

## 論 説

# 販売店契約における優越的地位の濫用—流通業者 の販売能力を超える仕入れの強制について

山 本 裕 子

- 一 はじめに
- 二 優越的地位の濫用に該当する可能性に関する検討
  - 1 優越的地位
  - 2 濫用行為
- 三 仕切売買によらない販売店契約試論
  - 1 返品特約条項の標準的附帯
  - 2 代理商
  - 3 問屋（取次ぎ）
- 四 おわりに

### 一 はじめに

日本型流通システムの特徴として、多段階性・多数性・零細性という点が挙げられてきた。1960年代以降、主要先進国において生じた流通革命を経て、百貨店化・チェーンストア化といった商業の大型化が進展する一方で、従来型の多数性・零細性とが共存する重層性をその特徴に加えたとも評価される。その結果、メーカー・卸売業者・小売業者による「リスク分散型」の流通システムが形成され、小売業者の売れ残り等の商品リスクを、メーカーや卸売業者が返品の引受けという形で分担し合うような相互依存関係が形成されていると指摘される。また、日本の流通システムが「多品種・少量・高頻度型」であることも指摘され、この特性は、多段階にわたる流通システム

において、売れ残りリスクを回避するための在庫管理を難しくしている可能性もあった<sup>1)</sup>。

いわゆる日本型の流通システムにおいては、原材料が製品化され、ユーザーとなる事業者や小売業者の手に渡るまでの間、原材料を加工するメーカーや加工をせず転売する卸売業者等の間で、連鎖的に売買契約が行われている。このようなシステムが構築されてきた背景には、製造業の大企業において下請け企業への依存度が高く、内製率が低いこと、商品の流通の過程における卸売業者の関与が大きいことが挙げられている。そして、形式的には売買契約の連鎖によって商品が流通しているのではあるが、当事者がそれぞれ独立して、売買契約の当事者としての法的義務を負担し、かつ、経済的リスク（在庫品についての価格変動リスク等）を負担するという典型的な形では行われ<sup>2)</sup>ない売買類型も少なくないことが指摘されている。

このような売買類型においては、商品供給者と流通業者（商品供給者から取引対象商品を仕入れて販売する卸売業者または小売業者をいう。）の間での取引上の地位に大きな格差が存在し、一方当事者が他方当事者に対して取引上優越した地位にある状況の下では、在庫・売れ残りのリスクを相手方に過剰に転嫁する可能性がある。商品供給者と流通業者との間で、売れ残りのリスクを相手方に過剰に負担させる行為は、一方当事者の取引上の地位が他方当事者に対して優越しているとき、優越的地位の濫用に該当するものとして独禁法上の問題を惹起する可能性がある。

このような独禁法上の問題は、流通業者の取引上の地位が商品供給者に優越している場合には、不当な返品という形態で現れ、商品供給者の取引上の地位が流通業者に優越している場合には、流通業者の販売能力を超えて購入させる行為<sup>3)</sup>という形態で現れる。このように流通業者が優越的地位にあり、

1) 小山周三「日本型流通システムの構造・行動・評価」『公正取引』467号4頁-6頁

2) 江頭憲治郎『商取引法〔第9版〕』弘文堂（2022年）1-2頁

3) 独占禁止法2条9項5号イに規定する購入強制には該当しない。

商品供給者に対する不当な返品が問題となる場合については、大規模小売業者等による納入業者に対する優越的地位の濫用事例<sup>4)</sup>においても少なからず見て取ることができ、「不当な返品に関する独占禁止法上の考え方」（返品ガイドライン<sup>5)</sup>）、「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」（以下、流通・取引慣行ガイドラインという<sup>6)</sup>）、「大規模小売業者による納入業者との取引における特定の不正な取引方法」（大規模小売業者特殊指定<sup>7)</sup>）、「『大規模小売業者による納入業者との取引における特定の不正な取引方法』の運用基準<sup>8)</sup>」などが公表されてきた。

他方、商品供給者が優越的地位にあり、流通業者の販売能力を超えて商品を引受けさせる行為は、商品供給者と流通業者との間の通常の売買取引の中に組み込まれて行われることとなり、典型的な優越的地位の濫用行為は異なる形態で現れることとなると指摘する見解もある<sup>9)</sup>。また、後述するように、在庫リスクの転嫁とは異なる目的をもって、相手方に対する自己の取引上の地位が優越していることを利用して行われる場合も優越的地位の濫用となる可能性がある。

本稿では、商品供給者の取引上の地位が流通業者に優越している場合に、流通業者の販売能力を超えて商品を購入させる行為について、主に在庫リス

- 
- 4) 例えば、トイザラス事件（公正取引委員会平成27.6.4.審判審決 審決集62巻119頁）、山陽マルナカ事件（公正取引委員会平成23.6.22.排除措置命令・課徴金納付命令 審決集58巻第1分冊193頁・312頁）、ラルズ事件（東京高裁令和3.3.3. 審決集67巻444頁）、アマゾンジャパンに対する確約計画の認定（令和2.9.10. 公正取引委員会ホームページ）などを挙げることができる。
  - 5) 「不当な返品に関する独占禁止法上の考え方」（昭和62.4.21.公表）は、大規模小売業者ガイドライン（注8参照）の公表に伴い廃止されている。
  - 6) 公正取引委員会「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」（平成3.7.11.公表 最終改正平成29.6.16.）
  - 7) 「大規模小売業者による納入業者との取引における特定の不正な取引方法」（平成17.5.13. 公正取引委員会告示第11号）
  - 8) 公正取引委員会「『大規模小売業者による納入業者との取引における特定の不正な取引方法』の運用基準」（平成17.6.29.公表 最終改正平成23.6.23.）
  - 9) 大澤一之＝安川兼史＝佐藤雅史「ビー・エム・ダブリュ株式会社から申請があった確約計画の認定について」『公正取引』849号89頁

