

アメリカ連邦反トラスト法と州政府の競争制限(三)・  
(完)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2015-06-29 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 土田, 和博 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.14945/00008823">https://doi.org/10.14945/00008823</a>

アメリカ連邦反トラスト法と州政府の競争制限(三)・(完)

— 研究序説 —

土田和博

序章

第一章 州行為の法理 (State Action Doctrine) の形成

第二章 州行為の法理の展開

第一節 州政府の関与と私人による競争制限 (「一」まで法経論集五四・五号)

第二節 地方団体による競争制限

第三節 州およびその機関による競争制限

第四節 判例法理の要約 (以上、法経論集五六・七号)

第三章 地方団体反トラスト法の成立

第四章 学説

終章 日本法との関連 (以上、本号)

## 第三章 地方団体反トラスト法の成立

連邦最高裁の *Lafayette* および *Boulder* 両判決によって、地方団体に対する反トラスト訴訟が急増し、市などが莫大な損害賠償請求を受けるにいたったことは、前章において既に述べたとおりである。その結果、水道事業、ゴミの収集・処理、タクシー等の免許制、土地利用規制など地方団体が伝統的に提供してきたサービスや規制措置が有効に行われないおそれが生ずることとなった。こうした事態に対処するため、制定されたのが「一九八四年地方団体反トラスト法 (*Local Government Antitrust Act of 1984*)」である。同法は、地方団体、その公務員、または地方団体の指示をうけた私人が行った反競争的行為について三倍額損害賠償責任を免除することによって、地方団体を財政的危機から救い、地域住民にとって不可欠なサービスの提供を継続させようとするものである。本章ではこの法律の制定過程およびその内容をみることにしよう。

一 前述したように、市などの地方公共団体は、競争を規制または独占的サービスに代替させるという州の政策に従って反競争的行為を行った場合にのみ反トラスト法の適用を免れる (*Lafayette* 判決) が、ホーム・ルール自治権の承認のみでは州の競争制限政策の表明とみることはできず、反競争的行為を特定して授權される必要があった (*Boulder* 判決)。現実には、このような要件を充足する州法は少なかったため、地方公共団体は三倍賠償を請求する「反トラスト訴訟の洪水」にみまわれ、公衆の健康、安全、福祉を目的とする事業や規制措置もその実施が脅かされたのである。

以上のような事態に対して、連邦議会は当初から救済立法を制定しようという積極性をもっていたわけではない。

この問題に対処するための法案は既に幾つか提出されていたが、一九八三年の段階においては成立する見込みは少なかった。しかし、控訴裁判所が六三〇万ドルの賠償金を市長に命ずる判決を下し、また陪審が郡と村に対して二、八五〇万ドルの賠償金を評決したことを契機として、議会はようやく本格的にこの問題に取り組むこととなったといわれる。<sup>(1)</sup> その際、議会が直面した問題は、(ア) 地方団体を救済する立法の必要性の有無、および(イ) 具体的な救済方法のいかんであった。まず(ア)については、最高裁が州行為の法理について合理的な蓋然性をもって結論を予測しうるような判断基準を提供していない現状では、三倍賠償によって地方団体は「破産」するかもしれない、少なくとも市民生活に不可欠なサービスの提供さえも停止せざるをえないこと、また地方団体が賠償として支払った負担が納税者に転嫁されるならば、これは極めて不公正な課税となること、さらに、地方団体に職業許可を拒否された者などが許可を受けた者と地方団体またはその公務員との共謀を主張して出訴し、その決定を妨害する危険があること等が指摘された。他方、立法措置に反対する見解は、州でさえ、完全な反トラスト法の適用除外とされるわけではないこと、一般に三倍賠償訴訟は請求額より少額で和解したり、棄却される場合が少なくないことなどを根拠として主張した。しかし、議会は結局、地方団体および公務員に反トラスト法を適用した場合に生ずる結果と反競争的行為による侵害から私人を救済する必要性とを衡量して、少なくとも反トラスト法の懲罰的側面(punitive aspect)を除去する限りで何らかの立法の必要があるとした。すなわち、地方団体を全面的に反トラスト法の適用除外とすることなく、しかも同時に三倍賠償が特に納税者との関係で不正な結果を招くことを防止する形での立法化の要があるとされた。<sup>(2)</sup>

以上のように、地方団体を救済する立法の必要性が認められたとしても、(イ) そのための具体的な方法としては、地方団体の反競争的效果をもつ事業や規制措置を州法において特定して授権する方法と連邦法によって救

濟する方法とが考えられた。しかし、前者は多くの州議会が二年に一度しか開かれず、しかもその会期が短いこと、あるいは州議会議員が必ずしも反トラスト法に精通していないことから、早急に地方団体の望むような州法を制定することは困難であった。<sup>(3)</sup>従って、「連邦議会のみが、州と地方団体との関係を反トラスト法の枠組みの中で考えることができ、十分機能する解決方法を与えることができる」として連邦法による救済の途が選択されることとなったが、その場合にも連邦議会に提出された法案の内容や救済の方法は各々異なるものであった。

二 まず、比較的初期に提出された法案は、地方団体の行為について反トラスト法が適用されるものとそうでないものとを区別しようとした。例えば、上院に提出されたThurmond法案(S.1578)は「連邦反トラスト法は、市、村、町、郡区、郡その他の一般機能地方団体の法律もしくは土地利用規制、免許、許可および独占的公共サービスの設定等を含み、私人と競争しつつ地方団体の機関が商品またはサービスを販売する等の行為を含まない規制権限の行使として行われるその他の措置またはこれらによって指示された公的行為(official action)には適用しない。但し、かかる法律または措置が州法上有効でなければこの限りでない」と規定した。これは、主として一般地方団体の州法上有効な規制行為、独占的な公共サービスの設定行為および一般地方団体によって指示された私人の公的行為に限って反トラスト法の適用除外とし、これらの行為については私人による三倍賠償および差止め請求もFTCまたは司法省による排除措置命令あるいは訴追も認められないとするものである。しかし、この法案による場合には「規制権限の行使として行われる」行為とそれ以外の行為(とりわけ「経済行為」)との区別が困難だけでなく、水道区、汚水処理区など特別機能地方団体が適用除外の対象から全面的にのぞかれ、また州法上の有効性を条件とすることによって地方団体の行為が反トラスト法の適用除外となるか否かが州の承認にかかることになり、まさにBoulder判決がひきおこしたと同じ問題をもたらすのであった。<sup>(5)</sup>

下院でも州の授権の有無や地方団体の行為の性質によって反トラスト法が適用されるか否かを区別する法案があった(例えばEdwards法案H.R. 3688は後者と後述する救済制限アプローチを組合わせたものである)。あるいは地方団体の行為の目的ないしそれが奉仕する利益と競争に及ぼす影響とを比較衡量する条理の原則をこの問題に導入しようという法案もあった(Rodino法案H.R. 5992)。これらのアプローチは、すべて地方団体が行う一定の行為のみを反トラスト法から保護しようとするものであるが、いずれも裁判所の法解釈によって適用除外となる範囲が区々となる結果、地方団体がサービスを提供し、あるいは規制措置を実施する際に反トラスト法違反となるか否かが予測できないという難点をもっていた。これに対して、以上のような問題を避けるために地方団体を相手方とする反トラスト訴訟において請求可能な救済を制限しようとする法案が提出される。Fish法案(H.R. 3361)は、地方団体に対しては三倍賠償を請求することはできず、実額賠償請求のみを可能とするものであった。しかし、このアプローチは、地方団体が反トラスト法違反行為によって得た利益を住民のために支出した場合には後に税金を追徴しなければならないという手続上の煩雑さのために採用されなかった。<sup>(6)</sup> 他方、これとは別に三倍賠償のみならず、実額賠償も地方団体に対しては請求できず、差止めのみが許されるとする次のような法案(H.R. 6027)が下院司法委員会に付託された。<sup>(7)</sup>

二条 この法律において、

(1) 「地方団体」とは、市、郡、パリッシュ(parish)、町、郡区、村、学校地区、衛生地区その他一または数州の一般または特別目的を有する下位の政府機関をいう。

(2) 「地方団体の公的行為(official conduct of a local government)」とは、地方団体またはその公務員、雇

用者もしくは代理人による作為または不作為で、地方団体またはその公務員、雇用者もしくは代理人がかかる地方団体の立法、規制、執行、行政、または司法権限の範囲内にあると合理的に解釈しえたであろうものをいう。

三条 (a)項

合衆国、いかなる者または州も次の場合にはクレイトン法四條、四A條または四C條に基づいて金銭の賠償を請求することはできない。

(1) 訴えが地方団体、またはその公務員、雇用者もしくは代理人を相手方とし、地方団体の公的行為に起因する場合。

(2) 訴えが者 (person) を相手方とし、地方団体によって明示的に要求された行為に起因する場合。

(b)項  
(a)項は、一九八四年七月一日前にクレイトン法に基づいて提起された訴訟については適用されず、また合理的な弁護士報酬を含む訴訟費用に影響すると解釈されてはならない。

これによれば、一般地方団体の行為であると特別地方団体の行為であるとを問わず、また規制行為と経済行為とに拘らず、さらに州法上に授權規定がない場合にも「地方団体の公的行為」である限り、私人による三倍額損害賠償 (クレイトン法四條)、合衆国による実額賠償 (四A條) または州が州民を代表しておこなう三倍賠償 (四C條) のいずれの請求も、地方団体またはその公務員に対して行うことはできない。のみならず、Thurmond 法案では規定上必ずしも明らかでなかった私人の行為の取扱いについても賠償請求が制限されうることを明定するも

