Kobe University Repository : Kernel

PDF issue: 2025-07-16

優越的地位の濫用の主張立証の検討

村上，亮

(Degree)
博士（法学）
(Date of Degree)
2018-03-25
(Date of Publication)
2020-03-25
(Resource Type)
doctoral thesis
(Report Number)
甲第7083号
(URL)
https://hdl.handle.net/20.500.14094/D1007083

※ 当コンテンツは神戸大学の学術成果です。無断複製・不正使用等を禁じます。著作権法で認められている範囲内で、適切にご利用ください。

博　士　学　位　論　文

優越的地位の濫用の主張立証の検討

神戸大学大学院法学研究科
専　　攻：理論法学専攻
指 導 教 授：泉　水　文　雄
学 籍 番 号：１４１Ｊ１８１Ｊ
氏　　名：村　上　　亮
提出年月日：平成３０年１月９日

要　旨

本稿は，優越的地位の濫用につき検討するものである。

平成２１年改正により優越的地位の濫用が課徴金の対象とされた後，公取委が排除措置命令及び課徴金納付命令を行った優越的地位の濫用事件５件は，いずれも審判請求された。その主要な理由としては，課徴金が高額であったことや，各要件の解釈適用も確立されていなかったことが挙げられる。

このことから，優越的地位の成立要件や課徴金賦課要件の該当性判断がどうあるべきかが，実務上問題となると考えた。

そこで，本稿では，トイザらス事件審決の概要をまとめた後，優越的地位の濫用の成立要件のうち，特に優越的地位の要件と，課徴金賦課要件につき，それぞれ，批判等も踏まえて，審決の判断の妥当性について考察を加えた上で，私見も交えつつ当事者が行うべき主張立証につき検討を行い，また，一部の課題に関する提言も行うことにする。

Ⅲでは，優越的地位の濫用の成立要件のうち，優越的地位の要件（「自己の取引上の地位が相手方に優越していること」）を中心に検討する。まず，トイザらス事件審決は，同要件の認定に，乙が甲の濫用行為を受け入れている事実を用いたところ，審決からは，同事実が優越的地位の認定において決定的な要素であるとまでは読み取れないと考える。また，優越的地位の要件は，「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」と解されているところ，乙が甲の濫用行為を受け入れている事実のみから，事業経営上「何らかの」支障を来すことまではいえたとしても，その支障が「大きな」ものであるとまでいえるかが問題になると考える。そこで，この点につき，当事者双方がどのような事実を主張立証すべきかを検討する。さらに，「乙にとって甲との取引の継続が事業経営上大きな支障を来す」の認定のハードルは，本来ある程度高くあるべきであること，そのようにしても，排除措置命令において命じる措置の内容や行政指導により，広く濫用行為を排除することができるから，実質的には不都合はないことを提言する。

Ⅳでは，課徴金賦課要件につき検討する。トイザらス事件審決では，複数の取引先に対する複数の行為を一つの濫用行為として法令の適用がされている。この点については批判もあるものの，トイザらス事件審決を前提とした上で，課徴金額を適切な額に抑えることができないかを検討する。そして，不当な取引制限において「当該商品

又は役務」該当性が争点とされていることを踏まえて，課徴金算定期間（「当該行為をした日」から「当該行為がなくなる日」）の一部の期間につき，優越的地位になかったことが反証できれば，その期間の「売上額」又は「購入額」は，違反行為による不当な利得ではないとして，課徴金算定基礎額から除外することを提言する。

目　次

Ⅰ　はじめに……1

Ⅱ　審決の概要……4
第１　事案の概要……4
１　行為者の概要……4
２　事案の概要……4
第２　審決の判断の概要……5
１　本件返品及び本件減額は，トイザらスが１４社に対し自己の取引上の地位が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行ったものであるか.5
⑴　法解釈と認定手法……5
⑵　返品及び減額の濫用行為該当性の判断手法……6
⑶　１４社との関係へのあてはめ……6
２　本件行為又は本件返品及び本件減額に公正な競争を阻害するおそれがあるか.7
⑴　優越的地位の濫用の公正競争阻害性と判断手法……7
⑵　本件へのあてはめ……8

Ⅲ　優越的地位の要件の検討……8
第１　立法趣旨・立法事実の検討……8
１　昭和５７年の旧一般指定制定当時の議論状況……9
⑴　独占禁止法研究会による公正競争阻害性の整理……9
⑵　私的自治との関係について……10
⑶　平成２１年改正に至る経緯……11
２　平成２１年改正に関する立法事実と立法者意思……13
第２　前提問題としての濫用行為該当性……14
１　行為の不当性の評価が争点となること……14
⑴　原則違法でない不公正な取引方法の事件の特色……14
⑵　審決の判断手法の分析……15
２　主張立証責任の観点からの検討……17
⑴　トイザらス事件の構造……17
⑵　買取取引が行為の不当性に結び付く理由……17

⑶　類型的に濫用行為から除外する必要がある返品又は減額 19
⑷　「例外事由」の内容と立証責任 19
３　不利益の経済的な程度について 20
４　濫用行為が不利益に当たらないとの供述の評価 21
５　その他の濫用行為の類型ではどのような事実が重要となるか.....22
⑴　購入強制（独禁法２条９項５号イ） 22
⑵　従業員派遣（独禁法２条９項５号ロ） 26
第３　優越的地位（「取引上の地位が相手方に優越していること」）について 32
１　「自己の取引上の地位が相手方に優越していること」の解釈.....32
２　甲の濫用行為を考慮することについて 33
⑴　従前の考え方.....33
⑵　トイザらス事件審決 35
⑶　甲の行為を優越的地位の認定において考慮することが適当か.....35
⑷　濫用行為は優越的地位の認定においてどの程度影響を及ぼすか 37
３　トイザらス事件審決の優越的地位の判断枠組みに関する疑問点.....40
⑴　「総合考慮」の判断過程が不明であること 40
⑵　トイザらス事件審決（公取委の実務）の立証構造.....40
⑶　立証構造に関する疑問点.....41
４　トイザらス事件審決を踏まえた当事者の主張立証の検討.....42
⑴　濫用行為が「著しく不利益な要請等」と同視できるか.....43
⑵　乙が濫用行為を受け入れた理由が，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」支障を来すためであったか.....44
⑶　ガイドラインの４要素による推認の補強・減殺 48
⑷　乙が濫用行為を受け入れた理由に関する乙の供述証拠の評価.....54
５　提言 57

Ⅳ　課徴金賦課要件の検討 59
第１　トイザらス事件審決の位置付け.....59
１　独禁法第２０条の６ 59
２　複数の取引先に対する行為を一つの優越的地位の濫用として法適用すること 59
⑴　「第１９条の規定に違反する行為（第２条第９項第５号に該当するものであ

って，継続してするものに限る)」について 59
⑵　「当該行為をした日」及び「当該行為がなくなる日」 61
⑶　「継続してするもの」について 62
第２　違反行為とは関係のない「売上額」又は「購入額」の除外を求めることができるか.....63
１　はじめに 63
２　議論の状況.....64
⑴　複数の取引先に対する行為を一体として捉えることができるとする考え方 64
⑵　取引先ごとに課徴金算定期間等を算定すべきだとする考え方 65
３　検討 67
⑴　複数の取引先に対する行為を一体として捉えることの可否.....67
⑵　課徴金制度と不当な利得の関係 67
⑶　問題となる事例 69
⑷　当事者が検討する主張立証 70

Ⅴ　おわりに.....72

Ⅰ　はじめに

１　平成２１年改正により，優越的地位の濫用が課徴金の対象とされた後，公正取引委員会（以下「公取委」という。）は，５件の優越的地位の濫用事件について，排除措置命令及び課徴金納付命令を行った（山陽マルナカ事件[1]，トイザらス事件[2]，エディオン事件[3]，ラルズ事件[4]，ダイレックス事件[5]）。そして，これらはいずれも審判請求された[6]。

旧一般指定[7]第１４項時代の排除措置命令については，審判審決が存在しなかったにもかかわらず[8]，平成２１年改正後の５件についてはいずれも審判請求された理由の一つとしては，賦課された課徴金が高額であったことが考えられる。

すなわち，山陽マルナカ事件では２億２２１６万円（課徴金算定期間は平成２２年１月１日から同年５月１８日まで），トイザらス事件では３億６９０８万円（平成２２年１月１日から平成２３年１月３１日まで），エディオン事件では，４０億４７９６万円（平成２２年１月１日から同年１１月２９日まで），ラルズ事件では１２億８７１３万円（平成２２年１月１日から平成２４年３月１３日まで），ダイレックス事件で１２億７４１６万円（平成２２年１月１日から平成２４年１２月１６日まで）の課徴金の納付が命じられた[9]。

これらの課徴金の額については，違反行為により得た不当な利益との乖離が大

---

1) 公取委命令平成２３年６月２２日審決集５８巻⑴１９３頁，３１２頁。

2) 公取委命令平成２３年１２月１３日審決集５８巻⑴２４４頁，３５２頁。

3) 公取委命令平成２４年２月１７日審決集５８巻⑴２７８頁，３８４頁。

4) 公取委命令平成２５年７月３日審決集６０巻⑴３４１頁，４３５頁。

5) 公取委命令平成２６年６月５日審決集６１巻１０３頁，１６１頁。

6) 公取委平成２３年（判）第８２号及び第８３号（山陽マルナカ），同平成２４年（判）第６号及び第７号（トイザらス），同平成２４年（判）第４０号及び４１号（エディオン），同平成２５年（判）第２８号及び第２９号（ラルズ），同平成２６年（判）第１号及び第２号（ダイレックス）

7) 昭和５７年６月１８日公正取引委員会告示第１５号。

8) 審判開始決定後，同意審決で終了した事案として，公取委同意審決平成１９年６月２２日・審決集５４巻１８２頁（ドン･キホーテに対する件）がある。

9) 仮にこれら５件の課徴金の算定期間が３年間であったとすると，課徴金の額は，不当な取引制限の事案の課徴金と比較しても遜色のないほど高額になると思われる。

きいとか，比例原則違反の観点などから疑問が呈されている。このことからすると，事業者側は，高額な課徴金を課すのに足りる根拠を示されていないとして，公取委の優越的地位の成立要件の該当性判断[10]や，課徴金賦課要件の該当性判断に不服があるのだと推測される。

他方で，公取委側からすると，優越的地位の濫用規制の目的を達成するためには，多数の取引先につき広く優越的地位の濫用を認定して，行為を排除して課徴金を賦課する必要性がある反面，限られた時間と人員では，多数の取引先の事情を詳細に調査することができないといった事情があることが推測される。

２　また，平成２１年改正により設けられた独禁法第２条第９項第５項は，課徴金対象となる優越的地位の濫用とは，「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，次のいずれかに該当する行為（注：同号イないしハの行為）をすること」であると定義している。

ただし，優越的地位の濫用の成立要件は抽象的であり，各要件の意義はもちろん，どのような事実があれば各要件を充足するのかにつき，条文上必ずしも明確ではない。そのため，各成立要件を明確にするために[11]，公取委は，「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３１日公正取引委員会。平成２９年６月１６日改正。以下，単に「ガイドライン」という。）を公表した。そして，ガイドラインでは，過去の事例を踏まえて，問題となり得る行為が例示列挙されている（ガイドライン第４の想定例や具体例）。

もっとも，優越的地位該当性については，複数の考慮要素を総合考慮して判断するとされるものの，どのような事情があれば優越的地位に該当しないかは示されない（ガイドライン第２の２）など，不明確な点も残っている。

さらに，そもそも，平成２１年改正により新たに設けられた課徴金の規定（独

---

10)　行為の相手方につき１社でも優越的地位の濫用の成立を否定できれば，その分課徴金を減額することができるため，事業者にとって，各取引先につき優越的地位の濫用の成立要件を争うインセンティブは大きいといえる。

11)　衆議院及び参議院の経済産業委員会で，構成要件がより明確かつ具体的に示されるよう十分配慮するようにとの附帯決議が付されていた。第１７１回国会衆議院経済産業委員会会議録第１０号（平成２１年４月２４日）２６頁，第１７１回国会参議院経済産業委員会会議録第１５号（平成２１年６月２日）１８頁参照。

禁法第２０条の６）をみても，各課徴金賦課要件がどのように解釈適用されるのは，ガイドライン等により明示されていない。

このように，各要件が不明確であり，その解釈適用も確立されていなかったことも，前記のとおり審判請求がされた理由の一つであると考えられる。

３　以上からすると，事業者側の防御と行政効率を踏まえつつ，優越的地位の成立要件の該当性判断や，課徴金賦課要件の該当性判断がどうあるべきかが，実務上重要な問題点になると考える。

そのような中で，現時点では，優越的地位の濫用の成立要件や課徴金賦課要件の公取委の判断手法を推知できる資料として，トイザらス事件審決（公取委審判審決平成２７年６月４日審決集６２巻１１９号）がある。

この点，前記審決は，審決取消訴訟が提起されることなく確定したため，後続事件の審決取消訴訟において，裁判所から新たな判断が示される可能性はある。もっとも，当面の公取委の運用は，前記審決で示された考え方に沿って行われるものと考えられる。

なお，取引当事者間の民事訴訟では，一方当事者から優越的地位の濫用該当性が主張され，その判断が示されることがある。もっとも，①独禁法違反であるから契約等が公序良俗に反して無効であるとか，②独禁法違反であるから不法行為が成立するとの主張する場合であっても，そこで問題になっている要件は，「公の秩序又は善良の風俗に反する」（民法第９０条）や「他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した」（民法第７０９条）といった規範的要件[12]であって，優越的地位の濫用の成立要件そのものではないことからすれば，それらの裁判例の先例的価値は留意する必要があるとの指摘もある[13]。

---

[12] 法律効果の発生要件として一定の規範的評価の成立を規定するもの。規範的評価を成立させるためには，その成立を基礎付ける具体的事実（評価根拠事実）が必要となる。他に，権利濫用（民法第１条第３項），借地借家契約の更新拒絶の正当事由（借地借家法第６条，第２８条）など。裁判所職員総合研究所監修『民事訴訟法講義案（再訂補充版）』１２４頁（司法協会　２０１０年）参照。

[13] 秋吉信彦「民事訴訟における優越的地位の濫用」ジュリスト１４４２号５６～５７頁（２０１２年）参照。ただし，それらの裁判例でのような事実が重視されたかを分析することは，過去の公取委の命令書記載の事実を分析するのと同様に，優越的地位の成立要件に関する主張立証を

４　そこで，以下では，トイザらス事件審決の概要をまとめた後（後記Ⅱ），優越的地位の要件と課徴金賦課要件につき，それぞれ，批判等も踏まえて，審決の判断の妥当性について考察を加えた上で，私見も交えつつ当事者が行うべき主張立証につき検討を行い，また，一部の課題に関する提言も行うことにする（後記ⅢⅣ）。

なお，本論文中の見解は，公表された資料に基く執筆者の個人的な見解であり，所属先等の見解ではないことに留意されたい。

Ⅱ　審決の概要

第１　事案の概要

１　行為者の概要

日本トイザらス株式会社（以下「トイザらス」という。）は，玩具・育児用品等の子供・ベビー用品全般を専門的に取り扱う小売業者である。

トイザらスの平成２３年１月期の年間売上高は，約１６４２億円であり，子供・ベビー用品全般を専門的に取り扱う小売業者のうち，大手３社と呼ばれる小売業者の中で最も大きく，我が国に本店を置く同小売業者の中で最大手の事業者である。

また，トイザらスは，自社が販売する商品のほとんど全てを納入業者から買取取引の方法により仕入れていた。

２　事案の概要

公取委は，トイザラスが，遅くとも平成２１年１月６日から平成２３年１月３１日までの間，納入業者１１７社に対し，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たり（返品。後記１４社のうち５社に対する返品を「本件返品」という。），取引の対価を減じていた（減額。後記１４社のうち１３社に対する減額を「本件減額」という。）ことが，優越的地位の濫用（独禁法第２条第９項第５号，旧一般指定第１４項）に該当するとして，平成２３年１２月１３日に，排除措置及び３億６９０８万円の課徴金の納付を命じた。

これに対して，トイザらスは，平成２４年２月１０日，納入業者のうち１４社

行う上で参考になると思われる。

（社名は公表されていない）との関係では違反行為が存在しないなどと主張して，前記各命令の一部の取り消しを求めて審判請求をした。

公取委は，審判手続を経た後，平成２７年６月４日，トイザらスの請求を一部認容し，排除措置命令及び課徴金納付命令の一部を取り消す旨の審決をした。

なお，トイザらスが審決取消請求訴訟を提起しなかったため，同審決は確定済みである。

第２　審決の判断の概要

１　本件返品及び本件減額は，トイザらスが１４社に対し自己の取引上の地位が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行ったものであるか

⑴　法解釈と認定手法

ア　「自己の取引上の地位が相手方に優越していること」の意義

取引の一方当事者（以下「甲」ということもある。）が，他方当事者（以下「乙」ということもある。）に対して取引上の地位が優越しているというためには，甲が「取引の相手方との関係で相対的に優越性した地位にあれば足りると解される」。また，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たすため，甲が乙に取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をいうと解される」。

イ　優越的地位の認定手法

取引の相手方に対し正常な商慣習に照らして不当に不利益を与える行為（濫用行為）は，「通常の企業行動からすれば当該取引の相手方が受け入れる合理性のないような行為であるから，甲が濫用行為を行い，乙がこれを受け入れている事実が認められる場合，これは，乙が当該濫用行為を受け入れることについて特段の事情がない限り，乙にとって甲との取引が必要かつ重要であることを推認させるとともに，『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』にあったことの現実化として評価できるものというべきであり，このことは，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ことに結び付く重要な要素になるものというべきである」。

「甲が乙に対して優越した地位にあるといえるか否かについては，甲による行為が濫用行為に該当するか否か，濫用行為の内容，乙がこれを受け入れたことについての特段の事情の有無を検討し，さらに，①乙の甲に対する取引依存度，②甲の市場における地位，③乙にとっての取引先変更の可能性，④その他甲と取引することの必要性，重要性を示す具体的事実を総合的に考慮して判断するのが相当である」。

⑵　返品及び減額の濫用行為該当性の判断手法

「買取取引において，取引の相手方の責めに帰すべき事由がない場合の返品及び減額は，一旦締結した売買契約を反故にしたり，納入業者に対して，売れ残りリスクや値引き販売による売上額の減少など購入者が負うべき不利益を転嫁する行為であり，取引の相手方にとって通常は何ら合理性のないことであるから，そのような行為は，原則として，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ものであり，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ものとして，濫用行為に当たると解される」。

「取引の相手方の責めに帰すべき事由がない場合の返品及び減額については，・・・例外事由[14]にあたるなど特段の事情がない限り，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ものと推認され，濫用行為に当たると認めるのが相当である」。

⑶　１４社との関係へのあてはめ[15]

ア　トイザらス事件審決の検討順序は，本件返品及び本件減額は，いずれも１４社の責めに帰すべき事由がない場合の返品又は減額であったことを前提として，①１４社に対する各行為それぞれにつき，例外事由に当たるなどの特段の事情が認められないか，②トイザラスが優越的地位にあったか，③ト

