

消費者取引と優越的地位の濫用規制(3・完)

内 田 耕 作

- I はじめに
- II 法令、審・判決、ガイドライン・報告書等のスタンス
- III 優越的地位の濫用規制が消費者取引を含むか否かに言及する学説（以上346号）
- IV 主要学説の立場
 - 1. 今村説
 - 2. 正田説
 - 3. 根岸説
 - 4. 辻説
 - 5. 金子説
 - 6. 白石説（以上347号）
 - 7. 大録説（以下本号）
 - 8. 高橋説
- V 私見の展開に向けての考え方の整理

IV 主要学説の立場（続）

7. 大録説

大録説の正確な理解は容易でない。³⁷⁾ 優越的地位の濫用については、「一般には、関係特殊的投資〔ロックイン〕が行われた場合の暗黙の契約違反〔ホールドアップ〕の規制」に狭く限定する（174頁）。他方で、取引上の地位の不当利用（独禁法2条9項5号）と優越的地位の濫用（一般指定14項）の関わりについて、次のように説く（225頁）。「従来は、独占禁止法2条9項5号の取引上の地位の不

37) 以下の叙述は、大録（優越的地位の濫用と取引上の地位の不当利用）・前掲（注25）によった。また、注25（前掲）引用の大録論文参照。なお、同「独禁法の体系と一定の取引分野における競争の実質的制限」駿河台17巻2号41頁（2004）における展開については、本稿が継続論文であることもあり、触れない。

当利用は、優越的地位の濫用だけが含まれると考えられてきた。しかし、筆者は、独占禁止法2条9項5号の取引上の地位の不当利用は一般指定14項の優越的地位の濫用よりも、はるかに広い適用範囲を持つ規定であると考える」。

そこでまず、「優越地位の濫用」と「取引上の地位の不当利用」に分けて紹介を行う。その後、両者合わせて検討を加える。

(1) 優越的地位の濫用

(a) 意味内容 優越的地位の濫用の意味内容を、一般に次のように説く(特別に考える必要がある場合については、(b) 参照)。「優越的地位の濫用は、一般には、関係特殊的投資が行われロックインが行われた場合に、暗黙の契約に違反することであると考えなければならない。暗黙の契約違反が行われれば、このことを予想し、暗黙の契約による関係特殊的投資が阻害される。優越的地位の濫用は、一般には、暗黙の契約に基づき関係特殊的投資が行われた場合に、暗黙の契約違反を規制して、暗黙の契約による関係特殊的投資の過少性を改善するホールドアップ規制である」(131頁)。「関係特殊的投資が行われる場合の暗黙の契約違反を規制する場合の優越的地位の濫用については、暗黙の契約を破ること自体が優越的地位の濫用に当たると考える。この場合、暗黙の契約を守るべき人質のバランスが崩れることが『優越的地位』に当たり、暗黙の契約を破ることが『濫用』に当たる」(131頁)。

(b) 公正競争阻害性から見た規制の類型 優越的地位の濫用規制を大きく、①暗黙の契約違反を規制する場合、②下請法違反を規制する場合、③情報弱者や法律弱者等のように情報の非対称性がある場合のホールドアップを規制する場合、④事業者の取引における情報の非対称性を使ったホールドアップを規制する場合、に4分類する(131-33, 174-76頁参照)。そのうち一般的な類型は、①であるとする。

①は、ホールドアップ(暗黙の契約違反)を除いた現実の商慣行と比較する類型(①-1)と、暗黙の契約で予定された一定の取引分野における競争を実質的に制限するまたはそのおそれがある類型(①-2)、に細分類され、後者は

さらに、消費者に対する暗黙の契約違反の場合(①-2-a)と、供給者(パートナー)に対する暗黙の契約違反の場合(①-2-b)、とに分けられる。

(c) 消費者取引と優越的地位の濫用との関わり 消費者取引において優越的地位の濫用が問題となる場合としては、およそ、消費者に対する暗黙の契約違反の場合(①-2-a)と、消費者に対するホールドアップの場合(③)、を念頭に置いている。

消費者に対する暗黙の契約違反が問題になるのは、「消費者がアフターマーケットはオープンであるという暗黙の契約に基づいて基本財購入という関係特殊的投資をした後、アフターマーケットについて暗黙の契約に反して事後的にロックインされ(事後的ロックイン [=第2段階のロックイン]), ホールドアップされる場合である」(156頁)。この場合、「アフターマーケットで、・・・ロックイン(第1段階のロックイン)された消費者という一定の取引分野において競争を排除し独占することが私的独占に当たると同時に、消費者に対して暗黙の契約違反をすることが消費者に対する優越的地位の濫用に当たる」とする(157頁)。³⁸⁾

他方、消費者に対するホールドアップが問題になるのは、「情報弱者や契約作成能力のない法律弱者である情報の非対称性がある消費者がホールドアップに会う場合である」(175頁)。この場合、「商品知識や法律知識が無く、後から解約するには大きなコストがかかる明示の契約を行い事後に搾取されることに対して、優越的地位の濫用規制を適用する」こととなるとする(175頁)。

(2) 取引上の地位の不当利用 独禁法2条9項5号は一般指定14項よりもはるかに広い適用範囲を持つ規定であるが、直接の規制根拠とはならないので、規制のためには新たな一般指定や特殊指定を設けなければならないとする(以下、225-26頁)。このことを前提として、独禁法2条9項5号は、情報の非対称性も含んだ情報の不完全性による市場の失敗の規制の一般条項として用いることができると説く。

(a) 情報の不完全性等の意味 「情報の不完全性」とは、「情報の非対

38) 事案によっては、10条、15条が問題になる。大録(優越的地位の濫用と取引上の地位の不当利用)・前掲(注25)157-58頁参照。

称性の場合も含むけれど、それだけではなく、将来の情報の欠如のために契約がうまく作れないような場合も含み、契約の不完備性の原因を総称したものである（223頁）。「関係特殊的投資をした場合のホールドアップ問題は、契約の不完備性の問題であり、契約の不完備性が情報の不完全性のために生ずると考えれば、情報の不完全性による市場の失敗の一類型である」（223頁）。「情報の非対称性は情報の不完全性に含まれるから、情報の非対称性が問題となる消費者保護の問題も、情報の不完全性による市場の失敗の一類型である」（224頁）。もっとも、「関係特殊的投資は継続的取引が行われ観察できるから当事者間で情報の非対称性はない」（223頁）。

