

社会的妥当性と独占禁止法（その4）

——私見の展開（上）——

内 田 耕 作

I はじめに

社会的妥当性の保持を目的とする行為の独禁法上の扱いのうち、競争制限、競争阻害、公正競争阻害に係る局面については、すでに審・判決、ガイドライン、学説の整理を行った。¹⁾ 本号からは、それらを踏まえた上で私見を展開するとともに、近時の学説に触れながら私見の学説上の位置付けを明らかにする。もっとも叙述は、①社会的妥当性の概念、②社会的妥当性と公共の利益、までとする。その余については号を改め、検討する。

なお、それに先立ち、私見を展開する上での基本的スタンスを示しておくことが有益である。

II 基本的スタンス

私見を展開する上での基本的スタンスは、①歴史的経緯を正当に評価すること、②それを踏まえた上で新たな要請に柔軟に対応すること、である。

1. 歴史的経緯の正当な評価

白石忠志『独禁法講義』（有斐閣、1997）の批判的検討を通じて、敷衍する。²⁾ 同書は社会的妥当性と独禁法について体系的叙述を与えているが、私見とは大

1) 「社会的妥当性と独占禁止法（その1）——競争制限に限定して——」彦論321号65頁（1999）, 「社会的妥当性と独占禁止法（その2）——競争阻害に限定して——」彦論324号1頁（2000）, 「社会的妥当性と独占禁止法（その3）——公正競争阻害に限定して——」彦論325号27頁（2000）参照。

2) また、白石忠志「競争政策と政府」『岩波講座・現代の法8 政府と企業』83-87頁（岩波書店、1997）参照。なお、同「公正競争阻害性——安全性と公正競争阻害性」独禁法審決判例百選〔第5版〕136頁（1997）の叙述は問題が少ない。

きくスタンスを異にする。対比は、私見の学説上の位置付けを明らかにすることにも役立つ。

(1) 白石教授の所説 教授は、「独禁法違反の要件」を整理するための基軸として、「ある事業者が、ある特定の1つの市場において、正当化理由がないのに競争減殺または不正手段をおこなうことを、禁止する」旨の設定をした上で(9, 17頁)、競争減殺に関して次のように主張する(21頁)。「日本の独禁法専門家(実務家・研究者)のあいだには、『競争減殺があればそれだけで違反となる』という考え方も根強い。そのような考え方がどういう原因で形成されたのかというと、おおむね以下のようなことである。日本では、独禁法の事件が裁判所で争われることが少なく、ほとんどが公取委を舞台として登場する。そして公取委は多くの場合、間違いなく違反といえる事例しか、正式の事件として取り上げない。したがって日本では、『独禁法違反である』という事件は数多くあるが、『独禁法違反ではない』という結論となった事件は、極めて少ない。このため、違反の範囲を狭める概念である『正当化理由』は、正面から議論されることが多くない。表向きは『競争減殺があればそれだけで違法となる』という看板を掲げておき、もしかりに、正当化理由があるために違反なしとなりそうな事案が現れたら、それを事件として表沙汰にしないようにすれば済むからである。したがって、研究者の注意を引くことも少ない。」「しかし、そのような不透明な実務や研究は、独禁法の受益者となるべき者や規制の対象となるかもしれない者にとっては迷惑な話であり、経済の活力を失わせることにもなりかねない。もし、『競争減殺はあるが事件として取り上げるべきではない』と言えるような類型が確かにあるのなら、それを明確化して提示するのが実務家の望ましい姿であり、研究者の使命であろう。本書では、このような考えから、『正当化理由』というファクターを明確に認知することにした。」

他方、教授は、正当化理由を条文の文言にどう位置付けるかに関して、次のように主張する(170頁)。「『公正競争阻害性』あるいは『競争の実質的制限』という弊害要件は『競争減殺あり+正当化理由なし』と言い換えることができる(競争減殺必要型の場合)」と言い切ると、「一定の抵抗が必ず出てくる。つ

まり、『公正競争阻害性』や「競争の実質的制限」という概念は『正当化理由』などというものが入り込む余地を許さないものだという信念が、根強く存在するのである」。そして、次のように叙述し、この信念が日本の独禁法学の歴史において繰り広げられてきた論争に由来するとの認識を示唆する（170 頁）。

