

論 説

イギリス法独占放任の時代の営業の自由から
Brexit 時代への競争法の展望

松 田 潤

はじめに

筆者は、先の研究『所有と独占からの営業の自由の考察——英国法理を中心に、日本の営業の自由論争を検証——』と題した論文での「発見」、それは、所有権といった財産権や営業の自由には、独占と支配は含まれ得ない、ということを見出し論証した。

その研究では、イギリス営業制限の法理 The Restraint of Trade Doctrine の研究も行っており、19世紀中葉以降の独占放任の時代に、独占を容認する判例法理へと傾斜したことを論じたが、本稿の意図は、そのような時代にも、それとは反対の営業の自由の思想があったのであり、それが、営業制限の法理として後世に伝わり、その意義がどのようなものであるのか、またその位置づけを論証するものである。

その研究方法は、主にイギリスの判例の検討である。そうして、Brexit 時代における競争法の展望を明らかにする趣旨である。

また本稿では、イギリス法を学んだことがない読者にもわかりやすくするために、できるだけ補足や原文をつける工夫を行っている。加えて、横川和博教授の退職記念号として、特別補足をつけている。

第1章 独占放任の時代の営業制限の法理序論

第1節 Nordenfelt Case [1894] 概要

19世紀中葉以降、イギリスでは、資本の集中が急激に進んだ時代であった。そのような時代の中で、産業界の要請に応えるように、独占の容認に傾斜した判例が、Nordenfelt Case [1894] であった。それまでの判例は、原則として、時間的にも空間的にも限定のある「部分的制限」とそうした限定のない「一般的制限」を区別して、一般的制限は無効であるとされていた¹。

当該事件は、トシテン・ノーデンフェルトが、マキシム・ノーデンフェルト会社に与えた一般的営業制限の特約が争われた事件である。

トシテンは、1890年9月19日に、ベルギーの連射砲および火薬の製造業をしていた Société Cockerill との間で、勤務する契約関係を締結した²。そこで、当該会社は、最初の訴えを、Chancery Division に提起したのである。貴族院 (The House of Lords) まで争われた本件の一般的営業制限の特約内容は、次のとおりである。

¹ Mitchel v. Reynolds (1711), 1 P Wms 181. なお、“P Wms” とは、Peere Williams' English Chancery Reports (1695-1736) の略である。この判例集第1巻の181に掲載されている。この事件では、「自発的制限」と「自動的制限」とを区別し、大まかに前者を「一般的か」「部分的か」と区別して、後者を①勅許状等 (Grants or charters from the crown), ②慣習, ③定款, の3つに分類して、さらに、①の勅許状を3分類している。そのうち、通常知れわたった営業を独占的開業のために特定の人に対する勅許状は、無効である。なぜならば、それは独占 monopoly であり、コモン・ロー上の公序に反しており、且つ、マグナ・カータ Magna Charta に反するからである、としている (*Ib.* p.183)。この事件の詳細は、次の筆者論文参照。松田潤『所有と独占からの営業の自由の考察——英国法理を中心に、日本の営業の自由論争を検証——』(高知大学大学院総合自然科学研究科, 2017-01) pp. 42-44。なおまた、営業制限の法理 Restraint of Trade Doctrine とは、営業譲渡、競業避止義務、雇用契約、再販売拘束、カーテル Cartel などかなり広く包含している。個々人が営む広い意味での営業に関して、制限を加えることが、公序 Public Policy に反して無効であるとする、判例法理である。

² Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Company v. Nordenfelt, [1893] 1 Ch. D. 630, 635. なお、“Ch” とは、「Chancery」の略で、高等法院 High Court of Justice の大法官部 Chancery Division の事件である。Supreme Court of Judicature Acts 1873 & 1875 により、高等法院の Chancery Division となる。それ以前には、大法官裁判所 Court of Chancery があった。

1888年9月12日締結の特約において、『トシテン・ノーデンフェルトは、会社の合併の日から25年間の期間の間中に、会社は、長期間、事業を営み続ける場合に、会社の利益になる場合を除いて、砲架、火薬あるいは弾薬といった銃砲の製造業社の営業または事業において、あるいは又、いかなる競争する事業、あるいは、会社によって事業を続けている期間の間のその事業に伴うどのような方法においても競争関係になる事業に、直接的にも間接的にも、従事してはならない、義務であった。当該制限は、爆薬以外の爆発物、潜水艦、魚雷、鋼鉄の鑄鍛造、若しくは、鉄銅の合金に対して適用されない、と規定されていた。また、トシテン・ノーデンフェルトは、会社が、単に組織変更をする目的で、あるいは、別会社にその事業を譲渡する目的で、事業を停止した場合、その事業の譲受会社が、同一事業を継続する限りでは、この制限から免除されない³』、との内容であった。

一審 The Chancery Division (Romer Justice (J.)) は、1892年8月8日に hearing を行い⁴、次の日に判決を下した。『当該制限は、会社の保護のために合理的に必要とされるものを超えている。その特約条項は、正当化することができないのであり、被告に不利益であるので、無効である。契約条項第2条による差止

³ [1893] 1 Ch. D. 630, 663; [1894] A. C. 535, 536. なお、“A. C.”とは、上告事件 Appeal Casesの略である。イギリスの判例引用表記の方式はいくつかあるが、「()」は、判決された年で、「[]」は、その判決が収められている判例集の出版年である。Her Majesty's Stationery Office (H.M.S.O.) から出版される Queen's Printer Copy と呼ばれるものがあるが、これとまったく同じものである Law Reports シリーズ (The Law reports of the Incorporated Council of Law Reporting) が最重要判例であり、通常、この判例集に掲載されている事件は、第一に引用する。それがなければ、その速報役の Weekly Law Reports (W. L. R.) を、次に Butterworths 社の All England Law Reports (All E. R.) を、順に引用する。詳細は、次の文献を参照されたい。田中英夫ほか『外国法の調べ方』(東京大学出版会、1974)、田中英夫ほか『BASIC 英米法辞典』(東京大学出版会、1993)、田島裕『法律論文の書き方と参考文献の引用方法』(信山社、2012)、他多数。なお、Constitutional Reform Act 2005 (c. 4) の施行日より、裁判所の名称が変更された。貴族院裁判所は、2009年10月、貴族院議会から場所を移転し、最高裁判所 Supreme Court of the United Kingdom に名称を変更し新設された。

⁴ [1893] 1 Ch. D. 630, 636. 砂田氏は、『第1審は、1892年8月8日』(砂田卓士『イギリス消費者法研究』(信山社、1995) p. 11) に判決したとするが、判決日は「9日」で、聴聞 hearing が「8日」である。判例集の事件の開始頁の左又は右に、事件を特定するために日付も付記されているが、この日付の中には、弁論期日又は聴聞期日および判決日が記載されている。弁論又は聴聞がなされなかったら、判決日のみ記載される。

請求は、認められるべきでない」と判断した⁵』。

そこで会社は、控訴した。二審 The Courts of Appeal (Lindley, Bowen and A. L. Smith L.J.J.) は、本件における当該契約は、有効であると判示した。そして、被告に対して、差止め命令、損害賠償額の査定、訴訟費用の支払いを命じた⁶。

そこで、トシテンは、上告をした。終審である貴族院 (Lord Herschell L.C., Lord Watson, Lord Ashbourne, Lord Macnaghten, Lord Morris) は、1894年7月31日、全員一致で、当該制限特約は、有効であると判決した。判決では、合理性について次のように示された。

『予が考える今日の正当なる見解は、次のとおりである。公共の利益は、すべての人々が営業するに当り自由に営業することにある。個人の利益も又同様である。営業に関する個人の行動の自由に対するあらゆる干渉、各個人自身のなかでの営業制限すべては、特段の事情がなければ、公序に反するものであり、それゆえに無効である。これは一般原則である。しかし例外がある。個人の行動の自由に対する営業制限および干渉は、特定の事件のもつ格別の諸事情により、正当化されるのである。制限が合理的である場合、十分正当化される。否それどころか、それは、唯一の正当化なのである。—— 合理性、その合理性というものは、関係当事者の利益に関して、および、公共の利益の点で合理的であること、制限が課される当事者に有益となるように適当な保護を与える程度で作られ注意されており、それと同時に公共の利益にも少しも害を与えないものである。思うに、それは、積み重ねられてきた従来の先例の正当なる結果である。ただし、その結果は、突然に達成されたとは、考えられないのである⁷』。

⁵ [1893] 1 Ch. D. 630, 638.

