論　説

事業者団体によるカルテル規制についての一考察

――公共の利益要件との関係を中心として――

横田直和

一　はじめに
二　独占禁止法による事業者団体規制の概要
（一）事業者団体規制の導入経緯
（二）事業者団体によるカルテル規制の必要性
（三）第三条後段違反と第八条第一号違反の相違
（四）事業者団体と「公共の利益」に関する審判決例
三　事業者団体の社会的活動に対する規制
（一）公正競争規約など広告表示の適正化に関する自主基準
（二）安全確保や環境保全などに関する自主基準
四　事業者に対する一方的拘束の独占禁止政策上の評価

（一）事業者団体による構成事業者の拘束行為
（二）私的独占における支配行為と「公共の利益」
（三）株式所有による会社支配と「公共の利益」
五　事業者団体による競争制限行為と「公共の利益」
（一）事業者団体の拘束による競争の実質的制限
（二）独占禁止法の適用除外制度との関係
（三）事業者団体によるカルテルにおける違法性の阻却
六　おわりに

一　はじめに

事業者間の話合いなどにより競争をなくす行為であるカルテルについては、競争関係にある複数の事業者間の共同行為として行われる場合と、これらの事業者を構成員とする事業者団体により行われる場合がある。事業者間の共同行為としてカルテルが行われる場合は、不当な取引制限として独占禁止法（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律）第三条後段違反となる。一方、事業者団体によりカルテルが行われる場合は、独占禁止法第八条第一号[1]違反となるが、不当な取引制限として第三条後段違反とされることもある。

独占禁止法第八条第一号は事業者団体が「一定の取引分野における競争を実質的制限すること」を禁止しており、一方、第二条第六項で「『不当な取引制限』とは、事業者が、……他の事業者と共同して……相互にその事業活動を拘束し、又は遂行することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限すること

をいう」と定義されているとおり、事業者団体によるカルテルを第八条第一号違反に問う場合と不当な取引制限として第三条後段違反に問う場合を比較すると、その構成要件に若干の相違がある。特に、第八条第一号に「公共の利益に反して」との文言が規定されていないことについては、この文言を不当な取引制限の構成要件においてどのように位置付けるかとの問題と関連して議論がなされている。

不当な取引制限の定義規定における「公共の利益に反して」との文言（以下「公共の利益要件」という。）をどのように位置付けるかについては、石油カルテル（価格協定）刑事事件[2]において裁判所の判断が示されるまでは種々の議論が行われてきたところであり、一定の取引分野における競争の実質的制限をもたらす共同行為が行われた場合に公共の利益要件との関係で独占禁止法違反が成立するか否かとの観点から学説を大別すると、

①「公共の利益」の意味は第一条に規定する「公正且つ自由な競争を促進」することであって、当該共同行為はすべて公共の利益要件を充足し、独占禁止法に違反すると解する訓示的宣言説

②「公共の利益」の意味は第一条に規定する「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進すること」であって、当該共同行為は原則として公共の利益要件を充足するが、この「公共の利益」に反しない例外的な事情があるときは、公共の利益要件を充足せず独占禁止法に違反しないと解する違法性阻却事由説

③「公共の利益」の意味は一般消費者だけでなく生産者の利益を含む国民経済全体の利益であって、当該共同行為が「公共の利益」に合致することも多いので、当該共同行為を独占禁止法に違反するとするためには公共の利益要件が充足されることを立証する必要があると解する違法要件説

などがある[3]。また、「公共の利益」の意味を違法性阻却事由説と同様に解した上、「公共の利益」に反しない例外的な場合は独占禁止法の適用除外規定が設けられている場合に限られるとして、具体的な事件処理を行う上での取扱

いは訓示的宣言説と同様であるとする説（以下「広義の訓示的宣言説」という。）もかつては有力であった。

石油カルテル（価格協定）刑事事件・最高裁判決においては「独禁法の立法の趣旨・目的及びその改正の経過などに照らすと、同法二条六項にいう『公共の利益に反して』とは、原則としては同法の直接の保護法益である自由競争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法益とを比較衡量して、『一般消費者の利益を保護するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進する』という同法の究極の目的（同法一条参照）に実質的に反しないと認められる例外的な場合を右規定にいう『不当な取引制限』行為から除外する趣旨と解すべきであ[4]」るとして違法性阻却事由説が採用されているが、訓示的宣言説が現在においても通説とされている。訓示的宣言説が通説とされている大きな理由の一つとして、不当な取引制限と同様に「一定の取引分野における競争の実質的制限」を要件としている独占禁止法第八条第一号に公共の利益要件がないことが挙げられており、訓示的宣言説によらなければ、これにつき合理的な説明ができないとされている[5]。

一方、このように訓示的宣言説が通説とされているのは、経済の国際化や規制緩和の推進などにより我が国の経済政策における競争政策の位置付けが高まることにより、カルテルが社会的に許されない行為であると考えられるようになったことも背景にある[6]と思われ、このような考え方を背景に、現在では適用除外カルテル制度の多くが廃止されるに至っている。このため、かつては競争事業者間又は事業者団体において社会公共的な観点から共同行為を実施する際には適用除外カルテルとして合法的に実施すればよかったところ、現在では、このような共同行為を行うことが独占禁止法上問題となるのではないかとの懸念が生じており、このため、「公共の利益」の意味を確定して社会公共的な観点から独占禁止法との関係を調整することが必要になっているとする見解も見られる[7]。

このような社会公共的な観点からの対応を業界で行う場合は事業者団体が中心となって対応することが想定され、

現在の事業者団体は、業界利益や構成事業者の利益を追求するような活動だけでなく、消費者の安全確保や苦情処理、地球環境の保全のための活動など社会公共的な観点からの活動が求められるようになっている[8]。しかし、独占禁止法第八条には公共の利益要件が設けられていないため、事業者団体の社会公共的な観点から活動については、独占禁止法と調整をどのように取り扱うこととするかが重要となっていると考えられる[9]。

本稿は、独占禁止法における事業者団体規制の特徴を検討することにより、公共の利益要件との関係を中心としてカルテル規制における不当な取引制限と第八条第一号違反行為との相違を明らかにするとともに、事業者団体による社会公共的観点からの自主基準設定活動などに対する第八条の規制の在り方について検討することを目的とするものである。

二　独占禁止法による事業者団体規制の概要

（一）事業者団体規制の導入経緯

ア　事業者団体法の制定

独占禁止法第八条の規定は、昭和二八年の法改正により導入されたが、この改正前においては第五条で私的統制団体の設立等の禁止規定が設けられていた[10]ほか、事業者団体法により事業者団体の活動規制が行われていた。

事業者団体法は、第二次世界大戦前において我が国経済が戦時経済体制として統制経済に移行するにつれ、中小企業に対する経済統制が事業者団体を中心として行われていた[11]ところ、戦後の経済民主化政策において事業者団体が経済統制的な活動を行うことは経済の民主化に反するとして[12]私的統制団体が閉鎖機関令などにより解体されたことを受けて、事業者団体の活動を経済民主化の観点から問題ないものに限定するため「事業者団体の正当な活動の

範囲を定め、且つ、その公正取引委員会に対する届出制を実施すること」（第一条）を目的として昭和二三年に制定されている。[13]

事業者団体法では、独占禁止法における定義規定より広い「事業者としての共通の利益を増進することを目的に含む二以上の事業者の結合体又はその連合体」を事業者団体と定義して、事業者団体の正当な活動の範囲について、事業者団体の活動が許容できる活動[14]と事業者団体が行ってはならない活動[15]を規定することにより定めている。

イ　昭和二七年の事業者団体法改正

事業者団体法は、経済統制を行うとしても国家による直接的な統制よりも事業者団体などによる自治的統制が好ましいとする我が国の従前の考え方[16]を完全に否定するものであり、また、その内容には独占禁止政策を遂行する上で必要以上に厳格な規制を行う規定や懲罰的とも思われる規定が少なくなかったため、同法の施行直後から、その改正ないし廃止が議論されており、昭和二七年に一部改正が行われるに至っている。[17]

この昭和二七年の事業者団体法の主な改正点は、①事業者団体の定義について、営利を目的として事業活動を行うことを主たる目的として現に事業活動を行っているものを除くなど、現在の定義とほぼ同じものとしたこと、②第四条の事業者団体の許容行為を限定列挙から例示的なものとし、第五条及び独占禁止法の規定に違反しない限り自由に活動できることとしたこと、③第五条の事業者団体の禁止行為のうち競争秩序を侵害するおそれのないものを除外することなどであった。この昭和二七年の改正に当たっては、事業者団体法の究極の目的である公正かつ自由な競争を阻害しない範囲で第四条及び第五条の規定を緩和することとして政府案が作成されて国会に提出されたが、第五条第一項の禁止行為については、衆議院において、改正内容を独占禁止法の保護法益と一致させるとの観点から独占禁止法の保護法益以上に拡大している条項を緩和するための一部修正が加えられており、その際の修正

により同項第八号に「不当に」との文言が追加されている。[18]

なお、前記のとおり、事業者団体法は主として経済統制が事業者団体により行われることは経済の民主化に反するとの観点から行われたものであるが、この昭和二七年の改正時には、このような観点からの議論はあまり行われず、同法の規制内容が独占禁止政策の観点から広すぎるのではないかとの観点から改正が行われている。この前者の観点からの議論があまり行われなかったのは、終戦時に存在していた私的統制団体が解散するか公的統制団体に移行したこと、戦後になって経済統制の範囲が縮小してきたことなどにより、事業者団体により経済統制が行われるといった経済実態が消滅したことによると思われる。しかし、公取委（公正取引委員会）が昭和二六年七月に事業者団体法の改正につき取りまとめて内閣総理大臣に提出した見解においては、同法の立法趣旨を堅持する以上、統制的、支配的団体による経済統制的行為を規制する必要がある旨が明らかにされている。[19]

ウ　昭和二八年の事業者団体法の廃止及び独占禁止法第八条の改正

昭和二八年の独占禁止法の緩和改正時に、事業者団体法は廃止され、事業者団体の活動規制については独占禁止法第八条で行われることになり、現在に至っている。

この昭和二八年の事業者団体法の廃止と事業者団体規制に係る独占禁止法の改正については、昭和二七年の事業者団体法の改正によって事業者団体法の法益が独占禁止法の法益とほぼ同一のものとなり、単独の法律としておく積極的な理由がないため、事業者団体法による規制の中で昭和二八年以降においても必要なものを独占禁止法の中に規定することとしたものとされている。[20]

独占禁止法第八条の事業者団体規制の内容については、廃止前の事業者団体法（昭和二七年改正法）第五条第一項の規定を昭和二八年の独占禁止法の改正趣旨（カルテル規制については、第四条の特定の共同行為の禁止規定が

削除されるなどの緩和）を踏まえ整理・要約したものとされているが、独占禁止法第八条第四号の規定は、事業者団体法第五条第一項第八号の規定とほぼ同様のものとなっている。

エ　平成二一年改正による事業者団体届出制度の廃止

事業者団体の公取委への届出制度については、事業者団体法で導入され、独占禁止法においても設けられていたが、平成二一年の独占禁止法改正により同年七月に廃止されている。

事業者団体法においては、届出制度を設けることも同法の目的規定に掲げられるなど、事業者団体が民主主義的経済秩序に対する侵害行為を行うことを防止するための監視手段としての届出制度は重要なものとして位置付けられ、届出制度を通じて違反行為が未然に防止されることとなる効果も期待されていた。しかし、平成二一年の独占禁止法改正時には、改正法案の提案理由において言及されず、また、国会審議においても質疑は行われていないように、届出制度はその使命を終えたと考えられるに至っている。[21]

（二）事業者団体によるカルテル規制の必要性

独占禁止法において事業者団体に対する規制が設けられている趣旨として、事業者団体法による規制が行われていたという歴史的経緯があることや事業者団体が構成事業者間のカルテルの温床になりやすいことが挙げられることが多いが、独占禁止法第八条第一号違反行為のうちカルテルに相当する行為が実質的に構成事業者間のカルテルであって第三条後段で問擬できるものであれば、[22]第三条後段のほかに第八条第一号の規定が設けられているのは、事業者団体によるカルテルを規制する上での便宜のためということになる。

石油カルテル（価格協定）刑事事件判決でも判示されているように、事業者団体によってカルテルが行われた場

合に、それが構成事業者間の不当な取引制限と評価できるときは、独占禁止法第八条第一号違反ではなく第三条後段違反とできることとされており、[23]公取委では、昭和四八年ころから事業者団体によるカルテルであっても構成事業者間の不当な取引制限と捉えられる場合には、第八条第一号違反ではなく第三条後段違反として処理をするようになっている。[24]

このような独占禁止法第八条第一号と第三条後段の適用関係については、事業者団体によってカルテルが行われた場合に、それが構成事業者間の不当な取引制限と捉えられないケースがあることを当然の前提としているものであり、そのようなケースがあるからこそ、カルテル規制として第三条後段のほか第八条第一号を設けなければならない法技術上の要請があることになる。

そもそも、事業者団体とは「事業者としての共通の利益を増進することを主たる目的とする二以上の事業者の結合体」（第二条第二項）をいい、ある団体が事業者団体に該当するとされるためには、①その団体の構成員が「事業者」に該当すること、②その団体が「事業者としての共通の利益を増進することを主たる目的とする」こと、③その団体が二以上の事業者の「結合体」であることとの三つの要件を満たす必要がある。これらの要件のうち、①は事業者の団体でなければカルテル規制と関係がなく、②は同業者団体などこの要件を充足する団体の場合はカルテルを誘発しやすいという事情に関するもので、いずれもカルテル規制として第八条第一号を設けなければならない法技術上の要請と関係がない。これに対し、事業者団体はこの③の二以上の事業者の「結合体」であることから、各事業者間の共同行為であるカルテルを規制する独占禁止法第三条後段だけでは対処できないと考えられる。

従来、独占禁止法第八条第一号違反に問われた事業者団体がこの「結合体」に該当しないとして争った事例はなく、具体的にどのような要件があれば「結合体」に該当することとなるかといった議論もあまり行われていないが、構成事業者の集まりとは別の社会的存在と認められるようなものでなければ「結合体」には当たらないとされてい

