

〈研究ノート〉

協同組合による価格カルテル

——網走管内コンクリート製品協同組合事件を検討素材として——

舟 田 正 之

- 1 はじめに
- 2 協同組合適用除外の趣旨・範囲
- 3 本件の適用除外の理由付け
- 4 協同組合と他の事業者との共同行為
- 5 独禁法 22 条但書後段
- 6 濫用規制

〈要 約〉

1. 協同組合が独禁法の適用を除外される趣旨は、単独では大企業に伍して競争することが困難な中小企業・農業者等が、相互扶助を目的とした協同組合を組織して、市場において有効な競争単位として競争することを促進することにある。

2. 協同組合が共同事業として、組合員の相互扶助、ないし独立の事業単位としての機能強化のために行うのであれば、価格カルテルの決定・実施に関与することであっても、上記 1. で述べた、大企業等に対抗するためという限度であれば、「不当に対価を引き上げることとなる場合」（独禁法 22 条但書）に当たらないとして、適用除外を認めるべきである。

3. 本件についても、網走協組が、取引の相手方である建設業者等との取引について価格カルテルを決定・実施に関与した行為に関して、それがカルテルによる不当な値上げだったのか、それとも、建設業者からの「買ったとき」、「下請いじめ」へのぎりぎりの対抗措置だったのかによって、適用除外の可否が判断される。

1 はじめに

近年、公取委は協同組合による反競争的行為に対し、いくつかの法的措置をとりつつある。しかし、これらの措置における、独占禁止法（以下、適宜「法」と略記する）22条による協同組合の適用除外に関する考え方には、若干の疑問がある。

検討素材として、網走管内コンクリート製品協同組合事件＝排除措置命令・課徴金納付命令平成27・1・14を取り上げてみる。本件では、網走管内コンクリート製品協同組合（以下、「網走協組」と略記）が、コンクリート二次製品の市況回復を図るため、共同受注事業と称して、組合員（以下、「構成事業者」ということがある）と建設業者等との取引につき、契約者となる組合員および価格を決定した。

公取委は、網走協組の上記行為が、独禁法22条の適用除外を受けず、法8条1号に該当するとして排除措置命令・課徴金納付命令を発出した¹⁾。

（本小論では、引用文献は、末尾にリストアップした文献リストの略語を用いる。）

2 協同組合適用除外の趣旨・範囲

(1) 適用除外規定と農協ガイドライン

議論の前提として、独禁法22条が協同組合の一定の行為を独占禁止法の適用除外としていることの趣旨を確認しておく。同条は、次のように規定する。

「この法律の規定は、次の各号に掲げる要件を備え、かつ、法律の規定に基づいて設立された組合（組合の連合会を含む。）の行為には、これを適用しない。ただし、不公正な取引方法を用いる場合又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により不当に対価を引き上げることとなる場合は、この限りでない。

- 一 小規模の事業者又は消費者の相互扶助を目的とすること。
- 二 任意に設立され、かつ、組合員が任意に加入し、又は脱退することができること。

1) 本件については、酒匂景範 [2015]、洪淳康 [2015] を参照。

三 各組合員が平等の議決権を有すること。

四 組合員に対して利益分配を行う場合には、その限度が法令又は定款に定められていること。」

公取委「農業協同組合の活動に関する独占禁止法上の指針」(2007年)(以下、「農協ガイドライン」と略記)は、適用除外の趣旨につき、以下のように述べる。

「単独では大企業に伍して競争することが困難な農業者が、相互扶助を目的とした協同組合を組織して、市場において有効な競争単位として競争することは、独占禁止法が目的とする公正かつ自由な競争秩序の維持促進に積極的な貢献をするものである。したがって、このような組合が行う行為には、形式的外観的には競争を制限するおそれがあるような場合であっても、特に独占禁止法の目的に反することが少ないと考えられることから、独占禁止法の適用を除外する。」(第2部第1, 3, 注1。下線は舟田, 以下同じ)

(2) 「有効な競争単位」の創出

この農協ガイドラインからの引用部分のうち、前半の「有効な競争単位」の創出という趣旨は、従来から説かれていることを受け継いだものである²⁾。

すなわち、消費者、農民や小規模事業者等は、個別では実際の取引・競争の場面で有効な取引単位・競争単位として自立できず、あるいは不当に不利な立場に置かれることが多いのであるが、これらが協同組合において民主的に結合して共同購買・販売事業を行うことによって、大企業に対抗して自らの取引力をつける行為は、独禁法の基本原理にむしろ合致する。すなわち、消費者・小規模事業者による団体の結成・組織化が、支配的資本・大企業の支配力の濫用の規制、あるいは独占形成の阻止のための社会的な力としての役割を果たし、同時に、消費者・小規模事業者の生活権、実質的な「取引の自由」を確保・推進することにつながるのである³⁾。

2) 高瀬雅男 [2015] 83頁を参照。そこでは、石井良三 [1948] 299頁以下で、小規模事業者が相互に団結して、「独立の競争単位となることができる」と述べているとある。また、岐阜生コンクリート協同組合事件 = 審判審決昭和50・12・23 審決集22巻105頁にも同様の記述がある。

