

営業制限法理の一側面 Custom と By-Laws による営業制限

—— Mitchel v. Reynolds における自由意思に基づかない制限の分析 ——

伊藤 政也

1 はじめに

営業制限法理 (Restraint of Trade Doctrine) とは、ある契約が営業を制限するものである場合に、公共の利益 (public policy) の観点から、それを無効 (void) とするコモン・ロー上の法理である。この営業制限法理において、制限の違法性判断のために行われる合理性審査は Sherman 法における合理の原則のルーツとして語られることも多い。このことは反トラスト法制定後初期の事件において、英国コモン・ロー上の営業制限法理に関する事例を参照することが通常であったことから明らかである¹⁾。同様に、合衆国コモン・ロー上の営業制限法理についても、20 世紀初頭頃までの反トラスト法の事例において参照されることがあり、その合衆国における独自の発展の前提として参照してきたのは英国コモン・ロー上の営業制限法理の事例である²⁾。その意味で、合衆国では反トラスト法及びコモン・ローのいずれにおいても、英国コモン・ロー上の営業制限法理の影響を受けてきたのである。

この営業制限法理を確立したと評される Mitchel v. Reynolds (以下、Mitchel 判決とする) については、その争点が競業避止契約の効力にあったことから、契約法理と連続する自由意思に基づく (Voluntary) 営業制限の判示事項は数多く分析が為されてきたが、傍論部分として述べられた自由意思に基づかない (Involuntary) 営業制限に関しては、これまでほとんど取り扱われてきていない³⁾。しかし、Mitchel 判決では、主たる争点が、競業避止の契約の効力にあったにも関わらず、「営業の自由」(Freedom of Trade) の視点から、王権、慣習及び都市条例・ギルド規約に基づく営業制限を、自由意思に基づかない営業制限として広く分析を行っている。このような分析は、傍論ではあるものの、自由意思に基づく制限と連続性をもって語られているものであり、同時代における独占規制の理解を深める上で少なからぬ重要性を有する。そこ

1) See United States v. Trans-Missouri Freight Association, 166 U.S. 290 (1897).

2) Fowle v. Park, 131 U.S. 88 (1889); Gibbs v. Consolidated Gas Co. of Baltimore, 130 U.S. 396 (1889).

3) なお、自由意思に基づかない制限に関する分析を含む文献としては、Chris Dent, *Restrain Me Not: Mitchel v. Reynolds and Early 18th Century Patent Law*, 41 University of Western Australia Law Review, issue 2, 3-24 (2016); Hamish Leslie Dempster, *Restraint of Trade at Common Law* (1997), available at <https://researchspace.auckland.ac.nz/handle/2292/2675> がある。

で、本稿では Mitchel 判決の自由意思に基づかない制限に関する判示事項を、参照判例・関連文献等を手掛かりに分析し、その記述の含意を再考しようと試みるものである⁴⁾。なお、一定以上に古い時代の事例については、事案の詳細が十分に判明しない部分も少なくない。それゆえ、原判例集や English Reports の他に、適宜二次資料等による補完を行いながら検討を行っていくこととする⁵⁾。

2 Mitchel 判決⁶⁾ の分析と検討⁷⁾

(1) 自由意思に基づかない営業制限に関する参照事例と判示事項

自由意思に基づかない営業制限とは、制限を受ける者の同意を得ずになされる営業制限であり、Mitchel 判決においては、①王権に基づく勅許等 (Grants or Charters) による場合、②慣習 (Custom) に基づく場合⁸⁾、③都市条例・ギルド規約等 (By-Laws)⁹⁾ に基づく場合の三種類に分けられている。

まず、①王権に基づく勅許等による場合では、新しく考案された技術を独占させるような場合には、それが発明を奨励するものであるため、合法であるとされる¹⁰⁾。これは 1624 年の独

4) 本稿と関心が類似するものとして、Ariel Katz, *Intellectual Property, Antitrust, and the Rule of Law: Between Private Power and State Power*, 17(2) Theoretical Inquiries in Law 633-709 (2016); Mary Sarah Bilder, *The Corporate Origins of Judicial Review*, 116(3) Yale Law Journal 502-566 (2006) が挙げられる。

5) 当時の判例集における記述が、その事案や判旨を客観的に表現しているかどうかは、特に Coke の Reports 等を参照する場合には当然のことながら問題になり得る。例えば、参照判例で言及される Waltham 事件 (77 E.R. 663 参照) 等は、当該事件の記録を見つけることができず、参照判例中で言及されている限りでの把握となる。

6) *Mitchel v. Reynolds*, (1711) 1 P. Wms. 181, 24 E.R. 347; 10 Mod. 130, 88 E.R. 660; 10 Mod. 27, 88 E.R. 610; 10 Mod. 85, 88 E.R. 637; Fort 296, 92 E.R. 859. 本稿では主に、1 P. Wms. 181 における記載に依拠して分析を行い、事案については傍論の分析であることから省略する。なお、88 E.R. 638 の 10 Mod. 84 においては、Dyer's Case (2 Hen. 5) と併せて、2 Levinz, 24, 3 Cro. 208 との参照が為されているが、いずれも文脈に合致しない参照である。前者については、原書では 2 Levinz, 241 とされており誤記載である。後者も、おそらく原書 203 頁掲載の *Fermor v. Brooke* の参照の方が文脈とも整合する。

7) 営業制限法理については、特に自由意思に基づく制限につき、我が国においても数多くの文献で言及が為されている。最初期のものとして、末延三次「雇傭に於ける営業制限の特約—英米法に於ける Restraint of Trade の一問題」『英米法の研究 (上)』114-148 頁 (東京大学出版会, 1959 年); 大隅健一郎「英米コンモン・ローにおける獨占及取引制限 (一)・(二)」法学論叢第 53 巻 5 = 6 号 227-244 頁 (1947 年)・第 54 巻 1 = 2 号 17-37 頁 (1947 年) 等。近時の文献では、向田正巳「契約の自由と競争禁止義務について」山田省三・石井保雄編『労働者人格権の研究 上』307-327 頁 (信山社, 2011 年), 小宮文人『イングランド雇用関係法史』64-65 頁 (旬報社, 2022 年) 等が挙げられる。

8) ER 版では、原典にはない *Mayor of Winton v. Wilks*, 1 Salk. 203; 3 Salk. 349; and 2 Ld. Ray. 1129 が参照されている。

9) “By-Laws” につき「定款」と訳すものもあるが、本稿では、By-Laws を中心として用い、個別に言及する場合に条例・規約とした。メイトランド〔森泉章監訳〕『信託と法人』110 頁 (日本評論社, 1988 年) を参照。

10) 1 P. Wms. 183.