「昔から、独禁法違反の範囲を縮小しようという勢力は存在した。それらの人々は、不当な取引制限の定義規定である2条6項に『公共の利益に反して』という文言があることを利用して、『正当化理由あり』→『公共の利益に反しない』というかたちで条文の解釈を組み立てることを主張した。経済危機に対応するための価格協定などを正当化しようとする通産官僚や財界によって支持された見解である」（A説）。「それに対して、正当化理由による違反の範囲の縮小を認めず、あくまで『競争減殺あり』＝『競争の実質的制限あり』＝『弊害要件を満たす』という立場を貫く考え方が存在する。この見解によれば、『競争の実質的制限があれば常に公共の利益に反する』とされる。おもに、多くの独禁法学者や公取委官僚によって支持された見解である」（B説）。

（2）批判的検討　ここでは、「独禁法違反の要件」を整理するために設定した基軸それ自体の妥当性、その基軸と独禁法の条文に書かれた要件との関係に係る理解の妥当性は問わないことにして、論を進める。問題は、実際の独禁法の解釈運用と基軸が合致しているか否か、合致していないならどの程度ずれているかを見るに際して、教授が脱歴史的機能主義の立場を採ることにある。以下、批判的に検討する。

概略を引用した教授の主張には懸隔がある。本意は前半・後半のいずれにあるのか。

本意が前半にあるとすれば、日本の独禁法専門家（実務家・研究者）の間に「競争減殺があればそれだけで違反となる」との考え方が形成された原因は、次の2点に求められることになる。①公取委が間違いなく違反と言える事例しか正式の事件として取り上げなかったので、「独禁法違反ではない」という結論となった事件は極めて少なく、違反の範囲を狭める概念である「正当化理由」が正面から議論されることは多くなかった。②公取委は、表向きは「競争減殺

があればそれだけで違法となる」と言う看板を掲げておき、正当化理由があるために違反なしとなりそうな事案は事件として表沙汰にしなかった。そのため、「正当化理由」が研究者の注意を引くことも少なかった。

①②が当たっているとして、実務家は不透明な実務を行うためだけに、また不透明な実務のために正当化理由が研究者の注意を引かなかったために、独禁法専門家の間に「競争減殺があればそれだけで違反となる」との考え方が形成されるに至ったのであろうか。実務家に係る答えは、後半の主張におけるA説・B説の解説に当たり教授も示唆しているように、独禁法違反の範囲を縮小しようとする勢力に対抗する目的があったことを否定することはできない。また、研究者は不透明な実務について無知であったわけ³⁾ではない。少なくとも通説は、独禁法違反の範囲を縮小しようとする勢力を強く意識してその学説を展開してきた。

他方、本意が後半にあるとすれば、「抵抗」「信念」と言う言葉はともかくとして、教授は論争の歴史的意義を認めているように見えなくもない。しかし、石油価格カルテル刑事事件（最判昭59・2・24刑集38・4・1287）、大阪バス協会事件（平7・7・10審判審決、審決集42・3）に係る教授の評価の文言を精査すれば、歴史的経緯に無頓着であることが分かる。例えば前者の事件については次のように評価する（171－72頁）。「実質論（どの範囲の共同行為を正当化するべきか）の観点からは、A説が正当化しようとする範囲が広すぎたのに対し、B説のように正当化を全く認めない考え方はかたくなに過ぎる面があった。その意味で、実質論においては最高裁判決のように、正当化理由が認められることがあるとしながら、それが極めて例外的であると宣言する態度に一日の長があった」。しかし、「かたくなに過ぎる」「一日の長があった」との文言からは、論争に歴史的意義を認めているとは到底読み取れそうにない。このことは、大阪バス協会事件に係る教授の評価（172－73頁）を見ても同様である。

教授の本意が前半・後半のいずれにあるとしても、教授が歴史的経緯にはな

3) 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。

はだしく無頓着であることに違いはない。しかし、独禁法の生成・発展の歴史性、とりわけ独禁法の無力化に対抗してきた歴史を考えるなら、社会的妥当性と独禁法について体系的叙述を与えるに際しても、歴史的経緯を正當に評価する必要がある。その限りで、白石教授の所説に与することはできず、むしろ通説的見解と問題意識を共有する。