3) 舟田 [1981] 193頁以下参照。なお、舟田 [2009] 551頁以下は、同書の注釈という性格から、自説についての叙述を控え、中立的な叙述の仕方に変えている。

この最後に述べた「生活権」や実質的な「取引の自由」という理論的な位置づけがないし捉え方は、論者によって様々であり、本小論では実定法の解釈論に限るので、この点に立ち入ることは割愛する。

（3） 確認的適用除外

同じ農協ガイドラインからの引用の後半部分は、「形式的・外観的には競争を制限する」、「独占禁止法の目的に反することが少ない」など、分かりにくい文章になっている。これについては、多様な理解が可能であろうが、競争の実質的制限に当たると「形式的・外観的には」いえても、独占禁止法の目的から考えて、それには当たらないと理解する可能性があり、そうであれば賛成できる。

独占禁止法の趣旨・目的を踏まえ、いわゆる「確認的適用除外」⁴⁾と解することになるからである（もっとも、その場合は、「目的に反することが少ない」ではなく、「目的に反しない」と言い切る必要があるが）。

その具体的な理由付けについては、次の具体的事案に沿って考えてみよう。

（4） 適用除外の範囲

適用除外の範囲（あるいは対象行為というべきか）については、前記の法 22 条の文言からも明らかであるが、独禁法の規制する私的独占、不当な取引制限、事業者団体規制のすべてが含まれる。これは、立法過程を丹念に辿った高瀬雅男 [2015]、その他同氏の一連の研究からも明らかである⁵⁾。

第一に、法 8 条の事業者団体規制のみならず、協同組合が事業者として行為した場合に、私的独占、不当な取引制限についても適用除外される。

第二に、企業結合規制については、協同組合は「会社」ではないので、法 10 条等は適用されず、法 14 条だけが「会社以外の者」を名宛人としているので、同条の適用があり得るが、同条についても法 22 条により適用除外となると解される⁶⁾。

ただし、これとは別に、各協同組合の根拠法に基づく規制がかかる。

私的独占規制については適用除外されないという解釈もあるようであるが、

4) その意味については、根岸哲 = 舟田正之 [2010] 394 頁以下を参照。

5) 高瀬雅男 [2015] 78 頁以下、およびそこに所掲の諸研究を参照。

6) 土田和博 [2015] 141 頁参照。

これは上記の立法意思と反し、また小規模事業者が団結するという協同組合制度の趣旨からも疑問である。

3 本件の適用除外の理由付け

(1) 事業者・事業者団体

本件排除措置命令は、網走協組に対し、独禁法を適用する前提として、独禁法 22 条による適用除外をうけない理由につき、以下のように述べる。

「前記第 1 の 2 の決定は、網走協組の実施する販売について定めたものではなく、組合員等の需要者に対する特定コンクリート二次製品の販売について取引の相手方及び対価を制限することを定めたものであって、網走協組の当該行為は、独占禁止法第 22 条に規定する組合の行為に該当しない。」

この部分は、「組合の行為に該当しない」という理由で適用除外をうけない旨を明示した珍しい（おそらく初めての）事例である。しかし、その理由付けには疑問がある。

本件命令が、法 8 条該当として間疑したということは、網走コンクリート協組を事業者ではなく、事業者団体としてとらえたはずである。そうであれば、「組合の行為に該当しない」理由を述べた上の文中の前半、「網走協組の実施する販売について定めたものではなく」ということの意味が不明である。

たしかに、本件事案では、網走協組は事業者として行為していないのであり、構成事業者の委託を受けて行う「共同販売」等の事案ではない。しかし、協組が事業者としてではなく、事業者団体として、協組の構成事業者の事業を統制ないし促進することは、「組合の行為」に当たりうるものであり、むしろそれが協組の本来の任務である。したがって、「網走協組の実施する販売について定めたものではなく」ということが、適用除外には当たらないことの理由になることはないと考えられる。

たぶん、上の文中の前半は、後半の部分と切り離してとるのではなく、両者が一体として、「取引の相手方及び対価を制限することを定めた」だけで、それ以外の何らかの事業を伴っていない、として理解すべきなのであろう。そのように解したとしても、この解釈には疑問がある。この点を次に検討しよう。

(2) 「組合の行為」についての学説の対立

上記のように、網走協組は事業者団体として行為したと理解するとして、「取引の相手方及び対価を制限することを定めた」だけであれば「組合の行為」に当たらないという解釈は、従来から、「組合の行為」の狭い解釈として、主として公取委関係の方々によって広く説かれてきた議論である（多数説といってよいであろう）。

ただし、私は、このように「組合の行為」を狭く解釈することには理由がなく、協組が事業者としてまたは事業者団体として行為すれば、それはすべて「組合の行為」として認めるべきであり、しかし、法 22 条但書の要件に該当しないとして適用除外を認めないことは十分あり得る、という解釈を述べたことがあり（舟田 [1981]）、これは今でも妥当な解釈であると考えている（高瀬雅男 [2015] は、これを次に述べる学説の対立の整理の中で、「新但書控除適用除外説」と呼ぶ）。

