

博士論文

大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制

—「優越的地位」及び「濫用行為」の認定を素材として—

平成28年3月

中央大学大学院法学研究科

国際企業関係法専攻博士課程後期課程

岡野 純司

目次

略語一覧	7
序 本稿の目的	10
第1節 問題の所在	10
第2節 本稿の目的	11
第1項 研究の現状	11
第2項 本稿の目的	12
第3項 本稿の構成	14
第1部 「行為主体」、「優越的地位」及び「濫用行為」の検討	16
第1章 「行為主体」である大規模小売業態の特徴	16
第1節 大規模小売業態と品揃え	16
第1項 検討対象となる大規模小売業態の選定	16
第2項 大規模小売業態と品揃え・商品の購買上の特性との関係	18
第3項 百貨店の特徴	22
第2節 量販店等の特徴	24
第1項 量販店等の特徴と経営環境の変化への対応	24
第2項 量販店の各業態の特徴	31
第3項 コンビニエンス・ストアの特徴	35
第3節 まとめ	37
第2章 大規模小売業者の購買力と納入業者に対する「優越的地位」	38
第1節 大規模小売業者の購買力の機能と競争との関係	38
第1項 購買力の定義と機能・効果	38
第2項 購買力問題の発生	40
第2節 「優越的地位」の定義と学説	42
第1項 優越的地位の定義	42
第2項 優越的地位に係る学説の検討	43
第3節 「優越的地位」の判断要素の検討	49
第1項 依存関係	49
第2項 取引先の転換可能性	51
第3項 依存関係と取引先の転換可能性との関係	53
第4項 大規模小売業態における優越的地位の一般的傾向	54
第4節 まとめ	56

第3章 大規模小売業者の経営資源補完と「濫用行為」	58
第1節 大規模小売業者の経営資源補完と「濫用行為」	58
第1項 濫用行為の内容	58
第2項 小売事業における経営資源	59
第3項 大規模小売業者の経営資源補完方法と濫用行為との関係	61
第2節 卸売業者の役割と「濫用行為」	63
第1項 卸売業者の流通システム内における役割	63
第2項 卸売業者の具体的な役割	64
第3項 取引慣行の形成とその合理性・批判	66
第4項 卸売業者の役割と取引慣行の合理性	68
第3節 「濫用行為」の発生要因と規制の留意点	70
第1項 濫用行為の発生要因	70
第2項 濫用行為規制の留意点	72
第4節 まとめ	74
第4章 百貨店の仕入形態	76
第1節 百貨店の経営資源補完と仕入形態	76
第1項 仕入形態と経営資源補完との関係	76
第2項 買取仕入	78
第3項 委託仕入	80
第4項 売上仕入	81
第5項 買取仕入・委託仕入における手伝い店員	82
第2節 各仕入形態及び派遣店員の検討	83
第1項 百貨店から見た各仕入形態及び派遣店員の経済的条件の比較	83
第2項 納入業者から見た各仕入形態及び派遣店員の経済的条件の比較	85
第3項 各仕入形態及び派遣店員に係る学説の整理	88
第3節 百貨店における仕入形態・派遣店員の利用実態と変遷	93
第1項 仕入形態・派遣店員の推移	94
第2項 戦前期の百貨店の納入業者に対する優越的地位と仕入形態・派遣店員 ..	94
第3項 戦後復興期の百貨店の納入業者に対する優越的地位と仕入形態・派遣店員	99
第4項 高度成長期以降の百貨店の納入業者に対する優越的地位と仕入形態・派遣店員	106
第5項 近年の仕入形態・派遣店員の利用実態	115
第6項 本節のまとめ	119
第4節 まとめ	120
第5章 量販店等による納入業者に対する「優越的地位」と「濫用行為」	123
第1節 量販店・納入業者間の取引における「濫用行為」の発生要因	123
第1項 量販店の成長と多様化	123

第2項	納入業者の状況.....	125
第3項	量販店の納入業者に対する優越的地位の状況.....	127
第4項	量販店の納入業者に対する濫用行為の実態.....	131
第2節	「濫用行為」と小売業務との関連性：小売業態間の比較.....	133
第1項	「行為主体」と「濫用行為」の内容・目的の関連性.....	133
第2項	店舗運営に係る濫用行為の特徴.....	134
第3項	商品調達に係る濫用行為の特徴.....	138
第4項	商品供給に係る濫用行為の特徴.....	139
第3節	「濫用行為」を行う目的.....	142
第1項	競争力・適応力強化を目的とした濫用行為.....	142
第2項	大規模小売業者の収益改善のみを目的とした濫用行為.....	144
第4節	まとめ.....	150
第1部のまとめ.....		152
第2部 優越的地位の濫用規制の検討.....		157
第1章 大規模小売業者による優越的地位の濫用行為に対する規制の概要.....		157
第1節	大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制と流通政策.....	157
第1項	大規模小売業者のに対する優越的地位の濫用規制と流通政策との関係.....	157
第2項	流通政策における大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制を巡る議論.....	159
第2節	大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制の体系.....	162
第1項	優越的地位の濫用規制における購買力濫用規制の位置付け.....	162
第2項	第2条第9項第5号に基づく規制.....	163
第3項	第2条第9項第6号に基づく規制.....	163
第4項	審決・排除措置命令、警告及び注意の位置付け.....	165
第5項	ガイドライン.....	165
第6項	下請法.....	166
第7項	消費税特措法.....	167
第8項	法令の適用関係.....	167
第3節	大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制の歴史.....	170
第1項	独占禁止法の制定（1947年）.....	170
第2項	独占禁止法改正と優越的地位の濫用規制の導入（1953年）.....	172
第3項	百貨店特殊指定の告示（1954年）.....	174
第4項	手伝い店員の整理問題（1970年代）.....	177
第5項	「行為主体」と「濫用行為」の拡大と三越事件（1979年）.....	185
第6項	一般指定の改正（1982年）.....	187
第7項	ガイドラインの公表（1987年・1991年）.....	188

第8項	規制の積極化と大規模小売業告示の制定（2005年）	190
第9項	独占禁止法の改正と課徴金制度の導入（2009年）	193
第10項	本節のまとめ	195
第4節	公正取引委員会による現行の法運用	199
第1項	ガイドラインの公表	199
第2項	中小事業者取引公正化推進プログラム	199
第3項	優越的地位濫用事件タスクフォースの運用	200
第5節	大規模小売業者の優越的地位の濫用に対する法的措置	201
第1項	審決・排除措置命令数の増加	201
第2項	特殊指定の適用増加	202
第3項	課徴金納付命令の増加と濫用行為の特定化	202
第4項	「行為主体」の特徴	203
第5項	「濫用行為」の特徴	205
第6項	独占禁止法コンプライアンスに関する取組	207
第7項	下請法に係る違反行為	208
第6節	大規模小売業者による優越的地位の濫用防止への取組	208
第1項	独占禁止法コンプライアンスの推進	208
第2項	企業の法令遵守義務	209
第3項	独占禁止法に対するコンプライアンスの必要性	210
第4項	コンプライアンス・プログラムに取り込む内容及び構築手法	212
第5項	大規模小売業者のコンプライアンス体制の現状	213
第7節	現状の大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制の問題点	215
第1項	ガイドラインの問題点	215
第2項	行政処分上の問題点	217
第8節	まとめ	218
第2章	優越的地位の濫用に係る公正競争阻害性	221
第1節	優越的地位の濫用に係る要件の検討	221
第2節	優越的地位の濫用に係る公正競争阻害性の検討	222
第1項	公正取引委員会の考え方	222
第2項	学説の検討	225
第3項	各学説に対する批判	228
第4項	公正競争阻害性と優越的地位の濫用に係る要件との関係	230
第3節	まとめ	231
第3章	「優越的地位」の認定	233
第1節	「優越的地位」の認定上の課題	233
第1項	優越的地位の認定上の課題	233
第2項	優越的地位ガイドラインにおける優越的地位の定義上の論点	233
第2節	公正取引委員会による「優越的地位」の判断要素と問題点	237

第1項	優越的地位の捉え方.....	237
第2項	特殊指定・補完法における優越的地位の判断要素.....	240
第3項	百貨店特殊指定制定当時の優越的地位の判断要素.....	244
第4項	ガイドラインにおける優越的地位の判断要素.....	245
第5項	大規模小売業者に対する優越的地位の判断要素の問題点.....	249
第3節	審決・排除措置命令における「優越的地位」の認定における問題点.....	253
第1項	大規模小売業者に対する審決・排除措置命令における優越的地位の認定.....	253
第2項	大規模小売業者以外の事業者に対する優越的地位の認定との比較.....	259
第3項	大規模小売業者に対する審決・排除措置命令における優越的地位の認定の問題点.....	262
第4節	私見への批判と反論.....	275
第5節	まとめ.....	277
第4章	「濫用行為」の認定.....	279
第1節	「濫用行為」の認定上の課題.....	279
第1項	濫用行為の認定上の課題.....	279
第2項	濫用行為に係る要件の検討.....	280
第3項	濫用行為の類型.....	289
第2節	購入・利用強制.....	291
第1項	独占禁止法及び大規模小売業告示.....	291
第2項	不利益性及び不当性.....	292
第3節	経済上の利益の提供.....	293
第1項	独占禁止法.....	293
第2項	協賛金等の負担要請.....	294
第3項	従業員等の派遣要請.....	295
第4節	受領拒否、返品、支払遅延、対価減額等.....	298
第1項	独占禁止法.....	298
第2項	受領拒否.....	299
第3項	返品.....	301
第4項	支払遅延.....	303
第5項	減額.....	304
第6項	取引の対価の一方的決定.....	306
第7項	やり直しの要請.....	308
第8項	その他.....	309
第5節	優越的地位の濫用規制及び補完法での売上仕入の取扱い.....	310
第1項	独占禁止法での取扱い.....	310
第2項	補完法での取扱い.....	313
第6節	公正取引委員会による「濫用行為」の判断要素.....	314
第1項	濫用行為の判断要素.....	314

第2項	合理的範囲超過の不利益を与える行為.....	316
第3項	事前計算不可の不利益を与える行為.....	317
第4項	許容される場合.....	319
第7節	審決・排除措置命令における「濫用行為」の認定.....	322
第1項	大規模小売業者に対する審決・排除措置命令における濫用行為の認定 .	322
第2項	購入・利用強制.....	323
第3項	協賛金等の負担要請.....	325
第4項	従業員等の派遣要請.....	326
第5項	返品.....	330
第6項	減額.....	331
第7項	買ったたき.....	331
第8節	公正取引委員会による「濫用行為」に係る判断要素の問題点.....	332
第1項	濫用行為に係る判断要素の問題点.....	332
第2項	著しい不利益の論点.....	333
第3項	取引のプロセスの論点.....	339
第9節	まとめ.....	342
結論	346
第1節	本稿のまとめ.....	346
第2節	今後の課題.....	348
参考文献	350
資料	363
図表		

略語一覧

1 法令

独占禁止法	私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和 22 年法律第 54 号）。なお、独占禁止法については条数のみを表示する。
下請法	下請代金支払遅延等防止法（昭和 31 年法律第 120 号）
消費税特措法	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（平成 25 年法律第 41 号）
第 1 次百貨店法	百貨店法（昭和 12 年法律第 76 号）
第 2 次百貨店法	百貨店法（昭和 31 年法律第 116 号）
大店法	大規模小売店舗法（昭和 48 年法律第 109 号）

2 一般指定・特殊指定

一般指定（1953）	不公正な取引方法（昭和 28 年 9 月 1 日公正取引委員会告示第 11 号）
一般指定（1982）	不公正な取引方法（昭和 57 年 6 月 18 日公正取引委員会告示第 15 号）
一般指定（2009）	不公正な取引方法（平成 21 年 10 月 28 日公正取引委員会告示第 18 号）
百貨店特殊指定	百貨店業における特定の不公正な取引方法（昭和 29 年 12 月 21 日公正取引委員会告示第 7 号）
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 年 5 月 13 日公正取引委員会告示第 11 号）
新聞特殊指定	新聞業における特定の不公正な取引方法（平成 11 年 7 月 21 日公正取引委員会告示第 9 号）
物流特殊指定	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 3 月 8 日公正取引委員会告示第 1 号）

3 ガイドライン

返品ガイドライン	不当な返品に関する独占禁止法上の考え方（昭和 62 年 4 月 21 日）
流通取引慣行ガイドライン	流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」（平成 3 年 7 月 11 日、平成 23 年 6 月 23 日改正）
役務委託取引ガイドライン	役務の委託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指針（平成 10 年 3 月 17 日、平成 23 年 6 月 23 日改正）

フランチャイズガイドライン	フランチャイズ・システムに関する独占禁止法上の考え方について（平成 14 年 4 月 24 日、平成 23 年 6 月 23 日改正）
大規模小売業告示ガイドライン	「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」の運用基準（平成 17 年 6 月 29 日、平成 23 年 6 月 23 日改正）
優越的地位ガイドライン	優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方（平成 22 年 11 月 30 日）

4 頻出語

優越的地位	第 2 条第 9 項第 5 号の行為要件である「優越的地位」並びに大規模小売業告示及び百貨店特殊指定の行為要件である納入業者の「劣位性」を総称するもの
濫用行為	不利益行為が弊害要件である「正常な商慣習に照らして不当に」行われた場合に優越的地位の濫用規制の対象となる行為
不利益行為	第 2 条第 9 項第 5 号イないしハ並びに大規模小売業告示及び百貨店特殊指定に行為要件として定められたものであって、納入業者に「著しい不利益」を与える行為
行為者	優越的地位の濫用行為を行う取引当事者であり、本稿においては大規模小売業者となる。
取引の相手方	優越的地位の濫用行為を受ける取引当事者であり、本稿においては納入業者となる。
量販店	チェーン・オペレーション、本部一括仕入等を用いて、商品の大量かつ安価の販売・大量仕入を行う小売業態の総称。本稿においては、特に、総合スーパー、食品スーパー、ホームセンター、ドラッグ・ストア、ディスカウント・ストア、家電量販店、専門量販店の総称として用いる。なお、高度成長期には、スーパーを量販店としているものが多かったが、小売業態の多様化とともにその範囲も変化している。
納入業者	大規模小売業者に商品を納入する事業者であり、主として卸売業者だが、大規模小売業者と直接取引するメーカーも含まれる。
手伝い店員	買取仕入・委託仕入に付随して、大規模小売業者の店頭において納入業者の納入商品に係る販売・陳列業務等を行うために納入業者から派遣される納入業者の従業員
売上仕入員	売上仕入に付随して、大規模小売業者の店頭において納入業者の搬入商品に係る陳列・管理・販売業務を行うために納入業者から派遣される納入業者の従業員
派遣店員	手伝い店員と売上仕入員を併せた納入業者の従業員の総称

派遣店員制	百貨店等の大規模小売業者・納入業者間の商品納入取引に付随して派遣店員が取引慣行として定着したもの
従業員等の派遣	派遣店員に加え、大規模小売業者の店舗で販売業務以外の業務を行うために納入業者から派遣される者も併せた納入業者の従業員等の派遣
返品制	百貨店等の大規模小売業者・納入業者間の納入取引において買取仕入・委託仕入が取引慣行として定着したもの。なお、狭義には買取仕入における返品を意味するが、本稿においては、委託仕入も併せて納入業者に商品が返戻される場合を含むものとする。

5 判決・審決・排除措置命令

雪印事件	審判審決昭 52・11・28 審決集 24・65
明治乳業事件	審判審決昭 52・11・28 審決集 24・86
日本楽器事件	審判手続打切決定昭 60・6・18
全農事件	勧告審決平 2・2・20 審決集 36・53
北國新聞事件	勧告審決平 10・2・18 審決集 44・358
カラカミ観光事件	勧告審決平 16・11・18 審決集 51・531
三井住友銀行事件	勧告審決平 17・12・26 審決集 52・436
セブーン・イレブン・ジャパン事件	排除措置命令平 21・6・22 審決集 56・2・6

6 その他

- ①本稿においては基本的に西暦表示とする。ただし、法令の公布日付、ガイドライン等の公表日付、審決・排除措置命令日付、判決日付、その他慣用的に和暦表示が用いられるものについては、和暦表示とする。
- ②本稿で参照する審決・排除措置命令は、巻末表 1 の事件番号を用いる。

序 本稿の目的

第1節 問題の所在

明治期に百貨店の誕生に端を発した小売業者の大規模化は、高度成長期の総合スーパー（GMS）、食品スーパーの成長により、店舗単位での大規模化の時代からチェーン・オペレーションを利用した企業単位の大規模化の時代に移行した。近年では、ホームセンター、ディスカウント・ストア、コンビニエンス・ストア、専門店等、多様な大規模小売業態の成長により、店舗の面積に関係なく、小売業者の企業単位での大規模化や小売業態の多様化が進行している。

小売業者は、販売するための商品の製造能力を自ら有することは限定的であり、これら商品はメーカー、卸売業者といった納入業者から仕入れることがほとんどである¹。そして、小売業者の大規模化は、企業単位での商品の大量販売と、これに基づく納入業者からの仕入量の増加に直結し、大規模小売業者の納入業者に対する、いわゆる「購買力」（buying power/buyer power）が生じることとなった²。

大規模小売業者は、購買力を背景とした交渉力の格差を利用して、納入価格の抑制、自らの小売事業の運営に直結したサービス等の享受等、中小の小売業者に比べ、納入業者から有利な取引条件を獲得して、小売市場の競争で優位に立つ競争力を獲得し、大規模メーカーによる市場支配に対抗する力を獲得し、閉鎖性が指摘されている我が国の流通システムを変革してきた。

他方、大規模小売業者の購買力が増大するとともに、これに基づく濫用行為が納入業者に対して行われるようになってきた³。大規模小売業者が納入業者に対し購買力を濫用すると、垂直的な取引関係においては納入業者に過度な負担を強要し、水平的な競争関係においては大規模小売業者が購買力により獲得した利益で中小小売業者に対して競争上優位になり、これらの弱体化につながり、他方、利益を収奪された納入業者が弱体化して他の

¹ 小売業者は、販売する商品の製造能力を全く持たないわけではなく、例えばスーパーの食品売場で惣菜等の加工食品を販売する際には、店舗内で製造している場合も多く、衣料品等の縫製を自社の工場で行っている場合もある。ただし、これらの場合においても、原材料は納入業者から調達することとなる。

² OECD加盟国の多くでは、製造業と流通産業に見られる集中化の増大が購買力発生の原因であると考えられている。OECD, OECD Report of the Committee of Experts on Restrictive Practices, *Buying power the exercise of market power by dominant buyers*, 1980, p.17.

³ 大規模小売業者による優越的地位の濫用問題には、納入業者に対する購買力に係る問題のほか、後述するフランチャイズ方式を採用するコンビニエンス・ストアのフランチャイザーの本部がフランチャイジーである加盟店に対して行う優越的地位の濫用も問題となっている。公正取引委員会によるフランチャイズガイドラインでは、フランチャイザーによるフランチャイジーに対する優越的地位の濫用の考え方が公表されている。具体的な濫用行為の内容等は、それぞれ対応する章で説明する。

納入業者に対して競争上劣位となり、競争秩序に悪影響を与えるとされている。このため、我が国を含め、各国で大規模小売業者の購買力の濫用に対する規制が行われている。

我が国における大規模小売業者の納入業者に対する購買力濫用に対する規制は、独占禁止法の不公正な取引方法の一つである、いわゆる「優越的地位の濫用」として規制されている。現在、規制されている主な濫用行為としては、大規模小売業者の納入業者に対する押し付け販売、協賛金・従業員派遣の要請、商品の受領拒否、返品、対価の支払遅延、対価減額等が挙げられる。戦後から現在まで、我が国の小売市場の変化と流通システムの変化により、優越的地位に立ち、濫用行為を行った大規模小売業者は変遷し、この変遷に併せ、濫用行為自体も各時期で変遷が見られる。

従来、大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制は、活発に行われているとは言い難かった。しかし、2004年以降、当該規制が積極的に運用されるようになり、大規模小売業者に対する規制事例が大幅に増加するとともに、法制度としても、2005年11月には、1954年に告示された百貨店特殊指定が制定後50年を経て廃止され、代わりに大規模小売業告示が制定された。さらに、2009年の独占禁止法の改正では、1982年に告示された一般指定（1982）に係る行為類型を法定化して課徴金制度が導入され、これにより一般指定（1982）第14項に定められていた優越的地位の濫用は第2条第9項第5号に法定化されることとなった。そして改正以後、大規模小売業者の納入業者に対する優越的地位の濫用行為に対し、排除措置命令と課徴金納付命令が既に5件出される等、優越的地位の濫用規制に大きな変化が生じている。

他方、2009年の独占禁止法改正により、優越的地位の濫用規制では、特定の事業分野における特定の不公正な取引方法を指定した特殊指定（本稿の検討対象では大規模小売業告示）より、第2条第9項第5号が優先適用される運用となったために、限界事例の不明瞭さが増すとともに、企業に対し不利益を課す課徴金の対象範囲画定のため「優越的地位」、「濫用行為」等の認定も精緻化する必要が生じている（詳細は第2部で検討する。）。

第2節 本稿の目的

第1項 研究の現状

従来、大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制についての研究は、活発になされているとは言い難いものであった。しかし、近年の規制強化に伴い、研究が徐々に増加してきている。優越的地位の濫用に係る研究として、これまで議論がなされ、あるいは研究されてきた領域は、大きく分けて4つに分類できる。

第一の領域としては、弱者保護につながる本規制が独占禁止法により行われるべきか否かという研究（以下「規制の妥当性の研究」という。）がある。これは、おおむね経済法学者が独占禁止法の不公正な取引方法に基づく本規制を評価しているところ、主として経済学者が別個の弱者保護制度によるべき、あるいは市場経済に委ねるべき旨主張し議論に

なっている領域である。特に 1990 年代以降の経済学者による取引慣行の合理性を評価する研究の一環として、本規制に係る濫用行為のうち、最も盛んに議論されてきた返品制を評価する際にこれらの見解が示されることが多い（研究の詳細は第 2 部第 1 章で検討する。）。

第二の領域として、独占禁止法の不公正な取引方法に基づき本規制が行われることを前提に、優越的地位の濫用に係る公正競争阻害性、あるいは本規制と競争との関係をどのように捉えるかという研究（以下「公正競争阻害性の研究」という。）がある。これは、まさに百家争鳴と例えられるほど、本規制の中では従前より活発に議論がなされてきている領域である。特に近年は、経済学を用いた見解も積極的に示されるようになってきている（研究の詳細は第 2 部第 2 章で検討する。）。

第三の領域として、実務上関心の高い本規制に係る成立要件、例えば「優越的地位」、「濫用行為」等の成立要件についての研究（以下「成立要件の研究」という。）がある。従来、この分野の研究は、学説と公正取引委員会の実務との間に解釈上の差異はほとんどないと評され⁴、公正取引委員会のガイドライン等による解釈がそのまま学説として用いられる場合が多かった。これらの研究は従来あまり活発に行われていなかったところ、最近の本規制の強化により企業に与える影響が大きくなってきたことがあり、弁護士、実務家を中心に徐々に研究が行われるようになってきた領域である。ただし、本規制の主たる対象である大規模小売業者を素材とした研究は、ほとんど行われていないこともあり、研究の蓄積が非常に少ない状況である（研究の詳細は第 2 部第 3 章及び第 4 章で適宜触れる。）。

第四の領域として、本規制の歴史あるいは「優越的地位」、「濫用行為」等の歴史・実態を分析する研究（以下「歴史・実態の研究」という。）である。本規制の歴史については概説書で触れられる程度であり、大規模小売業者を対象としたものを含めてほとんど研究されていない。他方、「優越的地位」、「濫用行為」等の現状は商学、流通論、経済学等の領域で研究されており、歴史については近年百貨店研究の一環として研究が増えてきている（研究の詳細は第 1 部及び第 2 部第 1 章で適宜触れる）。

第 2 項 本稿の目的

筆者は、以前、大規模小売業者の販売、仕入、経理及び法務の各部門に勤務していた経験から、大規模小売業者の利用する仕入形態等の取引慣行、これら取引慣行に対する独占禁止法上の規制、これら取引慣行が大規模小売業者・納入業者間の取引に与える影響等に関心を抱き、これら取引慣行を素材に、成立要件の研究及び歴史・実態の研究を行い、それぞれ次のような成果を公表してきた。

①大規模小売業者の納入業者に対する優越的地位の濫用とこれに対する規制の歴史⁵

⁴ 高橋岩和「優越的地位の濫用と独禁法」日本経済法学会年報 27 号（2006）13 頁（特集優越的地位の濫用）。

⁵ 百貨店特殊指定の制定当時の百貨店の優越的地位・濫用行為の実態、制定過程及び当時の公正競争阻害性の捉え方については、拙稿「百貨店の購買力濫用に対する独占禁止法の規制—百貨店特殊指定の制定を素材として—」中央大学大学院法学研究科民事法専攻修士

②契約法上の法律構成（返品及び売上仕入等狭義の出店契約の法律構成）⁶

③返品、手伝い店員及び売上仕入が大規模小売業者・納入業者の経営に与える影響及びこれらの取引慣行の実態・歴史⁷

④百貨店の経営改革の事例（仕入形態の変革及び活用を含む。）⁸

筆者は、これら研究の過程で、企業法務に携わる実務家の視点として、本規制について研究が少ないこと、及び公正取引委員会が示すガイドラインや審決・排除措置命令における「優越的地位」、「濫用行為」等の判断要素、事実認定等に疑問を持ち、自ら研究を進めてきた。特に、優越的地位の濫用につき、課徴金制度が導入されて以降、企業に与える金銭的なリスクが格段に高まる中、企業の予防法務上、これら公正取引委員会による本規制に係る情報・研究不足について問題意識を強く持つようになった。このため、筆者が従来研究・公表してきたこれら研究の成果を踏まえ、優越的地位の濫用規制の中で最も積極的に規制が行われている本規制の解釈論及び企業法務の実務に貢献するため、我が国における、「行為主体」である大規模小売業者による「優越的地位」の「濫用行為」の歴史・

論文（2003）（未公表）、拙稿「百貨店業における優越的地位の濫用規制—特殊指定の制定を素材として—」中央大学大学院研究年報法学研究科篇 33号（2004）453-469頁、大規模小売業者の「優越的地位」に係る形成要因及び公正取引委員会の判断要素の問題点については、拙稿「優越的地位の認定—大規模小売業者に対する規制を素材にして—」中央大学大学院研究年報法学研究科篇 35号（2006）281-301頁、拙稿「大規模小売業者の購買力形成要因」月間経営管理 2005年7・8月号（2005）10-18頁（日本経営管理協会 平成16年度黒澤賞受賞論文）、大規模小売業者の独占禁止法コンプライアンス・プログラムについては、拙稿「独禁法コンプライアンスの現状と課題—大規模小売業者の事例を中心に—」消費生活研究 6巻1号（2004）102-114頁。

⁶ 売上仕入の法的性質、賃貸借との相違及び借地借家法適用の判断要素については、拙稿「継続的契約について—売上仕入契約の法的性質—」みずほ学術振興財団懸賞論文法律の部社会人3等賞受賞論文（2004）（未公表）、売上仕入契約の終了の制限については、拙稿「契約の拘束力—大規模小売業者・出店業者間の出店契約解消の制限—」みずほ学術振興財団懸賞論文法律の部社会人3等賞受賞論文（2005）（未公表）、売上仕入契約の法律構成及び契約書の条項分析については、拙稿「現代企業法研究会 企業間提携契約の法的諸問題（1）大規模小売業者・納入業者間の売上仕入契約—百貨店の事例を素材として—」判例タイムズ 59巻10号（2008）5-17頁、及び拙稿「大規模小売業者・納入業者間の売上仕入契約—百貨店の事例を素材として—」現代企業法研究会編『企業間提携契約の理論と実務』（判例タイムズ社、2012）17-50頁。返品制の法律構成及び契約書の条項分析については、拙稿「返品特約付買取仕入における売買契約書の見直し—百貨店の取引に関する分析を中心に—」中央大学大学院国際企業関係法専攻修士論文（2001）（未公表）。

⁷ 大規模小売業告示の制定当時における大規模小売業者の「優越的地位」、「濫用行為」の実態、業態ごとの特徴については、拙稿「大規模小売業者による優越的地位の濫用における最近の特徴—スーパーによる濫用行為の『行為内容』と『行為の目的』—」、流通情報 431号（2005）15-29頁、戦前の百貨店における返品制の成立過程について分析したものとして、拙稿「百貨店の返品制成立過程と実態—戦前における返品制の歴史を素材として—」月間経営管理 2004年2・3月号（2004）10-17頁（日本経営管理協会 平成15年度協会賞受賞論文）。

⁸ 大丸松坂屋百貨店での仕入形態の変革及び売上仕入の活用については、拙稿「大丸松坂屋百貨店：店舗運営改革」矢作敏行編『日本の優秀小売企業の底力』（日本経済新聞社、2011）285-319頁。

実態とこれらに対する優越的地位の濫用規制の歴史及び成立要件について検討することを目的とし本稿を執筆する。

本稿では、第1部及び第2部第1章において大規模小売業者の納入業者に対する優越的地位の濫用とこれに対する本規制に係る歴史・実態の研究を行い、第2部第2章において公正競争阻害性の研究を検討し、第2部第3章及び第4章で成立要件の研究を行うものである。本稿の位置付けとして、経済法学の分野に限ってみても、従来、大規模小売業者の納入業者に対する優越的地位の濫用を対象とした歴史・実態の研究自体がほとんど行われておらず、かつ、これらに流通論・経営学の成果を応用した研究はなされていない。さらに、本規制の歴史・実態の研究は、概説書等で簡素に触れられるのみでありほとんど行われておらず、成立要件の研究も少ないのが現状である。このため、本稿は、これら研究の空白を埋める研究となる。なお、筆者の視点は実務家としての視点を重視するため、規制の妥当性の研究、及び成立要件の研究とは別個に議論することができるとされる公正競争阻害性の研究については、主たる検討対象とせず、必要なもののみ検討を加えることとする。

第3項 本稿の構成

本稿の具体的な構成としては、第1部では、大規模小売業者の納入業者に対する優越的地位の濫用の理解を深めるため、「行為主体」である大規模小売業者、大規模小売業者に生じる「優越的地位」及び大規模小売業者が納入業者に行う「濫用行為」の発生要因・発生形態及び歴史・実態についてそれぞれ検討を行う。これらは前述した歴史・実態の研究の一部に該当する。

第1章では、「行為主体」としての大規模小売業者の検討を行う。ここでは、「行為主体」として規制対象とされている大規模小売業者の業態ごとの特徴を、主として小売業務の観点から検討する。主たる検討対象となる大規模小売業者は、高度成長期までの優越的地位の濫用規制の主要な対象であった百貨店と、近年、最も多くの規制事例があるスーパーとし、他の量販店及びコンビニエンス・ストアにも適宜触れる。

第2章では、「優越的地位」の検討を行う。ここでは、大規模小売業者の購買力の機能と競争との関係を検討した後、大規模小売業者・納入業者間の取引における「優越的地位」の判断要素を検討する。そしてこの検討結果をもとに、我が国の小売市場において優越的地位に立っている「行為主体」である大規模小売業者、特に百貨店と総合スーパー・食品スーパー（以下、総称して「スーパー」という。）で優越的地位が生じる要因に相違があることを明らかにする⁹。

第3章では、「濫用行為」の検討を行う。ここでは、まず第3章で「行為主体」である大規模小売業者が行う「濫用行為」の理論について、小売業者の経営資源補完と納入業者

⁹ 経済産業省の商業統計では、スーパーをセルフ方式の店舗を総合スーパー（大型・中型）と専門スーパー（衣料品・食料品・住関連）に分類している。本稿で「スーパー」との用語を用いる場合には、両者を含んで使用するものとする。

の果たす役割という観点から検討し、これら取引慣行の合理的な側面、及びそれらがどのような状況で発生しやすいかを検討する。

第4章では、最も典型的な大規模小売業者の「濫用行為」として長年批判されている返品、手伝い店員及び売上仕入を分析するために、これらを活用して小売業務を運営している百貨店の事例を素材として、百貨店が用いる仕入形態の種類、契約法上の法律構成、評価、変遷と現状等について検討を行う。

第5章では、最近の量販店の成長に伴う小売業者・納入業者間の取引における「行為主体」と「濫用行為」の変化と、「行為主体」ごとに「濫用行為」に特徴があることを明らかにする。また、大規模小売業者が「濫用行為」を行う目的も分析する。

第1部の検討においては、「行為主体」、「優越的地位」及び「濫用行為」の研究が主として流通論、経営学、経済学等の各領域において進んでいることから、法律学の視点からの検討にとどまらず、これらの研究成果も取り入れて分析する。

第2部では、本規制について法理の検討を行う。第1章では、本規制の流通政策での位置付けと批判を概観し、次いで現行の優越的地位の濫用規制の体系を検討する。さらに、第1部で明らかにした各時期の「優越的地位」の「濫用行為」を踏まえた上で、現行の規制体系に至るまでの本規制に係る戦後から現在までの沿革・法的措置の内容を時系列で分析する。最後に、本規制に対する企業の取組とその問題点についても検討する。これらは前述した研究のうち成立要件の研究及び歴史・実態の研究の一部（本規制の歴史）に該当する。

第2章では、公正競争阻害性の研究として、優越的地位の濫用に係る公正競争阻害性の論争を概観する。

第3章及び第4章では、成立要件の研究として、現在の法理（法条・ガイドライン）及び公正取引委員会の運用（審決・排除措置命令等）を分析し、公正取引委員会の優越的地位の濫用規制における「優越的地位」、「濫用行為」等、成立要件に係る事実認定上の問題点を検討する。

これらを検討する際には、企業実務を实践する筆者として「企業法務からみた優越的地位の濫用規制」との視点を重視し、実際に規制を受ける企業法務からみた公正取引委員会による「優越的地位」の「濫用行為」の事実認定方法の問題点、及び企業として本規制に係る独占禁止法コンプライアンスへの取組上の課題について重点的に検討する。

以上のような概要で研究を実施することにより、今後更なる進展が予想される、本規制のあり方及びこれを受ける企業法務の実務に有用な基礎理論を生み出すことができると考えている。

第1部 「行為主体」、「優越的地位」及び「濫用行為」の検討

第1章 「行為主体」である大規模小売業態の特徴

第1節 大規模小売業態と品揃え

第1部では、大規模小売業者による優越的地位の濫用規制の理解を深めるため、歴史・実態の研究として、我が国で「優越的地位」の「濫用行為」を行っている「行為主体」としての大規模小売業者の種類とそれぞれの特徴を概観した後、これらによる「優越的地位」の判断要素と「濫用行為」の発生要因・発生形態及び歴史・実態について、流通論、経営学、経済学等の研究成果とを取り入れながら分析する。ここでの主要な検討対象は、百貨店とスーパーとし、これらを中心に検討を進める。そして、これらの検討結果に基づき、特に、百貨店の典型的な「濫用行為」とされている返品・手伝い店員と、最近の量販店の「濫用行為」の特徴を検討する。

本章では、本規制においてこれまで規制対象となっている大規模小売業態を踏まえ、これらの大規模小売業態の種類とそれぞれの小売業務運営上の特徴、これら大規模小売業態による近年の小売業を巡る環境変化とこれへの対応策について概観する。

第1項 検討対象となる大規模小売業態の選定

小売業者は、消費者への再販売を目的に商品を仕入れ、取り扱う商業者と定義される¹。そして対象顧客、商品構成、価格設定、立地条件、販売促進方法、営業時間等、マーケティング・ミックスの戦略から、小売業の営業形態上の特徴である小売業態が規定される²。そして小売業者の競争は、同じ小売業態内だけではなく、異なる小売業態間でも展開される。歴史的に見れば、新たな小売業態の出現によって、新たな小売業態と既存の小売業態との間に競争が展開され、新たな小売業態が成長すると新たな小売業態内で競争が展開され、するとまた新たな小売業態が出現するということを繰り返している。そして百貨店の登場以降、小売市場の中心は、様々な形態の大規模小売業態が担っている。

大規模小売業態のうち、ある時期において、小売市場において売上高のシェアが高い大規模小売業態は、その商品の販売額の多さから商品の仕入額も多くなることにより、「優

¹ 矢作敏行『現代流通—理論とケースで学ぶ—』（有斐閣、1996）31頁。

² 矢作、前掲注1、144頁。小売業態とは、商業者の営業上の特徴のことであり、業種、品揃え、店舗規模、立地、販売方法、付帯情報・サービスなどの小売ミックスの戦略で決定され、業種は主たる取扱商品から決定される。矢作、前掲注1、142-145頁。

越的地位」の「濫用行為」を行う「行為主体」として問題とされる場合が多いことは容易に想像がつく。実際、戦後の各時期で見ても、小売市場で売上高のシェアが高い、又は急成長している大規模小売業態に対する規制事例が多いことが分かる（詳細は第2部第1章で検討する。）。このため、本章では、現在の小売市場で主要な地位を占めている大規模小売業態を概観し、それぞれの特徴を検討する。

2011年現在での、小売市場に占める大規模小売業態ごとの売上高とシェアとしては、小売業販売額134.0兆円のうち、総合スーパーが12.7兆円（約9.5%）、コンビニエンス・ストアが8.7兆円（約6.5%）、百貨店が6.2兆円（約4.6%）、ドラッグ・ストアが5.6兆円（約4.2%）、ホームセンターが2.7兆円（約2.0%）である³。

また、これまで「優越的地位」の「濫用行為」の「行為主体」として審決又は排除措置命令を受けた業態としては、総合スーパー・食品スーパー9件、ホームセンター4件、百貨店2件、ディスカウント・ストア2件、家電量販店2件、コンビニエンス・ストア1件となっている（詳細は巻末表1を参照）。歴史的に見ても、戦後復興期には、当時の小売市場で唯一の大規模小売業態であった百貨店の優越的地位の濫用が社会問題化して百貨店特殊指定の告示につながり（1事件）、高度成長期には百貨店の手伝い店員問題が社会問題化して警告を受けている（2事件）。1980年代から現在に至るまで、主に規制されている大規模小売業態は、おおむね量販店となっており、この中でも特にスーパーの規制事例が多くなっている。これら規制事例に加え、公正取引委員会が数年おきに大規模小売業者による納入業者に対する優越的地位の濫用について実態調査を行っているが⁴、この主要な調査対象として、これら規制対象となった小売業態が含まれていることを考えると、公正取引委員会もこれらの大規模小売業態を「優越的地位」の「濫用行為」を行う「行為主体」として問題視していることが分かる。

そこで本稿では、これらの状況を踏まえ、大規模小売業態のうち、①百貨店、②量販店のうち、総合スーパー、食品スーパー、ホームセンター、ディスカウント・ストア、家電量販店、ドラッグ・ストア、及び③コンビニエンス・ストアを素材として検討する。特に、戦後復興期から高度成長期にかけて「優越的地位」に立ち「濫用行為」の「行為主体」であった百貨店と、安定成長期から現在にかけて「優越的地位」に立ち「濫用行為」の「行為主体」の中心となっているスーパーを中心的な検討対象とする。

³ 経済産業省、「第1回 産業構造審議会流通部会審議用参考資料 我が国流通業の現状と取組・課題について 平成24年4月」5頁、http://www.meti.go.jp/committee/sankoushin/ryutsu/pdf/001_05_00.pdf、（2015年2月11日）。

⁴ 最も直近で行われた調査は、2012年7月11日に公表された「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」であり、ここでの調査対象は、①百貨店、②総合スーパー、③食品スーパー、④ホームセンター、⑤専門量販店、⑥コンビニエンス・ストア、⑦ディスカウント・ストア、⑧ドラッグ・ストア、⑨通販業者及び⑩その他の大規模小売業者（生協、農協等）のいずれかの業態であって、公正取引委員会が把握する前事業年度の売上高が70億円以上の全国の事業者が選択されている。詳細は、公正取引委員会事務局『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』（公正取引委員会、2012）を参照。

第2項 大規模小売業態と品揃え・商品の購買上の特性との関係

本項では、「行為主体」を特徴付ける要因である小売業者の「品揃え」と「商品の購買上の特性」を検討し、これらに応じて構築される小売業務の業務システムについて検討する。そして、これらの検討を受け、まず、百貨店の小売業務の業務システムの特徴を概観する。

(1) 商品の品揃え

小売業者が小売事業を運営する際に、主要な活動となるのは販売（店舗運営）と仕入（商品調達）の2つである。販売と仕入を物理的に架橋しているのが物的流通（商品供給）であり、情報処理システムに基づき、空間的・時間的な在庫投資活動を調整している⁵⁶。そして、これら小売業態の店舗運営において、小売業態を規定する最も重要な要素が「品揃え」である。

品揃えとは、消費者が必要とする商品を適切に把握し、これらを商品として取り揃えることであり、単に商品の種類ではなく、ブランド、サイズ、色、柄、価格など消費者のニーズを捉えた品揃えが重要である。そして、各小売業態の特徴は、品揃えの「幅」（広さ）と「奥行き」（深さ）によって現れる⁷。この点、商品が物理的に存在する「物」であることを考えると、この品揃えの幅あるいは奥行きは、店舗の面積に関係し、店舗の面積が大きくなればなるほど、品揃えの幅又は奥行きのいずれか、あるいは双方とも拡大することができる。そして、店舗面積が拡大し、品揃えの幅が広がる、あるいは奥行きが深くなることにより、顧客を遠方から吸引する力（顧客吸引力）が強まり、当該小売店舗が顧客を吸引する地理的範囲（商圏）が広がることとなる。

小売業者が事業を拡大する際には、①既存店舗の商圏に存在する消費者を顧客として開拓するため、品揃えの幅を広げる、あるいは奥行きを深くして事業を拡大する方法（商圏深耕）と、②既存の品揃えや小売サービスのままで異なる商圏に出店して事業を拡大する方法（商圏開拓）がある。そして、③これらを組み合わせ、異なる商圏に出店する際に、

⁵ 矢作敏行「流通パラダイムの転換」矢作敏行編『日本の優秀小売企業の底力』（日本経済新聞社、2011）18頁以下。

⁶ 生産と消費の間には、経済的懸隔と呼ばれる様々な隔りがあり、円滑な財の交換を阻害している。具体的には、生産と消費の間の、①主体的懸隔（社会的な分業体制の結果生じた、メーカー・消費者が人格的に分離したことから生じる隔り）、②量と組み合わせに関する懸隔（メーカーが少品種大量生産を展開するのに対して消費者が多品種少量消費を志向することから生じる隔り）、③情動的懸隔（メーカーと消費者がそれぞれ相手方の事情に関する情報を欠如していることから生じる隔り）、④空間的懸隔（財の生産地点と消費地点がことなることから生じる隔り）、⑤時間的懸隔（財の生産時点と消費時点が異なることから生じる隔り）が挙げられ、これら隔りを架橋するのが流通の役割である。宮澤永光監修『基本流通用語辞典』（白桃書房、改訂版、2007）71頁〔兼村栄哲〕。物流は、商品の輸送機能と保管機能の2つから構成され、輸送機能は空間的懸隔を、保管機能は時間的懸隔をそれぞれ架橋している。

⁷ 品揃えの「幅」とは商品ラインの数であり、「奥行き」とはある商品カテゴリーの単品数を意味する。

品揃えの幅を広げ、あるいは奥行きを深くしつつ出店して事業を拡大する方法もある⁸。①については品揃えの幅・奥行きが拡大することとなるが、これは百貨店が成長する際によく用いる戦略である。②については品揃えの幅・奥行きを変えずに仕入量が増大することとなるが、専門量販店、コンビニエンス・ストア等が成長する際によく用いる戦略である。③については、品揃えの幅・奥行きが拡大しつつ、仕入量が増大することとなるが、これは総合スーパー、ホームセンター等の量販店が成長する際によく用いる戦略である。

これらを踏まえて、小売業態における品揃えの一般的な傾向をまとめると、図 1-1-1 のように表すことができる⁹。具体的に、百貨店は、商品の品揃えの幅が広く、かつ、奥行きも深くなっており、これに対し、総合スーパーは、百貨店と同様に品揃えの幅は広いものの、奥行きは相対的に浅いものとなっている。この相違は、品揃えを展開する店舗面積の大小によっており、百貨店のほうが総合スーパーよりも相対的に面積が大きいものが多いという特徴がある。一般商店は、品揃えの幅が狭く、奥行きも浅いものとなっている。他方、店舗面積が一般商店と同様に狭小なコンビニエンス・ストアは、あるカテゴリーを専門的に扱うことが多い一般商店（例えば魚屋、八百屋等）よりも品揃えの奥行きは浅いものの、幅は広がっている。専門店は、品揃えの幅は狭いものの、奥行きは深いものとなっている。専門量販店である食品スーパー、ホームセンター、ドラッグ・ストアもほぼ専門店と同様の品揃えの幅と奥行きであるといえるが、これも店舗面積によって品揃えの幅・奥行きとも変動する。例えば、家電量販店は、近年、大都市の中心地に大規模な店舗を有し、品揃えの幅を拡大して、家電のみならず、玩具、食品、酒類等を品揃えするようになってきている。また、ホームセンターも、郊外に大規模な店舗を有し、品揃えの幅を拡大し、園芸用品、日曜大工用品等に限らず、日用品を幅広く品揃えするようになってきている。

これら店舗面積の拡大に伴い品揃えの幅又は奥行きを拡大することにより、店舗の顧客吸引力が増加し、従前から品揃えしている基幹商品との買回りを促進して売上全体を拡大することが可能となるため、出店数が増大している大規模小売店舗の店舗間競争の戦略として、品揃えの拡大が一般的に採用されている。

⁸ 坂川祐司「小売業における品揃え規模の優位性」経済学研究 57 巻 1 号（2007）51 頁。

⁹ 高丘季昭・小山周三『現代の百貨店』（日本経済新聞社、第 14 版、1984）65 頁によれば 5～6 万 m² の売場面積を有する百貨店において、60 万～80 万品目の商品が存在し、コンビニエンス・ストアの約 3,000 品目の 200 倍以上に達するといわれている。また、松岡真宏『百貨店が復活する日』（日経 B P、2000）107 頁によると、百貨店では数百万品目、総合スーパーでは 20 万品目、ホームセンターでは 4 万品目、食品スーパーでは 2 万品目、コンビニエンス・ストアでは 3,000 品目の商品が存在するとしている。個別企業の最近の商品点数として、総合スーパーのイトーヨーカ堂では、大型店で 8 万～10 万品目、コンビニエンス・ストアのセブンイレブンは 3,000 品目の商品を店頭で取り扱っているとしている。日本経済新聞 2015 年 1 月 6 日号。

(2) 商品の購買上の特性

一般的に商品の分類は、顧客の購買意欲と購買行動に基づいて、最寄品、買回品、専門品と分類される場合が多い¹⁰。そして小売業態の特徴には、品揃えされる商品の購買上の性質も関係してくる。

最寄品とは、日用品、便宜品とも呼ばれ、購買頻度が高く、比較的低価格で、過去の購買経験の蓄積がある場合も多いことから、消費者が購買意思決定において、品質比較や店舗選択などに時間や労力等最小限の努力しか払おうとせず、即座に入手することを望むようなタイプの商品群であり、衝動的購買も少なからずみられるものである。このため、その買い物に当たって、消費者からの店舗の近さや営業時間等の便宜性が重視され、代替品や類似品で済まされることもある。代表例としては、日常的な食料品、日用雑貨品、下着等の実用衣料等が挙げられる。

買回品とは、消費者が購買の際に事前に購入商品の決定を行っておらず、複数の店舗を買い回って比較し購入を決定するような商品群である。消費者は、時間や労力を惜しまずに価格、品質、デザイン等に関する情報探索・比較の中から購買対象を決定するパターンを示し、遠方まで買い求められる場合が多い。買回品には、比較的高額な商品が多く、購買頻度は低い。代表例としては、婦人服、装身具、服飾雑貨、家電製品、家具等がこれに該当する。

専門品とは、消費者にとって他のものにはない独自の特徴や魅力を持つと感じられるため、消費者が買い物に出る前に、特定のブランドや店舗で購入することを決定している商品群であり、購買のために消費者が多大な努力を進んで払うものである。このため、遠方まで買い求められる場合が多い。消費者は、ブランドや店舗の名声、信頼性等、高いブランド・ロイヤリティを有するため、価格以外の要素で購買決定し、買い回りによる探索・比較をせず、代替品を受け入れることは少ない。代表例としては、高級ブランド品、音響製品、その他の趣味的商品等がこれに該当する。

これらの特徴から、最寄品は消費者が日常的に使用し、比較購買されることも少ないため、消費者の購買決定の際に商品に係る情報収集は特段不要であり、情報収集手段としての販売員の接客が行われずに販売される場合が多い。他方、買回品は消費者が買い回って比較購買し、専門品は効能、流行等が重要であり、消費者の購買決定の際に商品に係る情報収集が重要であり、販売員の接客が行われ販売される場合が多い。

大規模小売業者における商品の購買上の性質に係る一般的な傾向をまとめると、百貨店・専門店では、買回品、専門品の品揃えを主として行い、スーパー、コンビニエンス・ストア、ドラッグ・ストアといった量販店では最寄品の品揃えを主として行っている場合が多い。これに対し、ホームセンターでは後述するとおり大工用品・園芸用品といった特殊な商材も扱う点、家電量販店では家電製品という買回品を主に扱う点に相違がある。

¹⁰ M.T.コーブランド (M.T.Copeland) が提唱した消費財の分類方法の一つである。宮澤永光・十合暁『現代商業学入門』(八千代出版、1997) 288 頁。以下、最寄品、買回品及び専門品の説明は同書及び渡辺達朗ほか『流通論をつかむ』(有斐閣、2008) 18 頁による。

(3) 小売業務の業務システム

各小売業態は、「品揃え」と「商品の購買上の特性」に応じて、各小売業務の業務システム、つまり店舗運営、商品調達及び商品供給の各業務を構築している。具体的に、店舗運営においては、形成した商品の「品揃え」を、「商品の購買上の特性」に応じて効果的に消費者に提供するための業務システムや店舗網を構築している。例えば、品揃えについて、百貨店・総合スーパーでいえば、大規模な店舗に幅広い品揃えを行い広域から消費者を吸引しており、コンビニエンス・ストアでいえば、小規模な店舗に最寄品を品揃えして多店舗展開し、近隣の需要を対象としているといった相違がみられる。商品の購買上の特性について、百貨店や家電量販店では、購買時に商品に係る情報収集が重要な買回品については接客販売により販売しており、スーパーやコンビニエンス・ストアでは、購買時に商品説明が特段不要な最寄品についてはセルフ・サービスで販売している。

そしてこれら店舗運営を支えるため、あるいは取り扱われる商品固有の特性に適した形態で¹¹、小売業態ごとに、特色のある商品調達・商品供給の業務システムが構築されている。

商品調達は、主として納入業者から行われることとなるが、一般に品揃えの幅が広くなり、あるいは奥行きが深くなると、納入業者の取扱商品の制約から¹²、納入業者数は増加することとなる。また、小売店舗の地域的な広がりによっても、納入業者の営業地域の制約から納入業者数が増加することとなる。品揃えされる商品の種類、商品購買上の特性等によって、納入業者や納入方法も相違している。そして、商品供給の業務システムは、構築された店舗運営及び商品供給に適した納入方法・納入頻度となる。

これら「品揃え」と「商品購買上の特性」により生じる小売業務の差異により、当該小売業態の競争戦略（特色）が既定され、あるいは同一小売業態であっても、これらの業務遂行能力の優劣により小売業態内の小売業者の競争能力の個別的な優劣が生じている。例えば百貨店の特色は、店舗運営において大都市圏や地方中心都市の中心地に大規模な店舗を有し、この店舗に広範囲な消費者を対象とした幅広い商品領域の買回品をフルラインで品揃えして、消費者のワンストップ・ショッピングと比較購買を可能にし、かつ、対面販売などに基づく高質なサービスを提供している点である¹³。また、コンビニエンス・スト

¹¹ 例えば、物質的に劣化しやすい生鮮食品と劣化しづらい家庭用品、あるいは流行・季節性による陳腐化が激しい衣料品と陳腐化が激しくない文房具では、商品供給体制に相違が生じることは容易に想像がつく。また、各種商品のメーカーの生産上の特性、商品分野固有の流通経路、取引慣行等の特性により商品調達・商品供給体制に相違が生じる要因となる。

¹² 卸売業者は、商品を生産しているメーカーとの取引関係の有無により取扱商品の制約を受ける。特に、ブランド力を有する商品の取扱いは、小売業者にとってだけでなく、納入業者にとっても販売戦略上の重要な要素となる。小売業者にとって、当該商品の取扱いの有無が納入業者との新規取引開始に影響を与えることとなる。

¹³ 拙稿「大丸松坂屋百貨店：店舗運営改革」矢作敏行編『日本の優秀小売企業の底力』（日本経済新聞社、2011）286頁。

アの特色は、商品調達における独自商品の企画・開発と、商品供給における一括配送センターの配置・運営にある¹⁴。

そして、これらの小売業態ごとのこれら店舗運営、商品調達及び商品供給に係る業務システムの特徴が、小売業態ごとに「優越的地位」を生じさせる要因と、行われる「濫用行為」の態様に影響を与えるので、これらの特徴を念頭に置いて各小売業態を概観する必要がある。

第3項 百貨店の特徴¹⁵

前項での検討を受け、まず、最も早い時期に小売市場に登場した大規模小売業態である百貨店の小売業務の特徴を検討し、第4章での百貨店の優越的地位の濫用行為である返品及び手伝い店員の検討の基礎とする。

百貨店とは、「デパートメント」ストアの名称のとおり、組織的な特徴として、部門別管理組織を導入して、商品領域ごとに適した組織を構築している業態である。店舗運営としては、買い回りに要する時間・労力等のコストを節約しながら（ワンストップ・ショッピング）、多くの商品を比較購入できるように（コンパリゾン・ショッピング）、定価販売を基本とした衣料品、服飾雑貨、家庭用品、食料品等、衣食住の幅広い品揃えを、集客に適した都市部に立地する大規模な店舗で実現している。百貨店がワンストップ・ショッピングとコンパリゾン・ショッピングを実現すれば、消費者は、自らの買い物に対する満足を得やすくなり、百貨店は、小売業者間の競争で優位に立つことになる。特に、百貨店の取り扱う商品には、主力商品である衣料品を始め、服飾雑貨等、買回品・専門品に分類される比較的高額な商品が多く、かつ、季節性、流行性の高い商品（ファッション商品等）が多い。これらの商品は、一般的に売残りのリスクが高いため、このリスクへの対応が小売業務運営上の課題となる（詳細は第4章で検討する。）。百貨店の集客には、幅広い品揃えのほか、百貨店が長年にわたって蓄積してきた信用力（のれん）と顧客網が活用される。

また、買回品・専門品は消費者に販売員が商品情報を伝達することが商品選択の際に重要となるため、百貨店は、これら幅広い品揃えの商品を高質な接客と各種サービスの提供により消費者に販売している。近年では、大手百貨店による自社クレジットカードによる割引と顧客情報・販売情報の収集と販売促進等への活用が積極的に行われている。

¹⁴ 矢作敏行「事例研究のまとめ」矢作敏行編『日本の優秀小売企業の底力』（日本経済新聞社、2011）366頁。

¹⁵ 経済産業省が実施する商業統計調査上の分類として、百貨店は、「衣、食、他（＝住）にわたる各種商品を小売し、そのいずれも小売販売額の10%以上70%未満の範囲内にある事業所で、従業員が50人以上の事業所」であり、セルフ・サービス方式が売場面積の50%未満のものと定義している。ただし、商業統計の業態定義は、一般的に認識されている、あるいは実務上・学術上で用いられる「百貨店」の定義とずれていることに留意する必要がある。以下の注における商業統計調査上の業態定義も同様である。

商品調達としては、商品の品揃えの幅が広く、かつ、小規模零細な一般商店に比べて商品の販売数量が多い。他方、一部の例外を除き、複数店舗を有する百貨店業者であっても個別の店舗ごとに仕入を行う場合が多いため、後述する量販店、専門店に比べると企業単位での販売数量は少なく、いわゆる多品種少量又は中量販売といえる¹⁶。そして、店頭での幅広い品揃えを実現するために、商品領域ごとに多数の納入業者と取引しており、かつ、これらの中には中小規模の納入業者も多い¹⁷。仕入方法は、当用仕入（小口仕入）を行っており、納入業者の在庫を活用しつつ、自らの商品在庫を必要最低限として、商品回転率を向上させている。仕入形態としては、買取仕入のほか委託仕入、売上仕入が用いられており、特に近年は売上仕入のシェアが大きくなっている（仕入形態の詳細は第4章で検討する。）。また、返品、手伝い店員といった取引慣行が大規模に採用されている。

商品供給は、納入業者の物流を活用して納入業者が直接、又は納品代行業者が百貨店の各店舗に納入することが多い¹⁸。

このような小売業務の特徴を有する百貨店であるが、特に、百貨店が保有する信用力、顧客網¹⁹、好立地の大規模な店舗といった百貨店の魅力の活用が納入業者にとって百貨店に対する依存関係につながり、かつ、季節性、流行性の高いファッション商品等の幅広い品揃えと、高質な接客販売が百貨店の「濫用行為」に影響を与えることとなる。これらについては第2章及び第4章で検討する。

16 小山周三・外川洋子『産業の昭和社會史 7 デパート・スーパー』（日本經濟評論社、1992）75頁。例えば百貨店の販売数量は「一般小売店と比較すれば大量であるが、大量販売を標榜するスーパーから見れば少量である」と説明されている。岡田康司『百貨店業界』（教育社、第6版、1991）111頁。

17 これは、百貨店が幅広い品揃えを実現するために、大手の納入業者が効率性、専門性等の観点から取扱わない、あるいは取り扱うことができない商品まで調達する必要があるためであり、これらの商品を中小納入業者から調達する必要があるためである。また、百貨店は物産展等の催事、季節物の販売等で独自に開拓した地方あるいは新興の納入業者から商品を調達する場合も多く、これらも比較的中小規模の納入業者が多い。

18 納品代行業者とは、自前の物流拠点を持たない百貨店が効率的に各納入業者から商品の納入を受けるために、特定の運送業者が各納入業者を回って納入商品を集荷し、自己の物流センターで仕分け及び検品をし、百貨店に一括して納入するという物流業者であり、近年は、納入業者の出荷検品、値札貼付等を代行し、あるいは百貨店の受入検品を代行する場合もある。

19 百貨店では、販売情報と自社クレジットカード・会員カードの利用により得られた顧客の購買情報を組み合わせて、販売促進等に活用しているものもいる。例えば大丸松坂屋百貨店では、後述するPOSシステムで収集した販売情報や、クレジットカード・会員カードで収集した顧客情報を、新MD情報システムと呼ばれる単品情報分析システムや、新顧客情報システムと呼ばれる顧客の購買情報分析システムにより分析して商品の品揃え、販売促進に活用している。拙稿、前掲注13、307-309頁。

第2節 量販店等の特徴

第1項 量販店等の特徴と経営環境の変化への対応

前節では、小売業務の基礎となる品揃え・商品の購買上の特性と百貨店の小売業務の特徴を検討した。本項では、百貨店の特徴を念頭に置き、本稿の検討の中心となる量販店の特徴を、特にスーパーの事例を想定して検討し、次いでこれら量販店を含めた近年の大規模小売業態が直面する課題とこれに対応するための小売業務に係る業務システムの動向を検討する。

(1) 量販店の特徴の基本的事項

現在、大規模小売業態のうち主流となっているのが量販店である。量販店の組織的な特徴は、チェーン・オペレーションと呼ばれる組織手法を採用していることである。これは、チェーン全体の店舗運営のうち、販売促進、要員管理、財務管理等の業務、及び商品調達・商品供給に関する業務を本部が一括して管理、実行し、各店舗は、本社主導の標準化された店舗で、店舗運営のうち販売など限られた業務に特化することにより、組織全体を効率的に運営する経営システムである。

店舗運営では、チェーン・オペレーションにより運営が効率的に行われることから、コストが抑制されるばかりでなく、運営が標準化されることにより、大量出店が容易となる。また、最寄品を取り扱う量販店においてセルフ・サービス方式の導入やパート・アルバイトの活用により店舗運営に係る人件費を抑制している²⁰。

商品調達では、仕入形態としては、主として買取仕入を用い本部が一括して仕入を行うため、仕入業務の効率化と大量仕入が可能であり、これにより仕入価格を抑制し、商品の販売数量に応じたリベートの受取りも増大することとなる²¹。こうして抑制した商品原価に、低い粗利益率を上乗せし、かつ、効率的な小売業務の運営によりコストを削減することで一般商店より低価格での商品販売を実現し、かつ、これら商品を多数の店舗で大量に販売することにより、高い商品回転率を実現して利益を生み出すという手法（いわゆる薄利多売）を採用しているものが多い。

²⁰ 量販店のコスト削減の根拠については諸説あるが、規模の経済性の観点でいえば、規模（店舗数）の拡大により、生産単位あたりの固定費率・管理部門等の間接費率の低下や、物流センターの設置による物流費用の節減及び稼働率上昇による効率化等が挙げられ、これらは社内、店舗内等の分業の深化や稼働率の上昇による遊休施設の有効利用によってもたらされる。また、大量仕入による数量割引という「調達コストの低下」も規模の経済性に含まれる。宮崎卓朗「小売業における規模の経済性について」佐賀大学経済論集 45 巻 1 号（2012）174-177 頁。

²¹ リベートは、仕切価格の修正としての性格を有し、仕入数量に応じて支払われる仕入割戻し（バリューディスカウント）、販売促進を目的として販売数量に応じて支払われる販売助成金（インセンティブ）等がある。

商品供給は、以前は納入業者の商品供給（物流）機能を活用して店舗に納品させることが多かったが、近年は各小売業態とも、チェーン化された多数の店舗に対し効率的に商品を提供するために、物流センター等に商品を一括して納品させ（センター納品）、これらを仕分けて個別店舗ごとに配送するのが一般的である。

(2) チェーン・オペレーション及び本部一括仕入が仕入量に及ぼす影響

チェーン・オペレーション及び本部一括仕入が仕入量に及ぼす影響として、百貨店と総合スーパーの単純な事例で比較すると、まず、チェーン・オペレーションを行っている総合スーパーは、本部で品揃えを形成するため、各店舗の商品がある程度統一化される。他方、百貨店は、個店ごとに品揃えを形成するため、売れ筋商品等、品揃えの一部が一致することがあるものの、各店舗の商品は基本的に統一化されていない。さらに、本部一括仕入を行っている総合スーパーは、統一化された商品を本部が一括して仕入れることとなり、他方、百貨店は、個店ごとに商品を仕入れることとなる。これにより、総合スーパーの方が百貨店に比べ1品目当たりの仕入量が格段に多くなる傾向がある。

また、同一規模の売上高のチェーン・ストアなら、店舗に品揃えが形成される品目数が少ない方が1品目当たりの売上高は更に多くなり、仕入のメリット発揮のために納入業者を集約する傾向があれば、1納入業者当たりの仕入量も多くなる傾向を有するといえる。無論、店舗を広範な地域で展開していれば、地域ごとに別の納入業者から仕入れる場合もあり、さらに、品揃えの幅が広く、あるいは奥行きが深い場合には、納入業者の取扱商品の制約から仕入先が細分化される可能性もある。他方、一般的な傾向として、チェーン・オペレーション及び本部一括仕入を採用している小売業態の方が、あるいは店舗の品揃えが少ない小売業態の方が、それぞれ1納入業者当たりの仕入量が多くなる傾向があるといえる。このような特徴を踏まえて各小売業態の小売業務を検討する必要がある。

(3) 近年の小売業を巡る環境変化

量販店を含め、近年の小売業を巡る環境の変化とその課題として、第一に、1980年代から顕著となった消費市場の成熟化が進行する消費市場への対応が難しいことが挙げられる。特に、商品ライフサイクルの短縮化と消費者ニーズの多様化・個性化による不確実性増大や個別的なニーズへの対応が重要であり、多品種の品揃えを少量だけ流通させる対応が必要となる。このため、前述した本部一括仕入による画一的な商品を大量かつ効率的に流通させることに主眼が置かれた従来型のスーパー等の商品供給システムでは、これらの変化への対応が難しくなっている。

第二に、バブル経済崩壊以降の消費不況やデフレ経済、規制緩和の影響による小売業者間の競争激化が挙げられる。特に、2000年の大店法の廃止により百貨店・量販店とも店舗の大型化あるいは店舗数の増加が顕著であり、大手量販店やショッピング・センターの地方への大量出店に代表される新規出店の増加による恒常的なオーバーストア状態が継続している。これに営業時間の拡大、薬事法や酒税法等、商品の販売に係る規制の緩和により取り扱うことのできる商品の幅が増加し、同小売業体内あるいは小売業態の枠を超えた競争が発生して収益の悪化を招いている。

(4) 「延期」と「投機」の原理

このように、需要の不確実性が増大し、競争が激化して収益が悪化するという大規模小売業態を取り巻く状況下、特に最近重要度を増しているのは、情報技術の進歩により可能となった、「延期」化による商品供給に係る業務システムの構築であり、これらの構築により、スーパー等の本部一括仕入による従来型の商品供給システムが修正されている。

第4章で後述するとおり、商品を消費者に届ける過程においては種々のリスクが発生する。このうち重要なのが商品の売残りリスクあるいは商品の欠品リスクであり、これをどのように回避するかが大規模小売業者の課題となる。ここで、流通論で取り上げられている議論に、延期 - 投機の原理 (principle of postponement-speculation) がある。この原理は、経営の不確実性がもたらすリスク負担をどのように分担するかを問うものであり、リスク負担の分担関係が流通システム全体で最適状態のとき、理想的な流通システムが実現されていると考える²²。ここで、消費者が商品の購入を決定した時点を基準として、延期と投機は、生産と在庫投資の意思決定が時間的に購買需要の発生時点に近いところまで引き寄せて行われるのか（延期）、それとも購買に先駆けて事前に行われるか（投機）による。

延期では、製品の形態確定と在庫投資が購買需要の発生する直前や、購買需要が実際に確定した時点で行われる（いわゆる受注生産）。他方、投機では、製品形態と在庫投資の決定が購買需要の発生に先駆けて前倒しで行われることとなる（いわゆる見込み生産）。この概念において延期か投機かで問われているのは、需要情報（注文）の投入のタイミングである。延期では、情報投入の時期が引き延ばされて遅くなるため、情報の内容が最新の需要情報若しくは実需となる。これに対し、投機では、情報投入のタイミングが早いいため、情報の内容は事前の計画による予測となる。この点、「実需」と「予測」とでは、経営の不確実性とリスク負担の程度が大きく異なるため、「実需」に近く、より正確な情報が入手できる場合、生産・流通活動の不確実性は大幅に削減される。反対に、事前の「予測」で生産・流通活動が行われる投機では、見込み違いや事後に急な変化が起こる可能性があり、経営の不確実性は増す。このため、延期により生産・流通活動が最新の市場動向に基づいて行われる不確実性削減効果がある。他方、投機にも、あらかじめ決められた計画に従い、生産と流通が行われるため、生産・流通ロットが大きくなるために規模の経済を最大限に引き出せるという効果がある。結局のところ、延期と投機には、それぞれ別の経済的合理性があり、一方を追求すると他方を失うトレードオフの関係にある。

時間次元の流通システムの延期 - 投機は、流通過程における材の移転に要する時間の長短問題として論じられ、これは、仕入局面での発注から納品までに要する時間（納品リードタイム）と、販売局面の納品から販売に要する時間（店頭在庫期間）の合計（販売サイクル・タイム）で測定される。販売サイクル・タイムが短くなると在庫投資の決定が購買需要の予測時間が短くなり、「延期化」が可能となる。延期すると、販売予測性に優れ、在庫回転率の高い短リードタイム・小ロットの「短サイクル型流通システム」が出現するものの、供給者が負担する流通費用は上昇する。このため、延期と投機の最適水準を探ることがトータルの流通費用の最適化を実現することに重要となる。

²² 以下、延期 - 投機の原理の説明は、矢作、前掲注 1、151 頁以下による。

具体的には、情報予測の精度と費用、製品の生産、在庫、廃棄コスト等、流通システムのトータルコストにより、「延期化」するか「投機化」するか決定されることとなる。例えば、以前の衣料品分野では、情報予測が困難かつ情報収集コストが比較的高かったために投機的なシステムが採用されており、当該システム下での見込み生産とこれによる売残りのリスク負担の分散のため百貨店を起点として返品が行われてきたといえる（第4章で詳述）。しかし、延期・投機の最適水準が、技術革新やその他の環境要因の変化で変動し、近年では、情報システムの発達により、これを活用した生産・流通システムの「延期化」、つまり売残りや欠品を出さないように需要に則した生産・流通が可能となる短サイクル型流通システムの構築がスーパーやコンビニエンス・ストア等で顕著となっている。

(5) 環境変化に係る課題への対応策

そして、消費市場が成熟化、多様化、個性化する中、小売業者はこれら消費者の需要に対応するため、(4)で検討した「延期化」に基づく流通システムの構築や、需要に応じた品揃え、商品開発、サービス提供等を行い、店舗の集客力を高め、他の小売業者との競争上優位に立つべく競争を繰り広げている。また、収益が悪化する中、小売業務の運営を効率化して収益を改善するため、各大規模小売業者では様々な対応策を行っている。このうち、本項の主要な検討対象となるスーパー等では、次のような対応策を実施している。

①情報システムの高度化

小売業務の改革として、消費者ニーズに合った商品を品揃えし、かつ、商品の売残りロスの削減、過不足のない品揃え形成、店頭在庫の圧縮を目指して、情報システムの高度化による効率的・効果的な小売業務の業務システムを構築するという、マーケット適応型の積極的な対応を行い、売上総利益の確保を図っている。具体的には販売・在庫管理面ではPOS²³、商品調達面ではEOS等の情報システムを活用して²⁴、「延期化」による過不足のない品揃え形成と店頭在庫の圧縮を目指している。また、POSにより得られた単品レベルの販売情報を分析することで、商品の入替え・商品開発等に活用している。

²³ POS (Point of sales system) とは、販売時点情報管理システムのことであり、単品単位での商品管理や販売管理をするためのものである。POS本体のデータベースに品名、形名、分類コード、価格情報が登録され、レジスターで商品の値札のバーコードを読み取る時点で登録情報を検索し、必要なデータを出力する。導入のメリットとしては、レジ業務の迅速化が挙げられ、POSで得られた販売データは、売れ筋・死筋情報の把握、販売価格の迅速な変更、実在庫管理の迅速化、発注管理、顧客管理等幅広い活用が行える。宮澤・十合、前掲注10、270-271頁。

²⁴ EOS (Electronic Ordering Systems) とは電子受発注システムのことであり、コンピュータを利用し、小売業者と納入業者がオンラインで受発注を行うものである。主にコンビニエンス・ストアにおいて店頭商品の補充業務をシステム化する過程で実用化され、発展してきた。電話やFAXを用いた従来の受発注方式に比べて、大量で多様なデータを正確かつ迅速に処理することが可能となり、受発注業務の省力化、合理化につながっている。宮沢監修、前掲注6、7頁〔八ッ橋治郎〕。そして、現在、これらのシステムは、量販店を初めとして多くの大規模小売業者が採用している。

②物流システムの高度化

商品供給の面では、「延期化」に欠かせない短リードタイム・小ロットに加え、多頻度の短サイクル型流通システムを実現するために²⁵、スーパーを始めとした量販店が物流センターを設置して物流システムを高度化する等、小売業者主導の商品供給に係る業務システムを構築していることが挙げられる。物流センターは、物流業者が小売業者と提携して輸送、保管、受発注、在庫管理、流通加工、情報システムまで包括的に物流業務を提供し物流改革を提案するという「サードパーティロジスティクス」（以下「3PL」という。）が形成される場合が多く²⁶、物流センターから各店舗には、様々な商品を混載したトラックで効率的に納入する「一括納入方式」又は「共同配送方式」を導入している場合が多い²⁷。また、複数の卸売業者が納入してきた商品を窓口役となる卸売業者（ベンダー）の配送センターに集約し、そこからベンダーが各店舗に一括納品する「ベンダー一括方式」も行われている²⁸。

2013年の公正取引委員会の物流センターに係る取引の実態調査によると²⁹、調査対象となった小売業者259社の小売業態としては、食品スーパーが122社（47.1%）、ドラッグ・

²⁵ 例えばコンビニエンス・ストアのように在庫スペースが少ない、あるいは長時間営業している小売業態や、弁当・惣菜等の賞味期限が短期間で到来する商品では、必然的に店舗に多頻度で配送する必要性が生じる。

²⁶ 小売業の物流センターには、仕入先から商品を入荷し在庫を置くDC（Distribution Center：在庫型センター）と、仕入先から商品を入荷し、検品、仕分けして指定時間に小売店舗へ納品するTC（Transfer Center：通過型センター）の2つのタイプがあるとされる。これらは小売業態によって適した方法が採用されており、商品回転率が食品と比較して低い日用品は、ほとんどがTC型の物流センターとなっており、そのうち食品スーパーでは、仕入先で店舗別の仕分けをした状態で配送される事前店別ピッキング型（TCⅠ型）が多い。ドラッグ・ストアは商品の取扱いが多いため、総量納品で物流センターへ配送し、物流センターにて仕分ける総量納品型（TCⅡ型）が主流となっている。白井秀彰「基調講演抄録 小売業のロジスティクス戦略と実態」PLANET van van 93号（2012）4-5頁。

²⁷ 現在のスーパーやコンビニエンス・ストアでは、各店舗への納入方式として、主として一括納入方式が利用されている。小売店舗に対して様々な商品を混載したトラックで納入する仕組みであり、小売店の効率化や合理化の視点に立った納入方法である。これは、我が国の卸売業が商品別に独立した企業であったところ、スーパーやコンビニエンス・ストア等の幅広い商品領域を取り扱う業態では、ジャスト・イン・タイムの納品要請のもとでは、納品作業が卸売業者ごとに分かれ、小売業者の負担が増加してしまうため、物流センター等の集荷基地に納品を行い、ここで様々な商品を店舗ごとに仕分けて積み替え配送することにより、物流の回数を減らすことができ、効率化を実現するものである。百貨店が利用する納品代行も同様な考え方から成立している。

²⁸ これらの方式を「窓口問屋制」ともいうが、これは、物流体制の整った卸売業者を配送の窓口として選択し、従来、商品分野別に納品されていたものについて、配送上同様な特性を有する商品を、選択された特定の卸売業者に一括して配送させる制度である。物流の集約化により効率化される一方で、小売業者の受入体制の計画化が実現するとともに、配送コストの低下をもたらす。他方、購買力を形成した小売業者が仕入価格を引き下げするために要求する事例が目立っている。宮澤・十合、前掲注10、280頁。

²⁹ 公正取引委員会事務総局『物流センターを利用して行われる取引に関する実態調査報告書』（公正取引委員会、2013）。

ストアが 30 社 (11.6%)、ホームセンターが 28 社 (10.8%) 等であった。このうち、2012 年 12 月 31 日時点で 247 社 (95.4%) が物流センターを運営しており、物流センターの合計は、1,211 拠点、1 社平均で 4.9 拠点、1 社当たりで最も多い物流センターの拠点数は 98 拠点であった。運営 247 社のうち、物流センターを物流事業者又は卸売業者等に運営委託しているものは 216 社 (87.4%)、1,072 拠点であり、このうち取引関係がある卸売業者への委託 (ベンダー一括) が 549 拠点 (51.2%)、外部の物流事業者 (3PL) への委託が 436 拠点 (40.7%) であり、運営を開始した理由として納入業者からの受領・検品等に係る業務を効率化するためが 201 社 (81.4%) となっていた³⁰。このようにほぼ全ての量販店が物流センターを運営し、それらを外部に運営委託していることが分かる。

③ サプライ・チェーン・マネジメントの形成

商品調達・商品供給の改革としては、需要量に対応しつつ在庫量の最適化を実現して売残りと欠品を極小化するために、情報システム・物流システムを高度化してメーカー・卸売業者・大規模小売業者をつなぐネットワークを形成し、それぞれ役割を分担して「延期化」を実現するサプライ・チェーン・マネジメント (supply chain management。以下「SCM」という。) の構築も進んでいる。この構築により、サプライチェーン全体でコスト削減と顧客満足度を同時に実現し、企業の競争力を強化することが可能となる³¹。

このように、スーパー等では、これら情報システム・物流システムを高度に活用して小売業務の精度を高め、かつ、効率的に運用することにより、商品の在庫形成・形態確定を消費時点に極度に近接させる「延期化」を実現するために、効率的かつ消費者のニーズに即した商品を短リードタイム・小ロット・多頻度で流通させる短サイクル型流通システムが構築されるようになってきている。このため、小売市場における競争は、従来の小売企業間の競争から、それぞれメーカー・卸売業者・小売業者が協働する流通システム間の競争にシフトしている。

④ PB商品の開発・販売強化

①から③までの取組のほか、商品調達面では、小売業者が商品の企画・製造を主導するプライベート・ブランド商品 (以下「PB商品」という。) の調達による商品の競争力強

³⁰ 例えば、大手スーパーのイオンは 3PL に、イトーヨーカ堂、西友、ユニーは卸売業に委託して自社物流センターを開設・運用している。寺嶋正尚「わが国チェーン小売業の専用センターに関する基本的考察」産業能率大学紀要 33 巻 1 号 (2012) 17 頁。

³¹ SCMとは、「供給連鎖」と訳され、企業ないし企業グループの枠を超えた協働体系における、ある最終商品の消費者の到達をもって完結するとみなせるさまざまなもののフローとストックを含む全過程と定義される。宮沢監修、前掲注 6、106 頁 [長谷川博]。大規模小売業者・納入業者間の取引におけるこれらの取組としては、食品分野での ECR (Efficient Consumer Response、効率的消費者対応)、衣料品業界での QR (Quick Response) が挙げられる。それぞれ、流通経路を構成するメーカー、卸売業者、大規模小売業者のそれぞれが協業し、適時適量の供給体制を実現するために、情報技術の活用と高度な商品補充システム (POS、EOS 等) の構築により、企業の枠を超えて効率的に消費者へ対応していくためのシステムを指す。宮沢監修、前掲注 6、8 頁、65 頁 [八ッ橋治郎]。

化も積極的に行われている³²。最近では、中間流通の排除、大量生産・大量仕入等による仕入原価の抑制による低価格販売の一環としてのPB商品の導入から³³、品質、機能等で独自性を出すことによる、他の小売業者との差別化戦略の一環としてのPB商品の導入も行われるようになっている。

⑤低価格販売、イベント、低コストオペレーション等の強化

これら抜本的な対応策のほか、消費のデフレ傾向による消費者の価格志向の強まりに対応して、低価格販売の強化や集客のための催事・イベントの強化、ポイント制度の導入等により売上増加を図る³⁴、利益確保のためのリストラクチャリングとして、店舗コストや人件費、広告宣伝費、配送費等を削減することにより低コスト・オペレーションを実現して営業利益を確保する対応も行われている。

⑥グループ再編・業界再編

①から⑤までの対応策に併せて、不採算事業からの撤退や不採算店舗の閉鎖・業態転換が積極的に行われ、グループ企業を超えて、スーパーを始めとする各小売業態とも大企業同士の合併、経営不振企業の吸収、事業譲受、提携等が相次いでいる。この結果、各小売業態とも上位集中化が進行しており、小売業態を超えた再編・提携も発生している。例えば現在、スーパーでは、イオングループとセブン&アイグループの2強体制となっており³⁵、2社ともスーパー、コンビニエンス・ストアを始めとして、百貨店、ドラッグ・ストア等、幅広い小売業態で事業運営している。ホームセンターでは、商品の差別化が難しいため、集客力向上のため店舗の大型化が進行しており、2006年にカーマ、ダイキ、ホームマックが経営統合してDCMホールディングスが誕生する等、業態内の再編も進行している。家電量販店では、大店法の規制が緩和された2000年以降はヤマダ電機、ヨドバシカメラ、コジマ、ビックカメラといった大手家電量販店が急成長し、大都市・郊外ともに店舗の大型化と市場シェアの拡大が進行している。

³² PB商品には、小売業者が企画・製造を行う場合、小売業者が企画のみを行い、製造はメーカーに委託する場合、すでに他のメーカーが確定した仕様で製造している製品に小売業者のブランドだけをつける場合等、様々な形態がある。本稿では、これらを広義にとらえてPB商品と定義する。

³³ メーカーからしても、大量購入による規模の経済性、計画的な生産、宣伝・営業費用の削減により、メーカーのブランドを付したナショナル・ブランド商品より低廉な価格で大規模小売業者に商品の供給が可能となる。

³⁴ ポイント制度とは、顧客にカード等を発行し、販売金額等の一定額をポイントとして顧客に付与し、当該ポイントの残高に応じて現金と同様に商品購入に利用できる制度である。また、類似する制度として、自社クレジットカード等の利用により商品代金を割り引くものもある。これらの制度の導入により、顧客を自社店舗に固定化することが可能となる。また、これらカード等の利用に際し、顧客情報、販売情報を収集して、営業戦略に活用している小売企業も多い。

³⁵ イオングループは、M&Aにより特にスーパーの子会社化を進めており、2003年にマイカル、2005年にカルフルージャパン、2009年に光洋、2011年にマルナカ、山陽マルナカ、2013年にテスコジャパン、ピーコックストア、ダイエーを子会社化している。

このような小売業務の特徴を有する量販店であるが、特に、チェーン・オペレーションと本部一括仕入の採用による量的な側面での商品の納入量が納入業者にとって重要となり、かつ、短サイクル型流通システムの構築と小売間競争に打ち勝つための店舗の集客力強化と収益の改善策が「濫用行為」に影響を与えることとなる。これらについては第2章及び第5章で検討する。

第2項 量販店の各業態の特徴

前項では、スーパーの事例を念頭に量販店の特徴と近年の小売業を巡る環境への対応策を概観してきたが、本項では、量販店各業態の特徴と近年の環境変化に係る課題への対応策を概観する。量販店では、前項で検討した店舗運営でのチェーン・オペレーション、商品調達での本部一括仕入や、短サイクル型流通システムの構築という一般的な特徴以外にも、特に店舗運営の品揃え及び商品の購買上の特性により差異が現れる。これらについて、量販店の各業態別に概要を検討する。

(1) スーパー

量販店のうち現在の小売市場で主要な地位を占めているのはスーパーである。店舗運営としては、チェーン・オペレーションを用いて標準化された店舗で食料品等の生活必需品（最寄品）を品揃えして、これをセルフ・サービスで販売する方式を用いている。スーパーには、食料品、日用雑貨、化粧品、医薬品、家具、インテリア用品等幅広い商品領域を取り扱う総合スーパー³⁶、主として食料品の販売を行う食品スーパー等がある。総合スーパーでは、百貨店と同様、最寄品全般のワンストップ・ショッピングを実現し、食品スーパーでは³⁷、食料品全般のワンストップ・ショッピングを実現して、消費者に利便性を提供している。店舗規模・立地は、総合スーパーでは駅前の多層階の大型店舗が多かったが、近年は郊外のショッピング・センター内の低層階の大型店舗が主流となっている。食品スーパーは、郊外の近隣店舗が多いものの、都心部の小規模店舗、品揃えの幅を拡大した郊外の大型店舗の出店も多くなっている。

スーパーは、標準化された店舗を大量出店することにより急速に成長したものの、近年は、大店法の廃止によるスーパーの新規大量出店・大型化による同業態内での競争激化や、ショッピング・センター、コンビニエンス・ストア等の成長、ドラッグ・ストア、ディス

³⁶ 経済産業省が実施する商業統計調査上の分類として、総合スーパーは、「衣、食、他（＝住）にわたる各種商品を小売し、そのいずれも小売販売額の10%以上70%未満の範囲内にある事業所で、従業員が50人以上の事業所」であり、売場面積の50%以上についてセルフ・サービス方式を採用しているものと定義している。

³⁷ 経済産業省が実施する商業統計調査上の分類として、専門スーパーは、売場面積250㎡以上で、売場面積の50%以上についてセルフ・サービス方式を採用しているものであり、衣の取扱いが70%以上だと衣料品スーパー、食の取扱いが70%以上だと食料品スーパー（一般に食品スーパー）、住の取扱いが70%以上だと住関連スーパーと定義されている。住関連スーパーのうち、産業分類6021（金物小売業）、6022（荒物小売業）及び6042（苗・種子小売業）が0%を超え70%未満のものをホームセンターと定義している。

カウント・ストア等による食品取扱いの増大による競合等、他の小売業態との競争が激化している。そして、これらの競争激化に対応するため、総合スーパー、食品スーパーとも業務提携・資本提携による企業規模の拡大、上位集中化等が進行している。

商品調達については、生鮮食品等を除き本部一括仕入れを行っていたが³⁸、短サイクル型流通システムの構築や本部一括仕入れによらない商品調達も出現し³⁹、P B 商品等の開発も積極化している。

(2) ドラッグ・ストア

ドラッグ・ストアは、店舗運営として、チェーン・オペレーションを用いて標準化された店舗で医薬品、化粧品の販売と併せて、日用雑貨の低価格販売（薄利多売）を行う業態である。収益構造としては、日用雑貨の低価格販売で集客を図り、大幅な値引きを行わない医薬品等の販売で粗利益を確保する構造となっている⁴⁰。医薬品を販売する場合には薬事法で都道府県知事の許可が必要となり、薬剤師・登録販売者の設置が必要となるが、その他に販売する商品は薬事法の制限は受けない。店舗規模・立地は、都心部では小規模なものが多いが、品揃えの幅を拡大した郊外の中規模店舗も多くなっている。

近年、大量出店によるドラッグ・ストア業態内の競争激化、2006年の薬事法改正（2009年施行）で一般用の医薬品販売の規制緩和によりこれらを取り扱い始めたスーパー、コンビニエンス・ストアとの競争激化があり、店舗の大規模化、取扱商品の拡大（特に食料品、日用家庭用品等への拡大）や医薬品・化粧品等のP B 商品の開発、業務提携・資本提携による企業規模の拡大等も進行している。

商品調達の特徴としては、本部一括仕入れを行うものの、医薬品ではメーカーごとに効果が異なることも多く、メーカー名やブランド名の指定購買も多いため、有力メーカーの商品を品揃えする必要がある⁴¹、取扱商品の多様化も相まって納入業者との取引は極めて複雑なものとなっている。

(3) ホームセンター

ホームセンターは、店舗運営として、チェーン・オペレーションを用いて標準化された店舗で住関連用品（最寄品）を品揃えして、これをセルフ・サービスで販売する小売業態である。品揃えとしては、D I Y (Do it yourself) と呼ばれる日曜大工用品、日用雑貨、住関連用品を取り扱っており、近年では、家電、医薬品、ペット用品等幅広い品揃えや、P B 商品の開発を行うようになっている。ホームセンターは、これら住関連用品全般のワ

³⁸ ただし、生鮮食品は卸売市場を経由する取引が中心であり、産地からの直接取引も増加している。金融財政事情研究会編『第12次業種別審査辞典 第8巻』（金融財政事情研究会、2012）789頁。

³⁹ 前述した消費市場の多様化、成熟化等から、スケールメリットを狙った本部一括による全店共通の商品調達から、その土地ごとに違う消費者の細かな嗜好を捉えた地域ごとの商品確保等を行い、あるいはP B 商品でも地域ごとの要望に応じた商品開発を行う総合スーパーが出てきている。日経MJ（流通新聞）2015年1月12日号。

⁴⁰ 金融財政事情研究会編、前掲注38、252頁。

⁴¹ 金融財政事情研究会編、前掲注38、250頁。

ンストップ・ショッピングを実現して、消費者に利便性を提供している。店舗規模・立地は、郊外の出店が多く、取扱商品の増大とともに大型化している。本業態では上位集中化が進行しているものの、気候の相違等から商材に地域差が出ることや取扱商品が多岐にわたり納入業者も多いため、スケールメリットが比較的発揮しづらい。このため、全国展開している企業が少なく、各地に地場の強い企業が多いという特性を有している⁴²。

商品調達の特徴としては、本部一括仕入を行うものの取扱商品が多岐にわたり、納入業者との取引は非常に複雑なものとなっている。一般的には商品別に流通が行われ、既存の流通チャンネルが利用されている⁴³。

(4) 家電量販店

家電量販店は、店舗運営として複数メーカーの品揃えと多店舗展開、薄利多売方式を採用している小売業態である。従来多かった特定の家電メーカー専売の系列販売店に対し、特定メーカーと結びつきを有しない幅広い品揃えを行うことで消費者の家電の比較購買を容易にし、かつ、専門性の高い販売員の接客により急速に発展した⁴⁴。店舗規模・立地は都心部の店舗と郊外の店舗に大別され、共に店舗の大型化が進行し、近年では、都心部の店舗で医薬品、玩具、日用雑貨等、品揃えの幅を拡大するものが増えている。また、これら店舗の大型化に加えて、ネット販売等の影響も受けて価格競争が激化するとともに、M&A等、業界の再編も盛んに行われ、上位集中化が進行しており、これら上位企業間で低価格販売が常態化している⁴⁵。

商品調達の特徴としては、家電メーカーから直接、あるいは家電メーカーが設立した販売会社を通して行われ、大量に本部一括仕入を行い、仕入価格の抑制を実現している。また、各種リベートがメーカー・販売会社から供与されている⁴⁶。特に上位の家電量販店で

⁴² 金融財政事情研究会編、前掲注 38、966 頁。

⁴³ 金融財政事情研究会編、前掲注 38、966 頁。

⁴⁴ 家電量販店とディスカウント・ストアの販売方法上の相違点は、店舗での販売にセルフ・サービス方式を採用しているか否かに顕著に表れる。これは、家電が取扱いに専門的な知識が必要なものであり、かつ、比較購買が行われる買回品であるという取扱商品の特性によるものであり、販売員による接客サービスが消費者に嗜好されるためである。これに対し、ディスカウント・ストアは、主として最寄品を取扱商品としており、かつ、ローコスト・オペレーションを実現するためセルフ・サービス方式を徹底している。

⁴⁵ 家電量販店の取扱商品は、大手家電メーカーのナショナル・ブランド商品が大半であり、商品面での差別化が難しい。また、商品の陳腐化も早いため、必然的に値下販売が常態化せざるを得ない。このため、メーカーからの仕入価格の切下げが非常に重要であり、このため業界再編による企業規模の拡大・提携の強化と大量仕入の実現、これによる仕入価格の引下げを推進している。

⁴⁶ 家電業界で支払われるリベートとしては、①販売促進を目的としたリベート、②取引(納入)価格の見直し(引下げ)のために支払われるリベート、③取引先の各種要請に対応するために支払われるリベート等がある。①は、取引数量・総額等、事前の販売目標の達成度合等に応じて支払われるもの、②は、メーカー・販売会社が、既に納入した商品の取引価格を引き下げの際に取引先の在庫分についても事実上値引きするという機能を持つもの等、③は、主に家電量販店に対して支払われるものであり、取引先家電量販店からの協賛金の要請に対応するために支出されるリベートのほか、特に大手の家電量販店が競合量

は、強力な購買力をメーカーに対して発揮し、これら仕入価格の抑制やリベートの高額化を実現し、価格競争のための原資としている。

(5) ディスカウント・ストア

ディスカウント・ストアは、店舗運営として、日用品、衣料品、食品、家電製品等の品揃えと多店舗展開、セルフ・サービス方式を始めとしたローコスト・オペレーション、薄利多売方式により低価格販売を実現しており、取扱商品により、総合ディスカウント・ストア、ハイパー・マーケット、各種専門ディスカウンター等がある。100円ショップもこの業態の一形態である。

商品調達の特徴としては、取り扱う商品により多種多様だが、一般的には、一度に又は一定の短期間中に同一商品を大量にまとめて仕入れることにより⁴⁷、あるいは既存の流通経路の一部又は全部を省略することによりコストダウンを図っており、また、中堅以上のディスカウント・ストアの多くが商社・卸売業者を主な仕入ルートとしている⁴⁸。廉売を嫌うメーカーからの圧力を回避するため、取り扱う仕入先を特定できないようにしている場合も見受けられるが、最近ではメーカー、メーカー系列の販売会社との取引が増加傾向にあり、メーカーとしても一業態として確立したディスカウント・ストアを有力な販路として捉えるケースも増加している。

従来、ディスカウント・ストアの廉売の源泉は、流通経路にある在庫品の掘起こしと安価な仕入であったが、近年は情報システムの発展、流通経路の短縮、SCMの強化等により以前のように在庫が発生しなくなったため、現在の低価格販売の源泉は、開発輸入を含めた商品開発と規模拡大による購買力の増大にあり、このためディスカウント・ストア業態の再編の動きは激しいものとなっている⁴⁹。取引形態は、仕入価格を抑制するために、現金取引、大量仕入、完全買取を基本にしている企業が多い。

これらの量販店に係る小売業態以外にも、衣料品、食料品、住関連用品の専門店チェーン・オペレーションを用いた多店舗展開・本部一括仕入の導入により成長したものが、多くの商品領域、店舗形態で存在している⁵⁰。

販店の行う安値販売に対抗できるように競合量販店との販売価格差分の値引き原資とするものである。詳細は、公正取引委員会事務局『家電製品の流通実態に関する調査報告書』（公正取引委員会、2004）12-15頁を参照。

⁴⁷ これにより小売業者は、数量割引やプレミアムを享受でき、値上がりによる投機的利益が期待でき、仕入諸費用を節減できる等のメリットを享受することができる。他方、商品投下資本の固定化、金利負担と保管・在庫費用の増加、商品回転率の低下等のリスクを抱え込むことにより、販売計画や市場変動の見通しが外れると業績の悪化につながる、という特徴を有している。宮沢監修、前掲注 6、173頁〔小堀雅浩〕。

⁴⁸ 商品調達の記載は、金融財政事情研究会編、前掲注 38、813頁による。

⁴⁹ 金融財政事情研究会編、前掲注 38、814頁。

⁵⁰ 例えば、衣料品のユニクロ、家具のニトリ、玩具のトイザラス等は専門店チェーンに該当する。

第3項 コンビニエンス・ストアの特徴

前項では量販店を検討したが、量販店の成長とともに、近年小売市場で成長しているのは、コンビニエンス・ストアである。コンビニエンス・ストアは、買い物の利便性を追求するために、店舗運営として年中無休で長時間の営業を行い、小規模な標準店舗で食料品、日用品、弁当・惣菜といった日配食品等を取り扱う、セルフ・サービス方式を採用する業態である⁵¹。コンビニエンス・ストアの集客は、値下げ販売による集客ではなく、買い物の利便性向上による集客が行われており、取扱商品は、日用品で多岐にわたるのみならず、銀行ATMの設置、公共料金の支払い、宅配便の受付等、サービスの提供も盛んに行われている。

コンビニエンス・ストアは、フランチャイズ方式と直営店方式を併用するものが多く⁵²、同一商標の下、統一された店舗運営を行っている。そして、これら店舗運営の徹底と売上高の向上のため、本部員による各店舗の指導を行っている。コンビニエンス・ストアは、スーパー資本のフランチャイザーを中心として⁵³、小規模な店舗に多様な商品を取り揃えるという高い利便性、消費者のニーズに合わせた商品開発、フランチャイズ・システムを用いた多店舗展開により成長を続け、現在では小売業でも主要な地位を占めるまで成長し、上位集中化も進行している。他方、コンビニエンス・ストア業態内の大量出店、食品スーパー等の深夜営業の増加等による異なる小売業態との競争激化が進行している。

商品調達としては、フランチャイジーがフランチャイザーの本部が推奨する納入業者からの指定商品のみ仕入れるという方式を採用しており、フランチャイザーは商品の売買契約の当事者とならない。ただし、フランチャイザーが自ら経営する直営店では、フランチャイザーが納入業者から直接仕入れることとなる⁵⁴。他方、フランチャイジーの仕入代金の決済や売上金額の管理は本部が代行する。

コンビニエンス・ストアは、店頭の商品取扱量が約3,000点と少ない上に店舗の商品揃えが統一されており、かつ、店舗数が多いことにより、必然的に1品目当たりの取扱量が多く

⁵¹ 経済産業省が実施する商業統計調査上の分類として、コンビニエンス・ストアは、「売場面積30㎡以上250㎡未満で、売場面積の50%以上についてセルフ・サービス方式を採用しているものであり、店舗の営業時間は14時間以上で飲食料品を扱っている事業所と定義している。

⁵² フランチャイズ方式とは、主催者であるフランチャイザーが契約によってフランチャイジー（加盟店）に対し、特定商品の取り扱い、特定場所での営業、商標（のれん）の使用等の権利を与え、また、経営指導や共同広告実施等の便宜を与え、その見返りとして加盟料や手数料を徴収するというものである。宮澤・十合、前掲注10、260頁を参照。

⁵³ 現在の主要なコンビニエンス・ストアのフランチャイザーとして、セブン-イレブン・ジャパンはイトーヨーカ堂、ローソンはダイエー、ファミリーマートは西友、ミニストップはジャスコといったように、総合スーパーが出資して設立された。

⁵⁴ コンビニエンス・ストアの直営店の割合は、各社のチェーンの運用方針や経営資源の保有状況等により異なるが、例えば大手のコンビニエンス・ストアの開示資料によると、セブン-イレブン・ジャパンの2013年度の加盟店が15,879店舗に対し直営店が440店舗、ローソンの2014年2月期の加盟店が11,193店舗に対し直営店が144店舗（他にグループ会社店舗が269店舗）、ファミリーマートの2014年2月末の加盟店10,523店舗に対し直営店が407店舗となっており、圧倒的に加盟店のシェアが高いことが分かる。

なるため、当該取扱量に対応できる大規模な納入業者との継続的な取引が行われる。また、近年ではPB商品の企画・販売も増加し、納入業者との共同開発事例も増加している。

商品供給は、保管スペースが少ない狭小な店舗に対応するため、販売されるたびに商品を補充している。また、長時間営業と商品特性に対応することも必要であり、短リードタイム・小ロット・多頻度の高度な短サイクル型流通システムを実現する必要がある。このため、日配食品、ファーストフード等の共同配送方式が確立し、地域ごとの独自の共同配送センターからフランチャイジー及び直営店（以下「フランチャイジー等」という。）の各店舗まで高度な物流システムが構築されている。さらに、コンビニエンス・ストアの特徴としては、高度な短サイクル型流通システムの構築に合わせて、小売業務における情報システムの高度な活用が挙げられる。具体的には、迅速かつ適時の商品受発注のために、発注・販売データ、在庫情報を納入業者と共有し、需要のピークにあわせた商品生産が可能なように、オンライン化された高度な情報システムを構築している。このため、フランチャイジー等に対する商品供給に係る業務システムの整備のため、フランチャイザーと納入業者が連携して設備投資を行う場合が多い⁵⁵。

コンビニエンス・ストアの納入業者は、数も絞り込まれ、取引額も多量であり、かつ、納品精度を極限まで高めるため、高度な短サイクル型流通システムの構築が必要となる。また、生産設備、情報システム、物流システム等、多額の設備投資が必要になる。このため、両者は非常に密接な継続的取引関係を前提とした協働体制を構築している⁵⁶。

このように、大規模小売業態は、スーパーを中心に、多様な量販店の業態が出現しており、これらはチェーン・オペレーションと本部一括仕入を基軸に購買力を増大させつつ、企業規模を拡大しながら消費市場の変化に適応し、あるいは競争力を強化しようとしている。これらの詳細は、次章以降で更に検討する。

⁵⁵ 例えば、プリマハムは計約48億円を投じ、セブン-イレブン・ジャパンのフランチャイジー及び直営店に商品を供給する子会社プライムデリカの設定を増強し、関東、関西などにある9カ所の生産拠点で十数億円をかけ、製品の品質を管理・改良するための機材や設備なども導入した。セブンイレブン向けに弁当などを製造・販売するわらべや日洋は、約41億円を投じて生産設備を改良した。食品卸の三菱食品は約6億円をかけ、ローソン向けに首都圏の店舗へ菓子や加工食品、酒類を取り扱う物流センターを埼玉県川越市に建設した。日本アクセスは、常温管理型で、物流業者などから借り受ける形で運営するファミリーマート向けの新物流センターを千葉県市川市と埼玉県越谷市で稼働させた。日本経済新聞2011年8月27日号。

⁵⁶ これらについて、取組型問屋政策と定義して、「それまでの問屋政策では、取引する問屋政策では不特定多数の問屋を競わせ、それらの業者と1回ごとに交渉し、最も安い仕入れを提示した相手から商品を購入するのが一般的であった」ところ、この政策のもとでは、「コンビニのシステムでは取引相手を特定少数の問屋に集約し、それらの業者と数年に渡る長期継続的取引を前提に物流システムを構築している」と評価する見解がある。小川進「コンビニエンスストアの革新性—セブン-イレブンの事業システムを通して—」石井淳蔵・向山雅夫編著『シリーズ流通体系1 小売業の業態革新』（中央経済社、2009）185頁。

第3節 まとめ

本章で概観したとおり、現在の小売市場において、大規模小売業態は、百貨店、総合スーパー、食品スーパー、ホームセンター、ディスカウント・ストア、家電量販店、ドラッグ・ストア、コンビニエンス・ストアというように非常に多様化しており、それぞれの業態ごとに採用する「品揃え」の幅と奥行き及び「商品購買上の特性」に応じて、各小売業務（店舗運営、商品供給及び商品調達）の運営体制を構築しており、この結果、それぞれの業態ごとに、店舗運営、商品調達及び商品供給にそれぞれ差異が生じている。また、納入される商品の種類、商品購買上の特性等によって、納入業者や納入体制も相違し、構築された店舗運営及び商品供給に適した納入体制・頻度となる。

特に高度成長期に業務運営体制としてチェーン・オペレーションを採用した量販店の登場により大規模小売業態は急激に大規模化が進行したばかりでなく、納入業者との取引関係においても、商品調達における本部一括仕入の採用により、同程度の売上規模の百貨店に比べても大きな購買力を有するようになった。近年では、小売市場における需要の不確実性増大、競争激化等により、情報システム・物流システムを高度化した短サイクル型流通システムの構築が顕著となっている。

これら各大規模小売業態における小売業務の相違が、それぞれの「優越的地位」を生じさせる要因及び「濫用行為」の内容に相違を生じさせるため、これらを分析するには、小売業態ごとの小売業務の特徴を検討する必要がある。次章以下では、これら「行為主体」である、大規模小売業態の小売業務の特徴を踏まえて、「優越的地位」と「濫用行為」の検討を行う。

第2章 大規模小売業者の購買力と納入業者に対する「優越的地位」

第1節 大規模小売業者の購買力の機能と競争との関係

本章では、第1章で検討した「行為主体」である百貨店、量販店及びコンビニエンス・ストアの特徴を踏まえ、大規模小売業者の「優越的地位」の判断要素について検討する。まず、大規模小売業者の購買力とその機能、競争との関係を検討した上で、大規模小売業者の「優越的地位」の判断要素を検討する。そして、この検討結果をもとに、百貨店、スーパー及びコンビニエンス・ストアが「優越的地位」を生じる一般的な傾向を検討する。

第1項 購買力の定義と機能・効果

OECD報告によれば、購買力とは、「個々の会社若しくは会社のグループが、製品若しくはサービスの購入者として支配的地位を占めるか、又はその規模若しくは他の特性の結果として戦略的利点若しくは経済的に有力な力を持つため、他の買手には提供されないような有利な条件を供給業者から得ることができる場合に存在する状況」であると定義されている¹。別の説明では、「購買力とは、一般に、買い手が、売り手から有利な取引条件を一しかも、他の買い手よりも有利に一引き出すことができる力」と定義されている²。購買力は、買手が、その必要な商品・サービスの供給源を求めて競争する過程において、個別的に売手との間で生じる交渉力の格差に基づいて発生するが³、「個別」性があるのは、この交渉力の格差が「個別」の当事者間の商品・サービスをめぐる取引関係により生じるためである⁴。購買力を大規模小売業者・納入業者間の取引という観点で定義すれば、大規模小売業者が商品の納入業者に対して発揮する力であり、商品の納入取引における納入業者との個別的な交渉力の格差と捉えられる。

¹ OECD, OECD Report of the Committee of Experts on Restrictive Practices, *Buying power the exercise of market power by dominant buyers*, 1980, p.10.

² 和田健夫「大規模流通業者と購買力」金子晃ほか『現代経済法講座 6 流通産業と法』（三省堂、1993）160頁。

³ 和田、前掲注2、180頁。

⁴ ここでの「個別」とは、買手・売手が「個」の企業であることを前提としているが、買手あるいは売手が共同で商品を購入あるいは販売する場合もあり得る。例えば、買手の事例でいえば、小売業者が組織化してチェーン・オペレーションを展開し、その一環として商品の共同仕入を行うボランティア・チェーン、複数の小売業者が大量仕入の利点を享受するために共同仕入を行う共同仕入機構、同一グループ企業内での共同仕入などが挙げられる。これらの事例の場合、個別の買手は、これら共同化した集団が「個」となる。本章では、議論を簡素化するために、これら共同化した集団についても「個別」の買手又は売手として扱う。

我が国の小売市場において、大規模小売業者は、購買力を背景とした交渉力の格差を利用して、納入業者から中小の小売業者に比べて有利な取引条件を獲得して、小売間競争で優位に立つ競争力を獲得した⁵⁶。そして、大規模小売業者が獲得する有利な取引条件には、商品の納入価格の抑制のみならず、自らの小売事業の運営に直結したサービス等の獲得といった、付随的な取引条件にまで及んでいる。納入価格の抑制は、消費者に対する販売価格の抑制につながり、小売市場における価格競争を促進し⁷、納入業者からの付随的な取引条件の獲得は、大規模小売業者の消費者に対する店頭サービスの向上につながる等、小売市場における機能競争（非価格競争）を促進している⁸。大規模小売業者は、これにより消費者に利益をもたらすとともに、消費者に対する有利な価格の提供により急速に自らの市場占有率を拡大し、あるいはマーケティング強化や投資拡大等、利潤の活用により自らの地位を強力に強化した⁹。現在では、前章で検討したとおり消費の多様化・成熟化が進行する我が国の消費者に対し、多様な大規模小売業態が購買力を活用してサービスを提供しながら、良質で多様な商品の適時・適量な供給を可能としている。つまり、これらの競争促進効果は、消費者の利便性向上に結びついている。

これら競争促進効果以外にも、大規模小売業者の購買力に基づく要請にこたえるためのメーカー・卸売業者の経営改善努力が流通システムの技術革新や効率化につながり¹⁰、大規模メーカーによる寡占的価格支配力に対する「拮抗力」として作用し、製品差別化に支えられた高価格を破壊する役割を果たすことも多い¹¹。また、既存の流通経路が系列化に

⁵ 買手の販売段階における競争能力は、財の調達能力にも依存しているとされる。和田、前掲注 2、184 頁。

⁶ 小売業者間の水平的競争を検討する際には、店舗で（通信販売等、店舗を持たない小売形態も増加しているが）同種の営業形態を採用する同一小売業態内での競争と、店舗で異なる営業形態を採用する小売業態間の競争を考えなければならない。例えば衣料品では百貨店と専門店、食品ではスーパー、コンビニエンス・ストア、一般商店等が競争関係にある。これらは、独占禁止法において市場の範囲を画定する際にも留意すべき点である。

⁷ 代表的な事例が、高度成長期におけるスーパーや近年の大規模家電量販店の成長である。これらの大規模小売業態は、チェーン・オペレーションを生かした大量仕入で購買力を形成、商品納入価格を引き下げて消費者に対する廉価販売を実現した。

⁸ 非価格競争とは、価格以外の分野で他社商品と差別化を図り、付加価値を高める活動のことであり、小売業者の場合、他店と同じ商品構成になりがちなため、売り方を軸に差別化を図っている。宮澤永光監修『基本流通用語辞典』（白桃書房、改訂版、2007）44 頁〔加藤祥子〕。具体的な例として、第 4 章で検討する納入業者との取引で返品及び手伝い店員を活用した百貨店の豊富な品揃え形成と接客サービスであり、また、納入業者との取引で多頻度小口配送を活用したコンビニエンス・ストアの効率的な品揃え形成と長時間営業が挙げられる。

⁹ OECD, *op.cit.*, p.20.

¹⁰ 購買力の役割は、値下げ機能、技術革新刺激機能、流通効率化機能といった国民経済的に望ましい機能を有しているとされている。中川政直「購買力規制問題を考える」季刊消費と流通 6 巻 2 号（1982）91 頁。

¹¹ 実方謙二『独占禁止法〔第 4 版〕』（有斐閣、1998）273 頁。「拮抗力」という概念はガルブレイスにより提唱されたものであり、経済が発展し寡占的な大企業が出現するようになると、市場における競争を通じた自動調整機能が有効に機能しなくなる。ガルブレイスは、それに代わるものとして、大企業に対抗する様々な力（拮抗力）を検討し、流通分

よって閉鎖されている場合、大規模小売業者の登場により新しい流通経路が確保されメーカー段階での新規参入が可能となることも指摘されている¹²。

歴史的な側面で見ると、大規模小売業者の購買力の発達は、高度成長期には閉鎖的な取引慣行が支配していた我が国の小売市場に「流通革命」をもたらし、消費者に良質で低価格の商品を効率的に供給することを可能とした。このように、大規模小売業者の購買力は、我が国の流通システムが変革される原動力となってきたのである。

第2項 購買力問題の発生

購買力は、前述したとおり、競争促進効果等、正の効果を有するものの、大規模小売業者が購買力を用いて過度に不利益となる取引条件を納入業者に要求することにより、コスト正当性を有しない納入業者の価格譲歩によって、効率的な納入業者の営業の廃止、製造業と流通業の資源配分の不均衡、不適切な投資、研究開発の遅延、製品の不足につながるおそれがあると指摘されている¹³。消費者に対する影響についても、大規模小売業者が獲得した価格面での譲歩がより低い消費者価格として反映されるならば、少なくとも短期的には消費者の厚生を増大するものの、長期的に買手集中の増大により独占的価格設定をもたらし、より高い消費者価格をもたらす可能性も指摘されている¹⁴。そして、競争政策上も、大規模小売業者が、納入業者に対してだけでなく、競争者である他の小売業者との競争上の地位にも影響を及ぼすような購買力の濫用が問題となるとされている¹⁵。

近年取り上げられている、大規模小売業者による納入業者に対する購買力問題には、納入業者に対する優越的地位の濫用のほか、①市場優位な買手企業と競合する第三者への悪影響という、ウォーターベッド効果の発生の懸念、及び②消費者への悪影響として、不公正な競争環境による買手企業による売手パワー発生の懸念が指摘されている¹⁶。①のウォーターベッド効果とは、具体的には、大規模小売業者等の市場優位性のある買手企業が不当な値引き要請等の買手パワーを通じて納入業者から商品を低価格納入することが可能となる一方で、当該納入業者がこの低価格納入による損失分を補うため、市場優位な買手企業以外のその他の小売業者に対して納入価格を引き上げざるを得なくなり、当該その他

野における拮抗力を当時のアメリカにおけるチェーン・ストアの発展と関連付けて論を展開している。ガルブレイス（藤瀬五郎訳）『アメリカの資本主義』（時事通信社、1955）142頁以下。また、日本の大規模小売業者による拮抗力の発生については、西島博樹「流通部門における拮抗力の動向」鈴木武・夏春玉編『現代流通の構造・競争・行動』（同文館出版、2002）83頁以下を参照。

¹² 実方、前掲注11、273頁。

¹³ OECD, *op.cit.*, p.33.

¹⁴ *Ibid.*, p.90.

¹⁵ 和田、前掲注2、161頁。

¹⁶ 小島泰友・澗川和彦「流通市場における買手パワー（Buyer Power）の競争への影響について—大規模小売業者を中心として—」公正取引委員会競争政策研究センター共同研究報告 CR 04-10（2010）5頁。

の小売業者の仕入コストが上昇する第三者効果とされている¹⁷。ここでは、この効果が生じることにより、当該その他の小売業者にとって、大規模小売業者等との公正な競争環境が損なわれる可能性があり、中長期的な収益の圧迫に直面して小売市場から撤退せざるを得なくなる事態が懸念され、小売市場が寡占化する可能性があると説明されている。さらに、このような小売市場の寡占化が進むことにより、②の買手企業の売手パワー強化の懸念が生じ、これにより中長期的に消費者に影響を及ぼし、社会的な経済厚生を減少を招くおそれがあると指摘されている¹⁸。

購買力の問題は、大規模小売業者の登場に伴って生じた問題であり、小売市場の水平的な競争面で購買力の規制を強化すべきか否かは、大規模小売業者の登場をどのように評価するかによって異なるものといえる。大規模小売業者が中小小売業者に対して与えた影響については、積極・消極の両方に考え方が分かれ、大規模小売業者の登場を積極的に評価する立場から見ると、その進出は流通の効率化を反映したものであり、中小小売業者が打撃を受けること自体を捉えて規制すべきではないことになり、これに対し中小小売業者の維持が競争的な市場構造を維持するために不可欠であると考えれば、大規模小売業者の活動を規制することとなる¹⁹。

大規模小売業者・納入業者間の取引関係において購買力が問題化しやすい理由としては、通常の市場では売手の側に市場支配力が形成されることが多く、この点、購買力が生じるのは例外的な市場であるところ、小売業のように一般消費者を取引先として抱えていると、買手としての小売業者が商品の価格弾力性の大きさを熟知しており、バイヤーの価格交渉が厳しいものとなるためと説明されている²⁰。

このような、購買力に係る垂直的な取引関係に対する規制の考え方として、大規模小売業者が買手であり競争者より低い価格で購入した場合、在庫、物流などの流通機能を買手の側が肩代わりしていることや、大量処理による売手の側の取扱費用の節約等の点から低価格での購入も可能となることもあり、当該価格が効率化の観点での優位性の反映である限度内であれば規制すべきではなく、他方、当該価格がこの限度を超え、買手の規模が大きいことだけが根拠となって獲得されたものであれば、不当な購買力の行使として規制の対象となる。また、買手の段階で独占的な市場構造が成立していれば、有利な仕入のメリットが消費者に還元されないこととなるから、この点から見ても、競争的な市場構造の維持が必要となり規制の対象となると指摘されている²¹。

¹⁷ 小島・澗川、前掲注 16、5-6 頁。

¹⁸ 小島・澗川、前掲注 16、6 頁。

¹⁹ 実方、前掲注 11、273 頁。

²⁰ 上杉秋則『独禁法による独占行為規制の理論と実務—わが国の実務のどこに問題があるか—』（商事法務、2013）409 頁。

²¹ 実方、前掲注 11、274 頁。

第2節 「優越的地位」の定義と学説²²

第1項 優越的地位の定義

大規模小売業者の納入業者に対する購買力とは、広義に捉えると買手である大規模小売業者の売手である納入業者に対する「優越的地位」と同義であると捉えられる²³。以下、大規模小売業者の納入業者に対する購買力を大規模小売業者の納入業者に対する「優越的地位」に置き換えて、更に詳細に検討する。

公正取引委員会の優越的地位ガイドラインでは、優越的地位は、「乙（納入業者）にとって甲（小売業者）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（小売業者）が乙（納入業者）にとって著しく不利益な要請等を行っても、乙（納入業者）がこれを受け入れざるを得ないような場合」（括弧書きは筆者加筆）であり、「市場支配的な地位又はそれに準ずる絶対的に優越した地位である必要はなく、取引の相手方との関係で相対的に優越した地位であれば足りる」と説明されている。

小売業者の優越的地位は、商品又はサービスの買手である小売業者と売手である個別の納入業者との取引関係で生じている地位である。そして、これにより当該小売業者と当該納入業者との間で交渉力に格差を生じ、当該小売業者は、他の小売業者が享受できないような有利な取引条件を当該納入業者から提供される。また、当該納入業者は、取引継続が不可能となった場合に事業経営上大きな支障を来すため、取引継続のために小売業者の要求に従わざるを得なくなることから、一般に継続的な取引関係の下で発生するといえる。

優越的地位は、個別の取引関係で生じるため、それぞれ相手ごとに強弱が存在する。このため、市場における地位が高いといった構造的な捉え方や、規模の大きい大規模小売業者が常に優越的地位に立つといった事業能力の格差での捉え方、全ての納入業者に対して優越的地位に立つといった画一的な捉え方ができるわけではなく、あくまでも「優越的地位」は、小売業者・納入業者間における個別の取引関係の検討が必要になる。

²² 本節の分析は、拙稿「優越的地位の認定—大規模小売業者に対する規制を素材にして—」中央大学大学院研究年報法学研究科篇 35号（2006）282-283頁の分析を加筆・修正したものである。

²³ 購買力は、狭義に解すれば、買手・売手間の取引額がそれぞれの総仕入額又は総販売額に占めるシェアの高さの格差により売手が買手に量的な取引依存を生じる関係（第3節で定義する「取引依存関係」）と捉えられる。他方、わが国では「購買力」、「バイイング・パワー」等の用語は広義に解されて、大規模小売業者の納入業者に対する「優越的地位」の意味で使用されることが多い。このため、本稿でも購買力を広義に解し両者を同義と捉える。

第2項 優越的地位に係る学説の検討

小売業者の優越的地位については、経済法学による研究のほか、経済学・商学・経営学における企業間関係の分析を踏まえた研究が多く行われている。以下、これらについて、学説を検討する。

(1) 経済法学

経済法学の分野における「優越的地位」の定義としては、市場において競争原理が機能するための前提条件である取引先選択の自由が、一方にのみ有利に働くことに基づく優越的地位とされている²⁴。優越的地位は、市場において絶対的な地位である必要はなく²⁵、取引の相手方に対する相対的な優越性をもって足りるとされている²⁶。

優越的地位の捉え方として、経済法学の分野で有力に主張されている考え方には、第一に、取引先の転換可能性により説明するものが挙げられる。これには、取引の相手方が「取引関係を維持することが、事業を継続する上で死活問題となっており、……取引先転換が事実上制約されている場合」を優越的地位と説明するものや²⁷、行為者の要請の回避可能性という意味での、行為者に対する取引の相手方の依存度で説明するもの²⁸、取引の「相手方が容易に他の取引先に転換できる場合には、不当に不利益な条件を押し付けることはできないから、これは、当事者間に依存関係がある場合」と説明するものが挙げられる²⁹。これらは、納入業者に依存関係が生じ、あるいは取引関係の継続の重要性により、小売業者との取引の転換が制約されている、というように、依存関係と取引先の転換可能性とを明確に区別せず、一体と捉えるものが多い。いずれにせよ、行為者が取引の相手方に対し「取引をせざるを得ない状況にある場合に」行為者が取引の相手方に対して優越的地位にあると捉える考え方である³⁰。

²⁴ 岸井大太郎ほか『経済法—独占禁止法と競争政策—』（有斐閣、第7版、2013）283頁。

²⁵ 少数説として、優越性とは市場支配的な地位やそれに準ずるような有力な地位（絶対的優越）に基づき、取引の相手方に対して相対的に優越した立場にある（相対的優越）ことだと解釈すべきとするものがある。川越憲治『独占禁止法—競争社会のフェアネス—』（きんざい、第3版、1997）288頁。

²⁶ 今村成和『独占禁止法入門』（有斐閣、第4版、1993）165頁。

²⁷ 向田直範「優越的地位の濫用（下請法含む）」日本経済法学会編『経済法講座 第3巻 独占禁止法の理論と展開[2]』（三省堂、2002）171頁。

²⁸ 金子晃ほか『新・不公正な取引方法—新一般指定の研究—』（青林書院新社、1983）227頁。

²⁹ 実方、前掲注11、358頁。

³⁰ 優越的地位の意味内容として、白石忠志教授は、取引の相手方が行為者と取引する必要がある場合に、行為者が取引の相手方に対して優越的地位に立っているとの考え方（取引必要性説）、行為者と取引の相手方との、資本金、売上高、従業員数などに着目して比べ、行為者の方が勝っている場合に行為者が被行為に対して優越的地位に立っているとの考え方（総合的事業能力説）、行為者と取引の相手方とを当該商品役務やそれを巡る取引についての情報をどれほど持っているかに着目して比べ、行為者の方が勝っている場合に、行為者が取引の相手方に対して優越的地位に立っているとの考え方（情報非対称性説）に

第二に、取引先選択の可能性、市場の状況、当事者間の資本力・販売力・信用力等の総合的事業能力の格差、取引される商品・役務の特性等を考慮するとしており、このうち取引先選択の可能性を重視する見解がある³¹。この考え方では、優越的地位を生じやすい具体的な状況として、第一に行為者の属する市場が寡占的であり、相手方が当該業界の取引慣行を無視できない場合、第二に相手方が取引に合わせた生産体制を備えている場合、第三に系列化が進んでいる場合、第四に商品・役務の特性から相手方がその取引先を変更できない場合、第五に行為者が大規模又は有力な事業者であり、継続的な取引が事業活動上必要な場合を挙げている³²。

第三に、近年の詳細な分析として³³、判断要素を①これまでの取引依存状況、②行為者と取引を継続することの積極的必要性、③行為者との取引を取りやめることにより損失を受ける事情に大別できるとしている。そして①は、②及び③に共通する基礎的事実としている。このうち①については、相手方の行為者に対するこれまでの取引依存度、代替取引先の発見困難性、これまでの取引額・取引期間、事業規模の格差を挙げ、②については、対象商品役務の重要性、行為者の市場における地位、信用の確保、行為者の今後の成長可能性、情報の格差を挙げ、③については、相手方が既に取引特殊的投資をしていること、取引先変更を困難にする契約条件の存在、行為者による状況作出を挙げている。

その他、本稿における立場と同様に取引依存度が高く、かつ、取引先の転換可能性が低い場合に優越的地位を認定すべきとの見解³⁴、市場の範囲を狭いものとして捉え、当該市場における取引先の転換可能性が優越的地位認定基準として妥当であるとの見解³⁵、濫用行為が行われることから優越的地位を認定する見解がある³⁶。

購買力については、購買量の絶対的規模若しくは相対的な規模及びその継続性の程度又は購買者が有するその他の特性並びに買手市場環境によってもたらされるとする見解がある³⁷。購買量の絶対的な規模とは、購買数量又は額の絶対的多寡であり、購買量の相対的な規模とは、購買者の購買市場占有率又は供給業者占有率であり、その他の特性とは、当該購買者と取引することによって供給業者の経済的社会的信用、格付けが向上する等の

整理しており、現実には取引必要性説が採られているとしている。白石忠志『独占禁止法〔第2版〕』（有斐閣、2009）265-266頁。

³¹ 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（独占禁止法研究会報告）」NBL 262号（1982）52頁。

³² 田中寿編『不公正な取引方法—新一般指定の解説—』別冊NBL 9号（商事法務研究会、1982）89-90頁。戸塚登「取引上の地位の不当利用」経済法学会編『独占禁止法講座V 不公正な取引方法〔上〕』（商事法務研究会、1985）272頁。

³³ 長澤哲也『優越的地位濫用規制と下請法の解説と分析』（商事法務、2011）72-80頁。

³⁴ 通商産業省産業政策局編『不公正な競争行為に対する民事的救済制度のあり方—自律的な競争秩序の維持・発展に向けて—』別冊NBL 49（商事法務研究会、1998）64頁。

³⁵ 白石忠志「『取引上の地位の不当利用』規制と『市場』概念—独禁法をめぐる一大論議の一断面—」法学 57巻3号（1993）287-288頁。

³⁶ 正田彬『全訂独占禁止法I』（日本評論社、1980）443頁。

³⁷ 中川政直『競争法政策の研究』（幻冬舎ルネッサンス、2009）348-349頁。

事情である³⁸。買手市場環境とは、供給超過ぎみで買手は容易に他の供給業者に代替できるのに対して、売手は他の需要者に代替することが困難な市場環境であり、この要因が購買力発生の基礎的要因であり、これがなければ有効な購買力は発生しないとしている³⁹。

(2) OECD報告

OECD報告では、購買力の発生での購買者側の条件として、第一に、供給者の製品の重要な販路提供を挙げ、これにより供給者は容易に他の購買者に取引を転換できなくなるとし、第二に、購買者が国内外の供給業者への取引の変更可能性あるいは供給される商品の製造可能性を挙げている。ただし、供給者が高い市場占有率を有し、あるいはブランドイメージによって自社製品を効果的に差別化できていれば購買力は働かないとしている⁴⁰。

供給者側の条件として、第一に、技術的な要因により供給業者が専門化すること⁴¹、第二に、供給者の取り扱う製品が適度に製品差別化を実現しており、ある程度の市場支配力を有することを挙げている⁴²。後者の理由としては、同質な製品での完全競争市場における供給者は、市場価格で望むだけの量を販売することができるので、理論的には差別的価格譲歩を与える誘因はない。このため、価格差別は、供給者がある程度の市場支配力を持ち、それによって一部の購買者に対して限界費用を超える価格を課すことができる場合のみ利益をもたらすめである。他方、強力なブランドを有する製品を販売する供給者は、購買者の購買力行使に打ち勝つことが可能となる⁴³。

その他、供給者が余剰な供給能力を有し、取引を拡大しようとしている場合には、大手の購買者は有利な条件を獲得するために購買力を活用することが可能となり、他方、供給者が供給能力を全て稼働して活動している場合には、当該供給者は、現在の購買者に販売している価格を下回る価格で大手の購買者と新規取引を行う誘因は作用しない。このため、購買力は、供給者側の需要減少期に特に効果的であり、需要が変動する産業では、購買力の強度は需要に左右されるとしている⁴⁴。

(3) 経済学

経済学の分野では、情報の経済学では、小売業者・納入業者間に情報の非対称性がある場合、情報量において優位に立つことを優越的地位として説明している⁴⁵。

取引コストの経済学では、納入業者の取引特殊的投資によるホールドアップ問題から優越的地位の発生を説明するものがある⁴⁶⁴⁷。この考え方では⁴⁸、将来の不確実性と経済主体

³⁸ 中川、前掲注 37、349 頁。

³⁹ 中川、前掲注 37、349 頁。

⁴⁰ OECD, *op.cit.*, p.10.

⁴¹ *Ibid.*, p.21. この場合、供給者は柔軟性を失い、市場の変化に対応する能力が減少し、購買者は柔軟性を生かして商品の品揃えを拡大し、個々の供給者に対する依存度を減少させると説明されている。

⁴² OECD, *op.cit.*, p.21.

⁴³ *Ibid.*, p.21.

⁴⁴ *Ibid.*, p.22.