クの負担という観点から検討を試みることにする。

## 二 優越的地位の濫用に該当する可能性に関する検討

いわゆる日本型の流通システムにおいては、メーカーや他の卸売業者から買い取った商品を転売する仕切売買の形をとりながら、商品供給者の販売チャネルとして系列化された「特約店」等と呼ばれる事業者が少なからず存在し、これらの事業者は経済的に商品供給者に依存していると指摘されている<sup>10)</sup>。このような状況の下で、商品供給者が在庫・売れ残りリスクを自ら負担することなく、流通業者に過剰に転嫁する行為は、流通業者の販売能力を超えて取引の対象となる商品を購入させる行為として行われる可能性があり、このような行為は優越的地位の濫用に該当する可能性がある。

### 1. 優越的地位

優越的地位にあるといえるためには、相手方の自由かつ自主的な判断による取引を妨げることができる地位にあることが必要であり、競争者との関係で優越した地位にあることそれ自体が問題とされるのではないとされる<sup>11)</sup>。優越的地位にあるか否かは、取引の相手方との関係で相対的に優越していることを基準とするため、取引の相手方ごとに優越的地位の有無を判断することとなる<sup>12)</sup>。

公正取引委員会が2010（平成22）年に公表し、2017（同29）年に改定した「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」（以下、優越的地位の濫用ガイドラインという）では、独禁法2条9項5号にいう「自己の取引上の地位が相手方に対して優越していること」と言えるためには、「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

10) 江頭憲治郎 前掲注2 280頁

11) 田中寿『不公正な取引方法—新一般指定の解説』（別冊NBL9号）89頁

12) 長澤哲也『優越的地位の濫用規制と下請法の解説と分析（第4版）』（2021年）商事法務81頁

手方との関係で相対的に優越した地位であれば足りる」とする。甲（行為者）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」をいう。乙が甲との取引を打ち切られたり、縮小されたりした場合に、乙の事業における甲との取引必要性が小さければ事業経営上大きな支障を来すとは考えられないので、それだけでは乙にとって甲が取引上優越した地位にあるとは認められない。他方、甲にとっては、自己に不利益な条件を受け入れない乙との取引を中止することで、乙に対してより大きな不利益を与えられる力を行使できるような状況でなければ、甲が乙に対して優越的地位にあるとはいえない。<sup>13)</sup>そこで、ガイドラインにいう「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」場合の一例としてこれに包含されることとなる。<sup>14)</sup>「相対的に優越した地位にある」とは、甲は取引先選択の自由を行使し得る立場にあるのに対して、乙は事業活動を継続していくために取引先を選び好みする自由が著しく制約された状況にある状況を指すものとなる。<sup>15)</sup>

「取引の相手方との関係での相対的優越性」に関する判断要素として、優越的地位の濫用ガイドラインでは、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の可能性、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的に考慮するものとしている。<sup>16)</sup>優越的地位の濫用ガイドラインにおいて掲げられる4つの指標には相互

13) 藤田稔「優越的地位の濫用規制に関する考察」『経済法の現代的課題 舟田正之教授古稀祝賀』（2017年）有斐閣383頁

14) 長澤哲也 前掲注12 87頁

15) 伊永大輔「優越的地位濫用の成立要件とその意義」『日本経済法学会年報』35号（2014年）有斐閣13頁

16) 優越的地位の濫用ガイドライン 第2「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」の考え方

に関連性があり得る。専売店、特約店といった形態で実質的に商品供給者の販売チャンネルに組み込まれている流通業者は、その売上げの多くを特定の商品供給者に依存しており、さらに、契約上競業避止義務を課されるなどしている場合には取引先転換も容易ではない。販売店契約を継続している間は、営業上の秘密保持といった観点から流通業者の競業行為に対して一定の制約を課することが正当化され得るとしても、販売店契約終了後も長期にわたって競業避止義務を課するような行為を市場における有力な事業者が行う場合には、排他条件付取引（一般指定11項）や拘束条件付取引（一般指定12項）にも該当する可能性がある。例えば、流通・取引慣行ガイドラインでは、市場における有力なメーカーが、流通業者に対し、競争品である輸入品など特定の商品または特定事業者の商品の取扱いを制限する条件を付けて取引することが拘束条件付取引に、市場における有力なメーカーが、流通業者に対し、取引の条件として自社商品のみを取扱いを義務付けることが排他条件付取引に該当するおそれがあるとする<sup>17)</sup>。自己の競争者と取引しないこと等は契約等で取り決められている場合に限られず、何らかの人為的手段によりその実効性が確保されている場合も含むとされる。例えば、競争品を取扱った場合には取引を停止する、その旨を通知したり示唆したりする場合が想定されている<sup>18)</sup>。

- 17) 公正取引委員会「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第1部 取引先事業者の事業活動に対する制限 第2 非価格制限行為 2 自己の競争者との取引等の制限 (1) 取引先事業者に対する自己の競争者との取引や競争品の取扱いに関する制限
- 18) 佐久間正哉編著『流通・取引慣行ガイドライン』商事法務(2018年)112頁。なお、フランチャイズ契約においては、本部が加盟者に対して、特定地域で成立している本部の商権の維持、本部が加盟者に対して供与したノウハウの保護等に必要範囲を超えるような地域、期間又は内容の競業禁止義務を課することが優越的地位の濫用に該当するものとされる。(公正取引委員会「フランチャイズ・システムに関する独占禁止法上の考え方」(平成14.4.24.公表 令和3.4.28.最終改正) 3 フランチャイズ契約締結後の本部と加盟者との取引について (1) 優越的地位の濫用について ア (契約終了後の競業禁止) 参照)
- フランチャイズ契約については本稿では紙幅の都合から取り扱わないこととする。

また、取引上の優越的地位は相手方との関係による相対的地位であるのに対して、市場支配的地位は市場における絶対的地位であるが、ある事業者が、その意思である程度自由に、価格、品質、数量等の取引条件を左右することが可能である（東宝・スバル事件<sup>19)</sup>）ということは、大多数の取引の相手方は、たとえ自己にとって不利益な取引条件の設定・変更であったとしても、優越的地位の濫用ガイドラインにいう取引先変更の可能性が少ない、あるいはないために当該事業者との取引関係を継続せざるを得ない状況にあることとなり、市場支配的地位にある事業者は、このような取引相手との関係で優越的地位にもあるということができるとされる。このような状況から、取引先変更の可能性が最も重要であると指摘する見解もある<sup>20)</sup>。

