

優越的地位の濫用規制の来し方・行く末：覚書

神戸大学特命教授 根 岸 哲

はじめに

近年、公正取引委員会（以下「公取委」という。）による独占禁止法（以「独禁法」という。）の執行において、優越的地位の濫用規制の重要性が著しく高まっている。独禁法の執行において、優越的地位の濫用規制は、筆頭のカルテル・談合の禁止に次いでいる、或いはカルテル・談合の禁止と並んでいる、といってもよい(1)。

特に、最近では、公取委は、独禁法上の最大の課題となっているデジタル・プラットフォーム事業者規制に腐心している(2)が、その重要な一環を構成するものとして、「デジタル・プラットフォーム事業者と個人情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」(令和元(2019)年12月)を公表し、従来、専ら事業者間の取引にのみ適用してきた優越的地位の濫用規制を対消費者取引にも拡大することを初めて明らかにし、デジタル・プラットフォーム事業者規制に重要な一役を買うこととなったのである。

優越的地位の濫用規制は、原始独禁法ではなく、昭和28(1953)年改正法によって不公正な取引方法の1類型として初めて導入(旧2条7項5号)された。しかしながら、優越的地位の濫用規制は、その導入当初、「公正且つ自由な競争の促進」を目的とする独禁法との整合性に疑問が提起され、その異質性が強調されていた(3)こともあり、その助走に相当の期間を要することとなった。優越的地位の濫用規制－旧一般指定10－が単独で発動されるのは、三越事件同

意審決昭和57（1982）年6月17日審決集29巻31頁を待たなければならなかった。

このように、近年の公取委による優越的地位の濫用規制発動の積極性と導入当初の消極性とは対照的であるが、以下では、導入当初、提起されていた独禁法の目的である「公正且つ自由な競争の促進」との整合性や異質性に係る疑問について、どのように克服していったのか、或いは今日でも克服し得ているのか、検討を加えることとしたい。

- (1) 例えば、『令和元年版独占禁止白書－公取委年次報告』（公正取引協会 令和元（2019）年）4，8頁，公取委事務総局編令2（2020）年1月9日「公取委の最近の活動状況」（公正取引協会）2，7，10，21頁参照。
- (2) 杉本和行（公取委委員長）『デジタル時代の競争政策』（日本経済新聞社 令和元（2019）年）特に118～141頁。
- (3) 今村成和『独占禁止法』（有斐閣 昭和36（1961）年）126～129，131～133頁，『独占禁止法（新版）』（有斐閣 昭和53（1978）年）146～148，152頁にも同じ叙述が引き継がれている。

I 不公正な競争方法の禁止から不公正な取引方法の禁止へ

原始独禁法は、19条で不公正な競争方法を禁止していたが、昭和28（1953）年の改正によって、19条は、不公正な競争方法の禁止から不公正な取引方法の禁止へと改正された。

昭和28（1953）年改正法は、2条7項で、不公正な取引方法とは、左の各号の一に該当する行為であって、公正な競争を阻害するおそれ（以下「公正競争阻害性」という。）があるもののうち、公取委が指定するものをいう、と定め、その5号で、「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」と定めた。そこで、公取委は、これを受け、一般指定10として、「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」と定めるとともに、昭和29

(1954)年12月、特に百貨店業者の納入業者に対する優越的地位の濫用規制を行うため不公正な取引方法の特殊指定(百貨店業告示「百貨店業に於ける特定の不公正な取引方法」(昭和29年12月21日公取委告示))を制定するに至った。また、昭和31(1956)年6月、優越的地位の濫用規制の補完法(「特別法」として下請代金遅延等防止法(以下「下請法」という。))も制定された。

2条7項が、不公正な取引方法の一類型として、5号に「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」と定めるに至ったのは、昭和28(1953)年の改正により従来存在した「不当な事業能力の格差の排除に関する規定が削られたのに対処して、大規模事業者や事業者の結合体等がその優越した地位を利用して、中小企業その他を不当に圧迫するような取引を行う場合にこれを厳に取り締まる為」に新たに追加されたものであると説明されていた(公取委事務局編『改正独禁法解説』(唯人社 昭和28(1953)年)214頁)。独禁法により大規模事業者・中小企業間の取引条件に直接介入できる中小企業保護の橋頭堡としての役割が期待されたのである。しかしながら、他方では、大規模事業者間の自由な競争と中小企業間の自由な競争の中で取引先を選択し相互の取引条件が設定されるのであるが、公取委が、そのようにして設定される取引条件に直接介入することを認めるものであり、優越的地位の濫用規制は自由な競争との緊張関係に立つことになる。

