

# 企業間取引の適正化についての研究

## —優越的地位の濫用の「法と経済学 (law & economics)」 の視点からの考察—

藤 野 洋  
(商工総合研究所)  
主任 研究員

### < 要 旨 >

1. 製造業の下請系列的ネットワークを代表例として日本の企業間取引の特徴をみると、親事業者が下請事業者と緊密に情報を交換し協力してきたことが挙げられる（目的は「擦り合わせ型」のもの作りによる競争力の維持・向上）。下請事業者は関係特殊的投資を実施する必要があり、ホールドアップ問題を回避し、その投資を最適な水準に維持するために、親事業者は機会主義的行動を取らないという保証・コミットメントをする必要がある。そのために、資本参加、役職員の派遣、資金支援、技術指導等の生産要素を提供してきた。これが経済理論からみた、下請系列的なネットワークの形成・発展の要因である。しかし、特に1990年代以降、経済のグローバル化、ICT革新によって、関係特殊的投資を必要としない「モジュール型」のもの作りが台頭していることから、関係特殊的投資の保護の保証としての、生産要素の提供が2000年代入り後急激に減少しており、下請系列的な取引関係が変容している。
2. 優越的地位の濫用は、独占禁止法において、不公正な取引方法の一つとして禁止されている。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来すため、甲が乙にとって著しく不利益な要請等を行っても、乙が受け入れざるを得ない場合、甲が乙に対して「優越的地位」にあると考える。濫用行為の類型としては、購入・利用強制、協賛金等の負担の要請、従業員等の派遣の要請、その他経済上の利益の提供の要請、受領拒否、返品、支払遅延、減額、その他取引の相手方に不利益となる取引条件の設定等（取引の対価の一方的決定、やり直しの要請、その他）がある。公取委は、正常な商慣習に照らして不当に不利益を与える場合、その程度、行為の広がり等を考慮して、個別の事案ごとに判断している。
3. 下請法についてみると、下請事業者と親事業者を外形的基準で線引きし、なおかつ手続規定と実体規定について画一的に詳細に定めることにより、大量の事案を迅速・簡便に処理する体制を整備している。執行の状況を見ると、違反行為が広く薄く拡大しており、一部の

親事業者の内部でコンプライアンス体制が有効に機能していない可能性が示唆されている。近年、下請法に、親事業者にコンプライアンス体制を強化するインセンティブを付与するための柔軟性を加える取り組みがなされている。

4. 日本では、優越的地位の濫用に関する「法と経済学」的な研究が進んでおり、濫用禁止の理由は大要以下の通りに集約される。

情報の非対称性に起因する不完備契約下の継続的取引においては、情報劣位であることが多い下請事業者は、関係特殊的投資を実施すると、その親事業者との取引に閉じ込められる（locked-in）ため、親事業者の事後的な機会主義的行動によるホールドアップに直面するリスクがある。すると、こうしたリスクを警戒する下請事業者は効率的水準までの関係特殊的投資を実施しなくなる。これを回避したい親事業者は、下請事業者の株式取得などの方法によってホールドアップを行わないという「保証・担保」を提供する場合がある。また、親事業者にとっては、「レピュテーション」の維持が重要であることも、ホールドアップを行わないインセンティブになる。しかし、こうしたメカニズムは、親事業者の収益が厳しさを増している時には機能しにくくなり、経済効率性を阻害する可能性がある。

また、下請法による行政処分的な色彩の執行は取引の継続を前提としており、関係的契約の保護を通じた経済効率性の維持・向上に寄与する可能性がある。

優越的地位の濫用の本質は、被強制者が自らにとって不利益な選択をせざるを得ない状況に追い込まれるという意味での「強制」にある。OECD競争委員会委員長のジェニーは、その「強制」に屈服しなければ、被強制者の状況が悪化することと、事前には予測できなかったことも優越的地位の濫用における「強制」が成立する条件であることを明らかにした。その上で、ジェニーは、「民事法によって十分に執行できないケースが途上国のみならず先進国においてもありうることを考慮すると、優越的地位の濫用を無視することは自由競争基盤を侵害する可能性がある。…優越的地位の濫用は…規制するとしても、事前には濫用を予測できなかったケースや、悪影響が大きいケースなどに取扱い対象を限定することが求められる。」と論じている。

5. 日本の判例・審決等を見ると、製造業における減額等の典型的な事案の他に、大規模小売業で巨額の課徴金が課される事案が散見されている。これは、大規模小売業が発信源となって、優越的地位の濫用がサプライチェーンの上流へ遡上するリスクがあることに鑑みて、公取委が警告を発しているとみることができる。またコンビニエンスストアの本部と加盟店との取引契約では、加盟店が関係特殊的投資を出店時に行っている中で、本部にとって有利な契約条項が適切に説明されないこと等から、優越的地位の濫用の温床となっている可能性がある。さらに、金融機関と借入を行う中小企業との間でも、無形の関係特殊的投資を中小企業が行っていると考えることができ、取引の強制がなされるケースがみられている。多くのケースで濫用を行う側でのコンプライアンス体制の継続的な強化が必要であるとみられる。
6. 競争法の側面からは、サプライチェーンを通じたCSR（企業の社会的責任）の推進に名を借りて、減額、協賛金等の負担の要請、従業員等の派遣の要請といった日本法で「優越的地

位の濫用（Abuse of Superior Bargaining Power: ASBP）」として禁止されている類型に類似した行為（ASBP類似行為）によって、国内外のサプライヤー（大方は中小規模の企業）にコストを不当に転嫁する事態が発生するリスクが考えられる。リーマンショック後に制定された米国の金融規制改革法（ドッドフランク法）の内容を米国証券取引委員会が具体化した「紛争鉱物規制」が施行されたことにより、このリスクが世界中で問題化する可能性がある。

7. 消費税の円滑な転嫁がサプライチェーンの川下の流通業者による優越的地位の濫用によって阻害されるのを防ぐために「消費税還元」を名目としたセールを禁止する特別措置法が成立した。大手流通企業等ではこの特措法に対する反対意見が大勢を占めているが、優越的地位の濫用の根の深さを考慮すると、一定の意義が認められる。結局、優越的地位の濫用の禁止の是非は、①消費者を優先するのか、②経済的インフラとしてのサプライチェーンの安定性を優先するのか、あるいは③両者の間での均衡を図るのかについての選択を、政府・国民に迫るものである。適切な選択のために、当局が実証分析を行い、建設的な議論が深まることが期待される。

## 目次

|                              |                                       |
|------------------------------|---------------------------------------|
| 緒言                           | 2.2.7 支払遅延                            |
| 1. 製造業にみる日本の企業間取引の特徴と変容      | 2.2.8 減額                              |
| 1.1 下請系列的な取引ネットワーク           | 2.2.9 取引の対価の一方的決定                     |
| 1.2 下請系列的取引の経済理論             | 2.2.10 やり直しの要請                        |
| 1.2.1 関係特殊的投資とホールドアップ問題      | 2.2.11 その他                            |
| 1.2.2 ホールドアップ問題の防止機構としての下請取引 | 2.3 公正取引委員会の基本的考え方                    |
| 1.3 下請系列的ネットワークの変容           | 3. 優越的地位の濫用事案の迅速な処理を可能ならしめる下請法        |
| 2. 独占禁止法での優越的地位の濫用の概念とその行為類型 | 3.1 下請法の概要                            |
| 2.1 「優越的地位の濫用」とは何か           | 3.2 親事業者の義務                           |
| 2.1.1 「優越的地位」とは何か            | 3.3 親事業者の禁止行為                         |
| 2.1.2 「濫用行為」とは何か             | 3.4 下請法の執行状況                          |
| 2.2 優越的地位の濫用となる行為類型          | 3.5 下請法の執行の柔軟化                        |
| 2.2.1 購入・利用強制                | 4. 優越的地位の濫用の理論的検討                     |
| 2.2.2 協賛金等の負担の要請             | 4.1 公正な競争を阻害する「自由競争基盤の侵害」             |
| 2.2.3 従業員等の派遣の要請             | 4.2 不完備契約下での「自由競争」の欠陥を補正する優越的地位の濫用の法理 |
| 2.2.4 その他経済上の利益の提供の要請        | 4.3 「自由競争」の理念に反する「強制」と優越的地位の濫用        |
| 2.2.5 受領拒否                   | 5. 判例・審決等の分析                          |
| 2.2.6 返品                     |                                       |

- 5.1 製造業（下請系列）
- 5.2 商業①（大規模小売業とその仕入先中小企業）
- 5.3 商業②（コンビニエンスストアのフランチャイザーとフランチャイジー）
- 5.4 金融（金融機関と取引先中小企業）
- 6. グローバル経済下での新たな課題
  - 6.1 CSRの期待・要請に名を借りた優越的地位の濫用類似行為
  - 6.2 ASBP類似行為のリスク要因としての紛争鉱物条項

## 結語

（参考資料）

1. 下請法の3条書面と5条書類の記載事項
2. 公正取引委員会「フランチャイズ・チェーン本部との取引に関する調査報告書—加盟店に対する実態調査—」（2011年7月）（抜粋）
3. 公正取引委員会「金融機関と企業との取引慣行に関する調査報告書」（平成18年6月）で示された「独占禁止法上の考え方」

## 緒言

日本的経済システムの特徴の一つである下請系列的なネットワークを通じた商取引を代表例として、企業間取引の適正化を担保するために「優越的地位の濫用」の法理が日本では確立しており、公正取引委員会が所管する独占禁止法<sup>1</sup>とその特別法と位置づけられる下請法によって「優越的地位の濫用」が禁止されている（2009年の独禁法改正で違反に対する課徴金も導入された）。

優越的地位の濫用の禁止が成文化化されることは世界的には稀有であり、日本では競争政策としてだけでなく、下請系列取引における取引の適正化は中小企業政策としても位置づけられており、中小企業庁と公正取引委員会が連携している。

そもそも、資本主義経済の中核的な機能は、企業間の自由な競争を通じた資源の効率的配分による社会的厚生を増大とイノベーションの

創出である。このため、現代の多くの資本主義国家では、競争阻害的行為の禁止・排除を競争政策の主要な目的に据えて競争法（独占禁止法、反トラスト法等）の体系を構築している。ただ、これは、近代市民社会での民法（契約法）の基本的なテーゼである対等な経済主体間での「契約自由の原則」が適用可能であることを前提としており、当初は個人（自然人）間での契約に同原則とその帰結としての契約の絶対性が適用されることが想定されている。しかし、資本主義の発展とともに企業（法人）が少なくとも一方の当事者となることが普通になり、当事者間の「対等性」という当初の想定が妥当しなくなっている。また、「契約の絶対性」が貫徹され、履行される契約は1回限りの単発的取引であることが暗黙の前提となっているが、特に、企業間では長期にわたる反復継続的な取引関係が構築されることが多いため、取引の「単発性」という想定も妥当しないケースが少ない。

<sup>1</sup> 正式には、「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」であるが、本稿では「独占禁止法」、あるいは「独禁法」という場合がある。また、「下請法」は正式には、「下請代金支払遅延防止法」であるが、本稿では「下請法」と略す。

このため、日本では、大企業と下請企業が長期継続的な取引を行う場合に典型的にみられるように、当事者間の力関係・交渉力（Bargaining Power）が対等でない場合には、取引・契約の内容が明らかに衡平を失っている場合だけでなく、たとえ取引・契約の内容が表面的には対等であったとしても、「優越的地位の濫用」禁止の法理の実現のために取引適正化の観点から当局、あるいは法が介入することがある。

優越的地位の濫用の禁止は、大方の経済学者や他国の競争法学者・当局にとっては、契約自由の原則や自由競争にそぐわないとして違和感をもって受け止められている。しかし、日本では、特に1990年代末期以降、経済学者と一部の法学者の連携により「法と経済学（law & economics）」<sup>2</sup>の視点から優越的地位の濫用規制や下請法の意義が研究されている。また、2008年に各国の競争当局・法曹等のフォーラムであるICN（International Competition Network）の総会が京都で開催された際には、「優越的地位の濫用（Abuse of Superior Bargaining Power：ASBP）」がテーマとして検討され、世界各国での競争法体系における類似法制の有無や理論的意義などが議論された。

先行研究によると、（中小企業が関連する）取引ネットワークの効率性・公正性の維持・向上とそれを通じた日本経済の生産性向上という観点から、濫用を禁止することには一定の政策的・理論的な意義がある可能性が指摘されている（もとより、優越的地位の濫用の禁止だけで中小企業政策が達成できるわけではないこと、および中小企業が優越的地位に立つ場合もあ

ることには注意が必要である）。

しかし、これらの理論は一部の専門家を除いて、海外はもちろんのこと国内においても人口に膾炙しているとはいえない。

そこで、本稿では、先行研究を踏まえ、統計や判例・審決等による事例分析を含めて優越的地位の濫用の理論と実態について以下を考察の対象とする。

- ・公取委の統計分析による優越的地位の濫用の実態把握
- ・法と経済学的手法による優越的地位の濫用の理論的説明
- ・海外での優越的地位の濫用の取り扱い
- ・判例・審決等の事例分析（製造業〈下請系列〉、商業①〈大規模小売業とその仕入先中小企業〉、商業②〈CVSフランチャイザーとフランチャイジー〉、金融〈金融機関と取引先中小企業〉）
- ・経済のグローバル化に伴う優越的地位の濫用の新たな課題

加えて、結語において、2014年4月に予定されている消費税率の引き上げに関連して、2013年6月に成立し「消費税還元」を名目とするセールの実施を禁じる「消費税の円滑かつ適正な転嫁の確保のための消費税の転嫁を阻害する行為の是正等に関する特別措置法」（以下では、「特措法」という）と、そのガイドライン（同年9月10日に公表）における優越的地位の濫用禁止の観点について言及し、その意義を論じている。

なお、本稿は、継続的取引を前提とした場合

<sup>2</sup> 「法と経済学」は、経済理論を用いて法的な行為・現象、経済主体のインセンティブを分析する手法であり、米国では法学界、あるいは企業統治やコーポレート・ファイナンスを研究する経済学者の間では「法と経済学」のエッセンスを用いる研究が大宗を占めている。

の、自由競争が内包している社会・経済両面の欠陥に対する注意を喚起するために、優越的地位の濫用の不当性と濫用禁止規制の意義を強調している。また、議論の単純化のために、濫用を行う企業の規模が被る企業よりも大きいとの想定を置いていることも付言しておく。

本稿を通じて、中小企業政策、より広範にみれば、経済政策としての優越的地位の濫用禁止の法理の意義・限界についての議論と理解の深まりに対して、いささかなりとも寄与することができれば、筆者としては幸いに思う。

## 1. 製造業にみる日本の企業間取引の特徴と変容

まず、本稿の目的である「優越的地位の濫用」を分析する前提として、濫用行為が起きる「場」である企業間取引について、日本での典型であり、日本的経済システムの特徴の一つである製造業での下請系列的なネットワークの特徴とその変容について述べる<sup>3</sup>。

なお、企業間取引に関しては、多数の先行研究が存在し、さまざまな見解が主張されているが、それらの網羅的な概観は本稿の目的から外れるため、以降の議論の展開上必要なもののレビュー・紹介にとどめる<sup>4</sup>。

### 1.1 下請系列的な取引ネットワーク

下請系列的なネットワークは、戦時中に翼賛

体制が構築される中で形成され、戦後の経済復興の過程で洗練され、経済・社会・政治を網羅する「1955年体制」の一部を構成していたとしばしば指摘されている<sup>5</sup>。

戦後の経済体制では、輸出型製造業がけん引役となった。戦争によって灰燼に帰したインフラ、設備を再興し、輸出市場で後発であった日本が国際的な競争力を得るためには、「良い製品を安価に」製造することが大方の製造業企業の根本的なテーゼ、あるいは経営理念とされた。

最終的に輸出を行う大企業製造業の内部では終身雇用制度と年功序列の賃金制度が従業員に対して会社の成功に対する強いインセンティブを付与した。これらの制度（システム）が、復興期から高度成長期、あるいは第2次石油危機後の安定成長期までは、日本企業の競争力を高めるために機能したと考えられてきた。

もう一つの重要なシステムが下請系列的なネットワークであった。特に、日本の製造業は、製品設計の基本的な思想、すなわち製品アーキテクチャーとして「擦り合わせ型（integral型）」を選択した。これには、費用対効果が最大になるように、製品の設計段階から多くの部品の性能・仕様、あるいは生産工程の効率性を組み合わせることが必要になる。このため、親事業者である最終製品のメーカーと部品や金型の製造を担当する下請事業者は緊密に情報を交換し、相互に協力することになった。こうした機能を

3 非製造業については、第4章で言及する。

4 議論の単純化のために、レビュー、あるいは紹介した先行研究についても、以降の展開に必要な部分だけを抽出している場合があることにもあらかじめ留意されたい。

5 より以前の下請システムの萌芽期を出発点とする展開の状況については、港徹雄『日本のものづくり 競争力基盤の変遷』日本経済新聞社（2011）の「第12章 下請システムの源流」、「第13章下請システムの継承と展開」に詳しく分析されている。また、分業システムの進化についての理論的含意は「第14章 パワーと信頼形成による分業システム進化」で論じられている。

なお、本章での議論、特に「擦り合わせ型」、「モジュール型」の設計思想、製品アーキテクチャーについては、藤本隆宏＝東京大学21世紀COEものづくり経営研究センター『ものづくり経営学 製造業を超える生産思想』光文社（2007）の理論に多くを依拠している。

強化するために、下請事業者によって「協力会」が組成され、親事業者との情報交換の仕組みが精緻化されることとなった。

こうした下請系列的なネットワークで生産される製品は、そのネットワーク内で独特の部品やノウハウが内蔵されている。このため、情報の交換は、製品のアーキテクチャーを決定する親事業者から下請事業者への流れが、逆方向の流れよりも大きかったとみられる。前者の流れを円滑にするための方策が、下請事業者に対する生産要素の提供である。代表例としては、代表取締役やその他の役員・職員の派遣、資本参加、資金面での支援、技術面での指導である。

一例として、機械・金属工業に属する中小企業を対象に、親事業者からの資本参加の比率をみると、1980年代初頭までは上昇していた(図表1)。これは、資本参加を通じて、親事業者の意向という情報を下請事業者に伝達し、その意向を実行させるために機能する。また、次節に

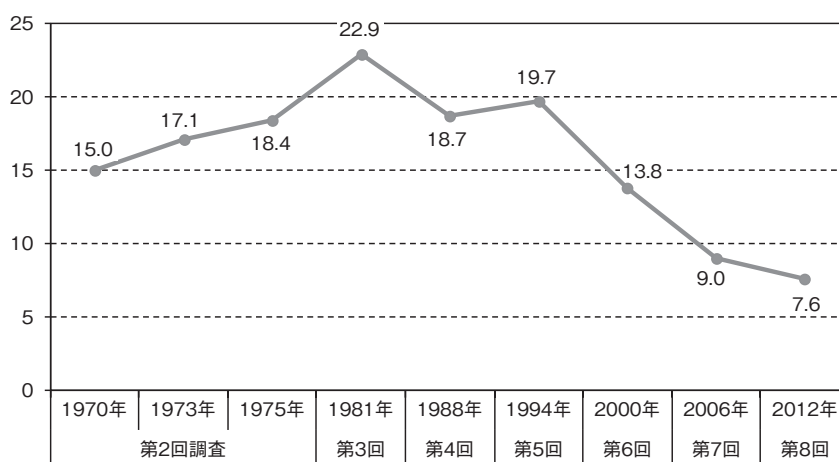
おいて述べるが、こうした生産要素の提供は、下請事業者に対して、取引を長期にわたって継続することを保証するというメッセージも発信する。このため、下請事業者は、安心して親事業者の成功のために設備投資を行うことができるのである。

なぜならば、この設備は、親事業者に固有・独特の設計思想の転写を必要とすることから、大方の場合、他の販売先向けに転用することができないため、下請事業者にとっては、親事業者との安定的取引が死活的に重要だからである。

親事業者にとっても、下請事業者の設備によって生産される部品が最終製品の完成にとって不可欠なものである場合には、資本参加だけでなく、役職員の派遣や資金支援、技術指導といった生産要素の提供によって、長期にその部品を確保するための取引関係の安定化というメリットを享受することができた。

以上のように、下請系列的取引の合理性が

図表1 主力納入先から資本参加を受けている企業の比率(%) (中小機械・金属工業)



(資料) 商工中金「下請実態調査」(第2~4回)、「中小機械・金属工業実態調査」(第5回)

商工中金=商工総合研究所「中小機械・金属工業実態調査」(第6~8回)

(注) 横軸の上段は各回調査での回答対象時点の年、下段は調査回。

説明されるが、港（2011）は、「…下請分業システムの効率性は、70年代に入ってますます高まった。この結果、…変動相場制に伴う円高、原油価格高騰など、日本産業の競争力基盤である下請分業システムによってもたらされる企業間生産性の高さによって、日本産業、とりわけ、高度組立型機械工業の国際競争力を揺るぎないものにした」<sup>6</sup>と評価している。

## 1.2 下請系列的取引の経済理論

このような下請系列的なネットワークの経済的意義に関する理論として先駆的な研究を行ったのが、2009年にノーベル経済学賞を受賞したウィリアムソンである。ウィリアムソンは日本の下請系列的取引を念頭に置いて、組織（organizations）と階層（hierarkies）の役割の経済的意義を研究した。

後述する優越的地位の濫用についての「法と経済学」の視点からの研究は、ほとんどがウィリアムの理論を出発点としているため、その概要をレビューする<sup>7</sup>。

### 1.2.1 関係特殊的投資とホールドアップ問題

前項で、下請事業者は、親事業者との取引に特化した設備に投資しており、この設備は、他の販売先との取引のためには転用できない場合が多いことを述べた。典型例は、特定の親事業者（例えば自動車メーカー）に納入する部品を製造するために必要な金型に対する投資である。これは、別の自動車メーカー向けの部品の生産には役に立たない。このように、特定の取引関係においてのみ収益を上げることが可能な投資

を「関係特殊的投資（relationship-specific investment）」、あるいは、「取引特殊的投資（transaction-specific investment）」と言う。

このような投資から下請事業者が収益を回収するためには、長期継続的かつ適切な数量と単価で親事業者に製品を販売することが必要になる。

しかし、親事業者が関係特殊的投資を実施する前には、投資を実施したら適切な単価と数量で購入する口約束しておきながら、投資の実施後に、親事業者が下請事業者の口約束よりも単価を引き下げないと製品を購入しないと、約束を反故にしたらどうなるであろうか？例えば、法による保護がなければ、下請事業はすでに、転用できない設備に対する投資を実施してしまっているので、変更後の条件を受け入れざるをえないであろう（このように、自分の利益のために約束を破ることを「機会主義（opportunism）」、あるいは「機会主義的行動（opportunistic behavior）」と呼ぶ）。すると、長期的にその取引に閉じ込められ、いわば、「お手上げ（ホールドアップ）」の状態に陥る（特定の取引関係に閉じ込められることを「ロックイン効果（locked-in effect）」という）。

もしも、下請事業者が関係特殊的投資を実施する前に、親事業者による事後的機会主義（*ex post* opportunism）を警戒するとどうなるであろうか？より詳細には、下請事業者が、取引自体を止めたくはないが、親事業者の行動を合理的に予測することはできない（「限定合理的（bounded rational）」）という状況である。下請事業者は、機会主義的行動を親事業者が行わ

<sup>6</sup> 港・前掲注5、319頁。

<sup>7</sup> Oliver Williamson, "Corporate Governance", 93 Yale L. J. 1197. (1984)



ないと確信できる時よりも、投資を少なくするであろう。すると、最適な水準の投資が行われないため、経済全体の効率性が低下する。この事前的効率性 (*ex ante efficiency*) の悪化を「ホールドアップ問題 (hold-up problem)」という。

ホールドアップ問題を回避・緩和するためには、関係特殊投資を保護する仕組みが必要である。後述するように、下請法では、後日の紛争を予防するために、親事業者に下請事業者に対して契約条件を明確化した書面を発注時に交付する義務を課しているのが、その一例である。このような法による保護以外の方法もある。それが、下請系列的な取引ネットワークであることをウィリアムソンは論じた。

### 1.2.2 ホールドアップ問題の防止機構としての下請取引

ウィリアムソンは、ゲーム理論の展開形ゲームを用いて、親事業者と下請事業者の取引に必要な投資の技術的性格の違いを基に、取引による利得 (=取引の価格) の大きさが異なることを示している (図表2)。

・ 図表2の変数の説明と前提条件は以下の通りである。

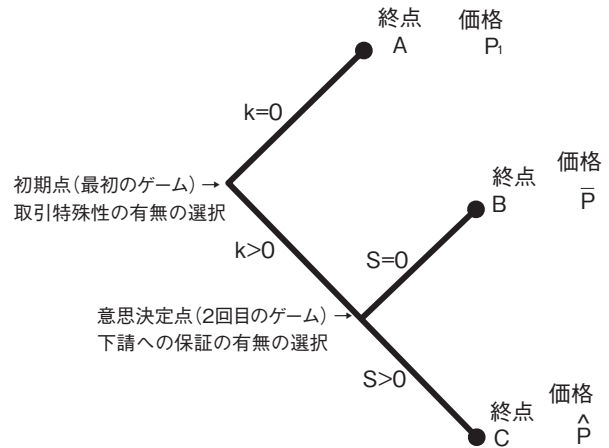
(a)取引に必要な投資の性格

(kは取引特殊性の指標)

- ・ 一般的 (汎用的) :  $k=0$
- ・ 取引特殊の :  $k>0$

(前提 :  $k>0$ は双方独占<sup>8</sup>を示す)

図表2 下請取引の展開形ゲーム



(資料) Oliver Williamson, "Corporate Governance", 93 Yale L. J. 1197 (1984).