---

14)　審決案２１頁参照。なお，本文Ⅲ第２の２⑷参照。

15)　公表された審決では，納入業者名や具体的な商品名等が伏せられており，個別具体的に審決の判断の当否を検討することは困難である。なお，納入業者名等を特定した上で検討を加えているものとして，横田直和「日本トイザらスに対する優越的地位の濫用事件について－『正常な商慣習に照らして不当に』の認定を中心に」關西大學法學論集６６巻３号５９７頁（２０１６年）がある。

イザらスが優越的地位を「利用して」濫用行為を行ったか，というものであった。

そして，トイザらス事件審決は，トイザらスが１４社のうち１２社に対して少なくとも１回以上濫用行為を行ったと認定する一方で，その余の２社（Ｄ及びＬ）に対するトイザらスの本件返品又は減額は，いずれも濫用行為に該当しないと判断した[16]。

また，トイザらス事件審決は，前記１２社については，いずれもトイザらスが優越的地位を利用して濫用行為を行ったと認定した。なお，濫用行為該当性が認められなかったＤ及びＬについては，優越的地位該当性は検討されていない。

イ　「被審人は，自社の利益を確保すること等を目的として，組織的かつ計画的に一連の行為として「本件行為」（ただし，・・・被審人が取引上の地位が優越していることを利用して濫用行為を行ったことが否定されたものを除く。以下『本件濫用行為』という。）を行ったものと認められる」。

２　本件行為又は本件返品及び本件減額に公正な競争を阻害するおそれがあるか

⑴　優越的地位の濫用の公正競争阻害性と判断手法

独占禁止法第１９条において優越的地位の濫用行為が規制されているのは，「自己の取引上の地位が相手方に優越している一方の当事者が，取引の相手方に対し，その地位を利用して，正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えることは，当該取引の相手方の自由かつ自主的な判断による取引を阻害するとともに，当該取引の相手方はその競争者との関係で競争上不利となる一方で，行為者はその競争者との関係において競争上有利となるおそれがあり，このような行為は，公正な競争を阻害するおそれ（公正競争阻害性）があるからである」。そして，「どのような場合に公正競争阻害性があると認められるかについては，問題となる不利益の程度，行為の広がり等を考慮して，個別の事案ごとに判断すべきである」。

---

16)　なお，濫用行為に該当しないとされた行為については，①納入業者から返品や減額の申出があり，かつ，「直接の利益」が生じた事実，②あらかじめ減額の条件を合意していた事実のいずれかが認定された。

⑵　本件へのあてはめ

「被審人は,・・・特定納入業者のうち１１５社・・・という多数の取引の相手方に対して，遅くとも平成２１年１月６日から平成２３年１月３１日までの２年以上もの期間にわたり，組織的かつ一連の行為として本件濫用行為を行ったものであり,これにより,１１５社にあらかじめ計算できない不利益を与え，１１５社の自由かつ自主的な判断による取引が阻害されたものであり,これは,取りも直さず，１１５社が，返品や減額によって，その競争者との関係において競争上不利となる一方で，被審人が，当該返品や減額によって，その競争者との競争において競争上有利となるおそれを生じさせたものであるから，その点で既に本件濫用行為には公正競争阻害性があることが認められる」。

３　本件における違反行為期間はどのように認定すべきか

「優越的地位の濫用規制の趣旨に照らせば,独占禁止法第２条第９項第５号･･･に該当する濫用行為は,・・・それが組織的，計画的に一連のものとして実行されているなど，それらの行為を行為者の優越的地位の濫用として一体として評価できる場合には，独占禁止法上一つの優越的地位の濫用として規制されることになり，課徴金算定の基礎となる違反行為期間についても，濫用行為が最初に行われた日を『当該行為をした日』，濫用行為がなくなったと認められる日を『当該行為がなくなる日』とするのが相当である」。

「本件濫用行為は一つの優越的地位の濫用として規制されることになるから，違反行為期間も取引の相手方ごとに算定されるのではな」い。

Ⅲ　優越的地位の要件の検討

第１　立法趣旨・立法事実の検討

以下のとおり，平成２１年改正の立法事実や立法者意思について検討すると，平成２１年改正は，従前の公取委の法執行を是認した上で，さらに執行を強化することを求めるものであったということができる。そうすると，平成２１年改正により，優越的地位の濫用の成立要件の解釈を変更すべきであるという要請はなかったと考えられる。

１　昭和５７年の旧一般指定制定当時の議論状況

⑴　独占禁止法研究会による公正競争阻害性の整理

優越的地位の濫用は，平成２１年改正前は，旧一般指定第１４項に規定されていた[17]。そして，旧一般指定制定当時，優越的地位の濫用が他の不公正な取引方法とは異質な点があったことから，優越的地位の濫用規制を競争秩序との関係でどのように位置付けるかについて議論されていた[18]。

そこで，旧一般指定制定に当たり，独占禁止法研究会は，「公正な競争」[19]の内容について，①自由な競争が確保されていること，②競争手段の公正さが確保されていることだけではなく，①及び②の前提として，③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）であると整理した。その上で，公正な競争秩序とは，これら３つの条件が保たれていることであり，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が「公正な競争を阻害するおそれ」（公正競争阻害性）であると整理した[20]。

---

17)　それ以前の沿革については，根岸哲編『注釈独占禁止法』４８６頁〔根岸哲執筆〕（有斐閣　２００９年）参照。

18)　他の不公正な取引方法は，①事業者相互間の自由な競争を妨げたり，事業者がその競争に参加することを妨げるおそれがあるものを規制するものであったり（取引拒絶，拘束条件付取引等），②価格，品質・サービスを中心とした能率競争を可能ならしめる秩序を侵害する行為を規制するもの（ぎまん的取引等）として，競争秩序との関係で説明することができた。これに対して，優越的地位の濫用の第一義的な悪性は，取引の相手方に不当に不利益を強制すること自体であり，それが当事者の競争（①）ないし競争手段（②）に直接的な関係がないようにみえるからである。経済法学会編『独占禁止法講座Ｖ』２５８～２６３頁（戸塚登執筆）（商事法務研究会　１９８５年）参照。

19)　平成２１年改正前の独占禁止法第２条９項柱書には，「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いう。」と規定されていた。

20)　独占禁止法研究会報告「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」（昭和５７年７月８日）第一部二。なお，同報告の中で，①自由な競争の確保とは，事業者相互間の自由な競争が妨げら

このようにして，優越的地位の濫用規制の公正競争阻害性は，③自由競争基盤を侵害するところにあるという点で，競争秩序と関わりがあると説明されるようになった[21]。

⑵　私的自治との関係について

ア　このような自由競争基盤に関する規制は，本来，私的自治の領域であるから，私法に委ねられるべきであって，独禁法が介入すべきでないという指摘もあり得るところである[22]。

確かに，例えば，取引関係が解消されたり大幅に減少するなどして，今後の取引への影響を心配する必要が乏しくなった場合[23]や，取引の一方当事者から貸された不利益により倒産の危機に瀕しているなど不利益が甘受し難い程度に至っている場合には，私人間の民事訴訟による解決も期待できるであろう。

イ　他方で，特に継続的な取引関係が継続している場合には，私的自治による解決が期待し難い実態も存在する。

例えば，取引開始時点において，将来起こり得る事情を全て把握して契約条項に盛り込むことは，そもそも困難である。そうすると，取引開始後に一方にとってのみ不利益となるような事情が判明しても，取引当事者が，今後の取引に影響を及ぶこと慮って，契約条項を追加変更する申し入れを控えて不利益を甘受することがあり得る。

また，当該業界において，一方当事者が他方当事者に同様の不利益を課す

れていないこと及び事業者がその競争に参加することが妨げられていないことであり，②競争手段の公正さの確保とは，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）であることにより，自由な競争が秩序づけられていることである，と説明されている。

21)　さらなる議論の状況につき，根岸・前掲注１７）４９７～４９９頁参照。

22)　平成２１年改正後も，私的自治が原則であり，優越的地位の濫用規制は例外であることが強調されることがある。例えば，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」別冊公正取引１号４５頁（２０１１年）。

23)　このような事案に関する裁判例として，最判昭和５２年６月２０日民集３１巻４号４４９頁（岐阜商工組合事件），大阪地判平成２２年５月２５日判時２０９２号１０６頁（フジオフードシステム事件）など。

ことが慣行化されてしまっている場合には，他方当事者は，不利益を課されることを当然のように受け取ってしまうこともあり得る。

このような状況が生じている場合には，私的自治に委ねていたのでは，自由競争基盤が侵害されている状況は解消し難いといえる。

ウ　さらに，独禁法の目的は「公正且つ自由な競争を促進」することにあり（同法第１条），同法の直接の保護法益は「自由競争経済秩序」である[24]。

このように，独占禁止法は，直接的には，取引当事者の私的な利益ではなく，自由競争経済秩序という公益を保護するものである。そうすると，自由競争経済秩序の保護の観点から必要がある場合には，私的自治の問題とは別の観点から，公取委による介入が許されると考えられる。

エ　以上からすると，優越的地位の濫用規制の目的は，私的自治に委ねていては自由競争基盤の侵害の問題が解消し難い状況にあったことから，公取委が自由競争経済秩序の維持の観点から積極的に介入することにより，将来的にこの問題の解決を私的自治に委ねることを目指すところにあったと説明できる[25]。

⑶　平成２１年改正に至る経緯

ア　平成２１年改正の背景事情

（ア）昭和５７年の一般指定改正後，特に平成１０年頃から，公取委は優越的地位の濫用（百貨店業における特定の不公正な取引方法，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を含む）につき，積極的に法的措置及び行政指導を行った[26]。このことから，公取委が自由競争基盤の侵害問題に介入する必要性が高かったことが裏付けられたといえる。

---

24)　最判昭和５９年２月２４日刑集３８巻４号１２８７頁（石油価格協定刑事事件）。

25)　戸塚・前掲注１８）２６２～２６３頁は，「優越的地位の濫用を積極的に規制することで基盤問題を解消するのが急務であり，その結果として，基盤問題が独占禁止法の対象から除去されることを期すべきである。」とする。

26)　平成１０年以降，法的措置及び警告が多数存在することにつき，公正取引協会編『優越的地位の濫用の解説』の資料５「優越的地位濫用に係る違反事件一覧」別冊公正取引１号２１９頁以下（２０１１年）参照。

その一方で，これらの法執行にかかわらず，違反事件数が減少しなかった。このことからすれば，従前の法制度（排除措置命令による違反行為の差止め等）や法執行では十分に違反行為を抑止できず，したがって，自由競争基盤の侵害の問題の解決を私的自治に委ねることができない状況が存続していたということもできる。

そうであるところ，平成１７年改正法が審議された衆議院経済産業委員会及び参議院経済産業委員会で，優越的地位の濫用等の不公正な取引方法を課徴金対象にすることが検討事項とされるなど[27]，優越的地位の濫用を抑止することが国会でも問題とされていた。

（イ）また，日本経済は，平成１９年１０月を景気の山として，景気後退局面に入った。さらに，平成２０年９月のいわゆるリーマンショック後の世界同時不況と呼ぶべき事態に至り，その景気悪化の速度も早かった[28]。

このように，平成２０年以降，事業者が収益を確保するために，取引先に負担を転嫁する行動をとる誘因も生じたことから，自由競争基盤が侵害されやすい新たな事情も生じていたということができる。

イ　法改正時の国会における議論

以上のような状況下で，優越的地位の濫用を課徴金対象とする内容を含む平成２１年改正法が国会で審議されることになった。

その審議過程で，河村建夫官房長官（当時）から，優越的地位の濫用規制につき，契約社会の実現のためには，従前の法制度では不十分であるという実情があるので，課徴金制度を設けて優越的地位の濫用規制を強化するとの説明がなされた[29]。

---

27)　検討の経緯につき，藤井宣明＝稲熊克紀編著『逐条解説・平成２１年改正独占禁止法』１４～１５頁（商事法務　２００９年）。

28)　内閣府「平成 21 年度年次経済財政報告（経済財政政策担当大臣報告）― 危機の克服と持続的回復への展望―」第１章第１節参照。

29)　河村官房長官の発言は，「どちらかというと欧米は，非常に契約社会，きちっとしている。それに比べて日本の場合には，いわゆる長年の商慣習であるとか，あるいは裁量もある。そのようなものがやはり中小企業と大企業との間にあって，適正な取引の場合においてそういう問題が起きる。そのよりどころとして独占禁止法，下請法というのが重要な役割を果たしておる。しかし，それだけでは十分でないということもあって，今回，優越的地位の濫用ということになれ

また，衆参両院の経済産業委員会も，平成２１年改正法案を可決する際，政府に対して，不公正な取引方法につき「課徴金をはじめとする規制措置の積極的な運用を図ること」を求める附帯決議を付した。

これらからも，優越的地位の濫用規制が存在する目的及びその執行を強化する目的が，自由競争基盤の侵害の問題の解決を私的自治に委ねる社会を実現するところにあることが裏付けられたといえる。

ウ　法改正

そして，平成２１年改正法が成立し，旧一般指定第１４項のうち，近時の規制実績がなかった第５号を除いたものを課徴金の対象とされることになり（法第２０条の６），法第２条第９項第５号に定義規定が設けられた[30]。

２　平成２１年改正に関する立法事実と立法者意思

⑴　以上のとおり，平成２１年改正時でも，昭和５７年の旧一般指定制定時点に存在していた自由競争基盤の侵害の問題が根深く存在し，私的自治による解決が期待し難い状況にあったという事情が存在した。

そして，立法者は，公取委に対し，自由競争基盤の侵害の問題に積極的に介入することを期待していたということができる。

⑵　これらからすると，平成２１年改正では，公取委の従前の法執行を是認しつ

ば，これは課徴金まで含めてしっかり中小企業を守る。もちろん，中小企業にも，しっかりした技術を持って大企業と対等にやれるところもありますけれども，大部分がそういう状況にある。そういう意味で，今回の改正の意味も含めて，政府全体として，中小企業が泣き寝入りをしない社会的な構造をつくっていく，このことが非常に大事でありますから，そういう意識を持ってこれからも政府として取り組んでいかなきゃならぬ，今回のこの改正をもとにしてそういう意識をしっかり持つということが大事だ，このように考えております。」というものであった。衆議院経済産業委員会会議録・前掲注１１）１７～１８頁。

この発言の趣旨は，戸塚・前掲注１８）２６２～２６３頁と同じであると理解される。

30)　優越的地位の濫用に課徴金制度が導入された経緯については，「協賛金や派遣社員の強要などの行為により違反者に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いと考えられ，実際に公正取引委員会が法的措置を採った事案が相当数ある。したがって，課徴金納付を命じることによる抑止が必要である」と説明されている。藤井＝稲熊・前掲注２７）１６頁。

つ，さらに積極的に自由競争基盤の侵害の問題に介入することが求められており，他方で，平成２１年改正を契機として，優越的地位の濫用の成立要件の解釈を変更すべきといった要請はなかったものと理解される。

そうすると，平成２１年改正後の優越的地位の濫用の成立要件の該当性判断を検討するにあたっては，平成２１年改正前の解釈を前提として，その「あてはめ」の適否を問題とすべきであると考える。

このことを前提として，以下で，トイザらス事件審決を読み解くことにする。

第２　前提問題としての濫用行為該当性

トイザらス事件審決は，優越的地位（「自己の取引上の地位が相手方に優越していること」）該当性を基礎付ける事情として，甲の行為が濫用行為（正常な商慣習に照らして不当に不利益を与える行為）に該当すること，濫用行為の内容，乙がこれを受け入れたことについての特段の事情の有無を挙げている。

この判断手法によれば，優越的地位該当性の判断に先行して，濫用行為該当性を判断することになる（この判断手法については，後記第３で検討する。）。

そこで，以下でも，この判断手法に沿って，まず濫用行為該当性から検討する。

１　行為の不当性の評価が争点となること

⑴　原則違法でない不公正な取引方法の事件の特色

ア　価格カルテル等のいわゆるハードコア・カルテル事案では，「意思の連絡」の存在が認められれば，通常，不当な取引制限の成立要件を充足して違法と判断されることになる[31]。そのため，不当な取引制限は密行的に行われ[32]，訴訟や審判の中心的な争点は「意思の連絡」の存否（行為の存否）となることが多い。

これに対して，優越的地位の濫用のように，不公正な取引方法のうち原則

---

[31] 入札談合事案の「不当な取引制限」該当性の判断枠組みを説明するものとして，古田孝夫「判解」最判解民事編平成２４年度（上）１９５～２０２頁参照。

[32] 東京高判平成７年９月２５日審決集４２巻３９３頁（東芝ケミカル事件）では，「『不当な取引制限』とされるような合意については，これを外部的に明らかになるような形で形成することは避けようとの配慮が働くのがむしろ通常」であるとされている。

違法とされていないものは，行為者が違法であると認識せずに行為に及んでいることも多いため，訴訟等では，行為の存在自体に争いはなく，その不当性の評価が中心的な争点になると考えられる。

また，優越的地位の濫用の成立要件をみても，独禁法第２条第９項第５号イないしハは，規制対象となる行為（甲が乙に対し不利益を与える行為）をある程度明確化している。このことからすると，訴訟等では，事業者の行為については，甲の乙に対する行為が，同イないしハに該当することを前提として，それが不当であった（「正常な商慣習に照らして不当に」不利益を与えるものであった）と評価できるかが中心的な争点となると考えられる。

イ　トイザらス事件審決でも，本件返品が「取引の相手方から取り引きにかか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」ることや，本件減額が「取引の相手方に対して取引の対価の・・・額を減じ」ることに該当することは争点とされていない。

そして，これらの要件に該当することを前提として，不当であったと評価できるかが争われていると理解される。

⑵　審決の判断手法の分析

ア　トイザらス事件審決は，正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えるものであったかに関して，被審人が行った本件返品及び本件減額につき，①これらの各対象商品の取引形態が買取取引であったこと，②本件返品又は本件減額につき取引の相手方の責めに帰すべき事由がないことの２点が立証されれば，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ものと推認されるとし，③この推認を阻害するには「例外事由」の存在が必要であるとして，被審人に立証責任を事実上転換した。

以上の判断は，概ね，ガイドライン第４の３⑵及び⑷の記載に沿っており，その上で，取引形態（買取取引であること）や立証責任の分配といった，ガイドラインで触れられていない点についても言及している。

そうすると，トイザらス事件審決はガイドラインをより具体化したものと評価できる。

イ　ここで，行為の不当性，すなわち，「正常な商慣習に照らして不当に」不利益を与える行為であるという要件は，いわゆる規範的要件であるから，その規範的評価を成立させるための具体的事実の主張立証が必要となる。

では，どのような規範的評価を成立させるために，どのような類型の具体的事実の主張立証を行えばよいか。

（ア）まず，優越的地位の濫用の公正競争阻害性は，自由競争基盤を侵害するところにある（前記第１の１⑴参照）。

そうすると，「正常な商慣習に照らして不当に」不利益を与える行為とは，自由競争基盤が確保され，乙の自由かつ自主的な判断による取引が行われているならば受け入れられないような行為，すなわち，通常の企業行動からすれば乙が受け入れる合理性のないような行為（審決案１９頁参照）であるといえる。

