

公正かつ自由な競争のパラドックス — コンビニ本部に対する優越的地位濫用の判断枠組み —

The Paradox of fair and free Competition in Prohibition of Abuse of Superior Bargaining Position

森 平 明 彦

Akihiko Moridaira

序論

- I. コンビニ本部に対する優越的地位濫用規制の事例
 - II. 優越的地位濫用の判断枠組みの検討
 - III. より有利な取引条件の獲得に係る競争と「統一的な統制、指導、援助」
 - IV. 「過大な不利益」の検討と利益衡量の問題
 - V. 経済的行為自由の限界設定と公正な競争秩序
 - VI. 公正かつ自由な競争のパラドックスと市場倫理の体系的考察
- 結語—まとめに代えて—

序論

本稿はコンビニエンス・ストア・チェーン本部に対する優越的地位の濫用が争われたローソン事件とセブン-イレブン事件、及びセブン-イレブン・ジャパンに関連し 24 時間営業の問題を取り上げ、濫用の基本的判断枠組みを自由な競争と公正な競争の間の緊張関係ないしパラドックスの関係という視点から分析し、審判決の違法性判断を批判的に検討することを目的にする。

ローソン事件では、算出根拠と金銭提供の合理的な理由を欠く割戻金の收受及び 1 円納入が濫用とされ、セブン-イレブン事件に対しては、見切り販売の制限が濫用とされた。また 24 時間営業問題ではかかる営業を加盟者に強要したこと

が争われた。このうちセブン-イレブン関連のコンビニ本部による加盟店に対する濫用が争われた行為と、ローソン事件における1円納入の背景となった標準棚割り商品を統一的に陳列する行為は、公取委のフランチャイズ・ガイドラインにおいては、統一的な方法で加盟店の統制を行う行為の範疇に入る。そしてかかる行為は「企業規模の小さな加盟者の事業能力を強化、向上させ、ひいては市場における競争を活発にする効果」を持つ¹。これらの行為は、他の行為類型も含めてそれが自由な競争を活発化させる側面を持つ取引行為であっても、独禁法によって公正な競争秩序維持の立場から優越的地位の濫用が認められている。

独禁法の法目的を規定し「公正且つ自由な競争」の保護を謳う1条は、かかる自由な競争が過剰に充進された結果に対し、パラドキシカルな構造を明らかにして規制を行うものと捉えられる。自由な競争は独禁法が保護するものとしてそれが活発に行われることが期待されるにもかかわらず、これまでの法運用の成果は、その行き過ぎに対し自由な競争の限定を画する。このことは、独禁法がその法目的を規定する条項において「公正且つ自由な競争」の保護に係る規律を行うことを明らかにしたこと、そして公正競争阻害性という法目的を具体化する指導理念を有する法体系であったことが貢献した。また公正競争阻害性の指導理念は、自由競争基盤の確保に関するより具体化された指導理念を持ち、さらに、法運法の成果は、複数の具体的な違法性判断基準²を導くに至っている。このことが、独禁法が認める自由な競争に対し、独禁法自身が限界を画するパラドキシカルな競争法の在り方を可能にしたと考えられる。

ところで、このような優越的地位の濫用規制の法体系中におけるパラドキシカルな位置づけではなくて、自由な競争保護に関する独禁法の要請と整合性を保ちつつ法規制に係る解釈基準を築く方が、この規制の理解にとって自然であり、わかりやすいものになる。そしてこのような法体系構成における自然で分かりやすい規制の位置づけが可能になる試みとして、以下の二手法がこれまでも主張されてきた。

¹ 公取委「フランチャイズ・システムに関する独占禁止法上の考え方について（以下、フランチャイズ・ガイドラインという）」（平成23年6月改正）における「1 一般的な考え方」の（3）。

² 後掲、IV.3を参照。

その一つが、取引相手方に不利益となる行為を強要する結果について、「当該取引の相手方はその競争者との関係において競争上不利となる一方で、行為者はその競争者との関係において競争上有利となる」³間接的な自由競争の侵害効果を捉える立場である。いま一つが、本稿で検討する、取引の強要に関連して関係者の包括的な利益較量を行うことで、公正な競争秩序維持の要請と自由な競争維持の要請とが可能な限り両立する諸利益の調整に腐心し、具体的な事案を導く手法である。

しかしこれらいずれの方法も比較法的には、濫用規制の実効性に著しい障害となることを別稿で論じた⁴。また本稿でさらに検討する利益衡量の手法による問題点は、優越的地位の濫用の判断枠組みとして不利益行為の認定で問題を残し、むしろ本規制は独禁法体系における整合性や一貫性のある程度犠牲にしても維持されるべき、本質的な規制の属性を持っていると解される。本稿は、優越的地位濫用規制で利益衡量を優先的な違法性判断の手法とするものでない本質的属性を探るとともに、公正かつ自由な競争保護の関係における以上のようなパラドキシカルな構造と規制の特徴を、上記コンビニ本部の事例を分析することで明らかにする目的を持つ。

なお優越的地位濫用規制が、独禁法の公正な競争と自由な競争の保護に係る体系的なパラドキシカルな関係を表すことは、かかる体系が前提とする法の究極の理念的指標である、市場競争の倫理における同様な関係にある価値的要素の関係を分析することでより明確に理解できる。

このような観点から、本稿のVI. の論述（公正かつ自由な競争のパラドックスと市場倫理の体系的考察を論じた）において、異分野の研究成果を摂取した。この点も本規制が、独禁法体系における自然でなく、わかりやすいものでもない性格をパラドックスの関係性において持つことを少しでも解明しようとする試みであることから、あえてここで検討に加えるものである。

³ 公取委「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」（改正平成 29 年 6 月 16 日）第 1、1 を参照。

⁴ 拙稿、「ドイツ需要力濫用規制の問題点－エデカ事件連邦通常裁判所判決の検討 [2 完]」高千穂論叢 54 巻 3 号 242 頁以下（利益衡量論に関する批判）、251 頁以下（間接競争侵害説に対する批判）。

1. コンビニ本部に対する優越的地位濫用規制の事例

1. ローソン事件⁵

(1) 仕入割戻金の收受

ローソンは、日用品納入業者に対する仕入割戻制度（納入高基準による）を設け、納入高が比較的多い主要日用品納入業者との間で、年間の割戻しに関し A 契約、3 か月以内では B 契約を書面で締結し、仕入割戻金を收受してきた。ローソンは、かねてからこれらの仕入割戻金の收受すべき額の年間予算（以下「割戻予算」と略称）を作成し当該予算の達成に努めてきたが、平成 9 年度の割戻予算を達成するため、大部分の B 契約につき主要日用品納入業者ごとに、B 契約の名目で契約するもの実際には B 契約の制度本来の基準から離れて特段の算出根拠なく設定された金銭の收受計画を策定し（同年 8 月頃）、さらに、ローソンチェーン店に対する日用品の納入高が年度当初の予想を下回り A 契約に基づく仕入割戻金が不足する見込みとなったことから、この不足分を B 契約名目の金銭を増額して收受し割戻予算を達成することを企図し、前記收受計画を特段の算出根拠なく増額修正して、B 契約の名目による前年度の金銭の收受実績を約 3 億円上回る約 10 億円とするプラスアルファ計画を策定した（同年 11 月頃）。ローソンは、プラスアルファ計画及びこれに対する主要日用品納入業者の対応状況を踏まえて同計画を適宜修正し、同社の決算期に主要日用品納入業者に対し、特段の算出根拠なく一定額の金銭を提供するよう要請した。これにより主要日用品納入業者の大部分は、当該金銭を提供すべき合理的理由がなく、かつ、その金額について特段の算出根拠が明確でないにもかかわらず、要請の時期が次期において取り扱われる商品の選定時であり、また、ローソンとの納入取引を継続して行う立場上、同要請に従うことを余儀なくされ、おおむね、この要請に従っていた。

⁵ 公取委勧告審決平成 10・7・30 審決集 45 巻 136 頁。

(2) 標準棚割商品の1円納入

ローソンは、チェーン店における日用品の売上げ増大のため、取扱い優先度の高い標準棚割商品の統一的陳列を行うこととし、主要日用品納入業者に対し、すべての標準棚割商品の一定個数の無償納入を要請し、その諾否を書面により回答させた。その後会計処理の便宜上、無償納入の要請を1円での納入（以下「1円納入」という）に変更し標準棚割商品以外の在庫商品を処分するための費用として、約13億円を日用品納入業者に負担させるため、要請に応じない日用品納入業者に対しても再三にわたり1円納入の要請を行った。要請を受けた日用品納入業者の大部分は、統一的な陳列に要する費用は本来ローソン又はローソンチェーン店が負担すべきであり、1円納入の要請に応じるべき合理的理由がないにもかかわらず、要請の時期が次期において取り扱われる商品の選定時であり、また、ローソンとの納入取引を継続して行う立場上、同要請に従うことを余儀なくされ、日用品納入業者の一部は平成10年2月25日頃1円納入を実施し、また、その他の日用品納入業者の多くも1円納入を順次約定しつつあった。

(3) 審決要旨

ローソンは、その優越的地位を利用して、正常な商慣習に照らして不当に、日用品提供業者に対し、金銭を提供させ、1円納入させることにより、経済上の利益を提供させていたものであり、(旧)一般指定14項2号に該当し、独占禁法19条に違反する。

2. セブン-イレブン・ジャパン事件⁶

(1) 排除措置命令の認定した事実の概要

セブン-イレブン・ジャパン（以下本部という）は、加盟者との間で商標等の統制、加盟店経営に関する指導及び援助の内容等を規定する加盟店基本契約（以下「加盟店基本契約」という）を締結している。加盟店基本契約は、以下の商品の価格決定、廃棄とロイヤルティに係る事項を規定する。①加盟者は、

⁶ 公取委排除措置命令平成21・6・22審決集56巻第2分冊6頁。

加盟店で販売する商品の販売価格を自らの判断で決定する。また、商品の販売価格の決定時と変更時には、本部にその旨を通知する。②本部は、推奨商品についての標準的な販売価格（以下「推奨価格」という）を加盟者に提示し、ほとんどの加盟者は推奨価格を販売価格としている。③推奨商品のうちデイリー商品（毎日店舗に納品され品質が劣化しやすい食品及び飲料）について、加盟者は販売期限を経過したものはすべて廃棄する。④加盟店で廃棄された商品の原価相当額については、その全額を加盟者が負担する。⑤本部がコンビニ事業の対価として收受するロイヤルティ額は、加盟店で販売された商品の売上額から当該商品の原価相当額を差し引いた額（以下「売上総利益」という）に一定率を乗じて算定される。すなわち、ロイヤルティの額は加盟店で廃棄された商品の原価相当額の多寡に左右されない。⑥加盟者が得る実質的な利益は、売上総利益からロイヤルティの額及び加盟店で廃棄された商品の原価相当額を含む営業費を差し引いたものとする。

本部は、かねてからデイリー商品の推奨価格による販売の周知徹底を図り、加盟店で廃棄された商品の原価相当額的全額が加盟者の負担となる仕組みの下で、加盟者がデイリー商品の見切り販売を行おうとしているときは見切り販売を行わないようにさせるなどして、加盟者が自らの合理的な経営判断に基づいて廃棄に係るデイリー商品の原価相当額の負担を軽減する機会を失わせている。

（２）命令要旨

本部は、取引上の地位が加盟者に優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして不当に、取引の実施について加盟者に不利益を与えている。不公正な取引方法 14 項の 4 号に該当し、独占禁止法第 19 条の規定に違反する。

Ⅱ．優越的地位濫用の判断枠組みの検討

1．割戻しによる自由競争の促進機能と本件の一方的收受態様（ローソン事件）

ローソン事件で平成 9 年 8 月頃の金銭の收受計画は、ローソンと主要日用品納入業者の取引にあって、一方的にローソン側の財務事情からする要求に基づ

く。すなわち、平成9年度の割戻予算を達成する目的によって、B契約の名目によるも実際にはB契約の制度本来の基準から乖離した策定になっている。さらに同年11月頃のプラスアルファ計画は、前年度の金銭の收受実績(B契約名目)を約3億円上回る約10億円とする本部側の一方的な収益計画による。このような取引当事者の一方的な金銭の要求態様⁷は、納入業者にとってあらかじめ計算できない不利益を負わせる⁸。

さらに平成9年8月頃の金銭の收受計画及び同年11月頃のプラスアルファ計画は、ともに特段の算出根拠なく、また金銭の提供が合理的理由なく要請された認定から、割戻しによる大量購入による値引きという市場の価格調整機能を歪める評価がされる。

ところで、市場の価格調整機能に関し、本件に即してかかる割戻しが「価格の一要素として市場の実態に即した価格形成を促進する」⁹側面をもつ説明のされる点が注目される。この点に関し担当官の解説から以下が確認される。

「取引を行う事業者間に取引上の格差があることは通常であり、その反映として一方の当事者の取引条件が不利になったとしてもそのこと自体は独占禁止法上問題とはならない。例えばあらかじめ約定された率または額に基づいて割り戻す割戻制度は、コンビニエンス・ストア・チェーン本部や量販店でも広く行われている」^{9a}。

7 不利益行為が問題にされた仕入割戻しの行為に先立ってローソンは、主要日用品納入業者との間で仕入割戻しに関する書面契約を締結した認定がされており、かかる契約合意の一方的な遡及の変更が以下のように問題になる。先ず、平成9年8月頃のB契約の制度本来の基準から乖離した特段の算出根拠がない金銭の收受計画である。次に、その收受計画を特段の算出根拠なく増額修正した同年11月頃のプラスアルファ計画である。これらの契約合意の違反は個別に問題されていないが、「特段の算出根拠がない」旨の認定に含まれていると解することもできる。

8 柴田潤子・判例評釈・ジュリスト平成10年度重要判例解説247頁(1円納入と合わせて「抑圧性」を指摘する)。さらにこの点に関し、プラスアルファ計画及びこれに対する納入業者の対応状況を踏まえて同計画を適宜修正したとする審決の認定も、ローソンの決算期に合わせて一個別の納入業者の意向に対応して交渉する意図なくして一金銭の收受が一方的に行われたことを左右するものでない。

9.9a 米山文子「株式会社ローソンによる独占禁止法違反事件」NBL654号29頁(1998)。この担当官解説の当該箇所は、上記本文の引用箇所と同趣旨で、柴田・前掲註8判例評釈247頁により引用されている。

すなわち、給付と反対給付の均衡を保つことは一般的には独禁法の保護対象とならない。この点を優越的地位濫用規制では、濫用行為が問題であり優越的地位そのものは問題にしないと表現するが、その根本は、大量購入による割引によってライバルに対する競争優位を目指す自由な競争は独禁法の保護範囲にあることを説明したとして評価できる。

