

社会的妥当性と独占禁止法（その1）

— 競争制限に限定して —

内 田 耕 作

I はじめに

「社会的妥当性と独占禁止法」について考察する場合、社会的妥当性とは何かにについてまず説明をしておく必要がある。ここでは社会的妥当性とはさしあたり、経済社会の倫理性、公益性・公共性・安全性などを指すものとしてファジーに用いる。社会的妥当性の厳密な定義付けはなお追究すべき課題として残さざるを得ないが、二つの関連する概念と対比することで、ある程度の枠付けをすることができる。

対比概念の一つは、緊急事態における公共性である。確かに社会的妥当性が緊急事態における公共性となる場合も想定されるが、社会的妥当性のすべてがそれに包摂されるわけではない。社会的妥当性が保持されない事態は、より日常的に発生し得る。そしてもう一つは、事業経営上・取引上の合理性・必要性である。社会的妥当性が事業経営上・取引上の合理性・必要性となることは大いにあるが、逆に後者がすべて社会的妥当性に該当するわけではない。

そこで社会的妥当性とは、より厳密には、緊急事態における公共性、事業経営上・取引上の合理性・必要性とは区別されるものとしての、通常の経済社会の倫理性、公益性・公共性・安全性を指すことになる。

こういった社会的妥当性の保持を目的とする行為は、独禁法上どのように扱われ得るのか。この点の解明が課題であるが、本稿では対象を競争制限に限定し、審・判決、学説の整理をするにとどめる。競争阻害、公正競争阻害を対象とする場合の審・判決、ガイドライン、学説の整理、それらを踏まえた上での私見の展開は、後日に譲る。

叙述は次の順序による。まず問題状況を簡単に整理する。次に私的独占・不当な取引制限，事業者団体の競争制限ごとに，審・判決，学説の整理をする。

II 問題状況

次の六つに着目することにより，問題状況を簡単に整理する。①社会的妥当性が問題となり得る独禁法上の局面。②独禁法の禁止規定の文言。③伝統的な「競争政策・法」観の限界。④社会的妥当性が認められる論拠。⑤論議としての成熟度。⑥社会的妥当性を認める場合の配慮事項。

(1) 社会的妥当性が問題となり得る局面 独禁法は，競争制限として，私的独占（3条前段），不当な取引制限（3条後段），事業者団体の競争制限（8条1項1号），株式保有などの企業結合（10条・13条・14条・15条・16条）を禁止するとともに，競争阻害として，事業者の数の制限などの事業者団体の競争阻害（8条1項3号～5号）を禁止し，また公正競争阻害として不公正な取引方法（19条）¹⁾を禁止する。

社会的妥当性が問題になり得るのは，この局面すべてにおいてである。そこで社会的妥当性は，すべての局面を通して統一的に把握されなければならない。²⁾本稿の検討も，事業者団体の競争阻害，不公正な取引方法を視野に入れることを必須とする。

(2) 禁止規定の文言 私的独占とは，排除・支配行為により，公共の利益に反して一定の取引分野における競争を実質的に制限することを言い（2条5項），不当な取引制限とは，共同行為（相互拘束・共同遂行）により，公共の利益に反して一定の取引分野における競争を実質的に制限することを言い（2条6項），ともに「公共の利益に反して」，「競争の実質的制限」を要件とする。それに対し事業者団体の競争制限とは，一定の取引分野における競争を実質的

1) その他，不当な取引制限・不公正な取引方法に該当する事項を内容とする国際的協定・契約を禁止する（6条・8条1項2号）。

2) もっとも本稿では，企業結合は検討の対象としない。社会的妥当性が認められる余地はほとんどないことによる。なお，社会的妥当性が問題となり得ることについては，東宝・スバル事件（東京高判昭26・9・19高民4・14・497）参照。

に制限することを言い（8条1項1号）、「公共の利益に反して」を要件としない。この点で、私的独占・不当な取引制限とは違いを示す。

他方、事業者団体の競争阻害とは、一定の事業分野における現在・将来の事業者の数を制限すること、構成事業者の機能・活動を不当に制限すること、事業者に不公正な取引方法に該当する行為をさせるようにすることを言う（8条1項3～5号）。また不公正な取引方法とは、不当に他の事業者を差別的に取り扱うことなど所定の行為であって、公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち、公取委が指定するものを言う（2条9項）。

検討の対象を競争制限に限定すれば、「公共の利益に反して」の扱いが焦点となるような観を呈する。そこでは、公共の利益の意味内容は何か、8条1項1号に「公共の利益に反して」を読み込むことの是非が問われ、社会的妥当性も、それとの関わりで問題にされれば十分であるかのように見える。しかし、統一的把握のためには、事業者団体の競争阻害、不公正な取引方法をも視野に入れた、包括的な解釈論の展開を必要とする。

（3）伝統的な「競争政策・法」観の限界 伝統的な「競争政策・法」観は、商品的価値（商品それ自体が帶有する価値）のうち「価格」を最重要の要素として構築されている。しかし今日、それは次の2点で変容を迫られている。³⁾①商品的価値のうち安全性などの「品質」にも目を向けるべきではないか。②非商品的価値（地球環境の創造・保全など）にも目を向けるべきではないか。