「情報の非対称性」が問題になるのは、次のような場合である（224頁）。「消費者は、商品の品質・内容がよくわからない情報弱者や契約の作成能力の低い法律弱者である場合が多い。情報弱者は情報の非対称性の問題であるが、契約の作成能力が低いという法律弱者も法的知識がないというように考えれば、法律弱者も情報の非対称性の問題である」。「情報の非対称性がある消費者に対して、例えば、欺瞞的方法や威迫的方法で契約させること、必要な情報を提供しないで契約させること、取引内容を消費者に不利になるように契約させること等は、消費者が十分な情報に基づいて意思決定できないケースであり、情報の不完全性による市場の失敗の一類型である」。

「情報の非対称性」の枠を超えて「情報の不完全性」として問題になるのは、「商品の質やサービスの内容のように裁判所に立証できる契約がつかれないという問題」であり、「消費者保護は情報開示だけでなく取引内容の規制も必要となる」（224頁）。

(b) 公正競争阻害性の捉え方 不公正な取引方法の公正競争阻害性を、「競争の不完全性に関する場合(独占・寡占等の問題)と情報の不完全性に関する場合(情報の不完全性による市場の失敗の規制)」に大別し、両者とも、「2条9項5号の取引上の地位の不当利用条項が取引相手に対する場合の一般条項であり、2条9項6号の競争者の取引の不当妨害条項が競争者に対する場合の一般条項

である」と説く(225頁)。

取引上の地位の不当利用条項が情報の不完全性による市場の失敗の一般条項として用いられる場合については、次のように解する(224頁)。「暗黙の契約に違反するホールドアップ問題は、暗黙の契約を守るべき人質がアンバランスになることが独占禁止法2条9項5号の『取引上の地位』に当たり、暗黙の契約を破ることが2条9項5号の『不当に利用する』ことに当たり、公正競争阻害性は情報の不完全性(つまり契約の不完備性)による市場の失敗を引き起こすこと」である。情報の非対称性が問題となる消費者保護については、「情報の非対称性が独占禁止法2条9項5号の『取引上の地位』に当たり、欺瞞的方法、威迫的方法、消費者に必要な情報を提供しないこと、取引内容を消費者に不利にすること等が『不当に利用する』ことに当たり、公正競争阻害性は情報の不完全性による市場の失敗を引き起こすことである」。

公正競争阻害性をこのように捉えるのは、従来の公正競争阻害性の考え方が不十分と判断していることによる。従来の公正競争阻害性の考え方(通説)は、優越的地位の濫用を別にすれば、自由競争の侵害(競争減殺)と競争手段の不正さ(不正な競争手段)に分類するが、いずれも、「公正競争阻害性を特定の競い合い段階の競争者との正常な競争の侵害で考えている」と見る(227-28頁)。その上で、「公正競争阻害性を従来のように競い合い段階の競争者との正常な競争の侵害で考えることは、競争の不完全性の問題については過剰規制を招き、また、情報の不完全性の問題については過少規制を招く」と説く(228頁)。ここから、情報の不完全性の問題に関しては、公正競争阻害性は、「情報の不完全性による市場の失敗レベルで考え、円滑な市場機能(競争機能)を阻害することであると考える」との結論を得る(228頁)。

(c) 公正競争阻害性を上述のように捉えることの意義 公正競争阻害性を上述のように捉えることにより、消費者保護に関わっては、「広範な規制が可能になり、消費者の利益を増進することについて直接的に消費者保護を図ることができるようになる」と説く(228頁)。すなわち、2条9項5号の取引上

の地位の不当利用条項に基づいて「新たな一般指定や特殊指定を設ければ、幅広い消費者保護が可能となろう。このように考えれば、情報の非対称性を優越的地位と考えるよりも、優越的地位の濫用の統一性がとれ、また、情報の不完全性による市場の失敗の行為類型を一般指定や特殊指定によって具体的に一つ一つ明確化することができよう」(225-26頁)。「仮りに情報の非対称性を優越的地位と考えた場合、広範囲にわたる消費者保護の具体的規制を優越的地位の濫用として行うのは難しいだろう。消費者保護は、構成要件や規制内容が明確なことが望まれるから、優越的地位の濫用規制では漠然とし過ぎている」(226頁)。

規制内容については、より具体的には次のようにいう(229-31頁)。^①欺瞞的顧客誘引に該当しなくとも、消費者の商品選択に役立つ積極的情報開示の義務付けや取引内容の規制が可能になる。^②欺瞞的ではないが不公正である行為の規制が可能になる。「例えば、情報の非対称性がある消費者に対して不退去や監禁等の威迫的方法により消費者を困惑させて契約させる行為」は、「消費者が十分な情報に基づいて意思決定できないケースであり、情報の不完全性による市場の失敗の一類型と考えれば、規制することができる」。また、取引内容の規制も、情報の非対称性を使った情報の不完全性の規制と考えることができ、「例えば、深夜の電話督促のような強引な債権取立ては、消費者が予めこのことをわかっていれば取引しないだろうから、情報の不完全性による市場の失敗の問題と考えることができる。また、不当契約条項の規制も、情報弱者や法律弱者である情報の非対称性のある消費者が完全な情報に基づいて意思決定できないという情報の不完全性による市場の失敗の問題と考えることができる」。

なお、「不公正な取引方法を消費者保護に使う場合、不公正な取引方法が『公正な競争を阻害するおそれがある』という要件であることから、取引方法に関する情報の不完全性による市場の失敗の規制に限定されと考えられる」ので、「[米国の]連邦取引委員会法5条の不公正又は欺瞞的な取引慣行規制が内包する不明確で広すぎるという問題点も回避することができる」とする(230-31頁)。加えて、「独占禁止法2条9項5号に基づいて消費者保護に関する具体的な一

