

需要力濫用規制の法理論的枠組み —競争とコンフリクトの融合的把握

The Legal Theory of Regulatory Framework against Abuses of the Buyer Power ; “Extended General Equilibrium” vs. “Contested Exchange”

森 平 明 彦

Akihiko Moridaira

序（問題点の指摘）

- I. サプライチェーン機能改善規制の歩み
- II. 不公正取引慣行の経済学—拡張的一般均衡のアプローチ
- III. 不公正取引慣行の経済学—抗争交換によるアプローチ
- IV. 不公正取引慣行にたいする法的規制の態様
- V. 越境の不公正取引慣行と国際私法
- VI. ブリュッセル／フィレンツェ報告書による
分析の結論及び法政策的勧告

結論とまとめ

付録資料（1）；欧州委員会グリーンペーパー

付録資料（2）；別表—「選択的公的立法，執行機関，公的調査及び秘密の
申立て一覧」

序（問題点の指摘）

欧州連合（EU）において、需要力濫用規制の新たな枠組みづくりが進められている¹。欧州委員会（European Commission）は、2009年10月「欧州食品サプライチェーンの機能改善」（“A better functioning food supply chain in Europe”）の指標のもとに事業者間（business-to-business）の不公正取引慣行が食品サプライチェーンの発展に障害となることを指摘して、規制の枠組み作りに着手した。委員会は2013年1月グリーンペーパーを公表し、大規模スーパーの供給業者にたいする不公正取引慣行について、規制の法的な枠組みの基本的考え方を提示するとともに、加盟国や利害関係者にパブリックコメントの募集をした。

他方、民間事業者の私的な自己規制の枠組みづくりがなされている。サプライチェーン・イニシアチブ（The Supply Chain Initiative）は、その独自の行動綱領（「食品サプライチェーンにおける垂直的関係：適正慣行原則」）にもとづき、ボランタリーベースの参加者間の利害調整を図る試みを2013年9月に開始した。

またEU加盟国は、後に見るように相当数の国家的法システム又は（及び）私的な自己規制のシステムにより、不公正取引慣行にたいする独自の規制を模索し、実施する状況にある。

かかるサプライチェーン・イニシアチブによる自己規制の試みを評価する欧州委員会は、2014年7月の議会宛て報告書において、自己規制団体の運用動向、加盟国の規制及び立法の進捗状況を継続的に注視し、EUとしてさらなる行動が望まれるかを判断して2015年末に報告書を公表するとしている²。

このような欧州における不公正な取引慣行の規制の状況に関連しては、すでにEUの規制について多田英明教授による公取委・競争政策研究センター報告

¹ 本稿の当該部分（序：問題点の指摘）におけるEUの規制動向については、「I. サプライチェーン機能改善規制の歩み」で詳述した。

² 後掲のI. 7. を参照。

書寄稿論文があり³、また加盟国の規制動向については、フランスに関しジェローム・ファーブル（和久井理子教授翻訳）の《フランス商法典 L442-6 条研究》⁴及び前掲多田報告書論文、英国について芦川直子研究員による前掲寄稿論文⁵、ドイツについて柴田潤子教授による前掲報告書寄稿論文があった⁶。拙稿においても若干の考察をおこなった⁷。

本稿は、この EU における不公正取引慣行の規制にたいする批判的検討を課題とするが、その主たる検討対象について、欧州委員会及びその作業グループである閣僚級フォーラムの審議に影響を与えたとみられる以下の研究報告書を取り上げる。

すなわち 2014 年 2 月に欧州委員会及び域内市場総局⁸に提出された、「小売サプライチェーンの事業者間不公正取引慣行をカバーする法的枠組みの研究；最終報告書」である⁹。報告書は、その法的分析がブリュッセルの欧州政策研究

³ 多田教授の執筆部分は以下の通りである。公正取引委員会・競争政策研究センター「諸外国における優越的地位の濫用規制等の分析」（2014 年）第 1 章「各国・地域における問題状況・政策的状況」から、「第 1 節 EU」6 頁以下及び「第 3 節 フランス」49 頁以下。

⁴ ジェローム・ファーブル（和久井理子翻訳）「フランスの大規模小売分野における不公正取引の規制—フランス商法典 L442-6 条による制限的行為の禁止—」公正取引（2014 年 11 月 769 号）40 頁以下。

⁵ 芦川研究員の執筆部分は以下の通りである。前掲註 3「諸外国における優越的地位の濫用規制等の分析」第 1 章から、「第 2 節 イギリス」36 頁以下。

⁶ 柴田教授による執筆部分は以下の通りである。前掲註 3「諸外国における優越的地位の濫用規制等の分析」第 1 章から、「第 4 節 ドイツ」70 頁以下。

⁷ 拙稿・「ドイツ競争法制における『利益強要（Anzapfen）』の禁止—自由保護と公正保護を架橋する競争歪曲の概念【1】・【2 完】」47 巻 1 号（2012 年）69 頁以下、2 号（2012 年）1 頁以下（拙稿・利益強要 1・2 と略称）、同「ドイツにおける需要力の規制理論—競争法學説についての近時の展開—」高千穂論叢 47 巻 4 号（2013 年）1 頁以下、同「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）61 頁以下、同「需要力濫用規制の新展開—英国綱領審判官制度の検討」高千穂論叢 49 巻 1 号（2014 年）1 頁以下。

⁸ EU 域内市場総局は、現在「域内市場、産業、企業及び中小企業総局（The Directorate-General (DG) for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs）」となっている。（European Commission > Growth > The Directorate-General (DG) for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs の HP より検索）

⁹ Study on the Legal Framework Covering Business-to-Business Unfair Trading Practices in the Retail Supply Chain, Final Report (26 Feb. 2014) (DG

センター (The Centre for European Policy Studies) とフィレンツェの欧州大学院 (the European University Institute) の各研究機関に属する中核メンバー¹⁰によりまとめられたことから、以下本稿では「ブリュッセル／フィレンツェ報告書」と略称する¹¹。

本稿がブリュッセル／フィレンツェ報告書を批判的研究の対象とする理由は、以下の点にある。

- 1) 報告書は、経済的な従属性を生み出す要因の経済学的分析として、「交渉にもとづく合意よりも好都合な代替的取引先」(取引費用の経済学)を有するか否かの指標による¹²。この指標は、経済的従属性を示す取引先依存の指標にたいし、合意にいたる交渉の努力に比べて好都合な取引先が存するかを検討する特色がある。つまり当事者にとり「外部的な」市場における代替取引先と、「内部的な」関係になる契約交渉の、両面的な検討をする特徴をもつ。

MARKET/2012/049/E) (本報告書は欧州委員会及び域内市場総局に提出された。) (インターネットの European Commission > DGs > Internal Market and Services > Studies の頁より入手) (Legal Framework と略称)。

本報告書は、事業者間の不公正取引慣行をカバーする法的枠組み、とりわけこれまでの EU と加盟国の立法による規制と私的当事者による規制について、比較法的分析に焦点をあてた研究である。その作成には、欧州大学院大学 (College of Europe, ブルッヘ)、欧州大学院 (the European University Institute, フィレンツェ)、欧州政策研究センター (The Centre for European Policy Studies ;CEPS, ブリュッセル)、EU 域内市場・サービス総局 (Internal Market and Services DG) が携わった。Legal Framework(前掲註 9 参照),p.23.

- 10 その中核的な研究メンバーは、以下の通りである。
アンドレア・レンダ (欧州政策研究センター)；プロジェクトの総括担当。
ファブリチオ・カファージ (欧州大学院教授)；比較法チーム統括。
ジャック・ペルクマン (欧州政策研究センター教授)；域内市場チーム統括。
パオロ・イアミセリ (欧州大学院教授)。
アナベラ・コレア・デ・プリト (欧州政策研究センター)。
フェデリカ・ムスティリ (欧州政策研究センター)。
ルアナ・ベッバー (欧州大学院)。
その他、報告書作成の特別な貢献をした者として、サンドリーヌ・クラールベル (仏ヴェルサイユ大学教授)、ジョアン・イグナチオ・ルイ・ペリ (スペイン、ウァレンシア大学教授)、カルメン・エステバン (スペイン、ウァレンシア大学教授) の名があげられている。Legal Framework (前掲註 9 参照), p.1.
- 11 「ブリュッセル／フィレンツェ報告書」あるいは単に「報告書」と略称する。
- 12 後掲 II. (1) 1) における、イアン・エアーズとバリー・ネイルバフによる「交渉にたいする障害としての共通知識」論文を参照・

報告書は、この両面的な検討の成果にもとづいて不公正な取引慣行の規制を導く。そして、不公正な取引慣行は取引当事者間の紛争をあつかうことから、交渉における紛争、摩擦の要素(後掲註 211 参照)と、その紛争、摩擦の要素を相対化する代替的取引先の選択についての(供給業者間の)競争との相関関係を射程におさめる意図にもとづく。

この紛争と競争との相関関係を法システム構築の基礎にすえる意図は、III. 3. (1) 及び (7) において述べるように妥当と考えられる。

問題は、ブリュッセル/フィレンツェ報告書が、その意図にもとづき法システム設計の基礎にすえる法理論的枠組みが、上記意図と整合性を保つかにある。本稿の視点、すなわち後述する抗争交換理論により、報告書の不完備契約論は以下の点により問題がある。

報告書は上記の紛争と競争の相関関係を融合的にとらえ法システムの設計をした立法例を厳しく批判する。しかしその批判は妥当性を欠く。すなわち、2013年英国の綱領審判官制を導いた競争委員会による前記相関関係論、それは取引関係における力の行使が上流市場の競争関係に及ぼす影響をとらえるものであるが、それに厳しい批判を加えている。この報告書の批判は、「交渉にもとづく合意よりも好都合な代替的取引先」の理論によって、相関関係を射程に収める意図にもかかわらず、本稿の検討視角からは紛争の関係から生ずる市場の競争への影響を把握できていない。

報告書は、その依拠する拡張的な一般均衡論の枠組みにより取引と競争との相関関係をとらえる。しかしその関係把握の視角は、問題がある。本稿はこの理由を、報告書が依拠した取引費用の経済学に批判的な理論モデル(抗争交換理論)によって明らかにする。

- 2) 報告書は、その規制提案において契約法、不法行為法、不正競争法の法領域にかかわる帰属を明らかにせず、他方で競争法の範ちゅうに属さない「機能的」アプローチのルールを勧告する。この点は、不公正取引慣行を禁止する法理論上の枠組み設定について、以下の問題を抱えている。

先ず、a) 反競争性を規律するアプローチを明確にしない問題がある。これは、下流市場における大規模スーパー間の競争の激化に起因する、上流市

場の供給業者にたいする販売促進の協力要求について、その協力レベルを継続的に引き上げる圧力をみないことになる。

また、b) 大規模スーパーによる市場において行為の広がりをもっておこなわれた不公正慣行の違反について、立証責任を緩和する余地がうしなわれる。かかる措置とは、身元を秘匿した違反申告を認めるという一定程度、立証の負担の緩和するアプローチにより、大規模スーパーによる報復的な取引停止にとまなう下記 3) の「恐れの原因」を封じ込める試みとして、英国で試みられている。

次に c) 法領域につき不正競争法への帰属を問題にしないことは、次の問題がある。市場支配力要件の閾値レベルに達しない買い手による不公正な取引慣行について、供給業者の上流市場における影響を考慮して規制するアプローチを退ける。すなわち、競争法の規制が困難な事例に不正競争法が対処する、競争法にたいする不正競争法の補完的機能（後述IV.1.(3) 参照）を軽視する、という懸念がある。

報告書が「機能的」アプローチにより競争の保護を目的としない法理論上の枠組みを勧告することは、このような a) から c) の問題をかかえる。

- 3) 近時不公正取引慣行の規制を国レベルや私的規制によっておこなう加盟国において、違反行為の申告や仲裁、調停そして私訴の件数が著しく低い現象が問題になっている。これは大規模スーパーによる報復的な取引停止を恐れた納入業者が当局への申告等の行為を控える「恐れの原因 (fear factor)」といわれる現象である。

報告書は、この恐れの原因対策として一定の手続き上の保護を供給業者に認めるが、上記 2) で述べた立証負担の緩和については認めていない。このようなエンフォースメントにおける供給業者保護にたいする制約は、以下のような経済学的分析の成果により規定されている。

すなわち報告書は、恐れの原因の経済学的分析を「協調解」のゲーム理論の手法により暗黙の協調にしたがう供給業者の長期的な利益獲得の期待によって説明している。この点について本稿の検討視角からは、上記の継続的な努力引き上げの圧力に応じない場合の大規模スーパーに生じる不利益と、

違法行為者とされる大きな不利益を受ける大規模スーパーからの報復を過小評価していることが問題になる。

報告書のこのような問題点はその規制システムについて、設計枠組みの法理論的構成を揺るがせる。その法理論的構成は上記の取引費用経済学による不完備契約論により決定されている。そこで本稿は、この取引費用の経済学にたいする批判を、抗争交換 (Contested Exchange) の理論にもとづきおこなう。抗争交換の経済学理論による分析の成果は、大規模スーパー／供給業者の関係について、取引における前記紛争を内包したコンフリクトの要因と、上流と下流の市場における競争の影響の要因とを、融合的に理解、把握するアプローチを導く。

かかるアプローチは、報告書の批判する、英国の綱領審判官制の法理論的枠組みを正当化するものと考えられる。

ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、需要力濫用問題について不公正取引慣行の経済学的分析のみでなく、ほかに不公正取引慣行にたいする法的規制の態様 (公的規制、私的規制及び混合アプローチ)、さらに越境の不公正取引慣行と国際私法の問題も論じている。あわせて本稿でも、それらの紹介をおこなう。

1. サプライチェーン機能改善規制の歩み

1. 農業／食品産業の競争力強化の目的と不公正取引慣行の規制

2008年欧州委員会は「農業／食品産業の競争力に関する閣僚級フォーラム」を設立した¹³。英国国際法比較法研究所による研究レポートは、かかる2008年フォーラムの設置による農業／食品産業における競争力の強化という目的がEUの食品チェーンにおける不公正慣行規制の契機となったことを指摘している¹⁴。

2009年3月17日欧州委員会は、農業／食品産業分野の維持可能な発展と競争力強化のための、短期、中期そして長期の公共政策及び規制の枠組みについて、30の勧告（行程表は7月6日）を採択した¹⁵。食品サプライチェーンとの関連では、農業／食品産業における中小事業者と小売業者との間の不公正な取引慣行を阻止するエンフォースメントの構築を特徴とする項目をふくんでいた¹⁶。行程表は、欧州委員会が権限を決定する新閣僚級フォーラムが食品チェーンにおける潜在的な不公正取引と反競争的慣行に対処することを規定する¹⁷。

¹³ 2008/359/EC: Commission Decision of 28 April 2008 setting up the High Level Group on the Competitiveness of the Agro-Food Industry, OJ L 120 (7.5.2008), p. 15-16 (EUR-LexのHPより入手)。

¹⁴ BIICL, Fair Relations (後掲註32参照), p3.

¹⁵ European Commission, Report on the Competitiveness of the European Agro-Food Industry (17 March 2009) (Enterprise and Industry Directorate General, Food Industry Unit) (ec.europa.euのHPより入手) (Commission, Report on the Competitiveness と略称) (ec.europa.eu/のHPより入手)。

¹⁶ この2009年報告書において注目されることは、以下の二点である。

i) 欧州委員会が加盟国及び利害関係者と協働して生産者／加工業者／流通業者間の関係に対処する欧州フォーラムを設立すべきこと、さらに食品サプライチェーン機能改善策のための指標づくりをすべきことの、双方の委員会責務が規定された点である（勧告の15番参照）。

ii) そこでは、「EU全域に及ぶ行動綱領」を採択する目標が規定されていることも看過され得ない。Commission, Report on the Competitiveness (前掲註15参照), 4.3.2. Relationships along the food supply chain, Recommendation no.15. (ec.europa.eu/のHPより入手)。

¹⁷ High Level Group on the Competitiveness of the Agro-Food Industry, the Roadmap of Key Initiatives (HLG.008), p.14 (Recommendation no15) (ec.europa.eu/のHPより入手)。

2. 「欧州食品サプライチェーン機能改善」規制体制の構築

(1) 規制目的—供給業者の競争機能を維持

2009年10月28日欧州委員会は「欧州食品サプライチェーンの機能改善」のための検討課題を明らかにした報告書を、欧州議会、理事会、欧州経済社会評議会そしてEU地方委員会に提出した¹⁸。欧州委員会はこの「機能改善」報告書において、「交渉力と潜在的な不公正取引慣行」の項目をかかげ、以下の注目すべき所見を明らかにした。

「不均等な交渉力と結びついた契約上のアンバランスは、食品サプライチェーンの競争力に負の影響を与える。それは小規模ではあるが効率的な行為者にたいし、引き下げられた利潤率のもとで運営させることを余儀なくさせ、能力に限界を課しかつ製品の品質を高める投資のインセンティブを制限し、製造プロセスのイノベーションを抑えるからである¹⁹。」

この見解は、不公正慣行が供給業者の投資インセンティブとイノベーションにマイナスの影響を与えることで、サプライチェーン全体の競争力を弱めることを推論している。このサプライチェーンの全体的な競争力弱体化という結論は、その前提として、供給業者の競争力（競争機能）の弱体化が問題にされなければならない。すなわち引用文中の不公正慣行による投資インセンティブとイノベーションのマイナス効果は直接的に「小規模」な供給業者に及ぶからである。

欧州委員会による「食品サプライチェーン機能改善」報告書の構築目的が、その初期の議論において、供給業者の競争機能を維持することにおかれていたことは、以下のことから重要な視点であると考えられる。

¹⁸ Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions — A better functioning food supply chain in Europe(28.Oct.2009) COM(2009) 591 (ec.europa.eu/のHPより入手)。

¹⁹ Ibid, COM(2009), p.5. この見解は、不公正慣行の存在にかかわって述べられている。すなわち、上記引用の前の段落には、不公正慣行の例示列举がされている。したがって、委員会のいう「不均等な交渉力と結びついた契約上のアンバランス」とは、ここで列举された、「支払い遅延、契約の一方的変更、契約条項にたいする随時の変更、取引開始の交渉に際して協賛金」などの不公正慣行を指すと考えられる。

さらに委員会は、違反申告にともなう報復の取引停止から契約を失う「恐れの原因」にかかわる問題にも触れている。Ibid, COM(2009), p.6.

すなわち第一に、2013年にほぼ10年の運用経験を経て整序された英国の綱領審判官制度は、供給業者段階の競争を中、長期的に保護する目的から、供給業者の競争機能を維持する規制の企図を有していたからである。

第二に、本稿で検討するブリュッセル／フィレンツェ報告書は、かかる供給業者段階の競争を保護する英国の見解を厳しく批判して点にかかわる。すなわち、報告書は、不公正慣行について、機会主義的な短期的市場のかく乱行動が問題になり、それを是正することを規制目的にしていたからである。このような点につき、長期的な競争機能の毀損と短期的な機会主義的行動による比較問題の検討は、以下のI.4.(2) 2-2) v)、及びIII.3.(7) 7-3) ii)でおこなう。

本稿の結論的立場から言うならば、この「機能改善」報告書における初期の議論にあらわれた規制の構築目的が正当とされるべきである。したがって、委員会が後に公表するグリーンペーパーの不公正慣行規制の目的設定は妥当ではないと考えられる²⁰。

3. サプライチェーン・イニシアチブの創設へ向けた動き

(1) 食品サプライチェーン機能改善閣僚級フォーラム

2010年7月欧州委員会は「食品サプライチェーン機能改善のための閣僚級フォーラム」を創設した。同フォーラムは農業食品部門における産業政策の展開について委員会を補助する。委員会は、食品サプライチェーンの展開と調和した新たな勧告を策定するために、チェーンの競争力と機能発揮に関連する問題に関しフォーラムに諮問をおこなう。フォーラムは国家部局の閣僚級責任者（農業と食品産業関連）、農業食品の産業、流通及び取引ビジネスの事業者と事業者団体、食品サプライチェーン問題の専門家から構成される²¹。

²⁰ 後掲「5. 欧州委員会のグリーンペーパー」における「(3) グリーンペーパーの目的論がかかえる問題点」を参照。

²¹ Commission Decision of 30 July 2010 establishing the High Level Forum for a Better Functioning Food Supply Chain, OJ C 210(3.8.2010), p. 4-5, Articles 2,3,4.

2011年3月10日欧州委員会は、上記閣僚級フォーラムにおいて、複数の利害関係者がサプライチェーンにおける行為者の交渉力の不均衡と濫用にかかわり、公正／不公正慣行について議論をおこない、さらに問題点とその解決策を見いだすべく努力するように求めた²²。そこで、この閣僚級フォーラム内に事業者間契約専門家フォーラム（“B2Bplatform”）がおかれた²³。専門家フォーラムは、欧州の食品サプライチェーンを横断した種々の利益を代表する団体からなる11の中核メンバーから構成される²⁴。

²² 後掲（2）の1）における「適正慣行原則」（Principles of Good Practice）における「導入（Introduction）」の記述である。

²³ 欧州委員会により設立されたB2Bプラットフォームは、欧州食品サプライチェーンにおける垂直的事業者関係における不公正な契約関係の問題を考慮する目的による。2011年3月委員会は、B2Bプラットフォームにたいし食品サプライチェーンにおける公正慣行と不公正なそれについて複数の利害関係者と協議することを求めた。議論の中心は、食品チェーンで運用する行為者によるありうる交渉力の非対称性と濫用を分析し、解決策をみいだすことであった。Legal Framework（前掲註9参照），p. 64, Note 79. 討議は、上記原則（前掲註22参照）の順守に関する監視と評価にかかわって、次の事項についてなされた。ガバナンス組織、遵守状況の評価指標、加盟国レベルのルール及び各国ボランタリー規制との関係評価、その越境的な執行問題、運用資金、欧州連合レベルの規制を満たすか否かの評価におよんだ。

²⁴ サプライチェーン・イニシアチブ創設のため、適正慣行原則の採択に携わった11機関は以下の通りである。

AIM(欧州ブランド連合；The European Brands Association：本部はブリュッセル)、
CEJA（ヨーロッパ青年農業経営者協議会；European Council of Young Farmers）、
CELCAA (the European Liaison Committee for Agricultural and Agri-Food Trade
欧州農産物貿易連絡委員会)、

CLITRAVI (The Liaison Centre for the Meat Processing Industry in the
European Union；EU食肉加工業連絡センター)、

Copa Cogeca（欧州農業組織委員会／欧州農業共同組合委員会）、

ERRT（European Retail Round Table；欧州小売業円卓会議）

Euro Commerce（欧州商工会議所）、

Euro Coop（欧州消費者共同組合連合、事務局はブリュッセル）、

FoodDrinkEurope（欧州食品産業連合）、

UEAPME（European Association of Craft, Small and Medium-sized Enterprises；

欧州クラフト・中小企業同盟）and Independent Retail Europe（欧州自営小売業者
連盟；従前のUGAL；食品共同購入連盟）。

Framework for the implementation and enforcement of the principles of good
practice in vertical relations in the food supply chain (25th Jan. 2013)
(supplychaininitiative.euのHPより入手)

(2) 「適正慣行原則」とサプライチェーン・イニシアチブ

1) 「適正慣行原則」の主な内容

かかる複数関係者による協議の成果は、2011年11月29日、「食品サプライチェーンにおける垂直的關係：適正慣行原則」（以下、「2011年垂直的關係」と略す。）として、不公正取引慣行の自己規制にかかわる行動綱領にまとめられた²⁵。

2011年垂直的關係はおおよそ、「適正慣行原則 (Principles of Good Practice)」と「公正慣行／不公正慣行例一覧」の二部からなっている。

前者の適正慣行原則は、「一般原則」及び「個別原則」から構成されている。そのうち、「一般原則」は、「競争法を含む適用法規の厳格な遵守をしなければならない」ことを規定した後に、以下の三原則を掲げている。すなわち、

- 「A. 消費者：契約当事者は常に消費者利益を考慮し、かつ事業者間サプライチェーンの全体的な維持可能性を考慮しなければならない。
- B. 契約の自由：契約当事者は、いかなる合意についてもそれに参加するあるいは参加しないかを独立して決定する自由を含む各自の戦略と経営方針について、その決定にかかわる他者の権利を尊重する独立した経済的存在である。
- C. 公正な取引行為：契約当事者は各自が責任をもって、誠実にかつ専門の注意をもって取引しなければならない。」という三原則である。

本原則は、「2011年垂直的關係」の行動綱領（「適正慣行原則」と「公正慣行／不公正慣行例一覧」）の運営のため設立された「サプライチェーン・イニシアチブ」（2013年9月運用開始）の組織によれば、契約自由の尊重と競争力確保をビジネスの行動枠組みとすると特徴づけがなされている²⁶。

²⁵ Vertical relationships in the Food Supply Chain: Principles of Good Practice. Proposed by the following core members of the B2B platform. AIM. CEJA. CELCAA. CLITRAVI. Copa Cogeca. ERRRT. EuroCommerce, Euro Coop, FoodDrinkEurope, UEAPME, UGAL (29 Nov. 2011). (ec.europa.eu/digital-agendaのHPより入手) (Principles of Good Practiceと略称。本原則には頁ナンバーやパラグラフナンバーの記載がない。引用部分は「適正慣行原則 (Principles of Good Practice)」という表題部分である。)

²⁶ <http://www.supplychaininitiative.eu/about-initiative>.

2) 「適正慣行原則」における「一般原則」にたいする批判的評価

* 消費者、供給業者そして大規模スーパーの利益

この適正な事業者間慣行の特色は、本稿でとりあげたブリュッセル／フィレンツェ報告書について、その批判的検討をする視角からは、以下の点が批判の対象となる。

大規模スーパーと供給業者とは、契約に際し、①消費者利益の考慮と②事業者間サプライチェーンの全体的な維持可能性の考慮をすることが求められていることが、まず問題になる。

この場合、②にかかげた事業者間サプライチェーンの全体的な維持可能性の考慮の具体的内容が明らかにされる必要がある。前記 2009 年 10 月 28 日欧州委員会による「機能改善」報告書では、「食品サプライチェーンの競争力」の文言について、具体的な不公正慣行の例示列挙の記述との関連から、「供給業者の競争機能の維持」が規制目的とされることを指摘した。ここでも公正慣行／不公正慣行一覧がすぐ後に掲載されていることから、やはり供給業者の競争機能の維持が考慮対象であるとされるであろう。

そのうえで、サプライチェーンの「全体的な」維持可能性とされていること、及び「他者の権利を尊重」がうたわれていることから、チェーンの構成要因としての大規模スーパーの流通、販売等の諸機能への影響も考慮要因とされていると考えられる。

すなわち、契約当事者に求められる考慮要因としては、a) 消費者の利益と、契約の相手方である、b) 供給業者の競争機能の維持及び、c) 大規模スーパーの流通、販売等の諸機能への影響という a)、b)、c) からなる三者の利益考慮を求められることとなる。

3) 第三者機関がおこなう異質な利益の考量をめぐる問題

3-1) このことから、サプライチェーン・イニシアチブの調停、仲裁を担う第三者機関は、かかる三者の利益考慮を調和的に解釈して、当該不公正慣行の適否を判断することになると思われる。

i) 第三者機関がおこなう上記のような異質な利益の間の考量について、以

下のような問題が指摘される。

- ii) 消費者利益を不公正慣行の規制で具体的な違法性判断基準に取り込む困難性の問題が指摘される。この点は既に従前の拙稿でも論じた点である²⁷。
- iii) 次に、相対する契約当事者の利益考量が、その判断基準について検討されなければならない。すなわち大規模スーパーの流通、販売等の諸機能への影響と供給業者の競争機能の維持との利益が考量されることは、次のような問題を明らかとする。

それは、不公正取引慣行の規制は、大規模スーパーの経済的な優位と供給業者の劣位が明らかにする、後者の損失について影響評価を優先した考量がされるべきではないかということである。

- iv) その理由は、前者である大規模スーパーの経済的優位について、次の点により既に一定程度一般的な共通認識となっていることによる。

かかる経済的優は以下のような指標によって示される²⁸。

- a) 代替的取引先確保の容易さ、
- b) 財務能力の格差

²⁷ 拙稿・綱領審判官（前掲註 7 参照）、77 頁以下。事業者間における不公正取引慣行の規制が消費者利益に留意しておこなわれなければならないとすると、短期的利益と中・長期的な利益で規制の態様で区別がされるべきであるという主張がされうる。

短期的には、需要力ないし交渉力の行使の結果買い手の獲得した低価格による利得が消費者に還元される場合に、買い手のこのような力の行使は、違法とされる評価を免れる場合を認めるのか、あるいは認めるとすれば、どのような違法性規準によって認めるのか、という問題である。

次に中、長期的な影響を消費者利益について考慮すると、買い手が売り手を搾取的に濫用する慣行の結果、売り手が財政的負担をかかえ、投資とイノベーションを抑えられることから、製品の品質、種類に悪影響が及ぶことが考えられる。

このような消費者への利益還元や損失問題は、上記報告書の紹介や検討において以下、該当部分で論じる。

²⁸ 著者は従前の拙稿において、英国の綱領審判官制度の創設を導いた競争委員会の 2008 年報告書から、英国の食品雑貨スーパーの供給業者に対する経済的優位を示した分析の成果を紹介した。それによると、下記本文に掲記した a から f のような市場及び取引の指標を用いて、総体として、大規模スーパー、特に 4 大食品雑貨スーパーの経済的優位と供給業者の経済的劣位を明らかにしている。拙稿・綱領審判官（前掲註 7 参照）、119 頁以下。また競争委員会は、これ以外の証拠として、大規模スーパーと供給業者の取引実態を示す調査からも前者の経済的優位を導いている。拙稿・綱領審判官（前掲註 7 参照）、123 頁以下。

c) 事業規模の格差

後者の供給業者の経済的劣位を示す指標としては次のような項目があげられる。

d) 超過供給にある市場状況

e) 少数の買い手先に販売が集中する傾向

f) 供給業者が消費者にアクセスする方が限られるか、乏しいこと

このような諸要因から、大規模スーパーの経済的優位にたいする供給業者の経済的劣位は、比較的、一般的に共通の理解となっていると考えられる。

v) したがって、不公正取引慣行につき第三者機関がおこなう異質な利益の考量問題は、その交渉力の優位と需要力の濫用的行使の結果となっている事実を確認することとして、供給業者への影響が優先的に考慮要因とされるべきではないかと考えられる。

まとめると、大規模スーパーと供給業者の利益を並列的に論じる「適正慣行原則」における「一般原則」は、大規模スーパーと供給業者間に存する経済的優位と劣位の関係についての考慮を欠いた問題がある。

3-2) 経済的優位と劣位の関係を前提に契約自由の評価がされるべきこと

i) 大規模スーパーと供給業者間の異質な利益について、第三者機関の考量は、大規模スーパーの優位と供給業者の劣位を前提としなければならないことが上記に明らかにされた。このことは、次に「2011年垂直的關係」における「一般原則」の「B. 契約の自由」においても問題になる。ここでも契約当事者の経済的優位と劣位を問題にせず、その対等性を前提にした契約の自由原則の保証が導かれている。

ii) この点は、2013年7月欧州経済社会評議会がグリーンペーパーにたいするその提出意見において、不公正な取引慣行が問題になる場合に契約自由の機能不全の問題を前提としていた姿勢と対照的である。すなわち、下記6.(1)に紹介するように、同評議会は、契約自由の存在について、これまでスーパーマーケットと中小企業間の取引関係においては、不公正

取引慣行を規制する公的機関においてもその自由が存在することは疑問とされなかったが、グリーンペーパーがかかると見方を放棄した経緯を注目している。すなわち、契約の二当事者間における経済的圧力の顕著な不均衡が、真の契約自由の存在を危機に陥れているとするところをえ方をしたことである²⁹。

iii) この点から、「一般原則」のいう「各自の戦略と経営方針について、その決定にかかわる他者の権利を尊重する独立した経済的存在である」ことを確認するべく求められる当事者の優先順位について問題がある。すなわち、大規模スーパーと供給業者間の不公正慣行が問題となっている多くの場合に、他者の権利の尊重を求められる者は、後者の経済的劣位にある供給業者にたいしてよりも大規模スーパーである。それは「恐れ」の要因まで問題視される供給業者の「戦略と経営方針について、その決定にかかわる」供給業者の「権利」が大きな脅威のもとにおかれており、その原因が大規模スーパーの不公正慣行である状況に至ったという認識が求められる、ということの意味する。

iv) 以上のようにサプライチェーン・イニシアチブがその運用の基礎とする「2011年垂直的關係」における「一般原則」は、現実に存在する経済的な優位／劣位の関係を捨象した、抽象的關係性のとらえ方が特徴となっている。

したがって、かかる抽象的な判断指標に依拠して、起こりうる具体的な不公正慣行の事件について第三者機関が調停、仲裁をおこなうことは、エンフォースメント問題を別にしても、その解決策の提示について、紛争の現実を的確に反映したものとなる期待はできないと考えられる。

4) 「2011年垂直的關係」のその他の内容

「適正慣行原則」において、次に「個別原則」は、①書面合意、②予測可能性、③合意遵守、④情報の流用、⑤情報の秘匿、⑥事業上のリスク負担、そし

²⁹ 後掲した、「6. 契約弱者にたいする契約の自由保護（欧州経済社会評議会）」における「(1) 不公正な取引慣行と契約自由の機能不全の問題」を参照。

て⑦正当される要求の7項目について規定している³⁰。

「公正慣行/不公正慣行例一覧」は11の慣行について、それぞれ不公正慣行の例と公正慣行の例が示された³¹。

³⁰ 「適正慣行原則」の「個別原則」7項目は以下の通りである。

- ①書面合意：「合意はそれが実行できないか、あるいは口頭の合意を双方が認めておりかつ便宜である場合を除き書面でなければならない。その合意は、明確かつ分かりやすいもので、かつ取引停止の権利と手続を含めてできる限り多くの関連事項と予測可能な事態をカバーするものでなければならない。」
- ②予測可能性：「契約条件の一方的変更は、その変更の可能性、状況及び条件が事前に合意されるのでなければおこなってはならない。合意はそれの実行のために、又は予見できない事情の生じたために必要な変更を各当事者が他者と話し合うための過程を含んでいなければならない。」
- ③合意遵守：「合意は遵守されなければならない。」
- ④情報の流用：「情報の交換がされる場合には、競争法と他法規の厳格な遵守のもとにおこなわれなければならない、かつ当事者は、提供される情報が正確であり、かつ誤認誘導とならないように合理的な注意を払わなければならない。」
- ⑤情報の秘匿：「当該情報がすでに公知であるか、適法かつ誠実に受領する当事者の独自に獲得してものであるか、いずれかの場合でないとする」と情報の秘匿が尊重されなければならない。秘匿情報は、連絡された目的に限り受領当事者のみが利用しなければならない。」
- ⑥事業上のリスク負担：「サプライチェーンにおけるすべての契約当事者は、自らの適切な事業上のリスクを引き受けなければならない」
- ⑦正当される要求：「契約当事者は、不当な利益をえるために、あるいは正当とされないコストを移転するために、威嚇を用いてはならない。」

³¹ 以下に「適正慣行原則」における公正慣行/不公正慣行例の一覧の翻訳を掲げる。引用は、Principles of Good Practice(前掲註25参照)における“Practice”，“Example of unfair practice”，“Example of fair practice”の記述である。

表1；「適正慣行原則」における公正慣行／不公正慣行例一覧

| 慣行 | 不公正慣行の例 | 公正な慣行の例 |
|---------------------------------|---|---|
| 合意— 書面あり/書面なし、 | ・重要な要件について書面化の拒否ないし回避。これにより当事者の意図を確定する困難が増し、契約における権利義務を規定する困難が増す。 | ・契約当事者は、合意の書面化が困難でないか、あるいは口頭の合意を相互に認めておりかつそれが便宜である場合のほか、合意の書面化を確実にこなう。 ・書面化された契約は明確かつ平明でなければならない。 ・契約が書面でない場合、一方の当事者は事後に書面の確認を送付する。 |
| 一般的な条件 (term and conditions) | ・不公正な条項を含む一般的条件を課すこと。 | ・ビジネスの活動を促進し、かつ公正な条項を含む条件を用いること。 |

| | | |
|-----------|---|---|
| 取引停止 | <ul style="list-style-type: none"> 告知なくして、あるいは不利となる短期間の告知にもとづいて、そして客観的に正当化される理由なくして商取引の関係を一方的に停止すること。例えば一方的な販売目標の未達を理由にした取引停止。 | <ul style="list-style-type: none"> 合意を尊重し、さらに適正な手続き (due process) にしたがって、かつ適用される法律にしたがった取引停止。 |
| 契約上の制裁 | <ul style="list-style-type: none"> 契約上の制裁が、透明性を欠いた態様で課され、かつこうむった損害に不釣り合いに課される。 制裁が合意によってあるいは適用される法によって正当化されることなく課せられる。 | <ul style="list-style-type: none"> もし当事者がその義務に反するならば、契約上の制裁が透明な態様で、合意を尊重してまた損害に比例して適用される。 契約上の制裁が事前に合意されており、双方サイドにとって均衡しており、かつ保障される損害を理由として課される。 |
| 一方的行為 | <ul style="list-style-type: none"> 商品又は役務のコスト又は価格における契約外の、濫及的な効果をもつ一方的な契約変更。 | <ul style="list-style-type: none"> 契約が、継続的な一方的行為を許す正当な環境をとめない条件を含む。 |
| 情報 | <ul style="list-style-type: none"> 契約の義務である、他方当事者に関する本質的情報を提供しないでおく、及び他方当事者がそれを受けを正当に期待しえる本質的情報を提供しないでおく。 ある契約当事者は、他方の契約当事者から秘密裏に提供された取扱いに慎重さを要する (sensitive) 情報を、その許しを得ることなく、競争優位を可能にする態様において利用又は第三者と共有する。 | <ul style="list-style-type: none"> 関連する本質的な情報を他方当事者に契約上の交渉にもとづいて提供すること、及び情報が濫用されないことを確実にすること。 |
| 事業者のリスク配分 | <ul style="list-style-type: none"> 不当ないし不均衡なリスクを契約当事者に移転すること、例えば何ら業績なくして支払いをすることによってマージンの保障を課すこと。 契約当事者の専有的なビジネス活動にたいする資金提供の要求を課すこと。 契約当事者が適法な販売促進活動及び販売促進の要求を、その製品についてなすことを妨げること。 | <ul style="list-style-type: none"> 異なる運用者はサプライチェーンの各段階において固有のリスクに直面する。一当該分野においておこなっているビジネスについて、潜在的報奨にそれは結びついている。すべての運用者はみずからのリスクについて責任を負い、かつ他方当事者にたいしそのリスクを移転する不当な試みをおこなわない。 契約当事者は、各当事者の専有的活動及び／又は販売促進活動にたいする寄与に応じた条項と条件に同意する。 |

(3) 市民団体からの批判と欧州議会の「欧州小売業活動計画」

* 2011年11月29日、食品サプライチェーンの国際的展開からもたらされる影響に関心をもつ国際的な市民グループ6団体は、「適正慣行原則」と「公正慣行/不公正慣行例一覧」からなる「2011年垂直的関係」の行動綱領システムの運用にかかわって、批判的声明と独自の提案を公表した³²。

| | | |
|--|--|--|
| <p>品揃え協賛金 (Listing Fees, upfront access payment)</p> | <ul style="list-style-type: none"> ・新製品を品揃えに加える場合にこうむるリスクと均衡を失した品揃え協賛金を課すこと。 | <ul style="list-style-type: none"> ・品揃え協賛金—《新製品を品揃えに加える場合にこうむるリスクを緩和するために用いられる》—が双方当事者間において合意がされ、かつその額がこうむるリスクと比例している。 |
| <p>威嚇的なビジネスのかく乱</p> | <ul style="list-style-type: none"> ・威嚇的なビジネスのかく乱又は客観的な正当事由のない優位を得るためのビジネス関係の終了、例えば権利行使をする当事者を罰するような取引停止。 ・提供されないサービスや配達されない財のため支払いを要求すること、あるいは提供されるサービスの価値/コストに明確に対応しない支払いを要求すること。 | |
| <p>抱合せ</p> | <ul style="list-style-type: none"> ・契約当事者にたいしある組合せの製品又は役務を抱合せて、他の製品又は役務の、一方当事者又は指定第三者からの購入ないし供給を課すこと。 | <ul style="list-style-type: none"> ・契約当事者は、サプライチェーンの全体的効率性及び又は維持可能性を高めて、かつ消費者と契約当事者双方に利益となる製品又は役務に合意をしている。 |
| <p>財の配送と受領</p> | <ul style="list-style-type: none"> ・ 不当な優位を得るための恣意的に攪乱された配送又は受領。 | <ul style="list-style-type: none"> ・ 合意された時間に到達する配送は、その生産と製造するプロセスと配送のタイムテーブルを事前に十分に計画をすることを供給業者に可能とし、さらに買い手に配送される財の受領、保管及び陳列を計画することを可能にする。 |

³² Recommendations to the EU High Level Forum for a Better Functioning Food Supply Chain in Relation to Business to Business Contractual Practices Expert Platform’s Forthcoming Work Exploring “Code” Implementation Options (www.europarl.europa.eu の HP より入手)。

本勧告は、国際消費者機構 (CI; 後掲註 69 参照)、オックスファン・ドイツ (Oxfam Deutschland; 世界 90 カ国以上で活動する国際協力団体のドイツ支部。世界 17 の国・地域に拠点を置き、貧困克服を支援)、SOMO (多国籍企業調査研究所; center for research on multinational corporations) などの市民活動グループ 6 組織により

- * 2013年1月31日、欧州議会は、EUの小売業の競争力を高め、その部門における経済的、環境、そして社会的成果を改善する戦略を設定することにより小売業における単一市場を達成する障害を除くための「欧州小売業活動計画（European Retail Action Plan）³³」について、議会独自のイニシアチブから報告書を公表した³⁴。

合同してまとめられ、上記閣僚級フォーラムによる2011年11月29日の会合に提出された。

本報告は、2011年垂直的關係にかかわる綱領制度について独立した調査と監視をするエンフォースメント権限を有する機関の設立を強く主張する。そのボランティアな遵守システムは失敗することは、英国2001年スーパーマーケット綱領の例により明らかとする。また違反申告者の身元の秘匿と情報の秘密が「恐れ風潮（climate of fear）」を阻止するため必要とする。

本報告は、英国国際法比較法研究所（British Institute of International and Comparative Law; BIICL）が2012年にEUにおける不公正慣行規制に関して調査した報告書 Models of Enforcement in Europe for Relations in the Food Supply Chain の末尾に、付録（ANNEX III, p.41-44）として添付されている（www.biicl.org のHPより入手）。

³³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Setting up a European retail action plan. COM(2013) 36 final. (www.europarl.europa.eu のHPより入手)

³⁴ Report on the European Retail Action Plan for the benefit of all actors (2013/2093(INI)) Committee on the Internal Market and Consumer Protection (www.europarl.europa.eu のHPより入手)。

（14 Nov. 2013）（A7-0374/2013）（報告担当者は Cornelis de Jong の名があがっている）。報告書は後掲註 35 の 2013 年 12 月 11 日の不公正取引慣行の規制にかかわる決議と同様の意見を掲げるほか、解説の声明を添付し、以下の事柄に留意すべきことを述べている。

i) スーパーマーケットと取引する製造業者には、製糖産業のように独占者として強力な会社の存する場合がある。また中間取引業者は多国籍企業として、その利益率はスーパーマーケットより高い。

ii) 小規模の製造業者は報復措置を恐れることから、スーパーに公式の訴訟を提起することは難しい。不公正慣行をこうむるそれら事業者は取引関係を失うコストを考慮している。

報告担当者としては、上記の訴訟にかかわる EU レベルの立法的解決にはあまり重きを置くべきでないという留保をしている。

iii) ボランティアなサプライチェーン・イニシアチブは、参加者による共同責任の引き受けにかかわり、基礎となるもので歓迎される。他方製造業者のなかには、かかるボランティアな形態は、現状を変えないとする異論がある。その意味で職権によりルール策定のできる独立したオンブズマンや仲裁者が求められるとする。

さらに 2013 年 12 月 11 日にはこの活動計画にかかわる決議において、不公正な取引慣行の問題が、農民と中小事業者を含めたサプライチェーン全体にマイナスの影響をおよぼし、またその慣行は消費者利益と同じく成長及び雇用に消極に作用していることから、新たな規制が委員会によって採られるよう求める決議をした³⁵。

4. 「サプライチェーン・イニシアチブ」の創設

(1) 2013 年 1 月、上記「2011 年垂直的關係」の協議をおこなった前記 11 機関のうち 8 機関は、同原則のボランタリーな執行をおこなうための枠組みを創設する合意をした。同イニシアチブは 2013 年 9 月 16 日運用を開始した³⁶。

2014 年 12 月時点でサプライチェーンに登録した EU レベルで活動するグループ企業は 164、加盟国レベルで活動する事業者数 863 である³⁷。この EU レベルのグループ企業 164 うちで、製造業者は 90、小売業者 36.5、卸は 31.5、農業は 6 の部門別分類となる³⁸。

さらに報告担当者は情報源の秘匿を維持するため、事業者団体がこれらオンブズマン等に接触するシステムが優先されるべきとする。Ibid, pp.14・15.

³⁵ European Parliament resolution of 11 Dec.2013 on the European Retail Action Plan for the benefit of all actors (A7-0374/2013) (www.europarl.europa.eu の HP より入手), para.E.

欧州議会の不公正取引慣行の規制にかかわる決議は、以下の通りである。

弱体な市場参加者、特に農民とその他の供給業者は不公正慣行に異議申し立てをすることが困難とみられる。このことから、自らの利益のため申立てをすることができる団体の役割の重要性が強調される。委員会はかかる必要性を認識しオンブズマンあるいは仲裁者の制度導入にかかわる可能性を検討することが求められる。またこの職が不公正慣行の証拠に基づき職権で (ex officio) 立件できる権限を有するべきか検討すべきである。Ibid, para. 34.

³⁶ 上記本文の記述は、サプライチェーン・イニシアチブの HP から、Home > About the initiative > The Framework を参照した。なお、上記の合意をした 8 機関は以下の通りである。AIM、CELCAA、ERRT、EuroCommerce、Euro Coop、FoodDrinkEurope、UEAPME、UGAL (Independent Retail Europe)。この 8 グループが現サプライチェーンのガバナンスグループを構成している。その活動の紹介は、以下の 1 周年活動報告書を参照。Supply Chain Initiative (SCI), “1st Annual report” (Jan. 2015), p.13. (Home > Library > Annual Report, の HP より入手した) (SCI, 1st Annual report と略称)。

³⁷ SCI, 1st Annual report (前掲註 36 参照), p.23.

³⁸ SCI, 1st Annual report (前掲註 36 参照), p.25.

(2) サプライチェーン・イニシアチブの問題点

登録・署名した利害関係団体について、本サプライチェーンに重大な利害をもつ主要製品の生産者団体である、農業団体及び食肉業者の団体が含まれていない点が注目される³⁹。本イニシアチブに参加を控えた利害関係者の批判的意見は⁴⁰、主に以下の三点からなる。

- ① ボランタリーな参加を特色とするサプライチェーン・イニシアチブは、当該綱領のエンフォースメントにかかわる独立した実効性ある機関を欠く問題がある⁴¹。
- ② 不公正慣行をこうむっている事業者は、身元を秘匿した違反行為の申し立てが保障される可能性の低い問題がある⁴²。すなわち本イニシアチブは、恐れの問題と正面から取り組む姿勢に乏しいとみなされよう。
- ③ 紛争解決の制度として調停 (mediation) と仲裁 (arbitration) の手続きが予定されにとどまり⁴³、実効的な違反行為の調査と制裁の仕組みを欠く⁴⁴。違反の抑止と監視機能に限界がある。

³⁹ See, Commission, COMMUNICATION・2014 (前掲註 78 参照), p.8.

⁴⁰ Commission, COMMUNICATION・2014 (前掲註 78 参照), p.8.

⁴¹ Commission, COMMUNICATION・2014 (前掲註 78 参照), p.8.

⁴² 集团的紛争の事件に限り、利害関係団体を通じた一定の秘匿を認めるというのが、「2011年垂直的關係」の解釈をするサプライチェーンのガバナンスグループの立場である。また第三者を介した紛争の解決手続きに進むには、双方当事者の合意によることも、申告者の身元の秘匿を困難にする。

⁴³ Commission, COMMUNICATION・2014 (前掲註 78 参照), p.8. See, SCI, 1st Annual report (前掲註 36 参照), p.11, “How does the Initiative work?”

⁴⁴ 違反に対する制裁は、ウェブサイトでの企業名公表とイニシアチブからの除名措置とされている。supplychaininitiative.eu の HP から、<Questions and answers on The Supply Chain Initiative < “Are sanctions foreseen for breaches of process commitments?” による。

結局かかる制裁は、違反企業の社会的評価を貶め、市場機能である評判、名声という市場参加者によるインセンティブ発揮に期待しているものと考えられる。See, Commission, COMMUNICATION・2014 (前掲註 78 参照), p.8.

市場のメカニズムに内在するインセンティブ機能に信頼した、市場の失敗を回復する試みには、近時限界の指摘されること (スティグリッツの所説) については、後述のVI. 2. (4) 3) 3-3) 及び 3-4) において、また本稿が依拠した抗争交換理論の立場からの限界の指摘は、後掲II. 1. (2) 4) 4-3) iv) の脚註 120 を参照。

5. 欧州委員会のグリーンペーパー

(1) 2013年1月 欧州委員会は「欧州における食品及び食品外製品サプライチェーンの事業者間不公正取引慣行についてのグリーンペーパー」を公表した。委員会はそのなかで、不公正取引慣行を禁ずる規制の枠組み（法領域の区別）、不公正取引慣行の基本類型、加盟国間において生じた規制態様の分裂、エンフォースメントのあり方などについて、委員会による整理と一定の見解を提示するとともに、加盟国や利害関係者に意見提出を求めた⁴⁵。グリーンペーパーは、欧州委員会のサプライチェーンにおける不公正取引慣行規制を検討する作業の一里塚である。しかし、また法的な問題点の把握と解決策の方向性が示された初めてのまとまった成果と評されるものである。そこで、本稿では末尾にほぼ全訳を掲載する⁴⁶。

(2) グリーンペーパーの不公正慣行規制の目的論

1) グリーンペーパーは、その「2. 不公正取引慣行の定義」における「2.1. 不公正取引慣行の概念」において、事業者間の不公正慣行が生じる原因とその法的な意味を解説している。この部分は、委員会の本規制にかかわる基礎理論的な認識を示す重要箇所であるので、付録拙訳から、該当の推論構成による部分を箇条書きにあらため、以下に適示する⁴⁷。

- ① 契約の自由は市場経済における事業者間の関係の礎石である。
- ② 契約当事者は、みずからの必要に最もよく適合する契約を設計することができるものでなければならない。
- ③ このことは契約条項のうちに実質的に具体化される、契約締結前の交渉過程で考慮される。契約の自由から相互的な利益を導き出すために、当事者は現実に契約条件を交渉する立場にななければならない。

⁴⁵ 付録資料(1); 欧州委員会グリーンペーパー、その(5頁)を参照。

⁴⁶ 付録資料(1); 欧州委員会グリーンペーパー参照(欧州委員会グリーンペーパーと略称)。なお拙稿による翻訳では、脚注、二つの図表、委員会の将来的な工程表は省略した。

⁴⁷ 付録資料(1); 欧州委員会グリーンペーパー、「2. 不公正取引慣行の定義」における「2.1. 不公正取引慣行の概念」を参照。

- ④ しかし、契約当事者が強力な交渉上の地位をもつ場合には、弱い反対当事者に一方的に条件を課することができる。また排他的に自らの経済的利益を優先するビジネス関係を形成できる。
- ⑤ とりわけ、契約当事者は重大なアンバランスをかかえる契約期間と条件を行使することがあり、また交渉力のために個別にそれらを交渉することができない。
- ⑥ かかる状況においては、弱い当事者は契約を締結しえないことを恐れて、あるいはビジネスから生ずる駆動力に促されることもあるから、不利な条件を一方的に課されることも拒否できる位置にはない。
- ⑦ かかるアンバランスな交渉上の地位は、様々な要因、例えば当事者の相対的な規模／売上高における格差、経済的な従属性あるいは一方当事者により課せられた既存の重大な埋没原価（sunk cost）（例えば高額の支出済み投資）があげられる。

委員会の不公正取引慣行を生ぜしめる原因分析は、以上のように整理される。

契約の自由について述べた①から③は、①の事業者間の関係の礎石である契約の自由が広く市場経済においてとらえられていることから、一方当事者が強力な交渉力をもつ場合（④から⑦）にも、かかる重要な位置づけがされていると考えられる。また②で、契約当事者各自の必要に最もよく適合する契約設計が求められることは、③の交渉過程論とも併せて、相対する契約関係にあって、対等な関係にある交渉と契約の実現を目指していると考えられる。

- 2) したがって、委員会は一方当事者が強力な交渉力をもつ場合にも不公正慣行の規制を通じて、対等な交渉と契約内容の実現することが目標とされる旨、ここで考えている。

(3) グリーンペーパーの目的論がかかえる問題点

事業者間の不公正慣行の規制について、それを i) 契約の自由にかかわる、ii) 対等な交渉と契約内容の実現を目指すものにとらえることは、以下の問題がある。

1) 弱者保護と契約の自由

先ず、契約の自由という基本原則を、弱体な契約当事者の保護のためにもちいる主張については限界性があるが、その限界が十分に認識されていない問題が指摘される。

a) 契約の自由という法の基本原則は、契約関係における弱体な当事者のみが主張するものではないということが、はじめに指摘される。

この点はドイツにおける不公正取引慣行にたいする行動綱領の規制について、以下のような議論があることが注目される。それは、かかる規制は取引条件の整備と義務付けをともなった「模範契約ないし標準契約」を導くことになると批判する、競争当局やオールドーリベラルスミススの見解である。

この見解は、二つの前提的認識をきわめて重くとらえる特徴がある。

一つは、たとえ交渉力の相対的に強い買い手であっても、下流市場においては消費者に向けた激しい販売競争にさらされている状況である。

二つ目は、この下流市場の消費者へ向けた競争は、上流市場の供給業者間の販売競争を通じた大規模流通業者の店頭で繰り広げられる販売促進活動への協力と結びついているという認識である。

このように、大規模流通業者も競争関係のもとにおかれているのであるから、競争の遂行のため、契約の自由を行使して、供給業者と対峙する必要がある。したがって、弱い当事者（供給業者）の契約自由のみを重視することは、消費者へ向けた大規模流通業者間の競争を軽視する結果になるという議論がされている。以下、この点を敷衍して説明する。

b) ドイツの競争当局である連邦カルテル庁は 2009 年の報告書において、行動綱領による供給業者（乳業者）と大規模流通業者の関係を規制する是非を論じた。そこでカルテル庁は、ベストプラクシスとして大規模流通業者にたいし契約条件の提示をする（努力目標にとどまる）以上の規制に反対する。すなわち、法的な義務付けをともなう綱領規制は、かかる大規模事業者にたいして供給業者が提示する取引条件をめぐる多様なサービス（価格以外の便宜供与；註 48 の iii を参照）の競争を封じるという否定論を述べた。

この供給業者がおこなう、価格以外の面での多様な「隠れた競争 (Geheimwettbewerb)」においては、競争における市場の相手方として存する大規模流通業者の行使する契約の自由が重要な機能をはたす。もし、その自由が不公正慣行の規制として拘束を受けるとするならば、結果的にこの場合の契約形態は、上記のような「模範契約ないし標準契約」に従う契約の義務づけの拘束を受け、競争の多面的な発露は封じられるというのである⁴⁸。

c) 整理すると、大規模流通業者も、その下流市場での競争のため必要な上流市場に向けた契約の自由の行使を主張しえるという見解である。

このようにまとめられる、大規模流通業者もその競争遂行のため、契約の自由を行使する必要を主張する見解にたいする反論が、グリーンペーパーの実質的な契約自由の復活論には欠けている。

-
- ⁴⁸ i) 連邦カルテル庁は、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、それによっ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」という認識を示す。Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Milch, Zwischenberecht, Dezember 2009 (B2-19/08), S.111-112.
- ii) カルテル庁による立論の基礎は、大規模流通業者と供給業者が締結する契約はまさ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。A.a.O., S. 112. 拙稿・酪農乳業 (前掲註 7 参照)、110 頁及び註 205 参照。
- iii) さらにドイツのオルドーリベラリスムスの泰斗である、メストメッカー教授の立論によれば、値札付けあるいは従業員派遣、取引開始協賛金や棚貸し料、販売エリア賃貸料 (Platzmieten) といった便宜供与を規制することは、以下の弊害をもたらす。かかる規制は、供給業者と流通業者間の一律に行われる値下げやリベートについては問題にしないで、個別に遂行される「隠れた競争」に対してはそれを封じ込めるものである。したがって、新規の競争状況を創出せしめることを困難にするか、妨げるもので、むしろ供給業者の寡占的な反応からする団結的成果であって、リベートカルテル以上に、供給業者段階の市場構造の平準化に導く恐れが指摘される。

Mestmäcker, Der verwaltete Wettbewerb (Mohr Siebeck,1984) S.283f. 拙稿・利益強要【2完】(前掲註 7 参照) 19 頁。

2) 対等な交渉／契約論と経済的な力の行使

取引関係における力の格差のみを問題にするアプローチによることでは、不公正慣行の規制について、交渉及び契約内容の対等性の確保に向けた的確な規制を整序することは困難である。それはかかる取引関係が、取引当事者の従事する競争関係からの影響行使のもとにおかれている事実の把握が困難になるからである。

2-1) グリーンペーパーの対等な交渉／契約論

ところで、前掲グリーンペーパーによる考え方は以下のようにまとめられる。市民法原理としての契約の自由について、その古典的、本質的要請としての自由な交渉の意義を、不公正慣行が問題になる現代の契約状況において確認すべきことである。すなわち、契約の双方当事者が契約の自由という経済的な行為自由を実質的に保証されることから、「みずからの必要に最もよく適合する契約を設計することができる」という命題が「契約条項のうちに実質的に具体化され」て、「契約締結前の交渉過程で考慮され」なければならない（上掲（2）1）を参照）。そのための介入が現代的状況において求められるとするのが、その対等な交渉／契約論の考え方である。

2-2) 経済的な力の行使にかかわる検討視角

i) 対等な交渉及び契約内容

(a) 需要力濫用規制における現代的課題；

この対等な交渉／契約論において、拘束や圧迫から免れた自由な交渉が双方の当事者に保証されなければならないとした指摘それ自体に異論はない。問題は、古典的な市民法原理において前提にされていなかった交渉力の格差と需要力の大きさについて、いかにして的確にとらえることができるかにある。しかもその双方のレベルがはなはだしい現状にあって、その影響の考慮をどのような検討視角をもってとらえるかとの力の行使にたいする影響把握の問題である。この点はすぐれて、需要力濫用規制における現代的課題となる。

このことは、力の行使の把握にかかわる的確な視角が確保されることから、対等な交渉及び契約内容の実現を目指す試みの抱える本来的な困難性が、明らかになる作業であるとも考えられる。

(b) 力の行使の把握にかかわる検討視角；

そこでこのような重要な意義を有する力の行使の把握にかかわる視角の問題を、先ほどの、グリーンペーパーの実質的な契約自由回復論とドイツの「隠れた競争」論の比較対照を通じて検討する。

その比較対照とは、「契約」の自由を「取引」関係において問題にするグリーンペーパーと、契約の自由(経済的行為自由)の隠れた「競争」への影響を問題にするドイツの当局の立場との対照である。

(c) 「隠れた競争」論は力の行使は問題にされない；

ドイツの「隠れた競争」論は、供給業者段階の上流市場でおこなわれる大規模スーパーにたいする販売競争の多様な形態を重視する。さらに大規模スーパーが、みずからの販売促進策について、供給業者による協力を得ておこなう消費者にたいするサービス競争を下流市場で活性化することを重視する。「隠れた競争」論は、供給業者／大規模スーパー間において問題になる契約の自由行使の影響を、当事者間にとどまらずに、上流と下流の双方の市場における競争に及ぶ影響と合わせてとらえている特徴がある。

次に、交渉力の格差と需要力の大きさの双方について、そのレベルがはなはだしい事実把握では、双方のとらえ方はどのように評価できるであろうか。

ドイツの「隠れた競争」論は、交渉力格差と需要力の大きさをその売り手／買い手間の取引契約においても、上流と下流の双方の市場においても格別の問題として取り上げた痕跡はない⁴⁹。

⁴⁹ 参照、拙稿・綱領審判官（前掲註7参照）、166頁（「隠れた競争」論において、大規模スーパーと供給業者間の取引関係と供給業者の競争する上流の市場における関係は遮断された関係になる）。

さらに「隠れた競争」論の主張者であるメストメッカーは、下流の需要者が、上流における供給者の隠れた競争から得た低価格の利得を、その下流市場の需要者間の競争によって、消費者に還元する正の経済的効果を重視する。しかし、需要力の濫用かかわってかかる下流の買い手間の競争が、供給業者に及ぼす影響の考察はない。参照、拙稿・利益強要【1】（前掲註7参照）、76頁。

要するに「隠れた競争」論は、取引関係における契約の自由の機能にたいする競争との相互的な関係における影響把握はなされているものの、そもそも交渉力格差と需要力の大きさにかかわる力の行使が競争と取引の双方の関係に及ぶ効果は問題にされない。したがって不公正取引慣行の規制は、ボランティアな努力目標を設定すれば足りるとされたのである。

(d) グリーンペーパーの競争への影響把握と力の行使の問題

これに対して、グリーンペーパーの実質的な契約自由回復論は不公正な取引慣行の影響把握を上流市場においても、また下流と上流市場において次のように⁵⁰、限られた範囲でおこなっている。それは不公正な取引慣行のもたらず「潜在的」影響としてあげられる短期の価格効果と選択と革新への効果である。すなわち、

- ア) 最終消費者価格における生産者の価格の取り分(非マージン)の減少、
- イ) 不明瞭な便益と結びついた料金支払い、遡及的な契約条件の変更や不当返品が収益を減じることで生じる投資と革新への影響、

ウ) 越境取引への消極効果と単一市場の機能発揮にかかわる障害、
である。

このように 3 点にまとめられる不公正な取引慣行の市場への影響評価は、コスト負担と収益の減少から中期と長期で生じる投資と革新が減じられる影響の態様について、競争への影響を媒介にして投資と革新が損なわれる視点を欠いている。

この点を本稿の依拠した抗争交換理論(後述Ⅲ.2.を参照)に即して敷衍すれば、大規模スーパーと取引できる供給業者とそれのできない供給業者とが、超過供給の上流市場で競争する関係における投資と革新にたいする影響が捉えられなければならない。

抗争交換理論によれば⁵¹、前者の供給業者には、販売促進の協力にかかわ

⁵⁰ 本稿巻末の「付録資料(1);欧州委員会グリーンペーパー」における「2. 不公正取引慣行の定義」の節に記載された「2.3. 不公正取引慣行の潜在的効果」を参照(拙訳中のページ番号「(8頁)」から「(9頁)」)。

⁵¹ 大規模スーパーと取引できる供給業者の指摘は、後掲Ⅲ.2. 4)における「4-2 供給業者は均衡の利益(レント)を受けている」、及び「4-6 力の行使を通じた要求の内生

る努力レベルを継続的に引き上げていく圧力と権威的強制の力が加わる。次に、後者の供給業者は、大規模スーパーとの「希望する取引量を実現できない主体」として、「制御可能な条件を変更して自分の地位を改善すること」（後掲註 411 参照）が不可能であることを指摘される。大規模スーパーと取引できない供給業者は、そのできる業者が継続的な犠牲を大規模スーパーに払うことで得られる「競争均衡化の利益（レント）」を獲得できない地位におかれる。

結局、超過供給の上流市場におけるこの二態様の供給業者間において、大規模スーパーと取引できる供給業者は、「競争均衡下の利益（レント）」を受ける代償に販売促進の協力の犠牲と権威的強制のもとにおかれ、そのできない供給業者はかかる「競争均衡下の利益（レント）」を受けられないポジションにおかれる。

これは上流市場における投資と革新の競争を、中・長期的に歪曲するおそれがある。

グリーンペーパーの不公正慣行の影響把握は、供給業者の投資と革新への阻害効果を、供給業者の市場において機能する大規模スーパーの経済的な力の行使（経済的なレントの提供を媒介とする市場に及ぶ効果）として把握することができていない。このことから、供給業者の市場における競争の歪曲にかかわる効果を把握できなくなったと考えられる。

かかるグリーンペーパーの理論構成の問題点は、上記（2）の 1）における①から⑦（及び註 47 も参照）に適示した実質的な契約自由回復論が影響をおよぼしているとみなされる。すなわち対等な交渉と取引を二当事者間に回復する企図から、市場への影響把握の視角を見失ったものである。

そして、グリーンペーパーの不公正慣行の規制は競争への影響をとらえる競争法のアプローチと不正競争法のアプローチについて、「競争ルールの範囲内

的な強制」及び「4-7 内生的選好」の記述を参照。次に大規模スーパーと《取引できない》供給業者については、後掲「結論とまとめ」における「3. コンフリクトと市場の競争均衡」に掲げた脚註 411 における石倉教授の所説を参照。

に収まるものではない」⁵²として消極の評価を下していることが問題となる。

しかし、グリーンペーパーは上記の①から⑦の推論構成のように、不公正な取引慣行の行使にかかわって、交渉力、需要力の問題が供給業者の投資と革新に阻害効果がおよぶことが含意されており、その点は評価、注目される。

- ii) 以上(a)から(d)をまとめると、グリーンペーパーの契約自由論は、競争への影響評価において的確な検討視角を欠くという問題があった。

これにたいし、「隠れた競争」論（グリーンペーパーの問題点を明らかにするためとりあげたドイツの理論）は、競争への検討視角は備えるものの、次の大きな問題があった。すなわち、不公正取引慣行の問題性の理解について核心的意義を有する、交渉力格差と需要力の大きさにかかわる検討視角を欠くという大きな欠点があった。

- iii) 本稿はいずれの立場も、不公正取引慣行を生ぜしめる弊害を考慮するとき妥当なアプローチとみなすことはできない。

まずベストプラクシスの努力目標アプローチ（「隠れた競争」論）は、経済的な弊害を放置するという問題がある。そのことは、仲裁のみによる 2002 年英国スーパーマーケット行動綱領が失敗に終わり、強制的なエンフォースメントの手続きにより制裁金等の処分を課す 2013 年食品雑貨審判官法の制定がされた契機から明らかである。

また、グリーンペーパーの実質的な契約自由回復論が競争への影響をみないことは、以下の問題がある。不公正慣行をこうむる供給業者の存する上流市場の競争にたいする中、長期にわたる影響把握をなしえないこと、さらに

⁵² 本稿巻末の「付録資料（1）；欧州委員会グリーンペーパー」における「3. 不公正取引慣行にたいする法的枠組み」について特に、拙訳の「(10頁)」以下を参照。

そこでは、競争法アプローチを退けるのであるが、競争法が市場力を要件とすることに対して、その要件をカバーしない不公正慣行の事例が多いことが理由とされる。したがって、市場の競争との関連で不公正慣行のもたらす影響が視野に入らない。このことから、市場力の閾値問題については一定の立法的解決を経て、競争法システムの一環として、不公正慣行の規制を試みる英国流のアプローチは排除される。

また同じく競争への影響を、市場力要件によらずにとらえる不正競争法のアプローチも考慮されない。

供給業者に不公正慣行による負担（供給業者への過剰なリスクと予期せぬコストの移転という負担）をさせる下流市場の競争から生ずる影響⁵³も把握できないことを意味する。

グリーンペーパーも「隠れた競争」論も、市場関係における競争の態様と取引関係における力の行使の双方をその検討視角に納めていない不備を指摘できる。

iv) 競争とコンフリクトの一体的把握⁵⁴

ここで、上記iii)の末尾に記した取引関係における力の行使を、問題になっている不公正な取引慣行の具体的内容に即して、大規模スーパーがみずからの販売促進策について供給業者の協力を引き出す要求から生ずるコンフリクト（conflict）の作用としてとらえることにする。かかるコンフリクトとは以下の二面の事態を含む。

- ① 大規模スーパーは供給業者からできる限り多くの販売促進についての協力とそのための努力レベルを引き出し、売り上げ（下流市場）を伸ばそうとする。あるいは、自らが負担することがこれまで通常であった販売促進のコストも、自己の利益確保の要請から、供給業者に負担の肩代わりを要請する。このような要求に対して、供給業者はかかるコスト負担をできる限り低く抑えるか、免れようとする。かかる両者間の力の行使とそれに対する抵抗の関係から、闘争（conflict；コンフリクト）が生じる。
- ② 上記の販売促進の協力努力引き上げの作用とそれに対する抵抗の反作用は、交渉力格差と需要力の大きさから、結局大規模スーパーの不公正取引慣行とされる問題行動に帰着する。これは取引関係における紛争（conflict；コンフリクト）の事態と考えることができる。

以上の取引関係における闘争と紛争の二つの事態をとらえる概念として、コンフリクトの語を用いる。

⁵³ 後掲v) 参照。

⁵⁴ この「iv) 競争とコンフリクトの一体的把握」の推論構成は、抗争交換の理論モデルについての角田教授の把握に依拠したものである（Ⅲ. 2. の「(4) 競争とコンフリクトの融会的理解—抗争」を参照）。

このようなコンフリクトの用語法を受けて、グリーンペーパーの実質的な契約自由回復論も「隠れた競争」論も、競争とコンフリクトの一体的な把握をなし得ていないために、交渉力格差と重要力の大きさが競争の影響を受けて不公正な取引慣行として問題になる事態の原因把握に失敗していると評することができる。

- v) コンフリクトのもとにおかれた供給業者と大規模スーパーの間の取引関係において、契約の自由の法原則から供給業者の契約交渉過程における実質的な自由を回復するための、不公正取引慣行にかかわる違法性判断規準は導かれないことが明らかになった。

また契約の自由論は、著しい契約内容のアンバランスを是正する目的にしたがう同様な違法性判断規準も導くことは困難であると思われる。《著しい契約内容のアンバランス》の命題は、実質的な契約の自由を回復する目的によっても、不公正取引慣行について不当性の判断基準として抽象的である。この点は、後述するブリュッセル／フィレンツェ報告書の「交渉により生ずる（契約内容の）過剰あるいは重大なアンバランス」を不当性の基準とする立場と同様な問題がある（後掲Ⅱ.1.（2）1）から3）を参照）。

それでは、かかる契約内容の著しいアンバランスを是正する不公正取引慣行の規制にかかわる違法性判断規準としては、どのようなものが考えられるであろうか。

この点につき、コンフリクトと競争を融合的に理解して、双方の要因を共に違法性の判断枠組みに取り入れた英国の立法例が参考になる。すなわち、そこでの規準は、大規模スーパーとコンフリクトの関係にある供給業者について、供給業者段階の競争関係にたいしての影響が考慮されている。また供給業者にたいするコンフリクトの関係で、大規模スーパーが販売促進の協力レベルの引上げ要求と恐れの原因にたいする威嚇を行使する点が重視されている。すなわち、大規模スーパーについて自らの競争から受ける圧力によって、かかるレベルの引き上げ要求と威嚇を行使している関係を取り入れている。

そしてかかる、コンフリクトと競争を融合的に理解した不当性の基準とは、英国競争委員会が2000年及び2008年の報告書で明らかにした「過剰なリスクと予期せぬコストの移転」の規準である⁵⁵。

欧州委員会は、問題とされる不公正取引慣行のタイプに共通する特徴として「取引関係において被ったコストを弱い当事者に移転し、また事業上のリスクを移すこと」をあげてはいる⁵⁶。しかしその適示は、問題とされる慣行の共通の特徴とされるにとどまる。かかるコストとリスク移転を生ぜしめる取引の関係と競争との相関的な関係における影響行使から、不行使慣行の違法性が問題とされる推論をとらない。

報告書の実質的な契約自由の回復論は、不公正取引慣行を生ぜしめる取引関係における力の行使と、かかる力の行使と影響面で相関的な位置にある競争との両面的な関係把握に成功していない。

vi) 小結

コンフリクトをかかえる取引関係と競争関係の相互的な影響把握のもとに、不公正取引慣行として問題になる力の行使態様を的確にとらえることのできる交換理論が求められる。本稿はかかる競争とコンフリクトの一体的把握をした市場交換モデルとして、「抗争交換」の理論により、不公正な取引慣行の経済学的な分析に基づいた政策的課題の適示を試みる（後掲のIIIを参照）。

3) 問題とされる不公正取引慣行のタイプ

* グリーンペーパーは「5. 不公正取引慣行のタイプ」の箇所において、事業者間の食品及び食品外サプライチェーンについて委員会のおこなった調査から、問題となる不公正慣行の類型を整理している。それは以下の6類型である（拙訳の「付録資料（1）；欧州委員会グリーンペーパー」を参照）。

- ・ 5.1 曖昧な契約条項
- ・ 5.2 書面契約の欠如

⁵⁵ 拙稿・綱領審判官（前掲註7参照）、132頁以下参照。

⁵⁶ 本節の「2-2）経済的な力の行使にかかわる検討視角後」の後に掲げる「3）問題とされる不公正取引慣行のタイプ」を参照。

- ・ 5.3 遡及的な契約変更
- ・ 5.4 商業上のリスクの不公正な移転
- ・ 5.5 情報の不公正な利用
- ・ 5.6 商業関係の不公正な停止

* 取引関係コストと事業リスクの移転—不公正取引慣行に共通する特徴

委員会は、これらの不公正慣行の類型に共通する特徴を示している。それは、「5.8 不公正取引慣行の共通した特徴」において指摘された、以下の指摘である。

「取引関係において被ったコストを弱い当事者に移転し、また事業上のリスクを移すこと」である。

具体的には、「過剰な圧迫、適切なビジネス計画策定をなすことが困難になること、そして契約の実際の内容に関する明確性の欠如は、潜在的に会社の投資と革新を減じる利幅の圧縮を招来させる最適な事業判断をなすことをひとしく妨げる」という影響をあげている。

グリーンペーパーは、契約の自由にたいする侵害を不当性の徴表ととらえるよりも、取引関係のコストと事業リスクの移転にかかわる不当性に焦点を当てるべきであった。そしてこのような不当な取引コストと事業リスクの移転行為から、供給業者の投資と革新を減じる結果が問題にされなければならない。

このようなリスクとコストの不当な移転から供給業者の投資と革新が害される結果をとらえた不当性の構成は、英国の綱領審判官制度による試みであった。

6. 契約弱者にたいする契約の自由保護（欧州経済社会評議会）

欧州経済社会評議会は 2013 年 7 月委員会のグリーンペーパーにたいする意見書を提出した⁵⁷。

社会経済評議会の不公正取引慣行にたいする問題関心は、欧州委員会に先駆けていた。すなわち、すでに 2005 年 11 月の大規模小売業部門に関する意見表

⁵⁷ Opinion of the European Economic and Social Committee on the Green Paper on unfair trading practices in the business to business food and non-food supply chain in Europe (Brussels, 11 July 2013), COM(2013) 37 final (EESC, Opinion と略称)。

明において、不公正な流通慣行が農家と消費者にたいして影響を及ぼすことに
関してこの問題性に言及していた⁵⁸。

(1) 不公正な取引慣行と契約自由の機能不全の問題

契約自由の存在について、これまでスーパーマーケットと中小企業間の取引
関係においては、不公正取引慣行を規制する公的機関においてもその自由が存
在することは疑問とされなかった。この点について経済社会評議会は、グリー
ンペーパーがかかる見方を放棄した点に注目した。すなわち、契約の二当事者
間における経済的圧力の顕著な不均衡が、真の契約自由の存在を危機に陥れて
いるとする考え方をした。評議会の考え方を次に敷衍する。

食品サプライチェーンにおける供給業者／流通業者のネットワークにおい
て存する不均衡から生ずる問題にたいし包括的な解決が求められる。その基本
的な、不可欠の前提条件が、契約自由の機能不全の認識となる。この不均衡は、
公正、誠実そして倫理に反するだけでなく法の根本原則（契約の自由）に反す
る点が問題にされる⁵⁹。

(2) 消費者保護の規制と事業者間の不公正慣行の規制との調和

社会経済評議会は、不公正取引慣行の定義について、統一的な定義規定をお
くべきとする⁶⁰。この点につき以下の二つの EU 指令が注目される。

ひとつは事業者対消費者間の不公正取引慣行を禁ずる EU 指令 2005/29/EC⁶¹

⁵⁸ Opinion of the European Economic and Social Committee on The large retail sector — trends and impacts on farmers and consumers, OJ C 255 (14.Oct.2005) p. 44.
長期の支払い遅延 (ibid, para.7.3)、棚代 (Slotting fee) の請求と取引停止の威嚇
(para.7.4)、3年にわたり毎年2%の代金減額請求の例 (para.7.10) などがあげられて
いる。この点について、経済社会評議会は、グリーンペーパーのいう EU レベルに
おいて不公正取引慣行を問題視したのは 2009 年の欧州委員会の公式の議論が最初
とする見解を否定したものである。EESC, Opinion (前掲註 57 参照), para.2.4. 経
済社会評議会の問題意識が、欧州委員会に先駆ける点が注目される。

⁵⁹ EESC, Opinion (前掲註 57 参照), para, 2.3, 3.1.1, & 3.1.2.