こう言った要請に対し、伝統的な「競争政策・法」観は、事業者団体の競争阻害、不公正な取引方法の禁止の局面では柔軟な対応を示すことができるが、私的独占、不当な取引制限、事業者団体の競争制限の禁止の局面では硬直性を示すように思われる。

社会的妥当性に係る包括的な解釈論の展開は、伝統的な「競争政策・法」観を墨守することによっては困難であり、商品的価値（品質）、非商品的価値をも取り込んだ、新たな「競争政策・法」観の確立を不可欠とする。⁴⁾

3) 拙稿「消費者取引の適正化と競争政策の課題」公取561号50頁（1997）をも参照。

4) 橋口收「新年のご挨拶 競争政策の展開について」公取579号4頁（1999）をも参照。

(4) 社会的妥当性が認められる論拠　社会的妥当性は、構成要件の不充足と構成すべきか違法性阻却と構成すべきか。社会的妥当性を緊急時の例外的問題と見れば、違法性阻却と構成する余地も大いにある。しかし日常的に発現する問題と見れば、構成要件の不充足と構成する方が筋が通る。それではなぜ構成要件の不充足となるのか。それは、競争秩序には前提があり、社会的妥当性がその前提となることに求められる。

社会的妥当性が認められる論拠をこのように構成することは、緊急時の例外的許容、後退の適用除外から区別する副次的な利点を持つ。また逆に、後二者の問題範囲を画することにもなり、論議の混乱の回避につながる。

(5) 論議としての成熟度　「社会的妥当性と独占禁止法」を表題に論議することは、今日、機が熟している。その理由は三つある。一つは、商品的価値（品質）・非商品的価値にも目が向けられるようになり、社会的妥当性の問題に対する正面からの対処が不可避となっていることである。このことについてはすでに触れた（(3)参照）。

二つは、規制緩和の積極的推進により社会的妥当性の問題範囲が拡大すると想定されることである。公的規制の下で副次的に保持されていた社会的妥当性は、規制緩和の結果、民民規制により保持される事態も考えられる。その場合、社会的妥当性の保持を目的とする行為がすべて、独禁法違反とされるわけではなからう。

三つは、適用除外制度の廃止・縮減により、後退の適用除外の論拠が直接的に不当な取引制限などの違法判断の場面に持ち込まれ、論議が混乱するおそれがあることである。⁵⁾ 混乱に巻き込まれるのを回避するためには、社会的妥当性を、事業経営上・取引上の合理性・必要性、緊急事態における公共性から区別するとともに、それに正当な位置を与えることが必要である。

(6) 社会的妥当性を認める場合の配慮事項　社会的妥当性を認める場合、独禁法が骨抜きになるのを回避する配慮が不可欠となる。社会的妥当性を構成

5) 丹宗暁信・伊徒寛『経済法総論』422頁〔伊徒〕（青林書院，1999），佐久間正哉「適用除外制度整理法の概要について」公取586号31，33頁（1999）をも参照。

要件の不充足と構成する場合には、とくにそう言える。

この点、構成要件の不充足と構成することは、先験的に一定範囲を独禁法の埒外に置くことを意味しない。社会的妥当性が認められるか否かは、事件ごとに、かつ個別具体的に判断されなければならない。その結果、独禁法の無力化は防止され、社会的妥当性を容認する具体的基準も顕在化する。

以下、これらの問題状況を踏まえ、審・判決、学説の整理に移る。

Ⅲ 私的独占・不当な取引制限

私的独占と不当な取引制限はともに、「公共の利益に反して」、「競争の実質的制限」を要件としているので、社会的妥当性と公共の利益、競争の実質的制限との関わりの解明が課題となる。以下、議論が集中している不当な取引制限から始め、私的独占に及ぶ。

1. 不当な取引制限

(1) 審・判決 まず公共の利益に係る審・判決の紹介をし、その後、社会的妥当性が公共の利益、競争の実質的制限とどう関わるものと措定されているか、解明を図る。

(a) 公共の利益に係る審・判決 1984年の石油価格カルテル刑事事件の最高裁判決（最判昭59・2・24刑集38・4・1287）、その前後の審・判決に3分して見ることにより、公共の利益の意味内容の変遷をたどる。

ア 往時の審・判決 合板入札価格協定事件（昭24・8・30審判審決、審決集1・62）で公取委は、次のように判示した。公の入札に際し事業者が共同して価格を決定する行為は、「自由競争の確保を眼目とする独禁法第1条の規定の精神に違反し、入札制度の美点を阻害するものであるから、その行為自体、公共の利益に違反するものと認めるのが相当であり、協定価格の内容が妥当であるか否か、事業者が不当な利益を得たか否か、又は国家に損失があつたか否か等の事項は、必ずしも公益違反の有無を判断する基準にはならない」。

この判示からは、公取委が公共の利益を自由競争経済秩序の維持それ自体と

6) また、醤油価格カルテル事件（昭27・4・4審判審決、審決集4・1）参照。

解する立場を採ったことが判明する⁷⁾。この立場はその後、新聞販路協定事件（東京高判昭28・3・9高民6・9・435）で高裁の支持を受け、定着した。

イ 判例の変更 往時の判例は石油価格カルテル刑事事件で変更された。最高裁は次のように判示する。「独禁法の立法の趣旨・目的及びその改正の経過などに照らすと、同法2条6項にいう『公共の利益に反して』とは、原則としては同法の直接の保護法益である自由競争経済秩序に反することを指すが、現に行われた行為が形式的に右に該当する場合であっても、右法益と当該行為によって守られる利益とを比較衡量して、『一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進する』という同法の究極の目的（同法1条参照）に実質的に反しないと認められる例外的な場合を右規定にいう『不当な取引制限』行為から除外する趣旨と解すべきである」。

