

# 委託販売制と独占禁止法

## —独禁研報告をめぐる論議を中心に—

佐々由宇

—

委託販売制とは、商品の所有者が、その所有権を留保したままでその販売を他者に委託し、これに一定の手数料を支払う、という制度である。それは、殊に外国貿易において古い歴史を持ち、今日においても外国貿易のみならず国内取引においても様々な形で幅広く利用されている。

こうした委託販売制が我国で独禁法上の問題として議論されるようになったのは、そう古いことではない。基本的には売買当事者の間でなされた場合には違法とされる諸拘束を委託販売契約によって委託者が受託者に対して行なった場合、独禁法上いかなる取扱いがなされるべきなのか、ということが問題の中心である。仮に委託販売制の場合であれば合法と認定されるならば、一方で厳しく規制されてきた再販売価格維持行為のかくれみのとして利用される恐れがあり、それが公取委の懸念となっていたのである。その意味で、委託販売制に対する独禁法規制の問題は、公取委サイドからみれば、再販規制の延長線上の問題としてあったのである。

かかる独禁法上の問題を内包する委託販売制について、従来公取委は明確な判断を表明しておらず、またこれまで審判決をみてもその難解な言い回しは論者に様々な解釈を許すものであった。また、経済法研究者の間でも、規制非対象説、比較衡量説、無差別規制説、といった如くに学説が分かれ、統一の見解があったとは言えない。こうした事情を考慮すると、まことに委託販売制の独禁

法上の取扱いの問題は、流通系列化規制を推進した小売業における合併審査基準の公表等に見られる如くの一連の予防措置的政策を標榜する橋口公取委行政にとって、重要な懸案事項の一つであった、と言わなければならない。そして、公取委の私的諮問機関である独占禁止法研究会が提出した『流通系列化に関する独占禁止法上の取扱い』（以上、『報告』と略記）において、委託販売制に対してかなり厳しい判断が与えられているが、それについても基本的にはかかる観点から受けとめる必要があるのである。即ち、『報告』に盛られた内容はあくまで研究会の見解であってそのまま公取委の見解である訳ではない。しかし、公取委は『報告』の主旨を今後の長期的な独禁行政の中で生かしていくことを各所で明言しており、そのことは、格別の意見表明がなされない限り、委託販売制についても同様である。今後の我国の独禁行政において、再販については引続き厳しく規制されると同時に再販のかくれみのとして利用される恐れのある委託販売制についても『報告』の見解に基づいて厳しい規制がなされるであろうとの予測について、この予測を支持する材料はあっても、逆にそれを否定する材料はどこにもないのである。

ところで、この独禁研『報告』は、流通系列化行為類型に対して総じて厳しい判断を与えており、それが現実の独禁行政の中で実行に移された場合には流通及び企業のマーケティング政策に対して少なからぬ影響を及ぼすことが予想された。ために、『報告』は独禁法研究者のみならず流通論研究者・通産省・実際に規制を受ける実業界の関係者に至るまで各方面に幅広い関心を集め、『報告』の性格論議から各流通系列化行為類型に対して『報告』が与えた評価の妥当性について等々様々な疑問が提起されてきたことは、周知の通りである。その点、流通系列化行為類型の一つに挙げられている委託販売制についても同様である。けれども、専売店制・テリトリー制等他の「行為類型」についての議論の活発さに較べて、委託販売制を特に取扱ったものはそれ程多くない。後述するように、法律サイドから『報告』の見解に疑問を提起したものが数点あるのみで、流通論・経済学の分野からのものは殆んど皆無に近い。

これは、一つには委託販売制をめぐる議論が極めて法律的事であること、即ち

単に独禁法のみならず民商法についてある程度の洞察を必要とされたために、その方面について十分精通していない流通論・経済学研究者にとって比較的取扱い難いテーマであった、ということにも由来しよう。けれども、比較的とつぎにくいということは、勿論この問題をそのまま放置しておいてよいということの意味しない。現に委託販売制が様々な分野で幅広く利用されている実態を考えれば、とりわけそう言わざるを得ない。そして、従来専ら法律関係者の間に委ねられてきた委託販売制に対する独禁法規制の問題を流通論研究者の側からあらためて取上げることも、恐らく無意味ではあるまい。そのような判断から本稿は用意されたのであるが、本論に入る前に若干の注意書きを附しておきたい。

第一に、本稿で検討される委託販売制をめぐる議論は、『報告』におけるその取扱いをめぐるものである。周知の如く、『報告』は従来の関連審判決及び諸学説を一応踏まえた上で作成されている。それ故、よくも悪くも今後流通系列化行為類型について議論する場合には、『報告』がその出発点となりうるし、またそうすべきものと判断される。そしてそれは委託販売制についても例外ではない。

第二に、本稿で取扱う委託販売制は、『報告』の想定しているものに限定する。従来法律サイドで委託販売制が論議される場合、彼等はその典型を「商法上の問屋」に求めてきた。「商法上の問屋」は取次商であるから、その中には証券業者や商品取引所の卸売人までも含まれる。また委託者が生産者である必要もない。もしこのようなものまで含めて委託販売制を議論するならば、その内容はおよそ異なったものになる。が、本稿でとりあげようとする委託販売制は流通系列化行為類型の一つとしてのそれ、である。それ故、生産者が委託者となり販売業者を受託者とするような委託販売制でしかも特別法において別段の規定のないものに限定する。

なお、『報告』の公表を契機として、独禁法による流通規制に関する分野は、経済法・経済学・流通論等多くの学問分野から学際的研究の試みが積極的に展開されてきた。本稿もその一環をなすべく意図されているが、基本的には流通