る。[25] すなわち、この「結合体」については、例えば株式会社が単なる株主の団体ではなく個々の株主とは別の社会的な活動体であるとされるのと同様に、単に二以上の事業者が集まって継続的に活動を行っているといった存在ではなく、構成事業者の集まりとは別の社会的な存在と評価されるものである。二以上の事業者の集まりが結合体として構成事業者とは別の社会的な存在と評価されるか否かについては、その集まりに法人格がある場合は当然にこれが認められ、法人格がない場合であっても、法人格がある団体と同じような社会的な活動を行っているようなものである必要があると考えられる。不当な取引制限は、カルテル当事者間の合意に基づくものであるので、その内容がカルテル当事者の意思と異なることはないが、事業者団体が個々の構成事業者とは別の社会的な存在であるからこそ、事業者団体によりカルテルが行われた場合に、それが当該カルテルに係る事業活動を行う各構成事業者の意思と異なることがあり得る。このため、事業者間の合意（相互拘束）に基づくカルテルを規制対象とする独占禁止法第三条後段では事業者団体によるカルテルを規制できないことがあり得ることとなる。

（三）第三条後段違反と第八条第一号違反の相違

我が国における事業者団体にも多種多様なものがあり、各事業者団体の構成事業者をみると、大企業のみが構成事業者となっているものでは構成事業者の数が少なく、中小企業を構成事業者とするものでは構成事業者の数が多くなっている。事業者団体の意思決定機関として、通常は、総会、役員会（理事会など）があるが、構成事業者の数が少ない団体では、総会ないし役員会で全構成事業者（構成事業者が法人企業である場合は、その役員・従業員）が出席して決定が行われるのに対し、構成事業者の数が多い団体では、特に重要な事項のみを総会で決定し、一般的な事項は一部の構成事業者で構成する役員会で決定が行われるのが通常であろう。

事業者団体によって価格協定などのカルテルが行われる場合にあっても、構成事業者の数が少ない事業者団体にあっては総会など全構成事業者が出席する会合で決定が行われるのに対し、構成事業者の数が多い事業者団体にあっては役員会など一部の構成事業者が出席する会合で決定が行われて、その他の構成事業者に対しては役員会などでの決定事項として通知が行われ、その遵守が求められることが多くなっている。

事業者団体でカルテルに係る決定（合意）がなされる会合としては、総会など構成事業者の全員が出席する会合の場合と、役員会など構成事業者の一部の者のみが出席する会合の場合があり、これらの場合において「一定の取引分野における競争の実質的制限」がもたらされるまでの過程を図示すると、概ね別図のとおりとなる。

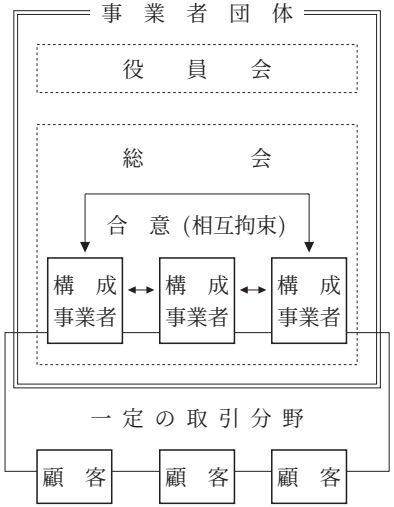
まず、カルテルにつき合意がなされたのが総会など全構成事業者が出席した会合の場であって、その全員の賛成が得られた場合には、事業者団体によって当該合意がなされ構成事業者により当該合意に基づく事業活動が行われたと評価することも、また、競争事業者間で当該合意がなされたと評価することもできる。事業者団体の構成事業者が大企業であって、その数が少ない場合には、カルテルにつき合意がなされた会合に出席した者の認識としては、事業者団体の役員や構成事業者としての立場で事業者団体の活動の一環として合意を行ったとするより、各企業の役員・従業員の立場で他の企業と話合いを行って各社の了解が得られたため合意に至ったとするのが適当であることが多いと思われる。このような場合には、カルテルにつき合意がなされたのが事業者団体の会合の場であったとしても、競争事業者間の合意により一定の取引分野における競争の実質的制限がもたらされたものとして不当な取引制限に該当すると評価するのが実態に即していると考えられる。[26] なお、その際の合意内容が一定の取引分野における競争の実質的制限をもたらすようなものであれば、当該合意がなされた時点で不当な取引制限が成立し独占禁止法第三条後段違反となる。

一方、カルテルにつき合意がなされたのが役員会など全構成事業者のうち一部の者のみが出席した会合の場である場合には、その他の構成事業者は事業者団体から連絡を受けなければ当該合意がなされたことや当該合意の内容

図　事業者団体によるカルテルで「一定の取引分野における競争の実質的制限」がもたらされる過程

【ケース 1】

決定が行われた会合が総会であって，全構成事業者が出席してカルテルについて合意がなされた場合

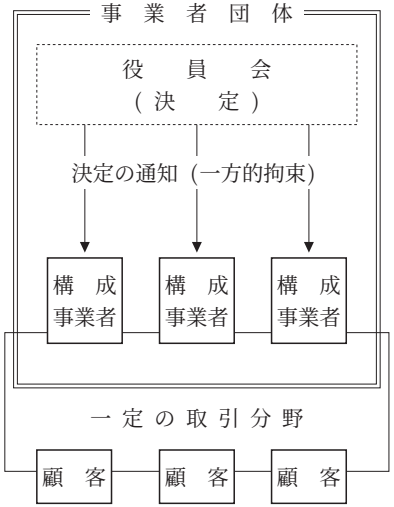


[独占禁止法上の評価]

「一定の取引分野」に属する供給者間でカルテルに係る合意が行われたとの点に注目すれば，それが事業者団体の会合で行われたとしても，合意時点で独占禁止法第 2 条第 6 項の不当な取引制限の構成要件は充足される。

【ケース 2】

決定が行われたのが役員会であって，構成事業者のうち一部の者のみでカルテルについて決定がなされ，その決定内容が全構成事業者に通知がなされた場合



[独占禁止法上の評価]

役員会の決定が通知されないのであれば「一定の取引分野」に属する供給者である構成事業者は決定内容を知り得ず，それに従った事業活動を行えないので，一定の取引分野における競争制限はもたらされない。また，個々の構成事業者が他の構成事業者の状況を知らなければ「相互拘束」も存在しない。

を知ることはできない。事業者団体によるカルテルであっても一定の取引分野における競争の実質的制限がもたらされなければ独占禁止法違反とならないところ，一定の取引分野において事業活動を行っているのは構成事業者であるため，構成事業者の事業活動が事業者団体の合意内容に従って拘束されるのでなければ，一定の取引分野における競争の実質的制限がもたらされることはない。このため，一定の取引分野における競争の実質的制限がもたらされる程度の数の構成事業者に対し，事業者団体の合意内容が伝えられ，これらの構成事業者が合意内容に従って事業活動を行おうとする（当該合意により事業活動が拘束される）時に，独占禁止法違反が成立することとなる。[27]

そして，各構成事業者が事業者団体の決定内容に従って事業活動を行うのが「他の構成事業者も事業者団体の決定内容に従って活動を行うこととなるので，自社もこれに従う」といった事情があることが立証できれば構成事業者間に相互拘束が認められ得る余地があるが，単に「事業者団体の決定には従うべき」などとして他の構成事業者の対応状況にかかわらず事業者団体の決定内容に従った事業活動を行っている場合は，事業者団体による一方的な拘束が認定できるだけであって独占禁止法第八条第一号違反として問擬できるものの，事業者間の相互拘束行為の存在が構成要件となっている不当な取引制限としては問擬できないこととなる。

このように，事業者団体によるカルテルの場合には，競争事業者である構成事業者間の相互拘束行為が存在しないことがあり得るとか，存在するとしてもその認定が著しく困難であるとの事情があるため，不当な取引制限に係る規定のほかに，独占禁止法第八条第一号の規定を特に設ける必要があったと考えられる。

（四）事業者団体と「公共の利益」に関する審判決例

過去の独占禁止法第八条第一号違反事件においては，事業者団体側が「公共の利益」に反しないとか社会的に是認される行為であるなど同号の構成要件に明示されていない事情を主張したものもみられる。公取委の審決例及び

民事事件を含む裁判例で、事業者団体側の主張が認められたものはないが、主要な事件につき独占禁止法第八条第一号に係る事業者団体側の主張と公取委ないし裁判所の判断を示した上で、若干の論評を加えると、概ね次のとおりである。

ア　石油カルテル（生産調整）刑事事件・東京高裁判決[28]

本件は、石油連盟が構成事業者である石油精製会社の原油処理量を制限したことが独占禁止法第八条第一号に違反し、同法第八九条第一項第二号及び第九五条第二項の罪に当たるとして、石油カルテル（価格協定）刑事事件とともに刑事訴追されたものである。

石油連盟側では、同連盟は石油業法の運用の一環として通商産業省の代行者として原油処理量の配分作業に携わっていたものであるので、法律秩序全体の見地から見て社会的相当行為であって刑法第三五条により違法性が阻却されると主張している。東京高裁では、石油業法を実施するための通商産業省の指示又は委任に基づいて行われた措置で同法がそのような運用ができる場合には刑法第三五条により違法性が阻却され、そうでない場合であっても、同省がその任務を実施するために必要とされ同省の指導ないし容認の下に行われた協力措置であれば、同条の趣旨により違法性が阻却される余地があるとしたが、本件についてはこのような場合には該当しないとして違法性は阻却されないとしている。

また、本件においては、通商産業省による行政指導が行われていたところ、東京高裁では、同省は石油業法等に従い石油行政を行う任務を有するので、その行政目的を達成するために必要な限度で行政指導を行うこと（その指導内容が法令に違反せず、また、実質上の強制に等しいような不当な手段によらず、石油業者等に任意の協力を求めて働きかけること）は、石油業法も予定しているのであって許容されるとしたが、次のとおり、事業者団体を指導

して傘下の構成事業者に対する原油処理量の制限を行わせることは、事業者団体に対し独占禁止法第八条第一号に違反する行為をさせることである等としている。[29]

更に、右の方法［注：多数の石油精製業者に対し一律に原油処理量を制限する基準を示して指導する方法など］の統制的な色彩を避け、円滑に需給調整を行なう目的で、事業者団体を指導して各業者に対する原油処理量の制限を行なわせる方法も用いられたことがある。この方法は、行政指導による自主調整とも呼ばれるが、指導のしかたによっては実質的に前記の方法とあまり異ならないし、いずれにしても行政介入になる。しかもそれは、ほとんど常に共同行為を招くことになる上、事業者団体に対し独占禁止法八条一項一号に形式的に違反する行為を指示することにほかならず、石油業法がその運用として本来そこまで予定しているものとは解し難い。石油業についても、独占禁止法の定める不況カルテルの要件を満たすに至り、共同行為を必要とするときは、正規の手続をふみ公正取引委員会の認可を受けてこれを行なうべきであるというのが法の趣旨であると解される。したがって、右のような行政指導は、一般に許容されないものといわなければならない。

もっとも、刑法上の行為の違法性は、単に個々の法規の解釈によるだけでなく、諸般の具体的事情を考慮し、法秩序全体の見地から判断されるべきものである。

この東京高裁判決は刑事事件に係るものであり、石油連盟の行為の違法性に関する判示も基本的には刑事法上の違法性に関するものであるが、右に引用した事業者団体に対する行政指導についての判示は行政法規としての独占禁止法に係るものと考えられる。しかし、この判示においては、独占禁止法第八条第一号と公共の利益要件との関係につき東京高裁がどのように判断しているのかは必ずしも明確ではない。

石油カルテル（価格協定）刑事事件・東京高裁判決においては、最高裁判決と同様に、不当な取引制限に係る公共の利益要件につき違法性阻却事由説に従った判断をしているので、不況カルテルによらなければならない特段の

事情があれば公取委の認可を受けなくとも独占禁止法に違反しない余地があり得ることとなる。このため、公取委の認可を受けるべきとの判示が事業者団体に係るものであるとすると、第八条第一号には公共の利益要件が定められていないため公取委の認可を受けなければ同号違反となるという趣旨を明らかにしたものと解することになる。しかし、このような解釈は、不当な取引制限に係る公共の利益要件を違法阻却事由説的に解釈する立場と矛盾するように思われる。また、東京高裁が第八条第一号に公共の利益要件がないため公取委の認可を受けなければ同号違反となると判断しているのであれば、通商産業省から行政指導を受けて事業者団体がカルテルを行った場合であっても第八条第一号違反となるのは当然であるので、同号に「形式的に」違反するとの限定は不要ではないのではないかとの疑問もある。

イ　大阪バス協会事件・審判審決[30]

本件は、大阪バス協会が会員貸切バス事業者の貸切バスの運賃等（運賃及び料金）の低落に歯止めをかけて引き上げるために最低運賃等を決定し、会員貸切バス事業者がこの決定に従い運賃等を収受していることについて、公取委が独占禁止法第八条第一号違反として勧告を行ったところ、同協会が決定した最低運賃等が道路運送法により認可された運賃等よりも低い水準であったことから、勧告が応諾されず、審判手続が行われたものである。

道路運送法では運輸大臣（当時）の認可を受けた運賃等を正当な理由がないのに実施しない場合は事業改善命令などの処分を受けることとなっているところ、大阪バス協会は、①認可運賃等を下回る運賃等による競争は法的に保護される競争ではないので、本件行為がそのような競争を制限するものであるとしても、独占禁止法が適用されて違反とされるものではない、②仮に本件行為に独占禁止法が適用され得るとしても、認可運賃等を下回る運賃等の収受は道路運送法に違反するものであって、本件行為は道路運送法による運賃等の規制を遵守するためのものであるため、「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」ものではないし、「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究極目的に反しないと認められる例外的な場合に該当するから、第八条第一号に該当しない、などと主張した。