⁶ [1893] 1 Ch. D. 630, 651. 砂田氏は、『損害を賠償し』（前掲砂田『イギリス消費者法研究』p. 12）としているが、損害賠償査定額の命令である。イギリスでは、具体的な賠償金額は、別個に審理する。なお、“L. J.”とは、Lord Justiceの略である。控訴裁判所裁判官を指す。また訴訟が活発か否かにつき、訴え提起の際、請求額を確定しなければならない国もある。通常、損害賠償額がいくらなのか素人にはわかるはずなく、又、訴訟費用が高額になること、これらのことが裁判を受ける権利を阻害しているのである。

⁷ [1894] A. C. 535, 565.

また補足意見として、次のように示された。全面的にということではないが、徒弟の場合と事業の売却や解散とでは、異なる考慮が適用されるべきであるとす⁸。『雇主と使用人との間、あるいは、雇用者と職に就こうとしている人との間におけるよりも、営業譲渡人と譲受人との間の方が、明らかにより大きな契約の自由が存在する⁹』。

第2節 判決の意義

当該会社は、三社合併（1888年7月17日、Maxim Gun Company, Limited 及び Nordenfelt Gun and Ammunition Company, Limited 並びに他の1社¹⁰）をしている。このことは、資本の集中が進んでいる社会情勢、すなわち、長引く大不況という経済が硬直状態の時代であった¹¹。このような時代に、独占容認へと傾斜したのである。Lord Morris は、『あらゆる契約をも無効とする融通の利かない原則は、もはや存在すべきではない¹²』と判示しているが、確かに、鑄造された鉄のように固い、融通の利かない原則 cast-iron rule は破棄されるべきであるが、人の生涯にわたって、又は、世界のはてまで制限を及ぼすなら、日進月歩で技術革新する時代に、古い制限特約によって保護されることに有益性を見出すことはできないのである。

要するに判例は、「独占」を否定してきた自らの歴史をさらに否定したことによって、産業の要請に応え、独占諸力を維持するために、「合理性」の基準を活用しうるように判断を下したのである。そのため、1968年（1967年判決）の *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Harper's Garage (Stourport), Ltd.* にまで、この新しい“cast-iron rule”を維持したのである。

このような時代に、裁判所すべては、独占を容認したのか否かが問題となる。

⁸ [1894] A. C. 535, 566.

⁹ [1894] A. C. 535, 566. この区別する試みは、後の判例に影響を与えた。E. g. *Mason v. Provident Clothing and Supply Co.*, [1913] A. C. 724; *Herbert Morris, Ltd. v. Saxelby*, [1916] 1 A. C. 688.

¹⁰ [1893] 1 Ch. D. 630, 631-632.

¹¹ 堀江英一『経済史入門〔第3版〕』（有斐閣、1979）pp. 187-188 [1st. 1966].

¹² [1894] A. C. 535, 575.

要するに、営業の自由を守る反独占の思想はなかったのかどうか、および、その意義を検討する。

【退職記念号特別補足1】

横川和博教授（師、正田彬）の当初の専門は、商法と独占禁止法、とりわけイギリス競争法であって、それとの関連で、イギリスの営業制限の法理も研究されていた。

その第I論文は、横川和博「英国コモン・ローにおける競争制限的法理の検討序説」『明治大学大学院紀要』第19集, pp. 283-296 (1981), という論文で、優れた研究である。

この研究における特徴的意義を一つ挙げれば、次のようなことである。

すなわち、営業制限の法理の諸判例を歴史的に捉えながら考察した結果、『結果的に独占容認の法理となつてゆく諸判例の、その基底にある考え方の問題点に、ある程度接近しえたのではないかと考える。とりわけ、競争の維持と公共の利益との関係、公共の利益における消費者の利益の位置づけなど、戦後の競争維持法制の検討に欠くべからざる問題に、私なりの示唆が得られたものとする』（*Ib.* p. 283）、と現代競争法を考えるうえで、解釈法学に隔たるのではなく、まづもって基礎理論の研究の重要性を考えさせられる意義を有しているのである。

次に、独占容認へと傾斜した判例である Nordenfelt Case [1894] を中心に、とりわけ4つの問題を提起している。すなわち、①契約当事者の利益、②公共の利益、③公共の利益と消費者の利益、④第三者との関係、である。このうち④の第三者との関係について以下のように指摘している。

『営業制限契約と公共の利益をめぐる問題で真に問うべきは、第三者との関連であるべきなのだが、しかし、コモン・ロー上は、第三者はそうした契約の無効を訴えることができなかつたのである。ここに、公益侵害を理由として営業制限契約が無効とされた事例がほとんどないもう一つの理由がある。そして、このことが、後に反トラスト制定法が必要とされた理由の一つともなつてゆくのである』（*Ib.* p. 292）、と指摘し、それが氏のその後の研究につながっていくのである。

最後に、『営業制限の法理の問題性について、前述したように強く認識するところであるが、それが市民間の自由の問題としてたかわれてきた経緯、判例の積み重ねの重みのようなものを感じずにはおれないのである。それは、戦後、制定法が存在するようになって、法概念の解釈をめぐって、あるいは、制定法とそれのカバーしない分野との相互作用を通じて、今なお影響力をおよびしているといえよう。ともあれ、昨今、ますます技術的になる競争概念を、自由の問題として再びとらえなおしてみることの必要性もここで痛感されることである』（*Ib.* p. 294）、と私人相互間の闘いが、判例法として後世に伝わっていったことを論証した重要な意義があったのである。そのことは、経済史家岡田与好氏が提起したいわゆる「営業の自由論争」（1969年3月）では、判例法理の意義を立証することができなかつたのである。というのも、論争での彼らは、イギリスの判例原典そのものに当たっておらず、そのことが理由の1つでもある。なお、本稿でも、この論文を参考にさせていただいた。

第2章 独占放任の時代のなかでの営業の自由の思想

第1節 当事者が主張したなかでの営業の自由の思想

(a) *Elliman, Sons & Co. Case* [1901]

いくつかの判例があるが、まず、営業の自由を守るために当事者が主張した注目すべき事件、*Elliman, Sons & Co. Case* [1901]¹³がある。概要は、次のとおりである。

『原告らは、牛馬用の「*Elliman's Royal Embrocation*」、および、人間用の「*Elliman's Universal Embrocation*」として知られた、調合薬又は塗布薬の製造業および納入業者として事業していた¹⁴』。

『原告らは、商品の製造業社であって、それらの商品を契約に基づき卸売業りに販売していた。その契約によって、買い手は、彼ら自身が一定の指定された価格未満で当該商品を売却しないこと、および、買い手らは、事業者に対して商品を売却する場合にはいつも、買い手らが供給する相手方のどの小売事業者からでも同様の署名された協定を取得すること、を義務付けていた。買い手らは、契約によって提供されたようないかなる協定をも、小売事業者らから取得することなしに、小売事業らに対して当該商品を販売した。』

次のように判示した。当該契約は、営業制限ではなく、しかも、その販売店は、その義務違反に関して実行を維持し得る¹⁵』。

¹³ *Elliman, Sons & Co. v. Carrington & Son, Ltd.*, [1901] 2 Ch. 275.

¹⁴ *See*, “The plaintiffs carried on business as manufacturers and purveyors of the preparations or embrocations known as “*Elliman's Royal Embrocation*” for horses and cattle, and “*Elliman's Universal Embrocation*” for human use” ([1901] 2 Ch. 275).

¹⁵ *See*, “The plaintiffs, who were manufactures of goods, sold them to wholesale traders under a contract whereby the purchasers bound themselves not to sell the goods for less than certain specified prices, and if they sold to the trade to procure a similar signed agreement from every retailer whom they supplied. The purchasers sold some of the goods to retail traders without procuring from them any such agreement as provided by the contract: —

Held, that the contract was not in restraint of trade, and that the venders could maintain an action in respect of the breach of it” ([1901] 2 Ch. 275).

Kekewich 裁判官は、理由を次のように判示した。

『被告らの主張は、営業制限に当るのであるから、原告らは、被告が、当該契約関係に入っていると主張することがきでない、ということである。ある意味では確かにそうであろう。なぜなら、契約当事者の一方は購入した商品について好きなようにする自由を本契約によって奪われているからである¹⁶』。

『一体全体、原告エリマンがそのようにして価格を定める自由がないとどうしていえようか¹⁷』。『それは営業制限だといわれる。ある意味ではそうである。しかし、それは、原告エリマンが自己の製品を全く販売しないということ以上に営業制限であるとはいえない。被告にとって営業制限であることは原告にとっては営業の自由なのである¹⁸』。

このように、独占放任の思想が支配していた時代であった。しかしながら、次に被告の主張に着目すべきである。

(b) 被告主張の営業の自由

その被告らの第一の主張は、次のようなものである。

『この契約は、最もあからさまな営業制限であり、とりわけ、公共に有害なものといえる。その目的は、通常であれば商品が需要と供給の法則に従って決められた公正な価格で大衆に当該商品の販売されることを妨げるものである¹⁹』、という市場原理の点である。

¹⁶ See, “The defendants’ point is that they cannot be sued upon this written contract into which they have entered because it is in restraint of trade. In one sense no doubt it is so, because one of the contracting parties is not at liberty under the contract to do what he pleases with the goods which he purchases” ([1901] 2 Ch. 275, 278).