(b)下請が行う投資に対する保証

(sは保証 (safeguard) の程度の指標)

- ・ なし :  $s=0$
- ・ あり :  $s>0$

(前提 : 企業が下請に対して完全に保証する場合、 $s=k$ )

(c)取引の価格

- ・ 市場価格 :  $P_1$
  - ・ 企業が下請への保証を拒絶する場合の価格 :  $\bar{P}$
  - ・ 企業が下請への保証を承諾する場合の価格 :  $\hat{P}$
- (前提 : 他の条件を一定とすると、 $s>0$ の時、 $\bar{P} > \hat{P} > P_1$ )

まず、初期点では、親事業者と下請事業者は取引にあたって、下請事業者が行う投資を汎用的なものとするか、関係特殊 (=取引特殊) なものにするかについての選択についての最初の交渉 (ゲーム) を最初に行う。

汎用的投資 ( $k=0$ ) による取引を選択した

8 売り手と買い手が双方独占 (bilateral monopoly) の状態にある場合、一方が他方に契約の変更を提案する時にはいつでも、契約からの利得 (gain) の配分の再調整の交渉が可能になる。また、双方とも自らの状況改善につながる長期的な利害を有している。一方が他方の機会主義的行動を恐れると、費用のかかる値切り (敵対的交渉) に陥るため、双方に信頼 (confidence) を醸成する統治構造を開発するインセンティブが生じる。

場合、市場価格 $P_1$ での取引がなされる終点Aに達する。この時、下請による投資を親事業者が保証する必要はない（市場取引による統治）。

一方、初期点で取引特殊の投資（ $k > 0$ ）による取引を選択した場合、意思決定点で2回目の交渉（ゲーム）を行う。

親事業者が取引特殊の投資への保証をしない（ $s = 0$ ）場合、価格 $\bar{P}$ での取引を行う終点Bに達し、保証する（ $s > 0$ ）場合には $\widehat{P}$ での取引を行う。

この時、 $\bar{P} > \widehat{P}$ である。これは、終点B（保証なし）では、終点C（保証あり）の場合に比べて、下請事業者は親事業者の機会主義的行動による被害を受けるリスクがあるため、そのリスクプレミアム（ $= \bar{P} - \widehat{P} > 0$ ）が価格に上乘せられるためである。

このため、終点Bでの取引は不安定なため、以降の交渉によって終点A（終点Bよりも価格が安くなる（ $\bar{P} > P_1$ ））、もしくはC（終点Bよりも取引が安定する）に移動しうる<sup>9</sup>。

なお、親事業者が取引特殊の投資を完全に保証する（ $s = k$ ）場合、機会主義の介在する余地がなくなり、取引が安定する。

ウィリアムソンは、保証の形態として、①インセンティブの再編成（例：代金の先払い<sup>10</sup>、期限前解約へのペナルティ）、②紛争解決のための特別な統治（構造）の創設（例：私的秩序形成（Private ordering）、③取引の規則性の

導入、④信頼に足るコミットメント（担保の差し入れ等）を挙げている。

これらの内、③と④が日本の下請系列的な取引では特徴となっている。つまり、親事業者は生産計画の提示や技術指導等を通じて、長期にわたって反復継続的に下請事業者に発注することに対する信頼を醸成し、なおかつ、典型的には、資本参加が長期安定的な取引の担保となる<sup>11</sup>。その他の生産要素の提供によっても長期安定的な取引に対するコミットメントになる。

ここから、日本の下請系列的な取引ネットワークという「階層（hierarkies）」的、組織的關係が関係特殊の投資の保護に寄与し、日本の製造業の発展に寄与したとウィリアムソンは論じている。

なお、この取引形態は、関係特殊の投資が核心である擦り合わせ型のもの作りにおいて特に有効性が高いものと考えられる。擦り合わせ型のもの作りにおいては、製造工程の各段階において、部品その他の設計や仕様を始めとする様々な事項について、親事業者と下請事業者の間で緊密な情報の交換とそれを通じた信頼關係の構築が必要である。このために一種の「取引費用（transaction cost）」<sup>12</sup>を必要とする。しかし、下請系列的なネットワークを通じた取引の中で、関係特殊の投資を保護することによって、機会主義的行動を警戒して取引価格にり

9 移動の経路としては、①意思決定点に戻って、再交渉しCに移動する、あるいは、②意思決定点での交渉が不調に終わった場合には、さらに、初期点に戻って再交渉しAに移動するの2つがある。

10 港（2011）によると、「…アメリカではサプライヤーが設置している機械設備のほとんどは汎用的なものであり、特定の受注先からの加工に特定される機械設備が必要な場合は、その投資費用は発注者の負担になるのが通例である」（港・前掲注5、356頁）。これは、実質的には、代金の先払いと同じ効果を持つ。取引特殊の投資の費用を親事業者が負担する点は、日本の慣行と大きく異なっている。

11 資本参加が担保になるのは、通常、非公開会社である下請事業者の株式は流動性が低く長期的に保有せざるを得ないためである。なお、資本参加によって下請事業者に対する一定の発言権を確保できることも、親事業者の意向に関する情報を伝達し、実行させるために有効なことも、資本参加の理由である。

12 取引費用には、①探索費用（取引する企業を探すための費用）、②交渉費用（取引条件の交渉にかかる費用）、③監視費用（取引の履行の監視や違反時の訴訟等にかかる費用）がある。

スクプレミアムを上乗せする必要がなくなる。このリスクプレミアムは一種の取引費用であるため、関係特殊的投資を保護しない場合に比べると、プレミアム部分 ( $\bar{P} - \hat{P}$ ) を節約することができる<sup>13</sup>。

この結果、「…生産の持続的拡大が親企業と下請企業との取引関係をますます長期安定的にしたことから、企業間の信頼醸成が進展し、取引特定資産投資<sup>14</sup>を促進させ、ますます企業間生産性を向上させるという好循環を生み出した」<sup>15</sup>として、下請系列的な取引ネットワークの意義は、こうした「信頼」の構築をつうじた取引費用の節約に見出されるようになった<sup>16</sup>。

### 1.3 下請系列的ネットワークの変容

ところが、特に、2000年代以降こうした状況は大きく変容している。この背景には、「モジュール (moudular) 型」の設計思想での生産が適した製品が経済の中で大きな比重を占めるようになってきたからである。

これは、半導体等のICT製造業の基盤となる部品の技術革新が急速に進むことによって、半導体の性能が短期間に向上し旧型の製品が急速に陳腐化することから、製品開発の期間を短縮する必要があるため、時間のかかる擦り合わせ型の設計になじまなくなったのである。

具体的には、最終製品の組み立てに必要な均質性を有し、その時点で最適な性能・価格の部品を大量に購入し、最適地でアSEMBルする「モジュール (moudular) 型」のもの作りが広

がったのである。その典型がPCであり、現在日本では、既製品は季節ごとに新型の機種が発表される。また、極端な例を挙げると、消費者が演算装置や記憶装置の性能を指定してネット経由でPCを注文すると、物流上最適な生産拠点で指定された部品を集めてPCを組み立て、消費者に短期間で発送するというビジネスモデルで発展した米国のデル・コンピュータのような会社がある。

おりしも、1990年代の冷戦終結以降の経済のグローバル化に伴って、新興国の市場が拡大していたことや断続的に進展する円高の影響もあり、日本企業は海外生産を拡大していった。例えば、家電製造業では、当初日本国内と同様の擦り合わせ型のもの作りで、新興国の消費者にとっては使いこなすことの難しい「高機能・高品質」で相対的に「高価格」の製品を供給した。しかし、他国の競合企業は、いち早くモジュール型のもの作りで、相対的にシンプルな機能とリーズナブルな価格で市場を確保したために、日本企業もモジュール型の設計思想を全面的にはでないにせよ取り入れざるをえなくなった。このため、部品の調達コストの低減が、関係特殊的投資の保護よりも相対的に重視されるようになってきた。

さらに、ICTの技術革新は部品の世代交代のスピードを格段に高めただけでなく、下請事業者が行う機械設備への投資の性格を、以下のように関係特殊的なものから汎用的なものに変えてしまい、下請系列的な企業間取引に影響

13 ただし、ウィリアムソンの前提では、このプレミアムが節約されても、取引価格は市場価格よりも高い ( $\hat{P} > P_i$ )。

14 「取引特定資産投資」は関係特殊的投資と同義である。

15 港・前掲注5、319頁。

16 港 (2011) は、「何をもって企業間取引システムの進化とするか」について「企業間取引に伴う『取引費用』を縮減させるような取引統御機構の有効性向上を意味している」と論じている (港・前掲注5、326頁)。

を及ぼした。

具体的には、マシニング・センター（MC）、三次元CAD/CAM、やNC（数値制御）工作機械の下請事業者への普及・浸透について、

「デジタル化された汎用型自動機械の普及は、主力納入先である親企業を変更する際の切り替え費用を大きく低下させている。同時に、発注企業の側でも自社との取引に専用化した生産設備を保有していなくとも、三次元CAD/CAMを導入している企業であれば新規に発注することが容易である。…

以上のように、生産技術変化が生産における企業間分業における信頼の必要性を低下させ、企業間取引を流動化させたのである。換言すれ

ば、ICT化による生産技術進歩は『信頼財代替的技術進歩』である」<sup>17</sup>

とも言えると指摘されている。

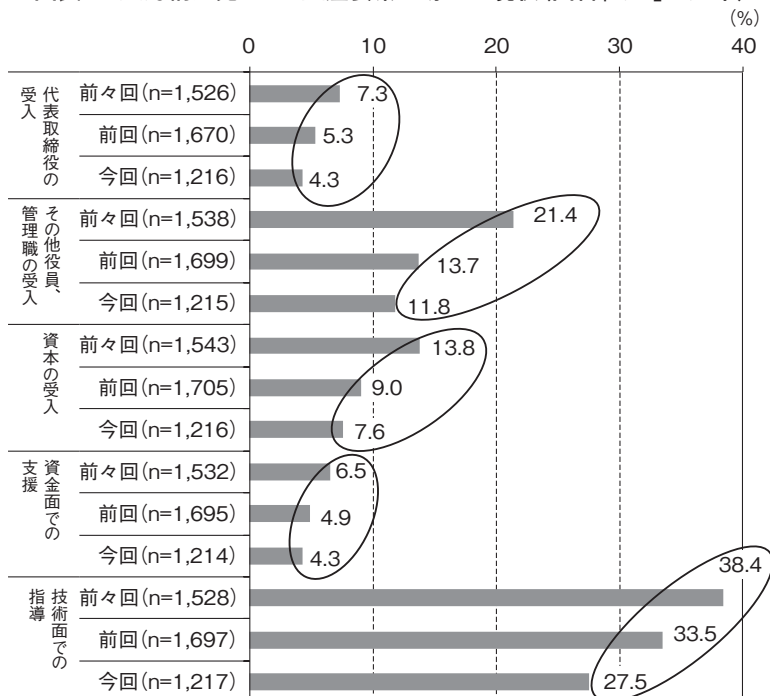
これらのため、親事業者から下請事業者への生産要素の提供は特に2000年代に入って劇的に減少している。

まず、前出の資本参加の比率をみると（前掲図表1）、2000年代に低下が続き、2012年には7.6%と1981年（22.9%）の3分の1に減少した。

また、資本参加ばかりでなく、代表取締役やその他の役員・職員の派遣、資金面での支援、技術面での指導の比率も低下している（図表3）。

この背景には、上述のようなもの作りを巡る環境や設計思想等の変化があるとみられ、親事

図表3 主力納入先からの生産要素の導入の現状(回答「ある」)の比率



(資料) 商工中金=商工総合研究所「中小機械・金属工業実態調査」(第6~8回)

(注)・各生産要素の導入についての回答は「ある」と「ない」の二者択一。

・回答企業数は「ある」「ない」の合計。

・「前々回」は2000年(第6回)調査、「前回」は2006年(第7回)調査、「今回」は2012年(第8回)調査。

業者と下請事業者の関係は以前のような強い信頼を背景とした緊密な関係から、少なからぬ部分が価格（正確には、費用対効果）を中心とした「敬して遠ざけず」、すなわち「独立当事者間（arm's length）」の関係へと変化していったものと思われる。

この信頼関係の後退と親事業者における価格重視の調達方針が、1990年代以降の基調的には停滞色の濃い経済情勢とも相まって、以降で述べる優越的地位の濫用に大きな影響を及ぼしているものと思われる。

## 2. 独占禁止法での優越的地位の濫用の概念とその行為類型

以上のような背景を踏まえて、本章では、公正取引委員会（以下では、「公取委」と略す）が2010年に公表した「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」<sup>18</sup>（以下では、「優越ガイドライン」という）と「『優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方』のポイント」<sup>19</sup>に依拠して、優越的地位の濫用とその禁止について概観する。

### 2.1 「優越的地位の濫用」とは何か

優越的地位の濫用は、独占禁止法において、不公正な取引方法の一つとして禁止されている。優越的地位の濫用の規定は、独占禁止法

の一部を改正する法律（平成21年法律第51号。以下「独占禁止法改正法」という。）によって、独占禁止法第2条第9項第5号として法定化された<sup>20</sup>。

#### 2.1.1 「優越的地位」とは何か

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来すため、甲が乙にとって著しく不利益な要請等を行っても、乙が受け入れざるを得ない場合、甲が乙に対して「優越的地位」にあると考える。

・優越的地位の有無の判断のための考慮要素

- ①乙の甲に対する取引依存度（＝乙の甲に対する売上高÷乙全体の売上高）が大きい場合には、甲は優越的地位にあると認められやすい。
- ②甲の市場における地位（市場におけるシェアの大きさ、その順位等）が高い場合には、甲は優越的地位にあると認められやすい。
- ③他の事業者との取引を開始若しくは拡大することが困難である又は甲との取引に関連して多額の投資を行っている場合には、甲は優越的地位にあると認められやすい。
- ④その他甲と取引することの必要性を示す具体的事実（甲との取引の額、甲の今後の成長可能性、取引の対象となる商品等の重要性、甲と取引することによる信用の確保、甲と乙の事業規模の相違等（甲との取引の額が大

18 <http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h22/nov/10113001.files/10113001besshil.pdf> (2013年9月13日に閲覧)。

19 <http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h22/nov/10113001.files/10113001sanko.pdf> (2013年9月13日に閲覧)

20 独占禁止法第2条第9項第5号のほか、同項第6号の規定により公正取引委員会が指定する、①すべての業種に適用される「不公正な取引方法」（昭和57年公正取引委員会告示第15号）第13項（取引の相手方の役員選任への不当干渉）、及び②特定業種にのみ適用される不公正な取引方法（以下「特殊指定」という。）にも、優越的地位の濫用の規定が置かれている。

なお、優越的地位の濫用の規定がある特殊指定は次のとおりである。

○新開業における特定の不公正な取引方法（平成11年公正取引委員会告示第9号）

○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年公正取引委員会告示第1号）

○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年公正取引委員会告示第11号）

きい、甲の事業規模が拡大している等)がある場合には、甲は優越的地位にあると認められやすい。

これらを総合的に考慮して優越的地位の有無を判断する。

### 2.1.2 「濫用行為」とは何か

優越的地位の濫用となる行為類型として、独占禁止法第2条第9項第5号イからハまでの規定から明らかな行為を挙げる(図表4)。

## 2.2 優越的地位の濫用となる行為類型

以下では、行為類型ごとに、優越的地位の濫用の考え方について明らかにする。

ここで、重要なことは、全ての類型において、「正常な商慣習に照らして不当に不利益を与える」ことが問題視されている点である。

「正常な商慣習に照らして不当に」という要件は、優越的地位の濫用の有無が、公正な競争秩序の維持・促進の観点から個別の事案ご

とに判断されることを示すものである。ここで、「正常な商慣習」とは、公正な競争秩序の維持・促進の立場から是認されるものをいう。したがって、現に存在する商慣習に合致しているからといって、直ちにその行為が正当化されることにはならない。

### 2.2.1 購入・利用強制

#### 【考え方】

優越的地位にある事業者が、取引の相手方に対し、取引に係る商品又は役務以外の商品等の購入を要請する場合であって、当該取引の相手方が、今後の取引に与える影響を懸念して、事業遂行上必要としない商品又は役務の購入の要請を受け入れざるを得ない場合には、正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えることとなり、問題となる<sup>21</sup>。

#### <想定例の抜粋>

①購入しなければ相手方との取引を打ち切る、

図表4 濫用行為の類型(独占禁止法第2条第9項第5号)

| 符号  | 類型                       | 本稿での記載箇所 |
|-----|--------------------------|----------|
| イ   | 購入・利用強制                  | 2.2.1    |
| ロ   | 協賛金等の負担の要請               | 2.2.2    |
|     | 従業員等の派遣の要請               | 2.2.3    |
|     | その他経済上の利益の提供の要請          | 2.2.4    |
| ハ   | 受領拒否                     | 2.2.5    |
|     | 返品                       | 2.2.6    |
|     | 支払遅延                     | 2.2.7    |
|     | 減額                       | 2.2.8    |
|     | その他取引の相手方に不利益となる取引条件の設定等 |          |
|     | 取引の対価の一方的決定              | 2.2.9    |
|     | やり直しの要請                  | 2.2.10   |
| その他 | 2.2.11                   |          |

21 ただし、取引の相手方に対し、特定の仕様を指示して商品の製造又は役務の提供を発注する際に、当該商品若しくは役務の内容を均質にするため又はその改善を図るため必要があるなど合理的な必要性から、当該取引の相手方に対して当該商品の製造に必要な原材料や当該役務の提供に必要な設備を購入させることは、問題とはならない。

取引数量を削減するなど、今後の取引に影響すると受け取られるような要請をすることにより、購入させること。

- ②購買担当者等取引の相手方との取引関係に影響を及ぼし得る者が購入を要請することにより、購入させること。
- ③取引の相手方に対して、組織的又は計画的に購入を要請することにより、購入させること。

## 2.2.2 協賛金等の負担の要請

### 【考え方】

優越的地位にある事業者が、取引の相手方に対し、協賛金等の負担を要請する場合であって、当該取引の相手方にあらかじめ計算できない不利益を与えることとなる場合や、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、正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えることとなり、問題となる。

※ただし、協賛金等が、それを負担することによって得ることとなる直接の利益（例：販売促進）の範囲内であるものとして、取引の相手方の自由な意思により提供される場合には、問題とはならない。

### <想定例の抜粋>

- ①取引の相手方の商品又は役務の販売促進に直接寄与しない催事、売場の改装、広告等のための協賛金等を要請し、これを負担させること。
- ②決算対策のための協賛金を要請し、取引の相手方にこれを負担させること。

- ③自己の店舗の新規オープン又は改装オープンに際し、当該店舗の利益を確保するため、事前に負担額、算出根拠、目的等について明確にすることなく、一定期間にわたり、取引の相手方からの当該店舗に対する納入金額の一定割合に相当する額を協賛金として負担させること。

## 2.2.3 従業員等の派遣の要請

### 【考え方】

優越的地位にある事業者が、取引の相手方に対し、従業員等の派遣を要請する場合であって、当該取引の相手方にあらかじめ計算できない不利益を与えることとなる場合や、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、正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えることとなり、問題となる。