のであった(三条a項二号)。下院司法委員会では、これを「現時点においても最もバランスのとれた立法府の対応」と報告し、下院は、一九八四年八月八日 H.R. 6027 を可決した。<sup>(8)</sup>

三 他方、H.R. 6027 を審議した上院は、一〇月四日、これを修正し、次のような法案を可決した。<sup>(10)</sup>

## 二条 (a)項

クレイトン法四条、四A条および四C条は、市、村、町、郡区、郡その他の一般機能地方団体の法律もしくは公共の利用を確保し、公衆の健康、安全、または福祉を保護するためを行う土地利用規制、免許、許可および排他的または非排他的な方法による公共サービスの設定または提供を含み、私人と競争しつつ、地方団体の機関が商業的方法により商品もしくはサービスを購入し、または販売することを含まない規制権限の行使として行われるその他の措置、またはこれらによって指示された公的行為が州法上有効である場合には適用しない。但し、本項は本法の制定日以後に提起された訴訟についてのみ適用されるものとする。

## (b)項

(1) クレイトン法四条、四A条または四C条に基づく、いかなる損害賠償、その利子または弁護士費用もいかなる地方団体または職務上の権限において行われたその公務員に対して請求することはできない。

(2) 本項は本法の制定の日に係属している訴訟には適用しない。但し、訴訟の段階およびクレイトン法による他の救済措置の利用可能性を含むあらゆる事情に照らして、係属中の事件に本項を適用しないことが不公正であることを被告が立証し、裁判所が決定した場合にはこの限りでない。本項の解釈にあつ



ては、陪審の評決の存在は、本項が適用されないことの一応の証拠 (*prima facie evidence*) と考えられねばならない。

三条 法律第九八―四一―一号の第五一〇条は廃止する。

明らかに上院が可決した修正案は、Thurmond 法案に下院で支配的となった救済制限アプローチを組合わせたものであった。すなわち、二条(a)項は、Thurmond 法案を下敷きにして、若干の修正は行われたものの、一般地方団体の州法上有効な規制行為および公共サービスの設定、提供行為ならびに一般地方団体（特別地方団体は除かれる）によって指示された私人の反競争的行為については三倍賠償等の請求が制限されるとし、さらに(b)項(1)によって、一般地方団体の経済行為、特別地方団体の行為およびこれらの公務員の職務上の権限において行った行為についても三倍賠償請求等を認めないとした。地方団体を救済する基本的な方法として三倍賠償請求を制限するアプローチをとる点では同じであるが、上院の修正案は重要な点で下院の可決した H.R. 6027 と異なっていた。すなわち第一に、下院案では、いかなる地方団体によって明示的に要求された私人の行為であっても賠償制限をうけたが、上院修正案では一般地方団体の規制権限によって指示された私人の行為のみが賠償責任を免れ<sup>(ii)</sup>た。第二に、下院案は一九八四年七月一日まで遡及して適用されるのに対して、上院修正案は、私人の反競争的行為については遡及せず、地方団体またはその公務員の行為についても原則として不遡及であるが、訴訟の段階（例えば、陪審の評決が下される前の初期の段階であること）あるいは他の救済の可能性ないし有効性（原告が三倍賠償でなければ救済されないわけではなく、反競争的行為の差止めで足りること）を含むあらゆる事情から不遡及が不公正であることを被告が立証し、裁判所もそれを認めた場合にのみ遡って適用されるとした。その意

味で上院修正案は、遡及効に反対ないし消極的であった。第三に、法律第九八一四一一号五一〇条の廃止である。同条はFTCが地方団体を相手方として出訴するためにいかなる予算の支出をもしてはならないとするものであった。H.R.6027においてはこの点に関してなんら規定が設けられなかったが、上院修正案は地方団体が三倍賠償を免れる結果、悪質な反競争的行為を行うことのないよう、FTCに差止め請求訴訟を回復し、地方団体による反トラスト法違反行為を監視する方策を残したのである(その他の異同については後述する)。

四 上下両院が異なった法案を可決したため、両院協議委員会(Conference Committee)が開かれ、一〇月一日、次のような協議委員会案が両院に提示された。<sup>(12)</sup>

一条 この法律は「一九八四年地方団体反トラスト法」として引用することができる。

二条 この法律において、

(一) 「地方団体」とは次のいずれかをいう。

(A) 市、郡、パリッシュ、町、郡区、村、その他州法により設立された一般機能政府単位

(B) 学校地区、衛生地区、その他一または数州において州法により設立された特別機能政府単位

(二) 「者」とは、クレイトン法第一条(a)項において定められた意味をもつが、本条第一項で定義されたいかなる地方団体をも含まない。

(三) 「州」とはクレイトン法第四G条第二項において定められた意味をもつ。

三条

(a) いかなる損害賠償、その利子、訴訟費用または弁護士報酬もクレイトン法四条、四A条または四C条に

基づいて、いかなる地方団体またはその職務上の権限において行為した公務員もしくは雇用者に対して請求することはできない。

- (b) (a)項は、本法の発効日前に開始された訴訟には適用しない。但し、訴訟の段階、およびクレイトン法上の他の救済措置の利用可能性を含むあらゆる事情に照らして同項を係属中の事件に適用しないことが不正であることを被告が立証し裁判所が決定する場合にはこの限りでない。本条の解釈にあたっては、陪審の評決、地方裁判所の判決またはその後の訴訟段階にあることは、(a)項が適用されないことの一応の証拠と考えられねばならない。

#### 四条

- (a) いかなる損害賠償、その利子、訴訟費用または弁護士報酬もクレイトン法四条、四A条または四C条に基づいて、地方団体またはその職務上の権限において行為する公務員もしくは雇用者によって指示された公的行為に関して、それを受けた者に対する訴えにおいて請求することはできない。

- (b) (a)項は、本法の発効日前に開始された訴訟には適用されない。

五条 商務省、司法省、國務省、裁判所、および関係機関予算法の第五一〇条は、廃止する。

六条 本法は、制定の日から三〇日遡って発効するものとする。

地方団体が賠償請求を免れるためには、下院案では「地方団体の公的行為」でなければならなかったが、協議委員会は上院案を採用し、無条件で地方団体は賠償制限をうけるものとされた。また、地方団体の公務員についても上院案の「職務上の権限において行為(acting in an official capacity)」行為が賠償制限をうけるというア

プローチをとり、公務員が善意で権限ありと誤解した場合、下院案では「…その職員：が、かかる地方団体の立法、規制、執行、行政または司法権限の範囲内にあると合理的に解しえたであろう」作為または不作為について受けえた賠償制限が認められないこととなった。他方、私人については上院の「一般地方団体の規制行為によって指示された行為」ではなく、下院案に従って、一般地方団体と特別地方団体とを区別せず、また規制行為と経済行為とを問わず、「地方団体：によって指示された公的行為」について賠償責任を負わないこととされた。法律の遡及効については、制定日から三〇日遡って発効するという形で、七月以降に開始された訴訟にも適用した。下院と原則として不遡及とするという上院との妥協がはかられ、またFTCの権限については、上院案により、従来の予算上の制約を廃止した。右のような両院協議委員会の報告をうけて、一〇月一一日上下両院はこれを検討した結果、共にこれに同意し、可決した。<sup>(13)</sup>そして、一〇月二四日、大統領の署名をえて、「一九八四年地方団体反トラスト法」は成立することとなったのである。

五 右にみたように、「一九八四年地方団体反トラスト法」は、「反トラスト事件における重い三倍賠償の脅威」が地方団体の「公庫と納税者の財布をおびやかし、あるいは地方団体が誠実に職務を遂行することを阻害」しないよう配慮することを最大の立法理由とするものであった。同法が成立した結果、一般および特別地方団体の行為は、無条件で三倍額損害賠償を免れ、地方団体の公務員は「職務上の権限において行う」行為についての同様に賠償責任を負わないこととなった。このため、従来地方団体を相手方として反トラスト訴訟を起してきた者が、公務員に対して賠償請求を行うのではないか、という懸念が表明されている。<sup>(15)</sup>さらに、私人が賠償責任を負わないのは、地方団体または職務上の権限において行為する公務員によって指示された公的行為についてだけである。以上のように「一九八四年地方団体反トラスト法」は、地方団体などの行為の全部または一部を反

トラスト法の適用除外とするものではなく、単に金銭賠償責任を免除するにすぎないものであった。すなわち、右の三者いずれについても、責任を免れるのは金銭賠償にとどまり、当該反競争的行為の差止めを私人が請求することは可能である。また、FTCもこれら三者の違反行為の停止を命ずることができる。

最後に、以上のような地方団体反トラスト法が、州行為の法理とどのような関係にたつのか、あるいは同法の成立が州行為の法理にどんな影響をあたえたのか、簡単に整理しておこう。端的にいえば、両者は別個のルールであり、前者は地方団体、公務員、私人がいかなる場合に金銭賠償責任を負わないかを定めるものであるのに対して、後者はそれら（に加えて州およびその機関）がいかなる要件のもとで反トラスト法の適用を除外されるかに関するものである。州行為の法理の適用がある場合には、反トラスト法は適用されないのだから、賠償責任を論ずるまでもない。州行為の法理が適用されない場合には、さらに同法によって職員および私人が賠償責任を負わないか否かが問題となる（地方団体はいかなる場合にも金銭賠償責任を負わない）。なお、同法は一般および特別地方団体、その公務員ならびに私人に適用されるものであるから、州およびその機関には適用がなく、これらについては州行為の法理によって反トラスト法の適用が決められ、賠償責任の制限も同法によっては問題とされない。要するに、同法は、なんら州行為の法理を修正するものではないといえよう。<sup>(16)</sup>

