

需要力濫用規制の新展開 —英国綱領審判官制度の検討

The New Regulation against the Abuses of the Buyer Power —The Groceries Code of Adjudicator System in the U.K.

森 平 明 彦

Akihiko Moridaira

はじめに

- I. 綱領審判官制度の創設
 - II. 行動綱領と審判官制の概要
 - III. 需要力濫用規制の諸態様と経済学説
 - IV. 競争委員会報告書
 - V. 綱領審判官制度の理論的検討
- まとめと結語

はじめに

英国議会は、2013 年 4 月「食品雑貨綱領審判官法（Groceries Code Adjudicator Act 2013、審判官法という）」を制定した¹。同法は、2009 年に競争委員会が策定し、指定大規模スーパーマーケットに遵守を義務付けた「食品雑貨サプライ行動綱領（The Groceries Supply Code of Practice, GSCOP という）」²について、その遵守を監視し違反行為のエンフォースメントをおこなう

¹ Groceries Code Adjudicator Act 2013 (2013 c. 19) (www.legislation.gov.uk の HP より入手).

² Competition Commission, The Groceries (Supply Chain Practices) Market.

「食品雑貨綱領審判官(審判官という)」の制度を創設するものである。本稿は、GSCOP と審判官制からなる綱領審判官制度の紹介と競争法上の理論的問題について検討することを目的とする。

EU 加盟国、北欧諸国、豪州などで近時、食品や日用雑貨を扱う大規模流通業者が取引先供給業者や製造業者にたいし、その需要力 (buyer power) を行使する濫用的慣行にたいし規制が探られている。すなわち、取引契約の合意条件を遡及的に変更し値下げ等の要求をすること、改装、新規開店や販売促進名目等の一括の支払い要求をすること、さらに「棚代 (Slotting Allowance)」³の要求をする等種々の濫用的な商慣行にたいする規制である。本稿でもその一部に触れた、豪州のボランティアな行動綱領／オンブズマン制⁴、さらにフランスにおける中小企業振興政策と商法典からなる両面的な規律⁵、ノルウェー調査委員会の交渉力の均衡という目標にもとづく強制的な行動綱領とオンブズマン制度の提案⁶、さらにアイルランド競争当局による競争法の濫用規制規定に私訴のエンフォースメントを組み合わせる立法提案⁷等、多様な試みがある。これら規制例に比較して、英国の綱領審判官制度の研究をする意義は以下の点あると考えられる。

Investigation Order 2009 (www.oft.gov.uk/の HP より入手) (CC, Order 2009 と略称)。Groceries の訳語は、2009 年市場調査令における定義に依拠して、「食品雑貨」と訳した。CC, Order 2009, Part 1, p.3.

³ 参照、小林逸太・スロッシング・アローワンス研究序説：米国の商慣行と競争政策・東海大学紀要、政治経済学部 38 巻 279 頁 (2006)。

⁴ 豪州には「製造及び食品雑貨業行動綱領 (Produce and Grocery Industry Code of Conduct) (December 2007)」がある。2000 年 2 月豪州政府は食品雑貨小売業行動綱領委員会 (the Retail Grocery Industry Code of Conduct Committee, 費用は産業界負担) を創設し、食品雑貨小売市場における紛争を解決するためのボランティアな行動綱領とオンブズマンを設立するイニシアチブをとらせた (のちに製造業含む)。2005 年 2 月上記綱領は綱領委員会の合意を得た。2006 年 9 月よりオンブズマンが、仲裁人から構成されるパネルの監視と管理行うシステムのもと、ボランティアな仲裁業務によって紛争解決が図られている。上記行動綱領とオンブズマンの歴史や役割は www.produceandgrocerycode.com.au の HP によった。

⁵ 本稿Ⅲ.1. (1) 参照。

⁶ 本稿Ⅲ.1. (2) 参照。

⁷ 本稿Ⅴ.1.1), 1-3) 参照。

- 1) 市場の反競争的効果を排除し阻止するため、1998 年競争法の規制で充分でない場合に、それをおぎなうため 2002 年企業法の市場調査（market investigation）の措置が用いられたことである。この市場調査の排除措置として GSCOP が規定された。さらに、EU 競争法とほぼ同様な実体規定をもつ 1998 年競争法と整合的な、市場における競争阻害を阻止する目的のもとに綱領審判官制度が整序された。かかる競争法体系と整合的な需要力濫用規制の試みが、特定市場に適用される行動綱領により新たに企てられる場合、それを可能とする競争法理論における根拠が明確化された意義があると考えられる。
- 2) 上記の各国の濫用規制では、違反行為の仲裁申立てや競争当局への申告にたいして大規模スーパーによる報復的な取引停止の可能性を生じ、その結果規制の実効性を失わせる供給業者間の「恐れ of 風潮（climate of fear）」が問題とされてきた。2002 年に施行されたスーパーマーケット綱領⁸はその運用においてこの問題により無力化された経緯がある。綱領審判官制度はこの問題に直接対処するため創設され、需要力の濫用行為それ自体の規律と、取引停止においてはたらく力の規律の双方がこころみられる特色がある。これまで行動綱領や競争法により顧みられることの乏しかった、このような需要力行使の態様にたいして複眼的把握をした競争法理論上の根拠と意義がさぐられるべきである。

かかる研究の意義としては、さらに綱領規制の対象とする濫用的な商慣行について、それを取引当事者間の個別的な取引条件にかかわる競争のあらわれとして、規制に消極的な見解がとりわけドイツで主張されていることがあ

⁸ 2002 年スーパーマーケット綱領は、以下の 2004 年 OFT 報告書の付属資料に添付されている。OFT, The supermarkets code of practice, Report on the review of the operation of the code of practice in the undertakings given by Tesco, Asda, Sainsbury and Safeway to the Secretary of State for Trade and Industry on 18 December 2001 (Feb. 2004) (OFT697) (www.of.gov.uk の HP より入手) (OFT, Report on the review と略称) Annexe A Undertakings and the supermarkets code of practice.本綱領に関しては、杉浦教授の的確な研究がある。杉浦市郎「イギリスにおけるスーパーマーケットのコード・オブ・プラクティス」愛知大学・法経論集 168 号 51 頁以下（2005 年）。

げられる。このようなオールドリベラリズムや連邦カルテル庁のドイツにおける見解は、取引停止問題を重視しない傾向がある。それら所説との対比により、需要力の多面的な行為のあり方に規制を広げた綱領審判官制度が注目されるのである。

- 3) 各国の需要力の濫用規制においては、その依拠する根拠法規により保護法益は多様なものとなりうる。民事的規律をとれば、当事者間の意思表示の適切さや給付の均衡といった問題に濫用関係は包含される。行動綱領や競争法の濫用規制によって、当事者間の交渉力の格差を是正する主張もされている。また、下流の市場における消費者にたいする価格や製品選択等の影響をいかに考えるかの問題を生ずる場合もある。このように、需要力濫用の規制にたいする保護の客体をいかにとらえるかという問題は、未だ競争法理論において、十分に検討されておらない。競争法体系のうちに整序された綱領審判官制度はその制定に至る競争委員会と立法過程の議論を通じて、これら保護法益の明確化がされた経緯がある。

このように、2002 年企業法の市場調査というユニークな手段を用いて、濫用的商慣行と報復的な取引停止の双方にたいし規制を広げた綱領審判官制度について、その理論的基礎付けをした英国競争委員会の報告書や、立法段階の議論、競争法や経済学の学説によりつつ、上記の一定の視角によりつつ紹介と検討をおこなう。

Ⅰ. 綱領審判官制度の創設

1. 審判官制の設立にいたる経緯

1) 2002 年スーパーマーケット行動綱領

1999 年 4 月公正取引庁 (The Office of Fair Trading, OFT という) は、スーパーマーケットの利益率にかかわる 8 か月の調査に続いて、競争委員会にたいし食品雑貨業界のスーパーマーケットの調査を付託 (「独占付託」) した⁹。委員会は 2000

⁹ Antony Seely, Supermarkets: competition inquiries into the groceries market (House of Commons Library, SN03653) (2012) p.2. (Seely, SN03653 と略称)。こ

年 10 月に、大規模スーパーと供給業者との関係について、その関係をより明確で予測可能なものとするべく行動綱領の創設を勧告する報告書を公表した¹⁰。

スーパーマーケット綱領は、貿易産業省閣内大臣 (the Secretary of State for Trade and Industry) にたいし特定スーパーマーケットによってなされる法律上の誓約における、その遵守内容を規定する規範の形態をとっている。その綱領は、競争委員会による前記付託にたいする報告を受けた OFT 長官が、報告で特定された悪影響を排除ないし防止する目的から必要となる行動をとるように求められていることを受けてなされる一連の排除措置であり、1973 年公正取引法 88 条の規定するところによる¹¹。

スーパーマーケット綱領は、競争委員会の勧告の内容に一部変更を加え、2002 年 3 月 17 日発効した (2001 年 11 月 1 日の契約から適用)¹²。スーパーマーケット綱領にたいする批判はその施行以前から政府部内で存在したが¹³、

の「独占付託 (monopoly reference)」は、特定のスーパーマーケットによる連合王国内 (後に英国内に変更) における食品雑貨の供給にかかわる独占状況の存在やその可能性の問題について、公正取引法 10 条、47 条、49 条、50 条、52 条 1 項にもとづき OFT 長官によりなされた。OFT, Report on the review (前掲注 8 参照), Annexes A, p.32. 1973 年公正取引法 [Fair Trading Act 1973(1973 c. 41)] は、www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/41 の HP を参照した。

¹⁰ CC, Supermarkets, 2000, para.1.10-1.11, OFT, Report on the review (前掲注 8 参照), para.2.1. 2000 年報告書については、後掲 IV. 1. の説明を参照。

¹¹ OFT, Report on the review (前掲注 8 参照), para.1.1. 競争委員会の報告において、食品雑貨の小売業の市場について 8% の国内買入れ量となる特定スーパーマーケットは、OFT 長官の承認を経た綱領を遵守する誓約を、閣内大臣にたいしてなすことを求められていた。CC, Supermarkets, 2000 (前掲注 8 参照), para. 2.590, 2.597

¹² OFT, Supermarkets: The code of practice and other competition issues (March 2005) (OFT783) (www.oft.gov.uk の HP より入手), para.2.5. (OFT, other competition issues と略称)。「主要な買い手」(大規模スーパー)の誓約した綱領にたいし、当初の競争委員会提案との主要な相違は、スーパーマーケットが供給業者から一定の支払い、援助金を販売促進として求める場合に、独立の仲裁者が合理的な要求とみなす場合には、その許されることを規定した点にある。個別ケースで、事実を基礎にした紛争解決を指向したためである。Ibid, para. 2.3. なお、後掲注 15 参照。

¹³ 2002 年 1 月に、政府が任命した農業及び食品に関する政策委員会 (the Policy Commission on the Future of Farming and Food) は、綱領の紛争解決の手段が OFT により再検討されるべきこと政府に勧告していた。Report of the Policy Commission on the Future of Farming and Food, Farming and food: a sustainable future (Jan.2002) p.33.本レポートは入手できなかったため、以下の勧告にたいする政府の

政府はこれに答えて、OFT が綱領の運用状況について、とりわけ紛争処理問題について検討される旨述べていた¹⁴。

2) GSCOP の制定

2004 年 1 月、OFT による綱領問題の定期報告が公表された。その報告書にあって、大規模スーパーの綱領遵守状況にかかわる実効性を欠くとの供給業者による意見が多数を占め、その原因として、仲裁者にたいする供給業者の紛争解決の申し立てにたいする大規模スーパーの報復的な取引停止の問題、綱領の合理性規定¹⁵が任意の契約条項の解釈を許す問題（綱領規定の明確性の欠如）があげられていた¹⁶。

応答中の記述に依った。Response to the Report of the Policy Commission on the Future of Farming and Food by HM Government (the Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs) (Dec. 2005) (Cm 5709) (<http://archive.defra.gov.uk/foodfarm/policy/sustainfarmfood/documents/policycom-response.pdf>) (Cm 5709 と略称) p.6.

¹⁴ Cm 5709 (前掲注 13 参照) ,p.6. Seely, SN03653 (前掲注 9 参照), p.3. このようにスーパーマーケット綱領は成立当初からその遵守が保てるか、また委員会が指摘した反競争の効果の除去にかかわる実効性について、懸念がもたれていた。さらに市場構造及び競争の状況について、変化が進行している点からも綱領の適応性について問題が生じうることが指摘されていた。OFT other competition issues (前掲注 12 参照) , para. 2.4.

¹⁵ スーパーマーケット綱領における合理的な事由ある場合に許される慣行は、以下のようなものである。適及的な値引きについて合理的な告知ある場合（4 条）、販売促進費の要求について合理的な告知ある場合（11 条）、サプライチェーン手続き変更について合理的な告知ある場合（15 条）、合意された注文仕様について合理的な告知ある場合（16 条）。OFT, Report on the review (前掲注 8 参照), pp38-41 (前掲注 8 参照)。

¹⁶ OFT, Report on the review (前掲注 8 参照), para.2.4, 2.5, 2.6. 綱領違反にかかわる正式の申立ては 1 件のみであった。Ibid, para.3.7. 合理性条項がもたらす規定の不明確性の問題と申立人の「恐れ風潮」の問題を関連付けて論じた OFT は、「どれほど綱領が厳格に起草されても、もし供給業者がそれにもとづき自らの権利の主張がされないのであれば、スーパーとの取引で綱領の適用から得るものはほとんどない」として、後者の「恐れ風潮」の問題が綱領の実効性確保にとり「鍵となる問題」とする。Ibid, para.7.13. さらに、OFT による供給業者の団体にたいする調査と聞き取りによっても綱領違反の申し立てをするメンバーが存しないことも、申立てについての「強い恐れ」があることを示すものだとする。Ibid, para.5.12. また、濫用として問題になる行為が具体的に検討されている。それは、仲裁や OFT の正式の手続きをすすめる証拠の提出はなかったものの、逸話的な綱領違反の証拠は存す

OFT は、綱領の実効性欠如の問題と供給業者のその点の不满について、原因究明のためさらなる調査が、供給業者への聞き取りにより求められるとする¹⁷。

2005 年 3 月 OFT は、市場調査会社の PKF に委嘱した供給業者からの聞き取りによる大規模スーパーの綱領遵守状況を公表した。それによると、取引開始ないし在庫の引き受けにともなう協賛金要求で問題になるレベルの違反のおそれがみられたほかは、概して大規模スーパーは綱領を順守しているとの結論であった。

他方で調査結果は、スーパー／供給業者間の紛争処理について、綱領手続に依拠することなく進められていることを示している。この点について OFT は、供給業者の身元を秘匿する手続きによるべき必要性を指摘する¹⁸。

さらに、OFT は 2004 年 1 月発表の調査以後も、事業者団体と供給業者の身元を秘匿したうえで違反行為の有無について聞き取りを継続していたが、それによっても紛争処理手続きで「恐れ of 風潮」を供給業者が抱いているとする¹⁹。OFT は、このように自らの事業者団体との接触による「恐れ of 風潮」問題から、PKF の上記結論について、「スーパーと供給業者間の取引について確実な構図を描いているものか」コメントを募集し、さらなる綱領遵守の有無についての情報提供も求める決定をした²⁰。

ることである。Ibid, para. 5.13.

そのような逸話的な証拠と競争委員会がおこなった合併調査（2003 年）で収集された証拠から、問題になるスーパーマーケット綱領の違反該当の類型をみると、消費者の苦情にたいする不当な補償要求、マーケティング費用の協力要請、取引開始協賛金、合理的な事前告知なしでの逡巡的値下げ、支払いに際し第三者による財や役務と抱合せる行為、そして支払い遅延であった。これらはすべて供給業者の収益状況に直接影響し、投資能力と将来のビジネス計画に負の影響をあたえる。

Ibid, para. 7.14, 7.15.

¹⁷ Ibid, para. 7.22 - 25.

¹⁸ OFT, other competition issues (前掲注 12 参照), para. 3.14, 3.15. 聞き取りは 500 例のスーパー／供給業者間の関係についておこなわれた。同様の関係すべてのうち、ほぼ 5% のサンプリングになる。Ibid, para. 3.7.

¹⁹ OFT, other competition issues (前掲注 12 参照), para. 3.18. 「恐れ of 風潮」については、本稿前掲「はじめに」の 2) を参照。

²⁰ OFT, other competition issues (前掲注 12 参照), para. 3.20, 3.21. さらに OFT は、スーパーマーケット綱領の多くの条項において「合理性」にかかわる文言が規定されている問題を取りあげる。大規模スーパーが供給業者の従属性にもとづき、この

2005 年 8 月 OFT は、前年 1 月発表の定期報告時よりなされた、綱領が実効性を欠く問題についての調査の結論を発表した。それによれば綱領の廃止や変更は必要なく、また規定をより厳格な内容にする必要も認めなかった。他方綱領の運用状況をこれまでのように回顧的に調査するのではなく、その実効性を改善することに集中して、より積極的に監視することを結論とした。また OFT は今回の調査の結論として、スーパー／供給業者間の取引条件について書面記録を残す必要を指摘した。それは前記 PKF の聞き取り調査の過程で明らかとなった点にかかわり、支払った価格、配送された量を大規模スーパーが記録に残すべく供給業者によって求められた事実がみられなかったことによる²¹。

このように OFT がスーパーマーケット綱領の改定や、綱領遵守の実効性を確保する機関の創設を検討する必要を認めなかった決定にたいしては²²、2005 年 10 月、コンビニエンス協会 (the Association of Convenience Stores) が競争控訴審判所 (the Competition Appeals Tribunal, CAT という) に異議の申し立て手続きをした。CAT が OFT の決定にたいし判断をする前に、OFT は 2005 年 8 月の結論を自ら覆し、2006 年 6 月までに市場調査の付託の決定について最終判断をするとの新たな声明を公表した。CAT は事案を差し戻す決定に

文言を利用して自己の有利に取引を進めており、さらにこのことも原因となり、供給業者の紛争処理の申し立てを封じ込めているとする。また PKF の聞き取り結果もこの問題を免れないとみなしている。Ibid, para. 3.22. 後掲の注 255 の ii) を参照。

²¹ OFT, Supermarkets: The code of practice and other competition issues Conclusions (August 2005) (OFT807) (www.ofg.gov.uk の HP より入手), para. 2.1, 3.3-4. (OFT, Conclusions と略称)

²² OFT は、2004 年の前記定期報告書以来寄せられたスーパーマーケット綱領を改定、強化すべしとのパブリックコメントにたいし、その必要性を認めなかったことは、この時点において綱領の改定に求められる競争委員会への付託をすべき格別の根拠をみいださなかったことになる。OFT, other competition issues (前掲注 12 参照), para. 4.3 (綱領を改定すべしとのパブリックコメントについて、OFT は、2002 年企業法 131 条にもとづきその必要性にかかわる根拠を検討している), OFT, Conclusions (前掲注 21 参照), para. 2.1 (OFT はオンブズマンや綱領規制の機関を創設する必要は認めない), 3.1 (競争委員会の 2000 年報告書や 2003 年合併報告書は、供給業者が大方、スーパーとの関係に満足していることを述べている), 4.6 (その他、反競争的効果が新しく問題になる状況にはない), Seely, SN03653 (前掲注 9 参照), p.10 (OFT は 2005 年 8 月の結論的調査で、競争委員会に市場調査の付託をなす根拠をみいださなかったと解される)。

において、企業法 131 条にもとづく市場調査の付託をなす OFT の判断過程について審査を加え、最終決定の遅延を批判した²³。

さらに、OFT が市場調査の付託をしない判断をしたことにたいし、政党関係者や NPO 団体から厳しい批判の声があったが、他方では、綱領の改定を進めること、またオンブズマンや新規制機関の設置に反対する意見もあった²⁴。

2006 年 3 月 OFT は、食品雑貨市場について競争委員会に市場調査の付託をする決定をした²⁵。食品雑貨市場における競争を歪曲させている「市場の特徴」のひとつである需要力について以下のように述べられている。a) 4 大スーパー（アスダ、モリソンズ、セインズバリー及びTESCO）の需要力の強さは上流の供給市場の競争を歪曲しているおそれがある。スーパーに比べて供給業者の弱体な市場地位は、新製品の投資と革新をする意欲を削ぐ可能性がある。例えば買ったたきの場合がその例になる。b) 次に、買い手市場力の問題が OFT によりあげられている。4 大スーパーの需要力が有利な買入れ価格を供給業者から引き出す結果、小規模流通業者は比較して高い買入れ価格となり、競争上の不利をこうむるいわゆるウォーターベット効果がある。c) さらに大規模スーパーのコンビニ事業参入によって、独立系コンビニに供給する卸売業者のネットワークサービス事業が

²³ OFT は、最初に市場調査の付託を決定できる 2004 年 11 月より、調査の前記結論を公表した 05 年 8 月まで 9 か月を要した。このように長い判断過程とさらに最終決定が遅延している状況を鑑みて、CAT は決定の遅延を以下のように批判する。すなわち、企業法 131 条 1 項にいう反競争的效果が存する市場の特徴（の結合）が存すると「疑われる合理的な根拠」を判断するのに要する期間であるのか疑問とする。The Association of Convenience Stores v Office of Fair Trading [2005] CAT 36, Case Number 1052/6/1/05, 1 November 2005, para.7（全面的な市場調査をおこなうのは競争委員会であって、OFT ではない）。以上の CAT に提訴された経緯については以下を参照。Seely, SN03653（前掲注 9 参照），p.10-11.

²⁴ 下院（House of Commons）図書部「ビジネス・輸送課」の図書館員であるゼーリイによる審判官法制定の過程を扱った報告書の記述による。Seely, SN03653（前掲注 9 参照），p.6（ガーディアン紙のニュース記事による。自民党（The Liberal Democrats）は、OFT による報告書の付託をしない判断を不名誉なものとする），p.12（他方で、2005 年 12 月エネルギー省大臣は、不公正、反競争的ないし違法な行為が存しない限り規制機関が介入することは英国のビジネスの競争力を損ねると述べた）。

²⁵ OFT, Grocery market ; Proposed decision to make a market investigation reference (March 2006) (OFT838) (www.oft.gov.uk の HP より入手)（OFT, Grocery market と略称）。

収益率を削られ、その生き残りを難しくする問題があげられている。

以上の問題にあつては、a) に関し大規模スーパーについて、買ったたきをおこなう需要力が 2000 年報告書時に比較して増している証拠が存するか、また b) と c) について小規模流通業者に負の経済的影響を行使し、また卸流通ネットワークの生き残りを危うくすることで消費者の選択の幅を害している証拠があるかを問題にした²⁶。

OFT が市場調査を付託した決定において注目されることは、供給業者段階の市場の競争阻害として競争歪曲の効果を、不当な低価格購入が供給業者の投資と革新の意欲を損なうという市場の長期の効果をとらえている点である。

OFT の付託決定は、この買ったたき問題に関する需要力行使の反競争の効果に関するほか、新業態による大規模店舗の参入障壁となるおそれのある、出店にかかわる土地利用計画制度の問題、大規模スーパーによる不当廉売問題がその市場調査の内容としてあげられている²⁷。

2006 年 6 月、市場調査の付託を OTF から受け委員会は「問題点の声明(issue statement)」を公表し市場調査を開始した²⁸。

2008 年 2 月競争委員会は、「排除措置に関する暫定的決定」を公表し、食品雑貨市場に存する損害にたいする排除措置提案 (proposed remedies) を公表し、最終報告を前にしてパブリックコメントの機会を特に設けることとした。その排除措置案において、新食品雑貨行動綱領案と新綱領に関する仲裁と紛争

²⁶ OFT, Grocery market (前掲注 25 参照), para.6.3, 6.4, 6.5. OFT は、これまでの自らの調査等から、4 大スーパーよりも他の買い手グループや卸業者が高い価格で購入を余儀なくされる証拠があり、また 2000 年調査時よりもその価格差が増している証拠も存するという。OFT, Grocery market (前掲注 25 参照), para. 6.23.

²⁷ OFT, Grocery market (前掲注 25 参照), p.2.

²⁸ 本声明において、調査が市場における競争への負の効果について、以下の三点の関係でおこなわれた。すなわち 1) 食品雑貨小売業者の供給業者にたいする関係にたいし、2) ローカルな市場との関係において又は小売業者ないし消費者の行為に影響する何らかの市場の関係において、3) 出店にかかわる土地利用計画制度の関係において、おこなわれることを確認している。Competition Commission, Groceries Issues Statement, 15 June 2006, para. 8. (<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/http://www.competition-commission.org.uk/Inquiries/ref2006/grocery/index.htm>).

処理にかかわるオンブズマンの創設がしめされた²⁹。

2008 年 4 月 30 日、委員会は最終報告書を公表した。GSCOP の制定とオンブズマンの創設を勧告する報告書の内容については IV. 2. に詳述する。

2009 年 2 月委員会は、新行動綱領の草案を公表し、さらに綱領を規制するオンブズマンをスーパー側が自主的に創設することに同意を求めた³⁰。

2009 年 4 月委員会は、オンブズマンについてのモデル計画案を公表し、さらに重ねて流通業者にオンブズマン創設の同意を求め、それが得られない場合にビジネス、企業及び規制改革省にオンブズマンを創設するため必要な手段を講ずるよう勧告した³¹。

2009 年 8 月、委員会は GSCOP を策定し、「食品雑貨（サプライチェーン慣行）市場調査令」として公表した³²。さらにオンブズマンを創設するよう小売業者に同意を求めたが、大方の小売業者が同意を拒否したことから、制定法上の基盤に立つオンブズマンを創設することをビジネス、革新及び職能技能省（ビジネス、企業及び規制改革省を改組）に勧告した³³。

²⁹ Competition Commission, News Release 05/08, Groceries market investigation- provisional decision on remedies, para.19 (www.competition-commission.org.uk/ の HP より入手).

³⁰ Competition Commission News Release CC publishes Code of Practice Order 08/09 (26 Feb. 2009) (www.competition-commission.org.uk/ の HP より入手).

³¹ Competition Commission, News Release Consults on Ombudsman Plan 20/09 (28 April 2009) (www.competition-commission.org.uk/ の HP より入手).

³² CC, Order 2009 (前掲注 2 参照).

³³ Competition Commission, News Release (36/09), CC Publishes Code of Practices and Ombudsman Recommendation (4 Aug. 2009) (www.competition-commission.org.uk/ の HP より入手). 本命令は 2002 年企業法 (Enterprise Act 2002) の市場調査の規定にもとづき、市場調査の付託にたいする報告 (同法 136 条) において触れられた反競争的効果の排除措置 (同法 138 条 2 項) として命じられたものであり、かかる措置自体が企業法の規定するエンフォースメントであるため、議会の審理手続きを要する法律上の手段ではない。

Antony Seely, Groceries Code Adjudicator Bill[HL]Bill 62 of 2012-13, Research Paper 12/44(www.parliament.uk/briefing-papers/RP12-44.pdf)(Seely, Research Paper 12/44 と略称), para.1.1 note 11. 競争委員会の決定した市場調査の排除措置にかかわる実施の細則は以下に規定されている。General Advice and Information CC4 (March 2006), (www.competition-commission.org.uk/ の HP より入手).

2002 年企業法 (Enterprise Act 2002) (2002 c. 40)は、www.legislation.gov.uk の

2010 年 1 月、労働党政権はオンブズマン創設のためパブリックコメント募集の手続きを取ることを約束し³⁴、翌月に正式にその手続きを取った後に³⁵、総選挙のため草案提出の準備は中断した。そののち、2010 年 5 月保守党自民党連立合意は、OFT 内にオンブズマンを創設することを規定した³⁶。

2010 年 2 月 4 日、GSCOP が発効した³⁷。

3) 審判官法の制定

2010 年 8 月、上記パブリックコメントの募集にたいする回答結果のまとめとそれにたいする政府の応答が公表された³⁸。

HP より入手。

³⁴ Antony Seely, Supermarkets : the Groceries Code Adjudicator; Standard Note: SN6124 (www.parliament.uk の HP より入手)。 (Seely, SN6124 と略称), p.3.

³⁵ Antony Seely, SN6124 (前掲注 34 参照), p.3-4. 募集されたパブリックコメントは、BIS, Consultation (後掲注 69 参照) である。産業・技術革新・職業技能省は、以下の項目につき意見を求めた。1) GSCOP の順守と監視をおこない、申立人の秘匿を保ちつつ聴取の可能となる機関が有するべき権限、Ibid, pp.17-21, 2) 当該機関への違反情報の提供ができる者の範囲、Ibid, p.25-6, 3) 監視とエンフォースメント機関に就任しえる者(オンブズマン創設かOFTが兼務するか等)、Ibid, p.22-23, 4) サンクション権限を有するべきか、また上訴の仕組み、Ibid, p.24, 5) 当該機関の費用負担、Ibid, p.27, である。

³⁶ Seely, SN6124 (前掲注 34 参照) p.1.

³⁷ Research Paper 12/44 (前掲注 33 参照), p.6.

³⁸ Department for Business, Innovation and Skills, Taking forward the establishment of a body to monitor and enforce compliance with the groceries supply code of practice (GSCOP): The Groceries Code Adjudicator. Government response to the consultation. (3 August 2010) (www.gov.uk の HP より入手) (BIS, Government response 2010 と略称), pp10-26 (寄せられた回答の要約的まとめ), pp.27-33 (それにたいする政府の回答)。以下に政府の応答をまとめる。

- 1) 順守と監視機関が有するべき権限、
当事者間の仲裁、GSCOP 違反行為の調査とエンフォースメント、定期レポートの公表等。Ibid, para. 4.2-4.
- 2) 違反情報の提供ができる者の範囲、
直接又は間接の供給業者(英国内外)、事業者団体、NGO 等その事業に直接影響の及ぶ者。Ibid, para. 4.47.
- 3) 当該機関に就任しえる者
OFT 内に設置され、OFT の執行から独立性を有し、自律的に職務を遂行する行動綱領審判官。Ibid, para. 4.26.
- 4) サンクション権限また上訴の仕組み、

2011年5月政府は、議会における法案提出前審査(pre-legislative scrutiny)のため、2010-2012年会期第9次レポートにより下院「産業・技術革新・職業技能(選抜)委員会」(以下産業委員会という)にたいし、綱領審判官草案(Cm8080)を提出した³⁹。

また環境・食糧・農村地域委員会(下院)(以下環境委員会という)は、2011年5月に、全国農民同盟(National Farmer's Union)等の関係団体からの意見聴取を踏まえ、草案について環境委員会による法案提出前審査における意見のとりまとめをおこなった。他方、産業委員会は2011年6月審査を開始し、7月28日最終報告書を提出した(HC1224-1)⁴⁰。環境委員会(下院)における審判官草案に関する審議の結果は委員長書簡のかたちで産業委員会に送られその審議に反映されたことが、HC1224-1に述べられている⁴¹。

2011年10月10日政府は、産業委員会による最終報告書の結論にたいする政府の回答を同委員会に提出した⁴²。この産業省の回答提出以後、政府による法案の提出が遅延していることを問題にする声明が議員から出されたことが伝えられている⁴³。

2012年5月政府は、上院(House of Lords)に2012-13年会期の当初議案

この点について政府は非常に慎重に(very carefully)に考慮し、「企業名公表と恥をさらすこと」の措置が有効性をもつことを確認するが、これで不十分な場合には、後の期日に立法権限の行使を待つて制裁が課される、とした。Ibid, para. 4.34.

5) 当該機関の費用負担、

競争委員会は、監視及びエンフォースメント費用は基本的に特定大規模スーパーから回収すべきとしたが、政府は当事者間の公平な分配をさらに考慮すべきとする。Ibid, para. 4.54.

³⁹ Draft Groceries Code Adjudicator Bill (後掲注 51 参照) p.10-45. See, BIS, Government's policy 2012 (後掲注 57 参照), para. 1.7.

⁴⁰ Antony Seely, SN6124 (前掲注 34 参照), p.11. House of Commons, Ninth Report (後掲注 52 参照), p.3.

⁴¹ 環境委員会の委員長書簡は、産業委員会の最終報告書の付録として添付されている。Letter from EFRA (後掲注 63 参照), House of Commons, Ninth Report (後掲注 53 参照), para.10 (産業委員会の審議において、環境委員会の上記書簡が参照された。意見の大きな相違はこれら委員会の間に存しない)。

⁴² Government Response, 2011 (後掲注 55 参照), p.3.

⁴³ Antony Seely, SN6124 (前掲注 34 参照), p.15-16.

として、綱領審判官法案を提出した⁴⁴。

上院は第 1、第 2 読会の後、Grand Committee の 2 日間の議論を経て、Report stage（（2012 年 7 月 16 日）と第 3 読会の審議（2012 年 7 月 24 日）を、法案の実質的な修正なく終了した⁴⁵。

下院審議は 2012 年 9 月 3 日と 11 月 19 日の第 1、第 2 読会の後、12 月 11 日 13 日 18 日に公法案委員会（Public Bill Committee）の審議を経て、Report stage と第 3 読会の審議（双方とも 2013 年 2 月 26 日）を終了した。英国議会における審判官法の草案と法案の審議について、その主要な論点は次の 2. において紹介、検討する。

国王の裁可（royal assent）は 2013 年 4 月 25 日である⁴⁶。

2013 年 2 月 27 日下院産業委員会において、政府が推薦する審判官候補者 Christine Tacon にたいする任命前聴聞（pre-appointment hearings）がおこなわれた⁴⁷。

2013 年 6 月 25 日「2013 年食品雑貨行動綱領審判官法」が施行され、審判官制が創設された⁴⁸。

2013 年 12 月 18 日、審判官法にもとづき、綱領審判官の「調査及びエンフォースメント機能に関する法令ガイドライン」が公表された⁴⁹。

⁴⁴ Groceries Code Adjudicator Bill, EXPLANATORY NOTES, [HL], HL Bill2 55/2 (Adjudicator Bill と略称) (www.publications.parliament.uk/pa/bills/lbill/2012-2013/0002/2013002.pdf), See, BIS, Government's policy 2012 (後掲注 57 参照), p.5.

⁴⁵ Antony Seely, Research Paper 12/44 (前掲注 33 参照), p.16. 審判官法の英国議会における審議経過一覧は、<http://www.parliament.uk/> の HP における services.parliament.uk のページから、以下の項目を参照。Bill stages – Groceries Code Adjudicator Act 2013.

⁴⁶ Bill stages — Groceries Code Adjudicator Act 2013 (前掲注 45 参照).

⁴⁷ House of Commons, Business, Innovation and Skills Committee, Pre-appointment hearing with the Government's preferred candidate for the post of Groceries Code Adjudicator; Eighth Report of Session 2012–13 (28 Feb. 2013) (HC 1011-1) P.17. (www.publications.parliament.uk の HP より入手).

⁴⁸ News story Groceries Code Adjudicator formally established (Published 24 June 2013) (www.gov.uk/government/news の HP より入手).

⁴⁹ Statutory Guidance on how the Groceries Code Adjudicator will carry out investigation and enforcement functions (以下、Guidance と略称) (gov.uk/government/publications の HP より入手).

2014 年 4 月、制裁金のエンフォースメントについて、その上限額が産業、技術革新及び職能技能省閣内大臣の認可、議会承認を得て決定される予定である⁵⁰。

2. 審判官法の立法審議における主な問題

1) 事件調査の端緒

1-1) 審判官が事件情報を得て調査の端緒として綱領違反の捜査をおこなう場合にその申告者としては、先ず供給業者が考えられる。政府は、審判官制度の構想にあたり初期の段階から、かかる綱領違反の情報提供者である供給業者として「直接の供給業者」と「間接の供給業者」をあげている⁵¹。

大規模スーパーに供給をおこなう供給業者との間で契約関係が結ばれる場合に、かかる供給業者が直接の供給業者である。直接の供給業者に提供をなす供給者が間接の供給業者であり、サプライチェーンに連なって大規模スーパーと直接の供給業者間の綱領違反にかかわる取引問題を知っている可能性がある⁵²とされる⁵²。また、下院委員会は、サプライチェーンの末端にあって、農業生産者、酪農家といった間接の供給業者を審判官への情報提供者に含めるべきとするが、それは、これら間接の供給業者が大規模スーパーと直接の供給業者との間の契約関係とその条件について知識を有し、これらの間接の供給業者が下流のその契約から実質的な影響のもとにあるからである⁵³。

⁵⁰ Original consultation (Statutory guidance on how the Groceries Code Adjudicator will carry out investigation and enforcement functions) (Groceries Code Adjudicator の HP より入手). para.73,74. (Original consultation, Statutory guidance と略称)。

⁵¹ BIS, Government response 2010 (前掲注 38 参照), para. 4,45-4.47. 2011 年 5 月に発表された政府草案の理由書においても、「直接及び間接の供給業者双方を含めた」供給業者から情報を得て調査を開始することができるとして、草案 4 条 2 項の「供給業者」の文言は直接の供給者と間接の供給業者双方を含む解釈を示していた。Draft Groceries Code Adjudicator Bill (Cm 8080) (May 2011) (gov.uk/government の HP より入手) (Draft Groceries Code Adjudicator Bill と略称) p.15, § 4(2), p.14 (Explanatory Note para.29)。

⁵² BIS, Government response,2010 (前掲注 38 参照), para.4.47.

⁵³ House of Commons, Business, Innovation and Skills Committee - Ninth Report, Time to bring on the referee? The Government's proposed Adjudicator for the

1-2) これに対し、政府の提案においては当初、事業者団体、非政府組織等の第三者はかかる契約関係にある当事者間の事情について、審判官の調査開始をなすに十分なだけの情報の提供なすものでなく、大規模スーパーの影響を受けたビジネスに直接に向けられた情報を有しているとは考えられないとしていた⁵⁴。

政府（産業・技術革新・職業技能省）が事業者団体、内部通報者等の第三者を事件端緒の情報提供者として認めないこのような当初の考え方は、以下の認識にもとづく。すなわち、行為者（濫用を問題視される）にかかわる手続き保障の要請と、かかる第三者が濫用の被害者である供給業者に代位することによる本審判官制の実効性担保の要請との衡量を背景にしたものであった⁵⁵。

Groceries Code (28 July 2011) (HC 1224-1) (www.publications.parliament.uk より入手) (House of Commons, Ninth Report と略称), para.67. 下院委員会は、間接の供給業者に申し立てを認めるなら、苦情の洪水をまねき審判コストの増大となる懸念に対し、以下の反論をする。すなわち、審判官が年間に処理を予想される案件は「一握り」で、数多くはないこと、重要性、優先順位にかんがみ事件選択のシステムが設けられると考えられること、審判官の事件措置にかかわる権限を越える問題を処理する方法等について、周知を講ずるなどの配慮と対応策（助言、プレスリリース）を述べている。他方、間接的供給業者が根拠のない苦情として審判官に押し寄せる事態も考えにくいとする。さらに間接的供給業者の苦情が証拠により追跡が困難であると思料される場合、事案の処理を打ち切ることを指摘する。Ibid, para.66,68.

⁵⁴ BIS, Government Response, 2010（前掲注 38 参照）, para.4.47.

⁵⁵ かかる当初の政府提案は、事業者団体を捜査端緒の情報提供者として含めることについて、慎重な衡量をおこなっていた。

すなわち、一方で証拠を求めて供給業者自身に直接にアクセスすることが少なくなり、小売業者にたいする手続き的な不公正をめぐるリスクが増大するという問題がある。

他方で、需要力の濫用的行為について直接の対象とされた供給業者の特定（通報者暴露問題）を防ぎ、サプライチェーンに連なる供給業者の審判制度にたいする信頼と支持を確保する要請が問題になる。この点に関しては、濫用的行為の対象とされた供給業者の身元の特定を防ぐことは、競争委員会への付託以来、一貫して審判官の義務とされていたことも付け加えられる。

政府提案はかかる問題についてバランスのとれた考慮がされなければならないとして、事業者団体や、大規模スーパーに雇用されているあるいは過去雇用されていた従業員である内部通報者について、その潜在的な情報の有用性を認めながらも、上記情報提供者に含めることに反対していた。House of Commons, Business, Innovation and Skills Committee - Eleventh Report, Time to bring on the referee? The Government's Proposed Adjudicator for the Groceries Code: Government

- 1-3) このような事業者団体等の第三者を審判官制における情報提供者に含めることに反対する見解にたいしては、下院の産業・技術革新・職業技能委員会が、i) 事業者団体が供給業者に代位して情報提供する手続きを認めるならば、それまで申立てを躊躇していた供給業者が捜査の開始を知ることができ、申立てに加わる効果が期待できる、ii) 手続過程の秘匿性にたいする供給業者の信頼が高まり、その手続きにおける証拠の収集能力が高まる長所がある、iii) 現在多くの供給業者は苦情申し立てにより自らの秘匿性が維持されるか懸念をもっているため、制度の運用面からも事業者団体に申立てを認めるべきである、といった事柄にもとづいて、事業者団体と内部通報者（過去の従業員を含む）に審判官にたいする事件端緒の情報提供者に資格を認める提案をした（その際、提供情報が明白の行動綱領の違反に関係していることとの限定を付した）⁵⁶。
- 1-4) 2012 年 5 月上院に提出された審判官法案は、調査開始の決定をなす申立人資格を事業者団体等の第三者を含めるものとした⁵⁷。

2) 申立人秘匿義務（通報者暴露問題）

2-1) 草案理由書における政府見解

政府草案は、審判官に違反行為を申し立てた供給業者の特定を困難にする審判官の申立人についての守秘義務を定めている。草案理由書は、かかる秘匿義務の理由として二点をあげる。a) は仲裁手続きの当事者に対する通常行われるプライバシー保護の要請と、b) 申立人にたいする「大規模スーパー

Response to the Committee's Ninth Report of Session 2010-12; Eleventh Report of Session 2010-12 (HC 1546), Appendix: Government Response (received on 10 October 2011) (Government Response, 2011 と略称) (publications.parliament.uk より入手), pp.5-6.

⁵⁶ House of Commons, Ninth Report (前掲注 53 参照), para.74, 75, 83 & p.61.

⁵⁷ Department for Business, Innovation and Skills, Taking forward the establishment of a body to monitor and enforce compliance with the groceries supply code of practice (GSCOP): The Groceries Code Adjudicator. The Government's policy for a Groceries Code Adjudicator. (11 May 2012) (www.gov.uk の HP より入手) (BIS, Government's policy 2012 と略称), para. 4.2.

による報復的措置をもたらすおそれ」(競争委員会の 2008 年報告書の文言を引用)を減ずる要請にしたがったことである⁵⁸。

審判官の調査手続きにおける申立人の秘匿を規定した政府草案の立場にかかわり、理由書は、相手方である小売業者の審判手続きにおける公正な審理を受ける権利についての手続き的保障の問題⁵⁹について比較的詳しく触れている。その論旨はおおよそ三点に分けることができる。

- a) 草案理由書は、まず本制度の調査手続きの目的に即した調査の在り方を説明する。つまり、申立人についての審判官の守秘義務にかかわり、審判官の調査の目的は申立人供給者を保護することにあるのではなく、小売業者(複数の場合を含めて)の行動パターンを考慮することにあるのだから、証拠資料は主に小売業者自身の提供によることが予想されとする。またその調査で考慮される事項と証拠は、非常に広範囲におよぶことも予想される。これらから、特定の申立人に対する調査のうえでの重要性は減じられるとする⁶⁰。かかる指摘は、秘匿される申立人以外の利害関係人の提出による証拠が重視される結果、審判手続きにおいて申立人が公表されないことによる小売業者の手続き保障にかかわる利益の毀損の程度は、相対的に軽度になるという評価をしたものである。
- b) さらに、審判官の職責論と審判官にたいする評価制度からする公正な手続き保障に対する一定の担保が考えられるとする。この点はさらに以下の二点

⁵⁸ Draft Groceries Code Adjudicator Bill, Explanatory Notes (前掲注 51 参照), para.56-57,98 (2008 年報告書にいう、申立にたいして取引停止等の報復措置をこうむることにたいする「恐れ風潮」を重視して、申立人の供給者を保護することは政府方針の重要部分である)。

⁵⁹ 政府草案の理由書は、公正な裁判を受ける権利を規定する欧州人権条約(The European Convention on Human Rights,ECHR という)第 6 条について、事件捜査のごとき手続において、その捜査を受ける者が事件の申立てをした人物の身元を知る権利を有するべきである、との通常の推定がはたらく規定であるとする。他方で審判官制度における事件調査は、申立が事件端緒のはたらきをなすものであるにしても、事件調査の資料と証拠は「非常に広い範囲」から採られるものであることを述べたのちに、公正な手続き保障の問題を論じている(本文参照)。Draft Groceries Code Adjudicator Bill, Explanatory Notes (前掲注 51 参照), para. 97-98.

⁶⁰ このような申立人秘匿制度の根拠付けは、競争委員会の見解にもとづくものである。この点は、以下に詳述した。後掲の IV. 2. 4), 4-2) を参照。

に分かれる。一つは、そもそも審判官は公共の機関（public authority）として、小売業者の公正な手続きに対する権利を尊重する態様において行動することが義務付けられる点である。もう一点は、独立した職権行使を保証される審判官は、他方でいたずらに小売業者の手続き保障を軽視した調査をおこなう場合には、法の定める大臣の審査がそれを正す措置があることを述べている⁶¹。

- c) 最後に、草案理由書は、小売業者において以上のような審判官の判断の誤りであると思料する場合には、裁判所への上訴手続きをとる手段が存するとする⁶²。

以上のような草案理由書の審判官に課せられた申立人秘匿義務の根拠づけは、かかる義務の立法化に賛成した下院委員会（前掲の産業・技術革新・職業技能委員会）等の立法論議でも、賛意をえられたものと考えられる。

2-2) 環境・食糧・農村地域委員会（下院）における申立人秘匿問題

違反行為の申立人にたいする大規模食品雑貨スーパーによる特定と報復を防ぐ審判官の守秘義務にたいしては、下院委員会において、申立人を秘匿する重要性を確認している。その際、下院の環境・食糧・農村地域委員会（以下、「下院環境委員会」という）における綱領審判官草案にかかわる審議結果を参照し、それに同意するかたちをとっている⁶³。

⁶¹ 政府としては、「関連する小売業者から身元を秘匿された申立人が提供した情報を基礎としては事実認定を行うことが、通常可能であるとは考えていない」とする。Draft Groceries Code Adjudicator Bill, Explanatory Notes（前掲注 51 参照），para.98. 本文及びこの指摘は、綱領審判官は個別事件の処理においては OFT 等から独立して審判手続きを進めるが、産業・技術革新・職業技能省閣内大臣（Secretary of State）の定期的な職務審査を受けることから（2013 年綱領審判官法 15 条 1 項）、その職責の評価にかかわり、大規模スーパーの手続き保障についての配慮が問題にされることを指すものと考えられる。

以上の政府見解は、全体として、申立人秘匿制度は大規模スーパーの手続き保障の要請と緊張関係にあることを明らかにするものである。

⁶² Draft Groceries Code Adjudicator Bill, Explanatory Notes（前掲注 51 参照），para.98.

⁶³ House of Commons, Ninth Report（前掲注 53 参照）,para.98. この下院環境委員会における審議内容と結果は、同委員会の同意のもとに委員長の手簡にまとめられ、

下院環境委員会は、申立人の秘匿制が本審判制度の申立の手続きにおいて中心的重要性をもつことを供給業者の組織が提示する証拠から確認する⁶⁴。

他方、利害関係者の意見のなかには、申立人の秘匿に関する審判官の義務付けによっても、特定製品にあって供給者数の限られる場合には大規模スーパーによる申立人の探索は容易であり、本制度の実効性を疑問視する向きもあった。かかる立場とは逆に、大規模スーパーからは、前述した審判手続における反対当事者である小売業者の手続き保障の観点から、申立人を秘匿することは、被審人たる小売業者の主張と防御の権利を侵害する結果になり自然的正義の要請のもととの反対意見があった⁶⁵。

下院環境委員会における申立人秘匿問題に関する議論は結論として、「供給業者を申立人として匿名にできることは、綱領審判官(制度)の成功にとって基本的なことである」と述べて、政府草案の審判官による申立人に関する守秘義務が維持されるべきことを述べている⁶⁶。

下院委員会へおくられた。書簡は Ninth Report の付録として添付されている。House of Commons, Business, Innovation and Skills Committee, Time to bring on the referee? The Government's proposed Adjudicator for the Groceries Code, Appendix: Letter from EFRA Committee(Letter to the Chair of the Business, Innovation and Skills Committee from Miss Anne McIntosh MP, Chair of the Environment, Food and Rural Affairs Committee) (22 July 2011) (Letter from EFRA と略称)。

⁶⁴ Letter from EFRA (前掲注 63 参照), p.57.

⁶⁵ Letter from EFRA (前掲注 63 参照), pp.57-8. 大規模スーパーのアスダから述べられたこの申立人秘匿制が自然的正義の要請にそむくとの意見はまた、その制度が ECHR 第 6 条に規定する公正な裁判を受ける権利に反する旨の主張をしていた。かかる ECHR の具体的な実定法違反の主張に対しては、下院環境委員会は、前述した政府の草案理由書における小売業者にたいする手続き的保障の問題と申立人秘匿制の関係を論じた根拠づけの摘示を挙げて、ECHR の当該規定に反しないと結論付けている。Letter from EFRA, p.58¬e 179 (Draft Groceries Code Adjudicator Bill, Explanatory Notes (前掲注 51 参照),page.44 を引用)。欧州人権条約については、欧州人権裁判所 (the European Court of Human Rights) の HP より入手した (echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf)。

⁶⁶ Letter from EFRA (前掲注 63 参照), p.58 & 61.

2-3) 産業委員会（下院）における小売業者の懸念

審判官の申立て人にかかわる守秘義務にたいしては、小売業者が、下院の産業・技術革新・職業技能委員会に反対の意見を寄せた。この反対意見による匿名による苦情申し立て制にともなう弊害の指摘は、以下のようにまとめられる。

- a) 大規模スーパーにたいする嫌がらせ目的ないしそれに準ずる特徴をもつ申立てが増える。
- b) 嫌がらせ目的の苦情が増加することは審判官と小売業者の負担となり、政府の規制改革方針 (the Government's Better Regulation policy) に反する⁶⁷。
- c) 1998 年人権法(1998 Human Right Act)の定める公正な審理を受ける権利と矛盾する。
- d) 審判官の捜査対象を恣意的に広げる結果、捜査の過程において審判官の求めに応じて問題取引を特定するコストを増す⁶⁸。

産業委員会はこのような利害関係者の声明を踏まえながらも、審判官への申し立てをする者の秘匿の重要性を確認している。そのうえで、小売業者が匿名の申立人への対応に際しコスト負担が増大するおそれのあることも配慮して、法案の策定がされるべきと付言している⁶⁹。

⁶⁷ Department for Business, Innovation & Skills, Reducing the impact of regulation on business (Teams:Better Regulation Executive) (gov.uk/government/policies/reducing-the-impact-of-regulation-on-business より入手)。

⁶⁸ House of Commons, Ninth Report (前掲注 53 参照), para. 91-94. 委員会に寄せられた匿名によった申し立てにともなう問題性の指摘は、そのほかに、

- ・根拠のない苦情は適切に策定されたガイドラインによって、過剰なコスト負担を免れる程度に減じられる、との見解があり、
- ・違反行為に関する申し立てが審判官の認めところとなる見込みから、供給業者は匿名から脱すると考えられるから、根拠のない申し立ては問題とならないであろう、

とするものもあった。Ibid, para. 95, 97.

⁶⁹ House of Commons, Ninth Report (前掲注 53 参照), para.98. 政府の産業・技術革新・職業技能省は、競争委員会からの付託報告書を受けた後のパブリックコメント募集説明において、苦情申し立てを受けた綱領の執行機関が優先順位を付け案件の捜査を行うこととされたが、その場合に捜査の端緒となる情報提供者として考えていたのは、以下の関係者である。

- i) 紛争の仲裁をおこなうこととなる苦情を申し立てた供給業者（直接の供給業者）及び紛争の仲裁にかかわらない供給業者；

3) 制裁金の賦課(1)―第一義的判断機関

3-1) 政府草案（2011年5月）と産業・技術革新・職業技能省の意見表明 （2010年2月）

綱領違反の調査結果にたいして審判官に認められたエンフォースメントの手段のうち最も強力な手段は、制裁金の賦課である。制裁金制度について、政府草案にたいする「法案提出前審査」⁷⁰の段階から大きな議論があった。それは、政府草案について、閣内相が審判官による他の措置では十分でないとする場合に、その権限の発動を許可する第二次的立法措置をとる構成としていた点である⁷¹。

ただし草案理由書は、かかる閣内相の審判官にたいする許可は、「一般的に与えられ、事件ごとに与えられるものではない」とされていた⁷²。

なお、このような新たに導入される制裁金のサンクションによって行動綱領を遵守させるアプローチについては、政府草案は大規模スーパーにたいする財産権保障にかかわる憲法論上の議論にも比較的詳しい説明を加えて、人権侵害のおそれのある措置ではないことを明らかにしている⁷³。

ii) 供給業者と取引がある場合に小売業者（競争関係にある他の小売業者）；

iii) 綱領や（綱領とともに）誓約違反にかかわって他の関係者；

iv) 公有（public domain）に属する情報。

政府は、直接の供給者以外の他の関係者に苦情の申し立てを認めるべきか、パブリックコメントを求めている。BIS, Department for Business, Innovation and Skills, Taking forward the establishment of a body to monitor and enforce compliance with the groceries supply code of practice (GSCOP): A Consultation. (05 February 2010) (The National Archives の HP より入手) (BIS, Consultation と略称), para 5.3-4, Questions 20.

⁷⁰ 参照、河島太郎・イギリス議会における行政監視・外国の立法 255 号（2013.3）53 頁。

⁷¹ Draft Groceries Code Adjudicator Bill（前掲注 51 参照），p.19, § 10(1)（「閣内相の下す命令が審判官に制裁金を課す許可をする場合にのみ、審判官による制裁金の賦課は実効性をもつ。」）& p.40.Schedule 3. § 1（閣内相は審判官による他の権限では十分でないとする場合にのみ、制裁金の賦課を審判官に許可する 10 条のもとでの命令を下すことができる。」）。

⁷² Draft Groceries Code Adjudicator Bill, Explanatory Notes（前掲注 51 参照），para.39.

⁷³ 政府は制裁金制度の導入にあたり、上記注 65 の ECHR（欧州人権条約）における議定書 1 号の第 1 項に規定する所有権保護の要請にかんがみて、違反行為から生ずる損

政府の産業・技術革新・職業技能省は、上記パブリックコメントにかかわる意見表明（前掲注 69 参照）において、制裁金制度の導入趣旨とかかる趣旨に即した制裁金賦課の在り方についての考え方を、以下のようにまとめている。

- a) 2002 年スーパーマーケット行動綱領は違反行為にかかわる損害の補償を規定するが⁷⁴、かかる補償の支払いによっては違反行為の抑止と行動綱領にたいする遵守の側面については十分でないという不足を補う限りでのみ、制裁金制度は導入された。
- b) さらに、その補償の支払いレベルによったのでは、小売業者の行為からもたらされる影響に対する評価としては適切な額ではないため、制裁金はその分を補うためのものである⁷⁵。

害に即した比例原則にしたがう規制のレベルとなるための検討をする必要性を認めた。それによると、以下のような考慮のもとに本制裁金は制度化されるとする。すなわち、

- i) その発動の必要性にかかわる考慮について、上述のように閣内相の許可にかからしめ、その上限額について規定されることとし、さらに、
- ii) 綱領違反の行為の差し止めにかかわる制度設計は、供給業者の利益と間接的に消費者の利益が考慮され、その結果として制裁金制度の必要を認めるに至ったものであり、また、
- iii) 行動綱領に違反したとみなされる小売業者の優位は、(競争関係にある) 他の小売業者と異なり審判官にたいし手続き上のコストを生ぜしめているとみなされるものであり、最後に、
- iv) 根拠のない、全体的に悪意のある申立てを防止するコストとして制裁金のコストはとらえられること、をあげている。Draft Groceries Code Adjudicator Bill, Explanatory Notes (前掲注 51 参照), para.99.

このように、ii) から iv) の生じうる損失にたいする最も少ないコストでの制裁であり、最も低いレベルでの介入の頻度になるという比例原則の考慮が政府草案ではたらいっていることは、同じく比例原則の考慮を重視した競争委員会による制裁金制度の導入における検討に対応するものである。CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照), para. 11.377.

⁷⁴ スーパーマーケット行動綱領における違反行為にたいする主要な制裁措置にあつては、公正取引法 167 条 4 項を通じた供給業者のこうむる損害の補償と同様な補償の措置である。See, CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照), para. 11.369.

⁷⁵ このような大規模スーパーの綱領違反の行為からもたらされる影響は、供給業者にたいする損害の補償の枠内に止まるものでないという政府の見解は、このスーパーと供給業者間の個別取引における利害関係に止まらない市場におよぶ影響の評価を示すものとして、制裁金制度を導入する根拠として看過しえない指摘であると考え

- c) 他方、かかる制度趣旨に即して課される制裁金について、その発動は、「非常に強力かつ説得力ある証拠にもとづいてのみ課される」ことを述べていた。さらに制裁金の誤った賦課という結果を避けるため裁判所に上訴が認められるべきことを付け加えている⁷⁶。そして、
- d) 制裁金賦課と他の審判官の調査手続きにおけるエンフォースメントの手段の比較から、違反行為者である大規模スーパーの企業名を公表することによって評判を貶める措置も、供給者との不公正な態様での取引を防止するための措置として考えられるとする。この「企業名公表と恥をかかせる」措置（下記の4）を参照）は、大規模スーパーにとって、顧客を失わせる効果を有して、政府の見解によれば、「単純に制裁を課す以上にダメージをあたえることになる」とされている⁷⁷。

このように政府草案は、他のエンフォースメントや供給者にたいする損害の補償（のレベル）では違反行為の抑止と綱領遵守にとって十分でなく、違反行為にたいする規範的評価の不十分さを補うという視点が制裁金制度の根拠になっている。

以上に紹介した制裁金制度についての、2011年5月の政府草案とそれに先立つ2010年2月のパブリックコメントにかかわる意見表明にみられる政府の初期の見解は、全体として評価してみるならば、以下の二点の特徴を指摘できるであろう。

すなわち、第一点目として、綱領を遵守させる措置としての「企業名公表と恥をかかせる」手法の有効性を比較的高く評価する一方で、制裁金が財産権保障の憲法上の要請に反するものでないことを慎重に検討したうえで、他のエンフォースメントの手段によっては違反行為の排除と抑止に十分でない場合にそれが命じられるいわば最後の手段であるとされていることである。第二に、このような最後の手段としての制裁金の賦課を、閣内相の第一義的判断が下されたのちに、審判官が命じることができるというその発動にかかわる謙抑的な姿

られる。

⁷⁶ BIS, Consultation（前掲注 69 参照），para 4.2.

⁷⁷ BIS, Consultation（前掲注 69 参照），para 4.3-4.

勢が目立っていることである⁷⁸。

3-2) 下院の二委員会における意見表明（2011年6月、11月）と上院提出法案（2012年5月）

下院環境委員会において、制裁金制度にかかわる政府草案にたいする批判の重要なポイントが、制差金賦課の決定にかかわり、閣内相の第一義的判断に従属する審判官の権能に加えられた制限にたいし反対する点である⁷⁹。

かかる下院環境委員会の見解（書簡の送付）を受けた、同じく下院の産業・技術革新・職業技能委員会の意見表明においては、制裁金を最後の手段として位置づけること及び各内相に従属した発動権限のとらえ方について、「その議論は微妙にバランスをとる」ところみであるものの、審判官は当初から排除措置の決定において全面的な選択の幅をもって挑むべきだから、閣内相の第一義的判断権にかかわる草案は修正されるべきとした⁸⁰。

このような下院の二つの委員会の草案修正要求を受けた政府の応答にあつては、今一度、審判官による制裁金措置の発動権限にたいする慎重な検討をしたが、それにもかかわらず本制裁措置は、「控えめな権限（reserved power）」として以下の四点にわたる理由から閣内相の第一義的判断に服されるべきものとした。政府が従来の基本的態度に変更を加える必要を認めない

⁷⁸ この二点の指摘は、以下のように評価がされる。すなわち、一方で制裁金がエンフォースメントの手段として重い負担を違反行為者に負わせる措置であることを重視した慎重な立論である。すなわち、競争法制における複数のエンフォースメント手段のなかでの位置づけと、その執行機関が担う役割分担の適切性に配慮をめぐらしている。しかし他方で、本制度が取引当事者間の損害補てんに止まらない市場の競争が歪曲されることへの評価をも含む排除措置の一種であり、また将来の違反行為の抑止という機能だけでなく、市場の競争機能を歪曲させる結果の重大性にたいする規範的評価をくだすものであるという点についての理解は、政府の考え方からは乏しいものと考えられる。

⁷⁹ Letter from EFRA（前掲注 63 参照），p.61. 同委員会は、英国農民同盟（National Farmers Union）による政府草案批判を引用して、審判官が最初から制裁金を課す制度に改められるべきことを、競争委員会の報告において、大規模スーパーが綱領違反の認定を受けたことをもって制裁金にかかわる権限行使を認めた点にもとづいて、主張している。Ibid.

⁸⁰ House of Commons, Ninth Report（前掲注 53 参照），para.112,113.

