

# 独占禁止法における公共の利益と 正当化事由の関係

— フリーランスによる共同交渉の法的位置付け —

中 里 浩

## 目次

### 第1 はじめに

- 1 フリーランスの共同交渉が適法か不明なこと
- 2 労働法学者からの問題提起
- 3 労働組合法に基づく労働者性拡大とその限界
- 4 労働法と競争法の関係についての従来議論
- 5 本稿の問題意識

### 第2 「公共の利益に反して」の位置付け

- 1 立法経緯
  - (1) 立法過程における公共の利益の位置付け
  - (2) 公取委事務局解説と訓示規定説
- 2 公共の利益の判断枠組みをめぐる運用と学説
  - (1) 初期の審決・判決
  - (2) 石油カルテル刑事事件最高裁判決
  - (3) 公共の利益をめぐる学説
  - (4) 松下説の位置付け
- 3 公共の利益が認められる範囲が極めて限定的であること

### 第3 共同行為に関する正当化事由容認の流れ

- 1 事業者団体ガイドラインにおける社会公共目的判断
- 2 デジコン電子事件判決で拡大された正当化事由
  - (1) 判決で提示された正当化事由の基準・内容
  - (2) 判決の事実関係への当てはめ

(3) 判決の評価（私見）

3 環境ガイドラインと競争の実質的制限を通じた正当化事由

第4 結論

- 1 正当化事由を公共の利益の中に読み込むべきこと
- 2 労働組合につき適用除外の明文規定を必要とすること
- 3 フリーランスの共同交渉は公共の利益に合致すること
- 4 フリーランスの共同交渉に関する適用除外とその限界

## 第1 はじめに

### 1 フリーランスによる共同交渉が適法か不明なこと

筆者は、先行研究においてクレイトン法6条の立法過程において、労働組合の行為にシャーマン法上違法と判断されることがないこと<sup>1)</sup>の条件として、目的の正当性及び手段の合法性が要求されるに至った経緯を説明してきた<sup>1)</sup>。このクレイトン法6条の行為は、あくまで labor organization の存在・行為を対象とすることを明記しており、労働者性が明らかではないフリーランスの共同交渉を射程範囲に置いたものではない<sup>2)</sup>。

我が国において2021年3月に公表されたフリーランスガイドライン<sup>3)</sup>は、発注者側のフリーランスに対する不利益行為について明示的に優越的地位の濫用や下請法の適用を認めている。しかし、同時に「フリーランスとして業務を行っていても、実質的に発注事業者の指揮命令を受けて仕事に従事していると判断され

---

1) 拙稿「労働組合の共同行為に関するシャーマン法・クレイトン法制定過程—我が国立法への影響—」早稲田大学法研論集182号(2022年)53頁。

2) 筆者は、このフリーランスという用語が極めて多義的概念であることを念頭におきつつも、本稿におけるフリーランスの用語につき、「特定受託事業者の取引の適正化等に関する法律」(令和5年法律第25号)2条1項1号に定義される特定受託事業者、すなわち、業務の委託の相手方である事業者(個人・法人を含む)であって、従業員を使用していない者につき、用いることとする。

3) 本稿では、内閣官房等2021年3月26日公表「フリーランスとして安心して働ける環境を整備するためのガイドライン」を指す。

る場合など、現行法上「雇用」に該当する場合には、労働関係法令が適用される」と述べ、かつ、その適法とされる例として「労働関係法令で適法なものとして認められているものとしては、労働組合法に基づく労働協約を締結する労働組合の行為がある」としている点、労働組合法上の労働者に該当すればなぜ独占禁止法上の不当な取引制限を適法とするのか、その理論構成を明らかにするものではない<sup>4)</sup>。

また2023年5月に公布された「特定受託事業者の取引の適正化等に関する法律」（以下「フリーランス保護法」という。）は、フリーランスの取引の適正化と就業環境の整備を目的としたもので（1条）、発注者による不利益行為が下請法とほぼ同列である点、同立法は優越的地位の濫用ないし下請法の延長線上にあり、フリーランス側の共同交渉の正当化範囲について一切触れるものではないと言える。そして、公取委は、2018年に公表した「人材と競争政策に関する検討会報告書」（以下、「人材検報告書」という。）以降、フリーランスの共同交渉が独占禁止法上正当化される範囲について、その立場を一切明らかにしていない<sup>5)</sup>。

## 2 労働法学者からの問題提起

経済法における独占禁止法・下請法の適用、さらにはフリーランス保護法の制定を通じた発注者とフリーランスの垂直的関係への積極的姿勢の一方、フリーランス側の共同交渉に関する適用関係の不明確性を背景に、労働法学者からは、「フリーランス全般に対し競争法が適用されるとする『ガイドライン』の基本的な考え方は労働組合法の歴史が競争法（独禁法や『営業制限の法理』）との血みどろの闘いであったことを想起するとき、歴史を逆転させかねない危険性をはら

---

4) もっとも、労働組合法は「雇用」であるかどうかと無関係に、「労働者」であることを要件としていることから（同法3条）、その意味でも「雇用」を要件としているかのように示すフリーランスガイドラインはミスリードといえる。

5) 産業別組合である全国港湾労働組合連合会及び全日本港湾運輸労働組合同盟が、使用者団体である日本港運協会に対し産業別最低賃金を要求し団体交渉を申し入れたことに関連し、産業別組合側から公取委に対し独占禁止法に抵触するかの相談が行われた事例について、公取委が一般論と断りつつ、団体交渉を成立させるための行為であって独占禁止法違反とならない旨を回答した事実上の相談事例が存在するにとどまる（いわゆる日本港運協会事件）。東京都労働委員会命令・令和3年7月20日（中労委HPデータベース参照）。

んでいる」とか<sup>6)</sup>、「独占禁止法は右手に『不当な取引制限』、左手に『優越的地位の濫用』という武器をもっている…(略)彼ら(筆者注:フリーランスを指す。)が団結し衆の威を恃んで不当な取引制限に踏み込んだりしたら、右手の武器が振り下ろされる可能性がある<sup>7)</sup>といった疑問が呈せられており、疑心暗鬼を生んでいる<sup>8)</sup>。

特に、フリーランス保護法の制定によって、不利益を受ける側とはいえ、フリーランスにつき特定受託事業者としての性格を持つことを実定法によって認めた以上、独占禁止法立法当時のように、労働者と事業者を峻別した上で「労働者は事業者に当たらない」という解釈のみで不当な取引制限の主体に当たらないという道を追求することは困難になっている。であればなおさら、このフリーランスが発注者との間で共同交渉を行った場合、それが独占禁止法2条6項に定める不当な取引制限に該当するの否か、労働法分野から経済法全体に対する重要な問いかけがなされていることを真剣に受け止めねばならない時期に来ていると認識しており、それが筆者の本論稿執筆の出発点となっている。

6) 石田真「フリーランスの保護をめぐる労働法と競争法」労働法律旬報1987号(2021年)4頁。

7) 濱口桂一郎「フリーランスと団体交渉」季刊労働法272号(2021年)13頁中、29頁。

8) この点、藤木貴史「レイバーエグゼンプションの背景に関する覚書」季刊労働法277号(2022年)31頁中33頁は労働組合の行為に対して独占禁止法の介入の余地を認める経済法学者の側からの主張、例えば齊藤高広「労働市場における競争政策と競争法の展開」公正取引849号(2021年)38頁等を引用しつつ、労働法学者の主張を背景に「労働法学を尊重する経済法学の姿勢に疑いはない。しかし委縮効果の強さに鑑みれば、運用上の良心に期待するだけでなく、経済法による規制が、労働組合の行為を抑制しないよう、論理的な限界付けを設定することが不可欠であろう」と述べ、慎重ながらも両者の調整が必要であるとの姿勢を明確にする。また、後藤究「なぜ経済法による保護なのか?—フリーランスガイドライン等の近時の政策文書への疑問として」季刊労働法275号(2021年)109頁中、121頁から122頁では、経済法が正当化事由に依拠しない形で解決アプローチが支持されること、フリーランスは経済主体としての独立性を有さず、経済法規制の名宛人たり得ないとの視点を持つことが肝要であるとして、労基法(労契法)、労組法上の労働者の判断基準を満たす者についてまで独立性を認めることは不適切であるなどとして疑問を呈する。