いずれにせよ、これらにより、優越的地位の濫用規制発動のための舞台は、整ったように見えた。しかしながら、上述のように、一般指定10が単独で発動されるのは、昭和57(1982)年6月の三越事件同意審決を待たなければならなかった。また、特殊指定の百貨店業告示違反として法的措置が初めて採られたのも、平成16(2004)年4月のポストフル事件勧告審決平16・4・14審決集51・408であった(1)。百貨店業告示の正式発動に時間がかかったことについては、「公取委では、基本的には百貨店の自主的な改善努力を促進する方向で問題の解決を図ってきたようである。その背景には、個々の事件として取り上げたとしても、百貨店と納入業者の取引関係を悪化させるだけであり、また、取引上劣った地位にある納入業者から正確な意思表示も期待できなかったため

はないかと考えられる。」(粕淵功『大規模小売業告示の解説』(商事法務 平成17(2005)年12月)5頁)と述べられているが、このことは、優越的地位の濫用を定める一般指定10についてもそのまま当てはまるものであるとみられる。

しかし、優越的地位の濫用規制発動が遅れたのは、不公正な取引方法の一類型として2条9項5号に定められた取引上の地位の不当利用、そしてこれを受けて指定された優越的地位の濫用には、独禁法の「公正且つ自由な競争の促進」という目的、より具体的には、不公正な取引方法の「公正な競争を阻害するおそれがある」という効果要件と整合的に説明が可能であるのか、という基本的な疑問が提起されていたことにも起因するものであった、とみられる。

このような疑問を提起したのは、今村成和先生であった。

今村先生は、不公正な取引方法の一類型として2条9項5号に定められた取引上の地位の不当利用について、「不公正な取引方法とされるのは、『公正な競争を阻害するおそれがある』からであって、単に、経済的強者の弱者に対する不当な支配行為であるためではない。しかるに、本号の行為は、直接には競争秩序に影響を及ぼすことのないもので、これを右の要件とどう結びつけて理解するべきやには、問題がある。」(2)と述べて、法体系上の問題があると指摘していた。そして、「公正な競争を阻害するおそれがある」という要件の解釈を余りに厳密に解するならば、本号に基づく折角の指定も意味をなさなくなることから、本号の趣旨を全面的に生かすためには、この要件の方を歩み寄らせることとし、第一に、自己の取引上の地位を不当に利用して相手方と取引することは、自己の競争者としての地位を不当に強化することであり、第二に、それによって、中小企業の健全な発達を妨げることは、その者の競争者としての地位を弱めることであるから、結局において、公正な競争を阻害するおそれがある、と解することも考えられるとしつつ、しかし、本号に掲げる行為の悪性は、本来、このような形で理解されるべき性質のものではなく、むしろ、不公正な取引方法の禁止とは拘わりのない、別個の規制として、定むべきものであったろう、と述べていた(3)。

一方、昭和28(1953)年の独禁法改正当時の改正法担当者においては、この

点について、明確に説明してないばかりか、議論された形跡自体も見当たらず、「元来、独禁法上の不公正な取引方法は、経済的強者たる立場にあるものが主としてこれを行い得るもの・・・であるが、この新設の経済力濫用禁止の規定はこれを端的に示すものである」と述べるのにとどまっていた、といわれる(4)。

- (1) 百貨店業告示が適用された事件は、平成16(2004)年3月から平成17(2005)年4月までポストフル事件を含む6件であった。その後、適用対象と禁止行為を拡大する大規模小売業告示(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(2005)年5月13日公取委告示11号へと移行することとなった。粕淵功『大規模小売業告示の解説』(商事法務平成17(2005)年12月)。
- (2) 今村成和『独占禁止法』(有斐閣 昭和36(1961)年)127頁。その叙述は、同『独占禁止法(新版)』(有斐閣 昭和53(1978)年)146頁にそのまま引き継がれている。
- (3) 今村・前掲(1)128～129頁。その叙述は、同『独占禁止法(新版)』(有斐閣 昭和53年)148頁にそのまま引き継がれている。
- (4) 平林英勝『独占禁止法の歴史(上)』(信山社 平成24年)225頁。