占禁止法 (Statute of Monopolies)¹¹⁾ によって、その期間が 14 年間に限定される¹²⁾。その期間が経過した後は、それが公衆にとって周知のものとなり、人々に広まるということが、このような営業制限を正当化する理由として挙げられている。一方で、他の者を全て排して、新たに勅許状により権限を付与するような場合は無効とされる¹³⁾。同様に、既に行われている取引を、ただ一人にのみ行使させるような特権の付与も、それが独占であり、公共の利益 (the policy of the common law) に反し、マグナ・カルタに違反する¹⁴⁾ ものであるとされる¹⁵⁾。

次に、②慣習に基づく場合であり、これには 3 つの種類があるとされる。一つ目は、共同体の利益のために一定の者を優遇するような場合であり、このような慣習による営業制限は有効なものとされている¹⁶⁾。二つ目は、営業を行う者の共同体の利益のため、余所者 (foreigners)¹⁷⁾ を排除する慣習などが有効とされた事例である¹⁸⁾。これは、当時のギルドや自治制度とも関連するが、その都市等に居住していない者等の営業を排除するような場合を指している¹⁹⁾。三つ目は、慣習により、一定の場所における営業を制限するような場合であり、the Case of the

11) The Statute of Monopolies (21 Jac. 1, c. 3).

12) 当該法令と当時の政治状況などについては、谷原修身『独占禁止法の史的展開論』(信山社, 1997 年)等を参照。

13) Wagoner v. Fish (The City of London's Case), (1610) 8 Co. Rep. 121, 77 E.R. 658.

14) Mitchel 判決においては具体的な参照箇所は明記されていないが、後の参照を踏まえると cap. 29 であろう。

15) Darcy v. Allein (Case of Monopolies), (1602) 11 Co. Rep. 84, 77 E.R. 1260. 同判決に関する詳細は、深尾裕造「独占事件 (1602): その文脈を解きほぐす」法と政治第 69 巻 1 号 231 頁以下 (2018 年) を参照。Darcy v. Allein に遡るコモン・ロー上の反独占規制の分析に関する反トラスト法の代表的な文献として、William L. Letwin, *The English Common Law Concerning Monopolies*, 21(3) *The University of Chicago Law Review* 355-385 (1954) を参照。同事件の前後の状況については、Steven G. Calabresi & Larissa C. Leibowitz, *Monopolies and the Constitution: A History of Crony Capitalism*, 36 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 983, 989-1003 (2013) を参照。

16) The City of London's Case, *supra* note 13; The Werdens and Corporation of Weavers in London v. Brown, (1601) Cro. Eliz. 803, 78 E.R. 1031; Farmer v. Brooks, (1589) 1 Leo. 142, 74 E.R. 131; Year Book 22 Hen. 6, f.14, pl.23 (1443); Hix v. Gardiner, (1614) 2 Bulst. 195, 80 E.R. 1062; 1 Roll. Abr. 561. 1 Roll. Abr. 561 の参照は明確ではないが、余所者に対する慣習の効力や賃借人の同意による Prescription の開始に関する事例の参照かと思われる。

17) foreigners には、外国人 (alien) の他、他地域の住民等を含むものと解されている。末延・前掲註 (7) 118 頁は、「よそ者はたんなる外国人であろうと同国人であろうと一様に敵視された時代」として、Dyer's Case などに言及している。また、14 世紀前後に関する記述ではあるが、外国商人については、Common Law 上ではなく、王の勅許により特権を与えられて取引を行っていたこと、この特権と市等の商人 (あるいは領主等の特権) の対立構図があったことなどが示されている。See Sir Frederick Pollock & Frederic William Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I*. Reprint of 2nd edition, with a Select Bibliography and Notes by Professor S. F. Milsom. Vol.1. 490 (Liberty Fund, 2010). また、マグナ・カルタ上では、外国商人の特権的地位は約束されていたが、これらの者を排除するという特権との対立構図がその後数世紀にわたり続くとの指摘もある。Pollock & Maitland, *op. cit.*, at 184.

18) Dyer 279b; Roy v. Le Corporation de Boston, (1675) Jones W 162, 82 E.R. 87; The City of London's Case, *supra* note 13; The Case of the Tailors of Ipswich, (1614) 11 Co. 52, 77 E.R. 1218; Mayor and Commonalty of Colchester v. Goodwin, (1667) Carter 68, 124 E.R. 829; Carter 114, 124 E.R. 859.