### 3 労働組合法に基づく労働者性拡大とその限界

フリーランス保護法上の特定受託事業者にあたる者に関連し、労働組合法3条における「労働者」該当性をめぐり、新国立劇場事件最高裁判決等を通じて、労働者性の判断は拡大されつつある。労働委員会においても、ウーバーイーツ事業における配達員、そしてヨガ教室の講師について、労働組合法上の労働者性を認める旨の判断が出てきている<sup>9)</sup>。同時に、この労働組合法上の労働者性については、2011年の厚生労働省労使関係法研究会報告書で示されているとおり、事業組織への組み入れ、報酬の労務対価性、契約内容の一方的決定、業務の依頼に応ずべき関係、時間的場所的拘束の有無、顕著な事業者性といった判断要素が提示されており、この枠組みに沿った司法判断がなされている現状を踏まえると、その要件充足について一定のハードルがあることも事実である。

そもそも個人であって事業者でもあるフリーランスにとって、発注者との間で個別の交渉によって取引条件を改善していくことは非常に難しい。いいかえれば、発注者とフリーランスとの間の取引上の地位の格差を是正するためには、報酬の内容、支払条件、やり直しも含めた業務内容、フリーランスに対する取引と無関係の購入強制等が問題となる場合に、フリーランスの集団による共同交渉を認める必要性が高い。

また、フリーランス保護法の立法過程においても、参考人質疑の場において、参考人が買ったとき防止のための相場作りの手段として、発注者と受注者側の共同交渉を求めたのに対し、政府側も受託側と委託側が協議をすることを推奨していくという形で前向きな答弁を行っており、共同交渉の必要性和理論構築が早急に問われている<sup>10)</sup>。

### 4 労働法と競争法の関係についての従来の議論

労働法学者の側からはフリーランスによる共同交渉の行為が正当化される根拠

9) ウーバーイーツユニオン事件につき東京都労働委員会命令2022年10月4日労働判例1280号(2023年)19頁以下(命令書全文)、yoggyインストラクターユニオン事件につき東京都労働委員会命令2023年6月1日(概要のみ都労委HPに掲載)。

10) 参議院内閣委員会2023年4月25日質疑における参考人菅俊治氏からの意見に対する後藤茂之内閣府担当大臣からの答弁。

に関し、労働法と独占禁止法について憲法上の位置付けを比較した上で、労働法がより上位の概念にあるとの結論を基調とした複数の指摘がなされている。

この点、川口は、憲法 28 条が勤労者に団結権、団体交渉権、団体行動権を保障し、労組法がそれを補充し具体化するとの理解に立った上で、憲法が法律に優位すること、労基法及び労契法上の労働者のみならず、憲法 28 条の享受主体である勤労者はすべて、独占禁止法の事業者にあたらないとする<sup>11)</sup>。この見解は独占禁止法は実定法にとどまり、憲法に根拠を持つ労働法が優越すると捉えること、その上でフリーランスの共同行為・単独行為について全面的に独占禁止法の適用除外を認める点に特徴がある<sup>12)</sup>。

これに対し藤木は、憲法 22 条の定める職業選択の自由について、他人を労働力として用いる事業経営と自ら労働力を用いる勤労の双方が含まれると解釈した上で、22 条と 27 条・28 条に共通の基盤を求めつつも、自らの労務を用いる場合と他人労働力を用いる場合とを比べ、勤労権についてより人格的価値と密接不可分であるとして、「前者（注：自らの労務を用いる場合）に特別に手厚い保護が求められるべき」としてフリーランスの共同化を肯定するものである<sup>13)</sup>。藤木の議論は、独占禁止法を個人の経済的自由を実現・制約するものとして位置付けており<sup>14)</sup>、おそらく、憲法上の位置付けにつき、22 条 1 項に求めるものと思われる。

経済法の側から労働者の行為の共同化をどのように認めるのかについては、事業者・労働者峻別説に基づき、労働組合の行為が事業者ではないが故に当然に適用できないとするもの<sup>15)</sup>、趣旨逸脱説（原則的適用除外）<sup>16)</sup>、正当化事由説（実

11) 川口美貴「労働形態の多様化と就労者の保護」季刊労働法 272 号（2021 年）10 頁から 11 頁。

12) 川口・前掲注（11）10 頁によれば不当な取引制限、優越的地位の濫用等について行為の相手方として適用すれば足りるとするが、共同交渉にとどまらず、フリーランスが発注者の場合に違反行為者として優越的地位の濫用やフリーランス保護法上の違反行為主体を構成する場面も想定され、それらを一切適用除外とするという不都合も生じる。つまりところ、交渉力を有するフリーランスも含めて一律に排除することになるという問題も含んでいる。

13) 藤木貴史「プラットフォームワーカーに対する集団法上の保護」日本労働法学会誌 135 号（2022 年）50 頁から 51 頁。

14) 藤木・前掲注（13）49 頁。

質的適用除外)<sup>17)</sup>といった区分がなされている旨の先行研究が存在するが<sup>18)</sup>、これらは独占禁止法上の事業者が労働組合法上の労働者にも該当し、かつ、労働組合の行為であることが前提となっている。

## 5 本稿の問題意識

労働者性の判断が曖昧なフリーランスについてみると、一定の条件の下、共同交渉を正当化するという結論につきおおむね一致しているように思われるが、その正当化の理論的根拠付けは必ずしも明確ではない<sup>19)</sup>。また、独占禁止法の適用除外制度である中小企業等協同組合法に基づく団体協約も一定程度有効と考えられるが、当事者の協議が整わない場合の行政庁の役割はあつせん及び調停にとどまり（中小企業等協同組合法9条の2の2）、この限界もつとに指摘されている<sup>20)</sup>。

15) 例えば橋本龍伍「独占禁止法と我が国経済」（日本経済新聞社、1947年）75頁。

16) 石井良三『独占禁止法』（海口書店、1947年）294頁。CPRC人材検報告書10頁は「これらの制度の趣旨を逸脱する場合等の例外的な場合には、独占禁止法の適用が考えられる」と述べており、この立場に近いと思われる。

17) 大橋敏道「独占禁止法と労働法の交錯—Labor Exemptionの日米比較—」福岡法学論叢48号（2003年）1頁中、24頁。

18) これらの学説の状況を俯瞰するものとして岡田直己「競争法と労働法の適用関係における調整原則—趣旨逸脱説における例外性判断をめぐる問題を中心に—」青山法学論集62巻1号（2020年）59頁。

19) 例えば和久井理子「労働組合、団体交渉・労働協約と独占禁止法」金井貴嗣ほか編『舟田正之先生古稀祝賀 経済法の現代的課題』（有斐閣、2017年）109頁は「労働者が労働条件に直接的にかかわる事項について団交等を行う行為については独禁法を適用することは不適切であり、その必要性も認められない」とするがその前提として、労働者性も事業者性も有する場合を前提とし、労働者性を有するか明らかでないフリーランスについての射程を明確にするものではない。また、岡田直己・前掲注（18）89頁も、「競争政策上の理由から容認しがたい「衝突」という例外性該当事由は広く認められるべきではなく、労組法の規律を受けた適法な団体交渉や労働協約である限り、独禁法の適用は極力認められるべきでない」とするが、やはり労働者性を有さないフリーランスの共同行為を射程範囲とするものではない。

20) 中小企業等協同組合との交渉において団体協約が想定されるものの相手方との間で応諾義務がないほか行政庁もその締結を強制することが許されない。長谷河亜希子「ギグワーカーと経済法」法律時報91巻3号（2019年）76頁中79頁、土田和博「フリーランスと競争政策」公正取引841号（2020年）12頁中19頁。

そうすると、労働組合法上の労働者性の該当性にかかわらずフリーランスの共同交渉について独占禁止法に基づく正当化事由の根拠を検討しておくことには一定の意味がある。そして筆者は競争法と労働法の価値序列を論じる以前の問題として、まず現行独占禁止法の中で、フリーランスの共同交渉について、2条6項に定める「公共の利益」から適法とされる余地があると考ええる。

本稿では、まず、独占禁止法の立法過程では2条6項の「公共の利益」が一般消費者を超えた正当化事由として位置付けられていた可能性が高いこと、他方で公取委は競争制限行為があれば直ちに公共の利益に反すると考えていたことを詳論する。次に、1980年代の石油カルテル刑事事件最高裁判決における違法性阻却事由説も含め公共の利益に関する学説の状況を概観するとともに、各種正当化事由の調整手段として公共の利益を位置付けていた松下満雄の考え方を紹介する。

さらに、事業者団体による共同ボイコットについて「公共の利益」の中で競争制限効果以外の安全性等の利益を考慮したデジコン電子事件判決の内容を確認するとともに、2023年に公表された環境ガイドラインにおいて2条6項や8条1号の要件である「競争の実質的制限」の中で利益衡量が行われている点を紹介し、共同行為における一定の正当化事由が許容されている現状を確認する。

その上で、フリーランス保護法上のフリーランスの共同交渉について、公共の利益に基づき適法とされるべきこと、最終的には適法性を裏付けるための適用除外の位置付けについて論じていく。