かくして、公共の利益を、原則として自由競争経済秩序と解するが、例外的な場合には一般消費者の利益を確保するとともに国民経済の民主的で健全な発達を促進することに求める立場が新たに採られた。もっとも、例外的な場合が局限されるとすれば、實際上、往時の判例との違いはないとも言える。

なお、本件では公共の利益は認められていない。

ウ 判例変更後の審・判決 公共の利益が争われた訴訟事件としては、①鶴岡灯油事件（仙台高秋田支判昭60・3・26判時1147・19）、②旭礦末事件（東京高判昭61・6・13行集37・6・765）、③ラップ価格カルテル刑事事件（東京高判平5・5・21高刑46・2・108）、④水道メーター談合刑事事件（東京高判平9・12・24判時1635・36）があり、審判事件としては、⑤能美防災工業課徴金事件（昭60・8・6審決、審決集32・14）、⑥福岡市下水道用鉄蓋事件（平5・9・10審判審決、審決集40・3）、⑦北九州市下水道用鉄蓋事件（平5・9・10審判審決、審決集40・29）がある。

ここでは最高裁判決（前出）の扱い、公共の利益の認否が論点となる。①事

7) もっとも、公取委の事件処理を仔細に見れば、公共の利益を勧告して不問処分に付された事件などが伏流するとの指摘もある。植木邦之・川越憲治『判審決独占禁止法——不当な取引制限——』203-06頁（商事法務研究会、1986）参照。

件（損害賠償請求事件）、②事件（審決取消請求事件）では、最高裁判決に言及した上で当該事件への当てはめが行われ、公共の利益が否定されている。他方、③・④事件（刑事事件）、⑤から⑦事件（審判事件）では、最高裁判決に言及することなく公共の利益が否定されているが、判決（審決）文の精査からは、最高裁判決を前提として当該事件への当てはめが行われたことが窺える。⁸⁾

そこで、次のことが、ここでの結論となる。最高裁判決は先例として確定しており、実務的には他の見解を採る余地はない。⁹⁾公共の利益が認められた事件は皆無である（後述(b)をも参照）。

(b) 社会的妥当性と公共の利益　社会的妥当性が公共の利益に包摂されるか否かは、後者をどう解するか、またそれに何を盛り込むかにより決まる。

公共の利益を自由競争経済秩序の維持それ自体と解した往時の審・判決の下では、社会的妥当性が公共の利益に包摂される余地はなかった。しかし、石油価格カルテル刑事事件の最高裁判決において、自由競争経済秩序という法益と現に行われた行為によって守られる利益とを比較衡量して独禁法の究極目的に実質的に反しないと認められる例外的な場合が「不当な取引制限」行為から除外されると一般的に判示されたことにより、文言上は包摂される余地が生まれた。

もっとも、公共の利益が認められる場合が特定されておれば、社会的妥当性がそれに包摂されないこともあり得る。この点、最高裁判決には公共の利益が認められる具体的な場合についての言及はなく、また認められる具体的な場合を事実関係から抽出することも公共の利益が否定された事案の性格上容易では

8) なお、公取委の審決に関しては、自由競争経済秩序の維持それ自体と解する立場が一貫して維持されている旨主張されることがある。例えば、矢部丈太郎他監修『流通問題と独占禁止法〔1996年度版〕』212頁（国際商業出版、1996）。また、大阪バス協会事件（平7・7・10審判審決、審決集42・3）で審査官は、「公共の利益とは、同法〔独禁法〕第1条に掲げられた法の目的とこれを基礎とする法全体の構造からみて自由競争を基礎とする経済秩序そのものと解するのが相当であり、一定の取引分野における競争の実質的制限は、それ自体公共の利益に反する」と主張した。しかしこれらは、最高裁判決にいう例外的な場合は局限されるべきとの立場の断固たる表明と見なければならぬ。

9) 小木曾国隆「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（独占禁止法）」『注釈特別刑法補巻(3)』47-48頁（青林書院、1996）参照。

ないが、緊急事態に対処するための適法な行政指導に従い協力する場合に公共の利益は認められるとの想定があった。また、公共の利益が例外的に認められるとすれば緊急事態に限られると言うのが、最高裁判決の一般的な理解であった。¹⁰⁾

その限りで、社会的妥当性の公共の利益への包摂は、最高裁の想定外であった。このことを前提とする限り、社会的妥当性を公共の利益との関わりで問題にする必然はなく、競争の実質的制限との関わりで問題にすることも可能であった。最高裁判決はこの選択肢にも道を開いていた。しかし社会的妥当性はその後も公共の利益の問題として取り上げられ続け、公共の利益への包摂が審判の立場として定着した。

なお、実際の事件で社会的妥当性（公共の利益）が認められることがなかったのは、事件が価格カルテル、市場分割カルテル、談合、顧客・販路制限カルテルに係るものであり、しかも社会的妥当性（公共の利益）が口実として主張されたに過ぎなかったことによる。品質カルテルなどにおいて社会的妥当性が正面から問題になれば、公共の利益に包摂されるものとして、認められることも大いに考えられる。