これに対し、算出根拠と合理的理由のない金銭要求を競い合う事態は、明らかにかかる自由競争の保護範囲とは言い難い。またこの点は、大量購入による値引きという給付に対する反対給付の関係を把握する意義を没却させる結果に係り、日用品納入業者に著しい不公正な取引の受入れを余儀なくさせる公正な競争秩序に係る問題を生ぜしめる。

以上のような仕入割戻金に関する取受の態様は、コンビニ本部と個々の主要日用品納入業者との一対一の取引当事者の関係における著しい不公正な取引の態様を示す。かかる態様は、仕入割戻制度が有する「市場の実態に即した価格形成」機能を発揮した自由な競争保護に係る独禁法の要請¹⁰はもはや問題とされることなく、公正な競争秩序の回復が優先される審決の結論を導く。

2. 標準棚割商品の統一的陳列とあらかじめ計算できない不利益

1 円納入は、標準棚割商品以外の在庫処分費用補填（約 13 億円）に充てる目的から導入された経緯が示され、統一的陳列に要する費用は「本来ローソン…

¹⁰ リベート供与の実態は、仕切価格の修正や販売促進を目的としたもの等様々であり、実際に「需要を刺激したり、価格の一要素として市場の実態に即した価格形成を促進させたりするという競争促進的な効果も有する」（令和 2 年改正の公取委「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」）。実務においてその違法性は、「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」（平成 29 年 6 月改正）では、(1) 取引先事業者の事業活動に対する制限の手段としてのリベート、(2) 競争品の取扱制限としての機能を持つリベートが問題にされる（その他に、帳合取引の義務付けとなるリベート供与が規定される）。(1) ではリベートを手段として、取引先事業者の販売価格、競争品の取扱い、販売地域、取引先等についての制限が行われる場合に違法となりうる。(2) ではその制限の機能について、①リベートの水準、②リベートを供与する基準、③リベートの累進度、④リベートの遡及性等を総合的に考慮して判断する。上記排除型私的独占ガイドラインは、リベートの供与が、取引先に対する競争品の取扱いを制限する効果を有し排他的取引と同様の機能を有するか否かを、上記①～④を総合的に考慮して判断する。いずれにしても市場の自由な競争秩序の侵害が問題にされる。

が負担すべきであり、1円納入の要請に応じるべき合理的理由がない」ことが不当な不利益（旧一般指定14項柱書及び同3号4号）にあたとされた。この記述の「本来」の取引（あるいは「合理的」な取引）の想定とそれとの乖離が不当な不利益の判断でポイントとされた点は、以下のような優越ガイドライン（第4, 2, ロ, (1), ア及びイ）に即した敷衍的説明がされた。それは「当該協賛金等の負担額及びその算出根拠、用途等について、当該取引の相手方との間で明確になっておらず、…あらかじめ計算できない不利益を与える」場合であり、また納入業者の商品の販売促進に直接寄与しない金銭負担であることから、特段の算出根拠のないものとして不当な不利益が認められると解する評釈である¹¹。給付と反対給付の直接的対応関係が明らかでない、あらかじめ計算できない不利益である点が違法性のポイントとされたと考えられる。

1円納入の負担は在庫商品を処分する費用を捻出する目的によるが、かかる処分は取扱い優先度の高い標準棚割商品の統一的陳列を促進するためであった。統一的な商品陳列の販売方法をとることは、フランチャイズ・ガイドラインにいう「加盟者の物品販売…について、統一的な方法で統制…を行」うものとして、それ自体は「一般的に企業規模の小さな加盟者の事業能力を強化、向上させ、ひいては市場における競争を活発にする効果が」見込める¹²。この点は本件に即してコンビニ業態の市場における自由な競争保護に仕えると解される。したがって、かかる自由な競争保護の要請と緊張関係をもって、公正な競争秩序を回復する規律が優先したものと考えられる。

3. セブン-イレブン事件における見切り販売制限の濫用判断の枠組み

(1) 「加盟者の負担」の二側面と「二重の負担」

本命令は、廃棄商品の原価相当額につきその全額が加盟者の負担となる仕組みの下で見切り販売を制限して加盟店に原価相当額の負担を軽減する機会を不

¹¹ 山部俊文・判例評釈・ジュリスト1158号、118頁（1999）。なお、山部評釈におけるガイドラインの記述は、当時の「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第2部第四の5（2）①が引用されている。

¹² 前掲註1参照。

当に制限したことを濫用とした。この「加盟者の負担」は密接に関連する二側面からなる¹³。第一の側面は、加盟者が廃棄商品の原価相当額を全額負担する（上記Ⅰ、2、(1)、④及び⑥）ことである。第二の側面はロイヤルティ額について、売上総利益に一定率を乗じて算定することとし、本部が獲得するロイヤルティ額が廃棄ロスの多寡に左右されないことである（同⑤）。

前者の廃棄ロスについて小売店がそのリスクを負うことは通常の商慣習でも見られ、それ自体必ずしも問題であるとはいえないとの理解¹⁴もあるが、他方で廃棄ロスの負担をフランチャイザーとフランチャイジーが分担する場合よりも「加盟店の不利益が大きくなる」ことは否定されない¹⁵。

負担の第二は廃棄ロス原価が売上総利益に含まれるとしたこと（売上総利益方式あるいはコンビニ会計といわれる）であり、廃棄の場合も販売時と同様のロイヤルティ額を科す算定方式については、この方式自体を濫用とする見解も有力に主張される¹⁶。

以上の「加盟者の負担」の二側面は、加盟者の「二重の負担」として捉えられる¹⁷。

売上総利益方式をとる根拠とその批判を次にまとめる¹⁸。

¹³ 経済法判例・審決百選 [第2版] (2017) (泉水文雄執筆) 159頁。若林亜理砂「コンビニエンスストア本部による加盟店への優越的地位の濫用事件」公正取引 709号 5頁 (2009)。これが加盟者への「二重の負担」とみなされることについては、参照、平林英勝・判例評釈・ジュリスト 1384号 101頁 (2009)。

¹⁴ 前掲註 13 若林 5頁。

¹⁵ 参照、前掲註 13 泉水 159頁。

¹⁶ 山本晃正「フランチャイズ取引と法規制—コンビニ契約を素材として—」日本経済法学会年報 23号 (2002) 180頁。

¹⁷ 「二重の負担」については、参照、前掲註 13 平林 101頁。

¹⁸ 参照、長谷河亜希子「フランチャイズ・システムと優越的地位の濫用 (2)」公正取引 723号 (2011) 74頁以下、山本晃正「ローソン事件千葉地裁判決批判 (千葉地裁平成 13.7.15 判決)」静岡大学法政研究 6巻 3・4号 (2002) 560頁以下、近藤充代「フランチャイズ契約におけるチャージ算定方法をめぐって」広渡清吾ほか編『小田中聰樹先生古稀記念論文集 (下) 民主主義法学・刑事法学の展望』(2005, 日本評論社) 548頁以下、近藤充代「コンビニ契約の内容」、本間重紀編『コンビニの光と影』(1999, 花伝社) 212頁以下。

(2) 売上総利益方式の根拠とその批判

先ず、その根拠は判例の整理から次の3点が挙げられる。①見切り・処分等は基本的に加盟者の責任領域で生じるものであること、②ロイヤルティ逃れの防止策であること¹⁹、③見切り、処分等にロイヤルティをかける算定方式だけから有利、不利を論ずるのは相当でなく、荒利（粗利；売上－売上原価）にロイヤルティ率を乗じる等如何なる計算式にするかは当事者間の合意（契約自由の原則）に任されること²⁰、である。

これら根拠付けに対する批判は以下のようになる。その①に対しては、商品の品切れに伴う「機会ロス（売り切れによる顧客の購買チャンスを逃す損失）」の防止戦略を本部は重視するが、その結果は見切り・処分を抑制させる。これと対立する傾向のある品切れ防止の要請はコンビニのチェーン全体で採られた戦略であり、本部もそれに伴う一定のリスクを負担するべきであるとの実質的な衡平の要請が指摘される²¹。

根拠②は、廃棄の場合も販売時と同様のロイヤリティ額を科すこの算定方式が、それ自体として「フランチャイザーにとって有利な、フランチャイジーにとっては不利な仕組みとなっていることは否定できない」ことを認めながら、ロイヤリティ逃れの防止を重視した判例²²に対しその論旨の整合性を疑問視して、以下の批判がされた。すなわち、ロイヤリティ逃れの防止を理由として当該算定方式の採用を不可避とするには、そもそもロイヤリティ逃れの危険性が

¹⁹ 名古屋地裁平成13・6・28判時1791号101頁（実際には販売された商品について廃棄処分として被告会社に報告し、売上高を過少に申告し不正にチャージを免れる）。

²⁰ ローソン事件の被告側主張である。参照、千葉地裁判平13・7・5判時1778号102頁（「荒利にチャージを乗ずる方式を採用するとすれば、被告ローソンの取得するチャージが相対的に低額になるから、その分チャージ率を高く設定することになるだけである」）。判決はこの被告主張を認め、「チャージ率をどのように定めるかは基本的に当事者間の合意に任される」とした。同118頁。

²¹ 本部は、「機会ロス」削減の戦略をとるが、その場合廃棄ロスの発生を「奨励」することまで行う。この点で、廃棄リスクのリスクは負わずに加盟店に任せ、利益だけは確実に手にする結果は、衡平の考慮に反する。すなわち、かかる結果は、加盟者の責任領域の問題として片づけられないとする批判は首肯できる。参照、前掲註18長谷河75頁、前掲註18山本560頁。

²² 前掲註20、千葉地裁判決98頁。

現実的かつ具体的であることが示されなければならない。それが示されるならば、フランチャイジーにとって本来的に不利な面をもつこの算定方式によらざるを得ない可能性もあるが、その立証を欠く²³。この点は、加盟者にロイヤルティ逃れの責めを問うには、やはり当事者間の利益主張に関するバランスの考慮が求められるであろう。したがって、この批判は首肯できる。

根拠③は、以下の二点から批判がある。

第一に、フランチャイズ契約の当事者間で極めて重要な問題であるロイヤルティ算定手法について、廃棄ロス原価を含む売上総利益にロイヤルティを乗じるか、荒利に乗じるかの問題が相対的なものにすぎないとするのは、それでは一体ロイヤルティとは何に対する対価なのか説明できないことになる。すなわち給付と反対給付の関係、取引条件の明確化に関する要請からする批判がされる²⁴。第二に、ロイヤルティの多寡は、加盟者獲得をめぐるフランチャイズのチェーン間の競争にあつて重要な指標であり、それが当事者間で相対的なものに過ぎないとされる結果は、結局、加盟希望者と本部との関係において支配と従属の徴表となる。すなわち「ロイヤルティ自体がチェーン間競争の主要な競争要因」であるが、このような競争が機能していない。この点は根拠③につき、当事者間の力関係における加盟者の相対的な劣位を示す。したがって、根拠②とともに当事者間の対等性の考慮で問題がある。

このような売上総利益方式をとるコンビニ本部に対する批判をまとめると、

- i) リスク負担に係る当事者間の衡平、
- ii) 相互性を欠く一方的な利益主張の態様に係って、当事者間の対等性の考慮
- iii) 給付と反対給付の関係、取引条件の明確化に関する要請、

の点で問題があるということになろう。このうち、ii) に係り従属的關係に

²³ この判例が認めた、売上総利益方式につきそもそも本部に有利であり加盟店に不利になる特性は、上記「加盟者の負担」の第一の負担（加盟者による廃棄商品の全額負担）と合わせて「見切り処分等の分の二重取り」を間接的に認めたものとも解される。前掲註 18 山本 562 頁。この山本評釈の指摘は相当の説得力を持つ。なお参照、前掲註 22 千葉地裁 105 頁（原告の主張）、118 頁（裁判所は「二重取り」を否定）。

²⁴ 前掲註 18 長谷河 76 頁（妥当なロイヤルティ計算式・率であるのか判断できる状況にない）。

ある加盟者に対し本部とのロイヤルティ及びその他負担に係る iii) の取引条件について、適切な交渉が行われるかの問題がある。この点を前提に、i) に対しては、見切り・処分を抑制させる品切れ防止戦略が廃棄ロスの加盟店が抱えるリスクを増している懸念が示された。ii) に関しては、ロイヤルティ逃れの危険性が現実的かつ具体的であることが積極的に示されていない²⁵ことから、売上総利益方式に対する賛否の議論を総合的に検討して、従属的な地位にあるフランチャイジーに対し一方的な負担となる以下の恐れを指摘できる。フランチャイジーに対する責任を加重に重視し、またフランチャイザーによる過剰な行動制御を認める恐れである。

売上総利益方式は、後述するコンビニ運営におけるフランチャイジーとフランチャイザーの役割分担論にいう「フランチャイジーの行動の適切な制御のために」用いられるとされるが、フランチャイジー責任重視の立場としてその責任が加重なものであるか懸念がある²⁶。

(3) 売上総利益方式の合理性と排除措置命令の妥当性

上記(2)から、売上総利益方式それ自体に一応の合理性は見出し難い²⁷。他方でその負担は明白に加盟者にとって著しい不公正な取引となる不利益になる

²⁵ 千葉地裁 ローソン判決は「実際にチャージ逃れを行うことは難しいとしても」、チャージ逃れを「完全には否定することはできない」とする。前掲註 20, 千葉地裁判決 118 頁

²⁶ 売上総利益方式に対する賛否の議論を要約して、川瀆教授は本文のようなフランチャイジーを制御する要請を重視した立場に対し、力の優越の反映とみる立場があり、いろいろなコンテキストを考慮して不当性の判断をする必要を述べる。金井貴嗣他「〈座談会〉最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引 718 号 10 頁 (川瀆発言)。

²⁷ セブン-イレブン事件の会計方式では、売上総利益方式によることで、廃棄ロスを販売時と同率のロイヤルティを課し、廃棄を回避して売り切る努力を強調される。この点は、判例の存在にもかかわらず、対等なパートナーシップで明確に役割を分担する共同事業であるフランチャイズ・システムにおいて、一切の売れ残りを前提とせず加盟者の責任とすることには合理性を見出し難いとの懸念を払拭できない。これに対し、近藤雄大・判例評釈 [最高裁平成 19.6.11 判決] 行政社会論集 20 卷 3 号 (2008), 118 頁は「一定の合理性はあると考えられている」とする。