⁴⁵ 本城昇「情報の不完全性と優越的地位の濫用行為」厚谷襄兒先生古稀記念論集『競争法の現代的諸相（上）』（信山社出版、2005）605 頁以下。

の持つ限定された合理性のもとでは、契約締結時に予見できない将来の出来事に対してどのように対応するか、全ての事項を契約時に書ききれず、契約は不完備（不完備契約）とならざるを得ない⁴⁹。そうした状況で取引当事者の一方ないし双方が、特定の取引相手との取引のためだけに有用かつ特殊な資産に対する投資（取引特殊的投資）を行う場合、取引継続ができないときに、取引特殊的投資を回収できないサunkコスト（埋没費用）が発生する。そして、取引特殊的投資が行われた後に、取引相手から価格の変更やその他の取引条件の変更によって、取引特殊的投資から生じる利益が収奪されるホールドアップ（機会主義的な行動）をとられるリスクがある。ホールドアップ問題を防ぐ方法の一つは、取引特殊的投資を「人質」に取ったり、評判の良い企業と取引したりすることであるが、それでもホールドアップ問題を避けるには取引コストがかかる。そして、「優越的地位」は、こうした取引特殊的投資から生じるものであり、売手と買手の間で行った投資量（人質）が相対的に小さいほうが、取引停止に伴う損失が小さく、取引相手との間で相対的に優越的地位に立てる、と説明されている。

産業組織論では⁵⁰、優越的地位の源泉として、第一に、購買にあたり多くの代替的な選択肢をもつため一般的に事業規模に依存し、特に購入先変更に伴う転換費用が小さいときには買手は大きな交渉力を持ち、逆に買手を容易に見つけることができれば小さな納入企業でも不利を受けないとする。第二に、納入側の産業が多数企業型のためあるいは寡占であるが潜在的参入や代替品の脅威が大きいために競争的であるなら交渉力が弱くなり、特に買手が少数か、買手集中度が高いときには、買手が支配的企業あるいは上位企業でなくても交渉力を発揮できるとする。第三に、納入企業が取引特殊的投資をすると納入企業はロックインされて買手の意向に従わざるを得なくなり、特に、こうした関係の結果、売手の依存度が高い場合、買手は一層大きな交渉力を発揮し、売手が圧倒的に優れた技術を有し、その納入品が買手の競争力に大きな影響力を持つ場合には売手が大きな交渉力を有するとする。さらに、納入企業の業績等、売手の買手への経済的依存度も重要な要素となる。第四に、不完全な文書契約や文章化されない契約（不完備契約）が優越的地位の濫用行為の素地となるとする。第五に、流通業の場合、納入業者にとって、小売業者は顧客であるのみならず、陳列棚の供給者、製品開発のゲートキーパー、買手がPB商品を販売し

46 取引コストとは、「望ましい契約相手を探し、相手と契約条件を交渉し、合意した契約を文書として作成するといった契約時の費用に加えて、契約後に契約が遵守されるかを監視する費用や、契約が守られない場合の法的な執行費用」とされ、後述するホールドアップされることによって受ける費用も含むとされている。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）9頁。

47 例えば、大塚英一『独占禁止法の体系的理解Ⅲ 不公正な取引方法各論』（静岡学術出版、2011）217頁以下に詳しい。

48 以下の説明は、柳川、前掲注 46、9-10頁の説明によった。

49 不完備契約は、立証不可能性により裁判所に強制力がないものや、不確実性が多く、全ての取引条件を書けないものであるため、契約の内容が完全に特定されず、再交渉の余地を残したものとなる。大塚英一「優越的地位の濫用規制について（1）」香川法学 19巻 3・4号（2000）12頁。

50 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）101-102頁。

ているときはライバルなどの側面を有し、納入側の交渉力を弱める。そして、これらの要因の複合の中で、優位・劣位の識別、それを左右する経済的依存度などが重要となるとしている。

(4) 商学・流通論

商学・流通論の分野では、優越的地位を説明するアプローチとして有力に提唱されているものに、取引依存度アプローチがある⁵¹。これは、売手・買手間のパワー関係は取引における相互の依存の程度により規定されるとするものであり、小売業者の優越的地位は納入業者に対する総仕入額に比例し、納入業者の総販売額に反比例するとしている。すなわち、納入業者の販売依存度及び小売業者の仕入依存度の格差から導き出せるとするアプローチである。ただし、この考え方では、有効な代替的取引相手の発見容易性が低く、取引転換に伴う費用が高い場合を前提としていることに注意を要する。当該アプローチで重要な点は、大規模小売業者の仕入量の総量に対する、個別の納入業者からの仕入量のシェアが大きい、すなわち大規模小売業者の仕入依存度が高いと、購買力を弱める方向に作用するという点である。

他の取引依存度を用いた説明としては、納入業者の小売業者への販売依存度の高さかつ納入業者の取引先の転換可能性の低さと、小売業者の納入業者への仕入依存度の低さかつ小売業者の取引先の転換可能性の高さにより優越的地位を判断するものが主張されている⁵²。

流通論の分野では、チャンネルを支配するチャンネル・リーダーがチャンネル・メンバーを統制するアプローチとして、パワー源泉論が主張されている⁵³。これは、行為者がパワーを保持するためには、相手に対して次のような信念や感情を抱かせる必要があるとするものである。

- ①報酬のパワー（AはBに報酬を与えることができるというBの信念に基づく。）
- ②強制のパワー（BがAの影響力の行使に従わない場合にAからペナルティを科されるであろうというBの予測から生じる。）
- ③専門性のパワー（Aは特別な知識や専門性をもっているというBの知覚に基づく。）
- ④正当性のパワー（AはBに対して影響力を行使できる正当な権利を持っており、この影響力の行使をBが受け入れる義務があると命じるB内部の価値から生じる。）
- ⑤準拠/一体感のパワー（BのAとの一体感に基づく。）

そして、流通チャンネルにおけるパワー関係は、取引主体間の依存とパワーの基盤となる資源（パワー資源）によって規定され、依存とパワー資源は、それぞれ量的側面と質的側

⁵¹ 代表的なものに高嶋克義『マーケティング・チャンネル組織論』（千倉書房、1994）149頁以下。根本重之「大規模小売業告示および同運用基準案の評価の試み」流通情報 431号（2005）9頁以下。

⁵² 小宮路雅博「日本的商慣行—その理論と独占禁止法上の扱い—」茨城大学人文学部紀要社会科学論集 32号（1999）80頁。

⁵³ パワー源泉論の説明は、渡辺達朗ほか『流通論をつかむ』（有斐閣、2008）92頁によった。

面とに分けることができる⁵⁴。依存は、ある主体にとって特定の取引そのものの重要度（取引依存度）と、取引相手もつ経営資源（ブランド力、提案力等）によって規定される取引関係の重要性からなり、全社が量的側面であり、後者が質的側面となる。また、報酬と制裁という経済的パワー資源が量的側面にあたり、情報と専門的知識に代表される非経済的パワー資源が質的側面にあたる。

(5) 経営学

経営学の分野では、組織間関係論において資源依存アプローチが提唱されている。これは、直接的に優越的地位を説明するものでないが、2当事者間における依存関係の形成を経営資源の保有状況の観点から説明するものであり、優越的地位の判断に応用することができる。ここでは、組織の他組織への依存の程度は、①他組織からの資源の重要性、②代替的源泉の利用可能性、によって規定される。そして、組織が他組織に依存していることは、他組織が組織にパワーを持っていることを意味している⁵⁵。

ここでの考え方を大規模小売業者・納入業者間の取引関係に当てはめると、納入業者あるいは小売業者の有する経営資源を利用するために生じる相手方に対する資源依存関係というように説明することができる。具体的には、このパワーの格差で優位性のある当事者は、相手方に対する交渉力が強くなり、取引条件を有利に定めることができ、パワーの格差で劣位な当事者は、相手方に対する交渉力が弱くなり、不利な取引条件を受け入れざるを得ない。他方、両者のパワーが均衡するときは、交渉力も均衡するため、双方の利害得失の計算に基づき、取引条件を巡って交渉が繰り広げられることとなる⁵⁶。

競争戦略論においては、高収益の源泉としてのパワー関係についての説明がされており、ここでは、買手と売手のパワー関係について、①取引相手にとっての自社の必要性、②取引相手にとっての自社の代替性から判断するとしている。①については、「取引をしない」という選択肢をとることができるか否かを意味し、②については、買手・売手それぞれに取引の相手方がどの程度存在するかによって影響を受けるとしている。そして、売手と買手のいずれがより大きなパワーを有するのかを決めるのは、取引相手への相対的な依存度であり、自社に対する取引相手の依存度を高めることができれば事業の収益性を上げることができるとしている⁵⁷。そしてパワーに基づいて生み出された価値（＝利益）が配分されるために収益性が決まることとなる⁵⁸。例えば、流通システムで置き換えれば、メーカー・卸売業者・小売業者・消費者の中で、パワーを有する当事者の収益性が高くなるということになる。これら必要性和代替性に影響を与える要因としては、参入障壁（規模の経

⁵⁴ 依存とパワー資源の説明は、渡辺ほか、前掲注 53、182 頁によった。

⁵⁵ 山倉健嗣『組織間関係—企業間ネットワークの変革に向けて—』（有斐閣、1993）68 頁。

⁵⁶ 拙稿「大規模小売業者・納入業者間の売上仕入契約—百貨店の事例を素材として—」現代企業法研究会編『企業間提携契約の理論と実務』（判例タイムズ社、2012）31 頁。

⁵⁷ 加藤俊彦『競争戦略（日経文庫 1319）』（日本経済新聞出版社、2014）30-36 頁。

⁵⁸ 加藤、前掲注 57、44 頁。

済性、多額の資本の必要性、流通チャネルへのアクセス、製品技術・特許等）、製品差別化、スイッチング・コスト、ネットワーク外部性の4つを挙げている⁵⁹。

これらの分析視点は、単独の判断要素に焦点を当てて説明しているものが多く、複雑な要因により生じる大規模小売業者・納入業者間の優越的地位を検討する際には、各要素を総合的に検討する必要がある。さらに、規制を行う際には、これら総合的に検討した判断要素を活用し、大規模小売業者の「優越的地位」を、本規制上、どのような判断要素をもって認定するのかという問題があるが、これは第2部第3章で検討する。

第3節 「優越的地位」の判断要素の検討⁶⁰

第1項 依存関係

前節で検討したように、「優越的地位」の説明は、それぞれに立脚する立場から様々な見解が主張されている。これらの見解を踏まえて、優越的地位の濫用規制の際の判断要素として活用することを前提に、「優越的地位」の判断要素について詳細に分析する。

納入業者が事業経営に大きな影響を受けることにより取引の継続をせざるを得ず、小売業者に優越的地位が生じる要因について整理すると、依存関係と取引先の転換可能性との二つに大別することができる（表1-2-1を参照）。これらの要因について、小売業者・納入業者間の取引における具体的事例を用いて検討する。まず、依存関係には、取引における量的な側面である取引依存関係と、質的な側面である資源依存関係が挙げられる。

(1) 取引依存関係

まず、優越的地位を小売業者・納入業者間の取引額がそれぞれの総仕入額又は総販売額に占めるシェアの高さによる依存関係で説明するという、量的な取引依存関係が判断要素として挙げられる。これは、納入業者の小売業者に対する販売依存度と小売業者の納入業者に対する仕入依存度の格差を表す取引依存度によって規定され、このうち納入業者の取引依存度が高いときに、小売業者に優越的地位が生じる。納入業者の取引依存度が高いということは、当該納入業者は、当該取引を失うことが売上高の減少に直結するため、非常に強い事業経営上の影響を受けることになる。

少し古いが、2005年2月に公正取引委員会が公表した調査によると⁶¹、納入業者が取引先の小売業者を変更することが困難となる場合として、取引依存度が高い場合を挙げる者

⁵⁹ 加藤、前掲注57、56-78頁。なお、スイッチング・コストとは、類似する製品・サービスの間で顧客が切り替える際に発生する費用であり、ネットワーク外部性とは、当該製品・サービスのユーザーが多くなるほど、その製品・サービスを利用するメリットが大きくなる現象を指す。

⁶⁰ 本節の分析は、拙稿、前掲注22、283-286頁の分析を加筆・修正したものである。

が第1位で53.3%おり、また、取引数量が多い場合を挙げる者が第2位で25.2%おり、これら量的な取引依存関係を重視する者が納入業者の約8割を占めていることが分かる。ただし、公正取引委員会が用いている「取引依存度」は、納入業者の総販売額に占める当該小売業者に対する販売額の割合であり、商学・流通論で用いられている「取引依存度」と定義が異なり、いわゆる商学・流通論で用いられる「販売依存度」のことであることに注意が必要である。

(2) 資源依存関係

優越的地位を量的な取引依存関係だけでなく、質的な経営資源への依存関係で説明する、という質的な資源依存関係も判断要素として挙げられる。これは、組織が存続するためには、外部環境から経営に必要な資源を獲得・処分する必要があり、当該資源を所有し、コントロールを行う他組織に依存関係を生じるためである⁶²。この資源依存関係は、自社における当該資源の希少性や他の取引先からの代替可能性によって強弱が発生する⁶³。

納入業者が小売業者に対し依存関係を生じる主な経営資源としては、取引により自己及び自己の商品の格を向上させることができる小売業者の信用力、小売業者の有する顧客・販路・商品販売情報の利用可能性⁶⁴、経営の安定性による小売業者の買掛金支払いの確実性、金融機関からの与信に有利となる小売業者との取引の安定性、将来の売上拡大につながる小売業者の成長性等が挙げられる。

また、納入業者が小売業者にとって有用な経営資源を有している場合、当該小売業者も当該納入業者との取引継続を望む場合があり、この場合、当該小売業者の優越的地位を弱め、さらには、当該納入業者が当該小売業者に対して優位に立つ場合もある。具体的には、納入業者が小売業者の品揃えに不可欠な商品又は需要・ブランド力の高い商品を小売業者に供給している場合⁶⁵、納入業者に市場情報・競争商品の情報について情報力がある場合、

61 公正取引委員会事務総局『大規模小売業者と納入業者との取引に関する実態調査報告書』（公正取引委員会、2005）27頁。

62 こうした依存ゆえに、資源の獲得・処分をめぐる組織間関係が形成・維持されることとなる。山倉、前掲注55、35頁以下。

63 渡辺達朗「マーケティング・チャネルのマネジメント」小林哲・南千恵子編『流通・営業戦略』（有斐閣、2004）51頁。

64 大規模小売業者が持つスペースや棚等ディスプレイに関する裁量権限が、小売のバーゲニングパワーの源泉となることが指摘されている。越知保見「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頁。これはまさに大規模小売業者の有する「販路」に対する依存関係により形成された優越的地位であるといえよう。

65 和光堂事件（最判昭50・7・10民集29・6・888）において、粉ミルクの銘柄指定性という商品特性上、品揃えに不可欠な商品であったため、小売業者は、和光堂製品の市場占有率の低さにもかかわらず、納入業者の拘束に従わざるを得なかった。この場合、消費者の銘柄指定性が大規模小売業者の優越的地位の形成を弱める方向に作用する。

66 納入業者が専売店の場合、あるいは帳合の関係で品揃えに必要な商品を他から仕入れることが不可能な場合は、小売業者の依存度が高まる方向に作用する。

企画提案力・サービスの質が高い場合、資金力がある等が挙げられる⁶⁷。そこで、依存関係を検討する際には、大規模小売業者が保有する経営資源を検討するばかりでなく、納入業者が保有する経営資源も検討する必要がある。

第2項 取引先の転換可能性

第1項で検討した依存関係の強さとともに、納入業者にとっての取引先の転換可能性が重要な優越的地位の判断要素として挙げられる。これは、納入業者が現在取引のある小売業者との取引を他の小売業者との取引に転換できなければ、現在取引を継続せざるを得ないため、当該小売業者が優越的地位にあることで説明することができる。この要因を更に細かく分類すれば、取引先の発見可能性と取引先の転換コストに分類され、さらに、前者は、経営資源の保有状況、市場の競争状況及び市場の構造に分類することができる。また、後者は、取引特殊的投資と新規の投資コストに分類することができる。

(1) 経営資源の保有状況

資源依存関係においては、小売業者又は納入業者が有用な経営資源を保有する場合、相手方に資源依存関係を生じさせると説明した。つまり、相手方の経営資源に依存する場合は、当該経営資源の希少性次第では、他に代替的な取引先を発見するのが困難な場合が生じる場合がある。

また、有用な経営資源を保有する当事者は、これを活用することにより、市場において代替的な取引先が発見しやすくなる。例えば、現在取引のある小売業者に対して依存関係が強くても、納入業者が経営資源を保有していれば、当該小売業者を取引に拘束できるとともに、経営資源を活用して新たな取引先を発見し、当該取引を転換できるように依存関係は生じない。このように、経営資源の保有状況は、取引先の発見可能性に影響し、よって、優越的地位に影響を与える。

(2) 市場の競争状況

市場の競争状況が売手市場か買手市場かにより、取引先の発見可能性に影響を受ける。買手市場の場合、小売業者は、取引先の選択可能性が高まる一方、納入業者は、取引先の確保を巡り価格・機能競争を過熱させるため、取引先の発見可能性が減少して、当該小売業者の優越的地位を生み出す要因となる⁶⁸。

⁶⁷ 卸売業者の評価は、卸売業者が小売業者に対して提供するサービスの質の高さに関係する。納入業者のうち、卸売業者が小売業者に提供するサービスには、商品の輸送及び在庫保管、品揃え、リスク負担、経営指導、金融、情報伝達等が挙げられる。卸売業者の機能の詳細は、第3章で検討する。

⁶⁸ 買手市場の状況が強いほど、取引条件を買手が選択する余地が広がるので、幾つかの選択肢から自己に最も有利なものを決定することができる。そしてより有利な条件への変更・修正を売手に要求することも起こりうる。和田、前掲注2、182頁。

(3) 市場の構造的な状況

市場において継続的取引関係が広まっている場合も、大規模小売業者は、新たな取引先を開拓する意欲に乏しく、このため、納入業者が新たに取引の可能な大規模小売業者を発見することが困難となる。市場において濫用行為が取引慣行として常態化している場合も、取引先の発見可能性に影響を与えることとなる。これは、より良い条件を求めて取引先の転換を求める納入業者からすれば、市場において代替的な取引先を発見できたとしても、現在の取引先と同様の濫用行為を受ける場合、取引先転換の意味がないためである。

その他、小売市場が寡占的である場合、新規取引に参入障壁が存在する場合等、市場の構造的な要因により、新たな取引先を発見することが困難な場合も、新たな取引先の発見可能性に影響を与える。

しかし、取引先の発見可能性は、納入業者にのみ影響するのではなく、小売業者も当該取引を失う場合、新たな納入業者を発見する必要が生じるので、影響の程度に格差はあるものの、両者ともに発見可能性が低い場合もある。

(4) 取引特殊的投資

継続的取引においては、小売業者のニーズに即した財・サービスの提供がなしうるような、取引特殊的投資が納入業者によって行われる場合がある。当該投資には、専用の情報システムや物流センターといった有形・無形固定資産に対する設備投資以外にも、専任の営業担当者の育成費用や特定の小売業者にカスタマイズしたサービスを提供する技術・ノウハウの形成費用、取引先でシェアを維持・拡大するために費やした販売促進費等、資産価値の測定が困難な投資も、広い意味で無形の経営資源を形成する投資として挙げられる。

これらの取引特殊的投資が行われているにもかかわらず、当該取引を終了し、他の取引先と取引を開始する場合、当該投資は、新規取引に転用できなければサンクコスト化する。特に流通における「マーケティング活動に必要な資源の多くは特定の資産」であり、サンクコスト化しやすいことが指摘されている⁶⁹。このため、納入業者は、取引特殊的投資が行われる場合には、これが回収されるまで既存の取引に拘束されるため、取引先の転換可能性が低下することとなる。

他方、小売業者も既存の納入業者の取引特殊的投資に依存して、これらから自己のニーズに即した財・サービスの提供を受けている場合、あるいは自ら取引特殊的投資を行っている場合には、小売業者も既存の取引に拘束されるため、取引先の転換可能性が低下することとなる。

⁶⁹ 中田善啓『マーケティングと組織間関係』（同文館、1986）30頁。他方、流通業では取引特殊的投資があまりみられないとする見解もある。諏訪園貞明「優越的地位の濫用行為に対する規制についての現代的意義」公正取引 655号（2005）20頁。これらの投資がなされるかは小売業態の特性に応じる面があり、例えば、短サイクル型流通システムを用いるスーパーやコンビニエンス・ストア等との取引の際に、当該小売業者の小売業務に特化した情報システム・物流システムに投資すれば取引特殊的投資になりうるし、ディスカウント・ストア等との取引の際に、ナショナル・ブランドの商品を店舗に直接納入する際には、取引特殊的投資が行われていないといえる。

(5) 新規の投資コスト

納入業者が新たに取引を開始する際には、多くのコストが発生する、例えば、新規取引先を市場で発見するための探索コストや信用調査等のための取引開始準備コスト、継続的取引を前提とする場合には、新たな取引先に対して取引特殊的投資を行うコストも発生する。また、既存の取引よりも新規取引に掛かるランニングコストが高いと予想される場合、取引の転換を抑止する要因となる。

さらに、新規取引における不確実性も取引先転換を抑止する重要な要因となる。つまり、新たな取引先の情報が不足している場合、倒産や機会主義的行動を受ける可能性があり、既存の取引よりも不確実性が高くなるためである。

納入業者からみて、これらの取引先の転換コストが既存の取引によって生じるコストより高くなると予想される場合には、取引先の転換が抑制されることになる。しかし小売業者にとっても取引先の転換コストが既存の取引によって生じるコストよりも高くなると予想される場合には、同様に取引先の転換が抑制される。このため、係る要因も双方における取引先の転換コストの格差により規定される。

第3項 依存関係と取引先の転換可能性との関係

今まで検討してきた依存関係と取引先の転換可能性は、優越的地位を生じる又は生じるのを阻害する要因となりうるが、相互にどのような関係にあるのだろうか。

納入業者において、小売業者に対する依存関係が強いものの、取引先の転換可能性が高い場合には、当該小売業者との取引を失うことが経営に与える影響が大きいものの、新たな取引先に対し当該取引を転換できるため、経営に与える影響をなくす又は減じることができる。このため、当該小売業者に優越的地位が生じない⁷⁰。

納入業者において、小売業者に対する依存関係が強く、かつ、取引先の転換可能性が低い場合には、当該小売業者との取引を失うことが経営に与える影響が大きい上に、新たな取引先に対し当該取引を転換できない。このため、当該取引を継続するしか選択肢がなく、この場合、当該小売業者に優越的地位が生じる。

納入業者において、小売業者に対する依存関係が弱い場合には、取引先の転換可能性の高低に関係なく、当該小売業者との取引を継続又は失うことになっても経営に与える影響は小さい。このため、当該小売業者に優越的地位が生じない⁷¹。

⁷⁰ 長澤哲也氏も私見を支持されている。長澤哲也「優越的地位濫用の認定における実務上の諸論点」日本経済法学会年報 35号（2014）67頁。同様の見解として、経済学の見地から、取引相手方の取引依存度が高いことは、必ずしも取引必要性が高いことを意味せず、取引相手方からみれば行為者の代替的な取引先はいくらでもあってもより多く取引している可能性もあり、この場合、行為者との取引の打切りにより事業経営上大きな支障を来す（優越的地位が生じる）とはいえないとする見解がある。石垣浩晶「優越的地位濫用規制の経済分析」NBL985号（2012）46頁。

⁷¹ 長澤哲也氏も私見を支持されている。長澤、前掲注 70、68頁。

このように、優越的地位が生じるのは、納入業者が小売業者に対して依存関係が強く、かつ、取引先の転換可能性が低い場合に限られる。このため、優越的地位を判断する場合には、第一に、納入業者の小売業者に対する依存関係及び取引先の転換可能性（小売業者が優越的地位を生じる要因）を併せて検討する必要がある。

また、依存関係及び取引先の転換可能性の各要因は、一方的に納入業者に影響するわけではなく、小売業者にも影響することを説明した。これについて学説では、優越的地位は、「両当事者間において、一方の事業者（A）は必ずしも他方の事業者（B）と取引しなければならぬ状況にはないが、BにとってはAとの取引関係を維持することが、事業を継続する上で死活問題となって」いる場合に生じるとして、一方の事業者（小売業者）が取引に拘束されていない場合に優越的地位が生じると説明している⁷²。

逆に、小売業者が納入業者に対し優越的地位を生じる要因が存在していても、当該納入業者に対し依存関係を生じており、かつ、当該納入業者との取引の転換可能性が低い場合には、当該小売業者も取引の継続が事業経営上大きな影響を受けるため、当該取引に拘束される。この場合は、もはや相互に取引に拘束されるため、当該小売業者は、当該納入業者に対し優越的地位に立つとはいえない⁷³。このため、小売業者の優越的地位を判断する場合には、第二に、納入業者の要因だけでなく、小売業者の納入業者に対する依存関係及び取引先の転換可能性（小売業者の優越的地位を弱める要因）を検討する必要がある。

第4項 大規模小売業態における優越的地位の一般的傾向

今まで検討してきた「優越的地位」の判断要素について、大規模小売業態ごとの一般的な傾向を、百貨店、量販店及びコンビニエンス・ストアの事例で比較する。

前章で、一般的な傾向として、1納入業者当たりの商品納入額は、百貨店、総合スーパー、コンビニエンス・ストアの順で多くなる傾向があることを検討した。1納入業者当たりの商品納入額が多ければ、当該納入業者にとって新たな取引先への転換に影響が生じる可能性が高くなり、かつ、同一の小売業態内で新たな販売先である小売業者を発見しようとしても、小売業者にとって店頭の商品の入替えの余地が少ないことから、当該納入業者にとって新規の参入余地もそれだけ少ないことにつながる⁷⁴。このような一般的な量的な取引依存関係の傾向が現在の量販店やコンビニエンス・ストアの購買力の強化につながっ

⁷² 今村、前掲注 26、165 頁、向田、前掲注 27、171 頁。

⁷³ 経済学の見地からも同様の説明がなされており、優越的地位の認定には、小売業者にとって、他の納入業者との取引を拡大することなどによって同じだけの利益を確保することが困難な場合は、納入業者は小売業者の要求を受け入れることはなく、納入業者が取引必要性があっても、小売業者に取引代替可能性がない場合には優越的地位が生じないとする見解がある。石垣、前掲注 70、45 頁。

⁷⁴ 同一の品種においても品揃えの幅が広くあるいは奥行きが深く多数の取扱品目がある百貨店と、厳選された少数の取扱品目しかないコンビニエンス・ストアでは、百貨店の方が入替えの機会・余地が大きいと、納入業者にとっても新規の参入余地が多いといえる。

ているが、詳細に分析すると小売業態の相違により優越的地位が生じる要因にも相違が生じる。

まず、百貨店は、高度成長期以降、店舗の連続的な増床により成長する戦略を採用しており、集客力の拡大のため品揃えの幅と奥行きを拡大する対応を行ってきた。しかし、1店舗当たりの品揃えを拡大しても、店舗間で仕入が共通化されていないために商品1品目当たりの仕入量はさほど増加せず、大量仕入がもたらす数量割引による調達コスト低下もさほど見られないといえる。このため、百貨店の優越的地位は、量的な取引依存関係では納入業者の相対的な小規模性から生じたものであり、質的な資源依存関係では百貨店の有する信用力、販路の魅力等が源泉であるといえる（第4章で詳述）⁷⁵。ただし、百貨店も納入業者の有する商品のブランド力や、返品、手伝い店員、売場への設備投資等、納入業者のリスク・費用負担に依存しているため、百貨店が納入業者に資源依存関係を生じている場合に留意する必要がある。

さらに、納入業者が行う百貨店の売場に出店する際の設備投資については典型的な取引特種投資であり⁷⁶、納入業者の取引先の転換可能性を低くすると評価できる。

他方、量販店は成長する際に、標準化された品揃えを本部一括仕入により調達し、チェーン・オペレーションを用いて店舗にこれら品揃えを展開して急速に拡大し、規模の経済性のメリットを享受しつつ、大量仕入がもたらす数量割引による調達コストの低下も享受している。このため、量販店の優越的地位は、量的な取引依存関係での、大量仕入に基づく納入業者の販売依存度の高さから生じたものであるといえる（第5章で詳述）。この傾向は、我が国にとどまらず、各国においても食料・雑貨を扱う小売業者と店舗の多いチェーン店のシェアの増大により購買力は長期的に増大していることが指摘されている⁷⁷。更に、コンビニエンス・ストアの優越的地位は、更なる量的な取引依存関係から、これらの傾向が更に強まっているといえる⁷⁸。また、取引先の転換可能性として、特にスーパー

⁷⁵ 一般に、百貨店とその納入業者との間には、規模の絶対的格差や継続的な取引関係が背景となって強い依存関係があり、特定の百貨店に納入しているとの実績が納入業者の信用になるなどの事情があれば依存関係が強化されるとされている。実方、前掲注11、366頁。

⁷⁶ 例えば、納入業者が自らのブランドを展開する箱売場の内装、造作、什器等を自ら支出した場合、当該ブランドが契約終了により退店する際には、これらの設備投資で他に転用できないものは、全て除却されることとなるためである。

⁷⁷ OECD, *op.cit.*, pp.22-23.

⁷⁸ コンビニエンス・ストアの優越的地位は、これら納入業者に対するもの以外にも、加盟店であるフランチャイジーに対するものも形成されている。フランチャイザーのフランチャイジーに対する優越的地位の源泉について、例えばフランチャイズガイドラインにおけるフランチャイザーのフランチャイジーに対する優越的地位の判断要素としては、取引依存関係では仕入依存度、資源依存関係では経営指導等への依存関係が挙げられ、取引先の転換可能性では、初期投資の額、中途解約権、違約金、契約期間等の契約条項が挙げられている（フランチャイズガイドラインは第2部第3章で検討する。）。これらに加え、コンビニエンス・ストア本部の市場における寡占的な状況、フランチャイジーに零細企業が多いという事業規模の格差、事業規模の格差に起因する事業環境、小売業務等に係る情報量の格差等により、一般的な関係でコンビニエンス・ストアのフランチャイザーは、フランチャイジーに対し優越的地位を形成しているといえよう。例えば、公正取引委員会の調査によると、フランチャイジーで加盟時において個人だったものは81.0%であり、加盟後

及びコンビニエンス・ストアでは、短サイクル型流通システム形成のため納入業者が設備投資を行い、これが取引特殊的投資となることから、納入業者の大規模小売業者に対する資源依存関係が生じるとともに、スーパー及びコンビニエンス・ストアもこれら納入業者に対し資源依存関係を生じることとなる。ただし、コンビニエンス・ストアの場合は、第1章で検討したとおり、フランチャイザーが納入業者から商品を仕入れるのは直営店のみであり、店舗の圧倒的多数を占める加盟店（フランチャイジー）は、納入業者から直接商品を仕入れることとなる。この点、フランチャイザーが納入業者に発揮するのは、厳密な意味での購買力ではない。他方、納入業者がフランチャイザーの指定業者として選定されることは、納入業者の商品販売量に影響を与えるため、納入業者が指定商品をフランチャイジーに納入することは、商品をフランチャイザーに直接的に納入するのと同様に考えることが可能である。このため、指定商品の選択を行うフランチャイザーが納入業者に対し優越的地位に立つこととなる⁷⁹。

第4節 まとめ

本章で検討したとおり、大規模小売業者の購買力は、大規模小売業者の納入業者に対する個別の商品の納入取引における交渉力の格差と捉えられる。そして、大規模小売業者は、購買力を利用して、我が国の小売市場において納入業者から中小の小売業者に比べて有利な取引条件を獲得して、小売間競争で優位に立つ競争力を獲得し、我が国の流通システムが変革される原動力となってきた。また、競争との観点では、大規模小売業者の購買力は、小売市場における価格競争・機能競争を促進し、消費者の利便性向上に結びついている。他方、この購買力が濫用されることにより、購買力問題が発生するようになった。

我が国の購買力問題は、主として独占禁止法の優越的地位の濫用規制により規制されている。そして、大規模小売業者の「優越的地位」は、大規模小売業者・納入業者間における依存関係及び取引先の転換可能性によって生じる。依存関係には、①量的な取引依存関係と②質的な資源依存関係の2つに分類でき、取引先の転換可能性は、①経営資源の保有状況、②市場の競争状況、③市場の構造的な状況、④取引特殊的投資、⑤新規の投資コスト、の5つに分類できる。

そして「優越的地位」は、納入業者が大規模小売業者に対し依存関係があり、かつ、大規模小売業者との取引の転換可能性が低い場合に発生する。ただし、依存関係の高さある

に法人化したものが多いものの、それでも加盟後で55.0%が個人であり、法人でも資本金500万円以下が35.5%という結果であり、事業規模の格差は明らかとなっている。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』（公正取引委員会、2011）5頁。フランチャイザーのフランチャイジーに対する優越的地位の濫用問題については、中里和浩「優越的地位の濫用規制の現状及び今後の課題—フランチャイズ・システムの問題を中心として—」経済科学論究8号（2011）145頁以下が、情報の不完全性の観点から詳細な分析を行っている。

⁷⁹ 7事件は、コンビニエンス・ストアのフランチャイジーが納入業者に対して優越的地位の濫用で規制された事件である。

いは取引先の転換可能性の低さは、ともに納入業者に対して一方的に生じるのみならず、大規模小売業者にも納入業者に対して生じる可能性があり、このときには大規模小売業者の優越的地位を減じ、あるいは納入業者が優越的地位に立つ場合があることに注意を要する。このため、大規模小売業者が納入業者に対して優越的地位に立つかの判断には、納入業者の要因だけでなく、大規模小売業者の要因も検討する必要がある。

それぞれの小売業務の相違から大規模小売業態間で「優越的地位」の形成要因の一般的傾向に相違があり、百貨店は、その有する信用力、販路の魅力といった質的な資源依存関係を源泉として生じることが多く、他方、量販店やコンビニエンス・ストアは、量的な取引依存関係を源泉として生じることが多い。次章では、本章で検討した大規模小売業者の「優越的地位」に基づき、大規模小売業者が行う「濫用行為」について、大規模小売業者の経営資源補完と納入業者が果たす役割という観点から検討する。

第3章 大規模小売業者の経営資源補完と「濫用行為」

第1節 大規模小売業者の経営資源補完と「濫用行為」

第1項 濫用行為の内容

本章では、第1章の「行為主体」の検討及び第2章の「優越的地位」の検討を踏まえ、まず、「濫用行為」の内容を検討し、次いで「濫用行為」を小売業者による小売業務運営の際の経営資源の補完という観点、及び卸売業者が果たす役割という観点から検討する。そして、これらの検討を基に、「行為主体」による「濫用行為」の発生要因と規制の際の留意点について検討する。まず、「濫用行為」の内容について検討する。

我が国に限らず世界的に見ても、大規模小売業者は、購買力を行使することによって、他の小売業者が獲得困難な、供給者の原価節約に基づかない各種のリベート、値引き等を獲得したが、これらには大規模小売業者の地位に応じて与えられる取引割引、購買量に基づくリベート、一定量に達した購買に基づくインボイスに記載されていない達成リベート、秘密リベートが含まれると指摘されている¹。大規模小売業者に更に頻繁に与えられる特権としては、例えば大規模小売業者が新規の販売拠点を設ける場合に供給者が支払う入会金に相当する初回ボーナス、記念料、施設助成金、投資のための資金提供、販売促進割引、あるいは宣伝活動費援助金が挙げられる²。その他、無料配送、おまけ（1ダースに対し13個等）、自らの施設に納入業者を出店させた際の金銭的補償、棚・倉庫への商品陳列・価格ラベル貼付等に対する納入業者の従業員派遣、長期支払条件等も受けることがある³。

我が国では、大規模小売業者が納入業者に対し行う「濫用行為」として、押し付け販売、協賛金・従業員派遣の要請、商品の受領拒否、返品、対価の支払遅延、対価減額等が規制されている。商取引では、当事者間の地位に格差があり、取引に有利・不利が生じるのが通常であるため、現実に行われるこれら取引条件で不利益を判断するのは難しい。そして、独占禁止法上も、これら大規模小売業者が有利な取引条件を獲得することの全てが濫用行為になるわけではなく、独占禁止法上、優越的地位を不当利用して納入業者に受け入れさせた不利益行為のみが規制され、外形の不利益性だけで規制されるものではない。言い換えれば、優越的地位を不当利用していない不利益行為については、濫用行為と外形的に行為内容が一致していても、規制の対象とならない。この点、更に突き詰めると、濫用行為

¹ OECD, OECD Report of the Committee of Experts on Restrictive Practices, *Buying power the exercise of market power by dominant buyers*, 1980, pp.22-23.

² OECD, *Ibid.*, p.23.

³ OECD, *Ibid.*, p.23.

とされる取引慣行がいかなる場合に不当とされるのかが問題となる⁴。学説では、濫用行為は、単なる当事者格差の反映にとどまらない、通常では受け入れがたい不利益を一方的に課すような抑圧的な行為と説明される⁵。そして、濫用行為に該当しうる納入業者に対する不利益行為の判断要素は、第一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、第二に合理的な範囲を超過した不利益を与えることとなる場合が挙げられているが、これらは優越的地位の濫用規制における立証の際に用いられる判断要素であり、これらの判断要素に一致する行為が直ちに濫用行為になるわけではない（詳細は第2部第4章で検討する。）。

これら優越的地位の濫用規制における濫用行為の判断要素については第2部で検討することとし、本章では、これらの前提を踏まえ、いわゆる濫用行為となりうる大規模小売業者・納入業者間の取引上の不利益行為の発生要因・発生形態について、大規模小売業者が納入業者に要求する理由および納入業者、特に卸売業者が受け入れる理由を検討する。

第2項 小売事業における経営資源

小売業者が小売業務を運営する際には、小売業者にリスク、費用が発生する。店舗運営においては、店舗を設置する土地、建物、内装等に設備投資が必要となるばかりでなく、売場に配置された什器、備品、装飾、消耗品等にも費用が必要となる。店舗を運営するためには水道光熱費等の経費が必要となる。店頭における売上・商品在庫状況を的確に把握し、あるいは効率的な受発注を行うためには、これらをオンラインで管理することができるPOS等の情報システムに対する設備投資も必要となる。店舗において品揃えを形成するためには、多額の在庫投資が必要となる。さらに、商品在庫を持つことは、商品の滅失、盗難といった商品管理上のリスクが発生する。特に店舗が大規模又は多店舗になれば、これらのリスクは更に大きなものとなる。

これに加え、あらゆる小売業者の販売活動においては、予測どおりに商品販売が伸張せずに低迷することもあり、商品が売れ残るリスクが発生する。流行性の高いファッション関連の商品、季節性の高い商品等の取扱いは、需要の状況を的確に把握し、予測を立てて仕入を実行しないと、商品が売れ残るリスクを高くする。生鮮食品等、賞味・消費期限があり、しかもこれらが短期間に設定されているものは、売残りリスクが即廃棄リスクとなる。また、景気変動、天候等の影響により販売数量も左右される。特に、第1章で検討したとおり、近年の消費の成熟化や消費不況により、商品の売残りリスクが発生する可能性が増大している。このため、「商取引において最も重要なことのひとつは、リスクをどの

⁴ 山田昭雄「小売業者による優越的地位の濫用行為」矢部丈太郎ほか監修『流通問題と独占禁止法 1996年度版』（国際商業出版、1996）192頁。

⁵ 伊従寛・矢部丈太郎編『実務解説独禁法Q&A』（青林書院、2007）336頁〔池田幸司〕。

ように回避するかである。とくに売買契約における商品の売れ残りリスクの回避は、きわめて切実な問題である」と評価されている⁶⁷。

これら費用、リスクの負担について、経営資源の観点から説明すれば⁸、品揃えの幅を広く、あるいは奥行きを深くすれば、取り扱う商品の範囲・種類が増えるため、商品の販売に伴い生じるリスク⁹、費用¹⁰、在庫投資資金等の負担が増加して、これに要する「資金的資源」がより多く必要となる。特に品揃えの幅や奥行きを広げることは、売れ筋の商品以外にも品揃えを拡大することになるため、売残りのリスクの増加につながる¹¹。品揃えの形成には、専門知識・ノウハウ・技術という「情動的資源」の蓄積や、これらの情報を有し、また、利用して仕入を行って品揃えを形成し、陳列し、管理し、販売することができる「人的資源」が必要となる。商品調達、商品供給においても、商品の在庫を的確に把握し、仕入を行い、商品の物流状況を把握するためのE O S等の情報システムや、多頻度少量発注を実現するため、独自の物流センター等の流通設備に要する土地、建物、装置等の設備投資といった運営コストが発生する。これらに対しても、「資金的資源」が必要になる。

しかし、大規模小売業者にこれら店舗運営、商品調達及び商品供給で小売業務を実行する際に生じるリスク、費用等を負担する経営資源が不足している場合、外部に経営資源を依存し、補完する必要が生じる¹²。そして、大規模小売業者において外部からの経営資源

⁶ 岸田雅雄『ゼミナール商法総則・商行為法入門』（有斐閣、2003）226頁。他方、自らリスクを取って収益を享受する手法もあり得る。例えば、返品、手伝い店員及び売上仕入を積極的に活用し成長したアパレル業者がこれに該当する。詳細は次章で検討する。

⁷ この点、売残りリスクを極小化する対応が、スーパー、コンビニエンス・ストア等による「延期化」の原理を用いて行っている短サイクル型流通システムの構築であり、売残りリスクを流通の各段階で分担するのが次章で検討する百貨店の返品であるといえる。

⁸ 資源ベースの戦略論では、「経営資源」は、競争優位性を生み出す、企業内部に蓄積された人・金・物・情報である。

⁹ 商品の販売に伴い生じるリスクとしては、商品の売残りリスク及び商品管理上のリスクが挙げられる。商品の売残りリスクは、商品に売残りが生じることにより、破棄や値下げも生じ、これにより小売業者に損失が生じるリスクである。また、商品管理上のリスクとは、商品が大規模小売業者に納入されてから消費者に対して販売されるまでの商品管理過程において、商品の滅失・毀損・紛失・盗難・破損・腐敗・漏洩・蒸発・変質、時間経過による商品の陳腐化、棚卸減耗による損失等が生じるリスクである。

¹⁰ 小売店舗における商品販売活動に要する費用としては、販売員の人件費、宣伝や店舗の装飾等に要する販売促進費、内装・什器・備品等の固定資産の減価償却費、水道光熱費、包装・用度品等の消耗品費等が挙げられる。

¹¹ このため、例えば衣料品の取扱いにおいて、より流行性・ファッション性の高い商品を取り扱う百貨店の方が、総合スーパーよりも売残りリスクが高いものとなり、後述する返品制の導入につながっている。

¹² 経営資源の補完とは、企業内部に蓄積が少ない、あるいは蓄積されていない経営資源を補うという意味で使用されるものである。他方、本稿では、補完を幅広く捉えて、これらの意味以外にも、経営活動の結果、減少するものを補完する場合（決算対策・利益確保のための協賛金要請等が該当する。）や、経営資源を積極的に獲得する場合（押し付け販売等が該当する。）も含んで検討するものとする。

補完手段の一つとして用いられているのが、商品の納入取引から直接的又は間接的に利用して納入業者から不足する経営資源を補完する方法である¹³。

第3項 大規模小売業者の経営資源補完方法と濫用行為との関係

大規模小売業者が納入業者との納入取引から自ら不足する経営資源を補完する手段としては、①商品の納入取引から直接的に補完する方法、②商品の納入取引から付随的に補完する方法、③商品の納入取引に全く関係なく補完する方法の3種類に分類することができる。

(1) 商品の納入取引から直接的に補完する方法

商品の納入取引から直接的に経営資源を補完する方法としては、第一に、商品を消費者に売買する過程において発生する売残りリスクについて、これを納入業者が負担する取引条件を事前に約定して、あるいは事後的に取引条件を変更して納入業者に負担してもらう方法が挙げられる。例えば商品の売残りリスクを直接的に納入業者に転嫁するための返品、売残りリスクを店頭での値下げ販売により解消するための事後値引き、協賛金等による値下げ原資の負担要請、販売数量に応じた販売促進リベートの要請、商品の販売数量が伸長しなかった場合の商品の受領拒否等が挙げられる。これらの補完方法は、商品の納入取引に係る原価を事後的に調整する手段と捉えることができ、小売業者・納入業者間の全ての取引が終わるまで価格が決定しない、間接的な価格の「後決め」という効果を有している¹⁴。また、特売用商品を販売する際に、納入商品の買ったたきを行ってあらかじめ値下げ原資相当分を負担させた上で納入されることも行われている。

第二に、売残りリスクや商品管理上のリスクを併せて、取引制度として納入業者に負担してもらう方法が挙げられる。例えば商品の所有権を小売業者に移転せずに納入業者が有したまま消費者に販売が実現した時点で小売業者・納入業者間の納入取引も実現する委託仕入や売上仕入を取引制度として利用することが挙げられる（詳細は第4章を参照）。

第三に、商品の品揃え等に要する在庫投資資金を補完するために、納入業者に対する商品の仕入代金の支払いを消費者への商品販売実現から極力後倒しする方法が挙げられる。これには、小売業者から納入業者への仕入代金の支払サイトを長期間とする、手形期間が

¹³ これ以外の経営資源の補完方法としては、例えば資金的資源なら金融機関からの資金の借り入れ、物的資源ならリース会社からのリース、人的資源なら専門業者へのアウトソーシング、全般的な資源を補完するなら企業間提携等が挙げられる。また、コンビニエンス・ストアのフランチャイザーは、フランチャイジーから土地・建物等の物的資源（フランチャイジーがフランチャイジーに貸与する場合もあり得る。）、店舗の販売員等の人的資源を補完しているといえる。

¹⁴ 岸田、前掲注6、56頁。同様に、販売リスクがある程度明確になった段階で、事後的に販売リスクの分担・転嫁の交渉が行われているという意味で、商品価格のマークダウン、返品、未引き取りが同じ性格を持っているとするものに、加藤司「SCMの阻害要因としての日本的商慣行」経営研究51巻2号（2000）4頁。

長期間の手形で支払いをする等が挙げられる¹⁵。また、前述した委託仕入及び売上仕入は、商品販売が実現したもののみ仕入代金が支払われることとなるため、制度的に納入業者が資金的資源を負担することとなる。

これら商品の納入取引から直接的に経営資源を補完する方法においては、商品納入前に納入業者がこれら取引により生じるリスク、費用を計算して納入原価等に反映させる形で取引条件を決定しているか否か¹⁶、あるいはリスク負担等の取引条件が納入業者に過度に不利益に設定されているか否かが「濫用行為」との分かれ目となる。

(2) 商品の納入取引から付随的に補完する方法

商品の納入取引から付随的に経営資源を補完する方法として、商品の納入取引に付随して納入業者に労力、費用等を負担してもらう方法が挙げられる。例えば店舗運営において販売促進用の手伝い店員を派遣してもらう、納入商品の販売に際し生じる販売促進費用等を負担してもらう、販売促進物を提供してもらう、商品供給において生じる物流費用（センターフィー）を負担してもらう等が挙げられる¹⁷。

これら商品の納入取引から付随的に経営資源を補完する方法においては、商品納入前に納入業者が取引に要する費用を計算して納入業者が納入原価等に反映させる形で取引条件を決定しているか否か、あるいは、当該労力、費用等の負担に見合った利益が納入業者に生じるか否かが「濫用行為」との分かれ目となる

(3) 商品の納入取引に全く関係なく補完する方法

商品の納入取引に全く関係なく経営資源を無償で補完する方法もあり¹⁸、例えば、大規模小売業者のイベント（例えば創業祭・催物等）・決算対策としての協賛金を要請する、

15 これらの実例としては、高度成長期のスーパーの成長において、回転差資金を新店等への設備投資や商品在庫への投資に活用したことが挙げられる。

16 リスク、費用の事前の「計算」は、完備契約なら全てのリスク、費用を織り込むことが可能となるが、不完備契約なら将来の予測に不確かさが存在するために、これらリスク、費用を完全に織り込むことができない。他方、一般に商人が契約を締結する際には、需要動向等の「予測」を行い取引条件を決定するのが普通である。このため、不完備契約の場合における納入業者の「計算」は、納入業者が「予測」を行った上でリスク・プレミアムを上乗せしたものとなる。以下の議論における事前の「計算」も同様の意味合いを持つ。

17 センターフィーとは、チェーン・ストアにおいて店舗に商品納入する場合、そのチェーン・ストアの商品センターを経由するものについて商品センターから店舗までの納入に係る費用をセンターフィーとして納入業者がチェーン・ストアに支払うものである。これは、納入業者が直接店舗納品を行ってきたところ、チェーン・ストアが自ら商品センターを持った場合、そこから店舗にいたる物流の費用は本来納入業者が負担するものであるという理由で負担が要請されている。宮澤永光監修『基本流通用語辞典』（白桃書房、改訂版、2007）164頁〔中田信哉〕。

18 ここでいう「商品の納入取引と全く関係ない方法」とは、商品の納入取引を行っていない企業から、あるいは商品の納入取引を行っている納入業者からの経営資源の補完に対し適正な対価を支払う場合は含まない。例えば、商品の納入取引を行っていない物流業者から3PLのようにアウトソーシングとしてサービスを有償で提供してもらう場合があるし、ある種の卸売業者には、サービス提供に対し対価を支払う場合がある。

社内の事務作業用の従業員の派遣として商品の納入取引と関係のない労働力を要請する、商品の納入取引と関係のない大規模小売業者の商品を購入してもらう等が挙げられる。これらは小売業者が優越的地位を不当に利用して行われる典型的な濫用行為となりうる。これら商品の納入取引と全く関係なく経営資源を無償で補完する方法は、納入業者が大規模小売業者に対して経営資源を無償提供する合理性がない場合が多く、適法とされうる余地が他の場合より少ないと考えられる。他方、例えば大規模小売業者のイベントに係る協賛金は納入業者がその趣旨に賛同して拠出する場合や、商品の購入等は、必要性から自由意思で購入する場合もないとは言えず、納入業者が自由かつ自主的判断で（採算を度外視してでも）負担を決定したか否かが「濫用行為」との分かれ目となる。

このように、大規模小売業者は、納入業者との商品の納入取引から直接的あるいは付随的に、場合によっては納入取引と全く関係なく、小売業務を運営する際に不足する経営資源を補完している。そして、これら経営資源の補完の際に納入業者の自由かつ自主的な判断に基づかない、リスク、費用負担が納入業者の計算に基づかない、取引条件を著しく不利益に設定する、あるいは負担に見合う利益がない等、大規模小売業者が自らの優越的地位を利用する形態で補完が行われる場合には、後述するとおり優越的地位を不当利用した濫用行為となる。

次節においては、これら大規模小売業者に対して経営資源の補完を行う納入業者が流通システム内で担う役割の観点から「濫用行為」を検討する。

第2節 卸売業者の役割と「濫用行為」

第1項 卸売業者の流通システム内における役割

前節で検討した大規模小売業者の経営資源補完を納入業者が現実として受け入れている以上、それには理由がある。これは、納入業者、特に納入業者の主体である卸売業者が小売業者に対して果たす役割が大きく関係している。このため本章の本節以下では、卸売業者の果たす役割に焦点を当てて検討を行う。

卸売業者は、流通システム内において財の生産と消費との懸隔を埋めるために重要な役割、つまりメーカーと小売業者との架橋的な役割を担うものであり、このため、商品のメーカー・小売業者双方から流通システム内での役割を求められる立場にある。

卸売構造は、1段階である小売構造と異なり多段階になる場合もあり、特に我が国の卸売業の特徴として多段階性が指摘されてきた。例えば、メーカーの直接の販売先は、各地域単位で販売契約を結んだ1次卸売業であり、その卸売業がメーカーの販売代理人となって当該地域の2次卸売業や多数の小売業に商品を供給している¹⁹。さらに、卸売構造は、商品領域別に分化している場合が多いが、これは、衣料品・身の回り品と農畜産物・水産

¹⁹ 根本重之「日本の卸売業の特性と取引制度問題」東京経大会誌 254号（2007）83頁。

物、さらに、野菜、食肉、鮮魚等、商品領域ごとに技術的操作が異なるためであり、生産段階でも流通段階でも、設備、商品知識、業務に共通性のある同質な商品を扱う経済性が大きいためである²⁰。

第2項 卸売業者の具体的な役割

卸売業者の役割は、取引する小売業者あるいはメーカーが卸売業者に対して求める役割に相違があるため、それぞれの小売業者あるいはメーカーとの取引ごとに相違する場合がある。さらに、卸売業者も、自己の事業領域として総合的な役割を担いながら事業活動を行う場合のみならず、限定的に自らが提供する役割を設定する場合もある²¹。具体的に、卸売業者が小売業者に対し提供する役割としては、次のようなものがある²²。

①品揃え形成

商品が生産から消費に向かって移転する過程で、小売業者に商品を供給するために、メーカーから商品を選別し、集荷し、分荷し、取り揃えるという、卸売業者の基本的な役割であり、小売業者と製造業者との量と組み合わせに関する隔離を架橋するものである。

②情報伝達

メーカーの広告活動等、メーカーの商品に関する情報を小売業者に提供し、あるいは商品の需給情報等の消費者の商品に関する情報や店舗運営情報を小売業者に提供する役割であり、小売業者とメーカーとの情報的隔離を架橋するものである。

③物流

商品の保管、包装加工、仕分け、配送等といった空間的隔離を架橋するものである。

④危険負担

商品の販売が消費者に実現しなかった場合の販売代金のリスクを負担する役割である。それ以外にも、商品流通の過程で発生する様々なリスクを負担する役割を有している。

²⁰ 矢作敏行『現代流通—理論とケースで学ぶ—』（有斐閣、1996）214頁。

²¹ 例えば販売先と現金で取引することを主とする「現金問屋」は金融については役割を果たしていないし、リテール・サポートを担わない卸売業者や生産・加工を行わない卸売業者も存在する。また、実務的には果たしてもらった役割を多様化あるいは高度化するほど商品の仕入価格が上昇するので、卸売業者に役割を果たせる能力があったとしても、実際の役割の範囲は、卸売業者と取引する小売業者あるいはメーカーとの協議により決定することとなる。

²² 宮澤監修、前掲注17、35頁〔八ッ橋治郎〕。

⑤金融

商品が小売業者に販売される前の段階でメーカーに商品の販売代金を支払い、メーカーが次の生産のために投資できるようにする役割である。この役割は、小売業者に対しても発揮されることがあり、小売業者の商品販売に係る投資資金を支援することもある。代表的な例として、消費者への商品の販売が実現した後に販売代金を回収する委託販売（商法上の問屋）や、現金収入が主である店頭での売上実現日よりも卸売業者に対する商品代金の支払期間を後倒しにすることにより生じる余裕資金（回転差資金）の活用による小売業者に対する資金の融通が挙げられる。

⑥生産・加工

商品組立て、値札貼付、包装等、小売業者の販売に適した形状に商品を生産・加工する役割である。

⑦リテール・サポート

特に近年は、これが卸売業者の役割として重視されている。小売業者に対して、販売促進物の提供、取扱商品の選択・棚割り・陳列指導、従業員教育等のサポートを行うことにより、小売業者の小売業務を支援するものである。

このように卸売業者は、小売業者の要請に応じて小売業務の運営を支援し、小売業の不足する経営資源を補完して商品流通を円滑化する役割を發揮しており、これに対し、小売業者は、卸売業者に対し、リスク、費用等の負担を含めた各種の役割を本質的に求めているともいえる。

こうした中、卸売業者は、取引面、物流面、情報面等でメーカーと小売業者を連結することを役割としており、このことは、卸売業者がメーカーからの情報と小売業者を経由して入手される消費者側の情報の結節点として、極めて有利な立場に立ちうる可能性を有している。他方、メーカーからも小売業者からも種々のバッファ的な役割を押し付けられる危険性をも有していることになる²³。これらの役割は、卸売業者のみが単独で負担するわけではなく、メーカーが取引制度として負担する場合もある。例えば、最寄品メーカーの場合、一般にリベートと呼ばれる「卸売業向け補完的価格制度」として、交渉力の強いスーパーマーケット・チェーンとの取引で、卸売業者の納入価格が限度を超えて下がる際に、これをメーカーが補填する「量販店手数料」、小売業者間の競争上、小売業者の特売等の値引き原資をメーカーが負担する「販促金」、取引に関係のない支出である大手チェーンのイベント等への協賛金等の費用負担を行っている²⁴。また、卸売業者は、量販店の台頭とともに、メーカーのエージェントであると同時に、量販店の仕入エージェントとしての性格を強くしてきており、その過程において、小売業が突きつけてくる不当なものも

²³ 原田英生「大規模小売組織と卸売業—大規模小売組織の仕入れシステム変革・中間組織形成を中心として—」流通問題研究 12号（1988）6頁。

²⁴ 根本、前掲注 19、84-85頁。なお、「取引制度」とは、最寄品メーカーが全国各地の卸売業、小売業に効率的、継続的に販売するため、その取引のあり方を制度化するものと定義されている。

含めた取引条件を受け入れすぎた面があり、返品等に典型的にみられるように、それらの相当部分をメーカーに転嫁していると指摘されている²⁵。ただし、近年は、メーカーへの転嫁も困難な状況になってきている（詳細は第5章で検討する。）。

第3項 取引慣行の形成とその合理性・批判

(1) 継続的取引関係の形成

前項で卸売業者の役割の観点から「濫用行為」を検討したが、前章で検討した「優越的地位」は、継続的な取引関係の下で発生することを説明した。さらに、「濫用行為」についても、「優越的地位」の下で生じることと、取引慣行化しているものが多いことから、改めて大規模小売業者・納入業者間の継続的取引関係について検討する。

我が国の継続的取引の特徴としては、①経済主体間の信頼関係を前提にしている、②取引条件の全てが必ずしも契約書に明記されない、③商取引の交渉過程のインフォーマルなやり取り等の交渉の過程を考慮に入れて契約の解釈が行われる、といった点が挙げられている²⁶。これらの説明としては²⁷、我が国では「垂直的な取引関係にある複数企業の協働関係をもとにビジネス・システムが成立」することが多く、「長期関係をつくることを前提として、関係が形成され……取引の開始にあたっては、慎重に取引相手の能力評価が行われる」とされている。そして、関係を継続するための取引制御システムとして、協働企業間の具体的な取引条件が明文化されておらず、「共通理解という形で合意」されており、取引条件の決定が協働利益の分配という性質を持っており、事後的価格決定の性質も有している点にあるとされている。

他方、これらの明文化されていない「書かざる契約」や事後的価格調整方式による取引の制御は、弱者にとってリスクの大きいシステムとなっており²⁸、強者の力を制御する工夫としては、取引相手となる可能性のある企業からの「評判」と強者の自制であるとされている²⁹。そして、これら取引の制御がうまく機能しない場合に、強者の弱者に対する不利益な取引条件あるいは取引条件の不利益変更の「押し付け」が生じ、優越的地位の濫用行為になる。

²⁵ 根本、前掲注 19、91 頁。

²⁶ 藤田友敬「規範の私的形成と国家によるエンフォースメント—商慣習・取引慣行を素材として—」COE ソフトロー・ディスカッション・ペーパー・シリーズ (2006) 12 頁。

²⁷ 加護野忠男「日本のビジネス・システム」国民経済雑誌 199 巻 6 号 (2009) 3 頁以下。

²⁸ 経済学の見解でも、不完全な文章契約や文章化されていない契約（口約束、暗黙の契約）といった不完備契約は、契約の不公正な内容、契約の不履行、不当な口約束など優越的地位の濫用行為の素地となるとしている。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) 102 頁。

²⁹ 加護野、前掲注 27、4-5 頁。

(2) 取引慣行の成立

小売業者・卸売業者間の商品の納入取引において直接的あるいは付随的に行われている経営資源の補完行為は、小売業態ごとの小売業務の相違から多様な類型がみられ、かつ、商品の特性、商品の取扱技術、商品に係る流通経路の成立経緯等から商品領域ごとにも、さらに、個別企業の経営戦略とも密接にかかわっていることから個別企業ごとにも相違が生じる。ただし、同一の企業・グループ内だとこれら行為類型の取引に係る情報が広まりやすいため、商品領域をまたいで行為類型が広まる場合がある。さらに、同一の小売業態だと小売業務や取扱商品が類似しているため、ある企業が利用している行為類型が他の同一小売業態内の企業に広まる場合もあり、あるいは同一の商品領域内の取引であれば、小売業態の枠を超えて小売業務が近似する場合もあり、小売業態の枠を超えて行為類型が広まる場合もある。本稿の検討対象となる小売業態の事例に即して言えば、前者でいえば百貨店業態内において主として食料品で用いられていた売上仕入が、衣料品等、他の商品領域に拡大した事例が挙げられ、後者でいえば百貨店業態内で用いられていた返品、手伝い店員及び売上仕入が、総合スーパーの同一商品領域に拡大した事例が挙げられる。そして、これらの行為類型が当該商品の納入取引で一般的に用いられ、定着したものが取引慣行となる³⁰。取引慣行は、単発のスポット取引を対象として存在しうるものの、特に、大規模小売業者・納入業者間の取引慣行は、両者が一般に継続的取引関係にあることから、当該継続関係の下に形成されている。特に、「濫用行為」は、継続的取引関係を前提として成立する「優越的地位」が生じている場合に行われることから、継続的取引関係が前提となるといえる³¹。

取引慣行は、長年の取引の積み重ねの中で、業界関係者に共通の取引ルールとして認識され広まっている取引様式であり、暗黙の了解事項として明文化されることなく、個別の取引条件ではなく取引全体を規定し、安定化させる「隠れた秩序」である³²。それゆえ、取引慣行には、伝統的、不透明、そして外部者にとっては閉鎖的なイメージがつきまとう。具体的な事例として、問題点が指摘されてきた取引慣行としては、①リベート、②返品、③希望小売価格・建値、④派遣店員等、⑤流通系列化等が挙げられる。また、繊維産業で改善すべき取引慣行としては、①無書面取引、②後値決め、③契約後の値引き、④売掛期間、⑤現金比率、⑥手形サイト、⑦金利負担、⑧引取遅延、⑨引取拒否、⑩不合理な品質

³⁰ 取引慣行とは、取引の当事者が従うべきであると考えている経済的取引に関するあらゆるルールのことであり、取引条件についての業界の慣行をいう。業種、業態の違う流通経路ごとに様々な取引慣行がある。宮澤監修、前掲注 17、215 頁〔菊池宏之〕。

³¹ 経済学の見地からも、「スポット取引では、取引相手が理不尽な要求をすれば別の取引相手に乗り換えればよいので、優越的地位の濫用は生じにくい。優越的地位の濫用は、継続的な取引関係において、取引相手を容易に変更できないときに起こりうる」としている。岡室博之「優越的地位の濫用」岡田洋祐・林秀弥編『独占禁止法の経済学』（東京大学出版会、2009）275 頁。

³² 三村優美子「流通取引慣行と大型小売業の購買力問題」青山経営論集 40 巻 4 号(2006) 3 頁。

クレーム、⑪返品、⑫多頻度小口配送の要請、⑬保管費用負担、⑭配送費用負担が挙げられている³³。

これらの取引慣行は、高度成長期以降、非効率で不要な取引形態がとられ、流通全体が過度に多段階で長く複雑な流通網となっており、この結果新規参入を阻害し、個々の企業の自由で独立した事業活動を困難にし、消費財の価格の高止まりをもたらしていると評されてきた³⁴。通商産業省（当時）は、1968年の産業構造審議会の中間答申「流通近代化の展望と課題」を受け、これ以降、流通近代化政策を推進し、流通効率化と流通コスト削減の観点から改善を目指し、あるいは公正取引委員会は、流通系列化への対応として規制を行った。1980年代から1990年代にかけては、アメリカを中心とする外圧により市場開放という観点から改善が目指され、公正取引委員会も流通取引慣行ガイドライン等、各種のガイドラインを公表し、法執行に係る考え方を明確化するとともに強化して、独占禁止法上問題となる場合の是正を行ってきた。

他方、これら取引慣行には合理的な側面もあり、例えば建値制は希望小売価格を基準に業界全体で標準化された価格・マージン体系を設定することで取引交渉を簡便化するとともに、取引開始時には予測できない状況変化に合わせて、取引数量の多寡に応じて個々の取引コスト差を調整していく制度と評価されている³⁵。また、1980年代から1990年代には、取引慣行が合理性を有するという見解が主張された。この主張では、流通・取引慣行が採用されている理由を当事者にとっての合理性から説明が可能か否かを検討することを目的として、モデル分析を行い、当事者間での合理性だけでなく、消費者の利益の検討や当該市場・経済全体の経済厚生上の望ましさを検討するという合理性分析を行うものであった。ここでは、第4章で検討する返品制の合理性のほか、リベート制、再販売価格維持行為について合理性のある場合を指摘している³⁶。

第4項 卸売業者の役割と取引慣行の合理性

具体的に、大規模小売業者・卸売業者間の取引慣行のうち、優越的地位ガイドラインでは、購入・利用強制、協賛金等の負担要請、従業員等の派遣の要請、受領拒否、返品、対価減額等が濫用行為となる場合の考え方を示し、これらに加えて物流センターフィーの負担要請、情報化費用負担、過度な多頻度小口配送の要請も濫用行為になりうると問題視されてきている。

これらの濫用行為においても、前節で検討したとおり取引慣行として不合理な側面が存在するのも事実である一方、合理的な側面もある。これらをどのような側面をもって独占禁止法で規制するかは第2部で検討することとし、これらの合理的な側面を大規模小売業

³³ 中小企業総合事業団繊維ファッション情報センター『繊維産業の取引慣行・取引条件実態調査報告書平成15年度』（中小企業総合事業団、2004）91-93頁

³⁴ 瀬領真悟「流通・取引慣行と独禁法」日本経済法学会編『経済法講座 第3巻 独禁法の理論と展開[2]』（三省堂、2002）193頁。

³⁵ 三村、前掲注32、5頁。

³⁶ 瀬領、前掲注34、193頁。

者・卸売業者間の個別の取引において卸売業者が小売業者に対して発揮する役割の面から説明すると、以下のように説明することができる。

①情報伝達

卸売業者が大規模小売業者の情報化費用を負担することは、主として卸売業者による情報システムの効率化への支援と位置づけられ、あるいは流通システム全体での商品流通効率化のための大規模小売業者・卸売業者・メーカー間のシステム構築費用の一部負担とも位置付けられる。これらの負担が適正になされると、大規模小売業者の店頭における欠品の防止による商品販売量の増加につながり、卸売業者からの商品納入量も増加することとなる。また、卸売業者の受発注業務の効率化及び店頭販売・在庫情報の効率的な収集・把握が可能となり、卸売業者の受発注や情報収集に係る費用の削減、これら情報の自社商品の開発・販売戦略への活用につなげることが可能となる。

②物流

卸売業者が大規模小売業者の物流センターフィーを負担することは、主として卸売業者による効率的な物流への支援と位置づけられ、あるいは卸売業者が担っていた役割を大規模小売業者自らが行うようになったために、当該役割に係る費用を卸売業者が負担していると位置づけられる。これらの負担が適正になされると、卸売業者から大規模小売業者に対する商品物流が効率化され、流通システム全体の物流費が抑制されるばかりでなく、卸売業者も自らの物流費用も抑制することが可能となる。

多頻度小口配送の実施は、主として卸売業者による物流の高度な提供と位置づけられる。これが適正になされると、大規模小売業者の店頭における欠品の防止による商品販売量の増加につながり、卸売業者からの商品納入量も増加することとなる。

③リスク負担

卸売業者が大規模小売業者から返品を受け、あるいは事後的に対価減額を受けることは、卸売業者による商品の売残りリスクの負担と位置づけられ、事後的な販売価格（あるいは販売数量）の調整と捉えられる。これらの負担が適正になされると、売残り商品が適切に処分され、店頭における新製品導入が活性化されて大規模小売業者の商品販売量が増加し、卸売業者からの商品納入量も増加し、あるいは卸売業者が取り扱う新製品の販売促進につながるることとなる。

④金融

卸売業者が大規模小売業者との取引で委託仕入、売上仕入を利用することは、主として卸売業者による大規模小売業者に対する在庫投資への支援と位置づけられる。これらの負担が適正になされると、大規模小売業者の店頭における品揃えが豊富となり、大規模小売業者の商品販売量が増加し、卸売業者からの商品納入量も増加することとなる。

⑤リテール・サポート

卸売業者が大規模小売業者の宣伝・広告費・販売促進物等の費用を負担するために協賛金を負担し、あるいは商品販売に係る従業員等を大規模小売業者の店頭に派遣することは、主としてリテール・サポートのうち、販売促進に係る支援と位置づけられる。同様に、出店・改装のための協賛金の負担も販売促進に係る支援あるいは自社取扱商品のイメージ向上（例えば自社商品専用のコーナーを設置する等）のための費用負担と位置づけられる。大規模小売業者が卸売業者に商品陳列等に係る従業員等を派遣することは、リテール・サポートのうち、棚割り・陳列指導に係る支援とも位置づけられる³⁷。これらの負担が適正になされると、大規模小売業者の店頭における商品販売量が増加し、卸売業者からの商品納入量も増加することとなる。また、場合によっては自社あるいは自社商品のブランドイメージ向上につながる事となる。

本節で検討したように、取引慣行は、不合理な側面ばかりでなく、合理的な側面を有するゆえに一律に改善が求められるものではない。これは優越的地位の濫用規制上、問題とされる行為類型についても同様である。優越的地位の濫用規制上、濫用行為に該当するかどうかを判断する場合には、これら行為が流通システム内での小売業者の小売事業の運営と密接に関連する形態で行われ、かつ、多くの行為は、卸売業者が小売業者から役割として求められる本質的な小売支援の延長線上で行われることを踏まえ、これらの有する合理的な側面にも着目し、適正な卸売業者の役割の範囲内で、どのような行為が卸売業者の果たす役割を超えた不利益行為とされるのか、さらに、どのような場合に不当性のある不利益行為なのかを行為類型ごとに個別的、具体的に検討する必要がある。ただし、問題とされる行為類型が拡大し、あるいは取引慣行化して、大規模小売業者・卸売業者間の納入取引に定着することにより、規制の対象とされやすいのは事実である。

第3節 「濫用行為」の発生要因と規制の留意点

第1項 濫用行為の発生要因

第1章で検討したように、量販店、コンビニエンス・ストア等の大規模小売業者は、成長するにつれ優越的地位を利用して流通システム内での主導権を握り、当該流通システムの設計、運営を主体的に行い、これをコントロールするようになった（いわゆる小売業者

³⁷ 我が国では、小売流通において労務提供が広くなされており、値付け、陳列、棚卸し、返品整理、販売、デモンストレーション、商品説明といった作業が、しばしばリテール・サポートの一環としてメーカー・卸売業者の営業担当者によって活発に行われていると指摘されている。小宮路雅博「日本的商慣行—その理論と独占禁止法上の扱い—」茨城大学人文学部紀要社会科学論集 32号（1999）83頁。

主導型流通システム)³⁸。特に近年は、第1章及び第2章で検討したとおり、これら大規模小売業者の成長に伴う量的な取引依存関係の上昇とともに、大規模小売業者が小売市場で寡占的な体制に変化してきたこと、短サイクル型流通システムの形成のために卸売業者が継続的取引関係を構築する中で取引特殊的投資を行っていること等により、これら小売業者主導型流通システムへの依存する程度が高くなっているといえる。そして、大規模小売業者間の競争は、単独の企業での競争というより、自らが構築した小売業者主導型流通システム間での競争に移行し、卸売業者は、小売業者からの要請に基づき、自らの能力を発揮して当該システムを支える立場に変化している。

前節で検討したとおり、卸売業者には、流通システムの一員として、消費者への直接販売を担う大規模小売業者の店舗運営に対する支援を行うことにより、大規模小売業者の商品販売量を増加させる側面を有している。さらに、大規模小売業者を起点とする商品調達及び商品供給に対する支援を行うことにより、流通システム全体での効率的な商品流通が可能となる。つまり、これらの支援により、流通システム全体の収益が拡大することにつながるという。ただし、これら流通システム全体の収益が適切に分配されなければ、支援を行う卸売業者にまでこれら拡大した収益が行きわたらないこととなる。

他方、大規模小売業者の経営資源補完と卸売業者が役割を発揮する過程で、どのような状況下で濫用行為が発生しやすいのか、その要因を検討する。小売業者・卸売業者間の取引において濫用行為が行われる要因として、小売市場で成長を遂げ、優越的地位に立った「行為主体」である大規模小売業者の経営環境に変化が生じ、これらの環境変化に対応するためであることが多い。

環境変化の具体例として、短期的には商品の需給関係の変動、小売業者あるいは卸売業者間の販売競争激化等が挙げられる。長期的には、大規模小売業態の成長、小売市場における集中化進行等の市場構造の変化、卸売業者の専門化、小売業者への依存度上昇等の流通システム自体の変化、取扱商品の変化を招く消費の変化、商品の技術革新等が挙げられる。

これら環境変化が生じると、優越的地位に立った大規模小売業者は、経営環境の変化への適応力や小売市場での競争力を強化することを目的として、あるいは企業としての収益の改善を目的として、卸売業者に対し、環境変化への適応・対応の際に不足する経営資源を補完するため、卸売業者が流通システム内での一定の役割を発揮するよう要請することとなる。これが適正な範囲、すなわち大規模小売業者・卸売業者双方が利益を得られる収益分配、及び適切な費用負担がなされる場合には何ら問題が生じない。しかし、この既存の役割の要請が過度となり、大規模小売業者に著しく有利、卸売業者に著しく不利に設定されると不利益行為に変化し、さらに、大規模小売業者が納入業者に対し優越的地位を不当利用して不利益行為を押し付けることにより濫用行為となる。

そして、この「濫用行為」の質の悪化あるいは量の拡大により、流通システム内の利益配分が過度に小売業者に有利に設定され続け、あるいは卸売業者に過度に費用負担が生じ

³⁸ 宮澤監修、前掲注17、84頁〔青木均〕。この具体例としては、プライベート・ブランド商品の開発等が挙げられる。

続けることにより、大規模小売業者と卸売業者の間にコンフリクトが発生し³⁹、あるいは市場の競争に悪影響を与えることで社会問題化していく。特に環境変化への適応の過渡期には、流通システム全体での変化への適応・対応が上手くいかない、あるいは旧来の流通システムの転換が進まない等の理由により、過大な費用が生じ、これら費用・リスクに係る大規模小売業者・卸売業者間の負担関係に不均衡が生じ、あるいはシステム全体の効率化に結びつくまでに利益配分の不均衡が生じやすくなる。しかも高度成長期以降、大規模小売業者の優越的地位が量販店の登場によって継続的に強化されている中、濫用行為が定着化して取引慣行化することにより、流通システム全体が効率化した後にも、大規模小売業者が納入業者との利益分配を自らの不利に改めることにはつながらず、これら不均衡が定着化している。

例えば、量販店の大量生産・大量販売システムから脱却し、消費市場の成熟化・多様化への対応として近年形成されている大規模小売業者・卸売業者・メーカー間のSCMにおいては、「コスト負担の曖昧さを残す日本の取引風土の中でいわゆる擬似的な協同活動が行われるとき」に取引問題が発生しやすくなるとの指摘がされているが⁴⁰、これはまさに旧来の流通システムからの転換が進んでいない中での費用負担の不均衡から生じた問題といえる。

そして、大規模小売業者・卸売業者間の取引で継続的取引関係が構築されており、大規模小売業者が優越的地位に立っている際に、大規模小売業者を頂点とする流通システムで大規模小売業者の濫用行為をどのように規律していくかを検討して、規制を体系化する必要がある。

第2項 濫用行為規制の留意点

以上、本章では濫用行為に焦点を当てて検討してきたが、これら濫用行為の規制の視点としては、取引における私的自治という商取引の大原則を政府が規制を発動して介入することになるため、これら取引に介入する根拠となる法令の趣旨を尊重することはもちろん、本章で検討したとおり一見すると納入業者に不利益に見える取引慣行であっても合理的な側面を有する場合もあるので、合理的な側面を生かしつつ不合理な側面を排除することが重要である⁴¹。具体的には、優越的地位の濫用規制なら、公正な競争を阻害するおそれのある行為を排除するという法令の趣旨を大前提として、商取引への過度な介入を抑制し

³⁹ コンフリクトとは、流通システムにおいて一方の企業が、他方の企業の目的達成を妨げる行動をとっていると知覚する状態である。コンフリクトを統制することが、チャネル管理で重要な役割を果たす。統制できないと当事者間の利害対立が激化、企業の成果を抑制し、又は当事者間の関係の崩壊をもたらす場合がある。

⁴⁰ 三村優美子「流通取引問題とサプライチェーンマネジメント」経営システム 19 巻 4 号 (2009) 141 頁。

⁴¹ 本稿と同一の視点として、取引慣行論の分析を、流通・取引慣行について競争政策又は独占禁止法からアプローチする際にどのような形で利用することが可能なのかが問題であるとする見解がある。瀬領、前掲注 34、193 頁。

つつ不当な不利益行為のみを排除する必要がある。そして具体的な規制の基準を設定する際に、これらの視点を踏まえて、どこにラインを引いて適法・違法を振り分けるのかが重要となる。ここで当該行為に対する規制の留意点をまとめる。なお、ここでの検討については規制に係る留意点を概括的に検討するため、大規模小売業者の取引相手を卸売業者に加えて直接取引を行うメーカーを含んだ、納入業者と想定した上で検討を行う。

第一に、濫用行為の前提となる不利益行為を判断する際には、当該行為に係る取引慣行の合理的な側面を踏まえた上で、どのような点が不利益行為となるのかを個別的、具体的に検討する必要がある。特に、我が国の商慣習（取引慣行）は、1970年以降、流通近代化の阻害要因であり改善すべきという見解が政府、学界からも主張されることが多く、また、諸外国からも、我が国の流通機構の閉鎖性の象徴として批判されることが多かった。さらに、大規模小売業者が事業能力の格差を利用して中小の納入業者から一方的に搾取しているというステレオタイプな見方もされがちである。このため、これらネガティブな印象があることは否めないが、優越的地位の濫用規制上の濫用行為を判断する際に、これらネガティブな見解、あるいは商道德等の倫理性という観点から判断するのは誤っており、あくまでも競争秩序の観点から判断されなければならない。

第二に、これらの不利益行為を判断する場合には、流通システムの変革を阻害する性質のものかの吟味が必要となる。一般に、大規模小売業者の購買力が適切に発揮されることにより、納入業者から中小の小売業者に比べて有利な取引条件を獲得し、納入価格の抑制により小売市場における価格競争を促進し、納入業者からの付随的な取引条件の獲得により小売市場における機能競争（非価格競争）を促進し、さらには消費者にとっても利益があることは説明した。つまり、大規模小売業者の購買力に基づく行為を過度に規制することは、小売市場でのこれら流通システムの変革を阻害するおそれがある。このような変革の原資は、当然に、中小小売業者によって行われている取引条件より有利な取引条件を納入業者から獲得することにより得られるものである。また、納入業者にとっても、中小小売業者に付与しない取引条件を大規模小売業者のみに付与することで、自らの属する流通システム全体の利益につながり、ひいては自らの利益につながると判断している場合もあり得る。このため、中小小売業者と納入業者の卸売取引を基準として規制対象となる不利益行為を決定した場合、これら競争促進効果や流通システムの変革を阻害するおそれがあることに留意が必要である。

第三に、濫用行為は、優越的地位の濫用規制上、不当性がある場合のみ規制されるものであり、不利益行為という外形だけで規制されるものではない。優越的地位の濫用の不当性が通常では受け入れがたい不利益を大規模小売業者が優越的地位を利用して、納入業者に一方的に課すような抑圧的な点に認めるとするなら、納入業者の自由かつ自主的な判断により受け入れられている不利益行為については、少なくとも優越的地位の濫用規制上の規制対象とすべきでない。また、不利益行為が、大規模小売業者と納入業者との取引に定着し、あるいはおそらく優越的地位に立たない中小小売業者との取引でも利用されているならば、何らかの合理性に基づいて、納入業者が自由かつ自主的な判断に基づいて行っている可能性が生じる。これらの判断の際には、濫用行為と外形的に一致する不利益行為が、当該行為を行っている大規模小売業者が属する小売業態、あるいは他の大規模小売業態で行われているかという検討のほか、中小小売業者でも同様の取引慣行として行われていな

いのか検討することが重要である⁴²。例えば前述した繊維産業の取引慣行のうち、主として大規模小売業者の納入業者に対する濫用行為として規制されているものは、契約後の値引き、引取拒否、返品、多頻度小口配送の要請等があるが⁴³、これらは大規模小売業者・納入業者間の取引以外の取引にも利用されているものである。他方、後値決め等は大規模小売業者・納入業者間の取引ではあまり見られないものの、契約後の値引き、返品等と同様、契約締結後に売行き等に応じて納入価格を調整する性質のものであり、これらが取引慣行として定着しているものである（ただし、これらの行為が「望ましい」ものであると意味しているわけではない。）。

第4節 まとめ

本章で検討したとおり、「濫用行為」は、大規模小売業者が優越的地位を利用することによって納入業者から有利な取引条件を獲得するという、大規模小売業者の不足する経営資源を補完する行為である。しかし、優越的地位を利用して納入業者から獲得した、全ての経営資源の補完が「濫用行為」になるわけではなく、大規模小売業者が優越的地位を利用して、通常では受け入れがたい著しい不利益を納入業者に一方的に課し、納入業者が自由かつ自主的な判断ができない状態で受け入れさせるという抑圧的な行為が問題となる。ただし、当事者間に格差があるのが通常である商取引において不利益を判断するのは難しく、不利益行為の外形だけで規制されるものではないことに留意する必要がある。

「濫用行為」は、大規模小売業者が小売業務を運営する際に生じるリスク、費用を納入業者に依存し、取引から直接的にあるいは付随的に、場合によっては取引と何ら関係なく補完を要請することにより生じうる。他方、納入業者、特に卸売業者は、流通システム内で、メーカー・小売業者の結節点として、双方から流通システム内での役割を求められる立場にある。すなわち、卸売業者は、小売業者に対しては、小売業務の運営をあらゆる形で支援し、小売業者の不足する経営資源を補完する役割を發揮しており、小売業者は、卸売業者に対し、リスク、費用等の負担を含めた各種の支援を本質的に求めているともいえる。

これら経営資源の補完方法が、ある領域の商取引において一般的に商品の納入取引に用いられたものが取引慣行となるが、取引慣行には合理的な側面もあり、あるいは商取引における私的自治の原則からも、これらを規制する際には、過剰な介入を抑止しながら、合理的な側面を生かしつつ不合理な側面を排除することが重要となる。

⁴² 例えば、リテール・サポート機能の發揮として行われる、納入業者による小売業者に対する労務提供は、大規模小売業者だけでなく、程度の差はあっても一般小売店に対しても行われていることが特徴となっているとされ、この理由は我が国の一般小売店の店頭販売業務がそのメーカーにとって必ずしも十分に機能していないので、メーカーが一部を代行しているものとみなされるとの指摘がある。小宮路、前掲注 37、83 頁。

⁴³ 中小企業総合事業団繊維ファッション情報センター、前掲注 33、91-93 頁

また、優越的地位の濫用行為は、小売市場で成長を遂げ、優越的地位に立った「行為主体」である大規模小売業者の経営環境に変化が生じ、これらの環境変化に対応するために行われることが多い。そして、大規模小売業者・卸売業者間の取引で継続的取引関係が構築されており、大規模小売業者が優越的地位に立っている際に、大規模小売業者を頂点とする流通システムで大規模小売業者の濫用行為をどのように規律していくかを検討して、規制を体系化する必要がある。

この際の留意点としては、①取引慣行の合理的な側面を踏まえた上で、どのような点が不利益行為となるのかを個別的、具体的に検討する必要があること、②流通システムの変革を阻害する性質のものかの吟味が必要となること、③不利益行為という外形だけで規制するのではなく、あくまでも不当性のある行為を規制することが挙げられる。

次章では、「濫用行為」の理解を深めるため、小売業務で最も重要である品揃え形成に密接に関連し、かつ、「濫用行為」につながりうる返品及び手伝い店員を用いている大規模小売業者の仕入形態等の特徴を、百貨店の事例を用いて更に詳細に分析する。

第4章 百貨店の仕入形態

第1節 百貨店の経営資源補完と仕入形態

第1項 仕入形態と経営資源補完との関係

(1) 検討対象の選定

前章では、大規模小売業者による納入業者に対する「濫用行為」の内容を検討し、大規模小売業者が小売業務を運営する際に経営資源補完の手法として、商品の納入取引から補完すること、及び卸売業者が大規模小売業者に果たす役割としてこれを負担することを検討し、これら「濫用行為」が大規模小売業者の経営環境に変化が生じ、これらの環境変化に対応するために発生することが多いことも検討した。本章では、大規模小売業者による商品の納入取引による経営資源補完の一例として、直接的な補完方法である仕入形態、及び付随的な補完方法である派遣店員について、主として百貨店の事例を素材に検討する。

これらの取引慣行を素材とする理由としては、①百貨店・納入業者間の取引で定着していること、②百貨店による優越的地位の濫用行為の代表的な事例として、百貨店特殊指定制定時から主要な規制対象となっていること、③他の小売業態にも拡大していること、④これらの研究事例の蓄積も多いこと、が挙げられる。これら百貨店の事例をもとに、百貨店の経営資源補完の必要性、卸売業者が百貨店の経営に果たしている役割、これらに基づく百貨店の仕入形態・派遣店員の利用状況の推移等を検討する。

(2) 小売店舗の品揃え形成手法

小売業者の店舗運営において最も重要なことは、商品の品揃えを形成することであり、これら商品の品揃えは、納入業者から調達することにより初めて実現するものであることから、小売業者の店頭における品揃え形成の手法をまず検討する必要がある。

一般に、小売店舗の運営者が自らの店舗の品揃えを形成し、消費者に商品を販売する場合には、大きく分けて2つの手法がある。

第一に、百貨店、量販店等、多くの小売業者が行っているとおり、商品調達として納入業者から商品を小売業者自ら仕入れて品揃えを形成し、店舗運営として商品の管理・販売業務を自ら行う等、これらの業務の遂行に自らの経営資源を活用する場合が挙げられる。

第二に、ショッピング・センターのように、店舗運営として外部の出店業者を店舗に出店させて、これらの出店業者が商品調達により形成した品揃えを組み合わせ、商品の管

理・販売も出店業者に行わせる等、これらの業務の遂行に外部の出店業者の経営資源を活用する場合である¹。

前者の場合、売買契約に基づく「買取仕入」や商品販売委託契約に基づく「委託仕入」といった仕入形態（納入契約）が利用されており、後者の場合、主に賃貸借契約に基づく出店契約が利用されている（図 1-4-1 を参照）²。大部分の小売業者、本稿の検討対象でいうと、スーパー、ホームセンター、ドラッグ・ストア、ディスカウント・ストア、家電量販店、コンビニエンス・ストア等では、買取仕入を用いている場合が多い。

本稿においては、「行為主体」として大規模小売業者の事例を検討すること、及びショッピング・センター等では商品の納入取引を用いて品揃えを形成するものではないことから、後者の出店契約は直接的な検討の対象としない。ただし、百貨店やスーパーでは、仕入形態と出店形態双方の特徴を有し、両者の中間に位置する取引形態（以下「狭義の出店契約」という。）の利用が増加しているため、百貨店の仕入形態を検討する際には、賃貸借の特徴を意識して論を進める必要がある。

(3) 狭義の出店契約としての売上仕入

狭義の出店契約には多様な形態が存在するが、代表的なものとして、食料品、衣料品、雑貨等、幅広い商品分野で用いられている売上仕入（消化仕入又は売仕切ともいう。）や³、レストラン・喫茶、美容室等、主としてサービス分野で用いられている業務委託、食料品等で用いられているケース貸が挙げられる。

これら狭義の出店契約は、経済的な効果としては賃貸借と近似したものがあり、賃貸借と合わせて広義の出店契約といえるものである。他方、これらのうち、業務委託、ケース貸は商品の納入取引を基盤としている納入契約というより、テナントの出店契約としての側面が強い一方、売上仕入は納入契約としての特徴も色濃く有している。特に売上仕入は、現在、百貨店で主要な取引形態となっており、かつ、利用業態も百貨店からスーパーといった量販店等にまで拡大している。本章では、本稿の目的に沿い売上仕入を取り上げ、他の狭義の出店形態については別稿を参照されたい⁴。

(4) 百貨店における品揃え形成の重要性

第 1 章で、百貨店が衣料品、服飾雑貨、家庭用品、食料品等、衣食住の幅広い品揃えを大規模な店舗に展開しており、百貨店の取り扱う商品には、主力商品である衣料品を始め、服飾雑貨等、買回品・専門品に分類される比較的高額な商品や、季節性、流行性の高い商

¹ 店舗運営については、大規模小売店舗の運営者は店舗全体の運営に係る業務のみ行い、個別のテナントの店舗運営は各出店業者が行うという役割分担となる。

² ただし、ショッピング・センターにおける出店業者の出店契約として、まれに売上仕入を用いる場合もある。例えば、巻末表 2 の 2（消費税特措法）の 1 事件では、出店契約に賃貸借ではなく売上仕入を用いているショッピング・センターの規制事例である。

³ 本稿では、引用部分を除き、「売上仕入」に用語を統一して使用する。

⁴ 拙稿「大規模小売業者・納入業者間の売上仕入契約―百貨店の事例を素材として―」現代企業法研究会編『企業間提携契約の理論と実務』（判例タイムズ社、2012）18 頁以下を参照。

品（ファッション商品等）が多く、これらを接客販売することは説明した。また、第3章では、店舗においてこれらの品揃えを形成するためには、多額の在庫投資が必要となり、さらに、店舗が大規模の場合には商品管理上のリスクが大きなものとなり、流行性の高いファッション関連の商品、季節性の高い商品等の取扱いは商品の売残りリスクが高いものになる。品揃えの形成には、専門知識・ノウハウ・技術という「情動的資源」の蓄積や、これらの情報を有し、また、利用して仕入を行って品揃えを形成し、陳列し、管理し、販売することができる「人的資源」が必要となることを説明した。

これらの特徴から、百貨店の店舗運営・在庫投資に係る費用、商品の売残りあるいは管理上のリスク、小売業務運営に係る人的資源の必要性は、他の小売業態に比べて格段に高いものとなる。このため、百貨店がこれらに対応するために不足する経営資源を納入業者から直接的・付随的に補完することとなるが、この際に経営資源の補完手段として用いられているのが、返品が可能な仕入形態や手伝い店員であり、あるいは狭義の出店形態、特に売上仕入である。

以下においては買取仕入、委託仕入、売上仕入の3種類の仕入形態を比較検討する。そして前述したとおり、主として百貨店で利用される納入業者の派遣店員は、これら仕入形態と密接に関連しているばかりでなく（売上仕入では派遣店員が売上仕入員として取引形態に内包されている。）、講学的にも一体として議論される場合が多いので、仕入形態と併せて検討する。

第2項 買取仕入

買取仕入は、百貨店が消費者に再販売することを目的として、納入業者から商品を購入する仕入形態であり、一般に小売業者が商品を「仕入れる」とは、当該仕入形態による取引契約を指す。準拠法としては、特約がない限り、民商法に規定される売買の規定（民法第555条以下、商法第524条以下）が適用される。商品の所有権は、商品の売買契約に基づき納入業者が小売業者に商品を引き渡し、小売業者の検収に合格した時点で納入業者から小売業者に移転する場合が多い⁵。買取仕入では、消費者に対する商品の販売主体は百貨店であり、百貨店の従業員が商品の仕入・陳列・商品管理・販売を行う。会計処理は、百貨店が納入業者から商品を受領し、百貨店の行う検品に当該商品が合格した時点で、当該商品の仕入価額が仕入に計上される。そして、仕入代金の支払いは、一定期間内（通常は1ヵ月分）に生じた仕入代金の総額から返品分の仕入代金の総額を相殺して支払っている場合が多い。また、百貨店が消費者に対して販売した時点で、販売価額が売上高に計上される。つまり、これらの仕入・売上ともに、百貨店が消費者に対する売上高と納入業者に対する仕入を両建てで計上（グロス計上）する会計処理を行うことになる。

この仕入形態は、百貨店が納入業者に対して売残り商品を返品することに関する事前の約定の有無により、完全買取仕入と返品特約付買取仕入とに分類できる。完全買取仕入は、

⁵ 所有権の移転時期は、小売業者・納入業者間の取引基本契約等に定められていることが多い。

百貨店が納入業者から購入した商品を、原則として売残りが生じても返品することができない仕入形態であり⁶、返品特約付買取仕入とは、契約締結時点で売残り商品の返品が可能ないように特約を定めておき、納入した商品が売れ残ったときに当該商品を返品することが可能な仕入形態である。また、返品では、契約当初は返品の特約を付していないものの、事後に合意をして返品を行う場合もある。

契約法上の返品 of 法律構成をまとめると表 1-4-1 となり、まず、返品に係る納入業者の帰責事由の有無により分類することができる⁷。納入業者に責があるものとして、納入業者の債務不履行による返品及び納入商品に瑕疵が発見された場合の瑕疵担保責任に基づく契約の解除による原状回復債務の履行としての返品が挙げられる。納入業者に責がないものとしては、前述のとおり返品の合意が商品の売買契約の前か後かにより分類することができる⁸。返品 of 合意が売買契約締結前 of 場合（いわゆる返品特約）、返品 of 法律構成は、解除権 of 留保、再売買 of 予約、返品条件 of 特約と捉えることが可能であり、これらの場合が返品特約付買取仕入に該当する⁹。返品 of 合意が売買契約締結後 of 場合、返品 of 法律構成は、契約 of 全部又は一部 of 合意解除（解除契約）あるいは再売買と捉えることが可能である¹⁰。また、売れ残った商品を新たな商品と等価で交換することも行われているが、これ

6 百貨店で完全買取仕入が用いられる代表例として、自主マーチャンダイジング商品が挙げられる。これは、百貨店が自ら企画した商品を、自らのリスク、費用負担で仕入れ、自らの従業員を用いて販売する商品であり、いわゆるプライベート・ブランド商品の一類型である。これら自主マーチャンダイジング商品は、百貨店が返品制・派遣店員制、あるいは売上仕入を多用していたことによる、品揃え of 同質化と利益率低下、マーチャンダイジング能力 of 低下を改善するために導入されたものである。ただし、一部 of 成功例を除き、あまり拡大していないのが現状である。

7 北川善太郎『現代契約法 I』（商事法務研究会、1973 年）199 頁-202 頁。

8 川越憲治「返品問題と大型店業界 of 自主規制」N B L 399 号（1988）8-10 頁。この見解では、返品を広義 of 返品と狭義 of 返品に区分している。広義 of 返品は、買取仕入・委託仕入・売上仕入全てを含んだ概念であり、「納入業者から受領した商品を、再び納入業者に返還することである」としている。また狭義 of 返品とは、「委託仕入および売上仕入を除外した返品概念」であり、「売買契約に基づき商品を購入した買主が、右 of 契約を解除し、または右 of 商品を再び販売することにより、いったん受領していた商品を売主に返還すること」としている。さらに、債務不履行がある場合や瑕疵担保責任に基づく場合「合法性に問題のない」返品を狭義 of 返品から除いたものを最狭義 of 返品と定義しており、最狭義 of 返品が厳密な上で独占禁止法による規制 of 可能性がある返品としている。

9 北川、前掲注 7、195-207 頁。

10 北川、前掲注 7、201 頁では、納入業者に責がない返品として、①返品条件 of 特約、②解除権 of 留保、③合意解除、④再売買 of 特約、⑤返品 of 慣行 of 5 つ of 法律構成に分類している。川越、前掲注 8、9 頁-10 頁では、納入業者に責がない場合を前提として、①納入業者と小売店が売買契約を締結した後に再び両者が返品に合意した場合、②売主と買主が売買契約を締結した時点において小売店に返品特約を与えている場合（返品特約付買取仕入）、の 2 種類に分類する。そして、① of 構成として解除契約 of 締結及び再売買契約 of 締結 of 2 種類を挙げ、② of 構成として解除権 of 留保及び再売買 of 予約 of 2 種類が挙げている。

11 解除権 of 留保によって行われる返品と再売買 of 予約によって行われる返品との相違点は、再売買 of 予約においては再売買価格を当初 of 売買価格と別に設定できる点にある。

は交換契約と捉えられる。主として百貨店・納入業者間の商品の納入取引では、返品特約付買取仕入が取引慣行化しており、これを「返品制」と称することが多い。

第3項 委託仕入¹²

委託仕入は、商品販売委託契約により、委託者である納入業者が受託者である百貨店に対し、自己の商品の消費者に対する販売を委託し、納入業者の受託を受けた百貨店が自己の名称をもって、納入業者の計算で、当該委託商品を消費者に対して販売する仕入形態である¹³。民法では、委任の規定（民法第643条以下）が、商法では問屋の規定（商法第551条以下）が適用される。委託仕入では、販売主体は百貨店であり、百貨店の従業員が商品の仕入・管理・販売を行う。ただし、商品の販売価格の決定は納入業者が行うため、百貨店は、あくまでも受託商品の管理権・処分権を有するのみである。

典型的な委託仕入により百貨店に納入される商品の所有権は、販売主体である百貨店には移転せずに、納入業者が有したままである。そして、百貨店が消費者に対して商品を販売した時点で、納入業者から消費者に対して所有権が直接移転する。百貨店の販売業務に対する対価として、納入業者から百貨店に対して販売量に比例した販売手数料が支払われる。すなわち、百貨店が商品を受託した時点（商品を受領した時点）では、仕入代金等の支払いが必要ではなく、百貨店から消費者に対する商品販売が実現し、受託した商品の販売額が確定した時点で、当該販売代金を納入業者に引き渡し（通常は、1カ月分の販売代金をまとめて支払うことが多い。）、そのうち一定の手数料分が百貨店の収入となる。また、委託仕入においては、受託者は、委託者から受領した販売手数料を純額（ネット計上）で収益に計上することが一般的である。しかし、百貨店の用いる委託仕入では、返品特約付買取仕入と類似して、百貨店が消費者に対する売上高と納入業者に対する仕入を両建てで計上（グロス計上）する会計処理を行い、買取仕入と混用されている場合も多い¹⁴。ただし、グロス計上する場合でも、収益の認識時点は、典型的な委託仕入と同様に消費者に対する受託商品の販売実現時点であり、仕入代金の支払義務の発生も、消費者に対する受託商品の販売時点であることに変わりがない。

¹² 厳密には、典型的な委託販売契約の場合、大規模小売業者は、納入業者から商品の販売を受託するのであり、商品を「仕入れる」わけではないので、「仕入形態」という表現は適切ではない。ただし、百貨店で用いられている委託仕入は、後述するように買取仕入と混合した形態で用いられていることが多く、実務上も買取仕入の変形として用いられることが多いため、本稿では、便宜上、仕入形態に含めて検討する。

¹³ 委託仕入の法律構成については、大塚龍児「委託販売契約」遠藤浩ほか監修『現代契約法体系 第4巻 商品売買・消費者契約・区分所有建物』（有斐閣、1985）25-53頁を参照。

¹⁴ これらの変則的な会計処理を行う委託仕入について、百貨店では「季節商品・新規商品・催商品等、時間が限定される取引で運用し、搬入された商品のうち、実際に販売された商品の分だけ仕入れを起し、仕入れ代金を支払う方法を意味していたが、今日では、返品可能な買取仕入の一部に組み込まれている。」と指摘されている。多田應幹「百貨店とアパレルメーカーの取引慣行—消化仕入を中心にして—」流通16号（2003）58頁。

このように、委託仕入は、消費者に対する商品販売実現の後に売れた分だけ手数料を差し引いた代金を納入業者に支払えばよいので、百貨店は商品在庫を持つ必要がなく、在庫投資のための手持ち資金が不要であり、納入業者が百貨店に対して金融上のメリットを提供しているといえる。このため、百貨店に手持資金がなくても品揃え形成が可能なシステムである。

前述したとおり、返品特約付買取仕入及び委託仕入を取引慣行として大規模に利用しているのは百貨店である。ただし、返品特約付買取仕入と委託仕入とは、会計処理を見ても分かるように実務上混合して使用される場合も多く、かつ、百貨店ごとに多様な形態が存在している。このため、実際は、どちらの仕入形態か判然としない場合も多い¹⁵。

第4項 売上仕入

売上仕入は、納入業者が百貨店の店舗の一部で百貨店の名称及び営業統制の下、自ら仕入れた商品を陳列・管理・販売するという非典型契約である¹⁶。この仕入形態では、納入業者が百貨店の店舗の一部を占有して、納入業者の従業員が商品の管理・販売業務に従事するものの、販売主体はあくまでも百貨店であり、商品管理権は、百貨店が有している¹⁷。これに対し、納入業者は、百貨店の販売業務の一部を受託しているにすぎないと解されている。このため、消費者に対する商品販売に関する責任は、基本的に、販売主体である百貨店が負うことになる（ただし、納入業者に対して求償権を有している。）。また、消費者から受領した商品販売代金は、販売主体である百貨店の管理するレジスター等に入金されて百貨店に帰属する。

売上仕入では、納入業者が百貨店の店舗に商品を搬入した時点では、納入業者・百貨店間の商品の所有権移転が生じず、消費者に対する商品販売が実現した時点で、当該商品の所有権が納入業者から百貨店を経て消費者に同時に移転する。つまり、商品の所有権は、概念的に百貨店を経由するものの、実質的に百貨店が商品を所有することはない。百貨店の会計処理は、納入業者が商品を搬入した時点では何ら行われず、消費者に対する商品販売実現の時点で、百貨店から消費者に対する売上高と、納入業者に対する仕入とが同時に計上され、外形的には、買取仕入と同一の会計処理が行われる。つまり、百貨店が仕入処理を行うのは、実際に販売が実現した商品のみであり、しかもその時点は、納入業者から百貨店への商品販売実現の時点ではなく、消費者に対する販売時点まで繰り下げられている。このように、売れ残った商品の仕入処理が行われなため、売上仕入は、外形的な会計処理としては買取仕入に近いものの、リスク負担等の経済的な効果は、委託仕入に近いものだといえる。百貨店が消費者から受領した商品代金は、前述したように百貨店の管理

¹⁵ 両仕入形態においては、売上計上の方法（消費者に対する売上と納入業者に対して仕入計上しているか、あるいは手数料収入を計上しているか）、所有権の帰属、危険負担等に差異があるものの、いずれにせよ特約で修正することが可能であり、法的性質を決定する際には参考程度の意味しか有しない。

¹⁶ 売上仕入の法律構成については、拙稿、前掲注4、21-22頁を参照。

¹⁷ 川越、前掲注8、8頁。

するレジスターに入金されるので、百貨店が収納し、管理する。そして、一定期間内（1ヵ月の場合が多い。）に生じた仕入代金から、百貨店のマージン及び百貨店が立て替えた納入業者が負担する費用を差し引いた分がまとめて納入業者に対し支払われる。

売上仕入においては、百貨店は、納入業者から、店舗の品揃えを形成する商品自体の納入を受けるだけでなく、これらの商品に係る売場運営業務に従事する従業員の派遣を受けることにより、これらの業務に必要な納入業者の専門知識、ノウハウ、技術等を活用して消費者に対する売上を増加させ、かつ、納入業者にこれらの従業員の人件費を負担させている。また、納入業者は、自らが商品を搬入・陳列している売場の運営に要する費用の一部を負担している場合も多い。また、百貨店から納入業者に対しては、委託仕入と同様、消費者に対する商品販売実現の後に売れた分だけ仕入代金が支払われるため、百貨店は商品在庫を持つ必要がなく、在庫投資のための手持ち資金が不要であり、百貨店に対して金融上のメリットを提供しているといえる。

このように売上仕入は、百貨店・納入業者間で商品の納入取引が行われること、会計処理の方法、消費者に対する販売主体等の面で見れば、百貨店が用いる仕入形態として分類されるものの、本来、百貨店が負担すべき売場運営業務を実行する際に生じるリスク、費用等を納入業者が負担する点で、出店形態としての特徴も有しており¹⁸、このため仕入形態と出店形態との中間に位置する取引形態であるといえる。

各仕入形態における商品の所有権の移転時点及び代金決済の時点をまとめると、図1-4-2のとおりとなる。

第5項 買取仕入・委託仕入における手伝い店員

百貨店においては、買取仕入又は委託仕入を用いる場合には、これらの業務に必要な納入業者の専門知識、ノウハウ、技術等を活用して消費者に対する売上を増加させ、かつ、納入業者にこれらの従業員の人件費を負担させることを目的として、百貨店の店頭で納入業者の従業員が派遣されて、自社の納入商品の販売業務に従事する 경우가多く、これらは「手伝い店員」と称されて、百貨店・納入業者間の商品の納入取引で取引慣行化している。この手伝い店員が、後述する優越的地位の濫用規制の対象となる従業員等の派遣要請のうち、販売業務に係る部分に該当する。

納入業者から百貨店の店頭で派遣される派遣店員には、手伝い店員のほか、売上仕入を用いる場合に納入業者から派遣される売上仕入員がいる。これらの位置付けは、百貨店の販売業務の手伝い、補助等と称される場合が多く、法的には、百貨店が納入業者に対し、商品の納入取引に付随して販売業務の一部を委託しているとみることができる¹⁹。派遣店員が行う業務としては、店頭における接客業務のほか商品陳列から納入商品の整理まで、

¹⁸ 出店形態で用いられる賃貸借では、消費者に対する商品の販売主体であり、かつ、営業を自らの計算で行う出店業者が、売場運営業務を実行する際に生じるリスク、責任及び費用を全て負担する。また、賃貸人の会計処理は、出店業者が当該出店場所の場所使用の対価として支払った賃料を売上（賃料収入）として計上する。

¹⁹ 拙稿、前掲注4、22頁。

自社の納入商品の販売過程において多岐に亘るものであり²⁰、また派遣形態としても常勤で派遣される者、繁忙期に臨時で派遣される者等、多様な形態を採っている。これら派遣店員についても取引慣行化しており、大規模に利用しているのは百貨店である。

第2節 各仕入形態及び派遣店員の検討

第1項 百貨店から見た各仕入形態及び派遣店員の経済的条件の比較

前章で検討した百貨店の経営資源補完という観点から見れば、返品特約付買取仕入及び委託仕入の活用は、百貨店が納入業者に対して商品の納入取引から直接的に経営資源を補完する方法であり、手伝い店員の活用は、商品の納入取引から付随的に経営資源を補完する方法と位置づけられる。さらに、これらを併せた経済的効果を有するものが売上仕入である。そして、我が国の百貨店は、これら取引慣行を用いることによる納入業者からの経営資源の補完により、豊富な品揃えを実現し、これを高質な接客で販売することが可能となっている。

しかし、前章で検討したとおり、これら取引慣行としての仕入形態及び派遣店員の活用は、百貨店の一方的な経営資源の補完だけではなく、納入業者にもこれらの活用により一定の合理性のあるものである。つまり、これら取引慣行の利用は、百貨店・納入業者双方にとってリスク・費用負担やマージン率等の経済的條件に相違があり、これらの選択は、当事者双方がこれら経済的條件を計算して、どの仕入形態を用いるかという意味が合致することにより決定するためである。

このため、前節までの検討を踏まえ、各仕入形態及び派遣店員について、経済的條件の比較検討を行う。特にこれらの取引慣行の発現を優越的地位の濫用行為としてみる場合は、個別の取引における百貨店・納入業者間の相対的な関係から発生するため、百貨店・納入業者間の「個」対「個」という個別の取引関係から経済的條件について検討する。百貨店からみた各仕入形態の特徴及び重要な経済条件の詳細は、次のとおりとなる(表1-4-2)。

①リスクの負担

各仕入形態では商品販売上生じるリスク負担の程度が相違しており、百貨店がどの程度のリスクを納入業者に役割として求めているかという観点で説明ができる。

完全買取仕入では、百貨店が所有権を有しているため、百貨店が商品の売残りリスクや商品管理上のリスクを負担することとなる²¹。ただし、返品特約付買取仕入の場合には、

²⁰ ただし、派遣店員のうち、手伝い店員が行う業務については、優越的地位の濫用規制により制限を受けているため、売上仕入員の方が行う業務の範囲が広いといえる。手伝い店員に係る規制の詳細は第2部第4章で検討する。

²¹ 危険(リスク)負担には、第一に商品売残りの危険、第二に商品保管中の滅失・毀損の危険、第三に代金回収不能の危険、第四に販売不振により十分な収入を得られない危険、

百貨店は、売れ残った商品を納入業者に返品することができるため、商品管理上のリスクのみ負担することになる。委託仕入では、商品の所有者である納入業者が売残りリスクを負担することになる。また、商品管理上のリスクは、基本的に商品の所有者である納入業者が負担するものの、当該商品の販売の受託者である百貨店には、受託商品の取扱いについて善管注意義務が課されるため、この範囲内で百貨店が負担することになる。これに対し、売上仕入では、商品の所有者である納入業者が売残りリスクを負担し、また、商品の管理・販売業務を行う納入業者が商品管理上のリスクも負担する。

このほか、あらゆる小売業者の販売活動においては、予測どおりに売上が伸張せずに低迷することもあり、収益を確保できないリスクが発生する。完全買取仕入においては、当該リスクは全て小売業者が負うこととなるが、返品特約付買取仕入、委託仕入及び売上仕入においては、百貨店・納入業者双方の収益は、商品の納入取引を基軸として、消費者に対して販売した商品の売上に連動して決定されるため、百貨店・納入業者は、収益を確保できないリスクを小売業者・納入業者で共有することとなる²²。

②商品仕入・管理・販売に要する費用負担

各仕入形態では商品仕入・管理・販売に際して百貨店に発生する費用の負担程度が相違しており、納入業者が有するリテール・サポートの要請として、百貨店がどの程度の費用を納入業者に負担してもらうかという観点で説明ができる。

商品仕入・管理・販売に要する費用は、買取仕入及び委託仕入では、商品の所有権又は管理権を有しており、商品の仕入・管理・販売業務を担う百貨店が負担することになる²³。これに対し、買取仕入・委託仕入で手伝い店員が派遣されている場合、又は売上仕入の場合には、人件費は、納入業者の従業員を小売店舗に派遣し、商品仕入・管理・販売業務に従事させている納入業者が負担し、さらに、売上仕入の場合には、それ以外の百貨店の売場運営に要する費用の一部についても、百貨店との約定により、納入業者が負担する事例が多い。他方、納入業者にとり、費用の負担という側面ばかりでなく、派遣店員が有する商品仕入・管理・販売に関する専門知識・ノウハウ・技術を活用して百貨店の売上高を増加させることにより、百貨店への商品納入量を増加させることが可能となる。

の4つがあり、これが用いる取引形態の違いにより小売業者と納入業者にそれぞれ分配される。藤田稔「委託販売に対する独占禁止法による規制」山形大学法政論叢 18号(2000) 71頁。

²² 委託仕入においても小売業者は需要不確実性の危険(リスク)を負担する。これは販売高に応じた手数料支払いにおいて、需要の不確実性によって小売業者の収入が不確実になるためであり、この意味での危険を負担するとしている。丸山雅祥『日本市場の競争構造—市場と取引—』(創文社、1992) 168-169頁。

²³ ただし、実態として、これらの費用の一部を納入業者が負担する場合も多い。例えば、大規模小売業者では、納入業者が雇用する従業員を小売店頭の商品販売・管理業務に従事させる、いわゆる「従業員の派遣」が多くなっている。また、店頭販売に要する費用については、納入業者に対し、協賛金等として負担させる場合も多い。

③在庫投資費用の負担（仕入代金の支払い）

各仕入形態では、商品仕入に際して百貨店が必要とする在庫投資費用の負担程度が相違しており、百貨店がどの程度の金融上のメリットを納入業者に提供してもらうかという観点で説明ができる。

委託仕入及び売上仕入では、商品販売が実現し、百貨店が消費者から商品代金を受領した時点で、仕入代金を納入業者に支払う義務が発生し、その後、一定期間分の仕入代金がまとめて納入業者へ支払われる。このため、これらの仕入方法は、納入業者から商品の納入を受けた時点で仕入代金の支払義務が発生する買取仕入に比べ、百貨店に在庫投資のための手持ち資金がなくても品揃えの形成が可能であり、百貨店に金融上のメリットがある（これにより、最終的には百貨店の資本回転率が向上する。）。そしてこれらのリスク、費用負担は、百貨店が納入業者に支払う対価（仕入代金）に反映されることとなる（次項で詳述する。）。

第2項 納入業者から見た各仕入形態及び派遣店員の経済的条件の比較

完全買取仕入以外の仕入形態では、商品の納入取引に付随して、商品自体又は売場運営業務を実行する際に生じるリスク、費用等を百貨店が納入業者に一方的に負担させ、これら負担にかかわらず納入業者は商品納入に係る対価（百貨店が納入業者に支払う仕入代金）のみしか得られないという関係が成立しているように見えるが、実態はそうではない。これら取引慣行が長年にわたり存続していることから、納入業者にとっても一定の合理性のある（得られるものがある）ものである。すなわち、納入業者も百貨店に仕入対価以外の経営資源を依存し、これを自己の事業運営に直接的あるいは間接的に活用するという、相互依存関係が成立している。具体的に、納入業者がこれら仕入形態を用いるメリットとしては、次の点が挙げられる。

①マージン率

納入業者が百貨店に依存し、自己の事業運営に活用する経営資源としては、高マージン率の対価が挙げられる。マージン率については、商品流通過程に生じるリスクを負担する主体が、リスク・プレミアムを上乗せしたマージンを獲得する、というのが経済原則である。

この原則によれば、百貨店が獲得するマージン率は、百貨店が負担するリスク・費用の大小と納入業者が負担するリスク・費用の大小により決定される。すなわち、百貨店が売残りリスクと商品管理上のリスクを負う完全買取仕入は、百貨店のマージン率が最も高率であり、納入業者が売残りリスクを負担する返品特約付買取仕入は、完全買取仕入より百貨店のマージン率が低率となる。委託仕入で百貨店が獲得するマージン率は、返品特約付買取仕入より低率となる場合が多いが、これは、納入業者が売残りリスクに加えて、在庫投資に要する金融上の負担を負うことによる。これらに対し、売上仕入では、百貨店が獲得するマージン率は、売残りのリスク及び商品管理上のリスク、更には人件費等の費用負担も納入業者が負うため、他の仕入形態に比べて最も低率なものとなっている。

すなわち、納入業者がリスク、費用を負担する代わりに、納入業者は高率なマージンを獲得することになるため、これらの間にはトレードオフの関係が成立している。このため、納入業者は、仕入形態の選択により、一時的にリスク、費用負担が増加するものの、直接的にはリスク・プレミアムによる納入原価率向上により収益の増加につなげることが可能となる²⁴。

②取扱商品の販路確保・信用力向上

納入業者の取り扱う商品は、当然ながら小売店舗の店頭で陳列されなければ販売されない。返品特約付買取仕入、委託仕入及び売上仕入は、百貨店のリスクを納入業者が負担する役割を有しているため、百貨店が売残り等のリスクをおおそれず幅広い品揃えを実現し、納入業者の取り扱う商品が店頭で陳列されやすくなるという側面を有している。特に、納入業者が新製品を市場に投入する際に、百貨店が新製品という売行きの見込みが立たない商品の売残りリスクを回避するために買い控えを起こすが、返品によるリスク分散でこれを防止することが可能となる²⁵。さらに、百貨店が有する好立地の店舗の集客力、優良顧客網、信用力（特に百貨店では長年かけて蓄積されたとその取扱商品に関する、いわゆるのれん等）に裏打ちされた、百貨店の販路としての魅力が挙げられる。これらを活用することにより、納入業者は、納入業者が一般商店に販売し、あるいは自ら小売店を営むよりも商品販売量を拡大することが可能となるばかりでなく、自らの信用及び自らの取り扱う商品の信用を高めることも可能となる²⁶。

③消費者情報の入手・販売促進

買取仕入・委託仕入で納入業者の手伝い店員が派遣され、又は売上仕入で納入業者の売上仕入員が百貨店の店頭で派遣されている場合には、当該従業員が直接消費者に販売することから、百貨店の店頭における商品の販売情報、顧客情報、販売ノウハウ等といった情報的資源を直接入手・蓄積できることが挙げられ、納入業者は、これらを自らの経営に活用することが可能となる。これに加え、消費者に対して広告宣伝、推奨販売、商品説明等、直接的にアプローチできるため、消費者に対する商品の販売量を納入業者の従業員の手で

²⁴ この点、「リスクの肩代わりが行われると、競争市場では免除を受けた側が負担した側に、何らかの形でリスク・プレミアムを支払わなければならない。コストの肩代わりにも同じことがいえるから、消化仕入れによって小売りのリスクを川上企業に転嫁すると、それだけ小売りの事業基盤が脅かされ、マージンも薄くなる」と説明されている。他方、小売業者が売上仕入を利用することにより、「リスクの免除を受けた小売りがインセンティブを下げ、活力を低下させる」としており、これが近年の百貨店の品揃え形成能力・サービス提供能力の低下につながっている。岡部孝好「消化仕入れの取引デザイン」会計 158 巻 4 号 (2000) 482-483 頁。

²⁵ 返品制は、見込み生産の下での過少発注の防止と小売店頭の品揃え確保、新規商品の参入促進効果があると指摘されている。鈴木武「日本型取引慣行と消費者利益」E. バッサーほか編『現代流通の構造・競争・政策』（東洋経済新報社、1992）283-285 頁。

²⁶ 糸園辰雄「中小商業」森下二次也監修『商業の経済理論』（ミネルヴァ書房、1976）258 頁。

直接増加させることも可能となる。これらにより、長期的には、情報的資源を中心とした無形資産の蓄積につなげ、自らの競争優位性につなげることも可能となる。

④販売方法等のコントロール

特に売上仕入では、納入業者が売場運營業務の大部分を実行し、又は費用を負担することから、納入業者が百貨店の店頭における商品の販売計画、販売価格、販売方法、付随サービス、販売促進方法等をコントロールすることができる。また、納入業者が商品の所有権も有していることから、商品の入替え、他の百貨店等への転送が容易となる²⁷。これらにより、納入業者は、商品流通過程の最先端に位置する百貨店の売場の品揃え、サービス等を直接統制することが可能となる。特に近年、衣料品分野で成長したアパレル業者は、自らの商品のブランド力を強化するためと²⁸、製造小売業（SPA）化が進行する中で自らの生産・販売システムに百貨店の売場を組込むために²⁹、売上仕入を積極的に用

²⁷ 売上仕入は、商品の管理責任を納入業者が有しているため、納入業者が百貨店の店頭で商品を出し入れする自由度が高まり、週次の販売実績を踏まえた週ごとの販売計画修正が機動的に行うことができる。このため、百貨店でショップ展開をしているブランドを中心に売上仕入が一般化したとされている。木下明浩『アパレル産業のマーケティング史—ブランド構築と小売機能の包摂—』（同文館出版、2011）313頁-314頁。また、売上仕入では、「ある店舗で売れない商品を早く引き上げて、他の売れそうな店舗に『転送』」するという納入業者主導の「商品振替」が可能となるとされている。北島啓嗣『オープン・インテグラルアーキテクチャー百貨店・ショッピングセンターの企業戦略—』（白桃書房、2009）35頁。

²⁸ 1980年代以降、百貨店では、アパレル業者主導のイン・ショップ展開と呼ばれる売場が主要となっている。ここでは、アパレル業者は、売上仕入を用いて百貨店の中に他の売場と間仕切り等で明確に区切られた、外観上も特定ブランドのショップであることが分かるような内装やブランド・ロゴの提示を行い、販売員も当該ブランドの服を着て接客を行い、店頭の商品、ディスプレイ、販売員を含めたトータルのブランド演出をショップで行っている。木下、前掲注27、97頁-99頁。同書では、アパレル業者が特定の製品ブランドを一定面積の売場内に排他的に陳列し、メーカーが派遣する販売員により販売することで、製品ブランドが小売機能を包摂する。これによりメーカーは、製品レベルだけでなく、製品が置かれた小売空間、製品の組み合わせ、接客サービス等小売レベルで消費者にブランド・アイデンティティを具体的に表現する手段が増えることになり、ひいてはブランドの差別化の手段が多くなるとしている。そして、1980年以降はこれらの形態が一定の広がりをもっており、アパレル業者の成長につながったと指摘している。このような過程の中、百貨店・アパレル業者間の取引形態は、委託取引（仕入）から消化取引（仕入）、更には賃貸借へと変化するとしている。木下、前掲注27、297頁以下。

²⁹ SPAとは、自社ブランド品の製造直売専門店と称する業態であり、アパレル等で、企画、製造、販売を統合したものである。この目的は、製造工程が多段階であり、かつ、商品が季節性、流行に左右されるという特質のあるアパレルにおいて、小売店頭での品切れ、売残り等、顧客ニーズに基づくリスク負担の体制を構築し、在庫ロスと品切れロスを極力減らそうとするものである。日本では1990年代以降に拡大し、百貨店、量販店の店頭でアパレル業者がSPAの形式で出店し、大きなシェアを占めるようになってきている。

いるようになっている³⁰。つまり、これら納入業者による売上仕入の積極利用と百貨店でのシェア拡大は、百貨店自らが「延期化」による流通システムを構築できない状況下、これら納入業者が構築したSCMにより、納入業者が主導的に「延期化」を実現して、売残りリスクを低減させているといえる。この分、納入業者のマージン率はリスク・プレミアムを含めるために高いものとなる。

このように、百貨店の店頭での支配力を強めた大手アパレル業者、海外のブランド力高いラグジュアリーブランドの納入業者、戦前からブランドの確立を実現して小売業者を系列化している化粧品メーカー等、従前から価格、販売サービスのレベルの維持、アフターケアの充実等を実現するため、返品特約付買取仕入・委託仕入と手伝い店員をセットで用い、あるいは売上仕入を用いている。これらにより、長期的には、自らの商品流通体制の確立、流通過程での主導権の獲得、ブランド力向上による競争優位性を創出することができる。

これらのメリットに加え、百貨店が倒産した場合、納入業者が商品の所有権を有しているため店頭商品の引上げが可能であり、債権管理上有利であること³¹、中小企業よりも信用力の高い百貨店との取引は、支払いあるいは手形の回収が確実であること等のメリットも有している。

第3項 各仕入形態及び派遣店員に係る学説の整理

前項で検討したとおり、百貨店・納入業者間の「個」対「個」という個別の取引関係では、百貨店が納入業者に一方的にリスク、費用等を負担させるという関係が成立しているのではなく、相互に相手方の経営資源に直接的あるいは間接的に依存し、百貨店の店舗で小売業務を行う際に生じるリスク、責任及び費用の負担を分担しながら、協働して消費者に対する売上を増加させ、かつ、取引慣行の「合理的な側面」を相互に利用しながら相手方の経営資源を自らの事業運営に活用することで、互恵的に収益を増加させている関係にあるといえる³²。他方、これらの取引慣行については、様々な学説が展開されている。ここで改めて前項で検討した以外の返品、手伝い店員及び売上仕入に関する学説を整理する。

³⁰ 拙稿、前掲注4、23-24頁。特に近年、アパレル業者は、自らの商品のブランド力を強化するためと、製造小売業（SPA）化が進行する中で自らの生産販売システムに百貨店の売場を組み込むために、売上仕入を積極的に用いるようになってきている。

³¹ 売上仕入あるいは委託仕入では、小売業者に納入後も商品の所有権が納入業者に留保されているので、小売業者倒産時に商品の返還請求ができるものの、買取仕入であって納入業者が売掛金を回収していない場合、いったん納入した商品は返還請求することができず、他の債権者と同様の地位しか与えられない。例えば、大手アパレル業者の三陽商会は、百貨店そごうの破綻を教訓として取引を売上仕入に切り替えていたために、2001年に民事再生手続を開始したダックビブレからトラブルなく商品を引き上げることができた。日本経済新聞 2001年10月25日号。

³² 拙稿、前掲注4、23-25頁。加藤司教授は、「百貨店における現在の返品制が一般的となる歴史的経緯を見る限り、返品制は必ずしも買い手の『優越的地位の濫用』による売残り＝販売リスクの一方的転嫁ではない。少なくとも百貨店の売上げ増加が問屋の売上げ増加につながるという意味での『共存共栄』の仕組みであった。しかも、販売リスクを転

(1) 取引慣行としての不合理性に対する批判

まず、伝統的にこれらの取引慣行は、優越的地位の濫用という独占禁止法による規制対象であるという視点のほか、日本独自かつ前近代的な取引慣行としてネガティブな評価が与えられる場合が多かった。第2部第1章で取り上げるように、1970年代に優越的地位の濫用規制を原因とした百貨店の手伝い店員の整理問題がクローズアップされ、あるいは通商産業省により流通近代化が推進されていた時期には、メーカーによる再販売価格維持制度、流通系列化などと併せて、不公正な、あるいは「前近代的」な取引慣行である返品、手伝い店員、売上仕入は改善すべきであるという主張がなされている³³。法社会学でも、返品制という「売ったか預けたような関係」は大きな販売力を有する百貨店の圧力に納入業者が屈したこと、及び契約関係を確定的でないものとして処理する日本人の契約観に原因があるとするものがある³⁴。この時期の流通論では、返品が欧米の商取引の原則とされている“Caveat emptor”（買手のリスク負担）より、欧米で行われていない不当な取引慣行であり、百貨店が自己の地位を利用してこの原則をゆがめ、自己の手落ちによる売残りリスクを納入業者へ転嫁するものであると指摘するものがある³⁵。この考え方では、返品の成立要因として、チャネル・キャプテンである百貨店の仕入能力不足及び近視眼的なリスク転嫁を挙げ、納入業者は、百貨店との取引による企業・商品イメージの向上・大量販売の魅力、新規参入を容易にする販売戦略としての有効性、恒常的取引関係の構築による利益獲得、情緒的関係構築による取引関係の強化等の理由により返品を受け入れたとする。また、返品が取引条件から百貨店のチャネル内で集団規範として定着したのは、①日本の流通機構の閉鎖性により納入業者が取引関係の維持を図るために受け入れて規範として定着したため、②流通機構内における納入業者の過当競争により百貨店との取引手段として制度化されたため、③納入業者と百貨店の交渉力格差による返品受入れの定着化のため、としている。このため、返品問題の改善は契約自由からくる個別的な意思や努力でなく、流通機構全体の近代化が必要であるとしている³⁶。

その後、1980年代の後半に、我が国の市場アクセス阻害要因として取引慣行が指摘されていた時期には返品制及び派遣店員制もその一つとされた³⁷。この時期の学説には、市場

嫁されているように見える問屋が、返品制とワンセットとなっている派遣店員によって売り場の顧客情報を収集するとともに、価格の設定権まで獲得しているという実態を考えると、むしろ返品制は問屋の巧妙な流通支配の形態とさえ見えてくる」と評している。加藤司『日本的流通システムの動態』（千倉書房、2006）62頁。

³³ 三上富三郎・宇野正雄『流通近代化ハンドブック』（日刊工業新聞社、1970）59頁以下。

³⁴ 川島武宜『日本人の法意識』（岩波書店、1967）96頁。

³⁵ 江尻弘『返品制—この不思議な日本的商法—』（日本経済新聞社、1979）50頁以下。

³⁶ 江尻弘『現代商学全集3 流通論』（中央経済社、改訂版、1992）212頁以下では、集団規範は、個々の構成員の契約を超えて、集団構成員全員によって支持されて集団の規範となったものであり、このような「規範を内蔵し、それによって規律され、制御されるものが、流通機構なのである」としている。

³⁷ 国外の企業には事前に明確になっていない返品は不透明で分かりづらいものであるし、海外への返品はコスト的に考えて非常に割高で事実上不可能となり、海外企業の日本市場

アクセスの問題以外にも、返品制のデメリットとして、流通コストの増加につながるという見解³⁸、返品をする小売者の経営姿勢が安易となるという見解³⁹、納入業者と小売業者との拮抗力を歪めて消費者価格の下方硬直化をもたらし、消費者の買い控えをもたらすとする見解⁴⁰、返品制が小売業者の値下げに対するインセンティブを低下させ、建値制と同様な効果を有しているとする見解等が出されている⁴¹。派遣店員については、「本来ならば小売業者としての百貨店の社員が売場で接客と推奨販売活動を行うべきなのに、百貨店は自社の人件費の削減を意図して、納入業者に対して強要し、納入業者の経費負担に基づいて納入業者の販売員を百貨店に派遣させ」ている点が批判されている⁴²。

これらの視点の根底には、取引慣行として定着している返品や手伝い店員は、百貨店と納入業者とのあいまいな取引関係におけるリスク・費用の一方的な押し付けであるという視点や、これらの不公正性、不合理性を指摘する視点が多かった。

(2) 取引慣行としての合理性に対する評価

これらの批判に対し、1990年代以降、経済学・流通論の分野で、我が国の取引慣行の研究と再評価が行われるようになり、その一環として返品制を分析した研究が行われている。第一の研究として、メーカー、卸売業者、小売業者間のリスク・シェアリングの観点から経済学を用いて多くの研究が行われている。これは、需要の不確実性に着目し、返品制がこれに対応するための流通システム内のリスク・シェアリングとしての機能を果たしており、一定の合理性を有している制度であると評価するものである⁴³。これらの研究の論旨をまとめると、需要不確実性の対応として、能動的には情報の収集及び活用を通じた不確実性削減と、受動的には返品等によるリスクの効率的負担が挙げられる⁴⁴。しかし、不確実性を削減するには、流通各段階における情報が分散所有されているため、情報格差解消には時間的・金銭的コストがかかりすぎ、情報の分散所有は経済主体間における「情報の

参入を阻害する要因となると指摘されている。E. バッツァー／H. ラウマー（鈴木武監訳）『日本の流通システムと輸入障壁』（東洋経済新報社、1987）112頁以下。

³⁸ 返品は、返品が社会的慣行として確立していることを前提として、納入業者のリスク及び配送等の経費を増加させ、ひいては納入業者の消費者に対する費用負担転嫁による小売価格の上昇を招くと指摘されている。鈴木、前掲注 25、284頁以下。

³⁹ 鈴木、前掲注 25、284頁。ここでは、小売業者は、返品が認められていなければ、市場動向に関し綿密な調査を行ない、売れ筋商品を仕入れるよう務めるものの、返品により当該努力を怠るというものである。これは、モラル・ハザードの問題であると言える。

⁴⁰ 伊藤允博『現代の流通経済—アメニティ時代の流通—』（税務経理協会、1990）164頁以下。

⁴¹ 丸山雅祥「日本の商慣行：機能と問題点」中田善啓ほか編『マーケティングのニューウェーブ』（同文館、1990）139-141頁。

⁴² 江尻弘『百貨店返品制の研究』（中央経済社、2003）38頁。

⁴³ 倉澤資成「流通の『多段階性』と『返品制』：繊維・アパレル産業」三輪芳朗・西村清彦編『日本の流通』（東京大学出版会、1991）217頁。

⁴⁴ 丸山雅祥「日本の商慣行と返品制度」ジュリスト 950号（1990）63-67頁。この考え方は、第1章で検討した、「延期」と「投機」の考え方につながるものであり、情報の収集及び活用は、商品の形態確定の「延期」化によって実現が可能であり、危険（リスク）の効率的負担は、「投機」化の状況下での発生する危険負担への対応課題である。

非対称性」を生み出す。このため、メーカーと小売業者の情報格差が大きく、その差を解消するためのコストが膨大であるため、存続する差に対応するための方策として返品制が採用されているとしている⁴⁵。

しかし、情報格差に基づいた「逆選択」の問題、及び情報格差を自己に有利にしようとする「機会主義的な行動」を通じた「道徳的危険」（モラル・ハザード）の問題が発生する。これらの問題を解決するために、コミュニケーションにより情報の信頼性を確保でき、市場取引を通じた匿名的な取引関係の中では困難なリスク負担の分担について返品制を需要の不確実性対応の手段として行うときには、継続的な取引関係が重要となるとしている⁴⁶。これらの理論でいえば、継続的取引による信頼関係に支えられた協働関係が構築されたとき、返品制が小売業者のリスク分散のために利用され、このような負担は社会的にみても効率的な分業関係である可能性を指摘する⁴⁷。そして、需要不確実性の中で返品制を導入した結果、市場取引の下でより多くの利潤を得ることができるのみならず、消費者の厚生も向上するとしている⁴⁸。また、返品制を採用するメリットとして、小売業者が納入業者に対し売残り品を返品することが可能なため、自ら値下げ原資を負担して値下販売をせずに返品を選択することから、小売販売価格の維持による価格低下の防止を指摘するものがある⁴⁹。

これらの見解では、前章で検討した通り、返品が売残りのリスク・シェアリングによる当事者間での合理性だけでなく、消費者の利益等、経済全体の厚生上の望ましさを説明し、ひいては取引慣行が合理的な側面を有することを説明しているものである。

(3) 取引慣行としての合理性研究を発展させた評価

(2) の経済学の研究を受け、流通論の分野でも、流通システムにおけるリスク分担の側面から返品制を説明する研究が行われている。例えば、返品制をメーカー・卸売業者・小売業者間の「社会分業的商取引におけるリスク分散の仕組みとして共有された取引様式」と評価している見解がある⁵⁰。返品制によりアパレル業者がリスクを負担することについては、納入先である小売業者が多数存在することをもって、アパレル業者が「複数の地域市場に関する情報が縮約・集中する『結節点』の位置にあり、特定の地域市場の情報しか把握できない小売業とは異なり、市場全体の受給情報をより客観的に把握することができる。しかも、このことによって売れ行きの良くない商品については新製品と早めに取り替えたり、他の売れ行きの良い店舗へ転送するなど、問屋側でのリスクを減少させる仕組み

⁴⁵ 三輪芳朗「返品—発生メカニズムと政策的対応—」経済学論集 57 巻 1 号 (1991) 4-27 頁。

⁴⁶ 丸山雅祥「流通・取引慣行の経済分析—日本の流通取引関係をめぐって—」経済法学会年報 15 号 (1994) 53 頁以下。

⁴⁷ 伊藤元重「日本的取引慣行—継続的取引の機能と評価—」伊丹敬之ほか編『リーディングス日本の企業システム 第 4 巻 企業と市場』(有斐閣、1993) 90-91 頁。

⁴⁸ 成生達彦「返品制の経済分析」南山経営研究 4 巻 2 号 (1989) 185-193 頁。

⁴⁹ 三輪、前掲注 45、4-27 頁。

⁵⁰ 三村優美子「流通取引慣行と大型小売業の購買力問題」青山経営論集 40 巻 4 号 (2006) 7 頁。

を創り出して」きたため、小売業者がリスクを負担するより効率的であると評価されている⁵¹。しかし、リスク負担の主体としては、現在のアパレル業者なら格別、返品制が導入された時期に百貨店に比べて納入業者の方がリスク負担力が高かったとは言えず、アパレル業者が「返品制によって育てられたといった方が的を射ているようにも思われる」と評されている⁵²。

また、経営学の領域でも、これら取引慣行による百貨店あるいは納入業者の経営上の効果を検討・評価する学説が主張されている。例えば、委託仕入の経営資源補完機能に着目して、戦後復興期の百貨店の返品制が百貨店の不足する経営資源の補完機能を果たし、百貨店の成長に貢献したとする見解⁵³、アパレル業者が返品と手伝い店員とを併用し、あるいはこれらと同様の経済的な効果を有する売上仕入を自社のマーケティング活動に活用したことで成長を果たしたとする見解⁵⁴、納入業者による小売店頭のコントロールとして、販売業務以外の業務についても合理性を認め、「労務提供は小売店側に有利な商慣行のようにも思える」ものの「労務提供はメーカーにとって自社製品の十分な推奨、デモンストレーション、優先的販売、有利な陳列・棚割りの実現、顧客情報・販売情報の迅速かつ正確な入手を可能とするものである」とする見解がある⁵⁵。他方、これらの評価ばかりでなく、大規模小売業者による不当な販売リスクの転嫁により SCM に向けた取組が阻害されている等の評価や⁵⁶、百貨店の取引問題が返品、手伝い店員、協賛金を中心として、委託仕入、売上仕入という独特の取引慣行と関連しており、当初は高い流通リスクに対応する取引慣行であったものの、それが相互依存の日本の取引慣行のもとで取引条件の曖昧さを助長し、かつ、百貨店のリスク回避的な仕入行動が強まることで、納入業者に対する過剰な負担要求に転化しがちとなったと説明する等⁵⁷、全体的に合理的なシステムであっても、百貨店の優越的地位の濫用による不合理性を生じているとする見解もある。

派遣店員については、モラル・ハザード防止という観点から研究が行われている⁵⁸。ここでは、手伝い店員について、返品制を採用した際の小売業者によるモラル・ハザードを防止するために有効だとされている。すなわち、返品制の採用により、小売業者は在庫管理精度を落とす危険性があり、この結果在庫額が増大して返品量が増えてしまう危険性がある。更に在庫管理も甘くなることで、商品の紛失及び破損等も増加する危険性がある。このようなモラル・ハザードを防止するために手伝い店員を店頭に派遣して、在庫管理業

⁵¹ 加藤、前掲注 32、68 頁。

⁵² 原頼利「流通取引制度の進化とその研究方法」明大商学論叢 100 周年記念論文集 87 巻 1-4 号 (2005) 348 頁。

⁵³ 高岡美佳「戦後復興期の日本の百貨店と委託仕入—日本的取引慣行の形成過程—」経営史学 32 巻 1 号 (1997) 1-35 頁。

⁵⁴ 代表的な学説としては、木下、前掲注 27 を参照。

⁵⁵ 小宮路雅博「日本的商慣行—その理論と独占禁止法上の扱い—」茨城大学人文学部紀要社会科学論集 32 号 (1999) 83-84 頁。

⁵⁶ 加藤司「SCMの阻害要因としての日本的商慣行」経営研究 51 巻 2 号 (2000) 2 頁以下。

⁵⁷ 三村優美子「流通取引問題とサプライチェーンマネジメント」経営システム 19 巻 4 号 (2009) 138 頁。

⁵⁸ 岡部、前掲注 24、471-486 頁。

務及び発注業務を行わせれば納入業者の損失を減少させることができるとし、さらに、これらを併せた売上仕入の合理性を説明するものである。

(4) 評価・批判に対する検討と優越的地位の濫用規制での視点

このように、返品、手伝い店員及び売上仕入には、優越的地位の濫用という不公正取引の観点からの批判、百貨店の経営姿勢あるいは不合理な取引慣行としての観点からの批判等、根強い批判が展開されている。他方、流通システム全体で商品の売残りリスク分担等のために取引慣行としての合理性を有するとする見解、百貨店あるいは納入業者のそれぞれの成長につながったとする見解、筆者の見解である百貨店・納入業者が相互に経営資源に依存し、利用し合うという互恵的な側面を評価する見解等、一定の合理性を説明する見解も出されている。

これらの考え方は、取引慣行の一部の側面に焦点を当てて検討したものであり、それぞれに正しい側面を有している。例えば返品制のメリットとして挙げられる、流通システムにおける小売業者・卸売業者・メーカーの売残りリスク分担のための合理的なシステムとの評価は、流通システムの中で当該リスクが優越的地位の濫用行為として過度に納入業者に押し付けられているという不合理さも有しており、現にこれらの不合理性が長年にわたり当該取引慣行の改善あるいは優越的地位の濫用規制の対象となってきた。また、返品・手伝い店員、あるいはこれらと同様の経済的効果を有する売上仕入を活用して高収益を上げるようになったアパレル業者が存在するという評価も正しいものだが、その反面、これらの制度を百貨店に押し付けられ、大規模なアパレル業者への対抗戦略上やむを得ず受け入れ、メリットを享受できていない特に中小の納入業者に多いという側面も有している。

これら多様な見解を基に、優越的地位の濫用の際の留意点を検討すれば、前章で検討したことと重なるが、第一に、様々な観点から不公正性、不合理性の指摘がなされているものの、優越的地位の濫用はあくまでも独占禁止法に立脚した規制であり、公正競争阻害性の観点から規制の是非を論じなければならない点、第二に、規制の立脚する趣旨に従い、合理性を生かしつつ不合理性を排除することが必要である点、第三に、全体としてあるいはマクロ的には合理性・不合理性があっても、優越的地位が個別の取引関係から生じるため、規制の要件を検討する際には、個別の関係における公正競争阻害性を検討する必要がある点が重要である。

特に、第三の個別の取引関係を検討することが必要な点からは、第2項で検討した、納入業者から見た各仕入形態及び派遣店員制の経済的条件のメリットを勘案し、納入業者が自由かつ自主的な判断で返品及び手伝い店員を選択することがあることを十分に理解した上で、発現する不利益行為に不当性があるか、検討する必要がある。

第3節 百貨店における仕入形態・派遣店員の利用実態と変遷

前節では、返品、手伝い店員及び売上仕入は、様々な批判や評価があることを検討した。他方、戦後復興期から高度成長期にかけては、百貨店による納入業者に対する「優越的

位」の「濫用行為」の代表例として返品や手伝い店員が規制されていた等、不当な側面があることは、厳然たる事実である。そこで、本節では、第2部第1章での優越的地位の濫用規制の変遷を検討する前提として、百貨店の事例を中心として、「行為主体」である百貨店における、「優越的地位」の発生要因と、仕入形態の変遷・利用実態等を分析する。

第1項 仕入形態・派遣店員の推移

返品特約付買取仕入、委託仕入及び売上仕入の定性的な事項を検討する前に、これら取引形態の定量的な推移を概観する。

百貨店の仕入形態の研究を行う際には、これらが企業のセンシティブな事項に属するものであり、かつ、ネガティブな印象から、企業、業界団体からほとんど公表されていない。これに加え、仕入形態について大規模に調査を行ったものも少ないため、実態については不透明な部分が多い。少し古い統計だが、表1-4-3のとおり、百貨店では、1955年には、買取仕入67.5%、委託仕入20.2%、売上仕入11.8%だったものが、1997年には、買取仕入37.2%、委託仕入26.9%、売上仕入39.8%となっている。また、2000年の時点で、百貨店でのシェアは、買取仕入が10%未満、委託仕入が40%、売上仕入が50%と推計されている⁵⁹。これらの数値から分かることは、買取仕入は、戦前から戦後復興期にかけてのシェアは不明なもの、1955年当時は最もシェアが高い仕入形態だったものの、徐々にシェアを低下させており、これに対し、売上仕入は、1955年当時は最もシェアの低い仕入形態であったものがシェアを大幅に増加させており、現在では百貨店の主要な仕入形態に変化したことが読み取れる。派遣店員については、表1-4-4のとおり、百貨店では、1955年には、正社員95.2%、パート1.5%、派遣店員3.3%だったものが、1997年には、正社員38.0%、パート10.8%、派遣店員51.2%と比率が逆転しており、百貨店店頭の販売員の主力も派遣店員となったことが分かる。

このように、戦前及び百貨店特殊指定が制定された戦後復興期から近年までを時系列で検討する際には、主要な仕入形態及び人員構成が、戦後復興期から高度成長期にかけて買取仕入と本店員から売上仕入と派遣店員に変化したことを勘案して分析することが必要である。以下において、これらの仕入形態及び派遣店員について、当時の文献、歴史的資料等を用いて検討する。

第2項 戦前期の百貨店の納入業者に対する優越的地位と仕入形態・派遣店員

(1) 百貨店・納入業者の状況と百貨店の納入業者に対する優越的地位

我が国の百貨店は、1904年の三越による「デパートメント・ストア宣言」により誕生して以降、第二次世界大戦前は唯一の大規模小売業者として、戦後も一貫して我が国の主要な大規模小売業態として存在している。

⁵⁹ 織研新聞 2000年9月22日号。

第二次世界大戦前の我が国の小売市場は、小規模零細な一般商店とごく少数の大規模な百貨店で構成されていた。当時の百貨店は、食料品、家庭用品等の日常品を取り扱う中小小売業者（一般商店）に比べ、量的には幅広い品揃えと販売量の大きさ、質的には取扱商品・サービスの信用力の高さ（いわゆるのれん）等から消費者の支持を得ており、特に都市部の呉服、贈答品等の買回品の取扱いでは小売市場の中で絶対的なものであった。関東大震災以降、百貨店は、「新中間層」とよばれるホワイトカラー層の拡大に合わせて、これらを顧客層とするため百貨店が多店舗化・大規模化を進めて品揃えの幅を拡大し、サービスを充実させて百貨店間で競争を行い、かつ、取扱商品の大衆化による新たな領域の商品を品揃えするようになった。この際に、百貨店は、不足する資金的、情動的資源等を、卸売業者を介さない直接取引から卸売業者との取引を拡大し⁶⁰、これらに金融、情報、保管等の役割を提供してもらうこととなった⁶¹。

そして、百貨店間で過当競争が発生し、これが中小小売業者を圧迫したため、百貨店の事業展開に際して、1937年に、中小小売業者との調整及び百貨店間での過当競争の抑制を目的として百貨店の営業活動を規制する第1次百貨店法が制定された。同法の主な内容としては、百貨店の新設・拡張の許可制や出張販売・閉店時刻・休業日の許可制、営業統制機関としての百貨店組合の監督等であった。

他方、百貨店に商品を納入する卸売業者は、百貨店より規模は相対的に小規模だったものの、江戸時代より続く卸売業者優位の状況下であり、卸売主導型流通システムを構築していた。つまり卸売業者が膨大な数にのぼる小規模零細なメーカーと中小小売業者双方の媒介と操作を行っており、この状況は、伝統的な食料品の流通システム以外にも、新しい工業製品として登場した衣料品の分野においても変わらないものであった⁶²。この状況を支えたのは卸売業者の資金力であり、また生産と消費双方をつなぐ、商品に関する情報を媒介する能力であったといえる⁶³。

依存関係としては、卸売業者にとって戦前の百貨店は、一般商店に比べ、取引依存関係では販売力に裏打ちされた商品の納入量、資源依存関係では取扱商品・サービスの信用力の高さ（いわゆるのれん）等からくる百貨店の有する販路としての魅力、納入代金の支払いの確実性等⁶⁴、取引先として絶対的な魅力を有するものであった。特に、納入業者にと

⁶⁰ 鈴木安昭編『百貨店のあゆみ』（日本百貨店協会、1998）28頁〔懸田豊〕。

⁶¹ 例えば呉服では、当初、百貨店は産地に出張所を設けて直接買付を行っていた。これが納入業者との取引を拡大した際に、百貨店が返品を行うことで「倉庫一つ持たずして」百貨店は多額の売上を上げることが可能となったとしている。このことは戦前より百貨店の在庫調整機能としての返品を重視する意見が存在していたことを示唆している。久富哲幹「百貨店の返品問題に就いて」経営経済研究16冊（1934）95頁。