Ⅱ 不公正な取引方法の一般指定の改正(昭和57(1982)年6月18日)

不公正な取引方法の一般指定は、昭和28年独禁法改正を受け、昭和28年9月に制定され、その後、全く改正されることはなかった。しかし、公取委は、その後の経済取引の変化を踏まえ、一般指定を明確化する観点から、設置し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」報告書(1)を踏まえ、昭和57(1982)年6月18日、全面的な改正が行った。

これを受け、優越的地位の濫用は、新しく一般指定14に定められることになった。それによると、まず、柱書で、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、と定める。そして、1号は、継続して取引する相手方に対し、当該取引に係る商品又は役務以外の商品又は役務を購入させること、2号は、継続して取引する相手方に対し、自己のために金銭、役務その他の経済上の利益を提供させること、3号は、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、4号は、前3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、とそれぞれ定める。そして、5号は、取引の相手方である会社に対し、当該会社の役員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るさせること、と定める。上掲三越事件同意審決は、旧一般指定10が適用された事件であるが、実質的には新一般指定14の1号及び2号を先取りする形で、押し付け販売と協賛金の要請とがそれぞれ優越的地位の濫用に該当することを明らかにした事件であった。

ここで重要なことは、公取委が、新一般指定14を定めるに当たって、優越的地位の濫用の公正競争阻害性につき、新たな根拠を示したことであった。公取委は、独占禁止法判例研究会報告書を踏まえ、優越的地位の濫用の公正競争阻害性を、取引主体の自由かつ自主的な判断により取引が行われるという自由な競争の基盤が侵害されること、に求めることを明らかにした(2)。独占禁止法判例研究会報告書は、自由競争基盤の侵害については、次のように考えることができるとして、「取引主体の自由かつ自主的な判断により取引が行われるという自由競争基盤の保持の侵害としてとらえるものであり、これは優越的地位にある事業者が、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。これらの侵害は、市場における自由な競争そのものを直接侵害するおそれがあるものではないが、当該取引の相手方の競争機能の発揮の妨げとなる行為であり、このような行為は、第一に、不利益を押し付けられる相手方は、その競争者との関係において競争条件が不利となり、第二に行為者の側においても、価格・品質による競争とは別の要因によって有利な取扱いを獲得して、競争上優位に立つおそれがある。」と述べていた(3)。

筆者は、独占禁止法研究会のメンバーであり、このような根拠の捉え方を積極的に支持していた。しかしながら、このような捉え方に対しても、今村先生は、厳しい批判を加えられた。「この行為が、取引の相手方の競争機能の発揮を妨げ、自由な競争基盤を侵害する行為であるという観点から説明する説があるが、このようなことは、この行為の基盤としてある状態であって行為の結果ではない。本号（筆者注－2条9項5号）に基づいて、一般指定14は、優越的地位の濫用を不公正な取引方法として指定しているが、ここで違法とされているのは、濫用行為であって、優越的地位そのものではない。だから、濫用行為が排除されても、優越的地位は残るわけであるし、もともと優越的地位とは、濫用行為に基づいて生じたのではないのだから、この行為を排除することで、自由競争基盤が確保されることになるというのも理由のない説である。」(4)と。

これに対し、筆者は、「しかし、取引上の地位に相対的な優劣の差があることそれ自体は、広範に存在する通常の競争状態を示しているのであって、競争政策上とくに問題にするべきことではない。したがって、取引上相対的に優越した地位にあることそれ自体によって自由競争基盤の侵害があるわけではない。また、取引上の地位の相対的な優劣の差が各当事者の取引条件の利益状況に反映することも競争政策上当然のことである。しかし、一般指定14項は、優越的地位にあるものが取引の相手方の自主性を抑圧し不当に不利益な条件を押しつけるような濫用行為－それは取引上著しく不公正な行為といいかえることもできる－を行うことが各当事者が自主的に取引することを基盤として成立している公正かつ自由な競争秩序の形成を困難にするものであるとして、規制を加えるのである。当事者の自主性が抑圧されて著しく不公正な取引が横行しているところでは公正かつ自由な競争秩序は成り立たないからである。確かに濫用行為を排除したからといって、直ちに自由競争基盤の完全な回復につながるわけではない。しかし、濫用行為を排除することによって不当に不利益な条件の押しつけはできなくなり、その限りで取引の相手方に自主性を回復させることになり、各当事者の自主的な取引の成立を可能にする自由競争基盤の確保にある程度寄与することは疑いない。」と反論していた(5)(6)。