⁶⁰ EESC, Opinion (前掲註 57 参照), para, 1.7.

⁶¹ 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

であり、いまひとつは、「誤認誘導広告及び比較広告」に関する指令(2006/114/EC)⁶²である。前者の「誤認誘導の商業慣行」の定義⁶³は、後者の「誤認誘導の広告」の定義⁶⁴と一定の類似性がある。この点から、2013年に社会経済評議会は、双方の定義と規制が共通の枠組みの内部で同時に検討され、衝突と重複の危険がないように委員会が考慮するよう求めていた⁶⁵。すなわち事業者対事業者の規制と事業者対消費者の規制は「首尾一貫したルールを達成する…共通の枠組みのうちに」検討作業がおこなわれるべきとしている。

この点から社会経済評議会は、消費者保護の規制としてEUの統一的な規制がすでにおこなわれている事業者対消費者間の不公正取引慣行を禁ずる上記EU指令2005/29/ECとの整合性を維持した規制を目指すものと考えられる。

internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive') (Text with EEA relevance) OJ L 149(11.6.2005), p. 22–39.

⁶² Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising, OJ L 376(27.12.2006), p. 21–27.

⁶³ 「取引慣行が誤った情報を含み、それゆえに真実でなく又はなんらかの態様で断定的であるか、断定的と思われる平均的な消費者にとっての全体的な表現を含んでいるときは、以下の要因のうち一つあるいはそれ以上を含んでいることにかかわって、たとえその情報が真実でも誤認誘導とみなされる。

それがなければおこなわないであろう取引上の決定をなさしめたか、あるいはなさしめる可能性があること」。Directive 2005/29/EC(前掲註61参照), Article.6.1.

⁶⁴ 「『誤認誘導広告』は、なんらかの態様においてその表現を含むことによって、それが向けられたあるいはそれが到達する人にとって断定的であるか、断定的と思われる広告、そしてその断定的表現を理由として、経済的行為に影響すると思われる広告、又はかかる理由により競争者を害するかあるいは害すると思われる広告を意味する」。Directive 2006/114/EC(前掲註62参照), Article 2(b).

⁶⁵ Opinion of the European Economic and Social Committee on the 'Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions — Protecting businesses against misleading marketing practices and ensuring effective enforcement — Review of Directive 2006/114/EC concerning misleading and comparative advertising' COM (2012) 702 final (2013/C 271/11) OJ L 271(19.9.2013), p. 61–65. Para.1.7,&3.1.5.3. (www.europarl.europa.euのHPより入手)

すなわち、契約弱者にたいする保護としての事業者間の不公正慣行の規制をおこなうよう腐心する意図と思われる。

(3) 加盟各国の競争当局との協働

社会経済評議会は、欧州委員会が不公正慣行の規制を進めるにあたり加盟国の競争当局と協力を保つこと、とりわけその規制法として国家法の執行経験を有し、国家の独占禁止当局が、その権限により直接に不公正慣行の証明をする証拠（契約書、送り状、銀行の声明等）をもつチェコやフランスとの協力を注目している⁶⁶。

(4) 「弱い者いじめと脅し」としての不公正慣行

英国、スペインそしてアイルランドの競争当局が提供す事例は、不公正取引慣行が単なる「反倫理的 (unethical)」なものとして展開されるのではなく、適法性の限界を明らかに超えた、とりわけ「弱い者いじめと脅迫 (bullying and intimidation)」をとこなうものであること示している⁶⁷。

グリーンペーパーによる不公正取引慣行の定義に関係して、評議会が強調する点は、次の点である。相手方当事者に損害を負わせて、「講ずる手段の如何を問わずに過剰な、さらに全体的に正当化の困難なベネフィットを獲得することに躊躇しない買い手」の存在を明らかにしたことである。かかる行為形態の具体例のひとつとして、相手方当事者に何の価値もない擬制サービスを提供することや、求められないサービスにたいする支払いを求めることがあげられる⁶⁸。

(5) 広範囲に及ぶ濫用行為の影響評価

1) 強い契約当事者が弱い当事者に不公正慣行を用いる場合の「有害な影響は、疑いのないものであり、かつ製造における投資とイノベーションの息の根を止めることは論理的に明らかである」とされる。社会経済評議会によれば、

⁶⁶ EESC, Opinion (前掲註 57 参照), para, 3.2.1.

⁶⁷ EESC, Opinion (前掲註 57 参照), para, 3.2.2.

⁶⁸ EESC, Opinion (前掲註 57 参照), para, 3.1.4.

不公正慣行の影響を消費者に関してグリーンペーパーのように、単純にイノベーションを阻害すると考えるのでは不十分なのである⁶⁹。

2) 中央及び東ヨーロッパの国々において、スーパーマーケットが全体として他の加盟国の資本の手中にある場合には、以下の国家における食糧問題につ

⁶⁹ 社会経済評議会は、供給業者に課される不公正取引慣行が消費者に及ぼす影響が及ぶのかの分析について、国際消費者機構（Consumer International; CI）による研究を参照している。そこで以下にその報告書の該当箇所を引用する。Consumers International The relationship between supermarkets and suppliers - summary (05 Oct.2012) (<http://www.consumersinternational.org> の HP より入手), p. 6-7 (図表 3)。

表 2；国際消費者機構（CI）による需要力の濫用による消費者への影響の分析

| 供給業者への濫用の影響 | 消費者への影響 |
|---|--|
| 全体的な提供価格の引き下げ圧力 | <ul style="list-style-type: none"> ・供給業者の生き残りへの脅威は供給に影響し時とともに価格上昇と選択を減じる ・供給業者はコスト削減を強いられる(おそらく成分品質を落とし、生産性アップのため労働条件を悪化させる) |
| 供給業者にたいするコスト増 | <ul style="list-style-type: none"> ・長期には消費者価格上昇 ・短期ではスーパー以外の店舗で消費者価格上昇 |
| 新製品在庫のリスクを供給業者に強制的に移転 | <ul style="list-style-type: none"> ・商品ラインの減少と品質低下の連鎖効果により新製品とブランド減少 |
| 取引停止 | <ul style="list-style-type: none"> ・メーカーブランドから小売りのプライベートの転換 ・商品選択喪失と品質低下のおそれ |
| 万引き等による商品減及び／又は小売業者の販売予測ミスによるコストとリスクの供給業者への移転 | <ul style="list-style-type: none"> ・価格、商品ライン及び品質はすべて、投資と販売促進について供給業者の獲得できる資金を引き下げることを通じて危険にさらされる |
| 供給業者のキャッシュフローへの悪影響 | |
| 商品転換のリスクとコストを供給業者によるコストと不確実性を増す | |
| 他のスーパーからの低価格の要求にかかわる連鎖効果 | <ul style="list-style-type: none"> ・消費者は低価格の持続可能性について誤った判断に陥る |
| 競争コストが引き上げられる | <ul style="list-style-type: none"> ・他の小売業者による製品入手可能性に影響 ・店舗選択の減少 |
| イノベーションの確率につき、その引き下げを導く知的財産権を失う事態が生じる | <ul style="list-style-type: none"> ・イノベーション確率を引き下げること及び商品選択の幅の減少 |

き、上記1)のおそれは明らかである。国内生産業者は——大部分中小事業者であるが——しばしば法外な価格条件の提示に対応が困難である。結果として当該地域の全体的な食品部門は衰退し、伝統的に自給体制下の主要食品の生産の場合は、食品の安全保障を大方消失する懸念がある。「したがって、国内生産はしばしば非常に問題の多い品質となる輸入品にとってかわられる」⁷⁰。

中小規模の農業生産者と不公正な取引慣行の問題は、その慣行の影響評価として、この部門における投資と公共の利益にかかわる他の問題、環境、労働条件や畜産動物の飼育条件といったより広い関連を踏まえる必要も考慮されている⁷¹。

(6) 部門別の影響評価（特にフランチャイズ取引）⁷²

食品以外の商品を供給する事業者も明らかに小売チェーンの犠牲者であるが、その被害の程度は低い。例えば玩具、スポーツ用品あるいは衣料は、食品生産者よりもはるかに広い潜在的な買い手が存する。

他方、食品及び食品以外の小売部門のフランチャイズ関連では、強い契約当事者であるフランチャイザー（本部）とフランチャイジーの間の不均衡な取引問題が存する。契約条件にかかわる交渉の自由は、フランチャイズの場合失われている。さらに、フランチャイザーから補償や何らかの追加的な価値供与なく、フランチャイジーにコスト移転がおこなわれる。また、「恐れの原因」にかかわる問題も指摘できる。そのうえ、フランチャイザーは契約の実行期間中に指示により契約外の一方的な合意の変更を実行できる。

(7) 加盟国における不公正慣行の規制にたいする評価 （特にフランスのリベート規制）

近時の加盟国の規制の現状は、比較的最近にその規制が導入されてこともあり、満足すべき成果は未だあがっていない。またこれらの国レベルの規制は契

⁷⁰ EESC, Opinion (前掲註 57 参照), para, 3.3.1.

⁷¹ EESC, Opinion (前掲註 57 参照), para, 3.3.2.

⁷² EESC, Opinion (前掲註 57 参照), para, 3.2.2.

約自由が当事者間においてもはや機能しておらない事態を正しくとらえていないことも、社会経済評議会により問題としてあげられる。しかし問題を残した規制でも、それが試みられることによってそれまでの常軌を逸した契約条件は、もはや課されることが困難になったという。そして不公正慣行なしでは得られない利得を得るためには、近時より洗練された手法が用いられるようになってきたとされる⁷³。

このような EU 加盟国の規制の現状に関して、社会経済評議会はフランスにおける立法とエンフォースメントによつたりべート規制に注目する。それによれば供給業者の提供するりべートをそれまでの 50%から 60%の水準から、10%から 15%に抑えた水準に引き下げる規制は、評議会によって食品サプライチェーンの利益分配にかかわる透明性を増すものとして、最大の進歩であると評価された⁷⁴。

(8) 加盟国間の規制における整合性の欠如と EU レベルの規制⁷⁵

社会経済評議会は、加盟国の国家レベル規制は、十分な制度上の整備が未だ整わない例が多く不十分であるとする。その原因の一つは、真の契約自由が存しないこと及び取引停止の威嚇から生ずる一定の「恐れ環境」を考慮していないことから違反行為の摘発が困難になっていることである。ここでもフランスの取り組みが評価されて、監督官庁がそのイニシアチブによって、非公式情報をもとに行動することができる。

⁷³ EESC, Opinion (前掲註 57 参照), para.3.2.2.

⁷⁴ EESC, Opinion (前掲註 57 参照), para.4.5. この点に関して、大規模小売チェーンにおいて確立した慣行としてりべートが日常的であることが留意される。

i) 評議会はこの慣行の一般的なベネフィットを疑問視し、支配的地位の現実的なシンボルとしておこなわれているとする。しばしば、秘密裏に要求もされないサービスにたいする対価として支払いが求められている。

ii) また、利益分配にかかわる著しい不透明さも問題になる。供給業者の支払うりべートは、現実とその供給した財の対価につき支払いがいくらになるか確認が非常に困難である。この点から社会経済評議会は、買い手が提供したサービスの現実的かつ正当なものについての料金は食品の購入価格に含まれるべきとする。

EESC, Opinion, para (前掲註 57 参照), 6.3.

⁷⁵ EESC, Opinion (前掲註 57 参照), para, 5.1

加盟国間の規制が不公正な契約条項の規制と立法措置で整合性を欠くことは、越境取引に障害となっている。この問題は、不公正慣行について焦点を絞った類型を規定する立法によりハーモナイズをはかる必要がある⁷⁶。

EU レベルの規制が存しないことについては、評議会は恐れの原因を克服するため、国家当局に匿名ないし非公式の違反行為の申立てをうけて制裁を課す独自のイニシアチブを行使する権限が付与されるべきとする⁷⁷。

7. 欧州委員会によるサプライチェーン・イニシアチブの後援

(2014年7月15日報告書)

2014年7月15日欧州委員会は、欧州議会にあてた報告書「事業者間サプライチェーンにおける不公正取引慣行にたいする取り組み」を公表した⁷⁸。

委員会はサプライチェーン・イニシアチブに高い評価を与え、ボランティア的な行動綱領を推進する企てについて、その政策上の優位を確認した。さらに「適正慣行原則」と恐れの原因について規制で求める事がらを含めて、利害関係者のはたすべき努力を全12の項目にまとめ提示した⁷⁹。

かかる努力の進捗状況を見極め、欧州委員会は2015年末に、欧州理事会と欧州議会に対し報告書を提出する予定である。かかる報告書により、委員会は2014年7月15日報告書の諸問題に対処するため、EUレベルでさらなる行動がとられるべきであるかを判断する⁸⁰。

⁷⁶ EESC, Opinion (前掲註 57 参照) para, 5.1

⁷⁷ EESC, Opinion (前掲註 57 参照), para, 5.2.

⁷⁸ FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, “Tackling unfair trading practices in the business-to-business food supply chain” (Strasbourg, 15.7.2014), COM(2014) 472 final(Commission, COMMUNICATION・2014 と略称). (www.europarl.europa.eu の HP より入手)

⁷⁹ 後掲註 82,83,84 参照。

⁸⁰ 後掲の「(6) 委員会の作業にかかわる行程表—2015年末に報告書を予定」参照。

(1) 不公正取引慣行の禁止にかかわる実効的戦略

ボランティアな行動綱領とサプライチェーン・イニシアチブ

委員会は報告書の第5章において不公正取引慣行を禁止する実効的な戦略を論じて、ボランティアな行動綱領が、その戦略的試みにおける重要な基盤になるという評価をする。その理由は、委員会によれば以下の三点があがっている⁸¹。

- ① 公正かつ持続可能な態様をもって、関係者相互の行動によって禁止の制度を組み立てる環境を生み出す。
- ② 綱領の策定をする組織体において、ボランティアな参加者による試みによれば、取引慣行の正しい考え方を養うこと、交渉的なアプローチをうながすこと、そして紛争解決の仕組みを設定することについて、それぞれ能率的な助けとなる。
- ③ 垂直関係にある二当事者間の紛争解決手続きとして、時間のかかる厄介な法的訴訟をしばしば回避することができる。

不公正取引慣行の規制について、このような利点をもつとされるボランティアな行動綱領について、委員会はサプライチェーン・イニシアチブの策定による「適正慣行原則」が各国の規制の土台に据えられるべきであるとする⁸²。

⁸¹ Commission, COMMUNICATION (前掲註 78 参照)・2014 ,p. 9.

⁸² 欧州委員会は、サプライチェーン・イニシアチブによるボランティアな行動綱領を推進する企てについて、その政策上の優位を確認したうえで、利害関係者に期待される努力を以下のように整理している（註 82 から 84 の 12 項目で通し番号）。

- ① まず、食品サプライ部門の事業者と関係団体に自主的な取り組みが期待されている。不公正取引慣行を禁止する戦略について、それが自発的な導きにより進められることは、食品サプライ部門においてその遵守が約束されて、その部門の信頼性を高め、不公正な取引慣行を禁止する試みにおいて基盤となるいわば臨界値を達成する意味がある。
- ② またこの部門における取引の双方当事者は相互に、サプライチェーン・イニシアチブの策定原則をいわば規定値の情報として、取引遂行の前提とすることが望まれる。かつそのことが積極的に促進されるべきとされる。
- ③ さらにサプライチェーン・イニシアチブにおける運営グループには、以下の努力を継続的かつ、より積極的に求められるとする。すなわち、中小企業は行動綱領の制度にとって中心となる受益者であるから、中小企業間でのサプライチェーン・イニシアチブの認識を高め、それに加わる効率的な方法をみいだすことが上記運営グループに求められるとする。
- ④ 同じく上記運営グループには、それぞれの EU 加盟国において、国家的な基盤

(2) 加盟国間の共通ルールと「適正慣行原則」

EU 加盟国のなかには、国家レベルで不公正な取引慣行の問題に取り組み、禁止される慣行の詳細なリストを策定している国があり、それらの国々で不公正取引慣行の定義は様々である。他方、不公正取引慣行に特定の禁止措置をとっておらない国々もある。EU 全体にわたって実効的な不公正取引慣行を禁止する試みのためには、かかる慣行に向けられた禁止のルールにかかわる共通理解を得ることが有益である。

委員会は、サプライチェーン・イニシアチブの「適正慣行原則」はかかる共通理解を築く基礎として役立つと評価する⁸³。イニシアチブによる本原則は、不公正取引慣行の正確な定義はしておらないが、公正な慣行の原則について、そのリストから、公正な慣行と不公正なそれとの例を提示する。また、この原則は、閣僚級フォーラムの枠組みにおいて、垂直的關係にある食品サプライチェーンにおける関連する利害関係団体から等しく同意を得た経緯も重要である。

かかる適正慣行原則における一般原則については、契約の自由の理解に関しイニシアチブの見解には問題があることは、先に指摘した。

の構築に着手して、それを促す努力を継続すること求められるとする。

⑤ 委員会は自らなすべき努力として、利害関係者間の情報交換と議論の促進、さらにイニシアチブ運営グループと密接な関係をたもちつつ、それへの参加者、とりわけ中小企業の参加を最大にすること、イニシアチブの展開を監視し、紛争解決の手段と制裁のシステムによってその制度を強化することなどが意図があるとしている。Commission, COMMUNICATION・2014 (前掲註 78 参照), pp. 9-10.

⁸³ 委員会が加盟国に「適正慣行原則」にかかわって不公正な取引慣行の規制で求める事がらば、次のようになる。Commission, COMMUNICATION・2014 (前掲註 78 参照), p. 11.

⑥ 現行の国家による規制枠組みについて、不公正慣行に対処するための適切さを検討し、上記原則に反する場合に、禁止のリストや一般条項によりその枠組みに依拠することができる程度を検討する。

⑦ 加盟国は事業者に国家と EU の双方のレベルボランタリーな行動綱領加わるべく促すよう求められる。

⑧ 委員会は国家の行政部門の専門職から組織されるワークショップを組織するなどして、加盟国間のベストプラクティスにかかわる協働をうながす。

(3) 国家レベルでの実効的エンフォースメントを確保する。

不公正慣行を禁ずる信頼に足る阻止の要因を築くため、以下に述べるような適切なエンフォースメントが必要である。

経済的な従属性の問題について、例えばスペイン競争委員会の調査では、同国の食品雑貨サプライチェーンにおいて、供給業者の収益でほぼ40%が三大小売業者により生み出されている。かかる経済的な従属性の状況は当事者の経済的な生存が個別取引関係に依存していることを意味する。契約関係を失う「恐れ」の要因のために不公正慣行にかかわる要求を回避できない場合、その慣行を禁ずる枠組みは、弱い当事者が、独立の権限庁とエンフォースメント権限をもち、違反の申告を秘匿する組織を頼れることで実質的に強化される⁸⁴。

(4) 不公正取引慣行のコストとの規制のベネフィット⁸⁵

i) 標記の件について産業全体若しくは産業横断的な又は越境的な視点によるならば、不公正慣行のコストは以下の(1)から(3)、それを規制するベネフィットは(4)から(6)があげられている。

(1) 不公正取引慣行をこうむる事業者は直接的な負の財政的影響を受ける⁸⁶。

⁸⁴ 委員会が加盟国に、恐れ」の要因について規制で求める事がらば、次のようになる。

⑨ 委員会は以下の検討(⑨及び次の⑩)を加盟国に求める。加盟国は、不公正取引慣行を禁ずるエンフォースメントについてその実効性と信頼性を検証する。さらにベストプラクティスの実行に適切な手段を検討する。苦情を申し立てた個別事業者の身元秘匿と調査が可能かについて、特に検討する。

⑩ 指定団体を含む、国家のエンフォースメントは越境の不公正慣行にEUレベルで適切に対処できるか、また規制機関の間をすり抜ける摘発逃れを防止できるか。

⑪ 委員会は加盟国間の協調促進のために、各エンフォースメント機構の情報交換を促す。

⑫ 加盟国はエンフォースメント手段の創設と適用においては、利害関係者及び消費者厚生に配慮し、比例原則にしたがわねばならない。また国内事業者と外国市場事業者の同一のエンフォースメント上の取扱いをすべきである。Commission, COMMUNICATION・2014(前掲註78参照), p. 12.

⁸⁵ Commission, COMMUNICATION・2014(前掲註78参照), pp.12~13.

⁸⁶ 2013年1月の欧州委員会グリーンペーパーの主要な不公正な取引慣行は、不当性に関する以下の基本原則したがい類型化された。委員会自身のまとめを以下に示す。

① かかる慣行は、「不特定な、あいまいな又は不完全な契約条項を濫及的に」「濫

- (2) 取引当事者の優位する交渉地位の濫用は、その予期せぬ行動から投資と生産を抑える経済的効率の損失を生ぜしめる⁸⁷
 - (3) 同じくその濫用は、取引条件の一方的かつ予期せぬ変更に内在するリスクと結びついた取引コストを増す。
 - (4) 食品サプライチェーンにおける取引の関係についてその持続可能性を増す。
 - (5) とりわけ中小企業について、財務上の救済になる。
 - (6) 発展途上国を含む第三国の弱い当事者に対する不公正慣行の負の影響を緩和する。
- ii) 市場における不公正取引慣行の規制によるコストとベネフィットは、以下のようになる。
- (a) 産業全体若しくは産業横断的な又は越境的な視点よりも、市場にたい

用」する場合にあたる。

② その慣行の「直接的な効果は、特に予測できない態様で課される場合には、相対的に弱い交渉地位にある取引当事者について、結局不当なコストあるいは予想よりも低い収益になる。」

③ また、契約条項の予期できない変更は、過剰生産によるところの不必要な食物の廃棄から浪費を生む。Commission, COMMUNICATION・2014(前掲註 78 参照),p.5.

⁸⁷ 不公正取引慣行の規制にかかわるコスト (2014年7月15日報告書)

i) 欧州委員会報告書は、不公正な取引慣行のもとにおかれている、あるいは将来おかれる予測のされる場合でも、弱い取引当事者にとっては、投資のための資金調達をする能力や意欲に影響するとの考え方をとる。この点から、小売部門にかかわってイノベーションの調査をおこなっている。この調査結果は市場全体のレベルにおける選択(商品及び店舗選択)とイノベーションの関係性を明らかにする期待がされる。Commission, COMMUNICATION・2014(前掲註 78 参照),p.5.

かかる調査結果は、2014年10月に公表された欧州委員会による「現代小売業調査」にまとめられた。後掲「8. 食品チェーン実態調査と加盟国の取り組み(2014年10月15日閣僚級フォーラム報告書)」参照。

ii) このほか不公正取引慣行のコスト問題としては、この慣行を規制するシステム間の不整合があげられる。中小企業は法的紛争の処理に要する資源に限られる。本慣行に対処する司法システムが国家レベルで分岐する結果、かかる中小企業は、新たな地理的市場や越境取引へ参入をちゅうちよする不確実性のもとにおかれる。この点の実証報告は、EU全体にたいしての農民と農産物市場の主要生産者への調査から、回答の46%が新市場や越境活動へのアクセスに不公正慣行はマイナスの影響をおよぼすとしている。Commission, COMMUNICATION・2014(前掲註 78 参照), pp.5-6.

する影響は評価がより複雑なものとなる。

- (b) 消費者価格にかかわって、これまで加盟国での経験（公的機関による規制）から、消費者厚生への負の影響について証拠はあげられていない。
- (c) 不公正慣行が商品選択、その入手の容易さ及び品質に負の影響を与える場合には、かかる慣行を減じるか排除することは、消費者のベネフィットが期待される⁸⁸。

（５）2014年7月15日報告書；委員会の結論⁸⁹

1) 「混合アプローチ」とイニシアチブによる規制を提案

報告書はサプライチェーンにおける、とりわけ中小企業について、不公正な取引慣行がその財務的な生き残りビジネスに脅威となるマイナスの効果を頻繁におよぼす点を重視して以下の提案をする。それは、委員会のグリーンペーパー、また EU に先駆けて規制を試みる加盟国の例が、「混合アプローチ (mixed approach)」と呼ぶ手段であり、信頼でき実効性あるエンフォースメントによって補助を受けたボランタリーな規制枠組みを適切なものとして提案する。具体的には、サプライチェーン・イニシアチブのようなボランタリーな規制をリー

⁸⁸ 不公正取引慣行が、供給業者のイノベーションに与える影響について調査がされている。ベルギーの独立市場調査会社“Dedicated Research”（1992年創立）が2011年3月に公表した。

Dedicated Research, AIM-CIAA Survey on Unfair Commercial Practices in Europe(March 2011),p.27. (http://ec.europa.eu/finance/index_en.htm の HP より入手)。

加盟 15 カ国の供給業者 686 社について、不公正慣行の高コストがイノベーション投資を減じると答えたメーカーブランド（以下 MB と略称）のみの業者は 61%、メーカーブランド及プライベートブランド双方（Both）を製造する業者 61%、トータルで 61%である。

次にこの慣行が、取引関係の信頼を失わしめることから新製品の導入や投資を妨げるとするものは、MB が 54%、Both は 48%、トータルで 52%である。

新製品の投資コスト回収が早期あるいは不当な取引停止により困難になるとするものは、MB が 50%、Both は 49%、トータルで 49%である。

メーカーブランドの物真似商品や類似商品をプライベートブランドで売り出すことにより、製造業者の投資にたいする利益率を引き下げるとするものは、MB が 30%、Both は 28%、トータルで 29%である。

⁸⁹ Commission, COMMUNICATION・2014（前掲註 78 参照),p.13 (“6.Conclusions”).

ドする試みが取引当事者間の紛争を解決する主要な方法であるとする。その場合公的なエンフォースメントや裁判所での訴訟は、両当事者の解決がより効率的かつ素早い手段として可能でない場合に限りおこなわれる。この点から委員会は EU が、サプライチェーン・イニシアチブを単に援助する以上にその強化をするべく措置を講ずるべきとする。

2) 加盟国の規制態勢との協調

混合アプローチにより不公正慣行の特定がなされ、そのための原則が規定されるためには、加盟国による異なる国家レベルの規制状況とアプローチを考慮しなければならない。特定の立法を採用する国もあれば、自己規制のリードに委ねる国もある。規制の促進のためには加盟国は利害関係者と消費者の厚生にたいする影響とそれらの間の均衡に留意する必要がある

(6) 委員会の作業にかかわる行程表—2015 年末に報告書を予定⁹⁰

欧州委員会はサプライチェーン機能改善規制にかかわる進展を監視し点検するために、以下の二点からなる評価ポイントを掲げている。

- a) サプライチェーン・イニシアチブの現実的影響とそれの各国での受け皿の状況。
- b) 加盟国の創設するエンフォースメント機構についてすべての当事者の信頼を高め、維持可能な食品サプライチェーンの適切な機能にたいする信用を高めること。

欧州委員会は 2015 年末に欧州理事会と欧州議会に対し報告書を提出する予定である。本報告書に照らして、委員会はここで述べた諸問題に対処するために EU レベルでさらなる行動がとられるべきであるかを判断する。

⁹⁰ Commission, COMMUNICATION・2014 (前掲註 78 参照), pp. 13-14.

8. 食品チェーン実態調査と加盟国の取り組み

(2014年10月15日閣僚級フォーラム報告書)

2014年10月15日「食品サプライチェーン機能改善のための閣僚級フォーラム」は、①事業者間取引慣行、②食品及び飲料製品の域内市場、③食品供給システムの維持可能性、④社会的対話と食品価格監視 という4領域について、報告書を公表した⁹¹。この報告書は、作業グループ (Sherpa group) による定期会合と協議の成果を受けたものである。本稿で問題になるのは、上記①の事業者間取引慣行について、フォーラムによる問題状況の整理と課題把握の指摘である。

この点について、本報告者は特に食品サプライチェーンにおける垂直的な事業者間の関係における公正かつ市場ベースによる関係を促進する課題に注目する。かかる課題に関連して、以下の項目で、近時の状況変化に対応するフォーラムの見解がしめされた。その状況変化とは、

- a) 2013年1月上記「2011年垂直的關係」の綱領を運用するサプライチェーン・イニシアチブが創設され、9月から運用されたこと；
- b) 2014年7月欧州委員会により「事業者間サプライチェーンにおける不正取引慣行にたいする取り組み」の報告書が公表されたこと；その報告書の結論においては、特に加盟国は、各国の状況に応じ不正取引慣行の規制に取り組む適切な手段の構築を委員会から求められる事情にあることが示された；という2点である⁹²。

閣僚級フォーラムは、上記 a) のサプライチェーン・イニシアチブの創設と運用開始、その問題状況のこの時点での把握、さらに、b) の委員会報告書にいう加盟国の規制の課題に関して、次のような指摘をおこなう。

⁹¹ High Level Forum for a Better Functioning Food Supply Chain, Report (15 Oct. 2014) (ec.europa.eu の HP より入手) (High Level Forum, Report 2014 と略称)。

⁹² High Level Forum, Report 2014 (前掲註 91 参照), pp.6 & 14.

(1) サプライチェーン・イニシアチブのさらなる整備が求められる

2014年7月15日の欧州委員会による欧州議会宛て報告書は、前述のように加盟国間の共通ルールをサプライチェーン・イニシアチブの「適正慣行関原則」により設定されるべきことを述べていた。不公正慣行に対処する加盟国の規制態勢との協調が、実効的なEU全域の枠組みとして遂行される手がかりとして、閣僚級フォーラムもサプライチェーン・イニシアチブに注目する。この点から以下の措置が講じられるべきとする⁹³。

- ① 委員会は、イニシアチブに参加しない事業者への影響を含めて、「適正慣行関原則」（及び加盟国レベルでの同様な規準）の実施にかかわる厳格かつ独立した評価をなす。
- ③ 加盟国の不公正慣行禁止ルールについて共通理解を得るため、加盟国がイニシアチブの「適正慣行関原則」を違反規準として用いることができるか明らかにするよう促す委員会の立場を確認した。

(2) 加盟国は各国の状況に応じた規制手段の構築が求められる

- (a) 食品小売業における選択とイノベーション—その傾向と原動力（2012年「現代小売業調査」）

欧州委員会には、近時食品サプライチェーンにおいて商品等の選択とイノベーション成果の低下がみられるとの非難を寄せられる。かかる市場の成果に悪影響があることは、チェーンの大規模事業者である小売業者がその取引相手におこなう不公正な慣行が主として原因であるとする非難である。

このような非難を裏付ける厳格な証拠が存しない状況にたいし、欧州委員会は2012年末に「現代小売業調査」を開始し食品部門における選択（「食品選択」及び「店舗選択」）とイノベーション（製品）の展開レベルとその原動力について調査をこころみた。2014年10月閣僚級フォーラム報告書は、食品チェーン実態調査にかかわり、「現代小売業調査」の調査結果に言及している⁹⁴。

⁹³ High Level Forum, Report 2014 (前掲註 91 参照), p.16.

⁹⁴ High Level Forum, Report 2014 (前掲註 91 参照), p.15.

当該調査は、2004年から12年にかけて8年の期間、9の加盟国の350店舗の販売スペースにおいて消費者に提供される製品について、23の製品カテゴリーについて10万品目を超える範囲を定時に一定地点でおこなわれた。結果は2014年10月に公表された⁹⁵。

それによると商品／店舗の選択幅は過去10年にわたり上昇を続けているが、欧州経済危機の後は伸びが低下している。特に製品数と供給業者数の伸長状況は、販売店舗において、この期間継続的に実効的水準に達している。イノベーションは2008年まで上昇したが、その後下降している。パッケージ（包装、デザイン）のイノベーションは上昇している。これらの経済分析は、その評価が近時のEUにおける経済危機の広がりによく関連することを示している⁹⁶。

さらに、ローカルなレベルで動態的競争が重要な役割を演じていることは、ローカルなエリアでより選択とイノベーションに連動した新店舗の開設が多いことから示される。

また、集中レベルでより中程度の小売市場の調査は、集中の影響について小売業者と供給業者の間であってアンバランスを示す。この市場では小売業者サイドの集中が、供給業者の集中と比較して相対的に上昇すると、イノベーションの増加につながる。さらに、集中レベルが中程度の小売市場において、小売業者の有利にアンバランスが高まることは、食品の選択とイノベーションの減少には結びつかない。

総体的にデータ不足は、現代小売業の高い集中の国の状況からの分析成果の抽出を妨げている⁹⁷。

⁹⁵ European Commission. The economic impact of modern retail on choice and innovation in the EU food sector. Final report. Report by: EY. Cambridge Econometrics Ltd. Arcadia International. (Sept. 2014) (ec.europa.eu/competition/publications の HP より入手) (The economic impact と略称)。

⁹⁶ The economic impact (前掲註 95 参照), p. 209 (para. 9.2.2. Innovation)。

⁹⁷ 上記本文の分析結果は、The economic impact (前掲註 95 参照) から、“9.Result of the econometric analysis”における p.207, “Table 29: Summary of econometric results for key drivers: choice”の表より、“Retail concentration”の欄から“local level”, “Imbalance between retailers and suppliers at procurement (national)

このように、選択とイノベーションの成果はローカルなエリアや中程度の集中レベルの小売市場でそれがもたらされていた。他方、集中度の高い市場で大規模な小売業者がその取引相手におこなう不公正な慣行の場合は成果の関連分析について、明確な結論が導かれていない。すなわち、商品選択と店舗選択、そしてイノベーションを妨げているかは、EU全体での統一的傾向は抽出できず、加盟国市場の集中状況のレベルの相違から統一的な傾向は示されなかった⁹⁸。

- (b) この点から、閣僚級フォーラムは、加盟国が一定程度の異なる規制のアプローチをとることはやむを得ないと判断したものと考えられる。したがってフォーラムは、利害関係者と議論を促進することを求めるとともに、国家レベルでの規制にかかわる討論によって、適正慣行に対する議論と情報交換の機会を提供する意図をもつと述べている⁹⁹。
- (c) さらにフォーラムは、加盟国について、適切な抑止効果ある制裁と、公的な又は申告に応じた調査からなる、実効的かつ独立したなエンフォースメントを構築することが重要であることを確認した¹⁰⁰。

II. 不公正取引慣行の経済学—拡張的一般均衡のアプローチ

1. ブリュッセル／フィレンツェ報告書における経済的従属性の指標

ブリュッセル／フィレンツェ報告書(前掲 2014年2月「小売サプライチェーンの事業者間不公正取引慣行をカバーする法的枠組みの研究」最終報告書)は、小売チェーンにおいて不公正な取引慣行がおこなわれる経済的な原因を取引費用経済学にもとづいて論じる。先ず報告書は、商業関係にある当事者間に存する交渉力のアンバランスに注目して、かかる力の非対称性を生む原因として経

level”, “Supplier concentration at procurement (national) level” の項を参照。See, High Level Forum, Report 2014 (前掲註 91 参照), p.15.

⁹⁸ High Level Forum, Report 2014 (前掲註 91 参照), p.16.

⁹⁹ High Level Forum, Report 2014 (前掲註 91 参照), p.16.

¹⁰⁰ High Level Forum, Report 2014 (前掲註 91 参照), p.16.

済的な従属状況の説明をあげる。この交渉力のアンバランスと経済的従属関係にかかわる経済学的説明につき、特徴的な指摘は、次の二点である。

(1) 反トラストの競争制限と異なる交渉力のアンバランスにかかわる問題状況

そのひとつは、関連市場における市場力の「支配性 (dominance)」を欠くような、反トラスト (競争制限の禁止) の法適用が困難の場合にも従属関係が生じ、あるいは垂直制限にともなう全体的な市場のシェアが反トラストの規制を導くレベルに達しないような場合にも従属関係は生じて、交渉力のアンバランスがみられる指摘である。このような市場の競争業者間における競争の制限を可能にする反トラストによる指標を欠く場合にも、経済的な従属関係が生ずることが注目される。すなわち本報告書は、競争制限を可能にする市場力や市場のシェアによった伝統的なメルクマールによっては、交渉力のアンバランスからもたらされる、事業者間の不公正取引にかかわる法的な評価が困難になることを重視している。

この点から、交渉力のアンバランスのもたらされる原因を、「交渉にもとづく合意よりも好都合である代替的な取引先」を一方の当事者のみが有する点に求めている。契約条件の交渉をなすうえでのこのような優位は、最終的に契約が生み出す余剰において、より大きな取り分をかかえる優位な当事者にもたらすとされる¹⁰¹。

¹⁰¹ Legal Framework (前掲註9参照), p.25. 「交渉にもとづく合意よりも好都合な代替的取引先」 (“better alternative to the negotiated agreement”) の概念は、イアン・エアーズとバリー・ネイルバフによる「交渉にたいする障害としての共通知識」論文からの引用である。

この「共通知識」論文は、交渉当事者間において、反対当事者の知識を相互に知っている「共通知識」を有する状態が、契約の合意締結とその効果について、それまでの交渉理論の多くのモデルとは異なる結論を導く。

すなわち、これまでのモデルは、一方当事者のみが有し他方当事者の有さない個人的な知識について、それが取引コストとして交渉の進展にとり消極の効果をもつことを前提にする。その点から、かかる個人的な知識を共有化する「共通知識」の交渉促進的な効果を評価する。

このような従来のモデルの想定とは反対に、上記の「共通知識」に関しての無知を維持することで、合意に至る積極効果を導く場合を適示する。そして、このような交渉当事者間の高次の情報としての共通知識にかかわって、「交渉にもとづく合意よりも好都合である代替」的な、他の取引先の情報が検討されている。

(2) 「交渉にもとづく合意よりも好都合な代替的取引先」の指標¹⁰²

1) 契約の交渉及び履行過程における力のアンバランス

交渉力の格差それ自体は、契約取引に通常存する。したがって、経済的な力の行使にたいする規制においても、伝統的な指標である競争制限を導く市場力によった把握とは異質な、契約の交渉過程にはたらく力の行使の態様が問題にされる。そして、このような交渉過程における力のアンバランスにかかわって「交渉にもとづく合意よりも好都合な代替的取引先」を有するか否かの指標があげられている。

さらに、この指標については、単なる代替的な取引先選択の自由が問題にするのではない。市場の相手方について、違反行為者にたいする回避可能性にかかわっての代替的な取引先を確保しえるかの指標は、競争法の市場における競争阻害の指標であった。対照的に、需要力濫用に起因する不公正取引慣行の規制において問題にされる代替的な取引先の選択にかかわる指標は、契約の締結と実施(履行)の過程に注目する。すなわち下記に述べるように、「交渉にもとづく合意」の達成過程、そしてその合意の遂行過程にかかわっての紛争が問題にされることになる。

Ian Ayres & Barry J.Nalebuff, *Common Knowledge as a Barrier to Negotiation*, 44UCLA L.Rev., 1631, 1632-34 (1997).

この取引における合意にかかわっては、交渉による利得の獲得分が問題になる。不完備契約における交渉による契約当事者間の収益の取り分について、その多寡を左右する要因を明らかにしたナッシュ交渉解によれば、結局取り分の決定因は、各当事者がどの程度交渉力をもっているかの点と、どの程度「外部機会 (outside option; 交渉が決裂しても受け取ることができる分)」をもっているかの点に依存するとされる。外部機会は威嚇点 (threat point) ともいわれる (柳川範之『契約と組織の経済学』東洋経済、2000年、24頁)。

ナッシュ交渉解による外部機会の概念は、「交渉にもとづく合意よりも好都合である代替的取引先」について、契約交渉によった場合の他の取引先情報にかかわる「知識」に相当しよう。

¹⁰² Legal Framework (前掲註9参照), p.25-26. なお、欧州委員会のグリーンペーパーは、交渉上の地位におけるアンバランスについて以下のようなさまざまな要因があげられるとする。すなわち、当事者の相対的な規模/売上高における格差、経済的な従属性あるいは一方当事者により課せられた既存の重大な埋没原価 (sunk cost) (例えば高額な支出済み投資) である。グリーンペーパー、2.1. を参照 (付録資料(1); 欧州委員会グリーンペーパー)。

2) 過剰あるいは重大なアンバランス

経済的説明による交渉力のアンバランスと従属関係の指摘において第二の特徴は、上記の契約交渉の過程と履行の過程における力の行使態様において、不公正な取引慣行の評価を導く指標があげられる。それは需要力ないし交渉力の行使にかかわる濫用の不当性評価を導く指標でもある。すなわち、「交渉により生ずる過剰あるいは重大なアンバランス」の結果が問題にされる。

契約取引に通常存する交渉力の格差にたいし、需要力ないし交渉力の濫用にたいする不当性評価を導くためには、「交渉にもとづく合意」の達成、そしてその合意の遂行を危機におとしめるような力の行使として、過剰ないし重大な交渉過程のアンバランスを生ぜしめる結果が問題にされる。

3) 過剰性ないし重大性の指標

かかる過剰性ないし重大性の要因は、多様なものを考えることができるが、ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、以下の6要因を摘示する。すなわち「交渉にもとづく合意よりも好都合な代替」となる取引先等に転換する場合のコストの性質と程度、一方当事者の経済的な従属性、情報の非対称の存在と不完備契約、供給財が腐敗しやすい性質、違反行為の申告に対してなされる報復にかかわる「恐れ」の要因、そして弱小の当事者が司法にアクセスするうえでの諸問題、といった要因をあげている。以下のそれらの説明を摘示して、検討をくわえる。

(3) 過剰ないし重大な交渉過程のアンバランスを生ぜしめる要因

1) 取引転換コスト

* 関係特殊投資と取引転換コスト

ブリュッセル／フィレンツェ報告書は不公正取引慣行を分析する中心となる要因として、取引上、商業上の関係から退出することを余儀なくさせる、障害的なはたらきをする取引転換コスト（Switching Cost）をあげている¹⁰³。

¹⁰³ i) ロンドン経済研究協会による取引転換コストの定義

本報告書は、取引転換コストについては、2003年に英国公正取引庁に提出されたロンドン経済研究協会（National Economic Research Associates, London）の報告

書、「取引転換コスト (Switching costs)」(OFT655, Economic Discussion Paper 5) (April 2003)、を参照している。Legal Framework(前掲註 9 参照), p.26.

この経済研究協会の報告書は、取引転換コストについて以下の定義づけをする。それは、供給業者を変更する場合に生じる現実のあるいは予想されるコストであり、現在の供給業者に止まっているかぎり生じることのないコストとして定義される。経済研究協会報告書は、市場の競争制限にたいする反トラスト規制にかかわっての取引転換コストの諸問題をあつかう。See, *ibid.*, 1. Executive Summary, 1.1 (gov.uk/government/organisations/competition-and-markets-authority/about).

なお、英国の公正取引庁 (Office Fair Trading) は、2013 年企業及び規制改革法 (Enterprise and Regulatory Reform Act 2013, 2013 c. 24; <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/24/part/3/enacted>) により 2014 年 4 月 1 日に廃止された。同法は競争委員会の廃止と統合、改組をして「競争及び市場局 [Competition and Market Authority]」を設立した。同法の PART 3 がこの点を規定する (The Competition and Markets Authority Competition and Markets Authority homepage <About us を参照した)。

ii) ウィリアムソンによる「取引費用経済学 (transaction cost economics)」の考え方; Legal Framework(前掲註 9 参照), p.26.

取引転換コストは、相手方を変更する決定をした当事者が新しい取引先ないし商業的關係に入る場合に生じるコストである。事業者間の取引転換コストの重要な例のひとつが、「関係特殊投資」を一方当事者が他方よりも重く負う場合である。報告書は「取引費用経済学 (transaction cost economics)」の主要な主張者ウィリアムソン教授の「関係特殊投資」の理論をあげている。O. E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms Markets, Relational Contracting.* (The Free Press, 1985).p.18-22,61 (Williamson, *Economic Institutions* と略称)。

iii) 「関係特殊投資」と「埋没コスト (sunk costs)」

これが問題になる具体例は、大規模な (あるいは排他的条件を求める) 顧客の必要を満たすための従業員の訓練、あるいは特殊な装置の購入や特殊な製造パターンに従うこと等があげられる。これらのコストは全て、当該取引関係の終了により損失となる「埋没コスト (sunk costs)」と考えられる。このような投資をさせることに成功した強力な契約当事者は、実質的な交渉力を獲得する。Legal Framework(前掲註 9 参照), p.26.

iv) 機会主義的行動と「交渉にもとづく合意よりもより好都合な代替取引先」

「関係特殊投資」と「埋没コスト」の問題は、契約の対等性を自己の優位に変容させる戦略的方法である。それは契約当事者の相手方にたいし契約上の行為を変更することから、当該契約条項の再交渉となるような低い取引転換コストを獲得する効果というべきものである。その実際例は、相手方が代替の取引先に転換する現実的な可能性をもたないことを知っている当事者が自らのコストを減じてマージンを増すために、一定の財の引き渡しを遅らせあるいは素材の品質を低下させる場合であろう。契約の反対当事者が関係特殊的な投資を維持しなければならないということは、そのほかの取引転換のコストの低い場合であって、たとえ代替的な選択が優先される場合でも、当該取引に止まることを強いる結果になる。

ブリュッセル/フィレンツェ報告書は、かかる状況について、一方の当事者が他方と比較して、「交渉にもとづく合意よりもより好都合な代替取引先」をもってい

2) 供給量にかかわる従属性と取引転換コスト

2-1) 過剰ないし重大な交渉過程のアンバランスを生じる取引転換コストの例として、ある契約当事者が相手方に事実上従属する状況になってしまうケースがあげられる。それは、当該取引がその当事者の販売や供給の重大な部分を占めているために、商業上の関係において代替的な契約に転換することが容易ならざる場合である。

弱小な当事者の視点からは、現在の市場の相手方に代わる代替的取引先を開拓することは相当な時間とコストを要することから、実際に可能性がない場合も多くあろう。これは、一方当事者が市場力を欠いている場合でも、契約上の力を有しているならば起こりうるケースである¹⁰⁴。

2-2) 報告書における供給量の偏重によった従属性把握の特徴は、供給業者の取引先を転換するコストに起因するととらえられる。したがって、供給業者がその大規模な取引先を失う結果を回避するため、大規模な買い手に提供する犠牲（買い手による販売促進の協力要求に継続的に応える犠牲）にかかわる従属性は顧みられない特徴がある。

3) 取引転換コストと戦略的な機会主義的行動

供給業者と流通業者間の契約において弱い当事者の側に関係特殊投資の埋没コストを生ぜしめる例は、時間の経過とともに当事者が取引関係を放棄するリスクについて、それを減じる戦略的手段のために、かかる特殊な投資をなさしめる場合があげられる¹⁰⁵。

ることが確かな場合であるとする。Legal Framework(前掲註 9 参照), p.26.

¹⁰⁴ Legal Framework(前掲註 9 参照), p.26.

取引転換コストが重大なものとなるケースは、特定の相手方との取引につき代替の無い技術やノウハウのような要因によっても起こりうる。

現代のグローバルな付加価値チェーンのネットワークにおいては、買い手により保有されたノウハウと技術的知識を基礎として、各国に衛星として位置する関連会社をつうじて、その取引先に対し要素部分の生産と製造を発注させることで、購入者の交渉力を増す傾向がある。Legal Framework (前掲註 9 参照), p.26.

¹⁰⁵ 契約の一方当事者は、相手方の取引先転換のコストが関係特殊的な投資のために高くなることを知っている場合に、そのようなコストを意図的に発生させて再交渉の余地を狭める戦略的な機会主義的行動をとることがある。この場合のインセンティ

3-1) 「最低限の供給レベル」の義務付け

製造業者の埋没コストを増す企てを行なっているといわれている小売業者について、製造業者の供給量全体を「最低限の供給レベル (minimum supply levels)」にとどめ置く義務付けがおこなわれることがある。これは、結果的に製造業者がほかの流通業者に供給できないようにするものである¹⁰⁶。

3-2) 「最低限の広告・宣伝要求」の義務付け

「最低限の広告・宣伝要求 (minimum advertising requirement)」の義務付けは、製造業者が広告宣伝をするために最低限を支出しないと、小売業者は製品を在庫に加えることを拒むというものである。そして「埋没設備要件 (sunk facility requirement)」について、小売業者は製造業者が製造設備に埋没コストを抱え込むまでは、供給のための契約（とりわけ小売業者の自社ブランド製品について）を締結することを拒む場合をいう¹⁰⁷。

* 行為の広がりや弱い当事者の代替的取引先確保の問題

ブ分析したものとして、参照、清水克俊・堀内昭義『インセンティブの経済学』（有斐閣、2003年）159頁。

¹⁰⁶ 英国の経済学者ポール・ドブソン（イースト・アングリア大学経営学部教授）は、「最低限供給義務」の制限について、「条件付き買入れ要求」の категорияに整理している。ドブソンは、その categoria の特徴を供給業者に対し買入れの条件として他のいかなる者と取引するかにつき譲歩させ、あるいは買い手に独自のものとして供給する実質的な譲歩を要求すること、ととらえている。

この categoria の慣行の例示には、本義務づけのほか排他的供給の要求や抱き合せの購入などが挙げられていることから、本最低限供給のレベルの義務付けは、競争者排除の競争制限効果も有すると考えられているようである。

See, Paul W. Dobson, Buyer-Driven Vertical Restraints ; in Swedish Competition Authority, The Pros and Cons of Vertical Restraints (Stockholm, Nov. 2008) (Dobson, Buyer-Driven と略称), 102,110, Table 1 - Buyer-Driven Vertical Restraints, Category 1. (The Swedish Competition Authority の HP より入手)。

¹⁰⁷ Legal Framework (前掲註 9 参照), p.26-7.

供給業者の側が小売業者に埋没コストの負担を負わせる試みとしては、強力なブランドをもつ供給業者は、単一ブランドのみを扱うショップを小売業者につくらせて、供給業者の製品がもつ固有の特徴に合わせてその活動を訓練させる等の投資をさせるなら、容易に埋没コストの負担を課することができる。

このように、関係特殊投資の相対的な大きさは、交渉のテーブルにあつて契約のどちらの当事者がより強者であるかについて、決定する働きをする。Legal Framework (前掲註 9 参照), p.27.

最後に、商業的な取引関係の枠内で不公正な取引慣行を課されることで余儀なくされる取引先転換の行為は、問題になっている当該慣行が産業全体に広くおこなわれているのなら¹⁰⁸、代替的な取引の相手方は、転換を欲する弱体な当事者にとってより良い条件を保証するものとはならない問題が残る¹⁰⁹。

4) 情報の非対称性と不完備契約

4-1) 情報探索コストと不完備契約

当該取引の契約当事者について問題になる情報収集の能力に格差の存する場合、不公正な取引慣行の生ずるおそれがある。消費者保護規制の場合と同様に、中小企業について契約関係のすべての側面で情報収集の必要性を問題にする保護規制は、事業者の資源利用の制約性から実施が困難となる。このことから、一定の契約申し込みに際しすべてのありうる情報を集める企ては、放棄するのが合理的と考えられることになる。

ここでブリュッセル／フィレンツェ報告書は、情報検索のコスト問題にかかわる最適な検索回数の決定問題、すなわち、情報探索の費用がかかるため、ある時点で探索・比較検討を打ち切ることが経済効率的になる場合が存することを明らかにしたスティグラー論文を引用している¹¹⁰。

¹⁰⁸ 買い手の発動する垂直制限が時間の経過とともに、産業全体において広く「慣習及び慣行」の働きをする協定としてスタンダードのものとなり、「買い手間で差別のないことを確実なものとする」ように行われることがあるとされる。ドブソン教授は、買い手と売り手間の販売促進の支出にかかる例としてあげている。Dobson, Buyer-Driven (前掲註 106 参照), p.108, note9.

¹⁰⁹ Legal Framework (前掲註 9 参照), p.27.

¹¹⁰ Legal Framework (前掲註 9 参照), p.27. George J. Stigler, The Economics of Information, The Journal of Political Economy, Vol. 69, No 3 (Jun., 1961), 213-225.

i) スティグラーの情報の経済学における最低価格の探索のモデルは、以下のよう
に要約される。

売り手が多数存在し、その提示する価格にばらつきがある場合 (price dispersion)、購買者は売り手の提示価格の分布は知っているが、どの売り手がいかなる価格を提示しているかは知らないとする。さらに購買者はできるだけ安く買いたいが、売り手の価格情報の探索コスト (search cost) がかかる。購買者について、探索を 1 回おこなうとし、ある特定の売り手の価格 1 個を提示するものとする。

4-2) 不完備契約と戦略的な機会主義的行動

4-1) の状況における典型的な結果として、契約書面はそれ自体として全面的に交渉されなかった条件を含んでいるのであって、商業上のリスクの移転が強い契約当事者から弱い当事者へ生じていることになる¹¹¹。

小売チェーンをめぐる契約取引の特徴的現象として、小規模な当事者は契約の交渉を実効的におこなう力が限られていること、そして契約の全条項にわたって十分な情報を獲得する能力が限られていることがあげられる。

かかる事態は、契約の一方当事者が自己の有利となるように契約の不完備な条項を搾取的に利用する結果を導くであろう¹¹²。現実問題としてこのことは、

ii) 以上の前提のもとで、購買者は最適な探索回数を決定するという意思決定をおこなうとする。

こうした枠組みによる分析の結果スティグラーは、購買者の探索は、支払い価格の限界節約（今まで知られていた最低価格と次の探索によって得られる最低価格との格差）の期待値と、探索の限界費用が一致するところで決定されることを示した。

Ibid,215,216 G.J.スティグラー著、南部・辰巳訳『価格の理論 [4 版]』（有斐閣、1991 年）279 頁、283 頁。

iii) さらに、成田淳司「取引動機にもとづく貨幣需要の一局面的一スティグラー教授のサーチ理論の応用」経済学研究第 30 巻 1 号 143 頁は、最適な価格情報の探索水準を検討したスティグラー理論における購買者の合理的行動論を、以下のようにとまとめる。すなわち、その理論はより低廉な財を探し当てることから生ずる支出の節約額（探索の限界収入といわれる）が探索の費用（限界費用）と等しくなるまで探索が続けられる。そして、このレベルを超える探索は、支出の節約額を低減させる。

iv) そのほか、スティグラーによる情報探索の理論の理解とそれに対する批判的研究の動向を把握することについては、以下を参照した。新堂精士・長嶋直樹「消費者行動のモデル化に関する一考察—情報処理の観点から」富士通総研 Economic Review(2002 年 10 月)及び『富士通総研・経済研究所研究レポート』No.138 (2002 年) (jp.fujitsu.com/group/fri/downloads/report/economic-review/200210/review06.pdf.)。辰巳憲一「金融活動における情報と評価：展望と論評」学習院大学経済論集 45 巻 3 号 215-16 頁 (2008)。

¹¹¹ Legal Framework(前掲註 9 参照), p.27.

¹¹² ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、取引コストの問題から情報の非対称性に起因する状況下で、強い契約当事者は戦略的な機会主義的行動をとることを指摘する。See, Legal Framework (前掲註 9 参照), p.27.

これは弱い相手方をホールドアップに追い込むことを意味すると考えられる。

このような不正な取引慣行の規範的評価を導く不完備契約の経済学的な理由づけについて、報告書は、以下のグロスマン＝ハート＝ムーアによる財産権アブロー

グリーンペーパーがあげた不公正取引慣行の多くが、契約の不完全さにかかわっていることに対応する。このような契約の不完備状況は、強い当事者及び情報をより多く有する当事者について、契約の合意の後でその義務付けのバランスを自己の有利に変更することができる¹¹³。

チと呼ばれるゲーム理論の2論文に依拠している。Hart & Moore, Property Rights and the Nature of the Firm, *The Journal of Political Economy*, Vol. 98, No. 6 (1990), 1119, (以下、Hart / Moore [1990] と略称), Grossman & Hart, The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration. *Journal of Political Economy* 94, No. 4 (1986) 691 (Grossman/Hart [1986] と略称)。

¹¹³ 報告書は、この財産権アプローチからホールドアップ戦略が導かれる詳しい説明を欠いている(前掲註112の該当箇所を参照)。そこで以下に、本稿筆者の理解によるかかる説明の概要を摘示する。

その際、我が国ですでに紹介されている、財産権アプローチの邦語論文を主に参照した。

i) 物的資産と「残余コントロール権 (residual rights of control)」

上記のように報告書は、グロスマン=ハート=ムーアを中心とした不完備契約論に言及する。その不完備契約論が前提とするモデルにおいて、労働者の知識や技術といった「人的資産 (human capital)」は、所有や譲渡の対象になりえない。したがって人的資産は、それと補完的な関係にある物的資産のコントロールを通じて、間接的に権限が行使される。

すなわち、そのモデルはそれまでのコースやウィリアムソンの「取引費用の経済学」を基礎としつつも、ある企業の所有 (Ownership) を、コントロール権と結びつける(相手方株式の過半を所有する) ことによって相手の意思決定(どういう戦略を選ぶか)を自己の利潤極大化の視点でコントロールするという考え方を特徴とする。Hart / Moore [1990] p.1121. 鈴木豊『『グロスマン+ハートの不完備契約理論』と垂直統合型多国籍企業 (VMNEs) の出現—新たな概念的枠組みの適用』経済志林 (法政大学) 68巻1号372、388頁 (2000)。

その理論においては結局、「企業」は所有とコントロール権の結びつきから、物的資産の集合体とみなされることになる。Grossman/Hart [1986] p.692. 不完備契約において物的資産の所有者は、その使用、処分にかかわる「残余コントロール権 (residual rights of control)」をもつ。

すなわち、その所有者は、以前に結ばれた契約、慣習、あるいは法との間の不整合性をきたさないような仕方、その資源のあらゆる利用について意思決定をおこなう権利をもつとされる。Oliver Hart, *Firms Contracts, and Financial Structure* (1995, Clarendon Press) p.30. オリバー・ハート著、鳥居昭夫訳『企業、契約、金融構造』(2010年、慶応出版)、40頁以下。参照、谷口和弘「企業とは何か」三田商学論集49巻1号31頁(2006年)。なお神戸伸輔『入門 ゲーム理論と情報の経済学』(日本評論社、2004年)296頁は、そのコントロールについて残余管理権と呼んで、明示的な契約で決まったこと以外で残ったことは所有者が決定権をもつという意味の説明をする。

さらに、所有とは、かかる物的資産にかかわる残余コントロール権の購入として

定義される。Grossman/Hart [1986] (前掲註 112 参照) p.692.この点は、以下の敷衍的な説明から、契約形態の利用について経済学上のより広い評価を導く長所が指摘される。すなわち、X と Y の二当事者間において X は、Y が所有する物的資産の利用を望むのであれば、Y を買取る契約により物的資産を購入するという統合の選択肢以外に、所有者としての Y のポジションを変更せずに、Y との間に物的資産の利用をめぐる契約を結ぶ選択肢も有している。

これらの契約形態の差異にかんする説明は、不完備契約について物的資産の所有を問題にする理由を広い視点から理解する意義を有する。それは取引費用の存在ゆえに契約が不完備とならざるを得ない状況を所与としたうえで、契約の条項で具体化されなかった物的資産を利用する意思決定権の所在が問われることになるからである。

すなわち、どの主体が契約の不完備性にかんする意思決定をおこなう権利をもつかという問題について、「物的資産の所有者」というきわめて簡潔な答えを示す。谷口和弘「企業の性質と不完備契約」三田商学論集 45 巻 3 号 19 頁 (2002 年)。

企業を物的資産の集合とみなす彼らのモデルの特徴は、企業統合の場合に顕著である。グロスマンとハートの共同論文は、契約が不完備である場合には、一方の当事者によって契約で規定された条項に関するものを除き、あらゆる権利を購入することが最適であると考えられている Grossman/Hart [1986] p.692. すなわち、前述の「残余コントロール権」についてその権利の獲得をめぐる買取側と被買取側の投資行動の分析がなされており、利己的な所有者相互で不完備な契約しかおこなわれる余地がない場合には、物的資産の財産権を一方の側に移転した方が、資源配分が効率的になると考えるのである。

ii) 不完備契約と事前の投資行動

上述のように、グロスマン＝ハート＝ムーアは企業を物的資産の集合と捉え、そのコントロール権を重視する。その理論は財産権アプローチ (property right approach) と呼ばれるが、物的資産ないし財産権のコントロールが重視される理由について、藤田友敬教授の解説が明確であり示唆に富む。

すなわち、不完備契約において当事者の投資行動に与える影響の観点に焦点をあてて財産権アプローチの特徴が明らかにされる。その解説によれば、契約が不完備にならざるをえない事態を前提にし、契約では想定されていない状況が生じると推論するならば、再交渉がおこなわれる場面を考えることになるであろう。

そこで、交渉が決裂した場合が問題になる。この場合ナッシュ交渉解によると、各当事者は得られる利益についてはそれを受け取り、残りを一定の仕方に分けることになる。そして後者による分配の利得は、結局事前の財産権の配分 (物的資産にたいするコントロール権の配分) によって影響を受けることが看過されえない。その結果、両当事者の財産権の割り振りが、交渉決裂時の受け取る利得の大きさに影響し、それが交渉の結末を左右し、これがさらに当事者が事前にどれだけの人的資産へ投資するかというインセンティブに影響してしまう。藤田友敬「契約・組織の経済学と法律学」北大法学論集 52 巻 5 号 1871 頁以下 (2002 年) (藤田・法律学と略称)。

以上のように、財産権重視の不完備契約論は、当初の投資レベルを左右するインセンティブへの影響評価にかかわる推論構成を特徴とする。その理論において、当事者は交渉の決裂ないしホールドアップ状況の発生の可能性を予見する。かかる予見にともなう事前的な投資の行動について示唆を与えるものとして、グロスマン＝

ハート＝ムーアの貢献は重要とされる。

iii) 外部機会ないしホールドアップ状況と不完備契約

グロスマン＝ハート＝ムーアの財産権アプローチにおいては、不完備契約の場合、物的資産にたいするコントロール権の配分状況が事前の投資レベルを決めるインセンティブに影響する。

かかる理論構成においては、交渉決裂時において強い当事者が外部機会の選択をもつことが、相手方である弱い当事者について事前の投資活動に影響することになる。

すなわち、弱い当事者がその投資による物的資産に対するコントロール権を有することにもとづいて対抗的な交渉力を行使しても、強い当事者は外部機会の選択を行使することが可能であり、かかる投資が関係特殊な場合には弱い当事者をホールドアップに追い込むことになる。また弱い当事者の側からも、事前の投資の決定に際し、将来交渉の決裂する事態におかれた場合に、外部機会の選択を行使できる強い当事者によってホールドアップ状況に追い込まれる結果を予見して、事前の投資を抑制ないし回避する。かかる結果は厚生損失を生ぜしめる。

このことから以下の厚生問題を生ずる。弱い当事者は、その投資による物的資産に対するコントロール権を有することにもとづいて対抗的な交渉力を行使しても、強い当事者の外部選択に直面する。弱い当事者は、その投資が関係特殊ななら、ホールドアップへ追い込まれる。また弱い当事者の側からも、事前の投資の決定に際し、将来交渉の決裂する事態におかれた場合に、外部機会の選択を行使できる強い当事者の行動を予見する。ホールドアップ状況を回避するため、事前の投資を抑制ないし避ける。かかる結果は過少投資の厚生損失を生ぜしめる。

この点にかかわり、藤田教授の要約的な解説に依拠すると以下のように整理される。

- ① 契約が不完備であることから、当初の契約では定められていない事態に関しては事後的に再交渉が生じる。
- ② その理論構成において「企業の境界」を形成する物的資産へのコントロール権の配分状況が、この再交渉の際の当事者の外部機会のレベルに変更をもたらし、ひいては交渉の結果に影響を与える。
- ③ 再交渉の結果、当事者がどれだけ利得を得るかは、当事者の人的資本への投資の程度に影響することになる。
- ④ 以上のように「企業の境界」(物的資産の所有配分)は、当事者の投資行動に影響を与えることを通じて企業の価値を左右することになるから「企業の境界」を適切に設定することで望ましい状態を達成することができる。藤田・法学、1872頁以下。

iv) 財産権アプローチによる経済的非効率にたいする対策とその法的問題点

このように、コントロール権の配分という考え方は「企業の境界」を適切に設定することを意味する。そこから導かれる推論として、ホールドアップ問題(物的な資産と人的資産の投資水準が非効率なレベルに陥る)はグロスマン＝ハート＝ムーアの財産権アプローチにおいては、財産権の統合やバンドリングといった手段を講ずることによる解決が提唱されている。谷口「企業の性質と不完備契約」前掲 i) の三田商学論集 45 巻 3 号 33 頁。

v) これまで紹介した財産権アプローチによる、不完備契約の下での物的資産の配

これが可能であれば強い当事者は、オリジナルな契約の文面にあえて、不公正取引となる自己に有利な条項を載せておく必要もないことになる¹¹⁴。商取引上の力の格差を用いて、契約の履行過程において、弱体な当事者に過剰なリスク移転をおこなう戦略的な企図に依拠することで済むであろう¹¹⁵。

分状況、外部機会の大きさ、さらには事前の投資インセンティブの連鎖の関係についての影響評価の把握は、ブリュッセル／フィレンツェ報告書がなす不公正取引慣行の原因にかかわる理論的検討について、次のような示唆的な視点を提供する。

それは、弱い当事者である製造業者や供給業者はその投資活動により物的資産と人的資産に対するコントロール権を得るものの、契約が不完備であるために事後の再交渉をするならば、かかるコントロール権の行使の態様は、強い当事者である大規模スーパーの外部機会のレベルに変更をもたらす、ひいては交渉の結果に影響を与えることとなる。

つまり、大規模スーパーが「交渉にもとづく合意よりもより好都合な代替取引先」をもつとして、外部機会を行使する威嚇のもと有利に交渉を進めるなら、弱い製造業者や供給業者の利得は、その投資が関係特殊である場合、実質的に不利な結果になる。結局かかる不利な事態を予測する製造業者や供給業者は、外部機会を行使できる大規模スーパーとの契約では、物的な資産と人的資産の投資水準を非効率的な低いレベルに抑える事態になる。このような結果として、厚生損失が生じる。

vi) 経済的非効率の解決策（垂直統合とバンドリング）

このような推論構成が、大規模スーパーの不公正取引慣行にかかわる不完備契約についてグロスマンらの財産権アプローチに即してなされることになるであろう。そしてその厚生上の損失を生じる事態の対策としては、前述のように垂直的統合がこのアプローチにおいて主張される。またバンドリングによる厚生効果を高める措置としては、大規模スーパーによる一定の商品・役務の購入に際し、他の財や役務の購入を指定販売先から購入を相手方に義務付けるような抱き合せ契約が考えられる。

しかし垂直統合は実施の可能性について、広範な条件に左右される。また後者の方策は、EU のサプライチェーン機能改善規制との関連にあつて、以下のような法的問題を生ぜしめる。EU 横断的な事業者団体の連合による、ボランティアな行動綱領作成の試みである 2011 年「サプライチェーン・イニシアチブ」は、経済的効率性にもとづく不当性の判断規準とは距離を置く規定を設けている。すなわち、当事者間の合意と消費者の利益及び契約当事者双方の利益に合致するものでない抱き合せ行為は、不公正なものとして規範的な評価が下されている。

Principles of Good Practice（前掲註 25 参照）における、「表 1；公正慣行/不公正慣行例の一覧」（前掲註 31 参照）を参照。

¹¹⁴ Legal Framework（前掲註 9 参照），p.27.

¹¹⁵ 本稿において、拡張的一般均衡のゲーム理論の位置づけをした「取引費用経済学」について、代表的研究者はウィリアムソンである。その機会主義的行動のモデル理論が、上記本文のような戦略的な企図による不完備契約論である。

i) 「たくらみ」の機会主義的行動と取引費用の経済学

ウィリアムソンは、このような事後的な濫用行動である「たくらみ」を用いた機会主義的な行動に関する取引費用の経済学分析について、「契約的人間（contractual

man)」のモデルをもちいることによりおこなっている。Williamson, *Economic Institutions* (前掲註 103 参照), p.43.

ii) ウィリアムソンの契約的人間モデル

取引費用の経済学の前提とする人間像を特徴づけたウィリアムソンは、その人間像の要素として限定的な合理性と機会主義的な行動の仮定をあげる。前者は認知的な能力にかかわり、後者の機会主義的行動パターンは排他的に自己利益の追求に専念する人間像にかかわる。自己利益の追求を指向する人間像としては、その指向の強度が i) 機会主義、ii) 単純な自己利益の追求、iii) 追従 (obedience) の順に弱くなる。機会主義は自己利益の追求を「狡猾 (guile)」におこなう場合であり、「欺瞞 (lying)」、「盗用 (stealing)」、「ごまかし (cheating)」のような明白な形態の機会主義的行動が存在する。

さらに、「たくらみ (deceit)」を用いたより微妙な行動として、契約締結にかかわる事前と事後の両方のタイプ(保険契約におけるモラルハザード問題が例となる)、そして受動的と積極的の両方の形態が多様に考えられる。ウィリアムソンが機会主義の一般的な例としてあげるのは、情報の不完全ないし歪曲された公開の場合であり、誤認、誤解、欺罔、困惑あるいはその他混乱に陥れる計算された行動をいう。このような場合には仲裁者や裁判所による契約締結プロセスにたいする事後的な介入はより困難になる。Williamson, *Economic Institutions*(前掲註 103 参照), p.47. 参照、ポール・ミルグラム/ジョン・ロバーツ著奥野・伊藤他訳『組織の経済学』(NTT 出版、1999 年) 151 頁 (情報の非対称性と戦略的虚偽説明) (ミルグラム・組織と略称)。

iii) 機会主義、限定合理性そして関係特殊的投資

このように、機会主義は、もともと存在しており全面的に開示されている生産諸条件 (例えば、独自の有利な立場とか、他と格差のある優秀な技術) のように、当然その者たちに与えられる報酬を実現している上記 ii) の場合と区別される。

上に述べた、取引費用の経済学が前提とする人間像においては、機会主義的行動の要素とともに、限定的な合理性についての要素があげられていた。機会主義と個人の認識能力に関する要素の限定合理性、そして関係特殊的投資の問題が結び付くと取引費用の経済学は、契約の世界に大きな変化が生ずることを明らかにしている。以下にこの点を敷衍する。

iv) 古典契約法モデルからのかい離と取引の「組織化」

限定的合理性のため当事者の計画が不完全なものとなり、約束が機会主義のため破棄されるおそれに直面し、市場における匿名の当事者と異なって関係的契約における当事者双方の身元がその特殊的投資のため重要となる。このような事態にいたるならば、古典契約法が前提とした法廷による制御はその限界を露呈するのであり、次のような私的秩序の制度化が課題となる。それは限定的合理性を制限し、一方では同時に機会主義の危険から取引を防御するように取引を「組織化」することである。ウィリアムソン著/井上・中田監訳『エコノミック オーガニゼーション』(晃洋書房、1989 年) 223 頁。

他方で、市場の欠陥の側面から機会主義をとらえるならば、機会主義と少数性の市場の条件が結びつく場合に、契約取引をめぐる状況が大きく変わることがウィリアムソンにより指摘されている。契約当事者が双方とも小数であるなら、当事者では双方独占の交換におけるあらゆるタイプの困難が出現する。この場合では当事者

4-3) 情報の非対称性とホールドアップ問題

i) ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、かかる戦略的な企図による過剰なリスクの移転行為を、情報の非対称の問題を利用して生ぜしめるものととらえている¹¹⁶。具体的には、交渉過程における力のアンバランスから生ずる「交渉にもとづく合意よりも好都合な代替的取引先」を有する当事者の機会主義的行動である。

その理論構成においては、情報の非対称性問題に起因する交渉力のアンバランスは、前述の取引転換コストを生ぜしめる関係特殊投資と限定的合理性がそのアンバランスが結びつくとき、事後の機会主義的行動であるホールドアップ問題を生ぜしめる¹¹⁷。すなわち取引相手は、契約上の義務違反を犯して、あるいは事後に過剰なリスクを移転する戦略的なたくらみによって特殊の資産の所有者から有利な条件を引き出そうとする。その場合かかる資産の転用をなすことによってこうむる損失のため、当該所有者の交渉力は弱くなる。この点を契約締結に際して予測する弱い当事者は、資産の投資を見送る可能性が高い。結果的に、厚生損失が問題になる。

ii) ホールドアップをおこなわないというコミットメント

こういった事態の対処策としては、先ず、当事者によるホールドアップをおこなわないというコミットメントが考えられる¹¹⁸。

iii) そして、かかるコミットメントによる不公正な取引慣行の規制は、実務に大きな影響を与えている。2013年9月16日運用を開始したEU サプライチェーン・イニシアチブは、コミットメントによる不公正な取引慣行をおこ

双方にとって、自分にもっとも有利な契約条件を追求することが利益にかなうことになる。その点から、上述のような誤認等混乱に陥れる計算された言明と「ちまちまとした交渉」を促す結果となる。ウィリアムソン著／浅沼・岩崎訳『市場と企業組織』（日本評論社、1980年）44頁以下。

¹¹⁶ Legal Framework (前掲註 9 参照), p.27.