これに対し、審決においては、道路運送法による運賃等の認可制が法規範性を失っているといった特段の事情がなければ、認可運賃等を下回る運賃等の収受による競争は道路運送法上違法な取引条件に係るものであるので、そのような競争を制限したとしても独占禁止法第八条第一号の「競争を実質的に制限すること」との構成要件に該当しないとした上で、運賃等の認可制が法規範性を失っているとの証明が審査官によりされていないので、大阪バス協会の行為は同号に違反するものではないとされている。

このように、大阪バス協会では公共の利益要件に該当するような事情があるため独占禁止法第八条第一号に違反しないとの主張も行っているが、審決においては、この主張につき判断することなく、「一定の取引分野における競争の実質的制限」の解釈を通じて同号に違反しないものとしている。

ウ　日本遊戯銃協同組合に対する損害賠償請求事件・東京地裁判決[31]

本件は、エアーソフトガン（ガス圧等を利用してプラスチック製弾丸であるＢＢ弾を発射する機能を有する射的銃）のメーカーを構成事業者とする遊戯銃協組（日本遊戯銃協同組合）の非組合員であるデジコン電子が同協組の定めた安全自主基準を満たしていないエアーソフトガン及びＢＢ弾を販売したことについて、同協組が構成事業者の取引先卸売業者の団体及び小売業者に同社の製品を取り扱わないよう要請したのに対し、同協組の行為が独占禁止法に違反するとして、同社が民法第七〇九条の規定に基づき損害賠償請求訴訟を提起したものである。

裁判において、遊戯銃協組は、安全自主基準を満たさないような威力の強いエアーソフトガンで事故が発生した

場合、エアーソフトガンの危険性が社会問題化し、かつて安全性の問題から法的規制の対象とされ業界が壊滅したモデルガンと同様の事態になるおそれがあることから、消費者の安全確保及び法的規制の防止を目的として構成事業者の取引先に要請をしたことは社会的に相当な行為であって違法性はないと主張している。

東京地裁は、遊戯銃協組の行為は、デジコン電子と取引をした場合には同協組の構成事業者の製品を供給しない旨を告げて同社の製品の取扱い中止を要請したことにより同社が自由に市場に参入することが著しく困難になったことが認められるので、独占禁止法第八条第一号の不当な競争制限（一定の取引分野における競争を実質的に制限すること）の構成要件に形式的に該当すると認められる[32]が、「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、『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展を促進する』という同法の究極の目的（同条一条）に実質的に反しないと認められる例外的な場合には、当該行為は、公共の利益に反さず、結局、実質的には『一定の取引分野における競争を実質的に制限する行為』には当たらないというべきである[33]」とした上で、「本件妨害行為は自由競争経済秩序の維持という独禁法の保護法益を犠牲にしてまで、消費者及びその周辺社会の安全という法益を守るため必要不可欠なやむを得ない措置としてされたものであるとは到底認められないから、前記独禁法の究極の目的に実質的に反しない例外的な場合であるとは認められず、ひいては公共の利益に反しないものとはいえないから、本件妨害行為は独禁法が禁止している前記『不当な競争制限』に該当するというべきである[34]」としている。なお、本件においては、遊戯銃協組の定めた安全自主基準の目的及び内容には一応の合理性があるとされているものの、同協組の構成事業者が製造するエアーソフトガンの中にも同協組の定めた安全自主基準を満たさないものがあることなどから、その実施方法については社会的に相当なものではないとされている。また、デジコン電子では、遊戯銃協組の行為が独占禁止法に違反するとして公取委に申告

を行ったが、公取委では、措置をとらないことにした旨の通知を第四五条第三項の規定に基づき同社に行っている。

本件は、遊戯銃協組がデジコン電子と取引した小売業者に対し同協組の構成事業者の製品を供給しないようにさせたことが事業者に不公正な取引方法（共同ボイコット）に該当する行為をさせたとして独占禁止法第八条第五号に該当し、さらに同条第一号にも該当するとされたものである。このため、事業者団体によるカルテル行為ではなく事業者団体による私的独占的な行為が問題となったと評価されるものであって、独占禁止法第八条第一号と公共の利益要件の関係について議論がなされてきた従来のケースとは異なるものである。すなわち、独占禁止法秩序の下では、競争事業者間で競争を行わないことを合意することによりもたらされる競争制限効果の評価と競争事業者が結合して一部の競争事業者を市場から排除することによりもたらされる競争制限効果の評価は異なるので、仮に同号にも公共の利益要件が実質的に設けられていると解すべきであるとしても、石油カルテル（価格協定）刑事事件・最高裁判決の論理をそのまま適用してよいかとの問題がある。

三　事業者団体の社会的活動に対する規制

（一）公正競争規約など広告表示の適正化に関する自主基準

事業者団体が構成事業者の利便だけでなく顧客の利便を図るなど社会的な観点も踏まえ設定した自主基準としては、まず、消費者の商品選択を容易にするための広告表示に係る自主基準がある。このような広告表示に関する自主基準の代表例としては、景品表示法（不当景品類及び不当表示防止法）の規定に基づく公正競争規約がある。

表示に係る公正競争規約については、平成二一年九月現在で六九の業種で実施されており、そのすべての実施主体は事業者団体となっている。この公正競争規約の実施主体である事業者団体については、酒類関係では全国小売

酒販組合中央会などの既存の業界団体となっているが、その他の業種では公正競争規約を実施するための組織である公正取引協議会が設けられている。

公正競争規約が実施されている業界においては、事業者団体である公正取引協議会が構成事業者に対し公正競争規約を遵守するよう指導することとなるが、その際に、公正競争規約に違反した事業者に違約金を課すなど、ある程度の強制を行うことも認められている[35]。

景品表示法上の公正競争規約については、独占禁止法の適用が除外されることになっている（景品表示法第一一条第五項）が、景品表示法の制定前から公正競争規約と同様の行為が行われていた業種があり[36]、また、事業者団体ガイドライン（事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針（平成七年一〇月三〇日・公取委））の第2の8において「消費者の商品選択を容易にする基準の設定」が原則として独占禁止法違反とならない行為とされているとおり、公正競争規約に係る独占禁止法の適用除外は基本的には公正競争規約に係る事業者団体の行為が同法に違反しないことを確認する規定と解されている[37]。

なお、公正競争規約については、表示に係るもののほか景品類に係るものがあるが、平成八年の景品規制の見直しの結果、出版関係など一部の規約を除けば、その規制基準は景品表示法によるものと同様となっているので、基本的には、法令の規定を遵守するためのものと取り扱われることになろう。

（二）安全確保や環境保全などに関する自主基準

近年、事業者団体が社会公共的な観点から積極的に活動を行うようになったものとして、安全の確保や環境の保全に関する自主基準を作成するなどの自主規制に係るものがあり、前記二（四）ウの日本遊戯銃協同組合事件もこのような活動に関するものであるので、これを参考に、このような事業者団体に対する独占禁止法の適用につき検討を行うこととする。

事業者団体による自主基準の策定事案において、従来、独占禁止法との関係が議論されていたものは、事業者団体が社会的な配慮の下に自主基準を作成し、構成事業者にその遵守を求めることは独占禁止法上問題となるか、また、その際、自主基準を遵守することに反対する構成事業者がいた場合に、当該構成事業者に対し自主基準の遵守を求めるために事業者団体としてどのような対応ができるかという点である。

この点に関し事業者団体ガイドラインの第2の7⑵においては、環境の保全や安全の確保等の社会公共的な目的に基づく必要性から品質に係る自主規制等の活動を行う場合であっても、これらの利用・遵守は事業者の任意の判断に委ねられるべきであって、事業者団体がその利用・遵守を構成事業者に強制することは一般には独占禁止法第八条第四号上問題となるおそれがあるとしている[38]。また、これらの自主基準を作成したいとする事業者団体から公取委に相談がなされた場合には、その基準の内容に独占禁止法上の問題がないと判断されるようなときであっても、その利用を構成事業者に強制するものではないこととの条件が付されることも多い[39]。

しかし、構成事業者の全くの任意の判断で利用・遵守される自主基準であれば、そもそも事業者団体がそのような活動を行う必要性は乏しいので、自主基準の内容が社会的に妥当であって多くの事業者により利用・遵守されなければ意味がなくなるようなものであれば、ある程度の強制力をもって利用・遵守を求めることはやむを得ないと考えられる。例えば、その自主基準の目的及び内容が妥当なものである場合に、日本遊戯銃協同組合事件のように「組合員の多くは、本件自主基準の必要性のあることは認識しており、他社が本件自主基準を守るならば自社も守ろうという考えであったものの、他の組合員が自主基準を遵守していない状況下で自社のみ自主基準に合致した製品を製造すれば、当該製品の売れ行きが伸びず競争に負けるという理由で、本件自主基準に違反する〇・四Ｊを超える威力を有する製品を製造販売し、その結果、平成二、三年当時、組合員が製造しＡＳＧＫシール［注：自主基

準に合致していると認められた制限について貼付できる合格証紙」が貼付された製品でも○・四Ｊを超える威力を有する製品が多数を占めるという状況[40]」になるおそれがあるのであれば（また、自主基準が遵守されない結果、事故が多発すれば、自主基準より厳しい公的な規制が行われて、業界自体の存続も危ぶまれる事態になる可能性があるのであれば）、構成事業者に対し自主基準を遵守するよう強く求めることや自主基準に違反した構成事業者に対し何らかのペナルティを課すことにも妥当性があるとする考え方もあり得よう。このような考え方は景品表示法上の公正競争規約の取扱いを見ても是認される余地があると考えられるが、これが是認される場合は、独占禁止法第八条第一号との観点からは、自主基準の作成及び実施が「公共の利益」に合致するとして同号に違反しないとするのではなく、自主基準に反するような製品を販売することによる競争は独占禁止法が保護すべき競争ではなく、したがって「一定の取引分野における競争の実質的制限」に該当しないと解することとなろう。

四　事業者に対する一方的拘束の独占禁止政策上の評価

（一）事業者団体による構成事業者の拘束行為

事業者団体によるカルテルは、典型的には、事業者団体が構成事業者の事業活動を拘束することによるものである。事業者団体が構成事業者の事業活動を拘束することにより一定の取引分野における競争を実質的に制限する場合には独占禁止法第八条第一号違反となるが、同条第四号では、事業者団体が構成事業者の機能又は活動を不当に制限すること自体も禁止している。

この独占禁止法第八条第四号の規定は、事業者団体法第五条第一項第八号の規定を引き継いだものであり、昭和二七年改正後の事業者団体法第五条第一項第八号の規定と比べると、構成事業者の機能又は活動の制限に「着手すること」との文言が削除されたものの、規定振りについては基本的に同様のものとなっている。しかし、事業者団体法第五条第一項第八号の規定は同項第一号から第七号までの規定を総括的に定めたものであって[41]、同項第一号から第七号までの規定の多くは独占禁止法旧第四条（特定の共同行為の禁止）と同様の規定であるところ、事業者団体規制が独占禁止法に導入された昭和二八年の法改正時に、事業者団体法が廃止され、独占禁止法旧第四条の規定が削除されるなどカルテル規制が緩和されたため、「構成事業者の機能又は活動を不当に制限する」ものとして規制される事業者団体の活動の範囲は縮小したと考えられる。

このように昭和二八年の事業者団体法の廃止と独占禁止法の緩和改正により違法となる事業者団体の行為は事業者団体法時代よりも縮小したとしても、現在においても、複数の事業者間でカルテルが行われる場合に比べ事業者団体によるカルテルは厳しく規制されている。独占禁止法第八条による事業者団体の活動規制として、第三条後段違反に相当する第八条第一号の規制だけでなく同条第四号（及び第三号）の規制が設けられていることについては、単に同条が事業者団体法の規制を引き継いだという歴史的経緯があるといった消極的な理由によるとするのではなく、現在においても、事業者団体に対しては独占禁止政策上特に厳しい対応を行うべき理由があるとされていると解さざるをえない[42]。

事業者団体の競争制限的行為につき一般の事業者間のものよりも厳しい規制を行っている理由としては、

① 我が国の事業者団体に私的統制団体的な性格が残っていたため、独占禁止法第八条で事業者団体を規制する際にも、旧事業者団体法による規制を一部引き継いだこと

② 事業者団体はカルテルの温床になりやすく、また、事業者団体が構成事業者の活動を制限することにより構成事業者の共通の利益を追求しがちであるので、競争の実質的制限に至る前に規制する必要があること

③ 事業者団体によるカルテルは事業者間で行われるカルテルよりも強固であるので、競争制限効果が生じてから

では、それを排除し競争を回復することが困難であること
などが指摘されている。[43]

これらのうち、②の点については、独占禁止法第八条第四号違反として審決・排除措置命令が行われた事件が審決等を行わず放置しておけば同条第一号違反となるようなものであって、同条第四号の規定があるため同条第一号違反が少なくなっているのであれば、同条第四号を設けた意味があると考えられるが、過去の同条違反事件の実態は必ずしもそのようなものではない。[44] また、③の点については、特にカルテル参加者が多い場合などでは、事業者団体によるカルテルでは競争事業者間のカルテルよりも強固なカルテルとなる可能性はあろうが、事業者団体の場合に公取委が排除措置を命じたとしても競争の回復が困難であるかには疑問もあり、また、競争制限がもたらされる前に第八条第四号を適用して競争を回復させたような事例はほとんどないと思われる。

このため、現在においても事業者団体に対し厳しい規制が行われている理由としては、この①の観点からのものであって、事業者団体法の場合と同様に、事業者団体が構成事業者を不当に拘束すること自体が独占禁止法秩序に反するものとの評価がなされているためと解さざるを得ない。しかし、問題は、このような評価が独占禁止法の他の規制と斉合的なものであるかどうかであるので、次に、事業者団体による構成事業者の活動の拘束行為に相当する一方的な拘束や制限と類似の行為が問題となる他の違反行為類型における取扱いについて検討する。

（二）私的独占における支配行為と「公共の利益」

カルテルと並ぶ独占禁止法の主要な違反行為類型である私的独占は、第二条第五項の定義規定のとおり「事業者が、他の事業者の事業活動を排除又は支配することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」を構成要件とするものである。このように、私的独占においても公共の利益要件が定めら

