

論 説

# 「公共の利益」概念の具体化 ——イギリス競争法からの示唆

渡 辺 昭 成

- I 本稿の目的
- II 独禁法における公共の利益概念
- III 英国1976年制限的取引慣行法における「公共の利益」概念
- IV イギリス法から日本法への示唆

## I 本稿の目的

本稿の目的は、独禁法の基礎概念である「公共の利益」の内容を検討し、それを可能なかぎり具体化することにある。

「公共の利益」という文言は、独禁法2条5項・6項および49条において用いられている。2条5項・6項においては、この文言につき、論者により様々な解釈がなされている。従来、公取委および多数説は、「公共の利益に反して」という文言について、それが自由競争秩序に反することそれ自体を意味するとしてきた。しかし、昭和48年のオイルショックを背景とした石油カルテルに対する刑事事件において、最高裁は、異なる解釈を明らかにした<sup>(1)</sup>。それは独禁法の立法趣旨を述べている独禁法1条の文言から、「2条6項に言う『公共の利益に反して』とは、原則としては同法の直接の保護法益である自由競争秩序に反することを指すが、現に行われ

---

(1) 最高裁判所判決昭和59年2月24日判例時報1108号P3

た行為が形式的に右に該当する場合であっても、右法益と当該行為によって守られる利益とを比較衡量して、『一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進する』という同法の究極の目的に実質的に反しないと認められる例外的な場合を右規定に言う『不当な取引制限』行為から除外する趣旨と解すべきである」とするものであった。しかし、この解釈について、その内容が不明確であり、恣意的な解釈を導くおそれが強く、独禁法のカルテル規制の実効性を損ない、また罪刑法定主義に反する、などの批判がなされている。筆者は、基本的にこの最高裁判決を支持するが、細部においては異なる解釈を行い、さらにそれを細緻化するものである。

この「公共の利益」概念を解釈・具体化する上で参考になるものとして、イギリス競争法がある。1998年競争法<sup>2)</sup>の制定により廃止された1976年制限的取引慣行法・1973年再販売価格法においては、行為要件に該当するものは原則として違法と推定されるが、それが「公共の利益」に該当し、それにより生ずる利益が、当該行為により生ずる不利益を上回る場合には、法の適用から除外された。また、現在、独占状態および合併を規制している1973年公正取引法においても、規制対象とされる独占的状态・合併が発生ないし発生しようとしている場合に「公共の利益」に関する審査が行われている。

イギリス競争法における「公共の利益」概念が、独禁法における「公共の利益」とどのような関係にあるかは、明らかではない。しかし、独占規制を行う上で、「自由競争」以外の概念を明確に競争法にとり入れている点では、注目すべきものである。独禁法上の「公共の利益」概念に関する見解において、独禁法内にそれを取り入れるか否かを別として、自由競争秩序には限界があり、それとは異なる何らかの政策判断が国民経済において必要であるという点においては、一致を見ている。私は、独禁法上の

---

(2) 英国1998年競争法については、拙稿「イギリス競争法のEU化」早稲田大学大学院法研論集94・95・96号、「英国1998年競争法」早稲田法学76巻3号。

「公共の利益」概念について、独禁法において自由競争以外の概念をとり入れ、それを可能な限り具体化することにより、法の不安定性の解消、罪刑法定主義の遵守を行うべきであると考ええる。その際に参考とすべきものとして、イギリス競争法があると考ええる。

以下ではまず、独禁法中の「公共の利益」概念についての解釈を検討し、次に、イギリス1976年制限的取引慣行法における「公共の利益」概念について検討する。そして、そこから導き出される日本法への示唆を提示する。

## Ⅱ 独禁法における「公共の利益」概念

### 1 「公共の利益」に関する議論

独禁法中、2条5項・6項において、それぞれ私的独占、不当な取引制限の定義の中で、「公共の利益」という文言が用いられている。従来、「公共の利益」概念の解釈問題は、不当な取引制限との関係において議論されてきている。また、この問題は、ただそれだけにとどまるものではなく、8条、第四章、第六章、独禁法適用除外立法との関係、さらに独禁法の目的・性格、競争維持政策の意義などに関わる多くの論点が含まれている。

各論者は、それぞれ、独禁法の目的・性格の解釈を背景とし、そこから「公共の利益」についての解釈を行っている。以下では、「公共の利益」に関する見解を分類し、それぞれについてその考え方を検討する。

### 2 「公共の利益」に関する見解

#### (1) 「公共の利益」＝自由競争秩序の維持、と解する見解

この見解は、「公共の利益」という文言は宣言的・訓示的なものにすぎないのであり、その意義は自由競争経済秩序の維持それ自体であると解するもの<sup>3)</sup>である。つまり、2条5項・6項に該当する行為が行われ、競争

の実質的制限が生ずるのであれば、同時に「公共の利益」にも反するとする。その理由として、①1条の目的規定から、「公正且つ自由な競争の促進」が「一般消費者の利益を確保する」と同時に「国民経済の健全で民主的な発達を促進すること」になるとの理解のもとに独禁法が制定されたのであり、その固有の目的は「公正且つ自由な競争」にあるため、独禁法における「公共の利益」の内容もそれに限定される、②3条違反行為又はその未遂形態を構成する行為に関する8条1項1号と第四章の各規定には「公共の利益」の文言が欠けているため、3条の「公共の利益」に積極的意味を与えるのは不均衡である、③「公共の利益」に競争秩序維持以外の積極的意味を与えると、その一般性・抽象性から、恣意的な解釈を導くおそれが強い、④3条違反行為には刑罰が科されるが、「公共の利益」に不明確な意義を与えることは罪刑法定主義の精神に反する、ことを挙げている。この見解によると、「公共の利益」は、3条において独立の要件ではなく、行為要件に該当し、「競争の実質的制限」を生じさせる行為または未遂行為がある場合には、即3条違反となる。

この見解は、公取委の実務、学説の多数説の立場である。この見解によると独禁法適用除外規定の位置付けには、二つのものがあるとする。それは、「独禁法3条の構成要件に該当する行為（一定の行為類型+競争機能阻害状態）について違法性が阻却されるのは、明示の適用除外規定が存在する場合と」、「独禁法3条の構成要件該当行為を他の法律規定が適法と定めている場合」であり、これらの適用除外は、競争維持政策以外の政策原理を採用するほうが良好な経済成果を得るとする後退的・例外的なもの<sup>(4)</sup>と、独禁法の目的からして非難に値しない行為にもとづく市場支配行為は

---

(3) 根岸哲『独占禁止法の基本問題』P60～62、同「独占禁止法と公共の利益」ジュリスト566号P52、実方謙二『独占禁止法（新版）』P196～198など。論者により今村教授の見解をこれと異なる解釈とするものもあるが、筆者は同様の内容を述べていると考える。今村成和『独占禁止法（新版）』P86、87

(4) 根岸前掲P76

規制の対象としないことを明らかにする意味での独禁法の内在的限界を示すためのもの<sup>(5)</sup>である。

(2) 「公共の利益」＝取引主体の実質的な自由と平等の権利、と解する見解

この見解は、独禁法の基本的な性格を前提とし、「公共の利益」とは、「抽象的・平均的な、形式的に平等な個人間の関係を規制する法によってもたらされた事態に対して、具体的に国民経済社会に位置づけられた取引主体間の具体的な関係において、市場支配力あるいは相対的市場力によって侵害される取引主体の実質的な自由と平等の権利を基本とする経済法理念のあらわれ」とするものである。「公共の利益」は2条5項・6項の独立の構成要件であり、私的独占・不当な取引制限が「実質的な自由と平等の権利を侵害するという意味で、経済法的に反価値的な性格を有することが明らかにされる」としている<sup>(6)</sup>。その理由として、①独禁法において、公正かつ自由な競争秩序を維持する目的は、市場参加者の実質的な自由と平等の権利を保護することであり、このことは独禁法の目的である「国民経済の民主的」な発達に対応する、②公正かつ自由な競争秩序の維持があらゆる場合について妥当する普遍的な原則とはいえ、独禁法が適用除外などの競争秩序維持法とは異った経済法的な規制を予定している、③独禁法により適用除外とされる行為は、独禁法の目的に反するということができない、ことを挙げている。この見解によると、おそらく3条の行為要件に該当し、「競争の実質的制限」を生ずる行為またはその未遂行為は、独禁法ないし独禁法適用除外立法により独禁法の適用が除外されていなくとも、市場支配力ないし相対的市場力により侵害される取引主体の実質的な自由と平等の権利が保護されるのであれば、独禁法の適用がなされないことになる。