しかし、以上は、ルール相互間の整理である。連邦議会が明確な目的をもって、右にみたような立法を行ったことが、連邦最高裁による州行為の法理の適用に事実上、なんらの影響も及ぼさないことはありえない。既に述べたHallie判決やSMCRC判決は、最高裁が地方団体反トラスト法の成立を踏まえて下したものと考えられる。<sup>(17)</sup>これらに加えて、最高裁は最近、市の不動産賃料安定化条例がシャーマン法一条違反でないとの判決を下した。<sup>(18)</sup>本件では、この条例が不動産賃貸人の賃料の上限を定めて競争を制限するものであるとの賃貸人の主張に対して、

なんら競争を制限するという合意がなく、単に条例が反競争的效果をもつというだけではシャーマン法一条違反の要件を欠くから、州行為の法理の適用の有無を論ずるまでもない、というものである。従来のアプローチとはやや異なるが、地方公共団体の行為を反トラスト法を利用して攻撃する傾向に対して再度冷却効果をもつ点では地方団体反トラスト法成立以降の最高裁の姿勢を確認するものである。

- (1) Howard, Applying the Antitrust Laws to Local Governments : Congress changes the Approach, 30 Antitrust Bull. 745, 749 (1985). 本文で扱った事件は Affiliated Capital Corp. v. City of Houston, 700 F. 2d 226 (1983) 及び Unity Ventures v. County of Lake, No. 81-C-2745 (N. D. Ill. Jan. 12, 1984) の 2 件。また Queen, Recent Developments in Federal Antitrust Legislation, 54 Antitrust L. J. 443, 451 (1985) 及び F. T. C. がミネアポリスおよびニューオーリンズ両市をそれぞれタクシー業者と共謀して価格を引上げ、事業者数を制限したとして審判開始決定をしたこと (City of New Orleans, 105 F. T. C. D. 1; City of Minneapolis, 105 F. T. C. D. 304 (1985)) が立法化への引金となったこと。
- (2) H. R. Rep. No. 965, 98th Cong., 2d Sess. 7-13 (1984).
- (3) Local Government Antitrust Liability-the Boulder Decision : Hearings before the Senate Committee on the Judiciary, 97th Cong., 2d Sess. 49 (statement of Hayes, Mayor of San Jose, Cal.); Id. at 54-55 (statement of Allen, Jr., Mayor of Demopolis, Ala.) (1982)
- (4) Id. at 50 (statement of Hayes).
- (5) Howard, supra note 1, at 749-754.
- (6) H. R. Rep. No. 98-965, at 18.
- (7) Id. at 1-2.
- (8) Id. at 18.
- (9) 130 Cong. Rec. H 8622-4 (daily ed. August 8, 1984).

- (10) 130 Cong. Rec. S 13574-5(daily ed. October 4, 1984).
- (11) S. Rep. No. 593, 98th Cong., 2d Sess. 7-8(1984).
- (12) H. R. Rep. No. 1158, 98th Cong., 2d Sess. 1-2(1984).
- (13) 130 Cong. Rec. H12175-89; 130 Cong. Rec. S14364-69(daily ed. October 11, 1984).
- (14) Local Government Antitrust Act of 1984: Statement on Signing H. R. 6027 into Law, 40 Weekly Comp. Pres. Doc. 1643. (Oct. 24, 1984).
- (15) Howard, supra note 1, at 760. 注は Sampen, Municipal Antitrust Liability: New Federal and State Limitations, 74 Illinois Bar J. 228, 232(1986) は「州の反トラスト法にもどいて、地方団体に対して三倍賠償が請求される可能性を指摘する。」
- (16) Howard, supra note 1, at 787-9.
- (17) 両判決については、拙稿「アメリカ連邦反トラスト法と州政府の競争制限(2)」法経論集五六・七号八四頁以下、一〇二頁以下参照。
- (18) Fisher v. City of Berkeley, 54 U. S. L. W. 4222(1986).

#### 第四章 学 説

連邦反トラスト法は、「州」の競争制限行為に適用されるか、然りとすれば、いかなる要件の下においてか、という問題について、連邦最高裁が① clear articulation と② active supervision という二要件を鍵概念として打ち出したことは、第二章でみたとおりである(詳細は同章を参照されたい)。本章では同じ問題を諸学説がどのようなとらえ、それに対してどのような判断枠組みを提示しているのか検討してみよう。ただし、既に、最高裁判決の個々の論点の分析・検討のために様々な学説に触れたので、ここでは右の基本的な考え方に関わる限りで

簡単に紹介するにとどめたい。

1 Handler (専占説)

Handlerの学説は、一九七五年以降連邦最高裁が「州の行為」に反トラスト法を適用し始めた比較的初期に主張されたものである。Handlerは、この問題が州レベルに可能なかぎり競争を導入すればよいという単純なものではなく、どの程度、どんな種類の規制が州において維持され、またいかなる程度に競争が導入されるべきかという問題であるとし、<sup>(1)</sup>七五年以降州の経済規制立法が反トラスト法によって専占されはじめたことは、一九二、三〇年代に連邦憲法の適正な手続き条項によって州法が無効とされたことと同様に、連邦主義にとって危険な傾向であるという。<sup>(2)</sup> Handlerによれば、七五年以降の最高裁判決は、同一主権内の立法の矛盾を調整する「適用除外(exemption)」の問題と異なる主権間の立法の対立を扱う連邦憲法上の「専占(preemption)」の問題とを明確に区別しておらず、州の行為が関わる問題は後者に属するとする。そして、連邦または州内における反トラスト法と競争制限立法との調整の場合には黙示の反トラスト法適用除外は、それが不可避である場合に「必要な最少限度においてのみ」許される以外は原則として認められないが、連邦法と州法との衝突を調整する専占の場合には、これとは逆に連邦政府が特定の分野を排他的に先占し、あるいは両法が共存できない程度に対立する内容でない限り、州法優先の推定がはたらく、連邦法による専占が行われないのが原則であるという。<sup>(3)</sup>

しかし、以上のようなHandlerの説については次のような疑問がある。すなわち、Handlerは、シャーマン法を制定した連邦議会が州の行為に同法を適用する意図をもっていなかったと主張するが、既に述べたように、<sup>(4)</sup>そうであるか否かは極めてあいまいな事柄であり、両義の解釈を免れない。また、連邦憲法の最高法規条項の解釈としていわれるにも拘らず、なぜ専占の場合には州法優先の推定がはたらくのかも明らかでない。反トラスト法



と州法の明白な矛盾が存在する場合には常に前者が優先することを連邦憲法が保障していると解する見解もある<sup>(5)</sup>ことから考えて、連邦憲法の解釈として常に州権の一方的な尊重が導き出されるわけではないといえよう。

## 二 利益衡量説 (Balancing Approach) ないし条理の原則説

Handler が州権を尊重する一方の極にあるとすれば、反トラスト法の適用を優先する他方の極には Slater などの利益衡量説が位置すると考えられる。Slater の主張する利益衡量説は、連邦の競争維持の利益と州の規制による利益とを比較し、規制を行う正当な (valid) 理由があり、かつ規制によって促進される利益が競争の維持よりも質的に重要な意義を有するならば、州の規制は許容されるという。例えば、州による医師の免許制は医療過誤の防止が競争維持の利益を上回るから十分に有効であるが、他方、理髪店の許可制は、競争の侵害を相殺するだけの利益が存在しないから無効となる<sup>(6)</sup>という。また、同様に利益衡量説を主張する Kennedy は、州の行為に反トラスト法を適用する結果、生じうる州あるいは私人に対する三倍賠償の問題について、当該州の規制措置の有効無効と州あるいは私人に対する三倍賠償責任とは別個の問題であるとし、州の規制措置が無効であったとしても州、その公務員、または私人が賠償責任を負わないことがありうる<sup>(7)</sup>との結論を導く。

しかし、本説については、利益の比較衡量の仕方が、いわば常識論の域を出ないだけでなく、「利益衡量」説とはいいながら、Slater 自身「近年の経済問題は（公共規制によるよりも――筆者）より多く競争を導入することによって適切に解決されるのであって、その制限によってではない<sup>(8)</sup>」と認めているように、この説の結論は反トラスト法優先に傾きがちである。それ故、このような主張に対しては連邦裁判所に州の正当な規制利益としばしば空虚な競争という利益を比較させ、後者を選択する自由を与えることになるから、州自体の問題について連邦裁判所が意のままに何が最も公共の利益に適うかについての政策判断を押しつけることを許すものである、との

批判がある。<sup>(9)</sup> また利益衡量説の後者の点 (Kennedyの主張) についても、クレイトン法四条は、一旦反トラスト法違反が認定されれば、被告の三倍賠償責任を裁判所が裁量によって免除することを許すものではないから、州などの規制措置が無効であれば、被告は必ず賠償責任を負わねばならず、両者を切離すことはできないと指摘されている。<sup>(10)</sup> この点は地方団体反トラスト法で解決されざるをえなかった点である。<sup>(11)</sup>

### 三 Areeda & Turner

右に述べたHandlerと利益衡量説が州権の尊重と連邦反トラスト法の優先をそれぞれ主張する両極にあるとすれば、Areeda & Turnerはその中間にあり、かつ最高裁が「明確な表明」と「積極的な監視」という二要件を打ち出すについて最も影響力をもったと思われる学説である。Areeda & Turnerは、州行為の法理が適用されるための要件として①州が競争を排除する意図を有すること、②当該反競争的行為の実施について州が十分な監視を行っていることを提示したのをはじめ、州の「強制」を独立の要件とは解さず、私人が反競争的行為を発議した場合にも「州の行為」として容認されうるとしたこと等<sup>(12)</sup>は、ほとんど最高裁の見解と同じである。従って、本説については、次のWileyによる最高裁の見解に対する批判が同様に指摘されうることを述べるにとどめたい。

