

事業法と独禁法

—— NTT 東日本事件と新潟タクシー事件を素材として ——

舟 田 正 之

はじめに

- I NTT 東日本事件
- II 新潟タクシー事件
- III 「競争の実質的制限」
- IV 「公共の利益」
- V ま と め

はじめに¹⁾

ある私人の行為が、ある特定の事業について特別に規制する法（「事業法」という）に基づく規制を受けている場合、当該行為に対し独占禁止法上の諸規定は適用されるのか、また適用されるとしても、独禁法上の諸規定の解釈の際、当該規制はどのように考慮されるのか。

この問題については、以前から多様に議論されてきており、その具体的な事例として、石油価格カルテル刑事事件＝最判昭和 59・2・24（刑集 38 巻 4 号 1287 頁。以下、「石油価格カルテル刑事事件最判」と略記）、および、大阪バス協会事件＝審判審決平成 7・7・10（審決集 42 巻 3 頁）の 2 件が重要な先例とされてきた。

本稿では、その後の新しい事例として、NTT 東日本（私的独占）事件＝最判平成 22・12・17（民集 64 巻 8 号 2067 頁²⁾）と新潟タクシー審決取消請求事件

1) 本稿は、事業法上の料金・運賃規制と独禁法の関係について注目を集めた 2 つの事件についての私の評釈をもとに、再構成したものである。舟田 [2017a], [2017b] 参照。

=東京高判平成28・9・2(判例集未登載。公正取引委員会ウェブサイト)³⁾の2件を素材として、諸議論を整理・再検討する。

なお、NTT東日本事件は、NTT東日本の単独行為が私的独占に当たるとされた事例であり、新潟タクシー事件は、新潟交通圏のタクシー事業者による共同行為(カルテル)が違法とされた事例であるが、この問題については、単独行為か共同行為かにかかわらず、共通して議論できるものであると考えられる。

もともと、日本の独禁法においては、単独行為と共同行為という区別は、一部の学説が説くような基本的な意義を有しているものではない。私的独占には、単独行為だけでなく、「他の事業者と結合し、若しくは通謀し」て行われる行為も含まれる(独禁法2条5項)。独禁法は、競争制限的行為を行為主体の数で区別するのではなく、行為要件と市場要件によって規定しており、また、私的独占と不当な取引制限の違いはいわば相対的なものであって、ある具体的な行為がこれらのどちらに該当するかを峻別することが困難な場合もある⁴⁾。

以下では、まず上記の2つの事件、NTT東日本(私的独占)事件と新潟タクシー事件について、事実の概要と判旨、および当該事件に固有の問題を検討し、次に、両事件に共通して問題となる「競争の実質的制限」と「公共の利益に反して」という2つの要件について検討を行う。

I NTT東日本事件

1 事実の概要

本件は、申告人X(NTT東日本)が、東日本地区において、光ファイバ設備

2) NTT東日本事件については多数の研究があるが、本判決に関しては、越知保見[2011]、川濱昇[2011]、泉水文雄[2011]等を参照。

3) 新潟タクシー事件については、岩本論[2015]、金井貴嗣[2015]、林秀弥[2016]、沢田克己[2016]、沢田克己[2017]、泉水文雄[2017]等を参照。

4) 以上については、鈴木孝之[1993]、同[2003]、同[2007]の啓発的な議論を参照。最近の事件では、福井県経済農業協同組合連合会事件=排除措置命令平成27・1・16審決集61巻142頁(私的独占)、低温空調設備工事(ホクレン)事件=排除措置命令・課徴金納付命令平成27・1・20審決集61巻148頁、193頁(不当な取引制限)、農協等発注農業施設工事事件=排除措置命令・課徴金納付命令平成27・3・26審決集61巻156頁、197頁(不当な取引制限)と、私的独占と不当な取引制限に分かれたことについて議論がある。山部俊文[2015]等を参照。

を用いた戸建て住宅向け通信サービス（「FTTH サービス」）につき、分岐方式による契約としながら、実際には芯線直結方式を用いて提供したという事案である。ここでは、独禁法上の実体規定、すなわち、同法2条5項・3条の「私的独占」に関する点は省き、本稿のテーマである独禁法と事業法との関係に絞って述べる。

Xの設置している加入者光ファイバ設備は、電気通信事業法（以下「事業法」と略記）上、「第一種指定電気通信設備」として、他の電気通信事業者の電気通信設備との接続に関する接続料および接続条件について接続約款を定め、総務大臣の認可を受けなければならない（33条2項。ここではすべて現行法の法条で示す）。接続料の認可については、「能率的な経営の下における適正な原価を算定するものとして総務省令で定める方法により算定された原価に照らし公正妥当なものであること」とされている（同条4項2号）。他方で、利用者に対する小売料金（＝ユーザー料金）は規制緩和によって届出制となっており、事業者が自由に設定できるが、一定の要件を満たす場合は業務改善命令の対象となる（同法29条1項）。

X以外で同地区で加入者光ファイバを有する事業者としてAとBの2社が存在していた。Xの保有する加入者光ファイバが全体に占める割合は、同地区の各都道府県において芯線数の70%を占めていた。なお、Xが保有する加入者光ファイバは約380万芯で、その内75%が未使用のいわゆるダークファイバであった。AとBは、設置地域が限定されており、芯線数も少ないことなどから、他の事業者が接続対象とするとは考え難かった。

Xは、平成13年、収容局と加入者宅とを直結して光ファイバ1芯を加入者が1人で利用する方式（「芯線直結方式」）によるFTTHサービスを月額9000円で提供を開始した。しかし、東京電力（A）など競争者が出現したので、平成14年4月、総務大臣に対し、分岐方式によるユーザー料金を月額5800円と設定して届け出た（翌年、月額4500円に引き下げ）。これは加入者が平均で1芯当たり約19人であると想定した場合の加入者1人当たりの接続料に営業費を加えた額を上回ると説明された。しかし実際には、Xは、加入者が少ないうちは芯線直結方式を用い、加入者が増えてきたら分岐方式を用いる方が自社の費用面で経済的であること等を踏まえ、新規加入者に対しては芯線直結方式の設備を設置した。

これによって、Xは他の電気通信事業者がXの光ファイバ設備に芯線直結方

式で接続して支払うべき接続料金（最低でも月額6328円）を下回るユーザー料金を設定した（以下、これを「本件行為」という）。

審判判決平成19・3・26（審決集53巻776頁）は、本件行為を独禁法3条に違反するとしたので、Xは審決取消請求訴訟を提起したが、東京高判平成21・5・29（審決集56巻第2分冊262頁）は請求を棄却した。Xは上告したが、最高裁は上告を棄却した。

本件は、私的独占に関する重要な先例となっているが、本稿では独禁法と事業法上の規制との関係に絞って検討する。

2 判 旨

(1) Xは、分岐方式によるユーザー料金を月額5800円と設定したが、「実際には、上記ユーザー料金は、A社が同年3月から開始する予定であった…FTTHサービスのユーザー料金相当額（Xは月額6000円程度と推測していた。）に対抗するために設定されたものであった」。

(2) 「総務省においては、第一種指定電気通信設備を設置する電気通信事業者の設定するユーザー料金が接続料金を下回るという逆ざやが生ずることのないよう行政指導が行われていた」。平成15年、Xは、総務省から報告を求められ、「まだ需要が少なく加入者が点在している過渡期においては芯線直結方式の方が設備費用が安価であったためであること、需要が堅調に出始めたことから早急に分岐方式に移行する」と回答した。総務省から、「既存加入者の分岐方式への移行についてはできる限り前倒しでその工事を行うとともに、より柔軟な接続料金の設定について検討し報告すること等を求める行政指導を受けたが、Xに対して変更認可申請命令や料金変更命令が発出されることはなかった」。これに続いて、本件行為が排除型私的独占に該当するとの判断がなされたが省略)

(3) 「なお、前記事実関係等に照らすと、総務大臣がXに対し本件行為期間において電気通信事業法に基づく変更認可申請命令や料金変更命令を発出していなかったことは、独禁法上本件行為を適法なものと判断していたことを示すものでないことは明らかであり、このことにより、本件行為の独禁法上の評価が左右される余地もないものというべきである。」

3 独禁法の適用除外または適用排除

(1) 本件は、接続料（事業法上の認可を要する）とユーザー料金（届出だけで原則として非規制であるが、事後的に業務改善命令が発出され得る）の関係を問うものであり、事業法と独禁法の関係が正面から問題となり得る事案である。

事業法において独禁法の適用除外を定める明文の規定がある場合は、当該規定の要件を満たす行為に対しては独禁法の適用が排除される。しかし、本件における電気通信事業法にはそのような適用除外規定はないから、電気通信事業法に対し全面的に独禁法が適用されると解される（以下、これを「全面的適用説」と呼ぶ⁵⁾。

この考え方が以前からの通説であり、規制が存在していたとしてもなお価格競争やサービス競争の余地が残っているのであるから、電気通信事業法による規制の対象になる行為に対しても独禁法の適用は可能であると解される。

これに対し、前記の大阪バス協会事件＝審決平成7・7・10の被審人は、独禁法は一般法であるのに対し、各事業法は特別法であるから、事業法が競争を否定する範囲においては独禁法の適用はない、という一般法・特別法論を主張した（「全面的適用否定説」）。

これに対し、同事件審決は、「運賃等が現実に主務官庁による認可を経ている場合……、明示的な適用除外規定がないにもかかわらず、当然に独占禁止法の適用が排除されて終わる、ということではできない……道路運送法の関係規定が当然に独占禁止法の関係規定の内容、趣旨を規定し、拘束するものではな

5) 泉克幸 [1996] は「全面的適用肯定説」と「全面的適用否定説」として整理する。その他、泉水文雄 [1991] 136 頁、土田和博 [2006]、渡辺昭成 [2006a]、金井貴嗣ほか [2015] 449 頁以下（土田和博執筆部分）等を参照。

岡田幸人 [2012b] 830 頁は、一般法・特別法説、相互補完説、独禁法優先説の3説を挙げて検討する。本文で述べた全面的適用説は、3説のうちの相互補完説に当たるが、この「相互補完」というネーミングは妥当とは思われない。この用語は、根岸哲 [2004] でも用いられているものであるが、そこでは適用除外規定のある知的財産権を念頭にして、知的財産法と独禁法が相互補完の関係にあると説かれているのであって、適用除外規定のない場合の事業法と独禁法との関係を示すのに適当とは思われない。両法は、相互補完の関係にある場合もあるが、それに限られるものではないからである。

なお、米国の反トラスト法においても、かつて説かれた優先的管轄権理論、あるいは「黙示の適用除外」理論は今日では採られておらず、ここで説く全面的適用説に近い状況になっていると推測される。根岸哲 [1984] 126 頁以下、実方謙二 [1983] 151 頁以下、土佐和生 [2005] 等を参照。異論として、石川正 [2001] 参照。

く、この問題は、専ら同法の見地から判断すべきである」、と述べた。現在では、この同審決を支持し、一般法・特別法論を否定する説が多数説であるといえよう⁶⁾。

(2) 一般に、各法律はそれぞれ独自の法目的と規範構造ないし仕組みを有するものであり、同一の対象を規制する場合も、各法律の相対性が基本となる。したがって、独禁法と事業法に基づいて、事業者の同一の行為（本件では、料金を設定し取引する行為）に対し異なる判断がなされることも当然あり得る。

これに対しては、「同様の問題について領域ごとに異なった規制基準が生じてしまうおそれがある」との懸念が示されているが、異なる法律が異なる規制基準によって規制するのは、いわば当然のことであって、それぞれの法律にしたがって、個別に対処するのが原則であるといえよう。

なお、「一般法・特別法」に関して、取引の一般法である民法に対し、商取引を規制する商法は特別法であるという（広い）意味では、独禁法と事業法の関係も同様である。しかし、同一の対象を適用する際に特別法が一般法に優先するという（強い）意味で用いる場合は、民事法定利率は年5分であるが、商事法の利率は年6分という例のように（平成29年民法改正前）、個別の規制対象が同一か否かを厳密に限定する必要がある（後述、I4の問題⁷⁾）。

(3) 本件でも、原告X（NTT東日本）は、「電気通信事業法の規制に係る行為を独占禁止法違反に問うことができるか」という問題を提起した（本件原審判決の争点6）。

これに対し、本件原審判決は、次のように述べ否定した。「原告は、電気通信事業法が、独占禁止法と同様の公正な競争の促進を目的として独占禁止法より詳細な規制を置いており、接続料金及びユーザー料金に関して独占禁止法に上乗せした規制を行うものであるので、この規制に従う行為への独占禁止法の適用は排除される旨主張する。……しかし、ある行為が一方の法律に違反しないというだけで、当該行為に対し、明文の適用除外規定がない限り、他方の法律の適用それ自体が排除されることはなく、原告の主張は採用することができない」。

6) 賛成する説：根岸哲 [1992]、根岸哲 [1995]、石川正 [2001] 等。否定する説：泉克幸 [1996]、岡田幸人 [2012]、古城誠 [1995]、舟田 [1992]、舟田 [1996] 等。

7) 大阪バス協会事件に関して、一般法・特別法について論じたものとして、石川正 [2001] を参照。

ここでは、全面的適用説の立場が明確に示されており、前記大阪バス協会事件審決と同旨だといえよう。

本判決の判旨(3)も、独禁法の適用を前提にし、かつ、事業法上の規制が発動されなかったことにより、「本事件行為の独禁法上の評価が左右される余地もない」とした。

(4) 本件事案の前に、XはDSL事業（アナログ固定電話回線によるブロードバンドインターネット・サービス）に関する接続に際して競争事業者を不利に扱ったことにつき、公正取引委員会（以下、「公取委」と略記）から私的独占、一般指定9項または15項の疑いがあるとの警告を受けていた（平成12・12・20、平成13・12・25。後者では、NTT西日本に対しても行われた⁸⁾）。

この種の行為に関して、電気通信事業法は、不当な差別的取扱いを禁止する規定を定めている（6条、29条1項2号・10号、33条4項4号等⁹⁾）。Xが接続に際して競争事業者を不利に扱う行為を行えば、これらの規定に抵触し、その場合も、独禁法上の規制（例えば、一般指定4号の「取引条件等の差別取扱い」と重疊的に適用される可能性がある）。

その例として、関西電力「オール電化」警告事件＝警告平成17・4・21では、公取委は、オール電化等に関する営業について、この「取引条件等の差別取扱い」に当たり、独禁法違反のおそれがあると指摘した。しかし、既にその前年（2004年12月27日）、経済産業省が同社に対し、オール電化の営業に絡む電気供給約款の運用の改善を行政指導していた。当時の電気事業法においては、同事件の対象である規制部門について、原価主義の原則が採られているの

8) 公取委の当該各年度の年次報告、および、飯塚広光 [2002] 等を参照。

9) 不当な差別的取扱いを禁止する電気通信事業法上の諸規定を以下に挙げておく。

「電気通信事業者は、電気通信役務の提供について、不当な差別的取扱いをしてはならない」（6条）

業務改善命令の要件として、「電気通信事業者が特定の者に対し不当な差別的取扱いを行っているとき」（29条1項2号）

「電気通信事業者が電気通信設備の接続、共用又は卸電気通信役務（電気通信事業者の電気通信事業の用に供する電気通信役務をいう。以下同じ。）の提供について特定の電気通信事業者に対し不当な差別的取扱いを行いその他これらの業務に関し不当な運営を行っていることにより他の電気通信事業者の業務の適正な実施に支障が生じているため、公共の利益が著しく阻害されるおそれがあるとき」（29条1項10号）

第一種指定電気通信設備との接続に関して、「特定の電気通信事業者に対し不当な差別的取扱いをするものでないこと」（33条4項4号）

で、需要家資産であるはずの設備工事を電力会社が負担するというのは費用負担のあり方として適切ではないとされた。ここでは、同一の行為に対し、独禁法と電気事業法の両方から規制が行われたことになる¹⁰⁾。

もう1つ例を挙げれば、タクシーの低額運賃に対して、道路運送法9条の3第2項は、認可基準として、「能率的な経営の下における適正な原価に適正な利潤を加えたものを超えないものであること」(1号)、「特定の旅客に対し不当な差別的取扱いをするものでないこと」(2号)と並んで、「他の一般旅客自動車運送事業者との間に不当な競争を引き起こすこととなるおそれがないものであること」(3号)、という要件を定めている。この3号は、不当に低い運賃・料金を規制する趣旨であって、独禁法上の「不当廉売」規制とかなり重なることは否定できない¹¹⁾。

これらの例において、事業法上の規制と独禁法上の規制は、具体的な規制対象と要件が相当程度重なるものであるが、これらは重畳して適用され得るものであると解されてきたし、それが妥当な解釈であると考えられる。前記のように、事業法と独禁法は、それぞれ法目的が異なり、規定の内容もそれぞれの法律の全体の固有の構造のなかで捉えられるべきものであるからである。