この見解において、独禁法適用除外規定は4つのものに分けられ、①独禁法が妥当しない公益事業であって、消費者の利益と権利が競争秩序維持

(5) 今村前掲P86, 87

(6) 正田彬『経済法講義』P101

によっては守られないもの、②独禁法に違反すると考えられる行為について一定の根拠にもとづいて定められたもの、③独禁法を積極的に支える行為について定められたもの、④独禁法に違反しない行為について、確認的に定めたもの、があるとする<sup>(7)</sup>。

(3) 「公共の利益」＝自由競争秩序の維持→一般消費者の利益保護→国民経済の民主的で健全な発達、と解する見解

この見解は、「独禁法1条の目的規定は、公正かつ自由な競争の促進という手段によって達成される一般消費者の利益保護、国民経済の民主的で健全な発達という目標との関連において構成された規定であるから、『公共の利益』概念の内容は、独禁法1条の目的規定に合致するように理解すべきである」とし、「公共の利益」に反しない競争制限は、私的独占・不当な取引制限に該当しないとする。つまり、独禁法3条は、原則として私的独占・不当な取引制限の違法要件に該当する全ての競争の実質的制限を禁止しているが、独禁法1条の目的に沿う法益、つまり一般消費者の利益→国民経済の健全で民主的な発達に反しないのであれば、当該行為は違法性が阻却されるとする<sup>(8)</sup>。その理由として、「公共の利益」を独禁法1条の目的規定と併せて総合的に理解する必要がある、この目的規定は立体的に把握すると、独禁法は明確に自由競争秩序の維持→一般消費者の利益保護→国民経済の健全で民主的な発達という三者の関係を、内在的な論理一貫性を持って規定しており、自由競争秩序維持そのものに意味があるわけではなく、競争秩序を通じて達成される一般消費者の利益や、国民経済の健全で民主的な発達の実現が独禁政策を用いる理由である、ことを挙げている。

この見解によると、かりに競争の実質的制限が行われている場合でも、一般消費者の利益に反しないか、逆に一般消費者の利益となる場合には、その違法性が阻却され、独禁法の適用が除外されるという場合と、独禁法

(7) 同P217

(8) 丹宗昭信『独占および寡占的構造規制の法理』P120, 121

の原理上は許されないが、他の緊要の特別の経済政策目的との調整上、一時的例外的にやむを得ず適用除外を認める後退的・例外的適用除外がある、とする<sup>(9)</sup>。

### 3 「公共の利益」概念に関する私見

#### (1) 「公共の利益」概念に関する各見解の検討

独禁法上の「公共の利益」に関する各見解を比較検討する。

上記(1)説は、独禁法1条が定める目的について、その最終目的が一般消費者の利益の確保および国民経済の健全で民主的な発達にあることを認めるが、それと自由競争秩序の維持は不可分一体のものであり、独禁法においては、後者がすなわち前者であるとしている。独禁法においては、自由競争秩序以外に独禁法の最終目的を導く方法は、予定されておらず、適用除外規定は独禁法の趣旨・目的とは異なった別の政策原理に基づくものであるという論理構成をとる。

しかし、一方で独禁法には最終目的を達成する手段として自由競争秩序以外のものは予定されていない、としながら、他方で、独禁法上非難に値しないもの以外の独禁法内に存在する適用除外規定<sup>(10)</sup>を、他の法律により適法と認められていることを根拠とし、別の政策原理に基づくものであるとすることに、論理矛盾はないであろうか。本説は、良好な経済成果を得るためには、他の政策原理を採用すべきことは否定しない。しかし、それが独禁法内に同時に規定されていることを一貫性をもって説明することができないのではないか。

上記(2)説は、競争秩序の維持が独禁法の原則であることを確認しつつ、それが取引主体の実質的な自由と平等の権利の保護を導かない場合には、競争秩序とは異なった政策原理が必要であり、それを予定したものが

(9) 同123, 124

(10) 根岸教授は、この例として、独禁法21条における特許権に基づく権利の行使を挙げている。

「公共の利益」であるとする。本説は、適用除外規定が存在することについては、3条の行為要件に該当し、競争の実質的制限を生ずる行為でも、「公共の利益」に反しないものを規定する、として独禁法と適用除外立法が相反するものではないことを整合的に説明している<sup>(11)</sup>。

しかし、その「公共の利益」の内容が抽象的であり、いかなる場合にそれに該当することになるかが不明確である、という批判に答えることができない。また、通説の立場からは、独禁法固有の価値体系はあくまでも自由競争秩序であり、それとは異なるものを外からもち込むことは問題であるという批判がなされる<sup>(12)</sup>。しかし、後述するが、独禁法は自由競争秩序そのものを保護するのではなく、あくまでもそれによる一般消費者の利益および市場において劣位にある事業者の利益を保護することにその目的があり、それらの利益が法違反行為に関する最終的な判断基準となると筆者は考える。(2)説は、独禁法および適用除外規定について、それらを理論的に整合性をもって理解しようとするものである。

上記(3)説は、自由競争秩序が、それを通じて達成される一般消費者の利益と国民経済の民主的で健全な発達を実現する手段として有効であることを前提とし、その手段ではなく、実現されることが目されるものこそが「公共の利益」の内容である、とする。そのため、3条の行為要件に該当し、競争の実質的制限を生ずらないしその未遂行為は、「公共の利益」に該当するかぎり、違法性が阻却されるとする。しかし、ここでいう一般消費者の利益と国民経済の民主的で健全な発達という両者の関係が不明確である。また、(2)説と同様に、「公共の利益」の内容を明らかにしていない。本説は、(2)説と同様に、独禁法および適用除外規定を整合的に理解するものであるが、批判に対する答えが提示されていない。

(11) 正田教授によると、現在独禁法内に規定されている適用除外は、不当な取引制限に該当する行為についての適用除外を定めたものではなく、独禁法を積極的に支える行為についてのものと独禁法に違反しない行為を確認的に定めたものに、分類される。前掲P218, 219

(12) 和田健夫「独占禁止法における『公共の利益』論」『論争独占禁止法』P125

## （２）「公共の利益」概念についての私見

### ① 独禁法上の競争概念に関する従来の解釈

通説は、独禁法上、「公正かつ自由な競争の促進」が「一般消費者の利益を確保するとともに国民経済の健全で民主的な発達を促進すること」になるとの理解が独禁法の基本にあるとする。しかし、現実に通説のいう競争が、この独禁法の最終目的を達成する手段として、どの程度有効なのであろうか。

一般に、独禁法における「競争」は経済学にいうところの競争、つまり競い合いとしての競争と、資本主義社会における経済循環を可能ならしめるという機能としての競争と同一のものとしてとらえられている。公取委の解釈、規制緩和において導入が促進された「競争」概念はこの解釈と同一のものである。

独禁法中、「競争」の概念は、第一に「公正且つ自由な競争の促進」として目的規定の中に掲げられている。独禁法は、この目的達成の妨げとなる典型的な状態を「一定の取引分野における競争の実質的制限」という文言で表し、これは、私的独占、不当な取引制限などの成立要件となっている。不公正な取引方法の定義規定においては、「公正な競争を阻害するおそれがある」ことがその性質を表わす言葉として用いられている。