BMW 確約事件では、ディーラーの大部分は、その売上高の大部分がBMW 車両の販売に係る事業によって占められていたこと（取引依存度が高いこと）が確約計画の公表文<sup>21)</sup>において示されているが、BMW がディーラーに対して優越的地位にあった旨の記載はない。担当官解説によれば、ディーラーは日本国内に約60社あるが、公取委がBMW に対して本件違反被疑事実について通知を行う時点では、BMW の各ディーラーに対する取引上の地位を個別に認定していなかったためであるとされる。しかし、公表文にあるとおり、大部分のディーラーはBMW との取引依存度が高かったこと、また、BMW 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状況にあると認識していたことなどを踏まえると、BMW は当該ディーラーに対して優越的地位にあったものと考えられるとしている<sup>22)</sup>。

19) 東京高裁昭和26.9.19.判決 審決集3巻166頁

20) 泉水文雄『独占禁止法』有斐閣（2022年）504頁注198

21) 公正取引委員会「ビー・エム・ダブリュー株式会社から申請があった確約計画の認定について」（令和3.3.12.）公正取引委員会ホームページ

22) 大澤一之＝安川兼史＝佐藤雅史 前掲注9 87頁。なお、大部分のディーラーの取引依存度が高かったとされているものの、残りのディーラーとの関係ではBMW が優越的地位にあったといえず、行為の相手方を限定する必要があると指摘する見解がある。（秋葉健志「優越的地位の濫用を違反被疑行為とする確約計画が認定された事例—ビー・エム・ダブリューの確約計画」『ジュリスト』1562号7頁）

他方、新聞業における特定の不公正な取引方法（以下「新聞特殊指定」という）においては、新聞発行業者が新聞販売店に対して優越的地位にあることについて特段の説明はなく、新聞発行業者が新聞販売店に対して優越的地位にあることを当然の前提として見受けられる<sup>23)</sup>。ただし、実際に排除措置を命じるにあたっては、新聞発行業者が取引上優越的地位にあることが認定されている。

2009（平成21）年改正前の独禁法2条9項の下での事例ではあるが、北國新聞社事件<sup>24)</sup>においては、被審人である北國新聞社が石川県における一般日刊新聞の総発行部数の大部分（担当官解説によれば市場占有率は約63%である）を占めていること（市場における有力な地位）、新聞販売店のほとんどは、中小規模の新聞販売業者であり、北國新聞の販売に伴う収入が平均して総売上げの80%を占める<sup>25)</sup>など北國新聞に依存して事業を行っていること（取引依存度）から、北國新聞が策定する販売方針に従わない新聞販売店に対し、新聞販売店に対する卸売価格、各種補助金の支給基準等の取引条件の設定にあたり、不利益を課すことができる立場にあるとして、北國新聞社が新聞販売店に対して取引上優越的地位にあることを認定している。

なお、新聞発行業者による押し紙が不法行為に当たるとして新聞販売店による損害賠償請求を認めた佐賀地裁判決<sup>26)</sup>では、新聞発行業者が新聞販売店に対して取引上優越的地位にあることについて認定することなく、新聞特殊指定3条2項にいう「自己の指示する部数を注文させ」る行為に該当するかについて検討し、販売店による注文部数の設定には被告である新聞発行業者による指示があったこと、販売店に大量の残紙があることを認識しつつ、自己の指示する部数を販売店に注文させたことに正当かつ合理的な理由は認めら

23) 根岸哲編著『注釈独占禁止法』有斐閣（2009年）492頁〔根岸哲〕

24) 公正取引委員会平成10.2.18.勧告審決（平成9年（勸）第26号）審決集44巻358頁

25) 山木康孝「新聞業における特殊指定の法適用について（株式会社北國新聞社による独占禁止法違反事件）」『公正取引』571号65-66頁

26) 佐賀地方裁判所令和2.5.15.判決（平成28年（ワ）第249号）審決集67巻629頁



れないことから、新聞発行業者の新聞販売店に対する行為は、独禁法違反（押し紙）に該当すると結論付けている。

後述するように、流通業者の販売能力を超える仕入れを強制することによって、過剰に在庫リスクを負担させる行為は、通常取引に組み込まれて行われる点が特徴的であり、このような行為を濫用行為とする前提として、商品供給者が優越的地位にある必要がある。そして、「取引の相手方との関係で相対的に優越した地位」にあれば足りると解されていることから、相手方となる流通業者を特定し、商品供給者が当該相手方との関係で優越した地位にあることを認定することが必要となる。

## 2. 濫用行為

独禁法2条9項5号イ乃至ハに列挙されている行為が濫用行為となる。濫用行為は相手方に不利益となるものであって、継続して取引する相手方に対して行う購入強制（2条9項5号イ）、および経済上の利益の提供要請（2条9項5号ロ）に加えて、包括的一般条項として、「その他取引の相手方に不利益となるように取引上の条件を設定し、若しくは変更し、又は取引を実施すること」を規定している。

独禁法2条9項5号イに規定される購入強制は、相手方との本来の取引に係る商品等以外の商品等を購入させることとされ、取引対象商品等とは別の商品を購入させることは抱き合わせ販売（一般指定10項）に該当する可能性もある<sup>27)</sup>。継続的に取引をする役務（金融サービス）の買い手に対して、売り手が、自己の取引上の地位が優越していることを利用して行った購入強制として、金融機関が融資先の事業者に対して、両建預金を要求したり（岐阜商工信用組合事件）、金利スワップなどの金融商品の購入を強制したり（三井住友銀行事件<sup>28)</sup>）した事例などが見受けられる。<sup>29)</sup>

