

意見書

平成22年8月6日

公正取引委員会 御中

郵便番号 105-7304

住所 東京都港区東新橋一丁目9番1号

氏名 ソフトバンクBB株式会社

ソフトバンクテレコム株式会社

ソフトバンクモバイル株式会社

法務戦略室長 ^{すぎきまさと} 須崎将人

連絡先： [REDACTED]

氏名 [REDACTED]

Eメール [REDACTED]

Tel [REDACTED]

この度は、貴委員会より平成22年6月23日付で公表された「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」（原案）に関し、弊社意見を申し述べる機会をいただき誠に有難うございました。別紙のとおり意見を提出いたしますので、宜しくお取り計らいのほどお願い申し上げます。

以上

一. 本ガイドラインの意義について

今回、公表されたガイドライン案（「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」（原案））によって、法運用の透明性が一層確保され、事業者の予見可能性もより向上することが期待されることから、弊社としては大変意義があると考えております。さらに、このような本ガイドラインの趣旨、目的を確実なものとするために、以下に述べる点について、ご考慮いただければと思います。

ガイドラインの性格について

「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」（原案）（以下、本ガイドライン）が、いかなる性格を有しているのかについて明確な考え方を示してもらいたいと思います。

これまでガイドラインと呼ばれるものについては、「……の考え方」や「……の指針」と題され、実務上、これらを参照しながら日常の意思決定や法的判断の手がかりとしてきました。その際、しばしば問題となるのは、これらガイドラインの性格です。一般に、ガイドラインには二つの性格付けが可能のように思われます。一つは、これまでの独占禁止法の運用を踏まえた法の解釈基準を公正取引委員会が明示することで合法・違法の別を明らかにするものです。いま一つは、公正取引委員会の独占禁止法の規定に関する考え方を示すことで、公正取引委員会の事件の選択基準ないし権限行使の際の発動基準を明らかにするものです。本ガイドラインにとどまらないことですが、ガイドライン一般において、こうした性格についての記述が伴っていないために、独占禁止法の理解に混乱を来すことがあります。

確かに、本ガイドラインの策定は、「優越的地位の濫用に係る法運用の透明性、事業者の予見可能性を向上させる観点」から、「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方を明確化するため」であるとされています（p.2）。これを踏まえると、本ガイドラインは、おそらく後者の視点で記述が行われているものと考えられますが、現実にはこれが法解釈の基準として合法・違法の判断を決定づけるものとして使われている場合が多いようです。

本ガイドラインの全体を通読すると、優越的地位の濫用の理論的な性格について述べているのか（たとえば、p.2、第1-1第2段落）、違法性の判断に当たって考慮されるべき要素をについて触れているのか（たとえば、p.3、第1-1第3段落）、曖昧な点があるのでこの点は明確にしていきたいと思います。

二. 「第1 優越的地位の濫用規制についての基本的な考え方」について（原案2～3頁）

1. 優越的地位の濫用の性格について

優越的地位の濫用の性格について、本ガイドラインは「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」と指摘し、この行為の性格が「自由競争基盤の確保」と関連づけて整理している点は理解できます。しかしながら、これに続く箇所において「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、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るものである」との指摘は、優越的地位の濫用の性格に「自由競争減殺」を加味するもののように読むことが出来ません。こうした理解は、優越的地位の濫用規制を不公正な取引方法の範疇で捉えることに一定の懸念を示す人々によって主張されてきた経緯がありますが、少なくとも現行の一般指定のもとにおける理解（いわゆる3要素説）においては、本規制は自由競争基盤の確保との関係で捉えれば十分であったはずですし、これへの侵害をもって優越的地位の濫用が適用されるものと理解しております。

しかし、本ガイドラインにおいては、すでに申し上げましたとおり「自由競争減殺」への言及がみられます。この部分は、このガイドラインの性格をどのように捉えるべきかという視点とも関連して、優越的地位の濫用が競争に与え得る影響を一般的なかたちで説明を加えているに過ぎないのか、それとも「自