もちろん、事業者の同一の行為に対し、事業法の主管官庁と公取委が連携・協力して、どちらかだけが法の適用を行うなどの行政運用は、行政の効率性、規制を受ける事業者の利益などから望ましいこともあろう。しかし法理論的には、事業法と独禁法が重畳して適用され得ると解すべきである。

4 違法とされる行為の限定

(1) 上記のように、「事業者の同一の行為」に対し独禁法と諸事業法が重畳して適用されるが、この同一の行為か否かについては厳密にみる必要がある。例えば、事業法上の料金認可制度の下で、認可申請を行う前に、事業者団体に調整し、または事業者間で合意を形成する行為は、従来から独禁法違反とされてきた¹²⁾。これらのケースでは、独禁法上のカルテル規制は、認可申請の前

10) 当時の電気事業法19条2項1号は、「料金が能率的な経営の下における適正な原価に適正な利潤を加えたものであること」、同項4号は「特定の者に対して不当な差別的取扱いをするものでないこと」と定めていた。なお、本件で、公取委と経産省はお互いに情報を交換しつつ対応を行ったようである。詳細は、舟田 [2014] 125頁以下、142頁以下参照。

11) この点については、舟田 [2013] 参照。

の事業者間の協定行為を対象とし、道路運送法は收受する運賃の額のみを規制対象とするのであるから、厳密には両法の重疊的適用ではないともいえる¹³⁾。

事業法上の料金認可制の下で、事業者は認可後はその料金によって取引することを義務づけられるが、認可申請の時点までは自由に判断・行動できるのであり、さらに、いったん認可を受けた料金等の変更申請も原則として自由に行えるのであり、カルテル規制はこれら自由な判断・行為を対象としている。

これは、上記のカルテルだけでなく単独行為についても同様である。都営芝浦と畜場事件＝最判平成元・12・14（民集43巻12号2078頁）は、「と畜場事業は料金認可制が採られているので、その限りでは価格競争が制限を受ける。しかし、と場料の認可額は、……と畜場事業者の自主的判断に基づいて変更される可能性があり、更に、認可額を超えない範囲（民間と畜場の場合）でと場料につき価格競争は存するのであるから、一定限度において競争原理の機能する余地がある」と判示する。

本件事案におけるNTT東の接続料は認可制の下にあるが、認可申請をする際に、事業者は自主的に判断・行動するのであり、他方で、ユーザー料金は届出制になっており事業者が自由に設定できるから、電気通信事業法上の規制があるからといって、独禁法の対象とする事業者の自由な判断・行動の余地がないわけではない。

(2) これとは別に、行政法学における行政行為（＝「行政処分」）の性格として説かれていることであるが、「認可」という規制方式は、事業者の「営業の自由」ないし経済的自由に基づく運賃申請を補充する行為形式であるから、申請の内容等については、独禁法の規制対象となるともいえる¹⁴⁾。この理は、届出+事後的な業務改善命令という仕組みについても当てはまる。

なお、料金規制のタイプとして、上の他に、特定の額で取引すべきことを命じるタイプもある。これは統制経済体制の下で数多く用いられたが、今日では、物価統制令（昭和21年勅令118号）に拠る公衆浴場の料金などごく例外的にしか用いられない。

12) 例えば、三重県バス協会事件＝勧告審決平成2・2・2審決集36巻35頁参照。同事件の判批、久保成史 [1991]、服部育生 [1991]、柴田潤子 [1995] 参照。それ以前の事例については、泉克幸 [1996] 等を参照。

13) 舟田 [1996] 208頁。

14) 舟田 [1992] 11頁参照。

(3) また、本件行為について具体的にみると、判旨(1)が指摘するように、NTT 東の本件行為は、競争事業者との料金競争に打ち勝つために行われたという実態上の特徴がある。本件における独禁法の適用はその点に着目したものであり、また、本件で独禁法違反とされたのは、厳密には、接続料金それ自体ではなく、ユーザー料金が接続料を下回るという関係にあることである（「マージンスクイズ」または「プライスクイズ」。本書7事件参照）。

他方で、諸事業法上の料金認可においては、その内容（料金水準と料金体系）を審査する。本件における事業法上の接続料認可は、前記のように「原価に照らし公正妥当」か否かをみるものであって、独禁法上の規制とは対象も、またその際の要件も異なる。

5 重疊的適用の下での私人の立場

(1) 事業法上の規制がある場合も独禁法が適用されるとすると、事業法上の規制を受けた行為（例えば認可料金）を独禁法違反とすることは二重規制ではないか、という疑問が出されることがある¹⁵⁾。

同様の主張に関し、本件原審判決は次のように述べる。「原告は、電気通信事業者が、電気通信事業法に基づいて認可された上、変更認可申請命令が出されていない接続料金や、同法に基づいて届出がなされ、料金変更命令が出されていないユーザー料金に従って事業を行っている場合に、これを独占禁止法違反とすることは、一方の法律に従えば他方の法律に違反するという二律背反の状態となり、許されないと主張する。

しかし、本件では、上記二律背反の関係にあるとは認められない。……それらの料金（接続料金とユーザー料金を指す。舟田）は電気通信事業法上適法であるというにとどまり、原告において接続料金の変更認可申請やユーザー料金の変更届出を行うことができないというものではない。」（本件原審判決の争点6）

(2) 私人のある1つの行為が複数の法律の適用を受けることはよくあること

15) 前出の石油価格カルテル刑事事件において、独禁法の適用に関し通産省と公取委の立場が異なる中で、公取委が独禁法違反の処理を行い、刑事告発をしたことを捉え、「国家意思の分裂」などの批判もあった。しかし、同事件では石油製品の価格に対する旧石油業法上の法的規制（標準価格制度）は発動されず、旧通産省の担当官から値上げについて内密に行政指導があったにとどまる。他方で、公取委の法適用は独禁法に従った手続（審決および検事総長への告発）であった。このような規制の具体的態様の違いも法的には重要である。

であって、二重規制（＝重疊的適用）それ自体が違法または不合理とされるわけではない（例外として、憲法 39 条による二重処罰の禁止）。

ただし、規制を受ける事業者が規制行政庁と公取委の間で板挟みになる事態（上記の「二律背反の状態」）、より正確に言えば、「事業者が公取委と総務省との双方から相反する義務を負わされる状況となることは避けなければならぬ」¹⁶⁾。

これと類似する観点から、米国反トラスト法に関し政府強制理論（＝州行為原則）が説かれているが¹⁷⁾、日本の独禁法についても、私人が公的規制によって明確に特定の行為を強制されている場合は、それが外形的に独禁法の諸要件を満たすとしても、実質的にみて「排除」「相互拘束」等の行為要件を満たさない、または違法性が阻却される、と解される。

ただし、前記（I 4）のとおり、事業法等による強制の対象・範囲・態様を正確にみる必要がある、例えば料金認可は前記の理由から政府強制には当たらないと解される。これに当たるのは、強制カルテルなど直接的に独禁法上の要件に当たる行為を法律または行政庁が法的に強制する場合などに限られる（以上については、後述 II 4 参照）。

本件事案における接続料は認可制度のもとにあり、また、判旨(2)にあるように、事業法の規制は事業者に対し、独禁法と相反する義務を課しているのではなく、むしろ独禁法と整合的な行政指導（逆ざや規制）を行っていたのであり、事業法と独禁法の衝突・対立があった事案ではない。

6 排除措置命令

本件審決は、違法宣言審決であり、排除措置命令はない。プライススクイズを排除する措置として、X が自主的に分岐方式の契約の下での芯線直結方式での供給を止めたことで十分であると捉えられている。

平成 16 年（公取委の審判開始決定の後）、X は新規加入者に対し、分岐方式の契約の下での芯線直結方式での提供を停止し、また分岐方式の設備を変更し、分岐端末回線の接続料金を引き下げることを内容とする接続約款変更認可の

16) 岡田幸人 [2012b] 833 頁。

17) 政府強制理論については、土田和博 [1985～1987]、二本柳高信 [2000～2001]、和久井理子 [2001]、土佐和生 [2005]、長谷河亜希子 [2006]、若林亜理砂 [2017] 等を参照。ただし、これは連邦と州との関係を念頭に置いた議論のようである。

申請を行い認可を受けた。これによって、本判決も指摘するように、分岐方式による本格的な新規参入が行われるようになった。

しかしその後、本サービスの急激な需要増加がありながら、関西など一部地域を除いて、NTT東西によるシェアは低下せず（70%前後）、両社による高度寡占の状況は続いている。これに対し、NTT東西の採用する分岐方式に関し、ソフトバンク社等が一分岐単位での接続を求めて訴えを提起したが敗訴した¹⁸⁾。

II 新潟タクシー事件

1 事実の概要

本件では、新潟交通圏のタクシー事業者が、タクシー運賃に関する事業法上の規制強化に対応する過程で、カルテルによって運賃引き上げを行ったことが独禁法違反とされた。

原告のタクシー事業者は、本件合意は行政指導に基づくものとして正当化されると主張したが、本審決・本判決ともこれを斥けている（後出の、2判旨、争点2と3）。

原告は合意の成立についても争ったが（後出の、2判旨、争点1）、判旨(1)はこれを否定した。これは従来の解釈からも当然の判断であり、ここではこの点には触れない。

本件当時、新潟交通圏においてタクシー事業を営んでいる事業者は、法人タクシー事業者27社と個人タクシー事業者404名であった。法人タクシー事業者27社は全て、新潟市ハイヤータクシー協会（「市協会」という）、および新潟県ハイヤータクシー協会（「県協会」という）の会員になっていた。27社はかねてから、市協会の会合の場を利用するなどしてタクシー運賃を自動認可運賃に該当するものとするなどについて協議していた。

タクシー運賃の設定等については、道路運送法によって国土交通大臣（地方運輸局長）の認可制がとられている（9条の3第1項）。タクシー運賃の認可は、車種区分、運賃の種類、運賃適用地域ごとに行われる。認可申請された運賃額

18) 東京地判平成26・6・19審決集61巻243頁、判例時報2232号102頁以下。本件については、松宮広和 [2014] 参照。

が、一定の条件の下で設定された初乗運賃額の上限運賃及び下限運賃の範囲内であるときは、「自動認可運賃」とされ、認可申請に当たって原価計算書類の添付を不要とされている（平成13年10月26日付け国土交通省自動車交通局長通達・国自旅第101号）。

平成21年10月1日、タクシー車両の供給過剰によって生じる問題を解消するための対策を講じることを目的として「特定地域における一般乗用旅客自動車運送事業の適正化及び活性化に関する特別措置法」（「タクシー特措法」）が施行された。これと同時に、国土交通省は、「タクシー運賃制度研究会」報告（平成21年8月）を踏まえ、前記の国自旅第101号通達を改正し、①地域の実情に即した自動認可運賃の幅を設定し、②下限割れ運賃の審査を厳格にし、③下限割れ運賃を採用するタクシー事業者等に対する報告徴収、重点監査を行うこととした。下限運賃を下回る運賃申請は、申請の際に原価計算書類の添付を求められるが、下限運賃を下回る運賃設定もできる制度となっている（以下、「新自動認可運賃制度」という）。

道路運送法およびタクシー特措法には、タクシー事業者の共同行為に関して、独禁法の適用を除外する旨の規定は定められていない。この点について事業者が誤解する懸念があったからであろうが、タクシー特措法は、独禁法に違反する行為を容認するものではないとする文書が出されている（平成23年2月10日付け国土交通省自動車交通局長通達・国自旅第200号「タクシー事業の適正化及び活性化に係る取組みに際しての留意点について」）。

新潟交通圏は、タクシー特措法に基づいて対策を講じる「特定地域」に指定され、また、自動認可運賃の下限運賃が上限運賃から10%下回る額から、「地域の実情に即した額」（5%下回る額）に引き上げられた（以下、「新自動認可運賃」という）。この新自動認可運賃は、旧自動認可運賃における上限運賃を据え置いたまま、下限運賃を引き上げるものであったことから、小型車及び中型車について、旧々自動認可運賃又は旧自動認可運賃を適用していた27社の特定タクシー運賃は、全て新自動認可運賃に対して下限割れ運賃となった。

タクシー特措法に基づいて、所管する新潟運輸支局の担当官は、県協会の説明会において、①新自動認可運賃へ移行することのお願いと指導をし、②指導に従わない事業者には調査、監督等の措置をとること、旧運賃そのものを否定しないが旧運賃でよいとはいえない旨の発言をする等、新自動認可運賃へ移行することを促す方向で働きかけを行った。

27社のうち、日の出交通(株)を除く26社(以下、「26社」という)は、市協会などにおいてタクシー運賃について協議し、遅くとも平成22年2月20日までに、小型車については、新自動認可運賃における下限運賃として定められているタクシー運賃とし、かつ、初乗距離短縮運賃を設定しない、大型車・特定大型車については、新自動認可運賃における上限運賃として定められているタクシー運賃とする旨の「本件合意」を行った。

これに基づいて26社は運賃認可申請を行い、翌3月、北陸信越運輸局長から認可を受けた。26社は公取委が立入検査をした平成23年1月26日以降、当該違反行為を取りやめている(公取委の報道発表によれば、審決時、26社のうち25社は認可された運賃の適用を続けている。平成26年1月、後述の改正タクシー特措法が施行された)。なお、平成22年度の新潟交通圏におけるタクシー事業に係る営業収入の合計額に占める26社の営業収入の合計額の割合は、約81パーセントであった。

公取委は、26社の本件合意が不当な取引制限に該当し、独禁法3条後段の規定に違反するとして、平成23年12月21日、排除措置命令及び課徴金納付命令を行った(審決集58巻第1分冊251頁、358頁)。命令を受けた25社のうち15社が審判請求し、審判審決平成27年2月27日(審決集61巻45頁(以下、「本件審決」という))は請求を棄却した。これに対し、12社が本件審決取消請求訴訟を提起したが、本判決も請求を棄却した。原告のうち8社が上告したが、最高裁は、上告不受理の決定を下し、本件は確定した(最高裁決定平成29年3月16日、平成29年(行ツ)第2号、平成29年(行ヒ)第2号)。

2 判 旨

(1) 争点1 (本件合意の成立の有無及び共同行為該当性)

「上記認定事実、すなわち各社の運賃値上げに向けての話合いの経緯、話合いの取りまとめ内容及び取りまとめ後の各社の行動に照らして、26社が遅くとも平成22年2月20日までに、……合意を行ったことを優に認めることができ、これが独禁法が禁ずる共同行為に該当することは明らかである。

これらによれば、26社が他社への疑心暗鬼を取り除きつつ、お互いに抜け駆けを許さない状況を作りながら、タクシー運賃について相互拘束性を有する明確な内容の本件合意を形成したものといえ、本件合意が新潟地域協議会のため一般的な意見の取りまとめに過ぎず、何を取り決めたか不明で何らの拘束

力もない薄っぺらなものであったとの原告らの主張は採用できない。」

(2) 争点2（本件合意が行政指導によって強制されたものか）

「本件合意は、強い行政指導によって意思決定の自由が失われ、自由競争市場が消滅された状態でなされたものとして正当化されるか。」

「行政指導を受けたとする側が主張する事実のうち証拠により認定しうるのは、上記の範囲であり、新自動認可運賃への移行を促す方向での要望ないし一般的指導の範囲を超えて、監査や行政処分を背景に、収支に関わりなく全社一律に新自動認可運賃への移行を強制するようなものであったとは認めることができず、その旨の本件審決の事実認定は合理的なものであり実質的証拠に基づくものであると認められる。」

(3) 争点3（行政指導による正当化）

「本件合意は、専門的な政策判断を体現する行政指導に従ったものとして正当化されるか否か。」

「新潟運輸支局等が新潟交通圏のタクシー事業者に対して行った行政指導は、新自動認可運賃への移行を促す要望ないし一般的な指導に止まることは既に認定したとおりであり、これを超えて新自動認可運賃の枠内の特定の運賃区分に移行することを求めたり、小型車について初乗距離短縮運賃を設定しないことを求めるといった行政指導を行ったことを認めるに足りる証拠はないから、26社が全ての車種について新自動認可運賃の枠内の特定の運賃区分に移行すること及び小型車について初乗距離短縮運賃を設定しないことまで合意したことは、本件指導の範囲を明らかに超え、そもそも行政指導に従った行為とはいえず、原告らの主張はその前提を欠き、理由がない。」

3 一定の取引分野（争点1）

本件における一定の取引分野は、「新潟交通圏におけるタクシー事業の取引分野」であるとされ、小型車・中型車・大型車・特定大型車などによる細分化はされていない。これは、本件排除措置命令・本審決・本判決とも同じであり、原告もこれを争っていない。

このように、異なる車種を1つの市場としてみることにについて、本審決においては、「潜在的な競争関係も考慮される」として、旭碓末事件＝東京高判昭和61・6・13（審決集33巻79頁）等が引用されていたが、本判決ではこの「潜在的競争」論は消えており、これは妥当である¹⁹⁾。

これに対し、本件では、小型車・中型車は下限運賃とする合意、大型車・特定大型車は上限運賃とする合意、小型車で初乗距離短縮運賃を設定しないという合意があることを重視し、「少なくとも小型車・中型車と大型車とを分けて検討する必要がある」という批判がある²⁰⁾。