---

27) 長澤哲也 前掲注12 301-302頁

28) 最高裁昭和61.11.10.判決 審決集35卷125頁

また、流通・取引慣行ガイドラインでは、市場における有力な商品供給者が流通業者に対して、その販売能力の限界に近い販売数量の義務付けを行うことで競争品の取扱いを制限する場合には、商品供給者の競争者の取引機会を減少させるなど、市場閉鎖効果が認められる場合には、拘束条件付取引（一般指定12項）に該当する可能性もありうると指摘する<sup>30)</sup>。

これに対して、商品供給者が本来の取引対象である商品を相手方（流通業者）にとって必要な量を超えて購入させる行為は、相手方に不利益となるように取引の条件を設定する行為（独禁法2条9項5号ハ）に該当するものとされる。正常な商慣習に照らして不当な不利益とは、あらかじめ計算できない不利益、あるいは、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を指すものと考えられている<sup>31)</sup>。取引の相手方が得る利益を「直接の利益」に限定し、将来の取引が有利になるといった間接的な利益や、実現性が乏しく予め計算できない偶発的・不確実な利益はこれに含まれないものとする公取委の見解が示されている<sup>32)</sup>。取引の相手方に対して何らかの不利益行為を行った場合に、その代償となるものが発生するか、発生するとして当該不利益行為の負担に見合うものであるかが不明確であれば、取引の相手方としては、このような要請に応じるか否かを事前に判断することができず、予め計算できない不利益や合理的範囲を超える負担

29) 公正取引委員会平成17.12.26.勧告審決（平成17年（勧）第20号）審決集52巻436頁

30) 流通取引慣行ガイドライン第1部 取引先事業者の事業活動に対する制限 第2 価格制限行為 2 自己の競争者との取引等の制限 (1) 取引先事業者に対する自己の競争者との取引や競争品の取扱いに関する制限 イ [5] 市場における有力なメーカーが、取引の条件として流通業者の取扱能力の限度に近い販売数量の義務付けを行うことによって、競争品の取扱いを制限すること

31) 伊永大輔 前掲注15 18頁

32) 例えば、優越的地位の濫用ガイドライン 第4 優越的地位の濫用となる行為類型 2 独占禁止法2条9項5号ロ (1) 協賛金等の負担の要請 ア (注9) (2) 従業員等の派遣の要請ア (注12) 3 独占禁止法2条9項5号ハ (2) 返品 イ (注23) では、「直接の利益」について、売れ残っている商品を回収して新商品を納入したほうが取引の相手方の売り上げ増加となるような場合など実際に生じる利益をいい、将来の取引条件が有利になるというような間接的な利益を含まないとして、「直接の利益」を限定的にとらえている。

を負うことを余儀なくされることから、「直接の利益」の有無は客観的に検証できる事情によって判断しなければならないとされている。<sup>33)</sup>

このような見解に対しては、とくに継続的な取引関係にある取引相手については、その対象を限定することの合理性に疑問を呈する見解もある。独禁法2条9項5号イおよびロに規定される場合とは異なり、同号ハに規定される行為は、継続して取引する相手方に対して行うことを要件とはしていない。しかし、販売店契約などによって特定の商品供給者の販売チャンネルに組み込まれているような流通業者は、継続的な取引関係の中で、不当な不利益を受け入れざるを得ない状態に置かれている。しかし、継続的取引においては、取引当事者は相互にギブ・アンド・テイクの関係にあり、その一部のみを切り出して、断片的に経済合理性の欠缺を問題視することは、全体として合理的な継続的取引自体を排除措置命令等によって消滅させてしまうことが懸念され、濫用行為には当たらないという事業者側の反証を慎重に検討する必要があると指摘している。<sup>34)</sup>

本来の取引に係る商品を購入させる行為は、商品供給者と販売業者との間の通常の売買取引の中に組み込まれて行われることとなり、典型的な購入強制である独禁法2条9項5号イに該当する場合とは異なって、買い手にとってはそれ自体が不必要なものと言い難く、必要とされる量を超えるものであるかは客観的に明確ではないと指摘される。さらに、販売業者が自らの営業努力によって結果的に十分な利益を得て完売することができたような場合には、販売業者が合理的な範囲を超える不利益を受けたとは認められない可能性もある。そこで、販売業者において売れ残りが生じるなど、不利益が顕在化する場合には、本来の取引に係る商品を購入させる行為が濫用行為に該当することとなると考えられる。<sup>35)</sup>

---

33) 長澤哲也 前掲注12 150-151頁

34) 藤田稔 前掲注13 385頁

35) 長澤哲也 前掲注12 171頁

このような行為が行われる背景としては、販売業者に不当な不利益（過剰な仕入れによる損失）を負担させながら、商品供給者の利益を増大させる目的とする場合と売れ残り・在庫リスクを販売業者に転嫁することを目的とする場合とが想定される。さらに、販売業者がこのような不利益を受け容れてきた事情として、このような過剰な仕入れによる負担に対する見返りが提供される、あるいは、負担を上回るとまでは言えないが負担を相殺する程度の実取上のメリットが期待できるといった消極的な正当化事由が存在していた可能性もあり得る。

BMW 確約事件では、継続的に取引しているディーラーのうちの大部分のディーラーに対して、BMW 新車について当該ディーラーのこれまでの販売実績等から見て当該ディーラーが到底達成することができない販売計画台数を策定し、当該ディーラーと十分に協議することなく販売計画台数を合意させるとともに、当該販売計画台数を達成させるために、当該ディーラーが BMW 新車を販売する上で必要となる事業用車両の台数を超えて、BMW 新車を当該ディーラーの名義で新規登録すること（以下、政策登録という）を要請していた<sup>36)</sup>。BMW による政策登録の要請に従うこととなったディーラーは、自社の事業に必要な新車を自社登録する際に、当該車両の仕入費用や当該車両の新規登録時に必要な登録関係手数料、自動車税等の各種税金、保険料等の諸費用を負担し、いったん自社登録された車両を販売する場合には、中古車として販売せざるを得ないところ、中古車の販売価格は新車の販売価格よりも相当程度低くなってしまいうため、当該ディーラーは、政策登録後に当該車両を販売できたとしても、中古車として販売できるまでに期間を要した場合には、その期間における当該車両の管理費用を負担しなければならず、当該車両の売上げによって政策登録のための費用を賄うことができなかったものと指摘される。その一方で、BMW は政策登録の要請に従って