¹¹⁷ Williamson, *Economic Institutions* (前掲註 103 参照), p47.

¹¹⁸ ミルグラム・組織 (前掲註 115 参照)、173 頁。かかるコミットメントが将来のホールドアップをおこなわないという強制可能な契約として、協調をうながす目的によるビジネスの状況整備として、「エージェンシー・ゲーム」の理論モデルである点の説明は、後掲Ⅱ.における「5. クーターとユーレンによる『エージェンシー・ゲーム』の理論」を参照。

なわないという信頼が当事者間に構築されることを目指している。そこに集った大規模スーパーは、取引費用経済学の主張するコミットメント論に賛同して、「2011年垂直的関係」の行動綱領を遵守する登録をしたということができよう¹¹⁹。この点が取引費用経済学の成果である。

- iv) また、評判のメカニズムといわれる機会主義的行動に関する市場の抑制作用もあげられる。すなわち、強い当事者の機会主義的な過去の行動にたいする市場のおこなう評価である。本稿は、かかる市場機能を活用した不公正取引慣行の規制手段の選択には、限界があることを軽視すべきでないと考える¹²⁰。

¹¹⁹ 前掲の「4、『サプライチェーン・イニシアチブ』の創設」における(1)を参照。

¹²⁰ ミルグラム・組織(前掲註115参照)、173頁。大録英一「ホールドアップ問題と優越的地位の濫用(1)」公正取引487号37頁、大録「同・(3)」公正取引491号78頁以下、大録「同・(4)」公正取引491号41頁(1991年)、大録「不当な廉売、差別対価、抱き合わせ販売の区政競争阻害性について(12)」公正取引536号57-58頁(評判のメカニズムの問題点)。

* 不公正取引慣行の規制と評判による市場の失敗の矯正機能

- i) 市場における取引の機能のひとつである評判のメカニズムにたいする批判は、本稿が依拠した抗争交換の主張者ボウルズによってなされている。不完備契約をとまなう市場の情報の非対称性問題を解決するために、ボウルズが「市場規範」と呼ぶ機会主義的行動の抑止のメカニズムについて、その機能にたいする批判的検討がされている。

その「市場規範」とは評判、報復、そして分断化である。ボウルズ・マイクロ経済学243頁。Bowles, *Microeconomics* (前掲註171参照), p.249.

最後の分断化は、人々が同類の人と群れることにより不完備契約における機会主義を緩和するものであり、相互作用する相手に利益を授け、裏切る相手に費用を負わせることが可能な場合である。ボウルズ・マイクロ経済学、239頁。Bowles, *Microeconomics* p.244.

- ii) 本文ではブリュッセル/フィレンツェ報告書やサプライチェーン・イニシアチブが依拠した評判のメカニズムを論じた。これらを含めて報復、そして分断化によった「市場規範」の機会主義的行動を阻止ないし抑制する限界は、以下のよう論じられている。

「報復や分断化、評判が高い協力水準に均衡を維持するための条件は、相互作用が繰り返されること、タイプに応じた組み合わせがなされること、他者がどんなタイプの人であるのかに関する情報が低費用で入手できることであ(り)…このような関係は、安定した隣人同士や労働移動の少ない企業、そしてときに共同体(Bowles and Gintis 2002a, Ostrom 1990)とか、一族(Ouchi 1980)と呼ばれる同業者のグループのような、頻繁に繰り返され、多面的で、顔の見える状況に見出される」。ボウルズ・マイクロ経済学252頁、Bowles, *Microeconomics* (前掲 i), p. 258.

- iii) 英国の2013年綱領審判官法の立法審議では、違反企業名の公表とそれにより恥をかかせる措置の限界が論議された。拙稿・綱領審判官(前掲註9参照)、30

2. 報告書における取引費用経済学によった分析

(1) 取引費用の経済学によるモデル分析の特徴

* 「ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、取引費用の経済学を取り入れた不公正取引慣行にたいする経済学的分析に特色があった。以下に、そのモデル理論の導入にかかわる注目点を、報告書の不完備契約論から列挙する。それは、規制の法的システムを形成する要請から注目される箇所である。

1) 「交渉にもとづく合意よりも好都合な代替的取引先」の概念—契約当事者間の内部的関係と外部的関係（前掲Ⅱ， 1. (1) 参照）

まず、「交渉にもとづく合意よりも好都合な代替的取引先」の概念が不公正慣行を生む原因の分析のうえで重要概念である。この概念は、大規模スーパーにおける代替的取引を確保する容易さと、逆に供給業者につきその困難性として問題になる。いずれも過剰あるいは重大な契約上のアンバランスを生む原因とされる。過剰あるいは重大なアンバランスは、契約当事者間の関係における指標であり、スーパーと供給業者との間で不公正取引慣行にかかわる紛争が生じる内部的な関係としてとらえられる。

一方、上記代替的な取引先への転換という指標は、当事者間の関係性から外部的な指標であるといえる。

報告書による「交渉にもとづく合意よりも好都合な代替的取引先」の概念は、このように契約当事者間の内部的関係とそれからの外部的な関係の双方を取り入れた形式になっている。

2) 当事者にかかわる外的な関係を重視（前掲Ⅱ， 1. (2) 3）を参照）

しかるに、報告書のアプローチは、かかるアンバランスを生む要因として、前述した「ii) 過剰性ないし重大性の指標」としての6要因、①取引転換コス

頁以下。それは、評判（名声）のメカニズムにより、消費者に対し買い控えを誘引する制裁である。かかる評判の効果について、消費者と大規模スーパーは、まさにここにあげた「多面的で、顔の見える状況」とは言い難いと考えられる。すなわち、違反企業名の公表という市場のインセンティブ機能に信頼した立場への批判がされているととらえられる。

ト、②一方当事者の経済的な従属性、③情報の非対称、④供給財が腐敗しやすい性質、⑤「恐れの一因」、そして⑥司法アクセスの困難性をあげる。これらは、契約両当事者の内部的な相互交渉にかかわる関係の把握にかかわる指標というよりも、取引対象とその取引当事者の周辺を含めた外部的事実への関係性を示す内容であった。

この点は、過剰あるいは重大なアンバランスという現象からただちに問題となりうる当事者間の直接的な経済上の力にかかわる行使態様が問題とされないことから明らかである。

以上の考察から、「交渉にもとづく合意よりも好都合である代替的取引先」の概念は、契約当事者間の内部的関係と外部的な関係の双方を取り入れた形式をとるものの、後者の外部的な関係の把握に重点がおかれた内容になっている。さらに契約当事者間の内部的関係において重要な検討視角である対面的な経済力の行使の態様が、報告書においては、問題とされない特色がある。

3) 買い手の属性把握—その抽象性（前掲Ⅱ. 1. (3) 4-3）を参照）

次に、契約当事者をめぐる行為主体としての属性把握の問題がある。報告書では、主体を限定合理性の抽象的な規定をするにとどまり、それ以上の積極的な把握がされない。

この点は先ず、不正慣行の行為者たる需要力をもつ買い手の場合に、機会主義的な戦略行動の主体として位置づけられる。しかしそれ以上の積極的属性把握がされない。この点から明らかになることは、機会主義的な戦略行動は、買い手の経済的な力の行使として、またその個人的な利得獲得をする主体として積極的にとらえられない特徴がある。相手方たる供給業者の取引先転換コストの大きさや情報の非対称性という、買い手にとっての外的な誘引条件からの対応として、消極的にとらえられる。

不正な取引慣行の行為主体として、大規模スーパーが供給業者にたいし、その販売促進についての協力要請にたいする努力レベルを継続的に引き上げていく、強制をとまなう個人的な利得獲得の動機は問題にならない。また権威的の主体として、供給業者の選好に積極的に働きかける利得獲得の動機も問題にさ

れない（後掲、Ⅲ.2.（2）、4）、4-6）及び4-7）を参照）。

次に、「恐れ」の要因」にともなう生じる威嚇の効果の原因説明としても、違反申告という重大な不利益にたいするスーパーの報復の脅威を十分説明できない。

4) 上流市場の競争者としての属性も有する供給業者

（前掲Ⅱ. 1.（1）から（3）を参照）

報告書には、売り手の弱い契約当事者たる供給業者についての属性把握も、積極的にされない特徴がある。

注目されるのは、不公正慣行の不利益をこうむる供給業者が取引を継続する理由について、報告書がほとんど触れていない点である。またこれは恐れ」の要因のもとにおかれても、取引を継続する結果にあてはまる。報告書は暗黙の協調による繰り返しのゲームに言及するのみで、それ以上の供給業者の行動分析がされない。

この点は、供給業者がこの不利益をこうむっても取引から離脱しない事情として、取引離脱時の不利益を上回る利益を、不公正慣行の不利益を受けても維持しているとみなすのは合理的である。

したがって、供給業者が不公正慣行を受けても維持する個別利益は、供給業者が買い手以外との関係において、すなわち上流市場において、他の供給業者との競争を維持する必要による利益であると推測できる¹²¹。不公正取引慣行の規制に当たっては、かかる慣行の影響のおよぶ範囲が慎重に見定められる必要がある。

以上から、買い手の不公正慣行のもとにおかれた供給業者は、上流市場において競争者としての主体の属性評価がされなければならない。

¹²¹ この点は抗争交換理論における、供給業者が需給不一致市場において得ている競争均衡下の利益について述べた、後掲Ⅲ.2.（2）における「4-2）供給者は均衡の利益（レント）を受けている」を参照。

(2) 報告書の分析の問題点（まとめ）とそこから得られる検討の方向性への示唆

- ・ 報告書は不公正慣行の原因分析にかかわる検討視角が、契約当事者に対する外部的要因に偏重する傾向がある。これは当事者間で内部的に生ずる経済的な力の行使について、その態様の把握をむずかしくする。
- ・ 報告書においては、限定的な合理性の仮定（取引費用の経済学の理論的前提）が、契約当事者の主体の属性として重視される。これは、内部的関係で作用する力の行使の態様を把握する阻害要因になっている。そして、かかるアプローチは取引主体を抽象的に把握する傾向を生む。
- ・ 取引主体の属性というものは、主体のおかれた具体的な状況によって規定される。かかる特性に即した属性把握のアプローチが求められる。
- ・ 具体的な状況で当事者の取引主体としての属性がとらえられなければならないことは、供給業者にも妥当する。不公正慣行のもとにある供給業者、そしてホールドアップの状況下にある供給業者は、大規模スーパー（不公正慣行をおこなう）と取引できない供給業者には獲得の困難な利益を維持する可能性から、取引を継続しているとの推論ができる。この利益は上流市場における供給業者間の競争のあり方にかかわるとともに、大規模スーパーの販売促進にたいする継続的な協力によって可能になると考えることができる。
- ・ 大規模スーパー／供給業者間の取引関係における力の行使にかかわる具体的な把握とともに、大規模スーパーの下流市場での対消費者向けの競争の影響と、供給業者の上流市場における競争の影響が双方とも、不公正慣行の原因分析のモデルに取り入れられるのでなければならない。
- ・ 本稿は、以上のような、ブリュッセル／フィレンツェ報告書の取引費用経済学よった分析の問題点を踏まえ、それに代わる不公正慣行の分析モデルとして、競争とコンフリクトの融合的理解を目指す抗争交換理論を後掲のⅢ. 2で紹介、検討する。

3. 商品の期限問題；傷みやすい商品、季節商品及び交渉力

報告書は、食品産業にかかわり不公正な取引慣行の頻度が高い原因として、財の傷みやすさがある。また季節商品も、弱い契約当事者の代替的取引先を減じる。地理的市場における代替的な契約を欠いている制約は、取引交渉における退行的な交渉力を行使する可能性を減ずる。ローカルなレベルでは事実上の買い手寡占ないし独占になる¹²²。

4. 「恐れ」の要因 (fear factor) による法的ルールにもとづく規制の阻害

(1) 「恐れ」の要因」の定義

事業者間の不公正取引慣行は、民事法ルール等によりそれを規制する加盟国においても訴訟にいたったケースが実質的に稀であると評価され、政策問題として特異な状況を呈する。それは契約関係における強の大規模スーパーにたいする違反行為の申告や訴訟提起にたいして、弱い当事者は報復的な取引停止を恐れて申告、提訴を控えるからである。かかる状況は、本報告書によって「恐れ」の要因」と呼ばれている¹²³。

(2) 恐れ」の要因を生ぜしめる制度的な原因

1) ブリュッセル／フィレンツェ報告書の研究は、民事法ルールによる救済が不公正取引慣行にたいして十分でない理由を以下のように敷衍する。

一般的に、契約関係にあつて相対的に強い当事者が不当な条件や慣行を課す可能性というものは、弱者保護の法的ルールが存するなら相当に限られたものになる。多くの加盟国において契約法や不法行為法が、優越する交渉力の濫用的行使から反対当事者に損害をおよぼす結果を抑制する一連のルー

¹²² Legal Framework (前掲註 9 参照), p.28.

¹²³ Legal Framework (前掲註 9 参照), p.8. 本報告書は、かかる恐れ」の要因にかかわる現象が、生鮮食品等の腐敗しやすい商品について、不公正な取引慣行を課す大規模な小売業者である強い当事者に代わる取引先をほかに見出し難い、地理的な市場の特徴で生じやすいとする。このような狭く画定されるローカルな市場においては、かかる訴訟や申告はコストが高くなるかりリスク負担が増す傾向が加盟国の調査から示されるとする。Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 8, 28.

ルをそなえている。

しかしそうであっても、不公正取引慣行を課されることにたいし、反対当事者が司法による救済を求めるインセンティブが十分なものとは言い難い¹²⁴。

このような報告書の恐れの原因にかかわる制度的な原因の分析は、民事法ルールによる弱者保護ルールの救済でかなりの程度カバーできるものの、なおそれだけでは十分でないというものである。

2) 「繰り返しのゲーム (repeated game)」

本報告書はこの救済のインセンティブを削ぐ原因を、小売取引における商業的關係に即して、以下の一連の説明から論じる。それは本研究がゲーム理論における「繰り返しのゲーム」によって説明する小売取引の特質である¹²⁵。

* 繰り返しのゲームの要因 (代替的取引先の欠如、ロックインと暗黙の強調)

すなわち不公正な取引慣行にたいする上記ルール (民事法) による訴訟提起は、報復手段を発動するきっかけになり、代替的取引先をもたない弱い当事者にとって取引停止をこうむる困難な事態を導く。このような弱い当事者は、不満足であっても商業的契約關係の犠牲者にとどめおかれる結果になる。さらにこのような犠牲者の地位は特殊關係的投資をなす場合に、ロックイン状況から一層悪化する。かかる状況に陥った場合の損失でも、それが当該取引から離脱する場合の損失の大きさに比較して少ないものであるのなら、弱い当事者が從属的地位にとどまる事態は続いてしまう。

以上から、報告書は、かかる暗黙の協調の態様によって、取引のゲームは「繰り返される」という¹²⁶。

¹²⁴ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 29.

¹²⁵ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 28. 報告書は、恐れの原因は繰り返しのゲームの特質を考えることで「容易に説明される」とする。しかし、後述のように供給業者が違反行為の申告を控えて、黙示の協調によって取引を繰り返す結果を余儀なくさせる原因について、かかるゲーム理論を適用する例として十分な説明を欠く。See, Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 28.

¹²⁶ i) 「繰り返しのゲーム」と暗黙の協調

ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、不公正な取引慣行が生じて、弱い当事者のいまだく恐れの原因から取引がなお繰り返されるという事態の原因を説明す

3) 暗黙の協調と閉鎖集団における「おきて」

ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、このように理論経済学のゲーム理論に基づいて、弱体な契約当事者について、契約違反等の不公正な取引慣行にたいし民事的救済を受けることを事実上困難にする規制効果の阻害を説明する。それは、かかる繰り返しのゲーム理論が明らかにした暗黙の協調にしたがうことを強いる閉鎖的な当事者間の「おきて」が理論の鍵になる。この点について、弱い当事者の報復的な取引停止にかかわる「恐れの変因 (fear factor)」を生ぜしめる変因にかかる「おきて」が応用されて説明を構成しているものと考えられる¹²⁷。この点を以下に述べる。

る場合に「繰り返しのゲーム」理論に依拠する旨明記するが、その典拠を示していない。そこで本稿においては、利害対立の状況にある契約当事者が長期的関係において、暗黙の協調にしたがう行動するパターンの分析をした、松島齊「繰り返しゲームの新展開：私的モニタリングによる暗黙の協調」論文を参照した。今井晴雄・岡田章編著『ゲーム理論の新展開』（勁草書房、2002年）第4章所収（松島「暗黙の協調」と略称）。

ii) 「おきて」と暗黙の協調

同論文は、自己利益を追求する相互に対立的な関係にある経済主体が暗黙の協調に導かれる変因として、かかる現実の経済主体に作用する「おきて (code of behavior)」にしたがうことをあげている（下記のカルテルのケースにかかわる説明参照）。その結果、経済主体間で過度の対立が避けられて、暗黙の協調が保たれる。

経済主体は、こういった規律に従うことで本人の短期的な利益にそぐわない場合でもそれを尊重せざるを得ない。そうすることによって、将来他者から友好的な扱いを受けるという報酬にかかわる期待に基づいて行動する。

iii) カルテル問題とモニターの可能性

そして、かかる規律が守られることによる帰結は、社会的厚生への毀損にかかわる問題を生ずることがある。すなわち、カルテルを提携する複数企業がカルテル参加者間の閉鎖的な「おきて」を守ることにより、社会的便益を減ずるような場合である。このように暗黙の協調は、理論経済学における厚生問題となり、その場合、閉鎖的な社会における規律の作用の仕方は様々であり、問題事例における過去の歴史的経路に基づいて、長期的関係においてとらえられなければならないとされる。同書 90 頁以下。

また繰り返しのゲーム理論においては、プレーヤーが相手の選択した行動をモニターできるか否かが暗黙の協調が成立する可能性を大きく左右するとされる。同書 92 頁。

¹²⁷ 前掲注 126 に摘示した松島教授により「暗黙の協調」論文を参照。

4) 「繰り返し」のゲーム理論が成立する本事案の要件

すなわち、このような「繰り返し」の取引にとどめ置かれる弱い当事者の地位を説明する要因は、①当該取引関係から離脱することによる損失の衡量（取引関係を失う結果からもたらされる損失を、不公正慣行の下で現在こうむる不利益と衡量する）、かかる衡量は当事者間の暗黙の「おきて」として作用する、②ロックイン状況（特殊関係の投資に起因する）によるホールドアップ問題とともに、③民事法ルールによる弱者救済の手段にかかわる不十分さ、があげられている。

5) 恐れの変因と相互的な協調解としての暗黙の「おきて」

要するに報告書は、大規模スーパー／供給業者間の暗黙の「おきて」を以下のように想定するものと考えられる。すなわち、大規模スーパーは不公正な取引慣行を課しても、供給業者はそのもとで一定の利益を受けている。さらに、取引停止によりかかる利益を失う事態における損失の大きいことを供給業者は認識している。結果的に供給業者は、違反の申告に至らないであろうとスーパーは考える（あるいは供給業者にたいしそのように期待する）。他方供給業者も、取引停止の損失レベルに比して現在被る不公正慣行の損失レベルが大きくなるまいよう大規模スーパーはかかる慣行に抑制を加えるだろうとみなす。

報告書は、このような相互的な協調解としての暗黙の「おきて」が成立しているとの理由をとるものと考えられる。

6) 繰り返しのゲーム理論を適用する問題点

暗黙の私的ルールを相互に遵守する、協調解による繰り返しのゲーム理論の適用は、不公正な取引慣行という不利益をこうむる供給業者が、取引停止の威嚇を恐れる状況について適合的であろうか。

この点は、報告書の基礎とする一般均衡論的な協調解のゲーム理論に批判的な抗争交換の契約理論¹²⁸から、以下の点について問題が指摘されるであろう。

¹²⁸ 後掲のⅢ.2参照。

競争均衡のもとにある供給業者が受ける利得¹²⁹も、その品質改善の努力引上げやスーパーの販売活動にたいする協力の要求にしたがわせるための、制裁と監視の手段の一環である。この要求と監視、制裁は大規模スーパーと供給業者間の「内生的強制」¹³⁰であり、そして、かかる努力や協力の一定水準に達しない不作為にたいしては、取引停止をこうむるとの威嚇が常に供給業者に向けられている。したがって、次のような反論がされられると思われ、それは妥当であると考えられる。

- ① 「繰り返し」のゲーム理論による報告書の立場は、契約の当初からスーパー側が、供給業者の前記の努力水準の引き上げと協力の継続のために誘導をおこない、監視と制裁による威嚇を実効的なものに行っている点を看過している。
- ② 違反行為の申告によってスーパーが不利益をこうむる事態を鑑みると、報告書には、①の水準をうわまわる制裁のされる威嚇の効果もとらえていない問題がある¹³¹。すなわち、上記努力や協力に応じない不作為の場合の制裁を超える、違反企業として処分される不利益が加算された事態である。その場合の報復レベルとして、単なる取引停止以上にでて、関係取引先などからの徹底的な排除等をこうむるおそれがある。

また「通報者」のレッテルを張られた供給業者が新たな取引先を開拓する困難も威嚇の効果である。

7) 「恐れ」の要因」の存在にかかわる証拠

加盟国における恐れ」の要因」の存在の有無に関しては、この現象が弱い当事者に作為でなく不作為を強いる特色から、恐れ」の感情を抱きつつ取引継続を余儀なくされている実態把握の困難になるとされる。報告書は、かかる要因」の重大な効果として司法判断の申告にたいする抑制を強いている事態に関して、加盟国政府及び関連団体の報告を例示して、この要因」が不公正な取引慣行継続する

¹²⁹ 後掲の2.(2)4), 4-2) に掲げた「供給者は均衡の利益(レント)を受けている」を参照。

¹³⁰ 後掲の2.(2)4), 4-6) に掲げた「力の行使を通じた要求の内生的な強制」を参照。

¹³¹ See, Legal Framework (前掲註9参照), pp. 28-31.

ことの重大な原因であることを摘示している。以下にかかる例を適示する。

- * アイルランド議会においては、同国の既存の法ルールのもとで不服申し立ての存しない実態について、「訴訟提起や違反行為の申告をなすことを躊躇させているのは、報復をする小売業者によって、その品揃えからはずされることを恐れ」るからとする委員会の見解がある。同国議会において、供給業者／小売業者の関係する産業の委員会に呼ばれた、ほとんどすべての食品雑貨の製造業者と供給業者が、そのように取引停止されるであろうと述べていた¹³²。
- * オランダ政府は欧州委員会のグリーンペーパーにたいする応答において、恐れの原因が不公正な取引慣行の重要な原因となっているとする。商取引においてより一層の不利な立場または取引停止に追い込まれる結果を恐れた弱い当事者に、債務不履行、契約違反や不法行為を理由としたオランダ民事法典による訴訟提起を妨げているのであり、かつオランダの競争法によった支配的地位の濫用にかかわる消費者及び市場局（The Authority for Consumer and Markets）への申告を妨げているとする¹³³。

¹³² 雇用、貿易及び雇用上下両院合同委員会のアイルランド食品雑貨市場における供給業者／小売業者の関係に関する 2010 年報告書の見解である。

Joint Committee on Enterprise, Trade and Employment, Supplier-Retailer Relationships in The Irish Grocery Market (March,2010), p.18-19, (the House of Oireachtas > Committee > Joint Committee on Enterprise, Trade and Employment の HP より入手)。

また農業、食品及び海洋上下両院合同委員会の食品雑貨部門の 2013 年報告書は、アイルランド競争委員会の委員長の見解を引用して、同国 2006 年改正競争法の不当な値引き要求の禁止、店舗開店や拡張等にかかわる協賛金要求の禁止の規定（アイルランドでは「ハローマネー」の禁止といわれる）が、機能しない実態に言及する。報告書は、恐れの原因のため競争当局に違反の申告がおこなわれていないとしている。House of Oireachtas, Joint Committee on Agriculture, Food and the Marine. Report on the Grocery Goods Sector. 'Increasing equity and transparency in producer-processor-retailer relationships'. (No. AFM 002) (October 2013)(the House of Oireachtas の HP より入手) p.14.

アイルランド競争当局が上記の競争法による濫用的慣行の規制において、恐れの原因のためその実効性を欠くことを認識している点については、以下の拙稿で紹介した。拙稿・綱領審判官制度(前掲註 7 参照)、149 頁参照。

¹³³ The Netherland's response to the 'Green Paper on Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food and Non-food Supply Chain in Europe' (<http://www.google.co.jp> より入手), §§2.1, 3.1.

- * ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、大規模小売業者とその供給業者間の商業関係に関するポルトガル競争委員会の報告書を引用する。それによると、同国においては不公正取引慣行を非難するならば、恐れの原因が原因となって取引停止の措置をこうむり、より悪い条件で代替的取引を探すかそれも断念するしかない状況を紹介している¹³⁴。
- * 報告書は、欧州委員会のグリーンペーパーによる質問に答えたルーマニア議会上院が表明した、恐れの原因にたいする懸念を引用する。ルーマニア議会上院によるグリーンペーパーの回答においては、取引先転換が困難である弱い当事者は違反行為の申告によって取引停止をこうむる事態を懸念して、以下のように述べる。すなわち、「不幸なことに、『恐れの原因』のためにか

オランダ政府は、恐れの原因にかかわる不公正な取引慣行規制が現行法システムで充分でない理由として、事業者間の不公正な取引慣行が民事法典の違反を構成するか必ずしも明らかでないこと、また競争法違反に関しては違反行為者が常に競争法の要件とする支配的地位を有するだけでなく、当該要件の立証が一定の困難性を有することをあげている。Ibid, §3.1. これらの法規定や立証にかかわる不確実性が民事訴訟の原告や違反事件の申告者をして、恐れの原因を抱かせる原因になっていると考えられる。

¹³⁴ Legal Framework (前掲註9参照), p. 29. ポルトガル競争委員会の報告書は、大規模小売業者とその供給業者間の商業関係における不公正な取引慣行に対する同国／EUの現行競争法による規制が実効性を欠くことから、競争の制限、妨害及び歪曲を禁止するこれらの法システムに代わるところの行動綱領による新たな規制提案をする。

Portuguese Competition Authority, Final Report on Commercial Relations Between the Large Retail Groups and their Suppliers (Abridged English Version) (Oct.2010) (Portuguese Competition AuthorityのHP：<http://www.concorrencia.pt>より入手), p.6, 19 para.38.

この提案による行動綱領は、「競争の行動様式 (a culture of competition)」を促進することを目標に、当事者間の経済的な均衡性 (equilibrium) と透明性 (transparency) をもたらす規制でなければならないとする。Ibid, p.12 para.14 (c), pp.21-22 para.51, para52 (c), p.25 para.62.

報告書は、綱領規制の実効性を確保するため、契約内容の履行が確保されているか実効的な監視が求められることからオンブズマン等の紛争処理機構の設置が求められるとする。このような支払い遵守や不当な減額禁止等の履行の規制と並んで、以下のエンフォースメント手続きの提案をする。

大規模小売業者によって供給業者に課される報復的なペナルティである取引停止等の措置を監視することと、違反行為の申告にたいする情報源の秘匿が確かなものとされることである。Ibid, para. 69 (c), 71.

かる不服申し立てがなされる可能性は減じられているのであり、エンフォースメントの仕組みを検討する場合に、恐れの原因は考慮されるべき最も重要な側面のひとつである」と述べている¹³⁵。

8) ゲーム理論による不確実性とリスクの縮減

報復的な取引停止の威嚇の効果によりロックイン状況に陥った弱い当事者が契約法等の救済制度の不十分さとしてホールドアップ問題をかかえることは、ブリュッセル／フィレンツェ報告書の見解によれば、ゲーム理論のエージェンシー問題としてとらえられる（前掲4.(2)2)を参照）。そこで、このような場合の政策的課題は、その威嚇の効果と救済制度の不十分さがもたらす不確実性とリスクを縮減して、当事者双方の交換と協力を促進させることにより、経済的厚生が改善が図られることになる。

5. クーターとユーレンによる「エージェンシー・ゲーム」の理論

ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、不公正取引慣行の規制問題における理論経済学の課題について、契約法の「法と経済学」による戦略的側面からの分析をしたクーターとユーレン（Robert D.Cooter/Thomas S.Ulen）に依拠する。「エージェンシー・ゲーム（agency game）」の理論を典拠として、このような課題の不確実性とリスクを縮減して当事者双方の協調解を導くモデルを提示する¹³⁶。

¹³⁵ Romanian Senate, Green Paper on unfair trading practices in the business-to-business food and non-food supply chain in Europe (Text with EEA relevance) - Opinion on the application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality (26 April 2013), p.3. (www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXIV/EU/11/27/EU_112721/imfname_10400827.pdf).

¹³⁶ Legal Framework(前掲註9参照), p. 29.

クーターとユーレンのエージェンシー・ゲームの理論によれば、契約法における戦略的側面は、時間的経過における交換の不確実性とリスクにかかわり明らかになる。例えば、売り手が買い手にたいして将来の引き渡しとなる目的の財について、直ちに代金を支払うよう要求する場合の不確実性とリスクである。「強制可能性のない」将来の約束にかかわっては、慎重な買い手ならば今の時点での代金の支払い拒否する。これは、不確実性とリスクを予測する状況が存するからである。

(1) 協調解によるゲームの達成

ブリュッセル／フィレンツェ報告書の不公正な取引慣行の戦略的な企業行動の把握とクーター／ユーレンのゲーム理論とを合わせて理解すれば、以下のような説明が適切であろう。

1) 信頼を基礎とする供給業者／小売業者間の長期取引

報告書の不公正な取引慣行の規制の設計については、基礎的な理論枠組みとして以下の点を挙げることができる。①供給業者の関係特種的な投資がされる関係を築くために、ゲーム理論における協調解による投資の促進の目標が重視されている。②「信頼できるコミットメント」の理論経済学モデルから導かれる、「協調解によるゲームの達成」を目指す試みがされている。このような特徴を示す、本報告書の理論的核心をなすと考えられる重要箇所（恐れの原因についての報告書の考え方を述べている）を以下に訳出する。

* 本報告書の理解するクーターとユーレンのゲーム理論によれば、

「弱い当事者は、退出戦略を描くことができないこと、そして相手方はその関係の継続のうちに不公正な取引慣行をくわだてる動機を考慮するに至ることで、相手方との取引関係において投資をおこなわない決定をすることは起りうる結果である。恐れの原因を排除するあるいはそれを抑えることを目指す政策が抱えるリスクは、サプライチェーンに連なって位置づけられた行為者の間でなされるタフな価格引き下げ交渉が妨げられて、結果的に最終消費者にむけた損害が生じる点である。要するに、小売りチェーンにおいて、不公正の取引慣行が注意深くその行使を抑制されることができるとするルール

したがって、このような買い手について財を引き渡さなければならない法的な義務を求める措置は、売り手の契約履行に関するインセンティブと債務不履行にたいする強制力ある救済を望むことを意味する。クーターとユーレンは、このような契約の履行にかかわるインセンティブと強制力の向上をはかるためには、「コミットメント (commitment)」により将来の選択肢や可能性を排除する行為が必要であるとする。

とりわけ将来の時点で財を引き渡さない機会主義的な行為の排除にたいしては、当事者双方の可視的な「信頼できるコミットメント (credible commitment)」が有効であるとする。ロバート・D・クーター／トーマス・S・ユーレン著太田勝造訳『[新版] 法と経済学』(平成9年、商事法務)(クーター／ユーレン・法と経済学と略称) 214頁以下。「信頼できるコミットメント」について、ウィリアムソンもその重要性を指摘する。See, Williamson, Economic Institution (前掲註 109 参照), pp.167-168.

策定がなされる一方において、常に恐れの一因は忘れられてはならないとわれわれは考える。……この問題を解決するには、垂直的なチェーンにあって必ず存在しなければならない信頼を基礎にした関係を混乱に陥れることがあってはならない。そうでなければ、効率的な事業者の行動が阻害されてしまうことになろう¹³⁷。」

2) 介入にたいする抑制—当事者間の価格交渉と協調による信頼関係の重視

上記のような報告書の推論展開は、恐れの一因を抑制するための供給業者と小売業者の間に介入をする規制機関の試みにかかわって、①短期の視点における市場価格への影響が配慮される点が注目される。すなわち、消費者の利益となる価格引き下げ努力をもたらす当事者間の厳しい交渉を阻害するものであってはならないという規制による介入の抑制的姿勢を特徴とする。さらに②として、より長期の視点では、供給業者サイドの投資活動に対する配慮が、供給業者と小売業者の間における長期的な協調による信頼関係に基づくことを重視している。

このような当事者間の関係につき、短期的には下方市場（最終消費者へのベネフィット）への価格引き下げ圧力として働く自主的な交渉を重視するものであり、長期的には投資活動の促進はかる措置を、当事者間の信頼構築に依らしめる。短期的な当事者間の交渉にたいし介入は抑制的であるとともに、長期的な投資行動は信頼に基づいた協調に依拠することでも、介入は抑制的な特徴がうかがわれる。

3) 自主的交渉と協調による当事者関係を形成する基盤—約束の強制

このような信頼の有効性は具体的には、次のような二つの当事者間の約束を強制できることにかかっている。

すなわち、ひとつは小売業者について、供給業者が適切な供給のできるために関係特殊な投資をおこなう約束を将来強制できることを望む。他方、供給

¹³⁷ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 29-30.

業者について当初の契約における合意に従った代金の確実な支払いが小売業者によってなされることあるいは、将来的に過剰なリスク負担となるような附随的な契約条件を押し付けられないことについて、それぞれを確実にする措置とを望んでいる。

このような強制できる将来の約束を双方が望んでいる場合に、協調解によるゲームをおこない得るように契約法の機能発揮にかかわる設計がされるべきであるというのが、エージェンシー・ゲームを前提とするブリュッセル／フィレンツェ報告書の不公正な取引慣行と契約法にかかわる理解となる。

(2) 不公正な取引慣行と協力的なゲーム

小売業者の不公正な取引慣行にかかわる機会主義的行動が生ぜしめるリスク負担と不確実性の問題は、上記のゲーム理論のモデルを基礎とするならば、以下のように分析される。報復的な取引停止の威嚇の効果によりロックイン状況におかれた供給業者には、かかるリスク負担と不確実性は、ホールドアップの困難におちいる恐れとして存する。このリスク負担と不確実性を予測する供給業者は、当然のこととしてかかる関係特殊投資に消極的となる¹³⁸。

以上のように、事業者間の不公正取引慣行から生ずるリスク負担と不確実性は、エージェンシー・ゲームの理論に即して説明すれば、将来の機会主義的行動を恐れて、供給業者が関係特殊投資を積極的におこなうことができない点にその経済学的な厚生損失の問題を生む問題が指摘される。この点から、当事者間における信頼性の回復をはかり、協力的なゲームの関係を回復するために、かかるリスク負担と不確実性を縮減することが求められる。それは、当初の契約の履行につとめるインセンティブと強制力についてその向上をはかる試みとして、機会主義的行動にかかわる将来の選択肢や可能性にたいして、明示的にそれを排除する当事者間の「コミットメント (commitment)」になる。

¹³⁸ See, Legal Framework(前掲註 9 参照), p. 29.

(3) 「信頼できるコミットメント」と不公正な取引慣行

ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、供給業者のかかえるリスク負担と不確実性を縮減するために、当初の契約が遵守されるインセンティブ確保と強制のため、ゲーム理論上のコミットメントである以下の三つの措置を検討している¹³⁹。

- ① 身元の継続的な秘匿；そのひとつは、契約違反の行為を競争当局や仲裁機関へ申告する者にくわえられる報復的な取引停止から保護する措置にかかわる。そして、かかる申告についてその匿名性を認めることは、それだけでは、当事者間の信頼を回復して供給業者の投資を促すことにはつながらないとしている。それは当局や機関の調査、審理の過程でいずれ申告者の身元が判明し報復的な取引停止をこうむる恐れがあるから、かかる制度では不十分である。

この点から報告書は、上記当局や機関の手続きについてその全過程を通じて身元の秘匿が保障されなければならない、かかる保証は、供給業者と小売業者間の契約が標準化されているフランチャイズ契約のような例で有効であるという¹⁴⁰。

なお、EU 加盟国の公的な立法による規制の形態と執行当局の一覧の調査表が、ブリュッセル／フィレンツェ報告書により提示されているが、そこには執行当局が違反申告にたいし「秘密の申し立て」を認めるか否かが記されている（「付録資料（2）；別表—選択的公的立法，執行機関，公的調査及び秘密の申し立て一覧」を参照）。

- ② 仲裁者のアドヴァイス機能；いまひとつのコミットメントの保証は、取引停止の威嚇的效果から供給業者を保護して、その投資行動を協調的なレベルにまで回復させるためには、当局は申告者の身元を明かさないとするだけではなく、より積極的な保護が求められるという以下の点である。すなわち、当局による調査や審理が長期におよぶことが避けられないとするならば、小売業者は申告者の探索をおこなう。そのため身元の秘匿を貫くことは、必ず

¹³⁹ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 30.

¹⁴⁰ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 30.

しも可能ではないことを認めざるをえない。

この点からは、不公正な取引慣行が問題となる産業についてその継続的な監視をおこない、また「仲裁者」としての役割も果たす紛争の「審判官」が、報復的な取引停止も監視する制度により、申告をした供給業者に適宜、手続の遂行等についてアドバイスをする措置が望まれる。かかる不公正な取引慣行の規制と違反行為の実効性確保手段である取引停止の威嚇も継続的に監視する第三者機関として、2013年の英国における綱領審判官の制度をブリュッセル／フィレンツェ報告書は参照している¹⁴¹。

- ③ 違反行為の発見、摘発の容易さ；機会主義的行動によるリスク負担と不確実性を縮減するためのコミットメントについて、その三番目の措置は、不公正な取引慣行に対するエンフォースメントの実効性を確保することである。

¹⁴¹ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 30. Groceries Code Adjudicator Act 2013 (2013 c. 19) (legislation.gov.uk/の HP から入手。Act 2013 と略称。)

英国綱領審判官法において、違反行為の申告者である供給業者の秘匿（審判官の守秘義務）は、同法の 18 条に規定されている。Act 2013, §18.

「(1) 審判官は食品雑貨供給令(the Groceries Supply Order)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、権限なく公表してはならない」。

さらに同条 3 項は、申立人の特定につながる情報の公表が許される場合として、審判官が同意をえている、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、又は、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、それぞれあげている。

このように審判官法は、強制的なエンフォースメントをとまな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。

また、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。Act 2013, §§11, 12.

このような英国の綱領審判官制度における申立人秘匿制度については以下の拙稿で紹介、検討した。参照、拙稿、綱領審判官（前掲註 7 参照）、56 頁以下。

(4) 違反要件の明確化の必要

1) 違反行動の自制を導く—違反のベネフィットと制裁のコストの衡量

不公正慣行にたいする実効性あるレベルの制裁が、違反行為にたいする迅速な摘発と矯正として課されることで、契約関係における強い当事者に抑制的影響を生ぜしめるとされる。かかる抑制効果は、強い当事者にたいし不公正な取引慣行の違反要件が明確化されることで発揮される。すなわち、違反行為からもたらされるベネフィットに比較される、法の制裁によりこうむる損失を考量することから自制が導かれる。この考量から、当事者の主観的意図として、前者の違反行為のベネフィットが後者の制裁によって上回ってしまう明白な予測を下すことで、「合理的」決定として違反行為の自制を引き出すアプローチである。

2) 制裁のレベルの重大性と違反の摘発の容易さ

以上のように、ブリュッセル／フィレンツェ報告書の推論は、制裁のコストと違反行為によるベネフィットを比較衡量するモデルから、違反行為者の合理的行動として、不公正な取引慣行の抑止を導く。この場合、制裁のコストについては、制裁のレベルの重大性と違反の摘発の容易さの二面を一体としてとらえる必要を主張する点が注目される¹⁴²。

¹⁴² このように、ブリュッセル／フィレンツェ報告書の指摘は、違反行為者の自制を導く上記のようなコスト／ベネフィットの考量に関して、制裁のコストのうちには違反行為を摘発する容易さの指標が、制裁自体の厳しさという指標とともに含まれるべきであるとする。Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 30 かかる見解は、以下の欧州政策研究センターの報告書に基づいている。

すなわち、欧州反トラストのエンフォースメントにおけるより実効的な制度設計を検討した同センターの報告書は、違法行為にかかわるエンフォースメントに関して、公的な規制にかかわる資源の有効利用という要請から、「最適な抑止 (optimal deterrence)」という目標が不可欠とする。

その点から、私人によるエンフォースメント (私訴) の活用が違反行為の発見の可能性を高める効果を重視して、コスト／ベネフィットの考量をなす枠組みが考えられなければならないとする。

Centre for European Policy Studies (CEPS), Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios FINAL REPORT Done in Brussels, Rome and Rotterdam (21 Dec. 2007)

3) 最適な制裁レベルの探求—「信頼できるコミットメント」

すなわち制裁のレベルの重大性は、違反行為の重大性ととの比例原則にしたがわなければならないことから、最適な制裁レベルが存するとの観点を看過できない。その点から、違反行為の摘発が困難である状況を改善することができれば、違反行為者に實際上、経済的に過剰な負担となるような比例原則にもとる制裁を課す結果を避けることができる。

ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、このような違反行為の発見、摘発の容易さと課される制裁のレベルとの相関関係から、不公正な取引慣行を自制するように導く、強い契約当事者へ向けられたコミットメントを摘示する。それは、不公正な慣行の発見と摘発を困難にする障害が取り除かれた契約当事者間の関係であって、かかる関係が機会主義的行動にかかわるリスク負担と不確実性を縮減されたエージェンシー・ゲームの理論における「信頼できるコミットメント (credible commitment)」になる¹⁴³。

(5) 報告書の「信頼できるコミットメント」論の問題点

1) 報告書は違反に対する制裁システムを、協調解のゲーム理論の枠組み（取引費用経済学）において、合理的な取引主体が機会主義的行動を自制する信頼のコミットメントを可能にするものとしてとらえる。不公正取引慣行にかわり、報告書の上記アプローチは、以下の問題がある。

i) 過剰供給の市場状態における供給業者は、大規模スーパーの販売促進にたいする協力要請にたいし継続して応える努力を引き上げていく「犠牲」¹⁴⁴なくしては、代替的供給業者に乗り換えられてしまう事態を、報告書はとらえていない。

(<http://ec.europa.eu/competition/>の HP より入手), pp.59-64, 63 (「最適な制裁金を論じた論文においては、一定のレベル以上に制裁金の引き上げが困難である状況のもと、反競争的な行為をより実効的に抑止することを達成するためには、発見の可能性が高まることは罰金と制裁の総量を増すことよりも重要であるというのが広く認められた教義 (tenet) である。」)。

¹⁴³ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 30 (強い契約当事者に違反行為を行わせない「積極的なインパクト (positive impact) を与える」)。

¹⁴⁴ 後掲註 171 の金子論文 (金子・権力の源泉 53 頁の抗争交換の定義) を参照。

またこのような持続的な関係を提起し保証する関係から、大規模スーパーは取引にかかわって供給業者の諸々の選好を操作して、「権威」を獲得できるとする後述の抗争交換の視点¹⁴⁵も欠いている。このような協力の努力を継続的に引き上げる圧力と権威の力は、大規模スーパーと供給業者間の内在的な関係である。

- ii) この協力の努力を継続的に引き上げる圧力と権威の力は、「市場の失敗が矯正されないようにする手段」(スティグリッツ)として機能する¹⁴⁶。かかる機能のもとでは、強い契約当事者である大規模スーパーは、自らに自制を導くと期待された「信頼できるコミットメント」を課されていても、その自制をうながす機能を割り引いて受け止めることができる。

結局恐れ of 的要因も、かかる販売促進の努力引き上げという犠牲と権威的強制にもとづく市場の失敗を矯正させない試みとして評価されるのであり、「信頼できるコミットメント」論はこの点の考慮を欠いている。

- iii) 報告書は制裁手段の選択について、その「合理的」決定として違反行為の自制を引き出すという視角から、制裁レベルと違反行為の重大性との比例原則にしたがい最適な制裁レベルの探求に腐心する。しかし上述のように販売促進の協力レベルを引き上げる圧力と権威という当事者間の内在的な要因の考慮を欠くことが問題である。すなわち、その「信頼できるコミットメント」の原則から選択された具体的な制裁措置が自制の機能を損なわれるかの検討はない。

- iv) 報告書は最適な制裁レベルを探求する違反の発見、摘発を容易ならしめるシステムに依拠した。かかるシステムにより機会主義的行動の抑止を目指すアプローチには、契約当事者間に存する内在的な力の要因を考察の外におく問題がある。

¹⁴⁵ 後掲のⅡ.2.(2)4)における「4-7」内生的選好」を参照。

¹⁴⁶ 後掲するⅥ.2.(3)3), 3-6)におけるv)で述べる。

2) 調査と監視による抑止と制裁による抑止

弱い当事者にコミットメントの保証を与えて、強い当事者の機会主義的行動の抑止につながる違反行為の摘発、発見を容易ならしめるシステムとして、ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、上記の英国綱領審判官の制度をあげる。この食品雑貨綱領審判官は、当該産業の大規模スーパーにたいしその調査権限の行使をつうじて、綱領違反行為の監視を恒常的におこなう¹⁴⁷。

同報告書の研究グループが左記綱領審判官におこなったインタビュー調査では、「審判官が恒常的に弱い当事者と接触、連絡をしていることを強い当事者が知っていることは、それだけで強い当事者に対する（違反行為の抑止にかかわる）積極的なインパクトが得られる」という審判官の見解が紹介されている¹⁴⁸。

¹⁴⁷ 審判官法 4 条 1 項は、行動綱領に違反する疑いのある行為について審判官が調査をおこなう要件を規定する。すなわちその要件とは、a 号の小売業者が綱領に違反した嫌疑について「合理的な根拠」がある場合であり、b 号のエンフォースメントのひとつである勧告に対し小売業者が従わない場合である。Act 2013(前掲註 141 参照)、§4(1)。そして綱領審判官の「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」は、違反行為の疑いについて「合理的な根拠」となる情報の提供が、小売業者と直接又は間接の取引をする供給業者、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) の情報源からされることを規定する。Statutory Guidance on how the Groceries Code Adjudicator will carry out investigation and enforcement functions (2013) (gov.uk/ government/publications の HP より入手) §9。

英国における綱領審判官の制度においては、このような広範な情報提供者からの違反行為についての申告に基づいて、強い契約当事者である指定大規模スーパーに対する監視を、上記調査権限を通じて行っているものと考えられる。参照、拙稿・審判官法 (前掲註 7 参照)、50 頁以下。

¹⁴⁸ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 30.

かかる審判官の見解は、上記の (5)、i) で述べた供給業者の払う協力の努力を継続的に引き上げる圧力と権威の力にもとづいて違反行為が行われることにたいし、制裁金まで伴うサンクションを背景として恒常的監視と調査をおこなう審判官の影響力を指すものである。

当事者間の内部的な力の行使にたいする把握と、その力もちいて違反行為をおこなう結果を阻止するために求められているのが、審判官が強力なサンクションを自ら賦課できる権限である。英国の制度は当事者間の内部的な力の行使にたいする実効性あるサンクションとして、かかる力の行使を的確にとらえる制裁金制度を整序した。

英国の立法者が、当事者間の内部的な力の行使に直接的に向けられたものではなく、主に市場の機能に依拠した「企業名公表と恥をかかせる」措置では十分でない

ここで報告書が英国の綱領審判官制について、恐れの原因対策として調査権限の行使から監視をするシステムの有効性を評価する場合には、一定の注意が必要である。それは英国の制度は、調査権限の行使を通じた違反の抑止の働きについて上記「信頼できるコミットメント」の理論にもつばら依拠するものではないからである。

すなわち、報告書のコミットメント論は市場のインセンティブ機能（評判、名声の機能）を発揮させることにより、最適な制裁レベルを達成することに重点をおくものである。それに対し、英国の制度は、かかる市場の機能の限界を認識して、より強い制裁を認めている点を看過するべきでない¹⁴⁹。このような強い制裁を当事者間の内部事情を緊密に把握する審判官が課す権限をもつことを認めた点に、違反抑止の効果が期待されるのである。この点の認識に報告書は欠けるところがある。

と判断したことが重要である。

¹⁴⁹ 報告書が、英国の例を引用する点は、以下の問題がある。

i) 綱領審判官制度は、違反の発見、摘発を容易ならしめるシステムにおいて求められる制裁レベルについて、当事者間の内部的な関係をもつばら考慮の外におく制裁システムでは、違反の抑止と制裁に十分ではないことを立法過程において綿密に議論していたことである。

英国議会は、「企業名公表と恥をかかせる（naming and shaming）」措置という、消費者の購買行動にかかわる市場の機能（「評判」のインセンティブ発揮機能；後掲、VI.2.（4）,3), 3-3), i) を参照）に依拠した制裁では不十分であることを認めた。

その結果、制裁金の賦課を、上記違反の恒常的監視をおこなう審判官が直接に課す権限を付与する法案修正をおこなった（拙稿・綱領審判官 [前掲註7参照]、28頁から29頁、30頁から33頁）。

ii) 議会の審議経過は、当事者間の内部的な関係を、その監視機能を通じて緊密に把握する審判官が、市場の評判のインセンティブ発揮機能では十分でないと判断する場合（すなわち、当事者間の内部的関係を考慮しないで発動できる制裁では不十分な場合）に、制裁金の措置を発動させる必要を認めたものである。

iii) 当事者間の内部関係をその調査権限により把握した審判官が、当事者関係からは外部的関係になる下流市場における消費者の評価という制裁措置では違反抑止と制裁に不十分であると判断する権限を認めたのが、綱領審判官制である。

他方、このような英国の制度と、当事者の内在的な力の行使の関係を捨象して、最適な制裁レベルを探求する報告書のアプローチとを、並列的に論じることはできないと考えられる。この点で、報告書が、違反行為の発見、摘発の容易さと課される制裁のレベルとの相関関係の根拠づけに、英国の制度を持ち出すことはできないであろう。

6. 司法裁判所へのアクセス、紛争解決の形態及び不確実性

(1) 司法裁判所へのアクセス

ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、小売チェーンストアにおける弱い契約当事者、とりわけ中小企業が合理的なコスト負担により裁判所にアクセスすることが難しい実態について、当該産業から不公正な取引慣行を取り除く大きな障害であるとする。限られた財務能力と代替的取引先をもたない弱い立場にある中小企業は、押しなべて紛争の処理手続きが自らにとってどの程度有利であるか、また法的なシステムに有効性がどの程度存するかに反応して、裁判手続きによる解決を断念する方向に追い込まれる傾向がある。報告書がEU加盟国で問題になるとする裁判所へのアクセスで問題になる点は、以下のようになる¹⁵⁰。

- ① 訴訟費用が「敗訴者負担」のルールにより配分されること。このことは中小企業が、反対当事者の、時に膨大となる訴訟費用を補償すべきリスクを負うことを意味する。
- ② 弁護士と依頼人の関係は通常、成功報酬契約又は条件付き報酬契約を用いることを認めないものとなっていること（後者について英国の例外を除く）。これは法的訴訟を起こすための法律相談を求めた場合に、中小企業の望まない前払いの支払いという負担を要することになる。
- ③ 証拠のルールは非常に厳格なアクセスとなること。すなわち、いわゆる詳細な事実情報を求める訴答（fact pleading）であり、裁判官に事件を取り上げるべきことを確信させるに十分なだけの当事者に入手しうる情報の量を意味する。
- ④ 集団訴訟を認める制度的基盤が加盟国に未だ整わない。

(2) 紛争解決の形態

これらの裁判による解決を困難にする事情は、中小企業がかかえるアクセス問題に加えて、以下の問題がある。

¹⁵⁰ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 31.

ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、行為者である小売業者の側も、社会的に非難される悪しき慣行を明らかにした判決をおおやけにすることを望まないものであるから、裁判外の解決手続きにより、内部的に問題を処理する強い動機をもつことをあげている。

これは、同報告書が、以下の点を懸念していること示す。すなわち、おおやけになった裁判手続きと判例の先例拘束性のもとで、不公正な取引慣行の不当性が広く認知されて当該産業全体からその慣行が駆逐される好ましい傾向について、それを封じる結果を懸念していると考えられる¹⁵¹。

(3) 市場ルールの不確実性とその対策（違反行為の明確化）¹⁵²

弱い当事者が既存の法システムに基づいて救済を求める動機を喪失する懸念は、以下の三点から考慮される。それは、①個別事件がどのように扱われるのか、②法律上の訴訟に要する期間の長さ、そして③救済手段のタイプについて、それぞれの不確実性が増すほどに、弱い契約当事者は司法判断の機会を失うと考えられる。これは現在の加盟国の多くで契約法を中心とした一般原則的な法システム

¹⁵¹ Legal Framework(前掲註9参照), p. 31.ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、流通業者が不公正な取引慣行を関係者内部で処理することを望む傾向を、次の例により引用している。それは、英国の食品雑貨綱領のもとでの違反行為について審判官制の実施前の状況である。

綱領審判官法の立法過程(下院の産業、技術革新及び職業技能委員会)において、行動綱領(食品雑貨行動綱領;2010年4月に施行されていた)の実効性を確保するために、エンフォースメントにかかわる審判官制を導入する必要があるかの検討をした際の議論である。

パブリックコメントの募集に答えたセインズバリー社のコメントによれば、同社は、上記綱領の実施された後、同社と取引する3000社を超える供給業者から10社に達しない綱領違反に関連する申立を受けるのみであったとする。さらに綱領に規定された紛争手続に頼ることなくして、供給業者の満足する形で内部的に解決ができたとする。セインズバリー社はさらに行動綱領の遵守態勢を整備するコストの額が大きいことと合わせて、審判官制の導入につきその必要性を疑問視していた。

Legal Framework(前掲註9参照), p. 31. House of Commons, Business, Innovation and Skills Committee, Time to bring on the referee? The Government's proposed Adjudicator for the Groceries Code, Ninth Report of Session 2010-12, Vol. I, (Oct.2011) (HC1546) (www.publications.parliament.uk/の HP より入手), paras. 23-24.

¹⁵² Legal Framework(前掲註9参照), p. 31-32.

のもとで不公正取引慣行が生ぜしめている法的不確実性の状況である。

この点に関する報告書の対策は以下ようになる。

効率性と公正にかかわる規準を提供できる違反行為のリストとして、ブラックリストと灰色条項からなる禁止が明確化されるならば、取引関係における当事者間からかかる不確実性を一定程度取り除くことができる。また公的なエンフォースメントとともに私的なエンフォースメントの双方が弱い当事者に利用できることで救済手続きにおける不確実性を縮減できるであろう。

7. 「信頼できるコミットメント」の問題点；協調解のゲーム理論の批判的検討

(1) 報告書の「信頼できるコミットメント」の具体的内容

以上の、6)「恐れ」の要因」と法的ルールにもとづく規制の阻害、7) 司法裁判所へのアクセス、紛争解決の形態及び不確実性の説明において、報告書は、「信頼できるコミットメント」を達成するための道筋を示していると考えられる。

すなわち、①身元の継続的な秘匿、②仲裁者のアドバイスイ機能、③違反行為の発見／摘発の容易さの三手段により、弱い契約当事者に対するコミットメントの信頼確保を目指した。さらに、司法裁判所へのアクセス問題も指摘されていた。後者のアクセス問題は、結局、司法裁判所によった解決の困難性は、その克服(訴訟手続きの改定)が容易でない。したがって、違反行為の明確化による当事者間の不確実性除去による自制に期待がされている。その「結論」において強調された実効的なエンフォースメント措置として、英国の審判官制度が参照されている。

(2) 「信頼できるコミットメント」と限定合理性（行為主体の属性）

1) 報告書の問題把握の構成は、恐れ」の要因を中心とした弱い契約当事者の救済にかかわり、以下のように理解される。その基礎とする協調解の達成を目指すゲーム理論にもとづき限定合理性の制約のもとにある契約当事者に、コミットメントの確約をさせて、当事者間の信頼を確保し取引の再開を促す。すなわち、市場機能の活性化措置が中心とされている。

2) 競争とコンフリクトの融合的理解と立証責任の軽減

本稿においては、報告書のエンフォースメント設計にたいする全面的な評価と批判は困難であるものの、限られた側面について、以下の指摘が可能であると考えられる。

報告書が依拠した拡張的一般均衡のゲーム理論にたいしては、それに批判的な、本稿の依拠した競争とコンフリクトを融合的に理解する立場（抗争交換理論；本稿のⅢにおいて詳述する）からは、次の問題が指摘できよう。

それは、後者の理論的立場からは、コンフリクト（紛争／闘争）の要因は、i) 供給業者について、大規模スーパーの制裁と監視の圧迫のもとにあること、ii) 供給業者は販売促進の協力について、継続的な努力レベルの引き上げを求められる圧迫を受けること、iii) 大規模スーパーは「権威」にもとづき供給業者の選好にたいして操作をおこなう（供給業者の心理的進化に影響をおよぼす）こと、により構成される。

大規模スーパーによる供給業者に対する内在的な力の強制作用（権力的作用）のメカニズムが明らかにされたものと評価できる。

3) 供給業者の救済にかかわる要請と立証責任の軽減

コンフリクトと競争の一体的な把握は、供給業者にたいする救済制度をさらに整序する要請を導く。取引当事者間の内在的な力の行使（第三者による把握の困難をともなう）が、競争に影響をおよぼしていく過程をとらえることが求められる。すなわち、違反行為が行為の広がりをもっておこなわれる実態から、個別の申告当事者につき身元を特定する必要性のレベルを引き下げていく立証のアプローチ¹⁵³が求められる。したがって、報告書の触れていない司法裁判所における、供給業者にたいする（執行当局の立証過程における）一定の援助が考えられるであろう。特に、立証の負担軽減措置として、下記の取引先リスト提出の義務や、訴追機関の立証負担のレベルの引き下げや転換が考慮されなければならない（下記の BIICL 提案）。

¹⁵³ 拙稿・綱領審判官制（前掲註9参照）、141頁以下を参照。

(3) 立証責任の軽減ルールの導入 (BIICL 提案)

1) 具体的には、「英国国際法比較法研究所」(以下、BIICL と略称) による「食品サプライチェーンにおける公正取引—実効的欧州エンフォースメント体系の創設」における、司法裁判所における執行当局の立証責任の軽減ルールの導入措置である¹⁵⁴。

BIICL の提案によると、違反の申告に及んだ供給業者の身元の秘匿について、その問題が規制の枠組みにおいて立証責任の問題と結びついている。

ところで、司法システムの多くが訴追当事者に立証責任を負わせる。この実態に関しては、供給業者が立件のための十分な情報を提供するよう義務付けられる。その点からは、供給業者の匿名性は維持する方向で問題の調整をはからなければならない。

さらに、大規模スーパーに不公正慣行をおこなっていないことを立証する責任があるとされるならば、供給業者の手続きの必要はなくなる可能性がある。他方、競争当局は通常事件を立証する責任を負っている。したがって、不公正取引慣行の規制における立証責任の問題は、匿名性を認める手続と同様に、立法により明示的に規定される必要がある。

また BIICL の提案は、訴追機関の立証に関する負担を軽減する措置をあげている。それによれば、大規模スーパーにたいして、その取引する供給業者の完璧なリストを訴追機関に提出するよう求めるというものである。当該期間はかかるリストにもとづいて取引の関係を積極的に監視し、さらに不公正慣行がおこなわれているかチェックする¹⁵⁵。

2) BIICL 提案による恐れ of 要因解消措置

手続規定における当然の前提として、大規模スーパーの事件審査及び訴追における防御権と実効的な不公正慣行の規制のため執行当局の調査をする

¹⁵⁴ Justine Stefanelli & Philip Warden, *Fair Relations in the Food Supply Chain: Establishing Effective European Enforcement Structures*. (British Institute of International and Comparative Law, April 2014)(BIICL, *Fair Relations* と略称) (BIICL の HP より入手), p.12.

¹⁵⁵ BIICL, *Fair Relations* (前掲註 154 参照), p.12.

権限との調和をはかる必要がある。BIICL は、供給業者の恐れ要因を解消するための匿名性保持の制度と、大規模スーパーの防御権にかかわる手続法所の要請との調和についてモデル提案をしている¹⁵⁶。

¹⁵⁶ BIICL が提案する恐れの原因の解消する要請と大規模スーパーの事件審査及び訴追における防御権保護の要請との調和を図る措置は以下のようなケース例により示されている。

| 表 3 ; 供給業者の恐れと匿名性 | |
|--|---|
| <p>供給業者の恐れに対処する</p> <p>シナリオ; 供給業者 A は付加的な支払いを求められる不正慣行のもとに継続的におかれている。執行当局への申告を望んでいるが、申告により身元が特定され、取引を打ち切られることを恐れている。</p> <p>問題; 供給業者の身元をいかにして秘匿するか。</p> <p>答え; 匿名性を保護する適切な手続き及び秘密情報を用いた以下の手段による情報提供を、供給業者に認める;</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 当局への情報提供を信頼できる第三者に認める; ・ 法令にもとづいて秘密を維持する当局との電話連絡を秘密のうちにおこなう (そこで、供給業者は秘密をさらに保つかの選択をする); ・ 執行当局に編集を経た証拠を提出する; ・ 訴追当局は供給業者との会話の一般化された記録のみを保持する; ・ 執行当局は符号にした身元番号を割り当てるか、申告者を実際に特定することとなる書証あるいは会話記録にあとから追跡することのできないように番号をふる; ・ 匿名で提供されるいかなる情報も、執行当局により公式の調査において証拠としては用いられない; ・ 立証責任は執行当局に課されるものとし、調査に参加する供給業者を公開とする必要性は否定される。 | <p>多国間のケースにおける匿名性の保護</p> <p>シナリオ; 供給業者 A は南アフリカから同社の受けた不正慣行について申告することを決定した。南アフリカの供給業者は匿名で、英国において取引をおこなっており供給業者の製品を販売している小売業者の情報を、英国の執行当局に提供する。反対に、小売業者はフランスで取引をおこなっている供給業者にたいして同様に同じ不正慣行をおこなっている。そして英国の執行当局はフランスの執行当局にたいし最良の公式調査の場所にいる者を決定するために協議をおこなうことを望んでいる。</p> <p>問題; 南アフリカの供給業者 A の身元はいかにしてこれら多国間国々との執行当局のかかわり秘匿を維持されるか。</p> <p>答え; 左側に掲げた「供給業者の恐れに対処する」のボックスで論じた手段は例外なく、この状況においても適用されなければならない。しかし 偶然的な漏洩がおこる可能性も十分に存するので、特定の考慮が、以下を含めてされなければならない;</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 加盟国執行当局との会話は書面による証拠となる可能性を排除して口頭のみによっておこなわれる ・ 供給業者の提供した不正慣行の存在に関するハードコピー (プリントアウト記録) 情報の検査が本人によっておこなわれなければならない; ・ すべての事件記録は、申告者の身元の特定が可能である重要情報を参照することが排除されるよう十分に編集されなければならない。 |

BIICL, Fair Relations (前掲註 154 参照), p.13.

Ⅲ. 不公正取引慣行の経済学—抗争交換によるアプローチ

1. 抗争交換理論における情報非対称性と依頼人・代理人問題

* ブリュッセル／フィレンツェ報告書の取引費用経済学に依拠した理論枠組みの問題点

ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、ア) 需要力分析における力の行使にかかわる視点が前面に出ていない¹⁵⁷、イ) 不公正慣行の排除措置について、抑制的な制度設計を導くという批判的に検討された特徴があった。

ここでは主にア) が問題になる¹⁵⁸。力の行使にかかわる分析の問題点は、不公正慣行の原因分析でも問題になった。恐れの原因の分析においても、報告書はその要因をもたらす力の行使にかかわる検討視角の認識は十分ではない。

1-1) 報告書のレント認識の問題点

報告書の問題点は、大規模スーパーの「レント」獲得に関する以下の認識がとりあげられるであろう。報告書は末尾の勧告にいたって、「恐れの原因」から、大規模スーパーの強い当事者に「レント」獲得を許す結果を指摘する（事業者間の

¹⁵⁷ 前掲2. における「(2) 報告書の分析の問題点(まとめ)とそこから得られる検討の方向性への示唆」、及び4.(2)における「6) 繰り返しのゲーム理論を適用する問題点」で示した①と②を参照。

¹⁵⁸ 本報告書は、不公正な取引慣行の規制にかかわる排除措置の具体的な制度設計においては、制裁のコストと違反行為によるベネフィットを比較衡量するモデルから、「最適な抑止(optimal deterrence)」の謙抑的な姿勢を導く特徴があった。

この点は、以下の英国における大規模スーパーにたいする行動綱領規制にかかわる立法の経緯と比較すると、問題点が明らかとなる。その経緯とは、

① 不公正慣行の抑止と制裁にかかわる措置の選択において、制裁金の賦課について独立した審判官が一義的判断に基づきその賦課を決定できるか、それとも他の上級行政機関による賦課の妥当性にかかわる総合的な考慮を経たあとで決定するかの問題、そして、

② 「企業名公表と恥をかかせる措置(naming and shaming)」という市場の評判(名声)にかかわるインセンティブの市場機能を重視した排除措置で十分かという問題の議会における議論であり、この点と照らし合わせ検討されるべきである。拙稿・綱領審判官(前掲註9参照)I. 2. 「3) 制裁金の賦課(1) — 第一義的判断機関」及び「4) 制裁金の賦課(2) — 『企業名公表と恥をかかせる措置』」を参照。

不公正取引慣行が、訴訟や和解において問題にされ矯正される機会の乏しいことによる)¹⁵⁹。

報告書によれば、かかる「レント」は力の行使としてはとらえられない特性がある。すなわち、大規模スーパーの買い手が、不公正慣行の発覚を防ぐため取引停止の「威嚇」を行使し、違反の申告を抑え込む結果として利得を獲得したと認識されるものではない。

それは、「繰り返しのゲーム理論」による一種の協調解として申告が控えられる事態をとらえていたということであって¹⁶⁰、「恐れの一因」の表現から想定されるような「威嚇」的な力の行使ではない。

1-2) 利潤追求の主体としての属性把握の不十分さ (大規模スーパー及び供給業者)

報告書には、大規模スーパーによる利得増大の意欲に導かれる強制的な視点は前面に出ない特徴がある。そのほか、報告書の不公正な取引慣行の経済学的分析は、ゲーム理論、制度学派の取引費用分析などの理論経済学の成果を摂取したものであるが、同じ特徴がある。その点は、次の様にまとめられる。

- ① 大規模スーパーは、多様な不公正取引慣行を繰り返している。他方報告書は、その行為主体の経済的な属性の分析にかかわり、限定的な合理性という特徴が述べられるにとどまり、それ以上の具体化がない。すなわち、対供給業者の関係において、販売促進の協力がしばしば過剰負担の強制にまでいたる、スーパーの取引主体として利潤追求の意欲にもとづく属性把握は、避けられる結果になっている。
- ② 不公正慣行から損失をこうむる供給業者が、なお取引関係から離脱しない理由につき、関係特殊投資によるホールアップがあげられる。しかし、報告書はそれ以上の理由づけに乏しい。先ず、ホールアップでない不公正慣行を受けた供給業者が取引関係にとどまる理由は、超過供給の供給業者段階の市場状況からは、取引離脱時の利得に比べ有利な利益を得ている点にあらう。この点にかかわり、報告書の取引費用の経済学に依拠した説明は、不公正慣

¹⁵⁹ See, Legal Framework (前掲註9参照), p.120. 後掲VI. 2. (4) 勧告#4を参照。

¹⁶⁰ 前掲のII.4. (2)における「6) 繰り返しのゲーム理論を適用する問題点」を参照。

行にさらされながらも取引を継続する場合の利益について分析を欠く¹⁶¹。さらにホールドアップをこうむる主体が長期的になお取引にとどまる理由も、やはり取引離脱時の利得との考量がされていると考えられる¹⁶²が、その点の説明がない。

1-3) 限定的合理性による属性把握の不十分さ

すなわち、上記①の行為主体の属性分析の問題は、限定的合理性という抽象的な取引当事者の属性把握では不十分であることによる。言い換えると、合理性を限定する程度が不明確のままにされるのではなく、より具体的な属性把握が求められる。すなわち大規模スーパーの個別的な利潤追求の意欲にもとづくことが明確化される。その理由は以下のように考えられる。

需要力濫用にあつて、「不公正な」取引慣行とされる行為にたいする規制には、不当性の兆表が明確にされなければならない。その点から、不当な行為についての主体の属性把握は欠くことはできないと考えられる。すなわち、規制を基礎づける政策的含意の探求には不当性の分析が、取引主体の属性把握にかかり求められるのではないか、という点が法理論的な課題になる。

この点はまた上記2)の②にかかわり、供給業者の行為主体としての属性把握にかかわる検討も求められる。具体的に述べれば、こういった利得（不公正慣行をこうむっても取引から離脱しない、そして「恐れ」の要因のもとでも取引離脱をしないで保持する利益）は、供給業者／大規模スーパー間の協同利潤極大化のモデルからの導かれるものとして、「協調的な解」をみちびく基盤を維持したいとの供給業者の欲求によるものなのであろうか（そうではないのか）、という疑問である¹⁶³。もし協調解の利益としてとらえられるのであれ

¹⁶¹ See, Legal Framework, p.28 -31.

¹⁶² 後掲註 163 を参照。

¹⁶³ i) このように考えられるとするならば、下記2. (7) 1-3) ii)で述べるような供給業者の上流市場における競争を遂行する能力（行為主体の属性とされる）の毀損は起こらない。それは、当事者間において、かかる共同利潤極大化の共通した目標ないし協調解が、不公正慣行により妨げられる結果は考えにくいことであるからである。

ii) いいかえると、たとえ一時的にでも大規模スーパーからの協力要請が供給業者に負担となっても、長期的には協調解としての共同利潤極大化の目標を達成でき

ば、供給業者は自己利益の追求を最大限におこなうよりも、継続的に限定的ではあるが、合理性にもとづくときれよう（すなわち「拡張的一般均衡」の仮定が維持される属性把握となる）¹⁶⁴。

他方、もしその利益について、取引を継続できる（不公正慣行の下におかれても「なお取引できる」）供給業者が、他の取引できない供給業者との競争優位を維持する性格をもつものであるとするならば、取引できる供給業者の自己利益の追求と見做される属性評価になる。すなわち、不公正慣行を受けても取引離脱をせず、さらにそれ以上に「恐れของ要因」を受けても取引を止めない（しかし違反行為の申告はしない）供給業者は、なお取引できない供給業者にたいし優位を維持し続けているとみなされることになる¹⁶⁵。

よう大規模スーパーからの供給業者への支援がされると考えるのが合理的だからである。

iii) したがって、上記の取引離脱をしないことによる利得は、長期的に共同利潤極大化の枠組み内に収まることになる。そして、供給業者の属性として、その競争能力にたいする影響は問題にされない。しかしながら本稿は、かかる推論を妥当でないと考える。

¹⁶⁴ 実際の立法例により、本稿が拡張的一般均衡と呼ぶ立場について、その行為主体の属性把握にかかわる不十分さをみてみよう。

英国議会の立法過程における審議では、制裁金の賦課に慎重な手続きを要するとする見解（①における限定的な合理性を重視する立場）は、「企業名公表と恥をかかせる措置」により違反行為にたいする制裁と抑止の効果は十分であったとした。その理由は、上記②の取引費用経済学にかかわる理由づけや、大規模スーパーの規範意識の変化の要因をあげる。

後者の規範意識の変化とは、審判官制度をとまう行動綱領に服する事態は、制度導入以前とは異なる遵法の意識をスーパーに植えつけるというものであり、結局のところ、前者とともに報告書がその「不公正取引慣行の経済学」的分析の箇所ですべて、エージェンシー・ゲーム理論における機会主義的行動の抑止手段たる「信頼できるコミットメント」とみなされる。

この信頼できるコミットメントについて、スティグリッツは、個人が市場活動に復帰する誘因を回復させるインセンティブ設計のための企てであり、一定の限界を指摘していた。後掲のVI.2.(4)3)における「3-3)情報の非対称性と個人のインセンティブ設計」を参照。

英国の立法過程における議論では、最終的に消費者による市場の選好機能の発揮や違反行為者を規律する市場の競争による自生的な機能に信頼するだけでは十分ではないと判断されたものと考えられる。前掲註149参照（制裁金賦課の立法修正）。

¹⁶⁵ かかる利得は、後に述べる抗争交換理論からは、「レント」として扱われる。後掲のVI.2.(4)における「3) 恐れของ要因とレントシーキング」を参照。

かかる仮定が正しいとするならば、結論的には、行為主体の属性把握は以下の点を留意してされなければならない。

- a) 大規模スーパーの力の行使についてその影響把握が的確にされるべきこと、
- b) 長期にわたり上記の利益を維持している供給業者の、他のその利益を受けられない供給業者への影響が把握されるべきこと¹⁶⁶、
- c) この b) の点とかかわって、供給業者段階の競争にたいする阻害（「競争の歪曲」）の効果が問題にされるべきこと、がそれぞれ要請されることとなる。

そしてこの取引離脱をしないことによる利益が供給業者の競争優位を維持するための利益とされて、競争を歪曲すると見做されることは、次のような帰結を導くであろう。

1-4) 英国の行動綱領審判官制度の理論的優位

すなわち、結論的にブリュッセル／フィレンツェ報告書がそこから摂取し、その政策上の基礎とした拡張的一般均衡のゲーム理論の枠組み（とその法政策上の帰結）よりも、英国の行動綱領審判官制度の法理論的枠組みがより優れることを示すと考えられる。具体的にいかえると、不公正慣行を受ける供給業者段階の競争が保護されるとする法理論的枠組みが、よりの確な規制の基礎理論と見做されるであろう¹⁶⁷。

¹⁶⁶ 不公正慣行や「恐れ要因」は、競争優位の利得を受ける供給業者と、他の供給業者へ影響が及ぶことを看過すべきでない。これらの供給業者について、等しくその競争機能が阻害される結果を導くことが懸念される。

¹⁶⁷ 競争優位の利得を受ける供給業者と他の供給業者について、競争機能が阻害される結果の防止は、英国の綱領審判官制の制度理由である。かかるとらえ方の経済学的、法理論的基礎づけをした、2000年競争委員会報告書及び同審判官制度が供給業者段階における競争業者の競争機能の維持、すなわち健全な競争の維持を目的とするものであることは、従前の拙稿で論じた。拙稿・綱領審判官（前掲註9参照）98, 178頁参照。See, Competition Commission, Supermarkets: A report on the supply of groceries from multiple stores in the United Kingdom (Oct.2000) (The National ArchivesにおけるHP//webarchive.nationalarchives.gov.uk/の頁から入手) para. 2. 494 (c).