根拠は、制裁金制度の導入自体で、すでに小売業者にたいし綱領遵守のさらなるそして即時的なインセンティブを与えることが期待されるとする点にある。この点から、審判官による制裁金賦課の決定に一定の制限を加えるべきとする考え方の詳細は、次のとおり四項目に分けられる。

- a) 新法の制定による審判官制度の創設は、行動綱領の規制のシステムに重要な働きを付け加える。任命された審判官の制定するガイドラインと、当初から指導と勧告による綱領遵守に向けた規制の枠組みは行動綱領の機能発揮に関する新たな刺激となる。
- b) 大規模スーパーの規範意識の問題として審判官制度をとまなう行動綱領に服する事態は、制度の導入以前とは異なった状況を生じさせる。綱領違反を犯す場合には制裁金を課されること以外にも、審判官の調査の過程で、大規模スーパーが回避することを欲すると考えられるような事態（勧告や「企業名公表と恥をかかせる」措置）を出来せしめる。
- c) 審判官制度における調査結果の公表システムは、小売業者による行動綱領にたいする遵守のレベルを高めることが期待できる。
- d) 綱領違反の行為が明らかになり、勧告や企業名公表の措置が実効性を欠く場合に、速やかに制裁金賦課となる審判官制度について大規模スーパーは自覚的である。明らかにすべての大規模スーパーは制裁金を課せられるリスクを回避する行動をとるであろう。

以上が、閣内相による第一義的判断に制裁金措置の発動を委ねる政府草案とそれにたいする下院委員会の批判にたいする、政府からされた応答である。この政府見解は、制裁金措置が他のエンフォースメントの手段と総体的にとらえられる場合に「最後の手段」であり、違反行為の抑止が他の手段で期待されることを根拠とするものと評することができる。

以上の経緯⁸¹から 2012 年 5 月政府提出の審判官法案は、当初の草案と同じく制裁金措置の第一義的判断権を閣内相に留保する規定を維持したものとなった⁸²。

⁸¹ Government Response 2011（前掲注 55 参照），p.8.

⁸² 上院への法案提出に際し、産業・技術革新・職業技能省の理由書は、再度、制裁金措置以外の他の排除措置（とりわけ公表制度）が違反行為の抑止に十分効果を期待

3-3) 提出法案の審議

上院における先議においては政府法案が維持されたが、下院における修正の審議は、審判官に当初から制裁金の賦課を認めるものであり⁸³、2012年11月の第二読会において、産業・技術革新・職業技能省のスヴィンセン（Jo Swinson）大臣は、エンフォースメントの決定における審判官の閣内相臣にたいする従属的な位置づけを妥当とする理由を繰り返して述べている⁸⁴。

できる旨述べた後、以下のように制裁金措置の本審判官制度に法体系上の位置づけを明らかにしたことが注目される。すなわち、その理由書は、「政府の考えるところでは、審判官の主たる影響力行使の手段（lever）は、綱領違反と認められる小売業者にたいし調査結果の情報を提出させ、それを例えばプレスリリースを通じて、小売業者に関する提示レポートやオンラインそして全国紙において公表するように要求することにある」と述べて、制裁金制度が、かかる違反情報の公表制度の補完する排除措置であることを摘示している Government's policy 2012（前掲注 57 参照），para.5.1. 法案理由書は、閣内相が制裁金措置の発動を決定する場合には、審判官、小売業者、OFT 及び競争委員会、供給者及び消費者団体と協議をすることを明らかにしているが、このような慎重な姿勢は、本制裁措置を上述のように「控えめな権限」に基礎づけられたものとして位置づける政府見解に即したものである。Ibid, para.5.2.

⁸³ 閣内相が第一義的な制裁金賦課の決定権限をもつ法案の問題性は、下院第二読会（second reading）において集中的に審議された。 See, Antony Seely, Groceries Code Adjudicator Bill [HL]: Committee Stage Report, Bill 62 of 2012-13, Research Paper 13/05 (10.01.2013) (House of Commons Library) (gov.uk の HP より入手) p.10 (Seely, Committee Stage Report と略称)。

⁸⁴ 下院第二読会の審議における大臣と議員による、制裁金発動にかかわる抑制的な発言は、以下のようにまとめられる。この発言内容は、議会スタッフによる報告書に依拠した。Seely, Committee Stage Report（前掲注 83 参照）p.6

- i) として、審判官の行動綱領のエンフォースメントの手段としては、「企業名公表と恥をかかせる」措置の制裁効果は「強力であること」という従来からの理由づけである。
- ii) は制裁金を課す排除措置に直接的にすむ結果、綱領を遵守した取引を定着させ小売業者をめぐる環境の変化を長期的に達成する努力に支障となる、ことをあげる。
- iii) として上記 ii) の自主的な綱領遵守の環境づくりという要請とかかわって、審判官機能における、GSCOP にたいする違反行為の裁断機能に比較して、仲裁機能の重視という評価（直接的に制裁金の賦課へと移行することは、不必要に敵対的環境を生み出す。審判官は綱領違反の調査をおこなうが、同時に小売業者と供給業者間の仲裁もなすことができる、とのスヴィンセン大臣の発言）、の 3 点である。

綱領遵守の環境づくりを重視する大臣の見解に賛成して、審判官制度を創設する法案の目的は、大規模スーパーを罰することにあるのではなく、供給業者と公正な取

政府答弁におけるこのような審判官による違反行為の裁断的機能と制裁の機能にたいする低い評価と、他方で制裁金以外のエンフォースメントを高く評価する姿勢は、閣内相が第一義的な制裁金賦課の決定権限をもつとする規定文言の削除を要求する議員から、強い反対を受けた。審議内容のレポートからかかる反対意見の根拠づけをまとめると以下の四点になる。

- a) 制裁金を閣内相の許可を得てはじめて発動しえるとすることは、審判官の大規模スーパーにたいする監視者 (watchdog) としての権能を著しく弱体化する⁸⁵。
- b) 行動綱領は大規模スーパーと直接的供給者間の取引関係を規律するが、農業経営者や生産者は直接的な供給業者とならない場合があり、かかる農家等におよぶ大規模スーパーの濫用的行為の影響にたいする十分な救済が期待できなくなる⁸⁶。
- c) 中立の第三者として、綱領違反の行為にたいする最も近い立場にいる審判官が、かかる直接的評価にもとづいて、制裁金の賦課も決定するべきである⁸⁷。
- d) 閣内相が審判官や利害関係者の意見を聴取して制裁金の賦課を許可し、その後に審判官が制裁金を命ずることは、処分を遅延させ煩雑である⁸⁸。

扱いをする法令遵守の環境づくりを促すことにあるとして、閣内相の許可のない制裁金制度の導入に反対する意見が、上院の第 2 読会で述べられていた (大臣のウィルコックス男爵夫人)。Seely, Research Paper 12/44 (前掲注 33 参照), pp27-28. この小売業者の自主的な法令順守の努力に期待する立場は、審判官のエンフォースメントの権限は「適切かつ比例原則に則ったものでなければならない) し、「小売業者の過剰な負担を負わせることなく、食品雑貨綱領を審判官が維持できる」ものでなければならないとする。Ibid, pp17 (ウィルコックス男爵夫人の発言)。

⁸⁵ イアン・マレー (Ian Murray、影の内閣における産業・技術革新・職業技能大臣) 議員は、政府案の謙抑的姿勢が、結果的に審判官をしてスーパーマーケットの販売戦略を重視する方向に向かわせる危険性を指摘する。Seely, Committee Stage Report (前掲注 83 参照) p.7.

⁸⁶ Seely, Committee Stage Report (前掲注 83 参照) p.7 (イアン・マレー議員の反対意見)。

⁸⁷ Seely, Committee Stage Report (前掲注 83 参照) p.7 (イアン・マレー議員の反対意見)。

⁸⁸ Seely, Committee Stage Report (前掲注 83 参照) p.8 (前述した下院委員会に所属するアドリアン・ベイリー委員長 (Adrian Bailly) の反対意見は、審判官の勧告に応諾しない大規模スーパーにたいし仲裁をおこなうことは、いたずらに時間を浪費

政府案に反対する立場から、制裁金制度を審判官のとりうるエンフォースメントの調査権限のうちで重視する根拠として、上記 a) 審判官の監視機能にかかわる指摘は、違反行為の抑止の法目的に止まらない制裁を通じた監視という法目的についての視点を看過できない根拠づけであると考えられる。同様に、制裁的な意味合いを大規模スーパーの需要力濫用行為について持たせるべきだとの法目的の解釈からする制裁金制度を重視する立論としては、b) にあげた行動綱領が規律対象とする直接の供給業者におよぼ損害に止まらない上流に位置する生産農家等の保護の視点が注目される。

このように審判官に認められた勧告、違反情報の公表そして制裁金の 3 種のエンフォースメントについて、制裁の観点と違反行為の抑止の観点を総合的にとらえる立場が注目される。すなわち、抑止機能重視の政府案にあって違反情報の公表制度に主要な位置づけをあたえ、制裁金制度について補完的機能になうものにとどまるとする立論には、立法過程において強い反対意見があったことが重要である。したがって後述のように、かかる制裁金制度の位置づけについての反対論にこたえる形で、政府案から閣内相の制裁金賦課にかかわる第一義的判断権についての規定文言が削除されたことは、制裁金賦課についての審判官に認められたエンフォースメントにおける体系的な位置づけ、さらに審判官のエンフォースメント機能についての法目的の観点からする二つの機能にかかわる評価、すなわち違反行為抑止と制裁のそれぞれの機能についての評価のあり方にも微妙な影響をおよぼすと考えられる。

このような強い反対意見を受けてスヴィンセン大臣は、第二読会終了後、上述

し審判官軽視につながるとする)。2012 年 5 月上院第 2 読会のロード卿の発言は、審判官制度の設立 3 年を経ずしては、閣内相は制裁金の賦課を認めないだろうとの予測を述べている。それによれば、供給業者の申立てにより調査を開始して違反行為の認定をしたのなら、「企業名公表と恥をかかせる」措置を 1 年の内に終えることは困難であり、かかる措置に要する合理的期間の後に他の申立てにより綱領違反にかかわる重大なコンプライアンス違反を認定するのにさらに 1 年程度を要するであろう。その後に審判官は、制裁金賦課の権限発動にかかわる必要を認めて、閣内相にその発動を勧告することとなる。閣内相の決定は 3 か月以上を要すると考えられる。さらにそれに続けて議会による閣内相の付託を受けた命令手続は 6 か月以内には終わらないだろうとする。以上から、ロード卿は法案の修正を主張した。See, Seely, Research Paper 12/44 (前掲注 33 参照), p.10.

のように制裁金賦課にかかわる閣内相の許可規定を削除する旨の声明をした⁸⁹。かかる制裁金の賦課手続にかかわる法案文言の削除による修正は、2012 年 12 月 13 日の公法案委員会 (Public Bill Committee)⁹⁰で、反対なく承認された⁹¹。

4) 制裁金の賦課(2)―「企業名公表と恥をかかせる」措置との対比

4-1) 下院委員会の法案提出前審査において、審判官が綱領違反の行為にたいし実施できる排除措置に関して、大規模スーパーにたいしては「企業名公表と恥をかかせる (naming and shaming)」措置により違反行為の抑止には十分であるとの意見表明があったが、NPO 団体等から、その措置の実際上の運営で予想される障害が問題にされ、かかる措置から期待される抑止効果は適切に発揮されないとの指摘があった。

4-2) 委員会によるこの批判的な指摘は、「企業名公表と恥をかかせる」措置のかかえる問題点を比較的詳しく明らかにしたものとして注目される。2011年 7月公表の報告書におけるこのような指摘は、以下のよう4点から整理される。

- a) サプライチェーンによるかかる問題行為についての企業名公表はこれまでもなされる機会があったが、長期にわたる不合理な取引慣行をやめさせるには十分でない。
- b) 当該企業にとってネガティブな情報を公表したのなら、それについて消費

⁸⁹ Seely, Committee Stage Report (前掲注 83 参照) p.9. BIS Press notice, Groceries Adjudicator to have new power to fine supermarkets, 4 Dec. 2012 (gov.uk/Press-Releases の HP より入手) (制裁金措置はエンフォースメントの最後の手段であるが、閣内相の許可を要しないとすることで、大規模スーパーにたいして綱領を遵守することはもはや「選択的」の事柄でないという強いメッセージを送ることができる)。本文の声明により、審判官の制裁金賦課を、「閣内相の下す命令が審判官に制裁金を課す許可をする場合にのみ」限っていたこの限定を削除し、別表 (Schedule) 3 における 1 条に規定されていた「大臣は審判官による他の権限では十分でない」と認める場合にのみ、制裁金の賦課を審判官に許可する 10 条のもとでの命令を下すことができる」の文言を削除した。See, Adjudicator Bill (前掲注 44 参照), Schedules, Schedule 3 § 1.

⁹⁰ 英国下院には一般委員会と特別委員会及び全委員会 (Committee of the Whole House) が設置されている。一般委員会に属する公法案委員会は、付託された法案ごとに設置されてその審査にあたる。河島太郎・イギリス議会における行政監視・外国の立法 255 号 (2013.3) 48 頁。

⁹¹ Seely, Standard Note (前掲注 34 参照), SN6124, p.19

者が不公正取引に抗議する意味で購入をボイコットすることで応ずるとの想定は、マーケットリサーチの結果と矛盾する。すなわち、価格、品質や購入に際しての便利さが、倫理的要請にもとづく動機に優先して消費者の購買行動における店舗選択を決定するとの結果がでている。

- c) 審判官のプレスリリースは常に主要マスメディアの取り上げるところとはならず、また取り上げられたとしても、消費者の注目するニュースの扱いになることは限られる。制裁金賦課によってこそメディアは注目する。
- d) 実効性ある制裁金賦課の手段により担保されない「企業名公表と恥をかかせる」措置では、取引慣行に変更を迫るうえで相対的に無力な立場におかれる審判官を結果的に疲弊させる⁹²。

4-3) これに対し、政府による法案の説明では、綱領違反にかかわる情報を公表させる措置によって大規模スーパーの評判を貶める企てについて、違反行為の抑止に効果的であるとの主張が繰り返された。2012年5月上院第2読会におけるウィルコックス大臣は、なぜ審判官の制裁金賦課が前記「控えめな権限」として閣内相大臣の許可のもとに位置づけられなければならないのかを説明して、「高度に競争的な市場では、小売業者は供給者に向けた容認されない行為をすることから評判のダメージをこうむるリスクを冒すものではないであろうし、それゆえに勧告と情報の公表を要求することで行動に配する実質的な影響を行使することについて充分である」と判断した点をあげている⁹³。

⁹² House of Commons, Ninth Report (前掲注 53 参照), para. 106-110.

⁹³ Seely, Research Paper 12/44 (前掲注 33 参照), p.18. 政府は競争委員会の勧告を受けて審判官制度の制度設計をおこなう初期段階においても、設置される監視とエンフォースメントをおこなう機関が有する制裁の機能については「十分に注意深く考慮し」なければならないとして、慎重な姿勢を示していた。それは、利害関係者の対立が顕著であることによる。すなわち、供給業者側の意見として、綱領違反の行為が重大性をもつことのメッセージを送る必要性を主張し、さらに違反抑止のためにも制裁を重視するのに対して、小売業者の側は制裁措置を盛り込むことで、当事者間の紛争が長期化しコスト増を招く懸念から、仲裁の措置を重視すべきとしていた。かかる対立につき、政府は「バランスをとる」アプローチによることを表明していた。それによると、行動綱領の違反にたいする「最も強力な抑止手段は、企業の評判に打撃を与えることを通じてもたらされる」という。大規模スーパーは、供給業者と公正に取引していることを顧客に信じてもらえるという評価により利益をうけるのであり、公表された行動綱領の違反によって企業の評判にダメージを受けるな

この大規模スーパーが消費者に販売する下流市場における競争のはたらきが、その購買行動を通じて違反行為の抑止に実質的な貢献をするとの推論は、政府答弁の一貫した主張である。すなわち、審判官による制裁金発動を閣内相の第一義的判断に従属させる政府草案にかかわり、下院の法案提出前審査において環境・食糧・農村地域省のキャロライン閣内相は、同様に「高度に競争的な市場においては」小売業者が供給業者にたいする容認されない行為を犯すことから自らの評判を貶めるといふようなリスクを冒すものではないと述べている⁹⁴。

- 4-4) このような「企業名公表と恥をかかせる」措置について政府が高い評価をするも、それがかかえる問題点は、いうところの「高度に競争的な市場」における消費者の購買行動についての経験的証明が必ずしも明らかにされていない不備にある。さらに、前述した下院委員会の法案提出前審査（2011年7月公表の報告書）において、利害関係者から提示された同措置の問題点の

らば、顧客の損失をこうむることになる。大規模スーパーの評判に大きく影響する違反情報の公表は、調査結果のレポートや定期レポートの公表、そして勧告によってなされる。かかる違反情報の公表によって、企業名を公衆の批判にさらし、違反企業の汚名を着せることで、違反行為の抑止に十分な効果をあげるというのが政府のいうバランス思考である。See, BIS, Government response 2010 (前掲注 38 参照), para.4.33,4.34.

⁹⁴ See, Seely, Standard Note, SN6124 (前掲注 34 参照), p.16.

ところで、綱領違反行為にたいする審判官のとりうるエンフォースメントは、a)「勧告」、b)「公衆に公表される情報提供の要求」、そしてc)「制裁金の賦課」である。かかる調査手続きにおける三手段の評価について、上院への法案提出に際し、産業・技術革新・職業技能省の理由書が「審判官の主たる影響力行使の手段」は b) の違反情報の公表であるとして、制裁金制度をかかえる公表制度の補完措置と位置付けたことは前述した。前掲 I. 2. 3), 3-2) 及び注 82 参照。

そして政府草案と同法案は、かかる位置づけにおいて b) の要求措置によりもたらされる「企業名公表と恥をかかせる」事態が違反行為の抑止に実効性が高いと評価し、結果的に違反行為抑止の法目的において（制裁の法目的についても）十分な成果をもたらすと考えたことも前述した。これに対し、違反情報の公表措置にたいしての相対的な位置づけとして、制裁金制度を評価する立場は、政府案に反対して閣内相の審判官への許可権限にかかわる条項の削除を求めている。前掲 I. 2. 3), 3-3) 及び注 85-88 参照。

この反対説は、実効的な審判官のエンフォースメント体制の確立のためには、b) の情報要求措置から予想される成果を過信することは許されないとして、かかる予想される成果についての問題点を摘示する。

指摘のうち、iii) のマスメディアの対応問題についても政府答弁は言及がない。

4-5) 以上のように、政府草案と同法案における「公衆に公表される情報提供の要求」措置を重視する立場の根拠になっている「企業名公表と恥をかかせる」事態について期待される成果は、理論的な不確実さと経験的な実証の不足の双方の問題をかかえる。したがって、かかる立法過程で明らかになった問題は2013年の綱領審判官法と同ガイドラインの解釈にも以下のような影響をあたえるであろう。すなわち、「制裁金賦課」の措置にたいして、他の「勧告」と「公衆に公表される情報提供の要求」の措置を優先的に考慮されるべきエンフォースメントであるとしている⁹⁵ことについても、立法過程であきらかになった「企業名公表と恥をかかせる」事態からもたらされる成果には限界がある問題を踏まえ、エンフォースメントの選択がされるべきことになろう。

II. 行動綱領と審判官制の概要

1. 他の事業分野における行動綱領／審判官制度

(1) カールトン／グラナダ合併事件（ITV 審判官制）

1-1) テレビ局の合併にともない、広告放送における広告主等にたいする競争制限的な契約が問題になり、行動綱領／審判官の制度が創設された例がある。2003年のテレビ放送事業者の企業結合案件であるカールトン（Carlton Communication plc）とグラナダ（Granada plc）合併事件において、貿易産業省閣内大臣（Secretary of State for Trade and Industry）は競争委員会に合併調査の付託をし、その報告にもとづき、以下の条件付き合併承認の措置をとった⁹⁶。

⁹⁵ Guidance（前掲注 49 参照），§ 48（審判官は綱領の遵守を確保するために、エンフォースメントの行為を徐々に強める）。

⁹⁶ Competition Commission, Carlton Communications Plc/Granada Plc: A report on the proposed merger. (The National Archives, Investigations, Inquiry reports, 2003 より入手)。2003 年 3 月 11 日貿易産業大臣は本合併計画について、公正取引

すなわち、OFT は 1973 年公正取引法 88 条 2 項にしたがい、両当事会社にたいし公共の利益を害する効果を排除ないし防止する目的にもとづき、「誓約 (Undertakings)」を同条 1 項により提出するよう協議をした。この協議にたいし両当事会社は、広告放映時間の売買に関する「更新契約権 (the contracts Rights Renewal, CRR という)」にかかわる措置及び ITV 審判官制からなる新たな規制の枠組みを設ける誓約をした。新会社 ITV の巨大な市場力にかんがみ、既存広告主と広告代理店を不公正ないし差別的慣行から保護する目的からかかる審判官制度がもうけられた⁹⁷。

ステファネリとマースデン論文の整理によれば⁹⁸、CRR が当事会社に課す義務は以下の 3 条件にまとめられる。

- a) 新合併会社 (ITV) との CRR の権利にもとづく契約は、広告主と広告代理店の支出額における ITV のシェアが増加しない義務を負う、かつ広告主と代理店の受けるディスカウント額では、減額のないこと⁹⁹。
- b) 現行の広告主に課せられる料金は ITV の視聴者が減少する場合には、減額される¹⁰⁰。
- c) 合併後の CRR の権利にもとづく契約について、公正な競争関係にもとづいたものとするため、契約内容の審査を目的とする審判官の制度を導入する¹⁰¹。

1-2) ITV 社にかかわる CRR 審判官は、契約状況の監視を任務とするけれども、その調査についてまったく任意に行うものではなくて、競争制限等の被疑違

法 64 条 8 項の競争委員会の調査を要する合併であることをみとめ、競争委員会に付託した。Ibid, 1 Summary, para.1.2, & Appendix 1.1, para1.

⁹⁷ Proposed agreed merger of Carlton Communications Plc and Granada Plc Undertakings given by Carlton Communications Plc and Granada Plc to the Secretary of State for Trade and Industry pursuant to section 88(2) of the Fair Trading Act 1973 The Office of the Adjudicator (CRR), (Adjudicating on disputes between ITV plc and advertiser/media buyer の HP より入手) (UNDERTAKINGS と略称)。

⁹⁸ Justine Stefanelli & Philip Marsden, Models of Enforcement in Europe for Relations in the Food Supply Chain (19 April 2012) (www.biicl.org/files/5939_biicl_b2b_report_final.pdf) (Stefanelli & Marsden, Models と略称) p.23.

⁹⁹ UNDERTAKINGS (前掲注 97 参照), para, 8,10.

¹⁰⁰ UNDERTAKINGS (前掲注 97 参照), para. 9.

¹⁰¹ UNDERTAKINGS (前掲注 97 参照), para. 12-18.

反行為について競争当局に告知をすることを求められる。ステファネリとマースデンの当該事業分野に関する状況調査によれば、その部門は想定のおうで範囲が限定されることから、広告業界において審判官にたいしなされる申立ては、問題の初期段階で潜在的な紛争の可能性に対処するものとして、指針にかかわる調査を行うものになるという。かかる広告業界の申立てにかかわる審判官となされる対話は、CRR の契約条項にかかわる適用可能性や Ofcom によって設定される技術的問題が主なものであった¹⁰²。

審判官の監視活動は、ITV と広告主の契約当事者間の契約書コピーを含む情報入手や、かかる当事者間の交渉に影響を与える諸問題について ITV の上級役員と恒常的な協議をし、また審判官にしたがう補佐官が、下級担当者と ITV の提供情報について理解を深める活動をおこなっていることがあげられる¹⁰³。

CRR 審判官制度の最も重要な側面は、紛争解決の迅速性にある。苦情の告知受付から 2 勤労日以内に、審判官は行動を起こすか否かの決定を求められる。審判官が行動の決定をした場合には、審判官による苦情の受付の 5 勤労日以内に、苦情に回答することを ITV は求められる。苦情の告知日以後 15 日以内に審判官は決定を下すが、当事者が期日延長の合意ある場合この限りではない。その決定は、ITV による契約条項が公正かつ合理的であるかについて通常「是」か「否」で答えるものとされている¹⁰⁴。

審判官の決定が広告主や商業放送時間を広告主のために買うバイヤー (Media buyer) の不利な内容であるときは、Ofcom に上訴できる¹⁰⁵。また

¹⁰² Stefanelli & Marsden, Models (前掲注 96 参照), p.24. Ofcom, Technical background guide to advertisers and buyers' rights under the CRR remedy. (Ofcom の HP より入手)。

¹⁰³ Stefanelli & Marsden, Models (前掲注 96 参照), p.24.

¹⁰⁴ "Process for resolution of disputes by the Adjudicator", Step4-7.Office of the Adjudicator(CRR), (Adjudicating on disputes between ITV plc and advertiser /media buyer の HP より入手) (Process for resolution と略称)。

¹⁰⁵ 2003 年通信法は、情報通信行政を所管する上記の Ofcom の機能・規制権限にかわり、その 6 条 2 項(a)において民間の自主規制を促進させる規制に関する規定を置く。実効的な自主規制を促進するため、Ofcom は情報通信に関連する多様な領域において、民間の自主的な取組を活用した柔軟な規制手段を発展させる要請にしたがい、現在までに徐々に自らの法的な規制にかかわる関与を展開させている。このよ

通常裁判所に契約上の紛争処理を委ねる方途も閉ざされていない¹⁰⁶。

- 1-3) 通報者の秘匿問題は、CRR の救済問題でも議論になった。広告主や上記バイヤーはかかる救済の申立てに及んだことから ITV による報復の措置をこうむるおそれがある。審判においては、紛争解決の手続きにおいて勝訴したにより広告主や上記バイヤーに不利な取扱いをすることは前記誓約に反するとされるが、ITV は常に苦情を申し立てる者にたいし関心を払っている。対面で交渉を繰り返す当事者にとっては、CRR による救済における取扱いでは、報復的措置にかかわる問題の解決にならないことが指摘されている¹⁰⁷。
- 1-4) 競争委員会は2010年報告書において2003年以来の市場状況の変化にもかかわらず、CRR の誓約措置を基本的に維持する決定をした¹⁰⁸。

(2) 英国石油・天然ガスの事業分野におけるサプライチェーン行動綱領

「英国石油・天然ガス (Oil & Gas UK)」は英国の海底油田とガス産業を指導する代表的な組織として加盟者情報と綱領の管理運営をおこなう¹⁰⁹。

その進歩的な協調事業とされる 2002 年の活動が注目される。すなわち、PILOT といわれるこの産業と政府作業グループからなるタスクフォース¹¹⁰が

うな自主規制と法的規制の両方により構成される規制の枠組みであり、公的機関と業界団体が、特定の問題に対する解決策を共同で管理している「共同規制」については参照、生貝直人「EU 視聴覚メディアサービス指令の英国における共同規制を通じた国内法化」情報ネットワーク・ローレビュー (情報ネットワーク学会) 第 10 巻 (2011), 8 頁以下。

¹⁰⁶ Process for resolution (前掲注 105 参照), Step, 8a).

¹⁰⁷ Stefanelli & Marsden, Models (前掲注 96 参照), p.24

¹⁰⁸ Competition Commission, Review of ITV's contracts rights renewal undertakings: final report (12 May 2010). para.26. The National Archives, Investigations, Review of undertakings and order, より入手。

¹⁰⁹ SUPPLY CHAIN, CODE OF PRACTICE, Streamlining processes and increasing value for the oil and gas industry (oil and gas industry, CODE と略称), (Oil & Gas UK の HP における Codes of Practice (CoP) のページから入手)。その構成員は採掘と製造について政府からの認可を得た会社からなり、当該産業のサプライチェーンを組織している。

¹¹⁰ PILOT は Oil & Gas UK と当該産業 (大陸棚運用者、契約者、供給者、取引組合と中小企業) 及び政府の間におけるユニークな組合である。oil and gas industry, CODE (前掲注 110 参照), p.2.

立ち上げられ、多様なエネルギー問題に対処する作業を開始した。その一環として制定されたのがサプライチェーン行動綱領（the Supply Chain Code of Practice）である。綱領の加盟者はイギリス大陸棚運業者と主要契約者、そして製品やサービスの供給業者である。本行動綱領は高いレベルのビジネス倫理、健康、安全と環境保護にかかわり、公正な契約上の原則を具体化する標準的モデル契約を規定し、送り状から 30 日以内の支払い条項や企業の社会的責任の定めを含んでいる¹¹¹。

2008 年 PILOT は「ギアチェンジ戦略」と称して綱領の遵守レベル引き上げる表彰制度を導入した。上記の Oil & Gas UK と PILOT は、事業取引の 3 段階（計画、契約、履行と支払）について、加盟者の 3 段階評価（銅、銀、金の各賞ランク）をおこない、指導的な供給者管理サービスの事業者である FPAL のサイトで公表し、また PILOT は毎年綱領遵守に関するレポートを公表している¹¹²。

2112 年に Excellence に追加の表彰グレードがもうけられた¹¹³。

（３）英国広告業基準

3-1) 英国における広告事業にかかわり、広告基準局（the Advertising Standards Authority, ASA という）は、広告主、代理店とメディア媒体が広告業における高い基準を維持した行動をするとした合意にもとづいて、自主規制のシステムを運営するとされている。かかる理念にもとづいて二種の行動綱領が二つの産業団体組織により作成され維持、改定されている。一つは「広告慣行委員会（the Committee of Advertising Practice, CAP という）」が綱領の作成、改定に責任をもつ「放送外広告、販売促進及びダイレクトマーケティング綱領（UK Code of Non-broadcast Advertising, Sales Promotion and Direct Marketing）」である¹¹⁴。

¹¹¹ Oil and gas industry, CODE（前掲注 110 参照），p.3

¹¹² Oil and gas industry, CODE（前掲注 110 参照），p.3. Stefanelli & Marsden, Models（前掲注 96 参照），p.25.

¹¹³ Oil and gas industry, CODE（前掲注 110 参照），p.6.

¹¹⁴ UK Code of Non-broadcast Advertising, Sales Promotion and Direct Marketing

いま一つは、「広告慣行放送委員会（the Broadcast Committee of Advertising Practice, BCAP）」により作成、改定される「放送広告綱領（The UK Code of Broadcast Advertising）」である¹¹⁵。

かかる二種の綱領の執行とのための苦情の調査は、ASA が独立した立場でおこなう。かかる執行システムは ASA によれば、構成員にたいするボランティアと評されるような義務づけではなく、制裁のエンフォースメントをもつ厳格なものとされている¹¹⁶。

3-2) 制裁手段—警告

綱領を遵守しない広告主に課せられる制裁としては、まず、広告媒体に問題ある広告主の広告を採用する前に、アドバイsteamに綱領違反の可能性を協議するよう求める警告措置がある。

3-3) 法的援護と OFT の規制

次に継続的に広告主と放送媒体が綱領違反を続けて、ASA と協調しない場合取引基準局（Trading Standards Services, TSS という）¹¹⁷や Ofcom のよ

(CAP Code), Ed.12 (2010). cap.org.uk のサイトより入手。

¹¹⁵ The UK Code of Broadcast Advertising, Ed. 1 (2010). (cap.org.uk のサイトより入手)。

¹¹⁶ 本文説明は CAP の HP (<Our Role) にもとづく (www.cap.org.uk/About-CAP/Our-role.aspx)。

ASA は、その承認する綱領のルールを公表して、広告主から、問題となる要求を取引先に行っていない旨を書面で保証させている。その保証の回答がない場合には、満足のいく保証の得られるまで交渉し、その得られない稀な例で制裁措置の検討がされる場合がある。

CAP の HP (<Post investigation compliance) より、(www.cap.org.uk/About-CAP/Compliance/Post-investigation-compliance.aspx)

¹¹⁷ 消費者保護関連法（食品表示、食品安全、タバコやアルコールの販売に関する法律を含む。）の執行を行う地方レベルの組織で、各自治体が設置している。法執行のほか、消費者に対する物品及びサービスに関する情報提供、消費者関連政策の協議、消費者啓発活動等を実施している。政府政策と自治体政策の双方を実行する義務を持つ。2002 年企業法により、OFT が TSS の監督権を持ち連携体制を構築するとともに、TSS による公正な取引に関する活動を査定する。消費者庁「海外主要国における消費者政策体制等に係る総合的調査報告書」（平成 22 年 3 月）。OFT の HP (<

うな他の機関にさらなる措置をとるよう事件を付託することができると思われる。

Ofcom はその場合、制裁金の賦課や放送免許の取り消しが可能であり、このことは、ASA が放送広告について、綱領の遵守を確かなものとすることを放送事業者や広告主の信頼性に期待していることを示す¹¹⁸。

さらに広告主が誤認誘導や不公正な広告を継続している場合には、ASA は誤認誘導の販促手段を規制することができる OFT にたいし、事件を送ることになる。かかる規制は、事業者が他の広告をおこなうか、さらに誤認誘導と一定の比較広告の双方についてその行使を禁ずる法律の規制によることになる¹¹⁹。

3-4) 委員会構成員にたいする介入

前記各委員会の構成員が綱領規定を遵守しない場合に、委員会が介入することを ASA は求めることができる。通常、非公式介入で将来的遵守に十分であるが、もしそれに成功しないのなら構成員特権の排除や構成員資格の承認の取り消しが可能である¹²⁰。

3-5) 事前審査

上記の放送外広告、販売促進及びダイレクトマーケティング綱領に違反した広告主にたいしては、損害と違反又は社会的責任を根拠に事前審査を

The OFT and TSS) より。

¹¹⁸ Stefanelli & Marsden, Models (前掲注 96 参照), p.26.

¹¹⁹ 「2008 年誤解を招くマーケティングからのビジネスの保護に関する規制」(the Business Protection from Misleading Marketing Regulations 2008 No.1276)。OFT の HP (<Business Protection from Misleading Marketing Regulations 2008) より入手。本規制は欧州共同体法 (the European Communities Act 1972b) 2 条 2 項の授權規定に基づき、共同体指令 (Directive 2006/114/EC) を遂行するため議会により 2008 年に制定された。OFT, Quick guide to the Business Protection from Misleading Marketing Regulations 2008. OFT の上記 HP より入手。See, Stefanelli & Marsden, Models (前掲注 96 参照), p.26.

¹²⁰ Stefanelli & Marsden, Models (前掲注 96 参照), p.27.

ASA はおこなうことができるとされている¹²¹。

3-6) オンライン上での制裁措置

CAP はインターネット検索サイトから、綱領を遵守しないバイヤーの有料検索広告について、そのバイヤーのページへとリンクされている広告を削除するよう求めることができる。同じく綱領を遵守しないバイヤーについて ASA のウェブサイトで公表し、また必要ならばその遵守しない旨の告知を検索サイトに掲載することができる¹²²。

(4) 行動綱領／審判官制度について他部門の規制状況

行動綱領や審判官制度にかかわり、本稿であつかう食品雑貨小売業以外では、当該部門のかかえる問題状況に応じてそれらの介入の程度は様々である。各部門はその固有の必要に適合するように異なった対応とアプローチをとる。例えば、当該部門全体に及ぶボランティアな行動綱領の展開をはかる大陸棚石油・ガス産業のような例から、より規模の小さく焦点を絞った解決を目指す ITV 審判官制の規制もある。このような介入における強制の程度の強度は、産業全体の広範囲に及ぶ当事者については、関連する行為者の契約の自由や取引当事者を選択する自由に干渉することなくしては拘束力の強い規制はなしえないため、ボランティアな綱領を定めることになるとの説明がされている¹²³。

しかし食品雑貨の小売業界における、強力なエンフォースメント権限をもつ審判官制を欠く 2002 年スーパーマーケット綱領の経験からは、それを遵守しない小売業者が存在することは、小売業者／供給業者間の取引にかかわっての適切な保護とその関係改善に資するところはないと評せられる結論になる。

他方で、法的な拘束力を課すことが困難な場合には、標準をクリアーした製品や事業者がその認証制度において公衆の認知をうけたものとして表彰されることは、各産業を横断する全体システムにたいしても可能であるといわ

¹²¹ CAP の HP (<About us <Repeat offenders) より (前掲注 117 参照)。

¹²² OFT の HP (<Sanctions) (前掲注 117 参照) より。

¹²³ See, Stefanelli & Marsden, Models (前掲注 96 参照), p.28.

れている¹²⁴。

2. 2009 年食品雑貨サプライ行動綱領（GSCOP）

以下に GSCOP¹²⁵の主な内容を紹介する。引用の該当箇所は本文に括弧書きで摘示する。なお GSCOP の 1 条は定義規定であるが、本稿では省略する。

（１）規制対象—指定小売業者

GSCOP の適用を受ける大規模スーパーは、「指定小売業者（Designated Retailers）」として市場調査令において英国内で 10 億ポンド以上の売り上げをあげる小売業者とされている¹²⁶。

（２）「公正かつ適法な取引」の理念的原則

市場調査令に規定された GSCOP は、その第 2 部に公正取引の総則的規定をおく。競争委員会は 2008 年報告書で、スーパーマーケット綱領には、行動綱領の総則的規定を欠くことから¹²⁷、競争委員会は、指定小売業者の綱領違反が問題になる紛争について、その実効的な解決に資する一般的規準を仲裁人（2013 年審判官法では、審判官）に示すため、また他の GSCOP の個々の規定における解釈指針ともするため、「公正かつ適法な取引」にかかわる理念的原則

¹²⁴ Stefanelli & Marsden, Models (前掲注 96 参照), p.28 (英国における製品サービスの品質認証マークとして、英国基準協会 (The British Standards Institution) による安全性にかかわる Kitemark の例を挙げる)。

¹²⁵ CC Order 2009 (前掲注 2 参照), p11, Schedule 1, The Groceries Supply Code of Practice.

¹²⁶ 指定小売業者の具体的企業名は、GSCOP の別表 2 に規定されている以下の 10 社である。アスダ (Asda Ltd)、生協グループ (Co-Operative Group Ltd)、マークアンドスペンサー (Mark & Spencer plc)、モリソン (Wm Morrison Supermarkets plc)、セインズバリー (J Sainsbury plc)、テスコ (Tesco plc)、ウエイトローズ (Waitrose Ltd)、アルディ (Aldi Ltd)、アイスランドフード (Iceland Foods Ltd)、リドル (Lidl UK GmbH)。CC Order 2009 (前掲注 2 参照), GSCOP, PART 2, Code of Practice 4; Schedule 2: Guidance (前掲注 49 参照), § 3.

¹²⁷ 2001 年スーパーマーケット綱領には、その第 8 部の一般規定において、「供給業者との誠実な交渉」をする義務にかかわって、紛争解決の努力義務を簡単に規定するほか、スーパーマーケットが「この綱領のもとで誠実に行動する」旨の誓約書を提出することを義務付けていた。OFT, Report on the review (前掲注 8 参照), Annexes, Schedule 2 Part 8 (p.43).

に基づく先例的な試み¹²⁸に倣って、GSCOP に総則的規定をとり入れることとした。かかる理念的原則とは、以下のような「公正取引の原則」とされた規定である。

§ 2. 小売業者は常に供給業者と公正かつ適法に取引しなければならない。公正かつ適法な取引は、供給業者との取引関係において誠実に (in good faith)、公式あるいは非公式の合意を問わず、強迫のない、取引におけるリスクとコストについて供給業者の確実性の要請を認識し、とりわけ製造、配送及び支払問題について行動することを供給業者に求めるものと解される。(GSCOP, Schedule 1, part 2-Fair Dealing: Guidance, 4.a)

(3) 契約条件の遡及的、一方的変更

GSCOP の第 3 部は、「供給の合意にかかわる変更と供給条件」が規定されている。後記のように、2008 年市場調査報告において、競争委員会は、供給にかかわる従前の合意を小売業者の有利となるように遡及的に変更することは、供給業者に「ほとんど常に一層の不確実性を付け加える」というリスク予測にもとづく評価をした。これは、ビジネス契約に通常ともなう不確実性の許容範囲をこえて、当該合意とその相手方にかかわって個別契約の遂行に不安を抱かせる負の影響を評価したものである¹²⁹。

またスーパーマーケット綱領の運用経験から問題になった合理的な告知ある

¹²⁸ 競争委員会は、「消費者に対する商業上の不公正行為に関する EU 指令」をあげている。Unfair Commercial Practices Directive (Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC). 消費者に対する商業上の不公正行為、特に広告やマーケティング制に関する EU 共通の基盤を設けることを目的としている。EUR-Lex Home > ID celex から入手。

さらに、誤認誘導や不公正な広告を禁じて広告業における高い基準を維持した行動を求める広告慣行委員会の綱領 (The Committee of Advertising Practice Code) があげられている。「広告慣行委員会 (the Committee of Advertising Practice, CAP)」による二種の行動綱領については、前述Ⅱ. 1.3), 3-1) を参照。同じく摘示された「2008 年誤解を招くマーケティングからのビジネスの保護に関する規制」については前掲注 119 参照。CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照), para. 11.313, 11.314

¹²⁹ 後掲Ⅳ. 2.3), 3-2) 参照。

場合の値下げを認める包括的な文言が削除され、例外規定を明示した特徴がある。

GSCOP の第 3 部第 3 条は、以下のように規定する。

- § 3(1) 3 条 2 項の例外を除いて、小売業者は供給の合意を遡及的に変更してはならず、また供給の合意を遡及的に変更するように供給業者に要請ないし要求してはならない。
- (2) 小売業者は、関連する供給の合意が明確かつ曖昧でなく以下の事項を決定する場合に、遡及的効果をもつ供給条件についての清算をなすことができる：
- (a) かかる清算がなされることを許す状況に特定の変化がある（小売業者の支配の及ばないような事情）；及び、
- (b) 供給条件にたいし清算をおこなう算定ベースとして用いられる詳細なルール。
- (3) もし小売業者が供給の合意を一方的に変更する権利をもつのなら、かかる変更の合理的な告知を供給業者におこなわなければならない。

(GSCOP, Schedule 1, part 3, § 3; Guidance, 4.b)

第 3 部は 4 条に、「サプライチェーン手続の変更」として、契約条項の遡及的変更にかかわり、合理性の要求とかかる合理性の要件に適合しない変更の場合における賠償の義務を規定する。(GSCOP, Schedule 1, part 3, § 4; Guidance, 4.b)

- § 4. 小売業者は、以下のいずれかの事柄を行わなければ、供給の合意期間において、サプライチェーンの手続についてそのいかなる側面も実質的に変更することを供給業者に直接ないし間接に要求してはならない：
- (a) 当該供給業者に書面でその合理的な変更を告知する；又は、
- (b) 合理的な告知を提供しない直接的な結果としてこうむった費用について、その純負担額を当該供給業者に賠償する。

GSCOP の第 4 部は、「価格と支払」を規定するが、5 条の「支払い遅延」では、小売業者の明細書と供給業者送り状の交換のされることにより、小売業者の支払いが遅延する結果の防止と遅延にかかわる責任を明確化することを目指している。(GSCOP, Schedule 1, part 4, § 5; Guidance, 4.c) なお 2000 年競争委員会スーパーマーケット報告書は、後述のように明細書通り引渡しが行われてい

るのに、送り状から 30 日以上におよぶ支払遅延行為は供給業者の市場における競争の歪曲にかかわる違法の効果を生ずるとした¹³⁰。

§ 5. 小売業者は適切な供給合意にしたがい、かついずれの場合も供給業者の送り状における日付の後合理的な期間内に、当該小売業者の明細書 (specification) にしたがって配送された食品雑貨について供給業者に支払いをしなければならない。

第 6 条は小売業者と供給業者間の取引において、供給業者は小売業者の「販売促進費用に貢献する義務のないこと」について具体例をあげて規定する¹³¹。(GSCOP, Schedule 1, part 3, § 6; Guidance, 4.d)

§ 6. 小売業者と供給業者の間の関連する供給の合意に規定されているのであれば、小売業者は直接に又は間接に供給業者にたいして、以下の小売業者の費用についての支払いをなすよう求めてはならない：

- (a) 買い手が新しい又は将来の供給業者を訪問すること；
- (b) 装飾ないし包装デザイン；
- (c) 消費者リサーチないしマーケットリサーチ；
- (d) 開店ないし店舗の改装；又は、
- (e) 小売業者のスタッフにたいする饗応。

第 4 部 7 条と 8 条は、「万引きにたいする支払」と「商品損耗にかかわる支払い」である。(GSCOP, Schedule 1, part 3, § 7, 8; Guidance, 4.e, f)

§ 7. 供給の合意は、万引きについての補償として供給業者が小売業者に対する支払いをなすという条項を含んではならない。

§ 8. 小売業者の店舗で生じる当該供給者の食品雑貨にかかわる損耗のいかなるものについても、以下の場合を除いては、それに充てられる支払いを供給業者に要求してはならない：

- (a) その損耗が供給業者の過失又は怠慢に起因し、かつ関連する供給の合

¹³⁰ 後掲 IV. 1. 2), (e), 2-19) 参照。

¹³¹ 2000 年競争委員会スーパーマーケット報告書は、これらの負担の要求にかかわる反競争的效果とその競争法上の評価について、ア) 供給者の競争機能に悪影響をおよぼす、イ) 供給者間の競争を歪曲する、としている。CC, Supermarkets (前掲注 218 参照), 2000, para. 2.523 (c). 後掲 IV. 1. 2), (g), 2-22) 参照。

意が明示的かつ曖昧でなく供給業者の側に過失又は怠慢があることを規定する：又は、

(b) その支払いの基礎が供給の合意に規定されている。

9 条は「供給業者となるための条件にかかわっての支払いの事情」と題して、品揃えに加えることについての協賛金の支払いを規定するが、その a 項と b 項で、許容される場合の例外について規定されたことが注目される。(GSCOP, Schedule 1, part3, § 9; Guidance, 4. g)

§ 9. 小売業者は供給業者の食品雑貨を在庫ないし品揃えに加える条件として、以下の場合を除いては、いかなる支払いであってもそれをなすことを当該供給業者に直接にまたは間接に要求してはならない：

(a) 販売促進に関してなされる場合；又は、

(b) 先行する 365 日間において店舗の 25% かそれ以上において、在庫、展示あるいは品揃えとなっていない食品雑貨に関してなされ、かつその食品雑貨の新製品にかかわる在庫、展示あるいは品揃えにおける当該小売業者の被るリスクについて、当該小売業者のなす合理的な評価を反映してなされる場合。

第 10 条は指定小売業者の「売り上げ予測の誤りにかかわる補償」を規定する。(GSCOP, Schedule 1, part3, § 10; Guidance, 4. h)

§ 10(1) 小売業者は、以下の場合を除いて、食品雑貨に関連して当該小売業者に原因がある売り上げ予測の誤りの結果として供給業者に生じたいかなる費用も、当該供給業者に完全に補償しなければならない：

(a) 当該小売業者が信義則に従い、かつしかるべき注意を払ってかかる予測をおこない、かつ供給業者とその後に協議をする場合；又は

(b) 供給の合意が、完全な補償が適切ではないことの明白かつあいまいでない条項を含む場合。

(2) 小売業者は予測を立てる根拠を供給業者に確実に伝えなければならない。

(4) 第三者の財、役務購入にかかわる強制的な支払いの禁止

§ 11(1) 小売業者は、第三者からなんらかの支払いをえる場合には、供給業者が当該第三者から財、役務又は財産をえることを直接又は間接に要求してはならない。財、役務又は財産について供給業者の代替的な供給先が、以下の場合にはこの限りでない。(GSCOP, Schedule 1, part4, § 11; Guidance, 4.c)

(a) かかる財、役務又は財産の供給にかかわり、小売業者によってその供給業者について決定された合理性ある客観的な品質基準に(その代替的な供給先が)適合するものでない場合。

(b) 同一の品質及び数量の財、役務又は財産の供給にかかわって、小売業者によって推薦される第三者よりも高い価格を設定する場合。

(GSCOP, Schedule 1, part4, § 11(a) (b); Guidance, 4.c)

運送業者、包装会社、装丁会社などから財や役務を購入する供給業者に、指定会社を利用するよう要求する行為については、2000 年競争委員会スーパーマーケット報告書が、供給業者に効率的な第三者からの提供を受けることを妨げ、食品雑貨産業にかかわる第三者間の競争を直接に制限することを禁止理由にしていた¹³²。GSCOP は、指定会社のあつせん料等の何らの名目によらず、支払いを受ける場合に違法とする限定を設けた点が特徴になる。

(5) 販売促進

§ 12 「販売促進に関連しない財のより良い配置のための支払い禁止」

(GSCOP, Schedule 1, part5, § 12; Guidance, 4.j)

小売業者は、その支払いが販売促進に関連しないならば、棚スペースの割り当てについてより良い位置やスペース増を確保するために、いかなる支払いも要求してはならない。

§ 13 「販売促進」(GSCOP, Schedule 1, part5, § 13; Guidance, 4.k)

(1) 小売業者は、直接又は間接に供給業者に販売促進の費用を捻出することを

¹³² See, CC, Supermarkets, 2000, para.2.533 (c).

求めてはならない。

- (2) 小売業者が供給業者の食品雑貨品にかかわる販売促進の支援のために供給業者からの支払いを直接又は間接に要求する場合には、小売業者は書面で当該供給業者に合理的な告知をした後においてのみ、当該販売促進がおこなわれなければならない。疑わしさを回避するために、小売業者は当該販売促進が供給の合意について遡及的な変更をとまなう場合には、販売促進に加わることを要求ないし要請してはならない。

§ 14 「販売促進の発注のためとられるしかるべき注意」

(GSCOP, Schedule 1, part 5, § 14; Guidance, 4.1)

- (1) 小売業者は供給業者から売り上げ促進のための卸価格で食品雑貨を発注する場合には、過剰な発注となることのないよう確認するしかるべき注意を払わなければならない。また、当該小売業者がかかる注意を払わなかった場合で、ひきつづいて販売促進でない高い価格ではない小売価格で販売するときは、過剰発注について食品雑貨の当該供給業者に補償しなければならない。
- (2) 前項に関連して支払われる補償は、小売業者の支払いによる販売促進の価格と供給業者の卸販売価格の間の差額である。
- (3) 小売業者は販売促進にかかわる発注量が算定される根拠について、透明となるよう努めなければならない。

(6) そのほかの義務

第 6 部「そのほかの義務」(GSCOP, Schedule 1, part 4, § 15; Guidance, 4.m)

- § 15(1) 本条 3 項においては、いかなる消費者の苦情も、小売価格の補償により又は関連する食品雑貨商品の交換により小売業者の店舗において解決されることのできる場合には、小売業者は直接又は間接に供給業者にたいし、かかる苦情を解決するためにいかなる支払いも求めてはならない。以下の場合には、この限りでない。
- (a) 支払いが当該小売業者に課された食品雑貨製品の価格を越えない場合で、かつ、
- (b) 当該小売業者が、消費者の苦情が正当であること及び過失や懈怠に

起因すること及び当該供給業者との供給の合意に反するという合理的な根拠のあることを確信している場合。

- (2) 本条3項においては、いかなる消費者の苦情も、小売価格の補償により又は関連する食品雑貨品の交換によって小売業者の店舗において解決されることのできる場合には、小売業者は直接又は間接に供給業者にたいし、かかる苦情を解決するためにいかなる支払いも求めてはならない。以下の場合には、この限りでない。

- (a) その支払いが当該苦情から生じる小売業者の費用と合理的に関係しており；
- (b) 当該小売業者が、消費者の苦情が正当であること及び当該供給業者の側における過失や懈怠にもとづくことを証明し；
- (c) 苦情についての詳細な報告書が当該供給業者にたいして当該小売業者からおくられ；かつ
- (d) 小売業者は供給業者に、消費者の苦情が正当であること及び当該供給業者の過失や懈怠に起因すること及び供給の合意に反するという事実の適切な証拠を提供した場合。

- (3) 小売業者は、苦情にかかわる計算の代替措置として、前1項と2項の文言に一致して供給業者と消費者の苦情を解決するための支払いについて平均値を合意することができる。この平均値は、当該苦情の解決にあたる小売業者にかかわる費用を越えてはならない。

§ 16 「取引停止 (De-listing) に関連する義務」 (GSCOP, Schedule 1, part4, § 16; Guidance, 4.n)

- (1) 小売業者は、純粋に商業的理由からのみ供給業者と取引停止できる。疑わしさを回避する目的のために、供給の合意(本綱領を含む)にもとづく供給業者による権利の行使、あるいは綱領又は本命令のもとでその義務の遂行を小売業者が怠っていることは、供給業者にたいする取引停止の純粋な商業的理由とはならないものとされる。
- (2) 供給業者を取引停止する以前に、小売業者は以下のことをしなければならない。
 - (a) 供給業者にたいし、書面による理由を含む小売業者の決定した取引停止

の合理的な告知をしなければならない。本綱領の 1 条 1 項で規定された内容に加えて、本項の「合理的な告知」の目的にとっては、供給業者にたいし、以下の 16 条 2 項 b 号と 16 条 2 項 c 号に規定された手段を行使するとみられる取引停止に対する決定のために十分な期間を提供するものでなければならない；

- (b) 本綱領 17 条に規定された上級バイヤーにより審査された決定を受ける権利を、供給業者に告知しなければならない；及び
- (c) 供給業者に、小売業者の綱領遵守役員にたいする聴き取りに加わることを認めること。

§ 17 「上級バイヤー」

- (1) 小売業者の上級バイヤーは、供給業者から書面によって求めを受けた場合には、本綱領又は本命令に関連して小売業者によってなされた決定を審査する。
- (2) 小売業者は、供給業者が合理的に実行可能な期間において、当該供給業者の担当上級バイヤーの変更と連絡方法の詳細を知ることをご確実なものにしなければならない。

3. 審判官制度の概要

以下に、審判官法の規定する綱領審判官制の主な内容を紹介する(審判官法について、注 1 参照)。同法の条文 (Act 2013 と略称する) 及び審判官法ガイドライン (前掲注 48 参照。英文表記は、Guidance と略称する) の引用について該当箇所は、本文に括弧書きで摘示する (一部注記する場合もある)。

(1) 審判官の法令上定められた職務

審判官法は、以下にかかげる 6 項目からなる審判官の職務を規定する。

- 1) 審判官法の 11 条と 12 条は、綱領に関連する事柄について供給業者と大規模スーパーにたいし、アドバイスをおこないとガイドラインを示すことのできる旨を規定する¹³³。Act 2013, § 11, 12.

¹³³ アドバイスについて、法 11 条は「食品雑貨綱領に関連するいかなる問題についても」供給業者と大規模スーパーに、それができるとを規定する。本規定うけてガイドラインは、6 条において、ガイドラインが審判官の調査とエンフォースメントの機

- 2) 供給業者と大規模スーパーのあいだの紛争について、それぞれの要請により仲裁をおこなうこと¹³⁴。Act 2013, §2 (1) (2)。
 - 3) 綱領違反の疑いのある行為について審判官は調査をするが、審判官法 4 条 1 項はかかる調査のおこなわれる要件として、「(a)小売業者が綱領に違反した」こと、又は「(b)小売業者が 7 条のもとで勧告に従わなかった」ことについて、「合理的な根拠」のある場合をあげている。Act 2013, § 4(1)。
 - 4) 審判官は綱領のエンフォースメントをおこなう。Act 2013, § 6。
 - 5) 綱領違反の行為に制裁を課すこと及び他の排除措置をとること。Act 2013, § 7-9。
 - 6) 審判官の活動（毎年 4 月 1 日より翌年 3 月 31 日までの期間の活動）について、定期報告書を発行すること¹³⁵。Act 2013, § 14(1)。
- 以上の審判官の職務のうち、3) の調査、4) エンフォースメント及び 5) 制裁と他の排除措置について以下に説明する。

（２）審判官による違反行為にたいする調査手続きの概要

前述のように審判官法は、審判官が綱領違反の行為につき嫌疑のあることに「合理的な根拠」をもつ場合に、調査手続きを開始することができると規定する。かかる広範な調査開始の権限が審判官に与えられたことを受けて、ガイドラインは、立法過程における調査の開始権限についての議論を踏まえつつ「合理的根拠」を有することになる場合を例示している。それによれば、違反に関する

能について規定する。それによれば、大規模スーパーについて、綱領にたいする遵守を高めそれを明確にするために、インフォーマルな手続きとしてガイドラインによりカバーされないはたらきがおこなわれる旨を規定している。

¹³⁴ 審判官は、他者を仲裁人に指定することができる。Act 2013（前掲注 1 参照）、§ 2(1),(2)。審判官は本法の仲裁について、英国の勅許仲裁協会（The Chartered Institute of Arbitrators）の規則にしたがいその手続きを進めることになる。Order 2009（前掲注 2 参照）、Part 5, para11.(5)。

¹³⁵ 審判官法 14 条 2 項は、報告書の記載内容について、(a)食品雑貨サプライ命令のもとで、仲裁にかけられた紛争、(b)審判官法 6 条のもとでエンフォースメントの手段を審判官が行使した事件、があげられている。Act 2013, § 14(2)(a),(b),(c)。さらに勧告のエンフォースメントを行使した場合には、大規模スーパーの対応について審判官の評価がふくまれる。Act 2013（前掲注 1 参照）、§ 14(3)。

証拠が以下のような場合に提供されとしている。すなわち、直接又は間接の供給業者、事業者団体のような第三者、他の小売業者、内部通報者あるいは公有（public domain）情報である。（Guidance, § 9）

1) 事件選択の優先順位

ガイドラインは法執行に要する資源の有効活用と比例原則にしたがうエンフォースメントのため、事件端緒と調査の継続にかかわる判断に資する優先順位を、事件の影響、戦略的重要性、リスクと便益、資源に分けて詳細に示している。

1-1) 違反行為の影響

(i) 影響の態様と事件選択

申し立てられた行為が供給業者に与える影響の大きいほど、審判官の事件選択の可能性と調査継続の可能性は高い。供給業者にたいする直接の影響については、申し立てられた慣行がもつとみられる悪影響であり、あるいは将来、直接の供給業者にたいしおよぶ悪影響として評価される。これは、少数の供給業者には直接的かつ重要な影響をおよぼすか、あるいは間接的で相対的に影響のレベルは低くても、数多くの供給業者に悪影響をおよぼすことをさす。影響の考慮にあたっては、審判官は「供給業者及び消費者の改善された（取引）選択の能力」というような広い範囲で考慮することもできるとし、あるいは、さらに綱領にたいする広範な遵守を促すことにたいし阻害的な効果を生ぜしめるか及び（又は）消費者の利益のため競争をする大規模スーパーの行動に変化を導くかどうか、を考慮することもできるとしている。（Guidance, § 12-15）

(ii) 供給業者の（取引先）選択の能力についての検討

a) 供給業者及び消費者の（取引先）選択の能力

事件選択や調査継続の判断で考慮される行為の影響評価では、供給業者に直接におよぶ影響のほか、より広い影響評価として、「供給業者及び消費者の改善された（取引先）選択の能力」があがっている。

b) 消費者の（取引先）選択能力

このうち「消費者の（取引先）選択能力」にかかわっては、大規模スーパーによる需要力の濫用による効果として、過剰なリスクと予期せぬコスト負担を供給業者に移転する結果、投資と革新の意欲を削ぎ供給業者間の競争が歪曲されることから長期的視点のもとで、濫用行為の副次的効果として、消費者の商品選択の幅が狭まる指摘が 2008 年の競争委員会による市場調査において明らかにされていた点と相即的である¹³⁶。

c) 供給業者の（取引先）選択能力

これにたいし、「供給業者の（取引先）選択能力」にたいする影響があげられていることが注目される。供給業者の取引先選択にたいする影響の指摘は、同じく競争委員会のいう需要力の濫用によるコスト／リスクの移転効果から反競争的效果を生ぜしめる市場の影響である。しかし「消費者の（取引先）選択能力」にたいする影響評価が、かかるコスト／リスクの移転にかかわる負の効果が長期の視点において、供給業者の投資と革新の意欲を削ぐことから間接的に消費者におよぶ結果を問題にするのにたいして、供給業者にたいする（取引先）選択能力にたいする影響は、短期の視点において、供給業者に直接的に生じる市場の影響である違いがある。したがって、綱領による規制がなされて、かかる負の効果の取り除かれた状態において取引先である小売業者間の選択を回復させることを目指すものである。

d) 供給業者の（取引先）選択能力を確保することと対等取引(消極)

ただし、この綱領の規制による濫用行為の排除は、大規模スーパーに比較して脆弱な交渉地位にある供給業者について、対等な交渉力を実現するものではなく、また十全な取引先選択の自由を回復させるものでない。この点は、取引当事者の事業規模の格差は依然として存するのであり、供給業者段階の供給過剰、ローカル市場における大規模スーパーの門番（gatekeeper）の機能などの要因が存すれば、供給業者が大規模スーパーに従属し取引先選択の能力が実際上行使しえる範囲は限られる（後掲注 180 及び IV. 2. 2), 2-5, i）を参照）。

¹³⁶ 後掲、IV. 2. 3), 3-3)を参照。

しかし審判官ガイドラインが事件選択の考慮要因として、消費者におよぶ選択能力の回復効果と並んで、供給業者の選択能力の回復効果をあげた意義を軽視するべきではないと考えられる。その理由は以下の二点があげられる。

e) 「ホールドアップ」問題

第一に、「供給業者の（取引先）選択能力」にたいする需要力濫用による阻害効果の分析がされてその経済学的な理論成果として、「ホールドアップ」にかかわる取引相手の搾取問題が摘示された点があげられる。

この点は、ピーター・ディビス（Peter Davis）とアラン・ライリー（Alan Reilly）¹³⁷による需要力濫用の経済学的分析をした論文（競争委員会の 2008 年報告書を対象とする）で明らかにされている。GSCOP に規定される、契約締結後における契約条件の遡及的変更や販促費の支払い、支払遅延、顧客クレームについて過剰な補償といった供給業者にたいする負担の要求は、事前の利潤計算にもとづく投資を回収困難な埋没原価（sunk cost）と化すことで、かかるコストの回収を少しでも進めるため、当該大規模スーパーとの長期契約の継続を余儀なくさせ、結果として「ホールドアップ」問題を生ぜしめることが指摘されている¹³⁸。

供給業者が長期的契約の拘束を強いられる埋没原価の回収問題は、その反競争的效果を長期と短期の両面で考察する必要がある。長期的視点は、過剰なリスクと予期せぬコストの移転行為が、その投資と革新の意欲を削ぎ消費者の商品選択を損なうとした競争委員会の指摘に当てはまる。他方で、審判官法ガイドラインのいう「供給業者の（取引先）選択能力」にたいする影響をみる短期の視点が看過されない。それは、取引先である大規模スーパーの提供にかかわる反対給付について供給業者がなす他の小売業者の反対給付との比較・検討にかかる埋没原価問題が困難にすることは、見逃しえない供給業者段階の市場に

¹³⁷ ディビスは競争委員会の副委員長を務め、ライリーは政策アドバイザーであるが、いずれも 2008 年報告書のメンバーではない。Peter Davis & Alan Reilly, Market power, market outcomes, and remedies in the UK groceries market, *Journal of International Association Agricultural Economics*, Vol. 41, Issue 1, p.93 (Nov. 2010) (Davis & Reilly, Market と略称)。

¹³⁸ Davis & Reilly, Market（前掲注 137 参照），p.104.