⁶² 佐藤肇『日本の流通機構—流通問題分析の基礎—』（有斐閣、1981）67頁以下。

⁶³ 例えば繊維製品の卸売業者は「多年の資本蓄積によって、明治以降も自己資本の比率も高く、その豊富な資金力によって、産地を従属せしめ、小売には優位に立ち、いぜんとして、繊維流通のカナメの役割を果たしてきた」と指摘されている。中込省三『日本の衣服産業—衣料品の生産と流通—』（東洋経済、1975）275頁。

⁶⁴ 例えば、「三越と取引をしておると云う無形の信用上の利益もあろう。大量に買入れてくれると云う利益もあろう。しかし何と云っても最大の利益は金融上の利便が非常に多いと云うことである。払いは確実であって、しかも比較的短期の手形で支払われる。しかも

って、取扱商品の信用力が高い百貨店に商品を納入することは、商品の選定基準が厳しい百貨店に良質な商品を納入することができると思われた証になるために、自らと自らの取り扱う商品の信用力を高めることが可能となり、他の百貨店や小売業者に自らの商品の販売促進をする際に重要な武器となった⁶⁵。

取引先の転換可能性としては、第一次世界大戦を契機とした軽工業の生産力向上と、これに続く慢性的な不況は、市場における商品供給過剰を招き⁶⁶、メーカー、卸売業者の過当競争を招くこととなった⁶⁷。特に、関東大震災による被害により小資本の中小小売業者の復興が遅れ、大資本の百貨店における販売力の復興が相対的に早く、卸売業者としては百貨店への販路を重視しなければならなかったことから、卸売業者による百貨店への販路拡大活動も積極化し⁶⁸、卸売業者間の競争も激化した。

具体的に、戦前から現在に至るまで、百貨店・納入業者間の取引における仕入代金等の金銭の授受は、百貨店が納入業者と継続的取引を行う際に開設された「口座」を通して行われている。そして百貨店は、良質な商品の安定的な仕入のため、取引実績のある納入業者と安定的な取引を志向し⁶⁹、このため、卸売業者にとって百貨店との取引のために、百貨店に口座を開設することが一種のステータスになっており、「ネーム・バリューのある百貨店となんとか取引実績をつくりたいという願望をもち、過当競争を繰り広げ」た⁷⁰。

このように、卸売業者が百貨店に対し取引依存関係及び資源依存関係を生じており、かつ、卸売業者間の競争が激しいため取引先の転換可能性も低く、基本的に百貨店が卸売業者に対して優越的地位立っていたといえる。しかし、卸売業者は戦後に比べて資金力があり、かつ、百貨店以外の販路としての中小小売業者も健在だったため、後に述べる戦後復興期に比べて百貨店の優越的地位は相対的に高いものではなかったといえる。

三越の手形ならば云うまでもなく一流手形であるから割引くにしても極めて低率である」ため、卸売業者にとっても廉売を行ってでも百貨店と取引を行うことにメリットがあったと指摘されている。下田将美『経済と生活』（一元社、1930）102-104頁。

⁶⁵ 例えば、「有力百貨店との取引が勲章的意味合いをもち、急速に成長していった問屋も多かった。このため、百貨店の『殿様商売』は続いた」とされている。岡田康司『百貨店業界』（教育社、第6版、1991）111頁。

⁶⁶ 特に1920年の繊維相場大暴落と関東大震災の被災は、繊維品卸売業者に大きな打撃を与えた。中込、前掲注63、276頁。

⁶⁷ 例えば、戦前における「繊維業界は好況時を除いて常に供給が需要を上廻り、これがために昭和20年以前に過去11回の操短を実施している」状況であった。東京商工会議所『主要商品の流通機構—卸売業を中心とした—』（東京商工会議所、1958）99頁。

⁶⁸ 鈴木編、前掲注60、28頁〔懸田豊〕。

⁶⁹ 口座制とは、百貨店が納入業者を管理する手法であり、仕入・返品等に関する百貨店・納入業者間の金銭の授受は、全て口座により管理される。百貨店は、納入業者との口座を開設する際に、信用力等の厳格な基準を設けており、口座を取得できない納入業者との取引は基本的に行わない。口座制採用の百貨店側のメリットとして、継続的取引による、取引の安全性の確保、取引先探索コストの削減及び信用の置ける商品の安定供給、納入業者による安定的なサービス享受、取引に付随する事務費用削減が挙げられる。

⁷⁰ 岡田、前掲注65、111頁。

(2) 各仕入形態と派遣店員の実態

戦前の百貨店は、卸売業者に対して優越的地位を發揮して仕入価格を抑制して、一般商店に比して低廉な販売価格を実現して消費者に支持されていた⁷¹。このような状況下において、卸売業者の百貨店への販売戦略の一環として返品が用いられるようになり⁷²、卸売業者との取引拡大の過程で拡大したと思われる。売上仕入については、戦前に呉服店から業態転換した百貨店が生鮮食品を扱うようになったときに、当該商品の知識及び販売技術を持っていなかったために考案された、とされている⁷³。

戦前の百貨店における仕入形態の利用例として⁷⁴、「単なる買取り」⁷⁵、「残品返却仕入」⁷⁶、「残品値下がり問屋負担」⁷⁷、「売上げただけ仕入れると言う形式」⁷⁸、及び「賃貸形

⁷¹ 現在では、一定の期間や催事以外で値下販売を行わない百貨店であるが、第一次世界大戦後に大衆化する過程で、値下販売を行っていた。この原資は、納入業者から商品を安価に購入することにより供給されていたが、戦前の卸売業者への調査によると、百貨店と独立小売商との仕入条件の差は、「同一商品を供給するも、数量、信用、回収率等の関係から、百貨店の卸売価格を五%—一〇%低くする」とされている。村本福松『百貨店経営とその問題』（文雅堂、1937）358頁。

⁷² 返品を導入は、「問屋各自が、商品の売行及びストックに就いて、共同責任を執る事を競争的に申出でたからである」としており、返品を百貨店への販売促進手段としていたとされている。久富、前掲注61、94頁。また、同旨として、「然し何分百貨店の市場的勢力が大きい上に、問屋の方の売込の競争が激しいから、好条件を与えると言う意味で此の事が起こって来るのである」とされている。平井泰太郎「近代都市に於ける小賣配給市場としての百貨店形態」内池廉吉博士還暦祝賀記念『商學論集』（同文館、1938）239頁。

⁷³ 高丘季昭・小山周三『現代の百貨店』（日本経済新聞社、第14版、1984）77頁。

⁷⁴ 以下、平井、前掲注72、238-242頁の記述による。

⁷⁵ 完全買取仕入に該当し、百貨店の中心となる仕入形態として、百貨店が呉服屋時代から取り扱っている絹織物、織物衣服地、染物衣服地、生地、帯地、洋反物、木綿、洋服のレディメード、紳士帽子、ワイシャツ等で利用されていた。

⁷⁶ 返品特約付買取仕入に該当し、一応買っておくが売れ残ったものは問屋が戻し品を受け取るものと説明されており、これには商品を返して現金を受け取るものや商品の取替え形式のものを含むとしており、半襟、小間物の一部、寝具の一部、ネクタイ、付属品、鞆、書籍、文具、楽器、運動用具、玩具の大部分、乳児用品、婦人子供用品、洋装の大部分、ショール、履物の普通品、化粧品、薬品、家具室内装飾、台所用品、家庭用品等で利用されていた。

⁷⁷ 返品の変則形態であり、売残り品を返品しない代わりに、当該商品を百貨店が値下げ販売した場合に、その損失を問屋が負担するという形式であり、これを利用する商品領域に定まったものはないとされている。

⁷⁸ 売上仕入に該当し、納入業者が百貨店の店内に上下請けの格好で出店しているものであり、店の売場の中に中小商工業者あるいは問屋が出張している形式で、それを客に売れた段階で仕入れたこととなる取引形式と説明されている。この仕入形態を採用している商品は、貴金属、食料品、洋菓子、園芸用品、花、切花、植木、小動物、生物、時計、靴、帽子の修理、クリーニング、理髪、食堂、特殊食物（すし・てんぷら）等であるとして、取扱いに特殊な知識を要したり、技術を要したりする商品分野で行われていることが分かる。

式」が挙げられており⁷⁹、現在でも用いられている百貨店の仕入形態が戦前には既に形成されていたことが分かる。

返品の量的な実態として、資料が少ないので不明な部分が多いが、百貨店が仕入れた数量の75%の売上を上げれば好成績であって多くの場合は60%にも達せず、その売残り品は卸売業者の手によって納入された品物である以上、必ず何らかの理由によって返品されると指摘する資料がある⁸⁰。また、別の資料では、1930年時点で「三越及び松屋等は大部分は仕入品であって委託商品と言っては見本的に置いてある位の」ものであるが白木屋は「仕入品が四割、委託品が六割」としているものがある⁸¹。

返品の質的な実態として、戦前の返品の原因を直接原因（卸売業者に原因がある返品）と間接原因（小売業者に原因がある返品）に分類し、直接原因としては、①品質の不完全、②価格の不適当、③生産の不統制、④その他（季節商品の市場投入の遅れ等）を挙げている。間接原因としては、①売る側の研究不足による売行き不良、②圧制的な返品（仕入係員の未熟、棚卸前のストック減らし等）、③得意先の仕入担当者の気分を害した返品、④仕入方針失敗による返品、⑤約束による条件付返品、⑥売り回し（既に納入している商品に対し、一旦返品手続きを行い原価近くまで値引きして納品手続きをして販売する方法）、⑦請託返品（問屋の商品回転を早めるために進んで依頼した返品）、⑧その他（顧客による汚れ・破損、運搬途中の破損等）を挙げ、これら原因の2つ又は3つ以上が組み合わさって行われる場合が多いと指摘するものがある⁸²。これらの返品原因では、事前の返品特約の有無、あるいは返品理由次第で現行の優越的地位の濫用規制上許容されないものが含まれており、当時から問題となる返品が存在していたことが分かる。

派遣店員については、当時の文献、資料がほとんどないため実態が不明だが、売上仕入員については、売上仕入が戦前から用いられていたことは前述したとおりなのでその利用は明らかである。手伝い店員については、戦後の文献において、「デパートとの取引関係がなかった中小問屋筋の中には委託制で白木屋へ商品を搬入し、店員を売場に立たせて自店の搬入商品を販売させたりした」との記述や⁸³、1933年4月に化粧品メーカーの資生堂は、「資生堂化粧品デー」に「銀座の松屋と松坂屋を除く東京の全百貨店に特設売場を設け、多勢のマネキンを派遣し、美容実演を行って商品を販売した。資生堂が生み出した新しい販売方法で、この一月大阪の阪急百貨店で試験的に行った結果に基づいた」との記述⁸⁴、昭和の初めごろに化粧品メーカーのマネキンガール（宣伝員）が手伝い店員のおおむね始まりであり、中元、歳暮の繁忙期に問屋の百貨店係が納品に来て、その帰りに売場

⁷⁹ 賃貸形式は、中小商工業者あるいは一般の業者が百貨店内に売場を借り受けて店を出す形式のもので2種類あり、①外形的には百貨店の一部として成り立ち、店員の服装、販売のサービス、包装などその他全部が百貨店の他部門と同じ様に行われるもの、②その店の名前を出し、百貨店がわざわざ専門店、あるいは特殊の職人を呼んで来たのだと印象を与えるもの、があるとしている。この仕入形態を用いる商品は食料品の一部、食堂、専門店部、写真部、美粧部、遊技場、名店街等であるとしている。

⁸⁰ 上野陽一「返品の原因に関する分析研究」会計33巻3号（1933）33頁。

⁸¹ 東洋経済新報1408号（1930）129頁。

⁸² 上野、前掲注80、43頁。

⁸³ 小茂田邦治『百貨店太平記』（繊維小売新聞社、1963）136頁。

⁸⁴ 資生堂『資生堂百年史』（資生堂、1972）94頁。

によって売場を手伝い、店頭の売れゆき状況を自分の店に報告連絡して夕方帰りの頃に注文をもらって帰るといった手伝いがあったとする記述がある⁸⁵。このように、戦前の手伝い店員は、化粧品メーカーのマーケティング（宣伝）戦略の一環として自発的に派遣され、あるいは卸売業者の営業担当者が臨時的に販売動向を把握し、かつ、商品の発注を得るために百貨店の販売業務を手伝うことにより発生したと思われる。

このように、百貨店では、返品、手伝い店員及び売上仕入が戦前から百貨店と卸売業者との取引でも行われており、かつ、現行の規制上も問題となる返品が行われていたことが分かる。また、これら返品は、一部が社会問題化していたようだが⁸⁶、これら取引慣行は、戦後復興期のように規制されるまでには至らなかった⁸⁷。

第3項 戦後復興期の百貨店の納入業者に対する優越的地位と仕入形態・派遣店員⁸⁸

(1) 百貨店・納入業者の状況

第二次世界大戦が終結すると、百貨店は、小売市場の復興とともに、徐々に売上を回復していった。また、終戦直後にGHQによって接收されていた売場が徐々に返還されたことにより店舗面積も増加し⁸⁹、これらの状況により、百貨店は本格的に復興し、成長する機会に恵まれた。

⁸⁵ 小田急百貨店社長（当時）松下省二氏の発言。デパートニュース 1974年1月1日号。

⁸⁶ 返品は、問屋制度という我が国独特の産業組織が生み出した「奇形児の商慣習」であるとして、返品制が問屋取引と密接に結びついていることを示しているものがある。久富、前掲注 61、94 頁。また、「返品の条件は時々濫用せられる事があるのであって、店に店晒しになった商品とか、客がいちくり廻して汚れてしまったりした物が問屋に返ってくることもある」とし、それ以外にも顧客が自己都合で取り替えた商品の卸売業者への返品について、「何年もかかった後に問屋に返品される事さえあると言う」とするものもある。平井、前掲注 72、239 頁。

⁸⁷ 第2次百貨店法の制定時には、第2次百貨店法に百貨店の納入業者に対する濫用行為を規制するよう中小小売業者、納入業者等から主張されていたが、第1次百貨店法制定時には、知りうる限りこれらの声は上がっていない。また、この点について、戦前の返品制は、百貨店が卸売業者に返品する際には、納入価格より返品価格の方を低くするという、一定のルールのもとで納入業者と百貨店双方がリスクを負担する「制度化された返品」であったため社会問題化しなかったものの、戦後はリスク分担がルール化されていない「制度化されていない返品」が行われ、さらに、量的にも拡大し、この質・量の変化により社会問題化したとの見解もある。高岡、前掲注 53、18-27 頁。これは、契約法上の法律構成でいえば、売価を変更した「再売買」による返品といえるだろう。ただし、「制度化された返品」もあったと思われるが、現行の優越的地位の濫用規制上でも不当とされる返品が行われていたことは明らかであり、この説には賛同できない。

⁸⁸ 戦後復興期の百貨店・納入業者間の取引関係及び濫用行為の詳細は、拙稿「百貨店業における優越的地位の濫用規制—特殊指定の制定を素材として—」中央大学大学院研究年報法学研究科篇 33 号（2004）453-469 頁を参照。

⁸⁹ 接收面積は一時全国百貨店売場面積の3割に達した。接收解除は早い百貨店で1946年から始まり、1953年頃には大部分終了した。伊勢丹広報担当社史編纂事務局『伊勢丹百年史—三代小菅丹治の足跡をたどって—』（伊勢丹、1990）97 頁。

しかし、人的資源の面では回復が遅れており、戦前の従業員数を超えたのは1958年になってからであり、しかもこのときは百貨店使用面積が戦前の1.5倍になっていることから、面積当たりの従業員数は、戦前に比べて少なかったことが分かる⁹⁰。また、人的資源は、このような量的な不足に加え、戦時中の従業員の死亡や商品の統制時期の存在による仕入能力の低下という質的な不足も生じることとなった。

戦後復興期における小売市場の構成は戦前と同様であり、一部の大規模な百貨店及び多数の中小小売業者により構成されており、百貨店は、戦前から引き続き、量的には幅広い品揃えと販売量の大きさ、質的には取扱商品・サービスの信用力の高さ等により、消費者から大きな支持を得ていた。また、小売市場の競争環境は、百貨店が唯一の大規模小売業者として、特に都市部における衣料品や贈答品を中心とした、買回品の分野において中小小売業者に対して競争優位に立っていた。百貨店は、拡大する消費に対応し集客力を生かして自己の品揃えとサービスを向上させながら、中小小売業者のみならず同業の百貨店とも顧客吸引競争を行った。このため、百貨店間のいわゆる「サービス合戦」を招く結果となり、その影響は資金力に劣り、同様の品揃えやサービスを提供できない中小小売業者の競争上の地位を更に低下させることとなった。

百貨店の成長とともに百貨店間の競争は年を追うごとに激しくなり、集客力を高めて競争優位を確保するためには、品揃えとサービスの更なる強化が必要となっていっただ。また戦後の衣料品の洋服化と既製服化によって、主力商品である衣料品取扱いのリスクが増大し⁹¹、これに対応する必要も生じた。ところが戦災による百貨店内部の人的資源の不足や政府の傾斜配分政策による資金的資源の不足が目立っており、環境変化に対応し、成長を遂げるためには外部の経営資源から補完する必要があった⁹²。

他方、戦災及び戦時中の商業活動の統制、復興期後半の繊維品の供給過剰による過当競争、インフレーションによる資本の減額等により、卸売業者は衰退していた。資金不足については、前述のように戦後復興期における産業復興策が「傾斜生産方式を基調として生産第一主義をとったため、メーカーに対して種々の金融的な助成策が講ぜられたにもかかわらず、卸売業者は殆ど自力で立ちあがらなければならなかった」こと等が挙げられる⁹³。例えば、当時の百貨店の主力取扱商品である繊維品と衣料品の納入業者は、戦災による経

⁹⁰ 鈴木編、前掲注 60、207 頁の統計資料を参照。

⁹¹ 洋服化により取扱商品の主力は呉服から転換したが、仕入技術の未成熟は売残りのリスクを増大させた。また、既製服化により、衣料品の形態確定時期の前倒しによって、流行しそうなデザイン等を予測した上で見込み生産を行わなければならず、このことも売残りのリスクを増大させた。

⁹² 戦後復興期の百貨店は「衣料品」の「品揃え」により小売業態間競争で優位に立ち成長機会をとらえたが、これらは「返品システム」と「派遣店員」という、納入業者からの垂直的な資源補完メカニズムによってなされたとしている。高岡、前掲注 53、1 頁以下を参照。

⁹³ 東京商工会議所、前掲注 67、106 頁。戦後の卸売業者の衰退は著しく、「卸売業者弱体化論」が主張されるようになった。卸売業者が衰退した原因として、戦時中の配給統制、戦後のインフレーションによる商業資本の実質的減価、傾斜配分方式による資金不足などを挙げている。久保村隆祐・荒川祐吉『商業学—現代流通の理論と政策—』（有斐閣、1974）247 頁以下。

営基盤の弱体化と政府の金融政策の影響により、百貨店と同様に資金不足に悩まされていた⁹⁴。

当時の納入業者は、取り扱う商品の品揃え幅が狭かった上に、納入先も同一業種・同一地域という狭い範囲に集中していることが多く、これらの範囲内で専門性の高い取引を行っていた⁹⁵。百貨店の納入業者の特徴としては、納入業者内でも比較的大規模なものが多かった⁹⁶。例えば1951年の公正取引委員会の資料によれば、メリヤス製品を扱う卸売業者は当時東京都内に190軒あったがデパートに納入している業者は40軒に過ぎず、このうち更に大規模な納入業者に集中していた⁹⁷。また、1954年の公正取引委員会による百貨店納入業者の実態調査では、調査した49軒中50人以上の従業員を雇用しているものが20軒となっており、比較的大規模な卸売業者が多かった⁹⁸。

通商産業省が行った1950年当時の東京におけるメリヤス問屋21軒を対象とした調査によると⁹⁹、取引相手の違いから卸売業者をデパート屋、地方屋、市内屋及び現金屋と細分化している。このうち17軒が百貨店と取引を有しているところ、デパートへの販売が50%以上を占める業者は6軒であり、うち5軒がデパート屋であった¹⁰⁰。本調査でも、百貨店と取引のある納入業者は相対的に大規模な業者であるとし、かつ、百貨店専門に販売している一部の卸売業者に取引が集中していることが分かる。

卸売市場の状況としては、参入障壁の低さに起因する業者数の大幅な増加と¹⁰¹、製品の供給過剰により過当競争が発生していた。絹・人絹織物卸売業者に関しては、1950年1月

⁹⁴ 1953年の東京商工会議所の調査によれば、戦後創業の卸売業者の規模が相対的に小さく、卸売業者全体として経営規模の弱体化につながっていることが読み取れる。また、この調査では、戦前に創業した卸売業者も資本不足のため、卸売業者の本来の機能である、保管・金融機能が衰退していると結論付けている。東京商工会議所『問屋（卸売業）の実態調査』（東京商工会議所、1954）8頁。

⁹⁵ 当時の納入業者の状況は、公正取引委員会事務局調査部『デパートの不正競争方法に関する調査』（公正取引委員会、1951）31-36頁を参照。

⁹⁶ 例えば、通商産業大臣官房調査統計部編『重要商品の流通機構 第1輯』（商工会館出版部、1950）200頁ではメリヤス問屋においてデパートと取引のある業者が比較的大規模であったことが述べられている。これらの要因として、百貨店の販売量が中小小売業者に比して大きかったため、納入業者の在庫負担は大きく、比較的資金力に優れた納入業者でなくては、百貨店との取引に耐えられないためとしている。

⁹⁷ 公正取引委員会事務局調査部、前掲注95、32頁。

⁹⁸ 公正取引委員会事務局編『百貨店特殊指定の解説』（公正取引協会、1955）85頁。

⁹⁹ 通商産業大臣官房調査統計部編、前掲注96、192-216頁。

¹⁰⁰ 公正取引委員会事務局調査部、前掲注95、33頁。

¹⁰¹ 商業は比較的小額な資本で開業できたためと、商業活動自体の停滞化により参入障壁が低くなっていたため、1947年から10年間で、我が国の全産業における就業人口の半数以上が商業部門に流入したとされる。この結果、第一の問題として過剰なまでの競争激化が発生し、第二の問題として独占禁止法の目指した自由競争が、存立基盤の脆弱な中小商業者へ競争激化による重大な打撃を与えることとなった。この結果、社会政策的な観点から中小小売業者保護の必要性が増大し、国の政策に反映されていくこととなった。日経流通新聞編『流通現代史』（日本経済新聞社、1993）238-239頁〔石原武政〕、佐藤稔『現代商業の政策課題』（白桃書房、1997）125頁。

には1,669社だったものが、統制の解除もあり1952年7月には7,489社に増加しており¹⁰²、繊維の中小卸売業者が過多を起している指摘されている¹⁰³。さらに、大手の紡績会社の市場進出にもさらされ¹⁰⁴、ますます経営基盤は弱体化していった。これらは卸売業者を系列化するとともに、特に当時の主要な販売網であった百貨店への販売攻勢を積極的に行い、タイアップによる展示即売会等を実施した。そして、大手の紡績会社が百貨店との提携関係を強化することは中小卸売業者を排除することになり、悪影響を与えると指摘する意見も出された¹⁰⁵。

(2) 百貨店の納入業者に対する優越的地位

納入業者の資源依存関係を当時の状況から検討すると、取引依存関係として、百貨店は販売力に優れていて商品の仕入量が多かった上に、前述したとおり、百貨店は取引を比較的大規模な納入業者に集中していた¹⁰⁶。この結果、1納入業者当たりの百貨店向け販売量は増加し、百貨店に対する卸売業者の販売依存度は増加することとなった。1954年の公正取引委員会の調査では¹⁰⁷、百貨店と取引のある納入業者48軒中百貨店向け販売額が自己の取引額の50%以上を占めるものが11軒、30%~50%未満のものが14軒、10%~30%未満のものが13軒と、百貨店と取引のある納入業者の百貨店向け販売における販売依存度が高いことがうかがえる。

資源依存関係として、戦前と同様、百貨店の販売力の強さ、信用力の高さ、仕入代金の支払確実性は魅力的であり、納入業者は自己の信用向上につながる百貨店との取引を強く望み、利益を逸しても取引を希望する業者が出現する程であった¹⁰⁸。さらに、納入業者が百貨店と取引することは、自己のみならず自己の取扱商品の信用向上にもつながった。これは当時、消費財メーカーが未発達であり、いわゆるコモディティ商品の流通が多く¹⁰⁹、

¹⁰² 東京商工会議所『主要商品流通の機構と配給費用—主として戦前戦後の変化の事情—』（東京商工会議所、1956）136頁。

¹⁰³ 竹村卓「中小繊維商社の倒産と問題点」中小企業情報6巻5号（1954）10頁。

¹⁰⁴ 例えば、百貨店と大手紡績会社がタイアップした衣料品展示即売会は、1951年3月から6月までに総計37回行われ、約6億6,500万円の売上となっている。公正取引委員会事務局調査部、前掲注95、83-85頁。

¹⁰⁵ 公正取引委員会事務局調査部、前掲注95、99頁。公正取引委員会が百貨店の購買力濫用行為を不公正な競争方法で規制しようとしたとき、即売会を差別価格で規制しようとした。

¹⁰⁶ 公正取引委員会事務局調査部、前掲注95、35頁。

¹⁰⁷ 公正取引委員会事務局編、前掲注98、85頁。

¹⁰⁸ 納入業者が不利な条件を受入れてまでも百貨店との取引を望んだのは、納入業者にとって百貨店に口座を持つことが「一種のグッド・ウィル」になっているためで、さらに、仕入量の大きさや支払いの確実性にも理由があるとしている。公正取引委員会事務局調査部、前掲注95、36-37頁。同様に、納入業者にとり、百貨店取引の魅力は利益面ではなく、「自店の信用を高めるだけ」であるとの見解もあった。東京商工会議所、前掲注102、140頁。

¹⁰⁹ 日用品のことであり、競合他社の商品と比較して品質上の差異の認識が困難で、値引販売等によって販売が維持されることにつながりやすい商品である。ブランド商品はこの対極にある。

ナショナル・ブランドの形成による製品差別化は一部の商品分野に限られていた。このため、当時の消費財は、百貨店の信用力を利用して、百貨店の商標を付して消費者に信用を与え、販売されるものも多かったためである¹¹⁰。このように、納入業者の百貨店に対する資源依存関係も高いものであった。

納入業者の取引先の転換可能性を当時の状況から検討すると、卸売市場で商品が供給過剰であったことは、買手をめぐる売込み競争が激しかったことを意味し、納入業者が新規に取引先を発見する可能性を低くした。また、納入業者の専門性が高く取引範囲が狭いことは、新規納入可能性のある小売業者数が限定されることを意味した。他方、納入先の百貨店は戦前から口座制を採用して安定した継続的取引を望み、新規の納入業者との取引は抑制される傾向にあった。

このため経営基盤が弱体化しており、依存関係も高く、かつ、取引先の転換可能性が低かった百貨店の納入業者にとって、百貨店との取引関係を失うことは経営上に大きな影響を与える可能性があり、百貨店からの不利益な要請を受入れなければならない状況におかれていた。

(3) 仕入形態と返品の実態

百貨店は外部からの資源補完先として納入業者を選択して自己に有利な取引条件を納入業者に要請し、納入業者は、百貨店への依存関係により不利益な取引条件を受け入れた。具体的には戦前から継続して行っていた返品や手伝い店員を大幅に拡大し¹¹¹、また廉売のための値下げ負担を納入業者に負わせることで、不足した資金的・人的資源の補完を行った。これらが行われる中で、百貨店が優越的地位を不当利用して、納入業者が一方的に不利益な行為を受け入れさせることも発生することとなった。

返品の量的な実態として¹¹²、1951年度上期において、東京の主要百貨店と取引のある納入業者のうち、返品率10%を超える業者は90業者中46業者に及んだ¹¹³。返品制については、事前に条件の明瞭性に欠ける返品や、納入業者に一方的に不利益を強要する返品を行い、納入業者に過度の負担をかけることが行われた。

返品の質的な実態として、日本絹人絹織物商協会が公正取引委員会に行った申入れには¹¹⁴、当時、百貨店が行っていた返品の内容として、委託加工商品の返品、百貨店の責で汚損した商品の返品、値下りした商品の返品、端切物の返品、シーズン・オフになってからの返品等、納入業者の再販売が難しい商品の返品及び再販売できても需要が無く、現金化できない又は遅れる可能性のある商品の返品が挙げられている。また、返品が可能なこと

¹¹⁰ 例えばメリヤス商品では、約半分が百貨店の商標で販売され、残り半分が製造業者又は卸売業者の商標で販売されていた。通商産業大臣官房調査統計部編、前掲注 96、209 頁。

¹¹¹ これら戦後の返品の拡大の一因として、納入業者の納入商品の品質低下及び百貨店仕入係の質の低下という双方の必要性から委託仕入が増加し、そこに、納入業者の競争が激化し、買取仕入も返品が拡大するようになったという指摘がある。公正取引委員会事務局調査部、前掲注 95、52 頁。

¹¹² 公正取引委員会事務局調査部、前掲注 95、59 頁。

¹¹³ 公正取引委員会事務局調査部、前掲注 95、59 頁。

¹¹⁴ 公正取引委員会事務局編、前掲注 98、92-93 頁。

から百貨店の店員の商品取扱いが粗雑になっているという指摘があるが、これは百貨店によるモラル・ハザードの発生を示しており、卸売業者間で百貨店向け取引が警戒されたという指摘は、投資の抑制が生じたことを推測させる。しかし納入業者は取引継続を望むために百貨店の優越的地位の濫用行為を受入れざるを得ず、これらの返品のリスク負担から倒産に至る業者が出現したとの実態も指摘されている¹¹⁵。そして、当時行われていた返品としては¹¹⁶、①難物の返品¹¹⁷、②売残り品の返品¹¹⁸、③商品交換¹¹⁹、④値引きがあるとしている¹²⁰。

また 1952 年の公正取引委員会によるこれらの行為に対する警告（詳細は第 2 部第 1 章を参照）の後、脱法的に買取仕入を委託仕入に切替えるという悪質な行為も横行した¹²¹。

(4) 派遣店員の実態

派遣店員の実態としては、前述のように戦後復興期の百貨店に人的資源の量的及び質的な不足が生じ、これを補完するために派遣店員の数が増加した。派遣店員が行う業務は、仕入業務及び販売業務が主たるものであった。派遣店員の量的な実態として、表 1-4-5 の

¹¹⁵ 1956 年当時の資料によると、納入業者間では百貨店との取引が総取引量の 3 割を超えると危険であると言われていたようである。東京商工会議所、前掲注 102、140 頁。

¹¹⁶ 以下、公正取引委員会事務局調査部、前掲注 95、52 頁の記述による。

¹¹⁷ 納入業者に責がある返品であるものの、この認められる範囲を超えて、品質管理の不備又は盗難による部分紛失でも難物として返品された事例が指摘されている。

¹¹⁸ 売残り品の返品に関し、戦前のルール化された返品からルール化されていない返品に変質したことが指摘され、結果として納入業者の負担を拡大させているとしている。具体的には、セルロイド製品において「百貨店の指定マークを製品にいれさせられるので、返品されると、自然デッド、ストックになる」返品や指定マークの付け替えで経費負担を強いられる返品、留め柄の返品等、返品されても納入業者が再販売不可能な、一方的にリスクを負担させる事例を挙げている。指定マーク入り商品及び留め柄の商品は、P B 商品に該当する。

¹¹⁹ 商品交換は、売残り品の返品の変則形態であり、売残り品が返品された後、支払代金が百貨店に返戻されずに代替りの商品が納入されることとなる。例えば、「売残りの夏物が返品され、新規に秋物が納品される」場合などに行われ、「商品交換こそ、デパートが一方に『豊富な良質商品』を売場に確保し、他方に資金効率、商品回転率を速めて利潤の増進を図る返品手段のなかでも重要な」ものであるとしている。また、商品交換は、百貨店側の仕入額を予算内で収めるための手段として有効であり、納入業者の営業担当者にとっても返品額が販売実績から落とされることがないので、返品による代金返戻よりも好まれる傾向があるとされていた。この結果、「返品と新規納品が順繰りに循環しているために、デパート、問屋ともに、商品交換が売残り品を含んでいることをさほど意識していない」状況も発生していた。

¹²⁰ 値引は、納入商品の市場価格が下落したときや売行きが不調なときに、既に納入した商品もさかのぼって仕入れ価格の値下げを行うものである。方法として、一度返品を行って値下げ後再納入を行う場合と、伝票上の処理で商品を動かすことなく値下げを行う場合が考えられる。商品の移動が伴うと物流費がかかり、商品の破損の可能性もあるため、伝票上の操作で値下げされる場合が多かったと思われる。

¹²¹ 1953 年 7 月 23 日に、日本絹人絹織物商協会から公正取引委員会へ提出された「百貨店の不公正取引是正方要請の件」には、公正取引委員会による警告後に、百貨店が書類上委託品のような形式を整えて、返品をカモフラージュしていることが指摘されている。

とおり、1951年には百貨店の雇用する本店員が69.0%、買取仕入・委託仕入で派遣される手伝い店員が12.1%、売上仕入員が18.9%となっている。

派遣店員のうち、手伝い店員の質的な実態として、返品と同様に百貨店の売上が回復し、特に繊維品部門の統制が解除されつつあった1949年頃より復活し始め、当初は「朝方、商品を納品した問屋が値札付けのサービスをした程度だったが、売場の陳列を直したりするうちに、人手のほしいデパートは、これらの問屋店員にバッジや店員服を与え、売場で働かせるようになった」としている¹²²。催物等の行われる場合に店員の供出を要請されたということが、前述した日本絹人絹織物商協会の申入れでも指摘されており¹²³、これらのことから、手伝い店員は、元来は臨時的な性格を持っていたものが定着化していったことがうかがえる。同様に、納入業者は積極的に注文を取るために、「毎日店員をデパートに派遣し、注文をとると同時に、一つのデパートに数個のメリヤス問屋の店員が入りこみ、店頭販売に協力しつつ、相互に激烈な競争を行なっている状態」も指摘されている¹²⁴。また、この過程の説明として、百貨店の使用面積急増に対応して、納入業者が自発的に豊富な商品知識あるいはすぐれた販売技術を持った社員を百貨店に派遣することも見られたものの、納入業者間の激しい納入競争から手伝い店員の派遣も競争手段の一つとなり、その結果、手伝い店員の派遣が取引条件の一つとして考慮されるようになり、納入業者が適当な社員を派遣できない場合にはマネキンを雇って派遣し、更に百貨店の力が強くなるにつれて手伝い店員の派遣を強要し、あるいは使用したマネキンの賃金を無断で仕入代金から差し引く行為が百貨店業界に広くみられるようになったと指摘するものもある¹²⁵。

派遣店員がいた売場として、表1-4-6のとおり、売上仕入員は生鮮食料品部門に多く、衣料品、雑貨等の部門には手伝い店員が多かった。これは戦前より技術的な側面から専門業者に売上仕入という形で販売を任せていた生鮮食料品等の部門では、継続的に売上仕入が用いられており、これに対し、戦前から買取仕入及び委託仕入が行われていた衣料品、雑貨等の部門においては、これら仕入形態に付随して、派遣される手伝い店員が拡大した。

当時、手伝い店員に対しては、家族経営が多く動員できる労働力に限界がある中小小売業者から、販売サービスにおいて量的にも質的にも対抗できないことから批判されている¹²⁶。また、納入業者からの批判として、売り込み手段としての有効性を認めながらも、「手伝い店員が行かないと、デパートは納入品を売らずにそのままにしておく」ので、売残り品となって返品につながるため、防衛手段としての手伝い店員派遣を行っていることを指摘している¹²⁷。中小規模の納入業者の場合、手伝い店員派遣の負担が大きく、百貨店の経費節減が納入業者の経費増大を招いているとの意見や、中小業者の発言力の弱さから不平を言えないことなどを問題点として指摘している。1954年の公正取引委員会による実態調査

¹²² 公正取引委員会事務局調査部、前掲注95、78頁。

¹²³ 公正取引委員会事務局編、前掲注98、64-65頁。

¹²⁴ 公正取引委員会事務局調査部、前掲注95、38頁。

¹²⁵ 樋口嘉重「百貨店の手伝い店員問題（上）」国際商業昭和53年6月号（1978）141頁。なお、マネキンとは、小売店の店頭で商品の宣伝・販売促進を行う販売員であり、有料職業紹介を行うマネキン紹介所等から斡旋を受けて小売店等に雇用される者である。

¹²⁶ 公正取引委員会事務局調査部、前掲注95、79頁。

¹²⁷ 公正取引委員会事務局調査部、前掲注95、79頁。

によれば、繊維品・衣料品納入業者の大部分が不当に不利益を課される返品を受け、更に手伝い店員を派遣しており、そのうち約半数がやむを得ないという理由で派遣していることが認められる¹²⁸。

返品及び手伝い店員のほか、百貨店が優越的地位を利用して納入業者から獲得した取引条件としては、多頻度小口発注、服地を裁断してからの納品、百貨店のマークを入れた納品、百貨店の値札の貼付、納入伝票の購入（全額納入業者負担）等が挙げられている¹²⁹。

百貨店は、納入業者との取引からこれら優越的地位の濫用行為を行い不足した経営資源を補完して、百貨店間での競争を激化し、さらに、このような行為を行うことのできない中小小売業者より競争優位に立つこととなった。この結果、公正取引委員会が百貨店特殊指定を制定することにつながった（百貨店特殊指定制定の経緯は、第2部第1章で詳述する。）。

第4項 高度成長期以降の百貨店の納入業者に対する優越的地位と仕入形態・派遣店員

(1) 百貨店・納入業者の状況

高度成長期には、我が国経済は本格的な成長を遂げることになり、大量生産、大量消費を始めとする量的側面での大衆消費社会が到来し、さらに、日本の消費構造が大きく変容し、質的側面での生活水準の向上と生活様式の洋風化が進行した¹³⁰。そしてこれらに対応する新しい小売業態が登場、成長した。しかし、1973年に、第四次中東戦争の勃発に伴うOPEC（石油輸出国機構）加盟国による原油価格引き上げにより発生した第1次オイルショックにより、使用する石油のほとんど全てを輸入に依存してきた我が国では、この影響により電力、ガス、石油化学製品等の値上げに端を発した激しい物価上昇が引き起こされた。この時に高度成長は終焉し、経済が戦後初めてマイナス成長を記録し消費も冷え込むこととなったものの、以後は安定的な経済成長が持続した。

こうした状況下、我が国の百貨店は、スーパーが本格的に成長するまで、従来どおり中小小売業者が主たる競争相手であり、戦後復興期の成長により中小商業に脅威を与えることとなり、1956年に百貨店の営業活動を抑制する第2次百貨店法が制定された。しかし、第2次百貨店法が制定された後も、都心部のターミナル駅には、小田急、京王、阪神といった多くの電鉄系の百貨店が誕生する等、百貨店は消費革命の進展に伴い順調に業績を拡大した。高度成長期の百貨店の成長を支えたのが衣料品分野であり、高度成長期以降の衣料品分野の売上高の伸びが他部門を圧倒していた¹³¹。ここでは、オーダー服中心であった衣生活を既製服中心の衣生活に変え、カジュアルウェアという新しい生活提案を行って、

¹²⁸ 公正取引委員会事務局編、前掲注 98、87-88 頁。

¹²⁹ 公正取引委員会事務局調査部、前掲注 95、70-71 頁。

¹³⁰ 宮本又郎ほか『日本経営史—江戸時代から 21 世紀へ—』（有斐閣、新版、2007）351 頁以下。

¹³¹ 詳細は、藤岡里佳「百貨店の革新性とその変容—高級化の進行と効率の追求—」石井淳蔵・向山雅夫編『シリーズ流通体系 1 小売業の業態革新』（中央経済社、2009）130 頁以下を参照。

新たな服飾需要の創造を図った¹³²。さらに、都市百貨店の大手では、自社ブランドによるオリジナル商品の販売も開始し、これらの商品開発は、海外メーカーとの提携や、国内メーカーとの協力によって進められた¹³³。

他方、1960年代には、大衆消費社会に対応する形で量販店が発達する、いわゆる「第1次流通革命」が起こり、スーパーも成長期に入って、百貨店以上に急速に小売市場におけるシェアを拡大し始め、1972年にダイエーの売上高が三越の売上高を抜いて小売企業の第1位となるに至った。このため、百貨店も次第にスーパーとの競争に対応する必要性が生じるようになった。百貨店は、量的には新規出店、店舗の大型化により取扱商品の幅を拡大して総合化を進め、多様な品揃えを展開した。また、質的には、衣料品分野を中心に高級化・ファッション化に力を入れ、質の高い生活文化を反映するマーチャンダイジングを展開して、消費市場の変化に対応するとともに低価格志向のスーパーとの差別化を図ろうとした。

これらスーパーへの対抗戦略は、元来、のれんを有する有力な都市百貨店にとって、従来からの諸サービスに加え品揃えの面での質的差別化に力を入れることにより十分棲み分けが可能であった。これに対し、地方百貨店は、商品の品揃え面では、地方での仕入しか実施できない企業が多く、地方都市に出店を増加したスーパー・チェーンは、本部一括仕入により東京・大阪での商品調達力と品揃えを地方都市で実現させており¹³⁴、地方百貨店との競争上優位に立っていた。これに加え中小都市の地方百貨店のほとんどは存立基盤となる消費市場が小さく成長力に乏しいことや、差別化の基盤となるべきのれんの弱さなどから、1960年代以降、経営基盤の弱い地方百貨店の倒産が相次いで発生し、大手百貨店やスーパーの経営傘下に入らざるを得ない状況が発生した¹³⁵。

1970年代には、郊外の人口増加やモータリゼーション化の進行により、広域型のショッピング・センターの誕生等、郊外に新たな商業施設・商業集積が誕生し、消費は、所得水準の上昇により「量的充足から質的充実」が消費の顕著なスタイルとなり、消費内容の高度化、多様化が進行し、物的消費からレジャー消費へと生活様式も著しく変化することとなった。これらの動向もあり、コンビニエンス・ストア、ホームセンター、ディスカウント・ストア等の成長に見られるように小売業態の多様化が進行した。そして、量販店と中小小売業者との競争が激化したために、中小小売業からスーパーの規制を要求する動きが活発化するとともに、第2次百貨店法の運用でスーパーとの競争で不利に立たされていた百貨店からも、スーパーを規制する要求を強めた¹³⁶。これらの動きを受け、1973年に、第2次百貨店法に代わって、規制対象を企業単位から建物単位に変更し、スーパーを規制対象とした大店法が制定されることとなった。

¹³² 小山周三・外川洋子『産業の昭和社會史 7 デパート・スーパー』（日本經濟評論社、1992）103頁。

¹³³ 岡田、前掲注 65、43頁。

¹³⁴ 高丘・小山、前掲注 73、142頁。

¹³⁵ 小山・外川、前掲注 132、113頁。

¹³⁶ 特にスーパーとの競争にさらされていた地方百貨店からの声を受け、1970年11月に百貨店法改正の提言を行い、それ以降、百貨店と同様に競争条件が与えられるべきという「同一土俵論」を主張した。小山・外川、前掲注 132、124-125頁。

1970年代後半は、高度成長を続けていた百貨店にとって極めて厳しい時期となった。競争環境では、日常必需的な商品については総合スーパーや低価格訴求型のディスカウンターが、買回品については専門店が吸引力を増す一方で、機敏な対応ができない百貨店から消費者が離れつつあった¹³⁷。各百貨店とも、これらに対応するため、1970年代後半から1980年代にかけて、大規模な「リニューアル戦略」を導入し、見た目の斬新さ、デザイン性の高さ、高級感の演出などで「生活提案型」の売場の創出に成功した。

このように、衣料品の洋装化に端を発し、高級化・ファッション化を進めるという取扱商品の変化、店舗の大型化・新規出店に伴う品揃えの総合化は、在庫投資の肥大化や商品の売残りリスクを高める要因となった。他方、従業員の数は戦後復興期以降、売上高、店舗面積の拡大に比して、継続的に不足していた。例えば売場面積と従業員数は、戦前からの統計の算定方法が変更された1959年を基準にすると、1965年には面積が1.3倍、従業員数が1.4倍、1970年には面積が1.8倍、従業員数が1.7倍に増加している¹³⁸。他方、百貨店の売上高は、1955年を基準とすると、1960年には2倍、1965年には4倍強、1970年には9倍弱に達している。

高度成長期の卸売業者の状況として、消費財の大量生産体制の浸透とともに、家電、自動車等、大手メーカーが自社製品の大量販売体制の確立のために卸売段階及び小売段階を系列化する動きがみられ、いわゆるメーカー主導型流通システムへ移行する流通分野も登場した。他方、百貨店が主として取り扱う衣料品、雑貨等の多品種少量生産が一般的である分野においては、従前の流通システムが維持された。

(2) 百貨店の納入業者に対する優越的地位

保有する経営資源の状況は百貨店、卸売業者とも変動はあったものの、卸売業者にとって、取引依存関係での百貨店の商品仕入量は、順調な売上高の拡大により中小小売業者に比べて引き続き多いものであり、資源依存関係での百貨店の信用力の高さ、納入代金の支払確実性は引き続き魅力的なものであり続け¹³⁹、卸売業者の百貨店に対する依存関係は継続し続けた。

納入業者の取引先転換可能性として、この時期はメーカーの生産力の向上に比して、販売機関である量販店の成長があったものの、「流通経路が準備しうる販売力をメーカーの生産力が凌駕するという意味での過剰生産が一般化」しており¹⁴⁰、流通経路内での競争が激しかったことから、一般的に納入業者の新規の取引先の変更可能性は低いものであったといえる。また、納入先の百貨店は引き続き口座制を採用して安定した継続的取引を望み、新規の納入業者との取引は抑制される傾向にあった。例えば、1962年当時の百貨店の経営

¹³⁷ 小山・外川、前掲注132、122頁。

¹³⁸ 鈴木編、前掲注60、207頁の統計資料を参照。

¹³⁹ 例えば3事件（三越事件）では、審決において、三越が「老舗として高い信用を得ている」ため、納入業者にとって「三越は極めて有力な取引先であり、……納入取引を行うことを強く望んでいる状況にある。」と認定されている。

¹⁴⁰ 石原武政「戦後流通政策の背景」石原武政・加藤司編『シリーズ流通体系5 日本の流通政策』（中央経済社、2009）7頁

方針について行ったアンケートによると¹⁴¹、固定した仕入先から仕入れるのを原則としている百貨店は96%（57社）であり、任意の仕入先から仕入れるものは0%という結果であった。この調査結果からも、百貨店が多数の納入業者との固定的な取引関係を志向している状況がよく分かる。

このように、百貨店の卸売業者に対する優越的地位は、戦後復興期以降、百貨店の小売市場における地位低下があったものの、量販店や専門店が優勢となった後も継続していた。他方、優越的地位には、都市部の百貨店と地方の百貨店で相違があり、基盤の弱い地方百貨店では、東京・大阪といった都市部の有力な卸売業者との取引関係で優位に立たないものも多かった¹⁴²。

また、この時期には、都市部の百貨店であっても、納入業者の一部との関係に変化も生じ始めた。百貨店の主力商品である衣料品の分野では、高度成長期における衣料品の既製服化の過程で、百貨店とアパレル業者が協力しながら紳士服と婦人服、子供服の標準サイズを制定し、標準化の基盤をつくる等、両者は協力しながら顧客層を拡大し、成長していった¹⁴³。百貨店が積極的に導入した海外の高級ブランドも、我が国の小売市場に参入する際には、自ら路面店を出店して販路を開拓するより、都心部の集客力のある店舗やのれん、優良な顧客網を有する百貨店を主たる販売窓口として市場開拓を進める方針を採用し、これらは、百貨店ののれんを利用しその売場で顧客を開拓して共存共栄を図り成長した。

百貨店の売場構成にも変化が生じ、従来服種別に並べられ仕切りのなかった「平売場」が、全身をブランドのコンセプトに基づきトータルコーディネートされたブランドごとの「箱売場」（イン・ショップ）へと変化した¹⁴⁴、百貨店が高級化・ファッション化を進めるようになってからはこの流れに拍車がかかることとなった。これらイン・ショップの運営を担ったのは、主としてアパレル業者であり、1970年代に積極的に百貨店の売場作りに介入するようになり、アパレル業者が派遣店員を派遣することによって日々の売上高や在庫の管理を自ら行い、人件費を主体的に負担する対価として、店頭における販売情報の取得を求めた¹⁴⁵。

（3）返品、手伝い店員及び売上仕入の拡大

このような状況下、百貨店が卸売業者の費用、リスク負担にとどまらず、卸売業者の持つブランド力、商品力等に依存する傾向が強まっていき、併せて品揃えを形成する際に、返品、手伝い店員及び売上仕入などの取引慣行を拡大することとなった¹⁴⁶。例えば衣料品

¹⁴¹ 回答総数は百貨店法上の百貨店47社及び百貨店法上の百貨店ではないが、通商産業省の百貨店販売統計年報で百貨店の対象としている従業員50人以上のもの13社となっている。高宮晋ほか「百貨店経営方針アンケート調査速報」ビジネスレビュー（一橋大学産業経営研究所）10巻3号（1962）65頁以下。

¹⁴² 高丘・小山、前掲注73、142頁。

¹⁴³ 藤岡、前掲注131、131頁以下。

¹⁴⁴ 藤岡、前掲注131、133頁以下。

¹⁴⁵ 藤岡、前掲注131、133頁。

¹⁴⁶ 他にも3事件（三越事件）に代表されるような協賛金の収受、押し付け販売等による経営資源の補完も拡大することとなった。

の分野では、百貨店は、新しい商品である洋服、それも既製服を適切に品揃えし、販売する人的資源を十分には保有しておらず、その不足分を補完したのは新興のアパレル業者であった¹⁴⁷。また、海外の有力な高級ブランド品の専門店をイン・ショップとして取り込み、あるいは国内のアパレル業者のブランドを導入する際には、主として売上仕入が用いられ¹⁴⁸、このため、売上仕入の利用範囲が従来の食料品、季節商品等といった特殊な商品から、百貨店の主力商品である衣料品にまで拡大した¹⁴⁹¹⁵⁰。

しかし、これら百貨店の成長を可能にしてきたこれらの取引慣行は、百貨店の品揃え形成能力を弱体化させ、いわゆる「場所貸し」と揶揄される要因を生み出すこととなった。これはすなわち、返品制によってリスクを回避するようになっていた百貨店が、派遣店員の採用により更に人件費の負担を軽減することが可能になり、アパレル業者の売場への介入が、百貨店内部にマーチャンダイジングの技能を蓄積することができない構造へと変化させていったためと評価されている¹⁵¹。そして、1970年代後半以降の低迷期に、百貨店がこれら経営構造の変革や営業・取引構造の変革という目に見えない部分の革新に取り組まなかったために、その後の経営危機の要因となった¹⁵²。

(4) 返品の実態

高度成長期全般の仕入形態の量的な推移については、前掲した表 1-4-3 のとおり、買取仕入は 1955 年に 67.5% だったものが 1975 年には 51.5% に、委託仕入は 20.2% だったものが 29.0% に、売上仕入は 20.2% だったものが 29.0% にそれぞれ変化している。この点、1975 年時点では、いまだ買取仕入が主要な仕入形態であったことが分かる。以下において更に細かく返品の実態を検討する。

公正取引委員会が 1956 年 12 月に百貨店業者のうち全国 48 店舗の仕入・返品状況について調査を行った結果によると、百貨店特殊指定制定後、買取仕入が減少し、委託販売契約による仕入や、従来食品等の仕入に用いられていた売上仕入が他の商品にも用いられ

¹⁴⁷ 宮本ほか、前掲注 130、353 頁。

¹⁴⁸ イン・ショップの拡大については、木下、前掲注 27 を参照のこと。

¹⁴⁹ 百貨店が店舗面積を拡大して商圈深耕を行う際に、品揃えの幅を拡大したが、その品揃えのもとで必要となる商品の取扱い技術が複雑化し、これに要する費用が増大することとなった。このため、アパレル業者から派遣される販売員の存在は、小売業者における商品取扱い技術に要する費用を小さくしたと評価されている。坂川祐司「小売業における品揃え規模の優位性」経済学研究 57 巻 1 号 (2007) 56 頁。

¹⁵⁰ 高度成長期以後、売上仕入が拡大した理由としては、1954 年に百貨店特殊指定制定による買取仕入の返品と手伝い店員の規制等も要因の一つとして挙げられる (第 2 部第 1 章で詳述する。)

¹⁵¹ 藤岡、前掲注 131、133 頁。

¹⁵² 小山周三『現代の百貨店』(日本経済新聞社、新版、1997) 68 頁以下。例えば営業構造の変革の一例として、本稿で取り扱う派遣店員の増加による百貨店の販売力の喪失に対する自社販売員による販売強化が挙げられ、取引構造の変革の一例として、同じく本稿で取り扱う返品制、売上仕入の拡大に伴うマージン率の低下に対応する完全買取仕入の拡大によるマージン率の向上が挙げられている。しかし、百貨店がこれらに改革に本格的に取り組み始めたのは 1990 年代であり、このときにはバブル経済崩壊後の消費低迷の時期だったこともあり成果を上げられず、現時点では売上仕入のシェアが更に拡大している。

つあるとともに、従来みられなかった買取仕入と委託仕入との混合形態とみられる新たな仕入形態（混合仕入）をかなり多数の百貨店が採用していることが判明した¹⁵³¹⁵⁴。混合仕入は、代金は買取仕入と同様に仕入額が全額支払われ、返品は委託仕入と同様に売れ残った場合は返品されるとしており、いわゆる返品特約付買取仕入のことを指している。

この際の仕入形態別仕入額の全体に占める割合の合計は、買取仕入が68%、委託品仕入（委託仕入）が18%、売上仕入が14%であり（混合仕入はそれぞれの百貨店が呼称する仕入形態に入れられている。）、食料品を除く他の品目の大半は買取仕入であった。しかし、京阪地区の百貨店業者の全体的な傾向としては、食料品以外の品目にも売上仕入が多くなってきており、漸次切り替えられる傾向にあると述べられており¹⁵⁵、また、調査結果をみると、百貨店ごとあるいは地域ごとにそれぞれの仕入形態の割合にばらつきが出てきていることも分かった¹⁵⁶。

仕入形態別の返品率は、買取仕入によるものが4%、混合仕入によるものが37%、委託仕入によるものが31%であり、全体の返品率は10%（調査方法が若干違った名古屋地方事務所管内の百貨店業者の返品率を入れると買取5%、委託仕入35%であり、全体で10%）であった¹⁵⁷。

このうち買取仕入の返品率は、各店舗により大幅に相違がみられるが¹⁵⁸、中部デパート協会の事務担当者の言によると、「各百貨店が買取仕入について一応、法の許す範囲内の返品を忠実に行うものとすれば、その返品率は種目別により多少の相違はあっても大体、大都市百貨店においては2~3%、中小都市百貨店では4~6%程度でなければならない」とされており¹⁵⁹、公正取引委員会では、この「水準が一応妥当とすれば、大都市百貨店の

¹⁵³ 納入業者が買取仕入より自己に不利な委託仕入を受け入れた要因として、百貨店の有する評判や立地という資源が魅力的だったため、百貨店との取引に一定の譲歩を容認せざるを得ず、また、機会主義的な行動の余地が大きい返品制よりマージンが高くお互いが納得できるルールである委託仕入を受け入れたとしている。高岡、前掲注 53、28 頁。

¹⁵⁴ 公正取引委員会事務局経済部調整課『百貨店業者の取引状況に関する調査』（公正取引委員会、1956）1-2 頁。

¹⁵⁵ 公正取引委員会事務局経済部調整課、前掲注 154、3 頁。

¹⁵⁶ 例えば松屋は買取仕入が85%、委託仕入が8%、売上仕入が7%であるのに対して、十合百貨店（現そごう西武）は買取仕入が12%、委託仕入が64%、売上仕入が24%となっている。また、名古屋地方事務所管内の百貨店業者は、いずれも買取仕入を50%以上採用していて他の地区に比較すると良好とされている。公正取引委員会事務局経済部調整課、前掲注 154、4 頁。

¹⁵⁷ 公正取引委員会事務局経済部調整課、前掲注 154、5-6 頁。

¹⁵⁸ 調査結果では、例えば丸井今井が0.5%、東横百貨店（現東急百貨店）が0.6%から丸宮百貨店が21%、大和富山店が19%等の差異がみられる。公正取引委員会事務局経済部調整課、前掲注 154、6 頁。

¹⁵⁹ 公正取引委員会事務局経済部調整課、前掲注 154、6-7 頁。なお、中小都市百貨店の買取商品返品率が高率となるのは、主要取引先納入業者が概して遠隔地にあるものが多く、納入業者側が百貨店側の注文以外の商品を多量見計らい送付することがあり、これら注文外の商品でも百貨店側で一応買取商品として計上するものの、後日返品することが多いため等としている。

買取商品返品が10%以上を示しているものは、その中に不当返品が含まれているとみて、「差支えない」と評価している¹⁶⁰。

買取品の返品の理由としては¹⁶¹、①売価変更のための返品¹⁶²、②値崩れ防止のための要求返品¹⁶³、③在庫調整のための返品¹⁶⁴、④季節物の返品¹⁶⁵、⑤買取形式をとるための返品¹⁶⁶、⑥注文外見計い送付商品の返品¹⁶⁷、⑦商慣習上の返品¹⁶⁸、⑧特売廉売会後の返品¹⁶⁹、があると説明している。これらの返品について、公正取引委員会は、「百貨店の帳簿組織、伝票操作の不整備に基づく返品または問屋側の責に帰すべき返品等、実質的な返品に該当しないものについては、一応やむをえないものと思われるが、返品理由が明らかにされていない百貨店の中には、相当の不当返品が含まれているものと考えられる」と評価されている¹⁷⁰。

品目ごとに返品率をみると、対象全百貨店の平均値である10%以上の返品がある品目は、呉服17%、紳士服18%、婦人子供服15%であり、その他の品目は6~9%の返品が行われている¹⁷¹。概して営業品目の大半を占める衣料品関係における返品が他の品目に比較して多く、このうちでも紳士服、婦人服等の返品が多いように思われると結論付けている¹⁷²。また、この結果についても品目で百貨店ごとに返品率にばらつきが生じている。

¹⁶⁰ 公正取引委員会事務局経済部調整課、前掲注154、7頁。

¹⁶¹ 返品理由は、公正取引委員会事務局経済部調整課、前掲注154、10頁以下をまとめた。

¹⁶² 現物は返品しないで帳簿上返品して再度新価格で購入したことにするものと説明されている。

¹⁶³ 一流会社の商品の買取売残品を値引特売する場合に値崩れ防止策として問屋側からの要求により行われるものと説明されている。

¹⁶⁴ 月末の在庫量・金額が枠以上にある場合、現物をそのまま返品伝票を切り、翌月初めに新しく仕入れた形式にするものであり、この方法は、「百貨店として、良好、良心的な経営方法とはいえない」と評価されている。

¹⁶⁵ シーズン・オフに問屋、メーカーの希望により開催される特売会等の際にこれらの要求により買取仕入とする代わりに残品の返品自由を最初に契約するものと説明されている。

¹⁶⁶ 買取、委託の別をはっきりしておらず、多忙な時等には委託伝票を切るのが面倒なため、何でも買取扱いにして事務処理を行い、委託品として返品を自由に行うものと説明されている。

¹⁶⁷ 問屋側が遠隔の地にあるので、百貨店の注文以外の品を送ってきたり、注文以上の数量を見計って送付してくることが多く、百貨店の希望商品でない場合に返品するものと説明されている。

¹⁶⁸ 本来委託扱いたるべき洋服等の仕入に当たり問屋側が支払面からする要望により買取扱いとなし、資金面における融通をするとともに返品は問屋側に諒解してもらっているものと説明されている。

¹⁶⁹ 一定期間、メーカー製品の販売会を行うような場合、大都市百貨店では主として売上仕入によるのに対し、商品の開荷、陳列、販売、管理等全て百貨店側で行わなければならない関係上、送付商品を全て買取扱いにしている代わりに残品は全て返品しているものと説明されている。

¹⁷⁰ 公正取引委員会事務局経済部調整課、前掲注154、13頁。

¹⁷¹ 公正取引委員会事務局経済部調整課、前掲注154、8頁。

¹⁷² 公正取引委員会事務局経済部調整課、前掲注154、10頁。

地理的条件別の取引状況として、百貨店を大都市、ターミナル、地方の三種類に分類した場合、仕入形態の割合では、大都市百貨店が買取仕入 69%、ターミナル百貨店が 54% で両者の平均 64% に対し、地方百貨店が 67% となっているが、これは「地方百貨店の納入業者に対する取引上の地位が、大都市百貨店のそれより、優越していないことが考えられる」としている¹⁷³。しかし、これはターミナル百貨店が戦後新たに創設・拡大してきたところが多いため、仕入能力を有する従業員が少ないため、当初から売上仕入を多用していたことも要因と考えられ、一概に優越的地位を有するための数値ではないと考えられる。売上仕入の割合は、大都市百貨店 11%、ターミナル百貨店 24%、地方百貨店が 8% となっており、これには取扱商品に食料品が多いことが理由として挙げられている¹⁷⁴。買取商品の返品率については、ターミナル百貨店が 3% と最も低く、次いで地方百貨店の 6%、大都市百貨店の 7% となっており、委託品の返品は、大都市百貨店が 39%（混合仕入を含めて 38%）、ターミナル百貨店が 22%（混合仕入を含めて 27%）、地方百貨店が 25% となっている¹⁷⁵。

これらの結果から、公正取引委員会は、地方百貨店は買取仕入が多く売上仕入が少ない点、及び大都市以外の商品の返品率が最も低い点から、地方百貨店の取引状況は比較的良好と判断している¹⁷⁶。このように、都市部の百貨店と地方の百貨店で百貨店の納入業者に対する優越的地位に差異が生じていることが分かる。

(5) 派遣店員の実態

高度成長期全般の派遣店員の量的な推移については、前掲した表 1-4-5 のとおり、本店員は 1956 年に 71% だったものが 1971 年 12 月には 56.3% に、1976 年 12 月には 58.6% に、手伝い店員は 4% だったものが 21.1%、14.4% に、売上仕入員は 25% だったものが 22.6%、27.0% にそれぞれ変化している。この点、本店員は 1971 年までおおむね減少しているものの、1976 年にかけては若干増加している。他方、手伝い店員は、1971 年に最も割合が高くなったものの、その後は減少に転じている。売上仕入員は 1971 年におおむね割合が低くなったものの、その後は増加に転じている。この推移の要因としては、1970 年 11 月 17 日付、公正取引委員会が全国の百貨店 212 社に対して行った手伝い店員の改善に係る警告に始まった、手伝い店員の整理問題（2 事件）によるものである（詳細は第 2 部第 1 章で検討する。）。いずれにせよ、納入業者が派遣する従業員が徐々に増加していることが分かる。以下において更に細かく手伝い店員の实態を検討する。

公正取引委員会は、1955 年 11 月に、百貨店業者のうち全国 92 店舗の手伝い店員の派遣状況について調査を行った結果を公表した¹⁷⁷。この結果によると、手伝い店員を使用している百貨店は、京浜、京阪神、名古屋及び大阪市に近接している一部の都市の百貨店と北

¹⁷³ 公正取引委員会事務局経済部調整課、前掲注 154、13-14 頁。

¹⁷⁴ 公正取引委員会事務局経済部調整課、前掲注 154、14 頁。

¹⁷⁵ 公正取引委員会事務局経済部調整課、前掲注 154、15-16 頁。

¹⁷⁶ 公正取引委員会事務局経済部調整課、前掲注 154、16 頁。

¹⁷⁷ 公正取引委員会事務局経済部調整課『百貨店業における特殊指定告示後手伝い店員使用に関する調査』（公正取引委員会、1956）。

九州の一部の百貨店に限定されており、特に東京、名古屋、大阪の三大都市所在の百貨店が他の都市の百貨店より手伝い店員の使用率が高くなっていた¹⁷⁸。

量的に言えば、1955年5月31日時点で、東京・横浜の13店舗の平均だと本店員65%、臨時店員3%に対し、売上仕入員20%、常勤手伝い店員9%、臨時手伝い店員3%であり、京阪神15店舗の平均だと本店員64%に対し、売上仕入員26%、常勤手伝い店員10%となっていた。他方、北海道、東北、京浜を除く関東、静岡、北陸は手伝い店員の利用はなかった。また、手伝い店員の使用率の平均値で、百貨店特殊指定制定前の1954年5月31日の使用率と、制定後の1955年5月31日の使用率を比較してみると、使用している店舗があるいずれの地域においても、使用率は減少（山陽・四国及び九州は横ばい）となっていた。このように手伝い店員についても都市部の百貨店の利用率と地方の百貨店の利用率とで差異があること、及び百貨店特殊指定の効果で手伝い店員が減少していることが分かる。

1958年の納入業者318軒に対する調査では¹⁷⁹、必ずしも百貨店とのみ取引しているものばかりでなく、百貨店以外に小売商、仲間問屋等とも取引をしており、規模も大規模なものから零細な業者まで含まれており、これら納入業者は、平均して8.2軒の百貨店と取引しており、洋服関係の業者は特に多くて13.8軒となっていた。この調査の結果によると、対象納入業者のうち184軒（57.9%）が手伝い店員を派遣しており、1軒当りの派遣人員は、常勤手伝い店員が繁忙期（12月）に9.3人、閑散期（9月）に10.0人、臨時手伝い店員が繁忙期に延べ85.2人、閑散期に延べ64.9人となっており、百貨店から手伝い店員を要求された業者は126軒であった。この調査からも分かるように、納入業者が自己の売上促進のため積極的に派遣している場合もあるものの、百貨店からの派遣要求に基づく場合も多く、競争相手との競争手段として派遣している場合が多く存在していることが分かる。手伝い店員の派遣年数は、同一百貨店に派遣されている年数が1年未満は46.1%、1～2年は18.2%、2～3年は21.5%、3年超は14.2%であり、半数以上が1年以上の長期にわたって派遣されていることが分かった。

1961年度に公正取引委員会が百貨店51店舗を対象に売場別作業内容別必要度等について実施した調査によると、従業員の構成比については、繁忙期（1961年12月）には、本店員62.9%、手伝い店員9.0%、売上仕入員28.1%となっており、閑散期（1962年1月）には、それぞれ59.2%、8.6%、32.2%であった¹⁸⁰。作業内容について、手伝い店員、技術、能力それぞれの必要度を売場別に調べたところ、呉服売場では帯の着付説明、洋服売場では婦人服イージーオーダー採寸、洋服売場では洋装下着の採寸、雑貨売場では化粧品宣伝販売がそれぞれ必要度の第1位であり、いずれも技術が要するものとされている。

そして結論では、納入価格に予め手伝い店員の費用を含める、手伝い店員によって納入商品の売行きをみて他に販売する場合の目安にする、納入商品の回転を良くして次回の納品量の増大を期待する等、納入業者の手伝い店員問題に対する考え方の変化が見られた。

¹⁷⁸ 公正取引委員会事務局経済部調整課、前掲注177、2頁。

¹⁷⁹ 当該調査の内容は、小林隆資「百貨店納入業者の実態」公正取引98号（1958）21頁以下を参照。

¹⁸⁰ 樋口嘉重「百貨店の手伝い店員問題（中）」国際商業昭和53年7月号（1978）135頁。

また、急激な技術革新に伴う多種多様な新商品の出現による知識の習得が困難である等百貨店側の事情が指摘されている。

1975年9月に公正取引委員会は、衣料品のうち、手伝い店員のウエイトの高い呉服、紳士既製服、婦人既製服、子供服、ボディファッション及びネクタイの納入業者345社を対象として、百貨店やスーパー等の大型小売店との取引実態を調査した（回答161社）¹⁸¹。

これによると、手伝い店員の派遣状況について、百貨店4,030店舗へ1万1,208人の店員を派遣しており、1納入業者当たり1店舗に平均2.8人派遣していることとなる。スーパー等に対しては1,589店舗へ669人、1納入業者当たり1店舗に平均0.4人を派遣している。このように、「行為主体」が、百貨店に加え、セルフ・サービス販売を行っているスーパー等にも拡大し、スーパー等に対しても紳士既製服、ボディファッションを中心にながりの手伝い店員が派遣されていることが分かった。

手伝い店員の派遣理由としては、百貨店の場合は、相手方要求が11.1%、両者話し合いが65.6%、自主判断が9.1%、不明が14.2%であり、スーパー等の場合は、相手方要求が22.4%、両者話し合いが63.6%、自主判断が13.0%、不明が1.0%となっている。これらの結果から、両者話し合い及び自主判断で大半を占めるものの、百貨店、スーパー等の派遣の要請があり、特にスーパーではこの比率が高いことが分かった。手伝い店員の経験年数は、百貨店では1年未満が27.2%、1年以上5年未満が45.0%、5年以上が17.9%、不明が9.9%となっており、スーパー等では1年未満が44.4%、1年以上5年未満が44.2%、5年以上が11.4%となっていた。

また、この調査では、百貨店、スーパーの濫用行為として、手伝い店員に加え、百貨店特殊指定に規定されていない協賛金負担（売場増改築に伴う装飾器具費用、販促費用、従業員旅行費用等の負担）及び押し付け販売（宝石、貴金属、絵画等の高額品の他、展覧会やゴルフ大会の入場券の納入業者への購入の強制）について具体例が数多く指摘されている。

第5項 近年の仕入形態・派遣店員の利用実態

(1) 百貨店の状況

安定成長期以降も、百貨店は、量販店への対抗戦略上、取扱商品の高級化を推進し、現在に至っている。そして、最近では、消費の低迷に加え、大店法の廃止に伴う都心部を中心とした新規出店による百貨店の業態内競争の激化や¹⁸²、スーパー、専門量販店、ショッピング・センター等、異業態との競争激化等により百貨店の収益は悪化し、人件費を始めとした経費の削減、地方都市を中心とした不採算店舗の閉鎖等のリストラクチャリングを

¹⁸¹ 調査の概要は、樋口嘉重「百貨店の手伝い店員問題(下)」国際商業昭和53年9月号(1978)135-136頁を参照。

¹⁸² 例えば、2010年には三越銀座店が増床オープン、2011年にはJ R大阪三越伊勢丹が新規出店、高島屋大阪店が増床オープン、2012年には大丸東京店、阪急百貨店梅田本店が増床オープン、2013年には近鉄阿部野本店が増床オープン（全面オープンは2014年）している。

行い、更に業界の再編が加速している¹⁸³。そして、百貨店が返品、手伝い店員及び売上仕入等に過度に依存したことによる品揃え形成・サービス提供能力の低下等による百貨店の業績低迷から百貨店の経営資源はますます不足し、このため、不足する経営資源を補完することが可能となる取引慣行（主として売上仕入）の利用を拡大している。最近では、売上仕入を積極的に活用した店舗運営で、百貨店で取扱いのなかった新たな品揃えの形成を、ローコストで戦略的に行う百貨店も出現している¹⁸⁴。

このような状況下、納入業者との取引関係においても変化が生じてきている。これは、百貨店の小売市場における長期的な地位低下と仕入・販売能力が大幅に低下した一方、返品、手伝い店員及び売上仕入を利用することで成長し、百貨店の店頭の支配力を強めた大手アパレル業者、高いブランド力を有する海外ラグジュアリーブランドの納入業者、戦前からブランドの確立を実現して小売業者を系列化している化粧品メーカー等、ブランド力のある商品や需要の高い商品を有した大規模な納入業者が近年では大幅に地位を向上しており、百貨店がこれらのリスク、費用等の負担能力やブランド力、商品力に依存する場が増加している¹⁸⁵。これにより、百貨店が納入業者に選別され、地域で販売力の低い百貨店や、地方の小規模の百貨店では、売れ筋商品が入荷しないという事象も生じている。

他方、卸売業者全体では、消費の低迷、流通経路の中抜き・短縮化の進展等、事業環境は厳しい状況が続いており、2007年現在では、事業所数の減少が続き、年間販売額もピーク時（1991年）の7割程度とどまっている¹⁸⁶。特に百貨店以外の販路である量販店との取引は、量販店の上位集中化による取引量の増大や取引に要する費用負担から中小卸売業者では担えない場合が多く、その他の販路であった中小小売業者も衰退しているため、取引先の転換可能性は低くなる傾向にある。このため、現在百貨店と取引関係にある中小の卸売業者にとって、百貨店が未だに主要な販売先である状況に変わりはなく、百貨店がこれ

¹⁸³ 例えば、2007年には松坂屋と大丸が経営統合してJ・フロントリテイリングに、同年には阪神百貨店と阪急百貨店が統合してエイチ・ツー・オーリテイリングに、2008年には三越と伊勢丹が統合して三越伊勢丹ホールディングスが誕生している。

¹⁸⁴ 代表例を挙げると大丸松坂屋百貨店であり、売上仕入を用いる「ショップ運営売場」を活用して、従来百貨店が導入していなかったブランドやショップ、商品などを導入した「スペシャリティゾーン」による新たな顧客層の開拓とローコスト・オペレーションとの両立を実現している。大丸松坂屋百貨店の経営戦略の詳細は、拙稿「大丸松坂屋百貨店：店舗運営改革」矢作敏行編『日本の優秀小売企業の底力』（日本経済新聞社、2011）285-319頁を参照。

¹⁸⁵ 有力ブランドが出店することにより、百貨店は、自らの店舗の集客力、ひいては売上高に大きな影響を受ける。他方、有力ブランドは、ブランド力を保持し、あるいは同一ブランド内の競争を回避するため、同一地域内にある最有力の百貨店、あるいは出店場所、取引条件等で優位な百貨店を選択して出店する場合が多い。このため、同一商圈内にある百貨店は、有力ブランドの獲得競争を繰り広げている。例えば、2011年春に開業したJR大阪三越伊勢丹の出店を巡って、近隣百貨店による人気ブランドの囲い込みがあり、2009年春に海外高級ブランドのルイ・ヴィトンが三越松山店から近隣のいよてつ高島屋に移転したことにより、両店の売上に大きな影響を与えた。日経MJ（流通新聞）2010年8月18日号。

¹⁸⁶ 望月和明『中小卸小売業の現状と展望』（商工総合研究所、2010）30頁。

らの中小卸売業者に対して優越的地位にあるといえ、これらのことから卸売業者の地位は二極化が進んでいるともいえる。

このように、百貨店と納入業者との個別的な依存関係の強弱により決定されるものであり、百貨店の納入業者に対する優越的地位は一律なものではなく、百貨店の納入業者に対する地位は、一般的な傾向としては中小の納入業者にはいまだ優位を保っているものの、大手の納入業者の中には交渉力を有し、百貨店に対し優位になるものも少なからず存在している。

(2) 返品、手伝い店員及び売上仕入の量販店への拡大

ここで、前項でも少し触れたが、スーパー等の量販店に対する返品、手伝い店員及び売上仕入の拡大状況について確認する。スーパーにおいては、第1章で検討したとおり、主として本部一括仕入の際に完全買取仕入を用いていたが、1960年代には、生鮮食品の取扱技術が発達していなかったため、委託形式で食肉、鮮魚、青果等の売場を導入する場合が多く¹⁸⁷、この傾向は生鮮食品のプリパッケージ技術が開発されスーパーが直営化する1970年代まで続いた¹⁸⁸。

1970年代から1980年代にかけては、スーパーの購買力が増大し、小売市場の競争激化とともに、納入業者に対する買取商品の事後返品が増加し手伝い店員も用いられ、優越的地位の濫用行為として社会問題化した。前述した1975年9月の公正取引委員会による調査では、特にスーパーでの手伝い店員の派遣要請の比率が高いことが分かった。この一因としては、スーパー等では、百貨店特殊指定の趣旨が十分に理解されていない点に原因があるとされている¹⁸⁹。

1982年に大規模小売業者の優越的地位の濫用の弊害が問題となっている状況を踏まえ、公正取引委員会が行った調査では¹⁹⁰、返品については大手百貨店が一方的に決める割合が4割近くに達しており（大手スーパーでは3割強）、返品率10%以上のものが大手百貨店との取引では3割以上あり、特に衣料品では6割以上に達していることが判明し、依然として百貨店では多くの返品が行われているとともに、スーパーでも相当程度行われていることが判明した。

1990年代以降、大型化、高級化路線の推進により、総合スーパーでは、高コスト体質が常態化した上に、百貨店との品揃えの同質化が進行して経営不振に陥り、総合スーパーの経営資源が不足するとともに、総合スーパーにおける衣料品、雑貨等の商品力不足とこれ

¹⁸⁷ オール日本スーパーマーケット協会『A J S 20年の歩み』（オール日本スーパーマーケット協会、1984）168頁。

¹⁸⁸ スーパーにおいて生鮮食品の温度管理、加工技術（トリミング・プリパッケージ）、店頭での鮮度管理といった「鮮度管理システム」を開発したのは、関西スーパーとされており、1970年ころには確立し、このシステムは同業他社にも普及していった。詳細は、水野学「食品スーパーの革新性」石井淳蔵・向山雅夫編『シリーズ流通体系1 小売業の業態革新』（中央経済社、2009）105頁以下を参照。

¹⁸⁹ 樋口、前掲注181、136頁。

¹⁹⁰ 調査結果は、岸洪太・松山隆英「大規模小売業態経営実態調査結果の概要について」公正取引381号（1982）7頁以下。

らの領域におけるナショナル・ブランドの専門店の商品力強化により、これら専門店のブランド力を自己の品揃えに取り込むため出店させる事例が増加し、これらの一部では売上仕入を利用していた。この傾向は、1992年に借地借家法が改正されて定期借地制度が導入されるまで続いている。

また、現在でも、例えば総合スーパー、食品スーパー等で季節品販売、催事、セール等で臨時的・短期的に小規模な売店を導入する場合、食料品等でブランド力のある専門店を導入する場合に、一部で賃貸借ではなく売上仕入が用いられる事例もある¹⁹¹。

(3) 現在の仕入形態の利用の実態

現在の仕入形態の利用の実態としては、前述したとおり2000年の時点で、百貨店でのシェアは、売上仕入が50%、委託仕入が40%、買取仕入が10%未満と推計されている¹⁹²。業態別の仕入形態の利用状況として、表1-4-3のほか、表1-4-7のとおり、1993年時点で百貨店では買取仕入26.4%、返品条件付買取仕入31.4%、委託仕入(取引)29.8%、消化仕入12.5%と、納入業者が売残りのリスクを負担する仕入形態が7割強であるところ、量販店では、買取仕入(取引)77.6%、返品条件付買取仕入10.5%、委託仕入(取引)6.8%、消化仕入5.1%と、納入業者が売残りのリスクを負担する仕入形態が2割強であることが分かる。

商品領域ごとの仕入形態の利用状況について、表1-4-7のとおり、1975年に比べ、1997年には、百貨店の主力商品である婦人アパレルで委託仕入が52.6%から31.1%に減少した代わりに、売上仕入が22.4%から39.6%に増加していること、戦前から売上仕入を導入していた食料品では、売上仕入が1975年時点で36.4%と高率であるが、1997年には更に増加して52.8%となっていることが読み取れる。

1994年の繊維品の調査では、前掲した表1-4-8のとおり、百貨店は、完全買取仕入が26.4%、返品特約付買取仕入が31.4%、委託仕入が29.8%、売上仕入が12.5%となっている。これに対し量販店は、完全買取仕入が77.6%、返品特約付買取仕入が10.5%、委託仕入が6.8%、売上仕入が5.1%となっており、両者を比較すると、百貨店は商品の売残りリスクを納入業者に負担させる仕入形態の利用が7割強であるのに対し、量販店では2割強と対照的であることが分かる。

これら1990年代の調査以降、消費不況の長期化による経営資源不足、アパレルの商品領域におけるSPA化の進行等で、現在の仕入形態の利用割合は、調査がされていないため詳細が不明だが、特に百貨店、総合スーパーでは、外部の経営資源の利用拡大の必要性から売上仕入のシェアが高まっていると考えられる。

売上仕入について、個別の企業ごとに見れば、大手百貨店の高島屋では、2003年に売上仕入のシェアが全売上高の65%に¹⁹³、三越では、2007年に売上仕入のシェアが全売上高の60%に¹⁹⁴、大丸松坂屋百貨店では2010年に売上仕入のシェアが約80%に達している¹⁹⁵。

¹⁹¹ これらの使い分けはスーパー各社におけるテナント契約運用のポリシーに基づく場合が多い。

¹⁹² 織研新聞 2000年9月22日号。

¹⁹³ 日経MJ(流通新聞) 2003年4月29日号。

¹⁹⁴ 織研新聞 2007年1月11日号。

総合スーパーでも、ユニーでは、平成 24 年 2 月期（個別）の総売上 730,289 百万円のうち、売上仕入に基づき販売した商品に係る売上が 97,721 百万円（シェア約 13.4%）¹⁹⁶、イズミヤでは、平成 26 年 2 月期（個別）の総売上 287,207 百万円のうち、売上仕入に基づき販売した商品に係る売上高 34,679 百万円（シェア約 12.1%）¹⁹⁷、ダイエーでは、平成 26 年 2 月期（個別）の総売上 615,284 百万円のうち、売上仕入に基づき販売した商品に係る売上高 17,622 百万円（シェア約 2.9%）¹⁹⁸、ポスフルでは、平成 18 年 2 月期に総売上 114,250 百万円のうち、22,103 百万円が売上仕入契約に基づき販売した商品に係る売上高（シェアは約 19%）となっている¹⁹⁹。食品スーパーでは、ヤオコーが平成 26 年 3 月期（個別）の総売上 251,334 百万円のうち、売上仕入に基づき販売した商品に係る売上高 36,451 百万円（シェア約 14.5%）²⁰⁰、ディスカウント・ストアでは、ミスターマックスが平成 26 年 2 月期（個別）の総売上 108,478 百万円のうち、売上仕入に基づき販売した商品に係る売上高 1,004 百万円（シェア約 0.9%）となっている²⁰¹。このように、前述した調査の結果より百貨店、総合スーパーとも売上仕入のシェアが高率となるとともに、食品スーパー、ディスカウント・ストアでも用いられるようになってきていることが分かる。

百貨店、スーパー等の量販店の返品、従業員等の派遣要請といった濫用行為の実態は、次章で更に詳細に検討する。

第 6 項 本節のまとめ

本節で検討したとおり、百貨店は、戦前から一貫して、仕入量の多さ、販路としての魅力、信用力の利用可能性、納入代金の支払いの確実性等から、納入業者に対して優越的地位に立ち、戦前から返品、手伝い店員及び売上仕入を活用して、自らの成長や品揃えの拡大、消費者の変化に対応する際の経営資源の不足を補完しており、徐々にこれらの取引慣行への依存を強め、利用率も増大した。このうち、返品及び手伝い店員は、その不当性から戦後復興期には問題化して百貨店特殊指定の制定につながり、1970 年代にも手伝い店員の整理問題として同じく規制を受けることとなった。

¹⁹⁵ 大丸松坂屋百貨店では、消化仕入を用いる「ショップ運営売場」の売上高構成比を 80%としている。J. フロントリテイリング『J. FRONT RETAILING NOW』（J. フロントリテイリング、2010）10 頁。

¹⁹⁶ ユニー株式会社『平成 24 年 2 月期有価証券報告書』の個別損益計算書及び注記事項から計算。

¹⁹⁷ イズミヤ株式会社『平成 26 年 2 月期有価証券報告書』の個別損益計算書及び注記事項から計算。

¹⁹⁸ 株式会社ダイエー『平成 26 年 2 月期有価証券報告書』の個別損益計算書及び注記事項から計算。

¹⁹⁹ 株式会社ポスフル『平成 18 年 2 月期個別財務諸表の概要』40 頁。

²⁰⁰ 株式会社ヤオコー『平成 26 年 3 月期有価証券報告書』の個別損益計算書及び注記事項から計算。

²⁰¹ 株式会社ミスターマックス『平成 26 年 3 月期有価証券報告書』の個別損益計算書及び注記事項から計算。

他方、優越的地位は個別の取引関係において発生するものであり、例えば近年では、百貨店に対する大手アパレル業者、ラグジュアリーブランドの納入業者、化粧品メーカー等のように、百貨店が優越的地位にないもの、あるいは返品、手伝い店員及び売上仕入を活用することにより、自らの成長につなげるものも出現している。そして現在では、売上仕入が百貨店の主要な仕入形態となるに至っている。これは、百貨店・納入業者間の「個」対「個」という個別の取引関係では、百貨店と納入業者とは、百貨店が納入業者に一方的にリスク、費用等を負担させるという関係が成立しているのではなく、相互に相手方の経営資源に直接的あるいは間接的に依存し、相手方の経営資源を自らの事業運営に活用することで、互恵的に収益を増加させている関係にあるといえる。ただし、留意しなければならないことは、これはあくまでも一般的な傾向であり、百貨店が「優越的地位」に立っている納入業者に対して「濫用行為」を行っている事例ははまだ散見されており、この点、現在でも規制対象となりうる大規模小売業態である（現在の百貨店の濫用行為の実態については次章で量販店と比較検討する）。

第4節 まとめ

(1) 規制の方向性

ここで、本章の検討に基づき、百貨店との取引慣行について、規制との関連性で重要な点を二つ挙げる。第一に、本章で検討したとおり、返品、手伝い店員及び売上仕入が納入業者の経営上のメリットを有するものであるため、納入業者がこれらを採用して取引を開始する際に、その利害得失を自らの計算で判断し、これに基づく取引条件の選択と仕入原価率の設定が適切になされているかが重要になる。特に、本章で取り上げた百貨店との取引慣行においては、今般、大半の取引が返品特約付買取仕入、委託仕入及び売上仕入という売残りリスクが100%納入業者の負担となる取引形態であり、かつ、納入業者のブランドによるコーナー・ショップ展開が主流であるためいずれの仕入形態においても店頭の販売用に常駐の派遣店員が百貨店に派遣されることが多くなっている。このため、事前に取引条件を明確化し、仕入原価率に反映することは、他の小売業態よりも容易であると思われる。逆に、これら仕入形態・派遣店員の派遣の選択とマージン率の決定の際に、トレードオフを勘案した納入業者の利害得失の計算が行われないとするならば、優越的地位の濫用規制により私人間の契約関係に介入する根拠となる。

これらのことを勘案すると、主たる規制の対象は、①事前に約定のない返品、事後値引き、受領拒否といった取引開始後の取引条件の変更、②破損品・汚損品の返品、販売促進効果の低い協賛金・従業員等派遣の要請といった取引開始後の不当な行為の実施、③押し付け販売、取引に関連しない協賛金の要請、棚卸し等への従業員等の派遣要請といった取引に直接的に関連しない不当な要請となる。

第二に、前章で、百貨店の「優越的地位」の特徴としては、量販店の「優越的地位」と比較すると、量的な取引依存関係によるものというよりは、百貨店の信用力、販売力、優良顧客といった質的な資源依存関係によるものであることを説明した。このように「優越

的地位」が生じている下、百貨店の「濫用行為」の特徴としては、百貨店が納入業者あるいは納入商品に信用力を求め、納入業者も百貨店の経営資源に依存し、かつ、売場等取引特種投資を行うため、双方とも長期的な取引関係の形成を志向することから、納入業者との取引関係は継続的なものとなり、これら継続性を前提とした行為が行われる傾向が強い。このことは、継続性ゆえに生じた「優越的地位」を利用して「濫用行為」が行われるという側面を持つほか、納入業者も継続的な取引関係を前提とした「濫用行為」の受け入れ、言い換えれば「間接的な利益」を勘案した「濫用行為」の受け入れを行う傾向がある点である²⁰²。このことから、納入業者が自らの事業経営上の「投資」として受け入れた場合に規制すべきか否かは議論の必要がある。

(2) 本章のまとめ

百貨店を始めとする大規模小売業者は、小売店舗の品揃えを形成する際に、自ら商品を調達して形成する場合と、外部の出店業者が商品調達した品揃えを自らの小売店舗に出店させて形成する場合があり、前者の場合には仕入形態を用いている。仕入形態には売買契約に相当する買取仕入、委任及び問屋に相当する委託仕入が用いられている。他方、百貨店では、経済的には賃貸借と仕入形態の双方の経済的効果を有した狭義の出店契約を用いており、このうち売上仕入は、委託類似の非典型的契約と捉えられる。

そして百貨店は、戦前から現在に至るまで、小売業務の運営上、発生するリスク、費用を負担する際に不足する経営資源を、返品特約付買取仕入・委託仕入から直接的に、あるいは手伝い店員といった取引に付随する行為により納入業者から補完している。特に両者の経済的効果を有した売上仕入は、現在、百貨店での主要な取引形態となっており、かつ、利用業種も百貨店からスーパーといった量販店等にまで拡大している。

そして、百貨店・納入業者間の「個」対「個」という個別の取引関係では、返品特約付買取仕入、委託仕入及び売上仕入といった仕入形態は、大規模小売業者の店舗で発生する売残りリスク、売上仕入においてはこれに加えて店舗運営業務を行う際に生じる商品管理上のリスク、責任及び費用の負担を大規模小売業者・納入業者双方が分担しながら、協働して消費者に対する売上を増加させるという側面を有している。また、派遣店員の利用も同様で、大規模小売業者の店舗運営に係る人件費を納入業者に負担させるばかりでなく、納入業者の派遣店員が有する商品仕入・管理・販売に関する専門知識・ノウハウ・技術を活用して大規模小売業者・納入業者ともに売上を増加させることが可能となる。我が国の百貨店は、これら納入業者からの経営資源の補完により、豊富な品揃えを実現し、これを高質な接客で販売することが可能となっている。

他方、納入業者にとってもこれら仕入形態の受け入れや派遣店員の派遣によりメリットを享受できる。具体的には、①リスク・プレミアムによる納入原価率向上による収益の増加、②百貨店の販路としての魅力・信用力の活用、③商品の販売情報、顧客情報、販売ノ

²⁰² 加藤司教授は、百貨店の「濫用行為」について、「返品、協賛金の要求など、販売リスクの事後的転嫁は行われているが、実態は長期継続的な取引関係を前提として販売リスクの分担が行われると言ってよい」として、例えば返品の場合は納入価格に返品のコストを織り込むこと、派遣店員の場合は小売店等の掌握による販売情報の直接収集が可能となることを挙げている。加藤、前掲注 32、101 頁。

ウハウ等といった情動的資源の直接入手・蓄積、④百貨店の店頭における商品の販売促進や販売方法等のコントロールが挙げられる。そして、長期的な観点では、情動的資源を中心とした無形資産の蓄積、自らの商品流通体制の確立、ブランド力向上による競争優位性の創出、流通過程での主導権の獲得といった効果を期待することができるものであり、このようにこれらの利用は、相互に相手方の経営資源を活用しながら互恵的に収益を増加させている側面を有している。そして近年では、百貨店に対する大手アパレル業者等のように、これら仕入形態や派遣店員を活用することにより、自らの成長につなげた納入業者も出現し、百貨店との取引関係も変化してきている。

マクロ的な視点で見た返品制には、メリットとして、需要に不確実性がある中の流通システム内の各段階におけるリスクシェアリングの機能、小売業者の売残りリスクを回避することによる販売促進機能等があり、派遣店員制には返品制採用による小売業者のモラル・ハザードを防止する機能がある。他方、取引慣行としての不合理性や大規模小売業者による売残りリスクの強制的な転嫁であるとする見解も根強く存在し、現に百貨店による優越的地位の濫用として社会問題化している現実もある。

これらの検討から示唆が得られることとしては、これらの取引慣行は、大規模小売業者・納入業者・消費者にとって、それぞれ合理性・不合理性双方を併せ持ったものであり、一概に不当なものとは言えないということである。優越的地位の濫用規制との関連性で重要な点としては、①これら仕入形態や派遣店員が納入業者の経営上のメリットを有するものであるため、納入業者がこれらを採用する際に、その利害得失を自らの計算で判断し、これに基づく取引条件の選択とマージン率の設定が適切になされているかが優越的地位の濫用規制上重要になる点、②百貨店・納入業者間の取引は長期的な取引関係の形成が志向されるため、「間接的な利益」を勘案した「濫用行為」の受け入れを行う傾向があり、納入業者が自らの事業経営上の投資として受け入れた場合に規制すべきか否かは規制の際に議論の必要がある点が挙げられる。

第5章 量販店等による納入業者に対する「優越的地位」と「濫用行為」

第1節 量販店・納入業者間の取引における「濫用行為」の発生要因

第3章では、大規模小売業者による納入業者に対する「濫用行為」の内容を検討し、大規模小売業者が小売業務を運営する際に経営資源補完の手法として、商品の納入取引から補完すること、及び卸売業者が大規模小売業者に果たす役割としてこれを負担することを検討し、これら「濫用行為」が大規模小売業者の経営環境に変化が生じ、これらの環境変化に対応するために発生することが多いことも検討した。本章では、前章の百貨店の返品、手伝い店員及び売上仕入の検討に続き、近年の量販店及びコンビニエンス・ストアの規模拡大により規制が強化された量販店による「濫用行為」の実態及び特徴について検討する。

まず、量販店、特に優越的地位の濫用規制の主要な対象となっているスーパーの事例を踏まえて量販店の成長と「優越的地位」及び「濫用行為」の状況について検討し、次いで、公正取引委員会及び食品産業センターによる調査資料に基づき、大規模小売業者の小売業務における特徴と「濫用行為」の内容との関連性について百貨店、量販店及びコンビニエンス・ストアを比較検討し、さらに、「行為主体」が「濫用行為」を行う目的の詳細を検討する。

第1項 量販店の成長と多様化

前章で検討したとおり、高度成長期には、国全体の総生産・総所得が向上しただけでなく、所得が一部の人に偏ることなく多くの人々に分配され、かつ、消費財の新たな生産技術がアメリカから導入された。このため、大衆消費社会が到来し、大量生産—大量流通・販売—大量消費というアメリカ型の経済システムがモデルとして目指されるようになった。このとき、最寄品の関連商品を1ヵ所でまとめて購入できるような大型店舗を展開し、その本部が傘下の店舗の取扱商品を、大規模卸売業者かメーカーから一括して直接大量に仕入れるという方式により、低価格での大量販売という効率的な流通が可能となるという、いわゆる「流通革命」論が主張された。そして、これらの社会変化に対応するため、最寄品の関連商品を1ヵ所でまとめて購入できるような大型店舗を展開し、低価格での大量販売という効率的な流通を目指した量販店が急速に成長することとなった。

量販店のうち、高度成長期に特に成長したのは、ダイエー、イトーヨーカドー等に代表される総合スーパーであった。総合スーパーは、1956年に施行された百貨店法により出店が制限されていた百貨店の間隙を埋めて、郊外や地方都市を中心に大量出店して、急速に成長した。1972年には、ダイエーが三越の売上高を抜き、小売業者の売上高で日本一とな

るばかりでなく、同年には、業態としても百貨店の売上高を追い抜くまでに成長した。総合スーパーが新規出店により新たな商圈開拓をする際に品揃えの幅を拡大したが、この品揃えのもとで必要となる商品の取扱い技術が複雑化し、これに要する費用が増大した。このため、この商品取扱い技術の複雑化に伴う品揃え形成活動費用の増大を機械加工によるパック販売、セルフ・サービスの採用とともに、納入業者からの人的な営業サポートで抑制したとされている¹。

オイルショック後の低成長期には、1974年の大店法の施行及び1978年の大店法の強化改正により百貨店、スーパー等の大規模小売店舗の出店が全般的に制限される中、1960年代に店舗数を拡大し、1970年代に生鮮食品の取扱い技術確立し取扱商品を拡大した食品スーパー、住関連用品を主として販売するホームセンター等の専門スーパー等も同様に成長した²。また、1970年代以降は消費者の消費スタイルの高度化、多様化に合わせて、量販店も多様化した。家電量販店は、1970年代以降、家電メーカーの流通系列化が進行していた家電製品の小売市場において³、店舗運営として特定メーカーと結びつきを有しない複数メーカーの品揃えと多店舗展開、薄利多売方式により成長した⁴。ディスカウント・ストアは、1980年代後半には、総合ディスカウント・ストア、ハイパー・マーケット、各種専門ディスカウンターが数多く出現して成長した。さらに、コンビニエンス・ストアは、1970年代に登場して以降、大規模な店舗を有する小売業者が大規模小売店舗法の規制を受け、出店が抑制される中、フランチャイズ・チェーン形式により、一般商店をフランチャイジーとして急速に成長した。

1980年代には、市場の成熟化、小売間競争の激化等に起因した業績悪化から、品揃えを拡充する方針を転換し、POSシステム等、情報システムを活用しながら小売業務の効率化を目指す改革に取り組む大規模小売業者が出現した。小売業務の効率化としては、第一に在庫の単品管理による「売れ筋、死に筋」の把握による品揃えの効率化であり、第二に店舗ごとの仕入から本部一括仕入を強化することによる、チェーン・オペレーションの効率化であった⁵。

これらの動きは1990年代以降も、ますます成熟化、多様化、個性化してきた消費者ニーズへ柔軟に対応することと長期的な消費の低迷、大店法の廃止にともなう競争激化への対応を目的として、更に強化されることとなった。さらに、近年は、第1章で検討したとおり店舗の大型化、店舗数の増加に加え、業態内での再編も進行しており、大手企業によ

1 坂川祐司「小売業における品揃え規模の優位性」経済学研究 57 巻 1 号 (2007) 56 頁。

2 総合スーパーに転換する前のイトーヨーカ堂、長崎屋、ニチイ等も衣料スーパーから出発している。

3 当時の家電小売市場では、家電メーカーが小売業者を系列化するとともに、「建値制」を用いて、小売業者間の価格競争激化と商品の値崩れを防止していた。そして、この実効性を確保するため、リベートの提供による卸売業者・小売業者に対する支援が一般的に行われていた。

4 経済産業省が実施する商業統計調査上の分類として、家電大型専門店は、「売場面積 500 m²以上で、セルフ・サービス方式が売場面積の 50%未満のものであり、産業分類 5931 (機械器具小売業)、又は 5932 (電気事務機械器具小売業) に格付けされた事業所と定義している。

5 渡辺達朗ほか『流通論をつかむ』(有斐閣、2008) 177-178 頁。

る積極的な出店、合併、M&A等による業界再編が進行し、量販店の各業態ともそれぞれ企業規模を拡大するとともに、上位集中化も進行しており、これに伴い、これら大規模量販店の購買力はますます強まる傾向にある。

量販店のうち、中心業態である総合スーパー、食品スーパー等は、人口密度が高い市場に恵まれた上に、その成長期が高度成長期と重なり、しかも経済が安定成長期に移る頃には、大店法という競争制限的な制度条件が加わったこと、店舗の立地する土地の地価が高いためこれを賄うために単位面積当たり売上高の増加が必要であったこと、雇用環境上非正規雇用者を多数集められる雇用環境が続いたこと等の理由から、その初期形質がその後もあまり変わらずに保存された面があり、労働集約的な事業モデルが存続した⁶。しかし、競争レベルの低い市場で形成された初期形質を残したままのこれらの大多数は、競争レベルの上昇に対して脆弱であり、市場環境が悪化し売上が伸びなくなると、販管費の抑制で対応する必要が生じる。そして1990年代の人口増加率の低下という市場の変化と出店規制の運用緩和という制度の変化が同時に進行したために、状況がより厳しくなっていると評されている⁷。

そして、現在、これらスーパーの事業モデル及び流通システムは、消費者に対して提供しうる品揃えの豊富さ、鮮度の高さ、欠品率の低さ、また店舗への納品の小口化度合い、リードタイムの短さ、納品頻度の高さなど、様々な点で世界的にも高いサービスレベルを誇っている一方、生産性やコスト効率は必ずしも高くなく、またその内部において合理性や公平性を欠く取引が行われているものの、これらの問題点は抜本的な解決が行われないままであると評されている⁸。

このような状況下において、スーパー等においては、チェーン・オペレーションに基づき本部一括仕入を行い、標準化された店舗で画一的な品揃えを行うという効率追求型の店舗運営を見直し、地域ごとの消費者の需要にきめ細かく対応するため、地域ごとに仕入を実施して品揃えを行う動きも生じている⁹。

第2項 納入業者の状況

卸売業は、小売業とメーカーとの中間に挟まれた位置にあることから、小売りの調達戦略やメーカーのチャンネル戦略の動向に左右されやすい立場にある¹⁰。

スーパーと卸売業者との取引状況について概観すると、1960年代前後の流通革命の時期には、大規模小売業者が成長し、メーカーと直結することによって、卸売業者が取引関係

⁶ 根本重之「日本型小売流通システムの特性と軌道修正」崔相鐵・石井淳蔵編『シリーズ流通体系2 流通チャンネルの再編』（中央経済社、2009）61頁。

⁷ 根本、前掲注6、62-63頁。

⁸ 根本、前掲注6、59頁。

⁹ 例えばコンビニエンス・ストアのセブン-イレブン・ジャパンやスーパーのイトーヨーカ堂では、全国に商品調達や開発の担当者を配置し、2017年度までに地域限定商品の比率を現在の1割から5割にまで引き上げるとしている。日本経済新聞2015年1月6日号。

¹⁰ 渡辺ほか、前掲注5、173頁。

から次第に排除されていくという「問屋無用論」が展開されたものの、実際は、消費財メーカーの多くは自らの商品の販路確保のために、各地の卸売業者に対して商品・地域ごとに優先的販売権を設定することによって、1次卸としての代理店・特約店の組織化、系列化を進めた。こうして形成された特約店・代理店制度によって、メーカーは系列内卸売同士の競争（ブランド内競争）を抑制しながら他メーカー系列の卸との競争（ブランド間競争）を推進し、卸売業者はメーカーのマーケティング戦略の一翼を担っていた¹¹。

当時の総合スーパーは、チェーン展開のための店舗投資を優先し、商品調達のための物流センター等への投資を後回しにし、このため1970年代までは、卸売業者の物流を利用する状況が続いた。そして、総合スーパーの多くが、全国規模で事業展開する卸売業者（全国卸）から一括して商品を仕入れる以外に、各店舗がそれぞれの状況に応じて、全国卸の支店・営業所から仕入れ、あるいは一定の地域内を事業領域とする卸売業者（地方卸）から仕入れて品揃えの拡大・充実を図っており¹²、さらに、店舗投資も卸売業者の提供する回転差資金に依存しており¹³、卸売業者が果たす役割が大きい状況にあった。また、スーパーの成長期には、メーカーの特約店や代理店である卸売業者が過当競争を引き起こすほど存在しており、成長し続けるスーパーとの取引を確保するため、価格・非価格両面で様々な譲歩をした上、物流システムや情報システムを進んで整備し、スーパーの流通システム構築に協力してきた。また、メーカーもスーパーと直接取引をすることはなかったが、商談に関してはスーパーを直接の取引相手と認め、各種の取引条件を提供した¹⁴。

1980年代には、スーパーのチェーン・オペレーションの効率化の際に、複数の卸売業者が納入してきた商品を窓口役となる卸売業者の配送センターに集約し、そこから各店舗に共同配送で一括納品するという¹⁵、「ベンダー一括方式」が主流となり、スーパーによる卸売業者との取引は継続した。しかし、これは形式的なものであり、卸売業者は、スーパーから品揃え形成よりも、在庫・仕分け・配送といった物流の効率的な遂行を優先的に求められるようになり、スーパーが卸売業者に求める役割は、物流に限定されていくという、「卸のベンダー化」が進むこととなった¹⁶。これらの動きは1990年代も継続しており、スーパー等では、消費者ニーズへ柔軟に対応することを目的に、前述したとおり、情報システム・物流システムの高度化による短サイクル型流通システムを志向し、卸売業者やメーカーに対しては、多頻度・小口・指定時間配送といった物流の強化を一層求めるようにな

11 渡辺ほか、前掲注5、175-177頁。

12 渡辺ほか、前掲注5、177頁。

13 高岡美佳「戦後の日本における小売業発展のダイナミズム」伊藤元重編『日本の産業システム6 新流通産業』（NTT出版、2005）297頁。

14 根本、前掲注6、65頁。

15 これらの方式を「窓口問屋制」というが、これは、物流体制の整った卸売業者を配送の窓口として選択し、従来、商品分野別に納品されていたものについて、配送上同様な特性を有する商品を、選択された特定の卸売業者に一括して配送させる制度である。物流の集約化により効率化される一方で、小売業者の受入体制の計画化が実現するとともに、配送コストの低下をもたらす。他方、購買力を形成した小売業者が仕入価格を引き下げするために要求する事例が目立っている。宮澤永光・十合暁『現代商業学入門』（八千代出版、1997）280頁。

16 渡辺ほか、前掲注5、179頁。

った¹⁷。そしてこれらの要請に応えられる卸売業者と応えられない卸売業者への分化が進み、後者は大手卸を軸にした共同配送・一括納品の仕組みに組み込まれ、資本的な系列化や吸収合併の対象とされていった¹⁸。こうした中、特に食品卸、日用雑貨卸の大規模化が進行しており、中堅・下位卸との規模格差拡大が進展している¹⁹。

これらの状況に加え、1990年代以降は、従来の取引制度や取引慣行等の見直しが進み、大規模小売業者による卸売業者の絞込み・集約化、メーカーとの直接取引・直接物流、仕入原価の引下げ・取引条件（金銭的負担、返品、従業員の派遣等）の受入れ要請があり、メーカーによる取引条件見直し（リベートの廃止、建値・希望小売価格の廃止等）、原油・原材料値上がりに伴う小売販売価格引上げの要請といった動きが強まった²⁰。

このように、卸売業者は、自らの存在意義を問われる厳しい状況に置かれている。しかし、これらの状況があっても、卸売業者が排除されないのは、メーカーからも小売業者からも卸売業者がこれらの中間で有する調整機能、具体的には多頻度小口配送や返品といったリスク負担ゆえであり、両者にとって有利な面が多かったからにほかならない²¹。

第3項 量販店の納入業者に対する優越的地位の状況

これらの状況下、量販店と納入業者の取引において優越的地位の濫用問題が生じている。この傾向は、1970年代後半のスーパーの成長等により、小売市場においてスーパーが主要な大規模小売業者になったあたりから発生し始め、1980年代以降には、優越的地位の濫用規制の主要な対象はスーパーにシフトしていった。この傾向は、公正取引委員会が1995年から実施している大規模小売業者・納入業者間の取引に関する実態調査、1986年から2004年の優越的地位の濫用規制の運用積極化に至るまでに行われた警告事件（巻末表1の4事件から12事件まで）で対象とされた小売業態がスーパー6件、ホームセンター、コンビニエンス・ストアがそれぞれ1件（加えて7事件はコンビニエンス・ストアで勧告審決が1件）となっており、量販店、しかもスーパーの事件が大半であることから明らかである。そして2004年以降の運用が積極化することとなった。そこで、以下において特に運用が積極化する2004年以降の状況を念頭に、量販店、特にスーパーの事例を想定して優越的地位が生じる要因を検討する。

(1) 取引依存関係

取引依存関係として、量販店やコンビニエンス・ストアは、同一商品の大量仕入による仕入業務の効率化及び仕入価格の抑制を狙って導入された本部一括仕入（取扱い）を行っている。このため、仕入が少数の納入業者に集約され、かつ、仕入量も中小小売業者に比

¹⁷ 渡辺ほか、前掲注5、173頁

¹⁸ 渡辺ほか、前掲注5、179頁。

¹⁹ 食品卸、日用雑貨卸の現状は、渡辺ほか、前掲注5、189-197頁を参照。

²⁰ 渡辺ほか、前掲注5、173-174頁

²¹ 原田英生「大規模小売組織と卸売業—大規模小売組織の仕入れシステム変革・中間組織形成を中心として—」流通問題研究12号（1988）7頁。

べて大量となる傾向があるところ、さらに、百貨店に比べて店舗当たりの商品の取扱い点数が少なく、チェーン・オペレーションにより店舗の品揃えが統一されている等のため、売上高が同規模の百貨店と比べても単一の納入業者当たりの仕入額は百貨店より大きなものとなる。近年は、仕入業務効率化やスケールメリット発揮のため、仕入を一部の納入業者に集約する傾向は強まっており、納入業者の販売依存度の上昇要因となっている。これに対し、店舗の面積が大きい量販店の品揃えは相対的に広く深いため、特定の納入業者に対する仕入依存度は中小小売業者に比べ低いものとなる²²。ただし、量販店の中でも、古くから登場していた総合スーパーは、徐々に成熟化して品揃えの高級化を進めるようになり、百貨店と同様に品揃え面での納入業者への依存を強めることとなった。他方、ドラッグ・ストア、ホームセンター等、他の多くの量販店は、価格とコストを基盤とした競争を展開しており、これら大規模小売業態は、総合スーパーよりもはるかに厳しい取引条件を納入業者に要求していると指摘されている²³。

納入業者の販路構成の変化も、近年の納入業者の大規模小売業者に対する販売依存度を上昇させる要因となっている。例えばスーパー・納入業者間の取引について、納入業者は、購買力が強く利益を獲得しづらいスーパーと取引する場合、以前はスーパーに対する販売依存度を一定割合以下にすることで、スーパーの支払いサイト等の優位性を運転資金に活用するとともに、メーカーからの達成リベートを獲得しやすくし、利益は中小小売業者から獲得する、というバランスの取れた販路構成を行ってきた²⁴。しかし近年の中小小売業者の衰退により納入業者のスーパーに対する販売依存度が上昇傾向にある。加えて、もう一つの販路であった中堅規模の大規模小売業者に対しては、上位の大規模小売業者がM&Aを仕掛ける等業界再編の波が及んだことにより、納入業者にとり販路を失うとともに、大規模小売業者の要請に応えられるかが存続にかかわる問題となった²⁵。

2010年の公正取引委員会による調査によれば、取引高1位の大規模小売業者に対する納入業者の取引依存度（販売依存度）について、総合スーパーの納入業者では、10%以上30%未満が35.8%、30%以上50%未満が12.2%、50%以上が7.5%、100%が2.8%、食品スーパーの納入業者では、10%以上30%未満が42.0%、30%以上50%未満が16.7%、50%以上が2.7%、100%が0.7%、ホームセンターの納入業者では、10%以上30%未満が38.7%、30%以上50%未満が10.8%、50%以上が3.2%、100%が1.1%、ディスカウント・ストアの納入業者では、10%以上30%未満が37.5%、50%以上が6.3%、ドラッグ・ストアの納入業者では、10%以上30%未満が10.0%、30%以上50%未満が20.0%、50%以上が6.7%、100%が10.0%となっており、各業態の納入業者ともかなり高い販売依存度を有していることがうかがえる²⁶。この大規模小売業者に対する納入業者の販売依存度の高さは優越的地位を生じる重要な要素であることがうかがえる。

²² 渡辺ほか、前掲注5、94頁。

²³ 三村優美子「流通取引慣行と大型小売業の購買力問題」青山経営論集40巻4号(2006)12頁。

²⁴ 住谷宏「卸売機構」久保村隆祐編『商学通論』（同文館出版、七訂版、2009）111頁。

²⁵ 渡辺ほか、前掲注5、180頁。

²⁶ 公正取引委員会事務総局『大規模小売業者と納入業者との取引に関する実態調査報告書』（公正取引委員会、2010）37頁。

(2) 資源依存関係

資源依存関係について、多くの量販店は、大規模化・大企業化により資金力や信用力、情報力等の経営資源が強化され、納入業者がこれらに依存する程度が高まっている。

さらに、スーパーを始めとした量販店やコンビニエンス・ストアは、POS等の導入により単品管理のもとで記録された店頭の正確な販売情報を大量に保有し、在庫情報を正確に把握することとなり消費者動向を正確に把握することが可能となり²⁷、品揃え形成や販売促進において納入業者に情報を依存する程度が減少しているのに対し、納入業者は、品揃え、仕入、在庫等の管理に役立てることができ、量販店のこれらの情報に依存する程度が高まっている²⁸。これにより、納入業者が量販店の有する経営資源に対する依存関係を生じる一因となっている。

(3) 取引先の転換可能性

情報システム・物流システムの高度化は、SCMのようにスーパー、コンビニエンス・ストア等と納入業者とが共同して開発することもあるが、大規模な量販店ほど独自のものを主導して導入し、納入業者がこれに合わせて自らの生産設備等に投資して対応する場合も多い。つまり、高度な情報システムの導入や、物流センターの設置等、高度な物流システムの構築は多額の投資が必要となる上に、スーパー、コンビニエンス・ストア等ごとの規格・運用の相違等から取引特殊的投資を必要とする²⁹。しかし、取引先の転換の際には、これらの投資がサunkコストとなるため販売先の変更が抑制され、取引関係は固定化せざるを得ない。納入業者からすれば、取引特殊的投資は消費者に対する販売の実現でしか回収できないので、これらの投資が一度なされると、取引継続に向けてスーパー、コンビニエンス・ストア等の販売に協力せざるを得なくなる³⁰。また、これらの投資が市場内の大規模小売業者間で進むと、市場において取引関係の固定化による新規販売先の発見可能性を減少させることにつながる。

納入業者の経営環境も消費不況や過当競争の影響を受けている。小売市場の上位集中化が進行して各量販店、コンビニエンス・ストア等が寡占的な状況に移行するとともに、特

²⁷ 根岸哲ほか編『ネットワーク市場における技術と競争のインターフェイス』（有斐閣、2007）187頁〔杉浦市郎〕。

²⁸ 住谷宏「消費財メーカーと組織小売業との信頼関係の因果分析」経営論集 51号（2000）194頁。渡辺ほか、前掲注 5、94-95頁。

²⁹ ただし、近年は、情報システムがオープン・システムに転換し、専用システム問題がサunkコスト化する事態は次第に解消された。以前のEOSは企業ごとのクローズド・システムであり、納入業者は小売チェーンごとに情報システム投資をする必要があった。そこで旧通商産業省の指導の下、通信技術に関わるオープンで汎用的な標準ルールの設定が検討され、EDI（electronic data interchange）と呼ばれる電子データ交換の仕組みが登場した。現在、EDIは、インターネットの活用により更に進化の途上にある。渡辺ほか、前掲注 5、234-237頁。

³⁰ 原田、前掲注 21、23頁。

に納入業者の過当競争の原因として、一次卸による二次卸の商圈への進出³¹、全国規模の大手納入業者の地方進出、前述した中小小売業者、中堅規模の量販店の減少等卸売業者の販路の減少が挙げられる。これらの状況により、小売業者・納入業者間の市場は買手市場となり、納入業者が販売先を変更する可能性の低下につながっている。これに対し、特に大手のスーパーは、帳合変更と呼ばれる加工食品や日常雑貨の全国ブランド品を主に供給する卸売業者を他の卸売業者に変更することが可能な立場となっている³²。

また、第1章で検討したとおり、近年では、大規模小売業者の上位集中が進んでいる。表1-5-1は、日経MJが毎年公表している商品分野ごとの小売業のバイイングパワーランキングを、2006年度と2013年度とで比較したものである。これは、食品、衣料品、住関連用品のそれぞれの商品分野における売上高の上位企業を順位づけしたものであり、仕入高のランキングでないことに注意を要するが、仕入高のランキングを推定する一つの目安となる。これによると、食品分野では、両年度ともコンビニエンス・ストアとスーパーとで上位10位を独占しており、しかも前者のうち上位2社（セブン-イレブン・ジャパンとローソン）が売上高を大幅に増加させていることが分かる。

衣料品分野では、当該分野が主力商品である百貨店、専門店、総合スーパーが上位10位にランクインしているが、特に専門量販店であるユニクロ、しまむらの2社が売上高を大幅に拡大し、百貨店各社も再編により順位・社名が大幅に変化していることが読み取れる。住関連分野においては、2007年度以降はランキングが発表されなくなったために、表では単年度のみ掲載だが、家電量販店、総合スーパー、ホームセンターといった量販店のみで上位10位以内を占めていることが分かる。なお、2013年度の住関連分野における大規模小売業者の売上高は、家電量販店では、ヤマダ電機が1兆7,034億円、エディオンが7,666億円、ケーズホールディングスが7,011億円、ヨドバシカメラが6,908億円であり、ドラッグ・ストアでは、マツモトキヨシ・ホールディングスが4,953億円、スギ薬局が3,646億円であり、ディスカウント・ストアでは、ドンキホーテホールディングスが3,942億円であり、ホームセンターでは、カインズが3,612億円、コメリが3,211億円となっている。このように、住関連分野でも各業態の上位企業が売上高を伸ばしている中、特に家電量販店は、再編及び大量出店により上位企業による寡占化が進行しており、上位の企業規模は大幅に拡大している。

これらの表から読み取れるのは、量販店やコンビニエンス・ストアが各商品領域ともに購買力を有するようになってきていること、しかも上位企業の売上高が更に拡大傾向にあることである。これはすなわち、量販店の購買力が現在も拡大傾向にあることを意味している。

また、業界ごとの市場集中度について、表1-5-2は、スーパー、コンビニエンス・ストア、家電量販店における上位企業の集中化状況をハーフィンダール・ハーシュマン指数（以

³¹ 住谷、前掲注24、113頁。また、多段階構造をもって存在していた卸売業が単段階に転換し、なおかつそれまでの企業・業者がそのまま経営・営業活動を継続しようとしたために新規参入を考慮しなくとも過剰・過当競争が出現したと指摘されている。原田、前掲注21、9頁。

³² 根本、前掲注6、67頁。

下「HHI」という。)を用い1990年と2007年とで比較したものである³³。この基準から見れば、いずれの業界も1990年に比べて2007年では上位集中化が進行していることが分かる。

以前の百貨店による優越的地位の濫用行為においては、大企業対中小企業という個別的な取引上の購買力が問題であったが、ここに、現在は、量販店、コンビニエンス・ストアによる「寡占的構造を背景とした『購買力』問題としての性格」を強めている³⁴。

このように、量販店と納入業者の一般的な関係でいえば、納入業者は量販店やコンビニエンス・ストアに対し取引依存関係・資源依存関係ともに生じており、取引先の転換可能性も低い状態であるといえる。ただし、量販店やコンビニエンス・ストアの各業態内でもその地位に格差が生じており、市場シェアで上位の企業と下位の企業の格差は拡大しつつあり、その地位の優越性にも格差が拡大しつつあるといえる。

また、量販店やコンビニエンス・ストアの優越的地位は卸売業者のみでなく、メーカーも対象となっている。大手を含めて大多数が取引ルートから卸売業者を外していないが、商談を直接行い取扱品目、販売価格、納入価格等に関して十分な交渉力を発揮して、実質的にはメーカーと取り決めている。販売促進計画も、多数のメーカーに提案させて選択し得るし、採用した販売促進計画を実施する場合の費用もメーカーに直接負担させられる。これらに加え、協賛金を求め、店舗の開店や改装時には応援のために従業員を出させるなど、メーカーに対して優越的地位の濫用を行うこともできていると指摘されている³⁵。

第4項 量販店の納入業者に対する濫用行為の実態

一般に、量販店は、百貨店が長期的な取引関係を志向するのと違い、特定の納入業者との長期継続的な関係を結ぶことを志向しておらず、納入業者を互いに競争させることによって、納入価格の引下げ等、より有利な取引条件を引き出すことに努力を傾注していると指摘されている³⁶。これは取扱商品が最寄品であり、かつ、ナショナル・ブランド商品が多いため、どの納入業者でも同一商品の調達が可能であり、かつ、消費者の価格志向が強いためこのような特徴を有していると思われる。他方、短サイクル型流通システム構築

³³ ハーフィンダール・ハーシュマン指数(以下「HHI」という。)は、個別事業者ごとに当該事業者の事業分野占拠率(%)を二乗した値を計算し、これを当該品目に係る全事業者について合計したものである。HHIは、個別事業者ごとの事業分野占拠率(%)を二乗した値の総和であるため、上位3社累積集中度が同じ品目であっても、首位事業者の事業分野占拠率(%)が高い品目(下表の品目Aと品目Bとの関係での品目A)ほどHHIは大きな値を示す。また、首位事業者の事業分野占拠率(%)が同じでも、2位以下の事業者の事業分野占拠率(%)が低い品目(下表の品目Bと品目Cとの関係での品目C)ほどHHIは小さな値を示す。公正取引委員会、「用語の解説 3 ハーフィンダール・ハーシュマン指数」、<http://www.jftc.go.jp/soshiki/kyotsukoukai/ruiseki/yougo.html>、(2015年2月8日)。

³⁴ 三村、前掲注23、3頁。

³⁵ 根本、前掲注6、66頁。

³⁶ 加藤司『日本の流通システムの動態』(千倉書房、2006)102頁。

の必要性から、スーパー等、量販店の業態によっては、継続的取引関係が進行していると思われる。

このような状況下において近年、量販店は、取引依存関係により生じた強力な購買力を背景にして、卸売業者との取引交渉を優位に進めることができるようになり、その交渉内容は、価格面のみならず、品揃えや物流・情報システム等にも及ぶようになり、そうした大規模小売業者の要請に応えられるかどうかは納入業者の重要な課題になっている³⁷。

例えば、卸売業者から納入価格に関する譲歩を十分引き出した上、納品のロットや頻度、リードタイムなどについても大きな譲歩を引き出し、メーカーには許容しがたい納入価格の引き下げや納入条件の変更も、まず、立場の弱い卸売業者に吞ませてしまい、その上で卸売業者にメーカーと交渉させるといったことも常套手段となっていると指摘されている³⁸。特に大手のチェーン小売業との取引では、卸売業者は必要経費をカバーしきれない水準まで商品の仕入価格が引き下げられており、この結果、卸売業者の実際の収入は、メーカーからの各種リベートとなりがちであるとの指摘もある³⁹。このような状況下において、量販店による濫用行為が活発化している。

他方、コンビニエンス・ストアは、より高度な情報システム・物流システムを構築する必要があること、店舗で取り扱う品目数は量販店より圧倒的に少数であること、店舗に共同配送を行う必要があることから、納入業者の数を絞って納入業者にもこれらに対する設備投資を行わせるという、大規模かつ少数の納入業者と長期継続的・協働的な取引関係となる傾向がある⁴⁰。また、店舗出店において主としてフランチャイズ方式を採用し、販売業務の主体及び在庫リスクは、フランチャイジーが負担するために、納入業者に対して行われる「濫用行為」は、百貨店、量販店とも相違したものとなる。他方、百貨店・量販店では取引制度上見られないフランチャイジーに対する「濫用行為」という新たな問題が発生している⁴¹。

市場での「濫用行為」の広がりとして、2012年の公正取引委員会の調査を加工して作成した表1-5-3によれば、調査した全納入業者のうち、返品に応じたものの割合は36.9%であり、このうち正当化事由のあるものは31.0%、濫用につながり得るものは5.9%、協賛

³⁷ 渡辺ほか、前掲注5、183頁。総合スーパーと百貨店の取引問題の相違点の一つとして、前者がチェーン・オペレーションのもとで本部集中仕入を行っていることから、特売条件、リベート・アローアンス、手伝い店員要求などで強い仕入れ交渉力が発揮されていることが指摘されている。三村優美子「流通取引問題とサプライチェーンマネジメント」経営システム19巻4号（2009）138頁。

³⁸ 根本、前掲注6、67頁。

³⁹ 根本、前掲注6、67頁。

⁴⁰ コンビニエンス・ストアの仕入政策の特徴については、小川進「コンビニエンスストアの革新性—セブン・イレブンの事業システムを通して—」石井淳蔵・向山雅夫編『シリーズ流通体系1 小売業の業態革新』（中央経済社、2009）184-186頁を参照。

⁴¹ 例えば、セブン・イレブン・ジャパン事件は、フランチャイザーによるフランチャイジーに対する見切り販売の制限が優越的地位の濫用として規制された事件である。具体的な濫用行為の内容としては、フランチャイズガイドラインには、取引先の制限、仕入数量の強制、見切り販売の制限、フランチャイズ契約締結後の契約内容の変更、契約終了後の競業禁止が挙げられている。

金等の負担要請に応じたものの割合は26.2%であり、このうち正当化事由のあるものは17.8%、濫用につながり得るものは3.3%、従業員等の派遣の要請に応じたものの割合は18.0%であり、このうち正当化事由のあるものは14.7%、濫用につながり得るものは3.3%、購入・利用の要請に応じたものの割合は10.5%であり、このうち正当化事由のあるものは5.1%、濫用につながり得るものは5.4%であった。

これら3つの行為は、正当化事由のあるものを含め、多数の納入業者が大規模小売業者から当該行為を受け、あるいは要請されて実施しており、大規模小売業者・納入業者間の取引において大規模に行われている行為であることが分かる。

第2節 「濫用行為」と小売業務との関連性：小売業態間の比較

第1項 「行為主体」と「濫用行為」の内容・目的の関連性

このように「優越的地位」に立った「行為主体」である量販店であるが、「行為主体」が百貨店から量販店に変化したことに伴って行われる「濫用行為」も変化している。「行為主体」によって特徴的に行われる「濫用行為」の形態については、①「行為主体」である大規模小売業者の店舗運営、商品供給、商品調達の各小売業務における特徴に適合していることを基礎として⁴²、②「行為主体」が「濫用行為」を行う目的（小売業者の収益改善及び適応力・競争力強化）を達成する形態で行われることとなる。このほか、③小売業者・納入業者間の取引で行われている取引慣行や、④各種の外的要因の影響を受けて形態が変化することがある。これらの関係をまとめたものが図1-5-1である。

このうち、③については、当該商品領域に係る小売業者・納入業者間で行われている取引慣行、特に同じ小売業態内で行われている取引慣行の影響を受けて形態が変化する。例えば、高度成長期にスーパー・納入業者間の取引に返品、手伝い店員及び売上仕入が導入され、かつ、現状でも一定割合行われていることが挙げられる。

④については、規制の影響、特に「濫用行為」を直接的に規制する優越的地位の濫用規制の影響を受けて形態が変化する。例えば、1952年の公正取引委員会による百貨店に対する警告後、1954年の百貨店特殊指定制定後には、返品規制を逃れるために百貨店の仕入では委託仕入又は売上仕入が拡大し⁴³、1970年代には百貨店特殊指定の規制を受けない押し

⁴² 百貨店と量販店では取り扱う商品特性等のマーチャンダイジング、店舗オペレーション、物流システム等が異なるために、優越的地位の濫用の発現形態も異なるとするものに、加藤司「SCMの阻害要因としての日本的商慣行」経営研究51巻2号（2000）7頁。

⁴³ 大規模小売業告示第3項では、不当な委託販売取引を規制しており、大規模小売業告示ガイドラインでは、この具体例として、買取仕入れから委託仕入れに変更した場合、委託手数料を従来の買取仕入れにおける粗利と同じとするような取引条件を設定するような場合を挙げている。また、正田彬『流通研究双書7 卸売業をめぐる競争と法』（リプロ

付け販売や協賛金等の要請が拡大したように、規制されている「濫用行為」から、規制されていない「濫用行為」へシフトすることが挙げられる。

次節においては、①大規模小売業者の小売業務における特徴と「濫用行為」の内容との関連性について百貨店、量販店及びコンビニエンス・ストアを比較検討し、第4節において、②の「行為主体」が「濫用行為」を行う目的の詳細を検討する。

第2項 店舗運営に係る濫用行為の特徴

今まで検討したように、大規模小売業態は、店舗運営、商品調達、商品供給の各小売業務の運営方法の相違により、納入業者からの資源補完方法に相違が生じる。例えば、百貨店は、戦後復興期以降、返品、手伝い店員及び売上仕入により納入業者から経営資源を補完して店頭の豊富な品揃えと高質な人的販売を実現し、量販店、特に総合スーパーは、高度成長期に回転差資金により納入業者から経営資源を補完して大量出店及び急速な企業規模の拡大を実現し、コンビニエンス・ストアは、長期安定的・協働的な取引関係に基づき納入業者に設備投資を行わせ、高度な情報システム・物流システムを構築することにより共同配送方式・多頻度小口配送による短サイクル型流通システムを実現している。さらに、コンビニエンス・ストアは、納入業者のほか、フランチャイジーから店舗に係る費用、売残りリスク等の費用・リスクを負担させることにより経営資源を補完している⁴⁴。無論、これら納入業者による卸売業者としての本来の役割発揮による経営資源の補完に加え、「濫用行為」からの経営資源の補完が行われ、さらに、その形態に相違も見られる。

本項では、「行為主体」である大規模小売業態の店舗運営、商品調達、商品供給の各小売業務の運営方法の特徴により、「濫用行為」の形態に相違が発生することについて、近年の公正取引委員会による規制事例、並びに公正取引委員会が2012年に行った調査（以下「平成24年公取委調査」という。要旨は表1-5-3及び表1-5-4）⁴⁵及び食品産業センターが2014年に公表した調査（以下「平成26年食品調査」という。要旨は表1-5-5及び表1-5-6）を用い⁴⁶、百貨店、量販店及びコンビニエンス・ストアを比較して検討する。

(1) 販売方法の特徴

百貨店では接客販売が多く、量販店及びコンビニエンス・ストアでは、家電量販店を除き、セルフ・サービスによる販売が多い。ただし、家電量販店では、取扱商品が百貨店と同様、買回品である家電製品であるためにセルフ・サービスに加えて接客販売も行っている。ドラッグ・ストアについては、医薬品の種別により薬事法で対面販売が義務付けられ

ポート、1984年) 147頁において、独占禁止法による返品特約付買取仕入規制により委託仕入が返品の脱法行為として用いられる可能性を指摘している。

⁴⁴ これらの小売業態の経営資源補完の分析は、高岡、前掲注13、284-312頁が詳しい。

⁴⁵ 公正取引委員会事務総局『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』（公正取引委員会、2012）。

⁴⁶ 食品産業センター『平成25年度 食品産業における取引慣行の実態調査報告書』（食品産業センター、2014）。

ているが、対面販売が義務付けられていない医薬品や日用品についてはセルフ・サービスによる販売である。

この相違により、それぞれ納入業者から派遣される従業員の業務内容に特徴が表れる。

百貨店・家電量販店では、商品販売を行う手伝い店員の派遣要請が多く、その他の量販店では品出し・陳列作業や、棚卸・棚替え・社内事務等のための従業員等の派遣要請が多い。特に量販店では、セルフ・サービス方式を採用して従業員数が本質的に少ないため、これら従業員等の派遣要請が強まっていると考えられる。これに対し、コンビニエンス・ストアは、店舗が小規模であり、かつ、主としてフランチャイズ方式を採用しており、フランチャイジーの労働力を用いて店舗運営するのが通常であるため、従業員等の派遣要請が少ないと考えられる。

表 1-5-4 によると、従業員等の派遣要請を受けたことのある納入業者のうち、優越的地位の濫用につながり得る要請を受けた納入業者の割合は、百貨店では 10.3%のところ、総合スーパーが 12.4%、食品スーパーが 20.4%、ホームセンターが 21.5%、ディスカウント・ストアが 23.5%、ドラッグ・ストアが 31.7%となっており、量販店のほうが総じて問題となる従業員の派遣要請が多いことが分かる。これに対しコンビニエンス・ストアは、要請されたものがない。

このうち、小売業者が派遣費用を負担せずに小売業者の業務を行わせるための従業員等の派遣要請は、百貨店では 45.5%のところ、総合スーパーが 41.7%、食品スーパーが 44.4%、ホームセンターが 41.2%、ディスカウント・ストアが 57.1%、ドラッグ・ストアが 29.4%となっており、自らの納入商品に併せて他の納入業者が納入した商品の販売業務にも従事することにより、直接の利益等を勘案して合理的な範囲を超えた派遣要請は、百貨店が 27.3%のところ、総合スーパーが 33.3%、食品スーパーが 29.6%、ホームセンターが 17.6%、ディスカウント・ストアが 14.3%、ドラッグ・ストアが 35.3%となっている。この調査結果によると、小売業態間に顕著な相違は現れていない。

他方、表 1-5-6 によると、従業員等の派遣の要請を受けたことのある食料品の納入業者のうち、販売業務の要請を受けたものの合計は 80.0%であるところ、大型総合スーパーでは 47.9%、食品スーパーでは 48.9%、ディスカウント・ストアが 42.5%、ドラッグ・ストアが 37.0%、コンビニエンス・ストアが 13.4%であり、販売業務以外の要請を受けたものの合計は、百貨店が 53.3%であるところ、大型総合スーパーが 115.4%、食品スーパーが 124.4%、コンビニエンス・ストアが 120.0%、ディスカウント・ストアが 134.2%、ドラッグ・ストアが 141.3%と、食料品に限った調査では、顕著に差異が生じている。

(2) 販売価格の特徴

百貨店及びコンビニエンス・ストアでは、通常展開される商品は正価販売を行っており、一定期間あるいは一定のスペース・商品のみ値引販売を行うことがある。他方、量販店では日常的な値引販売やセール販売が行われている。このため、これら量販店では、値引販売用に商品納入時の買ったたきや商品納入後の値引き要請が多くなっている。

表 1-5-4 によると、納入業者のうち、セールで値引販売したことを理由に、又は当該値引き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の対価の減額をされたものは、百貨店が 50.0%、コンビニエンス・ストアが 0%に対し総合スーパーが 43.5%、

食品スーパーが 33.3%、ホームセンターが 38.9%、専門量販店が 60.0%、ディスカウント・ストアが 14.3%、ドラッグ・ストアが 75.0%となっている⁴⁷。セールで供する商品について納入業者の仕入れ価格を下回る納入価格を一方向的に定め、通常の入札価格に比べて著しく低い価格での取引の要請を受けた納入業者は、百貨店が 33.3%、コンビニエンス・ストアが 0%に対し、総合スーパーが 33.3%、食品スーパーが 50.0%、ホームセンター 25.0%、ディスカウント・ストア 20.0%、ドラッグ・ストア 33.3%となっている。消費者の価格志向の高まりを反映して百貨店を含め、全体的に高い割合となっている。

表 1-5-6 によると、食料品の納入業者のうち、不当な値引きの要求を受けたものは百貨店が 8.8%、コンビニエンス・ストアが 7.3%に対し、大型総合スーパーが 18.1%、食品スーパーが 21.5%、ディスカウント・ストアが 20.2%、ドラッグ・ストアが 17.3%となっている。また、特売商品等の買ったときの要請を受けたものは、百貨店が 12.1%、コンビニエンス・ストアが 10.6%に対し、大型総合スーパーが 20.2%、食品スーパーが 26.1%、ディスカウント・ストアが 26.5%、ドラッグ・ストアが 21.5%となっており、こちらの調査では差異が顕著に表れている。

(3) 店舗出店の特徴

百貨店では都心部に大規模な店舗を出店していることが多く、都心部に残余の立地がないこと、店舗が大規模なために設備投資に多額の資金が必要なこと、百貨店自体の資金力が乏しいこと等から、不採算店舗の退店は多いものの、新規の出店は、大手百貨店を除き多くない。これに対し量販店は、スクラップ&ビルド方式により、不採算店の出店と新たな立地への出店を基礎としているばかりでなく、市場規模が拡大している小売業態に属する大規模小売業者、あるいは企業規模が拡大している小売業者では、積極的に新規出店を行っている。また、同一商圏内の大規模小売業者に対抗するため、積極的に改装、棚替え等を実施して顧客の集客に努めている

このため、量販店では、新規出店、改装、棚替え等を理由とした協賛金等あるいは従業員等派遣の要請、改装、棚替え等を理由とする返品・事後値引きが多くなっている。コンビニエンス・ストアは、新規出店は多いものの、商品在庫を必要最低限しか持たず、商品の入替えが日常的に行われており、改装、棚替え等についてはほとんど実施しないため、新規出店に係る協賛金等や従業員等の派遣要請は多いものの、不要となった在庫品の返品・事後値引きはさほど多くないと考えられる。

表 1-5-4 によると、優越的地位の濫用につながりうる協賛金等の負担の要請を受けた納入業者のうち、店舗の新規・改装オープンに際し、小売業者の利益確保を目的とした協賛金等の要請を受けたものは、百貨店が 0%に対し、総合スーパーが 22.0%、食品スーパーが 26.9%、ホームセンターが 37.0%、コンビニエンス・ストアが 33.3%、ディスカウント・ストアが 27.8%、ドラッグ・ストアが 19.2%となっている。

優越的地位の濫用につながり得る返品をされたことがある納入業者のうち、売場の改装や棚替えに伴い不要となったことを理由とした返品を受けたものは、百貨店が 0%に対し、