前掲註 26 (座談会) 10 頁 (岸井大太郎発言) は、「ロイヤルティの計算方法の部分だけをとりだすと」一応の合理性があるが、廃棄ロスの加盟店全額負担と合わせ

とは言い難いようにも思われる。この点に関し、この算定方式それ自体は直ちに優越的地位の濫用行為に該当し得るだろうか²⁸。本件排除措置命令もフランチャイズ・ガイドライン²⁹も売上総利益方式についてはそれ自体として禁じていない。この方式に関する最高裁の判断があるが、契約書の特定条項の意味内容に関する解釈問題であるセブンイレブンの契約における、チャージ算定方式が売上総利益方式によることの認定をしたのみで、この方式の当否を直接に論じていない³⁰。前述した「加盟者の負担」としての売上総利益方式は、それ自体として濫用該当を認定する困難は無視できない。

さらに後述の売上総利益方式の管理会計論からする評価が、加盟者の責任重視を求めた独自の廃棄ロス処理方法であるとするに止まる点も見逃せない³¹。結局、売上総利益方式それ自体は、後述のフランチャイズ・システムにおける本部の加盟者に対する「統一的な統制」として行われる商品販売のマネジメントの範疇に含まれる。さらに、かかる「統一的な統制」が行われることは、ライバルに比してより有利な取引条件を獲得するために取引の相手方に積極的に働きかけることを競争の本質的属性とする考え方に即している。

しかしこのことは「加盟者の負担」の二側面を前提にするとだけ述べ、見切り販売の制限を違法とした排除措置命令の適切であることを意味しない。見切

て、大きな廃棄ロス額（排除措置命令の認定は年間 530 万円）の点からコンビニ会計は、「本件命令が問題にしている原価相当額の負担軽減の機会が十分に保証されないと直ちに優越的地位濫用の問題が生じる…独禁法の観点から留保条件がついた会計方式だ」とする。

²⁸ 山本晃正「フランチャイズ取引と法規制—コンビニ契約を素材として—」日本経済法学会年報 23 号（2002）180 頁。は、売上総利益方式を旧一般指定 14 項 3 号該当とする。売上総利益方式については、ロイヤルティ逃れの防止として廃棄ロスにチャージを賦課する必要性に疑問を呈し、濫用の有無につき公取委が独自の判断を下す余地を認める立場がある。前掲註 18，長谷河 75 頁以下。

²⁹ 前掲註 1 フランチャイズ・ガイドライン 3、(1)、アにおける（注 4）を参照（廃棄ロスが売上原価に算入されて売上総利益に含まれない方式に比べて、不利益が大きくなりやすい）。このガイドラインの規定は、見切り販売の制限を独禁法 2 条 9 項 5 号該当になりうるとするが、他方、売上総利益方式と加盟店による廃棄ロスの全額負担のそれぞれについて、その個別の違法性を問題にしない。

³⁰ 最高裁判平成 19.6.11 判時 1980 号 69 頁。参照、前掲註 27 近藤・評釈、88-119 頁。

³¹ 後掲註 47 参照。

り販売を行う加盟店の動機は、廃棄ロスの負担軽減のため値下げをする合理的なビジネス判断に求められる。かかる加盟店側のリスク回避に係る合理性を否定する見切り販売の制限は、廃棄ロスにチャージを課す以外にロイヤルティ逃れを防止する手段が存しない必要性の立証を要する³²。すなわち、もしロイヤルティ逃れのリスクが切迫したものであるなら、加盟店の廃棄ロス負担を回避する要請と鋭い対立関係に陥る。かかる立証があれば、廃棄ロスの負担を回避する見切り販売について、自主的に損失を回避する判断を制約する結果もあり得るだろう。他方もしロイヤルティ逃れのリスクが存しないのならば、前記加盟者の「二重の負担」から過大な不利益を生じさせる懸念は重大であり、見切り販売が認められる期間や値下げ幅の問題等に影響をすることになる（下記Ⅲ.5参照）。排除措置命令では、かかる影響の検討に係って、売上総利益方式の加盟店に対する一方的な負担の有無、特にロイヤルティ逃れの主張の当否を検討すべきであった³³。

（４）「二重の負担」に対する濫用判断の必要性

本件排除措置命令は、見切り販売を行わないようにさせる行為によって、「加盟者が自らの合理的な経営判断に基づいて廃棄に係るデイリー商品の原価相当額の負担を軽減する機会を失わせている」ことを濫用該当とする。負担軽減の機会を回復する限度で排除措置を命じた³⁴公取委は、自主的に損失を回避する

³² 本件で廃棄、見切りの回避を徹底させ、廃棄ロスに販売時と同率のチャージを課すことは、加盟者の責任負担を過剰に重視するもので過大な負担となる。これはセブンイレブンの役割分担における推奨価格制の下で見切り販売を制限するならば、加盟店の責任である売り切る努力を果たすのは「至難の業」であるとされることによる。参照、齋藤高広・判例評釈・ジュリスト1464号111頁（2014）。

³³ 長谷河評釈は、当該算定方式を問題にしない姿勢に本命令の限界があるとして、「本部に対しては『誘惑的』かつ加盟者には『重負担』な制度に一切踏み込まない措置が『当該行為を排除するために必要な措置（20条）』となり得ているのか、疑問がないわけではない」とする。長谷河亜希子・判例評釈・速報判例解説第6巻（2010）295頁。若林評釈は、本命令に対し算定方法それ自体も問題にする余地があったとする。前掲註13若林6頁参照。

³⁴ 前掲Ⅰ.2.（1）参照。

判断を制約する点に違法性を見出している³⁵。あらかじめ計算、予測できない不利益が前面に出ていると考えられる。

ところで、排除措置命令においては、もう一つの「加盟店の負担」として、廃棄ロスを全額負担させた認定がされている（前述のようにこれは「加盟店の不利益が大きくなる」）。

公取委は見切り販売の制限に的を絞って、かかる予期せぬ負担を濫用として排除措置命令を下した。優越的地位濫用規制が問題にする自由かつ自主的な判断の阻害は、過大な不利益を回避する合理的ビジネス判断の阻害を含む。すなわち、本件では「売れ残りリスクはすべてフランチャイジーに負わせる」という「不利益の程度が大きい」過大な不利益である³⁶。とするならば、加盟店による廃棄ロスの全額負担に係る排除措置命令の言及は、見切り販売の制限に係る濫用行為の判断枠組みの重要な内容をなしているのであるから、公取委の判断はかかる過大な不利益の程度に係る適示を欠く問題がある。この点は後述Ⅲ. 5の排除措置命令の具体的な内容の問題に影響を及ぼす。

このように、廃棄ロスの全額負担及び、廃棄ロスに販売時と同率チャージを課す売上総利益方式の二側面について、見切り販売の制限行為は密接な関係がある。濫用行為に適切に対応した排除措置の内容を画定する検討が求められるのであるから、見切り販売の制限禁止処分の具体的内容（例えば、販売期限前の見切り販売開始時間の検討³⁷）や見切り販売の制限禁止処分に廃棄ロス相当額の一定割合を本部が負担する措置を課す可能性³⁸、について検討するプロセスを排除するべきでない。

³⁵ 川濱昇・判例評釈・ジュリスト 1398号 289頁、前掲註 13 若林 4,6頁。

³⁶ 参照、前掲註 35 川濱 289頁、

³⁷ 前掲註 26〈座談会〉10頁（岸井、中島秀夫発言）。

³⁸ 排除措置命令は見切り販売の制限を違法とし禁止することから、見切り販売の制限を継続しつつ、廃棄ロス相当額の一定割合を本部が負担する問題解消の措置を認めなかった。前掲註 26〈座談会〉9頁以下（上記廃棄ロス相当額の一定割合を本部が負担することは本件とは関係がなく、見切り販売の制限は認めないとの中島発言）。かかる公取委の立場と反対に、本稿では見切り販売の制限とその制限が前提とする「加盟店の負担」の二側面について濫用に係る検討が十分に行われれば、本文掲記の付加的な処分が命ぜられる可能性があると考ええる。

III. より有利な取引条件の獲得に係る競争と 「統一的な統制、指導、援助」

1. 本部の加盟者に対する「統一的な統制、指導、援助」

公取委のフランチャイズ・ガイドラインは、その「はじめに」の箇所で、フランチャイズ・システムにおいて本部と加盟者が協働して当該市場における競争を活発化させる働きに関し、それが独禁法の保護目的に適合するものとして、それぞれの活動の在り方を次のように述べる。

本部が加盟者にノウハウ等を提供しその独立・開業を助け、加盟者が本部に資本、人材を提供して迅速な事業展開及び新規参入を促すという共存共栄の図式である。このような協働の働きによる競争の活発化が図られるために、本部と加盟者間のフランチャイズ契約における基本的な給付と反対給付の関係を、次のように「一般的な考え方」として提示する。「本部が加盟者に対して、特定の商標、商号等を使用する権利を与えるとともに、加盟者の物品販売、サービス提供その他の事業・経営について、統一的な方法で統制、指導、援助を行い、これらの対価として加盟者が本部に金銭を支払う」との考え方である。そしてこのような「統一的な統制、指導、援助」は、「営業に対する第三者の統一的イメージを確保」するためにも行われる。このような本部の加盟者に対する「統一的な統制、指導、援助」は、「一般的に企業規模の小さな加盟者の事業能力を強化、向上させ、ひいては市場における競争を活発にする効果がある」（同ガイドライン 1, (1), (3)）。このように、フランチャイズ・システムの下で、本部が加盟者に対し行う「統一的な統制、指導、援助」はそれ自体としては、独禁法の保護目的に合致するものとして捉えられている。

そして、「統一的な統制、指導、援助」が活発に行われることは、ライバルに比してより有利な取引条件を獲得するために取引の相手方に積極的に働きかけることを競争の本質的属性とする考え方にも一致する。

ここでコンビニ本部とライバルのチェーン店との関係に係って、より有利な取引条件を加盟者から引き出すための「統一的な統制、指導、援助」の行為が有する競争理論上の意義を考えることにする。

2. より有利な取引条件の獲得と競争理論上の議論

今村教授は独禁法における競争の本質的徴表について、「他を排して取引の機会を得ようと努力するという、競争の本体をなす部分³⁹⁾」を挙げる。このようなライバル企業を「排して取引の機会を得ようと努力する」ことには、取引段階を異にする様々な相手方から、より有利な取引条件を獲得することを可能にすることで、ライバルに対する競争優位を獲得する試みを含む⁴⁰⁾。

この点を需要競争において見てみると、需要者がなす供給者に対する積極的な影響行使に注目して需要競争の本質を捉える見解が注目される。需要者による積極的な影響行使とは、商品役務の反対給付として対価（直接的な価格をいう）の支払いに止まらない、現代流通業による販売促進等の機能革新に基づく多様な便益を提供して、供給者からより有利な取引条件を引き出す、積極的な働きかけを需要者間で繰り広げる競争の在り方が、その中核に据えられる⁴¹⁾。

このような取引の相手方から、ライバルに提示された取引条件よりも自社に有利な条件を得る、あるいは従前に当該相手方が自社に提示した条件よりも有利な条件を得ることを目指した競争は、競争者間で取引の相手方に有利な条件を提示し合うことで取引の機会を獲得することを目指した競争と対照的である。すなわち売手間でより安い販売価格を提示し合う顧客獲得競争や、調達市場で希少性の高い財や役務を供給される前提的理解のもと、対価支払いで高く買うオークション形式の競争⁴²⁾と対照的である。

³⁹⁾ 今村成和『独占禁止法〔新版〕』（1978,有斐閣）47頁。

⁴⁰⁾ 参照、前掲註4拙稿、問題点[2完]245頁以下。

⁴¹⁾ より有利な取引条件（例えば、供給者から提供されるリベートや協賛金、値引き等）を獲得する積極的な働きかけであって供給者に対して便益や利益をもたらす一方で、需要者に有利な取引条件を引き出す供給者に向けられた誘因的な行為は、大量購入のほかに以下のようなものが挙げられる。消費動向の情報提供支援、品揃えの広がりや厚さを増すこと、売上増が期待される販売スペースの提供、催事広告等の販促活動、コスト節減効果のある物流センターを利用させること、発注方法のオンライン（システム）化、供給業者を助成する機能としての金銭負担や危険負担等である。前掲註4拙稿・問題点245頁以下及び脚註955。

⁴²⁾ 独禁法2条4項のいわゆる競争の定義の下で、このような取引の相手方から受動的に選択されることを目指して、ライバル関係にある売手あるいは買い手間でなす競い合いとしてイメージされる競争が、この場合に該当する。参照、白石忠志『独禁法講義〔第9版〕』34頁以下（2020,有斐閣）。

以上述べたように、より有利な取引条件を獲得するために取引の相手方に積極的に働きかける競争と、それとは区別される受動的に選択されるために相手方に有利な条件をライバル間で相互に提示し合う競争とは、市場における競争の動態的な側面として、多様な条件に従い個別に異なった状況下において様々な現れ方をすると考えられる⁴³。

より有利な取引条件を獲得するために取引の相手方に積極的に働きかける競い合いは経済的行為自由の活用であるが、その行為自由を競争者間において相互に抑制する競争の側面が存することにより、取引の相手方が特定の取引先を回避できることが重要であると考えられる。したがって、より有利な取引条件の獲得をめぐる競争に直面する取引の相手方がかかる回避可能性を欠くことは、競争政策上の問題を生ぜしめると考えられる。この点を需要者間の競争に即してドイツのケーラー教授は、以下のように述べる。

「自らにとって可能限り有利な条件で商品を購入する目的をもつ需要者は、供給業者が回避できるその者と並ぶ他の需要者がいる場合に、かかる努力を妨げられる。その需要者は、市場の単独の買い手である場合よりも、好都合でない購入

⁴³ 本文に挙げた、取引の相手方に積極的に働きかける競争と受動的に選択されるために相手方に有利な条件をライバル間で相互に提示し合う競争とは、時期を隔てて競争政策上問題になった例を、ドイツ食品小売業の需要競争においてみることができる。ヘルムート・ケーラー (Helmut Köhler) 教授 (ミュンヘン大学) の指摘は以下のようなになる。

先ず、前者の積極的な働きかけの競争に係り 1980 年代の食品小売業では、競争政策上の肯定的な評価がされる。それは、流通業者の商品購入に係る典型的機能 (大量購入によるコスト削減効果や棚貸し等) と、サービス提供に係る現代流通業の多様な機能は、優れた需要競争の一側面として評価される。この側面は、需要者の経済的行為自由をより良く活用し、可能な限り好都合な購入条件の達成を相互に競う需要競争の側面である。