おける競争の負の影響である¹³⁹。

f) 反対給付の確実性と供給業者の競争機能

第二に、供給業者の（取引先）選択能力の回復を競争法上評価するもうひとつの意義は、行動綱領の理論的基礎付けをした初期の成果である 2000 年競争委員会スーパーマーケット報告書が、供給業者の商品・役務の提供にたいする反対給付である対価の額につき、契約の締結と履行にかかわる取引の一連の過程においてそれが確実に維持されることを重視していたことにもとづく。すなわち、競争委員会は以下のように述べていた。

「市場が適切に機能する場合には、競争は供給業者に以下のことを確かなものとする」。すなわち、

「供給業者が注文を受けた場合に、受領する価格（あるいはそのあとで価格を変更することのできる要因に関して）の合理的な水準での確実性」をもたらすとされていた¹⁴⁰。

かかる自己の提供にかかわる反対給付の対価が不確実な状況におかれる結果は、市場参加者である供給業者の競争をする機能にとっては、相対的な交渉力の劣位にあることから対価の額自体が低い水準に留め置かれる不利とは、区

¹³⁹ 前掲 II. 3. (1), 1), 1-1), ii) におけるガイドラインの該当箇所を参照。

- i) この過剰なリスクと予期せぬコストの移転が、取引相手の提供にかかる反対給付にたいして、その内容の検討と他の取引先との比較を困難にするという競争にたいする負の影響は、GSCOP の理論的基礎づけをした 2008 年市場調査では、市場の反競争的効果を導く市場の負の影響として十分に検討されなかったきらいがある。
- ii) しかし、行動綱領の規制が必要とされる市場の競争にたいする負の影響を評価する試みにおいて、競争委員会は、かかる反対給付にたいする取引当事者間の検討、評価が適切にされることの要請を軽視しているものでないことがうかがわれる。すなわち、2000 年報告書ではあるが、需要力濫用の規制にかかわって、適切に機能する市場の条件を検討したが、そのうちのひとつの条件として、取引相手から提示された価格に対する信頼性の要件をあげていたことが注目される。後掲の注 141 を参照。
- iii) 審判官法ガイドラインが、「供給業者の（取引先）選択能力」にたいする影響を事件選択において判断要因としてあげたことは、かかる 2000 年の報告書のいう供給業者の受ける対価の確実性から派生される取引先選択能力の毀損されない要請に対応するものであると考えられる。

¹⁴⁰ CC, Supermarkets, 2000(前掲注 218 参照), para. 11.134.

別されて評価がされるべきである¹⁴¹。

2008 年の報告書における長期視点の競争阻害論(過剰なリスクと予期せぬコスト負担の移転から生ずる一連の反競争的效果)は、2000 年報告書と審判官ガイドラインの短期的な競争に対する負の影響を述べた上記の記述と合わせて理解されるべきである。

1-2) 戦略上の重要性

審判官は事件選択にあたり、その法律上の目標を実効的に達成する戦略的な重要度を斟酌する¹⁴²。(Guidance, § 17)

1-3) リスクとベネフィット

審判官は、綱領違反行為を差し止め、かつサプライチェーンの慣行を改善す

¹⁴¹ i) 過剰なリスクとコストの移転は、受注後の適及的な価格等の取引条件の変更に
よって反対給付が不確実化することにより、供給業者による取引先選択の能力を
侵害する。かかる侵害は、供給業者の競争機能の阻害としての評価が可能である。

ii) ところで、2008 年段階の報告書において、競争委員会は、GSCOP と審判官に
よるエンフォースメントからなる綱領審判官の制度にたいし競争法上の基礎づけ
をした。かかる基礎づけにおいて、供給業者の競争機能の侵害について、投資と
革新の意欲が阻害されることにより、長期的視点のもとで、消費者にかかる投資
と革新の成果である商品選択の幅が広がるベネフィットがもたらされる点を重視
したものと考えられる。

iii) 他方で、審判官ガイドラインと初期の 2000 年スーパーマーケット報告書には、
過剰なリスクと予期せぬコストの移転から、短期的視点で、反対給付にたいする
取引当事者間の検討、評価が適切になされない、競争にたいする負の影響につい
て問題とされるべきことが示されていた。需要力の濫用の行使にかかわり、供給
業者の競争機能にたいする阻害の効果は、供給業者段階の市場における競争の負
の影響評価として重要であり、この点から長期的視点での投資と革新の意欲に及
ぼす影響とともに、短期の視点で反対給付にたいする取引当事者間の検討、評価
の側面にかかわる供給業者の競争機能にたいする影響評価は、欠くことができな
いと考えられる。

¹⁴² かかる重要度の考慮要因として、ア) 違反行為の反復性、イ) 綱領違反の故意の要
素や悪性、さらにウ) 公共性にかかわる重要性の観点、例えば間接的な供給者である
農民等への実質的な影響、さらに消費者にたいする一定商品の選択や入手の容易
さという間接的影響、影響を受ける供給業者数や商品と商品カテゴリーの幅、そし
て消費者にたいするかかるカテゴリーの重要性を考慮する。(Guidance (前掲注 49
参照), §17)

る成果達成の可能性を考慮する。また審判官は調査開始にともなうコスト、複雑さ及び調査を控える場合のコストを考慮する。指定大規模スーパーにたいし綱領違反の認定がされない場合でも、審判官は非公式の議論によっては問題の残る場合には、綱領の適用の可能性と範囲を明らかにする目的から調査は可能である。大規模スーパーにより当初は正当性を主張されていた買い入れ慣行にたいして変更を促すという実質的な重要性があり、かつ審判官にとり重大な戦略的意義がある場合には、調査は可能である。(Guidance, § 17)

1-4) 資源

審判官は、綱領違反の合理的な疑いのある場合でも、調査とエンフォースメントの実施に要する資源とかかる実施により予想される成果の均衡を考慮し、その実施を決定することができる¹⁴³。(Guidance, §§21-24)

2) 調査手続き

(i) 審判官の負う守秘義務（供給業者の秘匿）

審判官法 18 条は、5 項目にわたり GSCOP の違反行為にたいする申立人の特定につながる審判官の入手情報にたいする守秘義務を詳細に規定する。

¹⁴³ 審判官は、時間を含めて審判官の資源のより良い利用となる結果を考慮するのであるから、小売業者、供給業者及び消費者にたいする影響、戦略的な重要性及びリスクにたいする影響を考慮して、集中して資源を用いる調査の開始ないし継続、もしくはエンフォースメントをとる決定をできる。逆に問題になった時点で利用可能である審判官の資源にかかわる効率的な利用ではないのなら、調査開始をしない、あるいは調査打ち切り、エンフォースメントをとらない決定をすることができる。求められる資源の量は問題と調査のタイプにより異なる。資源の評価にあたっては、審判官は以下の事柄を考慮する。

- a) 審判官が問題解決をはかることのできる、また各々の場合に関連する資源の要求についてとることのできる非公式及び公式行為。非公式の行為は各社の綱領遵守役員との通常の協議や一連のビジネスにおける問題の排除について実効性ある指導をおこなうことを含む；
- b) 問題行為の広がりを防ぐ、すばやい対処の可能性。非公式行為がこの点で迅速である；
- c) 予想される調査の期間と他の時間的な要因；
- d) 行為をとることで起こりうるベネフィットと調査に求められる資源、そして、
- e) 他の事件等の任務から資源が取り去られる影響。(Guidance, § 21-24)

「(1) 審判官は食品雑貨供給令又は供給の合意のもとで仲裁に関連する情報を、以下の場合には権限なく公表してはならない；

- (a) 当該情報が仲裁にかかわる当事者を特定する場合、又は
- (b) 仲裁当事者の特定が当該情報から導かれると審判官が考える場合。

(2) 審判官は、食品雑貨綱領を遵守しない大規模スーパーについて申し立てをした特定の者を、何人も推察できると審判官が考える情報について、権限なく公表をしてはならない。」

申立人の特定につながる情報の公表が許される場合を具体的に規定し、

「(3) 本条項の目的にとって、以下の場合には情報の公表は無権限とはみなされない；

- (a) 審判官がその求めによる同意をえている、
- (b) 公表が欧州連合 (EU) の義務付けにかかわる目的から求められる場合、又は、
- (c) 裁判所規則又は裁判所の命令のもとで、法律手続における何らかの規定の目的にとって公表が求められる場合」¹⁴⁴。

審判官法は、強制的なエンフォースメントをとまう調査手続きのみでなく、紛争処理にかかわる仲裁手続きに提出される情報自体及びそれからの推論によって供給業者の特定がされないことを規定し、広く供給業者を保護している。

そして審判官ガイドラインは、審判官がその権限を行使して得た情報を秘密にする法律上の義務を負うとする。Guidance, §25.

(ii) 調査情報の提出命令

審判官は調査に要する文書やその他の情報の提出を所有又は管理している者に要求することができる¹⁴⁵。かかる情報提供を求められる者は綱領違反の嫌疑を受けた大規模スーパーに限られず、第三者の事業者団体、直接及び間接の

¹⁴⁴ Act 2013 (前掲注 1 参照), §18(1),(2),(3).

¹⁴⁵ Act 2013 (前掲注 1 参照), § 4(2), Schedule 2, § 1(1)(a)(b). 審判官によるエンフォースメントにおいて、勧告の監視に必要な情報の提供も同様に求めることができる。Act 2013, Schedule 2, § 1(2).

供給者、顧客及び競争相手を含む¹⁴⁶。Guidance, §26.

審判官法は、調査に要した費用についてその一部又はすべてについて、綱領違反行為を犯した大規模スーパーに負担させることができると規定する¹⁴⁷。

(3) 審判官のエンフォースメント権限

1) 非公式手続

ガイドラインは審判官が綱領違反の認定に至らず、調査を打ち切る場合を例示している¹⁴⁸。審判官は違反行為が存在すると判断した場合でも、審判官法の定める三種のエンフォースメントを必ずとるものでなく、2002 年企業法の制限内において、大規模スーパーとの非公式協議や助言 (advice) をし、さらにその助言の公表ができるとされている¹⁴⁹。

¹⁴⁶ 提出を命じる情報の詳細は、審判官ガイドラインに規定されているが、記録媒体に固定化された情報に限らず、特定市場における知識や経験あるいは非公式会合の情報、大規模スーパーの買入れスタッフと供給業者間の契約情報の提出を求めることができる。Guidance (前掲注 49 参照), § 27. 審判官法とガイドラインは、文書及び情報の提出命令の書面告知の内容につき詳しく規定する。Act 2013 (前掲注 1 参照), Schedule 2, § 1(4), Guidance (前掲注 49 参照), § 28-32.

文書及び情報の提出命令について、それに従わない場合の結果について書面告知に記載がされる。また審判官法は、故意に審判官法の要件にもとづく命令にしたがわない行為、又は故意に誤情報を提供した行為を犯罪として規定する。Act 2013 (前掲注 1 参照), Schedule 2, § 1(5), 2-3. 審判官法は、略式裁判による有罪 (summary conviction) と陪審裁判による有罪 (conviction on indictment) の犯罪となることを規定する。Act 2013, Schedule 2, § 4.

¹⁴⁷ Act 2013 (前掲注 1 参照), § 10(1), Guidance (前掲注 49 参照), § 38. 根拠のない申立てをした者の同様の負担責任は、以下に規定されている。Act 2013 (前掲注 1 参照), § 10(2), Guidance, § 39.

¹⁴⁸ それによれば、事件選択の優先順位にかかわる規準不適合、証拠不十分による違反の判定と継続調査の困難という事情が考えられ、また違反行為の規模について基本的に疑いがある場合、調査の過程に違反行為のは正がなされた結果それ以上の調査が必要なくなる場合も、かかる打ち切りの例となる。Guidance (前掲注 49 参照), § 43.

¹⁴⁹ Act 201 (前掲注 1 参照) § 11, Guidance (前掲注 49 参照), § 45. 非公式の規制行為は、エンフォースメントの実施においても、供給業者又は大規模スーパーに助言をし、もしくは指導を公表する場合におこなわれる大規模スーパーとの協議を含む。Guidance, § 49.

2) エンフォースメントの権限行使にかかわる考慮要因

2-1) 審判官がエンフォースメントにより適切な制裁を決定するためには、ガイドラインはいわゆる「マクローリー審査報告書（2006年）」¹⁵⁰という制裁賦課の六原則によることを明らかにした¹⁵¹。

このマクローリー原則に従って、綱領違反の行為にたいするエンフォースメントの決定をなすための具体的な考慮要因が示されている¹⁵²。

¹⁵⁰ Regulatory Justice: Making Sanctions Effective, Final Report (Nov. 2006) (Professor Richard B. Macrory) (www.berr.gov.uk/files/file44593.pdfより入手) (Regulatory Justice と略称)。2005 年 9 月、英国政府は、ユニヴァーシティ・カレッジ・ロンドン法学部の環境法担当リチャード・マクローリー教授に、規制にともなう制裁制度の見直しを依頼した。翌 2006 年 11 月、同教授は「規制における司法：制裁を有効化する」と題する報告書を政府に提出し、政府は、規制にたいする非コンプライアンスの財政的な動機づけを排除し、すべての事業の公正な競争環境を整えるのに有効であるとして報告書の勧告を全面的に受け入れた。岡久慶・英国における 2008 年規制施行及び制裁法・外国の立法 239 号 191 頁（2009 年 3 月、国立国会図書館調査及び立法考査局）。

¹⁵¹ かかる六原則とは以下になる。

- a) 制裁は、違反者の行動を変更させることを目指すものでなければならない；
- b) 制裁は、非コンプライアンスからの財政的利得やベネフィットの取り上げを目指すものでなければならない；
- c) 制裁は、特定の違反者及び規制問題にとって適切なものでなければならない；
- d) 制裁は、違反の特質と引き起こされた害に適切なものでなければならない；
- e) 制裁は、供給業者にたいする補償を含むものではないけれども、規制の非コンプライアンスにより引き起こされた害を回復することを目指すものでなければならない；そして
- f) 制裁は、将来の非コンプライアンスを阻止するものでなければならない。
Regulatory Justice（前掲注 150 参照）。para.2.11. Guidance, § § 46,47（制裁は、違反行為の性質と深刻さ及びその影響に比例したものとされる）。

¹⁵² ガイドラインの規定するエンフォースメント決定に際する考慮要因とは以下の通りである。

- a) 違反の重大性；
- b) 影響を受ける供給業者の数；
- c) 違反により引き起こされた損害；
- d) 関係する製品及び（又は）製品カテゴリーの重要性；
- e) 将来の綱領遵守を確保する方法；
- f) 類似違反の阻止；
- g) 違反行為なかりせば供給業者の得たものを回復すること（これは供給業者にたいする補償をするものでない）；
- h) 違反行為の特質にたいしエンフォースメントの権限の比例性；
- i) 継続する結果となる可能性；

2-2) ガイドラインはマクロリー原則に基づき、違反行為の特質と深刻さ及びその影響に比例して具体的なエンフォースメントを決定するが、その決定に際して「綱領にたいする遵守を促すことに資する」エンフォースメントの活動とするのが「審判官の主要な目標」であるとする¹⁵³。

これにたいし、前述の立法過程における議論は、エンフォースメントの制度趣旨を制裁の観点と違反行為の抑止の観点を総合的にとらえる立場（制裁を通じた抑止）から、かかるガイドラインの見解に対立的である野党の主張があった。すなわち、抑止機能重視の政府案（ガイドラインはこちらの立場に近いと考えられる）が、違反情報の公表制度に主要な位置づけをあたえ、制裁金制度について補完的機能をになうものにとどまるとする立論には、立法過程において強い反対意見があった¹⁵⁴。したがって、審判官の法運用における評価として、エンフォースメントの選択については、このような見解の対立が存したことから、これからも議論が生ずると予測される。

3) 勧告¹⁵⁵

審判官が勧告をした場合には、勧告後の行動にたいし監視がされる。その場合に勧告に従わなかったことでさらなるエンフォースメントがとられるのではなく、綱領違反にかかわってのみエンフォースメントがとられることができ

-
- j) 将来の苦情の申立てを減少させ、食品雑貨チェーンに有益な変化をもたらす可能性。

Guidance（前掲注 49 参照），§ 51.

a) の違反の重大性は、違反行為により引き起こされた（あるいは引き起こされるであろう）損害の性質と規模に主として関係する。損害の性質は、影響をこうむるものを評価し、かつ損害を現状回復し救済することのできる程度を評価する。損害の規模を考慮する場合には影響をこうむる供給業者の数、消費者の損害を含めて潜在的な影響がどれだけ広範に生じるかを検討する。h) 違反行為の特質にたいしエンフォースメントの権限の比例性にかかわる考慮では、違反行為の継続と反復をなくすことを確実にするため必要な措置を検討し、さらに大規模スーパーによる類似行為を防止せしめる観点の考慮と、ある事例でとられる措置が他事例の大規模スーパーが綱領遵守で与える効果も考慮する。Guidance, § 52-53.

¹⁵³ Guidance（前掲注 49 参照），§ 47,50.

¹⁵⁴ 前掲 I. 2. 3) 3-3) 参照。

¹⁵⁵ Act 2013（前掲注 1 参照），§ 7, Guidance（前掲注 49 参照），§§54,57-61.

る。大規模スーパーの綱領違反行為が継続する場合には、情報の公表や制裁金のエンフォースメントにすすむことができる。反復する綱領の非コンプライアンスをより重大な違反として考慮する。勧告後の監視措置については、ガイドラインは文書や他の情報提出を審判官は命ずることができる旨規定する。

4) 違反企業の情報公表措置

審判官は調査にかかわる情報を公表することを大規模スーパーに要求することができる。かかる要求は書面告知で公表される情報、公表の方法（メディアの種類、扱いの大きさ、目立つ程度、公表の長さ）、公表期限の各項目につきなされ、審判官は公表要求を、裁判所に民事訴訟を提訴し債務名義を得て執行することができる¹⁵⁶。

5) 制裁金の賦課

制裁金の上限と制裁金の算定方法については、審判官法はその改定を含めてビジネス、革新及び職能技能省の閣僚大臣が審判官の勧告を受けて決定する、と規定する。審判官は制裁金の上限を指定大規模スーパーの英国における売上額の 1%とすることを提案した。これは指定大規模スーパー各社で計算すると一千万英ポンドから五億英ポンド（2012 年の各社年次会計報告書）という上限制裁金となる。この制裁金の上限については、ビジネス及び革新省の閣僚大臣の承認の後、議会承認を 2014 年 4 月に得る予定とされている¹⁵⁷。

¹⁵⁶ Act 2013（前掲注 1 参照），§ 8(1)(2)(3), Guidance, § 62, 64. ガイドラインは、公表の方法に例示として、プレスリリース、大規模スーパーのウェブサイトにおける定期報告、新聞広告、事業者団体への公開書簡をあげる。Guidance（前掲注 49 参照），§ 63.

¹⁵⁷ Act 2013（前掲注 1 参照），§ 9(6)(7)(9), Guidance, § 69, Groceries Code Adjudicator, Supporting facts with Questions and answers (Update : July 2013) (https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/226119/GCA_Supporting_facts_and_QAs_July_2013.pdf)p.8.
1998 年競争法の下で、制裁金売上額に関する決定命令は、制裁金上限額を世界売上額の 10%としている。また OFT は、建設業、求人業は 30%の競争控訴審判所の決定にしたがう。これにたいし審判官は、パブリックコメント募集声明で、比例性の考慮から英国国内売上高の 1%上限を提案している。Groceries Code Adjudicator, Statutory

制裁金は違反の重大性を鑑み課される。また違反に関係する大規模スーパー及び一般的に綱領に反する活動となる可能性を考えていた他の大規模スーパーにたいする実効的な抑止を検討して課される。さらに違反が故意に犯されたのか過失によるものか考慮される¹⁵⁸。

ガイドラインの記す制差金算定の基礎と考慮要因は以下の通りである。大規模スーパーの売上は、世界レベルでなく英国内の売上額を算定基礎とする。2013年6月25日以降の違反状態を基礎とする。違反行為の悪性にかかわる指標としては、故意及び反復、勧告の非コンプライアンス、調査にたいする協力度、違反の迅速な是正があげられている。Guidance, §71.

6) 上訴

審判官による制裁金賦課の決定にたいしては、地方裁判所に上訴することができる。審判官法9条3項は以下のように規定する。

「大規模小売業者（GSCOP の適用を受ける「指定小売業者（Designated Retailers）」）は、制裁金の賦課またはその額について、（以下の裁判所に）上訴することができる

- (a) イングランド及びウェールズ高等法院又は北アイルランド高等法院；ないし
- (b) スコットランド民事控訴院。」

これにたいし、「企業名公表と恥をかかせる」措置について上訴にかかわる規定のないことは、指定小売業者は審判官のこの措置にたいしては一般法の下

guidance on how the Groceries Code Adjudicator will carry out investigation and enforcement functions, (Consultation response summary) (Dec.2013) pp.4,11.
(https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/267646/Statutory_Guidance_Consultation_Summary_Response.pdf)

¹⁵⁸ Guidance（前掲注49参照），§§65, 66. 賦課の命令は書面による。制裁金の書面告知の記載内容は、以下の通りである。賦課の理由、審判官の考える他のエンフォースメント手段で不十分な理由、違反行為の性質、違反の重大性、供給業者にたいする違反の現実ないし潜在的悪影響、制裁金額、支払期日、支払方法。Act 2013（前掲注1参照），§9(2), Guidance（前掲注49参照），§67.

で裁判所の判断を受ける権利を有することになる¹⁵⁹。

制裁金と「企業名公表と恥をかかせる」のそれぞれのエンフォースメントにおいて上級審裁判所がおこなう事実認定にかかわる審理は、政府説明によれば以下の違いがある。前者の制裁金の場合は、審判官の認定事実にたいし裁判所はそれに拘束されずに詳細な認定をなす (full right of appeal)。

それに対し、「企業名公表と恥をかかせる」措置について、裁判所は新たな事実認定を行わず、審判官の判断に関する「違法性、非合理性及び手続き上の不当性 (illegality, irrationality and procedural impropriety)」問題を主に審理し、その判断が事実にもとづかない考慮をしたか、又は関連性のない事実を考慮したか若しくは関連性ある事実の考慮を欠いたかのみを判断するとされている¹⁶⁰。

7) 調査結果の報告

綱領違反にかかわる調査がおこなわれた場合にはその調査結果が報告されなければならない。その内容としてガイドラインは、以下を規定する。それは、a) 審判官の認定事実、b) 審判官のとった行動又は提案した行動、そして c) として a と b の根拠である。Guidance, §72.

¹⁵⁹ See, House of Commons, Ninth Report (前掲注 53 参照), p.34.

¹⁶⁰ 以上の相違に関する説明は、法案提出前審理において政府によってなされた。その理由づけによれば、かかる区別がされることは、審判官の決定をなす態様と法的特質に起因する。すなわち、

- ①政府からは独立した公共の機関 (public authority) である審判官は、客観的かつ不偏的に調査をなすのであり、自然的正義の要請にのみ拘束され、公正な手続きに従う。
- ②その調査は単なる事実の認定問題に尽きるものでなく、小売業者と供給業者間の関係という特定の状況における関連事実を考慮する専門家による任務である。さらにその任務は、GSCOP の規制にかかわる全般の枠組みと競争委員会によって認定された反競争の効果を排除することの基礎的目的に精通してなされなければならない。
- ③その調査は広範なものに及ぶことが予測され、特定の事実の重要性は割り引かれるものとなる。
- ④全面的な上訴の権利により事実認定を繰り返すことは、「企業名公表と恥をかかせる」措置についてそのエンフォースメントの効果を減じる。こういった要因が、「企業名公表と恥をかかせる」措置について裁判所が審判官の事実認定を全面的に審査することを退けるとされている。Government Response, 2011 (前掲注 55 参照), pp.9-10.

Ⅲ．需要力濫用規制の諸態様と経済学説

1．需要力濫用規制の各国における試み

(1) フランスにおける需要力の濫用問題

1) 不当廉売規制と需要力の行使

2004 年 11 月の勧告においてフランス競争評議会¹⁶¹は、需要力の認定にかかわる興味深い問題を論じている。廉売規制に関しコスト割れ販売を防ぐ公共的な措置を検討するようを求める提言において、供給者の送り状（インボイス）から明らかにされるコストの定義に言及している。

それによると、価格と様々な態様のディスカウントに関連する行動から需要力の存在は導かれている。

- a) 1998 年から 2003 年の間に大規模小売業者の小売価格は 1.1% 上昇し、供給業者の小売業者にたいする割引による販売価格は 1.1% 下落した。
- b) 全国ブランドであり、顧客に必須アイテムとされる製品について、その小売の価格上昇は、プライベートブランド価格の上昇よりも大きかった。
- c) 送り状から明らかにされる大規模小売業者のマージンは 4.4% から 3.5% に下落した。しかし送り状のうちに反映されないそのマージンは 22% から 32% になる。
- d) 上記価格の上昇は、小売マージンの引き上げの結果であり、送り状に含まれないそのほかの値引きとリベートとによってその小売業者の利益は確保されることとなる。
- e) 結論的に、競争評議会は、送り状により示されるマージンの値以外の支援措置にあつて、ディスカウントの慣行が広範に用いられることは、小売業者の需要力を反映するものだとする。

以上の大規模小売業者による価格政策から、競争評議会によって送り状のコ

¹⁶¹ 2008 年のいわゆる経済現代化法によって競争総局に改編される以前の競争政策を実施する政府当局。和田聡子『EU とフランスの競争政策』（2011 年、NTT 出版）55 頁。

ストベースで算定された原価割れ販売の禁止が、提言されることになる¹⁶²。

個別商品の不当廉売の検討に際し、その原価割れの判断規準として、送り状から算定される供給業者の販売原価と、小売業者の販促活動の経費にたいし供給業者がその活動の対価として支払う奨励金について上記送り状の原価に加えるか否かの問題がある。一般的には、当該廉売商品と問題になる販促活動等の関連性の問題として、その販促活動が供給者の提供する製品全般にかかわって実施される内容のものであるか、あるいは当該廉売商品に向けられた特定の活動かによって区別がされるであろう。後者の場合には、送り状の仕入れ原価に販促費が加えられて原価割れか否かが判断されることになる¹⁶³。

¹⁶² フランス競争評議会の勧告については、以下の英語論文によった。Alberto Pera & Valentino Bonfitto, Buyer Power in Antitrust Investigations: A Review European Competition Law Review, Issue 8(2011), 414, 418. (Avis of the French Competition Council concerning the conditions of competition in the large retail distribution, October, 2004) (Pera & Bonfitto, Buyer と略称)。

なおこのような送り状以外での支援措置により廉売の競争がおこなわれることは、集中化した供給サイドからの小売価格をコントロールする手段の側面をも有している。したがって、この場合需要力が相当の役割を果たすとともに、集中化した供給業者と大規模小売業者の二当事者間の共同の企てとされることも指摘されている。Pera & Bonfitto, Buyer, p. 418.

¹⁶³ フランスにおいては中小企業保護政策の一環として、需要力規制が供給業者／小売業者間のアンバランスに対処する法と規制により数十年来おこなわれている。いわゆるガラン法 (Loi Galland, 「商業関係の公正さとバランスに関する法律」1996年) は、小売業者の仕入れ原価以下の販売を禁ずる廉売規制において、仕入れ原価について、小売りの年間にわたる販売実績によるリベートや販売協力費については、それを除いたものとした。ジェトロ産業技術・農水産部「フランスにおける食と農業の動向と食の安全性確保の取り組み」(2006年3月)、1頁 (www.jetro.go.jp のHPより入手)。

なおドイツにおける不当廉売規制において、供給業者の廉売業者への金銭的利益の提供にかかわる原価算定の同様の問題が争われている。競争制限禁止法 19条 2項 3号 (2013年改正前法 20条 4項) による製造業者から流通業者に支払われる宣伝費用補助金の仕入れ原価に算入する適否に関する判例上の問題については、参照、拙稿・ドイツ酪農乳業における需要力の濫用—連邦カルテル庁による調査報告の検討・高千穂論叢 48巻 1・2号 (2013年、拙稿・酪農乳業と略称) 107頁。

2) ライバル企業の排除と需要力の濫用

フランスのルクレール¹⁶⁴は 2009 年 2 月、商慣行評価委員会 (la Commission d'examen des pratiques commerciales) によって、供給業者がルクレールの競合スーパーにたいしより高価格で提供する「マイナスマージン」慣行がおこなったことを問題にされた。すなわち、ルクレールは変更の不可能な契約として、自社には 25% のマージンを保証する一方で、競合スーパーよりも常に安い価格で販売するよう価格政策を強要していた¹⁶⁵。

90 年台中頃からガラン法による中小企業保護政策をとるフランスではその後、バックマージンにより小売価格は高止まりしているとの批判がされ、日用品の小売価格における上昇率が他の欧州諸国を上回る事態にたいし、2000 年代中盤に打開策が展開された。いわゆる中小企業振興法 (loi en favor des PME、2005 年) において、全体として物価の引き下げと購買力の増強をはかることを目的として、以下のガラン法改正がなされた。それは、バックマージンを仕入れ原価の 20% に制限し、それを上回る分は仕入れ原価の値引きとして伝票に記載することで、不当廉売の限度額を引き下げることになり、2007 年 1 月 1 日以降はさらにバックマージン率を 15% に引き下げることなどを規定した¹⁶⁶、ことである。

¹⁶⁴ 324 億ユーロの年商をあげ、主要食品雑貨流通企業 7 社において、第 2 位 (国内シェア 14.9%) をしめる。ジェトロ「フランスの流通概観」(報告日 2010 年 4 月 8 日) (www.jetro.go.jp の HP より入手)。

¹⁶⁵ またルクレールは競合スーパーのリドウル (Lidl) に向けて製造された製品について、自社に販売価格を引き下げて提供するよう供給業者に強制したことも需要力の濫用的慣行として非難された。The Abuse of Supermarket Buyer Power in the EU Food Retail Sector. Preliminary Survey of Evidence (Study by Myriam Vander Stichele, SOMO & Bob Young, Europe Economics) (on behalf of :AAI- Agribusiness Accountability Initiative) (somo.nl/publications-en の HP より入手), para. 2.2.3, Annex 2 p.12.

¹⁶⁶ ジェトロ産業技術・農水産部上記注 163 論文 2 頁。ガラン法改正前には、バックマージンの割合は平均で仕入れ原価の 30%、一部の製品では 70% に上るとみられる。社本朗「一般調査報告書—フランス中小企業施策の最近の動向」(平成 18 年 8 月) (www.pref.aichi.jp の HP より入手)。

3) フランス商法典による需要力の濫用規制

フランス商法典 (Code de commerce Version consolidée au 2 février 2014) は、需要力の濫用にかかわり、経済担当大臣にたいし、生産者、取引従事者等の生ぜしめた損害をその者に賠償させる権限を付与している。かかる損害として以下のような規定がされている¹⁶⁷。

- ・取引相手から、その取引において対応関係にある実際に提供された商業上の給付を欠いた、あるいはその給付にたいして明らかに不釣り合いな何らかの利益を獲得する又は獲得するよう試みること。
- ・取引相手にその相手の権利及び義務と実質的に不均衡を生ずる義務を負わせること、あるいは負わせるよう試みること。
- ・取引相手の提供する利益と釣合のとれた購入についてその量にかかわる書面での約束をすることなく、さらに供給業者によって求められかつ書面で約束のされた給付なくして、注文を受ける前提として、利益をえることないしそれを試みること。
- ・取引関係の突然の停止又は部分的な停止を威嚇することによって、はなはだしく不正な条件をえることないしそれをこころみること。
- ・取引関係の存続にかかわる、かつ取引上の合意にたいし取引慣行としてなされる契約解除について、最低限の期間にかかわる書面での告知のされない突然の商業的關係の打ち切り。
- ・送り状の内容に関しその配送期日の遅れがあり又は不適合である物品にたいして、提供者がその異議にかかわる事実を管理することができない場合にも、供給業者の負う割引又はペナルティとして、ただちに商品の受領拒否又は返品をおこなうこと。

¹⁶⁷ フランス商法典第 4 部「価格の自由及び競争」(De la liberté de prix et de la concurrence)における「差別的取扱い、取引関係の突然の打ち切り等(第 L.442-6 条)」の規定については、「英国国際法及び比較法研究所」による以下の英訳に依拠した。Article L442-6, French Commercial Code, Amended by Law n° 2010-874 of 27 July 2010 - art. 14 (V) (The British Institute of International and Comparative Law (www.biicl.org) の HP から入手) (French Commercial Code と略称)。

以上のような濫用的慣行にたいして、経済担当大臣は二通りの方法で調査を遂行する。第一の方法は、供給業者が小売業者自身にたいし裁判所に民事訴訟を提訴することを望まない場合に、調査を経済担当大臣に求めることができる。しかるのち大臣が正式の訴訟を提訴する（供給業者は訴訟参加することができるがこれは稀である）。他の方法は、大臣が通常の市場監視にかかわる義務にもとづいて職権で調査をする権限をもつことによる場合である¹⁶⁸。

かかる訴訟において、大臣は問題となっている慣行の差し止めを裁判所に求めることができる。さらに本訴訟では違反行為にかかわる契約条項の無効と損害賠償を求めることができ、また民事制裁金を賦課（200 万ユーロ以下）する請求も可能とされている。経済担当大臣は、通常の証拠にたいするアクセスできる最良の立場にないことから上記の損害賠償額の計算は、容易ではない¹⁶⁹。

小売業者がその支配的地位ないし供給業者の経済的従属性を濫用する場合には、競争評議会はさらなる排除措置を講ずることができる。商法典 L752-26 の規定によれば、濫用的慣行を排除するための伝統的差し止め命令と制裁金の賦課（L464-2 条）を命ずることができる¹⁷⁰。

かかる濫用監視の規定は、執行上の厳格な枠づけが問題になる。支配的地位の濫用及び経済的従属の状態にかかわる認定がされなければならない、濫用が競争評議会の警告にもかかわらず継続するものでなければならない。

¹⁶⁸ French Commercial Code (前掲注 167 参照), Stefanelli & Marsden (前掲注 96 参照), Models, p.7

¹⁶⁹ French Commercial Code(前掲注 167 参照), part II, Stefanelli & Marsden, Models (前掲注 96 参照), p.7.

¹⁷⁰ Article L752-26, French Commercial Code, (The British Institute of International and Comparative Law (www.biicl.org) の HP から入手), Stefanelli & Marsden, Models (前掲注 96 参照), p.7. 商法典 L-752-26 に規定された支配的地位の濫用にたいする通常の差し止めと制裁金措置については、以下を参照した。Grégoire Colmet Daâge, Sergio Sorinas, France: Abuse of Dominance, The European Antitrust Review 2014 (globalcompetitionreview.com の HP より入手).

(2) ノルウェーにおける需要力濫用の調査報告

北欧理事会加盟国の競争当局は共同で食品市場における競争問題に関する報告書を公表し、その中で需要力濫用問題に触れている¹⁷¹が、ここではノルウェーにおける需要力濫用の調査報告を紹介、検討する。

1) 調査委員会における行動綱領の提案

1-1) 2010年2月ノルウェー政府は食品サプライチェーンにおける力の関係についての調査委員会を設置し、2011年4月同委員会は「食品サプライチェーンにおける力と無力」と題する報告書を政府に提出した¹⁷²。

その報告書によれば、歴史的に食品サプライチェーンにおける行為者の役割は常に変化しているが、目下のところ、需要力をもつ小売業者が販売力をもつ供給業者と交渉上のバランスを維持して、資源配分の効率性を高める結

¹⁷¹ デンマーク、フィンランド、グリーンランド、アイスランド、ノルウェーそしてスウェーデンの北欧 6 か国は、各競争当局の担当者からなる作業グループを編成し、2005 年 11 月食品市場における競争問題にかかわる共同調査の報告書を発表した(北欧調査と略称)。Nordic Food Markets – a taste for competition (Nov. 2005) (www.kilpailuvirasto.fi/tiedostot/Nordic_Food_Markets.pdf)。

北欧調査は、供給業者のリベート提供について大量購入にかかわるコスト節減効果が効率性の利得をもち、消費者に還元される成果を重視する。一方、競争にたいするマイナスの効果が問題になる場合を、次のように摘示する特徴がある。それは、需要力行使によったリベート、ボーナスや棚貸し料が、供給業者の比較的有力な場合には、その競争者よりも客観的な理由なく、高いリベートが提供されるような差別的事案が起る。これは、供給業者段階の競争を制限するか又は潜在的な制限効果をもつ。そして、消費者が高い価格の支払いとなり、選択できる製品の種類も狭まる結果になるIbid,91.

しかしこの調査の結論的立場は、小売りチェーンの間における活発な競争が存する場合には、前記ボーナス等によって低価格の利得が消費者にもたらされ、また小売市場における市場支配力を欠く場合には、消費者厚生への毀損が問題になることはないとする。Ibid,91.

以上のように、需要力の濫用的行為に当たっても消費者の厚生問題に重点を置くのが北欧調査の特色である。

¹⁷² The powerful and the powerless of the food supply chain, - Report by the Norwegian inquiry commission (13 April 2011) [English Summary] (ノルウェー政府の HP [www.regjeringen.no] より入手) (Norwegian inquiry commission と略称)。原文はノルウェー語だが、主要部分の 6 章と 7 章が英訳されており、上記引用はそれによる。

果を生ずる場合というのは、わずかな例になる。これは交渉力の不均衡を意味しており、北欧各国においては、ノルウェーも含めて、このような大規模スーパーの集中化傾向が特色とされる¹⁷³。

1-2) そして、食品サプライチェーンにおける供給者と需要者がそれぞれの市場分野における競争を制限するカルテル等の手段を用いるならば、競争法の具体的条項に反するものとして規制が可能である。しかし「需要力が競争法に当然に反するものでないが、ビジネス行為における不合理であるような変更をもたらす強制に用いられる」とすると、調査委員会によれば需要力の濫用に関係する以下のような事柄について、さらに検討しなければならないとする。それは、

- ・食品生産の態様と付加価値の分配についての透明性、
 - ・中小の供給業者のなす新製品によった市場アクセスと、販売を増す新市場の促進、そして、
 - ・様々の市場のチャンネル全体について包括的な評価、
- といった事柄である¹⁷⁴。

1-3) 同委員会は、大規模スーパーが契約における合意の条件を多少なりとも一方的に決定できることは、食品サプライチェーンにおける「健全な競争を損ない、バランスのとれた力の関係を害する」と述べる。この「バランスのとれた力の関係」を維持することが個々の消費者に仕えるとともに、ノルウェーの食品サプライチェーンの強固な展開をうながすとする¹⁷⁵。

そして大規模スーパーと供給業者間の垂直的な関係におけるバランスを回復する試みは既存の競争法に依っては、十分実効的になされない。そこで大規模スーパーと供給業者間の力関係におけるバランス回復というかかる視点から、委員会は英国の 2009 年 GSCOP に倣って、自主規制によるボランティアな綱領ではなく、具体的な強制力をともなう行動綱領とオンブズマ

¹⁷³ Norwegian inquiry commission (前掲注 172 参照), pp.7, 10-11

¹⁷⁴ Norwegian inquiry commission (前掲注 172 参照), p.29.

¹⁷⁵ Norwegian inquiry commission (前掲注 172 参照), p.30

ン制度の導入を主張する¹⁷⁶。

かかる政策提言に関して、委員会の行動綱領の規制にたいする理解の基礎となっている規制の目的とその規制による保護利益の双方の考え方をみることにする。

2) 行動綱領の規制目的

2-1) 調査委員会の考える規制目的は、綱領による規制を通じて実現されるべき大規模スーパーと供給業者の契約関係について、以下のように述べられている。それは、取引当事者の交渉が公正な態様でおこなわれなければならない、契約関係におけるより強い当事者が不合理な優位それ自体を獲得する交渉上の地位を濫用してはならない、といわれている。

この場合の不合理な優位とは、消費者の利益を損なう点に不合理性の徴表が求められる特徴がある。すなわちこの立場において消費者の利益とは、例えば流通又は競争において敏感に反応される製品の製法や革新プランのごとき戦略上の手段をとることを求めての、「消費者のための誠実な手段にしたがう」ものとされる。したがって、このような消費者利益にそうものでない、誠実性に欠けるマーケティングの企てにかかわり、供給業者に支払いを要求するような場合が考えられている。この「消費者のための誠実な手段にしたがう」要請と行動綱領の公正な取引慣行を確保する要請が一体として、前記の「バランスのとれた力の関係」を回復するための手段である行動綱領の規制を具体化する各条項の構成に仕えるものとされている¹⁷⁷。

2-2) ノルウェーの調査委員会による行動綱領による規制の目的にあげられた消費者の利益は、その規制の綱領における具体化に際しては、以下のように利益の内容が比較的、細かく示されている。すなわちそれは、「消費者は食品供給の付加価値チェーンにおいて実現されるベネフィットについて、価格、商品選択、品質及びアクセスの容易さによって、その公正な配分を得るべき

¹⁷⁶ Norwegian inquiry commission (前掲注 172 参照), pp.9, 29-30, 44.

¹⁷⁷ Norwegian inquiry commission (前掲注 172 参照), p.45.

である」¹⁷⁸というものである。

3) ノルウェー調査委員会報告の問題点

以上のように、ノルウェー調査委員会の報告は大規模スーパーと供給業者間のバランスのとれた力の関係を回復することにより、消費者の利益を促進するとともに、公正な取引慣行を確保する要請をもみたすことを主眼とする。その立法提案は、英国の GSCOP に倣った綱領とオンブズマン制の構想であるが、競争法体系の一環としての妥当性を有するものであるのか、について問題になる。

ノルウェー競争法の体系についての立ち入った検討を欠く本稿においては、とりあえず若干の問題点の所在のみを指摘することにとどめざるを得ないが、以下の三点の指摘がなされるであろう。

3-1) 交渉力の均衡にかかわる目標設定

先ずその綱領による規制を通じて、大規模スーパー／供給業者間のバランスのとれた力の関係の回復を目指すとしてされている目的設定について問題がある。その目的は、契約交渉と履行のプロセスへの一定の介入を経て、公正な取引関係を築こうとする綱領によった規制にたいして、整合性を維持しえるのか問題になる。つまり、綱領規制という限られた取引関係への介入により、当事者間の力の均衡まで実現できるのかということである。

同委員会が示す綱領の規定案によれば、その規制の対象となる不公正な取引慣行は、具体的な行為類型に限っていえば、ノルウェー委員会が先例とする英国の GSCOP と重なるところが多く、また給付の均衡や交渉力それ自体の規制にまでおよぶものではない¹⁷⁹。英国の綱領で目指されている、このよ

¹⁷⁸ Norwegian inquiry commission（前掲注 172 参照），p.45.

¹⁷⁹ 調査委員会が綱領によって交渉と公正取引の慣行として規定される事柄には、以下のような問題ある大規模スーパーの行為類型があげられる。

- * 大規模スーパーと供給業者の共同の販売促進行為
- * 棚貸し料の支払い要求
- * 取引停止（条件、告知及び機関の制約）

うな需要者の濫用的慣行の規制は、供給業者段階の市場におよぶところの反競争的効果の分析にもとづき、それにたいする競争法上の規範的評価に焦点を絞ったものであった¹⁸⁰。すなわち、市場の競争機能にたいする阻害要因を一定程度排除する役割が、競争法¹⁸¹の体系に組み込まれた行動綱領の使命とされているとみなされる。

したがって、かかる綱領規制の限定的な使命を自覚する立場からは、ノルウェー委員会のいうバランスのとれた当事者間の力の関係を回復させる目

-
- * リスクの配分
 - * 大規模スーパーのプライベートブランド商品の販売がされる場合を含めて、供給業者のコスト算定情報へのアクセス
 - * 大規模スーパーのプライベートブランドとメーカーブランドの間における差別
 - * メーカーのナショナルブランドにたいする模倣
 - * 書面合意と遡及的契約変更の書面合意
 - * 不特定の支援金の要求

Norwegian inquiry commission (前掲注 172 参照), p. 46.

¹⁸⁰ 英国競争委員会の考え方によれば、大規模スーパーから供給業者へ過剰なリスクと予期せぬコスト負担を移転することにより、供給業者の投資と革新の意欲を損ない、長期的な視点にもとづいて、供給業者間の競争にたいする競争歪曲の効果を生ぜしめる事態を防止することを目指すものである。

このような英国の規制を支える考え方は、契約当事者間のバランスの回復からもたらされる、均衡ある取引条件を確保することを目指すものとは一定の違いがある。つまり、過剰なリスクと予期せぬコストの移転を防止することは、大規模スーパーと供給業者間のバランスの回復になんらか寄与することはあっても、それを直接的な目的とするものではない。

さらに、英国の行動綱領のアプローチにあつては、一定の濫用的慣行が排除された後における当事者間の交渉力の不均衡問題は、特に規制の対象とされておらないと考えられる。すなわち、英国型の考え方にしたがえば、供給者段階の市場における競争者の数、製品の差別化の程度、ローカル市場における大規模スーパーの門番の機能 (gatekeeper function) といった市場の事象により当事者の交渉力は左右されるのであり (後掲IV. 2. 2), 2-5) 参照)、そのことは、行動綱領による規制の後は、かかる市場の機能にたいして交渉力の不均衡問題は委ねられる結果になる。

¹⁸¹ ノルウェー競争法 (「商業活動における競争に関する 1993 年 6 月 11 日法」; Norwegian Competition Legislation 2. Act No. 65 of 11 June 1993 relating to Competition in Commercial Activity) の英訳 (非公式) は以下の URL における翻訳を参照した。

www.google.co.jp/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCKQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ub.uio.no%2Ffujur%2Fulovdata%2Flov-19930611-065-eng.doc&ei=qapcU_KbKY_98QWYoIKYAw&usg=AFQjCNGcm8X6S_tKxtJFtINaei4LX28UNg&bvm=bv.65397613,d.dGc

標は、需要力の濫用にかかわる一定の慣行を規制する綱領のアプローチによつては過大な規制の課題になると考えられる。

3-2) 当事者間の交渉力バランスと反競争的效果

第二に、調査委員会報告は、競争法体系におかれて市場を規律する綱領規制として求められることになる反競争的效果の明確な摘示を欠く問題がある。

英国の行動綱領の策定においては、需要力の個別的な濫用行為について競争委員会により詳細な分析がされた結果、市場の競争におよぶ反競争的效果について、過剰なリスクと予期せぬコスト負担を供給業者に移転することが明示された。このリスクとコストの負担は、競争委員会によって供給業者段階の市場における競争の歪曲にかかわる競争法上の規範的評価を導くはたらきをする概念である¹⁸²。

かかる市場の事象にたいする規範的評価の問題をノルウェー調査委員会は、行動綱領の規制にかかわっていかなる反競争的效果にもとづき基礎づけるのであるか、さらに需要力の濫用にたいする競争法の違法性の判断がいかなる態様でくださるべきか、いずれも不明である問題がある。この点にかかわってノルウェー委員会は、前述のように健全な競争を損ない、バランス

¹⁸² i) かかるコストとリスクの負担は、それ自体として公正さにかかわる規範的評価の対象とされていない（後掲V.2.2）2-4）及び、注 363 参照）。

ii) 英国競争委員会によれば、このような負担の移転をこうむる供給業者の競争をおこなう機能を損なう点に競争法上の問題点がみいだされている。かかる競争機能にたいする侵害の効果は、競争委員会により長期の視点でとらえられることが特色であり、供給業者の投資と革新のインセンティブを損なう評価が導かれている。

iii) 結局、委員会の見解は、過剰なリスクと予期せぬコスト負担という供給におよぶ不利益を、大規模スーパーとの関係における不公正問題としてとらえるのではなく、市場参加者の競争をする機能の侵害ととらえ、さらにこの点から、競争の歪曲にかかわる実定法上の要件規定に接合する。以上のような解釈理論の構成において、優れる点を評価されるものであった。

iv) それにたいし、ノルウェー調査委員会は、先ず以下の市場の事象で濫用が問題にされるとする。それは大規模スーパーの濫用的慣行から、食品生産の態様と付加価値の分配につき透明性を欠く問題を生ぜしめ、さらに中小供給者による市場アクセスと販売増にたいする障害を設けること、そして、様々の市場チャンネル全体を閉鎖するといった問題である。Norwegian inquiry commission（前掲注 172 参照），p. 29.

のとれた力の関係を害するという競争にたいしての損害を述べるが、このような指摘からは競争法上の競争の阻害の規範的評価を導くため、反競争性の市場の影響評価において分析上の曖昧さを残すといわなければならない¹⁸³。

3-3) 需要力の濫用規制と消費者利益の保護

i) GSCOP／綱領審判官のシステムについての英国競争委員会における議論では、かかるシステムの規制をつうじて、以下の事態の回復がはかられる。すなわち、供給者にたいする競争機能の侵害と長期的視点のもとで生じる投資と革新の意欲を削ぐ事態からの回復がされる。その結果として、消費者の利益が確保されることは、本システムにおいて副次的な目的とされていた¹⁸⁴。

これにたいしノルウェー調査委員会は、行動綱領の規制から、価格、商品選択、品質及びアクセスの容易さにより消費者が公正な利得を得ることを重要な目標とする（上記の 2-2）を参照）。かかる委員会の消費者の利益確保についての規制目的論は以下のような問題をもつと考えられる。

¹⁸³ 前掲注 181 にあげたノルウェー競争法における 3-10 条 (Section 3-10) は競争当局の反競争的行動にたいする介入 (Intervention against anti-competitive behavior) 基準を示す。その a 項は、「反競争的手段によって市場の支配的地位を維持また強化する」ことであり、b 項は、顧客の選択の制限、競争者の製造、流通又は販売について、コスト負担を増す、妨害をする、又は取引を拒絶すること、ないし上記について事業者団体の加入拒否やその資格の制限があげられている。この介入基準は、ノルウェー競争当局の Director による、ノルウェー競争法の概要説明をした以下の文献でも紹介されている。Lars-Erik Fridström(Director; Norwegian Competition Authority), *The role of competition in enhancing consumer and producer welfare in energy matters*(Competition Policy and Law, Tehran, Sept 20-22, 2003)

(www.konkurransetilsynet.no/ImageVault/Images/id_1735/ImageVaultHandler.aspx から入手)。

このような反競争的行動にたいする介入基準と、調査委員会のいう大規模スーパー／供給業者間の力の均衡達成という綱領規制の目標との整合性が、どのようにして保たれるのかは明らかではない。

¹⁸⁴ そこでは、供給業者段階における市場の競争から製品の多様な種類がもたらされる成果を、以上の一連の経緯を経ることを通じて消費者利益の改善がもたらされる推論が特色とされる。すなわち、本規制から濫用にかかわる搾取的な取引条件が取り除かれ、供給業者間の競争にたいする阻害要因が一定程度排除されることで、製品の多様化が維持され、消費者の利益が促されるという期待を、本規制の副次的目的としたのである。かかる副次的目的は長期の視点のもとで達成されることが重要である。後掲の IV. 2. 2), 2-3)を参照。

ii) そのひとつは、大規模スーパー／供給業者間のバランスのとれた力の関係を回復することにより、公正な取引慣行を確保する要請と消費者利益の促進の要請が同じ重要性をもつ目標としてあげられていることである。すなわち上記英国競争委員会による副次的な規制目標と位置付けられた消費者利益のとらえ方と比較すると、ノルウェー委員会の所説は、公正な取引慣行を確保することは直ちに消費者利益の確保が可能であるような目標として、行動綱領とオンブズマンによった規制の整序と運用されなければならないこととなる。

このような消費者利益の確保を直接的な規制目標とすることは、行動綱領によって契約の交渉と取引のプロセスについて限定的な枠組みをもって整序する企てと整合的な目的／手段の連関を保つことができるのであろうか。行動綱領の規制が対象とする需要力の濫用的慣行は、供給業者と買い手間の不公正な取引にかかわる類型として、契約の一方当事者である供給業者に不当な負担を負わせる行為類型である。この垂直的な取引当事者間における不公正な取引慣行と市場の競争のあり方について、その相互関係に留意した取引の規制の方向性が探られなければならないこととなる。

競争の阻害（英国及び EU においては、競争の妨害、制限及び歪曲、ノルウェーにおいては前掲注 183 参照）を排除する競争法の使命は、かかる濫用的慣行にたいしては、以下の点が濫用規制にたいしての市場の競争のあり方との接点になる。すなわち、その濫用の是正ばかり、供給業者にたいしその市場における競争機能の回復をはかる点にある。そしてかかる競争法の使命にしたがうことで、競争法体系に整合的な綱領規制による介入のあり方から逸脱してはならないのである。

このように競争法体系に整合的な行動綱領による規制の枠組みとは、まず市場の競争のあり方に向けられるべきであり、需要力の濫用の場合にかかる市場の競争のあり方とは、競争の歪曲として考えられることになる。したがって、かかる市場における競争の歪曲を生ぜしめている、供給業者の競争機能にたいする侵害が綱領の規制により是正されるべきこととなる（後掲 V. 2.2）～4）を参照）。そして、競争法体系に整合的な綱領規制の目的とは、供

給業者段階の市場における競争の歪曲を是正することにあると考えられるべきであり、この点は英国の競争委員会による見解と一致する。

それにたいしノルウェー調査委員会による公正な取引慣行の確保と消費者利益の促進の要請にあつては、濫用行為が生じている供給業者段階の市場における競争のあり方に、綱領の規制が目指す上記要請は向けられていない。その規制のアプローチは、前述のように公正な取引慣行の確保する規制が消費者利益を促進する要請と一体化され、違反行為にかかわる市場の競争のあり方にたいする接点は、前者の公正な取引確保の要請においても、また後者の消費者利益確保の要請でも、直接的も間接的にも明らかにされておらない。

綱領による濫用行為にたいする規制において、交渉力の不均衡や不当な利益の移転にかかわる公正な取引慣行を維持する要請をただちに競争法上の体系に組み込むことはできず¹⁸⁵、また消費者利益確保の要請をただちに綱領規制の直接的目的に据えることもできないと考えられる。

iii) いまひとつの問題点は、最終消費者価格の引き下げによる消費者の厚生が綱領の規制目的とされるのならば、需要力の濫用にたいする規制は困難になる場合のあることが指摘される。この点については前記のように、綱領による規制の目指す消費者利益について、価格、商品選択、品質及びアクセスの容易さという具体的項目があげられ、大規模スーパーの濫用行為の排除からもたらされる内容が示された。しかしながら濫用規制がこれら各項目の内容にかかわってもたらす次の2点の問題がある。

第1は、綱領による規制はもっぱら供給業者にたいする不当な搾取的行為の規制を中心とする点にかかわる。綱領の規制から回復される主に供給業者にかかわる競争上の諸利益が、これら消費者利益の具体的な項目の各々ついて、また大規模スーパーの販売促進等の活動からもたらされる消費者諸利益と、どのような衡量により実際に違法性の判断が下されるのか、摘示がない

¹⁸⁵ この点は、英国競争委員会が過剰なリスクと予期せぬコストの負担にかかわる公正な取引慣行の阻害をただちに競争法上の規制目的とするのではなくて、供給業者の投資と革新にかかわる競争機能を侵害することが供給業者間における市場の競争を歪曲するととらえることが、需要力の濫用規制を競争法体系に組み込む際の適切な理論構成になると考えられる。後掲注 363 の i) を参照。

という問題である。

そればかりか、第2に、販売促進費用や棚貸し料、不特定な目的の支援にかかわる金銭的利益の要求、遡及的契約変更などの濫用とされる行為から、大規模スーパーの得た利得が下流市場で消費者に還元された場合、その違法性の判断はどのようになされるべきかという困難な問題を生ぜしめると考えられる。消費者厚生 of 極大という経済学的効率性の規準にもつばら依拠して違法性の判断がされるべきならば、かかる濫用により供給業者から得た利得が消費者の厚生を増す結果を生ぜしめたと判断される場合には、規制はこなわれない結果になる。

さらに EU における競争法の規制ではあるが、もつばら買い手間のカルテルと売り手間のカルテルが等しく競争制限の反競争的效果を生ぜしめるものとして違法とされ、また不当な販売価格・条件の強制と同じように不当な買入れ価格・条件の強制が違法とされていることから、消費者の厚生の毀損は違法性判断基準とされておらず、基本的に売り手間の競争の保護と買い手間の競争の保護は同一のレベルで保護されてきた法の運用も、一般的に合理性を有するものとして参考にされるべきである¹⁸⁶。

ノルウェー競争法の執行当局である競争局（Konkurransetilsynet、又は

¹⁸⁶ 拙稿・酪農乳業（前掲注 163 参照）、103～104 頁、注 182 参照。なお需要力の濫用的行使にかかわり、上流の購買市場で供給業者から得た利得を消費者に還元する結果を違法性判断規準に据えるならば、以下のような供給業者の救済の可能性にかかわる恣意的運用を生ずる。すなわち、市場で優位な買い手が下流市場で独占的な立場にあるか、あるいは協調的寡占の市場構造にあつて消費者価格の悪化となる競争状態ならば、上流市場の供給業者は、その買い手が消費者の厚生を悪化せしめた結果をもって救済される。

ところが、このような独占的ないし寡占の市場状況になく、消費者へ低価格の還元がされた場合には、買い手が供給業者におこなった濫用からの救済を拒まれる事態を招来せしめる。消費者の厚生が問題になる下流市場は、濫用行為の被害者である供給業者が直接的に関与する取引はない。

上流方向で濫用行為者である買い手の存する下流市場における状況と消費者の利得の如何によって、かかる被害者である供給業者が救済の拒まれる結果は、法の一般原則である公平の原理に反しないのであろうか。かかる濫用規制における違法性判断における消費者利得の規準と公平な取扱いの原則の問題を、EU 競争法と EU 基本権憲章について論じた以下の拙稿を参照。拙稿・需要力（前掲注 186 参照）、高千穂論叢 47 巻 4 号 29 頁以下。

Norwegian Competition Authority)¹⁸⁷は、上記調査委員会報告に対する反論を公表しているが、そのなかで大規模スーパー／供給者間のバランスのとれた力の関係の回復を目指すという調査委員会による綱領規制の目的に批判を加えている¹⁸⁸。

2. 綱領規制と経済学的モデル分析

(1) スミス／サナサウリスの不確実投資のモデル

1) 上流市場の競争と下流市場の集中

1-1) オックスフォード大学のスミスとサナサウリスは、上流市場で競争している供給業者と下流市場で消費者に販売する買い手との間においておこなわれる交渉のモデルを探索した。そのモデルは、全体的な評価において、供給業者の投資と革新をなすインセンティブにたいし、需要力と供給業者間の競争がどのような影響をおよぼすかをあきらかにする試みであり、行動綱領と審判官による規制に政策的含意を提供するものである¹⁸⁹。

¹⁸⁷ 我が国公正取引委員会の HP を参照 (www.jftc.go.jp)。

¹⁸⁸ ノルウェー競争委員会は 2011 年 12 月に、「ノルウェー食品サプライチェーンにおける力の関係に関する報告書」を食品・農業省大臣に提出した。その報告書によれば、ノルウェーにおいて食品価格が高く、製品の多様性に乏しいことは、他の北欧諸国に比べて顕著であり、その原因は税、原料高及び農業製品の輸入からの保護によるとされている。そのうえで、上記調査委員会の食品サプライチェーンの力の問題とされる関係は、市場力問題と需要力問題の適切な区別に欠けるという批判をする。さらに調査委員会は、大規模スーパー／供給者間の力の問題として消費者の保護にかかわる視点から新たな綱領による規制を主張することにたいし、以下の反対をする。

それは、現行の競争法による規制で充分であり、小売部門のマージンはスウェーデンや英国よりも低い状況にあり、ノルウェーの高い食品価格について食品サプライチェーンのマージン額によっては説明できないとして、上記関税などで競争から保護される理由があげられている。Norway: Analysis of the Power Relations in the Food Supply Chain in Norway - Hearing Statement of the Norwegian Competition Authority(<http://ec.europa.eu> から入手)。

¹⁸⁹ Howard Smith & John Thanassoulis, Bargaining Between Retailers and their Suppliers, in Economics Series Working Papers, No 388 (Uni. of Oxford, Dep. of Economics, 2008), & Ariel Ezrachi & Ulf Bernitz (ed. by), Private Labels, Brands and Competition Policy (OUP,2009)45,. (それぞれ Smith, Bargaining, Working Papers, Smith, Bargaining, Private Labels と略称)

1-2) 彼らの立場は、結論的に以下のように要約される。

それは、供給業者が供給契約を求めている場合に、そのえられる契約にかわり不確実であるという事態を前提にして、差別化されていない製品を競争関係において提供する供給業者は、需要力ある買い手にたいして得られる総産出量について不確実であることを余儀なくされるであろう。そして、供給業者は一定の買い手に供給する増分のコストを正確には算定できないのであり、それを予測しなければならない。この予測のために供給業者は、上流と下流の市場構造の観察からえられる変数にもとづき導かれた最終の産出にもとづいて、買い手との取り分を用いる（交渉価格を決定する）ことに依拠する。このような市場構造の観察にかかわる変数のうち、下流市場における集中の上昇は、供給業者にとって事態をよりリスク負担の大きいものとする。その事態は供給業者の産出における変数を増す、と¹⁹⁰。

1-3) このように、下流方向における集中が高まることは、各々の供給業者が予測する産出について乏しいままにされた取り分（交渉価格におけるディスカウント）として働くことになる。もし供給業者の総コストにおける平均の増分コストが（増加する場合にしろ、減少する場合にしろ）凸であるのなら、その低く抑えられた取り分は、予想される平均の増分コストを増加させる効果をもつであろうし、その増分コストは、下流市場における集中の増加に加わっておらない買い手すべてについて、その交渉価格の引き上げになるであろう。すなわち、このような場合には標準的なウォーターベット効果を生ぜしめる¹⁹¹。

1-4) 供給業者／買い手間のこれまでの市場モデルによる分析に比べて、スミスのモデルにおいて新たな需要力の要因についての特徴としてあげられるのは、買い手に供給をする供給業者の予想増分コストについて、買い手の規模がおよぼす効果が重視されることである¹⁹²。

¹⁹⁰ Smith, Bargaining, Working Papers（前掲注 189 参照），p.2, 24.