（イ）次に，甲の乙に対し不利益を与える行為が，通常の企業行動からすれば乙が受け入れる合理性のないような行為と評価できるのは，どのような場合か。

a　まず，ガイドラインは，①乙が今後の取引に与える影響を懸念して甲の行為を受け入れざるを得ない場合には，乙に対し正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えることとなるとする（ガイドライン第４の１⑴，２⑶ア，３⑴ア，３⑵ア等）。

また，ガイドラインは，②乙に対してあらかじめ計算できない不利益を与えることとなる場合や，乙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，乙に不利益を与えることとなる場合には，乙に対し正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えることとなるとする（ガイドライン第４の２⑴ア，２⑵ア，３⑵ア等）。

なお，従前，濫用行為の不当性については，例えば，「事業活動上の自由意思を抑圧し，不当に不利益な行為を強要すること」[33]，「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，問題となる行為の広がり等を判断することを要する。」[34]，「濫用行為は，行為者が取引の相手方に対し優越的地位がなければ課しえない不利益を課すことであ

---

[33] 独占禁止法研究会報告・前掲注２０）第一部二⑸ア参照。

[34] 田中寿編著『不公正な取引方法』９０頁（別冊ＮＢＬ９号　１９８２年）。

る。」[35]などとも説明されていた。

b　これらからすると，通常の企業行動からすれば乙が受け入れる合理性のないような行為との評価を基礎付ける事実として主張立証が必要になるのは，①不利益な行為を受け入れざるを得なくさせていること（抑圧性[36]）を基礎付ける具体的事実や，②与える不利益の内容が，あらかじめ計算できないものであることや，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こと（不利益性）を基礎付ける具体的事実であると整理することができる。

ウ　そうすると，前記ア①ないし③は，行為の不当性（「正常な商慣習に照らして不当に」不利益を与えるものであること）の評価根拠事実・評価障害事実であると位置付けることもできそうである。

2　主張立証責任の観点からの検討

⑴　トイザらス事件の構造

トイザらス事件審決の特徴は，前記１⑵①ないし③の各事実を挙げた上で，被告（公取委）は，前記①及び②を主張立証すれば，③の例外事由を原告（被審人）が主張立証しない（又は争いがない事実でない）限り，「正常な商慣習に照らし不当」に不利益を与えたものと認定できることを示した点にある。

では，前記①ないし③はどのような理由で不利益性や抑圧性と結び付くのか，また，主張立証責任を事実上転換することが妥当かにつき，以下で検討する。

⑵　買取取引が行為の不当性に結び付く理由

買取取引であることは，どのようにして「正常な商慣習に照らして不当に」不利益を与えるとの評価と結び付くのか。

---

35)　根岸・前掲注１７）５００頁参照。

36)　ガイドラインは，「購入させる」（独禁法第２条第９項第５号イ）及び「提供させる」（同ロ）とは，その購入・提供を取引の条件とする場合や，その購入・提供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・提供を余儀なくさせている場合も含まれるとする（ガイドライン第４の１，注８）。

過去の事件では，小売業者と納入業者間の取引が多く問題になった[37]。

この小売業者と納入業者間の取引形態には，所有権の移転と保管責任の負担の観点から，典型的には，①買取取引（返品条件が付される場合もある），②消化取引（乙が甲に商品を引き渡した後も当該商品の所有権を甲が留保しており，乙が当該商品を販売した時点で，販売した商品の分だけ乙が仕入れを計上する取引形態）及び，③委託販売（乙が甲に対して商品の販売を委託する取引形態。当該商品の所有権は甲に移転せず，甲は当該商品の保管責任を負うことになる）の３つに分類される[38][39]。

このうち，買取取引は，小売業者が，在庫のリスクを負担して納入業者から仕入れ，商品が消費者に販売した場合に多くのリターンを得ることができる取引形態である。そして，納入業者は，本来，商品を納入業者に引き渡せば，在庫のリスクや危険を免れることができることになる。

ところが，買取取引であるにもかかわらず，小売業者が自身の都合で返品又は減額ができるのであれば，小売業者は，納入業者に対して在庫リスクを転嫁しつつ，高いリターンを確保することができることになる。

このようにして，事前の取引形態の選択の合意を取引開始後に反故にする行為は，納入業者に対して，本来負担する必要のなかった在庫リスクを負担させる点で「あらかじめ計算できない不利益を与える」ことになる。また，当初の取引形態の選択に関する合意を反故にする行為を納入業者が受け入れている事実は，当該行為が抑圧的であったことに結び付くということができる。

---

37) もちろん，優越的地位の濫用は，小売業者と納入業者間の取引のみで問題となるものではない。

38) 大規模小売業告示運用基準（平成１７年６月２９日事務総長通達第９号）の「はじめに」の１参照。

39) 下請法は，優越的地位の濫用行為が行なわれる蓋然性の高い取引として，事業者間の委託取引に着目している（下請法第２条）。そして，下請法では，商品の納品日が支払期日とみなされることから，納品日当日に代金が支払われない限り，支払が遅延することになる。そして，消化仕入では，下請事業者に代金が支払われる日は，商品がいつ売れたかによって変わることになるため，納品日当日に代金が支払われない限り，支払が遅延することになってしまう。このため，消化仕入は，基本的に下請法上認められない取引とされている（公取委勧告平成２３年１月２７日〔キタムラに対する件〕参照）。

⑶　類型的に濫用行為から除外する必要がある返品又は減額

他方で，納入業者に責めに帰すべき事情がある場合には，小売業者は，債務不履行責任又は瑕疵担保責任に基づき，返品や減額をすることができる。これらは民法や商法に基づく請求であり，事前に合意していることを必要としないし，また，事前の合意を反故にするものではない。そうすると，乙にあらかじめ計算できない不利益を与えるとはいえないし，また，自由かつ自主的な意思を抑圧するものでもない。

そのため，このような返品又は減額は，正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えるものとはいえないから，類型的に濫用行為から除外する必要がある[40]。そこで，トイザらス事件審決は，その立証責任を公取委側に負担させている[41]。

⑷　「例外事由」の内容と立証責任

ア　トイザらス事件審決は，返品に関する「例外事由」とは，「①商品の購入に当たって，当該取引の相手方との合意により返品の条件を明確に定め，その条件に従って返品する場合，②あらかじめ当該取引の相手方の同意を得て，かつ，商品の返品によって当該取引の相手方に通常生ずべき損失を自己が負担する場合，③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など」であり，「ただし，上記①については，返品が当該取引の相手方が得る直接の利益等を勘案して合理的であると認められる範囲を超えた負担となり，当該取引の相手方に不利益を与えることとなる場合には，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ものとして，濫用行為に当たることとなる。」と判示した（審決案２１頁）。

また，減額に関する「例外事由」とは，「①対価を減額するための要請が対価に係る交渉の一環として行われ，その額が需給関係を反映したものである

---

40)　民法又は商法を根拠とする返品や減額であるから，優越的地位を「利用して」いるとはいえない，という整理も考えられる。

41)　トイザらス事件審決によると，仮に事業者側が「取引の相手方の責めに帰すべき事由がないこと」を否認すると，個別の返品等につき債務不履行責任等の存否につき争点化され，取引当事者ではない公取委側がこの点を立証することになる。

と認められる場合，②当該取引の相手方から値引き販売の原資とするための減額の申出があり，かつ，当該値引き販売を実施して当該商品が処分されることが当該取引の相手方の直接の利益となる場合など」であると判示した（審決案２１頁）。

イ　これらからすると，まず，（ｉ）事前に取引基本契約等で合意した条件に従って返品を行う場合や，（ⅱ）事前の合意はなく，個別取引上の事情により返品や減額を行う場合でも，返品による損失を補償したり，需給関係を反映した減額を行う場合には，そもそも不利益はないものといえる。

また，（ⅲ）一旦納品した商品につき納入業者が自ら返品や減額の申入れを行うこと自体が不利益であることから，納入業者からの申入れがあっただけでは自由かつ自主的に判断したものではない可能性があるとして，申入れの任意性を裏付ける事情として，「直接の利益」を要求しているものと理解できる。すなわち，この「直接の利益」が存在する場合には，乙が自由かつ自主的な判断を行っていることが推認されるという趣旨であると理解される。

ウ　そして，（ｉ）については，小売業者は多数の納入業者との間で日常的に反復継続して個別の取引を行なっていることから，納入業者ごとに契約条項に差異を設けていない可能性が高いこと，小売業者と納入業者の間の取引において取引基本契約書が必ず取り交わされているわけではない実情があること[42]，他方で，（ⅱ）や（ⅲ）については，取引の当事者である原告（被審人）は個別の取引先との契約条項など，取引に関する事情をよく把握しており，証拠の収集も容易であることからすると，原告（被審人）に例外事由の存在の立証を負担させても不当とはいえないと考えられる。

３　不利益の経済的な程度について

トイザらス事件審決は，１６８０円の返品（Ｎに対する返品①）や６８７２円の減額（Ｇに対する減額⑦）も濫用行為としており，個別の濫用行為の認定において，不利益の経済的な程度は考慮されていないようにみえる。

これは，公正競争阻害性の理解によるものであるかもしれない。

---

[42] なお，日本トイザらスと納入業者との取引基本契約が存在した場合でも，その内容は納入業者ごとに異なっていた可能性もある。もっとも，個別の取引条件を認定することは煩雑であるため，トイザらス事件審決は，各取引が原則として買取取引であったと認定した可能性もある。

すなわち，優越的地位の濫用の公正競争阻害性は，意思決定の自由の侵害であると理解する立場からすると，個別の濫用行為該当性において，当該取引の相手方の意思決定の自由を侵害するおそれがあるかを判断することになり，その際に，不利益の程度を考慮することになるはずである（その結果，濫用行為該当性の判断は公正競争阻害性の判断と重なることになる）。

他方で，トイザらス事件審決は，公正競争阻害性の内容は，意思決定の自由の侵害と，間接的競争阻害性であると理解しており（前記Ⅰ第２の１⑴ア），その判断の中で「問題となる不利益の程度，行為の広がり等を考慮」すると述べている。この立場からすると，一体と評価できる複数の濫用行為により生じた不利益の程度の総体が，競争秩序に影響を及ぼす程度に至っているかを判断することになると理解される。そのため，トイザらス事件審決に従うと，不利益の経済的な程度が小さいことを理由にして，濫用行為該当性を争うことはできない可能性がある。

なお，この不利益の経済的な程度については，後記第３の４⑵イ（ア）で検討するように，優越的地位該当性の判断で問題となる可能性がある。

４　濫用行為が不利益に当たらないとの供述の評価

濫用行為該当性の判断において，当該行為が正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えるものであったかが検討される。

これは，甲の行為が，そもそも，乙の自由かつ自主的な判断を阻害し得る危険性のある行為であったかを判断しているものと理解できる。

そうすると，乙（の役職員）が，自身の自由かつ自主的な判断は阻害されていない，すなわち，任意に甲の行為を受け入れたと供述している場合には，濫用行為が否定されるようにも思われる。

しかし，独禁法の直接の保護法益は，「自由競争経済秩序」という公益であって，取引当事者の私的な利益ではない[43]。

そうすると，「その乙」の自由かつ自主的な判断が阻害されなかったとしても，「自由競争経済秩序の観点から合理的な判断をする（一般化・抽象化された）乙」であれば，自由かつ自主的な判断が阻害されるおそれがあったといえるならば，濫用行為該当性は否定されないと考えられる。そして，実際に，過去の審判審決

---

43)　石油価格協定刑事事件最判・前掲注２４）参照。

には，このような考え方に整合するものも存在する[44]。

そうすると，乙（の役職員）の供述は，甲の行為が，正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えるものであったかの評価の過程では考慮し得るものの，その供述のみによって濫用行為該当性が否定されることはないと考えられる。

なお，このように考えても，後記第３の４⑷で検討するように，乙が甲の濫用行為を受け入れた理由によっては，優越的地位の要件該当性が否定される場合があり得る。

５　その他の濫用行為の類型ではどのような事実が重要となるか

以下では，過去の事例で問題になった①購入強制（山陽マルナカ事件及びラルズ事件），②従業員派遣（山陽マルナカ事件，エディオン事件，ラルズ事件及びダイレックス事件）につき，これらの不当性の程度を立証する上で，どのような事実が重要となるかにつき，不利益性と抑圧性の観点から整理する[45]。

⑴　購入強制（独禁法２条９項５号イ）

ア　購入強制[46]の不当性の内容

---

44)　公取委審判審決昭和５２年１１月２８日審決集２４巻６５頁（雪印乳業事件審決）は，「本件払込制が，不当に『不利益』であるか否かは，その実施が卸売業者及び小売業者にとって客観的に不利益であるとみとめられるかどうかにより判断されるべきであるから，卸売業者及び小売業者の主観を根拠として不当に『不利益』でないと言うことができない」としている。

45)　舟田正之『不公正な取引方法』５５１頁以下（有斐閣　２００９年），長澤哲也『優越的地位濫用規制と下請法の解説と分析（第２版）』２２３頁以下（商事法務　２０１５年）も参考にした。

46)　購入強制（独禁法第２条第９項第５号イ）や経済的利益の提供要請（同ロ）は，取引の相手方に対してだけではなく，その従業員に対して行われることも想定される。このような場合であっても，「継続して取引する相手方」が「購入」又は「提供」したといえるかが問題となり得る。

この点につき，大規模小売業告示運用基準第２の６⑵の注では，このような場合でも押し付け販売に該当する旨が示されている（粕渕功『大規模小売業告示の解説』６６頁〔商事法務　２００５年〕も同旨）。また，公取委命令平成２１年３月５日審決集５５巻７１６頁（大和に対する件）では，実際にそのように認定された。（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」別冊公正取引１号１１３頁〔２０１１年〕参照）。

（ア）乙は，本来，その商品をそもそも購入するか否か，購入するとして誰から購入するか，どのような条件で購入するかを自由かつ自主的に判断することができるはずである。そうであるから，乙は，本来，甲に依頼されても，商品を購入する必要はない。

それにもかかわらず，乙が甲から商品の購入を強制されると，乙の自由かつ自主的な判断による取引が阻害されることになり，ひいては，望まぬ支出をした乙が，その競争業者との関係で不利になる一方で，乙の支出により売上を増加させた甲が，その競争業者との関係において競争上有利となるおそれがある。

（イ）そして，独占禁止法２条９項５号イは，「継続して取引する相手方…に対して，当該商品にかかる商品…以外の商品…を購入させること」と規定する。

この点，継続した取引関係にある場合に，契約の一方当事者から何かの依頼を受けると，乙は，今後の取引に与える影響を懸念し，その依頼を断りづらいものである（この点は同号ロの場合でも同じことがいえる）。また，その依頼が，甲乙間の取引とは関係のない商品であった場合，通常，乙はそのような甲を必要としていない可能性もある。

そうすると，独占禁止法２条９項５号イが規定している場面自体が，そもそも，不利益性や抑圧性が生じやすいものということができる。

このように，「継続して取引する相手方」が「当該商品にかかる商品…以外の商品…を購入」したというだけでも，乙が正常な商慣習に照らして不当に不利益を受けたことになりやすいといえる。

イ　購入強制の不当性の立証

（ア）購入強制の特徴

例えば，食品小売業者の甲は，クリスマスシーズン前に，青果卸業を営む取引先乙に対して，３０００円相当のクリスマスケーキを購入して欲し

この点，甲乙間の取引に全く関与していない乙の従業員が購入又は提供した場合にまで，「継続して取引する相手方」が「購入」又は「提供」したと認定できるかには疑問がある。そのように認定できるのは，例えば，購入又は提供した者が，甲乙間の取引の担当者であるなど，甲の行為に応じたのは，個人的な理由からではなく，甲乙間の取引への影響を慮ったからと認められる場合に限られるであろう。

いと依頼し，乙は，１２月２４日，甲に対して３０００円を支払い，甲からクリスマスケーキ１個の引渡しを受けたとする。

この事例では，乙は，対価相当額の商品を得ているのであるから，外形的には不利益は生じていない。このように，購入強制が問題となる事例では，対価性のある反対給付が存在するという特徴がある。

そのため，購入強制の事例では，どのような理由で不利益性が基礎付けられるのかが論点となり得る。

（イ）対価性に関する事実

例えば，３０００円相当のクリスマスケーキを乙が５０００円で購入した場合には，乙に少なくとも差額分の不利益が生じることになる。このように，市場価格よりも高い商品を購入した場合には，容易に不利益性を基礎付けることができる。

他方で，甲が取引先に対する特典として，３０００円相当のクリスマスケーキを１５００円で乙に販売したのであれば，乙にとって利益であったともいうことができるから，不利益性を否定する方向に働くといえる。

（ウ）商品購入の必要性に関する事実

もっとも，そもそも，クリスマスケーキ自体を必要としていなかったとか，必要であっても，甲から購入したくなかった（自分の好きなケーキ店のクリスマスケーキを買いたかった）という場合もあり得る。

そうすると，甲から購入を依頼された商品が乙にとって必要性の乏しいものであった場合には，対価が適正なものであったとしても，市価よりも低い価格で購入したとしても，そのような支出自体が不利益といえる。

例えば，過量の商品を購入する場合であるとか，乙が事業遂行上必要としない商品を購入する場合[47]には，商品の購入自体が乙にとって不利益だといえる。

他方で，甲が，自社の要求水準を満たすべく，自社が有償で支給した部品を用いた商品の製造と納入を乙に義務付けた場合には，乙にとって当該部品の購入が不利益であったとは言いがたい。

ウ　抑圧性を基礎付ける事実

抑圧性を基礎付ける事実として最も典型的なものは，購入しなければ取引

---

47)　ガイドライン第４の１想定例⑥参照。

を打ち切るなど，今後の取引に影響を与えると受け取られるような行為を行った場合である。この場合，乙は，取引の減少をおそれて，甲の依頼に応じることを事実上余儀なくされることになりやすい[48]。

もっとも，濫用行為該当性が争われる事例では，このようにあからさまに抑圧性があることは想定しがたく，間接事実を積み上げて抑圧性の程度を立証することを要する。

そして，抑圧性を基礎付ける事実としては，以下の（ア）ないし（オ）が考えられる。なお，山陽マルナカ事件の排除措置命令書では以下の（ア）ないし（ウ）に関する事実が，ラルズ事件の排除措置命令書では（ア）ないし（エ）に関する事実がそれぞれ認定されている。

（ア）購入目標数量を設定したこと[49]

一定の目標を設定された上で依頼を受けると，依頼を受けた側が，その目標を達成しなければならないとの心理的な圧迫を受けることになる。そのため，目標数量を設定して商品の購入を依頼する行為は，目標が設定されずに依頼する行為に比べて，一般的に断りづらいといえる。

（イ）組織的・計画的に購入を依頼したこと[50]

甲から社として商品の購入を依頼された場合と，甲の一従業員から個人的判断で商品の購入を依頼された場合を比較すると，一般的に乙にとって前者の方が断りづらいといえる。

（ウ）仕入担当者等が依頼行為を行ったこと[51]

乙は，取引に影響を与え得る地位にある者から商品の購入を依頼された場合，依頼を断ることにより今後の取引関係に影響が及ぶことをおそれて，当該依頼を断りづらくなる。

（エ）購入をしていない者に重ねて依頼する行為[52]