学説の対立について、高瀬雅男 [2015] は、立法過程・適用除外制度の変遷を踏まえ、「法定内部行為適用除外説」と「但書控除適用除外説」があったと説く。前者は、米国の法制度に由来する「内部行為」（internal cooperation）に限って適用除外を認める考え方であり、日本の独禁法についての立法過程で消滅したとされている。

しかし、これを受け継いで提唱された「解釈内部行為適用除外説」は、論者によって内容が異なる点も多いが、糸田省吾 [1969] によれば、①独禁法 8 条は事業者団体としての行為、すなわち「内部行為」に限られ、かつ、②各協同組合の準拠法に基づく行為であり、③協同組合に「固有の行為」に限られる、とする。

本件命令は、「組合の行為」に該当しない理由を、前記のように「取引の相手方及び対価を制限することを定めた」だけだからとするものようであり、上記の「解釈内部行為適用除外説」を受け継いだようにもみえる⁷⁾。しかし、糸田省吾 [1969] の説くような①～③の限定はせずに（あるいはそれらは措くとして）、「取引の相手方及び対価を制限することを定めた」だけであるから

7) 笠原雅之 = 西上達也 [2012] 72 頁の解説も、適用除外が認められるのは、「協同組合の準拠法に基づく行為」であり、「協同組合に『固有の行為』に限られる」という考え方を前提にしているように読める。杉浦賢司 = 今井啓介 [2015] も、「『組合の行為』とは、各種組合の根拠法令に基づく組合本来の事業をいい」と述べる。

「組合の行為」に当たらないとしたと理解することも可能である（これを、前記2説とは別に「組合の行為」説、と呼ぶこととする。なお、学説は多様であり、上記の3説に整理するのは、本事案を検討するに必要最小限のものであって、包括的、網羅的なものではない）。

「解釈内部行為適用除外説」に対しては、第一に、各協同組合の準拠法における諸規定（特に「共同事業」）の解釈に直ちに連動して、法22条の解釈に結びつけるのは不当であって、同条はあくまでも独占禁止法の側から解すべきであるということ、第二に、「内部行為」と「外部行為」という区別は、実際に、また理論的にも実際に維持し難いということ、の2点を指摘することができる。

これらについての批判は私の旧稿（舟田 [1981]）で説いたので、ここでは繰り返しは避けて、これまで述べたことがないことを簡単にコメントしておく。その過程で、前記の「組合の行為」説の問題点も明らかになるであろう。

(3) 協同組合法上の「共同事業」

上記第一点の各協同組合の準拠法と連動する点については、各協同組合の行う「共同事業」（中小企業等協同組合法（以下、「中協法」と略記する）9条の2第1項1号）が具体的に何を意味しているかが問題である。中協法9条の2第1項1号は、以下のように規定している。

「生産、加工、販売、購買、保管、運送、検査その他組合員の事業に関する共同事業」

従来、協同組合に関する解説書などでは、「共同施設」（その後の中協法改正により、「共同事業」という文言に変わっている）は、物的施設のことだけではなく、むしろ構成事業者の行う事業を側面から支援し、相互扶助を推進するためのサービスを中心としていると説いており、実務においてもそのように運用されていた⁸⁾。この前提で、中小企業庁の1951年通達「事業協同組合運用指針」は、協同組合の「共同事業」には、「価格協定などの協定事業は共同事業（共同施設）に含まれる」と述べている⁹⁾。

8) ただし、今は手許に各種協同組合法の解説書などの古い文献が残っていないので記憶で書いている。

9) 高瀬雅男 [2002] 88頁以下、高瀬雅男 [2015] 88頁による。また、栗城利明 [2006] 36頁にも、公取委等がこの見解を承知し受け入れているという記述がある。

特に、中協法の事業協同組合の場合、実態として、経済的事業を実際に行うのは、主として各構成事業者であり、これに対し、協同組合はまさに「事業者団体」として機能することが想定されているから、上記の意味での「共同事業」によって、各構成事業者の事業を共同化の方向で支援することが中心と考えられてきたのである（ただし、中協法は協同組合それ自体が事業者として活動することも予定しており、実際にも行われている¹⁰⁾）。

なお、「解釈内部行為適用除外説」は、前記のように、価格カルテルだけのための共同事業は「組合の行為」に含まれないと解するのであろうが、これは中小企業庁（および協同組合の諸団体）が採用している上記の解釈・運用を強く批判するという意味もあったのであろうと推測される。そうだとすると、糸田省吾 [1969] の説く②各協同組合の準拠法に基づく行為、という限定との関連には疑問が生じることになる。

（4）「内部行為」と「外部行為」の区別

（i）第二の点、すなわち解釈内部行為適用除外説における「内部行為」と「外部行為」という区別が、実際にまた理論的にも実際に維持し難いということについては、価格カルテルと共同販売を例にとって検討しよう。

解釈内部行為適用除外説によれば、価格カルテルが含まれる場合は、外部行為が含まれるので、すべて協同組合法上の「組合の行為」に含まれない、という厳しい（狭い）解釈も理論的にはあり得る。

しかし、これは前記の中協法上の「共同事業」についての解釈と対立し、また、これは価格カルテルを一切認めないということであって、冒頭に示した協同組合法制度の仕組みと矛盾すると考えられる。協同組合の推進する共同事業の一環としての価格カルテル、あるいは大企業との取引において対抗力となって構成事業者の正当な利益を守るための価格カルテルという場合には、協同組合法制度の趣旨、および適用除外規定の目的に合致する可能性があると考えられるからである。