（c）社会的妥当性と競争の実質的制限　社会的妥当性が公共の利益の問題として取り上げられる限り、競争の実質的制限との関わりが直接的に問われることはない。しかし、社会的妥当性を公共の利益の問題に解消することには、次の二つの問題がある。①公共の利益の意味内容を一層不確定とし、例外的な場合を不当に拡張するおそれがある。②「公共の利益に反して」が要件とされていない他の規制との整合性を欠く。

ここに、社会的妥当性を競争の実質的制限との関わりで問題にすることが、選択肢として浮上する。最高裁判決はこの選択肢にも道を開いている。もっとも②に関しては、他の規制に「公共の利益に反して」を読み込むことで規制の

10) 例えば、「実際問題として国家的な緊急事態の場合に市場機構を停止して対処することが求められるような極めて例外的な場合でなければ想定し難いことも事実である」と叙述される。佐藤一雄『市場経済と競争法』215頁（商事法務研究会，1994）。

整合化を図る道もあり得、実際のところその道を選択した判決も現れている（後述Ⅳ1(1)(a)イ参照）。しかしそれでは①の問題は克服されないまま残る。競争の実質的制限との関わりで問題にする道が模索されなければならない（後述Ⅳ1(1)(b)をも参照）。

（2）学説　ここでもまず公共の利益に係る学説の紹介をし、その後、社会的妥当性が公共の利益、競争の実質的制限とどう関わるものと指図されているか（指図されるべきか）、説明を図る。

（a）公共の利益に係る学説　旧来の学説、石油価格カルテル刑事事件に刺激された学説（新たな学説）、に分けて見る。学説の妥当性の検証が関心事ではないので、紹介は簡単なものにとどまる。

ア 旧来の学説　学説は多様であるが、①自由競争経済秩序の維持それ自体と解する説、②中小企業者・消費者などの経済的従属者・弱者の利益と解する説、③生産者・消費者を含めた高次の国民経済全般の利益と解する説、が代表的である。

①が通説であり、例えば次のように説かれる¹¹⁾。『『公共の利益』を自由競争経済秩序の維持それ自体と解し、『公共の利益に反して』という文言が定められたのは、形式的に共同行為に該当するもののうち自由競争経済秩序を維持する見地からみて実質的に非難に値する行為に限定して違法とする趣旨に基づくものであると解することこそが、独禁法の立法の目的・趣旨、改正の経緯、構造全体などに最も良く適合する』。

それに対し、②は有力説であり、例えば次のように説かれる¹²⁾。『『公共の利益』に反するという要件は、競争を実質的に制限する行為、すなわち、公正な自由競争の維持という本法〔独禁法〕の直接的目的に反する行為であっても、それが、本法の究極的な目的に反しない場合、いいかえれば、経済的従属者の権利・利益の侵害に連ならない場合には、それを容認することとして理解される。』

11) 根岸哲『独占禁止法の基本問題』63頁（有斐閣、1990）。また、実方謙二『独占禁止法〔第4版〕』207-13頁（有斐閣、1998）をも参照。

12) 正田彬『全訂独占禁止法Ⅰ』194頁（日本評論社、1980）。

他方、③はかつて産業界・産業官庁などで根強く支持されてきた説であり、典型的には次のように説かれる。¹³⁾「特に自由競争秩序を維持することが『公共の利益』に合致するとの考え方は、狭きに失するのであつて、公共の利益という概念は本来生産者、消費者を含めた広い国民経済全般の利益というより高い見地からも判断されるべきである。」

イ 新たな学説 他¹⁴⁾の価値との調整を図る道具概念と解する説であり、例えば次のように説かれる。『『公共の利益に反して』は原則としては自由競争に基づく経済秩序に反することを言うが、例外的には自由競争によって守られる価値と競争制限によって守られる価値とを比較衡量して、後者のほうが大きい場合にはかかる競争制限は公共の利益に反しない』。

(b) 社会的妥当性と公共の利益 公共の利益を自由競争経済秩序の維持それ自体と解する通説に従えば、社会的妥当性が公共の利益に包摂されるか否かは問題となりようがない。また、中小企業者・消費者などの経済的従属者・弱者の利益と解する説に従えば、社会的妥当性は当該利益に合致する限りで公共の利益に包摂され得るように見えるが、適用除外の手続を経ることなく共同行為が公共の利益に反しないとして禁止を免れる道は結果的に存在しないとされる¹⁵⁾ので、公共の利益に包摂される余地もなくなる。

他方、他の価値との調整を図る道具概念と解する説に従えば、調整の場面をどこに求めるか、他の価値として何を想定するか、で結論が異なる。前者に関しては、例えば「立法府による立法措置が時間的に間に合わないような緊急かつ重大な事態が生じる」場合を調整の場面とすれば、¹⁶⁾社会的妥当性が公共の利益に包摂されない場合も生じてくる。それに対し後者は一般に、調整の場面を緊急事態に限定しないことを前提とするので、例えば「危険商品、欠陥商品、

13) 独占禁止法審議会答申（1958年）の文言。「独占禁止法審議会答申を検討する」ジュリ150号2頁（1958）参照。学説としては、出雲井正雄『新独占禁止法の解説』90-94頁（時事通信社、1953）、石井幸一『独占禁止法の解説と実例』37-39頁（一橋書房、1955）など参照。なお、本説については以下では触れない。