しかし時期を経て、供給過剰と寡占化が進行した流通業に係る 2010 年代の需要市場になると、供給業者が他の買い手へ回避する可能性を欠く従属性が問題にされる。すなわち、より有利な取引条件の獲得努力に起因する需要者間の競争は、他方で回避可能性をもつ供給業者と取引する他の需要者からの抑制の下に置かれなければならない (上記した後者の受動的に選択されるために相手方に有利な条件をライバル間で相互に提示し合う競争の側面) が、それが難しくなった。したがって、供給過剰の市場では失われる、こうした需要者間の相互抑制的機能が、需要競争の重要な側面となるという。拙稿「ドイツ需要力濫用規制の問題点・エデカ事件連邦通常裁判所判決の検討[1]」高千穂論叢 54 巻 2 号 56 頁以下及び脚註 156,157。

条件により満足しなければならない。それゆえ需要競争は、市場の相手方保護の機能を伴い、需要者の行為自由を相互的に限定する状態として捉えられる。かかる理解は非常に示唆に富む。行為自由の限定を欠いていることや、その廃止は競争制限と解されるべきであり、カルテル法上のコントロールに服す」る⁴⁴。

3. 売上総利益方式に対する管理会計論による検討

本稿でのⅢ. 1の検討から、コンビニ本部はライバルのチェーン店に対する競争優位を獲得するため、加盟者に対する「統一的な統制、指導、援助」を行うものと考えられる。この点を管理会計論の立場から、フランチャイズ経営のしくみを明らかにしたコンビニ運営におけるフランチャイジーとフランチャイザーの役割分担表⁴⁵をもとに探った指摘がされている⁴⁶。

加盟者の分担は発注・販売促進などの商品のマネジメントを中心とした店舗経営と販売に専念するマネジメントであり、本部は、店舗経営をバックアップすることが役割となる。ここでは「対等なパートナーシップで明確に役割を分

⁴⁴ Köhler, Nachfragewettbewerb und Marktbeherrschung (1986, JCB Mohr), S.28-29. 前掲註 43 参照、拙稿・問題点 [1] 57 頁以下の「(c) 需要競争の二面的特質」及び脚註 157 を参照。

⁴⁵ セブン-イレブン・ジャパンのコンビニ運営におけるフランチャイジーとフランチャイザーの役割分担表

フランチャイジーの役割	フランチャイザーの役割
店舗経営と販売に専念 ・人のマネジメント (採用・教育・人事管理など) ・商品のマネジメント (発注・販売促進など) ・経営促進のマネジメント (売上げ、経営管理など)	店舗経営をバックアップ ・経営相談サービス ・商品開発・商品情報サービス ・物流システム開発 ・情報システムサービス ・広告宣伝活動 ・販売設備の貸与 ・会計簿記サービス ・水道光熱費 8 割負担他
対等なパートナーシップで明確に役割を分担する (共同事業)	

出所：<https://www.sej.co.jp/csr/owner/index.html>

本表は、一部項目の改訂前のものが、後掲註 46 星論文 73 頁に引用されている。

⁴⁶ 星法子「ロイヤルティと廃棄ロスのリスク分担—セブン-イレブン・ジャパンを中心に」白鷗ビジネスレビュー (2009) 19 巻 1 号 67 頁以下。

担する」とした共同事業の理念を掲げた役割分担が謳われるのであるが、本稿でみたように廃棄ロスを売上原価に含めない売上総利益方式をとることが重要になる。この点は、上記発注に係る商品マネジメントの役割に基づき、加盟者の責任を以下のように重視したものとされる。すなわち破棄した場合には販売時と同率のロイヤルティを加盟店は課されるのであるから、廃棄を回避して売り切る努力が強調される。他方で品切れを最小限に抑え、なおかつ廃棄ロスが最小になるように発注数をコントロールするため、結局加盟者の責任重視を求めた独自の廃棄ロス処理方法になる（「統一的な統制」）⁴⁷。

こういった加盟者に対する責任を重視した役割分担を前提にすると、廃棄ロスに係るリスク分担で問題を生じる懸念が指摘された。それは加盟者に、重い責任に見合う適切な権限分配されているかの問題である。この点からは、廃棄ロスの可能性に対し、売り切る見きわめの判断に係って、それを歪める本部による推奨価格で販売する説得・指導が行き過ぎる懸念が指摘される（「統一的な指導」の行き過ぎ）。同時に、廃棄ロスに販売時と同率のロイヤルティを課すだけでなく廃棄ロスを加盟者が全額負担するという「二重の負担」の問題で、何らかの手当てが講じられない限り、直ちにリスク分担で問題を生じるとの指摘がされた⁴⁸。本部の加盟者に対する「統一的な統制、指導」が行き過ぎた結果、

⁴⁷ 前掲註 46 星論文 70 頁以下。

⁴⁸ 裁判で適法性を認められた（前掲註 20 の千葉地裁ローソン判決を参照）売上総利益方式であっても、多くのフランチャイジーが不満をもち、かつ商品仕入れに関しフランチャイザーの押し込みが問題になる状況下で、フランチャイザーとフランチャイジーの間の「リスク分担」が極めて重要になるという以下の指摘がされている。

すなわち、他の産業におけるリスク分担の実例に倣って、フランチャイザーは廃棄や棚卸減耗のリスクを共同事業者と分け合うべきとされる。例えば製造業で自動車の完成車メーカーと部品メーカーとの間で、廃棄ロスに相当する「操業度差異（生産量－実際販売量）」に係るリスクについて、完成車メーカーが部品メーカーに買入価格の引き下げや補助金を認める実務により分担が図られている。部品メーカーはその生産量を完成車メーカーの販売予測に依拠させ、また部品納入量の指示を受ける。操業度差異が生じると、部品メーカーの固定費がその分だけ回収できないリスクとなる。例えば、2年間という契約期間においてその途中の時期に実際販売量を超えた時には、その時点以降の販売価格を引き下げる。逆に2年間の契約終了時点で実際販売量が当初の販売予測量を達成しなかった時には、特定の部品設備投資（例えば金型）の固定費未回収分だけ完成車メーカーが部品メーカーに補助金を与える「リスク分担」の実務処理がされる。前掲註 46 星論文 72 頁以下。

「援助」が顧みられない点が注目される。このような観点に基づき「利益を生み出す過程で発生するリスクは共有するのが当然」であるとの考え方から、本部による廃棄ロスの一部負担は強く要請されることになる⁴⁹。

売上総利益方式に対する管理会計論からの批判は、コンビニ運営に関する現状を踏まえ「統一的な統制、指導」が行き過ぎた結果、加盟者への「援助」を要請するリスク分担の衡平上の問題を生じさせるというものであった。前述のように、フランチャイズ・システムにおけるフランチャイザーが行う「統一的な統制、指導、援助」は、ライバルに比してより有利な取引条件を獲得するために取引の相手方に対する積極的な働きかけを特徴とする自由な競争の在り方に即したものである。その統一的なシステム運営に係る売上総利益方式は、衡平なりリスク分担の要請と厳しい緊張関係に立つことが注目される。

4. フランチャイズ・システムの本質的特性と優越的地位の濫用規制

(1) フランチャイズの本質的特性と独禁法の適用のあり方

フランチャイズ・システムにおけるフランチャイザーが行う「統一的な統制、指導、援助」をフランチャイズ・システムの本質的特性として捉えて、その市場における競争を活発化させる効果と公取委による見切り販売禁止の排除措置命令とが、緊張関係に立つことを根岸教授は次のように論じておられる⁵⁰。

加盟店が「それぞれ独自の判断で、すなわちバラバラに」デイリー商品の「見切り販売」を行えるようにすることを命じた排除措置命令に関し、かかる命令がフランチャイズ・ガイドラインで述べるフランチャイズの本質的特性それ自体を否定し、本部の確立した営業方針・体制の下で加盟店が統一的な活動することにより加盟店の事業能力を強化、向上させ、ひいては市場における競争を活発にすることを妨げることにならないか、との問いかけをされる。さらに、フランチャイズ・システムの本質的特性を生かし、市場における競争を活発化するためには、独禁法の適用にあたって、本部に対し加盟店募集時における情

⁴⁹ 金顕哲「コンビニエンスストア業態の革新」(2001、有斐閣) 118頁以下。

⁵⁰ 根岸哲「フランチャイズ・システムの本質的特性と独禁法の適用のあり方」NBL912号1頁(2009)。

報開示の規制を十分に行った上で、統一的イメージを確保し、加盟店の営業を維持するために、加盟店が本部の確立した営業方針・体制の下で統一的な活動をすることを保証することが求められるとする。そのうえで、「統一性確保の対象は、本来、価格も例外ではないはずである」として公取委が、排除措置命令の発出後、本部の申出により、販売期限の1時間前までの値引販売を禁止すること及びその後の仕入原価相当額を下回る値引による損失を加盟店の負担とすることを許容したのは、「フランチャイズ・システムの本質的特性に一定の理解を示したためであろうか」、と再び問いかけをされている。

根岸教授がフランチャイズ・システムの本質的特性とされる事柄は、フランチャイズ・ガイドラインにおける「第三者に対する統一したイメージを確保する」ための「フランチャイズ・システムによる営業を的確に実施する」ことを目的とした、「販売方法、営業時間、営業地域、販売価格などに関し各種の制限を課す」場合について述べられたものである⁵¹。したがって、「フランチャイズ契約又は本部の行為が、フランチャイズ・システムによる営業を的確に実施する限度を超え、加盟者に対して正常な商慣習に照らして不当に不利益を与える場合」には、優越的地位の濫用等の独禁法違反が問題になると考えられる。

(2) 価格の統一性理論とフランチャイズ・システム間のブランド競争

フランチャイズ・システムの統一的イメージを確保するための、販売価格の制限が独禁法違反となるかは議論がある。川越教授は、フランチャイズ店の価格の統一的な状況に対する再販売価格維持行為の該当性を、推奨価格制における拘束と指導の境界の論議を踏まえ検討する。その論稿は、これまでの再販理論とは異なる独自の認識から、統一価格の合理性がフランチャイズ・システムの特質として示されるという。価格の指定がフランチャイズ・システムで行われるのは、店舗の営業成績をよくするためにフランチャイザーのもつノウハウが価格に関する値付けを不可欠なものとして伝授されて経営指導が行われてなければならないからである。また、価格の統一性を保つことは、フランチャイ

⁵¹ 前掲註1のガイドラインにおける「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」を参照。

ズ・システム全体の平均利益が最も高くなるようにシステム全体のマーケティング計画を設定し利益を管理するためそれが求められ、さらに店舗経営のプログラム策定を統一的行う必要からそれが求められる⁵²。

川越教授のフランチャイジーに対する経営指導の要請とフランチャイズ・システムの統一的管理の要請からする価格の統一性理論は、フランチャイザーを中核とし、多数のフランチャイジーが作りあげるネットワーク間の競争を活発化させる意図に特徴がある。多数のフランチャイジーを結びつけるものは個々のフランチャイズ契約であり、各契約が一つのユニットになりより大きな単位のシステムを作りあげる（「組織の創造」）。多数のフランチャイズ店が全員で一斉の行動をとり、共通のイメージを発揮して需要者にアピールし、協働して他のシステムと競い合うフランチャイズ・システム間のブランド競争を重視する立場である⁵³。

前記フランチャイズ・ガイドラインがいう本部の加盟者に対する「統一的な統制、指導、援助」が「一般的に企業規模の小さな加盟者の事業能力を強化、向上させ、ひいては市場における競争を活発にする効果」をもつことについて、川越教授のフランチャイズ・システム間のブランド競争論は、フランチャイズ契約のもつ「組織の創造」という機能から説明し、それを市場の競争に及ぼす積極的な評価につなげている。したがって、かかるフランチャイズ・システム間のブランド競争論は、より有利な取引条件の獲得を目指した競争を保護するという独禁法の目的に合致する側面のあることを認めなければならない⁵⁴。

⁵² このほかに、フリー・ライドの防止、再販問題の登場しないサービス業的なフランチャイズの場合が多いことが挙げられる。川越憲治『フランチャイズ・システムの実務問題』（2001、商事法務）463頁以下。

⁵³ 参照、前掲註 52 川越 88 頁以下。

⁵⁴ 他方、教授のフランチャイズ・システム間のブランド競争重視論は、見切り販売制限に関するセブン・イレブンの公取委排除措置命令に対する批判で以下の問題がある。教授は、公取委が加盟店に原価相当額の負担を軽減する機会を失わせたことを濫用とした点を、原価や利益の算定手法について多様な可能性があることから唯一の基準が取れないこと、一つの商品の販売による利益は企業全体の利益と一致する訳でなく、見切り販売を行わない方が、企業としての利益が向上することもあり得るとする（前掲註 52 の該当本文参照）。かかる批判は、優越的濫用規制の解釈論における自由かつ自主的な判断の障害を認定する基礎になる、不利益概念を捉え損ね

(3) フランチャイズ・システムの統一的管理と優越的地位濫用の判断枠組み

このようなフランチャイズ・システムの統一的管理の要請からする価格の統一性の意義を強調する立場に対しては、反対の傾向が強い。しかしそのような立場でも、全ての価格制限を「第三者に対する統一したイメージを確保する」ため必要ないとはいえないことを認める⁵⁵。このことは、加盟店舗における価格設定の慣行がフランチャイズ・システムに与える影響を考慮して、その慣行の合理性が判断されざるを得ないことを示す。

本稿は、フランチャイズ・システムにおける統一的管理の要請からする価格の統一性をフランチャイジーに求めることが、前記「フランチャイズ・システムによる営業を的確に実施する限度」で、すなわち著しい不公正な取引の受入れを余儀なくさせる自由かつ自主的な判断の阻害とならない限りで認められる余地のあることは、フランチャイズ・システム間のブランド競争としての、より有利な取引条件の獲得を目指した競争が独禁法上保護に値することから肯定され得ると考える⁵⁶。

そのうえで、加盟店舗における価格設定の慣行がフランチャイズ・システムに与える影響を考慮し、個別事案に即して著しい不公正な取引の受け入れを余儀なくされているかの判断につき具体的に、あらかじめ予期せぬ不利益や過大な不利益について合理的なリスク回避の機会の喪失を含めて認定がされ、排除措置の内容が画定されなければならない。