れているので、これをどのように解するかとの問題がある。私的独占における公共の利益要件の取扱いについては、一般に、不当な取引制限の場合と同様に、訓示宣言説的に解されているが、違法性阻却事由説が判例の立場であるので、ここでは、違法性阻却事由説の立場から検討を行うこととする。

違法性阻却事由説のように「公共の利益」の意味を「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進すること」と解する立場から不当な取引制限における公共の利益要件の位置付けを検討するに当たっては、一定の取引分野における競争を実質的に制限するような共同行為を禁止することがこの「公共の利益」の実現にどのようにつながると理解するかとの点を明らかにすることが重要である。これと同様に、この立場から私的独占における公共の利益要件の位置付けを検討するに当たっては、一定の取引分野における競争を実質的に制限するような「排除（他の事業者の事業活動の排除）」行為又は「支配（他の事業者の事業活動の支配）」行為を禁止することが「公共の利益」の実現にどのようにつながると解するかを明らかにすることが重要となる。

私的独占における「排除」及び「支配」行為のうち、公共の利益要件との関係で議論がなされているものは、良質廉価な商品を生産販売することにより競争者を市場から駆逐する行為を私的独占の構成要件との関係でどのように解するかについてである。

不当な取引制限について違法性阻却事由説をとる立場から私的独占における「排除」及び「支配」行為と公共の利益要件の関係につき明示的に論じられたことはないと思われる[45]が、不当な取引制限につき広義の訓示的宣言説をとられる今村教授は、私的独占における公正の利益要件の場合には、違法性阻却事由説的な考え方をされている。今村説においては、良質廉価な商品提供により競争者を市場から駆逐することも私的独占にいう「排除」に該当するが[46]、仮にこの「排除」行為により一定の取引分野における競争の実質的制限がもたらされたとしても「公共の利益」に反せず私的独占に該当しないとする一方、他の事業者の事業活動を「支配」することにより一定の取引分野

における競争の実質的制限がもたらされた場合には「公共の利益」に反しないことはないので、すべて私的独占に該当するとされている。[47]

独占禁止法は「国民経済の民主的で健全な発達を促進すること」を究極的な目的の一つとするものであるため、その制定当初から、経済民主化のための法制度として最も基本的なものと考えられている。[48] 経済民主化との関連で独占禁止法が言及される場合には、私的独占、カルテル、企業結合などにより経済力が集中することによって一般消費者や中小企業の利益が損なわれることが重視されることが多いが、そもそも、各事業者が自己の判断により事業活動を行い得るような状況を確保できるようにすることが戦後の経済民主化政策と呼ばれるもの[49]であり、これは市場メカニズムが十全に機能する前提でもあって、「公共の利益」を違法性阻却事由説のように解する立場からすれば、市場支配的な事業者が他の事業者の事業活動を支配することによって「一定の取引分野における競争の実質的制限」がもたらされる場合には公共の利益要件が充足されることは当然のこととなろう。そして、このような事情は、事業者団体によって構成事業者の事業活動を拘束することにより「一定の取引分野における競争の実質的制限」がもたらされる場合も同様であると考えられる。

（三）株式所有による会社支配と「公共の利益」

合併や株式所有などにより「一定の取引分野における競争の実質的制限」がもたらされることとなる場合を規制する企業結合規制においても、事業者団体規制の場合と同様に、公共の利益要件は設けられていないので、ここでは他の会社の支配による競争制限を規制対象とする株式所有規制について「公共の利益」との関係を検討する。

株式所有は会社支配のための最も有効な手段であり、株式所有により株式発行会社の経営を支配することも私的独占における「支配」に含まれると解される[50]ので、私的独占における公共の利益要件につき今村説のように解する

立場からは、株式所有により「一定の取引分野における競争の実質的制限」がもたられる場合にはすべて「公共の利益」に反することになると解される。したがって、株式所有規制につき公共の利益要件が設ける必要はなく、独占禁止法第一〇条に公共の利益要件が規定されていないのも当然のこととなる。

独占禁止法の株式所有規制において、株式所有による会社支配が否定的なものとされているとすることについては、会社による他の会社の株式所有が原則的に禁止されていた制定当初の独占禁止法の場合[51]においては明らかである。また、昭和二八年の独占禁止法改正後においても、株式を所有することにより他の会社の事業活動を支配することのみを事業とする純粋持株会社が平成九年まで禁止されていたこと[52]から、昭和二八年の独占禁止法改正後においても株式所有による会社支配自体を否定的に評価していたものと考えられる。

五　事業者団体による競争制限行為と「公共の利益」

（一）事業者団体の拘束による競争の実質的制限

前記四（二）及び（三）のとおり、独占禁止法秩序においては、事業者が他の事業者の事業活動を支配することにより当該他の事業者の属する一定の取引分野における競争を実質的に制限する場合には「公共の利益」に反するとの評価がなされていると考えられる。

また、事業者団体によるカルテルの典型的な形態は、事業者団体が構成事業者に対して有する拘束力（構成事業者の機能又は活動に対する制限行為）を利用して構成事業者の競争機能を阻害することにより行われるものであって、独占禁止法のカルテル規制において、第三条後段の規定のほか第八条第一号の規定が設けられているのは、このような事業者団体の拘束力による競争の実質的制限については、構成事業者間の相互拘束行為を要件とする第三

条後段では対処できないためであると考えられる。

そして、事業者団体による構成事業者に対する一方的な拘束行為は、私的独占における他の事業者の事業活動に対する支配行為や株式所有規制における株式所有による株式発行会社の経営支配行為と同種の行為と評価できるので、独占禁止法第八条第一号には公共の利益要件が設けられていないと解されることとなろう。

(二) 独占禁止法の適用除外制度との関係

ア　独占禁止法の適用除外制度と「公共の利益」の関係

平成九年及び平成一一年の独占禁止法の適用除外制度の整理等に関する法律（平成九年法律第九六号及び平成一一年法律第八〇号）などにより、独占禁止法上の不況カルテル制度及び合理化カルテル制度を含む多くの適用除外カルテル制度が廃止されてきたが、現在でも独占禁止法の適用除外カルテル制度を設ける法律が存在する。これらの適用除外カルテル制度の中には、事業者間のカルテルにつき独占禁止法の適用を除外するだけでなく、事業者団体によるカルテルについても独占禁止法の適用が除外されているものもある。

これらの適用除外カルテルが競争秩序に及ぼす影響はまちまちであるが、事業者の経営の安定化等を図るために事業者間の競争を制限することを内容とする適用除外カルテル制度も数多く存在した。このような適用除外カルテルについては、当該カルテルの根拠法に基づいて実施されているものでなければ独占禁止法違反となると解されているが、これらの根拠法も国民経済の健全な発展に資することなどを法律の究極的な目的としているので、独占禁止法上の「公共の利益」を独占禁止法の究極目的のように解した場合には、これらの根拠法に基づく措置もこの「公共の利益」の実現に資するものではないかとの疑問が生ずる。

これについては、独占禁止法の不況カルテル制度や個別立法による適用除外カルテル制度は独占禁止政策とは別

の産業保護政策などの観点から導入されたものであり、これらと独占禁止法上のカルテル規制に斉合性があると解することは困難であるとして、不当な取引制限における公共の利益要件と関係がないとする考え方もある。

しかし、石油カルテル（価格協定）刑事事件判決において違法性阻却事由説が採用されたのは独占禁止法上の不況カルテル制度との関係を踏まえたものであり、また、広義の訓示的宣言説の根拠の一つとして適用除外カルテル制度は独占禁止法上の「公共の利益」に反しないものと解さざるを得ないことが挙げられている[53]ので、まずは、前記（一）のように事業者団体による拘束力によってカルテルが実施された場合は「公共の利益」に反することとなると解する立場から、事業者団体による適用除外カルテルに認められている理由が説明できるかどうかにつき検討を行う必要があろう。

イ　独占禁止法上の旧・適用除外カルテルの取扱い

まず、独占禁止法で認められていた不況カルテル制度は、不況状態が特に深刻化し、カルテルによらなければ事態を改善できないような事情がある場合に、公取委の認可を受けてカルテルを行うことができるものであり、このカルテルには事業者団体が構成事業者に実施させるものも含まれていた[54]。

違法性阻却事由説及び広義の訓示的宣言説においては、旧第二四条の三の規定に基づく不況カルテルが事業者間で行われた場合には「公共の利益」に反しないとの取扱いがなされると解しているので、事業者団体が構成事業者に不況カルテルを行わせる場合であっても、事業者間で不況カルテルが行われた場合と同様の事情があれば、同様に「公共の利益」に反しないとの取り扱ってよいと考えられる。

旧第二四条の三の規定に基づく不況カルテルが認められるためには、不況カルテルを許容するに足りる不況状態があると認定されるための要件（同条第一項）と、申請のあったカルテルの内容に弊害がないなどと認められるた

めの要件（同条第四項）がある。この後者の要件の一つとして不況カルテルへの参加又は脱退を不当に制限しないことが定められているので、公取委の認可手続の過程において、事業者団体によるものであっても構成事業者は独自の判断で不況カルテルに参加していることが確保されていると評価できるものと考えられる。また、認可手続に必要な構成事業者の経営状況等を示す資料についても、旧第二四条の三の規定に基づく認可申請手続[55]を定めた公取委規則において、企業秘密の確保の観点から各構成事業者が公取委に直接提出することとされ、また、不況カルテルの実施も公取委の監視下に行わなければならないので、事業者団体の拘束力により構成事業者が不況カルテルを実施しているとの側面は非常に希薄なものと考えられる。

なお、独占禁止法旧第二四条の四の規定に基づく合理化カルテル[56]制度については、「一定の取引分野における競争の実質的制限」に該当しないなど独占禁止法に違反しないことを確認するためのもの（確認的規定）と解する余地があり、合理化カルテル制度がそのようなものであれば「公共の利益」との関係を検討する必要はなくなり、また、そのようなものでないとしても、不況カルテル制度と同様に評価することができると考えられる。

ウ　個別立法に基づく適用除外カルテルの位置付け

個別立法に基づく適用除外カルテルのうち、過去に実施された件数が最も多いものは、中団法（中小企業団体の組織に関する法律）に基づく商工組合の安定事業である。[57] また、中団法では、独占禁止法の不況カルテルに相当するものを事業者団体である商工組合が実施できることとされているので、ここでは、適用除外カルテルに係る個別立法の例として中団法を取り上げる。

中団法は、「中小企業者その他の者が協同して経済事業を行うために必要な組織又は中小企業者がその営む事業の改善発達を図るために必要な組織を設けることができるようにし、これらの者の公正な経済活動の機会を確保し、

並びにその経営の安定及び合理化を図り、もつて国民経済の健全な発展に資することを目的と」（旧第一条）して制定されたものであり、原則として都道府県以上の区域を地区として資格事業（組合員の資格として定款で定められた事業）ごとに、この目的のために設けられた組織が商工組合である。なお、商工組合の組合員は原則として中小企業であるが、全国における事業活動の相当部分が中小企業によって行われている事業を資格事業とするなどの要件を満たす場合に定款で定めたときは、中小企業以外の者を組合員とできることになっている。

商工組合は、適用除外カルテル制度の見直しによる法改正が行われるまでは、事業に係る調整規程につき、総会での手続（総組合員の二分の一以上の出席で議決権の三分の二以上の賛成）を経た上で主務大臣の認可を受けて、不況カルテルに相当する安定事業及び合理化カルテルに相当する合理化事業を実施できることとされていた。[58]

商工組合が安定事業として実施できる内容や安定事業に係る調整規程につき主務大臣が認可できる条件を独占禁止法上の不況カルテルの場合と比べると、ほぼ同様のものとなっているが、独占禁止法では「共同行為に参加し、又はその共同行為から脱退することを不当に制限しないこと」との認可要件が法定化されているのに対し、中団法ではこの要件が設けられていない点が大きく異なる。すなわち、商工組合の安定事業に係る調整規程は総会での三分の二以上の賛成で実施することができ（旧第二三条）、調整規程を遵守しない組合員に対しては商工組合が制裁を課すことができること（旧第二四条）から、組合員の一部が安定事業に反対であっても商工組合の拘束力によって調整規程を遵守しなければならないこととなる。さらに、組合員となる資格のある中小企業が商工組合に加入せずに独自の事業活動を行っているため商工組合の安定事業が効果を生じない場合には、主務大臣が当該中小企業に対し商工組合に加入するよう命命（加入命令）することができ、[59] 組合員となる資格がある者であって中小企業以外の者が商工組合に加入せずに独自の事業活動を行っているため商工組合の安定事業が効果を生じない場合は、主務大臣が地区内の組合員資格のある者全員に対し調整規程を参酌して定めた制限内容を実施するよう命令（安定命令）

することができることとなっていた。

商工組合のように中小企業を中心とする事業者団体が安定事業に係る調整規程を設定できるとする適用除外法は、昭和二七年の「特定中小企業の安定に関する臨時措置法」が最初であり、同法は昭和二八年に一部改正されて恒久法である中小企業安定法となり、昭和三二年に中団法が制定されたものである。これらの法律は独占禁止法や事業者団体法の理念に全く反するもので戦前の私的統制団体法制と大差がないものであったため、その制定時に大きな議論が行われ、中小企業安定臨時措置法は限時法という形で制定されている。

これらの法律は、我が国が独立を回復して、競争秩序の維持より経済の復興や発展が重視され、独占禁止法の緩和改正が行われるなど、政府内部の法案立案に係る意見調整においても公取委の見解があまり重視されなかった時期[60]の立法であることから、独占禁止法と相容れないこれらの法律については、独占禁止法秩序全体の観点から独占禁止法の各規定を斉合的に解釈する際には関係がないものとするしかないように思われる。

エ　再販売価格維持行為による競争制限の取扱い

昭和二八年の独占禁止法改正により設けられた適用除外制度としては、不況カルテルなどのほか、再販売価格維持契約に係る適用除外制度（第二三条）がある。これは、製造業者などが販売業者に対し再販売価格の指示を行うことは不公正な取引方法として問題となり、さらに、これにより「一定の取引分野における競争の実質的制限」がもたらされれば私的独占として問題となり得る[61]ところ、独占禁止法第二三条の規定が適用される商品の場合は、同条で「この法律の規定は……これを適用しない」とされているため、私的独占としても問題とされないと解される。本稿では、事業者の事業活動に対して一方的拘束な拘束行為が行われ、それにより一定の取引分野における競争の実質的制限がもたらされることは「公共の利益」に反することとなるとの立場をとるものであるので、再販売価格