¹⁷ See, “Why should not Messrs. Elliman be at liberty to fix the price in that way?” ([1901] 2 Ch. 275, 279).

¹⁸ See, “It is said that it is in restraint of trade. In one sense it is, but it is just as much and no more in restraint of trade for Ellimans to say that they will not sell at all. It seems to me that what is restraint of trade as regards Carrington & Con is really the liberty of trade as regards Ellimans” ([1901] 2 Ch. 275, 279).

¹⁹ See, “This contract is a most bare-faced restraint of trade, and peculiarly injurious to the public. The object aimed at is to prevent the sale of this article to the public at a fair price regulated in the ordinary way by the laws of supply and demand” ([1901] 2 Ch. 275, 277).

その第二は、次のようなものである。

カルテル契約を無効とした *Hilton v. Eckersley*²⁰をひきつつ、『本件契約は、(Hilton 事件と) 全く同様の効果をもつものである。というのも、その効果によって、卸売をうける事業者は自己が利益を得るような価格で再販売することが制限されるからである²¹』。

このように、市場原理に基づくこと、そして制限からの解放としての営業の自由による事業活動が主張されたのである。しかしながら、この時代には、独占放任の「営業の自由」が横行しており、上記のように、あしらわれてしまったのである。個々の事業者が、その独自の計算と計画で、よりよい商品をより安く、市場に提供するのではなく、一部の独占事業者らが、市場を支配し、価格を決定し、他の事業者らを支配する、というのが資本主義経済制度における「自由」と言い得るのか問題であろう。

それでは次に、裁判所における営業の自由の思想を検討していく。

第 2 節 裁判所における営業の自由 (1)

(a) 営業制限に対する「互恵性」— サージェント Sargant L. J. の少数意見

まず、*Palmolive Company (of England), Ltd. v. Freedman* [1928]²²を検討する。その概要は、次のとおりである。原審である第一審大法官部 The Chancery Division (Astbury J.) では、原告パルモリーブ会社らの被告フリードマンに対する差止命令が提起され、認容された²³。その控訴事件 The Court of Appeal (Lord Hanworth M. R., Lawrence L. J. (Sargant L. J. dissenting)²⁴) である。

²⁰ *Hilton v. Eckersley* (1855), 6 El. & Bl. 47, 119 E. R. 781. なお、“El. & Bl.”とは、Ellis and Blackburn’s English Queen’s Bench Reports (188-120ER) の略である。“E.R.”とは、English Reports, Full Reprint (1220-1862) の略である。

²¹ See, “In *Hilton v. Eckersley* (2), … The present contract has a precisely similar effect, for by it a trader who buys wholesale is restrained from reselling at a price which will give him a profit” ([1901] 2 Ch. 275, 277).

²² *Palmolive Company (of England), Ltd. v. Freedman*, [1928] 1 Ch. 264.

²³ [1928] 1 Ch. 264, 266.

²⁴ [1928] 1 Ch. 264. Sargant L. J. が多数意見に反対した。なお、“M. R.”とは、Master of the Rolls の略である。この記録長官は、上告の可否に強い発言権をもっている。

『原告らは、トイレット石鹸およびトイレット用品の販売者であり、当該製品らを、カナダの元売り会社から購入していた²⁵』。

『被告は、「エイコノミカル・バザーズ」として知られている一卸売問屋で、多数の小売販売店で、(とりわけ)パルモリーブトイレット石鹸および用品を販売して、事業を営んでいた。事業慣行により、被告は、卸売事業者として扱われていた²⁶』。

『原告らの卸売一覧表を公表し、および差し当たり卸売割引を許可する見返りとして、卸売事業者および小売事業者である被告は、(とりわけ)「どんな方法で取得された」パルモリーブ石鹸を、一個あたり(旧)6ペンス未満で、公衆に、販売しないことに同意した。

控訴裁判所は、次のように判示した。当該協定は、営業の一般制限にあたるものではなく、被告が、取引を強制されていたわけでも、公衆が、取引を強制されていたわけでもなく、一定の専売品に関して制限が課されていただけであり、当該協定は、公共に対して有害ではなかったのである。

ハンワース控訴裁判所記録長官およびローレンス控訴裁判所裁判官(反対意見サージェント控訴裁判所裁判官)はまた、次のようにも判示した。当該協定は、時間的にも空間的にも制限がなく、および「どんな方法で取得された」商品の一定の部類に拡張している協定ではあるが、このような事情では、当事者間で不合理はなかったのである。

従って、アストベリー裁判官の決定 ([1927] 2 Ch. 333) を支持した²⁷』。

²⁵ See, “The plaintiffs were vendors of Palmolive toilet soaps and toilet preparations which they bought from their parent company in Canada” ([1928] 1 Ch. 264).

²⁶ See, “The defendant, who carried on business as “The Economical Bazaars” had one wholesale warehouse and many retail branch shops at which he sold (inter alia) Palmolive toilet soap and preparations. By the custom of the trade he was treated as a wholesaler” ([1928] 1 Ch. 264).

²⁷ See, “In consideration of being placed on the plaintiffs’ wholesale list and allowed their wholesale discount for the time being, the defendant, a wholesaler and retailer, agreed (inter alia) not to sell Palmolive soap “howsoever acquired” to the public under sixpence a tablet:—

Held, by the Court of Appeal, that as the agreement was not in general restraint of trade, but only imposed restrictions in respect of particular proprietary articles with which neither the defendant nor the public were bound to deal, the agreement was

上記のとおり、本件営業制限を有効として、差止命令を支持したのであるが、多数意見の詳細はともかく、反対した少数意見に着目すべきである。

反対意見の Sargant L. J. は、『ここでの抗弁は、2つの契約が、同じ条項であり、(否認はされていない) 営業制限に当たり、および、強行しえない、という主張である。そのような抗弁に対応する目的のために、当裁判所は、論駁された当該契約が執行された特段の事情をまず確認すべきであり、それから契約の条項が、当事者の利益の点からも公共の利益の点からも合理的であるかどうかを考慮すべきであることは、適切に解決されることになるのである²⁸』と検討を始めている。

『当該事件の真の難題は、契約の合理性に関して、締結当事者のどちらの主張を採用するかである。当該契約の形式を大まかに且つ最初の一読からすれば、卸売購入業者の観点からすれば、多くの意義又は不合理をそれとなくは主張していない。しかしながら、その争点が、より詳細に検討されることとなった場合には、とりわけ、本件訴訟における原告がなした広範な主張に鑑みると、当該問題は、非常に異なる性質を帯びているのである²⁹』。

『まず第一に、当該協定には、互恵性が存在しないことに気付かされるので

not injurious to the public.

Held, also, by Lord Hanworth M. R. and Lawrence L. J. (Sargant L. J. dissenting), that the agreement though unlimited in time and space and extending to the particular class of goods "howsoever acquired" was not in the circumstances unreasonable as between the parties.

Decision of Astbury J. [1927] 2 Ch. 333 affirmed" ([1928] 1 Ch. 264).

²⁸ See, "The defence here is that the two contracts sued on, which are in identical terms, are in restraint of trade (which is not denied) and are unenforceable. For the purpose of dealing with such a defence it is well settled that the Court should first ascertain the special circumstances in which the contract impugned was executed, and should then consider where its terms are reasonable both in the interests of the parties and in the interests of the public" ([1928] 1 Ch. 264, 275).

²⁹ See, "The real pinch of the present case is as to the reasonableness of the contract as between the two contracting parties. On a first and cursory reading the form of the contract does not suggest much that is objectionable or unreasonable from the point of view of the wholesale purchasers. But when the point comes to be examined more narrowly, particularly in view of the extensive claim made by the plaintiffs in this action, the matter assumes a very different complexion" ([1928] 1 Ch. 264, 277).