般指定や特殊指定を設ければ、行政と差し止め請求訴訟や損害賠償請求訴訟が連動して動き、民事訴訟と関連した市場監督部局が実現すると考える」とする(232頁)。

(3) 検討 優越的地位の濫用に係る公正競争阻害性の捉え方、取引上の優越・不当利用行為の理解、関係法令に即した解釈論の展開に分けて検討するが³⁹⁾、大録説の立場を本稿の検討枠組みに即して読み取ることは、問題関心の違いなどもあり容易でなく、的確な検討内容とならない面がある。あるいは誤解に基づく批判的検討となるおそれもある。あらかじめお断りするとともにご寛容を乞いたい。なお、それらの検討に先立ち、取引上の地位の不当利用と優越的地位の濫用の関わりについて検討しておくことが有益である。

(a) 取引上の地位の不当利用と優越的地位の濫用の関わり 大録説は、取引上の地位の不当利用は、優越的地位の濫用だけでなく、はるかに広い適用関係を持つし、指定を前提として、情報の非対称性も含んだ情報の不完全性による市場の失敗の規制の一般条項として用いることができるとする。ここから、幅広い消費者保護のための規制を展望する。新たな指定の可能性を探ることそれ自体には、一般論として特段の異論はないが、取引上の地位の不当利用と優越的地位の濫用の関わりについての理解には、大きな疑義がある。

この点、有力学説は、次のように説く。「〔独禁法2条9項〕各号列挙の行為と公取の指定行為は、内容的にその範囲をひとしくしなければならぬものではないが、公取は、その職責上、現実には『公正な競争を阻害するおそれがある』と認められる行為については、当然に、指定をなすべき立場におかれているとい⁴⁰⁾てよい。」公取委の指定という行為は、「〔独禁法2条9項〕各号に該当するすべての行為について指定を行わねばならないという性格の行為、すなわち、いわゆる法規裁量行為であるといえる。・・・公正取引委員会は、現実の取引社会の中にあらわれるすべての2条9項各号に該当する行為を、具体

39) 大録説に関わっては、栗城利明「独占禁止法における取引上の優越的地位濫用規制に関する一考察 4完」公取554号48, 54-55頁(1996)の批判的検討をも併せ参照されたい。

40) 今村・前掲(注29)121頁。

的に不公正な取引方法として指定すべきであるということになる。経済社会の展開に対応してそれを具体化することが必要とされる。⁴¹⁾」

問題は、取引上の地位の不当利用がはるかに広い適用関係を持つと述べることの意味合いである。公取委が必要な指定を放置しているとの主張ならともかく、取引上の地位の不当利用のうちわずか一部のものが指定されるに過ぎない事態が制度上許容されているとの理解であれば、大いに問題である。ここでは、このことを指摘しておけば十分である。なお、大録説のこの説示と、優越的地位の濫用の適用範囲を極めて限定的に捉えることとは、連動するところがある（次の（b）参照）。

（b） 優越的地位の濫用に係る公正競争阻害性の捉え方 大録説が優越的地位の濫用の公正競争阻害性をどのように捉えているかは、必ずしも分明ではない。「優越的地位の濫用は、一般には、関係特殊的投資が行われロックインが行われた場合に、暗黙の契約に違反することである」と説くに過ぎない。その上で、消費者取引において優越的地位の濫用が問題となる場合としては、およそ、消費者に対する暗黙の契約違反の場合と、消費者に対するホールドアップの場合を念頭に置く。このことから、大録説にあっては、消費者取引に優越的地位の濫用規制が及ぶのは、上述の場合に限られることが分かる。しかし、公正競争阻害性の捉え方が必ずしも分明でないことから、公正競争阻害性の捉え方からしてそもそも消費者取引に優越的地位の濫用規制が及ぶのか、また消費者取引において優越的地位の濫用が問題となる場合の限定は妥当であるのか、批判的検討は容易でない。問題を解く鍵は、遡って、「不公正な取引方法」や「取引上の地位の不当利用」の公正競争阻害性に求めなければならない。

大録説は、不公正な取引方法の公正競争阻害性を、競争の不完全性に関する場合(独占・寡占等の問題)と情報の不完全性に関する場合(情報の不完全性による市場の失敗の規制)に大別し、両者とも、競争者との横の関係、相手方との縦の関係で問題になることを前提とする。その上で、相手方との縦の関係に関しては、取引上の地位の不当利用条項が、一般条項であるとする。このことから

41) 正田・前掲(注14) 143-44頁。

分かるように大録説は、取引上の地位の不当利用の公正競争阻害性を相手方との縦の関係で捉えており、正田説と軌を一にするところが大きい。問題は、競争との関わりをどう考えているかである。この点、大録説は、「『公正な競争を阻害するおそれ』や『一定の取引分野における競争の実質的制限』の『競争』は競争機能（市場機能）のことであって、これが阻害されたり制限されたりすることであると解する」とし、また競争の実質的制限に関わってではあるが、「『競争』とは・・・需要側や供給側に働く力の総称であると考えることができる」と説く。⁴²⁾

上述のことから推定すれば、「優越的地位の濫用」の公正競争阻害性も、相手方との縦の関係で、「需要側や供給側に働く力の総称である」「競争機能（市場機能）」が阻害されることと捉えていると見ることができる。この捉え方からすれば、大録説にあっては、消費者取引に優越的地位の濫用規制が及ぶとの結論を導き出すことはできる。しかし、消費者取引において優越的地位の濫用が問題となる場合の限定を導き出すことはできない。限定の根拠を行為類型該当性に求めないのであれば、優越的地位の濫用が及ぶ範囲を先見的に限定しているとは言いようがない。この点、大録説は、「優越的地位の濫用について統一がとれなくなる」こと、「優越的地位の濫用を消費者保護に使うには漠然としすぎている」ことを限定の根拠とするが（133頁）、論理的に帰結する結論とは言いがたい。その限りで、大いに疑義がある。