## 第2 「公共の利益に反して」の位置付け

不当な取引制限に抵触する共同行為を正当化する一つの根拠規定としては「公共の利益に反して」が挙げられるところ、本章ではこの判断枠組みの変遷を念のためにも確認する。

### 独占禁止法2条6項

この法律において「不当な取引制限」とは、事業者が、契約、協定その他何らの名義をもつてするかを問わず、他の事業者と共同して対価を決定し、維持し、

若しくは引き上げ、又は数量、技術、製品、設備若しくは取引の相手方を制限する等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（注：下線部は筆者による）。

## 1 立法経緯

### (1) 立法過程における公共の利益の位置付け

1946年11月8日付けの商工省企画室法律案から「何人といへども、形態又は手段の如何を問はず、事業の正常な活動を拘束し、制約し、若は圧迫し、公正な競争の拡大を阻害し、又は自由取引による公共福祉の促進に支障を及ぼす契約、協定又は連合をなしてはならないこと。」という形で記述されていたことが明らかとされているが、その後の条文策定過程の中で、公共の利益又は公共の福祉という文言を用いつつ、不当な取引制限が違法とされない範囲を示そうとしていたことが明らかになっている<sup>21)</sup>。また、公共の利益の位置付けとして、1946年11月法律案のように行為要件に着目するのか、現行法のように弊害要件（競争の実質的制限）の前提条件とするのかについてもかなりの変遷が見られたが、最終的に現行法のように弊害要件の前提として位置付けられることになった。

さらにその趣旨については、1947年3月24日内閣法制局資料において、「(略) 国民経済利益に反する限りは之を抑制すべきこととなる。公共の利益は、多く、大衆の利益、即ち消費者利益を意味するであろうが、吾国経済の特異性に鑑みて、更に大局的見地から、判断せられるべきであるかも知れない。」としており<sup>22)</sup>、単に独占禁止法の目的にある「一般消費者の利益」という独占禁止法の目的の外にある利益を観念し、適法とする余地を模索していた可能性がある。

このような立法時の立場と同一のものとして、商工省企画室の解説による「公共の利益」とは、多くの場合、一般消費者の利益、すなわち大衆の利益を意味するであろうが、広く国民経済全体という大局的観点からも判断せらるべきで

---

21) 西村暢史・泉水文雄「原始独占禁止法の制定過程と現行法への示唆」公正取引委員会競争政策研究センター共同研究（2006年）28頁。以下この項目については、同書28頁から34頁の記述に依拠している。

22) 西村、泉水・前掲注（21）33頁。

あるかもしれない」との記述があるほか<sup>23)</sup>、橋本龍伍による「将来の消費者利益を一層増大する目的で現在の消費者利益を犠牲にするとか、一部の国民の消費者利益を犠牲にして国民全体の消費者利益を確保するとかいうことは公共の利益である」といった記述が挙げられる<sup>24)</sup>。

## (2) 公取委事務局解説と訓示規定説

しかし 1953 年法改正を受けて明らかにされた当時の公正取引委員会事務局の解説<sup>25)</sup>は、このような考え方を採っておらず、競争制限行為があれば直ちに公共の利益に反するという立場（いわゆる訓示規定説）を明らかにし以下のように述べる。

「独禁法は自由競争原理こそは、一般消費者に利益をもたらし、それがひいては国民経済の健全な発展を促す不可欠の道程であるとの原則をアプリオリな前提として受容れた上、これを第 1 条に明示しているものと解すべきである。しかしこのことは、自由競争原理の推進が国民経済の発展を阻害し、国民全般の利益に背反するが如き結果をもたらしても、あえてこれを問わぬというが如き偏した考え方を是認するものでは毛頭ない。独禁法は、かくの如きことは原理的にはあり得ないということを自明の前提としているに過ぎない。独禁法第 1 条はこの前提を言い表わしたものと解すべきである。(略) この前提を否定することは、独禁法の存在理由を否定することにほかならない。もつとも右は原則を言っているのであって、個々の場合に当っては、自由競争原理の推進と消費者利益の擁護、又は国民経済との発展との間にある程度の矛盾や摩擦を避け得ない場合も生ずるのであろう。又別個の政策上の立場からある程度の独占や企業の結合を認めることが、かえって公益に合すると認められる場合もあり得ると思われる。しかし、独禁法の立場からいえば、これはあくまでも例外である。そして例外は例外として独禁法の解釈の埒外において処理されるべき問題なのである。適用除外立法の間

23) 商工省企画室『独占禁止法の解説』（時事通信社、1947 年）15 頁。

24) 橋本・前掲注 (15) 127 頁。この記述はあくまでも、独占禁止法の目的の中にある一般消費者から説明をつけようとしていることがうかがえる。

25) 公正取引委員会事務局編『改正独占禁止法解説』（日本経済新聞社、1954 年）106 頁から 117 頁。

題がこれである。」<sup>26)</sup>

「このように考えて来ると、独禁法第2条第5項及び第6項にいう「公共の利益に反して」なる文言は無意味な蛇足に過ぎないのではないかとの疑問に逢着する。(略) 右の文言はただ法文に規定されたような方法によって競争を実質的に制限することは、公共の福祉に反するが故に、これを制限することを明らかにして憲法上の原則との調整を図ると共に、独禁法の運用は常に公共の利益の観点に立ってなさるべきであり、私人間の紛争の解決又は個人の権利義務の確定の如きことは、独禁法の直接の目的ではないとの趣旨を訓示的に宣言しているものと解して差し支えないのではなかろうか。」<sup>27)</sup>

この公取委事務局解説では「憲法上の原則との調整」に関する細かな説明はないものの、あえて、憲法上の人権規定に用いられている公共の福祉と並べて公共の利益を用いていること、「競争を実質的に制限することは、公共の福祉に反する」との表現からすれば、独占禁止法による抑止を憲法22条1項等に用いられている「公共の福祉」と同列と解していた可能性が高い。そして競争制限効果以外の考慮要素については適用除外立法という独占禁止法の枠外の事情で考慮されると考えていたことになる。その意味では公共の利益は極めて狭い概念に帰着する。

さらにこの「公共の利益」規定があるが故に、独占禁止法が私的紛争の調整規定たり得ない一つまり公的執行との親和性を当初から志向していたことも極めて興味深い。その意味では、後述するデジコン電子事件判決にみられるような、民事紛争の過程も交えて競争制限効果以外の諸利益も含めて独占禁止法の解釈の中で考慮する立場とは異なる価値観を持っていたことを裏付ける。

なお1949年独占禁止法改正では4章（企業結合規制：原始10条2項、14条1項、5項、15条2項）の前提となっていた公共の利益の文言が削除されるとともに、1953年同法改正では不公正な競争方法から不公正な取引方法への変更にあたり、公取委の告示指定の対象として当然に備えることとされていた公共の利益に関する要件が削除された<sup>28)</sup>。特に4章（企業結合）について、公益違

26) 公取委事務局・前掲注(25)109頁から110頁。

27) 公取委事務局・前掲注(25)112頁。

28) 原始独占禁止法2条6項7号は、「前各号に掲げるものの外、公共の利益に反する競

反かどうかを問わず、一定の行為を禁止する建前を取ったからと説明されているが、ややその趣旨は分かりづらいものとなっている<sup>29)</sup>。

## 2 公共の利益の判断枠組みをめぐる運用と学説

### (1) 初期の審決・判決

上記のような原始独占禁止法における立法経緯はあるものの、公正取引委員会は初期の審決段階から、入札談合及びカルテルと、公共の利益の関係について利益衡量の余地を否定し、違反行為が直ちに「公共の利益」に反するものとしてその内容を希薄化する、訓示規定としての解釈を示してきた。

まず、湯浅木材工業事件審決<sup>30)</sup>では、事業者が公の入札に際して、共同して価格を決定する行為について「自由競争の確保を眼目とする独禁法第1条の規定の精神に違背し、入札制度の美点を阻害するものであるから、その行為自体公共の利益に違反するものと認めるのが相当であり、協定価格の内容が妥当であるか否か、事業者が不当な利益を得たか否か、又は国家に損失があったか否か等の事項は、必ずしも公益違反の有無を判断する基準にはならない」として、入札談合があれば直ちに公共の利益に反するものとして、別途の利益衡量の余地を否定している。

またいわゆる新聞販路協定事件においても東京高裁は「新聞販売店の地域協定の結果東京都内の新聞販売の取引分野における販売店相互間には全く競争が存しないこととなるのであつて、決して当該共同行為の影響が問題とする程度に至らない場合ではないことは自明であり、原告ら新聞販売店の行為が公共の利益に反しないと理由をもつて、本社が同条第2項（筆者注：立法当時の4条2項の共同行為）の場合に該当すると主張するのは失当である」と述べ<sup>31)</sup>、司法側から