乙が商品を購入しないなど，甲の依頼に応じないとみられる態度をとったにもかかわらず，甲が重ねて乙に依頼を行えば，乙は甲の依頼を断りづ

---

48) ガイドライン第４の１想定例①参照。

49) 大規模小売業告示運用基準第２の６⑵イの２つ目の例参照。

50) ガイドライン第４の１想定例③，大規模小売業告示運用基準第２の６⑵イの２つ目の例参照。

51) ガイドライン第１の１想定例②，大規模小売業告示運用基準第２の６⑵イの１つ目の例参照。

52) ガイドライン第１の１想定例④，大規模小売業告示運用基準第２の６⑵イの３つ目の例参照。

らくなる。

（オ）乙が依頼に応じることが当然とされていることを基礎付ける事実

a　乙が甲の依頼どおり購入していること

前記⑴で挙げた事実などから乙にとって当該商品を購入すること自体が不利益であると認められる場合，乙は，自由かつ自主的な判断で取引をしているのであれば，甲の依頼を拒否するはずである。

それにもかかわらず，乙が甲の依頼を断ることなく応じているのであれば，当該事実は，甲の依頼に強制的な契機が伴っていたことをうかがわせるといえる。

他方で，乙が数回甲の依頼に応じたとしても，その依頼の大半を拒否していた場合には，甲の依頼に強制的な契機が伴っていなかったことをうかがわせるといえる。

b　甲の仕入量の決定

乙が甲の依頼を受け入れて商品を購入することを前提として，甲が当該商品の仕入量を決定している場合には，甲乙間では，乙が依頼を受け入れることが当然のことであるとされていたことになる。このことは，乙が甲の依頼に義務的に受け入れていたとして，甲の行為に強制的な契機が伴っていたことをうかがわせるといえる。

c　乙が甲の依頼を断ったときの態度

乙が甲の依頼を断った際に，甲に対して謝罪をすることがある。その謝罪の内容が乙が甲の依頼を受け入れることが当然であることを前提としたものであるときは，甲の行為に強制的な契機が伴っていたことをうかがわせるといえる。

⑵　従業員派遣（独禁法２条９項５号ロ）

ア　従業員派遣[53]の不利益性に関する立証

---

53)　優越的地位の濫用で問題となる従業員派遣の典型例につき，平成２１年改正の際の参議院経済産業委員会で，竹島一彦政府特別参考人は，「典型的には，家電量販店とか大規模なスーパーマーケットそれからホームセンター等が，納入業者に対して，自分の店を新しく開いたり又は中で模様替えするといったような場合に，それから棚卸しとか棚替えとかいろいろあるんですが，こういったときに従業員をただで派遣してくれということを一方的に通告してくる。その

従業員派遣が乙にとって不利益であることは，①甲が本来行うべき作業であること（乙が行う必要がない作業であること），②乙が作業内容に見合う対価を受け取っていないこと，③「直接の利益」に関する事実によって基礎付けられると考えられる。

（ア）甲が本来行うべき作業であること（乙が行う必要がない作業であること）

a　甲乙間の契約上，乙が陳列等の作業を行う義務を負っていないこと

甲乙間の取引基本契約などにより，乙が商品を店舗に搬入して陳列作業を行ったことをもって商品の引渡しが完了するものと定められている場合は，乙が当該作業を行うことは契約上の義務となっている。そのため，乙が当該作業を行うことが，あらかじめ計算できない不利益を与えることとなるとはいえない。もっとも，このような場合でも，取引条件をみれば，「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がある[54]。

他方で，取引基本契約上，乙が陳列等の作業を行う義務を負っていないにもかかわらず，甲の求めに応じて乙が労務を提供しているならば，そのような負担は，あらかじめ計算できない不利益であることがうかがわれる。そこで，個別取引の条件の合理性などを踏まえて，「直接の利益」等を勘案して合理的であると認められる範囲を超えた負担となり，乙に不利益を与えることとなる場合に当たるかを判断する必要がある[55]。

b　甲乙間の契約形態が買取取引であること

契約上明確な規定がなくても，自身の利益につながることが見込まれる場合には，乙が従業員派遣を行うことも不利益とは言えない場合がある。

この点，買取取引では，特約がない限り，引渡しにより所有権と在庫

ときも，同じ町ならまだしもと，これも言えないんですけれども，そうじゃなくて，例えば九州の店に東京から行けと，こういうことを，飛行機賃も払わずに，人件費も払わずに，そういうことがまかり通っているというか，行われているわけでございます。これはもう金額に直すと大変な金額になるわけでございまして」と説明している（参議院経済産業委員会会議録・前掲注１１）１１頁）。

54)　ガイドライン第４の２⑵ア，注１２，注１３参照。

55)　ガイドライン第４の２⑵ア，注１２，注１３参照。

のリスクが甲から乙に移転する。そのため，買取取引では，商品引渡し後の陳列等の作業は,本来,甲において行うべきものであることになる。そして，乙は，商品の引渡しにより義務を免れ，甲の消費者に対する商品の売れ行きにかかわらず，甲に対して代金を請求できる立場にあるから，陳列等の作業を進んで行う理由は乏しい。

これに対して，委託販売では，乙は，消費者に商品が売れなければ利益を得ることができないから，商品の引渡し後も，商品の売れ行きに強い利害関係を有しており，陳列等の作業を進んで行うことがあるかもしれない。

以上からすると，返品や減額の場合と同様，従業員派遣でも，取引形態が買取取引であることは，行為の不利益性を基礎付ける事実であると考えることができる。

（イ）乙が作業内容に見合う対価を受領していないこと

a　甲が乙に対して従業員派遣に必要な費用を支払っていないこと[56)]

乙が従業員を派遣するのに必要となる費用として，乙の従業員の人件費や旅費交通費があげられる。そうすると，甲が乙にこれらを支払っていない場合には，少なくとも当該費用相当額の損害が乙に発生したことになる。

もっとも，甲乙間の取引条件に定めがある場合には，乙は，派遣に係る費用を踏まえた上で対価を設定することが可能であったことになるから，費用の支払いがなかったとしても，直ちに不利益性を基礎付けられるとまではいえない。

b　乙の負担が軽微なものではないこと

乙の従業員の作業が長時間に及ぶものであったり，深夜や休日に及ぶものであることや，派遣先までの移動に飛行機や新幹線などを利用する必要であったり，宿泊を要するものであるときには，これらは不利益性を基礎付ける事実となる。

他方で，乙の従業員の行う作業が，勤務時間内のごく短時間で終了するものであったり，作業内容がごく軽微であったり，派遣先が乙の営業所の近隣であったりする場合には，乙の人件費や旅費交通費の負

---

56)　ガイドライン第４の２⑵イ参照。

担も軽いものにとどまる。また，ルート営業等の際に，無償のサービスの一環としてこれらの作業が行われることもあり得る。このような場合には，乙には不利益が生じているものの，自由かつ自主的な判断が阻害されるおそれがあるとか，正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えるものであったというためには，他の事情による補強が必要であるように思われる。

（ウ）甲が乙の従業員を指揮命令下においていたこと[57]

甲が，ある者を指揮命令下において使役している場合には，その者に対して賃金を支払わなければならない（労働契約法第６条，労働基準法第２４条）。それにもかかわらず，甲が無償で乙から従業員派遣を受け，乙の従業員を指揮命令下においている場合には，甲は，乙の負担により，賃金相当額の負担を免れることになる（甲が乙の従業員の代わりにアルバイトを使用した場合には，甲はその賃金を負担する必要があることを想起するとわかりやすい）。

以上を踏まえると，甲が乙の従業員を指揮命令下においていたといえる場合には，乙の負担のもとで甲が利益を得ていたということができるから，乙の不利益性が強く基礎付けられるといえる。

そして，甲が乙の作業内容や作業時間を指示していた場合には，指揮命令関係があると認められやすい。例えば，甲が決定した棚割りに基づいて乙が陳列作業を行っていたことは，甲が作業内容を指示していたことを基礎付ける事情である。また，甲が開始・終了時間や休憩時間を指定したり，朝礼を実施していた場合には，甲が作業時間を指示していたことを基礎付ける事情となる[58]。

（エ）「直接の利益」に関する事実

甲が乙に対して対価を支払っていない場合であっても，乙に相応の利益が発生する場合には，乙に不利益はないといえる。

---

57) 大規模小売業告示運用基準第２の７(1)の「使用すること」は，このような指揮命令関係を念頭においているようにも理解される。

58) 指揮命令関係を基礎づける事実については，「労働者派遣事業と請負により行われる事業との区分に関する基準」（昭和６１年労働省告示第３７号，最終改正・平成２４年厚生労働省告示第５１８号）が参考になる。

もっとも，従業員派遣に応じれば，将来の取引が有利になるかもしれないといった「間接的な利益」は，ここで考慮する利益に該当しない[59]。

その理由としては，従業員派遣に応じることにより利益が確実に発生するのか，その利益が賃金相当額や派遣に要する費用に見合うものであるかを客観的に把握できなければ，乙は，従業員派遣に応じるか否かを判断できないため，あらかじめ計算できない不利益や合理的な範囲を超える負担を負うことになるからであり，結局，乙の自由かつ自主的な判断が阻害されるおそれは否定されないからだと考えられる。

a　当該作業が乙の商品の売上げ増加につながらないこと

(a)　乙が従業員を派遣することが乙の商品の売上げ増加に実際につながるのであれば，乙には「直接の利益」があるといえ，それが従業員派遣に応じる負担と釣り合いが取れている場合には，濫用行為該当性は否定されることになる。

もっとも，商品の売上げは，消費者の動向，景気，政策，流行や天候など，様々な要素に左右される。そのため，仮に従業員派遣後に乙の商品の売上げが増加したとしても，その売上げの増加が乙の従業員派遣により発生したものであるか（乙の商品の売上げ増加に実際につながったか）は，通常，不明とならざるを得ない。

そうすると，従業員派遣が売上げ増加に結びつくといえるためには，例えば，甲が，乙から受けた派遣人数や作業内容に応じて仕入の量を増やす約束をしたというような，特別な事情の存在を立証する必要があるように思われる[60]。

(b)　他方で，山陽マルナカ事件，エディオン事件，ラルズ事件及びダイレックス事件の排除措置命令書で認定されているような，乙の従業員が他社製品の作業を行っている場合[61]や，その作業内容が乙の従業員

---

59)　ガイドライン第４の２⑵ア注１２参照。

60)　もっとも，甲が，乙が陳列作業等を手伝う代わりに，消費者への売れ行きを考慮することなく，乙の商品の仕入れを増やしてしまうと，甲は，在庫のリスクを増加させることになってしまう。そうすると，そもそも，甲がそのような提案をすること自体，想定し難いように思われる。

61)　ガイドライン第４の２⑵想定例②，大規模小売業告示運用基準第２の７⑶イ第２段落参照。

等が有する技術又は能力を要しないものである場合[62]には，通常，当該作業は乙の商品の売上げ増加にはつながるとは考えられないから，不利益性を基礎付ける事実（「直接の利益」の存在を否認する理由）となる。

b　消費者ニーズの動向の直接把握につながらないこと

ガイドラインでは，消費者ニーズの動向を直接把握することも「直接の利益」であるとする[63]。その趣旨は，小売業者ではなく，消費者と接点を持ちにくい乙にとって，消費者から直接入手した情報は，労働の対価と同価値の利益があるものと捉えるところにあるのであろう。

そうであるから，消費者と接点を持ち得ない開店前の作業を乙の従業員が行っていることは，不利益を基礎付ける事実（「直接の利益」の存在を否認する理由）となる[64]。

イ　抑圧性を基礎付ける事実の立証

（ア）派遣の合意の有無

商品の売買契約の取引条件として定めるか，従業員派遣契約を別途締結するかはともかく，従業員派遣の条件が定められていない場合には，乙は事前に派遣に応じるか否かを合理的に判断することができない。それにもかかわらず，乙が甲の依頼に応じている場合には，甲の行為が抑圧的であったことがうかがわれることになる。

他方で，派遣の条件につき合意していることは，一般的に，抑圧性を否定する方向に働く事実といえる。しかし，当該合意の内容が乙に一方的に不利益となるものである場合に，その合意の形成過程において，甲乙間で十分な協議がなされていなかったことが明らかになれば，そのことから抑圧性を基礎付けられることになる。

（イ）乙が申入れをしたこと

乙から従業員派遣を申し入れたことは，乙が自由かつ自主的に判断して従業員を派遣していることを裏付ける事実となる。

もっとも，甲が，優越的地位の濫用規制を潜脱するために，明確な従業

---

62)　大規模小売業告示運用基準第２の７⑶参照。

63)　ガイドライン第４の２⑵注１２参照。

64)　大規模小売業告示運用基準第２の７⑶アイ参照。

員派遣の依頼をせず，乙側からの申入れを待つ場合も想定される。そのため，乙の申入れは，真に自由かつ自主的な判断としてなされる必要があり[65]，その裏付けとなる事実として，乙に「直接の利益」が発生していることが要求されると考えられる。

この点，トイザらス事件審決も，納入業者の申入れのみならず，販売実績が上がったことの双方を満たす場合に「例外事由」があるとして濫用行為該当性を否定しているのも，前記と同様の趣旨であろうと理解される。

（ウ）その他の抑圧性を基礎付ける事実

購入強制で述べたことと同様に考えると，以下の事実が抑圧性を基礎付ける事実として挙げられる。

・派遣人数の目標を設定したこと
・組織的・計画的に従業員派遣を依頼したこと
・仕入担当者等が依頼行為を行ったこと
・派遣しない者に重ねて依頼する行為
・乙が甲の依頼どおり購入していること
・乙が依頼に応じることが当然とされていることを基礎付ける事実

第３　優越的地位（「取引上の地位が相手方に優越していること」）について

１　「自己の取引上の地位が相手方に優越していること」の解釈

⑴　独禁法第２条第９項第５号では，事業者（行為者）の「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）が要件となっているところ，これは，旧一般指定第１４項の規定を引き継いだものである。

この優越的地位の要件は，従前から，「市場において圧倒的なシェアを有する独占又は寡占といったいわば絶対的な優越性に限られず，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うるような場合の取引上の地位をいう。公正競争阻害性が，･･･取引主体の自主性を失わしめ，自由な競争の基盤の侵害することに求められるので，絶対的な優越性ではなく，相

---

65)　なお，乙が，客観的には経済合理性がないのに，主観的には自由かつ自主的に従業員を派遣したと認識していたとしても，濫用行為該当性は否定されないことにつき，本文Ⅲ第２の４参照。

対的優越性で足りるものである。」[66]，「乙にとって甲との取引の継続が困難にあることが事業経営上大きな支障をきたすため，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場合」[67]であると説明されてきた。また，裁判所も，民事訴訟においても，このような解釈を採用するものがほとんどであると指摘されている[68]。

そして，ガイドライン第２の１も，「取引上の地位が相手方に優越していること」とは，「取引の一方の当事者（甲）が他方の当事者（乙）に対し，取引上の地位が優越しているというためには，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解される。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である。」として，前記の解釈を採用している。

⑵　このように，優越的地位の要件の解釈は，現在ではほぼ異論はなく[69]，トイザらス事件審決も，ガイドラインの定義をそのまま採用した。

２　甲の濫用行為を考慮することについて

優越的地位を認定において濫用行為を考慮することができるか。また，考慮できるとして，濫用行為は優越的地位の認定においてどの程度重要な要素であるか。

⑴　従前の考え方

ア　優越的地位はどのような事実から認定されるかについては，従前から，「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う

---

66)　田中・前掲注３３）８９頁。

67)　平成２２年１月１日改正前の流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針第１部第五２⑶注１３。

68)　白石忠志『独占禁止法（第３版）』４２２頁注２６６（有斐閣　２０１６年）参照。

69)　白石・前掲注６８）４２１～４２３頁参照。なお，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３５号５～７頁（有斐閣　２０１４年）は，これを優越的地位が認められるための唯一の絶対的基準として厳格に適用することについて疑問を呈している。

るような場合の取引上の地位」であるとか[70]，濫用行為と優越的地位を相関連して判断すべきである[71][72]とするなど，優越的地位の認定において甲の行為（濫用行為）を考慮する趣旨の見解が存在した。

イ　この点，ガイドライン第２の２は，優越的地位の判断にあたっては，①乙の甲に対する取引依存度，②甲の市場における地位，③乙にとっての取引先変更可能性，④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考慮するとしていて，甲の行為（濫用行為）を考慮することは明記していない。

他方で，公取委は，ガイドラインの「乙にとって甲との取引の継続が困難にあることが事業経営上大きな支障を来す」の内容とは，「事業経営上大きな支障を来すとは，乙にとって不利益な要求であっても受け入れざるを得ないほど甲と取引することの重要性及び必要性がある場合であり，どのような場合に認められるかは，個別の事案ごとに判断します。」と説明していた[73]。

これらからすると，公取委も，甲の優越的地位の認定に甲の行為を用いることを念頭に置いていたようにもみえる。さらにいえば，公取委は，「乙にとって甲との取引の継続が困難にあることが事業経営上大きな支障を来す」と「乙にとって不利益な要求であっても受け入れざるを得ない」こと（＝乙が甲の濫用行為を受け入れている場合）を，ほぼ同義に捉えていたようにもみえる。

ウ　以上のような考え方に対して，優越的地位にある者しかなし得ないような行為が濫用行為であると説明するのは，循環論法であるとか，条文上独立した要件であるから別個独立して判断すべき，優越的地位の要件が形骸化すると批判し，甲の行為（濫用行為）を甲の優越的地位に当たって考慮すべきで

---

70)　田中・前掲注３３）８９頁参照。

71)　舟田・前掲注４５）５４９～５５０頁参照。また，根岸・前掲注１７）４９０頁は，従前の審判決でも，優越的地位とその濫用が相関関係的に全体として一体的に認定されることもあると指摘する。

72)　トイザらス事件における審査官の主張（審決案６頁）も，これと同様であることからすると，公取委の審査実務でも同様の考え方が採用されていたと推測される。

73)　平成２２年１１月３０日公表の「『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」８頁。なお，この原案では，「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場合」という記載はなかった。

はないとする考え方も存在する[74]。

⑵　トイザらス事件審決

ア　トイザらス事件では，濫用行為を優越的地位の認定において考慮できるか否かが争点となった（審決案９頁の被審人の主張参照）。

そして，同事件の審決は，優越的地位の認定にあたって，ガイドライン第２の２記載の４要素[75]以外に,「甲による行為が濫用行為に該当するか否か」,「濫用行為の内容」,「乙がこれを受け入れたことについての特段の事情の有無」を考慮できることを示した。

イ　この認定手法は，トイザらス事件特有の事実関係から導かれたものではなく，また，返品・減額といった特定の行為類型から導かれたものでもない。

そうすると，トイザらス事件審決は，購入強制，従業員派遣及び協賛金提供といった，他の濫用行為の類型が問題となる事案であっても，濫用行為を優越的地位の認定において考慮できること示したものであると理解できる。

ウ　このように，トイザらス事件審決で示された判断手法は，ガイドライン第２の１及び２の記載に沿いつつ，さらに一歩進めたものと評価できる。

⑶　甲の行為を優越的地位の認定において考慮することが適当か

そもそも，甲の行為を優越的地位の認定において考慮することが適当か。

ア　「自己の取引上の地位が相手方に優越していること」の要件は，前記１のように解されるところ，甲の取引上の地位が乙に相対的に優越しているかや,「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