2. 抗争交換理論 (Contested exchange theory)

(1) ボウルズの抗争交換理論による依頼人・代理人関係¹⁶⁸

上記のブリュッセル／フィレンツェ報告書の問題点を明らかにするために、報告書が依拠したウィリアムソン等の取引費用の経済学に批判的な立場にたつ、サミュエル・ボウルズ (Samuel Bowles)¹⁶⁹のミクロ経済学教科書¹⁷⁰にもとづいて、その「抗争交換」の経済学理論から不公正取引慣行の規制にかかわる法政策上の含意をみちびき、一定の検討を加える¹⁷¹。

-
- ¹⁶⁸ ボウルズの抗争交換にかかわる基本モデルは以下の取引契約の状況を前提にする。
「主体 A が主体 B から財又はサービスを購入すること考える。B の財又はサービスが、A にとり価値があり、B については提供にコストを要するのだが、履行可能な契約において十分に規定されていない場合に、その交換は抗争的 (contested) であるという。」Bowles, S. and Gintis, H. Power in competitive exchange, in S. Bowles, M. Franzini and U. Pagano (eds), *The Politics and Economics of Power* (Routledge, 1993), p.13.
- ¹⁶⁹ ボウルズ教授は現在サンタフェ研究所アーサー・シュピーゲル研究教授・行動科学プログラムのディレクターの職にある。教授の主流派経済学に批判的な経済学説の意義と、教授の経歴、業績については、経済理論学会の以下の HP を参照。
「第 1 回経済理論学会ラウトレッジ国際賞」(http://www.jspe.gr.jp/jspe-routledge_prize、及び www.jspe.gr.jp/jspe-routledge_prize1).
- ¹⁷⁰ サミュエル・ボウルズ著、塩沢・磯谷・植村共訳『制度と進化のミクロ経済学』(2013 年、NTT) (ボウルズ・ミクロ経済学と略称)。Samuel Bowles, *Microeconomics: Behavior, Institutions, and Evolution* (Princeton, 2004) (Bowles, *Microeconomics* と略称)。
塩沢由典教授の HP (http://www.shiozawa.net/hihyo/Review_Bowles_Microeconomics.html) においては、本教科書について、その訳者としての経験を踏まえ「サミュエル・ボウルズのポスト・ワルラシアン・アプローチについて」と題された批評が掲載されている。この批評では、従来のミクロ経済学の教科書が新古典派主流の立場から執筆されたものであることにたいし、そこから距離を置き批判的な姿勢も示す教科書であることが詳細に解説されている。
- ¹⁷¹ 本稿で依拠した抗争交換の理論は、ハーバート・ギンタス教授との共同研究により構築、発展された。ギンタス教授は 2001 年からサンタフェ研究所の在外教授職 (External Professor) の地位にある。ここでは、ボウルズのミクロ経済学教科書とともに、ボウルズ／ギンタスの共同論文も参照する。そのほか、すでに 1990 年代から我が国に紹介された邦語研究文献に依拠した。以下にそれらを列挙する。
Bowles, & Gintis, *Contested exchange: New Microfoundations for the Political Economy of Capitalism*. *Politics and Society*, Vol.18No.2, 165-222. (1990) (Bowles, & Gintis, *Contested exchange* と略称)。
Bowles & Gintis, *Power and Wealth in a Competitive Capitalist Economy, Philosophy & Public Affairs*, Vol. 21, No. 4 (1992), pp. 324 (Bowles & Gintis, *Power* と略称)。
Bowles & Gintis, *Recasting Egalitarianism: New Rules for Communities, States*

1) 情報の非対称性の条件—私的情報／「先手の優位」と戦略上の非対称性

ボウルズによる依頼人・代理人関係における各プレーヤーの行動の決定因についての分析では、依頼人が私的情報をもつこと、これに対して代理人が「先手の優位」をもつことを重視されている¹⁷²。

雇用主／被雇用者の関係でこの点を見る。まず、被雇用者は過去の時間に自分がどのくらい懸命に働いたのか、あるいはそもそもほんとうに働いたのかどうか知っている。しかし雇用主はその点を知らない。すなわち、被雇用者の私的情報にかかわる情報の非対称性が存する。次に雇用主は受け入れるか、受け入れないかの二者択一に関する賃金提案に出ることで、自らの立場を優位に置くことができる。これが「先手優位」の要因である¹⁷³。

このように私的情報の条件と「先手優位」の条件は、情報の非対称性を生むのであるが、戦略の非対称性を生むことが特徴的である。戦略の非対称性の特徴は以下の二点の、一方の当事者がもつ優位により示される¹⁷⁴。

第一は、事前の方針表明である。依頼人である雇用主の行為集合においては、

and Markets, (Erik Olin Wright, editor) (1998, Verso).

石倉雅男「市場と経済的権力：ボウルズとギンタスの「抗争交換」モデルを中心として」一橋論叢 121 巻 6 号 40 頁 (786 頁) (1999 年) (石倉・市場と略称)。

石倉「市場と経済的権力再考：政治経済学アプローチの『構成的』性格をめぐる」『経済理論学会年報』（経済理論学会）40 巻所収 107-121 頁 2003 年 (石倉・再考と略称)。

鍋島直樹「国家・市場・権力へのエージェンシー理論的接近」経済理論学会年報 38 巻所収 167-182 頁 (2001) (鍋島・国家と略称)。

角田修一「抗争的交換と可変資本節約の論理—ラディカル派エコノミストの労働過程=労働市場論—」立命館経済学 43 巻 1 号 1 頁 (1994 年) (角田・抗争的交換と略称)。

金子裕一郎「権力の源泉と関心の対立：経済的権力再考」季刊経済理論 42 巻 3 号 53 頁 (2005) (金子・権力の源泉と略称)。

金子「抗争交換論における契約について—不完備性と古典性—」一橋論叢 134 巻 6 号 1098 頁 (2005 年) (金子・抗争交換論と略称)。

山垣真浩「資本主義経済と労働法制の意義—経営組織にかんする一考察」言語と文化 (法政大学) (2005 年 1 月) 247 頁 (山垣・資本主義経済と略称)。

川村哲也「経済的権力について」商経論叢 42 巻 1 号 11 頁 (2006 年) (川村・経済的権力と略称)。

¹⁷² ボウルズ・ミクロ経済学 243 頁, Bowles, Microeconomics. p.249 (前掲註 170 参照)。

¹⁷³ ボウルズ・ミクロ経済学 243 頁, Bowles, Microeconomics p.249 (前掲註 170 参照)。

¹⁷⁴ ボウルズ・ミクロ経済学 243 頁, Bowles, Microeconomics p.249-50 (前掲註 170 参照)。

被雇用者の用いることのできない潜在的に有利な行為が含まれている。上記のような賃金提案の場合では、それは雇用主がなす事前の方針表明になる。第二に、上記の私的情報は、非対称的な情報の例であるが、雇用主はそれにたいしても情報の非対称性にかかわる不利を乗り越えるために、要求の「飲むか飲まないか」を迫る上記の「先手優位」を行使することができる。

以上から、事前の方針提案と「先手優位」の双方とも、代理人が有するところの優位を示す、戦略上の非対称性としてとらえることができる。

2) 情報の非対称性と不完備契約

ボウルズ理論によれば、情報の非対称性が直ちに契約における不完備性を導くことはない。一定の留保が求められるが、その留保とは、次の前提を踏まえた、強制可能性を指す¹⁷⁵。すなわち、前提的に不完備とされる情報が生ずるのは、相互作用の始まりにおいて、関連するいくつかの情報が少なくとも、一方の当事者に表明されないときである¹⁷⁶。

このような不完備な情報の存在を前提にして、契約の不完備性を問題にする。非対称な情報は契約の不完備性の原因であるのだが、直ちにそうなるわけではない。契約が完備で、第三者によって強制しうる実行可能性をもつかどうかは、関連する情報が既知であったかだけでなく、情報が立証可能かどうか、すなわち、法廷や他の機関において、その契約条項を強制的に履行させるに相当すると認められるかどうかにも関係する。すなわち、契約の履行にかかわる強制可能性が契約の不完備性の前提になる¹⁷⁷。この点は、不完備契約を生む原因の明確化のされ

¹⁷⁵ その点は、まず情報の不確実と呼ばれる現象について、次の点が確認される。相互作用する当事者の少なくとも一方がその行為を選択した後に、関連する情報が開示される場合を、これはボウルズ教授により、「自然が示す手 (natural moves)」と称されるのであるが、情報は不確実とされる。そうでない場合、すなわち当事者の少なくとも一方がその行為をしても関連する情報の開示がない場合は、情報は確実とされる。そのうえで、情報の不確実と区別された、不完備情報の問題が検討される。ボウルズ・ミクロ経済学 243 頁, Bowles, *Microeconomics*. p.249-50 (前掲註 170 参照)。

¹⁷⁶ ボウルズ・ミクロ経済学 Bowles 頁, 243, *Microeconomics*. p.250 (前掲註 170 参照)。

¹⁷⁷ ボウルズ・ミクロ経済学 Bowles 243 から 244 頁, *Microeconomics*. p.250. (前掲註 170 参照)。

た意義がある。契約に定められない供給者の品質改善努力（本稿では販売促進の協力要求）かかわってのコンフリクトが、第三者によって強制しうる性質のものでない点である。この点が、その経済権力論の視点から本質的原因とされる。

本稿の問題関心に即して、次にボウルズ・モデルの不完備契約の原因分析を説明する。それは、大規模スーパーの販売促進について、供給業者の協力にかかわるコンフリクトが第三者に強制できない点に原因が求められる。

（２）依頼人／代理人関係のモデルにおけるエージェンシー問題

このような情報の非対称性と情報の不完備の各問題を前提に、依頼人／代理人関係のモデルにおける交換をめぐるエージェンシー問題が考察される¹⁷⁸。抗

¹⁷⁸ ボウルズ・ミクロ経済学、245 頁、Bowles, *Microeconomics* p.250.（前掲註 170 参照）。以下（２）の 1）と 2）はこの箇所からの引用である。

依頼人・代理人問題が生ずるためには、相互作用に関する二つの特徴が、必要かつ十分条件である。すなわち、交換のいくつかの側面に関して利害の対立が存在することと、費用なしでは契約事項の履行を強制することができないという二つである。

かかる前提のもとにおいて、以下にエージェンシー問題の分類とモデルの分析がされる。同書 245 頁。Ibid p.250.（前掲註 170 参照）。

- i) 代理人の行動や属性（あるいは代理人の計画）は、依頼人が享受しうる純便益に関連するが、エージェンシー問題が生ずるのは、この行動や属性から開示される情報が依頼人には知りえないか、あるいは立証可能ではないという場合である。
- ii) 属性が隠されることからおこる問題は、しばしば逆選択（adverse selection）と呼ばれる。例えば、自分が病気であることを知っている人は、自分が健康であることを知っている人よりも、よりしばしば健康保険に加入するだろう。抗争交換の契約理論においては、当事者の属性が重視されることが、拡張的一般均衡の不完備契約論と比較して特徴になる。
- iii) 行動が隠されることからおこる問題は、モラルハザードとよばれる。保険をかけた者は、それをかけない者よりもより大きなリスクをとまう企てに乗り出すかもしれないという問題である。
- iv) モラルハザード問題の基本形は、ボウルズ教授のモデルでは以下のように示される。
 - a) 当事者 P が、他の当事者 A によってなされる行為 a から利益をえんとする。a の実行には費用がかかり、A はその行為をおこなわないかもしれないが、P は費用なしには契約履行を強制できない。この時 P を依頼人、A を代理人と呼ぶ。
 - b) この定義において鍵となるのは、P が A の行動にたいする残余請求権者（前掲註 113 の i 及び ii を参照）である。この権利は、契約上 A の行為からいかなる帰結となるかについては、規定が困難であるという含意による。これは P が契約義務のすべてを履行した後でも、A の行為が P の損得に影響することを意味してい

争交換理論によるエージェンシー問題の解説は、買い手と供給者の間の財の品質問題としてモデル理論の構築がおこなわれている。以下本稿は、ボウルズのミクロ経済学教科書から、比較的忠実にその理論経済学のモデルの紹介をおこなう。なおモデルで用いられる用語は、本教科書及び塩沢・磯谷・植村の訳者の用語法に従うことを原則としたが、一部本稿の叙述の都合から変更を加えた用語の表現がある。

1) 財の品質問題と内生的強制 (endogenous enforcement) ^{178a}

ボウルズは、依頼人・代理人の問題の基本構造は、比較的単純なモデルによって本質が示されるとする。すなわち、それは財の品質問題である。この点について、両当事者間の契約を条件化とすることは難しい特徴を想定する。次に、財の品質は購買された後に買い手に知られるが、この質に関する情報は第三者あるいは供給者にたいして立証が可能ではないという制約性の特徴もあげられる。この第二の特徴から、結局のところ契約には明記できないことになってしまうのである。(本稿は、販売促進や協力依頼の要求を供給業者の努力問題として扱うが、基本的に、契約には明記できない仮定は維持され则认为。)

る。代理人の行為 a によって影響を受けた結果 q が観察可能であるとして、次のように式を提示できる。

$$q = \alpha(a) + \mu$$

ここで、 μ は観察できないが、 q に影響する平均値がゼロである確率変数である。しかし、代理人 A の行為は依頼人 P には観察不可能であるか、さもなくば観察はできるが観察費用が高すぎて、 a に関する契約が実質的に不可能となるようなものとする。もし μ が観察できないという事実がなければ、依頼人 P は、 q と μ を観察し、関数 $\alpha(\quad)$ のかたちを知ることによって、 a を推測できるであろう。 P の目的関数は $\pi(q(a), \dots)$ といったものであり、 A の目的関数は $v(a, \dots)$ といったものである。目的関数 π の a に関する微分 $\pi_q(q(a), \dots)$ $q'(a)$ と、目的関数 v の a に関する微分 v_a は反対の符号をもつ。その結果、 a の水準をめぐる P と A との間に利害の対立が存在する。ボウルズ・ミクロ経済学 244-245 頁, Bowles, Microeconomics p.250-251 (前掲註 170 参照)。

^{178a} ボウルズ・ミクロ経済学、245 頁, Bowles, Microeconomics p.250. (前掲註 170 参照)。

2) このように代理人が依頼人の品質改善努力について確実に知ることができないエージェンシー問題について、以下の二点が特徴として明記される。

- ① 財の品質について、契約に明示的に規定できないような困難性があること。
- ② 品質の立証問題にかかわり、第三者による強制に代わる当事者間で生じる強制に依存するという問題である。すなわち、交換契約において財の品質について立証が難しく、裁判所等の第三者がその請求権を強制させるべく関与することが難しい点である。このことから交換の一方あるいは双方当事者は取引することの利益を確保するための、内部的な戦略の採用にすすむことになる。すなわち、かかる第三者の強制に代わる当事者間で生じる内生的強制 (endogenous enforcement) が第二の特徴としてあげられる。

3) ある財の供給者と買い手との関係から、エージェンシー問題となる交換の事例を考えてみる¹⁷⁹。

¹⁷⁹ エージェンシー問題を生じる交換の仮説例 [ボウルズ・ミクロ経済学 247 頁以下。Bowles, *Microeconomics* p.253-255.] (前掲註 170 参照)。

本事例では、一定の期間にはただ一つの種類の品質レベルが供給されるとする。

供給者のその期間の効用は、財の需要者によって支払われる価格と、供給される財の品質 ($q \in [0,1]$) に依存するだけである。それゆえ、供給者の効用は $u = u(p, q)$ として表現できる。前者の変数に関して、この関数は逓増的かつ凹である。一方品質を確保することは、努力を要し骨の折れることだから、後者は変数に関して変数は逓減的かつ凸である。

市場にはこのような同質の供給者が n 人いる。財の需要者はそれら供給者から財を買い、何らかの方法で (それらにラベルを張るなど) それらを加工し、そのあとで消費者に販売する。財の品質は、費用なしで強制可能な条件とはならない。例えば、それらはワインボトルや特別に注文されたソフトウェアの複雑な一本かもしれない。そのような財は使用しなければ品質を決定できない。

さらに単純化のために、次のように仮定される。財の品質は、購買されたのちに買い手に知られるが、この品質に関する第三者あるいは供給者に対し立証可能ではなく、したがって品質は契約に明記されえない。さらに供給者はみな同じ行動をする、すなわち同じ品質を提供すると仮定される。

そこで、消費者への生産物の販売から生ずる収入を $r(qn)$ とする。 q は品質である。 n は、契約を考えることのできる供給者の数である。この関数 r は、変数に関して逓増的 (単調増大) かつ凹である。

契約が不完備であるという状況に直面して、買い手は供給者に次のような条件付の更新契約を提案する。供給された財の品質が適切でないと買い手が判断しない限り、買い手は、次の機会にも取引を続けるとした約束によって、価格 p を公表する。

3-1) 供給者の最適反応関数と誘因両立制約

i) 買い手は最初に供給者の最適反応関数を決定する¹⁸⁰。かかる関数を以下に説明する。

それらは供給者間において同一であると仮定されている。ボウルズ・モデルでは、供給される品質は、買い手が提案する価格の関数として表現される。供給者は、みずからの期待効用の現在価値 v を最大化するように品質 q を変化させよう¹⁸¹。

いいかえると、供給者は、提供する品質の限界費用¹⁸²を、提供する品質の限界便益¹⁸³に等しくしなければならない。すなわちより高い品質を提供することによって、取引が終了する可能性は低下するが、より高い品質を提供することには費用をとまう。そこで最適に行動するには、高い品質を提供することの「限界負効用」が、フォールバック・ポジション（万一取引が終了する場合に供給者がおちいる状態¹⁸⁴）をうわまわる取引の純利益 $(v-z)$ に、それが低下する可能性を乗じたものに等しくなるように品質 q を選択し

供給された財の品質が不適切だと買い手が判断する場合には、取引は終了する。これが生ずる確率は $t(q)$ であり、導関数 t' は負である。この場合、より良い品質を提供することは、契約終了の可能性を低下させる。

¹⁸⁰ ボウルズ・ミクロ経済学 247 頁, Bowles, *Microeconomics*, 254 (前掲註 170 参照)。

¹⁸¹ 供給者の期待効用の関数 v は、以下の 3 つの項に依存する。

第 1 は、当該取引にかかわる終了関数 $t(q)$ の値である。

第 2 は、万一取引が終了する場合に供給者がおちいる状態にかかわる現在価値 z である。かかる当該取引の終了時に供給者のおかれる立場を、ボウルズ教授はフォールバック・ポジションと呼ぶ。

第 3 は、買い手が供給者に提案する価格 p に依存する。

すなわち、関数 v は $v(q;p,z)$ と書くことができる。品質 q に関する微分 v_q を、ゼロとおくことによって、本文に示した、供給者の最適反応関数 $q(p)$ が得られる。こうして得られた最適反応は、以下を満たす。

$$v_q = t' \cdot (v - z)$$

この原著の式は、本書『制度と進化のミクロ経済学』の共訳者である、塩沢・磯谷・植村の各教授による解説では、以下の(1)式を省略したかたちであるので、ここでは理解を容易にするため、それを次に記す。ボウルズ・ミクロ経済学、247 頁註 15. Bowles, *Microeconomics*. p.254 (前掲註 170 参照)。

$$u(p,q) = t'(q) \cdot (v - z) \quad (1) \text{ 式}$$

¹⁸² 前掲註 181 における (1) 式の左辺。

¹⁸³ 前掲註 181 における (1) 式の右辺。

¹⁸⁴ 前掲註 181 参照。

なければならない¹⁸⁵。

その理由は、提案される価格が高ければ高いほど、供給者にとって取引は価値が増すのであって、取引の終了を避けるために、彼はより高い品質を供給するだろうからである。最適反応関数 $q(p)$ は、供給者の誘因両立制約とも呼ぶものである。買い手は供給者のこのような制約に直面している¹⁸⁶。

ii) この点からは、以下の含意が導かれる。

- ① いうまでもなく、買い手の利潤は、収入から財を獲得するのに要した費用の差である。したがって、先ず買い手は、この格差を最大化するため、価格 p と契約する供給者の数 n を変化させることに注意しなければならない。
- ② したがって、一つめとして、限界収入が価格に等しくなるように n (購買単位の数) を設定する。
- ③ また、買い取り価格をあげることが品質を向上させる意欲をもたせる。結果として、二つめの注意は、かかる意欲についての限界効果が、支出ドルあたりの平均品質に等しくなるように、買い取り価格を設定することである¹⁸⁷。

¹⁸⁵ ボウルズ・マイクロ経済学 247 頁以下, Bowles, *Microeconomics* (前掲註 170 参照) p.254. そこで、諸変数が経済的に意味のある範囲において、供給者の最適反応が $q'(p) > 0$ となると買い手は推測する。

¹⁸⁶ ボウルズ・マイクロ経済学 248 頁, Bowles, *Microeconomics* (前掲註 170 参照) p.254. そこで買い手は、以下に述べるように、二つのことに注意しなければならない。もし、 $v(q(p); p, z) = z$ (2) 式であるなら (v は期待効用の現在価値であり、 z は万一取引が終了する場合に供給者がおちいる状態にかかわる現在価値であり、 $q(p)$ は最適反応関数である。)、すなわち、供給者の参加制約が等式として満たされるような価格を買い手が提案したとするならば、前掲註 181 の(1)式の右辺 $t'(q) \cdot (v - z)$ の t' にかかわる係数はゼロであり、この場合に供給者は、取引終了については何の痛みも存しないのであるから、一定の品質を提供しようとしていかなる正の限界の不効用も負うことはないであろう。その結果、供給者は単純に $q=0$ と設定するだろう。ボウルズ教授は、このような状況について、買い手にとって利潤最大化の状況ではないと想定する。ボウルズ・マイクロ経済学 248 頁, Bowles, *Microeconomics* (前掲註 170 参照) p.254.

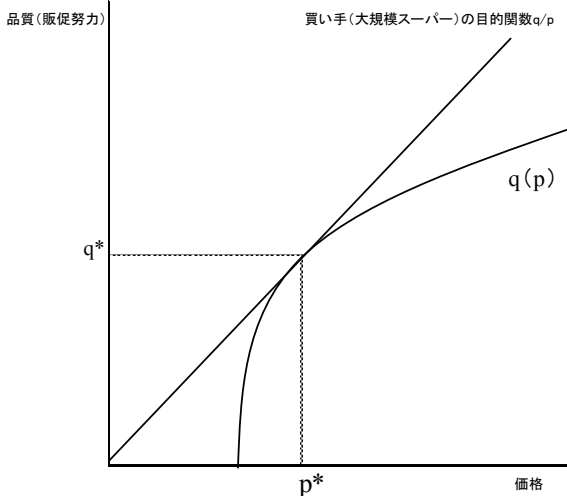
¹⁸⁷ このように、買い手の利潤最大化戦略は、買い手が提示する買い取り価格に対する供給者の品質改善についての限界効果としてとらえられ、それを式にすると以下のようになる

$$q' = q/p \quad (3) \text{ 式}$$

(3) 式について、品質向上の意欲についての限界効果は q' であらわされる。そし

グラフ 1； 均衡価格と品質（販売促進の協力）； ボウルズ・ミクロ経済学
249 頁、Bowles, Microeconomics（前掲註 170 参照） p.255

均衡価格と品質（販売促進の協力）



（直線 q/p はボウルズの教科書では買い手の目的関数とされ、価格の高いほど供給者が高品質の財を供給することを示す。本稿ではこれを、大規模スーパーが販売促進の協力要求について、供給業者の努力レベルを引き上げていく圧力を示す「協力抽出関数」としてとらえる。）

そこで前述のように¹⁸⁸、取引に参加することのできない供給者たちは、フォールバック・ポジション（万一取引が終了する場合に供給者がおちいる状態）にある。このような供給者たちは、買い手と取引することを望むだろう。

て、支出ドルあたりの平均 q' は最適反応関数の傾き（価格の品質にたいする限界効果）であり、 q/p は原点から点 (p,q) への直線の傾き、すなわち、平均品質・価格比率である。

本稿においては、大規模スーパーの供給業者にたいする不公正取引慣行として、棚代や各種協賛金の支払い、万引き等の商品損耗の負担要求など、販売促進政策や種々の協力依頼の問題を扱っているので、上記本文記 ii) のグラフ 1 では、買い手の目的関数 q/p を大規模スーパーの「協力抽出関数」として表示し、以下の検討で用いる。グラフ 1 における「協力抽出関数」の用語法は、Bowles, & Gintis, Contested exchange（前掲註 171 参照）、p.179 で扱われた「労働抽出関数（labor extraction function）」に倣ったものである。

¹⁸⁸ 供給者の参加制約が前記等式 [(2) 式を参照（前掲註 186 参照）。] として満たされるような価格を買い手が提案した場合である。前掲註 181 参照。

そこで、かかる取引に参加することのできない競争者と当該取引にある供給者は、競争均衡の状態におかれると想定される（本稿後掲「結論とまとめ」における「3. コンフリクトと市場の競争均衡」を参照）¹⁸⁹。

iii) 取り引きしている供給者は、競争均衡であっても、こうしてその者の次善の選択肢をうわまわることになる利益は受け取っている。こういった競争均衡は、依頼人／代理人関係の条件付き契約更新モデルにおいては極めて一般的に生ずることになるとされている。かかる状況下において、供給者は上記 ii) の①から③のような特徴的な条件に直面することになる¹⁹⁰。

ボウルズのエージェンシー問題の理論によれば、依頼人／代理人関係において依頼人 P（本稿では供給業者）はみずからの行為である q の目標を進んで考慮に入れようとするときされる。そうしないと、ある確率をもって、自らに与えられる利益（これをボウルズはレントと呼ぶ）を失いかねないことを知っているからである。つまり、依頼人 P は契約が更新されるかどうか、代理人 A（本稿では大規模スーパー）のあげる成果に依存していることを A は知っていることになる。依頼人／代理人関係において、これは前述した内発的強制にかかわるいまひとつの事態であり、条件付き更新とよばれるものである。

iv) 条件付き更新の当事者の内部関係においては、A が P の行動を監視し、それによって明らかになる水準 q が一定の条件を満たしていれば P との契約を更新するが、そうでなければ P との契約を打ち切ると約束するという履行強制戦略である¹⁹¹。

¹⁸⁹ 供給者は、より低い価格を提案し、より高い品質を約束することによって、上述の取引を混乱させようとするかもしれない。しかしすべての供給者が同質であるとの前提から、買い手は最適反応関数と異なる仕方で行動するという新しい供給者の約束を虚偽であると気づいて、その提案は拒否するだろう。ボウルズ・マイクロ経済学 248 頁。Bowles, *Microeconomics*（前掲註 170 参照）p.255.

¹⁹⁰ ボウルズ・マイクロ経済学 248 頁, Bowles, *Microeconomics*（前掲註 170 参照）p.255.

¹⁹¹ ボウルズ・マイクロ経済学 245 頁, Bowles, *Microeconomics*（前掲註 170 参照）p.251.

4) 財の販売事例における分析結果

ボウルズの依頼人／代理人関係のモデルにおけるエージェンシー問題にかかわる以上のような理論経済学所のモデルから導かれる、分析成果のまとめは以下の7通りである。

4-1) パレート非効率的な均衡

買い手にとっての最適化問題は、供給者の最適反応関数を制約（それが誘因両立制約としてもあてはまることは前掲 3-1) における i) を参照）するものとしてとらえられる。その問題は、供給者の参加制約（すなわち供給者の期待効用の現在価値）としてとらえられるというよりも、最適反応制約とするのがボウルズ・モデルの特徴である¹⁹²。

2つの制約は異なるのだから、競争均衡はパレート最適ではありえない¹⁹³。

4-2) 供給者は均衡の利益（レント）を受けている

供給者は、みずからの次善の選択肢をうわまわる利益（レント）を受け取る¹⁹⁴。これは取引に加わっていない買い手が、取引している買い手よりも供給者にとって良好な価格をつけることが自由にできるという事実にもかかわらず生じる¹⁹⁵。

¹⁹² ボウルズ・ミクロ経済学,249 頁, Bowles, *Microeconomics* (前掲註 170 参照), p.256. 供給者の参加制約は $v \geq z$ (v は期待効用の現在価値、 z は万一取引が終了する場合に供給者がおちいる状態にかかわる現在価値) であらわせる。

¹⁹³ 競争均衡を q^*, p^* とすると均衡において、 $v_q = 0$ 、 $\pi_p = 0$ だからである。供給者と買い手は、それぞれの最大化問題を解く際に、これらの導関数をゼロに等しいとおく。したがって、均衡において、その者たちは品質と価格のそれぞれにおける十分に小さな変化にたいしては無差別である。しかし均衡では $\pi_p > 0$ かつ $v_q > 0$ である。より高い品質に移行することで買い手はより高い便益をえる。したがって、均衡点よりも高い品質と高い価格に移行することから、買い手も売り手もより高い利益を売ることができる。より高い品質に移行することで、買い手はより高い便益を得る。したがって、均衡点よりも高い品質とより高い価格に移行することから、買い手も売り手もより高い利益を受けることができる。

ボウルズ・ミクロ経済学, 249 頁, Bowles, *Microeconomics*, (前掲註 170 参照) p.256.
¹⁹⁴ ($v - z$), $v > z$. ボウルズ・ミクロ経済学, 249 頁. Bowles, *Microeconomics* (前掲註 170 参照), p.256

¹⁹⁵ ボウルズ・ミクロ経済学, 249 頁以下, Bowles, *Microeconomics* (前掲註 170 参照), p.256. 言い換えるとこの利益（レント）は、万一現在の取引が終了する場合に、供

現在の供給者が受ける競争均衡の利益（レント）は、ボウルズによれば、以下の強制力がはたらくことによって維持される利益（レント）であることが重要である。つまり、この強制の利益（レント）は、「契約を終了させられるかもしれないという脅しと組み合わせられることにより、供給者がより高い水準の品質を提供するよう誘導する」特徴もつとされている¹⁹⁶。

4-3) 市場均衡のない均衡 (Equilibrium without Market Clearing)

供給者にとって強制の利益（レント）であるということは、「均衡において、市場がクリアーされない (not clear in equilibrium)」ことを意味する。というのも、均衡の必要条件は、すべての取引者にとって現在の取引と彼らの次善の選択肢とが無差別であることだからである。本モデルの財の交換市場は超過供給市場であるから、買い手は市場の「ショートサイド」(所望される取引数がより小さい側；過小需要)に位置するにたいして、供給者は市場の「ロングサイド」(超過供給)に位置する。均衡において、幾人かの供給者は均衡価格での取引を望むだろうが、その者たちは取引を実効できない(すなわちその者たちは数量的に制約されている)¹⁹⁷。

給者が立つことになる位置であるフォールバック・ポジションにおける価値 z にたいして、現在の取引の期待効用 v が、取引の全般的な過程を通じ上回っていることによって実現されている利益である。

¹⁹⁶ ボウルズ・ミクロ経済学、250 頁, Bowles, *Microeconomics* (前掲註 170 参照), p.256.

¹⁹⁷ ボウルズ・ミクロ経済学、250 頁, Bowles, *Microeconomics* (前掲註 170 参照), p.256. 抗争交換がおこなわれる市場においては市場においては、一方の担い手は契約の更新を不確定にし、量的制約を受けなくて契約の相手方にたいして力を行使でき、それを自らの利益になるように行使することができる。これを市場の「ショートサイド」の担い手ないし権力と呼ぶ。

これにたいし、財の供給者と買い手との取引契約に失敗し市場の外に配置された者は、いずれも「ロングサイド」の担い手ないし権力という。契約当事者である両者の間には、上記本文で触れた内発的強制が存在する。See, Bowles & Gintis, *Contested Exchange: Political Economy and Modern Economic Theory, Politics & Society*, Vol. 18, no. 2 (1990), pp. 165,183,167. 角田・抗争的交換 (前掲註 171 参照)、8 頁。

なお野口真教授の翻訳ではこれらは、ショートサイドを「市場の不足側」、ロングサイドを「市場の過剰側」とされている。ボウルズ・ギンクス共著「資本主義経済における富と力」、横川信治・野口真・伊東誠編『進化する資本主義』所収 (日本評論社、1999 年) 65 頁。

4-4) 買い手と供給者は持続的な相対取引となる

買い手と売り手の双方に多くの同質の取引者が存在するとしても、買い手と売り手とは、長い期間にわたって取引するだろう。条件付き更新モデルが妥当するような状況では競争均衡は、「一連の持続的かつ双務的な交易の島」によって特徴づけられる。それは、直物市場での一回限りの相互作用に従事する匿名のトレーダーの「大海」というようなものではない¹⁹⁸。

4-5) 買い手による価格形成

買い手はプライス・メーカーであって、完備契約をとまなう標準的な競争モデルにおける買い手のようなプライス・テーカーではない。買い手が価格をパラメーターとみなさない理由は、財の品質に関する契約の不完備性にある。抗争交換モデルの契約理論にとって、買い手が価格設定をすることは、市場構造に想定された非競争的な側面から派生したのではなく、品質問題に起因する¹⁹⁹。

4-6) 力の行使を通じた要求の内生的な強制

買い手は、供給者にたいして、取引停止の通告や強制の利益（レント）を提供しないとの通告により、制裁を課すという脅しを供給者に直面させて、結果的に利潤を最大化している。この制裁の脅しがあるので、供給者はそうした脅しがない場合には生じなかつただろう仕方でも買い手の利益になるよう行動をする。交換の一方あるいは双方の当事者が、要求内容をおしつけるために、実際に制裁を課すか、制裁を課すという脅しをかけることが、内生的強制である²⁰⁰。

¹⁹⁸ ボウルズ・ミクロ経済学, 250 頁, Bowles, *Microeconomics*, p.256 (前掲註 170 参照).

¹⁹⁹ ボウルズ・ミクロ経済学, 250 頁, Bowles, *Microeconomics*, p.256 (前掲註 170 参照). この点につき、本稿の検討対象である販売促進政策や種々の協力要求にかかわる契約の不完備性が、大規模スーパーをプライス・テーカーにすると考えられる(後掲 3. (2) 1 を参照)。

²⁰⁰ ボウルズ・ミクロ経済学, 250 頁, Bowles, *Microeconomics*, p.256-7 (前掲註 170 参照).

4-7) 内生的選好

i) 買い手は、供給者の心理構造に利害関心をもつ。

抗争交換のモデル理論によれば、供給者の心理構造は、以下の三要素があげられている。

- a) 努力することの不効用、
- b) 取引を主観的にどう評価しているか、さらには
- c) 当該取引の打ち切りにかかわる自分のフォールバック・ポジション

などにより構成される。買い手は、これらの供給者の心理構造に利害関心をもって内生的強制を行使する。

ii) 権威にもとづき供給者の選好にたいして買い手は操作をおこなう

さらに、買い手は供給者の選好に変化をもたらす手段をもっている。その理由は、買い手が供給者との持続的な関係を提起し保証することで、そのことが買い手について供給者に対する権威を獲得できるからである

iii) このように、買い手は供給者の心理的進化に影響をおよぼす機会をもっている。それは、供給者がなす努力の不効用にたいしそれを低下させるような方法がもしあるとすれば、買い手は供給者その相互作用をその方向に導くよう構造化することによる²⁰¹。

²⁰¹ このケースと完備契約のケースとの違いは、買い手が供給者の選考を気にかける否かという点にあるのではない。

むしろ、違いは、買い手が同じ供給者と長期にわたって取引することにある。それゆえ両者は相互の選考を気にかけるようになり、買い手は、供給者一般ではなく、取引の相手方である特定の供給者の選考に影響を行使しえるのである。

対照的に完備契約と結びついた直物市場は買い手にたいし「公共財の問題」を提起する。すべての買い手は、供給者全員の選考に影響をおよぼし、努力に対する供給者一般の不効用を低下させることに利害関心をもつ。なぜなら、そうなると一定品質を供給させるのに必要な価格が低下するからである。しかし直物市場では、買い手のそれぞれが供給者の選好を転換させることに投資することはないだろう。というのも、なんらの形で集団行為（例えば、すべての供給者にたいする労働倫理の強制的な社会化）がなければ、投資にたいする収益はすべての買い手に共有されてしまい、投資した本人が独占することはできないからである。

ボウルズ・ミクロ経済学,250頁,Bowles, Microeconomics (前掲註 170 参照). p.257.

3. 抗争交換理論の検討

(1) 「交渉よりも好都合な代替的取引先」と超過供給の市場不均衡

前記の「ショートサイドの原則」は、以下の説明に立脚する理論である。すなわち、超過供給に対応する買い手の状況について、「市場が不足する」状態であると評される理論であった。供給者は過小需要の買い手に、財とサービスの提供にかかわる努力水準を向上するなどの種々の適応を迫られる。この場合供給者の代替は少なからず存在する。

ところで、ブリュッセル／フィレンツェ報告書にあって、その依拠する「交渉にもとづく合意よりも好都合な代替的取引先」²⁰²の理論について、買い手は取引先につき代替を有することになる。報告書においても、容易に取引相手を交換できる買い手は、濫用の不公正取引にいたる種々の要求が可能になるとされる。この点から報告書の不完備契約論においては、需要力濫用にかかわる力の源泉は、超過供給の市場状況に求められことになる。

このように、経済的な力の源泉を過剰供給の市場の不均衡に求めるのが、広く一般均衡的な立場では特徴になる。これにたいし、抗争交換論は、以下の反論をすることになる²⁰³。

²⁰² 前掲Ⅱ.1.における「(2)『交渉にもとづく合意よりも好都合な代替的取引先』の指標」のエイヤーズ／ネイバルフによる不完備契約論を参照。

²⁰³ 抗争交換理論は、取引相手である供給者にたいする力の行使を、条件付き更新拒絶権などの一連の制裁と監視措置により可能となる、当事者間の内生的強制によって説明している。

それにたいし、ワルラス流の一般均衡理論は、もっぱら市場の需給にかかわる不均衡に焦点があてられる。力の行使の問題は関心の対象外におかれる。参照、金子・権力の源泉（前掲註171参照）54頁以下。

なお金子論文は、このいわゆるショートサイド権力の源泉に関する問題を雇用主／被雇用者間の雇用契約を例にして検討したものである。同論文は契約問題について労働時間の取引で内生的強制がはたらくことを明らかにし、さらに同様な強制は企業間関係における本社と下請け工場の作業時間の決定問題について生じるとする。

いずれの場合も一般均衡論の延長では、権力の源泉の所在を捉えられない。前掲同書54頁を参照。

(2) 供給者のなす努力水準の継続的引上げ（抗争交換理論）

1) 買い手の利益拡大要求にもとづく品質改善要求

ボウルズは、買い手と供給者間の交換と契約のエージェンシー問題について品質改善の努力にかかわる要求問題に即して論じている。なぜ、買い手は財の需要にかかわる品質問題の解決について、幅広くオークションにより供給者間の競い合いから短期に解決を目指すのではなく、長期関係において改善を指導し、改善努力に引き上げをはかるのか。品質問題は供給者との長期的取引においてのみ改善がはかられるという、取引される財の特質だけで説明は十分ではない。

それゆえこの問題の要点は、供給者の品質改善の努力（本稿では供給業者の販売促進の協力の努力）を導き、また種々の犠牲を引き出すはたらきにこそある。すなわち、監視と制裁の担保をともない品質問題の要求がされるのは、買い手の利益拡大の要求を満たすレベルまでかかる努力と犠牲が払われることを求めているからである²⁰⁴。この点は、大規模スーパーの販売促進策について、供給業者の協力にかかわる努力と犠牲は、スーパーの利益拡大の要求を満たすレベルにまで継続的に引き上げられることを示す。

2) 買い手による外部選択の手段が果たす最も必要な機能—供給者による努力水準の引上げ

この特定の主体（買い手）の利益拡大を目指す要求からは、取引停止という外部選択の措置は、買い手の満足のいく実績を確保する目的のため、他方当事者の努力水準を継続的に向上させる手段の一つとして位置づけられるにすぎない（条件付き更新拒絶権はそのもっとも有力な手段であることは否定できない）。

「交渉にもとづく合意よりも好都合な代替的取引先」の不完備契約論（ブリュッセル／フィレンツェ報告書）は、一般均衡論の延長線上において外部選

²⁰⁴ 供給者の品質改善努力が買い手の利益拡大の目的に導かれているとの本文のとらえ方は、石倉教授による雇用主／被雇用者関係の以下の記述を参考にした。

「抗争交換モデルでは、労働者の行動様式（労働努力の発揮態度）は、雇い主が利益拡大を目的に設定するルールに左右されるものであって、雇用関係の外部で設定される主観的な行動様式ではない」。石倉・再考、108頁（前掲註171参照）。

択を超過供給から生じる需要側の対応としてとらえる特徴があった。

もっぱら超過供給の市場のみを観察するのでは、以下の問題がある。先ず上記の「ショートサイドの権力」が供給者のコスト負担や様々な犠牲的努力を引き出す可能性を等閑視する傾向がある。すなわち、買い手の権力の維持にかかわる制裁と監視の手段が果たす役割を見逃すおそれがある。

またかかる努力や犠牲を引き出す手段の多様な試みとして、買い手はその権威にもとづき供給者の選好にたいして操作をおこなう。このような相互的はたらきにたいする評価も、報告書では困難になる²⁰⁵

このように展開される拡張的一般均衡論の立場にたいする批判を踏まえて、抗争交換論が需要力濫用にかかわる力の源泉をどのようにとらえているかを以下にまとめる。

(3) 抗争交換論における需要力濫用にかかわる力の源泉問題

1) 更新拒絶並びに強制レント喪失の恐れ及び威嚇

供給者は取引に加われない他の供給者がフォールバック・ポジションにあって受ける額よりも高い額による利益（レント）を受け取ることができる。かかる競争均衡にあるレントによって、供給者はそれを維持可能とするために、更新拒絶を回避する努力と犠牲を継続する圧力のもとにおかれる。かかる競争均衡における供給者の利益（レント）は、努力水準の引き上げと絶えず犠牲を払うように導かれる圧力という機能を持ち、その原動力は「威嚇」という権力的要素である²⁰⁶。

²⁰⁵ 前掲2. (2) 「4-7) 内生的選好」における ii) を参照。

²⁰⁶ 前掲2. (2) における「4-2) 供給者は均衡の利益（レント）を受けている」を参照。供給者が均衡における強制的な利益（レント）を維持するために努力水準の引き上げと、継続的に犠牲をはらう圧迫のもとにおかれることは、スティグリッツの主張する「効率的賃金仮説」と一定の類似性を指摘できる。生産性向上と労働者の継続的な努力の結びつきの点から、抗争交換理論とスティグリッツ理論の類似性を指摘するものとして。参照、金子・抗争交換論（前掲註 171 参照）1105 頁以下。他方、抗争交換理論は、労働者の犠牲とそれを引き出す権力的要素が強調される点においてスティグリッツ理論と対比されよう。参照、大槻智彦「効率賃金仮説と非自発的失業」 広島文化女子短期大学紀要 30 巻(1997)17 頁、特に 22 頁から 23 頁。

2) 持続的な相対取引と威嚇の実効性

ここでの競争均衡にある供給者は、上記のように「一連の持続的かつ双務的な取引の島」と表現される特徴的な取引関係（持続的な相対取引）におかれるのであり、一般均衡論の競争均衡にかかわる単発的な取引イメージとの異質性が顕著である²⁰⁷。

3) 力の源泉（外生的要因と内生的要因）

報告書の依拠する「交渉にもとづく合意よりも好都合な代替的取引先」の不完備契約論は、超過供給の市場状況が供給者に需要力の行使を可能にするにとらえる。

これにたいし、抗争交換理論は、買い手の条件付き更新拒絶権や他の制裁（均衡における強制的なレントの引き下げ）、監視による当事者関係についての内生的要因を権力の源泉とする²⁰⁸。すなわち、前者は当事者間の関係を規律する原因については外生的である、市場を需要力の源泉にとらえるのに対して、後者の抗争交換理論は、「内生的強制」を問題にする。

4) 濫用行為の必要条件と十分条件

「内生的強制」につき需要力濫用の源泉としてとらえることは、法政策上の含意として、以下の意味をもつ。それは、ブリュッセル／フィレンツェ報告書が超過供給にかかわる市場状況により濫用が可能になると理解することでは、濫用の必要条件を満たすものの、濫用の十分条件でないことである。

すなわち超過供給（「外生的要因」）は、供給者が受ける均衡の利益（レント）を生むための条件として必要であるが、もっぱらそれに集中するなら以下の問題がある。そのレントが供給者の制裁と監視の手段として用いられる点、さらには濫用にかかわる不公正取引慣行が制裁と監視の不当行使としておこなわれる点を、考察の枠外に置くことになる。

²⁰⁷ 前掲（2）4）4-4）を参照。

²⁰⁸ 前掲した、Ⅲ.2.（2）4）4-2）及び4-7）を参照。参照、遠山弘徳「不効率な制度、契約の外生的執行および権力の非対称性」静岡大学経済研究、11巻1号43頁（2006年）、45頁から47頁。

超過供給という市場の条件をもつばら問題にして濫用をとらえるのではなく、濫用行為の本質的原因として内生的強制にかかわる制裁と監視が問題にされる。

この点は本稿の関心としては、以下のような法規範論理としての要請を導くこととなる。

(4) 競争とコンフリクトの融的理解—抗争

1) 《さらに多くの協力抽出》に対する抵抗—コンフリクト (1)

抗争交換論は、一方で均衡の利益（供給業者のレント；供給業者に加えられる強制の源泉となる特質を帯びる）を、競争均衡においてとらえる。他方で、かかるレントを維持するため、供給業者は努力水準の引き上げと犠牲の継続を強いられる圧迫のもとにおかれ、内生的強制を強いられるとする。すなわち大規模スーパーと供給業者はコンフリクトの状態におかれる。

かかるコンフリクトについて、大規模スーパーと供給業者の関係は、大規模スーパーの協力抽出関数と供給業者の最適反応関数の各曲線の接点である需給不一致のもとにおける均衡点を境にしたコンフリクトとして理解される（前掲グラフ1における q^*p^* の交点を参照）。この均衡点から、大規模スーパーは販売促進の努力をより多く引き出すことを目指して、目的関数（協力抽出関数）をより上方へとシフトしようとし、これにたいし、供給業者はできる限り低く抑えようと下方へシフトするよう行動する²⁰⁹。

²⁰⁹ i) このようなエージェンシー問題における依頼人／代理人間の関係を経済的な権力の行使とそれとたいする抵抗の要素によってとらえるコンフリクトの理解は、以下の角田論文の記述に依拠した。

引用文中の「この曲線」とは、本稿では前掲グラフ1；均衡価格と品質（販売促進の協力）における大規模スーパーの協力抽出関数であって、引用文献では資本家の労働抽出関数を指す。また「資本家」は雇用主であり、本稿では大規模スーパーにあたり、したがって「労働者」の地位に本稿の供給業者が当てはまることになる。

ii) 「資本家としては、監視や制裁の機構をつかってこの曲線を上方にシフトさせようとするし、労働者としては共謀してこれを引き下げようとする。

角田・抗争的交換（前掲註171参照）、7頁。

iii) この引用における労働者の共謀とは、言うまでもなく憲法上保障された団体行動権の行使をいう。したがって、大規模スーパーに対峙する供給業者は、そのコンフリクトの状況にあって、団体行動により大規模スーパーに対抗する術をも欠

2) 競争的交換と均衡を通じた力の強制—コンフリクト (2)

この競争とコンフリクトの両面的把握は、需要力濫用規制にかかわり、法理論的枠組みの的確な構築をなす必要から、重要な視座を提供する。

この点は、以下の角田修一教授による次の命題が示唆的である。競争とコンフリクトの融合的理解を示す本命題は、抗争交換理論が基礎とする行為主対の属性把握の重要性にかかわり述べられたものである。

それによれば、抗争 (contest) は競争 (competition) と闘争 (conflict) の両方の意味を含み、「内容的には『競争的』交換と均衡を通して実は内在的な力の強制関係を要求するがゆえに『闘争』的であるということであらわす」、とされている²¹⁰。

3) 抗争交換理論と資本主義的競争市場

3-1) 抗争交換理論が、買い手／供給者の取引関係において、買い手の行使する内生的強制をとまなうことは前述したが、かかる取引関係は、コンフリクト (conflict; 角田論文は上記のように「闘争」と訳す²¹¹) の要因を不可避免的に内包する。したがって、この理論においては、コンフリクトに対応する買い手の内生的強制は、買い手側の内生的選好として、取引主体の属性を規

いていることになる。

iv) かかる労働法上の保護のレベルに劣位する供給業者について、恐れの原因を含めた経済権力の行使にたいし適切な対抗の手段を構想し、供給業者段階の競争主体としての機能を維持する方策が探られるべきと考えられる。

²¹⁰ 角田・抗争的交換 (前掲註 171 参照) 14 頁。

²¹¹ 角田・抗争的交換 (前掲註 171 参照) 14 頁。コンフリクトを「紛争」とのみ理解することの不十分さに関連した、以下の角田教授の指摘が参照されるべきと考えられる。すなわち取引費用経済学の流派に属する D・マクロスキーにたいする反論的な指摘である。

マクロスキーによれば、市場の抗争的性格というものは、結局交換における「摩擦 (フリクション)」であるとみなされる。

これにたいして、それでは前述の強制をとまなった均衡の利益 (レント; 供給業者が受け取る) や「ショートサイド権力」も見逃すことになるという批判がされている。角田・抗争的交換 (前掲註 171 参照) 10 頁から 11 頁。

角田論文は、かかる抗争交換における闘争 (コンフリクト) を見逃す結果は、コース、G・ベッカー、アルチアン、デムゼッツに共通することを述べる。前掲同書同頁参照。

定するのである。すなわち、角田論文のいう買い手の利益獲得の属性にもとづく内生的強制は、供給者の心理構造（内生的選好）を構成する「供給者のはらう努力の不効用」や、取引の主観的評価、そして取引離脱のコスト／ベネフィット分析という他方当事者の属性にもとづく行為態様とコンフリクトの関係におかれている²¹²。

3-2) このように取引主体の属性は、当事者間の関係性を規定する。この規定性が、抗争交換理論の交換様式の把握における基礎をなしている。

3-3) さらに以上の点と関連して、抗争交換理論が上記のように供給者の均衡の利益（レント）を競争均衡としてとらえる分析は、やはり本理論にたいする理論経済学上の評価として角田論文が次のように述べる指摘が適切である。

それは、「抗争交換理論は資本主義的『競争市場』を正面から扱うという」²¹³ 特色がある、としていることである。この点から角田教授は、抗争交換理論について「資本主義の政治経済学のマクロ的基礎」といわれる理由はこの点に求められなければならないとされる²¹⁴。

²¹² 前掲した2. (2)における「4-7 内生的選好」を参照。

抗争交換の理論経済学モデルにおいて中核的概念となる「コンフリクト」（ボウルズ及びギンタス）について、バーナード（Chester Barnard）やサイモン（Herbert Simon）による「近代組織論」の経営学理論による成果を取り入れる視点から検討した以下の論稿がある。山垣・資本主義経済（前掲註 171 参照）、における特に「4. コンフリクトとコンセント」及び「5. 使用者権限の内容とコンフリクト」を参照。

註 3 角田・抗争的交換（前掲註 171 参照）20 頁。

²¹³ 註 2 角田・抗争的交換（前掲註 171 参照）20 頁。

²¹⁴ i) 角田論文は、本文の抗争交換理論が競争的交換と均衡を通して内生的な力の強制関係を要求する、コンフリクトと競争の経済的モメントを分かちがたく内包したものである指摘を敷衍して、概要以下のように述べる。

ii) 抗争交換モデルにいう抗争的あるいは、抗争される交換という意味は、労使間の交換が単に「競争」的であるというのではなく、「利害の相違と契約内容の実行における不確定性にもとづく明確な強制、権力関係と社会経済的争いがある」ことを意味する、とする。角田・抗争的交換（前掲註 171 参照）6 頁。

iii) そこでは雇用主／被雇用者間のエージェンシー問題がとりあげられているが、本稿の問題関心である大規模スーパー等の買い手と供給業者間の不公正取引慣行の問題に即して、その指摘を本稿の視点から言い換えると、以下ようになる。

《大規模スーパーと供給業者について、前者のスーパーは、下記（7）7-3）の「i）競争の下流市場とコンフリクトのもとにある交換関係の結びつき」に述べ

4) 競争とコンフリクトの融会的理解—法政策上の含意

競争とコンフリクトを融会的に理解する抗争交換論が、不公正な取引慣行の法政策上の含意として提示する命題は、以下の二点に整理できる。

4-1) 外生的要因と限定合理性（報告書による不公正取引経済学の問題）

ブリュッセル／フィレンツェ報告書は不公正取引慣行を生じさせる原因分析として、関係特殊投資によるホールドアップ問題や過剰な退出費用問題、さらに供給業者の販売先についての集中や腐敗しやすしい取引商品といった要因をあげた。かかる要因に起因する従属性問題は、濫用とされる慣行の経済学的分析として、必要条件であっても、十分条件ではない。

ホールドアップ問題は買い手の機会主義的行動による合理性の限定問題に本質的原因が解消される傾向がある。限定的な合理性の制約のもとにある取引

ように、消費者市場において激しい価格引き下げ等の競争をしている。

また後者の供給業者の間においては、買い手の大規模スーパーにたいしてされる、納入価格の引き下げ、品質改善競争や販売促進活動の協力、あるいは棚代（slotting allowance）支払いやそれに依った、良好な販売スペースを獲得する競い合いを通じた多様な販売競争を展開する。

これらの競争関係のうちには、下流のスーパー間における激しい価格競争に応じて、割戻しの協賛金強要がおこなわれる。他方、納入業者側の新製品開発をめぐる競争にたいしては、その納入に際してスーパー側からの棚代等の請求にかかわる強要がおこなわれる例もある。

したがって、市場経済における消費者厚生の上昇というベネフィットをもたらす大規模スーパー間の競争による交換と均衡の状態にあっては、多くこれら供給業者にたいする「内在的な力の強制関係を要求するがゆえに『闘争』的」関係にある。そこには、大規模スーパーと供給業者間の『利害の相違と契約内容の実行における不確定性にもとづく明確な強制、権力関係と社会経済的争いがある』。》

iv) このように『『競争的』交換と均衡を通して、実は内在的な力の強制を要求する』事態が、サプライチェーンにおける不公正慣行をとまなう業態における特色となる。そうであるならば、かかる事態は「単なるコンフリクトの関係」（闘争的な関係）でなく、「抗争」として、競争的交換及び競争均衡とが、大規模スーパーと供給業者間のコンフリクト（闘争）に分かちがたく結びついている理解がされなければならない。

v) 本稿の関心からは、このような競争とコンフリクトの融会的理解にもとづき、ブリュッセル／フィレンツェ報告書にたいし、以下の批判がされる。

それは、内在的に存する当事者間のコンフリクトの関係をその想定から排除している問題である。大規模スーパーの供給業者に加える不公正慣行を、取引コスト問題に限定し、取引主体の限定的合理性を原因として、需給一致価格の発見過程に一時的な障害が加えられている状態としかとらえられないことである。

当事者の機会主義的行動という設定は、抽象的に規定された行為主体の属性把握になる。この点からは、圧迫にともなう恐れ of 的要因を生み出すような具体的な危険は導かれないうであろう。

財の特質や超過供給と結びついた退出費用問題も、市場の客観的条件（「外生的要因」）に問題の原因が解消されてしまう。さらに、不公正慣行をおこなう大規模スーパーにたいし規範的な禁止制約により違反行為を抑止し、さらに制裁をおこなう法理論上枠組み設定の基盤として、十分ではない。

4-2) この不完備契約の当事者にかかわる外生的要因を重視する立場の代表として、ウィリアムソン教授の見解と抗争交換理論との対比を、ii) においてみることにする。

i) 取引費用経済学にたいする経済的権力論

報告書の不完備契約と戦略的な機会主義的行動にかかわる説明は、ウィリアムソンの理論にもとづき、事業者間の取引先転換コストとして「関係特殊投資」を問題とする。その場合報告書は、「取引費用経済学」の枠組みにしたがう。取引費用の節約の観点から過少投資となる機会主義的行動の抑止を、コミットメントによって試みる。さらに、市場機能を生かした「信頼できるコミットメント」による市場の失敗の矯正は、クーター／ユーレンの理論による。この取引費用経済学の理論にたいする抗争交換の契約理論からする批判的視点としては、経済的権力の行使という視点を欠くことが問題になる²¹⁵。

ii) この点につき、抗争交換理論の批判において、自らの「取引費用経済学」との相違に言及するウィリアムソンによる次の論述が理解の助けとなる²¹⁶。

《抗争交換理論は「経済組織を権力 (power) と抗争交換のレンズでとらえるが、私の目的にとっては、節約 (economizing) と統治 (governance) が、より生産的な視野となると考える」とのべて、理論モデルにおける基本的な構成概念の相違を説明する》。

²¹⁵ 石倉・市場、56頁。

²¹⁶ 本文の以下に記述する ii と iii の記述は次の論稿によった。O. E. Williamson, Contested Exchange versus the Governance of Contractual Relations, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 7, No. 1, 103, 106 (1993). なお、石倉・市場 (前掲註 171 参照)、58頁註 13 参照。

iii) さらに取引主体の属性把握として機会主義は、抗争交換理論からは単純に自己利益の追求と見做される。これにたいし取引費用経済学は、個々の経済主体は限定的合理性の制約のもとにあり、したがってすべて複雑な契約は不可避免的に不完全であり、市場は成立しない場合も多く機会主義的な約束違反という契約上の危険 (contractual hazards) が存するという主張を強調する。

(5) 努力水準の引き上げ要求と特定主体の利益獲得行動

1) 不完備契約を生ぜしめる本質的な要因 (努力水準にかかわる不確定性)

抗争交換理論においては、供給業者による販売促進の協力にかかわる買い手からの協力レベルの引上げ要求は、契約にあらかじめ規定しておくことができない。この点が不完備契約を生じさせる²¹⁷。

そして、不完備契約のもとで買い手の内生的強制として、取引停止の通告や強制の利益 (レント) の引下げ、打ち切りの通告がおこなわれる。それでは、この買い手の期待レベルとしての販売促進の協力は、市場の取引当事者にとって中立的性格を有するものであるのか。言い換えると「契約に定められない属性」としての内生的強制は、特定主体 (買い手) の利益を高めることを目的にするのか、「それとも、どの主体の利益からも中立的なのか」が問題の焦点である²¹⁸。この供給業者に販売協力の対価として払われる均衡の利益 (レント) の属性把

²¹⁷ かかる問題関心の射程は、内生的強制から生じた利益の分配問題におよぶ。上記問題設定に類比される事例を大規模スーパーと供給業者間の紛争事例で探せば、買い手需要力を行使した安値での購買について、消費者に低価格の還元がされる事例があげられる。厚生にかかわる総余剰規準により、供給業者と消費者の余剰についての総和が、かかる購買にもとづく廉売後に上昇すれば、一般均衡論の枠組みからは、特定主体の利益増にかかわる強制 (「不当な安値購入」) はそれ自体として問題とされる事がらではない。買い手と供給業者の両主体からの中立的性格が前提にされることになる。

²¹⁸ 後掲註 219 のボウルズ／ギンタス論文及び註 220 に掲げた石倉論文を参照。このような問題にたいする抗争交換理論からの答えは、下記 2) で述べるように、内生的な強制が特定主体の利益 (行為主体の属性が問題にされる) のために行使されるとの理解から、かかる利益の中立的性格の否定が導かれる。

結論的に、かかる問題設定から、法政策上の含意にかかわり規範的方向性が示される。すなわち、買い手による需要力行使の場合には、その「不当性」問題が検討されるべきとの方向性が示される。

握にかかわる問題、中立的性格であるのか、あるいは強制による個人利得の獲得という性格をもつのか、について以下に論じる。

2) 販売促進の協力とその努力についての中立的性格の否定(利益獲得の意欲、監視そして制裁の過程)

抗争交換の定義付けであげたモデル例(註168参照)である、主体Aが主体Bから財又はサービスを購入することを考える。Bの財又はサービスが、Aにとり価値があり、Bについては提供にコストを要するのだが、履行可能な契約において十分に規定されていない場合について、抗争交換理論の立場から、以下のような説明がされている。

「このような場合に、事後的に(ex post)交換条件は、抗争されている属性にたいし欲している水準を供給するようにBに誘引するために、Aが設定する監視と制裁のしくみによって決定される²¹⁹⁾

以上の利益獲得の意欲、監視そして制裁の一連の過程について、契約に定められない努力引上げを目的とする内生的強制が、他の主体の行動様式を左右していることが注目される。

抗争交換のモデルでは、このように内生的強制はAの欲する属性として、個人的利益の追求に基づくとみなされ、特定の主体にたいする利益の帰属を「構成的に」決定する。したがって、買い手の利益からの中立性は否定される²²⁰⁾。

(6) 権威による内生的強制と取引主体の構成的、かつ内生的な選好の形成

1) 強制的な均衡のレントと権威

供給業者は取引終了時におちいる状態をうわまわる利益(レント)をうけていることは、違反行為の申告にたいする取引停止の報復によりそれを失う「恐れ」の要因を生むだけの力の要因ではない。大規模スーパーにたいする販売促進など種々の協力や品質改善について、その努力のレベルを引き上げていく誘因であることを明らかにした点に抗争交換理論の意義がある。

²¹⁹⁾ Bowles & Gintis, Power (前掲註171参照), p.332.

²²⁰⁾ 石倉・再考(前掲註171参照)、109頁。

このような取引当事者の一方にたいする監視と制裁のはたらきをする内生的強制のための誘引となる手段は、ほかに供給者の心理的要因である買い手もつ「権威」がある²²¹。

2) 交換関係において内生的に構成される取引主体の属性

供給者との持続的な関係を提起し、保証することでかかる強制のための誘引が生まれる。

このような市場交換に内在する経済的権力を生む態様として、ポウルズは買い手が供給者の心理構造に利害関心をもつ内生的選好への思考をあげていた²²²。

²²¹ 理論経済学者による権力と権威の概念を用いた市場の交換分析は、以下のような指摘を参照した。

i) 金子・権力の源泉（前掲註 171 参照）57 頁は、ルーカス（Steven Lukes）の権威（authority）の定義を述べている。

「A が B に対して、A の指示が B の価値から合理的、すなわちその内容が合法的で合理的であるか、それが合法的で合理的な手続きで得られたもの、とみなす限り、権威である」。

ii) 近時、理論経済学の分野において、ポウルズ／ギンタスの抗争交換にかかわる政治経済学的アプローチに触発されて、経済的権力の概念のさまざまな分析されるようになってきた。

iii) 以下の川村論文は、コース等の取引費用経済学は、組織と市場をもつばら効率性の概念に結びつける論法の枠内で権限・権威の概念が用いられてきたとする。そのうえで、authority を企業家に与えることで市場を利用する費用を節約することができるという命題のもとでは、この概念（authority）は権限としか訳されないことになるとする。

このような分析にかかわって、権力と並列的に用いられる場合の権威の特徴を以下のように述べる。川村・経済的権力（前掲註 171 参照）、10 頁。

「第一に、権威とはそれを受容する側に力点が置かれている…第二に、権威は階層的な構造と密接に関連している」点が特徴的である。

iv) このような川村論文の権威に関する特性把握と、前記ルーカスの権威の定義と合わせ読めば、以下の権威に関する命題が、抗争交換における分析で妥当するであろう。

《階層的に A が B より上位の階層にいる場合に、その指示が B の価値にとって合理性、合法性であるとみなされる限りで、受容者 B の心理構造に A が利害関心をもつ内生的選好の強制的操作により、権威が生ずる。》

上記命題における「受容者 B の心理構造に A が利害関心をもつ内生的選好」の概念については、前掲のポウルズのマイクロ経済学の記述の紹介をした III. 2. (2) 4) の「4-7) 内生的選好」における ii) を参照。

²²² 前掲 III. 2. (2) 4) の「4-7) 内生的選好」における ii) を参照。

かかる心理構造には、努力することの不効用や、取引を主観的にどう評価しているか、さらに前掲したフォールバック・ポジションを自らの場合どのように考えているかなどがあった(2.(2)4)における4-7を参照)。

買い手は、このような内生的選好を指向した訴えかけを継続的取引においてさまざまな手法を通じて行使する。取引主体の選好という属性は、市場から外生的に決定されるのではなく、交換関係において内生的に構成される²²³。

これにたいし、一般均衡の需給一致市場の枠組みでは、交換対象の属性に関する契約の執行(enforcement of contracts)は解決済みの問題、すなわち、分析枠組みの内部では説明されない外生的な要因として扱われる(「契約の外生的執行」の仮定)²²⁴。供給業者のなす販売促進の協力引上げ義務などは、かかる受給一致の枠組みでは、大規模スーパーは何の費用もかけずに、引き出すことができるかと仮定されよう²²⁵。

需給一致市場の枠組みでは、交換対象のあらゆる属性についての契約の執行が保障されるものと仮定される。さらに、希望通りの取引量を実現した契約の

²²³ 金子論文は抗争交換理論の権力概念を広くとらえる必要を踏まえる見地にたち、ダール(Robert Dahl)による現代権力論の定義の多様な規定をあげている。先ず、よく知られた一般的な権力の定義である。

「BがさもなくばしなかつたであろうことをAがBにさせることができる限り、AはBに対して権力を持つ。」これは意思決定を左右させる場合である。金子・権力の源泉(前掲註171参照)、56頁。

次に、より広い影響行使にかかわる以下の問題がある。

「AはBに、彼が欲しないことをさせることにより権力を行使するかもしれないが、また、彼の多様な要求、あるいは、その形成・決定に影響をおよぼすことにより、権力を行使する。」

権力形態の多様なあり方は、例えば先にあげた努力することの不効用について、それを低下させるような手段があれば、供給者との相互作用においてそれを行使するように買い手が選好をもつ傾向を把握する必要がある。

前記のように供給者一般でなく、特定の供給者に影響をおよぼすこの内生的選好の問題、すなわち相手方の多様な「要求の形成・決定に影響をおよぼす」権力行使が、問題である。このように、抗争交換理論において、「ショートサイド」にいる買い手と超過供給の市場にいる供給者間の財の取引において、権力問題が重視されていることは注目すべき理論成果である。

²²⁴ 前掲3.(3)における「3)力の源泉(外生的要因と内生的要因)」を参照。

²²⁵ 参照、石倉・市場(前掲註171参照)796頁。See, Bowles & Gintis, Power(前掲註171参照), p.332

執行が保証されるものと仮定され、かつ、希望通りの取引量を実現した経済主体だけが登場するのであるから、そこでは、経済主体の間の利害対立は生じない。

(7) 競争とコンフリクトの融合的理解と不公正取引慣行

7-1) 継続的な品質改善努力の引き上げ

抗争（抗争）交換理論が供給者と買い手との間の不完備契約について、競争（competition）とコンフリクト（conflict；闘争）を融合的に理解し分析した成果には、供給者の品質改善の努力を引き上げていく制裁と監視のシステムとして「均衡の利益（レント）」及び契約の更新拒絶権が機能することを明らかにした点がある。さらに、持続的な相対取引を介し、買い手の権威にもとづき供給者の選好にたいする操作のはたらきを明示した点も指摘できる。

このような抗争交換のエージェンシー理論は、市場における競争と取引関係におけるコンフリクトの双方の経済的現象のモメントを分かちがたく内包させた分析モデルとして大規模スーパーと供給業者間の不公正取引問題においても、次のような分析の成果をあげるであろう。

7-2) 販売促進の協力にかかわる努力レベル引き上げと協力の「権威」付け

それは、取引停止の通告や強制的利益（レント）を提供しない通告によって販売促進政策の協力をさせる努力を持続的に引き上げるとともに、継続取引における買い手として、売上増に共同の力を発揮する作用を供給業者に明確に意識させる意図が明らかになった。後者は「権威」の作用であり、かかる力の要因を行使することから、不当な負担となる不公正慣行を課すにいたる事態を的確に説明する。

さらに事後の報復的な制裁を恐れる結果から、この不公正慣行にたいする法違反や仲裁の申立てを控えさせる「恐れ」の要因も、かかる抗争の交換理論が原因説明に適合的である。大規模スーパーが供給業者にたいし、権威の作用を行使していることが、恐れを生じさせる。また取引停止の事態を上回る利得を供給業者が得ていること、さらにかかる利益を維持するには大規模

スーパーの協力要求にこたえて努力レベルを引き上げなければならない強制の存在も、恐れを生じさせる。

7-3) 事業者間の不公正慣行の分析理論として適合性を有する抗争交換の理論モデルは、その慣行の規制についての法理論的枠組みを考察するうえでも、以下の二点から不可欠の視点を提供する。

i) 下流市場の競争関係とコンフリクトのもとにある交換関係の結びつき

行為者の存する大規模スーパーの市場における競争の高まりと、その上流に位置する供給業者の販売促進政策への協力水準の引上げ、そして不公正慣行をもちいた負担の持続的増加の関係について、その連関を次に説明する。

英国の 2 大食品雑貨スーパーのアスダ社とテスコ社は、2007 年夏両社の間で「価格戦争 (price war)」を繰り広げた。アスダは 2 億 5000 万ポンドの費用で 1 万品目の食品雑貨と他商品の価格切り下げをくわだて、テスコは 2 億 7000 万ポンドの費用で 3 千品目の値下げをおこなう声明を発表した。英国競争委員会は、両スーパーの安売り合戦はその要求に服する供給業者による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とする²²⁶。

この英国における大規模スーパー間の消費者向け価格競争の例は、下流市場における競争の高まりが上流市場における供給業者への協賛金等の協力要請と直接に結びついた関係にあることを示す。その意味で、抗争交換理論

²²⁶ 拙稿・綱領審判官、123 頁以下及び註 287 参照。Competition Commission, The Supply of Groceries in the UK market investigation (April, 2008) ((Competition Commission の HP より、>Groceries market investigation の頁から入手), Appendix 9.1, Case study of retailer and supplier correspondence, para.3, ,note 1, 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 (約 10 万通) の提出を受けた。ほぼこの期間は、アスダとテスコの「価格戦争 (price war)」が行われた時期と重なる。同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 年の競争委員会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 種類のうち 20 について、ひきつづいてアスダとテスコによりおこなわれており、またそのバ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 1, para2, 3, 5, Annex 2, Email correspondence supplied by Asda and Tesco.

における競争とコンフリクトの融合的理解が妥当する例として、次のような意味をもつ。

第一に、「契約に定められない属性」である内生的強制による特定主体の利益獲得行動として、大規模スーパーによる一連の行為が特徴づけられることである。

商業資本同士の激しい競争関係は、流通小売業者としての顧客奪取をめぐる利益獲得の競争強度を高める。その結果、大規模スーパーの上流方向にむけた取引主体としての属性を規定するに至ったという事態の経済的評価ができる。その評価は以下のように敷衍される。

値下げ競争の原資を供給業者から直接、調達できる内生的強制を行使する取引主体が、《合理性の限定による機会主義》(取引費用経済学)という評価によってはとらえがたい強圧性(前掲註 219 の利益創出にかかわる特定主体の意欲、制裁と監視を参照)を明らかにした事例である。したがってその属性評価は経済的権力を行使する主体とされる。かかる評価は、競争(下流市場の値下げ競争)とコンフリクト(値下げの原資調達)の一体的把握として妥当である。このように、安売りの協力要請行為という契約上の外観をとっても、強圧性は、「契約に定められない属性」であることが重要である。この点から本件要請行為の、特定の行為主体からの中立的性格は否定される。つまり、大規模スーパーの強圧的な利益獲得の行為とされる²²⁷。

- ii) 第二に、抗争交換が明らかにした内生的強制の関係は、供給業者の行動を規定する。それにより主体の属性にも影響を拡大する。すなわち、継続的な相対取引のもとで供給業者はその選好を操作され、買い手(大規模スーパー)の権威的支配のもとにおかれる。この支配関係は、上流市場における供給業者の行為や能力という属性に影響をおよぼしていく。また取引の更新拒絶の威嚇により販売促進の協力レベルを引き上げられ、それとともに権威的な選好形成にかかわる干渉が続いていくなれば、その供給業者の市場行動に大き

²²⁷ 前掲Ⅲ. 2. に記述した「(5)努力水準の引き上げ要求と特定主体の利益獲得行動」における「2)販売促進の協力とその努力についての中立的性格の否定」の箇所を参照。

く影響する。さらに、当該大規模スーパーと取引を希望するがそののできない供給業者の存する、上流市場の経済的条件に影響する。例えば上流市場の製品開発競争に阻害的影響をおよぼすであろう²²⁸。

上流市場における供給業者の競争の能力は、このような大規模スーパーとの相対の継続取引における権威的な「内生的強制」をともなう交換過程から大きな影響を受け内生的に構成される。かかる競争能力は市場という外生的な要因のみによって規定されるものではない²²⁹。

iii) 以上から、不公正な取引慣行の規制は、上流市場へ及ぶ強圧的行為の影響を的確に評価される法理論的枠組みが構築されなければならない。

IV. 不公正取引慣行にたいする法的規制の態様

上記Ⅱ及びⅢの分析により、大規模スーパーが供給業者に比較して交渉力等の経済的な力がより強い場合に発現する垂直的制限の不公正取引慣行について、需要力行使の態様として不公正な取引慣行の経済学的分析がされ、その原因の要素が示された。以下に報告書による不公正な取引慣行を規制する法的な形式の説明を紹介する。

²²⁸ 英国の行動綱領の規制にたいする経済学な裏付けとして、供給業者段階の投資とイノベーションへの負の影響を指摘する経済学者の見解があった。この点については拙稿で、オックスフォード大学のスミス (Howard Smith) とサナサリウス (John Thanassoulis) の不確実投資のモデル、カーディフ大学のクラーク (Roger Clarke) による小規模供給業者の弱体化論について紹介をしている。拙稿・綱領審判官 (前掲註 7 参照)、79 頁以下及び註 277 を参照。

²²⁹ 抗争交換の理論モデルでは、ワルラス的均衡論の以下の前提が否定される特徴がある。すなわち、諸個人の選好は市場や産業組織などの構造的制約 (そのもとで個人の意思決定がされる) にたいして因果的に先行する仮定が否定される。

この点につき、鍋島教授は、抗争交換理論について、個人の選好、能力、規範的意識などの主体の属性が、「彼らを取り巻く制度的環境を反映しながら…交換過程の中で内生的に構成される」という、交換にかかわる「構成的」(constitutive) な特徴があると整理されている。鍋島・国家、169 頁 (前掲註 171 参照)。

1. 垂直制限としての不公正な取引慣行

(1) 垂直制限の二態様（需要力と販売力）

1-1) 需要力にかかわる垂直制限の類型

この買い手が発動する垂直制限の具体的な行為類型には、条件付き買入れ行動（例えば、排他的な供給の義務づけ、相互購入等）、追加的な支払い要求（例えば、品揃え協賛金、棚代、遡及的な値引き、又は共同マーケティングについての寄与）、最優遇顧客待遇（most-favored customer）条項、買い取り拒否（取引停止の製品 delisting product を含む）、そして故意のリスク移転（強制的返品や支払い遅延）のような行為が当てはまる²³⁰。

1-2) 販売力にかかわる垂直制限の類型

垂直的な制限行為は、販売力（seller power）の発現した形態として、強力なブランド・メーカーが小売業者に取引条件の拘束を課すような場合にも競争法上問題になる。伝統的に垂直制限の経済学的な分析において強調されてきた、売り手が発動するこの具体的な類型には、ブランド内競争及び／又はブランド間競争の制限が問題になる以下のような行為が含まれる。すなわち、非線形価格設定（二部料金制や数量割引のような行為）、再販売価格維持行為、数量強制、排他的取扱いの義務づけ、排他テリトリー制を含む排他的流通制、供給拒否、そしてバンドリング行為などである²³¹。

²³⁰ これらブリュッセル／フィレンツェ報告書のあげる慣行は、買い手が発動する垂直制限の行為にたいして経済学的分析をしたドブソン教授の見解に基づく例示である。Legal Framework（前掲註9参照），p. 32. Dobson, Buyer-Driven（前掲註106参照），p.103.