### 四 Wiley (捕縛説)

まずWileyは、Parkerから七五年以降の諸判決への展開にみられる州行為の法理の変遷が規制 (regulation) の性格についての認識の変化によるものであるという。すなわち、Parker判決は規制が公衆にとって有益であり、大衆の意思によって正当化されるというニューディール期の確信を反映するものであったが、規制が非効率的であり、生産者によって政府が捕縛 (capture) された結果、大衆の利益を犠牲にして生産者のそれに奉仕するものとなってしまうという認識が州行為の法理の制限的適用を結果することになった<sup>(13)</sup>という。このような思潮の変

化に促されて、最高裁は州行為の法理の適用を再検討したのであるが、Wileyによれば、最高裁の「明確な表明」と「積極的な監視」という要件は「広範な、手続き的な妥協」<sup>(14)</sup>である。なぜなら、それは「捕縛」の有無にかかわらず、すべての州または地方団体の行為に適用される可能性があり、また規制措置が連邦の競争政策と矛盾する内容であるかという実体的な審査を行わず、さらに一方で州権を尊重しつつ他方で州の関与の強くない規制については反トラスト法を適用するからである。しかし、このようなアプローチは「捕縛」の問題を適切に解決しうるものではなく、むしろ被規制者が反競争的政策を州議会に明確に表明させることによってカルテルを強化する役割さえもつことが考えられる。同時に、最高裁の基準は、州が地方団体に権限と責任を委譲することを妨げ、州の授権と監視のない場合に経済的に効率的な規制を抑制し、地方公共団体の自治を害し、さらに連邦裁判所に州政府の行為を監督させることになる。<sup>(15)</sup>

このためWileyは、次のような四つの基準からなる「より選択的な専占のルール」を提言する。すなわち、州、地方団体または「捕縛」する私人が反トラスト法の適用を受けるためには、州または地方団体の規制措置が①市場における競争を抑制すること、②連邦反トラスト法の適用除外とならないこと（労働組合など）、③市場の非効率性の是正を目的としないこと、④生産者による捕縛から生れたものであること。以上四つの要件をすべて充足する場合には、反トラスト法が適用され、州または地方団体の規制措置は無効となり、私人の行為は三倍賠償を含めた責任を負う（州または地方団体は三倍賠償を負担しない）とする。<sup>(16)</sup> Wiley説の主眼と思われる④についていえば、これを立証するためには規制措置から利益をうける生産者の特定、決定的な政治活動をおこなった事業者の決定などの直接の証拠によるか、規制措置の効果が、「捕縛」がその最も明白で唯一の起源であることを示していることを間接的に立証する方法によらねばならないとする。<sup>(17)</sup>

以上のように、Wileyの捕縛説は、連邦反トラスト法が州および地方団体の行為に必要以上でないしは不当に侵入する「反トラスト帝国主義(antitrust imperialism)」を防止し、「より選択的な専占のルール」を確立しようとするものである。Wileyが州行為の法理の縮減が規制に対する認識の変化に影響されたものであることを示し、問題の焦点である「生産者による捕縛」を解消することを最大の狙いとした理論構成を行ったことは、十分に評価されるべきであるが、同時に次のような疑問も生ずる。つまり、州または地方団体の公営事業(「経済行為」)において抱合わせ販売や供給拒否が行われた場合、私人による「捕縛」がないことから、Wileyは反トラスト法の問題ではなく、連邦憲法修正一四條(法の適正手続)等によって対処するべきものとするが、州または地方団体の「規制行為」だけに反トラスト法が適用されるべきであるとするのは、あまりに「捕縛」に捕らわれすぎていのではないか、また規制措置が「公的および私的意思決定の混合物」であることは少なくないが、そうだとすると「生産者による捕縛」の証明は相当困難なのではないかという点である。<sup>(18)</sup>

- (1) Handler, The Current Attack on the Parker v. Brown State Action Doctrine, 76 Colum. L. Rev. 1, 17 (1976)
- (2) Id. at 3-7. なお、適正な手続き条項による州の経済規制立法の実体的審査との類似性については Verkuil, State Action, Due Process and Antitrust: Reflections on Parker v. Brown, 75 Colum. L. Rev. 328 (1975) に頁 325-6。
- (3) Handler, Antitrust—1978, 78 Colum. L. Rev. 1363, 1378-80 (1978).
- (4) 拙稿「アメリカ連邦反トラスト法と州政府の競争制限(1)」法経論集五四・五号六九—七〇参照。また七三頁の Areeda の批判も参照されたい。
- (5) 例えば L.A. Sullivan, Handbook of the Law of Antitrust 731-2 (1977). ④ L.A. Sullivan の質問

題についての捉え方は、「伝統的な権限という言辞は、別個の法制度をもつ別個の主権が優先を争うような観念を呼びおこすが、それは適切ではなく、州法と反トラストの動態は、政策上の争点の統合または調整の探求としての方がよりよく理解できる」というものである(*Id.* at 731)。

- (9) Slater, Antitrust and Government Action: A Formula for Narrowing Parker v. Brown, 69 *Nw. U. L. Rev.* 71, 104-9 (1974).
- (7) Kennedy, Of Lawyers, Lightbulbs, and Rasins: An Analysis of the State Action Doctrine under the Antitrust Laws, 74 *Nw. U. L. Rev.* 31, 72-3 (1979).
- (8) Slater, *supra* note 6, at 109.
- (9) Handler, *supra* note 3, at 1387. 同様な批判として Rogers, The State Action Antitrust Immunity, 49 *U. Colo. L. Rev.* 147, 177-8 (1978) がある。
- (10) 例えば、Boulder 判決において反対意見を述べた Rehnquist 裁判官は、「地方公共団体が『事業または財産に損害を受けた』者に対して二倍賠償責任を負わないと結論するためには、裁判所が相当な離れわざを行う必要がある」*Id.* (455 *U.S.* 65, n. 2 (1982)).
- (11) 本文で述べた利益衡量説以外では、例えば The Supreme Court, 1981 Term, 96 *Harv. L. Rev.* 62, 273-276 (1982) は、州の行為が実現する社会・公共の利益(例えば公衆の健康と安全、衛生、警察、消防など)と反競争的效果を比較するが、これは必ずしも反トラスト法優先の結論にいたらない。拙稿(2)、法経論集五六・七号九八-九参照。
- (12) I.P. Areeda & D.F. Turner, Antitrust Law 66, 92-7 (1978). 本稿 Areeda, Antitrust Immunity for "State Action" after Lafayette, 95 *Harv. L. Rev.* 435, 437-8 (1981). の参照。
- (13) Wiley, A Capture Theory of Antitrust Federalism, 99 *Harv. L. Rev.* 713, 713-5 (1986).
- (14) *Id.* at 729.
- (15) *Id.* at 733-9.
- (16) *Id.* at 743-5.
- (17) *Id.* at 769-76.
- (18) 本文で扱ったもののほか、M.R. Lee, Antitrust Law and Local Government (1985); Cirace, An Economic Analysis of the "State-Municipal Action" Antitrust Cases, 61 *Tex. L. Rev.* 481 (1982); Easterbrook,

Antitrust and the Economics of Federalism, 26 J. L. & Econ. 23 (1983) など州および地方団体の行為を経済学の立場から分析するものがある。例えば、Lee は州または地方団体によって行われる取引拒絶、排他的取引、垂直的価格協定、地域・顧客制限、抱合わせ取引、掠奪的価格設定、独占力の濫用などの行為は、取引当事者双方の目的である利益を確保し、それに伴う費用を減らすことにその機能がある（その限りで消費者の厚生を最大化する）ものであるから、市場支配力を獲得しようとする、典型的なカルテルの一部として行われる場合以外は違法となるものではない、とする（*Id.* at 33-42）。これらの諸説を批判的に検討する能力は私にはないが、Lee の分析は行為の機能だけに着目し、それが私人によっておこなわれるか地方公共団体によって採用されるのかを全く無視するものである（Lee はそれが Lafayette および Boulder 両判決の教訓だという）。しかし、州や地方団体に関わる事件においては、州の主権の尊重、あるいは当該行為の（機能よりむしろ）意図や目的が当然考慮されざるをえず、このような法学的・制度的要素を等閑視することが妥当かどうか疑問が残る。

## 終章 日本法との関連

一 前章までにおいて、州政府、地方団体およびこれらによる関与を受けた私人が行う反競争的行為に連邦反トラスト法が適用されるのは、いかなる場合かという問題をめぐって、最高裁の判例、連邦議会による立法措置、さらに諸学説をみてきた。これらを踏まえて、本章では、わが国の独占禁止法上、これに類似する問題について、その理解や解釈が反トラスト法の場合と比較して、どのような特徴をもっているのか、またアメリカ法からいかなる示唆がえられるのか、最後にまとめておきたい。

しかし、その際注意しなければならないことは、アメリカ法と日本法との比較といっても、州行為の法理については、両者の単純な比較を許さない特別の事情があることである。いうまでもなく、それはアメリカ連邦憲法

が「連邦制」を建前として、<sup>(1)</sup>州行為の法理は、州の主権に対する尊重を根拠として、原則として州の法律その他の「州の行為」には連邦反トラスト法が適用されないとするものであるが、わが国の場合には連邦制を採用しているとは一般に理解されていないからである。その意味では比較する制度の構造が異なるということになるが、しかし、そのことは基本的に承認した上で、次のようなことも指摘できる。すなわち、州行為の法理に係わる事件は州政府自体が被告であるものだけでなく、州政府が受動的に関与したにすぎない私人、あるいは連邦制という「二重の政府の制度」の外に位置すると解された地方団体が反競争的行為を行った場合も含まれるが、地方団体、あるいは少なくとも私人については、<sup>(2)</sup>州政府それ自体と同じ意味ないし程度において「州権」の尊重が要請されるわけではないということである。