⁴⁷ 公正取引委員会事務総局、前掲注 45、57 頁。

総合スーパーが18.2%、食品スーパーが20.5%、ホームセンターが40.0%、ディスカウント・ストアが29.4%、ドラッグ・ストアが100.0%となっている。

表1-5-6によると、食料品の納入業者のうち、新規（改装）オープン協賛金の要請を受けたものは、百貨店が18.4%に対し、大型総合スーパーが52.4%、食品スーパーが61.6%、ディスカウント・ストアが67.7%、ドラッグ・ストアが62.7%、コンビニエンス・ストアが15.4%となっている。また、新規・改装オープンに際し商品などの陳列作業の要請を受けたものは、自社商品・他社商品のものを併せて、百貨店が20.0%に対し、大型総合スーパーが59.1%、食品スーパーが52.2%、コンビニエンス・ストアが66.6%、ディスカウント・ストアが63.9%、ドラッグ・ストアが56.7%となっている。こちらの調査では、百貨店と量販店の差が顕著に表れている。

(4) プライベート・ブランド商品販売の特徴

百貨店でも衣料品、食料品等でPB商品を製造しているものの、売上仕入のシェアが高く、かつ、商品の企画能力が脆弱であるため、その取組は小規模なものとなっている。これに対し、特にスーパー等の量販店及びコンビニエンス・ストアでは、販売価格の抑制、利益率の向上、商品の差別化等を実現するため、PB商品の製造販売を強化している。また、専門量販店では、いわゆるSPA方式等により独自の商品調達を行う小売業者も増加している。このため、量販店では、PB商品に係る各種の濫用行為が増加している。

表1-5-5によると、優越的地位の濫用につながり得る返品をされたことがある納入業者のうち、PB商品の返品を受けたものは、百貨店が0%に対し、総合スーパーが3.0%、食品スーパーが2.6%、ホームセンターが7.3%となっている。

また、公正取引委員会が2014年に行った調査によると⁴⁸、製造業者等による食料品のPB商品の製造について、取引先小売業者としては、総合スーパーが16.5%、食品スーパーが13.2%、コンビニエンス・ストアが8.8%、専門量販店が2.2%、ディスカウント・ストアが1.9%、ドラッグ・ストアが0.9%、百貨店が0.5%、ホームセンターが0.2%となっている。これは、商品領域が食品という限定があることも影響しているが、スーパー及びコンビニエンス・ストアが圧倒的に多いことが分かる。

これらの小売業者・製造業者等間の取引のうち、自社に不利益となるような要請を受けたものは全体の12.0%であり、このうちこれを受け入れたものが89.6%（全取引のうち10.8%）であった。具体的な不利益の内容としては、次のようなものがあつた。

- ①原価構成や製造工程に係る情報など、開示することにより価格交渉等において不利な立場に立つこととなる情報の開示を取引条件として設定するもの（全取引のうち8.5%）
- ②NB商品と同水準の原材料の使用を求められるにもかかわらず、取引価格についてはNB商品より著しく低い価格での取引を要請するもの（全取引のうち4.9%）
- ③差益率が低い等により製造委託の要請を断ろうとしたところ、NB商品の取引の中止、取引数量の減少をちらつかせ、製造委託に応じるように要請するもの（全取引のうち2.1%）

⁴⁸ 公正取引委員会事務総局『食品分野におけるプライベート・ブランド商品の取引に関する実態調査報告書』（公正取引委員会、2014）。

④ P B商品の取引を開始することを条件に、本来支払う必要のないリベート・協賛金等の負担を要請するもの（全取引のうち1.1%）

その他のP B商品の取引に係る不当な要請としては、購入・利用の要請があったものが全取引のうち3.2%（うち受け入れたものは全取引のうち2.2%）、協賛金等の負担の要請があったものが全取引のうち20.5%（うち受け入れたものは全取引のうち19.7%）、従業員の派遣の要請があったものが全取引のうち8.6%（うち受け入れたものは全取引のうち8.5%）、受領拒否があったものが全取引のうち5.8%（うち受け入れたものは全取引のうち5.5%、優越的地位の濫用になりうるものが0.5%）、返品があったものが28.8%（うち受け入れたものが28.5%、優越的地位の濫用となりうるものが0.7%）減額を受けたものが全取引のうち3.2%（うち受け入れたものは全取引のうち3.0%、優越的地位の濫用となりうるものは0.4%）、通常の納入価格を著しく下回る価格での取引の要請があったものが全取引のうち8.8%（うち受け入れたものが6.2%、優越的地位の濫用となりうるものは0.9%）となっている。

小売業態別にみると、P B商品の取引に係る優越的地位の濫用となりうる行為を行った小売業者等の業態としては、総合スーパーが23.1%、生協が18.3%、コンビニエンス・ストアが11.7%、食品スーパーが10.7%、ディスカウント・ストアが2.1%、ドラッグ・ストアが1.0%となっており、P B商品を積極的に開発しているスーパー、コンビニエンス・ストアが多いことが分かる。

第3項 商品調達に係る濫用行為の特徴

百貨店では、事前に返品を約定している返品特約付買取仕入や委託仕入を用いており、日常的に返品が行われているだけでなく、さらに、仕入・販売業務を納入業者が行う売上仕入が大幅に増加している。これに対し、返品を約定しない完全買取仕入を多用し、返品特約付買取仕入を行うことが少なかった量販店にも、不当な返品が拡大しつつある⁴⁹。これに対し、コンビニエンス・ストアでは、フランチャイジーが商品管理上のリスク及び商品売残りリスクを負担するため⁵⁰、フランチャイザーから納入業者への返品はさほど多くない⁵¹。

表1-5-4のように、優越的地位の濫用につながり得る返品をされたことがある納入業者の割合は、百貨店が34.7%と最も高率であるが、量販店でもホームセンターが16.2%、

⁴⁹ 量販店の衣料品分野の取引では、単品でも発注数量が膨大な数にのぼるところ、「必要なものを必要時に必要な量だけ」というジャスト・イン・タイム納入が一般的となっているため、返品より納入を約定したものの受領を拒否する「未引き取り」が問題となるものにも、加藤、前掲注42、7頁。

⁵⁰ これらのリスクは、商品を納入業者から直接仕入れ、商品の所有権を有するフランチャイジーが負担することとなる。売残り商品の処分は、値下げ販売、廃棄等で行われるが、値下げ販売は、フランチャイザーから推奨価格で販売することを指導され、実施できない場合もある。

⁵¹ フランチャイザーから納入業者への返品が生じる可能性があるのは、フランチャイザーの直営店への納入商品である。

ドラッグ・ストアが 15.7%、専門量販店が 13.6%となっており、特にホームセンターの割合の高さが目に付く。これに対し、コンビニエンス・ストアは 2.9%となっている。また、不当な返品の内容として、全体の 25.7%が返品条件が不明確であらかじめ計算できない不利益を受ける返品を挙げ、次いで売場の改装・棚替えに伴い不要となったことを理由とした返品が 21.0%、セール終了後に売れ残ったことを理由とした返品が 17.5%となっている。これらから、前項でも検討したが、各小売業態とも競争力強化のため、売場の改装・棚替え、あるいはセールを行い、これらに伴い生じる売残りのリスクを納入業者に負担させていることが分かる。

第 4 項 商品供給に係る濫用行為の特徴

(1) 物流方法の特徴⁵²

百貨店では、納入業者が自ら又は納品代行業者等を利用して百貨店の検品所に直接納品するケースが多く（納品代行業者が百貨店の検品自体を代行して行う場合もある。）、更に近年では、百貨店の検品を経ずに、納入業者自らが百貨店の店舗に所在する納入業者の売場に直接納品する売上仕入のシェアが高くなっている。他方、第 1 節でも検討したが、量販店やコンビニエンス・ストアは、メーカーからの直販が可能な程度の規模になった後でも調達ルートに卸売業者を介在させ続けており、専用の物流センターを作った後も、商品を物流センター着価格ではなく、従来どおり店舗荷受渡し価格（店着価格）で購入している⁵³。このため、物流センターから店舗までの物流業務は小売業の管轄下で行うにせよ、店着価格で買う以上、そのために要する費用は売手負担になるとして、いわゆるセンターフィーを納入業者に負担させている⁵⁴。このため、卸売業者が店舗荷受渡しで物流を行うよりも高いセンターフィーの負担が要請され、あるいは量販店の物流センターを利用しない場合でも、納入価格を変更しないで店舗への多頻度小口配送が要請されるおそれがある。

このような状況下では、特に大規模な量販店等にとって、調達過程でのコスト合理性を追求するインセンティブは働かず、卸売業を競争させ、サービスレベルの上昇を要求するのが合理的な行動となる⁵⁵。

⁵² チェーン・オペレーションのもとでの仕入れ交渉力が発揮されることを背景とした総合スーパーの取引問題の特徴として、商流と物流問題が混在していることが挙げられ、1980年代半ば以降、過度な多頻度小口配送や、曖昧な流通センターフィー要求が指摘されている。この傾向は、同様なチェーン・オペレーションを採用している食品スーパー、家電量販店、ホームセンター、ドラッグ・ストアなど多様な小売業態でも共通しているとされる。三村、前掲注 37、138 頁。

⁵³ 店着価格とは、商品価格と物流費用が一体となっている店舗への納入価格であり、これに対し、物流センター着価格は物流センターまでの物流費用が含まれる納入価格である。店舗の納品には、小分け、頻度が高いといった傾向があるため、店着価格の方が物流センター着価格より高いものとなる。

⁵⁴ 根本、前掲注 6、64 頁。

⁵⁵ 根本、前掲注 6、64 頁。

具体的に、量販店やコンビニエンス・ストアでは、自己、窓口となる卸売業者又は3PLが運営する物流センターを用いた納品が多くなっており、量販店では納入業者に対する物流センター利用に伴うセンターフィーの要請が行われる場合が多くなっている。

さらに、近年の大規模小売業者・納入業者間のSCMの形成に伴い取引問題が発生することが指摘されている⁵⁶。流通システムの変革期に濫用行為が発生しやすいことは第3章で検討したが、近年構築されている大規模小売業者・納入業者間の商取引を内在させたSCMは、常にコスト負担と利益配分をめぐって利害対立を惹起させやすい繊細な仕組みであり、特に近年の消費不振と激しい価格競争が展開され、流通マージンが圧縮している状況ではなおさら利害対立があると指摘されている。具体的には、大規模小売業者は、大量購入を前提にした徹底的な仕入価格引下げ要求に加え、多頻度小口配送を納入業者のサービスとして求める風潮があり、このような状況で発生している物流コストは取引交渉の場からは隠され、納入業者の負担となっているとされる。

また、小売業者の店舗への配送方法自体にも特徴が現れる。百貨店に比べ、日用品、食料品等の比率が高い量販店、特にスーパー、コンビニエンス・ストアでは、前述したとおり多頻度小口配送を行い、店舗に対する納品頻度を増加させる必要がある。これは、自前の物流センターを有する小売業者の場合は格別、納入業者が直接店舗に納品する場合には、納入業者自らがこの配送方法を要請される場合もある。

表1-5-4によると、優越的地位の濫用につながり得る協賛金等の負担の要請を受けたことがある納入業者の割合は全体で31.2%であり、そのうち額・算出根拠を十分な協議なく一方的に負担要請し、利用料等に応じた合理的な負担分を超える額のセンターフィーの要請を受けたものは15.8%であった。業態別で見れば、総合スーパーが20.0%、ドラッグ・ストアが19.2%となっており、百貨店の13.3%に比べ量販店の方がともに高くなっており、特に、積極的に物流センターを構築している総合スーパーの割合が高いことが分かる。

表1-5-6によると、食料品の納入業者のうち、センターフィー負担の要請があったもののうち、百貨店が17.1%に対し、大型総合スーパーが65.7%、食品スーパーが68.4%、コンビニエンス・ストアが51.2%、ディスカウント・ストアが56.7%、ドラッグ・ストアが52.1%となっている。

2013年の公正取引委員会の物流センターに係る取引の実態調査によると⁵⁷、卸売業者と小売業者との間で調査対象とした1,926取引について、商品の納入先として小売業者の物流センターの利用ありが1,159取引(60.2%)、利用なしが753取引(39.1%)であり、利用なしの753取引のうち、小売業者からの物流センターの利用を名目とする協賛金等の負担要請に応じているものが22取引(2.9%)であった。また、利用あり1,159取引のうち、センターフィーの負担要請の有無を聞いたところ、負担要請が「ある」が952取引(82.1%)であった。卸売業者と小売業者との間の調査対象取引のうち、センターフィーの負担要請に応じているものが945取引(99.3%)であり、小売業者との取引価格の中に

⁵⁶ 本問題の記述は、三村、前掲注37、141頁によった。

⁵⁷ 公正取引委員会事務総局『物流センターを利用して行われる取引に関する実態調査報告書』（公正取引委員会、2013）。

含まれていると認識している配送費用の範囲が小売業者の物流センターまでとするものが403取引（34.8%）、小売業者の店舗までとするものが742取引（64.0%）であった。

卸売業者と小売業者との間の調査対象取引のうち、小売業者との取引価格に含まれている配送費用の範囲が「小売業者の物流センター」までとする上記の403取引について、物流センターを利用していることを理由とするセンターフィーの負担要請の有無、及び当該要請に応じているかを聞いたところ、「負担要請があり、応じている」が260取引（64.5%）であった。また、十分納得しないでセンターフィーの負担要請に応じていた104取引のうち、センターフィーの負担額が物流センター利用により得られる直接の利益の額を上回る水準となっているものが45取引（43.3%）であり、小売業態別にみると、食品スーパーが14取引、ドラッグ・ストアが12取引、総合スーパーが10取引等であった。

このように、物流センター利用がないのに協賛金等の負担要請に応じるものが少数ながらいること、物流センター利用がある場合には納入業者のセンターフィーの支払いが8割以上発生し、納入業者の直接の利益の額を上回る水準となっているものがみられることが分かる。

これらセンターフィーの負担のほか、物流センター内の在庫は卸売業者の負担とされ、所有権移転が店着時点かセンターからの出荷時点となっている場合も少なくないとされ、これはセンターの運営者が卸売業者ではなく、3PLの物流業者であった場合も変わらないと指摘されている⁵⁸。商品在庫を納入業者の所有とすることで、大規模小売業者の指定した商品であるにもかかわらず、売上仕入と同様に売残りリスクを納入業者に全面的に転嫁することが可能となり、形式的には大規模小売業者から納入業者への返品が減少することとなる。2013年の公正取引委員会の物流センターに係る取引の実態調査によると⁵⁹、卸売業者と小売業者との間の取引で小売業者の物流センターを利用している1,159取引（60.2%）のうち、預け在庫（卸売業者が、小売業者の物流センターに自社の名義で在庫している商品）があるものが182取引（15.7%）であり、このうち、小売業者からの指示でやむを得ず置いているものが37取引（20.3%）であった。割合としては少数だが、これらの条件を押し付けられている納入業者がいることが分かる。

これらのことにより、量販店は、卸売業者あるいは物流業者への外部委託により専用物流センターに係る固定資産投資を外部化した上、運営費用もセンターフィーにより卸売業者に負担させ、商品在庫も外部化しているという状況があるといえる。

（2）情報機器活用の特徴

前述したとおり、近年、大規模小売業者の情報化が進展しており、大規模小売業者・納入業者間の商品の受発注業務のオンライン化が進展している。ただし、この取組は、商品の単品管理が進行している量販店の方が進展している割合が高くなっている。このため、量販店が納入業者に対して情報化に伴うシステム利用料を要請する場合もある。

これらの行為は調査及び優越的地位の濫用での規制事例がないため実態把握が難しいが、下請法では規制事例があり、例えば巻末表2の1（下請法）の5事件、28事件及び31

⁵⁸ 根本、前掲注6、70頁。

⁵⁹ 公正取引委員会事務局、前掲注57、25頁以下。

事件は仕入代金から「EOS」名目での費用の減額が違反とされ、11 事件では「EDI」名目での費用の減額が違反とされている。

このように、同じ大規模小売業者である百貨店と量販店であっても、店舗運営、商品調達、物流・商品供給の特徴により、「濫用行為」の内容には、それぞれ相違が生じることがうかがえる。次節では、本節における検討を深め、「濫用行為」の目的による行為の特徴を検討する。

第3節 「濫用行為」を行う目的

前節では、大規模小売業者がそれぞれの小売業務で不足する経営資源を補完するため、小売業態によりその濫用行為に特徴が表れることを概観した。次に、濫用行為の形態を特徴づけるもう一つの要因として、「濫用行為」が行われる目的による影響を小売業態全体で検討する。

「濫用行為」が行われる目的の第一としては、第1章でも検討したように、大規模小売業者の経営環境の変化への適応力あるいは市場における競争力の強化を目的とするものである。

この目的で行われる場合は、前節で検討した「行為主体」の店舗運営、商品調達、商品供給の各運営方法の特性や取扱商品の特性に応じ、これらの中で不足している経営資源を補完し、あるいはリスク・費用を転嫁することができる濫用行為が選択される。

他方、「濫用行為」が行われる目的の第二としては、大規模小売業者の収益の改善のみを目的とするものである⁶⁰。この場合は、「行為主体」の小売業務の運営方法あるいは取扱商品の特性を問わず、大規模小売業者の行いやすい方法で、リスク、費用を納入業者に直接的に転嫁する行為が選択される。

第1項 競争力・適応力強化を目的とした濫用行為

大規模小売業者が「濫用行為」を行う目的の第一として、前述したとおり、小売市場内での競争力の強化、あるいは経営環境の変化に適応するための適応力の強化が挙げられる（概要は表 1-5-7 を参照）。

これには、前節で検討した、大規模小売業態ごとに行われやすい「濫用行為」が選択されやすいが、これらのうち、特にその時点で経営資源が不足している小売業務の領域での経営資源補完という形態で発生しやすくなる。

⁶⁰ 渡辺達朗教授も濫用行為の目的として、①決算対策等のための利益確保、②費用転嫁による経費節約に分類されている。渡辺達朗「流通行政新展開 大規模小売によるバイイングパワー行使に対する規制の方向—『百貨店特殊指定』の改訂問題に関連して—」流通情報 427 号（2005）51 頁。

近年でいえば、最も大きな環境変化については小売市場における競争激化、効率的な商品販売・供給情報把握のための情報システム構築、適量な商品を店頭へ供給するための物流センターの運営等が挙げられる。以下においては、平成24年公取委調査及び平成26年食品調査を基に、主要な「行為主体」である量販店が行う「濫用行為」の目的の概要を検討する。

(1) 競争力強化を目的とした店舗運営に係る「濫用行為」

小売業者間の競争激化に伴い、量販店では、店舗戦略として新規出店の強化、既存店舗の改装・棚替え等を積極的に行っている。また、日常的な集客のため、又は店舗の新規・改装オープン時・創業祭等のイベントにおける低価格販売が行われており、これらに対する広告、宣伝等の販売促進も日常的に行われている。

これらの状況を反映して、店舗運営でいえば小売市場での競争力強化を目的として、①新規出店・改装費用に係る協賛金等の要請、②集客力向上のためのセール等の価格訴求・販売促進に係る協賛金等・手伝い店員の要請、③セール等の価格訴求のための値下げ原資負担の要請（値引き、低価格納入等）、④小売業者の販売インセンティブを引き出すためのリベート負担、⑤新製品の販売スペース確保のための売残り商品の返品といった行為が行われている。

①については、集客のための催事運営費用や店舗改装・什器備品設置費用の負担、チラシ等の費用負担が挙げられる。表1-5-4のとおり、量販店からの不当な協賛金の要請を受けたもののうち、納入業者の商品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の要請を受けた納入業者は13.7%となっている。また、表1-5-6のとおり、食品の納入業者で新規（改装）オープン協賛金の要請を受けたものは37.3%となっている。

②については、表1-5-4のとおり店舗の新規、改装オープンセールにおける広告において、実際に要する費用を超える協賛金等の要請を受けた納入業者は7.8%となっている。また、表1-5-6のとおり、食品の納入業者でチラシ協賛金の要請を受けたものは51.0%、新規・改装オープン等に際し商品などの陳列補充作業の要請を受けたものは、自社商品であっても一方的に要請されたものが19.4%、同意内容外の他社商品の作業も行わされたものが40.2%となっている。

③については、表1-5-4のとおり大規模小売業者がセールに供する商品について納入業者の仕入価格を下回る納入価格を一方的に定め、通常の納入価格に比べて著しく低い価格での取引の要請を受けた納入業者は、全納入業者のうち31.3%となっており、セールで値引販売をしたことを理由に、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の対価の減少の要請を受けた納入業者は、全納入業者のうち44.5%に及んでいる。また、表1-5-6のとおり、食品の納入業者で特売商品等の買ったときがあったものは19.7%となっている。

④については、表1-5-4のとおりあらかじめ定めた販売額の達成リベートにおける条件未達成のときのリベートの支払要請を受けたものは5.7%となっている。

⑤については、表1-5-4のとおり売場の改装や棚替えに伴い不要となったことを理由とした返品を受けたものは21.0%となっている。

これらの行為については、消費者の低価格志向への対応、流通システム間での競争力の向上につながる側面を有しており、納入業者の負担するリスク・費用負担と販売数量の増加等、得られる利益が見合っている場合には、納入業者に不利益を与えないこともある。しかし、これらが見合っておらず一方的に納入業者に不利な条件設定である場合、あるいは条件設定自体が納入業者に同意を得られておらず、大規模小売業者が一方的に設定する等、適切に分担されていない場合には濫用行為として問題となる。

(2) 適応力強化を目的とした商品供給・商品調達に係る「濫用行為」

どの大規模小売業態でも、消費者の需要に対する適応力を強化するため短サイクル型流通システムが新たに構築されており、これに伴い、短リードタイム・小ロット・多頻度の物流体制と物流センターの活用による一括納入方式が導入されている。これらの状況を反映して、商品供給・商品調達では、①効率的な商品販売・供給情報把握のための情報システム構築・運営費用の負担要請、②適時・適量な商品を店頭へ供給するための物流センターフィーの負担要請、③小口多頻度配送への対応要請、④店頭での売り逃し削減のための欠品ペナルティの支払要請等といった行為が行われている。

特に②については、表 1-5-4 のとおり、額・算出根拠を十分な協議なく一方的に負担要請し、利用料等に応じた合理的な負担分を超える額のセンターフィーの要請を受けたものが 15.8%おり、表 1-5-6 のとおり、食料品の納入業者のうちセンターフィーの負担の要請を受けたものは 51.7%と特に高率となっている。納入業者による物流センター利用料の負担割合の高さをみると、新しい商品供給システム構築に係る費用について、納入業者の負担が前提となっているといえよう。

これらの濫用行為は、消費者に対するサービスレベル向上や流通システム間での競争力向上につながる側面も有しており、費用負担や収益分配が大規模小売業者・納入業者間で適正になされる場合は、納入業者に不利益を与えないこともある。しかし、その目的が徐々に経費削減という消極的な目的にシフトする例もみられ（前節で検討した物流センターを利用していない場合のセンターフィーの徴収はこの典型例である。）、納入業者が得られる利益を超えた負担となり、納入業者に過度な負担を強要する等、納入業者に一方的に不利益な条件設定である場合、あるいは条件設定自体が納入業者の同意を得られておらず、大規模小売業者が一方的に設定する等、適切に分担されていない場合には問題となる。

これら、①と②の目的で濫用行為が行われる場合には、納入業者にも当該行為に係る利益がある場合もあるため、納入業者の「利益」の有無及び程度の見極めや大規模小売業者・納入業者間の事前の協議・納入業者の同意・合意の有無の見極めが必要となる。

第 2 項 大規模小売業者の収益改善のみを目的とした濫用行為

大規模小売業者が経費を削減し、あるいはリスクを回避して利益を確保するため、納入業者に何ら利益が生じない、取引に付随して発生する費用・リスクを一方的に納入業者に負担させる行為が多くなっている。前節における大規模小売業者が小売市場への適応力・競争力強化という積極的な目的のために行われる濫用行為についても、本質的には小売業

者の不足する経営資源（特に資金的資源）を補完するために行われるので、小売業者の利益を増加させる効果を有している。しかし、これらの目的で行われる行為は、前述したとおり、大規模小売業者だけではなく、納入業者の利益につながる場合もある。

しかし、大規模小売業者の収益改善のみを目的として、納入業者の利益に全く繋がらない行為が行われる場合は、納入業者に不利益を与える程度が高い行為であるといえる。また、大規模小売業者で指定した販売促進商品等を、納入業者あるいは納入業者の従業員に強制的に購買させることにより、納入業者から直接的に売上を上げる行為も増加している。

これら濫用行為には、大規模小売業者の経費削減のみを目的としたものとして、①品出し、陳列、棚卸し、事務作業等に要する従業員の派遣・人件費の負担要請、②納入業者が利益を全く得られない経費の負担要請、③イレギュラーに発生する費用の負担要請が挙げられる。大規模小売業者のリスク転嫁のみを目的としたものとして、④不良在庫削減のためのPB商品等の特別注文商品（以下「PB商品等」という。）、破損品等、転売不可能な商品の返品が挙げられ、利益確保を目的としたものとしては、⑤決算対策、利益確保のための協賛金等の要請、売上確保のための押付け販売等がそれぞれ挙げられる。以下において、大規模小売業者の収益改善のための濫用行為を概観する。

(1) 大規模小売業者の人件費削減のみを目的とした「濫用行為」

経費削減を目的として特に目立つものとしては、多くの大規模小売業者の経営上の課題である人件費を削減したため、正社員やアルバイト等の従業員が不足したことにより、これを補完するために行われる濫用行為である。例えば、新規・改装オープン時の品出し・陳列の手伝いや棚卸・棚替え・事務処理等の手伝いのために、従業員等の派遣要請が増加している。またこれらの業務を行うために大規模小売業者が雇用したアルバイト等、スーパーで雇用する臨時社員の人件費の負担要請もみられる。

表 1-5-3 のとおり、大規模小売業者の納入業者のうち、従業員等の派遣要請を受けたものは 27.4%で、このうち濫用につながりうるものを受けたものが 3.3%となっている。具体的には、表 1-5-4 のとおり、派遣費用を負担することなく小売業者の業務を行うための派遣要請を受けたものは 42.4%となっている。また表 1-5-5 のとおり、食料品の納入業者のうち、従業員等の派遣の要請を受けたものは 30.4%であり、このうち何らかの形で要請に応じているものは 27.4%となっている。具体的には、表 1-5-6 のとおり、新規・改装オープン等の際し、商品などの陳列補充作業で他社商品のものを行ったものは 40.2%、棚替え、棚卸し、店舗の清掃、整理等を行ったものは 45.3%、荷降ろし、積荷作業等を行ったものは 8.5%、駐車場整理、客の整理等を行ったものは 5.1%、社内事務、レジでの袋詰め等を行ったものは 0.9%となっている。

従業員の派遣要請のうち、棚卸や事務作業のための従業員等の派遣要請は、納入業者になんら利益となることがないため、納入業者に不利益を与える程度が高い行為といえる。他方、セールや新規出店・改装時の品出し・陳列に係る従業員等の要請は、納入業者の直接的ではないにしろ間接的な利益になる場合もあり、どのような行為を濫用行為として規制の対象とするか論点となる。すなわち、当該行為の不利益性の境目をどこに設定するか、規制を行う上で慎重に検討することが必要な行為である。

(2) 大規模小売業者の費用削減のみを目的とした「濫用行為」

納入業者が本来負担するいわれのない費用の負担、あるいは納入業者が得られる直接の利益がない費用負担等、大規模小売業者の費用削減のみを目的とした行為も行われている。これには、費用負担が名目だけである場合も含まれる。具体的には販売促進という名目で納入業者から協賛金を徴収して販売促進を行わない、物流センターを利用していない納入業者に対しセンターフィーという名目で経費負担を要請する等の事例が挙げられる。

表 1-5-4 のとおり、納入業者の商品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の要請を受けたものは 13.7%、額・算定根拠を十分な協議なく一方的に負担要請し、利用料等に応じた合理的な負担分を超える額のセンターフィーの要請を受けたものは 15.8%となっている。センターフィーの事例では、納入業者が自前で各店に納品した場合でもセンターフィーを徴収されることもある。例えば公正取引委員会が 2012 年に行った調査によれば、物流センターを利用していない場合の協賛金の負担要請は、卸売業者と小売業者との間の取引のうち 5.2%に負担要請があり、このうち 2.9%が応じざるを得ず⁶¹、製造業者と小売業者との間の取引のうち、3.2%に負担要請があり、このうち 1.6%が応じざるを得ないと結果が出ている⁶²。

これらの行為は、費用負担が名目上適正であったとしても、大規模小売業者の費用削減のみを目的として、納入業者が利益を得られない費用を負担させているため納入業者に不利益を与える程度が高い行為である。「名目」を付ける理由としては、優越的地位の濫用行為に対する規制が強化される今般、これらの規制を外形的に逃れるための偽装として行われる場合も多いと考えられる。

(3) イレギュラーに発生する費用の転嫁を目的とした「濫用行為」

大規模小売業者の経費削減の一環として、法令が改正されたとき等に大規模小売業者に発生するイレギュラーな対応費用を、本来負担するいわれのない納入業者へ転嫁する場合がある。

例えば、1997 年の消費税率改正（3%から 5%）の際には、スーパー各社が「消費税還元セール」を行い、これらの値下げ原資を納入業者に負担させたことが問題視された。

2004 年 4 月の消費税法改正により消費税の総額表示方式が義務付けられた際には、表示される金額を値ごろ感のある価格にするための仕入価格の引下げや、表示変更に伴う作業のための従業員等の派遣要請が問題視された。2014 年 4 月の消費税率改正（5%から 8%）の際には、消費税特措法が施行され、特定事業者（行為者）が特定供給事業者（取引の相手方）から供給を受ける商品又は役務について、対価減額、買ったたき、商品購入・役務利用又は利益提供の要請、本体価格での交渉の拒否等が禁止されている。このうち一定の要件を満たした大規模小売業者が「特定事業者」にその納入業者が「特定供給事業者」に該当する（消費税特措法については第 2 部第 1 章で詳述する）。

公正取引委員会が 2014 年 7 月に公表した「消費税の転嫁拒否等の行為に関する具体的な事例について」によると、2013 年 10 月から 2014 年 6 月末までの調査・取締り状況では、

⁶¹ 公正取引委員会事務総局、前掲注 57、15 頁。

⁶² 公正取引委員会事務総局、前掲注 57、28 頁。

調査着手件数 2,237 件のうち、指導件数は 1,266 件、勧告件数は 5 件であるところ、小売業は指導 122 件、勧告 2 件となっている。

大規模小売業者の指導事例として、減額については、2014 年 4 月 1 日以後、増税分を値引販売する衣料品における当該値引分の一部負担が挙げられている。役務利用又は利益提供の要請については、①衣料品納入業者に対する物流センターにある在庫商品の値札張替え及び新値札用シールの貼付け作業の要請、②食料品納入業者に対する店舗内で使用する棚札（プライスカード）の作成料の負担要請、③繊維製品の納入業者に対する増税対応のための納入業者の負担による特別な値札貼付による納入要請が挙げられている。本体価格での交渉の拒否としては、自社で販売する家具の納入業者との価格交渉に当たって本体価格での交渉方法を改め、消費税込み価格での交渉方法に変更した事例が挙げられている。小売業者による買ったときは、納入取引に関係するものの勧告が 1 件行われている（1 件は巻末表 2 の 2（消費税特措法）の 1 事件）。

これらの要請は、本来大規模小売業者が負担すべき対応費用を、事前の約定なく納入業者に負担させる点で納入業者に不利益を与える行為である。これらの「濫用行為」は、法令改正のほか、事象が発生する度に起りうる問題である。

（4）大規模小売業者のリスク削減のみを目的とした「濫用行為」

（1）及び（2）の事例のように、大規模小売業者の費用を直接的・間接的に負担する行為のほか、大規模小売業者に生じた転売不可能な商品等の返品、受領拒否といった行為も行われている。

具体的には、不良在庫削減のための P B 商品等、破損・汚損品等、転売不可能な商品の返品、顧客からの注文が取り消されたことや販売契約を変更したことを理由とした受領拒否が挙げられる。

表 1-5-4 のとおり、納入業者のうち展示に用いたために汚損した商品の返品を受けたものは 12.7%、P B 商品の返品を受けたものは 6.3%、顧客からの注文が取り消されたことや販売契約を変更したことを理由とした受領拒否を受けたものは 20.6%となっている。

これらの行為については、納入業者の転売が不可能な商品の返品、受領拒否が行われると、当該商品代金分を全て納入業者の負担で処理せざるを得ないことから納入業者の負担も大きく、納入業者に不利益を与える程度が高い行為といえる。

（5）決算対策、利益確保を目的とした「濫用行為」

近年、濫用行為として目立っているものとして、大規模小売業者の決算・予算達成対策のために、あるいは店舗の利益を確保する目的で行われる行為である。

ここでいう決算対策とは、主として決算期の近くに、見かけの収益を改善することを目的として行われる行為である。予算対策とは、大規模小売業者が定めた会社、店舗、イベント等の予算を達成することを目的として行われる行為である。店舗の利益確保とは、新店等を出店し、あるいは店舗を改装する場合に、当該店舗の利益を確保することを目的として行われる行為である。

消費不況・競争激化により売上が減少する中、小売業者が収益を改善するには三つの方法がある。第一に、店舗の新規出店、既存店の改装、セール等による価格訴求の強化等

により、売上高を増加させることである。ただし、これは消費不況により思ったように売上高は増加せず、かつ、競争関係にある他社でも同様の施策を行うために、効果は限定的になる場合が多い。

第二に、仕入原価の抑制で売上総利益率を向上することである。第三に、経費削減、販売の効率化等により、販管費等の経費を抑制することである。これら二つの施策は、単独で実施可能であるため、各社とも積極的に行っている。

そこで大規模小売業者は、第二の対応を目的として、購買力を利用して納入業者に対し仕入原価の引下げを要請し、市場への適応力を強化して品揃えの改善を行うとともに、需要の予測と発注・販売精度の向上による商品ロスの減少により売上総利益率を向上させている。また、第三の対応を目的として、リストラクチャリングによる経費の抑制を行っている。

しかし、これらの収益改善手段の過程で(1)から(4)までの不利益行為が行われるが、これらが功を奏さない場合、自社商品等の購入を納入業者に要請する、決算時あるいは店舗の出店・改装時等に納入業者に決算対策として金銭の負担を要請する、決算時に在庫を削減するため商品を返品する等により、小売業者の見た目の収益を改善することが頻繁に行われている。これらの不利益行為が、大規模小売業者の損益計算書に与える影響をまとめたものが、図1-5-2である。具体的には、売上高増加策として商品の購入・利用強制が行われ、売買差益率向上策として、在庫削減のための返品、買ったとき、対価の減額、リベートの過剰收受・前借り、決算対策協賛金の收受等（差益率が高い商品の押付け販売も売買差益率を向上する効果がある）が行われる。また、営業利益率向上策として、経費削減のための経費負担の転嫁等が挙げられる。また、固定資産、改装費用等の受入れにより営業外収益が計上される⁶³。これら大規模小売業者のリスク・費用負担を納入業者に不利益行為により転嫁し、それを損益計算書に反映してしまうと、これらの行為を止めるとなると翌期以降その分確実に減益となるため、解決は難しい問題となる⁶⁴。

表1-5-4をみると、納入業者について、優越的地位の濫用につながりうる購入・利用要請を受けたものは59.2%、協賛金等の負担要請のうち、決算対策という理由での要請は17.3%、販売目標未達成の場合のリベート支給要請は5.7%となっている。また、表1-5-6をみると、食料品の納入業者について、決算対策協賛金の要請を受けたものは22.4%となっている。

これらの行為が決算・予算対策として行われる場合、納入業者から收受する金銭（返品等による納入業者からの仕入代金の返還を含む。）は、即効性や操作性を考慮して直接現金を收受する場合や大規模小売業者から納入業者に対する仕入代金等、納入業者に支払う金銭と相殺する場合が多い。

⁶³ 店舗新設、改装等の際に大規模小売業者が納入業者から内装、装飾、什器等を広告宣伝用資産として受け入れる場合、納入業者の資産を使用貸借しているという形式をとらず、納入業者から贈与を受けたものとして取扱い、大規模小売業者の資産とすることがある。これにより大規模小売業者は、店舗閉鎖時や新たな改装時に、任意に当該資産の処分等を行うことが可能となる。この際、大規模小売業者は、会計的処理として贈与を受けた資産に相当する価額を「固定資産受贈益」として営業外収益に計上している。

⁶⁴ 根本、前掲注6、75頁。

大規模小売業者が決算対策を行う目的としては、株式市場や金融機関の評価を高めて資金調達を行いやすくするため、消費者の評価を高めて企業イメージを向上させるため、業界内での評価を向上させるため、経営者・従業員自身の評価を向上させるため、といった理由が考えられる。

これらの行為は、大規模小売業者の社員が自己のノルマ達成のため、個別に納入業者に対して行う場合もあるが、経営者の主導又は黙認により組織的に行われる場合もあり、この場合、納入業者に対する行為の広がりや、コンプライアンスの欠如といった悪質性、さらには、当該行為が納入業者の利益につながらないことから、納入業者に不利益を与える程度が著しく高いだけでなく、かつ、優越的地位を不当利用してこれらの不利益を押し付けたと強く推定される行為であるといえる。このため、当該行為の目的で納入業者に不利益を与える程度が高い行為が行われる場合には、不当性があると推定して原則として規制されうるものであるといえる。

公正取引委員会も、「決算対策としての協賛金の要請等は、決算結果が予測値よりも悪いとしてもそれは経営上の責任の問題であって、決算結果を良く見せるために、納入業者からの協賛金で取り繕っていいという理屈はまったくなく、通常の商法とはいえないものと思われ」として⁶⁵、重点的に規制を行っている。

(6) 本節のまとめ

本節で検討したとおり、量販店が「濫用行為」を行う目的としては、第一に大規模小売業者の競争力強化あるいは環境変化への適応力強化のために行われることが挙げられ、これらの「濫用行為」は、消費者に対するサービスレベル向上や流通システム間での競争力向上につながる側面も有しており、費用負担や収益分配が大規模小売業者・納入業者間で適正になされる場合は、「濫用行為」に該当しないこともある。しかし、その目的が徐々に経費削減という消極的な目的にシフトして納入業者が得られる利益を超えた負担となり、納入業者に過度な負担を強要する等、納入業者に一方的に不利益な条件設定である場合、あるいは条件設定自体が納入業者の同意を得られておらず、大規模小売業者が一方的に設定する等の場合には問題となる。

第二に、「濫用行為」がこれらの目的を超えて、大規模小売業者が経費を削減し、あるいはリスクを回避して利益を確保するため、取引に付随して発生する費用・リスクを一方的に納入業者に負担させる行為が多くなっている。これらの行為は、直接的に納入業者の利益につながることはなく、不当性の強い行為であるといえる。これらの目的で濫用行為が行われる場合には、納入業者に当該行為に係る利益がないため、不当性があると推定して原則として規制されうるものであるといえる。

⁶⁵ 公正取引委員会、上杉秋則事務総長（当時）の2005年3月24日の定例会見における発言。

第4節 まとめ

以上、本章では、「行為主体」である大規模小売業者による「優越的地位」の発生状況と「濫用行為」の特徴について近年の量販店等の事例を検討してきた。

高度成長期に大量生産－大量流通・販売－大量消費に対応する形で誕生し、急速に成長した量販店は、情報システム、物流システム等を高度化しながら、成熟化、多様化、個性化してきた消費者ニーズや、小売間競争の激化に対応してきた。また、近年は、業界再編等により上位集中化が進行しており、量販店の購買力はますます強まる傾向にある。

他方、卸売業者は、1960年代の間屋無用論にかかわらず、量販店が卸売業者の役割に依存してきたこともあり存続し続けているものの、本質的に小売業とメーカーとの中間に挟まれた位置にあることから、小売業者の調達戦略やメーカーのチャネル戦略の動向に左右されやすい立場にある。近年では、量販店による「卸のベンダー化」、物流機能強化の要請、絞込み・集約化、メーカーとの直接取引・直接物流の動き等にさらされている。

このような状況下、納入業者は、量販店に対し、量的な取引依存関係のみならず、量販店等の保有する情報力等への質的な資源依存関係が強化されている。また、情報システム・物流システム等への設備投資の sunk cost 化、卸売業者間の過当競争、量販店の大規模化・上位集中化による新規販路の発見可能性の減少等により取引先の転換可能性も制約されている。

そして、優越的地位を強化した量販店は、これを背景にして、納入業者との取引交渉を優位に進めることができるようになり、その交渉内容は、価格面のみならず、品揃えや物流・情報システム等の領域にも及ぶようになってきている。こうした量販店の要請に応えられるかどうかは納入業者の重要な課題になっており、量販店は、納入業者に対して納入価格の抑制、納品のロットや頻度、リードタイムの譲歩等を引き出している。そして、「行為主体」が百貨店から量販店に変化したことに伴って行われる「濫用行為」も変化している。

量販店の「濫用行為」の特徴としては、店舗運営面において、販売方法の特徴から、品出し・陳列作業や、棚卸・棚替え・社内事務等のための従業員等の派遣要請が多く、値引販売が多いという販売価格の特徴から、商品納入時の買ったたきや商品納入後の値引き要請が多くなり、新規出店、改装等が多いという店舗出店の特徴から、新規出店、改装、棚替え等を理由とした、協賛金等あるいは従業員等派遣の要請や返品が多くなっている。また、スーパーやコンビニエンス・ストアでは、プライベート・ブランド商品の販売が多いという特徴から、PB商品に係る返品等の濫用行為が多くなっている。

商品調達面において、量販店では完全買取仕入が中心であることから、これらの返品が問題となっており、商品供給面において、量販店及びコンビニエンス・ストアでは自らの物流システムの利用が多いことから、センターフィー等の要請が多くなっている。

大規模小売業者がこれらの「濫用行為」を行う目的としては、第一に大規模小売業者の競争力強化あるいは環境変化への適応力強化のために行われることが挙げられ、これらの行為は、消費者に対するサービスレベル向上や流通システム間での競争力向上につながる側面も有しており、費用負担や収益分配が大規模小売業者・納入業者間で適正になされる場合は、「濫用行為」に該当しないこともある。しかし、その目的が徐々に大規模小売業

者の経費削減という消極的な目的にシフトして納入業者が得られる利益を超えた負担となり、納入業者に過度な負担を強要する等、納入業者に一方的に不利益な条件設定である場合、あるいは条件設定自体が納入業者の同意を得られておらず、大規模小売業者が一方的に設定する等の場合には問題となる。

第二に、「濫用行為」がこれらの目的を超えて、大規模小売業者が経費を削減し、あるいはリスクを回避して利益を確保するため、小売業務の運営上発生する費用・リスクを一方的に納入業者に負担させる行為が多くなっている。これらの行為は、直接的に納入業者の利益につながることはなく、不当性の強い行為であるといえる。これらの目的で濫用行為が行われる場合には、納入業者に当該行為の受け入れに利益が生じないため、大規模小売業者が優越的地位を不当利用して行ったと推定され、原則として優越的地位の濫用規制の対象となりうるものであるといえる。

このように、納入業者の費用・リスク負担が大規模小売業者を頂点とする流通システム全体の利益獲得のために行われ、負担・収益の分配が大規模小売業者・納入業者間で適切に行われ、納入業者が自由かつ自主的に受け入れを判断した場合には、「濫用行為」とならない場合もある。しかし、これら負担・収益の分配が納入業者に不利に設定され、あるいは大規模小売業者の収益改善を目的とする等、納入業者が利益を得られない形態で押し付けられる場合が「濫用行為」となる。

第2部では、これら「行為主体」による「優越的地位」の「濫用行為」の規制について、その法理を検討する。

第1部のまとめ

以上、第1部各章のまとめは、各章ごとに行っているため、ここでは第1部のまとめとして、第2部の検討に引き継ぐ検討結果をまとめる。

①大規模小売業態と近年の動向

現在の小売市場において、大規模小売業態は、百貨店、総合スーパー、食品スーパー、ホームセンター、ディスカウント・ストア、家電量販店、ドラッグ・ストア、コンビニエンス・ストアというように、非常に多様化しており、それぞれの業態ごとに各小売業務（店舗運営、商品供給及び商品調達）の業務システムを構築しており、納入される商品の種類、商品購買上の特性等によって、納入業者や納入方法も相違し、これらは構築された店舗運営及び商品供給に適した納入方法・頻度となる。特に高度成長期にチェーン・オペレーションを採用したスーパーの登場により大規模小売業態は急激に大規模化が進行したばかりでなく、納入業者との取引関係においても、商品調達における本部一括仕入の採用により、同程度の売上規模の百貨店に比べても大きな購買力を有するようになった。近年では、小売市場における需要の不確実性増大、競争激化等により、情報システム・物流システムを高度化した短サイクル型流通システムの構築が顕著となっている。

②大規模小売業者の「優越的地位」

大規模小売業者の購買力は、大規模小売業者の商品納入業者に対する個別の商品の納入取引における交渉力の格差と捉えられ、小売市場における価格競争・機能競争を促進し、消費者の利便性向上に結びついている。他方、この購買力が濫用されることにより、購買力問題が発生するようになった。大規模小売業者の「優越的地位」は、大規模小売業者・納入業者間における依存関係及び取引先の転換可能性によって判断される。依存関係には、①量的な取引依存関係と②質的な資源依存関係の2つに分類でき、取引先の転換可能性は、①経営資源の保有状況、②市場の競争状況、③市場の構造的な状況、④取引特殊投資、⑤新規投資コスト、の5つに分類できる。そして「優越的地位」は、納入業者が大規模小売業者に対し依存関係があり、かつ、大規模小売業者との取引の転換可能性が低い場合に発生する。ただし、依存関係・取引先の転換可能性ともに、納入業者に対して一方的に生じるのみならず、大規模小売業者にも生じる可能性があり、依存関係がありかつ取引先の転換可能性が低いときは大規模小売業者の優越的地位を減じる場合があることに注意を要する。このため、大規模小売業者の納入業者に対する優越的地位の判断には、納入業者の要因だけでなく、大規模小売業者の要因も検討する必要がある。

また、それぞれの小売業務の相違から大規模小売業態間で「優越的地位」の発生要因の一般的傾向に相違があり、百貨店は、その有する信用力、販路の魅力といった質的な資源依存関係を源泉として生じることが多く、他方、量販店は量的な取引依存関係を源泉として生じることが多い。

③大規模小売業者の「濫用行為」

「濫用行為」は、通常では受け入れがたい著しい不利益を一方的に課すような抑圧的なものが問題となる。ただし、当事者間に格差があるのが通常である商取引において不利益を判断するのは難しく、行為の外形だけで規制されるものではないことに留意する必要がある。また、商取引において用いられている取引慣行には合理的な側面もあり、あるいは商取引における私的自治の原則からも、規制の際には、過剰な介入を抑止しながら合理的な側面を生かしつつ不合理な側面を排除することが重要となる。「濫用行為」と問題視されている行為類型であっても、流通システム内で大規模小売業者・納入業者間のリスク・費用の分担として一定の合理性を有する側面もあり、これらの行為のうち、取引条件が過度に納入業者に不利に設定され、あるいは納入業者にメリットがない場合にこれらを押付けられたときに、「濫用行為」として問題となりうるものである。そして、小売業者・納入業者間の「濫用行為」を検討する際には、これら行為が流通システム内で合理的な側面を有する場合があることを踏まえた上で、どの様な行為が適正な卸売業者の果たす役割の範囲内で、どの様な行為が卸売業者の果たす役割を超えた「濫用行為」とされるのか、行為類型ごとに検討する必要がある。

④百貨店の返品、手伝い店員及び売上仕入

百貨店・納入業者間の「個」対「個」という個別の取引関係では、返品特約付買取仕入、委託仕入及び売上仕入といった仕入形態は、百貨店の店舗で発生する売残りリスク、及び売上仕入においてはこれに加えて店舗運營業務を行う際に生じる商品管理上のリスク、責任及び費用の負担を百貨店・納入業者双方が分担し、派遣店員の利用も同様で、百貨店の店舗運営に係る人件費を納入業者に負担させるばかりでなく、納入業者の派遣店員が有する商品仕入・管理・販売に関する専門知識・ノウハウ・技術を活用して百貨店・納入業者共に売上を増加させることが可能となる。我が国の百貨店は、これら納入業者からの経営資源の補完により、豊富な品揃えを実現し、これを高質な接客で販売することが可能となっている。

他方、納入業者にとってもこれらの仕入形態の利用あるいは派遣店員の派遣は、①リスク・プレミアムによる納入原価率向上による収益の増加、②百貨店の販路としての魅力の活用、③商品の販売情報、顧客情報、販売ノウハウ等といった情動的資源の直接入手・蓄積、④百貨店の店頭における商品の販売計画、販売価格、販売方法、付随サービス、販売促進方法等のコントロールが挙げられる。長期的な観点では、情動的資源を中心とした無形資産の蓄積、自らの商品流通体制の確立、ブランド力向上による競争優位性の創出、流通過程での主導権の獲得といった効果を期待することができるものであり、相互に相手方の経営資源を活用しながら互恵的に収益を増加させている側面を有している。

これらの検討から示唆が得られることとしては、これらの取引慣行は、百貨店・納入業者・消費者にとって、それぞれ合理性・不合理性双方を併せ持ったものであり、一概に不当なものとは言えないということである。優越的地位の濫用規制との関連性で重要な点としては、①返品、手伝い店員及び売上仕入が納入業者の経営上のメリットを有するものであるため、納入業者がこれらを採用する際に、その利害得失を自らの計算で判断し、これに基づく取引条件の選択とマージン率の設定が適切になされているかが重要になる。②百

貨店の「濫用行為」の特徴としては、百貨店・納入業者間の取引は長期的な取引関係の形成が志向されるため、「間接的な利益」を勘案した「濫用行為」の受け入れを行う傾向があり、納入業者が自らの事業経営上の投資として受け入れた場合に規制すべきか否かは議論の必要がある。

⑤量販店の成長と「優越的地位」の「濫用行為」

量販店は、高度成長期に大量生産－大量流通・販売－大量消費に対応する形で誕生し、急速に成長し、情報システム、物流システム等を高度化しながら、成熟化、多様化、個性化してきた消費者ニーズや、小売間競争の激化に対応してきた。さらに、業界再編等により上位集中化が進行しており、量販店の購買力はますます強まる傾向にある。他方、卸売業者は、小売りの調達戦略やメーカーのチャネル戦略の動向に左右されやすい立場にあり、近年では、量販店による「卸のベンダー化」、物流強化の要請、絞込み・集約化、メーカーとの直接取引・直接物流の動き等にさらされ、自らの存在意義を問われる状況となっている。

そして、卸売業者の量販店等に対する量的な取引依存関係としては量販店等の本部一括仕入の採用により、百貨店に比べて商品納入が集約される傾向にあるところ、量販店、コンビニエンス・ストア等の上位集中化、中小量販店・中小小売業者といった他の販路の喪失等により、寡占的構造を背景とした依存関係が生じているといえる。納入業者の量販店等に対する質的な資源依存関係は、量販店等の保有する情報力等への依存等により強化されている。また、情報システム・物流システム等への設備投資のサンクコスト化、卸売業者間の過当競争、量販店等の大規模化・上位集中化による新規販路の発見可能性の減少等により取引先の転換可能性も制約されている。このため、量販店等に「優越的地位」が生じ、特に量販店では、近年、企業規模の拡大により、「優越的地位」が強化される傾向にあり、量販店等は、優越的地位を背景にして、納入業者との取引交渉を優位に進めることができるようになっている。

大規模小売業者の業態における店舗運営、商品供給、商品調達の各業務の運用の特徴、大規模小売業者が「濫用行為」を行う目的、小売業者・納入業者間の取引慣行、規制等の外的要因により「濫用行為」が形成され、しかも小売業態ごとに行われる「濫用行為」に特徴が生じている。そして、「行為主体」が百貨店から量販店に変化したことに伴って行われる「濫用行為」も変化している。

量販店の「濫用行為」の特徴としては、店舗運営面において、販売方法の特徴から、百貨店・家電量販店では、商品販売を行う手伝い店員の派遣要請が多く、その他の量販店では品出し・陳列作業や、棚卸・棚替え・社内事務等のための従業員等の派遣要請が多い。他方、コンビニエンス・ストアによる従業員等の派遣要請はほとんど行われていない。

量販店では、値引販売が多いという販売価格の特徴から、商品納入時の買ったたきや商品納入後の値引き要請が多くなり、新規出店、改装等が多いという店舗出店の特徴から、新規出店、改装、棚替え等を理由とした協賛金等あるいは従業員等派遣の要請、改装、棚替え等を理由とする返品・事後値引きが多くなっている。これに対し、コンビニエンス・ストアでは、商品納入時の買ったたきや商品納入後の値引き要請は非常に少ない割合となっている。他方、新規出店に係る協賛金等の要請が多くなっている。また、プライベート・

ブランド商品の販売が多いという特徴から、スーパー、コンビニエンス・ストアでPB商品に係る返品等の濫用行為が多くなっている。

商品調達面において、量販店では完全買取仕入が中心であることから、これらの返品が多くなっており、他方、コンビニエンス・ストアでは返品はさほど多くない。商品供給面において、量販店及びコンビニエンス・ストアでは自らの物流システムの利用が多いことから、センターフィー等の要請が多くなっている。

大規模小売業者がこれらの「濫用行為」を行う目的としては、第一に大規模小売業者の競争力強化あるいは環境変化への適応力強化のために行われることが挙げられ、これらの「濫用行為」は、消費者に対するサービスレベル向上や流通システム間での競争力向上につながる側面も有しており、費用負担や収益分配が大規模小売業者・納入業者間で適正になされる場合は、「濫用行為」に該当しないこともある。しかし、その目的が徐々に経費削減という消極的な目的にシフトして納入業者が得られる利益を超えた負担となり、納入業者に過度な負担を強要する等、納入業者に一方的に不利益な条件設定である場合、あるいは条件設定自体が納入業者の同意を得られておらず、大規模小売業者が一方的に設定する等の場合には問題となる。

第二に、「濫用行為」がこれらの目的を超えて、大規模小売業者が経費を削減し、あるいはリスクを回避して利益を確保するため、取引に付随して発生する費用・リスクを一方的に納入業者に負担させる行為が多くなっている。これらの行為は、直接的に納入業者の利益につながることはなく、不当性の強い行為であるといえる。これらの目的で濫用行為が行われる場合には、納入業者に当該行為に係る利益がないため、不当性があると推定して原則として規制されうるものであるといえる。

このように、納入業者の費用・リスク負担が大規模小売業者を頂点とする流通システム全体の利益獲得のために行われ、負担・収益の分配が大規模小売業者・納入業者間で適切に行われ、納入業者が自主的に判断した場合には問題とならず、「濫用行為」とならない場合もある。しかし、これら負担・収益の分配が納入業者に不利に設定され、あるいは大規模小売業者の収益改善を目的とする等、納入業者が利益を得られない形態で押し付けられる場合には問題となり、「濫用行為」と推定されうるものとなる。

⑥大規模小売業者・納入業者間の「行為主体」、「濫用行為」の時系列のまとめ

1950年代では、「行為主体」としては、唯一の大規模小売業者であった百貨店であり、「濫用行為」の目的としては、戦災からの復興による消費水準の回復に対応し、また百貨店間の競争激化に対応するための経営資源の補完であり、「濫用行為」の内容としては、返品や商品販売を行う手伝い店員の要請、特売・廉売用商品の買ったたき等であった。

1960年代から1970年代にかけては、「行為主体」としては百貨店であり、「濫用行為」を行う目的としては、高度成長期の労働力の逼迫と人件費高騰による、百貨店の人的資源不足の補完であり、「濫用行為」の内容としては、商品販売を行う手伝い店員の要請であった。

さらに、1970年代には、「行為主体」に高度成長期以降、急速に成長して購買力を強化したスーパー等の量販店が加わり、「濫用行為」を行う目的は、低成長期に移行して収益

の拡大が見込めない経済情勢への対応であり、「濫用行為」の内容には、新たに押し付け販売や協賛金等の要請が加わった。

近年では、「行為主体」としては、小売市場において成長した多様な量販店の各業態、すなわちスーパー、ホームセンター、ドラッグ・ストア、家電量販店、ディスカウント・ストア、コンビニエンス・ストア等である。「濫用行為の目的」としては、①小売市場内での競争力強化、あるいは経営環境の変化への適応力強化のための濫用行為、②大規模小売業者の収益改善である。「濫用行為」の内容は、返品、押し付け販売、協賛金・従業員の派遣要請、特売商品の買ったたき、事後値引きと多様な行為が発生している。

第2部 優越的地位の濫用規制の検討

第1章 大規模小売業者による優越的地位の濫用行為に対する規制の概要

第1節 大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制と流通政策

第1部では、「行為主体」としての大規模小売業者による「優越的地位」の判断要素及び「濫用行為」内容の実態について検討した。第2部では、これら「優越的地位」の「濫用行為」に対する規制について検討する。第1章では、優越的地位の濫用規制の流通政策における位置付けとこれに係る議論を概観した後、これらに対する規制の概要、歴史及び企業のコンプライアンスとその問題点について検討し、第2章では、優越的地位の濫用に係る公正競争阻害性を検討する。第3章及び第4章では、現行の公正取引委員会による規制の問題点として、「優越的地位」及び「濫用行為」の認定上の問題点についてそれぞれ検討する。

第1項 大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制と流通政策との関係

流通政策とは、経済政策の一部門として、生産から消費に至る流通の機能や活動を対象に実施される公共政策であり、その目的は流通の「望ましい状態」を達成するところにある¹。流通政策は、小売業者、卸売業者、メーカー等の企業の流通・マーケティングに多様な影響を及ぼすが、その一つが本稿で取り上げている本規制による大規模小売業者・納入業者間の取引関係への影響である。

流通の「望ましい状態」は、生産と消費をつなぐ流通システムの社会的・経済的機能が、効率的かつ有効に発揮されている状態であり、流通政策の主要な価値基準は、流通の効率性と有効性にある²。効率性に基づく政策目標としては、流通生産性の向上が挙げられ、流通システムに投入される人的・物的資源とそこから得られる成果との比率であり、流通生産性を高めることによって単位当たりの流通コストの引き下げ等が目指される。有効性に基づく政策目標としては、①市場メカニズムの根幹を支える競争のルールを確立・維持す

¹ 渡辺達朗『流通政策入門』（中央経済社、第3版、2011）21頁。以下、本章の流通政策に関する記載は、同書21-41頁及び東徹「流通政策」久保村隆祐編『商学通論』（同文館出版、七訂版、2009）241頁以下による。

² 渡辺、前掲注1、27-28頁。

ることによって流通システムの構成員間において自由で公正な競争が行われるようにするとともに、競争を促進させるという「競争公正性の確保」、②流通システムの構成員間における売買取引の取引利便性を高めるという「取引利便性の向上」、③流通システムの構成員や活動によってもたらされる成果（効用ないし価値の増加分）を流通サービスや所得、利益として配分する際に、構成員の貢献度に応じて平等・公平に行われるようにするという「配分平等性の確保」に分類される。

そして、流通政策を政策方法という観点から整理すると、①一定のルールを定めてそこからの逸脱を禁止する方法（禁止型政策）、②特定の流通機能や流通活動の振興を図る方法（振興型政策）、③複数の主体の利害関係の調整や需給関係の調整を図る方法（調整型政策）に分類できる³。これら政策方法のうち、大規模小売業者の購買力問題の改善に関連する主なものとしては、禁止型政策である独占禁止法による優越的地位の濫用規制のほか、次のようなものが挙げられる。

①大規模小売業者・納入業者間の納入取引における中小企業保護政策（禁止型政策）

大規模小売業者の「濫用行為」を直接的に規律し、大規模小売業者が納入業者に対し不当に不利益を課す取引方法を禁止することにより、納入業者の利益保護を図る政策が挙げられる。これには、下請法、消費税特措法等が挙げられる。

②中小納入業者の振興政策（振興型政策）

大規模小売業者の「優越的地位」を低下させるためには、納入業者の地位を相対的に向上させる政策が挙げられる。これには、量的に納入業者の取引依存度を低下させる政策、質的に大規模小売業者を納入業者に依存させうるほどの有力な経営資源の保有を促進する政策が考えられる。具体的な政策手段としては、商品の納入取引に係る量的な取引依存関係の改善として、中小納入業者同士の合併・連携を促進する政策が挙げられ⁴、質的な改善として、納入業者に対する経営近代化・高度化のための診断指導・人材育成や資金面の助成、金融上・税制上の優遇等により、大規模小売業者との納入取引に有用な納入業者の経営資源の取得・開発、あるいは高度化を促進する政策が挙げられる。

③中小小売業者の振興政策（振興型政策）

大規模小売業者の「濫用行為」が小売業者間の競争に悪影響を与え得るため、小売市場において競争上劣位にある中小小売業者を健全な競争主体として自立させることや、環境変化に適応することを支援、促進する政策が挙げられる。具体的な政策手段としては、量的な改善としては、中小小売業者同士の合併、連携、共同化、連鎖化事業等を促進する政

³ 渡辺、前掲注1、30-31頁。

⁴ 優越的地位の濫用に対する究極的な解決方法としては、納入業者が大規模小売業者に対するパワー格差を是正する方法であり、取引依存度を重視した場合には、納入業者が合併などを通じて自らの企業規模を高めるか、あるいは競争を通じて納入業者が淘汰される過程で、取引先小売業の仕入依存度を引き上げる方法を模索すべきことになるとの見解がある。加藤司『日本的流通システムの動態』（千倉書房、2006）106頁。

策が挙げられ、質的な改善としては、経営近代化・高度化のための診断指導・人材育成や資金面の助成、金融上・税制上の優遇等により、消費者への商品販売に係る経営資源の取得・開発、あるいは高度化を促進する政策や中小小売業者を維持・存続させる政策が挙げられる。法制度としては、中小小売商業の総合的、体系的な振興を図ることを目的とした中小小売商業振興法（昭和48年9月29日法律第101号）が挙げられる。

④大規模小売業者と中小小売業者との調整政策（調整型政策）

中小小売業者の振興政策により中小小売業者の自立が遅れる場合、これと併用して成果が出るまでの時間的猶予を稼ぐために、競争条件の調整という観点から、大規模小売業者の競争圧力を緩和し、中小小売業者の事業機会を確保する政策が挙げられる⁵。具体的な政策としては、第1次、第2次百貨店法や大店法等、大規模小売店舗の出店を抑制する政策が挙げられる。

⑤大規模小売業者・納入業者間の商品納入取引の基盤整備政策（振興型政策）

禁止型政策のほか、大規模小売業者・納入業者間の商品納入取引に共通する流通基盤を整備し、これら活動の高度化や効率化を図ることを目的とした政策が挙げられる。これらは直接的に「優越的地位」や「濫用行為」を改善するものではないが、間接的に改善を促進する効果を有している。例えば、高度成長期に展開された流通近代化政策や流通システム化政策の際には、取引慣行の是正が政策目標の一つとされ、それ以降の流通の情報化、繊維産業の高度化等に際して取引慣行の是正がたびたび政策目標とされている⁶。

第2項 流通政策における大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制を巡る議論

大規模小売業者による優越的地位の濫用規制は、以前から競争政策として独占禁止法で規制することについて議論がなされてきた。事業者間の取引において、対等な取引もあるものの、交渉力に格差があるのが通常であり、交渉力の弱い当事者に取引条件が不利に設定されるのは通常ありうることである。このため、優越的地位の濫用は私人間の問題であり、当事者間で解決できなければ裁判所で解決すべき問題であるため、私的自治の原則から契約の結果それ自体に介入するのは行き過ぎとする見方と、現実的には地位の格差により優位な当事者が押付けた不利な契約条件を裁判所で解決できないため行政が介入するという見方が議論となっている。そして、このような性質を持つ優越的地位の濫用に対し、行政が私人間の取引に介入する根拠、及び行政が介入してでも是正すべきとなった場合に採られる政策方法が問題となる。このときに、前項で検討したとおり、多様な政策方法がある中、競争政策という禁止型政策を選択することにも議論が生じている。

⁵ 渡辺、前掲注1、32頁。

⁶ 例えば、経済産業省は、各報告書の中で、取引改善、ITを活用した効率的なサプライチェーンの構築の重要性に言及し、繊維産業流通構造改革推進委員会（SCM協議会）を中心とした民間の取組への支援を明記している。経済産業省「繊維産業における下請適正取引等の推進のためのガイドライン」（2007年策定、2014年改訂）2頁。

また、現在は、優越的地位の濫用を競争政策で規制するという政策方法を選択しているのが現状であるが、この運用方法にも議論がある。本来、競争政策、振興政策、調整政策の相互間の関連は、理念的には、競争政策を基軸として振興政策と調整政策とがそれを補完するという形で体系化されている⁷。しかし、我が国の流通政策においては、調整政策が恒久的な中小商業者保護政策であるかのような存在感を示していたこと、及び調整政策の恒久化は、振興政策が中小商業者の健全な競争主体への育成や環境適応力の向上に実効的な成果が挙げられずに一層の拡充が求められたことにより、振興政策と調整政策は、競争政策との相互補完関係から離れた、独自性・独立性を獲得していくこととなった⁸。これに対し、競争政策は、産業界の思惑やこれを受けた行政組織からの圧力によって、独占禁止法の運用が弱められ消極化された時期が続いたが、さらに、中小商業者の保護という観点から、中小商業者や世論の圧力等から競争政策の政策形成時に影響を与えてきたことは否めず、これが優越的地位の濫用規制の制定にも影響を与えている⁹。例えば、第3節で検討するとおり、百貨店特殊指定は、競争法上の「公正な取引の実現」という政策目標に加えて、経済的な強者である大企業による経済的な弱者である中小企業に対する優越的地位の濫用から保護するという「中小企業の保護」という政策目的が混在して法体系が構成され、実際に運用が行われ、公正取引委員会も存在をアピールする最も有効な手段としてこれを積極的に取上げてきたとする見解もある¹⁰。

立法論としても弱者保護の要素を持つ優越的地位の濫用規制が、競争政策で扱われる根拠となる公正競争阻害性の考え方を整理しないまま規制を導入したことにより、後の学説の議論を生み出す要因となったといえる。

これらの議論から生じる論点として、第一に、前項で検討したとおり、「優越的地位」の「濫用行為」は、独占禁止法によるもの以外に、様々な流通政策により改善されうるため、他の政策手法により改善すべきという批判があることが挙げられる。これには優越的地位の濫用が、前述したとおり中小企業保護の色彩を帯びていることにも一因がある。優越的地位の濫用規制が公正競争阻害性を除去する以外の目的、すなわち経済的な弱者であ

⁷ 渡辺、前掲注1、35頁。

⁸ 渡辺、前掲注1、35頁。

⁹ 学説にも、優越的地位の濫用規制について、積極的に中小企業保護の観点を打ち出すものがあり、例えば「消費者保護法や労働法と同様に、中小企業保護の観点から、私的自治の原則、契約自由の原則に基づく一般民事法のルールに例外を設けるものである」との見解がある。村上政博「独占禁止法の新たな展開(30) 優越的地位の濫用の禁止」判例タイムズ1379号(2012)56頁。また、公正取引委員会の委員であった後藤晃教授は、独占禁止法を用いて下請企業や納入業者の立場が有利になるようにすること、中小企業を保護することにはかなり広い支持があり、中小企業の数とそこに働く労働者の数が多いこともあり政治的にも強い力を持っており、インパクトも強いが、常に過剰介入の危険性が存在していると指摘している。後藤晃『独占禁止法と日本経済』(NTT出版、2013)112頁。

¹⁰ 若杉隆平「不公正な取引方法に関する規制(1)：不当廉売及び優越的地位の濫用・下請取引—『不公正取引方法の一般指定』と『下請代金支払遅延等防止法』の考察—」後藤晃・鈴木興太郎編『日本の競争政策』(東京大学出版会、1999)112頁。経済法学での見解として、特殊指定は、違反行為を例示することによる明確化、啓蒙又は政治的観点から行われるという色彩が強いとされている。白石忠志『独占禁止法〔第2版〕』(有斐閣、2009)158頁。

る中小納入業者及び中小小売業者の保護を目的とするならば、税制上の優遇及び直接的な資金援助等、直接的な所得移転政策を採るのが本筋であるとする見解がある¹¹。流通政策の価値基準で説明すれば、有効性の観点から、競争公正性の確保より、配分平等性の確保の方が政策上適しているといった説明になろう¹²。

第二に、優越的地位の濫用規制と競争促進との関係（優越的地位の濫用に係る公正競争阻害性の説明）が説明しきれていない点が挙げられる。経済法学の分野では、規制の必要性は認めているものの、「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」規制であったとして、立法時の不備を指摘する見解がある¹³。流通論の領域では、大規模小売業者による納入業者に対する優越的地位の濫用に関し、チャンネル間競争の対抗力獲得につながる目的でなされる場合が多く、競争促進効果もあり規制の難しさが指摘されている¹⁴。また、実証分析から、優越的地位の濫用規制政策は卸売段階における強者を育成し、弱者の保護につながらないとして、「大型小売商をたんにスケープ・ゴートとすることによって片付く問題ではない」とする見解がある¹⁵。

経済学では、優越的地位の濫用規制による経済合理性は、取引当事者間の所得分配上の不利益の調整ではなく、競争を通じた最適な資源配分の実現に求めなければならないところ¹⁶、規制・介入を行うことによって経済的に望ましい状態がどのようなメカニズムによって達成されるかが必ずしも明らかではないところに問題があるとする見解がある¹⁷。また、第1部第4章で検討した取引慣行の合理性を評価する立場からは、返品制の定着を考えると、「消費者の望む商品を望む方法で提供できていると考えることができ」として、現行の独占禁止法による返品規制では、各業界の実態や存続理由に関し分析し、望ましい規制を行うべきだとする見解がある¹⁸。この立場からすれば、市場が機能していれば一見すると不合理なように見える行動が行われても、当事者の合理的な選択の結果であるかもしれず、優越的地位の濫用規制の介入を正当化するためには、市場が機能しているのか否かということを判断する作業を先行させるべきであるとの見解がある¹⁹。流通政策の価値

¹¹ 若杉、前掲注 10、126 頁。

¹² 公正取引委員会の委員であった神垣清水氏も、優越的地位の濫用規制は「不公正な取引方法の一類型として導入された経緯から、中小企業者保護の色彩が強く、効率性より公平性とする風潮に陥りやすい」と指摘している。神垣清水『競争政策概論』（立花書房、2012）129 頁。

¹³ 今村成和『独占禁止法』（有斐閣、新版、1878）148 頁。

¹⁴ 田村正紀『日本型流通システム』（千倉書房、1986）281-305 頁。同様に、渡辺達朗教授も、小売業者にとってバイイング・パワーを行使しなければ水平的競争で不利になり、「行儀」がいいと価格競争力で劣ってしまうとして、バイイング・パワー行使が競争上必要である可能性を指摘している。2004 年 12 月の日本商業学会における筆者発表に対するコメント。

¹⁵ 田村正紀「優越的地位の乱用規制は有効であるか」季刊消費と流通 4 巻 4 号（1980）63 頁。

¹⁶ 若杉、前掲注 10、123 頁。

¹⁷ 若杉、前掲注 10、115 頁。

¹⁸ 三輪芳朗『日本の取引慣行—流通と消費者の利益—』（有斐閣、1991）74 頁。

¹⁹ 田村善之「市場と組織と法をめぐる一考察（2）—民法と競争法の出会い—」民商法雑誌 121 巻 6 号（2000）776-777 頁。

基準で説明すれば、効率性の観点から、競争政策で取引に直接的に介入しないほうが、流通生産性を高めることにつながり、流通の「望ましい状態」に近づくという説明になる。

他の流通政策で改善が可能な点、及び競争政策として扱うにしても競争との関係を説明しきれない点から、優越的地位の濫用を独占禁止法により規制することについて議論が生じる余地が生まれ、かつ、長年にわたり経済学者、商業学者等から当該規制が批判される結果につながっている。他方、規制強化を求める世論もあり²⁰、あるいは経済法学者からも優越的地位の濫用規制は、50年を超える期間における運用基準の明確化や運用実績をみるならば、その機能は日本競争法にとって必須の部分となすものになっている²¹、という評価がなされる等、我が国の競争政策の一部として定着し、かつ、その重要性が増していることは否めない。

本稿では、序で述べたように、「成立要件の研究」及び「実態・歴史の研究」を主たる対象とするので、「規制の妥当性研究」はこの程度にとどめ、優越的地位の濫用規制を独占禁止法上の規制として取り扱うことを前提に、次節以降において規制の体系について検討する。

第2節 大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制の体系

第1項 優越的地位の濫用規制における購買力濫用規制の位置付け

我が国における大規模小売業者の納入業者に対する購買力濫用規制は、独占禁止法において、不公正な取引方法の一類型である「優越的地位の濫用」として規制されている。

優越的地位の濫用規制は、メーカー及び卸売業者等の事業者が、流通段階の「川下」に位置する卸売業者及び小売業者等の事業者に対して行う場合と²²、卸売業者及び小売業者等の事業者が、流通段階の「川上」に位置するメーカー及び卸売業者に対して行う場合に分類でき、大規模小売業者に対する購買力濫用規制は、後者に位置づけられる。

優越的地位の濫用規制は、一般ルール化すれば、ほとんど全ての不公正な取引方法の問題をカバーできてしまうため、当該規制の守備範囲を正常化しないと、過剰規制が避けられないとされている。このため、公正取引委員会では、取引関係に取引上の優越性と劣位

²⁰ 近年の優越的地位の濫用規制に係る運用強化の要因の一つとして、経済的に優位な立場にある者の劣位者に対する濫用的行為を規制することへの社会的な支持が広がったことを指摘するものがある。川濱昇「近時の優越的地位の濫用規制について」公正取引 769号（2014）4頁。

²¹ 高橋岩和「優越的地位の濫用と独禁法」日本経済法学会年報 27号（2006）8頁。

²² 当該事例としては、メーカーが育児用粉ミルクを卸売業者に販売する際に、建値を維持するため払込制を行った雪印乳業事件、金融機関が貸付の際に拘束預金を行った岐阜信用組合事件（最判昭 52・6・20民集 31・4・449）、金融機関が貸付の際に金融派生商品を押付け販売した三井住友銀行事件、自己のフランチャイズ・チェーンに加盟するフランチャイジーに見切り販売を取り止めさせたセブン・イレブン・ジャパン事件がある。

性が顕著に見られる分野に対して規制を行っており、大規模小売業者の購買力問題や、フランチャイズ・システムの問題等、特定の業界に見られる問題に対応する運用が行われている²³²⁴。以下、大規模小売業者の納入業者に対する購買力濫用に対する規制の法体系を概観する。

第2項 第2条第9項第5号に基づく規制

2009年の独占禁止法の改正前は一般指定（1982）第14項で優越的地位の濫用を指定していたが、改正により、同項の規定が第2条第9項第5号に移行した。第2条第9項第5号では、「自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして不当に」、①継続して取引する相手方に対して（新たに継続して取引しようとする相手方を含む。②において同じ。）当該取引に係る商品又は役務を購入させること（同号イ）、②継続して取引する相手方に対して、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（同号ロ）、③取引の相手方からの取引に係る商品の受領を拒み、取引の相手方からの取引に係る商品を受領した後当該商品を当該取引の相手方に引き取らせ、取引の相手方に対して取引の対価の支払いを遅らせ、若しくはその額を減じ、その取引の相手方不利益となるよう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こと（同号ハ）を不公正な取引方法として定義し、第19条で禁止されている。

大規模小売業者の納入業者に対する購買力濫用行為での分類としては、①の行為には購入・利用強制が、②の行為には不当な協賛金等の要請及び不当な従業員等の派遣要請が、③の行為には受領拒否、不当な返品、支払遅延、対価の減額及び買いたたきが含まれる。

第3項 第2条第9項第6号に基づく規制

第2条第9項第6号では、第5号で定めるほか、同号イからホまでのいずれかに該当する行為であって、公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち、公正取引委員会が指定するものを不公正な取引方法と定義しており、同号ホでは、「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」が定義されている。

²³ 上杉秋則『独禁法による独占行為規制の理論と実務—わが国の実務のどこに問題があるか—』（商事法務、2013）434-435頁。上杉秋則氏は、優越的地位の濫用問題が生じやすく規制が必要な分野について、①同一の市場において大企業と中小企業が、特段の棲み分けもなく、また格別の規模の利益も働かない中混然となって競争している業界、②商品を大量に購入することから生まれるバイイング・パワーの存在する分野であり、この力は消費者に直接販売することで力が強化されるとともに、消費者とは継続的取引が困難であり、価格を中心に商品選択される傾向が強いため問題が生じやすいと指摘している。

²⁴ 同様の見解として、優越的地位の濫用が最も頻繁に起こるのは流通分野における大規模小売業者と納入業者の関係、及び製造業分野における下請を委託する大企業と下請事業者の関係であるので、大規模小売業者告示及び下請法が定められているとする見解がある。根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説〔第4版〕』（有斐閣、2010）290頁。

本号に基づいて、公正取引委員会は不公正な取引方法の指定を行っているが、これにはあらゆる事業分野に共通して適用される不公正な取引方法の指定（一般指定）と、特定の事業分野における特定の不公正な取引方法の指定（特殊指定）の2種類がある。

現在、第2条第9項第6号に基づく優越的地位の濫用規制としては、一般指定では第13項の取引の相手方の役員選任への不当干渉が規定されており²⁵、特殊指定としては、大規模小売業告示、物流特殊指定及び新聞特殊指定が規定されている。特殊指定は、個別業界の特殊性に対応して具体的な禁止基準を設定することができ、当該業界の固有な条件の下で定型的に競争阻害性を有する行為を特定して類型化し、一定の行為を原則として禁止することも可能であり規制の実効性を確保できる²⁶。例えば百貨店特殊指定は、取引上の地位の優位性を不当に利用して行う行為を具体的に規定したものであり、このため各条項には「不当に（な）」の文言はない²⁷。

大規模小売業者による優越的地位の濫用に適用される大規模小売業告示では²⁸、一般消費者により日常使用される商品の小売業を行う大規模小売業者（特定連鎖化事業を行う者にあつては、当該特定連鎖化事業に加盟する者の売上高を含む。）であつて、①売上高が百億円以上である大規模小売業者²⁹、又は②店舗面積が1,500㎡以上（東京都特別区又は政令指定都市の区域内では3,000㎡以上）の店舗を有する大規模小売業者が納入業者に対して行う不当な返品（第1項）、不当な値引き（第2項）、不当な委託販売取引（第3項）、特売商品等の買ったたき（第4項）、特別注文品の受領拒否（第5項）、押し付け販売（第6項）、納入業者の従業員等の不当使用等（第7項）、不当な経済上の利益の收受等（第8項）、要求拒否の場合の不利益な取扱い（第9項）、公正取引委員会への報告に対する不利益な取扱い（第10項）を不公正な取引方法として定めている。

①の売上高には、「特定連鎖化事業」が含まれ、コンビニエンス・ストア等のフランチャイズ業者が各加盟店の売上高を合算することにより規制対象に含まれ、あるいは要件が売上高で定められるため、店舗を有しない通信・ネット販売や店舗面積が狭小な専門量販店も規制対象に含まれている。

²⁵ 一般指定第13項は、本稿の検討対象とする大規模小売業者の納入業者に対する購買力の濫用規制と関係が薄いため検討を割愛する。

²⁶ 実方謙二『独占禁止法〔第4版〕』（有斐閣、1998）261頁。

²⁷ 岩本論「経済法判例研究会（第125回） 総合量販店による『特売セール』向け商品の買ったたきと不当な従業員派遣の要請—ユニー(株)に対する件—公取委勧告審決平成17.1.7」ジュリスト1297号（2005）148頁。

²⁸ 過去に特殊指定のなされた業種（現在は廃止）は、ゴム履き物業（昭和29年公取委告示1号）、百貨店業（1954年公取委告示7号）、教科書業（1956年公取委告示5号）、海運業（1959年公取委告示17号）、食品缶詰又は食品瓶詰業（1961年公取委告示12号）、新聞業（1964年公取委告示14号）、取引方法は、オープン懸賞（1971年公取委告示34号）がある。現在、優越的地位ガイドラインでは、大規模小売業告示のほか、優越的地位の濫用の規定がある特殊指定は新聞特殊指定及び物流特殊指定としている。

²⁹ 「特定連鎖化事業」とは、中小小売商業振興法（昭和48年法律第101号）第11条第1項に規定され、「連鎖化事業であつて、当該連鎖化事業に係る約款に、加盟者に特定の商標、商号その他の表示を使用させる旨及び加盟者から加盟に際し加盟金、保証金その他の金銭を徴収する旨の定めがあるもの」とされており、いわゆるフランチャイズ事業者を指している。

第4項 審決・排除措置命令、警告及び注意の位置付け

独占禁止法の優越的地位の濫用について、違反行為が認められる場合には、公正取引委員会は、公正で自由な競争秩序を回復するために違反事業者に対してその違反行為を排除する等の行政処分である排除措置命令を行い、併せて違反行為の未然防止という行政目的を達成するために、違反事業者等に対して金銭的不利益を課すという行政処分である課徴金納付命令が出される。事業者がこれらの命令に不服であれば、審判請求をすることができ、事後的に当該行政処分の内容を審判で争う手続となっている。

公正取引委員会は、排除措置命令といった法的措置を採るに足る証拠が得られなかった場合であっても、違反するおそれがある行為があるときは、行政指導として事業者に対して警告を行い、その行為を取りやめること等を指示し、さらに、違反行為の存在を疑うに足る証拠が得られないが、違反につながるおそれがある行為がみられたときには、未然防止を図る観点から注意を行っている。

排除措置命令は、速やかに競争秩序を回復し、事件処理の効率化を図るため2005年の独占禁止法改正における審判手続の見直しにより導入された制度だが、それ以前は、排除措置命令の前に審判を行う審判制度が用いられていた。この手続では、公正取引委員会が排除措置をとるべきと判断した場合、まず勧告を行い、それに事業者が応諾する場合は勧告審決により、事業者が勧告に応諾しない場合は審判手続を開始して審判審決により、事業者が審判の途中で争うのをやめた場合は同意審決により、それぞれ排除措置を命ずるという制度であった。

本規制においても、これらの制度に基づき、行政処分あるいは行政指導が行われている（巻末表1を参照）。

第5項 ガイドライン

公正取引委員会は、優越的地位の濫用に係る法運用の透明性、事業者の予見可能性を向上させる観点から、当該規制の法運用の考え方をガイドラインとして公表しており³⁰、大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制に適用されるものとして、第2条第9項第5号の運用については、全ての業種に適用される共通ルールとして優越的地位ガイドラインが公表され、大規模小売業告示の運用については大規模小売業告示ガイドラインが公表されている³¹。大規模小売業告示ガイドラインでは、大規模小売業告示の適用対象となる大

³⁰ 特に優越的地位の濫用行為に該当するかどうかの判断は、演繹的に明確化するのが困難であり、また事業者の予測可能性を高めるためにも具体的に行為を列挙する対応が良いとされている。通商産業省産業政策局編『不公正な競争行為に対する民事的救済制度のあり方―自律的な競争秩序の維持・発展に向けて―』別冊NBL49号（商事法務研究会、1998）65頁。

³¹ これらの大規模小売業者に適用されるガイドライン以外にも、特定の業種等における優越的地位の濫用等の独占禁止法違反行為の未然防止を図るため、フランチャイズガイドライン、役務委託取引ガイドライン等が公表されている。

規模小売業者及び納入業者の範囲を明らかにし、次いで大規模小売業告示で規定する禁止行為の内容を、問題となる行為事例とともに明らかにしている。ガイドラインは、公正取引委員会の考え方を伝えるものに過ぎず、事業者等や裁判所を拘束するものではないが、専門機関の示した考え方として尊重されるべきものと考えられている³²。

第6項 下請法

独占禁止法による優越的地位の濫用規制の補完法として、下請法が制定されている。

下請法は、規制対象となる取引の発注者を資本金区分により「優越的地位」にあるものとして取り扱う等、独占禁止法の規制に比較して簡易な手続きを規定することにより、適用対象を明確化するとともに、迅速かつ効果的に下請事業者の利益保護を図るために制定されている。

下請法では、適用対象となる下請取引の範囲について、①取引当事者の資本金（又は出資の総額）の区分により親事業者と下請事業者を定義し、②取引の内容（製造委託、修理委託、情報成果物作成委託及び役務提供委託）を下請取引として特定し、この2つの要件を両方とも満たす取引で行われる不当な行為を規制している。そして親事業者に対し、書面の交付義務、書類の作成・保存義務、下請代金の支払期日を定める義務、遅延利息の支払義務を課すとともに、①受領拒否、②下請代金の支払遅延、③下請代金の減額、④返品、⑤買ったたき、⑥購入・利用強制、⑦報復措置、⑧有償支給原材料等の対価の早期決済、⑨割引困難な手形の交付、⑩不当な経済上の利益の提供要請、⑪不当な給付内容の変更・やり直しをそれぞれ禁止している。他方、客観的な基準及び簡便な手続きで規制を行うことから、独占禁止法とは異なり法的な行政処分権限は定められず、行政指導である勧告を行うことで禁止行為を是正している。

大規模小売業者と納入業者との納入取引に下請法が適用されるのは、主として大規模小売業者のPB商品等の製造委託に対してである³³。近年は、PB商品等の製造の拡大により、大規模小売業者にも下請法の適用が増加している³⁴。

³² 金井貴嗣ほか『独占禁止法』（弘文堂、第4版、2013）263頁。

³³ 優越的地位の濫用規制では、建設業法が相互補完的に展開されている。建設業法では、建設工事の下請取引（建設業者が業として請け負う建設工事を他の建設業者に請け負わせる取引）は、本来、役務提供取引として下請法の適用対象に入るべきだが、同法の対象から外されている。根岸哲編『注釈独占禁止法』（有斐閣、2009）490頁〔根岸哲〕。この理由は、建設業法において下請法と類似の規定が置かれ、下請事業者の保護が別途図られており、これに重ねて規制を行う必要性に乏しいためと説明されている。粕淵功・杉山幸成編『下請法の実務』（公正取引協会、第3版、2010）59頁。

³⁴ 巻末表2のとおり、規制件数も増大傾向にある。少し古い調査になるが、1997年に公正取引委員会が大規模小売業者のプライベート・ブランド商品に関して実態調査を行っている。詳細は相関透「プライベート・ブランド商品と下請法—大規模小売業者のPB商品の納入取引等にかかる調査結果について—」NBL610号（1997）27-32頁。

第7項 消費税特措法

2014年4月の消費税率の引き上げ（5%から8%）に伴い、消費税の転嫁を円滑に進めるため、消費税特措法が2013年10月に施行されている。

消費税特措法では、①消費税の転嫁拒否等の行為の是正に関する特別措置、②消費税の転嫁を阻害する表示の是正に関する特別措置、③価格の表示に関する特別措置、④消費税の転嫁及び表示の方法の決定に係る共同行為に関する特別措置を定めており、このうち大規模小売業者等の優越的地位の濫用行為に係る規制は①が該当する。

規制対象となる行為者である特定事業者としては、①大規模小売事業者、②特定供給事業者から継続して商品又は役務の供給を受ける法人事業者に区分しており、取引の相手方となる特定供給事業者としては、①大規模小売事業者に継続して商品又は役務を供給する事業者、②資本金等の額が3億円以下である事業者、個人事業者等と定めている。特定事業者の遵守事項としては、①減額・買ったとき、②商品購入、役務利用又は利益提供の要請、③本体価格での交渉の拒否、④報復行為がそれぞれ禁止されている。なお、消費税特措法の「大規模小売事業者」の定義は公正取引委員会規則で定めるとされており、同規則では、大規模小売業告示で定める「大規模小売業者」と同一の基準が用いられている。

このように、消費税特措法では、一定の基準に該当する大規模小売事業者と納入業者との取引の全てが規制対象となっており、消費税増税に際し大規模小売事業者の価格転嫁拒否等の行為を簡便かつ迅速に規制できるようになっている。

第8項 法令の適用関係

(1) 特殊指定との関係

2009年の独占禁止法の改正前は、大規模小売業者の納入業者に対する同一の優越的地位の濫用について、一般指定と特殊指定とが重複して適用可能な場合には、特殊指定が優先的に適用され³⁵、実際の事案でも一般指定（1982）第14項と百貨店特殊指定あるいは大規模小売業告示が重複して適用可能な場合には、後者が優先的に適用されていた。このような運用に基づき、大規模小売業者による納入業者に対する優越的地位の濫用規制における一般指定（1982）の適用事例は、当時指定されていた特殊指定で定められていない行為に限定されていた。

しかし、前述した2009年の独占禁止法の改正により、第2条第9項第5号に該当する優越的地位の濫用であって、一定の条件を満たすものについて、公正取引委員会は、課徴金の納付を命じなければならないこととなった。このため、優越的地位ガイドラインでは、「独占禁止法第2条第9項第5号に該当する優越的地位の濫用に対しては、同号の規定のみを適用すれば足りるので、当該行為に独占禁止法第2条第9項第6号の規定により指定する優越的地位の濫用の規定が適用されることはない」としており、第5号の規定を第6号の指定に優先して適用するとしている。実際、同改正以降の大規模小売業者に対する優

³⁵ 根岸編、前掲注33、487頁〔根岸哲〕。

越的地位の濫用規制では（28 事件以降）、大規模小売業告示が適用できる事案について、第 2 条第 9 項第 5 号が適用され、かつ、全件で課徴金納付命令が出されている³⁶。ただし、第 2 条第 9 項第 5 号と第 2 条第 9 項第 6 号に基づく大規模小売業告示の関係は、一般指定と特殊指定の関係に立つものではなく、個別事案に応じてどちらかの法律が適用されることになることとされており³⁷、このことから第 2 条第 9 項第 5 号を優先適用するのは、あくまでも公正取引委員会の運用上の取り扱いに過ぎないということになる。一般指定（1982）第 14 項と第 2 条第 9 項第 5 号とは濫用行為として同一の内容を定めたものであるため、これらの運用を前提にすると 2009 年の独占禁止法改正を境に、全ての事業領域を対象とする一般指定あるいは第 2 条第 9 項第 5 号による優越的地位の濫用規制と、特定の事業領域を対象とする特殊指定による優越的地位の濫用規制の適用の優先順位が逆転したことになる。

このため、同改正以降は、第 2 条第 9 項第 5 号と大規模小売業告示の適用範囲が一致するため、大規模小売業告示の存在意義はほとんどないものとなったとする見解がある³⁸。他方、大規模小売業告示の適用を受ける納入業者の範囲が、第 2 条第 9 項第 5 号の適用を受ける納入業者の範囲よりも広い（と思われる）ため、大規模小売業告示の適用の余地が排除されるわけではなく、これら第 2 条第 9 項第 5 号の適用を洩れた納入業者に対して大規模小売業告示を適用するか否かは、公正取引委員会の裁量行為と考えられるとする見解もある³⁹。また、取引上優位の関係にあるか否かを個別に認定する手間を省ける特殊指定のメリットから、極めて多数の納入業者が関係する場合などには、大規模小売業告示を優先適用する可能性を残しておくべき、あるいは事案の中身により初回の違反には大規模小売業告示を適用し、2 回目の違反以降に第 2 条第 9 項第 5 号を適用することも法律的には可能であるとの見解もある⁴⁰。

ガイドラインの適用順位について、公正取引委員会は、優越的地位ガイドラインと大規模小売業告示ガイドラインの適用関係については、第 2 条第 9 項第 5 号の解釈基準として

³⁶ この運用に対し、大規模小売業告示が廃止されていないことから、公正取引委員会の裁量によって、独占禁止法第 2 条第 9 項第 5 号、大規模小売業告示いずれも適用することができ、第 2 条第 9 項第 5 号に一本化したいなら、大規模小売業告示を廃止して同一内容の運用指針に変更する必要があるとの見解がある。村上、前掲注 9、65 頁。

³⁷ 根岸・舟田、前掲注 24、290 頁。

³⁸ 独占禁止法第 2 条第 9 項第 5 号ハ「その他」以下が受け皿となっている以上、同条項に該当しないために特殊指定が適用されるものは存在しないと指摘されている。白石忠志「優越的地位濫用ガイドラインについて」公正取引 724 号（2011）11 頁。

³⁹ 上杉、前掲注 23、438 頁。上杉秋則氏は、過去、公正取引委員会が同一事件において一般指定と特殊指定を適用している例があるので、第 2 条第 9 項第 5 号と大規模小売業告示の並行適用は法律的には可能としている。同様に、例えば押付け販売について、大規模小売業告示第 6 項では取引の継続性が要件とされていないものの、独占禁止法第 2 条第 9 項第 5 号イでは取引の継続性が要件とされている。このため、大規模小売業告示に規定される内容のうち、どの範囲において実務上なお適用可能性（独占禁止法第 2 条第 9 項第 5 号によりカバーされていない範囲）が残されているのかについて検証が必要となるとする見解がある。向宣明「課徴金導入で予想される『優越的地位の濫用』規制の新留意事項」ビジネス法務 10 卷 12 号（2010）35 頁。

⁴⁰ 上杉、前掲注 23、439 頁。

活用できる場合には、大規模小売業告示ガイドラインを優先して適用するとしている⁴¹。優越的地位ガイドラインは、他のガイドラインと整合性をとっているため、大規模小売業告示ガイドラインと考え方が近似しており、特に違反行為等の具体例は、大規模小売業告示ガイドラインの方がより大規模小売業者の事例に則して記載されている。他方、大規模小売業告示ガイドラインは、大規模小売業告示に基づくガイドラインであり、第2条第9項第5号と要件が完全に一致しているわけではないため、活用する際には双方の要件の相違等を検討して慎重に利用する必要がある。

(2) 補完法との関係

独占禁止法による優越的地位の濫用規制と下請法又は消費税特措法における規制の優先適用関係については、下請法第8条又は消費税特措法第7条で、下請法又は消費税特措法に基づく勧告が行われた場合において、親事業者又は特定事業者がその勧告に従った時に限り、独占禁止法に基づく排除措置命令及び課徴金納付命令を適用しないと定められており、下請法又は消費税特措法が優先的に適用されるとされている⁴²。公正取引委員会も、優越的地位ガイドラインの原案に対する意見に係る考え方において、下請法を優先的に適用する旨説明している⁴³。この理由として、公正取引委員会の職員が記載した解説書によると、独占禁止法と下請法の法目的の相違や違反行為の排除に係る効率性の観点などを考慮して、通常、適用可能な場合であれば下請法を用いることとされていると説明している⁴⁴。

他方、例えば下請法につき、第8条の規定から、実際上は下請法の規定が優先して適用されることになろうが、理論上は、独占禁止法の規定を優先して適用することは妨げられないと指摘されており⁴⁵、これら補完法の独占禁止法に対する優先適用は、あくまでも運

⁴¹ 公正取引委員会は、優越的地位ガイドラインについて、「優越的地位の濫用に係る業種横断的な基本的考え方を示すものです。特定の取引形態等における優越的地位の濫用の考え方については、別途、ガイドライン等を策定・公表しているため、当該ガイドライン等が独占禁止法第2条第9項第5号の解釈基準として活用できる場合には、まずは、その取引形態別のガイドラインで示されている考え方によって検討します。そして、個別の行為が、当該取引形態別のガイドラインのみでは十分に判断できない場合には、本ガイドラインの考え方により検討することとなります。」としている。公正取引委員会、「『優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方』の公表について」別紙2「『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」（2010年11月30日）2頁、<http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h22/nov/10113001.files/10113001besshi2.pdf>、（2015年2月10日）。

⁴² これら補完法と独占禁止法の双方が適用可能な行為については、補完法が優先して適用されるとするものに、白石忠志・多田敏明編『論点体系独占禁止法』（第一法規、2014）87頁〔石井崇〕。

⁴³ 公正取引委員会は、「ある事業者と別の事業者の取引において、独占禁止法第2条第9項第5号と下請法の双方が適用可能な場合には、通常、下請法を適用することとなります。」として、課徴金が導入されたことにより、以前からの運用が変更されるということはないと説明している。公正取引委員会、前掲注41、6頁。

⁴⁴ 菅久修一編『独占禁止法』（商事法務、2013）168頁〔伊永大輔〕。

⁴⁵ 金井ほか、前掲注32、363頁。

用上のものとする見解がある。このため、独占禁止法による優越的地位の濫用規制と下請法との関係について、下請事業者を含めた事業者に対する優越的地位の濫用行為がみられる場合には、全体を第2条第9項第5号の問題として処理することが可能と解されており⁴⁶、特に2009年の独占禁止法改正により、第2条第9項第5号は下請法からその概念の一部を借用して条文化されて従来よりもその範囲の重複が明確になったため⁴⁷、当該処理が容易になったといえる。

このように、理論上は格別、現行の公正取引委員会の運用では、大規模小売業者・納入業者間の購買力濫用規制における優先適用の順位は、①下請法又は消費税特措法、②第2条第9項第5号、③第2条第9項第6号（大規模小売業告示）となる。

第3節 大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制の歴史

第1項 独占禁止法の制定（1947年）⁴⁸

前節では、優越的地位の濫用規制の体系を概観してきたが、他の法令の解釈・運用と同様、本規制においても、立法の趣旨、特殊指定・法的措置・運用の推移とこれらに対する解釈等の積み重ねを受け、現在の規制の体系と解釈が形成されている。このため本節では、現行の本規制の体系及びこれらの解釈の前提として、本規制の歴史を概観する。特に、第1部第4章及び第5章で検討したように、「行為主体」及び「濫用行為」が当該規制導入時から大きく変化していること、及び規制の手法が変化していることに焦点を当てるものとする。

⁴⁶ 下請法は、独占禁止法の補助立法であるが、一般法・特別法の関係にあると解されておらず、同一の行為に対してこれら両法がともに適用される可能性があり、個別事案に応じてどちらかの法律が適用されるとされている。根岸・舟田、前掲注24、290頁。同様に、消費税特措法は、独占禁止法・下請法・景品表示法の特例法にすぎず、特別法ではないとされている。講学上の特別法ならば、下請法、消費税特措法等が適用される事実については、独占禁止法は適用されないが、例えば消費税特措法は、主として手続・行政運用の点で、大量処理に適合する簡便・迅速なスキームを定めた特例法であると理解され、転嫁拒否等の行為が、消費税特措法第3条違反になると同時に、独占禁止法の諸規定に違反することがあり得るとされている。舟田正之「消費税転嫁対策特別措置法の意義と問題点」公正取引756号（2013）12頁。

⁴⁷ 上杉秋則「ついに優越的地位の濫用行為にも課徴金！対象となる行為と課徴金算定方式」ビジネス法務9巻11号（2009）70頁。

⁴⁸ 本項の分析は、拙稿「百貨店業における優越的地位の濫用規制—特殊指定の制定を素材として—」中央大学大学院研究年報法学研究科篇33号（2004）456-458頁の分析を加筆・修正したものである。

(1) 独占禁止法の制定と第1次百貨店法の廃止

1947年に制定された原始独占禁止法第2条第6項（不公正な競争方法）は、1953年改正後の不公正な取引方法が事業者間の取引方法という縦の取引関係の規律をも視野に入れているのと対照的に、事業者間の競争方法という横の競争関係の規律を対象としていた。また、旧第2条第6項には6項目の違法な行為類型を列挙し、公正取引委員会に準立法的機能として違法な行為類型の追加指定権限を与え、第19条で不公正な競争方法を禁止していた。独占禁止法の公布と同時に競争制限的な法律の廃止が行われ、戦前に制定され、百貨店の営業活動を規制していた第1次百貨店法が1947年12月18日に廃止されることになった⁴⁹。

(2) 百貨店規制の考え方

参議院商業委員会委員長で自由党の一松政二議員は、第1次百貨店法を「廃止してしまつたらば独占禁止法案によつて、公正取引の確保に関することは一應規定はあるけれども……皆が共倒れになるような競争に対しては、殆ど独占禁止の規定するところはないと思うのです。今後日本の経済情勢を考えてみると……商業においてはその傾きがひどくなるのではないかと、これを、百貨店法を廃止しつばなしで、あとは独占禁止法案によつたのではその当時憂えられて設けられたことが、また再現するであろう」と質問した。

これに対し水谷大臣は、「百貨店相互間の公正なる自由競争は、サービスその他の点で国民消費大衆に大きな利益を齎すでありましょうし、又中小事業者との関係につきましても、百貨店と相互依存関係にあるものは別といたしまして、百貨店と競争関係にある者に対しましては、一時的には圧迫を加えることがございましょうが、これに対しましては、消極的に百貨店の進出を制限するよりも、中小事業者におきまして、みずからその経営について積極的且つ合理的な改善を行うことによつて対処するのが最も肝要でございまして、それが十分に行われますならば……百貨店と一般小売業者との間にはおのずからその競争の分野に一定の均衡が生じて来る」ので制限は撤廃すべきであると回答している。

すなわち、政府の意図としては、あらゆる商業活動に対する規制を撤廃し、自由競争に基づいた経済民主主義を実現しようとしたことと、百貨店問題は基本的に独占禁止法の運用だけで対応できると考えていたことが挙げられる⁵⁰。このように、第1次百貨店法廃止の趣旨は、経済民主化のため百貨店の競争行動を制限する規制を撤廃し、小売市場における競争を独占禁止法、特に不公正な競争方法の規制の下に育成しようとするものであり、全ての小売業者を同一の基準で競争させようとするものであった。こうして、戦前から続いている百貨店の取引・競争をめぐる問題は、戦後、独占禁止法の不公正な競争方法によつて規制されることになった。

⁴⁹ 当初、第1次百貨店法の所管官庁であった商工省は、一部改正のみで対応しようとしていたが、GHQのアンチ・トラスト課の指令で廃止が決定した。日本百貨店協会創立50年記念誌編纂委員会編『協会50年のあゆみ』（日本百貨店協会 1998）34-35頁。

⁵⁰ ただし、第1次百貨店法が廃止される際に、中小小売業者への圧迫に対する懸念に対応し、独占禁止法の運用だけでは解決できない百貨店営業の取締りの必要が生じたときは、法的措置を速やかにとるとの附帯決議が行われた。

第2項 独占禁止法改正と優越的地位の濫用規制の導入（1953年）⁵¹

(1) 「不公正な取引方法」への改正

1953年改正後の優越的地位の濫用規制に係る法条

・独占禁止法第2条第7項

この法律において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つて、公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち、公正取引委員会が指定するものをいう。

1～4 略

5 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。

・一般指定（1953）

1～8 略

9 正当な理由がないのに、相手方である会社の役員（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和22年法律第54号）第2条第3項の役員をいう。以下同じ。）の選任についてあらかじめ自己の指示に従い、または自己の承認を受くべき旨の条件をつけて、当該相手方と取引すること。

10 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。

1953年9月1日に、独占禁止法を日本経済の実情に即応させることを目的とした、規制緩和的な改正が施行され、不公正な競争方法は、不公正な取引方法として第2条第7項で行為類型を列挙し、第19条で禁止するように改正された。この理由として、公正取引委員会が編集した資料では⁵²、「不公正な競争方法の内容を拡大し、直ちに競争事業者間の競争手段とは言い難いが、公正な競争秩序に影響を及ぼすような経済力の濫用行為をも規制できるよう、取引上の優越的地位の濫用行為を規制の対象に加えるとともに、前記のように『不公正な競争方法』の名称を『不公正な取引方法』と改めるなど、規定の拡充整備ないし弾力的運用を図るための改正を行なった」と説明している⁵³。この改正に基づき、

⁵¹ 本項の分析は、拙稿、前掲注48、458-461頁の分析を加筆・修正したものである。

⁵² 公正取引委員会事務局編『独占禁止政策三十年史』（大蔵省印刷局、1977年）146頁。また、第15回国会における独占禁止法改正の提案理由説明では、従来競争者間で用いられる競争手段という点のみに着目して立法していたのであるが、経済力の濫用規定が含まれたために、規制対象となる行為が必ずしも競争者間で用いられる競争手段に限られなくなったため変更された、とされている。公正取引委員会独占禁止政策二十年史編集委員会編『独占禁止政策二十年史』（大蔵省印刷局、1968）144頁。

⁵³ 御園生等「『不公正競争方法』から『不公正取引方法』への転換」東京経済大学会誌193号（1995）22-27頁には、優越的地位の濫用規制をめぐる公正取引委員会と内閣法制局との駆け引きが詳細に記述されている。当時、公正取引委員会の職員であった御園生等教授は、法制局が優越的地位の濫用にまで不公正競争の範囲を広げること懐疑的であったようだが、公正取引委員会は強固に主張して、名称を不公正な競争方法から不公正な取

一般指定（1953）が制定され、第10号で優越的地位の濫用が不公正な取引方法として指定されることとなった。ただし、濫用行為は、「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」と規定されるのみであり、具体的な行為内容は判然としないうものであった。

（2）優越的地位の濫用規制の導入理由

優越的地位の濫用規制の導入理由について、公正取引委員会が編集した資料・解説書で更に詳しく検討すると、「事業者の縦の系列（例えば生産者対商社、問屋対小売商の取引関係）における行為を規定の対象」として、「競争の直接的制限行為のみならず独占禁止法の最終目的たる『自由にして公正なる競争による取引秩序』に対しそれを直接的にも間接的にも攪乱する行為」を規制するためだったとの説明⁵⁴、あるいは法改正により部分的なカルテルの容認や、不当な事業能力の較差の排除に関する規定が削除されるという規制緩和に対応して、大規模事業者や事業者の結合体が優越した地位を利用して、中小企業等に不当な圧迫をすることを防ぐ目的で追加されたとの説明がなされている⁵⁵。これらの資料等から、中小企業の競争激化による不公正な取引方法の蔓延に対応し、競争秩序を維持するために水平的な競争手段の規制を整備するだけではなく、大企業の抑圧的行為等、競争に間接的な影響を与える垂直的な取引関係まで規制して、水平的な競争秩序維持を行うために優越的地位の濫用規制が導入されたのであり⁵⁶、更に中小企業の保護が強く意識されていたことがうかがえる。

同改正の際に、百貨店の優越的地位の濫用がどのように関係していたかという点、第1部第4章で検討したとおり、当時は百貨店の販売力回復に伴い、百貨店の仕入方法や販売方法に対する問題が表面化するようになり、一部の納入業者や小売業者から、百貨店による不当返品といった抑圧的行為や、このような行為により実現された販売方法について、公正取引委員会に苦情の申入れが行われていた⁵⁷。このため、百貨店規制を委ねられていた公正取引委員会は、苦情の申入れや世論に対応して返品、手伝い店員等、実態調査を行い⁵⁸、これらの行為を不公正な競争方法の運用により規制しようとした。この時、公正取

引方法に改めることにより導入したと指摘している。当時の経済部調整課長であった丸山泰男氏も同様の発言をしている。公正取引委員会事務局編、前掲注 52、450 頁。

⁵⁴ 公正取引委員会事務局編、前掲注 52、60 頁。

⁵⁵ 公正取引委員会事務局編『改正独占禁止法解説』（日本経済新聞社、1954）211-212 頁と丸山泰男「独禁法改正の要点」法律のひろば 6 卷 11 号（1953）22 頁を参照。

⁵⁶ この点について、前出の丸山泰男氏を含め、当時の公正取引委員会関係者は、経済的弱者を圧迫するような経済力の濫用行為は、直ちに競争手段とはいえなくても、「健全かつ公正な競争秩序の障害」となる不公正な取引方法とみることに違和感はなく、独占禁止法の法目的に照らし経済民主化のために積極的に取り組むべきもの」と考えたとするものがある。平林英勝「日本的独占禁止法の形成と丸山泰男—あるリベラリスト学者官僚の軌跡—」筑波ロー・ジャーナル 5 号（2009）140 頁。この見解は、私見の見解と近接している。拙稿、前掲注 48、460 頁以下。

⁵⁷ 日本百貨店協会創立 50 年記念誌編纂委員会編、前掲注 49、222-223 頁。

⁵⁸ 調査内容は、公正取引委員会事務局調査部『デパートの不公正競争方法に関する調査』（1951）1 頁以下を参照。

引委員会による、これらの行為の競争阻害効果についての説明は、納入業者に不当な手段を用いた競争を行わせ、また百貨店が不当な利益により中小小売業者に対し優位に立つというものであった⁵⁹。しかし、垂直的な取引関係の規制を意図して立法されていない、不公正な競争方法による規制では結局法的根拠が薄く限界があり、1952年5月21日に百貨店の不公正競争方法についての警告が行われるに止まった。

(3) 百貨店問題の影響

このような状況下、百貨店による納入業者に対する優越的地位の濫用問題が、不公正な取引方法の改正に影響したと考えられる。

1953年8月6日に公正取引委員会により発表された「独占禁止法の改正について」では、以下のように説明されている。「今次改正の中不公正な取引方法についても、異常なる関心がよせられているが、この大企業の取引の優越した地位を濫用する行為、例えば下請代金の不当な支払遅延、売れのこり商品の不当返品などの行為、……に対する規制は、新たに規定せられたところのものであり、かつ、現在の実情から最も緊要性のものであるので、指定の方法を研究中で、当委員会はこれらの規定を十分にいかして、真に公正な競争が行われる基盤を確保していく考えである」⁶⁰。1954年4月23日に行われた衆議院通商産業委員会において、当時、公正取引委員会の委員長であった横田正俊氏は以下のように答弁している。「改正法におきまして……不公正な競争方法を、不公正な取引方法に改めますると同時に、その内容を相当強化いたしまして、特にただいまのような百貨店の地位の濫用に対処するため、……取引上の地位の優越していることを不当に利用して取引をすることというものを、一項不公正な取引方法の中に加えまして、これに基づきまして、これらの事態に対処する態勢を一応整えた次第でございます。」また、当時、公正取引委員会の委員長であった横田正俊氏と経済部調整課長であった丸山泰男氏の回想では、下請取引問題と百貨店による優越的地位の濫用問題が法改正と同時並行的に考えられていたとの記述もあり⁶¹、下請問題とともに、当時社会問題化していた百貨店の優越的地位の濫用問題が、不公正な取引方法の中に優越的地位の濫用規制を導入させ、法規制のための制度的な枠組みを整備させる一因となったと考えられる。

第3項 百貨店特殊指定の告示（1954年）⁶²

(1) 百貨店問題の再燃

一時小康状態を見せていた百貨店の優越的地位の濫用問題であったが、1953年に入ると、金融引締めに伴うデフレ政策がとられ、景気の後退と納入業者の資金繰り悪化、繊維製品

⁵⁹ 公正取引委員会事務局調査部、前掲注 58、100-104 頁、金井勇「百貨店における不公正競争方法について」公正取引 27 号（1952）9 頁。

⁶⁰ 公正取引委員会独占禁止政策二十年史編集委員会編、前掲注 52、151 頁。

⁶¹ 公正取引委員会事務局編、前掲注 52、449 頁。

⁶² 本項の分析は、拙稿、前掲注 48、462-465 頁の分析を加筆・修正したものである。

の投売り・値崩れが進行し、納入業者は窮状を呈するようになり、これらの問題も再燃することとなった。

公正取引委員会は、百貨店・納入業者間の返品、手伝い店員等の調査を行い⁶³、この調査の結果によると、1952年の公正取引委員会による百貨店に対する警告の結果、取引が改善されたとする納入業者は49業者中19業者、改善されなかったとする納入業者が22業者おり、警告が不徹底なことは明らかだった。この調査を踏まえて、公正取引委員会は口頭で日本デパートメントストア協会に厳重注意したものの、これら垂直的な納入業者への濫用行為に加え、水平的な中小小売業者への圧迫に対し、百貨店対策を求める意見が続出した。特に独占禁止法による規制では迂遠であるとし、百貨店法の制定を求める声も出始めた。具体的に国会では、1954年4月2日に改進黨の長谷川四郎議員は百貨店法の私案を発表し、納入業者や中小小売業者から多くの陳情を受けた保守・革新両政党は、百貨店法案等による百貨店問題解決に乗り出す意思を表明した。5月28日には右派社会党が百貨店法要綱を作成、7月24日には百貨店法案を発表した。

1954年4月23日に行われた衆議院通商産業委員会では、百貨店に係る一連の問題が議題として話し合われた。長谷川議員が、百貨店法制定を求める声は、公正取引委員会による規制しか行わなかったことが原因ではないのか、という趣旨の質問を行った。これに対し当時、公正取引委員会の委員長であった横田正俊氏は以下のように答弁している。「問屋への返品問題につきましては、百貨店の売れ残り品、売れ行きが悪かった商品というようなものを返すことが……しかも季節末、百貨店の決算期などにそのことがございます。……一部の百貨店におきましては、こういう返品をいたしますことによつて、豊富な良質商品はこれを確保したから、商品の回転率を高め、資金の効率化、利潤の増進というようなことをはかつておる事例が多いわけでございます。これは言うまでもなく、問屋に対する非常に不当なやり方でございますし、また間接的に一般小売業者も競争上において不利な立場に立たされるということになるわけでございます。……二十七年の警告、それから不当な経済力による弱小企業への圧迫というような問題は、昨年九月の独禁法改正ではつきりいたしたような関係もございまして、……調査の結果、並びに小売業なり問屋の方面から公取に訴えて参りました場合には、独占禁止法の線に沿いまして、問題になり得るものはどんどん取上げて参りたいと思います。

なおそういう個々の違反の処理と並びまして、先ほど申しました改正法による『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。』ということはきわめて抽象的でございますので、デパートの場合にはどういうものがこれに該当するのかということをもう少し具体化いたしまして、それに基いて取締りの方針を立てて行きたいというふうに、実は考えております。……デパート問題につきましても、ただいま申しました基準を、一種の解釈基準というようなことで、公正取引委員会の内規というようなことで定めますか、あるいは一歩進みまして改正独禁法で認められました、いわゆる不公正な取引方法の特殊指定という制度を通じまして正式にこれを指定いたしまして、官報に告示いたすことによつて、一

⁶³ 公正取引委員会事務局編『百貨店特殊指定の解説』（公正取引協会、1955）77頁以下に調査の詳細が掲載されている。

般のデパートその他の業者にその基準で取引をしてもらうようにいたしますか、この点はなお検討中でございます」。

(2) 百貨店特殊指定の制定

これらの一連の動きの後、1954年10月19日、公正取引委員会は百貨店特殊指定の試案を一般に公表し、東京と大阪において公聴会を開催する旨の公示を行った。百貨店特殊指定の試案の内容は、不当返品、既納入価格の値引、限定販売のための買叩き、特別注文品の納入前の解約、手伝店員の使用、前各項の要求拒否に対する報復措置、景品・招待付販売（友の会組織を含む）の7項目の規制と、指定の対象となる百貨店業者及び納入業者の定義であった。

公聴会では、それぞれの利害関係者が議論を行い、百貨店側は原則的に指定に反対の立場であり、納入業者側は指定に全面的に賛成であるが、指定試案には抜け道も考えられ、もっと明確な表現により規定を厳格化すべきであるとの意見を表明した。特に百貨店が買取仕入を委託仕入に切替えるおそれがあり、脱法行為を規制すべきであるとの意見が出た。中小小売業者側は、百貨店の小売業者に対する競争力が、納入業者の犠牲によりもたらされているので、仕入取引を公正化することは小売業者の公正な競争基盤を確保することにもなるため、特殊指定には全面的に賛成との立場をとった。消費者側は、百貨店の行過ぎがあるものの法的規制は慎重にすべきで、小売業者を保護するあまり百貨店の正しい消費者サービスまで抑圧してしまい、自由競争による消費者利益を阻害することのないように、という意見が出た。学識経験者は、概して指定に賛成であるものの、特に指定の解釈、運用について実情に即した慎重な配慮を払うべきだとの意見が出た。全体では百貨店特殊指定制定に賛成の者34名、反対の者23名という結果であった。

公正取引委員会は、公聴会での意見の内容や各方面からの意見の内容を審議し、試案に修正を加えた上で、1954年12月21日に百貨店特殊指定を告示した（資料1）。百貨店特殊指定の内容の問題点として、次の4点が挙げられる。

- ①原案になかった委託仕入の規制（第3項）が、多数の指摘により挿入されたものの、違法となる委託仕入の内容が不明確であり、後に買取仕入の返品に対する規制を逃れるための、脱法的な委託仕入が増加したこと
- ②手伝い店員の規制で、「特殊技能者」や「直接の利益」となる場合の派遣を認めたが、特殊技能や直接の利益の基準が不明確で抜け道が多く、後に十分な規制が行われなかったこと
- ③規制対象が買取仕入と委託仕入に限定され、売上仕入については対象外であり、このため返品・手伝い店員の規制を逃れるために後に売上仕入が増加したこと
- ④手伝い店員の規制で、禁止事項が「自己の販売業務」に限定されているため、仕入業務や宣伝業務は含まれないと解釈することができ⁶⁴、販売業務に該当しない棚替え・棚卸し業務、事務作業等に対する従業員の派遣要請が百貨店特殊指定で規制することができなかったこと

⁶⁴ 樋口嘉重「百貨店の手伝い店員問題（上）」国際商業昭和53年6月号（1978）144頁。

第4項 手伝い店員の整理問題（1970年代）

（1）手伝い店員の解釈基準の通達と問題点

前項で検討したとおり、戦後復興期の小売市場は、少数の大企業である百貨店と大多数の中小流通業者（小売・卸売）から構成される典型的な「二重構造」であり、圧倒的な交渉力を有する百貨店から過度な要求に苦しむ納入業者という図式が、特別の規制の必要性を認識させて⁶⁵、1954年に百貨店特殊指定が制定され、1956年に「百貨店業の事業活動を調整することにより、中小商業の事業活動の機会を確保し、商業の正常な発達を図」ることを目的として、百貨店の事業活動を規制する第2次百貨店法が制定されることとなった。同法では、第1次百貨店法と同様に、売場面積1,500㎡以上（政令指定都市では売場面積3,000㎡以上）の大規模小売店を百貨店として規制することとし、たとえ1店舗でも百貨店と認定された小売企業は、個々の店舗の売場面積の大きさにかかわらず新設・増床、閉店時刻、休業日等について許可制とするという企業単位の規制（企業主義）を導入した。ただし、小売業者・卸売業者から強い要望のあった不公正取引についての法規制は、独占禁止法に基づいて行われることになり、百貨店法では触れられないこととなった⁶⁶。この際、衆議院商工委員会における百貨店法の附帯決議では「政府は、百貨店と小売商との関係の現状に鑑み、……私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の規定による不正競争の取締りを十分に活用し、両方相俟って、遺憾なき行政措置を講ずること。政府は、右のため、公正取引委員会の活動を、積極的ならしめるよう、必要な措置を講ずること。」と決議されている（資料3）。

公正取引委員会は、百貨店特殊指定制定後、百貨店による納入業者に対する優越的地位の濫用について定期的に書面又は面接により実態調査を行った⁶⁷。例えば公正取引委員会が1955年2月に手伝い店員調査を行ったが⁶⁸、この結果では、手伝い店員の使用は、1954年12月に調査した結果と対比して3割～5割の減少となっていた⁶⁹。これらの調査結果を受け、1955年4月23日に、公正取引委員会は、百貨店特殊指定に基づく手伝い店員の整理について具体的方策を日本デパートメントストア協会に諮問した。これに対し、日本デパートメントストア協会は、5月27日に「百貨店業者は特殊指定の趣旨を尊重し、その規定する事項を誠実に解釈して、実情に則しつつ、手伝い店員の整理を確実に促進するが、販

⁶⁵ 三村優美子「流通取引慣行と大型小売業の購買力問題」青山経営論集 40巻4号（2006）8頁。

⁶⁶ 高丘季昭・小山周三『現代の百貨店』（日本経済新聞社、第14版、1984）139頁

⁶⁷ 高度成長期に百貨店に対する調査が積極的に行われた理由として、当時の公正取引委員会の職員だった江夏美千穂氏は、「適用除外、適用除外で独禁法がどこにあるのか、分からない時代でした。さっき話した下請調査や百貨店調査は、苦し紛れでもあったのです。他に行き場がなかったからです」としている。高瀬恒一ほか監修『独占禁止政策苦難の時代の回顧録』（公正取引協会、2001）268頁。

⁶⁸ 日本百貨店協会『日本百貨店協会10年史』（日本百貨店協会、1959）245頁。

⁶⁹ 公正取引委員会事務局経済部調整課『百貨店業における特殊指定告示後手伝い店員使用に関する調査』（公正取引委員会、1956）1頁。ただし、この調査は、12月という繁忙期と2月という閑散期との比較であることに注意を要する。

売に関する特殊技術又は能力について公取委で妥当な範囲、基準を定めることを希望する」
との回答を行った⁷⁰。

これは、百貨店特殊指定第6項で手伝い店員が原則禁止とされる中、例外的に手伝い店員の派遣が許容される「通常百貨店業者の従業員がもっていない販売に関する特殊な技術または能力」の定義があいまいであり、解釈上疑念を生じるためであった。公正取引委員会でも、百貨店特殊指定制定後、各百貨店が手伝い店員を極力減少することに努力しているものの、この解釈基準が不明確であることから、手伝い店員の整理状況が緩慢な百貨店が見受けられたため⁷¹、1955年6月7日に「手伝い店員について（手伝い店員の整理実績及び今後の整理計画）」として日本デパートメントストア協会に回答を行った（資料4）。

ここでは、「販売に関する特殊な技術又は能力」について、「その習熟に一年以上の期間を要するものという解釈で運用する」とし、「例えば中元売出し等の繁忙期において本店員をもって直ちに代替できる手伝い店員を使用することは」許容することができないとの基準を示した。そして、全国29百貨店に対し、百貨店特殊指定制定後の手伝い店員の整理実績及びその後の整理計画の報告を求めた後、整理実績の低い百貨店に対しては、今後整理を一層促進するように勧告を行った⁷²。

その後、公正取引委員会は、手伝い店員、返品、特売会・廉売会、景品付販売等の各種実態調査を実施し、百貨店の自主的な改善を促した。しかし、公正取引委員会により「販売に関する特殊な技術又は能力」の基準が示されたものの、その解釈の詳細は各百貨店に委ねられたため、各百貨店の解釈にばらつきが生じた。「習熟期間1年以上」という基準の解釈は、調査からみても分かるように本人の資質や教育訓練に依存する部分が多いため、本質的に類型化が困難な基準である。このため、各百貨店が恣意的に解釈する傾向もみられ、手伝い店員の整理が各百貨店によりばらつきが生じる大きな要因となった⁷³。例えば、公正取引委員会による調査によると、習熟期間が1年以上を要するとされる手伝い店員の認識には大きくばらつきがみられ、公正取引委員会は、この点について百貨店による特殊技能の習熟期間の判定にあたり、内部で一定の基準を設けて判定したとは言い難いものがあり、また、特殊技能習熟期間の算出は各百貨店でかなり相違しているとの説明をしている⁷⁴。

この相違の原因として、公正取引委員会は、百貨店ごとに自店店員に対する教育方針、素質、勤務年限の長短を勘案して特殊技能習熟期間を算出したため、あるいは現在使用している手伝い店員個人の技能程度をもって算出したためと考えていた⁷⁵。

⁷⁰ 日本百貨店協会、前掲注68、245頁。

⁷¹ 公正取引委員会事務局経済部調整課、前掲注69、15頁。

⁷² 日本百貨店協会、前掲注68、246頁。

⁷³ 1978年当時に公正取引委員会の取引課長であった樋口嘉重氏も、私見としながら、手伝い店員問題の解決が遅れたのは、20年以上この解釈が行われてきたことが大きな要因であるとの見解を示している。樋口、前掲注64、145頁。

⁷⁴ 公正取引委員会事務局経済部調整課、前掲注69、7-8頁。

⁷⁵ 公正取引委員会事務局経済部調整課、前掲注69、8頁。

(2) 返品規制状況

返品については、1956年12月に公正取引委員会が行った調査によると⁷⁶、買取仕入が減少し、委託販売契約による仕入や、従来食品等の仕入に用いられていた売上仕入が他の商品にも用いられつつあるとともに、従来みられなかった買取仕入と委託仕入との混合形態とみられる新たな仕入形態（混合仕入）をかなり多数の百貨店が採用していることが判明した⁷⁷。混合仕入の特徴は、代金は買取仕入と同様に仕入額が全額支払われ、委託仕入と同様に売れ残った場合は返品されるとしており、いわゆる返品特約付買取仕入のことを指している。

これらの調査の結果、公正取引委員会が問題とした事項としては、第一に、百貨店業者の中には買取仕入中心主義から委託仕入又は売上仕入主義に移行しているものがあり、これは仕入技術的に困難な返品のおそれのある商品の返品を合法化するための手段として、買取仕入を忌避する「一種の脱法行為」と考えられるとしている⁷⁸。返品特約付買取仕入の増加により、「野放図な返品が行われ、これが制度化するおそれが充分考えられるので、慎重に検討し、善後策を講ずる必要がある」としながらも⁷⁹、ただし、買取仕入が少なく、委託仕入や売上仕入が多いこと自体が不当ではなく、「百貨店業者が、返品を合法的ならしめる手段として、経済力の濫用により、買取を委託品、売上等に切替えることにあ」とし⁸⁰、優越的地位を利用した仕入形態の切替に問題意識を有している。

第二に、特に買取仕入の売上仕入への切替が多くなると、手伝い店員が売上仕入員に横すべりするおそれがあり、手伝い店員整理の問題にも関連するので、これに対する措置をどうすべきか検討を必要とする段階まで来ていると結論付けている⁸¹。

第二に、混合仕入と委託仕入の返品が極めて多く、調査結果による買取仕入の返品は、一応百貨店特殊指定上適法な返品と考えられるものの、返品が多額でしかも頻繁に行われるとその内容について疑義を生ずる可能性があるとしている⁸²。

⁷⁶ 詳細は、公正取引委員会事務局経済部調整課『百貨店業者の取引状況に関する調査』（公正取引委員会、1956）を参照。

⁷⁷ 公正取引委員会事務局経済部調整課、前掲注 76、1-2 頁。

⁷⁸ 売上仕入については、返品及び手伝い店員の規制の適用を受けないとする見解が公正取引委員会で用いられている。詳細は、第 4 章を参照。

⁷⁹ 公正取引委員会事務局経済部調整課、前掲注 76、3 頁。

⁸⁰ 公正取引委員会事務局経済部調整課、前掲注 76、4 頁。

⁸¹ 公正取引委員会事務局経済部調整課、前掲注 76、16-17 頁。

⁸² この点、公正取引委員会の本調査の担当官解説では、「通常の商慣習においては、買取った商品を自己がリスクを負って売る場合の利益と他から委託されたなら危険負担をしないで売る場合の利益を比較すれば、前者の利益が後者より大」きいはずであり、百貨店の仕入価格は後者の方が高いことが当然であり、「百貨店が同一の商品について買取仕入の時の仕入価格を維持して委託仕入に切りかえる場合は、その委託仕入は特殊指定で、不当な委託販売取引として禁止」されると解釈している。しかし、「私法上の『契約自由の原則』を必要以上に制限しないように」、慎重に検討が必要であると、規制には消極的な見解を示している。大友健司「百貨店の納入業者取引の概況と今後の問題」財経詳報 238 号（1959）16 頁

(3) 公正取引委員会の警告と手伝い店員の整理問題

百貨店特殊指定制定後の手伝い店員数の傾向として、表 1-4-5 のとおり、手伝い店員は、規制直後の 1956 年度には大幅に減少しているものの、その減少分は売上仕入員の増加によって大部分補充されていることが分かる。しかしその後は、公正取引委員会の調査、監視が行われているにもかかわらず手伝い店員は再度増加していることが分かるが、これは百貨店法の制定を契機として、各百貨店が店舗の新增設を行い急激に売場を拡張したという状況において、これに対応するための店員の雇用あるいは養成が遅れたことから百貨店が再び手伝い店員に依存せざるを得なかったためである。その後も、高度成長期の労働力需要の逼迫を背景とする賃金水準の急上昇に伴い、百貨店は、人件費の負担回避のために手伝い店員に依存する傾向を強めることとなった⁸³。

手伝い店員が行う業務について、公正取引委員会が行った納入業者に対する面接調査によると、販売に際して特殊な技能を必要とするものは限られており、大半は自己の店員を短期間養成すれば技能の習得は可能とみられており、また、納入業者による従業員雇用の困難さから、マネキン紹介所を通じて自己の経費負担でマネキンを派遣しているが、マネキンは、必ずしも当該商品の販売業務に習熟しているとはいえないことが指摘されている⁸⁴。そして、特殊技能や積極派遣といった百貨店特殊指定第 6 項の解釈を百貨店が恣意的に行い、巧妙な手口を用い、売場面積の拡張、新製品の発売等を口実として手伝い店員を派遣させた結果、手伝い店員の割合は増加し、事態は悪化する一方であった⁸⁵。

公正取引委員会は、個々の具体的なケースについてはその都度改善指導してきたところ、1970 年 11 月 17 日付の文書で、全国の百貨店 212 社に対して警告を発し、事態の改善を促すこととなった(2 事件)。これによると、手伝い店員問題が改善されないことを指摘し、その原因として「販売に関する特殊な技術又は能力」の拡張解釈を挙げ、1955 年の通達による解釈基準を再確認し、売場従業員の量的・質的不足を手伝い店員の派遣に求めて安易に解決しようとする現状を指摘して、手伝い店員問題の速やかな改善を警告するものであった⁸⁶。公正取引委員会は、この警告に併せて各百貨店に手伝い店員の整理計画の提出を求めたが、その後も一向に効果は現れなかった。

このため、公正取引委員会は、日本百貨店協会に対しても手伝い店員問題の改善のために会員店に対する指導を一層強めるよう要請を行い、同協会は 1971 年 9 月に「取引改善専門委員会」(以下「専門委員会」という。)を協会内に設置して、この問題に取り組むこととなった。その後、公正取引委員会は、1973 年 8 月の第 23 回専門委員会において、手伝い店員全廃の目標時点の明確化について回答を求め、通商産業省も手伝い店員の整理についてはっきりした方針を示すように要請した。

⁸³ 樋口嘉重「百貨店の手伝い店員問題(中)」国際商業昭和 53 年 7 月号(1978) 164 頁、167 頁。

⁸⁴ 樋口、前掲注 83、167 頁。

⁸⁵ 樋口、前掲注 83、167 頁。

⁸⁶ 樋口、前掲注 83、167 頁。

このころ、量販店の成長により、中小小売業者との競争が激化したために、中小小売業者等からスーパーの規制を要求する動きが活発化し⁸⁷、1973年に、第2次百貨店法が廃止され、大店法が制定されることとなった。大店法は、「消費者の利益の保護に配慮しつつ、大規模小売店舗の事業活動を調整することにより、その周辺の中小小売業者の事業活動の機会を適正に保護し、小売業の正常な発展を図ることを目的」として制定され、規制対象は第2次百貨店法の企業主義から建物が規制の対象（建物主義）に変更され、同一建物内の総店舗面積が政令指定都市で3,000㎡、その他の都市では1,500㎡以上であれば、百貨店のみならずスーパー、駅ビル等の寄合百貨店、地下街も大店法の適用を受けることとなった。規制内容は、大規模小売店舗の新設、増設の際に、開店日、店舗面積、閉店時刻、休業日数の4項目（いわゆる調整4項目）を通商産業大臣に届け出る「事前審査付届出制」を採用して、事前審査機関として「大規模小売店舗審議会」（大店審）が設置された。さらに、大店法による規制強化にかかわらずその後も大型店の出店紛争は激化したため、1979年には大店法が改正され、調整を必要とする店舗規模が1,500㎡から500㎡に引き下げられた。

この審議の過程において、当時問題となっていた手伝い店員問題に関して厳しい質問が繰り返され、衆議院商工委員会の附帯決議において「百貨店における派遣店員、不当返品等の不公正な取引方法の規制を厳格に実施するとともに、本法の制定にともない新たに対象となる大規模小売店舗における小売業の不公正取引方法の特殊指定について検討すること。」という附帯決議がつけられた（資料4）。

この間、一部の百貨店は、独自の計画で手伝い店員を全廃する旨を発表したが、日本百貨店協会は、1973年9月に入ってから、専門委員会は、手伝い店員を「昭和52年度を目標として全廃する」旨決定し、常任理事会や地方百貨店会議においても検討・確認されて、1973年11月20日に会員各社に対してこの趣旨を伝え、自主的に目標年度内までの廃止計画の立案とその着実な推進を要請した⁸⁸。

公正取引委員会は、百貨店側のこのような動きを見て、1973年12月20日に、各百貨店に対し次の骨子の通達を行った。

- ①1978年3月31日までに手伝い店員の廃止
- ②期限内に確実に廃止できる内容の手伝い店員改善計画の策定・実施
- ③店舗ごとに1973年12月16日現在の手伝い店員実績数の毎年25%ずつを目途とした削減
- ④「販売に関する特殊な技術又は能力」の解釈について1955年6月の通達の徹底
- ⑤百貨店業者の本社への相当の権限を有する本社手伝い店員管理責任者の設置及び各店舗への手伝い店員管理責任者の設置
- ⑥各店舗での手伝い店員の受入状況を明らかにする記録の作成・保管

労働力需要が以上に逼迫した情勢において、百貨店による手伝い店員の要請がますます激しくなったことから、従業員の確保や人件費の負担増に悩む納入業者からも、手伝い店

⁸⁷ 第2次百貨店法の運用でスーパーとの競争で不利に立たされていた百貨店、特地方百貨店からの声を受け、1970年11月に百貨店法改正の提言を行い、それ以降、百貨店と同様に競争条件が与えられるべきという「同一土俵論」を主張した。小山周三・外川洋子『産業の昭和社會史7 デパート・スーパー』（日本經濟評論社、1992）124-125頁。

⁸⁸ 樋口嘉重「百貨店の手伝い店員問題（下）」国際商業昭和53年9月号（1978）134頁。

員廃止の声があがった⁸⁹。日本百貨店協会は、手伝い店員問題の改善を図るため、1974年11月に派遣店員専門対策委員会（後に取引改善専門委員会に改称）を設置した。

その後、手伝い店員の比率は、1973年度の18%台から1976年度の14%台へと漸次減少したが、本店員の比率は増加しておらず、代わって売上仕入員の比率が増加している。つまり、1954年の百貨店特殊指定告示時にも同様の現象が起こったように、結局のところ、手伝い店員が売上仕入員にシフトして規制を逃れようとする行為が増加したのである。

1975年9月に公正取引委員会が行った、卸売業者と百貨店・スーパー等との衣料品等の分野における取引実態の調査では⁹⁰、百貨店とともに数は少ないもののスーパー等でも手伝い店員が派遣され、派遣理由も両者話し合い及び自主判断で大半を占めるものの、百貨店、スーパー等による派遣要請によるものもあり、特にスーパーでの比率が高いことが分かった。また、スーパー等では、経験1年未満の未熟練の店員の派遣が多く、解釈基準の観点から、不当な手伝い店員の使用が行われていたことが明らかになった。この一因としては、スーパー等では、百貨店特殊指定の趣旨が十分に理解されていない点に原因があると指摘されている⁹¹。この調査では、百貨店特殊指定に規定されていない濫用行為として、売場改装費、販促費用等の協賛金負担や宝石、貴金属等の押し付け販売について具体例が数多く指摘され、特に押し付け販売の全面的廃止を求める声が圧倒的に多かった⁹²。

(4) 日本百貨店協会の自主規制基準

公正取引委員会は、各百貨店が改善計画どおりに手伝い店員の整理を進めているかについて実施状況の報告を求めて監視していたが、百貨店の中には改善が十分でないものがかかりみられ、目標年次までに改善計画を達成することが危ぶまれるに至った。そこで、第2年度（1975年12月）までの改善状況の不十分な百貨店35社59店舗に対し、1976年11月26日付文書をもって、自発的に策定・提出した改善計画の実施が著しくかつ納得できる理由もなく遅延していることについて戒告するとともに、1978年3月末までに確実に改善が図られるような実施計画を提出させた。また、日本百貨店協会に対しても、同日付の文書をもって、改善が著しく遅延している百貨店に対し遅延の解消を要請した旨を伝えるとともに、傘下百貨店に対する改善指導の徹底と百貨店特殊指定の運用に伴う基本的問題の検討を促す要請を行った⁹³。

この遅延の原因として、百貨店側は、①物価高騰、景気低迷による百貨店の売上不振、②ただし書解釈の不統一により有利不利が生じるための百貨店同士の様子見、③推奨販売、

⁸⁹ 樋口、前掲注88、135頁。例えば、日本繊維中央卸売商業組合連合会は、日本百貨店協会に対し、1970年12月にマネキンの派遣要請が年々顕著となり、その経費負担が経営を圧迫する要因となっていると訴え、問題解決のための協議懇談するよう提案している。1971年4月には全国鞆卸商業組合連合会が、11月には日本洋傘振興協議会がそれぞれ日本百貨店協会に対し、手伝い店員の全廃を要望した。