協同組合の指導ないしイニシアティブの下で、構成事業者間でカルテルが行

10) 協同組合が事業者団体と事業者の両方の活動を行う点について、次の報告は、本件の生コンクリート製造業の実態について触れている。参照、「生コンクリート製造業及び骨材（砂利・砕石）製造業の取引適正化ガイドライン策定調査検討事業報告」（平成 22 年 3 月、株式会社セメントジャーナル社）。http://www.meti.go.jp/meti_lib/report/2010fy01/E003207.pdf

われ、その内容を構成事業者と取引の相手方との取引において実現しようとする場合、協同組合の行為は「内部行為」と「外部行為」のどちらに分類されるのであろうか。カルテル協定に關与すること自体は内部行為であるが、カルテルによって決まった価格等の取引条件は当然、カルテルの取引の相手方との取引に結びつくのであって、そこにも協同組合の共同事業としての行為がかかわっているとみることができれば、外部行為としての性格ももつと言わざるを得ないと思われる。

(ii) ここで注目すべきことは、「団体協約」(中協法9条の2第1項6号)の制度である¹¹⁾。これは、「経済的地位の改善のために必要な団体協約の締結等の共同事業」として、1号の「共同事業」の外に明記されている。団体協約は、本来、「共同事業」に含まれるが、特にその重要性に鑑み、6号に追加されたと理解される。

同様の制度は、農業協同組合法(以下、「農協法」と略記する)10条14号にも、「組合員の経済的地位の改善のためにする団体協約の締結」が挙げられている¹²⁾。以下では、中協法のみについて検討する。

団体協約については、価格等の取引条件について、まず構成事業者の意思統一を図った上で、団体が他の団体または取引の相手方と交渉し、協約の締結に至る、という過程がとられるのであるから、構成事業者間のカルテルを前提に

11) 団体協約については研究文献が少ないが、木元錦哉[1966]は貴重な業績である。公取委「平成23年度相談事例集」における「協同組合連合会による取引条件の交渉」という項目に、以下の記述がある。「農業協同組合が加工食品のメーカーと取引条件の交渉を行うことは、組合員の経済的地位の改善のために団体協約を締結するものと認められる場合には、独占禁止法第22条による適用除外の対象となる」。「本件においては、……単位農協が加工食品Bのメーカーに対して交渉力の面で劣るといった事情はみられず、本件の取引条件の交渉が、直ちに、全国組織であるX協同組合連合会の組合員である単位農協の経済的地位の改善のために連合会がその行為として行う団体協約の締結の過程であるとはいえない」から、「適用除外の対象となる組合の行為とは認められず、独占禁止法上問題となるおそれがある」(下線部分は舟田)。上の解釈は、「団体協約」というルートに限って適用除外を認めるとすることを除いて、本小論とほぼ合致する妥当なものと考えられる。

12) 農協法11条の30は、中協法と同様に、組合員に対する直接的効果を規定している。このほか、内航海運組合法9条以下にも、団体協約の制度が規定されており、同法18条は、独禁法は、「認可を受けた団体協約又は調整規程に係る海運組合又はその組合員の行為には、適用しない」、という定め方をしている。これに対し、中協法や農協法は、このような団体協約と適用除外を直接結び付ける定め方をしていないということもあり、団体協約に限って適用除外を認めるという解釈はとれないと考えられる(本文では、この文言解釈のほか、実質的理由も挙げている)。

しているともいえる。しかし同時に、協同組合のイニシアティブによる相互扶助の具体化という事業者団体としての協同組合の「共同事業」として位置づけられるものでもある。

団体協約制度は、構成事業者と取引の相手方との取引に関し、取引の相手方および対価を制限することを定めることを当然の内容として含んでいると考えられる。もちろん、団体協約を締結する前に、協同組合は、各種商品の企画、標準化、技術開発（その委託等）、マーケティング調査などの準備を行うこともあり、さらに、誰を取引の相手方とするか、契約条件をどうするか等の取引に関する協議を構成事業者との間で行い、それを踏まえて団体交渉に臨み、団体協約の締結に向けて努力することになる。そのような事業者団体としての活動の一環として、最終的に団体協約に至るであれば、これは協同組合制度の趣旨に合致する正当な「組合の行為」に当たると解すべきであろう。

また、団体協約が締結された場合の法的効果を考えてみよう。仮に、網走協組が各建設業者等との間で団体協約を結び、構成事業者が建設業者等と取引する際の価格を決定したとする。団体協約は、直接に組合員に対してその効力を生ずる。この点につき、中協法9条の2第13、14項は、以下のように定めている。

「13項 第1項第6号の団体協約は、あらかじめ総会の承認を得て、同号の団体協約であることを明記した書面をもってすることによって、その効力を生ずる。

14項 1項第6号の団体協約は、直接に組合員に対してその効力を生ずる。」

団体協約は、直接には協同組合と取引の相手方との間の「外部行為」であるが、法的効果として団体内部の効果も持つといえ、ここでも内部行為と外部行為という区別が機能しにくいと考えられる。