論サイドからのそれであり、法律的知識の点で力量不足は否めない。そのためにあり得べき誤りについては、大方の教示を得て今後に期したい。

## 二

先ず、『報告』における委託販売制の定義と評価を確認することから始めよう。それによると、委託販売制は「製造業者が、商品売残り及び商品減失についての危険を販売業者に負担させないようにすること、アフターサービスが特に必要な商品について自己の指示と監督の下に販売させること、再販規制をのがれ自己の指示する販売価格を守らせること等を目的として、商品の所有権を留保して、販売業者に商品の販売を委託する制度である」<sup>1)</sup>と定義され、次いで受託販売業者が独立の競争単位としての機能と責任を有していない場合（受託販売業者が委託業者の支店、100%子会社または販売使用人とみられる場合）を除き、それによる価格拘束は再販同様に、またそれによる販売先制限等は一店一帳合制・テリトリー制等の各流通系列化行為類型と同様に取扱われる<sup>2)</sup>、としている。

つまり、そこでは、独立の競争単位と認められる受託販売業者に対して委託者が行なう価格拘束及び販売先制限が独禁法違反と判断されているのであって、委託販売制そのものを違法としているのではない。けれども、もし委託者が受託者に対して行なう価格拘束や販売先制限等が委託販売制にとって本質的要素であるならば、それらの違法判断は結局実質的に委託販売制そのものについて違法と判断したことと同義である。そのいずれであるかは、議論の根本に関わる極めて重要な問題である。が、これまでの議論を専ら担ってきた法律サイドの研究者の中でこの点を明示的に検討した者はいない。むしろ彼等の発想においては、委託者が所有権を留保する委託販売制の下では、それらの拘束・制限を所有権保持者の正当な権利の行使として適法に行ないうるか否か、という点にあった。そして、まさにこの事に関連して従来の学説は別れているし、また『報告』評価においても一定の影響を与えていると言ってよい。そこで、

1) 2) 野田実編著『流通系列化と独占禁止法』、大蔵省印刷局、昭和55年4月、25-6頁。

議論展開の都合上、委託者による価格拘束・販売先制限等が委託販売制の本質的要素であるか否かの検討は後述に譲るとして、いましばらくは『報告』の意義及びそれをめぐる法律研究者達の評価を整理してみることにしたい。

先ず、『報告』と従来の諸学説との関連について。このことについては『報告』に先立つ研究会の席上での基調報告をみれば明らかであり、結論を先取して言えば、無差別規制説と言われる根岸哲氏の所説がそのまま『報告』に採用されているのである。

委託販売の形式をとり乍ら実質的には通常の売買と異なる場合（＝不真正な委託販売）は別として、真正な委託販売の場合委託者が受託者に対して行なう諸拘束を独禁法上いかに取扱うかについては、通常規制非対象説（今村成和）、比較衡量説（川越憲治）、及び無差別規制説（根岸哲）の三説あるとされる。このうち、規制非対象説は例えば指値のように委託販売制に基づいて委託者が受託者に対して行なう拘束は独禁法上適法である、とする説である<sup>3)</sup>。比較衡量説とは、所有権の絶対性を重んずる立場から委託者による価格指示は当然であるが、所有権の分解傾向に鑑みて委託者が受託者に加える諸拘束が分解されてもなお委託者に残る所有権の正当な行使といえるのか否かを投下資本の金額と責任の帰属とを比較衡量して判断し、かつその社会的影響をたしかめた上で委託者の価格指定権の合法性、違法性を判断すべき、というものである<sup>4)</sup>。そして、最後に無差別規制説とは、通常の売買における価格拘束と委託販売制における価格拘束とを対比して、いずれも拘束条件付取引であるという点で形式的違法要件を満たし、また公正競争阻害性（＝ブランド内価格競争の制限）なる実質的違法要件について両者は同様であるとした上で、なおかつ両者の独禁法上の取扱いに違いを設けようとするのであれば、委託販売における受託者間

3) 『『公正な』競争を阻害するおそれ、というのが、自己と直接関係のない第三者間の取引に介入することによって、競争秩序に影響を与えることであるとすれば、例えば委託販売における委託者の受託者に対する指値のように、正当な権利行使として行なわれる価格拘束は、競争秩序に影響を及ぼすことがあるとしても、『正当な理由』がある。』（今村成和「不当な拘束条件付取引における『正当な事由』」、『別冊ジュリスト』No. 53, 1977年1月, 177頁）。

4) 川越憲治「再販売価格維持と委託販売」、『公正取引』, 245号, 1971年3月, 23頁。

の競争は独禁法上保護の対象とならないと言う他はない。しかし、法律上独立した事業者間の競争で独禁法上保護に値しないケースは親子会社間あるいは同一の親会社によって支配されている子会社間の競争のように相互に経済的独立性を失っている事業者間の競争に限定されるべきであり、法律上も経済的にもメーカーから独立している受託販売業者間の競争についてはメーカーの支店や販売使用人と同一の取扱いをすべきではない。即ち、「真正の委託販売の場合と売買の場合とで原則として独禁法上の取扱いに区別を設けるべきではない」<sup>5)</sup>と主張するのである<sup>6)</sup>。

以上が委託販売制によって委託者が受託者に対して行なう諸拘束・諸制限の独禁法上の取扱いに関する所説の概要である。言うまでもなく、委託販売制について最も緩かな態度をとるのが規制非対象説、最も厳しい態度をとるのが無差別規制説、そして両者の中間に属するとはいえ事実上規制非対象説に近いと思われるのが比較衡量説である。問題は委託販売制に関して『報告』の採った立場が、これら所説と対比してみた場合いかなる部類に属するか、ということである。