Archbishop of York²⁰⁾ が参照されている²¹⁾。

最後に、③都市条例・ギルド規約等 (By-Laws) に基づく場合である。この By-Laws については、慣習による基礎付けがなされていない場合であれば、余所者を排除するような By-Laws の制定・執行は無効とされる²²⁾。一方で、慣習による基礎付けがなされており、その慣習を罰則で執行するといった By-Laws は有効とされ得る²³⁾。また、一般的に営業を制限するような By-Laws はすべて無効である²⁴⁾。さらに、より良い統治と規制 (the better Government and Regulation of it) のために、By-Laws により営業制限が定められる場合には、当該地域に利益がもたらされ、不法侵害 (Nuisances) 等の公共の不都合さ (Publik Inconveniences) を避けるためであれば有効となることも示されている。また、製品の改良 (Improvement of the Commodity) という営業の利益 (Advantage) の為である場合も同様である²⁵⁾。加えて、“a reasonable By-Law” という用語が用いられており、その制限の内容の合理性が問題とされている他、取引の自由 (the Liberty of trading) のため、不合理な罰金を科してはならないことも述べられている²⁶⁾。また、2 Keb. 309²⁷⁾ は、絹織物製造業者 (Silk-Throwsters) に対して、針子 (Spindles) の数を制限するものであるが、その理由が真実であれば、条例は有効である

-
- ✓ 19) 16 世紀のエクセターの例につき、イギリス中世史研究会編『イギリス中世社会の研究』294-295 頁 (山川出版社, 1985 年) 参照。また、市に対する領主等の権限については、J・H・ペイカー〔深尾裕造訳〕『イギリス法史入門 第4版 第Ⅱ部〔各論〕』324-327 頁 (関西学院大学出版会, 2014 年) を参照。
- 20) Register, 105-106. Registrum Brevium が参照されている文献である。参照可能であった 1687 年版の 105-106 頁に、ヨーク大司教の許可なく Rippon において染物師をしてはならないという慣習が問題になった事例が記載されている。この時代の特権領と個人の自由に関しては、See Alan Harding, *Medieval Law and the Foundations of the State* 216 (2002).
- 21) 後に慣習による独占の許容として、コモン・ローの反独占性に対する反証例として語られやすい部分である。See Letwin, *supra* note 15, at 374.
- 22) 1 Roll. Abr. 364. 参照事例が明確ではないが、おそらく Payn v. Haughton (Sir John Baker, Sources of English Legal History Public Law to 1750 516 (2024)) が対象かと思われる。本件も London における Carmen の規制に関する事例である。Christ's Hospital から許可を受けなければ市内において営業を行えないとする By-Laws を、私的利益のためであり、営業の自由 (the liberty of trade) の側面から理性 (reason) に反すると判断した。当該頁では、Norris v. Staps, The Case of the Tailors of Ipswich 等についても記述されている。Norris v. Staps, (1616) Hob. 210, 80 E.R. 357; Franklin v. Green, (1610) 1 Bulst. 11, 80 E.R. 717; Mounger v. Clare, (1677) 3 Keb. 808, 84 E.R. 1024. 3 Keb. 808 は、Mitchel 判決において Misreported とされている。余所者は Guilford において営業を行ってはならないとする慣習のみが示されているが、実際には営業制限の慣習については主張がなく、条例の制定権が慣習により認められている点のみが主張されていたということであろう。
- 23) Carter 68, 114; 8 Co. 125.
- 24) Davenant v. Hurdis, (1598) Moor 576, 72 E.R. 769. Baker, *supra* note 22, at 513-516. 営業制限が臣民の自由 に反しており、その理由として営業の自由 に言及が為されている。Coke が当該事件において問題とされた類の By-Law を制定する権力や罰金を徴収する権限に疑問を示していたことを指摘しつつ、By-Law の不合理性は独占に求められると理解する見解もある (See Letwin, *supra* note 15, at 361)。しかし、営業制限とその罰則 (あるいは対価性) が切り分けられると理解するのは、罰金額を問題とした事例等を見る限り説得的ではない。

とする。参照事例とは別の判例集においては、「これは独占ではなく、独占を制限するものであり、誰も営業全体を独占する (engross) のものではない」として、むしろ取引機会の平等 (for an equality of trade) を確保するものであることが指摘されている²⁸⁾。

(2) 自由意思に基づかない制限の規制根拠

上記の自由意思に基づかない営業制限についての事例を概観する参照の他に、いくつかの理由を詳述している²⁹⁾。その一つ目は、王権による勅許等に基づく場合、都市条例・ギルド規約等 (By-Laws) に基づく場合である。Mitchel 判決では、これらを、一般的に無効である (generally are void) と述べたうえで、コモン・ローが営業や正当な産業 (honest industry) を推奨していること、こういった制限が臣民の自由 (the liberty of the subject) に反している³⁰⁾ ことに理由を求めている。もう一つの理由として、マグナ・カルタが参照されている。これは、これらの権力が行う行為 (these Acts of Power)³¹⁾ によって侵害されるとされる。ここでは、“Nulls liber homo, &c. disseisetur de libero tenement vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, &c.”³²⁾ という部分が引用されており、「彼の自由保有地や自由諸特権、彼の慣習的諸自由」³³⁾ を奪われないことが明示されている。そして、この規定は、営業の自由 (Freedom of Trade) に対しても拡張されることについても明示的に言及している³⁴⁾。

他方、新しく発明された技術に対して唯一の使用権を与える勅許等については、前述の営業制限を否定する理由には当てはまらない³⁵⁾ ことが述べられている。その根拠は、何人の自由も

✓ 25) Player v. Jenkins, (1666) Sid. 284, 82 E.R. 1108; Player v. Vere, (1679) Raym. 288, 83 E.R. 149; Player v. Jenkins, (1666) 2 Keb. 27, 84 E.R. 17; Player v. Gardner, (1672) 2 Keb. 873, 84 E.R. 552; The Chamberlain of London Case, (1590) 5 Co. 62, B. 77 E.R. 150. Sid. 284 に連なる事例は、London における Carmen の増加に伴う交通規制を目的とする営業制限の事例である。なお、Player v. Vere については、Raym. 324, 83 E.R. 168 も参照。また、品質の維持・向上の点については、5 Co. 62 を参照。

✓ 26) 1 P. Wms. 185. 10 Mod. 133 においても、“all unjust and unreasonable customs being void” とされている。

✓ 27) Freemantle v. the Company of Silk-Throwsters, (1669) 2 Keb. 310, 84 E.R. 193; 1 Lev. 229, 83 E.R. 382.