2. 歴史的経緯を踏まえた上での新たな要請への柔軟な対応

法が時代・社会の要請に的確に応えるためには、歴史的経緯を踏まえた上で、常に新たな要請に柔軟に対応できなければならない。この点、通説的見解は歴史的経緯に固執するあまり、緊急事態への対応にも否定的な態度を採ってきた。のみならず社会的妥当性の問題にも柔軟な対応を欠くうらみがある。このことは、二つの局面で問題になる。一つは、独禁法の枠内において、違法性（競争制限・競争阻害性・公正競争阻害性）の判断に際して社会的妥当性に対処する局面である。そしてもう一つは、独禁法の枠を超えて、社会的妥当性をめぐり他の政策・法と調整する局面である。以下、それぞれについて簡単に触れるとともに、著作物再販制度の見直しの議論を手がかりに認識の深化を図る。

(1) 違法性判断の局面　社会的妥当性に柔軟に対応するためには、判断の枠組みそれ自体を変える必要がある。そうでなければ、違法性判断の枠組みに歪みをもたらすことになる。この点、歴史的経緯を重んじれば重んじるほど、競争の維持・促進とは異質な要素が入り込むことを恐れ、違法性判断の枠組みに接して社会的妥当性の調整の枠組みを副次的に持つことに抵抗を感じる。そこで、違法性判断の枠組みを維持しながら、社会的妥当性の調整原理を内在化させようと腐心する。

しかし、競争の維持・促進と社会的妥当性は抵触・対立し得るものであり、両者を一つの違法性判断の枠組みで捉えることには論理上、実際上問題がある。まず、違法性判断の基準をもつば競争の維持・促進に置くとしながら、他方で社会的妥当性を取り込むことには論理上無理がある。確かに社会的妥当性を単なる勘案要素として取り込むことは可能に見えるが、それでも論理は一貫しない。加えて、競争の維持・促進を基本とする限り、結論は事実上、最初から

決まっているようなものである。そこでは、新たな要請への柔軟な対応はおぼつきそうにない。

結局のところ、競争の維持・促進と社会的妥当性を一つの違法性判断の枠組みに盛り込もうとすることに問題の根源がある。むしろ、違法性判断の枠組みは変更することなく、それに接して調整の枠組みを副次的に持つとともに、調整の原理を確立することの方が論理的かつ实际的である。その結果、歴史的経緯を踏まえた違法性判断の基準を維持することができるとともに、新たな要請への柔軟な対応も現実のものとなる。この点については改めて、具体的な展開を試みる（次稿）。

（2）他の政策・法との調整の局面 今日、競争政策・法と他の政策・法との調整の局面は拡大しており、社会的妥当性についても同様である。調整を実りあるものとするためには、競争政策・法の観点からの主張を一方的に行うだけでは十分でない。競争政策・法の方でも調整原理を持ち、その上で調整に臨むことが不可欠である。

しかし、独禁法の枠内において、社会的妥当性を調整する枠組みを副次的に持ち得ておらず、また調整の原理を確立し得ていない状況にあつては、他の政策・法との調整の原理も持ちようがない。その限りで、他の政策・法との調整を通じての、社会的妥当性の問題への柔軟な対応も期待できそうにない。

結局、違法性判断の局面において社会的妥当性を調整する枠組み・原理を展開することを通じて、他の政策・法との調整の原理を確立することが緊要となる。そのことにより、歴史的経緯を踏まえた上での、社会的妥当性をめぐる他の政策・法との調整も現実のものとなる。

（3）著作物再販制度の見直しの議論を手がかりとする認識の深化 再販問題検討のための政府規制等と競争政策に関する研究会「著作物再販適用除外制度の取扱いについて」⁴⁾（1998.1）は、「著作物再販制度が果たしてきた文化・公共的役割をどの程度評価して独占禁止法適用除外制度の改革を進めていくか」

4) 概要については、公正取引委員会事務局経済取引局取引部取引企画課「再販問題検討のための政府規制等と競争政策に関する研究会報告書について」公取568号30頁（1998）参照。