既に紹介したように、『報告』は受託販売業者が独立の競争単位としての機能と責任を有している場合には、それによる価格拘束は再販と同様に（一定の形式的な行為類型に該当すること自体で公正競争阻害性を認定し、それ以外の実質的判断を行なう必要はない）、またそれによる販売先制限等は一店一帳合制・テリトリー制と同様に（行為の外形から、原則として違法と判断される）違法である、としている。つまり、受託販売業者が独立の競争単位と認められる場合には、通常の売買における価格拘束や販売先制限と異ならないものとして一律に独禁法違反に問うべきものと主張している。それ故、『報告』は無差別規制を唱える根岸説を支持し、それをそのまま採り入れたもの、と理解してい。とすれば、競業避止義務を特別に課されている代理商（商法第四十八条）

5) 根岸哲「流通系列化をめぐる独禁法上の問題点(下)」、『NBL』No. 161, 1979年3月23頁。

6) 以上三説については、野田前掲書、362-4頁に簡潔な紹介がある。あわせて参照されたい。

とは異なり相互に競争関係にある多数の委託者の商品を取扱うことが出来、「自己ノ名ヲ以テ」営業を行なう問屋（商法第一百五十一条）の場合は法人格的には常に委託者とは独立した関係にあるから、委託者がこれに対して行なう指値したとえ真正な委託販売であっても）も独禁法上許されない、と『報告』は判断していると考えられ、経済法関係者の従来の通説に較べて相当に厳しい内容を含むものと言わざるを得ない。なお附言すれば、この無差別規制説が『報告』に採用されたことは、そのことによってこの説が既に個人的見解の域を脱し、独占禁止法研究会の名の下に一定の權威が与えられ、更に今後の公取委による委託販売制規制の指針ともなり得るものとしてにわかに現実味を帯びてきたことを見落すわけにはいかない。以上が、『報告』と従来の諸説との関連である。引続いて『報告』の立場と従来の審判決とを対比して検討することにするが、この点やや難解な問題を含んでいるので、節を改めてやや立入って検討しよう。

### 三

委託販売制に対する『報告』の立場と従来の審判決とを比較論評する際、論者の中には両者の立場は異なっており、従来の審判決では委託販売制を真正なものと不真正なものに区分し、真正な場合であればそれに基づいて委託者が受託者に対して行なう価格拘束や販売先制限は合法とされていた、との解釈を示すものがしばしば見受けられる<sup>7)</sup>。他方、後出の森永乳業事件審決は真正な委託販売の場合であってもそれに基づく価格拘束が違法となることもありうるとした、と解する者もいる<sup>8)</sup>。問題はいずれの審決解釈が適切なのかという

7) こうした審判決解釈を採る論者としては、松下満雄、河村穰、公正取引研究フォーラム等がある。（松下満雄「再販売価格維持制度と独禁法の規則」、『流通系列化問題に関する理論的研究』、公正取引研究フォーラム、昭和56年6月、85頁；「流通系列化に関する報告書をめぐって」における河村発言、川越憲治『流通系列化対策の解説（別冊商事法務）』、No. 47、昭和55年11月；公正取引研究フォーラム『独占禁止法による流通規制について』、昭和56年1月、26頁）。

8) この解釈に立つ者には、根岸哲、来生新氏等がいる。（根岸、前掲論文、41頁；来生新「独禁法による流通系列化規制の新展開(3)」、『公正取引』No. 329、1928年3月、13頁）。

ことだが、その判断は結局審決文それ自体に立戻って検討する他はない。なお、以下では簡略化のため価格拘束のみをとりあげるが、それについて言えることは販売先制限についても妥当する。

過去の我国の独禁法違反事件の中で委託販売制がとりあげられたのは、和光堂事件と森永乳業事件の二件のみである。このうち委託販売制による価格拘束の問題がかなり突込んで争われたのは後者であり、和光堂事件ではそれは争いの中心の外にあった。それ故、検討すべき重要事件は森永乳業事件の方であるのであるが、とも角両事件とも審決文の中に委託販売制について触れた部分があるので、そこの所をとり出して試みることにする。

先ず和光堂事件であるが、これは育児用粉ミルクの再販価格維持をはかるために小売業者の登録制度・感謝金制度及び商品流通経路を確認する制度を実施したところ、独禁法 19 条違反に問われたものである。つまり、委託販売制そのものが独禁法違反に問われたわけではないのであるが、被審人側が本件再販行為が独禁法違反に問われるべきでない<sup>9)</sup>と主張した根拠の一つに委託販売（本件商品の販売形態は返品<sup>10)</sup>の自由がある委託販売的性格の取引であるとの主張がなされた）を挙げたために、審決では傍論的にこの主張に対する判断を簡単な形で与えている。即ち、「委託販売において委託者に指値の権利が認められるのは、委託販売が委託者のために、すなわち委託者の計算において行なわれる取次行為であることによる……単に返品が可能であることから、当然に育児用粉ミルクについての被審人と卸売業者および卸売業者と小売業者の各間の取引関係を実体的に委託販売に準じて考えなければならないものではない……」<sup>9)</sup>というのが、それである。

審決の論旨は、委託販売であれば委託者に指値の権利が認められるけれども、本件取引行為は委託販売でもそれに準ずるものでもないから、被審人が卸売業者・小売業者に対して行なった指値に「正当な理由」はない、というものである。実際、本件取引を委託販売的性格を持つと主張する被審人側の挙げた根拠をみると、「まれには資金繰りのために返品することがある」程度の返品<sup>10)</sup>の自