---

74)　この点の議論を詳細に整理したものとして，瀬領慎吾「日本トイザらス事件」公正取引７８４号７１～７３頁（２０１６年）参照。また，長澤哲也「「優越的地位の濫用と下請法を巡る最近の動向」優越的地位の濫用と下請法を巡る」自由と正義６６巻３０頁（２０１５年）参照。

75)　⑴乙の甲に対する取引依存度,⑵甲の市場における地位,⑶乙にとっての取引先変更の可能性,⑷その他甲と取引することの必要性を示す具体的事実である。なお,⑷につき，同ガイドラインや審査官の主張（審決案９頁）では「必要性」とされているのに対し，トイザらス事件審決では「必要かつ重要」とされているが,「重要」性が追記されたことによりどのような差異が生じるかは不明である。

受け入れざるを得ないような場合」であるかどうかは，証拠から直接認定できる事実とは限らないし，規範的な評価を含むものであるともいえる。

そうすると，「自己の取引上の地位が相手方に優越していること」を判断する際には，甲の乙に対する取引上の地位の評価を基礎付ける事実（間接事実ないし評価根拠事実）となり得るもの一切を用いてよく，そもそも，ガイドライン第２の２で示された４つの考慮要素以外の事実を用いてはいけないという制約はないと考えられる。

イ　また，例えば，甲の担当者らは，取引先の乙の担当者らに対して，商談のためと称して深夜に呼び出した上で，取引条件を妥結するまでは帰宅させなかったりすることが頻繁に行われていたり，甲の担当者らが乙の担当者らに対して普段から尊大な態度を取っていたとする。

このような事情は，甲の取引上の地位が乙と対等だとすると合理的に説明し難い反面，甲の取引上の地位が乙に優越していることと整合的に説明できる[76]。

このように，甲（の担当者）が乙（の担当者）に対して普段からどのような態度を取っていたかにより，甲の取引上の地位及びその評価が基礎付けられるということができるから，このような事情も優越的地位の認定に当たって考慮してよいはずである。

そうすると，甲（の担当者）の態度を優越的地位の認定において考慮できるならば，同様に，甲の濫用行為も優越的の認定において考慮できるといってよいはずである。

他方で，甲の濫用行為及びそれを乙が受け入れていた事実を優越的地位の認定において考慮することはできないとしても，公取委が，本件返品を濫用行為の対象から除外すれば，本件返品をトイザらスの優越的地位の認定において考慮してよいことになってしまう。

このように，公取委が濫用行為の対象と認定するか否かによって，甲の行為を優越的地位の認定に用いることができるか否かが左右されるというのは，

---

76)　このような事情があるときは，ガイドラインやトイザらス事件審決では述べられていないものの，当事者としては，優越的地位の要件該当性を基礎付ける事実として主張立証することを検討すべきであろう。

合理的ではない[77]。

エ　以上からすると，甲の行為が濫用行為に該当し，それを乙が受け入れていた事実を優越的地位の認定において考慮するというトイザらス事件審決の判示は，是認できるものと考える[78]。

オ　なお,「甲の行為が濫用行為に該当し,それを乙が受け入れていた事実」は,甲の乙に対する取引上の地位の評価を基礎付ける事実（間接事実ないし評価根拠事実）の一つに過ぎない。

そのため，当該事案の事実関係次第では,「甲の行為が濫用行為に該当し,それを乙が受け入れていた事実」によらずとも，他の事実（間接事実ないし評価根拠事実)から,優越的地位を認定できる場合もあり得るはずであるし,優越的地位の判断枠組み（立証構造）は，トイザらス事件審決が採用したもの以外にはあり得ないというわけではない。

ただし，優越的地位の濫用の成立要件を充足するためには，結局，甲の行為が濫用行為に該当する必要がある。そのため，濫用行為該当性の判断を先行させて，それを用いて優越的地位該当性の判断を行うトイザらス事件審決の判断枠組みは，思考経済に適うものであるということができる。

⑷　濫用行為は優越的地位の認定においてどの程度影響を及ぼすか

では，濫用行為を優越的地位の認定において考慮できるとして，その認定にどの程度影響を及ぼす事実であるか。甲の乙に対する行為が濫用行為に該当するならば，甲は乙に対して優越的地位にあったと直ちに認定できるのか。

ア　まず，トイザらス事件審決は，ガイドラインの４要素に関する事情は「乙は甲と取引を行う必要性が高くなるため，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たすことになりやすい」と述べるにとどまる。

他方で，甲が濫用行為を行い，乙がこれを受け入れている事実は,「乙にと

---

77)　ある一つの事実が別個の法律要件の該当性判断において用いられることもあり得る。例えば,業務上過失致傷罪（刑法第２１１条）では，社会生活上の地位に基づき反復継続して行う行為は，身分（「業務」）と注意義務違反（「注意を怠り」）の双方を基礎づける事実となる。

78)　この点に関する本審決の判示を肯定的にとらえるものとして，長谷河亜希子「近時の優越的地位の濫用規制について」公正取引７８１号３頁（２０１５年)。

って甲との取引が必要かつ重要であることを推認させる」とともに，「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たすことに結びつく重要な要素」であると表現している。

このように，ガイドラインの４要素に関する事情と，甲が濫用行為を行い，乙がこれを受け入れている事実とで評価を書き分けていることからすると，トイザらス事件審決は，「甲が濫用行為を行い，乙がこれを受け入れている事実」を，ガイドラインの４要素よりも重要だと位置付けているようにもみえる。

イ　そして，トイザらス事件審決では，濫用行為が認定された特定納入業者１２社につき，優越的地位が否定された者はいなかった。

そのため，トイザらス事件審決は，乙が甲の濫用行為を受け入れた事実を，優越的地位の認定における決定的な要素であると位置付けているとも理解できる[79]。

そして，このような理解は，トイザらス事件審決で認定された取引依存度の数値が低いとか，取引先変更困難性の認定には客観性がないなど，本審決が認定した４つの考慮要素に関する事実が被審人の優越的地位を認定するには不十分であるという評価を前提としているように思われる。

ウ　しかし，このような理解には疑問がある。

（ア）すなわち，まず，濫用行為を受け入れたと認定されなかった２社（Ｄ及びＬ）については，そもそも優越的地位の濫用の成立要件を充足しないことになるため，被審人の優越的地位該当性に関する判断はされていない。

そうすると，トイザらス事件審決からは，濫用行為によらず，ガイドラインの４要素に関する事情のみによって優越的地位が認定できるかを読み取ることはできないはずである。

（イ）また，トイザらス事件審決は，特定納入業者１４社のうち，濫用行為を

---

79)　このような方向性の理解を示すものとして，花本浩一郎「優越的地位濫用行為とコンプライアンスー日本トイザらス事件から」公正取引７８１号１２頁（２０１５年），長澤・前掲注７４）３０頁参照。また，池田毅「日本トイザらス事件からみる優越的地位の濫用に対するコンプライアンス上の注意点」ビジネス法務２０１５年１０月号９２頁は，濫用行為を認定できる行為がある限り，取引依存度等が低いことを理由に優越的地位を否定できるケースは稀であるように思われるとする。

受け入れたと認定された１２社に対する被審人の優越的地位を判断する際，ガイドラインの４要素のいずれについても，消極的に評価していない。

すなわち，Ｈ（０．５％）やＩ（０．５％，０．７％）のように，１２社の中には取引依存度が１％未満であったにもかかわらず，トイザらス事件審決は，他の事情を考慮した上で，これらの数値につき「低い」という消極的な評価を避けている。

例えば，Ｈについてみると，取引依存度における被審人の順位が比較的高いこと，年間売上高，主な取扱商品に限ってみたときの取引依存度，トイザらスに対する売上のほとんどが同商品であること，取引額や取引数量が多いこと，取引依存度が高いと認識していたことなどが認定されている（審決案３２～３３頁）。これらの事情は，取引依存度が０．５％であったとしても，他の事情と総合すれば，優越的地位の認定を障害する事実とならないことを説明するためのものであると理解される。

このことからすると，まず，取引依存度が「小さい」とか，取引先変更が「容易」といえる場合には，当然，これらが優越的地位の認定において消極に働くことになる。他方で，取引依存度が「大きくはないけれど小さくもない」とか，取引先変更が「困難ではないけれど容易でもない」といえる場合には，これらは優越的地位の認定において積極にも消極にも働かないと考えられる。

トイザらス事件審決のＨとＩの取引依存度に関する判示は，以上のように理解することができそうである。

（ウ）以上（ア）及び（イ）で述べたことからすると，トイザらス事件審決からは，乙が甲の濫用行為を受け入れた事実は，優越的地位の認定において決定的な要素であるとまでは読み取ることはできないものと考える。

ウ　そうすると，当事者としては，甲が濫用行為を行い，乙がこれを受け入れている事実であったとしても，なお，優越的地位の認定が否定される可能性があると理解して主張立証を行うべきであるといえる。

なお，公取委は，ガイドラインの４要素のいくつかを満たさない納入業者についても，行為者の優越的地位を認定してきた[80]。そのため，トイザらス

---

[80] 例えば，ラルズ事件の排除措置命令書・前掲注４）の理由第１の１⑶イをみると，特定納入業者の中には取引依存度が高くない者や，売上高が高くない者が存在することが前提とされてい

事件以後の審決では，ガイドラインの４要素の一部が認定できない特定納入業者に対しても，被審人が優越的地位にあったかについての具体的な判断が示される可能性がある。

３　トイザらス事件審決の優越的地位の判断枠組みに関する疑問点

⑴　「総合考慮」の判断過程が不明であること

トイザらス事件審決は，特定納入業者１２社に対する判断において，「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たすことに結び付く」事情（甲の濫用行為等）と，「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たすことになりやすい」事情（ガイドラインの４要素）を列挙した上で，これらを「総合」すれば，トイザらスの取引上の地位が各納入業者に優越していたというべきであると繰り返すのみで，その総合考慮の具体的過程を示さなかった[81]。

そのため，どのような事実がどのように考慮されるのかは，明らかにされていない。

そこで，以下では，トイザらス事件審決で示された判断枠組みと，その考慮要素とされた各事情との関係や，総合考慮の具体的内容について検討を加える。

⑵　トイザらス事件審決（公取委の実務）の立証構造

優越的地位（「自己の取引上の地位が相手方に優越していること」）を認定するためには，①「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

ることがわかる。

なお，ダイレックス事件以前の４事件の排除措置命令書・前掲注１ないし４）では，取引先の変更が困難であることを認定していない特定納入業者が存在することが前提とされている。これに対して，ダイレックス事件の排除措置命令書・前掲注５）の理由第１の１⑷イでは，全特定納入業者につき取引先の変更が困難であることが認定されている。

81)　公表されたトイザらス事件審決では，認定事実の一部がマスキングされており，「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，甲が乙に対し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にあった）」との認定が適当なものであるかを，個別具体的に検証することは困難である。

大きな支障を来すため」,②「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」であることを立証しなければならない。

これは，②「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」であること，及び，その理由が①「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」であることを示したものである。この点に関する，従来の公取委の実務の認定手法（立証構造）は以下のとおりであり，トイザらス事件審決は，これを是認したものであると説明されている[82]。

（ｉ）乙が濫用行為を受け入れている事実があれば，特段の事情がない限り，②「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」であったことが推認される。

（ⅱ）（ｉ）を根拠として，乙が濫用行為を受け入れた理由が①「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」ことであったことを推認することができる場合も多い。

（ⅲ）ガイドラインの４要素をも総合考量したうえで，①及び②が認定できれば，甲の優越的地位が認定できる。

⑶　立証構造に関する疑問点

もっとも，前記⑵の立証構造には，以下の疑問がある。

ア　まず，（ｉ）について，トイザらス事件審決は，濫用行為とは，「正常な商慣習に照らして不当に不利益を与える行為」と定義するのみであり，不利益の程度が著しいかどうかによって，濫用行為に該当するかどうかを区別していない。

この点，同審決は，乙に帰責性がないにもかかわらず，甲が返品や減額を求めること自体が，内容として不合理であるから，その金額や数量に関わらず，「著しく不利益な要請」と捉えているのかもしれない。

もっとも，数百円の商品１点程度の返品や減額を「著しく不利益な要請等」と評価するには，やはり飛躍があるように思われる。

---

82)　幕田英雄『公取委実務から考える独占禁止法』２２６～２２９頁（商事法務　２０１７年）参照。

このように，濫用行為と「著しく不利益な要請等」が同じであるかのように扱った上で，濫用行為を受け入れている事実が，「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」であったことの現実化である（又は推認させる）と説明できるかには，疑問がある。

イ　また，（ⅱ）については，確かに，乙が甲の濫用行為を受け入れた理由が，甲乙間の取引に起因するものである場合[83]，その理由は，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に「何らかの」支障が来すからであるとはいえるかもしれない。

もっとも，例えば，甲の濫用行為の内容が，数百円の商品１点の返品を求めるという場合であれば，それを受け入れた理由が，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に「大きな」支障を来すからであるとまではいえないのではないか[84]。

ウ　さらに，前記⑵の立証構造では，結局，乙が甲の濫用行為を受け入れた理由が重要になると理解される。

そうすると，乙（の役職員）が，甲の濫用行為を受け入れた理由につき，「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に大きな支障を来す」からではない旨を供述したならば[85]，推認が覆るのかという疑問がある。

４　トイザらス事件審決を踏まえた当事者の主張立証の検討

今後の訴訟等では，公取委が前記３⑵のトイザらス事件審決の立証構造を用いて主張立証することを前提として，優越的地位の認定を争われることが考えられ

---

83)　幕田・前掲注８２）２２７頁参照。

84)　この点に関連して，長澤・前掲注７４）は，本審決が「『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』の意味を，相手方にとって行為者との取引が「必要かつ重要」であるといった程度のものと解した」と批判する。

85)　もっとも，複数ある理由のうちの一つでも，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に大きな支障を来すことであるならば，推認は阻害されないことになる。

る[86][87]。

では，当事者として，トイザらス事件審決や，その背後にある公取委の実務を踏まえて，優越的地位の認定についてどのような主張立証を行っていくことが考えられるか。

公取委の判断手法やその問題点（前記３⑵⑶）に沿って検討すると，論点となり得るものとして，濫用行為該当性（前記第２）のほか，⑴濫用行為が「著しく不利益な要請等」と同視できるか，⑵乙が濫用行為を受け入れた理由が，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」を来すためであったか，⑶ガイドラインの４要素による推認の補強・減殺，⑷乙が濫用行為を受け入れた理由に関する乙の供述証拠の評価が挙げられる。

以下，順に検討する。

⑴　濫用行為が「著しく不利益な要請等」と同視できるか

ア　まず，前記３⑵（ｉ）によれば，乙が濫用行為を受け入れている事実があれば，特段の事情がない限り，「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」であったことが推認できるとされている。

そうすると，まず，なぜこのようにいうことができるか，その推認の根拠となる経験則の存否が争点となり得る。

イ　他方で，このような経験則の存在にかかわらず，濫用行為の不利益の程度

---

86)　なお，本文Ⅲ第３の２⑶オで指摘したとおり，濫用行為該当性の判断を先行させれば，濫用行為が存在しない取引先については，そもそも優越的地位の濫用は成立しないから，優越的地位の成立要件の判断をする必要はない。

87)　問題となるケースは，実際に乙が甲から取引を停止されたことにより倒産に至ったような，極端なケースばかりではない。そもそも，処分時において，乙は，甲との取引を継続し，現実的には取引の継続が困難になったこともなかったような場合もあり得るはずである。

そのような場合には，甲との取引の継続が困難になることが乙の事業経営上どのような支障を来すかは，仮定の話であって，歴史的事実により証明することはできないという難しさがある。本文Ⅲ第３の４⑶ア（イ）参照。

このように，優越的地位の濫用ガイドライン第２の１の定義のとおりの事実を立証するのは，そもそも困難であるという根本的な問題点もある。

が著しいことが立証できれば，当該濫用行為を「著しい不利益な要請等」と同視できるといえる。

そうすると，乙が濫用行為を受け入れた事実は,「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」であったことの現実化といえそうである。

そのため，公取委側としては，濫用行為につき，その正常な商慣習に照らして不当な不利益の程度・大きさを基礎付ける事情を主張立証することになり，これに対して，事業者側としては，不利益の程度が小さいことを基礎付ける事情を主張立証することになる。

この点に関する主張立証は，後記⑵イと重なることになる。

⑵　乙が濫用行為を受け入れた理由が，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」支障を来すためであったか

ア　経験則の存否

公取委の判断手法は，乙が濫用行為を受け入れている事実があれば,「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」であったことが推認されることを前提として，その理由が「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」ことであったことを推認することができる場合も多いというものである（前記３⑵（ⅱ））。

これを分解して検討すると，以下のとおりである。

まず，①乙が甲の濫用行為を受け入れた理由が，甲乙間の取引に起因するものであるか否かが問題となる。この点，乙が甲の濫用行為を受け入れた理由が取引に起因するものであった場合には，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「何らか」の支障を来すからであったことがうかがわれるといってよいであろう。

次に，そのような支障が生じるとしても，②支障が「大きな」ものであるといえるかが問題となる。

（ア）①の点について

a　まず，乙が甲の濫用行為を受け入れた理由が甲乙間の取引に起因するものでなければ（例えば，近所付き合いや親族関係のしがらみや，過去

の恩義に報いるべき個人的な事情に基づく場合[88]や，取引とは関係のない事情で脅迫を受けていた場合等)，そもそも，乙が甲の濫用行為を受け入れた事実と，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に支障が来すことがつながらないことになる。

この点につき，トイザらス事件審決は,「乙が甲の当該濫用行為を受け入れることについての特段の事情がない限り」,甲の行為が濫用行為に該当し，乙がこれを受け入れている事実を優越的地位の認定において考慮するとして，事業者側に，前記の点についての主張立証を負担させるような表現をしている。

これは，甲乙の取引は事業者間の取引であるため，前記のような担当者間の個人的な事情が，事業者として濫用行為を受け入れる理由にはなり難いことや，取引当事者である甲は，甲乙間の取引に関する事情をよく把握していることが期待できることを根拠とするものと考えられる。

b　そうすると，事業者側は，乙が行為を受け入れた理由が取引とは関係のない事情が存在する場合には，その理由を主張立証して，濫用行為を受け入れたとしても，優越的地位の認定には結び付かないことを説明することになろう。

（イ）②の点について

a　乙が甲の濫用行為を受け入れた理由が，甲乙間の取引に起因するものであったと認定できる場合には，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「何らか」の支障を来すことがうかがわれるとはいえそうである。

もっとも，その支障が「大きな」ものであることについて，推認の根拠となる経験則（乙が甲による濫用行為を特段の事情なく受け入れていたという事実が，甲乙間に「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」という関係が顕著に見られる反面，そうでない場合にはあまり観察されないという経験則[89]）が，一般的に

---

88)　山﨑恒＝幕田英雄編『論点解説実務独占禁止法』第７章「不公正な取引方法－優越的地位の濫用－」（小室尚彦＝土平峰久執筆）１８１～８２頁（商事法務　２０１７年）参照。