¹⁹¹ Smith, Bargaining, Working Papers（前掲注 189 参照），p.23-4. ウォーターベット効果については、後掲のIV. 2. 1) を参照。

¹⁹² See, Smith, Bargaining, Working Papers（前掲注 189 参照），p.2.

2) 上流と下流の市場における不確実性

2-1) このようなスミスらのモデルが示すことは、下流市場についての供給業者の確実性が重要な前提条件であり、この要件が緩和されてしまうことは、これまでの供給業者と買い手間の垂直的な市場分析モデルの理論的結果をくつがえす知見をもたらすとされる¹⁹³。この点で(2)にあげるインデルストのモデルが上流市場の供給業者がその最終の産出量について確実性をもつとすることと対照的である。

2-2) スミスらの条件設定では、上流市場における供給業者間における競争の存在というもう一つの要件が、買い手と交渉する競争者にとり他の競争者との取引でいかに成功するかについて不確実にさせるとされている¹⁹⁴。

もし供給業者が締結の可能であると予想される契約について不確実であるのなら、一定の買い手との交渉は、供給業者がほかの買い手の場合には獲得できた利得の量をディスカウントすることになる。その場合、上流市場の競争は活発化するほどに、そのディスカウントの額は大きくなる¹⁹⁵。

2-3) このような条件のもとでは、供給業者のコスト関数は非線形であり、そのため交渉のモデルは産出の不確実性を想定することとなる。供給業者は、所与の買い手に供給する増分コストを正確に計算することができないのにもかかわらず、それを予測しなければならない。このために、供給業者は上流と下流の市場構造における諸条件のような、観察された変数により導かれる最終の産出について、大規模スーパーとの起こりうる分配を計算することになる¹⁹⁶。

大規模な買い手と交渉する場合、買い手への供給について予想される平均

¹⁹³ See, Smith, Bargaining, Working Papers (前掲注 189 参照), p.2

¹⁹⁴ Smith, Bargaining, Working Papers (前掲注 189 参照), p.2 (明確な交渉モデルをあつかうたいていの需要力文献は、供給業者の独占を想定している。このモデルでは、供給業者が獲得するモデルについて確実性を担保できる。それは、売り手は所与の買い手のいる場合とない場合で、自らがいかなるコスト曲線状に位置するか知っていることを意味し、それにより増分コストを正確に算定することができる。).

¹⁹⁵ Smith, Bargaining, Working Papers (前掲注 189 参照), p.20.

¹⁹⁶ Smith, Bargaining, Working Papers (前掲注 189 参照), p.2.

費用は、それを変化させる買い手の予想産出量を増す。このことは買い手のコスト関数が上昇する規模の利益を示すものであるときは、大規模な買い手の需要力を増す¹⁹⁷。

3) 厚生評価と投資活動にたいするインセンティブ

3-1) 以上のような分析の枠組みは、上流と下流の市場構造にたいする価格設定と厚生を評価することにおいて有用であるとされる。もし平均の増分コストが凸の形状であれば、上流の比較的大規模な供給業者の場合について、その規模が需要者に比較して大きいことは、他の下流の買い手すべてにたいするインプットの価格を引き上げる（ウォーターベッド効果）¹⁹⁸。

3-2) 買い手の規模の大きさが（i）他の小規模な買い手の条件に影響を与え、（ii）規模の技術にたいする増分的なりターンを採用するよう供給業者にむかわせる¹⁹⁹。もし上流市場で規模の経済性が存在し、供給業者間の競争が生じるとすると、大規模な買い手はその需要力を行使する可能性が高まる²⁰⁰。その結果、下流市場の需要が一定である場合には、供給業者については最終の産出のうちの低く抑えられた利得の取り分を与える可能性が生ずる。

¹⁹⁷ 供給業者は、大規模スーパーが低コストの負担に軽減されるように提供をすることを余儀なくされる、という実証研究がある。2008年の競争委員会による調査報告書は、ブランド品でない財（例としてプライベートブランド商品やトップブランドでない商品）について、買い手の購入量と単位価格の関係について、購入量の増やされることによって販売価格が下がる負の関係を認定している。上流市場で供給業者が競争的である場合に、かかる財の価格引き下げ幅について、小規模な買い手にたいしての場合は、大規模スーパーの場合に比較して、19%少ない下げ幅にとどまる。ところが、上流市場が競争的でないトップブランド商品の場合では、有意な需要力効果としての大規模スーパーの場合の値下げ傾向は見られなかった。CC, Investigation 2008（前掲注 260 参照）, Appendix 5.3: Supplier pricing analysis, para44-45. Smith, Bargaining Working Papers（前掲注 189 参照）, p.20, note 22. さらに供給業者が規模の利益を有する場合に、大規模小売業者が低い買い取り価格となるスコットランドの牛乳部門の調査(競争委員会)をスミスとサナサウリスはあげている。Competition Commission, Scottish Milk: A report on the supply of fresh processed milk to middle-ground retailers in Scotland, § 4. 330-4.336, Smith, Bargaining, p.21.

¹⁹⁸ Smith, Bargaining, Working Papers（前掲注 189 参照）, p.15,17.

¹⁹⁹ Smith, Bargaining, Working Papers（前掲注 189 参照）, p.1.

²⁰⁰ Smith, Bargaining, Working Paper（前掲注 189 参照）, p.21.

3-3) このことは、以下の需要力の濫用問題に対する政策上の含意をもたらす²⁰¹。

供給業者は、最終の産出にかかわって買い手との取り分を決定（交渉価格の決定）する場合、協力ゲームの理論にもとづくことで、各プレーヤーが連携しその連携から、各自の貢献における重要度にしたがって合理的な報酬の分配を計算する（シャープレイ [Shapley] 値）²⁰²ととらえることは、スミス／サナサウリスの不確実性モデルからは、次の批判がされることになる。すなわち、差別化されていない製品の場合におけるかかる協力ゲームの理論によっては、需要力が行使された影響についてマスクされてしまう傾向が指摘できることである。

それにたいしその不確実性モデルでは、交渉に作用する不確実性の要因を基礎とする大規模な買い手にたいするディスカウントの態様を的確にとらえるように需要力の行使のあり方とそれについて問題になる状況の分析成果が示されているとする²⁰³。

3-4) さらにスミス／サナサウリス分析によれば、かかる需要力の行使の態様と行使を可能にする状況は、関係特殊的な投資としてホールドアップ問題が取り上げられる場合でなくとも生じる特徴があり、価格切り下げの告知の後に短期で契約打ち切りという威嚇効果をもって、交渉を有利に進めることを可能にするという²⁰⁴。

次に、スミス／サナサウリス分析の供給業者の投資と革新にたいする効果にたいする考え方は、インデルストとウェイの投資誘引モデルにたいする批判の形で述べられている。そこで、大規模な買い手は小規模な買い手の場合と比較して供給業者に積極的な投資の誘引をなすインセンティブをもつとするインデルスト／ウェイの「需要力と供給業者のインセンティブ」論文²⁰⁵（以下、「供給業者のインセンティブ論文」という）を概観することとする。

²⁰¹ Smith, Bargaining, Working Papers（前掲注 189 参照），p.31.

²⁰² 参照、細江・村田・西原『ゲームと情報の経済学』（勁草書房、2006 年）258 頁以下。

²⁰³ Smith, Bargaining, Working Papers（前掲注 189 参照），p.36.

²⁰⁴ Smith, Bargaining, Working Papers（前掲注 189 参照），p.37.

²⁰⁵ Inderst & Wey, Buyer Power and Supplier Incentives, European Economic Review, Vol.51, 647（2007）（Inderst, Supplier Incentives と略称）

(2) インデルストとウェイの投資誘引モデル

1) 供給業者の行動について確実性を想定するモデル

1-1) インデルストとウェイは、上流市場の独占的事業者がその最終の産出量について確実性をもって行動する前提により、その交渉のモデルを提示しているとみなされる²⁰⁶。そこでは、かかる産出量の最終の単位からもたらされる増分的な余剰に対して交渉がなされる。このような問題設定においては、買い手の小規模な場合は、コストを引き下げる供給業者のおこなう投資から、限界の産出において、高い比率で利得を獲得できるということになる。その理由は、小規模な買い手の産出量は供給業者の限界の産出量と近似することになるからである²⁰⁷。

しかし、インデルストとウェイによれば、「小規模な買い手の増分的な貢献 (incremental contribution) は限界においてより大きいのであり、他方大きな買い手の増分の貢献は、より非限界的に (inframarginally) に生じるのである」²⁰⁸。大規模な買い手にあつては、供給業者の増分コストが限界から小規模な買い手の場合以上に多く決定されるのであるから、その買い手は限界において比率的に、より少ないコスト削減分を得る結果にとどまることになる²⁰⁹。

1-2) スミスモデルにあつて供給契約を求める供給業者がえられる契約の不確実性を前提にするのにたいして、インデルストモデルは、上流の独占者はその最終の産出について確実性を有して交渉すると想定される²⁰⁹。

²⁰⁶ スミス／サナサウリスによるインデルストとウェイの大規模な買い手による投資誘引モデルの評価においては、上流市場の競争の不存在をインデルスト／ウェイモデルは前提にすると指摘されている。Smith, Bargaining, Working Papers (前掲注 189 参照), p28. なお、合わせて後掲の注 209 を参照。

²⁰⁷ Inderst, Supplier Incentives (前掲注 205 参照), p.656.

²⁰⁸ Inderst, Supplier Incentives (前掲注 205 参照), p.648, 656-7.

²⁰⁹ この点から、スミスはインデルストモデルについて解説して、買い手の規模が供給業者にたいし利得の獲得についての高低を分ける理由を明示しているので、以下にそれを引用する。

「交渉はこの産出における最終単位 q_1 からの増分的な余剰にたいする部分になる。そのような状況においては、小規模な買い手は、限界においてコストを引き下げる

したがって、インデルストモデルでは、供給業者は小数のしかし大規模な買い手と交渉する場合に、相対的により低い増分コストの負担となり、反対に小規模な買い手の場合にはより多いコスト負担となる。したがって大規模な買い手は、供給業者にたいし、一定タイプのイノベーションを試みるインセンティブを高める働きをする²¹⁰。

2) 「増分的な」イノベーション重視

2-1) このことから、供給業者のインセンティブ論文は、需要力が上流市場における供給業者の投資のインセンティブにたいしてマイナス効果を生ぜしめるとの命題にたいし以下のように反対する。すなわち、投資にかかわる「増分的な」イノベーションと「大型の (big)」イノベーションとの区別（製法の革新と製品の革新）から、前者については、凸型の（あるいは直線の）増分的な傾向を示す比較的ゆるやかなコスト曲線の勾配になり、後者は、コストの曲線が産出量増大を通じて凹の形状をもち、産出量の高い場合にコストの増加カーブが急になるとする²¹¹。

2-2) したがって、大規模な買い手と取引する供給業者は、大量生産を通じたコスト削減の達成を目指して、より増分的なコスト増化をしめす特徴をもつ製

投資から高い割合となる利得を獲得することができる。なぜなら、買い手の産出は供給業者の限界の産出に近似するからである。しかし大規模な買い手の場合は、増分的なコストはより限界から決定されるのであるから、買い手は限界でコスト削減のより少ない割合を得ることになる。結果的に、大規模な買い手の割合が高まることは、供給業者に限界の製造コストを削減するインセンティブを増す（かかる限界の製造コストは産業の産出を増すのならば、消費者の厚生を高める）。See, Smith, Bargaining, Working Papers (前掲注 189 参照), p.28 (インデルストモデルの解説)。

²¹⁰ Inderst, Supplier Incentives (前掲注 205 参照), p.648. 同じ個所で、インデルストとウェイは、このようなモデルにもとづくことで、大規模な買い手について、より有利な供給条件を得る理由とその厚生効果の説明が可能になるとする。すなわち、大規模な買い手は、みずからとの関係では供給業者の利益を減少させる可能性があっても、他方で一定タイプのイノベーションを試みるインセンティブを高める働きをする。そして大規模な買い手との合意が達成されない場合には、供給業者は相対的に、収益の大きな損失をこうむる事態に留意する。結果として、大規模な買い手と取引することで、現実的に供給業者は技術選択を導かれることとなるのであり、厚生を増す。Ibid.

²¹¹ Inderst, Supplier Incentives (前掲注 205 参照), p.648-9, 658 Fig. 1.

法のイノベーションを目指すことになる。この場合、高い産出によってもコスト増の割合が比較的強く抑えられる製造コストの改善になるであろう。結論的には、大規模な買い手は、産出の増加により増分的な製造コストの曲線となるイノベーションとなる投資を選択するように供給業者を促し、その結果は産出量を増してもコストの増加はゆるやかであり、消費者の厚生を高めるとする²¹²。

2-3) さらに、大規模な買い手から高い産出量によってもコスト増の割合の低い製法の改善を促された供給業者は、大規模な買い手との関係において利益を抑えられることがありうるとされている²¹³。供給業者のインセンティブ論文においては、この供給業者の利益にたいして大規模な買い手がくわえる抑制にかかわって、取引契約の適及的変更や対価の支払いをめぐる遅延など、品質改善の要求と合わせて論議されてきた大規模な買い手のなす機会主義的行動の適否とその対処の問題は論じられていない。

3) 上流市場の投資促進論にたいする批判

3-1) このような大規模な買い手が上流市場の供給業者のイノベーションにかかわる投資を積極的に誘引するモデル分析にたいしては、スミスとサナサウリスが、インデルストとウェイのモデルが前提とする以下にあげる二点について、供給業者は最終段階の需要にたいし不確実であることから、高い産出レベルにおいてコスト削減の努力をする供給業者のインセンティブにたいし、かかる不確実性がマイナスにはたらくことを指摘している。スミスらが批判を向けている、上流市場の投資促進論が前提にする二条件について、その問題点は以下になる²¹⁴。

第一に、そもそも買い手は、自らのビジネスが供給業者によって一定レベルの産出を達成するのに枢要であると考えられる場合には、そのレベルにあって供給業者のなすコスト削減分の利得からより多くのベネフィットを

²¹² Inderst, Supplier Incentives (前掲注 205 参照), p.648, 660,662

²¹³ Inderst, Supplier Incentives (前掲注 205 参照), p.662.

²¹⁴ Smith, Bargaining, Working Papers (前掲注 189 参照), p.28.

ひきだすことが可能である。そしてこの可能性は、大規模な買い手というものが下流の消費者市場における産出量を高める方策について、販売促進等において重要な役割を果たす蓋然性から、さらに強まる。かかる買い手と交渉する供給業者はコスト削減分に相当する利得の獲得に困難を生ずるのである。この点から供給業者の投資のインセンティブに不利にはたらく。

第二に、高い産出レベルを達成するための投資は、供給業者間の模倣的投資を被るおそれをかかえる。かかる市場の傾向は、買い手の有利に作用しその交渉力を増すことにつながる。大規模な買い手の場合について供給業者のなす投資は、かかる買い手との契約交渉からその供給業者に予想されるベネフィットが減じられる結果として、おそらくまったく維持されないであろう。そのため大規模な買い手の場合について小規模な買い手の場合と比較して、供給業者にたいする買入れ量の割合が上昇することは、売買差益で投資にたいするインセンティブを引き下げることになる。²¹⁵

3-2) スミスモデルのこの点の説明は以下のように補われている。投資をなす供給業者は、市場のライバルにたいしてどのように反応するだろうか。差別化されていない製品について競争している供給業者は、投資に先立って、低いコストになる場合には需要のすべてを受けとることができると予測するか、あるいは規模にたいするリターンが増加がみられるのなら、より多く需要を獲得する。それゆえある企業がイノベーションをなせば、他企業も競う意欲をもつ。

したがって、ライバルが模倣できないことをわかっていれば、このような場合にイノベーションのレベルは高まる。しかし知的財産権で保護されていない多くの市場で、コスト削減になる既知の技術によっては、ライバルの対抗的投資に直面することも予測される。かかる状況下の投資決定を分析する適切な観点はいかなるものになるか。スミスモデルによっては、投資をなす当事者がそのライバルによる投資予測を内部化する場合に、予測均衡 (anticipatory equilibrium) の概念がその観点を提供するものとされている。

²¹⁵ Smith, Bargaining, Working Papers (前掲注 189 参照), p.28. Smith, Bargaining, Private Labels (前掲注 189 参照), p.67 (プライベートブランド商品の製造業者に即した検討)。

この均衡概念をもとにしてスミスらは、上流の企業がその個別利潤の極大化をなすに際し、上流市場で他の供給業者は皆、かかる投資を企てるという予測をする、とみなしている。そして、予測均衡の投資モデルは、英国の食品雑貨市場にたいする競争委員会による 2008 年報告が、60%の供給業者が「市場に追いつく」イノベーションをなすと答えたことと一致する²¹⁶。

- 3-3) 買い手が導く供給業者の投資誘引論（インデルスト／ウェイ）は、上流市場の独占的な供給業者がその最終の産出量について確実性をもって行動するという前提をとる²¹⁷。この点にたいし、スミス／サナサウリスの不確実投資のモデルが、差別化のない製品にかかわる競争的な上流市場において供給業者は最終段階の需要にたいし不確実であることから、高い産出レベルにおいてコスト削減の努力をするインセンティブにたいして生ずる、負の影響を指摘している。

競争委員会の 2008 年報告書は、「過剰なリスクと予期せぬコスト負担」を移転させる濫用行為について、2002 年企業法 134 条 5 項の解釈により、供給業者のなす投資・イノベーション能力の削減、製造プロセスの機能の弱体化等の負の効果を問題にした。かかる立場と、スミス／サナサウリスの不確実投資のモデルは相即的であることは注目すべきことである（後掲の IV.2.2-4) における iii), iv), v) を参照）。

- 3-4) 需要力の濫用的行使が問題とされる大規模スーパーと供給業者との関係において、上流市場の競争的な前提と、下流市場で行使される需要力からもたらされる供給業者のコスト関数と産出の不確実性の想定は重要な意味を有すると考えられる。

²¹⁶ See, CC, Investigation 2008(後掲注 260 参照), Appendix 9.2 Supplier profitability and investment in Innovation, para.34 (供給業者が研究開発の支出を増加させている理由には、その約 60%が市場に追いつくためであると答えていることがあげられる)。Smith, Bargaining, Working Papers (前掲注 189 参照), p.28-9.

²¹⁷ 前掲Ⅲ. 2. (2) 1) 1-1) 参照。

IV. 競争委員会報告書

1. 2000 年競争委員会スーパーマーケット報告書²¹⁸

1) 供給業者の主要な買い手にたいする依存性²¹⁹。

1-1) 競争委員会は、第一に 5 大主要スーパーマーケット（アスタ、セイフウェイ、セインズバリー、ソマーフィールド及びテスコを指し、以下本稿IV. 1. においては「主要な買い手」という。）による価格設定行動について、第二に主要な買い手と供給業者間における行為について、それぞれ「複合的独占状況 (complex monopoly situation)」を規定する公正取引法 6 条 1 項 c 号と同条 2 項 にしたがって、競争法上問題になる反競争的效果を生じる行為状況について、調査、検討をしている。

1-2) 供給業者の主要な買い手にたいする依存性について、競争委員会は、そのうち最も規模の大きい買い手 4 事業者について言えば、英国における洗剤の売上げで 70%を占める二大ブランド（Persil と Ariel）でさえも、その 4 事業者に依存する関係にあるとする²²⁰。

これに対し、かかる大規模な買い手のなかには、マストアイテムといわれるブランドを品揃えからはずすことはできないとしてみずからが供給業者に依存することを訴える者もいるが、このような場合でも、競争委員会は、大規模な買い手はより小さな売上げの同一供給業者のブランドをはずす旨の威嚇的な条件交渉をもって、価格決定を迫ることがあるとした典型的な供給業者の回答を摘示している。また、かかる供給業者の総売上げの 20%をこれら主要

²¹⁸ Competition Commission, Supermarkets: A report on the supply of groceries from multiple stores in the United Kingdom(Oct.2000)(The National Archives の HP より//webarchive.nationalarchives.gov.uk/の頁から入手) (CC, Supermarkets, 2000 と略称)。

²¹⁹ CC, Supermarkets, 2000 (前掲注 218 参照), para. 2.325,2.320, 2.460. このうち、第一の複合的独占状況である不当廉売、差別対価そして「焦点を絞った価格競争 (Focused price competition)」にかかわる報告書の内容については、参照、杉浦市郎・イギリス競争委員会のスーパーマーケット報告書・公正取引 655 号 37 頁 (2005 年)。

²²⁰ CC, Supermarkets, 2000 (前掲注 218 参照), para.11.10.

な買い手の一社は占める例からも、依存関係を委員会は認定している²²¹。

さらに供給業者が多国籍企業として世界市場レベルで巨額な総売上額をあげており、特に大規模な上記の4事業者のような買い手にたいする関係でも英国に限ってみれば比較的わずかな売り上げとなり、その結果として、供給業者はこれら大規模な買い手に依存しているとは言い難いとのかかる買い手側の主張にたいして²²²、委員会は、以下のようにその問題点を指摘する。すなわち、英国内で相対的に低い売り上げとなるこれら供給業者は世界市場レベルでは、やはり巨額な買い取り量となる主要なスーパーマーケット4社による多国籍ビジネスの展開と合わせて理解すれば、この買い手による供給業者側に依存性はないとの主張は、問題があるとする²²³。

2) 小売業者の問題行動にかかわる考察

2-1) 競争委員会が第2の複合的な独占状況にあると位置付け、5大食品雑貨小売業者と供給業者間の関係が問題にされる需要力の濫用にかかわり、供給業

²²¹ CC, Supermarkets, 2000 (前掲注 218 参照), para.11.11.

²²² 例えば、1999 年 6 月にプロクターアンドギャンブル (Procter & Gamble) は全世界で 240 億ポンドである。英国プロクターアンドギャンブルは 12 億ポンドでグループ売り上げの約 5% にすぎない。CC, Supermarkets, 2000 (前掲注 218 参照), para. 11.12.

²²³ 英国のサプライチェーンは全世界の販売でおよそ 3.3% を占め、さらに最大手のテスコは 0.85% であるにすぎない。しかしグローバルな小売業者の出現は、かかる比率を変化させていることに競争委員会は注意を喚起している。例えばアスダは英国でプロクターアンドギャンブルの世界販売のうち 0.47% を占めるが、アスダ/ウォルマートグループは 2000 年当時でプロクターアンドギャンブルの世界販売のうちおよそ 13% にのぼる売り上げを示している。CC, Supermarkets, 2000 (前掲注 218 参照), para.11.12.

他方で多国籍の製造業者グループの場合では、事情は異なってくる。かかる多国籍グループに属する英国の大規模供給業者は、大規模需要者のスーパーマーケットにたいする価格交渉において、親会社のグループの売り上げとは独立して、製品ごとのベースで条件の交渉がされるのである。そのことにより、他のエリアでの事業規模を交渉力の源泉として用いる「てこ」の技は、法律上の問題もあり、極めて難しいとする。CC, Supermarkets 2000 (前掲注 218 参照), para. 11.13. See, *ibid*, para 11.25 (大規模な多国籍企業グループの需要者との交渉では、製品ごとの交渉で争われる額を、送り状 (インボイス) から一方的に減額される慣行にたいして抵抗することは難しい、との多くの供給業者の声明)。

者の有する競争機能に悪影響をおよぼす小売業者の慣行が、委員会に寄せられた意見の分析とともに競争法上、評価されている。結論的には、委員会にかかる濫用的慣行により、供給業者の販売価格を競争レベル以下に抑え、かつ供給業者のコストを不当に引き上げることによって、供給業者間の競争（場合によっては小売業者間の競争の双方）が歪曲されるとしている²²⁴。

2-2) 委員会は本調査の質問対象とされ、次の六項目 からなるカテゴリーに類型化された慣行に関し、競争の妨害、制限あるいは歪曲が疑われるものとしてスーパーマーケットの行為にたいし公正取引法上の違反が問題とされる競争への悪影響を検討している。

- (a) スーパーマーケットの（棚）スペースにアクセスする供給業者に金銭の支払いや対価の割引を求めること。
- (b) 供給業者がおこなう他の小売業者との取引に条件を課すこと。
- (c) 異なる供給業者の提供にたいし、異なる基準を適用すること。
- (d) 不公正であり、不均衡な負担となるリスクを課すこと。
- (e) 供給業者との契約条件について遡及的な変更を課すこと。
- (f) 供給業者による市場へのアクセスを制限すること。
- (g) 供給業者に諸経費を負担させること及びコストを移転すること。
- (h) 食品雑貨の供給業者にたいし大規模スーパーの指定供給者を利用するように要求すること。

以下にこれら 6 類型について委員会による競争法上の政策的観点からくだされた評価を紹介、検討する。

- (a) スーパーマーケットの（棚）スペースにアクセスする供給業者に金銭の支払いや対価の割引を求める類型

2-3) 委員会は、経済的利益の強要にかかわる需要力の搾取的な濫用行為について、スーパーマーケットが自らの販売スペースに供給業者をアクセスさせ、それについて経済的利益を要求する類型の行為において一括りにまとめ、そ

²²⁴ CC, Supermarkets, 2000（前掲注 218 参照），para.1.10.

れにたいする競争法上の政策的評価を、下記①の棚貸し料でみるように、供給業者間でなされる製品提供をめぐる競争をかかえる経済的利益の提供をめぐる競い合いに変質せしめる点からおこなっている。これは、競争の質が歪曲されるという反競争的な影響評価をなす特色がある。この評価における本類型について、代表的な棚貸し料のほか、8 行為についての委員会の所説を以下にまとめる。

①製品の在庫、陳列の条件あるいは取引先供給業者リストに掲載する前提条件として、金銭の支払いを要求ないし要請する（棚貸し料等という）。

2-4) 需要力をもつ 5 大食品雑貨スーパーが供給業者から棚貸しの名目により料金を徴収する、ないし当該スーパーの対価にかかわる減額を請求することは、その競争能力に悪影響を生ずる供給業者を生み出すとされており、供給業者間における食品雑貨の提供にかかわる競争を歪曲するという評価がされている。この点につき、競争委員会はその競争歪曲論にもとづく棚貸し料等の禁止にかかわる競争法上の政策的根拠として、以下のような説明を述べている点が注目される。

すなわち、「かかる慣行をおこなうチェーンストアは、最良な製品、あるいは最も効率的に製造された製品や、消費者によって選好される製品を当然のものとして選択するのではなく、要求する支払いにもっともよく応じる者は誰かによってある程度影響され」という、取引先選択の適正さにかかわる歪みの問題である。すなわち、需要力をもつ取引当事者にかかわり、その相手方が提供する給付の内容について、それが消費者の選好からかい離するおそれ、あるいは品質や効率的な製造の規準からかい離するおそれが問題とされている。

2-5) このような取引当事者の提示する給付内容にかかわる業績の規準を反競争性の違法性判断に取り込む立場については、類比的に 1970 年と 80 年代のドイツにおける競争制限禁止法や不正競争防止法の事例が主にあげられる。この点については、需要力の濫用的行使にかかわる判例が「取引相手の冷静な判断を曇らせる行為は、正当な競争手段でない」とされる判断規準を展開さ

せた経緯に関して、すでに我が国に批判的に紹介がされている²²⁵。

2-6) 上記のように 2000 年報告書は、食品雑貨スーパーに支払われる棚賃し料について供給業者間で競い合いとなることは、同スーパーの品揃えが、ア) 最良な、あるいは効率的な製造による製品によるものでなくなり、さらにイ) 消費者の選好にもとづくものでなくなるおそれがあることから競争を歪曲すると評価した²²⁶。

ア) の最良、効率的な製造による製品選択が供給業者によっておこなわなくなるおそれは、供給業者のなす需要者の対価の提供にたいする評価において問題になる。その場合、需要者の提示する対価が主たる給付であり、同じく棚スペースの提供が付随的給付とされる。そして、後者の附随的給付の提供をめぐる競争のあり方について、競争法上の評価にかかわるスタンスの相違が業績競争論について上記の見解の対立を生ぜしめものと分析されよう。

イ) の消費者の選好に裏付けられた製品陳列がされないおそれは、消費者の

²²⁵ 小泉克哉・ドイツ不正競争防止法における一般条項の経験、ジュリスト 1018 号 11 頁 (1993 年)。ドイツの業績競争理論の詳細な研究として、参照、岸井大太郎・ドイツ競争法における「業績競争理論」(1)(2)・法学志林 83 巻 1 号 1 頁、4 号 61 頁 (昭和 60,61 年)。

その際かかる濫用的行使にかかわって業績の規準を違法性判断に取り込むアプローチの方法には、多様な立場がありうる。そのことは一方で、「業績」競争の規準にかかわり、この理論について市場経済による競争を「品質価格競争」として限定的にとらえていると評価したうえで、本来的給付と附随的給付の二分論からあるべき競争を前者に焦点を絞ってとらえる恣意的な判例の傾向が紹介され、それに批判がされている。小泉・前掲、12 頁。

しかし他方で、業績競争論の多様な展開は、何が保護に値する「業績」であるかの判断規準としてその競争理論は存するのではなく、給付に関する市場の相手方のなす比較行為、つまり取引先選択の行為が阻害されることを防止して、市場の競争機能の発揮にかかわる円滑な遂行を保証せんとする理論構成上において、異なる立場のありうることも以下の拙稿で論じた。

拙稿・ドイツ競争法制における「利益強要 (Anzapfen)」の禁止 [2]、高千穂論叢 47 巻 2 号 36 頁 (2012 年)。Heinrich Hölzler/Horst Satzky, Wettbewerbsverzerrungen durch nachfragemachtige Handelsunternehmen, (Carl Heymanns, 1980) (Hölzler & Satzky, Wettbewerbsverzerrungen, と略所)、Walter Schlupe, Über den Begriff der Wettbewerbsverfälschung, in Festgabe für M. Kummer (1980,) S.487ff.

²²⁶ CC, Supermarkets, 2000 (前掲注 218 参照), para2.476(c).

商品選択にかかわる自由の確保の問題としてとらえられる。

2-7) 2009 年の食品雑貨スーパーにかかわる行動綱領 (GSCOP) においては、本問題は、「小売業者は、その支払いが販売促進に関連しないならば、棚スペースの割り当てについてより良い位置やスペース増を確保するために、いかなる支払いも要求してはならない」と規定された。かかる規定は、販売が促進される結果によって示される、消費者の選好にしたがい棚貸し料等の支払い要求が正当化されることを明らかにしたものと考えられる²²⁷。

したがって、現行の行動綱領における棚貸し料にたいする規制のアプローチは、2000 年報告書にいう上記ア) の最良、効率的な製造による製品選択のされなくなるおそれを問題にするのではなく、イ) の消費者の選好に裏付けられた製品陳列がされないおそれを違法性判断の中心にしたと考えられる。この限りで現行規定は、あるべき競争を「品質価格競争」として限定的にとらえる上記に述べた狭い業績競争論とは異なる視点に立つ。しかし、最良で効率的な製造による製品選択を供給業者に求める要請を退けるものでない見解の存することは、小売業者の棚貸し料の要求にたいして、禁止範囲を実質的に狭めない以下の規制方針から明らかである。

2-8) それは、2013 年 12 月のガイダンス請求 (guidance request) に答えて、ターコン (Tacon) 審判官は、小売業者が最適な棚の位置に商品を置くことによる支払いの要請について、以下のように述べている点にかかわる。すなわち、そのような要請は「小売業者間の標準的な慣行でなく、特定の小売業者についても、標準慣行ではないと解される。小売業者は、顧客がその商品を目にすることを望みかつ予測することにしたがって棚の配置を決定することを望んでいるのであって、供給業者に奨励金を出させることを望んでおこなうことがその利益になるのではない」、と。この指摘は、消費者の見やすい「目の高さでの陳列 (eye-level display)」にたいする支払いの要請 (request) について、GSCOP の規定にかかわる明確化の求めに応じてなされたものであるが、審判官は、後述の GSCOP (12 条) の規定文言に反する

²²⁷ GSCOP, Schedule 1, part 5 (前掲注 2 参照), § 12; Guidance (前掲注 49 参照), 4.j.

ものでなくても、その精神 (spirit) に反するとしている²²⁸。

本件支払いにかかわる要請が小売業者間の標準的な商慣行ではないとの上記認識のもとで、「供給業者に奨励金を出させることを望んでおこなうこと」の無いように GSCOP の規定を広く解する審判官の考え方は、棚貸し料の要求（要請）について、供給業者に奨励金を出させる競争が小売業者間において生ずる結果に懸念を示している。この点から前記 2000 年報告書にいう、小売業者のなす取引先選択についてその適正さについての歪みの問題を軽視するものではない。すなわち、審判官の GSCOP の棚貸し料の規制にかかわっては、供給業者間でなされる製品提供をめぐる競争をかかえる経済的利益の提供をめぐる競い合いに変質せしめる点からおこなっていると考えられる。このように競争の質が歪められる支払い要求（要請）の禁じられる限りで、給付に関する市場の相手方のなす比較行為、つまり取引先選択の行為が阻害されることを防止する市場の競争機能の発揮が確保されることを重視するものとして、業績競争の考え方と相即的であると評せられよう。

2-9) (a)のカテゴリーに属する供給業者に経済的利益や対価の割引を求める慣行としては、①の棚貸し料以外に、②から⑧まで以下のものが 2000 年報告書にあげられている。

- ②店舗内のより良い場所に供給業者の製品をおくため、金銭の支払いを要求ないし要請する。
- ③店舗内において供給業者の製品配列を拡大ないし充実させた見返りの報奨として、取引条件の改善をなすよう要求ないし要請する。
- ④年間を通じ店舗内における販売促進にかかわる製品取扱いの報奨として、供給業者から金銭的貢献を要求ないし要請する。
- ⑤信用の供与期間で供給業者間において差別する。
- ⑥取引停止の威嚇のもとに買い手の要求にたいする応答によって、取引停止や価格を引き下げさせる。
- ⑦品揃えからはずす旨言及した後に、無関係な商品の割引ないし一般的取引条

²²⁸ Groceries Code Adjudicator, Guidance request: Charging for special shelf position (4th Dec.2013) (www.gov.uk/gca より入手)。

件の改善を受けることでそれを撤回する。

⑧特別の販売促進について（例、顧客注目度の高い陳列棚の脇でディスプレイする等）、買い手の実際のコストを超える場合に、支払いを要求ないし要請する。

2-10) これらの搾取的慣行は、委員会の得た証拠にもとづいて、競争法の政策上問題になる上記①にあげた理由として、食品雑貨小売業者の品揃えが、ア）最良、効率的な製品によるものでなくなり、イ）消費者の選好からかい離するおそれがあることをこれらの各慣行についてもあてはまるものとしている²²⁹。

2-11) そして、2000 年報告書における搾取的濫用行為についての反競争の効果にかかわる分析として、競争の歪曲という市場におよぼ悪性が、これら行為の詳細な分析を通じて示されたことは、注目される²³⁰。

(b) 供給業者がおこなう他の小売業者との取引に条件を課すこと

2-12) この拘束条件付き取引にかかわる(b)のカテゴリーでは、以下の二項目があげられている。

①（小売業者のプライベートブランドを除いた）単一の製品を供給するよう要求すること。

②小売業者がより低価格で製品を提供していた、あるいはしていたと信じる場合に、他の小売業者に製品を提供しないよう供給業者に影響を行使して求めること。

²²⁹ CC, Supermarkets（前掲注 218 参照），2000, para. 2.477(c), 2.478(c), 2.479(c), 2.480(c), 2.482(c), 2.483(c). これら(a) の類型でスーパーマーケットへのアクセスにかかわり経済的利益を要求する諸慣行のうち、⑥にあげた取引停止の威嚇のもとに買い手の要求にたいする応答によって、取引停止や価格を引き下げさせる場合について、競争委員会は、以下のように最終的には問題はないとする。それは、一般的に品揃えから外すことはありふれた行為であって、ときに供給業者の市場に歪曲を生ぜしめることはありうるとしても（もっぱら供給された製品の品質等と無関係に品揃えから外す）、証拠からこの行為が問題になる例は納得できるレベルで見出し得ないとする、ことである。CC, Supermarkets, 2000（前掲注 218 参照），para.2.481 (c).

²³⁰ CC, Supermarkets, 2000（前掲注 218 参照），para. 2.477 (c), 2.478(c), 2.479 (c), 2.480 (c), 2.482(c), 2.483(c).

2-13) かかる拘束的な条件を小売業者が供給業者に他の小売業者との取引にかかわって求めることは、委員会によれば供給業者間の競争を制限ないし歪曲するものとされている。行為者である小売業者の市場の相手方である供給業者間の競争について、それが減殺されるこのような拘束条件付きの取引ないし排他条件付きの取引にたいし、競争の減殺という市場における負の効果に注目した分析となっていることが注目される²³¹。

上記の(a) にあげたスーパーマーケットが自らの販売スペースに供給業者をアクセスさせ、それについて経済的利益を要求する類型の行為について、供給業者間における食品雑貨の提供にかかわる競争を歪曲するという評価がされていることと対照すると、供給業者間における競争の減殺にかかわる本類型では、競争の制限にかかわる文言が加わる特色がある。つまり、搾取的な利益の強要行為でもつばら競争の歪曲が問題にされ、他方拘束条件ないし排他的条件を付した取引については、市場における競争の減殺が問題にされることが重要な評価のポイントになる²³²。

(c) 異なる供給業者の提供にたいし、異なる基準を適用すること。

2-14) このカテゴリーで競争委員会が取り上げた慣行は、「生産地英国」と表示が指示する、あるいは指示していると解される製品でありながら、海外で製造後の消費が可能であるようなものである。かかる慣行について委員会は、需要力をもつサプライチェーンによりおこなわれるのなら、市場における消費者の商品選択を歪んだものとし、かかる慣行なかりせば免れる供給業者の負担を増すことで競争を歪曲としている²³³。

²³¹ CC, Supermarkets (前掲注 218 参照), 2000, para.2.485, Table 2.7. 委員会は双方の慣行について、本調査に提出された証拠からは、競争の制限ないし歪曲の効果が生じているとはいえない、あるいは広範にかかる行為が生じてはならないとした。Id, para. 2.487, 2.488.

²³² かかる行為類型毎の評価の差異を基礎づける競争の歪曲と制限の法律上の概念的な差異は、V. 2. 1) で検討する。

²³³ CC, Supermarkets, 2000 (前掲注 218 参照), para.2.489, 2.490, Table 2.8.

(d) 不公正であり、不均衡な負担となるリスクを課すこと。

2-15) このカテゴリーの行為には、以下のような多様な原因にもとづいて供給業者に加重な負担を負わせるスーパーマーケットのリスク移転行為がまとめられている。

先ず、①「事前の」あるいは「度重なる」値引き要求であり、製品の販売時点で安売りする場合に遡及的に値引き要求におよぶ場合である。このタイプのリスク移転行為は、委員会によれば、それが需要力をもつチェーンストアにより行なわれる場合には、次のような反競争的効果をうむことになる。

ア) 供給業者の競争機能 (competitiveness)、とりわけ小規模な供給者の競争機能に悪影響を与える。

イ) かかる値引きを受けられなかった小売業者のこうむる不利により、小売業者間で食品雑貨を提供する競争を歪曲する。

ウ) 供給業者に不当なリスク範囲を移転することとなり、供給業者間の競争を歪曲する²³⁴。

2-16) 次に、小売業者の予想外の損失にたいし、その負担を供給業者に押し付けるリスク移転の問題があげられる。すなわち、②小売業者の予測を下回る利益状況にたいし利潤の補償を供給業者に要求ないし要請する行為であり、また③返品受取の条件付き販売について書面による合意がないのに売れ残り商品の買戻しを要求ないし要請する、あるいは支払いをしない場合や、さらに④同じような事情で注文の変更におよんだことで生じる供給業者の損失を補償しない場合、あるいは⑤気象条件のために合意した量の引き渡しがいされない生産者／農場主を取引停止する場合、というそれぞれの行為があげられている。これらの行為が需要力をもつチェーンストアにより行なわれる場合には、上記のア) からウ) の競争の歪曲にかかわる反競争効果を生じるとされる²³⁵。

²³⁴ CC, Supermarkets, 2000 (前掲注 218 参照), para.2.494(c), 2.495(c).

²³⁵ CC, Supermarkets, 2000 (前掲注 218 参照), para.2.496(c), 2.498(c), 2.500(c). なお、気象条件による引渡し量の未達の行為についての問題は、委員会は供給業者の競争機能に悪影響を与えることを示す証拠はなく、また供給業者間あるいは小売業者間の競争における食品雑貨の提供にかかわる競争を妨害、制限ないし歪曲している証

さらに、リスクの押しつけ問題は、販売促進にかかわり生じる。⑥小売業者が目標額に未達の場合に供給者に金銭的補償を要求ないし要請する行為や、同じく⑦その目標額に未達の場合に、小売業者の注文した特別包装に要する余分なコストを供給業者が負担するよう求める行為は、これらの行為が需要力をもつチェーンストアにより行なわれる場合には、上記のア) とイ) の競争の歪曲にかかわる反競争効果を生じるとされている²³⁶。

そして、リスク負担の不均衡問題を生じるウ) の類型にあつて以上のもの以外の行為としては、⑧小売業者間の安売り競争に対抗するため供給業者から支援を求める場合、⑨商品の損耗をカバーする支払いを供給業者に要求ないし要請する場合、⑩消費者の苦情問題の処理で製品に原因がないにもかかわらず、供給業者に書面による情報が提供されないまま実際に要したコストを超える支払いを供給業者に課す場合、について需要力をもつチェーンストアにより行なわれるならば、上記のア) からウ) の競争の歪曲にかかわる反競争効果を生じるとされている²³⁷。

(e) 供給業者との契約条件について遡及的な変更を課すこと。

2-18) ①合意なくして供給業者の送り状を借方記帳する (debit)、あるいはその外の差引勘定をする。

委員会の認定によれば、この行為は、スーパーマーケット業界で幅広く行われている。かかる慣行が需要力行使の結果として合理的ものとはいえないものであるにもかかわらず、それ自体で供給業者の競争機能に悪影響をおよぼしている、あるいは食品雑貨の供給において競争を妨害、制限、あるいは歪曲しているとは認められないとする。また、②金額に事前の合意なく、又

拠はないとした。Id, 2.502 (c).

²³⁶ CC, Supermarkets, 2000 (前掲注 218 参照), para.2.504(c), 2.505(c).

²³⁷ CC, Supermarkets, 2000 (前掲注 218 参照), para.2.497(c), 2.498 (c), 2.501(c). なお委員会はこれら以外のリスク移転の行為として、供給業者にスーパーマーケットが競争者の価格情報を提供するよう求める行為もあげているが、証拠によりかかる行為が圧迫の内に、また反競争的效果をもってなされたということはできないとしている。CC, Supermarkets, 2000, para.2.503 (c).

は未だ実施なくして、あるいは供給業者の控用の情報（back-up date）を提供しないで販売促進の資金について供給業者の送り状を借り方記帳する慣行も、これらの反競争的效果にかかわる証拠は認められないとする²³⁸。

2-19) 他方、③契約の合意期間外でなされる支払い遅延であって、引渡しが小売業者の明細書通りなされているのに、送り状から 30 日以上におよぶ支払遅延行為は、ア) 供給業者の競争機能に悪影響をおよぼし、かつイ) かかる行為の可能な 5 大スーパーマーケットとそのような優位をもたない小規模小売業者間の競争を歪曲し、さらに、ウ) 大規模供給業者がかかる支払遅延のロスを吸収可能である限りで、供給業者の市場における競争を歪曲する²³⁹。

2-20) また、契約の遡及的変更のカテゴリーには、販売促進にかかわり次の行為があげられている。④それは販売促進価格によった発注について、売れ残りの過剰分を供給業者に引き続き補償ないにもかかわらず高価で販売する行為がそのひとつであり、さらに⑤供給業者との合意なく販売促進をするよう教唆する、あるいは遡及的に販売促進の原資とする行為であり、委員会は、これらの行為が需要力をもつチェーンストアにより行なわれる場合には、上記のア) からウ) の競争の歪曲にかかわる反競争効果を生じるとされている²⁴⁰。

契約条件の一方的な破棄ないし変更の行為において問題になるのは、⑥従前の合意内容から数量又は製品仕様を、供給者に生ずる損失を金銭的に補償することなく 3 日以下の告知機関で変更する行為、また⑦スーパーマーケットの購入量が継続的に減少しているにもかかわらず、発注増の時点における交渉価格を維持して低価格の卸販売を要求すること、⑧価格の裏付になったマーケティングのサポートにしたがい従前に合意された卸価格を、恒久的に引き下げを供給業者に要求ないし要請する行為は、これらの行為が需要力をもつチェーンストアにより行なわれる場合には、上記 2-15) におけるア) からウ) の競争の歪曲にかかわる反競争効果を生じるとされている²⁴¹。

²³⁸ CC, Supermarkets, 2000 (前掲注 218 参照), para 2.509 (c), 2.514(c).

²³⁹ CC, Supermarkets, 2000 (前掲注 218 参照), para, 2.510 (c)

²⁴⁰ CC, Supermarkets, 2000 (前掲注 218 参照), para 2.513 (c), 2.515(c).

²⁴¹ CC, Supermarkets, 2000 (前掲注 218 参照), para.2.511 (c), 2.512 (c). 2.516 (c).

(f) 供給業者による市場へのアクセスを制限すること。

2-21) このカテゴリーには、サプライチェーンのプライベートラベルに有利に供給者ブランドを品揃えからはずす行為があげられるが、委員会は、品質と無関係にされる取引停止は供給市場に歪曲をもたらすが、かかる事情をしめす証拠は認められないとした²⁴²。

(g) 供給業者に経費を負担させ、コストを移転すること。

かかるカテゴリーには以下の3分類の行為があげられている。

2-22) 先ず経費負担の問題とされる具体的内容について、比較的詳しく規定され5種類が規定されている。すなわち、①新規又は将来見込みある供給業者を訪問したバイヤーの費用、②装飾及び包装デザイン費用、③消費者パネル調査費用、④マーケットリサーチ費用、⑤歓待費用のそれぞれの負担を供給業者に要求ないし要請すること、があげられる。委員会はこれらの負担の要求が、需要力をもつチェーンストアによりおこなわれるときは、ア) 供給業者の競争機能に悪影響をおよぼす場合があり、イ) 需要力ある買い手をリスクから一定程度保護し、かかるリスクにおける不当な部分を供給業者に移転にすることにより食品雑貨を提供する供給者業間の競争を歪曲する、と認定している²⁴³。

2-23) 次にコスト移転の不当性にかかわる類型は、供給における数量や品質等の不一致をめぐる紛争を処理する類型について、次の2行為が取り上げられている。それは、①かかる不一致が供給業者と合意されず、あるいは当該状況の書面情報が供給業者に提示されることなくして、供給業者に経費負担を課す慣行である。委員会は上記供給業者の競争機能にたいする悪影響や供給業者間の競争を妨害、制限ないし歪曲している証拠はないとする（ただし、一般的にかか

²⁴² CC, Supermarkets, 2000（前掲注 218 参照），para.2.520 (c)。

²⁴³ CC, Supermarkets, 2000（前掲注 218 参照），para.2.523 (c). 消費者（行動）パネル調査とは、選ばれた世帯で購入商品のブランド、数量、価格、店などを記録してもらい調査である。長期にわたり、繰り返し調査することで、広告投入量と購入の関係、新製品の浸透状況などが明らかになる。電通広告事典（2008 年，電通）351 頁。

る行為の合理性には疑問を呈する)。また②製品仕様に合致しない問題にかかわり、その原因が店舗内で生じたことの調査無くして供給業者に一方的に負担金を課すことは、同じくかかる負の効果にかかわる証拠は示されなかったとする²⁴⁴。

2-24) また、本来スーパーマーケットが負担すべきコスト負担であるとみなされるものを、供給業者に押し付ける類型が 5 種あげられている。それらは、①店舗改装及び新規店舗開店の費用にかかわり貢献要求ないし要請する行為、②供給者のコスト増を合理的に予測できるサプライチェーンシステム変更について、供給業者に補償ないし費用節減の利得を付与することなく実施すること、③販売促進(例、「ひとつ買えばひとつ無料」)の費用原資の大部分を供給業者に要求すること、④商品バーコード変更や包装表示価格の切り下げの費用につき金銭的貢献を供給業者に要求ないし要請すること、⑤チャリティー団体への寄付に供給業者を勧誘すること、の各行為である。委員会はこれらの負担の要求が、需要力をもつチェーンストアによりおこなわれるときは、ア) 供給業者の競争機能に悪影響をおよぼす場合があり、イ) 需要力ある買い手をリスクから一定程度保護し、かかるリスクにおける不当な部分を供給業者に移転にすることにより食品雑貨を提供する供給業者間の競争を歪曲する、と認定している²⁴⁵。

(h) 食品雑貨の供給業者にたいし大規模スーパーの指定供給業者を利用するよう要求すること。

2-25) 先ずこの類型の問題行為は、①運送業者、包装会社、装丁会社などから財や役務を購入する場合に、指定会社を利用するよう要求することあげられている。委員会は、かかる慣行が需要力をもつサプライチェーンによっておこなわれるのならば、食品雑貨の提供にかかわる競争をつぎの二点で歪曲するという。それは、ア) 供給業者に効率的な第三者からの提供を受けること

²⁴⁴ CC, Supermarkets, 2000 (前掲注 218 参照), para.2.524(c), 2.527(c).

²⁴⁵ CC, Supermarkets, 2000 (前掲注 218 参照), para.2.523(c), 2.525 (c), 2.526 (c), 2.528 (c), 2.529 (c), 2.530 (c).

を妨げ、かつライバルにたいする競争優位を獲得することも妨げるとともに、イ) 食品雑貨産業にかかわる第三者間の競争を直接に制限するからである²⁴⁶。

次に、②他の小売業者に配送される予定の、チェーンストアが取引を停止した製造業者による製品を取扱わないように卸業者に指示する行為については、委員会は、一定状況においては供給市場を歪曲することありうると考えられるが、証拠としてかかる事態が一般的に起こっているとは言い難いとした²⁴⁷。

2-26) 主要な買い手は、食品雑貨の全国市場における購入について各社毎に算定した結果、少なくとも 8%を超える大量購入の状況にある。競争委員会は、かかる状況を踏まえて、これらの会社により行なわれる上記 30 の慣行で、供給業者の競争機能を害する影響を行使し、かつその供給の市場における競争を歪曲すると結論付ける（さらに小売業者間の市場の競争を歪曲する慣行は 18 類型）。これらから、公正取引法（the Fair Trading Act 1973）の 6 条 1 項 c 号が規定する複数事業者の場合について、少なくとも合計して 4 分の 1 の市場シェアという閾値に合致し「第二の複合独占状況（second complex monopoly situation）」にあるとする²⁴⁸。

3) 公共の利益にかかわる考慮

3-1) 競争委員会の調査は、複合的独占状況が存在するなら、次に公共の利益に反する態様でかかる状況が運営される（あるいは、運営されると予想される）ことの検討がなされなければならない²⁴⁹。

3-2) 需要力を有する主要な買い手のいずれかによりなされる上記 2) で述べた競争の妨害、制限又は歪曲にかかわる 30 の慣行は、有力な買い手にたいする供給業者の交渉力を減じ、黙示的あるいは明示的に供給業者にコスト負担

²⁴⁶ CC, Supermarkets, 2000（前掲注 218 参照），para.2.533 (c)。

²⁴⁷ CC, Supermarkets, 2000, para.2.534 (c)。

²⁴⁸ CC, Supermarkets, 2000（前掲注 218 参照），para.2.539, 1.10, 2.550 (table.2.14,column 5)。

²⁴⁹ Coleman & Grenfell, Act（後掲注 362 参照），para.17.13（公正取引法 84 条 1 項のもとで、競争委員会が公共の利益について考慮する要因。後掲注 254 参照。）。

を増す。そのことから供給業者の研究開発と他の投資をより少なくするという態様で影響をおよぼすであろうし、ブランドの育成、新製品開発とイノベーションを乏しくする。このことが、供給業者にかかわる競争機能の毀損効果としてとらえられる公共の利益にたいする消極の影響である。このような供給業者におよぶ悪影響がかかる慣行の主要な影響とされている²⁵⁰。

3-3) 次に、より長期の視点では、主要な買い手の慣行は財務的により脆弱な基盤のうちにある小規模な供給業者に圧迫となるであろうし、その程度が厳しい場合には市場からの退出ということもありうる。このことは、同じく長期の視点において、供給業者の市場にそうでなければ生じた新規参入を封じることになるであろう。以上の点は、供給業者段階の競争におよぶ消極の効果が公共の利益にかかわる考慮で問題とされる²⁵¹。

それだけでなく、品質の低下や高価格が導かれること、また小規模な供給業者の上記のような市場からの退出は、消費者の取引上の選択を狭めることになるであろう²⁵²。

3-4) 需要力ある買い手による上記行為においては、考慮されるべきベネフィットがその反競争的な消極効果と衡量的に検討される類型があげられている。それは、前記 2-9)、④の供給業者から年間の販売促進にたいする報奨を要求ないし

²⁵⁰ CC, Supermarkets, 2000 (前掲注 218 参照), para.1.11, 2.541,2.543.

²⁵¹ Supermarkets, 2000 (前掲注 218 参照), para.1.11,2.543. 需要力を有したチェーンストアが上記競争の妨害、制限ないし歪曲にかかわる行為から有利な条件を引き出すときには、結果的に小規模な小売業者は、以下の不利をこうむる。それは、第一に、ウォーターベット効果として知られる事態であり、中規模の供給業者がかかるチェーンストアからこうむった不利な条件を、小規模な小売業者にたいしてその価格引き上げ等の措置で転嫁する場合である。さらに小規模な小売業者は、大規模なチェーンストアとの競争にかかわる不利を受けるという二重の不利に直面することになる。Ibid, para. 1.11, 2.544.

²⁵² CC, Supermarkets, 2000, para.1.11,2.543, 2.544.一定の慣行は主要な買い手に、小規模な買い手である小売業者にたいする相当な優位をもたらす。かかる従属的な関係にある小規模な小売業者の競争能力を害することで、今度は消費者の選択を狭める。主要な買い手による「個々の行為にかかわる効果は、比較的小さいものであるにしても、しかしそれが蓄積することによる小規模な小売業者におよぶ有害な効果をその各々の行為がもっていると考えられる」。CC, Supermarkets, 2000 (前掲注 218 参照), para.1.11, 2.544.

要請する類型が、小売段階の競争にはたす役割において評価され、供給業者も相互の競い合いの手段として活用することがベネフィットとされている²⁵³。

競争の歪曲にかかわる消極の競争効果と積極のそれとの衡量は、2-9)における⑤供給業者間における信用期間の差別についてもされている。短期の信用期間から小規模な供給者はベネフィットを受け、市場への参入とイノベーションを促し、それが消費者の購買をする選択の拡大を導くとされる²⁵⁴。

3-5) 需要力からもたらされることのありうるとこういった優位を考慮に入れるならば、8%基準に合致する主要5需要者によりおこなわれるこれら27の慣行は公共の利益に反する²⁵⁵。

²⁵³ CC, Supermarkets, 2000 (前掲注 218 参照), para. 2.546 (a).

ブラスの評価ポイントは、広範囲にわたる製品で販売促進がされ、消費者のベネフィットが増すことが根本にすえられる。この点で付加的、個別的に供給者から支払いを引き出す販売促進の手法として、前述の「ひとつ買えばひとつ無料」の費用原資を供給業者に要求することや、高い顧客注目度の個別ディスプレイ等について特別の販売促進費の支払いを要求する場合は、結局年間を通じた一括の場合よりも、供給業者にとって高額の支払い負担になる。委員会は、年間の販売促進にかかわる類型が供給業者へのベネフィットを増すとともに、コスト負担を抑える効果があるとする。Ibid, para. 2.546 (a).

²⁵⁴ Supermarkets, 2000 (前掲注 218 参照), para. 1.11, 2.546 (b)

公共の利益にかかわる衡量は、本報告書で競争にかかわる利益に止まらない広い視野からおこなわれている特徴がある。委員会は、供給業者にたいするチャリティーの寄付に勧誘する行為は競争歪曲のおそれがあるとしながらも、寄付の「有益な影響」について消極の認定をくだす立場には与するものでないとする。競争委員会の調査手続きにおける公共の利益の衡量要因にかかわる規定は、公正取引法 84 条 1 項に規定され、1998 年競争法改正によっても公正取引法の本規定を含む独占の規定は残されたことから、本報告も上記 84 条 1 項にしたがい検討がされたものである。本項は、かかる衡量の要因として、i) 英国における財と役務の供給にかかわる有効な競争の維持及び促進、ii) 英国における消費者利益の促進、iii) 競争を通じたコスト削減、イノベーション及び市場参入の促進、iv) 英国における均衡のとれた産業と雇用の配分を維持し達成すること、iv) 英国外市場における英国供給業者の競争活動の維持及び促進、という項目があげられるが、本規定は網羅的でないと解されることから委員会は本報告書で、慈善活動にかかわる積極の評価を認めたものと考えられる。See, Coleman & Grenfell, Act (後掲注 362 参照), para. 17.13.

²⁵⁵ CC, Supermarkets, 2000 (前掲注 218 参照), para. 1.11, 2.548 & para. 2.550, Table 2.14 column 7.

i) そして、この 27 慣行のうち 2001 年スーパーマーケット綱領には、25 の行為が規定された。OFT, Supermarkets: The code of Practice and other competition issues (March 2005) (OFT783), para. 2.1, note 2.

4) 競争委員会の認定する排除措置²⁵⁶

3-5) 競争委員会は、これら公共の利益に反する複合独占の状況から生じる反競争的な、好ましくない影響に対処する最も実効的方法は行動綱領であり、その場合ボランタリーな綱領は適切とはみなし難いとするとして以下のように述べている。すなわち、買い取りのシェア 8%基準に合致するサプライチェーンは、特定された方針に適合するとみなされる行動綱領にしたがうべく誓約を求められる。その綱領は、独立して紛争の解決がはかられる規定を含まなければならない、としている²⁵⁷。

ii) また同綱領は、競争委員会の勧告と異なり、供給業者の主要な買い手になす一定の支払い、金銭的寄与、販売促進及び他の措置についてそれらの要請が合理的である限り許されるものとなった。Ibid, para.2.3.

²⁵⁶ 1973 年公正取引法（前掲注 9 参照）54 条 3 項は、競争委員会にたいし、その認定による独占状況における好ましくない影響を排除又は防止する措置を特定するよう義務付けている（a 項）。以下に、公正取引法の定める、競争委員会による独占調査の排除措置にかかわる関連規定の概要をまとめる。

「独占付託（monopoly reference）」を受けた競争委員会の主たる務めは公正取引法 5 条 1 項 a 号に規定された「独占状況の存在、又は存在の可能性に関し」委員会に付託された問題の調査及び報告である。かかる務めは同法 54 条に個別に規定されている。その 2 項において委員会は、理由の声明及び関連事実の一般的調査にもとづいて、付託された問題にたいする「明確な結論」を述べなければならない。付託が純然たる事実問題でないとすると、全面的又は限定的な公共の利益に関する付託となる。独占状況が存在して、何らかの公共の利益に反するその行使が存するならば、上記の 3 項によりさらなる義務が委員会に課せられる。公共の利益に反する事がらが報告書に明記されなければならず、その公共の利益に反する悪影響も明記されねばならない。委員会は独占状況の認定にとり重要である「独占者」について、又は 4 項の大臣がその状況の排除措置をとる場合になすべき行為について考慮しなければならない、さらに報告書にかかる行為に関する勧告を含めなければならない。See, James P. Cunningham, The Fair Trading Act 1973 (Sweet & Maxwell, 1974), para. 9-02.