⁹⁰ 樋口、前掲注88、135-136頁。

⁹¹ 樋口、前掲注88、136頁。

⁹² 樋口、前掲注88、136頁。

⁹³ 樋口、前掲注88、137頁。

需要動向把握のため一部納入業者の手伝い店員整理に対する反対を理由として挙げているが⁹⁴、公正取引委員会では、それぞれ否定的な見解を示している⁹⁵。

百貨店間で「習熟に1年以上の期間を要する」の判断基準にばらつきが生じている点については百貨店側でも認識しており、専門委員会では、第6項ただし書の運用について、可能な限り主観的な要素を排除し、客観的な要素による基準を策定することとし、納入業者の団体と懇談を重ねた上で、1977年9月26日に、手伝い店員問題改善のための自主規制に関し3項目からなる「手伝い店員の整理について」とする文書を公正取引委員会に提出した。この自主規制の内容の骨子は、次のとおりである⁹⁶。

①適正な手伝い店員の範囲

「販売に関する特殊な技術又は能力」の判断基準と「納入業者の直接の利益」の判断基準に照らし、仕入形態や販売との結びつきをも考慮して、手伝い店員の受入れが認められる商品の範囲を46品目に限定。しかしながら、許容商品の売場の手伝い店員であっても、次のような場合は、その受入れが認められない。

- ・実際に「特殊な技術又は能力」を有していない手伝い店員である場合
- ・「特殊な技術又は能力」を必要としない業務に主として従事させる場合
- ・当該商品の手伝い店員が適正な数を超える場合
- ・納入業者が百貨店との取引を継続するため、やむを得ず派遣する場合

②自主規制運用のための組織及び手続等

- ・日本百貨店協会内に公正取引推進委員会を設置して自主規制の適正な運用を図る。
- ・消費者の商品選択に資するとともに自主規制の円滑な運用を図るため、手伝い店員は「ネームバッチ」に識別マークを使用する。
- ・宣伝費等を分担する場合はその根拠を明らかにしておき、仕入条件等を変更する場合は納入業者の納得のもとに行い、協議の経緯を明確にしておく。

③今後の改善について

売場における手伝い店員の適正な数の基準、手伝い店員の受入れ許容品目の洗い直し等については、公正取引推進委員会において検討することとする。

⁹⁴ 納入業者の削減反対については、百貨店特殊指定が制定された1954年頃に比べ、顧客の購入動向が多種、多様化され、より高いファッション性が要求される商品については、海外メーカーやデザイナーとの提携がなされ、それぞれがブランドをかかげ、その存在を強く消費者に浸透されるとともに、これらの納入業者は、百貨店の売場を消費者動向の把握の場とするなど、積極的に従業員を派遣した。百貨店側においても、これらの商品については、顧客の嗜好にあった品揃え、商品展開がより有効であるとして、ブランド別のコーナーを設けるなどして、その納入業者に対する依存度を高めていったためであると指摘されている。吉田邦雄「百貨店の手伝い店員の整理について」公正取引328号（1978）13頁。この当時の百貨店・納入業者間の取引関係の変化は、第1部第4章を参照。

⁹⁵ 樋口、前掲注88、138頁。

⁹⁶ 樋口、前掲注88、138-139頁。

これとは別に、公正取引推進委員会では、「整理の対象とはならない派遣店員について」を定め、①売上仕入の場合、②名店食品のようなコーナーで販売されるのが一般的な商品の場合、③マネキン本来の行為をする場合、④納入業者が従業員を研修の目的で派遣する場合、⑤メーカーがキャンペーン、新製品の宣伝のために派遣する場合、⑥中元、歳暮売出し等の繁忙期で緊急の場合に納入業者が自ら必要と認める場合、⑦零細な納入業者の経営者が自ら販売に従事する場合、⑧新規開店又は増床に際し、納入業者が自ら必要と認める場合、の8項目に該当する場合には、当面整理の対象外とすることとした。

この自主規制基準は、百貨店特殊指定第6項ただし書に該当する場合を商品別に明らかにした点が最大の特徴であり、百貨店間のアンバランスを避けることができ、納入業者も店員派遣の可否を容易に判断できるようになった点が評価される。また、手伝い店員に識別マークを着用させることによって、消費者の適正な商品選択に資することも可能となった。他方、いまだに判断基準に抽象的な部分も多いこと、適正な人数が明確でないこと⁹⁷、過渡的な問題として手伝い店員削減に伴う掛率変更の引下げ問題が生じること、整理の対象とならない手伝い店員の運用の問題があり、この運用次第で自主規制が骨抜きになるおそれもあることが指摘されている⁹⁸。

そして最終的に、日本百貨店協会は手伝い店員の自主規制を決め、改善が進んだものの、公正取引委員会が定めた全廃の期限が過ぎても、ほとんどの部門において手伝い店員の全廃は実現しなかった。この理由として、①1955年の公正取引委員会の「ただし書」の解釈基準に基づき、日本百貨店協会が策定した自主規制基準では例外事項として一定数品目（46品目）の特殊な技術や知識については、手伝い店員が認められていたこと⁹⁹、②問屋の過当競争から委託仕入・売上仕入が問屋取引の大勢を占める状況が続き、こうした仕入形態と不可分の派遣店員を是認する素地を与えていること¹⁰⁰、③高いファッション性を有し、ブランド等を掲げたコーナー展開を百貨店の売場に行っていた納入業者が派遣店員を積極派遣し、オイルショック後の不況期の売上減少につながるため、これらの多くが派遣店員の存続を望んだこと¹⁰¹、等が挙げられる。

⁹⁷ この点、再販制度の弊害規制の観点から、化粧品メーカーの美容部員派遣問題を検討する際に重要であるとされた。これは、特定の小売店のみ美容部員を派遣することが差別的な取扱となって不公正な取引方法に該当する行為であるかという問題のほかに、小売店の人件費をメーカーが負担するため一種のリベートとも考えられなくもなく、過大なマージン・リベートはチェックするという弊害規制の観点から、百貨店のコーナーにおける適正人数の配置がこの場合の一つの基準になると考えられたためである。樋口、前掲注 88、139-140 頁。

⁹⁸ 樋口、前掲注 88、140 頁

⁹⁹ 吉田邦雄「最近にみる流通業界と独禁法」流通とシステム 55 号（1988）32 頁。日本百貨店協会が 1977 年にまとめた「派遣店員の技術・能力の範囲」によれば、百貨店は、手伝い店員が違法とならないほとんど全ての項目で手伝い店員を存続させており、これら例外を除くと、1978 年までの削減対象の手伝い店員は、全体の 20%前後の人数で済んでしまったと指摘されている。岡田康司『百貨店業界』（教育社、第 6 版、1991）118 頁。

¹⁰⁰ 岡田、前掲注 99、118 頁。特に、石油ショック後の消費者のシビアな動きを背景に、問屋（メーカー）は販売促進の有力手段として手伝い店員を見直し、自主規制の緩和を望む声が強まっていたと指定されている。

¹⁰¹ 吉田、前掲注 99、33 頁。

こうして、手伝い店員の整理問題は、日本百貨店協会の自主規制基準の制定、各百貨店の運用、さらには百貨店・納入業者間の取引関係の変化等により、全廃には至らなかったものの、鎮静化することとなった。

第5項 「行為主体」と「濫用行為」の拡大と三越事件（1979年）

1970年代になると、スーパー等、量販店の規模が拡大し、百貨店を凌駕するようになり、量販店の納入業者に対する優越的地位も高まることとなった。公正取引委員会でも、1978年には、①流通業など第三次産業への経済の比重のシフト、②輸入商品の価格が低下しない等円高差益の未還元、③流通系列化、百貨店・スーパーによる協賛金の要請や押し付け販売等により、流通分野に独占禁止政策のメスを入れる機運が高まり、重点分野とされるに至った¹⁰²。

こうした中、オイルショック後の不況で販売量の増加による利益の拡大が見込めなくなった経済情勢を反映し、大規模小売業者は、身近な納入業者に高額な催事商品の購入や納入商品の販売促進に直接役立たない各種の協賛金を要請し、その額、規模が増大してきたことから納入業者の不満が高まった¹⁰³。前項で1975年の公正取引委員会による調査の結果、「行為主体」としてスーパーが加わり、かつ、「濫用行為」として押し付け販売及び協賛金の要請が問題として顕在化したことを述べたが、公正取引委員会が1978年9月に実施した納入業者に対する書面調査の結果¹⁰⁴、及び1979年に実施した百貨店16社及び大型スーパー6社の計22社に対する調査結果においても¹⁰⁵、押し付け販売や協賛金の要請が行われていることが明らかにされ、この結果、1979年6月に公正取引委員会は、日本百貨店協会及び日本チェーンストア協会に対し、会員各社の納入業者に対して行う押し付け販売や協賛金の要請が、一般指定（1953）第10号に該当するおそれが極めて強いとして、会員各社の納入業者との取引の公正化について万全の措置を講ずるよう要望した¹⁰⁶。個別に指導を行わなかったのは、調査対象となった22社について一般指定（1953）第10号に該当するおそれのある行為があったものの、対象とならなかった大規模小売業者においても、規模は異なるがほぼ同種の行為が行われていると思料されるところから、業界団体を通して指導することが効果的・効率的であると判断したためである¹⁰⁷。これを受けて日本百貨

¹⁰² 中川政直「流通問題と独占禁止政策」公正取引 336号（1978）5-11頁。

¹⁰³ 吉田、前掲注 99、33頁。

¹⁰⁴ このときに行われた納入業者に対する書面調査は、従来は百貨店特殊指定に関連する不当返品、買ったたき、手伝い店員等の調査だったものを、問題が顕著になってきた押し付け販売、協賛金の要請に限定して行ったものであった。

¹⁰⁵ この調査は、納入業者に対する書面調査を受け、①商品の販売額及び協賛金の徴収額の多いもの、②地域的に見て、のれんがあり老舗である等優越した地位を發揮する立場にあるもの、③苦情の多いものを基準に選定され、関係資料の提出と担当者から説明を求めた結果である。公正取引委員会事務局取引部取引課「百貨店、大型スーパー等に対する『納入業者との公正化』についての要望」公正取引 346号（1979）16頁。

¹⁰⁶ 公正取引委員会事務局取引部取引課、前掲注 105、16頁。

¹⁰⁷ 公正取引委員会事務局取引部取引課、前掲注 105、17頁。

店協会は1979年4月に、日本チェーンストア協会は同年9月に、それぞれ「納入業者との取引の公正化に関する自主規制基準」を制定し、納入業者との取引の公正化に取り組むこととなった。

このような状況下、特に百貨店の最大手企業で老舗の三越の押し付け販売、協賛金の要請等に対しては強い不満が公正取引委員会に寄せられ、公正取引委員会は、1978年11月に三越に立ち入り検査を行い、1979年4月に押し付け販売及び不当な協賛金の要請で勧告を行った（3事件）¹⁰⁸。三越は勧告不応諾の回答を行ったため審判が開始され、最終的に1982年5月に三越から同意審決の申し出があり公正取引委員会が審決を行い終結した。

その後、これらの指導と世論の厳しい批判により不当な押し付け販売や協賛金の要請は一時的に著しく減少したが、1981年に再び納入業者からの申告が増加し始めた¹⁰⁹。1982年には、大規模小売業者の優越的地位の濫用の弊害が問題となっている状況を踏まえ、公正取引委員会は、大規模小売業者の経営全般の状況、納入業者との取引実態及び小売価格の実態を把握するため調査を実施し、1982年4月の第92回独占禁止懇話会へ調査結果を報告した¹¹⁰。調査は三部から構成されており、第一部は食料品、衣料品、身の回り品、雑貨及び家庭用品の5商品区分の納入業者系1,309社に対するアンケート調査であり、納入業者の概要、経営内容、取引形態、取引条件の決定権、協賛金、商品等購入の要請等の実態について取りまとめている。第二部は、大手百貨店、地方百貨店、大手スーパー、地方スーパー各5社計20社に対するアンケート及びヒアリング調査を取りまとめている。調査項目は、各社の概要、経営内容、店舗拡大、仕入形態、取引条件の決定権、PB商品など広範囲にわたっている。第三部は消費者モニター450名に対するアンケート調査であり、業態別、地域別の小売価格差の実態について取りまとめたものである。

この調査によると、返品については大手百貨店が一方的に決める割合が4割近くに達しており（大手スーパーでは3割強）、返品率10%以上のものが大手百貨店との取引では3割以上あり、特に衣料品では6割以上に達している。最近1年間に協賛金、分担金等の要請を受けたことがある納入業者の割合は80%程度に達しており、最近1年間に商品購入の要請を受けた納入業者の割合は大手スーパーの65.7%に対し、大手百貨店では79.4%に達している。また、1981年に入ると押し付け販売及び協賛金の要請に対する申告事案が急増したため、公正取引委員会は、納入業者約1万社（回収率百貨店40.5%、スーパー45.6%）に対してアンケート調査を行った¹¹¹。この調査によると、1981年の1年間に、商品の購入要請を受けた納入業者は百貨店21%、スーパー16.4%であり、協賛金の要請を受けた納入業者は百貨店29.9%、スーパー33.5%であった。公正取引委員会は、大規模小売業者の納入業者に対する組織的、計画的な違法性の強い押し付け販売や不当協賛金は減少してきたものの、なお一部には散見され、この理由の最大のものは、不当行為を防止するための社

¹⁰⁸ 吉田邦雄「(株)三越の優越的地位濫用に対する同意審決について」公正取引383号(1982)19頁。

¹⁰⁹ 吉田、前掲注99、33頁。

¹¹⁰ 調査結果は、岸洪太・松山隆英「大規模小売業態経営実態調査結果の概要について」公正取引381号(1982)7頁以下。

¹¹¹ 武藤敏郎「大規模小売業者の納入業者に対する商品販売等に関するアンケート調査結果等について」公正取引385号(1982)44頁。

内自主規制基準を含む社内防止対策が設けられていなかったためとしている¹¹²。このため、公正取引委員会では、1982年7月時点で申告のあった百貨店11社及びスーパー14社計25社に対し問題点を指摘し、各社で社内自主規制基準を設定又は強化して実施したことにより、この種の申告事案が減少したため、これら25社に対する審査を打ち切った¹¹³。

第6項 一般指定の改正（1982年）

1982年改正後の優越的地位の濫用規制に係る法条

・独占禁止法第2条第9項

この法律において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つて、公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち、公正取引委員会が指定するものをいう。

1～4 略

5 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。

・一般指定（1982）

（優越的地位の濫用）

1～13 略

14 自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして不当に、次の各号のいずれかに掲げる行為をすること。

(1) 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) 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) 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) 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。

(5) 取引の相手方である会社に対し、当該会社の役員（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和22年法律第54号）第2条第3項の役員をいう。以下同じ。）の選任についてあらかじめ自己の指示に従わせ、または自己の承認を受けさせること。

1980年代前半には、オイルショック以降の独占禁止法強化という潮流があり、1982年に独占禁止法研究会から「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」が発表された。これは当時論争があった不公正な取引方法の適用要件の一つである公正競争阻害性について考え方を明確にしたものであり、具体的には①自由な競争の確保、②競争手段の公正さ、

¹¹² 武藤、前掲注111、48頁。

¹¹³ 武藤、前掲注111、48頁。

③自由競争基盤の確保、の三条件が保たれることを公正な競争秩序とし、このような競争秩序に対し悪影響を及ぼすおそれがあることをもって公正競争阻害性があるとした¹¹⁴。

これを受けた公正取引委員会は、同年に 12 の行為指定を 16 に改めた新しい一般指定（1982）を告示した。公正取引委員会は、一般指定（1953）が 1953 年に告示されて以来、不公正な取引方法を定める基本的な規定として機能してきたが、告示以後の経済取引の変化もあって、経済取引の実態に即した定め方として、いくつかに細分化して整理するのが適切であるとし、規制の強化又は緩和をねらいとするものではなく、不公正な取引方法の明確化を図る見地からこの改正を行うと説明している¹¹⁵。また、改正の背景としては、1982 年当時、①不公正な取引方法の行為の発生頻度が高く、今後も排除の重要性が高まることが予想されるため、一般指定（1953）の整備を図る必要があること、②予防行政上、民間企業が近づきやすいものにする事、③独禁行政で非製造業・流通業分野で積極的に規制しているところ、これらにおける違反行為のうち不公正な取引方法が最も多いことが挙げられている¹¹⁶。

優越的地位の濫用については、一般指定（1953）では一般的・抽象的な規定にとどまっていたため、これをより明確化するため、一般指定（1982）では、具体的な行為が類型化された¹¹⁷。具体的に、一般指定（1953）では、第 9 号及び第 10 号に分かれていたものを第 14 項に一本化した上で、その行為内容を具体的に、商品又は役務の購入、金銭・役務その他の経済上の利益の提供、取引条件の不利益設定又は変更、その他取引の条件又は実施についての不利益（一般指定（1953）第 10 号に該当）、取引の相手方の役員選任への不当干渉（一般指定（1953）第 9 号に該当）の 5 項目に分類した。

第 7 項 ガイドラインの公表（1987 年・1991 年）

1980 年代後半は、高度経済成長が終わってから、初めて長期間にわたり好況が続いた時期であった。この時期には、1985 年 5 月のプラザ合意により急激に円高が進むとともに、生計費の割高感が問題となった。これは、日本との貿易において巨額の貿易赤字に悩むアメリカからの圧力として内外価格差問題が取り上げられ、市場アクセスの改善や規制緩和が求められるようになってきたためである。これらの動きを受けて、国内市場を一層解放し、輸入の拡大を図ることが重要な課題となっており、公正取引委員会は、外国事業者の

¹¹⁴ 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（独占禁止法研究会報告）」NBL262号（1982年）52頁。

¹¹⁵ 公正取引委員会事務局「不公正な取引方法（昭和 28 年公正取引委員会告示第 11 号）の改正について」公正取引 381 号（1982）4 頁。具体的な見直しの考え方としては、総じて難解であること、規定振りからは具体的な行為のイメージがわきにくいこと、長文の規定が多いこと、一般指定中の同一の号に多様な行為類型を包含しているものがあること、逆に同一の行為類型であるにもかかわらず異なる号にまたがって適用されているものがあること等が挙げられている。田中寿「不公正な取引方法（一般指定）の改正について」公正取引 382 号（1982）19 頁。

¹¹⁶ 田中、前掲注 115、19-20 頁。

¹¹⁷ 根岸編、前掲注 33、486 頁〔根岸哲〕。

参入や外国産品の輸入が我が国市場における競争促進につながるとして、貿易摩擦問題に競争政策の立場から取り組んでおり、市場アクセスの阻害要因について、改善に寄与できることを調査検討していた¹¹⁸。

諸外国からは、我が国市場の問題として、輸入制限カルテル・適用除外カルテルや流通系列化等の問題とともに、商慣行として契約書のない取引、返品¹¹⁹、派遣店員等が指摘されていた。これらの対応と大規模小売事業者に商品を納入している納入業者の関係団体から独占禁止法上不当とみられる返品の防止についての要望が公正取引委員会に寄せられたことを理由として¹²⁰、1987年に、返品ガイドラインを公表した。このガイドラインでは、公正取引委員会による不当な返品規制についての法運用、考え方を明らかにしており、一般指定（1982）及び百貨店特殊指定に基づく不当な返品規制の考え方が記載された。

1989年に、日米両国は、国際収支不均衡の削減に向けた日米双方の努力及び措置に関する双方向の協議として日米構造問題協議（S I I : Structural Impediments Initiative）を開始し、1990年に最終報告を発表した。その中で、日本側の事項として、「貯蓄・投資パターン」、「流通」、「排他的取引慣行」が項目として挙げられた¹²¹。このうち、流通の措置として、大店法の規制緩和、輸入促進策等とともに、取引慣行の改善が挙げられ、ここでは、「消費財の流通分野におけるメーカー等に対するマーケティング政策に関し、対象となる事業者の行為の競争政策上のメリット・デメリットを十分踏まえた上で、独占禁止法の運用に関するガイドラインを作成する必要がある」とされ、ガイドラインに盛り込むべき行為類型等としては、①再販売価格の拘束、②再販売価格の拘束となるメーカー希望小売価格、希望卸売価格、③不公正な取引方法となる非価格制限行為、流通業者の経営に対する関与、リベートの供与、返品、派遣店員、大規模小売業者の仕入体制のシステム化、押し付け販売、協賛金の負担要請、④競争事業者や取引先事業者との共同ボイコット、⑤親子会社間の取引に関する不公正な取引方法の適用が挙げられた¹²²。

これに基づき、公正取引委員会は、1991年に流通取引慣行ガイドラインを公表した。このガイドラインでは、「我が国の流通・取引慣行について、どのような行為が、公正かつ自由な競争を妨げ、独占禁止法に違反するのかを具体的に明らかにすることによって、事

118 公正取引委員会事務局官房渉外室「市場アクセス改善のための競争政策上の対応」公正取引 428号（1986）4頁。例えば、大規模小売業関連では、「百貨店及びチェーン・ストア業界の分野における取引慣行に関する実態調査」、「トイレタリー製品、化粧品等の流通分野における取引慣行に関する実態調査」などが行われた。

119 返品は、継続的取引関係維持の要因となること、取引条件が不透明な場合が多い上日本に特徴的な制度なこと、高物価の原因の一つとなること等を理由として批判が展開された。

120 粕渕功『大規模小売業告示の解説—独占禁止法による優越的地位の濫用規制—』（商事法務、2005）7頁。

121 日米構造問題協議最終報告は、細谷千博ほか編『日米関係資料集 1945-97』（東京大学出版会、1999）1186頁以下を参照。

122 日米構造問題協議最終報告では、排他的取引慣行の措置において、独占禁止法及びその運用の強化が求められ、法的措置等公式決定の一層の活用、措置内容の公表等一層の透明性の確保、予算の拡充、課徴金の引上げ、公正取引委員会の告発による刑事罰の活用、独占禁止法第25条の損害賠償制度活用のための措置等も求められている。

業者及び事業者団体の独占禁止法違反行為の未然防止とその適切な活動の展開に役立てようとする」ことを目的として公表されたものであり、内容としては、公正取引委員会による我が国の流通・取引慣行について独占禁止法上の考え方を具体的に明らかにしており、第1部として事業者間取引の継続性・排他性に関する独占禁止法上の指針、第2部として流通分野における取引に関する独占禁止法上の指針、第3部として総代理店に関する独占禁止法上の指針で構成されている。

大規模小売業者の納入業者に対する優越的地位の濫用についての考え方は、第2部の第5で定められており、①押し付け販売、②返品、③従業員等の派遣の要請、④協賛金等の負担の要請、⑤多頻度小口配送等の要請について、不当な濫用行為を具体的に例示し判断基準を示した¹²³。このガイドラインでは、三越事件で違法とされたものの百貨店特殊指定で指定されていなかった①や④、あるいは流通システムの変革により問題発生が危惧されていた⑤といった新たな行為類型についても、公正取引委員会の考え方を明確化した。

1995年には、流通取引慣行ガイドライン公表後のフォローアップ調査として、当該ガイドラインで示された行為類型に即した実態調査がなされ、この結果に基づき関係事業者に改善要請が行われた。以後、大規模小売業者・納入業者間の取引に関する実態調査は、現在に至るまで定期的に実施されている¹²⁴。

この時期には、規制緩和に併せて、大店法の規制が段階的に緩和される等、流通規制が緩和されたが、これに対し独占禁止法の運用は強化され、流通政策の中心となっていった。

第8項 規制の積極化と大規模小売業告示の制定（2005年）

1991年のバブル経済崩壊後、我が国経済は長期間低迷を続けるとともに、消費部門においても、市場の成熟化と需要構造の変化、消費の低迷とデフレーションの進行による市場規模の縮小により、また、規制緩和の一環として大店法が改正（1991年）及び廃止（2000年）され、大規模小売店舗の出店が容易になり、郊外のスーパー、ショッピング・センター等の出店数が大幅に増加したことにより、小売業者間の競争激化につながった。

このような状況下、公正取引委員会は、消費者の価格志向の高まりとともに小売業者に値下げ販売の必要性が高まり、原資獲得のための濫用行為が活性化するとともに程度も強まるとの問題意識を有し¹²⁵、優越的地位の濫用規制を積極化することとなった。これに加え、前述したとおり大規模小売業態の多様化もあり、大規模小売業者の納入業者に対する

¹²³ 流通・取引慣行ガイドラインは、その後の規制の変更（2005年の大規模小売業告示の制定、2009年の独占禁止法改正等）により、2005年11月1日、2010年1月1日、2011年6月23日にそれぞれ改正されており、現在では、第2部第5は、優越的地位の考え方、適用される法条（独占禁止法第2条第9項第5号、大規模小売業告示及び下請法）が記載されているのみであり、現在は、大規模小売業者の優越的地位の濫用規制に対するガイドラインとしての意味をほとんど有していない。

¹²⁴ 1995年を始めとして、1999年、2002年、2005年、2006年、2010年及び2012年にそれぞれ実施されている。

¹²⁵ 公正取引委員会上杉秋則事務総長（当時）の2005年3月24日の定例会見における発言。

優越的地位の濫用規制も、従前告示されていた百貨店特殊指定を見直し、新たに適用対象となる大規模小売業者の範囲及び濫用行為を見直した特殊指定を制定することとなった。

特殊指定の役割について、1960年代に公正取引委員会の職員が記載した解説書では、特殊指定は、「特定の業界において公正な競争秩序を維持するためには、いかなる行為を取り締まればよいかを、独占禁止法の『わく』のなかで、公正取引委員会とその業界および利害関係者が協力して作る一種のルールであり、元来不公正な取引方法が「事業者間のいわゆる過当競争あるいは対抗意識の結果として用いられるものが多いので、法的規制だけではこれを根絶することは困難であり、業界の自治、自律によることが極めて効果的であるとされている。そこで、特殊指定は、一方において法的規制の基準を明確にするとともに、他方においては、業界の自主規制が行われ易いように、その守るべきルールを定めるところに大きなねらいがある」との見解を示している¹²⁶。

このような考え方のもと、百貨店特殊指定制定後、公正取引委員会による大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制の運用は、定期的に百貨店と納入業者との取引について調査を行い、その実態把握に努め、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るというものであった¹²⁷。この背景には、個々の事件として取り上げ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が期待できなかつたためとされている¹²⁸。このため、2003年まで（巻末表1の第1期）に審決に至った事案は、3事件及び7事件の2件のみであり、他は警告等の行政指導に止まっている。そして、百貨店特殊指定は、違法基準（該当行為を独占禁止法違反として法的措置を講ずる基準）としてではなく、指導基準（該当行為は

¹²⁶ 竹中喜満太編『独占禁止法実務講座』（商事法務研究会、第3版、1967）60-61頁〔植木邦之ほか〕。

¹²⁷ 公正取引委員会の事務総長であった上杉秋則氏は、優越的地位の濫用事案の運用として、1970年代前半では「優越的地位の濫用事案は、取引課（現取引企画課）において行政指導で対応すべき事案と認識されており、審査局（審査部）による審査事件に適さない行為類型と見られていた。百貨店特殊指定が存在していたので、その違反があれば、当該特殊指定を所管する取引課において行政指導で是正されるべき問題と認識されていた。……例外が三越事件であり、その小売市場における地位の高さと濫用行為の広範さから、特に審査事件とされた事案である。しかし、審判手続が長期化し、優越的地位の濫用行為を審査事件として処理することの困難性を公正取引委員会に痛感させた……この流れを変えたのが、ローソン事件であった……商品を1円で納入させるという悪質性が考慮された事案であり、優越的地位の濫用行為につき審査事件として処理する流れが定着したのは、ポスフル事件以降と見てよい」としている。上杉、前掲注23、402頁。

¹²⁸ 粕淵、前掲注120、5頁。この点につき、公正取引委員会の事務総長であった上杉秋則氏は、三越事件で顕在化した問題として、「伝統的な審査手法によれば、優越的地位にあることや濫用行為が行われたことは、納入業者からの供述調書で固めることになる。したがって、審判になれば、それを証拠として利用せざるを得ない……その供述内容が被審人に開示されると、納入業者に不利に利用されるおそれを排除できない……納入業者は参考人に過ぎないから、出頭を拒否されると供述を得ることは難しいし、審判において証拠として使用しないことを前提に供述されると、同じ結果となる。このため、必要な供述を確保することができず、それだけ事件処理を難しくするというジレンマがあった」として、大規模小売業者の優越的地位の濫用事案の事件処理の難しさと、これを理由とする行政指導による処理の実施について説明している。上杉、前掲注23、403-404頁。

独占禁止法に違反するおそれがあるので、当該行為をしないように指導する基準)として運用されてきたため、長らくの間、個別の審査事件を処理するに当たり、その適用が検討されることはなかったと指摘されている¹²⁹。例えば3事件ないし12事件では、全て一般指定が適用されて勧告又は警告が行われており、行為類型上百貨店特殊指定に規定されており適用が可能と思われる5事件の商品納入後の値引きも一般指定(1982)に基づいて警告されている。他方、一般指定は、抽象的な構成要件を規定してきたことにより、実際に事件として処理する上での困難性が大きく、このことも行政指導である警告・注意で済ますという方法を用いる傾向が強まったとされている¹³⁰。

しかし、日米構造問題協議以降の競争政策の運用強化という流れに対し、我が国市場における競争が活発化したことを背景として、大企業が取引先中小企業にしわ寄せを行うようになったため、多くの業界で優越的地位の濫用が問題化した¹³¹。小売業界でも、大規模小売業者の大規模化という流通システムの変化、小売市場の競争激化等により、大規模小売業者による納入業者に対する優越的地位の濫用が問題化し、規制が積極化することとなった。

2004年の13事件を皮切りに、2004年度から2005年度にかけて(巻末表1の第2期)7件の勧告が行われ(うち18事件のみ審判手続に移行)、これらの勧告には全て百貨店特殊指定(及び百貨店特殊指定に定めがない濫用行為には一般指定(1982))が適用されている。

さらに、2005年には、百貨店特殊指定を見直し、新たに適用対象となる大規模小売業者の範囲及び濫用行為を変更した大規模小売業告示が制定された。変更された主な内容としては、第一に適用事業者の範囲を従来の百貨店を想定したものから¹³²、大規模な店舗を持たずに単一の専門的分野の商品を取り扱う専門店や、店舗を持たない通信販売業者、フランチャイズ方式で展開するコンビニエンス・ストア等の大規模小売業者まで拡大した点である。第二に適用対象行為に百貨店特殊指定で対象とされていた濫用行為に加え、押付け販売及び協賛金等の要請を追加した点である。この結果、大規模小売業告示で指定された濫用行為は、①不当な返品、②不当な値引き、③不当な委託販売取引、④特売商品等の買

¹²⁹ 横田直和「最近の優越的地位の濫用規制の動向—下請法化する濫用規制と独占禁止法化する下請法—」公正取引757号(2013)14頁。

¹³⁰ 上杉、前掲注23、403-404頁。

¹³¹ 田中眞「日本における独占禁止法の運用の変化」横田直和ほか『研究叢書49冊 日米構造問題協議の影響の再検討I』(関西大学法学研究所、2013)11頁。

¹³² ただし、百貨店特殊指定は、適用対象として「百貨店業」ないし「百貨店業者」という名称を用いて定義しているが、いわゆる百貨店だけではなく、一定基準以上の売場面積をもつスーパー等の大規模小売業者に対しても適用されるものと解されていた。今村成和ほか編『注解経済法〔上巻〕』(青林書院、1985)272頁〔長谷川古〕。公正取引委員会も、1975年11月20日に、日本チェーンストア協会、日本セルフサービス協会、全国月賦百貨店組合連合会の3団体に対し、百貨店特殊指定の定義である①一定の売場面積を有する同一の店舗において小売を行うこと、②一般消費者により日常使用される多種類の商品の小売を行うこと、という2要件に該当する限り、当該小売業者が百貨店と称しているか否かにかかわらず、同指定が適用されると通知を発するとともに、傘下会員に対する周知徹底の要望を行っている。公正取引委員会『昭和50年度年次報告』(公正取引委員会、1976)204-205頁。

いたたき、⑤特別注文品の受領拒否、⑥押し付け販売等、⑦納入業者の従業員の不当使用等、⑧不当な経済上の利益の收受等、⑨要求拒否の場合の不利益な取扱い、⑩公正取引委員会への報告に対する不利益な取扱いとなった。また、大規模小売業告示の具体的な解釈を示した大規模小売業告示ガイドラインも公表されることとなり、これに伴い、バイイング・パワーを発揮しうる小売業者がおおむね大規模小売業告示の対象となること、並びに大規模小売業告示及び大規模小売業ガイドラインと流通取引慣行ガイドライン等の考え方が併存したままとなると、それぞれの関係が不明確になることからその整理を図ること、を理由として、返品ガイドラインは廃止され、流通取引慣行ガイドラインは改定（優越的地位の濫用に係る記載事項のうち、基本的考え方を除いて削除すること）が行われた¹³³。そして20事件ないし27事件（巻末表1の第3期）は、全て大規模小売業告示に基づいて排除措置命令が行われている¹³⁴。このように、2004年以降は、百貨店特殊指定又は大規模小売業告示が指導基準から違法基準としての役割を有するようになった¹³⁵。

第9項 独占禁止法の改正と課徴金制度の導入（2009年）

2009年には独占禁止法が改正され規制が強化されたが、この主な内容は、①課徴金の適用範囲拡大等、課徴金制度等の見直し、②カルテル・入札談合等の罪に対する懲役刑の上限の引上げ、③企業結合の見直しであり、2010年1月1日から施行となった。

このうち課徴金制度等の見直しとして、対象となる行為類型の拡大が行われ、従来の不当な取引制限に2005年に支配型私的独占が追加されたのに加え、本改正により、排除型私的独占並びに共同の取引拒絶（一般指定（1982）第1項）、差別対価（一般指定（1982）第3項）、不当廉売（一般指定（1982）第6項）、再販売価格の拘束（一般指定（1982）第12項）及び優越的地位の濫用（一般指定（1982）第14項）が課徴金の対象とされた。そして、これらの行為類型は、一般指定（1982）から第2条第9項に格上げされて法定化された。これは、課徴金の対象なる不公正な取引方法は法律で明示される必要があるという観点から行われたものである¹³⁶。ただし、一般指定（1982）第14項のうち第5号（取引の相手方の役員選任への不当干渉）は、近年法的措置の実績がないため一般指定（第13項）に残された（表2-1-1）。

¹³³ 粕淵、前掲注120、19-20頁。なお、これらの見直しに合わせて、特殊指定の見直しも行われ、食品かん詰または食品びん詰業における特定の不公正な取引方法、海運業における特定の不公正な取引方法、広告においてくじの方法等による経済上の利益の提供を申し出る場合の不公正な取引方法、教科書業における特定の不公正な取引方法の4つの特殊指定が廃止された。

¹³⁴ ただし、20事件の大規模小売業告示の制定前の行為については百貨店特殊指定又は一般指定（1982）が適用されている。

¹³⁵ この点について、公正取引委員会の事務総長であった上杉秋則氏は、大規模小売業告示が画期的であったのは、下請法と同様の規模基準を採用する等、「特殊指定の策定にあたり事件処理することを想定しつつ作成された」ことであり、大規模小売業告示ガイドラインの作成・公表も大きな前進であったと評価している。上杉、前掲注23、406-407頁。

¹³⁶ 金井ほか、前掲注32、258頁。

2009年改正後の優越的地位の濫用規制に係る法条

・独占禁止法第2条第9項

この法律において「不公正な取引方法」とは、次の各号のいずれかに該当する行為をいう。

1～4 略

5 自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして不当に、次のいずれかに該当する行為をすること。

イ 継続して取引する相手方（新たに継続して取引しようとする相手方を含む。ロにおいて同じ。）に対して、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。

ロ 継続して取引する相手方に対して、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。

ハ 取引の相手方からの取引に係る商品の受領を拒み、取引の相手方から取引に係る商品を受領した後当該商品を当該取引の相手方に引き取らせ、取引の相手方に対して取引の対価の支払を遅らせ、若しくはその額を減じ、その他取引の相手方に不利益となるよう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こと。

6 前各号に掲げるもののほか、次のいずれかに該当する行為であつて、公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち、公正取引委員会が指定するもの

イ～ニ 略

ホ 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。

・一般指定（2009）

1～12 略

13 自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして不当に、取引の相手方である会社に対し、当該会社の役員（法第二条第三項の役員をいう。以下同じ。）の選任についてあらかじめ自己の指示に従わせ、又は自己の承認を受けさせること。

優越的地位の濫用以外の4つの行為類型は、私的独占の予防規制とされる行為類型であり、行為の違法性が明確であり、特に抑止力を強化すべきとする意見が強いものであり¹³⁷、要件を限定・明確化した上で、事業活動を過度に委縮させないようにする観点から、一度目の違反については課徴金納付を命じず、違反行為が繰り返された場合に限定された。これに対し、優越的地位の濫用については、私的独占の予防規制とは位置付けにくい。また、協賛金や従業員派遣の強要等により不当な利得が生じる蓋然性が高いため、違反行為への誘因が強く、課徴金による抑止力の強化が必要とされ¹³⁸、一度目の違反で課徴金納付が命じられることとなった。

¹³⁷ 伊永大輔「平成21年独占禁止法改正の概説」金融法務事情1886号（2009）33頁。

¹³⁸ 伊永、前掲注137、33頁。

そして、この改正により、公正取引委員会は、一定の条件を満たす優越的地位の濫用に對し課徴金の納付を命じなければならないこととなったことを受け、優越的地位の濫用に係る法運用の透明性、事業者の予見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を明確化するため、優越的地位ガイドラインを公表し、現行の法体系となった。

第10項 本節のまとめ

以上、大規模小売業者の納入業者に対する優越的地位の濫用行為への規制の歴史を概観してきたが、「行為主体」及び「濫用行為」が当該規制導入時から大きく変化していること、及び規制の手法も変化していることが分かる。これらは、流通システムの変化により規制対象となった「行為主体」が百貨店から量販店等にシフトしたことばかりでなく、公正取引委員会による規制の手法自体の変化、規制に対する社会的な要請の変化も影響している。これら変化を具体的にまとめると次のとおりとなる（表 2-1-4 を参照）。

(1) 優越的地位の濫用規制に係る変化

第一に、規制が 2004 年を境に積極化したことである。2003 年以前は、公正取引委員会による実態調査に基づく行政指導が主に行われており¹³⁹、しかも、これら行政指導は、優越的地位の濫用行為を行った個別の大規模小売業者ばかりでなく、これらが加盟する業界団体（日本百貨店協会、日本チェーンストア協会等）を通じた指導が行われていた点である。例えば手強い店員の整理問題に係る公正取引委員会による一連の指導は、日本百貨店協会を通じて個別の百貨店に周知され、かつ、日本百貨店協会の自主的な改善施策が求められた。これは、百貨店業界に「濫用行為」が広くみられるために、業界団体を通じて指導したほうが効率的に「濫用行為」を抑止できると公正取引委員会が判断したためと考えられる。つまり、これらの問題の改善は、百貨店特殊指定・実態調査・行政指導（業界団体を含む）・業界団体の自主規制を併用して実行されていた。しかし、独占禁止法の運用全般の透明性や企業の違反行為に対する予見可能性が求められた 1980 年代後半からは、これらの手法に加え、返品ガイドライン及び流通取引慣行ガイドラインが公表され、公正取引委員会もこれらガイドラインに基づいて行政指導を行うようになった。

これらの手法は現在でも継続しているものの、2004 年以降は、これらに加えて、規制緩和による独占禁止法の運用強化の流れを受けて、審決、排除措置命令といった法的措置が積極的に行われるようになり、百貨店特殊指定の廃止と大規模小売業告示の制定、課徴金制度の導入といったさらなる規制の強化が図られている。これに加え、行政指導について

¹³⁹ 不公正を根拠づける諸要因から一定の慣行が不当な不利益を押し付けているように見えたとしても、それが実は合理的な事業目的のために経済合理性をもって行われたものであることもある。それらをどのように考慮すべきかは業界の慣行等に対する調査を待たなければ判断できず、市場プロセスへの過剰介入にならないような状況を明らかにするにも具体的な慣行を市場参加者がどのように理解し、評価しているのかについての調査が不可欠であるとする見解がある。川濱、前掲注 20、9 頁。

も、優越タスクフォース（第4節で詳述）の活用という新たな手法も用いられるようになってきている。

(2) 「行為主体」の変化と規制の変化

第1部でも検討したが、大規模小売業者の優越的地位の濫用規制の対象となった「行為主体」が百貨店から量販店等へと変化していることがあげられる。

1954年の百貨店特殊指定制定後、手伝い店員の整理問題を経て1980年頃までの主要な規制対象は百貨店であった。これが1970年代後半のスーパーの成長等により、小売市場において量販店が主要な大規模小売業者になり、1980年代以降は、主要な規制対象も量販店へとシフトしていった。これは量販店が成長したという量販店側の事情と、自主規制の浸透、百貨店・納入業者間の相互依存関係の浸透、百貨店の小売業態としての成熟化による地位の低下という百貨店側の事情が挙げられる¹⁴⁰。このことは、1970年代後半以降に行われた大規模小売業者の優越的地位の濫用行為に対する公正取引委員会の調査対象に総合スーパーが加えられた点や、優越的地位の濫用行為に対する公正取引委員会の指導対象に、総合スーパーの業界団体である日本チェーンストア協会が加えられたことにも表れている。その後、流通取引慣行ガイドラインに主として量販店やコンビニエンス・ストアが納入業者に要請する「多頻度小口配送」が濫用行為として例示されたこと、2004年以降、当該規制により法的措置を受けた「行為主体」は多様な量販店にシフトしていること、2005年の大規模小売業告示の対象業種が百貨店特殊指定の百貨店業（及び総合スーパー）に加え、店舗面積に関係なく量販店全般、フランチャイズ・システムを用いるコンビニエンス・ストア、店舗を持たない通信販売業者等が追加されたこと等でも明らかである。

(3) 規制対象となる「濫用行為」の連続性と追加

1954年の百貨店特殊指定で列挙された行為は、当時の百貨店が行っていた「濫用行為」である不当な返品、不当な値引き、不当な委託販売取引、特売商品等の買ったとき、特別注文品の受領拒否、手伝い店員の使用であり、この中でも特に返品と手伝い店員が主要な規制対象となっていた。その後、量販店の購買力が優勢になるにつれて、百貨店・量販店による押し付け販売及び不当な協賛金の要請が問題になり、さらには量販店が行う「濫用行為」として棚卸し、商品陳列等、販売業務以外の従業員等の派遣要請が問題となった。そして、これらの「濫用行為」が百貨店特殊指定に規定されていなかったために、1982年の三越事件から、2005年に大規模小売業告示が制定されてこれらが追加されるまでの審決には、一般指定（1953）あるいは一般指定（1982）が適用された。ただし、百貨店特殊指定の制定時から問題視されていた不当な返品、不当な値引き、買ったとき、特別注文品の受領拒否等は量販店でも見られるため引き続き「濫用行為」として規制されており、この点連続性がみられ、規制対象として重要性を有し続けている。

¹⁴⁰ 三村、前掲注65、8頁。

(4) 規制の根拠の特徴

規制の根拠にもそれぞれの時期で推移がみられる。百貨店特殊指定制定から1970年代まで規制の根拠は百貨店特殊指定（返品、手伝い店員）であったが、百貨店特殊指定が長らく改正されなかったこともあり、1970年代後半から一般指定（1953）（押付け販売、協賛金）が規制の根拠となり、特に1982年の一般指定改正以降は一般指定（1982）とその後公表された返品ガイドライン・流通取引慣行ガイドラインが規制の根拠となっていた。この流れに変化が生じたのは2005年の大規模小売業告示の制定であり、これにより当該告示及び大規模小売業告示ガイドラインが新たに規制の根拠になった。この流れに再度変化が生じたのが2009年の優越的地位の濫用に対する課徴金制度の導入であり、これにより規制の根拠は優越的地位の濫用規制が法定化された第2条第9項第5号イないしハ及び優越的地位ガイドラインという組み合わせに変化している。

(5) 大規模小売店舗政策との関連性

第1節で検討したとおり、優越的地位の濫用規制と密接に関連のある中小小売業者を保護するための調整政策としては、大規模小売店舗の出店・営業抑制政策が挙げられ、これに基づき第2次百貨店法及び大店法が制定されていた。これらと大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制の関連性としては、第一に、規制対象が同一の大規模小売業であることが挙げられる。第2次百貨店法では、売場面積1,500㎡以上（政令指定都市では売場面積3,000㎡以上）を1店舗でも有する大規模小売店を百貨店として規制しており、大店法では、規制対象が第2次百貨店法の企業単位での規制から建物単位での規制に変更されたものの、同一建物内の総店舗面積が政令指定都市で3,000㎡、その他の都市では1,500㎡以上の建物を大規模小売店舗として規制しており、百貨店特殊指定と対象となる「百貨店業」の店舗面積の基準は一致している。ただし、大店法は1979年に改正され、調整を必要とする店舗規模が1,500㎡から500㎡に引き下げられた。

第二に、独占禁止法による優越的地位の濫用規制の目的（公正競争阻害性）が、優越的地位の濫用行為により小売市場において行為者である大規模小売業者が競争上有利になり、行為を行わない中小小売業者が競争上不利となると説明されることと、大規模小売店舗の出店・営業を抑制する政策の目的が、小売市場において大規模小売業者が中小小売業者を圧迫しないようにするためという、それぞれの目的が近似している点が挙げられよう。第1節で検討したとおり、両規制とも大規模小売業者の優越的地位の濫用による弊害を直接的あるいは間接的に改善する効果を有する。例えば、百貨店特殊指定の意義として、百貨店特殊指定に定めた「行為は、取引上優越した地位にある有力百貨店だけが行うことができる行為であり、それによって百貨店業者は売手としての中小小売業者との競争においても著しく有利な立場に立つことができるから、これらの行為を規制することは間接的に百貨店業者と中小小売業者間の競争を公正ならしめることに役立つものである」として、中小小売業者の保護を念頭においた説明をする学説もある¹⁴¹。また、店舗規模を一定程度

¹⁴¹ 今村ほか編、前掲注132、272頁〔長谷川古〕。また、制定時の百貨店特殊指定に、百貨店の小売市場での競争力を抑止するという目的で景品規制が規定されていたという見解がある。ここでは、「1954年に百貨店による景品提供を全面禁止する規定を特殊指

抑制するという意味で、大規模小売店舗の出店抑制政策は、購買力規制との関連性を認めることができるとする見解もある¹⁴²。

第三に、第1部第3章で検討したとおり、大規模小売業者の優越的地位の濫用は、小売市場の競争が激化したときや流通システムの変革期に生じやすく、このため、優越的地位の濫用規制も大規模小売店舗政策も、これらの時期に中小小売業者・中小納入業者が大規模小売業者に圧迫された際に同時に問題視されてきたという共通性を有している点が挙げられる。そして、戦後復興期には、垂直的な取引関係で百貨店特殊指定の制定につながり、水平的な競争関係では第2次百貨店法の制定につながったと言える。これらの問題は併せて議論されることが多く、第2次百貨店法の審議の過程において、百貨店の不公正取引に対する百貨店法への法定化が議論され、衆議院商工委員会における百貨店法の附帯決議では、政府に対し、百貨店の不公正取引（主として優越的地位の濫用）の規制のため、公正取引委員会の活動を積極的ならしめるよう措置を講じるように附帯決議が行われている。また、本店法の審議の過程においても同様に、当時問題となっていた手伝い店員問題に関して厳しい質問が繰り返され、衆議院商工委員会の附帯決議において「百貨店における派遣店員、不当返品等の不公正な取引方法の規制を厳格に実施するとともに、本法の制定にともない新たに対象となる大規模小売店舗における小売業の不公正取引方法の特殊指定について検討すること。」という附帯決議が行われている。

そして、規制緩和の潮流を受けて2000年に本店法が廃止され、大規模小売業者の出店規制が撤廃されて小売市場の競争が促進された反面、大規模小売業者による納入業者に対する優越的地位の濫用行為が拡大し、当該規制の強化につながっていると評価できる。

このように、優越的地位の濫用規制と大規模小売店舗政策には納入業者との「縦の関係」と小売市場内の「横の関係」という相違はあるものの、不況期や小売市場の競争が激化した時期に、中小企業の保護という政策目的を含みながら、密接な関連性がみられるといえる。

定に盛り込んだことは、どう見てもバイイング・パワーの規制ではなく、百貨店にハンディを課すことで競争条件を公正化するという考え方に立っていたとしかいえない」としている。上杉、前掲注23、410頁。

¹⁴² 和田健夫「大規模流通業者と購買力」金子晃ほか『現代経済法講座6 流通産業と法』（三省堂、1993）195頁。

第4節 公正取引委員会による現行の法運用

第1項 ガイドラインの公表

公正取引委員会では、各種のガイドラインの公表を行い、公正取引委員会の法執行の方針や法解釈を示している。大規模小売業者の優越的地位の濫用については、第2節で述べたとおり優越的地位ガイドラインを始めガイドラインが公表されている。これに加え、法運用の透明性を高めるため、独占禁止法及び下請法について、事業者や事業者団体が行おうとする具体的な行為が、法律の規定に照らして問題がないかどうかの相談に応じ、書面により回答する「事業者等の活動に係る事前相談制度」を設けている。この制度の特徴としては、第一に、回答が文書で行われることで回答の明確性維持が図られていること、第二に、回答中で相談対象行為が独占禁止法等の違反でないことが示された場合には当該行為に対して公正取引委員会による法的措置が執られないこととされていることが挙げられる¹⁴³。

また、公正取引委員会には経済活動や取引実態把握のために調査権限が与えられており、調査結果は、取引慣行の実態把握と競争への影響把握という意味を持ち、必要に応じて取引慣行の改善指導や要望等が行われている。大規模小売業者に対する納入取引については、納入業者に一斉に書面調査を行い問題事例を抽出した上、大規模小売業告示等に従い、問題行為に関して是正指導が行われている¹⁴⁴。

第2項 中小事業者取引公正化推進プログラム

公正取引委員会は、厳しい経済状況において取引先大企業との間で不当なしわ寄せを受けやすい中小企業について、下請取引を始めとした取引の公正化を一層推進するため、2009年11月18日に「中小事業者取引公正化推進プログラム」を公表した¹⁴⁵。この施策としては、①中小企業に対する相談・広報、②大企業・親事業者のコンプライアンスの推進、③下請取引以外の中小事業者の取引の公正化を図る必要が高い分野に係る特別調査、④違反行為に対する重点的かつ効率的な処理を実施することとした。これらの施策においては下請取引のみならず、大規模小売業者と納入業者との取引、荷主と物流事業者との取引における優越的地位の濫用も主要な対象とされている。

¹⁴³ 瀬領真悟「流通・取引慣行と独禁法」日本経済法学会編『経済法講座 第3巻 独禁法の理論と展開[2]』（三省堂、2002）208頁。

¹⁴⁴ 村上、前掲注9、59頁。ここでは、行政主導で書面調査を行い、行政指導により審査段階で終了する手法について、優越的地位の濫用の禁止と下請法の運用の同質性を指摘している。

¹⁴⁵ 公正取引委員会、「中小事業者取引公正化推進プログラムの実施について」（2009年11月18日）、<http://www.jftc.go.jp/houdou/merumaga/backnumber/2009/20091125.files/091118.pdf>、（2015年3月20日）。

このうち、大規模小売業者の優越的地位の濫用規制に関係するものとしては、①の施策については大規模小売業者と取引している納入業者への移動相談会の実施及び専用相談窓口の設置、②の施策については業種別講習会の実施、③の施策については大規模小売業者と納入業者との取引に関する書面調査の実施、④の施策については「優越的地位濫用事件タスクフォース」（以下「優越タスク」という。）の設置が実施されている。

第3項 優越的地位濫用事件タスクフォースの運用

公正取引委員会では、2009年に濫用行為の抑止・早期是正を目的として、審査局内に優越タスクを設置し、優越的地位の濫用に係る情報に接した場合に効率的かつ効果的な処理を行っている¹⁴⁶。具体的には、効率的な処理として、優越的地位の濫用行為に係る全国から寄せられる情報及び自ら収集した情報に基づいて、一元的に当該行為類型に特化した調査を行うことにより、優越的地位の濫用行為に係る事例や処理方法の蓄積を図り、これを積極的に活用することで、優越的地位の濫用事案を効率的に処理できるようにしている。効果的な処理として、関係事業者に対し違反につながるおそれがあると注意を行う際には、関係事業者（例えば小売業者の納入取引の事案であれば仕入の責任者（取締役等））と面談し、優越的地位の濫用行為の規制の趣旨、目的等を具体的かつ詳細に説明し、関係事業者の自主改善を促している¹⁴⁷。

案件処理の効率化の状況として、優越タスクが設置される前の注意件数として、2007年度には12件、2008年度には8件であったところ、優越タスクが設置された2009年度には22件、2010年度には55件、2011年度には52件、2012年度には57件、2013年度には過去最高の58件の注意が行われた。また、優越タスクが設置される前の注意を行った事案の平均処理期間は122日であったところ、2012年度では約55日に短縮されている¹⁴⁸。

2013年度の注意のうち業種別の内訳としては、宿泊業者19件、小売業者15件、飲食業者13件、卸売業者7件、その他4件となっている。2013年度の小売業者に対する注意のうち行為別の内訳としては、延べ数で協賛金等の負担の要請が最も多く12件、従業員等

¹⁴⁶ 公正取引委員会、「平成25年度における優越タスクの取組状況」（2014年5月28日）、<http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h26/may/140528.files/2.pdf>、（2015年3月20日）。

¹⁴⁷ 注意に対する見解ではないが、同様に行政指導である警告の役割について、「優越的地位の濫用の禁止は、相対的な地位の優越性でたりるなど自由競争減殺型の不公正な取引方法の禁止と比べて、ワンランク違法度の低い行為に対する規制」であるため、不公正な取引方法の禁止一般より警告の果たす役割が大きいとする見解がある。村上、前掲注9、57頁。

¹⁴⁸ 公正取引委員会、「平成24年度における優越タスクの取組状況」（2013年5月29日）、<http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h25/may/130529.files/2.pdf>、（2015年3月20日）。

の派遣の要請が 11 件、購入・利用強制が 3 件、返品が 2 件、支払遅延が 1 件の合計 29 件となっている¹⁴⁹。

第 5 節 大規模小売業者の優越的地位の濫用に対する法的措置

第 1 項 審決・排除措置命令数の増加¹⁵⁰

第 3 節で公正取引委員会による大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制の運用の推移は概観したが、ここで改めて本規制に係る審決・排除措置命令の特徴・傾向を検討する。大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制の事例としては、1953 年の一般指定（1953）制定以降、今日に至るまで、審決・排除措置命令が 22 件、警告（個別の事業者を対象としたもの）が 8 件となっている（事件番号及び期間の区分については巻末表 1 を参照）。以下において、規制事例の特徴・傾向を分析する。

審決例は、第 1 期（1954 年から 2003 年まで）の約 50 年間で 2 件（3 事件・7 事件）であったものの、第 2 期以降（2004 年以降）で 20 件となっている。

第 1 期での規制運用の手法としては、第 3 節で検討したとおり取引関係継続を重視する納入業者からの申告が少ないことを受け、数年おきに行う濫用行為の実態調査と、問題のある行為を行った大規模小売業者や業界団体に対して自主的な対応を求め、又は警告を行うという、いわゆる行政指導主体の運営を行っていた。典型的な例としては 2 事件が挙げられ、4 事件から 6 事件まで及び 9 事件から 12 事件までも行政指導である警告となっている。しかし、これらの手法では優越的地位の濫用を必ずしも抑止することができなかった。

このため、第 2 期以降、当該規制の法的措置を積極的に行うようになり、行政指導と併せて、より影響力の強い審決・排除措置命令を用いて積極的に大規模小売業者による納入業者に対する優越的地位の濫用行為の是正を求めるようになった。この積極化が、大幅な審決・排除措置命令数の増加につながっている。

¹⁴⁹ 後述するように、課徴金制度導入に伴い、事実認定の詳細化と公正取引委員会の審査能力の限界から、排除措置命令数は減少する可能性があり、この点からも優越的地位タスクフォースの運用による違反行為の処理強化の必要性が高まっているといえる。

¹⁵⁰ 公正取引委員会による行政処分のほか、独占禁止法の優越的地位の濫用規制違反では、第 24 条の差止請求の対象となり、独占禁止法に基づく命令の後には、第 25 条に基づいて損害賠償請求の対象となる。また、民事訴訟においては、公序良俗違反による無効（民法第 90 条）、不法行為による損害賠償請求（民法第 709 条）等を基礎付ける事情として優越的地位の濫用が主張されることがあり、金融機関と融資先との取引、コンビニエンス・ストアの本部と加盟店との間の取引等に係る訴訟においてそのような例がみられる。白石・多田編、前掲注 42、87 頁〔石井崇〕。ただし、白石忠志教授は、民法第 709 条に基づく損害賠償には、独占禁止法に言及する必要がない、あるいはたかだか独占禁止法を説明道具とするにとどまる一般民事法規定を根拠とする請求もあり得るとしている。白石忠志「優越的地位濫用規制の概要」ジュリスト 1442 号（2012）14 頁。

第2項 特殊指定の適用増加

第2期（2004年から2005年まで）及び第3期（2006年から2010年まで）の審決・排除措置命令の特徴としては、特殊指定が積極的に適用されていることが挙げられる¹⁵¹。

百貨店特殊指定は、第1期では審決で適用されることが1件もなかったが、第2期の審決（13事件から19事件まで）全てで適用されている¹⁵²。ただし、3事件及び7事件と同様、百貨店特殊指定で定められていない行為類型（押し付け販売、協賛金等及び従業員等の派遣）については一般指定（1982）が適用されている。大規模小売業告示が2005年に告示された後、第3期の排除措置命令（20事件から27事件まで）においては大規模小売業告示が適用されている。ただし20事件では、大規模小売業告示制定前の行為については百貨店特殊指定あるいは一般指定（1982）が適用されている。これらの事件では、第2節で検討したとおり、一般指定と特殊指定が重複して適用可能な場合には特殊指定が優先的に適用されている。

第3項 課徴金納付命令の増加と濫用行為の特定化

2009年の独占禁止法改正により、第4期（2011年以降）の排除措置命令（28事件から32事件まで）から全件で第2条第9項第5号が適用され、かつ、課徴金納付命令が課されるようになってきている。課徴金納付命令の金額は、28事件では2億2,216万円、29事件では3億6,908万円、30事件では40億4,796万円、31事件では12億8,713万円、32事件では12億7,416万円となっており、大規模小売業者に対し高額な課徴金が課されていることが分かる。また、課徴金制度の導入に伴い、課徴金を課す範囲を明確化するため、排除措置命令でより詳細に「優越的地位」、「濫用行為」等の成立要件、規制対象の範囲等を詳細に認定する必要が生じた。つまり、課徴金制度導入後は、具体的に優越的地位の対象となった当事者とその濫用行為を特定する傾向が強まり、このため、濫用行為を受けた納入業者を特定して、それらの者への濫用行為に対する排除措置命令を命じる方式になっている¹⁵³。これらの事件全てが審判手続に移行しているが、これは企業側として、高額化しており多額の損失につながる課徴金について、収益への影響、株主等への説明責任等か

¹⁵¹ この運用の積極化という変化について、公正取引委員会の審査局長（当時）であった檜崎憲安教授は、「規範として百貨店の特殊指定があるときに、それに当たるものを適用しないと、むしろ百貨店の特殊指定自身が規範性を失っていくということになりますので、現にあるものは使」う方向に変化したとの認識を有していた。岸井大太郎ほか「座談会 最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引644号（2004）15頁〔檜崎発言〕。

¹⁵² 三越事件では、三越が行った押し付け販売や協賛金の要請が百貨店特殊指定の要件に規定されておらず、ローソン事件では、ローソンが百貨店特殊指定の「百貨店業者」の要件に合致しなかったため、ともに一般指定で規制されている。

¹⁵³ 川濱、前掲注20、4頁。

ら、その軽減を目指して課徴金が課される範囲を争うことにより金額を低減させる必要を認めためと考えられる¹⁵⁴。

排除措置命令でより詳細に成立要件、範囲等を詳細に認定する必要が生じたこと、及び審判に移行する事案の増加等、公正取引委員会の審査、対応能力の限界から、今後は本規制による排除措置命令数が減少する可能性があると思われる¹⁵⁵。現に、優越的地位の濫用事件の審査期間は、課徴金制度が導入されていないときの平均約9か月強であったところ、2011年度では14か月かかっており、ほぼ5か月延びている¹⁵⁶。

第4項 「行為主体」の特徴

規制の対象となる「行為主体」が、従来の規制の中心であった百貨店から、スーパー等の量販店に移行している。第2期以降の優越的地位の濫用規制の規制件数（表2-1-2）をみると、規制を受けた「行為主体」である大規模小売業者は、優越的地位の濫用規制では、スーパー9件、ホームセンター4件、ディスカウント・ストア3件、家電量販店2件、百貨店1件、専門店1件となっている。第2期以降の規制事例の特徴をみると、第一に、冒頭で指摘したように旧来からの大規模小売業態である百貨店の規制件数は少なく、これに対し量販店の中で最も早い時期に成長し、市場規模も大きいスーパーの規制事例が最も多く、次いで近年成長したホームセンター、ディスカウント・ストア、家電量販店の規制事例が多いことが分かる。これに対し、コンビニエンス・ストアは1件も規制されていない。

第二に、「行為主体」である量販店は、全国規模の大規模小売業者も多いものの、地方の有力量販店であることも多い。例えば、審決・排除措置命令で、全国規模の市場における売上高の順位が認定されている事件は、20件中7件であり、具体的には、16事件（ホームセンター業界で2位）、17事件（総销量販店業界で4位）、18事件（ディスカウント・ストア業者で最大手）、24事件（家電製品等の小売業者の中で最大手）、29事件（子供・ベビー用品専門小売業者で最大手）、30事件（家電製品等の小売業で2位）、32事

¹⁵⁴ 企業の法務実務上、公正取引委員会により排除措置命令や課徴金納付命令が発令した場合、審判請求することにより、命令自体が反対に覆ることはないとしても、微調整され課徴金が減じられたりすることや、排除措置が変更されたりする可能性があること、更に不服があれば東京高等裁判所に司法判断を仰ぐことが可能であること、及び公正取引委員会に徹底して抵抗する姿を見せることにより、今後のさらなる調査を牽制する効果が出るため、少しでも命令に不服があるのであれば、原則として審判請求はすべきであるとされている。畑中鐵丸『企業法務バイブル』（弘文堂、第2版、2013）423-424頁。

¹⁵⁵ 同様に課徴金算定の基礎の確定作業と違反行為の確定作業を同時に行う必要があるため、従来に比べて格段に詳細な事実認定が必要になっており、審査に多大なコストを必要とすることから、課徴金制度導入前より法的措置が減少した一要因とする見解がある。川濱、前掲注20、4頁。

¹⁵⁶ 金井貴嗣ほか「座談会 最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引742号(2012)2頁〔中島発言〕。ここでは、この理由として、課徴金を命ずることになると、濫用行為のとらえ方、始期・終期、個々の企業にどのような行為があったということの一つ一つ詰めていかなければならないためとしている。

件（総合ディスカウント業者で4位）等が認定され、その他の事件は、全て地方の有力企業となっている¹⁵⁷。この傾向は、「優越的地位」の認定の際に、地方に展開する有力な大規模小売業者と全国展開する納入業者との取引関係を検討する際に課題となることを意味している。

第三に、「行為主体」の属する市場・小売業態での売上高の順位が1位の企業より2位以下の大規模小売業者が多い。例えば、一定の小売市場及び小売業態内で1位であることが認定されているのは、13事件（北海道で1位）、14事件・28事件（岡山県で1位）、15事件（九州で最大手）、16事件（近畿で最大手）、17事件（東海で最大手）、18事件（我が国で最大手）、19事件（四国で最大手）、21事件（九州南部で最大手）、22事件（福岡県、佐賀県、長崎県、熊本県又は大分県で最大手）、24事件（我が国で最大手）、29事件（我が国で最大手）となっており、これ以外は一定の小売市場・小売業態内での順位が2位以下となっている。

第二と第三の指摘につき、通常で考えれば、全国規模で展開する大規模小売業者、あるいは一定の小売市場・小売業態内で順位が第1位の企業の方が同一市場・小売業態内で最も購買力が強く、これに伴い「濫用行為」も増えると思われるが、そのような結果にはなっていない。

これらの特徴から推測されることは、①成長過程にある小売業態は企業規模の拡大が先行して社内のコンプライアンス体制の整備が後回しにされがちである点¹⁵⁸、②地方の大規模小売業者は、企業規模、社会の監視体制等から、全国規模の大手大規模小売業者に比してコンプライアンス体制の整備が進んでいない点¹⁵⁹、③市場の順位が2位以下の大規模小売業者だと1位の大規模小売業者に比べてチェーンの完成度が低い、あるいはマネジメント力が弱い場合が多く、このしわ寄せを納入業者に転嫁する場合があること等が理由として挙げられる¹⁶⁰。他方、コンビニエンス・ストアの規制事例が少ないのは、本部が大都市

¹⁵⁷ この理由として、公正取引委員会の審査局長（当時）であった檜崎憲安教授は「地域の一番店が損をしない商売をやって、その負担を中小企業に押し付けていると。こういうことがあると市場経済は成り立っていないのではないかなということ、従来、警告、注意という形で処理をしてきたものを法的措置をとったということは意味のあること」としている。岸井大太郎ほか、前掲注151、13頁〔檜崎発言〕。

¹⁵⁸ 16事件の際にコーナン商事社長であった疋田耕造氏は、「公取委の立ち入り検査があった時点では、違法なことをしている認識は全くなかったんですよ。協賛金というのは業界の慣習でしたし、我々が強要したことはなかった。……公取委さんとお話をしたりご指摘を受けていくうちに、ちょっと不透明だったなとか、（独禁）法の精神にあっていないんじゃないとか、考えざるを得ない点がいろいろと出てきました。」と、規制を受けるまで違法性の認識がなかったことについて述べている。日経ビジネス2005年1月31日号138頁。

¹⁵⁹ 地方に展開する中・下位の大規模小売業者には、社会の監視体制や制裁が厳しい大手に比べ、コンプライアンスに対する温度差がある場合が多いと指摘されている。川越憲治「わが国のコンプライアンス・プログラム（上）—総説・流通・旧規制産業—」公正取引595号（2000）14頁。

¹⁶⁰ 例えば、7事件について、コンビニエンス・ストア業界の先進的というイメージは、業界1位のセブンイレブンをジャパンにより作られたものであり、ローソンは従来の卸流通に依存したオペレーションを展開している等、ローソンのコンビニエンス・ストア・チェ

にある全国規模の大手企業が多く、かつ、第1部第5章で検討したとおり、フランチャイジーが納入業者から直接商品を購入するため、フランチャイジーが売残りリスクや商品管理上のリスクを負担することと、フランチャイザーはフランチャイジーから経営資源の補完が可能であり、納入業者から補完する必然性が相対的に低いことが考えられる。

第5項 「濫用行為」の特徴

規制を受けた「濫用行為」は、優越的地位の濫用規制では、従業員等の派遣要請が23件、協賛金等の負担要請が11件、返品・対価の減額がそれぞれ10件、購入・利用強制が6件、買ったたきが1件となっている。参考までに下請法の規制事例では(表2-1-2)、減額が最も多く29件、次いで返品が7件、金銭の提供要請が5件、受領拒否が2件、買ったたきが1件となっている。

これら規制事例から読み取れる傾向として、規制事例の大半が量販店の規制事例であることを勘案すれば、量販店では、従業員の派遣要請、特に接客販売業務を伴わない商品陳列、品出し、棚替え、棚卸し等に係る派遣に対する規制事例が最も多く、次いで事後値引き、返品といった納入取引に直接関係する行為や、協賛金といった納入取引に付随する行為、押し付け販売といった納入取引には直接的には付随しない行為が幅広く行われている実態がうかがえる。また、「濫用行為」のうち、買ったたきの規制事例がほとんどなく、支払遅延、受領拒否が1件もないことも分かる。

第1部第5章で検討した小売業務と「濫用行為」の行為内容の特徴に基づいて検討すると、競争力・適応力強化を目的とした濫用行為では、多くの事件が店舗運営に係る濫用行為であり、センターフィー、情報化費用の徴収等、商品供給・商品調達に係る濫用行為は規制されていない¹⁶¹。また、大規模小売業者の収益改善のみを目的とした濫用行為では、決算対策、在庫調整等の濫用行為が目立って行われている。行為類型別に濫用行為の特徴をみると、次のとおりとなる。

(1) 不当な従業員等の派遣要請

店舗運営の特徴として、百貨店では、商品販売を行う手伝い店員の派遣要請が多く、その他の量販店では品出し・陳列作業や、棚卸・棚替え・社内事務等のための従業員等の派遣要請が多いことは前述した。

規制を受けた「濫用行為」としては、25事件で百貨店の手伝い店員(他の納入業者の商品に係る店舗外販売)及び従業員の派遣(ダイレクト・メールの発送業務)が規制されているのに対して、12事件、14事件、17事件及び28事件がスーパー、18事件がディスカウント・ストア、24事件が家電量販店のそれぞれ従業員等の派遣要請を規制しており、その内容は、大半が棚替え、棚卸しを行わせたというものである。また、14事件、17事件、

ーンとしての完成度の低さあるいはマネジメント力の弱さが事件の遠因となったと指摘されている。三村、前掲注65、17頁。

¹⁶¹ 規制事例のある協賛金等の要請・対価の減額の一部や、買ったたき等は、商品の仕入原価に係る行為でもあり、厳密な区分は難しいが、性質上商品調達に係るものともいえる。

19 事件、20 事件、22 事件、23 事件及び 31 事件がスーパー、15 事件、18 事件及び 32 事件がディスカウント・ストア、16 事件、21 事件、26 事件及び 27 事件がホームセンター、24 事件及び 30 事件が家電量販店のそれぞれ手伝い店員を規制しており、その内容のほとんどが、商品陳列、補充等の業務を行わせたというものである。

このように規制事例は、圧倒的にスーパー、ホームセンター、ディスカウント・ストア、家電量販店の販売以外の業務に係る従業員の派遣要請が多く、これらの「濫用行為」が量販店の多くの業態で行われ、かつ、問題となっていることが分かる。これら規制事例のうち、量販店で接客販売に係る規制事例は 1 件もない。

(2) 買ったたき・減額

店舗運営の特徴として、百貨店ではセール販売期以外は正価販売が行われており、コンビニエンス・ストアでは、おおむね正価販売を行っている。他方、コンビニエンス・ストアを除く量販店では日常的な値引販売やセール販売が行われている。このため、これら量販店では、商品納入時の買ったたきや仕入対価の減額が多いことは前述した。規制を受けた濫用行為としては、5 事件、13 事件、14 事件、19 事件、22 事件、23 事件及び 28 事件がスーパー、21 事件及び 26 事件がホームセンター、29 事件が専門店の減額を規制しており、17 事件がスーパーの買ったたきを規制している。

このように規制事例からは、圧倒的にスーパー、ホームセンターの事例が多く、これら「濫用行為」が業態での特徴となっていることが分かる。

(3) 返品・協賛金等の負担要請

店舗運営の特徴として、百貨店の新規出店は、大手百貨店を除き多くない。これに対し量販店は、スクラップ&ビルド方式により、不採算店の出店と新たな立地への出店を基礎としているばかりでなく、市場規模が拡大している小売業態に属する大規模小売業者、あるいは企業規模が拡大している小売業者では、積極的に新規出店を行っている。また、同一商圈内の大規模小売業者に対抗するため、積極的に改装、棚替え等を実施して顧客の集客に努めている。

規制を受けた「濫用行為」としては、18 事件がディスカウント・ストア、20 事件、23 事件、28 事件及び 31 事件がスーパーの店舗の新規・改装オープンに対する協賛金の要請を規制し、26 事件及び 27 事件がホームセンターの店舗の改装・棚替えを理由とする返品を規制し、28 事件ではスーパーの改装に伴う事後値引きを規制している。また、(1) の従業員等の派遣要請の多くが、新規出店、改装、棚替え等を理由とした従業員派遣の要請となっている（スーパーでは 12 事件、14 事件、17 事件、19 事件、20 事件、23 事件、28 事件及び 31 事件、ホームセンターでは 16 事件、21 事件、26 事件及び 27 事件、ディスカウント・ストアでは 18 事件、家電量販店では 24 事件）。

このように規制事例からは、スーパー、ホームセンター、ディスカウント・ストアの事例が多く発生しており、これら「濫用行為」がこれらの小売業態での特徴となっていることが分かる。

(4) 決算対策、在庫調整等の「濫用行為」

大規模小売業者の小売業務と特に関係しない、大規模小売業者の都合のみで行われる「濫用行為」としては、3 事件、4 事件、9 事件、10 事件、12 事件、14 事件、20 事件、25 事件、28 事件及び 31 事件が購入・利用強制、7 事件、13 事件及び 16 事件が決算・予算対策を目的とした協賛金等の負担要請、5 事件が在庫調整のための返品、19 事件が値引販売等による利益減少に対応するための減額が、それぞれ規制された事例である。

第 6 項 独占禁止法コンプライアンスに関する取組

前節で検討したとおり、独占禁止法コンプライアンスの強化が推奨される中、違反事業者に対して、これらに関する取組を審決・排除措置命令で命じる事案が増加している。これは優越的地位の濫用に係る事件に限ったものではないが、13 事件から 32 事件までの全ての事件において、①行動指針の策定あるいは改定（既にあると思われる場合には当該指針に基づいて②及び③を実施すること）、②定期的な研修の実施、③法務担当者による定期的な監査が審決・排除措置命令で命じられている。具体的に、32 事件では、排除措置命令で、「納入業者との取引に関する独占禁止法の遵守についての行動指針の改定」及び「納入業者との取引に関する独占禁止法の遵守についての、役員及び従業員に対する定期的な研修並びに法務担当者による定期的な監査」が命じられている¹⁶²。また、20 事件以降の事件では、「研修、監査等の措置の実施内容を、3 年間、毎年、公正取引委員会に報告」が命じられている¹⁶³。

¹⁶² 優越的地位の濫用規制の事案として、三井住友銀行事件では、更に踏み込んで次のとおり詳細な内部規定の整備を求める排除措置命令が出されている。

「次の事項を含む独占禁止法の遵守の観点からの金利スワップの取扱いに関する内部規定の整備

ア 自行と融資取引関係にある事業者であって、その取引上の地位が自行に対して劣っているものに対して、変動金利の上昇による借入れに係る支払金利の増加リスクを軽減（以下「金利上昇リスクのヘッジ」という。）する手段として金利スワップの購入を提案する際には、金利スワップの想定元本及び契約期間を、当該事業者が金利上昇リスクのヘッジの対象とする借入れの元本及び契約期間に対して必要な範囲内で設定すること

イ 自行と融資取引関係にある事業者であって、その取引上の地位が自行に対して劣っているものに対して、金利スワップを販売する際には、当該金利スワップの購入が融資を行うこととなるものではない旨及び当該金利スワップを購入しなくとも融資に関して不利な取扱いをしない旨を当該事業者に明確に知らせること」。

¹⁶³ これらの措置のほか、講じた措置を納入業者に通知することが命じられている。これについて、25 事件では、当該措置を納入業者だけではなく当該納入業者から派遣されて大和の各店舗の売場に常駐している当該納入業者の従業員にも通知することが命じられている点に特色がある。これは、百貨店の優越的地位の濫用行為を受ける当事者がこれら手伝い店員であることが多いため、公正取引委員会は、特に通知を命じて当該濫用行為を抑制しようとしたものと思われる。

第7項 下請法に係る違反行為

下請法の規制では（巻末表2の1）、多様な規模・業態の小売業者が含まれるが「行為主体」は、専門店16件、スーパー8件、ホームセンター4件、通信販売2件、百貨店1件となっている。小売業者に係る下請取引の種類は全て商品等の製造委託であり、違反行為は、延べ数で減額が29件と大半で、返品が7件、不当な経済上の利益の提供要請が5件、受領拒否が2件、買ったたきが1件規制されている。また、下請法全体の勧告件数からみると、2010年度以降、勧告件数に占める小売業者の割合が高くなっていることも分かる（表2-1-3）。

下請法の製造委託に係る違反は大きく分けて2つの類型に分類できる。第一に、スーパーを中心とした量販店では、販売価格の抑制、利益率の向上、商品の差別化等を実現するため、PB商品等の製造販売を強化している。下請法の規制対象は、商品の製造委託の場合、規格・品質・デザイン等を指定して親事業者が下請事業者に製造を委託する取引が対象となるところ、これらPB商品等に係る各種の違反行為が増加している。第2節で検討したとおり、下請業者にPB商品等の製造を委託する場合には、優越的地位の濫用規制に先んじて下請法の適用を受ける運用となっている。規制を受けた下請取引として、PB商品等の製造委託に限らないが、1事件、3事件、6事件及び8事件はホームセンター、2事件、5事件、11事件、26事件、28事件、30事件及び31事件はスーパー、19事件は生協、16事件及び29事件は100円ショップの違反事例である。

第二に、衣料品、服飾雑貨等の専門量販店の規制事例が最も多いのは、これら専門量販店の取扱商品の特性のためであると考えられる。規制事例は、衣料品、服飾雑貨等の専門店が多く、これら商品領域は、元来納入取引において自社のオリジナル・ブランドを付してデザイン等を指定した製造委託を下請事業者に対して行うことが多いという特徴を有するためである。さらに、専門量販店では、いわゆるSPA方式等により独自の商品調達を行う小売業者も増加しており、これらも製造委託に該当する取引を行っている場合がある。7事件、9事件、10事件、12事件、14事件、17事件、18事件、20事件、21事件、22事件及び25事件は衣料品、服飾雑貨等の専門店の規制事例である。

また、ディスカウント・ストア、家電量販店に対する下請法の規制事例がないのは、これらの取扱商品は、一般的に販売されている商品（ナショナル・ブランド等）の販売が多いため、製造委託される商品の取扱いが少ないためであると考えられる。

第6節 大規模小売業者による優越的地位の濫用防止への取組

第1項 独占禁止法コンプライアンスの推進

公正取引委員会は、独占禁止法の厳正な執行によって独占禁止法違反行為を排除するとともに、個々の企業において独占禁止法に関するコンプライアンス（以下「独占禁止法コ

ンプライアンス」という。)が推進され、競争的な事業活動が自律的に行われる環境を実現していくことが必要との観点から、独占禁止法コンプライアンスに関する企業の取組の支援・唱導活動を積極的に推進している¹⁶⁴。

独占禁止法コンプライアンスの考え方は、以前から公表されていたが、最近では、2006年、2007年(建設業)、2008年(外資系企業等)、2009年、2010年、2012年にそれぞれ企業のコンプライアンスの取組状況について調査結果が公表されている。ここでは、公正取引委員会は独占禁止法コンプライアンスを、「リスク管理・回避ツール」として戦略的に位置付けて積極的に活用し、独占禁止法コンプライアンスに関する取組を実効的なものとしていくことを提唱している。

前述したとおり、我が国の優越的地位の濫用規制は近年大幅に強化されており、特に主たる対象は大規模小売業者であり、2009年から課徴金制度が導入されたことから格段に違反リスクが高まっている。そこで、以下において、企業による優越的地位の濫用違反の防止への取組、及びその際の問題点について検討する。

第2項 企業の法令遵守義務

企業は、企業活動に対し適用される法令を遵守する義務と法的責任を負う。法的に義務を課されるばかりでなく、企業からすれば、優越的地位の濫用規制の違反に限ってみても、排除措置命令により様々な措置を講じる必要が生じるばかりでなく、課徴金納付命令、損害賠償請求(第25条)、株主代表訴訟の提起といった賠償・損失等が生じる場合もある。これに加え企業の信用失墜による消費者・納入業者の離反や株価下落といった、企業経営上の損失を被る場合もある。

企業の法令違反等の不祥事防止のためのリスク管理の手法として、社内にコンプライアンス体制を確立することは、最も有効な手段とされている¹⁶⁵。コンプライアンス体制の確立は、株主が経営者の行動を規律する仕組みである内部統制(コーポレート・ガバナンス)の一環として、経営の健全性を高めて企業に不測の損害を与えるような行為が行われるのを未然に防止するために行われる¹⁶⁶。2000年の大和銀行株主代表訴訟事件判決では、取締役は自ら法令を遵守するだけでなく、従業員が職務を遂行する際、違法な行為に及ぶことを未然に防止するための実効性のある法令遵守体制の確立義務を判示しており、この判決により内部統制の重要性が広く認識されるようになった¹⁶⁷。金融商品取引法では、財務報

¹⁶⁴ 公正取引委員会、「企業における独占禁止法コンプライアンスに関する取組状況について(概要)」(2012年11月28日)、<http://www.jftc.go.jp/dk/konpura.files/12112801gaiyou.pdf>、(2015年3月20日)。

¹⁶⁵ 阿部・井窪・片山法律事務所編『法務リスク管理ガイドブック』(民事法研究会、2011)40頁〔井窪保彦〕。

¹⁶⁶ 阿部・井窪・片山法律事務所編、前掲注165、57-58頁〔井窪保彦〕。

¹⁶⁷ 大阪地判平12・9・20判時1721・3。当該判決は取締役の内部統制構築義務を認めた判決と評価されている。柿崎環「『大和銀行』事件判決の意義」企業会計55巻4号(2003)100-104頁。

告の信頼性確保のため、上場会社等に内部統制報告書の内閣総理大臣への提出を義務付けており（第24条の4の4）、これには公認会計士又は監査法人による監査証明を受けなければならないこととなっている（第193条の2第2項）。会社法では、会社の業務全般を対象として、大会社に対して「取締役の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制その他株式会社の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制」の整備が義務付けられ（会社法第348条第4項、第362条第5項、委員会設置会社にあつては第416条第2項）、その内容は事業報告に記載されることによって開示されている（会社法施行規則第118条第2項）。

そして、取締役には内部統制システムを実効性のあるものとして維持・運用すべき義務が課されており、その機能が形骸化して名ばかりのものとなり、その機能が果たされないまま不祥事により会社に損害が生じた場合には、取締役は、株主から善管注意義務違反を理由に責任を追及される可能性がある¹⁶⁸。

第3項 独占禁止法に対するコンプライアンスの必要性¹⁶⁹

経済法制の分野では、官公庁に対する入札談合、価格カルテル、食品の偽装表示等の頻発により、企業にコンプライアンス体制の確立を求める社会的な要請が増大している¹⁷⁰。この流れを受けて、コンプライアンス体制の整備の一環として、企業が独占禁止法違反行為を予防、若しくは早期発見し、法的リスクを低減するためのマネジメント・システムとして、独占禁止法コンプライアンス・プログラム（以下「コンプライアンス・プログラム」という。）の整備が提唱されるようになってきている。独占禁止法コンプライアンスは、予防治学的観点から違反行為を防止するための独占禁止法の理解・研修による教育そして監視のためのシステムとされている¹⁷¹。

行政の観点からすれば、企業の違反行為を抑止するためには措置・制裁を強化する手法もあり、実際、近年の独占禁止法の改正により課徴金・罰金の増額や行政処分の強化、違反企業名の公表、差止請求制度の導入等、措置・制裁の強化により違反防止が図られている。しかし、政策的な手段を講じるには長期間かかる上に、制裁強化の効果が疑問があるため、この点からもコンプライアンス・プログラムが違反防止の新たな手法として注目さ

¹⁶⁸ 阿部・井窪・片山法律事務所編、前掲注165、73頁〔井窪保彦〕。

¹⁶⁹ コンプライアンスは、一般に「法令遵守」と訳されるが、倫理的な要素も含むとの見解が多い。例えば、田中宏司『コンプライアンス経営—倫理要綱の策定と実践—』（生産性出版、1998）25頁によれば、法令遵守は企業倫理の核心部分であり、いわば企業活動における最低限の義務であるから、これを踏まえて立法の精神・倫理・道徳をも包含した判断基準が求められている、としている。

¹⁷⁰ 例えば、2014年の景品表示法の改正により、第7条で表示等の適正な管理のための必要な体制の整備等が義務化された。

¹⁷¹ 田村次朗「独占禁止法のコンプライアンスに関する基本的視点と今後の課題」公正取引670号（2006）10頁。

れている¹⁷²。さらに、企業の自主的なコンプライアンス体制構築により、官公庁等が限られた資源で政策目標を実現することや、事後チェックに要する負荷を軽減することに役立つ。このため、公正取引委員会は、独占禁止法コンプライアンスを推進するばかりでなく、第5節で検討したとおり、優越的地位の濫用に係る排除措置命令で、独占禁止法の遵守に関する行動指針の作成、研修、定期的な監査等、社内のコンプライアンス体制整備等を命じている¹⁷³。

企業経営の観点からすれば、独占禁止法に係るコンプライアンス体制の整備の重要性として、近年の規制緩和により行政の事前規制が撤廃ないし緩和され、自己責任の原則に基づく事後規制に移行したため、企業の社会的責任を果たすとともに、リスク管理の一環として独占禁止法を遵守し、ペナルティによる企業への損害を未然に防止するため、コンプライアンス体制を構築する必要性が生じる¹⁷⁴。特に、課徴金制度が導入された優越的地位の濫用については、非常に法務リスクが高く、体制整備の主要な対象領域となる¹⁷⁵。優越的地位の濫用規制に対する課徴金の算定においては、全ての濫用行為につき一律の算定率を適用されるため、行為の悪性と課徴金の額が比例しないこととなり、企業はリスクの大きさに照らしてコンプライアンスに努める必要性が生じる¹⁷⁶。つまり、故意にあるいは悪質性の高い違反行為を行っても、過失であるいは悪質性の低い違反行為を行っても、課される課徴金が同一であることを意味するため、企業としても明確な基準を策定し、過失による違反を防止する管理体制を構築する必要性に迫られていることを意味している。

このため、独占禁止法コンプライアンスは、単なる「法令遵守ツール」ではなく「リスク管理・回避ツール」として戦略的に位置付けて活用される必要があり、これにとどまらず「企業価値の維持・向上ツール」としても機能しうるとされている¹⁷⁷。

¹⁷² 個人や企業への制裁強化では効果に限界があり、新たな手法としてコンプライアンス・プログラムを重視する見解として、川浜昇「独禁法遵守プログラムの法的位置づけ」川又良也先生還暦記念『商法・経済法の諸問題』（商事法務研究会、1994）544頁以下。

¹⁷³ 予防法学の観点及び公正取引委員会による効果的な排除措置の実効性を確保するため、排除措置命令の中で、コンプライアンスを求めることが重要とされている。田村、前掲注171、9頁。

¹⁷⁴ 濱田俊郎「規制緩和と社内体制—コンプライアンス・プログラム等—」ジュリスト1228号（2002）87頁。

¹⁷⁵ 「課徴金という厳しい制裁的エンフォースメントの課される事例が現実に登場し、事業者には『優越的地位の濫用』に該当しないようコンプライアンス・プログラムを整える要請が今まで以上に高まっている」とされている。滝澤紗矢子「課徴金導入後の『優越的地位の濫用』事例の検討」ジュリスト1442号（2012）37頁（特集優越的地位の濫用とは？—その現状と対策）。

¹⁷⁶ 上杉、前掲注47、68-69頁。

¹⁷⁷ 公正取引委員会「企業における独占禁止法コンプライアンスに関する取組状況について」（公正取引委員会、2012）1頁。

第4項 コンプライアンス・プログラムに取り込む内容及び構築手法

コンプライアンス・プログラムに組み込む内容として、公正取引委員会が示している項目は、独占禁止法違反行為に対し、①研修等による未然防止、②監査等による確認と早期発見、③危機管理の3項目である¹⁷⁸。①では具体的に、独占禁止法コンプライアンス・マニュアルの策定、社内研修の実施、法務相談体制の整備、社内懲戒ルールの整備等を挙げている。②では具体的に、独占禁止法監査の実施、内部通報制度の整備、社内リニエンシーを挙げている。③では具体的に、経営トップのイニシアティブによる迅速な対応と的確な意思決定、有事対処マニュアルの事前整備、的確な社内調査の実施等を挙げている。これらを踏まえた上で、コンプライアンス・プログラムの構築手法を検討する¹⁷⁹。

コンプライアンス・プログラムの構築は、どのようなプロセスによって効果的に実施するかが重要であり、一般に循環型のP D C A (Plan-Do-Check-Act) サイクルによって、継続的に実践・改善を行っていく¹⁸⁰。

コンプライアンス・プログラムの計画(Plan)では、基本方針を策定した後、自社に発生可能性がある独禁法違反行為を分析した上で、コンプライアンス・プログラムやマニュアルの作成が行われる。独占禁止法のコンプライアンスを検討する際には、規制類型ごとに異なるレベルのコンプライアンスが求められ、不公正な取引方法でいえば、再販売価格維持のようにほぼ正当化の余地のない厳格な規制が行われているものについては、違反の防止及び監視が中心となり、他の行為類型等については、法務部門との緊密な連携を図りつつ、デューディリジェンス(due diligence)を図る体制を整備することが求められる¹⁸¹。

コンプライアンス・プログラムの実践・運用(Do)としては、組織の面で、①経営者の直轄部門としてコンプライアンスを担う部署の設置、②社内規程の整備や日常業務の見直し、③社内研修・法務相談体制の整備等のフォローアップ体制の整備、④役員・従業員に対する法令遵守義務の明確化、⑤社内懲戒ルールの整備、⑥内部通報制度・社内リニエンシーの導入、⑦経営トップのイニシアティブによる有事対処とマニュアル化が挙げられる。

違反が発覚した場合には、公正取引委員会に自主申告することが検討課題となる。違反事実を発見した場合、コンプライアンスに係る企業倫理・企業の自浄能力の発揮としては、自主申告するという考え方もあり得るし、また、自主申告及び再発防止策の自主的な整備により、処分時の情状酌量を狙った自主申告も、企業法務の実務上行われている。他方、不当な取引制限には課徴金減免制度(リニエンシー制度)が導入されているものの、私的独占及び不公正な取引方法に基づく課徴金納付命令には自主申告による課徴金減免制度がないため、この点での自主申告インセンティブは働かないといえる。この点、下請法については、違反行為を自発的に申し出た場合には、一定の条件を満たしたときに勧告を行

178 公正取引委員会が示すコンプライアンス・プログラムの詳細は、公正取引委員会、前掲注177、1頁以下を参考に記載した。

179 これ以外に、同業他社との接触ルールの策定、課徴金減免制度等の積極的活用が挙げられているが、これは主としてカルテルを想定したものであるため、本稿では割愛する。

180 コンプライアンス・プログラムの詳細は、高巖編『E C S 2000 このように倫理法令遵守マネジメント・システムを構築する』(日科技連、2001)等を参照。

181 田村、前掲注171、11-12頁。

わなない運用が行われており¹⁸²、当該運用を活用すれば、優越的地位の濫用違反と下請法違反が重なる行為部分については課徴金が減免される可能性がある¹⁸³。

コンプライアンス・プログラムを実践・運用した後は、実効性を確保するために、運用状況や違反行為の発生状況を、業務監査を通じてモニタリング (Check) する必要がある。そして、ラインや内部監査から獲得した情報を基に、コンプライアンス・プログラムを見直す (Act) 必要があり、特に違反行為が発生した場合には、違反の原因の調査・分析と適切な再発防止策を、速やかに実施する必要がある。

これらコンプライアンス・プログラムの実効性を確保する方策として、公正取引委員会が示している事項は、①経営トップのコミットメントとイニシアティブ、②実情に応じた独占禁止法コンプライアンス・プログラムの構築、③独占禁止法法務・コンプライアンス担当部署と実施体制の整備等を挙げている¹⁸⁴。

第5項 大規模小売業者のコンプライアンス体制の現状

大規模小売業者のコンプライアンス体制の現状として、少し前の調査だが、公正取引委員会が2009年に公表した「独占禁止法コンプライアンス・プログラムに関するアンケート調査結果について」によれば¹⁸⁵、商業分野の企業のうち、コンプライアンス・マニュアルに独占禁止法遵守が含まれている場合では、対象として、優越的地位の濫用が80.3%で最も多く、次いで下請代金の支払遅延が62.3%、商品・役務の不当表示が58.2%、下請代金の減額が54.9%であった。優越的地位の濫用に係る記載はおおむね高い割合であり、商業分野（小売業者だけでなく卸売業者も含まれる。）でも違反防止に対する認識が高い行為類型であることが分かる。

個別の大規模小売業者の取組を見ると、例えば百貨店では、三越伊勢丹が「取締役会規程」に則り月1回取締役会を定例開催し、相互に業務執行を監督し、法令定款違反行為を未然に防止している。また、三越伊勢丹ホールディングス業務本部にコンプライアンスに

¹⁸² 具体的には、調査着手前の申告であること、違反行為を既に取りやめていること、下請け事業者の不利益回復措置を既の実施していること、再発防止策を講じていること、公正取引委員会の調査・指導に全面的に協力していることを満たす場合には、親事業者の法令遵守を促す観点から下請法違反に対して勧告までの措置を取らないとしている。公正取引委員会「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」（2008年12月17日）。

¹⁸³ ただし、優越的地位の濫用にかかる課徴金は、取引額の1%であるのに対し、下請法では代金減額事案にあっては減額分の返還となるため、下請法による勧告に従う方が企業として支払う金額が大きくなる可能性も否定できないものの、優越的地位の濫用の方が社会的にはより重みがあると思われるので、勧告応諾のインセンティブは存在するとする見解がある。多田敏明「下請法違反の予防のポイント」ジュリスト1442号（2012）38頁。

¹⁸⁴ 他にも企業グループとしての一体的な取組を挙げているが、これはカルテルを想定したものなので、本稿では割愛する。

¹⁸⁵ 公正取引委員会事務総局『企業におけるコンプライアンス体制の整備状況に関する調査』（公正取引委員会、2009）11頁以下。

関する所管部署・担当を設置して内部統制・法令遵守体制の維持・向上を図り、内部監査部門を設置して各部門と連携しながら業務遂行の適法性・妥当性などを監査し、グループ全体を対象とする内部通報・相談窓口として、「三越伊勢丹グループホットライン」を設置して従業員等からの通報・相談に基づき、コンプライアンスの視点から是正措置・再発防止策を適時策定・推進している。

J. フロントリテリングでは、取締役会の諮問機関として社長を委員長とするコンプライアンス・リスク管理委員会を設置し、コンプライアンス・リスク管理担当役員と担当部門・担当者を設置している。また、事業会社の事業単位ごとに管理推進担当者を設置し、教育、チェック、指導を行い、社則としてコンプライアンス・リスク管理マニュアル、公正取引等の自主基準を設け、内部監査部門による監査を実施し、内部通報制度としてホットラインを設置している¹⁸⁶。

他方、大規模小売業者の独占禁止法コンプライアンスについては、前述したとおり優越的地位の濫用や下請法の違反行為に限ってみても多発しており、かつ、違反行為を繰り返す事業者もあり¹⁸⁷、大規模小売業者間で温度差があるのも事実である。

大規模小売業者が実効性ある独占禁止法コンプライアンス・プログラムを構築する際には、自社固有の独占禁止法上のリスクに着目し、それに対応する施策を検討していく必要がある、実施コストを勘案して、リスクに応じた解決策や防止策を的確に選択することが必要である¹⁸⁸。他方、コンプライアンス・プログラムを構築する際の課題として、独占禁止法自体が難解であり、適法・違法の判断が難しいグレーゾーンの事例に遭遇するケースが多く、違反行為を犯さないためには避けるべきものであるが、収益を上げるためには避けて通れない場合もある。このため、大規模小売業者には、法務部門等による社内の相談体制の整備や顧問弁護士への相談、公正取引委員会への事前相談等、違反行為を犯すリスクを事前に軽減する施策を講じる必要が生じる。

¹⁸⁶ 各社の事例は、アニュアル・レポート、ホームページ等の各社公開資料の記載によった。

¹⁸⁷ 14 事件及び 28 事件は同一の大規模小売業者による事案であり、14 事件では、商品納入後の値引き、返品、押し付け販売、手伝い店員、従業員等の派遣が規制され、28 事件では、商品納入後の値引き、返品、押し付け販売、従業員等の派遣、協賛金等の要請と、ほぼ同種行為で違反とされている。また、12 事件で警告を受けた大規模小売業者は、14 事件及び 28 事件の大規模小売業者のグループ会社であり、押し付け販売、従業員等の派遣で規制されている。さらに、巻末表 2 の 16 事件及び 29 事件も同一の大規模小売業者による違反事例である。なお、公正取引委員会の職員が執筆した解説書によると、20 事件以降で排除措置命令として出されている、研修、監査等の実施内容の 3 年間にわたる公正取引委員会への報告が、14 事件で命じられていなかったため、28 事件の違反行為が未然に防げなかったとし、措置を行った事業者のその後のモニタリングの重要性と、今後の排除措置命令の主文の洗練努力が必要としている。菅久編、前掲注 44、175-176 頁〔伊永大輔〕。

¹⁸⁸ 公正取引委員会、前掲注 177、2 頁。

第7節 現状の大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制の問題点

以上、公正取引委員会による優越的地位の濫用規制の概要、歴史、規制の運用状況及び企業による違反行為防止策を検討してきた。本節では、実際に規制を受ける企業側から見た公正取引委員会の「優越的地位」及び「濫用行為」の認定に係る審決・排除措置命令及びガイドラインの問題及びそれに起因する行政処分上の問題点について検討する。

第1項 ガイドラインの問題点

(1) 「優越的地位」及び「濫用行為」に係る判断要素の不明確さ

企業側から見た優越的地位の濫用規制上の問題としては、公正取引委員会によるガイドライン等での「優越的地位」及び「濫用行為」を事実認定する際の判断要素が抽象的であり、限界事例の判断が容易でないことである。優越的地位の濫用は、一般に成立要件が抽象的とされる独占禁止法違反行為の中でもとりわけ抽象性が顕著であり、対象行為の外延は明らかではなく、何をもって「優越的地位」にあたり、何をもって「濫用」となるのか、規定の文言だけからは全く判然としないと指摘されている¹⁸⁹。法条を明確化したガイドラインでは、これらの判断要素がある程度詳述されているものの、判然としない部分も多く、特に全業種を対象にして一般的に記載された優越的地位ガイドラインではこの傾向が顕著である。このため、限界事例の違法・適法の判断が容易ではなく、優越的地位の濫用規制に対しては、弁護士や経済界から、公正取引委員会の違法・適法の判断の根拠や基準が明確ではないという批判が行われてきた¹⁹⁰。

さらに、法条の解釈に有用である裁判例（独占禁止法では審決・排除措置命令）については、優越的地位の濫用規制の場合、課徴金制度の導入以後の継続中の案件を除き、審決・排除措置命令で終わっているため、これらの事実認定が精緻になされておらず抽象的であり、判断要素として活用できないことにつながっている（これらガイドライン、審決・排除措置上の問題点は第3章及び第4章で詳細に検討する。）。

¹⁸⁹ 伊藤憲二「弁護士から見た優越的地位ガイドライン」公正取引 724号（2011）18頁。多田敏明「予防法務から見た優越的地位の濫用の成立要件の検討」公正取引 713号（2010）16頁。

¹⁹⁰ 石垣浩晶「優越的地位濫用規制の経済分析」NB L985号（2012）44頁。例えば、優越的地位ガイドラインの公表時に日本経済団体連合会経済法規委員会競争法部長であった佐久間総一郎氏は、「不公正な取引方法は、適法と違法の境界線が明確でなく、過度な規制によって適正な事業活動が必要以上に委縮したり、取引がいたずらに混乱する等の問題も生じる。とりわけ優越的地位の濫用については、いかなる行為がこれに該当するかについて、現場で実務を行う末端の営業担当者に至るまで明確に理解できるように、独占禁止法上の違法行為の範疇についての考え方や公取委としての法運用の方針が明らかにされていなければならない。」として、詳細なガイドラインの必要性を強く要請している。佐久間総一郎「優越的地位濫用ガイドラインについて公取委に望むこと」公正取引 724号（2011）31頁。

このように、どの納入業者に対して「優越的地位」に立ち、どのような行為が「濫用行為」に該当するか、大規模小売業者にとっては予測が難しいという点に問題が生じている。このような問題を有する優越的地位の濫用規制では、企業に成立要件の曖昧さという予測困難性のリスクと、違反した場合の課徴金賦課という不利益リスクの二重のリスクを生ぜしめることとなり、企業が抱える法的リスクは軽視できるものではない¹⁹¹。

(2) 大規模小売業者のコンプライアンス推進上の問題

企業に予測困難性があると、違反行為抑止に問題が生じる。これは、企業にコンプライアンス・プログラムを実施させて予防治学的に違反行為を抑止する際に、「優越的地位」及び「濫用行為」の判断要素が抽象的であると、この対応が困難になるためである¹⁹²。前節で検討したとおり、企業がコンプライアンス・プログラムを構築して違反行為を犯すリスクを事前に軽減する必要があるところ、大規模小売業者を含め、企業が独占禁止法のコンプライアンスを進める場合、規制類型ごとに求められるコンプライアンスの中身、その運営方法に相違があることから、事業者側から見て、コンプライアンスとして求められる範囲の明確化が必要となる¹⁹³。しかし、企業がコンプライアンスの範囲を明確化する際に問題となることとして、「違反行為」とされる範囲が不明確であると、企業による具体的なコンプライアンス・プログラムの作成が困難となることが挙げられる。この点、独占禁止法では適法・違法の判断が難しいグレーゾーンの事例に遭遇するケースが多く、現に、優越的地位の濫用規制においても、判断要素が抽象的であり、違法・適法の範囲が不明確となっている。このため、前述したとおり予測困難性のリスクと課徴金賦課のリスクが存在することにより、企業活動が萎縮してしまう可能性があり、この点、「企業が新たな事業活動を行おうとする際に、弁護士に相談しても、ルールがあいまいであると弁護士も安全策をとって違法行為の幅を広めに解釈して企業にアドバイスする結果、企業活動が萎縮してしまう可能性がある」と指摘されており¹⁹⁴、これは、コンプライアンス・マニュアルの記載振りや法務部門による法務相談に対する回答も同様な傾向を生じてしまうといえる。

このため、公正取引委員会の役割は重要であり、参照される頻度が高いガイドラインにおいても十分に公正取引委員会の判断のプロセスが明示されていなければならない¹⁹⁵。この判断プロセスについて慎重かつ詳細な判断基準を明示することにより¹⁹⁶、企業がその判断プロセスを理解し、より正確かつ効果的なコンプライアンス・プログラムを策定することができることとなる。

¹⁹¹ 多田、前掲注 189、16 頁。

¹⁹² 優越的地位濫用規制が不明確であると、行為者の立場から法令遵守を徹底することが極めて困難になり問題とする見解がある。田村次朗ほか「優越的地位の濫用に関する実務上の問題点」NB L 990 号 (2012) 32 頁。

¹⁹³ 田村、前掲注 171、9-11 頁。

¹⁹⁴ 後藤、前掲注 9、114 頁。

¹⁹⁵ 田村、前掲注 171、11-12 頁。

¹⁹⁶ 公正取引委員会の委員だった後藤晃教授は、「特に、不公正取引は、通常の商取引と境の見極めが難しい。ルールのユーザーである企業から見てわかりやすい、遵守しやすいものであるように常にチェックすることが必要である」と指摘している。後藤、前掲注 9、114 頁。

第2項 行政処分上の問題点

このように「優越的地位」及び「濫用行為」の判断要素が抽象的かつ不明確であり、限界事例の違法・適法の判断が容易でないという予測困難性から、実際の行政処分を行う際にも、次のとおりいくつかの問題が発生する。

(1) 過剰規制の問題

第一の問題点として、過剰規制の問題が生じうる。独占禁止法の運用、特に排除措置命令は、行政処分として私人の営業活動の自由・財産権の行使に具体的な介入を行うものであり、その内容は、目的に照らして必要最低限度で合理的な範囲であることを要する¹⁹⁷。このため、排除措置命令の根拠としての事実認定も明確である必要がある。つまり、優越的地位の濫用規制に則していえば、排除措置命令の対象となる「優越的地位」、「濫用行為」等の事実認定が明確であるか、ということである。特に優越的地位の濫用規制については、本来、取引上の私的自治に対する制約であり、私人間で裁判所を活用して解決すべきものであるところ、行政が取引に直接介入する規制であるために、抑制的に運用すべきとの見解が主張されることが多い¹⁹⁸。こうした中、ガイドライン等による判断要素が抽象的かつ不明確なばかりでなく、これに加えて優越的地位の濫用規制における事実認定も厳密に行われない場合、規制範囲が甘くなり、過剰規制のおそれが生じ、私法秩序に独占禁止法が際限なく介入する危険をもたらす、と指摘されている¹⁹⁹。また、大規模小売業告示の公聴会の際に、優越的地位の濫用規制が「それが過度に、あるいは過剰に発動されると、競争政策を離れて単なる中小企業の保護政策になったり、更には中小企業の保護にさえならず、かえって中小企業に害を与える」として、公正取引委員会に過剰規制を戒める意見が行われている²⁰⁰。

(2) 事業者の納得性の問題

第二の問題点として、事業者の行政処分に対する納得性の問題が挙げられる。事業者からは、大規模小売業告示制定時の公聴会やパブリックコメントで²⁰¹、納入業者の「劣位性」をどのような要素を用いて認定するか、ということに多くの意見が寄せられた。また、当該規制に基づいて勧告を受けたものの、応諾せずに審判に移行したドン・キホーテ事件では、被審人のドン・キホーテが公正取引委員会の行った事実認定に対し、「優越的地位と

197 藤田稔「排除措置」丹宗暁信・岸井大太郎編『独占禁止手続法』（有斐閣、2002）96頁。

198 例えば、鼎談における長澤哲也氏の発言にこのような趣旨が述べられている。白石志志ほか「鼎談 優越的地位濫用をめぐる実務的課題」ジュリスト 1442号（2012）17頁〔長澤発言〕。

199 滝川敏明「優越的地位の濫用—限定基準と事件例—」公正取引 655号（2005）29頁。

200 公聴会の際に出された泉水文雄教授の見解。粕渕、前掲注 120、161頁。

201 パブリックコメントは、公正取引委員会「『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』の告示について」（2005）7頁以下を参照。

いう推測的なとらえ方は不当だ。」と反論している²⁰²。これらの結果、大規模小売業者が実際に規制を受けた際に、納得性に欠けて排除措置命令に不服を申し立てる要因となりうる。このため、公正取引委員会は、正式な排除措置命令や審判審決において、独占禁止法違反の判断プロセスを明確にすることが求められ、さらに、当事者が争わず排除措置命令が確定した場合であっても、従来からの勧告審決における事実認定及び法令の適用に関する説明だけでは不十分であるとされている²⁰³。特に2009年の独占禁止法の改正により、優越的地位の濫用に課徴金制度が導入されたことから、「優越的地位」及び「濫用行為」の範囲明確化が課徴金算定において必要となったが、これは、「優越的地位」の「濫用行為」に該当しない行為の取引額は課徴金賦課対象から除外されることになるためである²⁰⁴。他方、これらの認定が明確でないことに対する批判が存在する²⁰⁵。このため、公正取引委員会が、排除措置命令の際に「優越的地位」の「濫用行為」の範囲を明示することが、過剰規制のおそれを排除し、行為者である企業の課徴金納付の納得性を高め、企業活動を委縮させないためにも必要となっている²⁰⁶。

第8節 まとめ

第2部第1章では、大規模小売業者による「優越的地位」の「濫用行為」に対して、独占禁止法上、公正取引委員会が行っている規制の概要及びその歴史を概観してきた。

²⁰² 公正取引情報編集部「『ドン・キホーテ』に対する第1回審判—審査官、従業員派遣要請の実態詳述 被審人、全面对決姿勢—」公正取引情報1987号(2005)15頁。

²⁰³ 田村、前掲注171、11-12頁。

²⁰⁴ 多田、前掲注189、17頁。

²⁰⁵ 例えば、優越的地位の認定については、「2条9項5号に該当する違反要件を基礎づけ、20条に基づいて排除措置命令を発出するだけであれば、……従来どおりの認定で十分であろう。しかし、同時に課徴金納付命令が出されたことを考慮に入れると、若干事情は異なる。認定された具体的事実の多くが『～者が多い』『～者が存在する』という記述になっている。これだけでは具体的にどの納入業者との関係で取引必要性が判断されているのか、必ずしも明確でない。課徴金対象とされた『特定納入業者』すべてについて、取引必要性を裏づける個別的な事実認定が必要である」として、優越的地位の認定を精緻に行い、課徴金納付命令の範囲の明確化が必要とする見解がある。滝澤、前掲注175、36頁。

²⁰⁶ この点について、優越的地位ガイドラインといった一般的な取扱基準だけではなく、どのような事業者のどのような事業者に対するどのような行為が優越的地位の濫用として問題となるかを具体的に明らかにすることが求められるとされている。横田、前掲注129、22頁。公正取引委員会の委員であった後藤晃教授も、「不公正取引はカルテルなどと違って違法行為の線引きが容易ではない。もともと、不公正取引は公正な競争を阻害するおそれのある行為を規制するもので、カルテルや私的独占の場合の競争の実質的制限よりは競争に対する悪影響の程度は一段低い行為を規制するものである。……判断が難しい行為で、しかも競争への悪影響が一段低い行為に対し巨額の課徴金を課すのは、行為の違法性とペナルティのバランスを欠いていると言わざるを得ない」との見解を述べている。後藤、前掲注9、115-116頁。

流通政策上、大規模小売業者の納入業者に対する「優越的地位」の「濫用行為」を、政策目的に従い何らかの形で改善するためには、独占禁止法による大規模小売業者の優越的地位の濫用規制という禁止政策のほか、濫用行為の直接的な禁止による中小納入業者の保護政策、濫用行為の結果により競争力を強化した大規模小売業者の悪影響を受ける中小小売業者の振興政策等が挙げられる。そして従前から、優越的地位の濫用を競争政策として独占禁止法で規制すべきか、という議論がなされてきた。これには、当該規制と競争との関係が説明しきれず、前述した他の流通政策、特に中小企業の保護政策によるべきとの主張がされている。他方、優越的地位の濫用規制は、運用基準の明確化や運用実績をみるならば、その機能は日本競争法にとって必須の部分となすものになっているという評価がなされている。

優越的地位の濫用規制を競争政策の観点でみると、現行法では、①第2条第9項第5号・優越的地位ガイドラインによる規制、及び②第2条第9項第6号・大規模小売業告示・大規模小売業告示ガイドラインという体系で規制が行われている。2009年の独占禁止法改正により、現在は、全ての事業者を対象とした①が規制の中心となっている。その他、補完法として下請法及び消費税特措法が制定されており、これらをもって大規模小売業者による「優越的地位」の「濫用行為」が規制されている。

優越的地位の濫用規制の歴史としては、「行為主体」が戦後復興期から高度成長期にかけて百貨店の規制が中心であったが、量販店の成長によりこれらへの規制にシフトし、現在では多様な「行為主体」の規制事例が発生している。「濫用行為」も、戦後復興期の当該規制導入時の手伝い店員及び返品物の規制から、1970年代後半の押し付け販売、協賛金等の負担要請に変化し、現在は多様な行為類型が規制されている。これら「行為主体」、「濫用行為」の変化に加え、公正取引委員会による規制の手法自体の変化もみられる。特に規制が2004年から積極的に運用されるようになっており、本規制において出された審決・排除措置命令数は大幅に増加し、課徴金納付命令も5件出されているが、優越的地位の濫用規制ほとんど全てが大規模小売業者を対象としたものであり、本規制において主たる対象が大規模小売業者となっていることを如実に表している。

2004年以降の規制事例では、「行為主体」について、スーパー9件、ホームセンター4件、ディスカウント・ストア3件、家電量販店2件、百貨店1件、専門店1件となっており、量販店が主要な規制対象となっていることが分かる。「濫用行為」については、従業員の派遣要請、対価の減額、返品、協賛金等の負担要請、押し付け販売といった多様な行為が幅広く行われている実態がうかがえる。

そして、規制の積極化と課徴金制度の導入は、大規模小売業者による本規制への対応を必須のものに変化させている。公正取引委員会は、独占禁止法コンプライアンスに関する企業の取組の支援・唱導活動を積極的に推進しており、企業もリスク管理の手法として、課徴金が課される等リスクの高い優越的地位の濫用規制に係る独占禁止法コンプライアンス・プログラムの整備が必要となっている。大規模小売業者では、積極的に体制構築に取り組んでいる企業がある一方、違反する企業もまだまだ後を絶たず、大規模小売業者全体で本規制に対するコンプライアンスを推進する必要がある。

本規制に係るコンプライアンスを推進する際に、大規模小売業者から見た公正取引委員会の優越的地位の濫用規制の問題点としては、第一に、ガイドライン等による「優越的

位」及び「濫用行為」に係る判断要素が抽象的かつ不明確であり違反行為の予測が難しく、課徴金制度の導入もあり法的リスクが高まっている点、第二に、この予測困難性からコンプライアンス体制の整備が進めづらい点が挙げられる。また、判断要素が抽象的かつ不明確であることから生じる行政処分上の問題点としては、排除措置命令を行う際に過剰規制のおそれが生じ、処分を受ける事業者の納得性を得られない点が挙げられる。

このため、公正取引委員会が、ガイドラインや排除措置命令で「優越的地位」の「濫用行為」の範囲を明示することが、過剰規制のおそれを排除し、企業活動を委縮させないためにも必要となっているこれらの問題について、次章以下で検討する。

第2章 優越的地位の濫用に係る公正競争阻害性

第1節 優越的地位の濫用に係る要件の検討

独占禁止法上、大規模小売業者による優越的地位の濫用が第2条第9項第5号に基づき成立するためには、大規模小売業者が納入業者に対し、行為要件として①「自己の取引上の地位が相手方に優越していること（「優越的地位」）を、②「利用して」、③イないしハのいずれかに該当する行為（本稿で定義するところの「不利益行為」）をすること、を満たし、かつ、この行為が、④正常な商慣習に照らして不当な（公正競争阻害性がある）ものであるという弊害要件を満たす必要がある。そして、一般に、③と④とを満たすものを「濫用行為」としている¹。第2条第9項第6号も、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」行為であって、公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち、公正取引委員会が指定するもの（大規模小売業告示で規定された行為）となっており、同様に解釈することができる。

一般的な商取引において当事者間で地位の優劣は存在するものであり、取引当事者間の利益配分に対する不満足や一方的な不利益も発生する。このため、事業者の優越性自体に不当性があるわけではなく、あるいは当該行為に直ちに不当性が生じるわけではない。通説の見解で説明すると、競争が正常に行われている市場では、個別の取引は、事業者の自由かつ自主的な利害得失の判断に基づき行われる。

優越的地位ガイドラインでは、「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」としており、この点に異論はないだろう。これが市場の機能が正常に作用していない場合、納入業者は、取引先選択の自由を失い、大規模小売業者から不当に不利益な条件を押し付けられても取引先を変更できず、事業継続のためやむなく当該行為を受けざるを得ないという事態が生じうる。すなわち、これら大規模小売業者が優越的地位を利用して納入業者に行う行為が、正常な商慣習に照らして公正な競争を阻害するおそれが生じた場合に、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規制されることとなる。

「優越的地位」の解釈については第3章、「利用して」及び「濫用行為」の解釈については第4章で検討し、本章においては、優越的地位の濫用に係る公正競争阻害性を検討する。

¹ 根岸哲編『注釈独占禁止法』（有斐閣、2009）344頁〔根岸哲〕。

第2節 優越的地位の濫用に係る公正競争阻害性の検討

不公正な取引方法に係る「不当性」とは、公正競争阻害性があることと解されている。優越的地位の濫用における公正競争阻害性の捉え方には、従来から学説上大きな対立があるが²、これは、各説における競争の捉え方の違いのほかにも、第1章で検討したとおり、優越的地位の濫用行為が競争に与える影響が間接的であることや本規制の導入経緯にも³、対立の原因があるように思われる。

第1項 公正取引委員会の考え方

(1) 一般指定（1953）制定時及び百貨店特殊指定制定時⁴

1954年に公正取引委員会事務局が編集した独占禁止法の解説書によると、優越的地位の濫用に係る公正競争阻害性の説明として、「その行為者とその同業者間の競争に直接関連はなくとも、相手方事業者間の競争または行為者と第三者との間の競争等になんらかの形で関係を有することが必要である」としており⁵、間接的な影響にしる、あくまでも水平的な競争への阻害効果で説明しようとする試みが行われている。

優越的地位の濫用規制導入時に、公正取引委員会委員長であった横田正俊氏と経済部調整課長であった丸山泰男氏の回想では⁶、優越的地位の濫用規制と競争との関係について、次のように述べられている⁷。

「我々があの発想をしたのは、ドイツの競争制限禁止法の中にあつたのを参考にしたんです。……今村君（今村成和教授・筆者注）なんかに言わせれば、独禁法というのは予防するところに意味があるんで、できちやつたものの効果を後から追っかけて濫用防止と

² 公正競争阻害性と優越的地位の濫用規制の捉え方の学説の対立を整理したものに、稗貫俊文「優越的地位の濫用規制」丹宗暁信ほか『論争独占禁止法—独禁法主要論点の批判的検討と反批判—』（風行社、1994）243頁-260頁、横田直和「優越的地位の濫用行為に係わる公正競争阻害性の再検討」公正取引 565号（1997）11-19頁、高橋岩和「優越的地位の濫用と独禁法」日本経済法学会年報 27号（2006）8-12頁がある。

³ 法律の論理解釈には、立法の目的及び趣旨を捉え、これに合うように解釈することが重要であるとされる。また文理解釈から出た結論も、当時の資料及び記録から推察される立法者の意思を基礎にふさわしい解釈を行なうのが、正しい法令解釈の態度であるとされる。当該意思を明らかにする資料としては、法令の趣旨規定及び立法当時に公表された理由書、提案者の説明資料、国会における質疑応答、審議会の審議経過等が挙げられる。林修三『法令解釈の常識』（日本評論社、第2版、1991）104-110頁。この点、優越的地位の濫用規制の導入時の状況を把握することは、規制の解釈を行う際に重要であるといえる。

⁴ 一般指定（1953）及び百貨店特殊指定制定過程における優越的地位の濫用に係る公正競争阻害性の捉え方の詳細は、拙稿「百貨店業における優越的地位の濫用規制—特殊指定の制定を素材として—」中央大学大学院研究年報法学研究科篇 33号（2004）461-462頁及び465-466頁を参照。

⁵ 公正取引委員会事務局編『改正独占禁止法解説』（日本経済新聞社、1954）212頁。

⁶ 当時丸山泰男氏は、独占禁止法改正案策定の中心的人物であった。

⁷ 公正取引委員会事務局編『独占禁止政策三十年史』（大蔵省印刷局、1977年）450頁。

いうことでやつたんじやだめなんだという考え方はあると思うんですよ。優越的地位の濫用は事後的だという批判はあり得るでしょうね。だが、私的独占に至らなくても、優越的地位はあり得るし、せめてそれによる社会悪を除くための規定を独禁法に新たに設けたいという考え方でした。親企業の下請代金の不当な支払遅延とか、銀行の歩積両建の強要と百貨店の問屋に対する手伝店員派遣強要や不当返品とかの問題で新聞を大いに賑わして、当時公取は経済的弱者の味方ということで一般の拍手喝采を受けたことは事実ですよ」。

これによると、優越的地位の濫用行為の競争に対する悪影響を予防するための規定というより、競争が働かない状態で発生した社会悪の結果の除去という規制目的が、立法者の意図にこめられていたことがうかがえる。同様な見解として、当時公正取引委員会の職員として在籍し、1953年の独占禁止法の改正にも丸山泰男氏と共に携わった御園生等教授は、丸山泰男氏が優越的地位の濫用規制を導入した意図として、大企業による下請企業の支配や、不当な下請代金の買いたたき、大デパートによる納入業者への不当返品、都市銀行による融資企業への歩積両建の強制等、広く巨大寡占による不平等取引、不当収奪の規制を目指していたと指摘している⁸。すなわち「社会悪を除くため」に導入された条項であり、横田正俊氏・丸山泰男氏の回想とも一致している。

百貨店特殊指定が制定された当時の百貨店の優越的地位の濫用による公正競争阻害性の考え方としては、百貨店特殊指定は納入業者の保護を目的とした仕入面に関する規制であるが、「取引上劣勢地位にある問屋のみの保護を目的としていると解することは誤りであ」り、「仕入面の規制が有効に行われる限り、販売面にもかなりの影響を及ぼす」としている。さらに、「指定は百貨店業者の仕入や販売を一般小売商なみにすることを一応のねらいとして」おり、「独禁法の根本理念である公正かつ自由な競争秩序を実現せんとするものであって、百貨店の『不公正な取引方法』を制限して、小売業界において、百貨店と小売商とが同じ立場で公正な競争が出来るようにすることを意図している」と説明している⁹。この資料からは、当時の公正取引委員会が百貨店の優越的地位の濫用行為の公正競争阻害性について、水平的な競争における阻害効果を除去することを念頭においていたことがうかがえる¹⁰。

当時、公正取引委員会の職員であった長谷川古教授は、優越的地位の濫用規制として、下請代金の不当な支払遅延及び百貨店の納入業者に対する不当な行為を、独占禁止法で規制することは公正取引委員会の内部であまり異論はなく、「下請業者あるいは百貨店納入業者にとって、親事業者間あるいは百貨店業者間に競争が存在しないことによるものであるから、そのために生ずる不当な結果を独占禁止法で規制することは何ら不自然なこと

⁸ 御園生等「『不公正競争方法』から『不公正取引方法』への転換」東京経済大学会誌 193号 (1995) 20-21 頁。

⁹ 公正取引委員会事務局編『百貨店特殊指定の解説』（公正取引協会、1955）23 頁。

¹⁰ 他方、国会や世論で取上げられた、中小小売業者の直接的な保護策としての独占禁止法の活用という意見に対しては、店舗の拡張や夜間営業、月賦販売等の禁止・許可制について、「独禁法の法益とする公正かつ自由な競争の維持という観点から逸脱するもの」といえるし、「一般小売商保護の観点から大資本小売業としての百貨店の営業それ自体を制限することが公益上必要であるとすれば、それは別の立法によって解決されるべき」であるとして否定している。公正取引委員会事務局編、前掲注 9、23 頁。

はないし、当時、独占禁止法の基本理念として最も重視された経済民主主義の立場からも、必要であるとされた」と記述している¹¹。

このように、優越的地位の濫用規制導入当時の公正取引委員会では、優越的地位の濫用規制が、①百貨店と納入業者が属するそれぞれの市場での水平的競争に対する悪影響（以下「間接競争阻害」という。）を規制するという説明、②競争が働かないことにより発生した「社会悪」あるいは「不当な結果」を除去するための規制といった説明をしており、後述する学説のうち、今村説（新旧）に近い考えをしていることが分かる。

(2) 独占禁止法研究会の考え方

1982年に独占禁止法研究会は、「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」を公表した。この考え方は、一般指定（1982）を定める際にその前提とされたものと考えられており¹²、不公正な取引方法の公正競争阻害性を、①自由な競争への侵害、②競争手段の不公正さ、③自由競争基盤の侵害の3つに分類している。このうち優越的地位の濫用に係る公正競争阻害性は、③自由競争基盤の侵害に該当するものであると分類した（詳細は後述）。この考え方を取り入れ、公正取引委員会による優越的地位の濫用に係る公正競争阻害性の捉え方も、行為を受ける者の取引における自由かつ自主的な判断が阻害（以下「自由競争基盤侵害」という。）されることに求める説明が行われるようになった。他方、間接競争阻害に公正競争阻害性を求める説明が行われなくなったわけではなく、依然として公正取引委員会の内部でも用いられ続けている¹³。

(3) 現行のガイドラインにおける考え方

現行のガイドラインのうち、大規模小売業者の優越的地位の濫用に係る公正競争阻害性の考え方として、大規模小売業告示ガイドラインでは、大規模小売業者の濫用行為により、「納入業者は、取引における自由かつ自主的な判断をゆがめられるとともに、あらかじめ計算できない不利益を受け、他の納入業者との関係で競争上不利となり、一方、不当な行為による利益を享受する大規模小売業者は、他の小売業者との関係で競争上有利となるなど、納入業者間及び小売業者間の公正な競争が阻害される」と説明しており、優越的地位ガイドラインでは、優越的地位の濫用に係る公正競争阻害性として、「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

¹¹ 長谷川古『日本の独占禁止政策』（国際商業出版、1998）174頁。

¹² 川濱昇ほか「競争者排除型行為に係る不公正な取引方法・私的独占について—理論的整理—」（公正取引委員会競争政策研究センター共同研究報告 CR 01-08（2008）2頁。

¹³ 公正取引委員会の事務総長であった山田昭雄氏は、バイイング・パワーの規制理由として、第一に購買力濫用行為を用いない小売業者との間の競争に悪影響を与えること、第二に納入業者を競争上不利に立たせるおそれがあることを挙げており、旧今村説と同様の見解を示している。山田昭雄「小売業者による優越的地位の濫用行為」矢部丈太郎ほか監修『流通問題と独占禁止法 1996年度版』（国際商業出版、1996）191頁。

有利となるおそれがあるものである」としており¹⁴、間接競争阻害と自由競争基盤侵害とを折衷した説明をしていることが分かる。さらに、これらの見解以外にも、大規模小売業告示ガイドラインでは、「大規模小売業者によるこのような行為は、自らの合理的な取引条件の設定を妨げ、コスト意識に基づく合理的な経営行動に逆行するものである。さらに、この結果、市場メカニズムに基づく公正な取引が阻害されることにより市場の効率性が損われ、効率化のメリットが消費者に還元されなくなる場合も考えられる」と自由競争基盤侵害の結果を更に詳細に説明している。

このように立法者である公正取引委員会による優越的地位の濫用行為に係る公正競争阻害性の考え方は、規制導入当時から「行為者がその競争者との関係において競争上有利となる一方で被行為者はその競争者との関係において競争上不利となる」との間接競争阻害での説明を堅持しており、独占禁止法研究会による自由競争基盤侵害との考え方が出されると、この考え方を併用したことが分かる。他方、立法時の経緯から、社会悪の除去という目的が重視され、優越的地位の濫用に係る公正競争阻害性の捉え方と他の行為類型との整合性を取らないまま、不公正な取引方法の一類型として当該規制を導入したため、後の学説の対立を生じる要因となったことは否定できない。

第2項 学説の検討

前節では、公正取引委員会の優越的地位の濫用に係る公正競争阻害性の捉え方を概観したが、本節では、主要な学説における捉え方を概観する。

①今村説

独占禁止法の目的は公正かつ自由な競争秩序の維持にあるので、第一に市場における競争が自由であり、かつ、第二にそこにおける競争が公正に行われている状態を侵害するおそれのある場合を公正競争阻害性と捉える。公正かつ自由な競争とは、第一に市場参入の自由と市場における競争の自由が妨げられていない状態であり、第二にその競争が良質廉価な商品又は役務の提供による能率競争を本位として行われている状態と説明される¹⁵。そして、優越的地位の濫用規制は、市場における競争秩序に直接影響を及ぼさず、一般指定の他の各号とは異なる際立った特色を有する規定とし、優越的地位の濫用に係る公正競争阻害性は、競争原理が働かないことを利用しての不当な行為であること自体に求められ、公正かつ自由な競争が機能しないため生じている不当な結果を規制することは、経済民主主義の立場から必要であるとしている（新今村説）¹⁶¹⁷。また要件を「歩み寄らせる」説明

¹⁴ 優越的地位の濫用規制の説明として、間接競争阻害を用いることについて、公正取引委員会の職員による解説書では、「優越的地位の濫用を公正競争阻害性の枠組みの中に位置付けるための工夫の一つである」とし、「優越的地位の濫用行為は、行為者に財政的な利益をもたらすことはあっても、行為者の市場における地位を強化するとは限らない」と説明している。神宮司史彦『経済法 20 講』（勁草書房、2011）303 頁。

¹⁵ 今村成和『独占禁止法入門』（有斐閣、第4版、1995）118 頁。

¹⁶ 今村、前掲注 15、166-167 頁。

をするならば当該行為を行うことによって、行為者の競争者としての地位を不当に強化し、取引の相手方の競争者としての地位を弱めること（間接競争阻害）に公正競争阻害性があるとの説明もなされたことがある（旧今村説）¹⁸。なお、後述する独禁研説が登場するまで、新今村説が通説であった¹⁹。

②正田説

公正な競争を、第一に競争参加者が自主的な判断によって事業活動が行いうる状態が保たれ（取引関係についての公正な競争）、第二に企業性を前提とした企業の能率、製品の価格・品質などをめぐって行われる競争行為によって構成される自由な競争の状態（競争関係についての公正な競争）と捉えている。そして、公正競争阻害性は第一の条件に関し、事業者の自主的な競争機能の自由な行使を阻害する場合に、第二の条件に関しては競争行為が当該取引に固有な事項について行なわれていない場合に存在するとしている²⁰。

優越的地位の濫用とは、市場における地位を前提とした、相手方に対する支配的な地位を利用して、相手方に公正な競争を阻害するおそれのある不利益な条件を課して取引することであり、この公正競争阻害性は、公正な競争秩序の一つの基本的な要素である事業者の自主性、競争機能の自由な行使が制限され（以下「自主判断阻害」という。）、不利益を強制されることにあるとされる。そして優越的地位の濫用規制は、「取引の場における支配力・優越的な力の、濫用規制に関する包括的なわくを定めるもの」とされている²¹。正田説は、新今村説とは対称的に個別の取引における抑圧性及び行為を受ける事業者の自主的な判断喪失を重視する見解を採っている。

③独禁研説

今村説と正田説の考え方を有機的に組み合わせたもので、公正な競争を、第一に事業者相互間の自由な競争及び事業者の競争参加が妨げられていないこと（自由な競争の確保）、第二に自由な競争が価格・品質・サービスを中心としたもの（能率競争）で、自由な競争が

¹⁷ 優越的地位の濫用規制が、1953年の独占禁止法改正により挿入されたことに異質性を見出す今村説に対して、1952年5月に公正取引委員会が「不公正な競争方法」規制に基づき、百貨店の返品及び手伝い店員を競争阻害のおそれのある取引手段又は競争手段として警告を行ったことから、優越的地位の濫用規制が1953年以前にも行われており、他の不公正な取引方法の規制と異質なものでないとする見解がある。横田、前掲注2、12頁。しかし、公正取引委員会は返品及び手伝い店員が「不公正な競争方法」に該当するか明確にせず警告を発しており、しかもこれらの行為が1953年の不公正な取引方法規制の導入の一つの要因につながったことを勘案すると、この考え方には賛同できない。この警告の経緯及び公正取引委員会の考え方は、拙稿、前掲注4、458-460頁を参照。

¹⁸ 今村成和『独占禁止法』（有斐閣、新版、1978）148-149頁。他方、旧今村説の立場を採りながら、優越的地位の濫用行為により濫用者がその競争者との関係において有利な立場に立つことについて、実証的な論拠はないとする見解がある。松下満雄『経済法概説』（東京大学出版会、第2版、1995）161頁。この実証の困難さが当該規制と公正競争阻害性との関係の説明を困難にしている。

¹⁹ 稗貫、前掲注2、245頁。

²⁰ 正田彬『全訂独占禁止法I』（日本評論社、1980）308-315頁。

²¹ 正田、前掲注20、409-412頁。

秩序づけられていること（競争手段の公正さの確保）、第三に取引主体が取引の諾否及び取引条件について自由かつ自主的に判断することによって取引が行われているという、自由な競争の基盤が保持されていること（自由競争基盤の確保）と定義し、第三の条件は第一及び第二の条件が確保されるための前提条件であり、各三つの条件のいずれか又はいくつかを同時に侵害する場合に公正競争阻害性が認められるとする²²。

そして、優越的地位の濫用行為に係る公正競争阻害性は、取引主体の自由かつ自主的な判断による取引が行われているという自由競争基盤侵害にあるとし、優越的地位を利用して不利益を課す行為は多様であるため、行為者が属する業種とそこにおける取引慣行及び態様、問題となる不利益の程度、行為の広がり等を考慮して不当性が判断される²³。なお、現在は独禁研説が通説とされている²⁴。

④辻説

1953年の独占禁止法改正時に旧第8条（不当な事業能力の較差排除規定）が削除され、旧第2条第9項第5号が新設された経緯に理論的根拠を求め、過度集中の防止のための新しいよりどころであるとする。優越的地位の濫用規制が社会的に是認されるのは、公正競争阻害性よりもその反社会性にあり、その中核をなすのが濫用の源泉である経済力への批判であるとする²⁵。

⑤白石説

市場の範囲を単一の需要者への商品提供をめぐる競争の場と狭く捉え、優越的地位の濫用行為の本質を、当該市場における独占者による市場支配的地位の搾取的濫用として規制するとし、優越的地位の濫用規制を私的独占の一類型として捉えている²⁶。

⑥経済学を用いて説明した学説

近年、経済学の成果を用いて、優越的地位の濫用規制の意義を説明するものが増えている。

代表的なものとして、ホールドアップ問題を用いた説明が挙げられる²⁷。この見解では、行為者と取引の相手方が取引を行い、取引の相手方が取引特殊的投資を行う場合、取引の

²² 田中寿編『不公正な取引方法—新一般指定の解説—』別冊NBL9号（商事法務研究会、1982）100頁。

²³ 田中編、前掲注22、105-106頁。

²⁴ 山部俊文「不公正な取引方法」日本経済法学会編『経済法講座 第3巻 独禁法の理論と展開[2]』（三省堂、2002）15頁。高橋、前掲注2、11頁。

²⁵ 辻吉彦「事業支配力の過度の集中と優越的地位の濫用—その独占禁止政策上の位置づけと独占禁止法上の地位について」公正取引383号（1982）4-10頁。

²⁶ 白石忠志「『取引上の地位の不当利用』規制と『市場』概念—独禁法をめぐる一大論議の一断面—」法学57巻3号（1993）255頁以下。なお、公正取引委員会の職員が執筆した解説書によると、優越的地位の濫用を「搾取濫用型」と位置付けている。菅久修一編『独占禁止法』（商事法務、2013）167頁〔伊永大輔〕。

²⁷ 最近の研究としては、大祿英一『独占禁止法の体系的理解Ⅲ 不公正な取引方法各論』（静岡学術出版、2011）217-332頁。岡室博之「優越的地位の濫用」岡田洋祐・林秀弥編

相手方は行為者との取引を変更すると投資の価値を失うため取引にロックインされ、行為者は、取引の相手方に対して相対的に優位に立ち、事後的に取引条件を自己の有利に変更することを取引の相手方に要求することができる（ホールドアップ問題）。この危険があると、取引の相手方は初めから取引特殊的投資を避けるようになり、必要な投資が行われなくなって市場全体が非効率になるため、これを防止するのが優越的地位の濫用規制であるとする。そしてここでは、「社会厚生」（取引当事者が取引から得られる利益の総計）への影響が重要な判断基準となるとされる。

他に、中間組織論を用いて優越的地位の濫用規制の意義を説明するものがある。すなわち、優越的地位の濫用規制は、継続的取引関係により生じた「擬似組織原理的な調整作用を前提とした、かつ、経済合理性を超えた過度の浸透作用（同一組織内での指示・命令的な関係に基底的に通ずる関係を利用した不利益の強要）の規制」であり、「市場の疑似組織化に固有の市場行動の歪みを規制する為に競争法に含まれている」と説明されている。そして、スポット取引的な純粋な市場の原理に、組織化された市場の調整原理が浸透し継続的取引関係が前提となり、過度な依存が生じている場合における、依存者に対する圧迫行動を不公正な取引方法の1つの類型としたとされている²⁸。

第3項 各学説に対する批判

これらの学説については、他の学説からそれぞれ批判がなされている。例えば、旧今村説に対しては、今村成和教授自ら説明が技巧的に過ぎたとして、旧今村説を改めている²⁹。また、全ての行為者が同一の行為を行っている場合には、競争上の有利・不利が生まれず、当該行為が許容されるという不都合な結果も生じると批判されている³⁰。

新今村説に対しては、公正競争阻害性を有しない行為は、不公正な取引方法としての実質要件（弊害要件）を欠き、新今村説の「公正競争阻害性の意味内容の捉え方は狭すぎる」と批判されている³¹。この点について、今村成和教授は、優越的地位の濫用規制は、他の不公正な取引方法とは異なる際立った特色を有しており、「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自体に求める外はない」ものの、競争が「機能しないために生じている不当な結果をも、規制の対象にとり入れようとすることは、何ら背理あるいは不自然なことではない」と説明している³²。