それでは、この「競争」概念をどのように理解すべきなのか。この問題については独禁法制定当初から議論がなされている。しかし、その議論は、独禁法における「競争」を経済学上の競争と同一のものとしてとらえ、「複数の事業者が、相互に、他を排して、第三者との取引の機会を獲得するために行う努力をすること（＝個別的競争）」と「同一の目的を持つ複数の事業者が相互に影響しあうことにより、資本主義社会における経済循環を可能ならしめるという機能（＝競争機能）」という二つの側面に着目している。そのため、独禁法は一般に市場機能維持のための法と言われる。つまり、独禁法1条において独禁法の保護目的とされている「公正かつ自由な競争」は、経済学上の競争であり、この競争を保護することによ

り、人々の自由・平等を実質的に保障し、民主的な秩序が形成される、とされる。

しかし、この概念は、あくまでも経済学上の競争概念であり、かつ完全競争を念頭に置いており、独禁法における「競争」概念ではない。独禁法は、その保護目的として、「公正且つ自由な競争を促進すること」を掲げているのみであり、経済学上の競争を保護するのではない。独禁法が保護すべき法益としての「競争」は、独禁法において確保することができ、かつ、確保することが要求されるものである。

独禁法は、一般に取締法規と考えられる。憲法上、国家は、個人の基本権を認め、国家の運営を民主的決定に委ねることが現行憲法の基本であり、それゆえ、国家は憲法上、個人の基本権に対する介入禁止、保護義務、支援義務を負う<sup>(13)</sup>。国家がなんらかの積極的な措置をとる場合には、それは自らの基本権保護義務ないし基本権支援義務を果たすためであり、取締法規も、これらの義務を実践したものである。つまり、国家が取締法規を通じて一定の行為の禁止ないし命令し、その違反に対して制裁を定めたりするのは、それによって個人の基本権を保護し、あるいは支援するためである<sup>(14)</sup>。このように考えると、独禁法において国家は、単に経済学上の競争を保護することに義務があるのではなく、個人の何らかの基本権を保護することに義務があると言える。

## ② 目的規定からみた「競争」概念

独禁法の最終保護目的は、「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進すること」である。ここでいう一般消費者の利益とは、国民経済の民主的で健全な発達の前提、またはそのものである。独禁法において禁止されている行為は「競争」を実質的に制限すること、ないし公正な競争を阻害することが成立要件とされている。そのため、各禁止行為は、「競争」に影響を与え、一般消費者の利益を害する

(13) 山本敬三『公序良俗論の再構成』P248

(14) 同P250

ことになるものとして理解される。

独禁法は、一条にその目的を規定している。一条を三段に分けた場合、その前段（私的独占、不当な取引制限～事業活動の不当な拘束を排除することにより）において、各独禁法違反行為を規制することにより、一切の事業活動の不当な拘束を排除することを独禁法の一次目的とすることが述べられている。

発達した資本主義社会においては、事業規模、生産能力、取引関係、株式保有などにより、市場において事業者間に市場における力の差異が存在する。市場においてその差異により優位性を持つ事業者は、他の事業者に比べて市場に対して大きな影響力を持ち、その影響力により、より多くの事業機会を得ることが可能である。また、その結果として、より多くの利益を得ることが可能である。そのため、市場において個々の事業者間には、その市場における力の差異により、量における経済的不平等が存在する。

市場において優位性を有する事業者に対して、その他の事業者は、その優位的な事業者や自ら以外の事業者からその事業機会、利益を奪い、自らのそれらを増進するために、事業活動を行う。このような事業者は、市場における優位性を有する事業者よりも不利な立場にある。しかし、健全な資本主義社会においては、それらの者がわずかではあるかもしれないが、自らの事業機会を得ることは可能である。しかし、例えば、その市場における独占的な事業者などが、その市場への供給元に対して、他の競争者への供給を行わないように要請し、それにその供給元が応じた場合、他の競争者の事業機会を奪われ、利益をあげることが不可能になる。

一条前段にいう「事業活動の不当な拘束」とは、このように現に存在する市場における力の差異から生ずる以上に、劣位にある事業者がその事業機会を奪われることを言う。独禁法は、市場における力の差異そのものは否定しない。しかし、その力の差異から生ずる以上にその事業活動において差異が生ずることを非とする。独禁法違反行為を禁止することにより、

あらゆる事業者が取引の機会を得て、利潤を得る可能性を保護し、その保護が一条中段、後段の達成手段となることがここでは述べられている。したがって、この一条前段は、独禁法の一次目的が、あらゆる事業者が取引の機会を得る権利を保証し、利益を得ることを可能にすることにあることを規定している。

一条中段（公正且つ自由な競争を促進し～水準を高め）は、その内容が、前段の事項により達成され、またその中段の内容により後段（以て、一般消費者の利益を～発達を促進することを目的とする）の内容が導き出されることを規定している。事業者の取引の機会を得る機会を保護することにより、「公正且つ自由な競争」が促進され（一条中段のその他の内容は「公正且つ自由な競争」の促進の内容を表現したものと考える）、それが「一般消費者の利益」の確保、「国民経済の健全な発達の促進」を導く、と規定している。

この一条の規定によると、すべての事業者の取引の機会を得る権利が保護され、それが行使されている状態が「公正且つ自由な競争」が促進されている状態であり、その促進された状態においてはすべて「一般消費者の利益」が保護される、という枠組みになる。競争的な市場構造を維持し、競争制限的な行為を禁止することにより、市場での競争条件が維持され、資源の適正配分・効率が達成され、消費者利益が実現されることになる。

しかし、この枠組みは、独禁法において保護される各経済主体間の権利の関係において、不適切である。事業者が取引の機会を得る権利を全面的に保証した場合、その間で行われる経済学上の競争において追及し、実現される資源の効率利用、効率配分は、個々の事業者の経営上追及される効率を基礎とするものであり、この効率競争の外にある消費者の欲求は満たされることはない<sup>(15)</sup>。

そして、現在の市場構造は、完全競争的な構造ではなく、寡占市場であ

---

(15) 宮坂富之助「現代の消費者問題と権利」『現代経済法講座5 消費生活と法』

る。多くの産業において少数の大企業のみが存在し、その中で競争が行われている。このような市場においては事業者取引の機会を得る権利が保証されていたとしても、一般消費者に競争機能の働きによる利益はもたらされない。なぜなら、寡占市場においては多くの場合、その市場に属する事業者は競争的な行動をとらず、協調的な行動をとるため、経済厚生上、消費者に損失が生じるためである。事業者は長期的な利潤を短期的な利潤よりも優先するため、このような行動が生じる。その場合、当該事業者は当該市場で取り引きされる物およびサービスを、需要者が需要するよりも少量に抑えて自らの利益の最大化を図る。その結果として消費者の利益は犠牲とされ、かつ完全競争下では行われるはずの効率的な資源配分が損なわれる。寡占市場においては当該寡占市場に属する事業者のみが利潤を獲得することができ、そのしわ寄せがそれ以外の事業者および一般消費者に及ぶ。

このように、市場における商品、サービスの流通における各経済主体間の権利関係を考えて見ると、事業者取引の機会を得る権利を確保することは必ずしも一般消費者の利益を導かない。独禁法における一般消費者の利益とは、選択の自由を含む意味での財産権である。財産権は憲法29条において侵害してはならないものとされ、基本的人権として保証されている。しかし、ここにいう一般消費者の利益とは単なる財産権ではなく、事業者が生産、販売する財、サービスの最終消費者としてその生命、身体の保護にかかわる性質を持つものである。したがって、この一般消費者の財産権に対して、事業者の取引の機会を得る権利は事業者の経済活動の自由とも言い替えることができるが、その権利性は前者と比べて低い。また独禁法は、その最終目的として、「一般消費者の利益」の確保を挙げているのであり、このことから一般消費者の財産権が事業者の権利に優先するものと考えられる。そして、「国民経済の健全で民主的な発達」の促進とは、事業者や消費者などすべてを含んだ国家の総体的な意味での利益を図るということではなく、あくまでも、一般消費者の利益が保護される形で

国民経済の発達を促進することである。したがって、独禁法において事業者の取引の機会を得る権利を保護することが、「一般消費者の利益」の確保を導かない場合には、事業者の権利を保護する必要はない。