維持契約に係る適用除外制度と私的独占における「公共の利益」との関係につき検討しておくこととする。

再販売価格維持契約に係る適用除外制度の内容としては、公取委が指定する商品に係る適用除外である「指定再販」と著作物に係る適用除外である「著作物再販（法定再販）」が認められている。指定再販は、いわゆるブランド商品が小売業者の客寄せのために著しい安値で販売される「おとり廉売」行為がみられるようになり、このようなおとり廉売は、ブランドの価値を棄損するだけでなく小売業者間の正常な競争秩序を損なうものとして認められたものである。なお、指定再販商品として認められたものとしては、化粧品、医薬品、家庭用石鹸などがあったが、我が国経済が発展するとともに物価上昇が問題とされ、昭和四〇年代に入ると指定再販商品を縮小することが検討され、平成九年四月にはすべての指定が取り消されたため、現在では指定再販商品は存在しない[62]。

仮に、メーカーが自社のブランド商品につき小売業者に対し再販売価格の指示を行い、その結果、当該ブランド商品の小売市場における価格競争が消滅した場合に、当該ブランドの小売市場を「一定の取引分野」として認定できるとすると、メーカーが小売業者の事業活動を支配することによりこの一定の取引分野における競争を実質的に制限したと評価されるかとの問題がある。これが是認されるのであれば、前記四（二）のとおり「公共の利益」に反するものと取り扱われることになるが、この再販売価格指示行為の対象商品が指定再販商品又は著作物である場合には第二三条の規定により独占禁止法は適用されないことになるので、同法が「公共の利益」に反すると評価する行為を許容していることになる。

あるブランド商品の小売市場だけでは「一定の取引分野」が成立するとするには足りないと解されることが多いが、これを肯定する見解もある[63]。しかし、私見によれば、仮に、あるブランド商品の小売業者との関係で当該ブランド市場が「一定の取引分野」と認識できる（したがって、当該小売業者間で価格協定等が行われれば、不当な取引制限が成立する）としても、当該市場は当該ブランドのメーカーとの関係では「一定の取引分野」として認識で

きないので、当該メーカーが私的独占の観点から問題とされることはないと考えられる。[64] このため、独占禁止法第二三条の適用除外規定は「公共の利益」を解釈する際に考慮する必要がないと解される。

(三) 事業者団体によるカルテルにおける違法性の阻却

以上のとおり、独占禁止法第八条第一項の規定は、事業者団体がその組織としての構成事業者に対する拘束力を行使して一定の取引分野における競争を実質的に制限した場合に、これを第三条後段の不当な取引制限として問擬することができないか、その立証が著しく困難であるとの事情を踏まえて設けられたものと考えられる。このような典型的な事業者団体によるカルテルの場合には「公共の利益」に反しないといった評価はできないので、第八条第一号では、その規定上も公共の利益要件が設けられていないこととなる。

しかし、事業者団体の活動実態は様々であり、また、事業者団体と構成事業者との関係も一様ではなく、事業者団体が活動するに当たっても、その活動実態としては構成事業者間の共同行為と同様のものと評価できることも多いと考えられる。したがって、このような場合には、競争事業者間において一定の取引分野における競争を実質的に制限するような共同行為が行われても「公共の利益」に反しないとして独占禁止法第三条後段に違反しないとされることがあるのであれば、論理上は、第八条第一号には公共の利益要件が設けられていないものの、実質的には公共の利益要件が設けられているものとして、[65] 独占禁止法第八条第一号に違反しないと解すべきであろう。

このように解する場合であっても、事業者団体が社会公共目的のための自主基準等を設定するときについてみると、それが公共の利益要件の観点から問題とならないものかどうかを検討するまでもなく、一定の取引分野における競争を実質的に制限するものではないとされることが多いと考えられる。しかし、独占禁止法第八条第四号は、一定の取引分野における競争を実質的に制限するに至らない段階で、構成事業者の事業活動を拘束することを規制

対象としているので、事業者団体が自主基準等を設定し構成事業者にその遵守を求めることが同号に抵触することとなるのではないかとの問題がある。

事業者団体と構成事業者との間の関係は事業者団体法ないし独占禁止法第八条の事業者団体規制が導入された昭和二〇年代と現在では大きく異なっている。例えば、高度経済成長期までの我が国経済は、いわば供給不足の経済であった（なお、長い歴史上は供給不足の経済が通常であった。）のに対し、経済発展を遂げ、経済の国際化も進展した現在では、我が国の経済界にとってはむしろ需要不足の経済となっている。供給不足の経済では、事業活動を行う上で設備投資をしたり原材料を調達することが重要となり、供給側の力が強くなるので、事業者が業界全体の意向に反するような行動は採りにくく、したがって事業者団体の構成事業者に対する拘束力は強いものとなるのに対し、需要不足の経済では、消費者など需要者の力が強くなるので、業者全体の意向に反しても需要者に受け容れられるような事業活動を行う事業者が競争上有利となる。このため、現在では、事業者団体による事業者への拘束力もかなり弱いものとなっており、事業者団体による競争制限行為や構成事業者に対する拘束行為についての独占禁止法上の評価もこのような実態に即したものとする必要があると考えられる。

事業者団体は、構成事業者だけでなく一般消費者など多くの利害関係者の利益を増進するとの観点から自主基準を作成するなど多様な活動が求められるようになっており、このような活動の中には、できるだけ多くの構成事業者により遵守されなければ実効性が上がらないものある。社会公共的な観点からすべての事業者の活動を規制する際には、法規制など国が規制すべきものではあろうが、商品やサービスの内容が多様化するとともに法律による画一的で機動性に欠ける規制では対応することは難しく、また、事業者団体は業界全体の利益を代表する社会的な活動体として当該業界が社会全体に受け容れられるような活動を行うことも期待されるようになっている。このような事業者団体の活動は、市場における競争制限を目的とするものではなく、事業者が競争を行う前提である市場秩

序を維持・形成するものと評価でき、「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」に該当するとされることはないであろうが、さらに、事業者団体が構成事業者に対し自主基準等の遵守を求めたとしても「構成事業者の機能又は活動を不当に制限すること」に該当しないものと取り扱うべき場合も多いと考えられる。

六　おわりに

独占禁止法上のカルテル規制において、事業者間のカルテルを規制する不当な取引制限に係る第二条第六項では公共の利益要件が設けられているのに対し、事業者団体によるカルテルを規制する第八条第一号ではこれが設けられていないのは、事業者団体による構成事業者に対する拘束行為自体が独占禁止法秩序上否定的な評価がなされていたことに基づくものと考えられる。

独占禁止法は、競争の促進を通じた経済の効率化による一般消費者の利益を確保するとともに、一般消費者及び事業者がその独自の判断で活動を行えるようにするとの経済民主化の観点から制定されたものであるので、現在においても事業者団体が構成事業者の活動を不当に制限しないようにするとの観点から事業者団体の活動を規制することは重要であると考えられる。

また、不当な取引制限に係る公共の利益要件につき違法性阻却事由説に立つ場合でも、一定の取引分野における競争を実質的に制限するような共同行為が「公共の利益」に反しないとされるケースはほとんど想定されず、独占禁止法上問題がない共同行為については「一定の取引分野における競争の実質的制限」要件に該当しない（そもそも、複数の競争事業者間の行為であってもカルテルとか共同行為と呼ばれることも少ない）のと同様に、事業者団体が一定の取引分野における競争を実質的制限する場合に、実質的に「公共の利益」に反しないとされるケースは

想定しがたいので、法解釈論として、事業者間によるものと事業者団体によるものに関係なく、公共の利益要件に関する議論はあまり実益のないものと考えられる。

一方、独占禁止法第八条第四号の規制も公共の利益要件と関連があるものと考えられるが、現在の事業者団体と構成事業者との関係は終戦時のものと大きく異なっており、事業者団体は、社会公共的な観点から市場秩序を維持・形成するような活動も求められるようになっているので、このような観点からの事業者団体の活動規制の内容や運用については見直しを行うことが求められていよう。

注

（1）独占禁止法第八条については平成二一年の法改正により第二項以下の規定が削除されたため、従前の第八条第一項第一号は第八条第一号となっている。本稿では、改正前の表記を含め、原則として現行法に基づき表記している。

（2）東京高裁判決については昭和四九年（の）第二号・昭和五五年九月二六日（公取委審決集第二八巻別冊二九九頁）、最高裁判決については昭和五五年（あ）第二一五三号・昭和五九年二月二四日第二小法廷判決（同三〇巻二四四頁）。

（3）不当な取引制限の定義規定における「公共の利益に反して」の文言をどのように解するかについては、例えば経済法学会編『石油カルテル最高裁刑事判決（経済法学会年報第六号）』（有斐閣・昭和六〇年）収録の論文など非常に多くの文献があるが、筆者による学説の整理については、拙稿「石油カルテル判決における『公共の利益』の検討」公正取引三六七号（昭和五六年五月）三六頁参照。

（4）公取委審決集第三〇巻二五七頁。この最高裁判決に係る調査官（木谷明）解説については、法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和五九年度）』（昭和六三年）九二頁。なお、公共の利益要件に関する東京高裁の判示内容も、この最高裁判決と同様である。

（5）例えば、金井貴嗣・川濵昇・泉水文雄編『独占禁止法［第二版補正版］』（弘文堂・平成二〇年）三〇頁（泉水執筆分）。

なお、泉水教授は、訓示的宣言説が通説として支持されている理由として、事業者団体規制及び企業結合規制に公共の利益要件が設けられていないことのほか、同説の解釈が独占禁止法の立法目的に沿うこと、自由競争秩序維持以外の観点から必要がある場合に設けられる適用除外制度の必要性ないし理由が乏しくなることを挙げられている。

また、独占禁止法第八条第一号と公共の利益要件の関係に係る議論の概要については、例えば、馬川千里「事業者団体の機能とカルテル禁止の原則」今村成和・馬川千里ほか『（現代経済法講座2）カルテルと法』（三省堂・平成四年）八一頁、鈴木恭蔵「共同行為の規制（2）――事業者団体の禁止行為」日本経済法学会編『（独占禁止法講座第2巻）独禁法の理論と展開［1］』（三省堂・平成一四年）三三六頁参照。

（6）　産業政策当局が競争制限的な行政指導を行い、業界が行政指導に従ってカルテルを行った場合は、当該業界では行政への協力措置であるとして「公共の利益」に反しないと主張することが想定される。石油カルテル刑事事件において通商産業省による行政指導の有無も問題となったことなどから、産業政策当局が競争制限的な行政指導を行う際には公取委と事前に調整するようになったこと（公取委事務総局編『独占禁止政策五十年史［上巻］』（平成九年）三六七頁参照）も、公取委が摘発したカルテルについて公共の利益要件との関係が問題とならなくなった背景にあるものと考えられる。

（7）　松下満雄『経済法概説［第4版］』（東京大学出版会・平成一八年）五七頁参照。また、社会公共目的の事業者等の活動と公共の利益要件との関係を検討したものとして、内田耕作「社会的妥当性と独占禁止法（その1～5）」彦根論叢三二一号、三二四号、三二五号、三二七号及び三四〇・三四一合併号（平成一一年～一五年）がある。

（8）　例えば、経団連の内田専務理事は、「事業者団体の果たすべき役割は、今、大きく変わりつつある。誇張して言えば、業界利益を追求する『業界団体』から脱して、内外に開かれた社会的存在として、多様な活動を求められている」とされている（内田公三「事業者団体の展開と独占禁止法」公正取引五四二号（平成七年一二月）二一頁）。

（9）　なお、本稿の内容につき関西経済法研究会で報告した際に、①安全確保や環境保全などの社会公共的な観点からの基準は市場において競争を行う前提条件となる市場秩序を形成するものであるので、競争を行う事業者側の自主基準ではなく、国の規制によるべきである、②国により規制できないとされる事柄につき事業者団体であれば基準を設定できるとするのは、民主主義の原則に反するので適当ではない、との強いご意見をいただいた。確かに、市場秩序の形成は、事業者だけでなく消費者側の利益も十分に勘案できる国により行われるのが望ましいが、国が適切な基準を臨機応変に設定できるかには疑問もあろう。例えば、拙稿「戸建注文住宅市場における価格形成と情報の非対称性」公正取引六五五号（平成一七年五月）四八頁で指摘したとおり、住宅の品質に係る情報の非対称性を解消するため「住宅の品質確保の促進等に関する法律」を制定して住宅の品質確保措置を講ずることは住宅市場において価格競争が行われる前提となるものであるが、同法はそのような観点から制定されたものではなく、同法の施行により国の基準設定目的を超える好ましい効果がもたらされている。一方、耐震偽装問題を契機とした建築基準の強化については、建築市場において官製不況と呼ばれるような事態を招いている。このように、国が基準設定の目的とした効果と実際の効果が異なることも少なくないと思われる。

（10）　昭和二八年改正前の独占禁止法第五条の規定は、次のとおりであった。

第五条　事業者は、一手買取及び一手販売の方法による資材若しくは製品の全部若しくは一部の配給の統制又は資材若しくは製品の全部若しくは一部の配給の割当を行う法人その他の団体を設立し、若しくは組織し、又はこれらの団体に加入してはならない。

（11）　戦前においては、商工組合が中小企業団体の代表的なものであったが、これらの団体も経済統制の進行とともに生産割当や資材配給といった経済統制実施上の組織として利用されるようになり、戦時下においては経済統制的機能が主たる事業になっていた（例えば、井上尚一「統制会」中央物価統制協力会議編『経済統制法年報』第一巻第二輯（日本評論社・昭和一八年）五二頁）。また、国家総動員法に基づく重要産業団体令に基づき重要産業別に設立された統制団体である統制会においては、統制会の会員である各企業は、主務大臣が任命した会長の指導の下に全体の一部として有機的に相提携して活動を行うものとされていた（同五五～六四頁）。