以上のようにいえるとすれば、可能な限りにおいて日本法との比較を行うことも無意味ではあるまい。日本法との関連で参考となりうる点は少なくないが、ここでは「行政指導とカルテル」および地方公共団体の行う事業に対する独禁法適用の二つの問題に限定して論ずることとしたい。

二 行政指導に基づいて反競争的行為、とりわけカルテルが行われた場合、当該反競争的行為が独占禁止法の適用除外となるか、あるいはその反競争的行為は独占禁止法違反とならないか、については古くから議論が行われてきている。ひとまず、ここで従来の論議を整理しておこう。<sup>(3)</sup>「行政指導とカルテル」をめぐる議論の出発点は昭和二〇年代の審決例である。統制価格撤廃に際して、物価庁から最高価格について半強制的要望を受けたためやむをえず行った行為であるという被審人の主張に対して「多数行政官庁当局者中たまたま本法の精神を理解せず誤った指導をなすものがあつたとしても、事業者またはその団体は各自法の命ずるところが何であるかを判断してこれに従う責任があるものであることは言をまたない。官庁の指導の有無あるいは罰則適用の際しんしゃ

くすべき情状となることはありうるかも知れないが違法の状態を排除するに必要な措置をとるべき事業者またはその団体の責任を軽減するものでない」とした野田醤油ほか四名に対する件、および朝鮮戦争後の不況期にスフの減産を通産省から勧告された事件について、「被審人協会の役員または職員のなした行為は単に通商産業省の勧告をそのまま伝達したに過ぎず、これは被審人協会の立場上やむを得ないこと」であったという主張に対して、「直接官庁の指導の矢表に立つ被審人協会の役員の立場は少なからず同情に値するものがあると考えられるのであるが、この理由によって明白なる法律違反を看過するにおいては当該法律の解釈運用になんら権限を有せざる行政官庁の意向いかんにより法の適用を左右にすることとなり不当であることはいうまでもない」とした東洋レヨンほか一二名に対する件が有名である。これら両事件では、具体的な法律の根拠のない行政指導が行われ、それに基づいてその後に行われた共同行為または事業者団体による競争制限行為が行われた事例である。

三 次に昭和二〇年代の後半から始まった勧告操短<sup>(6)</sup>は、綿紡のをはじめとして、行政官庁が個々の事業者に対して個別に勧告を行うことにより、事業者間の意思の連絡を生ぜず、従って不当な取引制限に該当しないと理論上は説明されてきた。この点は、第一次オイル・ショック時における石油製品の価格抑制指導とそれに基づく斉一的な行動についても基本的に同様な説明がなされた。しかしながら、金沢教授が綿紡等の勧告操短について「表面的には、ただ、勧告を中心とする行政庁対業者の関係があるにすぎないように見えていても、実は、そのかげに、業者間の黙示の合意が存在する場合も少なくないように思われるのである。…例えば、業界に、生産制限その他の競争制限的な事業活動を実施したい要求があり、これにもとづいて、業界が立案した制限事項を、官庁の勧告という形で、官庁が要望するというような場合である。…この場合、…実体的な共同行為の独禁法に対する違法性をも阻却すると考えることは虫がよすぎるのではなからうか。」<sup>(7)</sup>とつとに指摘され、あるいは公



取委員長が、石油業界の協調的な行動について「横の連絡もないというのは、仮定としてはあり得たとして、  
も、実際問題として年間に五回もカルテル行為を行なって、われわれが告発いたしております。そういう業界が、  
全然横の連絡なしに受入れるということはちょっと無理な考え方じゃないか」と答弁されたように、<sup>(8)</sup> 現実には事  
業者間の意思の連絡（黙示の意思の合致も含めて）が潜んでいる場合が多いことを感知していたといえよう。

この点、すなわち個別的な行政指導に基づいて個々の事業者がとったとされる齊一的な行為が独占禁止法違反  
とならないかという問題に関する学説のその後の理論的展開をみると、まず正田教授は、行政官庁の行為が法律  
上または事実上の強制力をもつ場合とこれをもたない官庁の希望あるいは見解の表明にとどまる場合にわけ、前  
者の行為に従った事業者の行為は共同行為による競争制限と同一の効果があらわれても独占禁止法違反行為とは  
いえないが、後者の場合（従来行われてきた勧告操短はこの事例であるとされる）には、各事業者は勧告に従う  
か否か、自主的に判断することができるのであるから、当該行為は事業者の自主的判断によって行われた行為と  
性格づけられ、それが事業者間の共同の認識にもとづいて行われた行為であるならば独占禁止法違反となるとされる。  
最後の点については、「他の企業に対しても勧告が行われていること、その企業が勧告に従うであろうという認識  
を前提にして、はじめて勧告に従った行為が事業者によって行われたと認められる場合には、他の事業者との間  
の共同の認識にもとづく行為、すなわち共同行為として性格づけられるべきである」<sup>(9)</sup>とされる。また実方教授は、  
行政指導では、その内容決定、実施の過程での事業者の側の協力的行為が予定され、それが実効性をもつためには  
集団的な事業者の側の関与が予定されていることを考えると、行政指導による競争制限は、「全体として行政庁と  
事業者が一体となったカルテル行為」であるとし、このことから、事業者の側の自発的行動としてはミニマムの  
ものがあつた場合でも独占禁止法違反が成立すると構成する方法が考えられる、とされる。具体的には、事前に明白

な事業者間の共同行為があった場合でなくても、事業者の側の一致した見解が行政指導の内容に反映している場合、行政指導の実施の過程で、事業者間の意思の連絡を形成する行為がある場合、あるいは行政指導の実施過程で事業者団体が関与している場合には独占禁止法違反が成立するとされた。<sup>(10)</sup>

四 これらの学説と同様な見解を示したのが東京高裁の石油生産調整事件判決である。すなわち、(ア)通産省が個々の事業者に対し個別に指導を行なう限り、共同行為等独占禁止法の禁止規定に違反する行為ではありえない。しかし、(イ)通産省が多数の精製業者に対し、一律に原油処理量を制限する基準を定め、又は個々の業者の原油処理量を指示した割当表を示してこれに従うよう指導する方法は、各業者は他の業者もこれに従うことを前提としてのみ従おうとする場合が多いであろうから、業者間の共同行為を招く危険がある。(ウ)これが行なわれた場合、業者の行為のみが違法であるとは言い難いであろう。このような方法は、国家統制的な色彩が強く、営業の自由の侵害となる疑いを生ずるから、それは、供給計画の実施に重大な支障を生ずるおそれがあるが、その適正な実施のためやむを得ず行なう場合に限られるべきであろう。また(エ)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、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、<sup>(11)</sup>とした。裁判所が行政指導に従って行なわれる事業者の行為が独禁法違反となる事例(しかも従来、違法か否かが必ずしも明確でなかった「灰色」の事例)を具体的に示し、さらに初めて、行政庁の行政指導が違法となりうることを示唆して厳格な適法基準を打ち出したことに本判決の最大の意義がある<sup>(12)</sup>(後者の点については後述する)。

ところで、右にみた高裁判決をふまえて公正取引委員会が「独占禁止法と行政指導についての考え方」(昭和

五六年三月一六日<sup>(13)</sup>を發表している。これを簡単にみておこう。このうち、特に問題になるのは「二 具体的な法的根拠が定められている行政指導」についてであって、そこで「(1)法律に命令、認可、勧告、指示等の規定があつて、その規定を發動する場合のほか、法律の運用として、その規定を發動する実体要件が存在するとき、發動の前段階又はその代替として行う行政指導は、独占禁止法との関係において問題はない」としていることである。具体的な法的根拠が定められており、その実体要件さえ充足すれば、その前段階あるいは代替として行われる行政指導には何ら問題はないかである。この点については、少なくとも次の二点の批判があると考えられる。一つは、根拠規定を發動するための実体要件が備わっている場合にも、指導内容の妥当性を確保し、公正さを担保するために、そのような規定に通常定められている手続要件を無視してよいか<sup>(14)</sup>、ということであり、もう一つは、公取委の「考え方」によれば、国民生活安定緊急措置法、石油需給適正化法、構造不況法など、価格数量、設備等の制限を指示することができる旨を定める法律は少なくないので、これを利用すれば広範な業種にわたってカルテルを誘発し、あるいは促進する危険性があるではないか<sup>(15)</sup>という点である。

五 最後に、石油価格協定事件最高裁判決をみておこう。それによれば、本件石油製品値上げ当時の行政指導は積極的・直接的な介入ではなかったが、しかし必ずしも弱いものではなかった。値上げの了承を得るための業界の価格に関する話合いないし合意が、独禁法上一切許されないと解することは、業界に難きを強いる結果になる。従つて「あくまで値上げの上限についての業界の希望に関する合意に止まり、通産省の了承が得られた場合の各社の値上げに関する意思決定（値上げをするか否か、及び右上限の範囲内での程度の値上げをするか（意思決定）をなんら拘束するものでない限り、独禁法三条、二条六項の禁止する不当な取引制限行為にあたらぬといふべきである」。しかし、これに止まらず、「その属する事業者の業務に関し、通産省の了承の得られ

ることを前提として、了承された限度一杯まで各社一致して石油製品の価格を引き上げることまで合意したとすれば、これが：「不当な取引制限行為（共同行為）にあたることは明らかである」<sup>(16)</sup>とし、本件被告人らの行為は希望案の合意に止まらず、了承の限度一杯まで値上げをする旨の合意であったとした。すでに多くの論者<sup>(17)</sup>によって、右のような区別が現実には不可能であり、希望案の合意があれば、了承された限度一杯まで値上げするという合意も存在するのが通常であるとの批判が行われていることは周知のところである。

