりかねない要素を認めざるを得なろうし、独占禁止法の法目的という点での再検討も必要となろう。

独占禁止法2条9項も一般指定14項も抽象的文言であるから、なにか社会的問題や規制の必要性が生じたときには利用されやすい。しかし、抽象的な文言ゆえにきちんと法体系上の位置付け、規制の目的、規制の実効性、他の法律や規定との関係などを踏まえなければ<sup>84</sup>規制の外延が不明確となり、予測可能性に欠ける規定となる。現在、公正取引委員会で消費者取引問題研究会が行われているが、安易な解釈論の展開は独占禁止法のエンフォースメントの強化と社会的認知度の向上とも相まって、市場のプレイヤーに多大なりスクを負わせてその行動を制約し兼ねないことには留意すべきである。優越的地位濫用の運用に関する予測可能性を十分に担保できるよう、政策論に終始しない法理論の精緻化をさらに進めることが重要である。

---

<sup>83</sup> 「取引必要性」の具体的な内容についての課題について述べたものとして、白石忠志「取引上の地位の不当利用」規制と「市場」概念(『法学』57巻3号) p288～

<sup>84</sup> たとえば、根岸哲・船田正之「独占禁止法概説」(有斐閣・2000) p263は、「組立メーカーが少数の寡占の大企業であり、それらがほぼ同様の、不当な下請取引をする慣行がある場合には、下請事業者は、仮に他の組立メーカーと取り引きしても同じような濫用行為を受けるのであるから、当該濫用行為による不利益を甘受せざるを得ないと判断する」として優越的地位を認めようとするが、ここでは「取引条件がほぼ同様になっている点に何らかの競争者間の馴れ合いがあるのかどうか」という観点と、本稿でいう「hold up problem などが生じていないか」という観点を混せてしまっているように思える。この二点は別々に検討できるものであり、またすべきであるから、14項の抽象的文言にさまざまな観点を一度に入れ込んでしまうことは避けるべきであろう。

## 参考文献一覧

- 厚谷襄児他編 「条解 独占禁止法」(弘文堂・1997)
- 藤田稔 「一般指定8項 ギマン的顧客誘因」
  - 谷原修身 「一般指定14項 優越的地位の濫用」
- 伊藤元重・加賀見一彰 「企業間取引と優越的地位の濫用」(三輪芳明・神田秀樹・柳川範之編『会社法の経済学』東京大学出版会・1998)
- 井上達夫「公正競争とはなにか - 法哲学的試論 - 」(金子晃・根岸哲・佐藤徳太郎監修『企業とフェアネス 公正と競争の原理』信山社・2000)
- 今村成和 「不公正な取引方法における「公正競争阻害性」について - 独占禁止法研究会の見解をめぐって - 」(『公正取引』no.428)
- 今村成和 「独占禁止法〔新版〕」(有斐閣・1978)
- 今村成和 「独占禁止法入門〔第四版〕」(有斐閣・1993)
- 伊従寛・矢部丈太郎編 「独占禁止法の理論と実務」(青林書院・2000)
- 内田貴 「民法 第2版」(東京大学出版会・1999)
- 大村敦志 「取引と公序 - 法令違反行為効力論の再検討」(『ジュリスト』no.1023)
- 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』no.487,no.488, no.491,no.492)
- 落合誠一 「消費者契約法」(有斐閣・2001)
- 金子晃「優越的地位の濫用」(金子晃・実方謙二・根岸晃・舟田正之『新・不公正な取引方法』青林書院・1983)
- 上山徹 「継続的売買契約の解消に関する一考察」(『北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル』no.5)
- 川越憲治 「優越的地位の濫用禁止規定」(『NBL』no.327)
- 川越憲治 「独占禁止法 競争社会のフェアネス<第3版>」(金融財政事情研究会・1997)
- 川浜昇 「独占禁止法と私法秩序」(『ジュリスト』no.1095)
- 来生新 「優越的地位の濫用法理の再検討 競争原理との矛盾と調整」(綿貫芳源他著『公法と経済法の諸問題 下』有斐閣・1982・p299~)
- 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一考察」(『公正取引』no.551)
- 経済法学会編 「独占禁止法講座 不公正な取引方法〔上〕」(商事法務研究会・1985)
- 植木邦之 「顧客の不当誘因・強制」
  - 戸塚登 「取引上の地位の不当利用」
- 公正取引委員会独占禁止政策二十年史編集委員会 「独占禁止政策二十年史」(1968)