また、優越的地位の濫用が及ぶ範囲を先見的に限定しているという状況は、有力学説が理解する指定の構造から帰結する状況、すなわち、公正競争阻害性が認められる行為は一応指定済みであり、指定の規定を可能な限り拡張解釈して網羅的な規制を及ぼすことを要請しているとの想定が可能であるということとも大きく異なっている。逆に大録説は、「取引上の地位の不当利用」に基づく新たな指定に消費者保護規制の活路を見出そうとするが、このことに問題があることは、すでに触れた（前出(a)）。

(c) 取引上の優越・不当利用行為の理解 大録説は、「暗黙の契約を守
42) 大録・前掲（注37）56，63頁。

るべき人質のバランスが崩れることが『優越的地位』に当たり、暗黙の契約を破ることが『濫用』に当たる」と説く。そして、消費者に対する暗黙の契約違反は、「次のような手順で順次認定していけばよいと思われる」とする(184-85頁)。「①関係特殊の投資をしたこと。／②当初はオープン(競争が行われること)であったが、重要な取引条件の変更が行われ、事後的に、独占になること又は独占になるおそれがあること。／③〔前出〕②の重要な取引条件の変更について合理的な理由がないこと(合理的理由とは効率性からみた社会的メリットのことである)。／公正取引委員会又は原告が①②を立証できれば、ホールドアップであることを事実上推定し、③に関しては、事業者(被告)が合理的な理由(効率性からみた社会的メリット)を立証できなかったときに暗黙の契約に反して違反とすべきであろう」。他方、消費者に対するホールドアップについては、「商品知識や取引知識が無く、後から解約するには大きなコストのかかる関係特殊の投資をして継続的取引を行い、商品の品質・内容が分かった時点では解約できず事後的に搾取されることを関係特殊の投資が行われた場合のホールドアップと捉え、優越的地位の濫用規制を適用するものである」とする(196-97頁)。

この説示は、「優越的地位の濫用は、一般には、関係特殊の投資が行われロックインが行われた場合に、暗黙の契約に違反することである」と説くことから論理的に帰結するように見える。問題は、「人質のバランスが崩れること」の意味合いであり、そのことと「暗黙の契約を破ること」の関わりである。大録説に立っても、他の要因によって人質のバランスが崩れるのではなく、通常、優越的地位にある事業者が人質のバランスを崩すのではないか。またそれは、暗黙の契約を破ることによってであるのではないか。大録説にあっては、原因と結果が逆転しているように思われる。取引上の優越を相対化することにより過剰規制を抑止しようとする意図は首肯できるが、依然、大きな疑問が残る。⁴³⁾

(d) 関係法令に即した解釈論の展開 大録説は、少なくとも、消費者に対する暗黙の契約違反の場合や消費者に対するホールドアップの場合には、消⁴³⁾43) なお、公取委の立証責任に係る主張にも疑義があるが、触れない。

費者取引において優越的地位の濫用が問題になるとする。しかし、一般指定14項の何号を適用するかなどについては言及がない。学説上自説の展開はどのように特異であっても高く評価され得るが、関係法令に即したものであることが強く要請される。この点、大録説には、大きな問題が残されているように思われる。

8. 高橋説

(1) 紹介 高橋説は、不公正な取引方法の公正競争阻害性に関わって、まず次のように説く⁴⁴⁾(252-53頁)。「独禁法2条9項各号の行為は、『不公正な取引方法』と題されているところからも知れるようにすべて『取引方法』であって、『不公正』という性格を与えられたものであり、これら行為類型は『「公正な」競争』の観点から一元的に違法性が判断されるべきものである。すなわち第1に、独禁法2条9項の『公正な競争を阻害するおそれ』における『公正な競争』とは『公正な手段・方法をもってする競争(業績競争)』ということができるし、『公正な手段・方法』とは『価格、品質、サービス(をもってする競争)』であると考えられる。第2に、『(競争を)阻害するおそれ』は、公正な手段・方法(価格、品質、サービスを手段・方法とすることが公正さであるが、とりわけ価格を手段とすることがその中心をなそう)以外の手段・方法が実効性をもって用いられていることであり、そのような場合は原則として『(競争を)阻害するおそれ』があるということになると解される。」そして、「不公正な取引方法の禁止は、さまざまな行為類型ごとに『公正な競争を阻害するおそれ』との関連性も個別的に判断されるものであるにもかかわらず、『公正な競争(能率競争)』の阻害のおそれという統一基準から違法性が判断されるべきものである」とされる(253頁)。

その上で、優越的地位の濫用の公正競争阻害性に関わって、次のように述べ

44) 以下、高橋岩和「『公正な競争』と『自由な競争』(2完)―独禁法2条9項『公正競争阻害性』要件の解釈について―」神奈川36巻2号251頁(2003)参照。併せて、同「『公正な競争』と『自由な競争』(1)―独禁法2条9項『公正競争阻害性』要件の解釈について―」神奈川30巻3号63頁(1996)、同「優越的地位の濫用と公正競争阻害性」公取626号2頁(2002)参照。

る（259頁）。「優越的地位の濫用禁止規定においても違法性は、（１）行為と（２）当該行為の『公正競争阻害性』とから判断されるが、このうち行為の要件は、公取委の指定において『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』であり、押し付け販売（１号）、利益提供の強制（２号）、不利益となる取引条件の設定（３号）、その他の取引条件等での不利益の賦課（４号）、役員選任の強制（５号）があげられている」。公正競争阻害性については、「不正な取引方法の一般指定14項では『正常な商慣行に照らして不当に』と規定する」。