- (1) 独占禁止法研究会報告書は、田中寿編『不公正な取引方法－新一般指定の解説－』別冊NBL no.9 (昭和57 (1982) 年9月) 100～106頁に掲載されている。
- (2) 田中・前掲注(1)10～11頁。
- (3) 独占禁止法研究会報告書・前掲注(1)101頁。
- (4) 今村成和『独占禁止法入門』(有斐閣昭和58 (1983) 年) 50～51頁。同(3版)(平成4 (1992) 年) 163頁にも同じことが述べられ、さらに、その117頁では、「自由競争の『基盤の確保』は、私的独占の禁止にはじまる独禁法の全体系が目標としていることで、5号がそのために設けられた、というような見方は、その発想において既に誤っている。」と述べられていた。
- (5) 拙稿「不公正な取引方法と独占禁止法」『独占禁止法の基本問題』(有斐閣平成2 (1990) 年) 所収(初出民商法雑誌93巻臨時増刊号(2)「特別法からみた民法」(昭和61 (1986) 年3月) 389頁) 153, 161～162頁。
- (6) 今村先生は、最終的には、「結局のところ、この行為の公正競争阻害性は、競争原理が働かないことを利用しての、優越的地位の濫用行為であることに求めるより外ない」と述べられていた。今村・前掲注(4)『独占禁止法入門(3版)』165頁。このような捉え方は、「優越的地位濫用規制とは、市場支配的状態の究極形態としての、行為者による相手方からの搾取それ自体に着目したものである、と位置付ける。」と述べる白石忠志『独占禁止法(3版)』(有斐閣平成28 (2016) 年) 417頁においても実質的に共通している。しかし、有効な競争が展開されている市場においても、1対1の取引関係において優越的地位の濫用は起こり得るのであり、1対1の取引関係において優越的地位の濫用が生じる場合について、競争原理が働かないことを利用したもの、あるいは市場支配状態の究極形態である、と捉えることには違和感がある。

Ⅲ 法定化された優越的地位の濫用類型に対する課徴金賦課と優越的地位の濫用ガイドライン

優越的地位の濫用規制の独禁法上の重要性を大きく引き上げるに至ったの

は、平成21（2009）年独禁法改正（1）により、優越的地位の濫用の一定類型を法定化したことと、法定類型化された優越的地位の濫用を課徴金賦課（取引の相手方との取引額の1%を算定基礎とする）の対象とした—しかも、他の法定類型の不公正な取引方法である共同の供給拒絶、差別対価による供給、不当廉売及び再販売価格の拘束については10年以内の2回目の場合に課徴金賦課が限定されているのに対し、優越的地位の濫用については1回目から課徴金が賦課される—こと、にあった。このことを受け、公取委は、優越的地位の濫用に係る法運用の透明性、事業者の予測可能性を向上させる観点から、「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」(以下「優越的地位の濫用ガイドライン」という。)(平成22（2010）年11月30日)を公表した。

優越的地位の濫用ガイドラインは、優越的地位の濫用の公正競争阻害性につき、(1) 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、(2) 当該取引の相手方はその競争者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ところに求めることを明らかにしている。

このうち、(1)は、公取委が、昭和57（1982）年の新一般指定の制定時に明らかにしていたものである。しかしながら、(2)は、新一般指定の制定時には掲げられていなかったものであり、新たに追加されたものである。(2)が何故追加されたのかは、必ずしも明らかではないが、優越的地位の濫用が課徴金の賦課対象になったことによるものと推測される。優越的地位の濫用の公正競争阻害性の根拠が(1)のみであると、取引の相手方ごとの且つ違反行為ごとの取引額を課徴金の算定基礎としなければならず、課徴金の算定が煩雑になり、課徴金賦課が困難になると考えられたからであり、(2)を公正競争阻害性の根拠とできるのであれば、取引の相手方を問わず最初の取引の相手方に対する違反行為の始めから最後の取引の相手方に対する違反行為が終了するまで全体を1つの違反行為とみなして、それらの取引額全体を課徴金の算定基礎とすることが可能になると考えられたからである、と推測される。