このように考えると、独禁法がその中間目標として維持すべき状態として規定している「公正かつ自由な競争」とは、結果として、「一般消費者の財産権が保護されている状態であり、かつそれを侵害しない限りで事業者の取引の機会を得る権利が保護されている状態である」、と言うことができる。一般消費者の財産権は、「公正且つ自由な競争」の結果として生みだされるのではなく、結果としてその一般消費者の権利と事業者の上記の権利が保護された状態が、「公正且つ自由な競争」を意味している。

次に、この「競争」概念と経済学にいう競争とがいかなる関係にあるかが問題となる。独禁法の最終保護目的である一般消費者の利益＝国民経済の健全で民主的な発達を実現する手段として、経済学にいう競争はどの程度有効なものなのだろうか。

競い合いとしての競争を通じて資本主義社会における経済循環を可能ならしめるという機能により資源の効率配分が実現される、という仮定が経済学にいう競争にはある。しかしこの競争原理は、前述のように独禁法における消費者の権利に関しては限定的にしか機能しない。中小事業者のみで構成される市場においては競争原理が機能することにより経済的効率性は実現される可能性は高い。しかし、寡占市場における事業者間の自由な競争は、多くの場合協調的なものであり、また、市場支配力を有する事業者の意思により競争条件が決定されてしまっている。

また、消費者利益の利益となるある価値を実現するため、つまり消費者利益を保護するために必要とされる手段として、競争という手段が不適當である場合もある。言い替えれば、その価値の実現においては市場原理が働かない場合である。例えば、危険な商品及び欠陥商品が販売されることを防ぐために、ある一定の規格を業界内で定めるような場合や、当該取引制限が存在しなければある商品の低廉かつ安定した供給が不可能であるよ

うな場合である。このような安全という分野以外には、環境、医療といった分野が想定できる。

### ③ 独禁法上の消費者の利益

ここでいう消費者の利益とはなんであるか、また消費者という存在をひとくくりを考えていいのか、という問題もある。その答えとして、消費者は経済社会において価格その他の取引条件に関し交渉力を持たない存在と考え、その利益とは生存権的な財産権であるとする。

この消費者の利益を実現することを独禁法の目的とすると、ある領域についてその中で経済学にいう競争＝市場原理を發揮させることが望ましいか否かについて、次のように分類できる。それは(ア)市場原理を作用させるべき領域、(イ)一部には市場原理を働かせるが、残りの部分については他の原理を用いるべき領域、(ウ)市場原理を働かせることが不適当な領域である。国家独占が認められていた分野は、従来、(ウ)の分野に属するものと考えるべきものであった。

独禁法の枠内において、市場原理以外の考えは否定するのが一般的である。また、経済法の領域内でも、市場原理により望ましい結果がもたらされない分野については、他の国家規制が必要であり、とくに消費者の生命・健康・安全等は経済法の当然の前提であるとされることがある。

しかしながら、それらの実現において、それを保障する法が存在しない領域については独禁法において競争原理を否定することによりその正当性を保障することも必要である。また、それらを保障する法が存在したとしても、両法の抵触が問題とされる場合、独禁法上、その法に正当性を付与する原理とも考えられる。特に産業規制法に関し、その法的正当性を与えるものである。

次に、消費者の権利行使の場面において、競争原理の導入の当否を考えてみる。消費者は、その経済活動において、主に生命・健康に係る権利行使と財産に係る権利行使を行っている。前者として、医療サービスを受けたり、消費生活において安全性に関し自らの得た情報をもとに物品を購入

したりする。後者として、預金を運用したり、消費財の購入において価格を基準に物品の購入を行う。しかしながら、この権利行使は、例えば一つの物品を購入する際に同時に行われている。また、財産に係る権利行使の場面においても、財産権の行使の前提となる条件の整備が必要な場面と、その前提条件が整った上での権利行使とがある。

このように考えると、一般に生命・健康に係る領域、権利行使の前提条件の整備においては、競争原理を導入すべきはないと考えられる。なぜならこれらの領域において事業者の自由な競争により消費者の安全は確保されず、また消費者が理性的な判断に基づき自らの経済的厚生を高める上での前提条件が整えられないからである。必ずしも消費者はその理性に基づいて経済活動を行うわけではないが、その前提条件さえ整わない状況では消費者が経済活動を行う基盤さえない状況であると言えよう。逆に、その前提条件が整っている場面においては、競争原理が妥当と思われる。完全競争下における経済的厚生の最大化は実現されないとしても、少なくとも現行の競争下での厚生の最大化が可能となるのではないか。

#### ④ 独禁法における「公共の利益」概念

このように考えると、独禁法において保護されるべきものは、「公正かつ自由な競争」であり、その内容は、「一般消費者の財産権が保護されている状態であり、かつそれを侵害しない限りで事業者の取引の機会を得る権利が保護されている状態である」。

それでは3条の成立要件である「競争の実質的制限」と「公正かつ自由な競争」はどのような関係にあるのか。「競争の実質的制限」における競争は、通説がいうように、経済学上の競争と同一のものと考えられる。そして、その競争を一定の取引分野において実質的に制限する行為は、一般消費者の財産権および行為者以外の事業者の権利を侵害するものとして推定される。

しかしながら、例外的に、「競争の実質的制限」＝「公正かつ自由な競争」の侵害とはならない場合がある。そのため、3条成立要件に該当する

行為であっても、「公正かつ自由な競争」を保護する場合には、それが「公共の利益」に該当するとして、違法性が阻却される。このように考えると、「公共の利益」の内容を限定する必要がある。

「公共の利益」の内容は、一般消費者の権利を基に考えると、前述のように、生命・健康に係る権利を保護すること、消費者の財産権行使の前提となる市場の競争条件を整備すること、消費者の財産権行使にあたり市場の競争をより促進することないし直接的な利益をもたらすこと、である。また、事業者の権利を基に考えれば、それは事業者の取引の機会を得る権利を行使する前提となる市場条件を整備すること、および権利が行使される市場の競争をより促進することないし直接的な利益をもたらすこと、である。

しかし、事業者は自らの利益のみに基づいて行動する存在である。そのため、競争を実質的に制限しながら、「公共の利益」に該当する行為を行うとは通常考えられず、「公共の利益」に該当することによりその違法性が阻却されるのは、ごく例外的な場合に限られる。同様の考えに基づいて、8条においては「公共の利益」という文言が挿入されていない。事業者団体の行為の目的は、構成員の利益を増進することであり、それが競争の実質的制限に該当する場合には、必然的に「公正且つ自由な競争」を侵害することが前提となっている。

### Ⅲ 英国1976年制限的取引慣行法における「公共の利益」概念

#### 1 英国におけるカルテル規制

英国において、カルテル規制・独占規制を行う根拠となる法原則は、「営業制限の法理」を中心として発展した<sup>(16)</sup>。営業制限の法理は、1894年

(16) 横川和博「英国における営業の自由の展開と独占規制法制の性格」宮坂富之助教授還暦記念『現代経済と法構造の改革』P187

Nordenfelt Case<sup>(17)</sup>において確立され、その内容が1948年独占および制限的慣行法に始まる英国競争法に受け継がれた。

英国におけるカルテル規制は、1998年競争法の制定・施行までは、1976年制限的取引慣行法により行われていた。本法においては、行為要件に該当するものは原則として違法と推定されるが、それが「公共の利益」に該当し、それにより生ずる利益が、当該行為により生ずる不利益を上回る場合には、法の適用が除外された。