を見解の分岐点と捉えた上で、「競争政策とともに憲法、文化性・公共性等を踏まえた総合的な検討」を加え、「まとめと提言」を行った。まず、本稿に関わる限りで、「消費者利益と文化性・公共性等についての考え方」、「まとめと提言」の紹介をし、その後、批判的検討を加える。

（a）消費者利益と文化性・公共性等についての考え方　報告書は次のように叙述する（16－17頁）。

「例外を認める根拠については、競争政策上は、消費者利益の確保という観点から検討されるべきであるが、他方、著作物再販制度が果たしている機能、特に、文化・公共的な観点からの機能についても十分考慮する必要がある。また、著作物の発行主体が、憲法で保障される『表現の自由』を担う主体である場合には、その再販制度廃止の影響が表現の自由の実質的な影響を与えないか、再販制度の根拠等について具体的に検討することが必要である。」「このように、競争を通じての消費者利益の確保という観点から検討するだけではなく、文化性・公共性等の観点から国民・読者が受ける利益についても検討を加えるとすると、両方の観点からみた評価がおおむね一致する場合は問題は生じないが、そこに食い違いが生じてきた場合には、どのように考えるべきかという問題が発生する。」

「一般論として論ずる場合には、競争政策の観点と文化・公共性等の観点とではその重みに大きな差があるとし、文化性・公共性等の観点を優先すべきとする考え方も成り立つであろう。ただし、著作物再販制度は、独占禁止法体系の下での制度として制定されたものであって、文化性・公共性の維持を直接の対象としているものではないから、著作物再販制度が廃止されることによって、仮に文化性・公共性等の次元において何らかの具体的問題が生ずるとすれば、それに即応した別の政策手段によって対応していくことも必要であろう。」「一方、著作物再販制度を一挙に廃止した場合、別途の政策手段を講じて回復困難な事態が生まれるおそれもある。」「したがって、文化性・公共性等の観点からみて、著作物再販制度の廃止によってどのような問題が具体的に発生する蓋然性があるのかを十分検討し、個別に判断を加えるという形で検討を進めるべ

きものである。」

(b) まとめと提言 報告書は次のように叙述する (55, 56頁)。

「著作物再販制度の見直しの検討に当たっては、それが独占禁止法上の適用除外制度の一つであり、独占禁止法で原則違法とされている再販行為を例外扱いするという制度であることから、例外を認めるに足る根拠が必要とされることは当然である。」「例外を認める根拠については、基本的には、独占禁止法の趣旨目的に照らして、消費者利益の確保という観点から検討されるべきであるが、他方、著作物再販制度が果たしている機能、特に憲法が保障する表現の自由等を背景とした文化・公共的な観点を踏まえて総合的に十分考慮する必要がある。」

「競争政策の観点からは、現時点で著作物再販制度を維持すべき理由に乏しく基本的には廃止の方向で検討されるべきものと考えられる。」「他方、本来的な対応とはいえないが間接的にはあれ、著作物再販制度によってこれまで著作権者等の保護や著作物の伝播に携わる者を保護する役割が担われてきているという点については、文化・公共的な観点から、配慮する必要がある、したがって著作物再販制度を直ちに廃止することには問題があると考えられる。」

(c) 批判的検討 競争の維持・促進がすべてであるとの立場を採らない限り⁵⁾、競争政策・法は、文化性・公共性等を調整する枠組み・原理を持たなければならない。そうでなければ消費者利益と文化性・公共性等との調整も行いようがない。しかし報告書は、文化性・公共性等についても十分考慮する必要があるなどと述べるのみで、調整の枠組み・原理を展開することはない。他方で報告書は、著作物再販制度が独禁法体系下の制度であることから、文化性・公共性等について別の政策手段によって対応することも必要であるとする。し

5) ちなみに、上杉秋則他『21世紀の競争政策』（東京布井出版、2000）は、次のように叙述する（25頁）。「独占禁止法は競争の維持・促進を重視するが、だからといって競争がすべてといった単純な考え方ではない。競争政策以外の政策目標も存在する以上、他の政策目標との整合性も視野に入れながら検討し、その上で、競争に委ねるべき点を具体的にみる必要がある。」「競争政策とは競争を手段とする政策であるから、競争が機能する市場の条件を具体的にみて処方する必要がある。競争政策の遂行にあたり他の政策目標も視野に入れることについては、異論のあり得るところであるが、行政の立場で行う以上必要なことであると思われる。」