28) 1 Lev. 229, 83 E.R. 382. こういった視点は、“to regulate trade” 等として、正当な規制と単なる営業制限を分ける用語法にも影響していると思われる (10 Mod. 131)。

29) 1 P. Wms. 187-188.

30) 1 P. Wms. 188. また、10 Mod. 131 によると、“the freedom and birthright of the subject” とされている。このような見解自体は、The Case of the Tailors of Ipswich の頃から見られるものであり、議会においても同様の確認が行われている。

31) “Acts of Power” はその意が十分に把握できていないが、Hobbes の Leviathan 等において、“the acts of power usurped” といった用例があり、それに倣った。トマス・ホッブズ〔加藤節訳〕『リヴァイアサン【上】』483 頁 (ちくま学芸文庫, 2022 年) 参照。

32) 自由意思に基づく制限に関する理由づけとして、マグナ・カルタに依拠することは Mitchel 判決では否定されている (1 P. Wms. 189)。

33) 深尾裕造＝松本和洋「＜翻訳＞クック『マグナ・カルタ註解』：サー・エドワード・クック『イングランド法学提要第2部』より」法と政治第66巻4号281頁 (2016年)。

制限されておらず³⁶⁾、同様に自由土地保有権 (freehold) を取り上げられることがないという点が指摘され、このような勅許等を認めることは、創意 (ingenuity) とこれまでに見られない産業 (uncommon industry) に対する妥当な報酬に過ぎないとされている³⁷⁾。また、慣習の事例、慣習の実効性を確保する都市条例・ギルド規約等の事例についても、上記の理由に当てはまらないとされる。なぜなら、慣習は、その地の法 (Lex loci) であり、余所者については、その地の権利を有さないため免除されるためだとされる。

3 Mitchel 判決の参照事例に関する分析

(1) 慣習等に関する参照事例の分析³⁸⁾

まず、Mitchel 判決において言及されてきた慣習と取得時効 (以下、慣習等とする) に関する先例につき分析を行う。慣習等に基づく営業制限が認められるためには、営業制限に関する慣習 (Custom) 及び取得時効 (Prescription) された、営業制限を可能とする特権³⁹⁾ がその団体⁴⁰⁾ に存在しなくてはならない⁴¹⁾。この慣習等を分析するにあたっては、超記憶的時間 (time out of memory (mind)) よりという表現が用いられている⁴²⁾。しかし、慣習等については、

✓ 34) この見解は、Coke の『イングランド法学提要』(The Institutes of the Laws of England) が参照されていることから、Coke の見解を基礎にしていると推測される。もっとも、Coke の独占に関する見解については、W. S. マッケクニ〔禿氏好文訳〕『マグナ・カルターイギリス封建制度の法と歴史―』409 頁 (ミネルヴァ書房、1993 年) では、「クックが、この一節を、イングランドでは独占権は常に違法であったという学説を解くための典拠として扱っているのは、彼の検討違いである。彼は、『特権について』の語を注釈し、『一般にすべての独占権は、臣民の自由と反し、かつ国法に反するゆえに、この大憲章に反する』と断言する。彼のこの誤りには、倦むことなく追隨する人びとがあった」と述べられている。深尾・前掲註 (15) 241-242 頁 (2018 年) では、Malament の議論を参照しつつ、Coke の「独自性」について疑問が生じてしまうものの、Coke の見解が「偏向」ではなかったことが示唆されている。

✓ 35) 臣民の自由と輸入特権に関する Darcy v. Allein の分析につき、See Ariel Katz, *supra* note 4, at 643-644.

36) 新しい発明に関する営業の独占につき、そもそもそういった営業は勅許等を与えられる以前に存在していないため、何人の営業の自由を奪うものではないという理由であろう。既存の営業について独占権を与える場合を否定していることと対比しうる。

37) 1 P. Wms. 188.

38) 本稿では、王権に基づく勅許等の詳細には立ち入らない。慣習と都市条例・ギルド規約のような連続性が薄いためである。

39) Dent, *supra* note 3, at 12. 個人の行動を抑制する権力主体を、この時代の法の一つの側面として記している。

40) 各種団体の法的権限が異なり得るため、一律で「団体」とすることは他の問題を引き起こす可能性があるが、主体が有する全体的な権限の差異よりも、主体が行使する営業制限の権限の差異の方が重要であると考えたため「団体」と記述した。Mitchel 判決では問題とされていないが、都市であれば王立都市か領主都市か等の相違により団体に認められている権限に相違があるように思われる。

41) Mitchel 判決においては、慣習と取得時効の差異は明確に意識されていないように感じられる。両者の関係については、深尾裕造『イングランド法学の形成と展開 コモン・ロー法学史試論』629 頁 (関西学院大学出版会、2017 年) 参照。

「『超記憶的時間』は慣習や取得時効を『強化する』ものであって、本質的要素はそこにではなく、『理性』と『調和』に求められている」⁴³⁾とされるように、超記憶的時間以前より認められる慣習等であれば営業制限を常に肯定するという理解は為しえない。確かに、同時代において、慣習等のコモン・ローに対する優位を説く事例⁴⁴⁾はある⁴⁵⁾が、参照されている事例においては、慣習等が合理性を有することが必要であると考えているものを中心である⁴⁶⁾。この慣習等の合理性の審査においては、その開始時点での合理性⁴⁷⁾や慣習及び慣習により徴収される対価の合理性⁴⁸⁾について検討が行われている⁴⁹⁾。開始時点の検討においては、Tenure が関係する慣習⁵⁰⁾であるかが重要であると考えられる⁵¹⁾。Mitchel 判決においては、慣習等の合理性審査については明示的な検討がないが、参照判例において慣習等による営業制限が無制限に認められているわけではなく、合理性審査を否定する趣旨ではないと考えられる。

次に、余所者と慣習等の関係について検討する。これについては、16-17 世紀頃の営業の自由のあり方から検討をしなければならない。慣習等においては、余所者を排除する権限という