²⁵⁷ Supermarkets, 2000（前掲注 218 参照），para. 1.12, 2.578, 2.590.

2. 2008 年競争委員会市場調査²⁵⁸

1) 供給者の価格設定と「ウォーターベッド効果」

1-1) 本報告における調査の過程において、供給業者の価格について一方で大規模な食品雑貨スーパーにたいして、他方で独立系の提携関係にないコンビニやフランチャイズのコンビニにたいして、その支払価格の格差が存することについて、ウォーターベッド効果が問題とされた²⁵⁹。

²⁵⁸ Competition Commission, The Supply of Groceries in the UK market investigation (April, 2008) (CC, investigation 2008 と略称) (Competition Commission の HP より、>Groceries market investigation の頁から入手)。

i) 本市場調査と 2008 年報告書は、競争委員会から以下の委員がメンバーとなりまとめられた。各経歴は Competition Commission の HP より、>About us>Members の頁等によった。

委員長ピーター・フリーマン (Peter Freeman) ; 2005 年から 2011 年まで競争委員会の委員長を務めた。それ以前は、30 年にわたり英国法律事務所シモンズアンドシモンズの弁護士業務をおこなう。さらに Regulatory Policy Institute, Oxford の所長も務める。2013 年現在、英国競争控訴審判所 (Competition Appeal Tribunal) の審判長 (Chairman) の職にある。

委員ジェーン・アーモンド (Jayne Almond) ; 2005 年以来現在まで競争委員会委員の職にある。英国の不動産譲渡会社ストーンヘブン社 (Stonehaven) の現執行役員である。

委員バーバラ・ドノホー (Barber Donoghue) ; 2005 年以来現在まで競争委員会委員の職にある。ロンドンに本社のある投資会社 Manzanitania Capital の役員。

委員アラン・ハームリン (Alan Hamlin) ; 2001 年から 2010 年まで競争委員会委員の職にあった。2005 年からマンチェスター (Manchester) 大学経済学担当教授。

委員ブルース・ライオンズ (Bruce Lyons) ; 2002 年から 2011 年まで競争委員会委員の職にあった。イーストアングリア (East Anglia) 大学経済学担当教授。

委員アラン・グレゴリー (Alan Gregory) ; 2001 年から 2009 年まで競争委員会委員の職にあり、2013 年現在同委員会外部アドバイザー (External Advisor)。エクセター (Exeter) 大学財務会計論担当教授。

ii) 本調査における本稿で扱う以外の論点として、ローカル市場における高い集中度と競争阻害の問題、土地利用計画と大規模店舗進出の阻害問題については、以下の文献参照。小林逸太・スーパーマーケットにたいする競争政策—英国グロサリー調査管見・東海大学政治経済学部紀要 40 号 159 頁以下 (2008 年)。

²⁵⁹ コンビニエンスストア協会は、大規模食品雑貨スーパーの規模の拡大が需要力を強め、供給業者からの低価格をもたらすことから、規模の利益を喪失したコンビニストアが供給業者との交渉力を弱体化させ、買入れ価格の上昇と小売価格の引き上げをまねくという因果的連関の説明によって、ウォーターベッド効果を説明している。

The Association of Convenience Stores Limited (ACS), The 'Waterbed Effect'. How Non-Cost Related Discounts to Large Retailers can Harm Consumers,

1-2) 競争委員会はウォーターベッド理論について一貫した論理構成をもつ長所があるとすると、特定状況にかぎって成立可能な制約性の問題点を看過しえないとし、英国においてその理論が妥当するための条件を ASC モデルに内在する仮定が満たすものでないことを以下のように説明する。

第一に、大規模な食品雑貨スーパーの交渉力を通じ供給業者からの低価格が消費者にもたらされる一連のプロセスは、大規模スーパーとコンビニの間の競争について後者の不利に影響することを ACS モデルの理論が前提とす

(www.competition-commission.org.uk/assets の HP より入手) (Nov. 2006, ACS, Waterbed と略称)。

ACS によって主張されたウォーターベッド効果のモデルは、以下のようにまとめられている。

- i) 買い手の規模が供給業者にたいする需要力を決定する (ACS, Waterbed, para. 1.10, 1.11, 2.6)。

買い手の規模と供給業者の利益状況にたいする影響をみると、大規模な買い手が供給業者からの購買を停止することにより及ぼす影響というものとは槌 (leverage) の作用に比べられる大きさであり、小規模な買い手の場合以上に相当に大きいものになる。他方大規模な買い手のこうむる影響というものは、特定の供給業者から注文を停止しても、そのビジネスへの影響は軽微であるが、小規模な供給業者に同様な事情は該当しない。Ibid, para. 2.9, 2.10-2.16.

- ii) 大規模食品雑貨スーパーは、小規模スーパーよりも供給業者からより良い条件を確保することができるのであり、そのことはより低いコストで済む。

かかる低コストは、最終消費者にたいして小規模小売業者と競争する大規模スーパーの競争優位を導く。その優位はさらなる店舗獲得を通じて、小規模小売業者の総販売量を減じる。そして規模の拡大は交渉力強化につながり、供給業者から更なる好条件を引き出し、このようにして小規模小売業者にたいする競争優位の向上という循環へといたる。Ibid, para. 2.62-2.65, 3.5.

- iii) 需要力の乏しい小売業者が最終消費者になす提供条件は悪化する (例えば価格引き上げ)。これにより小規模小売業者の顧客は厚生が悪化する。そして消費者が平均して好ましくない影響をこうむるか否かは、大規模スーパーが「小売の提供」(後掲の IV. 2. 2), 2-4), i) を参照) をなす態様に依拠する。すなわち、大規模スーパーが改善された上流市場の取引条件を下流市場で消費者に還元しなければ、平均して消費者全般について価格や品質に短期においても、消極の厚生効果が生じるであろう。ACS, Waterbed (前掲注 262 参照) para. 1.22, 2.54-2.61, CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照), para. 5.27.

以上のウォーターベッドの効果理論は、大規模な食品雑貨スーパーの事業規模が増大していることを、需要力の強化と供給業者からの低価格を引き出す事態の原因としている。すなわちかかる低価格をもってコンビニストアの顧客を奪取するため、コンビニ側はスケールメリットを失って交渉上の地位を弱めることで相対的な高価格設定を余儀なくされる。CC, investigation 2008, para. 5.27.

る点にかかわる。しかし、大規模な食品雑貨スーパーの相互間では激しい競争がおこなわれている実態、さらにはかかる大規模スーパーが供給業者から得た低価格は、その競争により消費者にもたらされているという英国における食品雑貨小売業界の実態を見逃すべきではない²⁶⁰。

第二に、大規模スーパーが価格切り下げをもって獲得する顧客は、そのモデルではコンビニストアから奪取したとの推論によるのであるが、その場合にはいわば固定サイズの市場が前提とされており、顧客について、ある小売業者の獲得が他の小売業者の喪失を導くとした推論がされている。したがって、低価格の小売販売にこたえてのトータルな市場規模の拡大という視点は無視される。このことは結局、そのモデルがコンビニの顧客喪失を過度に強調している疑いを払しょくしえない²⁶¹。

第三に、食品雑貨スーパーによる需要力に影響を与える諸要因の分析にあたって、ACS モデルは事業規模が小売業者間で拡大するほどに価格格差が一貫して広がることに注目して、大規模スーパーの低価格設定による影響を重視したが、委員会の分析によれば、大規模スーパーの需要力に影響をおよぼす要因は事業規模にのみ限られるものではなく、一連のものが存ずるとして、そのなかで最も強い関連は価格と買い取り量の間に存ずるとする²⁶²。

第四に上記価格と販売量の関連は主要ブランド製品と非ブランド製品で画一的なものでなく、主要ブランド製品において、その関連はより平坦であり、単位当たりの価格でみると、重要な値を示さない。すなわち主要ブランド製品にあつては注文の規模は、供給業者の価格にあたえる影響は低いものとなる。このことは、大規模な食品雑貨スーパーが常に供給業者から製品の全体にわたり低価格をひきだすことができるとしても、ACS モデルの予測以

²⁶⁰ CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照), para. 5.29, 5.37.

²⁶¹ CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照), para. 5.30, 5.37.

²⁶² ASC モデルにおいても事業規模と価格の間の関係は非線形とあると考えられている。このことは 2003 年以来テスコの規模と全国販売シェアの伸びにもかかわらず、支払い価格の条件において他の小売業者にたいするその優位は実質的なものではなかったという事実が、規模と価格の相関関係に関する委員会の疑問の基礎になっている。CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照), para. 5.31, 5.37

上に弱いウォーターベッド効果になることを示すものといえよう²⁶³。

最後に ACS のウォーターベッド効果にかかわるモデルは、コンビニ事業者に供給する卸業者や購買組織の存在を認めない理論モデルである点があげられる。複数の競争的な卸業者間ではコンビニ事業者にたいし、その供給にかかわる一連の幅のある価格提示がされるのであり、ある卸業者からの不利な価格をうけたコンビニ事業者は、他の卸業者が供給業者からより良い価格で購入できることで代替的な取引先として存在することに多くの場合に依拠できる。このような卸業者や購買組織と供給者のとの間に存する競争的なダイナミックスは、コンビニ事業者が直面する購入価格の不利を緩和する実際上の効果をもつことを看過するべきでないとされている²⁶⁴。

- 1-3) ACS モデルについて、委員会は、コンビニ事業者にたいする差別的な供給業者の提供する非価格面におけるウォーターベッド効果についても、英国の食品雑貨部門ではそれが反競争的效果を生ぜしめている実質的証拠は存しないとする²⁶⁵。

²⁶³ CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照), para. 5.32, 5.37.

²⁶⁴ CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照), para. 5.33-34, 5.37.

i) 委員会の考え方によると、卸業者と購買組織は多くのコンビニストア本部のための購買をなすことにより、供給業者にたいし、より強い交渉力を行使できるのであり、それは個別コンビニ本部が供給業者と交渉する場合にもつことのできる交渉力以上のレベルで可能とされている。ある卸業者の価格が他の卸業者の価格に比して高すぎるため顧客であるコンビニ本部への販売を失うのなら、このような卸業者はより広範な取引先をもつ購買組織に加入することによってその交渉力を増すことができる。過去 10 年の英国における食品雑貨の卸業者間の統合をめぐる動きは、このような大規模スーパーとコンビニ本部の競争関係と密接に関連しておこなわれてきたことを ACS モデルは考慮していない。Ibid, para. 5.34.

ii) 競争委員会の調査によれば平均の供給業者の価格は、大規模な卸業者のなかには、多くの大規模スーパーにより得られる商品単位当たりの価格を供給業者から得ているものがある。卸業者はコンビニストアにマークアップを課すけれども、大規模な食品雑貨スーパーに比較して買入れ価格の不利は実質的なものではないことを示している。Ibid, para. 5.35.

iii) さらに「合併などの手段を通じて卸業者の規模が拡大していることは、大規模小売業者の得られる優位をある程度減じている」という見解がある。Roger Clark, The Impact of a Groceries Ombudsman on Consumers' Best Interests (www.rogerclark.org.uk の HP より入手), p.3 (Clark, Impact と略称)。

²⁶⁵ i) 競争委員会が委嘱した後述 (後掲 2) 2-5) iii) 参照) の GfK (市場調査会社)

2) 需要力と食品雑貨スーパー

2-1) 本報告における需要力 (buyer power) のとらえ方

委員会は需要力を、食品雑貨スーパー（あるいは卸業者ないし購買組織）が供給業者との関連で行使することのできる市場力の一形態であるとする。スーパーは需要力を有さない場合に比較して価格、品質ないし購入条件においてより良い取引を獲得できる。供給業者は需要力を有さないスーパーとの取引の場合と比較してより低いマージンを得ることになる²⁶⁶。

2-2) 反競争的效果と消費者の利得と損害

- i) 競争委員会に付託された市場調査においては、反競争的效果の認定がされた場合、2002年企業法134条4項によりその効果の排除、緩和または防止のため、顧客におよぶかかる効果の損害が認定されなければならない。

が提示する供給業者調査によれば、ウォーターベッド効果の実証的調査の概要は以下の通りになる。

- ii) 供給業者のわずか7%のみが、大規模顧客からの価格交渉に際し合意にかかわる明示の意思表示をしたにすぎない。そして価格は小規模顧客にたいしては引き上げられた。また、40%の供給業者が大規模顧客からの需要が増した場合に、小規模顧客にたいしては、供給不足の事態を招いたとされる。
- iii) さらにウォーターベッド効果について、供給業者のなす非価格面の提供をみてみるならば、21%の供給業者は大規模顧客がより良好なサービスないしサービス増を求めたときに、小規模顧客にたいするサービスレベルを悪化させたという。CC, investigation 2008（前掲注 260 参照），para.5.39.

このようなウォーターベッド効果に関連しての、GfK 調査による供給業者がなす大規模顧客と小規模顧客の提供の格差の実態について、競争委員会は、以下のよう

にその効果の存在に懐疑的な見解を提示している。
短期において供給業者の提供可能な資源の限定されていることは、大規模供給業者と小規模供給業者とで、前者にたいする供給増やサービス改善、後者の供給削減や貧しいサービスの提供に帰着するとも考えられる。

しかし、委員会は一時的な供給不足の後に、各々の顧客にたいする調整的な過不足の需要にたいする手配が、非価格条件の提供では期待できる実態を指摘する。ウォーターベッド効果が実効性を維持するには、サービスにおける格差は継続的でなければならないが、英国の食品雑貨の小売行では非価格面でのウォーターベッド効果は持続的には存しえないであろうとされている。
Ibid, para5.40

²⁶⁶ CC, investigation 2008（前掲注 260 参照），para 9.2. なお参照、瀧川和彦・欧米の流通市場における買手市場支配力の競争への影響について—大規模小売業を中心として・公正取引（745号、2012年11月）、18頁以下。

ii) 委員会は、食品雑貨スーパーによる需要力行使による反競争的效果について、消費者への損害がおよぶ態様の分析をして、小売業者の提供が競争の妨害、制限または歪曲によって影響を受けるパターンを次のように類型化し、反競争的效果の法的評価をしている。

すなわち、

- ① 消費者へ特定された損害がおよぶことは求められない―「現在の顧客と将来の顧客」そして、
- ② 「小売の提供」における消費者への損害―供給業者の投資とイノベーション活動への影響、である。

これらの点を以下に説明する。

2-3) 消費者へ特定された損害がおよぶことは求められない―「現在の顧客と将来の顧客」

i) 需要力の行使は供給業者にその利潤を減じて損害を生ぜしめることがあるが、供給業者の損害それ自体が当然に反競争的效果を構成するものではない。損害のこのような法的評価に関して、委員会によれば反競争的效果の認定のためには顧客の利益に特定の損害がおよぶことを認定する必要はないとされる。その根拠は、この後で述べる損害の発生が現在の時点で生ずることを要せず、将来の損害を反競争的效果の要件に含めしめる企業法の規定に求められている²⁶⁷。

ii) また、競争委員会は、食品雑貨スーパーがその需要力行使を通じて供給業者から得た利得について消費者に還元する事態は、そのことにより反競争的效果が生じている認定をさまたげるものではないとする²⁶⁸。

上流の買い手市場には、需要力行使の結果である供給業者の損失の問題が生じる。また、下流の食品雑貨スーパーの間でおこなわれる競争からは、消費者の利得がもたらされる。すなわち、上流と下流の市場参加者間の利害関係にかかわって、その利害の調整を競争法上どのようにおこなうか問題になる。委員会はこの供給業者／消費者間における利害調整の問題でも、消費者におよぶ経

²⁶⁷ CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照), para9.2, Appendix 2.2 para.5.

²⁶⁸ CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照), para9.4.

済的効果に即し、その正の影響と負の影響を観察期間の長短により明らかにしようところみる。つまり、かかる利得という正の経済的効果が現在の消費者におよんだとしても、長期視点のもとで将来の消費者に負の経済的効果がおよぶ事態（下記の 2-4）の i）を参照）は反競争的効果の発生を認定してもよいとされている。このように長期的視点で反競争的効果の発生を消費者におよぶ正の効果と負の効果の双方を勘案して判定するアプローチによることも、上記と同様に企業法の規定にその根拠が求められている²⁶⁹。

以下にかかる企業法の規定を概観する。

- iii) 短期のマイナスの効果と長期のプラス効果にかかわるこのような委員会の見解は、以下のような 2002 年企業法の第 4 部「市場調査」(Part 4 Market Investigations)における諸規定にたいする委員会の解釈にもとづく。

委員会は、先ず食品雑貨スーパーにかかわる市場調査における顧客の定義につき、企業法 134 条 3 項の規定する反競争的効果と顧客の検討は、同項の「関連市場」を形成する同スーパーから食品雑貨を購入する個人である最終消費者をその定義は含むものと解する²⁷⁰。

次に委員会は、企業法 134 条 5 項の解釈にもとづいて、反競争的効果の認定のためには顧客の利益にたいして特定の損害をおよぼすことは要件とされないとする。かかる要件の解釈について、反競争的効果の認定は、その効果の特徴または特徴の結合が同項の規定する「現在または将来の顧客」の利益に好ましくない影響を与えることで満たされるとする²⁷¹。

²⁶⁹ CC, investigation 2008（前掲注 260 参照），para.9.3-9.4.

²⁷⁰ CC, investigation 2008（前掲注 260 参照），para. 9.4.その根拠は、市場調査の付託は根拠規定である 131 条のもとで、OFT による本件付託が「英国における小売業者による食品雑貨の供給」（強調は競争委員会）について調査すべきとされたことによる。この小売業者の供給にかかわって、134 条 3 項の反競争的効果の検討は「関連市場」を画定しておこなわれる。したがってかかる関連市場という文脈では「顧客」は消費者を指すこととなる。他方で、食品雑貨の購入主体の利益は、食品雑貨スーパーの流通チェーンにおいて卸業者や独立系小売業者は、かかる関連市場における競争機能の発揮に関係をもっている。Ibid, appendix 2.2,para.4.

²⁷¹ CC, investigation 2008（前掲注 260 参照），para.9.3, appendix 2.2, para.7. 企業法 134 条 5 項は、反競争的効果からもたらされる顧客への損害について、その内容を明らかにするとともに、以下のように損害をこうむる顧客が現在の顧客に限

以上のように、最終消費者を含む顧客のこうむった損害をはかる時間的な長さを規定する企業法 134 条 5 項にいう「将来の顧客」の要件にかかわる解釈から、その反競争的效果の態様を考慮し、委員会は、長期の視点において消費者におよぼマイナスの経済的影響をとらえるアプローチによった。

かかる委員会の「将来の顧客」の要件解釈によることで、消費者へ特定された損害がおよぶことは求められないという反競争的效果の認定を導くことは、以下のような法的推論上の特色をもつものといえよう。

- a) 短期ではなく長期の視点で、消費者におよぶ反競争的效果の影響は確定的である必要はないと解している特徴があげられる。現在の顧客（消費者）に確定的な影響がおよぶことの認定に比して、将来の顧客（消費者）にかかる効果がおよぶことの認定は、様々な不確定要素の予測をともない困難が多い。かかる法執行上の問題を踏まえた解釈と考えられる。
- b) 現在の消費者に、供給業者を源泉とする需要力行使によった利得がもたらされることは、長期の視点で、将来の消費者に反競争的效果の損害がおよぶことに優位する違法性判断を導くものでないという委員会の判断が重要である。現在の消費者と将来の消費者を問題にする委員会の推論は、消費者厚生 of 極大化にかかわる経済的効率性の基準によった違法性判断を導く立場とは、異なる立場から需要力行使による反競争的效果のとりえ方をしたと評される。その理由は、かかる経済的効率性を重視した消費者厚生 of 把握にあつては、供給業者に過剰なリスクと予期せぬコスト移転が生じることから長期の視点で、消費者に商品選択の幅が狭まることで生じる損失は問題にされない傾向があるからである。この立場は、短期的視点で消費者価格の引き下げ効果を重視するとみなされる²⁷²。

られるものでないことを規定する。

競争委員会への「市場調査の付託に関連して、以下の形態で現在の顧客または将来の顧客への損害効果が生じるならば顧客への損害効果は存する、

(a) 英国市場において、高価格、低品質または財もしくは役務の選択の幅が狭まること；または、

(b) 財または役務に関連してイノベーションの低下。」

²⁷² 前掲「Ⅲ．需要力濫用規制の諸態様と経済学説」における 2. (2) 2) 2-2) の「インデルストとウェイの投資誘引モデル」を参照。

iv) 前記ノルウェーの調査委員会提案においては、大規模スーパーによる需要力の濫用の行使が問題にされる場合に、消費者が公正な利得を得ることが重要な目標とされる。すなわち、綱領規制による公正な取引慣行の要請と消費者利益促進の要請が同じ重要性をもつ。この点は、英国競争委員会による副次的な規制目標と位置付けられた消費者利益のとらえ方と対照的である(前掲のⅢ.1.3) 3-3)を参照)。

この比較の見地から、「現在の顧客と将来の顧客」という企業法上の規定を解釈して、上流の需要者の買入れ市場と下流の小売市場のそれぞれの市場における需要力行使の態様と市場力が行使される態様との法的評価をした委員会の判断は重要である。すなわち、食品雑貨スーパーの需要力濫用の規制を通じた供給業者の競争能力の保護にかかわる評価は、下流市場における消費者保護の要請にたいし劣位におかれるものでないことが明らかにされた点が重要である。

2-4) 「小売の提供」における消費者への損害—供給業者の投資とイノベーション活動への影響

i) 企業法 134 条 5 項は、現在または将来の顧客にたいして、(a) 「高価格、低品質または財もしくは役務の選択の幅が狭まること」、あるいは(b) 「財または役務に関連してイノベーションの低下が生ずる」結果をもってその損害があることを規定している(前掲 2-3)における iii)、特に注 271 を参照)。競争委員会は、a 項の「高価格、低品質または財もしくは役務の選択の幅が狭まること」の損害にかかわる要素を、食品雑貨小売業者のレベルで消費者に提供される業績に影響がおよぶことから説明する。すなわち、かかる小売業者の業績の範囲を説明した PQRS 規準である、価格(price)、品質(quality)、商品選択の幅(range)、サービス(service)の4要素によってとらえ返して、それを「小売の提供(the retail offer)」として概念構成する。そのうえで供給業者にたいする需要力の行使により長期的視点のもとで供給者の投資とイノベーション活動におよぶ影響からかかる「小売の提供」に損害がおよぶ

ことを述べる²⁷³。

- ii) 競争委員会は、価格、品質または商品選択の幅にたいし需要力行使により損害が生じる長期視点によった影響を、供給業者に「過剰なリスクと予期せぬコスト (excessive risk and unexpected cost)」を課すことから生じるものとして説明する²⁷⁴。
- iii) 市場における反競争的效果について、その顧客（消費者）にたいする影響のとらえ方において、本市場調査は特色がある。この点は、本件調査の根拠規定である 2002 年企業法 134 条の規定にしたがい、長期と短期の双方の視点で反競争的效果とらえる委員会の推論展開にかかわる。この推論において、需要力の濫用的慣行と長期的に消費者のこうむる損害にかかわる因果のつながりを媒介する概念が「過剰なリスクと予期せぬコスト」である。すなわち、濫用的な取引行為の存在は、供給業者に過剰なリスクと予期せぬコスト

²⁷³ 「小売の提供」概念にかかわる PQRS 規準の 4 要素の他に、委員会は、「店舗の清潔さ (store cleanliness)」、「駐車設備」、「営業時間」をあげている。CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照), appendix 2.2, para.11.

そのうえで、価格は最も容易に判別できる小売業の提供内容であるが、それは唯一の要素であるものではなく、またこれらの要素は相互にトレードオフの関係にある程度や、特定の要素がどれだけ重視されるかは、個々の顧客によって様々であるとする。

また「財もしくは役務の選択の幅が狭まること」に関しては潜在的な顧客の損害が問題とされる。2008 年報告書では、消費者の選択の幅は、個別店舗内における商品選択にかかわって、さらに異なる小売の提供の幅にかかわって問題にされた。所与の店舗における小売業の提供については、多くの側面から構成されるが、それらをまとめる二つの主要な変数は店舗の規模と店舗運営者である。Ibid, appendix 2.2, para.12,13.

²⁷⁴ そしてこの過剰なリスクと予期せぬコストの移転は、供給業者にその投資とイノベーションをなす動機と能力を減ずるはたらきがある。これは供給業者の製造プロセスの機能を弱め、製品の質を劣化させ新製品の登場する機会を乏しいものとして、結局のところ消費者の損害に帰着する。

このように、競争委員会は、長期の視点で需要力行使による供給業者段階の市場におよぼす効果をとらえるが、その把握を可能にする競争阻害の要件にかかわる事実が過剰なリスクと予測困難なコストの移転である。そのうえで、遡及的な契約条件の一方的変更などの需要力の濫用的行為が、供給業者の投資とイノベーションを、かかる濫用的慣行の存しない競争の機能した市場における成果と比べて減ずるものであることは、本報告書の扱う具体的な商慣行の検討 (2000 年報告書の問題慣行 52 類型の再検討) で論じられている。CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照), para.9.5,& 9.55.

トを移転することを通じて、企業法 134 条 5 項本文の規定する将来の顧客(消費者)におよぼ損害として、同条の a 号と b 号で問題になる。そのうち a 号は「高価格、低品質または財もしくは役務の選択の幅が狭まること」の損害を規定し、b 号は財・役務のイノベーションの低下を規定している。

委員会はこの a 号と b 号の具体的規定を、報告書にあつて摘示することはしない。しかし投資・イノベーション能力の削減、製造プロセスの機能の弱体化、品質劣化、新製品の減少という上記供給者段階の市場におよぼ負の効果をあげている。

結局、委員会による消費者へおよぼ反競争的効果の認定は、「将来の顧客」という 134 条 5 項本文の文言と同項の a 号と b 号の各損害の規定内容について、その解釈として忠実になされているものと評価できる。

iv) また、問題とされる濫用的行為と法の規定する上記供給業者段階の市場におよぼ負の効果をもつとされた各項目の損害との関連について、「過剰なリスクと予期せぬコスト」の概念を通じて、供給業者の競争をおこなう機能に支障の生ずることが明らかにされた点が重要である。それは、かかるリスクとコスト負担をこうむることで、供給業者は投資とイノベーションをなす動機と能力を減殺され、その結果として製造プロセスの弱体化、品質劣化、新製品の減少という供給業者段階の市場の負の効果が生ずるとしている点である。

このようなリスクとコスト負担の概念は、先ず、問題行為(原因)と法の要件である長期的な市場におよぼ効果(結果)との因果連関における連結のはたらきをなす概念である。さらにそのみならず、市場参加者である供給業者が、競争者として行動する条件であるその競争機能にたいする毀損を市場の競争維持の観点から評価し、そのうえでかかる機能不全の具体的内容をあきらかにするはたらきもする。このことは、競争法の保護客体である市場参加者においては、市場の競争機能が発揮されるための必要条件である事業遂行上の保護に値する利益を有していることから、競争主体に過剰なリスクと予期せぬコストの負担をおわせることがその利益を保持することにとつ

て危機となる結果を意味する²⁷⁵。

v) ところで、英国において、経済学による供給業者にたいする需要力行使の態様と供給業者の投資行動に関するモデル分析の成果によれば、以下のような対立が存した。大規模な買い手が上流市場の供給業者のイノベーションにかかわる投資を積極的に誘引するモデル分析（インデルストとウェイ）に対立して、供給業者は最終段階の需要にたいし不確実であることから、高い産出レベルにおいてコストの削減をする供給業者のインセンティブにたいし、かかる不確実性がマイナスにはたらくとして、供給業者の投資活動にたいし需要力の行使がマイナスに作用するリスクを重視する立場（スミスとサナサウリス）があった²⁷⁶。

委員会は以上のような経済学のモデル分析上の対立について、供給業者段階の投資とイノベーションの活動にかかわる長期の視点での損害の問題に焦点をあてている。濫用的慣行が投資とイノベーション活動にもたらす長期的な影響をとらえる視点においては、供給業者段階の上流市場における競争的な前提と、下流市場で行使される需要力からもたらされる供給業者のコスト関数と産出の不確実性の想定（スミス／サナサウリス・モデル）は重要な意味を有すると考えられる。このような、上流市場の競争的な前提と下流市場の需要力行使によるコスト関数と産出の不確実性の前提は、濫用的慣行による過剰なリスクと予期せぬコスト負担が長期的視点で投資とイノベーションにマイナスの影響をもたらすとする推論と相即的である。

²⁷⁵ この点につき本件調査ではかかるリスクとコストの負担を供給業者に負わせることにより、投資とイノベーションをなす動機と能力を減殺されるという競争機能にたいする侵害として長期の視点によった損害のとらえ方をする特徴がある。法の規定する製造プロセスの弱体化、品質劣化、新製品の減少という供給業者段階の市場の負の効果は、かかる長期の視点をもって供給業者に加えられる競争機能の不全にかかわる評価から導かれているものと考えられる。このような長期的視点から、市場参加者の競争機能の不全を問題にするアプローチによったことは、前記のように134条5項本文の文言と同項のa号とb号の各損害の規定内容に忠実な解釈であり、とりわけそのb号のイノベーションの低下を重視した解釈である。

²⁷⁶ この点は前掲Ⅲ. の2. で扱った。

vi) 以上のような英国の食品雑貨スーパーにおける需要力濫用規制をめぐる議論においては、供給業者段階の投資とイノベーションにかかわる効果を長期の視点をもってとらえることで、消費者におよぼ損害を問題にする学説上の傾向があることは注目される²⁷⁷。

2-5) 2008年報告書は、英国における食品雑貨スーパーが保持している需要力のレベルをはかる証明に際して以下の項目を列挙している。

- ・ 供給業者に関連する食品雑貨スーパーの規模、
 - ・ 供給業者が食品雑貨スーパーと交渉できる価格とマージン、
 - ・ アサダ及びTescoと供給者間の Eメールの通信にかかわる委員会の検討、
- である。以下に競争委員会のしめす各々の需要力指標を紹介、検討する²⁷⁸。

i) 供給業者に関連した食品雑貨小売業者の規模

- a) 競争委員会は、供給業者にたいし食品雑貨スーパーがもつ需要力について鍵となる影響評価の考慮要因を、市場に関連する規模と供給業者に関連する規模という二つの意味での買い手の規模にもとめている。かかる規模の面からみた需要力の判断要因は次の事柄に分けられている。

²⁷⁷ この点は、前述したスミス／サナサウリス・モデルのみでなく、カーディフ大学（Cardiff Business School）のクラーク教授による以下の所説がある。See, Roger Clark, *Commercial Relationships in the Market for Grocery Supplies* (11.2009) (available at www.rogerclark.org.uk), p.3（公正の観点とすれば厚生視点によって、2008年報告書の問題にする需要力の濫用的慣行は、投資とイノベーションの能力を減ずる結果をもって小規模供給業者を弱体化するとみることができる。さらに品質劣化と製品選択の幅を狭め、おそらく高価格を導く）(Clark, *Relationships* と略称)。Clark, *Impact*（前掲注 264 参照）（「既存の経済学理論の示すところによれば、需要力は長期において消費者厚生に実質的な悪影響をおよぼしうる」）。

²⁷⁸ CC, *investigation 2008*（前掲注 260 参照），para.9.6. 委員会は本文にかかげた 3 項目以外に、食品雑貨スーパーの需要力を測る指標として、

- ・ 食品雑貨スーパーやサプライチェーンの他事業者が設定する、多様な主要製品についての小売価格の取り分（share）、の項目をあげている。委員会は幾つかの主要製品（牛乳、果物、豚肉と牛肉の 4 種）について、食品雑貨スーパー、中間業者及び一次生産者の獲得する小売価格中の取り分と、この取り分に影響を与える要因を分析した。結果的に、需要力評価の分析データとしてはサプライチェーンの獲得する小売価格中の取り分は、他要因の影響下にある市場力の有益な指標たりえないとする。Ibid. para. 9.17-18.

- ・食品雑貨スーパーの売り上げ規模：非常に多数の供給業者が存在し、かつ単一の「市場価格」が食品雑貨の全小売業者によって支払われている製品については、食品雑貨スーパーの需要力は全製品の売り上げに比較して同スーパーの売り上げ規模によって影響を受け、かつ製品の売り上げに関連して同スーパーの集中度によって影響を受ける。
 - ・供給業者／小売業者間の信頼関係：比較的供給業者の市場シェアが集中しており、かつ食品雑貨スーパーと供給業者の間で、価格が双方向的に交渉される事情のもとにある製品については、同スーパーの需要力はその供給業者にたいする信頼の程度及び反対に供給業者の同スーパーにたいする信頼の程度により影響されることになる。この信頼の程度は供給業者に比較しての同スーパーの規模、同スーパーが供給につき有する代替の取引先の存在、そして供給業者が最終消費者にアクセスするためにもつ代替により影響を受ける、とされている。
 - ・小売業者の門番（gatekeeper）機能：食品雑貨スーパーが垂直統合をおこなう程度がその需要力を左右する。大規模な英国の食品雑貨スーパーについて、垂直統合された卸の機能をもつことは、供給業者が最終消費者にアクセスすることをコントロールできることを意味する。「この市場にたいするアクセス」は最終需要者にかかわっての門番機能として、供給業者に関して小売業者の需要力を左右する重要な要因である。さらに地域の各市場にかかわっても、同スーパーによる購入機能の組織化がされることを通じて、同スーパーの提供業務に関する門番機能がはたらく。
 - ・他の要因：食品雑貨小売業者の需要力は、売り手と買い手双方の有する交渉のスキルや供給業者がもつ財務に関する生き残りの可能性、そして供給業者の自らのブランドをもつことなどによっても左右される²⁷⁹。
- b) 市場関連の買い手の規模により需要力について鍵となる影響評価をなす点にかかわって、次に委員会調査による販売シェアの数値をとりあげる。
- 4 大食品雑貨スーパーは英国における食品雑貨にかかわる小売販売の総量

²⁷⁹ CC, investigation 2008（前掲注 260 参照），para.9.7.

にあつて三分の二超という相当に高い比率を占めており、それらの各々は英国における他の食品雑貨小売業者よりも相当に大きな販売量を有している²⁸⁰。

4 大食品雑貨スーパーについての総販売シェアと製品カテゴリーレベルの販売シェアの間では、シェア分布の状況はほぼ似たものになる。他の食品雑貨小売業者に比較してかかる規模の状況は、4 大食品小売雑貨スーパーは大方の製品カテゴリーでも需要力を有していると評価されうるものである²⁸¹。

ii) 競争委員会による供給業者の価格分析

供給業者が小売業者、卸業者そして各種購入組織に供給する場合、価格とマージンは需要力の存在を示す可能性がある。競争委員会は、供給業者の価格の分析、ACS により提供される卸価格と小売価格の比較、GfK の供給価格の調査について各項目から供給業者の価格とマージンの証拠を検討する²⁸²。そして、以上の項目のほかに、報告書は供給業者の価格設定に影響する要因について、買い手の規模のような量的データでなく供給業者から得た定性的証拠をあげている。かかる質的データとは、歴史的経緯（過去、大規模な顧客と取引したことや、継続的取引により相対的に有利な交渉が期待できるこれまでの経験）、顧客の将来的な成長見込み、顧客の販売戦略という項目になる²⁸³。委員会の調査によれば、供給業者はその販売価格について、小規模卸業者と各種購入組織から最も高い価格を得ることができるが、スーパー最大手のTescoから平均して低い価格をこうむっている。また、供給業者に支払っている価格をみ

²⁸⁰ 大規模食品雑貨スーパー（Tesco、Asda、CGL、Sainsbury、Morrisons、SomerfieldそしてWentworth）は、2007年に全国市場の累積販売シェアで85%に達している。さらに、2007年におけるTesco、Asda、Sainsbury、Morrisonsの4大食品雑貨スーパーの全国市場の販売比率は順に、27.6%、14.1%、13.8%、9.9%という数値を示しその累積販売シェアは65%に達している。TescoとMorrisonsが全国販売比率を相当に伸ばしている。CC, investigation 2008（前掲注 260 参照）.para.3.4,Figure3.1.

²⁸¹ CC, investigation 2008（前掲注 260 参照）. para.9.8.

²⁸² CC, investigation 2008（前掲注 260 参照）. para.9.10.

²⁸³ CC, investigation 2008（前掲注 260 参照）. para. 9.16.

ると大規模卸業者と購買組織の購入の場合に、大規模小売事業者と比較することのできる価格レベルの場合もある。さらにその分析は、主要ブランド製品とそうでないブランド製品との対比にかかわり需要力の作用の仕方をみてみると、大量の注文をなす顧客の場合であっても、その購入価格における買い手の優位は、主要ブランド製品でない場合により広範に獲得している²⁸⁴。

コンビニエンスストア協会(The Association of Convenience Stores, ACS)は以下の比較を提示している。すなわち、一定の製品について卸業者が供給業者からの購入に支払った価格にたいして、その製品に大規模食品スーパーが課している小売価格の比較である。競争委員会は、その調査の成果は広範に委員会の見解と一致するものであるが、食品雑貨スーパーのもつ需要力のレベルを測る指標として、この比較調査の結果にかかわる数値は十分でないとする²⁸⁵。

iii) GfK による供給業者調査

市場調査会社の GfK (Growth from Knowledge) は競争委員会の委嘱による調査において、供給業者が取引先から受けるマージンの高低について、最も低いマージンとなる取引は 4 大食品雑貨スーパーに販売する場合であるとの数値を報告している²⁸⁶。

²⁸⁴ CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照). para.9.11.

²⁸⁵ ACS の調査は、317 の在庫維持商品 (stock keeping unit) について、卸業者が上流の供給業者に支払う価格とアスダ、セインズバリーズそしてテスコの設定する小売の価格との比較で、前者の卸価格における平均 10%で後者の小売価格よりも高いという結果になった。ACS は多くの (すべてでないにしろ) 卸業者によって供給業者に支払われた価格と 4 大食品雑貨スーパーの課すところの価格の間にはこのような格差が存在するとして、4 大食品雑貨スーパーと同じレベルの価格をこれら商品で設定することを迫られるコンビニエンスストアは、平均して 50%から 65%マージンが低くなる。CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照). para. 9.12

これにたいし、競争委員会は、かかる格差の存在する程度の理解にたいして一定の疑問を呈し、ACS 分析は限られた利用となるとの限定を付す。Ibid. para. 9.12.

²⁸⁶ ドイツに本社をもつ世界的な市場調査会社 GfK は、2008 年報告書による食品雑貨スーパーにたいする調査・研究のため、2007 年に食品雑貨の供給にかかわる競争が歪曲されているか否かの問題に関する調査と報告を競争委員会に提出した。GfK, Research on Suppliers to the UK Grocery Market (Final:15/01/07) (GfK, Research と略称). 競争委員会の HP (www.competition-commission.org.uk) より入手。

GfK 報告書によれば、供給業者が獲得できる最も高いマージンとなる取引先として、34%が独立小売業者、22%が 4 大食品雑貨スーパーの何れか、それ以外の小売業者

iv) アスダ及びTescoと供給業者間の E メール通信にかかわる委員会の検討

2007年夏のアスダ及びTescoと供給業者間の E メール通信およそ 10 万通の分析から、この 2 大食品雑貨スーパーが供給業者との交渉において強力な位置を占めることが明らかになるとされている²⁸⁷。

委員会はスーパーの安売り合戦はその要求に服する供給業者がなすコスト割れの商品提供と販促費によってまかなわれていたことが明らかである

が 27%、そして卸と購買組織が 12% という数値を示している。

反対に最も低いマージンとなる場合は、4 大食品雑貨スーパーとの取引の場合が 53% に上り、それ以外の小売業者が 17%、卸と購買組織が 8%、独立小売業者 6% である。GfK, Research, pp59-61. CC, investigation (前掲注 260 参照) 2008. para. 9.13

また供給業者が取引先にたいしてもつ交渉力のレベルについての質問では、供給業者は一般に 4 大食品スーパーには低いレベルの交渉力となる認識であったが、その他の食品雑貨小売業者や購買組織にたいしても、強い交渉力をもっていないとみなしている。GfK, Research, p.40.

また生鮮食品（青果物、肉の販売）では保存物でない他製品よりも交渉力は低い。さらに小規模供給業者は大規模供給業者よりも交渉力は低い。流通業者のプライベートブランド品の供給業者は、事実上すべてのメーカーブランド品の供給の場合よりも低い交渉力となる。もっぱらプライベートブランドの販売に限るほどに、メーカーブランド品を主に販売する供給業者よりも交渉力は低くなる。Ibid, pp.40-41. CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照). para. 9.15.

²⁸⁷ CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照), Appendix 9.1, Case study of retailer and supplier correspondence, para.24.

競争委員会は、2002 年企業法 (Enterprise Act 2002) 109 条の文書提出要求の通告 (notice of produce) によって、2007 年 6 月 18 日から同年 7 月 22 日までの 5 週間 にわたる E メール提出を受けた。ほぼこの期間は、アスダとTescoの「価格戦争 (price war)」が行われた。アスダは 2 億 5000 万ポンドの費用で 1 万品目の食品雑貨等の価格切り下げをくわだて、Tescoは 2 億 7000 万ポンドに費用で 3 千品目の値下げをおこなう声明を発表した。Ibid, para.3, note 1, ibid, Scope and limitations of the review of Asda and Tesco's email communications with their suppliers, Annex 1, para2,3,5

委員会の審査によれば、これらの通信から明らかになることとして、2000 年報告書において問題とされた供給業者にたいする食品雑貨スーパーの行為 52 類型のうち 20 について、ひきつづいてアスダとTescoによりおこなわれており、またそのパイヤーに競争法違反を生ぜしめる可能性を認識されてもいた、ことをあげる。Ibid, Annex 2, Email correspondence supplied by Asda and Tesco. この付録 2 の図表から、「アスダ又はTescoがこの慣行を行っている例 (Example of Asda or Tesco undertaking this practice)」の項目を参照。

とする²⁸⁸。

3) 需要力濫用による反競争の効果

2008 年報告書は、供給業者にたいして需要力ある食品雑貨スーパーがなす行動に関して、それが反競争的效果（adverse effect on competition）を生ぜしめる場合として次の三点から考察を加えている。すなわち、

- ・ サプライチェーンによる慣行；
- ・ 需要の抑制；そして
- ・ プライベートブランドの販売、である²⁸⁹。

このうち、需要の抑制については、供給業者にたいする市場力の行使として、低価格での希少な買い入れと利潤の引き上げとなる独占的高価格の証拠はもたらされなかったとしている²⁹⁰。また大規模スーパーによるプライベートブランドの販売にかかわる反競争的效果も生じていないと結論付ける²⁹¹。

以下に委員会によるサプライチェーン商慣行の反競争性の見解を紹介し検討をおこなう。

3-1) サプライチェーン商慣行の反競争性

競争委員会の見解では、サプライチェーン事業者である食品雑貨スーパーによる商慣行にたいし反競争的效果の分析をするため求められる作業は以下の二点である。そのひとつには、その種々の慣行にたいする、食品雑貨の供給業者のなす投資並びにイノベーションの間の結びつきを検討し、さらにその商慣行の特質と広がりにかかわる証拠を審査することを要する²⁹²。

サプライチェーンの商慣行を検討する具体的作業としては、小売業者、卸そして供給業者の間にあって、その取引上の関連にかかわって、価格と非価格の側面から交渉の態様が考慮される。そして、非価格の側面は、例えば

²⁸⁸ CC, investigation 2008（前掲注 260 参照）， para. 9.20, Appendix 9.1, para.27.

²⁸⁹ CC, investigation 2008（前掲注 260 参照）. para. 9.37.

²⁹⁰ CC, investigation 2008（前掲注 260 参照）. para. 9.68-70.

²⁹¹ CC, investigation 2008（前掲注 260 参照）. para. 9.81.

²⁹² CC, investigation 2008（前掲注 260 参照）， para. 9.38.

供給に要する一般的な期間とその諸条件を含み、食品雑貨スーパーに対してなされ供給業者の援助の支払いが考察される。価格面においては、委員会は価格変更のされる時期に高い関心をもっており、またその時期の問題にかかわって、食品雑貨スーパーが契約締結後の時点にいたって遡及的におこなう価格変更については、その変更の程度にも関心をいだいている²⁹³。

3-2) 供給業者へのリスク／コスト負担の移転

- i) 需要力の濫用的行使にともない供給業者は過剰なリスクと予期せぬコスト負担をかかえる。委員会によるリスク／コストの予測と評価にかかわる指摘が、供給業者の投資活動にマイナスにはたらく影響のモデル分析によってなされている。その分析の特徴は、搾取的行為が取引の相手方にもたらす負の影響について、その評価を以下のように漏れなくおこなうことに腐心した構成にある。すなわち、供給にかかわる従前の合意を小売業者の有利となるように遡及的に変更することは、供給業者に「ほとんど常に一層の不確実性を付け加える」とされることからわかるように、当該合意とその相手方にかかわって個別契約の確実な遂行に不安を抱かせることが負の影響の第一としてあげられる²⁹⁴。

²⁹³ CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照), para. 9.39

²⁹⁴ CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照), para. 9.45, 9.55, Annex, A9(8)-6, para.30.

- i) この点について委員会はさらに詳細に説明して、小売業者の発注後ないし、供給業者の納品後に価格を調整する要求がされることは、典型的に供給業者に予期しないコストを生ぜしめるとされ、また、供給業者と合意のされない資金援助や販売促進費の要求は、それが遡及的調整によるならば、これも不確実性を増すとされている。Ibid. para. 9.45. かかる不確実性は、供給業者の商品配送前及び小売業者の受領前であっても、供給業者が合意の目的達成のため実質的な埋没コストを支出したのなら、供給業者は覆せない負担享受の段階に至っているとして、契約条項の一方的変更をなすことは、一般的に不適切とされる。Ibid, para. 9.46 & note 1.
- ii) 委員会は供給条件の遡及的変更を解決する事情として、供給条件の調整が起こりうる基盤 (basis) について明白かつ一義的に規定されているならば、履行に先立ちリスクにかかわる当事者間の共有と合意がされているとみなす。すなわち遡及的な契約変更とはみなされない。小売業者による誤った販売予測が相当な過剰在庫に帰着した場合にも、供給業者は事前の条件を特定する試みによっ

ii) 次に、個別契約へのマイナスの影響と異なって、より長期の視点でリスク移転とコスト負担の影響が考察される特徴があげられる。この点は、委員会によって強調される点である。遡及的に契約の変更がされてもたらされる不確実性はそのレベルにより、将来的な収入へのインパクトとして供給業者にとらえられることになる。その結果は新製品の開発と製造過程の改善について、その投資に際し融資の手配をする意思決定に実質的な消極の影響をおよぼし、かかる投資計画の断念に導く傾向がある。それは、当該取引の履行にかかわる比較的短期の視点からリスク移転とコスト負担の影響が考察されるだけでなく、供給業者の投資行動というより長期の視点のもとにサプライチェーンの商慣行が評価される²⁹⁵。

3-3) モラル・ハザード

i) サプライチェーンの商慣行にたいする評価の第三は、その反競争的効果を経済学のモラル・ハザードの視点で評価する特色ある観点である。社会的資源の浪費をもたらす情報の不完全性の問題として、濫用行為とそれにより生

て価格切り下げを担うかたちをとるとすると（誤予測時の取り決め、あるいは予測困難な事象の発生にかかわる取り決め）、「契約が取引の履行に先立ってリスクの配分をなす」と考えることができる。CC, investigation 2008, para. 9.46 & note 1.

iii) 委員会はこのような事前のリスク配分を取り決めておく契約のモデル思考は、スーパーマーケット綱領の商品損耗 (wastage) 時におけるリスク配分取り決めの条項が内包していると考えている。その場合に問題となるのは、遡及的な契約変更とみなされないためのリスクとコスト配分が問題になる状況について、充分に特定された内容の契約条項が規定されていることである。Ibid, para. 9.46 & note 1.

²⁹⁵ CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照), para. 9.46. 食品雑貨の供給業者は、需要の急な没落や予想外のコスト上昇といった不確実な取引状況において投資をしなければならないことがある。一般的に供給業者はリスクをともなうかかる事態を予測して獲得できるリターンを評価し、その予測と評価のバランスをとりながら投資決定について判断を下すであろう。ところが食品雑貨スーパーがサプライチェーンにおいて企てる取引は、しばしば供給業者が投資を企画する場合に直面するリスクのレベルについて、それを構成する諸条件にかかわり、そのリスクレベルを引き上げるとともに上記の予測と評価の計算で供給業者におおきな重荷をもたらす。結果的に、このような慣行から生じる不確実性は新製品開発、供給能力の拡張と製造プロセスへ投資をする供給業者のインセンティブを相当に減じる。Ibid, para. 9.40.

ずる供給業者の損失をとらえる資源配分の効率性を改善する試みがサプライチェーンにたいする規制により試みられることとなる。モラル・ハザードの視点によるサプライチェーンの商慣行にたいする評価は、以下の3点からなされている。

- ii) 第一の類型は、自らの合意にもとづく契約を一方的に破棄する行為における社会的資源の浪費である。食品雑貨スーパーのもつ需要力は、供給業者からそれが存しない場合よりも低価格を引き出すことを可能にする。その場合、競争優位を目指しスーパーは過剰なリスクや予期せぬコストを供給業者に移転して、ライバルにたいする競争優位の達成を容易ならしめる企てに出る場合がある。従属的な供給業者にたいする遡及的な清算をとまなう契約条件の変更の容易さが、かかる契約の維持を図りつつおこなわれる自らのコスト削減や販売利潤の増加にかかわる努力を回避せしめ、この契約条件の変更による競争優位の獲得を容易に達成させる。結果的にスーパー／供給業者間の協調を深化させた合理的、効率的そして協働による流通政策の遂行を妨げるという議論である²⁹⁶。

過剰なリスクと予期できないコストを供給者に押し付ける商慣行がモラル・ハザードを生むおそれについて、第二類型は以下のように構成される。かかるリスクとコストを押し付ける小売業者は、生じるリスクのレベルにつき自らが管理可能であるのに対し、その最小化を試みることに関心やインセンティブをもたないことになる。この状況は協力関係にないスーパー／供給業者間で生じるトータルなリスクを増す結果になり、それは最終的に、供給業者のコスト負担を増す、と。かかる管理可能な問題処理の範疇に属するにもかかわらず、その管理業務を回避してリスクとコストを押し付ける事態

²⁹⁶ これが委員会による契約の遡及的変更にたいする経済学的な立場からするモラル・ハザード論の第一の類型である。

委員会は、かかる態様の契約の締結、履行にいたる食品雑貨スーパーに勤めるバイヤーの「不適切な行為」について、厳しい営業目標を課せられた困難な時期に、その達成のためプレッシャーが増し、強いストレスのビジネスに従事する実態が、供給業者への過剰なリスクと予期せぬコストの押しつけを導く例に言及する。CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照), para.9.43.

を生むサプライチェーンの商慣行として、万引き等の商品逸失にかかわるコストを供給業者の負担とする行為があげられる²⁹⁷。

また供給業者の製品にかかわる顧客の苦情に対し、小売業者が、供給業者にたいし苦情原因について検証の機会をあたえないで過剰な賠償請求をする第三の類型は、供給業者の犠牲によって顧客に過剰な賠償をなさしめる動機を小売業者にみとめてしまうもので、やはり小売業者の果たすべきリスク管理について、そのインセンティブを減じることとなり、社会的資源の浪費にかかわる問題になる²⁹⁸。

- iii) このような契約の合意を反故にする問題やリスク管理の努力を回避してその負担を取引の相手方に押し付ける行為について、モラル・ハザードの観点から説明することは、社会的資源の浪費を回避する努力につきそのインセンティブの欠如をもって競争法上の反競争性を構成するとしているものと考えられる。このことは、反競争性の法益侵害を違反行為者の合理的な企業行動をとるインセンティブを欠く状態のうちにとらえている。

したがって、かかる社会的資源の浪費を防ぐ合理的な企業行動が、違反行為にたいする審判官制と GSCOP の規制を通じて実効的に回復される試みでなければならないことになる。そして、モラル・ハザードの経済学説にしたがい需要力の濫用規制を根拠づけるには、かかるインセンティブ設計にともなう報酬契約を当事者間で合理的に構築させる企てが重要になる。この合理的な報酬契約を導く試みが審判官制度において成功しているか、とりわけ GSCOP においてモラル・ハザードのインセンティブ設計と整合性を維持した各行為類型の禁止の態様になっているかについては、若干の疑問が残ると考えられる²⁹⁹。

²⁹⁷ 小売業者の帳簿記録に在庫が記録されるが存在を確認できない窃盗や会計処理のエラーが疑われる逸失問題について、競争委員会はかかる逸失にかかわるリスクコントロールにつき最適の位置にいるのは小売業者である（セキュリティー管理や在庫の会計処理手続の改善措置）にもかかわらずそれを回避して、負担を供給者に押し付ける点に資源浪費の回避努力にたいするインセンティブの欠如をみている。CC, investigation 2008（前掲注 260 参照），para.9.48.

²⁹⁸ CC, investigation 2008（前掲注 260 参照），para.9.49.

²⁹⁹ モラル・ハザード論（競争委員会）の問題点

- i) 2008 年市場調査報告は、商品数減少のロス（会計上のエラーや万引き）を負担させる慣行のみでなく、合意条件の遡及的変更によって供給業者に生ずる損失に至るまで、モラル・ハザードの経済学的分析により反競争的効果の説明がされる特徴がある。後者の遡及的な取引条件の変更は、広範な行為類型から構成されるリスク／コストの移転行為である。後者の濫用行為のグループを含めて、社会的資源の浪費を最小化するインセンティブ発揮を重視するモラル・ハザード論にもとづき、行動綱領の禁止を導く委員会の結論は以下のような問題をもつと考えられる。
 - ii) モラル・ハザードの経済理論にしたがうのなら、プリンシパル（本人）たる供給業者がエージェント（代理人）である食品雑貨スーパーに製品の小売販売をなす委託をする。その場合例えば、商品数の減少防止のため払う食品雑貨スーパーの注意量を監視できないことのため（情報の非対称性を原因とする）、社会的資源の浪費が生じる。すなわち、これらの損失をカバーするため供給業者に損失補てんの要求がされ、その要求は食品雑貨スーパーによる自己利益の追求として、エージェントによるプリンシパルにたいする要求は、その限りで「合理的行為」である。他方で、商品数の減少防止にたいする注意量の減少が社会的損失にかかわり問題にされることになる。
 - iii) この点を敷衍すると以下になる。縦軸に限界費用と限界期待便益（食品雑貨スーパーが商品数の減少防止に注意して節約可能である費用という期待にかかわっての便益）の値をとり、横軸に注意量をとる。期待限界便益曲線は、注意量の増加とともに減少する右下がりの曲線となる。その場合、大規模スーパーは期待限界便益が限界費用よりも大きい限り、注意量を増やすことにより便益を増すのであるから注意を払う。しかし限界費用曲線が期待限界便益曲線よりも上位に位置する段階になると、費用をかけたほどにはメリットがないとして、注意量は伸びない。その場合大規模スーパーは供給業者に要求して万引きの損失がカバーできるとすれば、負担額が低下し、期待限界便益曲線は下方にシフトすることになる。結局食品雑貨スーパーはこの新しい限界便益が限界費用よりも大きい限りで利益を得るのであり、注意量もこの限界便益＞限界費用で決定される。参照、石川秀樹『入門ミクロ経済学』（PHP 出版、2010 年）293,300 頁。
- このように、食品雑貨スーパーの供給業者にたいする損失負担の要求は、医療保険、自動車保険、火災保険等のエージェントの機会主義的行動を通じてプリンシパルに損害を与える情報の非対称性の事例と同一に論じられることになる。契約の経済学の視点からは、モラル・ハザードは、すべての起こりえる事柄にたいして条項を締結しておく取引費用の過大さ、あるいは保険契約の違反行為を完全に観察するモニタリングコスト（監視費用）の過大さの問題とされる。参照、細江守紀・村田省三・西原宏編『ゲームと情報の経済学』（勁草書房、2006 年）184～185 頁。
- iv) かかる理論展開は、エージェントによる機会主義的行動を前提にして、しかるべく注意を払うインセンティブの欠如が想定される結果、自己利益の追求として過剰な保険金の請求や万引きにつき損失補てんの要求がされ、社会的資源の浪費が生ずると考える。したがってこの理論展開では、エージェントの注意を払うインセンティブ発揮のため、a) エージェントにたいする報酬の大小をいか

る注意量に連動させ、かつ b) 双方がある程度リスクを分担するために、エージェントへの報酬は結果に余り強く依存させない、という 2 要素を契約が必要になるとされる。すなわち、行動綱領の事例に即して論ずると、食品雑貨スーパーと供給業者間の契約条項に万引き等の商品消失にかかわる損失の負担割合について約定がされることになろう。万引き防止策の徹底に要した注意のコスト負担を双方で分担することにより、食品雑貨スーパーのかかる防止の努力にたいするインセンティブ発揮を確保する試みが重要になろう。参照、増山幸一・情報の経済学：講義ノート（明治学院大学経済学部）（2005 年 3 月）（www.meijigakuin.ac.jp/~mashiyam/pdfdocs/information.pdf）19 頁参照。

- v) 以上のようなモラル・ハザードの経済学理論からは、エージェントの食品雑貨スーパーが払う注意量の低水準に停滞することを防止するインセンティブ設計のされるべきことが公共政策上の重要性として導かれよう。したがって、当事者の合意によらない商品損耗のコスト負担の要求の禁止を規定する GSCOP とモラル・ハザード論によるその根拠づけ（双方とも競争委員会の権限による）はかかるインセンティブ設計の観点から、その設計の成果が問われることとなろう。

というのは、GSCOP においては、供給の合意において供給業者が小売業者に万引きロスを補てんする条項を含んではならない、としてモラル・ハザード理論において重視されるエージェントが注意を払う動機づけのため、食品雑貨スーパーと供給業者間の契約条項に万引きによる損失の負担割合について約定を置くことを一律に禁じていることである（同 7 条。GSCOP の各条項については、II. 2. を参照）。

万引きの防止手段を講ずる努力にたいし、大規模スーパーと供給業者間でのリスク・シェアとしてのエージェントへの報酬である一定額の負担要求を供給業者に認めないことが GSCOP の特徴である。かかる特徴は、合理的な企業行為に依拠したうえで、かかる負担の要求を社会的資源の浪費なくしておこうというインセンティブ設計の考え方、それはモラル・ハザードの経済学理論の重要な基盤をなすのであるが、かかる考え方からは、大規模スーパーに非常に厳しい負担を課すインセンティブ発揮のための措置である、という特徴が明らかに。

GSCOP は、他方商品損耗についてその損耗が供給業者の過失又は怠慢に起因する場合、及び供給の合意に支払いの規定された場合に、損失の補償要求ができるとする（同 8 条）。すなわち、食品雑貨スーパーによる損失発生防止にかかわる注意力を喚起させるため、その動機づけとしてのコストの分担（報酬契約）を認めた（そしてこの損耗の場合も、供給業者の過失によらざる食品雑貨スーパーの店舗で生じた損耗ロスについて当然に供給業者に要求しえるとするものでなく、当事者双方の合意を要するという限定を付している）。

以上のように万引きによる損失の分担を認めず、損耗についても限定的にしか損失の分担を認めないとした GSCOP の規定は、その制定の基礎付けをした 2008 年調査報告がかかかる万引きや損耗による負担要求をモラル・ハザードの経済学理論により問題視した理論の基礎的立場に照らすと、以下の特徴がある。すなわち、食品雑貨スーパーによってこれらロスの発生防止のために注意を払うインセンティブ発揮において、注意を払う代償とされるところの報酬を認め

ることに消極的である特徴がある。

- vi) 通常、モラル・ハザード理論は社会的資源の浪費を最小化する注意力発揮のためのインセンティブ発揮のはたらきを生かして、合理的行為である損失の分担にかかわる報酬要求を重視する傾向をもつと考えられる。ところが上記に述べたように、競争委員会は、かかる傾向を GSCOP の規定において、万引きや損耗のロスの問題で必ずしもつらぬくものでない。このような結果は、以下に述べるような大規模スーパーと供給業者間の特殊な関係がモラル・ハザード理論の前提にするエージェント／プリンシパル間の制約条件を満たすものでない事態によると考えられる。

すなわち、万引きや損耗による損失を防止する注意力発揮のため、食品雑貨スーパーと供給業者間における損失負担のシェアにかかわって報酬契約を可能にするには、以下のような一定の制約条件が前提にされていることである。それは、社会的資源の浪費を回避する注意力発揮にかかわる動機付けを目指す「インセンティブ設計」の視点から発展した契約理論の経済学における基本モデルの成立条件であり、誘因両立条件 (incentive compatibility condition) と個人合理性条件 (individual rationality condition) があげられている。伊藤秀史・小佐野広編著『インセンティブ設計の経済学 契約理論の応用分析』(勁草書房、2003) 序章参照。

前者の誘因成立条件は、プリンシパルが望んでいる以外の行動をエージェントが選択すると、プリンシパルが望んでいる行動をエージェントが選択したときよりも、エージェントの利得が低下することを保証する条件である。もしこの条件が満たされなければ、エージェントはプリンシパル望む行動とは異なる行動を選択することになり、エージェントの行動はプリンシパルの望む行動との間に生じるかい離を解決できなくなる。

神戸伸輔『入門ゲーム理論と情報の経済学』(日本評論社、2004 年) 190 頁以下。

大規模スーパーと供給業者間では、万引き防止による売り上げ増という共通利害から、かかる条件は満たされていると考えられる。問題になるのは、後者の個人合理性条件であり、それはエージェントにたいしてプリンシパルとの契約に参加することにより、参加しないときよりもより大きな利得を保証する条件である。もしこの個人合理性条件が満たされなければ、エージェントはプリンシパルが提示する報酬契約を拒否して、契約を結ばないのが合理的な選択となる。

- vii) GSCOP の規制対象とする食品雑貨スーパーと供給業者間の関係で、上記個人合理性の条件にかかわって、特定の供給業者から食品雑貨スーパーが他の供給業者に代替しえない給付の提供される事情をみいだす例は比較的少ないといわなければならないだろう (無論、供給業者が差別化された製品の供給に成功していれば別であるが)。このことは、GSCOP の禁ずる負担をこうむる供給業者が取引先である食品雑貨スーパーの代替取引先を問題とされずに、救済措置がおこなわれることから明らかである。

したがって、インセンティブ設計にかかわる合理的な自己利益の追求が、リスク分担としての報酬契約を通じて注意力を発揮しておこなわれるモラル・ハザードの契約理論にたいしては、報酬契約が成立する前提条権が成立しがたい

3-4) 過剰なリスクと予期せぬコスト負担の移転を生ぜしめる行為類型

- i) サプライチェーンの商慣行にたいする反競争性の評価について、競争委員会の 2000 年調査は、52 の行為類型を検討し、過剰なリスクないし予測困難なコストを供給者に移転して複合独占の状況を生ぜしめる 30 の行為のうち、26 の行為については大抵の場合に公共の利益に反することが認められるとした³⁰⁰。

事情があるといわなければならない。この点から、GSCOP においては、エージェントである大規模スーパーの注意力を発揮させるため報酬契約によることは、商品損耗について当事者の合意が成立する場合の限定的な場合とした。同様に合意条件の遡及的変更は、明確かつ曖昧でない合意のある場合に限ったと考えられる。

このように、食品雑貨スーパーと供給業者の間の関係において、個人合理性の条件の成立しがたい事情が存するため、モラル・ハザードの経済学理論の中核をなすインセンティブ設計による報酬契約の妥当する範囲が狭められていることは、本理論により綱領規制の禁止を説明する範囲も限定されると考えられる。

- VIII) この点について、例えば万引きによる損失補てんを契約条項に含ませることを禁じて、法の強い規制のもとに万引き防止のため負担は一律に食品雑貨スーパーに負わせることとした GSCOP の規制が問題になる。かかる一律禁止は、前記個人合理性の条件が成立しがたい事情によって、商品損耗や当事者の合意条件の遡及的変更の行為類型について、当事者の合意が成立する場合の限定的な場合であっても報酬契約の成立する余地を認めている結果と整合性をもって説明しえるのであろうか。万引き防止についても、かかる防止措置を徹底することで、供給業者の売上げの増加に貢献するとしたならば、一定の範囲で報酬契約が認められることにならないのであろうか。

モラル・ハザードの経済学理論の中核をなすインセンティブの設計は、リスクを分担する報酬契約を重視する。かかるインセンティブ設計の手段によらず、負担要求にかかわる当然禁止措置によって同スーパーの注意力を発揮させる枠組みによるほかはないと判断した理由づけにかかわり、委員会の根拠付けと GSCOP の具体的な規定のされ方には、微妙な齟齬があるように考えられる。

- ix) このように考えると 2008 年調査報告書においては、モラル・ハザードの経済学理論によった濫用的慣行の禁止にたいする根拠づけが、無条件に幅広くなされるかの記述がされていることの問題性が指摘される。すなわち、インセンティブ発揮による報酬契約の具体的な可能性について、報告書と GSCOP はモラル・ハザードの基礎理論づけに無条件にしたがった問題を指摘できる。

それは、GSCOP において、万引き防止のため負担を一律に食品雑貨スーパーに負わせることについて、エージェントである大規模スーパーの契約遵守の注意力を発揮させるため、一律禁止によらざるをえない理由を適示することがなかった。この結果は、前記調査報告書における規制の根拠づけの説明として問題が指摘されよう。CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照), para. 9.47.