かしここでも、競争政策の側から他の政策との調整の原理を積極的に展開しようとしな。さらには報告書は、著作物再販制度を一挙に廃止した場合、別途の政策手段を講じても回復困難な事態が生じるおそれがあるとして、直ちに廃止することには問題があるとの結論を導びく。しかし、調整の枠組み・原理の具体的様相は示していない。

ここには、競争の維持・促進を圧倒的に重視するあまり、文化性・公共性等を調整する枠組み・原理を持つとうとしない立場の問題性が如実に露呈されている。確かにこれは著作物再販制度の見直しに係る問題であり、社会的妥当性の問題とは局面を異にするとも言える。しかし、通説的見解の下で社会的妥当性がどのような扱いを受けるのか、一つの典型を暗示して余りある。歴史的経緯を踏まえているとは言え、社会的妥当性の問題への柔軟な対応を欠くうらみがある限りで、通説的見解に与することはできず、新たな法理の展開を不可避とする。

Ⅲ 社会的妥当性の概念

本稿に至る一連の小論を開始するに当たり、次のように叙述していた。⁶⁾「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」。しかし、今日まで知見にあまり深まりは見られず、叙述は当初の叙述の焼直しにとどまらざるを得なかった。⁷⁾以下簡単に、社会的妥当性の概念の構築には積極的意義があること、それは開かれた概念として構築すべきこと、を記す。その後、近時用いられるようになった「保護に値する競争・値しない競争」の概念の問題性に触れる。

1. 概念構築の意義と方向性

(1) 意義　社会的妥当性は他の概念から区別される独自性を持っており、独立した概念として構築する積極的意義を有する。このことは、二つの関連す

6) 拙稿（その1）・前掲（注1）65頁。

7) 拙稿（その1）・前掲（注1）65-68頁参照。

る概念、すなわち、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、と対比することにより容易に理解できる。社会的妥当性は通常の経済社会において日常的に発生する問題であり、一般に緊急事態における公共性とは質を異にする。また社会的な問題である点で、単なる事業経営上・取引上の合理性・必要性とも質を異にする。実際のところ今日、商品的価値（商品それ自体が帶有する価値）のうちの「品質」（安全性など）、非商品的価値（地球環境の創造・保全など）にも目が向けられるようになってきており、競争政策・法も、社会的妥当性の問題に正面から対処することを不可避とするに至っている。

他方、適用除外制度の廃止・縮減により、後退的適用除外の論拠が直接的に不当な取引制限などの違法性判断の場面に持ち込まれ、議論が混乱するおそれがある。混乱に巻き込まれるのを回避するためにも、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し、それに正当な位置を与えることが必要である。このことから、社会的妥当性を独立した概念として構築する意義がある。

(2) 開かれた概念として構築する必要性 社会的妥当性は、安全性などを中核としつつも、開かれた概念として構築する必要がある。規制緩和の積極的推進により社会的妥当性の問題範囲は拡大する。公的規制の下で副次的に保持されていた社会的妥当性が、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、独禁法違反となるわけではなかろう。また、そもそも、社会的妥当性の外延は先験的に決定されるわけではなく、経済社会のあり方をどう構想し、何に社会的妥当性を見出すかによって決まってくると言える。

加えて、近時の本来の適用除外制度の廃止により、適用除外の規定なしで独禁法の適用が除外される範囲が生じている（自然独占事業に固有な行為など）。そこで今日、本来の適用除外の根拠をも含め、独禁法が適用されない範囲を包括的に捉えることにより、体系的説明を与える必要に迫られている。その前提を整備するためにも、社会的妥当性を開かれた概念として構築する必要がある。