14) 松下満雄『経済法概説〔第2版〕』73-74頁（東京大学出版会、1995）参照。

15) 正田・前掲（注12）197-99頁参照。

16) 村上政博『独占禁止法』59頁（弘文堂、1996）参照。

環境汚染の原因となる物質の販売禁止等を内容とする協定」，「対抗カルテル」などが，社会的に妥当な価値を実現するものとして公共の利益に反しない場合の具体例として挙げられる。¹⁷⁾

他の価値との調整を図る道具概念と解する説は例外的に調整が行われることを前提とするが，調整が行われる場合が無限定に拡大されれば，独禁法は骨抜きになる。他の価値についての緻密な展開が大きな課題となる。¹⁸⁾

(c) 社会的妥当性と競争の実質的制限 公共の利益を自由競争経済秩序の維持それ自体と解する通説に従えば，社会的妥当性を問題にするとすれば競争の実質的制限との関わりで問題にするほかない。しかし，通説で社会的妥当性に言及する立場はほとんどなく，その考えは不明である。

この点，通説と親和的な今村説は，公共の利益を他の価値との調整を図る道具概念と解する説（松下説）を批判し，次のように叙述する。¹⁹⁾「独占禁止法の解釈のなかに，同法と関係のない『価値』をもちこみ，それを優先させるという見解があろうとは，思いもよらなかったことである。」この思いは，通説的な立場に共通するよう見える。

しかし逆に，社会的妥当性を競争の実質的制限との関わりで問題にする余地を認める立場もある。伊従教授は次のように叙述する。²⁰⁾「価格協定により競争の実質的制限となる場合は，それは価格競争の排除自体を目的としており，1

17) 松下・前掲（注14）79－81頁参照。なお，旧版（1986）では，比較衡量される社会的価値として，「環境保全や公害の防止，製品の安全確保，善良な風俗の維持，その他，事業者が自衛のためにやむを得ずに行う行為等」が例示されていた（65頁参照）。また，古くは，とりあえずとの限定付ではあるが，「環境保全，衛生安全の維持，自衛行為，緊急非難行為，善良な風俗の維持，雇用の維持（ただし，影響の大きいものに限定），国家の必要」などが挙げられていた。「カルテルと消費者保護」『消費者法講座3 取引の公正I』82頁（日本評論社，1984）参照。「企業と競争秩序」『岩波講座・基本法学7 企業』221，223頁（岩波書店，1983）も同旨。

18) 松下教授も自認するところである。『経済法』97頁（放送大学教育振興会，1991）参照。

19) 今村成和『私的独占禁止法の研究（6）』113頁（有斐閣，1993）参照。

20) 丹宗＝伊従・前掲（注5）422頁〔伊従〕。また，408－09頁〔伊従〕をも参照。なお，伊従寛編『独禁法の手引き』（東洋経済新報社，1982）では，石油価格カルテル刑事事件の高裁判決に触れた箇所でも次のように叙述されていた（35頁）。「取引条件や品質規程に関するカルテルなどの場合は，それが競争や公益に対してどのような影響を及ぼすかが検討されます。」また，服部育生『経済法講義』21頁（泉文堂，1995）をも参照。

条の目的から考えて、原則的に違法である。市場経済にあつては価格メカニズムが最大限に尊重される必要があるからである。しかし、標準化協定のような場合には、商品または取引条件の一定の規格の分野については競争が制限されるが、規格以外の他の分野での競争が促進される場合もあるので、この場合を競争が実質的に制限されていないとみるのか、規格競争が実質的に制限されているが公共の利益に反しないとみるか、あるいは法1条の終局目的からみて許容されるのかの問題が残ろう。同様のことは研究開発協定についてもいえよう。95年10月の公取委事業者団体活動指針では、『環境の保全や未成年者の保護等の社会公共的な目的又は労働問題への対処のため営業の方針等に係る自主規制等の活動を行う場合』については、独占禁止法上の問題が生じない場合が多いとしており、このような行為は事業者間の協定によっても行われうる。その場合の正当化事由が、競争の実質的制限にならないのか、『公共の利益に反して』いないということなのかは必ずしも明白にされていない。」

通説的な立場は今日、社会的妥当性を競争の実質的制限との関わりで問題にするか否かを含めて、その考えを明らかにする必要がある。このことは、公共の利益を中小企業者・消費者等の経済的従属者・弱者の利益と解する説についても当てはまる。なお、後者の説では「公共の利益に反して」の解釈の変更により対応することも可能であるが、他の規制との整合性についての配慮が不可欠となる。

2. 私的独占

(1) 審・判決 公共の利益に係る判決の紹介が中心になる。社会的妥当性と公共の利益、競争の実質的制限との関わりについては、簡単な叙述となる。

(a) 公共の利益に係る判決 往時、野田醤油事件（東京高判昭32・12・25 高民10・12・743）で東京高裁は、次のように判示した。「価格支配による私的独占そのものの中に公共の利益に反する要素は内在するものというべく、これをもつて公共の利益に反しないものと解すべきとくだんの事情は認め得ない」。