36) 公正取引委員会 前掲注21

たディーラーに対して一定程度のリベートを支給しており、政策登録のために自社登録した車両をディーラーが中古車として販売した際の売上げとBMWから支給されたりべートによって、政策登録のための費用を賄うことができた場合もあったようであると指摘されている。そのため、違反被疑行為によってもディーラーが必ずしも経済的損失を被るわけではない場合も想定されると指摘される<sup>37)</sup>。

新聞販売店に対する押し紙に関しては、新聞特殊指定において、① 販売店が注文した部数を超えて新聞を供給すること（3項1号）、②販売店からの減紙の申出に応じない方法により新聞を供給すること（3項1号括弧書き）、③ 販売店に自己の指示する部数を注文させ当該部数の新聞を供給すること（3項2号）、によって新聞販売店に不利益を与える行為が優越的地位の濫用にあたるものとされる。「新聞販売店に不利益を与えること」とは、新聞特殊指定3項1号および2号に該当する行為によって、正常な商慣習に照らして適当と認められる予備紙等を含めて、新聞販売店が真に必要な部数を超えた新聞が有償で供給される場合には、当然に新聞販売店に不利益が生じると考えられると解されている<sup>38)</sup>。新聞発行業者がこのような押し紙を行う背景には、新聞発行部数を水増しすることによる売上げの増加に加えて、ABC公査<sup>39)</sup>で認定された新聞発行部数に基づいて広告料金が決定されることから、広告料金を増加させる意図もあると佐賀新聞事件では指摘している。

北國新聞社事件および佐賀新聞社事件においては、新聞発行業者が自己の指示する部数を新聞販売店に注文させ、当該部数の新聞を供給することに

---

37) 大澤一之＝安川兼史＝佐藤雅史 前掲注9 89頁。

38) 山木康孝「『新聞業における特定の不正な取引方法』の全部改正について」『公正取引』587号52頁

39) ABC公査とは、一般社団法人日本ABC協会の考査委員により、新聞については2年に1回、発行業者を訪ね、売上げ（販売店・取次会社）・費用（制作・配布）から報告された部数を確認する帳簿調査である。ABC公査で認定された新聞発行部数に基づいて広告料金が決定される。

よって新聞販売店に不利益を与えたこと（新聞特殊指定3項2号）が優越的地位の濫用に該当するものとされている。北國新聞社事件では、押し紙を受入れた販売店に対して何らかの経済的な見返りが与えられていたといった事情は、認定されていない。しかし、過去においては、新聞販売店は押し紙の負担分を折込広告料でカバーすることができたといわれていた<sup>40)</sup>。例えば、押し紙が不法行為を構成するかを争った事件では、新聞社との取引部数が増えるとそれに伴って販売店が受領する折込広告料が増えたり、新聞発行者からの奨励金が増えたりすることなどを理由に新聞販売店が押し紙を受入れてきたとして、不法行為性を否定される事例があると指摘されている。また、岐阜新聞事件<sup>42)</sup>では、「販売店が受け取る折込広告料は、原告（販売店）の被告（新聞発行者）に対する注文部数の実績によって多寡が定まることが認められ、たとえ『押し紙』があったとしても、販売店に利益が出ることを認められる」と判示し、新聞販売店は「『押し紙』と知りながら代金を支払ったのは、折込広告料や奨励金等の事情も考慮した上で、自ら決断して行ったことであって、その決断については、原告が自己責任を負わなければならない」として新聞発行者による押し紙は不法行為にはあたらないとしている。これに対して、佐賀新聞事件では、「被告（新聞発行者）は、成績不振を隠したいなどの理由により、原告（新聞販売店）が自ら過大な注文をした可能性を指摘する。しかし、販売成績不良が販売店契約の解除原因になるとはいえ、上記（仕入れ部数が増えることにより折込広告収入が増えるもの

40) 諏佐マリ「佐賀新聞押し紙事件判決の検討」『公正取引』841号82頁注22

41) 位田浩「山陽新聞『押し紙』訴訟判決の報告」『消費者法ニュース』110号60頁。なお、ここで紹介されている岡山地裁平成23.3.15.判決（判例集未登載）では、新聞の発行部数を増やすことは新聞発行者の経営の根幹をなすことから、被告（新聞発行者の子会社で新聞販売店との間で新聞販売委託契約を締結している新聞販売会社）が発行部数の増加という新聞発行者の目的を理解し、それに沿う方針で経営をしていたとは考えられるが、押し紙を事実上強制するものと評価されるような違法行為をして発行部数を増加させることが新聞発行者の方針であったとは認められないとして、新聞発行者の不法行為責任はないとしながら、本件の事実関係の下では、「押し紙を事実上強制したと評価できる場合」にあたるものと判断しているようである。

42) 岐阜地裁平成14.1.31.判決裁判所ウェブサイト

の、購読料を得ることができない新聞の仕入れが増えれば損害が拡大する：筆者注記)のように負担が大きい余剰な新聞の仕入を借金を繰り返してまでする動機としては不十分である」と指摘し、「被告は、販売店に大量の残紙があることを認識していたから、自己の指示する部数を原告に注文させたことに正当かつ合理的な理由は認められない」として、「被告は、原告に経済的な不利益を与えたと認められる」ことから、被告の行為は独禁法違反(押し紙)に該当すると判断している。

本来の取引に係る商品を購入させる行為が独禁法2条9項5号ハに該当し、優越的地位の濫用となるかについては、取引当事者間の利益バランスを考慮して「不当な不利益を与える」行為であるかについて判断する必要がある反面、公正取引委員会の排除措置命令において、間接的・偶発的・不確実性のある利益の有無といった個別の事情を含めて判断することは困難であろうと考えられ、確約計画<sup>43)</sup>の認定による契約条件の見直し、あるいは、差止請求訴訟などの民事的救済が有効な場合もありうる。