（12）　戦後の経済民主化政策の観点からの統制団体に対する措置は、米国における事業者団体規制の経験を踏まえたＧＨＱ（連合国軍最高司令官総司令部）の指示によるものであるが、事業者団体法制定時のＧＨＱ側の考え方について、公取委事務局『独占禁止政策二十年史』（昭和四三年）四九頁では「アメリカでは、私的団体に公的統制機能をもたせることは、経済民主主義に反するものであるとの考え方が定着しており、このような考え方がベースにあった」とされている。このような考え方の根拠については、「統制は、何よりも先ず国家的利益の判断に従つて公正に行われることを以て要諦とす

る。故に純粋な意味では、業界の代表者の結合体である私的団体には、統制機能の公的な行使は充分に期待できない。例えば戦時中のアメリカ産業諮問委員会制度は、徹底的にこの間の事情の認識の上に立つものであつた。統制の適格者としては、ひとり政府あるのみである。あるアメリカの学者が述べたように、『政府こそは、不完全ながらも、あらゆる錯綜した経済上、経済外の利益関係を代表し、経済の諸領域の間に必要な調整をとり得る立場にある唯一の社会機関である』。ここに統制の政府えの一元化の要請があらわれてくる」（公取委事務局編『事業者団体法解説』（海口書房・昭和二三年）二～三頁（両角良彦執筆））と説明されている。また、この経済統制機能の問題のほか、事業者団体によるカルテルによって消費者の利益が損なわれたり、事業者の事業活動の自由を奪うことが問題とされていた（戦前における米国の事業者団体のカルテル的活動の状況については、同解説書二一～三二頁（両角執筆）参照。米国では、事業者団体（産業団体）におけるカルテルの許容と禁止といった経験を踏まえ、「一九三八年に終わる十年間に、産業団体こそは、『独立販売業者からその生産又は適当な価格を決定するの自由を剥奪し、他の業者を業界から排除』しようとする独占企図をもつた連中が極めて頻繁に用いた道具であつたといわれる」（同二六頁）との評価がなされている。）。

（13）事業者団体法の制定経緯及び私的統制団体の整理状況の詳細については、前掲・二十年史（注12）四八～五二頁及び八九～九四頁参照。また、事業者団体法案の提案理由においては、経済統制に関与していた事業者団体が消滅することを踏まえて経済民主化の観点から問題のない事業者団体の活動内容を示すとともに、事業者団体によってカルテルが行われることのないようにすることも事業者団体法の制定理由とされている（例えば、公取委事務総局編『独占禁止政策五十年史［下巻］』（平成九年）二四六頁参照）。

（14）制定当初の事業者団体法の条文については、例えば、前掲・五十年史下巻（注13）二四〇頁以下参照。なお、制定当初の事業者団体法第四条では、「事業者団体は、左に掲げる活動に限り、これを行うことができる」として、①統計資料の収集・公表（統計資料の自由意思による提供を受けること及び特定の事業者の事業に関する情報又は状態を明示することなくその資料を総括して公刊すること［同条第一項第一号］）など事業者団体の一般的な活動五類型、②構成事業者から委任を受けて行う労働組合との団体交渉など法令・慣習などに根拠を有する特殊な活動四類型及び③その他公取委の認可した活動の一〇の活動類型を許容活動として限定列挙している。

（15）制定当初の事業者団体法第五条第一項では、経済統制的効果やカルテル的効果を有する統制行為、事業者団体の活動が特定事業者の利益又は不利益となる統制行為に準ずる行為のほか、融資、営業活動などの事業活動に係る行為を禁止行為を定めている。この事業活動に係る規定（第五条第一項第九号～第一六号）を除く同項の規定は、次のとおりである。

第五条　事業者団体は、左の各号の一に該当する行為をしてはならない。

一　原材料若しくは注文の割当その他の方法による生産若しくは配分の統制をし、又はその統制に着手すること及び原材料、商品若しくは施設の割当に関する原案若しくは計画を政府のために作成し、又はこれを政府に提出すること。

二　私的独占禁止法第四条第一項各号の一に該当する事項を内容とする協定若しくは契約又は同法第六条第一項各号の一に該当する事項を内容とする国際的協定若しくは国際的契約をし、又はこれに参加すること。

三　構成事業者と他の構成事業者、構成事業者に物資、資金その他の経済上の利益を供給する者、構成事業者の顧客若しくは構成事業者の競争者との間の取引を不当に拘束し、若しくは拘束する虞があり、若しくはこれらの者の間の対価を統制し、若しくは統制する虞がある契約その他の合意をし、又はこれに参加すること。

四　将来の対価、将来の販売条件若しくは顧客の分類に関する情報の流布その他いかなる方法をもつてするかを問わず、対価を統制し、又は決定し、その他対価に影響を与えるための行為をすること。

五　一定の事業分野における現在若しくは将来の事業者の数を制限し、又はその制限に着手すること。

六　特定の事業者を公認し若しくは推薦する表若しくは特定の事業者を排斥するための表の配布、特定の事業者の事業内容、経理若しくは信用の状態を誤り伝える情報の流布その他の方法により、特定の事業者に利益又は不利益を与えること。

七　構成事業者に対し、その販売、価格、取引条件、注文、在庫、生産、工場設備能力、経理、事業活動若しくは事業上の便益に関する報告の提出を強要し、又は構成事業者の承諾なくその事業内容について助言し、監査し、若しくは調査すること。

八　構成事業者の機能若しくは活動を制限し、又はその制限に着手すること。

十七　不当に立法又は政府の政策に影響を与えること。

十八　注文者その他の者の依頼を受けることその他の方法により、公私の注文の入札に参加し、これを規制し、又はこ

れに影響を与えること。

（16）例えば、峰村光郎『経済法』（ダイヤモンド社・昭和一六年）八三～四頁によれば、戦前における経済統制の方法としては、国家により直接的に統制するものと企業の協定又は組合に統制を一任して国家がこれを取り締まるという間接的な統制方法があり、後者は自治統制と呼ばれ、経済統制の方法として原則的なものとされていた。

（17）事業者団体法の改正経緯の詳細については、前掲・二十年史（注12）五八～六五頁及び一三〇～二頁参照。なお、事業者団体法改正案の提案理由の中では、事業者団体法の施行経験に照らし同法の規定の中に日本経済の実態に沿わないものがあり、「従いまして、今回これらの点を検討いたしました結果、この法律の究極の目的でありますところの公正かつ自由な競争を阻害しない限り、これらの規定を緩和して、中小企業の協同化、団体活動の促進等の障害を除去することとなつたものであります」（同一三〇頁）と説明されている。

（18）昭和二七年の改正時における衆議院での法案の修正状況については、衆議院本会議における経済安定委員会委員長報告（衆議院会議録第五二号・昭和二七年六月一〇日付け官報（号外）一一～三頁）参照。

昭和二七年改正後の事業者団体法第五条第一項の規定は次のとおりであり、前掲・二十年史（注12）一三三頁では、「改正によつて、禁止行為は全部で九項目に整理され、本条の規定のうち独占禁止法の法益よりもはみだしていた部分は、ほとんど全部修正され、本法と独占禁止法の規制の態様はおおむね一致することになつた」と評価されている。

第五条　事業者団体は、左の各号の一に該当する行為をしてはならない。

一　原材料若しくは注文の割当その他の方法による生産若しくは配分の統制をし、又はその統制に着手すること。

二　私的独占禁止法第四条第一項各号の一に該当する事項を内容とする協定若しくは契約（国際的協定若しくは国際的契約を含む。）をし、又はこれに参加すること。

三　構成事業者と他の構成事業者、構成事業者に物資、資金その他の経済上の利益を供給する者、構成事業者の顧客若しくは構成事業者の競争者との間の取引を不当に拘束し、若しくはこれらの者の間の対価を統制する契約その他の合意をし、又はこれに参加すること。

四　将来の対価、将来の販売条件若しくは顧客の分類に関する情報の流布その他いかなる方法をもつてするかを問わず、

対価を統制し、又は決定すること。

五　一定の事業分野における現在若しくは将来の事業者の数を制限し、又はその制限に着手すること。

六　特定の事業者を不当に公認し若しくは推薦する表若しくは特定の事業者を不当に排斥するための表の配布、特定の事業者の事業内容、経理若しくは信用の状態を誤り伝える情報の流布その他不当な方法により、特定の事業者に不当に利益又は不利益を与えること。

七　構成事業者に対し、その販売、価格、取引条件、注文、在庫、生産、工場設備能力、経理、事業活動若しくは事業上の便益に関する報告の提出を強要し、又は構成事業者の事業内容について強制的に監査し、若しくは調査すること。

八　構成事業者の機能若しくは活動を不当に制限し、又はその制限に着手すること。

九　不当な手段により立法又は政府の政策に影響を与えること。

（19）公取委が昭和二六年七月に内閣総理大臣に提出した「私的独占禁止法及び事業者団体法の改正に関する件」のうち、事業者団体の統制的行為に係る部分は次のとおりである（前掲・二十年史（注12）一三八頁）。

事業者団体法は、私的独占禁止法の補完法として事業者団体それ自体を対象として、カルテル的活動及び統制的、支配的団体の復活を防止するために設けられた法律であり、かかる立法の根本趣旨に関する限り、私的独占禁止法の基本原則と不可分の関係にあるものである。従つて現行規定中、その規制の態様が形式的、画一的なものについて、適当に修正又は、削除することは差支えないが、同法の立法趣旨及び私的独占禁止法の基本原則を堅持する以上は、少なくとも次のごとき規制は必要である。

一　統制的、支配的団体の行為として、私的独占禁止法の規定の他に特に左に掲げる諸点について事業者団体の活動を規制すること。

イ　生産、配分又は対価について統制すること（割当原案の作成又は提出を含む）。

ロ　事業者の数を制限すること。

ハ　特定事業者の事業活動を排除すること。

ニ　構成事業者の機能活動を制限すること。

ホ　構成事業者となることを強要すること。

(20) 昭和二八年の独占禁止法改正法案の提案理由補足説明では、事業者団体法関係について次のとおり説明されている（前掲・五十年史下巻（注13）二三〇頁による）。

本改正案のおもな第四点といたしましては、現行事業者団体法を廃止し、その必要な規定はこれを本法中に収容したことであります。わが国の事業者団体法は、独占もしくは不当な取引制限がしばしば事業者団体を中心として行われるという過去の事例に徴しまして、個々の事業者の行為を規制する独占禁止法に対して事業者団体の行為を規制するために生まれた補完法規であります。しかし昨年八月の改正により、本法の法益は独占禁止法の法益とほぼ同一となっており、これを単行法として存続せしめる積極的な理由は存しなくなりましたので、この際団体法の規定でなお必要なものは独占禁止法中に収容し、団体法はこれを廃止することにいたした次第であります。

(21) 公取委の担当課長によれば、届出制度の廃止理由として、①事業者団体の届出件数が減少していること、②事業者団体による違反行為件数が大きく減少していること、③多くの事業者団体がウェブサイトを開設して情報を公開しているため、届出によって情報を把握し違反行為の端緒段階の情報源として利用するという意味合いが減少していることなどが挙げられている（山田昭典「独占禁止法の平成21年改正の概要等について」公正取引七〇六号（平成二一年九月）四頁）。

(22) 独占禁止法第八条第一号違反行為には、不当な取引制限だけでなく、私的独占に相当する行為も含まれる。私的独占の違反行為の主体は事業者であり、事業者団体により構成事業者の競争者の事業活動を排除したり支配する行為が行われた場合、第三条前段の規定だけでは対処できないので、事業者団体によるこのような行為を規制できるようにする法技術上の要請があることとなる。これに対し、事業者団体により構成事業者間のカルテルが行われた場合、構成事業者間で不当な取引制限が行われたと評価できるのであれば、第三条後段で対処できるので、特に第八条第一号の規定を設ける必要はないこととなる。

(23) 石油カルテル（価格協定）刑事事件・最高裁判決では、「独禁法上処罰の対象とされる不当な取引制限行為が事業者団体によって行われた場合であっても、これが同時に右事業者団体を構成する各事業者の従業者等によりその業務に関して行われたと観念しうる事情のあるときは、右行為を行ったことの刑責を事業者団体のほか各事業者に対して問うことも許

され、そのいずれに対し刑責を問うかは、公取委ないし検察官の合理的裁量に委ねられていると解すべきである」とされている（公取委審決集第三〇巻二五六頁）。

(24) 事業者団体によるカルテルに対する法適用について、公取委事務局編『独占禁止政策三十年史』（昭和五二年）三四〇頁では、排除措置として事業者団体の決定を破棄すれば足りること、事件処理が迅速かつ簡潔に行い得ることから、昭和四七年ころまでは第八条第一号を適用してきたが、昭和四八年ころから、事業者団体におけるカルテルの実態に着目して第三条後段を適用するようになったとしている。課徴金制度導入前の独占禁止法において事業者団体によるカルテルについて第八条第一号を適用する場合と第三条後段を適用する場合の違いをみると、第八条第一号を適用する場合には、個々の構成事業者は違反行為者ではないので「公取委が特に必要があると認めるとき」（第八条の二第三項）でなければ法律上は何らの対応も求められないのに対し、第三条後段を適用する場合は、個々の構成事業者が違反行為者となるので、各事業者が審決で命じられた排除措置を講ずるなど違反行為者としての対応を行う必要があるほか、違反行為者として報道されるなどの社会的な非難を直接的に受けることとなる。なお、事業者団体によるカルテルの実態を踏まえた昭和四〇年代中頃までの公取委の法適用に対する批判については、金子晃「事業者団体とカルテル――独占禁止法八条一項一号と三条との関係を中心にして――」法学研究（慶應義塾大学）第四四巻第七号（昭和四六年）三八頁参照。