---

争手段であつて、第71条及び第72条に規定する手続に従い公正取引委員会の指定するもの」としていたが、1953年改正により、「この法律において不公正な取引方法とは、左の各号の一に該当する行為であつて、公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち、公正取引委員会が指定するものをいう。」と改められた。

29) 公正取引委員会事務局編『改正独占禁止法解説』（時事通信社、1949年）142頁。

30) 公取委審判審決1949年8月30日公取委審決集1巻62頁以下、85頁。

31) 原始独占禁止法4条2項は直接的に公共の利益の文言を置くのではなく、「前項の規定は一定の取引分野における競争に対する当該共同行為の影響が問題とする程度に至ら

「公共の利益に反して」の解釈に関する審判段階の判断を是認している。

さらに、愛媛県 LP ガス保安協会事件<sup>32)</sup>においては、プロパンガスの小売価格を 10 キログラム当り 200 円引き上げること等が 8 条 1 項 1 号 (当時) 違反と認定されたものであるが「公共の利益とは、同法第 1 条に掲げられた法の目的とこれを基礎とする法全体の構造からみて自由競争を基盤とする経済秩序そのものと解するのが相当であり、一定の取引分野における競争の実質的制限は、それ自体公共の利益に反するものといわなければならない」としてやはり価格カルテルがあれば直ちに 1 条の趣旨から見て公共の利益に反するとの立場を明確にしている。

後述する石油カルテル事件よりも後の判決であり、かつ私的独占の適用に関する奥道後温泉観光バス事件 (民事裁判) において、高松高裁は「独占禁止法に定める「私的独占」は、「公共の利益に反する行為」であることをその要件としているが、右にいう「公共の利益」は、自由競争を基盤とする経営秩序そのものを指すと解するのが相当であるから、競争を実質的に制限する行為は、直ちに「公共の利益に反する」ことになるものというべき」として、訓示規定説の立場を是認している<sup>33)</sup>。

## (2) 石油カルテル刑事事件最高裁判決

この事件では、通商産業省の行政指導に基づく石油元売会社による価格カルテルが、公共の利益規定に照らして合法とされる余地があるのかどうか問題となった。判決は「公共の利益に反して」の解釈について以下のように述べる。

「所論にかんがみ、職権をもつて判断すると、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 2 条 6 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つても、右法益と

---

ないものである場合には適用しない」と定めており、原告側は公共の利益の存在によって競争への影響が少ないことを論じようとしたものである。東京高判 1953 年 3 月 9 日高裁民事判例集 6 卷 9 号 435 頁。

32) 公取委審判審決 1972 年 7 月 25 日公取委審決集 19 卷 40 頁以下、47 頁から 48 頁。

33) 高松高判 1986 年 4 月 8 日判例タイムズ 629 号 179 頁。

当該行為によつ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達を促進する」という同法の究極の目的（同法1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り、これと同旨の原判断は、正当として是認することができる<sup>34)</sup>。」

この判決の最高裁調査官解説によれば、「公共の利益に反して」の意味につき自由競争秩序に反することを原則とすることを明示しながら、独占禁止法の適用除外規定（当時の独占禁止法24条の2から4まで）の存在を理由に、形式的に自由競争秩序に反する場合であっても法益の比較衡量の上、例外的に独占禁止法の適用が除外される余地を残したことを明らかにする<sup>35)</sup>。ここでいう一般消費者の利益が何を指すのかは明確に述べられていないが、事案に即してとらえれば「石油の安定的かつ低廉な供給を図り、もつて国民経済の発展と国民生活の向上に資する」という目的（石油業法1条）に照らし、石油の低廉な供給、すなわち、最終的に消費者向け小売価格の抑制にあるものと考えられる。最高裁判決は競争の実質的制限が認められたとしても、通商産業省による石油カルテルに関する行政指導によって適法とされる余地を認めつつ、値上げ協定の内容がこれを逸脱するものであったとして、公共の利益に反するものと結論付けている。

34) 最判1984年2月24日刑集38巻4号1287頁中、1311頁から1312頁。

35) 木谷明最高裁調査官解説刑事篇昭和59年度92頁中129頁。ただしこの128頁は適用除外制度を公共の利益の中で認めたものと解釈するものの、1954年当時の公取委事務局解説は適用除外制度を独占禁止法の枠外のものとしてとらえていることは前述のとおりである。また1953年独占禁止法改正により導入された各種適用除外規定のうち、不況カルテル（22条の3）、合理化カルテル（24条の4）はいずれも1999年改正（いわゆる適用除外整理法）により廃止されており、22条の2（現行23条）に関する再販売価格維持制度を残すのみである。適用除外制度の廃止内容について公正取引委員会平成10年度年次報告第2部第1章第1参照。さらにこの再販制度については、すでに化粧品・医薬品を中心とする届出に基づく指定再販制度は事実上、廃止され、実質的に機能しているのは著作物に関する再販制度のみである。こうした状況を受け、大胡勝「不当な取引制限における正当化事由の考え方」山崎恒・幕田英雄編著『論点解説 実務独占禁止法』（商事法務、2017年）106頁から107頁は、適用除外制度の大幅な縮減を背景に、本来的に適用除外制度の適用のない行為について安易に正当化事由が認められるべきでなく、公共の利益についてもむやみに拡大解釈されるべきでない」と指摘する。

### (3) 公共の利益をめぐる学説

公共の利益の意味に関する学説としては、以下のものが挙げられる<sup>36)</sup>。

ア 自由競争を基盤とする経済秩序そのものに反すると理解する立場（訓示規定説、公取委実務及び通説）<sup>37)</sup>

この訓示規定説の論拠は以下のとおりである<sup>38)</sup>。

- a 独占禁止法が自由競争秩序の維持をもって公共の利益に合致するものと考えていることは、1条の目的規定から明らかであること
- b 8条1号と4章の規定には「公共の利益」の文言が欠けているのであるから、3条の公共の利益に積極的意味を与えることは均衡に欠けること
- c 公共の利益に積極的意味を与えることは独占禁止法の運用を骨抜きにすること
- d 独占禁止法3条は刑罰規定であるが、公共の利益に不明確な定義を与えることは罪刑法定主義の精神に反すること

これに対し

イ 自由競争秩序に反することにとどまらず、より高次の段階における国民一般の利益に反すること等、この条文に何らかの積極的意義を持たせようとする見解（いわゆる違法要件説）

が存在する。先にも述べたとおり、公共の利益に関する独占禁止法の立法経緯はイの立場を模索していたことがうかがえる。

さらにイの立場はその内容によって、以下のように分類されている。

- ① 自由競争秩序に反しても国民経済的利益（国民経済の均衡的発展、一般消費者の利益）に反しないときは公共の利益に反しない<sup>39)</sup>。

36) ここでの分類は木谷・前掲注(35)127頁から128頁までに依拠した。

37) 第2の2に挙げた1954年公取委事務局解説や初期の審決がこれに当たる。このほか、実方謙二「独禁法における公共の利益」公正取引231号(1970年)18頁は、公共の利益が明確な判断基準を提示しておらず、公取委に過大な裁量権限を与えることになる点を危惧する。さらに根岸哲「独禁法適用除外規定の位置づけ 正田・丹宗両学説を中心として」公正取引230号(1969年)18頁は、アに立ちつつ、イ②(正田説)について、事業者の違反行為が経済的従属者の権利・利益を侵害したことを立証しなければならず、独占禁止法3条の実効性を著しく弱めるとも指摘する。

38) 根岸哲・前掲注(37)22頁注11。

39) 1958年2月4日、内閣総理大臣の下に設置された独占禁止法審議会は答申を提出し、

- ② 自由競争秩序に反しても経済的従属者の権利・利益の侵害につながらない場合はこれを容認する<sup>40)</sup>。
- ③ あらゆる競争制限を一応原則として禁止するが、トラストやカルテルに対する正当な自己防衛の手段として認められる限度では違法性が阻却される<sup>41)</sup>。

この判決については、適用除外規定がなくとも、自由競争経済秩序に反する共同行為が「公共の利益に反しない」ものとして違法性が阻却される場合があり得ることを理論上認めたものとする見方がある<sup>42)</sup>。その意味で、この最高裁判決はイ③の立場に近いと考えられる。さらにこの事件が刑事事件判決であることを踏まえ、刑法学者から「犯罪構成要件と行政構成要件が異なりうること、いいかえると処罰の対象となる違法性はないが排除措置の対象となる違法性はあるということがありうることは刑法理論上は当然のことなのである。(略) この最高裁判決が出た後も、排除措置の前提としては従来通りの公取委や独禁法の通説の立場を維持することも可能なわけである」として、刑事事件についてのみ違法性阻却事由として位置付け、行政事件についてはなお訓示規定を維持することが可能であるとの考え方も示唆される<sup>43)</sup>。