もともと、公益事業サービスであっても、多くの場合、単一サービス・単一料金ということは稀であって、実際には多様な料金体系がとられている。例えば、携帯電話の複雑な料金体系は顕著な例であるが、家庭用の電力サービスについても、基本料金と従量料金、さらに基本料金の中で三段階料金制がとられている。運輸機関の運賃においても、定期券、各種の割引料金、さらには、共通乗車券（チケット）などがある。また、一般の商品・役務についても、単一の商品と価格しかないという場合のほうが稀であって、ほとんどの場合、品質・取引条件等によって細かい価格体系が存在する。

これらサービスについてカルテル協定が結ばれる場合、一般には基準料金とされる対象があり、他の種類の料金はそれに連動して動くことが通例であろう。そこにおいて、競争事業者が価格カルテルをするとすれば、基準となる特定の商品とその価格、それに連動して引き上げられる商品などをワンセットにして協議し合意することになる。

一定の取引分野は、経済学的には、需要の弾力性などから計測されるデータを基礎に画定されると説明されるが、商品・役務の経済的データだけから画定するという見方には疑問がある（もっとも、この種の経済的データを精確に収集・分析することが意味ないということではない。これは特に企業結合規制においては重要である）。

これを本件タクシー事業について具体的にみれば、「26社が保有するタクシー車両…のほとんど全ては小型車であった」（本件排除措置命令）、「小型車が全体の9割以上を占めていた」（本件審決・本判決）。また、本件地域に限らず、全国的に低額運賃タクシーをめぐる競争が問題になっているのは、この小型車の運賃、しかも初乗運賃（540円から570円への値上げ）である。

19) これは審決に対する批判を取り入れたものであろう。川濱昇ほか [2015] 16頁以下（川濱昇発言）、金井貴嗣 [2015] 参照。なお、大久保直樹＝鈴木彩子 [2016] 74頁以下には、「…本件審決の認定は、供給者からみた代替性をうかがわせる事情」、「潜在的競争者を含めて市場を画定」などの記述がある。

20) 大久保直樹＝鈴木彩子 [2016] 75頁。沢田克己 [2017] 68頁も同旨。

また、本件カルテル参加者は、車種別の運賃をいわばワンセットとして値上げすることを企画し遂行したのであって、小型車の値上げは賛成だが、大型車の値上げは反対などの個別の意見の相違があったわけではない。

このような事業の実態・競争状況を踏まえれば、本件で排除措置命令・審決・判決が「タクシー事業」として一括して一定の取引分野を画定しているのは妥当と考えられる。タクシーの料金体系を子細にみれば、車種別等で細分化することも理論的には可能かもしれないが、それが本件の独禁法違反に影響する訳でもなく、議論の実益は疑わしい。

4 行政指導の強制性（争点2）

(1) 本判決における強制の否定

本判決は、前記（Ⅱ2判旨(2)）のように、行政指導が「収支に関わりなく全社一律に新自動認可運賃への移行を強制するようなものであったとは認めることができず」として、行政指導による強制の事実を否定した。これは、本件審決が、「26社は、新潟運輸支局等の行政指導による強制等により意思決定の自由を失った状況の下で本件合意をしたものではない」、としたことを支持したものである。

本件における行政指導が新自動認可運賃への移行を強制するものではなかったという事実認定は、当時の道路運送法・タクシー特措法の仕組みから（後述参照）、また、国交省における独禁法違反についての認識状況から当然のことである²¹⁾。

以下では、本件原告の主張に沿って（本判決、第3、6(2)ウ「行政指導の強制性」等）、本件認定事実と異なり、仮に強制力のある行政指導があったとすれば、その下で合意をしても独禁法違反とならないか、という点について検討する。

(2) 行政指導と「単なる指導」

本件審決は、被審人の主張を受けて、行政指導と単なる指導を区別し、例えば、「単に法令の解釈、制度の仕組み等を紹介する行為は、行政指導には該当

21) 私は、国交省・タクシー運賃制度研究会に参加し、不当廉売に当たるような定額運賃は厳しく規制すべきであるが、カルテルを誘発するような行政指導は行うべきではないとたびたび発言し、このことは当時の国交省担当者も十分承知していた。本研究会については、舟田 [2013] 497頁以下参照。

しないものと解される」, と述べていた (第6.2.(4)ウ)。

このような行政指導と単なる指導の区別は, 行政法学説において, また現在の行政実務においても採用されているようである。行政手続法において行政指導に対し一定の法的規律が導入されているが, これに当たらない, 行政庁 (担当者) による一般的な説明ないし見解の表明にとどまる場合は単なる指導であるとされている²²⁾。

このこと自体は問題とするに値しないとも思われるが, 他方で, 「不明朗な (すなわちここでいう『行政指導』に当たるのかどうかも既に明確でないような) 活動形態に逃避する可能性も無しとはしないであろう」, という指摘も重要である²³⁾。すなわち, 行政手続法による厳格な規制を嫌って, 同法上の行政指導には当たらない, 単なる指導という位置づけがなされるおそれがあると考えられる。

もともと, 行政指導が「法外的性格」を持っている以上, 「『法治主義』の必要性についての, 行政機関のみならず広く私人の側の意識の確立がなされることが何よりも不可欠となる」という指摘は²⁴⁾, 国交省担当者の説明を受けた本件原告について特に妥当するよう思われる。

上記のことはここでは措くとし, 独禁法の解釈という場面では, 行政指導と単なる指導の区別は本件では決め手にはなり得ない。本件審決は, 前記引用部分のすぐ後で, 次のように述べる。すなわち, 「行政指導自体が前記ウのとおり幅のあるものであるから, 上記認定の新潟運輸支局等の行為を行政指導というかどうかは本件では本質的な問題ではなく, 上記行為の具体的な事柄, 内容に即してその性格, 効果を検討すれば足りるというべきである」 (第6.2.(4)エ)。

これは, 独禁法の解釈という場面では妥当な考え方であり, これを踏まえてのことであろうか, 本判決では, 行政指導と単なる指導の区別についての言及はない。

22) 行政指導は, 特定人に向けられたものであり, 一般的な広報活動やPRとは違うと説かれている (櫻井敬子=橋本博之 [2006] 140頁)。また, 当該行政活動が, 行政手続法上の行政指導に当たるかどうかについては個別的判断が必要と説かれている (塩野宏 [2009] 201頁参照)。

23) 藤田宙靖 [2013] 357頁。

24) 藤田宙靖 [2013] 357頁。

(3) 自由意思による行為がないか否か

本件で最も重要な論点の1つは、新自動認可運賃への移行は事業法上の根拠に基づく行政指導によって強制されたものだから、その下で合意をしても独禁法違反とならない、という原告の主張をどう考えるかである（本判決、第3、6(2)ウ「行政指導の強制性」等）。

本判決は、判旨(2)にあるように、本件行政指導は値上げ合意を強制するようなものであったとは認められないとして、事実認定の段階で原告の主張を斥けている。したがって、前述のように、ここでは理論的な問題として、仮に原告が主張したように、「本件合意は、強い行政指導によって意思決定の自由が失われ、自由競争市場が消滅された状態でなされた」という状況を想定して、そこにおける独禁法の解釈をどうするか、について考えてみる。

本件事案については独禁法の適用除外規定はないから、本件合意が独禁法違反とならない場合とは、①他律的であるから、「相互拘束」行為がない、または、②「競争の実質的制限」・「公共の利益に反して」に当たらない、のいずれかであればならない。行政指導によって強制されたという主張は、このうちの①に当たり、自由な意思に基づく行為がないから、「相互拘束」の要件を満たさないということになる。②の主張については、後述する（本稿Ⅲ、Ⅳ）。

さて、新自動認可運賃への移行は強制されたものだという原告の主張は、当該行政指導が、(a)各事業者に対しそれぞれ独自に新自動認可運賃へ移行しろという内容のものである場合、(b)共同して（あるいは事業者団体を通じて）新自動認可運賃に移行しろという内容のものである場合、のいずれかであろう。

公取委のガイドラインは、「内容に具体性のある行政指導」について、個別事業者に対する行政指導と、事業者団体を通じて行う行政指導とを区別し、特に後者は、独禁法違反行為（＝「不当な取引制限」該当行為）を誘発しやすい、とする（公取委「行政指導に関する独占禁止法上の考え方」1(2)ウ）。この理は、個別事業者に対する行政指導であっても、競争事業者がすべて同様の指導を受けたことを知っている場合にも妥当する。

上のことはさておき、上記(a)の場合、新自動認可運賃制度の下では、認められた幅の範囲内で事業者が自由に決めるのであるから、各事業者が共同で幅運賃のうちの上限值または下限値への値上げを決めたことで、行政指導を超える内容を持っている。したがって、当該行為について、他律的であるとか、自由な意思による「相互拘束」がない、などとはできない。

他方で、仮に行政指導が、特定の運賃額（例えば幅運賃のうちの下限值）への移行を強制したということであれば、法律上は幅運賃規制であるのに、特定の運賃を強制する点で明白に違法な行政指導であることから、これを根拠としてカルテルの正当化を考えることはできない。

また、前記(b)の場合は、共同行為を法的根拠なく行政指導したことになり、いわゆる「強制カルテル」に当たる。これは、憲法上の経済的自由を強く制限するものであり、かつ、競争秩序の原則に反するものであるから、強制カルテルを法律上規定すること自体も極めて疑問であって違憲か否かの議論が生じるし、また、憲法適合的な解釈としては、極めて例外的に厳格な要件の下でのみ許容されるものである²⁵⁾。しかも、強制カルテルを法律上の根拠なく、単なる行政指導で行わせるということは違法であるだけでなく、違憲の疑いがあり、これに従ったカルテルが容認されるはずはないと考えられる。

なお、本件事案と異なり、仮に確定値の統制価格の規制が法律上定められ、その価格に変更しろという行政指導が強制力をもって行われ、それを基に、「違法な行為（低額運賃設定）は止めよう」というカルテルが結ばれた場合に、このカルテルは、違法行為を止めようということだから独禁法違反にはならない、という議論はあり得る（後述、Ⅲ 3 の大阪バス協会事件に関して、この種の議論がなされた）。しかし、このような明確な行政指導が法律上の根拠を基に強制的に行われた場合に、それに重ねて事業者・事業者団体がカルテルを行う理由はなく、実際にこのような議論をする価値があるか疑わしい。あり得るのは、戦中戦後の経済統制のもとで、経済実態と乖離した統制が行われ、統制の実効性を高めるために業界団体を締め付けてカルテルをさせた、という場合であろう。今日の自由競争経済秩序を前提にすれば、この種の経済統制には疑問があり、そこでの行政指導とカルテルについては特に厳しくみるべきことになろう（後述、Ⅲ 3 以下を参照）。

25) 「強制カルテル」は、戦前の統制経済の下で行われていたものであるが、現行の諸規制には、この種の強制カルテルを認める制度は存在しない。アウトサイダー規制命令は、輸出入取引法 28 条と生活衛生関係営業の運営の適正化及び振興に関する法律 57 条に残っているが、いずれも運用の実績はないと推測される。強制カルテル、アウトサイダー規制命令については、金澤良雄 [1980] 231 頁以下、金澤良雄 [1985] 301 頁以下、正田彬 [1976] 149 頁以下、160 頁以下、正田彬 [1980] 36 頁、平林英勝 [2012] 233 頁以下等を参照。

なお、平成 25 年改正のタクシー特措法は、「減車」に関するアウトサイダー規制命令を定めており（8 条の 11）、これに対し違憲論が出されている。阿部泰隆 [2016] 参照。

以上により、「行政指導の強制性」を前記①の理由で持ち出すことはできないと考えられる。しかし、本件原告は、後述の諸判決等（Ⅱ 4(7)(8)参照）を引合いに出して主張していることもあり、議論の整理のため、さらに以下の諸点を指摘しておく。

（4）行政指導による「強制」？

第一に、行政指導による「強制」とは、厳密には概念矛盾である。行政指導はそもそも相手方たる私人の同意を前提にしているからである（行政手続法 2 条 6 号，32 条 1 項等参照）。

また、本件当時の道路運送法・タクシー特措法の下では、行政指導による「強制」は、当時のタクシー規制制度においてはあり得ない。仮に事業者が自動認可運賃の下限割れを止めよという行政指導に従わず、自動認可運賃の下限割れとなった場合でも、行政庁のより厳正な審査に服するだけであって、当該運賃を維持することが直ちに違法となるわけではない。実際に、このような下限割れの運賃で営業するタクシー事業者は当時数多く存在していた。したがって、タクシー事業者は、下限割れとならないようにとの行政指導が法律上、強制力のないものであることは、よく知っていたはずである。むしろ、行政指導に強制力があるとしたほうが値上げが違法な共同行為とされないので助かる、と便宜的に考えていたに過ぎない。

ただし、平成 25 年改正タクシー特措法（16 条以下）の下では、公定幅運賃を割る運賃は違法となり、変更命令が発出される、という仕組みになったので、後述(6)の第三として述べる場合に該当する²⁶⁾。

（5）行政指導の事実上の強制力

第二に、上に述べたことはやや形式的な議論であって、行政指導が事実上の強制力を持つことはあり得る。規制行政庁が当該相手方に対し、別の裁量的行政運用（処分に限られないのでこのように表現しておく）において、本来考慮すべきでないことを考慮することで制裁（＝不利益取扱い）を加えることがあり得るからである（いわゆる「他事考慮」）。

しかし、行政指導に従わないと将来事実上の不利益を被ると予測されるからという理由に基づいて、私人間でカルテルを行うことが正当化される、とは考

26) 本改正法については、瓦林康人 [2014]，山越伸浩 [2014]，日野辰哉 [2014]，阿部泰隆 [2016]，押久保倫夫 [2016] 等を参照。

えられない。行政庁の裁量判断が、法が授権した本来の目的から逸脱したものであるとか、不正な動機に基づく場合には、当該行政運用は違法となる²⁷⁾。そのような行政運用の予測を含み行われる行政指導は、カルテルの正当化事由にならないと解される。カルテルの正当化事由における行政指導は、「適法な行政指導」であることが前提になるからである²⁸⁾。

(6) 処分の前段階としての行政指導

第三に、指導に従わない場合は、次の段階として強制力ある処分等を下すことになる、という立法例ないし行政手法もある²⁹⁾。例えば、前記のように、平成25年改正後のタクシー特措法の下では、公道幅運賃を割る運賃は違法となり、変更命令が発出される仕組みに変わっているので、通常は変更命令発出の前段階で行政指導が行われることになる。

強制力ある処分の前の段階において、行政指導がなされ、それに基づいて共同行為がなされた場合、次の段階で強制力ある処分等が用意されているからという理由だけでは、「強制」を理由に正当化することはできないと解される。行政指導は、事業者の自由な意思を直接抑圧するものではなく、従うか否かの選択が可能であるし、また、実際に次の段階に進んで処分が行われるか否かは諸事情がからむこともあり不確定だからである。ただし、「公共の利益」の解釈問題はあり得る（これについては後述、IVを参照）。

これに対し、次の段階で処分が発出された場合には、行政指導の相手方たる私人は、当該処分を争うか、または従うという選択を迫られる。この段階で、事業者が単に処分に個別判断で従うのではなく、事業者間の共同行為によって従う場合は、強制による正当化事由に当たるかという問題は生じうる。

しかしこの場合、行政処分に従うとしても、規制の範囲内で事業者の任意に委ねられる事項があるのが通常である。本件事案では、前記のように、新自動認可運賃の幅のどこに運賃を定めるかは各事業者の自由であるから、例えば下

27) 沢田克己 [2017] 69頁以下は、行政手続法32条1項・2項違反とする。

28) 後に（本稿IV）みるように、石油価格カルテル刑事事件最判は、「価格に関する事業者間の合意が形式的に独禁法に違反するようにみえる場合であっても、それが適法な行政指導に従い、これに協力して行われたものであるときは、その違法性が阻却されると解するのが相当である」と述べる。

29) 例えば、「資源の有効な利用の促進に関する法律」（平成3年法48）では、指導及び助言→勧告→命令、という順番が規定されている。

限で揃えようという共同行為があれば、これが独禁法違反になることは明らかである。

(7) 制度上、均一料金が強制されている場合

第四に、強制による正当化は、上記の行政指導との関係以外でも主張されることがある。

電気通信分野において、NTT 東西が接続料を均一に設定する行為は、法律上、ある共同行為が強制されていることに基づく（接続約款認可処分取消請求事件＝東京地判平成 17・4・22（平成 15 年（行ウ）第 434 号ほか）。電気通信事業法上、NTT 東西は、接続料を均一にするために、お互いに情報交換した上で接続料を決めて、認可申請することとされている。この過程で外形的には「相互拘束」行為が行われるが、これは法律によって強制されているのであって、自由意思に基づく行為ではないので、独禁法上の「相互拘束」には当たらないと解される³⁰⁾。