この(2)の説明については、上に掲げたように、かつて今村先生が、「『公正な

競争を阻害するおそれがある』という要件の解釈を余りに厳密に解するならば、本号に基づく折角の指定も意味をなさなくなることから、本号の趣旨を全面的に生かすためには、この要件の方を歩み寄らせることとし、第一に、自己の取引上の地位を不当に利用して相手方と取引することは、自己の競争者としての地位を不当に強化することであり、第二に、それによって、中小企業の健全な発達を妨げることは、その者の競争者としての地位を弱めることであるから、結局において、公正な競争を阻害するおそれがある、と解するのである。」(2)と述べていたのを借用したようにみえる。しかし、今村先生は、直ぐ後に続けて、本号に掲げる行為の悪性は、本来、このような形で理解されるべき性質のものではなく、むしろ、不公正な取引方法の禁止とは拘わりのない、別個の規制として、定むべきものであったろう、と述べていたのである(3)。また、独占禁止法研究会報告書も、優越的地位の濫用の公正競争阻害性の根拠を自由競争基盤の侵害に求めるものであったが、「これらの侵害は、市場における自由な競争そのものを直接侵害するものではないが、当該取引の相手方の競争機能の発揮の妨げとなる行為であり、このような行為は、第一に、不利益を押し付けられた相手方は、その競争者との関係において競争条件が不利となり、第二に行行為者の側においても、価格・品質による競争とは別の要因によって有利な取扱いを獲得して、競争上優位に立つこととなるおそれがある。」とも述べていた(4)。しかし、この説明は、優越的地位の濫用規制が、単に1対1の民事紛争の解決ではなく、市場の競争秩序への悪影響と無関係ではないことを説明して、独禁法上取り上げることが許容される、ことを述べたものであることに留意する必要がある。

平成21(2009)年独禁法改正に基づき優越的地位の濫用に対して課徴金が賦課された事件が、山陽マルナカ事件平成23(2011)年6月22日排除措置・課徴金納付命令、日本トイザラス事件平成23(2011)年12月13日排除措置・課徴金納付命令、エディオン事件平成24(2012)年2月16日排除措置・課徴金納付命令、ラルズ事件平成25(2013)年7月3日排除措置・課徴金納付命令、ダイレックス事件平成26(2014)年6月5日排除措置・課徴金納付命令と立て続けに5

件が登場した。いずれの事件も、審判手続が開始され、審決が出されており(5)、このうち、日本トイザラス事件を除き4件について、審決取消訴訟が係属している。しかし、5件の後は、正式事件は登場していない(6)。

これらの5件の審決では、いずれも、優越的地位の濫用の公正競争阻害性につき、上記優越的地位の濫用ガイドラインに従って、(1)自由競争の基盤である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ことと(2)当該取引の相手方はその競争者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ことの、2つに求めているように見える。しかし、(1)については、取引の相手方ごとに、特定の行為ごとに、証拠に基づき具体的な判断を行っているのに対し、(2)については、抽象的に述べるのみで、証拠に基づく具体的な判断は全く行われていない。それにもかかわらず、(2)を課徴金賦課の決定的な拠り所としている。

すなわち、5件の審決は、いずれも、優越的地位の濫用行為の規制趣旨に照らせば、濫用行為は、「これが複数みられるとしても、また、複数の取引先に対して行われたものであるとしても、それが組織的、計画的に一連のものとして実行されているなど、それらの行為を行為者の優越的地位の濫用として一体として評価できる場合には、独占禁止法上一つの優越的地位の濫用として規制されると解するのが相当である」と述べているからである。最初の取引の相手方に対する優越的地位の濫用から最後の取引の相手方に対する優越的地位の濫用に至るまで、その間、特定の取引の相手方に対する優越的地位の濫用が始まっていなくとも、特定の取引の相手方に対する優越的地位の濫用が終わっていても、これらの取引の相手方を含めすべての取引の相手方に対する優越的地位の濫用が最初から最後まで継続して行われているものとみなして、課徴金賦課を行っている。

しかしながら、このような課徴金賦課の手法は違法で許されない。5件とも、優越的地位の濫用に該当するか否かは、特定の個別の取引の相手方ごとに特定の行為ごとに判断されているのであり、したがって、優越的地位の濫用に対する課徴金賦課も特定の取引の相手方ごとに特定の行為ごとの取引額を基礎とし