(iii) もう1つ、具体的に独占禁止法との関係が最も微妙な例として、共同販売についてみてみよう。

「共同販売による販売力の確保等」のために、「組合員による販売事業の利用促進を図ることは、独占禁止法上問題となるものではない」とされる（農協ガイドライン第2部第2、2）。農協ガイドラインが「解釈内部行為適用除外説」に拠っているとすれば、これは「内部行為」だから適用除外されるという解釈によるのであろう。

たしかに共同販売は、組合員の生産した商品を協同組合が受託して販売する

という面では「内部行為」と言えようが、販売する先は他事業者であり、この面では「外部行為」である。後者の面がありながら、どうして共同販売が適用除外となるのか、説明が苦しくなるはずであり、結局、内部行為と外部行為という区別それ自体が疑問である¹³⁾。

(5) 「組合の行為」説（本件命令の立場）

本件命令が述べている、「取引の相手方及び対価を制限することを定めたものであって」、「組合の行為」に含まれない、という理屈についてはどう考えるべきであろうか。

前記のように、「組合の行為」については多様な説があるのであるが、協同組合の正当な共同事業の一環として「取引の相手方及び対価を制限」ということはあり得ると考えられるので、この説は、協同組合が「取引の相手方及び対価を制限」する行為に関わるだけで、その他の共同事業を一切行わない場合は、協同組合制度の趣旨から独禁法の適用除外を認めるべきではない、とするものと理解しておく。

従来から、例えば中小企業団体の組織に関する法律（昭和32年法律185号）に基づく商工組合（同法6条以下）が、価格カルテル等を行うために、形式だけ、中協法上の事業協同組合を設立し、実体的な共同事業は商工組合が行っているという「二枚看板」方式が採られているのではないかという議論があった。その背景には、協同組合は、特に上部団体ないし連合会組織などにおいて、政治的に行動する例もあり、これは経産省・中小企業庁の目指す方向と一致するものではなく、経産省・中小企業庁は、上記の中小企業団体組織法を新たに作って、それに基づく諸組合（例えば商工組合）を補助金行政などによって推進するという事情があったと推測される。

「二枚看板」のような脱法的な協同組合であれば、そのカルテルを独禁法の

13) これに対し、共同施設の利用強制など、純粋に協同組合の内部に閉じられた行為であれば、「内部行為」に当たることは明白である。しかし、農協ガイドライン（第2部第2, 2）は、利用強制によって、「組合員の自由かつ自主的な取引が阻害されるとともに、競争事業者が組合員と取引をする機会が減少することとなる」場合には、不公正な取引方法に当たるとおそれがあるとする。これは、共同施設の運営が、協同組合の「事業者」としての行為であるから、不公正な取引方法に当たる可能性があるから、「内部行為」であっても、但書によって適用除外とならない、という判断を前提にしているのであろう。

適用除外とすることは明らかに不相当であり、本件命令が、「取引の相手方及び対価を制限することを定めたものであって」、「組合の行為」に含まれない、とする背景に、上記のような競争制限だけ行うような協同組合を想定しているとも推測される。そうであれば、結論的には妥当な説であると考えられる。

ただし、私の説いてきた「新但書控除適用除外説」においては、同様の考慮を、「組合の行為」に含まれるか否かではなく、独禁法 22 条但書の「不当に」の解釈において行うことになる（詳細は、舟田 [1981] 参照）。

以上を前提とすれば、(A) 協同組合が、価格カルテルとともに、各種共同事業を行っている場合、あるいは正当な共同事業の一環として価格カルテルに関与している場合か、あるいは (B) 価格カルテルだけのための共同事業か（いわば偽装された「共同事業」）、という区別をしなければならないこととなる。

解釈内部行為適用除外説によれば、(A) であれば「組合の行為」に含まれ、(B) であれば「組合の行為」に含まれない、となりそうであるが、前記のように内部行為・外部行為、あるいは中協法上の「共同事業」に当たるか否か、という判断基準がどうなるか、不明である。

これに対し、本命令の「組合の行為」説や、私の説く「新但書控除適用除外説」においては、この区別は重要であり、特に、前記の「二枚看板」方式を適用除外から外す（＝独禁法を適用する）という結論では共通する。ただし、本件命令の対象となった網走協組が「二枚看板」方式だったのかどうかなどの実態は、公取委の発表文書からは分からない。

また、上記 (B) の、価格カルテルだけのための共同事業か否かという判断も、実はそう簡単ではないようにも思われる。この点は、後述 (5) で検討する。

4 協同組合と他の事業者との共同行為

事業者としての協同組合が、他の事業者（非協同組合）や他の協同組合と共同行為を行うことについて、農協ガイドライン（第 2 部第 1, 3）は、次のように述べている。「例えば、単位農協が事業者としての立場で他の事業者や単位農協と共同して、価格や数量の制限等を行うこと（カルテル）等は、独占禁止法第 22 条の組合の行為とはいえないことから、適用除外とはならない」¹⁴⁾。

これは、前記の解釈内部行為適用除外説からは、内部行為にとどまらないことから当然の帰結である。この立場では、協同組合が、「事業者としての立場」ではなく、「事業者団体としての立場」で、他の事業者と共同行為をした場合も同様であろう。