本法は、1条において、連合王国内で事業を営む2以上の者の、①商品の供給に関する制限(6条)、②商品の情報交換に関する協定(7条)、③サービスの供給に関する制限(11条)、④サービスの情報交換に関する協定(12条)、⑤事業者団体全体における協定、その一部における制限のないし情報に関する条項を含む協定、構成員に対する勧告など(8条)は、公正取引庁に登録されなければならないと規定していた。そして、これらの内容を含む協定は、登録免除(13条、付則1)、適用除外(28条、付則3)に該当しない限り、公正取引庁に登録がなされ、一般に公開された。そして、付託の免除を受けない限り、制限的慣行裁判所に付託され、公益審査を受けることになった。制限的慣行裁判所における公益審査に付された協定は、公共の利益に反すると推定された。しかし、当裁判所が、当該協定が以下の8つの考慮事項(以下、ゲイトウエイ)のいずれかまたは複数のものに該当し、かつ、当該協定に関する状況と、それから生ずる可能性のある公益ないし当該協定の当事者以外の者に与える損害とのバランスが不合理ではない場合には、当該協定は適法かつ有効なものと判断された(10条)。このゲイトウエイとは、当該協定が、(a)商品の性質上、当該商品の消費、設置、利用に関し、公衆(人ないし不動産)を損害から守るために必要であること、(b)その除去により、商品の購入者、消費者、利用者が、享受するないし享受する可能性のある利益ないし恩恵を受けられなくなる

---

(17) Thorsten Nordenfelt対Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Company, Limited事件Law Reports, Appeal Cases1894年P535

こと、(c)その当事者以外の者が協定当事者の関係する競争を阻害ないし制限する意図をもってする方策に対抗するために合理的に必要であること、(d)商品の購入ないし供給に関する通商ないし事業において優位な地位を占める者と公平な条件で交渉を行うために合理的に必要であること、(e)その除去により、当該通商ないし産業の大部分が位置する一ないし複数の地区の雇用に重大かつ永続的な有害な影響を及ぼす可能性があること、(f)その除去により輸出産業の取扱量ないし売上高の減少を招く危険性があること、(g)裁判所ないしそれ以前の手続において公共の利益に反しないと判断されたその他の協定の維持のために合理的に必要であること、(h)関連性ある通商ないし産業において、競争を制限ないし阻害しないこと、である。また、19条においては、サービスに関する協定について同様の規定が置かれている。

## 2 1976年制限的取引慣行法における公益審査

1976年制限的取引慣行法は、公正取引庁長官に、登録された協定を制限的慣行裁判所に付託することを義務付けていた。しかし実際には、公正取引庁と協定当事者の間での折衝により協定が破棄される場合がほとんどであった。とはいえ、1976年法は、制限的慣行裁判所を公益審査を行う存在として同法の中心に据えており、公益審査において自らの協定の合法性を主張しようとする者は、裁判所において当該協定が公共の利益に該当し、かつ、そこから生ずる可能性のある公益ないし当該協定の当事者以外の者に与える損害とのバランスが不合理ではないこと（tailpiece）を証明する必要があった。

制限的慣行裁判所における公益審査においては、ほとんどの協定が公共の利益に合致しないと判断された。審査において、協定当事者は、自らの協定が上記(a)～(h)のうち複数のものに該当すると主張するが、(a)および(c)についてその主張が認められたケースはない。また、公共の利益に合致するとされた協定も、景気後退・協定対象商品の特質など特殊な事情が存在

することを理由に合法とされている。以下では、各ゲイトウエイを概観する。

(1) 10条1項(a), 19条1項(a)—公衆の安全

本ゲイトウエイは、人および不動産に対する被害から「公衆」を保護するために合理的に必要であるか否かが問題となる。ここでの証明責任は、当該制限が、合理的に必要であるか否かであり、それが人ないし不動産を保護するために、唯一ないし最善の手段であることを証明する必要がない<sup>(18)</sup>。

先例となるケースとして、Chemists' Federation Agreement<sup>(19)</sup>がある。この判決によると、このゲイトウエイにおけるテストは、公衆を損害から守ることに関心のある合理的かつ思慮深い人が、可能であるならば、当該制限を行うか否か、ということである。その際、第一に当該制限が適切な保護となるか、第二に損害の危険が当該制限を正当化するほどのものであるか、ということが問題になる。この判例は、近年においても踏襲されている<sup>(20)</sup>。

このゲイトウエイに合致する協定はほとんどないといえる。というのは、政府が健康および財産を危険な商品から保護するための特別の法律を制定しているからである。また、9条5項および18条5項により、British Standard Instituteが定める商品およびサービス安全基準はもともと適用除外とされている。このゲイトウエイは、政府による法律が未だ制定されていない、ないし、安全基準が定められていない新たに出現した人ないし不動産に対する危険においてのみ適用される可能性があると言える。

(18) Nicholas Green and Aidan Robertson "Commercial Agreements and Competition Law (second edition)"P235

(19) Chemists' Federation Agreement (No.2) The Weekly Law Reports (1958) P1192

(20) DGFT v. Institute of Independent Insurance Brokers and others (IIB), Industrial Cases Reports (1991) P822 本件は、Fordの販売する自動車の保険について、その購入者はGeneral Accident (GA) 社が直接販売する保険に安価な保険料で加入することができることに関し、保険ブローカーの組織であるIIBがGA社の保険商品の販売をボイコットしたものである。

(2) 10条1項(b), 19条1項(b)―購入者, 消費者, 利用者としての公衆の利益

本ゲイトウエイにおいて, 当事者は, 購入者, 消費者ないし利用者への特定かつ具体的な利益を証明しなければならない。そのため, 当事者は, 単に当該制限がなければ, 価格競争が生ずるおそれがある, ないし, 製品ないしサービスの質の低下が生ずるおそれがある, といった説明をしても, 当該制限が本ゲイトウエイに合致すると主張することはできない。また, 当該制限と, それから生ずる利益との因果関係を明らかにする必要がある。ここでは, 主張される利益が当該制限が存続することによる「自然かつ蓋然的な結果」であるか否か, ということが審査される<sup>(21)</sup>。

当該制限が本ゲイトウエイに合致するとの関する主張は, およそ10のケースで認められている。また, その他のケースにおいても, 本ゲイトウエイは, 数多く主張されており, 本ゲイトウエイにおける「利益」については, 類型化が行われている<sup>(22)</sup>。

①価格の安定は, Yarn Spinners' Agreement<sup>(23)</sup>において, 原則として消費者の利益にならないと判示された。しかし, その後, British Bottle Association's Agreement<sup>(24)</sup>においては, ゲイトウエイ該当性は, 認められなかったが, 価格の安定が自由市場の損失に優る特別の状況が存在することが示唆された。②商品・サービスの質について, 一般的に当該制限

(21) Permanent Magnet Association's Agreement, The Weekly Law Reports (1982) P781

(22) 上記Nicholas&AidanP239以下, 上記KorahP136以下

(23) Yarn Spinners' Agreement, The Weekly Law Reports (1959) P154 本ケースは, 商品の再販売価格の設定が需要の変動への対応, 公衆への品揃えの確保, 国家の非常事態時への対応, 設備投資の促進による近代化により公衆が良質・安価な製品を入手できること, 価格競争防止などのために必要であると主張されたが, 当該産業が十分な生産能力を有していること, 価格競争の防止が消費者の利益とならないことから, ゲイトウエイに合致しないとされた。

(24) British Bottle Association's Agreement, The Weekly Law Reports (1961) P760

がなければ、品質の低下につながる、という主張を認めていない。また、価格競争により、競争をおこなおうとする事業者が品質を低下させ、コストを削減することが消費者の利益に反するとの主張も認めていない<sup>(25)</sup>。以前から存在する市場に新たに安価で、品質の低い商品・サービスが加わることは、消費者の選択の幅を広げるものとして理解される。品質の低下により、消費者に被害が及ぶ恐れがある場合には、(a)項において審査される。③投資・研究開発・その他技術の発展について、当該制限を行わないことにより、それらの遅れが発生する、との主張を裁判所は認めていない。当事者は、この主張を行う場合には、当該制限がなければかなりの程度の公衆から研究開発などの利益を奪うことを証明しなければならない<sup>(26)</sup>。④在庫の維持について、絶えず変動し、管理不能である価格のもとで、必要とされる合理的な量の在庫の維持が危険にさらされることを、裁判所は、当ゲイトウエイに合致するとしている<sup>(27)</sup>。⑤当該制限がなければ、密接な協力関係がない場合には、企業がMergerによりそれを代替し、その結果、市場集中度が上昇するという主張を、裁判所は採用していない<sup>(28)</sup>。このような主張は、このような主張は、裁判所が実地による産業調査を検証することにより、当該制限的協定の当事者が法的な協力体制を確保するための代替手段としてMergerを選択することがよくある、ということを示すのであれば、その重要性は高まる。⑥当該制限がないと、消費者への情報提供が少なくなるという主張は、Locked Coil Ropemakers Association's Agreement<sup>(29)</sup> 事件において拒否された。⑦当該制限が価格の上昇を抑えるという主張は好意的に受け取られている。この主張は、経済力が大きな