42) こういった慣習の成立については疑義が示されることも少なくない。「超記憶的時間以前」という形での限定が付されているが、どの程度古くかというのは明確でない。例えば、ブラクネット〔平良訳〕『イギリス法制史 総説篇 下』566-567 頁（東京大学出版会、1980 年）では、アツォの業績を参照し、「慣習はもしそれが一〇年か二〇年以内に発生したものであると、前からの (long) 〔慣習〕といわれる。三〇年前からはじまっていると非常に昔からの (very long) 〔慣習〕であるといい、四〇年ならば古来の (ancient) 〔慣習〕といえるのである」という見解がブラクトンによって尊重されている旨記述されている。

43) 深尾・前掲註 (41) 630 頁。

44) Bradenox's Case, (1672) 1 Ventris 195, 86 E.R. 132 は、Archbishop of York 事件を参照し、「慣習は独占を形成しうる」(a custom may create a monopoly) と記述しているが、これは Register 自体の表現ではないように思われる。慣習等に関し、Mitchel 判決の ER において追記されている 2 Raym. 1131 では、Littleton 及び Coke の Tenure § 169 の見解が参照されている。「確かな合理的理由に基づいて用いられてきた慣習はコモン・ローを免れる」(Littleton)、「なぜなら、理性に反して導入された慣習は、慣習というより寡奪と称されるべきであるからである」(Coke) というものである。深尾・前掲註 (41) 67, 69 頁訳参照。

45) 慣習は王権より強いということも述べられているが、これは、王権に基づく営業制限の特権付与は認められないが、慣習等によっては可能であるとするものである。The City of London's Case, *supra* note 13, at 125a.

46) 2 Bulst. 196. Haughton 判事が、Littleton の「法は理によって是とされる時により賞賛される」"lex plus ladatur, quando ratione probatur" (小山貞夫編著『英米法律語辞典』(研究社、2011 年) 参照) という法格言を引用している。The City of London's Case では、Remedy を中心に合理性の審査が行われている。Cro. Eliz. 803 は慣習の合理性に触れていないが、被疑者に違反行為なしとする要件レベルでの判断で終了していることが大きいように思われる。

47) 2 Bulst. 196.

48) W. Jones 162. 通行税 (a toll thorough) の対価性に基づき、これにより橋などの修復が為されることを特権の取得時効を認める理由としている。このような対価性 (約因, consideration) が認められない場合には、通行税の請求は認められない。2 Bulst. 196. 同旨。

49) The Chamberlain of London Case, *supra* note 25, at 63. ここでは、制限 (営業制限と toll の支払い) を受ける臣民が、その対価よりも大きな利益を得ることが 13 Hen. 4. 14. を参照しつつ述べられている。対価の提供に拘束力が認められるようである。また、目的に関して公共善 (pro bono publico) のためか、私利利益 (pro private lucro) のためかという点も審査されており、後者の場合は権限が否定される。

点につき、特に Dyer 279b⁵²⁾ が参照され、概ね余所者の排除に関する慣習等は各事例において肯定的に認められている⁵³⁾。しかし、このような余所者は、その地における「営業の自由」を有していない場合が少なくない。The City of London's Case においても、余所者が店を開いてはならないとする慣習及び By-Laws が問題とされているが、併せて、市民権の取得も検討されている。特に、都市においては、徒弟修業を終了することと市民権の取得が結びついており⁵⁴⁾、「余所者」であることの法的意義は小さくない。また、この時代においては、現代的な意味での一般的な営業の自由は成立途上であり、徒弟修業（とその地における Freedom の獲得）を契機とする営業の自由の獲得という過程を踏まえる必要がある⁵⁵⁾。また、London における事案では、人口の増大による環境の悪化、17 世紀初頭におけるペストの流行といった事情もあり、人口流入に対する制限が許容されやすい事情もあった⁵⁶⁾。

ここでの営業の自由は営業権的なものであり、当該都市・ギルドにおいては、営業制限の免除としての性格を有するが、他の都市・ギルドにおける営業制限の権限とは対立することにな

-
- ✓ 50) Register, 105-106. Archbishop of York 事件については、Owen 67 の記述を元に *ratione dominii* として Tenure を根拠とする理解が、Jones v. Waters (C.M. & R. 712) においてみられる。この事件については、Robinson v. Watkins (Skinner, 371) のように余所者の排除に関する特権の取得時効 (*prescribe*) とするものもある。Tenure に関して、滝澤紗矢子「グロスター事件判決（1410 年）に見出される『競争』概念再考——一五世紀イングランドにおける *damnum absque iniuria* の展開の側面」法學第 71 巻 6 号 723, 749 頁（2008 年）参照。
- ✓ 51) Tenure が営業制限の内容を条件として為されている、居住民の同意がある等が考慮事項となり得る。
- 52) 余所者の売買する商品についての没収に関する事例である。余所者（主として *alien*）が有する権限一般については、エドワード 3 世治世下において、1328 年には「すべての外国商人とその関係人は、大憲章の趣意に従って、彼らの商品とともにイングランドに出入国できる」ことが、1335 年には、「卸売り、小売りともにすべての商業部門で、外国商人と在来住民」を等しく扱い、「特許を与えられている自治市の特権的権利も、その法律の実施を妨げられないと、明文で宣言」している。しかし、「イングランドの自治市とその政治的同盟関係の影響力は、かような法律の厳格に実施を不可能にするだけの力があった」のであり、このような慣習はその時宜に応じて主張されたのではないかと推察される。W. S. マッケクニ・前掲註 (34) 433 頁参照。また、London は開封勅許状により免除 (*exempt*) されたこと、1377 年の York において、余所者間での取引あるいは余所者による小売り (*retail*) が禁じられたが、1378 年には卸売り・小売りが許容され、1383 年にふたたび禁止された。同時代の状況については、See Maud Sellers (ed.), *The York Mercers and Merchant Adventurers 1356-1917* 58 (1918)。
- 53) 1504-1505 年の時点で、London におけるこの慣習を確認する Charter が出されているようである (See Cro. Eliz. 352; William Bohun, *Privilegia Londini: or, The Laws, Customs, and Privileges of the City of London* 19 (1702))。現実的には、余所者らが商品を域内に持ち込むにあたり「償い」として金銭支払をさせるため、このような慣習が機能していたのではないかと推察される。武居良明「建設都市と市場」イギリス中世史研究会編『イギリス封建社会の研究』206 頁（山川出版社、1970 年）参照。York においては、Wool 等を持ち込む余所者の通行税等の支払確保のために域内の染物師に対して、市外での取引を禁止するという制限も設けられていた。See Maud Sellers (ed.), *The York Memorandum Book Part I. 1376-1419* 33-34 (1912)。
- 54) London においては、徒弟を終了した場合、Freedom の獲得をしなければならないとされていたようである。Giles Jacob, *City Liberties: or, The Rights and Privileges of Freeman* 85-87 (1732)。