て算定して行わなければならないはずである。優越的地位の濫用に対する課徴金賦課の根拠規定である20条の6は、「(当該違反行為の相手方が複数ある場合には当該違反行為のそれぞれの相手方との間における政令で定める方法により算定した売上額又は購入額の合計額とする。)」と定めている。この規定は、優越的地位の濫用は特定の個別の取引の相手方ごと特定の行為ごとに成立することを前提として、それぞれの取引の相手方との間の特定の行為ごとにおける取引額の合計額が課徴金の算定基礎となることを示している。5件の審決が採用する優越的地位の濫用に対する課徴金賦課の手法は、上述のように、優越的地位の濫用の公正競争阻害性の根拠にうちの(2)を拠り所とするものと推測されるが、5件の審決のいずれも(2)に係る判断を全く行っておらず、これを課徴金賦課の拠り所とすることができないことも明らかである。取引の相手方が多数である場合には、課徴金賦課が煩雑となり執行が困難となり得る。しかしながら、そうであるとするならば、少なくとも法改正によってその困難に対処すべきであり、執行の便宜のための解釈的手法によりこの困難を突破することは許されない。課徴金の賦課は、行政権力による強制的な金銭徴収であることに留意する必要がある。

- (1) 平成21年独禁法改正については、担当官解説である藤井宣明・稲熊克紀編著『逐条解説・平成21年改正独占禁止法』(商事法務平成21(2009)年)、その詳細な検討は長澤哲也『平成21年改正独禁法の解説と分析』(商事法務平成21(2009)年)参照。
- (2)(3) 今村成和『独占禁止法』(有斐閣 昭和36(1961)年)128~129頁。その叙述は、同『独占禁止法(新版)』(有斐閣 昭和53(1978)年)148~149頁にそのまま引き継がれている。
- (4) 独占禁止法研究会報告書は、田中寿編『不公正な取引方法-新一般指定の解説-』別冊NBL no.9(昭和57(1982)年9月)100~106頁に掲載されているが、その101頁。
- (5) 山陽マルナカ事件審決平成31(2019)年2月20日、日本トイザラス事件審決

平成27（2015）年6月4日，エディオン事件審決令和元（2019）年10月2日，ラルズ事件審決平成31（2019）年3月25日，ダイレックス事件審決令和2（2002）年3月25日。

- (6) 警告が3件－岩手県産事件平成30年11月21日，大阪瓦斯事件平成31年1月24日，丸井産業事件令和元年5月15日－と，確約手続による解決が2件－ゲンキー確約計画認定令和2（2020）年8月5日，アマゾン確約計画認定令和2（2020）年9月10日－である。これらのことは，課徴金賦課の困難性を考慮した運用を志向していることを示しているのかもしれない。

また，優越的地位の濫用が課徴金の賦課対象になった後，特殊指定の大規模小売業告示が適用されることはなくなっている。その理由は明らかでなく，公取委においてもその理由について明らかにされたことはない。

Ⅳ デジタル・プラットフォーム事業者による消費者の個人情報等の取得・利用に係る優越的地位の濫用ガイドライン－事業者と消費者との取引における優越的地位の濫用

デジタル・プラットフォーム事業者は，消費者の個人情報等の取得又は利用と引換えにサービス（検索エンジン，SNSなど）を無料で提供するというビジネスモデルを採用しているが，公取委は，デジタル・プラットフォーム事業者が，不公正な手段により個人情報等を取得又は利用することにより，消費者に不利益を与えるとともに，公正かつ自由な競争に悪影響を及ぼす場合には，独禁法上の問題が生じることになるとして，「デジタル・プラットフォーム事業者と個人情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法の考え方」（令和元（2019）年12月17日）（以下「個人情報取得・利用に係る優越的地位の濫用ガイドライン」という。）を公表した。

個人情報取得・利用に係る優越的地位の濫用ガイドラインは，ドイツ連邦カルテル庁において，2019年2月，Facebookが，WhatsAPP（SNS）やその他のサイトから得た個人情報を当該個人の自発的同意なく，Facebookのユー

ザーアカウントに結びつけていたことに対し、支配的企業による搾取的濫用(ドイト競争制限禁止法19条)に該当するとして、これを禁止する決定を行った事件(FCO, Decision of February 2019, B6-22/16-Facebook)に大きな影響を受けたものであった(1)。