※ただし、①従業員等の派遣が、それによって得ることとなる直接の利益（例：消費者ニーズの把握）の範囲内であるものとして、取引の相手方の自由な意思により提供される場合、②従業員等の派遣の条件についてあらかじめ合意し、かつ、派遣のために通常必要な費用を自己が負担する場合には、問題とはならない。

### <想定例の抜粋>

- ①取引の相手方に対し、派遣費用を負担することなく、自己の利益にしかならない業務を行うよう取引の相手方に要請し、その従業員等を派遣させること。

- ②自己の店舗の新規オープンセール又は改装オープンセールに際し、販売業務に従事させるために納入業者の従業員を派遣させ、当該納入業者の納入に係る商品の販売業務に併せて他の納入業者の商品の販売業務にもその従業員に従事させることにより、その従業員を派遣した納入業者に対して、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をさせること。
- ③取引の相手方が従業員等を派遣するための費用を自己が負担するとしながら、派遣費用として一律に日当の額を定めるのみであって、個々の取引の相手方の事情により交通費、宿泊費等の費用が発生するにもかかわらず、当該費用を負担することなく、従業員等を派遣させること。

## 2.2.4 その他経済上の利益の提供の要請

### 【考え方】

協賛金等の負担の要請や従業員等の派遣の要請以外であっても、優越的地位にある事業者が、正当な理由がないのに、取引の相手方に対し、発注内容に含まれていない、金型等の設計図面、特許権等の知的財産権、従業員等の派遣以外の役務提供その他経済上の利益の無償提供を要請する場合であって、当該取引の相手方が今後の取引に与える影響を懸念してそれを受け入れざるを得ない場合には、正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えることとなり、問題となる<sup>22</sup>。

### <想定例の抜粋>

- ①取引に伴い、取引の相手方に著作権、特許権等の権利が発生・帰属する場合に、これらの権利が自己との取引の過程で得られたことを理由に、一方的に、作成の目的たる使用の範囲を超えて当該権利を自己に譲渡させること。
- ②発注内容に金型の設計図面を提供することが含まれていないにもかかわらず、取引の相手方に対し、金型の設計図面を無償で提供させること。
- ③補修用部品、金型等自己が保管すべきものについて、自己の一方的な都合により、取引の相手方に無償で保管させ、また、保管に伴うメンテナンス等をさせること。
- ④自己が支給した部品・原材料の不具合、自己が行った設計の不備等自己に責任があるにもかかわらず、最終ユーザーからクレームがあった際、自己は一切責任を負わず、取引の相手方に最終ユーザーに対する損害賠償を含むクレーム対応を無償ですべて行わせること。
- ⑤商品を納入するに当たって、取引の相手方と十分協議することなく一方的に、当該取引の相手方が回収する義務のない産業廃棄物や他の事業者の輸送用具等を取引の相手方に無償で回収させること。

## 2.2.5 受領拒否

### 【考え方】

優越的地位にある事業者が、取引の相手方

<sup>22</sup> ただし、経済上の利益が、ある商品の販売に付随して当然に提供されるものであって、当該商品の価格にそもそも反映されているようなときは、問題とはならない。



から商品を購入する契約をした後において、正当な理由がないのに、当該商品の全部又は一部の受領を拒む場合であって、当該取引の相手方が、今後の取引に与える影響等を懸念して、それを受け入れざるを得ない場合には、正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えることとなり、問題となる<sup>23</sup>。

#### <想定例の抜粋>

- ①取引の相手方が、発注に基づき商品を製造し、当該商品を納入しようとしたところ、売行き不振又は売場の改装や棚替えに伴い当該商品が不要になったことを理由に、当該商品の受領を拒否すること。
- ②あらかじめ定められた検査基準を恣意的に厳しくして、発注内容と異なること又は瑕疵があることを理由に、当該商品の受領を拒否すること。
- ③特定の仕様を指示して商品の製造を発注した後であるにもかかわらず、自己の顧客から当該商品の注文が取り消されたことや、自己の販売計画を変更したことを理由に、当該商品の受領を拒否すること。

## 2.2.6 返品

### 【考え方】

優越的地位にある事業者が、取引の相手方に対し、当該取引の相手方から受領した商品を

返品する場合であって、当該取引の相手方にあらかじめ計算できない不利益を与えることとなる場合、その他正当な理由がないのに返品する場合であって、当該取引の相手方が、今後の取引に与える影響等を懸念して、それを受け入れざるを得ない場合には、正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えることとなり、問題となる<sup>24</sup>。

#### <想定例の抜粋>

- ①展示に用いたために汚損した商品を返品すること。
- ②小売用の値札が貼られており、商品を傷めることなくはがすことが困難な商品を返品すること。
- ③メーカーの定めた賞味期限とは別に独自にこれより短い販売期限を一方向的に定める場合において、この販売期限が経過したことを理由に返品すること。
- ④自己のプライベート・ブランド商品を返品すること。
- ⑤月末又は期末の在庫調整のために返品すること。

## 2.2.7 支払遅延

### 【考え方】

優越的地位にある事業者が、正当な理由がないのに、契約で定めた支払期日に対価を支払

23 ただし、①購入した商品に瑕疵がある場合、注文した商品と異なる商品が納入された場合、納期に間に合わなかったために販売目的が達成できなかった場合等、取引の相手方側の責めに帰すべき事由がある場合、②商品の購入に当たって当該取引の相手方との合意により受領しない場合の条件を定め、その条件に従って受領しない場合、③あらかじめ同意を得て、かつ、商品の受領を拒むことによって当該取引の相手方に通常生ずべき損失を負担する場合には、問題とはならない。

24 ただし、①購入した商品に瑕疵がある場合、注文した商品と異なる商品が納入された場合、納期に間に合わなかったために販売目的が達成できなかった場合等、取引の相手方側の責めに帰すべき事由により、受領日から相当の期間内に、相当と認められる数量の範囲内で返品する場合、②商品の購入に当たって合意により返品する条件を定め、その条件に従って返品する場合、③あらかじめ同意を得て、かつ、商品の返品によって当該取引の相手方に通常生ずべき損失を自己が負担する場合、④取引の相手方から商品の返品を受けたい旨の申出があり、かつ、当該取引の相手方が当該商品を処分することが当該取引の相手方の直接の利益となる場合には、問題とはならない。

わない場合であって、取引の相手方が、今後の取引に与える影響等を懸念してそれを受け入れざるを得ない場合には、正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えることとなり、問題となる<sup>25</sup>。

優越的地位にある事業者が、一方的に対価の支払期日を遅く設定する場合や、支払期日の到来を恣意的に遅らせる場合にも、問題となりやすい。

#### <想定例の抜粋>

- ①社内の支払手続の遅延、製品の設計や仕様の変更などを理由として、自己の一方的な都合により、契約で定めた支払期日に対価を支払わないこと。
- ②分割して納入を受ける取引において、初期納入分の提供を受けた後に対価を支払うこととされているにもかかわらず、一方的に支払条件を変更し、すべてが納入されていないことを理由として対価の支払を遅らせること。
- ③商品の提供が終わっているにもかかわらず、その検収を恣意的に遅らせることなどにより、契約で定めた支払期日に対価を支払わないこと。

## 2.2.8 減額

### 【考え方】

優越的地位にある事業者が、商品等を購入した後において、正当な理由がないのに、契約で定めた対価を減額する場合であって、取引の

相手方が、今後の取引に与える影響等を懸念して、それを受け入れざるを得ない場合には、正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えることとなり、問題となる<sup>26</sup>。

契約で定めた対価を変更することなく、商品等の仕様を変更するなど、対価を実質的に減額する場合も、これと同様である。

#### <想定例の抜粋>

- ①商品又は役務の提供を受けた後であるにもかかわらず、業績悪化、予算不足、顧客からのキャンセル等自己の一方的な都合により、契約で定めた対価の減額を行うこと。
- ②あらかじめ定められた検査基準を恣意的に厳しくして、発注内容と異なる又は瑕疵があることを理由に、納入価格の値引きをさせること。
- ③自己の一方的な都合により取引の対象となる商品若しくは役務の仕様等の変更、やり直し又は追加的な提供を要請した結果、取引の相手方の作業量が大幅に増加することとなるため、当該作業量増加分に係る対価の支払を約したにもかかわらず、当初の契約で定めた対価しか支払わないこと。
- ④セールで値引販売したことを理由に、又は当該値引販売に伴う利益の減少に対処するために、値引販売した額に相当する額を取引の相手方に値引きさせること。
- ⑤商品の製造を発注した後であるにもかかわらず、自社で策定したコスト削減目標を達成す

25 ただし、あらかじめ同意を得て、かつ、支払の遅延によって取引の相手方に通常生ずべき損失を自己が負担する場合には、問題とはならない。

26 ただし、①取引の相手方から購入した商品又は提供された役務に瑕疵がある場合、注文内容と異なる商品が納入され又は役務が提供された場合、納期に間に合わなかったために販売目的が達成できなかった場合等、当該取引の相手方側の責めに帰すべき事由により、当該商品が納入され又は当該役務が提供された日から相当の期間内に、当該事由を勘案して相当と認められる金額の範囲内で対価を減額する場合、②対価を減額するための要請が対価に係る交渉の一環として行われ、その額が需給関係を反映したものであると認められる場合には、問題とはならない。

るために必要な金額を計算して、それに相当する額を取引の相手方に値引きさせること。

## 2.2.9 取引の対価の一方的決定

### 【考え方】

優越的地位にある事業者が、取引の相手方に対し、一方的に、著しく低い対価又は著しく高い対価での取引を要請する場合であって、当該取引の相手方が、今後の取引に与える影響等を懸念して、それを受け入れざるを得ない場合には、正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えることとなり、問題となる<sup>27</sup>。

### <想定例の抜粋>

- ①多量の発注を前提として取引の相手方から提示された単価を、少量しか発注しない場合の単価として一方的に定めること。
- ②納期までの期間が短い発注を行ったため、取引の相手方の人件費等のコストが大幅に増加したにもかかわらず、通常の納期で発注した場合の単価と同一の単価を一方的に定めること。
- ③通常の発注内容にない特別の仕様を指示したり、配送頻度の変更を指示したりするなどしたため、取引の相手方の作業量が増加し、当該取引の相手方の人件費等のコストが大幅に増加したにもかかわらず、通常の発注内容の場合の単価と同一の単価を一方的に定めること。

- ④取引の相手方から、社外秘である製造原価計算資料、労務管理関係資料等を提出させ、当該資料を分析し、「利益率が高いので値下げに応じられるはず」などと主張し、著しく低い納入価格を一方的に定めること。

## 2.2.10 やり直しの要請

### 【考え方】

優越的地位にある事業者が、正当な理由がないのに、取引の相手方から商品を受領した後又は役務の提供を受けた後に、当該取引の相手方に対し、やり直しを要請する場合であって、当該取引の相手方が、今後の取引に与える影響等を懸念してそれを受け入れざるを得ない場合には、正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えることとなり、問題となる<sup>28</sup>。

### <想定例の抜粋>

- ①商品又は役務の受領前に、自己の一方的な都合により、あらかじめ定めた商品又は役務の仕様を変更したにもかかわらず、その旨を取引の相手方に伝えないまま、取引の相手方に継続して作業を行わせ、納入時に仕様に合致していないとして、取引の相手方にやり直しをさせること。
- ②委託内容について取引の相手方に確認を求められて了承したため、取引の相手方がその委託内容に基づき製造等を行ったにもかかわらず、給付内容が委託内容と異なるとして

27 ただし、①要請のあった対価で取引をおおうとする事業者が他に存在すること等を理由として、低い対価又は高い対価で取引するように要請することが、対価に係る交渉の一環として行われるものであって、その額が需給関係を反映したものであると認められる場合、②ある品目について、セール等を行うために通常よりも大量に仕入れる目的で、通常の購入価格よりも低い価格で購入する場合（いわゆるボリュームディスカウント）など取引条件の違いを正当に反映したものであると認められる場合には、問題とはならない。

28 ただし、①商品又は役務の内容が発注時点で取り決めた条件に満たない場合、②あらかじめ取引の相手方の同意を得て、かつ、やり直しによって当該取引の相手方に通常生ずべき損失を自己が負担する場合、③具体的な仕様を確定させるために試作品を作製することを含む取引において、当該試作品につきやり直しを要請し、かつ当該やり直しに係る費用が当初の対価に含まれていると認められる場合には、問題とはならない。

取引の相手方にやり直しをさせること。

- ③あらかじめ定められた検査基準を恣意的に厳しくして、発注内容と異なること又は瑕疵があることを理由に、やり直しをさせること。

## 2.2.11 その他

### 【考え方】

優越的地位にある事業者が、一方的に、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場合に、当該取引の相手方に正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えることとなるときは、問題となる。

### <想定例の抜粋>

- ①取引の相手方が取引に係る商品を実際に使用し、又は役務の提供を実際に受けた後に対価の支払を受けることとされている場合において、自己の一方的な都合により、当該取引の相手方がまだ実際に商品を使用していない又はまだ役務の提供を実際に受けていないにもかかわらず、当該取引の相手方に対価を前倒して支払わせること。
- ②特定の仕様を指示して部品の製造を発注し、これを受けて取引の相手方が既に原材料等を調達しているにもかかわらず、自己の一方的な都合により、当該取引の相手方が当該調達に要した費用を支払うことなく、部品の発注を取り消すこと。
- ③取引の相手方に対し、新たな機械設備の導入を指示し、当該機械設備の導入後直ちに一定数量を発注することを説明して発注を確約し、当該取引の相手方が当該機械設備の導入等の取引の実現に向けた行動を採っ

ているのを黙認していたにもかかわらず、自己の一方的な都合により、発注数量を著しく減少する又は発注を取り消すこと。

## 2.3 公正取引委員会の基本的考え方

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、不公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。

当事者間の取引が、下請法にいう親事業者と下請事業者の取引に該当する場合であって、下請法に規定する①製造委託、②修理委託、③情報成果物作成委託、④役務提供委託に該当する場合には、下請法の規制の対象となる<sup>29</sup>。

そこで、次章では、下請法の概要とその執行の状況等について論じる。

### 3. 優越的地位の濫用事案の迅速な処理を可能ならしめる下請法

#### 3.1 下請法の概要

以下では、下請法の①目的、②親事業者、下請事業者の定義、③親事業者の義務・禁止事項等を概観する。

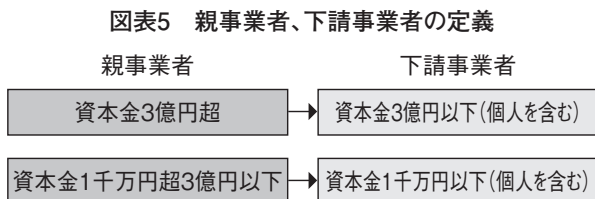
##### ①目的

下請取引の公正化・下請事業者の利益保護である（第1条）

##### ②親事業者、下請事業者の定義

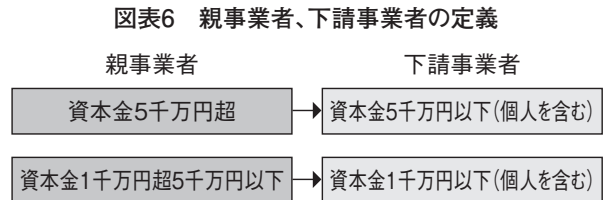
下請法の対象となる取引は、事業者の資本金規模と取引の内容で定義される（第2条第1項～第8項）

(a)物品の製造・修理委託及び政令で定める情報成果物・役務提供委託を行う場合（**図表5**）



(出所)公正取引委員会Web  
(<http://www.jftc.go.jp/shitauke/shitaukegaiyo/gaiyo.html>)

(b)情報成果物作成・役務提供委託を行う場合  
(a)の情報成果物・役務提供委託を除く。( **図表6** )



(出所)公正取引委員会Web  
(<http://www.jftc.go.jp/shitauke/shitaukegaiyo/gaiyo.html>)

##### ③親事業者の義務・禁止事項等

親事業者の義務（第2条の2、第3条、第4条の2、第5条）、禁止事項（第4条）、報告徴収・立入検査（第9条）、勧告（行政指導による是正）（第7条）が定められている（**図表7**）。

②、③のように、外形的な基準で規制の対象と基準が定められている。以下では、親事業者の義務と禁止事項を概観する。

#### 3.2 親事業者の義務

下請取引の公正化及び下請事業者の利益保護のため、親事業者には次頁の4つの義務が課されている（**図表8**）。

#### 3.3 親事業者の禁止行為

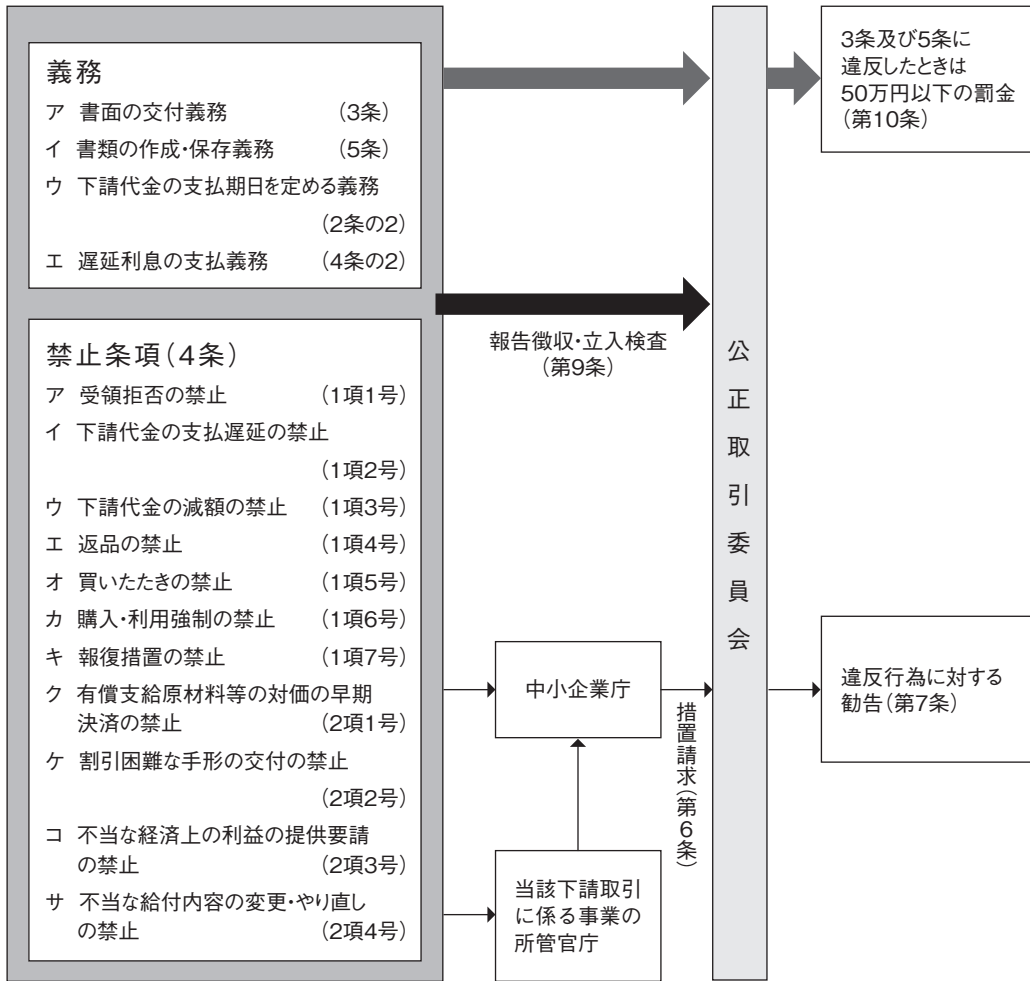
親事業者には次の11項目の禁止事項が課せられている（**図表9**）。たとえ下請事業者の了解を得ていても、また、親事業者に違法性の意識がなくても、これらの規定に触れるときには、下請法違反になる。

#### 3.4 下請法の執行状況

次に、下請法の規制対象に役務取引等が追

<sup>29</sup> 下請法に関しては、運用に当たっての基本的な考え方を定めた「下請代金支払遅延等防止法に関する運用基準」（平成15年事務総長通達第18号）が策定・公表されている。

図表7 下請法の体系



(出所) 公正取引委員会Web (<http://www.jftc.go.jp/shitauke/shitaukegaiyo/gaiyo.html>)

図表8 親事業者の義務

| 義務                 | 概要   |
|--------------------|--|
| 書面の交付義務 (第3条)      | 発注の際は、直ちに3条書面 <sup>30</sup> を交付すること。   |
| 支払期日を定める義務 (第2条の2) | 親事業者は、下請事業者との合意の下に、親事業者が下請事業者の給付の内容について検査するかどうかを問わず、下請代金の支払期日を物品等を受領した日(役務提供委託の場合は、下請事業者が役務の提供をした日)から起算して60日以内でできる限り短い期間内で定める義務がある。                        |
| 書類の作成・保存義務 (第5条)   | 下請取引の内容を記載した書類 <sup>31</sup> を作成し、2年間保存すること。   |
| 遅延利息の支払義務 (第4条の2)  | 親事業者は、下請代金をその支払期日までに支払わなかったときは、下請事業者に対し、物品等を受領した日(役務提供委託の場合は、下請事業者が役務の提供をした日)から起算して60日を経過した日から実際に支払をする日までの期間について、その日数に応じ当該未払金額に年率14.6%を乗じた額の遅延利息を支払う義務がある。 |

(出所) <http://www.jftc.go.jp/shitauke/shitaukegaiyo/oyagimu.html>

30 3条書面に記載すべき具体的事項は、末尾参考資料1参照。

31 この書類は「5条書類」と通称される。記載すべき具体的事項は、末尾参考資料1参照。

加された、平成16年度以降の下請法の執行の状況について概観する。

書面調査の状況を見ると（図表10）、親事業者の調査は平成19年度までは3万名前後だったが、その後徐々に増加し、23、24年度は4万名近くに達している。また、下請事業者につい