2. 「保護に値する競争・値しない競争」の概念の問題性

社会的妥当性に関連して、近時、学説においても、「保護に値する競争・値しない競争」の概念が用いられている。例えば次のようである。⁸⁾『公共の利益』に関する通説的見解は、その根拠の一つとして、『公共の利益に反して』の要件のある3条と『公共の利益に反して』の要件のないその他の諸規定とを統一的・整合的に解釈することを挙げているが、〔中略〕環境保全や安全確保のための自主規制、他の法律により刑罰付きで禁止される行為等についても、そのような行為によって形式的に競争が制限されることがあり得るとしても、そのような競争は実質的に独禁法上保護に値しない競争であると評価する（したがって、『競争の実質的制限』や公正競争阻害性の要件を満たさないものと解することにより、『公共の利益に反して』の要件の有無にかかわらず、統一的・整合的に解釈できるとすることになろう。もっとも、『公共の利益に反して』の要件のない禁止規定においても、制限される競争が実質的に独禁法上保護に値する競争であるか否かを評価するというのは、結局、独禁法1条に定める目的に照らしてであるということになれば、『公共の利益に反して』という要件の存在意義は乏しいものとなってくる。』

この「保護に値する競争・値しない競争」の概念の問題性は、立脚点を競争政策・法に置き、その観点から単眼的な考察を行うところにある。今日、競争政策・法が社会的妥当性の問題に正面から対処することは不可避であり、また本来の適用除外の根拠も含めて独禁法が適用されない範囲を体系的に説明する必要に迫られていることからすれば、独禁法が適用されない範囲の側からの考察も不可欠である。この考察が伴って初めて、複眼的な考察による全体像の正確な把握が可能になる。この点で、「保護に値する競争・値しない競争」の概念は、大きな限界を内包している。

8) 根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説』56頁（有斐閣、2000）。また、丹宗暁信・厚谷襄児編『新現代経済法入門』45頁〔舟田正之〕（法律文化社、1999）、岸井大太郎他『経済法〔第3版〕』127頁〔和田健夫〕（有斐閣、2000）参照。

Ⅳ 社会的妥当性と公共の利益

社会的妥当性は、独禁法上の公共の利益の問題とすべきではない、と言うのが私見である。以下、若干の展開をするとともに、社会的妥当性について積極的な主張を行う近時の学説が、公共の利益をどのように扱っているか、批判的検討を加える。

1. 私見の展開

まず、公共の利益の意味内容を限定する。次に、限定が独禁法の規定の文言からも正当化され得ることを明らかにする。その上で、社会的妥当性が一般に公共の利益に包摂されない理由を説く。

(1) 公共の利益の意味内容の限定 独禁法に言う公共の利益は、緊急事態における公共性を意味するものと極めて限定的に解されるべきである。このことによって、通説的見解の趣旨を活かすとともに、その硬直性を克服することが可能になる。

通説的見解は、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ことにより、法の運用が骨抜きになるのを防止することを意図したが、その余り、緊急事態への対応に否定的な態度を採ってきた。しかし、今日、公共の利益を生産者・消費者を含めた高次の国民経済全般の利益と解する説は歴史的に克服されたと言え、また石油価格カルテル刑事事件の最高裁判決（前出）が存在することを前提とすれば、緊急事態における公共性を意味するものとして、公共の利益を極めて限定的に解することに問題はない。その限りで、緊急事態をも包摂した独禁法の体系的理解が可能になる。

他方、極めて限定的な解釈は、あいまいさを排除することになり、運用の骨抜きを防止する実際的な意味を持つ。近時の独禁法適用除外制度の見直しによって、単なる事業者の利益が公共の利益と主張される事態も考えられ得るが、それが安易に認められることはない。その限りで、通説的見解の趣旨は活かされる。

(2) 規定の文言から見た正当化 独禁法に言う公共の利益を緊急事態にお

ける公共性を意味するものと極めて限定的に解することは、規定の文言からも正当化され得る。それは次の論理による。

「公共の利益に反して」は、独禁法にその文言がある場合、すなわち事業者の競争制限の場合に問題になるだけではない。緊急事態は「公共の利益に反して」の文言があるか否かにかかわらず発生し得るので、事業者団体の競争制限の場合にも、さらには事業者団体の競争阻害、事業者の公正競争阻害の場合にも実質的に適用がある。問題は、事業者の競争制限の場合にだけ「公共の利益に反して」が明記されたことをどう解するかである。