私の立場（新但書控除適用除外説）によれば、協同組合が「事業者として」または「事業者団体として」、他の事業者と共同事業をすることも、協同組合の本来の任務（組合員の相互扶助、ないし独立の事業単位としての機能強化）に役立つことが仮にあり得るとすれば、そのための共同事業の一部に、他の事業者との共同行為を含む場合であっても、但書に該当しない限り、適用除外を受けることがあり得る。

しかし、協同組合が他の事業者（非協同組合）とカルテルを結ぶということは、組合に結集して形成された取引力（対抗力）を、さらに他の協同組合ではない事業者との結合によって強化して反競争的な行為に向かうことを意味するのであって、これは協同組合適用除外の基本的趣旨に反するので、次（5）に述べる「不当な」についての判断において消極に考慮されることになるだろう。

これに対し、複数の協同組合がカルテルを結ぶ場合は、協同組合適用除外の趣旨に反しないということもあり得るであろう。極端な例として、2つの協同組合が合併する以前に、カルテルを結ぶ場合、両者が合併すれば適用除外を受ける事例であるとすれば、これら2つの協同組合がカルテルを結んでも適用除外を受けるとすべきであろう。

ただし、協同組合関係者には、協同組合（連合会）が設立した株式会社であっても、実質は協同組合が支配しているのであるから、適用除外となるべきだという意見もあるようであるが、協同組合という組織形態が重要なのであって、協同組合以外の組織形態を選んだ以上は、協同組合が設立し実質支配している株式会社であっても、独禁法の適用を受けると解される¹⁵⁾。

14) この考え方から、協同組合が他の事業者と共同で行ったカルテルに対し独禁法を適用した事例がある（舟田 [1981] を参照）。

15) 土田和博 [2015] 146 頁も同旨。

5 独禁法 22 条但書後段

(i) 独禁法 22 条但書後段の「一定の取引分野における競争を実質的に制限することにより不当に対価を引き上げることとなる場合」という要件については、競争制限だけでなく、それにより「不当に対価を引き上げることとなる場合」という文言が入っていることに注目すべきである。

協同組合の行為によって競争の実質的制限（市場支配力の形成）になれば、その論理的帰結として、「対価を引き上げることとなる」が、それが「不当」な場合にのみ、本但書に該当し、適用除外を受けないことになるということである。

もともと、本条の趣旨が、協同組合による対価引上げが支配的資本・大企業との対抗関係を前提とした行為として捉え得る場合は、独禁法（具体的には特に、8条または3条）の適用除外として認めるということであり、この趣旨に合致する行為であれば、「不当」とは評価されないと解される。

舟田〔1981〕は、「不当」の解釈については上記と同じであるが、競争の実質的制限と「対価を引き上げることとなる」の関係について、競争の実質的制限が常に「対価を引き上げることとなる」とも読めるような表現になっているので、この点は改めたい。

(ii) 「不当に対価を引き上げることとなる場合」に当たるか否かの判断の仕方について、具体的に考えてみよう。

極めて単純化した仮設例を挙げると、本件事案では、網走コンクリート協組は、前記の、「設計価格」から値引き率を 10 パーセント以内とすることを決定したのであるが、その結果、本件特定コンクリート二次製品の販売価格が、おおむね設計価格から 5 パーセント値引いた額に上昇したと仮定しよう。その場合でも、「設計価格」よりは下回っているのであるから、客観的にみて、不当な超過利得を得たとはいえないであろう。もちろん、これは「設計価格」の妥当性を信頼するという前提があるが、これは公共入札における予定価格を積算する際に用いられるとすれば、一般には妥当な価格水準であると考えていいだろう。

これに対し、一部報道にあるように、仮にある地域のすべての生コン事業者が 1 社独占販売によって、従来の価格または隣接地域における同種の製品の価

格に比べて、大幅な価格上昇をもたらすというような場合であれば¹⁶⁾、但書にある「不当に対価を引き上げることとなる場合」に当たり、適用除外にはならず、独禁法違反となると考えられる。

(iii) 上記の仮設例は、いうまでもなく「不当に」を程度問題に解消する趣旨ではない。「不当に」とは、当該行為に対する独禁法上の評価によって判断されるべきである。本節の冒頭で述べた協同組合に対する独禁法上の評価を踏まえるならば、組合による対価引上げが支配的資本・大企業との対抗関係を前提とした行為として捉え得る場合は「不当」とはされず、これに対し、特に消費者を相手にして行う価格協定などは、まさに「不当」と判断されるべきものと解される。

言いかえれば、「不当に」については、立法趣旨を踏まえた解釈、それに整合的な解釈が求められているはずであり、消費者・農民・小規模事業者による協同組合の結成・組織化が、大企業の力の濫用を抑止し、独占形成を阻止する社会的な力としての役割を果たすと評価されるか否かにかかっていると考えられる。