9) 和光堂株式会社に対する件（昭和 41 年（判）第 3 号）、『審決集（十五）』、115 頁。



由と手形決済の二つが挙げられているのみである。確かに委託販売であれば返品  
品の自由はある。が、返品されることがあるからといって、その取引が委託販  
売であることにはならない。また、手形決済完了前の所有権帰属についても、  
民法上の通説は所有権は買主に移転したものと解している<sup>10)</sup>。それ故、本件取  
引行為を委託販売と認定しなかった審決の判断は、正しい。だが、同時に仮に  
本件取引行為が委託販売であった場合には指値の権利を認めるとの判断があっ  
たことを、審決の言い回しから読みとることは、決して不自然でも無理でもあ  
るまい。

けれども、次の森永乳業事件審決では、この判断に重要な変更がなされたと  
思われる。この事件は、育児用粉ミルクの販売にあたり、被審人が卸売業者に  
対し委託販売制に基づいてその販売価格を定め取引先を指定していること、及  
び一店一帳合制により卸売業者の販売先を制限していることが、独禁法 19 条  
違反に問われたものである<sup>11)</sup>。そして、本審決における委託販売制に対する判  
断は、次の通りである。即ち、本件委託販売は真正の委託販売であるから委託  
者は受託者に対し委託商品の販売価格の指示及び販売先の指定を合法的に行な  
えとの被審人側の主張に対して、「委託者が受託者に対して委託商品の販売  
価格の指示及びその販売先の指定を行なう委託販売が、その内容及び取引の実  
態を問わず、およそ独占禁止法に抵触しないものとは解されないところ、真正  
の委託販売とは認められない本件委託販売制が……実質的に再販売価格維持契  
約による場合と同様の効果を挙げるために実施されている以上、被審人の本件  
行為は、不公正な取引方法……の八に該当する」<sup>12)</sup>と。

審決は、前半部分に委託販売制に対する一般的考え方を、後半部分で本件委  
託販売制に対する判断を与えているのであるが、難解なのは前半部分の解釈で  
あろう。素直に読めば、委託販売の内容及び取引の実態によっては独禁法に抵  
触するとの判断を与えている、と読みとれる。即ち、独禁法に抵触する委託販売  
と抵触しないそれとがあると述べているように解釈出来るのである。とした場

10) 同様の指摘は川越氏にもある。(川越, 前掲論文, 23 頁参照)。

11) 森永乳業株に対する件 (昭和 49 年(判) 第 4 号), 『審決集 (二四)』, 所収。

12) 同上書, 113 頁。

合、次に問題になるのは、具体的にいかなる委託販売が独禁法に抵触しあるいはしないのか、ということである。

一つには、委託販売を真正なものと不真正なものに区分し、独禁法に抵触するのは後者であると判示したものとする解釈があり得る。これは、「その内容及び取引の実態を問わず」との文言に着目して、例えば委託販売の形式をとりながら実質的に通常の売買と異なる場合、換言、不真正な委託販売と判断される場合には独禁法に抵触すると判示したものと解釈するものであり、先の河村・松下氏の審決理解の基礎はここにあると思われる。けれども、「およそ独占禁止法に抵触しないとは解されない」の主語である「委託販売」に真正・不真正の区別がなされていないことに着目すれば、真正・不真正を問わず委託販売は、その内容及び取引の実態によっては独禁法に抵触すると判示したものであるとの、第二の解釈が可能である。筆者の知る限り本件審決を直接とりあげてその評釈を試みたのは根岸・来生両氏のみである。そして、両氏ともに、本件審決は真正な委託販売であっても独禁法に抵触する場合がある旨の判示がなされたものと解しており<sup>13)</sup>、経済法学者の目でみた場合、これが最も妥当な見方でありそうである。これに対して、実質上第二の解釈に近いのであるが、経済法の専門家でない筆者の当該審決文をみでの感想は、次の如くである。即ち、「委託者が受託者に対して委託商品の販売価格の指示及びその販売先の指定を行う委託販売」と委託販売に附加された形容辞に着目して、かかる指示指定を伴わない委託販売制であれば独禁法に抵触することはないが、そうした指示指定を伴う委託販売であれば、真正・不真正を問わず、独禁法に抵触する場合があります。独禁法に抵触するか否かは、その内容及び取引の実態から判断して、換言、当該委託販売制が形式的違法要件（＝排他条件付取引であるのか拘束条件付取引であるのか）及び実質的違法要件（＝公正競争阻害性）を満たすか否かを判断して決められる、と判旨しているように思われるのである。

しかし、これらはいずれも推測であって、審決の真意がどこにあるのかは必ずしも明らかではない。審決は、本件委託販売制を不真正を認定した上で違法

13) 前掲注(8) 参照。

としているが、経済法学者の間ではむしろ真正であったとする理解が有力であり、単に審判審決に留まるのでなく最高裁段階にまで争い持ち込まれていれば、委託販売制に対する独禁法上の取扱いが確定したのに、と惜しまれる。その点とはとも角、森永乳業事件審決は、一応様々な解釈が可能であるけれども、いずれの解釈をとってみても先の『報告』の取扱いよりも緩かであったと言えよう。

即ち、第一の解釈では真正の委託販売であればそれによる価格拘束・販売先制限等は合法と判旨していると解するものであったし、また第二の解釈も「真正な委託販売に基づくものであっても違法となりうることもありうることを認めている」<sup>14)</sup>ものと審決を読みとっている。つまり、いかなる審決解釈の立場に立とうとも、森永乳業事件審決が真正な委託販売制に基づく価格拘束や販売先制限のすべてを違法としたと理解する者はいないし、またそのような解釈は到底しえないのである。これに対して、『報告』では、既述の如く、独立の競争単位と認められる受託販売業者に対して行なわれる価格拘束や販売先制限は、真正な委託販売制に基づくものか否かに関わりなく、一律違法、としているのである。