²³¹ Dobson, Buyer-Driven（前掲註106参照），p.102. ドブソンはこれらの行為が競争法上で問題にされることを、2000年EC垂直制限ガイドラインを引用して明らかにする。

Commission notice - Guidelines on Vertical Restraints, (2000/C 291/01), Official Journal C 291, (13/10/2000). 2000年ガイドラインは、2010年に改訂された。EUROPEAN COMMISSION, Guidelines on Vertical Restraints (2010/C 130/01), Official Journal, C130 (19.5.2010).

(2) 「不公正な取引慣行」としての垂直制限の規制

ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、小売サプライチェーンにおける事業者間の取引慣行として、買い手が発動する垂直制限と売り手が発動する同制限を並列的に論じる特徴がある。このことは、「不公正な取引慣行」の枠組みを設定して需要力の濫用規制をこころみる同報告書の立場からは、以下の三項目の視点からそのような並列的な分析が求められていると考えられる。

2-1) 規制の包括性^{232a}

* 垂直制限が固定的でなくおこなわれる取引実態

その第一の視点は、サプライチェーンにおける小売業者と供給業者との関係を、双方の当事者の力関係、取引される財や役務の特質、そして市場の状況をめぐるさまざまな要素に応じ相対的にとらえる。すなわち、買い手が発動する垂直制限と売り手が発動する制限とが、固定的でなくおこなわれる取引実態に即して把握する意図にもとづく。報告書は、先にあげた二つの制限の具体的な行為類型の細分について説明する際に、このような買い手が発動する垂直制限と売り手が発動する垂直制限は、「現実的に、取引当事者間におけるいずれかの一方でおこなわれることになろう」とする²³²。

* 双方とも大規模な小売業者／供給業者間の垂直制限

報告書の企図は市場と取引の実際の状況に応じて異なったあらわれ方をする垂直制限の多様な形態を、買い手が発動する場合と売り手が発動する場合の双方について、規制の要件は異なるものの、遺漏なくとらえることにある。そして、ふたつの垂直制限を並列的に説明する一貫した扱いが意義をもつのは、以下の例により示される。それは、大規模な小売業者が大規模な供給業者と取引する関係についてである。前者が後者にたいし買い手が発動する垂直制限として不公正な取引慣行となる需要力の濫用があり得る。さらに、後者が前者にたいして強力なブランド力を行使して再販売価格の拘束等の競争制限をおこな

^{232a} Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 32.

²³² Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 32. Dobson, Buyer-Driven (前掲註 106 参照), p.103.

うこと（販売力の行使）がありうる。このような、双方向のとらえ方ができるからである。

2-2) 市場力要件と競争法による規制

ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、このように垂直制限について買い手と売り手のいずれかが発動するふたつの場合に分けて、類比的に説明をしている。その理由は、垂直制限の法的な妥当性は、従来競争法の規制にゆだねられてきた経緯があること、そして、競争法における規制が試みられる場合には、市場の競争制限を可能にする市場力が存する分析が重要になることを踏まえた論理によると思われる²³³。

2-3) 垂直制限の便益的効果

* 垂直制限の便益的効果

このような垂直制限の発現形態にかかわり、その市場の競争への影響は、競争を減殺するマイナスの効果とともに、社会的厚生条件におけるプラスの便益を検討するのが、三十年来の EU における規制枠組みである。報告書の掲げる垂直制限の便益的効果は、従来、売り手が発動する類型について取り上げられてきた EU の規制における考え方を基礎にしている²³⁴。

²³³ Legal Framework（前掲註 9 参照），p. 32.

この市場力分析の重要性にかかわって、ブリュッセル／フィレンツェ報告書の言及する EU の垂直制限ガイドラインでは、市場占有率の基準を中心とした一括適用除外を規定している。

上記注 231 で掲げた 2000 年ガイドラインでは、垂直的協定の当事者である供給業者の市場占有率が 30%を超えない場合、その垂直的協定は一括適用除外の対象となると規定されていた。これが 2010 年ガイドラインでは、供給業者のみならず買い手の市場占有率も基準とされるようになり、ともに市場占有率が 30%を超えない場合に一括適用除外が受けられるとなっている。Guidelines on Vertical Restraints (2010/C 130/01), Official Journal, C130/7, para.23.

参照、大槻文俊「EU における垂直的制限規制の見直しについて——一括適用除外規則案とガイドライン案」専修法学論集 109 号 27,30 頁（2010）。

²³⁴ ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、EU の垂直制限ガイドラインが規定する経済的に正の効果に関するカテゴリーを 7 つあげている（後掲注 235 参照）。これらは売り手が発動する垂直制限による場合であり、この点については、ドブソン教授に

* 2010年ガイドラインの便益的効果

それらは以下のようなものとなる。①（垂直制限を欠く場合に過少投資から導かれる）ただ乗り問題の解決、②（ホールドアップ問題が解決されれば可能となる）新たな投資の促進、③新規参入の促進、④異なる市場においてさまざまな販売促進戦略を可能にすること、⑤流通ないし製造における規模の経済性の達成、⑥資本市場における不完全性を緩和すること。⑦画一性と品質の標準化を達成すること、の7つのカテゴリーである²³⁵。

2. 不公正取引慣行にたいする法的規制の態様

* ハード・ロー、ソフト・ロー及び混合アプローチ

不公正な取引慣行は EU 加盟 28 か国において、過去、公的規制や私的規制の様々な手段に服してきた。このような状態は分裂の傾向にある²³⁶。この現状を解決するため、初期の段階からハード・ロー、ソフト・ローや双方の混合によった法的な手段を採用するか、あるいはそれをしないのか、それぞれの選択は分かれている。報告書はこの点を踏まえて以下の検討をする。

より買い手が発動する垂直制限であっても若干の例外を除き、同じように考慮されることができるとする便益である。Legal Framework（前掲註 9 参照），p. 32. Dobson, Buyer-Driven（前掲註 106 参照），p.113.

ドブソンが、売り手の発動する制限において正の便益がもたらされるカテゴリーにつき、買い手が発動する場合には正の便益は問題にならない例外とするのは、排他的供給義務にかかわる考慮である（中間財の場合に限られる）Guidelines on Vertical Restraints (2010/C 130/01), Official Journal, C130/7, para.107 (f), Dobson, Buyer-Driven, p.113.

²³⁵ ブリュッセル／フィレンツェ報告書とドブソンはこれらの正の経済的ベネフィットを 2000 年ガイドラインに従って掲げるが、2010 年ガイドラインも変更がないのでここでは、2010 年ガイドラインを摘示する。Guidelines on Vertical Restraints (2010/C 130/01), Official Journal, C130/7, para.107(a)~(i). Legal Framework（前掲註 9 参照），p. 32. Dobson, Buyer-Driven（前掲註 106 参照），p. 112~113.

²³⁶ 後掲の、「(5) 私的規制（自主規制及び共同規制のメカニズム）」に記した「表 4；私的規制一覧表；加盟国別」における「欧州又はグローバル」及び「国内レベル」の多様な私的規制の在り方、さらに「付録資料（2）；別表—選択的公的立法、執行機関、公的調査及び秘密の申立て一覧」における「立法名」、「立法形態」、「執行当局」の多様なアプローチをそれぞれ参照。

(1) 公的な立法（競争法、行政法の、民法そして「機能的」）のアプローチ²³⁷

* 小売サプライチェーンにおける不公正な取引慣行に対処するため、各国が競争法、行政法や民法をどのように用いるのか、またそれぞれの組み合わせをどのように用いるかは多様にアプローチが分かれる（後掲IV.2.における「3）勧告#3；EU加盟28カ国の法的ルールとアプローチの断片化に対処せよ。」に掲げた「表7—法分野ごとの、本報告の目的から検討される立法」を参照）。

いくつかの加盟国はグリーンペーパーの規定する不公正な取引慣行のすべてや、その幾つかをとらえるのに契約法、不法行為法、そして事業者間の特別法などを用いている。他の国では、当該ルールについて契約、不法行為あるいは競争の各法領域についてどの分野に属するか、問題になっているルールの特徴を解釈することは執行者に委ねられるとして、それについて明らかにしないまま特定の行為の規制に焦点を当てる「機能的」アプローチをとる国もある。

1) EU 競争法のアプローチ

1-1) 単一市場の機能改善、支配的地位そして一方的な濫用²³⁸

垂直的關係における事業者間の不公正取引慣行に対する規制手段は、伝統的に競争法が考えられてきた。しかしEU競争法にあつては、域内市場の競争を妨害、制限、歪曲する加盟国間の取引に影響する行為を禁ずることで、単一市場の機能を改善する目標がかかげられている。単一市場の機能改善にかかわる限りで、協定による行為や、既に国内市場における支配的地位を有する一ないし複数の事業者の一方的な濫用が禁止される。

1-2) 支配的地位の要件と競争当局の権限²³⁹

支配的地位の要件は、小売サプライチェーンにおける不公正な取引慣行の場合、投資と革新の能力を促進し、持続可能なビジネスモデルを遂行する国内市

²³⁷ Legal Framework（前掲註9参照），p. 35.

²³⁸ Legal Framework（前掲註9参照），p. 35-6.

²³⁹ Legal Framework（前掲註9参照），p. 36.

場の機能改善について、それを妨げる場合にあてはまることもあれば当てはまらないこともある。

このような関心はとりわけ中小企業に切実である。特に法適用において、その妥当性の限られた範囲により既に限定をこうむっている。また反トラストの競争当局は十分な調査権限を有しておらず、不公正な取引慣行の出現を抑える固有の救済策を有していないことも懸念されている。

1-3) 小売チェーンの不公正な取引慣行に対処する EU 競争法の不十分さ

i) 標記の件について、報告書の見解を以下に (i から iii まで) 要約する²⁴⁰。小売チェーンにおいて不公正な取引慣行の問題は適切な対処がされていないと考える十分な理由があり、EU 競争法 (EU 機能条約 101 条と 102 条) の範囲を反映した加盟国の国内法により適切な対処がされていない。競争法は、問題になっている行為が関連する市場と地理的な市場にたいし実質的な影響を与える場合にのみ介入することがあげられる。

より正確には EU 機能条約 101 条の垂直的制限ルールはグリーンペーパーの規定する不公正な取引慣行²⁴¹について、その各々と組み合わせに対しても、かかる行為により影響を受ける市場シェアにかかわり特定の閾値に適合する場合にのみ適用される。

ii) より重要なことは、搾取的な濫用の規制を意図している 102 条は部分的にグリーンペーパーの認定した不公正な取引慣行の多くのタイプに適用されることができる。しかしながらこの条項の適用にかかわる本質的要件は、強い当事者が関連市場で支配的と考えられることである。

iii) 食品及び飲料関連で小売産業における現在の産業集中度をみる²⁴²と、EU の競争法ルールがなぜ適用されるに十分ではないのかについて明らかにな

²⁴⁰ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 36, 38-40.

²⁴¹ 「付録資料 (1); 欧州委員会グリーンペーパー」における (17 頁) 以下に翻訳した「5. 不公正取引慣行のタイプ」の 5.1 から 5.6 の類型化を参照。

²⁴² Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 40, Figure 1 (2010 年の EU 加盟国における上位三社小売業者による市場シェア) 参照。このグラフは本稿には引用しなかった)。

る。2010年に産業集中度は小売業トップ3について少なくとも5か国（デンマーク、フィンランド、スウェーデン、アイルランドそしてエストニア）において、重大な蓄積的な市場シェアではない。3大トッププレーヤーの市場シェア合計は、50%を超える。これは指標自体として穏健なものであって、非常に高い集中とはいえ、またEU競争法のもとで支配的地位が多くの小売業者により保たれているとの認定は難しい。実際問題として、EUにおいて小売業者は支配的ではない。過去数年間EUにおける食品価格の展開にかかわり、欧州のサプライチェーンのすべてのレベルで欧州委員会と多くの加盟国の競争当局は、欧州競争ネットワーク（ECN）の枠内において食品サプライチェーンと不正慣行の状況をみてきた。かかる観察の主要な結論として競争ルールは大方の不正慣行とたたかう最良の道具ではない、というものである²⁴³。

1-4) 加盟国の競争ルールを超えた問題性—交渉力のアンバランス問題

i) 2012年の「欧州競争ネットワーク(European Competition Network, ECN)」による報告書は、加盟国当局の調査を通じて、多くの利害関係者にとって不正とみられる、市場のプレーヤー間の交渉力のアンバランスと結びついた一定の慣行を問題にしている²⁴⁴。チェーンレベルにかかわらず認定される問題であるが、とりわけ供給業者と小売業者の間の商業的関係の文脈において、このタイプの慣行に焦点が当てられている。しかしながら加盟国の競争当局はこれらの慣行の多くがEUレベルないし、加盟国の多くで競争ルールの射程範囲に収まるものでないとする。結果的に加盟国当局のなかには、この問題に対処する代替的な提案しており、取引慣行に対し国家法を適用する、あるいは実行的なエンフォースメントのメカニズムをとまう行動綱領や良好な行為原則を採用するものであった。

²⁴³ Legal Framework (前掲註9参照), p. 39.

²⁴⁴ ECN Subgroup Food, European Competition Network, ECN Activities In The Food Sector, Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European competition authorities in the food sector (May 2012) (http://ec.europa.eu/competition/ecn/food_report_en.pdf), p. 11.

ii) ブリュッセル／フィレンツェ報告書によれば、加盟国の競争当局のレベルでは、大方は、支配的地位の濫用禁止を免れる交渉力のアンバランス問題として、それと結びついた食品部門における不公正な取引慣行の存在を認定していた。他方では、オーストリア、英国、スペイン、そして他の加盟国レベルにあって、「農場から食卓まで (Farm to Fork)」、食品価格の実質的な上昇傾向にもかかわらず、スーパーマーケットは商品の価格行動では支配的な濫用行為者ではないとして、競争ルールのもとでは商品の値上げ傾向は問題とならないとする²⁴⁵。

1-5) 反トラストを補完する公正ルールと健全な競争

不公正な取引慣行の規制する EU 競争法のアプローチが不十分である問題 (上掲 1-4 の ECN の見解) は、次のようにまとめられる。

- ① EU 競争法の市場力の閾値レベルに大規模スーパーは達しない。
- ② 大規模スーパー／供給業者の交渉力問題は、競争ルールになじまない。
- ③ 大規模スーパーは消費者価格の上昇にかかわる経済的損失をもたらしていない。

このような競争法ないし競争ルールとの異質性把握にたいしては、ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、基本的に賛成の立場を示している。しかし、報告者以下のように述べて、慎重な考察を進めている。すなわち、問題となる不公正取引慣行について新しい立法によっても、競争ルールの適用可能性に対処することはできないとする論者は存在する。しかしこの点に関しては事実問題としては、反対の傾向を論じるいくつかの理由がある、と。

報告書も事実として、競争法の理論的枠内で、不正競争法のルールの適用によって、不公正取引慣行を規制する試みがおこなわれている例があり、かつそれを無視することはできないと考えている²⁴⁶。

以下、この点について規制例の展開及び問題、報告書がとりあげた研究者の理論【後者は後掲の 4) になる】を紹介する。

²⁴⁵ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 39.

²⁴⁶ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 39-40.

i) 交渉力のアンバランスと公正

第一に、かかる慣行に介入するのは、効率性の要請よりも取引の公正を確保する大方の必要によることを看過してはならない、という報告書の見解が重要である。

一定の取引において構造的であると考えられる交渉力のアンバランスが存する場合に、契約法によって、公正はしばしば追求される目標であった。それは、当事者に課せられる義務として契約の交渉と履行を誠実におこなうことがあげられる。

交渉力のアンバランスと公正の問題は加盟国によっては自明のことであり、反トラスト法が既存の法的規律の伝統にあって、トップに導入される場合にも、不正競争法は効率性よりも、市場における行為の公正さに大方焦点を当てるものである²⁴⁷。

ブリュッセル／フィレンツェ報告書が、ここで市場における行為の公正さを確保する要請の根拠づけにあげているのは、マックプラント研究所のハンス・ウルリッヒ教授の見解に基づく。すなわち、i) 健全な競争に関するシステムは、EU（又はドイツ）における反トラストのルールを基盤を構成する概念であること²⁴⁸、さらにii) 反トラストにおける競争のルールについてEU（そしてドイツ）の近時の考え方は、不正競争法において、競争法の補完にかかわる不公正さの固有な概念を展開させるように独立にその働きが要請される、との指摘である²⁴⁹。

本稿は、このウルリッヒ論文によるアプローチは競争法を補完する不正競争法の機能を的確にとらえたものとして評価する。そして、不公正な取引慣行の規制において、競争関係と取引関係を融合的に把握する本稿の視角について、その妥当性の証明に寄与すると考える。他方、ブリュッセル／フィレ

²⁴⁷ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 39.

²⁴⁸ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 40. 「健全な競争」の概念については、後掲の(3)の9)及び11)におけるウルリッヒによる個別市場参加者による競争にかかわる基本的な自由を認めることによって、「健全な競争」が保護される必要を説く指摘を参照。

²⁴⁹ Ullrich, Anti-Unfair Competition Law (後掲註 256 参照), p. 46.

ンツェ報告書は、ウルリッヒ論文の主張の具体的内容にはほとんど触れていない。そこで本稿は、章を改めた後掲の4)における「EU法／国内法の関係と不正競争／反トラストの関係の相互交錯（ウルリッヒ論文）」において、独立して紹介、検討する。

ii) 経済構造と効率性の改善

第二に、上記の小売産業における産業集中度のような構造的な条件は、効率性の考慮もまた一定の介入を要請することになる。例えば代替的取引先を欠いたままひとつの事業者固定されたままになるロックイン状況又は経済的従属性の状況が問題になる。その問題性とは、状況により弱い当事者にパレート非効率な契約や双方当事者の利益にかなうものでない契約を強いることである²⁵⁰。

iii) 市場シェアと経済的従属性の認定

第三に、そして報告書の視点から最も重要なことは、不公正な取引慣行は問題の取引行為が関連市場で実質的なシェアをともなっている事実とは無関係に、認定されることである。むしろ（上述のように）強い当事者が反対当事者の売り上げや購入の実質的部分を占めている、その意味でローカルなレベルで市場力を認定できる。この報告書においては、供給業者と小売業者が小売部門で維持している現実の契約上の力を重視しているということである²⁵¹。

2) 加盟国反トラスト法の拡張的適用

2-1) 「灰色の領域」にかかわる規制

- i) EU 競争法の把握できない行為を補足するために国内競争法のルールを用いることで、規制にかかわる「灰色の領域」を設立して、競争当局はかかる行為をとらえることができる。これは多くの加盟国でおこなわれている傾向である²⁵²。

²⁵⁰ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 40.

²⁵¹ See, Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 40.

²⁵² Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 9-10, 36.

ii) 本稿は、不公正取引慣行の経済学を抗争交換のエージェンシー問題のモデル理論によって分析した。抗争交換理論では、買い手と供給者の関係において、供給者の位置する超過供給の市場状況における長期的取引が問題にされた。その取引において、買い手の「内生的選考」による権威を行使しての、買い手にたいする供給者の協力の努力レベル引き上げが不公正慣行を生む原因となる。

かかる本稿の視点からは、超過供給の上流市場の状況と大規模スーパーの権威的取引を可能とする条件が問題になる。これらの包括的な条件の検討は別稿に譲るが、関連市場で実質的なシェアを要件とする競争法の規制には該当しない場合が少なくない場合に、競争法の規制アプローチを放棄するのではなく、立法的措置により競争法の規制枠組みを新たに展開させた例がある。かかる実例である英国の試みが、ブリュッセル／フィレンツェ報告書の具体的な検討の視野に入ることなく、その末尾の勧告に生かされていない問題を指摘できる²⁵³。この点については、本稿後掲V.2.(1)の「(2) 勧告#2；EU 競争法は不公正取引慣行の規制手段として十分ではない」を参照。

2-1) 支配及び濫用要件（EU レベルより厳しい規制）

欧州で現在力を得ている単一企業行動にかかわる「収斂ルール」²⁵⁴とは対照的な、分岐の傾向を示すことになる。支配及び濫用の定義でEUの採用するレ

²⁵³ 拙稿、綱領審判官（前掲註7参照）、V.2.における「5」行動綱領に違反する行為の市場効果」を参照。

²⁵⁴ i) ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、EU 競争法における単一企業行動にかかわる収斂ルールとして、加盟国の競争当局及び裁判所にEU 競争法のエンフォースメントに参加できる権限を認めた理事会規則1/2003をあげている。
ii) すなわちこの改革により、加盟国の競争当局や裁判所は、欧州司法裁判所の判例法にしたがって直接に適用できるEU機能条約101条1項や102条の規定のみでなく、101条3項（競争を制限する協定の禁止に対する例外）を適用できることになる。
iii) これまでかかる個別適用の免除申請に対する専属管轄権は欧州委員会にあった点が、2003年に改められた。さらに、加盟国の競争当局が、新しい欧州競争ネットワーク（ECN）のもとで欧州委員会との緊密な連携の下でEU競争法の執行に参加できることを規定した。すなわち、欧州規模の競争法ネットワークの力が動員されることになった。

ベルよりも低いものによる加盟国があり、経済的従属性の濫用、コスト割れ販売の禁止や抱き合わせ等、102条の範囲を超える不公正取引慣行の禁止をする加盟国がある。

3) 不正競争法のアプローチ（競争法の機能不全に対処する不正競争法）

- i) ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、かかる大陸法系の不正競争禁止のルールが、反トラストのルールを欠く法の欠缺状況において、競争法の機能不全に対処する隠れた役割を果たす傾向について、ハンス・ウルリッヒ教授²⁵⁵の「不正競争の禁止と反トラスト法—大陸の謎」と題された欧州大学院法学部の2005年論文を掲げている²⁵⁶。
- ii) 報告書がウルリッヒ論文を取り上げる理由は以下の通りである。多くの国で反トラストよりも長い伝統があり、深く根付いている「不正競争法 (unfair competition laws)」に依拠する傾向がある。反トラストのルールを欠いている場合にも反競争的行為に対処する一般的な問題状況にこたえるものとして、とりわけ大陸法の伝統において、不正競争の防止にかかわる法体系があること、である²⁵⁷。

Legal Framework (前掲註9 参照), p. 36. Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 Dec. 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty. para. (8),(9),(15), (16). 長縄友明「米欧独占禁止法(2/2)」大阪経大論集61巻4号(2010年)123,127頁以下参照(理事会規則1/2003による改革の主要目標の整理)。

²⁵⁵ Prof. Dr. Hans Ullrich, マックプランク技術革新及び競争研究所 (Max Planck Institute for Innovation and Competition) 教授; 2003年から2006年までフィレンツェの欧州大学院法学部に出向。Max Planck Institute for Innovation and CompetitionのHPにもとづく。

²⁵⁶ Legal Framework (前掲註9 参照), p. 40. Hanns Ullrich, Anti-Unfair Competition Law and Anti-Trust Law: A Continental Conundrum? European University Institute -Department of Law (LAW) (Feb. 2005) (EUI Law Working Paper No. 2005/01). (Ullrich, Anti-Unfair Competition Law と略称) (本稿は SSRN; Social Science Research Network のHPより入手できる。)

(http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=837086)

²⁵⁷ Legal Framework (前掲註9 参照), p. 36.

4) EU 法／国内法の関係と不正競争／反トラストの相互交錯(ウルリッヒ論文)

4-1) 不公正慣行禁止と反トラストの保護対象

幅広い取引慣行をカバーしてきた不正競争禁止のルールには、欺瞞的広告、「詐称通用 (passing off)」²⁵⁸、保護対象でない製品コンセプトや形状の盗用、営業秘密、契約関係への干渉、略奪行為(抱き合せ、コスト割れ販売、ボイコット)など多様な行為が、不公正慣行の名称のもとにカバーされてきた。

これらの不公正競争ルールの保護対象にかかわっては、ウルリッヒの掲げる共通の保護利益に関する以下の摘示²⁵⁹が注目される。それは、これらの保護利益が、

- i) 反トラスト法の関心である自由な競争にかかわる。そして、
- ii) そのすべてではないにしても、多くは、競争における選択の自由になんらかかかわる。さらに、これらの慣行についてはもうひとつの関連する一般的な性格として、
- iii) 法の歴史的役割があげられる。それは半世紀にわたって、反トラストに時代的に先立つ歴史性をもつ。また一般的契約法から発展し、かつその一部を形成しているという歴史的経緯がある。実際に、
- iv) 反トラストのルールを欠く場合にあってこれらルールは共同ボイコット禁止や市場力の濫用行使、略奪的慣行の禁止において、法の欠缺的な状況に対処する役割をはたしてきたのである。

このように不公正慣行禁止の保護内容は、反トラストの保護対象と、実質的にも歴史的にも重なる点が看過されえない。

²⁵⁸ 他人に商品、商種又は商品の包装、記述について虚偽の表示をし、又は欺瞞的表示をすることによって、自己の営業また商品を他人のそれであるかのように見せかけて、買い手を欺き、取引させること。不法行為の一種とされる。田中英夫編『英米法辞典』(1991年、東大出版)626頁。

²⁵⁹ Ullrich, Anti-Unfair Competition Law (後掲註 256 参照), p.3.

4-2) 不公正慣行禁止と反トラストの区別の相対性

以上の不公正慣行禁止と反トラストの保護対象の交錯状況を鑑みて、ウルリッヒの結論的な考え方が整理されている²⁶⁰。すなわち、

- * 競争における不公正な取引慣行の禁止と、競争を制限する慣行の禁止の区別は、相対的な重要性を有するにすぎないこと。かかる区別について、競争の自由の保護と競争の態様にかかわる規準の適切な定義の関係から、このような相対性が導かれる。
- * ビジネス慣行の実際にかかわって、反競争性と不公正さの区別は相対的重要性をもつにすぎない。このことを考慮するとき、規制においてその区別がどれほどの重要性を有するか一義的には明らかでない。

というのがウルリッヒ論文の基調である。

ウルリッヒは、不公正慣行禁止と反トラストの区別の相対性が明確化される場合の、固有の概念を提唱する。それは、《法的ルールによる競争の「市民化(civilizing)」》(後掲 4-6)における註 269 参照) がされる場合に初めて、これらの区別の相対性が意義をもち得るとする²⁶¹。この点について、以下の 6) で詳述する。

以上から、競争制限的な商慣行と、不公正な慣行のルール適用に関する実際の範囲を現実的に整序する必要は、EU の共同体条約の競争ルールに関する改革の過去の結果として高まっている。

4-3) 域内市場アプローチと消費者保護アプローチ²⁶²

欧州共同体を設立したローマ条約のもとでは、不正競争のコントロールは国内法の問題とされた。他方で同条約は、固有の事柄にかかわるものとしてのルールを規定して規制主体に属させるものでなく、また共同体当局の本来的規制事項を前提にするものでない。以下のように、域内市場の保護と消費者保護の二つの保護法益が考えられる²⁶³。

²⁶⁰ Ullrich, Anti-Unfair Competition Law (後掲註 256 参照), p.4.

²⁶¹ Ullrich, Anti-Unfair Competition Law (後掲註 256 参照), p.4.

²⁶² Ullrich, Anti-Unfair Competition Law (後掲註 256 参照), p.18, 24.

²⁶³ Ullrich, Anti-Unfair Competition Law (後掲註 256 参照), p.18-23.

i) 域内市場アプローチ

したがって、不正競争を禁ずる国内法は、以下の二面において EU の共通利益のもとにおかれる。そのひとつは、財と役務の自由な移動にたいする障害を取り除くために、国内法は EU の利益に服するのであり、いまひとつの側面は、加盟国内法の間における正当な格差が共通市場の機能発揮に影響する場合である。

ii) 消費者保護アプローチ

標記のアプローチによれば、各国毎の販売促進慣行をともないつつ加盟国の国内市場において EU の消費者保護規準の承認を求める。その場合、共通保護にかかわる最低規準を基礎にしていることが重要である。

上記の国家法の調和問題は、実質的に消費者保護にかかわる EU 政策の展開と実行が問題になってきた。具体的には、誤認誘導 (misleading) と欺瞞的宣伝行為 (deceptive advertising) にたいする EU 規模のルールである。この場合、事業者対消費者間の不公正取引慣行に対して、EU レベルにおいて法典化をする場合の原則は、各国起源の原則をベースにした規制による場合とは、不正競争禁止のうえで対立する。

4-4) 国内市場と消費者保護の双方のアプローチは補完的である²⁶⁴

i) EU 指令の域内市場アプローチによつては、加盟国間における「規制によつた競争(regulatory competition)」が EU により不正競争の展開を決定する。その場合、競争者関連の不正競争法は域内市場アプローチの下におかれることによって、大方は規制による競争に委ねられる²⁶⁵。他方で、現在広まっているように、加盟国法による不公正慣行についての消費者保護アプローチは、消費者関連の不正競争法にたいして完全なハーモナイズが試みられる。この点でさらなる国家保護の範囲は残されない。

このように域内市場アプローチと消費者保護アプローチの双方のアプローチは、相互に排他的であるよりも補完的であり、同時に採用されること

²⁶⁴ Ullrich, Anti-Unfair Competition Law (後掲註 256 参照), p.24.

²⁶⁵ Ullrich, Anti-Unfair Competition Law (後掲註 256 参照), p.24.

ができる。その共存は政策的に最上のものではなくても、消費者関連の不正ビジネス慣行に関しては、ハーモナイゼーションが全面的にかつ包括的なものとしておこなわれる。その場合加盟国起源の原則は、EU の立法プロセスにおいて破棄される結果となった。

- ii) かかる変化は法的な条件の上から、適切な情報によって消費者を保護するという基本原則にかなうものである。というのはかかる目的からは、消費者による購入というのは、加盟国における規制によることで適切な保護の位置にある。消費者により接近した場である（生産の場ではなく）市場において適用される法の変化をもたらすため、好ましいのである²⁶⁶。
- iii) しかしながら便益の効果論の経済的な観点から、加盟国の起源になる原則に従うことからもたらされる規模の経済性の増進、かつ取引コストを減じながら規制を達成するアプローチも考えられる。それは、経済的条件の消費者保護の要請に関し、規制によった競争から本来的な最低限となる保護が確保された後においては、効率的な製造の配分の保障をするのと同じようにハーモナイゼーションを可能な限り全面的に行なうことによって、達成することを目指すものである²⁶⁷。

4-5) 産業上の対抗力と公正なビジネス慣行の維持

EU においては、取引のグローバル化にあつて産業の国際的競争力を高め、他エリアの競争圧力（例えば、アメリカ）に対抗する働きをして、加盟国にかかる対抗措置を義務付ける機能が前提とされよう。他方で EU は明らかに競争者による不正なビジネス慣行を禁止する保護を加盟国に委ねており、また域内市場の統合とさらなる強化を加盟国ルールのハーモナイゼーションを通じてはかっている。後者の点は、事業者対消費者関係で生じる不正取引慣行の禁止にかかわる²⁶⁸。

²⁶⁶ Ullrich, Anti-Unfair Competition Law (後掲註 256 参照), p.24.

²⁶⁷ See, Ullrich, Anti-Unfair Competition Law (後掲註 256 参照), p. 25.

²⁶⁸ Ullrich, Anti-Unfair Competition Law (後掲註 256 参照), p. 29.

4-6) 「競争の市民化」 — 「法システムの違反者として活動する者」

この目標を達成するため、競争者について、純粹にシステムにより規定されたものとして、その企業の役割を想定することとなる（その際、消費者についてはその手段化によりもっぱら「経済的」行為者として限定的に行動する想定を設けるものではないにしても、このようなシステム化はおこなわれる）。すなわち、法システムの違反者として活動する者として規定される（この点が、上記のウルリッヒのいう法による「競争の市民化」といわれる現象である）。この場合個別の企業利益が問題なのではなく、反トラストのルールのように訴訟から派生する公共の利益というシステムの利益が問題にされる²⁶⁹。

4-7) 選択的流通制度と競争違反誘致の禁止

i) 反トラストと不正競争の禁止—目的的かつ執行上の区別の一貫性

加盟国は、ビジネス慣行における不正競争禁止の権限あるコントロールを遺漏なく達成することを求める。そのため、反トラストと不正競争の禁止の狭間において、再度、目的的かつ執行上の区別の必要にもとづき実態に即した区別をベースにして、一貫性を維持した議論がされねばならない。不正競争禁止ルールと反トラスト法の間において、その相互作用を直接的にとらえる例として、下記により選択的流通制度にかかわる近時の規制（ドイツ）をみることとする²⁷⁰。

ii) ブランド間競争を指向する選択的流通制度

かかる制限的慣行によりブランド力をもつ製造業者は、評判と消費者へのアピールを確保するため、選択した流通チャンネルのコントロールを通じて、並行する流通業者からの保護を主張するであろう。それに対し独立の流通業者による挑戦がどこまで許されるか問題になる。すなわち後者の競争的流通業者がこころみる顧客奪取行為について、その不正競争手段の該当が問題にされる。具体的には契約違反誘致による顧客奪取の正当性問題である。これに関して、選択的流通制度の反トラスト指向の保護は、ブランド内競争の保護よりも並行する取引システムを保護するブランド間競争を指向する。

²⁶⁹ Ullrich, Anti-Unfair Competition Law (後掲註 256 参照), p. 4.

²⁷⁰ Ullrich, Anti-Unfair Competition Law (後掲註 256 参照), p. 34.

iii) ブランド間競争と顧客奪取行為

周知のようにブランド間競争が確保される限りで、反トラストの免除的な緩和につき選択的流通制度を認めて効率性の利得が重視されるであろうし、ブランド内競争にかかわる損害は重視されないのが近時の傾向である²⁷¹。

このような傾向からは、並行する取引当事者のおこなう顧客奪取の行為について、この制度による契約法上の保護として、不当な契約違反誘致が肯定される傾向をもつことになる（不正競争法の適用を導く）。以上により、ブランド製品について顧客を奪取する者を排除する結果になる。

iv) 選択的流通制度に挑戦する独立流通業者の保護（不正競争法の適用限定）

しかしながら判例法は、かかる契約違反誘致の不当性を緩和して解釈する傾向のある点を看過しえない。すなわち単に契約違反から生じる供給の機会を利用したにすぎないとして、かかる選択的流通制度に挑戦する独立の流通業者にたいして、不正競争の行為を構成する責任の不当性は認めておらない²⁷²。

その理由は、財の効果において第三者にたいする契約上の義務を提供するにすぎないのであり、並行した取引が、第一の取引に不当な負担をかけるために、

²⁷¹ 垂直制限の一括適用除外にかかわる買い手の限定を、排他性と毎年の売上げ要件を削除して、市場シェアのみとした 2010 年規則がこの点で参照される。Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices (Text with EEA relevance) OJ L 102, 23.4.2010, p. 1-7. (eur-lex.europa.eu の HP より入手)。

さらに選択的流通制度を規定する 2010 年垂直制限ガイドラインが参照される。

COMMISSION NOTICE, Guidelines on Vertical Restraints, {C(2010) 2365} {SEC (2010) 413} {SEC (2010) 414} (ec.europa.eu の HP より入手), paras.175-184.

ウルリッヒは選択的流通制度とブランド間／ブランド内競争の関係については、1999 年規則と 2000 年ガイドラインをあげていた。Ullrich, Anti-Unfair Competition Law (後掲註 256 参照), p. 34, & Note 106.

²⁷² Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 13 01 1994. Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v Cartier SA. Reference for a preliminary ruling: Oberlandesgericht Düsseldorf - Germany. Selective distribution system - Article 85 of the EEC Treaty - Imperviousness as a condition of validity. Case C-376/92. (eur-lex.europa.eu の HP より入手)。カルティエ（時計）による。選択的流通制度が競争する流通業者メトログループの販売攻勢を受けた事例について、競争事業者による攻撃を拒む当該制度の「非浸透性 (impervious)」にかかわる適否が争われた。paras. 5,30.

適切な提供をしたか、あるいは不当な提供したかは、その財からは何も告げられないからである。契約違反誘致は近時、契約の乗り換えを誘引する際の何らかの付加的要因、例えば約束違反の填補のための賠償提供の約束を独立の業者がなす等の要件を求めている。これによりかかる第二の契約に到達するための限定的な要件として、誘致の行為についてその正当化が検討されるのである。

それはかかる付加的要件により、独立した流通業者は、違法とされるためには、単なる販売のデモンストレーションの域を越える積極的要素が必要になり、並行する取引の妨害を試みている証明が必要になる²⁷³。

v) 不正競争法の適用限定

以上のことは、何ら保護主義の目標にでるものではない。むしろ市場を破壊する慣行（上記の、並行する取引を妨害する場合）と戦うため不正競争禁止のルールが用いられる限定がされるならば、むしろ不正競争禁止のルールを活性化するものに他ならないと理解される。またこのことは反トラストの市場における競争保護を先取りしているとみなされよう²⁷⁴。

4-8) 反トラストの道具主義化と不正競争の非道具主義的な視点

* 不正競争の禁止—競い合いの相互的な自由を市場参加者に保障する

ウルリッヒは EU においては、実際の運用面において、動的な寡占的競争及びグループ競争の形態が、より優先されてきた事情があるという。また競争の理解として、反トラストがより道具主義的に用いられてきたという歴史があげられるとする²⁷⁵。

他方で国内法においては、不正競争の禁止は非道具主義的な視点において用いられてきたのであり²⁷⁶、かつ用いられるべきものである。その機能は、個別

²⁷³ Ullrich, Anti-Unfair Competition Law (後掲註 256 参照), p.35.

²⁷⁴ Ullrich, Anti-Unfair Competition Law (後掲註 256 参照), p.45.

²⁷⁵ Ullrich, Anti-Unfair Competition Law (後掲註 256 参照), p.45.ウルリッヒのこの道具主義についての理解は、①例えば制限的協定の正当化事由として、国際的競争力等の政策的目的の手段として反トラストが用いられる場合、②不正競争法に比較しての、手段としてもちいられる状況の頻度を念頭に置いている。Ibid.

²⁷⁶ かかるウルリッヒの指摘は、ドイツの不正競争法の運用について 1980 年代半ばまで特にあてはまると思われる。拙稿・利益強要 [2] (前掲註 7 参照) 参照。

の競い合いの状況にある企業の視点を標準として展開するものであった。かかる視点は、小規模な市場参加者の活力を殺ぐ結果に十分に配慮し、競い合いの相互的な自由をミニマムな条件として、すべての市場参加者に対し保護しようとするものである²⁷⁷。

それゆえ、加盟国は、かかる自由指向の市場システムに固有の考え方を展開させている。したがって常に EU の競争政策の概念に密接に従うというよりも、個別の市場行動に関しては、なお EU の反トラスト規制の枠組みの内部においては、自由指向の市場システムに関する固有の考え方を維持している²⁷⁸。

4-9) 競争保護かあるいは競争者保護かという問題

* 「健全な競争」にかかわるシステムの展開

加盟国の自由指向の市場システムに固有の考え方は、不正競争の禁止を非道具主義的な視点においてとらえるものであった。ウルリッヒの理解によれば、かかる加盟国の不正競争の禁止にたいする意図というものは、もちろん単純に競争者の保護、単に保護主義者の立場に止まっているものではない²⁷⁹。「競争は競争者から構成されており、また競争者によってつくられるのである」²⁸⁰。

ウルリッヒは個別の競争にかかわる基本的な自由を各自に認めることによって、「健全な競争 (undistorted competition) のシステムの展開」を妨げるよりも、それを補うことになる結果を看過するべきではない、とする²⁸¹。その理論構成は、競争保護と競争者保護の区別に留意しているのであり、単なる競争者保護に陥らないための基本的条件として競争の歪曲から免れたシステムの維持に必要な限りで、競争者の保護が認められるにすぎない。

²⁷⁷ Ullrich, *Anti-Unfair Competition Law* (後掲註 256 参照), p.45.

²⁷⁸ 本文のかかる考え方は、ひとたび競争が破壊される事態に至るならば市場力濫用のコントロールが発動されることを含めているのである。Ullrich, *Anti-Unfair Competition Law* (後掲註 256 参照), p.45.

²⁷⁹ Ullrich, *Anti-Unfair Competition Law* (後掲註 256 参照), p.46

²⁸⁰ Ullrich, *Anti-Unfair Competition Law* (後掲註 256 参照), p.46.

²⁸¹ Ullrich, *Anti-Unfair Competition Law* (後掲註 256 参照), p.46.

4-10) 万華鏡としての競争の特性 (the kaleidoscopic nature of competition)

ウルリッヒは、反トラストと不正競争の禁止ルールを相互補完的に捉えることは、決して新しい考え方ではないという²⁸²。他方で、補完性の条件について、その考え方も時代とともに変化しているし、競争それ自体、自由な競争と公正な競争のように、補完的であるような特徴をもつ。このことから、反トラストと不正競争の禁止ルールにかかわる相互補完性も、複雑化している。

競争の特性は実際に、万華鏡のようなものであって、不正競争法は競争の関心にかかわる様々のものを、当然のごとくにそこに持ち込んでいる。それは反トラスト法の守備領域からはこれまで外部にあるか、限界的な状況におかれてきたものである²⁸³。

ここで検討した不公正慣行にたいする禁止ルールの領域を画定する特色は、以下の要点から示される。その特色は、他の多くの領域と同様に反トラストの守備領域において構成されてきたし、その補完性にかかわる関係の条件が変化することは理由が多くあり、双方の法領域で生じている²⁸⁴。

4-11) 反トラストルールの基盤を形成する「健全な競争」の概念

ウルリッヒは、不公正慣行禁止と反トラストの区別の相対性を主張する論稿の結論において、「健全な競争」の概念の重要さに言及している。すなわち、健全な競争に関するシステムの確立は、EU（又はドイツ）における反トラストのルールの基盤を構成する概念であり、さらに不公正（unfairness）の概念を改めさせる方向へと導くであろうとする。反トラストのルールに関するEU（そしてドイツ）における最近の考え方は、ここで述べた教訓を基礎にして不正競争法において、今や、補完性にかかわる不公正さの固有な概念を展開させるよ

²⁸² Ullrich, Anti-Unfair Competition Law (後掲註 256 参照), p.46.

²⁸³ Ullrich, Anti-Unfair Competition Law (後掲註 256 参照), p.46.

²⁸⁴ 反トラストと不正競争の二つの競争ルールが明らかに交錯する例は、抱き合わせ取引においてみられるのであり、前者（反トラスト）は市場の排除の問題をとらえるのであり、それに対して後者（不正競争禁止のルール）は消費者を欺くことの非難に向けられる。See „Koppelung von Hausverkäufen und Fernwärmevertrieb“BGH, Urteil vom 9.7.2002, KZR 30/00 - Fernwärme Börnsen, DE-R 1006, WuW 2003 Heft 2, S. 162, ..

うに独立に要請することになる²⁸⁵。

4-12) 需要力濫用規制と「健全な競争」

以上のように、ウルリッヒは、競争法の反トラストにかかわるルールと不正競争法の公正保護のルールの交錯領域において、後者が前者を補完する機能を有することを明らかにした。またかかる補完機能の働きにかかわり、「健全な競争」の概念が不公正概念の展開について、不可欠の意味をもつ指摘をする。この「健全な競争」概念の働きについては、需要力濫用規制にかかわり、ドイツの不正競争法と競争法の交錯領域における「利益強要 (Anzapfen)」問題において²⁸⁶、さらに英国の行動綱領規制において²⁸⁷その重要性を拙稿でも指摘した。

5) 契約法のアプローチ

ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、不公正取引慣行の規制にかかわって、契約法アプローチにも言及している²⁸⁸。この点は、事業者間の不公正慣行と事業者対消費者間の不公正慣行の問題が、並列的に論じられる場合になる。以下本稿では、1) から4) までその内容を要約する。

1) 古典契約法の理念的な私的自治の原則にあってその法的関係は、契約を締結する当事者間の形式的平等と契約自由が支配する。このような契約関係における当事者の形式的平等は、雇用契約においてもはや例外的認識とされる。団体交渉による解決を拡張してきた集団的労使関係の認識のもとに、一連の解釈的な解決の組み合わせと労働者の権利保護のルールは、欧州加盟国において共通に認識されている。

同様に 1960 年代から消費者法分野における消費者主権の革命が進行しており、事業者対消費者間の本来的不平等の認識のもとに契約の交渉と締結、そして履行における管理された性格が明らかになってきた。濫用禁止条項は

²⁸⁵ Ullrich, Anti-Unfair Competition Law (後掲註 256 参照), p.46.

²⁸⁶ 拙稿・利益強要 [2] (前掲註 7 参照)、39 頁以下参照。

²⁸⁷ 拙稿・綱領審判官 (前掲註 7 参照)、204 頁以下参照。

²⁸⁸ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 36-37.

ドイツにおけるように、消費者契約における不正条項にかかわる国家的規制の登場（1993年5月5日理事会指令93/13²⁸⁹による解決方法）により、その交渉力の格差が明らかなる場合には、かかる規制は事業者間へ拡張されてきた。

2) ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、書面契約の整備の場面において、契約法アプローチが問題になるとする²⁹⁰。

2-1) それは、法的形式にかかわり供給契約とりわけ小売りの供給契約（少なくとも証拠目的のため求められる書面形式）、その主要な内容（例えば、配達条件、価格条件、割引慣行等）、及び特定の禁止慣行（遡及的な一方的契約条件の変更）についてである。これらの禁止にかかわる規定の組み合わせによるアプローチが問題になる。

ある場合にはこの立法は、部門にかかわりなく流通契約に適用されるために商法典の一部を構成する（フランス商法典L441-7）。他の場合、規制は明確に農産物の供給契約に適用される（イタリア法指令1/2012）。あるいは、一定の閾値を超える売上額をベースにした指定小売業者を規制対象にあげる（2013年英国食品雑貨綱領審判官法）場合がある。さらに欧州レベルでは、消費者法において不公正慣行について高い関心が集まっている²⁹¹（EU指令2005/29）。それらは事業者間契約で意味をもつが、最近の展開にあつて議論をよんでいる。すなわち商業取引における支払い遅延に関する新指令においてこの点が示されている（2011/7/EU, 7条を参照）。なお、未だ成立、施行にいたらないが、共通欧州販売法（案）が重要である（法案の51条に「不当な搾取」、86条に「事業者間の契約における『不公正』の意義」が規定されている）²⁹²。

²⁸⁹ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts OJ L 95, 21.4.1993, p. 29–34 (eur-lex.europa.eu の HP より入手)。不公正な交渉による契約条項を規定する3条1項は、誠実義務の要請に反した、実質的な当事者の権利のアンバランスを生ぜしめ、消費者に損害をもたらす場合をあげる。Ibid, Article 3(1)。

²⁹⁰ Legal Framework (前掲註9参照), p. 37.

²⁹¹ Legal Framework (前掲註9参照), p. 37. EU指令2005/29については、前掲I. 6. (1)における「(2) 消費者保護の規制と事業者間の不公正慣行の規制との調和」及び脚註61を参照。

²⁹² 11.10.2010, COM (2011), 635 final, part. Artt.51 and 86.

2014年12月16日欧州委員会は、欧州議会に提出した2015年作業計画において、

2-2) 競争法、行政法そして契約法の間における比較優位と相互的補完性

報告書は、複数の規制手段が競争法、行政法、そして契約法の間において加盟国と EU レベルでの双方について、併存的に共存することはありえないとする。比較優位と相互的補完性が、事業者間の不公正慣行に対応する固有の規制を探求する場合に考慮される。比例性と法の明確性の原則に照らして、より実効的で効率的な立法の使用となるように、より良い協働の必要性が考えられるべきである²⁹³。

2-3) 比較優位の理解のもとに競争法、行政法そして民法を用いる場合、この分野において、事業者間の不公正慣行にかかわる固有の領域が認められるべきである²⁹⁴。

違反行為とエンフォースメントにつき、その範囲の問題にかかわる双方の視野において、行政法と民法は相互に補完的役割を果たす。競争法の範囲を超える場合においても、公共の機関は規制の監視的なそして制裁にかかわる機能と権限を、果たすべきである。(フランス商法典 L442-6²⁹⁵を参照)。

報告書は、この場合に民法は競争法上の視点から厳密に意図された非対称的な関係における支配的地位の存在にかかわらず、契約の自由の評価をとらえながら(下記 2-5)を参照)、不公正慣行の様々な評価を可能とする²⁹⁶。

共通欧州販売法案を取り下げた。取り下げないし修正にかかわる提案の説明(一覧表の 60 番)では、「デジタルの単一市場における通商の可能性を全面的に開くため、修正提案」を出すとしている。

COM (2014) 910 final (Strasbourg, 16.12.2014), ANNEX 2; Commission Work Programme 2015, Annex II: List of withdrawals or modifications of pending proposals (ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2015_withdrawals_en.pdf)

なお、共通欧州販売法案には、和久井理子教授の翻訳がある。Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on a Common European Sales Law, 翻訳; 和久井理子「欧州共通販売法に係る欧州議会及び理事会規則(案)」(http://studylaw.web.fc2.com/CESL_EJ.htm)

²⁹³ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 37.

²⁹⁴ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 38.

²⁹⁵ 前掲註 4 に示したジェローム・ファープル(和久井理子教授翻訳)の《フランス商法典 L442-6 条研究》を参照。

²⁹⁶ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 36-37.

2-4) ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、民法の枠内において、とりわけ契約法について競争法にたいしての補完的役割を想定する。それは、不法行為法が欧州司法裁判所の判決によって補完的役割を果たした例を引いている²⁹⁷。たとえば、そこで認められたレベルで契約法が補完的機能を果たすものではなくても、かかる役割は肯定されている。さらに、もっぱら消費者の利益になることを意図するものではない場合であっても、かかる補完的機能を認めるべきとする。

報告書の認識によれば、市民法、契約法の近時の展開は、とりわけ消費者法の形成を促すものであるが、事業者間の契約法は欧州と加盟国の双方においてますます不公正慣行を扱うことが多くなっている。かかる傾向は、以下の二点にまとめられる。

- ① 少なくとも欧州私法のハーモナイゼーションにかかわり、それを主張する学者の関心の程度については、共通欧州売買法にたいし規制提案を考慮することはなされている。
- ② 加盟国の国内法レベルでは不公正慣行は、ときに正確に小売の販売関係に焦点をあてて（フランスのように）事業者間（ミクロ、小規模及び中規模の事業者につき大企業と取引する場合）の特定の規定にかかわる区別を導入している。

²⁹⁷ Legal Framework, p.38. Case C-453/99, *Courage Lid v Bernard Crehan* (E.C.J. Sept. 20, 2001).

抱き合せ販売条項を含む不動産契約の原告は、反競争的慣行の第三者及び犠牲者として損害を請求したものではなかった。EC 条約 81 条（EU 機能条約 101 条に相当）違反が問題になる、合意の当事者たる賃借人が原告であった。抱き合せ契約の 81 条違反について、損害の反訴請求に及ん不法行為訴訟が本事例である。Ibid, paras.1-10. 裁判所は以下のように判断した。

かかる請求の権利を認めることは、共同体の競争ルール of 働きを強化しまた反競争的な合意や慣行を阻止する。この視点から加盟国裁判所における損害賠償請求は共同体の競争維持に貢献する。裁判所は「競争ルールに違反している契約にたいし契約当事者によって提訴されるこのような訴訟について、絶対的な障壁は設けられるべきでない」とする。Ibid, paras. 27, 28.

See, Stephen Weatherill, *Cases and Materials on EU Law* (2014 Oxford), P.51

2-5) 民法による競争法の補完的機能—報告書の見解にたいする評価

報告書は、不公正慣行の規制において、競争法、行政法そして契約法の間における比較優位と相互的補完性を重視する²⁹⁸。この点は以下の留意が求められる。それは、契約の自由の評価をとらえながら、不公正慣行の種々の評価がされなければならない点を踏まえる必要からでたものであり、前記《I. 3. (1)》のサプライチェーン・イニシアチブの適正慣行原則における「一般原則」にたいし問題点を指摘したように、この点は問題がある。

不公正取引慣行の規制にかかわる EU の法システムの設計において、競争法の「補完的」機能を果たすものとして、民法が反競争的慣行や合意を無効とすること自体に異論はないであろう。その場合本稿の視点から留意されることは、EU 全体のレベルにおいて、又は加盟国において、大規模スーパーの需要力の行使にたいし競争ルールによる法システムの規制がされなければならないということである。すなわち、このような不公正取引慣行の規制について、供給業者の存する市場にたいする競争歪曲の効果をもっておこなわれる濫用行為にたいする規制が、民法的な規制に先立ってされなければならないということである。

2-6) 不公正取引慣行に対する法規制システムの分断化傾向

2-4) にのべた①と②の立法の枠内で、種々のタイプの慣行に焦点があてられている。最もしばしばとりあげられるのは、契約前の段階であり（情報の欠如、誤認誘導、交渉拒否、不公正条項）、また濫用のより広い定義について契約の履行における行為を含む（不正な支払慣行、契約条項の濫用的変更、契約の不正な取消）。高度の分断化が法システムにあらわれている。したがって、エンフォースメントの仕組みに関してそのことが考慮されなければならない²⁹⁹。すなわち司法的矯正か、あるいは行政的矯正か、競争当局による行為か制裁金の制度か、という問題である。

²⁹⁸ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 37-8.

²⁹⁹ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 38.

(2) 私的規制（自主規制及び共同規制のメカニズム）

* 自主規制及び共同規制のメカニズムが、事業者間の不公正取引において高い注目を集めている。とりわけ不公正慣行にたいする実効的な法的対応について、それが非常に難しいとされていることを背景的事情として、食品サプライチェーンにおいて私的規制が注目されている³⁰⁰。EU 加盟国の私的規制を一覧表として、以下に掲記する。

表 4；私的規制一覧表；加盟国別：Legal Framework,（前掲註 9 参照）p. 89. Table 4.

| 欧州又はグローバル | |
|-----------|--|
| 欧州の措置 | ・ 食品サプライチェーンにおける垂直関係：適正慣行原則(欧州原則)2011 ・ 2010 年 EU における自動車メーカー／正規ディーラー及び修理業者について尊重されるべき適正な契約条項及び慣行綱領（CECRA） |
| グローバル | 2011 年国際商業会議所広告宣伝取引慣行行動綱領 |
| 国内レベル | |
| ベルギー | 2010 年農産物食品チェーンにおける供給業者と買い手間の公正関係行動綱領 |
| クロアチア | 2005 年ビジネス倫理綱領 2001 年広告倫理綱領 2004 年直接販売倫理綱領 1995 年小売販売特定慣行 |
| エストニア | 2000 年エストニア名譽製パン業綱領 2008 年エストニア適正取引慣行取引者連盟綱領 2011 年エストニア中小企業連盟団体規約 |
| フランス | |
| ギリシャ | 2003 年広告業綱領 2002 年ギリシャ製薬会社連盟行動綱領 |
| ハンガリー | 2004 年ハンガリー商工会議所倫理綱領 |
| イタリア | 家具及び装飾品販売の取引論理綱領 2012 年化学薬品の取引分野倫理綱領 2006 年フランチャイズ連盟行動綱領 製品／役務ないし加工の下請け標準モデル契約 2003 年家具分野の輸出向け取引代理店、流通及び販売におけるモデル契約（第一稿） |
| ラトヴィア | 2006 年取引慣行商業慣行行動綱領 |
| リトアニア | 2007 年小売業慣行行動綱領（関連立法導入後、2009 年まで適用者なし） |
| ポーランド | 2008 年広告宣伝倫理綱領 |
| ポルトガル | 1997 年適正商業行動綱領 PARCA（2011 年農業ビジネスチェーン関連監視プラットフォーム） |

³⁰⁰ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 41.

| | |
|--------|--|
| スロヴァキア | 2012年スロヴァキア共和国有効広告宣伝慣行倫理綱領（倫理綱領） |
| スロヴェニア | 2011年食品（食品雑貨）サプライチェーンにおける利害関係者間行動綱領 スロヴェニア広告宣伝慣行行動綱領 |
| スペイン | 経腸栄養製品製造業者及び流通業者連盟目的綱領 製菓産業と医療専門従事者との関連及び医療促進のスペイン適正慣行綱領 |
| オランダ | 1964年オランダ広告宣伝綱領 2008年（食品）FNLI 行動綱領 2008年オランダ航空貨物行動綱領 オランダ学校家具製造業者連盟行動綱領 |
| 英国 | 食品雑貨サプライ慣行綱領 商業広告宣伝慣行綱領 |

1) 加盟国における自己規制の例

1-1) 加盟国レベルでは、例えばベルギーやスペインでは、複雑なプロセスを企業の内部専門家的な合意の構築に向けている。ベルギーでは、小売業者と供給業者の間のスムーズな関係と結びついた比較的成功的な行動綱領がつけられている³⁰¹。

³⁰¹ ベルギーにおいては2010年5月20日、農産物チェーンにおける供給業者と購買者間の公正な関係に関する行動綱領に調印がされた。

- i) 食品供給チェーンに従事する221事業者が署名し（同市場の75～80%にあたる）、同綱領はソフト・ローのアプローチによって、すなわち強い協同性（partnership）と食品チェーンにおける協力を旨とする。オンブズマンを創設するようなハード・ローのアプローチは、この時点のベルギー市場において適切でないと判断されている。その主要な理由のひとつは、ベルギーでは小売業者と供給業者の積極的、攻撃的な関係というものは存しないことによる。
- ii) 本綱領は、ベルギー内で事業をおこなう食品チェーンの全運用者に適用され、供給と購入の関係を統治する。農場主と購入者及び（ないし）供給業者間の関係において利用されるガイドとして企図されている。すなわち本綱領はボランティアなものである。
- iii) 綱領に署名する当事者は、供給業者と購買者間の公正な関係を公に宣言するものである。綱領はこの点に関し9つの勧告を採用している。①購買者と供給業者間の情報交換、②社会、環境及び経済的考慮の三方向アプローチを媒介とした農産物チェーンの維持可能な発展を支える購買者／供給業者の協力、③注意深い食品取扱にたいする義務付け、④ローカル製品の優先的利用、⑤契約上の合意事項にたいする遵守、⑥明確な条項をとまなう書面契約の作成、⑦一方的合意変更の禁止、⑧紛争時における仲裁者の役割認識、⑨紛争解決戦略としては協議モデルへ専念すること、以上である。本綱領は「遵守ないし説明」原則に従って運用される。かかる原則違反は、綱領に宣言されているところから署名者が逸脱をおこなったこと、そしてその逸脱が正当化されないことを意味する。
- iv) 綱領は、食品チェーンにかかわる組織により任命される代表者からなる委員会

1-2) 一方で、スペインの最近の動向は、自主規制³⁰²と立法作業の最近の失敗³⁰³に続いて、2011年に競争委員会³⁰⁴は、大規模流通業者の問題ある商業行為

による運用と監視をされる。委員会の長は、会社から直接に、あるいは農産物チェーンにおけるプラットフォームの当事者である専門団体により間接に、紛争について告知をされる。紛争について告知されたのちに委員会は上記原則の遵守ないし説明にしがたい行動する。委員会は綱領の機能状態を説明した定期報告書を公表する義務を負う。報告においては、違反行為の申立てを受けた、又は適切に綱領の遵守をしていない企業名は明示されない。委員会は継続的に紛争を監視する義務を負うけれども、個別の申立てに対応するものではない。2010-11年度の委員会定期報告によれば契約条件の一方的な調整に関連して4事件がおこっているが、綱領にしたい解決がされた。かかるケースのうち2件は、小売業者が不正をみとめ、慣行を改めた。

v) 綱領は、その運用につき所定の経費処理をとまなうものではなく、委員会メンバーはその所属機関から経費処理されている。委員会は制裁を課すことはできない。しかし罰金が課せられる、より正式な手続をつうじて最終の綱領のエンフォースがされるという構想はされている。現在の取り締まり状況につき、供給業者は取引に関連する事業者団体をつうじて不正慣行を公表するという威嚇的措置を行使することができるとする論者がいる。

Jusine Stefanelli, and Phikip Marsden, Models of Enforcement in Europe for Relations in the Food Supply Chain. British Institute of International and Comparative Law (BIICL), April 2012 (www.biicl.org/files/5939_biicl_b2b_report_final.pdf). p.12-13. (Stefanelli, & Marsden, Models と略称).

³⁰² Stefanelli, & Marsden, Models (前掲註 301 参照), p.21 (小売の事業者団体が、供給業者との非公式の紛争解決システムを創設する提案をしていることの記述がある).

³⁰³ 「欧州競争ネットワーク (European Competition Network, ECN)」の食品グループ (ECN SUBGROUP FOOD) は、2012年、EU加盟国の食品市場における競争問題に関する規制 (競争当局による) の現状をまとめた報告書を公表した。

その中で、スペインの競争当局による 2009年の立法作業として、“Report on the draft Bill for the reform of Act 7/1996, of 15 January 1996, on the retail sector” (May, 2009) というスペイン競争法の改正作業がおこなわれたことをあげている。ECN SUBGROUP FOOD, ECN activities in the food sector - Report on competition law enforcement and market monitoring activities (24 May 2012) (<http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>), p.114, Table 21 (Market monitoring in the food retail sector).

³⁰⁴ 2011年10月スペイン競争委員会 (The National Competition Commission, CNC という。)は、「食品部門における製造業者と小売業者の関係にかかわる報告書」を公表し、供給業者にたいし濫用的な商慣行を生ぜしめている小売産業において、当事者の一方の側にもみ増している交渉力とその食品部門の競争機能に対する影響を分析した。Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 59. The Spanish Competition Commission, Report on the relations between manufacturers and retailers (<http://www.concurrences.com/?lang=fr> の HP より入手、Accueil du site > Bulletin > News Issues > October 2011) (CNC, Report と略称), p.11 (スペイン小売業部門の傾向),

にしたがっている「現在のスペインの小売業のモデルは、食品産業におけるイノベーションを減じるおそれのある中期的、長期的なリスク」をかかえるという警告をする報告書を公表した³⁰⁵。

pp59-61 (小売業者の交渉力が増大する傾向について9の視点から分析)、61-75 (供給業者に対する小売業者の交渉力が最終消費者へ及ぼす短期と長期の効果について分析する。その結果は中期から長期の視点においては、スペイン食品産業におけるイノベーションを損なう可能性があるというものになる)。

スペインにおいて、全国レベルにおける市場の有効な競争を保証し促進することを目指す上記 CNC は、2013年6月、Act 3/2013 によって全国市場及び競争委員会に改組された。改組前の CNC の開設及びそれが一定の範囲で EU 競争法の執行権限も有したことについては以下の HP を参照。

<http://www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=85>. 改組された市場及び競争に関する全国委員会 (the National Commission for Markets and Competition, CNMC) は、これまで関係各省庁に配分されていた監督規制権限が委譲された (電気通信、エネルギー、鉄道を含む輸送及び郵便通信の権限が移管され各部門の監督者は CMNC の理事会 Board から独立して調査をおこなう権限をもつ)。All change for Spanish rail? The new National Markets and Competition Commission (ashurst, july 2013) (https://www.ashurst.com/doc.aspx?id_Content=9449).

³⁰⁵ 2011年10月のスペイン競争委員会による報告書は、不公正取引慣行の規制にかかわりおおよそ以下の勧告の内容をした。

- i) 報告書は一連の勧告をおこなったが、それらは以下の内容になる。違反行為の申告者に対する報復の措置のリスクを最小化する制度を構築し、かかる報復の未然防止に資するコンプライアンス体制を築く、そのうえで不公正な商慣行の取り締まりを目指すものであった。CNC, Report, p.140. かかる取締りは、その制度構築とコンプライアンス体制の前提として、当事者間における契約条件の書面化要求がされる。また、効率性と消費者厚生にたいする負のインパクトを最小となるべく制度設計がおこなうべきとされた。CNC, Report, p.140.
- ii) このような制度の前提条件のもとで、以下のような問題ある商慣行を規制すべきものとされた。
 - ① まず、一定の支払いにかかわって供給業者の受け取ると思われるサービスは、その内容が明示的に限定されて、告知されなければならないことがあげられる。この条件はたとえそのサービスが個々の支払いと対照して明示されることなく、サービス内容を明示的に示す努力がされなければならないとされた。
 - ② また契約関係の終了の場合には、相応の補償がされるべきことが求められている。
 - ③ 次に、契約の合意条件についての適時的変更は、以下の点が求められている。かかる変更について、不可抗力 (force majeure) の場合を除いて、その要件が契約に規定されるか、当事者間の求める事情に対応すること、そして可能な限り変更の上下限が規定されるべきこと、である。CNC, Report, p.140.
 - ④ 小売業者の求めにより製造業者から提供される情報は、プライベートブランド開発の場合その直接の必要性に限定されるというように、小売業者／製造業

かかる立法化の運動や行動綱領などの自主規制のシステム構築などの試行錯誤を経て、スペインでは 2013 年 8 月に新法が成立した³⁰⁶。「食品サプライ

者の関係において提供の目的に即して限定された用途のためにのみ使用が正当化されることが確認される。当初に予定された情報提供の期間を経過し、目的とされる製品が完成したのならその情報の使用は、小売業者は継続使用の客観的な正当化が求められる。CNC, Report, p.141. またその際大規模小売業者は、競争上重要性をもつ相手方の取引先情報の不当利用とならないよう留意しなければならない。CNC, Report, p.141.

⑤ さらに主要な小売業者は、最優遇顧客待遇の条項が当該市場において広範に用いられるのなら小売業者間の競い合いのレベルにマイナスに作用する点にも留意しなければならない。すなわち、小売価格の調整による斉一化に資するものであり、また小売の販売スタイルの多様化にも負にはたらくのであり、新規参入者にはその障壁として作用しえるものである点が看過されない。CNC, Report, p.141.

iii) CNC はこれらの問題ある商慣行の抑止について、以下の注意点を指摘する。その抑止のエンフォースメントは、国家による規制や行動綱領による自己規制などが考えられるが、それらは、国家による規制の枠組みのうちにあつて種々に政策的視点が異なることや、さらに行動綱領のアプローチがそこに加わる事態によって全国的に地域のレベルで分岐した働きかけがされる結果から、消費者厚生を最大化を害する弊害を生む事態を懸念している。この点から、国家による規制手段と供給業者と小売業者間の商慣行にたいする行動綱領が多岐に別れる事態は、なるべく回避される努力がされなければならない。

³⁰⁶ 食品の製造、加工、流通に従事するさまざまな運用者によりもたらされる一連の行動を規制して、「食品サプライチェーンの機能改善」を目的とする法律が制定された。“Measures for a better functioning food supply chain Act 12/2013, of 2 August 2013”, THE HEAD OF STATE. 8554, The Official State Gazette of 3 August, 2013 (no. 185) (Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente の HP より入手)。(Law 12/2013 と略称), See, Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 59.

i) 英文の官報に掲載された上記の機能改善法はその前文において、長文の立法意図を解説する。その前文で規制対象となるスペイン農業部門と市場構造の特色が以下のように要約されている。

それによると、高度に分断され、大方、小規模の事業者からなる産業構造をもち、季節的な限定を受けた供給であつて、需要が被弾力的である市場の特性になる。また地域に分散した生産の態様となり、また労働の場も過疎地に偏っている産業の特徴がある。これらの点は、農業を他の産業分野から明確に分ける特徴として EU の「共通農業政策 (Common Agricultural Policy)」の基礎にもなっていると評される。また生産者への支払価格の変動の幅の大きいことや、そのインプット価格の高止まりする傾向、さらには国際的な市場の抱える不安定性といった産業及び市場の要因は、食品部門におけるその産業上の競争力と利潤を減じる。付加価値チェーンの分析をおこなった現在の成果は、市場を歪曲させる反競争的な商慣行を導く交渉力の不均衡を明らかに示している。また価格形成の透明性を欠く結果も明らかにしている。

これらの問題は、食品部門における競争力の発揮に負の影響をもたらす。このような問題の対処ためになされた議会の論議は、政府に対して付加価値チェーンに従事する全運業者、とりわけ農家と酪農家にその競争機能の維持可能な利益を確保しえるように対処することを求めた。Law 12/2013, PREAMBLE I.

ii) 本法の規制対象となる商取引は、継続的に 2500 ユーロを超える規模を有し、①一方当事者が中小企業であるか、②痛みやすい製品あるいは非加工の農産物、魚介品を取引するか、③売り手の年間販売額について 30%超となる送り状の総計を示す大口買い手に経済的に従属している、の各指標を示す取引である。Law 12/2013, PREAMBLE III.

iii) 本法の 4 条では、食品サプライチェーンに携わる運業者間の食品購入契約にたいする指導原則として、「当事者間の均衡 (balance) と公正な互恵性、合意に至る契約の自由、協調性 (cooperation)、透明性そして自由な市場競争の尊重」の各項目があげられている。Law 12/2013, PREAMBLE III, Article 4.

本法の規制で実質的に重要で、かつ新たな試みは、給付の提供前における契約の書面化の要求であり、現金払いの場合を除く口頭契約についてその有効性の主張を否定した 8 条 2 項の規定が契約の様式性問題にかかわって、注目される。See, Law 12/2013, PREAMBLE III, Article 8(2).

またこの点に関連して、契約書に記載されるべき契約条件の情報事項が 9 条に規定された。すなわち当事者の特定、契約目的、価格 (一定条件のもとにおける割引を含む)、支払条件、配達条件、当事者の負うことになる権利義務、契約の更新と修正に係る期間と条件、解除原因や効果といった情報である。Law 12/2013, PREAMBLE III, Article 9(1)。これら最小限記載事項の要求を満たさない契約は、契約違反行為とされ、CNMC により制裁金の賦課がされる。この点につき、下記vi)を参照。

iv) 本法の第 II 部第 2 編は不公正な取引慣行を規定し、決定された契約条項は、当事者間の相互の合意によらざる場合には修正してはならないとされた。

そして、食品買入れの契約は遡及的変更の決定手続きについて、適切な条項を含まなければならない。

さらに値引き要求等の負担については、新製品にともなう合理的リスクの補てんのされる場合、あるいは「単一の小売価格に反映される当該製品の販売促進のための部分的な資金援助」のために書面される場合で、当該負担の具体的内容について、合意に基づき明確に書面によりなされることを要し、それ以外の禁止が規定された。またかかる販売促進の未達の場合に、支払い金についての払い戻しの仕組みが契約に規定されなければならないとする。Law 12/2013, PREAMBLE III, Article 12(1)~(3)。この供給業者がこうむる割引等の負担を規制する試みが、立法者の意図に反して個別事案で成功しがたいとする批判について、参照、Gómez-Acebo & Pombo Abogados, *Abusive trading practices in the “Measures for a better functioning food supply chain Act 12/2013, of 2 August”*, para.2.2.

(<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e72a9c11-81d9-45a2-bace-f6d1106b0f96>). (Acebo & Abogados, *Abusive* と略称)。

v) 第 III 部は、「食品調達契約における適正事業慣行綱領 (Code of Good Business Practices in Food Procurement Contracting)」を、農業、食品及び環境省 (the Ministry of Agriculture, Food and Environmental Affairs) が中心となり、さら

チェーンの機能改善」を目的とする新法は、契約合意の書面化要求を基盤に、書面契約における最小限記載事項を具体化し、違反行為に対する競争当局による制裁金賦課を規定するハード・ローによる規制を規定する。この公的規制と合わせて、ボランティアな法的特徴をもつ、「食品調達契約における適正事業慣行綱領 (Code of Good Business Practices in Food Procurement Contracting)」によるソフト・ローの規制も行う。したがって不公正慣行に対する多面的な規制のアプローチを試みる、注目すべきものとなった³⁰⁷。

に経済及び競争力省 (the Ministry of Economy and Competitiveness)」と生産、加工や流通に従事する事業者の自治的団体の協力を得て、策定し、実施、改定することを規定する。本綱領は上記iii) にあげた食品サプライチェーンにおける食品購入契約の指導原則に対応するとともに、「公正で、均衡のとれたかつ食品サプライチェーン事業者間の関係にたいし誠実である適正な慣行」のリストになるとされている。

上記事業者による本綱領への参加はボランティアのものとして、参加後は綱領の規定する取引関係に適合すること、及び紛争解決のためのシステムの利用に関し義務を負う。Law 12/2013, PREAMBLE III, Article 15(1)~(4)。運用状況の調査は CNMC (市場及び競争に関する全国委員会市場及び競争に関する全国委員会) がおこなう。

vi) 第v部第2編は違反行為とそれにたいする制裁を規定する。

契約違反に関係する「小さな」違反行為とされるものは、書面化の実施がないこと、最小限記載事項の要求を満たさない契約、電子オークションに求められる要件を欠くこと、契約付属書類の添付を欠くこと、合意条項の一方的変更、合意条件にたいし追加の負担、買い手の競合他社の秘密情報を売り手から入手するような営業情報の獲得行為、そしてエンフォースメント当局による情報提供の要求に応じないことの8項目があがっている。

かかる違反行為を2年以内に複数かそれ以上犯す場合「重大な」違反行為とされる。

さらに2年以内に重大な違反行為の再犯は「非常に重大な」違反行為とされる。

前掲注 304 の CNMC が、かかる違反行為の認定と重大性、そして制裁金の賦課を決定する。Law 12/2013, PREAMBLE III, Article 23~24。

³⁰⁷ 本法による規制対象とされた不公正慣行は、すでに、不正競争防止法、スペイン競争法 (the Competition (Antitrust) Act 15/2007)、そして EU 競争法 (EU 機能条約 101 条、102 条) により規制されることが可能であった。新法によりさらに法的救済を重ねることの実効性と市場にもたらされる正の効果、そして規制の複雑さから法的不確実を生む問題等々の評価がこれからされるべきことについて、以下の論文に指摘がされている。Acebo & Abogados, Abusive (上掲註 306iv 参照) para.2.1, Legal Framework(前掲註 9 参照), p. 60.