ては、21年度以降、20万名前後に達している。

これらから、下請法での書面調査は大量の情報を収集し、優越的地位の濫用の事案を公取委がプロアクティブに探索していることが分かる。

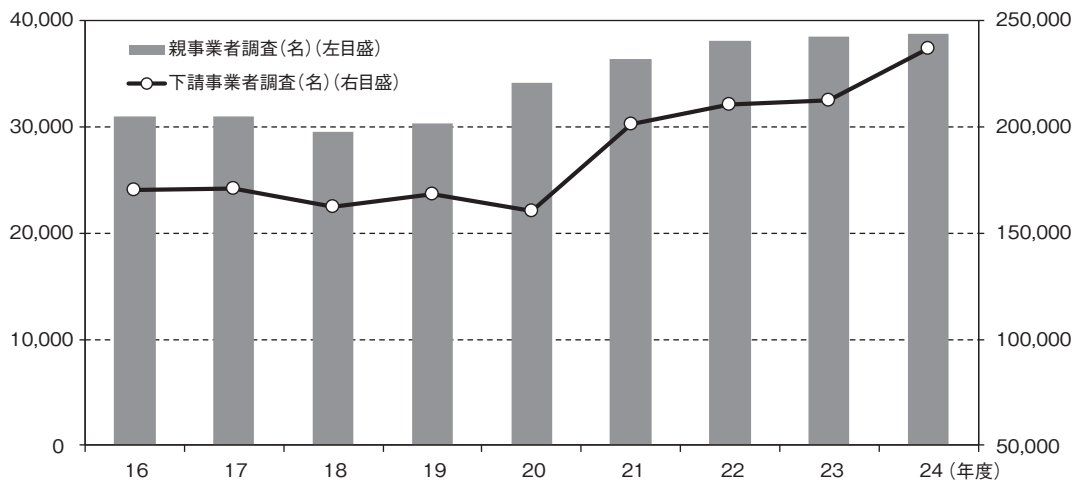
次に、違反被疑事件の措置についてみると

図表9 親事業者の禁止行為

| 禁止事項                        | 概要   |
|-----------------------------|--|
| 受領拒否(第1項第1号)                | 注文した物品等の受領を拒むこと。   |
| 下請代金の支払遅延(第1項第2号)           | 下請代金を受領後60日以内に定められた支払期日までに支払わないこと。   |
| 下請代金の減額(第1項第3号)             | あらかじめ定めた下請代金を減額すること。   |
| 返品(第1項第4号)                  | 受け取った物を返品すること。   |
| 買ったたき(第1項第5号)               | 類似品等の価格又は市価に比べて著しく低い下請代金を不当に定めること。   |
| 購入・利用強制(第1項第6号)             | 親事業者が指定する物・役務を強制的に購入・利用させること。  |
| 報復措置(第1項第7号)                | 下請事業者が親事業者の不公正な行為を公正取引委員会又は中小企業庁に知らせたことを理由としてその下請事業者に対して、取引数量の削減・取引停止等の不利益な取扱いをすること。 |
| 有償支給原材料等の対価の早期決済(第2項第1号)    | 有償で支給した原材料等の対価を、当該原材料等を用いた給付に係る下請代金の支払期日より早い時期に相殺したり支払わせたりすること。                      |
| 割引困難な手形の交付(第2項第2号)          | 一般の金融機関で割引を受けることが困難であると認められる手形を交付すること。   |
| 不当な経済上の利益の提供要請(第2項第3号)      | 下請事業者から金銭、労務の提供等をさせること。  |
| 不当な給付内容の変更及び不当なやり直し(第2項第4号) | 費用を負担せずに注文内容を変更し、又は受領後にやり直しをさせること。   |

(出所) <http://www.jftc.go.jp/shitauke/shitaukegaiyo/oyakinsi.html>

図表10 書面調査の状況



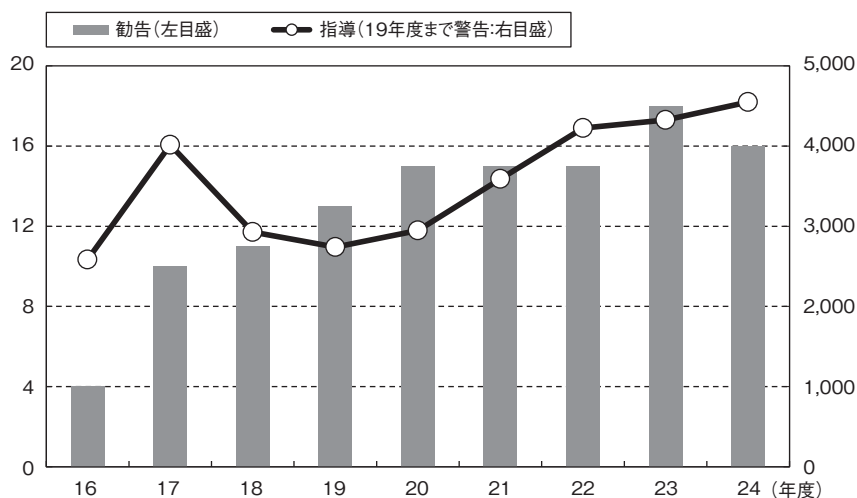
(資料) 公正取引委員会「下請法等の運用状況及び企業間取引の公正化への取組」(各年版)

(図表11)、指導の件数は、書面調査の拡大の効果もあり20年度以降増加が続いている<sup>32</sup>。一方、勧告の件数は、絶対数は少ないものの、傾向としては増加基調で推移している。

措置件数の書面調査数に対する比率をみる

と(図表12)、親事業者の調査数に占める比率は10%前後で目立った変化はないが、下請事業者の調査数に占める比率については、16年度には約15%であったが、その後、上昇傾向で推移しており、22年度以降3年連続で20%

図表11 違反被疑事件の措置の内訳

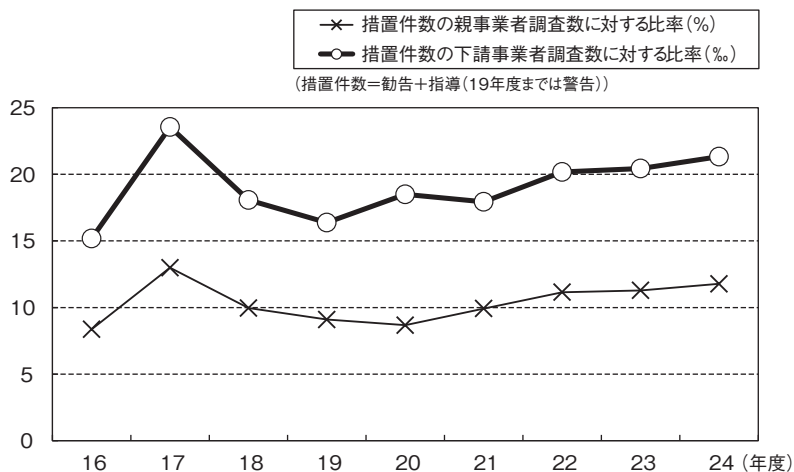


(注1) 役務取引の新規発生件数及び処理件数については、平成16年度は平成16年度上期に実施した書面調査に基づくものであるのに対し、平成17年度は平成16年度下期及び平成17年度上期に実施した書面調査に基づくものである。

(注2) 勧告を行った事件の中には、製造委託及び役務提供委託の各委託取引において違反行為が認められたものがあるが、本表においては、当該事件の違反行為を主として行った委託取引に区分して、件数を計上している。

(資料) 公正取引委員会「下請法(等)の運用状況及び企業間取引の公正化への取組」(各年版)

図表12 措置件数の書面調査数に対する比率



(注1) (注2) 図表11に同じ。

(注3) 違反被疑事件の抽出方法としては、書面調査の他に、申告と中小企業庁長官からの措置請求がある。

(資料) 公正取引委員会「下請法(等)の運用状況及び企業間取引の公正化への取組」(各年版)

<sup>32</sup> 警告(当時)は、17年度に急増し、18年度に急減している。これは、役務取引等が追加された翌年度であり、当局の監視強化によって、法令に対する認識の低いサービス業等で、規制対象となった初年度(16年度)中の行為を被疑違反事件として扱われたためとみられる。18年度は、サービス業でも法令に対する認識が高まったため、件数が減少したものとみられる。このため、17年度の数値には言及しない(以降の本章の図表も同様)。



に達している。つまり、措置件数の増加率が下請事業者に対する調査の増加率を上回っており、公取委の執行体制の強化、あるいは措置に至る事件が傾向的に増えているか、またはその両方であることを示唆している。

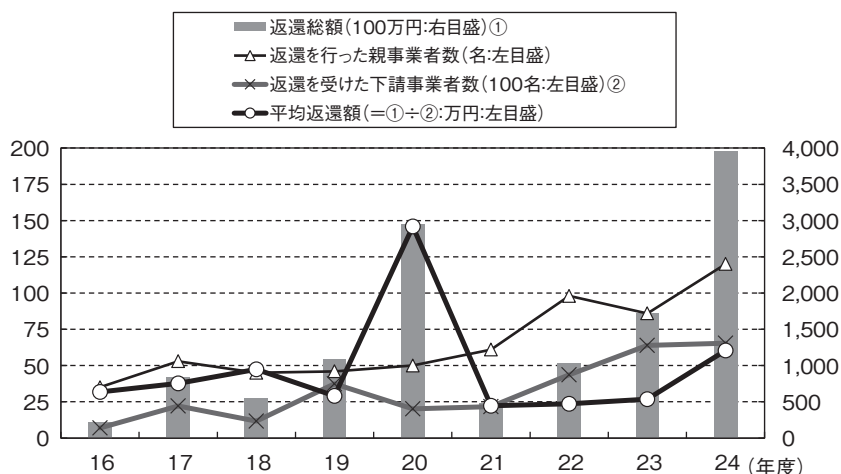
下請代金の減額事件における減額分の返還状況をみると（図表13）、返還を受けた下請事業者数は16年度には約700名であったが、その後増加傾向で推移し、24年度には約6,500名と9倍に増加している。返還を行った親事業者数も、16年度の35名から、23年度の120名へと増加傾向を示しているが、増加率は約3.4倍にとどまっている。単純に言うと、返還を行う親事業者、つまり違反企業数自体も増加しているが、違反企業1社当たりの返還先数も同時に増えているということの意味している。

このような現象が生じる要因は2つある。第一に公取委の執行体制の強化、第二に親事業者の違反行為の広がりである。下請事業者へ

の平均返還額は、20年度を除くと、20万円から60万円程度の範囲で推移しており、違反企業が下請事業者に課した平均的な不利益には大きな変化はみられない。違反行為によって下請事業者が被る被害は従来と同様に小さいが、違反行為自体は従来よりも広がっているということである。端的に言うと、違反行為が広く薄く拡大しているのである<sup>33</sup>。この理由が、上述した第二の要因であるならば、一部の親事業者の内部で優越的地位の濫用を防止するためのコンプライアンス体制が有効に機能していない可能性があることが示唆されていることになる<sup>34</sup>。

以上に見てきたように、日本の下請法は、親事業者と下請事業者を、資本金を基準として外形的に分けし、かつ手続き規定（書面交付義務、書類保存義務）と実体規定（受領拒否、支払遅延、減額、返品、買いたたき、購入等強制、早期決済、長期手形等、割引困難手形、利益提供要請、やり直し等、報復措置）の要

図表13 下請代金の減額事件における減額分の返還状況



(資料)公正取引委員会「下請法(等)の運用状況及び企業間取引の公正化への取組」(各年版)

33 ただし、24年度の数値をみると、返還を受けた下請事業者数が23年度に比べて微増にとどまる一方で、返還総額が40億円近くへと激増した結果、平均返還額も23年度の26.8万円から60.5万円へと倍増した。これは、下請法の違反の態様が「広く薄く」から「広く厚く」へと悪質化したとみることもでき、この傾向が今後も続くかどうかを今後注視すべきと考えられる。

34 ここでの分析はマクロ的なものであり、返還を行う親事業者と返還を受ける下請事業者が毎年同じとは限らないことを捨象していることに留意されたい。

件を定め、大量の事件を優越的地位の濫用とみなした事件を処理している。このような状況を、どのように評価すべきであろうか。

内田（1990）は、優越的地位の濫用規制としての下請法の執行について、被害者の申告よりも、公正取引委員会（と中小企業庁）の書面調査に基づく、親事業者への積極的な介入に依存していることを示し、それが、従属的地位にある下請事業者と親事業者との取引関係を悪化させないように、継続性を尊重しているためであると論じる。同時に、親事業者が内在的規範から逸脱する不当な行為をすることを予防することに主眼が置かれており、原状回復や再発防止措置を行う親事業者に対する制裁はそれほど厳しくない。『柔軟性』と『継続性の尊重』は、マクニールの挙げる関係的契約規範そのものであるとして、肯定的に評価している<sup>35</sup>。

また、伊藤＝加賀美（1998）は、「優越的地位の濫用に該当すると考えられる行為であってもそのすべてに、独占禁止法の問題として…（筆者注：規制を）一般的に適用することは現実的ではない。日々大量に発生する取引について調査を行うことはできないし、裁量的な運用は過剰規制のおそれがあり、むしろ本来の目的に反する効果を生み出す可能性が高いからである。そこで、画一的に基準を採用し、明確に対象を絞り込むことが求められる。下請法はこのような考え方に合致した体系を持っている。…違反

事例には勧告を行い、勧告に従わない場合には事業者名および違反内容を公表する旨を定めている。公表しても改められない場合には、具体的な刑事罰がある独禁法が適用される。この公表という規制手法は、評判メカニズムを有効に利用する方法といえるが、かなり効果的な制裁措置であるといえる。実際のほとんどの事例は勧告の段階で処理されている。」（傍点筆者）との評価を法と経済学の観点から下している<sup>36</sup>。

### 3.5 下請法の執行の柔軟化

ここまでで述べたように、親事業者の「評判（レピュテーション）」の維持に対する志向を執行の梃子としており、下請法には一定の合理性が認められる。内田（1990）と伊藤＝加賀美（1998）の評価は、平成16年改正以前のものであるが、近年、下請法の執行には、その特徴である画一性と迅速性に、さらに柔軟性を加える取り組みがなされている。

まず、公取委は平成20年12月17日に「下請法違反を自発的に申し出た親事業者の取扱いについて」を公表した。下請事業者が受けた不利益の早期回復に資することと、親事業者の法令遵守を促す観点から、以下の事由（要件）を充たす場合、下請法違反を自発的に申し出た親事業者に勧告を行わないことを明らかにしたのである。

#### 1 公正取引委員会が当該違反行為に係る調査

35 内田・後掲注45、238-243頁。関係的契約理論とは、アメリカの法学者マクニールが提唱した理論であり、従来の法学で概念的にモデル化されてきた「フォーマルな」契約（契約の内容は完全であり、対等な当事者が単発的に合意する）とは異なり、現実の契約は、当事者間の関係によっては長期的に反復的に継続されることや、社会・経済情勢の変化によって事情変更がありえるため確定できない条件については信義則などで修正されることがあるので、当事者間の多様で「リアルな」契約を重視する。継続性の尊重と柔軟性等、「関係的契約」のさまざまな特徴が、抽出され、分類されているが、現状では統一された定義は確立されていない。本稿においては、親事業者と下請事業者のように長期的に取引関係が継続することが想定されるが、あらかじめ全ての条件を定めることが難しい契約との意味合いで「関係的契約」を捉えている（優越的地位の濫用と関係的契約については、4.2で後述する）。

36 伊藤＝加賀見・後掲注42、414-415頁。

- に着手する前に、当該違反行為を自発的に申し出ている。
- 2 当該違反行為を既に取りやめている。
  - 3 当該違反行為によって下請事業者に与えた不利益を回復するために必要な措置を既に講じている。
  - 4 当該違反行為を今後行わないための再発防止策を講じることとしている。
  - 5 当該違反行為について公正取引委員会が行う調査及び指導に全面的に協力している。

これにより、下請法の執行に柔軟性を持たせ、親事業者に下請法を順守するコンプライアンス体制を整備するインセンティブを付与した。これは、いわゆる「コンプライアンス経営促進型立法」<sup>37</sup>の一種と言える。

さらに、平成22年11月30日に前述した優越ガイドラインと同時に公表された『『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』には、以下のように記載されている。

「公正取引委員会が平成20年12月17日に公表した『下請法違反行為を自発的に申し出た親事業者の取扱いについて』に示された要件を充足した形で下請法違反行為を自発的に申し出た場合には、申出がなされた内容が下請法で規定

する下請取引の範囲にとどまる限り、独占禁止法第2条第9項第5号の規定を適用することはしないものとします。ただし、下請取引を含む取引について独占禁止法第2条第9項第5号違反行為に係る調査が開始されたことを契機に、下請法違反行為について申し出た場合は、前記の要件を充足したとはいえません。」(6ページ)

この実質的なりニエンシー制度（「リニエンシー」は、摘発前に自首した違反者への処分を減免すること）によって、親事業者が、コンプライアンス体制を強化することに対する、より大きなインセンティブを持つことが期待される<sup>38</sup>。

ここで、優越的地位の濫用に関するコンプライアンス体制の根幹は、「強制」ではない当事者間の十分な協議において、下請事業者の納得を得るのに十分な親事業者の情報の開示・説明であると思われる。これがなければ、下請事業者は「直接の利益」や親事業者の要請の正当性を判断できないからである<sup>39</sup>。

既に述べたように、下請法の違反行為が広く薄く拡大しており、一部の親事業者のコンプライアンス体制の有効性に疑義があるようにみられる。この状況に鑑みて、下請法の執行をより柔軟なものにすることを通じて、コンプライアンス体制を強化するインセンティブを親事業者に付与することには合理性がある。

37 「企業等の組織にコンプライアンス・プログラムを構築し、そのプログラムを遵守した経営を促すインセンティブをもたらす法律、あるいは立法」を指す。一橋大学大学院法学研究科教授兼国際企業戦略研究科松本恒雄教授の造語（松本恒雄「ICS経営法務講座【第5講】内部告発と公益通報者保護法」週間東洋経済5957号（2005a）94頁以下、松本恒雄「ICS経営法務講座【第6講】コンプライアンス経営を求める公益通報者保護法」週間東洋経済5959号（2005b）108頁以下。

38 白石忠志は、下請法に事実上のリニエンシー制度を取り入れたものと考え、「下請法リニエンシー」と名付けている（『特集 優越的地位濫用ガイドライン 優越的地位濫用ガイドラインについて』公正取引724号（2011）12-13頁。

39 同様の趣旨は、越知保見「特集 優越的地位濫用ガイドライン 流通激変の環境下における優越的地位の濫用規制の新たな課題－『優越的地位』の源泉は何か」公正取引724号（2011）24-30頁でも指摘されている。なお、越知は、買ったときの仮設的事例を基に、親事業者が開示する情報について、「相手方に有利な情報を開示していない場合、欺罔的なものになり、濫用行為になりやすいため、情報開示の正確性には特に気をつける必要がある」（29頁）と指摘している。この指摘は、取引の公正性の確保という観点からは、買ったときに限定されるものではなく、優越的地位の濫用一般についても該当すると思われる。

## 4. 優越的地位の濫用の理論的検討

### 4.1 公正な競争を阻害する「自由競争基盤の侵害」

すでに述べたように、日本においては、優越的地位の濫用は独占禁止法において、不公正な取引方法の一つとして禁止されている。現在の優越的地位の濫用の規定は、第2条第9項第5号として法定化されており、平成21年改正によって課徴金も導入され、強力な執行力を具備することとなった。加えて、規模の小さい下請会社が優越的地位の濫用の被害者となるケースが大宗を占めていることから、すでに述べたように、日本では、独占禁止法の特別法<sup>40</sup>と位置づけられることが多い下請法において、下請事業者と親事業者を外形的基準で線引きし、なおかつ手続規定と実体規定について詳細に定めることにより、大量の事案を迅速・簡便に処理する体制を整備している。

1982年7月の独占禁止法研究会報告「不公正な取引に関する基本的な考え方」によると、優越的地位の濫用を禁止する理由は、公正競争阻害性の3つの要素（自由な競争の減殺、不公正な競争手段、自由競争基盤の侵害）の内、「自由競争基盤の侵害」に該当することである（傍点筆者）。

具体的には、「…優越的地位にあるものが、取引の相手方に対して、①取引するかどうか（取引先選択の自由）、②取引条件の自由な合意、③取引の履行・事業遂行の自由という、事業活動上の自由意思を抑圧し、不当に不利益な行為を強要することによりなされる」ため、「…当該不利益の程度、行為の広がり等を考慮して公正な競争秩序とかかわりがある場合に規制すること」となるうとの考え方を示している（傍点筆者）。

そこでこの考え方の内、先ず「自由競争」について論じ、しかる後に「強要（言い換えると「強制」）」について、先行研究を基に検討する。

### 4.2 不完備契約下での「自由競争」の欠陥を補正する優越的地位の濫用の法理

資本主義経済の利点は、「自由競争」によって資源配分を実現した際に、消費者の利益（経済理論では「消費者余剰」）と販売する企業の利益（同「生産者余剰」）の和（同「社会的厚生」）が最大になることである。この時、経済理論では、パレート最適性の意味で、最も効率的な資源配分が実現すると考える<sup>41</sup>。

日本では、優越的地位の濫用について、「法と経済学」的な研究が進んでおり、さまざまな観点から、優越的地位の濫用の禁止による効率性の維持・改善の可能性が論じられてきた<sup>42</sup>。

40「現実の取引上の地位の強弱を認定せずに、親事業者は下請事業者との関係で優越的地位にあるとみなすこと」と「…独占禁止法上の規制と比べて、きわめて形式的、予防的な規則である」との理由で、「下請法による規制は、基本的に優越的地位の濫用の禁止による規制とは異なる、独自の規制である」とする見解もある（村上政博『独占禁止法』（弘文堂、第4版、2011）353-354頁）。

41 競争がイノベーションの源泉になり、経済発展の原動力となることがもう一つの利点である。

42 以下に主要なものを挙げる（発表順）。

(a)大録英一「ホールドアップ問題と優越的地位の濫用」(1)～(4) 公正取引487号(1991)32頁以下、488号(1991)56頁以下、491号(1991)77頁以下、492号(1991)39頁以下。

(b)伊藤元重=加賀見一彰「企業間取引と優越的地位の濫用」神田・三輪・柳川編著『会社法の経済学』（東京大学出版会、1998）393頁以下。

(c)村上政博=矢野誠「優越的地位の濫用の禁止」矢野誠編著『法と経済学 市場の質と日本経済』（東京大学出版会、2007年）34頁以下。

(d)柳川隆「取引費用経済学と優越的地位の濫用」公正取引697号（2008）8頁以下。

(e)岡室博之=林秀弥「優越的地位の濫用 三井住友銀行事件とドン・キホーテ事件」岡田羊祐・林秀弥編『独占禁止法の経済学 審判決の事例分析』（東京大学出版会、2009）273頁以下。