従来、優越的地位の濫用は、事業者間取引にのみ適用されてきたのであるが、個人情報等取得・利用に係る優越的地位の濫用ガイドラインは、優越的地位の濫用が事業者と消費者との取引にも適用されることを初めて明らかにしたものである。ガイドラインは、この場合の公正競争阻害性について、「自己の取引上の地位が取引の相手方である消費者に優越しているデジタル・プラットフォーム事業者が、取引の相手方である消費者に対し、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、当該取引の相手方である消費者の自由かつ自主的な判断による取引を阻害する一方で、デジタル・プラットフォーム事業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。」と述べている。

筆者も、従来から、優越的地位の濫用が定める取引の相手方には限定がなく、消費者も含まれるものと解し、優越的地位の濫用規制と消費者(保護)法とは相互補完関係にあり、連続性があるとも述べてきた(2)。一方、個人情報取得・利用に係る優越的地位の濫用ガイドラインは、消費者間の競争は存在しないという認識を前提として、優越的地位の濫用規制の趣旨・理由を、消費者の自由かつ自主的な判断による取引を阻害することに求めており(3)、消費者契約法(「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差」(1条))をその支えとして援用している(4)。しかしながら、そうであれば、優越的地位の濫用規制の根拠を事業者・消費者間の公正取引の確保それ自体に求めるのに等しく、優越的地位の濫用規制と消費者契約法とは、相互補完関係や連続性を超えて、一体化することを意味することになる。先の一般的な優越的地位の濫用ガイドラインが、優越的地位の濫用規制の根拠として、最初に挙げるのは、「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」ことであるが、このことが自由競争の基盤を侵害することへの明示的な言及はない。個人情報

取得・利用に係る優越的地位の濫用ガイドラインが、優越的地位の濫用規制の根拠を事業者・消費者間の公正取引の確保それ自体に求めるのは、このためであるのかもしれない。

しかしながら、優越的地位の濫用規制の独禁法上の根拠は、公正競争阻害性にあり、自由競争基盤の侵害に求められてきたのであり、そうであれば、個人情報等取得・利用に係る優越的地位の濫用ガイドラインにおいても、消費者間の競争が存在することを前提として、デジタル・プラットフォーム事業者との取引における消費者の自由競争の基盤が侵害される、と説明することが必要となる。ガイドラインも、デジタル・プラットフォーム事業者は、無料でサービスを提供しているのであるが、当該サービスを利用する消費者の個人情報等を取得・利用してターゲティング広告等の経済活動を行うのであり、消費者が提供する個人情報等は、金銭と同様に経済的価値を有し、消費者が当該サービスを利用するための対価である、と説明しているのであり、そうであれば、デジタル・プラットフォーム事業者との取引における消費者の自由競争の基盤が侵害されるところに、優越的地位の濫用規制の公正競争阻害性を求めることが可能となる(5)(6)。

- (1) デジタル市場のルール整備を進めるべく内閣官房に設置された「デジタル市場競争会議」第1回配布資料1「デジタル・プラットフォーム企業による消費者に対する優越的地位の濫用への対応」。本決定は、裁判継続中であるが、Facebookの執行停止申立に対する連邦最高裁決定では、暫定的ではあるが、本決定を支持する旨を示している（Federal Court of Justice provisionally confirms allegation of Facebook abusing dominant position (Courtesy translation of Press Release No 080/2020 published by the Bundesgerichtshof)）。
- (2) 拙稿「民法と独占禁止法（下）」法曹時報46巻2号（平成6（1994）年）1、15-17頁、「優越的地位の濫用に係る諸論点」日本経済法学会年報27号（平成18（2006）年）21、30頁。消費者取引に優越的地位の濫用規制を適用できるかという問題につき、時系列的に学説の検討を経て、自説を展開するものとして、

内田耕作「消費者取引と優越的地位の濫用規制(1)~(3)」彦根論叢346号, 347号, 349号(平成15(2003)年12月~平成16(2004)年7月)参照。