この点からセブーンイレブン事件の排除措置命令は、以下の問題がある。すなわち、前述のⅡ．3で述べた、加盟者の「二重の負担」の内容に一切触れず

ている。参照、川越憲治「優越的地位濫用の禁止とフランチャイズ・システム」Franchise age 39巻5号(2010)9頁以下。

⁵⁵ 前掲註13若林5頁。その例として、「当該フランチャイズ・チェーンは高い、という評判がつくことを避けるために、合理的な範囲を超えた高価格を制限することなどは認める余地があるかもしれない」とする。前掲註13若林7頁及び脚註10。かかる最高価格制限に係るフランチャイズ・システムにおける価格の指定が、フランチャイジーを経営指導する統一的管理の要請から価格の統一性理論によって根拠付けられることについては、参照、前掲註52川越463頁以下。

⁵⁶ 私見では、フランチャイジーに対してなされる価格の統一性の要請に基づく一定の拘束が、直ちに自由かつ自主的な判断の阻害として、著しい不公正な取引の受入れを余儀なくさせる優越的地位濫用に該当するとは考えない。

見切り販売の制限に濫用行為の認定を限ることに関連して、見切り販売制限に係る濫用行為の判断枠組みの内容として、不利益の程度に係る十分な検討を欠くことである。

5. 本件排除措置の命令内容の問題点

この点がさらに明確になるのは、見切り販売の制限を禁止する排除措置の具体的な内容に関して、加盟店の見切り販売を認める本部の課す時間の制限と値下げ幅の判断においてである。本件で本部が策定したデイリー商品の値下げに関するガイドラインを公取委が承認したが、それによれば、①値下げは消費期限の2時間前に設定している「販売期限」の1時間前をメドに始める、②仕入価格を下回る価格で値引き販売した場合は、発生した損失分を加盟店が負担する。という内容である⁵⁷。①の見切り販売の可能時間（1時間）について、加盟者が廃棄ロスを減らすためには実質的に有用性を欠くとの批判がされ、②の仕入原価割れ販売の損失分の負担については、その負担が重くなる可能性によって、結局推奨価格を維持する（値下げ幅の制限）効果が見込まれるとする批判がされた^{57a}。

これらの批判は正当であり、その理由は次のようになる。見切り販売の制限を違法とするに際し、廃棄ロスに販売時と同率のロイヤルティを課し、さらに廃棄ロスを加盟者の全額負担とすることの過大な不利益が、上記①と②の排除措置命令の内容では、加盟者にとって依然として解消されない懸念に基づく。すなわち、合理的な企業家による判断、自由かつ自主的な判断が阻害された状態を排除する加盟者のリスク負担の軽減を図る機会が十分に確保されているかの疑問がある。かかる疑問は前述の、排除措置命令が廃棄ロスに販売時と同率のロイヤルティを課すだけでなく廃棄ロスを加盟者が全額負担するという「二重の負担」が「過大な不利益」となる検討を十分に行わないことから生ずるのである。

⁵⁷ 日経流通新聞 2009年8月5日「セブン、排除命令受け入れ決議、値引き競争回避を優先、『見切り』時間を設定」。

^{57a} 前掲註13 若林6頁、前掲註33 長谷河296頁。

IV. 「過大な不利益」の検討と利益衡量の問題

1. 統一的管理の要請に基づき利益衡量のされた事例

公取委が本件で排除措置命令の画定に際し、「過大な不利益」の検討を十分に行わない理由は必ずしも明らかでない。他方で、排除措置命令が②の仕入原価割れ販売の損失分を加盟者が負担する措置について、値下げ幅を抑えることで、フランチャイズ・システムにおける統一的管理の要請からする価格の統一性を重視した発言がある⁵⁸。これは、見切り販売を一切禁止する制限に対し前記①と②の措置命令によって加盟者に回復される利益に対し、かかる措置の範囲でフランチャイズ・システムの統一性に及ぶ負の影響を止めることで本部の利益が衡量されたとみなすこともできる。

この点に関し、優越的地位濫用の不利益の検討と利益衡量の問題について、フランチャイズ・システムにおける統一的管理の要請に係り比較衡量がされたと考えられる判決がある⁵⁹。すなわち、コンビニエンス・ストアの24時間営業や手続料受領に係る行為はその統一的形象の維持にとって重要であるとされるが、これら行為を強要することで加盟者に及ぶ不利益に対し、セブン-イレブンの統一的形象からもたらされる利益の衡量である。

この判決に対し、加盟者の事業者として有する取引の自由の範囲が著しく狭められたとする長谷河評釈の批判が注目される⁶⁰。かかる批判が問題にする加盟者の取引の自由を狭めたとする判決の推論構成の問題点は、次のように捉えることができる。すなわち、優越的地位濫用の不利益にはリスクに対処する機会の喪失も含むところ、通常事業者にはリスクの有無それ自体の判断とそれへの対応が委ねられているはずであるが、かかる比較衡量では、この点に及ぶ不

⁵⁸ 前掲註 26〈座談会〉9頁（中島秀夫発言「本部にとってはロイヤルティのベースが減る」とことなる「原価割れでの見切り販売が拡大すれば、コンビニエンス・ストア・チェーンなりフランチャイズ全体の発展という観点から問題があるのではないか」）。

⁵⁹ 東京高判平成 24・6・20（LEX/DB25482661）。

⁶⁰ 長谷河亜希子「手続料受領行為強要等差止請求事件（セブン-イレブン事件）—東京高判平成 24 年 6 月 20 日—」公正取引 763 号 57 頁以下（2014）。

利益の影響評価で不十分であると捉えることができる⁶¹。それは、結果的に事業者として有する取引の自由が毀損される事態を捉え損ねる問題があるということになる⁶²。長谷河評釈が、加盟者のリスク処理という事業上の判断権限の範囲を画定するに際し、自由な事業判断を行う上での権限を欠く事態に対して、「取引の自由」の確保という「実質的概念」を援用して批判した意義は大きい（後掲Ⅳ．２参照）。

優越的地位濫用の禁止は、自由かつ自主的な判断の阻害を取り除くことで、自由競争基盤を確保することを求める。加盟者としての自由競争基盤の確保は、自ら競争者として競争を遂行する条件の上での障害を取り除かれることを求める（後掲Ⅵ．２．（１）のii）及びiii）を参照）。かかる障害の除去のメルクマールは、過大な不利益と予期せぬ不利益を被る事態を禁止する違法性判断基準になる。その際リスクの有無それ自体の判断とそれへの対処につき、加盟者の「取引の自由」の確保という「実質的概念」がかかる基準の適用態様を指導する。この点でもはや利益衡量は優先的判断基準足り得ない。

⁶¹ 例えば、24時間営業につき、深夜営業はフランチャイズ契約に基づく加盟者の義務であることと加盟者のその点の認識、深夜営業を行う場合のチャージ率低減の措置と納品時間の関係で早朝営業のための深夜営業を行う必要というそれぞれの事柄を東京高裁は較量した。前掲註59判例参照。なおこの比較衡量アプローチにつき、参照、中川晶比兒・独禁法事例速報・ジュリスト1451号5頁。

⁶² このような問題点に対する対処の仕方として、24時間営業の強要問題では、平成14年のフランチャイズ・ガイドラインを改正する令和3年『『フランチャイズ・システムに関する独占禁止法上の考え方について』改正（案）』における、3、(1)、アで新設が提案されている「営業時間の短縮に係る協議拒絶」の項目が挙げられる。

（<https://www.jfte.go.jp/houdou/pressrelease/2021/jan/kitori/shinkyu.pdf>）

この改正案では、「正当な理由なく協議を一方的に拒絶し、協議しないまま、従前の営業時間を受け入れさせる」点が違法とされるが、「優越的地位の濫用規制の手続化」の手法により、違法性判断で利益衡量を全面的に指向するアプローチが回避されている。

この「手続化」によって、取引相手が取引条件について主体的に判断できる事前協議の機会を行為者に設けさせるように仕向けるアプローチの概要と、取引条件の協議を単なる「アリバイ工作」にしないための検討については、参照、拙稿「優越的地位濫用規制の本質論」川瀨・泉水・土田・山部・河谷編『現代経済法の課題と理論—金井貴嗣先生古稀祝賀論文集』（2021刊行予定、弘文堂）。

見切り販売の制限に対する公取委の排除措置命令で、「過大な不利益」の検討が不十分であり、24時間営業と手数料受領の行為に係る判例においてその行為の強要でリスク対処の機会喪失に係る不利益の検討が不十分であることが注目される。この点は、フランチャイズ・システムにおける統一的なイメージを維持する利益との比較衡量がなされた結果、行為者の取引の相手方が有する取引の自由に対する侵害の判断が十分に行われなかったことを意味する。

2. 優越的地位濫用規制が問題にする市場の機能不全

これら排除措置命令や判決が比較衡量に取り込むフランチャイズ・システムの統一性確保の要請は、独禁法上保護に値する、より有利な取引条件の獲得を目指した競争の目的に即した利益である（前記Ⅲ、2参照）。より有利な取引条件の獲得を目指してライバル間で競い合う競争は、取引の相手方がかかる有利な取引条件を要求する行為者を回避する代替的取引先を欠く場合には、市場の機能不全を生む。すなわち、独禁法の競争理解は以下のことを前提にする。より有利な取引条件の獲得を目指し相手方に積極的に働きかける経済的な行為自由は、かかる相手方が特定の行為者を回避できる選択の自由を有することで一定の制約の下におかれることである。このような市場の相手方が有する選択の自由とは、当該経済的自由の行為者と並ぶ競争者が、市場の相手方の回避者となる一すなわち、当該行為者が提供する給付よりもその相手方に有利となる給付を提供する一という競争的な機能によって可能になる⁶³。

フランチャイズ・システムにおける統一的イメージを維持する利益との比較衡量がなされたと考えられる上記排除措置命令や判例について「過大な不利益」やリスク対処の機会喪失に係る不利益の検討が不十分であることは、より有利な取引条件を獲得する競争と市場の相手方に選択される競争からなる独禁法の保護する競争の理解として一面的である。そしてかかる競争理解の不十分さは、競争

⁶³ この点は、前掲註44掲記の該当本文におけるケーラー教授の指摘に対応する。すなわち、市場の相手方に選択される競争は市場の相手方保護の機能を伴い、より有利な取引条件の要求する者の行為自由を相互的に限定する状態として捉えられる。行為自由の限定を欠いていることや、その廃止は競争制限と解されるべきである、との指摘である。

機能により市場の相手方にもたらされる保護に照らして、相対的市場力の行使から生ずる不利益やリスク負担の程度について適切に判定されない結果を導いた。

この適切な判定の鍵となる考え方が、「実質的概念としての取引の自由」の侵害を問題にするアプローチである⁶⁴。自由かつ自主的な判断の阻害としての、過大な不利益やあらかじめ予期しない不利益（合理的な企業家としてリスクに対処する機会の喪失を含む）は、取引の自由の侵害の有無が問題にされるときには、利益衡量は優先的な判断枠組み足り得ないと考えられる。

3. 利益衡量を退ける違法性判断基準の具体化

上記の、市場の相手方に選択される競争が維持されているときに保障される選択の自由は、優越的地位が問題になる場合には維持され得ない。取引関係にある当事者が、優越的地位にある事業者による、より有利な取引条件の獲得に係る経済的自由の行使から被る不利益の強要から如何なる程度で回復されるかは、先ず立法者の判断に従うべきである。この点で優越的地位濫用規制は、公正かつ自由な競争保護に係る法目的の下、競争の実質的制限から区別された不公正な取引方法の規制体系による公正競争阻害性に係る指導理念を有している。かかる指導理念に従う法運用と学説の展開から、この規制はさらに具体化された、自由競争減殺型あるいは不正手段型と区別される、自由かつ自主的な判断の阻害という指導理念をもつ。そのうえで、本規制は前述の不利益概念に係る違法性判断基準や、「直接の利益」⁶⁵の違法性判断基準を導くに至っている。

前述の通り、より有利な取引条件を獲得する自由な競争は、独禁法の保護目的である。フランチャイズ・システムの統一的管理の要請は、このような取引条件の獲得に係る自由な競争の保護範囲にある。しかし自由な競争の基礎になる経済的行為自由の行使が行き過ぎるならば、独禁法自身がかかかる自由な競争の範囲に限定を付すことを命じていると考えられる。このような考察からは、濫用行為の該当性判断にあたっては、利益衡量は優先的な判断枠組み足り得ない。

⁶⁴ 舟田正之「公正競争阻害性の再検討—優越的地位の濫用を中心に」公正取引 671号（2006）50頁以下。

⁶⁵ 参照、前掲註4拙稿・[2完] 223頁以下。

4. 利益衡量アプローチに対する比較法的考察

この点は、以下の比較法的考察から明らかとなる。ドイツにおける優越的地位濫用規制の類似規定である利益強要禁止（Anzapfverbot）に係る競争制限禁止法（以下GWBという）19条2項5号は、その体系構成においても⁶⁶、また提供を強要される利益の不当性評価においても、明確な違法性判断を導くための手掛かりに乏しく、包括的な利益衡量に依る他ないことが判例によって確認されている。2018年のエデカ事件連邦最高裁判決は、利益強要に係る不当性（実質的正当化されない利益の要求行為であること）の要件指標に関し同号が無限定であることから、需要者が利益を要求する「理由あるいは反対給付に関する一定の種類と形式、例えば供給業者関連、商品関連あるいは売上げ関連の業績に関し、何の限定もない」と述べる⁶⁷。さらに、不当性の要件に関し19条自体が無限定であることはその体系的構成から導かれるとし、さらにこの点から、同要件の判断は利益衡量による外ないことを次のように述べる。

⁶⁶ ドイツの利益強要禁止規定は、GWB19条における市場支配的事業者による濫用禁止行為に係る体系的な条文の内におかれている。以下に、不当妨害、実質的な正当化理由のない差別及び搾取の各濫用行為を禁止する同条の規定を一部掲げる（2017年競争制限禁止法第9次改正による）。

1項 一又は複数の事業者による市場支配的地位の濫用的行使は、禁じられる。

2項 市場支配的事業者は、一定の種類の商品又は役務について供給者又は需要者として、特に以下の場合に濫用が存する

1号 他の事業者を直接又は間接に不当に妨害する、あるいは実質的な正当化理由なくして直接又は間接に他の事業者を同種の事業者と異なって扱う場合；

2号 有効な競争が存すれば、高い蓋然性をもって回避できた対価又はその他の取引条件を要求する場合；この場合に、特に有効な競争の存在する比較可能な市場を考慮しなければならない；

3号 その価格が実質的に正当化される同種の買い手の存する、市場支配的事業者自らの比較可能な市場よりも、不利な価格又はその他の取引条件を要求する場合；

4号 一略

5号 他の事業者に実質的な正当化理由なくして、利益の提供を要求する場合；その場合特に、他の事業者に要求が後付け可能であるか及び要求された利益が要求の根拠と適切な関係にあるかを考慮する。

3項 一略

⁶⁷ BGH, 23.1.2018.KVR 3/17-Hochzeitsrabatte (juris.bundesgerichtshof.de), Rn.92.