- 1-3) ルーマニアでは、行動綱領について失敗した後に、法的な拘束力をもつことに配慮した別の規制手段があらわれている³⁰⁸。
- 1-4) 同様にスロヴェニアにおいては、2011年の綱領はベストプラクティスの非拘束という特徴をもち、またエンフォースメントと制裁の手段を欠く問題

³⁰⁸ Legal Framework (前掲註9参照), p. 41. たとえば生乳の対価についてその支払い期日を不確定のままとされる酪農農家を中心に供給業者を保護するため、拘束力をもたない行動綱領(「農業食物製品適正慣行綱領」)が策定されたが、少数の酪農者が参加するにとどまった。

小売と供給業者の事業者間の協議に基づく本綱領は、立法化がされることにより(食品マーケティング法、「法321」と呼ばれる。Legal Framework(前掲註9参照), p. 81, Table 3.)、食品の取引関係に従事する全事業者に適用される。法321は以下のように多様な手段により、食品産業における小売業者と供給業者間の関係を厳格に規制する。

すなわち、①販売に直接関連せずかつ購入価格に含まれない料金支払いの禁止、②他小売業者への同一ないし低価格となる製品販売を制限する条項の禁止、③取引停止等の手段の禁止、さらに④問題の食品タイプに応じた支払い期限に関連する一定の条件(製品の特性により12, 20そして35日)を課すものである。

これらの規定の違反は、法違反の各局面に応じて財務省ないし消費者保護の全国当局によって、制裁金を課される。本法は、上記消費者保護の全国当局に正式の調査権限が与えられていない問題があり、小売業者と供給業者間の取引につき規制レベルが過剰に過ぎるといった批判もある。

Legal Framework (前掲註9参照), p.59, 81, Table 3, Nörr Stiefhofer Lutz, “New law on sale of food products in Romania” (Nov. 2009) (http://www.ccer.ro/userfiles/articlesFiles/Romanian%20Legal%20Highlights_October_11041538.pdf)

ルーマニア法321は、2010年に改正がされ、上記④の支払い期日の法律上の明文(製品の特性により12, 20そして35日)について削除がされた。削除の理由は、通常の市場経済において期待される当事者間における交渉の可能性に配慮が足りず、契約の自由を不当に侵害するおそれあげられている。

The Competition Council, The challenges of the Single Market 2010 and the competition in sensitive sectors. p.49 (<http://www.consiliulconcurrentei.ro> のHPより入手)

これにたいし、かかる削除の改正は、本法の支払い期日にたいする規制の実効性を著しく損なうものとして批判があり、他方においては、本法は反競争的慣行の禁止としては、公正な取引確保の法律、及び(ないしは)不正競争法の性格をもつとしてとらえることができるところ、かかる法領域は競争法の伝統的な保護法益対象ではなかったとする批判的指摘もされている。また、この問題の調査を実効的におこなうためには競争委員会の能力には障害があるとも批判される。Anca Daniela Chirita, The German and Romanian Abuse of Market Dominance in the Light of Article 102 TFEU (Nomos, 2011) pp.154-155. Stefanneli & Marsden, Models(前掲註301におけるv参照), p.11.

がある³⁰⁹。

- 1-5) アイルランドにおいて行動綱領を採用する試みは、競争当局の反対など³¹⁰ 比較的大きな困難に直面した後、食品及び飲料産業連盟によって構想された「指定食品雑貨事業にかかわる行動綱領草案」について政府の動向（パブリックコメント募集等）が注目される³¹¹。

³⁰⁹ スロヴェニアでは食品（日用雑貨）サプライチェーンにおける利害関係者間の行動綱領は、2011年8月第49回食品農業フェアにおいて生協連合、手工業及び小企業ビジネス会議所、商工会議所、農業及び企業商工会議所、農業及び林業商工会議所の各団体が署名した。Stefannelli & Marsden, *Models*(前掲註301におけるv参照), p.14. 本綱領の条文は入手できた以下の英訳によった。

PROPOSAL AGREED ON FOR SIGNATURE on 29 July 2011, Code of Good Business Practices of the Stakeholders in the Agri-food Chain (http://www.bii.cl.org/files/5919_slovenian_code_of_good_practice.pdf).

スロヴェニア綱領は、供給業者と小売業者間の濫用的慣行を防止し、ビジネスの協調関係の改善を目指す、ボランティアなコミットメントによるものである。本綱領には営利又は非営利、公共又は私営、個人取引者又は法人を問わず参加できる。綱領はその4条において、農業食品チェーンにおける協調関係が、経済、環境及び社会の三本の支柱の維持可能な発展にもとづいているとする。この点からかかる環境保護のための努力目標を掲げるとともに、利害関係者に合意の書面化、供給条件や支払期限の遵守、一方的な契約条件の変更と債務不履行（代金不払い）の防止を求めている。また食品サプライチェーンにおける買入れ価格は送り状に記載された正味の価格により、特別販売キャンペーン（買い手のなす）や売上増のためのディスカウントや配送ディスカウントをふくまないとした。Ibid, Article 7.

また綱領に署名した者は、綱領の実施を監視し、適正なビジネス慣行を促し綱領の変更や修正を提案する委員会の設置をしなければならないとされる。Ibid, Article 8. 本綱領は法的な正式のエンフォースメントの制度をもたず、また綱領違反の行為に対する制裁措置を規定せず。その紛争を友好的に解決すべきとして、さらに仲裁によることを規定するにとどまる。

³¹⁰ アイルランドでは、雇用、企業及び革新省や企業、貿易及び革新省（企業、貿易及び雇用省）の行動綱領の草案（DRAFT. Code of Practice for Designated Grocery Goods. Undertakings. Code of Practice: (May 2011)(www.djei.ieのHPより入手).)にたいし、同国の競争法の執行当局である競争委員会（Competition Authority）が反対の意見表明をした。かかる経緯については以下を参照。拙稿・綱領審判官（前掲注7参照）、147頁以下。

³¹¹ DRAFT REGULATIONS FOR CONSULTATION, STATUTORY INSTRUMENTS, (S.I. No. XXXX of 2015) Consumer Protection Act 2007 (Section 63B) (Regulation of Aspects of the Commercial Relationships Between Suppliers and Relevant Grocery Goods Undertakings) Regulations 2015. (www.djei.ieのHPより入手).なお2014年12月22日の雇用、企業及び革新省大臣のパブコメ募集コメントは、以下のHPである。<http://www.djei.ie/press/2014/20141222.htm>

1-6) 英国の食品雑貨綱領審判官制は、ボランティアな対応の失敗を教訓として企てられた、政府による新行動綱領のエンフォースメントの仕組みである³¹²。

2) EU における自己規制の例³¹³

自己規制であっても国家のイニシアチブによる規制に提起されてきた批判は、上述の各国の手段について一部関係する。それは、実際自己規制はしばしば国内領域の範囲に限定されることが多いのにたいし、他方で小売りチェーンはその越境的な活動が十分に展開されている問題がある。

ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、この点について、包括的ではなくても可能である解決を既述の「閣僚級担当者による食品サプライチェーンにおける機能改善フォーラム」で言及された、「サプライチェーン・イニシアチブ」による自己規制の作業に見出す（前掲 I.3. (1) を参照）。

かかる事業者団体にかかわっては、以下が指摘される。欧州横断的な連合である閣僚級フォーラム内の専門家フォーラム（“B2Bplatform”）の示した自己規制は、「2011年垂直的関係」（前掲 I.3. (2) 1 を参照）の行動綱領である。閣僚級フォーラムはこの綱領に同意した後、さらに「食品サプライチェーンにおける垂直制限の望ましい慣行とエンフォースメントについての枠組み」（「サプライチェーン・イニシアチブ」）に同意したのである（2012年6月）。

この結果からは、制裁と救済の範囲は、加盟国の国家的な法システムによって規制される紛争解決手段の仕組みに実際上委ねられる可能性が高くなる。ブリュッセル／フィレンツェ報告書によれば、不公正な取引慣行の禁止ルールにかかわりそのコンプライアンスとガバナンス（特にチェーンが行行使する場合に問題になる）について、以上の経緯からありうる予測は、EU の将来の立法の枠組みを築く仕事において基盤になるとされている³¹⁴。

³¹² 英国における 2013 年食品雑貨綱領審判官法の制定に至る経緯と同法の紹介、検討については以下を参照。拙稿・綱領審判官（前掲注 7 参照）、1 頁以下。

³¹³ Legal Framework（前掲註 9 参照）、p. 64-65.

³¹⁴ Legal Framework（前掲註 9 参照）、p. 41-42.

3) 自己規制を利用する場合の考慮要因³¹⁵

EU において實際上、特に食品部門において自己規制の役割と効果は広く論議されており、とりわけエンフォースメントにかかわり適切な手段を特定することが考慮されてきた。ブリュッセル／フィレンツェ報告書によれば、広い視点から分析の適切な方法が探られるとすると、自己規制が、(i) 法的な条件にかかわっては、私的な規制が独立した規制の仕組みとして運用されるケースと、(ii) 共同の規制 (co-regulation) 及び (ないし) 公的規制が公共の立法の制度状況で制定される場合に関連するケースについて評価される。自己規制をめぐる制度設計について、以下の項目に関心が払われる。

- ・ 企業のタイプ、企業規模、産業部門、事業の場所のタイプにかかわって問題になる手段の範囲はどのようなものか；
- ・ サプライチェーンに連なる様々の行為者が、綱領の草案に関与したのはどの程度か；
- ・ これまで小売業者に拘束力をおよぼした手段について、その程度及び仕組みはどうなっているか；
- ・ 救済の規定及び (ないし) 制裁手段；
- ・ 紛争解決機構の規定。

4) 私的規制の越境的な増加傾向 (越境的な契約のネットワークのもたらす効果と規制手段の問題) ³¹⁶

最近の研究は、小売部門において、契約慣行がサプライチェーンよっておこなわれるガバナンスの行為に強く依存することを示している。かかるサプライチェーンのガバナンスとその利益獲得の行動が、リーダー企業による契約のネットワーク化現象にかかわっている。

このネットワーク化における共同、一体化した決定を導く可能性の高まりと、リスクと利益の共有を導く意図とは、チェーンの構造に深く関係しており、これは契約の形態であっても、組織の形態であってもリーダー企業や親会社の指

³¹⁵ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 42.

³¹⁶ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 42.

導する複数ネットワークにより影響されることを意味している³¹⁷。

- ³¹⁷ この点はブリュッセル／フィレンツェ報告書は、ファブリツィオ・カファッジ (Fabrizio Cafaggi) による「契約のネットワーク」の概念により説明をしている。Fabrizio Cafaggi, *Contractual Networks and the Small Business Act: Towards European Principles?* EUI Working Papers LAW 2005/15 (European University Institute, Department of Law) (<http://cadmus.eui.eu/handle/1814/8771>), p.1.
- i) 「契約のネットワーク」は複数の契約と、それに結び付けられた相互契約との双方を含む。契約ネットワークは、市場とヒエラルヒーの間において位置づけられるハイブリッドな形態の組織である。ネットワーク契約は市場の契約とは異なるのであり、それは前者にあっては、契約参加者は非人称的な主体ではなく、十分に特定されたプレーヤーであって、資源の相補性を基礎にして選択をなすからである。すなわち市場では達成困難な、資源及び能力を結びつけた利用を可能にする。他方でまたヒエラルヒーによった統合が、非可逆性を生み出すことにより柔軟性と自発性のインセンティブを減じるのに比較しても、利点をもつ。また契約的なネットワークは、ヒエラルヒーとも異なるのであり、後者にあって、企業は匿名的であり、たとえ経済的に従属していたとしても法的には独立している。Ibid, p.1-2, & note5.
- ii) 契約のネットワークにかかわる主要な特徴は以下のように整理される。①依存性；全ての参加者間において共通の目標ないし目標の組み合わせが迫り及され、さらにひとつの契約ないし契約の履行は片務的ないし双務的に他方にたいし従属させられる。②安定性；それは、ほぼ無数に近いような個別関係から（当然にというわけ）ではなく、むしろネットワーク全体からもたらされる、③長期の持続性；ネットワーク（の全体を）特定する決定要因ではなくて、企業間の個別関係にかかわる持続性が問題になる、④多数性；ネットワークを形成する関連要因である関係が多数であること、契約のネットワークに属する企業は数多くの関係をもっている傾向がある。それらのあるものは公式のものであり、他は非公式である。非公式の関係は、その関係を規定する技術的なプラットフォームの創設を許す技術のイノベーションに関連して異なった形態をとる。Ibid, Abstract, p.2.
- iii) 契約ネットワークの典型はサプライチェーンであり、主たる契約者は第一段階の下請け業者と契約し、かかる下請けは第二段階の孫請け業者と契約する。他の例は、流通契約で製造業者が多くの流通業者と契約する場合である。かかるモデルには、フランチャイズ、販売特約店やライセンス供与など種々の形態を含む。Fabrizio Cafaggi & Sandrine Clavel, *Interfirm Networks Across Europe: A Private International Law Perspective*, in Cafaggi (ed.), *Contractual Networks, Inter-Firm Cooperation and Economic Growth* (2011, Edward Elgar) (Cafaggi, *Contractual Networks* と略称), p.201.
- iv) こういった特徴をもつ契約のネットワークは、製造段階における下請け契約、欧州経済利益グループ (European Economic Interest Group)、流通チェーンにおける販売代理店、フランチャイズや商標の集团的所有の形態をとることもある。契約のネットワークに従う企業は経済的従属性の高い程度をとらないつつ、協調的な経済活動を行う。ネットワークの形態をとる企業間の従属性にここでは焦点があてられる。しかしまた契約のネットワークは事業者対消費者の関係において

5) 断片化した契約論的アプローチの問題性³¹⁸

サプライチェーンの規制について、孤立した双務的な交換関係に入り込んでいる断片化した契約慣行にたいして、その視野を限る選択をしてしまうことは、實際上その交換関係と機能的に結びついているリーダー企業の力をいたずらに増す結果に陥る。すなわち、チェーンの共通プロジェクトにおいて、協調する当事者の双務的コミットメントをベースにして、リーダー企業の力を増すであろう。他方でこのことは、諸資源の盗用（misappropriation；例えばフリーライダー問題などを指すと思われる）と差別的慣行のリスクは減じる。それゆえ、例えば小売チェーン内部において取引停止条項や再交渉条項にたいする規制をすることは、サプライチェーンの構造とガバナンス、協調的ネットワークを考慮するうえで、非常に異なった影響を各々もつことになるであろう。

このような考察は、事業者間の不公正慣行にかかわる問題が取りあげられる場合に、以下のような二つの関心をもたらす。

- (a) 不公正な慣行を取り上げ禁止する現行の規制手段は、いかなる程度まで、サプライチェーンの次元でおこる事態を十分に考慮しているか、あるいは逆に、いかなる程度その周辺状況から切り離された、単一の双務的関連を取り扱うことに限定されたものとなっているか、
- (b) サプライチェーンのガバナンスの適切性を評価する場合には、小売チェーンが実際に展開される越境の状況について、高い関心が払われているか、すなわちその評価は単なる国内的な規制の対応に付随した限定を示すものになっているのか否か。

実際サプライチェーンのガバナンスと小売チェーンのガバナンスも大抵は、越境的なものであり、その点から事業者間の不公正慣行に対応するためにも、越境的な対応が求められることになるであろう。この問題は当然に国内の規制手段について、その調査の範囲を狭めるものではない。それは欧州とグローバル市場において、より調和的な国内調査の手段を用いる、さらに深い分析を求

も存する。Ibid, p.2. なお参照、正井章彦「ヨーロッパ経済利益団体—EC法による超国家企業形態」姫路法学 1988年1号 51頁から 144頁。

³¹⁸ Legal Framework（前掲註9参照）、p. 42-43.

めるものになる。上述のように欧州の制度がルール提供者、あるいはルール規定者として機能する市場である。

6) サプライチェーンのガバナンスにたいする規制のガバナンスの複数性³¹⁹

それゆえ、小売チェーンのガバナンスは複数のレベル構造 (国内、欧州、越境) にしたがって展開される。この点から、規制のガバナンスもまた複数レベルになる。そしてこれは公的規制と私的な規制の双方に適用される。食品の安全性規制では、例えばサプライチェーンのガバナンスの越境的な次元が、越境的な規制の展開を生み出す経緯がその例である。それは、自己規制を通じてのみ、そして共同規制を通じてのみというだけではない。安全性を採用する際の合理性問題は、そして食品における持続可能性の基準でさえも、不公正慣行にたいする規制手段の採用を支える場合とは異なっているであろう (食品部門の内外において)。協同作業の同様な必要は規制の共同性のいくつかのレベルで生じている。

7) 公的規制と私的規制の多様な組み合わせ³²⁰

さらに現在の枠組みでは、上述のように共同作業に至る方途は、規制の目的に依拠することから、さまざまな工程をたどる。実体的ルールの決定をするかどうか、行動のルールの決定をするかどうか、エンフォースメントの仕組みを設定するかどうか等、公的規制と私的規制の多様な組み合わせがここで国内、欧州あるいは越境について問題になる。

(3) EU の立法と不公正取引慣行³²¹

事業者間の不公正取引慣行に対する食品及び日用雑貨のサプライチェーンや、部門横断的な EU の包括的な手段が存在しないことは、2013 年グリーンペーパーの述べるところである³²²。

³¹⁹ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 43.

³²⁰ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 43.

³²¹ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 63-64.

³²² 拙訳の「付録資料 (1) ; 欧州委員会グリーンペーパー」における「3.2. EU レベルでの不公正取引慣行にたいする保護」を参照。付録資料 (1) の (12 頁) から (14 頁)。

1) 誤認誘導と不公正取引慣行

これらに関して既に、「誤認誘導及び比較広告指令 (the Misleading and Comparative Advertising: 2006/114)」³²³は、欧州横断的な取引の保護にかかわって、顧客と競争者の双方にたいし誤認誘導行為を禁止する最小限の保護を規定する。事業者間の不公正慣行のなかには、誤認誘導によっても生ずるものもあり、現行指令の改定により事業者間の不公正な慣行を防止することが、いかにしてかつどの程度まで可能か論議がされてきた。

実際のところ、グリーンペーパーによって提案された事業者間の不公正慣行に対する分析に比較するならば、2006/114 指令は狭い範囲の慣行をあつかうに過ぎない。すなわち、グリーンペーパーの問題にする七つの不公正慣行³²⁴のひとつである、「不公正な情報利用」のみである。指令を国内規範に移行する試みは多様な形態でこれまでなされてきたのであり、またエンフォースメントの条件においても異なる選択がなされてきた³²⁵。

³²³ Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising, OJ L 376, 27.12.2006, p. 21-27 (EUR-Lex の HP から入手。).

³²⁴ グリーンペーパー (「付録資料(1); 欧州委員会グリーンペーパー」の(13 頁)を参照。)) (2006/114 指令は、マーケティング分野における誤認誘導の慣行について顧客と競争者双方に対して、欧州横断的な禁止を規定する)。さらに、グリーンペーパーは、以下の七つの不公正慣行を問題にする、すなわち、あいまいな契約条項、書面契約の欠如、遡及的な契約変更、不公正な商業リスクの移転行為、不公正な取引関係の停止、テリトリー的な供給契約そして不公正な情報利用である、同拙訳の (18 頁) から (19 頁) を参照。

³²⁵ ブリュッセル/フィレンツェ報告書の調査によれば、2006/114 指令を EU 加盟国の国内規範に移行する試みは、次のような態様によっている。Legal Framework(前掲註 9 参照), p. 63.

- ・民法や商法典以外の特別立法を通じて、執行のされる例が多い。それは、契約法、不法行為法、不正競争法そして競争法に属する法領域について、その明確な分類がされることなく規制される。
- ・比較的少ない事例では不正競争法による (6 例において不正競争法によった。そのほかの例は、他の法と結びつけられておこなわれた。)
- ・稀な場合には民法による (1 例)。
- ・消費者法が稀に用いられる (1 例) が、比較的多くは他の法と結びつけられる。Legal Framework(前掲註 9 参照), p. 63.

2) 対消費者取引と事業者間の不公正慣行

事業者対消費者の関係に対してのみ適用される不公正な商取引慣行に対する指令 2005/29 は、加盟国において国内法へ移行するに際し、事業者間の不公正慣行の規制するため（全面的あるいは部分的に）拡張される例がある³²⁶。かかる試みにあつては、事業者間の不公正慣行を規制する立法を行う上での重要な指標として指令が機能する。消費者保護の指令を事業者間取引に拡張する試みについてその根拠として、以下の点があげられている^{326a}。

- a) 事業者間の不公正慣行に対し個別の立法をとることが必要とする国々が存すること。
- b) 事業者間の不公正取引慣行と全面的に戦うという目標を追求するための、潜在的な道りであると考えられていること。消費者保護から事業者の関係への逸出する効果があるという理由になる。

V. 越境の不公正取引慣行と国際私法

1. 越境的なサプライチェーン裁判管轄と準拠法問題

様々の加盟国に所在地をもつサプライチェーンが増加し、また非 EU 加盟国の事業者によって運営されるチェーンも多い。サプライチェーンに依拠することで可能になる不公正な取引慣行は、越境的な展開がされるチェーンと組織に

³²⁶ EU 指令 2005/29 については、前掲 I. 6. (1) における「(2) 消費者保護の規制と事業者間の不公正慣行の規制との調和」及び註 61 を参照。

不公正取引慣行の指令 2005/29 を事業者間の取引に拡張する加盟 8 か国のうち、全面的な拡張をおこなう国がオーストリア及びスウェーデンであり、デンマーク、フィンランド、ドイツ及びスペインは指令に含まれる禁止慣行のリストの範囲は拡張しなかった。フランスは誤認誘導の慣行に限って事業者間取引に拡張した。イタリアでは事業者対極小企業の関係には拡張した。他の僅かの国では、事業者対事業者関係における解釈の源泉として、リストを他のタイプに適用した。

不公正取引慣行の指令を法律に移して事業者対事業者の関係に拡張する国をみてみると、グリーンペーパーの関心に即しても、生ずるインパクトは比較的限られている。例えばグリーンペーパーの言及する僅かの領域のみが不公正慣行を特定するためにカバーされるだろう。主として書面契約の欠如と不公正な情報の利用をカバーする。Legal Framework（前掲註 9 参照），p.64.

^{326a} Legal Framework（前掲註 9 参照），p.64.

かかわる紛争処理の場合に、特に無視されえない。したがって EU のサプライチェーン規制において国際私法における裁判管轄と準拠法問題が問題になる理由はここにあり、また採用される不公正な慣行のタイプと規制法規の形態によっても問題は複雑化する³²⁷。

³²⁷ 国際取引における業務関連の訴訟にかかわる国際裁判管轄と準拠法との問題について、その解決すべき課題の所在を明確化すべきとの視点から、EU の法的処理の手順を以下に整理する。杉浦保友「欧州における契約準拠法の決定原則の改正—ローマ条約から『ローマ I 規則』へ」、BLJOnline (<http://www.businesslaw.jp/blj-online/>), 1 頁以下参照 (以下、杉浦・改正と略称)。

- ① 国際業務関連の訴訟において多くの場合に、初めに争われる事がらとして裁判所又は仲裁廷の事案の処理権限の問題と、紛争をどの国の法律を適用して判断するかという準拠法の問題をあげることができる。
- ② この点について、契約書に紛争解決条項 (dispute resolution clause) 及び準拠法条項 (governing law clause) があれば、ほとんどの国では、それが認められ、それに従って処理されることが多い (裁判管轄と準拠法の選択にかかわる自由の承認)。
- ③ しかし②に関して、当事者の力関係によりこれらについて合意できなかった、または合意しても消費者契約などの場合、弱者保護の必要から当事者の合意がそのままでは認められないなどの場合が生じ得る (当事者が準拠法選択をしなかった場合の位置づけ)。
- ④ したがって裁判所は、提訴された事案ごとに先ず予備的問題として自分に管轄権があるかを判断し、管轄権がないと判断した場合には、却下判決を下す。
- ⑤ 管轄権ありと判断された場合に、原告主張の当否について判断することになるが、判断規準としては当然に自国法が適用になるわけではない。事案が自国より外国との連結が強ければ、裁判所は外国法を適用しなければならない。
- ⑥ 欧州における裁判管轄権については、「民事及び商事分野における裁判管轄及び判決の承認・執行に関する理事会規則 (EC) No.44/2001 (ブリュッセル I 規則)」という統一法による規準が 2000 年 12 月に採択されたが、同規則は、2012 年 12 月に「民事及び商事分野における裁判管轄及び判決の承認・執行に関する欧州議会及び理事会規則 (EU) No.1215/2012 (改正ブリュッセル I 規則)」によって改訂された (2015 年 1 月施行)。このブリュッセル I 規則の 2012 年改訂にかかわる経緯と内容の紹介については、以下を参照。芳賀雅顯「国際裁判管轄と専属的合意と国際的訴訟競合の関係」慶應法学 28 卷 (2014 年) 273 頁以下。Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ L 12, 16.1.2001). (http://europa.eu/legislation_summaries の HP より入手)。Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. (OJ L 351, 20.12.2012, p. 1-32) (<http://eur-lex.europa.eu/> の HP より入手)。

かかる複雑さは、加盟国の適用できるルールの枠組みを選択することにつき差異があることを原因とし、他方で単一の取引慣行が数多くのルールに服する可能性を原因としている。競争法はそれが不正競争と結びつく限りにおいて比較的各国において共通の特徴を広く備えるが、契約上あるいは契約を超えるアプローチにあっては規律の態様は、多様化する傾向がある³²⁸。

2. 不公正取引慣行の規制と準拠法選択に関する諸問題

欧州においては、不公正取引慣行の越境的特質は現在、「契約債務に適用される法に関する欧州議会及び理事会規則」（ローマ I 規則）³²⁹と「契約外債務の準拠法に関する欧州議会及び理事会規則」（ローマ II 規則）³³⁰という準拠法

⑦ 準拠法の判断規準については、後述するように、契約債務につきローマ I 規則が適用され、契約外債務についてはローマ II 規則が適用される。(契約外債務の当事者が準拠法の選択をおこなわなかった場合)。

³²⁸ Legal Framework (前掲註 9 参照), p.84.

³²⁹ REGULATION (EC) No 593/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ L 177/6 (eur-lex.europa.eu/legal-content の HP より入手)。翻訳は、杉浦保友教授による「最終草案全文」訳を参考している。参照、杉浦訳「契約債務に適用される法に関する欧州議会及び理事会規則 (Rome I) (最終草案全文訳)」BLJOnline (<http://www.businesslaw.jp/blj-online/>の HP より入手)。

欧州において従来契約債務に適用される準拠法決定原則として、1980年に締結された政府間条約(ローマ条約)は、当事者が合意した準拠法の優先原則と当事者の選択がない場合の準拠法判断規準とし、て最密接関連国の法が準拠法となる原則を規定していた。

それにたいしローマ I 規則は、明示又は黙示の当事者の選択による準拠法選択を認め、当事者の選択がない場合につき、最密接関連国の規準をとるローマ条約の態度を改めて、一定の契約類型ごとの具体的な連結点を判断規準として列挙するアプローチとなった。また準拠法の如何にかかわらず適用される優先的強行規定の定義が新設された。

ローマ条約からローマ I 規則への主要な変更を論じた以下の論稿を参照。高橋宏司「契約債務の準拠法に関する欧州議会及び理事会規則(ローマ I 規則) —ローマ条約からの主要な変更点を中心に」同志社法学 63 巻 6 号(2012) 1 頁以下、高橋「契約債務の準拠法に関する欧州議会及び理事会規則(ローマ I 規則) — 4 つの視点からのローマ条約との比較」国際私法年報 13 号(2011 年) 2 頁以下。

³³⁰ REGULATION (EC) No 864/2007 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), OJ L 199/40 (eur-lex.europa.eu/LexUriServ の HP より入手)。ローマ II 規則の制定作業は、1999 年 6 月の欧州委員会内部における「契約外債

選択に関する欧州の共通規準により規制される³³¹、ことで幾つかの検討課題が明らかになっている。

務の準拠法に関する理事会規則草案」に先立つ前年 10 月の「契約外債務の準拠法に関する条約草案」(議長国草案)があり、さらに委員会(委員会修正案 2006 年 2 月)及び理事会(2006 年 9 月欧州理事会共通の立場)に対する議会(2005 年議会案)の不一致を調停する 2007 年 6 月の共同案の採択に至るまで長きにわたる審議を経ている。本稿の翻訳は上記 EC 官報の成立法に依るが、2002 年 5 月段階の欧州委員会「準備案」について、以下の佐野教授の翻訳も参照している。佐野「資料・契約外債務の準拠法に関する欧州議会及び理事会規則(ローマ II)案について」岡山大学法学会雑誌 54 巻 2 号 37 頁以下。

ローマ II 規則の制定作業については、参照、佐野、「EU 国際私法はどこへ向かうのか?—ローマ II 規則を手がかりとして」国際私法年報、35 頁以下、福井清貴「EU 国際不法行為法における当事者の事前の法選択」上智法学論集 58 巻 2 号 86 頁以下(福井・EU と略称)(2014 年)、高杉直「ヨーロッパ共同体の契約外債務の準拠法に関する規則(ローマ II)案について」国際法外交雑誌 103 巻 3 号 369 頁以下(高杉・ローマ II と略称)。

³³¹ 欧州共同体と欧州連合がその準拠法選択に関する共通規準を策定する立法者意図としては、ローマ I 規則とローマ II 規則の前文から、主として本稿の関心にとって、以下の記述が参照されるであろう。

- i) 共同体条約にあって、域内市場の適切な機能発揮に必要な範囲において、国境を越えた影響を行使する、私法分野における司法協力の促進を図るという目標のもとに、必要な措置をとるとされていた。同条約 65 条約(b)により、これらの措置には、法及び管轄権の抵触に関する加盟国で適用される規則の調和の推進が含まれる。ローマ I 規則前文第 1 項、第 2 項。
- ii) 1999 年 10 月に欧州理事会は、私法事項において、裁判所判決及びその他の決定の相互承認の原則を司法協力の基礎として位置づけ、欧州理事会及び欧州委員会にこの原則の履行確認計画を採択することを求めた。ローマ I 規則前文第 3 項。
- iii) 2000 年 11 月理事会は民事及び商事事項の決定の相互承認原則の履行に関する欧州委員会・理事会共同計画を採択した。この計画は、判決の相互承認の推進と共に、抵触法の調和に関する措置をも規定している。そして域内市場が適切に機能するには、以下のことが必要であるとする。すなわち、訴訟の結果の予測可能性、適法性についての確実性及び判決の自由な移動のためには、いかなる加盟国の裁判所に提訴するかにかかわらず、加盟国の抵触法規則が同じ国の法律を選択する必要がある。ローマ I 規則前文第 4 項、第 6 項。
- iv) かかる必要に応える「統一的規則」がそれによって指定される法の如何にかかわらず一貫して適用される場合のみ、共同体の訴訟当事者間における競争を歪める危険を回避できる(ローマ II 規則前文第 6 項)。
- v) 前文第 6 項の競争を歪める危険の意味については、以下の二つの視点からの指摘が参照されよう。

① 上記ブリュッセル I 規則は EU の連合内事件と連合外事件のいずれにも適用されるのであって、構成国である A 国と B 国の各企業が、非構成国である C 国の企業を被告として、それぞれ A 国と B 国に訴えを提起する場合に、それ

ブリュッセル／フィレンツェ報告書によれば、その検討課題は以下のようになる³³²。

- ・関連する法源はなにか。
- ・準拠法の選択可能性は存するか（当事者間で準拠法の選択がある場合の妥当性問題）。
- ・当事者が選択しない若しくはできない場合の準拠法はなにか（しばしば不正な取引慣行として問題になる慣行について）。

ぞれ異なる抵触法が適用されることになれば、A国企業とB国企業の置かれた条件は異なるものとなり、競争を歪める。高杉・ローマII（前掲註330参照）脚註6。

- ② ある慣行がA国の不正競争法により規制され、B国では競争法によりそしてC国では契約法によるとする。D国においてリーダー企業が当該慣行を採用する決定を下し、チェーン全体におよぶ慣行として拡大した。同じ慣行を規律するけれども準拠法は、当事者にかかわり異なることになる。

かかる事態は、不公正取引慣行の規制にとり大きな問題を生ずる。ある法によって差し止めが可能とされ、他の法では損害賠償の請求に限られる。越境の不公正取引慣行を防止する可能性は、不公正慣行の越境的特質を考慮しないアプローチにより深刻な毀損をこうむる。サプライチェーンに連なって運営される事業者の所在地／国籍に依拠する準拠法の画定にたいし、単一だが断片化した行為について規制がされることによる。高杉・ローマII（前掲註330参照）脚註6。

- vi) 不法行為地方 (lex loci delicti commissi) の原則は、ほとんどすべての構成国において契約外債務の基本的な解決であるが、事件の構成要素が複数の国に分散している場合には、その原則の実際の適用は異なって解決されている状況が不安定を引き起こしている。ローマII規則前文第7項
- vii) 上記統一規則は、裁判所の判決の予測可能性を改善し、責任を問われている者と被害者の利益の間に合理的な均衡を保証するために役立つなければならない。直接的な損害が発生した国との連結（不法行為地法）は、損害を引き起こした者と被害者の利益の間に公平な均衡をもたらす、また民事責任にたいする現代的なアプローチ及び厳格責任制度の発展を反映していなければならない。ローマII規則前文第8項。
- viii) 一般規定によっては関連する諸利益の間の合理的な均衡をえられない特別の不法行為については、特別規定が定められる。ローマII規則前文第9項。
- viii) 不正競争については、抵触規定は、競業者、消費者及び一般公衆を保護し、かつ市場経済が適正に機能することを保証するべきである。ゆえに、関連する市場の法への連結は、特定の状況では別の規則が適切な場合があるにしても、一般的にはこれらの目的をみたすべきである。ローマII規則前文第11項。

³³² Legal Framework (前掲註9参照), p.85.

かかる課題の検討を経て、結論的には不公正な取引慣行にたいする準拠法が決定される。その場合、つぎのような要因が問題になるとされている。ブリュッセル／フィレンツェ報告書による上記の検討課題の分析を紹介する前に、あらかじめかかる要因を摘示する。

- ①法廷地において問題になる不公正な取引慣行の特徴はいかなるものであるか。
- ②当事者による法選択がおこなわれているかあるいはその可能性はあるか。
- ③強行法規 (lois de police) は存在するか。

同報告書は、かかる準拠法の選択問題について、実態認識として不公正な取引慣行に関する準拠法を当事者が指示するのは稀であろうことを想定するものであり、さらに幾分か誇張であるとする。しかしたとえそうであるとしても、先ずもってこの可能性を検討すべきであるとして、その後で当事者が準法法選択をおこなわない、若しくは選択の困難なケースに移行する手順が本問題にたいする検討として妥当であるとする³³³。

³³³ Legal Framework (前掲註 9 参照), p.85.

かかる当事者による準拠法の選択の問題について、ローマ I 規則前文第 11 項は、「当事者の適用法を選択する自由は、契約債務に関する抵触法規則の仕組みの基礎のひとつであるべきである」と規定する（上記註 327 の②準拠法選択にかかわる自由の承認を参照）。この法選択の自由の問題について、以下の点が本規定の趣旨及び要件として留意される。

- i) ローマ I 規則は、第 3 条第 1 項の法選択の自由にかかわり、「契約は当事者が選択した法により規律される。その選択は明示でなされるか、又は契約条項若しくは個々の状況によって、確実に証明されるものでなければならない。当事者は自らの選択により、契約の全部又は一部のみ適用されるべき法を選ぶことができる」と規定する。本規定は、当事者が合意した準拠法の優先適用という長い間に確立した国際的なビジネス慣行に合致するものであり、また事業者にとっては高い予測可能性及び確実性をもたらす。杉浦・改正（前掲註 327 参照）3 頁以下。
- ii) さらに、準拠法選択の有効性が担保されなくてはならない。すなわちローマ I 規則 3 条 5 項は、準拠法条項にたいする法適用の実体的要件ともいうべきものを規定し、「準拠法の選択に関する当事者の合意の成立及び有効性は、第 10 条、11 条及び 13 条の規定に従って決定されなければならない」とする。

その 10 条は、選択の合意とその実質的有效性にたいする判断基準である。条文の具体的内容は、後掲註 348 の翻訳を参照。さらに上記 11 条は、「契約締結時に当事者若しくはその代理人が同一の国に所在する者の間で締結された契約の方式は、もし本規則における実体上の準拠法又は契約締結国法における方式に適合している場合、有効とする」とした、方式にかかわる有効性規定をおく。さらに、13 条は行為無能力を規定する。

See, Norma Pepe, Rome I and Rome II: A Handbook to Determine the Law Governing Contractual and Non-Contractual Obligations. (Paul Hasting Stay Current) (Oct.2010) (www.paulhastings.com/assets/publications/1748.pdf). (Pepe, Handbook と略称).

iii) 不法行為や不当利得などの非契約債務に関してのみ、ローマII規則の適用となる。その14条1項は、

「当事者は、以下の方法によって、契約外債務の服する法を選択することができる。

(a) 損害の原因となる事実の発生後になされた合意によって、または

(b) 全ての当事者が商業活動に従事しているときに、損害の原因となる事実の発生前に自由に交渉された合意によって。

この選択は、明示的になされか、事案の諸事情を通して十分な確実性をもって明らかにならなければならない、第三者の権利に影響を与えない」と規定する。ローマII規則第14条第1項。

上記の自由な交渉による合意に反する一方当事者による法選択の強制は、多く一方当事者の用意した契約書に、他方の当事者が同意するか否かの選択をおこなうに過ぎないような場合である。すなわち、約款取引のような場合である。この点に関して、本規定の自由な交渉にかかわる要件につき厳格に解釈されなければならないとすると、当事者には個別に準拠法条項にかかわる交渉がされ、それゆえに契約書作成前に(約款のような標準的条件に合致しない)「準拠法」条項の策定がされる必要がある。

逆により緩やかな意見によれば、自由な交渉から結果的に求めるところを考慮する。すなわち、契約作成前に当事者が準拠法選択をおこなう意図のある一般的条件について準拠法条項が含まれるか否かにかかわりなく、自由な交渉が証明されればよいのである。

実務の観点からは、前者のように準拠法条項に関し当事者間の交渉にかかわる特定された認定をおこなうことは、次のメリットがある。「自由な交渉」を欠くことを理由にした、法選択に関する攻撃を回避しえることになる。See, Pepe, Handbook(前掲註 333 参照), p.8, Note 10.

自由な交渉による合意の要件に関する以上のような争いは、約款による事前の法選択は一律に否定されるという「成立否定説」と、約款による事前の法選択を肯定する「成立肯定説」という対立を基軸にして、福井教授により詳細に解説、分析がされている。福井・EU(前掲註 330 参照) 106 頁以下。

さらに上記のような対立の基礎になっている根拠付けについて、「当事者自治」の視点にかかわる導入の是非という観点から詳細な検討をしたものとして、参照、高杉・ローマII(前掲註 330 参照)、386 頁以下。

iv) ローマII規則は、準拠法選択に関する当事者の指示を重視したいわば前提的な規定(第14条)に先立って、4条において不法行為一般の準拠法について損害発生国の法が原則である旨明らかにし、5条以下において、一定の限定的な場合の適用法について規定する。すなわち、製造物責任(第5条)、不正競争(第6条)、環境侵害(第7条)、知的財産権侵害(第8条)である。このうち不公正取引慣行にかかわる本稿の関心からは、不正競争による準拠法の決定が問題になる。そこで、ローマII規則第6条はこの点につきどのように規定するかについて概観す

3. 関連する法源（ローマⅠ規則とローマⅡ規則）

（1）「契約上の義務」と「契約外的な義務」

欧州における抵触法ルールの適用にかかわって、統一的なシステムの構想を推進するためには、「関連する法源」を如何にとらえるかの問題がある。この点について、ブリュッセル／フィレンツェ報告書は次のようにこたえる。

当事者の間に直接的な結びつき、ないし欧州司法裁判所による定義では当事者の「自発的関与（voluntary commitment）」が存する場合に、通常の国際私法上の限定は「契約上の義務」が存するものというべきであろうし、その場合にはローマⅠ規則が適用されることになり、当事者間の関係を規律する法を支持することになるであろう³³⁴。

る。先ずその1項と2項である。

- 「1. 不正競争から生じる契約外債務の準拠法は、競争関係又は消費者の集団的な利益が影響を受ける、又は受けるおそれのある国の法である。
 2. 不正競争行為がもつばら特定の競争者の利益に影響を与える場合には、第4条を適用する。」（引用者註；4条1項は、上述のように不法行為による契約外債務は損害発生地国の法適用とする。4条2項は、責任を問われている者と被害者の両者が損害発生時に同じ国に常居所を有した場合には、契約外債務はその国の法による。4条3項は、事件のすべての事情から、その不法行為が別の国と明らかにより密接な関係がある場合には、その国の法が適用される。そしてその明らかな密接な関係は、4条3項2文において、事前に存した当事者間の契約関係のような密接に関係した事柄をいうとしている。）
- 3項は以下のように、市場の競争制限にかかわる不法行為責任の場合を規定する。
- 「3. (a) 競争の制限から生じた契約外債務にたいする準拠法は市場が影響を受ける、又は受けるおそれのある国の法である。
 - (b) 複数の国における市場が影響を受ける、又は受けるおそれのある場合には、被告の本拠地の裁判所に訴えて損害賠償を求めている者は、もし加盟国における市場が、かかる請求の基礎にしている契約外債務を生じさせる競争の制限によって直接かつ実質的な影響を受ける場合には、管轄裁判所の法に関するその者の請求を基礎とする選択をすることができる。管轄に関する準拠ルールに一致して、原告が複数の被告を当該裁判所に訴える場合には、これらの被告の各々にたいする請求の基礎にしている競争の制限が、直接的かつ実質的な影響を当該裁判所の加盟国市場にたいしても与えるのならば、管轄裁判所の法に関するその者の請求を基礎とする選択をすることができる。」

³³⁴ Legal Framework (前掲註9参照), p.85.

当事者間の契約が欠けている場合には「契約外的な義務」として準拠法選択についてローマII規則が適用されるであろう³³⁵。

ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、しかしながら「契約上の」限定にかかわる文言は、当事者の契約が存在することから当然に適用されるものではないとする点が注目される。フランス法がこの点につき興味深い議論を提供する。ブリュッセルI規則の問題となる条項³³⁶の適用にかかわって、フランス商法典L.442-6 I 5[○]（不正な取引停止）について、破棄院（Cour de cassation）は、当事者間の契約があるにもかかわらず契約外の債務にかかわる問題であるとした。すなわち、義務の履行地が裁判管轄地ではなくて、「損害をもたらす事実が発生したか、発生する危険がある地の裁判所」が管轄権を有するとした³³⁷。

³³⁵ Legal Framework（前掲註9参照），p.85.

³³⁶ 同規則5条1項と5条3項。上記註327掲記の改正ブリュッセルI規則では、7条1項と7条2項。

³³⁷ See, Legal Framework（前掲註9参照），p.85. 破棄院は、ブリュッセルI規則における5条1項（改正同規則7条1項）（契約事件における加盟国内に住所を有する者が他の国の裁判所に訴えられる要件を定める）ではなく、5条3項（不法行為事件における裁判管轄は損害発生地の裁判所とする）の適用がされるとした。See, Legal Framework（前掲註9参照），p.85.

そこで、ブリュッセルI規則5条（改正同規則7条項）をみると、同項は、加盟国内に住所を有する者が「他の加盟国の裁判所に訴えられる」場合となる特別裁判管轄について、その1項から7項までの場合を列挙する（改正同規則7条1項から7項）。

その第1項のa号とb号は、他国裁判所に訴えられる場合についてa.号において、「契約事件においては、請求の基礎となっている義務が履行された地又は履行されるべき地の裁判所」と規定する。

b号は、かかる義務の履行地を定義して、「b. 本規定の適用においては、別段の合意がない限り、請求の基礎となっている義務の履行地とは、以下の地をいう。一物の売買については、契約に基づいて、その物が引き渡されたか、引き渡されるべきであった構成国の地、一サービスの提供については、契約に基づいて、そのサービスが提供されたか、提供されるべきであった加盟国の地」であるとする。そのうえで、c号は、a号についてはb号が適用されない場合に適用されることを留保する。

次に、破棄院が当該事件で適用を認めた5条3項（改正同規則7条2項）は、特別裁判管轄の認められる不法行為事件を規定する。すなわち、

「不法行為又は準不法行為事件においては、損害をもたらす事実が発生したか、発生する危険がある地の裁判所」をあげる。

ブリュッセルI規則の翻訳については、以下を参照した。法務省訳・法制審議会国際裁判管轄法制部会資料6「参照条文（諸外国が締結している条約）」、及び中西康「民事及び商事事件における裁判管轄及び裁判の執行に関する2000年12月22

報告書は、このような裁判管轄に関する判例法理が有する意味を敷衍して論じて、この L.442-6 がたとえ当事者間に契約が存するとしても、全体として契約外の債務を生じさせると解されるのならば、その論理的帰結は準拠法の決定問題にも影響が及ぶことは避けられないとする。すなわち、越境の不正な取引慣行にたいする法の適用は、フランスのかかる事例の結果から類推されるように、ローマ II 規則に基づくことになる、とする。

準拠法は、適用可能な制限的商慣行を禁ずる不正な取引慣行の規制法に依拠することになるのである³³⁸。

(2) 当事者間で準拠法の選択がある場合の妥当性問題

1) ローマ規則 I

1-1) 不正な取引慣行とローマ I 規則における当事者自治の原則

i) 通常、準拠法の選択はローマ I 規則の 3 条により当事者の自治がみとめられる。そしてこの基本的な取り扱いについて、以下に述べるような問題点 (ii 及び iii) が留意される限り、不正な取引方法慣行の場合を別異に評価する格別の理由はない。当事者による法の選択は契約に関連することにたいし適用がされ、そのことは契約者と不正条件にかかわる不正な取引慣行も含まれる結果になる。この場合二点からなる以下の、異なった問題が考慮されるだろう³³⁹。

ii) 当事者の選択した外国法が法廷地の不正取引慣行にたいする競争法の規制と抵触することがあるという問題である (加盟国は多く競争法をつうじて不正取引慣行を規制する)。ブリュッセル/フィレンツェ報告書は、かか

日の理事会規則 (EC) 44/2001 (ブリュッセル I 規則) [訳] 国際商事法務 2002 年 3 号 147 頁以下。ブリュッセル I 規則と 2012 年同改正規則との条文関係の対応については、同改正規則を掲載した OJ 20. 1.2012, L351/29 以下に、新旧条文の対応表が添付されている。

³³⁸ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 85. その場合加盟国の不正取引慣行に対する個別の規制が示すそれぞれの限定から、抵触法の決定における準拠法問題でも一定の前提的条件が踏まえられなければならない。Legal Framework (前掲註 9 参照), p.85.

³³⁹ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 85

る抵触は大方、法廷地の競争ルールに有利となる態様において、法の選択を排除する取扱いにより解決されるであろうとする。この結果が通常競争法を強行法規 (lois de police) として分類する考え方に基づくものとして説明できるものであり、ローマ I 規則第 9 条によって当事者の選択した法に優先される³⁴⁰。

iii) この場合に問題となる事がらとして以下の点を指摘できる。

第一は、法廷地以外の異なる加盟国の競争法ルールと選択法が抵触する場合の処理を如何に考えるかである。外国の強行的適用法規は法廷地において適用されることが可能であるが、この問題について報告書は、その強制的な規範性はむしろ消極的に解して、法廷地の裁量によることになるとする³⁴¹。その理由は、ローマ I 規則 9 条 3 項において優先的であるような強行規定を認めるのは、狭く契約債務履行国の優先的強行規定が契約の履行を違法としている場合に限り、その規定の性質、目的及び適用または不適用の結果を考慮しなければならないとしている規定のためである³⁴²。

第二の問題は、不公正取引慣行に対する法廷地の規制が競争法によってではなく、契約法あるいは行動綱領等の「特殊な」ルールによる場合に、ルールの特性が競争法と異なると考えられることになるのか否か、(そしてそれにより上記 2. の③及び本節 ii) の強行法規 [lois de police] とされた場合と異なる扱いになるのか) という問題である。これは以下の例に限っては否定的に評価される。すなわちフランス商法典 L.442-6 のような制限的商慣行法 (le droit des pratiques restrictives) によった規制が問題

³⁴⁰ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 85. 優先的強行規定 (Overriding mandatory provisions) を定めるローマ I 規則第 9 条は以下のような内容となる。

- 「1. 優先的な強行規定とは、ある国にとり、政治的、社会的又は経済組織のように、その適用範囲においては、本規則における契約適用法にかかわらず適用されるほどに、公益を守るために重大であるとみなされる条項である。
2. 本規定は法廷地法における優先的強行規定の適用を制限するものではない。
3. 契約債務履行国の優先的強行規定が契約の履行を違法としている場合に限り、その優先的強行規定を認めることができる。それを認めるか否か判断する場合、その性質、目的及び適用または不適用の結果を考慮しなければならない。」

³⁴¹ Legal Framework (前掲註 9 参照), p.85-6.

³⁴² 前掲註 340 参照。

になっている場合には、競争法と同一に扱われるであろう。したがって、ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、ローマ I 規則 9 条 1 項に規定された定義に基づいて、強行的適用法規として扱われるであろうとしている³⁴³。

iv) 契約上の弱者保護に直面して、準拠法の選択にかかわるシステムが不公正な取引慣行や契約条件にたいするかかる十分な保護を提供しないリスクというものは、強者がかかる保護を回避する意図された操作が可能であることによる。

ローマ I 規則において、規範的に上記の優先的強行規定が最低限の保護は提供する。しかし、その保護は不公正な取引慣行にたいする法廷地における法内容に依拠することとなる（同規則 9 条 2 項参照）。それは加盟国により相当にさまざまな規制の強度をしめす。このように当事者自治による法選択の制度は、サプライチェーンで問題となる不公正な取引慣行にたいする規制で、準拠法の選択における優越的な地位の濫用をコントロールする要請にたいし固有の問題を生ぜしめる。この問題の詳細な分析について、ブリュッセル／フィレンツェ報告書の作成で中心的役割を果たした欧州大学院のカファッジ教授³⁴⁴の理論枠組みにより、以下にその概要を摘示する。

1-2) 契約のネットワーク理論と準拠法の選択

サプライチェーンのガバナンスと取引活動について、リーダー企業の主導による契約のネットワーク化現象に起因するという視点から分析を加えた理論動向には、前記カファッジによる契約のネットワーク理論をあげることができる。この理論においては、サプライチェーンのネットワーク化における共同、一体化した決定の行為を導く可能性の高まりと、リスクと利益の共有を導く意図とが明らかにされており、チェーンのリーダー企業である強者の課す準拠法選択の問題について、検討をくわえている³⁴⁵。

³⁴³ Legal Framework (前掲註 9 参照), p.86. なお、フランス商法典 L.442-6 については、前掲の註 9 論文を参照。

³⁴⁴ 前掲註 10 参照。

³⁴⁵ Cafaggi, Contractual Networks (前掲註 317 参照), p.210.

- a) サプライチェーンにおいて、その契約のネットワークの一部をなしている種々の契約に適用されているのは、単一化された法選択であって、当事者の一方によってのみその優越した地位に基づいて課せられている。
- b) 例えばフランチャイザーは自らの利害にしたがひ、いかなる法が適用されるかを単独に決定できよう。
- c) このような一方的な準拠法の選択は加盟国の一部において、許されるものでない。かかる禁止は、ネットワーク参加者の単独の利益だけでなく、そこにおける集合的利害もまた準拠法選択の所与の考慮要因とされるべきとされているからである。
- d) 結果的に、準拠法の選択が交渉力の濫用的行使に基づくものである場合には、契約条項の妥当性に打撃を与える懸念がある。
- e) また、欧州の国際的な私法は、その事業者間の契約関係については、消費者保護を中心とした準拠法の選択における優越的な地位の濫用をコントロールし、制裁を課すための手段にたいして、それに比肩できる弱者保護のレベルを有するものではないであろう³⁴⁶。

³⁴⁶ サプライチェーン規制にかかわる事業者間取引の問題は、ローマ I 規則の消費者及び労働者の保護規定との比較、対照による検討がされねばならない。Cafaggi, *Contractual Networks* (前掲註 317 参照), p.210.

i) 以下の規定内容から、事業者間の取引契約については、当事者間の合意に優位する弱者保護の規定は、ローマ I 規則には存しないことになると考えられる。Ibid, Note28.

ii) ローマ I 規則第 6 条は準拠法選択における消費者保護を規定し、先ずその第 1 項は、事業者対消費者間の契約は、消費者の常居所地の法を適用する旨述べる。すなわち第 5 条 (運送契約) と第 7 条 (保険契約) の適用を妨げることなく、

「自分の事業又は職業外であるとみなされる目的のために、ある自然人 (消費者) が、自分の事業又は職業として行為している他の人 (事業者) との間で締結する契約の準拠法は、消費者の常居所地国の法でなければならない。ただし事業者が、

- a) 消費者の常居所地国において事業者又は事業活動を行っていること、又は、
- b) 何らかの方法で、そのような活動をその国若しくはその国を含むいくつかの国に向けておこなっていること、

そして契約がそのような活動の範囲内にあることが必要である。」と規定する。その後で、第 2 項において、かかる常居所地法の選択は消費者の不利となつてはならないとする。すなわち、

「第 1 項にかかわらず、当事者は、第 3 条にしたがひ、第 1 項の要件に合致する契約に適用される法を選択することができる。しかし、そのような法選択をす

すなわち、サプライチェーンの事業者間において契約上の交渉力にかかわる格差が存在する場合、ローマ I 規則は、強い当事者の課す準拠法選択にたいして、弱い当事者であっても職業的な地位にある者についての保護を提供するものではない³⁴⁷。

- f) しかし、このことは濫用がもし存在するとして、それがまったく排除されることがない結果を意味するものでない。ローマ規則 I 10 条は、準拠法選択にかかわる合意とその実質的有効性を規定するものであるが、その 2 項は契約の合意及び契約の存在の実質的有効性の問題と濫用の問題について、推定上の準拠法により決定されなければならないとしている³⁴⁸。

ることで、それがなかった場合、第 1 項により適用されたはずの法における、合意によって免除されない法規定により消費者に付与されている保護を消費者から奪う結果となるようなものであってはならない。」と規定されている。

さらに第 3 項は、上記第 1 項の a 号と b 号の要件に適合しない場合の 3 条及び 4 条に従った処理となることを規定する。

- iii) ローマ I 規則第 8 条は、個人雇用契約を規定し、第 3 条の当事者間の法選択の自由を原則とするも、消費者保護にかかわる上記 6 条 2 項と同様の弱者保護の規定をおく。すなわち、「合意で免除できない規定により労働者に付与される保護を労働者から奪うような」結果を禁ずる。参照、杉浦・改正（前掲註 327 参照）、8 頁。See. Pepe, Handbook(前掲註 333 参照), p.3.
- iv) ii と iii の結果から、事業者対事業者のサプライチェーンにおける契約関係には、ローマ I 規則の保護は、消費者契約や労働契約に比して実質的な保護を欠いていると考えられる。
- iv) これにたいし優先的強行規定を定めるローマ I 規則第 9 条（前掲註 340 参照）は、弱者たるサプライチェーンの事業者にたいしても最低限の保護を提供する。しかしながらかかる強行法規による保護は、法廷地の不公正な取引慣行の規制にしたがうものであり、それは加盟国の様々の保護のレベルにあるのが実情である。この点でも欧州国際私法の契約上の弱者保護は十分ではない。これはブリュッセル／フィレンツェ報告書の認めるところである。Legal Framework（前掲註 9 参照）, p.86.

³⁴⁷ Legal Framework（前掲註 9 参照）, p.86.

³⁴⁸ 準拠法選択にかかわる合意とその実質的有効性を規定するローマ規則 I 第 10 条は以下のように推定上の準拠法について規定する。

1. 契約の存在及び契約の有効性、又は契約条項の有効性は、本規則のもとで、もし契約又は条項が有効であったならば準拠することになる法により、決定されなければならない。
2. しかしながら、もしある当事者が第 1 項で規定する準拠法にしたがいが自分の行動の効果を決定することが合理的でないと思われる場合、自分が同意しなかったことを立証するため彼の常居所地国法を援用することができる。」

g) 10条2項は弱者保護にかかわり、その者の常居所地の法をもちいて、準拠法にかかわる条項が交渉力の濫用の結果により採用されたものであったなら、当該条項にたいし挑戦することを可能にするものである³⁴⁹。

しかしながらかかる弱者保護は、推定上の準拠法の適用によって提供される保護に限られる。すなわち、「もし契約又は条項が有効であったなら準拠することになる法」を適用するというものであり、そのことはその契約上の弱者が証明した国の法がもつ保護のレベルに限られることになる。この点に限界があるといわざるを得ない。ローマ規則 I のもとで法の選択にかかわる弱者保護に有効性を決定する実質的なルールは存しないのである。

v) ハーモナイゼーションと立法提案

このような弱者たる事業者による契約取引にかかわる EU 国際私法の限界を踏まえて、ブリュッセル／フィレンツェ報告書は以下の準拠法選択についての法適用に関する執行と立法上の解決策を提示している³⁵⁰。

- a) 適用される準拠法を選択する権利の搾取的な濫用的行使を封じるため、EU 加盟国における強行法規の適用に関するハーモナイゼーションを促進する枠組みを構築する。
- b) ローマ I 規則における消費者保護のレベルと同程度の保護を、事業者の弱者にたいしても立法化する³⁵¹。

1-3) かかる報告書のハーモナイゼーションと立法提案は、事業者間の不公正取引慣行の規制について、消費者と個人雇用の契約と同等の保護を認めようとする意図にもとづいている。かかる意図は法の欠缺に対処するものとして首肯される。

³⁴⁹ Cafaggi, Contractual Networks (前掲註 317 参照), p.210, Legal Framework (前掲註 9 参照), p.86 .

³⁵⁰ Legal Framework (前掲註 9 参照), p.86 .

³⁵¹ Cafaggi, Contractual Networks (前掲註 317 参照), p.233-234 (EU レベルにおける契約ネットワークに関する立法的承認なくしては、EU の強行法規の議論は結局無力化する)。

2) ローマ規則 II

- 2-1) ローマ II 規則第 14 条第 1 項は、「全ての当事者が商業活動に従事しているときに」、その損害がいまだ生じない段階であっても当事者が非契約債務にたいする法を選択することができる規定する。これはサプライチェーンに連なる事業者の不正取引慣行に選択された準拠法が適用される場合に当てはまる。したがって、その限りで法の選択に関する当事者自治が妥当する。
- a) ローマ II 規則は、その 16 条で強行法規の適用が可能である旨留保しており³⁵²、もし法廷地国の不正取引慣行に対する規制が強行的適用法規として妥当するのなら、選択された準拠法の排除へと導く。
 - b) ローマ II 規則は準拠法選択において弱い当事者を保護するためのいかなる制度も規定しておらない。

加盟国の不正取引慣行に対する規制にかかわって、より特殊な、限定的問題がある。競争法と不正競争法をつうじた不正取引慣行に対する規制を多くの加盟国は行なっている。ローマ II 規則 6 条は、抵触法ルールに関する特殊なテーマを扱う。その表題が規定するところは、不正競争及び自由競争を制限する行為（Unfair competition and act restricting free competition）」の損害にかかわる準拠法選択問題である。すなわち①不正競争から生じる契約外債務の準拠法、②特定競争者を害する不正競争行為にかかわる準拠法、③競争制限から生じた契約外債務にたいする準拠法、を規定している³⁵³。

- 2-2) ローマ II 規則 6 条は、当事者から準拠法選択の権利を排除する。

不正取引慣行に対する規制が、加盟国の競争法や不正競争法の一部である場合は、準拠法を選択することはもはや認められない。ブリュッセル／フィレンツェ報告書によれば、かかる権利の排除は、当該慣行が市場に影響を与える場合には十分に認められた措置であり（「現実の」反競争的慣行）。

³⁵² ローマ II 規則 16 条は「この規則のいかなる規定も、法廷地法の規定が、当該契約外債務準拠法のいかににかかわらず強行的である場合には、それらの規定の適用を制限しない」と規定する。

³⁵³ ローマ II 規則 6 条の翻訳については前掲註 333 における iv を参照。

この点に関し、以下の二点の問題ある。

第一に、不公正な取引慣行に関するルールを用いることが純粹に個人の損害を生ぜしめる場合には、上記ローマⅡ規則 6 条 2 項の「もっぱら特定の競争者の利益に影響を与える」不正競争行為には、同規則 4 条（損害発生地国の法）を適用することになるという学説上の議論がある³⁵⁴。

第二に、不公正な取引慣行にたいする規制のルールが厳密には競争法ないし不正競争法の一部を構成するものでない加盟国の場合に、ローマⅡ規則 6 条が適用されるのかどうかの問題になる。フランス制限的商慣行法は厳格に競争法の一部ではないことは、上記 3. (1) で述べた破棄院の判決が契約外の債務にかかわる問題としたような事例については、同 6 条の適用を排除する結果を導くことになるのであろうか。当事者による準拠法の選択を排除し、それについて「競争関係又は集団的な消費者利益」又は「市場の競争」にたいする影響（のおそれ）のある国の法の不正競争法ないし競争法を適用する 6 条は、この点について立法による明確化の必要があるとされている³⁵⁵。

(3) 当事者が選択しない若しくはできない場合の準拠法

(しばしば不公正な取引慣行として問題になる慣行について)

1) ローマⅠ規則

1-1) 当事者間に契約が存在するなら、準拠法選択のない場合、ローマⅠ規則によって通常準拠法は特定される。1980 年ローマ条約においては、流通契約のために特定の抵触法ルールは設けられていなかった。同条約のもとで準拠法は、特徴的な給付をなす債務者の常居所法であるという「通常の」ルールが適用されていた。各加盟国は流通契約において「特徴的な給付をなす債務者」である者自身について解釈することになる。その結果は加盟国のそれぞれにより解決はさまざまである。準拠法はある場合は供給業者の主張する法にな

³⁵⁴ See, Legal Framework (前掲註 9 参照), p.87. ローマⅡ規則 6 条の適用されるルールにたいし、単独の当事者にかかわる利益が重要である場合には、当事者が準拠法の選択をすることができる旨法改正をするべきであるとの議論がされている。See, Legal Framework (前掲註 9 参照), p.87.

³⁵⁵ Legal Framework (前掲註 9 参照), p.87.

り、他の場合には流通業者の法になるという不一致を生ぜしめる。

1-2) 流通業者にたいして、ローマ I 規則はその 4 条 1 項 f 号³⁵⁶において準拠法を常居所地国の法であると規定し、ハーモナイズされた解決をはかっている。

しかしなお不確実な点は残るのであり、①もし他国の法が明らかに最密接関係地の状況にある場合には、裁判官は流通業者の法を退けることができる（同規則 4 条 3 項）。②裁判官は法廷地の強行法規を適用するために流通業者の法を退けることができる（同規則 9 条 2 項）。③加盟国のなかには、たとえ契約が存しても、上記の制限的商慣行法の適用をはかる裁判管轄の扱いをしたフランスのように、準拠法選択においても、ローマ I 規則を適用しない国もあるだろう³⁵⁷。

2) ローマ II 規則

2-1) ローマ II 規則は、上記のように契約外債務を規律する（同規則第 1 条）。

さらに、契約が存在するにもかかわらず、契約外債務として特徴づけられる状況、あるいは契約を欠くとみなしうるような状況にあっても、ローマ II 規則は適用可能とされている³⁵⁸。このように、加盟国によってさまざまであり得る当該慣行の置かれた状況によって明らかとなる慣行の特徴によって、準拠法の特定がされる柔軟性がある。

2-1) その慣行がもしある加盟国における不正競争法や競争法によって規制されるのならば、上記ローマ II 規則 6 条が適用される。

その際、準拠法の決定は以下のような決定の規準による。①ある加盟国において競争関係や消費者の集団的な利益が影響を受けるのなら、その国の法が準拠法となる（6 条 1 項）。②もつぱら特定の競争者の利益が影響を受けるのなら、かかる影響の生ずる国の法が準拠法となる（6 条 2 項及び 4 条）。あ

³⁵⁶ 当ローマ I 規則 3 条によって契約に適用される準拠法を選択する当事者自治の例外として、4 条は個別的な契約類型に適用される準拠法を指定している。

³⁵⁷ Legal Framework (前掲註 9 参照), p.87. 前掲註 337 及び 338、さらにその該当本文参照。

³⁵⁸ Legal Framework (前掲註 9 参照), p.88.

る慣行が契約外債務の責任により規制されるのなら、4 条が適用される（同条 2 項による両当事者の共通居住地の法、あるいは同 1 項の損害発生地国の法、同 3 項密接関係地国の法）。

2-3) 当該不正慣行の特徴というものは、つねに単純にローマ II 規則の適用と結びつくわけではない。フランス商法典 L.442-6 条の条項にかかわる特徴について、上記のような問題があった。すなわち、当該不正慣行の特徴により競争法の適用になり（ローマ II 規則 6 条 1 項）、あるいは通常の契約外債務になる（同 4 条）かであろう³⁵⁹。

VI. ブリュッセル/フィレンツェ報告書による分析の結論 及び法政策的勧告

ブリュッセル/フィレンツェ報告書は、サプライチェーンの需要力濫用から生じる不公正な取引慣行の規制について結論的なまとめをおこない、さらに法政策的な勧告をおこなう。濫用の原因及び規制の現状を分析した結論、そして 10 の視点からなされた法政策的な勧告についてその概要を以下に摘示し、問題点の批判をする。

1. ブリュッセル/フィレンツェ報告書の結論

(1) EU 当局がイニシアチブを発揮すべきこと³⁶⁰。

i) EU 加盟 28 カ国において不公正取引慣行に対処する立法と私的規制のアプローチが多様に分化する傾向の顕著であることは、この問題に立向かう政策のイニシアチブを EU 当局がとるべきことを示す。そのイニシアチブによる不公正取引慣行の規制は、公正の問題と長期の効率性の双方の視点、そして長期的な消費者厚生促進にかかわる視点が基礎にすえられるべきとする。この点の報告書の見解は一般的に首肯されよう。

³⁵⁹ Legal Framework (前掲註 9 参照), p.88.前掲註 337 及び 338、さらにその該当本文参照。

³⁶⁰ Legal Framework (前掲註 9 参照), p.114.

ii) 不公正取引慣行の禁止が EU 統合市場の強化に資する。

かかる目標と国内市場取引と欧州域内取引の促進の目標の双方は緩い絆で結ばれている。サプライチェーンを展開するか否かにかかわらず、強い契約当事者は取引関係にある弱い当事者に不公正慣行を課すことは許されないという原則を貫くことが、弱い当事者に国内又は外国市場への参入を促し、越境取引及び投資をみちびく。

(2) 競争法アプローチによる不公正取引慣行の規制は困難である。

前述のように、規制を試みる加盟国は増加するもののそのアプローチは多岐に分かれ体系性を欠くという問題がある。その原因は、以下の二点から分析された。

1) 不公正な契約条項と不公正な取引慣行の区別³⁶¹

契約法上の無効や取消の法律行為の効果論が問題になる古典的な不公正な契約条項と、すぐれて現代的な現象である不公正な取引慣行の境界があいまいな問題がある。多くの不公正契約条項は不公正取引慣行の法にもとづいて無効とされてきた。理論上、支配的地位の濫用を含めて競争法の保護はより定型的に、しかし限定的に可能となる。しかし実務上では、競争法が支配的地位の存在を前提とし、その慣行が市場への影響を、とりわけ消費者厚生への影響を要件とするがゆえに、多くの不公正取引慣行は競争法の規制範囲を超えている。

2) 英国綱領審判官制（競争委員会）の法理論的枠組みにたいする批判

2-1) 報告書はこのように加盟国の規制の問題が競争法アプローチによっては解決困難であるとして、理論上の問題を次に摘示する。なお下記引用文における「双方のあるいはひとつの要件」とは、上記支配的地位及び市場への影響の要件を指す。

³⁶¹ Legal Framework (前掲註 9 参照), p.114.

「もし双方のあるいはひとつの要件に規制が適合しないのなら、例えば当該慣行が消費者に低価格で還元されるとすると、もっと曲芸的な (acrobat) 消費者被害にかかわる理論によらなければ、競争法は適用されないであろう。かかる曲芸的理論とは、中期ないし長期的な期間における製品の多様性が失われるというような理論である。」³⁶²

報告書のかかる指摘について、原文の文意を損なうことなくその法理論的枠組みを整理するならば不公正取引慣行の規制について問題となる点は以下のようになる。

2-2) 報告書の規制の法理論的枠組みの構成 (整理)

- ① 競争法のアプローチによっては、法解釈論的に支配的地位及び市場への影響の要件をクリアーする必要がある。
- ② かかる要件を解釈論的に満たさない場合には、立法論的に (加盟国のありうる法制によって他の方途を解釈論的にとることができる³⁶³) は、以下の規制が可能である。すなわち市場への影響の要件については、消費者への低価格のベネフィットが還元される場合には、不公正取引慣行の供給業者に及ぶ損失は、かかる消費者のベネフィットとなる当事者間のタフな価格引き下げ交渉が妨げられて、結果的に最終消費者にむけた損害が生じる事態が懸念される³⁶⁴。

³⁶² Legal Framework (前掲註 9 参照), p.114.

³⁶³ 本報告書も触れている英国における 2002 年スーパーマーケット行動綱領と 2013 年綱領審判官法は、同国の競争法制のユニークな特徴である「独占付託 (monopoly reference)」と「市場調査 (market investigation)」の制度を規定する 1973 年公正取引法及び 2002 年企業法の解釈と法適用によって、行動綱領の規制が導かれたものである。後掲註 416 参照。

³⁶⁴ 当該慣行が低価格の消費者ベネフィットをもたらす場合に、大規模スーパーと供給業者間の「タフな価格交渉」が妨げられてはならないとの消費者厚生に配慮する見解は、報告書における以下の立場と整合性を保つ必要から、本稿筆者が挿入した。それは、報告書を翻訳した前掲の II.5.の (1) における「(a) 信頼を基礎とする供給業者と小売業者の間における長期的取引関係」と「(b) 介入に対する抑制—当事者間の価格交渉と協調による信頼関係の重視」、及び註 137 の箇所において、消費者利益となる価格引き下げ努力を阻害してはならないとしていた記述による。

- ③ 上記の、消費者のベネフィットに配慮して、供給業者の損失となる不公正な取引慣行の慎重な規制をおこなう場合に、立法論的あるいは（加盟国のありうる法制によっては）解釈論的枠組みから規制が試みられる際の法理論的枠組みは、つぎのものがある。すなわち、多様な製品が消費者に提供されるベネフィットが失われる損失を考慮する中期的、長期的な市場の観察をする視点による。
- ④ 中、長期的な視点において消費者に提供される多様な製品のベネフィットが損なわれる事態には、以下の法理論的枠組みがとられる。不公正な取引慣行が供給業者に及ぼす影響について、製品開発競争を含めた上流市場における供給業者間の競争を当該競争法が規制することである。
- ⑤ 競争法の不公正慣行の規制のアプローチとして、かかる違反行為者たる大規模スーパーの上流市場における供給者段階の製品開発等の競争を問題にすることは、「曲芸的な理論構成」であり、妥当でない³⁶⁵。

2-3) ブリュッセル／フィレンツェ報告書がVI. 1. 2) 章において、不公正取引委慣行の規制にたいし、競争法アプローチが適当でないとしてそれを退けた理由をまとめると、以下のようになる。

- ① 各国競争法は市場力ないし市場支配的地位を要件とし、大規模スーパー等のサプライチェーンの規制では、かかる要件をカバーしない需要力濫用をおこなう事業者の不公正慣行をカバーできない。
- ② また競争法は、短期の視点における低価格による消費者への厚生向上のベネフィットを重視するがゆえに、かかる利益に対立的な特性をもつ供給業者に加えられる不公正慣行の規制になじまない。
- ③ 中、長期的な視点において消費者に多様な製品が提供されるベネフィットについて、それを損なう不公正取引慣行を競争法により立法論的に（加盟国のありうる法制によっては解釈論的枠組みに）よって規制することは、「曲芸的な理論構成」であり、妥当でない。

³⁶⁵ See, Legal Framework (前掲註 9 参照), p.114.