判示の後段を蛇足と見れば、本判決は、公共の利益を自由競争経済秩序の維持それ自体と解する往時の審・判決に従ったものと評価することができる。

また近時、奥道後温泉観光バス事件（高松高判昭61・4・8判タ629・179）で高松高裁は、次のように判示した。「独占禁止法に定める『私的独占』は、『公共の利益に反する行為』であることをその要件としているが、右にいう『公共の利益』は、自由競争を基盤とする経営秩序そのものを指すと解するのが相当であるから、競争を実質的に制限する行為は、直ちに『公共の利益に反する』ことになるものというべきである。」

本判決で着目すべきは、石油価格カルテル刑事事件の最高裁判決後にもかかわらずそれを先例とせず、往時の審・判決に従ったことである。最高裁は独禁法上の問題に立ち入ることなく他事を理由に上告を棄却したので（最判平元・11・24判時1344・132），その立場は不明なままに終わった。しかし最高裁の判断を欠く本判決は、先例的価値が極めて乏しいと言わざるを得ない。のみならず、私的独占と不当な取引制限との統一的把握を前提とする限り、この局面でも石油価格カルテル刑事事件の最高裁判決が先例的価値を持つと見なければならない。

（b） 社会的妥当性と公共の利益・競争の実質的制限　石油価格カルテル刑事事件の最高裁判決が先例的価値を持つことを前提とすれば、社会的妥当性と公共の利益，競争の実質的制限との関わりについては、不当な取引制限に関して叙述したことがそのまま当てはまる（前述1(1)(b)・(c)参照）。ここでは再論を必要としない。

（2） 学説　学説についての叙述は簡単なものとどまる。

公共の利益の概念については、不当な取引制限に関して叙述したことが基本的に当てはまる（前述1(2)(a)参照）。言うのは、旧来の学説（通説・有力説）は私的独占と不当な取引制限とを統一的に把握すべきと説き、新たな学説も統一的把握を前提に論を展開しているように思われるからである。また社会的妥当性と公共の利益，競争の実質的制限との関わりについても、不当な取引制限に関して叙述したことが基本的に当てはまる（前述1(2)(b)・(c)参照）。

21) 根岸・前掲（注11）68頁注6，正田・前掲（注12）249頁，松下・前掲（注14）71頁参照。

なお、学説は一般に、私的独占に関しては不当な取引制限と比べて公共の利益が問題になることは少ないと理解している。²²⁾

Ⅳ 事業者団体の競争制限

事業者団体の競争制限は、私的独占・不当な取引制限と異なり、「公共の利益に反して」を要件としていない。しかし議論の焦点は事業者団体の競争制限に公共の利益の内容をどのように読み込むべきかに当てられているので、まずこの点について整理をする。その後、社会的妥当性と公共の利益、競争の実質的制限との関わりの解明に移る。

1. 審・判決

まず公共の利益と関わりを持つ審・判決の紹介をし、その後、社会的妥当性が公共の利益、競争の実質的制限とどう関わるものと指定されているか、解明を図る。

(1) 公共の利益と関わりを持つ審・判決 公共の利益が争点とされた事件、競争の実質的制限に解決が求められた事件、に2分して紹介する。

(a) 公共の利益が争点とされた事件 事件としては、①大阪綜合食品事件（東京高判昭26・11・30審決集3・196）、②愛媛県LPガス保安協会事件（昭47・7・25審判審決、審決集19・40）、③日本遊戯銃協同組合事件（東京地判平9・4・9判時1629・70）がある。①、②は石油価格カルテル刑事事件の最高裁判決に先立つものであり、③は後のものである。

ア 往時の審・判決 事業者団体法違反が問われた大阪綜合食品事件で東京高裁は、次のように判示した。「本件原告会社〔事業者団体〕の行為が、公共の利益に害なく、却つてこれに奉仕するものであるとの所論は、たやすく賛成し難いところである。〔中略〕原告会社の行為によつて多数小売業者が、他の小売業者に比して取引上有利の地位を占めるものである以上、これらの者が

22) 「私的独占の文脈ではこの点を論じる必要はない」との主張もある。川浜昇「私的独占の規制について」後藤晃・鈴木興太郎編『日本の競争政策』201頁（東京大学出版会、1999）。

砂糖小売業という一定の取引分野において、競争上優位の地位を獲得し、ひいて公正自由な競争を妨げ、その結果消費者一般の利益をも害するに至るおそれのあることは、当然に予想されるところであるから、かかる地位にあること自体が公益に反するものというべく、現在直ちに消費者に格別不利益の見るべきものがないとのことによつて、これを正当視し得ないことはおのずから明らかである。」

また、愛媛県LPガス保安協会事件で公取委は、次のように判示した。「私の独占禁止法における公共の利益とは、同法第1条に掲げられた法の目的とこれを基礎とする法全体の構造から見て自由競争を基礎とする経済秩序そのものと解するのが相当であり、一定の取引分野における競争の実質的制限は、それ自体公共の利益に反するものといわなければならない。したがって、本件行為が同法第8条第1項第1号の規定に違反するか否かを判断するに当たって、その動機または国民経済における位置づけなどを考慮し、独占禁止政策以外の立場からなんらかの公益性を認めて、これを違法でないとすることは許されないと考えるべきである。」