- 公正取引委員会事務総局編 「独占禁止政策五十年史」(1997)
- 公正取引委員会プレスリリース(11/14) 「21世紀にふさわしい競争政策を考  
える懇談会」提言書
- 公正取引委員会プレスリリース(12/5) 「消費者取引問題研究会(第1回)議事  
概要」
- 小西唯雄編 「産業組織論の新潮流と競争政策」(晃洋書房・1994)
- 実方謙二 「独占禁止法〔第4版〕」(有斐閣・1998)
- 実方謙二・金子晃・奥村英一 「<座談会> 不公正な取引方法(一般指定)改正の意義」  
(『公正取引』no.382)
- 正田彬 「全訂 独占禁止法〔 〕」(日本評論社・1980)
- 正田彬・船田正之・本城昇・本間重紀・柚木俊二 「座談会 - 下請取引の法構造」(『ジ  
ュリスト』no.999)
- 白石忠志 「「取引上の地位の不当利用」規制と「市場」概念 - 独禁法をめぐる一大論議  
の一断面 - 」(東北大『法学』57巻3号)
- 白石忠志 「契約法の競争政策的な一断面」(『ジュリスト』no.1126)
- 白石忠志 「消費者契約法と独禁法 - 不当条項の無効化と優越的地位濫用の禁止」(『ジ  
ュリスト』no.1200)
- 白石忠志 「差止請求制度を導入する独禁法改正」(『NBL』no.695,no.696)
- 白石忠志 「技術と競争の法的構造」(有斐閣・1994)
- 白石忠志 「独禁法講義〔第2版〕」(有斐閣・2000)
- 高津幸一 「違反行為の私法上の効力」(『独占禁止法講座 独占禁止法の運用・公正取  
引委員会』経済法学会編・1989)
- 田中誠二他 「コンメンタール独占禁止法」(劉草書房・1981)
- 田中寿編著 「不公正な取引方法 新一般指定の解説」(別冊 NBLno.9)
- 田中裕康 「継続的取引の研究」(有斐閣・2000)
- 田村善之 「市場と組織と法をめぐる一考察 - 民法と競争法の出会い - 」(『民商法雑誌』  
121号4・5号~6号)
- 田村善之 「競争法における民事規制と行政規制」(『ジュリスト』no.1088)
- 辻吉彦 「事業支配力の過度の集中と優越的地位の濫用 - その独占禁止政策上の位置づ  
けと独占禁止法上の地位について - 」(『公正取引』no.383)
- 難波譲治 「フランスの判例における公序良俗」(椿寿夫編『公序良俗違反の研究』日本  
評論社・1995)
- 西村和雄 「ミクロ経済学入門第2版」(岩波書店・1995)
- 根岸哲 「消費者保護と独占禁止法」(『私法』40号)

- 根岸哲 「民法と独占禁止法」(『法曹時報』46巻1号・2号)
- 根岸哲 「独占禁止法の基本問題」(有斐閣・1990)
- 根岸哲 「経済法」(放送大学教育振興会・2000)
- 根岸哲・川浜昇・泉水文雄・森田修・山本弘 「特集・独占禁止法と民事法<座談会>  
(上)」(『民商法雑誌』124巻4・5号)
- 根岸哲・船田正之 「独占禁止法概説」(有斐閣・2000)
- 板東一彦 「不公正な競争行為に対する民事的救済制度に関する主要論点」(『NBL』  
no.644)
- 平井宜雄 「いわゆる継続的契約に関する一考察 - 『市場と組織』の法論理』の観点か  
ら - 」(中川良延他編『日本民法学の形成と課題 下』有斐閣・1996・p697~)
- 本城昇 「情報の非対称性と優越的地位の濫用規制 - 消費者取引の規制との関連の考察  
- 」(『公正取引』no.507)
- 松下満雄 「「優越的地位濫用規定」の射程距離」(『NBL』no.181,no.182,no.184,no.186,  
no.187)
- 松下満雄 「優越的地位の乱用規制についての疑問 三越事件と日本楽器事件」(『消費と  
流通』'79秋 Vol.3No.4)
- 松下満雄 「経済法概説〔第2版〕」(東京大学出版会・1995)
- 松本恒雄 「継続的契約の維持と解消」(『法学教室』no.199)
- 三輪芳朗 「独禁法の経済学」(日本経済新聞社・1982)
- 森田修 「市場における公正と公序良俗」(金子晃・根岸哲・佐藤徳太郎監修『企業とフ  
ェアネス 公正と競争の原理』信山社・2000)
- 森田宏樹 「「合意の瑕疵」の構造とその拡張理論」(『NBL』no.482~484)
- 山本敬三 「取引関係における公法的規制と私法の役割 取締法規論の再検討」(『ジュ  
リスト』no.1087,no.1088)
- 吉田邦彦 「不正な競争に関する一管見 - 競争秩序規制の現代的展開 - 」(『ジュリスト』  
no.1088)
- ロバート・D・クーター、トーマス・S・ユーレン 「新版 法と経済学」(商事法務研  
究会・1997)
- 若杉隆平 「不公正な取引方法に関する規制(1): 不当廉売及び優越的地位の濫用・下  
請取引 「不公正取引の一般指定」と「下請代金支払遅延等防止法」の考察 - 」(後藤晃・  
鈴村興太郎編『日本の競争政策』東京大学出版会・1999)