3) 報告書の批判の問題点

3-1) 以上のようにまとめられる競争法アプローチにたいする報告書の批判は、次に列挙する理由から、加盟国の規制にかかわる実情及び EU 競争法性の法理論的基礎の把握、そして「抗争交換モデル」の理論経済学的分析（本稿のⅢで紹介検討した）による成果の両面から、法理論的枠組みの考察として適切でない。

それは、従前の拙稿で論じた 2013 年の英国綱領審判官制度における指定大規模スーパーにたいする新たな競争アプローチの開拓の試みを無視するものであり適切でない。

3-2) 第一に、濫用行為者の市場力ないし市場支配的地位のテストは、需要力の場合、「市場支配的な」違反行為者たる大規模スーパーの回避可能性（取引先依存度にかかわる従属性）のテストを要することを意味する。

この点につき上記英国の綱領審判官制の規制では、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をとるものではなかった。また市場支配力の認定を要するとしたものでもなかった。しかし、英国の競争法制の固有な「市場調査」の規定のもとで、濫用行為者について「指定」大規模スーパーの認定がされ、その相手方である供給業者について、不公正慣行にはその取引先選択に阻害的影響がおよぶ一般的特徴が明らかにされた。またその影響は「競争の歪曲」にかかる競争法の実体規定の要件もカバーする³⁶⁶。

3-3) 第二に、製品開発と品質改善競争を促して中期、長期の視点で消費者の商品選択の範囲を広げる不公正慣行の規制は、消費者利益の保護（短期的な消費者利益）を競争法の第一義的、究極の利益とするものでない法目的の構成がありうる。

すなわち低価格のベネフィットを重視した、消費者厚生 of 極大化規準によった経済学的アプローチと異なり、競争過程の保護を第一の競争法の目的とする立場である。

³⁶⁶ 拙稿、新展開、52 頁以下（Ⅱ, 1, 1), 1-1), i), c)), 190 頁以下（Ⅴ, 2, 5), 5-3)), 196 頁以下（Ⅴ, 2, 5), 6-2)) 参照。

これによれば、大規模スーパーの上流市場に位置する供給業者の競争機能を保護する、競争歪曲の禁止が優先される理論構成になる。またこの立場では消費者利益を短期的に保護する低価格競争重視の目的は、競争過程の保護の第一義目的に優先されることになる。さらにまた供給業者の競争機能を保護して、消費者の商品選択の幅を広げるベネフィット(長期的な消費者利益)も競争過程保護の上記目的から間接的にもたらされる市場成果となる³⁶⁷。

- 3-4) 第三に、商品選択にかかわる消費者の利益を長期の視点で保護するため、供給業者段階の市場における競争の歪曲を競争法が規制するアプローチは、英国の綱領審判官制度が採用する理論構成であった。この理論構成について「曲芸的な理論構成」と非難する報告書は、以下の問題がある。
- 3-5) 前掲の「(1) 小売チェーンにおける不公正な取引慣行の経済学」において、報告書はゲーム理論の成果を包括的に摂取して、「市場の失敗」という包括的命題のもとに「交渉にもとづく合意よりも好都合な代替的取引先」の指標、関係特殊投資及び供給量にかかわる従属性と取引転換コスト、ホールドアップ等の問題を大規模スーパーと供給業者間の不公正取引慣行について適用し、広く検討をくわえた。
- 3-6) その理論的分析は、エージェンシー・ゲームの理論に即して不公正取引慣行から生ずるリスク負担と不確実性が問題とされた。将来にわたる機会主義的行動の恐れから、供給業者が関係特殊投資を控える点に、その問題を生む

³⁶⁷ i) 短期の消費者厚生を極大化モデルを競争法の第一義的な法目標とするアプローチの問題点は、従前の拙稿において、供給業者段階における市場競争の歪曲を是正することが優先されるべきであり、またかかる最終消費者価格に不公正慣行の利得が還元される結果をもって規制を抑制する見解の法理論上及び執行上の問題性からすでに論じた。
拙稿、新展開、75頁以下(Ⅲ, 1. (2), 3), 3-3), i)), 112頁以下(Ⅳ, 2, 2), 2-3))
(英国競争委員会は、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)。

ii) 需要力濫用規制において、上流の購買市場で得た利得を消費者に還元する結果を違法性判断規準にすえる消費者厚生極大化を目指すモデル思考のアプローチの問題性は、すでに拙稿において繰り返しその問題性を指摘した。
参照、拙稿・ドイツ酪農乳業(前掲註7参照)103から104頁、拙稿・規制理論(前掲註7参照)・高千穂論叢47巻4号29頁以下。

原因が指摘された。この点から、当事者間における信頼性の回復をはかり、協力的なゲームの関係を回復するために、かかるリスク負担と不確実性を縮減する方策が求められる。それは、機会主義的行動にかかわる将来の選択肢や可能性を排除する当事者間の「コミットメント」になる。

- 3-7) 以上をまとめると、信頼を基礎とする供給業者と大規模スーパー間における長期の取引関係（の回復）が重視される特徴がある³⁶⁸。
- 3-8) このような限定的な合理性の制約を受けた当事者にたいし、コミットメントにより市場機能を回復し協調的な利潤極大化行動を復活させる企図を有する報告書は、大規模スーパーと供給業者の関係について、不公正取引慣行と恐れの一因として問題になるコンフリクトの要素をとらえていない。すなわち、その当事者がコンフリクトによってかかえるリスクとコスト負担にかかわる不確実性の評価において、十分でない問題がある。以下この点を敷衍して説明する。

この取引当事者間のコンフリクトの一因は、以下の第一と第二の関係性において問題になる。

- 3-9) 第一の関係性は、大規模スーパーが供給業者の商品とサービスの販売者としてその販売促進にかかわる協力要請を恒常的に行なう場面である。供給業者の商品／サービスの販売増となる販売促進活動と一定の協力要請は、適正な慣行とみなされる。不公正慣行となる、過度な要請や販売増にならない

³⁶⁸ i) 「恐れの一因」の分析についても、暗黙の協調を強いる閉鎖的な当事者間の「おきて」について、同じ問題が指摘される。

ii) その「おきて」を報復的な取引停止を回避する弱い当事者の服従の事態に応用していることは、協調解のゲーム理論の理解が基礎になっている。それは違反行為に服していても弱い供給業者は、取引の離脱をしない利益を協調解の枠組みからとらえているからである。

iii) それでは、報告書がホールドアップを不公正慣行の原因分析で重視する点は、協調解のゲーム理論の枠組みを超えるスタンスを示すものであろうか。ホールドアップ関係に陥った供給業者に機会主義的な搾取が大規模スーパーによりおこなわれる（報告書はこの点を認める）。

iv) しかし機会主義的な濫用も、取引主体の属性を問題にするならば、不公正慣行の実際で生ずる影響評価に十分とはみなされない。すなわち限定合理性の制約下にある取引主体が前提にされる結果、買い手／供給業者間の将来的な利潤極大を脅かす力の行使は問題にされていないと考えられる。

スーパー固有の利益確保にでた協力要請は、コンフリクトを生ぜしめる。

ここで後述の抗争交換による取引モデルに依拠したコンフリクト問題を不公正慣行に当てはめると、大規模スーパーは供給業者にたいし制裁と監視を通じ協力努力の引上げを迫る想定がされる。

- 3-10) 抗争交換理論においては、かかる協力レベルの継続的な引き上げとなる圧迫行使(監視と制裁)は、スーパーの個別当事者としての利益獲得の動機(意欲)が根底にあるとされる。したがって、その獲得利益の中立性にかかわる想定、例えば共同利潤極大化といった取引対象の属性把握が退けられる。
- 3-11) 第二の関係性は、市場における競争圧力の高まりという当事者にとっての外生的要因の場合である。この場合も、その要因の帰結である協力レベルの引き上げからの利得は中立的とはみなされない(行為主体による意欲、監視と制裁の過程からそのように判断される)。すなわち、大規模スーパー間の販売競争の高まりからする販売促進の協力要請が供給業者にたいする協賛金要求としておこなわれる問題である(実例は後掲Ⅲ. 2. (7) の 1-2) における i に掲げた英国の「価格戦争」になる)。
- 3-12) 抗争交換理論の取引モデルは、コンフリクトと市場競争との融合的把握を特徴とする。その点からは、かかる協賛金要求の利得は、市場競争という外生的要因を原因の一つとしても、双方当事者間のコンフリクトを基礎とする。このことから、大規模スーパーの個別的利益獲得という取引対象の属性は見逃されない(各当事者の獲得利益の中立性の否定)。したがって、次の不公正慣行としての法政策的含意が導かれる。
- 3-13) それは、以上のようなコンフリクトの関係から供給業者は取引における「過剰なリスクと予期せぬコスト負担」(英国競争委員会 2000 年及び 2008 年報告書)をこうむる地位に在ることである。この一連の経緯を報告書の協調解のゲーム理論モデルにもとづく法政策的評価はとらえていない。さらに、以下の問題もかかえている。
- すなわち、大規模スーパーの協力引上げ要求は、多様な制裁と監視のメカニズムに担保されており、かかるコンフリクトの状況下にある供給業者は、中、長期の視点においてその市場における競争の歪曲にさらされるおそれがある。

その競争の歪曲は投資とイノベーションの低下から、製品や品質改善において負の効果を導き、下流市場の消費者へも悪影響をおよぼすだろう。

3-14) 以上から、かかる供給業者の市場へおよぶ負の効果をみておらない報告書による英国の制度にたいする批判は問題があると考えられる。

2. ブリュッセル/フィレンツェ報告書の勧告

(1) 勧告#1；政策問題の明確化

本報告書は、欧州委員会及び域内市場総局の両機関にたいし提出された。かかる両機関が、EU におけるこの分野における事後の展開をリードする役割を担う。この点から重要な課題は、影響評価の局面で鍵となる法政策問題の特定と明確化である。報告書は、かかる特定については政策上問題になる事業分野をあげ、明確化については政策分野にかかわり経済学的分析の成果を示した。すなわち、不公正な取引慣行の規制につき法制策的に勧告が必要とされる特定分野は小売チェーンであり、市場の失敗を原因とした経済学的な分析の明確化をするほかに、規制の失敗による政策問題の明確化もおこなっている。

1) 市場の失敗

小売りチェーンの不公正な取引慣行がいくつかの形態の市場の失敗から生じていることについて、重要とされる理由があげられている。それらは取引コスト、情報の非対称性、戦略的行動そして交渉力の蓄積の問題であった³⁶⁹。これらは異なる態様において、異なる部門、異なる製品そしてさまざまな国あるいは種々の部門でも生じている。

2) 規制の失敗

標記の問題にかかわってその原因は、加盟国のおこなう立法が極端に断片化していることが挙げられる。

³⁶⁹ Legal Framework (前掲註 9 参照), p.117.

2-1) この点については、先ず不公正な取引慣行の類型化を如何におこなうか、契約の締結プロセスに即して、グループ分けをして、問題となる慣行が具体的に特定される³⁷⁰。

³⁷⁰ Legal Framework (前掲註 9 参照), p.117.

- i) 公的及び私的規制の全般をつうじて、加盟国が不公正な取引慣行をいかに規律しているかにつき、その規律対象となる慣行の種類が問題になる。報告書は①契約締結前の交渉及び契約条件の形成過程における慣行のグループ、②契約の履行時期及び条件の決定にかかわるグループ、③契約の履行過程におけるグループ、④契約の終了後に問題になる 4 グループの区分から調査をおこない、違反とされる慣行の種類を明らかにした。報告書のいうように、EU 加盟国の不公正取引慣行の規制は国ごとに、細分化している。
- ii) 報告書の調査よれば、上記 4 グループに属する具体的な不公正慣行は次のようなものになる。
 - ①契約締結前の交渉及び契約条件の形成過程における慣行（契約前行動）
 - ・ 重要情報の不提供
 - ・ 誤認的な宣伝行為又は情報
 - ・ 攻撃的な取引行為
 - ・ 差別行為
 - ・ 交渉拒絶
 - ・ 交渉力の濫用
 - ・ 不当な交渉打ち切り
 - ・ 書面契約の欠如
 - ・ 契約申し込みにおける明確性の欠如
 - ②契約の履行時期及び条件の決定にかかわる慣行（契約条件の決定）
 - ・ 供給に際し料金の提供を条件とする慣行
 - ・ 不当／過剰なコストを課す条件（例；棚代、供給業者の求めないサービスに料金を要求）
 - ・ 不当なリスクの賦課又は移転となる条件（万引きによるコスト負担の要求）
 - ・ 買い手側の責任免除（Liability disclaimers）
 - ・ 排他条件の拘束
 - ・ 非競争条項
 - ・ 不透明又は異常な契約違反による罰金
 - ・ 不当価格条件（例；コスト割れ販売、不当廉売政策、非現実的な販売目標の設定）
 - ・ 不当な支払い条件（例；長期の支払い遅延、支払遅延時のペナルティ排除）
 - ・ 一方な契約内容の修正条項
 - ③契約の履行過程におけるグループ（契約上の義務又は条項の強制）
 - ・ 相手方の秘密情報の不当な利用
 - ・ チェーン内における差別行為
 - ・ 債券侵害行為（Tortuous interference）
 - ・ 不当な取引停止

2-2) 次に、問題とされる不公正取引慣行の選択の問題がある。欧州委員会がそのグリーンペーパーで提示した選択及び分類と、ブリュッセル／フィレンツェ報告書調査によった選択からの慣行の区分は異なる結果を導くものであった³⁷¹。報告書は、問題行為をより細分化し、恐れの原因に対処した選択と区分になっている³⁷²。

- ・経済的従属性の濫用
 - ④ 契約の終了後に問題になる慣行（契約終了後の行動）
 - ・契約終了後における相手方の秘密情報の不当な利用
 - ・契約終了後における競業避止義務の実行
 - iii) 以上の類型化を前提にして、報告書は EU 加盟 28 개국について、不公正慣行の類型別規制状況を私的規制と公的立法について、採用する国の多寡をグラフで示している。本稿後掲のグラフ 2「加盟 28 개국の選択的不公正慣行をカバーする立法と私的規制のタイプ」参照。Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 105, Figure 3.
- ³⁷¹ その結果は、欧州委員会のグリーンペーパーによる慣行の分類とは異なるものとなっている。下記の表 5 を参照。

表 5：報告書の分析によりとらえられた不公正慣行の例と欧州委員会グリーンペーパーによる不正な取引慣行の種類 Legal Framework, p.101, Table 7, &11.

| グリーンペーパーによる不公正慣行の区分 | 報告書調査によった選択からの慣行の区分 |
|---------------------|--------------------------------|
| (1)曖昧な契約条項 | ①契約申し込みにおける明確性の欠如 |
| (2)契約の書面化の欠如 | ②契約の書面化の欠如 |
| (3)濫及的な契約変更 | ③経済的従属性の濫用* |
| (4)商業的リスクの不当な移転 | ④責任の免除 (Liability disclaimers) |
| | ⑤一方的な契約内容の修正条項 |
| | ⑥非合理的なリスク賦課又は移転となる契約条件 |
| (5)相手方情報の不当な利用 | ⑦相手方の秘密情報の不当な利用 |
| | ⑧契約終了後における不当な相手方の秘密情報の利用 |
| (6)取引関係の不当な終了 | ⑨交渉の不当打ち切り |
| | ⑩不当な取引停止 |
| | ⑪交渉拒絶 |

* 経済的従属性の濫用はグリーンペーパーに含まれる他の不公正慣行、例えば取引上のリスクの不当な移転や契約期間を通じた相手方情報の不当利用のようなものを含む。

³⁷² 報告書の分析と欧州委員会グリーンペーパーの分類とを比較した結果は、以下の点特徴的である（前掲註 371 参照）。

さらに、このような本報告の検討結果に照らし合わせて、規制のハーモナイゼーションの観点から、加盟国間における個別の慣行の規制状況を検討するならば、統一性を欠いている状況は明らかである。加盟国により不公正な取引慣行のいかなる類型を規制するかはさまざまであり、結果としてEUレベルで不公正な取引慣行をカバーする範囲は、各類型でその多寡がさまざまになった。

以下のグラフ2は、不公正取引慣行の類型別の規制範囲を、私的な規制の態様の種別とともに図示したものである。

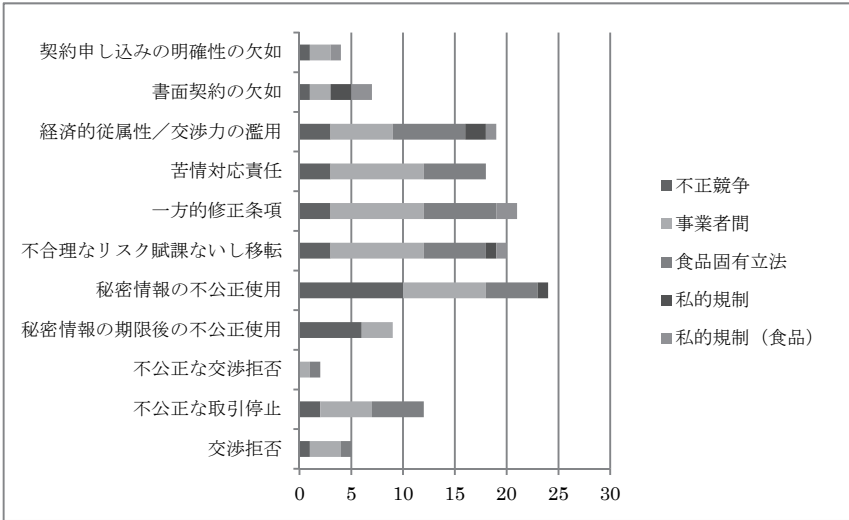
-
- i) 本報告書の①契約申し込みにおける明確性の欠如と、グリーンペーパーの(1)曖昧な契約条項、そして(2)契約の書面化の欠如は、規定内容はほぼ同じといえようが、本報告書の①契約申し込みにおける明確性の欠如の定義は、より幅広い概念内容により、契約締結過程の適正な意思の明確化をはかる意図がうかがわれる。
 - ii) グリーンペーパーの規定する定義の曖昧さを払しょくし、より明確化がこころみられる特徴がある。すなわち、(4)の商業的リスクの不当な移転というグリーンペーパーの中核的な規制領域について、例えば本来、流通業者がそのリスク負担をするべきであるような、万引き等による商品コストの負担にかかわる転嫁を個別項目で明示的に規制した(報告書では④責任の免除)。また報告書⑤の「一方的な契約内容の修正条項」も、あらかじめ合意によらない遡及的な内容の変更条項を契約において規定することを明確に禁じた意味がある。同じことはグリーンペーパーの「(5)相手方情報の不当な利用」について、報告書が⑧で契約終了後の違反を個別に明確化した意味についても指摘できる。
 - iii) 最後にグリーンペーパーの「(6)取引関係の不当な終了」の定義が、上記のように契約の締結と履行の過程に即した禁止規定の三分割によって細分化と明確化された(報告書の⑨から⑪)。それは、契約交渉の事前及びその過程、そして事後においても強い当事者にたいし取引停止にかかわる理由の明示を求める報告書の意図と考えられる。

この意図は、強い契約当事者に慎重な交渉と取引打ち切りの検討をなすよう配慮を促すものである。この配慮は、取引停止の威嚇的效果による「恐れの高潮」を防止する企図によるものである。

- iv) さらに、本報告書の結論となる勧告#4において、この威嚇的效果による「恐れの高潮」がもつ政策上の問題が言及されている。すなわち、不公正な取引慣行の具体的行為と合わせて、弱い契約当事者から「レント」を追求する結果を可能とすることである。恐れの高潮の抑止策の一環として、規定の細分化をはかったものと考えられる。

なお、ここでは、かかる恐れの高潮の要因の指摘とレントの関連の分析は十分でない点の批判をおこなった。参照、本稿後掲、「(4) 勧告#4 ; 「恐れの高潮」に対処せよ」。

グラフ 2；加盟 28 か国の選択的不公正慣行をカバーする立法と私的規制のタイプ*



* Legal Framework, p.105, Figure 3

2-3) 加盟国別にみて国家立法によって小売業部門と食品部門とで選択的な不公正取引慣行を規制する数がどの範囲にあるかを報告書が調査している。

それによると国家立法による小売業部門にたいする規制を欠く状況にある国は、デンマーク、アイルランド、ルクセンブルク、マルタ、オランダ、スウェーデン、ベルギー、エストニア、チェコ共和国そして英国の 10 カ国である。また、スロヴェニア、スロヴァキア、ポーランド、フィンランドそしてブルガリアは、この点について非常に限られたカバーのレベルになる。

食品部門においては、状況は若干異なっている。不公正取引慣行にたいする規制を選択的な類型であっても採用しない国は 8 か国である(デンマーク、アイルランド、ルクセンブルク、マルタ、オランダ、スウェーデン、ベルギーそしてエストニア)。またポーランド、フィンランド及びベルギーは非常に選択の幅が限定された規制となる。

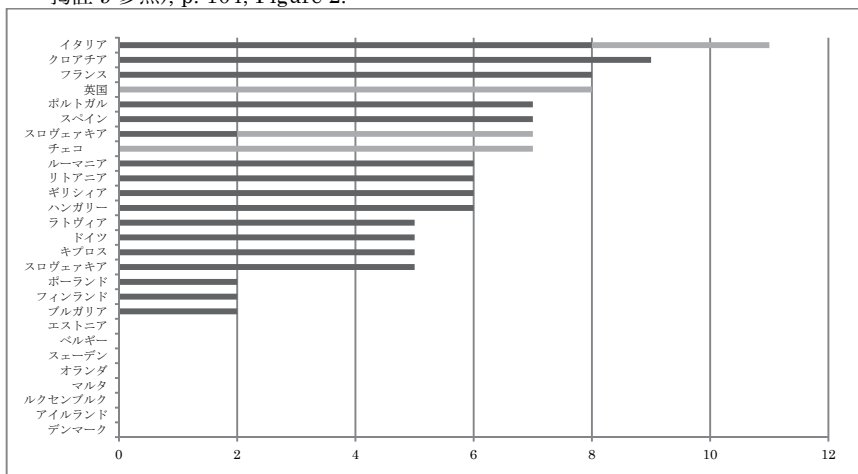
以上はグラフ 3 に示されている³⁷³。

- 2-4) 規制の失敗は、エンフォースメントの制度に種々の問題を生ぜしめる。例えば、国家によるエンフォースメントの間で協調を欠いている事態が問題である。それは、越境的サプライチェーンによる不正な取引慣行について、公的エンフォースメントと私的エンフォースメントの不十分な混合がエンフォースメントの欠陥を生み、また整合を欠く事態を招く³⁷⁴。
- 2-5) 事業者間の不正な取引慣行の規制は、包括的に不正慣行の規律をおこなうこと、及び「恐れ」の要因」にいかに対処するかはその実効性はかかっている。

この点について、下記表 6 は、先ず小売部門において、不正な取引慣行の類型数を規制する割合と公的なエンフォースメントの有無、違反行為の秘密申し立てシステムによって、取引停止の威嚇を防止する一連の手立てが整備されているかを示したものである。

そのうち、前提的に、問題行為のカバー範囲の問題がある。11 の選択的な不正慣行のグループ（上掲 2-2 における脚註 371 表 5 の「報告書の分析に

³⁷³ グラフ 3；国家立法による小売業と食品部門について、選択的不公正取引慣行をカバーする範囲；濃色は一般／小売部門、淡色は食品部門のみ。Legal Framework（前掲註 9 参照），p. 104, Figure 2.



³⁷⁴ Legal Framework（前掲註 9 参照），p.117-118.

よりとらえられた不公正慣行の例」を参照) について、加盟国の執行機関によりエンフォースメントされうる割合を示した。その表の「非常に高い」は、中核となる不公正慣行の少なくとも 75%超の場合である。「高い」は 50 から 75%の間であり、「中位」はすべての不公正慣行の 25 から 50%のあいだ、そして「限定的」な法的システムでは、25%以下となる³⁷⁵。

その表 6 によれば、かかる規制対象の類型数値が高く、公的なエンフォースメントにより秘密の申告を認める制度が備えられているのはクロアチアとフランスであり、他方これらの整備状況のレベルが低い国は、ハンガリー、リトアニア、ドイツ、ラトヴィアそしてスロヴェニアである。

報告書では、上記の公的規制にたいし、私的規制の数値を取り入れても分析の結果には大きな変更はない。すなわち不公正取引慣行のカバー範囲を増す国というのは、エストニア及びベルギーが 4 慣行、スロヴェニアが 3 慣行そしてクロアチアが 1 慣行を私的規制によりカバーしている³⁷⁶。そして 2 か国が不公正な取引慣行の広い範囲をカバーしている。そのエストニアによる拡張の 4 類型とは、書面契約の欠如、不合理なリスク移転の条件、不公正な相手方の秘密情報の利用そして交渉拒否である。クロアチアは私的規制が書面契約の欠如を規制する³⁷⁷。

次に表 6 の食品部門については、不公正慣行の中核的な慣行をカバーする割合が高い国で、公的執行の調査をおこない、秘密の申立てを認めて恐れの原因に対処している国は、クロアチア、チェコ共和国、フランス、ハンガリー、リトアニア、スペインそして英国の 6 か国である。イタリアは問題行為のカバー範囲は非常に高いが、秘密の申告は認めておらない。

³⁷⁵ Legal Framework (前掲註 9 参照), p.112. この表が示すように、食品部門については、イタリア、クロアチア、フランス、英国、チェコ、ポルトガルそしてスペインは不公正取引慣行のカバー範囲が最も包括的である (なお、イタリアは秘密申告制度を欠いている差異は残る)。小売業部門に視野を広げると、カバー範囲が広いのは、オーストリア、クロアチア、フランス、ハンガリー、リトアニアである。

³⁷⁶ Legal Framework (前掲註 9 参照), p.113.

³⁷⁷ Legal Framework (前掲註 9 参照), p.111-2

表6 エンフォースメントにかかわる執行当局の特徴（小売業及び食品部門別）；執行当局の種別、公的調査及び違反行為の秘密申立ての可能性

Legal Framework（前掲註9参照）， p.17, 109, 111&113, Table10, 12&13.

| 加盟国 | 執行当局 小売業 | 中核的な慣行をカバーする割合 | 公的な調査 | 秘密の申立て | 食品執行当局 | 食品中核的な慣行をカバーする割合 | 食品公的執行の調査 | 食品秘密の申立て |
|--------|-------------|----------------|-------|--------|--|------------------|-----------|----------------------|
| オーストリア | 競争当局(国) | 高い | 無 | 不可 | 競争当局(国) | 高い | 無 | 不可 |
| ブルガリア | 競争当局(国) | 限定的 | 有 | 不可 | 競争当局(国) | 限定的 | 有 | 不可 |
| クロアチア | 州調査官 | 非常に高い | 有 | 可能 | 州調査官 | 非常に高い | 有 | 可 |
| キプロス | 競争当局(国) | 中位 | 無 | 可能 | 競争当局(国) | 中位 | 無 | 可 |
| チェコ共和国 | — | — | — | — | 競争当局(国) | 高い | 有 | 可 |
| フランス | DGCCRF*1 | 高い | 有 | 可能 | DGCCRF | 高い | 有 | 可 |
| ドイツ | 競争当局(国) | 中位 | 有 | 可能 | 競争当局(国) | 中位 | 有 | 可 |
| ハンガリー | 競争当局(国) | 高い | 有 | 可能 | NEBH*2 | 高い | 有 | 可 |
| イタリア | — | — | — | — | 競争当局(国) | 非常に高い | 有 | 不可 |
| ラトヴィア | 競争当局(国) | 中位 | 有 | 可能 | 競争当局(国) | 中位 | 有 | 可 |
| リトアニア | 競争当局(国) | 高い | 有 | 可能 | 競争当局(国) | 高い | 有 | 可 |
| ポルトガル | ASAE*3 | 高い | 有 | 不可 | ASAE | 高い | 有 | 不可 |
| ルーマニア | 競争当局(国) | 高い | 無 | 不可 | 全国消費者保護局及び財務省 | 高い | 有 | 不可 |
| スロヴァキア | — | — | — | — | 農業省 | 中位 | 有 | 不可 |
| スロヴェニア | 市場調査官 | 中位 | 有 | 可能 | 市場調査官 | 中位 | 有 | 可 |
| スペイン | — | — | — | — | 総務省 (Administration General del Estado) | 高い | 有 | 可 |
| 英国 | — | — | — | — | 食品雑貨綱領審判官 | 高い | 有 | 可(しかしこの場合制裁金賦課はできない) |
| 総計 | 12 | | 9 | 8 | 17 | | 15 | 11 |

*1:DGCCRF は、競争・消費者問題・詐欺防止総局(Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes) を指す。DGCCRF は、経済

財務省の内局で、社会連帯経済・消費者問題担当相を長として策定される消費者政策の実施機関である。所管は、①市場競争の規制、②消費者の経済的保護、そして③消費者の安全を担当する。DGCCRF は、フランスにおける消費者行政の中心的機関である。以上の記述については、消費者庁の HP から、ホーム > 消費者政策 > 海外主要国における消費者政策体制等に関する総合的調査目次を参照。

*2；NÉBiH は、国家食品チェーン安全局（the National Food Chain Safety Office; NFCSO）をさすハンガリーの政府部局である。NÉBiH は、農業経営活動に関連する問題を扱う中央農業局（CAO）と、食品安全局が 2012 年 3 月統合されて、商品チェーンの安全性の監督にかかわるすべての側面をなう単一の部局として設立された。ハンガリーの NÉBiH による <https://www.nebih.gov.hu/en/>の英文による紹介ページを参照した

*3 はポルトガル食品及び経済安全局 Portuguese Authority for Food and Economic Security (ASAE) を指す。食品及び食品外の商品部門における経済活動の監視と法的ルールの順守を監督する。違反にたいしポルトガル競争当局が制裁を課し、合わせて民事賠償も課される。ASAE は 2013 年個別制限的取引慣行法（Decree-Law n^o 166/2013 of 27 December on individual restrictive trade practices）により、不公正取引慣行の規制も行う。Legal Framework（前掲註 9 参照），p.76.

3) 市場の失敗／規制の失敗の原因

このような市場の失敗と規制の失敗について主要な原因は何か。報告書の考え方では、それは小売チェーンのグローバリゼーションと集中の進展、小売市場における価格競争の高まりといった要因が、チェーンにおける最も弱い当事者に不公正な取引慣行を負わせる状況を生み出している³⁷⁸。

この点をさらに詳しく加盟国の状況について観察すると、以下の点が考慮されるべきとする³⁷⁹。

- ① 不公正な取引慣行は、それが引き続いて重大な裁判上の訴訟とならない結果により違反のおこなわれていない事態を意味しない。多くの加盟国でこの問題に対処する法的ルールの整備を試みていることは、政策上の問題とされるべきことを示す。
- ② 契約上の交渉力にかかわるアンバランスが製品に固有な理由から、ローカルな状況で生じている。
- ③ 契約上の交渉力にかかわるアンバランスは、もっぱら反トラストの市場支

³⁷⁸ Legal Framework（前掲註 9 参照），p.118.

³⁷⁹ Legal Framework（前掲註 9 参照），p.118

配的な条件によるのではとらえることの難しい以下の事情によって生じる。

- ・取引関係からの退出コストが非常に高い。当事者の一方が殊に高い関係特
殊的投資を負う、あるいは長期の関係に入ることによって高いものとなる。
- ・契約当事者の他方の販売について、その実質的な部分を買っている。
技術やノウハウのような要因によって、特定の反対当事者にかわる代替的
取引先は現実的に存しない。
- ・相手方当事者にたいしての情報の優越性をもつ。取引相手にたいする特定
の優位を導き、そして取引相手にリスクを移転することで、情報力をもつ
当事者の有利に締結前の契約条項を変更する。
- ・契約の不完備性。プレーヤーの能力のため、契約のすべての条項について
その内容を十分に交渉することが困難であり、さらに当事者の一方がみず
からの有利のために契約の不完全さを搾取的に利用することができる。そ
の結果弱い当事者は、みずから一方的に損失の穴埋めを強いられる。結果
的に損失が継続する。欧州委員会のグリーンペーパーで指摘されているが、
不公正取引慣行の多くは方当事者の有利に契約のバランスを傾ける契約
の不完全さ³⁸⁰の状況に関係する。

(2) 勧告#2；EU 競争法は不公正取引慣行の規制手段として十分ではない。

欧州機能条約 102 条は、製品ないし地理的な関連市場における支配的地位を要件とする。多くの加盟国が、かかる要件について取引関係の相手方当事者をみたく条件に関し、不公正慣行をおこなう事業はそれをクリアするものでないとする。小売部門におけるわずかの小売業者や流通業者のみがその支配的地位にあるにすぎない³⁸¹。

(3) 勧告#3；EU 加盟 28 カ国の法的ルールとアプローチの断片化に対処せよ。

下記の「表 7－法分野ごとの、本報告の目的から検討される立法」で示したように、加盟国の不公正取引慣行の規制のための立法は多様になされている。

³⁸⁰ 前掲 II. 1. (3) 4) における 4-1) 及び 4-2) を参照。

³⁸¹ Legal Framework (前掲註 7 参照), p.119.

表 7—法分野ごとの、本報告の目的から検討される立法

| EU28 各国 | 立法／私的規制の枠組み | 類型* |
|---------|---|-------|
| オーストリア | 競争法 | CL |
| | 1984 年不正競争防止法 (Nr. 448) | UC |
| | 1977 年地方供給法 (Nr. 392) | B2B |
| | 2010 年 4 月 6 日市場慣行と消費者保護の関係法 | O |
| ベルギー | 経済競争保護法 (2006 年 9 月 15 日) 2010 年 4 月 6 日市場慣行と消費者保護の関係法(2010 年 4 月 12 日ベルギー施行), 95-99 条 | |
| ブルガリア | 2008 年競争保護法 (Nr. 102) | CL/UC |
| クロアチア | 取引法 (Nr. 87/08, 96/08, 116/08, 76/09, 114/11, 68/13) | B2B |
| | 宣伝広告禁止法 (Nr. 43/09) | B2B |
| | 融資及び破産前和解法 Nr. 108/12, 114/12, 81/13 | B2B |
| | 債務関係法, Nr. 35/05, 41/08, 125/11 | O |
| キプロス | 1991 年法 第 513 号 いわゆる「商法典」44-55 条 | CL |
| | 2000 年誤認誘導及び比較広告管理法 (Nr. 92(D)/2000) | B2B |
| チェコ共和国 | 1991 年法 第 513 号 いわゆる「商法典」44-55 条 | UC |
| | 2009 年法 第 395 号 いわゆる「農産物及び食品販売における重大な市場力及び濫用法」 | FD |
| | いわゆる「廃棄法にかかわる民法典」2012 年法 第 89 号, 1964 年法 第 40 号 | O |
| デンマーク | デンマーク市場慣行法, 統一法 No. 58/2012, 1 条及び 3 条 | O |
| | 1996 年デンマーク契約法 (781/1996) | O |
| エストニア | 広告宣伝法 | B2B |
| | 2001 年債務法 | O |
| | 2002 年民法典総論 86 条 | O |
| フィンランド | 1978 年不公正取引慣行 (ビジネス) (法 第 1061 号) | UC |
| | 1993 年事業者間契約法不公正条項 (法 第 10623 号) | B2B |
| | 契約法 (Nr. 228/1929) | O |

| | | |
|---|---|-------|
| フランス | 商法典 L. 420-2 al. 2 (経済的従属性の濫用) | CL |
| | 1804年民法典 1382-1383 条 | UC |
| | 商法典 L. 330-3 (流通, フランチャイズ, 代理店) | B2B |
| | 商法典 L. 441-3 (送り状、内容及び詳細情報) | B2B |
| | 商法典 L. 441-6 (事業者間販売契約) | B2B |
| | 商法典 L. 441-7 (供給業者と小売業者間販売契約ないし製品製造業者と小売業者間における販売/供給契約、契約終了の形式要件) | B2B |
| | 商法典 L. 442-2 (コスト割れ販売) | B2B |
| | 商法典 L. 442-5 (再販売価格下限) | B2B |
| | 商法典 L. 442-6, titre IV, livre IV (制限的慣行) | B2B |
| | 2010年7月27日農業漁業現代化法 (2010年; 農産物について) | FD |
| | 消費者法 L. 120-1, L. 121-1 I 条 III 条 (不公正な商取引法) | O |
| ドイツ | 民法典 1134 条 (契約自由の原則「適法に形成された合意は、それを行なった者に対しては、法律に代わる」; 契約上の誠実), 1137 条 & 1147 条 & 1150 条 (契約上の義務及び契約上の責任) | O |
| | 競争制限禁止法, (BGBI I, 1081) | CL |
| | 2004年不正競争法 (BGBI I, 1414 ff.) | UC |
| ギリシャ | 1896年ドイツ民法典 (RGrB, 195) | O |
| | 1914年の「不正競争に関する」法 (Nr. 146) | UC |
| ハンガリー | 1994年の「消費者保護に関する」法 (Nr. 2251) | O |
| | 1996年不正及び制限的市場商慣行禁止法 (法 L VII) | CL/UC |
| | 2005年取引法 (法 CLXIV) | B2B |
| | 2008年ビジネス宣伝広告活動に関する重要条件及び制限 (法 XLVIII) | B2B |
| | 2009年農産物食品供給業者にたいする不公正流通行動禁止法 (法 XCV) | FD |
| アイルランド | 1959年ハンガリー共和国民法典 (法IV) | O |
| | 2012年 EC 規則 (商取引における支払い遅延) (S. I. No. 580/2012)、2013年 EC 規則 (S.I. No. 74/2013) (商取引における支払い遅延) によって改正 | B2B |
| | 1893年商品販売法 (1980年商品販売役務提供法により部分改正 (法 16)、及び 1995年消費者与信法 (法 24)、12条から 15.条 | O |
| 2007年 EU 誤認誘導及び比較販売促進活動通信規則 (S.I. No. 774/2007) | O | |

| | | |
|---------|---|-------|
| イタリア | 1942年イタリア民法典 2598条（不正競争行為） | UC |
| | 1998年6月18日法（Nr. 192）9条（製造活動における下請け関係に関する） | B2B |
| | 2002年10月9日政令（Nr. 231），EC支払い遅延指令（2000/35）7条の国内法令転換 | B2B |
| | 2004年5月6日法（Nr. 129），「商業的属性に関する」（フランチャイズ）6条 | B2B |
| | 誤認誘導、宣伝広告に関する2007年8月2日政令（Nr. 145） | B2B |
| | 2012年1月24日政令（Nr. 1），2012年3月24日法27（農産物及び農業食品分野における事業者間商取引に関する）62条により法律転換 | FD |
| | イタリア民法典，1341条から1342条（不公正モデル契約条項） | O |
| ラトヴィア | 政令（2005年9月6日）（Nr. 206）（消費者法），18条から27条 | O |
| | 2008年競争法13条1項，13条2項及び18条，小売業者によるADPに対する特別規定含む | RT |
| リトアニア | 1999年リトアニア共和国競争法（Nr. 30-856） | UC |
| | 2000年リトアニア共和国広告宣伝法（Nr. 64-1937） | B2B |
| | 2003年リトアニア共和国商取引支払い遅延防止法（法123-5571）9条 | B2B |
| | 2009年リトアニア共和国小売業不公正慣行禁止法（Nr. 1-31） | RT |
| | 2000年リトアニア共和国民法（Nr. 74-2262） | O |
| ルクセンブルク | 2002年不正競争防止及び商慣行法 | UC |
| マルタ | 商法典第III節（競争の限界）から第II説まで（Chapter 13 of the Laws of Malta），32条から37条 | UC |
| | 取引概要法（Chapter 313 of the Laws of Malta），（1986年の法XXIIにより制定） | B2B |
| ポーランド | 1993年不正競争防止法 | UC |
| | 1964年民法典 | O |
| | 2001年医薬品 | O |
| ポルトガル | 2012年法第19号（競争法） | CL |
| | 政令（Nr. 446）（1985年10月25日）（不正契約条項），第II編（事業者間関係） | B2B |
| | 政令（Nr. 62）（2013年5月10日）（商取引の支払い遅延禁止） | B2B |
| | 政令（Nr. 166）（2013年12月27日）個別制限取引慣行） | B2B |
| | 政令（Nr. 446）（1985年10月25日）（不正契約条項、他条項） | O |
| ルーマニア | 1996年競争法（Nr. 21） | CL/UC |
| | 不正競争法（Nr. 11/91） | B2B |
| | 2009年食品販売促進法，（Nr. 321） | FD |

| | | |
|--------|--|-------|
| スロヴァキア | 1991年「商法典」(Nr. 513) | UC |
| | 2012年食物関連取引における不合理条件に関する法(2013年1月施行; 法第362号) | FD |
| スロヴェニア | 1993年年競争保護法(Nr. 18) | UC |
| | 1991年スロヴェニア憲法74条第3パラグラフ(Nr. 33I) | UC |
| | メディア法(EU指令114/2006に基づく) | B2B |
| | 1998年消費者保護法(Nr. 20) | O |
| スペイン | 1991年不正競争法16条2項(Nr. 3) | UC |
| | 1988年一般広告宣伝法(Nr. 34) | B2B |
| | 1996年小売取引法(Nr. 7) | RT |
| | 2013年食品チェーン機能改善措置法(Nr. 12) | FD |
| | 商法典57条 | O |
| | 民法典7条, 1258条 | O |
| | 期限及び販売条件法(1998年4月13日(Nr. 7)) | O |
| スウェーデン | 2008年スウェーデン販売促進慣行法, (Nr. 486) | UC |
| | 1915年スウェーデン契約法 | O |
| オランダ | 1992年オランダ民法典 | B2B/O |
| 英国 | 2008年誤認誘導、販売促進ビジネス保護規制(Nr. 1276) | B2B |
| | 2013年食品雑貨綱領審判官法 | FD |

*凡例; CL = 競争法; UC = 不正競争法; B2B = 事業者間特別法; RT = 小売部門特別法; FD = 食品/食品雑貨特別法; O = その他のタイプの立法: Legal Framework (前掲註9 参照), pp.71-73.

規制の展望の点では規制手段の断片化がはなはだしいという問題がある³⁸²。不正取引慣行にたいする攻撃について、EU 競争法の拡張による反トラストアプローチを目指す国があり、いわゆる不正競争(防止)法による立場、契約法、不法行為法、さらにはグリーンペーパーで定義された不正慣行をとらえる、いわゆる事業者間の特別法による主張もある。そのほかのケースでは、各国の立法で「機能的である」アプローチをとる立場がある。すなわち、特定の慣行に焦点をあてた規制により、当該ルールは契約、不法行為ないし競争の各法カテゴリーのいずれに属するか明らかにしない手法である。私的エンフォースメントと公的なそれとの組み合わせをとらない、かつ加盟国の執行当局の内

³⁸² Legal Framework (前掲註9 参照), p. 119.

部における調整と執行当局間の調整がほとんどなくなっている、さまざまなエンフォースメントの試みにおける法的手段の多様である実態が存在する。

小売チェーンの不公正取引慣行が問題になるときは、国家による立法の展開は、公的規制と私的規制とは相互に補強しあう関係にあり、代替的にはとらえられない。とりわけこの結論は小売業の一部門として、食品雑貨部門について当てはまる。もっぱら競争法アプローチから規制を出発した国が、基礎となっている法政策問題に立ち向かう過程でこのアプローチの不十分さを認めて、私的規制形態を創設するに至るか、私的エンフォースメントをしばしば代替的紛争手段としても活用する例がある。他方逆に、行動綱領の形態であるが私的規制の形態からはじめて、法的な強制力の背景を求めてオンブズマン、審判官をつうじたより強力な公的エンフォースメントを創設する例もある³⁸³。

私的規制に事前の委任をする、あるいは事後のコントロールをゆだねることが反競争的効果というリスクの軽減に資する手段であると主張されている。しかし私的規制の効果と不公正な取引慣行を、それがいかほど減少させるかの評価は未だなされるに至っておらない³⁸⁴。

(4) 勧告#4：「恐れ」の要因」に対処せよ³⁸⁵。

- 1) 「恐れ」の要因は、不公正な取引慣行が訴訟にまで至らずに、加盟国においても EU 全域においても違反の実例が極めて乏しいことの主要原因である。法的訴訟にアクセスする上で、効果ある集団的な訴訟制度が加盟国には見られず、強い当事者を前にして弱い当事者は訴訟や和解、仲裁等いかなる手法であっても紛争解決を求めるインセンティブは減じられる状況にある。
- 2) 「恐れ」の要因を生ぜしめる事態を導く要因の分析を、ブリュッセル/フィレンツェ報告書にしたがって以下に摘示する。

³⁸³ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 119.

³⁸⁴ Legal Framework (前掲註 9 参照), pp. 119.

³⁸⁵ Legal Framework (前掲註 9 参照), pp. 119-20.

* 製品の腐敗しやすい性状が恐れの一因の源泉になる。

関連の地理的市場が当該製品のつくられた地域の狭い周辺に限られる場合に、かかる強い契約当事者にたいする恐れの原因から違反行為の申告は控えられる。

* 流通業者の取引先である「弱い当事者」について代替取引先が多いこと。

サプライチェーンにおける流通業者は、短期間に取引先の供給業者を入れ替えることのできる例が多い。その結果不公正な取引慣行をこうむる相手方の供給業者は、特に弱い地位に止めおかれる。長期の契約関係において問題が明らかになる、一方の契約当事者のみが「交渉にもとづく合意よりもより好都合な代替の取引先」を有することから、過剰ないし重大な交渉過程のアンバランスを生ぜしめる結果が問題になることは前述した³⁸⁶。

* 過剰な交渉過程のアンバランス

かかる過剰な交渉過程のアンバランスを生ぜしめる要因は、以下のような6要因があげられていた。強い契約当事者について取引先を転換する場合のコストの性質と程度、相手方当事者の経済的な従属性、情報の非対称の存在と不完備契約、供給財が腐敗しやすい性質、「恐れの一因」、そして弱小の当事者が司法にアクセスするうえでの諸問題である³⁸⁷。

* レント (rents) 及びレントシーキング (rent seeking)

ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、不公正な取引慣行を生ぜしめる諸要因の分析を踏まえて、その政策的勧告のうちに「恐れの一因」に対処する必要性を強調する。その理由として強い契約当事者が相手方から「レント (rents)」を引き出すことができる優位性を獲得するに至っていることにも、簡単に言及している³⁸⁸。

³⁸⁶ 前掲II. 1. (2) を参照。

³⁸⁷ Legal Framework (前掲註9参照), pp.25-26. 前掲II. 1. 3) を参照。

³⁸⁸ Legal Framework (前掲註9参照), p.120 (相手方である弱い当事者が広範な関係特殊投資をおこなっているために、強い当事者がレントを引き出すことのできる長期の契約関係)。

3) 恐れ の 要因 と レントシーキング

報告書は、レントやレントシーキングにかかわる、経済的に不当性の徴表を帯びた利得（及びその追求）の概念を用いる。そのことと、不公正な取引慣行の規制をおこなううえで、その不当性の概念を用いる意義について明確に述べておらない問題がある。

そこで、この点の不備を補うために、以下の 3-1) に続く指摘により、恐れ の 要因 と レントシーキング の 関係 を 論 ず る 意 義 を 論 述 す る。すなわち本稿は、ブリュッセル／フィレンツェ報告書の不公正取引慣行にかかわる法理論的枠組みの不十分さを批判するものであるが、かかる不十分さは、報告書の取引費用経済学の立場によった恐れ の 要因 把握 の 不 十 分 さ に 起 因 す る ほ か、レントの果たす役割が不公正な取引慣行の原因分析で十分把握されていないことに起因することを明らかにする。

その点から、以下にレントシーキングの問題性を重視して、恐れ の 要因 を 把握 しなければならぬ指摘をする。

3-1) 違反行為の実効性確保手段としての取引停止の威嚇—その二面の効果

i) EU 加盟国における不公正な取引慣行の実態と規制態様の多様な状況を検討した本報告書は、不公正慣行それ自体の問題性ととともに、需要力濫用となる不公正慣行の実効性を確保する手段たる、取引停止の威嚇をも問題にした。この点が注目されるのは、従来、濫用行為の取引相手や市場におよぼ効果が明確化されなかった事情がある。すなわち、この濫用の効果が明確化されていない問題にたいして、報告書によって、違反行為の申告を封じ込め、違反の摘発を免れる結果、かかる明確化を難しくする強い当事者の人為的事情が、一定程度、明らかにされたからである³⁸⁹。

したがって、本報告書が恐れ の 要因 を、不公正慣行にかかわる需要力の濫用問題で指摘した意義は、報告書が必ずしも明確には指摘しておらないのであるが、次の二点（ii と iii）があげられなければならない。

³⁸⁹ 前掲、2)を参照。See, Legal Framework (前掲註 9 参照), pp. 119-20.

ii) 第一に違反行為のおこなわれていることを覆い隠す傾向のある、当局への申告や仲裁の申立てを控えさせる人為的な威嚇の行為が存する点が明確化されることが先ずあげられる。

iii) 次に、第二として取引停止の「威嚇」から弱い当事者に「恐れ」を生ぜしめ、違反とされることなく不当な利得をするという、強い当事者の一定の力の行使にかかわる態様である。不公正な取引慣行それ自体と区別される、利益獲得の態様において力の行使が前面にでた特徴が明らかにされると考えられる。

iv) そこで、次にスティグリッツの説明により、不公正な取引慣行の実態を覆い隠す傾向と「恐れ」を生ぜしめる力の行使が前面にでた特徴をもつ恐れ

3-2) 報告書におけるレントの指摘と利得行為の権力的契機の問題

レント及びレントシーキングが権力的契機をもつ利益獲得行動であることは、近時情報の経済学を主張する立場からも指摘されている³⁹⁰。すなわち

-
- ³⁹⁰ i) レントは元々、地主が所有する土地からあがる利用料(地代)を指している。広い意味に解釈され、独占状態を管理することで得られる収益(独占レント)や、輸入割当、幼稚産業保護論から私的所有権に基づいた超過利潤全般を指すようになった。スティグリッツ・マイクロ経済学(後掲註 391 参照)、400 頁以下、595 頁(数量レント)、643 頁。
- ii) オクラホマ大学の根本健教授はかかるスティグリッツのレントの定義をうけて、近時、問題視されることの多いレントシーキングの概念が妥当する例として、以下の iii) と iv) の場合をあげている。根本健「アメリカの負債問題から見る新自由主義の構造的矛盾と対抗運動」三宅芳夫・菊池忠介編『近代世界システムと新自由主義グローバリズム』所収(2014 年、作品社)(根本、新自由主義と略称) 92, 102 頁。
- iii) 政府からの公然・非公然の資源移転と補助金獲得、天然資源の採掘権や電力会社の地域独占から利益獲得、市場の競争性を低下させる法律、既存の競争法に関する甘い取り締まり、企業がコストを社会に転嫁することを許す法律等、これらにあって公的部門が私企業により利用されている。
- iv) これら政府を介して設定されるレントには、そのほかに、TPP(環太平洋パートナーシップ協定)交渉において、知的財産権をもつ多国籍企業に都合の良いライセンス協定や保護期間などのルール設定がされる場合などの近時の例ある。
- 自由な国際貿易を歪曲するものとしてのレントの創出にかかわって、既存のレントを吊り上げ新たなレントの源泉ともなりうる知的財産権の保護の可能性を問題視する、以下の論稿を参照。本間忠良「TRIPS 協定の特異性----レントの創出と分配のシステム」貿易と関税 45 巻 2 号(1997) 34 頁以下。

不完備契約等の情報の非対称性の問題が不公正な取引慣行を生ぜしめるだけでなく、それ以上に、その市場の失敗が矯正されないままとなる人為的な操作がさらに加えられる場合に、レントが問題になるという見解である。

この点については情報の経済学の泰斗であるスティグリッツの所説にしたがい、前者（上記情報の非対称性の問題）についてインセンティブ設計による市場の失敗の矯正にかかわる理論経済学的な説明を取り上げる。さらに、

v) 他方、レントシーキングには民間部門が、自らの手で一般人を搾取する例も多い。マイクロソフトやアップル、グーグル、フェイスブックなどによる他社製品の排除にかかわる反トラストの違反行為が問擬される場合である。具体的にはソフトウェアの無料提供によって、長期的・独占的支配の確立を目指す試みのごときもレントが問題になる。スティグリッツ（楡井・峰村共訳）『世界の 99%を貧困にする経済』（2012 年、徳間）85 頁（スティグリッツ、世界と略称）。

vi) 以上のスティグリッツや根本のとらえ方によれば、レントシーキングとは、コモنز（共有地や天然資源、知識等の公共財）に所有権あるいは希少性を設定することによって価値を取得する方法であるとされる。この点から、レント追求とはみずから富の生産をおこなうのではなく、その取奪をもっぱらにする点に特徴がある。

vii) この点は、スティグリッツによって、現代アメリカにおいて経済が政治に支配される結果として生じたマクロ経済にかかわる事態をいいあらわすものとして以下のように述べられている。

「アメリカの政治制度は上層の人々に過剰な力を与えてしまっており、彼らはその力で所得再分配の範囲を限定しただけでなく、ゲームの理論を自分たちに都合よく作りあげ、公共セクターから大きな“贈り物”を搾り取った…。経済学者はこのような活動を“レントシーキング”と呼ぶ。富を創る見返りとして収入をえるのではなく、自分たちの努力とは関係なく生み出される富に対して、より大きな分け前にあずかるとうとする活動」のことである。スティグリッツ・世界（前掲 v 参照）、76 頁。さらに根本は、レントシーキングが、デヴィット・ハーヴェイのいう「略奪による蓄積 (accumulation by dispossession)」の顕著な例であることに賛同している。根本、新自由主義(前掲 ii 参照),102 頁。参照、ハーヴェイ著、渡辺治監訳、森田・木下・大屋・中村訳『新自由主義—その歴史的展開と現在』（2007 年、作品社）222 頁以下。

viii) かかる取奪的な富の移転をおこなった最近の例が、いわゆるサブプライムローンをつうじての住宅融資にかかわったアメリカの金融機関である。この場合返済能力がないことの明らかな場合でも十分な審査や情報開示もなくローンの貸付をおこなう略奪的貸付(predatory lending)がおこなわれたが、これは「情報の非対称性を利用して、情報弱者である低所得者層を取奪」したことになる。スティグリッツ・世界(上掲 v 参照)、285 頁以下。

ix) 以上のように、情報という公共財から、所有権的な排他性や希少性のもたらす排他的な効果の濫用的利用をはかることは、「情報にもとづく権力関係」が問題になっているとされる。根本、新自由主義（前掲 ii 参照）、102 頁。

後者のレント及びレントシーキングにかかわる近時の経験的事例についてスティグリッツの分析に即して、以下に検討をする。

3-3) 情報の非対称性と個人のインセンティブ設計

- i) 不公正な取引慣行のような情報の不完全性や非対称性の経済学的分析モデルが市場の失敗にかかわる理論経済学上の問題にたいして通常提示される場所の解決法は、個人が市場活動に復帰する誘因を回復させるインセンティブ設計があげられている。すなわち、情報の経済学をあつかうスティグリッツによる標準的な教科書では、事業者間の労務／報酬の提供（私的所有と価格）、評判（名声）などの機能である³⁹¹。
- ii) スティグリッツはインセンティブ問題の解決にかかわる経済学思考の重要性を、以下のように述べる。すなわち、財やサービスの選択にかかわる経済問題を系統的に分析する社会科学としての経済学について、「各個人が最善の選択を行なうようにインセンティブを与えることは、経済の中心的な問題のひとつであること」を学ぶ意義があるとしている³⁹²。

³⁹¹ ジョセフ・E. スティグリッツ／カール・E. ウォルシュ共著、藪下ほか6名共訳『スティグリッツ・マイクロ経済学（スティグリッツ経済学シリーズ）第4版』（2013年、東洋経済）486頁（スティグリッツ・マイクロ経済学と略称）。

スティグリッツによれば、市場経済におけるこのようなインセンティブ問題の解決法には、以下の3点があげられる。スティグリッツ・マイクロ経済学、486頁。

- a) 私的所有と価格メカニズム
- b) 契約
- c) 評判（名声）。

³⁹² スティグリッツ・マイクロ経済学(前掲註391参照)、8頁、481頁、とりわけ13頁から14頁を参照。スティグリッツは、上記のインセンティブ設計をなすための主要3要因によせて、経済学的重要問題とされるインセンティブ設計を次のように論じている。

- i) 先ず、そのインセンティブにかかわる理論経済学モデルにあつて最も重視されているのは、私的所有と価格、あるいは、労務／報酬の提供の要因である。かかる要因が現代の市場経済で果たす意義を評価して、以下のように述べる。「適切なインセンティブを提供することは、基本的な経済問題である。現代の市場経済においては、利潤は企業に個人が望むものを生産しようとするインセンティブを与え、賃金は個人に働こうというインセンティブをもたらす。所有権もまた人々に、投資や貯蓄だけでなく、彼らの資産を最善な方法で用いようという、重要なインセンティブを与える」。
- ii) これにたいして、契約がインセンティブ設計で果たす意義は、起こりうる事態

3-4) 情報の非対称性とレント及びレントシーキング

こういったインセンティブ設計による効率的な市場機能の回復を目指す試みは、スティグリッツの教科書においては、一定の範囲で分配問題を生じる懸念が留保されている³⁹³。しかしそれ以上に出て、モラルハザードの理論モデルにおいて、インセンティブ機能による資源の浪費を抑制する措置について、その限界がいかなる点に存するか³⁹⁴の問題は扱われておらない³⁹⁵。

にたいし予測可能な契約を結ぶコストの点から、かかる要因は不完全な解決方法であるとされる。

iii) 最後に、評判（名声）によるインセンティブは企業に高品質の製品を提供させる効果はあるが、価格引き下げ効果をもたらす長期的な戦略とはならない、とされる。スティグリッツ・マイクロ経済学(前掲註 391 参照)14 頁、481 頁以下。なお、非対称情報のもとの労働者のモラルハザード問題について、報酬制度とインセンティブの関係スティグリッツ理論によって解説した論稿として、参照、藪下史郎『非対称情報の経済学—スティグリッツと新しい経済学』（2002 年、光文社）167 頁以下。

³⁹³ 参照、スティグリッツ・マイクロ経済学(前掲註 391 参照)、482。強いインセンティブ効果に駆動された一方当事者の所得効果（成功と報酬の結合）、が目覚ましい場合のあり得ることが指摘されている。

³⁹⁴ モラルハザード問題の解決のため、各個人が最善の選択を行なうインセンティブを与える試み（効率的な市場機能の回復）と、不公正な取引慣行を禁止する規範の構築する試みとの間には、かい離が生ずる場合がある。

i) 具体的には、英国の綱領審判官制の創設をリードした競争委員会の 2008 年報告書が、その例としてあげられよう。委員会は大規模な食品雑貨スーパーのおこなう不公正な取引慣行の原因を、市場の不完全情報の問題に起因するモラルハザードの観点から分析した。また同制度の立法過程においても、モラルハザードの市場の不完全性問題に対処することにつき、インセンティブ設計による当該制度の構築が問題になった。

ii) しかし委員会の行動綱領の策定は、モラルハザード理論のインセンティブ設計の手法を、首尾一貫してもちいるものではない。

万引きによる商品減耗によるコスト負担を、一方的に納入業者の負担に押し付ける大規模スーパーによる慣行が問題になる。英国の制度においては、一律に当該慣行を禁止する競争委員会策定による行動綱領に従っている。かかる規制の態度は、競争委員会による不公正取引慣行禁止の理由づけである、モラルハザードの理論的基礎づけとかならずしも整合的ではない。

iii) すなわち、委員会の内在的論理からは、小売店舗で発生する万引き防止措置を徹底することは、大規模スーパーのコスト負担軽減のベネフィットなるばかりか、供給業者の売上げ増によるの利益にもなる。したがって資源浪費を回避する双方当事者の協力にかかわるインセンティブ発揮が効果的であるはずである。具体的には、防止措置のコスト負担を分担する協議（すなわち協調解）、さらに努力（労務提供）にたいする報酬の支払いという市場機能を発揮した解決が期待できる。

3-5) 「レントシーキング経済」あるいは「経済のレント化」

i) 情報の非対称性という市場の機能不全にかかわる資源の浪費問題が、市場機能の補完的施策をつうじ、不完備契約の策定及びその実効も含めた過程において、その具体的ケースでどのように解決されるかは、理論経済学の課題であるとともに、政策的問題の解決を担う経験的、実証的検討が求められる領域であると考えられる。

ii) この点から、スティグリッツの問題関心は、情報の非対称性問題が近時の重要な政策上の問題となったケースを列挙する方向に向いている。それは、この立場が「レントシーキング経済」あるいは「経済のレント化」と呼ぶ現象のグループである³⁹⁶。

そして注目されることは、このようなレントシーキングにかかわる一連の現象にあつては、情報の非対称性やホールドアップ問題などの「市場の失敗が矯正“されない”ように…(する)手段」が講じられてきたことをスティグリッツが指摘していることである³⁹⁷。

iii) このような市場を“うまく機能させない”ための市場の独占化傾向を助長、促す人為的、恣意的な手段として教授は、以下の三要因をあげている³⁹⁸。

- ①自由市場にかかわる原理主義的立場をとるシカゴ学派経済学
- ②新興の重要産業の多くに作用する”ネットワーク外部性”
- ③「規制の取り込み」

iv) しかるに競争委員会はモラルハザードの資源配分非効率について、関係当事者の活動にたいするインセンティブ機能に検討を加えることなく、万引き防止は一律に大規模スーパーにそのコスト負担を命じる。これはその理論的基盤と具体的な制度設計の不一致を露呈するものである。拙稿・綱領審判官(前掲註 9 参照)、註 299 及び該当本文参照。

³⁹⁵ 参照、スティグリッツ・ミクロ経済学(前掲註 391 参照)、505 頁。及び、伊藤秀史、小佐野広『インセンティブ設計の経済学—契約理論の応用分析』(2003、勁草)序章参照。

³⁹⁶ スティグリッツ・世界(前掲註 390 参照)、第 2 章、根本、新自由主義(前掲註 390 参照)、100 頁。

³⁹⁷ スティグリッツ、世界(前掲註 390 参照)、79 頁。

³⁹⁸ スティグリッツ、世界(前掲註 390 参照)、92 頁以下。

iv) 需要力の濫用による帰結である、事業者間の不公正慣行が長年にわたり実効的な規制を免れてきた原因として、違反行為者が申告をひかえる「恐れ」の要因」を問題にする本稿の文脈では、経済学者が一般にいう③の「規制の取り込み」にかかわる説明の延長において、問題をとらえることとする。

3-6) 「規制の取り込み」と審判を選ぶ能力

i) 公正なゲームである競争について、規制の取り込みがおこる場合に不正さにかかわる規範的判断が導かれる推論が注目される。

ii) ゲーム自体に勝利する能力と、ゲームのルールを設定する能力は全く別のものである。ところが、特定の人々が勝利するようにルールを設定する能力が問題になってきた。そして「参加者が（規制という）審判を選べれば、状況はもっと悪くなる」。規制当局が競争ルールを運用するとともに、事業部門の監督官庁を兼ねる例は多い（ルールと規制の設定及び執行）。さらに、各部門の有力者が政治的影響を使って、自分の意見に近い人々を規制当局に送り込むことがおこなわれる。

その理由は、事後の天下りに起因する金銭的動機のこともあれば、規制当局者の思考様式が規制対象者の思考様式の取り込まれてしまう、スティグリッツが「認知の取り込み」と呼ぶ場合もある³⁹⁹。

iii) 「恐れ」の要因」にかかわって「規制の取り込み」を問題にすれば、規制という審判者の取り込みでなく、より力の要素が前面に出た、審判者へのアクセスを控えさせる、あるいは抑え込む態様が問題になっていると考えられる。

すなわち、取引停止の威嚇によって取引相手にたいし規制機関に対する申告を抑制させる結果が、審判を回避させているのである。

iv) 本報告書が、恐れ」の要因にかかわって強い当事者にレントを生ぜしめるととらえたことは、本来の意義としてこの「規制の取り込み」に類比される、「規制へのアクセスの封じ込め」の現象であることを明らかにすべきであった。

³⁹⁹ スティグリッツ、世界（前掲註 390 参照）、96 頁以下。

強い当事者の取引停止の威嚇にもとづく恐れの一因は、その効果として、このようなスティグリッツのいう市場の失敗を矯正させないはたらきを有すると考えられる。

- v) 以上から、情報の非対称にもとづく不公正な取引慣行が継続する市場の状況が、「情報にもとづく権力関係」⁴⁰⁰を内包することは、看過されえないことである。

(5) 勧告#5：エンフォースメントが重要になる⁴⁰¹

- i) 違法とされる不公正取引慣行のタイプがいかようであっても、禁止の実効性にかかわりエンフォースメントがもっとも重要になる。
- ii) 通常裁判所によるエンフォースメントに全面的に委ねることは、実効性の点で疑問がある。素早く公的な調査を実行できるとともに違反行為の申告者の秘密を積極的に守る強力な行政的機関が、恐れの問題に対処しつつ、自らの権限をもって制裁を課し、仲裁をおこなう信頼に足る制度を運用する国は実際少ない。この点に関し、公的立法によって不公正な取引慣行を規制する場合の立法形態と執行当局の一覧、公的調査を認めるか否か、また秘密の申し立てを認めるか否かが問題になる。EU 加盟国別にまとめられた、拙訳による「付録資料(2)；別表－選択的公的立法，執行機関，公的調査及び秘密の申し立て一覧」がこの点を明らかにしている。
- iii) 報告書の調査では、ハンガリーとフランスは固有の特徴を示しながら他の国々において法システムの手本になる重要性をもっている。英国綱領審判官制度は、ビジネス環境、とりわけ中小事業者に対して、行動綱領に違反する可能性のある慣行について協議をなさしめるという点ですでに重要な進歩をもたらす。すなわち指定大規模スーパーを実効的に規律しているとみなされる。以上の点についても、上記(ii)「付録資料(2)；別表」を参照。

⁴⁰⁰ 前掲VI. 2. (4), 3), 3-6)におけるv及び註390の根元論文の指摘参照。

⁴⁰¹ Legal Framework (前掲註9参照), p. 120.

(6) 勧告#6：一定の取引慣行につきその不公正の特性がより詳細に明らかにされる必要がある⁴⁰²

報告書の意見は、グリーンペーパーの認定したカテゴリーのうちで、公正の条件から最も重大な関心を生むであろうと考えられるタイプの慣行に関して、その慣行がおこなわれる状況とはかかわりなく、より法的確実性を増すべく欧州委員会は将来行動することが重要であるとしている。この点は以下のように敷衍されている。

- ① 狭い範囲の、拘束力をみとめられない慣行の黒条項リストを作成すること。それは、いずれの場合も、推奨されるベストプラクティスのリストをともなっており、委員会が小売チェーンにおいて標準的な契約や交渉には含まれることのないように勧告する慣行である。
- ② 非拘束の灰色条項リストを作成すること。しばしば（必ずではないにしても）不公正である慣行の不公正な特質をいかなる要素が決定するものか、可能な限り説明する。この場合示された慣行が、私的当事者には何ら拘束効果をもたないものとするを報告書は支持している。

(7) 勧告#7：「ワンサイズですべてに適合」のアプローチは避けよ⁴⁰³

報告書は、不公正な取引慣行が部門ごとに多様な発現をすることを重視し、その規制は、産業や企業ごと、あるいは小規模事業者にたいする保護が求められる場合もありうるとする。

- i) 不公正取引慣行は、多岐に分かれている問題がある。これは経験的に明らかされることとして、部門ごとにその慣行のタイプが微妙に異なり、また部門内においてもサプライチェーンの構造とその長さによって異なっている。その理由は、異なる戦略が部門ごとに求められるのであろうし、市場集中のレベルやサプライチェーンの国際化の程度によっても異なる戦略が求められることによる。
- ii) 報告書の「区別して規制するアプローチ」の骨格を、以下に適示する。

⁴⁰² Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 121.

⁴⁰³ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 121.

- ① 国によっては、小規模事業者に認めた特殊な法的保護を企業規模によって慣行を区別して扱うことがある。この点は、立法では限られているものの、民事訴訟において増加する傾向がある。
- ② 企業間での区別は法的保護において異なる扱いを求めることもあるが、最も重要な特徴は不公正取引慣行の起源を特定することであり、特定部門における市場慣行との関連を特定することである。
- ③ 産業の状況が問題であり、ある慣行は、食品部門では不公正とみなされようが、自動車部門では公正かもしれない。
- ④ EU 立法による介入が考えられるならば、部門が殊に問題になるのであり、その点の考慮がされねばならない。そこで、サプライチェーンにたいする慣行の効果とコストがどのように配分されるかをみる、「サプライチェーンアプローチ」の採用が勧告される。サプライチェーン内に限り、異なる契約上の力と交渉力をもつ供給業者の間における区別が考慮されるべきである。

(8) 勧告#8：「原則ベースの」アプローチ⁴⁰⁴

立法的介入の可能性は、勧告の形式においても指令の形式においても少なくとも二種の変化に対応するものでなければならない、

- ① 部門に応じた不公正慣行の区別；
- ② 国家の法システムによるアプローチ及び、とりわけエンフォースメントの仕組みによるアプローチの区別；

これらの区別は、立法の制度と私的な民事訴訟の制度の間で異なる組合せとなる部門ごとに明確に分けられた、EU レベルで共通の定義を提供することのできる原則ベースのアプローチを採用することを示す。

(9) 勧告#9：「機能的」アプローチ⁴⁰⁵

報告書は、立法的介入が検討される場合の機能的アプローチを勧告する。

⁴⁰⁴ Legal Framework (前掲註 9 参照), pp. 121-2.

⁴⁰⁵ Legal Framework (前掲註 9 参照), p. 122.

- i) 機能的アプローチは契約、不正競争、不法行為といった法領域によった区分にしたがうのではなくて、加盟国にどの手段を組み合わせるかを委ねた規制をおこなうアプローチである。
- ii) そのアプローチの目標は、ベストプラクティス推進という目標と、禁止の目標とを結びつける特徴がある。
- iii) 機能的アプローチは、加盟国の共通原則から抽出した一般原則を基礎として作成される。そして、一般原則には、ベストプラクティスの綱領において採用されたモデルにもとづく、不公正と公正とを区別する比較指標をとまなう不公正慣行のリストが付け加わることになる。
- iv) まとめると、報告書の勧告する不公正慣行の規制アプローチは、以下のような図式が基本となる。

機能的アプローチ（法領域の区別を明らかにしない）＝

不公正慣行の一般原則（加盟国の共通原則）＋ 不公正慣行のリスト

- v) たとえば比例性の原則は、各部門に固有の立法においても、私的規制手段によってももちいられる。その一般原則は、透明性、公正、差別禁止のチェーンにおいて共有された価値により、確かに受け入れられているとされる。不公正あるいは公正とされる慣行リストと合わされた一般原則は国家レベルで推進されるであろうが、慣行の効果が複数の法システムにまたがった越境的サプライチェーンの特殊性が考慮されるべきである。

ある領域（たとえば不正競争）で認められる排除措置が異なる領域（例えば契約）で得られる排除措置と相違する場合には、様々の手段を用いた規制の実行は調整を求められる。

- vi) ここで勧告した諸々の論点が統合されることを基礎として、越境の不公正慣行をあつかう場合は特に、エンフォースメント担当者が直面することになる調整の問題が重要であり、立法的手段によりそれが規定されなければならない。
- vii) ブリュッセル／フィレンツェ報告書の不公正取引慣行の規制にかかわる法理論的枠組みの問題点は、機能的アプローチをとり、その枠組みが競争法の理論的基盤により構築されることを明確化していない点にある。報告書は、

法理論的枠組みの基礎となる経済学的な政策含意を取引費用経済学に求めた。その含意は、強い契約当事者の機会主義的行動を信頼できるコミットメントを確保することにより、市場の協調解を達成して抑止するものであった。

viii) この協調解アプローチには、市場における競争と取引におけるコンフリクトを分断的にとらえ、取引関係において問題になる不公正な取引慣行は上流と下流の市場からの影響を考慮せずに把握される。特に消費者向け市場の競争圧力から大規模スーパーが販売促進の協力圧力を高めた英国の経験⁴⁰⁶、に照らすと、協調解の達成を困難にする事態は問題とされたいままになるおそれがある。

(10) 勧告#10：調整を経た行政的及び司法的エンフォースメントと結びついた「共同規制」のアプローチ⁴⁰⁷

報告書は、共同規制によった私的規制の重要性を、以下のように高く評価する。その要点をまとめる。

- i) 私的規制の働きは重要であり、ますますこれからも重要になる。しかしながら私的規制を論じる論文が増加しているのと同様に、いくつかの国々の現在の傾向に続いて、純粋な自己規制のかわりに、共同規制は特に食品部門で最も適当と思われる。
- ii) 共同規制が選択されるのであれば、欧州横断的なサプライチェーン、及び欧州で運営されるグローバルチェーンもそれぞれ同様に EU レベルでの運用の調整がされるべきである。このことは EU の供給業者が EU 外の小売業者と取引する場合に特に重要であるが、EU の小売業者が EU 外の供給業者と取引する場合にも同じく重要である。
- iii) 私的規制の重要性は、違反行為の規準においてだけではなく、監視とエンフォースメントにおいて果たす役割もまた含む。

⁴⁰⁶ 例えば 2007 年夏英国の「価格戦争 (price war)」例を参照。前掲Ⅲ. 2. (7) 1-3) における「i) 競争の下流市場とコンフリクトのもとにある交換関係の結びつき」及び註 226 を参照。

⁴⁰⁷ Legal Framework (前掲註 9 参照), pp. 122-123.