### 三 仕切り売買によらない販売店契約試論

川上の事業者から買い取った商品を転売する仕切売買の形をとりながら、商品供給者の販売チャネルとして系列化される特約店は経済的に商品供給者に従属しているとも指摘される<sup>44)</sup>。流通業者の販売能力を超えて商品の購入(仕入れ)を強制される形で、通常取引に組み込まれて取引上の優越的地位を濫用する行為が行われるのであれば、実際には、販売代理店等の名称を付していても、商法上の代理商として機能している流通業者は少ないのではあるが、独立した事業者間の仕切売買という販売店契約の形態を、企業(商品供給者)の補助者として再構成することは不可能であろうか、以下で検討

---

43) 公正取引委員会 前掲注21 4 確約計画の概要 (4) ウ乃至オ 公正取引委員会ホームページ

44) 江頭憲治郎 前掲注2 280頁

を試みることにする。

### 1. 返品特約条項の標準的附帯

販売業者による売れ残りリスクの負担を軽減する手法として、売買契約に返品特約を標準的に附帯させることが考えられる。このような特約を附帯する契約は、アパレル業などで行われているとされている<sup>45)</sup>。

この点に関連して、販売店契約を締結するにあたって、流通業者において未販売品、賞味期限切れ品等の余剰が生じた場合には商品供給者が余剰品を引受ける旨の条項（返品条項）を附帯していたが、商品供給者が返品の受け入れを拒絶し、流通業者が販売代金の返還と余剰品の保管料の支払いを求めて争った事例<sup>46)</sup>がある。この事例で商品供給者は、流通業者が販売店契約に基づき販売促進活動を行うべき義務を怠った、流通業者の発注に過失があり過剰に発注された等と主張したが、これらの主張は認められなかった。この事例については、販売代理店である流通業者が販売不振によるリスクを負わないこととなるため、真摯な販売調査や営業努力を怠るといったモラルリスクを誘発する危険性があると指摘する見解もある<sup>47)</sup>。そこで、販売数量に関する契約条項については、目標とされる数量を達成できない場合のペナルティを定められる可能性もありうる<sup>48)</sup>。

さらに、新聞や生鮮食料品など市場において商品価値を保持できる期間が短く、返品によって売れ残りリスクを回避できない商品もあり、販売店契約に返品条項を附帯させる方式によって、販売能力を超える仕入れを強制されるおそれから流通業者を保護する手段としての効果は限定的なものとなるであろう。

45) 江頭憲治郎 前掲注2 2-3頁

46) 東京地判平成20.5.14.判例時報2013号147頁

47) 行澤一人・本件判批・私法判例リマークス2009（下）68頁

48) 江頭憲治郎 前掲注2 286頁



## 2. 代理商

代理商とは、商人のためにその平常の営業の部類に属する取引の代理または媒介を行う者であって、その商人の使用人ではない者をいう（商法27条）。商品供給者から買い取った商品を転売する仕切売買の形をとりながら、商品供給者の販売チャンネルとして系列化された流通業者は、経済的には商品供給者に従属し、その法的地位は代理商に類似する点が多いと指摘される<sup>49)</sup>。

本人（商品供給者）と代理商（流通業者）との関係は、代理商契約の定めるところによる、商行為の代理を行う締約代理商の場合には、代理商契約の性質は委任（民法643条）となるのに対して、媒介を行う媒介代理商の場合には、商人のために事実行為である媒介の委託を受けることとなるので、代理商契約の性質は準委任（民法656条）となる<sup>50)</sup>。仕切売買を行う販売店という形態の流通業者は、前者に近い存在となろうが、商品供給者の代理人として、商品供給者の名において、従来の流通業者の顧客との間で売買契約を締結することとなる。流通業者が商品供給者の代理商となった場合には、代理であれ、媒介であれ、相手方との売買契約等の効力は本人たる商品供給者との間で生ずることとなる。したがって、売れ残り等による在庫リスクを流通業者が負担することはなく、流通業者は、本人たる商品供給者に対して手数料としての報酬を請求することとなる（商法512条<sup>51)</sup>）。代理商契約を締結した後、当初約定した代理店手数料を不当に減額するような場合にも、優越的地位の濫用に該当するおそれがある。代理商たる流通業者は、本人たる商人である商品供給者に対して、委任関係に基づく善管注意義務（民法644条）を負い、取引の代理または媒介の後には遅滞なく通知する義務を負っている（商法27条）。

さらに、代理商となった場合には、競業避止義務を負う。代理商の競業避

---

49) 江頭憲治郎 前掲注2 280頁

50) 青竹正一『商法総則・商行為法』信山社（2019年）138頁

51) 青竹正一 前掲注50 145頁

止義務は、本人たる商人と代理商との利益衝突を防止する趣旨で定められているが、商業使用人である支配人が職務専念義務を負い、商人の許可を受けずに「自ら営業を行うこと」そのものを禁止される（商法23条1項1号）のに対して、代理商は独立の商人であるため、商人の許可を受けずに、競業取引となる「商人の営業の部類に属する取引」をすることはできない（商法28条1項1号）。代理商のみならず営業譲渡（商法16条）等においても競業禁止義務が定められているが営業譲渡においては、「同一の営業」を意味するとされる。具体的に何が同一の営業に含まれるかは、「第三者の新規参入によって脅かされることはないが、競業禁止義務を負う者の競業によって脅かされてしまう」という性質を有する超過収益力を侵害する、あるいは侵害するおそれのある営業がこれにあたると解され、通常は、「営業の部類に属する取引」と同様に、仕入れ先や得意先が重複する営業がこれにあたると解されている。代理商たる流通業者が、「自己のために」本人たる商人（商品供給者）の営業の部類に属する取引を行う場合として、いわゆる仲間取引が考えられる。仲間取引とは、同一の取引段階に属する主に卸売業者等の中間業者同士の取引をいう。流通業者が、自己と同一の取引段階に属する他の流通業者に対して、商品供給者になり代わって商品を供給することは、本人たる商人である商品供給者の営業の部類に属する取引を、自己のために行っていることとなる。流通・取引慣行ガイドラインでは、このような仲間取引について、取引先の選定に制限を課すものであり、その制限の形態に照らして販売段階での競争制限に結び付く可能性があり、これによって価格維持効果が生じる場合には、不公正な取引方法（拘束条件付取引）に該当するとして<sup>52)</sup>る。このような行為が価格維持効果を持つのは、例えば、SCE事件のよう<sup>54)</sup>