---

自由競争秩序を維持することが「公共の利益」に合致するとの立場は狭きに失するとした上で「公共の利益」は本来生産者及び消費者をも含めた広い国民経済全般の利益というより高い見地からも判断されるべきと述べ、この立場を鮮明にする。同審議会の答申内容について公正取引委員会編『独占禁止政策二十年史』(1968年)153頁。なお木谷・前掲注(35)127頁によれば、イ①は当時(最高裁判決当時)の「財界及び通産官僚」の立場と位置付けているが、基本的にこの審議会答申の延長にあると思われる。

40) 正田彬『全訂独占禁止法I』(日本評論社、1980年)194頁以下。特に協同組合に関する適用除外規定を重視し、これを確認的規定と位置付けた上で、それ以外の競争制限行為を容認する条文上の根拠として「公共の利益」を位置付け、適用除外される行為の限界を画する根拠として積極的にとらえている。

41) 丹宗昭信「独禁法2条5項にいう「公共の利益」について一違法性阻却事由としての「公共の利益」」『労働法と経済法の理論 菊池勇夫教授六十年記念論文集』(有斐閣、1960年)735頁中、753頁以下。

42) 木谷明・前掲注(35)129頁は、形式的に公共の利益に反する場合でも例外的に独占禁止法の適用の除外される余地を残すという方法により両者のバランスを取り、法益の比較衡量という違法性阻却事由説の手法を借りることによって実現しようとしたと説明する。根岸哲『独占禁止法の基本問題』(有斐閣、1990年)57頁も同旨。

43) 林幹人「石油カルテルの刑事責任」ジュリスト813号(1984年)10頁中、14頁。

この違法性阻却事由説に立ちつつ、事業者側に立証責任を転換したものと解する立場もある（いわゆる立証責任転換説）<sup>44)</sup>。白石は公共の利益による正当化理由を無限定に認めることに歯止めをかけ、市場支配的狀況が生じれば直ちに公共の利益に反するという考え方に配慮しつつも、正当化事由を認める主張を限定的にくみ取ろうとしたもの、との理解を示す<sup>45)</sup>。

本判決がアを考慮しつつイ③の立場に立ったことは当時の状況として理解できる。独占禁止法ないし競争政策の位置付けが弱かった時代において、産業政策との衝突が問題となったという時代背景から生まれたことと密接に関連しているが、それだけに、この「公共の利益」の議論の深化を極めて難しくしたといえる。問題となる行為について公共の利益を適切に解釈すべきとの立場から、我が国において、戦後ある時期まで独占禁止政策が経済政策の傍流の地位に置かれていたため、ともすれば軽視されがちであった競争の意義や重要性を強調するため、独占禁止法の研究者や公取委の実務家等からなる狭いサークルの中であえて訓示規定が提唱された、との厳しい指摘が存在することは付言しなければならない<sup>46)</sup>。

---

川越憲治・松下満雄「石油カルテル東京高裁判決をめぐって」ジュリスト 729号（1980年）15頁中、20頁における松下発言中、刑法35条の正当行為に関連する「刑法35条は特に競争秩序を目指しているわけではないので、ここでの価値尺度は競争秩序ではない。そうすると刑法的意味での正当性というのは競争政策以外の面からの正当性でもありうる」との見解もこれと同旨と思われる。これに対し根岸哲・前掲注（42）58頁は、同じ公共の利益について処罰の対象となる場合と排除措置の対象となる場合で一般論として本質的に大きく異なるという結論を導きだすことは困難であると指摘する。

44) 岸井大太郎「政府規制と独占禁止法」日本経済法学会編『経済法講座2 独禁法の理論と展開（1）』（三省堂、2002年）371頁中397頁。こうした考えに関し、根岸・前掲注（37）20頁は、立証責任を被告側に課すとすると、訴訟のやり方がまずかったが故に刑事制裁を甘受しなければならないという不都合があり、違法性阻却事由としても、少なくとも刑事訴訟では検察側が立証責任を負うべきものとして批判する。同時に、根岸哲・前掲注（42）67頁は公取委の調査権限の制約、証拠への距離、法の実効性確保の観点から、行政処分に当たっては違法性阻却事由の主張責任及び立証責任は共に被審人（名宛人）側にあるとして立証責任の所在について刑事手続と行政処分を区別する。

45) 白石忠志『独占禁止法（第3版）』（有斐閣、2016年）87頁。

46) 岩本章吾『知的財産権と独占禁止法』（晃洋書房、2008年）137頁から138頁。なお、岩本はこのような立場から知的財産権と独占禁止法の比較衡量を試み、独占禁止法の適用除外規定（21条）は必要ないと主張する。白石・前掲注（45）84頁も同旨（同書を引用）。

#### (4) 松下説の位置付け

これに対し、松下満雄は、イ①の立場から、維持すべき価値体系として、環境保全、雇用の維持、公衆衛生、道徳、善良な風俗の維持などを掲げ、競争原理とこれらが平等の立場にあり、両者が衝突する場合には、この両者間の併存を考えるべきであると説く<sup>47)</sup>。その際の手がかりとして、不当な取引制限の場合の「公共の利益」と不公正な取引方法における「不当に」、「正当な理由なくして」には解釈の類似性があるとして両者の利益調整を試みる。

松下は通説について、独占禁止法の基本精神からみるとよく適合した考え方として評価しつつも、適用除外法がない場合には全く例外なく違法であるという解釈は狭きに失すると述べる。具体的には①自衛上やむを得ないもの（独占体や適用除外団体と取引をする場合）、②国民の衛生を守る機能を有するもの（生鮮食品のメーカーが適切な冷凍施設を持たない小売業者には卸さないことを決定する場合）、③善良な風俗の維持の機能を有するもの（わいせつ文書を販売しない協定）を挙げ<sup>48)</sup>、公共の利益の解釈論を試みる。その上で、英国 1956 年制限的取引慣行法 21 条における公共の利益に関する規定、すなわち競争制限協定の禁止により逆に生じる弊害の防止という観点から、合理的に必要ながあればカルテルを容認する枠組みを紹介する<sup>49)</sup>。

今村はこの松下の考え方を外在的比較衡量説と位置付け、「独占禁止法の解釈の中に、同法と関係のない「価値」を持ち込み、それを優先させるという見解があるうとは、思いもよらなかったことである」と強く批判する<sup>50)</sup>。そして、②や③については私企業の判断に基づく集団的行為により営業の自由や表現の自由に介入することとなるものでむしろ有害とさえいふべき行為と指摘する<sup>51)</sup>。さらに、「印旛沼の周辺では無リン洗剤だけを販売しようというカルテル」について公取委が独占禁止法上問題ないとして取り上げなかった例についても、公取委が事件

47) 松下満雄「企業と競争秩序」『岩波講座 基本法学 7 企業』（岩波書店、1983 年）199 頁中 221 頁以下。

48) 松下・前掲注（47）225 頁。

49) 松下・前掲注（47）224 頁。現行英国 1998 年競争法には存在しない条項である。

50) 今村成和「カルテルの禁止とその限界」『現代経済法講座 2 カルテルと法』（三喜堂、1990 年）53 頁から 54 頁。

51) 今村・前掲注（50）54 頁。

の選択に当たっての政策的配慮を加え、排除措置の裁量の中で解決すべき事柄であり、「公共の利益の内容を「解釈によって確定する」ことなどはできない相談とってよいのである」と反論する<sup>52)</sup>。

しかしながら、私見によれば、今村の述べる「違法ではあるが公取委の措置権限の裁量に委ねる」との発想は明らかに事業者にとっての法的予測可能性を不安定にするものである。また、公的執行のみならず、違法となる以上発生し得る被害者たる取引先に対する民事損害賠償責任について念頭に置いていないという問題もある。今村の考えは、先に述べたとおり、独占禁止法の位置付けがあまり高くなかった時代に競争政策をあえて強く主張せざるを得なかった状況が背景にある。現在の独占禁止法の運用は、(もちろんその認識が十分でない業界もあるにせよ)石油カルテル最高裁判決当時と比べれば相当程度、日本経済社会において浸透していると評価してよい。

そして松下の述べる制限の合理的必要性という条件付けについてはやや荒い部分はあるものの、後述するとおり、社会公共目的に基づく正当化事由の判断過程で自由競争秩序の外にある利益が考慮されている状況を踏まえると、一定の肯定的評価を与えることができると考える。実際、松下説は後述するとおり公正取引委員会が公表した事業者団体ガイドラインや、デジコン電子事件判決、環境ガイドラインの底流をなしていると考ええる。