不公正取引慣行は、低価格販売を余儀なくされるような競争上の不利をこうむっている供給業者に課される、「逆選択」⁴⁰⁸の形態、すなわちさらなる負担増を生ぜしめる。この意味から、ひろく産業レベルでベストプラクティスの綱領をもちいることは、集団のコミットメントと相対的監視が存することを確かなものとする。逆選択のような慣行にしたがうインセンティブを減ずることができて、かつ早期の違反行為の発見に資するであろう。私的な監視は行政の活動を補助することができ、かつ産業部門と国家横断的な慣行にたいして、それをより実効的かつ安定的にカバーすることを確かなものとすることができる。

iv) 以上を受け、本報告書が強調するのは次の点である。

- * 私的に創設されたルールのエンフォースメントは、行政のエンフォースメントと司法のエンフォースメントとの協働を通じて確かなものとされる。行政当局は、綱領の遵守を監視し、違反の制裁をなすべきである。同じく国家レベルの裁判官は、綱領違反の監視と制裁をおこなうべきである。
- * 以上の報告書の私的規制重視論は、共同規制におけるその公的規制の実効性のある場合に、上記iiiの「逆選択」にたいして集団のコミットメントによりそれを防止することができるととらえられている。

v) 私的規制と公的規制の共同規制によるアプローチそれ自体に異論はないと思われる。問題は、不公正慣行の規制について、大規模スーパーと供給業者の内部的な関係において行使される経済的な力の行使を、調査権限を駆使して把握した執行当局が、市場のインセンティブ機能を発揮させる措置（例えば「企業名公表と恥をかかせる措置」）では十分でない場合に、制裁金の発動によりその力の行使を抑止する制度を整備することである。そのうえで、集団のコミットメント機能により行動綱領の遵守を高める私的規制の組織を整備することが求められる。

⁴⁰⁸ III.2. の「(2) 依頼人／代理人関係のモデルにおけるエージェンシー問題」における脚注 178 を参照。

結論とまとめ

以上に検討したブリュッセル／フィレンツェ報告書は、EU の需要力濫用規制の新たな枠組み作りにおいて、欧州委員会の審議に大きな影響をおよぼしたと考えられる。本稿の検討視角からは、その基礎とする不公正取引慣行の経済学的分析が取引費用アプローチによったことで、大規模スーパーによる需要力濫用のもたらす効果を、供給業者についても、また上流と下流の市場にたいしても十分に把握できていない問題があった。

1. 恐れの変因の評価

- 1) ルーマニア議会上院は、エンフォースメントの決定に際し恐れの変因は考慮されるべき最重要な側面であるという。英国、スペインそしてアイルランドの競争当局が提供する事例にたいする、欧州経済社会評議会の評価はさらに厳しい。それは、不公正取引慣行が単なる「反倫理的」なだけでなく、適法性の限界を明らかに超えた、「弱い者いじめと脅迫」であるとしていた。
- 2) かかる威嚇的效果を供給業者に及ぼしている恐れの変因の問題について、報告書は、その原因の経済的説明を試みた。

報告書の説明は、「繰り返しのゲーム」理論により相互的な暗黙の「おきて」にしたがう長期的な利益の期待がこの事態を生ぜしめるとする。しかしその評価は、過度の対立を回避する経済主体が敵対的でない扱いを受ける将来の報酬の期待に基づいて行動するという仮定に立つもので、以下の、恐れ変因にかかわる現実的な事態及び当事者の不利益予測の理解と一致しない。

すなわち契約条項の一方的な遡及的変更の協力要求や価格引き下げ要請という繰り返される事態について、取引停止される不利益（すなわち、抗争交換理論のいう「強制的な均衡の利益（レント）」を失う不利益）を恐れて反復される要求に従っている事実を軽視している。また大規模スーパーに重大な不利益を与える違反申告の結果からもたらされる徹底的な取引関係からの排除（経済的権力の行使）といった予測と一致しない。

3) したがって、報告書は、「恐れ」の要因にかかわる大規模スーパーによる力の行使のとらえ方において十分ではない。さらにこの点は、レントの問題に言及しながら、違反行為を覆い隠すことによりレントないしレントシーキングが可能とされる認識にまで進むことがない説明の不十分さに表れている⁴⁰⁹。

具体的には、強い当事者の取引停止の威嚇について、スティグリッツのいう「市場の失敗を矯正させないはたらき」を認める必要がある。それは、「規制の取り込み」という現象に類比できる、より力の要素が前面に出た、審判者へのアクセスを控えさせるあるいは抑え込む態様が問題になっていると考えられる。

4) この点から、上記の力の行使についてより積極的な定義が導かれよう。すなわち、情報の非対称性問題にかかわり、情報という公共財から、所有権的な排他性や希少性のもと排他的な効果の濫用の利用をはかる「恐れ」の要因は、「情報にもとづく権力関係」【前掲IV.2.(4)3)、3-6)におけるvを参照】が問題になっているということができる。

5) 以上の恐れ」の要因の評価によって、違反行為の立証手続における供給業者保護の必要性にもとづく、身元の秘匿を可能な限り維持する要請として、執行当局の立証負担の軽減措置が求められることを前掲II 5.(3)において論じた。また恐れ」の要因による威嚇的效果に対抗する執行当局者の調査と監視は、強いサンクションの抑止力をとめない当事者間の内部的な力の行使を把握する権限を認められることで可能になることも、II.5.(6)(特に註の148と149)において論じた。

2. コンフリクトによる利得か、取引費用の節約か。

このような情報にかかわる権力問題の所在を明らかにした功績が、抗争交換の不完備契約論にある。この点が、取引費用経済学に依拠した本報告書の不正取引慣行の禁止について、その法理論的枠組みの不十分なものであることを明らかにする。

⁴⁰⁹ VI.(4)における「3) 恐れ」の要因とレントシーキング」を参照。

抗争交換理論は、依頼人／代理人関係のモデルにおけるエージェンシー問題をあつかう。その理論は、「買い手の目的関数」と「供給者の最適反応関数」により依頼人／代理人間のコンフリクトの関係を明らかにした。前者は、供給業者／大規模スーパー間において、大規模スーパーがその販売促進の協力要請にたいする供給業者の努力を、継続的に引き上げていくその「協力抽出関数」に置き換えられた。両者間のコンフリクト（闘争と紛争⁴¹⁰）の関係を導く説明として、抗争交換理論は意義がある。

この説明においては、その協力レベルの引上げ要求は、契約にあらかじめ規定しておくことができない。

そしてかかる要求の引き上げを可能とする要因は、契約更新拒絶権の行使や供給業者に与えられる「強制的な均衡利益（レント）」の引下げ／停止という威嚇の効果であった。

「強制的な均衡の利益（レント）」は、大規模スーパーと取引できない供給業者には受け取ることができない利益として存する。そして、この利益を一般均衡の拡張的なエージェンシー理論（報告書が依拠）のように、単なる取引費用と解することは、以下の権力的要素を無視する結果となる。

- i) 大規模スーパーが継続的に、また状況の変化に応じ柔軟に供給業者の協力努力を引き上げる権力的、権威的側面を無視する。
- ii) 引き出された供給業者の努力を、大規模スーパーの個人利得の獲得を目的としたものと評価する強制的性格を無視する。
- iii) 取引費用の概念によることは、市場か／組織によるかという取引費用の節約問題に取れんする傾向から、資源の有効利用もとづく合理性の枠組みの内部で政策含意が導かれる。
- iv) かかる限定合理性の取引主体にかかわる属性把握は、大規模スーパーの権力と権威の行使にかかわる属性要素を無視する。

抗争交換理論が前記のコンフリクトの概念により大規模スーパー／供給業者間の取引関係を把握したことは、超過供給下の供給業者にたいし大規模スー

⁴¹⁰ 前掲した I. 5. 2), 2-2) における「iv) 競争とコンフリクトの一体的把握」で述べた①と②のコンフリクトの説明を参照。

パーは継続的に協力レベルの引上げを迫り、恐れの一因のもとで「市場の失敗を矯正させないはたらき」まで行使できるサプライチェーンの取引実態を的確に説明できる優位がある。

したがって、不公正取引慣行にたいする規制の法理論的枠組みは、かかるコンフリクトの一因から導かれる経済的権力の行使の態様を射程に収める必要がある。

この点から、サプライチェーン・イニシアチブの「2011年垂直的關係」及びそれを支持するグリーンペーパー（欧州委員会）の、強い契約当事者による契約自由の形骸化論及び実質的な契約の自由の回復論は、力の行為にかかわる把握において不十分の非難を免れない。

3. コンフリクトと市場の競争均衡

- 1) 抗争交換理論が、超過供給下の供給業者は、大規模スーパーと取引できない供給業者にはうけとれない利益、すなわち取引終了時におちいる状態をうわまわる利益（レント）をうけていることを明らかにしたことは、以下の意義がある。大規模スーパーによる供給業者にたいする協力努力の引き上げ要求が、かかる利益（レント）の獲得と維持を可能にする供給業者段階の市場における競争の状態によって可能になっていることである。
- 2) 大規模スーパーと取引する供給業者は、その強制的な要請にかかわる対価の意味をもつ利益（レント）を維持できる。このことは、超過供給の市場において、大規模スーパーとは取引できない供給業者がその取引条件の変更をこころみても、みずからの地位を改善できない状態におかれたことを意味する。

かかる状態は、超過供給の上流市場と過少需要の下流市場とを前提にする「需供不一致市場における『競争均衡』として把握される」⁴¹¹。

⁴¹¹ 販売促進の協力レベルを大規模スーパーにたいし継続的に引き上げることにより、当該供給業者は、前者と取引のできない供給業者に得られない利益（レント）をうけており、かかる利益が「競争均衡」のもとにおける利益であることは、以下の石倉教授の指摘を参照した。なお引用文中の「ロングサイド」とは、超過供給である供給業者段階の市場をいう。

抗争交換理論によれば、大規模スーパー／供給業者間のコンフリクトの関係は、「需供不一致市場における『競争均衡』」のもとで可能になる強制的な利益(レント)の存在によって継続、維持されていることが明らかにされた。

- 3) サプライチェーンの不正な取引慣行の規制にかかわる政策的含意は、以上の取引当事者間のコンフリクトの関係が「需供不一致市場における『競争均衡』」と分かちがたく結びついている分析の成果から引き出されなければならない。

したがってもっぱら拡張的一般均衡のアプローチに依拠するブリュッセル／フィレンツェ報告書は、「経済均衡という新古典派経済学の枠組みにおいてさえ、経済的な権力の存在を論証しようという」⁴¹²抗争交換理論にたいし、有効な反論をなし得ていないと批判されよう。

- 4) 本稿は、不公正慣行の規制にかかわる法システムの設計について、以下の推論構成をする。すなわち、競争とコンフリクトを融合的に理解する抗争交換の理論の政策的含意を受けて、供給業者に課される販売促進の協力レベルを継続的に引上げ、恐れを要因を生ぜしめる強制から、その競争機能を保護すべきとする推論である。

かかる法政策的提言は、競争法システムに異質な政治力学的要因をもちこむ誤りを犯すものであるのか。

本稿筆者は、必ずしもそうは考えない。それは本稿の依拠した抗争交換理論が、一般均衡論の競争均衡のもとにおける権力要素の介在を、均衡論の「内在的批判」により明らかにしていたからである。この点について、以下の佐藤良一教授の指摘が参照されるべきである(傍点強調は佐藤)。

「『抗争交換』モデルの最適点では、希望する取引量を実現できない主体がロングサイドに残されているが、制御可能な条件を変更して自分の地位を改善することは、どの主体にとっても不可能である、『参加者が、自分で制御できる諸変数の変更によって自分たちの地位を改善することができない』状態を『均衡』と呼ぶならば、『抗争交換』モデルの最適点は、需供不一致市場における『競争均衡』として把握される」。石倉・市場(前掲註171参照)、800頁。

⁴¹² 植村博恭・磯谷明德・海老塚明著『新版 社会経済システムの制度分析』(名古屋大学出版会、2007年)326頁(磯谷執筆)。

「新古典派では当然の前提とされた政治学（権力）と経済学（富・交換）の棲み分けは、不可能であり、経済学を政治経済学として再構築する必要性を一般均衡論の枠組みを内在的に批判することにより、説いた点に抗争交換モデルの大きな意義が認められる」⁴¹³。

4. 競争／コンフリクトの融合的把握と法規制にかかわる政策的含意

1) 超過供給の上流市場と過少需要の下流市場からなる、需供不一致市場における競争均衡の状態によって、供給業者にたいする利益（レント）供与が可能となる。かかる利益によって、大規模スーパーは供給業者から販売促進の協力の努力レベルを継続的に引き上げる強制を行使しえた。

したがって、抗争交換の理論によるならば、大規模スーパーの規制システムの設計は、大規模スーパー／供給業者間のコンフリクトの関係において発現する不公正取引慣行について、その慣行を生ぜしめる原因とその慣行から影響のおよぶ範囲との双方について、市場の競争にたいし視角を定めて検討がされなければならない。

1-1) 具体的には、まず下流市場における過少需要の競争の状態である。この過少需要の競争状態は買い手の交渉力や買い手市場力の行使が問題になる。この場合の買い手市場力の問題としては、従前の拙稿で「ウォーターベット効果」による反競争の効果が不公正な取引慣行により生じているか問題とされ、競争委員会の調査が行われた英国の例をあげておいた⁴¹⁴。

1-2) さらに下流市場の競争は、上記の強制の利益（レント）を供給業者に与えて販売促進策を強化し売上増加を目指している対消費者市場の影響も問題になる。後者の消費者への販売競争の激化が、その価格引き下げの原資の獲得を供給業者からの協力要請としておこなわれた場合としては、やはり英国の例があった⁴¹⁵。

⁴¹³ 佐藤良一編『市場経済の神話とその変革：「社会的なこと」の復権』（法政大学出版局 2003年）（比較経済研究所研究シリーズ／法政大学比較経済研究所）、「第3章市場と権力」（佐藤執筆部分）144頁。

⁴¹⁴ 拙稿。綱領審判官、IV. 2., 1) (109頁以下) 参照。

⁴¹⁵ 前掲Ⅲ. 2. (7) 7-3) i) 及び註 226 参照。

1-3) 次に、超過供給の上流市場における供給業者の販売競争について、不公正慣行を生ぜしめる原因と、不公正な慣行の影響の双方について規制のシステム設計にあたって、検討がされなければならない。

2) この場合特に注目されることは、不公正慣行の被害者である供給業者の市場における競争に及ぶ効果である。この供給業者の競争は、製品の種類や品質改良といった中、長期の視点で問題になる反競争的效果が生じていないか検討がされることになる。かかる中、長期の期限における製品の種類や品質をめぐる競争(価格低下は短期)が、不公正取引慣行による投資やイノベーションの減少として生じる問題の検討が求められる。

2008年の英国の競争委員会の分析では、かかる投資やイノベーションの減少から最終的に消費者におよぼ損害が問題にされた。その際注目されることは、調査の根拠法規である企業法(英国の競争法体系を構成する)134条5項の解釈にもとづき、「現在の顧客または将来の顧客」を区別して、結果的に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したことである。具体的には、「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⁴¹⁶。

かかる英国の不公正取引慣行にたいする規制が、上流市場の供給業者間の競争を長期の視点でとらえるアプローチをとったことは、取引当事者間のコンフリクトの関係と競争との関係を融合的にとらえるものとして、以下のような評価が可能である。それは、抗争交換理論における超過供給市場におけ

⁴¹⁶ 企業法134条5項は、反競争的效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。」

Enterprise Act 2002:2002 c.40, (www.legislation.gov.uk の HP より入手)。

拙稿・綱領審判官、IV.2., 2), 2-2) 及び 2-3) 111 頁以下を参照。

る競争均衡の状態について、長期の視点でコンフリクトがおよぼす影響をとらえようとするもので、サプライチェーンの実態に即した影響把握のアプローチであるという評価ができる。

- 3) これにたいし、報告書の分析は、拡張的一般均衡のアプローチに立ち、不公正慣行の影響を取引当事者間の短期的な機会主義的行動による過少投資の問題に限定した。大規模スーパーの濫用からホールドアップによる過少投資は問題にはされている。しかし、上流市場において、その経済権力の直接の行使対象とされた取引関係にある供給業者とそれ以外の供給業者の投資やイノベーションにかかわる、競争への影響は検討視角に収められない不備がある。
- 4) 以上の検討から、上流市場における供給業者の投資やイノベーションにかかわる競争への影響をとらえた英国の競争委員会の理論構成を「曲芸的」と批判する報告書は個別の供給業者による過少投資までは問題としても、給業者の投資やイノベーションにかかわる競争への影響までは射程に入っていない問題がある。

5. 経済的権力と競争法の役割

- 1) 抗争交換理論は、コンフリクトの要因にかかわり、供給業者の市場における超過供給の状況と更新拒絶権の行使による威嚇の効果から、経済的権力の存在を導いた。本稿は、かかる権力の行使が上流市場の供給業者間の競争に影響することを政策的含意として重視する。その含意は、不公正取引慣行の規制にかかわる法システムの構築が以下の留意のもとに設計されなければならないことを意味する。市場の競争がかかる不公正慣行を導き、またその不公正慣行が市場の競争に影響を与えることから、競争の保護が規制の課題とされなければならないという留意である。

したがって、不公正慣行を禁ずる法システムが私的規制や公的規制、あるいはその混合アプローチによって設計される場合に、反トラストの競争法アプローチ、あるいは不正競争法のアプローチという競争保護の規制が探られるのでなければならない。その際経済的権力の行使が市場支配力や市場力の

行使としておこなわれる上記の重要性（「4. 競争／コンフリクトの融合的把握と不正慣行の規制にかかわる政策的含意」における1）において述べた）を、報告書のように軽視すべきではない。

- 2) その点は、ブリュッセル／フィレンツェ報告書が、力の行使による大規模スーパーの濫用行動について、市場支配力のレベルに達しない場合が多いことから、競争法のアプローチが取れないという立場に立つことの問題である。したがって、EU 機能条約 102 条の市場支配力の閾値レベルに達しないことから、競争法のアプローチが直ちに断念されるべきではない。前掲の英国の食品雑貨部門の不正慣行の規制は、EU 機能条約とほぼ同様な規定をもつ英国競争法の体系的整合性を維持することを目指して、新たな規制のアプローチが開拓された。

すなわち、競争法の不備を補うための前記 2002 年企業法第 4 部の「市場調査 (Market Investigations)」規定の手続きにならった、立法の試みが先例となる。それは、大規模スーパーのおこなう不正慣行の反競争的効果が認定され、競争法の厳格な市場力の閾値レベルに達しない「指定小売業者 (Designated Retailers)」(売上高規準) の規制が、新たに行動綱領として整備され、その後、2013 年英国綱領審判官法により立法的承認を受けている⁴¹⁷。

- 3) 報告書には、下流市場における大規模スーパーが強固な買い手市場力を行使して行為の広がりをもって不正慣行をおこなう場合を特に留意した記述がない。かかる下流市場における競争の高まりに対応して、独占的ないし寡占的流通業者のおこなう需要力の濫用に不正取引慣行の規制が対処しなければならないことを英国のシステム設計の例は示している。

6. 競争法の機能不全と健全な競争の保護

- 1) 不公正な取引慣行の規制が国家や EU の公的規制、私的規制、あるいはその混合のアプローチをとるにしろ、競争にかかわる保護の法目的にしたがう

⁴¹⁷ 拙稿・綱領審判官（前掲註参照）、41 頁及び註 126 参照。

ことを曖昧にすることは、かかる慣行が競争の歪曲による競争者の競争機能を毀損する影響のもとにおかれている事態を等閑視する。

- 2) この点は、《競争法の機能不全に対処する不正競争法のアプローチ》を重視するハンス・ウルリッヒの指摘⁴¹⁸からも明らかである（報告書は極めて簡単な紹介に止めていた）。ウルリッヒは大陸法系の不正競争禁止のルールが、反トラストのルールを欠く法の欠缺状況において、競争法の機能不全に対処する隠れた役割を果たす傾向について述べた後、次の重要な指摘をしていた。

* 「競争は競争者によって構成されており、また競争者によって競争はつくられる」

かかる視点からウルリッヒは個別の競争にかかわる基本的な自由を各自に認めることによって、「健全な競争（undistorted competition）のシステムの展開」を妨げるよりも、それを補うことになる結果を看過するべきではない、としていた。

- 3) 以上の指摘は、下流市場の競争圧力に突き動かされる大規模スーパーから、継続的に販売促進努力の引き上げにかかわる強制をうけて、不公正取引慣行のもとにおかれる供給業者が、恐れの一因の事態までこうむる場合の、法システムの果たす課題を適示する。それは競争法の機能不全に対処する隠れた役割を、「健全な競争のシステムの展開」させることにより果たすことに他ならない。

ブリュッセル／フィレンツェ報告書は、不公正慣行の規制につき、競争法によるアプローチは立法の措置を含めて提案の対象からはずし、法領域の帰属について契約法、不正競争法の種別を明らかにしない「機能的」アプローチが提示した。競争法や不正競争法に新たな規定を設ける整合性問題の重大さを勘案した、プラグマティックな手法である。しかし英国では、競争法の不備を補うため競争歪曲の保護目的を明らかにして行動綱領と審判官の制度が創設された。また2014年7月ドイツでは、相対的な市場支配力の規定

⁴¹⁸ 本稿前掲IV.2. 「(3) EU 法／国内法の関係と不正競争／反トラストの関係の相互交錯（ウルリッヒ論文）」を参照。

を活用して、大規模スーパー（エデカ社）の不正慣行にたいする競争法による規制（連邦カルテル庁）が試みられている⁴¹⁹。

- 4) 健全な競争の保護の目的のために、このような法の欠缺状況から求められる新たな法システムの展開について、加盟国により積極的に模索が行われている事実について、報告書は必ずしも理解がとどいていない問題がある。

以上のブリュッセル／フィレンツェ報告書の問題点（上記1. から6.）について、英国の綱領審判官制はその難点を克服する試みを示している。

公的調査権限をもって大規模スーパー／供給業者間の内部的関係を把握する審判官が、制裁金の抑止効果をもって恐れの原因に対処する。かかる内部的関係の把握は、大規模スーパーによる販売促進の協力レベル引上げの強制的要素（経済的権力の行使）を把握することを含む。そして審判官の規制は、供給業者段階の競争の歪曲を是正する競争法の法目的に仕える。かかる競争法を補完する機能は、行動綱領による規制により発揮された（英国競争法体系の一環をなす2002年企業法の「市場調査」の制度による）。以上の規制はEU競争法とほぼ同様な実体規定をもつ英国競争法から導かれた成果として評価できる。

改めて、EU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。

⁴¹⁹ B2-58/09, Fallbericht vom 28.08.2014: Verstoß gegen das „Anzapfverbot“ durch die EDEKA Zentrale AG & Co. KG, Hamburg (03.07.2014), (<http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2014/B2-58-09.html>).

付録資料（1）；欧州委員会グリーンペーパー

「欧州委員会；欧州における食品及び食品外製品サプライチェーンの事業者間
不正取引慣行についてのグリーンペーパー」

欧州委員会；ブリュッセル、2013年1月31日 COM (2013) 37 final

Green Paper on Unfair trading practices in the business-to-business food
and non-food supply chain in Europe (EUR-Lex の HP より入手)

(3 頁)

1. 序文

B2B (business-to-business, 事業者間) のサプライチェーンは欧州経済の重要な要素になっている。そのチェーンは、製品とサービスを供給者から消費者に運び、また経済成長と雇用に直接的な影響をもつ。小売サービスは EU の国内総生産 (GDP) の 4.3% を占め、その雇用者総数のうち 1870 万人 (比率で 8.3%) を示し、さらに EU の中小企業では 17% になる。それは消費者に他の経済部門から、例えば農業、製造業、物流業及び IT サービスから生み出された財とサービスを運ぶ結果を確実なものとする。

本グリーンペーパーは B2B の食品と非食品のサプライチェーンを扱うものであり、かかるサプライチェーンとは、事業者間の取引と事業者と公共機関 (人々や家庭の消費ないし利用ために主に一般公衆に向けた財が配達される) の取引にかかわるチェーンである。サプライチェーンは、消費者の支払う最終価格にたいし影響を行使する行為者すべてから成っている (生産者／加工業者／流通業者)。この影響は、関係する食品と非食品の部門によって様々である。良好に機能した食品と食品以外の B2B サプライチェーンは、かかる部門の経済的可能性を極大化する鍵となる。

20 年を超えて B2B の食品と非食品のサプライチェーンは、経済的、社会的そして人口統計上の理由から相当の変化を経験している。高まる集中と垂直統合は、EU において B2B の食品と非食品のサプライチェーンにおける構造的な変化を導いてきた。提携先から購入するさまざまな国際的小売業者が、強大な需要力をつうじて調達における規模の経済性を求めて登場するに至っている。

小売の自社ブランドの隆盛は、その供給先である直接の競争者にむけた組織を構築してきた。少数の総体的に強力なプレイヤーがサプライチェーンにおいて、かなりの交渉力を有していると思われる。ある場合にはこれらの要因は、B2Bの食品と非食品のサプライチェーンに即した関係にあって不公正な取引慣行（unfair trading practices, 以下 UTPs と略す）に導く。UTPs は良好な商業行為から大きく逸脱し、かつ誠実（good faith）かつ公正な取引に反する慣行である。UTPs は典型的には、力の強い当事者によって弱い当事者にたいしアンバランスな事情のもとに課される、B2B 関係におけるどのような段階においても、またサプライチェーンのどのような段階のいかなる側面においても存する可能性がある。

EU レベルにおいて、UTPs は 2009 年に EU の食品部門で最初に議論されたが、それは消費者価格が農業従事者の価格ストライキを背景にして上昇したことによる。市場の透明性欠如、交渉力のアンバランス、及び反競争的慣行は、食品サプライチェーン全体の競争力にたいする潜在的なマイナスの影響をとまなう市場のかく乱に導く。このことは、食品サプライチェーンの機能発揮を分析する必要性を生ぜしめる。委員会は、消費者が食品の種類と価格の条件において十分に公正な取引を提供されていないこと、そして仲買者／食品加工業／流通業者が農業生産者の利益を圧縮していることを考慮している。実際食品サプライチェーンの成果は、家計の支出におけるおよそ 14% を食品に費やしており、例えば農業、(4 頁) 食品加工業及び流通業者のような経済部門の機能発揮と同じように、EU 市民の日々の生活に影響している。さらに実際の食品価格は 2008 年だけで 3% を超える上昇をしている。それは購買力と消費者の信頼の毀損を導き、全体的な価格インフレの主たる原因になっている。結果として、食品サプライチェーン機能改善のための閣僚級フォーラム内におかれた、B2B の契約上の慣行についての専門家の会議においては、この問題の解決策を提供する作業を 2010 年におこなう決定をした。2011 年に専門家会議は食品サプライチェーンにおける垂直関係における公正な慣行と不公正な慣行にかかわる原則と慣行例を示した。この原則と慣行例については、欧州の食品サプライチェーンにまたがって種々の利益を代表する 11 の組織が署名している。

2012年に専門家会議はエンフォースメントの仕組みについて作業をおこなった。共同の努力にもかかわらず、提案された枠組みは非遵守の場合の実効的な排除措置を確定するのに失敗しており、また2012年12月5日の閣僚級フォーラムにおける第3回会合時にサプライチェーン全体を通じた代表の支持を得られなかった。しかしながら11の組織のうち8組織が、2013年初頭にボランティアベースで公正慣行の原則を実施する意図を発表した。同時にすべての利害関係者の間において、この分野に固有のアプローチをつうじて妥協をはかる作業が継続していた。委員会はすべての利害関係者にたいし、向こう数ヶ月のうちに合意に達するよう促した。委員会はまた2014年12月31日までに閣僚級フォーラムの職務の権限期間を延長することとし、これまで達成された点にしたがうよう、サプライチェーンにおける特別の展開を監視することを継続することとした。

並行して、委員会はUTPsの問題に対処する種々の選択についてその影響の評価を始めている。影響評価はどの程度この問題をローカルに扱うことが可能であるのか、またEUレベルの解決が必要であるのか否かについても検討することになる。このアプローチは閣僚級会合が達成した点を維持するものであるだろうし、可能な解決策を自己規制から立法措置に至るまですべて考慮するものであるだろう。この点を基礎にして、委員会は2013年の第二四半期に適切な次段階の提案をするであろう。

UTPsについては、加盟国におけるいくつかの調査と研究が主題としてきた。欧州競争ネットワーク(ECN)による最近のレポートは、数多くの各国競争当局が食品部門の問題としてUTPsの存することを認めている。

しかしながらより広い視点からは、食品部門だけでなく他部門において同様にUTPsがおこなわれていることが論じられている。このグリーンペーパーは、数多くの要因と結びつくこの問題に関して情報を集めるのを助けるものである。最終的に食品と非食品の小売業部門は「混合の」様式にむかっており、そこでは小売業者の大多数は一連の食品、家庭用品と他製品を同じ経営のもとにおいて、さらに同じ期間と条件のもとにおいて供給している。さらに大規模製造業者が(5頁)食品を製造し同じように洗剤、衛生用品等々、他のタイプ

の財も製造することは、あるブランドの重要性と結びつくのであり、これは供給業者／小売業者関係に影響を与える。家具や繊維の産業を含む多数の部門において、問題慣行が認定された。この2007年の報告は、巻末の章においてEUの服飾チェーンにおけるビジネスの関係について製造業者と小売業者間の7つの慣行を不公正なものと認定している。それらにはとりわけ以下のものが含まれる。小売業者の販売促進費用の自動的な変更、代金の割り戻し、支払い遅延、売れ残りの返品、突然の供給関係の停止そしてサンプル品に具体化された革新的なアイデアの盗用である。

欧州委員会はさまざまな小売業部門におけるUTPsの慣行の存在について、その述べられた点について監視している。欧州議会はまた農業・食品産業を超える行動の必要を認めており、また委員会にたいしこの点で行動を起こすよう述べている。単一市場法I (Single Market Act I ; COM(2011)206,13 04 2011)において、委員会の意図として、ビジネス関係においてUTPsと戦うイニシアチブを示している。さらにいくつかの最近の事業者にたいするパブリックコメントの募集はこの問題の存在を確認するものである。

UTPsはEUの経済に損害的効果をおよぼしており、とりわけB2Bの食品及び非食品サプライチェーンにとって損害をおよぼしている。かかる慣行は中小企業を含む会社の投資と革新に影響をあたえる。さらに、分離した各国のルールが存在することは、単一市場における越境した生産・製造と流通を行う上でさらなる障害になる。

本グリーンペーパーはB2Bの食品および非食品サプライチェーンに即した関係についてUTPsから生ずる問題に関連して、予備的な評価をなすものである。また、さらなるその問題のさらなる証拠と考え方を求めるものである。そして単一市場について結果的に生ずる影響と同様に、UTPsとたたかうことを目指す既存の国家ルールの効率的な執行について、その問題に関連して証拠と考え方を求めるものである。グリーンペーパーの目的はかかる分析にたいする利害関係者の意見募集を開始し、情報を収集して、適当な場合にはこの問題に対処する次の段階を特定する点にある。

サプライチェーンの機能発揮を改善させることは、より大きな経済的統合を

促すものであろうし、かつ UTPs が生み出す単一市場の重大な毀損に向けられているのであり、それらと戦うことを目標とする国家ルールの分裂と戦うことを目標とするものである。このことは 2020 年までによりスマートで、より実質的かつ包括的な経済を達成するという EU のより広範な目標に貢献するものである。

(6 頁)

2. 不公正取引慣行の定義

2.1. 不公正取引慣行の概念

契約の自由は市場経済における B2B 関係の礎石であり、契約当事者はその必要に最もよく適合する契約を設計することができるものでなければならない。このことは契約条項のうちに実質的に具体化される、契約締結前の交渉で考慮される。契約にたいするその自由から相互的な利益を導き出すために、当事者は現実に契約条件を交渉する立場になければならない。しかしながら契約当事者が強力な交渉上の地位をもつような場合には、弱い反対当事者に一方的に条件を課すことができる—すなわち、排他的に自らの経済的利益を優先するビジネス関係をもつばら形成することになる。とりわけ、契約当事者は重大なアンバランスとなる契約期間と条件を行使することがあり、また交渉力のために個別にそれらを交渉することがない。かかる状況においては、弱い当事者は契約を締結しえないことを恐れて、あるいはビジネスから生ずる駆動力に促されることもあるから、不利な条件を一方的に課されることも拒否できる立場にはない。かかるアンバランスな交渉上の地位は、様々な要因にもとづく。例えば当事者の相対的な規模／売上高における格差、経済的な従属性あるいは一方当事者により課せられた既存の重大な埋没原価 (sunk cost) (例えば高額の支出済み投資) があげられる。

UTPs は、典型的にはより強い当事者が弱い当事者にたいしてアンバランスの状況において課す—弱い当事者はしばしば不公正な関係を放棄する地位にはおらないし、かつ他のビジネスの当事者への変更をなす地位におらないのであり、それはかかる変更にとまなうコストのためであり、また代替的契約先を欠くためである。不均衡の状況は B2B 関係のいかなる段階からも生じうることが

銘記される。すなわち流通業者は供給業者と同様に UTPs の犠牲者になり、アンバランスは B2B のサプライチェーンのいかなる場面においてもおこりうる。かかる状況は、例えば、農業生産物の購入率についてしばしばビジネスパートナーは限られた選択をもつにすぎず、多くの財についてその本来的特徴のために、より良い買い取り条件をえるために長期にわたり、生産物を貯蔵しておくことのできる農業生産者の有利にも生ずるであろう。

かかる慣行としては、契約の締結者にとり価値のない財や役務の支払いを要求してなされる契約条件について、十分な情報を提供しないことを含む。さらに仮構のサービスにたいする支払いと同じように、単一市場のテリトリー分割に導く契約締結者に他の加盟国からの契約先を得ることを妨げる、契約条件にかかわる一方的ないし遡及的な変更を含む。

UTPs は B2B 関係におけるいかなる場面においても生じる。それは契約を交渉する場合に契約それ自体の一部となることがありうりし、あるいは契約後の段階において課されることがある（遡及的効果をもつ契約変更）。

契約締結後には UTPs は不公正な条件を実効する点においてのみ存する。しかしながら契約の条件が双方当事者に受け入れられるようにみえる場合でさえも、潜在的な問題がなお生じる。一般的に、契約はその実行の段階における当事者の行為のすべての局面をカバーするわけではなく、あるいは契約は当事者がその条件を実際にどのような意味をもつか十分に理解おらなかったほどに複雑である。さらに当事者は取引について同じレベルの情報をもっているものでなく、そのことは弱い反対当事者にたいしより強い当事者がなす不公正な行動へと導くことがありうる。この点に関し、中小企業は、合意された契約条項の実行すべてを認識するのに求められる特殊な知識を欠くことがあるように、一般に巨大な反対当事者に比較して弱い立場にある。

(7 頁)

最適に機能する市場において当事者間の信頼が欠けていることは、他のビジネスパートナーへと転換する結果になるであろう。転換のコストが高いことあるいは転換の可能性が全く欠けていることは、強い当事者を不公正に行動することを誘引する有利な交渉上の地位へと具体的に変化する。

他のビジネスパートナーへ転換することが困難なこと、及び現在の関係を停止することが困難なことは UTPs の展開にとりカギとなる要因である。さらに、弱い当事者は自ら不服を申し立てるならば取引停止を招く事態となりうる商業上の関係であることについて恐れを抱いている。このような「恐れ」は不服申し立てを実際に起こりにくいものとしてしまうし、さらにエンフォースメントの仕組みにかかわる適切さを評価する際に検討されるべき、最も重要なことからの一つになる。例えば 87% の供給業者が顧客との論議について、それ以上の行動をとらないと考えられる。これらのほとんど三分の二が報復を恐れるがゆえになら行動をとらないし、これらの 50% は、公共の救済についてその実効性を疑問視している。食品雑貨市場の供給業者—流通業者の関係について、最近アイルランド議会の委員会において出席したほとんどすべての業者が、不服申し立てをすることを拒むことになる流通業者との関係を論じている。関連する情報を集めるために、委員会は秘密扱いをベースとして直接の接触をとることを選択している。

質問

- 1) UTPs にかかわる上記定義に同意をするか。
- 2) あなたの加盟国では UTPs の概念は認められているか。認められているのなら、どのようなものか説明してください。
- 3) あなたの考えでは、UTPs の概念は契約交渉における場合に限られるべきか、あるいは契約にかかわる事前段階及び／又は事後の段階も、同じように含むべきであるのか。
- 4) B2B の小売サプライチェーンにおけるどの段階で UTPs は起こっているか。
- 5) 「恐れ」の概念についてどのように考えるか。この問題についての上記の評価をあなたは共有するものか。説明をしてください。

2.2. 不公正取引慣行の例

UTPs は食品部門にしばしば関心を絞ったいくつかの調査と研究のテーマとなってきた。

英国食品雑貨サプライ調査は 52 の慣行を認定したが、そのうち 26 は「供給業者に過剰なリスクと予期せぬコストを移転させる結果、供給業者の収益とコストに関して不確実性を生ぜしめる可能性」をもつとされた。これらの慣行は、適及的な価格調整、適及的な販売促進費用の (8 頁) 調達、あるいは従前の供給の合意にたいし排他的に適及的な調整へと導くそのほかの慣行である。

スペイン競争委員会による食品部門における供給業者と流通業者間のかかわる報告は、製造業者と小売業者間で 18 の慣行を認定し 3 つのカテゴリに分けた。すなわち、(i) 商業的な支払い（例えば、製品配送及び設置コスト）、(ii) 小売業者によってもたらされる付随的活動にたいする貢献（販売促進料）、(iii) 非対称的な支払い（例えば、小売業者の責任範囲におさまる製造業者によりなされる支払い）である。

アイルランド議会委員会報告は、流通業者のなかには「深刻な不正行為」をおこなっているものがいるとの声明を述べていることが注意を引く。すなわち、もし彼らが小売業者の要求にしたがうことを拒絶するならば、「いじめと脅し (bullying and intimidation) 及び供給業者にたいする「違法行為」、また多くの供給業者は、その財務上の「貢献」にかかわる不合理な要求を含む小売業者の慣行に服してきたと述べている。

2.3. 不公正取引慣行の潜在的効果

食品及び非食品部門の B2B について UTPs が課されることは、ビジネスの影響として経済全体に損害をおよぼす効果を生ぜしめる。

食品及び非食品部門の B2B に課される UTPs は、その影響の定量化が困難であり、それは主として問題の性質によるためであり、しかしまた測定 of 困難性の原因も存する。しかしながら UTPs による潜在的な損害の影響は、短期と長期の双方の視点において投資と革新にたいする影響を含んでいる。委員会は近時食品小売業における選択と革新の進展にたいする研究を開始したが、それは、欧州共同体の小売業部門においてその現代化及び集中に引き続いて近時の変化が存するものか否かについて定量的に測る研究である。

委員会スタッフの作業書面は「小売市場監視報告 (the Retail Market

Monitoring Report)」をとまなうものであり、フランスの UHT 牛乳事件の例が引用されている。フランスアグリメール(FranceAgrimer)の管理する価格及びマージンの監視によると、UHT 牛乳の最終消費者価格における生産者の価格の取り分(非マージン)は、2005 年から 2009 年の期間に 32.2%から 25.9%に下降した、すなわち明らかに生産者の投資能力を損ねている。さらに「欧州食品チェーンの機能改善」の付属書類「EU の食品チェーンにおける価格転移の分析」は、2007 年から 2009 年の間について分析をおこなった市場において(例、豚肉及び乳製品)、農業生産者から消費者への低くかつ非対称的な価格の転移が見られたが、このことは、部分的にも食品チェーンにあつて交渉力のアンバランス及び(ないし)反競争的慣行によるものと考えられる。

(9 頁)

多くの UTPs は、供給業者、仲買業者そして小売業者間の価格が形成される態様に直接的に結びついた、支払いの問題と関連している。例えば最近のフィンランド競争当局による日用品消費財の取引にかかわる研究は、回答企業の 90%が、不明瞭な利益と結びついた、いわゆる「販売促進料(marketing allowances)」にかかわる支払い実態を示している。ときにかかる支払は「現実の」補償をなんらともなうことなく取引の前提条件となっていた。

UTPs は収益を減じまたその不確実性のために投資と革新に好ましくない効果を与えるおそれがある。遡及的效果をもって課された不公正な条件は、部分的にビジネスの計画的遂行の問題において不確実性を生ぜしめるであろうし、結果的に投資の減少を導くだろう。投資にたいするリターンを計算することは潜在的な危険を評価することを含む。

遡及的效果をもつ変更ないし「不公正な」情報の利用は投資、革新、能力拡張あるいは、新製品開発をはかることといった会社の能力を減じる。このことは、売れ残り製品が供給業者に返品されて支払いのなかった場合には、たとえ契約上の規定が逆のことを述べていても(例えば季節もの家庭用品や保存期間の限定された製品)、あてはまるであろう。このことは供給業者に不必要なコストを強いるであろうし、不確実性を生み出し、投資にたいする次々と起こる影響をもつであろう。UTPs の起こりうる損害的效果は、B2B の食品と非食品の

サプライチェーンにかかわるすべての行為者にあてはまるが、他方複雑な契約について特殊な知識を欠く中小企業には、相当な影響があるだろう。すなわち中小企業の場合には、取引先を転換するより高いコストとより乏しい取引関係なるであろう。さらに公式のエンフォースメント手続きを用いる意図も低いものになるであろうし、強力な取引当事者に対抗する拮抗力をもつことも少ない。

さらに UTPs は、越境取引に消極の影響を与える可能性と単一市場の適切な機能発揮を妨げる可能性が論じられている。例えば、供給業者はなじみのない国家的な法的規制の状況で UTPs の犠牲になるおそれから、外国の流通事業者との取引に消極的となるかもしれない。このことはもちろん唯一の障害というわけではない。つまり、EU のサプライチェーンにあつて越境契約の程度は、大規模な垂直に統合された小売業者、オンラインの販売業者、小売の分割（retail sub-segments）及び卸売業者の役割に依拠することによって、加盟国によって様々でありうる。しかしながらこれらの要因とは無関係に、UTPs は越境関係の展開に障害となるのであり、それは主として越境の状況下でそれらに対処するルールを執行することが困難であるからである。

質問

- 6) あなたの経験では食品部門においていかなる程度及び頻度において、UTPs は起こっているか。商業的関係のいかなる段階においてそれらは主に起こっているのか、そしてどのような態様において起こっているか。
- 7) 非食品部門も同様に UTPs がみられるものか。そうであるのなら、具体的な例を示してください。
- 8) UTPs はあなたの会社の投資と革新をなす能力に関して個別に好ましくない影響を与えているか。具体的な例をあげて、その程度を定量化してください。 （10 頁）
- 9) UTPs は消費者に影響をあたえているか（例えば、価格、製品選択ないし革新に影響することによって）。具体的な例をあげて、その程度を定量化してください。
- 10) UTPs は EU の越境取引に影響を与えているか。UTPs は、結果的に単一

市場の分断化をもたらすものか。もしそうであるならば、越境取引をなすあなたの会社の能力にいかなる程度の影響を与えているか説明してください。

3. 不公正取引慣行にたいする法的枠組み

3.1. 国家レベルにおける分断された法的枠組み

年とともに、供給業者と買い手間の関係における不公正慣行は、重要な政策問題として公共的機関によって監視されることが増えてきた。その結果、多くの加盟国が UTPs の問題に対処するため行動をとってきたが、それらの国々は様々な方法で対処している。このことは UTPs にたいして提供される保護の法的なレベル、特質及び形態の条件においておおきな不一致をもたらしてきた。

出発点は小売業部門における競争を評価するために、そして小売業者と供給業者の関係における商業的慣行の役割のため、国家的な競争当局によってなされる分析である。

競争法と不公正取引慣行にたいする法との関連

この文脈において、競争法と不公正慣行を防止することを目指した法との区別が必要となる。不公正取引に関するルールは競争法とは異なる目標を主に追及するのであり、それは例えば、そのルールが市場における競争にたいする現実の又は推定的な効果にかかわりなく、供給業者が流通業者に供給をしなければならない場合の条項と条件を規定することによって、会社間の契約関係を規制しなければならないと同様である。このことは、不当な、不均衡なあるいは約因 (consideration) なくしての条項と条件を取引の相手方から得ることや得ようと試みることを禁ずる立法の場合にとりわけ当てはまる。

競争法は B2B の食品と非食品サプライチェーンに即した関連において、一定の UTPs をとらえるものであろうが、市場における競争を保護する目標をそれが追及すように、すべての UTPs をカバーするものではないであろう。典型的には競争法は市場力の状況にむけられている。

(11 頁)

幾つかの加盟国は単独行動に関する競争のルールを有しており、例えば経済

的に依存関係にある事業に向けた濫用的行為及び／ないし優越した交渉上の地位の濫用にたいする禁止ないし制裁の賦課がそれらルールにあたる。

各国競争当局と欧州委員会から構成される欧州競争ネットワークによる最近の報告は、多くの利害関係者によって不公正と考えられる一定の取引慣行は、EU レベルにおいてあるいは大方の加盟国において競争ルールの範囲内に収まるものではない、と結論付けた。

民法および商法と不公正な取引慣行

個別のビジネス関係における構成に関する限りでは、民法及び／ないし商法は、UTPs を禁ずる何らかの保護のレベルを提供するものであるだろう。公正の義務にかかわる一般的概念は、大方の加盟国において存在する。通常、それは良俗違反 (contra bonus mores) の行為、誠実 (good faith) の原則に一致する成果／交渉、良俗 (good mores)、公正あるいは忠実 (loyalty) のような概念にかかわる。かかる諸原則一致しておらないことは、典型的には契約を裁判所によって「無効 (null and void)」ないし「法的拘束力のない (unenforceable)」ものとする。

不公正取引慣行にたいする特殊な国家的枠組み

加盟国のなかには、UTPs 事例の増加に対処して民法により与えられる保護を広げた国がある。そのように行動することにより様々な国家的手段が用いられてきた。ある加盟国はその選択した保護が主題に関して特殊な立法を採用する。他の場合には行動綱領を導入するか、それを展開しているか、あるいはその検討をしている国がある。

同じように加盟国のアプローチは、関連法令の手段ないし自己規制の手段にかかわって、その範囲が実質的に異なっている。ある加盟国においては、UTPs にたいして小売サプライチェーンないし一定の小売部門において保護を与えているが、他の国は一律にそのルールを適用している。例えば、ポルトガル、スロベニア、スペイン、ベルギーそして英国において、行動綱領は食品雑貨サプライチェーンに焦点をあてている。他方オランダとアイルランドはかかる綱領

を採用する計画がある。チェコ共和国、ハンガリー及びイタリアは農業部門で UTPs をカバーする法律を採用した。同じく、自動車小売業部門においては自己規制が UTPs に対処するため選択された手段であった。それとは逆に、

(12 頁) フランス商法の UTPs にたいする規定は、すべての B2B 関係にたいし一律に適用される。

さらに、単一市場内部における問題として多岐に分かれた法律から生じる問題が、より一般的に電子商取引の広範な利用とグローバル化の観点から時とともにますます予想されるものとなる。

UTPs にたいする保護において生じている分裂が、分裂の源を加盟国の外に見い出しながら、各国に行動に踏み切ることが消極的にさせる。その状況はさらに悪化している。というのも、新たに UTPs の起こる事態に追隨的に対応して、UTPs とたたかう手段を示して（成功するものとはかぎらない）各国の法的枠組みはたびたびの変更のもとにおかれているからである。それゆえ UTPs から影響を受ける会社は、とりわけ中小企業の場合に、異なる加盟国において利用できる法的権利を確かにすることに引き続いて困難を見出し、またコストを要するようになる。

UTPs にかかわる特定の枠組みの存しない加盟国においては、一般的な競争法が問題に対処する上で十分実効的であるとされるか（チェコ共和国）、あるいは、特に競争ルール違反を欠く場合に、当事者の契約上の自由に干渉することには一定程度消極的になると考えられている。また一般的な議論が、UTPs にたいする立法の実効性と必要性、そしてそれによる当事者を含む潜在的影響についてなされている。

3.2. EU レベルでの不公正取引慣行にたいする保護

UTPs 問題が、近時のいくつかの EU の指導による活動において提起されてきたが、その間にあって特定の規制にかかわる EU の枠組みは B2B の食品および非食品サプライチェーンにおいて存しない。

EU 競争法は単一市場の形成と維持、そして消費者厚生の上に寄与することを目標とする。市場が適切に機能できる条件を設定することを求めており、

市場力の存在することによる市場の機能不全をとまなうのであれば、個別のビジネス関係における公正について当然にかかわるものではない。その結果 EU 競争法はある種の UTPs をあつかうが、すべてをあつかうものではない。

ほかに部門横断的な EU の手段は、取引関係における不公正慣行に対処することを目指している。不公正な商業慣行指令は、問題となるビジネス対消費者の局面のみをあつかうにすぎない。それによれば、B2B の領域における EU レベルの行動にかかわる必要性を慎重に検討する必要がある。この立法は、(13 頁) 商業的な取引活動の前後において、さらにその間において専門的な注意義務 (professional diligence) の求めに反した慣行、そしてその経済的行動に影響を与えることができる慣行を禁ずる。そして、消費者保護と十分な調和を保っている。ビジネス対ビジネス取引にたいするそのようなルールを拡張することは自由であり、加盟国のうちにはそれを実施している国がある。この指令による立法措置はとりわけ契約の妥当性、形成ないし効果にたいするルールについて、契約法に偏見をもつものではない。マーケティングの分野では、誤認誘導及び比較広告指令は、顧客と競争者の双方にたいして誤認誘導となる広告を禁ずる最低限の保護のルールを、欧州レベルですでに提供している。委員会は、最近欧州における誤認誘導の枠組みにたいして、ビジネスを保護するエンフォースメントと実体法を強化することとなる、ビジネス対ビジネスの誤認誘導の販売促進慣行の分野における将来的な活動のアウトラインを示した。とりわけ、委員会は誤認誘導及び比較広告指令の立法上の改定を提示する意図を有している。

さらに支払い遅延指令は、支払期間の特定問題にかかわっている。契約上の義務と非契約上の義務に適用される法について、規則 593/2008 及び 864/2007 はそれぞれ、当事者間の契約上の義務ないし非契約上の義務をこれらがふくむ限りでどのような法が不公正な取引慣行をとまなう紛争に適用されるか、決定するルールの包括的な組み合わせを提供する。

産業部門に関しては、契約関係における公正の原則は牛乳／乳製品部門において導入されている。なかんずくこれらはとりわけ農場主と加工業者間の強制的な契約の書面化をふくみ、さらに買い手にたいし最低限の契約期間を農場主

に提供する義務をふくんでいる。自己規制の解決策は、部門別に EU レベルでも採用されている。不公正条項指令（消費者契約における保護指令 93/13EEC）によって、契約における不公正条項にたいして消費者のみが保護されることが銘記されるであろう。この立法によれば、もし誠実の要件に反して、それが消費者に損害をおよぼすところの契約により生じる当事者の権利と義務にはなほだしいアンバランスを生ぜしめるならば、個別に交渉されていない契約条項は不公正なものとなされるだろう。また、共通漁業者政策（Common Fisheries Policies）の改善のための立法提案において委員会は、漁業者と農業者の領域で B2B 関係の公正取引を促進するため部門別の一連のイニシアチブを示している。

EU レベルでの法的規定のなかには、ビジネス関係において部分的に UTPs に対処するものがある。しかしこれでは、関係する特定慣行に依存することで作用するルールや市場力をともなう慣行を用いる会社の場合のルールのパッチワークを生み出すであろう。全体として、会社はビジネスパートナーの UTPs に直面して、EU における一貫した保護からの受益者たりえない。単一市場を通じての法的な断片化は、加盟国自身の国外での活動をすすめることを消極的なものとするか、妨げるであろう。

(14 頁)

2011 年に欧州委員会は可動の有体物及びデジタルコンテンツの越境販売にかかわり用いられる画一的な販売法のルールを提案している。この共通欧州販売法（CESL）は、選択的なものであろう。すなわち、契約当事者はそれを選ぶこともできるが、そうする義務付けはないであろう。B2B 関係において適用可能であるためには、少なくとも当事者は中小企業でなければならない。とりわけ、不都合な条件を一方的に課されたことにたいして、中小企業を保護するために対処がされる。あるルールは初期設定（デフォルト）のルールである。例えば、上記 CESL は、価格は明確に合意されなかった場合には、通常比較可能な状況において課される価格により支払うべきであると規定し、あるいは未決定の期間の契約は、合理的な告知の期間を付与することによってのみ一方当事者によって決定されるであろう、と規定している。双方当事者の利益におけ

る公正なバランスを保証する規定は、強制的なもので重要である。

- ・各当事者は誠実かつ公正取引と一致する行為をなす義務をもつ。
- ・B2Bの契約における通常個別に交渉されない契約は、その利用が誠実及び公正取引に反し、おおそ良好な商業上の慣行から逸脱しているのなら、不公正と考えられる。それらは他の当事者がそのことを了知している、あるいはそれらについて他の当事者の注意をひき、合理的な段階を踏むのなら、他の当事者にたいして発動できる。
- ・一方当事者が価格を一方的に決定する権限をもつ場合、そしてこの当事者の決定がおおそ不合理である場合は、課される価格は通常は支払うべきレベルになる。
- ・契約は、もし当事者が不公正に搾取されるのなら回避される。例えば、未経験であるか、他方当事者がこのことを知っている又はこのことを知っていることと予測できる、そして過剰なベネフィット又は不公正な優位がもたらされることによって先の当事者が搾取されるのならば、回避される。当事者は現実の又は推定上の事実に関する知識にもとづいて、時効（prescription）の期間を一年未満に短縮することはできないし、10年以上に延長することはできない。

質問

- 11) 既存の国家による／自己規制による枠組みは加盟国において十分に UTPs に対処しているか。対処していないのであれば、それはなぜか。
- 12) UTPs に対処する特定の国家による／自己規制による枠組みについてそれを欠いていることは、それらが存しない場合に管轄における問題となるか。
- 13) UTPs に対処するよう求める手段は、国内市場にたいしてのみ、あるいは越境取引／役務の提供にたいしても影響をもつか。もしそうであるのなら、越境取引をするあなたの会社の能力にたいしての影響を説明してください。既存の国家による／自己規制による枠組みは単一市場の分断に帰着するか。
- 14) EU レベルでさらなる行動がとられるべきと考えますか。
- 15) それが存する場合、UTPs の規制がポジティブな影響をもつか。

(15 頁)

UTPs の規制を導入することに結び付いたおこりうる欠陥／関心が存するか、例えば契約の自由にたいする不当な制限を課すことのような欠陥／関心が存するか。

4. 不公正取引慣行を禁ずるエンフォースメント

4.1. 国家レベルでのエンフォースメント機構

B2B の関係における弱い契約当事者にたいする保護のレベルは、加盟国についてさまざまである。UTPs にたいして国家レベルにおいてさまざまのエンフォースメントが用いられる。それらにはとりわけ、司法的矯正（多くの加盟国）、単独行為にたいする国家ルールの下で競争当局によっておこされる行動（例、スペイン）、行政的矯正（例、フランス）、そしてオンブズマン（英国）を含む。

執行当局を強化することは、加盟国によって用いられるエンフォースメント手段に依存している。加盟国の組織のなかには匿名の違反申し立ては認めないとしているものがある（例、裁判所）。他の場合には手続きの全過程を通じて違反申し立て者の匿名性についてそれを保護しないとする（例、加盟国の一定の競争当局）。他方で第三のカテゴリーとして信頼できる証拠をベースにした場合に限り調査を開始することを認めるものがある（英国の食品雑貨サプライ行動綱領における審判官ないしフランス経済省）。

UTPs 問題に対処する加盟国により採用された多様なアプローチは、単一市場の実質的な分断に帰着するであろう。企業とりわけ中小企業者は、異なる加盟国にあって得られる救済を特定することが難しくされている。

最終的に加盟国によって採用される分裂したアプローチに加えて、ビジネスの最近の相談が示すことは、現行のエンフォースメント機構が不十分とされることである（図 1 参照）。

（図 1 加盟国によるエンフォースメント機構の運用にかかわる満足度の認識は省略）

（16 頁）

EBTP（European Business Test Panel）の調査によれば、UTPs から弱い

当事者を保護する適切なエンフォースメント機構を広く欠いていることは、ビジネスと取引の展開、とりわけ越境の状況におけるその展開を妨げる。このことは法的な意思表示のため、必要な手段（潜在的に高いコストを要する）を容易かつ任意に利用できない中小企業者にたいし、かかるプロセスの複雑性、そして得られる救済に照らして自らの権利を実現するためどのように行為するか知識を欠いている状況では、相当な影響をあたえる。

4.2. EU レベルにおけるエンフォースメント機構

上記の 3.2 で述べたように現段階においては、UTPs を禁ずる特定のエンフォースメント機構は EU レベルでは存しない。しかしながら、幾つか部門別の手段は、一般的に訴訟をカバーし、それによりまた UTPs に関する訴訟をカバーする。

B2B の誤認誘導マーケティング慣行に関しては、委員会は 2012 年見解において 2006 年 114/EC 指令について、越境的な協調を強化し、最も有害な誤認誘導のマーケティングを禁ずるより良い保護を確保するため、エンフォースメントの協調機構を創設する意向である。上に述べたように食品チェーンの代表は、食品サプライチェーンのより良い機能発揮のための閣僚級フォーラムにおいて、良好な慣行に関する原則の認定のためのエンフォースメントについて種々の紛争解決 (17 頁) の選択を検討してきた。このアプローチは、部門に特有なものとなる。他方、本グリーンペーパーは、部門横断的アプローチにおける食品と非食品サプライチェーンの B2B に即した関係における UTPs 問題を論じた。委員会は、グリーンペーパーにより着手されたパブリックコメント手続きと並行して、食品サプライチェーンに固有の展開を監視し、UTPs 問題の公正かつ実効的な解決をもたらす様々な選択について影響評価をなす作業を開始する。

以下の 5 章で論じるさまざまなタイプの UTPs に対処するため、すでに適用されている部門横断的な手段にかかわらず、すべての加盟国において共通エンフォースメントの原則が存することを確実にする必要がある。カバーされる問題としては、上記の「恐れ要因」にたいする適切な救済を含むものであろう

し、それはたとえば、非公式の行動をとることのできる国家的な当局にたいし権限を与え、かつ匿名の違反申し立てを認める権限を付与することを含む。さらにその共通エンフォースメント原則は、能力ある当局が適切な制裁手段を課す権限をもつべきとされる。これら権限とは、例えば公正慣行の遵守命令の可能性、損害賠償、抑止の効果をもつ刑罰の賦課、そしてこれらの認定についてレポートの公表である。このような共通エンフォースメント原則において含まれる実効的なエンフォースメント機構は、その例を現行の国家機構において見出される。

質問

- 16) 加盟国間において UTPs の法的取扱いに重大な齟齬があるか。もしあるとするならば、このような齟齬は越境取引を妨げているか。その具体例とありうる影響の程度を定量化してください。
- 17) かかる消極の効果においていかなる程度で、問題に対処するエンフォースメントについて共通の EU アプローチでなければならないか。
- 18) 適切なエンフォースメント組織 (enforcement bodies) は制裁を課しさらに匿名の違反申し立てを認める公式の (ex officio) 活動権限を含む、調査の権限を認められるべきか。

5. 不公正取引慣行のタイプ

上記の調査と概観の結果は、多くの EU 加盟国の B2B による食品と非食品サプライチェーンにおいて示される共通現象とみられる。さらに UTPs の異なるタイプあるいは関連した問題がこれまで認められ、以下にも述べられる。機能改善のための閣僚級フォーラムは、食品サプライチェーンの垂直関係における公正及び不公正慣行の原則と慣行例を基礎にして、そして B2B の食品及び非食品サプライチェーンについて委員会のおこなった作業から、いくつかの UTPs のタイプを認定した。これらの UTPs は、それらに対処するうえで助けとなる公正な慣行とともに、以下に摘示される。

(18 頁)

5.1. 曖昧な契約条項

UTPs の最も共通の形態は、(上述の調査と研究に認められたように) 弱い契約当事者に付加的な義務を課すことを可能にする曖昧な契約条項である。

公正な慣行の要因は、契約における制裁を含めて、権利と義務が明確、透明かつ曖昧でない態様において規定されることを確実にする点にもとめられる。契約当事者は、みずからの商業上の関係に関して正確かつ包括的な情報を提供すべきである。それはまた契約上の制裁がこうむる損害に比例しているべきことを含む。契約は、製品ないしサービスのコストや価格にかかわり、引き続き変更につきその許される状況と条件を規定する一定の条項を含むべきである。

5.2. 書面契約の欠如

UTPs の発現する状況が考慮されなければならない。UTPs は、合意条件の持続的な証拠を当事者がもたないで、契約が書面形式で設定されておらない場合に容易に課される。

そして合意の書面化が双方当事者の一方にとって実行不可能でないのなら、公正な慣行の要因は、契約当事者がその書面化を確かなものとする点に求められる。口頭の契約の内容は、完了までに少なくとも契約当事者によって書面により確認されなければならない。

5.3. 遡及的な契約変更

送り状の数量から減少させるような遡及的な契約変更であって販売促進費をカバーするものは、販売済み数量ベースの一方的ディスカウント、品揃え料 (listing fee) 等々一見したところ適法のように思えるものとともに、それらが従前に十分正確な態様で合意されなければ不公正でありうる。

公正な慣行の要因は、双方当事者にとって条項と条件が公正なものでなければならない。どのような合意も、契約当事者の一方から求められて契約の修正をなすことから生じるコストについて必要な補償をなす手続きを含めて、時間的に適切であり、情報をあたえられ、その条件の共同した修正をなすことができる正確な状況と詳細な規定を含むものでなければならない。

5.4. 商業上のリスクの不公正な移転

ある種の慣行は、事前に合意されたか否かにかかわらず、検討がされねばならない。

かかる慣行の重要なカテゴリーは、例えば、小売業者が典型的に万引き防止や約束された財の消失を防止する最適の立場にいるにもかかわらず、盗まれた財について全面的に供給業者の責任に帰せしめることによって（減耗料 shrinkage fee）、一方当事者にたいするリスクの移転がされる場合である。しかしながら、ひとたび、万引きのリスクが供給業者に移転されると、流通業者による未然防止にかかわる適切な手段をとろうというインセンティブは実質的に減じられる。このカテゴリーにおける他の慣行は、他の当事者の専有にかかわるビジネス活動にたいしてその融資をなさしめることであり（例えば、新規店舗に対する (19 頁) 投資の要求）、取引をおこなっている当事者にその被る損失の補償を義務づけることであり、あるいは長期の支払い遅延である。

注意を引く UTPs の他の慣行としては、いわゆる「逆マージン慣行 (reverse margin practices)」といわれる濫用的行為である。このモデルは、多くの現代の小売業者のビジネスモデルであり、供給業者の財を購入することにつき、供給業者に提供される他の付加的な役務を結びつける構成がされる（例えば、販売促進費及び配送料、棚スペースの利用とリンクしたサービス等々）。かかる慣行は一定状況においては適法である。しかしある場合には、それは過剰かつ不公正である。すなわち、EU の司法（例えば、フランス）裁判所は、品揃え料 (listing fee) は、それらが実際のサービスと結びついており、販売促進に貢献し、かつ透明性を保って課される場合にのみ適法と考えられると述べている。

公正な慣行は、契約当事者として各運用者は、自らの固有なリスクにたいし責任を負うことに同意すべきであり、他の当事者にそのリスクを移転する不当な企てをしないことに同意しなければならない、というものになる。契約当事者は一方の当事者の専有的活動及び（ないし）販売促進の活動にたいしたなされる貢献のための条項や条件について合意によるべきである。正当なサービスにたいする料金は、それらの価値に一致すべきである。さらに品揃え料は、当事者の間で合意のされる場合には、被ることとなるリスクに比例のされるもの

でなければならない。契約当事者は報奨のないサービスにたいして支払いを求められてはならず、提供したサービスの価値やコストに明白に対応しない支払いを求められてはならない。

5.5. 情報の不公正な利用

当事者による「不公正な」情報の利用は、いくつかの UTPs の特徴を示す。提案した製品についてのなんらかの情報を求めることは当事者にとり正当であるけれども、受領した詳細情報は、例えば、自ら競合製品を開発するために利用することは許されない。それは弱い当事者から革新の成果を奪うことになる。委員会は秘密のビジネス情報及びトレードシークレットにたいする利用、盗用及び訴訟に関して、経済的ないし法的側面についての調査成果を公表している。このカテゴリーの他の慣行は、秘密とする協定にサインすることを拒むあるいは秘密として尊重をしないことを含むだろう。

公正な慣行の需要部分は、商業上の関係を保つ間、契約している当事者に提供される情報が、公正に用いられなければならないということである（注目されるのは、ビジネスパートナーはまた部分的に競争相手となる点である）。ここでは、合意にたいし各当事者は他の当事者に提供される情報が正確でありかつ誤認誘導的なものでないことを確実にする、合理的な注意を払わなければならないことも含む。

5.6. 商業関係の不公正な停止

突然かつ不当な商業関係の停止又は合理的な告知期間のない停止は、UTPs の主要タイプでもある。一方で関係終了はビジネスの生命の一環ではあるが、それはこの決定を正当化することを拒みあるいは合理的な告知金にしたがわないことで、契約当事者をいじめる手段として用いられてはならない。

公正な慣行の要因は契約当事者が契約の公正な解除を確実なものとしなければならないということであるだろう。契約は、(20 頁) 適用される法の遵守をしながら解除がおこなわれなければならない。他方で解除がなされる当事者に十分な告知がされることで、解除される当事者は投資を回収する。

5.7. テリトリーによる供給拘束

多国籍の供給業者によって課されるテリトリー上の供給拘束は、小売業者によって一定の製品について越境となる供給先をもとめること、そしてその財を他の加盟国へ流通させることを妨げる。多国籍の供給業者がロジスティックの段階や卸の段階のコントロールを実効的におこなうのなら、主要なブランド製品の製造業者は、価格引き下げについてなんら直接の利益はなくなるし、価格格差を保つために各国レベルで契約交渉をこころみであろう。他方で、小売業者は、最も低コストの卸売アウトレットから供給の源を求め、さらに供給業者の補助を求めるのであり、そしてプライベートブランド製品を提供するため直接に競合する供給業者と交渉することによって、製造業者に圧力をかける。小国の加盟国にあって、小売業者は国外の卸売業者からの供給先を求める場合に、あるいはより競争的なそして魅力ある隣接市場における供給業者から直接的に供給先を求める場合でさえ、特定の地理的な市場に対応して、あるいは供給業者とテリトリー上の契約を結んでいる全国的な卸売業者に対応して、子会社を設ける。かかる制限は市場の分断につながり、結局、国々の間における卸売りの実質的な格差に帰着するだろう。

2009年、委員会は「欧州食品サプライチェーンの機能改善」において加盟国について選択された製品にかかわる価格レベルの分散を分析した。

(加盟国を通じた選択された食料品価格の多様性比率(2008年6月)のグラフは省略) (21頁)

例えばアイルランドについては、2009年2月のアイルランド議会委員会の会合において提供された情報によれば、アイルランドと英国におけるそれぞれの販売製品の価格は130%に達するまで異なっている。それは、アイルランドの小売業者はアイルランドに適用される価格リストをベースにして購入する義務付けを負っているからである。このような報酬と社会的な料金、エネルギーコスト、租税や物流関係といった要因が、同一ブランド製品について市場間の消費者価格の格差について部分的な説明になるし、他方でテリトリー的な供給制限が決定的なインパクトをもつこともあるだろう。同じような研究は2012年にベルギーでも行われている。

客観的な効率性の理由（物流のような）から正当化をされないでも、このような供給の源泉にたいする越境的な制限は、買い手が確立されている国々をベースにした価格差別に導くであろう。その結果として、消費者は高価格及び狭められた商品選択によってマイナスの影響を受け、単一市場のもたらすより良い価格にアクセスするベネフィット及びスムーズな機能発揮からのベネフィットを得ることができない。ラベル表示のような供給業者のために技術的理由からおこなわれる場合は、一定の場合に有効であるだろうが、一般的に同一の財について、このことはあてはまらない。

5.8. UTPs の共通した特徴

取引関係において被ったコストを弱い当事者に移転し、また事業上のリスクを移すことは上記 UTPs の大部分についての共通した指標をしめすものである。

過剰な圧迫、適切なビジネス計画の策定が困難になること、そして契約の実際の内容に関する明確性の欠如は、潜在的に会社の投資と革新を減じる利幅の圧縮を招来させ、最適な事業判断をなすことをひとしく妨げるであろう。

質問

- 19) 上記リストは最も重要な UTPs について充分であるか。他のタイプの UTPs は存するか。
- 20) 禁止される UTPs のリストは問題に対処する実効的な手段を設けているか。このようなリストは規則的に最新のものに改められるべきか。代替的な解決策は存するか。
- 21) UTPs の各々とそれに対応する公正な慣行は、上記に認定されているが、
 - a) かかる委員会の分析にあなたは同意するか否か示してください。もし委員会の分析が適用されうるとすると、さらなる情報を提供してください。
 - b) あなたが活動している部門について、いかなる UTPs が関連性をもつか説明してください。
 - c) 対応する起こりうる公正な慣行は、異なる部門において広範に適用可

能であるか。

d) UTPs は当然に禁止されるべきかあるいは、事案ごとに評価がされるべきであるか。

22) 特定のテリトリー的なサプライ契約に関して、以下の説明をしてください。

a) ある供給業者が特定の顧客には供給しないことを正当化する客観的な効率的理由には、どのようなものがあるか。それはいかなる考え方によりますか。

b) テリトリーによるサプライ制限を禁ずる利益と損失はなんですか。かかる禁止は、欧州におけるその流通システムを企業が形成する態様にたいし、どのような実際的な効果をもつであろうか。

23) EU レベルにおいてその枠組み内で上記の公正な慣行は具体化されるべきであろうか。このようなアプローチには不利な点はあるでしょうか。

24) さらなる行動が EU レベルにおいてとられるべきと考えるのなら、拘束力ある立法的手段によるべきでしょうか。拘束力のない手段によるべきか。自己規制のイニシアチブによるべきか。

6. 一般的注意点

質問

25) このグリーンペーパーは B2B の食品と非食品のサプライチェーンにおける B2B 関係の UTPs と公正なに向けられている。あなたは重要な問題が省かれている、あるいはそのうちで過小評価されているものがあるか。

7. 次にとられる段階

省略。

付録資料（2）；別表一選択的公的立法，執行機関，公的調査及び秘密の申立て一覧
 Legal Framework, p79-82, Table 3

| 加盟国 | 立法形態 | | 執行当局 | | 公的調査 | | 秘密の申立て |
|--------|--|----------------|--|----------------|--------------------|----------------------------------|--------------------------|
| | 立法名 | 不正競争法 | 競争当局 (国) | 不正競争法 | 競争当局 (国) | 公的調査 | |
| オーストリア | 不正競争防止法 (Nr. 448) | 不正競争法 | 競争当局 (国) | 不正競争法 | 競争当局 (国) | なし (排除措置命令のみ) | なし |
| ベルギー | 立法なし | | | | | | |
| ブルガリア | 2008年競争保護法 ((ブルガリア)官報 Nr. 102/102/2008) | 不正競争法 | 競争当局 (国) | 不正競争法 | 競争当局 (国) | あり | なし (違反の兆表として扱われることができない) |
| クロアチア | 取引法 (Nr. 87/08, 96/08, 116/08, 76/09, 114/11, 68/13) | 事業者間取引規制 | 州調査官, 商事裁判所, 軽罪裁判所 (Misdeemeanour Court) | 事業者間取引規制 | 州調査官, 商事裁判所, 軽罪裁判所 | あり (国家調査官及び軽罪裁判所); なし (商事裁判所) | あり |
| キプロス | 競争保護法 (Nr. 13 (I) 2008) | 競争法 (事業者間取引規制) | 競争当局 (国) | 競争法 (事業者間取引規制) | 競争当局 (国) | なし | あり |
| チェコ共和国 | 2012年法第89号 (民法典) | その他の立法 | 裁判所 | その他の立法 | 裁判所 | なし | なし |
| | 2009年法第395号 (農産物及び食品の販売における実質的な市場力と濫用にかかわる) | 食品雑貨部門特別法 | 競争当局 (国) | 食品雑貨部門特別法 | 競争当局 (国) | あり | あり |
| | 1991年法513号 (いわゆる商法典) | その他の立法 | 裁判所 | その他の立法 | 裁判所 | なし | なし |
| デンマーク | 立法なし | | | | | | |
| エストニア | 2001年債務法 | その他の立法 | 裁判所 | その他の立法 | 裁判所 | なし | なし |
| フィンランド | 契約法 (1929) | その他の立法 | 裁判官 | その他の立法 | 裁判官 | なし | なし |
| | 事業者間不当条件法 (Nr. 1062/1993) | 事業者間取引規制 | 市場裁判所 | 事業者間取引規制 | 市場裁判所 | なし | なし |
| フランス | 商法典 120-122条 | 事業者間取引規制 | DGCCRF/民事と刑事の裁判官 | 事業者間取引規制 | DGCCRF/民事と刑事の裁判官 | あり (DGCCRFによる場合) | あり (DGCCRFによる場合) |
| | 商法典 441-6条 | 事業者間取引規制 | 民事裁判官 | 事業者間取引規制 | 民事裁判官 | なし | なし |
| | 商法典 441-7条 | 事業者間取引規制 | DGCCRF/刑事裁判所 | 事業者間取引規制 | DGCCRF/刑事裁判所 | あり (DGCCRFによる場合) | あり (DGCCRFによる場合) |

1 DGCCRFは、競争・消費者問題・詐欺防止総局を指す。前掲VI.2.「(1) 勧告#1」における「表6 エンフォースメントにかかわる執行当局の特徴 (小売業及び食品部門別)；執行当局の種別、公的調査及び違反行為の秘密申立ての可能性」(そのうちの*)を参照。

| | | | | | | | | |
|--------------|---|---------------------|---|---------------|--------|----------------|----|-------------------|
| | 商法典 L. 420-2.2 条 | 事業者間取引規制 | DGCCRFFによる調査に対して競争評議会裁判官（民野/判事） | あり | あり | (DGCCRFFによる場合) | あり | (DGCCRFFによる場合) |
| | 商法典 L. 442-6 C 条 (implicit) | 事業者間取引規制 | 高層行審査委員会裁判官（最終的にDGCCRFFによる調査に基づき経済相の請求について判断する） | あり | あり | (DGCCRFFによる場合) | あり | (DGCCRFFと大臣による場合) |
| | 民法典 1382-1383 条 | その他の立法 | 裁判官 | | | | | |
| | 商法典 L. 442-6 I 条 | 事業者間取引規制 | 高層行審査委員会裁判官（最終的にDGCCRFFによる調査に基づき経済相の請求について判断する） | あり | あり | (DGCCRFFによる場合) | あり | (DGCCRFFと大臣による場合) |
| ドイツ | ドイツ民法典(2002年1月2日公布)(BGBl. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 I S. 738), 近時の改正 2013年10月1日 (BGBl. I S. 3719) | その他の立法 | 裁判官 | なし | なし | | なし | なし |
| | 不正競争防止法 (2005年6月15日公布)(BGBl. I S. 2114, ber. 2009 I S. 3850), 最終改正 2013年8月7日 (BGBl. I S. 3154) | 競争法(事業者間取引規制) | 競争当局(国) | あり | あり | | あり | あり |
| | ドイツ民法典 1896 (RGBl. 195) | その他の立法 | 裁裁判官 | なし | なし | | なし | なし |
| | 2004年7月3日公表不正競争防止法 (BGBl. I S. 1414), 2013年10月1日最終改正(BGBl. I S. 3714) | 不正競争法 | 競争当局(国) | なし | なし | | なし | なし |
| ギリシャ | 「不正競争に関する」法 (Nr. 1467/1914) | 不正競争法 | 裁判所 | なし | なし | | なし | なし |
| ハンガリー | 農産物及び食品問題卸売業者にたいする不正流通行為の禁止法 (2009年法律 XCV 号), 2005年取引法 (法律 CLXIV号) | 食品雑貨部門特別法 | 全国食品チェーン安全局 (“NébihH” 本稿VI.2.(A)表6の*2を参照) | あり | あり | | あり | あり |
| | | 事業者間取引規制 | 競争当局(国) | あり | あり | | あり | あり |
| アイランド | 1893年商品販売法 (a.4)に、1980年商品販売及び役務提供に関する改正法(No. 16/1980) 及び 1995年消費者与信法 (No.24/1995)] | 事業者対消費者規制 | 裁判所 | なし | なし | | なし | なし |
| イタリア | 消費者法 18-27 条 2012年政令第1号(2012年1月12日)、農業及び農産物の認証領域の事業者間商取引にかかわる62条改正法(2012年3月24日法律第27号) | その他の立法 食品雑貨部門特別法 | 裁判官, 競争当局(国) | なし(国の競争当局はあり) | なし(同方) | | なし | なし |
| | 1998年6月18日法律第192号9条。(製造活動における下調関係) | 事業者間取引規制 | 裁判官 (反トラストの範囲に関連する場合のみ(国家競争当局)) | なし | なし | | なし | なし |
| | 民法 1341条から1342条 法律第129号(2004年5月6日)いわゆる「商業上の告回」(フランチャイズ)6条 | その他の立法 事業者間取引規制 | 裁判官 | なし | なし | | なし | なし |

| | | | | |
|---------|--|---|---------------------|---------------------|
| ラトヴィア | 2008年競争法、13条1項、13項2項及び18条、小売業者のADPによる特別法を含む | 競争当局 (国) | あり | あり |
| リトアニア | 民法典 2009年リトアニア共和国小売業者不正慣行禁止法 (Nr. 1-31) 1999年リトアニア共和国不正競争法 (Nr. 30-856) | 裁判所 競争当局 (国)、裁判所 競争当局 (国)、裁判所 | なし あり (国の競争当局のみ) | なし あり (国の競争当局のみ) |
| ルクセンブルク | 立法なし | 競争当局 (国)、裁判所 | あり (国の競争当局のみ) | あり (国の競争当局のみ) |
| マルタ | 立法なし | | | |
| オランダ | オランダ民法典 (1992年1月施行) | 裁判官 | なし | なし |
| ポーランド | 1993年4月16日不正競争防止法 | 不正競争法 | なし | なし |
| ポルトガル | 2013年政令166号 (不正商取引暫行) | 事業者間取引規制 (農産物に特殊ルール) | あり | なし |
| | 2012年法第19号 (競争法) | 競争法 (事業者間取引規制) | なし | なし |
| ルーマニア | 1996年競争法 (Nr. 21) 2009年食品販売促進法 (Nr. 321) | 競争法/事業者間取引規制 食品雑貨部門特別法 | なし あり | なし なし |
| スロヴァキア | 2012年法 (No. 362) 食料関連の取引における不合理案件にかかわる (2013年1月1日施行) | 食品雑貨部門特別法 | あり | なし |
| スロヴェニア | 1991年法第513号「わゆる「商業綱領」 | 不正競争法 | なし | なし |
| | 1993競争保護法 (Nr. 18) | 不正競争法 | あり | なし |
| スペイン | 1998年法第7号 一般遵守手続法 (General Conditions Act) 7条b文 2013年法12 (食品チェーン機能改善の措置のための) | その他の立法 食品雑貨部門特別法 | なし あり | なし あり |
| | 1991年法3 (不正競争法16条2項) | 不正競争法 | なし | なし |
| | 2013年法第12号 (食品チェーンの機能改善の措置のための) | 食品雑貨部門特別法 (Administration General del Estado) | あり | あり |
| | 民法典1902条 | その他の立法 | なし | なし |
| スウェーデン | 立法なし | | | |
| 英国 | 2013年食品雑貨綱領審判官法 | 食品雑貨部門特別法 | あり | あり (この場合罰金は課せられない) |

凡例: CL = 競争法; UC = 不正競争法; B2B = 事業者間特別法; RT = 小売部門特別法; FD = 食品/食品雑貨特別法; O = その他のタイプの立法