³⁰⁰ 1973 年公正取引法は前述のように 6 条 1 項 c 号で複合独占の状況を規定し、49 条 2 項 c 号で、競争委員会はかかる状況にある者が公共に利益に反して行為しているか

この点について、かかる 52 の行為が、2008 年の本調査においても、サプライチェーンの商慣行で需要力濫用について問題、調査された大部分の行為に当たるとされている。さらにこの 52 の行為を 6 つのカテゴリーに分類し³⁰¹、

-
- を調査するものとしている。委員会はこの規定に基づき、サプライチェーンの商慣行について上記 52 の行為のうち、その 30 の慣行が競争を歪曲する反競争性を有してとし、さらにそのうち 27 について公共の利益に反して行為が行われているとしたが、27 のうち一つの行為のみ「一定の状況下でのみ公共の利益に反する」とし、それを除いた上記本文 26 行為を公共の利益に反するとした。CC, Supermarkets 2000 (前掲注 218 参照), para.1.10, 1.11, 2.547(b), 2.550 Table 2.14, ID32 (column 7)
- ³⁰¹ CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照), para.9.51, & Appendix A9-8, para.6-7.
- かかる反競争の効果に関する 6 分類は以下のようになされている。
- (a) 食品雑貨スーパーによるカテゴリーマネジメントにかかわる慣行 (2 慣行) ;
 - (b) 食品雑貨スーパー間の又は食品雑貨スーパーと供給業者間の協調行為 (1 慣行) ;
 - (c) 食品雑貨スーパーのプライベートブランド (PB という) 製品の提供 (1 慣行) ;
 - (d) 競争する食品雑貨スーパーの供給に要するコストや、入手する製品に影響を行使する目的でなされる食品雑貨スーパーの行為 (5 慣行) ;
 - (e) 製品の誤認表示又は食品雑貨スーパーにより販売される製品の特質に関して、消費者をミスリードするおそれのある他の慣行 (3 慣行) ;
 - (f) 食品雑貨スーパーにたいする供給業者の一括での支払い (4 慣行) ;
 - (g) 供給業者にたいしリスクと予測困難なコストの移転をする結果として、供給業者の収益とコストに関して不確実性を生じさせる可能性をもつ行為 (26 慣行) ;
 - (h) 競争を妨害、制限又は歪曲する条件での関心を増すとは考えられない一連の領域における行為 (9 慣行) ;

これら各項目につき、委員会の認定による反競争の効果は以下のようになる。

a) は、本調査から実際の反競争的效果が認定されていない (Ibid, Appendix 8.1, para.4)。b) は協調的行動のおこなわれている認定はできなかったが、将来起こる可能性はあるとされた (Ibid, para.8.40)。c) の行為においては、メーカーのブランドにたいする物まね製品は、消費者保護法で対処可能であること、PB 製品が小売業者間の競争を減じるおそれは低いこと、小売業者が PB 製品の顧客であり競争者である二重の関係から競争に悪影響が及んでいる特定はされないこと、以上三点から、反競争的效果が認定されていない (Ibid, Appendix 9.10, A9(10)-1, para.19, 26, 44)。

(d) のうちには、排他的供給・購入契約があげられており、競争の減殺の効果があるが、他方でそれぞれに一定の競争の促進のベネフィットをもつ。さらにこの類型には、競合スーパーに提供する割引を自社にも要求する行為等の競合スーパーのコスト引き上げや製品入手を困難化する行為がある。スーパー間の競争を歪曲する可能性が指摘されている。Id, para.9.54 (広くおこなわれている慣行である証拠はないとする), Appendix A9-8, para.12-15. なお、Annex 3 の図表から ID 番号 8, 15, 35, 37 にかかげられた 2000 年調査報告の複合独占の状況にたいする判定と現在の問題状況の欄を参照。

(e) の製品の誤認表示や消費者をミスリードする行為、競争を歪曲する効果が

2000 年調査の上記過剰なリスクと予期せぬコストの移転をする 26 行為は、「供給業者にたいするリスクと予期せぬコストの移転をする結果として供給業者の収益とコストに関して不確実性を生じさせる可能性をもつ行為」としてまとめられている³⁰²。

あるものの、広範囲におこなわれている十分な証拠のあるものでないとした。Ibid, para.9.53, AppendixA9-8, para.17（これらの問題は商品表示に関連する法規により別途対処されるべきとする。）。

(f)について、品揃えに加える対価としての支払い、店舗内の売上良好なポジションを確保するための支払い、そして年間を通しての販売促進の対価としての支払のそれぞれ要求や要請があげられる。この場合、棚賃し料が新規参入のメーカーにとっては販路開拓の有効な手段となる可能性もあるが、同時に小規模メーカーにとり参入を阻止される影響を無視できず、また大規模スーパーはかかる料金を競り上げる懸念もある。さらに一括の支払い要求が対応する小売業者の提供するサービスの存しない場合は、卸価格と小売価格の上昇に帰着する。Ibid, AppendixA9-8, para.20-21. (g)については、次注 302 を参照。

次に(h)の行為においては、外見上は容認される慣行とも考えられるが、買入れ価格の実効的な引き下げを通じて供給業者に過剰なリスクを移すかことで搾取につながるとする。例えば、供給業者の発送の無い商品を受け取り明細から省くことは当然容認されるが、かかる正当事由を欠く支払い猶予は予期せぬコストの移転効果があるとする。Ibid,para.9.56. このほか(h)に属する行為は、競争上の問題を生じないとされたものがある。Ibid, AppendixA9-8, Annex 3a, ID1, ID32, ID39.

³⁰² CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照), para.9.51,9.55.かかる 26 行為のうちあるものは、食品雑貨スーパーのとり特定の態様にかかわってそのコストやリスク移転の効果を生ぜしめ、また他のものでは、常にかかる効果を生ぜしめる。合意成立後の適及的な価格レベルの調整、同じく販売促進費の適及的な調整あるいはその他の適及的な供給条件の調整につき、それぞれ要求がされるならば常に供給業者には不確実をかかえることになるとする。CC, investigation 2008,para.9.55.

また、このことは新たな能力、製品及び製造プロセスに供給者が投資をするインセンティブを減じるであろう。もしかかる慣行が是正されないのなら、需要力をもつ食品雑貨スーパー間の競争にかかわる重要な副次的な効果として、消費者への損害をもたらす。Ibid,para.9.41.

このカテゴリー26 の慣行はさらに 4 グループに細分化され、その各々に属する具体的行為は以下になる。

i) 従前の合意条件につき、適及的な価格又は他の調整ないし黙示的な適及的の要素をとまう慣行；

- ①販売時点の合意済み製品価格から、適及的にディスカウントを要求する。
- ②小売業者の販売利潤が予測以下の場合に、供給業者から補てんを求める。③合意済み販売量や製品仕様を、供給業者のこうむる損失の補償なく 3 日以内の告知で変更する。④販売促進の費用のための供給業者による送り状の請求額を借り方記帳する。⑤合意なく、販売促進を仕向ける及び販売促進の費用補てん

を遡及的に要求する。⑥目標額に未達である販売促進の場合に、金銭的支援を要請する。⑦販売が目標未達の場合に、販売促進向け特定仕様の包装の負担することを供給業者に要求する。

そのほかに遡及的な契約条項の変更にかかわる要素をもつ行為が 6 種あげられている。

①競合スーパーの低価格に適合する支援を要請する。②供給業者のコスト負担を増すサプライチェーン手続きの変更をその負担の補償なく導入する。③契約上の合意期日について又は配送がスーパーの受け取り明細にしたがう場合に、送り状の日付から 30 日以上についての支払い遅延。④マーケティング活動に連動する、従前合意した卸価格の恒久的引き下げの要請又は要求。⑤バーコード変更や価格表示と包装が一体製品の変更に要するコストに資金提供を要請する。⑥慈善団体への寄付要請。

以上の 6 行為は明示に従前の合意をとまなう事情が問題になっているのではなくても、実際上の効果としてその影響は契約の遡及的変更と類比される。例えば、③の送り状期日からの大幅遅延は、価格交渉に含まれないコスト負担を供給業者に課す。また②の供給合意期間内における製造コストを増すサプライチェーン手続の変更は、卸価格交渉時の期待利潤を引き下げる。

- ii) 供給業者への予期せぬリターンを引き下げとなるような食品雑貨スーパーによる搾取となりやすい慣行；

①合意なく供給業者の送り状から借り方記帳する。②商品損耗にかかわる支払い要求ないし要請。③書面情報の提供なくして、供給における不一致に課金する（当該不一致の原因につき合意の範囲に含まれない場合）。④消費者の苦情につきスーパーに要した実際の費用以上に支払い請求する（製品の欠陥でなく、書面情報の提供がない場合）。⑤製品仕様に合致しない提供にたいし、証明の検査なくして一方的に課金する。

これらの支払い自体はおこなうものの、諸事由を提示して控除する慣行は、スーパーの人為的な支払い遅延をなす場合の偽装として用いられる可能性が指摘されている。Ibid, AppendixA9-8, para.37.

- iii) 供給業者に販売量関連のリスクを移転する慣行；

①売れ残りにつき書面合意なくして買戻し又は代金不払いの要求又は要請。②スーパーによる売り上げの予測ミス又は注文変更につき、それらに要するコストを供給業者に補てんしないこと。③引き続いて購入量が下降している場合に、注文量の増加にたいし従前合意した価格にたいしそれを維持する要求。

この iii) のカテゴリーは、前記 ii) の予期せぬリターンの減少となる搾取的行為の場合と比較して、供給業者／スーパー間のリスク分担にたいする適切さをはかる指標であるリスクにたいする管理可能性は、それほど明らかではない。つまり ii) のようにスーパー側の適切なリスク管理にかかわる適合性が明らかでなければならぬ。iii) のカテゴリーでは販売量リスクは供給業者とスーパーの双方により生じているものといわなければならない。かかる留保を踏まえたうえで、全ての又は不合理な配分のリスクを供給業者に負担させる慣行は、供給業者の期待利益にたいする不確実性を増し、その事業投資にインセンティブを削ぐ。Ibid, AppendixA9-8, para.40-41.

- iv) 遡及的に適用された場合にかぎり問題となる行為

ii) 本報告書においては、食品雑貨スーパーの需要力濫用にかかわり、151 供給業者の 380 行為について分類がされている。それらは、スーパーマーケット綱領のもとで OFT が収集した問題行動事例、本調査で委員会が、2002 年企業法 109 条の調査権限を行使して収集した事例情報である。すなわち、上記 52 行為の 6 カテゴリー、さらにそのうちのリスク／コスト移転により供給業者の収益／コストの不確実性を生じさせる行為の集合（上記 3-4 における注 302 にあげた i から iv の 4 グループ）の二種の区分けによって、委員会はこの 380 行為を分類した。

その結果は、リスク／コスト移転により供給業者の収益／コストの不確実性を生じさせる行為のグループ（注 301 及び 302 の g）が全体の 46%で最も多く、それ以外では一括支払いの慣行（注 301 の f）が 18%であった。さらに前者の収益／コストの不確実性を生じさせる行為では契約条件の遡及的な変更が全体比 15%であった³⁰³。また上記ドイツの調査会社 GfK による 408 の供給業者にたいする調査では、4 大スーパーによる問題行為に関する申し立てについて、その 38%の供給業者が販売促進費用の義務的な支払要求、36%が顧客クレームにたいする過剰な支払い要求、29%が包装や配達の顧客の特別の要求にかかわる負担要求をあげている。かかる調査結果もリスク／コスト移転のグループが大きな割合を占めている³⁰⁴。

①重要な又は「予定の」値引きを供給業者に要求又は要請する。②バイヤーによる供給業者訪問、店舗装飾及び商品包装、消費者掲パネル(前掲注 243 参照)、市場調査の費用、そしてスーパーやその従業員にたいする歓待の要求又は要請。③店舗改装又は新店舗オープンの費用負担にたいする要求又は要請。④販売促進(例えば「ひとつ買えばひとつ無料」)の費用負担を大部分、供給業者に要求する。⑤特別の販売促進(高い顧客注目度の陳列や広告費値引き)のため供給業者に要した額以上の支払いを要求又は要請する。

この iv) の類型は、上記注 301 の(f)にあげた供給業者がスーパーへなす一括支払い金と共通する競争上の問題をもつ。すなわち、小規模メーカーの参入阻止、大規模スーパーが上記支払い金額を競り上げる懸念、そして支払い要求に対応する小売業者の提供するサービスの存しない場合は、卸価格と小売価格の上昇に帰着する懸念が指摘される。Ibid,para.43.

³⁰³ CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照), para.9.59, AppendixA9-8, para.47, Table 2.

³⁰⁴ GfK, Research on Suppliers to the UK Grocery Market; A Report for the

- iii) そしてこのリスク／コスト移転のグループと一括払いの行為を中心とした需要力の濫用行為については、企業法 134 条 2 項の定める反競争的效果を生ぜしめる行為として食品雑貨スーパーと供給業者間の取引にかかわる「競争を妨害し、制限し又は歪曲する」「市場の特徴」を示すものとされている³⁰⁵。このように GSCOP にその禁止が規定される需要力濫用の行為類型は、企業法に規定された市場調査の権限により認定された反競争的效果をもつ市場の特徴にたいする規制を具体化したものである。そして、かかる特徴としてあげられる反競争的效果は、GSCOP で中心的な違反行為類型となった 26 の行為をまとめるカテゴリーに共通する a) 過剰なリスクと予測困難なコスト負担を供給業者に移転する、b) そのことにより供給業者の収益とコストに関して不確実性を生じさせる可能性をもつ、という内容になる。
- iv) この過剰なリスクと予期せぬコスト負担の移転を生ぜしめる主要な態様が、供給条件にたいする遡及的な変更による調整がおこなわれる場合に問題になることは、1998 年競争法の違反要件に連動する 2002 年企業法の反競争的效果の評価として看過されえない。したがって企業法と競争法とに連動する違反要件とは、食品雑貨スーパーの需要力濫用規制においては、以下の理由から「競争の歪曲」ないし「競争の妨害、制限又は歪曲」であることが違反行為の類型化にあたっての評価ポイントである。それは、競争法第 I 編と第 II 編における違反行為に関する実体規定が、「競争の妨害、制限又は歪曲」

Competition Commission (15/1/2007) (www.competition-commission.org.uk/の HP より入手), p.72.

この 4 大スーパーの慣行にたいする GfK の調査結果については 2008 年調査報告書でも引用されているが、その Table 9.3 で販売促進費用の義務的な支払要求におよんだ供給業者を 28%としているのは、本稿における上記本文 38%の明らかな誤植である。See, CC, investigation 2008 (前掲注 218 参照), para.9.60, Table 9.3, Column: Four grocery retailers covered by the SCOP.

これらの委員会の調査、GfK 報告のほか、調査会社 Grant Thornton による調査において、配送時点でも遡及的な販売価格の切り下げがないと信じている供給業者は 50%のみであること等の結果を、2008 年報告書は伝えている。CC, investigation 2008 (前掲注 218 参照), para.9.61.

³⁰⁵ CC, investigation 2008 (前掲注 218 参照), para.10.11-12.この点にかかわって、後掲 V. 2. 4) 『『競争の歪曲』と『競争の妨害、制限又は歪曲』の関係』を参照。

を要件としており、かかる要件規定は前述のように企業法における OFT が市場調査の付託をなす基準である「競争の妨害、制限又は歪曲」を生ぜしめる特徴（特徴の結合）の存在について合理的な疑いが信ぜられることに含まれるからである³⁰⁶。

そして OFT はかかる企業法の規定をうけて、大規模スーパーの価格行動を「競争を歪曲しうる」と判断して、需要力を増している食品雑貨スーパー産業について市場調査の付託をしていたからである³⁰⁷。

- v) 以上から明らかになるように、競争委員会による食品雑貨スーパーの需要力にたいする市場調査にもとづき制定された GSCOP の禁止行為は、競争法における一般的な反競争的行為の禁止（競争法第Ⅱ編の濫用禁止規定）と異なる、特定の反競争的効果の観点から問題になる特定の行為の類型をまとめた点の特色がある。

4) 申立人秘匿義務（通報者暴露問題）

- 4-1) 審判官法はその18条で、申立人の特定を防止し、取引停止等の大規模スーパーによる報復措置を封じるために、調査手続きにおける申立人を秘匿する義務を審判官に課す（前掲 I .3.2）参照）。

競争委員会は 2000 年報告書の調査手続きにおいて、大規模スーパーの濫用行為を聴き取る際に、その身元が特定されることを恐れる風潮があったと

³⁰⁶ CC, investigation 2008（前掲注 218 参照）, para.10.7. See, Tim Frazer, Susan Hinchliffe, & Kela George, Enterprise Act 2002 (The Law Society, 2003), para, 9.7.

³⁰⁷ OFT, Statement re Statement re Grocery Market, OFT Proposes to Refer Grocery Market to CC (9/03/06) (available at www.investigate.co.uk/). OFT の付託の決定は、4 大食品雑貨スーパーが競争の歪曲を生ぜしめる市場の特徴に関するおそれについて、いくつかを点があげている。そのうち主に本稿の関心である需要力濫用にかかわっては、以下の二点の指摘が注目される。

それは、第一点が小売市場での原価割れ販売である。第二点目は、上流の供給の市場において供給業者の弱い地位に関連して、スーパーがその需要力を行使するならば、新製品における投資と革新にたいするインセンティブが歪められるとしていることである。OFT, Grocery Market,（前掲注 25 参照）。

している³⁰⁸。2000年スーパーマーケット綱領の運用が実効性を欠く原因は、綱領違反の紛争処理にあつて第三者との仲裁を申し立てる手段について、大規模スーパーからの報復的な取引停止を恐れた供給業者の申し立てを控える一般的な傾向があげられていた。2013年審判官法の立法過程において、その申立人秘匿制度は重要な位置づけをあたえられて、通報者の供給業者を取引停止から保護しつつ、綱領違反を摘発することが審判官制度を創設する目的に数えられていた³⁰⁹。

³⁰⁸ CC, Supermarkets (前掲注 218 参照), 2000, para.1.9. また、競争委員会は、2008 年報告書の調査において、大規模な買い手による不正な取引に関する明確な証拠を収集する困難のひとつの理由として、官庁にたいし供給業者が知られること望まなかったことをあげる。Competition Commission, News Release, 03/07 (23 Jan.2007) (<http://www.competition-commission.org.uk> の HP より入手) p.1-2.

³⁰⁹ i) 2000 年スーパーマーケット綱領の実施後の状況を審査 (供給業者による事業者団体を中心にした調査) した OFT の定期報告書 (2004 年 2 月) は、同綱領の実効性が明確に欠けていた主たる理由として、申立人 (供給業者の規模の大小を問わず) の取引停止を恐れる風潮 (climate of apprehension) が、調停の申し立てを控えさせたとしている。

OFT, Report on the review (前掲注 8 参照), para.2.5.

ii) さらにその後、2005 年 3 月の報告書において、OFT は違反行為の証拠収集の重要性を確認しながら、綱領のエンフォースメントについて改善策が探られるべきという方向性を打ち出す。

すなわち、明確に綱領の実効性を欠く理由が取引停止を恐れる風潮にあるならば、綱領自体の変更は十分な状況の改善にならないとする。さらに、供給業者にとって枢要であるビジネスを危機に晒すことのない結果を、多くの供給業者が必要とする。他方、綱領と異なる形態の紛争解決が交渉力格差に起因する恐れを根絶することができるかは疑問であるとも述べる。

そして、綱領違反の証拠が提示されなくては、違反の主張に対応することにより綱領の実効性を保つところみは維持されえないという不可避の結果に至る。すなわち、この時点で、OFT は申立人の供給業者に取引停止の恐れを抱かせる結果を回避しながら、行動綱領による規制を維持しながら、違反行為の証拠が収集される解決策が探られるべきことを認識していた。

OFT, other competition issues (前掲注 12 参照) para.3.18,3.22.

iii) かかる方向性は、同年 8 月の OFT の綱領の運用状況に関する定期調査の報告書 (結論)において、申立人の匿名性を保つて綱領違反にたいする独立のエンフォースメント機関を創設する提案が議論されるに至って、一定の具体性が明らかにされた。OFT, Conclusions (前掲注 21 参照) para.3.12.

すなわち、その方向性とは、OFT に寄せられた意見や新聞論調において、供給業者／スーパーマーケット間の取引を規制するオンブズマンの創設が主張されたことである。その中には、供給業者を保護する独立の規制機関がスーパーマー

4-2) 競争委員会は、オンブズマン（審判官制度のモデルとなった）のエンフォースメントの調査（investigation）手続とそれに対照的な個別紛争の処理手続き（仲裁等）について、その法的な特質の相違、並びに事件調査の申し立てと紛争処理の申し立てにおけるそれぞれの相手方の手続保障の要請にかか

ケットにたいし申立人を秘匿し、規制機関／オンブズマンのみが身元を知ること、綱領の運用を規制機関が積極的に監視して、取引停止にかかわる恐れ of 風潮を減じる法運用のされるべき主張があった。See, OFT, Conclusions, para.3.12.

ところが、かかる申立人を秘匿しての独立したオンブズマンによる綱領の改善策にたいしては、OFT の態度は慎重であった。すなわち、OFT はオンブズマンにたいする申し立てを匿名とすることについて、双方当事者の身元の秘匿が維持されない限り手続的正義にかかわる自然的正義の要請に反するおそれが生じるので、通常は許されないであろう、とする。OFT, Conclusions, para.3.13.

OFT は、本稿前掲注 4 であげた豪州の「製造及び食品雑貨業行動綱領」とオンブズマン制の先行例をあげて、双方当事者が身元を明らかにして仲裁等の手続きを進めることになる問題を摘示する。Ibid, para.3.14.

- iv) その後、競争委員会の報告書を受けた政府は、これまでの申立人秘匿制度に消極的態度を改めた。政府の草案理由書（2011 年 5 月）は取引停止等の報復措置をこうむることにたいする「恐れ of 風潮（climate of fear）」が生じる対策として、申立人の供給業者を保護することは政府方針の重要部分であるとする(Draft Groceries Code Adjudicator Bill, Explanatory Notes(前掲注 51 参照), para.98. なお、前掲注 58 も参照)。

また、下院環境委員会における申立人秘匿問題に関する議論は結論として、「供給業者を申立人として匿名にできることは、綱領審判官（制度）の成功にとって基本的なことである」と述べて、政府草案の審判官による申立人に関する守秘義務が維持されるべきことを述べていた。

Letter from EFRA（前掲注 63 参照），p.57.前掲注 64 参照。

- v) 政府（産業・技術革新・職業技能省）は、審判官法案の提出（2012 年 5 月）に際し、上記のような草案にたいする法案提出前の審理の結果を踏まえて、申立人の身元が秘匿されるべきことと、審判官のエンフォースメントについての調査が広範囲におこなわれることを相即的に関連付けて述べている。このことは、下記に述べる競争委員会があげる申立人秘匿制の根拠として、大規模スーパーの濫用行為の立証に関して、行為が広がりをもっておこなわれた証拠を収集することで、特定の申立人の身元が行為者の立証上の防御権行使にたいして相対的にその重要度が低下するという考え方に一致する立場と考えられる。

BIS, Government's policy 2012,para.4.1（前掲注 57 参照）（「調査は広範囲にわたることが意図され、かつ小売業者の一般的行為パターンを基礎とすることが意図される。審判官の基本的な原則の一つは、申し立てを調査する能力にあるだろうし、かつ申立人の身元につき秘匿を保つことであるだろう。」）。

わる取扱いの相違を、以下のように論じている³¹⁰。

- ・ 供給業者と大規模スーパー間の紛争処理に関し、それぞれの要請により仲裁をおこなう場合には、オンブズマンは適正な手続き（due process）保障の要請にしたがい、大規模スーパーには、特定の供給業者にかかわる主張に答える機会があたえられなければならない。この意味で紛争処理手続きは特定の大規模スーパーにたいする特定の供給業者がなす特定の主張にかかわる。
- ・ これにたいし、エンフォースメントにかかわる事件端緒等の申し立ては、「情報収集の一形態」として、秘匿を原則としてあつかわれる。
- ・ 単独の申し立てである場合は、証明されたものである場合を除いて、オンブズマンはそれ以上のエンフォースメントの行動を起こさない。
- ・ 「調査の特性と範囲は、利害関係（concern）の領域及びその複数の領域を反映したものになるであろう」。「調査は申し立てを基礎にして開始されるのであるが、調査の目的は、個々の申し立てにあるのではなく、（大規模スーパーの）行為のパターンを理解することにあるだろう」
- ・ 以上のことを基礎にして、調査を始めることになった申し立てについて、それを公表する必要性を委員会はみとめるものでない。その申し立ては大規模スーパーからの秘匿を保たれることになるう。

競争委員会は、綱領違反にかかわる需要力の濫用的慣行を規制する場合と、供給業者／大規模スーパー間の個別的な紛争処理手続きの場合とで、当事者の防御権行使にかかわる立証手続き上の要請を区別している。すなわち、綱領違反行為にたいするエンフォースメント手続きで求められる手続き上の要請について、申立人の身元の特定は必要ないとし、その根拠を争われている違反行為の特質に求めている。前者の二当事者間の紛争処理の場合には、特定の供給業者にたいしておこなわれた特定の行為が争われている。後者のエンフォースメント手続きでは、特定の供給業者にたいする行為が問題になるというよりも、「利害関係の領域及び複数の領域」という文言や「行為のパターン」という表現であきらかなように、需要力の行使としての行為の広がり調査の対象とさ

³¹⁰ CC, investigation 2008（前掲注 260 参照），para.11.361-2.

れている。

この個別当事者間の個々の取引の影響でなく、需要力の行使としての行為の広がりが問題とされることは、二当事者間の場合と異なる、市場における法益侵害が問題にされていると考えられる。このような、申立人の特定を防ぐ供給業者の保護制度にかかわる根拠づけは、委員会の需要力濫用規制についての法理論上の基礎的理解を明らかにするものとして注目される。すなわち、審判官によるエンフォースメントである調査手続きでは、行為の広がりをもっておこなわれる競争法上の違反行為にたいする規制として、個別紛争処理にかかわる民事的な法の規律とは異なる法的原理がはたらいっているのである。

4-3) 以上のように綱領規制において、民事法的規律と異なる法原理のもとに濫用行為の相手方供給業者について、(需要)力の行使から規制のエンフォースメント手続きにおいて、一定の保護がはかられるべき根拠づけをしたことは、審判官制度にたいする競争法上の評価ポイントを明らかにするものとして意義がある。以下にこの点を敷衍して述べる。

4-4) メストメッカーの隠れた競争論との対比によった検討

i) 先ずV. 1.2) の綱領批判の文脈において述べるのであるが、供給業者／需要者間の関係を「隠れた競争」の関係による視点から統一的にとらえ、民事法規による濫用的慣行の規制を重視するアプローチ（メストメッカー）との対照を経ることによって、競争委員会による、濫用行為と取引停止の威嚇を一体的に規制する場合の特徴が明らかになる。

隠れた競争論は、後述のように市場における競争阻害の指標として、市場力と需要力（回避可能性）の閾値のレベルの立証を求める。このような競争法上の市場力、需要力の閾値レベルに達しない違反は、民事法的規律に委ねられる。契約法上の意思表示の問題として強迫や取引妨害の違反に該当しない限り、競争法や不正競争防止法等の一般条項を用いて禁止することは許されないとする。すなわち、この場合、供給業者／大規模スーパー間の個別的な取引条件をめぐる多様な交渉としての「隠れた競争」がおこなわれている

のであり、市場に向けた一般的な値引きやリベートとは異なる、個別的な取引形態における競い合いの封じる規制は許されないとする³¹¹。

- ii) このメストメッカーによる市場力の閾値論からする市場の競争阻害にたいする把握は、競争阻害の違法評価に厳しいハードルを課す特徴がある。それは、競争委員会による行為の広がり視点からとらえられた、市場力の閾値（競争法）のレベルを直接問題にしないでも、濫用行為を違法にするのとは対照的である。結局、民事法の規律によって、行為無価値の抽象的危険³¹²とされる以外は、結局適法の結論を導く。

さらに、このような競争法と民事法の濫用行為の規律二分論は、いずれの法的規律にあっても濫用行為からの救済を申し立てる供給業者は、取引停止の威嚇に晒されることになる。

- iii) ここで、メストメッカーの所説と対照的に、競争委員会の見解について、綱領違反のエンフォースメント手続きと民事の紛争処理手続きにおいて、当事者の防御権行使に関連してなされた区別の理論が注目される。その区別されることで、綱領違反の行為がその違法性を問題にされる場合、取引停止の威嚇によって法的な評価を免れる結果を許さない判断を導いたと考えられる。さらにその点から、需要力の行使からもたらされる競争阻害について、綱領違反の行為と取引停止の威嚇的效果を一体として把握すべきことを明らかにしたと考えられる。需要力の濫用規制にかかわる、このような一体的なとらえ方を整理して明確化するならば、以下のようなだろう。

- ・個別紛争を処理する民事法の規律においては、反対当事者の身元の特定は避けることができない。したがって、その点から買い手の取引停止を予測しなければならない。

³¹¹ 参照、拙稿・利益強要 [2]（前掲注 225 参照）、18 頁。メストメッカーの隠れた競争論については、V. 1. 2), 2-3)の「隠れた競争論の概要—競争関係における経済的行為自由の重視」を参照。またメストメッカーによる市場力の閾値論については、参照、後掲 V. 2. 6)の「綱領審判官制度と競争者の保護」における 6-2)「従属性(回避可能性)の要件指標と競争者の保護」。

³¹² 競争秩序にたいする悪影響をはかる指標として、行為無価値／抽象的危険と結果無価値／具体的危険との二分法による見解の検討については、後掲の V. 2. 6) 6-2)「従属性(回避可能性)の要件指標と競争者の保護」から i) ～ iii) を参照。

- ・それにたいして委員会の明らかにした「行為の広がり」をもっておこなわれる綱領違反の行為は、申立人の特定は必要とされず、買い手の取引停止を防止する措置（2013年審判官法では申立人秘匿義務）が講じられる。
- ・他方競争法による濫用規制は、市場力のテストを充たす必要がある。また取引停止の威嚇を予想しなければならない。
- ・過剰なリスク及び予期せぬコスト負担を移転させる綱領違反の行為は、取引停止の威嚇が問題になる行為であるが、供給業者が大規模スーパーに従属的な関係にある市場状況からもたらされる行為としてとらえられる。さらにこのような従属的關係を利用したその濫用行為の実効性を確保する手段として、取引停止の威嚇的な効果の利用が問題になる。
- ・したがって、上記リスクとコスト負担の移転行為とその実効性確保手段（取引停止）とは、一体として濫用的な需要力の行使を形成している。

iv) リスクとコスト負担の移転が問題にされる行為において、行為の広がりという市場の競争阻害にかかわる特徴をとらえる指標は、競争法の濫用行為の類型に求められる市場力と需要力のテストと区別される。さらに「行為の広がり」、市場力／需要力という市場における競争阻害のいずれ類型も、民事法的規律に服する行為の類型から区別される市場の特徴を有する。このような濫用的慣行のうち、上記リスクとコスト負担の類型と市場力と需要力のテストを要する類型について、とりわけ取引停止の威嚇効果が問題になる。そして、濫用的行使とされる需要力について、その市場におけるあらわれ方の態様を的確に評価するために、濫用行為とその実効性確保の手段を一体として把握することが求められる。

そうすると、綱領規制の実効性を達成するためには、行為の広がりのあるリスクとコスト負担を移転させる類型について、取引停止による威嚇の効果を未然に生ぜしめない規制が求められることになる。

v) 以上のような、濫用行為とその実効性の確保手段を一体的に把握する行為の広がり論は、メストメッカーによる「競争法と民事法の規律二分論」の問題点を明らかにする。すなわち、取引停止の威嚇的效果は、需要力から市場にもたらされる、濫用の慣行それ自体とは区別される影響であるが、濫用行

為の違反摘発を困難にする影響があり、濫用行為の違法性評価と切り離すことは適当でないことである。

このことから、「競争法と民事法の規律二分論」はいずれの規律についても濫用規制の実効性を欠くこと、及び上記リスクとコスト負担にかかわる濫用的慣行について、それが競争阻害を生ぜしめているにもかかわらず、取引停止の威嚇効果を問題にしないことが明らかになる。この点は後掲V.1.2)、2-3)で検討するが、競争関係における経済的行為自由と取引の関係における経済的行為自由とにたいする競争法上の規範的評価（メストメッカー）と結びつけて論ずることが適当である。その規律二分論においては、民事法的規律に服する関係は取引の関係として、供給業者の経済的行為自由が、「(隠れた)競争関係」における大規模スーパーの経済的行為に対して劣位の位置づけをあたえられるものとされていた。

vi) 競争委員会が通報者暴露問題の対策とした申立人秘匿義務は、その根拠づけに違反行為が広がりをもっておこなわれる市場の競争阻害の問題があることを摘示した。かかる行為の広がりをもつ競争阻害効果は、競争歪曲の反競争的效果に関する実定法上の要件から競争法の規制枠組みにおいてとらえることができる。

他方で、取引停止の威嚇効果によりリスクとコスト負担を移転させる行為の規制の実効性を欠くことは、かかる競争歪曲の実定法上に規定された反競争的效果の規制も無力化されるものといわなければならない。したがって、綱領規制、競争法上の市場力及び需要力による濫用規制の各エンフォースメントについて、通報者暴露問題により規制の実効性を失わしめる事態は、法の欠缺として評価しえると考えられる。

行為の広がりをもっておこなわれる需要力の濫用行為とその実効性確保手段がいずれも市場の競争阻害を示すものとしてとしてとらえられるとき、競争法の規制手段をもって解釈論及び立法論の視点から、かかる法の欠缺にたいし如何に対処するべきであるか提示することは、競争法理論の任務である。

vii) 取引停止による需要力行使の態様が行為の広がりをもってとらえられる競争委員会の認識は、「競争法と民法の規律二分論」により、リスクとコスト負担の行為の規制を実質的に民法の規律にゆだね、取引停止の威嚇的効果を等閑視するメストメッカーの所説について、競争法理論としての不備をあきらかにするものである³¹³。

-
- 313 i) ここでは、取引停止の威嚇的効果を競争法上の問題として格別の考慮対象とせず、濫用的慣行の規律をもつば民事法的規律に委ねる見解について、メストメッカーの所説を批判的に取り上げた。同様な批判がインデルストとウェイの不完備契約モデル（流通業者による上流投資の誘引モデル）による民事法的規律を重視する見解にも妥当する。
- 従前の拙稿で論じたように、この不完備契約の理論は、取引条件の合意後の支払い遅延や遡及効ある仕入れ価格の引き下げ要求を通常のこととしておこなっている実態について、一定の条件下において共同利潤の極大化の試みとして、品質改善の試みとみなす。その場合に民事法的規律に違反しないことが、かかる効率性向上の試みとされるための条件とされていた。拙稿・ドイツにおける需要力の規制理論・高千穂論叢 47 巻 4 号（2013 年）20 頁以下（拙稿・規制理論と略称）。
- ii) 濫用行為（過剰なリスクと予期せぬコスト負担の移転行為）とその実効性確保手段（取引停止の威嚇効果による恐れ風潮）を一体として規制対象とする競争委員会の立場からは、この不完備契約の理論による規制の枠組みは、濫用行為に関する規制範囲の対象を画定することにつき十分でないばかりか、濫用行為の実効性を確保する手段（前掲の取引停止問題）にたいし、その規律を欠く不十分さが批判されることになる。後掲、「まとめと結論」（3）3-2)、及び前掲 IV.2.4)、4-4)を参照。
- iii) さらに濫用規制がその違反行為と実効性確保手段を合わせて規律の対象を画定されなければならないことは、流通業者と供給業者間の搾取的濫用行為を規制する様々の試みで問題になる。例えば、ドイツ競争制限禁止法（GWB という）の第 8 次改正の立法過程において、その 19 条 2 項 5 号（2013 年改正前法 20 条 3 項）の受動的差別禁止が実効性を欠いている問題が論議された。濫用的慣行にたいする新たな規制として、行動綱領の規律を不正競争防止法（UWG という）において整序する、以下のような立法提案がこの問題を抱える。参照、拙稿・酪農乳業（前掲注 163 参照）109 頁以下、注 200 及び 203。
- iv) ミュンヘン大学のヘルムートケーラー（Helmut Köhler）教授は、受動的差別禁止による需要力の濫用規制が実効性を欠くこと、禁止対象行為が GWB の過料要件に合致する刑罰相当の行為と異なる不正であることから、行為類型の厳密な規定をなしたうえで UWG に規制が移されるべきこと、さらに当事者間の仲裁機能をよりよく果たすオンブズ職（Ombudsstelle）が創設されるべきことを主張する。市場力の閾値テストによる GWB 規制が困難をかかえる運用の歴史を踏まえた立法提案である。
- しかし、UWG は、民事の不法を私訴により解決する法体系をとる。他方、英国

V. 綱領審判官制度の理論的検討

1. 行動綱領と審判官制度にたいする批判

1) アイルランド競争委員会の綱領規制にたいする批判

2009 年、アイルランドの雇用、企業及び革新省大臣 (the Minister for Jobs, Enterprise and Innovation) は「指定食品事業者にかかわる行動綱領提案 (Proposed Code of Practice for Designated Grocery Goods Undertakings) (以下「2009 年提案」という)」を公表し、それにたいするパブリックコメントを募集した。また同じく 2009 年に同国の企業、貿易及び革新省 (the Department of Enterprise, Trade and Innovation、その後本省は企業、貿易及び雇用省 the Department of Enterprise, Trade and Employment に改編) は、「食品雑貨事業者行動綱領 (Code of Practice for Grocery Goods Undertakings)」の草案にたいする諮問書 (Consulting Paper、以下「諮問書」という) を公表し、それにたいするパブリックコメントを募集した。さらに 2011 年には、雇用、企業及び革新省大臣は、同年 5 月に公表された「指定食品事業者にかかわる行動綱

の競争委員会が、独立のオンブズマン(すなわち、後に審判官として立法化される独立したエンフォースメント機関を指す)について、行為の広がりやを申立人秘匿制度の根拠としたことは、濫用の行為それ自体の違法 (行為無価値) と区別される市場の競争阻害 (結果無価値) が本制度の規制にかかわる基礎となっていることを示す。

かかる英国の競争委員会が、綱領規制の実効性確保のため申立人秘匿制度の根拠とした行為の広がり論は、UWG のオンブズ職による規制システムにとつても無視しえない規制の実効性確保のための課題を課すことになると考えられる。

すなわち、ケーラーによる UWG/オンブズ職の規制提案は、UWG について、民事の不法による行為無価値の違法体系とみなす多数説でなく、結果無価値の違法を含む規制を認める少数説に立つことを示すものなのであろうか。後者の少数説は、後掲 2. 3), 3-6) で論じた業績競争論の立場によるフェザーやフェファーマルらをとる UWG 理解である。

あるいは、規制の実効性確保のための方策である申立人秘匿制度を採用しないオンブズ職とするのであろうか。そうすると、ドイツでも重要な問題となっている「通報者暴露問題(Roß-und-Reiter-Problematic)」によるおそれの風潮には、どのように対処するのであろうか。

ケーラー提案は、申立人秘匿制度を構築する場合に、競争法と民事法の規律の根底に存する法体系の原理的把を握踏まえなければならない問題を明らかにすると思われる。

領草案 (Draft Code of Practice for Designated Grocery Goods Undertakings)」にたいするパブリックコメントを募集した³¹⁴。

このような食品小売業者を規律する行動綱領を策定し、大規模スーパーと供給業者間の関係の適正化をはかるアイルランド政府における二省庁の動向を踏まえて、同国の競争法³¹⁵の執行当局である競争委員会 (Competition Authority) は、2009 年 9 月企業、貿易及び雇用省の諮問書にたいし反対の意見表明をおこなった。さらに同委員会は、2011 年 9 月主に 2009 年提案について反対する立場を表明した意見書を雇用、企業及び革新省大臣にあて明らかにした。

以下に、このアイルランド競争委員会 (以下、「競争委員会」という) による、行動綱領によった需要力の濫用的行動にたいする競争法上のアプローチにたいする反対論³¹⁶を紹介、検討する³¹⁷。

³¹⁴ Department of Enterprise, Trade and Innovation, Code of Practice for Grocery Goods Undertakings: Consulting Paper (Competition & Consumer Policy Section) (August 2009) (www.enterprise.gov.ie/の HP より入手) (Consulting Paper と略称), Draft Code of Practice for Designated Grocery Goods Undertakings (Code of Practice: Appointed Facilitator John Travers) (May 2011) (www.enterprise.gov.ie/の HP より入手). なお、雇用、企業及び革新省大臣による 2009 年の行動綱領提案 (Proposed Code of Practice for Designated Grocery Goods Undertakings) は入手できなかった。

³¹⁵ The Competition Act 2002, Competition Amendment Act 2006, Competition Amendment Act 2012 (競争委員会 www.Tca.ie の HP より入手). なおアイルランドの競争法制については、我が国公正取引委員会の HP を参照した。

³¹⁶ The Competition Authority, Submission to the Department of Enterprise, Trade and Employment, Code of Practice for Grocery Goods Undertakings, Consultation Paper Submission (S/09/003) (September 2009) (Competition Authority, Code2009 と略称), Code of Practice for Grocery Goods Undertakings: Submission by the Competition Authority to the Department of Jobs, Enterprise and Innovation's Consultation (September 2011) (S-11-008) (Competition Authority, Submission と略称). 以上の競争委員会の意見書は、何れも競争委員会 www.Tca.ie の HP より入手した。

³¹⁷ アイルランドにおける綱領の提案は、英国におけるスーパーマーケット行動綱領の影響を受けて構想されているが、競争委員会はかかる英国の食品雑貨小売業の競争状況とアイルランドにおける食品小売業の競争事情の異なることを踏まえて、アイルランドにおける行動綱領による規制に反対する見解をとっている。そこで、この競争事情の異なる点も以下の検討では留意しつつ、競争委員会の行動綱領規制に反対する一般的な理論展開を中心に上記提案を見ていくこととする。

1-1) 競争委員会の役割と現行法上の問題点

- i) アイルランドにおける 2006 年（改正）競争法の 2A 編には、食品業者が威嚇、約束又は他のなんらの手段によることを問わず、直接、間接に拘束や強制により他の食品業者に宣伝や展示、装飾にかかわって値引きを要求してはならないと規定され、さらに同様な態様で、新店舗の開店、新規の店舗拡張又は新規の店舗買収のそれぞれの時点（あるいは 60 日以内）の金銭支払いや値引きを禁止する（アイルランドでは「ハローマネー」といわれるが、かかる金銭要求の禁止）規定がおかれている³¹⁸。
- ii) これら現行規定は、行動綱領の提案に先立つものであるが、マスコミ報道等で問題行為が摘発される可能性につき論議がされていた。そして、競争委員会はこのような議論にもかかわらず、法的違反事例が存しないこと、さらに証拠や違反の申立てを欠くことは、規制当局が裁判所においてかかる行為の立証をなすことについて困難であることを示すとする。そして証拠の提出を意図した違反行為の申立てがおこなわれない結果は、小売業者による報復的な取引停止を恐れているからであり、さらにこのことは、規制当局が申立人の身元を匿名にする措置を講じたとしても変わらないだろうと競争委員会が見なしている。この取引停止にかかわる威嚇の議論は以下のように、注目される指摘である³¹⁹。

それは、このような競争委員会の見解のうちに、需要力濫用の規制がもつ問題点の認識における特徴の一端が示されていることによる。すなわち、競争委員会は、かかる規制にともなう通報者が暴露されて食品スーパーからの報復を受けることを恐れる供給業者をして、違反事実の申立てに消極となる

³¹⁸ Competition Amendment Act 2006, part 2A, 15B(3), 15B(4)(a)(b)(c), 15B(5). そしてこのような商慣行は、アイルランド国内における食品取引における競争を妨害、制限、又は歪曲するものでない場合には、禁じられるものでないことが規定されている。Ibid, 15B(5).

³¹⁹ Competition Authority, Submission, para.2.8-2.9. なおアイルランド競争委員会による 2011 年の本批判は、英国のスーパーマーケット綱領が食品雑貨綱領(GSCOP)へと変更されている事情についても通報者暴露問題が原因とする。Ibid, para2, 17(英国においても、違反の申立てにより取引停止の報復措置を受けることを供給業者は恐れている).

事態を重視しているのであり、その点がかかる特徴の一つである。しかし、その対策としては、英国の審判官制度における供給業者を保護するアプローチ（申立人秘匿義務）によるのとは対照的である。2006 年（改正）競争法の認める前記同法 2A 編の違反行為の禁止に一定の修正を加える（私訴の救済手段による制裁的な損害賠償制度）ことによれば³²⁰、かかる問題解決に十分とする。後者の点が、委員会の需要力濫用規制にかかわる認識の第二の特徴である。

1-2) 交渉力の濫用と反競争的效果のとらえ方

- i) 上述のように（1-1 における i）及び該当注を参照）、2006 年（改正）競争法は競争の妨害、制限又は歪曲の反競争的效果を規定する。そして競争委員会は、かかる濫用問題の原因として交渉力の格差を重視する。交渉力の格差についてのこのような認識にもかかわらず、格差の現象は競争の妨害、制限又は歪曲の競争法にいう反競争的效果がカバーする法益侵害とはみなされない。その点をまとめると以下ようになる。
- ii) このとらえ方の特徴は、上記 2006 年（改正）法の規定と 2009 年提案における禁止効果との整合性を、競争委員会が問題にする点にあらわれている。それは、綱領案の禁止規定にとりあげられた支払い遅延、契約条項の一方的又は突然の変更、反対給付又は対価なしの金銭支払い要求、供給業者店舗への新規登場メーカー商品の前払い制といった商慣行³²¹は、委員会の見解では、小売市場における商業的な緊張関係の反映とみなされる面を有するのであって、「結局のところ競争の妨害、制限又は歪曲をおこなうものではない」とされることである。すなわち競争委員会はかかる慣行を買い手の交渉力の格差の問題とするにもかかわらず、サプライチェーンにおける通常の競争のダイナミックスの表れとしてとらえる特徴がある³²²。

³²⁰ 後掲 V. 1. 1) 1-3) ii) 参照。

³²¹ 後掲注 323 参照。

³²² Competition Authority, Submission(前掲注 316 参照), para.2.10, Competition Authority, Code2009(前掲注 316 参照), para. 2.2（「競争委員会は、サプライチェーンにおいて、通常の競争のダイナミックスに悪影響を与える、小売業者の需要力に

すなわちこれら慣行は、契約上の給付における不均衡に等しいものであり、契約法ないし商行為法によって解決されるべきものとされる。さらにかかる慣行は、多くの供給業者により予測された商慣行であり、また「ノーマルなビジネス上の調整行為 (normal business arrangement)」の一部とされる。かかる慣行にたいする規制は、競争委員会によっては、反競争的效果の規制を課題とする競争法の本来的規律とされる領域との異質性が意識された見解であると考えられる³²³。

かかわる行動や慣行をみだしてはいない」)。

³²³ Competition Authority, Submission (前掲注 316 参照), para.2.10-2.12.

i) 政府が 2009 年提案で行動綱領により禁止されるべきとする慣行は、以下の行為になる。

- a) ビジネス合意の変更
- b) 小売業者の販売促進費用支払い要求
- c) 万引き等の商品喪失にかかわる供給業者負担の要求
- d) 商品損耗にかかわる供給業者負担の要求
- e) 誤った販売予測による補償の不払い
- f) 宣伝又は展示・ディスプレイにかかわる販売促進費用の負担要求

See, Competition Authority, Submission, para.3.4.

ii) これらの慣行は、書面により合意の契約がされるならば許されることが、2009 年提案において規定されている。書面化を適法条件としたことは、競争委員会によれば、これらの慣行が実際の商業環境において多くの供給業者にとって「ノーマルなビジネス上の調整行為」と考えられていることを示すものだという。

iii) また、同じように商業上の現実として、慣行の適法化にかかわる書面化の小売業者による要求にも、供給業者は回避がむずかしい結果があげられる。かかる実態は、結局署名を拒否しても代替の取引先を見出し難いことによる。他方供給業者の側にあっても、大規模な供給業者は契約交渉で抵抗が可能であることから、綱領が問題にするような事態の真の原因は、競争委員会によれば、交渉力の格差にあるのであり、その点の解決が図られなければならないことになる。

Competition Authority, Submission, para. 3.5-3.9 & 1.4.

iv) 他方では、アイルランド政府における二省庁による綱領規制の提案に対し、競争法との整合性ある規制を重視する立場から、市場の競争にたいする阻害効果をみていない点が批判される。すなわち、アイルランドの 2006 年改正競争法は、その 2A 編において、宣伝や展示、装飾による値引きの要求と「ハローマナー」の要求について、その禁止を競争の妨害、制限又は歪曲の反競争的效果の認定にかかわらしめている (Competition Amendment Act 2006, part 2A, 15B(5))。ところが、行動綱領の草案については、この反競争的效果の認定による「競争テスト」の規定を欠いている。

なお、競争テストを欠く行動綱領が、消費者の利益を損なう恐れをもつことの批判的指摘がされている。See, Paul K. Gorecki, A Code of Practice for Grocery

1-3) 契約の標準化問題と独自の立法提案

- i) 2009 年政府提案には、供給業者が競争法当局に綱領違反の申立てをしたことにより、小売業者から取引停止の報復措置を受けた場合の保護について規定するところがない。競争委員会によれば、この不備は供給業者に報復を恐れる心理を生ぜしめ、上記 2006 年競争法の金銭支払いや値引き禁止条項において実効性を欠く事態を招いた結果と同じ失敗を繰り返す懸念があるという³²⁴。
- ii) その点から、立法提案として、競争委員会は 2009 年提案とは異なる、現行 2006 年競争法の上記 2A 編の禁止を徹底することを目指して、懲罰的損害賠償（二倍額の損害賠償）の規定と報復的な取引停止を禁止（上記 2A 編の違反を理由とする申立てにたいする報復の禁止）する措置の二重の負担を小売業者に課すべきとする。このことは、かかる供給業者の恐れ of 感情を生ぜしめる事態の未然防止を図ったと考えられる。すなわち、その二重の負担による小売業者への法的な威嚇力によって取引停止措置を事前に封じ込めることで、恐れ of 感情が生じるような取引停止の事態を防止する担保にしようと考えたことによる³²⁵。
- iii) 競争委員会は、その意図として取引停止の未然防止を徹底することにより、供給業者に報復にたいする恐れ of 感情を抱かせない環境づくりを目指す。こういった基本的スタンスから、2009 年提案の遡及的なビジネス合意の変更禁止の規定を特に例にとりあげて³²⁶、かかる標準契約の策定は、契約の履行について、それを私人が担うシステムから契約の公的なエンフォースメントの

Goods Undertakings and an Ombudsman : How to Do a Lot of Harm By Trying to Do a Little Good, The Economic and Social Review, Vol.40, No.4,461(2009) pp. 481-2.

³²⁴ Competition Authority, Submission(前掲注 316 参照), para.3.11-3.13 & 1.4.

³²⁵ Competition Authority, Submission(前掲注 316 参照), para.3.11-3.13 & 1.4.

³²⁶ 2009 年提案の綱領草案の第 7 条は以下のように規定する。「供給業者と小売業者を含む指定食品業者は、当該取り決めが変更を認める特定の条項を含み、かつ変更がおこなわれる特定の状況と態様の詳細、さらに取り決めの変更を求める当事者から取り決めの他の当事者に告知のなされる旨を含むものでなければ、ひとたび合意をしたビジネスにかかわる取り決めの条項を遡及的に変更することを禁じられる」。Competition Authority, Submission(前掲注 316 参照), para.3.14.

システムへと質的な転換を図るものだとする。委員会の批判の趣旨は、第一に申立人を保護する結果が過剰な規制につながることを恐れているのであり、第二に、取引停止の報復を恐れて供給業者が救済申立てをおこなえない結果は、綱領による公的なエンフォースメントも、委員会提案の私訴によるアプローチもかわりがないというとらえ方にある。そうであるならサプライチェーンの柔軟性が価格等の取引条件の調整を通じて維持される結果が望ましく、その点からも硬直的な契約内容の標準化を導く行動綱領の公的エンフォースメントは斥けられるべきとの結論を導くのである³²⁷。

- iv) 要するに競争委員会の行動綱領批判のポイントは、ビジネス合意の遡及的変更、万引きや商品損耗のロス、誤った販売予測による補償、販売促進費用といった事柄を規制する行動綱領によるならば、当事者は標準契約によるほかはない拘束をこうむるという認識にある。また通報者暴露により恐れ of 風潮が広がることにたいして、報復的な取引停止の一律禁止をする（規制当局による申立人の秘匿措置については、その実効性を疑問視するものと考えられる。）ことは、交渉力の格差から取引停止を誘発する原因が生じているととらえることによる。そして報復を可能にする交渉力の格差問題は、供給業者の身元を秘匿する保護主義的方策によるのではなく、懲罰的な損害賠償と報復措置の一律禁止を規定することで、格差ある交渉力について、その行使を抑え込む戦略をとるほうが実効的であると考えることによる。

したがって、綱領が規制の対象とする商慣行をめぐる供給業者の不満と小

³²⁷ Competition Authority, Submission(前掲注 316 参照), para. 3.15, Competition Authority, Code 2009 (前掲注 316 参照), 2.2-2.3. アイルランド競争委員会の行動綱領批判のひとつのポイントは、次の点に特徴的にあらわれている。すなわち、私的な契約実現のプロセスによっても、公的なエンフォースメントによっても、その私訴の訴えや当局への申立てにより小売業者からの報復措置をこうむる結果にかわりはないのだから、契約の標準化をみちびく行動綱領の手段はとられるべきでないとする点である。

このような私訴も公的なエンフォースメントも区別しない取引停止にたいするとらえ方は、以下の棚貸し料規制にたいする批判にもあらわれている。すなわち、棚貸し料を綱領によって規制しても、かかる規制のため当局に申立てをした供給業者は劣位の棚スペースに放置される結果になるだけで、事態の改善はないとする批判である。Competition Authority, Submission, para.3.17.

売業者の対応は、私的当事者間の紛争にかかわる実質を有するもので、競争法においては、公的エンフォースメントではなく、私訴のアプローチによるべきだということになる³²⁸。

1-4) 競争委員会の綱領批判と需要力規制の問題点

- i) アイルランド競争委員会の通報者暴露問題に対する対策方法には、二つの特色がある。

一般的に、需要力濫用のエンフォースメントに特徴的なことは、違反行為の被害者である通報者が報復を恐れる感情をもち救済の申立てを控えることである。この点から、濫用問題の解決は困難になる。アイルランド競争委員会は、報復を恐れる感情を生ぜしめることは、私訴によるも公的エンフォースメントによった場合も変わらないとする特色がある。したがって、倍額の懲罰的損害賠償請求と取引停止の禁止措置により、小売業者が報復的な対応を封じ込める措置をとる。

そしてこの方法をとるもう一つの積極的理由は、私人による訴訟の遂行が、立証の面でも契約の実現にかかわる訴訟対象の面でも、公的なエンフォースメントに勝って当事者の契約交渉にかかわる問題の性格に適合的であると考えからである。このような需要力濫用問題を、契約法上の交渉問題から生ずる私人間の利害調整手続きの延長においてとらえる特色をもつ私訴のアプローチについて、その全体的な問題点と実効性の如何は、以下のように検討されるであろう。

- ii) アイルランド競争委員会による私訴による懲罰的賠償と通報者暴露問題の対策は実効性を欠く。
- a) 競争委員会は、2006 年競争法の 2A 編に規定する宣伝や広告等の名目による値引き要求と「ハローマナー」の要求の各禁止について、私訴による懲罰的損害賠償請求と取引停止の禁止措置を規定する立法措置を提案する。

³²⁸ Competition Authority, Code2009(前掲注 316 参照),para.3.3,3.6 (「堅固な私人の訴訟により、かつ損害をこうむった原告による実効的な救済措置によることで、それ以外の国家組織を設置する必要はない」)。

先ず、かかる二類型の禁止措置により供給者にたいする報復措置を禁ずる企ては、小売業者がなすところの、他の種類による協賛金や販売促進費用の支払い要求、万引き等の商品喪失にかかわる供給業者負担の要求、誤った販売予測による補償の不払い、といった手段で利益提供を強要する結果を免れたいと考えられる。すなわち、前記英国 GSCOP の行動綱領に規定された網羅的な濫用的行為禁止のリスト³²⁹を欠くときには、いわば脱法的な要求とそれに従わない場合の取引停止の報復にいたる事態を防止するのは困難になると考えられる。それは、2009 年英国食品雑貨スーパー行動綱領が、その 2 条で公正かつ適法な取引にかかわる原則を掲げ、契約条項の遡及的変更の禁止を規定する 3 条以下、15 条までかかる網羅的禁止のリストを掲げていることが注目されるということであり、かかる脱法的な企てを抑制する意図によるものと考えられる³³⁰。

- b) 次に、個別供給者の私訴による損害賠償請求（倍額）は、その大規模スーパーにたいする抑止的効果に問題がある。かかる供給者の取引額はそれ自体として小規模なレベルにとどまることも多いと考えられる。そのような供給業者にたいし大規模スーパーが組織的に搾取的な買入れ等の条件で取引をおこなっているような例では、違反行為の全貌に対応した賠償額となることは考えにくいことである。

このような点から、英国の 2013 年綱領審判官法は、制裁金の導入により、違反行為の抑止と行動綱領にたいする遵守をはかったととらえられる³³¹。

英国の法令ガイドラインが、審判官によるエンフォースメント選択にかかわる考慮要因として、違反行為の深刻さ、影響を受ける供給業者数、違反により引き起こされた損害等の項目をあげ、さらに損害の規模の要因については、影

³²⁹ 前掲した II.2.における (3) (4) (5) (6) を参照。

³³⁰ CC,Order 2009（前掲注 2 参照），pp12-16.