『独占禁止法の経済学』（東京大学出版会、2009）273-294頁。以下、ホールドアップ問題の記述は、岡室、前掲注27、275頁の記述による。

²⁸ 佐藤一雄『市場経済と競争法』（商事法務研究会、1994）240-244頁。

²⁹ 今村成和「百貨店による納入業者に対する商品の購入、協賛金の強要」別冊ジュリスト81号（独禁法審決・判例百選第3版、1984）163頁。

³⁰ 根岸哲、「独禁法研究会 第7回 不公正な取引方法Ⅱ—エレベータ、三井住友、資生堂—」、公正取引協会、<http://www.koutori-kyokai.or.jp/research/201011negishi.pdf>、（2015年2月20日）、上杉秋則『独禁法による独占行為規制の理論と実務—わが国の実務のどこに問題があるか—』（商事法務、2013）417頁。

³¹ 根岸哲『独占禁止法の基本問題』（有斐閣、1990）159-160頁。

³² 今村、前掲注15、166-167頁。

正田説に対しては、独占禁止法の目的を「縦の関係における対等取引権の確保におくことは誤りである」とする批判³³、独禁研説に対しては、濫用行為を排除しても優越的地位が存在し続ける限り、濫用行為を受ける事業者の自主性が回復するものではないため、この程度のことで自由競争基盤が確保されるものではないと批判されている³⁴。この点について、独禁研説に立脚する根岸哲教授は、「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の自主性を回復されることになり、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」と説明している³⁵。また、独禁研説に対しては、「法体系の整合的な説明」のために公正競争阻害性の概念を拡大したため、「必ずしも歯切れのよくない説明」となっているとの指摘がされている³⁶。

辻説に対しては、不当な事業能力の較差排除規定は、第一に特定の市場に着目したものであり、一般集中規制ではない点、第二に「較差」は競争者との間のものであり、取引の相手との間のものではないとして批判されている³⁷。また、優越的地位の濫用規制は、不公正な取引方法の一類型と定められており、「現行法上の枠を離れることはできない」ことから、「経済力の集中規制の対象となり得る大企業のみがその違反主体となるというのは、あまりに文理を離れるとともに、それをどのように画定するのか手掛かりを欠き恣意を免れない」と指摘されている³⁸。

経済学を利用した学説に対しては、優越的地位の濫用における公正競争阻害性の主張・立証要件として主張されたものではなく、優越的地位の濫用規制の存在根拠について述べたのにとどまる³⁹、現行の規制に係る要件として直ちに利用できるか疑問を呈する見解がある。

このように、前述した立法の経緯に加え、各学説とも優越的地位の濫用が競争に与える影響を間接的にしか説明していない点、あるいは公正競争阻害性との関係を説明せずに他の規制の必要性から説明している点が優越的地位濫用に係る公正競争阻害性を巡る議論の原因となっており、さらに、優越的地位の濫用規制における独占禁止法の体系における位置づけが議論となっている⁴⁰。

³³ 今村、前掲注 18、147 頁。

³⁴ 今村成和『私的独占禁止法の研究（六）』（有斐閣、1993）182 頁。

³⁵ 根岸、前掲注 31、162 頁。

³⁶ 稗貫、前掲注 2、255 頁、向田尚範「優越的地位の濫用（下請法含む）」日本経済法学会編『経済法講座 第 3 巻 独禁法の理論と展開[2]』（三省堂、2002）167 頁。

³⁷ 白石、前掲注 26、274 頁。

³⁸ 根岸、前掲注 31、157 頁。

³⁹ 根岸哲「優越的地位の濫用規制に係る諸論点」日本経済法学会年報 27 号（2006）32 頁。

⁴⁰ 上杉秋則氏は、優越的地位の濫用行為に介入する根拠を事業者による自力救済の困難性に求めるとの立場から、優越的地位の濫用規制は、我が国の特殊なニーズに応ずるための「特殊な規制」と位置付けるほかはないものの、当該規制を一般ルール化しようとするに伴って、正面からこれを独占禁止法体系の中に位置付けるために「無理のある説明」・「苦しい説明」を維持してきたものであり、公正競争阻害性で説明しようすると、公正

第4項 公正競争阻害性と優越的地位の濫用に係る要件との関係

これら公正競争阻害性の捉え方に対立がある中、おおむねどの説においても優越的地位の濫用規制の必要性を認めており⁴¹、公正競争阻害性と具体的な規制の要件とは別個に論じられるという立場が採られている⁴²。これらを別個に論じられる理由としては、公正競争阻害性について、具体的に競争を阻害する効果が発生していることや、その高度の蓋然性があることまでは要件となっておらず、公正な競争を阻害する抽象的危険性があれば足りるとされる点⁴³、優越的地位の濫用の不当性が個別的な取引における抑圧性に求められるため規制の要件として市場における競争を直接減殺することは必要とされていない点等⁴⁴、公正競争阻害性との関係性を具体的に立証しなくても良い点が挙げられる。また、独禁研説では、濫用行為自体に公正競争阻害性が内在されていると説明され⁴⁵、この考えに基づけば、実際の争訟においては、濫用行為の存在を証明すれば足り、公正競争阻害性を別途証明する必要はなくなるため、議論する必要すらなくなるとの見解もある⁴⁶。これらの説明により、優越的地位の濫用規制においては市場における競争制限効果の具体的な説明が必要とならずに規制が肯定されるという論理構成となっている。これに対し、競争への影響を具体的に吟味すべきであるという批判も根強く存在している⁴⁷。

競争阻害性の意味内容が希釈化され、不公正な取引方法規制の考え方全体が歪んでくるとしている。上杉、前掲注 30、422 頁。

⁴¹ 本規制の必要性を積極的に評価するものとして、優越的地位の濫用規制の制限的解釈ないし消極的運用は取引の現状を肯定し温存することにつながりかねず、理念を強調するあまり文理解釈の原理に反したり、立法趣旨や取引の現状を軽視したりすべきではないとの見解がある。戸塚登「取引上の地位の不当利用」経済法学会編『独占禁止法講座 V 不公正な取引方法〔上〕』（商事法務研究会、1985）255 頁。

⁴² 川浜昇「百貨店による納入業者に対する商品の購入・協賛金の強要」別冊ジュリスト 110 号（独禁法審決・判例百選第 4 版、1991）199 頁。他の見解として、優越的地位の濫用規制は市場全体の競争の機能の及ばない範囲での濫用規制と位置付けられ、独占禁止法の正統的な規制方法に対する補完的手法であり、行為の具体的な公正競争阻害効果は要件ではないとする見解もある。和田健夫「大規模流通業者と購買力」金子晃ほか『現代経済法講座 6 流通産業と法』（三省堂、1993）222 頁。

⁴³ 金井貴嗣ほか『独占禁止法』（弘文堂、第 4 版、2013）266 頁。

⁴⁴ 田中編、前掲注 22、89 頁。公正取引委員会の職員が記載した解説書によると、優越的地位の濫用規制は、「取引上の格差自体の解消を目指すものではなく、格差から生じる弊害を個別に排除しようとするものである。ここでいう弊害とは、直接的には、取引の相手方である事業者が受けている不利益であって、市場における競争の弊害ではない」と説明している。神宮司、前掲注 14、302-303 頁。

⁴⁵ 根岸、前掲注 39、25 頁。

⁴⁶ 大久保直樹「平成 17 年度日本経済法学会シンポジウム『優越的地位の濫用規制』を巡る議論」公正取引 674 号（2006）29 頁。なお、新今村説についても実際の争訟においては同様の見解となるとしている。

⁴⁷ 例えば、どの段階における横の競争に影響があるのかある程度具体的に立証すべきであり、縦の競争といった不明瞭な説明では説得力がないとする見解がある。吉村壽「独占禁止政策と小売流通」久保村隆祐・吉村壽編『現代の流通政策』（千倉書房、1984）96 頁。

このような優越的地位の濫用の公正競争阻害性と具体的な規制における成立要件との関係を肯定的に捉えれば、公正競争阻害性の明確化が、個々の要件の概念を明確にすることに必ずしも寄与するものではなく⁴⁸、それぞれ別に議論することが可能とされている。本稿もこの立場を採っており、「優越的地位」、「濫用行為」等の要件を公正競争阻害性の議論と別途論じようとするものである。

他方、このような見解に対し、公正競争阻害性の捉え方により、実際の「優越的地位」、「濫用行為」等の要件あるいは立証範囲に差異が生じる場合も想定される。

例えば、公正競争阻害性を「自由競争基盤の侵害」という独禁研説で捉える場合、自主的判断が阻害されて搾取されるか否かは取引の相手方ごとの事情によるものであることから、取引の相手方ごとに別々の違反行為を構成するという結論を導きやすいとされている⁴⁹。つまり、理論的には、行為者・取引の相手方間の個別の取引関係ごとに要件を立証する必要が生じる。公正競争阻害性を旧今村説で捉える場合には、二段階の市場の競争に与える影響をどこまで立証するか、しないならばどのような理由で立証しないのかという検討が必要になる。また、複数の取引の相手方に対して行われた優越的地位の濫用行為は、いずれも行為者が競争上優位に立つことに資することとなるから、全体として1つの違反行為を構成するという結論を導きやすいとされている⁵⁰。公正競争阻害性を正田説及び独禁研説で捉える場合、自由かつ自主的な判断で取引が行われなければ公正競争阻害性が生じるため、他の学説を採った場合と濫用行為の範囲に相違を生じる可能性がある（第4章で検討する）⁵¹。白石説をとる場合には、独禁研説では要件でない市場画定が要件となる⁵²。

これらの点は、優越的地位の濫用の成立要件を検討する際に留意が必要であろう。

第3節 まとめ

本章で検討したように、優越的地位の濫用に係る公正競争阻害性の捉え方では、様々な学説が主張されている。公正取引委員会は、一般指定（1953）及び百貨店特殊指定告示時点では間接競争阻害と競争が働かないために生じた不当な行為の除去という捉え方をししており、現在では自由競争基盤侵害という通説的見解に近い見解を採りながら、間接競争阻害の捉え方を併用するものとなっている。学説では、今村説と正田説の対立を経て、現在では自由競争基盤侵害に公正競争阻害性を求める独禁研説が通説となっている。しかし、それ以外にも様々な公正競争阻害性の捉え方がなされ、それぞれの立場から各学説の批判がなされており、いずれも検討の余地があるものとなっている。

⁴⁸ 多田敏明「予防法務から見た優越的地位の濫用の成立要件の検討」公正取引 713号(2010) 16頁。

⁴⁹ 白石忠志・多田敏明編『論点体系独占禁止法』（第一法規、2014）95頁〔石井崇〕。

⁵⁰ 白石・多田編、前掲注49、95頁〔石井崇〕。

⁵¹ 同様な見解として、「どのような行為が濫用になるかは、公正競争阻害性をどのように捉えるかによって分かれうる」とする見解がある。川濱昇ほか『ベーシック経済法〔第4版〕』（有斐閣、2014）273頁〔泉水文雄〕。

⁵² 根岸編、前掲注1、488頁〔根岸哲〕。

他方、このような公正競争阻害性の捉え方に対立がある中、おおむねどの説においても優越的地位の濫用規制の必要性を認めており、公正競争阻害性と具体的な規制の要件とは別個に論じられるという立場を採っている。つまり、優越的地位の濫用に係る公正競争阻害性は、競争阻害の抽象的危険性があれば足りるとされ、競争制限効果の具体的な説明は行なわずに優越的地位の濫用規制が肯定されるという理由付けとなっている。

他方、このような見解に対し、公正競争阻害性の捉え方により、実際の「優越的地位」、「濫用行為」等の要件あるいは立証範囲に差異が生じる場合も想定される点に留意が必要である。

次章以下においては、本章で検討した優越的地位の濫用規制に係る公正競争阻害性の検討結果を踏まえ、「優越的地位」及び「濫用行為」の認定に係る問題点を検討する。

第3章 「優越的地位」の認定

第1節 「優越的地位」の認定上の課題

第1項 優越的地位の認定上の課題

本章では、行為要件である「優越的地位」の検討として、公正取引委員会により現行の規制に用いられている、大規模小売業者の納入業者に対する優越的地位の判断要素の問題点及び審決・排除措置命令における事実認定の問題点について検討する。第1部第2章で検討したとおり、優越的地位は、取引の両当事者間の依存関係及び取引先の転換可能性の双方を要因として生じるものである。他方、公正取引委員会による優越的地位の濫用規制の実務では、本稿で明らかにした優越的地位をどのような判断要素に基づいて主張・立証していくのかという課題があり、この判断要素が優越的地位に直接的につながらないものであったり、あるいは事実認定を精緻に行わず抽象的・包括的に行ったりすることに行業者たる事業者の不満や、学説からの批判が生じる要因となっている。これらの問題を解決するには、第1部第2章で検討した、直接的かつ具体的な優越的地位の判断要素を用いてガイドラインにおける優越的地位の判断要素を明確化し、かつ、排除措置命令においてこれらに基づく精緻な事実認定を行う必要がある。

第1節では、優越的地位ガイドラインにおける「優越的地位」の定義を検討し、第2節では、公正取引委員会による優越的地位の判断要素について、特殊指定と各ガイドラインを素材に検討する。第3節では、審決における大規模小売業者に対する優越的地位の事実認定を検討し、これらに基づく本規制運用上の問題点を検討する。

第2項 優越的地位ガイドラインにおける優越的地位の定義上の論点

公正取引委員会による最新の解釈基準である優越的地位ガイドラインでは、「優越的地位」の定義として、「甲が取引先である乙に対して優越した地位にあるとは、乙にとって甲との取引の継続が困難になることが事業経営上大きな支障を来すため、甲が乙にとって著しく不利益な要請等を行っても、乙がこれを受け入れざるを得ないような場合」としている¹。この定義を分解すると、①乙にとっての甲との取引の継続が困難になること、②①

¹ 優越的地位は、相対的な優越性で足りると解されていても、当然に行業者が市場支配的地位にある場合も生じる。具体的な事案としては、市場支配的な地位にある東京電力が自由化対象需要家に対して電気料金の引上げ等の取引条件を変更する際に当たって、説明等を十分行わなかったこと等に対して公正取引委員会から注意された事案がある。公取委平成24年6月22日注意。

が事業経営上大きな支障を来すこと、③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ことの3つに分解できる。

①取引継続の困難性

取引継続の困難性は、文字どおり継続的取引を前提とした場合が対象となる。一般に、当事者間に継続的取引関係が行われることにより、依存関係及び取引先の転換可能性の低さが生じやすく、優越的地位が生じやすいと考えられている²。他方、単発の取引（スポット取引）であっても濫用とみられる行為があれば問題となりうるとする見解がある³。

第2条第9項第5号の規定では、イ及びロでは継続的取引の相手方に加えて新たに継続的取引を行う相手方も対象としている。他方、受領拒否、返品、支払遅延、減額等を定めただけでは、当該要件が定められておらず、スポット取引を含めて対象となっている。この点、イ及びロが継続的取引のみを対象としていることについて、経済上の利益を提供させること及び商品役務等を購入させることは行為者が一方的に行うことができないものであって取引の相手方の具体的行動を必要とするものであるところ、単発の取引に係る相手方については、当該具体的行動を起こさせるほどに当該取引の相手方の意思を操ることが通常は困難であるとの認識を前提としているとの見解がある⁴。他方、新たに継続的取引関係に入る場合でも、例えば、行為者が市場において独占的地位にある場合や、主要な事業者のほとんど全てが問題となる同種の契約条項を用いているために相手方に回避可能性がない場合などには、著しく不利な義務を定める条項であっても受け入れざるを得ない状況が生じうるとされている⁵。

このように非常に限定された事例の場合には、著しく不利な条件であっても受け入れざるを得ない状況もあり得るが、このような事例まで規制することは慎重に判断する必要がある。スポット取引においては納入業者もその都度利害得失を判断するのが通常であるし⁶、新規の納入先である小売業者の選択肢が他にないのか（選択肢があるなら不利益行為を

² 継続的な取引関係があれば、通常、依存関係が成立しやすいので、「継続的な取引の相手方」に対する行為が規制されるとする見解がある。実方謙二『独占禁止法〔第4版〕』（有斐閣、1998）361頁。

³ 上杉秋則「百貨店による納入業者に対する商品の購入、協賛金の強要」別冊ジュリスト141号（独禁法審決・判例百選第5版、1997）199頁。同旨として、私的独占及び不当な取引制限が問題となる「当該市場」と違い、不公正な取引方法が問題となる市場は「取引の場（スポット市場）」であり、スポット市場は一回限りの取引の場であっても良いし、継続的取引の場であっても良いとされている。丹宗暁信『経済法』（放送大学教育振興会、1996）154頁。

⁴ 長澤哲也『優越的地位濫用規制と下請法の解説と分析』（商事法務、2011）185頁、210頁。

⁵ 岡田外司博「優越的地位の濫用規制の最近の展開」日本経済法学会年報35号（2014）6頁。

⁶ 流通論の見解として、純粋なスポット取引である市場取引では「いったん所有権が移転したにもかかわらず、売れ残りを理由に商品を返品することはありえないであろうし、一定期間の取引後に売上げに応じたリベートの支払いや協賛金の要請はありえないであろう」とし、この理由としては「市場取引では、1回の取引ごとに損得を判断しなければな

回避できる。)、あるいは新たに継続的取引関係を開始することを前提とした新規の取引では、納入業者の自由かつ自主的な好条件提供の可能性があり得るため(取引開始の初回にはこのような提供がなされる場合が多い。)⁷、大規模小売業者が優越的地位にあるか、取引の相手方が行為者の優越的地位の利用に基づいて「濫用行為」を受け入れたのか、慎重に立証することが必要となろう⁸。

②事業経営上大きな支障

相手方にとって取引先を変更することが困難な場合であっても、行為者との取引が困難となることが相手方の事業経営に与える支障には大小があり得るため、支障が小さな場合には行為者が優越的地位に立たず、優越的地位の濫用規制は適用されないとする見解がある⁹。ここで、②については、「事業経営上大きな支障」の程度の問題と、優越的地位を認定する際に「支障」を要件として立証しなければならないのかという問題が生じる。

「事業経営上大きな支障」の解釈としては、優越的地位の濫用が私的自治に対する制約なので、「事業経営上大きな支障」という要素を重視して違反要件に絞りをかけるべきであり、また、③の「著しい不利益を受け入れざるを得ない」が「濫用行為」そのものの要件を言っているにすぎず、それだけだと同義反復になるため、「事業経営上大きな支障」の検討が重要であるとする見解がある¹⁰。

他方、「相手方に著しい不利益を受け入れさせることができたかどうかで『優越的地位』の成否が判断されるわけではなく、「著しい不利益の要求を可能にする取引上の地位を構成する要素それ自体」が問題となるとする見解がある¹¹。そしてこの見解に立てば、優

らない」ためとするものがある。加藤司『日本的流通システムの動態』(千倉書房、2006) 101頁。

⁷ 公正取引委員会も、大口取引先の新規開拓のケースについては、「新規開拓」が「直接の利益」になるものであり、事業者が何らかの負担を自ら進んで行おうとする場合には、通常、企業経営上の判断として「新規取引によって得られる直接の利益」等を勘案して合理的と認められる範囲で行うものである」と考えるとしている。公正取引委員会、「『優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方』の公表について」別紙2「『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」(2010年11月30日)29頁、<http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h22/nov/10113001.files/10113001besshi2.pdf>、(2015年2月10日)。

⁸ 上杉秋則氏も新たに継続して取引することのリスクは取引当事者に均等である可能性が高く、契約期間を限定しないで新たに継続して取引しようとする際のリスクは取引当事者の双方で負担すべきものであろうとして、当該規定に疑問を呈している。上杉秋則『独禁法による独占行為規制の理論と実務—わが国の実務のどこに問題があるか—』(商事法務、2013)419頁。

⁹ 長澤哲也「優越的地位濫用の認定における実務上の諸論点」日本経済法学会年報35号(2014)65頁(特集 優越的地位の濫用規制の展開)。ここで、相手方にとって当該行為者との取引を打ち切っても事業経営上大きな支障を来さないなら、いざとなれば当該行為者に対して民事訴訟等を提起し、自ら救済を求めることが可能であるはずとしている。

¹⁰ 鼎談における長澤哲也氏の発言の要旨。白石忠志ほか「鼎談 優越的地位濫用をめぐる実務的課題」ジュリスト1442号(2012)18-19頁〔長澤発言〕。

¹¹ 伊永大輔「優越的地位濫用の成立要件とその意義」日本経済法学会年報35号(2014)13頁。

越的地位の濫用規制の公正競争阻害性は主として「濫用」にあるため、「優越的地位」の要件において条文上必ずしも導けないハードルを設ける必要はなく、「事業経営上大きな支障」はあくまでも公正取引委員会の執行方針であり、要件とすれば取引を継続できなければ事業経営上大きな支障を来すとまではいえないが、少なからず損害が生じる場合には、優越的地位にないことになってしまい、規制されるべき行為をとりのがすおそれがあるとしている¹²。そして、優越的地位ガイドラインに記載された「優越的地位」の判断要素は、「取引を行う必要性が高い」かどうかを判断するための考慮要素として位置付けられており、このような取引必要性の有無は証拠によって客観的に立証されるべきであるとされている¹³。また、「事業継続上大きな支障を来す」ことの立証は、取引依存度が高い場合には立証も容易であろうが、取引依存度が低い場合には、「『取引継続が困難になる』という反事実的仮想世界において」そう簡単にいえないという問題があるとする見解もあり、「事業経営上大きな支障を来すおそれがある」という程度の意味に解釈する必要があるとする見解がある¹⁴。そして、この場合は、「相手方が一方的に不利な条件を受け入れて取引が継続している場合には、合理的に見て『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』ことが事実上推定される」として、相手の反証余地を認めつつ立証負担を軽減するのが妥当であるとしている¹⁵。

公正取引委員会は、優越的地位ガイドラインで「この判断に当たっては、乙の甲に対する取引依存度、甲の市場における地位、乙にとっての取引先変更の可能性、その他甲と取引することの必要性を示す具体的事実を総合的に考慮する」としており、これら4つの具体的事実のいずれかあるいは複数を満たして、それらを総合的に考慮すれば「優越的地位」があると判断するとしているように読め、これらを満たした場合に①と②を満たすと考えていると思われる。私見では、第1部第2章で検討したとおり、依存関係及び取引先の転換可能性による構成される優越的地位の判断要素が「事業経営上大きな支障」（「大きな」には程度の問題はあろうが）を与えなければ優越的地位は生じないと考えており、判断要素を総合的に考慮する際に、ある程度の「支障」の立証あるいは優越的地位の判断要素からの推定が必要になると考えている。詳細は次節で検討する。

③著しく不利益・受け入れざるを得ない

③については、著しく不利益というのはどの程度の不利益なのかという問題と、受け入れざるを得ないというのはどのような状態なのかという問題がある。

私見では、②の見解にもあったとおり、第2条第9項第5号の規定振りと優越的地位ガイドラインの「優越的地位」の定義の対応関係について、「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」ことが「優越的地位」に対応し、「甲

¹² 鼎談における伊永大輔准教授の発言の要旨。白石ほか、前掲注 10、18-19 頁〔伊永発言〕。同鼎談では、白石忠志教授の発言として、「事業経営上大きな支障」を要件とした場合と公正取引委員会の執行方針とした場合では、例えば取引依存度の低い納入業者が課徴金の対象となるか否かの問題が生じるとしている。白石ほか、前掲注 10、19 頁〔白石発言〕。

¹³ 伊永、前掲注 11、13 頁。

¹⁴ 岡田、前掲注 5、6 頁。

¹⁵ 岡田、前掲注 5、6-7 頁。

が乙にとって著しく不利益な要請等」が濫用行為のうちの行為要件（不利益行為）に対応し、「乙がこれを受け入れざるを得ない」が「利用して、正常な商慣習に照らして不当に」（不当利用＝濫用）に対応していると考える。「利用して」は、行為者から見た表現であり、まさに行為者が「優越的地位」を「不当利用（濫用）」することを取引の相手方からみれば「不利益行為」を「受け入れざるを得ない」ということになり¹⁶、このため、「利用して」と「受け入れざるを得ない」は、表裏一体の表現で「優越的地位」と「濫用行為」をつなぐものあると考えられる¹⁷。そして、行為者が「優越的地位」を「不当利用（濫用）して」、取引の相手方が「濫用行為」を「受け入れざるを得ない」ときに、取引の相手方は自由かつ自主的な取引の判断ができないこととなり、優越的地位の濫用の成立要件を満たすこととなる。これらの検討は、次章で「利用して」の検討に併せて検討する。

第2節 公正取引委員会による「優越的地位」の判断要素と問題点

第1項 優越的地位の捉え方¹⁸

本節では、第1部第2章で検討した優越的地位の判断要素に基づき、公正取引委員会が用いる大規模小売業者の優越的地位の判断要素とその問題点について、他の業種の事例も踏まえて検討する。

本規制に即していえば、小売業者の優越的地位自体や行われる行為自体に不当性があるわけではなく、「優越的地位（又は納入業者の劣位性）」を利用して行われる「濫用行為」の不当性が公正な競争を阻害するまで高まった場合に、規制されることになる。ここに行為要件の1つである優越的地位を厳密に認定する必要が生じることとなる。

小売業者が納入業者に対し優越的地位にあることを認定するためには、第一に、第1部第2章で検討した依存関係及び取引先の転換可能性を判断要素に活用して、判断要素に該当する事実があれば小売業者が優越的地位にあると認定する方法がある（以下、これらを「直接的な判断要素」という。）。第二に、直接的な判断要素以外の事実を判断要素に用いて優越的地位にあると認定する方法がある（以下、これらの判断要素を「間接的な判断要素」という。）。

¹⁶ この点、優越的地位ガイドラインにおける、「著しい不利益」のある行為を「受け入れざるを得ない」という優越的地位の定義の記載振りは、「不当に不利益を与える行為があるかを先に判断した上で、この行為が優越的地位を利用して行われたものかを後で判断するという、事件処理の枠組みが表出したもの」と捉える見解がある。伊永、前掲注 11、16 頁。

¹⁷ 伊永大輔准教授は、「一方的」に不利益な行為を受け入れさせることは、「利用して」に根拠を求めている。白石ほか、前掲注 10、22 頁〔伊永発言〕。

¹⁸ 本項の分析は、拙稿「優越的地位の認定—大規模小売業者に対する規制を素材にして—」中央大学大学院研究年報法学研究科篇第 35 号（2006）287 頁の分析を加筆・修正したものである。

そして、個別的な取引における小売業者の納入業者に対する優越的地位の認定、あるいは私人間の民事事件において優越的地位を認定する際には¹⁹、小売業者と納入業者とを「個」対「個」という二者間の関係で捉えて個別の事情を直接的あるいは間接的な判断要素を用いて認定すればよい²⁰。講学的に一般的な市場の傾向としての優越的地位が生じている傾向を分析する場合には、「グループ」対「グループ」で捉えて直接的あるいは間接的な判断要素を用いて説明すればよい²¹。他方、法運用においては、当該行為による公正競争阻害性を排除する目的で行う以上、名宛人となる規制対象である行為者を「個」で捉え、かつ、取引の相手方である納入業者を「グループ」で捉えて、規制対象とする範囲を画定する必要がある。つまり、ガイドラインや排除措置命令では、濫用行為を行う小売業者と当該濫用行為を受ける納入業者を「個」対「グループ」の関係で捉える必要がある。この捉え方には、第一に、個別の納入業者ごとに「個」対「個」の優越的地位の認定を積み重ねて認定する方法があるが、優越的地位の認定を全納入業者に対して1件ずつ行う必要があり、公正取引委員会の審査能力の限界や迅速な規制という点から困難が伴う。

第二に、優越的地位の直接的な判断要素を用いて優越的地位を判断するものの、個別の取引を対象とせず、一般的な傾向として「個」対「グループ」で判断して認定する方法がある。この方法によれば、個別の取引で生じる「優越的地位」の立証精度や明確性をどこまで高められるかという問題と、規制対象となる濫用行為に係る納入業者の範囲をどのように画定するかという問題が生じる。学説では、理論上は「個」対「個」であるものの、公正取引委員会が事件化するのは「個」対「グループ」で取り上げるとの見解や²²、「個」対「個」の取引ごとに優越的地位の有無を判断することは、実務的には公正取引委員会に大きな負荷が掛かることになるため、優越的地位は広く解すべきだとの見解がある²³。他方、私見では、事業者に不利益を与える行政処分においては、過剰な規制を抑止するため、事業者に濫用行為を取りやめる納入業者の範囲を明確化すべきであるし、かつ、優越的地位の濫用規制への課徴金制度の導入により、課徴金の対象を確定するために排除措置

¹⁹ 民事事件では、優越的地位濫用は、「民法第709条に基づく損害賠償請求など、独禁法に言及する必要のない（あるいはたかだか独禁法を説明道具とするにとどまる）一般民事法規定を根拠とする請求もありうる」とされている。白石忠志「優越的地位の濫用規制の概要」ジュリスト1442号（2012）14頁。この場合は、「個」対「個」で「優越的地位」の判断がなされることになる。

²⁰ 経営学の資源依存アプローチや商学の取引依存アプローチはこの捉え方で分析されている。

²¹ 特に第1部で分析した、大規模小売業者と納入業者との取引における優越的地位の分析では、一般的な傾向として大規模小売業者の納入業者に対する優越的地位を捉えている。

²² 根岸哲教授は「優越的地位の濫用というのは、ある種、相対的、個別的なものだから、それは個々に考えるのでしょうか。しかし、公取委がどのように事件を取り上げるかというのは別問題で、1対1のものを一つずつ取り上げることは公取委としては、リソースの関係からいっても、する必要はない。公取委としてはある種の群れというか影響というか、そういうことを考えて取り上げるということであって、理論的には優越的地位の濫用というのは個別・具体的なものだと思います。」と述べている。岸井大太郎ほか「座談会最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引656号（2005）13頁〔根岸発言〕。この見解は、優越的地位の形成要因と判断要素の乖離を象徴する発言であるといえる。

²³ 舟田正之『不公正な取引方法』（有斐閣、2009）550頁。

命令が及ぶ納入業者の範囲を明確化しなければ事業者に金銭的な不利益を与えるため、「個」対「個」に近づけた認定が必要との立場を採る²⁴。

第三に、直接的な判断要素を用いずに、間接的な判断要素を用いて優越的地位を認定する方法がある。例えば、行為者と取引の相手方との売上高、資本金、従業員数等の総合的事業能力の格差や外形的に濫用行為に一致する行為が行われることにより、優越的地位を推定する手法である。この方法によれば、第二の場合と同様、個別の取引で生じる優越的地位の立証精度や明確性をどこまで高められるかという問題と、排除措置命令の及ぶ納入業者の範囲をどのように画定するかという問題が生じ、更に加えて優越的地位の直接的な判断要素でない事実をもって、どのような理由で優越的地位を推定するのかという問題も生じる。

公正取引委員会は、ガイドラインや課徴金制度が導入される前までの審決・排除措置命令では、第二と第三の手法を併せ用いて優越的地位を認定していたと思われるが²⁵、課徴金制度導入後は、第一ないし第三の手法を併せて認定していると思われる²⁶。

²⁴ 拙稿、前掲注 18、287 頁。本稿の見解と同様に、課徴金制度の導入は、違反行為の相手方に対する取引額を基礎として算定されるものであるから、具体的にどの取引先との関係で優越的地位にあるかの判断が課徴金の額を大きく左右するポイントとなるとする見解がある。長澤、前掲注 4、71 頁。

²⁵ この点、「『総合考慮』を錦の御旗にして違反要件（とりわけ優越的地位）が認定され、そのプロセスは外部からブラックボックスに近いものとなっていた」と評されている。長澤、前掲注 9、59 頁。また、課徴金導入前の認定手法として、公正取引委員会の事務総長であった上杉秋則氏は、「極端に言えば、数ある取引先の中に劣位の相手方が何社か存在すれば、『自己の取引上の地位が相手方に優越していること』という要件は満たされる。また、どの取引先かを特定しなくとも、存在することを立証できればよいから、取引先を顕名で示す必要性もない。行為者に対して……反証する機会を付与すれば足りるので、必ずしもどの取引先かを特定しなくともよい。事件として処理する場合には、審査の過程である程度の数の取引先納入業者を調べ、その取引上の地位の劣位性を確認しておけば、行為者の優越的地位の認定が揺らぐことはない。濫用行為にあたるか否かは特に判断に迷うような問題ではないし、（複数の）劣位にある取引先に対して少なくとも 1 つの濫用行為が認定できれば、法違反は成立する」と述べており、この事件処理上の困難性がかなり低いことが分かったため、2004 年以降の事件として処理される事案が頻発することを可能としたとしている。上杉、前掲注 8、446 頁。

²⁶ 課徴金制度導入後の公正取引委員会による排除措置命令の実務としては、「個」対「個」の認定を積み重ねている様子が見える。例えば、公正取引委員会の審査局長の発言として、優越的地位の濫用規制における要件の認定の際に、「個別の行為、あるいは個別の会社についての地位の認定となりますと、これは考え方は整理できても、やはり一つ一つ、個別的事案に応じて見ていかなければいけないというところがあります」としている。金井貴嗣ほか「座談会 最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引 742 号（2012）4 頁〔中島発言〕。また、上杉秋則氏も、「明確に劣位の地位にある取引先を特定する作業は容易であるが、限界事例において取引上劣位の地位にあるか否かを識別することは困難な作業である。これまでは、この困難性をパスすることで、事件処理が可能になっていた。しかし、課徴金制度が導入されたことで、この問題をパスすることが許されなくなった。少なくとも劣位の地位にある取引先を特定し、その企業からの購入額（販売額）を算定できないと課徴金が算定できない」と述べている。上杉、前掲注 8、446-447 頁。

第2項 特殊指定・補完法における優越的地位の判断要素²⁷

私見では、第1部第2章で検討したとおり、優越的地位の判断要素を、①取引依存関係及び資源依存関係で構成される依存関係と、②取引先の発見可能性（経営資源の保有状況及び市場の競争状況）及び取引先の転換コスト（取引特殊的投资及び新規の投資コスト）で構成される取引先の転換可能性に分類し、これら①及び②の双方が生じた場合で判断した²⁸。本項では、このような判断要素に対し、公正取引委員会が用いる優越的地位の判断要素を検討する。

(1) 特殊指定における判断要素

第2条第9項第5号では、「自己の取引上の地位が相手方に優越していること」を要件としているが、対象となる行為者と取引の相手方に該当するための具体的な基準は示されていない。他方、特殊指定では、ある程度定型的に対象を選定できるように、詳細な基準が示されている（表2-3-1）。特に、優越的地位の濫用規制に特殊指定を活用する意味が大きいとされているが、これは、優越的地位にあるか否かを個別の事案ごとに検討する方式は、法運用上の困難性が高いことに求められ、特殊指定を活用すれば、どの範囲の事業者とどの範囲の事業者の間の取引に対して禁止行為が適用されるかを明らかにすることができるためとされている²⁹。このように、特殊指定では、公正取引委員会にとっても規制対象事業者を固定できるとともに、規制対象となる事業者にとっても、自らが規制対象となるか明確となる利点がある。

特殊指定では、百貨店特殊指定及び大規模小売業告示では、大規模小売業者を具体的な基準で規定している。これ以外にも、物流業者に対する規制である物流特殊指定では、地位が優位にある特定荷主（行為者）と劣位にある特定物流事業者（取引の相手方）を具体的な基準で規定している³⁰。百貨店特殊指定では、「百貨店業者」を店舗面積で規定し、大規模小売業告示では、「大規模小売業者」を基本的に売上高で規定し、補完的に店舗の面積で規定している。また、「納入業者」を大規模小売業者に対し「劣っているもの」又は「劣っていないと認められるものを除く」といった劣位性（裏を返せば大規模小売業者の優越的地位）により規定している。物流特殊指定では、資本金又は出資額により地位が優位にある「特定荷主」と劣位にある「特定物流業者」を規定している。新聞特殊指定では、特段基準を設けておらず、一般的な関係で発行業者が優位にあり、販売業者が劣位にあると捉えているために、特段優位性・劣位性の認定を行っていないと考えられる。

このように、百貨店特殊指定、大規模小売業告示及び物流特殊指定では、地位が優位にある事業者を、大規模小売業者の場合は売上高及び店舗面積、物流業者の場合は資本金又は出資額といった事業能力基準で規定している。ただし、事業能力基準を用いることは、

²⁷ 本項の分析は、拙稿、前掲注18、287-288頁の分析を加筆・修正したものである。

²⁸ 拙稿、前掲注18、283-286頁。

²⁹ 上杉秋則「ついに優越的地位の濫用行為にも課徴金！対象となる行為と課徴金算定方式」ビジネス法務9巻11号（2009）69頁。

³⁰ これらのガイドラインのほか、優越的地位の濫用について触れているガイドラインはあるが、記載が詳細ではないため本稿では割愛する。

特殊指定が規制の対象となる業種を外形的な指標を用いて客観的・定型的に画定する必要があるためであり、大規模小売業告示では、当該基準のみによって優越的地位が認定されるわけではない。大規模小売業告示では、要件上「納入業者」の劣位性（「その取引上の地位が当該大規模小売業者に対して劣っていないと認められる者を除く」）の認定が必要であり、排除措置命令も劣位にある納入業者に対する行為のみを対象としている。同様に、百貨店特殊指定でも「納入業者」の劣位性（「その取引上の地位が当該百貨店業者に対して劣っているものをいう」）の認定が必要とされている。そして、大規模小売業告示における劣位性の認定は、大規模小売業告示の運用基準に詳述されている（詳細は後述）³¹。

他方、物流特殊指定では、原則として資本金又は出資額基準のみで特定荷主の地位の優越性と特定物流事業者の地位の劣位性を認定しており、その他これら基準に当てはまらない場合のみ、特定荷主については「受託する事業者に対し取引上優越した地位にあるもの」、特定物流事業者については「当該特定荷主に対し取引上の地位が劣っているもの」という要件を補完的に用いている。ただし、資本金という事業能力基準を用いているものの、物流特殊指定は、第2条第9項第6号に基づき指定されたものであるから、同号ホの「自己の取引上の地位を不当に利用」するものであると認められない当事者に対しては適用することができないという見解がある³²。この見解に基づく、大規模小売業告示では納入業者の劣位性を要件としているところ、物流特殊指定で、あえて要件として記載しない理由が不明である。大規模小売業告示では、納入業者の規模的な基準を要件として定めていないためかもしれないが、この点、物流特殊指定の公聴会では、日本経済団体連合会の「資本金区分で取引上優越的地位にあるとするのは不合理」という意見に対して、「適用対象を定める要件は、取引当事者にとってわかりやすく安定的な指標であることが必要であり、資本金額は取引上の地位の優劣を判断する基準として十全とはいえないが、他に特段の明確な基準がない以上、下請法同様、資本金額を基準とすることが適当である」としており、資本金基準を認定した上で更に特定荷主の優越性あるいは特定物流事業者の劣位性を認定することには触れていない³³。いずれにせよ物流特殊指定に基づく法的措置が発動されていないため、公正取引委員会の解釈については不明である。特段基準を設けていない新聞特殊指定では、北國新聞事件において、要件となっていないものの、行為者である北國新聞の優越性を認定した上で新聞特殊指定が適用されている。

³¹ 大規模小売業告示における、納入業者の「劣っていないと認められるものを除く」という規定を除外規定としてとらえ、優越的地位の濫用規制の過剰規制を避けるためのものとしてみる見解がある。この見解をとりつつ、根本重之教授は、近年の規模の大きな大規模小売業者やローカル市場における競争下での取引の実態から、過剰規制のおそれの回避は、納入業者の除外規定ではなく、濫用行為で定められた除外規定によって回避すべきとの考え方を採っている。根本重之「大規模小売業告示および同運用基準案の評価の試み」流通情報 431号（2005）8頁。本稿の立場から言えば、大規模小売業告示は、あくまでも独占禁止法上の優越的地位の濫用規制に基づくものであり、「優越的地位」の認定は必須なものであるため、このような考え方には賛同できない。

³² 白石忠志『独占禁止法〔第2版〕』（有斐閣、2009）273-274頁、長澤、前掲注4、83頁。

³³ 公正取引委員会取引部企業取引課「『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正な取引方法』の告示について」公正取引 642号（2004）14頁。

(2) 売上高・店舗面積の基準値の意味

大規模小売業告示の論点の1つとして、事業能力基準として売上高基準が前年度売上で100億円以上、店舗面積基準が特別区・政令指定都市で3,000㎡、その他の地区で1,500㎡という基準が用いられており、これらの基準が「大規模小売業者」を表すのに適当な数値であるかという点が挙げられる。

売上高基準については、大規模小売業告示で新設された基準であり、公正取引委員会は、基準を100億円に設定した理由を「各都道府県エリアにおける有力な小売業者をカバーし得る基準として設けている」と説明している³⁴。他方、有力な小売業者をカバーするためには、東京、大阪、名古屋等の大都市圏で100億円という基準が妥当なのかどうか（面積基準のように政令指定都市とそれ以外で分けるべきではないか）、大規模小売業者の納入業者に対する優越的地位を見るためには、売上高より仕入高の方がより適切ではないか、といった疑問が生じる。

店舗面積については、百貨店特殊指定における「百貨店業者」と同一の基準であり、その前後に制定された第1次百貨店法、第2次百貨店法及び制定当初の大法でも同一の基準を用いており、大規模小売業告示における百貨店特殊指定からの規制の継続性及び大法等の他の法令との親和性という点を勘案すると、同一基準を採用するのは自然な流れと言える。また、大規模小売業告示で店舗面積を百貨店特殊指定に引き続き設けている理由については、「前年度の売上高のみを基準にすると、新たに小売業を始めた場合には売上高が算定できないこと等から、バイイング・パワーを補完的な基準として設けることとしたものである。面積基準の数値については、百貨店業告示で用いられ、大規模小売店舗として関係事業者に定着したものをを用いることとした」と説明している³⁵。他方、1978年に改正された大法では、第一種大規模小売店舗の店舗面積を特別区・指定都市は6,000㎡以上、その他が3,000㎡以上、第二種大規模小売店舗の店舗面積を500㎡以上と規定しており、基準に相違が生じることとなった。

さらに、百貨店特殊指定が制定された1950年代からみると、百貨店・量販店とも店舗規模は格段に大規模化している上に、チェーン・オペレーションを用いる小売業者が主流となっているため、1,500㎡程度の単一店舗の小売業者にどの程度の優越的地位があるかは疑問である。

(3) 大規模小売業告示の原案における議論

2005年3月に公表された大規模小売業告示の原案では、納入業者の劣位性の判断要素を明確化するために、次のように事業能力基準を導入する旨が記載されていた。

「この告示において『納入業者』とは、大規模小売業者又はその加盟者が自ら販売し、又は委託を受けて販売する商品を当該大規模小売業者又は当該加盟者に納入する事業者

³⁴ 公正取引委員会、「『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』の告示について」別紙3-1「意見募集及び公聴会で出された意見の概要並びにこれらに対する考え方」（2005年4月28日）備考第1項、<http://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/3483403/www.jftc.go.jp/pressrelease/05.april/05042802tenpu.pdf>、（2015年2月4日）。

³⁵ 公正取引委員会、前掲注34、備考第1項。

（前事業年度における売上高、当該大規模小売業者との取引の額等に照らして、その取引上の地位が当該大規模小売業者に対して劣っていないと認められる者を除く。）をいう。」（下線は筆者による。）。

これについて公正取引委員会は、大規模小売業告示の原案の解説で³⁶、事業者の予見可能性から例示として客観的な指標が適当であり、また、売上高が小さな中小の納入業者は、一般に告示上の納入業者に該当する可能性が高い、と説明した。

しかし、当該基準に対しては、劣位性の「判断要素に売上高等を明示していると、大手企業である納入業者は本告示の適用対象外になるとの誤解を与えかねない」、「『売上高』、『取引の額』という量的概念の文言だけを例示すると、取引上の地位を規定する要因について、対象商品の質的側面や取引の継続性といった側面が考慮要因となるか不明のため、解釈論上紛議を招くおそれがある。」、「優越的地位にあるかどうかの判断は総合勘案により、個別具体的に行う旨を明確にすべきであるところ、告示案の規定だと単純に事業者間の売上高、取引額で優越的地位を判断」されるといった、売上高等から定型的かつ一律に納入業者の劣位性を判断されてしまう危惧が多く寄せられた³⁷。このため、公正取引委員会は、納入業者の劣位性が売上高等で判断されるかのような誤解を避けるために、下線部を削除し、しかし関係事業者の予見可能性の確保という観点から大規模小売業告示の運用基準の中でその考え方を明らかにするとした。

これらのことから、公正取引委員会は、大規模小売業者に対する規制において、事業者の懸念が強いものの、第一に、事業者の予見可能性と規制の客観性を高めるため、売上高による事業能力基準や取引高を優越的地位の判断要素として重視していること、第二に、個別の取引関係よりも、構造的な要因から一般的な傾向として大規模小売業者・納入業者の関係を捉えるのを重視していることがうかがえる。

（4）大規模小売業告示による劣位性の挙証責任

もう一つの論点として、納入業者の劣位性の判断が、百貨店特殊指定の「劣っているもの」から大規模小売業告示では「劣っていないと認められる者を除く」に変更されたことで、解釈に相違が生じるかという点である。

第一の見解として、前者を積極要件、後者を消極要件として、取引上の地位が劣っていることの立証責任が、前者では公正取引委員会、後者では規制を受ける事業者側に転換しているように見えるとするものがある³⁸。ここでは、「原則的には全ての要件の立証責任が規制する公取委側にあるとしても、具体的な業種に係る特殊指定において一定の要件の立証責任を転換して規制の実効性を確保することは可能であると解される」としている³⁹。

³⁶ 公正取引委員会、前掲注 34、備考第 3 項。。

³⁷ 公正取引委員会、前掲注 34、備考第 3 項。

³⁸ 根岸哲編『注釈独占禁止法』（有斐閣、2009）495-496 頁〔根岸哲〕。

³⁹ 根岸編、前掲注 38、496 頁〔根岸哲〕。同旨として、「公取委の立証負担の軽減と地位の優越性との調整を図り、事実上の立証責任の転換を試みた」とする見解がある。神垣清水『競争政策概論』（立花書房、2012）155 頁。ただし、同見解では、実務では納入業者の立証にとどまらず、「劣っている」の積極的な立証に努めているとしている。

第二の見解として、「劣っていないと認められる者を除く」という規定振りでは、「劣っているとも劣っていないとも言えない者」を規制の範囲となる「納入業者」に含めている点が問題と指摘されている⁴⁰。この見解によると、証明責任を転嫁したかに見えるとしつつ、そのような指定が第2条第9項の枠内にあるか否かという点は問われざるを得ないとしている。そして、この違反要件ないし証明責任規範としての適否は、それが第2条第9項の解釈の枠内にあるか否かという観点から、最終的には裁判所が行うことになるとしている⁴¹。事業者に不利益を与える行政処分について、このような挙証責任の転換が可能とすべきかどうか、そもそも法解釈上許されるか、許されるとしたら当該規制において重要な要件である「劣位性」の判断と規制の迅速性・有効性とのバランスから適当か、議論の余地が大いにある。

(5) 補完法における判断要素

独占禁止法の優越的地位の濫用規制と補完的な規制として、下請法及び消費税特措法では、対象事業者を事業能力基準のみで判断している（表2-3-1）。下請法では、規制の対象となる親事業者及び下請事業者双方を資本金基準（これ以外に対象取引での限定もある。）で判断しており、消費税特措法では、①原則として取引の相手方が資本金等の基準で定義される特定供給事業者（取引の相手方）に該当した場合には、全ての行為者が特定事業者に該当して規制対象となり、あるいは②行為者が売上高基準又は面積基準で定義される大規模小売業者に該当した場合には、全ての取引の相手方が特定供給事業者に該当して規制対象となる。これらの補完法では、規制の迅速化を図るため優越的地位の判断を行っておらず、事業能力基準で判断した相手方との取引において違反行為が行われたことをもって規制の適用が判断されることとなる。

第3項 百貨店特殊指定制定当時の優越的地位の判断要素⁴²

公正取引委員会による大規模小売業者の優越的地位の具体的な判断要素は、第2条第9項第5号及び大規模小売業告示では明確にされておらず、詳細はガイドライン等で示される公正取引委員会の解釈基準によることとなる。そこで、以下において公正取引委員会が優越的地位をどのような判断要素を用いて認定しようとしているのかガイドライン、公正取引委員会の解説書等の解釈基準・見解を比較しながら検討する。

まず、歴史的にみて、大規模小売業者の優越的地位の判断要素が最初に公正取引委員会の見解として登場したのは、おそらく1954年に制定された百貨店特殊指定の解釈であろう。1955年に発行された公正取引委員会事務局が編集した百貨店特殊指定の解説書によれば、次のように説明されている⁴³。

⁴⁰ 白石、前掲注32、275頁。

⁴¹ 白石、前掲注32、275頁。

⁴² 本項の分析は、拙稿、前掲注18、288-289頁の分析を加筆・修正したものである。

⁴³ 公正取引委員会事務局編『百貨店特殊指定の解説』（公正取引協会、1955）30頁。

「（百貨店業者に対し納入業者が）劣っているかどうかという判定は、百貨店業者と納入業者との間の、問題となる個々の取引について行う。……しかし問題となる個々の取引についてだけ劣っているのかどうかを判定するのかというとは決してそうではない。問題となる個々の取引を支えている百貨店業者と納入業者との間の全体としての力関係、即ち両者の資本、総資産、従業員、取引量等を比較し、また、大規模小売業者・納入業者間の取引の数量・期間等による支配従属関係も考慮して、取引上の地位の優劣を決めることが必要である。更にまた、問題の取引の対象となっている商品の需給関係、言葉を変えていえば、売手市場か買手市場かも当然考慮されなければならない。……しかし実際問題として、特殊指定に掲げられたような取引方法は、概していわば取引上の優劣関係を前提として行われるものであるから、こうした（取引上の劣位という、筆者注）定義上の表現も実際には余り気かけなくてもよいということになるであろう。」

このように、百貨店特殊指定が制定された当初の大規模小売業者の優越的地位の判断要素としては、①個別の取引から認定する必要がある、②併せて総合的事業能力（資本・総資産・従業員数・取引量）の格差と大規模小売業者・納入業者間の支配・従属関係（取引数量・期間）、商品の需給関係等を考慮する、③実務的には濫用行為と外形的に一致する行為が行われていれば優越的地位にあるとしてよい、ということになる。つまり、直接的に「優越的地位」を示す判断要素だけでなく、総合的事業能力の格差や濫用行為の存在も、優越的地位の判断要素として用いられていたことが分かる⁴⁴。

第4項 ガイドラインにおける優越的地位の判断要素⁴⁵

優越的地位の濫用規制においては、第2条第9項第5号では優越的地位ガイドライン、大規模小売業告示では大規模小売業告示ガイドラインが公表されており、廃止されたガイドラインとしては返品ガイドライン、大規模小売業者による優越的地位の濫用の記載が大規模小売業告示ガイドラインに引き継がれる形で実質的に削除されたガイドラインとしては流通取引慣行ガイドラインが公表されていた。また、他の業種に対する優越的地位の濫用規制では、役務委託取引ガイドライン、フランチャイズガイドライン等が公表されている（表2-3-2を参照）。これらのガイドラインは、公正取引委員会における規制の運用基準を示したものであり、対外的には本規制を受ける事業者に対し、違反となる場合が予想できるように公表されている。また、学説でも、これらのガイドラインを法解釈の基礎として用いるものが多い。各ガイドラインの詳細について以下において検討する。なお、ガイドライン本文中において、甲乙等の表現を行っている部分は行為者・取引の相手方等の文言を補足して記載する。

⁴⁴ 拙稿、前掲注18、289頁。

⁴⁵ 本項の分析は、拙稿、前掲注18、289-293頁の分析を加筆・修正したものである。

(1) 優越的地位の定義

優越的地位の定義については、返品ガイドラインでは、小売業者が取引上相対的に優越していることにより、不当に相手方に不利益を与えるような地位、としており、小売業者側からみた定義となっている。優越的地位ガイドラインでは、甲（行為者）の乙（取引の相手方）に対する優越的地位とは、「乙にとって甲との取引の継続が困難になることが事業経営上大きな支障を来すため、甲が乙にとって著しく不利益な要請等を行っても、乙がこれを受け入れざるを得ないような場合」としており、納入業者側からみた定義となっている。優越的地位ガイドラインの方が優越的地位の定義について詳述化されているが、「事業経営上大きな支障」、「著しく不利益」等、解釈に余地があり更に詳述化が必要なものとなっている。また大規模小売業者との取引で用いられていた流通取引慣行ガイドライン、他の業種で用いられている役務委託取引ガイドライン及びフランチャイズガイドラインも、ほぼ優越的地位ガイドラインと同様の定義となっていることから、現在の公正取引委員会による優越的地位の捉え方は、優越的地位ガイドラインの定義が大勢を占めているといえる。

(2) 依存関係

各ガイドラインにおける優越的地位の判断要素を、直接的な優越的地位の判断要素に基づいて分類すれば、取引依存関係では、「取引依存度」がガイドライン全てで用いられており、最も重要な判断要素であることが分かる。ただし、「取引依存度」といっても、流通論で定義する「取引依存度」の一部を構成する、取引の相手方の販売依存度が用いられている⁴⁶。例えば、優越的地位ガイドラインでは、「当該基準では、一般に、乙（取引の相手方）が甲（行為者）に商品又は役務を供給する取引の場合には、乙の甲に対する売上高を乙全体の売上高で除して算出される」とされており、甲の乙に対する仕入依存度は考慮されていない。この基準が用いられるのは、優越的地位ガイドラインでは、「乙の甲に対する取引依存度が大きい場合には、乙は甲と取引を行う必要性が高くなる」と説明している。

また、大規模小売業告示ガイドライン及び優越的地位ガイドラインでは、行為者との「取引の額」が用いられている。これは、「取引依存度」が高くない場合、例えば大規模な納入業者が取引を行う場合であっても、取引の額が大きいときには、当該取引を失うことにより当該納入業者の事業経営に大きな影響を与える場合があるため、判断要素に用いられたと考えられる。

資源依存関係では、行為者の「今後の成長可能性」が大規模小売業告示ガイドライン及び優越的地位ガイドラインで用いられている。これは、例えば納入業者が今後成長する大規模小売業者と取引関係を継続すれば、自己の納入額も併せて増加する可能性が高いため、納入業者の事業経営上の判断に非常に大きな影響を与えるといえる。優越的地位ガイドラインでは取引の相手方が「商品又は役務を扱うことの重要性」を用いているが、これはどちらかといえば行為者が取引の相手方に対して商品又は役務を供給する取引において想定される事例であり、メーカー、卸売業者等が提供する商品又は役務が強いブランド力を

⁴⁶ 第1部第3章を参照。

有する、あるいは品揃えに不可欠な商品である場合に小売業者等が従わざるを得なくなる場合を想定しているといえる。また、優越的地位ガイドラインでは、「甲（行為者）と取引することによる乙（取引の相手方）の信用の確保」を用いているが、これは行為者と取引することで取引の相手方の取り扱う商品又は役務の信用が向上する場合を想定しており、例えば百貨店と取引することで納入業者の商品の格や納入業者自体の信用度が向上する等の場合を想定しているといえる。フランチャイズガイドラインでは、「本部からの経営指導への依存度」を用いているが、これはフランチャイザーの持つノウハウという経営資源に対し、フランチャイジーが依存関係を生じるという、典型的な資源依存関係の事例である。

このように、依存関係では、取引依存度については販売依存度が主として用いられている点に留意が必要であり、資源依存関係については、最新の優越的地位ガイドラインで特に判断要素を詳細化しており、この点評価できるものとなっている。

(3) 取引先の転換可能性

取引先の発見可能性では⁴⁷、「商品の需給関係」がフランチャイズガイドラインを除き全てで用いられ、また、返品ガイドラインを除き全てのガイドラインでは、「販売先の変更可能性」が用いられている。「商品の需給関係」は、流通取引慣行ガイドラインの担当官解説では、商品の人気が高い等、需給が逼迫している場合には、その程度に応じて小売業者の優越性は低下すると説明されている⁴⁸。当該判断要素は、納入業者の取引先の発見可能性を高めるとともに、小売業者の当該納入業者に対する資源依存関係も併せて認定するものといえる。他方、最新のガイドラインである優越的地位ガイドラインで当該判断要素が基準から外れたのは、当該要素が短期間で解消する場合まで規制することになりかねないためとする見解がある⁴⁹。

「販売先の変更可能性」は、前述のように学説上も重視するものが多く、これらの流れを受けて流通取引慣行ガイドラインから新たに導入されたものと考えられる。当該判断要素について、流通取引慣行ガイドラインの担当官解説では、納入業者にとって取引依存度が高くても、他に容易に代替的な取引先が見出せる場合は、小売業者が優越的地位にあるとはいえないとしている⁵⁰。

⁴⁷ ここで言う「可能性」とは、「可能性」があれば優越的地位にないとする趣旨ではなく、あくまで「容易性」の意味であるとする見解がある。この見解では、優越的地位の濫用行為が「不当に不利益」な条件でも受け入れざるを得ないという時間的に余裕のない局面で生まれ、時間やコストを費やせば「取引先変更の可能性」があるとしても、当該取引条件を受け入れざるを得ないところに規制の根拠があるとしている。上杉、前掲注 8、443 頁。

⁴⁸ 山田昭雄ほか編『流通・取引慣行に関する独占禁止法ガイドライン』（商事法務研究会、1991）207 頁。

⁴⁹ 上杉、前掲注 8、442-443 頁。

⁵⁰ 山田ほか編、前掲注 48、207 頁。拙稿、前掲注 18、286 頁。同様に、乙にとって代替的な取引先が容易に見出せる状況にある場合まで規制対象にすべきかは取引の相手方の保護の色彩が強くなりすぎるため議論がある問題である一方、代替的な取引先が容易に見出せる状況にあるとしても、それなりにスイッチング・コストを必要とするので、不利な

取引先の転換コストは、返品ガイドライン、流通取引慣行ガイドライン、大規模小売業告示ガイドライン及び役務委託取引ガイドラインでは、判断要素として用いられていない。これは、小売業者・納入業者間の取引では、取引特殊的投資がなされる場合が少ないとの判断が生じているためであると考えられる。しかし、業種の特性により用いられる場合もあり、フランチャイズ取引を規制するフランチャイズガイドラインの判断要素のうち、「初期投資の額」は、典型的な取引特殊的投資であるし、「中途解約権、違約金、契約期間」は、優越的地位にあるフランチャイザーがフランチャイジーとの情報の非対称性を利用して、契約開始時に不利益な約定の契約を結んで、当該取引にロックインする行為であると評価できる。

優越的地位ガイドラインでは、取引先の転換可能性について、「他の事業者との取引開始や取引拡大の可能性、甲との取引に関連して行った投資等が考慮される」としており、取引先の発見のみならず、拡大も含めて転換可能性を判断するとしている点に特徴がある。また、「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場合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、乙は甲と取引を行う必要性が高くなる」と説明している。

(4) 間接的な判断要素

依存関係及び取引先の転換可能性といった直接的な判断要素以外にも、間接的な判断要素から優越的地位を認定しようとするものがある。

返品ガイドラインでは、資本金、従業員、売上高といった「総合的事業能力の格差」が用いられている。当該判断要素は、同じ小売業者全般を対象とした流通取引慣行ガイドラインでは用いられなくなったものの、大規模小売業者を対象とした大規模小売業告示ガイドラインでは、「納入業者の売上高」という形で用いられている。つまり、大規模小売業告示が100億円以上の売上高を有する大規模小売業者を対象としているため、大規模小売業告示ガイドラインで判断要素とする「納入業者の売上高」と併せれば、実質的に売上高という事業能力の格差を検討することにほかならない。最新のガイドラインである優越的地位ガイドラインでは、「事業規模の相違」が用いられているが、この説明としては、「甲（行為者）の事業規模が乙（取引の相手方）のそれよりも著しく大きい場合には、乙は甲と取引を行う必要性が高くなる」と説明している。公正取引委員会も規制の客観性及び事業者に対する予見可能性を高めるため、これら構造的な要因による判断要素を今でも重視していることは、役務委託取引ガイドラインやフランチャイズガイドラインでも用いられていることから明らかである。

また、流通取引慣行ガイドライン、役務提供委託ガイドライン及びフランチャイズガイドラインまでで用いられている行為者の「市場における地位」は、大規模小売業告示ガイドラインの括弧書きで行為者の市場における「シェア、順位、ブランド」等により判断されるとしており、最新の優越的地位ガイドラインでは、「甲の市場におけるシェアの大きさ、その順位等が考慮される」としている。当該判断要素が納入業者に与える影響は、流

取引条件を受け入れることの妨げにならないように思われるとする見解もある。上杉、前掲注8、443頁。

通取引慣行ガイドラインの担当官解説では、市場において地位の高い小売業者と取引があることによって業界における信用が得られると説明しており⁵¹、また、大規模小売業告示ガイドラインのパブリックコメントに対する回答では、買手市場であることが判断されるとしている⁵²。優越的地位ガイドラインでは、「甲のシェアが大きい場合又はその順位が高い場合には、甲と取引することで乙の取引数量や取引額の増加が期待でき、乙は甲と取引を行う必要性が高くなる」としている。このように、当該判断要素は、市場の地位が高い大規模小売業者との取引により、納入業者の信用力に対する資源依存関係の強さ及び買手市場による取引先の転換可能性の低さが構造的に生じる場合が多い、と間接的に判断するものである。そして、これらの判断要素は、単独で用いられずに、総合的に勘案するとされている。

前節で検討した百貨店特殊指定制定時における優越的地位の判断要素と、これらのガイドラインの判断要素では、大きく違う点が2点ある。これは、個別の取引から優越的地位を認定するという考え方、及び濫用行為に外形的に一致する行為が行われていれば優越的地位にある、とする考え方がともに判断要素から外れたことである。

第5項 大規模小売業者に対する優越的地位の判断要素の問題点⁵³

(1) 大規模小売業者の「市場における地位」の利用

大規模小売業者に適用されるガイドラインにおける優越的地位の判断要素の利用には、様々な問題点・論点がある。

まず、返品ガイドラインを除く全てのガイドラインで用いられ、審決でも多用されている判断要素である、行為者の「市場における地位」が優越的地位の直接的な判断要素ではない点である。当該判断要素は、特に企業規模の大きい大規模小売業者の場合、その信用力に対する納入業者の依存関係の強さや、買手市場であることによる当該納入業者の取引先の転換可能性の低さを間接的に推定させるものである。しかし、この推定の妥当性や、当該納入業者が信用力を有している当該大規模小売業者との取引を失うことで、どの程度の事業経営上の支障を来すのかという点が不明確である。また、当該大規模小売業者は、市場における地位が高くとも、市場支配的な地位を有しておらず、また、同程度の規模や信用力を有している小売業者が複数存在している場合も多く、これらに取引を転換できれば優越的地位が生じないため、転換できない理由を更に検討する必要が生じる。このため、

⁵¹ 山田ほか編、前掲注 48、207 頁。

⁵² 運用基準のパブリックコメントに対する回答として、公正取引委員会は、「買手市場かどうかについては……『大規模小売業者の市場における地位』により判断されることとなる」としている。公正取引委員会、「『『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正な取引方法』の運用基準』等の公表について」別紙 3-1「意見募集で出された主な意見とこれらに対する考え方」（2005年6月29日）備考第3項、<http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/kako/05062901.files/05062901tenpu.pdf>、（2015年2月4日）。

⁵³ 本項の分析は、拙稿、前掲注 18、293 頁の分析を加筆・修正したものである。

「小売業者の市場における地位」のみを判断要素として用いる場合、優越的地位の認定が不明確になるおそれが生じるため、直接的な優越的地位の判断要素を用いるべきである。

(2) 事業能力としての「売上高」の利用

売上高で示される事業能力を大規模小売業告示ガイドラインで判断要素として用いている点にも問題がある。大規模小売業告示の運用基準において、「売上高が小さな中小の納入業者は、その取扱商品が強いブランド力を有するなど例外的な場合を除いて、一般には告示の『納入業者』に該当する。」とあることから、売上高で規定される中小納入業者については、当該判断要素により一般的な関係として定型的に劣位性が認定されると考えられる。しかし、事業者からだけでなく、学説からも、次の(3)と併せ、当該判断要素を含めた事業能力に依拠することは、公正競争阻害性の解釈論上難点があると強い批判が出ており⁵⁴、運用に当たっては留意すべきである。

(3) その他事業能力・規模の格差の利用

返品ガイドライン、役務委託取引ガイドライン及びフランチャイズガイドラインで用いられた事業能力・規模の格差が、優越的地位ガイドラインで「事業規模の相違」として再度用いられている⁵⁵。(1)の「市場における地位」、(2)の行為者の「売上高」と違い、取引の相手方を含めて相対的な関係を検討することができる基準であり、事業能力・規模の格差を基準とすれば、客観的な数値でもあり規制を行いやすくなるという利点がある。ただし、現実問題として、事業能力・規模の格差の基準として挙げられている従業員数、資本金の額、総売上額等は、相対的な関係を表すことはできても、優越的地位の強弱には直接的に関係のない要素である。これらの基準が採用された背景には、日本において伝統的に考えられている経済的強者・弱者は企業規模に比例するといった単純な二分法が関係していると指摘されている⁵⁶。

他方、継続的取引の離脱がしばしば双方の損失となり、その損失に耐える体力の違いは交渉力の差異をもたらし、このため相対的事業規模が著しく違うことが交渉力に影響するという見解がある⁵⁷。確かにこのような傾向があることは否めないが、企業の体力の面、言い換えれば事業経営に与える大きな支障については、取引依存度でより直接的に立証す

⁵⁴ 白石忠志「『取引上の地位の不当利用』規制と『市場』概念—独禁法をめぐる一大論議の一断面—」、法学 57 卷 3 号 (1993) 282 頁以下。

⁵⁵ 白石忠志教授は、①の総合的事業能力の格差を優越的地位認定基準に使用するのに疑問を呈し、流通取引慣行ガイドラインで判断基準としての総合的事業能力の格差が削除されたことを評価している。白石、前掲注 54、278-284 頁。しかし、優越的地位ガイドラインでは、再度当該判断要素が用いられることとなった。

⁵⁶ 日経流通新聞編『流通現代史』(日本経済新聞社、1993) 228 頁〔鶴田俊正・三島万里〕。流通論の分野からは、大規模小売業者が常に納入業者との取引において優越性を有しているとの構造的、制度的な捉え方に疑問を呈する見解がある。詳細は田村正紀『日本型流通システム』(千倉書房、1986年) 255-280 頁、高嶋克義「大規模小売商の購買支配力」近畿大学商経学叢 35 卷 2 号 (1988) 85 頁。

⁵⁷ 川濱昇「近時の優越的地位の濫用規制について」公正取引 769 号 (2014) 7 頁。

ることが可能であり、結局のところ事業能力・企業規模の格差は間接的な判断要素にしかなりえないと思われる。

これら市場における地位や、売上高、資本金額、従業員数等で示される事業能力・企業規模といった間接的な判断要素は、優越的地位の認定において、濫用行為の相手方である納入業者を「グループ」で捉える場合には、客観的かつ立証が容易であり、また、事業者の予見可能性を高めることができる。また、市場における地位が高く、あるいは事業能力・企業規模が大きい大規模小売業者の場合、仕入高は売上高に比例して多くなるといえ⁵⁸、「優越的地位」につながる量的な取引依存関係を高める可能性はある。さらに、これら市場における地位が高く、あるいは事業能力・企業規模が大きい大規模小売業者は、市場に対する影響力が強く、かつ、濫用行為の広がりや広範囲の納入業者にわたる場合が多いため、競争政策上、重要な規制対象となりうる。しかし、優越的地位は、結局のところ間接的な判断要素ではなく、個別の取引関係における依存関係・取引先の転換可能性により生じるものであるため、これら間接的な判断要素では、優越的地位が生じやすいという「一般的」傾向を捉えることしかできない。

このような間接的な判断要素は、大規模小売業者が「一般的」に優越的地位にあり、中小納入業者が「一般的」に劣位にあるということや、市場における地位の高い大規模小売業者に対し、納入業者が「一般的」に依存関係を生じやすく、取引先の転換可能性が低い場合が多い、といった、あくまでも間接的に「優越的地位」を推定する判断要素である。このため、実際の規制に際してこれら間接的な判断要素で優越的地位を認定するならば、大規模小売業者が優越的地位に立っている納入業者の範囲が不正確になりやすいため⁵⁹、過剰規制を生じる要因となる。あくまでも、依存関係や取引先の転換可能性を直接的に示す優越的地位の判断要素を補強する判断要素と位置づけて運用する必要がある、これらの判断要素のみでは、優越的地位を認定しないことを運用上明確にすべきである⁶⁰。

(4) 取引依存関係の利用

「取引依存度」は、優越的地位の判断要素として有力なものとなりうるが⁶²、この利用にも問題が2つある。第一に、公正取引委員会が用いている「取引依存度」は、納入業者

⁵⁸ ただし、このような一般的傾向があっても、当該大規模小売業者と取引をする個別の納入業者全ての販売依存度が当然に高くなるとは限らない。

⁵⁹ 「構造的」な判断要素を用いると結局のところ事業能力・企業規模といった「量」的な基準で判断することにつながるので、大規模な納入業者は規制対象から外れ、小規模な納入業者は規制対象とする判断が行われやすいと思われる。

⁶⁰ 長澤哲也氏も私見を支持されている。長澤、前掲注9、66頁。

⁶¹ なお、優越的地位ガイドラインでは、「大企業と中小企業との取引だけでなく、大企業同士、中小企業同士の取引においても、取引の一方当事者が他方の当事者に対し、取引上の地位が優越していると認められる場合があることに留意する必要がある」としており、企業規模による優越的地位の判断は絶対的ではないことを示している。実際これらの事例の場合に規制が行われるかは不透明だが、逆にこの考え方の裏を読めば、大企業が中小企業に対して常に優越的地位に立たないと解釈する余地が生じることとなる。

⁶² この点、優越的地位の濫用が争われている民事訴訟においては、取引依存度の高低は取引先変更の可能性と関連していることが少なくなく、また、取引依存度は定量的に測定す

の大規模小売業者に対する売上高を納入業者全体の売上高で除して算出される、いわゆる販売依存度である。この点、第1部第2章で検討したとおり、流通論等で用いられている取引依存度は、納入業者の販売依存度と大規模小売業者の仕入依存度の格差であり、この点、大規模小売業者の納入業者に対する依存関係が検討されないものとなっている。優越的地位は、あくまでも大規模小売業者・納入業者双方の依存関係の格差で生じるものなので、この点の考慮が必要となる。

第二に、取引依存度は売上高で計算されるものだが、取引依存度を「事業経営上大きな支障を来す」という優越的地位の行為要件を立証するための間接事実と捉えるならば、本来、売上高の代わりに、あるいは売上高と併用して行為者との納入取引に係る利益額等を判断要素として用いる方が適切である。これは、大規模小売業者が優越的地位を利用して納入業者の限界まで「適法に」仕入価格を引下げている場合、あるいは納入業者が大規模小売業者から「適法に」不利益行為を継続的に受け入れている場合、当該状況を勘案すれば当該大規模小売業者との取引全体で利益が出ず、あるいは赤字を被ることもありうるはずであり、この場合は、企業の合理的な判断として当該大規模小売業者との継続的な取引関係を終了する方が企業の利益に貢献するはずであり（いわゆる減収増益となる。）、この点、濫用行為を行う大規模小売業者との取引を取り止められないかの説明として、利益段階でも説明する方が企業の合理的判断により近接すると思われる。

(5) 資源依存関係の利用

資源依存関係を判断要素として用いる場合にも問題点がある。第一に、どのような依存関係を生じている場合に、当該依存関係を失うことをもって納入業者の「事業経営上大きな支障をきたす」のか検討する余地がある点である。すなわち、資源依存関係が高い場合でも、当該取引における取引依存関係が低い場合も考えられ⁶³、この場合、取引関係が継続されなかったとしても事業経営上大きな支障をきたすまでに至らない場合も考えられるためである。さらに、数値により明確に立証することが可能である量的な取引依存関係により生じた優越的地位に比べ、「質」的な資源依存関係により生じた優越的地位の立証は定性的にならざるを得ず、さらに、個別の納入業者ごとにどのような資源依存関係が生じているかという立証も、取引依存関係に比べて多様な要素が存在する場合もあり困難となる。さらに、当該資源依存関係を失った場合、納入業者の事業経営にどの程度の支障を来すのかという立証も困難と言わざるを得ない。

第二に、これらの立証上の問題に加え、例えば納入業者が自らあるいは自らの商品のブランド力を高めるために小売業者の信用力を利用するという資源依存関係を生じている場合、あるいは将来における売上高の増加等を狙って小売業者の成長性を利用するという資源依存関係を生じている場合、これを見返りとして負担・リスクを受け入れることは、納入業者が現状よりも事業経営を向上させるための資源依存関係であり、まさに「投資」

ることが可能であることから、乙の甲に対する取引依存度に着目している判決が少なくないとされている。白石忠志・多田敏明編『論点体系独占禁止法』（第一法規、2014）90-91頁〔石井崇〕。

⁶³ 例えば、大規模小売業者の信用力を利用するために、納入業者が大規模小売業者の要請する不利な取引条件を受け入れながら少量の取引を継続する場合等が挙げられる。

による受け入れであると考えられる。このような納入業者の「投資」に基づく大規模小売業者との取引関係において、投資先を取引終了で失うことが事業経営上大きな支障となるのか、ひいては優越的地位が生じたといえるのかは慎重に立証する必要がある。

このように、資源依存関係は、直接に企業の収益に影響を与える取引依存関係に比べ、企業の事業経営に支障を来すこととの因果関係が不明確なこともあり、依存している実態を詳細に立証する必要がある⁶⁴。さらに、取引依存関係と同様、質的な資源依存関係も大規模小売業者・納入業者間の依存関係の格差を考慮する必要があり、例えば、大規模小売業者が納入業者の提供する商品、サービスに係る資源依存関係を生じている場合、大規模小売業者に優越的地位は生じない場合もある。この点、大規模小売業告示ガイドラインでは質的な資源依存関係として、「納入業者の取り扱う商品の需給関係等」の判断要素として「納入業者の取り扱う商品が、例えば、強いブランド力を有するなど消費者に人気がある（需要が高い）こと等が考慮される」としており、大規模小売業者の納入業者に対する依存関係を考慮することとしている。

(6) 取引先の転換可能性の利用

取引先の転換可能性を判断要素として用いる場合にも、依存関係の判断要素で双方の格差を検討する必要があったのと同様に、大規模小売業者が納入業者との取引を転換できるかを判断する必要がある。これは納入業者が取引先の転換可能性が高く、大規模小売業者の取引先の転換可能性が低ければ、結局、取引を失うことによるダメージは大規模小売業者の方が高いこととなり、大規模小売業者に優越的地位が生じず、あるいは納入業者が大規模小売業者に対し優越的地位を生じることとなるためである。

第3節 審決・排除措置命令における「優越的地位」の認定における問題点⁶⁵

第1項 大規模小売業者に対する審決・排除措置命令における優越的地位の認定

前節では、公正取引委員会のガイドライン等における優越的地位の判断要素を検討した。本節では、大規模小売業者に対する審決・排除措置命令における優越的地位の事実認定の手法と問題点について検討する。

第1章で概観したとおり、大規模小売業者の納入業者に対する優越的地位の濫用規制では、審決・排除措置命令が22件出されている（表2-3-3を参照。うち係争中5件。）。

⁶⁴ 同様に、優越的地位ガイドラインの「その他行為者と取引することの必要性を示す具体的事実」は、「取引先変更性が低いことを補強したり、取引依存度が大きいとは認められない場合に、取引依存関係の存在を補強する要素として機能することはあり得るが、その他の具体的事実単体では、通常は、優越的地位は認められがたい」とする見解がある。長澤、前掲注9、69-70頁。

⁶⁵ 本節の分析は、拙稿、前掲注18、294-298頁の分析を加筆・修正したものである。

本節では、これらの事件において、大規模小売業者の優越的地位（又は納入業者の劣位性）がどのような要素を用いて認定されているかを検討する。なお、本文中の事件番号は、表2-3-3に記載した事件番号（巻末表1と同一）を用いる。

(1) 事実認定の傾向

事件の事実認定について、おおむね4つの時期に分類することができる。第1期に3事件及び7事件であり、大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制が積極化する前の時期に出された審決である。この時期の特徴としては、一般指定(1953)又は一般指定(1982)が適用されている事件であり、公正取引委員会にも事案の蓄積がないため優越的地位の事実認定も差異が見られる。3事件では包括的・概括的に行われており、詳細な認定はされていないものの、7事件ではある程度詳細に行われている。3事件では審判に移行したものの、途中で三越が勧告を応諾したため同意審決で終結している。

第2期は、13事件から19事件までであり、本規制の運用が積極化した初期に出された審決である。この時期の特徴としては、一般指定(1982)と百貨店特殊指定が濫用行為の種類により使い分けられ、かつ、併用されている時期である。これらの時期でも、優越的地位の認定は包括的・概括的に行われており、詳細な認定は行われていない。18事件では審判に移行したものの、途中でドン・キホーテが勧告を応諾したため同意審決で終結している。

第3期は、20事件から27事件までであり、本規制の運用がある程度定着してきた時期に出された排除措置命令である。この時期の特徴としては、勧告制度が排除措置命令に変更され、かつ、大規模小売業告示が新たに適用されている時期である。ただし、優越的地位の認定は引き続き包括的・概括的に行われており、詳細な認定は行われていない。

第4期は、28事件以降であり、2009年の独占禁止法改正以降に出された排除措置命令である。この時期の特徴としては、第2条第9項第5号が適用されており、かつ、優越的地位の事実認定がある程度詳細に行われるようになってきている。これは後述するとおり課徴金を科す対象取引の範囲を明確にするためであると考えられる。また、全件が審判に移行している点にも特徴がある。

(2) 大規模小売業者に係る事実認定

大規模小売業者の優越的地位に係る事実認定としては、大規模小売業者の売上高の額、店舗数、大規模小売業者の市場における地位、売上高・店舗数の増加、消費者からの信用を得ている等の事実が認定されている。

売上高の額については、3事件、14事件、15事件、16事件及び18事件ではそれぞれ認定されていないが、これは一般指定あるいは百貨店特殊指定が適用された事件であるため、認定が要件上必須でなかったためであると思われる。他方、20事件から27事件までは、大規模小売業告示が適用された事件であり、これには同告示の対象となる大規模小売業者の要件として前事業年度における売上高が100億円以上と定められているため、全件で認定されている。他方、第4期の28事件から32事件まででも売上高の額が認定されているがこの理由は判然としない。優越的地位ガイドラインで判断要素とされている事業規模の相違を示すには納入業者の売上高が示されておらず、このため、大規模小売業告示の

規制対象である「大規模小売業者」ともなりうる程度の企業規模を有していることを認定した、あるいは大規模小売業告示当時の事実認定の継続性から認定したのではないかと推察される。

店舗面積については、百貨店特殊指定及び大規模小売業告示が適用された事件では、ともに規制対象である百貨店業者あるいは大規模小売業者の要件として定められているために認定されている。一般指定のみが適用された事案あるいは第2条第9項第5号が適用された事件では、店舗面積は認定されていない。店舗面積については、特段、大規模小売業者の優越性を判断する要素と捉えていないのであろう。店舗数については、認定されている事件があるが、特殊指定の要件上必須ではなく、理由は判然としないが、事業能力あるいは市場における有力性の認定を補強したのではないかと推察される。

大規模小売業者の市場における地位については、23事件、25事件、26事件及び27事件以外の事件で認定されている。当該事実認定は、前章で検討したように、優越的地位ガイドラインを始め、大規模小売業告示ガイドライン、流通取引慣行ガイドライン等でも優越的地位の判断要素の一つとして用いられており、客観的かつ立証も容易である。他方、認定されなかった事件では、その理由は判然としないが、おそらく事件で行為者となった大規模小売業者が全国単位で市場における地位が高くなく（例えば26事件の島忠はホームセンター業界の上位10社内に入る程度であり、23事件、25事件及び27事件の行為者は上位10位にも入っていない）、都道府県単位でも地位が高くないためであると思われる。

売上高・店舗数の増加については、7事件、16事件、20事件、21事件、28事件、30事件、31事件及び32事件で認定されている。当該事実認定は、優越的地位ガイドラインでは「甲の事業規模が拡大している」ことを判断要素とし、大規模小売業告示ガイドラインでは「今後の成長可能性」を判断要素としている。このうち、28事件では、「山陽マルナカは毎年店舗数を増加させており、山陽マルナカの年間売上高は1,200億円を超えて推移しているところ、納入業者の中には、今後の山陽マルナカとの取引額の増加を期待するものが多い」と認定しており、売上高・店舗数の増加による取引拡大を優越的地位の判断要素の一つとして認定している。

消費者からの信用を得ていることを認定している事件は、3事件及び7事件があり、当該大規模小売業者が消費者から高い信用を得ていることを認定している。優越的地位ガイドラインでは、取引により納入業者の「取り扱う商品又は役務の信用が向上する」を判断要素としている。これらの事件は当該ガイドラインが公表されていない時期に発生したものであるが、おそらく取引による自らあるいは自らの取扱商品の信用向上を推定させる事実として認定していると思われる⁶⁶。

⁶⁶ ローソン事件の担当官解説では、納入業者にとって、ローソンが極めて有力な取引先であるとともに、「日用品納入業者は、自己の販売する商品がローソンチェーン店において取り扱われることにより当該商品に対する消費者の信用が高まること等から当該商品の継続を強く望んでいる」と解説している。渡邊静二・岩淵権「株式会社ローソンによる独占禁止法違反事件について」公正取引 576号（1998）88頁。

(3) 納入業者に係る事実認定

納入業者に対する事実認定としては、売上高の依存、取引による信用確保、売れ筋情報の依存、取引先の転換が困難、大規模小売業者が重要（有力）な取引先、継続的取引関係などを認定している。

第3期まで（27事件まで）では、納入業者にとって大規模小売業者が有力又は重要な取引先であり、当該納入業者が取引継続を強く望んでいるという定性的な認定を行っている。重要性の表現として、3事件、7事件及び13事件では「極めて有力」、14事件では「有力」、15から27事件まででは「重要」と表現しているが、この相違は判然とししない。また、7事件及び13事件では、当該納入業者が当該大規模小売業者との取引で他の取引先にも信用が得られることを、13事件では、当該納入業者にとってポスフルからの商品情報の獲得及び活用が事業経営上重要であることを認定している。これらは、資源依存関係により優越的地位を直接的に認定するものである。

他方、第4期（28事件以降）では納入業者の事実認定が精緻化されており、①納入業者の中には、今後の大規模小売業者との取引額の増加を期待する者が多い、②納入業者の中には、当該納入業者の売上高に占める大規模小売業者に対する売上高の割合が高いなど、大規模小売業者を主な取引先とする者が存在する、③納入業者の中には、他の事業者との取引を開始する又は拡大することにより大規模小売業者に対する売上高と同程度の売上高を確保することが困難な者が存在する、④納入業者の中には、大規模小売業者と取引がある自社の支店等の事業所の売上高に占める大規模小売業者に対する売上高の割合が高いことなどにより、自社の支店等の事業所と大規模小売業者との取引関係を重視する者が存在する、というように、第3期までの事件のように納入業者を1つの「グループ」でとらえて一律に認定することはせず、納入業者の一部（どの程度の割合かは不明だが）が、自社あるいは事業所の売上高に占める行為者との取引の割合が高い・取引額が大きい・安定している、取引額の維持を期待している、といった取引依存関係や取引額の増加を期待しているといった資源依存関係、他の事業者への取引転換・拡大による行為者に対する売上高と同程度の売上高の確保が困難といった取引先の転換可能性が低いことを複数の「グループ」に分けて認定している。ただし、このグループ間でどの程度の重複があるのかは認定されていない。おそらく、第1節で検討したとおり、公正取引委員会は、排除措置命令に際して、行為者である大規模小売業者と個別の納入業者間で生じた優越的地位の事実認定を個別の納入業者ごとに行っていると考えられる。

(4) 「優越的地位」と事実認定との関係

今まで検討してきたとおり、優越的地位と大規模小売業者・納入業者の事実認定との関係として、第3期まで（27事件まで）では、当該大規模小売業者は、売上高及び市場における地位から、納入業者にとって有力又は重要な取引先であると認定するのが主要な手法であることが分かる。当該納入業者は、売上高が多く、小売市場で地位が高い当該大規模小売業者と取引することで、一般的に取引量が多くなることや自己の信用力を高められること、買手市場であり取引の転換可能性が低くなることにより、当該大規模小売業者を有力又は重要な取引先と認識し、取引継続を強く望んでいると認定していると思われる。ただし、当該納入業者の当該大規模小売業者に対する依存関係及び取引先の転換可能性の様

態及び程度について、具体的に認定した事件は一つもない。ただし、表 2-3-3 のとおり、事件によっては消費者からの信用、売上高・店舗数の増加、売れ筋情報の依存とった資源依存関係を併せて立証しているものもある。

これらの事件は、一般指定、百貨店特殊指定及び大規模小売業告示に基づく規制事例であるが、大規模小売業告示ガイドラインでは、これらの事件の優越的地位の事実認定は全て「大規模小売業者を取引先とすることの重要性」を判断する要素（市場における地位・信用力・今後の成長可能性）であり、他の判断要素である「取引先の変更可能性」、「取引依存度」及び「商品の需給関係」は、どの事件でも認定されていないことが分かる。また、流通取引慣行ガイドラインの判断要素である、大規模小売業者との取引を失うことによる当該納入業者の事業経営に与える影響についても、明確にされていない。

また、3 事件を除き、大規模小売業者と継続的取引関係にあることを認定している。一般指定（1982）第 14 項第 1 号（購入・利用強制）及び第 2 号（従業員等の派遣要請・協賛金等の要請）並びにこれらを継受した第 4 期の第 2 条第 9 項第 5 号イ及びロでは、「継続して取引する相手方」が要件となっており、他方、一般指定（2008）第 3 号及び第 4 号並びにこれらを継受した第 4 期の第 2 条第 9 項第 5 号ハでは要件となっていない。百貨店特殊指定及び大規模小売業告示も同様に、継続的取引関係は要件となっていない。この点、学説には、これをもってホールドアップ現象による当該大規模小売業者の優越的地位を認定したものと捉えるものがある⁶⁷。しかし、ホールドアップは、取引特殊的投資が行われることで生じるものであり、これは、継続的取引において必ずしも行われるものではないため、当該認定をもって、ホールドアップが生じたことを認定していると捉えるのは早計だろう。特に、ホールドアップを生じる納入業者の設備投資につき、小売業態との取引形態、取扱商品等の特性により相違が生じる。第 1 部第 4 章及び第 5 章で検討したとおり、近年は、例えば、百貨店なら納入業者のブランドを用いた「イン・ショップ」の増加や、量販店、コンビニエンス・ストア等の短サイクル型流通システムの構築により、これらに対して設備投資を行う納入業者が相当程度存在していると思われるが、ディスカウント・ストア等、小売業態によっては、スポット取引に近く、設備投資の程度が比較的少ない小売業態も存在する⁶⁸。

第 3 期の事件では、大規模小売業告示に基づく規制であり、継続的な取引関係の存在は必ずしも要件ではないものの、公正取引委員会が正式の違反事件として取り上げる場合には、行政措置の必要性という観点から認定されているとする見解もある⁶⁹。さらに、27 事件には、大規模小売業告示が適用されたところ、納入業者に要件となっていない継続的な

⁶⁷ 滝川敏明「優越的地位の濫用—限定基準と事件例—」公正取引 655 号（2005）34 頁。

⁶⁸ 18 事件において、納入業者の取引先の変更可能性という見地からすれば、被審人納入する商品はそのまま他の小売業者にも販売可能な日用品等であり、人的資本やノウハウにしても、被審人に対してのみ有用なものがあるとは考えにくいとして、ホールドアップ問題は生じにくいとする見解がある。林秀弥「経済法判例研究会（第 159 回）取引先納入業者に対する従業員派遣・協賛金の要請—ドン・キホーテ事件[公取委平成 19.6.22 同意審決]」ジュリスト 1361 号（2008）181 頁。

⁶⁹ 川濱昇ほか「座談会 最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引 680 号（2007）11 頁〔岸井発言〕。

取引関係を認定したことについて、公正取引委員会の審査局長（当時）であった中島秀夫氏は、①押付け販売等、一般指定（1982年）で要件であった「継続的な取引関係にあるもの」の要件充足性を認定する必要はなくなったものの慣行として認定した、②当時、新たに制定された第2条第9項第5号の適用可能性も視野に入れていたこと等を理由として挙げている⁷⁰。これらのことから、スポット取引における単発の濫用行為では規制発動の必要性が低くなることと、優越的地位が一般的に継続的取引の下で生じるため、この優越的地位の前提条件を認定していると捉えられる。

そして、これらの事実認定を受け、納入業者は、大規模小売業者と納入取引を継続する上で、種々の要請に従わざるを得ない立場であることと、取引上の地位が劣っている（又は大規模小売業者が優越的地位にある）ことが認定されている。

第4期（28事件以降）では、大規模小売業者の売上高、市場における地位及び売上高・店舗数の増加という状況下、大規模小売業者と継続的な取引関係にある納入業者に、自社あるいは自社の事業所の売上高に占める割合が高い、売上高が大きい、取引額の維持・増加に期待しているという依存関係に加え⁷¹、取引先の転換により同程度の売上高の確保が困難という取引先の転換可能性を認定しており、これらの理由によって、取引の継続が困難になると納入業者の事業経営上大きな支障をきたすため、大規模小売業者の要請に従わざるを得ないと認定するのが主要な手法となっている。他方、取引先の転換可能性について、28事件ないし31事件では、行為者との取引におけるのと「同程度の売上高を確保することが困難な者が存在する（していた）」としているものの、32事件では「ダイレックスに対する売上高と同額又はそれ以上の額の売上高を確保することが困難な者であった」と認定しており、転換可能性が低いことを認定している。このことについて、31事件までは、取引先の転換可能性が低いことは、優越的地位の認定において必要条件ではなく、取引必要性を示す具体的事実のうちの一つにすぎないと位置付けられていたところ、32事件では、取引先の転換可能性が低いことを優越的地位の必要条件であると位置付けるものと評されている⁷²。継続的な取引関係の認定については、第4期（28事件以降）では、第2条第9項第5号イ及びロで「継続して取引する相手方」が要件となったため、明示的に立証していると考えられる。

第4期（28事件以降）の事実認定では、優越的地位ガイドラインで優越的地位を「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（行為者）が乙（取引の相手方）にとって著しく不利益な要請等を行っても、乙（取引の相手方）がこれを受け入れざるを得ないような場合」としており、その判断要素を取引の相手方の行為者に対する取引依存度、行為者の市場における地位、取引の相手方にとっての取引先変更の可能性、その他行為者と取引することの必要性を示す具体的事実（取引の額、行為者の成長可能性、

⁷⁰ 金井貴嗣ほか「座談会 最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引730号(2011)12頁〔中島発言〕。

⁷¹ 18事件では、被審人が急成長企業であり、納入業者が被審人の陳列作業や棚卸し・棚替え作業のために無償で従業員を派遣する代わりに、将来より大きな取引が可能となるという意味である種の「期待」を持っており、このような将来への見返りへの期待が優越的地位の源泉であったとする見解がある。林、前掲注68、181頁。

⁷² 長澤、前掲注9、67頁。

商品又は役務を取り扱うことの重要性、甲と取引することによる乙の信用の確保、甲と乙の事業規模の相違等)としており、ほぼガイドラインに沿って事実認定していることが分かる。

このように第4期(28事件以降)では、第3期まで(27事件以前)に比べ、優越的地位ガイドラインに従い、納入業者の具体的な依存関係及び取引先の転換可能性を認定し、大規模小売業者の優越的地位が生じていると認定する立証方法に変化している。

第2項 大規模小売業者以外の事業者に対する優越的地位の認定との比較

以上のような手法により、大規模小売業者の優越的地位が認定されているが、本節では、優越的地位の濫用規制を受けた、大規模小売業者以外の事業者に対する主な審決の事実認定と比較して検討を行う。

優越的地位の濫用に係る審決・排除措置命令としては、2つのパターンがあり、①ほかに適切な条項が見当たらない事件に対する法適用事例(以下「第1類型」という。)及び②大規模小売業者に係る事件と類似した適用事例(以下「第2類型」という。)である。第1類型としては、不公正な取引方法が、行為類型を指定した規制であるため、他に適当な適用条文が見あたらないときに採られた措置であり散発的に出現している⁷³。これらには、雪印事件、明治乳業事件、日本楽器事件及び全農事件が挙げられる。第2類型としては、大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制と同様に、明白に優越的地位の濫用行為を規制する目的をもって規制を行った事例である。これらには、北國新聞事件、三井住友銀行事件、カラカミ観光事件及びセブーン・イレブン・ジャパン事件がある。

(1) 市場におけるシェア

第1類型の事件では、行為者が属する市場において、シェアの高いことが認定されている。行為者が買手である全農事件では、全農が青果物用ダンボール箱の需要者に対する供給数量の東日本で約6割、全国で約5割のシェアを占めていること等を認定している。行為者が売手である雪印事件及び明治乳業事件では、育児用粉ミルクの国内総需要量の生産割合で明治乳業が首位で46%、雪印乳業は第2位で約30%を供給していることと市場が寡占状態であること、日本楽器事件では、日本楽器が主な鍵盤楽器及び管楽器の国内販売総量の過半を占めていることを認定している。これらの事実認定により、行為者が属する市場で支配的地位を有しており、また、市場の独占・寡占的構造により市場が閉鎖的であるため、相手方の取引先の転換可能性が著しく低いことを推定しているといえる⁷⁴。

⁷³ 上杉、前掲注8、402頁。

⁷⁴ 取引先の転換可能性の程度については、相手方が行為者以外の取引相手を全く見出すことができないことまでは要求しておらず、行為者と取引できないことが事業経営上大きな支障をきたす程度で足りるとの見解がある。向田直範「優越的地位の濫用(下請法含む)」日本経済法学会編『経済法講座 第3巻 独禁法の理論と展開[2]』(三省堂、2002)172頁。

これに対し、第2類型の事件では、大規模小売業者に対する審決・排除措置命令と同様に、行為者が市場支配的な地位にまで至っていないことが多い。行為者が買手であるカラカミ観光事件では、カラカミ観光の市場における地位（北海道の売上高及び収容人員が第1位）を認定している。行為者が売手である北国新聞事件では、北国新聞が石川県における一般日刊新聞の総発行部数の大部分を占めていることを認定しているが、他方、三井住友銀行事件では、①三井住友銀行の総資産額及び②総資産額の順位（第1位）を認定し、大規模小売業者が優越的地位の濫用規制を受けた事案であるものの、行為者が売手であり、フランチャイズ・システムの加盟者（買手）に対する濫用行為が問題となったセブン・イレブン・ジャパン事件においては、①店舗数・売上額及び②市場の地位（1位）を認定している。これらの事実認定は、行為者の市場における地位を中心に用いて大規模小売業者と近似した優越的地位の認定を行っていることが分かる。

(2) 依存関係・転換可能性

第1類型の事件では、取引の相手方が行為者に対して依存関係あるいは転換可能性を生じていることが認定されている。全農事件では、ダンボール箱の製造業者が1回当たりの取引量が多く、かつ安定的需要が見込め、代金回収が確実である全農との取引を強く望んでいることを認定している。雪印事件及び明治乳業事件では、需要者の銘柄指定に応じるため、相手方である小売業者及び卸売業者が行為者の育児用粉ミルクを常備する必要があること、日本楽器事件では、行為者のシェアが市場の過半を占めていること、地方公共団体等の購入ブランドの指名、ブランドイメージの需要者に対する浸透状況から、相手方が日本楽器の製造する「ヤマハ」鍵盤楽器を取り扱うことが有利であることを認定している。

1回当たりの取引量が多いこと及び安定的需要が見込めることは、取引の相手方の取引依存が強いことの事実認定であり、商品に対する銘柄指定性代金回収の確実性、取扱商品を常備する必要性、購入者の購入ブランドの指名、ブランドイメージの浸透は、取引の相手方の資源依存が強いことの事実認定である。これらの具体的な依存関係の認定に加えて、行為者の市場支配的な地位と独占・寡占的な市場構造から、一般的な関係として取引の相手方につき、依存関係が強いことと、取引先の転換可能性が低いこと、及び事業に与える影響が大きいと推定する手法が採られている。

第2類型の事件では、カラカミ観光事件では、同社と継続的な取引関係にある納入業者について、①カラカミ観光が重要な取引先であること、②取引の継続を強く望んでいることを認定しているが、この理由は具体的には認定されておらず、第3期まで(2009年まで)の大規模小売業者に対する「優越的地位」の認定と非常に近いものとなっている。

他方、北国新聞社事件では、相手方が中小規模の新聞販売業者であり、北国新聞の販売に伴う収入に依存して事業を行っていること、三井住友銀行事件では、融資取引を行っている中小事業者等の中には、①金融機関からの借入れのうち、主として三井住友銀行からの借入れによって資金需要を充足、②三井住友銀行からの借入れについて、直ちに他の金融機関から借り換えることが困難、③事業用地・設備購入に係る融資を受けることができなければ他の方法による資金調達が困難、といった理由から、三井住友銀行への依存関係と、他の金融機関への融資等の変更可能性が低いものが存在していることを認定している。セブン・イレブン・ジャパン事件では、①加盟者の統制等を行う加盟店基本契約の締

結、及び15年間の契約期間の延長又は契約の更新についての裁量権の保有、②加盟店で販売される商品のほとんど全てがセブン-イレブン・ジャパンの推奨商品、③経営相談員の指導、援助等と加盟者がそれに従っていることを認定している。他方、加盟者については、ほとんど全てが中小の小売業者であり、取引継続ができなくなれば事業経営上大きな支障を来すことを認定している。

行為者に販売収入を依存していること、借入により資金需要を充足していること、及び販売商品のほとんど全てが行為者の推奨商品であることは、取引の相手方の取引依存関係が強いことの実事認定であり、経営相談員の指導等に従っていることは、行為者に対し取引の相手方の資源依存関係が強いことの実事認定であり、借換え・他からの資金調達の困難性及び長期間の契約は取引の転換可能性が低いことの実事認定である。また、フランチャイズガイドラインでは、本部の加盟者に対する「優越的地位」の判断要素としては、①加盟者の本部に対する取引依存度（本部による経営指導等への依存度、商品及び原材料等の本部又は本部推奨先からの仕入割合等）、②本部の市場における地位、③加盟者の取引先の変更可能性（初期投資の額、中途解約権の有無及びその内容、違約金の有無及びその金額、契約期間等）、④本部及び加盟者間の事業規模の格差等を挙げており、セブン-イレブン・ジャパン事件では、ほぼこのガイドラインに沿って依存関係と取引先の転換可能性を認定していることが分かる。

(3) 大規模小売業者に対する優越的地位の認定との比較

大規模小売業者に対する審決・排除措置命令では、前述したとおり第3期まで（27事件まで）では、大規模小売業者の売上高や市場における地位といった事実認定により、納入業者が当該大規模小売業者に対して取引量や信用力で依存関係を生じていると推定し、当該納入業者が当該大規模小売業者を取引先とすることの重要性を定性的に認定している。第4期（28事件以降）では、依存関係については売上高の量・割合の取引依存関係、及び大規模小売業者と取引継続できないと同程度の売上高確保が困難という取引先の変更可能性が低いことが認定し、取引継続が困難になれば事業経営上大きな支障を来すことを認定している。他方、大規模小売業者以外の行為者における優越的地位の認定手法としては、第1類型では、具体的な依存関係の認定に加えて、行為者の市場支配的な地位と独占・寡占的な市場構造から、一般的な関係として取引の相手方につき、依存関係が強いことと、取引先の転換可能性が低いこと、及び事業に与える影響が大きいと推定する手法が採られている。

第2類型では、新聞特殊指定が適用された北國新聞事件では、第1類型と同様に依存関係と行為者の市場支配的な地位を認定している。他方、それ以外の事件では、行為者が市場支配的地位になく、それぞれの事件が2009年の独占禁止法の改正前の一般指定（2008）第14項が適用された事案である。このため、大規模小売業者に対する優越的地位の認定手法と類似した手法が採られている。カラカミ観光事件では、大規模小売業者の第3期までの事件における優越的地位の認定とほぼ同様な手法を用いている。三井住友銀行事件及びセブン-イレブン・ジャパン事件では、大規模小売業者の第3期までの優越的地位の認定より、更に多くの依存関係あるいは取引先の転換可能性の判断要素を用いて認定をしている。

このように、市場支配的な地位にない大規模小売業者に対する優越的地位の認定は、当該地位にある他の事業者における場合より、厳密に依存関係や取引先の転換可能性の立証を行う必要があるものの、実際には、第3期までは、他の事業分野における審決の具体的な事実認定に対して、大規模小売業者の売上高及び市場における地位等の間接事実から推定するという方法を用いていたものの、第4期では認定が精緻化されたことが分かる。

第3項 大規模小売業者に対する審決・排除措置命令における優越的地位の認定の問題点

(1) 間接的な判断要素による認定

本章で検討したように、大規模小売業者に対する審決・排除措置命令では、27事件までが大規模小売業者の売上高や市場における地位という間接的な判断要素による認定により、納入業者にとって大規模小売業者が有力又は重要な取引先であり取引継続を強く望んでいることを認定し、これをもって優越的地位を認定している。他方、28事件以降では、依存関係については特に販売依存度を用いて認定するように変化している。しかし、依存関係の認定があっても、当該納入業者について具体的な依存関係の事実、及び取引先の転換可能性の事実の詳細な認定や、当該取引継続が困難となったときの事業経営上大きな支障を来すことの認定が行われていない点が問題点として挙げられる⁷⁵。さらに、大規模小売業者の納入業者に対する依存関係及び取引先の転換可能性については、何ら認定されていない。このように事実認定が綿密に行われていないのは、公正取引委員会による審決の事実認定が非常に簡素であるという問題だけではなく、ほとんどの事件が審判で争われておらず、勧告審決又は排除措置命令で終結しており、対審構造により事実認定が精緻化されていないことも原因であろう。

学説では、7事件について、販売力を有するローソンが消費者から高い信用力を得ていることを重要視して、これに基づく依存関係から納入業者に共通して優越的地位が認められるとして、本件における優越的地位の事実認定の手法を評価するものがある⁷⁶。また、大規模小売業者の売上高や市場における地位は、容易に認定でき、客観性にも優れている。

しかし、これらの間接的な判断要素のみを用いて定性的な、しかも納入業者を一律に事実認定することは、優越的地位の事実認定として明確さに欠ける⁷⁷。より明確な事実認定

⁷⁵ 同旨として、7事件について、納入業者の依存度、納入業者の取引先転換の可能性の有無に関する事実等の具体的かつ客観的な判断を行うに足る事実認定が必要であったとする見解がある。岩本論「経済法判例研究会（第125回）総合量販店による『特売セール』向け商品の買ったたきと不当な従業員派遣の要請—ユニー(株)に対する件—公取委勧告審決平成17.1.7」ジュリスト1297号（2005）149頁。

⁷⁶ 柴田潤子「コンビニエンス・ストア・チェーンの納入業者に対する優越的地位の濫用—ローソン事件（公取委平成10.7.30勧告審決）—」ジュリスト臨時増刊1157号（平成10年度重要判例解説、1999）246頁。

⁷⁷ 同様に、経済学の見地から、行為者が商品を販売する市場における行為者のシェアや順位の大きさと、取引の相手方にとっての行為者との取引必要性の間に、直接的な因果関係があるとは必ずしもいえず、シェアや地位の順位を考慮要因とするのであれば、取引の相手方にとっての代替可能な取引先の中での行為者の重要性や、行為者・取引の相手方間の

を行うためには、優越的地位の直接的な判断要素（依存関係・取引先の変更可能性）の認定も併せて詳細に行う必要がある。特に、客観的な数値であり、個別の納入業者ごとに依存の程度も示すことができ、前出の納入業者に対する調査でも、最も重要な取引継続理由に挙げられていた取引依存度については、優越的地位を認定する有力な事実として精緻に認定する必要がある⁷⁸。また、納入業者にとって当該取引を失うことが事業経営に与える影響（大きな支障）の認定は、直接的に大規模小売業者の優越的地位の認定につながるため、詳細に行う必要がある⁷⁹。

例えば、7事件の担当官解説では、審決に記載されていないものの、納入業者がローソンに強く商品納入を望んだ理由として、①ローソンと取引がなくなった場合、大手の小売業者には既に継続的納入業者が存在するため、新たな取引先を発見できないこと、②取引依存度が高くない業者でも、単品の発注数量が多いため、生産工程の見直しが迫られ、また、コンビニエンス・ストア・チェーン向けの商品開発ができなくなることといった具体的な事実が指摘されている⁸⁰。これらの事実は、①については、納入業者における取引先の発見可能性の低さであるし、②については、取引特殊的投資を問題にしているといえる。17事件の担当官解説では、「ユニーと仲卸業者との取引においては、ほとんどの仲卸業者にとって、ユニーは取引額が大きく取引依存度の高い取引先である」として、ユニーが優越的地位にあるとしているものがある⁸¹。19事件の担当官解説では、①フジが四国地区の売上高等で最大手の総合量販店業者である一方で、納入業者の多くは中小企業であること、②納入業者の多くは当該納入業者の売上高に占めるフジに対する売上高は少ないものではないと認識していること、③納入業者の多くはフジに対する売上高に相当する新規の取引先を見出すことは困難であると認識していること、④納入業者の多くは、四国地区における売上を確保するためには、フジは重要な取引先であると認識しており、フジとの納入取引の継続を強く望んでいること等のフジと納入業者との関係を総合的に勘案してフジの優越的地位を認定している⁸²。

取引にかかる市場での行為者の地位及び取引の相手方の地位で検討すべきとする見解がある。石垣浩晶「優越的地位濫用規制の経済分析」NBL985号（2012）46頁。

⁷⁸ 三越事件において、「優越的地位は、個々の相手方との相対的な関係であるので、個々の納入業者について三越に対する販売依存度などを含めて具体的に判断される必要がある。そうだとすると、本件のような三越と納入業者一般という関係での検討のみで十分であったか問題が残されている。」との見解がある。根岸哲「百貨店による納入業者に対する購買力の濫用—三越事件—」ジュリスト臨時増刊792号（昭和57年度重要判例解説、1983）245頁。

⁷⁹ 三越事件の際に、三越も審決において当該論点を主張したし、同様に「三越と納入業者との取引において全ての関係で三越が優越的地位にあるのかどうか」疑問を呈する見解がある。小谷秀二郎『真実はどこにあるのか—三越対公取委—』（主婦と生活社、1980）127頁。

⁸⁰ 渡邊・岩渕、前掲注66、92頁。

⁸¹ 富田隆博「ユニー株式会社に対する勧告について」公正取引655号（2005）73頁。

⁸² 善本悟郎「株式会社フジによる独占禁止法違反事件について」公正取引658号（2005）53頁。

排除措置命令では、これらの事実のように、公正取引委員会が事件を審査するに当たり収集している証拠に基づき、複数の判断要素を用いて優越的地位を詳細に認定することが重要であるといえる。

(2) 市場における地位の認定

仮に間接的な判断要素である市場における地位（順位）を優越的地位の判断要素として用いるとしても、当該「市場」の範囲、業態や地理的条件をどの単位で捉えるかという問題が生じる。当該大規模小売業者の属する市場の画定の仕方によっては、恣意的に順位を高めることが可能となるためである。例えば大規模小売業者は、1つの企業が複数の小売業態を有する場合も多く、小売業態の区分を超えて、当該大規模小売業者全体として同一の濫用行為を行っている場合の「市場」の取り方は難しく、この場合に分母と分子にどの数値を用いるべきか判然としない以上、地位（順位）を出すのは容易でない。具体的な例を挙げれば、百貨店と総合スーパーの双方の事業を営む大規模小売業者が納入業者に対し同一の優越的地位の濫用行為を行った場合、当該小売業者の市場は、百貨店、総合スーパーいずれの市場か、またはそれぞれ合わせ、あるいは個別に認定するのかということである。

例えば、20 事件では、規制対象となったバローを食料品スーパー業者であるとともに、ホームセンター業者であるとして、東海地方のうち3県に係る地域の食料品スーパー業界及びホームセンター業界における地位をそれぞれ第1位と第3位と認定している。同様に26 事件では、島忠は家具を取り扱う家具商品部とDIY用品を取り扱うホームセンター商品部を有していることが認定されている（ただし、市場における地位は認定されていない。）。

これらの事案では、納入業者から仕入を行う商品部がそれぞれの事業で分かれていたためこのような認定になったと思われるが（濫用行為もそれぞれの商品部で行われた行為を書き分けている）、仕入部門が明確に区分されていない場合、あるいは経営する小売業態が更に複雑に入り組んでいる場合には、分母となる業態の売上高をどのように捉えるか、分子となる大規模小売業者の売上高をどのように捉えるか困難な場合もある。

また、新たに出現した小売業態については、「市場」自体が成立していない可能性がある。

例えば21 事件では、規制対象となったニシムタが、九州南部の区域に本店を置く住関連品を中心とした商品の小売業者の中で最大手であるとともに、同区域におけるスーパーセンターを展開する小売業者の中で最大手の業者であるとしている。これについて担当官解説では、ニシムタは、ホームセンターに食品スーパーを組み合わせたいわゆるスーパーセンターを多店舗展開しており、住関連商品が過半を占めながらも売上構成比が70%に満たず、商業統計調査における業態分類では「その他スーパー」に分類される事業者である。このため、ニシムタと競争関係にある事業者はホームセンターであるところ、その他スー

パーで認定した場合に実態とそぐわないため、住関連品を中心とした商品の小売業者として認定したとしている⁸³。

このように、1つの企業が複数の小売業態を有する場合や、一般的ではない小売業態あるいは新たな小売業態の場合に、当該小売業態が属する「市場」を狭くとらえれば、あるいは売上高を幅広く捉えれば、「市場」の順位は高くなることとなり、公正取引委員会の恣意的な運用により、判断要素がゆがめられる危険性をはらんでいる。

これと同様に、分母となる小売業態の売上高について、「市場」の区域をおおむね全国規模、又は都道府県単位若しくはこれら複数を単位とする地方で認定を行っている。公正取引委員会は、大規模小売業者の「市場」における地位の認定について、大規模小売業告示ガイドラインではシェア、順位、ブランド力等を例示しているが、「市場」の地理的範囲については、「取引実態に応じて地域レベルでみるほか、全国レベルでみることもある」としている⁸⁴。この場合にも問題が生じる場合があり、これは、区域の範囲を恣意的に調整することにより順位が高くなるように調整することも可能となるためである。また、例えばある県で「市場」の順位が高く優越的地位にあると認定したことをもって、他の県で実際には優越的地位は生じていないにもかかわらず当該他の県における優越的地位を認定することにもつながり得るため、区域の範囲の考え方と立証手法については検討を要する事項である。

(3) 大規模小売業者側の依存関係・取引先の転換可能性の認定

納入業者について、大規模小売業者に対し依存関係がある、あるいは取引先の転換可能性が低い等、大規模小売業者が優越的地位を生じる要因は認定されているものの、大規模小売業者について、納入業者に対し依存関係がある、あるいは取引先の転換可能性が低い等は認定されていない。このような事実がないため認定されていない可能性もありうるが、大規模小売業者が納入業者に対して依存関係を生じ、あるいは納入業者との取引の転換可能性が低い場合、大規模小売業者の納入業者に対する優越的地位は生じず、場合によっては納入業者が大規模小売業者に対し優越的地位に立つ場合もありうる。この点、取引依存関係を基準として用いる場合、納入業者の販売依存度ではなく、大規模小売業者の仕入依存度も検討すべきである⁸⁵⁸⁶。同様に、大規模小売業者からみた納入業者の転換可能性も検

⁸³ 北園敏幸ほか「株式会社ニシムタによる独占禁止法違反事件について」公正取引 682号(2007)70頁。

⁸⁴ 公正取引委員会、前掲注52、備考第3項。

⁸⁵ 大規模小売業告示で、公正取引委員会の「取引依存度」の運用について、納入業者の販売依存度だけでなく、大規模小売業者の仕入依存度も比較した方が現実的かつ理論的にも承認できる判断がしやすくなるとする見解がある。根本、前掲注31、10頁。同様に、優越的地位ガイドラインの、優越的地位形成を判断する4要素は、相手方から見た行為者の関係のみを問題とするのではなく、優越的地位が相対的な優劣関係を意味することからは、行為者から見た相手方の関係も考慮されるべきであるとの見解がある。田村次朗ほか「優越的地位の濫用に関する実務上の問題点」NBL990号(2012)31-32頁。

⁸⁶ 公正取引委員会の職員が執筆した解説書にも同様な記述がみられ、公正取引委員会も当該要因を認識していると思われる。具体的には、「一見、AがBに優越しているように見える場合であっても、もう一方の当事者の立場から、AのBに対する取引依存度、Bの市

討する必要がある⁸⁷。他方、公正取引委員会は、大規模小売業告示ガイドラインの見解として、「納入業者の販売依存度と大規模小売業者の仕入依存度の相対的な関係をみることも一つの方法と考えられる」とするものの、大規模小売業告示ガイドラインに掲げられている要素を総合的に勘案して判断するとしている⁸⁸。ただし、これら複数の判断要素を用い、あるいは大規模小売業者の事情を用いる場合には、結局これらを「総合的に考慮」することになるだろうが、これら総合考慮のプロセスを明確化することが必要となるだろう⁸⁹。

(4) 「濫用行為」による「優越的地位」の認定

間接的な判断要素を用いた認定という問題のほか、公正取引委員会が濫用行為の行われている事実を優越的地位の判断要素としている点が問題として挙げられる。公正取引委員会は、大規模小売業告示ガイドラインの原案への意見に対する考え方で、「小売業者が納入業者に対して、告示に挙げられている行為を行うことは、当該小売業者が優越的地位にあることを補強する事実とはなるが、そのことのみをもって、直ちに当該小売業者が当該納入業者に対して優越的地位にあるとは言えない」としている⁹⁰。他方、例えば、18事件における公正取引委員会の主張は、ドン・キホーテが棚卸し等における従業員等の派遣要請を納入業者に対して行っていたことをもって、「被審人と納入業者との関係が対等でないことの証左だ」としているし⁹¹、3事件及び15事件でも、担当官による事件の解説で同様な考え方が主張されている⁹²。学説にも、優越的地位の判断要素を特に検討する必要はなく、「納入業者の地位についての判断は、問題となった行為から必然的に導き出される。

場における地位、Aにとっての取引先変更の可能性、その他Bと取引することの必要性を示す具体的事実をみると、今度は、BがAに対して優越しているという結論となることもあり得る」としており、相対的優越性の判断は、どちらが優越的地位にあるかを先に決めてその根拠付けを行うものではないとしている。菅久修一編『独占禁止法』（商事法務、2013）169-171頁〔伊永大輔〕。

⁸⁷ 同様に、経済学からの見地として、行為者にとって取引の相手方以外の取引先変更が容易であるということが要件になると考えられるとする見解がある。石垣、前掲注 77、46頁。

⁸⁸ 公正取引委員会、前掲注 52、備考第 3 項。

⁸⁹ この点、排除措置命令で優越的地位形成の考慮事項がどのように総合考慮されているか明記されておらず、また、排除措置命令においては考慮事項として掲げられていない濫用行為が行われている事実も優越的地位の認定根拠とされているとするものに、白石・多田編、前掲注 62、90 頁〔石井崇〕。

⁹⁰ 公正取引委員会、前掲注 52、備考第 3 項。

⁹¹ 公正取引情報編集部「『ドン・キホーテ』に対する第 1 回審判一審査官、従業員派遣要請の実態詳述 被審人、全面对決姿勢」公正取引情報 1987 号（2005）16 頁。18 事件を初めとして、同種事案の他の審決例についても多かれ少なかれ妥当するとした見解がある。林、前掲注 68、181 頁。

⁹² 鈴木満「三越事件が提起した法的諸問題」NBL 262 号（1982）17 頁。牛木政志・渡辺啓一「株式会社ミスターマックスによる独占禁止法違反事件について」公正取引 652 号（2005）50 頁。

……（濫用行為が行われることにより）取引上の地位の優劣は明白であり、あらためて立証する必要はない」と主張するものがある⁹³。

濫用行為に不当性が生じるのは、要件上、優越的地位を利用して行われた場合であり、優越的地位の存在による濫用行為の不当性の認定と、濫用行為の存在による優越的地位の認定との間で「循環論」に陥る可能性もある⁹⁴。さらに、濫用行為が行われていることで優越的地位を認定することは、すなわち優越的地位の判断に関係なく濫用行為の外形のみをもって不当性を判断することとなり、ひいては濫用行為自体に不当性があることにつながるため、当該認定を重視した運用には疑問が残る。同様に、優越的地位ガイドラインの定義の観点からも、「乙にとっての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こと」に求められるため、例えば相手方が行為者に対し何らかの義理があるため行為者からの不利益な要請等を受け入れざるを得ないとしても、行為者との取引継続が困難になることが相手方の事業経営上大きな支障を来すというレベルに達するものでないならば、行為者は、優越的地位にあるとは認められないとされている⁹⁶。あくまでも、当該認定は慎重に用い、直接的な判断要素による事実認定の補強的な役割にとどめるべきである。

このような濫用行為による優越的地位の認定方法に対する私見を受け、舟田正之教授は、優越的地位と濫用は、法文上は明白に別個の要件であり、この問題は公正競争阻害性に関する事実認定の仕方にかかわる問題と指摘されている。他方、「具体的な解釈・事実認定の次元では、一般的には、優越的地位がなければ行われなかったであろう行為か否か、あるいは『対等な当事者間において通常付せられるであろう条件との比較を中心として判断される』というほかはない」として、「優越的地位と濫用（＝公正競争阻害性を有する行為）は相関連して判断されることにならざるを得ない」としている⁹⁷。そして、優越的地位は現実の取引関係で広範にみられることであり、「濫用と区別される優越的地位は取引の相手方に対する相対的優越性として広く解しておき、あとは濫用か否かの判断にゆだねるとするのが妥当」としている。

⁹³ 正田彬『全訂独占禁止法 I』（日本評論社、1980）443 頁。

⁹⁴ 拙稿、前掲注 18、298 頁。

⁹⁵ 岸井大太郎ほか、前掲注 22、15 頁〔岸井発言〕。岸井大太郎教授は、濫用行為の外形により、優越的地位を推定することが可能な行為類型と、それがどこまで推定することが可能かを検討する必要があると主張しているが、優越的地位の認定を経ない不当性認定は、要件を逸脱するものであり、過剰規制のおそれが生じるため、慎重に検討する必要がある（詳細は第 4 章第 8 節を参照）。

⁹⁶ 長澤、前掲注 4、71 頁。同様に、「甲との取引が切れてしまったとしても支障はないが、今後の取引に照らして考えれば当面は甲の要請におつきあいしておいたほうが相対的にトクである、という場合があることは、十分に考えられ」、これは濫用は満たすが優越的地位を満たさないということになるとの見解がある。白石、前掲注 19、16 頁。特にこのような事例は、継続的取引の開始時あるいは初期のころに多いように思われる。これは、継続的取引が深まらないうちは、依存関係が高くなく、あるいは取引先の転換可能性が高い場合が多いと考えられるためである。

⁹⁷ 舟田、前掲注 23、549 頁。

しかし、第1章で検討したとおり、企業間取引における私的自治に介入し、名宛人に行政処分や重い課徴金等のペナルティを課す優越的地位の濫用規制において、排除措置命令の対象となる範囲は、大規模小売業者が優越的地位に立つ納入業者の範囲、行われた行為が濫用行為となる範囲等から厳密に画定する必要があり、「相関連して判断」されると要件の一つである優越的地位の範囲を判断しないこととなり、「広く解する」と優越的地位の範囲が過大となり過剰規制のおそれが生じる結果となる。このため、「具体的な解釈・事実認定の次元」でも、優越的地位と不当利用を立証する必要が生じる。また、第1部第3章及び第4章で検討したとおり、これまで審決で濫用行為とされた取引条件等の中には、例えば納入業者にも利益がある行為等、不利益行為となる限界があいまいなものもあり、あるいは、納入業者が大規模小売業者に対して自社のマーケティング戦略の一環として自主的に行う場合や投資として行う場合もあり、「濫用か否かの判断」では、納入業者にとって不当に行われたか否か判然としないことも多く、結局のところ、行為の外形をもって常に大規模小売業者が優越的地位にあることに疑問が残る。

(5) 大規模小売業者の商品部単位・納入業者の支店単位等での認定

(2) でも検討したが、排除措置命令において行為者の企業をいくつかの組織に分解して、それぞれの組織別に事実認定を行う場合がある。20事件では、排除措置命令の対象となった違反行為は、スーパーの納入業者と取引を行うSM商品部及びホームセンターの納入業者と取引を行うHC商品部が、それぞれの納入業者に対して行っていたものであり、排除措置命令では、SM商品部及びHC商品部の行為をそれぞれ分けて認定している⁹⁸。同様に、前述したとおり26事件では、島忠は家具を取り扱う家具商品部と、DIY用品を取り扱うホームセンター商品部を有していることが認定されている。

他方、納入業者の企業をいくつかの組織に分解して、それぞれの組織別に事実認定を行う場合もある。28事件では、納入業者の売上高に占める山陽マルナカに対する売上高の割合が高いなど、山陽マルナカを主な取引先とする者が存在するとしたほか、「山陽マルナカと取引がある自社の支店等の事業所の売上高に占める山陽マルナカに対する売上高の割合が高いことなどにより、自社の支店等の事業所と山陽マルナカとの取引関係を重視する者が存在する」と認定しており、31事件では、納入業者の総売上高に占めるラルズに対する売上高の割合が高い又はラルズに対する売上高が大きい者が存在していたとするほか、「ラルズと取引がある自社の支店等の事業所が自社にとって重要な拠点であって、当該事業所の売上高に占めるラルズに対する売上高の割合が高い者が存在していた」と認定している。これらの考え方について、公正取引委員会は、優越的地位ガイドラインの原案に対する意見に係る考え方で「特定の事業の経営にのみに大きな支障を来たす場合であっても、当該特定の事業が当該事業者の経営全体の中で相対的に重要なものである場合などには、『事業経営上大きな支障を来す』ことがあり得ます」としている⁹⁹。

⁹⁸ 西村幸夫・佐々木竜二「株式会社バローに対する排除措置命令について」公正取引 676号(2007) 59頁。

⁹⁹ 公正取引委員会、前掲注7、9頁。

このような考え方について、(2)で検討した市場における地位の認定の際には、市場の画定の仕方によっては行為者である大規模小売業者の地位を恣意的に高くすることが可能となると指摘したが、納入業者の取引依存関係の算定については、大規模小売業者をいくつかの組織ごとに分解したとしても、販売依存度の算定に用いるのは納入業者の総販売額と当該大規模小売業者に対する販売額なので、納入業者の組織を分解しない限り行政処分を受ける大規模小売業者の不利にならない。他方、納入業者をいくつかの組織ごとに分解して取引額を検討する場合、納入業者の総販売額及び当該大規模小売業者に対する販売額の双方が変動するため、販売額の割合によっては認定上問題が生じることがあり得る。

具体的な例を挙げると、A県では仕入金額1,000,000で、B県では仕入金額100である大規模小売業者がいたとする(全社の総仕入金額は1,000,100)。そしてA県の支店では当該大規模小売業者への販売金額が100で当該支店の総販売金額が100(販売依存度が100%)、B県では当該大規模小売業者への販売金額が100で当該支店の総販売金額が1,000,000(販売依存度0.01%)である納入業者がいたとする(総販売金額は1,000,100)。この場合、A県だけ見れば、当該納入業者のA県の支店の大規模小売業者に対する販売依存度が100%であり、一見すると量的な取引依存関係を生じているとみえる。他方、B県の支店の販売依存度が0.01%であり、量的な取引依存関係は生じていないといえ、企業全体でみても当該納入業者の当該大規模小売業者に対する販売依存度は、0.02%となる。このような状況下でどの数値を用いて、どの範囲で優越的地位を認定するのか、更に進めて言えば濫用行為を認定するのかという問題が生じる。

不適切と思われる手法として、A県での販売依存度が100%であることをもって当該大規模小売業者の優越的地位を認定して、B県で行われた不利益行為も濫用行為として排除措置命令の対象とすることである。この認定方法では、当該納入業者全体の販売金額に占めるA県の販売金額のシェアは0.01%であり、この程度の取引を失っても、おそらく当該納入業者の事業経営にさほどの支障は来さないだろう。このため、素直に考えれば、A県のみで当該大規模小売業者の優越的地位を認定するか、企業単位でみて納入業者にとってのA県の当該大規模小売業者との取引の重要性が全社で重要であることを認定して納入業者全体で当該大規模小売業者が優越的地位にあると判断するか、優越的地位にないと判断するかのいずれかが正当であろう(また、本設問でいえば、B県の当該大規模小売業者の当該納入業者に対する仕入依存度は100%であり、この点も検討要素に加えることは本稿で説明したとおりである。)

もう一つ検討しなければならないのが、同一の企業内であっても、分解した事業同士のそれぞれの意思決定が別の事業に影響を与えるかどうかということである。前述したとおり大規模小売業者の店頭の品揃えを形成する商品には、本部が一括して仕入れるものがあるほか、地域ごとあるいは店舗ごとに仕入れるものに分かれる。これらについて、販売依存度等を算出する際にどのように区切るのかも問題となり、また、現実的な企業の決裁方法として、全ての濫用行為に係る費用、リスクの負担がA県の当該納入業者内のみで決裁されるかという問題もある。この場合、当該負担がB県にある当該納入業者の本社の決裁であるとすれば、企業として当該大規模小売業者に依存していない以上、自由かつ自主的な判断で当該負担を受け入れていると判断することもできる。さらに、会社として当該大規模小売業者の要請を十分断れる地位を有していたにもかかわらず、担当者レベルで断り

きれずに濫用行為を受け入れた場合、当該大規模小売業者は当該納入業者に対して優越的地位に立っていないにもかかわらず、濫用行為が行われることとなり、当該濫用行為が規制の対象となるかは論点となる。

ここで根本的に検討しなければならないのは、企業という組織をどこまで細分化して認定するのが妥当かということである。企業単位、支店単位、部単位、課単位、係単位、営業個人単位と細分化して一部分を切り取れば取引依存関係が高まる可能性も高まり、優越的地位を生じていると認定しやすくなる。逆に優越的地位にないと認定された納入業者においても、優越的地位が生じている一部分が見いだされる可能性もある¹⁰⁰。また、濫用行為の受け入れについて、当該優越的地位が生じている一部分に、当該大規模小売業者の濫用行為を受け入れることを決裁する職務権限があるのかどうか検討する必要がある。

これらの点を具体的に当てはめると、28 事件における「自社の支店等の事業所の売上高に占める山陽マルナカに対する売上高の割合が高い」ことだけでなく、全社の売上高に占める販売依存度、あるいは納入業者の支店等の当該事業所が当該納入業者全体に占める重要性（売上高のシェア等）を検討する必要がある、その依存関係が強ければ、当該納入業者が「取引関係を重視する」との認定につながろう。いずれにせよ、これら認定手法とその範囲により、課徴金が課される取引の範囲に相違が生じるため、判断要素を含めて認定を精緻化する必要がある¹⁰¹。

31 事件においては、28 事件に比べ、「自社の支店等の事業所が自社にとって重要な拠点」であり、かつ、「当該事業所の売上高に占めるラルズに対する売上高の割合が高い」ことを認定しており、28 事件より当該納入業者のラルズに対する依存関係をより強く推定させるものとなっている点は評価できる¹⁰²。

このように、これらの理由から、支店単位の認定方法には疑問があり、仮に支店単位で認定するならば、決裁の方法、本部一括・地域ごとの仕入方法等、より精緻な認定が必要になるといえる。特に規制を受ける大規模小売業者からすれば、企業を分解して捉えるこ

¹⁰⁰ この点について、「分母を全体の売上高ではなく、特定の事業、支店、商品類型に限定する考え方があり得る。もっとも、このような考え方は、取引依存度を殊更に高くなる分母を設定する裁量を公取委に与えることとなるため、適切ではない」とする見解がある。田村次朗ほか、前掲注 85、30-31 頁。

¹⁰¹ 本件における支店等の取引依存度は、当該支店等ではなく当該支店等を有する特定納入業者が劣位にある旨の事実を認定するための根拠とされており、このような事実認定を前提とすると、当該支店等との間の購入額ではなく、当該支店等を有する特定納入業者との間の購入額が課徴金算定の基礎とされることとする見解がある。平山賢太郎「独禁法事例速報 優越的地位濫用事件における初の課徴金納付命令[公取委命令平成 23.6.2]」ジュリスト 1430 号 (2011) 53 頁。

¹⁰² この認定手法につき、「全国的に活動している特定納入業者の中にはラルズに対する取引依存度が高いといえない場合もあり、そのような納入業者に対してラルズが優越的地位にあるとはいえないとの反論を回避するために、納入業者の支店との取引関係を基準とし、さらに、当該支店が納入業者にとって重要な拠点であると認定することで、ラルズとの取引の重要性及び必要性をより強調し、優越性を認定できるとしたものである」とする見解がある。秋葉健志「独禁法事例速報 地方の有力小売業者について、優越的地位を認定した事例—ラルズ事件—」ジュリスト 1459 号 (2013) 5 頁。ただし、このような「優越的地位」ありきで、これを立証するために認定を恣意的に歪める方法には疑問がある。

とにより、支店単位で劣位にあると認定された納入業者の企業規模が大きい場合に不満が生じる可能性が高く、かつ、課徴金導入の範囲に直接影響が出るものであるため、特に留意が必要である¹⁰³。

(6) 営業担当者に係る認定

(5)と同様な問題として、大規模小売業者が営業担当者個人に対し行った不利益行為が優越的地位の濫用規制上違反とされるかについては検討の余地がある。これらの問題は、特に個人で購入が可能な押し付け販売が行われるときに生じやすく問題となりうる¹⁰⁴。大規模小売業告示ガイドラインでは、押し付け販売の考え方について、「仕入担当者等の仕入取引に影響を及ぼし得る者が購入を要請すること」が違反となるとしているが、この「要請」には、「納入担当者に購入を要請する場合を含む」としている。

納入業者の営業担当者等の個人に対する押し付け販売が違反とされた事例として、25事件がある。ここでは、①納入業者に直接要請し、納入業者が購入した場合、②納入業者の従業員を通じて納入業者に要請し、納入業者が購入した場合、③納入業者の従業員に対して購入を要請し、従業員が購入した場合、の全てが押し付け販売に当たると認定された。そして、担当官解説では、③について、大和の仕入担当者から商品の購入を要請された納入業者の従業員は、当該購入要請に応じなかった場合に、自らが所属する納入業者と大和との取引に悪影響が出るのではないかとすることを考慮して、大和からの購入要請に応じざるを得ない状況にあったと認められ、押し付け販売に当たると判断したとしている¹⁰⁵。

この点、納入業者に所属している営業担当者個人が受け入れたことをもって、納入業者が受け入れざるを得ず、大規模小売業者が優越的地位にあるとの結論に直結するのか検討の余地がある¹⁰⁶。つまり、会社単位では当該大規模小売業者が優越的地位になく、濫用行

103 28事件、29事件及び30事件の批評においても、「家電製品の有力メーカーの多くは総合電機メーカーでもあり、家電以外の電気製品による売上げが十分にある有力メーカーも多数あるだろう。全国規模でみた場合や事業規模でみた場合に、乙の方が企業体として有力であると評価しうる場合は十分想定しうる。このような場合に、甲の地位が乙に優越していると判断されれば、企業としては『乙の方が大企業なのに』などと違和感があると思われる」とする見解がある。そして、特に課徴金制度が、中小事業者等に不当な不利益をもたらすことに鑑みて導入された経緯に照らすと、取引の範囲を広く捉える必要はないとする。矢野智美「京都企業の独禁法対応（第4回）最近の優越的地位の濫用事件」ビジネス法務12巻8号（2012）145-146頁。同様に、企業の社会的責任が特に問われるような大企業では、自らが法違反を行わないだけでなく、取引先企業に対しても法違反を行わないよう注意喚起をすべきであり、このような観点から大企業を優越的地位の濫用規制の保護対象にすべきではないとの見解もある。横田直和「最近の優越的地位の濫用規制等の動向—下請法化する濫用規制と独占禁止法化する下請法—」公正取引757号（2013）17頁。

104 無論、他の不利益行為の受け入れでも、営業担当者に決裁権限があれば生じうる。

105 大澤一之「株式会社大和による優越的地位の濫用事件について」公正取引705号（2009）70頁。

106 25事件の当該論点を巡り、「問題にされているのは事業者に対する不利益ですが、本件のように、従業員の被る不利益もその一環として構成するということは十分に可能だと思います」（岸井発言）、「従業員の地位も最終的には納入業者に帰することになるのが

為の受け入れを十分断れる状況であっても、営業担当者個人が自らの事情で受け入れた場合（例えば本人のノルマの達成のため、パートナーで受け入れる等）まで、大規模小売業者が当該納入業者に対して優越的地位に立つのか、あるいはこれらの行為を規制すべきかは議論が必要である。

(7) 大手メーカーに対する認定

24 事件では、納入業者に大手メーカーや大手メーカーの販売会社が含まれているところ、これら納入業者の取引上の地位が、我が国の家電量販店の中で最大手であるヤマダ電機に対し劣っているか否かは排除措置命令上明示されていない（30 事件も事実認定は精緻化されているものの、大手の家電量販店であり同様の問題を含んでいる。）。この点について、24 事件の担当官解説では、本件で違反とされたリカバリー作業（設定の初期化等の作業）に係る従業員等の派遣要請について、パーソナルコンピュータ及びデジタルカメラの納入業者は、そのほとんどが大手メーカー又は大手メーカーの販売会社であることからすれば、これらの地位についても、その取引上の地位がヤマダ電機に対して劣っていると判断されたものと考えられ、このような判断は、大手メーカー又は大手メーカーの販売会社にとって、ヤマダ電機が最大手の業者であること、規模を拡大していること、取引先として重要であること、取引依存度、ヤマダ電機との取引の継続が困難になった場合の他の取引先への変更可能性、ヤマダ電機からなされた種々の要請に対する大手メーカー又は大手メーカーの販売会社の対応状況などが総合的に勘案された結果であるとしている¹⁰⁷。優越的地位ガイドラインにも、「大企業と中小企業との取引だけでなく、大企業同士、中小企業同士の取引においても」優越的地位が生じるとしており、公正取引委員会もこのような場合も本規制の対象とする考え方であると思われる。また、このように納入業者が世界的メーカーである場合、代替的取引先がないわけではないが、大規模小売業者が持つスペースや棚等のディスプレイに関する裁量権限に基づくものであるとの見解がある¹⁰⁸。

他方、ヤマダ電機にとっても、家電小売市場の競争が激しいことや大規模な店舗を有すること等を勘案すると、大手メーカーの供給する商品に依存関係が生じている側面があり、

通例であり、また、従業員が不利益を受ける理由というのも、結局、納入業者が不利益を受けるのと同じ理由に帰するわけですね。利用継続をしてもらいたいということに関しては、おおよそ同じ地位に立っているかですからね」〔川濱発言〕との見解が示されている。川濱昇ほか「座談会 最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引 704 号(2009) 14 頁。確かに理論的にはそのような構成が可能かもしれないが、実際に納入業者に対して大規模小売業者が優越的地位を形成していたか、押付けられた商品の購入費用を負担していない納入業者に不利益があったのか等、更に検討を深める必要がある。

¹⁰⁷ 平澤徳善ほか「株式会社ヤマダ電機に対する排除措置命令について」公正取引 698 号(2008) 56-57 頁。

¹⁰⁸ 越知保見「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) 24-25 頁。同様に、家電量販店のバイイング・パワーは、「地域において存在し得る販路というのは初めから総量が限定されており、かつ、その地域においてその重要な販路に対するショップスペース、店頭上の棚の空間を占めることが販売するメーカーにとって重要な投入要素である」として、競争上の優越性を持つゆえであるとする見解がある。川濱昇ほか、前掲注 106、12 頁〔川濱発言〕。

取引継続ができずに商品の供給が絶たれ、店頭で陳列されなければ、買回品であり比較購買される傾向のある家電製品の品揃えが不完全になることから、家電小売市場において、明らかに店舗の競争力が落ちることとなる。また、これら大手メーカーから店頭で適法に派遣されている販売力・技術力を有するヘルパー（手伝い店員）がいるとすれば、ヤマダ電機はこれらヘルパーの販売力に資源依存関係を生じているはずであり、取引継続ができずに当該ヘルパーが引き上げられることにより、ヤマダ電機に経営上の支障を来す要因となる。