しかし前記のように、道路運送法・タクシー特措法には、このような制度はない。

(8) 官製談合

第五に、いわゆる官製談合の場合も、発注者からの強制によって談合を行ったのであるから、自由意思によるものではなく、独禁法違反とはならない、という主張がなされることがある。

この点については、防衛庁石油製品談合刑事事件において、最高裁は、「調達実施本部が指名競争入札を形がい化させて落札価格を決定し指名業者である被告人会社等は防衛庁に対する石油製品の迅速確実な納入を図るために受注調整会議を開いて納入責任会社を決めていたにすぎないから、指名業者間の価格競争の余地はなく、被告人会社等が実質的に競争を制限したものではない旨」の主張に対し、「調達実施本部から提示された最低商議価格を基に落札され、指名競争入札制度が形がい化していたとしても、それらは、調達実施本部において、指示、要請し、あるいは主導したのではなく、現に、被告人会社等は、入札における自由競争が妨げられていたというわけではない」、と判示した（最決平成 17・11・21 刑集 59 卷 9 号 1597 頁。防衛庁石油製品談合審決取消請求事件＝東京高判平成 21・4・24 審決集 56 卷第 2 分冊 231 頁等においても、同旨の

30) 本件については、舟田 [2005] 参照。

判示が示されている)。

一般に、入札において発注者の意向がいかに強力であるとしても、応札事業者の自由意思が奪われるとまでいえるかについては疑問もある。この点は措くとして、仮に、発注者が誰が受注予定者になるか、その応札価格はいくらかまですべて決め伝えたとしても、それに応じるか否かは受注者側の自由な意思によることは否定できない。また、応札する際には、事業者間の貸し借りをどう調整するかなど、具体的な事項についての合意が必要になるであろう。したがって、受注者側に自由意思が奪われ、競争の余地が全くないという抗弁はもともと成立しないと考えられる³¹⁾。

上は入札の際の発注者と応札事業者の関係についての事柄であって、本件のように、行政指導によって強制されているから自由意思がないという主張における規制行政庁と被規制事業者の関係とは区別して議論すべきであることは明白である。

Ⅲ 「競争の実質的制限」

1 規制・行政指導による「正当化」の主張

(1) 事業法の規制がかかっている行為(例えば、料金認可制の下での料金の設定、およびそれによる取引)に対し、独禁法を適用する際に、独禁法上の各規定の要件の解釈において事業法の規制は、どのように考慮に入れるべきであろうか。

この点につき、前記(本稿Ⅰ)のNTT東日本事件最判は、次のように述べる。すなわち、「総務大臣がXに対し本件行為期間において電気通信事業法に基づく変更認可申請命令や料金変更命令を発出していなかったことは、独禁法上本件行為を適法なものとして判断していたことを示すものでないことは明らかであり、このことにより、本件行為の独禁法上の評価が左右される余地もないものというべきである。」(判旨(3))

これは原告・上告人(X=NTT東日本)の主張を斥けたものであるが、前記

31) 本文で挙げた防衛庁調達実施本部入札談合(刑事)事件の控訴審判決についての評釈、舟田[2006]を参照。同様の主張は、郵便区分機事件(差戻審)=東京高判平成20・12・19その他でも行われた。これらについては、和田健夫[2010]、和田健夫[2013]等を参照。

の全面的適用説を前提にすれば（本稿Ⅰ3参照）、当然のことを述べているといえよう。

また、前記のように、本件事案における接続料に関する事業法の規制は、事業者に対し、独禁法と相反する義務を課しているのではなく、むしろ独禁法と整合的な行政指導（＝逆ざや規制）を行っていたのであり、事業法と独禁法の衝突・対立があった事案ではない。

要するに、事業法上の規制が料金認可または事後的な業務改善命令である場合、認可がなされていたこと、および業務改善命令が発出されていないことは、独禁法の解釈に何ら影響を及ぼすものではない。

（2）次に、新潟タクシー事件において、本件行為によって「競争の実質的制限」がもたらされるとしても、「専門的な政策判断を体現する行政指導に従った」ものであり、「競争の実質的制限」または「公共の利益に反して」の要件を満たさないから、独禁法違反とならないという原告の主張についてはどう考えるべきか（本件判旨³参照）。これはいうまでもなく、前記の石油価格カルテル刑事事件最判の説示を前提にした議論であろう。

本判決は、この争点3についても、争点2と同様に、本件行為は行政指導に従った行為とはいええないとして、事実認定のレベルで原告の主張を否定している。これも当然の判断であろう。

そこで、以下では、仮に本件行為が行政指導に従った行為であれば、「競争の実質的制限」または「公共の利益」の解釈として、あるいは独禁法1条の目的から正当化されるか、という仮想問題について検討する。

2 「正当化事由」という用語について

新潟タクシー事件審決では、「正当化理由」という用語を用い、(a)前記の行政指導による強制、および、(b)「行政指導……に反して競争状態を確保することは独占禁止法の究極目的に沿うものではないから、行政指導に従った26社による共同行為には正当化理由がある」、という2つの論点を扱っている。

このうち、(a)については、既に述べた様に（本稿Ⅱ4）、「自由に意思決定をすることができない」のであれば、行為要件を満たさないということであって、競争の実質的制限ないし正当化理由の問題ではないと解すべきである。

これに対し、(b)については、本件審決では、被審人らの主張として次のように述べられている。「政策判断の観点からの正当化理由が存在するから一定の

取引分野における競争を実質的に制限していない」(争点2(5))³²⁾。

このように、「正当化事由」(「正当化理由」も同義であるので、以下では「正当化事由」という)は、上記(a)と(b)という異なる意味で用いられ、さらに、学説では「公共の利益」をも含んだ意味で用いられるなど、多義的に用いられていて、議論が混乱するおそれがある。

また近年は、上記のような多様な意味があり得る正当化事由の有無を、いわば無前提に「目的の正当性と手段の正当性」という枠組みに置き換えて判断する傾向が見られる³³⁾。このような見方は、独禁法上の諸規定の規範構造を超えて(それらを看過して)、反競争性(競争制限・阻害性)と正当化事由の2項対立に単純化されるおそれがある。すなわち、「目的の正当性と手段の正当性」という枠組みがいわば一人歩きして、これら正当性に関し無前提な価値判断がなされるおそれがある。

そこで、以下では従来判例・学説において採られてきた、独禁法上の諸規定の要件に即した解釈論をふまえて検討することにしよう。

ただし、用語として正当化事由は、既に広く用いられているし、便利な言葉ではあるので、以下では、次のように定義し直し(限定して)用いることにする。すなわち、本稿において正当化事由とは、独禁法上の諸規定に定められている行為要件を満たし、かつ市場(効果)要件である「競争の実質的制限」をも満たす場合に、独禁法1条に照らして、または同法2条5項・6項における「公共の利益に反し」の要件に当たらないとして、独禁法違反を否定する際に正当化事由がある、ということにする。

これは、いわば「狭義の正当化事由」であり、近年の多くの議論では、これ以外に、「競争の実質的制限」に当たるか否かに関しても、正当化事由の有無として論じている。すなわち、正当化事由は、「競争の実質的制限」の判断の場面においても考慮すべきであるという意味でも用いられている(両者を含める用法は「広義の正当化事由」と呼ぶことができよう)³⁴⁾。

なお、不公正な取引方法についても、正当化事由という用語が用いられてい

32) このような「正当化理由」についての主張は、白石忠志 [2016] の議論を下敷きにしていてと推測される。

33) 例えば、岸井大太郎 [2017] 206 頁以下を参照。

34) 例えば、金井貴嗣ほか [2015] 26 頁以下は、正当化事由という用語が本文中で述べた2つの意味(狭義と広義)に用いられているとする。

る。ここでは公正競争阻害性が、上記の「競争の実質的制限」に置き換えられ、「公共の利益に反し」という要件は明文上はないが、独禁法1条に照らして同様の判断がなされることがあり得る。

3 大阪バス協会事件審決

(1) 前記の石油価格カルテル刑事事件最判が出た後、公取委や多くの学説は、広義の正当化事由を、「公共の利益」ではなく、「競争の実質的制限」の解釈で考慮するという立場をとっている。この考え方は、大阪バス協会事件＝審判審決平成7・7・10や、その後の各種のガイドラインに現れている（後注35）を参照）。

大阪バス協会事件審決によれば、運賃カルテルは、「原則的に」独禁法3条、または8条1項1号（当時。現行法では8条1号）の構成要件に該当する。すなわち、「通常であれば『一定の取引分野における競争を実質的に制限』しているとされる外形的な事実が調っている限り、このような場合は、原則的に同法第3条（第2条第6項）又は第8条第1項第1号（現行法は8条1号。舟田注）の構成要件に該当すると判断され、同法第7条又は第8条の2に基づく排除措置命令を受けるのを免れないのがあくまでも原則であると考えられる」。

同審決は、上に続けて次のように述べる。「その価格協定が制限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等をもって禁止されている違法な取引……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、……特段の事情のない限り」前記各条の「競争を実質的に制限する」という構成要件に該当しない。（下線は、舟田。以下、同じ）

その理由として、同審決は、独禁法の法目的に立ち返って解釈すべきであると、次のように説く。すなわち、これら違法な取引等の場合は、「排除措置命令を講じて自由な競争をもたらしめても、確保されるべき一般消費者の現実の利益がなく、また、国民経済の民主的で健全な発達の促進に資するところがなく、公正かつ自由な競争を促進することにならず、要するに同法の目的に沿わないこととなるのが通常の事態に属するといえるため、特段の事情のない限り、その価格協定を取り上げて同法所定の『競争を実質的に制限する』ものに該当するとして同法による排除措置命令を受ける対象となるということができない」。

(2) 以上のような同審決についての賛否は諸説様々であるが、そこで示された事業法の規制という要素を競争の実質的制限の解釈において考慮に入れること自体には多くの学説が賛成し、公取委の各種ガイドラインもこれに拠っている³⁵⁾。

そこで説かれている競争の実質的制限は広い概念であり、例えば、あるカルテルが一见、競争の実質的制限に当たるような場合でも、新たな競争の土俵を形成するとか、より質の高い競争を可能・促進する等の事情があれば、競争の実質的制限に当たらないと解する。これによって、「公共の利益」要件は、競争の実質的制限の要件に包摂されるに至ったとする理解もある³⁶⁾。

大阪バス協会事件以前は、「競争の実質的制限」については、経済的な要素だけを念頭に置いており、違法な取引など規範的要素も取り入れるという解釈は、ほとんど議論されてこなかった。同事件以後、上記の多数説は、「競争の実質的制限」について、独禁法1条の示す法目的（究極目的）を基礎として、他の法律に違反する取引であるか否かも考慮に入れて広い概念として解釈する、という立場であるといえよう。

経済学上のモデルにおける競争ではなく、現実の社会のなかで行われる競争は、純粹の経済的要素（価格、品質等）だけではなく、誰が誰といつどのような取引をするかなどの個々の具体的取引の相互連関・集積として行われる社会的現象であるから、具体的な社会的評価なども考慮されることは当然のこととも思われる。ただし、どのような社会的（ないし規範的）要素をどのように考慮するか、それをどう理論構成するか等については、多くの議論が必要であることはいうまでもない。

なお、川濱昇 [1996] は、「全法秩序からみて違法な競争の実質的制限は生じていない」と解すること、「競争を制約して実現しようとしている価値の全法的評価」を行うべきことを示唆する。本稿のような違法性阻却という構成をとるか否かは別として、「競争の実質的制限」に、このような「規範的評価」

35) 根岸 = 舟田 [2015] 47 頁以下、根岸哲 [2009b] 87 頁以下（稗貫俊文執筆部分）、菅久修一ほか [2015] 35 頁等。公取委・リサイクル・ガイドライン、事業者団体ガイドライン、排除ガイドライン等。例えば、排除型私的独占ガイドラインの末尾（第3、2、オ）には、「消費者利益の確保に関する特段の事情」が「競争を実質的に制限すること」に係りつけて記述されている。

36) 根岸 = 舟田 [2015] 48 頁、根岸哲 [2009b] 参照。

を読み込むことが可能であるということは重要な視点である³⁷⁾。

以上のように、「競争の実質的制限」に規範的要素も取り入れること自体は異論がないところであろうが、これをどう理論構成するかは難問である。差し当たり以下では、大阪バス協会事件を念頭に、「保護に値しない競争」論と違法性阻却説を対比させて検討する。

4 「保護に値しない競争」説

上記3(1)引用の後段（理由として述べられている箇所）に注目して、独禁法上の「保護に値しない競争」であるから、「競争の実質的制限」に該当しないとしたという理解が引き出されたと考えられる³⁸⁾。

しかし、「保護に値する競争」か「保護に値しない競争」かの判断は、事業法上の規制に反するか否かに直ちに連動して行われるべきではない。「保護に値しない競争」か否かの判断が、事業法上の規制と一致するというのでは、前述（本稿I 3以下参照）の一般法・特別法論の場合と同様に、独禁法違反か否かが、もっぱら事業法に則して行われるという、同事件審決がその前の箇所でも否定した立場に陥ることになる。

また、仮に石油価格カルテル刑事事件最判の利益衡量論（後述、IV参照）を踏まえて、事業法が禁止する取引条件に係る競争を直ちに独禁法上の「保護に値しない競争」とみなすとすれば、妥当な利益衡量が行われたともいえない、という的確な批判がなされている³⁹⁾。

したがって、おそらく「保護に値しない競争」説は、事業法上の規制を独禁法上の解釈にそのまま受け入れるのではなく、独禁法の究極目的に照らして、保護に値する、または値しないという判断を行うという立場なのであろう⁴⁰⁾。そうだとすれば、上記の「保護に値する競争」は、次に述べる違法性阻却説と

37) 以上については、川濱昇 [1996] 123頁を参照。

38) 本件審決の前に公表された舟田 [1992] は、既に「保護されるべき競争」について触れつつ、本文で述べるような実質的違法性阻却論を論じた。本件審決については、同じ観点から、舟田 [1996] で再検討した。根岸哲 [1995] 14頁以下では、一般法・特別法論の立場から、認可額を下回る運賃競争は「法的保護に値しない」とする議論がなされている。金井貴嗣ほか [2015] 35頁以下（泉水文雄執筆部分）も参照。なお、ドイツの競争制限禁止法に関して、特にその「保護公益」という観点から議論がある。これについては、沢田克己 [1985]、沢田克己 [1987-88]、沢田克己 [1988] を参照。

39) 東條吉純 [2010] 参照。

実質的に同じことになるようにも思われる。

5 違法性阻却説

(1) 3つの考え方

大阪バス協会事件では、道路運送法上の料金規制に明らかに反する極端な低額運賃が長期間にわたって実勢運賃として通用しているなかで、違法な取引はやめて、せめて規制の下限値まで引き上げようとして行われた事業者団体の決定（以下、便宜上「カルテル」として論じる）が対象になっている。

これについては、次の3つの考え方がある。

- A 道路運送法上の違法性を是正するためのカルテルは、独禁法上も違法性を有しない。
- B 独禁法上の違法性は、道路運送法上のそれとは別異に考えるべきである。
- C 独禁法上の違法性は、原則として独禁法固有の観点から判断されるべきであるが、同時に、それは社会の全体的法秩序という観点から、道路運送法上の規制をも1つの考慮要素として判断されなければならない。

（以上については、一般法・特別法論と重なる面もあるが、ここでは独禁法上の違法性に関する判断要素に焦点を合わせて議論している。）

法律上の概念の相対性という一般的原則に従えば、B説が原則となると考えられる。独禁法と道路運送法の規制対象、保護法益は異なっており（ただし、「公正な競争」の確保という点で重なる部分がある）、例えば道路運送法上は適法とされる行為が、独禁法上は違法と判断されることは十分あり得ることである。

しかし、独禁法・道路運送法とも、それぞれ自己完結的な法律なのではなく、全体の法秩序のなかにあるのであるから、そこにおける違法性は全体の法秩序のなかで評価されるということがあり得る。これが前記Cの考え方であり、これが妥当と思われる。

40) 根岸哲 [1995] 15頁は、道路運送法上違法な競争であり、また、「一般消費者の利益も本来得ることの許されなかった利益であって、そのような違法な競争による利益の確保が国民経済の民生的で健全な発達の促進に資すると評価することは困難である」、と述べる。

(2) 認可運賃が規範として全く通用していない場合

さきに、道路運送法上の料金規制に明らかに反する極端な低額運賃が長期間にわたって実勢運賃として通用していると述べたが、この事態を法的にどう評価するかが問題となる。

第1に、上のような実勢運賃が長期間、広く当該事業において通用しているのであれば、認可運賃は空洞化していて、規範として効力を失っていると評価できる。極端な例では、戦後の統制経済の下で、多くの消費物資は価格統制を受けていたが、実際には実勢価格によって取引されていたのであり、そこでは価格統制は完全に効力を失っていたと評価される。

これを前提にすれば、本件カルテルは実勢運賃を不当に引き上げようとするものであって、認可運賃を理由にこれを正当化することはできないと考えられる。認可運賃を実効性のあるものにしようとするのは、認可行政庁であれば当然の行動であるが、私人が行政庁に代わって同じ目的をカルテルで実現しようとすることは許されないと解される。