より具体的には、「独占禁止法研究会報告」（1982年）において、優越的地位の濫用行為の公正競争阻害性が、「『取引主体が取引の諾否および取引条件について自由かつ自主的に判断することによって取引が行われている』こと（自由競争基盤の確保）』に対し悪影響を及ぼすおそれがあること」とされている」ことを引き合いに出して、次のように敷衍する（259—60、262頁）。「『自由かつ自主的に判断すること』は、公正競争阻害性の判断のところで問題となるというよりは、その前提となる優越的地位の濫用行為の成立のところで問題となる事柄ではないかと思われる。」「『自由かつ自主的に判断すること』の侵害ということが行為類型該当性のところで直接的に問題となることであるとすると、公正競争阻害性のところでは、取引の相手方の自由・自主性を侵害する行為により不当な競争力を獲得した行為者の行為が自己の競争者の『競争における自由・自主性』を侵害するという文脈で間接的に問題となるに止まるということになるのではないであろうか。」すなわち、「公正競争阻害性の要件で問題となることは、優越的地位を有する者の濫用行為により獲得された不当な競争力—取引相手の自由・自主性を否定する形で行われた行為に基づいて獲得された競争力—が、その競争者の企業としての能率や業績に基づく競争行為を無効なものとするという意味で『公正な競争』を阻害するおそれのあるものと評価されるのだと理解することができようというものである」。そして、「公正な競争を

阻害するおそれの要件における『(阻害の) おそれ』の解釈の問題(行為の広がり)」については、「『協賛金の負担の要請』を大規模小売店舗が商品の納入業者に行う場合」を例にとり、「当該事業者限りの行為であってもこれが独禁法上許されるなら当該行為が伝播して業界中に広がることが容易に予見できようから、当該行為を立証できれば、行為の広がりも同時にみたことになる」といい良いというのが『(阻害の) おそれ』を判断するということであろう」とする(260頁)。

(2) 検討 高橋説は、不公正な取引方法の違法性は「自由な競争」とは截然と区別されるものとしての「公正な競争」の観点から一元的に判断されるべきものであるとする点で、また優越的地位の濫用に関わっては「自由かつ自主的に判断すること」の侵害は行為類型該当性の問題とする点で、特異性を有するとともに、大きな問題を内包している。もっとも、本稿では、この点には深入りせず、公正競争阻害性の捉え方からして、優越的地位の濫用規制が消費者取引に及ぶか否かにのみ言及する。

高橋説は、「公正競争阻害性を『公正な競争』と『競争の阻害』と『阻害のおそれ』に分解して」「構造的にとらえ」ようとする(258頁)。「公正な競争」とは、「公正な手段・方法(価格、品質、サービス)をもってする競争(業績競争)」であり、「(競争を)阻害するおそれ」とは、「公正な手段・方法以外の手段・方法が実効性をもって用いられていること」であるとする。優越的地位の濫用の公正競争阻害性に関わっては、「優越的地位を有する者の濫用行為により獲得された不当な競争力」が、「その競争者の企業としての能率や業績に基づく競争行為を無効なものとする」場合に、「『公正な競争』を阻害するおそれのあるものと評価される」とし、「(阻害の) おそれ」の解釈については、「当該事業者限りの行為であってもこれが独禁法上許されるなら当該行為が伝播して業界中に広がることが容易に予見できようから、当該行為を立証できれば、行為の広がりも同時にみたことになる」⁴⁵⁾とする。

45) なお、論理的展開がなされていないので断定できないが、高橋説は、公正競争阻害性を相手方とその競争者との横の関係としても捉え、相手方の競争者としての地位が弱められる場合にも、公正競争阻害性を認めているように見える。高橋・前掲(注44) 260頁参照。

ここで着目しなければならないのは、高橋説が、公正競争阻害性を行為者とその競争者との横の関係として捉え、しかも行為の立証により「(阻害の)おそれ」も同時に見ると緩く捉えていることである。そこでは、事業者間取引であるか、消費者取引であるかは、問題になる余地はない。それが問題になるのは、行為類型該当性においてである。優越的地位の濫用規制が消費者取引に及ぶか否かは、縦の関係で消費者の自由・自主性を否定する形で行われた行為が、一般指定14項の各号に掲げる行為類型に該当し、しかもその行為に基づいて競争力が獲得されるか否かにかかっている。

高橋説は、相手方が消費者である場合については何ら言及していないが、消費者取引に優越的地位の濫用規制が及ぶことを当然のこととしているのであろう。

V 私見の展開に向けての考え方の整理

優越的地位の濫用の公正競争阻害性、取引上の優越・不当利用行為、関係法令に即した解釈に分けて、私見の展開に向けての考え方の整理を行う⁴⁶⁾。なお、それに先立ち、優越的地位の濫用規制が問題となる消費者取引の局面について整理しておくことが有益である。

1. 優越的地位の濫用規制が問題となる消費者取引の局面

まず、優越的地位の濫用規制が問題となり得る消費者取引の局面を明らかにするとともに、その局面について優越的地位の濫用規制以外の他の規制、とりわけぎまんの顧客誘引としての規制が及び得るか否かを検討する。優越的地位の濫用規制を一般条項化することの問題性を踏まえれば、他の規制が及ばないもの、一部他の規制が及ぶが、この本質上優越的地位の濫用規制として一括して規制することが望ましいものを中心に、優越的地位の濫用規制が問題となる消費者取引の局面と捉えることになる。以下、消費者取引問題研究会「消費者政策の積極的な推進へ向けて―消費者取引問題研究会報告書―」(2002)に大きく依

46) 私見の十全な展開のためには事業者間取引に係る優越的地位の濫用規制も併せ考慮に入れる必要があるが、それについては未だ確定できていないので、消費者取引に係る優越的地位の濫用規制についても、考え方の整理にとどまらざるを得なかった。

拠しながらも、本稿の問題関心に即して簡単な整理を行う（引用頁は報告書のもの）。

（１） 問題となり得る消費者取引の局面 優越的地位の濫用規制が問題となり得る消費者取引の局面は、勧誘過程における不適正な行為（表示）、契約締結過程における不適正な行為、取引開始後における不適正な行為、におよそ三分してみることができる。