次に、行政指導の適法性について、判決は「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、これを必要とする事情がある場合に、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、『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的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」<sup>(18)</sup>と述べた。この点については、まず、東京高裁の行政指導の適法性についての判断、すなわち特定の「行政目的を達成するため必要な限度において」行われる行政指導は、「その指導の内容が法令に違反しない限り」、また「実質上強制に等しいような不当な手段によるのでない限り」<sup>(19)</sup>許容されることとの関係が問題となる。高裁の第三の要件（実質上強制に等しいような不当な手段によるのでないこと）は、最高裁の「社会通念上相当と認められる方法」によることとほとんど同趣旨の要件であろうが、高裁が「特定の行政目的を達成するため必要な限度において」行われること、および「指導の内容が法令に違反しないこと」という要件によって適法な行政指導の範囲に厳格な絞りをかけている<sup>(20)</sup>のに対して、最高裁は、必要とする事情があり、かつ一般消費者の利益の確保・国民経済の民主的で健全な発達の促進という独禁法の究極目的に実質的に抵触しないものである限り、違法とすべき理由はないとした。この判旨が、例えば、緊急事態において事業者の経営的な危機を救済するために石油業法に基づかないで、価格に関する

る行政指導をおこなうことも、石油の安定的な供給を通じて同時に消費者の利益（価格の抑制と民生の安定）を確保することにもなるという主張を認めるものであるならば、高裁の厳格な枠を緩和したものといわざるをえないであろう。<sup>(21)</sup> なぜなら、高裁の場合には石油業法の「設けた規定の許容する限度で」容認される手段により、石油行政の目的を達成することを求めているのであり、石油業法の規定していない共同行為を利用することまで認められたものとは解されないからである。また、法律上の根拠のない行政指導、とりわけ明文の根拠規定があるにも拘らず、それによらないで行われる行政指導が適法か否かについても「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」前述の要件を満たす限り、違法とするべき理由はないとし、本件については、原油価格の異常な高騰という緊急事態の下においては、「標準価格制度等石油業法上正式に認知された行政指導によつては、同法の所期する行政目的を達成することが困難であったというべきである」とした。<sup>(22)</sup> しかし、この点に對しても「殊に、当該行政指導が、市場介入の場合のように、第三者たる多数の者に様々な波及効果を及ぼす場合には、法定の手続きによるべきであると解される余地があり、その限りで、本件行政指導の適法性には疑問がある」との批判<sup>(23)</sup>、および上限価格の希望案を作成するよう求める行政指導は、事業者に情報を提供することにより一定の価格帯へ誘導することを狙いとするにとどまる「標準価格制度」の予定する範囲外にある、<sup>(24)</sup>との批判などが行われている。

最後に、最高裁は適法な行政指導に従って行われたカルテルについて「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、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」という本件で最も議論を呼んだ判示を行った。<sup>(25)</sup> この点と関連して、最高裁が二条六項にいう「公共の利益に反して」の文言を不当な取引制限の構成要件と解し

たのか、それとも違法性阻却事由と理解したのか明らかでない。前者だとすると、「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」<sup>(26)</sup>に反しない事業者間の合意は、そもそも不当な取引制限に該当しないわけであるから、行政指導の有無にかかわらず、違法となるはずがなく、従って最高裁は当然の事をいったにすぎないことになる。<sup>(27)</sup> また後者だとすると、値上げの合意は原則的に違法だが、適法な行政指導<sup>(28)</sup>に従い、これに協力して行われる場合には例外的にその違法性が阻却されるということになる。前者であるとするれば、自明の理を述べたにすぎないから、最高裁の判旨に意義をもたせるとすれば後者のように理解するしかないように思われる。<sup>(29)</sup> しかし、そうだとすると、最高裁は従来の議論の枠をこえてさらに一步新しい問題について判示したことになると考えられる。なぜなら、従来の議論は、個別的な行政指導に個々の事業者が従い、かつ事業者間に意思の連絡がない場合に限って、不当な取引制限が成立しないというものであった。これに対して、最高裁は、事業者間に値上げの合意という意思の連絡がある場合にも、それが適法な行政指導に従い、これに協力して行われる場合には違法性が阻却されるとしたからである。<sup>(30)</sup> これまでの論議では事業者の行為が適法とされる領域をあくまで事業者間の合意が存在しない場合に限定してきたのに対して、最高裁は、それを超えて事業者の合意が存在しても適法な行政指導に従い、これに協力して行われるならば違法性が阻却されたとしたのである。そうだとすると、最高裁は通産省の主張してきた論理をそのまま容認したものといわざるをえない。<sup>(31)</sup> また仮に、最高裁は「値上げの上限についての業界の希望に関する合意」が適法な行政指導によって違法性が阻却されると判示したのだとしても、それは従来の議論の枠を超えるものと思われる。なぜなら、この場合にも、業界の希望案についての合意の存在は前提とされているからである（なお、業界の希望案についての合意は、不当な取引制限の構成要件を充足しないとの論調が支配的であるが、このことは必ずしも自明であるとは思われない）。

六 次に、アメリカ法との比較に入るまえに、わが国の独占禁止法が国または地方公共団体に適用されるかについて、判・審決例および学説をみておきたい。まず、最高裁は、原子力委員会が日本原子力研究所という「公私混用的法人体」を創設し、「官民、公私の統合通謀し共同した、実質的違反研究事業を行なっている」という主張に対し、「原子力委員会が行政機関であつて事業者でないことは原子力基本法、原子力委員会設置法の規定に徴して明らかであり、従つて同委員会の行為について私的独占禁止及び公正取引の確保に関する法律の適用はない<sup>(32)</sup>」旨を明らかにしたことがある。他方、公正取引委員会は、「(財)化学及血清療法研究所はか九名に対する件において千葉県血清研究所をもつて「事業者」とし、これを含む者による不当な取引制限の成立を認め<sup>(33)</sup>た。以上のことから、わが国の独占禁止法は、国または地方公共団体が一定の経済的事業を行う場合に限つて適用されるといえよう。このことは、都立芝浦屠場東京地裁判決でも明らかである。すなわち「独占禁止法にいう『事業』とは、なんらかの経済的利益の供給に対応して反対給付を反覆継続して受ける経済活動をいい、営利を直接の目的とする<sup>(34)</sup>と否とを問わないというべきである：同屠場の廉売行為に同法(独占禁止法—筆者)の適用がない旨の被告の主張は、採用の限りでない<sup>(34)</sup>」。この点は学説も同様である<sup>(35)</sup>。例えば、正田教授は、一五倍もの格差のある高料金を強制する水道事業について、これが地方公営企業の支配力を前提とした料金の決定がチェックされるための制度が設けられていないことに一因があるとし、「競争秩序を前提とすれば考えられない程度の高料金である場合に、取引上の地位を不当に利用して、相手方に不当な不利益を強制する行為としてとらえ、これを規制すること」が必要であり、「理論的には、独占禁止法を適用する可能性もある<sup>(36)</sup>」と指摘されたことがある。

ただし、以上のことは、国または地方公共団体によつて行われる「事業」が独占禁止法の規制をうける可能性があるというにとどまり、それらの行為が具体的な違法類型の構成要件を充足するかは別個の問題であることはいう

までもない。例えば、屠場判決では芝浦屠場の廉売行為が独禁法にいう「不当廉売」にあたるかが問題とされ、特にその行為が「正当な理由がないのに」あるいは「不当に」行われたか否かが問われた。裁判所は、その際、社会・公共目的、すなわち「芝浦への集荷量を確保することにより、都民に対して食肉を大量に、かつ安定した小売価格で供給するという政策目的」を検討し、東京地裁はこれについて前提事実の立証がないとしたもの<sup>(37)</sup>、高裁は「廉売行為の意図・目的、事情、取引相手（生産者）の実質的負担の程度、競争業者との格差、と畜市場の状況等を総合的に考慮すると、控訴人の係争年間における廉売行為がその競争区域において公正競争阻害性を有するものと認めるべきかは多分に疑問の存在するところであって、これについて前記の『不当に』或いは『正当な理由がないのに』とはいえるものではないと認めるのが相当である<sup>(38)</sup>』と述べた。この点について学説は「正当な理由」とは「専ら公正な競争秩序維持の見地からみた観念」であり、事業者にとっての合理性とか特定の公益目的とかを含むものではないから、「大量かつ安定的な食肉の供給」という公益目的は正当な理由とはなりえないとする説と、<sup>(39)</sup>「競争者の顧客を奪取し競争者を排除する意図」の有無を判断する際に考慮すべき事情として公益目的を位置づける説とに分れる。<sup>(40)</sup>前説は、社会・公共目的のような解釈の幅の広い要素を「正当な理由」あるいは「不当に」の解釈にもち込むならば「不公正な取引方法の規制を空洞化するおそれをもはらんでいる<sup>(41)</sup>」という懸念にもとづくものであり、十分な理由のあることである。ただ、明治商事粉ミルク事件最高裁判決も、<sup>(42)</sup>私企業にかかるものであり、私人に対して公益目的の抗弁を封殺する必要が認められるとしても、地方公共団体については別個に論じうると解する余地がないわけではない。ただし、だからといって、公法人については一般的に社会・公共目的の故に常に独禁法違反を構成しないというものではなく、後説も認める通り、廉売行為の意図など行為の実質的悪性の判断材料の一つとして、公益目的が考慮されるにすぎない、ということであろう。



七 以上、わが国の「行政指導とカルテル」および独禁法の公営企業への適用をめぐる議論の展開を簡単にみてきた。これを踏まえてアメリカ反トラスト法との関連で指摘しうることを整理すれば次のとおりである。