この点については、醤油価格協定事件＝審判審決昭和27・4・4（審決集4巻1頁）の次のような言説がまさに妥当する。すなわち、「私的企業が恣意的に価格を支配すること自体が、結局消費者にとり不利であるとの見解に基き、一律かかる力をふることを禁じたのであって、特定の場合に、たまたまかかる力が消費者に有利なように用いられたということは、かかる危険な力の存在を容認する理由とはならない。」

(3) 認可運賃がある程度、規範として通用している場合

しかし第2に、本件のように認可運賃と実勢運賃が乖離している場合でも、当該運賃規制が現実にある程度妥当しており（ここで「妥当」(= gelten)とは、人々が完全にはなくとも、相当程度に遵守し、規範として認めていれば足りる)、内容としても適正と認められ、かつ、その遵守のために最低限必要なカルテルである（カルテルが唯一の、取りうる手段だった）と判断されれば、法秩序全体からみて実質的な違法性を有しないと解される。

仮に本件事案において、バス事業者が、取引力のない中小の旅行代理店に対しては認可運賃を請求し、大手の旅行代理店に対してのみ低い実勢運賃を取受していた、ということであれば、認可運賃はある程度、規範として通用していたといえるかもしれない。

この場合、違法運賃の是正のためには、事業者が自ら、適正運賃の取受を厳

守するのが筋であり、カルテルという手段に依るべきではない、との議論はあり得るところである。しかし、大手の旅行代理店との取引力の格差から、不当に低い運賃を強制されており、規制行政庁の規制もあてにできず、結局、前記のように、カルテルしか実際に取りうる手段がないと認められる場合には、いわば自力救済類似行為として、例外的にカルテルが正当化されると解される。

この考え方は、当該カルテルは独禁法上の諸要件を満たすので、原則として違法となるはずであるが、例外的に実質的違法性を欠くとするのであるから、違法性阻却説と呼ぶことができよう。

なお、この違法性阻却説は、「保護に値しない競争」説に対立するようみもみえるが、例外的に「保護に値しない競争」と判断する際の根拠と判断の道筋を示したものであるといえるのかもしれない。

(4) 「競争の質」を評価する解釈方法

本件事案は、認可運賃と実勢運賃が乖離している稀なケースといえるであろう。しかし、上記のような、例外的に、「競争の実質的制限」に規範的要素も取り入れ、「競争の実質的制限」に当たらないとする解釈の例として、「競争の質」を問題にする議論を挙げることができる。

例えば、社会的に妥当と思われる基準を下回る品質の食品（具体的に問題になったのは豆腐）に関する共同ボイコットは違法性がない、とする議論があった⁴¹⁾。商品の質は一般的には多様であってもよいのであるが、消費者が「豆腐」として認識して購入する際には、実際に消費する（食べて味わう）以前に、一定の質（原料と製造過程など）が社会的な了解としてあるべきであると考えられる。

もちろん、質の確保のために最も重要なのは、食品衛生法や農林物資の規格化及び品質表示の適正化に関する法律（＝JAS法）などの公的規制であるが、その適切かつ迅速なルールの設定・変更、またその実効性の確保には限界があり、ある業界として自主的な基準を設定し運営するというにも一定の合理性がある⁴²⁾。

具体的な紛争事例として、ある大規模スーパーが、法的規制はクリアする

41) 舟田 [1992] 12 頁以下、および 15 頁注 7 に挙げた諸文献を参照。

42) 本文で述べるのは、30 年以上前の事件であるが、これと同様の問題は現在も続いているようであり、「調整豆腐」などの表示の規制（「豆腐の表示に関する公正競争規約」）で対応できるかなどの議論があるようである。

が、業界の自主基準より低い品質の商品をプライベートブランドとして製造委託し販売する計画を立てた。これに対しメーカーの事業者団体は、このスーパーからの受注を共同して拒否すると決定し、所属メーカーにこの決定を守らせようとしたことがある。これは共同ボイコットとして違法（独禁法8条1号または3条違反）となるか。

この自主規制基準が、相当期間にわたって事業者に「商慣習」として遵守されてきており、内容的にもその基準が現時点の技術水準からみて妥当であり、法的基準は改正の必要がないとして以前のままに放置されてきたとすれば、この共同ボイコットは実質的な違法性はないと判断されることがあり得ると解される。

この場合に、共同ボイコットという手段をとる必要があるかということも検討されるべきである。当該大手スーパーの購買力、すなわち市場全体の中のシェアの高さ、およびメーカーは多数の中小企業が大部分で、スーパーとの交渉力を持ちえないことを考えると、共同しなければ切り崩されるおそれ強いとすれば、やむをえずカルテルを結んだと言うべきかもしれない。もちろん、本来は、法的基準を改正する等の手段がとられるべきであるが、それが早急には困難であろうし、また法的基準の実効性には限界がある、という前提である。

この例は、大阪バス協会事件のように、違法行為を除去するためのカルテルではなく、制定法上は適法だが、自主基準に反している行為を除去するためのカルテルが問題になっているケースである。しかし、カルテルの実質的違法性を独禁法以外の全法秩序という観点を考慮に入れて判断してよいか、という点で共通しているといえよう。

また別の仮想例として、数年前に広く議論されたトラックの過積載につき、トラック事業者間での過積載をやめようという申合せは、トラック事業者と荷主との間の取引力の差と競争の実態に鑑みれば、独禁法上も違法とは判断されるべきではないと解する可能性があろう。

これと類似するケースとして、大阪ブラシ工業協同組合事件＝審判審決昭和30・9・20（審決集7巻20頁）、および、大阪バス協会事件審決の少し後に出了た、日本遊戯銃協同組合事件＝東京地判平成9・4・9（審決集44巻635頁）があるが、ここではこれ以上は立ち入らないことにする。

後述（Ⅲ5(7)(i)）のように、品質等についての表示を統一する行為は、それ

を基にして、より高次の（効率的な）競争が可能になる場合がある。ここには、多様な現象が含まれ、例えば、カルテルや公正競争規約による表示の統一が消費者のより効率的な選択を可能にするという場合もある。しかし、そのような効率との関係はない、あるいは薄い場合でも、表示の統一が、直ちに違法ではなくとも不当な悪徳商法を排除するという意味で、消費者の利益に資する場合もあろう。この場合は、社会公共的目的のための行為である。

私はかつて「競争の質」に関するドイツの議論において、「競争政策も、競争の質に対して盲目ではありえない」との議論が次第に有力になってきたことを紹介した。日本の現実の取引・競争についても、前記の表示の例の他、例えば、酒食の供給による接待競争、景品競争、ダンピング競争等を制限する公正競争規約やカルテル、または、衛生等の社会的要請に応えるとか公害防止等のために、法律上要求されている程度を超えて一定の品質・性能を実現すべき旨の内容を含んだ協定は許されるかななどの問題がある。

さきに、「競争の実質的制限」に、一定の社会的・規範的評価を読み込むことは可能であると述べた。これは大阪バス協会事件の事案のように、事業法上違法な取引であるという要素を独禁法上の解釈にどう組み込むかという問題であったが、社会的・規範的評価は、それ以外に、上記のような、消費者の利益に資する表示の統一、接待競争の抑制、衛生・環境のための共同行為なども、「競争の質」を高めるという点で、競争促進効果に含めてよい場合もあろう。

(5) 審決と違法性阻却説の類似性

大阪バス協会事件審決も、実は、上記の違法性阻却説（法秩序全体からみて実質的な違法性を有しない場合に違法性がないと判断する考え方）と同様の考え方を示している。本件審決は前記引用部分に続けて、次のように述べる。

「前記の特段の事情のある場合の典型的な例として、当該取引条件を禁止している法律が確定した司法部における判断等により法規範性を喪失しているときを掲げることができる。

その外に、本件での被審人、審査官双方の主張に即して、右の特段の事情のある場合の例を挙げれば、i. 事業法等他の法律の禁止規定の存在にもかかわらず、これと乖離する実勢価格による取引、競争が継続して平穏公然として行われており……、かつ、ii. その実勢価格による競争の実態が、公正かつ自由な競争を促進し、もって、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、という独占禁止法の目的の観点から、その競

争を制限しようとする協定に対し同法上の排除措置を命ずることを容認し得る程度までに肯定的に評価される……ときを挙げることができる」。

上の文章における「法規範性を喪失しているとき」、「実勢価格による取引、競争が継続して平穏公然として行われており」、そのことが「独占禁止法の目的の観点から……肯定的に評価される……とき」などの箇所は、上記の違法性阻却説における、法秩序全体からみて実質的な違法性を有しないか否かという見方に拠っているようにみえる。

さきに、第1として、認可運賃は空洞化していて、規範として効力を失っている場合は、実態運賃を引き上げようとするカルテルは違法であり、ただし、第2として、認可運賃と実勢運賃が乖離していても、当該運賃規制が現実にある程度妥当していれば、一定の要件を満たすカルテルは、法秩序全体からみて実質的な違法性を有しない、と述べた。

これと比べると、本審決は、上の第2を原則とし、第1は、その例外として、「当該取引条件を禁止している法律が確定した司法部における判断等により法規範性を喪失しているとき」、および、「特段の事情のある場合の典型例」とされ、規制と「乖離する実勢価格による取引、競争が継続して平穏公然として行われており」等の場合、違法性なしとしている。これに基づいて、本件事案は上の第1の場合に当たらないから、本件行為は違法だと解していると理解される。

(6) 取引力の差と自力救済

上記から明らかなように、具体的な事案に関しては、「保護されるべき競争」説か違法性阻却説かという理論構成よりも、上の「特段の事情のある場合」か否かについての実態判断の仕方が重要である。例えば、なぜ規制運賃よりも低い実勢運賃が長期間広範に行われてきたのか、その実勢運賃は運送事業者にとってコスト割れになるのか、本件事案の前も、たびたびカルテルがあった（らしい）のに運賃引き上げが実現しないのはなぜか等々の実態分析に基づく事実認定が決め手になると考えられる。

仮に、実勢運賃がコスト割れではなく、一定程度の利潤をもたらしているとすれば、それが認可運賃より低くても、運賃規制がある程度機能していると認められ、実勢運賃を認可運賃まで引き上げるための本件カルテルは、独禁法上の違法性をもつと解される。

逆に、実勢運賃がコスト割れであるにもかかわらず、その引き上げが取引の

相手方（旅行代理店等）の同意を得ることができず不可能であれば、独禁法上、旅行代理店等による不当な低価格の押し付け（＝買ったたき）として違法と解される可能性がある。この場合、運送事業者が運輸局や公取委に法的措置を求めても実効性のある措置をとらない、または事実上それができないとすれば、本件カルテルは自力救済類似のものとして、独禁法上の違法性を有しないと解される。

本件では、認可運賃を下回る実勢運賃が長期にわたって継続していたということであるとすると、これは、実勢運賃がコスト割れではないことを意味するのか、それともコスト割れではあるが、それによる欠損分を他事業または中小旅行代理店との取引による収益から補填している等の事情があるのか、不明である。また、カルテルが唯一の、取りうる手段だったかという点については、本件において、事業者の取るべき最適な手段は、コスト割れの場合では、取引の相手方に対し、取引を拒否し、他の事業者がコスト割れ受注をすれば、運輸局や公取委に対しその旨を通知し、行政的措置に委ねることである。しかし、このようなことが、当該事業を継続したいと思う以上、実際には困難ないし不可能であることは、下請法の施行実情からもあきらかである。

もっとも、本件のバス事業者とバス・ユーザー（その多くは旅行代理店）とのあいだの関係が、すべて下請関係における親事業者と下請事業者の関係と同様であるか否かは疑問であり、特定の有力なユーザーとの関係だけが、コスト割れなのかも知れない。その場合には、低価格を強要する有力ユーザーを、独禁法違反として公取委に対し措置要求すべきである。それをせずに、受注に応ずる事業者は法的保護に値しないと見えるかもしれない。

このような実態の有無などを詳しく調べる必要があろう。私見では多くの下請事業者や区域トラック事業者について言われるような、取引力の差と自力救済の困難性があるとすれば、本件カルテルもやむをえない行為であって違法性を阻却されるべき事例であるとも考えられる。

このように、実勢運賃の独禁法上の評価、および、カルテルが唯一の、取りうる手段だったかなどについて、より詳細かつ具体的に判断すべきであり、本件審決はこれらの点に関し説得力ある事実認定を行っているとは言い難いように思われる⁴³⁾。

43) 以上については、舟田 [1992]、舟田 [1996] を参照。

(7) 「競争の実質的制限」の拡張

(i) 競争促進効果

大阪バス協会事件審決からの引用のうち、前段の最後の、「競争を実質的に制限する」という要件に該当しない、という部分から、この要件には、非経済的事由ないし社会公共的な事由（上記の、違法な取引等に係るカルテルか否かを含む）をも含む、という解釈が引き出されたと考えられる。

これは、「競争の実質的制限」という要件をいわば膨らまして（あるいは拡張して）解することであるともいえる。以下では、この点について第1から第2に整理して検討する。

第1に、従来から説かれていることであるが、ある行為（例えば共同行為）が直接的には競争制限効果をもたらすとしても、それによって、供給者と需要者の間の情報の非対称性を是正したり、効率上の格差を是正したりして、競争を活発にすることがあり⁴⁴⁾、この意味での競争促進効果をも考慮すれば、「競争の実質的制限」には当たらないと解される。

この競争促進効果には、多種多様な事例があり得るが、古くから説かれてきた例として、規格などについての表示を統一する行為は、それを基にして、より高次の（効率的な）競争が可能になる場合があり、それは同時に消費者の選択を容易にすることは明白である。さらに進んで、規格それ自体について統一・標準化するカルテル、あるいは、最低品質保証カルテルについても、不良品を排除し、消費者の利益に資する場合には、競争促進効果があると認められる。

これらと同様の事例として、独禁法平成11年改正で削除された合理化カルテルは、不当に拡大して利用されるおそれがあるなど多くの問題があるとしても、基本的には、上記のような競争促進効果が強く認められる場合を「確認的に」適用除外とした規定であると理解される⁴⁵⁾。

タクシー事業について仮設例を示せば（実際には、ここに挙げた例については公的規制がある場合もあろう）、料金を表示するメーターの設置場所、表示の仕方などを統一するカルテル、あるいは小型・中型・大型などの区別についてのカルテルは、消費者の利益にも資するものであり、それらを前提に、質の高い

44) 金井貴嗣ほか [2015] 36頁参照。

45) 合理化カルテルについて、正田彬 [1981] 331頁以下参照。

競争が活発に行われることが期待されるので、原則として「競争の実質的制限」に該当しないと解される。

この競争促進効果には、上の例のほか、プロ野球について説かれているように、ドラフト制度や移籍制限は、直接的には球団間の競争制限的協定に基づくが、それによって、戦力均衡と結果の不確実性を確保し、いわばより質の高い競争を促進するという目的・効果がある。反トラスト法上の判例では、大学フットボールの興行サービスのために、興行主の団体が参加チームに対して一定の制限を課すことが問題になった事案などがある。これらの場合、当該制限がなければ市場が成立し得ない、またはその制限によって新しい商品・役務が供給されるなどの競争促進効果が説かれている。

また、競争事業者間で行われる共同研究開発や相互 OEM 供給などは、参加事業者のシェアが限定的な場合、ブランド間競争を促進し得ることは明白であるが、より進んで、事業者が設立した標準化機関で統一的な技術標準を定める場合も、ライセンスに関して適正な条件（いわゆる FRAND 条件）の下で行われる等の事情がある限り、一般的に競争促進的であると判断できる（以上は競争事業者間の水平的制限ないしカルテルを念頭に述べたが、取引当事者間の垂直的制限についても、同様に競争促進効果を見ることができる）。

豊富な事例に基づく議論が行われている米国反トラスト法の判例について、「競争制限の正当化事由を、競争促進的正当化事由（pro-competitive justification）に限定している」、との事例分析研究がある。そこでは、競争制限的な効果と競争促進的効果との比較衡量がなされているのであって、後述の、それらを超えた「公共の利益」という議論はほとんどないようである⁴⁶⁾。

米国をはじめ日本を含め各国の競争法において、上記のような、競争制限的行為と競争促進効果の関係ないしその総合的評価（これも「比較衡量」と呼ばれている）について、行為の態様等に応じた多様な議論がなされてきており、一定の知見の蓄積が形成されているといえよう。

46) 徳力徹也 [2000]、中川晶比兒 [2004] 参照。柳武史 [2011a] は、経済的正当化事由と非経済的正当化事由を区別し、米連邦最高裁の判例では前者に限るとしながら、それを拡張しようとする傾向もあると説く。武田邦宣 [2001] は、合併規制に関する、多様な競争促進効の主張とそれに対する分析を整理しており示唆に富む。