³³¹ 英国政府（産業・技術革新・職業技能省）は 2011 年に、パブリックコメント募集の意見表明において、制裁金制度の導入趣旨とかかる趣旨に即した制裁金賦課の在り方について述べているが、それは、2002 年スーパーマーケット綱領は違反行為にかかわる損害の補償を規定するが、そのような補償の支払いによっては、違反行為の抑止と行動綱領にたいする遵守の側面については十分でないという不足を補うために制裁金制度は導入された、とする。前掲 I. 2. 3), 3-1) 参照。

響を受ける供給業者業数と消費者を含む潜在的な効果の広がり を考慮すること ができるとしていることは、大規模スーパーによる需要力の濫用行動がもた らす市場の負の効果を的確にはかる試みといえるもので、参考になる³³²。

c) したがって、アイルランド競争委員会が競争法の需要力濫用規定における 違反行為につき、私訴による倍額の損害賠償請求をもちいて違反行為の抑止、 それによる供給業者にたいする報復的措置の未然防止を企図したことは、市 場における需要力の濫用行動に対応したものではないことにより、上記のよう に実効性に乏しいと評価される。さらに、もっぱら私訴の制度を重点的に活 用して市場における需要力の濫用から広範に損害を生ぜしめる行為にたい する排除措置とすることも、競争法体系に即する規制の試みとはいいがたい と考えられる。それは私訴にかかわる私法上の損害賠償請求と競争法におけ る排除措置の構築という法体系上の整合性問題も抱える難点を指摘される からである³³³。

iii) アイルランド競争委員会の濫用行動評価は、市場の競争の負の影響を的確 にとらえていない。

³³² Guidance (前掲注 49 参照), § 51, 52.

³³³ 委員会提案は、私人による損害賠償請求により、契約法上の交渉問題から生ずる私人間の利害調整手続きの延長において需要力の濫用問題をとらえる特徴がある。

i) しかしかかるアプローチによれば、需要力の濫用にかかわる行為者段階の競争、そして相手方である供給業者段階の競争のそれぞれにたいする阻害的效果の検討は、直接的に視野のうちに入りがたいと考えられる。

ii) それに対し、英国競争委員会の 2008 年報告書は前者については、ウォーターベッド効果として検討し (英国競争委員会は、かかる検討の結果、供給業者のコンビニ事業者にたいする差別的な提供するウォーターベッド効果について、英国の食品雑貨部門ではそれが反競争的效果を生ぜしめている実質的証拠は存しないとする。前掲Ⅳ. 2. 1), 1-3) 参照)、また後者については、過剰なリスクと予期せぬコスト移転から供給者段階の競争にたいし、長期的視点で問題になる反競争的效果を認定した (前掲Ⅳ. 1. 3), 3-2) 参照)。

iii) さらに、私人の訴えにつき、アイルランド競争法の規定する競争の妨害、制限及び歪曲にかかわる反競争的效果によった競争的利益の侵害の賠償を求めるものとするアプローチによるならば、以下の訴訟手続き上の問題を生じよう。すなわち主に、私訴の損害賠償請求における需要力、市場力及び回避可能性の立証の困難という実務上の問題を生ぜしめると考えられる。参照、後掲Ⅴ. 2. 5), 5-2), 5-3) 参照。

- a) 競争委員会は、2009 年提案における行動綱領による禁止をうける大規模スーパーの行為は、小売市場における商業的な緊張関係の反映と評価され、「ノーマルなビジネス上の調整行為」である場合が多いとした。このような認識と評価は、市場における「競争の妨害、制限又は歪曲」を禁ずる上記競争法の解釈理論について、それを導く前提となる競争におよぶ負の影響評価の試みにかかわって、次にあげるような問題点を含むと考えられる。
- b) すなわち、行動綱領に類型化された行為の当事者の認識とは別に、かかる行為の競争に及ぼす影響評価について、その影響評価が複数の視点でなされていないことが問題になる。この点は、具体的には、英国の競争委員会による 2008 年調査報告書が濫用的慣行について、個別契約へのマイナスの影響という評価の視点だけでなく、大規模スーパーから供給業者へのリスク移転とコスト負担の影響によって長期の視点に立ち、投資とイノベーションへの負の影響を問題にしたことが指摘できる（前掲Ⅳ．2．3）3-2）参照）。
- c) またかかる慣行のうち、アイルランド政府の 2009 年提案の掲げる類型であるが、前記「誤った販売予測による補償の不払い」のような行為は、英国の競争委員会による上記報告書においては、「モラル・ハザード」の問題を生ぜしめるとして、反競争的効果を社会的資源の浪費にかかわる当事者間のインセンティブ設計の観点から提示していた³³⁴。
- d) このような英国の競争委員会における濫用的な行動評価にたいする多面性は、供給業者段階の市場と大規模スーパーの下流に位置する消費者市場との濫用行動がもたらす負の影響を、広い範囲でとらえることも可能にすると考えられる。

2) ドイツにおける行動綱領批判（カルテル庁とメストメッカー）

2-1) 契約標準化論と隠れた競争論による行動綱領批判

2009 年提案（アイルランド政府）における綱領規制にたいして、供給業者／大規模スーパー間の取引慣行は、アイルランド競争委員会によって小売市

³³⁴ このモラル・ハザードの情報の不完全性にかかわる経済学的説明が、英国の GSCOP における広範な禁止を十分に根拠づけるものでないことの批判は、前掲Ⅳ．2．3）、3-3）、iii）参照。

場における商業的な緊張関係の反映と評価され、またノーマルなビジネス上の調整行為とみなされた（前掲V.1.1.1）1-2）参照）。したがって、委員会によれば濫用的慣行にたいする行動綱領による規制は、契約を標準化する試みとされ、私的当事者間における契約の履行を公的エンフォースメントに変質すると批判される。具体的には、アイルランド競争委員会が交渉力問題としてとらえ、小売市場における商業的な緊張関係の反映とみなす支払い遅延、契約条項の一方的又は突然の変更、反対給付又は対価なしの金銭支払い要求、供給業者店舗への新規登場メーカー商品の前払い制といった慣行は、供給業者と大規模スーパーとの間で、他の供給業者／大規模スーパー間の一般的取引から区別されて相互に有利な条件を長期、短期の視点においてひきだす「隠れた競争」、秘密の競争と評価されることになろう。

2-2) アイルランド競争委員会とドイツの行動綱領批判

- i) 競争委員会による隠れた競争論と契約の標準化批判に類比的な見解が、ドイツで主張されている。
 - a) ドイツにおける行動綱領にたいする批判と同じくアイルランド競争委員会の綱領批判は、以下の点において類似性をもつ。そのドイツの批判とは、行動綱領や業界の自主規制ルール策定により、個別の供給業者と流通業者の間で行われる具体的な交渉にもとづき固有の条件で取引を遂行する競争の形態が封じられるという批判をなす。この点で、契約の標準化にかかわるアイルランド競争委員会の論旨と一致する。
 - b) ドイツの批判は、供給業者が提供する同一商品であっても買い手の異なることにより売り手間と買い手間のそれぞれの競い合いがはたらき、公表された価格や同一のリベート額などの均一条件による取引とは異なる、他の買い手には必ずしも公表されない個別条件での契約となる取引実態に注目する。すなわち、かかる実態を隠れた競争が機能する状態として評価する。種々の事情に応じた、柔軟な値引きや協賛金提供にたいし、行動綱領や自主規制ルールによって規制することは、画一規準によらない柔軟な個別当事者ごとに取引の条件を設定する障害となるとして、競争にマイナ

スの影響がおよぶという隠れた競争の擁護論を導く特徴がある³³⁵。

- ii) 隠れた競争論の綱領批判は、綱領をささえる規制理論を契約の標準化理論として批判する。

すなわち行動綱領にたいして、それは公表済みの、買い手にたいする画一的な取引条件のみにしたがう競争を、市場でとるべき唯一の競争として標準的に評価していると批判する。

そして、かかる批判を展開する理論動向としては、ドイツの競争法学説におけるオルドーリベラリスムス（Ordoliberalismus）の系譜に連なるメストメッカーの「管理された競争論（隠れた競争論）」をあげることができる³³⁶。

- iii) さらに、管理された競争論は、規制の実務において主張されている。

それは、近時乳製品を買入れる食品スーパーの乳製品加工業者にたいする需要力の濫用行动について問題とされる場合に、規制当局によって論議されている。すなわち、ドイツ競争制限禁止法の受動的差別の禁止や不当な妨害禁止により規制する可能性を論じた連邦カルテル庁の調査報告において、行動綱領によった濫用行动の規制の是非が問題になった。カルテル庁は大規模食品スーパーと乳製品加工業者の間で繰り広げられる隠れた競争を重視して、行動綱領による規制を批判する。³³⁷

- iv) アイルランド競争委員会とドイツの行動綱領批判の見解には類似性がある。

³³⁵ 行動綱領が契約関係を平準化、標準化するという批判は、その規制が競争を保護するのではなく競争者を保護しているという批判と同一の視点からされた批判である。綱領規制を競争者保護の手段とみなす見解にたいする批判は、後掲V. 2. 6)「綱領審判官制度と競争者の保護」を参照。

³³⁶ Ernst-Joachim Mestmäcker, Der Verwaltete Wettbewerb (1984, Mohr) (Mestmäcker, Verwaltete と略称) S.283ff. 拙稿・利益強要【2】(前掲注 225 参照) 4 頁。

³³⁷ Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Milch, Zwischenbericht, Dezember 2009 (B2-19/08), (Zwischenbericht と略称), S.111-112. カルテル庁は、流通企業と供給業者が締結する契約はまさに、非常に多様性をもった条件を示しているとして、機能性ある価格競争の前提は販売面にあるから、契約の規格化は、販売面における価格競争の本質的な前提を取り除いてしまうという。Zwischenbericht, S.112. 拙稿、酪農乳業（前掲注 163 参照）、110 頁参照。

- a) ここまで、英国の行動綱領を批判する理論動向をアイルランドの競争委員会による行動綱領批判に準拠することにより検討してきた。その検討によれば、アイルランドの競争委員会による契約の標準化理論による綱領批判は、ドイツのオールドーリベラリスムスやカルテル庁の指摘と基本的に同一の推論内容であると考えられる。つまり、供給業者／需要者間の個別取引における隠れた競争を、行動綱領による規制が封じ込める危険を指摘する点に共通点がある。
- b) 以上のことから、このドイツの理論動向にたいする批判的検討をつぎにおこなう。その理論動向は、行動綱領による大規模スーパーと供給業者間の取引を規制することが、画一的リベートや値引きによつては困難な新規の競争状況の創出にマイナス効果を生ぜしめるとの主張（結局この主張は、英国の行動綱領にも向けられた批判であると考えられる）である。本稿は、それにたいし問題点を指摘する。

2-3) 隠れた競争論の概要—競争関係における経済的行為自由の重視—

- i) 需要力濫用について行動綱領による場合、過剰規制にたいする懸念が表明されている。

カルテル庁は、行動綱領等により「契約条件の形成において、適用となる基準値が詳細になればなるほど、また義務付けが増すほどに、それによつた契約の自由についての拘束的介入は大きくなり、競争にたいする危険は増す」と述べる³³⁸。

- ii) ドイツのカルテル庁とメストメッカーのいう行動綱領／契約の標準化によつて過剰規制を招くとする上記の批判的見解の骨子は、以下のようにまとめられる。
- ・ 価格競争の前提に、多様な取引条件の提示をめぐる販売条件の「競争」があるという流通業界の競争のあり方、また、
 - ・ 綱領による契約形成のプロセスにたいする介入は、かかる多様な取引条件をめぐつて供給業者間でおこなわれる（とされる）販売競争を危険に陥れるお

³³⁸ Zwischenberecht（前掲注 337 参照）, S.112.

それがあり、

- ・ こういった競争にたいする危険は、取引当事者間の契約の自由を不当に拘束することから生じている、

綱領批判を特徴づける契約の標準化にたいする非難の骨子は、このような 3 点からなる。

流通取引における競争のあり方をめぐる認識にもとづき、契約の標準化にかかわる批判は競争保護の規範的な要請にあつて基礎になっている。

- iii) このことから、さらに以下のような隠れた競争論を支える理論的基盤が明らかになる。

- a) それは、競争関係におかれた（とされるところの）経済的行為自由が、取引関係における経済的行為自由に比べて優位する理論構成である。いいかえると、大規模スーパーがおこなう供給業者にたいする金銭的支援や種々の負担の要求を禁ずる行動綱領にたいして、契約の自由の不当な制限を問題視する立論は、隠れた「競争」を導く大規模スーパーの間でおこなわれる競い合いにおける経済的行為自由が、取引関係における経済的行為自由に比べて優位してあつかわれる特徴がある、ということである。というのは、後者の取引関係においては、大規模スーパーに対峙する供給業者の経済的行為自由をとりあげることができるのであり、隠れた競争論は大規模スーパー間の競い合いにかかわる経済的行為自由を優位におくからである。

- b) したがって隠れた競争論の文脈では、英国競争委員会による綱領規制の企てを以下のようにとらえることになる。その企てが、過剰なりスクと予期できないコスト移転の負担として、隠れた「競争」の行為を規制することにたいしては、大規模スーパーのなす取引・交渉の行為を制限するものととらえることになる。このことから綱領を批判する立場は、大規模スーパーの取引・交渉にかかわる経済的行為自由の規制には慎重でなければならないとする基本的姿勢が明らかになる。そして、供給業者の経済的行為自由の保障にかかわる過剰なりスクと予期せぬコスト負担の移転の

問題について、競争法上の評価を控えている³³⁹ことから、供給業者の経済的行為自由にたいして大規模スーパーの経済的行為自由を優位に置く判断をするものと考えられる。

- c) そして、経済的行為自由の規制を通じて市場の反競争的效果を除去する競争法制の規制のあり方を前提とすると、隠れた競争を遂行する大規模スーパーの経済的行為自由は、かかる大規模スーパーと取引の関係を結ぶ供給業者の経済的行為自由に優位する結果から、経済的行為自由は取引の関係における場合よりも、競争の関係におかれた場合に優位の扱いを受けることが明らかになる。

以上から、大規模スーパーの経済的行為自由を不当に制限するべきではないという法政策上の考慮が導かれる背景には、かかる政策的判断を支える前提的な考慮として、競争と取引のふたつの経済的な関係が考えられていることを指摘できる。さらに、前者の競争の経済的關係が重視される結果、その競争の關係のうちにおかれる経済的行為自由が、取引關係のうちにおかれる経済的行為自由に優位するという構図が存在すると分析されよう³⁴⁰。

- iv) 行動綱領の規制において、取引関係と競争関係は当事者の問題行動の観察期間に応じ、相対的に決定される。

- a) 隠れた競争論によって「競争の経済的關係」の劣位に位置づけられる取引の経済的關係は、他方で、行動綱領の規制を根拠づけた英国の競争委員会にあっては、供給者段階の競争が問題になる関係である。そして、行動綱領は供給者段階の競争を、供給業者の競争機能について長期の視点から、その投資と革新のインセンティブの側面で保護する特徴がある。

³³⁹ 後掲、3) 3-2) ii) を参照。

³⁴⁰ 本稿における、オールドーリベラリスムの系譜に連なる競争法学説が、取引関係と競争関係が対峙した場合に、後者の競争の關係が優位して経済的行為自由の比較衡量がされる特色があるとした認識は、以下の見解に依拠した。それは、オールドーリベラリスム第一世代のフランツ・ベーム等の「新自由主義者」にたいして、ミシェル・フーコーが向けた、市場の交換と競争の關係にかかわる批判的考察である。参照、フーコー著植改康之訳『ミシェル・フーコー講義集成〈8〉生政治の誕生（コレージュ・ド・フランス講義 1978-79）』（2008年、筑摩）146頁以下。

- b) これにたいし、綱領批判／隠れた競争論の立場によっては供給業者の存する段階の経済的関係は、競争の経済的関係としても短期の視点に限定して保護の態様が問題にされる。したがって、大規模スーパー間の「隠れた競争」の発露とされる多様な個別のリベート、値引き等の取引交渉が重視され、長期の視点で、投資と革新がもたらされる供給業者の製品と製造の競争は相対的に顧みられないこととなる。このように濫用が問題とされる慣行にたいし、短期の視点にもとづいて取引の関係のみがとりあげられる特色を綱領批判／隠れた競争論にたいしては指摘できる。
- c) しかし、供給業者にたいする大規模スーパーの関係は、長期の視点に立つ場合には、供給業者間の競争が問題になる関係でもある。すなわち、取引関係と競争関係は、当事者につき短期と長期の観察期間の変化に応じて相対的に変動するようにとらえられる関係にあることが看過されない。このような競争法上違反行為として問題にされる慣行にたいして、短期と長期の双方の視点で反競争的效果をもれなく把握する長所が、英国競争委員会による投資と革新のインセンティブ論にはある。
- v) 隠れた競争論において競争関係は取引関係に優位し、反競争的效果は短期の視点でとらえられる。

以上の分析から隠れた競争論の経済的行為自由を基盤とした取引と競争の相互の関係にかかわる位置づけ、及び競争阻害の影響把握のとらえ方の特徴は以下のようにまとめられる。

- ・ 経済的行為自由との関連において、競争の関係は取引の関係に優位する。
- ・ 反競争的效果の影響把握にかかわる方法論的視点としては、市場の影響は長期視点と短期視点の双方の把握が問題になるとときには、短期的視点が優先する（あるいはもっぱら短期的視点に集中する）³⁴¹。

³⁴¹ i) この隠れた競争論が明らかにするように、需要力の濫用規制は、買い手の経済的行為自由にたいし一定の制限を加えることにより、市場における競争の自由を維持する試みである。

隠れた競争論は、この経済的行為自由を市場における競争の自由を維持するためその行使に一定の制限を加える規制について、特色あるアプローチをとる。

このような行動綱領批判は、経済法基礎理論にまでさかのぼる射程をもつ問題を含む。したがって、ここで本格的な批判を試みることはできないが、さしあたり、以下の検討が限られた視点によってなされる。

2-4) 経済的行為自由と市場の相手方

- i) 取引関係に対峙する、競争関係における競争の自由を相対的にとらえる見解が主張されている。

それは、契約法などの私法と競争法の協働によった市場の秩序形成機能の発揮という視点を重視することから、次のように、独特の枠組みにしたがった、慎重な経済的行為自由の規制をおこなうように警告することである（本文で述べた「管理された競争論（隠れた競争論）」の主張者であるメストメッカーによる）。

- ii) すなわち、競争の自由を指向した競争法の考察という目的思考においては、競争秩序にたいする個人の経済的自由相互の手段的關係、及びその相互関係のはたらきを通じた競争プロセスのしめす法的秩序への因果的關係を主題とする作用の連関を把握することが不可欠になる。Mestmäcker, Verwaltete (前掲注 336 参照), S.83。そして、このような目的、手段そして因果にかかわる作用連関に慎重に留意しつつ、経済的行為自由と競争秩序との整合的な規制の枠組みが探られなければならないとすると（したがって、慎重に経済的行為自由の相互的な調整がはからなければならないとすると）、個人の経済的自由と競争秩序との関係は、以下の2点からなる方法論的視点にもとづいて法規制における整序がされるという。
- iii) その2点とは、i) 経済的厚生といった競争秩序の獲得目標が具体化されることはなく、経済的行為自由の規律がされ、さらにii) かかる競争秩序の形成にあたっては、競争者及び他の市場参加者の相互の関係における経済的行為自由の調整という、個別紛争を指向した「利益衡量」の視点に比重が置かれ競争への危険をとらえる試みがされる。参照、拙稿・利益強要【2】（前掲注 225 参照）、16 頁以下。
- iv) 以上のようなメストメッカー（カルテル庁を含めることができると考えられる）による行動綱領にたいする批判を検討すると、以下の点が明らかになる。その理論的基礎付けの根底には、取引関係におけるよりも、それに対峙された競争関係のなかではたらく経済的な行為自由についてその価値を重視する考え方が存すると評することができる。かかる立場にあつて、経済的行為自由は、市場における競争関係において、価格競争の前提となり、また多面的な販売面の取引条件にかかわる、隠された競争の機能発揮にとって根本的な因子として働く特徴がある。したがって、大規模スーパーの経済的行為自由を規制する試み（行動綱領）は、かかる「隠れた競争」を封じる契約の標準化の企てとして、市場の競争のうちに存する本質的な価値をないがしろにするものとして批判されるのである。

- a) カルテル庁とメストメッカーは、その経済的行為自由にかかわって重視される法秩序の形成の作用を、限定的にとらえられた「競争」関係に焦点を絞って理論構成と政策提言をする特徴がある。すなわち、取引の関係に対峙する「競争」の関係において、その関係にかかわる市場における競争の自由を、取引の関係における経済的行為自由に優位させることである。
- b) これにたいし、競争関係における競争の自由を維持する法規制は、最終的にはかかる競争の自由それ自体や競争過程の維持といった概念を、カルテル法や EU 競争法の排他的な、かつ最上位の目的として指定することはできないとの批判が登場するに至っていることが注目される。

すなわち、市場においては、法規制の対象となる違反行為者の存する競争関係と垂直的な関係に位置する取引関係において市場の相手方が存する。かかる市場の相手方は、カルテル法や EU 競争法においては、濫用事例においてその濫用行為の対象とされる市場参加者であるが、かかる法規制の最終的な保護対象は、市場の相手方（ここでは、供給業者がそれにあたる）にもとめられねばならないという理論的、実証的研究である³⁴²。

- ii) 市場の相手方保護の競争理論が、競争法の究極的目的として主張されている。
- a) ツィンマー教授（ボン大学、ドイツ独占委員会委員長）による、この「市場の相手方（the Opposite side of the market）」保護の競争理論によれば、市場の相手方について問題となる経済的な行為自由と、カルテル庁／メストメッカーの重視する競争関係に位置する需要力ある買い手の経済的行為自由について、後者の自由保護についてもっとばら慎重な、抑制的規制の態様となることは、かかる理論的、実証的研究の成果から許されないという批判がされるであろう³⁴³。

³⁴² Daniel Zimmer, The goal of Competition law: to protect the opposite side of the market, in Zimmer (ed.), The Goal of Competition Law : The Fifth ASCOLA Workshop on Comparative Competition Law (Edward Elgar, 2011) (Zimmer, goal, と略称)。ツィンマー教授の見解については、以下の拙稿で比較的詳しく紹介した。拙稿・酪農乳業、94 頁以下（前掲注 163 参照）。

³⁴³ See, Zimmer, goal(前掲注 342 参照), pp.496-501.

b) したがって、市場の相手方保護の競争理論によるのならば、行動綱領が競争法の法体系と矛盾しないだけでなく、整合的にその体系に組み入れられることは、以下のような推論構成により認められることになるであろう。すなわち、競争関係における経済的行為自由が行動綱領の規制から契約標準化の事態によって危機におとし入れられるとのアイルランド競争委員会やカルテル庁等の批判にたいして次の批判がされる。それは、競争関係における買い手の経済的行為自由にたいする評価のレベルというものは、市場の相手方保護のカルテル法等の競争法体系の最終目標の考慮との関係において、引き下げられた衡量がされることになる。これにより、その買い手の経済的行為自由重視論がその妥当性を失うならば、行動綱領と競争体系の整合性をたもつことは十分に可能であるという結果になろう。

2-5) 取引関係／競争関係遮断論の問題点

- i) 大規模スーパーによる需要力の濫用的行動を禁ずる行動綱領にたいして、契約自由の不当制限を問題視する綱領批判論は、「隠れた競争」を遂行する大規模スーパー間の競争関係における経済的行為自由が、取引関係における経済的行為自由（大規模スーパー／供給業者間の関係）にたいして優位する特徴があった。その場合、競争と取引のふたつの経済的な関係について、前者の競争の経済的關係が重視される結果、その「競争」の関係のうちにおかれる経済的行為自由が、取引関係の経済的行為自由に優位する分析がされた。
- ii) 行動綱領の主要な批判者の一人であるメストメッカーはかかる競争関係における経済的行為自由を重視する潮流に属するものであるが、他方で私法と競争法の協働によった市場の秩序形成機能の発揮という視点からも、競争関係における経済的行為自由にたいする法規制が慎重になされなければならないとしていた。すなわち、競争の自由を指向した競争法的考察という目的思考においては、競争秩序にたいする個人の経済的自由相互の手段的關係、及びその相互關係のはたらきを通じた競争プロセスのもつ法的秩序にたいする因果的關係を主題とする作用の連関を把握することを欠くことができないというものである。かかる目的、手段そして因果の作用連関に十分留意

しつつ経済的行為自由の競争秩序と整合的な規制の枠組みが考慮されなければならないことを強調する³⁴⁴。

そこでこの個人の経済的自由相互の手段的關係、及びその相互關係のはたらし、そして経済的行為自由の競争秩序と整合的な規制の枠組みを探るメストメッカーの方法論が、その行動綱領批判のうちにどのように展開されているかが問題になる。

- iii) この点で特徴的なことは、前述したように大規模スーパーと供給業者の間の取引にかかわる経済的關係は「隠れた競争」を遂行する大規模スーパー間の競争關係の劣位に位置づけられることである。ここから、経済的行為自由の慎重な規制をいうこの立場のひとつの問題点が摘示される。それは、経済的行為自由の保護の場面において、大規模スーパーの場合と比較して劣位におかれた供給業者は、その大規模スーパーとの取引の關係を結ぶ前提として、供給業者間の競争關係の内におかれていることである。そして供給業者はかかる供給業者間の競争を遂行する手段として経済的行為自由を行使する事情のもとにおかれることである。
- iv) このようなメストメッカーの綱領批判では視野にはいらない供給業者間の競争について、それを前提にした供給業者と大規模スーパーの取引關係は、大規模スーパー間の「隠れた競争」の關係の劣位におかれ、その結果供給業者の経済的行為自由は大規模スーパーのそれとたいし劣位におかれた。メストメッカーの行動綱領批判は、経済的行為自由の手段的、相互的な關係の検討と競争秩序との整合性ある規制を探ったとされ、また「隠れた競争」を重視するものであるが、以上の推論展開から明らかになる特徴は、取引關係と競争關係において、その相互の影響行使を遮断する構成となっている。以下にその点を敷衍する。
- a) 経済的行為自由の相互的調整が問題になる場合に、その自由が取引の關係と競争の關係のそれぞれのうちに存する場合には、競争のもとにあるとされたとされた關係のうちにある経済的行為自由が優位におかれる。

³⁴⁴ 参照、拙稿・利益強要【2】（前掲注 225 参照）16 頁以下。前掲注 341 における ii を参照。

- b) 取引の関係にある供給業者がその取引を遂行する前提とする供給業者間の競争は、大規模スーパー間の「隠れた競争」の劣位におかれる。すなわちこのように劣位となることは、供給業者間の競争関係が、大規模スーパーとの取引を介して、それぞれの行為者の経済的行為自由の調整について問題になる場合である。このことを通じて、短期的に「隠れた競争」がおこなわれる大規模スーパーの経済的行為自由が優先する。
- c) 供給業者段階の競争を前提にする供給業者と大規模スーパーの存する関係は、もっぱら取引の関係のみが問題とされて、供給業者段階の市場の競争とは切り離される特徴がある（取引関係／競争関係遮断論）。
- v) 経済的行為自由の手段的、相互的な関係の適切な検討と競争秩序との整合性ある規制を保つというメストメッカーの方法論は、上記 a) から c) の推論展開の特徴と照らし合わせるとき、供給業者段階の市場の競争秩序の形成において主要な働きをなす、供給業者の競争の機能（competitiveness）にかかわる考慮が欠落している問題を指摘できる。
- vi) メストメッカーによる経済的行為自由と競争秩序との整序のころみは、その方法論的視点において、取引関係にたいし競争関係を優位させるとらえ方から、取引関係が適切に遂行されるための前提的条件を不確実化させている。
- a) その前提的条件とは、上流市場における供給業者の競争機能が維持され、競争主体である市場参加者として存在しえることが、大規模スーパーとの取引における主体として存しうる結果を導く点である。この結果から、取引の主体としての存立可能性は、上流市場における競争主体としての存立可能性にたいして前提的な条件を構成している。したがって、過剰なリスクと予期せぬコスト負担の移転がされることにより、取引の主体として損失をこうむることは、供給業者の競争能力が損なわれ、上流市場における競争の主体の存立可能性が危険にさらされることを意味する。取引関係における主体としての存立可能性が、競争関係における主体と因果的な連鎖のうちにあることが看過されてはならない。
- b) このように、大規模スーパーと取引関係にある供給業者の上流市場における競争の関係が、大規模スーパー間の取引条件の適時的変更や棚貸し料

等の取引慣行による隠れた競争とされる関係とともに、競争秩序の本来的構成要素として、競争法上検討されなければならない。

- c) 綱領批判／隠れた競争論の立場によって、大規模スーパー／供給業者間の取引について、大規模スーパーに導かれて並行的に隠れた競争がおこなわれているとされた。この「隠れた競争」の関係は、供給業者が上流市場で競争をおこなう競争能力について、その機能発揮が妨げられないことを前提として、成立しうる競争関係であると考えられる。すなわち、その隠れた「競争」の名に値する当事者相互間における取引・交渉について、競い合いが可能になる。したがって、このような上流市場における供給業者による競争能力の機能発揮に影響するところの、下流市場の隠れた競争とされる取引の態様について、その経済的行為自由の行使が問題にされなければならない。

この影響評価を欠く綱領批判／隠れた競争論の立場は、下流市場における経済的行為自由及び上流市場における供給業者の経済的行為自由にたいする影響評価、そしてそれに基づき維持される競争秩序の整合性あるとらえ方の点で、不備がある。

- d) 以上の考察から、経済的行為自由相互間の手段的、相互的な関係と競争秩序との整合性ある連関を探るメストメッカーの行動綱領批判について、その論理的一貫性を維持していない問題を指摘できるであろう。

- vii) このように、ドイツの競争法学説における行動綱領批判が、競争の関係と対峙した取引関係にたいし常に前者の競争関係を優位におくことにより、経済的行為自由相互間の手段的、相互的な関係と競争秩序との適切な連関の把握に欠けることがあったのに対し、英国の競争委員会による 2008 年調査報告書が、供給業者段階の市場にたいし大規模スーパーの濫用的商慣行（前述の取引関係において問題になる）からもたらされる反競争的效果を摘示したことが重要である。すなわち、かかる商慣行から供給業者に「過剰ナリスクと予期せぬコスト」の負担が移されることにより、供給業者の競争機能を損なう影響を生ぜしめ、結果的に競争の歪曲にかかわる競争法秩序にたいする侵害がもたらされる点を明らかにした意義がある。

3)「隠れた競争」論の問題点—競争歪曲の過小評価

3-1) 行動綱領の禁止行為と反競争性

行動綱領の違反とされた行為についての反競争性にたいし、前述のように綱領による規制が「隠れた競争」を封じるという契約標準化論からの批判がされた。これにたいし、競争委員会による綱領規制の基礎づけによれば、隠れた競争論にたいし、競争の歪曲の反競争的な効果が摘示されることになる。

- i) この点について、以下の英国の経緯が参照される。前述のように英国競争委員会の 2000 年スーパーマーケット報告書は、サプライチェーン商慣行の反競争性について 52 の類型を検討し、過剰なリスクないし予期せぬコストを供給業者に負担させ、主としてその収益とコストにかかわる不確実性を生ぜしめる 26 の行為を問題とした。
- ii) この反競争性の問題点は、2008 年の競争委員会による市場調査報告でも確認されている。そして反競争性の認定は、その市場報告の検討の根拠と規準を示す 2002 年企業法 134 条 1 項における市場の競争についての妨害、制限または歪曲の規定に基づく³⁴⁵。この企業法 134 条 1 項の実体要件にもとづき、大規模スーパーと供給業者間の需要力行使による取引慣行と反競争的效果の関係にたいし、英国 2008 年の市場調査報告は上記 26 の慣行の多くについて競争を歪曲するとした判断を導いた³⁴⁶。
- iii) 競争の歪曲は、英国の 1998 年競争法と 2002 年企業法からなる競争の法規制における競争保護に関する実体法上の要件規定である。そして、行動綱領の行為類型に該当するならば、以下の点から競争の歪曲の要件に反する反競争的效果を生ぜしめる。それは、かかる行為が過剰なリスクと予期せぬコストを供給業者に移転する効果をもつことが明らかにされ、2013 年審判官法の立法過程を通じ、行動綱領の違反行為からかかる反競争的效果がもたらされることの確認がされ、その反競争的效果の排除と違反行為の防止を実効あらしめるため、審判官によるエンフォースメントを創設する立法者の判断が示

³⁴⁵ 前掲Ⅳ. 1. 2) 2-2)、及びⅣ. 2. 3) 3-4) i) 参照。

³⁴⁶ 「競争の歪曲」と「競争の妨害、制限、及び歪曲」の関係については、前掲Ⅴ.2. 1) を参照。

されたことによる。

3-2)「綱領違反とされる行為は、ノーマルなビジネス上の調整行為である」という見解

- i) 行動綱領が標準契約、モデル契約として大規模スーパーと供給業者間の契約を拘束すると批判する立場は、英国の 2009 年食品雑貨行動綱領やアイルランドの綱領草案がかかげる禁止行為について、それらの行為類型が、ノーマルなビジネス上の調整行為の性格をもち、小売市場における商業的な緊張関係の反映とみなされると反論していた³⁴⁷。
- ii) また買い手と供給業者間の個別取引における「隠れた競争」を重視して、行動綱領による規制を「管理された競争」を強いるものと批判するドイツのメストメッカーによる所説も、綱領違反とされる行為が、契約取引を長期の視点でとらえるならば、商業上の合理的な営業取引としてとらえられるとし、例外的に不当性が問題になる場合には競争法の濫用監視の手段によるのではなく、一般民事法の優先的な適用が考慮されることで充分であるとしていた³⁴⁸。

³⁴⁷ 前掲 V. 1. 1) 1-2) ii) 参照。

³⁴⁸ Mestmäcker, Verwaltete(前掲注 336 参照), S.70-71. 拙稿・利益強要[2](前掲注 225 参照) 18 頁以下。

- i) なお、英国の 2009 年食品雑貨行動綱領(GSCOP)において、例外的状況を除いて、棚貸し料、取引開始協賛金や新規開店のリベート要求については、過剰なリスクと予期できないコスト負担を供給者に負わせることになるとする(前掲の IV.2.3)を参照)。この点にかかわって、メストメッカーは、以下のようにリスク計算とコスト負担にかかわる反競争の効果について、一定の場合にその効果が生ずるおそれを認めていたことにも、注意しなければならないであろう。
- ii) すなわち、一般的にはこれらの理由による利益の要求は、合理的な双務的取り決めとして、流通業者の販売戦略上の協力にたいし事業支援として、供給業者が支払う報酬の性格をもつとする。その場合でも、契約法の自明の基本原則として、流通業者からの要求にたいして供給業者が準備をすることができ、コスト計算が可能であれば、供給者／需要者間の双務的な販売戦略として合理性をもつことを、この利益要求について適法であることの理由づけにかかわり、述べていたことが注目される。Mestmäcker, Verwaltete, S.70-71. 拙稿・利益強要[2] (前掲注 225 参照) 19 頁及び同論文注 162 参照。Mestmäcker, Mißbrauch der Nachfragemacht und Möglichkeiten ihrer kartellrechtlichen Kontroll, Schwerpunkt des Kartellrecht 1976/77 (Carl Heymanns, 1978) S.18.

3-3) 供給業者の競争機能とその段階の市場におよぶ影響

i) 行動綱領の禁ずる商慣行をノーマルなビジネス上の調整行為であり、小売市場における商業的な緊張関係に起因する「隠れた競争」の行為とみなすのが、アイルランド競争委員会やドイツのカルテル庁、そしてメストメッカーの所説であった。この隠れた競争論は、過剰なリスクと予期せぬコストの負担を供給業者に生ぜしめる事態の認識において不十分である問題をかかえると考えられる。

ii) このリスクとコスト負担の問題は、先ずアイルランド競争委員会によっては、不十分な認識に止まるという以下の不備があった。すなわち、競争法上の反競争性のとらえ方として、雇用、企業及び革新省（アイルランド）の2009年提案における行動綱領にたいして競争委員会は、綱領で問題にされる行為は、前記のように供給業者にとって買い手にたいする交渉力の格差の問題であり、また契約法ないし商行為法によって解決される契約上の不均衡問題であるとされた³⁴⁹。アイルランド競争委員会の立論からは、交渉力の格差

iii) とところで、この品揃え協賛金の要求や棚貸し料等の要求が許容される根拠である、供給者側の事情としてコスト計算と準備の可能性をあげていることが、反競争的効果の前述の議論にかかわり問題となる。すなわち、流通業者の需要力濫用が問題になる行為にたいし、供給業者側のコスト計算と準備の態勢を損なう反競争的効果の生じる結果から競争法上の違法を導くことがありうるのか、そしてそれがある場合の流通業者のおこなう行為はどのようなものとなるのかという点である。

iv) メストメッカーはこのコスト計算と準備の態勢という事情を、上記のように契約法の自明の基本原則とするが、結局かかるコスト計算と準備の態勢の侵害について、競争法ないし行動綱領で考慮するアプローチには消極的と考えられる。すなわち、その『管理された競争』（前掲注 336 参照）において、かかる基本原則が競争法上の反競争的效果に結びつく議論はされておらずとみなされること、競争法上の需要力濫用は市場支配的地位又は相対的市場力の閾値をクリアする厳格な要件を重視すること、また、行動綱領やカルテル法による需要力濫用の規制をする議論に向けては、上記のように一般民事法が優先適用され、契約条項の解釈問題として議論がされるべきとする。上記本注における拙稿・利益強要[2]（前掲注 225 参照）、同頁を参照。

このことから、流通業者の需要力や交渉力といった力の要素について、その濫用の場合も含めて、立ち入った考慮をはらう意図は希薄であると評される。

³⁴⁹ 前掲の V.1. 1), 1-2), ii), 注 323 を参照。Competition Authority, Submission(前掲注 316 参照), para. 2.11(「契約法ないし商法による解決」)。

にかかわる問題はひとしく契約上の不均衡としてとらえられるのであり、この推論は、供給業者／大規模スーパー間の需要力濫用を二当事者間のいわば縦の関係における契約法上の不均衡問題としてのみ問題にするものである。

iii) これにたいして、かかる濫用問題を供給者に過剰なリスクと予期せぬコスト負担を負わせるものであって、供給業者の競争機能 (competitiveness) を損なうものとして供給業者段階の市場におよぶ影響を踏まえて競争の歪曲の概念でとらえる英国の 2000 年スーパーマーケット報告書の立場と比較すると、供給業者の競争機能とその段階の市場におよぶ影響を視野に入れていない問題が指摘できるであろう。したがって、供給業者の競争機能とその市場におよぶ影響を、競争法においても競争の歪曲にかかわる要件上の評価がされておらない点を違法性判断における不備として指摘できる。

iv) 次にメストメッカーの管理された競争論は、その行動綱領による規制の批判に関して以下の問題点を指摘されるであろう。

a) メストメッカーは、売り場の販売機会の提供や品揃えに加えるという便宜供与にたいして金銭的な利益を要求するという流通業者／供給業者間の個別取引において成立する「隠れた競争」を重視する。行動綱領の規制によって、かかる「競争」の形態は封じられてしまうのであり、その規制は供給者側の寡占的反応からする団結的成果であり、供給者段階の市場の競争の平準化を導くおそれが指摘されることになる。

b) しかしいうところの「隠れた競争」の実態である需要者からの便宜の供与と供給業者の対価としての利益提供という個別取引というものは、需要力ある流通企業の一般的な競争意識を論じているにすぎないという批判がされている。すなわち、需要者の便宜供与にたいし支払われる報酬が供給業者間において競われるという市場成果のあらわれ方は、ほとんど問題にならないのではないかということであり、むしろそこでいわれている報酬の支払い自体、その不当性が問題にされなければならないということである³⁵⁰。

³⁵⁰ Hölzler & Satzky, Wettbewerbsverzerrungen (前掲注 225 参照), S.36. 拙稿・利益強要 [2] (前掲注 225 参照)、24 頁以下参照。

4) 競争法体系における行動綱領の目的

i) アイルランド政府の行動綱領提案は、当事者間の均衡ある取引関係の実現におかれる。

すなわち、企業、貿易及び革新省（その後企業、貿易及び雇用省に改編）はその2009年の前掲諮問書（前掲V.1.1）を参照）において、行動綱領を導入する「主要な目標は、供給業者と小売業者双方にとって公正な利潤の必要を考慮に入れて、食品事業者間の関係における均衡をとる必要」のうちに存すると述べる³⁵¹。

ii) アイルランド競争委員会は、政府案とは異なる視点から、当事者間の交渉力の均衡の回復を目指す立法提案をしている。

上記の供給業者と大規模スーパー間の取引上の均衡を目的とする政府の草案にたいし、競争委員会は、綱領によった規制の試みはいずれも商業上の関係におけるバランスの回復には結びつかないと批判する³⁵²。そのうえで委員会は、二倍額の損害賠償と報復を目的とする取引停止の禁止措置の二重の負担を小売業者に課す私訴の制度による代替案を提示する。それは、「堅固な私人の訴訟」上の手段によることで、報復的な取引停止を恐れる供給業者の「交渉力の欠如を回復する」試みである³⁵³。

委員会による報復的取引停止の禁止をとまなう私訴のアプローチは、前者の禁止措置について供給業者保護の実効性に乏しく、私訴によることも私法上の損害賠償請求と競争法における排除措置の構築という法体系上の整合性問題をかかえる難点を前述した³⁵⁴。

iii) 問題とされることは、綱領草案の政府説明について、行動綱領によるサプライチェーン慣行の規制が、供給業者の交渉力の欠如を是正し商業上の関係におけるバランスを回復することを目標とすることにある。競争委員会の政

³⁵¹ Consulting Paper（前掲注314参照）、p.2.

³⁵² Competition Authority, Submission（前掲注316参照）、para.1.6, 3.2, 4.2.

³⁵³ Competition Authority, Code 2009（前掲注316参照）、para.3.3, 3.6, Competition Authority, Submission（前掲注316参照）、para. 1.6, 2.21. 前掲注328参照。

³⁵⁴ 前掲V. 1. 1) 1-4) ii) 参照。

府案にたいする反論も、かかる目標自体には、反対していない³⁵⁵。

iv) これまで述べた、アイルランド競争委員会の需要力濫用に関する規制理論における問題点は以下のように整理される。

- ・大規模スーパーによる契約不履行にたいする供給業者の当局への異議申し立ては、報復的な取引停止を恐れる風潮から、その規制は成功していない。
- ・かかる事態の原因は、交渉力格差の問題があげられる。
- ・一方、行動綱領が問題とする小売業者による各種費用、補償金又は損失負担の要求は、小売市場における商業的な緊張関係の反映であり、ノーマルなビジネス上の調整行為である特徴があるとされる。
- ・需要力の格差問題に起因する契約違反の問題や 2006 年（改正）競争法の違反行為に対処するため、懲罰的損害賠償を認めた私訴のアプローチを採用する。
- ・以上のアプローチを通じて、大規模スーパーと供給業者間の対等取引の実現を目指す。

v) このような対等取引にかかわる問題関心から、英国における GSCOP と 2013 年綱領審判官法に規定されたサプライチェーン規制の目的をみると、以下の特徴が明らかになる。それは、大規模スーパーから供給業者へ過剰なリスクと予期せぬコストが移転される結果、新たな能力、製品及び製造プロセスに投資をするインセンティブを減じる事態の防止が行動綱領によって目指されている、ことである³⁵⁶。

³⁵⁵ つまり、アイルランド政府が行動綱領の目的におき、競争委員会が綱領制度によっては達成することはできないとする目的、それは大規模スーパーと供給業者の交渉力格差の是正、あるいは両当事者間の対等取引の実現という目的であるが、行動綱領の目的として適切であるのか、の問題になる。

合わせてこの点にかかわり、問題とされることはエンフォースの主体はだれかである。草案にたいする競争委員会の反対論は、大規模スーパーと供給業者間の商業上のバランスを行動綱領により回復することはできないとした。行動綱領による規制の目的が双方当事者間の関係におけるバランスの回復にあるという独自の位置づけをしたうえで、かかるバランスの回復という試みは、行動綱領の公的エンフォースメントでなく、私訴の独自アプローチによるべきとしたことである。

³⁵⁶ 行動綱領と審判官制度の目的にかかわっては、その創設の理論的基礎付けをした、2008 年英国競争委員会の調査報告における以下の声明が参照される。
すなわち、行動綱領に規定された、公正かつ適法な取引をさだめる総則的規定のほか 13 類型にまとめられた不正取引を大規模スーパーに禁ずることによって、過剰

vi) この点に関し、ピーター・ディビス（英国競争委員会の副委員長）とアン・ライリー（同委員会の政策アドバイザー）は以下のように述べている（ディビス／ライリー論文）³⁵⁷。需要力がそれ自体として問題になるのではない。しかし需要力が契約上の不完全さと結びつき、また契約締結後の「ホールドアップ」と結びつくときは、過剰なリスク又は予期せぬコストの移転に導くとする。GSCOP の多くの規定は供給者と小売業者間の契約をより完全なものにするステップとしてとらえられることができるのであり（例えば、契約の書面記録を保持すること、供給条項や条件の遡及的変更の禁止）、それにより事後のホールドアップの可能性を減じるのである³⁵⁸。

なリスクと予期せぬコストを供給業者に移す事態を防止することが目指されている。CC, Order 2009（前掲注 2 参照）, Schedule 1, §§2-14 .CC, investigation 2008(前掲注 260 参照), para.9.55。もしかかる慣行が是正されないのなら、需要力をもつ食品雑貨スーパー間の競争にかかわる重要な副次的な効果として、消費者への損害をもたらす。CC, investigation 2008（前掲注 260 参照）, para. 9.5, 9.41.

³⁵⁷ Davis & Reilly, Market（前掲注 137 参照）, p.104.

³⁵⁸ 英国の企業、革新及び職業技能省による、審判官制の法案提出前審査手続きにおいて、パブリックコメント募集の声明（2010 年 2 月）と同制度にたいする影響評価書（2011 年 5 月）の公表がされ、同省が 2008 年競争委員会の調査報告をもとにまとめた行動綱領による規制目的に関する考え方は、以下のようになる。

i) 食品雑貨スーパーと供給業者間のリスクとコストの移転は当然に問題とされるわけではなく、過剰なリスクないし予期せぬコストの移転があるのならば、供給者の投資又は革新の意欲に影響する場合が取り上げられる。

サプライチェーンの慣行の影響がどのようにあらわれるかについては、あるものはそれをおこなう食品雑貨スーパーの特定の態様によって左右され、他のケースではかかる影響が常に生ずる。

ii) かかるリスクとコストを移転せしめる主要な行為が、小売業者による遡及的な契約内容の調整行為である。かかる遡及的調整は、新製品開発や製造プロセスの改良にかかわる投資の意欲に相当なマイナス効果をおよぼす。結果的にかかる遡及的変更が生じる予測だけでも供給業者は新たな投資に踏み切る決断に躊躇するようになるであろう。このような不確実性は、予期せぬ調整のあり方、頻度あるいはそれが将来の収益におよぼす影響を定量化するといった、対策を講ずることのできない供給業者にあってはそのレベルを増すであろう。

iii) そのほかの商慣行については、当初は受け入れられているように見えても、供給業者に支払われる価格を実効的に引き下げることを通じて、上記投資のマイナス効果を生じる。あるいは、過剰なリスクの移転手段として食品雑貨スーパーの搾取に無防備であるような慣行があげられる。例えば、供給業者が正確な明細書、あるいはそのほかの当事者間の合意にしたがった商品を提供しなかった場合に、食品雑貨スーパーが供給業者の送り状から金額を控除することは適法

したがって、英国の競争委員会、デビス／ライリー論文そして政府の考え方は、以下のように整序されるであろう。

- a) 需要力は、それ自体としては問題とされない。したがって、交渉力の格差それ自体は問題とされない。
- b) 大規模スーパーの需要力行使が契約上の不完全さと結びつき、また契約締結後の「ホールドアップ」と結びつく場合に、対供給業者の関係で問題を生じる。
- c) 契約上の不完全あるいはホールドアップ問題は、供給業者に過剰なリスク又は予期せぬコスト負担をさせ、投資と革新にかかわるインセンティブを減じる。
- d) かかる投資と革新にたいする悪影響は、2009 年 GSCOP における違反行為の類型化の原型になった 2000 年競争委員会スーパーマーケット報告書の反競争的効果の認定から、供給業者の競争機能を毀損するという評価がされる³⁵⁹。
- e) 供給業者の競争機能を毀損する反競争的効果をもつ行為は、2002 年企業法 134 条における市場の競争にかかわる歪曲の問題とされている。
- f) この競争歪曲の効果は、消費者にたいし長期の視点で損害をもたらす（前掲、IV. 2. 2) 2-4)及び注 356 参照）。

ここで食品雑貨スーパーと供給業者間における過剰なリスク又は予期せぬコストの移転それ自体が問題とされるのではなくて、かかるリスクとコストの

なことであるが、かかる原因なくして、又は些細な根拠で支払いを保留することは、供給者に予期せぬコストを負担させる搾取の手段になる。BIS, Consultation（前掲注 69 参照）、Evidence Base, para. 24-28, CC, investigation 2008（前掲注 260 参照）、para. 9.40.

³⁵⁹ 前記の IV. 1. 2) 2-2) で述べた以下の項目が、供給業者の競争機能を害するおそれがある。

- (d) 不公正であり、不均衡な負担となるリスクを課すこと。
- (e) 供給業者との契約条件について適及的な変更を課すこと。
- (g) 供給業者に経費を負担させコストを移転すること。

このような競争の妨害、制限ないし歪曲を生ぜしめる慣行は、需要力を有する「主要な買い手」（前掲の IV. 1. 1) 1-1)を参照）のいずれかによりなされる場合には、買い手にたいする供給業者の交渉力を減じ、黙示的あるいは明示的に供給業者にコスト負担を増す。そのことから供給業者の投資をより少なくするという態様で影響をおよぼすであろうし、ブランドの育成、新製品開発とイノベーションを乏しくする。このことが、供給業者にかかわる競争機能の毀損効果としてとらえられている。CC, Supermarkets, 2000（前掲注 218 参照）、para. 2.543.

移転が供給業者の投資又は革新へのインセンティブに悪影響をもたらす事態が問題とされている³⁶⁰。

vii) 以上のまとめから、競争委員会と綱領審判官法の起草にあたった政府において、かかる事態の防止によって、行動綱領を基礎にする審判官制度について競争法体系に即し目的とされる事からはなんであろうか。最後に、アイルランドの競争委員会による行動綱領批判／懲罰的損害賠償による私訴のアプローチと対照的に、英国の場合の摘示をする。

a) 英国の綱領審判官制度においては、アイルランド競争委員会のアプローチと対照的に、交渉力の格差を是正することが問題とされるものでないことは、需要力それ自体を問題としない指摘から明らかである。

b) またアイルランド委員会により、小売業者による各種費用、補償金又は損失負担の要求は、小売市場における商業的な緊張関係の反映として、ビジネス上の調整行為みなされたのにたいし、英国の行動綱領を支える理論的視点からは、ホールドアップ問題が前面に出ている。そしてこの契約上の不完全性の問題は、供給業者の投資と革新のインセンティブを減じるという供給業者の競争機能を毀損するものとしてとらえられて、競争上の問題把握からかい離しないことは、アイルランド委員会が、契約法上の問題として私訴のアプローチによったのと対照的である。

c) このように英国の場合には、供給業者の市場機能という市場における競争の歪曲の問題が重視されている。また市場の競争参加者として、あくまで競争の機能が保護される供給業者は、その交渉力の格差自体は問題にされず、さらに消費者の利益保護も長期の視点で副次的効果として限定的に位置付けられている。

viii) これらの点を総体的に考慮すると、英国の行動綱領と審判官の制度は、供給業者段階の競争を保護することを中心的目的としていると考えることができる。

³⁶⁰ CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照), para. 9.44.

2. 綱領審判官制の評価と検討

スーパーマーケット報告書(競争委員会、2000 年)にもとづき制定されたスーパーマーケット綱領を改定し、審判官の原型となったオンブズマンの創設を政府に答申した 2008 年市場調査(競争委員会)は、GSCOP と綱領審判官の制度についてその理論的な基礎付けをしたものであった。食品雑貨スーパーを規制する綱領審判官法(2013 年)と GSCOP(2009 年)からなる綱領審判官制度について、2008 年市場調査と合わせ、以下の点からその競争法上の理論的評価と検討をおこなう。

1) 需要力の濫用と企業法・競争法上の要件規定

1-1) 競争委員会は 2000 年スーパーマーケット報告書において、大規模スーパーが供給業者におこなう 30 の慣行について 1973 年公正取引法 6 条 1 項 c 号における「競争の歪曲」の反競争性を認め、そのうちの 26 につき公共の利益に反することをみとめた。さらに競争委員会は、2008 年調査報告書において 8 のカテゴリーによる整理をおこない、上記 26 の行為の大部分について、過剰なリスクと予期せぬコスト負担の移転がされ供給業者に不確実性を生じさせる結果を認めた。またこの 26 行為以外でも、実効的な買い入れ価格の引き下げや過剰なリスクの移転にかかわる搾取(exploitation)のおそれがあるとしている³⁶¹。

2) 「競争の歪曲」と「競争の妨害、制限又は歪曲」の反競争性

2-1) 1998 年競争法と 2002 年企業法が規定する「競争の妨害、制限又は歪曲」の反競争性にかかわる弊害要件について、競争に生じる阻害の程度が異なることにしたが、それぞれの区別がされている。学説の整理によれば、競争の歪曲は、以下のような特徴を備えた競争にたいする阻害を示す概念であるとされる。

i) 競争を阻害する程度が競争の妨害と制限より低いレベルにより成立する。

³⁶¹ CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照), para.9.55-56.

- ii) 競争の阻害にたいする直接的な影響の行使でなく、むしろ間接的な行使により生ずるとされる。
- iii) 競争の条件を人為的に変更し、そのことにより競争の刺激を緩和させる市場の行為としてとらえられる³⁶²。

³⁶² Martin Coleman & Michael Grenfell, *The Competition Act 1998, Law and Practice* (1999, Oxford) para.4.38 (Coleman & Grenfell, Act 1998 と略称)。

- i) コールマンとグレンフェルが英国競争法や EU 競争法の運用例をもとに整理した、競争の妨害、制限又は歪曲の区別は以下になる。

競争の制限は、相互に競争を制限しあう競争の妨害と異なり競争を停止するのではなく、当事者が競争する程度につき限定をする義務を容認するもので、例えば相手のテリトリーにおいて、宣伝活動や支店開設などについて積極的に販売促進をしないような場合がこれにあたる。

競争の妨害は、競争の阻害が全面的におこなわれる場合であり、たとえば 2 事業者に限られた販売者が地域分割協定により相互に販売競争を全面的に控えることで、生じる競争の停止状態である。

競争の歪曲は、反競争性の要件規定において、最も阻害のレベルが低いもので、1998 年競争法第 I 編の禁止では競争にたいする間接的な阻害までその影響把握が上げられている。競争の歪曲は、当事者は相互に競争を停止する又は限定をする義務を実際に認め合うことはなくても生ずる。しかしその協定をなす効果は、それがなければ行われたであろう、市場における競争の全面的な働きがおこなわれなくなる。その例としては、他者にたいして恣意的でありかつ不公平な競争優位を当事者のなかには与えられる者がいるというような場合があげられる。Coleman & Grenfell, Act 1998 para.4.38.

- ii) 次に、EU 競争法における競争の歪曲に関する考え方に対立があることは従前の拙稿で紹介したが、ここでそれについてドイツにおける説明を簡単に再説する。拙稿・利益強要 [2] (前掲注 225 参照) 3 頁以下参照。

EU 機能条約 101 条における反競争性にかかわる三つの弊害要件のうち、一般に競争の妨害とは、競争の全体的な排除として、競争の制限の重大な形態である。さらに競争の制限はそれ以外の感知できる (spürbar) 制限もそれに含むものであることは学説の一致があるとされる。Mestmäcker/Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2Aufl. (Beck, 2004) S.261ff. 次に、競争の妨害 (Verhinderung) と制限 (Einschränkung) については、競争制限 (Wettbewerbsbeschränkung) の上位概念を考えて、それにより包摂されていると考えるのがドイツでは今日一般的になっており、そこから競争の歪曲 (Wettbewerbsverfälschung) については、同じく競争制限を上位概念としてその特別な形態として包摂されるというのがドイツにおいて通説と思われる。Lübzig, Wiedmann, *Handbuch des Kartellrechts* 2Auf. (Beck, 2008) § 7, Rdn20 (競争制限 (Wettbewerbsbeschränkung) は通常、妨害 (Verhinderung) ないし制限 (Einschränkung) とみなされている)。

- iii) これにたいし、競争の妨害と制限が、競争の歪曲の方を上位概念としてそれにより包摂されることから、競争の歪曲について固有の意義を強調する少数であ

- 2-2) 2000年の調査報告書において競争委員会が、主要な買い手とされた大規模スーパーのおこなう需要力の濫用行為にたいして認定した「競争の歪曲」(2008年の調査報告書では「競争の妨害、制限又は歪曲」にかかわって問題になる)の反競争的效果について、以下の競争法上の評価がされると考えられる。
- 2-3) 上記 i) に即して、供給業者の市場における価格、産出量、革新や投資活動等の競争の指標に関する競争の阻害のレベルは、競争の妨害や制限の場合よりも、競争の歪曲は相対的に低い傾向になる。それは、かかる市場の競争の指標における反競争的效果を生ぜしめる行為の態様が、カルテルや競争業者の排除が問題になる競争の妨害や制限の場合のように、市場の競争の指標を直接的に行為者の影響下に置く意図・態様とは異なる側面を有するからである。すなわち、報告書が問題にする需要力の濫用行為は、「過剰なりスクと予期せぬコス

るが、有力に主張されている。

この立場は、欧州委員会の決定が競争の条件を人為的に変更し、そのことによって競争の刺激を緩和させる市場の行為を競争歪曲の概念により規制し、EU 競争法が直接的にではなくて、間接的にのみ競争の阻害をとらえることを意図するために用いられた事例を重視する。すなわち、協定等の目的がカルテル等の場合と異なり、その参加者間の行為自由を制限することにあるのではなく、また、効果の点で第三者にたいする影響が反競争的であって、そのつど補完的に EU の法運用で問題になってきた事案である。

その例は、第一に輸出援助を目的とする場合で、競い合っている企業間で資金をプールして輸出補助のため支出したり、清算払いを義務付けたりする当該事業分野の保護協定や配分カルテルであり、第二に、長期の供給契約ないし購入契約が、主な例として電力産業について挙げられている。Frenz, *Handbuch Europarecht*, Bd 2, *Europäisches Kartellrecht* (Springer, 2006) Rdn. 515, Volker Emmerich, *Kartellrecht* (Beck, 2012), 12 Aufl. S. 70f,

- iv) コールマンとグレンフェルは、英国競争法の競争の歪曲にかかわる解説において、第一の輸出援助の事案を欧州共同体の決定から引用している。Coleman & Grenfell, *Act 1998*(前掲の本注 362 参照), para.4.38, note 53. Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 20 May 1987. *Association nationale des travailleurs indépendants de la batellerie (ANTIB) v Commission of the European Communities. Competition - Discrimination in the inland waterway transport sector in France. Case 272/85. COMMISSION DECISION of 10 July 1985 relating to a proceeding under Article 2 of Council Regulation (EEC) No 1017/68 applying rules of competition to transport by rail, road and inland waterway (IV/31.029 - French inland waterway charter traffic: EATE levy) (85/383/EEC) II .A.4. para.47-51. (eur-lex.europa.eu の HP より入手).*

ト負担を移転」している経済的な不利益を市場の相手方から獲得する意図・態様を示しており、カルテルや競争者の排除行為と異なり、市場における価格や産出量等の競争の指標を支配下に置く意図、効果を直ちに有するものでない。

その点は、カルテルや市場力によった排除行為とは異なる市場における行為の広がりや、競争の歪曲が問題にしていることにかかわる。競争者間の共同行為や市場力による排除から競争の指標に影響を行使する場合との比較において、相対的に狭い行為の広がりとなる結果、かかる市場の競争にたいする影響行使のレベルは低くなる傾向がある。この点から、2008 年報告書にまとめられた競争委員会による 2002 年企業法にもとづく市場調査においては、カルテルや排除行為に比較して、市場の広がりやの側面からは低レベルの影響行使の態様を「市場の特徴」（2002 年企業法 134 条 1 項、2 項）として把握するために、市場における競争の妨害や制限から区別された競争の歪曲の法律概念によったと考えられる。

- 2-4) 次に競争の歪曲が、競争の阻害にたいする直接的な影響の行使でなく、むしろ間接的な行使により生ずるという上記 ii) の点については、行為者が市場の相手方になす直接的な影響行使である経済的な不利益それ自体を反競争性としてとらえて問題にするのではなく、かかる経済的不利益が供給業者の競争機能（competitiveness）をそこない、かかる競争機能の劣化が投資と革新のインセンティブを削ぐことから、供給業者段階の市場の競争に負の影響を与える一連の経緯が反競争性として捉えられていることがあげられる³⁶³。

³⁶³ i) 2008 年報告書では、「我々の関心は、食品雑貨スーパーと供給業者間のリスクとコストの移転それ自体にあるのではなく、過剰なリスクと予期せぬコスト負担を移転することにより革新と投資にたいする意欲に影響がおよぶことにある」と述べられている。CC, investigation 2008（前掲注 260 参照），para.9.44.

ii) 2000 年報告書では、「主要な買い手」（5 大スーパーマーケット）の独占状況の調査において、「公共の利益」にかかわる考慮は、上記過剰なリスクと予期せぬコストを移転させる慣行が問題にされた。その慣行は供給業者の競争能力に悪影響を与え、新製品の開発と革新を生む支出の減少となることから、品質低下と消費者の選択幅を狭める結果を生ぜしめるとする。

iii) さらに同報告書は、この結果が供給業者の段階における市場参入の減少を招くおそれを指摘する。

iv) またこれら慣行のなかには、小売業者段階の市場において、主要な買い手と競

3) 競争の歪曲と業績競争の阻害

3-1) さらに、2-1)における iii) にあげた競争条件の人為的変更と競争の刺激を緩和させるという競争歪曲の条件が、GSCOP に規定された違反行為にかかわり、競争委員会のなす評価に即して注目される。すなわち、競争の歪曲について、合意成立後の契約条件を大規模スーパーが遡及的に変更する態様の行為類型として問題にされる点が重要になる。この点につき委員会は、従前の供給合意を小売業者の有利に遡及的に変更することは、供給業者に「ほとんど常に一層の不確実性を付け加える」(2008 年調査報告書)としていたことは前述した³⁶⁴。また 2000 年スーパーマーケット報告書は、販売促進によった発注分について、売れ残りの過剰商品を供給業者に補償なく引き続き高価で販売する行為や供給者との合意なく販売促進をするよう教唆する、あるいは遡及的に販売促進の原資とする行為が、契約の遡及的変更のカテゴリーに含めていた点が注目される³⁶⁵。

3-2) このような、競争歪曲の反競争的効果を引き起こす条件として競争条件の人為的な変更と競争の刺激を緩和させる弊害を、契約の合意にたいする遡及的変更と、取引の相手方に不確実性を生じさせる結果について問題とした 2008 年報告書の見解は、以下のような意義をもつと考えられる。

a) すなわち、一般的に競争というものは、取引当事者間での相互の給付内容の提示、その相手方の競い合いの関係にあるものとの給付内容の比較が双方の取引段階の市場関係においてなされることを前提にしている³⁶⁶。し

争する小規模小売業者の競争能力を損なう点も指摘されている。この観点からは中規模以上の供給業者は、主要な買い手による上記慣行によってこうむった経済的不利益を小規模な小売業者に補てんすることでカバーするウォーターベッド効果が指摘される。すなわち小規模小売業者は、大規模スーパーとの競争上の不利に加えて、かかる供給業者がこうむった不利益の補てん先となる二重の不利を招く慣行がふくまれるとし、結果的に消費者の選択幅を狭める損失も指摘されている。CC, Supermarkets, 2000 (前掲注 218 参照), para. 1.11, 2.543, 2.544. 前掲IV.1.3) 3-3) 及び前掲注 251 参照。

³⁶⁴ 前掲IV. 2. 3), 3-1) 参照。

³⁶⁵ この類型の慣行は GSCOP においてはその 14 条の「販売促進の発注のためとられるしかるべき注意」に規定された。前掲 II .2.(5)参照。

³⁶⁶ Vgl. Hefermehl/Baumbach, Wettbewerbsrecht(Beck 2001),§1.Rdn.832.