---

(25) 同判例

(26) Associated Transformer Manufactures Agreement (No.1), The Weekly Law Reports (1961) P660

(27) 上記British Bottle Association's Agreement

(28) 上記Yarn Spinners' Agreement

(29) Locked Coil Ropemakers Association's Agreement, The Weekly Law Reports (1965) P121

供給者から量的なディスカウントを獲得するために、共同購入を行う場合に特に関係する。判例では、固定最低価格は、その価格が合理的なもので、当事者が当該水準以下で取引するのであれば、利益が著しく侵害され、投資、研究開発、生産能力の維持に影響を与えるということに基づいて、低価格への誘導として認められている<sup>(30)</sup>。さらに、固定される価格が、制限のない場合の価格よりも著しく低い場合には、価格制限はこのゲイトウエイを満たすものとされる。⑧当該制限が、消費者の保護のために必要であるとの主張が認められたケースがある。ABTA事件において、旅行代理店および旅行代理業を営む者を会員とする協会によるそれらの者に対する強制保証基金への加入を義務付けるシステムは、旅行代理店の倒産によって損害を被る100万人市場の休日の消費者を保護するために必要である、と判示された<sup>(31)</sup>。⑨“go shopping”の必要性の除去については、有名な判例であるBlack Bolt and Nut Association’s Agreement事件において、価格設定により当事者が互いに他の生産していない商品の品揃えを可能にすることを当該ゲイトウエイを満たすとした<sup>(32)</sup>。本件では、必要なものをすべて手に入れることを可能にすることにより買い物をする時間と市場に3000以上もの規格化されたナットやボルトが存在する場合に費やされる貴重な時間を削減することが可能であるとされた。⑩現存する小売店の維持について、現存するサービスおよび商品の利用可能性は、消費者にとっての利益であると考えられる。また、小売業者に一定数のスタッフを雇用することや最低基準のディスプレイスペースを確保することを求める制限は、小規模な業者を排除する試みとして解釈される可能性がある。逆に、“Net Book”といわれる一定価格以下での再販売を出版者が認めない

---

(30) Distant Water Vessels Development Scheme, The Weekly Law Reports (1967) P203

(31) Association of British Travel Agents LTD’s Agreement, Industrial Cases Reports (1984) P12

(32) Black Bottle and Nut Association’s Agreement, The Weekly Law Reports (1960) P884

書籍についての再販売価格維持は、大規模店が小規模店よりより安く販売し、小規模店を市場から排除することを防ぐとされた<sup>(33)</sup>。

このように、裁判所は、(b)項における様々な主張に関して判断を下している。しかし、一般的な裁判所の態度として、いかなる普遍的なルールも適用されないことが明らかであり、ケース・バイ・ケースにより様々な経済的背景を考慮要素としている。裁判所は最近の判例において、「異なった事件に適用される同じ規定の適用における様々な要因に重きを置き、価値のある判決を下し、本条において必要とされる評価を行う際には、裁判所は証明責任と関連条項に注意しなければならない。同様に、裁判所は、当該それぞれの制限が別々に精査するだけでなく、当該事件の状況すべてに照らし合わせて全体として精査することも示唆しなければならない」<sup>(34)</sup>との考え方を示した。

### (3) 10条1項(c), 19条1項(c)－他の競争阻害行為への対抗

本ゲイトウエイは、DGFT対IIB事件<sup>(35)</sup>においてのみ、裁判において分析が行われている。本ゲイトウエイが裁判において主張されないのは、①このゲイトウエイが(d)のゲイトウエイと重複しており、(d)の範囲がより広く、ゆえに主張しやすいこと、②OFTは、反競争的行為を行う支配者に対する広範な権力を行使しうるため、反競争的行為の影響を受ける者は、防衛的カルテルを構成するよりは、むしろ苦情を申し立てる可能性が高いこと、③当該協定は、非略奪的な独占的競争者に対応しては行われ得ず、独占者の意図が競争を阻害ないし制限することになければならないこと、が理由として挙げられる<sup>(36)</sup>。したがって、支配力の存在のみでは、それ以外の者のカルテルを正当化することにはならない。協定当事者は、他の事業者による略奪的行為を証明しなければならない。ただしそれが現実に競

(33) Net Book Agreement, 1957, The Weekly Law Reports (1962) P1347

(34) 上記Association of British Travel Agents LTD's Agreement P24

(35) 上記DGFT v. Institute of Independent Insurance Brokers and others事件

(36) 上記Green&RobertsonP243

争を制限しうるか否かは証明する必要はない。第二に、OFTおよびMMCが独占的な略奪行為を調査し、それを証明しうる時間を考えなければならない。独占者が設定する低価格は、単に需要の正確な予測に基づく効率性を反映したものかもしれない。いつ、どこで効率性が略奪的なものになるかについては、それを決めることは非常に困難である。

DGFT対IIB事件においては、IIBによるGAのボイコットは、GAによる保険ブローカーの事業におけるしそれに関連した競争を阻害ないし制限する意図を持って行われた行為に対抗するために合理的に必要なでなければならないと、裁判所は判断した。IIBの主張は、FORD車の購入者への保険の直接販売により、GAは保険ブローカーの市場全体を狭め、ブローカーを市場から排除しようとしているというものであった。しかし裁判所はこの主張を「単なる憶測」として退け、GAの意図および行為の結果について証拠がないと判断した。さらに、10%のシェアで市場第3位の地位では、GAは、支配的な地位になく、それゆえ、保険ブローカーによる競争を阻害ないし制限する意図を持って行動することは信じ難い、とした。

(c)のゲイトウェイについて、次の場合には、主張が認められる可能性がある。

① 購買力をつけ、支配的供給者からより良い条件で取引を行うために、共同購入グループを構成すること

② 事業者団体が制限的な行為を行い、ないし制限的行為をメンバーに推奨する場合

③ 垂直的に統合された製造業者が、原材料の供給において支配的な地位を占める場合に、当該原材料を競争者には差別的な条件で供給し、その影響が製造市場にも及ぶ場合

④ 相互依存関係にある複数の購入者が存在し、そのうちの一者とその相互依存関係を促進する意図を持って行動する場合に、供給者が共同販売機関を構成する場合

⑤ 外国の原材料供給業者が支配的な地位を占めており、国内の購入者

が共同購入プールに参加し、共同で購買力を強化し、その反競争的行為に対抗する場合

(4) 10条1項(d), 19条1項(d)—市場支配的地位にある者への対抗

このゲイトウェイは、2つの場面で適用されうる。一つは、当該商品・サービスの取得に関する取引ないし事業において優位な地位を占める者への商品の供給ないしそれからの商品の購入において公平な条件で協定当事者が交渉することを可能にする場面である。二つ目は、単独ないし複数で当該商品・サービスの市場において優位な地位を占めるが、当該商品・サービスの供給および取得に関する取引および事業を行っていない者と公平な条件で交渉することを可能にすることである。