まず第一に、州または地方団体の関与によって私人の行った反競争的行為が反トラスト法の適用を除外されるための要件は、当該反競争的行為が、州または地方団体の政策として明確に表明されていること、および州または地方団体自体によって積極的に監視されるという二要件が必要であった。すなわち、少なくともカルテルなどの反競争的行為を政府が強制または容認する旨の規定が州法あるいは条例において明定され、またはその趣旨を示す議会の意図が認められる個別的規定が存在することを要する。換言すれば、法律上に何らの根拠規定もない反競争的行為は、反トラスト法の適用除外とならないというのが判例原則であるといえよう。<sup>(43)</sup> この観点よりみると、わが国の最高裁判決は極めて緩やかといわざるをえない。なぜなら、わが国の場合には、事業者の行かうカルテルが独禁法違反とならないためには、当該競争制限行為が法律上、明文をもって容認されていることを要求されるわけではなく、行政官庁が法律に具体的根拠規定のない行政指導を行うことによって、違法性が阻却されるのである。加えて、競争制限が実施された後においても、価格、生産数量等の合理性、妥当性について国が積極的に監視を行うことが要件として求められているわけでもないからである。州行為の法理が適用されるための要件は、手続き的で、さほど厳格なわけではないが、わが国の最高裁の判旨は、それよりも緩やかだといわざるをえない。

第二に、日本法では、「積極的な監視(active supervision)」は、ほとんど問題とされていないように思われる。州行為の法理において、この要件は、政府が競争制限政策の実施された結果が所期の目的を達成したといえるか否かを検討し、あるいは競争制限行為を容認された私人がその地位を濫用して価格を上げたり、供給を制限し

たりすることを防止する目的を有するものと考えられる。従って、日本法に導入されるならば、最高裁が認めたり緊急事態における「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」行政指導に基づくカルテルが、文字どおり、一般消費者の利益を確保し、国民経済の民主主義的發展を促すような形でおこなわれるよう、<sup>(44)</sup>行政官庁に監視を義務づけ、当初予定された目的を達成しない場合、緊急事態が去った場合などには指導をとりやめさせる意義を有することに注目したい。また、具体的な根拠が定められている行政指導に基づくカルテルあるいは適用除外立法に基づくカルテルであっても、その実施過程に何ら注意を向けなくてよいというものではないであろう。<sup>(45)</sup>この要件は、これらのカルテルの濫用行為に対する歯止めの一つとしても機能することが期待されるものである。

第三に、わが国においては、行政官庁あるいはその公務員に対する独占禁止法の適用ということは、ほとんど問題とされない。わずかに、独禁法違反のカルテルを指示した担当官が共犯の責任を問われる場合がありうるという形でしか議論されていない。<sup>(46)</sup>これに対して、アメリカでは、何ら根拠規定のない競争制限的行政措置を行つた州もしくは地方団体またはそれらの公務員に反トラスト法の適用が行われうることは、前述したとおりである(まさに「行政庁と事業者が一体となったカルテル行為」)。この相違は、日本の独禁法三条が「事業者」の一定の行為を禁止するのに対して、シャーマン法一条は「者(Person)」を名宛人としていることに基づいている。行政官庁ないしその公務員が許認可によって新規参入を阻止し、あるいは事業者に対して価格や数量等のカルテルを指示する行為は、<sup>(47)</sup>事業者または事業者団体が行つた場合には独禁法三条、八条あるいは一九条に違反する行為であることを強調する必要がある。アメリカ法の目からみると、単に名宛人が異なるということだけによって、カルテルを容認・助長する日本の行政官庁や公務員は独禁法の適用を免れていることを認識すべきであろう。

第四に、一九八四年地方団体反トラスト法との関連であるが、同法が州行為の法理それ自体を修正するものではないことは既に述べたところである。従って、私人および公務員は前記の要件を充足しない限り、反トラスト法の適用を受けることに変わりはない（ただし、このことは直ちに反トラスト法違反行為が成立することを意味しない）。ただ、同法によって、公務員については「職務上の権限において」行った行為が、また私人については「職務上の権限において行為する公務員により明示的に指示された公的」行為が、三倍賠償責任を免れるというに止まり、差止めは、これらの行為についてさえ行われうることを確認すれば十分であろう。

最後に、地方公営企業に独占禁止法の適用があることは、日本でもアメリカにおいても同様であるが、わが国では、競争制限的行政指導の問題とは別個に、公営企業への独占法適用が論ぜられるのに対して、反トラスト法は「規制行為」と「経済行為」とを区別せず、明確な授權規定のない地方団体の行為が反競争的效果を有する場合には当該行為に適用される可能性がある。しかも、連邦最高裁は、その際、地方公共団体に公益の抗弁を許しているわけでもない。ただ、わが国の独占法にはない三倍賠償の負担が地方公共団体の事務を阻害するおそれがあるために、金銭賠償責任が免除されるとどまり、この場合にも差止め命令には服することになる。

アメリカの議論は「州および地方団体の（行政）措置にもとづいて私人が反競争的行為を行った場合、当該州、地方団体または私人に連邦反トラスト法が適用されるか」をめぐって行われている。このことから、このような議論を連邦制をとっていない日本に当てはめるのは筋違い、ないし不適當であるとの批判が本稿に対してありえよう。しかしながら、本章の冒頭において述べたことに付け加えていえば、連邦制を建前とし、州権の尊重を制度上、要請されるアメリカにおいてさえ、*clear articulation* と *active supervision* の要件が必要なのである。

連邦制の考慮を要しないわが国で、より厳格な要件ないし基準が求められても不当とはいえないであろう。

(1) 連邦制度の中心的観念は、国の中央政府と地方政府との間において権限と義務の配分が行われ、その配分が一方の意思のみによっては変更できないことにあるといわれる。金子善次郎『米連邦制度—州と地方団体』(一九七七)二頁。その根拠は、合衆国連邦憲法修正一〇条「本憲法によって合衆国に委任されず、また各州に対して禁止されなかった権限は、各州それぞれにまたは人民に留保される。」との規定に求められるが、これと六条二項「この憲法、これに準拠して制定される合衆国の法律、および合衆国の権限をもってすでに締結されまた将来締結されるすべての条約は、国の最高の法である。これによって各州の裁判官は、各州憲法または州法律中に反対の規定ある場合といえども拘束される。」という最高法規条項との関係が常に問題となることは周知のところである。

(2) また、最近、地方公共団体の議員と長(議決機関と執行機関)を地域住民が直接選挙する政治形態をとっていることなどを根拠に、日本国憲法は地方公共団体を国の単なる下部機関あるいは地方における行政主体としてではなく、地方における自律的な自己統治の機関として予定した(その意味で、憲法は中央政府と地方政府という二種類の政府を設ける意思を表明した)と理解する説が主張されている。この見解によれば、わが国の統治構造はアメリカの連邦制に一步も二歩も接近することになる。大森彌・佐藤誠三郎『日本の地方政府』(一九八六)二六一九頁。

(3) 「行政指導」の定義も必ずしも同一でないが、大体において、①行政機関が一定の行政目的を達成するため、②法律の明文の根拠規定に基づいて、または基づかないで、③主に私人に対して、④それ自体法的拘束力ないし強制力なく行う行政措置である、といえよう(田中二郎「行政指導と法の支配」『現代商法学の課題』(鈴木竹雄先生古稀記念)(下)『昭和五〇年』一四三二—三三頁)。従って、②あるいは④の点でわが国の行政指導は、アメリカの場合とは異なることが考えられ、それ故、ここでも比較法が成り立たないのではないかという批判がありえよう。なるほど、アメリカでは、州法または条例に基づいて、行政機関が法的拘束力をもった行政処分(例えば免許や許可)として行う場合が日本よりは多いであろう。しかしながら、clear articulation(競争制限政策の明確な表明)の要件が問題となること自体、州および地方団体のレベルでは明確な根拠規定のないことを予測させるものであり、その限りではわが国の行政指導をめぐる実態と似ていなくも思われる。

なお、以下の議論については、厚谷襄児「独占禁止法と行政指導」ジュリスト七四一号五三頁以下の要を得た論文が参考になった。

- (4) 公正取引委員会審決集四卷四頁(昭二七・四・四)。
- (5) 公正取引委員会審決集四卷三二頁(昭二八・八・六)。なお、行政官庁が事業者または事業者団体による生産数量の割当て、あるいは価格協定などに関与した例は、他にも少なくない。例えば、同じく昭和二〇年代の事件だけでも、北海道バター俵ほか八名に対する件(昭二五・九・一八、審決集二卷一〇三頁以下)、グリーンズ同交会ほか一七名に対する件(昭二五・一〇・一七、審決二卷一六三頁以下)、および横浜ゴム製造俵ほか六名に対する件(昭二七・九・三〇、審決集四卷六〇頁以下)等がある。これらは、いずれも勧告審決または同意審決であって、行政庁の関与による違法性阻却が申し立てられなかったからか、この点に対する判断は行われていない。
- (6) 公正取引委員会事務局編『独占禁止政策三〇年史』(昭五二年)九六頁以下参照。
- (7) 金沢良雄「独占禁止法と行政庁の勧告」公正取引一三六号一三頁。
- (8) 昭和四九年三月一四日参議院予算委員会における高橋元委員長の発言。
- (9) 正田彬、『全訂独占禁止法I』(昭五五)二四四頁。
- (10) 実方謙二、「行政指導と独占禁止法」『現代商法学の課題(鈴木竹雄先生古稀記念)(下)』一三八九頁(昭五〇年)。
- (11) 東京高裁判決昭和五五年九月二六日、高裁判集三三卷五号四八五—六頁。もっとも、裁判所は、石油業法の下で長年にわたって生産調整が行われてきたにも拘らず、公取委は国会答弁でこれを容認するような発言をし、あるいは石油連盟の生産調整については何ら注意・警告・調査等の措置をとらなかったことから、被告人らには違法性の意識がなく、またそのことに相当の理由があるから責任がないとして、無罪を言渡した。この点に対する批判として、今村成和「石油カルテルと刑事判決」ジュリスト七二九号三四—五頁参照。
- (12) ただし、本判決について「一般論として、適用除外規定が存在しない場合においても、形式上、独占禁止法違反の構成要件を充足する行為が何らかの要因(たとえば、実質上独占禁止法の目的と矛盾しない、公益性を有する、やむをえない事情により行なわれた、など)の存在のゆえに違法性を阻却され、結果としては処罰されないことがありうることを認めた点に大きな特色があるといえるであろう」という意義のとらえ方もある(松下満雄「石油カルテル