(25) 例えば、金井ほか編・前掲（注5）二二頁（泉水執筆）。また、制定時の事業者団体法に係るものであって、結合体のほかその構成員も同法違反事件の当事者になり得るかが争われた事案ではあるが、大阪綜合食品ほかによる審決取消請求訴訟・東京高裁判決（昭和二六年一一月三〇日）では、事業者の結合体の意味について「事業者団体には、法第二条の挙げるように、結合の種類、形態、強弱に従つて、各種の段階のものが存するのであるが、(イ)それが法人又は人格なき社団財団であれば、各個の構成事業者の存在をはなれた別個独立の社会的存在を有することは明らかであるから、その当該法人その他の社団財団そのものをもつて結合体となし得ることは論をまたない。また(ロ)かかるものでなくても、一定の名称を有しまた代表者の定めがある等、多かれ少かれ構成員の存在とは別個の存在を認識し得る場合は、それをもつて結合体とするに支障はない。」（公取委審決集第三巻二二一頁）としており、個々の構成事業者とは別の社会的存在と認識できるものでなければ「結合体」に該当しないと解されていると考えられる。

なお、事業者団体ガイドライン第1の2では「各会社の役員あるいは部課長をメンバーとする継続的な集まりも、事業者としての共通の利益を増進することを主たる目的とするものであれば事業者団体に当たる」とされている（このように取り扱われる場合は、この役員・部課長は、独占禁止法第二条第一項後段により「事業者」とみなされることになる。）。同業各社の役員や部課長クラスの者が会合を継続的に開催する場合、その会合は各社の事業者としての共通の利益の増進を主たる目的とするものであるのが通常であると思われる。しかし、このような継続的な会合の主たる目的が事業者としての共通の利益の増進であったとしても、それが懇親や情報交換のための会合とか談合組織などカルテルを行うための会合などであれば、仮に会合規約や代表者の定めなどがあったとしても、会合出席者とは別の社会的な存在と評価できないので、「結合体」には該当しないものと考えられる。

(26) なお、独占禁止法第三条後段と第八条第一号との関係につき本稿と同様に解されている松下教授は、事業者団体の場を借りて行われた決定が事業者団体の機関決定でない場合に第三条後段として捉えられるとされている（松下・前掲（注7）一五八頁）。しかし、事業者団体の場における合意が当該団体の決定か出席した事業者間の決定であるかを区別することができないことも多いと思われ、大阪バス協会事件・審判審決において「事業者団体の何らかの機関で決定がなされた場合において、その決定が構成員により実質的に団体の決定として遵守すべきものとして認識されたときは、定款又は寄付行為上その機関が団体の正式意思決定機関であるか否かに係わりなく、その決定を団体の決定というのに妨げはない」（公取委審決集第四二巻二〇頁）とされているとおり、事業者団体の会合において決定され、その会合における決定が事業者団体の決定と構成事業者に認識されていれば、当該事業者団体につき第八条違反として問擬できることとなる。

(27) かつてのカルテル事案における審決の「法令の適用」欄においては、第三条後段違反事件では競争事業者間で「販売価格の引上げを共同して決定し、これを実施することにより」など、第八条第一号違反事件では「組合員の販売価格の引上げを決定し、これを組合員に実施させることにより」などとして、カルテルにつき合意がなされたこと及び当該合意に従ってカルテルが実施されたことを摘示することが通例であった。しかし、石油カルテル（価格協定）刑事事件・最高裁判決において「事業者が他の事業者と共同して対価を協議・決定する等相互にその事業活動を拘束すべき合意をした場合において、右合意により、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争が実質的に制限されたものと認められるときは、

独禁法八九条一項一号の罪は直ちに既遂に達し、右決定された内容が各事業者によって実施に移されることや決定された実施時期が現実に到来することなどは、同罪の成立に必要でないと解すべきである」（公取委審決集第三〇巻二五九頁）としてカルテルの違反成立時期につき合意時説が採用されたことを契機に、現在では、「販売価格の引上げを共同して決定することにより」などとしてカルテルにつき合意がなされたことのみが摘示されるのが通例となっている。

このような取扱いは、別図のケース2のような事業者団体によるカルテル事案においても同様であり、例えば直近の価格カルテル事件である四日市市医師会事件（平成一六年（勧）第一八号・公取委審決集第五一巻四七一頁）では「会員が行う特定インフルエンザ予防接種の料金を決定することにより」とされている。しかし、このような事業者団体によるカルテル事件では、役員会で決定がなされただけでは「一定の取引分野における競争の実質的制限」はもたらされないので、当該決定を構成事業者に実施させたことも摘示する必要があり、このような取扱いは適当ではない（ただし、この事件でも、役員会の決定が構成事業者に通知された旨の事実が認定されている。）。

なお、独占禁止法違反の成立時期が第三条後段事件と第八条第一号違反事件で異なることについては、事業者団体に係る事件である石油カルテル（生産調整）刑事事件・東京高裁判決（注28）において、第八九条第一項第二号の「罰則は『一定の取引分野における競争を実質的に制限する』ことを構成要件としているが、この行為は、具体的態様としては前述のとおり事業活動を拘束する行為（本件では原油処理量の制限行為）によって行なわれる。したがって、一定の取引分野における競争の実質的制限は、右具体的行為との関係においては結果であるが、その結果は、いわば右具体的行為自体に包蔵され、その拘束力の発生により直ちに生ずる性質のものである」（公取委審決集第二八巻別冊二七三～四頁）として、構成事業者の事業活動が拘束されなければ違反行為は既遂に達しないと判示しているとおりである。

(28) 昭和四九年（の）第一号・昭和五五年九月二六日（公取委審決集第二八巻別冊一七七頁）。この事件についても非常に多くの文献があるが、注3に掲げる文献などで石油カルテル（価格協定）刑事事件とともに論じられることが多い。

(29) 公取委審決集第二八巻別冊二七八～九頁

(30) 平成三年（判）第一号・平成七年七月一〇日（公取委審決集第四二巻三頁）

(31) 平成（ワ）第七五四四号・平成九年四月九日東京地裁判決（公取委審決集第四四巻六三五頁）

(32) 東京地裁では、遊戯銃協組の構成事業者のエアーソフトガンに係るシェア合計が一〇〇％に近いこと、デジコン電子が自由に市場に参入することが著しく困難になったという事情があることから、同協組の行為が独占禁止法第八条第一号に違反するとしているが、新規参入が一般的に困難になっているわけではないので、このような事情から同号違反を認定できるかには疑問があろう。

(33) 公取委審決集第四四巻六八二～三頁

(34) 同六八八頁

(35) 酒類小売業における表示に関する公正競争規約に係る公取委の認定に対する不服申立て事件（平成五五年（判）第一号・昭和五七年四月二日審決）において、公取委は、「規約の禁止規定のなかに、本来自粛措置の性格をもつものがあったとしても、業界において特定の表示を使用しないことを申し合わせた以上、統制違反の行為に対して必要な措置をとることは当然である」としている（公取委審決集第二九巻八頁）。また、規約違反に対して違約金を徴収することができる旨を規定している公正競争規約も多いが、（社）首都圏不動産公正取引協議会では、昭和三九年度から平成四年度までの間に四八二件の違約金課徴措置を講じている（同協議会『首都圏不動産公取協の30年』（平成五年）一二〇頁）ように、実際に違約金の徴収を行っている。

(36) 例えば、公取委事務局編『誇大広告と懸賞販売の規制――不当景品類及び不当表示防止法の解説』（ダイヤモンド社・昭和三七年）一二三頁においては、景品表示法制定前においても、不公正な取引方法の業種別指定がなされている業種で公正競争規約と同様のものが事実上実施され、ある程度の有効性があったとされている。

(37) 例えば、吉田文剛編『景品表示法の実務』（ダイヤモンド社・昭和四五年）三〇六頁では、「公正取引委員会が認定した公正競争規約は、その業界における公正な取引秩序を維持するためのルールであると認められたものであるから、独占禁止法に抵触するものでないことは当然である」とされている。

(38) この社会公共的な目的に基づく自主規制等に係る事業者団体ガイドラインの内容について、正田教授は、ガイドラインの表現は自主規制等の目的により独占禁止法第八条の要件を限定したり適法化される誤解を与えるおそれがあり、独占禁止法第八条各号に定める行為が行われた場合は、その目的の如何、態様・内容の如何を問わず、適用除外規定がない限り

違反となるので、若干の不正確さがあるとされている（正田彬「『事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針』について」公正取引五四二号（平成七年一二月）一五頁）。一方、内田・経団連専務理事は、今日の事業者団体は従来以上に多様な役割を果して社会に貢献していくことが期待されているので、社会公共的目的に基づく事業者団体の自主的取組みについて、不必要な制約を加えることのないよう社会的意義について十分な配慮がなされるべきであるとされている（内田・前掲（注8）二二頁）。

また、「リサイクル等に係る共同の取組に関する独占禁止法上の指針」（平成一三年六月二六日・公取委）においても、事業者団体の自主規制等を構成事業者に遵守させる際の独占禁止法上の取扱いについて同様の考え方が示されている。

(39) 事業者団体ガイドラインにおいては、自主規制等がその内容から競争を阻害するおそれがないことが明白である場合は、構成事業者に自主規制等を利用又は遵守することを強制することは問題ないが、そのような場合でなければ自主規制等の強制は独占禁止法第八条第四項違反となるおそれがあるとされている（同ガイドライン第2の7⑶の7－3）。事業者団体から公取委に相談がなされた場合にも、これと同様の観点から検討及び回答が行われており、例えば、平成二〇年七月一〇日に公表された「独占禁止法に関する相談事例集（平成一九年度）」の事例6では、ユーザーにおいて長期間使用されることから経年劣化による事故・故障等が懸念される製品について、メーカーの団体（X協会）が、ユーザーの安全確保に資するため、当該製品の耐用年限及びその算定基準を設定したいとして相談したのに対し、公取委では「X協会が、会員事業者が製造する製品Aの具体的な耐用年限を設定することは、独占禁止法上問題となるおそれがあるが、会員事業者が耐用年限を定める際の参考となるように算定基準を定めることは、これが、耐用年限を算定するための耐久テストの客観的な試験方法であって、その利用を会員事業者に強制するものではなく、不当に差別的なものでなければ、直ちに独占禁止法上問題となるものではない」との回答を行っている。

(40) 公取委審決集第四四巻六六五頁

(41) 制定当初の事業者団体法第五条第一項八号では「不当に」との文言がなく、同法上問題となる「構成事業者の機能又は活動を制限する事業者団体の活動」には特段の限定がない規定振りとなっており、形式的には独占禁止法に対する重大な修正とする見解もあった（前掲・公取委事務局編解説・（注12）一七〇～一頁（今村成和執筆））が、同号は同項第一号か

ら第七号までの規定のうち統制行為の禁止に係る行為をひっくるめて規定したものとされ（例えば、公取委事務局「事業者団体法問答」（日本週報・昭和二三年一〇月一日号）一一頁）、これらの規定で違法とされたものにつき遺漏なきことを期したものであって形式的に事業活動に対する拘束を違法としてものではないとされている（例えば、今村成和『条解事業者団体法』（弘文堂・昭和二五年）二一〇頁、正田彬編『カルテルと法律』（東洋経済新報社・昭和四三年）六二頁（植木邦之執筆））。昭和二七年の事業者団体法の改正において「不当に」との文言が追加されたのは、このような趣旨を明確にするためのものであろう。

（42）本稿ではこのような立場から検討を行うが、事業者団体に対し特に厳しく規制するのは独占禁止法第三条後段による規制との均衡を失するとして、旧第四条のような規制を設けるなど事業者間のカルテルも厳しく規制できるようにするのが適当とする見解（根岸哲「独禁法三条・八条一項・一九条の相互関係」伊従寛ほか編『（松下満雄先生還暦記念）企業行動と法』（商事法務研究会・平成七年）三三頁）や、反対に、第八条第一号以外の事業者団体に対する規制を廃止すべきとする見解（村上政博『独占禁止法における判審決分析の役割』（商事法務・平成二一年）二八四～六頁）もある。

（43）この①及び②の点を指摘するものとして正田編・前掲（注41）六二～三頁（植木執筆）などが、この③の点を指摘するものとして岩本章吾編著『（別冊ＮＢＬ no.34）事業者団体の活動に関する新・独禁法ガイドライン』（商事法務研究会・平成八年）二五頁がある。

（44）独占禁止法第八条第四号違反事件の内容としては、構成事業者の販売価格を拘束したものなど同条第一号違反につながる類型のものも多いが、そのようなものであっても全構成事業者のシェア合計が低いために同号違反とするのが困難なものがあったり、また、広告規制など従来の取扱いでは同号違反とならないものも多い。また、平成二〇年度末までの第八条事件の内訳をみると、第一号違反が三三六件で第四号違反が八四件（なお、第一号と第四号の双方が適用されたものがある）となっており、昭和四八年度以降は同条第一号ではなく第三条後段を適用するものが多くなっているにもかかわらず、第一号違反事件は第四号事件の四倍（なお、昭和四八年度までの件数では、第一号違反が二三四件で第四号違反四二件の約五・六倍）となっている。このため、第八条第四号の規定があることにより、競争の実質的制限に至る前に規制できるとの効果はあまり認められないと思われる。

（45）公共の利益要件に係る議論は主として不当な取引制限との関係で行われてきているが、私的独占の定義規定における公共の利益要件についても不当な取引制限の場合と特に区別せずに行われることが多くなっている。このような取扱いは訓示的宣言説の場合だけでなく、違法性阻却事由説でも同様であり、その代表的な論者である丹宗教授も、不当な取引制限と私的独占で特に区別をせずに論じられている（例えば、丹宗昭信「私的独占の禁止」経済法学会編『独占禁止法講座Ⅱ―独占―』（商事法務研究会・昭和五一年）六〇～七一頁参照）。なお、丹宗教授は今村説も違法性阻却事由説であるとされている（同六七頁）が、私的独占における「排除」行為は非難に値する行為であるとされる（同二七頁）など、丹宗説の論理は今村説とは異なっている。

（46）なお、不当な取引制限につき訓示的宣言説をとる論者は、私的独占についても訓示的宣言説をとっており、良質廉価な商品の提供は市場メカニズムにより期待されることころであり、それによって競争者が駆逐されることは独占禁止法が前提とする競争そのものであるので、良質廉価な商品の提供による競争者の駆逐は「排除」に当たらないとしている。