る。つまり、余所者がある都市・ギルドにおいて営業制限を受けることになる、そもそものかなる場所でも営業権が認められていないという場合と、他の地域で獲得された営業権が制限されるという場合の2つがあり得ることになる⁵⁷⁾。既に他の都市・ギルドでの徒弟を終えている場合、営業制限の必要性が薄い（徒弟修業の必要性が小さく一般的な営業の自由があり得る場合等）職種の場合は、営業制限の権限と営業の自由の対立を考えることになる。

こういった側面から、the Tailors of Ipswich 判決を見ると、37 Ed.3. cap. 6⁵⁸⁾ によって規制される以前は、臣民はコモン・ロー上の一般的な営業の自由を有していたと理解されるという点が重要になる⁵⁹⁾。そのうえで、公衆に影響があり得る職種については5 Eliz.⁶⁰⁾ に基づいて徒弟修業が必要⁶¹⁾とされ、営業制限が肯定されうる⁶²⁾。他方、私的關係において公衆とかわりなく雇われる者については営業の自由が認められ、ギルド規約の権限は及ばない。加えて、他の地域で徒弟を終えている者について、ギルドが営業制限を行い、その違反に罰金を科すことは、「臣民の自由 (Freedom and Liberty) を侵害する」のであり、金銭を支払わせるゆすり (Extortion) や若い商人の抑圧 (Oppression) の手段であるとされたのである⁶³⁾。

ここで、余所者のうち、外国商人を中心に考えると、勅許等により特権を付与されていない

-
- ✓ 55) もっとも、職人規制法 (The Statute of Artificers) を含め、すべての職種がそうであったわけではなく、習熟が必要な職種についてのみ徒弟修業の要件が重く解されるという傾向はあるように思われる。職人規制法等については、小宮・前掲註 (7) 64-73 頁。岡田与好『イギリス初期労働立法の歴史的展開 増補版』(お茶の水書房, 1970 年) 参照。
 - ✓ 56) The City of London's Case, *supra* note 13, at 127b. 1 Salk. 203. においても、「ロンドンで職業を営むことを排除するロンドンの慣習は、人々がその市内で若者を育て、彼らをロンドン市の市民とすることに関する慣行に基づいている。他の都市はその慣習を持たないので、その慣習はロンドンでは合理的であるが、その慣習を持たないところでは合理的ということにならないのである」(小宮・前掲註 (7) 70 頁) と述べられている。By-Laws に関しては、Raym. 326 で “And so a by-law made in Newcastle may be good for that place, which may not serve for London or Norwich” と述べられている。
 - 57) さらに言えば、同じ都市内で、他の職業へ転職をする場合についても、同様に問題になり得る。London の慣習においては、「ひとたびギルド組合員となり市民権を得れば、その市民権に基づいて他のいかなる職業をも営み得るという慣習」があり、これとギルドの営業独占権が対立していたとされる。坂巻清『イギリス・ギルド崩壊史の研究—都市史の底流—』80 頁 (有斐閣, 1987 年)。
 - 58) 1363 年に、ギルドの独占権を強化するため、「一人一職の原理」が定められた。ここでの職はギルドと強く結びつくため、あるギルドに属した者は、他のギルドに転職しえないということになる。しかし、この法は、翌年直ぐに改定され、「全ての人々は、上記の規定以前にそうであったように自由であるべきである」とされた。坂巻・前掲註 (57) 80-81 頁参照。
 - 59) 営業の自由が史実として享受されていたかは当然ながら疑問である。
 - 60) The Statute of Artificers (5 Eliz. I, cap. 4).
 - 61) これは、ギルドに規約制定権限を認める点に関係する。本件は、開封勅許状によりギルドが設立され、規約制定権限が付与されているが、規約は合理的でなければならず、“pro bono regimine et gubernatione, &c” である旨示されている。
 - 62) ギルドの機能についても、営業独占を認めるという理解ではなく、徒弟修業を通じた怠惰 (idleness) の防止、公衆の安全の確保等に重きが置かれている。

限り、営業制限を受けやすいということが出来る⁶⁴⁾。制定法上は、卸売りでの営業等はある程度認められていたが、小売りについてはそもそもその地における営業の自由がないと解されることになる。年市 (Fair) の開催等が問題とされるのは、その際には外国人でも営業を行うことが可能である場合があり、それ以外の場合であれば、営業は否定される方向に向かう。それゆえ、慣習等においては、外国商人は特に営業の制限が認められやすい立場にあり⁶⁵⁾、外国人のコモン・ロー上一般的な営業の自由は想定されていないと考えられる。また、慣習による営業制限に対して、条例 (By-Laws) により徒弟や買戻し (Redemption) を経て市民権を取得することで、余所者の営業の自由が認められるという理解も示されており⁶⁶⁾、自由のないものが自由を購入するという理解も見られる。