- 事件判決の問題点とその分析(下)「NBL二二二号二二頁」。また、川越憲治・松下満雄「対談・石油カルテル東京高裁判決をめぐって」ジュリスト七二九号一九頁参照(松下発言)。これに対して、「判例の評価に当っては、前提とされている一般論、それもその一部だけを取り上げて評価するのはとるべき態度ではなく、その具体的な事案の解決との関連で評価すべきである」との批判がある(実方謙二「石油カルテル刑事判決の再検討(下)」公正取引三六五号三三頁。また同「独禁法違反と行政指導の限界」ジュリスト七三六号六八―九頁も参照)。
- (13) 本城昇「『独占禁止法と行政指導との関係についての考え方』の解説」公正取引三六六号二二頁以下参照。
- (14) 厚谷・雄川・金子・塩野・鳥居「行政指導―独禁政策と産業政策」ジュリスト七四一号二九頁(金子発言)。また、実方・前掲公正取引三六五号三八頁は、本文で述べた行政指導は「正規の手続によらないで行政指導を実施することに相当な理由があり、それが客観的に明らかである場合に限られるべきであって、それが容認されるとしても、正式の措置までの経過的措施として期間を限定されるべきであるから恒常的、制度的な行政指導は違法となる」とする。
- (15) 伊従寛・正田彬「独占禁止法と行政指導との関係」公正取引三六六号一四―七頁(正田発言)。
- (16) 最高裁判所昭和五九年二月二四日判決、刑集三八巻五号一三〇六―七頁。
- (17) 今村成和「行政指導の適法な限界とは」朝日新聞昭和五九年三月一日、松下満雄「石油製品価格協定事件(最高裁判昭和五九年二月二四日判決)の検討(上)」NBL三〇二二―三頁、布村勇二「最高裁判決の意義と問題点」法律のひろば三七巻六号一三―四頁、本間重紀「石油カルテル(価格協定)最高裁判決の問題点」経済法学会年報六号二三頁など。なお、以下の論述は、最高裁判決の限定的ないし目的的解释を行うというものではなく、アメリカ法との比較のために、ひとまず客観的に最高裁の判旨をとらえることを目的とすることを断っておかねばならないであろう。
- (18) 刑集三八巻五号一三―四頁。
- (19) 高裁判集三三巻五号四八四頁。
- (20) 実方・前掲ジュリスト七三六号六六頁、公正取引三六四号一四五頁。
- (21) 舟田正之「石油カルテル刑事事件の最高裁判決について」商事法務一〇〇四号五頁は、最高裁判決の限定的解釈という立場からか、これとは異なった理解をする。

- (22) 刑集三八卷五号一三一五頁。
- (23) 舟田・前掲商事法務一〇〇四号四頁。
- (24) 丹宗昭信「石油ヤミカルテル刑事事件最高裁判決の意義と独禁法上の問題点」公正取引四〇二号一九頁。また、  
 畠山武道「石油カルテル判決と行政指導」ジュリスト八一三号七頁も参照。通産省は「標準価格制度」は費用算定の困難など技術的制約が多く、緊急事態の場合には行政指導による価格設定の方が現実的だというが、これは逆にいえば指導価格の算定根拠のあいまいさを認めるものである（日本経済新聞昭四九・四・一八）。問題は、このようないまいさを容認せざるをえない程に「標準価格」設定手続きが緊急事態に迅速に対処できないかであるが、これについても疑問が提示されている（舟田・前掲商事法務一〇〇四号四頁）。
- (25) 刑集三八卷五号一三一五頁。
- (26) 「公共の利益に反して」の意義を最高裁は、直接には自由競争経済秩序の維持を、また究極には「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進すること」を意味するというように立体的ないし二重にとらえているとの理解（根岸哲「石油カルテル刑事事件最高裁判決と『公共の利益』論」経済法学会年報六号四頁）もあるが、「結局のところ独占禁止法の第一条にいう『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』という目的に反しないと認められる場合を想定している」（本間重紀・前掲経済法学会年報六号二七頁）といわざるをえない。
- (27) 舟田・前掲商事法務一〇〇四号六頁。
- (28) 「行政指導自体が直接に事業者の事業活動を拘束し、競争制限的效果を現出する場合であっても、そのような競争制限効果が独占禁止法の見地からみても許容され得るときがあり、かかる許容された競争制限効果を超えない範囲内ならば、独占禁止法違反行為に該当する事業者の行為が追加されたとしても、それは違法性を有しないという論理を、最高裁は採った」と理解するしかないであろうか（鈴木孝之「独占禁止政策の意義と今後の課題」法律のひろば三七卷六号二〇頁）。
- (29) 根岸・前掲経済法学会年報六号五頁。
- (30) 本間・前掲論文三二頁以下も同旨。
- (31) 辛島修郎「行政指導と独禁法についての一私見」ジュリスト五六六号二六頁以下、藤原一郎「行政指導と独禁法」

経済法一七号二二頁以下参照。

- (32) 山本千代太郎による審決請求事件、最高裁判所昭三四・六・一九、審決集一〇卷一一四頁。
- (33) 財団法人化学及血清療法研究所ほか九名に対する件、昭五〇・一〇・二七、審決集二二卷七三頁(価格協定)、および財団法人化学及血清療法研究所ほか七名に対する件、昭五〇・一〇・二七、審決集二二卷七九頁(取引相手および生産数量の制限)。
- (34) 判例時報一一二八号二七頁。
- (35) 今村成和『独占禁止法』(新版・昭五三)三六一八頁。正田彬『全訂独占禁止法I』(昭五五)一二九頁。田中・菊地・久保・福岡・坂本『コンメンタール独占禁止法』(昭五六)六二頁以下など参照。
- (36) 正田彬・鈴木深雪『消費生活関係条例』(昭五五)二二〇頁以下。これに対して、舟田正之「公共企業法における規制原理」経済法学会年報二号六四頁以下は、消費者の側から公共企業のサービスを直視するという視点に立つときは、それが私企業または国・地方公共団体のいずれの経営であるかは本質的な問題ではない、独占的地位の不当利用の基準とされる「推定される合理的な競争価格」は擬製の産物であり、消費者の生活擁護という観点から何故、競争という計算上の手続きが要求されるのか明らかでない等の疑問が提起されている。
- (37) 判例時報一一二八号二七―八頁。
- (38) 判例時報一一八二号四六頁。
- (39) 舟田正之「都立屠畜場の不当廉売」ジュリスト八三八号二四八頁以下。このほか、藤田稔「東京都食肉処理場独禁法違反判決」ジュリスト八二七号四〇頁以下、金井貴嗣「原価割れの食肉処理場独禁法違反判決」法学教室五三号八八頁以下、谷原修身「公営企業の独禁法上の責任」公正取引四一一号二五頁以下も同旨。
- (40) 実方謙二「東京都の設置する屠殺場の原価割れ料金による営業が独禁法に違反する不当廉売に該当し、競争関係にある屠殺業者に対する不法行為が成立するとされた事例」判例時報一一七三号一九頁。今村成和「最近における独占禁止法関係民事判決の中から」公正取引四二六号一九頁、屋宮憲夫「公営企業の料金設定と不当廉売」ジュリスト八六一号九〇頁も同旨。
- (41) 金井・前掲法学教室五三号八九頁。
- (42) 最高裁判所昭和五〇年七月一日判決、民集二九卷六号九五―一頁。



- (43) 州議会の意図が容認していれば足りるとしたSMCRC判決におけるミシシッピ州法でさえ、運賃は市場における競争ではなく、「州公共サービス委員会が決定する」旨の規定があり、なんら根拠規定がないわけではないことに注意しなければならない。しかも、本件は「州の積極的な監視」の存在は前提として争われていないことも忘れてはならない。
- (44) 西ドイツでも、身体の安全と競争の維持との衝突が問題となった二路プラグ審決において、連邦カルテル庁が二路プラグの使用制限を容認した理由の一つとして「それが専ら安全目的・秩序目的に奉仕し、市場対策的措置の口実でないこと」(傍点筆者)を指摘しているという。沢田克己「経済行政指導と競争秩序」民商法雑誌九二巻三号七四頁参照。
- (45) 主務大臣は、適用除外立法に基づくカルテルの認可・指示等に当たって、一般消費者および関連事業者の利益を不当に害するおそれがないこと、不当に差別的でないこと、公正な取引方法を用いないこと等の要件を充足するか否かを検討し、その後、これらに適合しなくなった場合は、認可や指示を取消または変更しなければならない(例えば、特定産業構造改善臨時措置法七条一項)ことから、カルテル容認後も監視を怠ってはならないといえよう。
- (46) 板倉宏「石油やみカルテル事件刑事判決の意義と問題点」ジュリスト七二九号四〇頁、舟田・前掲商事法務一〇四号五頁は「身分なき者の加功の問題となるのであろうか」とする。
- (47) 根岸哲『規制産業の経済法研究(Ⅰ)』(昭五九)二二四頁。