「かかる理解は体系的な考察によっても証明される。GWB19 条 2 項 1 号の一般的な差別禁止に関し、対応する（同号の）要件指標はなんら同種の限定を規定しない。同じく立法資料はこの点につき何も告げない。GWB19 条 2 項 5 号の意味と目的は競争の自由を志向した GWB の目標設定の考慮の下で、参加者の利益の包括的な衡量により実質的に正当化されないものとして示される利益の要求を、規範名宛人について禁止することにある」⁶⁸。

また GWB の利益強要禁止が利益衡量に依る外ないことは、濫用が問題になる利益の要求に対する反対給付の存否とその額について、直接的対応関係を見るのではなく、契約の条件の束を全体として見ることで判断されることから、肯定されるとする。この注目される指摘に関し、BGH は次に要約されるような判示をする。

- i. より有利な取引条件を獲得する競争の結果は、必ずしも給付と反対給付の均衡する関係にあるものでないこと、
- ii. それゆえ実質正当化に係る不当性の判断は、要求された利益に対する直接の利益を問題にするものでないこと、
- iii. そのうえでかかる判断は競争の自由を志向した GWB の法目標のもとで、包括的な利益衡量に依る外ないこと

⁶⁸ BGH, 23.1.2018.KVR 3/17（前掲註 67）, Rn.92. BGH は 19 条の濫用監視の体系的考察に基づく不当性の違法性判断が利益衡量によるべきことを、19 条 2 項 5 号の利益強要禁止が持つ妨害禁止の特性及び実質的に正当化されない差別禁止の特性を分析して以下のように述べる。

「それ故評価の出発点は販売関連の事態で事業者の行為自由から導かれた原則であって、GWB19 条 2 項 5 号の妨害禁止（Behinderungsverbot）は、規範名宛人に対して原則的にその取引活動及び販売システムを、経済的に有意味かつ正当であると自らが思料する限りで、自らの判断に基づいて展開させることを禁じていない」。A.a.O., Rn.93.

このことは必然的にダイナミックな競争プロセスの枠内において、差別から免れて新たな取引慣行を展開することあるいは変更する可能性を含む。BGH は、供給業者関連、商品関連又は製品関連のない利益であって、市場で有力な流通業者の投資コストを、供給業者に負担させる利益が具体的に衡量されることができると否か、あるいはどの程度できるかは、個別事案の事情によって判断されるとする。A.a.O., Rn.93.

なお上記の BGH の判示に関連して、GWB19 条 2 項 5 号が、搾取禁止、妨害行為の禁止、そして受動的差別の禁止の各側面を有する「曖昧な（schillernd）」特徴をもつことにつき、参照、前掲註 4 拙稿・[2 完] 脚注 875。

iv. 以上の点は、19 条 2 項 1 号の一般的妨害と差別禁止の法体系的な構成から求められること、

を明らかにした⁶⁹。

以上のようにドイツ法においては、取引関係にある当事者が、相対的市場力を有する事業者による、より有利な取引条件の獲得に係る経済的自由の行使から被る不利益の強要に対し、如何なる程度で回復されるかは、立法者の判断として何ら手掛かりが示されておらず、濫用監視の一般的な体系的構成に即して、競争の自由を志向した GWB の法目標のもとで、包括的な利益衡量による外ないとされた。かかる比較法的考察からは、独禁法における優越的地位の濫用規制は、違法性判断基準の整序とそれを導く指導理念の段階的具体化、そしてかかる具体化に対応した法目標という前述の法体系的特徴をもち、利益衡量を優先的な判断基準とすることなく、より有利な取引条件の獲得に係る経済的行為自由の限定をなすという評価が導かれる。

V. 経済的行為自由の限界設定と公正な競争秩序

セブナーイレブン事件において本部の立場は、加盟店の売り切る努力を強調するとともに、機会ロスも無くして売り上げ増を図るライバルチェーンに対する競争優位を目指した、より有利な取引条件を獲得する競争を強く推し進めるものである。この点は、見切り販売を制限することで統一価格を維持する経済的行為自由の行使が、さらにより有利な取引条件を獲得する競争を強めている。

⁶⁹ BGH, 23.1.2018.KVR 3/17 (前掲註 67) ,Rn.17. 上記の要約された箇条書きの原文は、以下の通りである。「通常、交渉当事者は自らの経済的利益を追求するのであって、自らの給付の経済的価値に対応する反対給付となるよう義務付けられるものでない。それにしても、給付と反対給付の関係は複雑である。ある利益がなんら直接に割り当てられた反対給付と対応しなくても、当然に実質的正当化の理由なく提供されたことにはならない。したがって実質的正当化を欠くとの要件指標は、競争の自由を志向した GWB の目標設定の考慮の下で、関係人の利益に対する包括的な衡量を求める。これは、19 条 2 項 1 号の一般的妨害と差別禁止の基準に対応する」。A.a.O., 17. 参照、前掲註 4 拙稿・[2 完] 162 頁以下。

かかるより有利な取引条件を獲得する自由な競争に従う、本部による経済的な行為自由の行使を限定する、見切り販売制限に対する優越的地位濫用の禁止は、以下の不利益行為の関連事項を総合的に検討して判断される。

- i. 売上総利益方式が、加盟者に責任重視を求めた独自の廃棄ロス処理方法であること。
- ii. 機会ロスの防止戦略を本部は重視するが、その結果は見切り、処分を抑制すること。
- iii. 加盟店によるロイヤルティ逃れのリスクが切迫したものである点の立証がされるか、についての検討。
- iv. 廃棄ロスの原価相当額を加盟店は全額負担しなければならないこと。
- v. 見切り販売の制限が行われていること。

これらの点の総合考慮は、合理的な企業家による判断、自由かつ自主的な判断を下すための加盟者のリスク負担の軽減を図る機会が十分に確保されることに対する障害が画定されなければならない。その際売上総利益方式が加盟者の責任重視を求めた独自の廃棄ロス処理方法であることから会計処理に係る取引関係では、加盟者の負担に関し慎重に検討が求められる留保がつく。この点で前述のように、「売れ残りリスクはすべてフランチャイジーに負わせる」という「不利益の程度が大きい」過大な不利益となるivの負担の強要は、iiの圧迫と共に著しく不公正な取引の受入れを余儀なくさせるものと評価できる。

かかる結果はIV. 3 に挙げた、見切り販売を制限することで統一価格を維持する経済的行為自由の行使に対して、その行き過ぎを認定することになる。このことは独禁法が保護するより有利な取引条件を獲得する自由な競争について、優越的地位濫用規制という公正な競争秩序の観点から限界が画されることを意味する。

さらにこの「自由な競争の公正な秩序づけ⁷⁰」は、自由な競争の保護に係る統一価格を維持する利益と、公正な競争秩序維持の観点から見切り販売の制限を受ける加盟者について回復される利益の衡量を行うものではない。利益の衡量は、見切り販売の制限に関する排除措置命令や 24 時間営業等に係る判決で

⁷⁰ 正田彬『全訂独占禁止法 I』（1980, 日本評論社）34 頁。

おこなわれた。ところが、これら行為を強要することで加盟者に及ぶ不利益に対し、セブニーイレブンの統一的なイメージからもたらされる利益のバランス考慮を行うことで、「過大な不利益」やリスク対処の機会喪失に係る不利益の検討が疎かになった。優越的地位濫用の禁止を導く違法性判断基準は、上記のような利益衡量に依って、対立する利益の調和的な調整を意図するものでなく、かかる利益対立の緊張関係を維持したまま、自由かつ自主的な判断の阻害を違法とする（前掲Ⅳ. 1 参照）。

以上の考察は、独禁法が認めるより有利な取引条件を獲得する競争を推し進める経済的行為自由の行使に対して、独禁法自身がかかると行使の影響を考慮して限定を付すものである。具体的には、加重な責任賦課となっている会計方式の運用に対して、かかる責任の軽減を図る加盟者の権限（価格設定の自由）の回復のため、本部の自由の限定が行われる。この結果は、加盟者の下す自由かつ自主的な判断（実質的な自由の保障）に係る考慮が行われることで（取引の自由）、独禁法が保護する自由な競争保護に限定が付される。

独禁法の目的規定が掲げる「公正且つ自由な競争」は、公正な競争と自由な競争の間における緊張関係を内包するが、優越的地位濫用規制が的確に行われるならば、その関係はパラドキシカルなものであることを明らかにする。

Ⅵ.公正かつ自由な競争のパラドックスと市場倫理の体系的考察

1. ゲームとしての市場の競争（桂木／ナイト理論）

独禁法の保護する公正かつ自由な競争が内包する、公正な競争と自由な競争のパラドキシカルな関係は、市場における競争の概念に含まれる価値的要素について、市場倫理からする体系的考察により説明できる。本稿は最後に、優越的地位濫用規制は公正かつ自由な競争のパラドキシカルな関係を示す、というこれまでの説明を補完するものとして、このような関係を「フェアな競争の感覚」として捉え、市場倫理の体系的考察をした桂木教授の研究⁷¹を見る。この研究

⁷¹ 桂木隆夫『市場経済の哲学』（1995，創文社）75頁以下。

は、市場の競争を倫理的に考察するに際し、「フェアな競争」という考え方によって市場競争の概念を構成する価値的要素が含むパラドキシカルな関係を説明する。

その説明の淵源には、フランク・ナイト (Frank H. Knight) の市場経済の経済学的、倫理的検討が置かれている。ナイトの市場経済の研究は、それまでの経済学の分析手法に係る基本的認識を批判して⁷²、所与・与件 (技術的条件、その他) として諸個人の欲求を措定し、専ら欲望充足機構として現行の競争経済体制を捉えることの問題を明らかにした⁷³。市場の競争は、かかる欲望充足のための手段的側面のみで捉えきれない重要な特質を持ち、競争活動それ自体で意義を持つ⁷⁴。かかる意義をナイトは、競争的ゲームと名付ける。

競技 (ゲーム) としての市場競争の概念は、市場の競争に係る倫理性の批判的検討を行うナイト、そして、それを継受する桂木理論 (市場の競争を「フェアな競争」の枠組みから倫理的に考察する) の中核になる。したがって市場の競争を「競技」としてその倫理的側面を問題にするなら、「フェアな競争」は「フェアプレイ」の企業行動を含意する。フェアプレイの企業行動が遂行される市場の競争が、公正かつ自由な競争のパラドキシカルな関係を明らかにする。

以下に、「フェアな競争の感覚」を構成する様々な価値的要素を、桂木理論を素描するとともにナイトの考え方を補完的に適示して説明する。

⁷² 市場経済の経済学的研究がもつ基本認識の問題を踏まえて、ナイトが倫理 (学) の領域に踏み込まざるを得なかった理由を分析するものとして、参照、佐藤方宣「市場の倫理—カーネギー、クラーク、ナイトの論じ方」経済思想史学会他編『古典から読み解く経済思想史』(2012, ミネルヴァ) 72 頁。

⁷³ Knight, *The Ethics of Competition* (1923), reprinted in Knight, *The Ethics of Competition* (1997, Transaction Pub., Originally published in 1935) pp.50-58. 邦訳、フランク・ナイト著、高哲男・黒木亮訳『競争の倫理—フランク・ナイト論文選』(2009, ミネルヴァ書房), 29-36 頁。

⁷⁴ 佐藤方宣「フランク・ナイトにおける市場経済の倫理的検討」三田学会雑誌 93 巻 1 号 (2000) 249, 251 頁。

2. 「フェアな競争の感覚」を構成する価値的要素

(1) 自由主義的「公正の概念」の価値的要素

i) ゲーム（競技）としての市場の競争と勝機の平等

本稿で扱う著しく不公正な取引の受入れを余儀なくされている事業者に対する優越的地位濫用の規制は、この市場倫理の規範構造の考察では、競争における不平等の是正ないし弱者保護の要請として「公正の概念」による価値的要素によって基礎付けられる。

桂木教授のいうこの不平等の是正ないし弱者保護の「公正の概念」は、市場の競争をゲーム（競技）に例えて、勝機の平等を意味する。この勝機の平等とは、明白なかつ極端な社会的不平等や特権の存在によって、勝ち負けが最初から決まっているような社会状態を是正するために、競技における一定程度の予測不可能性が確保された状態をいう。それは、自由主義的な「公正の概念」として、結果の平等を全く意味しない。また、機会の平等ともやや性格が異なる⁷⁵。

過度の社会的不平等を是生するという意味は、競争を競技（ゲーム）に例えて、競技の開始以前に結果が判然となるような不平等の状態をただすことに限られる。かかる不平等は、敗者となることがあらかじめわかっているような競技へ参加させるもので、自由を欠く状態である。したがって、自由な競争を行わせるための前提条件を欠くことを認めるものである。この点で、実質的自由の要請に基づく。さらに、この実質的自由の要請は、以下のような力の不均衡に対する限定的な是正を要求する。

ii) 実質的自由と力の要因（ナイトによる形式的自由批判）

競技（ゲーム）であるところの競争で、勝機の平等の要請から正されるべき不平等には、勝敗を決定する要因における、自ら欲することをなしうる力を欠いている状態について、その不均衡を含む。この点、自由の実質化は、勝機の不平等となる明白、極端な不平等である無力の窮状を脱するため、限定的では

⁷⁵ 機会の平等は競争という競技の開始以前に、競技遂行に係る諸条件のかなりの平等を要請するだろう。他方、自由主義的な「公正の概念」によれば、社会における不平等は人間の多様性から必然的に生じる事実であり、人間の多様性が競争を活発化させる側面が重視される。したがって、人々の間に存する能力や考え方の違いは社会に必要であるとさえいえる。参照、前掲註 71 桂木 78 頁以下。

あるが力の付与に相当する介入が求められることになる。これは実質的自由と経済的不平等の問題になるが、自由の内実欠缺している力の付与を、限定的であつても行うという積極的自由論に与することとなる。

このような視角から、『自由の条件 (The Constitution of Liberty)』の根本的なスタンスとして自由の概念を恣意的な強制からの自由として狭く捉える、ハイエク流の形式的(消極的)自由論に対する⁷⁶ナイトの次のような反論が注目される。

「自由の内実は、その人がしたいと欲することに関連するものであり―〔中略〕―また、行動するための力に依存している。さらに交換関係においては、

⁷⁶ ナイトは、上記本文に掲げたハイエクの著作、『自由の条件』についての書評論文「自由放任主義―その賛否―」において、ハイエクの個人主義的な形式的自由論を取り上げ、自由と力の間の「密接な関係を無視することは愚かなこと」であると以下の批判をする。