(f)土井教之「長期講座 産業組織論と競争政策 第9回 優越的地位と下請」公正取引732号（2011）101頁以下。

それらの研究の成果は、大要以下の通りに集約される。

情報の非対称性に起因する不完備契約下の継続的取引においては、情報劣位であることが多い下請事業者は、関係特殊的投資を実施すると、その親事業者との取引に閉じ込められる (locked-in)<sup>43</sup> ため、親事業者の事後的な機会主義的行動によるホールドアップに直面するリスクがある。すると、こうしたリスクを警戒する下請事業者は効率的水準までの関係特殊的投資を実施しなくなる。これを回避したい親事業者は、下請事業者に効率的水準まで関係特殊的投資を行うインセンティブを付与するために、その下請事業者の株式を取得するなどの方法によって経営に関与し、ホールドアップを行わないという「保証・担保」を提供する場合がある。

既に述べたように、中小機械・金属工業を対象に主力納入先から資本を受け入れている企業の比率をみると1970年代初頭から1980年代初頭にかけて上昇している。この時期、インテグラル（擦り合わせ）型のもの作りを特徴とする製造業を中心に、日本的経営の長所が世界的に認められており、これには、サプライチェーンにおける緊密な信頼関係が必要であり、「保証・担保」としてサプライヤーに資本参加する親企業が多かった様子が窺われる（前掲図表1）。

また、一般に、親事業者は仕入・購買活動を円滑に継続するためには、下請事業者やサプライヤーからの信頼を得ることが必要である。この意味で、「レピュテーション」の維持が重要であることも、親事業者にとってはホールド

アップを行わないインセンティブになる。こうしたメカニズムは親会社の業績が順調な時には有効に機能する。

しかし、特に、バブル崩壊後の日本で顕著であったが、全般的に経済活動が停滞し、親事業者の収益が厳しさを増している時には、こうしたインセンティブは縮小し、ホールドアップを行うインセンティブが高まり、経済効率性を阻害する。優越的地位の濫用の禁止はこうした事態に陥るのを抑止する効果が見込まれるのである。

実際、主力納入先から資本参加を受ける中小機械・金属製造業者の比率は1994年までは20%弱で推移したが、2000年代以降低下が続いており、その比率はピークである1981年の22.9%から2012年には7.6%と3分の1へと劇的に低下したことは第1章で述べたとおりである。また、その他の親会社による生産要素の提供を受けている企業の比率も低下している（前掲図表1, 3）。

なお、民法学者内田貴は、米国の契約法学者のマクニールが法社会学的見地から提唱した「関係的契約 (relational contract)」の理論を用いて、優越的地位の濫用規制、特に下請法に合理性があることを指摘している。すなわち、親事業者と下請事業者の継続的取引は、親事業者が命令、下請事業者が従属するという縦の支配権関係である。このため、対等な私人間での古典的な単発的契約に想定される「契約自由の原則」が貫徹されえない可能性がある。同時に、この取引関係は、契約にすべてを規定しきれない不完備契約であるが、経済学者ウィリ

43 これは、第1章で述べた「ロックイン効果 (locked-in effect)」である。

アムソンが指摘した階層組織 (hierarchical organization、hierarchies) の経済合理性<sup>44</sup>やマクニールが指摘する共同体的価値に基づいている可能性がある。このような、特質を有する取引は典型的な関係的契約であるが、これらの合理性や価値を生む内在的規範を吸い上げる実定法として優越的地位の濫用規制に肯定的な見解を示唆している<sup>45</sup>。

しかし、特に、米国では、自由競争と契約自由の原則を重視していることから、濫用行為の解決は司法に委ねるべきであるため、競争法は効率的資源配分の実現、特に、消費者利益の保護に集中すべきと考えられている。この論理の帰結として、優越的地位の濫用を競争法で禁止することは、所得の再分配には資するが、資源の効率的配分を阻害しかねない、換言すると「非効率な企業を保護することになる可能性がある」<sup>46</sup>ということになる。

こうした観点に立つと、優越的地位の濫用によって親事業者である大規模小売業者によって不利益を「強要・強制」された下請事業者が、後日の報復を恐れて裁判に訴えないとすると、下請事業者がその不利益を含む契約について「追認」、あるいは「同意」したことになる一方で、その濫用行為で競争力を増した親事業者は、自らの顧客に、より安価な価格で販売することが可能になる。すると、短期的には消費者余剰が増加するため、少なくとも経済効率性の面からは優越的地位の濫用が望ましいということになる。

#### 4.3 「自由競争」の理念に反する「強制」と優越的地位の濫用

しかし、たとえ競争法の面からは望ましい、あるいは問題がないとしても、このような考え方は規範的な面からみると問題があるとの感覚、少なくとも違和感を持つのが一般的な感覚ではないだろうか。この感覚の源は何であろうか。「自由競争」、「契約の自由」、あるいは「意思自治」といいながら、この例の下請事業者の「追認」「同意」は、自由な意思に基づいておらず、実質的には、「強要」言い換えると「強制」されたものであることに起因しているように筆者には思われる。ほとんどの民主主義国で採用されている資本主義経済の下では、「競争」による非効率な企業の淘汰と効率的・革新的な企業の勃興を通じた資源の効率的配分を発展の原動力としているため、必然的に企業間で経済力の格差が生じ、企業間の関係は対等ではないことが一般的である。しかし、優越的地位の濫用によって不利な取引を「強制」されることが容認されるとすれば、「強制」を通じて「不当に」所得が下請事業者から親事業者に移転し、両者の間の格差が拡大する<sup>47</sup>。すると、不利な立場にある者は、自由競争への参加によりその格差の縮小に努力するインセンティブを阻害され、ひいては健全な経済発展にも悪影響を及ぼす。筆者は「自由競争基盤の侵害」の本質はここにあると考える。

この「強制」は、「強制収容」「強制労働」あるいは「奴隷制」といった暴力的な意味での「強

44 ウィリアムソンは、マクニールの関係的契約理論を基に、垂直的企業間取引を一種の階層組織として経済学的に分析し、その合理性を論じた。

45 内田貴『契約の再生』(弘文堂、1990) 238-243頁

46 デニス・カールトン「特集 参入と産業活性化に果たす競争政策の役割 (i) "Competition Policy : Beware of Using it to Harm Competition" (「競争政策：その運用が反競争的とならないように」)」公正取引702号 (2009年) 9頁。カールトンは、シカゴ大学教授。

47 当然のことながら、濫用行為を行う企業と行わない企業との間の格差も拡大し、資本主義経済の前提である健全な競争を阻害する。

制」ではなく、自らにとって不利益な選択をせざるを得ない状況に追い込まれるという意味での「強制」である。このような「強制」の性質を明らかにすることが優越的地位の濫用と、その規制の意味を考える観点から、重要であると思われる。

そこで、次に、このような意味での「強制」を「優越的地位の濫用」の文脈で検討する。

フランスのESSEC（エセック経済商科大学大学院）経済学教授でOECD 競争委員会議長のフレデリック・ジェニーは、2008年のICN（国際競争ネットワーク）<sup>48</sup> 京都総会での特別プログラム「優越的地位の濫用」での議論を踏まえて、UNCTAD（国連貿易開発会議）で「優位の濫用」、すなわち優越的地位の濫用についての報告を行った<sup>49</sup>。この報告で、ジェニーは「優越的地位の濫用」は曖昧な概念であるとの批判の可否を検討するために、優越的地位の濫用のコンテキストでの「強制」について以下のように、分析した。

まず、ジェニーは、哲学者ノージック<sup>50</sup>が導入したゲーム理論に基づく「強制」の第一段階の定義を議論の出発点とする。

すなわち、「強制」とは次の要素が存在している状況である。

- A（強制者）は、B（被強制者）が特定の行

為（X）に従事するのを妨げたい。

- 望ましい結果を達成するために、Aは条件付きの脅威を伝達する。

- その脅威は、もしもBがXに従事するならば、BにとってXに従事することがXに従事しない場合よりも望ましくなくなる害をAがBに与えるということである。

- 脅威はBにとって信用できる

- BがXに従事することを思いとどまる

- BがXに従事することを思いとどまる理由の一部は、脅威が実行される可能性を減らす願望である。

しかし、この強制の定義では、「脅威」と「(合法的な) 条件付の申し出」との識別が容易にはできない（例：「ある製薬会社の薬品で治療されないならば、患者は死ぬ」というメッセージは患者にとって脅威（強制）か、あるいは治療の申し出か?）。

ノージックは第二段階として、Bのための最も望ましくない選択肢が、「正常な」あるいは「自然な」状況の下でのケース、または「予想された事態の成り行き」よりもBの状況を悪化させる申し出（もしもBがXに従事するなら、AがBに課すであろう害を被るが、もしもBがXに従事しないならばBは害を被らないであろうタイプの申し出）を、「脅威（強制）」の追加条件として定義した。

その上で、ジェニーは、以下の2つの仮想事

48 「各国・地域の競争当局をメンバーとし、国際機関、弁護士、エコノミスト等のNGA（筆者注：非政府アドバイザー）も議論に参加する競争法の手続き面及び実体面でのソフトな国際的取れんを促進することを目的とした、プロジェクト志向型のネットワークであり、2007年11月1日現在、ICNには88か国・地域から99当局が参加している。」（荒井弘毅「国際競争ネットワーク（ICN）京都会議に向けた各作業部会での検討状況」公正取引686号（2007年）12頁。

49 以下の議論は、下記の文献に依拠している。

Frederic Jenny, *Abuse of Dominance*, Report before Ad-Hoc Expert Group on the Role of Competition Law and Policy in Promoting Growth and Development, UNCTAD (2008), [http://www.unctad.org/sections/dict\\_ccpb/docs/dict\\_ccpb0008\\_en.pdf](http://www.unctad.org/sections/dict_ccpb/docs/dict_ccpb0008_en.pdf).

50 ロバート・ノージック（1938年生2002年没）。米国の法哲学・政治哲学におけるリバタリアニズムの代表的論客。

例を当てはめて分析する。

#### 第1の仮想事例<sup>51</sup>

小規模な供給業者（S）が大手小売業者（R）によって、供給業者の費用で、そして何の契約もなく、製品陳列と日常的な棚卸に、小売業者を支援するために彼らの社員を派遣するように求められ、そして（あるいは）彼らは小売業者によって新しい店舗の開設に向けて協賛金を提供するように依頼された。

－RはSに財政的に製品展示の費用と（あるいは）新店舗開設の費用に金銭的に貢献することを望む。

－Rが条件付きの提案を伝える：

A) もしもSが金銭的に貢献しないならば、Rは（部分的に、あるいは完全に）Sの製品の販売を停止する。

B) もしもSが貢献するならば、RがSの製品の販売を停止しない。

－そしてSはリストから外されないことをより好んで、それゆえに資金協力をすることを選択する。

これは、S（供給業者）にとって最も望ましくない選択肢がAであることを意味する。Sが提案あるいは脅威を与えられたかどうか（そしてそれゆえにBを選択するよう強要された）を決めるために、最も望ましくない選択肢（A）が、正常な場合と比較してSの状況を悪化させるた

め、「強制」に該当する<sup>52</sup>。

#### 第2の仮想事例<sup>53</sup>

小規模企業（F）が銀行（B）と長期的関係を持っており、Fの資金支援に強く依存しており、他の銀行から資金援助を受けるのには困難を生じる。そして、FはBからの資金支援を期待していたので土地と設備を購入していたが、以下の提案に直面した：

C) もしもFが高い債務不履行の危険性を伴う投資不適格の債券をBから買うことに同意するならば、BがFに、必要な資金を貸す；

D) もしもFが投資不適格の債券を買わないならば、Bは好意的でない方法でFからの融資要請を処理する。

もしもFが融資を得るために投資不適格の債券を買うことを決めたと想定するならば、Fにとって最も望ましくない選択肢はDである。

正常な状況の下で（あるいはもしBが申し出をしていなかったならば）、企業は長期継続的な関係を持っていたBが好意的でない方法で要請を処理することを予想しなかったため、これも「強制」に該当する。

次に、ジェニーは、「強制」が成功する条件として、被強制者が屈する以外に合理的な選択肢を持っていないことを示した。この条件は、従属性の濫用（フランス）あるいは優越的地位

51 モデルは、ドン・キホーテ事件（公取委同意審決平成19年6月22日（平成17年（判）第7号）審決集54巻182頁）。

52 もし小売業者が以下のような異なった提案を伝えていたならば、それに注意しなければならない：

C) もしもSが貢献するならば、Sは報いられる（例えば、将来、あるいはより多くのビジネスにおける優遇された価格を通じて）

D) もしもSが貢献しないならば、将来において報いられない

この提案は、最も望ましくない選択肢が（それがDであると想定しよう）Sを正常な状況にいる場合よりも状況を悪化させないので脅威ではない。このケースでは、（ノージックによる強制の定義では）、Sは強制されていない。

53 モデルは、三井住友銀行事件（公取委勧告審決平成17年12月26日（平成17年（勧）第20号）審決集52巻436頁）。



の濫用（日本）を禁止する特定の条項を競争法に含む国の競争当局で採用されている。

さらに、被強制者が屈服する以外に合理的な選択肢を有していないことを確定する基準が、「客観的」あるいは「事前的」従属性のケースであることを示した。すなわち、被強制者が、強制者と当初契約に入るとき、後者（強制者）が取引の開始後に脅威を行使する可能性が高いことを事前に予期できない場合には合理的な選択肢がないと判断できる<sup>54</sup>。裏返すと、脅威に直面する可能性を予期できる場合には、被強制者は自身を故意にそのリスクに晒した、あるいは、（筆者注：契約締結前に強制者に対して）脅威を避けるために十分なメッセージを発しなかったと考えることができ、「強制」の条件を充たさないことになる。

ジェニーはこのように論じ、「強制」の性質を明らかにし、優越的地位の濫用は、批判されるほどには曖昧なものではなく、相当程度客観的に定義することができる<sup>55</sup>と論じた。

そして、フランスの大規模小売業者による供給業者への優越的地位の濫用を例に挙げて、優越的地位の濫用は、短期的には消費者余剰を増やすが、小規模供給業者の淘汰と大規模

供給業者の集中を惹起し、長期的には寡占、あるいは独占が進行する<sup>55</sup>ことによって、経済効率の低下（死荷重の発生）<sup>56</sup>に通じると指摘し、競争法による優越的地位の濫用の規制は適切ではないとの批判に対して否定的な見解を示した。この見解の内、「優越的地位の濫用は、寡占、あるいは独占に帰結する集中を促進する効果がある」という指摘は、競争法、あるいは経済理論の観点から防止すべき「自由競争基盤の侵害」に他ならない。

加えて、「自由競争基盤の侵害」は、以下のような理由で、「近代民主主義の基盤」である「人は平等である」との理念に対する信頼も危うくさせかねないように思われる。

すなわち、ほとんどの民主主義国では、政治体制として対等・平等な自然人が自らの自由な意思で活動を行うことを根本的な理念とすると同時に、経済体制として資本主義を採用している。資本主義経済の下では、「競争」による非効率な企業の淘汰と効率的・革新的な企業の勃興を通じた資源の効率的配分を発展の原動力としているため、必然的に企業間で経済力の格差が生じ、企業間の関係は対等ではないことが一般的である。もとより、企業は「法人」であるため、自然人と同様の議論を適用すること

54 これは、優越ガイドラインでは、「協賛金等の負担の要請」や「従業員等の派遣の要請」で濫用として問題になる「取引の相手方にあらかじめ計算できない不利益を与えることとなる場合」に該当すると考えられる。

55 「長期的には寡占、あるいは独占が進行する」理由について、「優越的交渉力（superior bargaining power）」を無形ではあるものの一種の「装置」とみなすと、大規模小売業は装置産業とみることもでき、経済理論の文脈での「自然独占」に類似しているように思われる。これを、非製造業での優越的地位の濫用を規制する根拠の一つと考えることができよう。

また、非製造業における企業間取引では、通常、関係特殊な物的資産への投資をサプライヤー側が行う必要性は小さいと考えられている。しかし、例えば、第5章の5.3で後述するコンビニエンスストアの出店費用は関係特殊な投資であり、フランチャイザー（コンビニ本部）とフランチャイジー（コンビニ加盟店）との間の企業間関係に重要な役割を果たしている。また、関係特殊な投資には有形資産ばかりでなく無形資産も含まれる。例えば、金融機関から借入れをする中小企業が、自社の非財務情報等に対する金融機関の理解を促進し、長期的な信頼関係を構築するために投入する努力等を挙げることができる（第5章5.4で後述する）。

こうした関係特殊な投資が保護されずに、取引の一方当事者が優越的地位を濫用すると、他方当事者は関係特殊な投資の価値の毀損を防ぐために、濫用者の（不当な）要求を受け入れざるをえなくなる。このことも規制の根拠となりうる。

56 独占のケースでは、生産者（この場合、大規模小売業者）は競合する業者がいないため、自らの利益（生産者余剰）が最大化するように販売価格を引き上げる。すると、自由競争のケースに比べて、消費者の需要が減少し消費者余剰は減少する。生産者余剰は増加するものの、その増分は消費者余剰の減少分よりも小さい。このため、生産者余剰と消費者余剰の合計である社会的厚生は、自由競争のケースよりも減少する。この社会的厚生減少分が「死荷重」であり、死荷重の発生は経済効率の低下を意味する。これが、独占・寡占等の不完全競争を競争当局が規制する理論的根拠である。

は適当ではないが、親事業者と下請事業者ともに、実際の取引の交渉を行うのは、自然人であるそれぞれの経営者や従業員である。優越的地位の濫用を通じた不利の「強制」が社会的に容認される状況は、関係する当事者や、あるいは一般公衆全体が有する自由や平等に対する「意識」「信頼」に悪影響を及ぼす可能性があると思量される。

具体的には、リベラリズムの政治哲学者ロールズの主張である、「原初状態（競争開始時の初期状態）での平等」という「観念」の否定と、自由な競争の結果として現実の世界で生じる格差・不平等を正当化する根拠の否定にもつながりかねない（以下の2つの原理で構成されるロールズの「格差原理」に依拠している。格差・不平等は、全ての人が有利になることを期待することができ、地位や職業に関する機会の均等が確保されるという条件を満たす必要がある（第二原理）。なお、第二原理の前提として、最大限の平等な権利が保証されなければならない（第一原理）。優越的地位の濫用は、不当な方法で下請事業者から親事業者に利益を移転するため、第二原理の前半を充たしていない。また、濫用を受ける側は、第二原理の後半と第一原理についても疑念を持つ可能性がある（親事業者と下請事業者がともに、経営者兼従業員1名の個人企業であると想定すると、格差原理からみた問題の本質がより鮮明化する）。現実の格差・不平等を正当化する根拠が失われ

るということは、原初状態での平等に疑念を生じさせ、さらに「人の平等」の理念への信頼をも動揺させるように思われる。

以上から、優越的地位の濫用による不当な利益の移転は「自由競争」ばかりでなく、「近代民主主義」の基盤である理念としての「人の平等」に対する信頼をも侵害しかねないと考えられる<sup>57</sup>。

もっとも格差・不平等の是正は、第一義的には、機会均等（例：教育）を前提として、不利な立場にいる人の自助努力による自由な競争への参加を通じて達成されるべきである。したがって、優越的地位の濫用の規制による格差の是正は、結果の平等を目的とすべきではない。このため、法による介入は、正に「自由競争」の基盤を侵害しない程度に限定的に行われるべきである<sup>58</sup>。

また、ジェニーは優越的地位の濫用の司法による解決は、法の秩序が確立していない途上国では困難であり、民事法の発達している先進国においても、被強制者が強制者と継続的取引をしている場合には、後日の報復を恐れて機能しない可能性があることも、優越的地位の濫用を競争法で規制することを否定しない理由の一つに挙げた。特に、途上国のサプライヤーと調達を行う先進国の大企業との関係について、優越的地位の濫用が発生しやすいことに警鐘を鳴らしている。

そして、ジェニーは以下のような結論に達し

57 実際には途上国のみならず先進国においても人権侵害に該当する行為が根絶されている訳ではなく、「人の平等」という「理念」は十分には達成されていない。しかし、その「理念」に対する「信頼」が民主主義国家の根本的な基盤になっていることに留意されたい。

58 因みに、米国での「ウォール街を占拠せよ」の運動は、リーマンショック後に巨額の公的資金（財源は、国債と国民が納めた租税である。国債は最終的には租税によって償還されるべき性質を帯びている）を注入されたウォール街の大手金融機関の経営者や幹部が巨額の報酬を得ることについて、法的には問題がないにしても、所得の「不当」な逆再分配であると感じる米国民による「平等」の回復を求めた抗議であるように見える。これは、不利な立場の者の視点からは、自らの自助努力と関わりなく機会均等の原則が放棄された上に、有利な立場の者に対して不当な利益の移転が行われたと映り、民主主義の基盤である「平等」に関する信頼を動揺させるという面で、上述の議論と通底している部分があるように思われる。

ている。

- ①多様な慣行を取り扱うことを競争当局に委ねることは、よい資源配分に寄与しないかもしれない。一方で、強制の慣行を取り扱う最善の場所は法廷であるとの考えはミスリーディング (illusory) である。
- ②優越的地位の濫用が業界内で頻発するにも関わらず、問題を無視することは、効率と競争に産業レベルで有害な効果をもたらすか、あるいは市場メカニズムへの信頼を侵害する<sup>59</sup>。
- ③優越的地位の濫用を競争当局が取り扱うべきかどうかを決定する責任は、頻度と経済的非効率 (外部性)、各国の法制度の特徴を踏まえて、当局が担うべきである。
- ④しかし、競争法の範囲とデザインは、各国の法、経済と文化に関する環境に大きく依存している (たとえ競争法の基本的な目的が世界的に同じであり、ベスト・プラクティスが急速に世界中で収斂しようとしても)。
- ⑤競争当局が優越的地位の濫用に対する条項の執行を委任される場合には、以下の点に留意して、優越的地位の濫用や支配力の濫用の事案を精査すべきである。
  - 「客観的」あるいは「事前的」な依存の状況だけが考慮されるべきである；
  - 犠牲者が、強制に従わなければ被害をこうむる見込みに予期せず直面する状況；
  - 競争当局の入手可能な資源が限定されていることを所与として、負の外部性が強い特定の業界において深刻な、あるいは頻

発する事案に取扱いを限定すべきである。

- 強制された側が市場支配力を有している場合には、強制の脅威は効率性に関する便益をもたらすかもしれない。

この結論から、キーメッセージを抽出すると以下ようになる。

「民事法によって十分に執行できないケースが途上国のみならず先進国においてもありうることを考慮すると、優越的地位の濫用を無視することは自由競争基盤を侵害する可能性がある。世界各国の法制や文化が異なるため、競争法の範囲は国ごとに異なる。したがって、優越的地位の濫用を競争法で規制することの是非は、発生の頻度、態様、悪影響を各国の競争当局が慎重に判断して決定すべきである。優越的地位の濫用は少なくとも短期的には経済効率性を向上する可能性もあるため、規制するとしても、事前には濫用を予期できなかったケース (≡「あらかじめ計算できない不利益を与えることとなる場合」) や、悪影響が大きいケースなどに取扱い対象を限定することが求められる。」(傍点筆者)