### 3 公共の利益が認められる範囲が極めて限定的であること

最高裁判決は例外的な正当化事由の存在を示唆するが、現実には裁判所は、この後問題となった事件で、「公共の利益」に関していずれも例外を認めないとの結論を採用している。

例えば、これまで、赤字回避の必要性(価格カルテル・刑事事件)<sup>53)</sup>、日本全国に所在する陸海空の各自衛隊の任務(国防・災害救助等)遂行(入札談合・審決取消請求事件)<sup>54)</sup>、入札談合における中小企業の保護の必要性(入札談合・刑

52) 今村・前掲注(50)64頁注20。

53) ラップカルテル刑事事件判決・東京高判1993年5月21日高刑集46巻2号108頁。

54) 東燃ゼネラル審判審決取消訴訟判決・東京高判2006年02月24日公取委審決集52巻744頁。

事事件)、国家的プロジェクト(入札談合・審決取消請求事件)<sup>55)</sup>という形で、それぞれ「公共の利益に反して」の要件を満たさないとの主張が違反行為者側からなされているものの、裁判所はいずれも石油カルテル事件刑事事件判決の示す例外的事情に当たらないなどとしてこれを否定している。

学説上も、例えば根岸は、最高裁判決に照らすと、適用除外規定に基づく場合を除き、公共の利益に反しないと判断されることは極めて難しいとの結論を示す<sup>56)</sup>。岡田外司博も同様に、消費者の利益確保や、経済の民主制という究極的目的を重視する限り、価格協定、数量制限等の典型的カルテルが独占禁止法の究極目的に反しないという事態は考えられないと断言する<sup>57)</sup>。

さらに公取委職員による近時の解説も、この最高裁判決が自由競争秩序の維持と、他の利益を単純に利益衡量するものではなく、独占禁止法1条の究極的目的という表現を重視し、判決があくまで独占禁止法の枠組みの中で判断したことを強調しつつ、価格カルテル、談合がこの例外に入る場合は極めて限定されることを強調する<sup>58)</sup>。

### 第3 共同行為に関する正当化事由容認の流れ

このように、共同行為について公共の利益による正当化事由の主張を認めないとの立場が大勢を占める。その一方、事業者・事業者団体によるすべての共同行為が不当な取引制限に該当することとなるという不都合を回避するとともに、社会経済上の共同行為の必要性を認識した上で、以下に述べるとおり目的の正当性、基準や手段の相当性という判断に基づき、一定範囲内での共同行為の正当化事由を容認するとの流れが定着しつつある。価格カルテル等が直ちに自由競争秩序に反するとの考え方を突き詰めれば、本来、条文から離れた共同行為は一切容認されないはずであるが、必ずしもそのような原則は貫徹されていない。

55) 郵便区分機事件審判審決取消訴訟判決・東京高判2008年12月19日判例時報2043号51頁。

56) 根岸哲・前掲注(42)65頁。

57) 岡田外司博『新現代経済法入門(第3版)』(法律文化社、2006年)81頁。

58) 大胡勝・前掲注(35)99頁から100頁。

## 1 事業者団体ガイドラインにおける社会公共目的判断

まず、慎重な姿勢ながらも共同行為の例外を公取委の実務に反映させたものとして事業者団体ガイドラインが挙げられる<sup>59)</sup>。生産・流通の合理化や消費者の利便の向上を図るため規格の標準化に係る自主的な基準を設定し、また、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や自主認証・認定等の活動を行う場合があり、そのような活動については、独占禁止法上の問題を特段生じないものも多い、との前提を明らかにする。その上で、自主規制等に関して、その競争阻害性の有無については、①競争手段を制限し需要者の利益を不当に害するものではないか、②事業者間で不当に差別的なものではないかの判断基準に照らし、③社会公共的な目的等正当な目的に基づいて合理的に必要とされる範囲内のものか、の要素を勘案しつつ判断すること、その上で自主規制等が構成事業者の任意の判断に委ねられることを明らかにする（以下、本稿でこの①から③を合わせて「社会公共目的判断」と呼ぶことがある。）。その後のデジコン電子事件判決等で現れる目的の正当性、基準・手段の相当性の理論的背景となっている。

他方、事業者団体ガイドラインは、自主規制が競争の実質的制限に至った場合には8条1号に違反することを示すのと同時に、その明文上、正当化事由に関する各種要素の考慮は、あくまでも法8条3号、4号又は5号の規定に係る競争阻害性の有無にとどめていることには留意する必要がある<sup>60)</sup>。事業者団体ガイ

59) 公取委公表1995年10月30日「事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針」（以下本文にて「事業者団体ガイドライン」という）第2の7(2)。

60) 事業者団体ガイドライン第2の8にある営業活動制限の自主規制も同様の記述となっている。岩本章吾『事業者団体の活動に関する新・独占法ガイドライン』（商事法務、1996年）47頁によれば、8条4号における「不当に」は、競争制限性までは持たないが競争政策上看過できない影響を競争に及ぼすことになる場合すなわち公正競争阻害性を指すとしている。その意味で、各種正当化事由の根拠となる各要素を検討することが許容される一方、事業者団体ガイドラインは8条4号との比較の中で最高裁判法の「公共の利益」の狭い解釈を念頭に置き8条1号における正当化事由の考慮を否定する立場を採っていたのではないかと想定される。この意味で正当化事由につき2条6項の競争の実質的制限の解釈に重きを置く環境ガイドラインと、事業者団体ガイドラインの社会公共目的判断の位置付けは本質的に異なる。

ドラインの解説も、自主規制にかかる判断が競争阻害性の有無に関するものであることを前提としつつ、「その下限は、一定の取引分野における競争に対する影響が問題とする程度に至らないものである場合か否かによって画される」という表現で、公正競争阻害性のレベルにとどまることを明らかにしている<sup>61)</sup>。言い換えると、事業者団体ガイドラインそれ自体は、8条1号についての正当化事由を本来的に認めていない立場にあることが分かる。しかし、自主規制に関する事業者団体ガイドラインの判断基準を取り入れつつ、8条1号の適用場面での応用の道を開いたのが次に述べるデジコン電子事件判決である。

## 2 デジコン電子事件判決で拡大された正当化事由

このような事業者団体ガイドラインの考え方を具体的事例に反映した事件としては、デジコン電子事件判決が挙げられる<sup>62)</sup>。

遊戯銃のメーカーからなる日本遊戯銃協同組合（以下「組合」という。）は、組合員に対しエアソフトガンの安全に関する品質基準を設け、これに合致した製品に合格証紙を付して販売することを義務付けていた。しかし、原告であるアウトサイダーメーカー（デジコン電子）はこの基準に合致しない製品を販売するとともに、組合への加入を拒絶した。これについて、組合が問屋及び問屋団体に対し原告製品の取引を停止するよう要請するとともに、原告製品を取り扱う小売店に対しても合格証紙を付した組合員製品の取引停止を通告するなどした行為が、事業者団体が、（他の）事業者に共同の取引拒絶をさせるようにしたこと（法8条1項5号及び一般指定1項2号（共に当時））、さらに法8条1項1号（当時）に該当するとして、民事裁判を通じて共同不法行為に基づく損害賠償請求、謝罪広告及び違反行為の差止を求めたものである（判決は損害賠償請求を一部認容）<sup>63)</sup>。

61) 岩本章吾・前掲注(60)132頁。

62) 東京地判1997年4月9日判例タイムズ959号(1998年)115頁。

63) 原告は1990年12月、公取委に対し法45条1項に基づく措置請求を行ったが、公取委は1992年5月、これを不問とする旨の通知を行っている（判決認定事実一6及び9）。

### (1) 判決で提示された正当化事由の基準・内容

判決はまず、前提として、本件妨害行為が共同の取引拒絶及び8条1項1号の構成要件に形式的に該当する旨を認めている。しかし、双方の条文に例外があることにつき、以下のように許容する。まず、①共同の取引拒絶については、「正当な理由」が認められる場合には、不公正な取引方法に当たらないこと、さらに、②8条1項1号についても石油カルテル刑事事件最高裁判決を引用し、独占禁止法の保護法益である自由競争経済秩序の維持という法益と当該妨害行為により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（同法1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、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」に当たらないことを判示する<sup>64</sup>。

その上で、一般指定1項2号（共同の取引拒絶）の該当性について「本件自主基準設定の目的が、競争政策の観点から見て是認しうるものであり、かつ、基準の内容及び実施方法が右自主基準の設定目的を達成するために合理的なものである場合には、正当な理由があり、不公正な取引方法に該当せず、独禁法に違反しないことになる余地があるというべきである。」として、正当な理由の内容について①目的の合理性、②基準内容の合理性及び③実施方法の合理性を求めている。ただし8条1項1号の利益衡量については、石油カルテル刑事事件最高裁判決以上の細かな判断基準や当てはめを示していない。