由競争減殺」が認められなければ、少なくとも公正取引委員会においては優越的地位の濫用規制を適用しないのか、明確になっていることが期待されます。

2. 「行為の広がり」について

優越的地位の濫用規制において「公正競争阻害性」が認められる場合として、本ガイドラインでは「不利益の程度、行為の広がり等」を考慮し判断される旨が示されています。その上で、これに対応する例として「①行為者が多数の取引の相手方に対して組織的に不利益を与える場合」と「②特定の取引の相手方に対してしか不利益を与えていないときであっても、その不利益の程度が強い、又は、その行為を放置すれば他に波及するおそれがある場合」とを指摘しています。まず、①は「行為の広がり」との関連、②の前段は「不利益の程度」との関連が考えられているようです。また、②の後段において指摘された「波及性」は、上記「不利益の程度」とも「行為の広がり」ともいえませんから、「等」に対応して指摘された例であるといえそうです（「行為の広がり」は、少なくともこれまでは波及性・昂進性の問題とは区別され、行為主体自身の行為との関係で述べられてきました）。

この箇所についてですが、本ガイドラインは、「行為の広がり」を優越的地位の濫用の公正競争阻害性の認定に関連づけて述べられた最初だと考えられます。従来、学説などを含め「行為の広がり」は違法要件ではなく、公正取引委員会による発動要件である旨がしばしば指摘されてきました。そして、「行為の広がり」は「競争手段の不公正さ」との関連で述べられてきたものです。

「行為の広がり」に関するこれまでの考え方を、修正ないし変更した理由をお聞かせいただければと思います。

3. 他の規定、殊に下請代金支払遅延等防止法の禁止行為との関係について

今般の改正によって、優越的地位の濫用は課徴金が課される行為として法2条9項5号に定められました。その際、これまでの旧一般指定14項の内容を踏まえながらも、下請代金支払遅延等防止法の禁止行為の一部が法2条9項5号ハに位置づけられました。

その場合、下請法と優越的地位の濫用の関係が問題となります。下請法は、その8条において「公正取引委員会が……勧告をした場合において、親事業者がその勧告に従ったときに限り、親事業者のその勧告に係る行為については」独占禁止法の規定を適用しない」と定めています。

このことは逆にいいますと、親事業者が勧告に従わなかった場合あるいは公正取引委員会が勧告によっては問題が解決しないと判断して勧告を行わず、ただちに「不正な取引方法」として措置する必要を認めた場合に、優越的地位の濫用を適用すると同時に、課徴金納付命令を発することとなると理解してよろしいでしょうか。

本ガイドラインの（注5）において、下請法に関する言及があるのですが、もし仮にこうした言及がなされるのであれば、下請法と不正な取引方法の適用関係について、少なくとも課徴金が課される優越的地位の濫用との関係で整理しガイドラインに記載されるべきではないかと考えます。

また、このことは優越的地位の濫用の規定がある特殊指定に関しても同様のことがいえます。本ガイドラインの（注2）の記述を踏まえれば、優越的地位の濫用規制は専ら法2条9項5号の適用が前提とされており、これら特殊指定の適用が実際にどのような場合を想定しているのか示していただきたいと思います。

三. 「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」について （原案3～6頁）

1. 「優越的地位」の考え方について

本ガイドライン中、優越的な地位について次のような記述を見出すことができます。「甲が取引先である乙に対して優越した地位にあるとは、甲と乙との間に、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あることをいう」。まず、この文の主語である「優越的地位にあるとは」と、述語である「……という関係があることをいう」とが、必ずしも正確に対応していないようです（「地位」とは「関係」にあることをいう、という対応関係はこの文の意味を分かりにくくしているように思われます。）。この点の記述については、流通・取引慣行ガイドラインや役務取引ガイドラインの記載をこれまでどおり踏襲する方が分かりやすいように思います。

また、本ガイドラインは、これまでのガイドラインにおいて優越的地位を認定する場合の考慮要素として列挙されていた、取引依存度、市場における地位、取引先変更可能性などの記載は、その内容が「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なる」との関連で統一的に整理されていません。しかし、このことは事前の記述からも明らかであり、不要のように思われます。

さらに、個別の考慮要素についての説明がなされておりますが、ここまで丁寧に説明する必要があるかについては疑問があります。この列挙された考慮要素の説明は、いずれも数値的な基準で把握することが可能なように記述されておりますが、肝心の数値は示されておりません。後に続く具体例の記載を見て推し量るだけです。しかし、具体例で示されたレベル以下のものであっても理論上は優越的地位の要件を満たす場合も十分に考えられます。