競争制限と競争阻害・公正競争阻害との対比では、後者は競争に及ぼす影響が少ないことから「公共の利益に反して」を明記するまでもないが、前者は競争に及ぼす影響が大きく、それを違法としないためには、改めての明記を必要とした。他方、事業者の競争制限と事業者団体の競争制限との対比では、独禁法の体系上、事業者の競争制限が基本であり、事業者団体の競争制限はその系列に属することであるので、前者についてのみ「公共の利益に反して」を明記し、後者については明記を避けた。

このように見えてくると、「公共の利益に反して」が事業者の競争制限の場合にだけ明記されたのには意味がある。このことはまた、競争に及ぼす影響が大きい場合に競争制限を違法としないだけの理由が必要であることをも示しており、公共の利益の意味内容を極めて限定する解釈の正当化の根拠ともなる。

(3) 社会的妥当性が一般に公共の利益に包摂されない理由　公共の利益を緊急事態における公共性を意味するものと極めて限定的に解する立場からは、「公共の利益に反して」は、緊急時に例外的に違法性を阻却するものと性格付けることになる。したがって、日常的に発現する通常の経済社会の倫理性、公益性・公共性・安全性を指すものとして用いられる社会的妥当性は、公共の利益に包摂されることは一般にない。

2. 近時の学説における公共の利益の扱い

社会的妥当性について積極的な主張を行っている近時の学説の、公共の利益の扱いは区々である。以下いくつかの学説を取り上げ、批判的に検討する。⁹⁾

(1) 根岸・舟田説 『独占禁止法概説』(前掲注8)において、次のように主張する(56頁)。「『公共の利益に反して』の要件のない禁止規定においても、制限される競争が実質的に独禁法上保護に値する競争であるか否かを評価するというのは、結局、独禁法1条に定める目的に照らしてであるということになれば、『公共の利益に反して』という要件の存在意義は乏しいものとなってくる。」

この主張は、社会的妥当性があれば、実質的に独禁法上保護に値しない競争として競争の実質的制限などの要件を満たさないものと解することで、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の立場の堅持を図ろうとするものである。しかし、緊急事態への対応は不明であり、それを「保護に値する競争・値しない競争」の問題として扱うのであれば、問題は大きい。

(2) 白石説 『独禁法講義』(前出)において次のように主張する(173頁)。「『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。」

この主張は、「公共の利益に反して」に正当化理由以外の意味内容を付与しているように見える。しかし、その意味内容については言及がなく不明であり、また正当化理由との関わりも不分明である。他方、正当化理由に公共の利益の意味内容が包摂されるとするのであれば、「公共の利益に反して」と言う文言の位置付けを明確にする必要がある。しかし、それもなされていない。一層の論理的展開が不可欠である。

(3) 村上説 『独占禁止法研究Ⅱ』(弘文堂、1999)において、日本遊戯銃協同組合事件(東京地判平9・4・9判時1629・70)に関連して、次のように¹⁰⁾に叙述する(136, 137頁)。「8条についても3条と同様に『公共の利益に反し

9) その他、川越憲治編『現代裁判法大系②〔独占禁止法〕』113-15, 119, 122-24頁〔田村次朗〕(新日本法規出版、1998)参照。

10) 村上政博「デジコン電子損害賠償請求事件」判評476号23, 27頁(1998)をも参照。

て』なる要件が付加されるという解釈は正しい。昭和59〔1984〕年の石油ヤミカルテル事件最高裁判決（昭和59〔1984〕年2月24日刑集38巻4号1287頁）が示唆しているところである。」「最高裁判決の判示するように、緊急避難にあたるような、きわめて例外的な場合における違法性阻却事由として、『公共の利益に反して』なる要件を独占禁止法上の禁止規定すべてにかかるものと解釈することが相当である。」「ここでの意味での『公共の利益に反して』は、不公正な取引方法を禁止する19条にも適用されるものである」。

この主張は結論としては妥当であるが、独禁法の文言に即した解釈論を展開する必要がある、その限りで説明は必ずしも十分とは言えない。

（4）岡田説 根岸・舟田，白石，村上の各説が社会的妥当性を競争制限・競争阻害・公正競争阻害の問題と見るのに対し，岡田外司博教授は，丹宗・厚谷編『新現代経済法入門』（前掲注8）において，公共の利益の問題と見るべき旨主張し，根本的な違いを示す。