それ故、『報告』の委託販売制に対してとる態度は、過去の我国の審判決のそれに比して厳しいものと言わざるを得ない。が、他方で、過去の審判決では様々な解釈を許すという意味で必ずしも明確でなかった委託販売制に対する独禁法上の取扱いについて、無差別規制説と称される根岸説を採用することによって、それなりに明確な判断を示した点は、一応評価されてよからう。

#### 四

では、こうした委託販売制による価格拘束・販売先制限等に関する『報告』の立場に対して、これまでどのような批判がなされてきたのか。次にそのことをみていきたい。

一般に『報告』の全体あるいは専売店制・テリトリー制等他の流通系列化行為類型に対する『報告』の立場をとりあげての評価・批判は、かなり多い。だが、

14) 根岸、前掲論文、86頁。

委託販売制に関する部分を特にとりあげて論評した文献は少なく、筆者の知る限り、松下、川越、来生氏の他独占禁止法研究フォーラムの『報告書』（以下、『フォーラム』と略記）を数えるのみである。『報告』の立場が従来の審判決に比して厳しい内容を含み、しかも通説を超えたものであることを考えると、もう少し議論があってよさそうに思えるが、それはとも角、以下それぞれの論者の批判の論点を確認し、その問題を探っていこう。

先ず松下氏の場合、『報告』がブランド内価格競争制限効果に着目して受託販売業者に対する価格を違法としているのに対し、ここでいう競争をブランド内競争に限定することなくブランド間競争を加味してよいとした上で、ブランド間競争を重視する立場から「報告」の無差別規制説に疑問を提起される。つまり、新製品発売もしくは新規参入時に商品の市場性見通しが必ずしも十分でなく販売業者が危険負担を嫌うような場合には、委託販売契約が有効であり得るし、またそれによって初めて新たな競争単位としての商品が世に出ることになる。もし、委託販売が一律違法とされれば、叙上の意味での委託販売の有用性が損われ、却て競争政策上マイナスとなることすらあり得る。それ故、委託契約が真正であることを条件として、ある程度の制限（価格や販路の拘束）は認められるべきである<sup>15)</sup>。以上が松下説の骨子であり、これを「ブランド間競争重視説」と呼ぼう。

これに対して、委託販売の問題を組織内取引として扱う見地から批判を提起するのは、来生新氏である。即ち、氏は「独占禁止法による保護の対象が、市場における取引であって、一つの企業組織の内部で行なわれる取引は……保護の対象にならないことは……独禁法の大前提であり……真正の委託・受託関係は、究極的には、内部取引の一種として解すべきで……『そもそも受託業者間の競争は独禁法上保護に値しない』」<sup>16)</sup>と主張される。ここで真正の委託・受託関係を内部取引と解することは、『報告』の文言に則して言えば、受託販売業者を「独立の競争単位」とみなさないということと同義であるが、来生氏の場

15) 松下、前掲論文、86頁。

16) 来生新「流通系列化行為の公正競争阻害性—外形のみによる違法判断は、妥当か—」、『流通系列化と独占禁止法（経済法学会年報第1号）』、有斐閣、1980年、62頁。

合、内部取引か否かを判断する基準として「所有権移動の有無」したがってまた「商品売残りの危険負担」を挙げられ、「(商品売残りについての危険を負わない) 者は、独立した競争単位としてみるべきではなく、最終的に商品の売残りに危険を負う者に属した、その者の内部組織として考えるべき」<sup>17)</sup>だと主張される。これは、基本的には規制非対象説に属するが、ここでは氏の主張の内容に則して組織内取引説と呼ぶことにしよう。

次に川越憲治氏の場合であるが、氏の『報告』批判は微細かつ多岐にわたっている。が、そのポイントは、対無差別規制批判と「受託販売業者の独立の競争単位としての性格」に関わる部分であろう。先ず前者について氏は「委託販売と称していても実態は売買であるようなものを売買と同視して独禁法を適用するのなら正しいが、委託販売一般について売買と同視するというのは、一個の腐敗した果実を除去するために、果樹園ごと廃棄してしまうようなもの」<sup>18)</sup>と きめつけ、委託販売制が社会経済的に営んでいる機能を顧るよう求められる。そして、受託販売業者の独立の競争単位の問題に触れて、「委託販売における競争単位の設定問題は、委託者と受託者が一体となって一つの競争単位を造ることにある。このような競争の単位が社会的分業の理念に合致し、より有効なシステムを造るならば、政策的にも保護していこうというのが、基本的な考え方でなければならない」<sup>19)</sup>、と主張されるのである。かかる川越氏の委託販売制擁護の所説をここでは「社会経済的機能重視説」と呼ぶことにしよう。

こうした法律サイドからの批判の他に唯一流通サイドからのものとして、『フォーラム』による簡単な批判がある。それは、再販のかくれみのとして利用される委託販売制（こうしたケースは実際には殆んどないとの実際認識を『フォーラム』は抱いている）を再販同様違法とすることに異論をさしはさまない。しかし、従来の「不真性」を「独立の競争単位と認められる場合」、従来の「真性」を「認められない場合」と置き換える『報告』の捉え方は、「真性の委託

17) 来生，同上論文，64頁。

18) 川越憲治「流通系列化に関する報告書（独禁研）の読み方(下)」、『NBL』，No. 209，1950年5月15日，16頁。

19) 川越，同上論文，17頁。

販売の範囲を不当に狭くさせるおそれがあり、真性の委託販売制に対してまで規制が及ぶことは問題である」<sup>20)</sup>、との疑問を述べている。

以上が、委託販売制に関わって『報告』に寄せられた批判・疑問の概要である。いずれも、委託販売の名を借りながらその実売買と異ならない場合（＝不真正な委託販売）は通常の売買の場合と同様に取扱われるべきであるとする点では、異論はない。が、だからといって無差別規制を唱える『報告』の見解には同意し得ないとして、それぞれの立場から批判が寄せられているのである。けれども、『報告』批判を展開する論者の論拠をみても、ある意味で説得的ではあるが同時にいささかの疑問を抱かせるものもある。そこで、以下『報告』批判の批判的検討を通じて、委託販売制及びそれに基づく価格拘束・販売制限等の独禁法上の取扱いにおいて探るべき視角を模索してみたい。