### (2) 判決の事実関係への当てはめ

判決は、組合による自主規約を通じて、合格証紙の付されていない製品の製造販売をしないように申し合わせている行為と目的の合理性について以下のように判示する。すなわち、安全検査を経ていないエアソフトガンによる事故を防止して消費者及びその周辺の安全を確保すること並びに事故発生により広範な規制が行われ業界全体が打撃を受けることを防止する目的であるとして、消費者の利

64) 事業者団体の不当な競争制限を禁じる8条1項1号（現行法8条1号に同じ）は「公共の利益に反して」の規定は存在せず、判決はあえてこの点を不当な取引制限と同様に読み込んでいることになる。

益に適うことであり、独禁法の精神と何ら矛盾せず、正当なものとしている。

次に判決は②基準内容の合理性の観点から、弾丸の運動エネルギーを安全性の基準ととらえ、その具体的基準として、0.4Jと定めたことにつき、銃刀法に定めなく、格別の根拠はないものの、消費者の多くが威力の高い製品を嗜好するのが一般的であり業界全体が立法により広範な打撃を受けた経緯等を踏まえると、一応の合理性があることを認める。また同様に BB 弾の重量について制限を設け、これを 0.2 グラム以下と定めたことについても、重量を増した場合に威力が増し、危険性が増加するとの観点から合理性がないとは言えないとする。

しかし、判決は③実施内容の合理性の観点から、(a) 前記 0.4J という威力の基準が必ずしも格別の根拠があるといえず、基準に違反した製品が直ちに社会的に著しく危険であるともいえないこと、(b) 被告組合では一度検査を通過した製品についてその後ほぼ無条件で合格証紙が交付され、規約に定められた試買検査はほとんど行われていなかった結果、被告組合の組合員の製造販売にかかる組合によるシールが貼付された製品であっても、0.4J を超える威力を有するものが現実には多数存在していたこと、(c) 合格証紙貼付の製品の中にも本件 92F より強力なものが存在することが明らかであることを踏まえて原告製品が流通することによって消費者及びその周辺社会に重大な危険を及ぼすことになるとはいまだ到底認められないと小括する。その上で、たとえ本件自主基準の設定目的が正当なものであり、本件自主基準の内容も一応の合理性を有するものであっても、本件妨害行為は、右目的の達成のための実施方法として相当なものであるとは到底いえず、不公正な取引方法における正当な理由があるとは言えず、不公正な取引方法の勧奨に当たると結論付けている。

また、8 条 1 項 1 号につき、自由競争経済秩序の維持という独占禁止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、独占禁止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ず不当な競争制限（ママ）に該当するとする。

### (3) 判決の評価（私見）

判決上、8条5号の適用における正当な理由の判断基準・当てはめについては、丁寧に行われており、この点は高く評価できる。判断過程については、①、②を見る限り、競争政策の目的からは認めるか、という視点を設定しつつ「消費者及びその周辺社会に重大な危険」をもたらすかを考慮しており、消費者利益と密接ではあるものの「消費者及び周辺社会の安全」という独占禁止法1条の外延にある利益、すなわち消費者の経済的利益から距離のある「安全性」に関する判断を加味している。判決における安全性と独占禁止法の保護法益との区別は、公共の利益に関する部分ではあるが「自由競争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を守るため必要不可欠なやむを得ない措置…とは到底認められない」との表現からも裏付けられる。

すでに、保守部品の供給拒否や抱き合わせが問題となった東芝エレベータ事件高裁判決において、取引妨害に関し「商品の安全性の確保」が不当性の判断の中で考慮すべき原因の一つであるとの判断が下されていたものの<sup>65)</sup>、あくまで単独行為に関するものにとどまり、共同行為の考慮事項に関する明示的な判断はなされていなかった。

その意味でこの判決は、共同行為の正当化事由の判断に当たり、例えば事業者団体ガイドラインが明示する環境全般、安全性、さらには労働者の労働環境の向上をはじめ、独占禁止法の保護法益を超える社会的利益の考慮に道を開いたものであると評価できる。同時に本件は民事訴訟であり、事業者団体ガイドラインでは抽象的に示されていたものの、自由競争秩序の維持を目的とする公取委が、その視点から専門的知識を有していない他の社会的利益について考慮するよう迫られる可能性を顕在化させたと考える。

また、実施手段の相当性の判断基準に関連し、判決は組合自ら定めた安全基準を超える組合員製品、合格証紙の前提となる試買検査の行われていない組合員製品の存在を強調しており、原告製品に対する差別的取扱いの視点を重視するものであり、事業者団体ガイドラインの社会公共目的判断が提示する競争事業者間の差別の有無の実例を示したものと見える。

65) 大阪高判1993年7月20日判例タイムズ833号62頁中、当該判示部分につき65頁。なお、この判示部分には松下満雄の証人供述が採用されたことが明記されている。

この判決について事業者団体ガイドラインに示した3つの考慮要素を踏まえて公共の利益の概念のない8条1号に読み込んだとの評価がある<sup>66)</sup>。まず、判決は8条5号については、共同ボイコット（当時の一般指定1項）における「正当な理由なくして」の要件から3つの考慮要素を読み込んでいるほか、8条1号については、2条6項該当性に関する石油カルテル刑事事件の公共の利益に関する判示部分を引用している。その上で自由競争経済秩序の比較衡量のもう一方に「消費者及びその周辺社会の安全という法益」を掲げつつ、8条1号の規定に公共の利益の一般規範を読み込んだといえる。その結論部分では共同の取引拒絶の正当化事由である3つの考慮要素を示すものではないが、特に異なる事実の適示を行っているのではなく、両者の社会公共目的判断は実質的に同一であると考えられる。

本判決の公共の利益の解釈に関連し、白石は明文のない公共の利益概念を考察の媒介としつつ、競争の実質的制限の縮小解釈によって最高裁判決と同様の実質論を採用することを可能とする枠組みを得たとの理解を示している<sup>67)</sup>。確かに結論としては同じであるものの、判決は「公共の利益に反しないものとはいえない」とした上で、8条1号に該当すると結論付けており、明文の規定のない「公共の利益」についての判断を行っているとは解することが適切であろう。

なお、同様に、神奈川LPガス協会事件でも、「一定の事業分野における現在又は将来の事業者の数を制限すること」を禁止する8条3号についての正当化事由に関する判示がなされている<sup>68)</sup>。同条項には不当性や正当化事由に関する文

66) 和田健夫「日本における社会的規制と競争政策」日本経済法学会年報21号（2000年）33頁、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」別冊ジュリスト199号・経済法判例・審決百選（2010年）事例45、93頁。また本判決全文を紹介する判例タイムズ959号116頁の匿名解説も、8条1号及び5号のいずれについても目的が是認でき、基準の内容、実施方法が目的を達成するために合理的であれば独占禁止法に違反しないと評価する余地を認めたととして、同一基準を用いたとの見解を示す。

67) 白石忠志「独禁法違反の競争者排除行為について損害賠償が認容された事例」ジュリスト1122号（1997年）78頁。土田和博『経済法のルネサンス 独占禁止法と事業法の再定位』（日本評論社、2022年）167頁は「競争の実質的制限」の中で製品や消費者の安全の正当化事由について判断し、中小企業の取引交渉力の確保などの経済的事由は（「適当でないかもしれないが」と前置きした上で）「公共の利益」の中で論じざるを得ない場合があるとして両者を区分する。

言はないものの、独占禁止法1条の目的に照らして、「専ら公正な競争秩序維持の見地からみて正当な理由・目的があり、かつ、その理由・目的に照らして、その内容及び手段に合理性・相当性が認められる場合には、たとえ外形上現在又は将来の事業者の数を制限するものであったとしても、当該行為は不当なものとはいえない」と判示し、デジコン電子事件判決における8条1号と同様、正当化の余地を認めている（ただし結論・あてはめとして正当化事由の存在を認定していない。）。

### 3 環境ガイドラインと競争の実質的制限を通じた正当化事由

事業者団体ガイドラインの共同行為の正当化の判断枠組みを一步進めたのが環境ガイドラインである<sup>68)</sup>。我が国では2050年のカーボンニュートラル実現という目標と、それに沿った温室効果ガスを2013年から2030年までに46%削減するという目標に沿ったグリーン社会の実現が求められている。この実現に向けて事業者や事業者団体が行う共同の取り組みを促進するため、競争制限的な行為を未然に防止するとともに、これに対する公取委の法適用や法執行、及び事業者等の予見可能性を向上させることを目的として策定・公表された。