ここで、優越的地位の濫用規制の国際的な現状を概観する。既に述べたように、2008年のICN京都総会では、優越的地位の濫用が特別プログラムのテーマとして採り上げられ、その準備として実施された参加国へのアンケートによると、そのポイントは表のようにまとめられる (図表14)。

特別の規定によるか、一般の競争法によるか、

59 これも「自由競争基盤の侵害」と密接に関連した現象であろう。

図表 14 諸外国における優越的地位の濫用規制

|  |
|--|
| 規制の概観  |
| <p>1) 特別の規制を有する国：7か国（オーストリア、仏、独、伊、日、韓、スロバキア）</p> <p>2) 特別の規定を有しない国：24か国・地域</p> <p>3) 一般の競争法規定で対応する国・地域：13か国・地域（オーストリア、ブラジル、加、チリ、クロアチア、EU、インドネシア、伊、ジャマイカ、ノルウェー、露、セルビア、台）</p> <p>4) 競争法以外の規定で対応する国：9か国（ベルギー、ブラジル、チリ、クロアチア、チェコ、伊、NZ&lt;筆者注：ニュージーランド&gt;、ノルウェー、パキスタン）</p>                              |
| 特別の規定を有する理由・有しない理由   |
| <p>1) 特別の規定を有する理由</p> <p>日：自由競争基盤の侵害への対処</p> <p>独：競争に与える負の影響の排除</p> <p>仏・伊・韓・スロバキア：劣位にある事業者からの搾取の保護</p> <p>2) 特別の規定を有しない理由</p> <p>チリ・米・英：私人間における契約の自由に介入することへの躊躇。</p> <p>ベルギー・米：優越的地位の濫用の概念は、市場に混乱・不確実性をもたらす</p> <p>NZ：契約に関する紛争は、私人による執行を通じて効率的に扱われる</p> <p>チェコ・スイス・トルコ：市場支配的地位の濫用規定で、競争の保護は十分</p> |
| 特別の規定における優越的地位の濫用の分析   |
| <p>1) 優越的地位の認定：取引先変更可能性（6か国）、取引依存度（5か国）、商品役務の需給関係（5か国）、事業規模の格差（5か国）</p> <p>2) 濫用行為：従業員が無償派遣、協賛金の徴収、買ったたき、購入拒絶等</p> <p>3) 競争への影響：競争への影響の証明を必要とするのは独のみ</p>   |
| 執行（過去10年の実績）（注）  |
| <p>独（39件）・日（98件）・韓（2382件）－競争当局による執行</p> <p>スロバキア－経済省</p> <p>仏（年間25－30件）－検察庁、経済省、競争評議会</p>  |

(注)このほか、韓国以外のすべての国では私訴を許容している。

(出所)荒井弘毅「諸外国における優越的地位の濫用規制(ICNの優越的地位の濫用に関する報告書のポイントとUNCTADでのジェニー議長の報告の概要)」公正取引No.697-2008.11を基に、一部改編加工した。

あるいは、競争法以外の規定で対応するかは別として、優越的地位の濫用に対して何らかの形で規制を課している国が少なくないことが分かる。一方、特別の規定を有しない国も相当数存在する。また、特別の規定を有する理由や執行体制も国によって異なる。

## 5. 判例・審決等の分析

### 5.1 製造業（下請系列）

#### 5.1.1 違反事実の概要（下請代金の減額）

ア X<sub>1</sub>は、トラック、バス等のブレーキ等の部品の製造を下請事業者に委託しているところ、次のイ(ア)又はイ(イ)により、下請事業者には責任がないのに、当該下請事業者には支払うべき下請代金の額を減じていた。減額した金額は、下請事業者59名に対し総額3641万2290円である。

イ X<sub>1</sub>は、下請事業者に対し、自社の原価低減活動に協力するよう要請した。

(ア)前記要請に対し、一定額を負担することで応じることとした下請事業者について、平成22年9月から平成23年9月までの間に、不合格品が発生したことにして経理処理することにより、下請代金の額から一定額を差し引いていた。

(イ)前記要請に対し、単価を引き下げることで応じることとした下請事業者について、平成22年9月から平成24年8月までの間に、単価の引下げの合意日前に発注した部品について引下げ後の単価を遡って適用することにより、下請代金の額から、引下げ前の単価を適用した額と引下げ後の単価を適用した額との差額を差し引いていた。

ウ X<sub>1</sub>は、下請事業者に対し、平成25年2月13日、減額した金額を返還している。

### 5.1.2 評価

これは、法と経済学で想定される優越的地位の濫用の典型例であると思われる。すなわち、サプライヤーである下請事業者は親事業者に販売する部品を製造するために特化した金型等の生産設備に対する関係特殊的投資を行っているケースが多いため、その投資の実施後に親事業者から機会主義的に減額を要請されても、拒絶することができないのである。この事案においては、「不合格品が発生したことにして経理処理」している。これは、濫用行為の隠蔽工作とみられる可能性のあるものであり、特に、悪質性が高いと判断されたものと思われる。

なお、優越的地位の濫用に対する措置は独

禁法と下請法の両方で行うことができるが、製造業者のサプライヤーに対する濫用行為は殆どが下請法で措置されている。これは、前述したように、大量の事案を効率的に処理するために、資本金による外形的な基準を設けて、当局の書面調査等から悪質なもの、違反行為が多くの下請事業者に広く行われているものを発見しているためである。規模の大きな製造業者（親事業者）は多くのサプライヤーに部品の製造を委託するので、類似した濫用行為が多数行われるため、書面調査を通じて発見しやすいものと思われる。

## 5.2 商業①（大規模小売業とその仕入先中小企業）

### 5.2.1 違反事実の概要（従業員等の派遣の要請と協賛金等の負担の要請）

ア 被審人X<sub>2</sub>は、自社の店舗の新規オープンに際し、自社の販売業務のための商品の陳列等の作業を行わせるために、その取引上の地位が自社に対して劣っている自社と継続的な取引関係にある身の回り品、日用雑貨品、家庭用電気製品、食料品等の納入業者に対し、その従業員等を派遣させている。

イ X<sub>2</sub>は、自社の棚卸し、棚替え等のための作業を行わせるために、納入取引関係を利用して、自社と継続的な取引関係にある前記納入業者に対し、その従業員等を派遣させている。

ウ X<sub>2</sub>は、負担額及びその算出根拠、用途等について、あらかじめ明確にすることなく、新規オープンした店舗に対する協賛金として、納入取引関係を利用して、自社と継続的な

取引関係にある前記納入業者に対し、当該店舗における納入業者の初回納入金額に一定率を乗じて算出した額、納入業者の一定期間における納入金額の1パーセントに相当する額等の金銭をさかのぼって提供させていた（平成19年6月22日（平成17年（判）第7号））。

なお、この事件では、公取委が平成17年3月9日に独禁法違反についての勧告（平成17年（勧）第2号）を行ってから、同意審決（平成19年6月22日）に至るまでに2年以上の日時を要している。これは、被審人が勧告を不服として、審判<sup>60</sup>で争ったためである。

## 5.2.2 評価

本件以降も大規模小売業者による納入業者に対する従業員のパイプラインや協賛金、減額等、優越的地位の濫用の摘発が断続的に行われている。特に、平成21年改正によって独禁法に優越的地位の濫用に対する課徴金が導入されており、平成24年2月16日のエディオン事件では、家電製品等の小売業者に対して、違反行為の排除措置命令だけでなく、40億4796万円という巨額の課徴金の支払いが命令された。この他にも、大規模小売業者に対する課徴金の金額が1億円を上回る事件も断続的に発生している<sup>61</sup>。

課徴金は、継続的に優越的地位の濫用を行った事業者に対して、最長3年を限度として、濫用を開始した日から止めた日までの期間にお

ける相手方との取引（売上額、または購入額）の1%に相当する額が課される。独占禁止法上、公取委は濫用行為者に対して課徴金の納付を「命じなければならない」。つまり、公取委の裁量によって課徴金を減免することはできない。さらに、独占禁止法上、課徴金の対象となる他の違反行為では、違反の繰り返しが課徴金の要件になっているのに対して、優越的地位の濫用では違反の反復が要件となっていないため、初めての摘発であっても課徴金が課される。

これは、大規模小売業者が優越的地位の濫用の複層的な伝播の発生源になっている可能性があることに鑑みて、優越的地位の濫用の違反が「引き合わない」との認識の醸成を公取委が目指しているように思われる。

具体的には、平成23年10月に公取委が公表した「食料品製造業者と卸売業者との取引に関する実態調査報告書」では、「大規模小売業者と納入業者の取引のみならず、卸売業者とメーカーの取引においても優越的地位の濫用になり得る行為が行われている可能性がある。……卸売業者が、取引先大規模小売業者から求められる負担をメーカーに転嫁しているのではないか、あるいは、取引先大規模小売業者が卸売業者を介してメーカーに負担を要請しているのではないかと考えられる。このように、卸売業者とその取引の相手方（小売業者又はメーカー）との間で、不当な要請等による不利益や負担の転嫁が複層的に行われ、大規模小売業者が問題行為のいわば発生源となっている構造が存

60 平成17年6月から平成19年1月まで13回もの審判が行われ、結局19年6月11日に被審人が同意審決を申し出た。

61 ①日本トイザラス(株)（平成23年12月13日、課徴金額：3億6908万円）、②(株)山陽マルナカ（平成23年6月22日、課徴金額：2億2216万円）、③(株)ラルズ（課徴金：12億8713万円）。エディオンも含めて、優越的地位の濫用に対して課徴金が課されたのは、これまでのところ、全て小売業者である。

在するものと思われる。」(63頁)<sup>62</sup>としている。

すなわち、サプライチェーンの末端(大規模小売業)から中間(卸売業者)、さらにその上流(食料品製造業)へと、優越的地位の濫用が伝播している可能性が指摘されている。

ここから、多額の課徴金は大規模小売業に対する警告とみることができるだろう。

### 5.3 商業②(コンビニエンスストアのフランチャイザーとフランチャイジー)

#### 5.3.1 違反事実の概要(その他)

X<sub>3</sub>社(コンビニエンスストアのフランチャイザー)は、自己のフランチャイズ・チェーンの加盟者が経営するコンビニエンスストアで廃棄された商品の原価相当額の全額が加盟者の負担となる仕組みの下で、

ア 経営相談員は、加盟者がデイリー商品(品質が劣化しやすい食品及び飲料であって、原則として毎日店舗に商品が納入されるものをいう。以下同じ。)の見切り販売を行おうとしていることを知ったときは、当該加盟者に対し、見切り販売を行わないようにさせる

イ 経営相談員は、加盟者が見切り販売を行ったことを知ったときは、当該加盟者に対し、見切り販売を再び行わないようにさせる

ウ 加盟者が前記ア又はイにもかかわらず見切り販売を取りやめないときは、経営相談員の上司に当たる従業員らは、当該加盟者に対し、加盟店基本契約の解除等の不利益な取扱いをする旨を示唆するなどして、見切

り販売を行わないよう又は再び行わないようにさせるなど、見切り販売を行おうとし、又は行っている加盟者に対し、見切り販売の取りやめを余儀なくさせ、

もって、加盟者が自らの合理的な経営判断に基づいて廃棄に係るデイリー商品の原価相当額の負担を軽減する機会を失わせている(平成21年6月22日排除措置命令・平成21年(措)第8号)。

#### 5.3.2 評価

公取委は、この事件を契機として、「フランチャイズ・チェーン本部との取引に関する調査報告書-加盟店に対する実態調査-」を実施し、2011年7月に公表した<sup>63</sup>(**末尾参考資料2参照**)。

こうした状況から問題の本質は、フランチャイズ・チェーン、就中、コンビニエンスストアのビジネスモデルに内包されていることが示唆される。

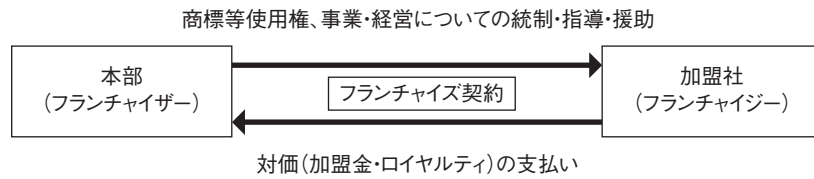
公取委の調査は、フランチャイズ・チェーンの契約の特徴について以下のように述べている。

「フランチャイズ・システムにおいて、その加盟者は、法律的には本部から独立した事業者であるものの、本部と各加盟者はあたかも通常の企業における本店と支店であるかのような外観を呈し、加盟者は、その加盟している本部から経営についての統制・指導・援助を受けつつ事業活動を行うこととなる(図表15)。加えて、フランチャイズ・システムに加盟する場合、一般に、①契約を締結するに当たっては相当の資金を必要とすること、また、契約期間中に加盟

62 平成24年7月に公正取引委員会が公表した「大規模小売業者等と納入業者との取引に関する実態調査報告書」にも、同様の懸念が表明されている。

63 集計対象1,389店の内、1,358店がコンビニエンスストア。実施時期は、2010年12月～平成2011年5月。

図表15 フランチャイズ・システムの一般的なイメージ



(出所)公正取引委員会「フランチャイズ・チェーン本部との取引に関する調査報告書-加盟店に対する実態調査-」(2011年)

店の申出により契約を解除する場合には、多額の違約金等が課されること等の理由から、一旦加盟すると、本部との契約を解除し新たな事業を開始することは容易でないと考えられること、②加盟後は比較的長期間となる契約の期間中、本部の商標、商号等の使用、経営についての統制・指導・援助の対価として、加盟者は本部に対しロイヤルティを支払う必要がある等の特徴がある。また、加盟希望者の中には、事業の経営経験を有していない者も多くみられる」(傍点筆者)。

この中で本質的な特徴は、「本部と各加盟者はあたかも通常の企業における本店と支店であるかのような外観を呈し、加盟者は、その加盟している本部から経営についての統制・指導・援助を受けつつ事業活動を行う」ことである。

こうした特徴を持つ契約の下で、加盟店が本部に支払うロイヤルティは本部推奨仕入れ先からの仕入の量と金額によって決定される。加えて、日配品等の販売機会の逸失を回避するために在庫を多めに保有することを「本部」から「指導」されるため、廃棄ロスが必然的に発生する。しかも、本事件発生の排除措置命令までは、その廃棄のリスクと費用は全額加盟店側が負担する契約となっていた<sup>64</sup>。

本部と加盟店の関係を、一般の小売業者の本社と支店に置き換えて考えてみると、本社が戦略的に特定の商品の仕入れを推奨したものが売れ残り、廃棄せざるをえなくなったとしても、そのリスクや費用は会社全体で負担するであろう。また、支店ごとの仕入れ量も現場の需要動向を最も知悉している支店長の意向が相当程度配慮されるのが通例であろう。なぜならば、野放図に仕入れ不良在庫化すると、支店単体の採算が悪化するばかりでなく、会社全体の収支も悪化するからである。

すると、コンビニエンスストアというフランチャイズ契約の本質は、いわば、のれん分けし、法人格としては切り離れた店舗に自社経由で仕入れをさせ、その仕入れ量に応じたマージンを店舗から徴収する仕組みであるといえることができる。法人格としては別であるので、本部は在庫ロスのリスクから隔離されるため、加盟店に仕入れさせれば仕入れさせるほど利益が増加する。加盟店の健全な経営を指導すべき経営指導員も、おそらく、その人事評価の基準は、本部にもたらした利益が最も大きな要素になっていると考えられる。通常の商取引では、小売店が仕入れの量を決定する権限を有しているが、コンビニエンスストアの契約では、加盟店

<sup>64</sup> 排除措置命令後、廃棄ロスの一部を本部が負担するように契約条件を改正した。また、表面的には値引き販売も認めるようになったが、公取委の調査では、値引き販売を行うためのPOSシステムの手続きは非常に複雑で、実際に値引き販売を実施することのできる時間がわずかしかないと訴える加盟店の例が指摘されている。



契約の更新条件となる基準として経営指導員が行う評価があるため、更新時の不利益を示唆されると、加盟店は経営指導員からの仕入れ指導に対して従わざるをえない（これは、事実上の「強制」とみることも可能である）。これは、「契約を締結するに当たっては相当の資金を必要とすること、また、契約期間中に加盟店の申出により契約を解除する場合には、多額の違約金等が課される」という点において、加盟店が埋没費用（sunk cost）となっている関係特殊的投資を既に行っているからである。

このように、コンビニエンスストアのフランチャイズ契約においては、本部の収益は加盟店の仕入の量・金額に依存する中で、在庫の売れ残りのリスクを加盟店に転嫁する仕組みになっており、本部は構造的に加盟店に対して、優越的地位の濫用を引き起こしやすい関係にあると思われる。

おそらく、実際に優越的地位の濫用が問題となるケースは全体の中では、それほど大きな割合ではないものと思われる。それは、優越的地位の濫用が大半の加盟店の経営を危うくするほどのものであるならば、すでにより大きな社会問題となっており、加盟店数も増加し続けることはできないと考えられるからである。

もとより、コンビニエンスストアの社会的意義は小さくない。普及によって消費者の利便性が格段に向上し、高品質の商品の供給ばかりでなく、ATMや公共料金の支払い場所としての機能を有しており、東日本大震災以降は、被災者支援の地域的な拠点としての機能に対する期待も一段と高まっている。このように、今やコ

ンビエンスストアは社会的インフラとも言える重要な役割を負っている。こうした機能を担うためには、ブランド・信用、あるいは品揃えに対する一般消費者の信頼感を維持・向上することが必要であろう。この機能を維持するための利益の確保が必要であることも事実である。

しかし、実際には、X<sub>3</sub>は、本事件後も、不良在庫化をさけるための消費期限近の弁当の値下げによる見切り販売を禁止され、損害を被ったとの訴因で、加盟店から優越的地位の濫用に対する訴訟を提起されるケースが散見されている<sup>65</sup>。判例の態度は分かれており、「価格決定権は加盟店にあるが、同社と加盟店はコンビニチェーンの統一性ある事業イメージを構築するために協力すべきだ」として、本部による値下げ中止の要請を「契約に基づく助言、指導の範囲」として容認するものもあれば、「恫喝に近い態度を示したり虚偽を述べたりして値下げを止めさせようとした」として損害賠償を命じるものもある。

問題化する原因はどのようなものであろうか？ 以下のような要因が考えられる。

- ①そもそもの発端としては、出店前の売上・需要予測を過大に見積もる説明が本部からなされることによって、出店後の売上が想定に達しない加盟店が強い不満を持つこと。
- ②本部経営指導員が、結果的に不良在庫化した商品の廃棄ロスが加盟店の利益や経営に及ぼす影響を十分に顧慮することなく、本部から自らに課されたノルマの達成を重視し、更新時の不利益を示唆するなど、契約上の

65 2013年3月29日付け日本経済新聞電子版「セブンイレブン値下げ制限、判断割れる 福岡高裁・地裁」、2013年8月30日付け「値下げ制限、セブンに賠償命令 期限間近の弁当」。

条件を盾にとって、加盟店の経営の自主性を侵害すること。

- ③（意図的なケースも疑われる）本部側の説明不足、場合によっては、恫喝、虚偽の説明を経営指導員が行うこと。

それでは、優越的地位の濫用が起きないようにするためにはどうすべきであろうか？

確かに、コンビニエンスストアに対する消費者のブランドイメージを維持するためには、加盟店が本部の戦略に協力しなければならないことは重要である。しかし、特に、担当地域・店舗の業績が不振である経営指導員にとっては、自らの人事評価の維持・向上も重要である。このため、売れ残りによって加盟店に損失が生じる可能性が高いことを認識しながら、過大な需要見込みを基に多くの仕入れを加盟店に強制するという形で機会主義的行動をとることに強いインセンティブを持つであろう。

すると、さしあたっては、優越的地位の濫用を禁止するための、本部内でのコンプライアンス体制の強化が重要であろう。特に、経営指導員は人事異動により常に入れ替わるため、継続的な研修体制の一段の強化が喫緊の課題である。ここでは、例えば、仕入れに関する加盟店への誠実な説明・指導の重要性を強調すべきであろう。

第二に、優越的地位の濫用について、経営指導員が「割に合わない」と考えるように、人事評価の仕組みを修正することが考えられる。例えば、加盟店からの苦情や訴訟に対するマイナス評価の度合いを引き上げることが考えられる。そのためには、本部は加盟店が利用可能な

通報窓口を社内だけではなく、社外にも設置すべきであり、その存在を加盟店に周知することが必要であろう（当然のことながら、通報に対する不利益がないことを保証しなければならない）。

最後に、コンビニエンスストアのフランチャイズ契約の条件の見直しが考慮されるべきである。上述したコンビニエンスストアの社会的インフラとしての機能の重要性に鑑みて、直ちに見直すべきか否かは明らかではないものの、優越的地位の濫用というコンプライアンスに悖る行為に対する社会一般の批判が強まる場合には、現在の契約における優越的地位の濫用を惹起しやすい構造を改善する必要性が生じることも考えられる。

なお、コンビニエンスストア本部は、加盟店での品揃えやプライベート・ブランド品の開発にかかわって、卸売業者やメーカーに対して大きなバイイング・パワーを有している。このことと5.2の事件を考慮すると大規模小売業が発信源となって優越的地位の濫用が複層的にサプライチェーンに伝播していくリスクがあることを再度指摘しておく。

## 5.4 金融（金融機関と取引先中小企業）

### 5.4.1 違反事実の概要（購入・利用強制）

ア X<sub>4</sub>銀行は、融資先事業者から新規の融資の申込み又は既存の融資の更新の申込みを受けた場合に、融資に係る手続を進める過程において、融資先事業者に対し、金利スワップの購入を提案し、融資先事業者が同提案に応じない場合に、金利スワップの購入が融資を行うこと条件である旨、又は金

利スワップを購入しなければ融資に関して通常設定される融資の条件よりも不利な取扱いをする旨明示する。

イ 担当者に管理職である上司を帯同させて重ねて購入を要請するなどにより、金利スワップの購入が融資を行うこと条件である旨、又は金利スワップを購入しなければ融資に関して通常設定される融資の条件よりも不利な取扱いをする旨示唆することにより金利スワップの購入を要請し、融資先事業者に金利スワップの購入を余儀なくさせる行為を行っている（平成17年12月26日勧告審決・平成17年（勧）第20号）。