最初に注意しなければならないのは、『報告』がそしてまた過去の審判決が違法としているのは、委託販売制そのものではなく委託販売制に基づく価格拘束・販売先制限等である。『フォーラム』ではこのことを折角確認しておきながら、その後で従来の審決が真性の委託販売を合法としてきた、あるいは『報告』の捉え方では真性の委託販売制に対してまで規制が及ぶことになるといった如くの表現からもわかる様に、この点が曖昧になっている。このことは法律学者についても同様であることは、例えば「従来、通説的には適法とされてきた真正の委託販売を違法とする点に、報告書の議論の最大の特色がある」<sup>21)</sup>との叙述からも窺える。これは、委託販売において委託者が受託者に対し価格拘束・販売先制限を行なうことは所有権留保者たる委託者の当然の権利であり、この権利を否定することはとりも直さず委託販売制を否定することと同様であるとの認識の結果である。そして、それは、各論者が明確に意識しているか否かは別として、かかる価格拘束・販売先制限を委託販売制の本質的要素とみなしていることと同義である。果してそうか。

結論から言えば、かかる価格拘束・販売先制限等は決して委託販売制の本質

20) 公正取引研究フォーラム『独占禁止法による流通規制について』、昭和56年1月、26頁。また、同書、14-5頁も参照。

21) 米生、前掲経済法学会年報所収論文、61頁。

的要素ではなく、それ故所有権の留保を通じて委託者が受託者に対してかかる拘束・制限を行なうことが独禁法上違法とされても、それは委託販売制そのものを禁止したことを意味しないのである。このことが比較的明瞭なのは、販売先制限の場合であろう。例えば、百貨店と納入業者との取引関係の一つに委託仕入なる方式がある。そこでは、納入業者が委託者、百貨店が受託者、そして一般消費者がその販売先となっている。そこでは、納入業者が商品の所有権留保を通じて受託者たる百貨店の販売先、即ち一般消費者を特定するといった行為は何等行なわれていないし、またその必要もない。成程、委託者が受託者に対して販売先制限を行なうことがテリトリー制と同様受託者（殊に卸売機能を営む）に地域的売手独占の立場を与えるという目的で行なわれる場合には、それによって受託者となる販売業者に対して一つの経済的メリットを提供することを意味するから、販売先制限が認められれば、商品の所有者は販売業者にその商品の取扱いを働きかけやすくなる、とは言える。けれども、商品の所有者が自己の商品の取扱いを働きかけようとする販売業者の商圈を察知しておれば商圈が競合しないように販売業者を選択することも可能であり、委託者側に販売先制限を行なう権利が認められなければ委託販売制は存立し得ないという性格のものではない。即ち、販売先制限は委託販売制にとって本質的要素とは言えないのである。

では、価格拘束の場合はどうか。商法上典型的委託販売とされる問屋に指値遵守義務が課されていることは、周知の通りである。このことから逆に、その前提として委託販売において委託者は当然の権利として指値を行ないうるとの理解が生ずるかも知れない。けれども、委託者に与えられた指値の権限は、委託者が希望する販売代金を委託者が確保出来れば足りるもので、受託者はその差額を負担しさえすれば委託者の指値通りの価格で販売する必要はないし、委託者は受託者に対し指値通りで販売させる権利を保証するものでもない<sup>22)</sup>。つまり、委託者に与えられた指値の権利は、実質的には売買が成立した場合に指値から問屋に支払う手数料を差引いて委託者が問屋から受取るべく期待する代

22) 実方謙二『独占禁止法と現代経済』、成文堂、昭和52年9月、220-1頁参照。

金を保護しようとする趣旨から与えられているのであって、逆に売買が成立した場合に問屋から受取るべく期待する代金に問屋に支払う手数料を加えた額を定める権利を保証するものではないのである。

確かに、現実採用されている委託販売制をみた場合、委託者は受託者に販売価格を指示しているし、価格は売買成立のための不可欠の条件であり、また委託者の受取る代金は委託者にとって重要な関心事であってみれば、それは当然である。けれども、そのことから受託者が第三者に商品を売却する際の代金を指示・指定しないような委託販売制はあり得ないとの結論を引き出すことは出来ない。また実際問題として、売れなかった場合には返品自由を条件とし、販売業者が販売する価格を定めずその商品が売れた場合に所有者が受取る金額を定めて販売を委託するケースがある。これは委託販売以外の何物でもないし、また受託販売業者に対する価格拘束が委託販売制の本質的要素でないことの決定的証左であろう。

こうして、受託販売業者に対する販売先制限や価格拘束は委託販売制の要素ではなく、それらを違法とすることが直ちに委託販売制を違法とすることにならないことは、明らかである。この点ともすれば曖昧になりがちなので敢えて注意を喚起しておきたい。なお、以下とりあげられる所説でこの点の区別なしに『報告』を批判しようとするものがあれば、そもそもから失当と言わざるを得ない。

『フォーラム』の見解をとりあげた場合、先ずこの意味で失当であるが、その上それが説得力を欠くのは「……真性の委託販売制に対してまで規制強化が及ぶことは問題である」と言うにとどまり、それがいかなる視点から問題なのかという点に一切触れられていないからである。恐らくは真正の委託販売制にまで規制が及ぶことによって合法的に行ない得る委託販売制の範囲が制限されることに懸念を感じているものと推測されるが、それにしても何故「問題」なのかについて掘り下げられた議論がなければ、それ以上論評のしようがない。そこで、以下法律サイドの所説を検討することにした。