52) 津野田一馬「講座：商法総則・商行為法の現代化に向けて—第5回 営業譲渡における競業禁止義務」『法学教室』503号90頁。例えば、新規参入を企図する第三者には容易に模倣することはできないが、営業譲渡人などの競業取引の制限を受けるべき者には模倣することが可能な、秘伝のレシピ等のノウハウや仕入れ元など有力な取引先との関係性などを指すとされる（津野田 同87-88頁）。

に市場における有力な事業者が行っている、製品差別化が進行している、あるいは、ブランド間で協調的行動がなされブランド間競争が弱い、といった状況にある市場にいる事業者が仲間取引を行う場合であろうと指摘される。ただし、流通・取引慣行ガイドラインでは、仲間取引の禁止について、原則として価格維持効果があるという立場をとっていないと解されている<sup>55)</sup>。

競業避止義務は、代理商が「第三者のために」本人たる商人の営業の部に属する取引を行うことも制限するものであり、本人たる商人と位置付けられる商品供給者が、流通業者に対して、競争者の商品を取扱うことを制限することも想定されるが、このような競業避止義務を代理商契約に含むことは独禁法上の問題を生じさせる可能性が指摘されている<sup>56)</sup>。有力な商品供給者が、代理商たる流通業者に対して競争品の取扱い制限を課すことによって、商品供給者の競争者に対する市場閉鎖効果が認められるような場合には、このような制限は独禁法違反となる可能性がある。流通・取引慣行ガイドライン<sup>57)</sup>において、市場における有力な事業者が取引先事業者に対して、① 自己または自己と密接な関係にある事業者の競争者と取引しない条件を付けて取引する行為が排他条件付取引または拘束条件付取引に、② 自己または自己と密接な関係にある事業者の競争者との取引を拒絶させる行為が単独の間接取引拒絶に、③ 自己または自己と密接な関係にある事業者の商品と競争関係にある商品の取扱いを制限するよう拘束する条件を付けて取引する行為が排他条件付取引または拘束条件付取引にあたるおそれがあるとしている<sup>58)</sup>。代理商が「第三者のために」行う競業取引が独禁法に抵触することとなる場合

53) 流通・取引慣行ガイドライン第1部 取引先事業者の事業活動に対する制限 第2 非価格制限行為 4 流通業者の取引先に関する制限 (1)

54) 公正取引委員会平成13.8.1. 審判審決 審決集48巻3頁

55) 泉水文雄 前掲注20 483頁

56) 江頭憲治郎 前掲注2 286頁。ただし、江頭教授は、独占禁止法違反というだけでは私法上当然に無効となるものではないとしている(江頭 同285頁)。

57) 第1部取引先事業者の事業活動に対する制限 第2 非価格制限行為 2 自己の競争者との取引の制限

58) 佐久間正哉 前掲注18 112頁

には、商法が本来想定している代理商と本人たる商人との利益相反の防止よりも、市場において有力な地位にある商人（商品供給者）が、流通業者に対して競争品の取扱い制限等の事業活動に対する不当な拘束を課すことにより、本人たる商人（商品供給者）の競争者の取引の機会を減少させる市場閉鎖効果が生じることが問題となるような状況と考えられる。

さらに、相手方となる代理商（流通業者）に対して、取引の相手方を制限し、特定の商品供給者のみとの取引を義務付けるような場合には、取引先に対して、十分な取引量を約束する場合や何らかの代償措置を講じて合意をする必要があり、取引先の制限によって相手方が被る不利益の大きさに照らして著しく均衡を失っているような場合には、相手方（流通業者）の自由かつ自主的な判断に基づいてこのような不利益条項に応じたとは認められず、優越的地位の濫用にあたる可能性も指摘される<sup>59)</sup>。

また、商法は、代理商契約の期間中、代理商が競業避止義務を負うことおよび競業避止義務に違反した場合の損害額の推定についての規定（商法28条）を置いているが、代理商契約の終了後については私的自治に委ねており、代理商契約終了後、長期間にわたって代理商の競業取引を制限するような特約も、公序良俗に反しない限りは有効であると指摘する見解もある<sup>60)</sup>。なお、営業譲渡の場合、譲渡人の競業避止義務は原則として20年（商法16条1項）、上限は30年（同2項）と定めている。あまりに長期間にわたる競業避止義務を課すことは競争制限となり、消費者の利益を損なうことが指摘されている<sup>61)</sup>。

代理商契約には、競業避止義務を具体化する競争品の取扱い制限のほか、販売地域の割当て等が定められることがあるが、これについても、拘束条件付取引など独禁法上の問題を惹起する可能性がある。

59) 長澤哲也 前掲注12 315頁

60) 洲崎博史「代理商・仲立人・問屋—取引仲介業の規整」『NBL』935号42頁

61) 津野田一馬 前掲注52 90頁注36

流通業者を商品供給者の代理商と位置付けた場合、販売能力を超える仕入れを強制されるといった合理的な範囲を超える在庫リスクの負担からは解放される可能性がある反面、仕切売買を行う独立した流通業者と比べて、流通業者の事業活動に対する制約が大きくなる可能性がある。さらに、代理商契約の内容次第では、価格維持効果が生じる場合には、取引の対象となる商品についてブランド内競争を減殺し、商品供給者の競争者との間での公正な競争を阻害するおそれのある行為が行われる可能性もある。