本ゲイトウェイにおける審査項目は、対抗する相手方である事業者が市場において優位な地位を占めるか否か、ということである。そのため、市場支配的地位が問題となる市場の画定がおこなわれなければならない。市場は、商品・サービス市場と地理的市場から画定されるが、商品市場については、Locked Coil Ropemakers'事件<sup>(37)</sup>において、市場の画定においては「商業上分別しうるか」ということであり、商品間の差異は、サイズ、外観、生産方法、使用目的、生産に利用される設備の性質、販売市場の性質およびその集中度により判断できるとされた。また、市場における支配的地位については、それが一時的なものである場合には、認められない。そして、市場シェアについては、明確な基準はなく、National Sulphuric Acid Association事件<sup>(38)</sup>において、シェアは大切な指標であるが、必ずしもシェアが50%を超えている必要はなく、関連する全ての状況に照らし合わせて判断されるべきである、とされた。

(5) 10条1項(e), 19条1項(e)—雇用への影響

本ゲイトウェイを満たし、かつ、そこから生ずるものが、公衆ないし提

---

(37) 上記Locked Coil Ropemakers Association's Agreement

(38) National Sulphuric Acid Association's Agreement, The Weekly Law Reports (1963) P848

供当事者以外の者への害悪に優るとされた例はない<sup>(39)</sup>。

本ゲイトウエイにおいては、当該制限が除去されることにより、特定の取引ないし産業における失業を生み出し、失業者が当該地域において再雇用されない可能性があることを証明しなければならない。また、失業が重大かつ永続的なものであることを証明しなければならない。さらに、当該協定が関係する取引ないし産業のかなりの部分が当該地域に位置することを証明しなければならない。

一般に、当該制限が限られた地域または短期間における雇用を増大させるとしても、それにより影響をうけるより広い地理的範囲ないし長期間においては当該産業の雇用を減少させることになる。さらに、一産業の雇用の変化がサービスないし他の産業に与える間接的な効果についても考えなければならない。しかし様々な影響を量的に評価することは困難であり、また当該制限により創出される雇用が、ある地域においては、他地域ないし違った時点での雇用より重要であるため、その相対的な重要性を量ることはより困難である。しかしながら、当該協定が他の雇用に悪影響を与えるとするという程度において、原則として考慮の一要素とされうる害悪である。制限により創出される雇用の利益をよりひろくとらえることはできないが、明かなのは、このような利益が通常はコストの削減といったような他の利点と関連しているということである。

#### (6) 10条1項(f), 19条1項(f)—輸出への影響

本ゲイトウエイにおいては、当該協定が輸出を促進するためのものであり、かつ、当該制限がなければ輸出市場の「かなりの」下落ないし減少が生ずることを証明しなければならない。本ゲイトウエイについての主張が

(39) 上記Yarn Spinners' Agreementにおいては、紡ぎ糸の最低販売価格を設定することが、紡績業界の雇用の維持を導くとされたが、それにより生ずる当該産業における過剰能力による国家資源の浪費、高価格の維持、輸出の減少によりもたらされる公衆への損害と比較すると、当該制限はより小規模かつ簡潔なものとなるべきである産業の規模を維持することになるため、当該制限は不合理であるとされた。

認められたのは、Water-Tube Boilermakers' Agreement<sup>(40)</sup>のみである。

裁判所は一般に、価格協定が行われなければ、諸外国からの注文を受注することが困難になり、それに応じて当該産業が衰退する、という主張を採用していない。また、国内市場における価格制限を終結させることにより、結果として輸出の減少となる技術的協力の衰退が生ずる、という主張を受け入れていない。Water-tube事件においては、国内市場の制限が外国からの注文を確保するのに必須の要素であることを理由に、事業者団体による海外注文に対する受託者および価格の決定を、本ゲイトウエイに合致するとした。基本的に、裁判所は、国内市場の制限と外国からの注文の間の因果関係を認めていない。

(7) 10条1項(g), 19条1項(g)—適法とされた制限に付随する制限

本ゲイトウエイにおいては、すでに裁判所によって適法とされた制限と、それに付随する制限とのつながりを証明しなければならない。したがって、適法とされた制限が、その付随的な制限なくしては実行不可能であることまでは必要とされない。あくまでもその付随的な制限が、適法とされた制限を円滑に行うために必要であることを証明することで足りる。

本ゲイトウエイに関する先例としては、Cement Makers' Federation Agreement<sup>(41)</sup>がある。本件は、セメント業者の事業者団体が、会員企業のセメント販売価格を決定したものであり、製造場所から半径5マイル以内の場所に配達する場合の価格を均一のものとし、配達距離がのびても価格の上乗せをほとんど行わないものであった。このセメント価格による当該産業の利益率は適度なものであり、資産に対する利益率は産業全体平均よりも低いものであった。この価格決定の枠組みは、自由競争下よりも資本に対して低い利益しか会員企業に与えないものであり、長期的に拡大を

---

(40) Water-Tube Boilermakers' Agreement, The Weekly Law Reports (1959) P1118

(41) Cement Makers' Federation Agreement, The Weekly Law Reports (1961) P580

続けるセメント産業においては、結果として競争下よりも全般に低いセメント価格をもたらすことから、10条1項(b)の要件を満たすとされた。この枠組みに伴って、①製品の供給についての、供給時ではなく、注文時の業界平均価格での販売、②一年間の販売総額に応じたりべートの量の均一化、③12ヶ月以上の継続的供給契約の禁止が、当該協定において決定されていた。①については、それがセメントユーザーをセメント価格の上昇から保護することになるために、(g)の要件を満たすとされたが、②③については、(b)に合致するとされた協定を実施するために合理的に必要なではないとして、(g)の要件を満たさない、とされた。

(8) 10条1項(h), 19条1項(h) —競争への影響がない協定

当該ゲイトウエイは、1968年法によって導入された。本ゲイトウエイが最初に問題になったのは、Scottish Daily Newspaper事件<sup>(42)</sup>であった。本件は、新聞発行社が非公式なストライキが終結するまで新聞を発行しないことを合意したものであった。当該協定について、裁判所は、それがストライキを終結させ、新聞発行社間の競争をもとのかたちに戻すための手段として意図されたものである、ということを経由として、当該ゲイトウエイを満たすとした。裁判所は、当該協定が一時的なものであることから、競争に影響をもたらさない、と判断したのである。

(9) Tailpiece—損害とのバランス

当該tailpieceにおいて、裁判所は、2つの任務を行わなければならない。一つは、公衆および当事者以外の者に与える損害が存在するか否かであり、もう一つは、このような損害が存在するのであれば、当該損害に裁判所がゲイトウエイを満たすとした利点がまさるか否か、である。

ここで言う「公衆」とは、「購入者、消費者、利用者」を意味する。この「公衆」が当事者への供給者をも含むか否かは、明かではないが、法の

---

(42) Scottish Daily Newspaper Society's Agreement (No.2), (1972) The Law Reports 7 Restrictive Practice Court P401

目的からそれを含むと理解するのが適当である<sup>(43)</sup>。また、1980年競争法28条により、19条には修正が加えられ、「サービスの売り手」が「公衆」に含まれるものとして、新たに挿入されたが、同様の修正が10条になされなかったのは、すでに10条が当事者への供給者および商品の他の売り手の利益を含んでいると、1980年競争法の起草者が理解していたと考えられる<sup>(44)</sup>。

損害と利益の比較衡量について、ゲイトウエイに該当するが、tailpieceにおける損害の大きさの考慮において、公共の利益に反するとされたのは、Yarn Spinners Agreementの雇用に与える影響のみである。当該事件においては、価格協定が綿の価格を上昇させ、輸出を減少させ、超過設備の維持により国家資源を浪費することが非難された。その他のケースにおいては、tailpieceを通過している。各事件において、裁判所はこの比較衡量についての明確な基準を示していない。いかなる場合に、tailpieceを満たすのか、ということについては、法の運用全体を通じて不明確である。

ABTA事件において、裁判所は、様々な事業者団体の改革の必要性を示し、さらに、ツアーオペレーターおよび旅行代理店に対するその権力の行使においては、ABTAは「いかなる時でも消費者の利益を最重要の考慮事項として注意」しなければならない、という“guiding principal”を提示した。