さきに(本稿3(5)参照)、(B) 価格カルテルだけのための共同事業か否かという判断はそう簡単ではないと述べた。その意味は、上記の通りであり、協同組合が構成事業者のカルテルを支援し実施するために行為したという場合であっても、その目的が取引の相手方による低価格の押しつけに対し、妥当な価格水準を実現しようという防衛的な性格、あるいは対抗力(countervailing power)の実現であり、実際に実現した取引価格等が、当該カルテルによる濫用(不当な価格引き上げ等)ではないということであれば、協同組合制度の趣旨に沿ったものであり、適用除外を受けるべきであると解される。

(iv) 前節(3(4))で、協同組合が他の事業者と締結する団体協約は、「共同事業」に含まれると述べたが、この団体協約も上記のように、それが競争を実質的に制限し、対価を引き上げることとなる場合、それが大企業等との対抗関係

16) 「告発スクープ!生コン『価格吊り上げ』疑惑」東洋経済online (2014年09月29日)
<http://toyokeizai.net/articles/-/49122> 本件では、2009年当時、物価調査会の建設物価・生コン価格(標準規格)は、1立方メートル当たり1万5800円であるのに、1社独占販売によって、2013年7月にはゼネコンの購入価格が1万6300円に、10月には1万7000円まで引き上げられた。ちなみに隣エリアの岐阜中央生コン組合は9000円前後であるという(本件は、公取委の調査中であるとのこと)。

を前提とし、構成事業者の競争単位として有効に機能するような性格であれば、「不当に」に当たらないと解される。

団体協約は、上記のような意味で協同組合の本旨に沿ったものである限り、協同組合の共同事業として独禁法の適用除外を受けるが、これは取引の相手方である大企業等との合意が成立した場合に成立するものである。

しかし、取引の相手方は、このような団体協約を結ぼうとしないのが通常であると考えられ、だからこそ、中協法は、団体協約締結の前段階としての団体交渉を要求した場合、「誠意をもってその交渉に応ずるものとする」としているのである（同法9条の2第12項）。それでも、協同組合が団体協約の締結を申し込んでも、ほとんどの場合、取引の相手方が拒否し、結ばれないのが実態であると推測される。

なお、この協同組合の団体協約制度は、労働者（「勤労者」）の基本権である団結権・団交権・「その他の団体行動をする権利」を下敷きにした規定であると理解される（憲法28条、労働組合法上の「労働協約」制度）。

最近、コンビニ店主（フランチャイズ加盟者＝フランチャイジー）が結成した労働組合に対し、コンビニ本部（フランチャイズ主宰者＝フランチャイザー）は団体交渉に応じるべきだという東京都労働委員会の決定が出たという報道があった¹⁷⁾。これに関する立ち入った検討はできないが、中小企業と労働者は、独占禁止法上の法形式からは「事業者」と「労働者」（＝非事業者）に区別されるが、取引の実態としては両者は連続線上にある、ということだけはいえよう。

(v) それでは、協同組合が、取引の相手方の了解を得られず団体協約を結べなかった場合、協同組合が一方的にカルテルを形成し、それによる価格引き上げを実施した場合はどうであろうか。

団体協約が協同組合の正当な共同事業の一環であれば適用除外を受けるのであり、カルテルはこの団体協約のルートしか認められないという解釈もあり得るかもしれないが、取引の相手方が団体協約を認めるか否かによって適用除外の可否が決まるとするのは、妥当ではないと思われる。

すなわち、協同組合が、団体協約を締結できないまま、正当な共同事業の一環として構成事業者間のカルテル結成に寄与することは、協同組合の本旨に沿

17) 「都労委『店主は労働者』ファミマ側は反発」朝日新聞 2015年4月17日付朝刊参照。

った行為であると認めることもあり得ると考えられる。ただし、繰り返しになるが、そのためには、当該共同事業の内容、大企業等に対する対抗力の形成という範囲内であるという前提がある。これを認めないと、独禁法 22 条が協同組合の共同事業について適用除外を認めた意味がないともいえよう。

本件事案においても、網走協組が取引の相手方である建設業者等との取引について、実態として、カルテルによる不当な値上げだったのか、それとも、建設業者からの「買いたたき」、「下請いじめ」へのぎりぎりの防衛手段ないし対抗措置だったのか、によって、適用除外の可否が判断される。

(vi) 本小論は、本件についての立ち入った検討それ自体を目的にしているものではなく、適用除外の理論的・解釈論的検討を行うものであるが、具体的論点として次のことを指摘しておく。

第一に、本件では、網走協組は価格カルテルのみならず、下請を受ける組合員をすべて決めるということまで行っている。取引の相手方に対する対抗力の形成および相互扶助は、組合員相互の競争を全く消滅させることまで含むことには疑問があり、行き過ぎがあったようにも思われる。

第二に、網走協組は、アウトサイダー 3 社を賛助会員とし、この点でも競争を消滅させることを図っている。賛助会員が、仮に協同組合内部において議決権などを持たず、単にカルテルの協力者とする、ということであれば、この点でも疑問が生じる。

6 濫用規制

独禁法 22 条但書にある「一定の取引分野における競争を実質的に制限することにより不当に対価を引き上げることとなる場合」という要件は、前記のように、協同組合の行為には一定の価格支配力の形成を認めるが、その行使が「不当」であってはならない、ということの意味していると解される。