四. 「第3 『正常な商慣習に照らして不当に』の考え方」について（原案6頁）

この部分のガイドラインの記述は不十分ではないかと考えます。「不当に」は、個別の事案ごとに判断されることを示すとの記述である旨の整理はわかりませんが、肝心の「不当に」が「公正競争阻害性」を意味すること、また、その場合「不当性＝公正競争阻害性」はどこに求められるかを指摘する必要があるように思います。一見すると「不当性」の説明が落ちているように見えるからです。少なくとも、「優越的地位の濫用規制の考え方」を踏まえた、不当性についての説明が必要です。なお、「正常な商慣習」に関する理解は妥当と考えます。

五. 「第4 優越的地位の濫用となる行為類型」について（原案7頁～21頁）

なお書に「優越的地位の濫用として問題となる種々の行為を未然に防止するためには、取引の対象となる商品又は役務の具体的内容や品質に係る評価の基準、納期、代金の額、支払期日、支払方法等について、取引当事者間であらかじめ明確にし、書面で確認するなどの対応をしておくことが望ましい。」とされていますが、ここでいう書面とは通知等一方的な書面を指すのか、又は、双方合意の上で締結される契約書等を指すのか。それとも、その両方なのか。想定されている書面について具体的な例示が示される必要があると考えます。

1. 独占禁止法第2条第9項第5号イ（購入・利用強制）（7～9頁）

(1) 法2条9項5項イ及びロには、「継続して取引する相手方に対して」と規定されています。これは、「継続して取引」が行われると、多くの場合、依存関係が生じたり、取引先変更可能性が減少するため、取引上の地位の優越性がもたらされるとの経験則からイないしロにおいて定められたものと考えられますが、ハにおいては条文上この点は指摘されておりません。この趣旨についても、本ガイドラインでご説明いただきたく思います。

(2) 7頁(1)では、「……、又はその購入を希望していないときであったとしても、今後の取引

に与える影響を懸念して当該要請を受け入れざるを得ない場合には」と優越的地位の濫用として問題となる行為が説明されています（同号ロ、ハにおいても、同説明がなされています。）。その中で「今後の取引に与える影響を懸念して」との記述がありますが、すでに要件上は継続的な取引関係を前提（同号ハを除く）があり、これを別個にとりたてて記載する必要があるか疑問があります。

- (3) 想定例の主語は、取引上の地位が相手方に優越している事業者になると解されますが、省略せず、表記していただくほうが分かりやすくなると考えます。
- (4) 想定例の①については、一般指定 10 項の抱き合わせ販売等にも該当し得ると思われます。そもそも、法 2 条 9 項 5 項イの「当該取引に係る商品又は役務以外の商品又は役務を購入させること」と一般指定 10 項「相手方に対し、不当に、商品又は役務の供給に併せて他の商品又は役務を自己又は自己の指定する事業者から購入させ、その他自己又は自己の指定する事業者と取引するように強制すること」との違いは、課徴金の対象となるか否かとも関係しますので、これらの区別についての考え方が示される必要があると考えます。

2. 独占禁止法第 2 条第 9 項第 5 号ロ（9～13 頁）

- (1) 9 頁（1）アの優越的地位の濫用として問題となる行為の説明において、「当該協賛金等の負担額及びその算出根拠、使途等について、当該取引の相手方との間で明確になっておらず」とありますが、これを明確化するには、7 頁の冒頭に記述されているとおり、あらかじめ書面で確認することを念頭に置かれているのであれば、その点を記述いただきたいと思います。また、本文以降、「同意（13 頁）」、「合意（14 頁）」、「協議（18 頁）」を有意に分けて記述されています。これらはそれぞれどのような趣旨で区別されているのか、その意義も含め補足して記述していただきたいと思います。
- (2) 10 頁（1）イでは「協賛金等がそれを負担することによって得られることとなる直接の利益の範囲内であるものとして、取引の相手方の自由な意思により提供される場合」には優越的地位の濫用の問題とはならない旨が記述されています。この「取引の相手方の自由な意思」によるか否かを貴委員会において具体的にどのように判断されるか、補足して記述いただきたいと思います。
- (3) 10 頁の想定例の主語は、取引上の地位が相手方に優越している事業者になると解されますが、省略せず、表記していただくほうがわかりやすいと思います。また、本想定例は、主として小売業者（取引上の地位が相手方に優越している事業者）と納入業者の取引を想定されているかと思いますが、もう少し具体的な取引関係を想定できる記述を補足いただくほうがわかりやすいと思います。
- (4) 10 頁の想定例③では、「一定期間にわたり」とありますが単発であれば問題ないということになるのか、その点、明確になるよう記述いただきたいと思います。
- (5) 10 頁の想定例④のケースはあくまでペナルティであり、経済上の利益というよりも、むしろ法 2 条 9 項 5 号ハの問題ではないでしょうか。同号ハは包括的な規定と思われますが、そもそも同号イ、ロ、ハのどれに該当するかは、どのように区別されるかについても記述いただきたいと思います。
- (6) 10 頁の想定例⑥は、「自己」が取引上の地位が相手方に優越している事業者を指すのであれば、当該事業者の店舗のオープンセール等における広告について、当該広告の実費を取引の相手方が負担するのは、広告にかかる費用の全額であっても実費の範囲内であれば問題ないのかその