（a） 勧誘過程における不適正な行為（表示） これには、①商品・役務の内容・取引条件等について優良・有利と誤認させる（される）表示、②商品・役務の内容・取引条件等についての不表示、③商品・役務の内容・取引条件等以外の、取引の必要性についての事実と異なる告知、の３類型がある。③としては、「化粧品の販売に当たって、このままでは２、３年後には肌がボロボロになる等、事実と異なることを告げ」、「消費者の不安を煽り、取引が必要であると誤認させて顧客を誘引」し、「高額な商品を販売する」ことを例示することができる（25頁）。

（b） 契約締結過程における不適正な行為 これには、①事業者が「威迫、不退去、監禁等・・・を行い、消費者を困惑させ、契約を締結させようとする行為」（29頁）、②「事業者が消費者に対し、その情報・交渉力の格差に乗じて、消費者の利益を不当に害する契約条項を定め」ること（27頁）、の２類型がある。②としては、「資格取得講座の受講契約に際して、１年以内の解約を制限する条項や高額な解約金を支払う条項を定め」ることを例示することができる（27頁）。なお①は、勧誘過程における不適正な行為としての側面を持つ。

（c） 取引開始後における不適正な行為 これには、「取引開始後に消費者に一方的に不利益となるように契約内容を変更する行為」が該当し（27頁）、消費者に誤認させる（される）表示が行われていない場合と、例えば「『24時間体制での医療・介護サービス』という広告を行い、広告どおりの介護サービスを提供していた有料老人ホームが、正当な理由なく、医師の常駐及び看護婦の夜間配置を廃止する行為」とに二分することができる（27頁）。

(2) ギマン的顧客誘引等としての規制の可能性 優越的地位の濫用以外の規制として考えられ得るのは、ギマン的顧客誘引（一般指定8項）としての規制である。⁴⁷⁾ 場合によっては、顧客に対する強制行為（一般指定10項）としての規制も考えられ得る。以下、各別に検討する。

(a) 勧誘過程における不適正な行為（表示） ギマン的顧客誘引としての規制が十分に及び得るのは、①のみである。②は規制しがたい場合が多く、③は規制しがたい。勧誘過程における不適正な行為（表示）として一括されるものであり、ギマン的顧客誘引としての規制が及び得るよう積極的な解釈を行い、また立法論を展開することに異論はない。しかし、②・③に関しては、立法的解決が図られるまで、規制が及ばない事態は残るのであり、ここに、優越的地位の濫用規制が問題になる消費者取引の一局面としても捉えておく必要がある。

(b) 契約締結過程における不適正な行為 ギマン的顧客誘引としての規制は、①には及ばない。立法論としては、勧誘過程における不適正な行為（表示）と合わせ、「適正な選択をゆがめる行為」として規制することが本筋となろう。立法的解決がなされるまでの解釈論としては、「一般指定第10項（顧客に対する強制行為）に該当する余地があると考えられる」とされていることもあり（29頁）、また行為の性質からしても、優越的地位の濫用規制が問題になる消費者取引の一局面として捉える必要はないであろう。他方、②については、誤認させる（される）表示が行われている場合もあり得るが、この本質はそこにはない。「取引開始後における不適正な行為」と併せ検討する。

(c) 取引開始後における不適正な行為 「消費者に誤認される表示が行われていない場合には、現行の景品表示法では対応できない」とされる（27頁）。他方、「契約締結過程において説明・表示されたサービスの内容と契約締結後に提供されるサービスの内容がそもそも異なっている場合には、不当表示として景品表示法により規制することができる」とされ、「したがって、消費者に対する一方的不利益行為については、まず、契約締結過程において消費者に誤

47) なお、本稿では基本的に景表法には触れない。景表法に基づく不当表示規制に直接言及する場合を除き、ギマン的顧客誘引に代表させて議論を展開する。

認される表示が行われないう、景品表示法を積極的に適用していくべきである」と説かれる(27頁)。

しかし、後者の説示には疑義がある。確かに、契約締結過程において消費者に誤認される表示が行われないう、また積極的表示が行われるよう、景表法を積極的に適用していくべきであると説くことに異論はない。それはまさしく、勧誘過程における不適正な行為(表示)の規制の問題であるからである。それに対し、契約締結後に提供されるサービスの内容が説明・表示されたサービスの内容と異なっている場合、直ちに、勧誘過程において不適正な行為(表示)があったとして規制が及ぶことにはならない。また、取引開始後における不適正な行為に対して、勧誘過程における不適正な行為(表示)の規制を及ぼすことは、例え有用であるとしても、ことの本質に即した解決とは言えない。

サービス内容が説明・表示と異なるか否かは、一応説明・表示時に確かめることができそうなものと、確かめがたいものがある。有料老人ホームを例にとれば、医療機関との協力関係についての表示、介護職員等についての表示などは前者に該当し、住み替え等居室の利用についての表示などは後者に該当する。新設有料老人ホームの勧誘の説明・表示時に、医療機関との協力関係についての表示などが実際と異なることが確かめられれば、勧誘過程における不適正な行為(表示)として規制することに問題はない。それに対し、住み替え等居室の利用についての表示などが実際と異なることは、入居後に、しかも場合によっては説明・表示時からかなり後に判明することである。しかし、既入居者にとって勧誘行為はすでに終了しているので、勧誘過程における不適正な行為(表示)の問題として規制することはそもそもできない。また、医療機関との協力関係、介護職員等について入居後に変更される事態もあり、この場合、同様の問題が生じる。他方、既存の有料老人ホームを例にとっても、住み替え等居室の利用についての表示などが実際と異なるか否かは、本来的に、入居後に判明することである。既入居者の実情に照らして勧誘過程における不適正な行為(表示)を判断することには、立証上の問題が残る。また、医療機関との協力関係等に