「自由とは、それに内容を付与したり、それを現実に機能させるための力―それは所有されているはずである―を利用するための機会、つまりその妨げられない機会を意味している。〔中略〕社会問題としての自由とは、人と人との間、人と社会ないしその代理人との関係の中で用いられる力とその行使が中心になる。詐欺をも含む強制とは反対のもの(あるいはその不在?)、という自由の形式的な定義〔中略〕が、説得―きわめて不均等なものであり、法律上「強迫」とみなされる他人に対して行使される力の極めて重要な形態―について言及することはない。事物に対する不均等な支配力が人々に対する力を与えること、すなわち自由に係る最も重要で一般的な問題が、特に人間特有の不平等を著しく含む不均等な支配力にあるということ、さらにまた、自由と支配力というものは自由な存在につき物であり、このメカニズムは強制するものでも強制されるものでもないということ、この点をハイエクは理解していないのだ」。Knight, *Laissez-Faire: Pro and Con* (1967), reprinted in *Selected Essays: Laissez-Faire: Pro and Con*, edited by Ross B. Emmett, Vol., 2 (1999, U.Ch.P.) p.445. 邦訳「自由放任主義―その賛否―」、前掲註73『競争の倫理』所収, 240頁(訳文を一部変更。傍点原文)。

さらにナイトは功利主義者による形式的な自由の定義を、以下のように批判する。「自由の最大化を社会政策の目標とする功利主義の致命的な欠陥は、自由と力を混同していることである。その教説を擁護する人々は、行動の自由に必要手段を保有していない限り、行動の自由など無意味だという事実や、現実の問題は形式的な自由の問題だというよりの力の問題だという事実を見落としている」。Knight, *Freedom as Fact and Criterion* (1929), reprinted in *Knight, Freedom and Reform* (1947, Harper & Brothers), p.4. なおハイエクによる自由の形式的な定義を批判するナイト理論の検討については、参照、佐藤方宣「ハイエクとナイトⅡ―リベラル批判の二つの帰趨」桂木隆夫編『ハイエクを読む』(2014, ナカニシヤ) 212頁以下。さらにナイトの功利主義批判については、参照、黒木亮「フランク・ナイトの経済学・競争体制批判―シカゴ“学派”再考」『経済学史研究』53巻1号(2011) 28頁。

実質的な自由 (effective freedom) には、他の当事者が保有する力にそれほど劣らない程度の力が必要となる。それゆえ一般的な自由は不平等をある程度制限することを含意しているのだ」(傍点森平) 77。

交換関係で一方当事者が他方当事者にそれほど劣らない程度の力を持つことができず、前者が自らの競争関係において勝機の平等を害される結果は、自由な競争に係る前提条件が損なわれた状況になる。これは優越的地位濫用の規制における自由競争基盤の侵害を、市場倫理のレベルで評価した状況といえる。前掲の「実質的概念としての取引の自由」⁷⁸は、自由と力(支配力⁷⁹)の関係を的確に捉えるために、重要な競争法上の概念であると考えられる。すなわち、自由競争の前提条件たる自由競争基盤の侵害である、著しい不公正な取引の受け入れを余儀なくさせる力の不均衡(勝機の不平等)が問題になる場合である。この点を以下に敷衍する。

ナイトは、この自由と力の関係を的確に捉えて社会政策や経済政策の個別課題が解決されなければならない⁸⁰ことを、次のように述べる。個人の努力と、個人の支配が及ばない状況との複雑な混合物から、市場の欲求と支配力が生み出されている。このことを前提に、「実質的自由」の要請として「一般的な自由は不平等をある程度制限する」(上記引用文参照)結果を導かなければならない。力(支配力)を欠くために行動の自由が無意味になっている個別問題の解決のためには、重要とみなされる計測不可能(明確、正確な分析が不可能)な要素

77 Knight, *The Meaning of Democracy : its Politico-Economic Structure and Ideals*(1941),reprinted in Knight, *Freedom and Reform*(1947, Harper & Brothers)p.201. 邦訳「民主主義の意味」前掲註 73『競争の倫理』所収 136 頁以下。

78 前掲註 64 の舟田論文を参照。

79 前掲註 76 のナイトによるハイエク批判の引用文を参照。

80 ステイグラー以後の「現代シカゴ学派」に対して、「初期シカゴ学派」に属するナイト、ヴァイナー (J. Viner)、サイモンズ (H.C. Simons) が専門分野を異にし、理論レベルの共通点を指定することが容易でないにもかかわらず、力と自由との密接な関係を重視したうえでの、市場中心的な自由主義者であったことについては、参照、藤井賢治「F.ナイトにおける経済学の倫理性と科学性」経済学史学会年報 38 号(2000) 135 頁以下。

について、その比較や組み合わせ等の操作をして判断を下す作業を避けてはならない⁸¹。

かかるナイトの市場倫理レベルからの指摘は、実定法規の解釈における優越的地位濫用の判断枠組みの画定作業にあたり必要な指針となる。コンビニ本部の見切り販売制限に係り、加盟者に必要となる「他の当事者が保有する力にそれほど劣らない程度の力」として価格決定権の範囲が画定されるべきことを導く。すなわち、加盟者が競争者として勝機の平等に係り有する欲求は、市場の欲求であるが、かかる欲求の実現に係る力の保有に左右されるのであり、この点は実質的概念である「取引の自由」が、価格決定権の範囲を画定する具体的な違法性判断基準の適用を指導すると考えられる。かかる違法性判断基準の運用態様は、利益衡量のアプローチに優先する（前掲Ⅳ. 3）。

またナイトが、力と実質的自由の個別問題を解決するためは、市場の力（能力）や欲求が個人の努力と個人の支配が及ばない状況との複雑な混合物から生み出されていることを踏まえ、重要だが明確、正確な分析が不可能な要素について、その比較や組み合わせ等の操作をして判断を下す必要を言う点も重要である。自由競争基盤の侵害を認定するに際し、合理的な企業家としてリスクに対処する機会の喪失となる程度の認定は、その明確性において競争の実質的制

⁸¹ 「自由は一つの健全な倫理的理想であるが、『実質的な (effective)』自由は、他人のあるいは『社会』による介入の不在だけでなく、力の保有に左右される。そしてそれはまた、分別 (taste、欲求を抑制する能力、心理的傾向をさすと考えられる一森平注) や欲求とも関係している。個人主義的な経済倫理の根底にある前提は、個人は現状のまま変わることのない『与件』であり、〔中略〕個人が真実の社会的構成単位だということである。〔中略〕だが、それは真実の一部にすぎず、特にその形成段階では、自由主義思想は他の要素の重要性を無視する傾向があった。自由と力は掛け算の因子のようなもので、結果がそれぞれの因子に比例して変化し、いずれかがゼロであれば、すべてが完全に消失するのである。欲求も『能力(capacity)』も（両方の形態で）さまざまな力を持つ道徳的卓越を反映する個人的努力と、個人の支配が及ばない状況との複雑な混合物から生み出される。人間に係る問題の場合には普通のことだが、明確な、つまり正確な分析は不可能であって、重要でありそうにみえてなお計測不可能な要素を比較したり組み合わせたりしながら、判断を下さなければならない」。ナイト「自由主義社会の病弊」前掲註 73『競争の倫理』所収、192 頁（訳文一部変更。傍点森平）。Sickness of Liberal Society (1946), reprinted in Knight, Freedom and Reform (1947, Harper & Brothers) p.382.

限や不公正な取引方法の自由競争減殺における市場の競争阻害を量的に把握するレベルに及ぶものでない。しかし市場で競争する前提条件になる、リスク対処の機会を喪失させる前記「二重の負担」の程度や価格決定権の侵害のレベル—自由かつ自主的な判断の阻害—が示されるべきである。

iii) 勝機の平等と優越的地位濫用規制

自由主義的な「公正の概念」は、競争を行う上での広く捉えられた競争参加者の前提的な条件（勝機の平等）を整序するものと考えられる。自由な競争を行う前提条件という意味で、優越的地位濫用規制の公正競争阻害性に係る自由競争基盤を確保する要請と近く、結果の平等を全く意味しないことも、優越的地位の濫用規制が給付の均衡という取引の結果に対する介入を行わない⁸²点と一致するであろう。

(2) 「ルール」の概念的要素

市場倫理の体系的考察における「フェアな競争の感覚」を構成する競争概念の概念的要素には、「ルールの概念」⁸³が含まれる。市場の競争が競技（ゲーム）として捉えられるならば、直ちにそのことは競技規則を要請する。例えば先に述べた自由主義的「公正の概念」である勝機の平等に係っても、以下のようにプレイヤーの階級分けといった例から、かかる競技規則を要請する。この点、ナイトは次のように述べる。

倫理的理想は、「公正」で興味ある（interesting）競技ということにある。スポーツマンシップが自由主義的倫理の大部分を占めるのだ。公正という概念は、プレイヤー間の能力の差が最小源であること求める。この要求を満たすためにしばしば行われるのが、プレイヤーの階級分け、勝負の仕方、ハンディキャップ等々である。〔中略〕〈こういった〉工夫の考案と応用における困難が、問題全体の重要な局面である。法の概念を用いて定義した場合には

⁸² 前掲Ⅱ.1 参照。

⁸³ 全ての者が等しく競技のルールに従わねばならないという要請である。したがって、あるルールを立てることが結果的に事実上のハードルを設ける排除や競争の否定を伴う場合のような、オープンな競技の理念に反するルールの制定は認められないという要請である。前掲註 71 桂木 80 頁以下。

自由主義の道徳的態度は、〔中略〕ルールに対する敬意やルールの改善に係る理想の問題であって、この二つの事柄はしばしば対立的であると同時に調和的でもある⁸⁴。

ナイトは競技（ゲーム）としての市場の競争に係って、それが良い競技、すなわち「公正」で興味ある競技であるための条件をここで明らかにしている。その条件とは、プレーヤーにとって「やりがいのある競技であり、道理になかったフェアな競技」⁸⁵にするためのプレーヤーの階級分け、勝負の仕方、ハンディキャップ等々のルールの工夫になる。そしてこういった工夫は法規制を要請する意義を示す。ナイトは前述のように、専ら欲望充足機構として現行の経済体制を捉え、厚生基準によってのみ競争的経済を計る誤謬を指摘した。そこから市場の競争「それ自体の競争的ゲームとしての意味」が導かれた。そして法規制により競争経済を維持すること及び法規制の改善を継続することが、競技（ゲーム）の本質的要請である競技規則の適用と整備に類比された。競争経済を厚生基準により専ら把握する場合には困難な、競争に関する法の重要な役割が明らかにされたものといえる。競争法（独禁法）による市場競争の規律につき、競技規則に匹敵する役割を再確認させる意義がある。

次にナイトはここで、「ルールの概念」が「ルールに対する敬意やルールの改善に係る」「自由主義の道徳的態度」であるとして、「この二つの事柄はしばしば対立的であると同時に調和的でもある」と説明する。桂木教授はこの点を、競技者にルールの遵守とルールの改善を伴うバランスの取れたルール観を要請するのが「ルールの概念」の特徴であるとする⁸⁶。

⁸⁴ Knight, *Sickness of Liberal Society*, reprinted in Knight, *Freedom and Reform*, pp.392-393. 邦訳「自由主義社会の病弊」前掲註 73『競争の倫理』所収、207頁（訳文を一部変更）。

⁸⁵ Knight, *Intelligence and Democratic Action* (1960, Harvard U. P.) p.110. 邦訳『フランク・ナイト社会哲学を語る一講義録 知性と民主主義』（2012, ミネルヴァ書房）159頁。

⁸⁶ 前掲註 71 桂木 81頁参照。

(3) 「相互性の概念」による価値的要素

次に「フェアな競争の感覚」には「相互性の概念」が含まれる。この等価性に係る相互性の観念は、人間社会の生活に浸透した、非常に一般化した現象である。その定義では、「相手が自分に善いことをなした場合に、それに対してはほぼ釣り合うと思われる善いことを相手に為すべきであるけれども、相手が自分に悪いこととした場合には必ずしもそうすべきでない」、という内容にとどまる⁸⁷。この場合、「ほぼ釣り合うと思われる」というのは当事者の主観的な満足を言う場合かもしれないが、それはそれぞれの置かれた状況や社会的立場に依存する非常に幅のある概念になる。そして、相互の概念は社会的秩序に密接に関連した観念として、その社会がどのような社会かに決定的に依存する。その結果、それぞれの社会に共有された相互性の具体的内容は社会によって異なってくる⁸⁸。

優越的地位の濫用規制に係って、このような相互性の観念は、それぞれの社会秩序に依存した等価性の一般化された概念にとどまるが、社会秩序に密接に関連するとされる点は、独禁法2条9項5号の「正常な商慣習」が参照される。また等価性に係る相互性は、従前の自由主義的な「公正の概念」とともに、価値的要素の体系を構成する。すなわち、競技に例えられた競争を有意味に行うための平等概念である競争における勝機の平等の観念を、取引当事者間の相互性において問題とする。この考え方からは、取引当事者間の支配と従属の関係を市場倫理の相互性の観点から捉え、自由かつ自主的な判断の阻害を矯正し競争機能を回復することが、競技である競争を有意味に行うために平等概念から求められる。したがって従属的事業者が自由な競争を行う基盤として、濫用行為の排除される措置が勝機の平等の要請から従属的事業者に必要とされ、また取引当事者間の相互性の要請として求められる。

⁸⁷ 桂木教授は以下に示すベッカーの原則的な命題に依拠する。Lawrence C. Becker, *Reciprocity* (1986, Routledge), p.81 (“Good is to be returned for good, but not necessarily for evil”). 前掲註 71 桂木 185 頁脚註 (33) 参照。

⁸⁸ 前掲註 71 桂木 83 頁参照。

(4) 「企業家精神」の価値的要素

他方、先にコンビニ本部はフランチャイズ・システム間のブランド競争を押し進めるためフランチャイズ・システムの統一性確保の要請から加盟者に対する「統一的な統制、指導、援助」を行うことを論じた。この点は、競争概念の価値的要素に係る考察では、以下のような説明から「企業家精神」の枠組みで基礎付けられる。

この「企業家精神」は経済学の中心概念でないにしても、幾つかの角度から、例えばシュムペーターは、企業家の行動は、企業という「私的帝国」を建設しようとする意志、競争に勝利する意志、そして創造の喜びにより動機づけられると説明した⁸⁹。このことも、本稿で扱ったより有利な取引条件を獲得する経済的行為自由の行使によった競争について、市場倫理のレベルにおける説明と相即的である。