89)　小室＝土平・前掲注８８）１８１頁は，審決がこのような経験則の存在を前提としていると指摘する。

受け入れられているとは言い難い。

また，トイザらス事件審決では，そのような経験則が存在したことの根拠については，触れられていない[90]。

b　この点，経験則には一般常識に属するものから特殊専門的なものまで多種多様であるところ，民事訴訟上，一般人が知っているような経験則であれば，事実認定に利用しても裁判の客観性が確保されているから証明の必要がないのに対して，特殊専門的な経験則については，証明の対象になると解されている[91]。

そうすると，前記経験則は，一般人が知っているような経験則であるとはいえないから，公取委側は，抗告訴訟において，前記経験則の存在を立証するよう求められることがあり得るのではないか。

イ　濫用行為の不当性の程度に関する事実

甲の事業経営上の支障が「大きな」ものであるか否かにつき，重要な事実として，以下のようなものが考えられる。

（ア）当該濫用行為の不利益性・抑圧性を基礎付ける事実の立証

a　トイザらス事件審決は，濫用行為該当性の判断において，発生した金銭的な損害（返品や減額の金額）を考慮していない。

そのため，例えば，濫用行為に該当すると判断された玩具・ベビー用品の返品には，１回当たりの金額が１６８０円のもの（Ｎに対する返品①）から４８６３万４１９８円のもの（Ｃに対する返品①）まで様々である。

b　この点，Ｃが返品①を受け入れたのであれば，Ｃがこのような高額なコストを払ってまでトイザらスとの取引の継続を望んでいたことがうかがわれる。

そうすると，当該返品に応じたのは，Ｃにとってトイザらスとの取引

---

90)　トイザらス事件審決は，甲が濫用行為を行い，乙がこれを受け入れている事実が認められる場合，「乙にとって甲との取引が必要かつ重要であること」を「推認させる」とする一方で，「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」については，それに「結び付く重要な要素」であるとする（審決案２０頁）。これは，後者の事実については推認力が乏しいために，推認という表現を避けているようにも読める。

91)　民事訴訟法講義案・前掲注１２）１８１頁参照。

の継続が困難になれば，事業経営上支障を来すおそれがあり，その支障も大きなものであったことがうかがわれる。

これに対して，Ｎが返品①を受け入れたのは，合意解除の条件を交渉する時間や人件費といったコストと，返品による損害とを天秤にかけた上で，返品の金額がごく低額であったため，返品に応じると判断した可能性がある。

それにもかかわらず，当該返品に応じたのは，Ｎにとってトイザらスとの取引の継続が困難になれば事業経営上「大きな」支障を来すからであったとするのは，論理の飛躍があるように思われる（ただし，トイザらス事件では，Ｎが受け入れた濫用行為は，返品①のように低額なものばかりではなく，１４１万７５５６円及び１６０万１８０１円の返品も受け入れている（Ｎに対する返品③及び④）。これらの濫用行為も併せてみれば，その不利益の程度は大きいということができるかもしれない）。

このように，トイザらスによる返品という同種の濫用行為であっても，それらが優越的地位を基礎付ける力の強さは同等ではない。

c　そうすると，公取委側は，不当性の程度が大きいことを基礎付ける事実（返品や減額の金額の大きさといった不利益性に関する事実や，返品や減額を求める際の甲の態度といった抑圧性に関する事実。また，購入強制や従業員派遣については，前記第２の５参照）を主張立証することにより，乙にとって甲との取引の継続が困難になることにより生じる事業経営上の支障が「大きな」ものであることを補強することが考えられる。

これに対して，事業者側も，濫用行為の不当性の程度が小さいことを基礎付ける事情を主張立証することにより，乙にとって甲との取引の継続が困難になることにより生じる事業経営上の支障が「大きな」ものではないから，優越的地位は認定できないと主張することが考えられる。

（イ）甲の濫用行為に該当する依頼回数と乙の諾否の回数

また，トイザらス事件審決は，乙が甲の濫用行為を受け入れた側面だけを取り上げている。

もっとも，甲が濫用行為に該当する依頼を何回行い，乙がそのうち何回受け入れたのか，何回拒否したのかも，乙の事業経営上の支障が「大きな」ものであることを基礎付ける事実であるといえる。

例えば，甲が乙に対して濫用行為に該当する依頼を２０回行い，乙がこのうち１回のみ受け入れて，その余の１９回を拒絶したとする。このように，乙が甲の依頼のうち大半を拒絶したならば，（乙にとって甲との取引が必要かつ重要であることの推認を阻害するばかりでなく，）乙が甲との関係が悪化することを恐れておらず，その理由が，甲との取引の継続が困難になったとしも，乙の事業経営上「大きな」支障を来たすことにはならないからであることをうかがわせる。

他方で，乙が２０回の依頼全てを受け入れていた場合には，当該事実は，（乙にとって甲との取引が必要かつ重要であることの推認を補強するばかりでなく）乙が甲との関係が悪化することをおそれており，その理由が，甲との取引の継続が困難になれば，乙の事業経営に「大きな」支障を来たすからであることをうかがわせる。

⑶　ガイドラインの４要素による推認の補強・減殺

トイザらス事件審決では，濫用行為に関する事情に加えて，ガイドラインの４要素に関する事情も総合考慮している。しかし，前記４要素の相互の関係や，これらと濫用行為に関する事情の関係をどのように理解すべきかは，同審決から読み取ることはできない[92]。

ただし，前記３の公取委の従前の実務を踏まえれば，濫用行為との関係でどのような意味を有するかにつき，一応の意味付けは可能であるように思われる。

そこで，重要であると指摘される乙にとっての取引先変更可能性と，乙の甲に対する取引依存度について，以下で検討を加える[93]。

---

92)　長澤・前掲注７４）３０頁参照。

93)　山陽マルナカ事件からダイレックス事件までの５件については，いずれも，特定の市場における地位が高い小売業者が命令の名宛人とされていることからすると，公取委が立件する事件で，市場における地位が低いことが問題にされることはなさそうである。

このように，市場における地位が高いことは，ガイドライン第２の２⑵が指摘するように乙の取引数量や取引額の増加につながること，取引先変更可能性の困難さの評価につながること（本文Ⅲ第３の４⑶ア参照），納入業者の経済的信用や自社の商品の信用の向上につながること（ガイドライン第２の２⑷参照）など，他の事情とともに，乙にとって甲との取引が必要かつ重要であることを基礎付ける事実であるといえる。他方で，甲との取引の継続が困難になること

ア　乙にとっての取引先変更可能性

（ア）要素の位置付け

a　乙が甲以外の取引先を選択することが困難であるならば，不利益を押し付けられてもこれを受け入れざるを得なくなりやすく，また，乙が甲以外の取引先を容易に選択することができるならば，不利益を押し付けられても容易に転換が可能である[94]。

このことをトイザらス事件審決を踏まえていうと，乙にとっての取引先の変更が容易だと認められるのであれば，①乙は甲と取引を行う必要性・重要性が低いことを示すことができるばかりでなく，②甲が濫用行為を行い，乙がこれを受け入れている事実が認められる場合であったとしても，乙が当該濫用行為を受け入れることについて特段の事情があったことを推認させる（乙にとって甲との取引の継続が困難になることが事業経営上大きな支障を来すことの推認を阻害する）ことになる。

そうすると，事業者側は，取引先の変更が容易である事実を立証することにより，甲が優越的地位にあったことと認定されることを妨げることができる。

他方で，公取委側は，取引先の変更が容易であった事実が存在する場合には，①それでもなお，乙が濫用行為を受け入れたことが，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に結びつくことや，②濫用行為によることなく，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を立証する必要が生じると考えられる。

b　このように，取引先変更可能性があるか，可能性があるとしてその困難さ（容易さ）はどの程度であるかは，優越的地位の濫用の成立におい

が事業経営上大きな支障を来すこととの関係では，乙にとっての取引先変更可能性や，乙の甲に対する取引依存度に比べると，やや遠いように思われる。

なお，甲の市場における地位は，甲の乙に対する優越的地位を基礎付け得る事情であればよいから，そこで問題とされる市場は，競争制限効果を判断するために画定される「一定の取引分野」と同一である必要はないと考えられる。審決案２５頁参照。

94)　独占禁止法研究会報告・前掲注２０）第二部九⑵ア参照。

て重要な事実である[95]。

（イ）立証手法

a　トイザらス事件審決は，取引先の変更の困難性に関する事実については，納入業者の供述証拠（報告命令に対する報告書，乙の職員の供述調書）を根拠として，全商品群又は被審人に対して主に販売している商品群につき，被審人に代わる取引先を見つけることは困難であると認識していたことを認定している。

b　この点については，客観証拠によらない認定だとの批判がある[96]。

しかし，この批判は，取引先変更可能性の立証がそもそも困難であることを看過しているように思われる。

すなわち，甲に対する取引額が非常に小さい場合ならともかく，ある程度以上の取引額があるならば，乙は，甲と同程度の取引を失った経験があるとは限らない。また，そのような経験があったとしても，濫用行為が存在した時点の市場の状況と，そのような経験をしたときの市場の状況が同じであるとは限らない。

このように，甲のとの取引を失った甲が，どの程度の時間や労力を費やせば取引を転換できるかは，多くの場合，歴史的事実（実際に存在した事実）ではなく，仮定的な事実に過ぎないはずである。

そのため，乙から取引先変更可能性の認識に関する供述証拠を収集し

---

95)　川濵昇「セブンーイレブン・ジャパン優越的地位の濫用事件」平成２１年重判解（ジュリスト１３９８号）２８８頁，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６７頁（有斐閣　２０１４年），渕川和彦「間接的競争侵害に言及し，濫用行為から優越的地位を推認した事例―日本トイザらス事件」ジュリスト１４８７号８２頁（２０１５年）参照。

また，白石・前掲注６８）４２５～４２６頁は，取引先変更困難性は取引必要性の同義反復の趣があると指摘する。

96)　柴田潤子「日本トイザらス株式会社に対する審決について－子供・ベビー用品の小売業者による優越的地位の濫用事件－」公正取引７７９号６３頁（２０１４年）は，取引先変更可能性をより客観的に把握して評価することが必要であるとする。同趣旨を指摘するものとして，長澤・前掲注９５）６７～６８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１３頁（有斐閣　２０１４年）参照。

た上で，市場の状況等を踏まえてその信用性を慎重に吟味するのであれば，取引先変更困難性を基礎付ける事実として乙の認識を用いることは，十分に合理的であると考える。

c　なお，市場の状況については，例えば，以下のような事情があり得ると思われる。

(a)　まず，取引上の与信の問題からすると，（トイザらスのような）小売業者が，与信上の問題のない著名メーカー等から納入を受けるならば格別，そうでない納入業者との取引量を短期間で大幅に増加させるとは，通常考え難い。

　そうすると，当該市場においてもこのようなことがいえる場合には，一般的に，納入業者は，現在の取引先との取引がなくなった場合に，その分の取引量を他の取引先に転嫁することは難しいといってよいから，取引先の変更が困難であることが基礎付けられる。

(b)　また，小売業者は，通常，在庫リスクを避けるため，場当たり的に仕入れを行うのではなく，年間の売上高や，どの商品が消費者にどの程度売れるかを予測して，計画を立てた上で仕入れを行うはずである。

　そのため，小売業者が，既に計画を立てた上で別の納入業者から商品を仕入れているにもかかわらず，その計画によらずに，他の納入業者から同等の商品を別途仕入れることは，通常，想定し難い。

　そうすると，当該市場においてこのようなことがいえる場合には，取引先の変更が困難であることを基礎付けられる。

(c)　さらに，当該市場において寡占化が進んでおり，甲にとって乙以外の納入先が乏しいことは，取引先の変更が困難あることを基礎付ける事実となるであろうし，甲以外にも甲と同等の小売業者が多数存在する場合には，取引先の変更が容易であることが基礎付けられる。

(d)　その上，乙の商品が消費者に非常に人気があって，どの小売業者の店舗でも品薄になっている場合には，乙は小売業者甲との取引を失っても，別の小売業者が乙の商品の仕入れを希望するであろう。

　そうすると，このことから，取引先の変更が容易であることが基礎付けられる。

d　トイザらス事件についてみると，トイザらスは，我が国に本店を置く，子供・ベビー用品全般を専門的に取り扱う小売業者の中で，大手３社の

うち最大手であったのだから，通常，納入業者にとってトイザらスとの取引額を，他の大手小売業者や，中小の小売業者との取引で補うことは困難であったように思われる。

そうすると，例えば，納入業者にとってトイザらスが主な取引先でなかった場合（取引依存度や売上高が小さい場合）や，当該納入業者の商品の人気が非常に高いこと（消費者にとって他の同種商品では代替出来ない場合や，常時品薄でありどの小売店も在庫を欲しがっている場合等）といった，納入業者ごとの固有の事情がない限りは，特定納入業者にとって，取引先の変更は，少なくとも容易ではなかったのではないかと推測される。

そうすると，前記のような固有の事情が存在したならば格別，そうでない場合には，トイザらスに代わる取引先を見つけることは困難であると認識している旨の納入業者の供述は，一応信用できるといってよいように思われる。

イ　取引依存度等

（ア）要素の位置付け

a　ガイドライン第２の２⑴によると，乙の甲に対する取引依存度は，「一般に，乙が甲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」とされている。

このような取引依存度は，客観的に確定可能な数値であるから，公取委と事業者間で争いがある場合は少ないはずである。

b　そして，乙の甲に対する取引依存度の数値が「大きい」と評価される場合には，そのような甲との取引の継続が困難になれば，乙の事業経営上大きな支障を来すことにつながりやすいことは，異論がないように思われる。

他方で，乙の甲に対する取引依存度の数値が「小さい」と評価される場合には，そのような甲との取引の継続が困難になったとしても，乙の事業活動への支障は限定的となりやすい。そのため，取引依存度が「小さい」と評価される事情がある場合には，乙が甲の濫用行為を受け入れた理由が，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」支障を来すためではなかったことをうかがわせるといえる。

c　以上のように，乙の甲に対する取引依存度は，争いが生じにくく，ま

た，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に結び付きやすいから，立証上重要な事実である[97]。

（イ）立証方法

a　ただし，取引依存度の数値が「大きい」か「小さい」かについては，評価が含まれるし，その評価については当事者間で争いが生じ得る。

そうすると，前記計算方法により算定された数値をもとに，乙の個別的な事情を考慮しながらその評価を行う必要があると考える。

b　例えば，乙１が，全国の小売店と取引している大手卸売業者であった場合，取引先数が数千社以上にも及ぶことになると思われる。そうすると，乙１にとって甲が売上高１位の取引先であったとしても，前記計算方法により算定された取引依存度が１％程度となることもあり得る。

他方で，乙２は，取引先が１０社程度しかおらず，そのうちの甲は最下位であった場合でも，前記計算方法により算定された取引依存度は１％程度となることもあり得る。

このように，乙１と乙２の取引依存度の数値が同じ１％程度であったとしても，これらを一律に評価することはできず，個別事情から取引依存度の数値の評価を行う必要がある。

c　そうであるところ，実際に，トイザらス事件審決をみても，取引依存度の数値に，取引依存度における甲の順位，売上高，乙の主要な商品におけるこれらの数値に関する事実を組み合わせて，「被審人を主たる取引先としている状況にあったこと」という事実を認定している。

すなわち，G，H，I及びAの４社については，取引依存度の数値（０．５ないし２，２％につき，それ自体では「〇〇パーセントであるものの」として，消極的な評価をするものの，その他の事情を踏まえれば，「被審人を主な取引先としている状況にあった」といえるとして，積極的な評価をしているのである[98]。

---

97)　長澤・前掲注９５）６８頁参照。

98)　取引依存度，その順位，売上高の数値は，乙の甲に対する売上高を異なる観点から表現したものに過ぎない（乙の甲に対する「売上高」を乙の総売上高で除したものが「取引依存度」であり，その数値を乙の全取引先の取引依存度との関係で相対的に表現したものが「順位」である）。

乙の甲に対する売上高という同一の事実と二重三重に評価することを避ける観点からも，ト

d　以上からすると，当事者としては，前記（ア）ａの方法で算出した乙の甲に対する取引依存度の数値に加えて，それが高いか低いかの評価を基礎付ける事情として，乙の総取引先数，その中での甲の順位や売上額，乙が甲と取引する商品の乙における位置付け（主要な商品といえるかどうか）に関する事情を主張立証することになる。

⑷　乙が濫用行為を受け入れた理由に関する乙の供述証拠の評価

ア　推認による立証が多用されていること

以上で検討した立証方法は，間接事実から，乙が濫用行為（「著しく不利益となる要請等」）を受け入れた理由が，「乙にとって甲との取引の継続が事業経営に大きな支障を来す」ことであったことを推認する方法を採っている。

もっとも，この点に対する直接証拠，例えば，濫用行為を受け入れた理由に関する乙（の役職員）の供述証拠を用いれば，これまで検討を重ねてきたような，複雑な推認による立証に頼る必要はないとも考えられる。

そして，公取委も，乙の役職員の供述調書や，乙に対する報告命令によりアンケート方式で報告を求めて，乙の供述証拠を収集しているようである[99]。そうすると，公取委が収集する供述証拠の中には，「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」という趣旨（又はそれと矛盾する趣旨の）の供述が記載されている場合もあるかもしれない。

イ　乙の供述の証拠価値特有の問題点

それにもかかわらず，公取委が推認による立証を行っているのは，乙の供述に関しては，優越的地位の濫用事件特有の問題点があるからではないかと推測される[100][101][102]。

イザらス事件審決のように，これらを一体的に評価することは妥当である。

99)　白石・前掲注６８）４２４頁参照。

100)　長澤・前掲注９５）６３頁は，公取委は，自由かつ自主的に甲の依頼を受け入れた旨の乙の供述証拠を収集しているものの，それに依拠していないと指摘する。

101)　一般的に，アンケート方式では，質問の内容が抽象的であったり不明確であったりすると，回答者が勘違いして回答してしまったり，質問や選択肢の設け方により回答が誘導・誤導されてしまう可能性がある。そのため，アンケート方式でも，当然，回答の信用性が問題となる。

102)　トイザらス事件審決も，特定納入業者１２社が本件返品及び本件減額（のうち，濫用行為に

（ア）まず，取引関係が対等であったとしても，継続的な取引関係を維持したいと願う者は，取引の相手方と良い関係を築きたいと考えるから，取引の相手方にとって不利益なことは述べにくいものであることは，想像に難くない。

ましてや，優越的地位の濫用が問題になる事例では，乙は，甲の抑圧下にあって真意を述べにくい立場にある可能性がある。

そうすると，このような甲にとって不利益なことは述べにくいという乙の立場は，その信用性の評価にあたって，十分に配慮されるべきであろう。

（イ）また，従前から自由競争基盤の侵害が継続し，甲が濫用行為を行い，乙がこれを受け入れることが慣習化してしまっている場合もあり得る（前記第１の１⑵参照）。

このような場合には，乙（の役職員）は，甲の行為を受け入れることを当然であると認識していることがある。

例えば，平成２１年改正後の優越的地位の濫用事件をみても，再度の行政処分であった事例や，同業他社が行政処分を受けた後も同様の行為が継続していた事例がある。

こういった場合には，そもそも，乙（の役職員）は，自身が自由かつ自主的な判断を阻害されているとは認識していないかもしれない。

（ウ）この点，優越的地位の濫用事件に限らず，一般論として，供述証拠の信用性評価は慎重に行うべきであるとされている。

このことに加えて，前記（ア）及び（イ）のような背景があることを踏まえれば，優越的地位の濫用事件において，濫用行為を受け入れた理由に関する乙の供述の信用性は，特に慎重に吟味されなければならないといえよう。