点を補足いただければと思います。また、この場合には事前に十分な協議や合意がなくとも問題ないということによいのかという点についても併せて補足して記述いただければと思います。

- (7) 10 頁の想定例⑦では、「納入業者と十分な協議することなく」との記述がありますが、合意までは必要としないとの理解でよいのか、その点が明確になるよう記述いただければと思います。
- (8) 11 頁 (2) アでは、従業員等の派遣の要請にかかる優越的地位の濫用として問題となる行為の説明がされています。その中で「従業員等の派遣を通じて当該取引の相手方が得る直接の利益を超えた負担」との記述がありますが、この「直接の利益」とは、後述イに記述されているニーズの直接把握ができることや専門的な商品知識の不足が補われる等利点を指すのか、明確に記述いただければと思います。いずれであっても協賛金等の場合とは違い、抽象的でわかりづらいと思われる。貴委員会では、実際に直接の利益の有無をどのように判断されるのか、例示して記述いただければと思います。
- (9) 12 頁 (2) イでは、「従業員等の派遣が、それによって得ることとなる直接の利益の範囲内であるものとして、取引の相手方の自由な意思により提供される場合」には優越的地位の濫用の問題とはならない旨が記述されています。この「取引の相手方の自由な意思」によるか否かは、貴委員会において具体的にどのように判断されるのか補足して記述いただきたいとします。また、協賛金等の場合は、協賛金等の負担条件が取引の相手方との間で明確になっていれば足りるのに対し、従業員等の派遣の要請については、取引の相手方と「合意」まで必要とする理由についても記述いただければと思います。
- (10) 12 頁の想定例の主語は、取引上の地位が相手方に優越している事業者になると解されますが、省略せず、表記していただくほうがわかりやすいと思います。また、本想定例は、主として小売業者（取引上の地位が相手方に優越している事業者）と納入業者の取引を想定されているかと思いますが、もう少し具体的な取引関係を想定できる記述を補足いただくほうがわかりやすいと思います。

3. 独占禁止法第2条第9項第5号ハ（13～21 頁）

- (1) 13 頁 (1) アでは、「…、当該商品の全部又は一部の受領を拒む場合であって、当該取引の相手方が、今後の取引に与える影響を懸念して当該要請を受け入れざるを得ない場合には」と優越的地位の濫用として問題となる行為が説明されています。同号イ及びロにおける同説明とは違って、必ずしも継続的な取引関係を前提とはしていないと解しますが、その上で「今後の取引に与える影響を懸念して」との記述はどのような趣旨でしょうか（14 頁の (2) ～ (5) にも同様の記述が有。）。補足して記述いただければと思います。
- (2) 13 頁 (1) イでは、優越的地位の濫用の問題とはならない場合を説明されています。その中で「あらかじめ当該取引の相手方の同意を得て」とありますが、これは書面による同意に限らないのか、その点、補足して記述いただければと思います。
- (3) 14 頁の想定例の主語は、取引上の地位が相手方に優越している事業者になると解されますが、省略せず、表記していただくほうがわかりやすいと思います。また、本想定例は、主として下請取引（請負取引）を想定されているかと思いますが、もう少し具体的な取引関係を想定できる記述を補足いただくほうがわかりやすいと思います。
- (4) 14 頁の想定例⑤では「取引の相手方の事情を考慮せず一方的に決定した」とありますが、これはあらかじめ同意を得ていけば問題ないのか、その点、補足して記述いただければと思いま