ある。原告は、言及された当該一覧表上に卸売業者の名前を保ち続ける義務を負っていないのである。それどころか、その一方では名前は、この事実が、石鹸の供給に対するいかなる明確な権利を、卸売業者に与えてさえいない当該一覧表上に基づくものである。卸売業者は、供給されたことの禁止に従わないかなりの潜在的顧客のなかのわずかな一人にすぎない³⁰】。

『さらにまた、契約によって被告に対して課された義務は、単に石鹸（彼が買ったどんな石鹸でも）を扱わないだけでなく、印刷された契約書の裏面の一覧表の中で表示しているように原告のその他すべての用品も含んでいるのである。加えて——より重要な問題——原告らから取得したかどうか、あるいは、その他の出所から取得したかどうかいずれでもこれらの用品にもまた対象としていることである。当該義務は、通例成功している価格を規制する原告の計画に少しも依拠していないのであり、あるいは、被告に供給することを続けることに少しも依拠していないのであり、期間制限に関して無制限であった³¹】。

『当該契約の片務的な性質は、被告が、期間の制限なしに順守すべきである価格が、当該契約の裏面に表示されたそれらのみならず、原告らによってその時々定められるべきそれらもまた当該規定によってさらにいっそう明白なものとなる。さらに進んで、あらゆる売却も、原告らによって認められた顧客に対してのみであり、原告らは、顧客らを選択する被告のあらゆる顧客に対し

³⁰ See, “In the first place it is to be noted that there is no reciprocity in the agreement. The plaintiffs are not bound to continue to keep the name of the wholesaler on the list there referred to; and even while the name is on the list that circumstance does not give the wholesaler any definite right to a supply of the soap; he is merely one of a number of possible customers who are not under a ban against being supplied” ([1928] 1 Ch. 264, 277).

³¹ See, “Again, the obligations imposed on the defendant by the contract do not merely relate to soap (which is what he bought) but include all other the preparations of the plaintiffs as set out in a list on the back of the printed contract, and also — a more important matter — extend to any of these preparations whether acquired from the plaintiffs or from any other source. The obligations are in no way dependent on the plaintiffs’ scheme for regulating prices being generally successful, or on their continuing to supply the defendant, but are unlimited in point of time” ([1928] 1 Ch. 264, 278).

て、いつでも売却の拒否権をなしうるのである³²』。

『博学な裁判官は、数回、口語で「できない要求」であると当該請求に言及していた。この点に関して、自身の見解は、彼とちょうど同様である。また、次のようには思わないのである。署名している協定の形式が、博学のある裁判官が独創的に示されたものよりもより良いその協定のもつ十分な影響を理解してしまうことができる場合の被告であるとは思わないのである。当該約因は、当該論旨が、そのような制限を支持して力説したのを無効にするか、あるいは少なくとも非常に実際的に弱めている。当事者間でのこれら制限の採用は、彼らが、当事者双方によって合理的であると考慮されたことを明らかにし、それゆえ、實際上この合理的であることの一見した限りでの証拠である。当該協定の形式は、当然に原告によって立案されたのであって、私見によれば、協定は専ら、原告ら自身の利益にそのように立案され、および、それに署名するのを要求され得るところであった人々の利益に少しの適当な考慮を払うことなしに、立案されたのである。思うに、当該契約は片務的であって、且つ、非良心的協定であった。とりわけ、原告といったん取引してしまった顧客に永続的な足かせを課することを目的とされていた契約の特質であった。そして、被告の注意力が、当該契約の概観に常に考えられた当事者との一致において見出だしはしない。もちろん、被告は、原告らから取得された在庫を依然として有していたか否かにかに全く関わりなく、原告らに対して被告の契約を故意に違反することを継続した経緯において被告を決して支持しはしないのである。しかしながら、このことは、決定的な問題ではないのである。何が決定的な問題であるかは、原告らによって考案された契約の条項が、彼らの合理的な保護のために必要とされるものを超えていることであり、および、被告に不合理な義務を課していること、とりわけ、継続期間に関して課していることである³³』。

³² See, “The one-sided character of the contract is rendered still more obvious by the provision that the prices which the defendant is to observe without limit of time are not only those set out on the back of the contract, but those that shall from time to time be fixed the plaintiffs; and further that any sale is only to be to customers approved by the plaintiffs, who may at any time veto sales to any customers of the defendant that they choose” ([1928] 1 Ch. 264, 278).

³³ See, “The learned judge several times referred to this claim colloquially as a “tal

Sargant L. J. は、最後に次のように述べている。

『それゆえ、博学な裁判官および我が同僚らの主要な反対側の見解と関係を断つけれども、思うに、当該控訴は、認められるべきである³⁴』。

『補足すれば、本件に適用されるべき一般原則に関しては、疑いようがなかったもので、どの解決された諸事件に関しても、詳細には言及しなかった。ほかでもない相違は、それら一般原則を当該事件に限って、当該事実に対して適用することに関係していることであった。ことによると言及された数ある事件のなかで、Joseph Evans & Co. v. Heathcote (1) のその言及は、当該事件に関してもあまりにも劣らない重要な類似性を有している。ただし、この種の制限に関する一般原則の当該裁判所における比較的最近の言い換えを含んでいるものみに言及し、そして、どんなそこでの諸事実と、ここでの諸事実とを比較する目的をも含んでいないものとして、その事件に言及するのである³⁵』。

order." My own view is in this respect exactly the same as his. And I do not think that the defendant when signing the form of agreement can have realized its full implications better than the learned judge had originally done. This consideration negatives, or at the least very sensible weakens, the argument sometimes urged in favour of such restrictions, that their adoption between the contracting parties shows that they were considered reasonable by both parties and so is prima facie evidence of this reasonableness in fact. The form of agreement was course drafted by the plaintiffs, and it was, in my opinion, so drafted entirely in their own interests and without any proper regard to the interests of those who were going to be asked to sign it. I think it was a one-sided and catching agreement, particularly in regard to that feature of it which was aimed at imposing a perpetual fetter on a customer who had once dealt with the plaintiffs. Nor do I find in the correspondence between the parties that the defendant's attention was ever called to this aspect of the contract. I have naturally no sympathy with the defendant in the course which he pursued of deliberately breaking his contract with the plaintiffs quite irrespective of whether he still had stock acquired from them or not. But this is not the crucial question. What is crucial is that the terms of the contract devised by the plaintiffs go beyond what is required for their reasonable protection, and impose unreasonable obligations on the defendant, particularly as regards duration" ([1928] 1 Ch. 264, 279) .

³⁴ See, "And accordingly, though with great respect to the contrary opinions of the learned judge and my colleagues, I think that the appeal should be allowed" ([1928] 1 Ch. 264, 279-280).

³⁵ See, "I may add that I have not referred in detail to any decided cases, because there has been no question as to the general principles to be applied here. The only difference has been as to application to the facts in this particular case of

(b) 少数意見の意義

Sargant L. J. は、当事者の利益と公共の利益の点で、合理的であるかどうかを検討しており、協定の片務性および「互恵性」、ならびに非良心的、相手方である被告の協定の影響への理解力での「非対称性」、約因の弱さ、拘束される相手方への配慮に欠けているだけでなく自己の利益に偏重している点、原告らの保護のために必要とされる限度を超えている点、とりわけ長期の拘束によって、足かせを被告に課したことを挙げている。約因 consideration は、コモン・ローにおいて、十分な対価が必要とされており、そのことは、等価関係でなければ契約は成立しないということである³⁶。

これらの諸点を考えるに、今日の再販拘束のみならず不公正な取引を考える際にも重要な意義を有している。またそれらにとどまらず、消費者法を考えるうえでも重要な意義を有している。そして、類似した事件が以前にもあって、その事件での考え方を適用する可能性があったのではないかと、反対したのである³⁷。とりわけ、「互恵性」について言及したことは、後に再度取り上げる。また「非対称性」について、原審の判断とは異なり、『その協定のもつ十分な影響を理解してしまうことができる場合の被告であるとは思わない』、と既にこの時代に言及されてしまっているのである。

既に筆者の先の研究で明らかにしたように、独占と支配を及ぼすような「営業の自由」が、「自由」であるはずがなく、独占と支配からの解放こそが、自由なのである。

この事件は、後にイギリスの競争法制定立法に影響を与え、少数意見がある

those general principles. Of all the cases cited perhaps that of *Joseph Evans & Co. v. Heathcote* (1) has as great a similarity as any to the present case. But I refer to that case only as containing a comparatively recent restatement in this Court of the general principles with regard to restrictions of this kind, and not for the purpose of drawing any comparison between the facts there and the facts here" ([1928] 1 Ch. 264, 280).