そのため，乙の役職員が「自由かつ自主的に判断して甲の行為を受け入れた」旨や，「甲の行為を受け入れたのは，甲との取引の継続が困難になることとは関係がない」旨を供述したとしても[103]，また，逆に，濫用行為を

該当すると判断されたもの）を受け入れた理由が，トイザらスとの取引の継続が困難になることが，特定納入業者の事業活動に大きな支障を来すためであったことについて，直接証拠が存在したか否かは，特に言及はしていない。

103) トイザらス事件でも，特定納入業者の役職員に対する参考人審尋が実施されている。このよ

受け入れることを余儀なくされた旨を供述したとしても，それらの信用性を慎重に吟味した上で，優越的地位該当性の判断に資するものであるかを検討することになろう。

ウ　信用性の判断手法

この点，供述の信用性は，一般的なメルクマール（客観的証拠との整合性，供述内容の具体性，合理性等）に沿って判断されることになる。

そうすると，濫用行為を受け入れた理由に関する乙の供述の信用性は，濫用行為の不当性（不利益性や抑圧性）に関する事実や，ガイドラインの４要素のような甲乙間の取引関係に関する事情等を踏まえて，特に慎重に吟味されることになる。

そのため，結局，乙の供述証拠が存在する場合であっても，その供述証拠のみによって事実認定をするのではなく，濫用行為該当性や，前記⑴ないし⑶で検討してきた事情を先に検討した上で，信用性判断を行うことになるのではないかと考えられる。

エ　具体的な作用

以上のようにして信用できると判断された供述証拠から，乙が甲の濫用行為を受け入れることについて特段の事情があると認められる場合には，乙が甲の濫用行為を受け入れていた状況は，「事業経営上大きな支障を来す」ことにはつながらないことになる。

そのような場合として，例えば，乙が期待していた利益が「直接の利益」ではないことが判明した場合[104]であっても，近い将来に具体化される蓋然性が高くかつその利益が大きい場合には，「事業経営上に大きな支障を来す」ことには結び付かないことがあると指摘されている[105]。

うな乙の役職員に対する証人尋問・参考人審尋が，違反行為を争う事業者側からの申請により行われた場合には，乙の役職員は，濫用行為とされた甲の行為に応じたことにつき，不利益でなかったから応じたとか，拒絶しても事業経営に支障を来さないと考えた旨を法廷で供述したり，その旨の陳述書を提出することが予想される。

104)　ガイドライン第４の２注１２で「間接的な利益」とされているような利益であっても，現実の取引では，このような利益を期待している場面を多く存在するように思われる。

105)　小室＝土平・前掲注８８）１８２頁参照。

もっとも，このような場合は，濫用行為該当性を否定してもよいという立論もあり得るよう

5　提言

⑴　以上で検討したように，優越的地位の要件該当性判断にあたっては，「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」と認定できるかどうかが重要である。

もっとも，トイザらス事件審決だけからでは，この要件の認定のハードルが高いのか低いのか，分からない。

ここで，「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」の認定のハードルは，その言葉どおりにとらえれば，本来ある程度高いものであって，そのような，本来あるべき認定のハードルに従えば，課徴金の額も適当な額になるのではないかと考えられる[106]。

⑵　このような意見に対しては，優越的地位の要件該当性が厳格になると，同じ濫用行為を受けているにもかかわらず，ある納入業者に対する行為は違法となるのに，別の納入業者に対する行為は違法とは判断されない結果，後者に対する濫用行為は継続してしまうのではないか，という批判があり得るであろう。

もっとも，この点については，排除措置命令において命じる措置の内容などにより，解決をすることができると考える。

ア　すなわち，まず，公取委は，事業者に対し，独禁法第１９条の規定に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は，当該行為をした事業者などに対し，「当該行為が排除されたことを確保するために必要な措置」を命ずることができる（独禁法第２０第条２項・同第７条第２項）。そして，この排除措置の内容については，公取委に専門的な裁量が認められている[107]。

また，「当該行為が排除されたことを確保するために必要な措置」の内容については，公取委は，被疑事実そのものについて排除措置を命じ得るだけではなく，これと同種，類似の違反行為の行われるおそれがあって，競争秩序の回復・維持を図る目的を達するため現に，その必要性のある限り，これら

に思われる。

106)　課徴金の規定（独禁法第２０条の６）自体に問題があるという指摘もあり得るものの，ただし，本稿では，現状の規定を前提とした上で，実務的な観点から検討を加えることにし，立法論には立ち入らないことにする。

107)　東京高判平成２８年５月２５日審決集６３巻３０４号（日本エア・リキード事件）参照。

の事実についても相当の措置を命じ得るとされている[108]。

以上からすると，公取委は，必要性があれば，違反行為者に対し，特定納入業者以外の納入業者に関しても，相当な措置を命じることができることになる。

イ　実際に，公取委は，平成２１年改正後の優越的地位濫用事件の排除措置命令において，①特定定納入業者に対して濫用行為を行っていないことの確認等を取締役会で決議すること，②①に基づいて採った措置を，従業員に周知徹底するとともに，特定納入業者のみならず，その他の納入業者に対しても通知することなどを命じている[109]。

そして，②のような措置を命じれば，特定納入業者以外の納入業者も，今後，同様の濫用行為を受けた場合に，これを拒絶してよいことが理解できるといえる。

このような排除措置命令の内容が，相当性を欠くと判断される可能性は乏しいように思われる[110]。

ウ　また，前記のような内容の排除措置命令を行う際に，特定納入業者以外に対する濫用行為につき，行政指導（注意や警告）を併せて行うことも考えられる。

⑶　以上のとおり，「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」の認定のハードルは，ある程度高くあるべきではないか。また，そのようにしても，排除措置命令や行政指導により，広く濫用行為を排

---

108)　東京高判昭和４６年７月１７日審決集１８巻１６７頁（明治商事事件）参照。

109)　平成２１年改正前の優越的地位の濫用の排除措置命令では，全納入業者に対する行為を行わないことを決議し，これを全納入業者に通知することを求めることがあった。

110)　トイザらスが特定納入業者以外の納入業者に対しても返品や減額を広く行っていた場合や，トイザらスの市場における地位など，優越的地位の認定を基礎付ける事情が今後も存続することが見込まれる場合には，トイザらスが，今後，特定納入業者以外の納入業者に対しても，優越的地位の濫用に該当する行為を繰り返すおそれがあるとして，前記措置を命じる必要性があることになる。

そうすると，通知を送ること自体の不利益は大きなものとまではいえず，「当該行為が排除されたことを確保するために必要な措置」であることにつき，裁量権の逸脱・濫用の問題は生じ難いように思われる。

除することができるから，実質的には不都合はないのではないか[111]。

Ⅳ　課徴金賦課要件の検討

第１　トイザらス事件審決の位置付け

１　独禁法第２０条の６

平成２１年改正により設けられた独禁法第２０条の６は，公取委は，事業者が「第１９条の規定に違反する行為（第２条第９項第５号に該当するものであって，継続してするものに限る）」をしたときは，当該事業者に対し，「当該行為をした日」から「当該行為がなくなる日」までの期間における「売上額」又は「購入額」の合計額の１％に相当する額の課徴金の納付を命じなければならないと規定している。

２　複数の取引先に対する行為を一つの優越的地位の濫用として法適用すること

トイザらス事件審決は，独禁法第２０条の６の各要件該当性の具体的な判断手法を初めて示した点で，意義がある。

⑴　「第１９条の規定に違反する行為（第２条第９項第５号に該当するものであって，継続してするものに限る）」について

ア　トイザらス事件審決は，「独占禁止法第２条第９項第５号又は旧一般指定第１４項（第１号ないし第４号）に該当するような濫用行為は，これが複数みられるとしても，また，複数の取引先に対して行われたものであるとしても，それが組織的，計画的に一連のものとして実行されているなど，それらの行為を行為者の優越的地位の濫用として一体として評価できる場合には，独占禁止法上一つの優越的地位の濫用として規制されることにな」るとする。

イ　この点，独禁法第２０条第１項及び第２項は，排除措置命令の対象となる行為は，「前条（注：第１９条）の規定に違反する行為」であると規定してい

---

111)　逆に，優越的地位の認定において絞りをかけるのではなく，濫用行為に関して詳細で慎重な判断を行うべきと指摘するものとして，若林亜理砂「優越的地位の濫用規制をめぐる近年の動向について」公正取引７９３号５頁（２０１６年）参照。

る。同様に，独禁法第２０条の６も，課徴金納付命令の対象となる行為は，「第１９条の規定に違反する行為…」であると規定している。

また，公取委は，平成２１年改正前でも，複数の取引の相手方に対する複数の濫用行為を一つの優越的地位の濫用として法適用し，排除措置を命じることがあった[112]。

さらに，独禁法第２０条の６は，平成２１年改正前の優越的地位の濫用規制の運用を前提として規定されたと理解される（前記Ⅲ第１の２）。

これらからすると，複数の取引先に対する複数の濫用行為が一つの優越的地位の濫用として規制される場合には，このような一つの優越的地位の濫用が「第１９条の規定に違反する行為（第２条第９項第５号に該当するもの…）」（「当該行為」）に該当することは，立法当初から予定されていたということができる。

このように，トイザらス事件審決案の判断手法は，平成２１年改正前の運用と整合的に理解できる。

ウ　他方で，平成２１年改正前の事案では，複数の取引の相手方に対する複数の行為につき，濫用行為の行為類型ごと（例えば，購入強制ごと，従業員派遣ごと）に，それぞれ一つの優越的地位の濫用とした上で法適用していたものもあった[113]。

ところが，トイザらス事件審決や平成２１年改正後の事案は，いずれも，排除措置命令及び課徴金納付命令ともに，行為類型ごとに分けることなく，全体を一つの優越的地位の濫用として評価して法適用している。そうすると，この点については，従前の運用が変更されたと理解される。

この理由として，従前のように行為類型ごとに分けて法適用すると，多くの場合，課徴金の算定基礎額に重複が生じ，課徴金が高額化することになる

---

112)　例えば，公取委命令平成２１年６月２２日審決集５６巻⑵６頁（セブン－イレブン・ジャパンに対する件）。

113)　公取委勧告審決平成１６年１１月１１日審決集５１巻５２６頁（山陽マルナカに対する件）等。例えば，大規模小売業告示（平成１７年５月１３日公正取引委員会告示第１１号）の事例ではあるが，公取委命令平成２１年３月５日審決集５５巻７１６頁（島忠に対する件）では，一つの命令書の中で，返品（同告示第１項），減額（同告示２項），従業員派遣（同告示第７項）ごとに独禁法１９条違反を認定している。

こと[114][115][116]，独禁法第２条第９項第５号ハの「その他」以下が包括的な条項になっていることからすると，同イないしハのいずれに該当するかで別個の違反行為ととらえる必要性が低いこと[117]，排除措置命令との関係では，行為類型ごとに分けなくても，従前と同内容の措置を命じることができることが考えられる。

⑵　「当該行為をした日」及び「当該行為がなくなる日」

ア　トイザらス事件審決は，複数の取引先に対する複数の濫用行為を一つの優越的地位の濫用とした上で，濫用行為が最初に行われた日を「当該行為をした日」，濫用行為がなくなったと認められる日を「当該行為がなくなる日」とするという判断手法を示した（審決案８１～８２頁）。

そして，優越的地位を利用した濫用行為が認定できなかった２社，改正法施行後の平成２２年１月１日以降に優越的地位を利用した濫用行為が存在したと認められなかった６社の合計８社からの購入額につき，課徴金算定基礎額から除外した。

イ　この点，独禁法第２０条の６の「当該行為をした日」及び「当該行為がな

---

114)　山﨑恒＝幕田英雄編『論点解説実務独占禁止法』第１０章「課徴金納付命令（私的独占，不公正な取引方法）の課徴金算定－優越的地位の濫用を中心に－」（山口正之＝黒澤莉沙執筆）２６１頁（商事法務　２０１７年）は，複数の違反行為と捉えると，１つの違反行為と捉える場合にくらべて課徴金の額は数倍ともなり得るものの，そのような不利益を課すことを予定しているというには，条文の明確性は不足していると指摘する。

115)　例えば，島忠に対する件・前掲注１１２）では，返品，減額，従業員派遣につき，それぞれの行為の始期が別々に認定されている。このように，違反行為の始期のほか，終期，相手方についても，行為類型ごとに別々に認定するのであれば，課徴金算定期間が短期間になったり，課徴金算定基礎額が少額になったりすることもあり得る。

116)　公取委は，優越的地位の濫用に限らず，違反行為を全体として１個とするのか，それとも小分けにするのかということを，ある程度裁量的に決めてきたとの指摘がある。白石忠志＝長澤哲也＝伊永大輔「鼎談　優越的地位濫用をめぐる実務的論点」ジュリスト１４４２号２５頁（白石発言）（２０１２年）参照。

117)　平山賢太郎「優越的地位濫用事件における初の課徴金納付命令」ジュリスト１４３０号５３頁（２０１１年）参照。

くなる日」の「当該行為」とは，「第１９条の規定に違反する行為（第２条第９項第５号に該当するものであって，継続してするものに限る）」のことを指す。

そうすると，前記⑴のように，複数の取引先に対する複数の濫用行為を一つの優越的地位の濫用として規制するのであれば，「当該行為をした日」及び「当該行為がなくなる日」についても，トイザらス事件審決のように判断することになる。

ウ　なお，いつをもって「当該行為がなくなる日」と認定されるかにより，課徴金算定期間や算定基礎額は増減する。

そのため，課徴金額との関係では，この要件が争点となる可能性がある。

もっとも，平成２１年改正後の事案をみても，「当該行為がなくなる日」が立入検査の翌日と認定されている事件がある一方で（山陽マルナカ事件），立入検査日の翌日よりも後の日を認定する事件もある（例えば，トイザらス事件の立入検査日は平成２２年９月１４日であり，「当該行為がなくなる日」はその約５か月後の平成２３年２月１日である。）。

このように，「当該行為をした日」とは異なり，「当該行為がなくなる日」は，個別の濫用行為を行った日とは関連づけられているかは不明であり，「当該行為がなくなる日」と認定できるかは，個別具体的な事情を規範的に評価して判断されるようにみえる。

この点につき，トイザらス事件審決は，濫用行為がなくなったと認められる日をもって「当該行為がなくなる日」であるとしたものの，何をもって濫用行為がなくなったと認められるかについては，審決から読み取ることはできない。

⑶　「継続してするもの」について

ア　課徴金の対象となる優越的地位の濫用が「継続してするもの」に限定されているのは，「取引関係においては，その交渉力において優位に立つ者，劣位にある者が生じるのが通常であり，優越的地位の濫用行為があれば直ちに課徴金の納付を命じられるということになれば，事業活動の萎縮をもたらす可能性があること，さらには，中小事業者との取引が敬遠されることにもなり

かねないと考えられることによるものである。」と説明されている[118]。

また，「継続してするもの」の具体例については，「一定期間従業員等を派遣させたり，定期的・断続的に協賛金を収受したりすることや恒常的に返品を繰り返す場合には，それぞれ継続的な行為に該当し得るものであると考えられる。」と説明されている[119]。

イ　前記⑴のように，複数の取引先に対して行われる複数の行為を一つの優越的地位の濫用（「第１９条の規定に違反する行為（第２条第９項第５号に該当するもの…）」）として評価して法適用するのであれば，「継続してするもの」に該当するかも，この一つの優越的地位の濫用について判断することになる。

そして，トイザらス事件審決では，違反行為期間（「当該行為をした日」から「当該行為がなくなる日」まで）に複数の濫用行為が存在することをもって，「継続してするもの」に該当することは明らかであるとした。

第２　違反行為とは関係のない「売上額」又は「購入額」の除外を求めることができるか

１　はじめに

平成２１年改正法施行後の公取委の課徴金に関する運用は，トイザらス事件と同様のものであったところ，その課徴金の額は，いずれも課徴金対象期間が３年に満たない場合であったにもかかわらず[120]，相当高額になっていた。そのため，違反行為により得た不当な利益との乖離が大きくなり，法改正時の公取委の説明と齟齬が生じるとか，比例原則違反の観点などから，疑問が呈されている[121]（前記Ｉの１）。

---

118)　藤井＝稲熊・前掲注２７）１７頁。

119)　藤井＝稲熊・前掲注２７）８９頁。

120)　改正法附則第５条により，違反行為が平成２１年改正の施行日（平成２２年１月１日）前に開始された場合でも，同日前に係るものについては，課徴金の納付を命じることができないことによる。

121)　滝澤紗矢子「優越的地位濫用に対する課徴金賦課をめぐって」日本経済法学会年報３５号３３頁（有斐閣　２０１４年），後藤晃『独占禁止法と日本経済』１１６頁（ＮＴＴ出版　２０１３年）参照。

そこで，トイザらス事件審決の考え方を前提としつつも，前記の疑問を解消することができないかにつき，検討を加える。

２　議論の状況

独禁法第２０条の６の適用については，公正競争阻害性の捉え方に関連して議論がある。

⑴　複数の取引先に対する行為を一体として捉えることができるとする考え方

ア　昭和５７年の旧一般指定制定時，優越的地位の濫用の公正競争阻害性は，取引の相手方の自由かつ自主的な判断による取引を阻害するとともに（意思決定の自由の侵害），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おそれがある一方で，行為者はその競争者との関係において競争上有利になるおそれがあること（間接的競争阻害性）に求められると説明されていた[122]。

そして，公正競争阻害性は，不利益の程度や，行為の広がり等を考慮して判断することになり，一般的には，①行為者が多数の取引先に対して組織的・制度的に不利益な条件を強いている場合には，個々の不利益の程度が比較的軽微であっても公正競争阻害性が認められ，また，②行為者がある相手方に対してのみに不利益を課している場合は，不利益の程度が大きいか又は当該行為を放置することによって類似の行為が広く波及する場合には公正競争阻害性が認められると説明されていた[123]。

イ　前記アの立場は，ガイドラインやトイザらス事件審決でも採用されている。

そして，この立場は，市場への影響に結びつけて公正競争阻害性を判断すると説明しているため，複数の取引先に対する行為であっても，市場への影響という観点から一体的にみることに親和的であるといえる[124]。

ここで，複数の取引先に対する行為であっても一体的にみることのメリットとして，多数の取引の相手方に濫用行為が行われた場合に，個別の取引先ごとに課徴金算定期間を把握する行政コストを削減することができるとい