ドイツにおける同様の問題については、沢田克己 [1985]、沢田克己 [1987-88]、沢田克己 [1988]、沢田克己 [2000] を参照。

(ii) 社会公共的目的（非経済的正当化事由）——その1

第2に、安全性や環境のための各種制限など、いわば非競争的事由または「非経済的正当化事由」、特に社会公共的目的のために私人の活動等に対し一定の制限を加えることは、本来は国・地方公共団体の任務であるが、それが欠けている場合あるいはあっても不十分な場合、事業者がカルテルや垂直的制限等を行うことも例外的に認められよう。その典型が、いわゆる社会的規制を、私的規制ないし自主規制によって行う場合である⁴⁷⁾。

この場合、例えばサイクルのシステムや商品の安全基準を定め、それによって消費者が安心して消費が増え、競争が促進することもあり得るし、また社会的に妥当な基準の下で、本体としての商品についての事業者間の競争が十分行われるとすれば、競争の実質的制限の要件を満たさず、独禁法違反とはならないと解することができる（もちろん、必要最小限の拘束であること等の条件の下でということであるが）。

具体例として、稗貫俊文 [2009] は、廃品回収システム利用料金についての標準的なガイドラインを作成し実施することは、「競争機能の改善」につながるので、「競争の実質的制限」に当たらないと説く。「市場機能を現状よりも改善する活動や制度が競争の制限を通じてのみ創設され継続されうるという場合」、「それを自由な競争に委ねてしまえば望ましい活動や制度を創設され継続することができなくなるから、これを擁護すべきだという正当化事由が提示されうる」⁴⁸⁾。

上の例で、廃品回収システムが「望ましい活動や制度」であるという判断は、前述した狭義の競争促進効果（Ⅲ 5 (7)(i)参照）の枠を超えており、社会公共的目的に基づくものといえよう。しかし、事業者がこれら廃品回収システムが有効に機能し、相応の負担をすることを共通の前提として、事業活動を行うことにより、「競争の質」が高まるのであり、これも広義では競争促進効果というべきとも考えられる。

同じような筋道で競争の実質的制限の要件を満たさないとされる例として、1990年（平成2年）頃、過労死問題が大きな社会的課題となり、いわゆる「時短カルテル」を適用除外規定の創設なしで認めるかについて議論があった⁴⁹⁾。

47) 和田健夫 [2000] 等を参照。

48) 稗貫俊文 [2009] 88頁以下参照。

そこでは、過労死の防止という社会公共的目的によるカルテルであっても、生産要素投入についての共同行為という面もあるので、競争と無関係ではないが、時短カルテルが実施されても、直ちに「競争の実質的制限」という要件が満たされるわけでもないので、その具体的な内容等のみをみて、独禁法違反か否かを判断すべきだということから、特別法を制定し、国の承認という手続を踏んで認めることとされた。

本来であれば、労働法規による規制を強化して対応すべきであると思われるが、この点は措くとして、仮に上記の法定の手続を経ることなく、ある特定の同一の業種に属する多くの事業者が「時短カルテル」を行っても、「競争の実質的制限」を満たさないという解釈は十分成立すると考えられる。当該カルテルが実施されても、労働力という生産要素の1要素についての平準化に過ぎないので、カルテル参加者間で商品・役務等に関し自由な競争が十分行われるであろう、という判断がなされることがあり得るからである。この種の非ハードコア・カルテルについては、上の例のみならず、安全性や環境等を目的とした各種の行為などについても、同様のことがいえよう。

ここまでは、前記の競争制限的行為と競争促進効果の比較衡量という、独禁法において従来から多くの研究と事例があり、一定の知見の蓄積がある場面であり、この点で、前記(i)で競争促進効果について述べたことと同様である。

(iii) 競争的(経済的)目的と、非競争的(非経済的)目的の区別

上では、競争的(経済的)目的と、非競争的(非経済的)目的ないし社会公共的目的を区別して議論してきた。しかし、この区別はみかけほど明白なものではないことに注意しておかなければならない。

大阪バス協会事件審決の「外形的な事実」という用語は(本稿Ⅲ3の引用文を参照)、競争ないし競争制限が、狭義の経済的要素だけに着目したことによる。これは、従来の産業組織論など経済学の主流においては当然の前提なのかもしれない。しかし、経済学においても、これと異なり、市場という組織を内生的にみて、それを取り巻く諸制度や経済主体の行動によって説明・分析しようという試みも古くから多様に説かれている。

49) これらの議論の末に成立した労働時間の短縮の促進に関する臨時措置法(平成4年法律90号)では、「同一の業種に属する二以上の事業主」が共同して「労働時間等の設定」等を計画する場合は、厚生労働大臣・所管大臣の承認を受け、その送付を受けた公取委は意見を述べ、独禁法に違反すると思料するときはその旨を通知する、という仕組みになっている。

現実の競争は、需要と供給の調整機能としての市場（価格）メカニズムによって行われるという側面だけにとどまるものではない。社会のなかで行われている競争は、より多様な要素に基づいて、あるいはそれらを変数として機能するという面もある。市場における競争は、市場メカニズムと呼ばれるような無機的なシステムではなく、取引の場で生きている人間が判断する有機的な作用であり、これは事業者が法人であっても、その意思決定は人間が行うのであるから当然のことである。

現実の取引と競争においては、価格と品質などの経済的要素のみならず、社会規範ないし社会的評価（当該取引が違法または不当なものか、社会的に望ましいとされているかなどを含め）、社会公共的な観点などの要素も作用する。それらの目的に基づいて行われる行為（例えばカルテル）を独禁法において評価するときも、当然それらの非経済的要素を含めて考慮する必要がある、これは「競争の実質的制限」という要件の解釈においても同様である。

(iv) 競争の1要素としての環境や安全

上記の、競争的（経済的）目的と、非競争的（非経済的）目的ないし社会公共的目的の区別については、この区別を具体的事例について無前提に用いることは疑問であり、例えば、環境や安全という要素も競争の1要素とみるべき場合もある。その1例として、東芝昇降機サービス事件＝大阪高判平成5・7・30（判例時報1479号21頁）を見てみよう⁵⁰⁾。

同判決は、「商品の安全性の確保は、直接の競争の要因とはその性格を異にするけれども、これが一般消費者の利益に資するものであることはいうまでもなく、広い意味での公益に係わるものというべきである。したがって、当該取引方法が安全性の確保のため必要であるか否かは、右の取引方法が『不当に』なされたかどうかを判断するに当たり、考慮すべき要因の一つである。」

ここでは、不公正な取引方法における公正競争阻害性（＝「不当に」）の判断要素として、安全性をも挙げている。しかし、例えば、安全のための行為と認められれば、直ちに公正競争阻害性が否定される、というわけではない。

前記（Ⅲ2）の正当化事由のうちの「目的の正当性」（本判决の用語では「広い意味での公益」目的）に関することであるが、仮に本件で問題となった抱き合わせ行為が、エレベーターの安全性確保のため絶対に必要であると客観的に

50) 以下については、舟田 [2009] 613 頁以下を参照。

判断されるとすれば、取引の相手方もそれを受け入れざるを得ず、公正競争阻害性がないとも解されるし、あるいはそれ以前に行為要件（「取引の強制」。抱合せの場合では、「購入させ」ること）に該当しないと解するのが妥当とも考えられる。

もっとも、実際には安全性も絶対ということは稀であり、したがって仮にY（本件被告＝東芝エレベーター）が自己の技術による保守サービスの方が相対的に安全性が高いということを立証できたとする（本判決はこれを否定している）、「購入させ」たとしても公正競争阻害性がないと解する余地もあろう。ただし、この点については、Yは自己のサービスが相対的に安全性が高いという判断の根拠（特に独立系サービス会社の技術的水準等との比較データ）をユーザーに告知し、その上でユーザーに選択させるというのが、契約上の信義則に沿うものであって、本件ではその過程なしで抱き合わせを強制したのであるから、安全性を理由とすることはできないと思われる。

(v) 新潟タクシー事件への当てはめ

上記の「競争の実質的制限」に関する検討を、新潟タクシー事件の仮設例について具体的に当てはめてみよう。この事案において、仮に本件行為が行政指導に従った行為であれば、「競争の実質的制限」または「公共の利益」の解釈として、あるいは独禁法1条の目的から正当化されるか。

これまで検討してきたように、多数説に従って「競争の実質的制限」を拡張し、この要件で違法な取引など規範的要素を含む正当化事由を考えると、当該行為が行政指導に従った行為であるか否かということを検討要素とする議論はなかったし、それが妥当である。

「競争の実質的制限」について、事業法上、違法な取引か否かは考慮されるとしても、外形上独禁法違反となる行為（例えばカルテル）が違法性を阻却されるのは、違法な取引を取引の相手方から事実上強いられており、かつ、そこから脱却するためにカルテルしか実際に取りうる手段がないと認められる場合などの例外的場合に限られる（違法性阻却説）。

新潟タクシー事件では、そのような状況にあったわけではないから、自動認可運賃の範囲まで引き上げるべきだという行政指導があったからといって、カルテルによって運賃を引き上げる行為が認められるものではない。

上記の、当該行為が行政指導に従った行為であるか否かということを検討要素とする議論は、前記の石油価格カルテル刑事事件最判で、「公共の利益」と

の関連で明示的に取り上げられている。そこで、最後にこの点を検討しておこう。

IV 「公共の利益」

1 社会公共的目的——その2

(1) 上記（Ⅲ 5(7)(ii)以下）の検討によれば、社会公共的目的のための行為が、狭義では「競争の実質的制限」をもたらすとしても、広義に解すれば、「競争の実質的制限」に当たらない、ということがあり得る。

しかし、これとは逆に、問題となる行為によって、「競争の実質的制限」をもたらすと判断すべき場合もあり得るかもしれない。すなわち、「競争の実質的制限」を拡張して広義に解するとしても、そこに包摂しきれない環境、安全等の「社会公共的目的」が正面から問題になる事案であれば、「競争の実質的制限」ではなく、「公共の利益」要件について判断せざるを得ない、という立場もあり得る。

例えば、大阪バス協会事件を再度見てみれば、これはハードコア・カルテルの事案であり、同事件審決の文章を借りれば、「通常であれば『一定の取引分野における競争を実質的に制限』しているとされる外形的な事実が調っている」場合である（同審決、第四、一、（二）イ）。

この場合、次の2つの解釈があり得る。

- a. 本件行為は、目的・手段が相当であれば、「競争の実質的制限」に当たらない。
- b. 本件行為は、目的・手段が相当であれば、「競争の実質的制限」に当たるとしても、独禁法の究極目的に反せず、「公共の利益に反して」の要件を満たさない。

(2) 大阪バス協会事件で問題となった行為は、道路運送法違反の低額運賃を止めようとしたという目的の下、競争事業者の大多数が参加する事業者団体による運賃の決定であり、これが実効性を有していたとすれば、上記「外形的な事実」としては、b.のタイプに属する。しかし、審決は、本件行為は前記a.の、「競争の実質的制限」に当たらないとした。

これに対し、日本遊戯銃協同組合事件＝東京地判平成9・4・9（前出、Ⅲ 5(4)）では、石油価格カルテル刑事事件最判を引用しつつ、大多数の参加者に

よる共同ボイコットであっても、目的・手段が相当であれば法8条1号(現行法)に反しないという一般論を述べて注目された。

すなわち、同判決は、「形式的には『一定の取引分野における競争を実質的に制限する行為』に該当する場合であっても、独禁法の保護法益である自由競争経済秩序の維持と当該行為によって守られる利益とを比較衡量して……」、と述べ、前記の石油価格カルテル刑事事件最判の「公共の利益」利益衡量論を引いている。

同事件行為は共同ボイコットであって、しかも間接的な取引拒絶であるから、通常であれば(すなわち、目的の点を措き、競争という面だけ見れば)、同判決は上のa. b.の解釈のうち、b.に当たるとみるのが妥当であろう。

もっとも、日本遊戯銃協同組合事件では、独禁法8条1号該当か否かが問われているので、「公共の利益に反して」という文言がない。そこで、「競争の実質的制限」に当たるとしても、独禁法の究極目的に反しない、とするか、独禁法の究極目的に反しないから、「競争の実質的制限」に当たらない、と解するかいずれかになろう(この点に関する学説は多様に分かれているが省略⁵¹⁾)。

ともあれ、ここでは、前記b.の立場、すなわち、「競争の実質的制限」に当たるとしても、独禁法の究極目的に反せず、「公共の利益に反して」の要件を満たさない、という解釈が、石油価格カルテル刑事事件最判を参照して、採用される可能性がある、ということをまず確認しておこう。

51) 同判決については、和田健夫 [2013] 64 頁における次の指摘が重要である(和田健夫 [2000] も参照)。「判決では、本件共同ボイコットにより守られる利益よりもそれを禁止して自由競争秩序を維持する利益の方が重いと結論したのであるが、ここでは、2つの利益を比較するにあたって、単に比較するのではなく、本件共同ボイコットの背景となった自主基準の目的・内容の合理性と当該目的を達成するための手段としての本件共同ボイコットの相当性を問題としている」。さらに、この目的は競争政策の観点からみて是認しうるものでなければならず、手段の相当性についても厳しい限定がかけられていると指摘する。実際にはこれらの点が重要なのであるが、ここでは割愛する。この点については、西村暢史 [2010] 等を参照。

なお、本事案においては、エアガンに関する安全基準につき、本来は銃刀法による厳格な公的規制で安全を確保すべきところ、規制が不十分で、従来から業界団体に委ねてきたという経緯があったようである。仮に、消費者の安全の確保のために、公的規制の改善を待っては間に合わないという「規制の失敗」が認められ、手段の相当性の点をクリアするとすれば、緊急避難的に事業者間のカルテルないし共同ボイコットが認められる余地があると考えられる。なお、本事案の後、改造エアガン発砲事件が多発し、2008年銃刀法が改正され、また諸条例による規制強化も進行した。

2 石油価格カルテル刑事事件最判

(1) 「行政指導違法性阻却論」・「比較衡量」論

石油価格カルテル刑事事件最判は、行政指導によるカルテルの正当化の要件として、次の文中の①～④の4点を挙げている。

「石油業法に直接の根拠を持たない価格に関する行政指導であっても、①これを必要とする事情がある場合に、②これに対処するため社会通念上相当と認められる方法によって行われ、③『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』という独禁法の究極の目的に実質的に抵触しないものである限り、これを違法とすべき理由はない。そして、価格に関する事業者間の合意が形式的に独禁法に違反するようにみえる場合であっても、④それが適法な行政指導に従い、これに協力して行われたものであるときは、その違法性が阻却されると解するのが相当である」（①～④と下線は舟田が挿入した。以下では、この判示部分を「行政指導違法性阻却論」と呼ぶ）。

このうちの③の要件（独禁法の究極の目的に実質的に抵触しないこと）については、この引用部分の前に、「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」、「究極の目的に実質的に抵触しない」場合を不当な取引制限行為から除外する趣旨である、と判示されている（「比較衡量論」と呼ばれている）。

これら2つの判示は、それぞれ別個の箇所、上告人の主張に答えて述べられているので、相互にどういう関係にあるか不明である。

なお、同判決は、刑事事件に関するものであり、直接的には刑法上の違法性阻却を論じているのであるが、以下では、独禁法上もこの論理が妥当すると措定して論を進める⁵²⁾。本件は刑事事件判決であるが、刑法学でいう実質的違法性阻却についての法益衡量説を適用したのではなく、その手法を借りて独禁法上の反公益性の解釈を示したものと考えられる。

52) これを肯定する議論として、根岸哲 [1990] 57 頁以下参照。なお、同判決の比較衡量論を説得的に批判するものとして、和田健夫 [2013] がある。しかし、ここでは最高裁の判旨を前提として検討を加えることとする。

(2) 「国民経済全般の利益」説の排斥

この石油価格カルテル刑事事件最判は、これが出た直後から、多くの批判がなされてきている⁵³⁾。ここでそれらをすべて踏まえた検討はできないので、これまで検討してきたこととの関連で必要最小限のことを述べておく。

同判決の位置づけの出発点は、それが、「生産者・消費者の双方を含めた国民経済全般の利益」が「公共の利益」に当たるという、従来から、生産者や財界などで根強く主張されていた解釈を明白に退けた、という点である⁵⁴⁾。

原審判決は、最判の「比較衡量」論とほぼ同旨の判示を示しており、これに対し、上告人（石油会社側）の上告理由は次のように主張していた。「『公共の利益に反して』とは『弊害のある場合』と理解されなければならない。……弊害の有無は……個々の法律の定める特定の目的ではなく、より広い見地から、すなわち『公共の福祉』の見地から判断されるべきものであり、従って『公共の利益』とは原判決のこのような限定的なものではなく、憲法上の「公共の福祉」は、「種々の権利を何らかの形で調整しようとするものとして理解され、『公共の利益』についても、こうした調整的機能を果すものとして理解するのが自然であり、その調整の対象としては独禁法の追求する目的と他の経済法規の追求する政策目的ということになる」。

この主張は、具体的には、「石油製品価格の適切な値上げがない以上、短期的にはともかく、長期的な安定的供給が図られない」から、「本来『公共の利益』に反しない」、ということである。