³⁶ なお、約因 consideration は、英米法の用語である。

³⁷ 直接的には関係ないのであるが、イギリスの裁判は、裁判官が一人ひとり判決を述べる点で、裁判官の役割が公に発揮される側面がある。英語は、結論が先に来るが、判決は最後まで聞かなければわからないのである。

にもかかわらず、再販価格維持を強固にする結果を生んでしまうのである。それでは、次に言及された事件を検討する。

第3節 裁判所における営業の自由（2）

(a) 組合による生産および価格規制

Sargant L. J. が言及した *Joseph Evans & Co. v. Heathcote* [1918]³⁸の概要は次のとおりである。

原告ジョセフ・エヴァンズおよび株式会社が、被告ヒースコートおよびその他組合員に対して、「プール」と呼ばれる利益金からの支払いを求めた事件で、第一審裁判所からの控訴事件 Court of Appeal (King's Bench Division, Pickford L. J., Bankes L. J., Scrutton L. J.) である³⁹。

『原告は、「箱入りチューブ」の製造業社で、ケイスト・チューブ組合と呼ばれた事業体の構成員であったのであり、被告もまた、同事業者であったのであり、当該組合のその他の構成員すべてで組織されていた。組合の目的は、事業における価格の規制であって、その目的を推進するために、各構成員が、構成員らの総生産量を一定量に定められた割合に対して、各構成員の箱入りチューブの生産量に限定される義務を負う規則によって規定されていたのであり、現存の割合は、その数年前のその構成員の実際の生産量に基づいていた。どの月においても生産量が、各々の割当量を超過した者は、「プール」の中へそのような超過分の利益を支払うように要求していたのであり、他方、どの月においても生産量が各々の割当量未満であった者は、そのプールから一定の額を受け取る資格を与えていたのである。当該規則は、当該組合によって、その時々定められるべき条件と価格によってのみ、構成員らの箱入りチューブを売却すべき義務を負う規定であった。一つの脱退方法もないのは、当該組合に一度でも加入してしまった者が、組合の構成員の地位を終了するのを可能にする条項がなかったからである。協定は、原告、被告、および一定の会社らの間

³⁸ *Joseph Evans & Co. v. Heathcote*, [1918] 1 K. B. 418. なお、“K. B.”とは、王座部 King's Bench Division の略である。

³⁹ [1918] 1 K. B. 418, 419.

で作成され、一定の額で彼らの割合を定めている被告の見返りとして、原告らは、前述の会社ら以外のいかなる者に対しても、彼らの箱入りチューブを売却しないことに同意し、彼ら会社らの側では、組合の構成員以外の製造業社からいかなる箱入りチューブも購入しないことに同意した。当該協定は、当該組合とある決まった他の組合の間で有効に存続すべきと規定していたのであり、そしてその他の組合に関しては、原告らは、何らの権限も有していなかったと規定していたのであり、依然として価格を統制していたのである。数か月間、原告らの生産量は、彼らの割当量の割合未満であったのであり、また、原告らは、組合から、当該プールから金額を受け取る資格を与えられていた。そして、当該組合の書記は、毎月、その月の間にいくら資格を与えられていたかを示している勘定によってそれらの額を与えていた。訴訟においては、当然に支払われべき金銭を回復するために提起した。その結果は、次のとおりである⁴⁰】。

【次のとおり判示した。第一に、営業制限が、協定および規則によって課されたということは、当事者間の間で不合理であったのであり、しかもそれゆえ、

⁴⁰ See, “The plaintiffs were manufacturers of “cased tubes,” and were members of a trade combination called the Cased Tube Association, and the defendants, who were also manufacturers of cased tubes, consisted of all the other members of the association. The object of the association was the regulation of prices … in his output of cased tubes to a certain fixed percentage of the total output of the members, the percentage being based on the member’s actual output in preceding years. Each member whose output in any month exceeded his percentage was required to pay the profits of such excess into a “pool,” while each member whose output in any month was less than his percentage was entitled to receive a certain sum out of the pool. The rules provided that the members should sell their cased tubes only upon the terms and at the prices which should from time to time be fixed by the association. No means was provided … terminate his membership. By an agreement made between … in consideration of the defendants fixing their percentage at a certain figure, agreed not to sell their cased tubes to any persons other than the said firms, who on their part agreed not to purchase any cased tubes from manufacturers other than the members of the association. The agreement provided that … plaintiffs had no authority, continued to control prices. For several months the plaintiffs’ output was less than their percentage, and they became entitled to receive from the association sums of money out of the pool, and the secretary of the association furnished them each month with an account showing how much they were entitled to for that month. In an action … so due: —” ([1918] 1 K. B. 418, 418-419).

当該協定は、コモン・ローにおいて無効であったのであり、その結果、原告らは、回復することができないのである。

第二に、当該組合は、1876年〔改正〕労働組合法の第16条における定義の範囲内の「労働組合」であったのであり、しかもそれゆえ、1871年労働組合法の第3条から第4条のもと、当該協定は、無効であったのである。しかも、当該協定は、直接的には執行され得ないけれども、その合意勘定のもとつくられた債務は、確定勘定を根拠に形成し得るのであって、且つ、原告は、当該確定勘定書に基づき回復するための権利を与えられていたのである⁴¹】。

『ロウ裁判官の判決〔1917〕2 K. B. 336は、上記宣言した2番目の理由に基づき破棄した⁴²】。

Pickford L. J. は、『当該協定は、名をそこにあげられた5社に、原告の取引を限定しており、2団体は、存在が少しも原告に依拠しないで存在し続ける限りでは、存続すべきであると規定していた。それゆえ、私見によると、原告は、営業制限にあたるとしても、協定に基づいて回復することができないのであり、裁判所は、それを執行しないのである⁴³】。

『それゆえ、原告が、いやしくも回復を請求するとすれば、それは、合意勘定書を根拠に基づくべきである⁴⁴】、と判示した。

⁴¹ See, “Held, first, that the restraint of trade imposed by the agreement and the rules was unreasonable as between the parties, and that therefore the agreement was invalid at common law, and the plaintiffs could not recover thereon.

Held, secondly, that the association was a “trade union” within the definition in s. 16 of the Trade Union Act, 1876, and that therefore under ss. 3 and 4 of the Trade Union Act, 1871, the agreement was not void; and that, though the agreement could not be directly enforced, the debts created under it could form the foundation for an account stated, and that the plaintiffs were entitled to recover on the accounts stated” ([1918] 1 K. B. 418, 419).

⁴² See, “Judgment of Low J. [1917] 2 K. B. 336 reversed on the second ground stated above” ([1918] 1 K. B. 418, 419).

⁴³ See, “the agreement limits the plaintiffs’ trading to the five firms mentioned therein, and provides that the arrangement shall continue so long as two bodies continue to exist whose existence is not dependent in any way upon the plaintiffs. In my opinion, therefore, the plaintiffs cannot recover upon the agreement, as it is in unreasonable restraint of trade, and the Courts will not enforce it” ([1918] 1 K. B. 418, 426) .

⁴⁴ See, “If, therefore, the plaintiffs can recover at all, it must be upon the ground of an

『私見として、当該控訴は、原告のための控訴および原審の費用とともに、認容されるべきである⁴⁵⁾』。

ここで詳細に触れることはできないが、要するに、当事者間で当該協定および規則が無効であることを争わなかったということではなく、原告に課された制限が不合理であるがゆえに、営業制限であり、且つ、無効である⁴⁶⁾、としている点である。

ところで、最も重要なことは何であろう。それは、私人相互間の秩序に反すること、つまり public policy (公序) に反していることは、絶対的に無効である、ということである。第三者との関係においても、当事者間の関係においても、無効である。私人相互間の間で、長い間、闘われ培われてきた秩序の原理が、社会的に法的価値を有しているということである。このことは、第2次世界大戦後における競争法の執行にかかわってくるのである。

(b) 制定法への影響

それでは以上検討したことが制定法にどのようにかかわってくるのかを検討する。第2次世界大戦後、イギリス競争法制定立法の中で、再販価格維持がより強固になったのは、1956年法の制限的取引慣行法⁴⁷⁾である。その議論と影響は次のようなものである。

『1956年法は、第24条で再販売価格に関する条件の共同的強制の禁止を定めていたが、その一方で第25条においては、コモン・ローの原則を大きく曲げて、契約の当事者以外にも条件を強制できるいわゆる“第三者条項”(Non-signer Clause)を導入していた。第三者条項が認められないことが、戦前における再販実施の最大のウィークポイントであり、まさにそのことが共同再販という組織的強制の一因ともなつたとされているだけに、第25条が何故規定されたか、第25条と第24条は矛盾しないか、1956年法の趣旨は何だったのかという議論を

account stated” ([1918] 1 K. B. 418, 426).