についても、入居後に変更される事態が生じ得るのであり、勧誘過程における不適正な行為（表示）の問題として規制するには同様の問題がある。さらには、入居者が遭遇する事態を明瞭に記載していないことをもって勧誘過程における不適正な行為（表示）とすることは、明瞭に記載しておけば勧誘過程における不適正な行為（表示）とならないことを保証するだけでなく、法律上何ら問題がないとの誤解を生むおそれがある。ここに、取引開始後における不適正な行為を勧誘過程における不適正な行為（表示）として規制することには問題・限界があり、優越的地位の濫用規制が問題になる消費者取引の一局面として捉える必要がある。また、勧誘過程において不適正な行為（表示）が行われない場合があることも勘案すれば、その方が本質を捉えている。

（３） 小括 優越的地位の濫用規制が問題となり得る消費者取引の具体的な局面は、結局、①商品・役務の内容・取引条件等についての不表示、②商品・役務の内容・取引条件等以外の、取引の必要性についての事実と異なる告知、③消費者の情報・交渉力の格差に乗じて消費者の利益を不当に害する契約条項を設ける行為、④取引開始後に消費者に一方的に不利益となるように契約内容を変更する行為、ということになる。

もちろん、こういった行為（表示）に対してぎまんの顧客誘引としての規制など他の規制を及ぼすことができる場合があること、また現に及ぼすことに基本的に異論はない。⁴⁸⁾しかし、この本質を見極めた規制が不可欠であると考え。すべて優越的地位の濫用として規制できるわけではないが、その可能性を模索する必要があるとする所以である。

２．優越的地位の濫用の公正競争阻害性

優越的地位の濫用の公正競争阻害性について全面的な展開をすることはできない。考え方をかいつまんで述べるにとどまる。

（１） 目的規定の含意 独禁法１条は、直接的には、「公正且つ自由な競争を促進」することを目的とし、その達成のため、「私的独占，不当な取引

48) 近時、有料老人ホームをめぐる諸問題については景表法の規制が活発化しているが、本筋を逸れることもあり立ち入らない。

制限及び不公正な取引方法を禁止し、事業支配力の過度の集中を防止」することとしている。そして、究極的に、「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進すること」を目指している。この目的構造からは、「公正且つ自由な競争の促進」が、独禁法による規制内容の枠付けともなることが分かる。

問題は、「公正且つ自由な競争の促進」とは何であり、独禁法による規制内容をどう枠付けるかである。この点、独禁法2条4項は、「この法律において『競争』とは、2以上の事業者がその通常の事業活動の範囲内において、かつ、当該事業活動の施設又は態様に重要な変更を加えることなく次に掲げる行為をし、又はすることができる状態をいう」と定義付け、各号において、「同一の需要者に同種又は類似の商品又は役務を供給すること」(1号)、「同一の供給者から同種又は類似の商品又は役務の供給を受けること」(2号)を掲げている。したがって、独禁法の規制に求められるのは、2条4項において定義付けられた「競争」であって、しかも「公正且つ自由」なものを「促進」することである。「促進」ということの意味は、「競争」との関わりが直接的であることを必然とするわけではない。その外延には、「競争」との関わりは間接的であるが、競争が「公正且つ自由」となるようにし、また公正且つ自由な競争を「促進する」手立てがある。独禁法は、それらをも規制内容とすることができるのであり、規制の範囲には広がりがある。

実際にも、2条4項にいう「競争」は、市場メカニズムの一部を構成するに過ぎず、市場メカニズムが機能しなければ、「公正且つ自由な競争」もあり得ない。「公正且つ自由な競争の促進」は、市場メカニズムの機能化との関わりで考えられなければならない、柔構造をなすものである。

(2) 不公正な取引方法規制の含意 不公正な取引方法の規制も、目的規定の含意を反映した捉え方をしなければならない。つまり、「公正な競争を阻害するおそれ」(公正競争阻害性)としては、短絡的に、「競争」との直接的な関わりがあるもののみが問題となるのではない。間接的な関わりがあるも

のも含まれる。独禁法2条9項の定義規定は、このようなものとして解されなければならない。

ところで「不公正」は、日常生活においては、三つの場面で問題になる。一つは参加が妨げられ退出が強えられるような場面であり、二つは汚い手段が用いられる場面であり、三つは立場の優越が振りかざされて自由かつ自主的な判断が妨げられる場面である。そのような事態に遭遇すれば、不公正（アンフェア）と言う。このことは、経済取引においても当てはまる。「独占禁止法研究会報告」が、自由な競争の侵害（競争の減殺）、競争手段の不公正さ、自由競争基盤の侵害をもって公正競争阻害性を捉えようとしたのも、この考え方と軌を一にすると見ることができる。⁴⁹⁾競争との関わりは、直接的なものだけでなく間接的なものもあるが、いずれの規制も、市場メカニズムの機能化にとって必要不可欠である。

もっとも、優越的地位の濫用の公正競争阻害性に係る「独占禁止法研究会報告」の説示は、相手方が事業者であることを前提として論旨を展開している点で疑義が残る（前出Ⅳ3（2）参照）。しかし、自由な競争の基盤の確保は、「①自由な競争の確保、②競争手段の公正さの確保を可能ならしめる前提条件でもある」とされていることをも勘案すれば、相手方が事業者であることを必然とするものではないであろう。本来的に、相手方が消費者である場合も含めて論旨を展開することを許容する捉え方をしていると見ることができる。

（3） 小括 優越的地位の濫用の公正競争阻害性は、自由な競争を直接侵害するおそれはなく、また競争手段として不公正でもないが、取引主体の自由かつ自主的な判断をゆがめることと捉えることになる。しかも、相手方は、事業者である場合に限られるのではなく、消費者である場合も広く含まれることになる。これが、自説の考え方の骨格をなす。精緻化は、将来の課題である。

3. 取引上の優越・不当利用行為

（1） 取引上の優越 優越的地位の濫用の公正競争阻害性を、取引主体の

49) 田中・前掲（注35）100-101頁参照。

自由かつ自主的な判断をゆがめることと捉える立場からは、相手方が事業者であるか消費者であるかは問わず、「一方が他方より相対的に優越することにより相手方に不当に不利益を課し得る」ことをもって、取引上の優越と見ることになる。⁵⁰⁾消費者取引に即して言えば、消費者に対する行為者の絶対的優越は必要でなく、相対的優越をもって、取引上の優越と見るということである。そして取引上の優越は、「行為者又は両当事者間の外形的事実だけではなく、当事者間の取引において不当な不利益を課し得るものである」といった観点から総合的に判断」することになる。⁵¹⁾