### 3 1976年制限的取引慣行法における「公共の利益」

上記からわかるように、10条1項、19条1項に規定されている公共の利益は、様々な内容を含んでいる。

大まかに分類すれば、(b)(c)(d)(g)(h)は、主に競争政策上の問題である。

(b)は、当該協定が競争制限を行うものであっても、その損害を上回る利益を協定当事者以外の者にもたらす場合に、それを正当化するものである。しかし、事業者は自らの利益を追求する存在であるため、本ゲイトウ

(43) 上記Green&RobertsonP252

(44) 同P253

エイに該当する協定は多くない。判例上、本ゲイトウエイに該当しうる利益とは、(ア)価格の安定、(イ)在庫の維持、(ウ)価格上昇の防止、(エ)事業者の倒産による損害からの消費者の保護、(オ)商品・サービス入手に要する時間の削減、(カ)小規模小売店の維持による商品・サービスの利用可能性の維持である。しかし、これらの事項がすべて本ゲイトウエイに該当するのではなく、商品特性、景気後退などなんらかの特殊要因が存在する場合にのみ該当する可能性がある。

(c)(d)は、市場支配的地位にある者への対抗のために必要とされる協定を正当化するものである。この二つのゲイトウエイは、主に小規模事業者の共同行為を正当化するものであり、もともと競争制限効果を生ずるおそれが小さいものについて主張されることになる。例外的な場合として、世界的な規模を持つ市場において支配的地位を占める海外の事業者への対抗措置として、国内事業者による協定が正当化されることがある。しかし、当該協定は国内事業者間の競争を阻害する可能性はもともと低いものであり、むしろ国内事業者の利益を促進する可能性の高いものである。

(h)は、1968年法により追加的に導入されたものであり、当該ゲイトウエイが主張された例は、少ない。このゲイトウエイも競争への影響がない協定を確認的に適用対象から除外することが意図されている。

これらのゲイトウエイに対し、(a)(e)(f)は、競争政策とは異なる視点を持つものである。

(a)は、協定が競争制限効果を持つものであっても、それが身体および不動産を保護するために必要なものである場合に、それを正当化するものである。しかし、そのような内容を有する法律は、すでに制定されている場合がほとんどである。そのため、通常、本ゲイトウエイに該当するとされる協定は存在しない。複数の消費者共同組合が販売する食品の自主基準を定める場合などがこれに該当すると思われる。ただし、このような協定は、競争制限効果がない、として21条2項に基づき、付託の免除が行われた可能性が高く、また(h)においても正当化されるものである。

(e)(f)は、雇用、輸出といった、当該協定の競争制限効果との比較が難しいものを判断基準としている。判例においても、競争制限から生ずる損害と雇用・輸出における利益との比較衡量は明確には行われていない。これらのゲイトウエイを満たさないとされた協定は、当事者の主張に明らかに合理性がないものであるか、またはその主張される利益が競争阻害効果と比較して明らかに小さいものであった。また、唯一(f)項に該当するとされたWater-Tube事件においては、当該制限が世界市場において市場支配的地位を占める者への対抗のために国内事業者の団体による競争制限が適法とされている。原則として、雇用政策、輸出政策は、競争政策とは異なる視点をもつ法律により推進されるべきものであり、それらの法制が整っていない場合にのみ、例外的に本ゲイトウエイが適用される。

また、10条1項、19条1項において特徴的なのは、一般消費者の利益とともに、商品・サービスの供給者、需要者としての事業者の利益を考慮していることである。ABTA事件においては、消費者の利益を最重要の考慮事項とすることが明らかにされたが、ここでいう消費者には、一般消費者および旅行業者を利用する事業者も含まれている。また、Tailpieceおよび(a)(b)においては、事業者の利益が、また(c)(d)においては市場支配的地位を占める者に対して事業者がとる対抗手段が考慮されることが明らかにされている。イギリス競争法における公共の利益の内容は、「社会の諸集団の利益を包含し、その内容において矛盾・衝突をはらむものである」<sup>(45)</sup>。判例上、(b)において、当該制限的協定によりもたらされる利益として、供給者、需要者としての事業者のもののみを考慮しているものも多く存在し、その場合一般消費者への利益を考慮していない。

---

(45) 前掲横川P191

#### IV イギリス法から日本法への示唆

不当な取引制限・私的独占は、行為要件に該当し、「公共の利益に反して」、「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」行為である。私見では、一定の取引分野における競争を実質的に制限する行為は、原則として一般消費者の生存権的財産権および行為者以外の事業者の営業上の権利を侵害するものである。しかしながら、消費者の生存権的財産権は多様な内容を含むものであり、競争政策上、それを保護するためには、生命・健康の保護、財産権行使の前提となる事業者間の競争条件の整備、および、財産権が行使される市場の競争の促進が必要である。これらの実現においては、競争秩序を維持することが適当ではない場面もある。事業者の権利についても、同様のことが言える。独禁法における公共の利益とは、2条5項・6項に規定されている行為要件に該当し、一定の取引分野における競争を実質的に制限する行為であっても、これらを実現し、一般消費者および行為者以外の権利を保護することになる場合には、その違法性を阻却するものである。しかしながら、この公共の利益の内容を具体化しないかぎり、独禁法の恣意的な解釈を導くおそれがあり、また罪刑法定主義にも反することになる。

この批判に答える際に、参考になるものとして、上記のように、イギリス競争法を参照した。1976年制限的取引慣行法において、英国内で事業と営む2以上の者の協定は、登録免除・適用除外に該当しない限り、要件に合致するものはすべて公正取引庁に登録され、付託の免除を受けない限り、公益審査を受けた。付託の免除においては、21条2項に基づき、当該協定が公益審査を必要とするほどの重要性があるか否かが問題とされ、その際、当該協定の競争への影響および差別的ないし不公正な行為であるか否かが審査された<sup>(46)</sup>。公益審査においては、当該協定が「公共の利益」に

(46) 上記Green&RobertsonP213

合致するか否かが、さらに、協定により生ずるものが協定当事者以外の者に与える損害に優るものであるか否かが審査された。この「公共の利益」は、一般消費者、協定当事者以外の事業者の権利・利益から雇用・輸出への効果までを含む多様な内容を有するものである。前者について、判例上、一般消費者と事業者の権利・利益は同様の価値を持つものとされ、10条1項(b)・19条1項(b)においては、協定当事者以外の事業者への利益がもたらされ、それが協定による損害に優るか否かが審査された。ここでは、協定により直接影響を受ける者に対する当該協定の効果のみが考慮され、その一般消費者への効果を考慮していない。また、後者について、これら競争政策とは異なる視点を持つゲイトウェイにおいては、当該協定から生ずる利益と損害の詳細な比較衡量は行われていない。

仮に制限的取引慣行法における「公共の利益」概念を独禁法に取り入れるとするのであれば、(b)(c)(d)(g)(h)については、その一般消費者への効果を考慮に入れなければならない。(b)においては、当該協定により影響を直接受ける事業者に利益がもたらされるか否かが問題とされるだけでなく、一般消費者へも利益がもたらされるか否かが明らかにされなければならない。独禁法においては、一般消費者の権利・利益は事業者のそれよりも優先されるものである。また、(c)(d)においては、当該協定が市場支配的地位にある者への対抗のために必要であるとしても、それが一般消費者の不利益を招くことにはならない。(g)(h)についても同様のことが言える。

また、(a)(e)(f)については、ごく例外的な場合にのみそれが公共の利益として、当該協定の違法性を阻却するものとして考えるべきである。これらは、本来は他の法律により適法性を認められるべきものであり、それらの法制が整備されていない場合にのみ独禁法上、その正当性が認められる。特に、(e)(f)については、協定の雇用・輸出への効果と、それにより発生する損害との比較が困難である。そのため、雇用・輸出において深刻な被害がすでに発生しており、当該協定が緊急避難的に利用される場合にのみ、違法性が阻却される可能性がある、と考えられる。

なお、本稿は早稲田大学2000年度特定保題研究助成費を受けた2000A-810「独禁法における『公共の利益』概念の具体化」の研究成果の一部である。