⁴⁵⁾ See, “The appeal must, in my opinion, be allowed, and judgment entered for the plaintiffs with costs here and below” ([1918] 1 K. B. 418, 428).

⁴⁶⁾ [1918] 1 K. B. 418, 425.

⁴⁷⁾ Restrictive Trade Practices Act 1956 (4 & 5 Elis. 2, c. 68).

呼んだのである。そして、業界によっては第25条の活用によって前にも増して活発に再販が行われるものもあったのである⁴⁸】。

その典型として自動車業界がある。『自動車業界ではB・M・T・A (The British Motor Trade Association) が組織されていた。B・M・T・A は自動車に関連する業種のほとんどの事業者を会員とし、その価格維持機構はイギリスにおいて模範的なものとされたのである。再販の執行機関はプライベート・コートの名にふさわしく整備され、退官した裁判官を委員長とし二審制をとるなど、できるかぎり通常の司法制度に近いものにされていた(こうした機関に対する反感が再販の共同実施禁止の一因となったことは前述した。)。B・M・T・A の1956年法への対応は迅速なものであった。1956年法の審議過程でLord Cancellorは、個々の事業者の再販実施に対する事業者団体の援助を激励するかのとき見解を表明していたが、B・M・T・A はそれをうけて、会員による再販の個別実施を全面的に援助する体制をつくりあげたのである。廉売を行う事業者の調査は、団体が行う。そのコストは団体がもつが料金を会員全体から一律に徴収する(これは適法であると商務省が言明した。)。廉売業者に対する訴訟においては団体の弁護士をあっせんする等々。そして、その訴訟において第25条が強力な役割を演じ、廉売の差止めはむしろ容易に、再販はゆるぎないものとして残ったのであった⁴⁹】。

何ということであろう。Sargant L. J. も驚だ。Sir の時代では、価格協定や株式の信託など資本の結合はあったが、業界の頂点に支配団体を設置して、それを中心に、ピラミッド型の独占支配体制がここまで強固に築かれることはなかったのである。まるでギルド的独占体制のようである。結局は、再販の原則禁止へと移行せざるを得なかったのである⁵⁰。

というのも、既に論じたように、第三者に独占支配を及ぼすことは、当事者間で独占支配の結合を有効とすることから、派生しているのである。従って、

⁴⁸ 横川和博「イギリスにおける営業制限の法理の展開と再販売価格維持規制」『明治大学大学院紀要』第20集(1982) p. 289, pp. 298-299。

⁴⁹ *Ib.* p. 299。

⁵⁰ ここにおいても、裁判官一人ひとりの判決が、後世にまで与える影響を後世にまで責任をもつ、ということである。

法は、資本の所有そのものからではなく、その効果から生ずる独占と支配の現象形態を絶対的に無効としなければ、法原理が貫徹しないのである。それは、既に述べたように、権利や自由に独占と支配の自由は含まれ得ないからである。

ここではこれ以上、第2次世界大戦後直後の制定法に触れることができないが、裁判所における独占放任は、Esso Case [1968]⁵¹まで、“cast-iron rule”が維持されたのである。しかしながら、そのEsso Caseでも、これまでのイギリスが培ってきた営業制限の法理は、何らの断続性もなく、発展していったのである⁵²。

次に、イギリス競争法の独自性は、今後どのように進展していくのかを検討する。

【退職記念号特別補足2】

先の第I論文以外に、営業制限の法理と再販拘束について、次のような教授の研究成果などがある。

II 横川和博「イギリスにおける営業制限の法理の展開と再販売価格維持規制」『明治大学大学院紀要』第20集, pp. 289-303 (1982)

III 横川和博「イギリスの「不公正な取引方法」規制——石油業界における排他条件付取引・抱き合わせ取引」『法律時報』56(4), pp. 103-110 (日本評論社, 1984)

IV 横川和博「イギリスにおける独占規制と公共の利益」『経済法学会年報』6, pp. 118-130 (有斐閣, 1985-10)

V 横川和博「英国における不当廉売・差別対価の規則と1980年競争法の性格」『高知論叢・社会科学』44, pp. 57-91 (高知大学経済学会, 1992-07-19)

VI 横川和博「英国における再販規正法の展開と書籍再販」『早稲田法学』76(3), pp. 187-208(2001)

ここでは、第II論文を見てみよう。

いくつかの判例を検討し、再販に関する問題点を次のように指摘している。

『第一には、事業者の自由の際限のない拡張がある。そして、それが他の者の自由の必然的な侵害につらなることが看過されている。

第二には、事業者間の問題には裁判所は介入せずという、予定調和的な、楽天的な放任主義思想がある。これは、価格維持機構の積極的評価など商慣行への盲目的

⁵¹ Esso Petroleum Co. Ltd. v. Harper's Garage (Stourport), Ltd. [1968] A. C. 269. この事件は、5年を超える石油の独占供給契約を無効とした事件。反対に、5年未満は有効とした。

⁵² その詳細は次の筆者論文参照。松田潤『所有と独占からの営業の自由の考察——英国法理を中心に、日本の営業の自由論争を検証——』(高知大学大学院総合自然科学研究科, 2017-01) pp. 50-58。

信頼を支えているものといえよう。

第三には、取引社会の実態に眼をつぶることによる必然的な結果として、立場の非対等による契約自体の不正性の看過があげられる』(Ib. p. 293)。

このように、現代日本でも考えさせられる問題を指摘しているのである。こうして、第2次世界大戦後の英国制定立法にかかわった各種の報告書を分析している。報告書の中でもとりわけ、公共の利益観と再販の悪質性を問題視し、様々な角度から今後も考えなければならないことを論証している。そうして、前者の公共の利益については、第IV論文などにつながっており、後者の再販については、第III論文などにつながっているのである。なお、本稿でも、各論文を参考にさせていただいた。

第3章 Brexit 時代と競争法の展望

第1節 Brexit と競争法序論

イギリスのEU離脱、Brexit問題で複雑な利害および情緒が存在しているようである。主流保守系を含め労働党も離脱反対であったが、保守系右派(United Kingdom Independence Party)および労働党の3分の2も離脱に投票した。そして、中間および底辺層の離脱への投票も高い。投票の国民意識の変化、それは、「新自由主義」に対する不信、および、自主決定の意識、並びに、エリート層への不信が原因と考えられており、これらがどのように変化、進展するかはわからないが、底辺層の現状に対する不満と不信が、政治経済にどのように影響され、あるいは、誘導されるのか⁵³、ということもあるが、次のような法制度の問題も含んでいる。

それは、競争法にも影響を与えることである。私見としていまだ推測の段階ではあるが、イギリス政府および競争当局である競争市場庁 Competition and Markets Authority (CMA) は、競争法および政策に関して、国際的にもリードするよう、指導的地位に立つためのあらゆる活動をするのではないであろうか。

⁵³ 参照、二宮元ほか「対談：EU離脱・トランプ・新自由主義の現段階」『いのりとくらし研究所報』57(特定非営利活動法人、非営利・協同総合研究所、2017, 1, 31.) p. 2, pp. 2-23. 特に、二宮元氏の発言。国際的な政治学の視点から論じられている。他、宮田知佳「離脱と格差——Brexitを導きたいもの」『経済科学通信』143(基礎経済科学研究所、2017) p. 2, pp. 2-7, も参照。

というのも、第一に、『EU 競争法は EU 域内の市場統合を象徴する、最も強力で、かつ最もうまく機能している域内ルールの一つとみなされており、EU 政府内でも DG Competition (競争法当局) はきわめて強い発言権を持っている⁵⁴⁾』という現状からすれば、離脱後においても、指導的地位を確保するための競争法および政策を実行すると思われる。

第二に、現行 EU 加盟国の中でも、競争市場庁の積極性である。『特にカルテル分野では、イギリス当局は EU 当局よりも積極的だという印象が強い。たとえば、必ずしも協調行為を直接的に意図したとは限らない純粋な情報交換だけしか問題行為がないような事例に対して制裁金を課すことに、イギリス当局はあまり躊躇を感じていないようである⁵⁵⁾』。『イギリスのみならず、EU その他の当局が、いわゆる「新手のカルテル」に捜査の対象を広げつつある中で、EU 当局の捜査案件では、まだまだ純粋に新しいカテゴリーを立件することに躊躇があるように見られるが、この点イギリス当局は、EU よりも一歩踏み込んだ運用をしているというのが特徴だろう⁵⁶⁾』、といった積極性も今後より顕著になるのではなかろうか⁵⁷⁾。