往時の審・判決で着目すべきは、8条1項1号に「公共の利益に反して」の文言がないことをもって形式的に、公共の利益の考慮それ自体を否定していないことである。考慮が否定されたのは、石油価格カルテル刑事事件の最高裁判決より前のものでもあり、公共の利益を自由競争経済秩序の維持それ自体と解した結果に過ぎない。公共の利益の意味内容が変われば、1号への「公共の利益に反して」の読込みは可能であった。

イ 日本遊戯銃協同組合事件 東京地裁は、石油価格カルテル刑事事件の最高裁判決に言及した後、一般論、本件に即した具体的検討の結果についてそれぞれ次のように判示した。「自由競争経済秩序の維持という法益と、本件妨害行為により守られる法益を比較衡量して、独禁法の究極の目的に反しない場合には、公共の利益に反さず、不当な競争制限〔8条1項1号〕に該当せず、独禁法に違反しないことになる余地があるというべきである。」「本件妨害行為は、自由競争経済秩序の維持という独禁法の保護法益を犠牲にしてまで、消費

者及びその周辺社会の安全という法益を守るため不可欠なやむを得ない措置としてされたものであるとは到底認められないから、前記独禁法の究極の目的に実質的に反しない例外的な場合であるとは認められず、ひいては公共の利益に反しないものとはいえないから、本件妨害行為は独禁法が禁止している前記『不当な競争制限』に該当するというべきである。」

本判決で着目しなければならないのは、次の2点である。①石油価格カルテル刑事事件の最高裁判決より後のものでもあり、8条1項1号への「公共の利益に反して」の読み込みが行われた。②社会的妥当性が公共の利益の構成要素となり得ることが明確にされた。

(b) 競争の実質的制限に解決が求められた事件 事件としては、大阪バス協会事件（平7・7・10審判審決、審決集42・3）がある。²³⁾ 公取委は次のように²⁴⁾ 判示した。

「経済法の基本法であるとの独占禁止法の性格を考慮すると、同法の適用範囲を不当に狭めるような解釈態度を採ることはできないし、また、このように意識的に同法の立法の趣旨、目的に立ち返って判断することが必要な場面が全く例外的であることは、明らかである。〔石油価格カルテル刑事事件の最高裁判決への言及——省略〕。しかし、特に限定された場合に限られるとはいっても、判例法によれば、独占禁止法の立法の趣旨、目的と対比して判断すべき場面が生じ得ることは否めず、本件のように違法な取引条件に係る競争が独占禁止法第8条第1項第1号に定められた『競争』の構成要件に該当するかどうかの判断に限っては、同法の趣旨、殊に同法第1条の目的規定の趣旨を考えに入れる必要があることを否定することはできない。」

「価格協定が制限しようとしている競争が刑事法典、事業法等他の法律により刑事罰をもって禁止されている違法な取引（典型的事例として阿片煙の取引

23) 合理的な理由があることを根拠に競争制限を認めなかった北九州市獣医師会事件（福岡高判平2・8・29審決集37・222）もある。

24) なお審査官は、実質的に公共の利益が争点とされた事件と理解し、次のように主張した。「被審人の主張は、独占禁止法第8条第1項第1号違反の場合についても、『公共の利益に反して』の要件が適用されるとの前提に立ち、本件は公共の利益に反しない場合に該当する、との趣旨にも解されないではない。」

の場合）又は違法な取引条件（例えば価格が法定の幅又は認可の幅を外れている場合）に係るものである場合に限っては、別の考慮をする必要があり、このような価格決定行為は、特段の事情のない限り、独占禁止法第2条第6項、第8条第1項第1号所定の『競争を実質的に制限すること』という構成要件に該当しない、というべきである。

この審決で着目しなければならないのは、次の3点である。①公共の利益に訴えることなく直接的に、「競争」の構成要件、したがって「競争を実質的に制限すること」という構成要件に解決を求めた。②媒介項として「競争」の構成要件を問題とすることで、競争秩序に前提があることを認めた。③構成要件に該当しないとされ得る場合を、競争が、刑事罰をもって禁止されている違法な取引、違法な取引条件に係るものである場合に限定した。

（2）社会的妥当性と公共の利益・競争の実質的制限　社会的妥当性と公共の利益との関わりについては、次のように言うことができる。公共の利益を自由競争経済秩序の維持それ自体と解した往時の審・判決の下では、8条1項1号で公共の利益を考慮することそれ自体は否定されていなかったが、社会的妥当性の公共の利益への包摂はそもそも問題となりようがなかった。それに対し石油価格カルテル刑事事件の最高裁判決による判例変更後は、8条1項1号への「公共の利益に反して」の読込みが断行されるとすれば、社会的妥当性が公共の利益に包摂される可能性があった。近時の日本遊戯銃協同組合事件判決はその実例と位置付けることができる。なお、社会的妥当性を公共の利益の問題に解消することが問題であることについては、前述した（Ⅲ1(1)(c)参照）。

他方、社会的妥当性と競争の実質的制限との関わりについては、次のように言うことができる。石油価格カルテル刑事事件の最高裁判決は社会的妥当性を競争の実質的制限との関わりで問題にすることに道を開くものでもあったが、8条1項1号は「公共の利益に反して」を要件としておらず、この選択肢を選び採るのに適していた。近時の大阪バス協会事件審決はその実例と位置付けることができる。またそれは競争秩序に前提があることを認めており、高い評価を与えることができる。