### 3. 問屋（取次ぎ）

問屋とは、「自己の名をもって他人のために物品の販売又は買入れをすることを業とする者」をいう（商法551条）。「自己の名をもって他人のために」とは、売買契約などの法的な権利・義務の主体となるのは問屋自身であるが、経済的損益は他人に帰属させて法律行為を行う取次ぎ（商法502条11号）を行うことをいう。問屋は、委託者から商品の販売を受託し、商品の所有権を委託者に留保したまま商品の引渡しを受け、当該商品を第三者に販売し、その時点で販売代金を委託者に引渡すという販売形態をとっている。そのため、第三者との間の取引は委託者自身の危険負担と計算において行われ、受託者である問屋は、委託者と相手方である第三者との間で取次ぎを行うにすぎず、商品の所有権も委託者に留保されるため、販売能力を超えて在庫リスクを負担することはない。このような取引形態は、返品率が高い商品について、卸売業者や小売業者が仕切売買ではなく、委託販売を引受ける場合があるといわれている<sup>62)</sup>。委託者たる商品供給者と問屋である流通業者との関係は、代理および委任に準じて取り扱われることとなる（商法552条2項）。

問屋は委託者の指図に従うことが必要とされており、委託者が販売または買入れについて指値（特定の価格未満では販売をしないという最低価格の指

---

62) 洲崎博史 前掲注60 40頁

示、または、特定の価格を超える価格での買入れをしないという最高価格の指示)をした場合に、指値よりも廉価で販売したとき、または、指値よりも高価で買入れたときには、委託者は、当該売買を自己のためにされたと認めることを拒絶することができる(商法554条)<sup>63)</sup>。委託者である商品供給者が問屋である流通業者に対して販売価格等を指示する行為については、流通業者が単なる取次ぎとして機能しており、実質的に見て委託者が販売していると認められる場合には、委託者による販売価格の指示は通常、再販売価格の拘束にはあたらないとされている<sup>64)</sup>。

また、流通業者を問屋と位置付けた場合には、相手方たる第三者による代金の不払いがあったときには、受託者である流通業者が負担しなければならない(商法553条本文)。

流通業者を商品供給者の取次ぎを行う問屋の一種と位置付けた場合には、取引の対象となる商品の所有権が商品供給者の下に留保された状態で顧客である第三者との取引が行われることとなり、販売能力を超える仕入れを強制されるなどして不合理な売れ残りリスクを負う危険性は回避できる。しかし、商品供給者による販売価格の指示(指値)が可能になるため、取引の対象となる商品のブランド内競争が減殺される可能性もある。

#### 四 おわりに

商品供給者とその販売チャネルに組み込まれた流通業者との間では、形式的には独立の事業者間の仕切売買を行う継続的契約関係が成立している。ただ、本稿で検討してきたように、特定の商品供給者からの売上げに依存し、取引先の転換も容易ではない流通業者に対して、自己の販売能力を超えるよ

63) 江頭憲治郎 注2 264頁

64) 村上政博編『条解独占禁止法〔第2版〕』弘文堂(2022年)172頁。例えば、パナソニックは、値引きの原資となる販売奨励金を削減し、量販店からの返品に応じる代わりに、価格を指定する取引形態の導入を進めている(日経MJ(流通新聞)2022.9.14)。

うな数量の仕入れを余儀なくさせることは、優越的地位の濫用に該当する可能性がある。優越的地位の濫用は、いわば、一方当事者が他方当事者に無理難題を押し付ける行為類型であり、本質的には私人間で解決されるべき問題ということもできる。<sup>65)</sup>しかし、相手方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ような当事者が、取引を継続している間は、民事訴訟を提起することは期待し難く、公正取引委員会による独禁法適用（排除措置命令）の意義があるということもできる。<sup>66)</sup>

ただし、本稿で問題としているような、流通業者の販売能力を超える数量の仕入れを余儀なくさせる行為は、当事者間の通常取引に組み込まれて行われるため、正常な商慣習に照らして、個別の事情を勘案したうえで、不当な不利益を与える行為であるかを判断する必要がある。その際には、商品供給者の側から提供されてきた見返り等が、場合によっては付加的なサービスの提供として商品供給者にとっての競争手段となっている可能性も否定できず、競争に対する過剰規制とならないように、排除措置命令などにおいても配慮される必要があろう。<sup>67)</sup>さらに、当事者間の利益バランスを考慮するにあたり、取引の相手方（流通業者）が過剰な仕入れを受け入れる見返りとして得た利益は、「直接の利益」に限定されると解されている反面、継続的な取引関係にある当事者の間では、将来の取引が有利になるといった間接的・偶発的・不確実な利益も含めて、比較衡量されている可能性がある。このような実態に配慮した問題解決の手法としては、確約計画の認定による契約条項の見直しにも一定の有効性が認められるであろう。例えば、BMW 確約事件では、BMW とディーラーとの間における BMW 新車の通常の売買取引のあり方を具体的に変更するための措置を命じており、過去の多くの優越的地位の濫用事案における排除措置命令主文で命じられた措置とは異なったものと

---

65) 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課題」『ジュリスト』1442号17頁（長澤哲也）

66) 白石忠志＝長澤哲也＝伊永大輔 前掲注65 30頁（長澤哲也）

67) 白石忠志＝長澤哲也＝伊永大輔 前掲注65 17頁（伊永大輔）

なっているとされる<sup>68)</sup>。

また、流通業者が商品供給者の販売チャンネルに組み込まれ、経済的に依存している実態をとらえて、流通業者を企業の補助者たる代理商や取次ぎと位置付けた場合、たしかに、販売能力を超える仕入れにより在庫リスクを負担する危険性からは免れられる反面、拘束条件付取引に該当するような不当な拘束を受ける可能性、そのような行為を手段として商品供給者の競争者に対する市場閉鎖が行われる可能性、あるいは、取引の対象となる商品のブランド内競争が滅殺される可能性など、優越的地位の濫用とは異なる独禁法上の問題を惹起する可能性もある。

---

68) 大澤一之 = 安川兼史 = 佐藤雅史 前掲注9 88頁