(2) By-Laws に関する参照事例の分析

次に、By-Laws による営業制限について検討する。By-Laws につき、Mitchel 判決は、①余所者を排除するための By-Laws、②一般的に営業を制限する By-Laws、③より良い統治と規制のための By-Laws と分けて考えている。まず、②一般的に営業を制限する By-Laws における、Davenport v. Hurdis や 2 Inst. 47 の参照については、独占規制の流れで理解をすれば足りる。1 Bulst. 11 の参照についてはその意図が明確ではないが、慣習の基礎付けがなく、公衆の利益といった制限の合理性が認められない By-Laws を想定しているように思われる。次に、①の余所者を排除するための By-Laws は、慣習の基礎付けが求められている。その理由は、制限の対象を余所者に対する営業制限と限定していることによる。これは、都市・ギルドに対し、余所者が何らの権利を有していないこと⁶⁷⁾や余所者が私的な規制を知る義務を欠く⁶⁸⁾点を根拠とし、規制主体に対する関係で、その自治に関わらない余所者を区別する趣旨であろう。他方で、組織内部に関わる By-Laws であれば、団体の性質から規制権限が認められる。このように、余所者に対する規制権限を団体の By-Laws 制定権から直接導くのではなく、営業制限を認める慣習の基礎付けから導くことで制約を課していると理解しうるのであり、団体内部の法を外部に適用することに否定的であると理解しうる。

63) 営業の許可に伴う支払い等の対価性が、徒弟の職業訓練機能を欠くために失われているとも理解でき、その場合、私的利益のための支払強制と解されうる。また、同事件において Coke が異議を唱えたのは、徒弟訓練を受けた者に対するギルドの制限に対してであるとみる見解がある。See Barbara Malament, *The "Economic Liberalism" of Sir Edward Coke*, 76(7) Yale Law Journal 1321, 1336-1337 (1967).

64) 1552年にハンザ同盟の関税諸特権がはく奪されたこと等につき、井内太郎「エリザベスI世治世期における国家財政運営と財政的ナショナリズム」西洋史学報33号26頁(2006年)参照。

65) その地域や産業の構造等により大きく変わり得る。

66) Cart. 121-122. 本件では、被告が徒弟修業を終えたことは示されていない。

67) 1 P. Wms. 188.

68) 1 Bulst. 11.

他方で、③より良い統治と規制のための By-Laws につき、公共の利益が強く関係する場合には、慣習の基礎付けがない By-Laws を制定し規制権限を行使することが認められうる。例えば、詐欺 (Fraud) や一般的の不都合さ (general inconvenience) を抑制するためであれば、余所者に対しても規制権限が及ぶ可能性が認められる⁶⁹⁾。つまり、都市やギルド等のある種の行政規制・警察規制に属するものであれば、肯定されうるという理解になる。より良い統治と規制 (the better Government and Regulation of it) のためであれば、営業制限が認められうるとするのはこの趣旨であり、市場の修復 (a Fixing of the Market)⁷⁰⁾ と述べている点も同様である。2 Keb. 309 は、慣習に基づくものではなかったようであるが⁷¹⁾、市場への介入による取引機会の平等 (for an equality of trade) のためであるとして、営業制限は有効だと判断されている⁷²⁾。こういった点は、ギルドに限らないが、ギルドによる品質管理や産業統制の視点からの制限も有効とされうる。ギルドの意義については、職業訓練機関としての機能や市場規制の機能等があり得る⁷³⁾ が、参照事例においても、独占以外の機能面につき言及がなされているように思われる⁷⁴⁾。他方、そういった規制主体の規則や権限行使に法が「合理性」という軸をもって司法審査を加えていったことも、忘れてはならない点である。

(3) 罰則の認められる範囲について

上記のような、Custom や By-Laws に関する問題の他に、Mitchel 判決の一連の参照において、規制主体となる団体が、「どのような範囲で規制をし、どのような範囲で罰則を科しうるか」が検討事項とされている。罰則等の権限の付与については、勅許によるのであれば搜索 (Search) までは有効であるが、違反を罰することは認められないと述べる事例がある⁷⁵⁾。慣習に基づく場合でも、特に身体刑は否定され、この点は、直接の参照はされていないが、概ね Clark 事件⁷⁶⁾ をその基礎においている。特に By-Laws の事案については、By-Laws の違反に基づく罰金の賦課とそれに伴う債務者拘禁の事例が多く、Habeas Corpus に連なる事件が多いのはそのためである。また、営業制限の内容と罰則の関連性を検討し、これが欠ける場合には純粋な賦課 (imposition) として否定的にみる事例⁷⁷⁾ もある。

69) 1 Bulst. 11. Yelverton 判事の見解。Raym. 324 同旨。

70) 1 P. Wms. 185.

71) 1 Lev. 229.

72) 1 Lev. 229.

73) 地域・時代の差異を考慮する必要があるが、唐澤達之「ヨーロッパ・ギルド史研究の動向—オーグルヴィとエプスタインの論争を中心に—」産業研究第45巻2号72頁(2010年)、米山秀「エクセタ縮絨工ギルドの衰退のメカニズム—最近の二つの論争との関連で—」比較都市史研究37号31頁(2019年)等で、ギルドの機能が詳述されている。

74) 11 Co. 54a.

75) Cart. 121.