#### 5.4.2 評価

この事案のような濫用行為を金融機関が行う動機は、年度間の収益目標達成のためには、貸出によって年度をまたがって長期的に得られる利息収入だけでは不足するため、実質的には、長期的な利息収入の一部をスワップに対する手数料によって販売時に全額獲得することであると考えられる。これは、金融機関の本部も加わった組織的な濫用行為であったとは考えにくいものの、濫用を行った担当者、管理職にとっては、自らの人事考課の維持・向上のために銀行の収益を優先し、取引先企業のニーズを軽視、または無視することが必要な状況にあったためと思量される。

一方、借入を行っている中小企業からみると、金融機関との信頼関係に基づいた良好な取引関係を構築するためには、金融機関の行う財務・

非財務の審査を受けなければならず、資料の作成や事業内容の説明ほか、様々な事柄に、その企業にとっては多くの人員と時間を投入し続けなければならない。これらは、もしも、他の金融機関に取引を替えるとするときに移転することのできない埋没費用となる。いわば無形の投資であり、一種の関係特殊投資であるとみることできる<sup>66</sup>。このため、よほどのことがない限り、中小企業は取引金融機関の変更を望まない。

このような状況が、金融取引における優越的地位の濫用が断続的に発生する素地であると思われる。

しかし、金融機関と中小企業との取引に限らず、資本主義経済における取引は双方が自由で自主的な判断に基づいてなされる際に、生産者余剰（本件の場合、銀行の利益）と消費者余剰（同、中小企業が受ける便益）の合計である社会的厚生が最大化されパレートの意味で最も効率的になる。一方、優越的地位の濫用は中小企業から金融機関への不当な所得の移転でありパレート効率性を改善しないため、優越的地位の濫用禁止の法理だけでなく経済理論からみても容認できない。

したがって、金融機関には、真に取引先のニーズに合致した金融商品を開発し、そのメリットとデメリットを適切に説明した上で、その商品に対する十分な理解を得たうえ取引を行うことが求められる。そのためには、企業との取引を担当する全職員が必要な能力を具備するように、人材育成を行い、同時に、優越的地位の濫

66 岡室＝林、前掲注42、281,282頁では、本事件について、「資金の貸借には関係特殊な投資は明確には存在しない」として、優越的地位の濫用の原因として、「情報の非対称性」と名声を有する大手銀行との取引が打ち切られることによって、自社の信用が低下することに対する借り手中小企業の懸念を挙げている。

用の禁止等の法令等遵守についても繰り返し、周知徹底、注意喚起を行わなければならない。

なお、公取委は、こうした優越的地位の濫用行為が断続的に発生している現状に鑑みて、金融機関と借り手企業の双方に対する実態調査を平成13、18、23年と3回にわたって行っている。

平成18年の調査では、金融取引に関して、「独占禁止法上の考え方」<sup>67</sup>（**末尾参考資料3参照**）で取引の適正化についての実質的な警告を行っている。

これに続く、平成23年のフォローアップ調査（平成23年6月公表。実施時期は、以下平成22年12月から平成23年2月）の調査結果は以下のようなものであった。

（調査結果）

○金融機関から各種要請を受けたことがあるという借り手企業の回答の割合及び各種要請に対し自らの意思に反して応じたという借り手企業の回答の割合は、いずれも、18年調査に比べて相当程度減少した。これは、金融機関における独占禁止法関係のコンプライアンスの取組の進捗によるものと思われる。

○一方、金融機関からの各種要請を「断りにくく感じる」という借り手企業の回答の割合は27.2%であり、また、各種要請に対して意思に反して応じたと回答した借り手企業のうち、要請に応じた理由として「次回

の融資が困難になると思った」ことを挙げる回答の割合は52.1%であり、いずれも、18年調査に比べて大きな減少はみられなかった。

○金融機関と借り手企業との間の取引において、融資取引先が「変わっていない」と回答した借り手企業の割合は71.8%であり、さらに、「変更を検討したことがない」又は「他の金融機関と取引を開始しようとしても拒絶されるおそれがあるため変更できなかった」と回答した借り手企業も一定割合みられた。このため、借り手企業による取引先の変更が容易な状況にあるとはいえ、依然として独占禁止法上の問題が生じないように注意を要する状況であるといえる。

そのうえで、金融機関が留意すべき事項として、

「今回の調査において、独占禁止法上直ちに問題となる要請が行われた事例は見受けられなかったものの、借り手企業は、金融機関の意向をおもんばかって要請に応じることが少なくない。このため、金融機関は、借り手企業が要請を断りづらい立場にあることを十分考慮し、各種要請を行うに当たっては、今後の融資等に関し不利な取扱いをされると受け取られないような形で慎重に行う必要がある。特に、借り手企業にその要請に応じる意思がないと認められる

67 全国銀行協会が2012年4月に改訂した『銀行の公正取引に関する手引（五訂版）』（全11頁）では、この「独占禁止法上の考え方」について、「…平成22年1月に施行された独占禁止法の改正（平成21年法律第51号）において優越的地位の濫用が新たに課徴金納付命令の対象となったことを踏まえ、公正取引委員会が、優越的地位の濫用規制について、業種横断的な一般的な考え方を明確化するために策定したものである。優越的地位の濫用として問題となる行為とは、(a)『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』、(b)『正常な商慣習に照らして不当に』行われる行為として、独占禁止法第2条第9項第5号イ～ハのいずれかに該当する行為であるが、上記②（筆者注：②は「独占禁止法上の考え方」のこと）では、(a)の考え方と(b)の考え方をそれぞれ明確にしたうえで、当該イ～ハについて行為類型ごとに想定例や具体例を挙げて優越的地位の濫用の考え方を明らかにしている（13頁）」とだけ記載してある。

にもかかわらず重ねて要請を行うなどの行為は、不公正な取引方法に当たるおそれがあるため、そのような行為をしないよう注意する必要がある」

と指摘している。

したがって、金融機関は継続的なコンプライアンス体制の強化・刷新を求められるはずであるが、本事件のような優越的地位の濫用を疑われかねない行為が近年も起きている。

2011（平成21）年3月には、金融庁が「中小企業向け為替デリバティブ取引状況（米ドル/円）に関する調査の結果について（速報値）」を公表した。これは、平成19年ころまでの円安進行時に締結された為替デリバティブが、リーマンショック後の急速な円高で含み損を内包したことから、多くの中小企業が、金融庁、あるいは全銀協に苦情を申し立てたためである。

この問題は、中小企業の経営者に対する適切な説明を銀行が尽くしたか否かとの観点での議論が大勢を占めたが、「取引銀行としての立場を利用して、融資と抱き合わせる形で為替デリバティブ取引を強要するような『優越的地位の濫用』がなかったのか」を疑う報道も一部にあった<sup>68</sup>。

金融機関は、貸出先中小企業に強い影響力を及ぼしうる立場にあることを改めて認識し、いやしくも優越的地位の濫用を疑われるような行為がなされないように、コンプライアンス体制の弛まない改善・強化が求められていると言えよう。

これまでのところ、公取委は大規模小売業者以外に、優越的地位の濫用に対する課徴金を課していない。しかし、金融機関の中小企業に対する影響力の大きさに鑑みると、万一、多数の中小企業に対して優越的地位の濫用が継続的に行われたと公取委が認定した場合、多額の課徴金が課されることとなる。すると、優越的地位の濫用を行ってまで得たはずの収益の全部または一部が没収されるばかりでなく、排除措置命令の公表によってレピュテーションが毀損される。さらに、金融機関が株式会社形態をとっている場合に課徴金相当分の損害賠償のための株主代表訴訟を提起されると、会社役員賠償責任保険（D & O保険）で賠償自体は可能であっても、レピュテーションは一層傷つくことになる。

## 6. グローバル経済下での新たな課題

### 6.1 CSRの期待・要請に名を借りた優越的地位の濫用類似行為

近年、新たな課題として、サプライチェーンを通じたCSR（企業の社会的責任）の推進の名を借りて、以下の仮設例のような形で、国内外のサプライヤー（大方は中小規模の企業）にコストを不当に転嫁するリスクが浮上している。

（仮設例）

- ①欧州では、環境保護のために、原材料・部品の有害物質の含有量を基準以下に抑制することを、最終製品のメーカーに要求する規

68 2011年3月26日「中小企業を襲う『デリバティブ倒産』の悪夢 広がる大震災・超円高の衝撃」（日経ビジネス・オンライン：<http://business.nikkeibp.co.jp/article/money/20110324/219135/>；2013年9月13日閲覧）。結局、この件については、金融庁が上記の実態調査を皮きりに対応策をまとめ、全銀協が金融ADR（裁判外紛争解決手続）を中心に事態の収拾を図った。

制がある。こうした規制が強化される可能性があると考えた大企業が自社のCSRとして、サプライヤーに対して一定量の発注の事実上の条件として、サプライヤーにとってはコスト負担の重い環境保護のための設備投資を強く要請した。これによって、その大企業は規制が強化された場合に法令を順守することが可能になるばかりでなく、サプライチェーンにまでCSRを浸透させている優れた企業であるとのレピュテーションとパブリシティの維持・向上を期待することができる。しかし、サプライヤーが投資を実施した後に、規制強化が行われないことが確定した。大企業は当初予定の量を発注せずにサプライヤーとの取引を打ち切り、サプライヤーが行った投資に対しても、サプライヤーの経営判断に基づいて自己責任で実施されたものであるとして、何らの金銭的補償もしなかった。

②大企業がCSR活動の一環として行う慈善団体への寄付を行う際に、その大企業からサプライヤーも参加するように強く「要請」された。そのサプライヤーは、別の慈善団体への寄付を従来から行っており、参加したくなかったが、大企業側担当者が参加しない場合の不利益を示唆したため、やむなく参加した。なお、この寄付によって、大企業はレピュテーションとパブリシティの向上という恩恵を得る一方で、サプライヤーには「直接の利益」がない。

③大企業が、CSR活動の一環として行う環境保護のためのボランティア活動に自社の従業員の参加を推奨している。その大企業から、サプライヤーに対しても、その従業員をボラン

ティア活動に派遣するように、強く「要請」された。しかし、サプライヤーの従業員がそのボランティア活動の趣旨に賛同しなかった。そこで、そのサプライヤーはボランティア活動に派遣できないと、大企業側担当者に伝えたところ、その担当者から派遣しない場合の不利益を示唆された。このため、そのサプライヤーは、やむなく従業員に給与を支払い業務として派遣した。なお、このボランティア活動への参加によって、大企業はレピュテーションとパブリシティの向上という恩恵を得る一方で、サプライヤーがボランティアに派遣する従業員の給与を全く負担しない。また、サプライヤーには「直接の利益」がない。

①から③はいずれも、優越ガイドラインに記載された、以下の①'から③'の「優越的地位の濫用（Abuse of Superior Bargaining Power: 以下では、「ASBP」と略す場合がある）」に該当する行為類型の想定例と極めて類似したものである（以下では、①から③の仮設例を「ASBP類似行為」と言う）。

(優越ガイドラインの想定例)

①' 減額：自己の要請に基づいて設備投資や人員の手配を行うなど、取引の相手方が自己に対する商品又は役務の提供の準備のための費用を負担しているにもかかわらず、自己の一方的な都合により、当該商品又は役務の一部の取引を取りやめ、契約で定めた対価から取引の減少分に係る対価の減額を行うこと（独占禁止法第2条第9項第5号ハ）。

- ② 協賛金等の負担の要請：取引の相手方の商品又は役務の販売促進に直接寄与しない催事、売場の改装、広告等のための協賛金等を要請し、これを負担させること（独占禁止法第2条第9項第5号口）。
- ③ 従業員等の派遣の要請：取引の相手方に対し、派遣費用を負担することなく、自己の利益にしかならない業務を行うよう取引の相手方に要請し、その従業員等を派遣させること（独占禁止法第2条第9項第5号口）。

ASBP類似行為の内、②、③は大企業の立場からは、レピュテーションとパブリシティの向上に必要なコストの一部をサプライヤーに転嫁することができるため、実行するインセンティブがあるだろう。特に、大企業の上層部がCSRに力を注いでも、サプライヤーと接触する現場の従業員にその精神が正しく伝わらない場合に、このようなASBP類似行為が発生するものと思われる。

上記のようなASBP類似行為が現実のものとなることについて懐疑的な者もいるかもしれないが、経済のグローバル化に伴ってその可能性が高まっている。その蓋然性を高めるものが以下に述べる「紛争鉱物条項」である<sup>69</sup>。これは、リーマンショック後に米国で金融制度の改革のために制定された法律であるが、米国だけでな

く世界中の企業に影響を及ぼすものである。

## 6.2 ASBP類似行為のリスク要因としての紛争鉱物条項

米国証券取引委員会（SEC）は、2012年8月に金融規制改革法（ドッド・フランク法）1502条の「…紛争鉱物条項を具体化する最終規則を採択し、2013年1月より、紛争鉱物規制の実施を本格的に実施した」<sup>70</sup>。

「規制の対象となる企業は、…SECに財務報告書を提出するすべての上場企業であり、日本企業も米国の取引所に上場していれば規制の対象となる」<sup>71</sup>。「米国に上場していない日本企業は、直接規制の対象となるわけではない。しかし、多くの日本企業は、米国上場企業に対して、サプライヤーとして製品を納入している。このため、紛争鉱物規制の対象となる米国企業から、紛争鉱物の使用の有無に関して確認を求められる可能性がきわめて高い」<sup>72</sup>。「これらの鉱物はさまざまな産業におけるさまざまな製品に用いられており、…電子機器産業を始め装飾品・航空・医療機器・自動車産業などきわめて幅広い産業に影響を及ぼす可能性がある」<sup>73</sup>。

佐藤＝高橋（2013）は、「企業としては、製品に紛争鉱物が含まれていないかを主要資材のみならず副次的な資材や製造工程における触媒まで精査する必要がある」<sup>74</sup>ため、「1次サブ

69 以下では、佐藤泉＝高橋大祐「サプライチェーンにおけるCSR法務戦略—紛争鉱物規制の衝撃とCSR調達のパラダイムシフト（上）（中）（下）」NBL1001号10頁、1002号49頁、1003号32頁（2013）に記載されている、紛争鉱物条項と同条項に対する川下企業（主に、輸出型の大規模公開会社が想定されている）の対策の構想に依拠して、議論を展開する。佐藤と高橋はともに弁護士である。

70 佐藤＝高橋・前掲注70（上）、10頁。「紛争鉱物（conflict metal, conflict mineral）」とは、端的には、非人道的な行為が紛争の過程で起きている国およびその周辺国で採掘された鉱物であり、SECの最終規則では、コンゴ民主共和国とその周辺国で産出された「①スズ鉱石、②タンタル鉱石、③金、④タングステン鉱石、⑤これらの派生物、⑥武装団体の資金源となっていると国務長官が判断する他の鉱物・派生物」（同・12頁）である。

71 佐藤＝高橋・前掲注70（上）、12頁。

72 佐藤＝高橋・前掲注70（上）、12頁。

73 佐藤＝高橋・前掲注70（上）、12頁。

74 佐藤＝高橋・前掲注70（上）、14頁。

ライヤーのみならず、2次以下のサプライヤーからも協力を受けながら調査を実施する必要がある」<sup>75</sup>とする。「規制対象企業は、紛争鉱物を使用していること自体をもって、制裁を受けるわけではないものの、紛争鉱物の使用に関して虚偽の報告・開示を行った場合、証取法違反として、民事・刑事上の責任を負う可能性がある。また、…規制が直接適用されるか否かを問わず、紛争鉱物の原産国に関して虚偽の表示を行った場合、不正競争防止法や景品表示法上の不当表示として、消費者・取引先等から訴訟を提起されるリスクも増加している」<sup>76</sup>。つまり、「…紛争鉱物規制は、…CSR調達の一部を企業の自主的な取り組みから法的義務のレベルにまで一気に引き上げたものとして、各国企業に衝撃を与えている」(傍点筆者)<sup>77</sup>。

佐藤=高橋(2013)は、もはや、その一部が法的義務の域にまで達しているCSR調達に対する日本企業の取組みに当たっての課題を挙げている<sup>78</sup>。この中で、中小企業が少なくないサプライヤーとの関連で以下のような課題を例示している。

#### ①CSR調達に伴うコスト

「発注企業とサプライヤーとの間で…、CSR調達に伴うコストをめぐって、対立が生じる可能性」<sup>79</sup>がある。

#### ②CSR調達基準

「…CSR調達は、持続可能な事業活動を行う

ために、サプライチェーン全体における信頼性を強化することに目的がある。したがって、発注企業がCSR調達という名の下に恣意的な調達基準を押し付けることは、本来の目的に反し、ひいてはサプライヤーの信頼を失う結果となり、…下請法や独占禁止法に違反することにもなりかねない。いかにして公平かつ合理的なCSR調達基準を策定するかが大きな課題となっている」<sup>80</sup>(傍点筆者)。

#### ③トップダウンによるCSR調達の限界

「CSR調達は、多くのケースにおいて、発注企業からサプライヤーに対して一方的にCSR要求を行うという形で行われる。…このように、発注企業が、トップダウンの手法によって調達実務の実情に十分配慮しないままCSR要求を行った場合、…サプライヤーとの信頼関係を失うことにもなりかねない。また、…サプライヤーからの十分な理解や納得が得られないままにCSR調達を強引に推し進めようとした場合、サプライヤーからの真の意味での協力を得ることができず、実効的・持続的なCSR調達は到底実現できない。…サプライヤーからは、内部干渉である、さらに不公正・不当な要求であるとの抵抗も発生する」<sup>81</sup>(傍点筆者)。

#### ④下請法・独占禁止法への抵触

「…発注企業が、CSR調達を進める上で、サプライチェーンに対し認証の取得等のコストを考慮することなく一方的に調達価格を決定

75 佐藤=高橋・前掲注70(上)、14頁。

76 佐藤=高橋・前掲注70(上)、14頁。

77 佐藤=高橋・前掲注70(上)、10頁。

78 佐藤=高橋・前掲注70(中)、53～55頁。

79 佐藤=高橋・前掲注70(中)、53頁。

80 佐藤=高橋・前掲注70(中)、54頁。

81 佐藤=高橋・前掲注70(中)、54頁。



することは、下請法違反や優越的地位の濫用に該当するおそれがある…」<sup>82</sup> (傍点筆者)。

これらの課題は、本稿における「ASBP類似行為」に対する懸念と通底する問題意識を共有している。こうしたASBP類似行為の世界的な広がりを防止するために、日本の「優越的地位の濫用」禁止の法理を議論の基礎として、発注者とサプライヤーだけでなく、競争当局や中小企業政策当局、その他のステークホルダーも加わり、CSR調達のあるべき姿を国際的に議論することが必要になると思われる。その際、世界的には優越的地位の濫用を規制する法制が普及しているわけではないので (前掲図表14)、日本からの情報発信が期待されるものと思われる。

## 結語

「緒言」で言及した「特措法」に関する消費者庁のガイドラインの公表と同じ日に、公正取引委員会は「消費税の転嫁を阻害する行為等に関する消費税転嫁対策特別措置法、独占禁止法及び下請法上の考え方」を公表した。

これら (特措法、ガイドライン、公取委の考え方) は、消費税引き上げに付随して「消費税還元セール」の名目で小売業者がセールを行うことを禁止するものである。その目的は、(主として大規模な) 小売業者の優越的地位の濫用によって商品を納入する卸売業者やさらにその上流のメーカー等 (主に、中小規模の企業が

想定されている) が実質的にそのセールの費用を負担させられ、円滑に消費税の転嫁が進まないことを防ぐことである。

ある大手流通業者の経営者は、優越的地位の濫用を禁止する既存の法制で取り締まれば十分であるとの見解を示すとともに「法律をつくること自体が理解できない。これで先進国なのか」と発言したと報道されている。

しかし、ジェニーの指摘したように、民事法が発達している先進資本主義国においても、「長期継続的な取引」を前提とすると、優越的地位の濫用を司法だけで根絶することはできず、独禁法、あるいは下請法だけの対応にも限界がある。

特措法では単に「3%値下げ」と表示して行うセールは禁止されないため、その実効性の程度を見通すことはできない。しかし、下請法の執行状況から見て、コンプライアンス体制が有効に機能していない企業が増えている可能性があることからみても、特措法によって一律的に優越的地位の濫用を禁止することには一定の意義があるとみられる。

したがって、「法律をつくること自体が理解できない。これで先進国なのか」との発言は優越的地位の濫用の根の深さに対する認識不足<sup>83</sup>を反映していると筆者の目には映る。

本稿で見てきたように、大規模小売業者が優越的地位の濫用の複層的な伝播の発生源となっている可能性があることを前提とすると、「消費税還元セール」は消費者への還元ではなく、小売業者への所得移転につながる可能性が

82 佐藤=高橋・前掲注70 (中)、55頁。

83 公取委が指摘した優越的地位の濫用の複層的な発生源となっている可能性があることを大規模小売業者は認めることは考えにくい。このことを考慮すると、「認識不足」ではなく意図的に無視している可能性もなきにしもあらずであるように思われる。

高い。

そもそも、消費税は最終的に消費者が負担すべき筋合いにある租税である。また、原則として全ての消費財に課税されるため、理論的には（軽減税率や免税品を導入しない限り）経済活動に対して中立的である。このため、消費税増税前後の駆け込み需要とその反動の影響は均してみると、相殺される。

ただし、高額品については、消費税の累次にわたる引き上げが予想される場合には、本来数年後に購入予定だったものを引き上げ前に購入することに対する強いインセンティブが付与され、数年分の需要が駆け込みで一気に実現してしまい、その影響の解消に数年を必要とする可能性がある。この時、需要の先食い起因する数年間に及ぶ需要の停滞に耐えることのできない業界・企業が生じることは否定できない（類似した例は、エコポイント制度中のテレビに対する需要増とその後の反動減で家電業界が著しい不振に陥ったことを指摘することができる）。この悪影響に備えて、政府は消費税増税の影響を緩和するための経済対策を策定している。

加えて、他の条件を一定にすると、生産の各段階で消費税が円滑に転嫁されなければ、想定された税収を上げることができず、税引後の実質的な価格の低下によって、かえってデフレスパイラルを加速する可能性も考えられる。

したがって、消費税増税が不可避であるならば、「還元」セールによって、サプライヤー（とその上流の各段階）に負担を転嫁し、デフレからの脱却を妨げかねない行為を行うよりも、流