この要素は、先ず、市場経済を動かす人間の利己心に焦点を当てる。それは、人間が自己の欲求を満たすために最も効率的な手段を求めて経済行為を行う側面である⁹⁰。したがって、「企業家精神」は従前の「公正の概念」と異なり、規範性やバランス指向性を含まない、いわば自発的な衝動として捉えられる。そのうえで、この概念を適切に理解し評価できなければ、市場倫理は市場経済のダイナミズムを擁護する力を失って、市場の現状を批判するだけのあら探しの道具になる⁹¹。

3. 市場競争の倫理に関する体系的な規範構造

以上、優越的地位の濫用規制を念頭に置きながら、市場倫理の体系的構成に対する批判的考察に基づき、競争概念の価値的要素をみた。それではこのような価値的要素からなる市場の競争についての体系的な規範構造はいかなるものか。桂木教授はフランク・ナイトによる自由社会の倫理を説いた経済学の論文

⁸⁹ シュムペーター、塩野谷・中山・東訳『経済発展の理論』（1980,岩波）196頁以下。

⁹⁰ またそれは、経済主体の個人的な利益を合理的に追及する側面になる。それとともに、より人間的な、人間存在に根差した自発的な動因として、市場経済を活性化させ発展させる原動力の側面を説明するものである。前掲註 71 桂木 85 頁参照。

⁹¹ 前掲註 71 桂木 86 頁参照。

に基づき、それを前述した「フェアな競争の感覚」として、「パラドキシカルな感覚であり、また多元的なバランス感覚である」というようにまとめる。この点を以下に概説する。

i) 多元的なバランス感覚としての「フェアな競争の感覚」

先ず「フェアな競争の感覚」という市場倫理の規範構造の説明は、既に言及した競争を競技（ゲーム）と捉える比喩的な表現から導かれる。かかる比喩はナイトによる、競争経済を専ら経済活動の欲求充足の手段に限定しない、競争活動それ自体の競技（ゲーム）としての意義づけから、その競技の規則に従ったフェアプレイの企業行動が要請される側面を捉えたものである。したがって前述の「ルール概念」という価値的要素における、ルールに従うフェアプレイの価値がここに取り入れられた。これは競技ルールの価値であるが、前述「ルール概念」の価値的要素に触れたように、そもそもこういった「競技のルール」や「競技の精神」というものは、一元的な価値体系というよりも広がりを持つ。その広がりとは、「効率と自由（多様性）とルール（秩序）の動態バランスを目指す志向性」、「多様で複雑な要請の間のより良い競合と動態バランスを模索する」特徴に基づく⁹²。

したがって、VI. 2で述べた「フェアな競争の感覚」を構成する価値的要素の場合には、自由主義的「公正概念」、「ルール概念」、「相互性の概念」そして「企業家精神」のそれぞれの価値的要素について、「対立する〔中略〕諸価値のバランスを迫ることが必要」になる。「フェアな競争の感覚」はフェアプレイという競技の精神によるのであり、「多様で複雑な〔価値的要素からなる〕要請の間のより良い競合と動態バランスを模索する」試みが継続される必要がある。なぜなら「理想的なバランスというものはありえない」のであり、競争の展開の中で「より良い競合と動態バランス」が「模索」されるほかないからである⁹³。要するに、市場倫理の規範構造は第一に、多元的なバランス感覚を求める。

⁹² 桂木隆夫『保守思想とは何だろうか』（2020、筑摩書房）、190,193頁。

⁹³ 前掲註71桂木77頁。

ii) パラドックスとしての「フェアな競争の感覚」

第二に、その規範構造はパラドックスあるいはパラドキシカルな構造を持つ。この点は、以下の二点から説明がされる。

第一に、市場競争を厚生基準によった一元的に把握する誤謬を避け、欲望充足機構としての側面と競争それ自体の競技としての側面を兼ねた複合として競争経済を捉えるスタンスから、これら側面のパラドキシカルな関係が導かれる。前者の一元的把握によれば、専ら最も効率的な手段を求めて経済行為を行う「企業家精神」の勝った事業者のみが市場に残る競争の評価基準となる。したがって、競技者の多様な才能がそれなりに等しく発揮されて、思いもかけないところから勝者が出てくるような、勝ち負けの基準の多様さは望めない⁹⁴。自由主義的「公正の概念」と「企業家精神」の価値的要素の間における緊張関係は消失する⁹⁵。競技の勝ち負けが競技の開始前には判然としない勝機の平等を要請するのが自由主義的「公正の概念」である。他方、効率性に従った経済行動を担う「企業家精神」の価値的要素は市場経済のダイナミズムを擁護する力となる。すなわち、良い競技（ゲーム）である「公正かつ自由な」市場競争を維持するためには、双方が求められる。しかし両者の間には緊張関係とパラドックスの関係が存する。

第二に、市場の競争が競技に例えられれば、勝者と敗者を決する勝ち負けが付き物となる。競技は勝つことを目指して行われるものであるが、勝ち負けに

⁹⁴ 前掲註 71 桂木 79 頁。ナイトは、専ら厚生基準により欲望充足手段として競争経済を捉えるだけでなく、「同時にまた客観的であろうと心掛けて明白な事実を直視したりする人は、人間行為の経済的解釈がもつ限界に衝撃を受けるに違いない」とする。そのうえで、「自由主義のより深い意味」を理解するため、経済的な生活自体の中では複数の動機が入り混じっていること、それに対する倫理的思考も「パラドックス」を内包することを学ぶ必要を強調する。前掲註 84 ナイト「自由主義社会の病弊」196・203 頁。Sickness pp.296・301.

⁹⁵ この点をナイトの説明により敷衍すると、以下のようになる。かかる体制は、「相容れない三つの倫理的理念」をもつ。(i) は努力に応じた分配の原理である。(ii) は、「道具はそれを使いこなせるものの手へ」という原理である。これは効率性の必要条件であるが、最高のプレーヤーに最良の持ち札を与え、最速のランナーに有利なハンディを与えることも含意する。したがって、(iii) 公平な条件が維持されなければならないという原理をかく乱させる。前掲註 73 ナイト「競争の倫理」30 頁。The Ethics of Competition, p. 54.

こだわりすぎると競技をする者にとってもそれを見る者にとっても競技の価値が薄れてしまう⁹⁶。競技に勝とうとして効率にこだわりすぎると、自由な競技への興味が薄れてしまうし、勝つために手段を択ばない闘技の姿勢は自由な競技自体を壊してしまう⁹⁷。ここには、勝敗を決するために行われる競技の本質的パラドックスがある。

かかるパラドキシカルな関係は、「フェアな競争の感覚」である市場競争の倫理に関する体系的な規範構造の特徴である。

市場倫理のパラドックスな関係を継受して、独禁法の「公正且つ自由な競争」の保護に係る目的規定、目的規定を受けた公正競争阻害性を規定する不公正な取引方法の規制、さらに公正競争阻害性を具体化した、自由競争基盤の侵害に関する優越的地位濫用の禁止規定は、実定法規のレベルでもかかるパラドックスの関係を内包する。

4. 優越的地位濫用規制におけるバランス感覚とパラドキシカルな感覚

上記のように市場競争の倫理に関する体系的な規範構造は「パラドキシカルな感覚であり、また多元的なバランス感覚である」とされる。優越的地位濫用規制が「フェアな競争の感覚」における自由主義的「公正の概念」と「企業家精神」のそれぞれの価値的要素についてパラドックスの関係にあるにしても、他方「対立する〔中略〕諸価値のバランスを追及することが必要」である点はどうのように考えられるか。この点を、本稿で取り上げたコンビニ本部の優越的地位濫用の判断枠組みに即してまとめる。

- ①フランチャイズ・システム間のブランド競争を押し進めるため、加盟者に対する「統一的な統制、指導、援助」を行うことは、より有利な取引条件を獲得する競争における経済的自由の行使として独禁法の保護範囲にある。
- ②その限りでフランチャイズ・システムの「統一性確保の対象は、本来、価格も例外ではないはずである」⁹⁸。

⁹⁶ 前掲註 84 ナイト「自由主義社会の病弊」207-208 頁, *Sickness*, p304.

⁹⁷ 前掲註 92 桂木 192 頁以下、前掲註 71 桂木 76 頁。

⁹⁸ 前掲註 50 根岸 1 頁。

③他方、見切り販売の制限は、前掲V.における i.から v. の不利益行為に係る関連事項を総合的に検討して濫用が判断される。

④その際、利益衡量は優先的な判断手法たり得ず、自由競争基盤の指導理念から導かれた、あらかじめ予期せぬ不利益や過大な不利益の違法性判断基準により、合理的なリスク回避の機会の喪失を含めて判断される。

これらの推論展開につき、①と②により「企業家精神」の価値的要素が、それに対し③で自由主義的「公正の概念」が考慮されるが、対立する諸価値の間のバランスの考慮は③で見切り販売の制限が違法とされる以前の、本部の価格拘束が認められる範囲で働く。④で利益衡量に依らずに違法性判断が下されることは、もはやかかるバランスの考慮が働かないことを意味する。その理由は次のようになる。

「企業家精神」と自由主義的「公正の概念」の価値的要素の間で緊張関係が前面に出るが、自由競争基盤を確保する要請を立法者が重視したことにより、これらの関係はパラドックスの構造を明らかにして、自由主義的「公正の概念」が機能する。その際自由主義的「公正の概念」は、自由の内実欠缺している力の付与を限定的に行う積極的自由論に与するものとして、「実質的概念としての取引の自由」が価格決定権の範囲を画定する具体的な違法性判断基準の適用を指導する。

結語—まとめに代えて—

優越的地位濫用規制の自由競争基盤の侵害に係る指導理念は、公正競争阻害性の三分類説において、不公正な取引方法の市場効果要件を規定する他の要件である、自由競争の減殺、競争手段の不公正さの間で体系的整合性を欠き、市場の競争秩序に対する影響評価の点で分かりにくいとされる⁹⁹。かかる指摘からは、公正競争阻害性の要件を優越的地位濫用の独禁法の規定に歩み寄らせて

⁹⁹ このような問題点を指摘される、自由競争基盤の侵害という公正競争阻害性の一類型に係る掘り下げた検討を行った論稿として、参照、丹宗他編『論争独占禁止法』（1994、風行社）第6章第1節「優越的地位の濫用」（稗貫俊文執筆）、同第2節（向田直範執筆）。

間接的な自由競争侵害効果により、体系的整合性を維持し競争秩序への影響を肯定する立論がとられた¹⁰⁰。

しかし、こういった立場は公正競争阻害性の指導理念を導く「公正且つ自由な競争」の法目的を規定する独禁法の体系構成にそぐわない。本稿はコンビニ本部に対する優越的地位濫用の判断枠組みを検討することで、これらの点に考察を行った。

その検討では、優越的地位濫用で問題にされる市場の競争態様に焦点をあてた。ここでいう競争態様とは、経済的自由の行為者がライバルに対する競争優位を獲得する目的から、ライバルに提示された、あるいは従前自らに提示された取引条件よりも有利な取引条件を引き出す目的をもって、取引の相手方に積極的に働きかけることを競い合うものである。この場合、取引の相手方が特定の取引先を回避できることは、行為者の積極的な働きかけに対する競争者間での抑制という、自由な競争の発露の側面を持つ。かかる市場の競争による抑制が行為自由の行使者に対し及ぶ限りで、給付／反対給付の関係で均衡を欠くものであっても独禁法の保護を欠くものとはならない¹⁰¹。ところがこの回避可能性と市場の自由な競争の要因が機能しない場合に、相対的市場力の行使が優越的地位の関係で問題となる。

コンビニ本部が行う加盟者に対する「統一的な統制、指導、援助」は、一般的に、フランチャイズ・システム間のブランド競争を押し進める経済的行為自由の行使として、より有利な取引条件の獲得に関する独禁法が保護する競争に含まれる。売上総利益方式は、廃棄した場合に売り上げ時と同率のロイヤルティを課す加盟者の責任重視の会計方式であった。かかる会計方式による加盟者に対する「統一的な統制」は、本稿では自由な競争保護の範囲に留まるとしたが、公正な競争維持と両立するかにつき有力な学説が問題視することは、自由な競争と公正な競争との緊張関係を示す。

これに対し、セブーンイレブン事件では、廃棄ロス of 加盟者による原価相当額の全額負担のほかに、見切り販売の制限が売上総利益方式の負担と合わさっ

¹⁰⁰ 前掲註 39 今村 148 頁参照。

¹⁰¹ 前掲註 9 のローソン事件担当官解説を参照。

て、加盟者の競争機能を不当に害するものとして濫用とされた。本部の濫用とされた「統一的な統制」行為は、ライバルのフランチャイズ・チェーンに対する競争に勝つための「統制」が行き過ぎた結果、加盟者の自由競争をする基盤を害するとした評価が可能である。

優越的地位の濫用規制は、より有利な取引条件の獲得に関する自由競争を押し進める経済的行為自由が行き過ぎた結果を是正するものである。かかる行き過ぎは、以下のような市場の機能不全を一つの原因とする。すなわち、より有利な取引条件の獲得に関する競争と、相手方が行為自由を行使する特定の取引先を回避することを可能にする競争¹⁰²との間で問題になる市場の機能不全である。

公正競争阻害性の三分類に係って、売上総利益方式、さらにこの会計方式に廃棄ロスの加盟者全額負担と見切り販売の制限が加わっても、自由競争の減殺と言えるものでなく、さらに能率競争侵害とも言い難い。それにもかかわらず独禁法は公正かつ自由な競争保護の法目的のもと、不公正な取引方法の体系により、自由競争の行き過ぎである加盟者の自由競争基盤の侵害に対し法規制を行う。公正競争阻害性の規定は、保護される自由競争であっても、その行き過ぎは公正な競争維持の要請から違法とすると解される。「公正且つ自由な競争」の法目的は、自由な競争の行き過ぎを公正な競争維持の目的から矯正するパラドキシカルな構造を内包する。そしてかかる矯正は、自由な競争保護とのバランスを考慮した立法者によって「自由競争基盤の確保にある程度寄与する」ものにとどまるものとなった¹⁰³。しかし、市場競争の機能不全から生じた優越的地位を利用する濫用行為に対し、それを禁ずることは、公正な競争秩序の回復にある程度寄与することも疑いない。

¹⁰² 受動的に選択されるために、相手方に有利な条件をライバル間で相互に提示し合うという自由な競争である。前掲Ⅲ、2 参照。

¹⁰³ 根岸哲『独占禁止法の基本問題』（1990、有斐閣）162 頁。