教授はまず次のように主張する（78頁）。「価格協定，数量制限等の典型的カルテルが独禁法の究極の目的に反しないという事態は考えられず，これらを合法化する余地は実質的にないと思われる。〔中略〕。したがって，公共の利益に反しないという抗弁が実際に意味を持ってくるのは，消費者・市民の安全確保や環境保護という公共的目的による自主規制の場合である」。続いて日本遊戯銃協同組合事件（前出）を，「『公共の利益』に反しないという例外を同〔独禁法〕8条1項1号に読み込む方法をとった判決として」紹介した後，次のように主張する（84－85頁）。「究極的目的によって限定された『公共の利益』に合致する例外を同8条1項1号に読み込む解釈は，自由競争の価値に重点を置きつつ，独禁法の究極的目的によって基礎づけられた例外を認める点で，妥当な解釈と考える。もっとも，この例外は，公共的目的による自主規制の場合に問題となるものであり，典型的カルテルに対しては，公共の利益に反しないという例外を安易に認めるべきではない。」

また，教授は，競争阻害（構成事業者の機能・活動の不当な制限，不公正な取引方法の勧奨・強制）に関連して，次のように主張する（88，89－90頁）。

「制限の目的と効果からみて、公共的目的による自主規制として性格づけられる場合には、独禁法の究極的目的に関わる法益のために必要かつ不可欠なやむを得ない措置と認められることを条件に、違反にならないと解される」。「公共的な目的から行われる自主規制として、通常は8条1項5号違反を構成するような行為が行われた場合は、どうであろうか。遊戯銃協同組合事件の判決は、そのような目的が独禁法の究極的目的からみて正当であり、基準の内容と実施方法が基準の設定目的を達成するために合理的なものである場合には、正当な理由があり、5号に違反しない余地があるとしつつ、本件は実施方法が相当といえないとして、5号違反を認めた。公共的目的による団体の自主規制の場合には、このような厳格な条件の下に例外的に正当な理由を認めることが妥当であろう。」

教授が社会的妥当性を公共の利益の問題と見るべき旨主張する前提には、競争制限、公共の利益に係る先行判断がある。社会的妥当性を競争制限の問題と見ることについては、大阪バス協会事件（前出）との関わりで、次の疑義を示している（84頁）。「違法な競争を促進しても独禁法の目的には沿わないという規範的考慮から『競争の実質的制限』を縮小解釈する方法は、一見巧妙であるが、客観的状态としての『競争の実質的制限』の判断に、主観的判断が入り込むことになるため、判断が恣意的になる危険がある」。他方、公共の利益に関しては、石油価格カルテル刑事事件（前出）との関わりで、次の認識を示す（77-78頁）。「判例においても、『公共の利益』に反しない例外に該当するためには、共同行為が独禁法の究極的目的に反しないことを積極的に示す必要があり、消費者の利益確保や経済の民主性という価値に忠実に考える限り、価格協定、数量制限等の典型的カルテルが独禁法の究極的目的に反しないという事態は考えられず、これらを合法化する余地は実質的にないと思われる。」この認識からは、公共の利益は、典型的なカルテルに関する限り実質的に意味のない「空（から）」概念となっており、それに公共的目的を充填することは一向に差し支えないとの判断が導かれる。

教授の先行判断は傾聴すべきであるが、なお疑問が残る。競争制限に係る先

行判断については後に検討することとし（次稿），ここでは公共の利益に係る先行判断についてのみ述べる。疑問は三つある。一つは，教授の立論が実質的判断に基づいていることである。理論的には緊急事態における公共性の問題は否定し得ない。二つは，一つの概念に性格の異なる複数の意味内容を盛り込むことになることである。緊急事態における公共性が認められるとすれば，それと社会的妥当性を一つの概念に盛り込むことには理論上問題がある。そして三つは，「公共の利益に反して」の性格をどう見ているかである。教授の立場は判然としないが，違法性阻却と見ている節がある（77頁参照）。この点，社会的妥当性は日常的に発現する通常の経済社会の問題であり，違法性阻却と見ることに疑念がある。

（未完）