もっとも、By-Laws による規制につき、罰則がなければその実効性を確保できないということも一定の前提とされている⁷⁸⁾。その一方で、罰則の量的程度についても強く注意が払われている。By-Laws の制定範囲に関して、合理性の審査と併せて、「1 ペニーの Hallage であれば合法である。なぜなら、公共善 (pro bono publico) のためであり、合法かつ合理的 (competent and reasonable) である」⁷⁹⁾ とする。ここでの考え方には、行為の悪性と罰則の間の比例原則の考え方が持ち込まれており、例えば、開かれた市場における違反と閉じた店舗における違反であれば、後者の方が重い罰則が認められる⁸⁰⁾ 等の考え方が含まれている。また、1 ペニーの罰金を認めると、同様の理由に基づき無限の罰金を科すことも肯定されうるという指摘⁸¹⁾ もなされており、こういった規制権限の範囲を制限する志向は参照判例の時代においてある程度一貫している。罰則の合理性の判断においては、Farmer v. Brooks や The Chamberlain of London 判決を参照し、その対価性に言及する事例がある⁸²⁾。また、罰金の半額が the poor of Christ's Hospital に与えられている点⁸³⁾ 等、私的利益のためではないという点も重要であろう。

4 小 括

以上のように、Mitchel 判決で参照される慣習等と都市条例・ギルド規約に関する先例の分析を通じて、同判旨の自由意思に基づかない制限の判示事項の含意を探ってきた。表面的には、Custom や By-Laws による営業制限を広く肯定しているように読み取れるが、参照事例を通じてみる限り、それは誤りである。まず、規制主体への権限付与の審査を行い、規制権限を有さない場合は当然営業制限は否定される。規制権限が認められる場合でも、Custom 及び By-Laws につき、その合理性審査が行われており、規制主体の権限や法形式のみで、無条件に営業制限を肯定しているわけではない。他方で、都市やギルドによる規制が有用な場面も肯定されてお

✓ 76) Clark's Case 5 Co. Rep. 64; 77 E.R. 152. 同事件では、身体拘束 (imprisonment) が否定され、distress あるいは action of debt の方法によるべきとされ、身体拘束はマグナ・カルタの cap. 29 に反するとした。See Bilder, *supra* note 4, at 528.

✓ 77) Raym. 327.

78) 1 P. Wms. 187.

79) 5 Co. 63. 罰金が検査官 (searcher) の労働の対価として支払われる点に合理性を見る見解として、Raym. 327.

80) 8 Co. 127.

81) 5 Co. 63, Raym. 293. London の荷車の数を 420 台に制限するのと同じ理由で 20 台以下に制限することも可能であると指摘される。

82) Raym. 327.

83) ギルドが罰金を受け取る、違反の通報者と分け合う等の幾つかの態様があり得る。London の Carmen 規制においては、本文の通りの Christ's Hospital に営業許可の権限と罰金の収受権限が付与されていた。

り、中間団体による市場の修正機能も認められているということが出来るが、その規制権限の行使をいかに国家権力（国家法）の下に統制するかが重要な関心事とされている⁸⁴⁾。ここでは、規制権限の範囲・態様等に加え、法内容に対し司法による合理性審査を及ぼすことが前提となっている。参照されている Norris v. Staps 及びその同時代の Bonham 事件⁸⁵⁾等を踏まえた見解を採用した事例の影響と評価でき、その姿勢を踏襲していると理解しうる。また、古い時代の事例に比べると、営業制限を行う側の特権を中心とした分析から、営業制限が行われる理由やその制限を受ける対象の側に着眼点が移っていつているようにも思われる。このような見方は営業の自由の評価の変遷とも関係し、都市やギルドの特権により許される地域的な営業の自由から、幅広くイングランド内における営業の自由を志向し始めているようにも捉えられる。この時代において、一般的な営業の自由の成立に向けた法的理解の発展の萌芽と言いうるものが見られるのである。

自由意思に基づかない制限については傍論であることもあり、従来詳細に検討がなされていなかったが、Custom や By-Laws により営業の制限を認めるにあたっては、制限の合理性の審査が行われ、そこでは対価性、制限を受ける者の営業の自由及び身体拘束等を受けない自由等を考慮していると理解しうる。特に、営業制限の合理性審査という点は、自由意思に基づく制限の判示ともその姿勢は共通していると評価しうる⁸⁶⁾。この合理性審査においては、制限違反として課される罰則についての検討を排除していない点も指摘しうる。また、営業制限とそれにより制限される営業の自由につき、これを各特権裁判所においてではなく、司法審査的な視点から合理性の審査に服させるという構図になっている点も重要と言える。

84) See Bilder, *supra* note 4, at 532. Coke が、団体による法創造 (law making) に対する国家的制限を支持していたと指摘する。知的財産権の行使につき、private entities に対する delegated regulatory power の行使の規制と理解する見解もある。See Katz, *supra* note 4, at 652. Coke らが、コモン・ローの法的優位性を前提に、他の権力行使機関に対する司法審査的関心を有していた点につき、See David Chan Smith, Sir Edward Coke and the Reformation of the Laws 142, 161 (2014).

85) Dr. Bonham's Case, (1608) 8 Co. 107, 77 E.R. 638.

86) 10 Mod. 138. 合意による場合との共通性を認識している。

Another Side of the Restraint of Trade Doctrine: An Analysis of the Involuntary Restraints in *Mitchel v. Reynolds*

Masaya ITOH

Abstract

The purpose of this study is to examine the meaning of judicial analysis regarding involuntary restraints in *Mitchel v. Reynolds* (1711). This case has been cited as the root of the Restraint of Trade Doctrine by Antitrust cases in the U.S., but the part about involuntary restraints has not been studied so far.

This paper examines the tendency of decisions in cases concerning Custom and By-Laws, going back to the cases referred to in *Mitchel v. Reynolds*. These are relevant to the anti-monopoly tendency of Common Law, but rather to the importance of judicial review of the laws by private entities. In this judicial review, the reasonableness of the restraint of trade has been evaluated in relation to consideration (mutual advantages), proportionality of the penalty, and freedom of trade. Custom and By-Laws are often mentioned with privileges to restrain trade, but as far as the decision cited by the *Mitchel* case is concerned, it is evident that the courts considered that involuntary restraints should be reviewed under the test of reasonableness. Although part of the involuntary restraints was not *ratio decidendi* in the case, there has been commonality with the test of reasonableness in the voluntary restraints.