逆に問題も残る。一つに競争秩序の前提となる場合を局限した。競争が刑事罰をもって禁止されている違法な取引、違法な取引条件に係るものである場合を超えて、どこまで競争秩序の前提として認められ得るかは、今後の展開を待たなければならない。二つに、この法理を私的独占・不当な取引制限に適用することが想定されているが、「公共の利益に反して」の要件とどう折り合いを着けるのか、解答は準備されていない。残された課題である。

2. 学説

まず公共の利益に係る学説ごとに、8条1項1号への「公共の利益に反して」の読み込みに関する見解を紹介し、その後、社会的妥当性が公共の利益、競争の実質的制限とどう関わるものと指図されているか（指図されるべきか）、簡単に検討する。

(1) 「公共の利益に反して」の読み込み 学説ごとに分けて見る。

(a) 自由競争経済秩序の維持それ自体と解する説 例えば、次のように叙述される。²⁵⁾「同じくカルテルであっても、事業者団体による場合には、複数の事業者の組織的行動であって必然的に構成事業者の独立の意思決定を人為的に制約することが明らかであることから、事業者団体が競争を実質的に制限すれば直ちに違法となり、したがって『公共の利益に反して』の文言を必要としないのである。」

(b) 中小企業者・消費者等の経済的従属者・弱者の利益と解する説 例えば、次のように叙述される。²⁶⁾「本〔8〕条1項1号は、『一定の取引分野における競争を実質的に制限すること』のみを要件としており、『公共の利益』に反することは要件としては掲げられていない。このことは、事業者団体によって、一定の取引分野における競争を実質的に制限する行為が行われる場合は、つねに公共の利益に反するものとして、本法上判断されていることを示すものである。すなわち、事業者団体の行為という限定のもとでは、公益違反の判断が必要とされないことを示すものである」。

25) 根岸・前掲（注11）60頁。

26) 正田・前掲（注12）577頁。

（c）生産者・消費者を含めた高次の国民経済全般の利益と解する説 例え
ば、次のように叙述される。²⁷⁾「私の独占や不当な取引制限には『公共の利益に
反して』という語句がはいっているが、本号〔8条1項1号〕においても、と
うぜん『公共の利益に反して』ということが言外に含まれていると解すべきで
あろう。さもないとすれば事業者団体の総会で構成事業者が操業短縮を決議し、そ
れにもとず〔づ〕いてした行為がたまたま『公共の利益』に反していなかつた
ために、これらの構成事業者は、第3条後段違反にたいし違法性の阻却が認め
られた場合においても、事業者団体のみ本号違反に問われることになるのは、
均衡を失することになるであろうからである。」

（d）他の価値との調整を図る道具概念と解する説 例えば、次のように叙
述される。²⁸⁾「8条1項1号に『公共の利益に反して』の文言がないという一事
のみで、この規定においては『公共の利益に反して』が含まれていないとの結
論を出すことは正当ではないであろう。」「独占禁止法2条6項における『公共
の利益に反して』に何らかの意味を与える立場をとる以上、8条1項1号につ
いても、公共の利益の要件が内在的に含まれていることを類推解釈すべきであ
ろう。」「両者の規定における公共の利益に関する解釈は、独占禁止法の目的、
経済政策における役割等を考慮に入れたうえで、実質的観点からなされなけれ
ばならない。」

（2）社会的妥当性と公共の利益・競争の実質的制限 社会的妥当性と公共
の利益との関わりについては、次のように言うことができる。公共の利益を自由
競争経済秩序の維持それ自体と解する説、中小企業者・消費者などの経済的
従属者・弱者の利益と解する説に従えば、社会的妥当性が公共の利益に包摂さ
れるか否かは問題となりようがない。他の価値との調整を図る道具概念と解す
る説に従えば、不当な取引制限に関して叙述したことがそのまま当てはまる
（前述Ⅲ1(2)(b)参照）。

他方、社会的妥当性と競争の実質的制限との関わりについては、不当な取引

27) 出雲井・前掲（注13）135頁。なお、本説については以下では触れない。

28) 松下・前掲（注14）146頁。また、村上・前掲（注16）60-61頁参照。

制限に関して叙述したことが基本的に当てはまる（前述Ⅲ 1(2)(c)参照）。

なお大阪バス協会事件を契機として、次のような見解・学説も現れるに至っている。²⁹⁾「独占禁法全体の構成を考えれば、〔公益性等を〕『競争の実質的制限』の要件で読み込むことがさほど不合理とは考えられない。」「『競争の実質的制限』や『公共の利益に反して』という文言に正当化理由の要因を読み込むことができるか、という論争には、大阪バス協会事件審決をもって終止符が打たれたと見るべきである。今後は、『不当な取引制限や8条1項1号において正当化理由となる例外的な場合とは具体的にはどのようなものか』という実質的な議論にエネルギーを傾注するべきであろう。」

従来の諸学説は、こう言った見解・学説にも答える責務がある。

29) 前者については金井貴嗣「独占禁止法50年——回顧と今後の課題——」経法18号93, 107-108頁（1997）。また、同『独占禁止法』59-60頁（青林書院, 1998）参照。後者については白石忠志『独占禁法講義』173頁（有斐閣, 1997）。なお、同「競争政策と政府」『岩波講座・現代の法8 政府と企業』74-87頁（岩波書店, 1997）は、大阪バス協会事件審決などを自説に引きつけて読み過ぎており、強引さが目立つ。