先ず来生説であるが、これが委託販売に基づく価格拘束・販売制限の禁止が



そのまま委託販売の一部を違法としたものと解する点で『フォーラム』同様の説を把しているのだが、その点にはもう触れない。氏の所説のポイントは、真正の委託・受託関係は内部取引の一種であり、そもそも受託業者間の競争は独禁法上の保護に値しないという点にあるのであり、以下検討はその点に則して行なう。

氏の場合、委託販売の真正性の判断基準は所有権の移動したがって商品売残りの危険を誰が負担するかにあるから、委託者が商品売残りの危険を負うような委託・受託関係が結ばれた場合には、それは内部取引の一種であり、その量や規模にかかわらず受託販売業者間の競争は独禁法上の保護に値しない、と主張するものと読みかえてよい。しかし、指値について既にみた如く、委託販売において委託者が行使しうる価格拘束力は商品所有者が自ら販売する場合のそれに較べてはるかに弱く、委託販売の場合には本来的内部取引と同程度には商品所有者の保護を最初から与えていない。また指値を含め一般に委託販売において委託者に認められる権利は、法律的には商法上委託販売の典型とされる問屋に課された格別の義務・責任の裏返しとして認識されると言うてよいが、その意味で委託者に認められた今一つの権利は履行担歩責任の背後にあるものであろう。これは買手が債務不履行の場合問屋に代金支払義務を負わせるものであるから、これによって保護される委託者の権利は代金支払能力を持たない買手を商品の販売先とすることを制限するという範囲を超えるものではない。これらの事情は、例えば支店間あるいは親会社を一にする100%子会社間の競争が独禁法上保護に値しないと言われる場合と同等の資格を委託者を一にする受託者間の競争に無条件で与えられそうにないことを窺わせる。つまり、これが本人の名において取引の代理をなし競争避止義務を負った代理商を受託者とする委託販売制について言われるのであれば了解出来るのであるが、問屋を受託者とする場合と区別されない点にどうしても疑問が残るのである。

例えば、多数の競合商品を売買を通じて取扱っている商人に対しある商品所有者が自己の商品についてのみ問屋たらしめるという委託販売制を一般的制度的に採用し、その結果当該商品のブランド内価格競争が制限された、と仮定し

よう。氏にあっては、この場合でも、商品売残りの危険を委託者が負担している限り独禁法に問われるべきでないことになる。しかし、商法上の問屋は、代理商とは異なり多数の商品所有者の競合商品を同時に取扱うことが出来、合併でもしない限り特定の商品所有者に対しては常に独立した経済計算単位としての地位を保持している。また、かかる商人を相手方として委託・受託関係を結んだからといって、そのことだけで直ちにブランド内価格競争制限が結果されると考えるのは早計である。それが確実に保証されるためには、受託販売業者たる各問屋に対して同一価格での販売を強制するか、あるいはテリトリー制同様に地理的に問屋間の競合関係を除去するかあるいは一店一帳合制を併用して問屋間の同一顧客奪取競争を排除するといった別の措置が更に要請される。筆者には真正の委託・受託関係だからといって、独立の経済計算単位としての性格を有する商法上の問屋に対してかかる拘束・制限を講ずることが、支店や親会社を一にする子会社あるいは代理商の場合と同様に、独禁法上無条件に認められるとは、どうしても考えられないのである。

次に川越説について。氏の「委託販売制が社会経済的に営んでいる機能」が何かは、必ずしも定かでない。が、別の書物で挙げられた「問屋の経済的機能」がそれであるなら、そのようなものをいくら挙げて独禁法の観点からなされる委託販売制をめぐる議論にとっては全く無益である。即ち、氏の「問屋の経済的機能」とは、(1) 支店を設置して、物的設備を整え、従業員を雇用するよりも経費がかからない、(2) 代理商を利用するのに較べて、権限乱用の心配が少ない、(3) (各地における) 問屋の信用・知識経験を利用しうる、(4) 本人は匿名でいることが出来る、(5) 金融の便を得られることがある、<sup>23)</sup> というものである。明らかに、問屋の利用から得られる委託者及び問屋(=受託者)の企業経営上の利点が挙げられているにすぎない。

だが、粉ミルク事件に対する最高裁判決で「一般指定」に言う「正当な理由」は専ら公正な競争秩序維持の見地からみた概念で、事業経営上又は取引上の観

23) 川越憲治『流通系列化と独占禁止法』、ビジネス社、昭和55年10月、202頁。

点等からみての合理性・必要性等は「正当な理由にあたらぬ」<sup>24)</sup>との判示が既に与えられていることを忘れてはならない。この判決を念頭に置けば、委託販売制擁護のために主張されるべきは、こうした商法上の問屋の利用がもたらす企業経営上の利点ではなく、真の意味での問屋の経済的機能であろう。問題はそれが何かである。