---

122)　独占禁止法研究会報告・前掲注２０）第一部二⑸，田中・前掲３４）８９頁参照。

123)　独占禁止法研究会報告・前掲注２０）第二部九⑶参照。

124)　柴田･前掲注９６）６６頁，山口＝黒澤・前掲注１１４）２５５～２６３頁）参照。

う指摘がありうる[125]。

もっとも，実際にどの程度行政コストを削減できるかについては，不明な点もある。

すなわち，個別の取引先ごとに課徴金算定期間を把握するとしても，①「当該行為をした日」（始期）の認定の関係では，いずれにせよ全ての行為につき優越的地位を利用した濫用行為に該当することを主張立証するのだから，複数の取引先に対する行為を一体的にみるか否かで行政コストは変わらない[126]。また，②トイザらス事件審決でも，「当該行為がなくなる日」（終期）は，個別の濫用行為と関連付けられていないようであり（第１の２⑵ウ），仮に，複数の取引先に対する行為を一体的にみるか否かにかかわらず，「当該行為がなくなる日」を一律に認定できるのであれば，この点についても追加的な行政コストは発生しない。

そうすると，③複数の取引先に対する行為を一体的にみなかった場合に公取委が負担するコストは，事業者に対して，課徴金算定基礎額の報告を求めて調査する際に，取引先ごとに，どの期間についての金額の報告を明示すること（しかも，その金額のとりまとめと報告といった作業は事業者が行う）くらいしか想定できないように思われる。

⑵　取引先ごとに課徴金算定期間等を算定すべきだとする考え方

ア　これに対して，間接的競争阻害性は説明的な概念に過ぎず，優越的地位の濫用の公正競争阻害性の本質的な部分は，意思決定の自由に対する侵害や，搾取規制である点であるとする立場がある。

この立場によれば，濫用行為自体にその公正競争阻害性が内在することになるから，「行為の広がり」は要件として不要であると説明される[127][128]。

---

125)　山口＝黒澤・前掲注１１４）２５８頁は，「相手方ごとに異なる違反行為期間を認定するとすれば，認定に要する行政コストが大幅に増加し，簡易迅速な算定・賦課という課徴金制度の趣旨に反することになりかねない。」と指摘する。

126)　そもそも，平成２１年改正後の５件については，経過措置（改正法付則第５条）により，課徴金算定期間の始期は，一律に平成２２年１月１日となる。

127)　根岸・前掲１７４９７～４９９頁参照。

128)　「行為の広がり」を考慮することにより，民事訴訟における原告の立証の負担が増加するこ

イ　そして，この立場は，不利益を受けて意思決定の自由を侵害された個別の取引先ごとに，課徴金算定期間及び課徴金算定基礎額を判断するという考え方に親和的である[129]。

このように取引先ごとに課徴金算定期間等を判断する考え方からすれば，「第１９条の規定に違反する行為（第２条第９項第５号に該当するものであって，継続してするもの」に限る）」を個別の取引先ごとの行為ととらえて，その個別の取引先ごとに「当該行為をした日」から「当該行為がなくなる日」を判断するということになるように思われる（トイザらス事件の被審人の主張。審決案１７頁）。

そのことにより，前記⑴よりも細かく課徴金算定期間及び課徴金算定基礎額を判断することができるから，その結果，課徴金が減少する可能性があるといえる。

とになるか。

この点，単発の従業員派遣，協賛金提供，返品を民事訴訟で問題にする場合には，単純に不当利得返還請求や，契約に基づく請求をすればよく，優越的地位の濫用の立証が必須になる場合は想定し難い。

また，自身に対する行為の不利益の程度が大きい場合には，「行為の広がり」をみる立場であるか否かにかかわらず，公正競争阻害性が認められるから，議論の実益はない（ガイドライン第１の１参照）。

他方で，自身自身に対する行為の不利益の程度が小さいならば，そのような行為が優越的地位を利用した濫用行為であると認められたとしても，直ちに公序良俗違反が基礎付けるとは言い難いように思われる。そうであれば，行為が広く行われていることや，その行為を放置すれば他に波及するおそれがあることを主張する余地があった方が，被害者救済の観点からできた方がは，むしろ有利なのではないか。そして，例えばフランチャイズ契約の場合に，原告が，自身が被った不利益の程度，フランチャイズ契約が定型の書式によって締結された事実，被告フランチャイザーと契約している他のフランチャイジーの概数を立証することにより，「行為の広がり」に関する主張立証も可能であると思われる。

129)　白石＝長澤＝伊永・前掲注１１６）２４～２５頁（長澤発言，伊永発言）参照。

「継続してするもの」や，「取引の相手方」の要件により，課徴金額を限定する可能性を指摘するものとして，滝澤・前掲注１２１）２８頁。

３　検討

⑴　複数の取引先に対する行為を一体として捉えることの可否

独禁法第２０条の６は，課徴金の算定方法につき，「当該行為が複数ある場合は当該行為のそれぞれの相手方との間における政令により算定した売上額又は購入額の合計額とする。」と規定している。このように，独禁法第２０条の６の規定は，「当該行為」が複数の相手方に対して行われることを予定しているものと理解される。

これは，（行為類型ごとに分けるかどうかはさておき）複数の取引先に対する行為を一つの優越的地位の濫用として規制してきた平成２１年改正前の法運用を前提として規定されたものといえる。そして，平成２１年改正前には，優越的地位の濫用の公正競争阻害性が意思決定の自由に対する侵害であるとか，搾取規制であるという考え方によっても，従前から排除措置命令との関係では複数の取引先に対する複数の行為を，一つの優越的地位の濫用として捉えることには異論はなかったように思われる。

そうすると，公正競争阻害性の理解が，論理必然的に課徴金要件の解釈とつながるものではなく[130]，条文の整合性との関係でも，トイザらス事件審決の考え方は不合理なものではなく，事実の評価やそれに対する法適用の問題として優越的地位の濫用を一つの行為と構成することができると考える[131]。

⑵　課徴金制度と不当な利得の関係

ア　独禁法の課徴金の制度は，当初，昭和５２年改正により，不当な取引制限について導入された（独禁法第７条の２）。従前から存在した刑事罰（同第８９条）では，立証の困難などの弊害や，カルテルによる経済利得のすべてを罰金として徴収することには法体系上の困難があり，損害賠償制度（同第

---

130)　根岸哲「優越的地位の濫用に対する課徴金」経済法判例・審決百選（第２版）（別冊ジュリスト２３４号）１６１頁（２０１７年）は，優越的地位の濫用規制の趣旨から，なぜトイザらス事件審決の判断手法が導き出せるかは，必ずしも明らかではないと指摘する。

131)　複数の濫用行為を一体として捉えるために，間接的競争阻害性を持ち出す必要がないことを指摘するものとして，池田毅「課徴金導入後初の公取委審決において返品・減額による濫用行為を優越的地位の認定に用いた事例－日本トイザらス事件」ジュリスト１４８５号７頁（２０１５年）参照。

２５条）では実効性に問題があった。そこで，カルテルによる不当な利得を徴収する制度として課徴金制度を新設し，行政上の措置として機動的に発動できるようにすることによって，カルテルの「やり得」をなくし，カルテルの摘発に伴う不利益を増大させてその経済的誘因を小さくし，カルテルの予防効果を強化することとした[132]。

その後，平成１７年改正では，課徴金の算定率は，不当な利得相当額以上の金銭を徴収することを想定した算定率に引き上げられた。これにより，課徴金制度は，行政上の措置であることは変わりがないとしながらも[133]，行政上の制裁としての趣旨を持つようになった。

イ　また，不当な取引制限の課徴金の額の算定方式は，実行期間の対象商品又は役務の売上額に一定率を乗ずる方式を採っている。これは，課徴金制度が行政上の措置であるため，算定基準も明確なものであることが望ましく，また，制度の積極的かつ効率的な運営により抑止効果を確保するためには算定が容易であることが必要であるからであって，個々の事案ごとに経済的利益を算定することは適切ではないとして，そのような算定方式が採用され，維持されているものと解される。

そうすると，課徴金の額はカルテルによって実際に得られた不当な利得の額と一致しなければならないものではないと説明されている[134]。

ウ　だからといって，違反行為の拘束が及んでいない（違反行為と因果関係のない）商品・役務についてまで課徴金を賦課することはできないという点では，不当な利得とのつながりは残っていると理解される。

そのため，価格カルテル事案や入札談合事案では，違反行為の拘束を受けていた商品・役務の売上額を除外するために，「当該商品又は役務」該当性が争点とされているのである[135]。

---

132)　最判平成１７年９月１３日民集第５９巻第７号１９５０頁〔機械保険料カルテル事件〕），杉浦則彦「判解」平成１７年度最判解民事編５９１～５９２頁。

133)　山﨑恒＝幕田英雄編『論点解説実務独占禁止法』第９章「課徴金納付命令における『当該商品又は役務』の要件事実－入札談合事案の分析を中心に－」（中里浩執筆）２２６頁（商事法務２０１７年）。

134)　機械保険料カルテル事件最判・前掲注１３２）参照。

135)　価格カルテル事件につき，東京高判平成２２年１１月２６日審決集５７巻⑵１９６頁（ポリ

エ　この点，優越的地位の濫用に課徴金の算定率が濫用行為を受けた相手方との取引額の１％とされたのは，過去の違反事件において推計された不当な利益が取引額に占める割合を参考に設定したものであると説明されている[136]。

そうすると，優越的地位の濫用の課徴金制度も，不当な取引制限の課徴金制度と同様，課徴金額が不当な利得の額と一致する必要はないものの，違反行為とは関係のない「売上額」又は「購入額」についてまで課徴金を課すことを許容されていないと理解される。

⑶　問題となる事例

では，違反行為とは関係のない「売上額」又は「購入額」が生じ得るか。

以下の設例を踏まえて検討する。

〔設例〕

トイザらスは，ＡとＭに対して優越的地位を利用して本件減額を行ったところ，同日，これを受け入れた。

Ａ：減額①　２１年　８月１１日（２１万１６８０円）

　　減額③　２２年１２月３１日（５２万８５７０円）

Ｍ：減額①　２２年　４月１４日（２７万５３９４円）

ア　前提として，甲が乙に対して優越的地位になければ，そもそも，甲は乙に対して取引上の地位を利用して不当な利得を得たとはいえないはずである。

そうすると，課徴金算定期間の全期間を通じて優越的地位にあることを認定しなければならないから，その始期において（設例だと平成２２年１月１日以降），甲が乙に対して優越的地位にあったことが認定できなければならない[137]。

プロピレンカルテル出光興産事件），公取委審判審決平成１１年１１月１０日審決集４６巻１１９頁（東京無線タクシー協同組合事件）等，入札談合事案につき，最判平成２４年２月２０日審決集５８巻⑵１４８頁（多摩談合新井組事件）等参照。

136)　藤井＝稲熊・前掲注２７）１８頁参照。

137)　山口＝黒澤・前掲注１１４）２５８～２５９頁は，独禁法第２０条の６は，乙が濫用行為を受ける前の期間における乙に対する甲の取引上の地位の認定を要せずとも，違反行為期間の全

イ　そして，まず，Ａについて，平成２１年８月１１日以降に（一度ではあるものの）トイザらスの濫用行為を受け入れていたことからすると，取引上の地位に変化が生じたような事情がない限り，同日以降も継続して，トイザらスがＡに対して優越的地位にあったことが，一応推認できそうである。

そして，前記濫用行為の前後にわたる取引依存度等や，取引先変更可能性に関する事情（審決案７３～７４頁）は，前記推認を補強する事情と位置付けることができる。

そうすると，トイザらスは，平成２２年１月１日以降もＡに対して優越的地位にあり，また，それ以前から濫用行為も行っていたから，同日以降の取引額は，違反行為と関係のある「売上額」又は「購入額」であるといえそうである。

ウ　他方で，Ｍについては，平成２２年４月１４日の前後の期間に濫用行為がない。そのため，平成２２年４月１４日の濫用行為を受け入れたことから，その前後においても，トイザらスがＭに対して優越的地位にあったことが推認できるかが問題となる。

もっとも，その推認する力は，Ａのように複数の濫用行為がある場合に比べて，弱いように思われる。

なお，Ａの場合と同様，濫用行為の前後にわたる取引依存度等や取引先変更可能性に関する事情（審決案６３～６４頁）は，前記推認を補強する事情と位置付けることができる。

⑷　当事者が検討する主張立証

期間を算定期間として差し支えないとして，簡易迅速な算定方法を定めたものだと解している。

この点，前年度の取引額に応じて協賛金の提供を求める事案であれば，当該協賛金はその提供以前の取引額と関連しているといえるから，前記見解のように，当該乙に対して濫用行為がはじめて行われた期間以前の取引額を課徴金の算定基礎とできるようにも思われる。もっとも，そのような事例であれば，当該濫用行為が行われる以前から甲が乙に対して優越的地位にあったとして，事実認定の問題として説明できるようにも思われる。

また，例えば，前年度の取引額と関係なく，各取引先一律に同人数の従業員派遣を求めるなど，行為以前の取引額と濫用行為との関係性が不明な場合まで，前記の見解で説明できるのかは，必ずしも明らかではない。

ア　以上からすると，トイザらス事件審決の考え方に沿って，複数の相手方に対する行為を一つの優越的地位の濫用として規制して課徴金を賦課するとしても，違反行為期間中の一部でも，甲の乙に対する優越的地位が認められない期間がある場合には，当該期間中は違反行為による不当な利得が発生したとは認められないとして，当該期間中の「売上額」又は「購入額」を課徴金算定基礎額から除外することも可能ではないか[138]。

イ　そして，このような点が問題になり得るのは，典型的には，当該乙に対するはじめての濫用行為以前に「当該行為をした日」が認定された場合[139]（前記設例だと，平成２２年４月１３日以前の甲のMに対する取引上の地位）や，認定された濫用行為の数が少ない場合（前記設例のＡのように，濫用行為が２回しか認定されておらず，その間も１年以上空いている場合や，同Mのように濫用行為が１回しか認定されていない場合）であろう。

そして，公取委側としては，濫用行為が存在した時点の前後でも取引上の地位が変わらないことを基礎付ける事実を主張立証し，これに対して，事業

---

138)　伊永大輔「課徴金制度における基本的考え方　第１２回・完　残された課題と将来像」公正取引８０１号６１～６２頁（２０１７年）は，「当該行為の相手方」を限定的に解釈することにより，優越的地位が認定できない場合の取引額を課徴金算定対象から除外するとの法運用の可能性を指摘する。

139)　トイザらス事件及び平成２１年改正後の他の４事件では，経過措置により，「当該行為をした日」の認定如何にかかわらず，平成２２年１月１日以降の「売上額」又は「購入額」のみが課徴金算定基礎額となる。そうすると，前記の設例のＡのように，平成２２年１月１日の前後に濫用行為を受け入れた事実が一つずつでも存在すれば，その期間中を通じて甲が優越的地位にあったと認定しやすく，よって，平成２２年１月１日以降の「売上額」又は「購入額」を課徴金算定対象とすることにつき問題は生じにくいように思われる。

他方で，「当該行為をした日」が平成２２年１月１日以降となる場合には，ある時点の意思決定をもって一斉に濫用行為が開始されたという事例でなければ，特定納入業者ごとに，初めて濫用行為を受けた日が異なることになる。

そうすると，今後の事案では，「当該行為をした日」の認定や，「当該行為をした日」の後，ある乙に対して初めて濫用行為が行われた日までの期間において，甲が当該乙に対して優越的地位にあったかの認定が争われることになることが予想される。

者側は，問題となる期間において取引上の地位に変更が生じたことを基礎付ける事実を主張立証することになる。

具体的には，これらの事実の多くは，ガイドラインの４要素とも重なると考えられ，公取委側は，これらの要素につき，ある一時点ではなく，課徴金対象期間全体にわたってどうであったのかを主張立証することになる。

Ⅴ　おわりに

1　本稿では，優越的地位の濫用について検討した。

平成２１年改正により課徴金制度が導入された後，５件の事件がいずれも審判請求された主要な理由として，賦課された課徴金が高額であり，違反行為により得た不当な利益との乖離が大きいとか，比例原則違反の観点などから疑問があったことや，各要件が不明確であり，ガイドラインは公表されていたものの，その解釈適用も確立されていなかったことが挙げられる。

そのため，事業者側の防御と行政効率を踏まえつつ，優越的地位の成立要件の該当性判断や課徴金賦課要件の該当性判断がどうあるべきかが，実務上問題となると考えた。

そこで，優越的地位の濫用の成立要件や課徴金賦課要件の公取委の判断手法を推知できる資料であるトイザらス事件審決について，その妥当性につき考察を加えた上で，当事者が行うべき主張立証につき検討を加え，また，提言も行った。

2　まず，優越的地位の要件（「自己の取引上の地位が相手方に優越していること」）については，「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」であると解されているところ，このうち，特に「乙にとって甲との取引の継続が事業経営上大きな支障を来す」の要件をどのようにして認定するかが重要であると考えた。

そこで，優越的地位の要件に関するトイザらス事件審決の判断枠組みを踏まえつつ，どのような点が問題になるか，どのような具体的事実が重要となるか，それらの事実が判断枠組みの中でどのように位置付けられるのにつき，分析を加えた（前記Ⅲ第３の１～４）。

そして，「乙にとって甲との取引の継続が事業経営上大きな支障を来す」の要件の認定のハードルは，ある程度高くあるべきであり，そのようにしても，実質的

には不都合はないことを提言した（前記Ⅲ第３の５）。

3　また，課徴金賦課要件については，複数の取引先に対する複数の行為を一つの濫用行為とするトイザらス事件審決の法令の適用には批判もあるところではあるものの，同審決を前提とした上で，課徴金額を適切な額に抑えることができないかを検討した。

そして，不当な取引制限において「当該商品又は役務」該当性が争点とされていることを踏まえて，課徴金算定期間（「当該行為をした日」から「当該行為がなくなる日」）の一部の期間につき，優越的地位になかったことが反証できれば，その期間の「売上額」又は「購入額」は，違反行為による不当な利得ではない（違反行為とは関係がない）として，課徴金算定基礎額から除外することを提言した（前記Ⅳ第２の３）。

4　もっとも，優越的地位の要件に関していえば，トイザらス事件審決では，被審人の優越的地位が認定された１２社との関係では，ガイドラインの４要素に関する事実のいずれについても消極的な評価が与えられていない。そのため，乙が甲の濫用行為を受け入れたという事実が優越的地位の認定にどの程度の影響を及ぼすのか，ガイドラインの４要素のうちどれかが欠ければ優越的地位が認定できないのかについては，同審決からの分析には限界があり，問題意識や論点，分析方法は検討できたが，最終的な結論は得られなかった。

また，課徴金賦課要件に関しても，「当該行為がなくなる日」（終期）の要件を争うことにより，複数の取引先に対する「売上額」又は「購入額」を一律に減じることを提言した。他方で，トイザらス事件審決や，他の事件の排除措置命令書等をみても，「当該行為がなくなる日」をどのような事実をもって認定しているのかは不明であったため，この点については，今回の検討の対象とすることができなかった。

以上のとおり，現時点では，優越的地位の濫用事件に関する判断はトイザらス事件審決しかなく，検討の範囲が限定されることになった。そのため，今回最終的な結論を得ることができなかった点については，さらに検討する必要性は残されている。この点のみならず，本論文で提言した内容の是非については，優越的地位の濫用の審判決例が蓄積されることを待ちつつ，今後，さらに検討を進めることにしたい。

以 上