たがって、かかる給付の合意条件に需要力の濫用的行使により遡及的変更がされることにより、給付内容の比較を経て締結された取引条件に変更が加えられることは、競争の円滑な遂行の障害となることである。

- b) 合意条件の遡及的変更は、市場の相手化がなす給付内容の比較に不確実性をもちこむものである。すなわち競争者間での取引条件の提示を歪曲させる効果を指摘できる。かかる相手方のこうむる不確実性の弊害は、競争委員会が指摘する過剰なリスクと予期せぬコスト負担の移転の内容をなすものと評価できよう。したがって、競争の歪曲の概念規定について指摘される競争阻害の特徴として、競争条件の人為的な変更と競争の刺激を緩和させる弊害のあげられることは、合意条件の遡及的変更の行為類型（GSCOPに規定される）について、市場の相手方によっておこなわれる取引条件（給付内容）の比較が適切になされる要請を含むものと考えられる。

3-3) 契約上の合意を遡及的に変更することの禁止は、行動綱領規制の中核的規定である。そして、市場の相手方である供給業者が、取引先である大規模スーパー間で提示される給付内容にたいし、その比較が適切にされるべきであるという規範的要請からこの禁止が規定されたと解することができる。

3-4) しかし供給業者の受ける給付についての判断が歪められる事態を防止することは、供給業者のこうむるリスクとコスト負担にたいする規範的評価として、競争委員会によって導かれない要請であった。

- a) すなわち、競争委員会の評価はかかるリスクとコスト負担から、長期の視点で供給業者が投資と革新のインセンティブを損なう反競争的效果を、主に問題にしたのであった。
- b) これにたいし、競争の歪曲の概念規定における市場の阻害にかかわる特徴を適切にとらえてサプライチェーン慣行の評価がされなければならないとすると、委員会の摘示したリスクとコスト負担の反競争的效果からは、より短期の視点で供給業者のなす取引先の給付内容の比較が阻害される効果も指摘されるべきであったと考えられる。
- c) つまり、需要力の濫用的行使から市場の相手方におよぶ影響評価について、多面的視点を保った検討を欠かすことができないと思われる。すなわ

ち、過剰なリスクと予期せぬコスト負担の移転という効果が生じる場合には、競争歪曲の市場における阻害効果を的確に把握するため、長期の視点で投資と革新のインセンティブにたいする影響とともに、それよりも短期の視点による反競争的效果の生ずる可能性が検討されるべきである。したがって、契約条件の遡及的変更により濫用の行為者段階における買い手が提示する給付内容の比較が、市場の相手方によつて的確におこなわれなくなるおそれの評価も欠くことはできないと思われる。

なお、2008 年報告書において競争委員会は、このような短期の視点から個別契約の遂行に不確実性をもたらすマイナスの影響について、摘示をしていた（前掲のⅣ． 2． 3）3-2） i）及び注 294 を参照）。

3-5) 競争の歪曲という競争法と企業法の競争阻害にかかわる概念規定が、このような市場の相手方の競争機能にたいする阻害の態様を十全に把握するために、長期の視点だけでなく短期でも評価すべきことを明らかにする点は重要なことである。

3-6) なおこのような取引先の給付内容の比較にかかわる競争の条件が阻害されないことをもって競争の歪曲にかかわる法的保護の要請を重視する見解として、1960年代から70年代の UWG の判例と80年代以降の学説（ヘルツラー／ザッツキー、ヘファーメールそしてカール・ハインツ・フェザーらの見解）をとりあげ、ドイツにおける業績競争（Leistungswettbewerbe）理論の系譜に連なる主張として、拙稿で簡単に紹介・検討した³⁶⁷。

4) 「競争の歪曲」と「競争の妨害、制限又は歪曲」の関係

次に、大規模スーパーの需要力濫用にかかわり、2000 年報告書は「競争の歪曲」の市場の特徴を認め、他方 2008 年報告書は「競争の妨害、制限又は歪曲」に該当するとしている。かかる用語法の違いは、「競争の歪曲」の概念内容におけるどのような特性によるものであろうか。

それは上記 2-1) 学説の整理 i) にあげた、競争阻害の程度が競争の妨害と

³⁶⁷ 拙稿・利益強要[2]（前掲注 225 参照）、36 頁。

制限より低いレベルにより成立する点にかかわると思われる。すなわち、反競争性の要件規定において、相対的に阻害のレベルが低い行為であつてもかかる概念に当てはまるとされていることから、競争の妨害と制限が、競争の歪曲の方を上位概念としてそれにより包摂される関係にあるととらえることができる。したがって、競争の妨害と制限についてのそれぞれの阻害のレベルに達しない行為でも違反要件の該当性あることを示さねばならない場合には、歪曲の用語が用いられることになる。競争の妨害と制限の競争阻害のレベルに達しない場合でもその阻害の効果を漏れなく違反に含める要請から「競争の歪曲」又は「競争の妨害、制限又は歪曲」の語が双方の報告書で用いられたと考えられる。かかる競争の歪曲の用語法は従前の拙稿で検討したドイツにおける少数であるが有力に主張されている説に近い考え方であると思われる（前掲注 362 の ii）を参照）。

5) 行動綱領に違反する行為の市場効果

5-1) このように、供給業者にたいする需要力行使を規制する法的枠組みにとつて競争の歪曲は、反競争的效果に関する重要な規範概念である。つぎに、この競争の歪曲という市場機能の阻害効果を生ぜしめる需要力の行使にかかわって、競争法の濫用禁止につきその市場力概念は、その濫用行為の効果を的確にとらえるものであるか、また競争法のエンフォースメントは、その反競争的效果の除去を的確になしえるものであるかについて問題になる。

食品雑貨の小売業における需要力の濫用について、禁止行為の的確な把握とエンフォースメントの実効性確保の要請を考慮して、OFT は二度にわたり、英国の競争法制における独自の規制手段である市場調査の付託をした。

1999 年の食品雑貨スーパーの商慣行にかかわる付託は、1973 年公正取引法 50 条における独占調査の規定に基づく³⁶⁸。さらに、2006 年に OFT は 2002

³⁶⁸ Fair Trading Act 1973: (前掲注 11 参照) § 50 (Monopoly references by Director) (<http://www.legislation.gov.uk/>の HP より入手)。前掲注 9 参照。その後この公正取引法 50 条の独占状況にたいする調査は 2002 年企業法第 4 部に移された。Sandra Marco Colino, *Competition Law of the EU and UK*, 7th ed. (2011, Oxford), para.17.1(Colino, Competition Law と略称)。

年企業法 131 条の市場調査の規定に基づき競争委員会に付託をした。反競争的効果を生ぜしめている疑いのある需要力濫用の行為にたいし、運用の歴史

i) この市場調査の結果が、GSCOP と審判官制度の創設を導いた点が重要である。

OFT の規制方針としては、まず反競争性の疑われる問題行為について 1998 年競争法によって解決がはかられるか考慮しなければならない。この点に関し、同法の 131 条は OFT による競争委員会への付託をなす条件を次のように規定する。それは、「財や役務の供給又は獲得に関連して、競争を妨害し、制限し又は歪曲する、英国における財又は役務についての市場の特徴、又は特徴の結合」が存する「合理的な疑い」を、OFT が有することである。

ii) したがって競争委員会にたいする上記市場調査の付託は、

- a) 競争法の水平的制限協定の禁止規定である第 I 編と市場支配的企業の濫用規定である第 II 編（又は EU 条約 101 条と 102 条）に違反に該当するものではないが、競争の妨害、制限又は歪曲にかかわる「市場の特徴」が存する、あるいは、
- b) 競争法によって特定された反競争的效果にたいし、実効的な対処が困難であったか、又はその困難であるおそれについて合理的に疑われる場合にかぎりなされる、というテストを経ることになる。

このように、需要力の濫用の行使にかかわり、競争法第 II 編第 18 条の市場における反競争的效果をもたらす単独又は複数の支配的企業による濫用を問題にする判例法の規準に当てはまるものでなく、その実体規定の違反に該当しないが、競争がおこなわれておらない産業全体におよぶ「市場の特徴」が存在し、さらに競争法の構造的排除措置ではエンフォースメントにおいて充分でない問題が存しなければならない。R.Whish & D.Bailey, *Competition Law*, 7th, ed. (Oxford, 2012) (Whish, *Competition Law* と略称), p.469.

iii) さらに、OFT の市場調査にかかわる法令ガイドラインは、上記の 131 条にいう付託のテストに合致するほかに、以下の規準をみたすことを求めている。

- * 競争法を適用して認定されるものでない、又は OFT の用いることのできる他の権限をもちいて、又は適切な場合に部門別の規制当局を通じて競争問題に対処することで適切に対処されるものではない；
- * 付託に代わる他のこころみによっては、より適切に対処される問題でない；
- * 疑いある問題の規模が、反競争効果の条件において付託によって適切に対応するものである；
- * 適切な救済措置が利用できる合理的なチャンスが存する。

OFT, *Market Investigation references Guidance* (Feb. 2006) para.2.1 (oft.gov.uk/shared_oft より入手)。

- iv) かかるガイドラインの規定を踏まえて、市場調査は OFT の「任務にたいし、他の権限が適合的でない場合にかぎり採用される最後の手段としてとらえられる」との見解が主張されている。Colino, *Competition Law* (上掲参照), para.17.3, page339. これまで OFT が付託した事例の多くは、市場の特徴として黙示の共同行為の問題及び並行的におこなわれた垂直協定が産業全体におよんでいる問題があり、OFT の市場調査にかかわるガイドラインもそのことに触れている。OFT, *Market Investigation references Guidance* (上掲参照), para.2.5 (page 24).

がある競争法第Ⅱ編の濫用規制による枠組みによることなく、2002 年企業法の市場調査の手續から新たな規制の枠組みが探られたことは以下のような意味を有すると考えられる。

5-2) 食品雑貨スーパーによる濫用的行使にたいし、競争法18条の市場支配的企業の濫用規定を適用する場合を想定すると、その需要力の認定にかかわり供給業者の取引先選択について、濫用行為からの回避可能性の有無が判断されなくてはならない³⁶⁹。

³⁶⁹ Whish, Competition Law (前掲注 368 参照), p.366.

i) 供給業者の食品雑貨スーパーにたいする従属性を示す競争法上の需要力の指標は、以下のような交渉力の分析にもとづく試みによるであろう。OFT による競争法ガイドライン (2004 年) は、供給業者との関係において理解される需要力の分析に関し、需要者と供給業者が交渉する産業における、交渉上の優位の程度においてとらえられるとして、買い手にたいし交渉上の優位を増す要因を以下の事項に関して取り上げている。OFT, Competition law - Assessment of market power, Understanding competition law (Dec. 2004) (www.oft.gov.uk/の HP より入手), para. 6.2.

- * 買い手は代替的供給先と十分に連絡が取れており、そのニーズに継続して適切な、ある供給業者から他の供給業者へ実質的な購買を転換することが容易に、かつ低コストで可能である。

- * 買い手は重大な埋没コスト (sunk cost) なくして、当該品目について自ら生産を開始できるかあるいは、他の供給業者による新規参入にたいする「出資者」に比較的に容易になることができる (たとえば長期契約を通じて)。

- * 買い手は売り手のための重要な販売店となっている (すなわち、売り手は買い手にたいし、その買い手にたいする販売チャンスを維持するため、好条件を固定している)。

- * 買い手は調達のためのオークションを設定することを通じて、又は競争している入札者を通じて、供給業者間の購入競争を高めることができる。

ii) ドイツにおける需要力の規制理論を検討した従前の拙稿において、交渉力行使の判断規準にかかわる理論動向にかかわり、a) 買い手の購入量、b) 買い取りの市場における買い手の購入量が占める割合、c) 販売者の売り上げ量に占める買い手の割合、の 3 点からなる市場と相手方にかかわる量的な側面と、さらに個別事案ごとの質的な側面から検討した。拙稿・規制理論 (前掲注 313 参照) 14 頁以下。

iii) この量的な規準のうち、b) の買い取りの市場における買い手の割合については、欧州委員会の流通コンツェルンの合併事例が参考になる、全体の売上額のうちで双方のコンツェルンを合わせて平均 22% の取引量 (製品部門ごと) となる場合は、供給業者は非常に大きな財務上の負担をこうむることなくしては販売先の展開ができないとする見解に委員会は注目している。3.Feb.1999, COMP IV/M.1221 — REWE/Meinl, para.98-101 (L274/16-17)。

なお EU の 2010 年垂直制限ガイドラインは、供給業者が製品・役務の一覧にかかわる供給で同一の流通協定を用いる場合、買い入れの市場における買い手のシェア

このような回避可能性にかかわる代替的取引先を、財政上の実質的な負担を被ることなく当該供給業者について見いだすことができるかの問題は、ドイツの例が参考になる。それは同じくこの点の論議が、需要力の濫用について競争制限禁止法（GWB という）における市場支配的事業者の濫用行為の禁止や相対的ないし優越的な市場力を有する事業者による不当妨害、そしてとりわけ「受動的差別」の禁止規定でこれまで、学説、判例そして執行当局により種々おこなわれてきたからである。拙稿ですでに検討したように、供給業者の妨害・差別行為からの救済をはかる試みは、代替的取引先の確保に関する立証の軽減や市場力要件に関する閾値の引き下げによる法規定でおこなわれてきた。かかる経緯にもかかわらず、需要力濫用にかかわる「利益強要（Anzapfen）」と呼ばれる小売業者の慣行にたいする救済について、ほとんど成功していない。かかる実態の原因として、代替的取引先の立証を避けることができない市場力（需要力）要件の存在があげられる³⁷⁰。

に関する閾値で 30% の一括適用除外（Block Exemption Regulation）を規定していることも、需要力の分析指標としての供給業者の取引先転換にともなう負担をしめす量的規準といえる。Guidelines on Vertical Restraints (Text with EEA relevance) (2010/C 130/01) (EUR-Lex の HP より入手), para. 72. See, Whish, Competition Law(前掲注 368 参照), p.38&662.

³⁷⁰ ドイツ GWB における濫用禁止の規制における市場力とその立証の緩和要件は、以下のように規定されている。Rainer Bechtold, GWB Kartellgesetz, 7Aufl. (2013, Beck),

- i) GWB20 条 1 項（第 8 次 GWB 改正（2013 年 6 月）による）における「他の事業者に回避する十分かつ期待できる（zumutbar）可能性が存しない態様で従属する」中小事業者の場合や、同項の「取引上の慣例として価格割引や他の役務の対価について付随的に、同種の需要者には与えられない特別の利益を需要者に与えるのが通常」な供給業者の場合に、市場力要件を満たすとするのが、中小の供給業者にたいする救済の試みである。前者の十分かつ期待できる回避可能性がない場合が、相対的市場力の規定による市場力の閾値を引き下げる試みである。さらに、後者の同種の需要者に与えられない特別の利益を需要者に通常的に与える供給業者の規定が、従属的供給業者にたいする市場力の推定である。
- ii) かかる従属的供給業者にたいする救済は、以下の濫用監視の規定に関連付けられている。GWB19 条（2013 年改正法）は市場支配的事業者による濫用行為を禁止し（1 項）、その 2 項は供給者または需要者としての市場支配的事業者にたいする濫用行為を例示する。同項 5 号は、実質的な正当な理由なく、他の事業者に自己のために利益を提供するよう誘引し又は勧奨するために市場支配的地

さらに代替的取引先の立証による市場力の認定問題と密接に関連して、市場の画定がされることによる供給業者の輸出市場への回避可能性が問題なることもある³⁷¹。

5-3) 以上のように、英国の食品雑貨スーパーによる需要力濫用にたいする規制において、競争法18条の市場支配的企業の濫用規定を適用せず、2002年企業法の競争委員会による市場調査の手続によったことは、市場力（需要力）にかかわる取引先依存度の認定問題と市場の画定問題を回避する結果となった。供給業者の存する市場における競争の歪曲にかかわる認識と濫用行為からの実効的な救済を目指す目的論的考え方が、行動綱領による需要力濫用の取り締まりを導いたものと考えられる³⁷²。

位を利用する、いわゆる受動的差別を規定する。かかる禁止は、20条2項において、従属的な関係にある事業者と事業者の団体にも適用されている。

iii) この従属的な中小事業者の推定規定について、その該当の有無が争われた数少ない事例が2003年の連邦通常裁判所による *Konditionen Anpassung* 判決(BGH, GRUR, 2003, 80,)である。本判例では、受動的差別の禁止にかかわる従属的な供給業者についてその従属性（回避可能性）が否定されている。事案は、食料品部門の流通業者が、大量調達のために流通業大手のメトログループ傘下に入る合併をしたことにより、合併企業が取引先製造業者に週及効のある相殺の清算を要求したというものである。受動差別禁止における旧GWB20条3項2文、2項1文（上記2013年新法と内容に変更なし）に該当するためには、かかる製造業者がメトログループとその売上高で7.5%を占めるという規準（連邦カルテル庁の主張；「販売者の売り上げ数量に占める買い手の割合」の規準）だけでは不十分である、というのが裁判所の判断であった。

以上のドイツGWBにおける需要力濫用規制における中小事業者にたいする立証負担の軽減等の試みについては、拙稿・ドイツ競争法制における「利益強要」の禁止[1]・高千穂論叢47巻1号75頁以下参照。

³⁷¹ 2012年のドイツ連邦カルテル庁による酪農乳業部門の市場調査では、乳製品加工業者がこうむる大規模食品スーパーの需要力濫用にたいする受動的差別の禁止規定の適用が検討され、基本的に国内販売市場をもって市場の画定がなされた。ドイツ製乳製品の国外への輸出とドイツの消費者が輸入製品を相当に高い割合で消費している輸出入の活発な状況下では、かかるカルテル庁の市場画定の判断は、結果的に国内産業保護についての政策的な議論を導いてしまうことになる。以上のドイツ酪農乳業における需要力濫用と輸出による回避可能性（取引先依存度）の問題については、参照。拙稿・酪農乳業(前掲注163参照)、85頁以下。

³⁷² 2002年企業法第4部の市場調査は英国に特徴的な規定であり、国内の競争法制度の長所のひとつである、とされている。Colino, *Competition Law*(前掲注368参照), para.17.1.

市場力要件をクリアしなければならない従属的供給業者のテストでは、上流市場における比較的、大規模な供給業者は、かかる従属性のテストをクリアすることが困難になる傾向が予測される³⁷³。

したがって、需要力濫用により生じる損害の的確な救済がはかられるべきであるとする目的論的視点からは、需要力の濫用行為から生ずる経済的損害にたいし競争法のエンフォースメントが十全に実施されるべきであるという要請を鑑みると、市場力（需要力）を要件とする回避可能性のテストを欠くことのできない違法性要件とすることには疑問が付されよう³⁷⁴。

³⁷³ したがって、競争法におけるこういった傾向をもつ市場力要件によるものでない GSCOP の規定とよすることは、大規模な供給業者による違反行為の申立てを認める結果を導いたものと考えられる。

2000 年競争委員会スーパーマーケット報告書において競争委員会は、食品雑貨スーパーのうち最も規模の大きい買い手 4 事業者について、英国における洗剤の二大ブランドの売上げで 70%を占めるとする。さらに委員会による市場調査のプロセスでは、大規模な多国籍企業の供給業者でさえ、そのプロセスに協力して濫用的慣行について報告したことが大規模スーパーに知られて取引停止されることを恐れていたとする。CC, Supermarkets, 2000（前掲注 218 参照），para.11.10, 11.22. 前掲の IV. 1. 1）を参照。

この点については、上記ドイツ GWB の受動的差別にたいする禁止にかかわり、大規模な製造業者の保護のための改正が第 8 次 GWB 改正の立法過程でも議論され、結局採用に至らなかった経緯が参照される。また、首相提出の改正草案理由書でも、大規模な製造業者も保護の対象に含める強化案に反対し、従属的な中小事業者にたいする濫用に限定する現状にとどめる理由が述べられている。Drucksache 17/9852. 17. Wahlperiode. 31. 05. 2012. Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), S.21. 参照、拙稿・酪農乳業(前掲注 163 参照)、注 199。

³⁷⁴ 綱領審判官法の法案提出前審査において、企業、革新及び職業技能省（BIS という）と指定食品雑貨スーパーの間で GSCOP の違反行為について、審判官への申立て人の範囲をめぐる論争があった。指定食品雑貨スーパーは、大規模な供給業者から違反の申立てを認めるならば高い小売価格をまねくおそれを主張した。これにたいし、BIS は、大規模業者からの違反行為の申し立てを認めないことは、綱領の弱体化を招くと反論し、その申し立てを排除することは恣意的であり何等の正当性もないことから、中小の供給業者と同様に審判官にアクセスできるとした。BIS, Consultation（前掲注 69 参照）para.5.6, Government Response 2010（前掲注 51 参照），para.4,48-49. なお審判官への申立て人の範囲にかかわる立法過程の議論については、参照、前掲 I.2.1）。

5-4) 需要者の行為にたいする違法性の判断規準について、GSCOP の規定が市場力(需要力)の保持を要件としないことと並んで、競争法第Ⅱ編の濫用規制と異なる違反要件によった特色は、以下の点が指摘される。すなわち、市場の反競争の効果の認定にかかわる弊害要件について、競争委員会の市場調査は、供給業者にたいし、過剰なリスクと予期せぬコスト負担が移転される経済的不利益を生じさせる行為がおこなわれたことをもって、市場の弊害が生じたものととらえている。

この点から GSCOP は、かかる経済的不利益を生ぜしめる 26 の行為類型について、それらを食品雑貨スーパーのおこなう多様な濫用的慣行のうちから、特定してとりあげる特色があり、また市場における価格や産出量、革新や投資の活動に具体的な影響が生じていることやそのおそれのあること、さらには市場の競争にたいする制限や妨害の具体的な弊害にかかわる立証を求めない³⁷⁵規定となっていることも看過されえない。このような限定的な濫用的慣行に対して、当然違法(per se illegal)の行為類型を規定することを可能にする市場の独占にたいする規制の枠組み³⁷⁶が、2002 年企業法の規定する独占状況に関する市場調査の規制枠組みから導かれたことは、競争法第

³⁷⁵ 前掲 2009 年食品雑貨店(サプライチェーン慣行)市場調査令における GSCOP の概要(前掲Ⅱ. 2.)を参照。

³⁷⁶ GSCOP がスーパーマーケット行動綱領における問題点を修正したポイントの一つとして、後者が禁止行為に合理性の原則に服する絞りをかけていた限定をはずした点をあげることができる。この点は綱領審判官法の立法過程でも確認されていた。BIS, Government's Policy 2012 (前掲注 57 参照), para.54 (BIS の法案公表に際する政策説明において、この点が確認された)。
他方で、GSCOP は規定よりは当然違法形式であるが、需要力の存在及び行使についての実態調査、規範名宛人の画定、「行為の広がり」をもつ濫用行為を取り上げる競争委員会見解などから、供給業者の大規模スーパーにたいする従属性を問題とする規範の性格をもち、行為無価値の類型でなく、結果無価値の競争法規に分類されることは、参照、後掲した V. 1. 6) 6-2) における iii。

なお、当然違法を規定する GSCOP が、行動綱領の策定についてその基礎となった、競争委員会による大規模スーパーと供給業者間の慣行の調査においては、競争の阻害的な効果と競争促進効果との利益考量がおこなわれていたことについては、以下を参照、2000 年報告書の「公共の利益」の判断におけるかかる利益考量は、IV. 1. 3) ,3-2)から 3-4) (特に注 304)、2008 年報告書においては、前掲Ⅳ. 2. 3) 3-4) (特に注 301 及び 302)を参照。

II 編（あるいは EU 条約 102 条）の規制と異なるユニークな濫用規制の試みとして、以下のような特色を有するものと考えられる。

すなわち、a) 当該市場分野における経済的な不利益を生ぜしめている、固有の事情に即した規制が可能になったことである。この固有の事情とは、当該市場の競争阻害を生ぜしめる固有の商慣行に焦点をあてた規制がこころみられたことをいう。また、b) かかる経済的不利益を取り除くための実効的なエンフォースメントが探られた（以下の 5-5）で述べる）ことが注目される。つまり、エンフォースメントの手段が、従来の競争法の行動、構造的な排除措置に制約されることなく、新たに行動綱領と審判官制によった、濫用行為とその実効性確保手段（取引停止の威嚇）の一体的禁止という需要力の濫用規制における従来の困難を克服する企てがこころみられた。以上の 2 点が、独自性ある規制のアプローチの特色としてあげられる。

5-5) 競争委員会は、市場調査において企業法134条2項にしたがい反競争的效果を認定した場合には、反競争的效果（a 号）又は顧客にたいする損害的效果（b 号）の排除、軽減又は防止のため、委員会が合理的かつ実効的であると考える行動をとることを義務付けられている（企業法138条2項）。企業法におけるこの義務付けにしたがい競争委員会は、英国における10億ポンド以上の売上げとなる食品雑貨スーパーにたいしスーパーマーケット綱領を改定し、規律を強化した GSCOP を策定とオンブズマン（当時）の創設をすることを提案した³⁷⁷。

GSCOP にその禁止が規定される需要力濫用の行為類型は、2002 年企業法に規定された市場調査の権限により認定された、反競争的效果をもつ市場の特徴（同法 134 条 1 項、2 項）にたいし規制をおこなうものである。かかる特徴としてあげられる反競争的效果は、主要類型であつた 26 行為をまとめるカテゴリーに共通する、a) 過剰なリスクと予期せぬコスト負担を供給業者に移転する、b) そのことにより供給業者の収益とコストに関して不確実性を生じさせる可能性をもつ、という内容により代表的に示されている。

³⁷⁷ CC, investigation 2008（前掲注 260 参照），para.11.270.

5-6) 以上のように、競争委員会による食品雑貨スーパーの需要力にたいする市場調査にもとづき制定された GSCOP の禁止行為は、競争法における一般的な反競争的行為の禁止と区別される、特定の反競争的効果の観点から問題になる特定の行為の類型を集めた特色がある。

6) 綱領審判官制度と競争者の保護

綱領規制は、競争の保護でなく、競争者を保護するものであるのか。行動綱領と審判官による規制及びその批判にたいする本稿の議論から、競争者の保護となる規制の態様は以下の二種に分けられよう。

6-1) 「隠れた競争」からの競争者の保護（契約関係の標準化）

i) 行動綱領の規制にたいしては、なんらかの程度、競争による市場の規律を緩和し、あるいはそれから遮断をする保護がされるとの批判がされている。この競争の規律からの保護によって競争者保護が起こるとする行動綱領批判は、オールドーリベラリズム（メストメッカー）と連邦カルテル庁（酪農乳業部門調査）による供給者／需要者間の隠れた競争を行動綱領の規制が制限するという批判が存する³⁷⁸。これら批判の中心に存する推論は、以下のようなものになるであろう。

- a) 行動綱領による規制は、契約形成のプロセスに介入する。
- b) 流通業界においては、価格競争の本質的な前提として、多様な取引条件の提示をめぐる販売条件の競争がある。
- c) 契約形成のプロセスにたいして綱領の規制が加わることにより、かかる多様な販売条件の競争を標準化する。

隠れた競争重視論は、このように、行動綱領批判を次の点にむける。価格競争の前提としておこなわれる、多様な取引条件の提示をする供給業者間の販売競争を緩和し、かかる競争から供給業者を遮断する点に競争者を保護する、と。

ii) この隠れた競争論による競争者保護の綱領批判は、その推論展開において以下の問題点をかかえる。

³⁷⁸ 前掲 V. 1. 1) 1-2) i) 及び 2) 2-2) i) ～ iv) を参照。

隠れた競争論からは、契約締結前の交渉とその後における合意条件の変更とが等しい競争法上の規範的意味をもつとされる傾向がある。

それは、前者における取引先選択にかかわる競い合いの関係と、後者の合意締結後、履行過程における契約の前提の事情が変更し、利害再計算を経ての合意条件の再交渉及び取引先変更をなす関係とが、同一視されることである（もちろん後者の場合でも契約条項の不当破棄は、民事法上の債務不履行問題とされることは認められるが、それ以上に出て当事者の利害関係が競争法上の問題として考慮されることにはならない）³⁷⁹。

すなわち、合意の締結後における利害分析は格別顧慮されず、流通業界の販売の実態としての小売業者からの条件提示と再交渉が「隠れた競争」として評価されることになる。また、民事法上の契約問題を生じない合意条件の再交渉は「隠れた競争」のあらわれとして一様に評価され、かかる競争過程への行動綱領による介入は競争による規律の緩和と競争から供給業者を隔離するものとみなされることになる。したがって、行動綱領によった競争者の保護が不当なものとして非難されることになる。

iii) このような契約の交渉、合意そして履行という一連のプロセスにあって契約当事者間の多様な連絡、交渉における利害調整を等しく競争のあらわれとしてとらえることは、隠れた競争論に特徴的である。この特徴を英国の行動綱領に向けられた批判として検討する文脈に立つと、以下の問題を反論として指摘できる。

- ・ 契約の合意後に供給業者が負うことになるリスクとコスト負担を軽視する問題がある。すなわち、食品雑貨スーパーによる契約条件の遡及的変更にかかわる行動綱領の中心的カテゴリーのみならず、一括支払いのカテゴリーの行為についても、供給業者にその負担による不確実性を生ぜしめ、このことにより上流市場における供給業者間の競争にたいする反競争的な影響の評価を欠くこととなる。
- ・ 隠れた競争とは、公表価格や同一のリベート額の均一条件の取引と異なる、

³⁷⁹ 前掲IV. 2. 4), 4-4), i) ~vii) 参照。

他の買い手には公表されない個別条件の競い合いを重視する。他方、綱領規制（GSCOP）は供給合意の遡及的変更について、変更の合理的な告知（小売業者が供給合意にたいする一方的変更権をもつ場合）をなせば、それを認めている（3条3項）。さらにリスク配分を取り決める事前合意によれば、遡及的効果をもつ清算措置をとることもできる（3条2項）。また一括の支払い要求につき、品揃え協賛金では販売促進となる場合にそれを認めるなど（9条a号b号）、一定の事情に応じた値引きや協賛金提供を認める柔軟性が存する³⁸⁰。以上の当事者ごとの取り扱いから個別的な競争の生じる可能性をふまえれば、競争にマイナスの影響がおよぶという隠れた競争論の前提的認識に疑問を抱かせる。

6-2) 従属性（回避可能性）の要件指標と競争者の保護

i) 綱領審判官制度による規制が競争者を保護するという批判は、第二の論点として、この規制が供給業者の取引先依存度にかかわる回避可能性のテストを受けることなくして、濫用とされた行為から救済を認める点に向けられる³⁸¹。大規模スーパーによる合意条項の修正や一括の支払い要求を受けた供給業者が、困難なく他に取引先を転換することができる場合に、かかる要求を不当とすることは、供給業者間でおこなわれる競争について一定の限定を設け、優遇条件を与えることになり、競争者を保護する結果となるという考え方である。

濫用とされる行為の相手方についてその回避可能性を探ることは、濫用行為者の市場力と需要力による市場の影響を、当該濫用行為に関してはかかる作業である。すなわち、買い手市場力により示される当該需要市場における買い手のシェアから、濫用行為の相手方の代替的取引先(販売先)を開拓する余地が示される。さらに需要力によりその相手方の設備等の供給能力に負担となる変更を加えることなく可能な代替的商品、取引先の開拓可能性があらきらかになるからである。

³⁸⁰ 前掲Ⅱ. 2. 参照。

³⁸¹ 前掲Ⅴ. 2. 5.) 5-3), 5-4) 参照。

ii) かかる市場力と需要力の指標によったアプローチは、濫用行為者からの回避可能性と取引先依存度の検討により、濫用行為のもたらす競争阻害という市場の結果無価値を基礎にしている。市場の結果無価値は、回避可能性が乏しく、取引先依存度が高い場合に濫用の対象者とされることは、販売先を他に求めて競争をおこなう余地がもはや存しないことを意味する（競争阻害の具体的危険）。

この市場の結果無価値による具体的に関しては、民事法や不正競争防止法の禁止による行為それ自体で違法の評価がされる、行為無価値／抽象的危険の類型が対比される。

それでは、結果無価値の競争阻害にたいして、GSCOP が回避可能性のテストを欠くことは、市場の競争阻害における行為無価値で競争秩序にたいする抽象的危険として違反行為がとらえられるのであろうか。

しかし本制度の競争委員会と立法過程、ガイドラインの規定等による反競争的效果にかかわる記述を踏まえると、以下に述べるように市場の競争阻害にたいする、結果の無価値判断が妥当するものと考えられる。また結論的には、回避可能性にかかわる市場力等のテストが結果無価値の具体的危険の行為類型においては欠くことはできないとされる点は、適切でなく、一定の修正を求められる（下記のivを参照）。したがって行動綱領における需要力の濫用規制にあつては、市場力等の回避可能性のテストを経ない結果無価値の行為類型を違法とすることは妥当である。

以下、綱領規制は、市場力／需要力の回避可能性を個別事例で証明することを要しない結果無価値の行為類型にたいする規制として妥当であることを論じる。

iii) 競争委員会は綱領規制の違反行為による反競争的效果につき過剰なコストと予期せぬリスク負担を移転させること、すなわち経済的不利益を供給業者に負わせることを、それ自体として 2002 年企業法の反競争的效果とするものではない。この点は、行為無価値の抽象的危険を生ぜしめるものとして GSCOP の禁止行為がとらえられるものではないことを意味する。

それは、かかる経済的不利益をこうむることで長期的に投資と革新のイン

センティブを損ない製品の多様性と品質改良に負の影響をもたらし（供給業者の競争機能の侵害効果）、供給業者段階の競争を歪曲し、消費者の損害となる一連の効果を総合的にとらえて反競争的效果としていることを指す³⁸²。すなわち、綱領審判官制度による濫用行為の規制は、回避可能性にかかわって需要力や市場力のテストを求めるものではないが、そのことから、行為無価値による競争秩序にたいする抽象的危険の類型に該当することにはならない。

以上の推論にたいしては、行為無価値／抽象的危険と結果無価値／具体的危険との厳格な二分法の立場³⁸³からは、以下の批判がされるだろう。すなわち、後者の結果無価値／具体的危険の行為類型には、市場力（需要力）の閾値によるテストを避けることは許されないという批判である。それは、本稿の文脈にあって、供給業者の回避可能性にたいする厳格な審査が競争者保護の結果を回避しえる唯一の方途であるから、ということになる。

さらに、この結果無価値／具体的危険の上記二分法と市場力／需要力の閾値テストを不可欠とする見解は、この閾値テストに代えてよりゆるやかな回避可能性のテストを用いる規制がされるのならば、過剰規制の危険を招くと批判したうえで、審判官制度にたいしては供給業者を競争上優遇することで、大規模スーパーの経済的行為自由を不当に侵害すると批判をすることになる。

iv) しかしこの経済的行為自由の重視の結論は以下の諸点から、供給業者段階の市場にはたらく大規模スーパーによる競争歪曲的な行為の影響を考慮するとき正当なものではない。その点は以下の、供給業者の取引先選択をなす能力やその転換の困難さにおよぶ影響が、綱領審判官制度で考慮されていることから示される。

a) 2008 年報告書は、供給業者にたいする大規模スーパーの規模、供給業者が同スーパーと交渉できる価格とマージン、E メール通信（アサダとテスコ対

³⁸² CC, investigation 2008（前掲注 260 参照），para.11.306.

³⁸³ かかるメストメッカーの所説は以下の拙稿でふれた。参照、拙稿・利益強要[2]（前掲注 225 参照）、17 頁以下。

供給業者間)の委員会分析、同スーパーやサプライチェーンの他事業者が設定する多様な主要製品についての小売価格における利益の「取り分 (share)」、の各項目から大規模スーパーの需要力に関する証明をおこない、一定の供給業者との関係では需要力を有することを認定した³⁸⁴。

- b) GSCOP と審判官法は、国内売上高、10 億ポンド以上の指定大規模スーパーを禁止、規制の名宛人としている(II.2.(1)を参照)。かかる名宛人の限定は、小売市場における事業規模の指標が、供給業者にたいする取引優位の関係をあらわす要因の一つとして参照される。
- c) 大規模スーパーによる濫用的行為の態様は、民事訴訟の対象である対一の当事者関係と異なる、広がりをもつ違反行為にたいする規制である。前掲IV.4), 4-2) で述べたように、審判官がもっぱら行為の広がりをもつ濫用を取りあげることは、GSCOP と審判官制にたいする競争委員会と立法過程による基礎付けにおいて確認されている。複数の供給業者にたいし濫用行為が一定程度、継続的におこなわれている事実は、取引先転換の容易なものではないことを推認させると考えられる。この点は、代替的な取引先の可能性について、検討がされることを示すものととらえられる。すなわち、市場力と需要力のテストによった場合の回避可能性の難易度とそのテストの精度について比肩できるレベルではないにしても、取引の従属性にかかわる競争の歪曲の効果が一定程度考慮されることを示している。
- d) 次に審判官ガイドラインは、違反行為にたいする調査手続きにおける事件選択の優先順位を規定した条項において、違反行為の影響として供給業者の(取引先)選択の能力が改善される程度を検討することとしている。この点も、市場力等のテストによらずとも、取引先の転換にかかわる困難さが事件選択で取り上げられている規制態様となる。
- e) 調査報告書(2000年と2008年)は、過剰なリスクと予期せぬコスト負担の移転の指標をもとに、その反競争的效果の推論を構成する。かかる指摘は、自己の提供する給付にたいする反対給付について、取引相手たる違反行為者

³⁸⁴ CC, investigation 2008 (前掲注 260 参照), para.9.6,9.21. 前掲IV. 2-5) 参照。

とその競争者たる大規模スーパーの間で、的確な内容比較の困難になることを意味する。上記 I. 3. (2), 1-1) にあげた供給業者の取引先選択にかかわる能力を損なうものとして評価される。

以上から、綱領審判官制においては、供給業者の回避可能性を個別事件ごとに市場力と需要力の指標により精密に測定するアプローチによるものではない。しかし、2002 年企業法の規定する市場調査にしたがい当該産業における「市場の特徴」として需要力の一般的認定がおこなわれていることが銘記されるべきである。かかる認定を基礎（上記 a）にして、売上高による事業規模の規準（b）と濫用の行為が一定の広がりをもつ認定（c）から、大規模スーパーの供給業者の優位を導く。さらに、禁止の行為類型にかかわりその反競争的効果の特徴によって、濫用行為の相手方たる供給業者につき、その取引先の選択に阻害的影響がおよぶ点をとらえている（d, e）。

v) 綱領規制の理論的基礎づけは 2000 年と 2008 年の報告書においてなされた。

その基礎付けにおいて、1973 年公正取引法と 2002 年企業法の市場調査に規定された、「競争の妨害、制限又は歪曲」の禁止規定によって、競争の歪曲にかかわる阻害効果（競争の妨害と制限よりも低位のレベルであって、かつ間接的な効果となる）が妥当することがあげられている。そして、綱領規制は競争法体系を構成することは前述した。

審判官制度の規制は、この競争歪曲についての固有の競争阻害効果の要件に対応するものである。それは、競争の妨害と制限に要求されるような市場力と需要力の厳密なテストによらない。したがって、供給業者を救済する判断につき、上記 a から e の従属性の認定指標によった点が看過されえない。

vi) 結論として、競争歪曲に固有である競争阻害の要件レベルに求められる従属性と回避可能性にかかわる要求をみたした本規制について、競争の保護でなく、供給業者にたいし競争者としての保護をするものにとらえる批判をすることは妥当でないと考えられる。

まとめと結語

以上に紹介と検討をおこなった綱領審判官制度は、競争委員会による市場調査の成果として、立法化された³⁸⁵。その市場調査は、スーパーマーケット綱領の理論的基礎付けをした 2000 年報告書、及びその運用経験を踏まえ、同綱領 GSCOP 及びエンフォースメントの理論的構築をした 2008 年報告書にまとめられている。需要力濫用の規制は EU 加盟国や豪州、北欧諸国において多様なところみられている状況にあるが、綱領規制の十余年におよぶ経験と 2 度の市場調査を経て英国は審判官制の創設に至った。

多様な濫用的商慣行を検討した上記二報告が、供給業者へのリスク／コスト負担の移転にかかわって、市場の競争阻害の効果に焦点を絞った濫用の行為類型にたいする規制をこころみ、競争法体系の内にそれを整序した意義が確認されるべきと思われる。

さらに審判官制は綱領のエンフォースメントにおいて、「企業名公表と恥をかかせること (naming and shaming)」の措置や制裁金の措置を採用し、実効性ある濫用行為にたいする制裁とその防止を期している。

また審判官の創設を導いた理由の一つとして、威嚇的な取引停止を防止する申立人供給業者を保護する試みがある。この申立人秘匿制度は、濫用行為の実効性確保手段としての取引停止を抑止する試みである。

このような特色をもつ綱領審判官制度の競争法理論上の意義は、以下のようにとまとめられる。

- (1) 需要力の濫用にたいする行動綱領による規制が、競争法の課題であることが明確化された意義ある。すなわち、濫用行為の相手方である供給業者についてその競争機能が競争法上の保護対象であることが明らかにされ、供給業

³⁸⁵ GSCOP は 2013 年綱領審判官法により、審判官のエンフォースメントにかかる違反行為を定める根拠法規として立法的承認を受けたものと考えられる。See, Act 2013 (前掲注 1 参照), § 1 (GSCOP にしたがった仲裁)、§ 4 (GSCOP の違反行為にたいする調査)、§ 6 (GSCOP の違反行為にたいするエンフォースメント)。

者段階の市場の競争が長期的な視点のもとで保護されるべきことが示された。また行動綱領は、競争法制における市場の競争阻害にたいする排除措置として取り入れられた特色をもつ。

その競争阻害は、供給業者段階の市場における反競争的效果として明らかにされた。すなわち競争委員会は、2002 年企業法の規定する「市場調査」において、過剰なリスクと予期せぬコスト負担を移転させる商慣行を問題にした。行動綱領はかかるリスク／コスト負担の行為類型に焦点を絞った規制であり、市場における競争の歪曲を規律するものである。この点で、綱領規制は、供給業者段階の市場における競争者の競争機能を競争法制の保護法益とする明確化の特色があった。そして、市場調査を規定する 1973 年公正取引法と 2002 年企業法の反競争的效果にかかわる「競争の妨害、制限又は歪曲」の違反要件は、現行 1998 年競争法と共通である。

したがって、綱領審判官制度は、現行競争法制の体系に整序されたものと評価しえる。

また大規模スーパーの個別的な取引条件の交渉をめぐる「隠れた競争」を重視するメストメッカー理論にたいしては、供給業者の市場における競争主体としてのポジションが明確にされた意義がある。すなわち、隠れた競争に対峙する供給業者は取引の主体としてその経済的行為自由が、大規模スーパーの経済行為自由と比較衡量されるとするのがメストメッカー理論であった。しかしこの立論は、供給業者がその市場段階において、競争主体としての競争機能を濫用行為によって毀損される事態を等閑視している。競争委員会は、隠れた競争論が取引関係の主体としてのみとらえて顧みることのなかった供給業者の上流方向にあつて競争をする関係について、的確にそれを競争法理論における濫用規制の射程におさめる優位がある。

(2) 第二に需要力の濫用規制にかかわって、競争歪曲の法律規定が競争法体系において果たす意義が確認されることである。

2-1) そのひとつは、競争歪曲の概念規定により取引関係における利益の強要的な行為が、競争関係における競争阻害の反競争的效果と結びつけられ、その

ことによって、需要力濫用の禁止規定が、競争の制限及び妨害の禁止規定と調和を保ち整序される、競争法体系における整合性問題である。

委員会は、綱領違反行為の特質を過剰なリスクと予期せぬコスト負担の移転にかかわる不利益を強要する点に求めたが、かかる不利益自体を問題にするのではなく、供給業者段階の市場における反競争の効果を問題にした³⁸⁶。

委員会の反競争の効果論は、垂直的な関係において行使される力の行使を上流方向の市場で生じる競争阻害と結びつけている。このような市場の競争阻害にかかわる把握を可能にした概念規定が競争の歪曲である。これまで競争法にあって、競争の歪曲による競争阻害の影響は、以下の三指標によりとらえられた。すなわち、競争の妨害と制限よりその阻害のレベルが低く、間接的な影響行使を含み、かつ競争条件の人為的な変更をするという指標である。委員会の反競争の効果論は、かかる三指標をカバーする。

上記のようにリスク／コスト負担の行為類型に焦点を絞った綱領規制が、競争法体系の内に整序された。このことは、体系的整合性をもつ需要力濫用規制の試みとして評価しえる。さらに、従来競争の妨害と制限の規定に比べて注目されることの少なかった競争の歪曲にかかわる概念規定が果たした役割として重要である。

2-2) 競争と法のシステムにおいて競争歪曲の概念規定がはたす機能は、自由な競争と公正な競争について、競争保護の二つのあり方の調和と両立をはかることがあげられる。

綱領規制にかかわっては、上記リスク／コスト負担にかかわる不利益の強要それ自体は、その不当性を公正保護の要請においてとらえることができる。一方競争法における市場の競争阻害について、競争の妨害と制限について問題にされる場合、多く自由な競争の保護が求められる。

需要力濫用にたいする規制の試みにおいては、特に搾取的な濫用の場合に自由な競争の保護をする競争法といかなる関係のもとに、その公正保護の要

³⁸⁶ すなわち、供給業者の投資と革新におよぶ負の影響、及び製品の多様性と品質改善のベネフィットを消費者から奪うこととなる、供給者段階の市場における長期的な一連の効果である。前掲 V. 2. 2) 2-4) 及び脚注 363 参照。

請を実現するか問題になる。本稿も数か国の綱領規制に関し、その是非の議論にかかわり、この点に触れた。英国の審判官制度においては、前記 1973 年公正取引法及び 2002 年企業法の市場調査の規定、そして競争法の規定における競争歪曲の規定を用いて、競争法体系に綱領規制を組み込む整序がされた。すなわち、自由競争の保護と公正な競争の保護を架橋する概念として、競争歪曲の規定が用いられた。このことは、自由保護と公正保護の基本的な法原理の調和問題として、市場の競争のあり方にたいする「歪曲 (distortion)」を規範的に否とする判断をしたものと解される。

2-3) 上記 2-1) で述べたように自由保護と公正保護の法規規範的要請を架橋する競争歪曲の法律概念が、需要力濫用にかかわる反競争的效果を法の要件的な効果として導いたことは、以下のように「歪曲されない (undistorted)」競争を保護する基本的要請にもとづくと考えられる。すなわち、需要力の濫用規制にかかわっては、自由な競争の保護と公正な競争の保護の二つの側面から競争阻害の負の影響を競争法、不正競争法あるいは一般民事法の法律諸規定において、どのように規律するべきかについて、学説や各国競争当局のアプローチにおいて対応の相違があった。

この点で、EU 機能条約の競争法規(結合市場を対象とする)とほぼ同一の規定内容をもつ英国競争法制(国内市場に限られる)について、以下のような「歪曲されない競争」のあり方を保護する規範的決定のされた意義が明らかになる。すなわち、EU 機能条約と同時に採択された「結合市場及び競争に関する議定書」27 号 (2008 年) は、結合市場においては「競争が歪曲から保護される制度 (system ensuring that competition is not distorted)」の保護、すなわち健全な競争 (*undistorted competition*) の保護を含むことである³⁸⁷。

³⁸⁷ 議定書 27 号は、

「締約国は、EU 条約 3 条に定められた結合市場において競争が歪曲から保護される制度が含まれる (ein System umfasst, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt ; includes system ensuring that competition is not distorted) ことを考慮し、以下のことに合意した。この目的のため、EU は、必要な場合、EU 機能条約 352 条を含む条約の規定の下で、行動を起こす。本議定書は、EU 条約および EU 機能条約に付属する」

との規定をおいている。Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den

2002 年企業法の市場調査の手続きから創設された綱領審判官制度は、競争の歪曲にかかわる競争阻害を排除する競争法上の制度として、自由な競争と公正な競争と並んで、健全な競争の保護を競争法の保護法益とすることを明らかにしたものとして評価される³⁸⁸。

以上のように、競争の歪曲にかかる需要力の濫用について行為類型を整序、構成する試みは、自由競争減殺を禁ずる自由保護の要請と公正競争の阻害行為を期ずる公正保護の要請のほかに、健全性の保護という法的原理を要請することを明らかにする。

競争にかかわる法的システムが、自由保護と公正保護から帰結される自由競争減殺と公正競争阻害の閉ざされた体系³⁸⁹ではなくて、健全性という法的原理に開かれ、競争歪曲の市場における負の影響をも排除する、開かれた体

Wettbewerb, ABI. 9.5.2008 C115/201, 309. 翻訳は、以下を参照した。鷲江義勝編著『リスボン条約による欧州統合の新展開—EU の新基本条約』（ミネルヴァ、2009 年）388 頁。

³⁸⁸ a) 自由な競争の保護及び公正な競争の保護とならぶ健全な競争にかかわる保護が、競争と法のシステムにおいて重要な競争の保護形態としてとらえられることについて、ドイツとスイスの競争法と不正競争防止法の関連で学説の紹介をした以下の拙稿参照、拙稿・利益強要[2]（前掲注 225 参照）、34 頁以下、39 頁以下。

b) さらに議定書 27 号の健全な競争保護の要請と EU 競争法体系との一体的把握から需要力濫用の規制がされるべきことを説くドイツのパラツケ (Anja Palatzke) による業績競争概念にもとづく交渉力分析論は、以下の拙稿で検討した。拙稿・規制理論（前掲注 313 参照）。Anja Palatzke, Nachfragemacht im Kartellrecht—Bewährungsprobe für den More Economic Approach (Peter Lang, 2012), S.68f.

c) また、EU 競争法と加盟国の不正取引法 (Unfair Trade Law) からなる競争と法のシステムにたいする規範的分析をしたカイルスビルク教授 (ルーバンカソリック大学；Katholieke Universiteit Leuven) が、議定書 27 号の健全な競争 (undistorted competition) 保護にかかわる意義を以下のように論じている。すなわちかかる競争／法システムにおける取引当事者間の取引先選択の自由が確保される要請について、有効競争を確保することでそれをみたま試みであるとされる。Bert Keirsbilck, The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law (Hart, 2011) para. 762.

³⁸⁹ メストメッカーによる市場力の閾値テストにより競争法上の違反要件をクリアしない濫用的慣行を、UWG の一般条項を用いることで、緩和された立証要件に依拠して、結果無価値の類型として規制することは許されないとする見解は、かかる閉ざされた体系として GWB/UWG の体系をとらえているものと解される。拙稿、利益強要[2]（前掲注 225 参照）18 頁。

系であることをしめすものとして、競争の歪曲にかかわる法律概念の重要性が確認されるべきである³⁹⁰。

- (3) 競争法理論における綱領審判官制度の第三の意義として、申立人秘匿制度により需要力の濫用規制につき濫用的商慣行とその実効確保手段を一体として規律する試みがあげられる。

すなわち綱領や競争法にかかわる EU 加盟国等による需要力規制の試みにおいて、競争当局への通報にたいする大規模流通業者による報復的な取引停止の可能性が、濫用規制においていかなる程度の重要性をもつかについて、定まった認識に至っていないと思われる。またその可能性が違反行為の申立人に「恐れの方潮」を生じさせる事態について対処策も様でない状況にある。

そのような傾向の中で、綱領規制の成功の鍵は申立人供給業者を取引停止の威嚇的効果から防御する点にあるとして、審判官の申立人秘匿義務が立法化されたことが注目される。英国の綱領規制においては、大規模スーパーによる濫用的なリスクとコスト負担の移転を要求する行為と、それに従わない場合の取引停止措置とは、一体化された需要力行使のあらわれとして濫用の評価に服することになる。かかる秘匿制度の正当化にかかわる根拠付けと取引停止の報復を阻止する制度設計の二面から、以下のように競争理論上の展開における重要な寄与をするものである。

- 3-1) 競争委員会は申立人の秘匿措置が事件調査の手続きにおける大規模スーパーの防御の権利を不当に害するものでない理由を以下のように述べる。すなわち、広がりをもっておこなわれる違反行為にたいして幅広い証拠収集による事件の取り調べがされ、違反の認定について個々の申立人供給業者の身元の特定を必要としないことを根拠とする。この違反行為の広がりの特徴をとらえ申立人を秘匿する制度をみちびく委員会の推論は、需要力の濫用行為が、市場における競争のあり方に濫用の阻害的効果をおよぼす点をとらえた

³⁹⁰ 参照、拙稿・利益強要[2](前掲注 225 参照)、44 頁。

ものである（前掲のIV.2.4）における4-2）を参照）。当事者の防御権行使にかかわる申立人の秘匿について、事件調査の手続き法的な正当化が、紛争にかかわる対象行為の特質に即しておこなわれている。

つまり審判官の調査手続きは、競争阻害からもたらされる経済的な負の影響を市場において画定する作業であることが示された。

この意味において、濫用の違反行為の規律における証拠収集の手続きというものが市場の競争阻害の影響を的確に把握できる機関によりなされるべきことが明らかになる。

そして、違反行為の特質に即した事件の調査手続きであることは、エンフォースメントの実効性を左右する重要性をもつ。欧州各国で検討される綱領規制について、そのエンフォースメントのあり方には種々の考え方がある。英国の綱領審判官制は、市場の競争阻害のあり方として競争の歪曲を規定する競争法の体系によることとし、市場における競争歪曲という競争阻害に対応するエンフォースメントと、事件調査の手続きをとることとしたものと評することができる。対照的に、競争法の濫用禁止の規定によるアプローチをとりながらも、私訴のエンフォースメントによるべきとしたアイルランドの競争当局（競争委員会）提案は、市場の競争阻害のあり方に即したエンフォースメントと事件調査の手続きとなるか、またそれぞれの実効性に関して疑問といわざるを得ない。

3-2）2008年市場調査は、スーパーマーケット綱領が規制対象とした濫用的慣行の規制を免れる結果を生み出す原因として、取引停止による威嚇の効果の問題があることを明らかにした。2000年市場調査は、上流市場における供給業者間の競争を歪曲する濫用的慣行が大規模スーパーによっておこなわれる事態の規制を提案した。それは、行為の広がりをもって行われるリスクとコスト負担の移転にかかわる買い手による力の濫用行為の規制である。これにたいし2008年市場調査は、かかる濫用行為の規制を免れる報復の取引停止が綱領規制の実効性確保にとり決定的意味をもつことを明らかにした。それは、これまで需要力濫用を規制する競争法や行動綱領、民事法規の規律を無力化する「恐れ風潮」を生む力の行使態様を明らかにしたことによる。

綱領審判官制度は、このような競争歪曲を生む力の行使と、取引停止の威嚇による「恐れ風潮」を生む力の行使が、双方とも需要力に関する競争法の規制課題であることを示した意義がある。

これにたいしスーパーマーケット綱領に反対し、遡及的な合意条件の変更を共同利潤の極大化の試みであるにとらえるインデルスト等の立場（不完備契約のモデルに依拠する）があった。また綱領規制の対象行為を基本的に隠れた競争にとらえるメストメッカーの所説も需要力の濫用として綱領規制の対象行為をとらえることに反対する。さらに、不完備契約論や隠れた競争論は、威嚇的效果をもつ取引停止に言及すること自体に乏しい特徴がある。また大規模スーパーからの遡及的な合意条件の変更について違法を争うとするならば民事法上の強迫や債務不履行の訴訟によるべきことを主張する。

このような理論の対比から、取引停止にたいし経済的な行為自由の行使からする正当化を強調し、民事法的規律を重視するインデルストやメストメッカーの立論は、その主張する隠れた競争や効率性を促進する共同利潤極大化のモデル論が、上記の「恐れ風潮」を生む力の行使態様をおおい隠す傾向を指摘できる。

スーパーマーケット綱領は、取引停止にもとづく威嚇的效果により濫用規制の実効性を奪われた。2008年報告書と綱領審判官制度は、かかる運用経験を踏まえ、「恐れ風潮」を生む力の行使態様を、この力の行使は「隠れた競争」や共同利潤極大のレトリックのもとで実態を隠されてきたものであるが、濫用の慣行においてはたらく力の行使とは区別されるものとして、明示的に規制の対象とすることを表明した意義がある。

- (4) 以上のように、綱領審判官制度は、競争歪曲という 1998 年競争法と EU 競争法の実体規定の解釈を通じて、濫用行為の対象となった供給業者について上流方向の市場における競争機能の保護がおよぶことを明らかにした。また、EU 競争法の体系に連なる英国競争法の規制において、自由な競争の保護と公正な競争の保護のほか、健全な競争の保護が、開かれた競争保護の体系にとって重要であることを明らかにした。

さらに需要力の濫用行為それ自体のみでなく、その実効性確保手段である取引停止の威嚇にともなう力の行使についても、競争法上の規制が必要であり、規制の根拠も競争法の理論に即して提示されうることが示した。

これまで新自由主義ないしオルドーリベラリスムスの潮流に連なる競争理論から批判されてきた行動綱領に関し、英国の綱領審判官制度において、競争法上の体系的整合性を保ちながら濫用の競争阻害にたいする新たな規制のアプローチが開拓されている。競争法の発展における、その歴史的な意義が確認されるべきであると考えられる。