このような内容の「国民経済全般の利益」説を石油価格カルテル刑事事件最判が斥けた点については、学説上も多くの支持を得ている。ここでは特に、独禁法以外の政策目的も含めた「弊害」という観点が否定され、「『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」、とした上で、前記引用の「比較衡量」論を述べている。憲法の「公共の福祉」に関する判例と一部の学説が説くような、単純な比較衡量、「調整的機能」を果たすものではない、という点も説得的である。

これは、独禁法1条の読み方として妥当なものであり、「独占禁止法1条の

53) 今村成和 [1985] 74 頁以下、今村成和 [1993] 137 頁以下、根岸哲 [1990] 53 頁以下、和田健夫 [2000]、和田健夫 [2013] など。私も同判決が出た直後に、批判的な論評を加えたことがある（舟田 [1984] 参照）。

54) 今村成和 [1985] 98 頁。

目的規定を読めばわかるように、究極目的は、それだけ取り出されて存在するのではなく、あくまでも『公正かつ自由な競争を促進』することを通じて達成されるべきものである。⁵⁵⁾

以上のように、同判決が示した、「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」という原則論は重要であって、単純に、競争による法益と「当該行為によって守られる利益」を同等に並べて比較衡量するというのではない。

ところが、前記（Ⅲ 2）の、正当化事由を全面的に（いわば無条件で）目的と手段の正当性（相当性）に置き換える議論においては、斥けられたはずの「国民経済全般の利益」説と同じ思考様式になっている、ということに留意すべきである。

（3）「比較衡量」の方法

石油価格カルテル刑事事件最判は、前記の一般論を述べて、原審判決は是認できるとするだけであるので、原審判決をみてみる。本件原審判決は、上記とほぼ同文の「比較衡量」論を述べた後、具体的に本件事案について、次のように述べている⁵⁶⁾。

「被告人らの本件関係各行為は、①わが国における最も重要な物資の一である石油製品の値上げの共同行為による競争の制限であって、国民経済に及ぼす影響は甚大であり、……②それ自体は行政指導に従ってなされたものでないことはもちろん、行政協力行為ともいうことができず、また、③被告会社らは前記のような原油の値上がり等のコストアップに対応するため製品を値上げする必要に迫られていたものではあるが、本件のような共同行為までするのなければ被告会社らの企業維持ができず、あるいは著しく困難になり、ひいてわが

55) 和田健夫 [2013] 55 頁以下。武田邦宣 [2001] は、合併規制についてであるが、石油価格カルテル刑事事件最判が「国民経済全般の利益」説を否定したことを、「これは、生産上の効率性達成による総余剰の増大を公共の利益と見なすことを、否定する考え方である」と捉え、「合併による生産上の効率性達成を、独占禁止法の究極目的と合致すると考えることはできない」、[生産上の効率性達成といった事業活動上の合理性はもとより、環境上の考慮であれ、安全上の考慮であれ、全く競争政策と無関係に正当化事由として考慮の対象になると考えるべきではない]、「環境上の考慮や安全上の考慮も、ある行為が市場に与える効果や当事者の競争制限の意図を検討する間接証拠として、統一的に捉えられるべきである。それら価値観と競争政策とを裁量的に比較衡量することが許容される訳ではない」、と論じる。

56) 以下述べることは、ほとんど和田健夫 [2013] に従っている。

国における石油製品の安定的かつ低廉な供給確保に著しい支障を生ずるような事情があつたことは証拠上これを認めることができず、④被告人らは、被告会社らの殊更大巾な利益獲得を目論んだものではないにせよ、値上げを有利にするため本件関係各行為に及んだものであるから、これが公共の利益に反するものであることは明らかである。」(①～④は和田健夫〔2013〕による)

これが、自由競争経済秩序という「法益と当該行為によって守られる利益」との比較衡量の具体的展開であるが、ここで、「当該行為(価格カルテル)によって守られる利益」とは、上記③の石油製品の安定的・低廉な供給が確保される利益であるが、「証拠上これを認めることができず」と否定されている。つまり、実際に比較衡量を行う前に、決着がついているわけである。

そもそも、比較衡量に当たっては、独禁法の「究極の目的に実質的に抵触しない」との大前提が置かれており、これは一般消費者の利益や国民経済が受ける利益が、いわば裸の(無前提の)利益ではなく、独禁法からみた利益であると理解される。そうすると、「安定的かつ低廉な供給確保に著しい支障を生ずる」とは、単に事業者に支障が生じることでなく、一般消費者や国民経済が受ける利益を害するという相当重大な公益を指すと解される。

また、上に述べたことと同じことになるが、同判決は、「値上げする必要に迫られていた」ことは認めつつ、「企業維持ができず、あるいは著しく困難」とまではいえない、また、そのことが「ひいてわが国における石油製品の安定的かつ低廉な供給確保…」につながるとはいえない、とするので、事業者の「事業経営上の利益」は、「公共の利益」には含まれないことも明らかである。

結局、この比較衡量論においては、上記引用の①競争の制限が特に重みを持っていることになり、それがある以上、よほどの明白な特殊事情がない限り、「公共の利益に反して」という要件を満たすことになる。要するに、この比較衡量論は、もともと極めて例外的に違法性阻却を許容することなのである。

以上のような理解が成り立つとすれば、この比較衡量論も解釈論として成立するとしていいのかもしれない。しかし、「究極の目的に実質的に抵触しない」とは、カルテルを許容しても一般消費者の利益や国民経済の民主的・健全な発達は影響を受けないという意味にとられるが、そのようなことが実際にあり得るのか甚だ疑問である。また、そのようなカルテルは、そもそも競争の実質的制限をもたらさないと解される(前記、Ⅲ 5(7)の「競争の実質的制限」の拡張を

参照)⁵⁷⁾。

(4) 比較衡量論の実質的根拠

他方で、石油価格カルテル刑事事件最判の比較衡量論は、上記のような一般論を展開したために、それ以降の判例において、独禁法違反を否定する事業者側によって頻繁に引用され、諸判決もこれに答える、という形で一定の影響を与えることになった⁵⁸⁾。

しかし、実際にこれに従って独禁法違反とされなかった事件はほとんどない。前記の日本遊戯銃協同組合事件＝東京地判平成9・4・9も、理論的な可能性を述べただけで、実際には独禁法違反とした事例である。そこでは、目的の合理性のみならず、具体的な基準の内容の合理性、実施方法の相当性等について厳格にみて、当該行為を違法としている。

これは、ある意味で当然であり、比較衡量による違法性阻却とは、私人による競争制限行為を解釈上違法としないということであるから、自由競争秩序を原則とする以上、安易に認めるべきではない。それは、第一義的には、立法、およびそれに基づく行政の任務であり、その懈怠が認められる場合に、私人による競争制限行為が自力救済ないし緊急避難類似の状況として例外的に認められる。具体的には、当該事案に係る諸規制（独禁法以外の事業規制、安全規制等）の有無、その妥当性等をまず検証し、それでもなお事業者のカルテルが必要だったか否かなどを検討すべきであろう。

例えば、第一次東京都水道メーター談合刑事事件＝東京高判平成9・12・24

57) 和田健夫 [2013] の主張は、最判の「公共の利益」利益衡量論には問題があり、競争法においても他の法領域と同様に、利益衡量という解釈手法は避けられないとしても、それを「競争の実質的制限」の要件のなかに押し込めるべきである、というものである。

58) 関連する判決等については、舟田 [2010] を参照。その後の事例としては、ハマナカ毛糸再販事件＝東京高判平成23・4・22、審判審決平成22・6・9（「産業として、文化としての手芸手編み業」の主張。本件については、青柳由香 [2011]、大槻文俊 [2011]、柳武史 [2011b] 等を参照）、アスカム課徴金審決取消請求事件＝東京高判平成22・4・23（地球温暖化ガス排気量削減の主張）、郵便番号自動読取区分機入札談合事件＝課徴金審決平成22・10・25（「国家的プロジェクト」の主張。滝澤紗矢子 [2011] 等を参照）。

泉克幸 [1996] は、「カルテルによって守られる利益」として主張することがあり得る例として、安全性や文化の保護、著作者のインセンティブを確保するための最低ロイヤルティ協定、野球2軍選手の最低限の生活保障のための最低賃金協定、などを挙げる。その他、公取委の事業者団体ガイドラインや、リサイクル・ガイドラインなどにおける指摘も参照すべきであるが、ここでは割愛する。

(高刑 50 卷 3 号 181 頁)⁵⁹⁾は、事業者側による違法性阻却事由の主張に対し、「これらの利益が対立する場合において、競争制限の罪の違法性等を判断するにあたっては、法令が認めている価値を中心とした法全体の趣旨によりそれらの利益等の優劣を判断してこれを行わなければならない」と判示する。

同判決は、同事案につき、中小企業基本法による中小企業の保護等や、東京都による受注の機会に関する中小企業の保護等に触れ、「中小企業保護の施策は、国又は地方公共団体が講ずるものであって、事業関係者が代替して講ずべきものでないばかりか、それが前記の独占禁止法等が認めている法的価値に優越する場合に初めて、独占禁止法の罰則の適用にあたって違法性阻却事由の原由(ママ)となるものである」と述べ、比較衡量論を採りながら、同事案についてはそれ以前の段階の実態判断で処理している。

比較衡量による違法性阻却が認められる限界事例は、前出の大阪バス協会事件であろう。なお、具体的に問題になった独禁法 8 条には、「公共の利益」要件がないので、「公正競争阻害性」がないとするか、1 条の目的規定を根拠として違法性が阻却されうるとするということになるだろう。

(5) 行政指導違法性阻却論

これまで、石油価格カルテル刑事事件最判における比較衡量論を検討し、「行政指導違法性阻却論」については触れてこなかった。

この点については、その比較衡量論よりさらに厳しい批判がなされており、本件で問題になった(旧)通産省の行政指導に対し、不当に甘い評価がなされたと考えられるが、ここではそのような具体的な論点には触れず、先(IV 2)に引用した一般論だけについて簡単に検討しておく。

まず、この点についての積極的な意義を見いだすとすれば、本判決は、行政指導に対して、「内容が法令に違反しない」ことにとどまらず、独禁法の究極的目的に実質的に抵触しないことを要請している、と理解することができるので、その限りで、市場経済に介入する行政指導に実質的な枠をかぶせたものといえる。

他方で、同判決における比較衡量論と行政指導違法性阻却論の関係は、相互に重なっている部分も多く、整合的に理解することが困難である。前記引用の原審判決は、「②それ自体は行政指導に従ってなされたものでないことはもち

59) 同判決は控訴されたが、上告棄却(最判平成 12・9・25 刑集 54 卷 7 号 689 頁)。

ろん、行政協力行為ともいうことができず」とあり、最判もこれを是認している。本件事案では、行政指導違法性阻却論は適用されていず、傍論にとどまっていることになる。それはともかく、上の②の行政指導に関する制限が、「公共の利益」に反しないとするための要件であれば、比較衡量論にいわば「上乗せ」した要件となる。しかし、比較衡量論で違法性が阻却されたカルテルを、さらに行政指導に関する要件について審査するのもおかしな論理である。

付言するに、前記の最高裁判決が挙げた行政指導違法性阻却論における①～④をすべて満たすような行政指導が実際にあり得るかは極めて疑問であり、「きわめて例外的な事態しかあり得ないのであって、実際上の意義はあまりない」と考えられる⁶⁰⁾。実際に、前述の比較衡量に関する判示は、その後の判決等で引用・参照されたことと対照的に、この行政指導正当化をめぐる判示は、その後の判決等で触れられたものはない。

(6) 本件2事案について

以上をもとに本件事案に戻って、簡単にコメントしておく。

(i) NTT 東日本事件において、Xは、競争の実質的制限や公共の利益に関し、本件行為は消費者の利益に合致する等々、種々の主張を行ったが、本件審決・本件原審判決はすべて斥けており、本判決では事業法上の規制に関する判断としては判旨(3)のみである。

特に、本件原審判決は、「独占禁止法の直接の保護法益である自由競争経済秩序の維持そのものが公共の利益であると解され」、本件行為は、「戸建て住宅向けFTTHサービス事業の市場への他事業者の新規参入を困難にしたのであって、このように市場が新規参入者に対し閉ざされている状況は公共の利益に反するものというべきである」、と述べた。ここには、「公共の利益」に関する石油価格カルテル刑事事件最判の原則論（「自由競争経済秩序の維持そのものが公共の利益である」）が生きている、といえよう。

(ii) 新潟タクシー事件判決は、争点3についても、争点2と同様に、本件行為は行政指導に従った行為とはいえないとして、原告の主張を否定している。本稿では、仮に本件行為が行政指導に従った行為であれば、「公共の利益」に反しないから正当化されるか、という仮想問題について検討した。

60) 舟田 [1984] 参照。

原告側が仮に上記の「公共の利益」論を持ち出したとすれば、前出の第一次東京都水道メーター談合刑事事件と同様に、「カルテルによって守られる利益」として主張するであろうことは、労働条件の悪化、交通における安全性（「輸送の安全」道路運送法1条）、顧客サービスの悪化等であろう。

この点については、道路運送法等やそれらに基づく国交省の行政施策があるから、原告が主張するとすれば、これら国の法律・行政では足りないので、事業者としてカルテルを形成した、という議論になる。しかし、安全性の確保のための規制それ自体を強化することが本筋であり、また有効な施策であり、これが説得力に欠ける議論であることは明白である。そうすると、行政指導に従った運賃カルテルは、石油価格カルテル刑事事件最判の行政指導違法性阻却論・比較衡量論が示す諸要件①～④のいずれも満たさないと考えられる。

V ま と め

本稿の結論を箇条書きで示せば、以下のようになる。

1. ある私人の行為が、事業法上の規制を受けている場合でも、明文の適用除外規定に当たらない限り、独禁法上の諸規定が適用される（全面的適用説）。（本稿Ⅰ3～5）

2. ある私人の行為が、事業法に基づく行政指導に従ってなされた行為であり、「競争の実質的制限」または「公共の利益に反して」の要件を満たさないとされれば、独禁法違反とならない（石油価格カルテル刑事事件最判の行政指導違法性阻却論・比較衡量論には疑問があるが、上のこと自体は前提として解釈論を再構築すべきである）。（本稿Ⅳ2）

3. 事実上の強制力のある行政指導があったとすれば、その下で合意しても独禁法違反とならないという主張については、そのような行政指導は適法な行政指導ではないから、当該カルテルは正当化されるものではない。（本稿Ⅱ4）

4. 「競争の実質的制限」を広く捉え、当該行為が直接的には競争制限をもたらすものであっても、より広い市場における競争を促進する、または新しい競争の成立する土俵を設定する、さらに違法な取引を抑制する、「競争の質」を高めるなどの要素（社会的・規範的事由、非経済的事由）をも考慮に入れ、「競争の実質的制限」の枠内で検討すべきである。

その具体的例として、「競争の実質的制限」の解釈として、事業法上の認可料金を下回るなど違法な取引を止めようとするカルテルは、違法な取引を取引の相手方から事実上強いられており、かつ、そこから脱却するためにカルテルしか実際に取りうる手段がないと認められる場合などに例外的に認められる。しかし、新潟タクシー事件では、そのような状況にあったわけではない。（本稿Ⅲ）

5. 石油価格カルテル刑事事件最判の比較衡量論は、極めて例外的に違法性阻却を許容しようとするものである。特に、国・自治体の立法・行政の懈怠ないし不十分な対応があり、私人による競争制限行為が自力救済ないし緊急避難類似の状況として例外的に認められる場合、違法性が阻却されると解される。

文 献

- * 50音順。括弧内の数字は公刊年。本文で引用する場合は、矢印（→）の後に示した略語（姓名と刊行年）で記載した。

- 青木 亮「タクシー事業の規制緩和と経済学」経済セミナー 681号 35頁以下（2015）
青木 亮「〔判批〕大阪高決平成27・1・7」自治研究 92巻 9号 129頁以下（2016）
青柳由香「〔判批〕ハマナカ毛糸再販事件＝審判審決平成22・6・9」平成22年度
重判解 302頁以下（2011）→ 青柳由香 [2011]
安部誠治「規制緩和とタクシー産業」関西大学商学論集 53巻 5号 1頁以下（2008）
阿部泰隆「改正タクシー特措法（2013年）の違憲性・違法性——特に公定幅運賃、
減車命令について」判例時報 2302号 13頁以下（2016）→ 阿部泰隆 [2016]
飯塚広光「東日本電信電話株式会社及び西日本電信電話株式会社に対する警告につ
いて」公正取引 617号 96頁以下（2002）→ 飯塚広光 [2002]
石川 正「規制分野における独禁法のエンフォースメントについて」塩野宏古稀
『行政法の発展と変革（下巻）（有斐閣，2001）543頁以下 → 石川正 [2001]
泉 克幸「〔判批〕大阪バス協会事件＝審決平成7・7・10」判評 445号 195頁以下
（1996）→ 泉克幸 [1996]
井手秀樹「タクシー事業における規制緩和から再規制」三田商学研究 55巻 5号 41頁
以下（2013）