これらの点から、ヤマダ電機も大手メーカー又は大手メーカーの販売会社に依存関係を生じていることは容易に想像される。このように大手の家電量販店と家電メーカーは双方とも相手方に対して依存関係を生じていることから、真に大規模小売業者が優越的地位に立っているか疑問がある。

さらに、優越的地位の認定には、「事業経営上大きな支障を来す」ことが要因であるとすると、事業規模が大きく取引先の転換に対する体力のある大企業に優越的地位が生じるのかという問題もある¹⁰⁹。このため、納入業者が大規模な事業者である場合については、双方の依存関係・取引先の転換可能性について綿密に立証して判断すべきであろう。

(8) 排除措置命令の範囲の不明確さ

第3期まで（28事件まで）の審決・排除措置命令では、大規模小売業者の地位が優位である納入業者に対する濫用行為のみを排除措置の対象としているものの、当該納入業者の範囲が不明確なため、当該大規模小売業者にとっては、どの納入業者に対する濫用行為を取り止めれば良いか不明確であり、結局、全ての行為を取りやめる必要がある点が問題として挙げられる。

例えば、3事件では、「三越は極めて有力な取引先であり、同社にその販売する商品を納入する事業者……は、同社と納入取引を行うことを強く望んでいる状況にある」と認定し、押し付け販売あるいは協賛金の負担要請を受けた納入業者は、同社と商品の納入取引を継続して行う立場上、購入あるいは費用負担を余儀なくされていると認定している。この認定によると、三越はすべての納入業者に対して極めて有力な取引先であり、優越的地位に立つように読むことができる。また、主文では、納入業者に対して濫用行為の取り止め等を命じており、この点からも全ての納入業者に対する行為の取り止めを命じているように読める。7事件では、「ローソンと継続的な取引関係にある日用品納入業者の大部分は、ローソンとの納入取引を継続する上で、納入する商品の品質、納入価格等の取引条件とは別に、ローソンからの種々の要請に従わざるを得ない立場にある」と認定しており、「大部分」との表現から全ての納入業者との取引が規制対象となっていないと読むことができる。ただし、主文では、「日用雑貨品の納入業者に対して」の濫用行為の取り止めを命じており、この点、取り止めの対象は全納入業者となっているように読める。

¹⁰⁹ 川濱昇教授は、「相手方の体力が強いか弱いかというのも、優越的地位の認定には重要なことも当然で、体力があれば、濫用的行為を行わない取引相手を見つけ出すだけの余裕があるだろうから、関連する要因だとは思いますが」としている。川濱昇ほか、前掲注106、12頁〔川濱発言〕。

13 事件以降の事件では、納入業者については、「多く」あるいは「相当数」の納入業者が行為者である大規模小売業者の要請に従わざるを得ない立場にあると認定し、さらに、主文でも、濫用行為の取り止めを、取引上の地位が行為者に対して劣っている、あるいは行為者の地位が優越している納入業者に対しての行為のみ命じている。これらの認定であれば、優越的地位に立たない納入業者が存在し、これらに対する濫用行為は取り止めの対象から除外されるものの、その除外される範囲（納入業者）が画定されておらず、結局のところ、行為者側から見れば、どの範囲の濫用行為が違反とされているか判然としないことには変わりはない。

これらの認定方法について、百貨店特殊指定では「劣っている」納入業者に対する濫用行為が規制対象であり、大規模小売業告示では、地位が「劣っていない」納入業者に対する濫用行為を規制対象から除くと除外規定が設けられており、一般指定あるいは第2条第9項第5号による規制でも同様に、行為者たる大規模小売業者が優越的地位にない納入業者に対する濫用行為は、規制の対象から除かれる。この認定方法について、取引上の地位が劣っている相手方の範囲が特定されていない「納入業者群」に対して優越していると認定手法が、効率的で有効な排除措置という観点から許容されとしても、可能な限り取引上の地位が劣っている相手方の範囲を明確化していくことが必要であると批判されている¹¹⁰。

他方、第4期（29 事件以降）では、排除措置命令で濫用行為を取り止めるべき納入業者が別添という形でリスト化されているようであり（ただし、公表はされていない。）、この点において明確性が高まることとなった点は評価できる¹¹¹。

（9）数値基準の問題

大規模小売業告示ガイドラインでは、大規模小売業告示の「納入業者」に該当する場合の例示として、「取引依存度が高い場合」とあるが、より具体的に「取引依存度が例えば10%以上である場合」としてはどうかという意見に対し、公正取引委員会は、「取引依存度がこれより低い場合であっても、例えば、大規模小売業者との取引の額が大きい場合には、取引上の地位が当該大規模小売業者に対して劣っていると認められる場合もあることから、ここで具体的な数値基準を示すことは適当ではない」としている¹¹²。他方、流通論の研究では、「販売先企業1社に総売上高の10%以上を販売すれば、そこの取引の維持のため特別な配慮が必要となるといわれており、企業経営の安定のためには販売依存度を

¹¹⁰ 檜崎憲安「不公正な取引方法を巡る主要な論点について（下）一般指定改正以降の審判決の整理検討」公正取引 707 号（2009）60 頁。

¹¹¹ この点、課徴金制度導入前の、取引相手に対して優越的地位に立つことを示す具体的要因を列挙し、それに該当する者に対する具体的な濫用行為事例を挙げ、誰に対するものとは特定せずにそのような濫用行為を取りやめるといふ排除措置命令の形態の方が、課徴金制度導入後の濫用行為を受けた者を特定して、それらの者への濫用行為の取りやめを命じる方式より、排除措置命令の是正効果が高かったかもしれないとする見解がある。川濱、前掲注 57、4 頁。この考え方は、優越的地位にない相手方への行為を規制することにつながり過剰規制のおそれを生じる上に、事業者の事業活動を委縮させる可能性があり賛同できない。

¹¹² 公正取引委員会、前掲注 52、備考第 3 項。

10%以下にすることが肝要」とされている¹¹³。同様に、「市場における地位」の判断要素について、セーフハーバーとして¹¹⁴、「運用の目安として、市場における地位が低い企業には法適用しないとするは、実務上も意味があり検討に値するが、そのような形で使用しない限り、市場における地位を考慮する意味はない」とする見解がある¹¹⁵。

このように、個別の取引関係において、多様な要因で生じる優越的地位を判断する場合、一定の数値的な水準を超えると優越的地位が生じて、一定の数値的な水準を満たさなければ優越的地位が生じない、というように判断基準として用いることは困難である。他方、大規模小売業者の本規制に係る予測性を高めるために、セーフハーバーとして用いることは、第1章で検討したとおり、特に判断要素が多様かつ複雑であり、かつ、複合的に判断する必要がある優越的地位の濫用規制において、優越的地位の認定に大規模小売業者の予測性を高めることに企業のコンプライアンス推進上一定の意義があるといえ、検討する価値があると思われる。

第4節 私見への批判と反論

舟田正之教授は、「優越的地位」の認定について、依存関係が強く、かつ、取引先の転換可能性が低い場合に認められるべきであるとする私見に対し、批判を展開された¹¹⁶。すなわち、優越的地位の考え方として、「優越的地位にある事業者に対する依存性は、数字に現れる『取引依存度』では測れないケースも少なくないであろう。少なくとも、ロックインの場合や『取引先の転換可能性』がないときに限って、依存性が認められるという議論は狭すぎる」とするとの見解を示されている¹¹⁷。舟田正之教授は、その理由として、①「依存関係が強くない場合であっても、納入業者が大規模小売業者からの不当な要請を拒否して、その者との取引を切られるのは、その分だけ売上減になる、その分を他の小売業者との取引を開拓して回復するのは実際には困難であろうし、特に納入業者内の取引担当者ないし担当部署にとっては失点になるから、濫用行為を受け入れることも多いであろう」とされている。また、②この場合は、「取引先の転換可能性が低い場合のことだともいえるが、大規模小売業者と納入業者の関係において、納入業者にとって、取引先の転換可能性が十分にあるということは、実態としてほとんどありえないように思われる」とし、③仮に「強い依存関係があつて」、「取引先の転換可能性が高い場合があるとしても、当該地域の大規模小売業においては、他の大規模小売業者も同じような濫用行為を行っている」とすれば、取引先を変えても同じだと判断することもあり得る」と指摘されている。これ

¹¹³ 住谷宏『利益重視のマーケティング・チャネル戦略』（同文館、2000）102頁。

¹¹⁴ セーフハーバーとは、法の規定が適用されないものとして具体的な数値をもって示される範囲のことである。

¹¹⁵ 上杉、前掲注8、444頁。

¹¹⁶ 舟田、前掲注23、562頁。

¹¹⁷ 舟田、前掲注23、561-562頁。

らのことから、舟田正之教授は依存関係が強く、取引先の転換可能性が低い場合を中心として、取引対象商品の需給関係を総合的に考慮するとしかたないものとされている¹¹⁸。

これらの見解に対し、①については、第2節第5項(4)でも検討したとおり、行為者との取引で元来利益が出ないなら、納入業者にとって売上が減少しても取引をやめたほうが利益が出る場合もあり得る。この場合は、企業の合理的な判断として行為者との継続的な取引関係を終了する方が企業の利益に貢献するはずであり(いわゆる減収増益となる。)、取引終了が事業経営上支障を来たさないため大規模小売業者は納入業者に対して優越的地位に立たない場合もあり得る。また、第1節第3項(6)で検討したとおり、納入業者に所属している取引担当者個人あるいは担当部署が受け入れたことをもって、納入業者全体でも濫用行為を受け入れざるを得ず、大規模小売業者が当該納入業者に対して優越的地位にあるとの結論に直結するのかが検討の余地がある。②については、実態に対する評価の問題であるが、私見では、取引先の転換可能性が十分にある場合も想定して議論をしているとの前提である。③については、第1部第2章で検討したとおり、「市場の構造的状況」の一要因と捉えられ、濫用行為の浸透をもって納入業者の取引先の転換可能性が低いという状況を生じていると評価できる。

これらの批判の前提として、私見では、依存関係と取引先の転換可能性の双方が「強い」場合にのみ優越的地位が生じると主張しているわけではなく、全くない場合には格別、どちらかの要因が低い場合でも、事業経営上大きな支障が来たされるときには優越的地位が生じうると考えている。そして、これらの見解の対立については、第一に、私見のように優越的地位の認定を厳密に求めるか、あるいは優越的地位の認定を厳密に求めないかのスタンスの相違で生じているといえる。第二に、指摘される論点が結局のところ限界事例をどのように捉えるかという問題であり、これらの論点については大規模小売業者・納入業者間の取引実態を詳細に把握しつつ、今後、議論を深めて整理し、体系化する必要があると認識している¹¹⁹。

¹¹⁸ 舟田、前掲注23、562頁。

¹¹⁹ このような、限界事例の捉え方について問題点を指摘するものとしては、弁護士等の実務家からなされる場合が多い。これは、私見と同様に、実際の企業法務を実行する際に、公正取引委員会による規制運用に対する疑問点から生じるものである。例えば、田村次朗ほか、前掲注85、30-37頁もこのような問題意識を有する論稿である。

第5節 まとめ

本章の検討結果をまとめる。第1部第2章で検討したとおり、大規模小売業者の優越的地位は、納入業者の大規模小売業者に対する依存関係が強く、かつ、取引先の転換可能性が低い場合に生じる。しかし、当該大規模小売業者の当該納入業者に対する依存関係も強く、かつ、取引先の転換可能性も低い場合には、相互に取引に拘束され、優越的地位が形成されないため、大規模小売業者・納入業者双方の要因を検討する必要がある。他方、公正取引委員会による優越的地位の判断要素が直接的に優越的地位につながらないものであったり、あるいは事実認定を精緻に行わず抽象的・包括的に行ったりすることに行業者たる事業者の不満や、学説からの批判が生じる要因となっている。

公正取引委員会による優越的地位の判断要素として、特殊指定では規制対象を絞り込むための行為者の定義として、大規模小売業告示では売上高、店舗面積、廃止された百貨店特殊指定では店舗面積、物流特殊指定では資本金額というように事業能力基準を用いているものの、これら特殊指定においても優越的地位の認定が必要であり、これらの具体的な判断要素、及び現行の主要な適用条項である第2条第9項第5号における優越的地位の判断要素を定めている優越的地位ガイドライン等、優越的地位の濫用規制に係る各種のガイドラインによることとなる。公正取引委員会がガイドラインで判断要素として用いているものは、取引依存関係、資源依存関係、販売先の変更可能性といった直接的な判断要素のほか、総合的事業能力の格差、行為者の市場における地位等、間接的な判断要素も用いている。

公正取引委員会のガイドラインにおける判断要素の問題点として、第一に、間接的な判断要素である大規模小売業者の「市場における地位」、事業能力としての「売上高」は、優越的地位の認定において、濫用行為の相手方である納入業者を「グループ」で捉える場合には、客観的かつ立証が容易であり、また、規制を受ける大規模小売業者の予見可能性を高めることができる。しかし、優越的地位が個別の取引関係において形成されるものであるため、これらの判断要素は、あくまでも間接的に優越的地位を推定させるものである。このため、優越的地位の事実認定が不明確になりやすく、これらの判断要素は、あくまでも、依存関係や取引先の転換可能性を直接的に示す優越的地位の形成要因を補強する判断要素と位置づけて運用する必要がある。第二に、取引依存関係・資源依存関係でも真に依存関係が生じているか慎重に判断する必要がある。第三に、大規模小売業者の納入業者に対する取引依存関係、資源依存関係及び取引先の転換可能性は、優越的地位を弱める要因となるので、この点の判断要素の追加が必要である。

大規模小売業者に対する審決・排除措置命令における優越的地位の事実認定における問題点としては、第一に、27事件（大規模小売業告示による規制事例）までは、大規模小売業者の売上高、市場における地位等の間接的な判断要素から、当該納入業者にとって当該大規模小売業者が有力又は重要な取引先であることを定性的に認定して、これにより優越的地位を認定している点である。28事件（第2条第9項第5号による規制事例）以降の事件は、取引依存度の認定が行われるようになってきているが、更に当該納入業者の依存関係及び取引先の転換可能性等、直接的な優越的地位の形成要因を詳細に認定すべきであり、ま

た、当該取引を失うことが当該納入業者の事業経営に与える影響の程度も認定すべきである。

第二に、大規模小売業者の納入業者に対する依存関係、取引先の転換可能性は認定されていないが、前述したとおり、これらの要因も優越的地位の形成に影響を与えるので、認定が必要となる。

第三に、濫用行為が行われていることをもって優越的地位を認定する見解も存在しているが、これは要件を充足せず、規制の範囲を逸脱するおそれもあるため、あくまでも補強的な事実認定として捉えるべきである。

第四に、大規模小売業者の商品部単位での市場の地位の認定、あるいは納入業者の支店単位の取引において優越的地位の形成を認定しているが、これらの範囲設定次第で公正取引委員会が恣意的に市場の地位や取引依存度等を高めることが可能となるため、慎重に用いる必要がある。

第五に、納入業者に所属している営業担当者個人が濫用行為を受け入れざるを得ないことによる優越的地位の認定、及び納入業者が大規模な事業者である場合の優越的地位の認定については、それぞれ優越的地位が真に形成されているか立証の精緻化が必要である。

そして、これらに留意した優越的地位の認定が、排除措置命令の対象となる納入業者の範囲を明確化し、過剰規制による大規模小売業者の事業の委縮という弊害を除去することにつながる。

第4章 「濫用行為」の認定

第1節 「濫用行為」の認定上の課題

第1項 濫用行為の認定上の課題

前章において、優越的地位の認定上の課題を検討した。本章では、もう一つの主要な要件である「濫用行為」について検討する。濫用行為の規制の視点としては、取引における私的自治という商取引の大原則にかかわらず、政府が規制を発動して介入することになるため、これら取引に介入する根拠となる法令の趣旨を大前提として、合理的な側面を生かしつつ不合理な側面を排除することの2点が重要である。このため、優越的地位の濫用規制上、どのような行為を濫用行為とするかが論点となる。

①独占禁止法上の判断の必要性

ここで、第1部第3章で検討した濫用行為を検討する際の視点を改めて述べると、第一に、濫用行為に該当するか否かを判断する場合には、大規模小売業者・納入業者間で行われている取引慣行の「合理的な側面」を踏まえた上で、どのような行為が「不合理性」のある行為なのかを個別的、具体的に検討する必要がある。特に、我が国の商慣習（取引慣行）は、合理的な側面が評価される一方、前近代的という観点、商道徳の観点等様々な不合理な側面も指摘されている。しかし、独占禁止法上の優越的地位の濫用規制上の濫用行為を検討する際には、あくまでも競争秩序の観点から検討しなければならない。

具体的に、大規模小売業者・納入業者間の取引慣行のうち、従前から優越的地位の濫用行為として問題視されているものを列挙すると、優越的地位ガイドラインでは、押し付け販売、協賛金等の負担要請、従業員等の派遣の要請、受領拒否、返品、対価減額等が挙げられ、過去に問題となったのは物流センターフィーの負担要請、情報化費用負担、過度な多頻度小口配送の要請が挙げられる。これらの行為の中には、第1部第3章で検討したとおり、卸売業者の役割の発揮の一環として、大規模小売業者の小売業務運営の際の経営資源を補完することにより、当事者間あるいは流通システム全体で合理的な側面もある。これら経営資源の補完の際にリスク、費用負担が納入業者に対して優越的地位を不当に利用して行われる場合には濫用行為となるが、この「不合理性」を捉える際に独占禁止法上の視点により判断するのが優越的地位の濫用規制において重要である。

②競争促進効果の判断

第二に、これらの濫用行為を規制する場合には、流通システムの変革を阻害する性質のものかの吟味が必要となる。一般に、大規模小売業者の購買力が適切に機能することにより、納入業者から中小の小売業者に比べて有利な取引条件を獲得し、小売市場における価

格競争・非価格競争を促進し、さらには消費者にとっても利益があることは説明した。つまり、過度に大規模小売業者の購買力を規制することは、小売市場でのこれら流通システムの変革を阻害することとなる。このため、濫用行為を判断する際には、規制すべき行為か否かの見極めが重要となる。

③外形での判断

第三に、濫用行為は、優越的地位の濫用規制上、不当性がある場合のみ規制されるものであり、外形だけで規制されるものではない。外形的に濫用行為に該当しても、納入業者の自由かつ自主的な判断により行われる行為については、単なる不利益行為であり、少なくとも優越的地位の濫用規制では対象とすべきでない。つまり、優越的地位の濫用規制に即して言えば、濫用行為は外形のみ一致していることで判断されるわけではなく、外形的な基準のみで規制が発動されるならば、当該行為が真に行為者の優越的地位に基づく濫用行為として行われたのかという点に関しても問題となる。

例えば 2010 年に公正取引委員会が行った大規模小売業者と納入業者との取引に関する調査によれば¹、納入業者が大規模小売業者との取引で不当な要請に応じている理由として、取引を停止される等不利益な取扱いを受けるが 25.5%、断ろうとしたが不利益な取扱いを示唆されたが 8.1%であった。これらの理由の背後には、事業経営に影響が生じるため、大規模小売業者の優越的地位が生じ、これらの状況下で行われた濫用行為となりうると解釈できる。しかし、他の理由として同業者の対抗上やむを得ずが 52.1%、今後の取引が有利になると思ったが 11.9%であった。これらの理由の背後には、納入業者の競争戦略の一環としてこれら不利益行為を受け入れていることが読み取れ、大規模小売業者の優越的地位が生じていたか不明であり、翻って規制すべき濫用行為であるのか不明な点がある。このため、外形的な基準以外にも個別具体的に優越的地位の認定をしていく必要性があるといえる。これらの観点を踏まえて濫用行為について分析を行う。

第 2 項 濫用行為に係る要件の検討

大規模小売業者の納入業者に対する優越的地位の濫用行為に該当するためには、前章で検討した、大規模小売業者が納入業者に対して優越的地位があることを前提として、当該地位を①利用して、②正常な商慣習に照らして、③不当に不利益行為を行うこと、が要件となっている。以下において各要件を検討する。

(1) 利用して

優越的地位の濫用があるというためには、優越的な地位が存在するのみでは足りず、その地位が不当に利用（濫用）されなければならない。学説では、「利用して」について、

¹ 公正取引委員会事務総局『大規模小売業者と納入業者との取引に関する実態調査報告書』（公正取引委員会、2010）89 頁。

行為者がそれを利用する主観的意図を問わず、優越的地位にある者が、相手方に対して不当な不利益を課して取引を行えば、利用したものと考えられるとされている²。このため、優越的地位の「利用」は、それ自体として独立の要件と捉えるべきではなく、具体的な行為と優越的地位を論理的に結び付ける機能を果たすにすぎないとされ、問題となる行為が所定の行為要件に該当する場合、残る問題はもっぱら「不当」利用か否かであって、それとは別に、不当に「利用」したということを立証する必要はないとする見解がある³。この見解に従うとしても、「不当」にの立証を行わなければならない、いずれにせよ「不当」と「利用」してを併せて立証する必要があると思われる。前章で検討したとおり、「不当に利用」したことの立証としては、実務上は著しい不利益がある行為を「受け入れざるを得ない」ことの証明をもって行われるため、「不当性」の立証に包含されるものと考えられる。

優越的地位ガイドラインでは、「優越的地位にある行為者が、相手方に対して不当に不利益を課して取引を行えば、通常、『利用して』行われた行為であると認められる」と説明し、「利用して」を「優越的地位」及び「濫用行為」の存在から推定するという立証を想定していると考えられる。他方、「優越的地位」にある行為者が、「濫用行為」と外形的に一致する不利益行為を行い、取引の相手方が受け入れたとしても、かなり限定された想定だが、「優越的地位」にあっても、それを利用していない不利益行為の受け入れも想定できる。例えば、取引の相手方が「優越的地位」にある行為者から受けた過去の「義理」を返済するために「濫用行為」と外形的に一致する不利益行為を自由かつ自主的な判断で受け入れる場合、「優越的地位」を「利用して」ということにはならず、優越的地位の濫用とはならない。この点、公正取引委員会も、「利用して」の事実認定の方法は、推定であり反証により覆すことが可能かとの質問に対し、「利用して」の判断としては、あくまでも「通常、その地位を利用したものと考えられる」との趣旨であり、例外の存在を一切認めないという趣旨ではないとしている⁴。このため、「利用」したことについても、取引のプロセス等から「利用」した実態を要件として判断する必要があると思われる。この点、「濫用行為」と外形的に一致した不利益行為が行われているのみでは「不当に利用」したことを推定できるものの、そのみで完全に立証したことにならない。

(2) 不利益性

「正常な商慣習に照らして不当に」は、弊害要件としての公正競争阻害性を表すものとして使い分けられたものの1つであり、独占禁止法で不公正な取引方法として違法とされるには、定められた行為要件と実質要件（弊害要件）の2つの要件を満たす必要がある⁵。

² 田中寿編『不公正な取引方法—新一般指定の解説—』別冊N B L 9号（商事法務研究会、1982）91頁。

³ 根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説〔第4版〕』（有斐閣、2010）295頁。

⁴ 公正取引委員会、「『優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方』の公表について」別紙2「『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」（2010年11月30日）16頁、<http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h22/nov/10113001.files/10113001besshi2.pdf>、（2015年2月10日）。

⁵ 根岸哲編『注釈独占禁止法』（有斐閣、2009）344頁〔根岸哲〕。

このため、優越的地位の濫用の場合、①行為要件としてとして定められた不利益を与える行為が、弊害要件である「正常な商慣習に照らして不当」に優越的地位が「利用」されて受け入れさせられた行為（不当性のある行為）であるときに初めて濫用行為となる。ここで「不当」とは、取引における力の格差を利用し、相手方の自主性を抑圧する性格を有することとされている⁶。

濫用行為の「不利益性」について、第2条第9項第5号のイ、ロ及びハの前段では、明示的な要件とはされていないが、これらの行為類型は、取引の相手方に不利益となる濫用行為を例示的に列挙したものであり、取引の相手方に不利益となるものであることを当然の前提としているものとされている⁷。他方、ハの後段（一般条項部分）では、「不利益となるように」と明示して不利益性を定めている。学説では、「不利益性」の判断基準には、当該行為が「当事者間の依存関係を前提として初めて可能となるような取引条件」に該当するかという基準で判断するとするもの⁸、有利な取引条件の獲得が取引の相手方のコスト節約が正当に反映されているかにより判断するもの⁹、抑圧の程度・内容を個別事例で具体的に判断することを要するもの等がある¹⁰。ただし、これらの基準は「不当性」も合わせた「濫用行為」としての定義となっており、「不利益性」のみの基準とはなっていない。

「不利益性」の程度について言及した見解として、私的自治の原則の修正法理である優越的地位の濫用規制においては、取引の相手方に単に不利益を与える行為を禁止することは行き過ぎであり、不利益の程度が著しいものであり、経済合理性から乖離した過大なものとされている¹¹。優越的地位ガイドラインでは、優越的地位の定義として、行為者が取引の相手方に対して「著しく不利益な」要請等を行っても、取引の相手方が受け入れざるを得ないような場合としており、不利益が著しいことを前提として優越的地位を判断している。

「著しく不利益な」場合として、取引の相手方の受ける不利益内容の観点から、①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（以下「事前計算不可

⁶ 田中編、前掲注2、90頁。

⁷ 長澤哲也『優越的地位濫用規制と下請法の解説と分析』（商事法務、2011）17頁。

⁸ 実方謙二『独占禁止法〔第4版〕』（有斐閣、1998）359-361頁。ただし、この判断基準でも不当性の程度の判断は困難であり、取引の主たる条件について（例えば価格水準について）その不当性を量的に判断するのは著しく困難であると実方謙二教授自身も認めている。このため、取引条件を一方向的に設定するなど当該行為の抑圧性が当該行為の性格上明らかであるような場合が主たる対象となろうとしている。

⁹ 和田健夫「大規模流通業者と購買力」金子晃ほか『現代経済法講座6 流通産業と法』（三省堂、1993）190頁。これに対し、購買力を利用した大規模小売業者の取引条件の優位性獲得が、納入業者の正当なコスト節約を反映しているなら、当該行為は小売業者を中心とする流通システムが他システムに対して競争優位性を獲得するイノベーションにほかならない。

¹⁰ 菊池元一ほか『続コンメンタール独占禁止法』（勁草書房、1995）400頁〔菊池元一・森平明彦〕。

¹¹ 長澤、前掲注7、19頁、27頁。

の不利益」という。) ¹²、②取引の相手方の負担する不利益が合理的であると認められる範囲を超える場合(以下「合理的範囲超過の不利益」という。) ¹³、の2つに分類される。

事前計算不可の不利益では、当事者間で合意されていた契約を行為者が反故にする場合と、当事者間で合意された契約内容が取引相手側にとって不明確である場合が想定される¹⁴。いずれの場合も、取引の相手方の資金繰り等の事業計画を狂わせ得るものであり、不利益の内容が合理的範囲を超えるものであるか否を問わず、相手方に与える不利益の程度は著しいものと評価される¹⁵。この不利益の観点は、取引参加者の合理的な経済活動の支障となるものであり、「自由かつ自主的な取引」を害するものとされている¹⁶。他方、契約締結後に取引条件が変更されることは珍しいことではなく、民事的には、相手方が合意すれば何ら違法なことではない。また、契約締結時に将来の環境予測が不確実な中、取引条件の細部まで規定することはコストがかかり、かつ、不確実な事項を書き分けることに困難が伴う。このため、契約締結時に全ての取引条件を記載しない不完備契約が締結され、事後的に発生したリスクは取引当事者間で調整されることとなる。これら契約締結後の条件の変更・追加設定は継続的取引が行われている場合に行われやすく、特に我が国では取引慣行として行われていることは第1部第3章で検討した。このため、事前計算不可の不利益が濫用行為となるためには、取引条件の変更・追加設定について、大規模小売業者が優越的地位を利用して正常な商慣習に照らして不当に受け入れさせられる場合に限定される。

合理的範囲超過の不利益では、当事者間の合意内容自体が合理的範囲を超えたものである場合を指し、これは、相手方が得る直接の利益等を勘案して判断される¹⁷。要は、納入業者に直接の利益があれば著しい不利益が生じないとする視点である。直接の利益は、取引の相手方に実際に生じる利益でなければならず、単に将来の取引が有利になるというような間接的な利益を含まないとされているが、商品の販売促進につながるといった計測可能な利益のみならず、消費者ニーズの動向の直接把握といった計測可能でないものが含まれるとされる¹⁸。合理的範囲超過の不利益の不利益性については、これまでの規制事例で

¹² 事前計算不可の不利益について、「計算不可能な負担」として、取引の相手方にとってあらかじめ明らかでなく、かつ、取引の相手方の責に帰すべきでもない負担を取引の相手方に負わせることが濫用にあたるとする見解がある。白石忠志『独占禁止法〔第2版〕』（有斐閣、2009）270-271頁。

¹³ 合理的範囲超過の不利益について、「著しく不利な取引条件」として、取引の相手方との契約に基づくものであろうとも、とにかく取引の相手方にとって不利な取引条件を課することが濫用にあたるとする見解がある。白石、前掲注12、271頁。

¹⁴ 契約内容が不明確である場合を「あらかじめ計算できない不利益」に含めるのは、「あらかじめ取り決めていないことを通常の取引条件が適用されると解釈し、事後に設定する取引条件をその一方的不利益変更にあたる」と考えるためであるとされている。上杉秋則『独禁法による独占行為規制の理論と実務—わが国の実務のどこに問題があるか—』（商事法務、2013）424頁。

¹⁵ 長澤、前掲注7、20頁。

¹⁶ 川濱昇「近時の優越的地位の濫用規制について」公正取引769号（2014）8頁。なお、ここでは、当該不利益を「不利益の質的要因」と説明している。

¹⁷ 長澤、前掲注7、20頁。

¹⁸ 長澤、前掲注7、186-187頁。

は量的に過大であることそれ自体に加えて、不利益から自己を守りにくい態様での不利益の押し付けであること等を考慮したとされている¹⁹。他方、学説でも不利益性の評価基準を準備しておらず、講学上の概念であるため、ガイドラインもそれについての一般的評価基準を提出していないと評されている²⁰。このため、個別の行為類型ごとに不利益性を判断する必要が生じる。そして、1つの濫用行為類型において問題とされる不利益性は、事前計算不可の不利益又は合理的範囲超過の不利益のいずれか一方のみが問題となるとは限らず、両方が問題となることもある²¹。

(3) 正常な商慣習

不公正な取引方法における「正常な商慣習に照らして」とは、行為に該当するだけではなく個別的に公正競争阻害性が示されて初めて不公正な取引方法といえる行為類型であるとされている²²。ここでいう「正常な商慣習」とは、現に存在する商慣習ではなく、公正な競争秩序の立場からは是認される商慣習をいう²³。この要件は、現実の商取引において商慣習（取引慣行）は業界内に広く流布し、また商人の規範的性質を有しているため商人はこれに従い行動する機会が多いことから、明確な規範として採用されたと理解できる。また、実際に定着している商慣習は、一応経済的に合理的な取引条件を示していると判断できる²⁴。この点について、個々の事業分野における取引実態として定着している「商慣習」について、これが濫用を前提として形成されているのでない限り、積極的に踏まえて取引実態に合致した現実的な判断を行う必要があるとする見解もある²⁵。

このように、現に存在している「商慣習」を取引の規範として重視する見解がある一方、これが独占禁止法上は是認できないときは是認しうる価値基準をもって判断し、商慣習が全く存在しない場合はあるべき商慣習を想定して規制を行うとする見解がある²⁶。ここで、あくまでも独占禁止法による規制のための判断基準を示したもので、競争原理が機能している状態が「正常」な状態であり、不公正な取引方法が当該業界内において恒常的かつ広範囲に行われている場合は、当該業界の商慣習は規制基準としては用いられないと解されている。

¹⁹ 川濱、前掲注 16、8 頁。他方、これらの要因は「不当性」で読み込むという見方も可能である。例えば、「正常な商慣習に照らして不当に」には、相手方に課す不利益の程度、不利益の受け入れを余儀なくさせた若しくは受け入れさせた、場合によってはそれを強制した等、濫用行為の外形以外の部分の要素が含まれるとする見解がある。鼎談における長澤哲也氏の発言。白石忠志ほか「鼎談 優越的地位濫用をめぐる実務的課題」ジュリスト 1442 号（2012）22 頁〔長澤発言〕。

²⁰ 川濱、前掲注 16、8 頁。なお、ここでは、当該不利益を「不利益の量的大きさ」と説明している

²¹ 長澤、前掲注 7、20 頁。

²² 金井貴嗣ほか『独占禁止法』（弘文堂、第 4 版、2013）261 頁。

²³ 根岸編、前掲注 5、497 頁〔根岸哲〕、田中編、前掲注 2、91 頁ほか。

²⁴ 実方、前掲注 8、359 頁。

²⁵ 伊永大輔「優越的地位濫用の成立要件とその意義」日本経済法学会年報 35 号（2014）14 頁。

²⁶ 松下満雄『経済法概説』（東京大学出版会、第 2 版、1995）165 頁。

優越的地位ガイドラインでは、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」との見解を示している。大規模小売業告示ガイドラインでは、返品が認められる「大規模小売業者と納入業者との取引以外の一般の卸売取引において正常な商慣習」とは、「主として大規模小売業者以外の中小小売業者と納入業者の卸売取引」であり、「公正な競争秩序の維持・促進の立場から是認される商慣習」であるとしている。このように、大規模小売業告示では、正常な商慣習に「一般の卸売取引」を加味して判断している。

ここで「正常な商慣習」を判断する際の留意点として、第1部第3章で検討したとおり、当該商慣習が「正常」かどうかの判断は、第一に、独占禁止法上の競争秩序の観点から判断する必要があることが挙げられる。第二に、「一般の卸売取引」でみられる商慣習の場合、何らかの合理性に基づいて納入業者が自由かつ自主的な判断で行為を受け入れており、独占禁止法上「正常」の範囲内である可能性が高く、この場合には、不当性がなく「濫用行為」に該当しないことにつながる。このため、「正常な商慣習」の判断の際には、同種の商品領域における取引慣行等を十分に検討する必要がある。第三に、大規模小売業者の購買力は、価格競争、非価格競争双方が促進する効果を有するため、「正常な商慣習」を「一般の卸売取引」を基準として考えた場合、大規模小売業者の用いる取引条件を過度に抑制して、小売市場におけるこれら競争促進機能を阻害する可能性もある。この点、実際に定着している商慣習はある程度尊重する必要があると生じるであろうし、一般の卸売取引を重視する場合は慎重に判断すべきである。

(4) 不当性

第1項③で述べたとおり、行為要件である濫用行為が違法とされるためには、著しく不利益な行為であるだけでなく、弊害要件として優越的地位が利用されて受け入れさせることにより、不当性のある行為となる必要がある。

具体的に、「不当な不利益」は、優越的な地位の濫用の結果として相手方が公正かつ自由な競争をなし得ないことにより生じた不利益であり、優越的な地位にある者が相手方に対して不利益を強要する形態は多種多様であり、これらについて具体的に不当性の有無を判断する必要があるとされる²⁷。

優越的地位の濫用規制における公正競争阻害性を独禁研説で捉えるならば、抽象的に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したことであり、これに基づけば、不当性は、行為者が自らの「優越的地位」を「利用」することにより取引の相手方が「著しく不利益な行為」を「受け入れざるを得ない」状態で受け入れさせたことにあるといえる²⁸。この点、行為要件である「優越的地位」や取引の相手方にとって「著しく不利益な行為」に該当しても、取引の相手方が自由かつ自主的な判断によりそれを受け入れた場合

²⁷ 厚谷襄児ほか編『条解独占禁止法』（弘文堂、1997）215頁〔谷原修身〕。

²⁸ 長澤哲也氏は、これらのプロセスを、「強制性」と定義している。長澤、前掲注7、14頁。同様に、「不本意性」と定義するものに、白石忠志・多田敏明編『論点体系独占禁止法』（第一法規、2014）96頁〔石井崇〕。

には（「優越的地位」を「利用」していなければ）、濫用行為には該当しないことになる²⁹。不利益を「受け入れざるを得ない」ことについて、取引の相手方の行為が必要な行為類型については、第2条第9項第5号イでは「購入させること」で、ロでは「提供させること」、ハでは「引き取らせ」、「遅らせ」といった使役形から読み取ることができ、ハの「拒み」及び「減じ」では、取引の相手方の行為は必要なく、行為者の行為のみで実施可能な行為類型である。他方、ハの一般条項の文言である「設定し、若しくは変更し、又は取引を実施すること」では、第2条第9項第5号柱書の「正常な商慣習に照らして不当に」の規定で読み込まれるとの見解がある³⁰。

「受け入れざるを得ない」と判断するのは、優越的地位ガイドラインにおける優越的地位の定義に基づけば、「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」という将来の懸念であるが、過去に行った投資が無駄になることを懸念することも含まれるとされている³¹。取引の相手方が不利益行為を受け入れざるを得ないか否かは、取引の相手方の主観的意図の存否の問題であるが、この認定は、相手方との十分な協議がなされたかというプロセスや不利益の内容といった客観的事象を通じて認定され、取引の相手方にとっての行為者との取引の必要性の程度も判断の際の考慮要素となる³²。また、直接の利益の有無も、「受け入れざるを得ない」ものであったと事実上推定される要素となる³³。別の見解として、実務上は、合意内容や同意の対象自体の経済合理性、実際の協議の十分性及びその内容の主張・立証が必要となることが多いとされ、また、多数の取引先それぞれと契約する必要がある取引の場合には、実務上個別の協議を行って内容の異なる多数の契約を締結することや協議内容の立証が困難な場合もあり、このような場合には、合意内容や同意対象の両当事者にとっての経済合理性が重要となるとされている³⁴。

(5) 濫用行為の広がり・不利益の程度

優越的地位の濫用規制は、あくまでも公正な競争秩序を維持するための規制であり、個々の私的な利益を保護するためのものではない。実務上は、不当性の判断の際に、濫用行為の広がり（対象となる相手方の数、組織的・制度的なものかどうか、行為の波及性・伝播性の有無）が考慮され、公正な競争秩序にかかわると認められる場合に規制されるとされており³⁵、具体的には、行為者が属する業種とそこにおける取引慣行及び様態、問題

²⁹ 長澤、前掲注7、14頁。

³⁰ 長澤、前掲注7、14-15頁。長澤哲也氏は、独占禁止法第2条第9項第5号の文言から、イ及びロの従業員派遣や協賛金の提供等が相手方をして強制的に「させる」濫用類型であり、ハの受領拒否、対価の減額、支払遅延等は、「させる」という文言のない、行為者が一方的にする濫用類型であり、後者については優越的地位を利用して行えば足りるという見解を示している。白石ほか、前掲注19、21頁〔長澤発言〕。

³¹ 長澤、前掲注7、16頁。

³² 長澤、前掲注7、16頁。

³³ 長澤、前掲注7、16-17頁。

³⁴ 村上政博ほか編『条解独占禁止法』（弘文堂、2014）164-165頁〔渡邊恵理子・柳澤宏輝〕。

³⁵ 田中編、前掲注2、91-92頁。

となる不利益の程度、行為の広がり等を考慮して判断される³⁶。これに対し、行為の広がり、公正取引委員会が事件を取り上げる基準にすぎないとする見解がある³⁷³⁸。

優越的地位ガイドラインでは、「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」としており、具体的には、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を挙げている³⁹。そしてこれらの判断要素は、行為者又は取引の相手方がその競争者との関係において競争上有利又は不利となるおそれがあるかどうかを判断する際に考慮するとしている⁴⁰。規制の必要性としては、優越的地位の濫用行為が業界内に波及し更なる競争状態の阻害性を生み出す防止手段として説明がなされている⁴¹。

この点、前述したとおり、優越的地位は、あくまでも個別の取引により生じるため、「個」対「個」の関係で受け入れざるを得ない状況で濫用行為の受け入れさせることにより発生する。このため、優越的地位を利用した濫用行為の不当性は、本質的に個別の取引関係で

³⁶ 田中編、前掲注 2、90 頁。同様に、行為の広がりについて、個別の不利益の程度は軽微でも、多数の相手方に対して組織的に不利益条件を課している場合は、不当な不利益に該当するとされる。戸塚登「取引上の地位の不当利用」経済法学会編『独占禁止法講座V 不公正な取引方法〔上〕』（商事法務研究会、1985）277 頁。

³⁷ 白石忠志『独禁法講義』（有斐閣、第 7 版、2014）120 頁。同様に、優越的地位の濫用の禁止は、個別的な抑圧行為それ自体を禁止するのが立法趣旨であり、個別的な抑圧行為の中に「公正な競争を阻害するおそれ」が内在していることが規制の根拠であり、個々の抑圧行為の市場での競争に対する具体的な影響を審査する必要はなく、その公正競争阻害性・不当性の判断基準は、相手方に対する抑圧性が一定限度を超えていることで十分であるとするものがある。このため、一定の社会的な広がりをもって行われていることが公正取引委員会による規制発動要件であるとしている。実方、前掲注 8、356-358 頁。さらに、社会的な広がり有無によりある行為が違法か否かを決する要件にすべきではなく、規制を発動すべきかどうかという行政機関に認められる規制発動の裁量の際の一考慮事情であるとするものがある。田村善之「市場と組織と法をめぐる一考察（二）一民法と競争法の出会い」民商法雑誌 121 巻 6 号（2000）785 頁。

³⁸ 濫用行為自体に公正競争阻害性が内在していると捉える独禁研説によれば、「行為の広がり」は、優越的地位の成立要件ではなく、公正取引委員会の事件選択の基準として理解される。根岸編、前掲注 5、499 頁〔根岸哲〕。同様に、この考え方を採る場合には、通常その行為の中に公正競争阻害性が内在されているものとみるべきであり、その影響の大きさなどは要件ではないとされている。根岸哲『独占禁止法の基本問題』（有斐閣、1990）163 頁。

³⁹ 公正取引委員会は、「波及するおそれ」とは、「取引上優越した地位にある事業者の特定の支店で行われていた行為が、他の支店でも行われるようになる場合」と例示している。公正取引委員会、前掲注 4、5 頁。

⁴⁰ 公正取引委員会、前掲注 4、4 頁。

⁴¹ 返品を例にとった場合、不当返品は個別単発的に生ずるものではなく、規制がなされなければ集団的に大量に発生すると考えられ、この波及効果を考えれば、逆に業界全体に広がっている違法行為を規制により消滅に向かわせることが可能となる、として公正競争阻害性との関連性を説明する見解がある。公正取引委員会事務局編（執筆川越憲治）『「百貨店業における特定の不正な取引方法」における百貨店業者と納入業者との関係条項（第一項ないし第七項）の法解釈論的研究』（公正取引委員会、1979）4 頁。

生じるものであり、要件として「行為の広がり」を用いるのは妥当ではない。他方、公正取引委員会の審査能力の制約等から、市場シェアの高い大規模小売業者、あるいは企業規模が大きい大規模小売業者による優越的地位の濫用行為は、濫用行為が現に広範囲に広がっている場合が多いだけでなく、小売業者・納入業者間の納入取引に係る市場における影響が大きくなり、取引慣行として伝播しやすいため、競争政策上、重要な規制対象となりうる。このため、「行為の広がり」は、公正取引委員会の規制発動の裁量の考慮事情として考えるべきであろう。

(6) 公正競争阻害性の捉え方の相違による「不当な不利益」の相違

長澤哲也氏は、「不利益性」のある行為を経済合理性から乖離した過大なものと捉える場合、例えば、従業員派遣の事案において、納入業者の従業員がその通常業務として自主的に店舗巡回を行っており、その一環としてオープン前の店舗で開店準備作業を手伝う場合や、協賛金提供要請や対価減額事案において、取引総額に照らして協賛金や値引きの額が僅少で受忍限度内である場合などは、相手方が受ける不利益の程度は合理的範囲内のものであり、当該不利益行為は正常な商慣習に照らして不当とは認められず、濫用行為に該当しないとする見解を示されている⁴²。他方、「不利益性」の解釈について、正田説に立脚する舟田正之教授の見解として、次の二点が指摘されている⁴³。第一に、解釈論のレベルでは、「不当な不利益」は、一般指定（1982）第14項第1号（押付け販売）及び第2号（協賛金・従業員の派遣要請）では認定する必要がなく、例えば購買を強制された商品が市場価格からみて妥当な代金だったとしても、購買を強制したこと自体が優越的地位の濫用に当たると解される⁴⁴。第二に、「不当な不利益を与えることにより」ということが、解釈論のレベルのことでなく、理論的レベルにおける議論であるとすれば、相手方の取引の自由を不当に侵害していること自体が不利益である。この場合の不利益は、金銭的に評価されるものではなく、公正かつ自由な競争秩序の中で判断・行為するチャンスないし可能性が侵害されるという、公正競争阻害性の「おそれ」から引き出される、より抽象的なものであると見解を示している⁴⁵。

舟田正之教授の見解に対し、長澤哲也氏からは、解釈論のレベルでは、相手方の意思に反して一定の行為を強制することは、当該行為が相手方にとって客観的に不利益なものであることを推定させる事実となるし、逆に、一定の行為を受け入れることに相手方が納得して同意していることは、相手方にとって客観的に不利益なものでないことを推定させる事実となるとされている⁴⁶。理論的レベルでは、論理的には相手方の意思に反して強制する行為であっても、相手方に客観的に不利益を与えるものではない場合があり得るが、優越的地位の濫用規制が競争に与える影響は相手方に不利益を与えることに求められ、この

⁴² 長澤哲也「優越的地位濫用の認定における実務上の諸論点」日本経済法学会年報 35号（2014）61頁。

⁴³ 舟田正之『不公正な取引方法』（有斐閣、2009）536-537頁。

⁴⁴ これらの解釈は、第2条第9項第5号イ及びロの解釈として承継されている。

⁴⁵ 舟田、前掲注43、537頁。

⁴⁶ 長澤、前掲注7、18頁。

場合は競争に影響を与えるとは認められず、相手方にとって不利益となる行為であることは、優越的地位の濫用行為の構成要件と考えるべきであると見解が示されている⁴⁷。

舟田正之教授の見解に従えば、優越的地位にある行為者が取引の相手方に、協議なしに通常の範囲内の取引条件を強制した場合や、事前に不明確だった取引条件のうち、協議なしに通常の範囲内の取引条件を契約締結後に強制する行為は、金銭的評価にかかわらず相手方の取引の自由を不当に侵害しているため「濫用行為」に該当することになる。購入・利用強制の事例は、「市場価格からみて妥当の代金」であっても、取引の相手方にとって不必要なものなら結局損失ということになるが、取引条件の設定、事後変更あるいは追加設定についても、著しい不利益（あるいは単なる不利益すらも）がない行為を強制したことのみで「不当な不利益」に該当するかは、更に検討の余地がある。

第3項 濫用行為の類型

前項で検討したとおり、濫用行為の類型は多様であり、個別の行為類型を検討する必要がある。このため、本項では、濫用行為とされている行為それぞれについて概観する。

表2-4-1は、特殊指定及び補完法で違反とされている濫用行為並びに取引の相手方から行為者が商品又は役務を購入する取引における優越的地位の濫用を対象としたガイドラインに定められた濫用行為をまとめたものである。濫用行為は、優越的地位ガイドラインの原案に対する意見に係る考え方では、第2条第9項第5号「イ及びロは、優越的地位にある者とその相手方の取引外の行為を問題としているのに対し、同号ハは優越的地位にある者とその相手方の取引そのものに係る行為を問題としてい」と分類している⁴⁸。以下において、第2条第9項第5号の分類に従い行為類型を検討する。

(1) 第2条第9項第5号イに基づく行為類型

第2条第9項第5号イで定める行為類型は、商品・役務の利用強制（押し付け販売）である。この行為類型は、百貨店特殊指定を除く全ての特殊指定及び補完法で定められており、広範な業界に伝播している濫用行為の類型であることが分かる。なお、百貨店特殊指定では、「押し付け販売」を行為類型として定めておらず、これが大規模小売業告示の制定の要因の一つとなった。

(2) 第2条第9項第5号ロで定める行為類型

第2条第9項第5号ロで定める行為類型は、①金銭の提供要請（協賛金等の負担要請）、②役務の提供要請（納入業者の従業員等の不当使用）、③その他経済上の利益の提供の要請である。これらの行為類型は、百貨店特殊指定を除く全ての特殊指定及び補完法で定められており、購入・利用強制と同様に、広範な業界に伝播している濫用行為の類型であるが、役務委託取引ガイドラインでは定めがない。③その他経済上の利益の提供要請は、特

⁴⁷ 長澤、前掲注7、18-19頁。

⁴⁸ 公正取引委員会、前掲注4、42頁。

殊指定・補完法全てで定められているが一般条項として定められているので、行為類型の具体的な内容はガイドラインに定められている。優越的地位ガイドライン及び役務委託取引ガイドラインに具体的な行為類型として、金型等の設計図面、特許権等の知的財産権等の提供要請等が挙げられているが、これは大規模小売業者・納入業者間の取引ではあまり想定されない行為類型である。

(3) 第2条第9項第5号ハで定める行為類型

第2条第9項第5号ハで定める行為類型は、①受領拒否、②返品、③支払遅延、④減額、⑤その他に分類でき、⑤その他には、買ったたき、やり直し、割引困難な手形の交付等が含まれる。これらの行為類型は、イ又はロで想定される行為類型に比べ、規制対象となる業界で行われている多様な濫用行為の類型が具体的に定められている。

①受領拒否は、主として受領行為が発生する商品を対象とした小売業者との取引や下請取引が主要な対象となる。百貨店特殊指定及び大規模小売業告示では特別注文品に限定して定めており、他には下請法及び優越的地位ガイドラインで定めている。②返品も、商品を対象とした小売業との取引や下請取引が主要な対象となる。返品は、濫用行為として古くから問題とされている行為類型であり、百貨店特殊指定、大規模小売業告示、下請法、返品ガイドライン、流通取引慣行ガイドライン及び優越的地位ガイドラインで定められている。

③支払遅延は、独占禁止法では2009年の改正で第2条第9項第5号に具体化された行為類型であり、⑤その他に含まれるやり直し及び割引困難な手形とともに、下請取引、下請取引に関連がある物流業に係る取引、役務委託に係る取引等で問題とされており、大規模小売業より、これらの業界を念頭に置いたものとなっている。このため、物流特殊指定、下請法、優越的地位ガイドライン及び役務提供取引ガイドラインで定められている。

④減額及び⑤その他に含まれる買ったたきは、特殊指定及び補完法全てで定められており、広範な業界に伝播している取引慣行であることが分かる。なお、買ったたきについては、百貨店特殊指定及び大規模小売業告示では、特売商品等に限り買ったたきを定めており、優越的地位ガイドラインでは、買手側だけではなく売手側の事例も想定して、著しく低い対価のみではなく高い対価の場合も想定して「取引の対価の一方的決定」として定めている。

⑤その他の行為類型には、買ったたき以外にも、規制対象となる業界ごとに多様な行為類型が定められている。大規模小売業者を対象とするものとしては、不当な委託販売取引、要求拒否の場合の不利益な取扱い及び公正取引委員会への報告に対する不利益な取扱いが挙げられ、これらの行為類型は、百貨店特殊指定及び大規模小売業告示で定められている。これら以外に、流通取引慣行ガイドラインでは、多頻度小口配送の要請が挙げられている。他には、下請法で定められているものとしては有償支給原材料等の対価の早期決済が、消費税特措法で定められているものとしては本体価格での交渉の拒否が挙げられる。

次節以下においては、大規模小売業者・納入業者間の取引に係る優越的地位の濫用規制の対象となる行為類型の判断要素について詳細に検討する。

第2節 購入・利用強制

第1項 独占禁止法及び大規模小売業告示

(1) 独占禁止法及び優越的地位ガイドライン

第2条第9項第5号イでは、継続して取引する相手方（新たに継続して取引しようとする相手方を含む。）に対して、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（購入・利用強制）を行為類型として規定しており、いわゆる押し付け販売が対象となる。

優越的地位ガイドラインでは、本行為類型が問題となる場合として、「当該取引に係る商品又は役務以外の商品又は役務の購入」を要請する場合であり、納入業者が、①「事業遂行上必要としない商品若しくは役務」であるとき、又は②「その購入を希望していないとき」であったとしても、「今後の取引に与える影響を懸念して当該要請を受け入れざるを得ない場合」としている。「当該取引に係る商品又は役務以外の商品又は役務」には、大規模小売業者が供給する商品又は役務だけでなく、大規模小売業者の指定する事業者が供給する商品又は役務が含まれる。他方、本行為類型が問題とならない場合として、「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場合」としている。

(2) 大規模小売業告示及び大規模小売業告示ガイドライン

大規模小売業告示第6項では「大規模小売業者が、正当な理由がある場合を除き、納入業者に自己の指定する商品を購入させ、又は役務を利用させること」を禁止している。なお、本行為類型は、特殊指定では百貨店特殊指定では規定されておらず、大規模小売業告示で初めて規定された。大規模小売業告示ガイドラインでは、「自己の指定する」について、具体例として、自己の関連会社の商品を指定して購入させる場合も含むとしている。他方、本行為類型が問題とならない場合（正当な理由がある場合）としては、大規模小売業告示ガイドラインではプライベート・ブランド商品の製造委託の際の合理的な必要性による原材料の購入要請を挙げており、優越的地位ガイドラインと同趣旨の例示をしている。

(3) 購入を余儀なくされている場合の解釈

「購入させること」とは、「その購入を取引の条件とする場合や、その購入をしないことに対して不利益を与える場合だけではなく、事実上、購入を余儀なくさせていると認められる場合も含まれる」としており、購入を拒否したときの制裁が表明されただけでなく、周囲の事情等によって購入を余儀なくさせられた場合を含み、これらが客観的に認められれば足りると解されている⁴⁹。公正取引委員会は、「事実上、購入を余儀なくされている

⁴⁹ 田中編、前掲注2、91頁。

と認められる場合」とは、主として、購入までのプロセス、購入させる商品又は役務の内容等の客観的事象を通じて主観的意図の存在を認定するとしており⁵⁰、さらに具体化すると、納入業者が大規模小売業者と取引する必要性の程度、負担する不利益の程度、購入に至るまでの協議状況等のプロセス等が勘案される⁵¹。同様に、納入業者が購入した商品について、①相手方にとって事業活動上の必要性又は有用性、②本体取引の数量が増加する等、本体取引との関係性、③取引態様ないし取引手続等を考慮するとするものもある⁵²。また、押し付け販売は、本質的に抑圧的、恣意的な力の濫用であると評価できるから、それらは優越的地位を前提にして初めて可能な行為であると「事実上の推定」をすることができると考えられ、これへの反証については押し付け販売等をする必要があるという具体的な事実を表すことで行われるべきであるとする見解がある⁵³。

さらに、優越的地位ガイドラインの解釈について、購入・利用を強制したかどうかに応じて規制することは難しいため、「業務遂行上必要としない」商品・役務の購入要請を「購入強制」と擬制して規制されることになり、「業務遂行上必要としない」かどうかはある程度客観的に評価できるが、「その購入を希望していないとき」は主観的な要件であり、納入業者から見て認定することとなるとの見解がある⁵⁴。

このような見解より、優越的地位ガイドライン及び大規模小売業告示ガイドラインでは、本行為類型の想定例として、①取引関係に影響を及ぼし得る者の購入要請、②組織的又は計画的な購入要請、③購入する意思がない場合の重ねての購入要請又は商品の一方的送付、④今後の取引に影響すると受け取られるような要請等を例示している。これらの想定例は、購入までのプロセスから相手方の主観的な要件である購入せざるを得ない場合を表すものと評価できる。

第2項 不利益性及び不当性

(1) 不利益性及び不当性

本行為類型の不利益性として、納入業者にとって不必要なあるいは希望しない商品等を購入させる行為であるので、合理的範囲超過の不利益を納入業者に与える行為であると評価できる。また、本行為類型は、これを受け入れることによって納入業者に直接の利益を見込むことができないのが通常であり、事前に条件として明示しても許容されないため、事前計算不可の不利益の有無にかかわらず不利益性が認められる。他方、公正取引委員会が示す「正当な理由がある場合」としての原材料の購入については、当該購入を大規模小売業者が事前に明示していないと納入業者が事前に適切な取引条件を計算できないこととなるので（通常は当該原材料の購入価格を加味して取引条件を決定する。）、この場合

⁵⁰ 公正取引委員会、前掲注4、22頁。

⁵¹ 長澤、前掲注7、214頁。

⁵² 多田敏明「予防法務から見た優越的地位の濫用の成立要件の検討」公正取引713号(2010)19頁。

⁵³ 舟田、前掲注43、551頁。

⁵⁴ 上杉、前掲注14、430頁。

には事前計算不可の不利益が問題となり、「正当な理由がある場合」として認められない余地があると思われる。

納入業者が一購買者として大規模小売業者から商品を購入することは全くないとは言えず、3事件の際にもこの点が三越側から主張された。本行為類型では、あくまでも前述した不利益性があり、かつ、納入業者が自由かつ自主的に購入・利用を判断していない点に不当性がある。

本行為類型では、大規模小売業告示で「正当な理由がある場合を除き」当該行為を行うことを濫用行為と定め、優越的地位ガイドラインでも、問題とならない場合として同趣旨の事例を例示している。「正当な理由」の捉え方は、一般指定の捉え方から、本行為類型に該当すれば原則として公正競争阻害性が認められると解釈することができる⁵⁵。

第3節 経済上の利益の提供

第1項 独占禁止法

(1) 独占禁止法

第2条第9項第5号ロでは、継続して取引する相手方（新たに継続して取引しようとする相手方を含む。）に対して、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を行為類型として規定している。この規定における「経済上の利益」の提供とは、①金銭の提供、②作業への労務の提供、③その他経済上の利益の提供が挙げられる。これらの大規模小売業者・納入業者間の取引における具体的な内容としては、①では協賛金等の負担要請やセンターフィーの徴収が挙げられ、②では手伝い店員、従業員等の派遣要請や大規模小売業者が雇用した臨時従業員の人件費の負担が挙げられ、③その他の経済上の利益としては、例えば大規模小売業者の売場、店舗等に使用する什器、備品等の資産の提供が挙げられる⁵⁶。「自己のために」とは、もっぱら相手方の利益となる場合を除く趣旨であり、経済上の利益の一部が行為者に帰する場合、又は間接的に行為者の利益となる場合も含まれるとされている⁵⁷。

(2) 不利益性及び不当性

納入業者が大規模小売業者に対し経済上の利益を無償で提供することは、その性質上、納入業者に不利益を与える行為である。これらの行為の不利益性は、①事前計算不可の不

⁵⁵ 一般指定における公正競争阻害性のとらえ方として、「正当な理由がないのに」は、原則違法の行為類型ととらえられている。金井ほか、前掲注22、261頁。

⁵⁶ 第1部第4章で検討したとおり、百貨店の改装時に納入業者が、売上仕入を用いて百貨店の店舗に入店する際に、自らの販売促進用に内装、什器を設置し、これを受贈という形式で百貨店に無償譲渡するケースが多くみられる。

⁵⁷ 田中編、前掲注2、92頁。

利益⁵⁸、あるいは②合理的範囲超過の不利益いずれか又は双方が認められることに求められる⁵⁹。そして、本行為類型の不当性は、大規模小売業者が優越的地位を利用して、納入業者が提供せざるを得ない状況これらの経済上の利益を無償で提供させた場合に認められる。他方、経済上の利益を提供することは、納入業者が能動的にこれらを提供することを伴うため、両者間に合意があるとの外形が存在する。しかし、合意があっても、合意をせざるを得ない状況で経済上の利益を提供させることは濫用行為に該当する⁶⁰。

納入業者が経済上の利益を提供せざるを得ないものであるか否かは、客観的事象を通じて認定され、大規模小売業者と取引する必要性の程度、負担する不利益の程度、不利益負担に至るまでの協議状況等のプロセス等が勘案される⁶¹。濫用行為に対する反証としては、経済上の利益の提供が合理的な算定方法によって要請されていること、かつ、納入業者に対し、経済上の利益の提供に見合う利益を具体的に算定して形で約束したなどの交渉の中での諸事実があるということを提出することが許されると考えられる⁶²。

第2項 協賛金等の負担要請

(1) 優越的地位ガイドライン

優越的地位ガイドラインでは、協賛金等の負担要請が問題となる場合として、①「協賛金等の名目による金銭の負担を要請する場合であって、当該協賛金等の負担額及びその算出根拠、用途等について、当該取引の相手方との間で明確になっておらず、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」（事前計算不可の不利益）及び②「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」（合理的範囲超過の不利益）としている⁶³。合理的範囲超過の不利益の判断に用いられる「直接の利益」

⁵⁸ 納入業者が負担することにも客観的に合理的な理由があるタイプの協賛金について、納入業者にとっての利益の有無ないし程度、算定の合理性などを考慮しつつ、それらに関する実質的な説明と交渉、合意に至る過程などをみて、濫用には当たらないと解する余地があるとされている。舟田、前掲注 43、553 頁。

⁵⁹ 納入業者に本来当該納入業者が提供する必要のない金銭、役務その他の経済上の利益を提供させるタイプの協賛金は、本質的に抑圧的、威圧的な協賛金であり、大規模小売業者が納入業者に協賛金を要請するという自体に不当性を認めることができるとされている。舟田、前掲注 43、552-553 頁。

⁶⁰ 長澤、前掲注 7、184-185 頁。

⁶¹ 長澤、前掲注 7、205 頁。また、本行為類型は、あらかじめ計算できない不利益である蓋然性が高い定型的な不利益であり、条件を受け入れていること自体が、そもそも合意なのかを疑わせる重要な間接事実であるとする見解がある。金井貴嗣ほか「座談会 最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引 766 号（2014）19 頁〔岸井発言〕。

⁶² 舟田、前掲注 43、554 頁。

⁶³ 優越的地位ガイドラインでは、本行為類型の想定例として、①取引の相手方の販売促進に直接寄与しない協賛金、②自己の決算対策協賛金、③自己の店舗の新規・改装オープンの際の利益確保のための協賛金、④目標未達成の際の達成リベートの負担、⑤実際の広告

とは、例えば、広告に取引の相手方の納入する商品を掲載するため、広告を作成・配布する費用の一部を協賛金として負担させることが、納入業者にとってその納入する商品の販売促進につながる場合など実際に生じる利益をいい、協賛金を負担することにより将来の取引が有利になるというような間接的な利益を含まないとし、他方、「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」には問題とならないとしている。

(2) 大規模小売業告示及び大規模小売業告示ガイドライン

大規模小売業告示第8項では、協賛金等の負担要請について「大規模小売業者が、自己等のために、納入業者に本来当該納入業者が提供する必要のない金銭、役務その他の経済上の利益を提供させ、又は当該納入業者が得る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て金銭、役務その他の経済上の利益を提供させること」と規定されている。

大規模小売業告示ガイドラインでは、①「本来当該納入業者が提供する必要のない金銭」等の提供の例としては、決算対策協賛金、納入業者の商品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を、②「納入業者が得る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」た金銭の提供の例としては、納入業者の商品の販売促進に一定程度つながるような協賛金・多頻度小口配送、納入業者のコスト削減に寄与するような物流センターの使用料を、それぞれ例示しており、これらは共に合理的範囲超過の不利益を与えるものと評価できる。

これらの例示では、優越的地位ガイドラインで示された事前計算不可の不利益に該当する事例が含まれていないように捉えられるが、この点、大規模小売業告示ガイドラインでは、「『納入業者が得る利益等を勘案して』の『等』には、大規模小売業者が金銭等を提供させる目的や金銭等の内容……及びその算出根拠、納入業者との協議の状況等が含まれる」と説明しており、優越的地位ガイドラインの事前計算不可の不利益の規定振りとはほぼ一致しており、事前計算不可の不利益は、大規模小売業告示ガイドラインでは②に含まれて解されていたところ、最新の優越的地位ガイドラインで分離されたものであることが分かる。

第3項 従業員等の派遣要請

(1) 優越的地位ガイドライン

優越的地位ガイドラインでは、従業員等の派遣要請が問題となる場合として、①「従業員等の派遣を要請する場合であって、どのような場合に、どのような条件で従業員等を派遣するかについて、当該取引の相手方との間で明確になっておらず、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」（事前計算不可の不利益）及び②「従業員等の派遣を通じて当該納入業者が得る直接の利益等を勘案して合理的であると

費用を超える額の協賛金、⑥一方的・合理的な負担を超過するセンターフィー等を例示している。

認められる範囲を超えた負担となり、当該納入業者に不利益を与えることとなる場合」(合理的範囲超過の不利益)としている⁶⁴。合理的範囲超過の不利益の判断に用いられる「直接の利益」とは、納入業者に納入商品の売上げ増加、消費者ニーズの動向の直接把握等、実際に生じる利益をいい、将来の取引が有利になる等、間接的な利益を含まないとしている。

作業への労務の提供を行う場合の従業員等には、納入業者が当該要請に応じるために雇用したアルバイトや派遣労働者等が含まれるとしている。また、納入業者に対し、従業員等の派遣に代えて、これに相当する人件費を負担させる場合も含まれるとしている。

他方、本行為類型が問題にならない場合として、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行われる場合」及び②「従業員等の派遣の条件についてあらかじめ当該取引の相手方と合意し、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」としている。

(2) 大規模小売業告示及び大規模小売業告示ガイドライン

①大規模小売業告示

大規模小売業告示第7項では、従業員等の派遣要請等について「大規模小売業者が、…自己等の業務に従事させるため、納入業者にその従業員等を派遣させ、又はこれに代えて自己等が雇用する従業員等の人件費を納入業者に負担させること」と規定されている。ただし、従業員等を、①納入業者の事前同意を得て、当該納入業者の納入商品の販売業務のみに従事させる場合であって、その従業員等の販売技術・能力の有効活用が当該納入業者の直接の利益となる場合、②派遣条件についてあらかじめ納入業者と合意し、かつ、その従業員等の派遣のために通常必要な費用を大規模小売業者が負担する場合、には従業員等の派遣を許容している。

②大規模小売業告示ガイドライン

大規模小売業告示ガイドラインでは、①に規定されている「販売業務」とは、「主として消費者に商品を売る業務(接客業務)をいい、例外的に商品の陳列業務及び補充業務が含まれる場合もあるが、これら以外の業務は含まない」としており、「陳列業務及び補充業務」として店舗の開店・改装時における納入業者の納入商品の陳列・品出し、接客業務に伴う商品の補充等を挙げている。ただし、大規模小売業告示上、「従業員等が有する販売に関する技術又は能力が当該業務に有効に活用される」という限定があるため、単純な補充業務のみを行わせる場合については認められないとしている。この点、公正取引委員会は、陳列については、納入業者の「技術又は能力」が活用できる業務と考えているようである。また、たとえ販売業務であっても、「当該納入業者の納入に係る商品」の販売業務のみに従事させる場合には認められるが、これに併せて他社商品の販売業務に従事させ

⁶⁴ 優越的地位ガイドラインでは、本行為類型の想定例として、①一方的な商品の陳列補充作業のための従業員派遣、②他社商品の販売業務への従事、③棚卸業務のために費用を負担しない従業員派遣、④一律に日当の額を定め、費用を負担しない従業員派遣、⑤自社の棚卸業務のアルバイトの賃金の負担等をそれぞれ納入業者に行わせることを問題としている。

る場合には認められないとしている⁶⁵。他方、「販売業務」に含まれない業務の具体例としては新規開店前の什器の設置、トラックからの荷卸し、バックヤード（倉庫）への搬入、開店後のサッカ応援（レジでの袋詰め）、ショッピングカートの整理、社内事務、駐車場整理、棚卸・棚替え、閉店時の商品の撤去、トラックへの積み込み（他の店舗への移動）、什器の解体、店内清掃等を例示している。ただし、納入業者の従業員等が大規模小売業者の店舗に常駐している場合には、販売業務に加えて棚卸業務に従事させることも認めている。具体的には、納入業者が大規模小売業者の店舗内に自己のブランド名を掲げた売場やコーナー（ブランドショップや銘菓店等）を設けてそこに納入業者の従業員等を長期間にわたって継続的に派遣している場合等を例示している。

②で規定されている「従業員等の派遣のために通常必要な費用」を負担することについて、「通常必要な費用」とは、派遣される従業員等で実際に要する人件費のほか、交通費や宿泊費等をいう。大規模小売業者がこれらの費用の一部しか負担しない場合には、たとえ納入業者と合意したときであっても、「通常必要な費用」を大規模小売業者が負担しているとはいえず、第2号に該当するとは認められないとされている。

「合意」あるいは「同意」方法としては、納入業者との十分な協議の上に納入業者が納得して合意し、あるいは同意しているという趣旨であり、形式的な形さえ整えばよいというものではないとしている。また、納入業者が従業員等の派遣の是非を検討できるだけの十分な時間的余裕を設けた上で、派遣を求める都度、その派遣の内容に応じ業務内容等の派遣条件について納入業者と合意し、あるいは同意を得ることを要している。

③百貨店特殊指定からの変更点

本行為類型における、百貨店特殊指定から大規模小売業告示での変更点として、第1部第5章で検討したとおり、店頭でセルフ・サービス方式を用いる量販店の濫用行為拡大により、販売業務に係る従業員（手伝い店員）の派遣要請を想定したものから、陳列、棚卸し等に係る販売業務以外の行為を規制対象としたことである。第一に、百貨店特殊指定では、「自己の販売業務のために」従業員を派遣させ、又は人件費を負担させることを禁じており、販売業務以外の業務は禁止行為に入っていない。これに対し大規模小売業告示では、単に「自己の業務に従事させるために」に変更されており、販売業務以外の業務も対象となるよう変更されている。ただし、百貨店特殊指定では、販売業務以外の業務が指定されていないだけであり、これらで優越的地位の濫用規制上問題となる行為が行われれば、当然に一般指定での規制対象となりえた。

また、百貨店特殊指定では、ただし書きとして、「納入業者の納入に係る商品について、通常百貨店業者の従業員のもっていない販売に関する特殊な技術又は能力を有する従業員等を派遣させてその商品の販売業務に従事させることが、当該納入業者の直接の利益となる場合」は例外的に許容されているが、第1章で検討したとおり、「特殊な技術・能力」

⁶⁵ ただし、公正取引委員会の職員による解説書では、「納入業者の納入商品の販売業務のみに従事させる販売体制がとられている場合に、たまたま消費者から他社商品の説明を求められたときであっても、一切対応してはならないという趣旨ではない。派遣された従業員が社会常識の範囲で対応することが適切と考えられる」としている。粕淵功『大規模小売業告示の解説—独占禁止法による優越的地位の濫用規制—』（商事法務、2005）72頁。

とは、公正取引委員会の見解により、その習熟に1年以上の期間を有するものとされていた⁶⁶。他方、大規模小売業告示では、単に「技術又は能力」に変更されている。この解釈として公正取引委員会は、納入業者の新製品の宣伝等や大規模小売業者の店舗内に納入業者のブランド名を掲げた売場を設けてそこへ従業員を派遣させる場合などは納入業者の販売促進につながることから許容し、これらの場合には、「『特殊な』技術又は能力を有していなくても、納入業者の販売促進につながる場合があると考えられ、逆に『特殊な技術又は能力』がなければ従業員を派遣させることができないとなると、納入業者の販売促進活動を妨げるおそれがある」ことと、「『特殊な』技術又は能力を有しているか曖昧となり、紛糾するおそれもある」ことを理由として挙げている⁶⁷。前者の見解については、百貨店の店頭における実態に即した合理的な判断といえるし、後者は1970年代の手強い店員整理問題の教訓を踏まえた判断であるといえる。

第二に、第1項の許容される場合について、百貨店特殊指定では定められていなかった事前の「同意」を大規模小売業告示で要件としたことである。

第三に、百貨店特殊指定では、許容される行為の②合意及び費用負担による派遣要請が規定されておらず、大規模小売業告示では規定されている。これは、特に棚卸し、商品陳列等、販売以外の業務で納入業者の従業員の能力が活用できる場合があるため、納入業者に合意があり、大規模小売業者が費用負担する場合には不利益が生じないことを前提に許容したものである。

第4節 受領拒否、返品、支払遅延、対価減額等

第1項 独占禁止法

第2条第9項第5号ハでは、取引の相手方からの取引に係る商品の受領を拒み、取引の相手方から取引に係る商品を受領した後当該商品を当該取引の相手方に引き取らせ、取引の相手方に対して取引の対価の支払を遅らせ、若しくはその額を減じ、その他取引の相手方に不利益となるよう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ことを行為類型として規定している。本行為類型の具体例としては、受領拒否、返品、支払遅延及び減額等が挙げられる。

⁶⁶ 1955年6月に日本百貨店協会の問い合わせに対し、公正取引委員会が回答したものである。第1章及び資料5を参照。

⁶⁷ 公正取引委員会、「『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』の告示について」別紙3-1「意見募集及び公聴会で出された意見の概要並びにこれらに対する考え方」（2005年4月28日）第7項、<http://warp.da.ndl.go.jp/info:ndl.jp/pid/3483403/www.jftc.go.jp/pressrelease/05.april/05042802tenpu.pdf>、（2015年2月4日）。

ハの行為類型は、一般指定（1982）第14項第3号及び第4号を引き継ぐ形で規定されたが⁶⁸、これらが抽象的な規定振りであったために、下請法の規定を参考に、行為の具体化を図っている。具体的に、受領拒否、返品、支払遅延は下請法違反行為の規定を借用したものであり、これを例示としつつ、設定・変更・実施を規定することで⁶⁹、規定の抽象性を緩和させており、これにより下請法に違反する行為が独占禁止法本体に違反することが不明確だったのを改善している⁷⁰。この改善により、下請法と優越的地位の濫用規制がほぼ平行な行為を禁止するという関係が完成したと評されている⁷¹。

ハの行為は、イ又はロで要件となっていた「継続して取引する相手方」という要件は定められていない。他方、取引条件の設定、実施については、継続的取引関係が何らかのレバレッジとして利用されている場合に適用があるものと解されるため、ある商品又は役務につき継続して取引する相手方に対し、その取引を継続する条件として、新たな取引の取引条件を不利益となるように設定、実施することに限定されるべきであり、全くの新規取引につき、取引条件が一方的に不利益な内容であったとして事後的に介入することは、自由経済化のルールとして不適切と考えられるとする見解がある⁷²。

第2項 受領拒否

(1) 優越的地位ガイドライン

優越的地位ガイドラインでは、受領拒否が問題となる場合として「取引の相手方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」としている。「受領を拒む」とは、商品を納期に受け取らないことであり、納期の一時的延期、発注取り消しが含まれるとしている。「正当な理由」としては、①商品に瑕疵がある場合、注文違いの商品納入、納期遅れ等、当該取引の相手方側の責めに帰すべき事由がある場合、②事前合意により受領しない場合の条件を定め、その条件に

⁶⁸ 担当官解説では、第3号及び第4号は、要件を明確化して第2条第9項第5号ハに一本化されたとしている。萩原浩太「第171回国会成立主要ビジネス関連新法 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の一部を改正する法律の概要（上）」NBL908号（2009）38頁。

⁶⁹ 「実施」とは、「取引に関連して」という意味であり、取引の過程において相手方に不利益になる行為をすることをいう。田中編、前掲注2、92頁。

⁷⁰ 上杉、前掲注14、418頁。

⁷¹ 上杉、前掲注14、406頁。他方、下請法が書面化された取決めに反しているとして規制するものであり、書面化された事項を文字どおり親事業者に守らせるという形で規制する構造である一方、優越的地位の濫用規制は当事者間の合意が明確でない事項を不利益変更・不利益設定・不利益実施に当たると擬制して規制する構造となっており、行為内容が明確でない場合でも長期間同じ取引条件で実施されている場合には暗黙の合意を認定して然るべき場合も多いはずであり、下請法の規定を借用したことにより優越的地位の守備範囲の拡大により過剰規制を招くおそれが大きいとの懸念があると指摘されている。上杉、前掲注14、420-421頁。

⁷² 上杉秋則「ついに優越的地位の濫用行為にも課徴金！対象となる行為と課徴金算定方式」ビジネス法務9巻11号（2009）68-69頁。

従って受領しない場合（正常な商慣習の範囲内に限る）、③相手方の事前同意を得て、かつ、相手方に通常生ずべき損害を負担する場合を挙げている。

「通常生ずべき損失」とは、受領拒否により発生する相当因果関係の範囲内の損失をいうとされ、①商品の市況の下落、時間経過等による価値の減少等に相当する費用、②物流費用、③商品の廃棄処分費用を挙げている。

(2) 大規模小売業告示

大規模小売業告示第5項では、「大規模小売業者が、納入業者に対してあらかじめ特別の規格、意匠、型式等を指示して特定の商品を納入させることを契約した後において、当該納入業者の責めに帰すべき事由がないのに、当該商品の全部又は一部の受領を拒むこと。ただし、あらかじめ納入業者の同意を得て、かつ、商品の受領を拒むことによって当該納入業者に通常生ずべき損失を当該大規模小売業者が負担する場合を除く」と規定している。本項では、「特別の規格、意匠、型式等を指示して」納入させる商品が対象であり、PB商品や顧客の受注に基づいて生産する商品（例えばオーダースーツ等）がこれに該当する。この点、優越的地位ガイドラインが想定しているものは、PB商品等に加え、一般に流通しているナショナル・ブランド商品等を含む全ての商品であり、これらナショナル・ブランド商品等は本項の対象とならない。

本項に該当する行為の例示として大規模小売業告示ガイドラインでは、売れ行き不振を理由とした受領拒否、売場の改装・棚替えによる不要を理由とした受領拒否を挙げている。なお、本行為類型は百貨店特殊指定でも同様の規定が行われている。

(3) 不当性の考え方

本行為類型の不当性として、大規模小売業者が事前に定めた契約を反故にする行為であり、受領を拒否される納入業者に事前計算不可の不利益を与える行為であり、しかも、納入業者の意向を問わず、大規模小売業者が単独で行い得る行為であり、納入業者が不利益を被る可能性が高い行為類型である。これに加えて本行為類型は、これを受け入れることによって納入業者に直接の利益を見込むことができないのが通常であり、合理的範囲超過の不利益を納入業者に与える行為であるとも評価できる。このため、本行為類型は、抑圧性の高い行為であり、優越的地位ガイドラインでは「正当な理由がある場合を除き」問題となると定め、押し付け販売と同様に、本行為類型に該当すれば原則として公正競争阻害性が認められ、取引の相手方の自由かつ自主的な判断によらずになされたものと事実上推定されて、濫用行為に該当するとされている⁷³。

他方、優越的地位ガイドラインでは、発注時に受領拒否の条件についてあらかじめ合意がなされる場合には許容されるとしている。これは、合意の履行としての受領拒否であり、取引の相手方に事前計算不可の不利益は原則として与えないためである。ただし、事前の合意による受領拒否は、事前計算不可の不利益を回避できるものの、実際に受領されない場合の不利益の程度が高いため、限定的に解釈する必要があると思われる。この点、優越的地位ガイドラインでは、当該不利益の程度が合理的範囲超過の不利益となっているかを

⁷³ 長澤、前掲注7、95頁。

「正常な商慣習の範囲内」であるかで判断し、この範囲内でなければ合理的範囲超過の不利益として許容しないとしている。類似の行為であり、販売後に事後的に商品が返戻される返品も、販売した物品が納入業者に戻る点では同一の経済的な効果を有する行為であるが、返品の場合でも、後述するように事前に合意がある場合でも、返品が正常な商慣習となっている場合という限定を付して許容しており、受領拒否と同様の規定振りとなっている。

このような許容される場合が設けられたのは、例えば百貨店における返品条件付買取仕入の運用においては、売残り品が100%返品される状況下において、結局のところ百貨店の納入商品の受領の有無にかかわらず最終的に販売される見込みのない商品は納入業者に返品されることになるため、経済的効果が一致するために許容されると捉えられる。他方、小売店舗の店頭で陳列されることが納入業者の納入商品の販売につながるため、受領拒否では、その機会すら与えられないこととなる（返品の場合でも、大規模小売業者の店舗のストックに保管されるのみなら同様であるが）。このため、返品よりも更に厳密に合理的範囲の不利益性の解釈を行う必要があるように思われる。

また、優越的地位ガイドラインでは、このように、事前合意による受領拒否が許容されているが、大規模小売業告示では、当該理由が許容される場合から除かれている。これは、大規模小売業告示が「特別注文品」に限定して受領拒否を定めたものであるため、納入業者にとって「特別注文品」の転売は困難であり、このような行為が商慣習として存在していたとしても「正常な」ものであるとは想起できないため、事前合意があっても合理的範囲超過の不利益が納入業者に生じると判断することができるためと考えられる。

そして、受領拒否の合意自体が合理的範囲超過の不利益となる場合であって、大規模小売業者が納入業者との今後の取引に与える影響等を懸念して当該合意を受け入れざるを得ないものであった場合には、濫用行為に該当する⁷⁴。

第3項 返品

(1) 優越的地位ガイドライン

優越的地位ガイドラインでは、返品が問題となる場合として「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、どのような場合に、どのような条件で返品するかについて、当該取引の相手方との間で明確になっておらず、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、当該取引の相手方から受領した商品を返品する場合」としている。前段は事前計算不可の不利益の判断要素であり、後段は合理的範囲超過の不利益の判断要素を示している⁷⁵。

⁷⁴ 長澤、前掲注7、95頁。

⁷⁵ 優越的地位ガイドラインでは、本行為類型の想定例として、①展示による汚損商品の返品、②小売用の値札が貼られ、はがすことが困難な商品の返品、③小売業者が短い販売期限を一方向的に定めこれが経過したことによる返品、④PB商品の返品、⑤月末・期末の在庫調整のための返品、⑥自己の独自の判断に基づく店舗又は売場の改装・棚替えによる返品、⑦セール終了後の売残り品の返品等を例示している。

他方、問題にならない場合として、①瑕疵、注文違い、納期に間に合わなかった場合等、相手方側の責めに帰すべき事由により、商品受領日から相当の期間内・相当な範囲内で返品する場合、②事前に返品条件を合意し、その条件に従って返品する場合（正常な商慣習の範囲内に限る）、③事前同意を得て、かつ、返品による通常生ずべき損失を負担する場合、④相手方からの申出に基づき、かつ、相手方の直接の利益となる場合を挙げている⁷⁶。

(2) 大規模小売業告示

大規模小売業告示第1項では、「大規模小売業者が、……自己又はその加盟者（以下「自己等」という。）が納入業者から購入した商品の全部又は一部を当該納入業者に対して返品すること」として、買取仕入の委託仕入への切り替えての返品、他の商品との取り替え等、実質的に購入した商品の返品となる行為を含むと規定している。ただし、①納入業者の責めに帰すべき事由により、当該商品を受領し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数量の範囲内で返品する場合、②商品の購入に当たって納入業者との合意により返品条件を定め、その条件に従って返品する場合（当該商品について、その受領の日から一定の期間内における一定の数量の範囲内での返品又は受領した商品の総量に対して一定の数量の範囲内での返品が、大規模小売業者と納入業者との取引以外の一般の卸売取引において正常な商慣習となっており、かつ、当該商慣習の範囲内で返品条件を定める場合に限る。）、③あらかじめ納入業者の同意を得て、かつ、商品の返品によって当該納入業者に通常生ずべき損失を大規模小売業者が負担する場合、④納入業者から商品の返品を受けたい旨の申出があり、かつ、当該納入業者が当該商品を処分することが当該納入業者の直接の利益となる場合、には返品を許容している。

本行為類型において許容される場合は、優越的地位ガイドライン及び大規模小売業告示ともにほぼ同一の内容を定めている。②については事前計算不可の不利益の観点から不利益を与えないため許容され、①、③及び④は、事前計算不可の不利益を与えるものの①については、納入業者に帰責性があり納入業者が当然に当該不利益を負担すべきため、③については、事前計算不可の不利益を生じさせない措置を大規模小売業者が行い、納入業者もこれに同意しているため、④は納入業者の自発的な申し出に基づき、かつ、納入業者に直接の利益があることから事前計算不可の不利益が生じないため、それぞれ許容されている。

大規模小売業告示ガイドラインでは、返品の当事者について「自己又はその加盟者」としているが、これはフランチャイズ方式で出店を行う大規模小売業者が加盟者に指示をして返品させるような場合にも本項に該当するものとして取り扱うためである。

百貨店特殊指定から大規模小売業告示の変更点としては、第一に、百貨店特殊指定では商慣習に基づく返品に商品の購入時の返品の合意が明示されていなかったものを、大規模小売業告示では明示していること、第二に百貨店特殊指定で規定されていた瑕疵に基づく

⁷⁶ 公正取引委員会は、返品の「直接の利益」について、「取引の相手方の納入した旧商品であって取引先の店舗で売れ残っているものを回収して、新商品を納入したほうが取引の相手方の売上げ増加につながるような場合など実際に生じる利益」を例示している。公正取引委員会、前掲注4、49頁。

返品と注文違いによる返品を大規模小売業告示では納入業者の責による返品に統一した点が挙げられる。後者の変更があっても、解釈上の相違はない。

(3) 不当性の考え方

本行為類型の不当性として、返品は、受領するという納入業者の行動を必要とするため、返品を引き取ることをもって、納入後業者が同意しているとの外形が存在する。しかし、納入業者は、本来は、いったん納品した商品を引き取る義務を負わないのが通常であるから、返品は契約を反故にする行為であり、原則として、返品を受ける取引の相手方に事前計算不可の不利益を与えるものであり、大規模小売業者が優越的地位を利用して、納入業者が返品を受け入れざるを得ない状況で受け入れさせた場合に「濫用行為」となる⁷⁷。

発注時において返品できる条件についてあらかじめ合意がなされ、それに基づき返品される場合は、合意の履行としての返品であり、納入業者に事前計算不可の不利益を原則として与えない。しかし、事前合意があっても、当該合意が合理的範囲超過の不利益を与える場合であって、大規模小売業者が優越的地位を利用して、納入業者が返品を受け入れざるを得ない状況で受け入れさせた場合に不当性が認められる⁷⁸。

第4項 支払遅延

(1) 優越的地位ガイドライン

優越的地位ガイドラインでは、支払遅延が問題となる場合として「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わない場合」や「契約で定めた支払期日より遅れて対価を支払う場合」、「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」としている。

(2) 大規模小売業告示

支払遅延は、大規模小売業告示では濫用行為として特に定められていない。

(3) 不当性の考え方

支払遅延は、契約を反故にする行為であり、支払期日に支払いを受けることができない納入業者に事前計算不可の不利益を与えるものであり、また、それを受け入れることによって納入業者は何ら直接の利益も見込むことができないのが通常であり、合理的範囲超過の不利益も与える行為である。このため、原則として納入業者の自由かつ自主的な判断によらずなされたものと事実上推定され、濫用行為に該当する⁷⁹。また、支払遅延は、行為者が単独で行い得るものであるから、取引の相手方の自由かつ自主的な判断によらずにされる危険性が高い。このため、支払遅延について、たとえ取引の相手方の同意が外形上

⁷⁷ 長澤、前掲注7、106-107頁。

⁷⁸ 長澤、前掲注7、107頁。

⁷⁹ 長澤、前掲注7、156頁。

存在するとしても、それは取引の相手方が受け入れざるをえないものであったと事実上推定されるものと考えられる⁸⁰。

支払期日を長期に設定することについて発注時にあらかじめ合意がなされ、それに基づき長期間支払がなされないことは、事前計算不可の不利益を与えるものではないが、支払期日の合意自体が取引の相手方にとって合理的範囲超過の不利益となる場合であって、大規模小売業者が優越的地位を利用して、納入業者が当該長期設定を受け入れざるを得ない状況で受け入れさせた場合に不当性が認められる⁸¹。

第5項 減額

(1) 優越的地位ガイドライン

優越的地位ガイドラインでは、減額が問題となる場合として、「商品又は役務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」としている。また、減額には、「契約で定めた対価を変更することなく、商品又は役務の仕様を変更するなど対価を実質的に減額する場合」も含まれるとしている。

他方、問題にならない場合として、①相手方側の責めに帰すべき事由による相当の期間内・金額の範囲内での対価減額、②対価減額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対価減額が挙げられている。

(2) 大規模小売業告示

大規模小売業告示第2項では、「大規模小売業者が、自己等が納入業者から商品を購入した後において、当該商品の納入価格の値引きを当該納入業者にさせること。ただし、当該納入業者の責めに帰すべき事由により、当該商品を受領し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納入価格の値引きをさせる場合を除く。」と規定している。

本行為類型において許容される場合は、優越的地位ガイドライン及び大規模小売業告示では、①相手方の責めに帰すべき事由による場合を定め、かつ、②優越的地位ガイドラインでは、交渉の一環として行われ、その額が需給関係を反映した対価減額を挙げている。①及び②はともに事前計算不可の不利益を与えるものの、①については納入業者に帰責性があり納入業者が当然に当該不利益を負担すべきため許容される。②については、優越的地位ガイドラインの原案に対する意見に係る考え方で「例えば、やむを得ない事情変更による原材料価格の急激な高騰又は下落等が生じた際の単価の見直し規定のある継続的売買契約において、実際にやむを得ない事情変更が生じたため、取引の相手方との交渉の結果、その同意を得て、支払代金を引き下げることとしたものの、取引の相手方が、単価改定という形式を採るのではなく、減額という形式によって対応することを希望した場合を

⁸⁰ 長澤、前掲注7、170頁。

⁸¹ 長澤、前掲注7、156-157頁。

想定しております」と説明しており、やむを得ない事情の存在と相手方の同意により合理的範囲超過の不利益を与えないとして許容されている⁸²。

大規模小売業告示ガイドラインでは、問題となる想定例として、①セールで値引販売したことを理由とする値引販売相当額の値引き、②値引販売に伴う利益の減少に対処するための必要額の値引き、③毎月、一定の利益率確保に必要な金額相当額の値引きを挙げている。

百貨店特殊指定から大規模小売業告示の変更点としては、百貨店特殊指定で規定されていた瑕疵に基づく値引きと注文違いによる値引きを、大規模小売業告示では納入業者の責による返品に統一した点が挙げられる。この変更があっても、解釈上の相違はない。

(3) 不当性の考え方

本行為類型の不当性として、対価の減額は契約を反故にする行為であり、減額される納入業者に事前計算不可の不利益を与えるものであり、それを受け入れることによって納入業者は直接の利益を見込むことができないのが通常であり、合理的範囲超過の不利益を納入業者に与える行為であるとも評価できる。このため、本行為類型は、原則として取引の相手方の自由かつ自主的な判断によらずになされたものであると事実上推定されて不当性が認められる⁸³。また、対価の減額は、納入業者の意向を問わず、大規模小売業者の単独で行い得るものであるから、納入業者の自由かつ自主的な判断によらずになされる危険性が高い。このため、対価の減額について、たとえ納入業者の同意が外形上存在するとしても、それは大規模小売業者が優越的地位を利用して納入業者が受け入れざるを得ないのであったと事実上推定されるものと考えられている⁸⁴。

対価を減額できる条件について発注時にあらかじめ合意がなされ、それに基づき減額がなされる場合は、納入業者に事前計算不可の不利益を原則として与えないが、減額の合意自体が取引の相手方にとって合理的と認められる範囲を超えて不利益となる場合であって、大規模小売業者が優越的地位を利用して、納入業者が当該合意を受け入れざるを得ない状況で受け入れさせた場合に不当性が認められる⁸⁵。

⁸² 公正取引委員会、前掲注 4、54 頁。正田説に立脚する舟田正之教授の見解では、減額された価格が、客観的にみて市場価格に市場価格に合致するなどによって妥当なものであると認められる場合であっても、当該値引きは濫用にあたることとされる。これは、当該行為を受ける取引の相手方にとっては、値引き要請を受け入れるか否かについて自主的な判断をすることは事実上不可能であり、対等な当事者間では拒否したであろう取引条件の一方的変更を強いられたということ自体が「不利益」に該当するためと説明されている。舟田、前掲注 43、542-543 頁。この見解に基づけば、本想定事例において、納入業者の「同意」について一方的変更ではなく、納入業者の自由かつ自主的な判断でなされたことを厳密に解釈する必要が生じることとなる。

⁸³ 長澤、前掲注 7、133 頁。

⁸⁴ 長澤、前掲注 7、149 頁。

⁸⁵ 長澤、前掲注 7、133-134 頁。

(4) 本件行為類型の想定例に対する検討

優越的地位ガイドラインでは、本行為類型の想定例として、①セールで値引販売したための値引販売相当額の値引き、②発注後、コスト削減目標を達成するための金額を計算してその相当額の値引き、③支払時の端数切捨てによる対価減額等を例示している。

①については、例えば返品特約付買取仕入を用いていた場合には、店頭での値引販売をしなければ商品が売れ残りやすくなり、当該売残り品が返品されるために、店頭での値引販売を大規模小売業者に依頼したい場合もあろう。このインセンティブとして事前に売残り防止のための値引販売の原資の負担割合を約定し、あるいは納入業者の事後的な申し出によって値引販売の原資を納入業者が負担することは、納入業者の直接の利益につながり、許容される余地があると思われる。②については、「発注後」では許容される余地はないものの、「発注前」なら、継続的取引関係の下、大規模小売業者・納入業者双方の十分な協議と合意によりコスト削減目標を設定し、この目標の下に段階的に仕入価格を引き下げていくこと（ただし、合理的な目標及び引下げ幅に限る。）は、流通チャネル全体の競争力強化につながり、許容される余地があると思われる。③についても消費税・地方消費税の端数処理において切捨ては一般的に認められた処理であり、事前に協議の上端数処理を決定するのは、合理的範囲超過の不利益を与えるとはまでは言えないだろう。いずれの行為にしろ、事前に大規模小売業者・納入業者間の協議により、取引条件の一環として許容される余地があると思われる。

第6項 取引の対価の一方的決定

(1) 優越的地位ガイドライン

優越的地位ガイドラインでは、取引の対価の一方的決定が問題となる場合として「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」とされている。そしてこの判断に当たっては、①相手方との十分な協議が行われたか等対価の決定方法、②他の相手方の対価と比べての差別性、③相手方の仕入価格、④通常の購入価格又は販売価格との乖離、⑤取引対象となる商品の需給関係等、を勘案して総合的に判断するとされる。

他方、①低対価又は高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場合、②いわゆるボリュームディスカウント等、取引条件の違いを正当に反映した場合には、問題とはならないとしている。

(2) 大規模小売業告示

大規模小売業告示第4項では、「大規模小売業者が、自己等が特売等の用に供する特定の商品について、当該商品と同種の商品に係る自己等への通常の納入価格に比べて著しく低い価格を定め、当該価格をもって納入業者に納入させること」と規定している。

優越的地位ガイドラインとの相違としては、本項は「特売等の用に供する」いわゆるセール等の商品を対象としたものである点が挙げられる⁸⁶。この点、優越的地位ガイドラインが想定しているものは、特売等の用に供しないものも含めた全ての商品・役務であり、「特売等の用に供する」商品以外は本項の対象とならない。

大規模小売業告示ガイドラインでは、「著しく低い価格を定め」て納入させているかどうかについては、①通常の納入価格との乖離の状況を中心に、②納入業者の仕入コスト、③他社の仕入価格、④納入業者との協議の状況等を勘案して判断するとしている。

百貨店特殊指定から大規模小売業告示の変更点としては、百貨店特殊指定で「一般の卸売価格」と規定されていたものを⁸⁷、大規模小売業告示では「自己等への通常の納入価格」に変更した点が挙げられる。この理由は、担当官の解説書によると、「一般の卸売価格」の解釈によっては、ボリュームディスカウント等合理的な理由に基づく低価格納入のようなケースであっても違反に該当するかのような誤解を生じるためとしている⁸⁸。

(3) 不当性の考え方

本行為類型の不当性として、対価の一方的設定は、取引対象商品について有償ではあるが不当な対価を一方的に設定することが問題となる。どのような対価で取引するかは取引当事者間の自主的な判断に委ねられるべきものであり、自由な交渉の結果、いずれか一方の当事者に不利な対価が設定されることは、当然に起こりうることであり、自由競争経済の帰結であるといえる⁸⁹。

他方、対価の決定が取引の相手方の自由かつ自主的な判断によらない場合には、価格競争の基盤が損なわれており、是正を図る必要性が認められる。ただし、価格設定という取引内容そのものを規制することが正当化されるためには、納入業者に合理的範囲超過の不利益が及ぶものである必要があり、この判断には、設定される対価そのものの不利益の程度に加え、対価設定が納入業者にとって事前計算不可の不利益を与える態様でなされた場合も、取引の相手方に著しい不利益を与えるものと評価される⁹⁰。

対価設定が納入業者にとって著しく不利益なものであるとしても、どのような対価で取引するかは基本的に取引当事者間の自主的な判断に委ねられるべきであるから、納入業者は、対価設定を受け入れざるを得なかったものであるとの事実上の推定は通常働かないものと考えられる⁹¹。

⁸⁶ 「特売」については、百貨店業者が通常販売している価格レベルよりも、安い価格で販売する販売促進の方法を指し、特売の売場で販売される場合等、場所のいかんを問わないとみるべきであるとされている。公正取引委員会事務局編、前掲注 41、28 頁。

⁸⁷ 百貨店特殊指定第 4 項の「同種の商品の一般の卸売価格」という要件について、同種との比較については、例えば青果物の場合、等級や産地によって価格差があるため、青果物における「同種の商品」は、単に同じ種類の成果物を「同種の商品」として捉えるのではなく、等級、産地等からみて同種の商品であるということを考慮するとしている。富田隆博「ユニ株式会社に対する勧告について」公正取引 655 号（2005）73 頁。

⁸⁸ 粕渕、前掲注 65、59 頁。

⁸⁹ 長澤、前掲注 7、219 頁。

⁹⁰ 長澤、前掲注 7、219 頁。

⁹¹ 長澤、前掲注 7、226 頁。

第7項 やり直しの要請

(1) 優越的地位ガイドライン

優越的地位ガイドラインでは、やり直しの要請が問題となる場合として「正当な理由がないのに、当該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、取引の相手方に対し、やり直しを要請する場合」と規定している。本行為類型は、商品受領後又は役務の提供後のやり直しが問題となるものであり、商品の受領前又は役務の提供前に内容を変更する場合は、「減額」又は「その他取引の相手方に不利益となる取引条件の設定等」となる。

他方、①内容が発注時点の条件に満たない場合、②事前に相手方の同意を得て、かつ、やり直しによって相手方に通常生ずべき損失を負担する場合、③具体的な仕様確定のための試作品を作製する取引において、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場合には、問題とならないとしている。

(2) 大規模小売業告示

やり直しの要請は、大規模小売業告示では濫用行為として特に定められていない。

(3) 不当性の考え方

やり直しは、取引の相手方が一定の作業を行うことを要素するため、やり直しが行われたことをもって、納入業者が同意しているとの外形が存在する。しかし、納入業者は、契約に従って業務を履行したにもかかわらず、本来の契約の範囲を超えて当初の契約内容には含まれていない追加的な業務をするものであるから、やり直しは契約に違反する行為であり、納入業者に事前計算不可の不利益を与えるものであり、大規模小売業者が優越的地位を利用して、納入業者がやり直しをせざるを得ない状況でさせた場合に不当性が認められる⁹²。

発生時においてやり直しを求めることができる条件についてあらかじめ合意がなされ、それに基づきやり直しがなされる場合は、合意の履行としてのやり直しであり、納入業者に事前計算不可の不利益は原則として与えないが、やり直しの合意自体が合理的範囲超過の不利益となる場合であって、大規模小売業者が優越的地位を利用して、納入業者がやり直しをせざるを得ない状況でさせた場合に不当性が認められる。

⁹² 長澤、前掲注7、124頁。

第8項 その他

(1) 優越的地位ガイドライン

優越的地位ガイドラインでは、その他の行為類型として「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」を規定している。

(2) 大規模小売業告示

大規模小売業告示第3項では、「大規模小売業者が、大規模小売業者と納入業者との取引以外の一般の委託販売取引における正常な商慣習に照らして納入業者に著しく不利益となるような条件をもって、当該納入業者に自己等と委託販売取引をさせること。」が規定されている。大規模小売業告示ガイドラインでは、具体的な違反行為の想定例として、従来、買取仕入により仕入れてきたところ、突然、仕入方法を買取仕入から委託仕入に変更し、他の取引条件等が変わらないにもかかわらず、委託仕入における委託手数料を従前の粗利と同じとする行為を例示している。「正常な商慣習」は、売残りリスク等を勘案した場合の、委託仕入の原価率と買取仕入の原価率を比較して行うという趣旨であろう⁹³。

大規模小売業告示第9項では、「納入業者が前各項に規定する行為に係る要求に応じないことを理由として、大規模小売業者が、当該納入業者に対して代金の支払を遅らせ、取引の数量を減じ、取引を停止し、その他不利益な取扱いをすること。」が規定されている。大規模小売業告示ガイドラインでは、不利益な取扱いとして、代金の全部又は一部の支払遅延、取引数量の削減、取引停止のほか、商品の陳列場所の不利益変更を挙げている。

大規模小売業告示第10項では、「大規模小売業者が前各項に規定する行為をした場合又は当該行為をしている場合に、納入業者が公正取引委員会に対しその事実を知らせ、又は知らせようとしたことを理由として、当該大規模小売業者が、当該納入業者に対して代金の支払を遅らせ、取引の数量を減じ、取引を停止し、その他不利益な取扱いをすること。」が規定されている⁹⁴。

大規模小売業告示ガイドラインでは、公正取引委員会に知らせる手段は、書面、口頭等のほか、公正取引委員会の書面調査への協力を含んでいる。これらの禁止行為は全て、納入業者に合理的範囲超過の不利益を与えるものであり、他方、不当な委託販売取引については、想定例の買取仕入からの変更事例は、事前計算不可の不利益をも与えるものとなっている。

⁹³ 不当な委託販売取引については、百貨店業界に特有の取引形態を問題とするものであり、一般性に欠けるので優越的地位ガイドラインに記載されていない。上杉、前掲注14、428頁。

⁹⁴ 大規模小売業告示第10項の規制事例は今までに存在していないが、これは、そもそも大規模小売業者からの要求を納入業者が拒否できないことに規制理由がある以上当然であり、この規定の意義として、公正取引委員会への報告には事件審査に応じて供述することも含まれるので、納入業者が審査に協力しやすくなるという効果を挙げる見解がある。上杉、前掲注14、426頁。

(3) 不当性の考え方

本行為類型の不当性として、取引条件の一方的設定・実施は、合意内容自体が問題となる他の行為類型と同様、納入業者が受ける不利益が合理的範囲超過の不利益に該当するか、及び取引の相手方は自由かつ自主的な判断で当該不利益を受け入れたか否かを検討することとなる。

取引条件の変更は、常に納入業者に不利益を与えるものであるとは限らず、濫用行為として問題となるのは、納入業者に不利益を与えるものに限られる。納入業者に不利益を与える取引条件の変更は、契約を反故にする行為であり、納入業者に事前計算不可の不利益を与えるものであり、大規模小売業者が優越的地位を利用して、納入業者が返品を受け入れざるを得ない状況で受け入れさせた場合に「濫用行為」となる⁹⁵。

発注時において将来、取引条件が変更され得ることについてあらかじめ合意がなされた場合には、それに基づき取引条件を変更することは合意の履行であり、納入業者に事前計算不可の不利益は原則として与えない。しかし、取引条件の変更の合意自体が納入業者にとって合理的範囲超過の不利益となる場合であって、大規模小売業者が優越的地位を利用して、納入業者が返品を受け入れざるを得ない状況で受け入れさせた場合に「濫用行為」となる⁹⁶。

第5節 優越的地位の濫用規制及び補完法での売上仕入の取扱い

第1項 独占禁止法での取扱い

(1) 特殊指定での取扱い

前節までで「濫用行為」の行為類型について検討してきたが、本項では、第1部第4章で検討した売上仕入の大規模小売業者に対する本規制上の取扱いについて検討する。売上仕入においては、大規模小売業者の店頭から売残り等の理由により納入業者に対し商品が返戻され、かつ、納入業者の売上仕入員が大規模小売業者の店頭に派遣しているため、外形的には、返品及び従業員のパ遣が行われているように見える。この点、売上仕入に基づく大規模小売業者の納入業者に対する商品の返戻及び納入業者による大規模小売業者の店舗に対する売上仕入員の派遣が濫用行為に該当し、優越的地位の濫用規制の対象となるのかという問題がある。

①百貨店特殊指定での解釈

学説では、百貨店特殊指定での解釈として、売上仕入は、「独占禁止法の規制の立場から考えれば、ここにいう委託を受けて販売する形態に、売上仕入れの形態も含まれると解

⁹⁵ 長澤、前掲注7、174頁。

⁹⁶ 長澤、前掲注7、175頁。

するのが妥当」であり、「形態のいかんを問わず、百貨店業者が百貨店業者の名において販売する商品を納入する事業者であれば」、納入業者に該当するとされている⁹⁷。また、同様に売上仕入により「その商品を納入する卸売業者は、本指定の趣旨からいって、本指定のいう『納入業者』に含まれないとすることは不合理であろう」とし、売上仕入は、「多年にわたって形成されてきた取引慣行であり、このような仕入形態自体を否定することができないとすれば、その乱用を防止するため、とくに手伝店員等の問題の処理については、何らかの明確な基準を示す必要があるであろう」としている⁹⁸。他方、「委託仕入れまたは売上仕入れの場合は商品納入後であっても当該商品が顧客に販売されるまでの所有権が納入業者に留保されるものであるため、返品の問題は起こらない」、「売上仕入れの場合は、販売業務は納入業者みずから行うことを前提とする取引であるから規制対象に含まれない」とするものがある⁹⁹。同様に、事後値引きについて、売上仕入は百貨店が納入業者から商品を購入する時点と消費者に販売する時点が一致している以上、百貨店があえて値引きを要求することもないと考えられ、しかも売上が同時に仕入にスライドしてくるため事後的に値引き要求すること自体法律的には不可能であり、第3項の対象にならないと解すべきとされている¹⁰⁰。

公正取引委員会の解釈として、売上仕入を用いる納入業者は、百貨店特殊指定における納入業者に該当せず、かつ、返品及び手伝い店員の規制の適用を受けないとする解釈が百貨店特殊指定制定直後からなされていた。例えば、公正取引委員会が編集した百貨店特殊指定の解説では、売上仕入は、「実質的にいえば、納入業者が百貨店業者の売場を借りて百貨店業者の名前で売るわけであり、販売高に応じて、マージン即ち場所賃料をとることになる。そしてこの場合は百貨店業者が単なる場所賃屋と同じといってもよい。したがって、このような売上仕入の商品を百貨店業者に納入する者は、ここでいう納入業者に入らない」としている¹⁰¹。

1959年当時の公正取引委員会職員の担当官解説によると、売上仕入は、「売れた商品を百貨店が仕入れ、その代金を支払うという契約であって、この点では委託仕入と似ているが、百貨店の商品の保管責任（盗難補償等の損害賠償）がないこと、この取引による商品は百貨店の店員が販売しないこと」から、「百貨店が納入業者に売場を貸しつけている」と解釈されるため、「百貨店対納入業者の取引を規制する特殊指定の規制は行われていない」とされている¹⁰²。

⁹⁷ 正田彬『全訂独占禁止法Ⅰ』（日本評論社、1980）442-443頁。

⁹⁸ 今村成和ほか編『注解経済法〔上巻〕』（青林書院、1985）273頁〔長谷川古〕。

⁹⁹ 地頭所五男「百貨店業における不公正な取引方法」経済法学会編『独占禁止法講座Ⅵ 不公正な取引方法〔下〕』（商事法務研究会、1987）165頁、171頁。

¹⁰⁰ 公正取引委員会事務局編、前掲注41、21-22頁。

¹⁰¹ 公正取引委員会事務局編『百貨店特殊指定の解説』（公正取引協会、1955）30頁。

¹⁰² 大友健司「百貨店の納入業者取引の概況と今後の問題」財経詳報238号（1959）15頁。他の説明として、売上仕入について、「公正取引委員会は従来、納入業者（出店業者）の自主性が認められるとして特殊指定で規制する百貨店対納入業者の取引とは解釈されない」として規制対象としていないとしているものもある。大友、前掲注102、16頁。

1970年代の公正取引委員会の職員が執筆した論説でも、売上仕入は、「その販売業務のほとんどを納入業者の従業員等が行っているが、これは『商品が消費者の手に渡った時点、つまり売れた時点で百貨店が仕入れる』という仕入形態であるところから、その販売業務は『百貨店の販売業務』に当たらないということで規制の対象から除かれている」と説明している¹⁰³。このように、売上仕入は、百貨店特殊指定に係る解釈の下では、第1部第4章で検討したとおり、仕入形態と出店形態の中間的な類型として捉えられるため、解釈上賃貸借に類似することをもって百貨店特殊指定の対象となる納入業者に該当しないという見解、あるいは百貨店特殊指定の対象となっても返品及び手伝い店員の行為類型に該当しないという解釈が行われてきた。そして、学説の中でもこれら公正取引委員会の見解を支持するものもある¹⁰⁴。ただし、百貨店特殊指定上の納入業者に該当しなくても、百貨店と納入業者には取引関係があるため、一般指定上の規制対象とはなりえただろう。

②大規模小売業告示での解釈

大規模小売業告示の解釈では、売上仕入により商品を購入する納入業者も告示の適用を受ける納入業者に該当するとの解釈に変化している。大規模小売業告示ガイドラインでは、納入業者について、「大規模小売業者からみた納入業者からの仕入形態には、一般に買取仕入れ、委託仕入れ及び売上仕入れ（消化仕入れ）があるが、これらの仕入形態を用いて納入を受ける場合は、いずれもその納入する事業者が本項の納入業者に該当する。」としている。他方、売上仕入における商品の返品及び売上仕入員の派遣については、違反となるか否かは明確にしていない。また、現在まで、百貨店業態で広範囲に用いられている取引慣行であり、このことは公正取引委員会も把握しているにもかかわらず規制されていないことを勘案すると、従前からの解釈を維持して、商品の所有権が納入業者にあることから、納入業者が自らの商品を大規模小売業者の店頭から自らに返品することは、規制対象となる返品に該当せず、かつ、納入業者が自らの商品を大規模小売業者の店頭で管理・販売することは、同じく規制対象となる従業員の派遣に該当しないと判断していると思われる。

③第2条第9項第5号での取扱い

特殊指定の取扱いのほか、第2条第9項第5号に基づく規制において売上仕入を用いる納入業者との取引が規制対象となるかという問題がある。現行の大規模小売業告示における公正取引委員会の考え方からすれば、売上仕入を用いる納入業者は、規制対象となるが、売上仕入に基づく大規模小売業者の店舗から納入業者への商品の返品、あるいは大規模小売業者の店舗に対する売仕入員の派遣は、納入業者に不当に不利益を与えるものでないため規制されないと考えられる。他方、場合によっては、売上仕入に係る返品、従業員等の派遣要請が濫用行為に該当する可能性も想定され、例えば商品の返品でいえば、大規模小売業者の責で破損した商品を損失負担せずに納入業者に返品する、売上仕入員に納入業者

¹⁰³ 吉田邦雄「百貨店の手伝い店員の整理について」公正取引 328号（1978）11頁。

¹⁰⁴ 例えば、向田尚範「大規模小売業者特殊指定の意義と課題」公正取引 655号（2005）11-12頁。

自らの商品管理・販売業務のほか大規模小売業者の事務作業、販売業務も併せて行わせる等の行為は、大規模小売業告示の要件を満たさない場合であっても、第2条第9項第5号により優越的地位の濫用規制の対象となりうる。あるいは納入業者に対する協賛金等の負担要請、事後値引き等、返品、従業員の派遣要請以外の行為類型については、大規模小売業告示でも規制対象となると考える。

第2項 補完法での取扱い

(1) 下請法での取扱い

下請法では、売上仕入は支払遅延に該当するおそれがあるため、原則として認められない取引方法であるとされている。この点、公正取引委員会は、自社の店舗で販売する商品を下請業者に製造委託する際に売上仕入を用いることに関する質問に対し、下請法第2条の2第1項により、支払期日について、下請事業者の給付を受領した日から起算して60日以内の期間内に定めることとしているところ、売上仕入は、一般消費者に販売した日という特定されない日を基準とすると支払期日も特定されないこととなるため、支払期日を定める義務に違反するとしている。そして支払期日を定めなかった場合は、第2条第2項により実際に受領した日が支払期日とみなされ、親事業者は、実際に下請け事業者の給付を受領したその日に下請代金を支払わないと支払遅延となる。また、親事業者が第3条に基づき、具体的な納期日を定めず、下請業者に在庫を確認させ欠品が生じないよう随時納品させている方法は、書面交付義務違反等の問題があり、基本的に下請法では認められていないとしている¹⁰⁵。

巻末表2の1（下請法）の9事件では、勧告を受けた減額の禁止に併せて、かばん等の製造を下請業者に委託しているところ、当該委託取引に際し「消化仕入取引」を行っていたため支払期日に下請代金を支払っておらず支払遅延が生じていたとして指導を受けている。

(2) 消費税特措法での取扱い

消費税特措法では、売上仕入の取扱いについては特段定めがないが、商品の仕入が発生し、これに消費税が付加されるため、当然に第3条第1項の減額、買ったたきの問題は、買取仕入等、他の納入取引を行う場合と同様に生じうる。

特に発生しやすい買ったたきについて、売上仕入の会計処理では、消費者への販売価格に対し、大規模小売業者・納入業者双方が合意した仕入原価率を乗じる方法により仕入価格を算出するのが一般的である。このため、消費税増税時に、大規模小売業者が納入業者の消費税込みの販売価格を据え置くように指示し、あるいは更なる値下げを指示した場合

¹⁰⁵ 公正取引委員会・中小企業庁『下請取引適正化推進講習会テキスト』（公正取引委員会、2013）31-32頁、公正取引委員会、「平成23年2月2日付 事務総長定例会見記録」、http://www.jftc.go.jp/houdou/teirei/h23/01_03/kaikenkiroku110202.html、（2015年2月10日）。

には、納入業者に対する仕入価格が当然に減額されることとなり、これが買ったときに該当することとなる。

巻末表2の2（消費税特措法）の1事件では、いわゆる「駅ナカ」のショッピング・センターを運営する大規模小売業者が第3条第1項後段の買ったときに違反すると勧告された事案である。通常、ショッピング・センターでは、賃貸借契約によりテナントを出店させる場合が多いところ、当該大規模小売業者は、販売政策上、売上仕入を用いてテナントを出店させており、消費者に対する商品販売実現の時点で、大規模小売業者から消費者に対する売上高と、納入業者に対する仕入とが同時に計上され、外形的には、買取仕入と同一の会計処理が行われていた¹⁰⁶。このため、当該大規模小売業者は、消費税特措法上の「大規模小売事業者」と認定され、店舗で販売する商品を供給している納入業者から継続して商品の供給を受けていると認定された。そして違反事実としては、当該大規模小売業者が消費税率引上げに伴う売上高の減少を防止するため、全ての納入業者に対して消費税増税分相当額の値引販売あるいは商品の増量等の企画実施を納入業者に要請し、対象となる商品の販売価格を通常の販売価格に比し低く定めるよう要請することにより、仕入価格を当該商品と同種又は類似の商品に対し通常支払われる対価に比し低く定めるものと認定されたものである。

このように、取引方法として売上仕入を用いる場合は、仕入原価率を約定して仕入代金を算出するという会計処理の性質上、消費者への販売価格の設定によって、仕入価格の買ったときに直結する問題が生じる可能性が高いといえる。

第6節 公正取引委員会による「濫用行為」の判断要素

第1項 濫用行為の判断要素

以上で検討したとおり、大規模小売業者を対象とした優越的地位の濫用規制では、多様な「濫用行為」が特殊指定及びガイドラインに定められている。このうち、現在の大規模小売業者に係る規制上重要なものは、第2条第9項第5号に基づく優越的地位ガイドラインと大規模小売業告示である。ただし、大規模小売業告示では、濫用行為として規定されている行為類型については原則禁止であるところ、許容される場合を記載するという方式をとっている。これに対し、優越的地位ガイドラインの場合は、問題となる行為（許容さ

¹⁰⁶ 通常のショッピング・センターの運営者とテナント業者の金銭の授受では、テナント業者が運営者に賃料を支払うため、買ったときの問題は、むしろテナント業者の側で賃料の据え置きという形で生じうる問題である。テナントである大規模小売業者が商業施設に支払う賃料を消費税増税後も据え置いたことにより、消費税特措法第3号第1項後段（買ったとき）に違反するとされて勧告された事案としては、株式会社三城に対する勧告（平成26年6月12日）、株式会社・野家資産管理サービスほか2社に対する勧告（平成26年9月24日）がある。

れない行為)と問題とならない行為(許容される行為)を記載するという方式をとっているが、これは、両者の根拠条文が相違するためである。

大規模小売業告示では、第2条第9項第6号に基づき、大規模小売業界という限られた業界を対象として、問題となる行為類型を指定することにより定めており、このため、行為類型も具体的に規定している¹⁰⁷。他方、優越的地位ガイドラインは、第2条第9項第5号に基づくものである。このため、第一に、要件として不利益行為のうち、「優越的地位」を利用して「正常な商慣習に照らして不当」なもの(不当性のあるもの)に該当する場合のみが規制対象となるため、個別の事案により問題となる場合を判断せざるを得ない。第二に、優越的地位ガイドラインは、全ての業種を対象とした独占禁止法の解釈及び公正取引委員会の運用を記載したものであり、限定的な業種で行われている不公正な取引方法を指定する特殊指定とは違い、ある程度包括的に行為類型を記載する必要がある。このため、明確に違法・合法の線引きが難しく、優越的地位ガイドラインの規定振りは、違法・合法の境界線上が不明確となる、いわゆる「グレーゾーン」が存在することとなる¹⁰⁸。ただし、このような本質的な相違はあっても、表2-4-2のとおり、特殊指定と優越的地位ガイドラインに規定されている行為で許容されない行為と許容される行為を比較すると、近似した考え方をしていることが分かる。

具体的に、許容されない行為の判断としては、前述したとおり、納入業者に著しい不利益を与える行為であり、①納入業者に合理的範囲超過の不利益を与える行為、②納入業者に事前計算不可の不利益を与える行為、の2つに分類できる。これら著しい不利益を与える行為を、大規模小売業者が「優越的地位」を「利用」して納入業者が受け入れざるを得ない状況で受け入れさせるという「不当性」を帯びた場合に「濫用行為」として規制されることとなる。

他方、これらの行為が「濫用行為」に該当しない場合、すなわち外形的に濫用行為と一致する行為であっても違反とならない場合は、第一に、第1節で検討したとおり、優越的地位の濫用に係る成立要件を満たさない場合であり、例えば、大規模小売業者が「優越的地位」にない場合、大規模小売業者が自らの優越的地位を「利用して」不利益行為を受け入れさせていない場合等が挙げられる。第二に、濫用行為の除外規定としての「許容される行為」に該当する場合である。

ここで許容される理由の前提を検討してみると、許容されない行為は、事前計算不可の不利益あるいは合理的範囲超過の不利益を与える行為であるため、これら不利益の双方を納入業者に与えない場合、あるいは納入業者に不利益を与えることにつき、正当な理由がある場合の2つが考えられる。ただし、濫用行為自体が個別具体的な行為類型ごとに判断

¹⁰⁷ 百貨店特殊指定では、納入業者の責に帰すべき事由など限定列挙された場合を除く納入商品の返品を不公正な取引方法とするなど、問題の対称となった百貨店業者の行為が独占禁止法に違反するか否かの判断が比較的容易だったとされる。横田直和「最近の優越的地位の濫用規制等の動向—下請法化する濫用規制と独占禁止法化する下請法—」公正取引757号(2013)13頁。

¹⁰⁸ グレーゾーンでは、いわゆる本規制上の限界事例が含まれ、これが本稿を含め、多くの論考で議論の対象となっている。

せざるを得ないことから、これら許容される理由についても、個別具体的な行為類型ごとに検討する必要がある。

これらの前提を踏まえた上で、公正取引委員会が優越的地位ガイドライン及び大規模小売業告示で許容される理由としているものは、前提でみたとおり、①正当な理由がある場合と②納入業者に著しい不利益を与えない場合に分類することができる。また、これら①と②の場合は、それぞれあらかじめ個別の商品納入条件に含めて計算が可能な場合とあらかじめ個別の商品納入条件に含めて計算が不可能な場合に分類できる。これらについてまとめたものが表 2-4-3 になる。これに基づいて以下において許容されない行為と許容される理由をそれぞれ検討する。

第 2 項 合理的範囲超過の不利益を与える行為

「許容されない場合」の第一の判断要素として、納入業者に合理的範囲超過の不利益を与える行為が挙げられる。これは、通常の商取引において、納入業者が取引条件に係る利害得失を判断して大規模小売業者との取引を行うところ、納入業者が自由かつ自主的に取引条件を判断することが可能な場合には、自ら合理的な範囲を超過した不利益を受け入れることは起こりえないものであり¹⁰⁹、ひいては大規模小売業者が優越的地位を利用して行った「濫用行為」とであると推定することができるとの判断により設定された判断要素である。「合理的な範囲」を超えるか否かは、具体的には取引条件等の内容により判断されるが、公正取引委員会の考え方としては、納入業者にとっての「直接の利益」を用いて判断する場合と用いないで判断する場合に分類して考えられる。

①「直接の利益」を用いて判断する場合

優越的地位ガイドラインで許容されない行為の考え方として、納入業者に「直接の利益」があることを用いて説明しているのは、従業員等の不当使用、不当な経済上の利益の收受等及び返品が挙げられる。ここでいう「直接の利益」とは、公正な競争秩序に適う経済合理性があることとされ、具体的な利益でないとならないとされている¹¹⁰。例えば従業員等

¹⁰⁹ 稗貫俊文教授は、納入業者に合理的な範囲を超えた負担を与える行為については、「事業者性というものがあって、その辺は限度がある」としている。岸井大太郎ほか「座談会 最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引 656 号（2005）14 頁〔稗貫発言〕。

¹¹⁰ 長澤、前掲注 42、61 頁。直接の利益について、利益の直接性との考え方ではなく、想定される利益の分配の公正性の問題と捉える見解がある。ここでは、当事者間での利益分配が 10 対 0、9 対 1 のような極端な場合、逆に損失負担が 0 対 10、1 対 9 のような極端な場合が濫用行為であり、そのような分配の不公正があるとき直接の利益がないと判断するとしている。越知保見「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）27 頁。これは、従業員の派遣等、行為によりある程度の販売促進効果認められる場合、あるいは返品等、商品の流通過程で発生しうるリスクを分担することで販売促進効果が生じる場合には可能な考え方である。他方、利益分担や費用負担において、納入業者に全く利益が生じえない行為については、これらの考え方は適用できない。

の不当使用では「従業員等の派遣を通じて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」る場合、不当な経済上の利益の收受等では「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」る場合であって、相手方に不利益を与えることとなる場合には問題となるとしている。返品については、問題となる事例として記載されていないものの、許容される場合に「当該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」が例示されており、反対解釈により、納入業者から申出があっても、納入業者に「直接の利益」がなければ合理的な範囲と認められず問題となると解釈できる。これらの行為類型については、大規模小売業者の行為受け入れによって納入業者に発生する不利益と納入業者が得られる「直接の利益」を比較して、前者が上回ると判断される場合に問題となる。

②「直接の利益」を用いないで判断する場合

優越的地位ガイドラインで許容されない行為の考え方として、納入業者に「直接の利益」があることを用いないで説明するものもある。これには押し付け販売、買ったたき及び不当な委託販売取引が規定されている。押し付け販売については、納入業者の事業遂行上必要としない、又は希望していない商品・役務を購入させて不要な金銭の出費を伴い、著しい不利益を与えること自体、買ったたきについては「一方的に著しく低い対価」自体、不当な委託販売取引は「正常な商慣習と比べて著しく不利益な条件」自体がそれぞれ取引により納入業者が得られるはずの利益（マージン）が得られず場合によっては損失が生じ、納入業者に著しい不利益を与える行為類型である。すなわちこれらの行為が行われること自体で納入業者に発生する不利益が合理的範囲を超過していると判断されている。

第3項 事前計算不可の不利益を与える行為

「許容されない場合」の第二の判断要素として、納入業者に事前計算不可の不利益を与える行為が挙げられる。これは、通常の商取引において、納入業者が取引条件に係る利害得失を計算して商品の納入金額を算出し、大規模小売業者と協議の上、最終的な商品納入金額を決定するはずである。この決定された納入金額につき、納入業者が自由かつ自主的に取引条件を判断することが可能な場合には、納入業者がこれら計算に含まれない費用、リスクを事後的に負担することは起こりえないものであり、ひいては大規模小売業者が優越的地位を利用して行った「濫用行為」と推定することができるとの判断により設定された判断要素である¹¹¹。あらかじめ計算できない不利益を与えたか否かは、公正取引

¹¹¹ 稗貫俊文教授は、あらかじめ計算できない利益の不当性を重視し、「全く予期しない形でそれを押しつけてくることによって、相手方の経営計画、資金計画、人員計画が成り立たないようにやっているところに不当性がある……せつかく契約してお互いに予期し計画して投資したりしているのに、それが成り立たないこととなっている。競争基盤の侵害といいますが、取引基盤の侵害といった方がいいんじゃないか」との見解がある。岸井ほか、前掲注 109、14 頁〔稗貫発言〕。

委員会の考え方としては、事前取引条件が明確になっていないときに追加設定する場合と、事前取引条件が明確になっているときに事後変更する場合に分類して考えられる¹¹²。

①事前取引条件が明確になっていないときに追加設定する場合

優越的地位ガイドラインで許容されない行為の考え方として、事前取引条件が明確になっていないときに追加設定する場合が挙げられ、これには納入業者の従業員の不当使用、不当な経済上の利益の収受等及び返品で問題となるとされている。例えば納入業者の従業員の不当使用では「どのような場合に、どのような条件で従業員等を派遣するかについて、当該取引の相手方との間で明確になって」いない場合、経済上の利益の収受では「当該協賛金等の負担額及びその算出根拠、用途等について、当該取引の相手方との間で明確になって」いない場合、返品では「どのような場合に、どのような条件で返品するかについて、当該取引の相手方との間で明確になって」いない場合に、納入業者に事前計算不可の不利益を与えることとなる場合が問題となるとしている。これらは、取引条件が明確になっていないところ、納入業者が事前に利害得失の計算により決定した商品納入代金に含まれない費用、リスクが追加設定される点に問題があるといえる。解釈論としては、あらかじめ取り決めていない事項についてまで一方的不利益変更と見るのは、あらかじめ取り決めていないことを通常の取引条件が適用されると解釈し、事後に設定する取引条件をその一方的不利益変更と当たると見るためとされている¹¹³。

②事前取引条件が明確になっているときに事後変更する場合

優越的地位ガイドラインで許容されない行為の考え方として、事前取引条件が明確になっているときに事後変更する場合が挙げられ、返品、対価の減額、受領拒否、支払遅延及びやり直しで問題となるとされている。例えば返品では「正当な理由がないのに、当該取引の相手方から受領した商品を返品する場合」、対価の減額では「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」、受領拒否では「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」、支払遅延では「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わない場合」、やり直しの要請では「正当な理由がないのに、当該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、取引の相手方に対し、やり直しを要請する場合」に、正常な商慣習に照らして納入業者に不当に不利益を与えることとなり問題となるとしている。

これらは事前の契約で約定している事項につき、返品については返品特約がないにもかかわらず返品する点、対価の減額については約定した対価を不利益変更する点、受領拒否

¹¹² 取引条件の一方的不利益変更においては、公正取引委員会は、問題が発生した後の書面での事後的合意があっても違法性を左右しないとの解釈を一貫して採用しており、これは、①あらかじめの合意であれば、一方的に不利益な内容が取り決められることはまれであるという想定と、②問題が生まれた後の交渉には、取引上の優位性が反映されるという想定に基づくものとされている。上杉、前掲注 14、423 頁。

¹¹³ 上杉、前掲注 14、424 頁。他方、通常の取引条件が適用されると推認する手法は、規制の適切な外縁を画し難いという問題が生じるため、この点に十分に配慮した法運用が求められるとしている。

については約定した注文数量の一部又は全部を受領しない点、支払遅延は約定した支払期日に対価を支払わない点、やり直しの要請については約定した仕様・内容等を一方的に変更する点で、それぞれ約定を反故することにより納入業者に事前計算不可の不利益を与える点に問題があるといえる。

今まで検討してきた①納入業者に合理的な範囲を超過した不利益を与える行為と、②納入業者にあらかじめ計算できない不利益を与える行為との関係であるが、前述したとおり、不利益行為の類型において、これらはいずれか一方にのみ該当するとの関係ではなく、双方に該当する場合もある。いずれか一方のみに該当する場合を検討すると、①に該当する行為である場合には、②に該当するか否かを問わず許容されない。他方、①に該当しない行為であっても、②に該当する行為である場合は許容されないかは、優越的地位ガイドライン上も明らかではない。この点について、第3章でも検討したが、「不利益の程度が合理的範囲内であることもありうるはずであり、その場合に、あらかじめ計算できない不利益を与えたとの一事をもって正常な商慣習に照らして不当な不利益であると判断することは、過剰な介入」であるとして、これは濫用行為を基礎付ける事情となるものの、濫用行為の成立に不可欠な要素ではないとする見解がある¹¹⁴。②について、不利益な変更が行われなかった場合はそもそも問題とならず、他方、事後変更により不利益が生じる以上は原則として不利益行為に該当すると考えられる。ただし、生じる不利益の程度から、これを規制するかどうかは、公正取引委員会の規制発動の考慮事情として考えるべきであろう。

第4項 許容される場合

「濫用行為」に外形的に一致する場合にも、優越的地位ガイドライン及び大規模小売業告示では、許容される理由が規定されている。許容される理由としては、①正当な理由がある場合、及び②納入業者に不利益を与えない場合が定められている。

(1) 「正当な理由」がある場合

納入業者に帰責性がある場合は、正当な理由があるものとして許容される。ただし、これらの範囲は、納入業者の帰責性を勘案して相当と認められる範囲内に限定される。他にも一定の行為を義務付けることが納入業者との取引に内在的に必要となる場合や、公共的な必要性がある場合等、外形上濫用行為に該当する行為が正当化される余地がある¹¹⁵。許容される場合のうち、正当な理由がある場合としては、次のような事例を想定している。

①納入業者に帰責性がある場合

納入業者に帰責性があることを「許容される理由」として挙げている行為類型は、返品、事後値引き、受領拒否及びやり直しである。納入業者の帰責性の具体的な内容としては、

¹¹⁴ 長澤、前掲注 42、62 頁。

¹¹⁵ 長澤、前掲注 7、21 頁。

大規模小売業者・納入業者間で取引される商品について、瑕疵、履行遅滞、不完全履行等がある場合を想定している。この理由をもって行われる行為については、商品納入契約締結後に事後的に発生するものであり、行為の外形上は納入業者に事前計算不可の不利益を与えることになるが、正当な理由があると評価されて許容されることとなる。ただし、この理由を具備していても、当該納入業者の帰責性の範囲内及び期間における行為であることを条件としており、これらを超えるものについては合理的範囲超過の不利益を与えるものとして問題となる。

②大規模小売業者に「正当な理由」がある場合

大規模小売業者に正当な理由があることを「許容される理由」として挙げている行為類型は、押付け販売である。正当な理由の具体的な内容については、優越的地位ガイドライン及び大規模小売業告示ガイドラインでは、前述したとおりPB商品の内容均質化のための原材料購入強制等、合理的な必要性がある場合を想定している。この理由をもって行われる行為については、想定例では商品納入契約締結前に発生するものであり、行為の外形上は納入業者に合理的範囲超過の不利益を与えることとなるが、正当な理由があると評価されて許容されることとなる。ただし、この理由を具備していても、当該原材料購入を想定していない取引条件を決定した後に原材料を購入強制することを追加的に設定することは、事前計算不可の不利益を与えるものとして問題になりうる¹¹⁶。

(2) 納入業者に不利益を与えない場合

取引条件を事後的に不利益変更し、あるいは取引条件を追加設定する場合に、納入業者に事前計算不可の不利益を与えない場合には、納入業者に著しい不利益を与えないため許容される。この場合としては、納入業者に直接の利益がある場合、及び納入業者に生じる費用・損失を大規模小売業者が負担する場合を想定している。

他方、取引条件の決定時に納入業者に合理的範囲超過の不利益を与えない場合には、納入業者に著しい不利益を与えないため許容される。この場合としては、納入業者に直接の利益がある場合、納入業者に生じる費用・損失を大規模小売業者が負担する場合、及び納入業者が利害得失をあらかじめ計算できる場合等を想定している。

①納入業者に直接の利益がある場合

納入業者に直接の利益があることを「許容される理由」として挙げている行為類型は、納入業者の従業員の不当使用、不当な経済上の利益の收受等及び返品である。「直接の利益」とは、納入業者の売上増加等、納入業者に実際に生じる利益を想定しており、負担により将来の取引が有利になるというような間接的な利益を含まないとされている。

納入業者の従業員の不当使用及び不当な経済上の利益の收受等では、商品納入契約締結時にあらかじめ計算できる場合（商品の納入契約締結交渉と併せてこれらの条件を協議する場合）と、商品納入契約締結後に追加設定する場合（商品の納入契約締結後に販売促進

¹¹⁶ この場合、事前計算不可の不利益を納入業者に与えないためには、当該原材料購入を想定した取引条件を両者で再協議の上決定して取引条件を変更することが想定できる。

等を理由として実施する場合)の双方が想定できる。返品では、商品納入契約締結後に反故にする場合が想定される。

この理由をもって行われる行為について、商品納入契約締結時にあらかじめ計算できる場合は、行為の外形上は納入業者に合理的範囲超過の不利益を与えることになり、商品納入契約締結後に追加設定・反故にする場合は、行為の外形上は納入業者に合理的範囲超過の不利益と事前計算不可の不利益の双方を与えることとなるが、事前事後を問わず納入業者の直接の利益があることをもって許容されることとなる。ただし、納入業者の直接の利益が負担する費用・損失と同等もしくはそれ以上になると見込まれない場合は、合理的範囲超過の不利益あるいは事前計算不可の不利益が残存することをもって問題となる。また、納入業者に「直接の利益」が生じ、かつ、これが納入業者に生じる費用・損失を上回することは、納入業者自身がこれを計算する必要がある、かつ、この受け入れは納入業者の自由かつ自主的な判断により決定する必要がある。このため、当該納入業者の自由かつ自主的な判断であることを補強するために、従業員の不当使用では事前の同意を、経済上の利益の收受等では自由意思を、返品では申出を条件として許容している。

②納入業者に生じる費用・損失を大規模小売業者が負担する場合

納入業者に生じる費用・損失を大規模小売業者が負担することを「許容される理由」として挙げている行為類型は、納入業者の従業員の不当使用、返品、受領拒否、支払遅延及びやり直しである。

この理由をもって行われる行為については、商品納入契約締結後に追加設定・反故にされるものであり、行為の外形上は納入業者に合理的範囲超過の不利益と事前計算不可の不利益の双方を与えることとなるが、納入業者に生じる損失・費用を大規模小売業者が負担するために許容されることとなる。ただし、この理由を具備していたとしても、大規模小売業者が負担する費用・損失が納入業者に生じる費用・損失を完全にカバーするものでない場合は、合理的範囲超過の不利益あるいは事前計算不可の不利益が残存することをもって問題となる。全ての行為において納入業者の自由意思の立証を補強するために、事前の合意・同意を条件としている¹¹⁷。これらの理由については、商品納入契約締結後に事後的に発生し、あらかじめ計算できない場合が対象となるが、当該理由をもって許容されるものとなる。

また、大規模小売業者が負担する費用・損失が納入業者に生じる費用・損失を完全にカバーするものかどうかは、納入業者自身しか把握できない事項である。さらに返品・受領拒否では、納入業者は大規模小売業者の販売によりマージンを獲得するところ、優越的地位ガイドラインでは、大規模小売業者が負担すべき「通常生ずべき損失」として、行為により「発生する相当因果関係の範囲内の損失」であり、「例えば、①商品の市況の下落、時間の経過による商品の使用期限の短縮に伴う価値の減少等に相当する費用、②物流に要

¹¹⁷ 合意・同意に加えて費用・損失の負担を行うことにより「許容される理由」としているのは、公正取引委員会が事前計算不可の不利益とともに合理的範囲超過の不利益も問題視しており、「事実的合意だけでは、『合理的範囲を超えた不利益』でないとは言いきれないため」であるとする見解がある。伊永、前掲注 25、17 頁。