まず考えられるのは、社会的分業に関わって期待される経済的機能がある。例えば専門化の利益とか、問屋は代理商と異なり多数の委託者の共同販売代理人としての役割を果しうることから、彼の手元に売買が集中され、販売の個性が止揚されることの結果、販売時間及び販売費用の社会的節約がもたらされることが想定される。委託販売によって、これらの効果が生ずることは疑いない。しかし、専門化の利益は単なる企業内分業によって当然得られるし、また後者の利益も自立的商業資本を前提とする通常の売買によってももたらされ、何も委託販売によられなければ期待し得ない効果ではない。必要なのは、他の方法によっては得られない、正に委託販売そのものの独自の特質から流出する経済的機能を明らかにすることである。とすれば、それは委託販売の当事者間には売買関係ではなく、従って受託者は商品買取資本を準備する必要がない点に着目して、導出されることになる。端的に言って、それは、委託・受託の双方についてそれがなければ到底参入し得ないような潜在的事業者を委託販売は現実の取引単位に転化せしむる、という点に求められる。例えば我国の書籍販売業において委託販売方式がなく販売業者が買取資本を用意しなければならなかったとすれば、販売業者の数は今よりはるかに少ないであろう。また、委託側についてみても、例えば確実な販売見込みの立れない新製品の所有者やブランド力の弱い企業のように買切り制によっては流通経路の確保に困難を感じる者にとっては、販売業者に市場危険を負担させない委託販売制の利用によって比較的容易な新規参入が可能になる場合がある。その意味で、委託販売は、元来資本力の乏しいあるいはまた市場力の弱い企業にとって極めて有用な取引形態であり得、だからこそ未だ大規模な企業が成立しておらずまた商品流通経

24) 和光堂(株)による審決取消請求, 昭和四六年行ツ第八二号, 『審決集(二二)』, 175-6頁。

済が十分に発達していない中世の時代から、幅広く利用されてきたのである。そして、通常の売買等の他の取引方式によっては到底期待し得ない程に資本力に乏しくまた市場力の弱い企業をして現実の取引単位に転化せしめるという点にこそ、委託販売が独自に持つ経済機能は認識されるべきであり、「社会経済的機能重視説」はこのことを積極的且つ明示的に主張すべきであったのである。

としてみると、この社会的機能重視説は、最後のブランド間競争重視説と基本的にはさ程異なるものではない。委託販売が社会経済的に有用な機能を果し得るのは、何も寡占段階に限定されず、自由競争段階さらには商品流通が未発達で「競争」概念が成立しない歴史段階においても同様である。それ故、松下氏が「新たな競争単位としての商品を世に出す」との表現で委託販売の有用性を唱えられるのは、実は社会経済的機能重視説と同根なのである。そして、両者の違いは、ブランド間競争なる用語が体现する今日の経済環境の中でその有用性を抱え直そうとする点にある。

即ち、今日の公取委による流通系列化規制強化の背景に対製造寡占対策として役立てようとの意図がある。それは、製造企業間の競争促進あるいはブランド間競争促進を図ろうとするものであり、今日の公取委の究極の目標はその点に集約される。松下氏がブランド間競争重視の立場から委託販売制を弁護されることの今日的意義は、この公取委の独禁行政の究極目標に照らしてみた場合に、明確となる。たとえ真正の委託販売が現実利用され易いように委託者に価格や販路の拘束をある程度認め、それによってブランド内競争が制限されることになってもブランド間競争の促進が期待される限りは、委託販売による諸拘束はケース・バイ・ケースの判断がなされるべきである、と主張されるのである。氏が委託者に価格・販路拘束をどの程度認めようとするのか不明であるが、今日の独禁行政の究極目標に照らし合わせてみた場合、氏の所説は一つの見識であるように思われる。

## 五

以上、委託販売制の独禁法上の問題をめぐる議論を『報告』を中心に概観し

てみた。従来専ら法律家の手掛けてきた領域だけに、筆者にとってはなじみにくいテーマであり、誤解・独断もあり得る。が、とも角以上の概観を通じて得た感想を述べて、一応の締めくくりとしたい。

委託販売なる用語に法律上の定義はなく、彼等は商法上の問屋を典型として議論している。それはよいとして、議論の最初かつ最大の焦点は、そこで商品の所有権を留保した委託者の権利が独禁法上どこまで認められるかという点にある。一般に民商法秩序は独禁法を必然化せしめる経済社会を前提したり予定したりしてつくられてはいない。それ故、独禁法は、時として民商法秩序に抵触し、これを覆す場合もある。委託販売の独禁法規制についてもそのことが妥当すると言えるのだろうか。そこで、履行担保責任・指値遵守義務等問屋に課された格別の義務の裏返しとして所有権留保者たる委託者の保護された権利を読みとるとすれば、そこでは既に市民法秩序の大前提とも言える所有権の絶対性はかなりの制限を受けたものとなっている。審決や『報告』が商法上制限された権利を更に制限しようとするものか否かが問題であるが、この点筆者には仮にあったとしてもそれ程のものではなく、むしろ問題は商法上既に大幅な制限を受けている委託者の権利を許された範囲を超えて利用・主張しようとする側にある、と思われるのである。

最後に、委託販売制をめぐる法環境に必ずしも十分な考慮を払ってはいなかった点、流通論サイドに反省の余地がないとは言えない。が、その実態認識が必ずしも十分でなく、社会経済的機能と企業経営上の利点の識別すら出来ず従ってその経済的本質の認識も持たないままに法理論上の議論がなされていること等、委託販売制に対する独禁法規制の問題を、これまで通り専ら法律家に委ねておくことに不安を感じさせる点があることも事実である。本論では触れられなかったが、殊に彼等が比較的安易に持出す委託販売の真正・不真正の区別もその実態を認識すればそう簡単になし得るものでないことに気付くだろう。

近年の公取委による流通系列化規制強化をきっかけとして、この方面での学際的研究が漸く盛んになりつつあるが、委託販売制についても今後その方向で更なる努力がなされることを期待したい。

〔付記〕詳細は定かではなくまた今後の予測もつかないが、本年九月、花王石鹼が基礎化粧品分野への新規参入を図るに当って委託販売方式を採用した。これが新規参入の成功にどの程度寄与するかについては今後待つ他ないが、とも角委託販売制が新規参入ひいてはブランド間競争促進効果を持つ有力な手段であることの証左として、注目される。