（47）今村成和『独占禁止法［新版］』（有斐閣法律学全集五二―Ⅱ・昭和五三年）においては、①私的独占の定義規定における反公益性の要件は、独占禁止法の目的から見て非難に値しない行為に基づく市場支配を含まないことを明らかにする意味をもち、反公益性の要件は、私的独占における「他の事業者の事業活動の排除」の意味を限定する効果をもつものであること（八七頁）、②競争者の排除は、競争自体の効果に他ならないので、これを一般的に非難することができないことは、定義規定において反公益性の要件を掲げていることによって示されており、良質廉価な商品を供給することによって競争者を駆逐することは、もちろん違法ではないこと（七二頁）、③他の事業者を「支配」することによって、市場支配をもたらす場合については、カルテルと同様、反公益性の要件を欠く場合は、ないといってよいこと（八八頁）、といった考え方が示されている。

（48）例えば、独占禁止法の立案時の担当者の一人であった橋本龍伍氏は「この法律は、我が国民経済を運営する根本方針を定めたものであつて、所謂経済民主化に関する諸制度のうちの最も基本的なものである」（同『独占禁止法と我が国民経済』（日本経済新聞社・昭和二三年）七頁）とされている。

（49）例えば、前掲・五十年史上巻（注6）一頁では、戦後のＧＨＱの経済民主化構想について、農地改革と労働組合育成立

法により国内市場を豊かにし得る体制を創り出すとともに、産業民主化政策により「内外の市場を目標に多数の私企業が公平な機会の下でそれぞれの能力を発揮して自由に競争できる体制を創り出し、この両者が相まって、自由で平和な民主主義社会の経済的基盤を形成するという構想が中核をなしていた」としている。

(50) 例えば、今村成和『私的独占禁止法の研究（四）Ⅰ』（有斐閣・昭和五一年）一四七～八頁参照。

(51) 制定当初の独占禁止法第一〇条の規定は次のとおりであり、競争を実質的に制限せず「公共の利益」に反しないとして公取委の認可を受けた場合を除き、会社が他の会社の株式を取得することが禁止されていた。

第一〇条　金融業（銀行業、信託業、保険業、無尽業又は証券業をいう。以下同じ。）以外の事業を営む会社は、他の会社の株式（議決権のない株式を除く。以下同じ。）を取得してはならない。

② 前項の規定は、会社（商品の売買を主たる事業とするものを除く。）が左の各号に該当する他の会社の株式の全部を所有することとなる場合において、その会社の株式の取得について公正取引委員会の認可を申請し、公正取引委員会が、当該株式の所有が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公共の利益に反することとなることがないと認めて認可したときには、これを適用しない。

一　原材料、半製品、部分品、副産物、廃物若しくは事業活動に必要な物資その他の経済上の利益（資金を除く。）の供給について継続的で緊密な関係にある会社又は特許発明若しくは実用新案の利用関係にある会社

二　他の会社の株式を所有していない会社

③ 略（資金調達のために発行される株式の取得などの要件を備える場合の株式取得に係る第二項の準用規定）

(52) 持株会社を禁止する独占禁止法第九条の規定は同法制定当時から設けられていたが、昭和二八年に改正され平成九年に持株会社の解禁のために改正されるまでの間の同条の規定は、次のとおりであった。昭和二八年改正後の独占禁止法秩序においても会社が株式所有により他の会社を支配することを否定的に評価していたからこそ、日本経済や市場に及ぼす影響いかんにかかわらず、持株会社であるとの形態のみに着目した規制が設けられていたと解される。

第九条　持株会社は、これを設立してはならない。

② 会社（外国会社を含む。以下同じ。）は、国内において持株会社となつてはならない。

③ 前二項において持株会社とは、株式（社員の持分を含む。以下同じ。）を所有することにより、国内の会社の事業活動を支配することを主たる事業とする会社をいう。

(53) 違法性阻却事由説及び広義の訓示的宣言説における適用除外カルテル制度と「公共の利益」との関係については、例えば、拙稿（注3）三七～八頁参照。

(54) 不況カルテル制度に係る独占禁止法旧第二四条の三の規定は、次のとおりであった。

第二四条の三　この法律の規定は、特定の商品の需給が著しく均衡を失したため左の各号に該当する事態が生じた場合において、その商品を生産する事業者又はその事業者を構成員とする事業者団体（以下「生産業者等」という。）が、次項又は第三項の認可を受けてする共同行為（事業者団体がその構成員に共同行為をさせる行為を含む。以下同じ。）については、これを適用しない。但し、不公正な取引方法を用いるとき、又は事業者に不公正な取引方法に該当する行為をさせるようにするときは、この限りでない。

一　当該商品の価格がその平均生産費を下り、且つ、当該事業者の相当部分の事業の継続が困難となるに至るおそれがあること。

二　企業の合理化によつては、前号に掲げる事態を克服することが困難であること。

② 生産業者等は、前項に規定する場合において、同項に規定する事態を克服するため、生産数量、販売数量又は設備の制限に係る共同行為（設備の更新又は改良を妨げるものを除く。）をしようとするときは、公正取引委員会規則の定めるところにより、あらかじめ、公正取引委員会の認可を受けることができる。

③ 略（対価の決定に係る共同行為を行える要件に係る規定）

④ 公正取引委員会は、申請に係る共同行為が前二項に規定する要件に適合し、且つ、その共同行為が左の各号に該当する場合でなければ、前二項の認可をしてはならない。

一　第一項に規定する事態を克服するため必要な程度をこえていないこと。

二　一般消費者及び関連事業者の利益を不当に害するおそれがないこと。

三　不当に差別的でないこと。

四　その共同行為に参加し、又はその共同行為から脱退することを不当に制限しないこと。

⑤～⑧　略（認可の公表、共同行為の認可に対する異議申立、認可に係る主務大臣との協議などに係る規定）

（55）　不況カルテルの認可手続の概要については、例えば、地頭所五男編『新しい独占禁止法の実務』（商事法務研究会・平成五年）三四八～九頁（平林英勝執筆）参照。

（56）　なお、事業者団体が社会公共的な観点から独占禁止法上の合理化カルテルを実施したものとして、昭和五二年の製粉協会による小麦粉の合理化カルテルがある。これは、小麦粉の漂白剤として使用される過酸化ベンゾイルにビタミンAの破壊や発ガン性など安全性の観点からの疑問があるとして、製粉業界として漂白小麦粉の生産を中止するために合理化カルテルを実施したものである。公取委では、漂白小麦粉の生産中止は小麦粉の品質改善・原価引下げといった合理化効果が見込めるほか、小麦粉の色の白さと品質の善し悪し（色が白い小麦粉ほど良質）が一致することにより競争条件が整備されるなどとして、製粉協会からの申請を認可している（公取委『昭和五二年度年次報告』二一四頁、青木光男・横田直和「小麦粉の合理化カルテルの背景と概要」公正取引三二六号（昭和五二年一二月）二五頁参照）。

（57）　公取委が認可し又は公取委が協議等を受けて実施された適用除外カルテルの件数を各年度末でみると、昭和四〇年度末の一〇七九件をピークに減少しており、平成六年度以降は一〇〇件未満となっている。これをカルテルの根拠法別にみると、平成五年末までは中団法（同法の前身の法律を含む。）に基づく商工組合の安定事業が過半数を占め、例えば、昭和四〇年度末の中団法の安定事業が六五一件となっている。その内訳としては、工業組合による安定事業が四四〇件（同一業種で複数の工業組合が設置されているので、業種別でみると一〇四業種）、商業組合の安定事業が二二一件（同二一業種）となっており、製造業五〇業種、商業一業種で主務大臣の安定命令による規制も行われている。この他、工業組合による合理化事業が一件実施されている。

（58）　中団法の安定事業に係る規定は、平成九年に一部改正され平成一二年に廃止されたが、改正・廃止前の規定で本稿に関係するものを示すと、次のとおりである（なお、条見出し・条の前の見出しは条番号の下に記載）。

第一七条（商工組合の事業）①　商工組合は、次の事業の全部又は一部を行うものとする。

四　その商工組合の地区内において資格事業を営む中小企業者の競争が正常の程度をこえて行なわれているため、その

中小企業者の事業活動に関する取引の円滑な運行が阻害され、その相当部分の経営が著しく不安定となつており、又はなるおそれがある場合における次に掲げる制限

イ　組合員が生産（加工を含む。以下この項において同じ。）をする資格事業に係る物の種類、生産、出荷その他の取扱の数量若しくは販売若しくは引渡しの方法に関する制限、その物の生産の設備に関する制限、その物の原材料の購買若しくは引取りの数量若しくは方法に関する制限、その物の販売価格若しくは加工賃の制限又はその物の原材料の購買価格の制限

ロ及びハ　略（組合員が販売する資格事業及び組合員が提供する資格事業に係る制限規定）

第一九条（調整規程の認可）①　主務大臣は、前条の認可の申請に係る調整規程が次の各号（合理化事業に係る調整規程については、第三号及び第四号）に適合すると認めるときでなければ、同条の認可をしてはならない。

一　第一七条第一項第四号に掲げる事態を克服するため必要最少限度をこえないこと。

二　略（価格の制限ができる場合の規定）

三　不当に差別的でないこと。

四　一般消費者及び関連事業者の利益を不当に害するおそれがないこと。

第二三条（調整規程の設定等の議決）　調整規程の設定、変更及び廃止は、総会の議決を経なければならない。

②　前項の議決は、総組合員の二分の一以上が出席し、その議決権の三分の二以上の多数をもつてしなければならない。

第二四条（制裁）　商工組合は、調整規程で定めるところにより、調整規程に違反した組合員に対し、過怠金その他の制裁を課することができる。

第五五条（加入命令）①　主務大臣は、次の各号に掲げる要件を備え、かつ、安定事業を実施している商工組合の地区内において資格事業を営む中小企業者であつて組合員以外のものの事業活動が第一七条第一項第四号に掲げる事態の克服を阻害しており、このような状態が継続することは、その地区内において資格事業を営む中小企業者の経営の安定に重大な悪影響を及ぼし、国民経済の健全な発展に著しい支障を生ずるおそれがあると認められる場合において、その商工組合がその地区内において資格事業を営むすべての中小企業の事業活動を自主的に調整することによつて同号に掲げる

事態を克服することができ、かつ、その方法によることがその事態を克服するのに最も適当であると認められるときは、政令で定めるところにより、その地区内において資格事業を営む中小企業者であつて組合員以外のものに対し、その商工組合に加入すべきことを命ずることができる。

一　その地区内において資格事業を営む中小企業者の四分の三以上が組合員となつていること。

三　その地区内における資格事業の事業活動の相当部分が中小企業者によつて行われていること。

第五六条（事業活動の規制に関する命令）　主務大臣は、次の各号に掲げる要件を備え、かつ、安定事業を実施している商工組合の組合員たる資格を有する者であつて組合員以外のもの（中小企業者を除く。）の事業活動が第一七条第一項第四号に掲げる事態の克服を阻害しており、又はその商工組合の組合員たる資格を有する者の事業活動を自主的に調整することによつては同号に掲げる事態を克服することができず、若しくはその方法によることがその事態を克服するのが適当でないと認められる場合において、このような状態が継続することは、その地区内において資格事業を営む中小企業者の経営の安定に重大な悪影響を及ぼし、国民経済の健全な発展に著しい支障を生ずるおそれがあると認められるときは、政令で定めるところにより、その調整規程の内容を参酌して、その資格事業に係る同号に掲げる制限を定め、その組合員たる資格を有する者に対し、これに従うべきことを命ずることができる。

一　その地区内において資格事業を営む者であつて中小企業者以外のもの及びその地区内において資格事業を行う第一条第二号に掲げる団体が加入することができること。

二　組合員たる資格を有する者の三分の二以上が組合員となつていること。

三　前条第一項第三号の要件を備えていること。

(59)　加入命令については憲法上の問題もあるのではないかとの指摘もあり、これが命じられたことはない。

(60)　これらの法律の制定時における公取委の対応については、前掲・二十年史（注12）一五七～八頁参照。なお、中団法の立案時においては、通商産業省等との間の意見調整が最後までできず、公取委では事務次官等会議に意見書を提出したものの、公取委の意見は受け入れられなかったとされている。これに対し、現在では多くの適用除外法が廃止されたり適用除外カルテルに係る規定が削除されていることでも明らかなとおり、法案立案時の意見調整においても公取委の見解が受

け入れられるようになっているものと思われる。

(61)　根岸教授は、この場合に不当な取引制限（縦のカルテル）の観点からの検討もされている（前掲（注42）四五頁）が、メーカーによる価格決定の支配を手段とする私的独占が成立するとされているとおり（同五〇頁）、一般には私的独占に該当するとかどうかが問題とされよう。

(62)　指定再販が認められた商品及び指定再販商品につき再販売価格維持契約の届出を公取委に行った事業者数の推移については、前掲・五十年史下巻（注13）四八三～四頁参照。

(63)　例えば、根岸・前掲（注42）四二頁参照。

(64)　「一定の取引分野」は経済学でいう市場であり、私見によれば、経済的な事実として現に存在する市場を独占禁止法上の「一定の取引分野」と認定できるかについては、誰の競争制限行為を問題とするかとの観点からも検討する必要があり、ブランド商品の小売市場が「一定の取引分野」として認定できるかについては、小売業者の行為を問題とするのかメーカーの行為を問題とするのかによって判断が異なることとなる。なお、私見の詳細については、拙稿「『一定の取引分野』の非対称性についての一考察――東武鉄道事件を踏まえて――」名城法学第五六巻第一号（平成一八年）一頁参照。

(65)　独占禁止法第二条第六項に公共の利益要件（「公共の利益に反して」との文言）が設けられていることを根拠に第三条後段違反とならないと解する違法性阻却事由説は、第二条第六項に定める不当な取引制限の構成要件に該当しないため独占禁止法に違反しないとするものであるので、その名称としては必ずしも適当ではない。これに対し、独占禁止法第八条第一号の場合に、違法性阻却事由説と同様に同号違反とはならないとすることは、同号に定められた構成要件に明示されていない事情を勘案することとなるので、通常の意味で違法性が阻却されると取り扱うことになる。