する費用、③商品の廃棄処分費用」を挙げており、利益（マージン）は対象となっていない。このため、納入業者は当該理由による行為を受け入れることにより費用・損失による「損」は発生しないものの、本来得られるべき利益による「得」は発生しないこととなる。このため、大規模小売業者が負担する費用・損失は納入業者がこれを計算し請求する必要があり、かつ、この受け入れは納入業者の自由かつ自主的な判断により決定する必要がある。このため、当該納入業者の自由かつ自主的な判断であることを補強するために、全ての行為において、事前の合意・同意を条件としている。

③納入業者が利害得失をあらかじめ計算できる場合

納入業者が利害得失をあらかじめ計算できることを「許容される理由」として挙げている行為類型としては、返品、受領拒否、買ったたき及び不当な委託販売取引がある。

返品及び受領拒否では、この理由をもって行われる行為については、行為の外形上は事前に約定をしていたとしても納入業者に合理的範囲超過の不利益を与えることとなるが、これらの行為を受け入れることが正常な商慣習となっている事例もあるため、納入業者が利害得失をあらかじめ計算した上で、商品納入契約締結時に約定することで許容されることとなる。ただし、この理由を具備していたとしても、納入業者に一方的に不利益な受け入れ条件が設定されるおそれもあるため、当該条件が正常な商慣習の範囲内であることを条件としている。

買ったたき及び不当な委託販売取引については、そもそも「不当な」ものが対象となるため、納入業者が利害得失をあらかじめ計算した上で決定された取引条件が正常な商慣習から著しく乖離していないものであれば合理的範囲超過の不利益は発生していないと判断される。

④その他の場合

優越的地位ガイドラインでは、条件交渉の過程にあり、商品・役務の受給関係を反映している場合、及び正当な取引条件を反映している場合には、許容されるものと取り扱っているが、大規模小売業者・納入業者間の取引ではあまり想定されない場合であるため、本稿では割愛する。

第7節 審決・排除措置命令における「濫用行為」の認定

第1項 大規模小売業者に対する審決・排除措置命令における濫用行為の認定

公正取引委員会により審決・排除措置命令を受けた大規模小売業者による優越的地位の濫用において、濫用行為とされたものを行為類型ごとに検討する。

まず、全体的な特徴であるが、巻末表1のとおり、おおむね4つの時期に分類することができる。第1期は、大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制の運用が強化される

前に、当時告示されていた一般指定に基づく「濫用行為」の認定がされていた時期である。この時期では3事件及び7事件が該当する。この時期の「濫用行為」の認定の特徴は、百貨店特殊指定でなく一般指定に基づき認定された時期であり、規制事例も少なく、認定項目等が定まっていない。

第2期は、優越的地位の濫用規制の運用強化後、百貨店特殊指定及び一般指定（1982）並びに流通取引慣行ガイドラインに基づき「濫用行為」が認定されていた時期である。この時期は、13事件ないし19事件が該当する。この時期の「濫用行為」の認定は、百貨店特殊指定に併せて一般指定が用いられていること、及び流通取引慣行ガイドラインが参考にされている。このため、百貨店特殊指定で違反とされた「濫用行為」では、百貨店特殊指定に定められた要件が、一般指定（1982）で違反とされた「濫用行為」では、流通取引慣行ガイドラインの考え方に従い違反が認定されている。

第3期は、大規模小売業告示及び大規模小売業告示ガイドラインに基づき「濫用行為」が認定されていた時期である。この時期は、20事件ないし27事件が該当する。この時期の「濫用行為」の認定は、大規模小売業告示及び大規模小売業告示ガイドラインに従い、定型的に行われている。

第4期は、優越的地位の濫用が独占禁止法で法定化され、第2条第9項第5号イないしハ及び優越的地位ガイドラインに基づき「濫用行為」が認定されていた時期である。この時期は、28事件ないし32事件が該当する。この時期の「濫用行為」の認定は、優越的地位ガイドラインに従い認定されるとともに¹¹⁸、課徴金が課されるようになったため、詳細に認定されるようになっている。

以下において、個別の行為類型ごとに特徴を検討する。

第2項 購入・利用強制

購入・利用強制については、3事件、14事件、20事件、25事件、28事件及び31事件で違反とされている。このうち、第1期の3事件は一般指定（1953）第10号が、第2期の14事件は一般指定（1982）第14項が、第3期の20事件及び25事件は大規模小売業告示第6項が、第4期の28事件及び31事件は第2条第9項第5号イが適用されている。

これらの事件について、押付け販売された商品としては、行為者が選定したおすすめ品、映画・花火大会のチケット（3事件）、紳士服等（14事件及び31事件）、ギフト商品（20事件）、電気製品・衣料品等の商品、絵画（25事件）、クリスマス関連商品（28事件）等が挙げられる。これらの大半については、優越的地位ガイドラインで定義するところの「事業遂行上必要がない商品」であるといえ、商品類型のみで類型行為に該当することが推定できる。3事件のおすすめ品や20事件の中元・歳暮のギフト商品、25事件の電気製品等については、企業でも必要となる場合があり得るため、購入の外形のみでは判定が難

¹¹⁸ 28事件ないし32事件において、公正取引委員会が濫用行為について、納入業者の責に帰すべき事由や正当な理由がないなど大規模小売業告示に該当する場合に「正常な商慣習に照らして不当」なものだと判断していると解されるとする見解がある。横田、前掲注107、16頁。

しい場合も多い。これらの商品の場合は、「その購入を希望していないとき」で判断することとなる。

販売方法については、販売方法・期間を決めて組織的に従業員を動員して売込を行っている、仕入本部から購入を要請する（3 事件）、販売目標数・報奨金制度を設定し、仕入担当者から購入を要請する（14 事件）、販売目標金額を設定して各業者に割り振り、仕入れ担当者から購入を要請する（20 事件）、店舗ごとに設定した販売目標金額を達成するため仕入担当者から購入を要請する（25 事件）¹¹⁹、仕入部門ごとに目標販売数量を設定した上で、仕入担当者が最低購入数量を示した上でその場で注文するよう指示をする（28 事件）、仕入担当者から購入すべき数量を指示し、又は重ねて購入することを要請する（31 事件）といった販売方法を採用することにより、納入業者が今後の取引に与える影響を懸念して当該要請を受け入れざるを得ないことを認定している。

これらの事件においては、第 1 期ないし第 4 期まで一貫して、①仕入担当者等の仕入取引に影響を及ぼし得る者が購入を要請する、②納入業者に対して組織的又は計画的に購入を要請することが認定されており、これらの事件では、おおむね流通取引慣行ガイドラインあるいは大規模小売業告示ガイドラインで、大規模小売業者・納入業者間の取引で違反とされている販売方法に従い事実認定していることが分かる。

本行為類型の中でも、特殊な事例として、20 事件では、第三者から営業を譲り受けた店舗を自社店舗として開店する際に、譲り受ける前から在庫されていた当該店舗の不要商品を処分するため、仕入担当者から納入業者に購入を要請し、納入業者に購入させたことが、一般指定（1982）第 14 項第 1 号に該当するとして違反とされた。本事件の特徴として、公正取引委員会が優越的地位の濫用で法的措置を取った例をみると、一般的に継続的に行われていた行為が対象となっているところ、当該行為については、単発的であるものの排除措置命令の対象となっている。この理由として、担当官解説によれば納入業者が商品として販売できるかどうかに関係なく購入させていたものであることや、パローが違反行為を多岐にわたって行ってきたこと等の事情を総合的に勘案した結果、悪性が高く、第 20 条第 2 項に従い、「違反する行為が既になくなっている場合においても、特に必要があると認めるとき」に該当すると判断されたとしている¹²⁰。いずれにせよ、再販売できない店頭の商品を押し付けられた納入業者は、自らの負担で処分せざるを得ず、これら不要商品は、消費者への再販売が物理的に可能な状態であっても「事業遂行上必要がない商品」と評価することができる。

¹¹⁹ ただし、25 事件の担当官解説では、大和は百貨店業者であり、仕入を専門に担当する部門が存在せず、各店舗の売場において営業を担当している従業員が商品の仕入業務を行っていた。このため、本事案においては、これらの営業担当者を「仕入担当者」と認定し、納入業者との仕入取引に影響を及ぼしうる者が商品の購入を要請した行為に当たると判断されたとしている。大澤一之「株式会社大和による優越的地位の濫用事件について」公正取引 705 号（2009）69 頁。

¹²⁰ 西村幸夫・佐々木竜二「株式会社パローに対する排除措置命令について」公正取引 676 号（2007）59 頁。

第3項 協賛金等の負担要請

協賛金等の負担要請については、3 事件、7 事件、15 事件、16 事件、18 事件、20 事件、23 事件、28 事件、31 事件及び 32 事件で違反とされている。このうち第 1 期の 3 事件では一般指定（1953）第 10 号が、第 2 期の 7 事件、15 事件、16 事件及び 18 事件では一般指定（1982）第 14 項が、第 3 期の 20 事件及び 23 事件では大規模小売業告示第 8 項が、第 4 期の 28 事件、31 事件及び 32 事件では第 2 条第 9 項第 5 号ロが適用されている。

協賛金の名目・收受方法としては、次のような内容が認定されている。

- ①納入商品に係ることを理由とするものの合理的理由・算定根拠・基準等が不明確な売場改装費の負担（3 事件）
- ②納入商品に係ることを理由とするものの合理的理由・算定根拠・基準等が不明確な催事費用の負担（3 事件）
- ③基準・算出根拠が不明確な仕入割戻金の負担（7 事件）
- ④特定商品の初回又は一定個数の 0 円又は 1 円納入（7 事件及び 20 事件）
- ⑤あらかじめ合意した仕入金額から算定した等の協賛金を超える協賛金の要請（15 事件）
- ⑥自社の店舗の臨時什器設置又は店舗の新規オープンセール時のアドバルーン費用名目の実際に要する費用を超える額の協賛金要請（15 事件及び 28 事件）¹²¹
- ⑦負担額・算出根拠・使途等が不明確な新規店舗等に係る粗利益確保、セール等のための協賛金の要請（16 事件、18 事件、20 事件、23 事件及び 31 事件）
- ⑧商品販売を目的としない合理的な理由のない催物等の費用負担（3 事件及び 28 事件）
- ⑨決算期の自社の粗利目標達成のための協賛金の要請（15 事件及び 16 事件）
- ⑩算出根拠・使途等が不明確で、販売促進効果等の利益を勘案しない自社創業祭・閉店等に係るセールに対する協賛金要請（31 事件）
- ⑪火災による滅失・毀損商品の損失補填のための費用負担（32 事件）

そして全ての事件で、大規模小売業者の要請を受けた納入業者が納入取引の継続上、負担を余儀なくされていることが認定されている。

これらの行為類型は、合理的理由、算定根拠、基準等が不明確な協賛金の負担（①ないし③、⑦及び⑩）あるいは事後変更を認定し、納入業者に事前計算不可の不利益を与える場合と、納入業者の直接の利益につながらない、あるいは全く利益につながらない行為（④ないし⑥、⑧及び⑨）を認定し、納入業者に合理的範囲超過の不利益を与える場合に分類され、これらのいずれかあるいは双方を認定している。

本行為類型は、第 2 期の流通取引慣行ガイドラインでは、事前計算不可の不利益を与えることとなる場合、及び納入業者の直接の利益につながらない協賛金等の要請を列挙している。第 3 期の大規模小売業告示ガイドラインでは、提供する必要のない経済上の利益又

¹²¹ 20 事件でも「アドバルーン協賛」の名目で協賛金が提供されていたが、アドバルーンには納入業者の名前等が一切記載されていないなど広告としての機能が希薄であり、納入業者の直接の利益につながるものでなかったために、単なる協賛金と同様、事前に算出根拠、目的等を明確に説明することなく本来納入業者が提供する必要がない金銭を提供されたと判断されている。西村・佐々木、前掲注 120、59 頁。

は納入業者が得る直接の利益を勘案して合理的であると認められる範囲を超える経済上の利益の提供が要件となっている。第4期の優越的地位ガイドラインでは、事前計算不可の不利益を与えることとなる場合及び直接の利益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る場合に問題となるとしている。この点、前述したとおり大規模小売業告示では事前計算不可の不利益を要件としていないように見えるが、この点大規模小売業告示ガイドラインでは、違反となる行為の事例に負担額、算出根拠、目的等について明確にしない協賛金の類型を記載しており、要件として一貫して事前計算不可の不利益と合理的範囲超過の不利益を判断要素として用いていることが分かる。そして、ガイドラインが公表されていなかった第1期を含め、全期で、これらに沿ってほぼ一致した事実認定を行っている¹²²。

また、ガイドラインでも特段定められていないものの、仕入担当者が要請していることを認定している事案（15事件、16事件、31事件及び32事件）や、繰り返し要請していることが認定されている事案（16事件）もあるが、これらは、購入・利用強制と同様、納入業者が大規模小売業者の要請を「受け入れざるを得ない」という状況の立証を補強しているものと思われる¹²³。

本行為類型の中でも、特殊な事例として、20事件では、新規店舗の粗利益確保のため、事前に算出根拠、目的等を明確にせず、その納入価格を通常 of 納入価格に一定割合を乗じた価格等にすることにより、当該差額に相当する経済上の利益の提供を要請し、大規模小売業者の要請を受けた納入業者が納入取引の継続上、受け入れを余儀なくされていることが認定された事案がある。これは、協賛金等の負担要請の一類型とみることもできよう。公正取引委員会は、当該行為について、納入業者が本来提供する必要のない経済上の利益を提供させる行為として大規模小売業告示第8項に該当するとの認定を行っている¹²⁴。

第4項 従業員等の派遣要請

従業員等の派遣要請については、14事件、15事件、16事件、17事件、18事件、19事件、20事件、21事件、22事件、23事件、24事件、25事件、26事件、27事件、28事件、

¹²² 特殊指定で要件になっておらず、ガイドラインで判断要素とされている事項の審決等における認定について、「百貨店取引という定型的な優越的地位の関係がある場合は、外形的に判断していいと思います」との見解もなされている。岸井大太郎ほか「座談会 最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引 644号（2004）14頁〔岸井発言〕。

¹²³ 16事件の担当官解説では、16事件において行っていた2種類の協賛金要請行為について、決算に向けた粗利益を確保するため要請されていたこと、新規店舗における納入金額に対する一定率の協賛金は事前に算出根拠、用途等について明確にすることなく要請されていたことと併せて、納入業者との間の納入取引に影響を及ぼし得る仕入担当部署から要請していたことを重視して認定されたとしている。古川博一「コーナン商事株式会社による独占禁止法違反事件について」公正取引 653号（2005）54頁。棚替えについては、18事件で一般指定（1982）第14項が適用されている。

¹²⁴ 渡邊俊一・友澤興「株式会社エコスによる独占禁止法違反事件について」公正取引 698号（2008）53頁。

30 事件、31 事件及び 32 事件で違反とされている。本行為類型は百貨店特殊指定から規制されており、適用関係も複雑に推移している。

第 2 期の 14 事件、15 事件、16 事件、17 事件、18 事件及び 19 事件では、百貨店特殊指定第 6 項又は一般指定 (1982) 第 14 項第 2 号が適用されたものであり、このうち 14 事件、17 事件及び 18 事件は、百貨店特殊指定第 6 項及び一般指定 (1982) 第 14 項第 2 号が併用された事件、15 事件、16 事件及び 19 事件は百貨店特殊指定第 6 号のみが適用された事件であり、本行為類型で一般指定 (1982) のみが適用された事例はない。第 3 期の 20 事件、21 事件、22 事件、23 事件、24 事件、25 事件、26 事件及び 27 事件では、大規模小売業告示第 7 項が適用され、第 4 期の 28 事件、30 事件、31 事件及び 32 事件では、第 2 条第 9 項第 5 号ロが適用されている。

第 2 期において、百貨店特殊指定と一般指定 (1982) の使い分けとしては、百貨店特殊指定が「自己の販売業務」に係る従業員等派遣を規制しているところ、一般指定 (1982) は、特殊指定が対象としない、自己の「販売業務」を除く業務に係る従業員等派遣に適用されている。具体的に、百貨店特殊指定第 6 項が適用された「販売業務」としては店頭への陳列等の作業が挙げられ、一般指定 (1982) が適用された業務としては棚卸・棚替え作業が挙げられる¹²⁵。そして、従業員等の派遣要請に百貨店特殊指定第 6 項が適用される場合は、ただし書きで「通常百貨店業者の従業員のもっていない販売に関する特殊な技術または能力を有する従業員等を派遣させてその商品の販売業務に従事させることが、当該納入業者の直接の利益となる場合」には適用されないとの除外規定が設けられている。

他方、一般指定 (1982) が適用される場合には、流通取引慣行ガイドラインでは、①派遣条件について当事者間で明確になっていない場合、②納入業者が得る直接の利益に照らして納入業者に不利益を与えることとなる場合が問題となるとしており、派遣された従業員等に棚卸、棚替え、社内事務等の納入商品の販売促進と直接関係がない業務を行わせる場合には、納入業者に不利益を与えることとしている。

第 3 期において、大規模小売業告示では、違反の除外規定として、①納入業者の同意を得て、納入業者の納入に係る商品の販売業務のみに従事させる場合（ただし、その従業員等の技術又は能力の有効活用により、納入業者の直接の利益となる場合に限る。）、②派遣の条件についてあらかじめ合意し、かつ、派遣費用を大規模小売業者が負担する場合は挙げられている。このように見ると、百貨店特殊指定第 6 項と大規模小売業告示第 7 項第 1 号の除外規定は、販売業務に係る従業員等の派遣要請を対象としており、要件も類似している。他方、一般指定 (1982) 第 14 項第 2 号と大規模小売業告示第 7 号第 2 号の除外規定は、販売以外の業務に係る従業員等の派遣要請を対象としている。

第 4 期においては、優越的地位ガイドラインでも、従業員等の派遣が納入業者の直接の利益の範囲内であり、かつ、自由な意思により行われる場合、又は派遣条件についてあら

¹²⁵ 例えば、14 事件の担当官解説では、14 事件において、商品陳列作業を百貨店特殊指定で規定した百貨店業者の「自己の販売業務」に該当するが、棚卸作業はこれに該当しないとしている。山中義道ほか「株式会社山陽マルナカに対する勧告について」公正取引 644 号 (2004) 75 頁。

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は、問題とならないとしており、こちらもほぼ大規模小売業告示の除外規定と同様の解釈を示している。

このように解釈されている従業員等の派遣要請について、販売業務に係る従業員の派遣要請に対する違反事例としては業務の内容としてはセール等における搬入、陳列、補充、撤去等（14 事件、15 事件、16 事件、18 事件、19 事件、20 事件、21 事件及び 23 事件）、陳列・補充・顧客が購入した商品の袋詰め（17 事件）、他社納入商品を含む陳列・補充・接客（24 事件）、訪問販売時の自社納入商品以外の販売（25 事件）、他社納入商品を含む陳列等（26 事件）、店舗の開店・閉店・改装・棚替え時の他社納入商品を含む搬入・陳列・撤去・搬出（27 事件）、搬出・搬入・店作り（30 事件）、新規・改装開店時の他社納入商品を含む移動・陳列・補充・撤去等（31 事件及び 32 事件）、セール、棚卸し又は棚替えにおける商品の陳列・補充・棚卸し・棚替え・清掃（22 事件）となっている。このように、ほとんどの事件で、陳列¹²⁶、補充等の業務が対象とされており、納入業者の直接の利益外である行為が違反とされている。これら全ての事件で、派遣条件の事前の合意がなかったことが認定され、かつ、大規模小売業者の要請を受けた納入業者が納入取引の継続上、負担を余儀なくされていることが認定されている。

仕入担当者が要請していることが認定されている事案（22 事件、25 事件、26 事件、27 事件及び 30 事件を除く全事件）があるが、これは購入・利用強制と同様、納入業者が大規模小売業者の要請を「受け入れざるを得ない」という事実の立証を補強しているものと思われる。

このうち、全ての事件で仕入担当者から店舗、派遣日、人数等の一方的な連絡のみで派遣要請されていることが認定されているが、これは流通取引慣行ガイドライン、大規模小売業告示ガイドライン及び優越的地位ガイドラインにおいて、独占禁止法上問題となる場合として、従業員等の派遣条件について取引当事者間で明確になっていない場合であって、納入業者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が示されており、大規模小売業告示でも「派遣の条件についてあらかじめ納入業者と合意」が必要と定めているため、これらが明確になっていないこと又は事前に合意がなかったことを立証しているものである。他方、第 2 期の百貨店特殊指定により規制された事件では、納入業者との合意・同意を要件としていないにもかかわらずこれらが事実認定されている。これについて、例えば 18 事件については、大規模小売業告示第 7 項の運用を実質的に踏まえた運用がなされたと解することも可能であり、逆にその「法の適用」には単に百貨店特殊指定第 6 項に

¹²⁶ 商品の陳列、補充のほか、値札の取付けなどがあり、これらは大規模小売業告示ガイドライン上、「販売業務」に該当するとされている。26 事件の担当官解説では、島忠が納入業者の従業員等に行わせていた陳列等の作業は、家具部門において魅力的な売場作りのために納入業者自ら希望して自社商品の陳列作業を行うような事例も見られたが、このような例外を除き、島忠の仕入担当者の指示で陳列したものについて、当該仕入担当者の上司の指示に基づき陳列のやり直しをさせられるなど、そのほとんどは納入業者の従業員が有する技術又は能力を要しないものであったことから違反が認定されたとしている。寺本一彦・石綿修「株式会社島忠に対する排除措置命令について」公正取引 708 号（2009）57 頁。

該当としているだけであるから、「同意」・「合意」の有無は問題にしていなくても読めると指摘されている¹²⁷。

その他、納入業者の負担で派遣されていたこと（14 事件ではこの事実の認定はされていない）及び納入業者の従業員等が有する技術又は能力を要しない自社の業務であること（20 事件、21 事件、22 事件及び 23 事件）については、それぞれ大規模小売業告示の除外規定に該当しないことを認定したものであろう。

また、他社が納入した商品も含めてこれらの業務を行ったことを認定している事件（24 事件、25 事件、26 事件、27 事件、28 事件、31 事件及び 32 事件）がある。これについて、新規・改装セールに際しての作業に納入業者の従業員等を派遣させることが大規模小売業告示第 7 項に該当すると認定された際、同項第 1 号の例外要件に該当しない理由として、①あらかじめ納入業者との間でその従業員等の派遣の条件について合意していないこと、及び②納入業者の従業員等が有する技術又は能力を要しない自社の業務であることが摘示されているところ、24 事件及び 27 事件では、①は摘示されているものの、②では、「技術又は能力」の摘示の代わりに当該認定がなされている。この点について 24 事件の担当官解説では、ヤマダ電機が納入業者の従業員等を当該納入業者以外の商品の販売業務に従事させている事実が認められたことから、「その従業員等を当該納入業者の納入に係る商品の販売業務のみに従事させる場合」に該当しないものと認定され、これが大規模小売業告示第 7 項第 1 号の例外要件に該当しない理由として摘示されたとしている¹²⁸。

接客販売における「直接の利益」が問題となった 24 事件では、接客以外の商品の陳列・補充とともに接客等が違反行為として列挙されているとともに、これら従業員の派遣が派遣の条件等について納入業者の合意がなかったことが認定されている。このため、当該接客業務が、「従業員等が有する販売に関する技術又は能力が当該業務に有効に活用される」との大規模小売業告示の基準に該当しなかったために違反とされたのか、当該基準を満たしたものの、納入業者の条件の「合意」がなかったために違反とされたのかは判然としない。いずれにせよ、ガイドラインの基準に従えば違反との判断に変わりはないと思われる。また、同様に、25 事件では、純粋な販売業務に係る違反事例であるが、店頭における他社納入商品の販売が問題とされた事例ではなく、全従業員訪問販売等を実施するに際し、常駐している納入業者の手伝い店員にも当該訪問販売を行わせ、他社納入商品を販売させていたことが違反とされた事件である。第 4 期では、28 事件、31 事件及び 32 事件では、①他社が納入した商品を含めた認定のほか、②あらかじめ派遣条件の合意がなかったこと、③費用負担がない、あるいはほとんど全てを負担していなかったことを認定しており、28 事件のみ④従業員等が有する技術又は能力を要しない業務であったことが認定されている。これらは、①④が合理的範囲超過の不利益、②が事前計算不可の不利益を認定したものであり、③は許容される場合に該当しないものであったことを認定しているといえる。

販売業務以外の従業員の派遣要請では、棚卸業務（14 事件及び 17 事件）、棚卸・棚替え業務（18 事件）、商品（PC 等）の設定の初期化等（24 事件）、DM配布業務（25 事

¹²⁷ 舟田、前掲注 43、546 頁。

¹²⁸ 平澤徳善ほか「株式会社ヤマダ電機に対する排除措置命令について」公正取引 698 号（2008）57 頁。

件)、新規開店、全面改装、棚替え時の他社納入商品を含む商品の移動、陳列、補充、接客等の業務(28事件)が違反とされている。いずれも販売業務と関係なく、かつ、当該派遣に要する費用の負担を行っていないことが問題となったものである¹²⁹。ただし、特に大規模小売業告示以後の事案では、販売に係る業務と販売以外の業務の区別がなくなったため、両者を併せて認定している事案も多い(例えば22事件、28事件等)また、仕入れ担当者からの要請があったこと(25事件では認定されていない)を認定している事案が大半であるが、これは販売業務に係るものと同様に、納入業者が要請を「受け入れざるを得ない」という事情の立証を補強しているものと思われる。

第5項 返品

返品については、14事件、15事件、21事件、22事件、26事件、27事件、28事件及び29事件で違反とされている。このうち、第2期の14事件及び15事件が百貨店特殊指定に基づき、第3期の21事件、22事件、26事件及び27事件が大規模小売業告示に基づき、第4期の28事件及び29事件が第2条第9項第5号ハに基づいて、それぞれ違反とされている。

返品理由としては、セールの売残り商品の返品(14事件)、在庫調整のため商品回転率が低い・入替えの対象となる商品の返品(15事件)、商品回転率が低い・売上不振商品の返品(21事件及び29事件)、店舗閉店・改装・棚替え等を理由とする返品(21事件、26事件及び27事件)、独自の販売期限経過後の返品(22事件及び28事件)¹³⁰、商品回転率が低い、季節商品の販売終了、破損品の返品(22事件)となっている。そして全ての事案で、大規模小売業者の要請を受けた納入業者が納入取引の継続上、受け入れを余儀なくされていることが認定されている。

これらの認定に併せて、納入業者に責がないこと(21事件、26事件、27事件、28事件及び29事件)、納入業者に生ずべき損失を負担していないこと(21事件、22事件、26事件、27事件、28事件及び29事件)、直接の利益がない(21事件、22事件、26事件及び29事件)あるいは納入業者から返品の申し出がないこと(27事件、28事件及び29事件)、納入業者との合意により事前に返品条件を定めていないこと(21事件、22事件、26事件、27事件、28事件及び29事件)が認定されている。これらは全て返品が許容される事由であり、これらに合致する事由がなかったことを立証している。

¹²⁹ 25事件では、大和のDM配布作業を、大和に派遣されている納入業者の常駐従業員に行かせた際に、交通費及び昼食代を支給していたが、人件費相当額は負担していなかったことから、「当該業務を行うために通常必要な費用を負担」したとは認められず違反とされた。大澤、前掲注119、70頁。

¹³⁰ 22事件では、独自に設定した販売期限を経過した商品の返品については、例えば賞味期限181日以上の商品は賞味期限の2か月前まで、賞味期限180日以下の商品は賞味期限の1か月前までといった販売期限が定められていた。北園敏幸・迫田敦美「株式会社マルキョウによる独占禁止法違反事件について」公正取引696号(2008)75-76頁。

いずれにせよ百貨店特殊指定及び大規模小売業告示では、許容される理由がない返品を違反としており、優越的地位ガイドラインでもほぼ一致した考え方をしており、第2期ないし第4期では、これらに沿ってほぼ一致した事実認定を行っている。

第6項 減額

減額については、13事件、14事件、19事件、21事件、22事件、23事件、26事件、28事件及び29事件で違反とされている。このうち、第2期の13事件、14事件及び19事件が百貨店特殊指定第2項に基づき、第3期の21事件、22事件、23事件及び26事件が大規模小売業告示第2項に基づき、第4期の28事件及び29事件が第2条第9項第5号ハに基づいて、それぞれ違反とされている。

減額の理由としては、利益額等の達成のための事後値引き（13事件）、割引販売商品の事後値引き（14事件、17事件、21事件、22事件、26事件、28事件及び29事件）、閉店の際の割引販売及び開店の際の陳列商品の値引き（23事件）となっている。そして全ての事案で、大規模小売業者の要請を受けた納入業者が納入取引の継続上、受け入れを余儀なくされていることが認定されている。そして、これらの認定に併せて、納入業者に責がないこと（13事件及び22事件では認定していない）が認定されているものが多いが、これは減額が許容される事由であり、これに合致する事由がなかったことを立証している。

いずれにせよ百貨店特殊指定及び大規模小売業告示では、減額について納入業者に責がないにもかかわらず、事後的に商品代金を減額していたことを要件とし、優越的地位ガイドラインでも同様に解しているため、第2期ないし第4期では、これらに沿ってほぼ一致した事実認定を行っている。また、13事件のみ受け入れを余儀なくされていることが認定されていないが、これはローソン事件以後、百貨店特殊指定を初めて適用した事案であり、このため事実認定の項目が固まっていなかったためと思われる。

第7項 買ったたき

買ったたきについては、第2期に百貨店特殊指定第4項に基づき、17事件で違反とされている。これはセール用の青果物について、一般の卸売価格に比べて著しく低い価格での納入が違反とされたものである。

百貨店特殊指定では、当該行為類型について、「特売、廉売等の用に供する特定の商品」が要件となっており、買ったたきの対象商品が「年2回行われる特別感謝セール及び年間約50回行われる火曜特売セール」でのセール用の青果物であることを認定し、「その商品と同種の商品の一般の卸売価格に比べて著しく低い価格」という要件については、「セールの用に供する青果物と等級、産地等からみて同種の商品の一般の卸売価格に比べて著しく低い価格」で納入するよう一方的に指示する等して、通常時に比べ多量に納入するよう要請していることが認定されており、青果物について単に種類のみではなく、商品特性に応じて等級、産地等を比較検討して詳細に認定していることが分かる。ただし、「著し

く低い価格」と認定した具体的な根拠が示されていない¹³¹。そして大規模小売業者の要請を受けた納入業者が納入取引の継続上、要請に応じることを余儀なくされていることが認定されている。

第8節 公正取引委員会による「濫用行為」に係る判断要素の問題点

第1項 濫用行為に係る判断要素の問題点

以上、本章では、公正取引委員会による「濫用行為」の判断要素及び審決・排除措置命令での認定を検討してきた。

前章で検討した「優越的地位」の認定上の問題点としては、①公正取引委員会がガイドライン等で示している優越的地位の判断要素の妥当性という問題と、②公正取引委員会が実際に審決・排除措置命令での優越的地位の認定が抽象的であるという問題があった。これは、個別の取引関係から生じ、かつ客観的に立証しづらい優越的地位を、「個」対「グループ」という関係で複数の判断要素から総合的に捉えるという、認定に係る根本的な問題から生じたものであった。

他方、「濫用行為」の認定は、「優越的地位」の認定と違い、大規模小売業者・納入業者間で実際に行われていた取引の実態を認定することとなる。また、公正取引委員会が実際に審決・排除措置命令で「濫用行為」として認定する際の判断要素については、前節で検討したとおり、おおむねガイドライン等で示されている判断要素に沿って認定しており、個別の事件での認定手法等の詳細な論点を除けば、「濫用行為」の認定上の論点は、主として公正取引委員会がガイドライン等で示している判断要素の妥当性が論点となる。

そして、ガイドラインにおける「濫用行為」認定上の主要な論点は、濫用行為に係る「著しい不利益」と「不当性」の捉え方である。これは、第一に、本章で検討したとおり、①事前計算不可の不利益と②合理的範囲超過の不利益が「著しい不利益」として判断されているが、この判断要素における現行の解釈が適正であるかということが論点である¹³²。

第二に、「不当性」について、著しく不利益のある行為を受け入れざるをえないことの認定は、行為者と取引の相手方との十分な協議がなされたかというプロセスや不利益の内

¹³¹ この点について、事前交渉を伴わない一方的な態様についての認定と、「仕入れ価格を下回る価格での納入」との総合評価により、「著しく低い価格」を立証したものと思われるとする見解がある。岩本論「経済法判例研究会（第125回） 総合量販店による『特売セール』向け商品の買ったたきと不当な従業員派遣の要請—ユニー(株)に対する件—公取委勧告審決平成17.1.7」ジュリスト1297号（2005）149頁。ただし、このような立証手法は、行為の悪性を補完することはできるものの、「著しい」点について立証し、要件に適合することになるかは疑問である。

¹³² これに対し、これら二つの判断基準をどのように立証できるものかは明らかではないとする見解がある。田村次朗ほか「優越的地位の濫用に関する実務上の問題点」NBL990号（2012）32頁。

容といった客観的事象を通じて認定されるとの見解があり¹³³、この見解の是非は格別、「不利益の内容」とは「著しい不利益」であるかということにつながるため、結局のところ「濫用行為」の判断は、「著しい不利益」と「取引のプロセス」で判断されることとなる。

そして、第1章で検討したとおり優越的地位の濫用規制の限界事例が判別しづらいということから、企業としては、コンプライアンスの推進の観点から、非常に対応しづらいものとなっており、これら判断要素の明確化が強く望まれる。以下においてそれぞれ検討する。

第2項 著しい不利益の論点

(1) 著しい不利益の判断に係る問題点

著しい不利益は、確かに納入業者に不利益を与える行為であるが、民事上、私的自治の原則から言えば何ら問題がない行為である。これらの行為が一方的に押し付けられたとするならば、本来司法的に救済されるべき行為である¹³⁴。しかし、納入業者の自由かつ自主的な判断が行われない中で、大規模小売業者が優越的地位を利用して、著しく不利益な条件を受け入れざるを得ない状況で受け入れさせたことに「不当性」があり、現実的に劣位にある納入業者が司法的な救済を求められない状況だとするなら規制が必要となる¹³⁵。他方、納入業者が「自由かつ自主的な判断」で行為を受け入れたかの立証は難しく、商人は、何らかの利益があれば「自由かつ自主的な判断」で行為を受け入れ、不利益があれば「自由かつ自主的な判断で」行為を受け入れないという前提に基づいて不当性の有無を推定して「濫用行為」の認定がなされている。このため、規制対象とならない、納入業者に「利益」がある、あるいは「不利益」が著しくない場合をどのように捉え、あるいは規制の対象となる「著しい不利益」がある場合をどのように捉えるのかが問題となる。

前述したとおり、「濫用行為」が「許容されない場合」の判断要素として、第一に、納入業者に合理的範囲超過の不利益を与える行為が挙げられる。これについては「直接の利益」を用いて判断する場合と、「直接の利益」を用いないで判断する場合があることを説明した。後者の場合は、押し付け販売を除き、買ったたき及び不当な委託販売取引であり、これらも取引によって納入業者にマージン等を勘案して「利益」が生じるかが問題となり、

¹³³ 長澤、前掲注7、16頁。

¹³⁴ 上杉、前掲注14、431頁。したがって、優越的地位の濫用として規制することは、司法的に救済するか、公的規制によって救済するかの違いに過ぎないとされている。

¹³⁵ この点、劣位にある事業者が、契約自体が無効として司法的な救済を求めた場合においても「弱者保護」の観点で問題となりうるものである。一般に、弱者が消費者であった場合は、立法的な措置や裁判上で弱者保護が図られることが多いと思われる。他方、取引法の論点として、「小市民・一般市民・弱者のカテゴリーへ簡単に入れてしまうことには問題があるけれど、さりとて自己の力と責任でだれとの間においても対等に交渉できる事業者に含めるのも疑問がある零細業者ないし小商人を、どのように位置づけるか」ということについては議論があり、「契約自由と弱者保護とのボーダーライン上に置かれるべきことになる」との認識がなされている。椿寿夫「法律時評 取引法における二極分化的な思考と志向」法律時報60巻2号(1988)4頁。

「直接の利益」と同様に利益の有無が問題となる。合理的範囲超過の不利益については、相手方の給付に照らして負担が均衡を失っていることであるから、究極においては対価の不相当の問題であり、対価の相当性の判断は、市場メカニズムへの大きな介入であるから慎重な取扱いが必要とされている¹³⁶。

第二に、納入業者に事前計算不可の不利益を与える行為が挙げられる。これについては、取引条件の追加設定と事後変更があることを説明したが、これらが許容される場合として、①納入業者に帰責性がある場合、②大規模小売業者に正当な理由がある場合、③納入業者に生じる費用・損失を大規模小売業者が負担する場合、④納入業者に直接の利益がある場合が挙げられる。①から③までの許容される場合については、ある程度客観的に判断が可能で理由にも納得性があり、結局のところ、④の「直接の利益」を用いて判断することの妥当性が論点となる。

第1部の検討において、日本の取引慣行の特徴として、継続的取引を用いて、取引条件の詳細を事前に明確にせず、あるいは詳細は決定しない「不完備契約」を用いて取引が行われることを説明した。事前計算不可の不利益については、これ自体が納入業者にとって著しい不利益であることが多いであろうが、不利益の程度が合理的範囲内であることもあり得るはずであり、この場合、納入業者の自由かつ自主的な判断で不利益行為を受け入れることもあるはずである。このため、この不利益を与えたことの一事をもって正常な商慣習に照らして不当な不利益と判断することは、過剰な介入であるとする見解もある¹³⁷。

このように、著しい不利益の判断の論点は、結局のところ「直接の利益」という判断要素の妥当性ということになる。

(2) 間接的な利益・時間軸での利益の考え方

(1)で検討したとおり、納入業者に「著しい不利益」を与えるかどうかの判断要素として「直接の利益」を用いる場合、納入業者が「直接の利益」のない取引条件を自由かつ自主的な判断で受け入れるはずがないとの前提に立ち、これらの行為が行われていることをもって優越的地位が濫用されたとして、大規模小売業者・納入業者間の合意を否定するための論理として使用されている。他方、相手方が取引条件に合意している以上相手方の自由かつ自主的な判断により取引を阻害するとして事後的に問題とすることは慎重とすべきとの指摘がなされている¹³⁸。具体的には、優越的地位の濫用規制における「濫用行為」を判断する際には、納入業者の自由かつ自主的な判断を重視し、公正取引委員会が設定した「直接の利益」以外に発生し得る納入業者にとっての「間接的な利益」や、継続的な取引関係の下、時系列で見たときに今回は「直接の利益」がなくとも将来に「利益」が見込め、又は過去に受けた「利益」を返すといった「将来の利益」にもメリットがある・「過

¹³⁶ 川濱、前掲注 16、8 頁。同旨として、取引条件の変更については、取引条件の一方的変更を指すことが明らかになっており、その必要性は十分に説明できると考えられるものの、取引条件の不利益設定については、取引条件の交渉結果に対して事後的に介入することを含むので規制する論拠を理論的に説明することが難しいとの見解がある。上杉、前掲注 14、418-419 頁。

¹³⁷ 長澤、前掲注 42、62 頁。

¹³⁸ 上杉、前掲注 14、417 頁。

去の利益」を返す等もありうるとの考え方から、次のとおり現行の規制の運用に多くの批判がなされている。

第一の見解として、「プロの商売人同士の契約は相応の損得勘定を考慮して行っており、購買力をテコにし不合理なリスクを負担させる傾向のある相手方であれば、それに対してそれを緩和する『保険』を用意するのが普通でしょう。紛争が起きれば、裁判などで解決する用意があるはずだから、取引の外形だけをみて徒に行政介入すべきではないという観点がありえます」とする見解がある¹³⁹。この見解は、納入業者が一見すると「直接の利益」がない取引条件であっても、自らの自由かつ自主的な判断で「間接的な利益」・「将来の利益」を見込んで、あるいは「過去の利益」を返すために当該条件を受け入れる、あるいは他に「保険」をかけて受け入れる場合があるとの考えに基づくものと言える。

第二の見解として、納入業者にとって、「返品であれ、協賛金であれ、それぞれの行為は単独で行われているのではなく、現実の取引関係において、相互補完的な取引条件や商慣行の束として実施されている。そして、そうした取引関係は、小売側にとってのみ好都合……というわけではない。納入側にとっても、単に取引先ないし売り上げを失いたくないためという理由だけでなく、他の納入業者との競争のための、あるいは自社の信用ないし暖簾の維持・拡大のための投資……として、当該取引関係を位置づけ、その継続を図ることがある」としている¹⁴⁰。この見解では、優越的地位の濫用規制を行うにしても、納入業者には、「直接の利益」がある取引条件だけでなく、「間接的な利益」・「将来の利益」しかない取引条件であっても利益が生じるため、投資として自らの自由意思で受け入れる可能性があるとの考えに基づくものである。

第三の見解として、相手方に不当な不利益を与える行為か否かの判断に当たって重要なことは、行為者と相手方との関連する一連の取引関係の中で当該行為が相手方にとって不利益を与える行為か否かが検討されることであり、個々の行為のみにより判断されるべきではなく、優越的地位の濫用規制が、行為者と相手方の継続的な関係を前提とした規制である趣旨にも合致するとの見解がある¹⁴¹。この点、継続的取引関係にある場合には、時間軸で一時点のみを切り取って「直接の利益」の有無を判断するのではなく、長い期間で「将来の利益」・「過去の利益」（以下、総称して「時間軸での利益」という。）を判断することも可能であると言える。

このような見解から、事業者の自由な判断を害して市場メカニズムへの過度な介入とならないようにするためには、取引と直接的な関係のない利益であっても、取引実態を丹念

¹³⁹ 岸井ほか、前掲注 109、14 頁〔稗貫発言〕。

¹⁴⁰ 渡辺達朗「流通行政新展開 大規模小売によるバイイングパワー行使に対する規制の方向—『百貨店特殊指定』の改訂問題に関連して—」流通情報 427 号（2005）49 頁。

¹⁴¹ 田村ほか、前掲注 132、33 頁。この点、継続的取引においては、取引当事者は相互にギブ・アンド・テイクの関係にあり、その一部だけを独立的に取り上げて、経済合理性の欠缺を問題視することは、継続的取引自体を消滅させてしまうことになるため、ある不利益行為自体とは直接的に関係のない利益であっても、相手方にとって、将来の具体的利益を期待して（又は過去の具体的利益のお礼として）当該不利益行為を受け入れることが「正常な商慣習に照らして不当」なものでなければ、当該不利益行為は、濫用行為には該当しないと見る見解がある。長澤、前掲注 42、62 頁。

に見て「正常な商慣習に照らして不当」でなければ、すなわち納入業者が自由かつ自主的に行為の受け入れを判断しているならば、金銭換算し得ないものも含め、具体的利益は考慮されるべきとする見解がなされている¹⁴²。

(3) 間接的な利益・時間軸での利益の具体例

このように、納入業者が「直接の利益」のない取引条件を自由かつ自主的な判断で受け入れるはずがないとの前提に立ち、「間接的な利益」・「時間軸での利益」を認めない運用は、過剰規制のおそれが生じる¹⁴³。さらに、ここで用いられる「直接の利益」は公正取引委員会が決めたものであり、納入業者が考えている「利益」と一致しているかという問題もある。

ここで、第1部で検討した事例をもとに、納入業者が大規模小売業者による優越的地位の不当利用ではなく、「間接的な利益」・「時間軸での利益」として受け入れる可能性のある事例を検討する。例えば百貨店で返品・手伝い店員を受け入れている納入業者は、自らの納入商品の販売促進以外にも、自らも経営資源として利用している百貨店のブランド力・信用力の維持・向上を目的として、百貨店による流行性のある商品の品揃え形成や高質のサービス提供に協力するために、直接的な取引でマージンにより得られる収入より返品・手伝い店員に要する費用が超過しても、これらの行為を受け入れる場合もあり得る。自らのブランド力を向上させるために百貨店の店頭における販売商品、販売方法、付随サービス、販売促進方法等を積極的にコントロールすることを目的として、返品・手伝い店員を受け入れる場合、納入業者の手伝い店員が行う業務には、販売業務のほか、商品の陳列業務、入替え（棚替え）業務、管理業務等、多様な業務が含まれることもあり得る。百貨店のみならず、量販店においても、納入業者による労務提供は、自社商品の推奨販売、デモンストレーション、優先的販売といった販売促進や、顧客情報・販売情報の入手といった情報入手に係るものだけではなく、納入業者の有利な陳列・棚割りの実現を可能とする指摘もある¹⁴⁴。さらに、返品の採用による百貨店の在庫管理精度の低下を防ぐために、納入業者が在庫管理を手伝い店員に行わせること、再販売価格維持制度の代わりとしての小売価格の値崩れ防止のための納入業者が返品制を受け入れること等、納入業者の経営戦略として、他の取引慣行と併せて、あるいは代替的に導入されることもある。

大規模小売業者を起点とする流通システム変革の観点からみれば、短サイクル型流通システム構築のための多頻度小口配送の受け入れやセンターフィー、情報化費用の負担は、自らの属する流通システムの効率化と消費市場への適応力・小売市場での競争力を強化する役割があり、このための流通システム内での役割の発揮と費用分担として、これら負担を投資として自ら進んで受け入れる場合もある。他方、流通システム変革のための新たな

¹⁴² 伊永、前掲注 25、18 頁。

¹⁴³ 納入業者も取引条件について自由かつ自主的な判断で合意している行為であっても規制するとすれば、弱者の経済的利益保護といった他の政策目的によるべきであろうし、少なくとも優越的地位の濫用に係る公正競争阻害性について、通説的見解である独禁研説とは不整合となる。

¹⁴⁴ 小宮路雅博「日本の商慣行—その理論と独占禁止法上の扱い—」茨城大学人文学部紀要社会科学論集 32 号（1999）83-84 頁。

取引方法は、大規模小売業者以外の中小小売業者と納入業者の「卸売取引」でみられず、「正常な商慣習」とは認められない取引方法とされる可能性があることから、外形的に「濫用行為」に該当する可能性がある。この問題は、流通システムの変革のつど、新たな大規模小売業者・納入業者間の取引方法が生み出されるたびに起こりうる問題である。

卸売業者が果たす役割の観点からみれば、リテール・サポートの一環として、「小売店の商品陳列から販売促進企画、在庫補充まで小売店の売場一括管理を卸売業者が行う」という「店頭活性化問屋」といわれる卸売業者の形態があるとされる¹⁴⁵。これら卸売業者が自らの競争戦略上の武器として、自発的に提供する役務に対し、対価が仕入対価とは別に支払われれば格別、商品の仕入価格に含んで支払われる場合には、外形的に「濫用行為」に該当する可能性がある。

これらの事例では、現行の規制上も許容されている行為もあるし、納入業者が自発的にこれらの行為を受け入れていれば「不当性」がないため直ちに違反とされるわけではない。また、大規模小売業者が優越的地位を利用して、例示した行為を受け入れざるを得ない状況で受け入れさせられて、不当に不利益を被っている納入業者が少なからず存在しているのも事実である。ここでは、現行の規制上違反とされ得る行為の中でも、納入業者が、何らかの利益、メリットを勘案して、これら行為を自由かつ自主的な判断で受け入れる可能性があることを指摘しておく¹⁴⁶。

(4) 商人による利益の判断

「利益」を広義にとらえると、金銭に直接的に換算できるものとできないものがある¹⁴⁷。これを踏まえた上で論を簡素化するために、金銭に直接的に換算できる利益を念頭に検討すると、通常、商人間の取引では、取引により得られる「収入・利益」と「費用・損失」との差が自らの得られる利益となる。商人は、この利益を計算することによって取引を行うか否かを判断する。そこで、改めて納入業者の「利益」について整理すると、「直接の利益」（大規模小売業者の行為に係る要請を受け入れることにより、納入業者に当該行為に要した費用を上回る利益が直接的に発生するもの）、「間接的な利益」（大規模小売業

¹⁴⁵ 北山幸子「地方日用雑貨卸売業経営の革新—加納商事株式会社の経営を中心に—」立命館経営 50 巻 6 号 (2012) 137 頁。

¹⁴⁶ その他、「間接的な利益」の例として、定期的な単価改定のような事後的変更により部品メーカーの効率化・合理化が促進され、川下市場の競争を活発化する場合、親事業者が倒産の危機にある場合に下請事業者が納入価格の引下げという不利益を承諾する場合等が想定される。伊永、前掲注 25、18 頁。

¹⁴⁷ 例えば、百貨店の信用力の利用、成長している大規模小売業者との取引拡大への投資等は、直接的に金銭に換算することは難しい。公正取引委員会も、これら金銭に直接的に換算できない「利益」も「直接の利益」と想定しており、優越的地位ガイドラインでは、従業員等の派遣要請における「直接の利益」の想定例として、販売促進という金銭に直接的に換算できる利益のほか、「取引の相手方による消費者ニーズの動向の直接把握」という金銭に換算できない利益を例示している。強いて例えれば、納入業者がこれら直接的に金銭に換算することが難しい利益を、何らかのメリットを見越して「買う」ということになろう。私見では、これら金銭に直接的に換算できない利益を含めて、商人は「利害得失」を判断するものであると考える。

者の行為に係る要請を受け入れることにより、納入業者に当該行為に要した費用を上回る利益は直接的に発生しないものの、間接的に、あるいは時間軸で見れば最終的には上回る利益が発生するもの)、「損失」(大規模小売業者の行為に係る要請を受け入れることにより、納入業者に当該行為に要した費用を上回る利益が直接的にも間接的にも発生しないもの)の3つに分類できる。そして、優越的地位の濫用規制においては、「間接的な利益」・「時間軸での利益」及び「損失」の発生を納入業者の「不利益」として取り扱っているが、私的自治を重視するならばこの線引きを見直すことも考えられる。

大規模小売業者の事業活動の委縮という観点からみても、公正取引委員会の不当性の判断要素の一つである、濫用行為の受け入れを「事実上……余儀なくされている」については、当該行為に経済的合理性がないことが明白である場合には格別、事実上、余儀なくされているかについて、そのこと自体を行為者の立場から判断や立証することは困難な場合が多い¹⁴⁸。これはすなわち、「直接の利益」あるいは「間接的な利益」・「時間軸での利益」を見込んで納入業者が積極的に当該取引条件を受け入れた場合であっても、いずれにせよ大規模小売業者からは立証が困難であり、結局は公正取引委員会が定めた「直接の利益」がある行為のみしか行えないことにつながる。納入業者にしてみても、公正取引委員会が定めた「直接の利益」がある場合にしか大規模小売業者が納入業者の「投資」を受け入れないことになると、それだけ投資の選択肢が狭くなることにつながる。これらの弊害を鑑みると、現行の公正取引委員会による法運用上、「直接の利益」と「間接的な利益」との境界が曖昧であることから、「間接的な利益」を含まないと断定するのは適当ではないとの見解もある¹⁴⁹。他方、現実に大規模小売業者の優越的地位の濫用が納入業者に行われていることを勘案すると、両当事者間の合意の有無にのみ濫用行為の不当性の判断を委ねるといふ手法は適切ではない。

このように考えると、違法・適法の線引きを今一度見直すことも検討すべきであり、私見としては、行為をパターン別に分類して取り扱いを変えるということが考えられる。例えば、納入業者に「損失」のみを与える不利益行為は、不当性の強いものであり優越的地位の濫用を推定させるものとして原則違法と推定する、不利益行為に「間接的な利益」・「時間軸での利益」が生じうる場合については取引プロセスの適正さを確保している状況があれば原則適法と推定し、「直接の利益」があれば原則適法とする方法も考えられる。「直接の利益」の想定例については前述したが、「損失」のみを与える濫用行為の想定例としては、第1部第5章で検討したとおり、棚卸や事務作業のための従業員等の派遣、納入業者が利益を全く得られない費用の負担要請、PB商品等・破損品・汚損品等の転売不可能な商品の返品、決算対策・利益確保ための協賛金要請が挙げられる。これら以外にも、「間接的な利益」についても原則違法とするか原則適法にするかある程度の峻別は可能と思われる。ただし、これらの方法にも限界があり、「時間軸での利益」を対象とする場合は、例えば大規模小売業者が過去に納入業者との取引で「損失」を受け入れてくれたことがあるために、今回は納入業者が「損失」を自由かつ自主的な判断の下に受け入れる場合

¹⁴⁸ 田村ほか、前掲注 132、32 頁。

¹⁴⁹ 佐久間総一郎「優越的地位濫用ガイドラインについて公取委に望むこと」公正取引 724 号 (2011) 37 頁。

があり得るため、これら外形的な行為のパターン化にも限界がある。結局のところ、これら行為が「濫用行為」に該当するかは、「優越的地位」を「利用して」行われたものかどうかの立証が不可欠になるといえる。また、行為の外形から優越的地位を利用して行われたことを推定する運用の場合、反証の余地を与えることが必要であり、これらの運用をガイドライン等で明示することも考えられる。

第3項 取引のプロセスの論点

(1) 取引のプロセスの論点

このように、規制対象となる「濫用行為」を「直接の利益」から画定することは難しく、現行の「直接の利益」から外形的に「濫用行為」を判断する手法では過剰規制のおそれが生じることとなる。このように考えると、優越的地位の濫用規制の方向性は、納入業者の商人としての自由性をいかに発揮できるような環境を整備するかという視点も重要となる¹⁵⁰。納入業者の自由かつ自主的な判断がこの環境のもとで発揮されれば、「直接の利益」の判断要素を緩和して、過剰規制の抑止につながるることとなる。また、規制の本質に立ち返って優越的地位の利用という要件を重視し、納入業者が不当な不利益を「受け入れざるを得ない」という点の認定を重視すべきという考え方も生じる。

環境整備の一手段として、納入業者の商人としての自由性を発揮した自由かつ自主的な判断をする機会を、法運用により作り出すという「手続化」と、手続きによって決定された事項を「書面化」することが挙げられる。以下において、これらの考え方を検討する。

(2) 手続化の意義

納入業者が自由かつ自主的に「間接的な利益」を受け入れたことを担保する手段として、取引過程における条件交渉等の協議を十分に行わせるという「手続き」を重視する考え方がある。これは、優越的地位の濫用規制の分野において「法の手続化」として議論されている。「法の手続化」とは、優越的地位の濫用規制において実体的要素に加えて又はそれ以上に手続的要素を重視する法運用とされている¹⁵¹。つまり、納入業者が受ける利益に見合う範囲であるかについては、あらかじめ十分に協議したかどうかという決定プロセスの合理性を見るという考え方である¹⁵²。ここでは、優越的地位の濫用規制は、取引における価格等の取引条件に直接介入することが可能となっており、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り、いかなる取引条件が正常な商慣習に照らして不当であり違法となるかの規制の考え方や基準を示すことは容易でない。このため、公正取引委員会の実務はそ

¹⁵⁰ 「商人としての自由性」とは、商人が自由かつ自主的に利害得失を判断する状況を想定し、本稿ではこのように定義して使用する。ただし、これが適切に機能しないために優越的地位の濫用規制が必要との批判は十分ありえることは付言しておく。

¹⁵¹ 平林英勝「最近の優越的地位の乱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(2005) 110頁。

¹⁵² 上杉、前掲注 14、425頁。

の運用経験に基づき規制手法に工夫をこらしてきており、価格等の取引条件について直接介入することをできるだけ回避しつつ、取引当事者に事前の協議等を促し手続面での改善を通じて規制の実を挙げようとしていると説明されている。

この見解に従い公正取引委員会の運用実務をみると、優越的地位ガイドラインにおいて、書面化を推奨して取引条件の事前明確化を図るとともに、取引条件の十分な協議の有無を一つの判断要素としている。例えば、物流センター等のセンターフィーの要請について、「その額や算出根拠等について納入業者と十分協議することなく一方的に負担を要請」することを問題行為とし、派遣のための通常必要な費用を負担する従業員の派遣要請や事前の納入業者との合意により返品の内容を定めて返品する場合について、「取引の相手方との十分な協議の上に当該取引の相手方が納得して合意」した場合は問題とならないとの判断を示している。

同様に審決・排除措置命令でも同様な傾向がみられ、例えば直接的に価格に介入することになる買いたたきに対する規制について、前述した17事件では、①あらかじめ仲卸業者と納入価格について協議がなかったこと、②仕入価格を下回る価格であったこと、③当該価格で納入するよう一方的に指示したこと、を認定している。担当官解説では、「納入価格が仲卸業者の仕入価格を下回っていたことだけではなく、ユニーの一方的な価格設定、納入日の前日といった短納期発注などの実態も考慮して」違反を認定したとしている¹⁵³。この点、17事件に適用された百貨店特殊指定第4項に定められた買いたたきの要件である「著しい低い価格」については指定当時も現段階でも明らかでなく、それゆえ審決では納入価格の不当性や企業性を否定する価格であることを勘案して、行為の不当性を認定しようとしたものと指摘されている¹⁵⁴。また、前節第4項で述べたが、従業員の派遣等の要請で規制された全ての事案で、仕入担当者から店舗、派遣日、人数等の一方的な連絡のみで派遣要請されていることが認定されているが、事前協議及び合意がなかったという取引条件決定の際の不当性を判断したものといえよう。そして、このような傾向は、取引条件の不当性及び取引条件決定方式の不当性の2つの基準で違法性を判断する方法であると評されている¹⁵⁵。

これら手続化の考え方は、規制を受ける事業者にとっても、「望ましい行動」として違法・適法の判断の際の一要素として加味されるならば、大規模小売業者・納入業者間の協議の促進が期待される¹⁵⁶。

¹⁵³ 富田、前掲注 87、73 頁。

¹⁵⁴ 平林、前掲注 151、113 頁。

¹⁵⁵ 平林英勝教授は、この点において「価格水準の不当性プラス価格決定方式の不当性」という表現を用いている。平林、前掲注 151、111 頁。しかし、優越的地位の濫用規制において、価格のみではなく取引条件に広く当てはまることである。

¹⁵⁶ 優越的地位の濫用規制は、取引上優位にある事業者に対して重要な取引条件をあらかじめ合意し、書面化しておくこと、又は合意のない事項を実施するに当たっては相手方と十分協議することを、事実上義務付けることになるところ、これは事業者には酷な結果になる可能性もあるが、取引条件をあらかじめ合意しておくべきという契約社会の要請には適合していると指摘されている。上杉、前掲注 14、432 頁。

(3) 取引内容の書面化の意義

手続化と共に検討が必要なのが取引内容の「書面化」である。我が国の商取引にける「契約」概念の欠如について、大規模小売業者は、交渉を曖昧にしておきながら、途中でその内容を有利に解釈できる「余地」を残していると評されている¹⁵⁷。優越的地位の濫用規制は、契約を書面化することで契約内容を明確化することの少ない日本の経済社会の実態に即した規制であったことを一因として、中小企業分野で重要な機能を果たすこととなって発展したとの見解がある¹⁵⁸。つまり、取引内容の曖昧さを回避するため、契約書等の作成により、事前に取引条件を明確化することが濫用行為を抑止することにつながる。

優越的地位ガイドラインでは、「優越的地位の濫用として問題となる種々の行為を未然に防止するためには、取引の対象となる商品又は役務の具体的内容や品質に係る評価の基準、納期、代金の額、支払期日、支払方法等について、取引当事者間であらかじめ明確にし、書面で確認するなどの対応をしておくことが望ましい」としている。これは、書面で規定されていない事項について問題が生じた後に交渉すると、取引上優位な地位にある事業者の言い分に従わざるを得なくなることに着目したものであり、取引条件の一方的不利益変更を問題にする根拠であるとされている¹⁵⁹。また、取引条件等の書面化は、取引条件等の「事前の不明確さ」を排除し、「事後的変更」が行われたことを容易に立証しやすくなる効果を有し、公正取引委員会が規制を発動する際には、違反を立証するのが容易になる効果を有する¹⁶⁰。このため、事前の明確性の確保は、事前計算不可の不利益の抑止と対になる施策となる。

大規模小売業者の側からみても、納入業者に計算不可能な負担を負わせる行為を予防するには、取引条件等を事前に書面で合意しておくことが必要であり、特に現場における法令の認識不足から生じる過失による違反を防止するためには、本社主導で定めた書式を用いた書面化が有効であると思われる。この点、書面の存在をもって事前合意を推定する余地を検討してもよいように思われる。

他方、継続的取引では将来生じるリスク、費用の負担関係について書面化が困難な事態も想定され、一概に書面化を推進するのは円滑な取引の推進を行政の介入により妨げるおそれも孕んでいる¹⁶¹。また、行為者が相手方との間で当該行為に係る合意をし、それに係

¹⁵⁷ 加藤司『日本的流通システムの動態』（千倉書房、2006）104頁。

¹⁵⁸ 高橋岩和「優越的地位の濫用と独禁法」日本経済法学会年報 27号（2006）4頁。

¹⁵⁹ 上杉、前掲注 14、421頁。

¹⁶⁰ 下請法第 3 条及び第 5 条は、取引当事者間で取引条件を明確化するとともに、事後的に公正取引委員会が事後的な調査を行いやすくするために、書面化を定めている。

¹⁶¹ 公正取引委員会の書面化推進に対し、経済界から、「日々のビジネスの中で、すべての細かな取引について書面で確認することは、時間・コストの面からも効率性を害するものであるところ、書面を作成しなかったからと言って問題行為が起りやすい環境がつけられたと考えるのは早計に過ぎる」との意見が出されている。佐久間、前掲注 149、36頁。また、書面化作業のコストや合計形成に時間を要するため、迅速な意思決定のためにビジネスの知恵としてファジーな取引条件が我が国社会でこれまで通用してきた理由であるとする見解がある。上杉、前掲注 14、422頁。

る書面が存在したとしても、そのみでは当該行為に係る正当性が認められないことがあることは¹⁶²、書面作成の必要性に疑問が生じる余地を生む。

このように、一定程度の取引条件等の事前協議という「手続化」と、当該協議結果の書面化により、「間接的な利益」・「時間軸での利益」の判断が必要な領域において、これらの存在をもって納入業者が自由かつ自主的に判断して決定した取引条件であると推定する、あるいは考慮要因として取り扱う法運用を行うことにより、大規模小売業者に手続化及び書面化を推進するインセンティブを与えるとともに、規制範囲が不明確な優越的地位の濫用規制に係る運用の改善と大規模小売業者のコンプライアンス体制の推進に貢献することとなる¹⁶³。

(4) 「濫用行為」認定の方向性

本節で検討したように、「濫用行為」の論点は、「直接の利益」という判断要素の問題と「手続化」、「書面化」による立証の問題の双方を含むため、これらを併せた運用を検討する必要がある。この点、納入業者の商人としての自由性による自由かつ自主的な判断を尊重するという点に鑑みて、納入業者に「直接の利益」のみならず、「間接的な利益」・「時間軸での利益」を想起しうる行為については、納入業者が給付と対価を十分に考慮した上で交渉していた経緯（手続化）と書面化があれば、納入業者がある程度「利益」があると見込んで取引が行われたと推定する余地があるように思われる。これは、従来の規制においても、事後的変更の観点が強調されていない不当な不利益の類型には、取引相手が給付と対価を十分に考慮した上で交渉するような機会が与えられていなかったこと等を考慮に入れた事例も多いとされることから¹⁶⁴、これに適合し、かつ、これを拡大する考え方でもある。

他方、納入業者に「損失」のみを与える行為については不当性の強い行為であり、これらを類型化した上で、手続化・書面化があっても違反と推定する運用を行えばよいと思われる。これらの規制手法の精緻化・体系化については今後更に検討する必要がある。

第9節 まとめ

本章では、公正取引委員会による大規模小売業者の「濫用行為」に対する認定上の課題を検討してきた。

大規模小売業者の納入業者に対する優越的地位の濫用行為に該当するためには、前章で検討したとおり、大規模小売業者が納入業者に対して優越的地位があることを前提として、

¹⁶² 田村ほか、前掲注 132、32 頁。

¹⁶³ 他方、手続化に問題もあり、問題点として、第一に協議・合意といった手続化の内容が実質的なものであること、第二に手続化による実体要件からの乖離が挙げられ、特に後者では手続のみの不当性に基づく法運用には無理があると指摘している。平林、前掲注 151、114 頁。

¹⁶⁴ 川濱、前掲注 16、8 頁。

当該地位を①利用して、②正常な商慣習に照らして、③不当に不利益行為を行うこと、が要件となっている。そして、大規模小売業者が「優越的地位」を「利用して」「不利益行為」を納入業者に受け入れざるを得ない状況において受け入れさせることで不当性が生じるため、これら3つの行為要件が満たされることにより、「優越的地位」の不当な「利用」として不当性の弊害要件も満たされ、優越的地位の濫用が成立する。

「濫用行為」として具体的に定められている行為類型については、第2条第9項第5号イに基づき購入・利用強制、第2条第9項第5号ロに基づき①金銭の提供（協賛金等の負担要請）、②作業への労務の提供（従業員等の派遣要請）、③その他経済上の利益の提供、第2条第9項第5号ハに基づき、①受領拒否、②返品、③支払遅延、④減額、⑤その他が定められている。

これら濫用行為の適法・違法の判断要素を大規模小売業告示と優越的地位ガイドラインに規定されている行為で比較すると、「許容されない場合」、いわゆる著しい不利益を与える行為と、「許容される場合」、いわゆる著しい不利益を与えない行為が近似していることがわかる。

「許容されない場合」の第一の判断要素として、納入業者に合理的範囲超過の不利益を与える行為が挙げられる。これは、納入業者が自由かつ自主的に取引条件を判断することが可能な場合には、自ら合理的な範囲を超過した不利益を受け入れることは起こり得ないと判断できるために用いられるものであり、ひいては大規模小売業者が優越的地位を利用して行った「濫用行為」とであると推定することができるとの判断により設定された判断要素である。公正取引委員会による「合理的な範囲」を超えるか否かの判断要素は、主として納入業者にとっての「直接の利益」を用いる場合と用いない場合に分類できる。

「許容されない場合」の第二の判断要素として、納入業者に事前計算不可の不利益を与える行為が挙げられる。これは、納入業者が大規模小売業者との取引において商品納入額を決定する際の納入業者の「計算」に含まれない費用、リスクを事後的に大規模小売業者が納入業者に負担させる行為は、納入業者が自主的に判断することが可能な場合には起こりえないものであり、ひいては大規模小売業者が優越的地位を利用して行った「濫用行為」とであると推定することができる、との判断により設定された判断要素である。これに該当する行為には、事前に条件を明確にしないまま行う場合と、事前に条件を明確にしても事後的に変更する場合の2つが挙げられる。

これらは、事前に条件が明確になっていないことから、納入業者が事前に商品納入額を決定する際に、行為の受け入れにより生じる費用、リスクを反映した「計算」ができない中、優越的地位にある大規模小売業者が納入業者に対し想定していない費用、リスクを追加的に転嫁する点に著しい不利益が発生すると考えられる。事前に条件を明確にしても事後的に変更する場合は、納入業者が事前に商品納入額を決定する際に、行為の受け入れにより生じる費用、リスクを反映した「計算」をしていないところ、優越的地位にある大規模小売業者が納入業者に事後的に不利益変更する点に著しい不利益があると判断している。これら著しく不利益な行為を、「優越的地位」を「利用」して受け入れざるを得ない状況で受け入れさせるという「不当性」を帯びた場合に「濫用行為」として規制されることとなる。

他方、著しい不利益を与える行為に該当しない場合、すなわち外形的に濫用行為と一致する行為であっても「許容される場合」は、その理由として、①正当な理由がある場合と②納入業者に不利益を与えない場合に分類することができる。

正当な理由がある場合は、納入業者に帰責性がある場合と大規模小売業者に正当な理由がある場合が挙げられる。納入業者に不利益を与えない場合は、納入業者に直接の利益がある場合、納入業者に生じる費用・損失を大規模小売業者が負担する場合、及び納入業者が利害得失をあらかじめ計算できる場合が挙げられる。

これまで公正取引委員会により審決・排除措置命令を受けた大規模小売業者による「濫用行為」は、おおむね4つの時期に分類することができる。第1期は、大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制の運用が強化される前に、百貨店特殊指定でなく当時制定されていた一般指定に基づく「濫用行為」の認定がされていた時期であり、規制事例も少なく、認定項目等が定まっていない。第2期は、優越的地位の濫用規制の運用強化後、百貨店特殊指定及び一般指定（1982）並びに流通取引慣行ガイドラインに基づき「濫用行為」が認定されていた時期である。第3期は、大規模小売業告示及び大規模小売業告示ガイドラインに基づき「濫用行為」が認定されていた時期であり、大規模小売業告示及び大規模小売業告示ガイドラインに従い、定型的に行われている。第4期は、優越的地位の濫用が独占禁止法で法定化され、第2条第9項第5号イないしハ及び優越的地位ガイドラインに基づき「濫用行為」が認定されていた時期であり、優越的地位ガイドラインに従い認定されるとともに、課徴金が課されるようになったため、詳細に認定されるようになっていく。このように、おおむねガイドラインに従い、かつ、特殊指定が適用される場合には定められた要件に従い「濫用行為」の認定をしている。

大規模小売業者に対する「濫用行為」の事実認定における問題点は、ガイドライン等に従った審決・排除措置命令の認定を行っていることから、主として公正取引委員会がガイドライン等で示している濫用行為の判断要素の妥当性が論点となる。

本章で検討したとおり、①事前計算不可の不利益と②合理的範囲超過の不利益が濫用行為に係る「著しい不利益」として判断されているが、これらは主として「直接の利益」の有無で判断されるため、論点としては、「間接的な利益」・「時間軸での利益」といった「直接の利益」以外の利益を認めていない点にある。納入業者は、「間接的な利益」・「時間軸での利益」に投資等をする目的をもって自由かつ自主的な利害得失の判断で大規模小売業者の不利益行為を受け入れることがあり、この場合には弊害要件を満たさないため優越的地位の濫用は成立しない。この点、納入業者の商人としての自由性を重視するなら、例えば、納入業者に「損失」のみを与える濫用行為は、不当性の強いものであり優越的地位の濫用を推定させるものとして原則違反とし、「間接的な利益」・「時間軸での利益」の一部については取引プロセスの適正さを確保していた状況があれば原則適法と推定する方法も考えられる。

「取引のプロセス」の論点としては、取引過程における条件交渉等の手続化と契約書等による取引の書面化が挙げられ、「間接的な利益」・「時間軸の利益」の有無の判断が必要な優越的地位の濫用規制において、納入業者が給付と対価を十分に考慮した上で交渉していた経緯（手続化）と書面化をもって納入業者が自由かつ自主的に判断して決定した取引条件であると推定する、あるいは考慮要因として取り扱う法運用を行うことにより、大

規模小売業者に手続化及び書面化を推進するインセンティブを与え、大規模小売業者がコンプライアンスを推進する際の一つの目安になるとともに、公正取引委員会による事業者に対する過剰規制の防止につながると思われる。

結論

第1節 本稿のまとめ

以上、本稿では、大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制について、「行為主体」としての大規模小売業者と「優越的地位」・「濫用行為」の変遷と現状、公正取引委員会による「優越的地位」及び「濫用行為」の認定を素材として検討を行った。各章のまとめは、それぞれで行っているため、最後に本稿で検討してきたことを、簡単にまとめたい。

第1部では、歴史・実態の研究の一部として、大規模小売業者の納入業者に対する優越的地位の濫用の理解を深めるため、「行為主体」である大規模小売業者、大規模小売業者に生じる「優越的地位」及び大規模小売業者が納入業者に行う「濫用行為」の発生要因・発生形態及び歴史・実態についてそれぞれ検討を行った。第1章では、大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制の対象となっている「行為主体」である大規模小売業者の特徴を検討した。特に近年は量販店が非常に多様化しており、それぞれの業態ごとに、採用する「品揃え」の幅と奥行き及び「商品購買上の特性」に応じて各小売業務（店舗運営、商品供給及び商品調達）の運営体制を構築しており、店舗運営、商品調達及び商品供給にそれぞれ差異が生じていることを検討した。

第2章では、大規模小売業者の購買力と納入業者に対する「優越的地位」について検討した。ここでは、「優越的地位」が、大規模小売業者・納入業者間における依存関係及び取引先の転換可能性によって生じ、依存関係は、①量的な取引依存関係と②質的な資源依存関係の2つに分類でき、取引先の転換可能性は、①経営資源の保有状況、②市場の競争状況、③市場の構造的な状況、④取引特殊的投資、⑤新規の投資コスト、の5つに分類できることを検討した。そして、我が国の小売市場において優越的地位に立っている「行為主体」である大規模小売業者、特に百貨店とスーパーで優越的地位が生じる要因に相違があることを明らかにした。

第3章では、大規模小売業者の経営資源補完と「濫用行為」について検討した。ここでは、「濫用行為」が大規模小売業者の経営資源を補完する行為であり、卸売業者が流通システムで小売業者の不足する経営資源を補完する役割を發揮していることを検討した。また、「濫用行為」がどのような状況で発生しやすいかを検討し、取引慣行には合理的な側面もあり、あるいは商取引における私的自治の原則からも、規制の際には、過剰な介入を抑制しながら合理的な側面を生かしつつ不合理な側面を排除することが重要となることを検討した。

第4章では、最も典型的な大規模小売業者の「濫用行為」として長年批判されている百貨店の仕入形態及び派遣店員について、種類、契約法上の法律構成、評価、変遷と現状等を検討した。ここでは、百貨店の仕入形態あるいは派遣店員が一方的な負担の押し付けではなく、責任及び費用の負担を大規模小売業者・納入業者双方が分担しながら、協働して

消費者に対する売上を増加させるという側面を有していること、及び納入業者もメリットを享受するものであることを明らかにした。

第5章では、量販店等による納入業者に対する「優越的地位」と「濫用行為」について検討した。ここでは、近年の量販店の成長に伴い優越的地位を強化したことと、濫用行為の「行為主体」が百貨店から量販店に変化したことに伴い行われる「濫用行為」も変化していることを明らかにした。また、納入業者の費用・リスク負担が大規模小売業者を頂点とする流通システム全体の利益獲得のために行われ、負担・収益の分配が大規模小売業者・納入業者間で適切に行われ、納入業者が自主的に判断して受け入れた場合には「濫用行為」とならない場合もあるものの、これら負担・収益の分配が納入業者に著しく不利に設定され、あるいは大規模小売業者の収益改善を目的とする等、納入業者が利益を得られない形態で押し付けられる場合が「濫用行為」となることを検討した。

第2部では、成立要件の研究及び歴史・実態の研究の一部として、大規模小売業者の優越的地位の濫用に対する規制の概要と、現行規制上の問題点、特に「優越的地位」及び「濫用行為」の要件について検討した。第1章では、大規模小売業者による優越的地位の濫用行為に対する規制の概要を検討した。ここでは、大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制と流通政策の関係、優越的地位の濫用規制の体系・歴史・現行の法運用・法的措置の概要を検討し、大規模小売業者による優越的地位の濫用防止への取組とこれを実施する上での問題点を明らかにした。特に、公正取引委員会の規制上「優越的地位」及び「濫用行為」に係る判断要素が抽象的かつ不明確であり違反行為の予測が難しく、企業がコンプライアンス体制の整備が進めづらい点や過剰規制のおそれが生じ、処分を受ける事業者の納得性を得られない点を指摘し、公正取引委員会が、ガイドラインや排除措置命令で「優越的地位」の「濫用行為」の範囲を明示することが、過剰規制のおそれを排除し、企業活動を委縮させないためにも必要となっていることを検討した。

第2章では、優越的地位の濫用に係る公正競争阻害性を検討した。ここでは、公正競争阻害性の捉え方に対立がある中、おおむねどの説においても優越的地位の濫用規制の必要性を認めており、公正競争阻害性と具体的な規制の要件とは別個に論じられるという立場を採っていることを検討した。

第3章では、「優越的地位」の認定を検討した。ここでは、公正取引委員会による優越的地位の判断要素として、ガイドラインで間接的な判断要素を用いている点や審決・排除措置命令でこれら間接的な判断要素を重視した認定を行う等、「優越的地位」の認定に問題があることを批判的に検討し、第1部第2章で検討した直接的な判断要素を重視すべきことを明らかにした。

第4章では「濫用行為」の認定について検討した。ここでは、現行の規制上、「濫用行為」とされている行為の許容される場合と許容されない場合の判断要素を検討し、公正取引委員会が「直接の利益」を重視し、「間接的な利益」・「時間軸での利益」が許容されていないことの問題点を指摘し、納入業者が給付と対価を十分に考慮した上で交渉していた経緯（手続化）と書面化をもって納入業者が自由かつ自主的に判断して決定したこれら行為の受け入れであると推定する、あるいは考慮要因として取り扱うことが過剰規制の防止につながることを検討した。

これらの検討により、公正取引委員会による大規模小売業者に対する優越的地位の濫用規制において、企業実務を实践する筆者として「企業法務からみた」視点での「優越的地位」及び「濫用行為」の事実認定方法の問題点を検討することができたと考える。

筆者が何より重要と考えるのは、企業として優越的地位の濫用規制に係る独占禁止法コンプライアンスへの取組を促進する環境作りと、私的自治の下での自由かつ自主的な判断によるビジネスの遂行と過剰規制の防止の両立である。今後も公正取引委員会による本規制の改善に期待したい。

第2節 今後の課題

最後に、本稿で十分に検討されていない点を今後の課題として列挙したい。

第一に、本稿では、規制の妥当性の研究及び公正競争阻害性の研究について、十分に検討することができなかった。これらについては、経済学の見地から研究が盛んになされており、経済法学の見地からもこれらの成果を取り入れて分析を深める必要があると思われる。また、公正競争阻害性の研究においては、学説により「優越的地位」、「濫用行為」等の成立要件に差異を与える可能性もあり、この比較分析も検討する必要がある。

第二に、本稿では、歴史・実態の研究として、大規模小売業者による優越的地位の濫用規制の歴史・実態について検討したが、特に歴史については、この素材のみで一つの研究を成果とすることが可能である。実際に、本稿においては、筆者が渉猟した歴史的資料の一部分しか活用することができなかった。特に、各時代の大規模小売業者・納入業者間の取引に係る実態調査に係る定量的な数値を用いた分析、公正取引委員会・経済団体・企業等における歴史的資料の分析、公正取引委員会による独占禁止法の運用の変遷と本規制の関連性の分析等を更に深めることは十分可能である。経済学、経営学、流通論における研究の成果も更に活用することも可能である。

第三に、本稿では、成立要件の研究として、検討対象を大規模小売業者としたが、優越的地位の濫用規制の対象となるのは、これらに限らず、川下の購買側だとホテル業等が規制対象とされ、かつ、規制事例も発生している。また、下請取引についても規制対象となる。さらに、フランチャイズ取引や川上の販売側の行為も優越的地位の濫用規制の対象となる。これら業種の相違、あるいは川上・川下の相違により、「優越的地位」、「濫用行為」等の判断要素に相違が生じるのかについては、検討の余地があると思われる。

第四に、成立要件の研究において、「優越的地位」、「濫用行為」の検討を行ってきたが、判断要素の整理、問題点の指摘等が主たる検討となった。これを更に実務に反映しようとした場合、具体的な事例を掘り下げて検討する必要が生じる。特に実務で一番関心があるのは、典型的な違反事例ではなく、いわゆる「グレーゾーン」と呼ばれる優越的地位の濫用規制に係る具体的な限界事例であり、これらについて本稿の成果をもとに更に違法・適法の境界を明確にする必要がある。

さらに、規制の手法の検討も必要となる。優越的地位の濫用の禁止について、公正取引委員会は、排除措置を命じて判例法を形成する優越的地位の濫用の禁止と、警告・注意で

終了する日本独自の行政にあたる優越的地位の濫用の禁止とを区別していくべきであるとの見解がある¹。この見解に従えば、前者は成立要件を厳密に認定することを積み重ねて蓄積し、行為の外延を明確化する必要があるし、後者は下請法と同様の明確かつ詳細なガイドラインが必要となり、かつ、簡易・迅速な運用が求められることとなる。また、本稿で検討したとおり、「手続化」、「書面化」の推進とこれを取り込んだ運用が必要となる。ただし、行政指導を主体とした独占禁止法の運用は、日米構造問題協議の際に執行の透明性を確保するため改善が求められ、公正取引委員会も法的措置を強化してきた経緯もある。このため、現在の優越タスクフォースのように行政指導を運用上強化することは、時代に逆行するおそれもあり、透明性の高い法運用の手法を検討する必要がある。

これらの課題について、今後、研究を深めていきたい。

以上

¹ 村上政博「独占禁止法の新たな展開(30) 優越的地位の濫用の禁止」判例タイムズ 1379号 (2012) 68-69 頁。

参考文献

- E. バッツァー／H. ラウマー（鈴木武監訳）『日本の流通システムと輸入障壁』（東洋経済新報社、1987）
- J. フロントリテイリング『J. FRONT RETAILING NOW』（J. フロントリテイリング、2010）
- OECD, OECD Report of the Committee of Experts on Restrictive Practices, *Buying power the exercise of market power by dominant buyers*, 1980
- 秋葉健志「独占法事例速報 地方の有力小売業者について、優越的地位を認定した事例—ラルズ事件—」ジュリスト 1459 号（2013）4-5 頁
- 厚谷襄児ほか編『条解独占禁止法』（弘文堂、1997）
- 阿部・井窪・片山法律事務所編『法務リスク管理ガイドブック』（民事法研究会、2011）
- 伊従寛・矢部丈太郎編『独占禁止法の理論と実務』（青林書院、2000）
- 伊従寛・矢部丈太郎編『実務解説独占法Q&A』（青林書院、2007）
- 石垣浩晶「優越的地位濫用規制の経済分析」NB L985 号（2012）43-51 頁
- 石原武政「戦後流通政策の背景」石原武政・加藤司編『シリーズ流通体系 5 日本の流通政策』（中央経済社、2009）1-36 頁
- 伊勢丹広報担当社史編纂事務局『伊勢丹百年史—三代小菅丹治の足跡をたどって—』（伊勢丹、1990）
- 伊藤憲二「弁護士から見た優越的地位濫用ガイドライン」公正取引 724 号（2011）18-23 頁（特集 優越的地位濫用ガイドライン）
- 伊藤允博『現代の流通経済—アメニティ時代の流通—』（税務経理協会、1990）
- 伊藤元重「日本の取引慣行—継続的取引の機能と評価—」伊丹敬之ほか編『リーディングス日本の企業システム 第4巻 企業と市場』（有斐閣、1993）74-94 頁
- 今村成和『独占禁止法』（有斐閣、新版、1978）
- 今村成和「百貨店による納入業者に対する商品の購入、協賛金の強要」別冊ジュリスト 81 号（独占法審決・判例百選第3版、1984）162-163 頁
- 今村成和ほか編『注解経済法〔上巻〕』（青林書院、1985）
- 今村成和『私的独占禁止法の研究（六）』（有斐閣、1993）
- 今村成和『独占禁止法入門』（有斐閣、第4版、1993）
- 岩本諭「経済法判例研究会（第125回） 総合量販店による『特売セール』向け商品の買いたたきと不当な従業員派遣の要請—ユニー㈱に対する件—公取委勧告審決平成17.1.7」ジュリスト 1297 号（2005）146-149 頁
- 上杉秋則「百貨店による納入業者に対する商品の購入、協賛金の強要」別冊ジュリスト 141 号（独占法審決・判例百選第5版、1997）198-199 頁
- 上杉秋則「ついに優越的地位の濫用行為にも課徴金！対象となる行為と課徴金算定方式」ビジネス法務 9 巻 11 号（2009）68-73 頁（特集 改正独占法で注目！新・優越的地位の濫用）

上杉秋則『独禁法による独占行為規制の理論と実務—わが国の実務のどこに問題があるか—』（商事法務、2013）

上野陽一「返品の原因に関する分析研究」会計 33 卷 3 号（1933）29-44 頁

牛木政志・渡辺啓一「株式会社ミスターマックスによる独占禁止法違反事件について」公正取引 652 号（2005）46-50 頁。

臼井秀彰「基調講演抄録 小売業のロジスティクス戦略と実態」PLANET v a n v a n 93 号（2012）4-5 頁。

江尻弘『返品制—この不思議な日本的商法—』（日本経済新聞社、1979）

江尻弘『現代商学全集 3 流通論』（中央経済社、改訂版、1992）

江尻弘『百貨店返品制の研究』（中央経済社、2003）

大久保直樹「平成 17 年度日本経済法学会シンポジウム『優越的地位の濫用規制』を巡る議論」公正取引 674 号（2006）27-30 頁（特集 不公正な取引方法規制の現代的意義(2)）

大澤一之「株式会社大和による優越的地位の濫用事件について」公正取引 705 号（2009）67-70 頁

大塚龍児「委託販売契約」遠藤浩ほか監修『現代契約法体系 第 4 卷 商品売買・消費者契約・区分所有建物』（有斐閣、1985）25-53 頁

大友健司「百貨店の納入業者取引の概況と今後の問題」財経詳報 238 号（1959）15-17 頁

オール日本スーパーマーケット協会『A J S 20 年の歩み』（オール日本スーパーマーケット協会、1984）

大塚英一「ホールドアップ問題と優越的地位の濫用（3）」公正取引 491 号（1991）77-83 頁

大塚英一「優越的地位の濫用規制について（1）」香川法学 19 卷 3・4 号（2000）1-50 頁

大塚英一『独占禁止法の体系的理解Ⅲ 不公正な取引方法各論』（静岡学術出版、2011）

岡田外司博「優越的地位の濫用規制の最近の展開」日本経済法学会年報 35 号（2014）3-10 頁（特集 優越的地位の濫用規制の展開）

岡田康司『百貨店業界』（教育社、第 6 版、1991）

岡部孝好「消化仕入れの取引デザイン」会計 158 卷 4 号（2000）471-486 頁

岡室博之「優越的地位の濫用」岡田洋祐・林秀弥編『独占禁止法の経済学』（東京大学出版会、2009）273-294 頁

小川進「コンビニエンスストアの革新性—セブン-イレブンの事業システムを通して—」

石井淳蔵・向山雅夫編『シリーズ流通体系 1 小売業の業態革新』（中央経済社、2009）177-200 頁

越知保見「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

柿崎環「『大和銀行』事件判決の意義」企業会計 55 卷 4 号（2003）548-552 頁（特集 “内部統制”を徹底検証する 第 4 部 内部統制欠陥事例の検証）

加護野忠男「日本のビジネス・システム」国民経済雑誌 199 卷 6 号（2009）1-10 頁

粕瀨功『大規模小売業告示の解説—独占禁止法による優越的地位の濫用規制—』（商事法務、2005）

粕瀨功・杉山幸成編『下請法の実務』（公正取引協会、第 3 版、2010）

加藤司「SCMの阻害要因としての日本的商慣行」経営研究 51 卷 2 号 (2000) 1-17 頁

加藤司『日本の流通システムの動態』(千倉書房、2006)

加藤俊彦『競争戦略(日経文庫 1319)』(日本経済新聞出版社、2014)

金井勇「百貨店における不公正競争方法について」公正取引 27 号 (1952) 7-10 頁

金井貴嗣ほか「座談会 最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引 730 号 (2011) 2-21 頁 (特集 独占禁止法違反事件の動向)

金井貴嗣ほか「座談会 最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引 742 号 (2012) 2-24 頁 (特集 独占禁止法違反事件の動向)

金井貴嗣ほか『独占禁止法』(弘文堂、第 4 版、2013)

金子晃ほか『新・不公正な取引方法—新一般指定の研究—』(青林書院新社、1983)

神垣清水『競争政策概論』(立花書房、2012)

ガルブレイス(藤瀬五郎訳)『アメリカの資本主義』(時事通信社、1955)

川越憲治「返品問題と大型店業界の自主規制」NBL 399 号 (1988) 6-13 頁

川越憲治『独占禁止法—競争社会のフェアネス—』(きんざい、第 3 版、1997)

川越憲治「わが国のコンプライアンス・プログラム(上)—総説・流通・旧規制産業—」公正取引 595 号 (2000) 13-18 頁

川島武宜『日本人の法意識』(岩波書店、1967)

川浜昇「百貨店による納入業者に対する商品の購入・協賛金の強要」別冊ジュリスト 110 号(独禁法審決・判例百選第 4 版、1991) 198-199 頁

川浜昇「独禁法遵守プログラムの法的位置づけ」川又良也先生還暦記念『商法・経済法の諸問題』(商事法務研究会、1994) 543-589 頁

川濱昇ほか「座談会 最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引 680 号 (2007) 2-20 頁 (特集 独占禁止法違反事件の動向)

川濱昇ほか「競争者排除型行為に係る不公正な取引方法・私的独占について—理論的整理—」公正取引委員会競争政策研究センター共同研究報告 CR 01-08 (2008)

川濱昇ほか「座談会 最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引 704 号 (2009) 2-26 頁

川濱昇「近時の優越的地位の濫用規制について」公正取引 769 号 (2014) 2-9 頁 (特集 優越的地位濫用規制)

川濱昇ほか『ベーシック経済法〔第 4 版〕』(有斐閣、2014)

菊池元一ほか『続コンメンタール独占禁止法』(勁草書房、1995)

岸井大太郎ほか『経済法—独占禁止法と競争政策—』(有斐閣、第 7 版、2013)

岸井大太郎ほか「座談会 最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引 644 号 (2004) 2-15 頁 (特集 独占禁止法違反事件の動向)

岸井大太郎ほか「座談会 最近の独占禁止法違反事件をめぐって」、公正取引 656 号 (2005) 2-18 頁 (特集 独占禁止法違反事件の動向)

岸洪太・松山隆英「大規模小売業者経営実態調査結果の概要について」公正取引 381 号 (1982) 7-17 頁

岸田雅雄『ゼミナール商法総則・商行為法入門』(有斐閣、2003)

来生新「優越的地位の濫用法理の再検討」今村成和教授退官記念『公法と経済法の諸問題下』（有斐閣、1982）301-336 頁

北川善太郎『現代契約法Ⅰ』（商事法務研究会、1973 年）

北島啓嗣『オープン・インテグラルアーキテクチャー百貨店・ショッピングセンターの企業戦略一』（白桃書房、2009）

北園敏幸ほか「株式会社ニシムタによる独占禁止法違反事件について」公正取引 682 号（2007）67-70 頁

北園敏幸・迫田敦美「株式会社マルキョウによる独占禁止法違反事件について」公正取引 696 号（2008）73-76 頁

北山幸子「地方日用雑貨卸売業経営の革新—加納商事株式会社の経営を中心に—」立命館経営 50 卷 6 号（2012）119-143 頁

木下明浩『アパレル産業のマーケティング史—ブランド構築と小売機能の包摂一』（同文館出版、2011）

金融財政事情研究会編『第 12 次業種別審査辞典 第 8 卷』（金融財政事情研究会、2012）

久保村隆祐・荒川祐吉『商業学—現代流通の理論と政策一』（有斐閣、1974）

倉澤資成「流通の『多段階性』と『返品制』：繊維・アパレル産業」三輪芳朗・西村清彦編『日本の流通』（東京大学出版会、1991）189-223 頁

経済産業省「繊維産業における下請適正取引等の推進のためのガイドライン」（2007 年 6 月策定、2014 年 6 月改訂）

経済産業省、「第 1 回 産業構造審議会流通部会審議用参考資料 我が国流通業の現状と取組・課題について 平成 24 年 4 月」、http://www.meti.go.jp/committee/sankoushin/ryutsu/pdf/001_05_00.pdf、（2015 年 2 月 11 日）

高巖編『E C S 2000 このように倫理法令遵守マネジメント・システムを構築する—コンプライアンス・企業倫理の実践が機能する仕組み—』（日科技連、2001）

公正取引委員会事務局調査部『デパートの不正競争方法に関する調査』（公正取引委員会、1951）

公正取引委員会事務局編『改正独占禁止法解説』（日本経済新聞社、1954）

公正取引委員会事務局編『百貨店特殊指定の解説』（公正取引協会、1955）

公正取引委員会事務局経済部調整課『百貨店業における特殊指定告示後手伝店員使用に関する調査』（公正取引委員会、1956）

公正取引委員会事務局経済部調整課『百貨店業者の取引状況に関する調査』（公正取引委員会、1956）

公正取引委員会独占禁止政策二十年史編集委員会編『独占禁止政策二十年史』（大蔵省印刷局、1968）

公正取引委員会『昭和 50 年度年次報告』（公正取引委員会、1976）

公正取引委員会事務局編『独占禁止政策三十年史』（大蔵省印刷局、1977）

公正取引委員会事務局取引部取引課「百貨店、大型スーパー等に対する『納入業者との取引の公正化』についての要望」公正取引 346 号（1979）16-17 頁

公正取引委員会事務局編（執筆川越憲治）『「百貨店業における特定の不正な取引方法」における百貨店業者と納入業者との関係条項（第一項ないし第七項）の法解釈論的研究』（公正取引委員会、1979）

公正取引委員会事務局「不正な取引方法（昭和28年公正取引委員会告示第11号）の改正について」公正取引381号（1982）4-6頁

公正取引委員会事務局官房渉外室「市場アクセス改善のための競争政策上の対応」公正取引428号（1986）4-9頁（貿易摩擦問題—競争政策と市場アクセス改善）

公正取引委員会事務局『家電製品の流通実態に関する調査報告書』（公正取引委員会、2004）

公正取引委員会取引部企業取引課「『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正な取引方法』の告示について」公正取引642号（2004）11-19頁（特集 取引適正化の推進）

公正取引委員会事務局『大規模小売業者と納入業者との取引に関する実態調査報告書』（公正取引委員会、2005）

公正取引委員会事務局『大規模小売業者と納入業者との取引に関する実態調査報告書』（公正取引委員会、2010）

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』（公正取引委員会、2011）

公正取引委員会事務局『企業における独占禁止法コンプライアンスに関する取組状況について』（公正取引委員会、2012）

公正取引委員会事務局『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』（公正取引委員会、2012）

公正取引委員会・中小企業庁『下請取引適正化推進講習会テキスト』（公正取引委員会、2013）

公正取引委員会事務局『物流センターを利用して行われる取引に関する実態調査報告書』（公正取引委員会、2013）

公正取引委員会事務局『食品分野におけるプライベート・ブランド商品の取引に関する実態調査報告書』（公正取引委員会、2014）

公正取引情報編集部「『ドン・キホーテ』に対する第1回審判—審査官、従業員派遣要請の実態詳述 被審人、全面对決姿勢—」公正取引情報1987号（2005）15-17頁

小島泰友・瀧川和彦「流通市場における買手パワー（Buyer Power）の競争への影響について—大規模小売業者を中心として—」公正取引委員会競争政策研究センター共同研究報告CR 04-10（2010）

小谷秀二郎『真実はどこにあるのか—三越対公取委—』（主婦と生活社、1980）

後藤晃『独占禁止法と日本経済』（NTT出版、2013）

小林隆資「百貨店納入業者の実態」公正取引98号（1958）21-27頁

小宮路雅博「日本的商慣行—その理論と独占禁止法上の扱い—」茨城大学人文学部紀要社会科学論集32号（1999）69-90頁

小茂田邦治『百貨店太平記』（繊維小売新聞社、1963）

小山周三『現代の百貨店』（日本経済新聞社、新版、1997）

小山周三・外川洋子『産業の昭和社會史7 デパート・スーパー』（日本経済評論社、1992）

伊永大輔「平成 21 年独占禁止法改正の概説」金融法務事情 1886 号（2009）30-43 頁

伊永大輔「優越的地位濫用の成立要件とその意義」日本経済法学会年報 35 号（2014）11-27 頁（特集 優越的地位の濫用規制の展開）

坂川祐司「小売業における品揃え規模の優位性」経済学研究 57 卷 1 号（2007）51-62 頁

佐久間総一郎「優越的地位濫用ガイドラインについて公取委に望むこと」公正取引 724 号（2011）31-38 頁（特集 優越的地位濫用ガイドライン）

佐藤一雄『市場経済と競争法』（商事法務研究会、1994）

佐藤肇『日本の流通機構—流通問題分析の基礎—』（有斐閣、1981）

佐藤稔『現代商業の政策課題』（白桃書房、1997）

実方謙二『独占禁止法〔第 4 版〕』（有斐閣、1998）

資生堂『資生堂百年史』（資生堂、1972）

地頭所五男「百貨店業における不公正な取引方法」経済法学会編『独占禁止法講座VI 不公正な取引方法〔下〕』（商事法務研究会、1987）157-174 頁

柴田潤子「コンビニエンス・ストア・チェーンの納入業者に対する優越的地位の濫用—ローソソ事件（公取委平成 10. 7. 30 勧告審決）—」、ジュリスト臨時増刊 1157 号（平成 10 年度重要判例解説、1999）245-247 頁

下田將美『経済と生活』（一元社、1930）

正田彬『全訂独占禁止法 I』（日本評論社、1980）

正田彬『流通研究双書 7 卸売業をめぐる競争と法』（リブレポート、1984）

食品産業センター『平成 25 年度 食品産業における取引慣行の実態調査報告書』（食品産業センター、2014）

白石忠志「『取引上の地位の不当利用』規制と『市場』概念—独禁法をめぐる一大論議の一断面—」法学 57 卷 3 号（1993）255-293 頁

白石忠志『独占禁止法〔第 2 版〕』（有斐閣、2009）

白石忠志「優越的地位濫用ガイドラインについて」公正取引 724 号（2011）10-17 頁（特集 優越的地位濫用ガイドライン）

白石忠志「優越的地位濫用規制の概要」ジュリスト 1442 号（2012）12-15 頁（特集 優越的地位の濫用とは？—その現状と対策）

白石忠志ほか「鼎談 優越的地位濫用をめぐる実務的課題」ジュリスト 1442 号（2012）16-32 頁（特集 優越的地位の濫用とは？—その現状と対策）

白石忠志『独禁法講義』（有斐閣、第 7 版、2014）

白石忠志・多田敏明編『論点体系独占禁止法』（第一法規、2014）

神宮司史彦『経済法 20 講』（勁草書房、2011）

菅久修一編『独占禁止法』（商事法務、2013）

鈴木武「日本型取引慣行と消費者利益」E. バツァーほか編『現代流通の構造・競争・政策』（東洋経済新報社、1992）276-293 頁

鈴木満「三越事件が提起した法的諸問題」NBL 262 号（1982）13-19 頁（「三越」に対する同意審決をめぐって①）

鈴木安昭編『百貨店のあゆみ』（日本百貨店協会、1998）

住谷宏「消費財メーカーと組織小売業との信頼の因果分析」経営論集 51 号 (2000) 191-215 頁

住谷宏『利益重視のマーケティング・チャネル戦略』(同文館、2000)

住谷宏「卸売機構」久保村隆祐編『商学通論』(同文館出版、七訂版、2009) 81-122 頁

諏訪園貞明「優越的地位の濫用行為に対する規制についての現代的意義」公正取引 655 号 (2005) 19-28 頁 (特集 優越的地位の濫用と競争政策)

拙稿「独禁法コンプライアンスの現状と課題—大規模小売業者の事例を中心に—」消費生活研究 6 巻 1 号 (2004) 102-114 頁

拙稿「継続的契約について—売上仕入契約の法的性質—」みずほ学術振興財団懸賞論文法律の部社会人 3 等賞受賞論文 (2004) (未公表)

拙稿「百貨店の返品制成立過程と実態—戦前における返品制の歴史を素材として—」月間経営管理 2004 年 2・3 月号 (2004) 10-17 頁 (日本経営管理協会 平成 15 年度協会賞受賞論文)

拙稿「百貨店業における優越的地位の濫用規制—特殊指定の制定を素材として—」中央大学大学院研究年報法学研究科篇 33 号 (2004) 453-469 頁

拙稿「契約の拘束力—大規模小売業者・出店業者間の出店契約解消の制限—」みずほ学術振興財団懸賞論文法律の部社会人 3 等賞受賞論文 (2005) (未公表)

拙稿「大規模小売業者による優越的地位の濫用における最近の特徴—スーパーによる濫用行為の『行為内容』と『行為の目的』—」流通情報 431 号 (2005) 15-29 頁

拙稿「大規模小売業者の購買力形成要因」月間経営管理 2005 年 7・8 月号 (2005) 10-18 頁 (日本経営管理協会 平成 16 年度黒澤賞受賞論文)

拙稿「優越的地位の認定—大規模小売業者に対する規制を素材にして—」中央大学大学院研究年報法学研究科篇 35 号 (2006) 281-301 頁

拙稿「現代企業法研究会 企業間提携契約の法的諸問題 (1) 大規模小売業者・納入業者間の売上仕入契約—百貨店の事例を素材として—」判例タイムズ 59 巻 10 号 (2008) 5-17 頁

拙稿「大丸松坂屋百貨店：店舗運営改革」矢作敏行編『日本の優秀小売企業の底力』(日本経済新聞社、2011) 285-319 頁

拙稿「大規模小売業者・納入業者間の売上仕入契約—百貨店の事例を素材として—」現代企業法研究会編『企業間提携契約の理論と実務』(判例タイムズ社、2012) 17-50 頁。

瀬領真悟「流通・取引慣行と独禁法」日本経済法学会編『経済法講座 第 3 巻 独禁法の理論と展開[2]』(三省堂、2002) 181-225 頁

相関透「プライベート・ブランド商品と下請法—大規模小売業者の P B 商品の納入取引等にかかる調査結果について—」N B L 610 号 (1997) 27-32 頁

高丘季昭・小山周三『現代の百貨店』(日本経済新聞社、第 14 版、1984)

高岡美佳「戦後復興期の日本の百貨店と委託仕入—日本的取引慣行の形成過程—」経営史学 32 巻 1 号 (1997) 1-35 頁

高岡美佳「戦後の日本における小売業発展のダイナミズム」伊藤元重編『日本の産業システム 6 新流通産業』(N T T 出版、2005) 284-312 頁

高嶋克義「大規模小売商の購買支配力」近畿大学商経学叢 35 巻 2 号 (1988) 85-96 頁。

高嶋克義『マーケティング・チャネル組織論』(千倉書房、1994)

- 高瀬恒一ほか監修『独占禁止政策苦難の時代の回顧録』（公正取引協会、2001）
- 高橋岩和「優越的地位の濫用と独禁法」日本経済法学会年報 27 号（2006）1-20 頁（特集 優越的地位の濫用）
- 高宮晋ほか「百貨店経営方針アンケート調査速報」ビジネスレビュー（一橋大学産業経営研究所）10 卷 3 号（1962）65-102 頁
- 滝川敏明「優越的地位の濫用—限定基準と事件例—」公正取引 655 号（2005）29-35 頁（特集 優越的地位の濫用と競争政策）
- 滝澤紗矢子「課徴金導入後の『優越的地位の濫用』事例の検討」ジュリスト 1442 号（2012）33-37 頁（特集 優越的地位の濫用とは？—その現状と対策）
- 竹中喜満太編『独占禁止法実務講座』（商事法務研究会、第 3 版、1967）
- 竹村卓「中小繊維商社の倒産と問題点」中小企業情報 6 卷 5 号（1954）9-11 頁
- 多田敏明「予防法務から見た優越的地位の濫用の成立要件の検討」公正取引 713 号（2010）16-21 頁（特集 平成 21 年改正独占禁止法と企業の対応）
- 多田敏明「下請法違反の予防のポイント」ジュリスト 1442 号（2012）38-43 頁（特集 優越的地位の濫用とは？—その現状と対策）
- 多田應幹「百貨店とアパレルメーカーの取引慣行—消化仕入を中心にして—」流通 16 号（2003）58-64 頁
- 田中宏司『コンプライアンス経営—倫理要綱の策定と実践—』（生産性出版、1998）
- 田中寿「不公正な取引方法（一般指定）の改正について」公正取引 382 号（1982）19-26 頁（不公正な取引方法（一般指定）の告示改正）
- 田中寿編『不公正な取引方法—新一般指定の解説—』別冊 N B L 9 号（商事法務研究会、1982）
- 田中眞「日本における独占禁止法の運用の変化」横田直和ほか『研究叢書 49 冊 日米構造問題協議の影響の再検討 I』（関西大学法学研究所、2013）1-47 頁
- 田村次朗「独占禁止法のコンプライアンスに関する基本的視点と今後の課題」公正取引 670 号（2006）9-13 頁（特集 独占禁止法コンプライアンス）
- 田村次朗ほか「優越的地位の濫用に関する実務上の問題点」N B L 990 号（2012）30-37 頁
- 田村正紀「優越的地位の乱用規制は有効であるか」季刊消費と流通 4 卷 4 号（1980）52-70 頁（特別論文 流通に対する独禁政策上の諸問題）
- 田村正紀『日本型流通システム』（千倉書房、1986）
- 田村善之「市場と組織と法をめぐる—考察（2）—民法と競争法の出会い—」民商法雑誌 121 卷 6 号（2000）775-812 頁
- 丹宗曉信『経済法』（放送大学教育振興会、1996）
- 中小企業総合事業団繊維ファッション情報センター『繊維産業の取引慣行・取引条件実態調査報告書平成 15 年度』（中小企業総合事業団、2004）
- 通商産業大臣官房調査統計部編『重要商品の流通機構 第 1 輯』（商工会館出版部、1950）
- 通商産業省産業政策局編『不公正な競争行為に対する民事的救済制度のあり方—自律的な競争秩序の維持・発展に向けて—』別冊 N B L 49 号（商事法務研究会、1998）
- 辻吉彦「優越的地位の乱用と競争秩序」季刊消費と流通 4 卷 2 号（1980）130-134 頁

辻吉彦「事業支配力の過度の集中と優越的地位の濫用—その独占禁止政策上の位置づけと独占禁止法上の地位について—」公正取引 383 号 (1982) 4-10 頁 (優越的地位濫用の規制)

椿寿夫「法律時評 取引法における二極化的な思考と志向」法律時報 60 巻 2 号 (1988) 2-5 頁

寺嶋正尚「わが国チェーン小売業の専用センターに関する基本的考察」産業能率大学紀要 33 巻 1 号 (2012) 17-30 頁

寺本一彦・石綿修「株式会社島忠に対する排除措置命令について」公正取引 708 号 (2009) 54-57 頁

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) 101-105 頁

東京商工会議所『問屋 (卸売業) の実態調査』 (東京商工会議所、1954)

東京商工会議所『主要商品流通の機構と配給費用—主として戦前戦後の変化の事情—』 (東京商工会議所、1956)

東京商工会議所『主要商品の流通機構—卸売業を中心とした—』 (東京商工会議所、1958)

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 (独占禁止法研究会報告)」NBL 262 号 (1982) 51-57 頁

戸塚登「取引上の地位の不当利用」経済法学会編『独占禁止法講座 V 不公正な取引方法〔上〕』 (商事法務研究会、1985) 254-288 頁

富田隆博「ユニー株式会社に対する勧告について」公正取引 655 号 (2005) 70-73 頁

中川政直「流通問題と独占禁止政策」公正取引 336 号 (1978) 5-11 頁

中川政直「購買力規制問題を考える」季刊消費と流通 6 巻 2 号 (1982) 80-92 頁

中川政直『競争法政策の研究』 (幻冬舎ルネッサンス、2009)

中込省三『日本の衣服産業—衣料品の生産と流通—』 (東洋経済、1975)

中里和浩「優越的地位の濫用規制の現状及び今後の課題—フランチャイズ・システムの問題を中心として—」経済科学論究 8 号 (2011) 141-153 頁

長澤哲也『優越的地位濫用規制と下請法の解説と分析』 (商事法務、2011)

長澤哲也「優越的地位濫用の認定における実務上の諸論点」日本経済法学会年報 35 号 (2014) 59-75 頁 (特集 優越的地位の濫用規制の展開)

中田善啓『マーケティングと組織間関係』 (同文館、1986)

檜崎憲安「不公正な取引方法を巡る主要な論点について (下) 一般指定改正以降の審判決の整理検討」公正取引 707 号 (2009) 56-61 頁

成生達彦「返品制の経済分析」南山経営研究 4 巻 2 号 (1989) 185-193 頁

西島博樹「流通部門における拮抗力の動向」鈴木武・夏春玉編『現代流通の構造・競争・行動』 (同文館出版、2002) 83-95 頁

西村幸夫・佐々木竜二「株式会社パローに対する排除措置命令について」公正取引 676 号 (2007) 56-59 頁

日経流通新聞編『流通現代史—日本型経済風土と企業家精神—』 (日本経済新聞社、1993)

日本百貨店協会『日本百貨店協会 10 年史』 (日本百貨店協会、1959)

日本百貨店協会創立 50 年記念誌編纂委員会編『協会 50 年のあゆみ』 (日本百貨店協会、1998)

根岸哲「百貨店による納入業者に対する購買力の濫用—三越事件—」ジュリスト臨時増刊 792号（昭和57年度重要判例解説、1983）243-245頁

根岸哲『独占禁止法の基本問題』（有斐閣、1990）

根岸哲「優越的地位の濫用規制に係る諸論点」日本経済法学会年報 27号（2006）21-33頁（特集 優越的地位の濫用）

根岸哲ほか編『ネットワーク市場における技術と競争のインターフェイス』（有斐閣、2007）

根岸哲編『注釈独占禁止法』（有斐閣、2009）

根岸哲、「独禁法研究会 第7回 不公正な取引方法Ⅱ—エレベータ、三井住友、資生堂—」、公正取引協会、<http://www.koutori-kyokai.or.jp/research/201011negishi.pdf>、（2015年3月20日）

根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説〔第4版〕』（有斐閣、2010）

根本重之「大規模小売業告示および同運用基準案の評価の試み」流通情報 431号（2005）4-14頁（特集 大規模小売業告示）

根本重之「日本の卸売業の特性と取引制度問題」東京経大会誌 254号（2007）83-93頁

根本重之「日本型小売流通システムの特性と軌道修正」崔相鐵・石井淳蔵編『シリーズ流通体系 2 流通チャネルの再編』（中央経済社、2009）59-79頁

萩原浩太「第171回国会成立主要ビジネス関連新法 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の一部を改正する法律の概要（上）」NB L 908号（2009）36-40頁

長谷川古『日本の独占禁止政策』（国際商業出版、1998）

畑中鐵丸『企業法務バイブル』（弘文堂、第2版、2013）

濱田俊郎「規制緩和と社内体制—コンプライアンス・プログラム等—」ジュリスト 1228号（2002）86-92頁（特集 規制緩和と社会における制裁の役割 監視のための体制）

林修三『法令解釈の常識』（日本評論社、第2版、1991）

林秀弥「経済法判例研究会（第159回） 取引先納入業者に対する従業員派遣・協賛金の要請—ドン・キホーテ事件[公取委平成19.6.22同意審決]」ジュリスト 1361号（2008）178-182頁

原田英生「大規模小売組織と卸売業—大規模小売組織の仕入れシステム変革・中間組織形成を中心として—」流通問題研究 12号（1988）3-48頁。

原頼利「流通取引制度の進化とその研究方法」明大商学論叢 100周年記念論文集 87巻 1-4号（2005）339-354頁。

稗貫俊文「優越的地位の濫用規制」丹宗暁信ほか『論争独占禁止法—独禁法主要論点の批判的検討と反批判—』（風行社、1994）243頁-260頁

東徹「流通政策」久保村隆祐編『商学通論』（同文館出版、七訂版、2009）241-262頁

樋口嘉重「百貨店の手伝店員問題（上）」国際商業昭和 53年6月号（1978）140-145頁

樋口嘉重「百貨店の手伝店員問題（中）」国際商業昭和 53年7月号（1978）162-168頁

樋口嘉重「百貨店の手伝店員問題（下）」国際商業昭和 53年9月号（1978）134-142頁

久富哲幹「百貨店の返品問題に就いて」経営経済研究 16冊（1934）92-98頁

平井泰太郎「近代都市に於ける小賣配給市場としての百貨店形態」内池廉吉博士還暦祝賀記念『商学論集』（同文館、1938）217-255頁

平澤徳善ほか「株式会社ヤマダ電機に対する排除措置命令について」公正取引 698 号(2008) 54-57 頁

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 (2005) 110-114 頁

平林英勝「日本的独占禁止法の形成と丸山泰男—あるリベラリスト学者官僚の軌跡—」筑波ロー・ジャーナル 5 号 (2009) 127-152 頁

平山賢太郎「独禁法事例速報 優越的地位濫用事件における初の課徴金納付命令[公取委命令平成 23.6.22]」ジュリスト 1430 号 (2011) 52-53 頁

藤岡里佳「百貨店の革新性とその変容—高級化の進行と効率の追求—」石井淳蔵・向山雅夫編『シリーズ流通体系 1 小売業の業態革新』(中央経済社、2009) 125-145 頁

藤田友敬「規範の私的形成と国家によるエンフォースメント—商慣習・取引慣行を素材として—」COE ソフトロー・ディスカッション・ペーパー・シリーズ (2006)

藤田稔「委託販売に対する独占禁止法による規制」山形大学法政論叢 18 号 (2000) 51-97 頁

藤田稔「排除措置」丹宗暁信・岸井大太郎編『独占禁止手続法』(有斐閣、2002) 93-114 頁

舟田正之『不公正な取引方法』(有斐閣、2009)

舟田正之「消費税転嫁対策特別措置法の意義と問題点」公正取引 756 号(2013) 7-14 頁(特集 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)

古川博一「コーナン商事株式会社による独占禁止法違反事件について」公正取引 653 号 (2005) 52-55 頁。

細谷千博ほか編『日米関係資料集 1945-97』(東京大学出版会、1999)

本城昇「情報の不完全性と優越的地位の濫用行為」厚谷襄兒先生古稀記念論集『競争法の現代的諸相(上)』(信山社出版、2005) 605-624 頁

松岡真宏『百貨店が復活する日』(日経 B P、2000)

松下満雄『経済法概説』(東京大学出版会、第 2 版、1995)

丸山雅祥「日本の商慣行：機能と問題点」中田善啓ほか編『マーケティングのニューウェーブ』(同文館、1990) 125-150 頁

丸山雅祥「日本の商慣行と返品制度」ジュリスト 950 号 (1990) 63-67 頁。

丸山雅祥『日本市場の競争構造—市場と取引—』(創文社、1992)

丸山雅祥「流通・取引慣行の経済分析—日本の流通取引関係をめぐって—」経済法学会年報 15 号 (1994) 53-70 頁(日本の取引慣行と独禁法)

丸山泰男「独禁法改正の要点」法律のひろば 6 巻 12 号 (1953) 18-22 頁

三上富三郎・宇野正雄『流通近代化ハンドブック』(日刊工業新聞社、1970)

水野学「食品スーパーの革新性」石井淳蔵・向山雅夫編『シリーズ流通体系 1 小売業の業態革新』(中央経済社、2009) 99-124 頁

御園生等「『不公正競争方法』から『不公正取引方法』への転換」東京経済大学会誌 193 号 (1995) 15-28 頁

三村優美子「流通取引慣行と大型小売業の購買力問題」青山経営論集 40 巻 4 号 (2006) 1-22 頁

三村優美子「流通取引問題とサプライチェーンマネジメント」経営システム 19 巻 4 号(2009) 137-142 頁 (特集 サプライチェーンマネジメントの現状と課題)

宮崎卓朗「小売業における規模の経済性について」佐賀大学経済論集 45 巻 1 号 (2012) 173-192 頁。

宮澤永光・十合晁『現代商業学入門』(八千代出版、1997)

宮澤永光監修『基本流通用語辞典』(白桃書房、改訂版、2007)

宮本又郎ほか『日本経営史—江戸時代から 21 世紀へ—』(有斐閣、新版、2007)

三輪芳朗「返品—発生メカニズムと政策的対応—」経済学論集 57 巻 1 号 (1991) 2-27 頁

三輪芳朗『日本の取引慣行—流通と消費者の利益—』(有斐閣、1991)

向田尚範「優越的地位の濫用(下請法含む)」日本経済法学会編『経済法講座 第 3 巻 独禁法の理論と展開[2]』(三省堂、2002) 161-180 頁

向田尚範「大規模小売業者特殊指定の意義と課題」公正取引 655 号 (2005) 11-14 頁 (特集 優越的地位の濫用と競争政策)

向宣明「課徴金導入で予想される『優越的地位の濫用』規制の新留意事項」ビジネス法務 10 巻 12 号 (2010) 33-37 頁 (特集 変貌する独禁法リスク)

武藤敏郎「大規模小売業者の納入業者に対する商品販売等に関するアンケート調査結果等について」公正取引 385 号 (1982) 44-49 頁

村上政博「独占禁止法の新たな展開(30) 優越的地位の濫用の禁止」判例タイムズ 1379 号 (2012) 56-69 頁

村上政博ほか編『条解独占禁止法』(弘文堂、2014)

村本福松『百貨店経営とその問題』(文雅堂、1937)

望月和明『中小卸小売業の現状と展望』(商工総合研究所、2010)

糸園辰雄「中小商業」森下二次也監修『商業の経済理論』(ミネルヴァ書房、1976) 253-266 頁

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) 8-13 頁 (特集 優越的地位の濫用)

矢野智美「京都企業の独禁法対応(第 4 回) 最近の優越的地位の濫用事件」ビジネス法務 12 巻 8 号 (2012) 144-149 頁

矢作敏行『現代流通—理論とケースで学ぶ—』(有斐閣、1996)

矢作敏行編『日本の優秀小売企業の底力』(日本経済新聞社、2011)

山倉健嗣『組織間関係—企業間ネットワークの変革に向けて—』(有斐閣、1993)

山田昭雄ほか編『流通・取引慣行に関する独占禁止法ガイドライン』(商事法務研究会、1991)

山田昭雄「小売業者による優越的地位の濫用行為」矢部丈太郎ほか監修『流通問題と独占禁止法 1996 年度版』(国際商業出版、1996) 190-206 頁

山中義道ほか「株式会社山陽マルナカに対する勧告について」公正取引 644 号 (2004) 70-75 頁。

山部俊文「不公正な取引方法」日本経済法学会編『経済法講座 第3巻 独禁法の理論と展開[2]』（三省堂、2002）1-22頁

横田直和「優越的地位の濫用行為に係る公正競争阻害性の再検討」公正取引 565号（1997）11-19頁（特集 役務・サービスと競争政策）

横田直和「最近の優越的地位の濫用規制等の動向—下請法化する濫用規制と独占禁止法化する下請法—」公正取引 757号（2013）13-22頁（特集 優越的地位濫用規制及び下請法）

吉田邦雄「百貨店の手伝店員の整理について」公正取引 328号（1978）10-14頁

吉田邦雄「株式会社三越の優越的地位濫用に対する同意審決について」公正取引 383号（1982）16-21頁（優越的地位濫用の規制）

吉田邦雄「最近にみる流通業界と独禁法—大規模小売業者の優越した地位の濫用規制—」流通とシステム 55号（1988）29-37頁

吉村壽「独占禁止政策と小売流通」久保村隆祐・吉村壽編『現代の流通政策』（千倉書房、1984）83-108頁

善本悟郎「株式会社フジによる独占禁止法違反事件について」公正取引 658号（2005）51-54頁

若杉隆平「不公正な取引方法に関する規制（1）：不当廉売及び優越的地位の濫用・下請取引—『不公正取引方法の一般指定』と『下請代金支払遅延等防止法』の考察—」後藤晃・鈴木興太郎編『日本の競争政策』（東京大学出版会、1999）97-129頁

和田健夫「大規模流通業者と購買力」金子晃ほか『現代経済法講座 6 流通産業と法』（三省堂、1993）159-231頁

渡邊俊一・友澤興「株式会社エコスによる独占禁止法違反事件について」公正取引 698号（2008）50-53頁

渡邊静二・岩渕権「株式会社ローソンによる独占禁止法違反事件について」公正取引 576号（1998）87-93頁

渡辺達朗「マーケティング・チャネルのマネジメント」小林哲・南千恵子編『流通・営業戦略』（有斐閣、2004）33-60頁

渡辺達朗「流通行政新展開—大規模小売によるバイイングパワー行使に対する規制の方向—『百貨店特殊指定』の改訂問題に関連して—」流通情報 427号（2005）44-56頁（特集 2005年流通の課題）

渡辺達朗ほか『流通論をつかむ』（有斐閣、2008）

渡辺達朗『流通政策入門—流通システムの再編と政策展開—』（中央経済社、第3版、2011）

資料

(資料 1) 百貨店業における特定の不公正な取引方法 (制定当時)

昭和 29 年 12 月 21 日公正取引委員会告示第 7 号¹

- 一 百貨店業者が、左の各号の一に該当する場合を除き、納入業者から購入した商品の全部または一部を当該納入業者に対して返品（購入契約を委託販売契約に切り替え、または商品を取り替える等実質的に返品となる行為を含む。以下同じ。）すること。
 - 1 納入を受けた商品が、納入業者の責に帰すべき事由にもとづき、汚損し、き損し、その他かしのあるものであつた場合において、納入を受けた日から相当の期間内に、その商品を当該納入業者に対して返品すること。
 - 2 納入を受けた商品が注文した商品と異なつていた場合において、納入を受けた日から相当の期間内に、その商品を当該納入業者に対して返品すること。
 - 3 納入を受けた商品について、納入を受けた日から一定の期間または納品の総量に対して一定の数量の範囲内においてその商品を返品することが、百貨店業者と納入業者との取引以外の一般の卸売取引においても正常な商慣習となつている場合において、当該商慣習となつている期間または数量の範囲内において、その商品を当該納入業者に対して返品すること。
 - 4 納入を受けた商品の返品によつて通常生ずべき損失を百貨店業者が負担し、かつ、当該納入業者の同意をえてその商品を当該納入業者に対して返品すること。
 - 5 納入業者が百貨店業者から自己の納入に係る商品の返品を受けて、その商品を処分することが当該納入業者の直接の利益となる場合において、当該納入業者の申出に応じて、その商品を当該納入業者に対して返品すること。
- 二 百貨店業者が、左の各号の一に該当する場合を除き、納入業者から商品を購入した後において、その商品の納入価格の値引を当該納入業者にさせること。
 - 1 納入を受けた商品が、納入業者の責に帰すべき事由にもとづき、汚損し、き損し、その他かしのあるものであつた場合において、納入を受けた日から相当の期間内に、正当な金額の範囲内において、当該納入業者にその商品の納入価格の値引をさせること。

¹ 百貨店特殊指定の改正としては、昭和 36 年 12 月 25 日公正取引委員会告示第 13 号では、地方自治法の改正に伴い、備考第 1 項第 1 号が「東京都（特別区に限る。）および地方自治法（昭和 22 年法律第 67 号）第 252 条の 19 第 1 項の指定都市の区域内においては、3,000 平方メートル以上」に改正された。平成 8 年 2 月 16 日公正取引委員会告示第 4 号では、第 8 項が削除された。

- 2 納入を受けた商品が注文した商品と異なっていた場合において、納入を受けた日から相当の期間内に、正当な金額の範囲内において、当該納入業者にその商品の納入価格の値引をさせること。
- 三 百貨店業者が、百貨店業者と納入業者との取引以外の一般の委託販売取引における正常な商慣習に照らして納入業者に著しく不利益となるような条件をもって、当該納入業者に自己と委託販売取引をさせること。
- 四 百貨店業者が、特売、廉売等の用に供する特定の商品を、その商品と同種の商品の一般の卸売価格に比べて著しく低い価格をもって、当該納入業者に納入させること。
- 五 百貨店業者が、納入業者に対してあらかじめ特別の規格、意匠、型式等を指示して特定の商品を納入させることを契約した後において、当該納入業者の責に帰すべき事由がないにもかかわらず、その商品の全部または一部の納入を拒否すること。ただし、納入業者の同意をえ、かつ、正当な損害賠償を行う場合を含まないものとする。
- 六 百貨店業者が、自己の販売業務のために、納入業者にその従業員等を派遣させて使用し、または自己が直接雇用する従業員等の人件費を納入業者に負担させること。ただし、納入業者の納入に係る商品について、通常百貨店業者の従業員のもっていない販売に関する特殊な技術または能力を有する従業員等を派遣させてその商品の販売業務に従事させることが、当該納入業者の直接の利益となる場合を含まないものとする。
- 七 納入業者が前各項にかかげる事項の要求を拒否したことを理由として、百貨店業者が、当該納入業者に対して代金の支払を遅らせ、購入の数量を削減し、取引を停止し、その他不利な取扱をすること。
- 八 百貨店業者が、左の各号の一に該当する場合を除き、直接たると間接たるとを問わず、顧客に対して、自己の販売する商品の購入を条件として、自己が経費を負担すると否とを問わず、物品、きょう応（観劇、旅行、宴会等への招待をいう。）、抽せん券、その他これに類似する経済上の利益の供与または供与の申出（以下「景品付販売」という。）を行うこと。
 - 1 商標および品種が同一である商品について、景品付販売が百貨店業者以外の小売業者一般に広く行われている場合においてそれと同一の条件によつて行うこと。
 - 2 百貨店業者の店舗の周辺において営業を行つている小売業者の相当多数が一斉に景品付販売を行う場合において、それと実質的に同一の条件によつて行うこと。
 - 3 百貨店業者が、直接たると間接たるとを問わず、顧客に、一定の金額を一定の期間積み立てさせて、その積立金をもって自己の販売する商品を購入させることによつて、景品付販売（抽せん券付販売を除く。）を行う場合において、当該積立によつて当該百貨店業者が受ける利益の範囲内において行うこと。

備考

一 この告示において「百貨店業」とは、左の各号の一に該当する売場面積（店舗の床面積に 100 分の 95 を乗じて算出した面積をいう。）を有する同一の店舗において一般消費者により日常使用される多種類の商品の小売を行う事業をいい、「百貨店業者」とは百貨店業を営む者をいう。

- 1 東京都（特別区に限る。）および地方自治法（昭和 22 年法律第 67 号）第 155 条第 2 項の市の区域内においては、3,000 平方メートル以上
- 2 前号に掲げる市以外の市または町村の区域内においては、1,500 平方メートル以上

二 この告示において「納入業者」とは、百貨店業者が自ら販売し、または委託を受けて販売する商品を百貨店業者に納入する事業者であつて、その取引上の地位が当該百貨店業者に対して劣っているものをいう。

（資料 2）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正な取引方法

平成 17 年 5 月 13 日 公正取引委員会告示第 11 号

私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和二十二年法律第五十四号）第二条第九項の規定に基づき、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正な取引方法を次のように指定する。

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正な取引方法

（不当な返品）

- 1 大規模小売業者が、次の各号のいずれかに該当する場合を除き、自己又はその加盟者（以下「自己等」という。）が納入業者から購入した商品の全部又は一部を当該納入業者に対して返品すること（購入契約を委託販売契約に切り替えて返品すること、他の商品と取り替えること等、実質的に購入した商品の返品となる行為を含む。以下同じ。）。
 - 一 納入業者の責めに帰すべき事由により、当該商品を受領し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数量の範囲内で返品する場合
 - 二 商品の購入に当たって納入業者との合意により返品条件を定め、その条件に従って返品する場合（当該商品について、その受領の日から一定の期間内における一定の数量の範囲内での返品又は受領した商品の総量に対して一定の数量の範囲内での返品が、大規模小売業者と納入業者との取引以外の一般の卸売取引において正常な商慣習となっており、かつ、当該商慣習の範囲内で返品条件を定める場合に限る。）
 - 三 あらかじめ納入業者の同意を得て、かつ、商品の返品によって当該納入業者に通常

生ずべき損失を大規模小売業者が負担する場合

四 納入業者から商品の返品を受けたい旨の申出があり、かつ、当該納入業者が当該商品を処分することが当該納入業者の直接の利益となる場合

(不当な値引き)

- 2 大規模小売業者が、自己等が納入業者から商品を購入した後において、当該商品の納入価格の値引きを当該納入業者にさせること。ただし、当該納入業者の責めに帰すべき事由により、当該商品を受領し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納入価格の値引きをさせる場合を除く。

(不当な委託販売取引)

- 3 大規模小売業者が、大規模小売業者と納入業者との取引以外の一般の委託販売取引における正常な商慣習に照らして納入業者に著しく不利益となるような条件をもって、当該納入業者に自己等と委託販売取引をさせること。

(特売商品等の買ったたき)

- 4 大規模小売業者が、自己等が特売等の用に供する特定の商品について、当該商品と同種の商品に係る自己等への通常の納入価格に比べて著しく低い価格を定め、当該価格をもって納入業者に納入させること。

(特別注文品の受領拒否)

- 5 大規模小売業者が、納入業者に対してあらかじめ特別の規格、意匠、型式等を指示して特定の商品を納入させることを契約した後において、当該納入業者の責めに帰すべき事由がないのに、当該商品の全部又は一部の受領を拒むこと。ただし、あらかじめ納入業者の同意を得て、かつ、商品の受領を拒むことによつて当該納入業者に通常生ずべき損失を当該大規模小売業者が負担する場合を除く。

(押し付け販売等)

- 6 大規模小売業者が、正当な理由がある場合を除き、納入業者に自己の指定する商品を購入させ、又は役務を利用させること。

(納入業者の従業員等の不当使用等)

- 7 大規模小売業者が、次の各号のいずれかに該当する場合を除き、自己等の業務に従事させるため、納入業者にその従業員等を派遣させ、又はこれに代えて自己等が雇用する従業員等の人件費を納入業者に負担させること。
- 一 あらかじめ納入業者の同意を得て、その従業員等を当該納入業者の納入に係る商品の販売業務（その従業員等が大規模小売業者の店舗に常駐している場合にあつては、当該商品の販売業務及び棚卸業務）のみに従事させる場合（その従業員等が有する販売に関する技術又は能力が当該業務に有効に活用されることにより、当該納入業者の

直接の利益となる場合に限る。)

二 派遣を受ける従業員等の業務内容、労働時間、派遣期間等の派遣の条件についてあらかじめ納入業者と合意し、かつ、その従業員等の派遣のために通常必要な費用を大規模小売業者が負担する場合

(不当な経済上の利益の収受等)

8 前項に規定するもののほか、大規模小売業者が、自己等のために、納入業者に本来当該納入業者が提供する必要のない金銭、役務その他の経済上の利益を提供させ、又は当該納入業者が得る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て金銭、役務その他の経済上の利益を提供させること。

(要求拒否の場合の不利益な取扱い)

9 納入業者が前各項に規定する行為に係る要求に応じないことを理由として、大規模小売業者が、当該納入業者に対して代金の支払を遅らせ、取引の数量を減じ、取引を停止し、その他不利益な取扱いをすること。

(公正取引委員会への報告に対する不利益な取扱い)

10 大規模小売業者が前各項に規定する行為をした場合又は当該行為をしている場合に、納入業者が公正取引委員会に対しその事実を知らせ、又は知らせようとしたことを理由として、当該大規模小売業者が、当該納入業者に対して代金の支払を遅らせ、取引の数量を減じ、取引を停止し、その他不利益な取扱いをすること。

備考

1 この告示において「大規模小売業者」とは、一般消費者により日常使用される商品の小売業を行う者（特定連鎖化事業（中小小売商業振興法（昭和四十八年法律第百一号）第十一条第一項に規定する特定連鎖化事業をいう。以下同じ。）を行う者を含む。）であって、次の各号のいずれかに該当するものをいう。

一 前事業年度における売上高（特定連鎖化事業を行う者にあつては、当該特定連鎖化事業に加盟する者の売上高を含む。）が百億円以上である者

二 次に掲げるいずれかの店舗を有する者

イ 東京都の特別区の存する区域及び地方自治法（昭和二十二年法律第六十七号）第二百五十二条の十九第一項の指定都市の区域内にあつては、店舗面積（小売業を行うための店舗の用に供される床面積をいう。以下同じ。）が三千平方メートル以上の店舗

ロ イに掲げる市以外の市及び町村の区域内にあつては、店舗面積が千五百平方メートル以上の店舗

2 この告示において「加盟者」とは、大規模小売業者が行う特定連鎖化事業に加盟する

者をいう。

- 3 この告示において「納入業者」とは、大規模小売業者又はその加盟者が自ら販売し、又は委託を受けて販売する商品を当該大規模小売業者又は当該加盟者に納入する事業者（その取引上の地位が当該大規模小売業者に対して劣っていないと認められる者を除く。）をいう。

附則

- 1 この告示は、平成 17 年 11 月 1 日から施行する。
- 2 百貨店業における特定の不正な取引方法（昭和 29 年公正取引委員会告示第 7 号。以下「旧告示」という。）は、廃止する。
- 3 旧告示備考第一項に規定する百貨店業者のこの告示の施行前にした行為については、なお従前の例による。

（資料 3）

衆議院商工委員会の百貨店法に対する附帯決議（昭和 31 年 4 月 17 日）

最近における百貨店業の異常な進出は、小売業者の公正な競争を阻害し、中小小売業を圧迫し、その経営を困難に陥らしめている。

政府は、本法の運用に当っては、開業又は店舗拡張等の制限の外、左記事項につき、善処せられたい。

記

- 1 政府は、百貨店と小売商との関係の現状に鑑み、中小小売業の健全な発達を図るため、本法第 9 条の規定の機動的運用に意を用いるとともに、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の規定による不正競争の取締りを十分に活用し、両方相俟って、遺憾なき行政措置を講ずること。
政府は、右のため、公正取引委員会の活動を、積極的ならしめるよう、必要な措置を論ずること。
- 2 政府は、国、地方公共団体及び公共企業体の所有する土地又は施設を利用して、百貨店業を営むことを、原則として許可しないこと。但し、地方都市等において、中小小売業に与える影響の少ない場合は、この限りではない。

(資料4)

衆議院商工委員会の大規模小売店舗における小売業の事業活動の調整に関する法律に対する附帯決議（昭和48年7月11日）

政府は、本法施行にあたり、次の諸点について適切な措置を講ずべきである。

- 1 大規模小売店舗における小売業者の届出については、厳正な審査を行ない、万一にも大企業のダミーが寄合百貨店の形態をとって、本法による調整をまぬがれることのないよう十分措置すること。
- 2 大規模小売店舗審議会及び商業活動調整協議会の組織及び運営については、消費者、中小小売業者及びその従業員の意見が十分反映されるよう措置すること。
- 3 閉店時刻及び休業日数の基準の設定にあたっては、従業者の福祉、地域との融和等を重視し、特に休業日数については十大都市、その他都市の区別を撤廃するよう検討すること。
- 4 百貨店業者等の基準面積未満の大規模店舗についても、本法の調整措置に準じ適切な指導を行なうとともに、駆込み新增設については、従来の行政指導を強化し、本法の趣旨に基づいて処理すること。
- 5 百貨店における派遣店員、不当返品等の不公正な取引方法の規制を厳格に実施するとともに、本法の制定にともない新たに対象となる大規模小売店舗における小売業の不公正取引方法の特殊指定について検討すること。
- 6 百貨店、大型スーパー、商社等による中小小売店の系列化等の抑制について強力な指導を行なうとともに、中小小売業者の事業分野の確保について適切な措置を講ずること。
- 7 大規模小売店舗の進出により直接影響を受け、事業転換を余儀なくされる中小小売業者に対しては、その円滑な実施を図るため所要資金の融資等特段の配慮を行なうこと。

(資料5)²

30公経整第103号
昭和30年6月8日

殿

公正取引委員会事務局長 小川清四郎

手伝店員問題について

昭和29年公正取引委員会告示第7号「百貨店業における特定の不公正な取引方法」第6項手伝い店員の件については、先の本委員会事務局の問合せに対して、昭和30年5月27

² 公正取引委員会事務局経済部調整課『百貨店業における特殊指定告示後手伝い店員使用に関する調査』（公正取引委員会、1956）25・26頁。

日付をもって、日本デパートメントストア協会から、百貨店業者は特殊指定の趣旨を尊重し、誠意をもって手伝店員の整理に努めるが、「販売に関する特殊な技術又は能力」については当委員会において妥当な範囲ないし基準を定めることを希望する旨の回答がありました。本委員会においては諸般の事情に検討を加えた結果、同項但し書にいう「販売に関する特殊な技術又は能力」とは、通常百貨店の売場店員のもっていない販売に関する技術能力であつて、その習熟に1年以上の期間を要するものという解釈のもとに運用することとなりました。従つてたとえば中元の売出し等の繁忙期において、本店員をもって直ちに代替できる手伝店員を使用することは、同項但し書事項に該当すると解釈することはできません。

今後貴店におかれては、上記趣旨に従い、手伝店員の整理について、遺憾のないように処理して下さい。

なお、整理される手伝店員の失職問題については、とくに労働省から当委員会あて申入れもあるので、納入業者において引き取ることが困難な手伝店員については、貴店において雇用（本店員として採用することが困難な手伝店員については、臨時店員もしくは嘱託として）する等、誠意をもって処理されるよう要望します。

（以下略）