通の各段階において、確実に転嫁することを担保すべきである（転嫁を確実にするためには、EU型付加価値税で実施されているインボイス（仕送り状）を用いた前段階税額控除方式に徴税方法を改めることが有効であるが、この点については立ち入らない）。

このような理論的背景を基にして、以下では、優越的地位の濫用を原資とする消費税還元セールの経済効率性（資源配分）と所得分配の関係を考えてみよう。

大手流通企業、すなわち大規模小売業者は巨大なバイイング・パワーを行使して、多くのサプライヤー（卸売業者やメーカー）を恒常的に競わせているため、サプライヤーも恒常的に生産性の向上に努めている。しかし、消費税の引き上げを原因として、サプライヤーの生産性が短期的かつ飛躍的に向上するとは、にわかには考えにくい。

また、大規模小売業者自身が「消費税還元セール」を実施する原資を捻出するために、例えばIT投資を強化して人員を削減すること等を通じて、生産性を向上するとの意向を表明しているとの報道は、寡聞にして知らない。

これらが前提条件として妥当であるとしたら、「消費税還元セール」の本質を理論的に考えると、少なくとも短期的には、生産性の向上に基づかないサプライヤーの値下げによって捻出される原資以外には大きな財源は存在しない<sup>84</sup>。

公取委が指摘した優越的地位の濫用の複層的遡上の発生源となっている可能性があることを、大規模小売業者が認めることは考えにくい。

84 一次サプライヤーである卸売業者が自腹を切って値下げするか、あるいは二次以下のサプライヤー（卸売業者やメーカー）に還元セールの原資の負担を要請、あるいは強制するからである。

還元セールの原資は大規模小売業者が直接の（一次）サプライヤーに対して事実上強制的な性格を有するセールへの「協力」を要請することによって確保される可能性があるが、一次サプライヤーが二次以下のサプライヤーにさらに「協力」を強制しようが、しまいが関知しないという姿勢を示すものと思われる。こうした姿勢を大規模小売業者が維持できる原因は結局、消費者である市民がかかる小売業者を支持するからである<sup>85</sup>。

経済のグローバル化に伴う海外企業との競争の激化を背景にした同業者間の合併・経営統合によって、企業の巨大化は、流通業者だけでなく、鉄鋼業、電気機械製造業、総合商社等、その他の業種にも広がっている。

このため、複層的な優越的地位の濫用の伝播はこれらの業種でも起きる可能性を否定できない。ジェニーは短期的には、優越的地位の濫用は消費者余剰を増加させる可能性があるものの、長期的には企業の集中（すなわち独占あるいは寡占）を一層促進し、ある閾値を超えると、経済理論の文脈で「死荷重（dead-weight loss）」と呼ばれる非効率を惹起し、最終的には消費者余剰と社会的厚生を減少させ始める可能性がある」と指摘している。この指摘と、日本の場合では従業員数の7割は中小企業で働いていることをあわせて考慮すると、消費者の大宗もその家族であるため、長期的には消費者は優越的地位の濫用によって被害を受けるとの帰結

に達する<sup>86</sup>。

つまり、継続的取引を前提とする経済の下では、自由競争の効率上の帰結は、基本的な理論のそれとは異なりうるということである。

もとより、資本主義経済においては、自由競争の中での優勝劣敗による企業の新陳代謝は不可避であるが、企業の集中を競争政策で排除すべきであることは、理論的に国際的なコンセンサスを得ている。このため、ジェニーの結論にも示されている通り、優越的地位の濫用を規制する場合、濫用行為が集中している業種、あるいは著しい悪影響を及ぼす行為を摘発の対象とするなど、限定的に運用することが経済全体の効率性のために重要である。

結局、この問題は①サプライチェーンの最下流である消費者を優先するか、②上流のサプライチェーン（多くは中小企業）を優先するか、あるいは、③両者の間で何らかのバランスが取れる均衡点をさがすのか、という3つの中からの選択を為政者と為政者を選出している国民に問いかけているように思われる。この選択が、中小企業政策としての取引適正化、優越的地位の濫用の禁止の意義と限界を画することになる<sup>87</sup>。

この問いに対する回答を出すためには、優越的地位の濫用の経済全体に与える影響の実証研究が必要になる。この点についての（特にデータ収集の）能力は競争当局と中小企業政策当局しか有していないと思われる（消費税増税時がデータ収集の絶好の機会になると思われるた

85 大規模小売業者の優越的地位の濫用等が明るみに出ると、一時的には、消費者がその業者での購買を手控えることが考えられるが、その業者の利便性や費用対効果が相対的に優れているならば、予算制約に服している消費者の手控えは持続的ではないであろう。

86 これは、「消費者」としての利害と「従業員（労働者）」としての利害が対立していることが原因である。この利害の対立について、米国クリントン政権時の労働長官であったライシュは、「消費者」「投資家」「労働者」「市民」の四者の原子的な単位は「個人」であり、同じ人物が四者としての側面を有していることがほとんどであるが、前二者（「消費者」と「投資家」）としての利害と、後二者（「労働者」と「市民」）としての利害が分裂・相反し、前者の利害が強まりすぎ、資本主義が暴走し民主主義を侵略していると論じている（ロバート・B・ライシュ著、雨宮 寛＝今井章子訳『暴走する資本主義』東洋経済新報社（2008年6月））。

87 当然のことながら、優越的地位の濫用の禁止、取引適正化だけで、中小企業政策の目的を達成できるわけではない。

め、特措法の所管官庁である消費者庁も参画すべきかもしれない。

本稿では、自由競争に対する素朴な礼賛論に一石を投じるべく、優越的地位の濫用の不当性と濫用規制による自由競争と契約自由の原則の事後的修正の意義を強調して論じたが、このような実証研究が実施され、建設的な議論が深まることを切に希望するものである。

### (参考資料)

## 1. 下請法の3条書面と5条書類の記載事項

### 1.1 3条書面

親事業者は、発注に際して下記の具体的記載事項をすべて記載している書面（3条書面）を直ちに下請事業者に交付する義務がある。

#### 【3条書面に記載すべき具体的事項】

- (1)親事業者及び下請事業者の名称（番号、記号等による記載も可）
- (2)製造委託、修理委託、情報成果物作成委託又は役務提供委託をした日
- (3)下請事業者の給付の内容（委託の内容が分かるよう、明確に記載する。）
- (4)下請事業者の給付を受領する期日（役務提供委託の場合は、役務が提供される期日又は期間）
- (5)下請事業者の給付を受領する場所
- (6)下請事業者の給付の内容について検査をする場合は、検査を完了する期日
- (7)下請代金の額（具体的な金額を記載する必要があるが、算定方法による記載も可）
- (8)下請代金の支払期日
- (9)手形を交付する場合は、手形の金額（支払

比率でも可）及び手形の満期

- (10)一括決済方式で支払う場合は、金融機関名、貸付け又は支払可能額、親事業者が下請代金債権相当額又は下請代金債務相当額を金融機関へ支払う期日
- (11)電子記録債権で支払う場合は、電子記録債権の額及び電子記録債権の満期日
- (12)原材料等を有償支給する場合は、品名、数量、対価、引渡しの日、決済期日、決済方法

## 1.2 5条書類

親事業者は、下請事業者に対し製造委託、修理委託、情報成果物作成委託又は役務提供委託をした場合は給付の内容、下請代金の額等について記載した書類（5条書類）を作成し2年間保存する義務がある。

#### 【5条書類に記載すべき具体的事項】

- (1)下請事業者の名称（番号、記号等による記載も可）
- (2)製造委託、修理委託、情報成果物作成委託又は役務提供委託をした日
- (3)下請事業者の給付の内容（役務提供委託の場合は役務の提供の内容）
- (4)下請事業者の給付を受領する期日（役務提供委託の場合は、下請事業者が役務の提供をする期日・期間）
- (5)下請事業者から受領した給付の内容及び給付を受領した日（役務提供委託の場合は、下請事業者から役務が提供された日・期間）
- (6)下請事業者の給付の内容について検査をした場合は、検査を完了した日、検査の結果及び検査に合格しなかった給付の取扱い

- (7)下請事業者の給付の内容について、変更又はやり直しをさせた場合は、内容及び理由
- (8)下請代金の額（算定方法による記載も可）
- (9)下請代金の支払期日
- (10)下請代金の額に変更があった場合は、増減額及び理由
- (11)支払った下請代金の額、支払った日及び支払手段
- (12)下請代金の支払につき手形を交付した場合は、手形の金額、手形を交付した日及び手形の満期
- (13)一括決済方式で支払うこととした場合は、金融機関から貸付け又は支払を受けることができることとした額及び期間の始期並びに親事業者が下請代金債権相当額又は下請代金債務相当額を金融機関へ支払った日
- (14)電子記録債権で支払うこととした場合は、電子記録債権の額、下請事業者が下請代金の支払を受けることができることとした期間の始期及び電子記録債権の満期日
- (15)原材料等を有償支給した場合は、品名、数量、対価、引渡しの日、決済をした日及び決済方法
- (16)下請代金の一部を支払い又は原材料等の対価を控除した場合は、その後の下請代金の残額
- (17)遅延利息を支払った場合は、遅延利息の額及び遅延利息を支払った日

**2. 公正取引委員会「フランチャイズ・チェーン本部との取引に関する調査報告書－加盟店に対する実態調査－」(2011年7月) (抜粋)**  
(調査結果の評価)

**1 本部の加盟店募集**

本部は、加盟希望者を募集するために、各種資料を作成し、説明を行っているところ、当該資料及び説明において、特に「予想売上げや収支モデルの額」について、加盟前に本部が開示した提示額よりも実際の額の方が低かったと回答した加盟店の割合がコンビニエンスストアでは53.0%、コンビニエンスストア以外では44.4%といずれも高く、「経営指導の内容」、「再契約(契約更新)の条件」、「経営支援の内容」、「ロイヤルティ」等についても、加盟前に本部が開示した内容と実際の内容が異なっていたと回答した加盟店の割合が高かった。以上の結果から、本部が開示した各種資料に記載した内容や本部が説明した内容が正確性を欠いている又は十分でない場合もあると考えられ、これに起因して、実際のフランチャイズ・システムの内容よりも著しく優良又は有利であると誤認させ、競争者の顧客を自己と取引するように不当に誘引する場合には、ぎまんの顧客誘引として独占禁止法上問題となるおそれがある。

次に、本部から契約書が提示された時期については、「契約当日」に提示されたと回答した加盟店の割合が、コンビニエンスストアでは51.2%、コンビニエンスストア以外でも29.0%と高かった。このことから、フランチャイズ・ガイドラインにもあるように、本部は、加盟希望者との契約の締結に当たって、契約書等により契約内容に関する情報の開示及び説明を行い、加盟希望者が加盟を希望する本部について十分検討を行うために必要な期間をおいて行うことを徹底することで、独占禁止法違反行為の未然防止を図ることが重要であると思わ

れる。

なお、日本フランチャイズチェーン協会が定めている「JFA 開示自主基準」では、契約の締結に当たって、加盟希望者への契約書の交付・説明後7日間以上の期間をおいて行うことが推奨されている。

## 2 契約締結後の本部と加盟店との取引

### (1)商品の仕入先

加盟店における商品の仕入先については、「本部又は本部が推奨する仕入先」からのみ仕入れていると回答した加盟店の割合が、コンビニエンスストアでは74.4%、コンビニエンスストア以外でも64.5%と、いずれも高かった。また、「本部又は本部が推奨する仕入先」以外から商品を仕入れたときの本部の対応については、「特段の対応はなかった」と回答した加盟店の割合が、コンビニエンスストアでは85.9%、コンビニエンスストア以外では90.0%と、大部分となっていた。しかしながら、ヒアリングによれば、一般的に、加盟店が「本部又は本部が推奨する仕入先」以外から実際に仕入れている商品は、本部の推奨商品として取扱いがない商品など限定的なものであった。

したがって、本調査結果からは、商品の仕入先に関して加盟店は強く問題視しているとは見受けられないものの、本部の推奨商品に係る本部の加盟店に対する仕入先への関与についてまで問題ないかどうか判断することはできない。

### (2)商品の仕入数量

加盟店における商品の仕入数量については、本部から加盟店に対して商品の仕入数量の提示がされていると回答した加盟店の割合が、コ

ンビニエンスストアでは48.8%、コンビニエンスストア以外では22.6%であった。また、商品の仕入数量に係る具体的な事例として、フランチャイズ・チェーンにおける加盟店の評価が再契約の考慮要素となるとされることもあるところ、特定の商品について、一定割合以上が売れ残った場合に有利な評価をされるため、加盟店が必要と考える数量よりも多量の商品の仕入れを強いられている旨の回答や、加盟店のオーナー不在時に勝手に経営指導員に商品を発注され仕入れさせられる旨の回答が見受けられた。このような事例において、本部が加盟店に対して取引上優越した地位にある場合に、加盟店に対して、フランチャイズ・システムによる営業を的確に実施するために必要な限度を超えて、例えば、各加盟店の立地条件等を全く考慮することなく全国平均の数量を基準として一律に適用し商品の陳列を求めるなど根拠のない条件を基に、本部が加盟店に対して実際に必要とする数量を超えて仕入れを行わせることにより、正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えているときは、優越的地位の濫用として独占禁止法上問題となるおそれがある。

### (3)商品の廃棄

加盟店において商品を廃棄した場合の廃棄商品に係る原価相当額の負担について、「廃棄商品の原価相当額の一部を本部が負担している」と回答した加盟店の割合は、コンビニエンスストアでは35.6%、コンビニエンスストア以外では12.9%となっており、コンビニエンスストアでは加盟店に一方向的に原価相当額を全額負担させるという状況が変わりつつあるように見受けられたが、依然として、「加盟店の全額負

担となっている」と回答した加盟店の割合も高く、コンビニエンスストアでは60.0%、コンビニエンスストア以外では71.0%であった。

このように廃棄商品に係る原価相当額の一部又は全部が加盟店の負担となる状況や、前記(2)記載のとおり、本部から仕入数量の提示がなされている状況があるにもかかわらず、具体的な事例として、本部が設定した販売期限を過ぎた商品を販売した実績があると、加盟店の評価において、不利な評価をされるため、加盟店は本部と継続的に契約をするためには、本部の設定する販売期限に合理性を感じないが、消費期限前の商品であっても廃棄せざるを得ない旨の回答も見受けられた。このような事例においては、本来、鮮度管理や品質管理の観点から、本部が設定した販売期限に合理的根拠がない場合であっても、加盟店は消費（賞味）期限前の商品を廃棄せざるを得ず、本部が加盟店の廃棄に係る負担を軽減する機会を失わせるおそれがあるため、本部が加盟店に対して取引上優越した地位にある場合において、フランチャイズ・システムによる営業を的確に実施するために必要な限度を超えて、正常な商慣習に照らして不当に加盟店に不利益を与えるときは、優越的地位の濫用として独占禁止法上問題となるおそれがある。

#### (4)商品の販売価格

加盟店における商品の販売価格については、「本部から推奨された販売価格とは異なる価格で販売することもある」と回答した加盟店の割合が、コンビニエンスストアでは54.1%、コンビニエンスストア以外では48.4%であり、さらに、これら加盟店のうち「見切り販売をしたこ

とがある」と回答した割合は、コンビニエンスストアでは、89.8%、コンビニエンスストア以外では93.3%と、非常に高かった。しかしながら、ヒアリングによれば、一般的に、見切り販売をしているとして挙げられた事例は、季節商品や新商品導入時における旧商品の在庫処分など限定的なものであった。

商品の販売価格に係る具体的な事例として、見切り販売を行っている加盟店に対しては、契約の解除や不利益な取扱いをすることで、見切り販売を実質的に制限される旨の回答や、見切り販売を行う際のシステム上の価格変更処理が煩雑なものに変更され、見切り販売の実施を諦めざるを得ない旨の回答、ファストフードについては本部の指定する価格で販売することが契約書で義務付けられている旨の回答があったことに鑑みると、本部には、加盟店が推奨された販売価格とは異なる価格で商品を販売することについて否定的な部分があるように見受けられた。これらの事例において、本部が加盟店に対して取引上優越した地位にあり、フランチャイズ・システムによる営業を的確に実施するために必要な限度を超えて、正常な商慣習に照らして不当に加盟店に不利益を与えるときは、優越的地位の濫用として独占禁止法上問題となるおそれがある。また、本部が加盟店に商品を供給している場合であって、加盟店の販売価格（再販売価格）を拘束するとき又は本部が加盟店に商品を直接供給していない場合であって、加盟店が供給する商品（役務）の価格を不当に拘束するときには、再販売価格の拘束又は拘束条件付取引として独占禁止法上問題となるおそれがある。

## (5)新規事業の導入

(略)

### (公正取引委員会の対応)

今回の調査結果を踏まえ、公正取引委員会は、本部及び関係事業者団体（日本フランチャイズチェーン協会）等に対して、次の対応を行うこととする。

- 1 本部及び本部の経営指導員に対する業種別講習会を実施するなどにより、本部と加盟者の取引の公正化を推進し、違反行為の未然防止に努める。
- 2 本部による独占禁止法上の違反行為が行われることのないようにするため、関係事業者団体（日本フランチャイズチェーン協会）に対して、本調査結果を報告するとともに、本部が問題点の解消に向けた自主的取組を行えるよう、改めてフランチャイズ・ガイドラインの内容を傘下会員に周知徹底するなど、業界における取引適正化に向けた自主的な取組を要請する。
- 3 本部と加盟者の取引については、取引実態及び本部の加盟者に対する問題行為の更なる把握に努めるとともに、仮に、独占禁止法に違反する行為が認められた場合には厳正に対処する。

### 3. 公正取引委員会「金融機関と企業との取引慣行に関する調査報告書」（平成18年6月）

で示された「独占禁止法上の考え方」

ア 融資に関する不利益な取引条件の設定・変更  
融資に当たっての適用金利、返済期限、担保等の取引条件については、金融機関と借り手

企業との間において、当事者間の自由かつ自主的な判断に基づく協議を通じて決定されるべきものである。

しかしながら、金融機関が、融資等を通じた影響力を背景として、借り手企業に対して、正常な商慣習に照らして不当に不利益となるように取引条件を設定・変更する場合には、当該借り手企業の自由かつ自主的な判断による取引が阻害され、当該借り手企業が競争上不利な地位に置かれるおそれがある。

例えば、取引上優越した地位にある金融機関が借り手企業に対して次のような行為を行うことは、独占禁止法上問題となる（第2条第9項第5号）。

- 借り手企業に対し、その責めに帰すべき正当な事由がないのに、要請に応じなければ今後の融資等に関し不利な取扱いをする旨を示唆すること等によって、契約に定めた変動幅を超えて金利の引上げを受け入れさせ、又は契約に定めた返済期限が到来する前に返済させること。
- 債権保全に必要な限度を超えて、過剰な追加担保を差し入れさせること。
- 借り手企業に対し、要請に応じなければ次回の融資が困難となる旨を示唆すること等によって、期末を越える短期間の借入れや一定率以上の借入シェアを維持した借入れを余儀なくさせること。

### イ 自己の提供する金融商品・サービスの購入要請

金融機関が創意・工夫に基づいて金融商品・サービスを顧客に対し積極的に販売すること



は、金融機関の自由な事業活動の展開を示すものである。

しかしながら、金融機関が、融資等を通じた影響力を背景として、借り手企業に対して、自己の提供する金融商品・サービスを購入させる場合には、借り手企業の自由かつ自主的な判断による取引が阻害され、当該金融機関の競争者が競争上不利な地位に置かれるおそれがある。

例えば、取引上優越した地位にある金融機関が借り手企業に対して次のような行為を行うことは、独占禁止法上問題となる（第2条第9項第5号）。

- 債権保全に必要な限度を超えて、融資に当たり定期預金等の創設・増額を受け入れさせ、又は預金が担保として提供される合意がないにもかかわらず、その解約払出しに応じないこと。
- 借り手企業に対し、要請に応じなければ融資等に関し不利な取扱いをする旨を示唆して、自己の提供するファームバンキング、デリバティブ商品、社債受託管理等の金融商品・サービスの購入を要請すること。

#### ウ 関連会社等との取引の強要

金融機関が、融資等を通じた影響力を背景として、借り手企業に対して、自己の関連会社等との取引を強制する場合には、借り手企業の自由かつ自主的な判断による取引が阻害され、当該金融機関の関連会社等の競争者が競争上不利な地位に置かれるおそれがある。

例えば、金融機関が融資等を通じた影響力を背景として次のような行為を行うことは、独占禁止法上問題となる（第2条第9項第5号、

一般指定第10項）。

- 融資に当たり、要請に応じなければ融資等に関し不利な取扱いをする旨を示唆して、自己の関連会社等が提供する保険等の金融商品の購入を要請すること。
- 融資に当たり、要請に応じなければ融資等に関し不利な取扱いをする旨を示唆して、社債の引受けや企業年金運用の受託等の金融サービスの購入を要請すること。
- 融資に当たり、自己の関連会社等と継続的に取引するよう強制すること。

#### エ 競争者との取引の制限

金融機関が、融資等を通じた影響力を背景として、借り手企業に対して、自己又は自己の関連会社等の競争者と取引しないようにさせる場合には、借り手企業は取引先選択の自由を制限され、当該金融機関又はその関連会社等の競争者の取引機会が減少するおそれがある。

例えば、金融機関が借り手企業に対して融資等を通じた影響力を背景として次のような行為を行うことは、独占禁止法上問題となる（第2条第9項第5号、一般指定第12項）。

- 借り手企業に対し、他の金融機関から借入れを行う場合には貸出条件等を不利にする旨を示唆して、他の金融機関から借入れをしないよう要請すること。
- 自己の関連会社等の競争者との取引を制限することを条件として融資を行うこと。

#### オ 借り手企業の事業活動への関与

金融機関が、融資等を通じた影響力を背景として、借り手企業に対して、不当に事業活動

に関与する場合には、当該借り手企業の自由かつ自主的な判断による事業活動が阻害され、当該借り手企業が競争上不利な地位に置かれるおそれがある。

例えば、取引上優越した地位にある金融機関が借り手企業に対して次のような行為を行うことは、独占禁止法上問題となる（第2条第9項第5号）。

- 要請に応じなければ今後の融資等に関し不利な取扱いをする旨を示唆すること等によって、自己又は自己の関連会社等の株式を取得させること。
- 資金調達を選択又は資産処分に干渉するなど資金の調達・運用又は資産の管理・運用を拘束し、借り手企業に不利益を与えること。