この総合判断基準を採ることによって、優越的地位の濫用規制が問題となり得る消費者取引の局面をすべてカバーすることができる。

(2) 不当利用行為 優越的地位の利用によって相手方に不当に不利益を課す行為が、不当利用行為となる。⁵²⁾「不当な不利益は、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ような不利益をいうものである。」「優越的地位を利用して相手方に不利益を課す行為は多種多様であるため、その不当性を判断するに当たってはその抑圧の程度・内容を個別ケース毎に、行為者が属する業種とそこにおける取引の慣行及び態様、問題となる不利益の程度、広がり等を考慮して判断することを要する」。

この判断基準を採ることにより、同様に、優越的地位の濫用規制が問題となり得る消費者取引の局面をすべてカバーすることができる。

4. 関係法令に即した解釈

独禁法2条9項5号(旧2条7項5号)、一般指定14項(旧9号・10号)の制定趣旨によれば、「相手方」としては明らかに事業者が想定されており、関連法令の文言にも、そのことが反映されていると見なければならない(前出Ⅱ1参照)。そこで、優越的地位の濫用規制が消費者取引に及ぶか否かは、関連法令の解釈の問題となる。この点、制定趣旨は、「相手方」を事業者に限定して消

50) 田中・前掲(注35)89頁参照。

51) 田中・前掲(注35)89-90頁参照。

52) 以下、田中・前掲(注35)90-91頁参照。

費者が「相手方」となる場合を排除しているとは言えず、実際のところ、消費者が優越的地位の濫用の「相手方」となることを前提に判断を行った稀有な判決もある（前出Ⅱ2（2）参照）。また、消費者に対する一方的不利益行為について一般指定14項を適用する余地があり、適切な事案に対しては同項を適用することを検討していくことが考えられるとする報告書もある（前出Ⅱ3（2）

（b）参照）。もっともそこでは、関連法令に即した解釈論が具体的に展開されているわけではない。改めて、優越的地位の濫用規制が問題になり得る消費者取引の局面に即した解釈論の展開が必要である。

そういった具体的局面としては、①商品・役務の内容・取引条件等についての不表示、②商品・役務の内容・取引条件等以外の、取引の必要性についての事実と異なる告知、③消費者の情報・交渉力の格差に乗じて消費者の利益を不当に害する契約条項を設ける行為、④取引開始後に消費者に一方的に不利益となるように契約内容を変更する行為、がある（前出Ⅴ1（3）参照）。それらに、独禁法2条9項5号、一般指定14項は適用可能か。独禁法2条9項5号には、消費者取引を規制対象とすることを制約する文言はない。それに対し、一般指定14項には、制約文言がありそうである。消費者取引に対して適用が問題になり得るのは、1号ないし4号である。まず1・2号は、継続取引を前提としているので、具体的局面の①・②とは直接的な接点を持たない。「『継続して取引する』とは、現に継続的に取引関係がある場合だけでなく、新たに継続取引を開始する場合も含まれる」とされるので、③・④⁵³⁾で、継続取引に係る商品・役務以外の商品・役務を購入させる場合（1号）、金銭・役務その他の経済上の利益を提供させる場合（2号）には適用がある。その限りで、規制は及ぶ。

次に3号は、取引条件の設定・変更を問題にしているので、③で不利益になるように取引条件を設定する場合、④で不利益となるように取引条件を変更する場合には、適用がある。それに対し、①・②まで適用を拡張することは困難であろう。確かに「『取引条件』とは、契約書等に明文で明示され、あるいは口

53) 田中・前掲（注35）91頁参照。

頭で双方了解されている事項に限られず、取引を行うに際して事実上生じてきて、相手方が考慮せざるをえないような付帯的な又は取引継続のためのものなど明示されていないものであっても契約・取引の内容となるものを含む」とされているが⁵⁴⁾、限界がある。

最後に4号は、取引の条件・実施について不利益を与えることを問題とし、一般条項的性格を有しているので、1号ないし3号に該当しない行為にも広く適用がある。具体的局面の③・④は、1号ないし3号で規制できないとしても、4号で規制されることになろう。それに対し、①・②が4号の下で規制できるか否かは、なお検討を要する。この点、「『取引の条件又は実施について』とは、『取引において又は取引に関連して』という意味であり、取引の過程において相手方に不利益となる行為をすることをい」い、「したがって、取引条件の不履行などはもちろんのこと、取引関係において、相手方に何らかの取引・事実行為を強要し、不当に不利益となるような行為も含まれる」とされる⁵⁵⁾。ポイントは、勧誘過程における不適正な行為(表示)が、「取引の条件又は実施について」「不利益を与えること」と言えるか否かである。4号の一般条項的性格を勘案すれば、取引の条件・実施と直接結びついていなくても、取引の過程において行われる行為であって広くそれに影響を及ぼすものまで含むと解することができよう(前出Ⅳ2(2)(c)参照)。また、「利益」とは、「公正かつ自由な競争が行われている市場において取引を行っていく上で得られる経済的価値その他の利益一般をいう」とされていること⁵⁶⁾からすれば、勧誘過程における不適正な行為(表示)も、ここで言う「不利益」に該当すると見ることに問題はない。

このように見てくると、優越的地位の濫用規制が問題となり得る具体的局面は、一般指定14項のいずれかの号で規制が可能である。これが、本稿の一応の結論となる。積極的に14項を適用していくことが望まれる。なお、現行の一般指定14

54) 田中・前掲(注35)92頁参照。

55) 田中・前掲(注35)92頁参照。

56) 東出・前掲(注11)25頁。

項は、消費者取引に適用するのにふさわしい文言となっているかは大いに疑問であるが、その見直しは、運用の実状をも見た上で検討すべき将来の課題と言えよう。