第三に、国際的およびヨーロッパでの地位を国家戦略としては、イギリス政府および競争市場庁が、離脱による地位の低下の危険を回避して、あらゆる活動によって指導的地位に立つよう、活動すると思われるのである。さらに、二大競争法であるアメリカ競争法および EU 競争法に後れをとるような消極的態度では、帝国主義であるイギリスの覇権が崩壊する恐れがあるからである⁵⁸⁾。

⁵⁴⁾ 山田香織「競争法分野における影響と今後の方向性」『NBL』1079 (商事法務, 2016. 8. 1) p. 38。

⁵⁵⁾ *Ib.* p. 39。

⁵⁶⁾ *Ib.* p. 40。

⁵⁷⁾ イギリスにおける競争法違反の損害賠償請求の積極性は、次を参照。樋口陽介「英国のEU離脱と競争法。両者の法律関係がいかなるものになるかを整理しておくことは有用(特集 イギリスのEU離脱がビジネス法務に与える影響)」『The Lawyers』13(9) (アイ・エル・エス出版, 2016. 9) p. 43, p. 45; p. 47。大高友一「英国における消費者保護法制とEU離脱による影響」『NBL』1079 (商事法務, 2016. 8. 1) p. 32, pp. 36-37。

⁵⁸⁾ 例えば、競争法の私的執行について、クーン・ブラトーほか「Brexitが欧州競争法に及ぼす影響」『ビジネス法務』17(11) (中央経済社グループパブリッシング, 2017-11) p. 124。

以上とは異なる意見として、特段の変更、影響がないとする意見が多いこと⁵⁹、および、イーストアングリア大学における CCP (Centre for Competition Policy) のワーキングペーパーによれば、離脱後の競争政策について、『(結論として、いずれについても早急な変革は避けるべきであり、当該自由の行使を制限すべきとしている)⁶⁰』との慎重的な見解があるが、反対に、一時的に時限立法を制定したとしても、イギリス競争法および政策の優位性(確保)が、問題となり得ると考えるのである。この限りでは、伊永氏が『私の専門である独占禁止法(競争法)についていえば、Brexit の影響は甚大である⁶¹』との受け止め方と一致するであろうし、『イギリスの EU 離脱により、国際的な競争における力関係が再編成されることになる。このことは EU で多くの個別的利益を登場させることになり、むしろ、それらが促進するのは経済法や私法における対立をさらに深めることなのである⁶²』、といったことにもつながるのである。

そして、現在、EU 離脱法案が、庶民院で審議されており、議会の議案の可決の間に、修正などがされて、加えられた法案全文ができるようである⁶³。大きな法案は、European Union (Withdrawal) Bill (2017. 7. 13) EXPLANATORY NOTES (Bill 147), European Union (Withdrawal) Bill (2017. 12. 21) [AS AMENDED IN COMMITTEE (Bill 005)] がある。

ここでは詳細には触れないが、後者の Bill 005 を見てみる。第 1 条で、1972 年欧州共同体法は、離脱日に廃止する、と規定されている⁶⁴。第 6 条では、保有された EU 法の解釈を規定し、第 1 項から第 7 項まで定めている。

その第 1 項では、『裁判所または審判所は、(a) 離脱日以降、欧州裁判所によって、判決されたいかなる法原理でも、又は、確定されたいかなる決定でも、

⁵⁹ 山田注54) p. 43。

⁶⁰ 岩宮啓太「Brexit 後の英国競争政策」『公正取引』799 (2017.5) p. 87。

⁶¹ 伊永大輔「ブレクジットをめぐる英国の法律事情」同雑誌同号, p. 1。

⁶² パーゼドー ユルゲン ([訳] アントニオス カライスコス) 「ロー・ジャーナル イギリスの EU 離脱 (Brexit) と私法・経済法」『法学セミナー』61 (12) (日本評論社, 2016.12) p. 9。

⁶³ (2018年1月7日閲覧) <https://services.parliament.uk/bills/2017-19/europeanunion-withdrawal/documents.html>

⁶⁴ See, “The European Communities Act 1972 is repealed on exit day” (European Union (Withdrawal) Bill (HC Bill 5), § 1).

拘束されない。および、(b) 離脱日以降、欧州裁判所に関するいかなる事件をも参照することができない⁶⁵』、と定める。

以上、様々な要素があるが、イギリス競争法は、経過措置による維持と、イギリス判例法の独立性が、概ね執行されると考えられる。そこで、次に、イギリス競争法の展開として、イギリスにおける競争法違反の事例を検討する。

第2節 イギリス当局の積極性の事例

(a) 間接的価格カルテルに対する当局の判断

Hasbro Case (2003)⁶⁶の概要は、次のとおりである。

『公正取引庁は、Hasbro 会社、当該会社は、連合王国における玩具ゲームの供給業者最大手の一メーカー、Argos 会社および Littlewoods 会社が、1998年競争法(第1章禁止)第2条に違反する価格協定に加わった、という決定を下した⁶⁷』。

『当該三社は、Hasbro 社製のある玩具ゲームの価格を一定に定めるための全体にわたる協定ないしは協調行為に参加した。当該全体にわたる協定は、それ自身が違法行為を構成する、2つの双務的な価格協定ないし協調行為を含んでいた。それは、一方では、Hasbro と Argos との間の協定、および他方では、Hasbro と Littlewoods との間の協定である。当該協定は、1999年に締結されて、(当該禁止が、施行した)2000年3月1日から第1章の禁止に違反していた。当該協定は、早くも2001年5月15日以降で、且つ、遅くとも2001年9月14日以内には終了していた。公正取引庁は、これらの協定が、連合王国内で、Hasbro 社製のある玩具ゲームの供給における競争の阻害、制限又は歪曲するこれらの目的および効果として、連合王国域内の取引に影響を及ぼす恐れがあり、および、それらの影響があったこと、そして、第1章の禁止に違反してい

⁶⁵ See, “(1) A court or tribunal—(a) is not bound by any principles laid down, or any decisions made, on or after exit day by the European Court, and (b) cannot refer any matter to the European Court on or after exit day” (*Ib.* §6-(1)).

⁶⁶ OFT Case (No. CA98/8/2003) : Agreements between Hasbro U.K. Ltd, Argos Ltd and Littlewoods Ltd fixing the price of Hasbro toys and games.

⁶⁷ No. CA98/8/2003, p. 1.

る、と評価している⁶⁸』。

『公正取引庁は、価格を取り決める事業者間の協定が、第1章の禁止に抵触する最も重大な違反行為の1つであるとみなす。それゆえ、当該三社に対して制裁金を課するとしている。しかしながら、Hasbroは、調査開始より前に、当該協定が違反している証拠を当局委員長(当時)に最初に提供していたために、100%リニエンスー免除を認められている。Hasbroは、十分に調査協力もした。それゆえ、その制裁金は、0にまでにされる⁶⁹』。

『当該決定は、2003年2月19日の当時の当局委員長の決定(No. CA98/2/2003)を代える⁷⁰』。

当局は、Argosに対しては、17.28百£、Littlewoodsに対しては、5.37百£の制裁金の支払いを求める⁷¹。

(b) 控訴裁判所の判断

Hasbro会社以外は、控訴裁判所 Court of Appeal (Civil D.) まで当局と争った。この Argos Ltd v. OFT [2006]⁷²の概要は、次のとおりである。

結論。法的責任に関しても制裁金に関しても Argos および Littlewoods による控訴を棄却する。競争控訴審判所の下した判決を確認する⁷³。

Argos および Littlewoods それぞれは、違反行為および制裁金の決定双方とも不服として競争控訴審判所に訴えた⁷⁴。当該違反行為に関する決定は、2004年12月([2004] CAT 24)に、競争控訴審判所によって支持された⁷⁵。

競争控訴審判所は、2005年4月29日に下した別個の判決([2005] CAT 13)

⁶⁸ *Ib.* p. 1.

⁶⁹ *Ib.* p. 1.

⁷⁰ *Ib.* p. 2.

⁷¹ *Ib.* p. 137, *para.* 434.

⁷² Argos Limited & Littlewoods Limited v. Office of Fair Trading and between JJB Sports PLC v. Office of Fair Trading [2006] EWCA Civ 1318. なお、“EWCA”とは、England and Wales Court of Appealの略である。

⁷³ [2006] EWCA Civ 1318, *para.* 291. なお、Enterprise Act 2002 (c. 40)により、競争控訴審判所 Competition Appeal Tribunalが設置された(第12条)。

⁷⁴ [2006] EWCA Civ 1318, *para.* 109.