- (3) 個人情報等取得・利用に係る優越的地位の濫用ガイドライン作成担当官の解説である川上一郎「『デジタル・プラットフォーム事業者と個人情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法の考え方』の概要」NBL1164号(令和2(2020)年2月15日)4, 6頁,同「『デジタル・プラットフォーム事業者と個人情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法の考え方』について」公正取引833号(令和2(2020)年3月)38, 39頁。
- (4) 消費者契約法が独禁法上の優越的地位の濫用規制を支え得ることは, 白石忠志「消費者契約と独禁法-不当条項無効化と優越的地位の濫用」ジュリスト1200号(平成13(2001)年5月)99頁において示されていた。
- (5) 川濱昇「優越的地位の濫用の慎重な新展開-『デジタル・プラットフォーム事業者と個人情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法の考え方』について」NBL1166号(令和2(2020)年3月15日)24, 27頁は, 「前者(筆者注-自由競争基盤侵害説(いわゆる通説))では, 取引の諾否及び取引条件について自由かつ自主的に判断することによって取引が行われているという自由競争の基盤を侵害する点に優越的地位の濫用の不当性が求められている。事業者だけでなく消費者も取引主体としてその自律性が自由競争の基盤であることには変わりがない。」と述べる。
- (6) 個人情報等取得・利用に係る優越的地位の濫用ガイドラインは, 独禁法と個人情報保護法との関係に係る問題をも提起するものであるが, この点については, 泉水文雄「競争法と個人情報保護法の交錯点」ビジネス法務令和2(2020)年7月号1頁参照。

V おわりに

以上みてきたように, 近年の独禁法執行における優越的地位の濫用規制の積

極性・重要性は高まっている。特にデジタル・プラットフォーム事業者規制において顕著となっている(1)。また、優越的地位の濫用規制は、従来、国際的には全く顧みられることはなかったが、近年では、優越的地位の濫用規制の対象となるような類似の取引関係は、諸外国にもしばしば見られることから、国際的にも注目され始めている。

しかしながら、だからといって、今日においても、優越的地位濫用規制の導入当初提起されていた、独禁法の目的である「公正且つ自由な競争の促進」との整合性に対する疑問も、優越的地位の濫用規制の独禁法上の異質性も、解消されたわけではない。むしろ、優越的地位の濫用規制は、公正な取引の確保それ自体を目的として進行しており(2)、独禁法上の異質性はむしろ強まっている。

優越的地位の濫用ガイドラインは、「第1 優越的地位の濫用規制についての基本的考え方」の冒頭を、「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になることは、あらゆる取引において当然に起こり得る。」と述べることから始めている。このことは、一方当事者間および他方当事者間における自由な競争の結果として取引条件が設定されて行くことが原則であることを示している。「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、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」場合には優越的地位の濫用として取引条件に直接介入する、というのであり、優越的地位の濫用規制が正に自由な競争との緊張関係に立つことが示されている(3)。優越的地位の濫用規制の積極的発動は、事業者による自由な競争の展開の芽を摘むおそれもある。

公取委審査局長を経て退官された著者が、「優越的地位の濫用規制は、優越的地位にある事業者の劣位にある事業者との間で行う取引における価格等の取引条件に直接介入するもので、競争制限行為の排除を通じて間接的に市場メカニズムを保護することを目的とする独占禁止法の体系においては極めて異色の

規制である。」(4)と述べているのが注目されるが、改めてこのような基本認識に立つことが必要である。優越的地位の濫用規制は、独禁法の主役に躍り出るのではなく、あくまでも脇役にとどまるべきものである。

- (1) 楽天に対する緊急停止命令申立令和2(2020)年2月28日、アマゾン確約計画認定令和2(2020)年8月5日、公取委「デジタルプラットフォームの取引慣行等に関する実態調査報告書(オンラインモール・アプリストアにおける事業者間取引)について」(令和元(2019)年10月3日)、「デジタル・プラットフォーム事業者の取引慣行等に関する実態調査(デジタル広告調査)」(令和2(2020)年4月28日)。

令和2(2020)年5月27日成立した特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律も公正取引の確保を目指すものであり、優越的地位の濫用規制につながって行く。

- (2) 従来、公正取引の確保自体を目的する下請法は、優越的地位の濫用規制の補完法と位置付けられてきたが、上述のように、優越的地位の濫用規制が公正取引の確保自体を目的とすることになると、優越的地位の濫用規制は下請法と一体となって公正取引の確保に向けて地歩を固めて行くこととなる。特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律もこれに繋がるものである。
- (3) 同様の認識に立つものとして、森平明彦「ダイレックス事件審決」公正取引838号72、78頁参照。
- (4) 平林英勝「最近の優越的地位の濫用規制にみる法の手続化の傾向と課題」判例タイムズ1172号(平成17(2005)年)110頁。