同様の文言は、他の適用除外規定にも見られる。現在残っている僅かな適用除外の例として、海上運送法 28 条 1 項は、「一定の取引分野における競争を実質的に制限することにより利用者の利益を不当に害することとなるとき」、独禁法の適用を除外する、と規定する¹⁸⁾。

18) 舟田 [1981] 293 頁注 31 を参照。

このように、制限付きで一定の価格支配力の形成を認めるとしても、その不当な行使、すなわち濫用は禁止する、というのが、現在の競争秩序の一般的対応であり、それには合理性があると認められる。

この種の濫用規制は、市場支配力の「不当な」行使か否かの具体的判断が難しくなることは容易に予想される¹⁹⁾。この点については、前記のように、その行使によって実現した、価格等の取引条件について、比較市場や前後理論、すなわち同種の他の市場における取引条件との比較、または当該行為の前と後を比較する、などの物差しが説かれているが、そのいずれを採用するにしても困難な判断を強いられることになる²⁰⁾。しかし、濫用規制という仕組みをとった以上は、これは避けられないことであり、特に行政庁がこの点を判断する際には、可能な限り実態判断の過程を説得的に明示することが求められよう。

文献リスト（50音順）

* 本文でこれらを引用する場合は、→ で示した略語を用いた。

石井良三『独占禁止法：過度経済力集中排除法』（海口書店，改訂版，1948年）→

石井良三 [1948]

糸田省吾「協同組合」正田彬編『カルテルと法律』（東洋経済新報社，1969年）217
頁以下 → 糸田省吾 [1969]

糸田省吾「協同組合」厚谷襄児ほか（編）『条解独占禁止法』（弘文堂，1997年）434
頁以下 → 糸田省吾 [1997]

馬川千里「協同組合の価格協定と独占法の規制」福岡大学法学論叢 33巻2号 355頁
以下（2005年）

19) 協同組合の市場支配力といっても、例えば網走協組のように、下請受注量が減りつつある中で、中小企業同士で競争しあっている場合、たしかにカルテルを結ばない場合よりは価格を引き上げられるとしても、建設業者等のほうが交渉力が依然として強い、ということもあり得る。だからこそ、本件行為には、アウトサイダーをカルテルに引き入れ、かつ、価格カルテルだけでなく、契約者も割り当てで決める、という補強がなされたのであろう。しかし、これらの補強措置がとられたことについては、本文で述べたように、既に「不当」性が認められよう。

20) 濫用規制の具体的判断については、舟田 [2009] 第3章，第16章，第17章等を参照。

- 馬川千里「協同組合と独禁法 22 条」駿河台法学 18 卷 2 号 1 頁以下 (2005 年)
- 木元錦哉「中小企業の団体交渉と団体協約に関する若干の考察」明治大学・法学論叢 40 卷 2・3 号 83 頁以下 (1966 年) → 木元錦哉 [1966]
- 笠原雅之 = 西上達也「紀州田辺梅干協同組合及び紀州みなべ梅干協同組合に対する警告について」公正取引 744 号 71 頁以下 (2012 年) → 笠原雅之 = 西上達也 [2012]
- 栗城利明「中小協同組合法における事業協同組合と独占禁止法」経営経済 42 号 21 頁以下 (2006 年) → 栗城利明 [2006]
- 酒匂景範「独禁法 22 条の『組合の行為』該当性を否定した事例——公取委命令平成 27・1・14」ジュリスト 1478 号 6 頁以下 (2015 年) → 酒匂景範 [2015]
- 杉浦賢司 = 今井啓介「網走管内コンクリート製品協同組合に対する排除措置命令及び構成事業者に対する課徴金納付命令について」公正取引 776 号 63 頁以下 (2015 年) → 杉浦賢司 = 今井啓介 [2015]
- 高瀬雅男「協同組合と独占禁止法の新段階」『経済法講座 1 経済法の理論と展開』84 頁以下 (三省堂, 2002 年) → 高瀬雅男 [2002]
- 高瀬雅男「独禁法と協同組合」生協総研レポート 77 号 69 頁以下 (生協総合研究所, 2014 年) → 高瀬雅男 [2014]
- 高瀬雅男「独占禁止法 22 条をめぐる諸説の検討」JC 総研『協同組合・独禁法研究会報告書』(2015 年) 78 頁以下 → 高瀬雅男 [2015]
- 土田和博「農業協同組合に係る適用除外問題の新たな局面」JC 総研『協同組合・独禁法研究会報告書』(2015 年) 128 頁以下 → 土田和博 [2015]
- 根岸 哲 = 舟田正之『独占禁止法概説』(有斐閣, 第 4 版, 2010 年) → 根岸哲 = 舟田正之 [2010]
- 舟田正之「協同組合と独占禁止法」『独占禁止法講座Ⅲ カルテル (上)』(商事法務研究会, 1981 年) 193 頁以下 → 舟田 [1981]
- 舟田正之「(協同) 組合の行為」根岸哲編『注釈独占禁止法』(有斐閣, 2009 年) 551 頁以下 → 舟田 [2009a]
- 舟田正之『不公正な取引方法』(有斐閣, 2009 年) → 舟田 [2009b]
- 洪 淳康「本件評釈」ジュリスト 1483 号 96 頁以下 (2015 年) → 洪淳康 [2015]