⁷⁵ [2006] EWCA Civ 1318, *para.* 110.

において、公正取引庁が、Argos および Littlewoods に課した制裁金を、それぞれ、15.0百£および4.5百£にまで、減額した。Argos および Littlewoods によって、より低い額にまで、もしくは、0 にまでそれら制裁金を減額するために、原審の棄却を理由に、当該裁判所に控訴している。とりわけ、原審は、Argos および Littlewoods が、Hasbro と同様有利に扱われることを要求したことを評価しない点で誤りがあったのだと主張する⁷⁶。

Littlewoods と Argos とともに、Hasbro が、全く責任を免れたと訴えた。そしてそれは、ガイドランスにおけるリニエンシー制度のもと、50%よりは多くなならないまでに、当然減額された制裁金とされるべきであると主張した⁷⁷。

一部分競争控訴審判所と異なる理由であっても、原審と同じ結論に到達したのである。すなわち、課された制裁金に対する控訴理由が、率直かつ巧みな立証に達しはしないのである⁷⁸。

このように、控訴を棄却したが、判決の中で、協調行為に関する条件を次のように述べている。

『我々の見識では、欧州司法裁判所の Bayer 事件 [Bayer v. Commission [2000] ECR II-3383] 中にある判決に真正面から破棄し、且つ、現在に至る控訴の争点を破棄するのに足りる条件の提示が、より制限された条項につき宣言され得る。例えば、(i) 小売業者 A が、供給業者 B に対して、その将来の価格設定するものとして提示する。それは、A は、B が、他の小売業者ら (C であるか、あるいは別の誰かかも) に対してその情報を提供することで市場状況に影響を及ぼすためにその情報を利用するであろう、と意図することができる状況においてである。(ii) B は、實際上、その情報を、C に提供したい。それは、C は、その情報が、A によって B に提供された、という事情を知ることができる状況においてである。(iii) C は、實際上、その自身の将来の価格設定するものと決意することにおいてその情報を利用したい。その場合、A および B ならびに C は、全員が、競争を制限又は歪曲するその目的を有して

⁷⁶ [2006] EWCA Civ 1318, *para.* 111.

⁷⁷ [2006] EWCA Civ 1318, *para.* 174.

⁷⁸ [2006] EWCA Civ 1318, *para.* 289.

いる協調行為に関する当事者と見なされるべきである。その実情は、互惠性がより一層強いのである。すなわち、Cが、供給業者Bに対して、その将来の価格設定するものとして提供する、ということの意味する。それは、Cは、Bが、(なかでもとりわけ)Aに対してその情報を提供することで市場状況に影響を及ぼすためにその情報を利用するであろう、と意図することができる状況においてである⁷⁹⁾。

(c) 当該事件の意義

これを図式的に要件事実にみると、①小売業者Aの供給業者Bに対する表示行為、②そのAの意図、③BのCへの動機、④CのAB間の認知可能性、⑤そのCの動機、と構成され、この場合には、全員が協調行為に参加したことになるのである。これらは、“hub and spoke”と呼ばれる問題であるが、ここでは取り上げない⁸⁰⁾。

当該協定は、供給側から小売側へ一方的に制限を付したものではない。そして、小売側は、他の小売業者との間で、協定が結ばれたわけでもないのである。ブランド価値を維持するといった目的と実態があったのでもない。そして、協調行為の意図があったわけでもないのである。

⁷⁹⁾ See, “The proposition which, in our view, falls squarely within the *Bayer* judgment in the ECJ and which is sufficient to dispose of the point in the present appeal can be stated in more restricted terms: if (i) retailer A discloses to supplier B its future pricing intentions in circumstances where A may be taken to intend that B will make use of that information to influence market conditions by passing that information to other retailers (of whom C is or may be one), (ii) B does, in fact, pass that information to C in circumstances where C may be taken to know the circumstances in which the information was disclosed by A to B and (iii) C does, in fact, use the information in determining its own future pricing intentions, then A, B and C are all to be regarded as parties to a concerted practice having as its object the restriction or distortion of competition. The case is all the stronger where there is reciprocity: in the sense that C discloses to supplier B its future pricing intentions in circumstances where C may be taken to intend that B will make use of that information to influence market conditions by passing that information to (amongst others) A, and B does so” ([2006] EWCA Civ 1318, *para.* 141).

⁸⁰⁾ See, RICHARD WHISH & DAVID BAILEY, *COMPETITION LAW*, pp. 362-363 (Oxford University Press, 2015, 8th ed.).

最も重要なことは、「互恵性」に言及していることである。既に述べたとおり、Sargant L. J. の判決は、イギリスにおいては、先見性があったのである。この「互恵性」に関して、正確ではないが、次のように大まかに言い換えることもできる。

互恵性が、事業者間の間である場合には、カーテルや企業結合などの問題が生じ、反対に、事業者間の間でそれがない場合には、営業制限、不公正な取引、および市場支配力の問題が生じ得るのである。

さらに、積極性に関して、EU 競争法は、この協調行為の認定するに当たっての考慮事項を、判例を総合すれば次のように考えられている。

『①事業者間に何らかの積極的な接触（会合、討議、情報の開示、打診などで書面によるか口頭によるかを問わない）があること、②その接触が、通常の競争プロセスに反する協力（競争事業者の将来の競争行為に関する不確実性を排除するものなど）を含むものであること、および、③その接触が関係事業者の商業的行動を維持または変更する効果を持っていること、である⁸¹』。

したがって、イギリスにおける競争法の執行は、積極性があると見て取れるのである。このイギリス裁判所が示した協調行為の条件は、後の事件でも参照されるようになったのであり、イギリスにおける当局と裁判所の積極性が伺える一例である⁸²。そして、Brexit 後も、イギリスにおいては、積極的に競争法が執行され得ると考えられ、イギリスの歴史と伝統から、また先例拘束力の原則 *stare decisis* といったことから、その独自性を回復していくものと考えられるのである⁸³。

さらに、これはイギリス消費者法の研究ではあるが、優れた研究がある。それは分断された消費者ではなく、消費者全体を包含的に包み込んでいく方向性を示唆している⁸⁴。それゆえ、競争法も、例えば、個々の事業者と消費者といっ

⁸¹ 中村民雄，須網隆夫編『EU法基本判例集』p. 286（日本評論社，2010〔第2版〕〔1st. 2007〕）

⁸² E. g.: Case No 1188/ 1/ 11 [2012] CAT 31.

⁸³ なお、EU法は、大陸法と英米法のハイブリッドである。加盟国裁判所は、EU法を適用する際に、欧州司法裁判所に付託したりする。

⁸⁴ 菅富美枝「「脆弱な消費者」と包摂の法理（上）イギリス法、EU法からの示唆」；「脆

た切り離れたとらえ方ではなくて、全体を包括し、包みこむような方向性が今後の展望として考えられるのである。

おわりに

さて、これまで見てきたように、独占放任の時代から Brexit の時代に至る今日、競争法の展望を最後のまとめとして述べておこう。

法と経済との関係と競争に関して、財産権の変動は、権利の変動と一致することが原則であるが、現代社会では、もはやその法的枠組みによって説明できない社会体制となっている。例えば、インフレーション政策を行えば、財産権の変動が起り、契約すら不要となっている。そして、金融の膨張である⁸⁵。そこで、現代競争法が、どこまで有効に機能しているのか、あるいは、競争法に代わる代替的な担い手があるのか、あるとすれば、競争法との関係でどのように構築していくのか、今後の課題として未解決である。

しかしながら、既に述べたように、あるべき方向性は、独占と支配からの解放としての自由を促進するための競争法であらねばならぬのである。それは、貧困を減少し、あるいはまた、縮小し、人々に「ゆたかさ」を提供するものでなければならない。

以上。

弱な消費者」と包摂の法理（下）イギリス法，EU法からの示唆」（現代消費者法33号（2016-12），35号（2017-06））；「2015年イギリス消費者権利法の新体制（1）不公正な取引行為をめぐる契約法上の効果（国際消費者問題）」；「2015年イギリス消費者権利法の新体制（2）不公正契約条項の規制及び契約への不適合における消費者の権利（国際消費者問題）」（消費者法ニュース106号（2016-01），107号（2016-04））。

⁸⁵ 「マネー膨張躍らぬ経済」日本経済新聞（2017/11/14）1面（関連7面）。水野和夫『日本国際経済学会67回全国大会共通論題報告』三菱UFJ証券（2008）p. 2；図33「1995年以降、急増する金融資産」。