- す。
- (5) 15 頁 (2) イでは、優越的地位の濫用の問題とはならない場合を説明されています。その中で②「商品の購入に当たって当該と取引の相手方との合意により」③「あらかじめ当該取引の相手方の同意を得て」とありますが、これら合意及び同意は書面に限らないのか、この点、記述いただければと思います。また、④「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」とありますが、これは返品に際しては、12 頁の従業員等の派遣の要請とは違い、相手方の自由な意思により行われるだけではなく、「直接の利益」が必要と解されます。具体的にはどのようにして、取引の相手方の「直接の利益」有無を判断すればよいのかについても、貴委員会のご見解を記述いただければと思います。取引の相手方の申出に加え、何が確認できれば「直接の利益」になる場合といえるのか、ご教授ください。
 - (6) 15～16 頁の想定例の主語は、取引上の地位が相手方に優越している事業者になると解されますが、省略せず、表記していただくほうがわかりやすいと思います。また、本想定例は、主として小売業者（取引上の地位が相手方に優越している事業者）と納入業者の取引を想定されているかと思いますが、もう少し具体的な取引関係を想定できる記述を補足いただくほうがわかりやすいと思います。
 - (7) 16 頁 (3) イでは、優越的地位の濫用の問題とはならない場合を説明されています。その中で「あらかじめ当該取引の相手方の同意を得て」とありますが、これは書面による同意に限らないのかという点についても補足して記述いただければと思います。
 - (8) 16～17 頁の想定例の主語は、取引上の地位が相手方に優越している事業者になると解されますが、省略せず、表記していただくほうがわかりやすいと思います。また、本想定例は、主として下請取引（請負取引）を想定されているかと思いますが、もう少し具体的な取引関係を想定できる記述を補足いただくほうがわかりやすいと思います。
 - (9) 17 頁 (4) イでは、優越的地位の濫用の問題とはならない場合を説明されています。その中で②「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と認められる場合」とありますが、どのような取引の場면을想定されているのか、もう少し具体的に記述いただければと思います。
 - (10) 17～18 頁の想定例の主語は、取引上の地位が相手方に優越している事業者になると解されますが、省略せず、表記していただくほうがわかりやすいと思います。また、本想定例は、主として下請取引（請負取引）を想定されているかと思いますが、もう少し具体的な取引関係を想定できる記述を補足いただくほうがわかりやすいと思います。
 - (11) 17 頁の想定例②では「あらかじめ定められた検査基準を恣意的に厳しくして」とあるが、同様の記述がある 14 頁の想定例②では「あらかじめ」という文言がありません。有意に区別されているのであれば、その理由を補足して記述いただきたいと思います。
 - (12) 18 頁 (5) 「取引の対価の一方的決定」は実定法上、法 2 条 9 項 5 号ハの規定のどの文言にかかるものなのか、記述していただきたいと思います。
 - (13) 19 頁 (5) イでは、「取引の対価を一方的に決定すること」とは別に「一方的に、取引の条件を設定し」との記述があります。約款取引はその代表的な場面と考えられるため、想定している取引を明確にするためにも約款取引を例示したほうがよいと思います。
 - (14) 19 頁 (5) ウの①に「要請のあった対価で取引を行おうとする同業者が他に存在する場合など、それが対価にかかる交渉の一環として行われるものであって、その額が需給関係を反映したも

のであると認められる場合」と記述がありますが、具体的な取引の場面がわかりません。もう少し具体的な取引関係を想定できる記述を補足いただくほうがわかりやすいと思います。

- (15) 19 頁の想定例について、直接取引の対価を一方的に決定する場合でなくとも、取引条件の設定を一方的に決定することにより、対価に影響が及ぶような場合においても、同様の取り扱いがなされるのか、示していただきたいと思います。
- (16) 19 頁の想定例の主語は、取引上の地位が相手方に優越している事業者になると解されますが、省略せず、表記していただくほうがわかりやすいと思います。また、本想定例は、主として下請取引（請負取引）、卸取引を想定されているかと思いますが、もう少し具体的な取引関係を想定できる記述を補足いただくほうがわかりやすいと思います。
- (17) 19 頁の想定例⑥は、購買側が取引上の地位が相手方に優越している事業者とするならば、このような行為は一般指定 3 項の差別対価「不当に、地域又は相手方により差別的な対価をもって、商品若しくは役務を供給し、又はこれらの供給を受けること」にも該当しうると考えられます。課徴金の対象となるか否かとも関係しますので、これらの区別についての考え方が示される必要があると考えます。
- (18) 20 頁 (6) その他取引の相手方に不利益となる取引条件の設定等とありますが、なにをもって「不利益」にあたるのか、その考え方の方向性を示す必要があると思います。かつ、予見可能性を高めるためにも想定例を記述してほしいと思います。

以上