- 今村成和『私的独占禁止法の研究(五)』(有斐閣, 1985) → 今村成和 [1985]
- 今村成和『私的独占禁止法の研究(六)』(有斐閣, 1993) → 今村成和 [1993]
- 岩本 論「〔判批〕新潟タクシー運賃カルテル事件=審決平成27・2・27」ジュリ
1482号88頁以下(2015) → 岩本論 [2015]
- 内田清人「〔独禁法事例速報〕認可制運賃と価格協定——公取委命令平成23・12・
21」ジュリ1439号4頁以下(2012)
- 鶴瀨恵子(インタビュー記事)「需給調整ルールを撤廃した道路運送法改正——自由
化に踏み切ったその趣旨を活かしたい」交通界2011年6月27日号
- 大久保直樹=鈴木彩子「自動認可運賃と監督官庁による指導」岡田羊祐=川濱昇=
林秀弥(編)『独禁法審判決と経済学』(東京大学出版会, 2016)69頁以下
→ 大久保直樹=鈴木彩子 [2016]
- 大胡 勝「不当な取引制限における正当化事由」商事法務2072号35頁以下(2015)
- 大槻文俊「〔判批〕ハマナカ手芸手編み糸事件=東京高判平成23・4・22」ジュリ
1435号125頁以下(2011) → 大槻文俊 [2011]
- 太田和博「タクシー市場およびタクシー政策の研究課題」タクシー政策研究創刊号
3頁以下(2013)
- 岡田幸人「〔判批〕NTT東事件=最判平成22.12.17」ジュリ1443号78頁以下
(2012) → 岡田幸人 [2012a]
- 岡田幸人「〔判批〕NTT東事件=最判平成22.12.17」法曹時報64巻11号795頁以
下(2012) → 岡田幸人 [2012b]
- 岡田羊祐=林 秀弥(編)『独占禁止法の経済学』(東京大学出版会, 2009)51頁以
下(堀江明子ほか執筆部分「認可運賃制下のカルテル—大阪バス協会事件」)
- 押久保倫夫「大阪高決平成27・1・7」平成28年度重判解22頁以下(2016)
→ 押久保倫夫 [2016]
- 越知保見「〔判批〕NTT東事件=最判平成22.12.17」ジュリ1422号131頁以下
(2011) → 越知保見 [2011]
- 金井貴嗣「新潟市等タクシー事業者による価格カルテルの正当化理由」公正取引776
号40頁以下(2015) → 金井貴嗣 [2015]
- 金井貴嗣=川濱 昇=泉水文雄編『独占禁止法』(弘文堂, 第5版, 2015)
→ 金井貴嗣ほか [2015]
- 金澤良雄『経済法』(有斐閣, 新版, 1980) → 金澤良雄 [1980]
- 金澤良雄『経済法の史的考察』(有斐閣, 1985) → 金澤良雄 [1985]
- 川濱 昇「大阪バス協会運賃等カルテル事件」私法判例リマックス13号(1996下)
120頁以下 → 川濱昇 [1996]
- 川濱 昇「〔判批〕NTT東事件=最判平成22.12.17」ジュリ1419号106頁以下

事業法と独禁法（舟田正之）

（2011）→ 川濱昇 [2011]

川濱 昇ほか「〔座談会〕最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引 778 号 16 頁以下（2015）→ 川濱昇ほか [2015]

瓦林康人（前国土交通省自動車局旅客課長）「議員立法で成立した改正タクシー特措法等の概要について」運輸政策研究 Vol.17 No.2, 40 頁以下（2014）

→ 瓦林康人 [2014]

岸井大太郎『公的規制と独占禁止法』（商事法務，2017）→ 岸井大太郎 [2017]

久保成史「三重県バス協会事件＝公取委審決平成 2・2・2」平成 2 年度重判解 221 頁以下（1991）→ 久保成史 [1991]

古城 誠「認可運賃に反する運賃競争を制限することは許されるか」公正取引 541 号 18 頁以下（1995）→ 古城誠 [1995]

櫻井敬子＝橋本博之『現代行政法』（有斐閣，第 2 版，2006）

→ 櫻井敬子＝橋本博之 [2006]

実方謙二『経済規制と競争政策』（成文堂，1983）→ 実方謙二 [1983]

沢田克己「経済行政指導と競争秩序」民商 92 卷 3 号 329 頁以下（1985）

→ 沢田克己 [1985]

沢田克己「非競争利益と経済団体自主規制（一）～（三・完）」新潟大学・法政理論 20 卷 2 号 59 頁以下，21 卷 1 号 115 頁以下，21 卷 2 号 1 頁以下（1987-88）

→ 沢田克己 [1987-88]

沢田克己「非競争利益と競争制限行為の許容—アメリカ法およびドイツ法を中心として」日本経済法学会（編）経済法学会年報 9 号 167 頁以下（1988）

→ 沢田克己 [1988]

沢田克己「EC およびドイツにおける社会的規制と独占禁止政策法—環境保護を中心として」日本経済法学会（編）『社会的規制と競争政策』日本経済法学会年報 21 号 40 頁以下（2000）→ 沢田克己 [2000]

沢田克己「新潟タクシー運賃カルテル事件＝審決平成 27・2・27」平成 27 年度重判解 249 頁以下（2016）→ 沢田克己 [2016]

沢田克己「〔判批〕新潟タクシー運賃カルテル事件＝審決平成 27・2・27」公正取引 796 号 64 頁以下（2017）→ 沢田克己 [2017]

塩野 宏『行政法 I』（有斐閣，第 5 版，2009）→ 塩野宏 [2009]

柴田潤子「〔判批〕三重県バス協会事件＝公取委審決平成 2・2・2」ジュリ 1075 号 169 頁以下（1995）→ 柴田潤子 [1995]

正田 彬『独占禁止法研究 II』（同文館，1976）→ 正田彬 [1976]

正田 彬『全訂 独占禁止法 I』（日本評論社，1980）→ 正田彬 [1980]

正田 彬『全訂 独占禁止法 II』（日本評論社，1981）→ 正田彬 [1981]

- 白石忠志 (インタビュー記事) 「『他の事業者と共同』しても『正当化理由』があれば独禁法違反にならない」 交通界 2012年8月6日号
- 白石忠志『独占禁止法』(有斐閣, 第3版, 2016) → 白石忠志 [2016]
- 菅久修一=品川 武=伊永大輔=原田 郁『独占禁止法』(商事法務, 第2版, 2015) → 菅久修一ほか [2015]
- 鈴木孝之「私的独占の行為概念と構成要件の解釈」正田彬教授還暦記念論文集『国際化時代の独占禁止法の課題』(日本評論社, 1993) 387頁以下 → 鈴木孝之 [1993]
- 鈴木孝之「独占禁止法における行為規制と構造規制」慶応大学・法学研究 76巻1号 373頁以下 (2003) → 鈴木孝之 [2003]
- 鈴木孝之「私的独占における支配の行為概念」白鷗大学法科大学院紀要創刊号 75頁以下 (2007) → 鈴木孝之 [2007]
- 泉水文雄「広島電鉄事件審決」独禁法審決・判例百選 (第4版) 136頁以下 (1991) → 泉水文雄 [1991]
- 泉水文雄「〔判批〕NTT 東事件=最判平成 22.12.17」公正取引 726号 74頁以下 (2011) → 泉水文雄 [2011]
- 泉水文雄「新潟タクシー事件=東京高判平成 28・9・2」経済法判例・審決百選 (第2版) 64頁以下 (2017) → 泉水文雄 [2017]
- 武田邦宣『合併規制と効率性の抗弁』(多賀出版, 2001) → 武田邦宣 [2001]
- 滝澤紗矢子「郵便番号区分機入札談合事件=課徴金審決平成 22・10・25」平成 22年度重判解 290頁以下 → 滝澤紗矢子 [2011]
- 土田和博「アメリカ連邦反トラスト法と州政府の競争制限 (1)~(3・完)」静岡大・法経論集 54・55号 51頁以下, 56・57号 73頁以下, 59号 63頁以下 (1985~1987) → 土田和博 [1985~1987]
- 土田和博「独禁法と事業法による公益事業規制のあり方に関する一考察」土田和博=須網隆夫(編)『政府規制と経済法』(日本評論社, 2006) 153頁以下 → 土田和博 [2006]
- 土田和博=須網隆夫(編)『政府規制と経済法』(日本評論社, 2006) → 土田和博=須網隆夫(編) [2006]
- 東條吉純「事業法上違法な取引条件に係る価格カルテル〔大阪バス協会事件〕」経済法百選 78頁以下 (2010) → 東條吉純 [2010]
- 徳力徹也「競争制限の正当化事由について」千葉大学法学論集 15巻2号 211頁以下 (2000) → 徳力徹也 [2000]
- 土佐和生「事業法規制と独禁法規制の排他制御」立命館法学 300号 995頁以下 (2005) → 土佐和生 [2005]

- 中川晶比兒「水平的協定における合理の原則と比較衡量(1)(2)完」論叢 155 卷 2 号 57 頁以下, 155 卷 4 号 50 頁以下 (2004) → 中川晶比兒 [2004]
- 西村暢史「情報通信領域に対する法規制の視点：事業法と独禁法」比較法雑誌 42 卷 2 号 235 頁以下 (2008)
- 西村暢史「安全性の自主基準に適合しない製品の共同ボイコット〔日本遊戯銃協同組合事件〕」経済法百選 92 頁以下 (2010) → 西村暢史 [2010]
- 二本柳高信「利益集団と立法(1)~(3)完——反トラスト法州行為法理をめぐる論争を手がかりに——」都法 41 卷 1 号 293 頁以下, 2 号 389 頁以下, 42 卷 1 号 257 頁以下 (2000~2001) → 二本柳高信 [2000~2001]
- 根岸 哲『規制産業の経済法的研究 I』(成文堂, 1984) → 根岸哲 [1984]
- 根岸 哲『独占禁止法の基本問題』(有斐閣, 1990) → 根岸哲 [1990]
- 根岸 哲「道路運送法上の認可運賃制と独占禁止法」公正取引 499 号 4 頁以下 (1992) → 根岸哲 [1992]
- 根岸 哲「貸切バス運賃カルテルと独占禁止法」公正取引 541 号 11 頁以下 (1995) → 根岸哲 [1995]
- 根岸 哲「規制緩和と独占禁止法」公正取引 600 号 12 頁以下 (2000)
- 根岸 哲『『競争法』としての民法, 知的財産法, 独占禁止法』法曹時報 56 卷 1 号 1 頁以下 (2004) → 根岸哲 [2004]
- 根岸 哲『『競争の実質的制限』と『競争の減殺』を意味する公正競争阻害性に一貫した基本的な判断枠組み』甲南法務研究 5 号 1 頁以下 (2009) → 根岸哲 [2009a]
- 根岸 哲「1 条 [目的]」根岸哲 (編)『注釈独占禁止法』(有斐閣, 2009) 1 頁以下 → 根岸哲 [2009b]
- 根岸 哲「新潟タクシー運賃カルテル事件 = 東京高判平成 28・9・2」新・判例解説 Watch 経済法 No.53 (2016)
- 根岸 哲 = 舟田正之『独占禁止法』(有斐閣, 第 5 版, 2015) → 根岸 = 舟田 [2015]
- 長谷河亜希子「State Action Doctrine (州行為の法理) と連邦反トラスト法」土田和博 = 須網隆夫 (編) [2006] 131 頁以下 → 長谷河亜希子 [2006]
- 服部育生「三重県バス協会事件 = 公取委審決平成 2・2・2」独禁法百選 (第 4 版) 88 頁以下 (1991) → 服部育生 [1991]
- 林 秀弥「〔判批〕新潟タクシー運賃カルテル事件 = 審決平成 27・2・27」公正取引 783 号 70 頁以下 (2016) → 林秀弥 [2016]
- 稗貫俊文「2 条 6 項」根岸哲 (編)『注釈独占禁止法』(有斐閣, 2009) 74 頁以下 → 稗貫俊文 [2009]

- 日野辰哉「タクシー事業規制における競争自由と公益」法学教室 409号 49頁以下
(2014) → 日野辰哉 [2014]
- 平林英勝『独占禁止法の歴史(上)』(信山社, 2012) → 平林英勝 [2012]
- 平林英勝『独占禁止法の解釈・施行・歴史』(商事法務, 2005) 53頁以下
- 福井秀夫「タクシー需給調整措置の法的限界(1)(2完)—法と経済分析を踏まえて—」
自治研究 87巻 9号 33頁以下, 10号 21頁以下 (2011)
- 藤田宙靖『行政法 I (総論)』(青林書院, 2013) → 藤田宙靖 [2013]
- 舟田「石油カルテル刑事事件の最高裁判決について」商事法務 1004号 2頁以下
(1984) → 舟田 [1984]
- 舟田「事業規制とカルテル——大阪バス協会事件を中心として——」公正取引 499
号 10頁以下 (1992) → 舟田 [1992]
- 舟田「大阪バス協会運賃等カルテル事件=審決平成7・7・10」平成7年度重判解
207頁以下 (1996) → 舟田 [1996]
- 舟田「NTT東西の加入者回線網の接続料認可に対する取消訴訟」メディア判例百選
214頁以下 (2005) → 舟田 [2005]
- 舟田「防衛庁石油製品談合刑事事件=東京高裁判決(平成16年3月24日)につい
て」立教法学 70号 161頁以下 (2006) → 舟田 [2006]
- 舟田『不公正な取引方法』(有斐閣, 2009) → 舟田 [2009]
- 舟田「石油価格カルテル刑事事件=最判昭和59・2・24」経済法判例・審決百選 16
頁以下 (2010) → 舟田 [2010]
- 舟田(インタビュー記事)「道運法と独禁法が相互補完的に機能する仕組みの構築
を」交通界 2011年8月8・15日合併号
- 舟田「道路運送法と独占禁止法によるタクシーの低額運賃規制」根岸哲先生古稀
『競争法の理論と課題』(有斐閣, 2013) 497頁以下 → 舟田 [2013]
- 舟田正之(編著)『電力改革と独占禁止法・競争政策』(有斐閣, 2014)
→ 舟田 [2014]
- 舟田(発言)「平成27年度シンポジウムの記録」日本経済法学会年報 37号 158頁以
下 (2016) → 舟田(発言) [2016]
- 舟田「〔判批〕新潟タクシー運賃カルテル事件=東京高判平成28・9・2」ジュリ
1504号 107頁以下 (2017) → 舟田 [2017a]
- 舟田「NTT東事件」経済法判例・審決百選(第2版)(2017) → 舟田 [2017b]
- 舟田正之=土田和博(編著)『独占禁止法とフェアコンミ』(日本評論社, 2017)
- 松宮広和「〔判批〕ソフトバンク対NTT東西事件=東京地判平成26・6・19」ジュ
リ 1474号 115頁以下 (2014) → 松宮広和 [2014]
- 松本哲治「職業選択の自由—タクシーの再規制問題を中心に」同志社法学 64巻 7号

691 頁以下（2013）

柳 武史「米国反トラスト法における反競争的行為の正当化」一橋法学 10 卷 2 号
563 頁以下（2011）→ 柳武史 [2011a]

柳 武史「〔判批〕ハマナカ株式会社に対する件＝審決平成 22・6・9」ジュリ 1418
号 120 頁以下（2011）→ 柳武史 [2011b]

山越伸浩「タクシー『サービス向上』『安全利用』推進法について一国会における
議と施策への反映について」立法と調査 354 号 73 頁以下（2014）
→ 山越伸浩 [2014]

山部俊文「〔判批〕福井県経済連事件＝公取委排除命令平成 27・1・16」ジュリ
1481 号 74 頁以下（2015）
→ 山部俊文 [2015]

若林亜理砂「米国反トラスト法における州行為原則の展開」舟田正之＝土田和博
（編著）『独占禁止法とフェアコンミニー』（日本評論社，2017）303 頁以下
→ 若林亜理砂 [2017]

和久井理子「規制改革と『州行為原則』に基づく反トラスト法責任の免除」公正取
引 612 号 83 頁以下（2001）→ 和久井理子 [2001]

和田健夫「日本における社会的規制と競争政策」経済法学会年報 21 号 31 頁以下
（2000）→ 和田健夫 [2000]

和田健夫「郵便区分機談合審決取消請求事件（差戻審）＝東京高判平成 20・12・19」
経済法判例・審決百選 46 頁以下（2010）→ 和田健夫 [2010]

和田健夫「競争制限行為の正当化事由に関する一考察」根岸哲古稀『競争法の理論
と課題』53 頁以下（2013）→ 和田健夫 [2013]

渡辺昭成「規制産業に対する独禁法の適用：独禁法と事業法の関係に関する試論」
静岡大学法政研究 10 卷 3・4 号 132 頁以下（2006）→ 渡辺昭成 [2006a]

渡辺昭成「独禁法と事業法の関係——イギリス法における両法の関係を参考として」
土田和博＝須網隆夫（編）[2006] 177 頁以下 → 渡辺昭成 [2006b]

渡辺昭成「EU 機能条約 101 条 3 項における競争制限効果と非競争的利益の衡量」国
士館法学 44 号 63 頁以下（2011）