環境ガイドラインは、ある共同行為について、競争制限効果又は競争促進効果の双方が併存する場合には目的の合理性、手段の相当性を勘案しつつ、両者について総合考慮した上で独占禁止法の問題（不当な取引制限や事業者団体による制限）の有無を判断するものである。具体的には①競争手段を制限し需要者の利益を不当に害するものではないか、②事業者間で不当に差別的なものではないか、③社会公共的な目的等正当な目的に基づいて合理的に必要とされる範囲内かを判断することが明記され、事業者団体ガイドラインに沿った社会公共目的判断が示されている<sup>70)</sup>。

しかし、これまでの事業者団体ガイドラインの総合判断（目的の正当性や手段

68) 東京高判2021年1月21日公取委審決集67集615頁。

69) 以下、2023年3月31日公取委公表「グリーン社会の実現に向けた事業者等の活動に関する独占禁止法上の考え方」を指す。

70) 例えば自主規格の判断枠組みはこのような形で行われている。環境ガイドライン第1の3(1)。

の相当性判断)は、8条4号の不当性の判断要素にとどまっていたところ、環境ガイドラインでは脚注で多摩談合事件最高裁判決の規範部分を引用しつつ<sup>71)</sup>、3条又は8条1号における「競争を実質的に制限する」かどうかの判断要素として用いられている点が決定的に異なっている。

また、これまでも、いわゆる単独行為(垂直的制限)をめぐる不公正な取引方法では競争促進効果と競争阻害効果の総合考慮が導入されていたものの<sup>72)</sup>、不当な取引制限における競争制限効果と競争促進効果の比較衡量を正面から認めたという意味でも注目される。

なお、環境ガイドラインの中には事業者等による取り組みと「社会公共的な目的」の整合性については多数の記述があるものの、これと親和性を持つ「公共の利益」については一切触れられていない。立法経緯や石油カルテル事件刑事最高裁判決に代表されるこれまでの狭い「公共の利益」の解釈を変えないことを前提にしつつ、不当な取引制限の条文における競争の「実質的」制限という文言に即して判断したものと位置付けられるが、すでに、不当な取引制限の判断枠組みが変容しつつあることを示すものである。

## 第4 結論

### 1 正当化事由を公共の利益の中に読み込むべきこと

第2の2(3)にも述べたとおり日米構造問題協議等を経て、適用除外の整理縮小や、課徴金制度の強化、刑事罰の引上げ等を通じて、入札談合・価格カルテルが違法という考え方が定着しつつある中で、石油カルテル事件当時に危惧された競争政策と産業政策が衝突し、競争政策原理が後退するのではないかという心配は確実に低下している。

71) 環境ガイドライン脚注24。

72) 例えば公取委「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」中、第1部の2(垂直的制限行為に係る適法・違法性判断基準に関する記載部分)。また司法判断において公正競争阻害性につき総合判断を取り入れたものとして、土佐あき農協事件東京地裁判決2019年3月28日判例タイムズ1417号88頁では、産地間競争の促進と産地内競争の減少・消滅(第3の4(3)イ(ウ))や、フリーライドと系統外出荷(同(オ))という手段の相当性の比較衡量がなされている。

もちろん、そうした自由競争秩序の重要性を説くための不断の努力が必要であると同時に、公共の利益を狭隘に解する考え方を改めるときが来ている。私見によれば、石油カルテル事件最高裁判決の違法性阻却の枠組みを維持しつつも、正当化事由における目的の正当性、手段の合理性、相当性の判断を2条6項の「公共の利益」の中で判断すべきと考える。

公共の利益を自由競争秩序に反することそれ自体ととらえ、共同行為の適法性を公取委の措置の裁量によって説明を試みる訓示規定説は、一定の共同行為の必要性が存在する経済社会実態に反しており、また法的安定性という視点からも事業者の事業活動にいたずらに委縮を招くおそれがあり、これを支持することはできない。

これまで説明が積み重ねられてきた社会公共目的判断は、まさに独占禁止法上の保護利益と、それを離れた各種社会的利益との比較衡量を行ってきたといえてよい。このような正当化事由の積み重ねは、独占禁止法制定時に「大局的見地」という形で想定していた公共の利益の本来の役割（本稿第2の1（1）参照）に回帰させることで実現可能である。

公共の利益の条文から離れた正当化事由の考慮は、公共の利益の範囲を狭く解することによって生じる弊害を是正する、いわば調整弁としての役割を持っている（それが志向しようとした結論自体は正しいと考える）。しかし、公正競争阻害性のような弊害要件における総合考慮が想定されている8条4号や2条6項各号（不公正な取引方法）と異なり、共同行為の場合に、そうした正当化事由は条文の根拠を持っておらず、曖昧さや事業活動の萎縮に関する批判が妥当することになる<sup>73)</sup>。

この点、「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」の判断を通じて正当化事由の利益衡量を行うべきとの立場が存在する<sup>74)</sup>。環境ガイドラインの枠組みは本稿でみたとおりまさにこの理論構成であって、条文上、不当な取引

73) 白石・前掲注(45) 89頁は、公共の利益という文言に頼らず正当化事由を「競争の実質的制限」で考えるとする公取委実務と公共の利益に関する裁判所判断での差異が生じているものの、「実質的に同じであるから、実害がない」とする。

74) 和田健夫「競争制限行為の正当化事由に関する一考察—審判決を素材にして」川瀨昇ほか『競争法の理論と課題—独占禁止法・知的財産法の最前線 根岸哲先生古稀祝賀』（有斐閣、2013年）53頁中、66頁から68頁。

制限の要件充足性判断のプロセスで行われるという後ろ盾を持っているようにも見える。

しかし、競争の実質的判断はそもそも「その当事者である事業者らがその意思で当該入札市場における落札者及び落札価格をある程度自由に左右することができる状態をもたらすこと」ができるかどうかの判断基準である<sup>75)</sup>。これは言い換えると当事者の持つ市場支配力の維持・形成・強化に着目した判断要素であって、競争の外にある様々な考慮要素の判断になじまないと考える。

私見によれば、社会公共目的判断も競争手段の制限の判断を含み、この中で行為の外形の悪性を判断することも可能である。いわゆる入札談合、価格カルテル、市場分割といったハードコアカルテルであれば無条件に社会公共目的判断のうち第一の要素、すなわち「競争手段を制限し需要者の利益を不当に害する」ことにつながり、公共の利益に反することとなる。これらに当てはまらない共同行為については、社会公共目的判断の下での総合判断に基づき、正当化されるものが出てくることになる。

なお、私見によれば、8条1号の正当化事由の考慮について条文の根拠を欠くこととなるが、この点は、同条項が競争を実質的に制限する事業者団体の行為を禁止しており、不当な取引制限と同様の機能を果たしている点を重視し、8条1号にも社会公共目的判断の適用を認めたデジコン電子判決の論理構成を是認するものである。

## 2 労働組合につき適用除外の明文規定を必要とすること

労働組合の独占禁止法上の位置付けは、各種先行研究によれば、立法当時、クレイトン法6条の労働組合の適用除外規定を念頭に置きつつも、労働者が事業者に当たらないとの判断によって事実上の適用除外を達成したものと考えられている<sup>76)</sup>。立法当時に、労働争議については労働委員会に委ねること、労働法制固有の問題とする解説が存在することもこの結論を裏付ける<sup>77)</sup>。少なくとも、労働

75) 多摩談合事件最判2012年2月20日民集66巻2号796頁。

76) 西村、泉水・前掲注(21)139頁、大橋・前掲注(17)2頁から5頁、石田眞、後藤究「産業別労働協約をめぐる労働法と競争法」労働法律旬報2020号(2022年)31頁から33頁。

組合による団体交渉を適法とみる点に疑問をさしはさむ余地はなく、政府全体も、フリーランスガイドラインの記述にもあるとおり、労働組合法に基づく団体交渉・労働協約を不当な取引制限との抵触が生じない適法な行為としてとらえている。

しかし、独占禁止法上、その位置付けが明文化されていないが故に、日本港運協会事件のような形で紛争になった場合に、産業別労組と使用者団体の共同交渉の可否をはじめとするグレーゾーンの中で、法的安定性に疑義が生じる状況になっていることも事実である<sup>78)</sup>。

さらに私見によれば、労働者や労働組合の存在は、公共の利益の内容をなす社会公共目的判断の中で保護すべき利益に当たるものと考えている。労働組合法1条は、「労働者が使用者との交渉において対等の立場に立つ」こと、そして「労働者の地位を向上させること」を目的としているが、同時に独占禁止法上の優越的地位の濫用も優越的地位にある事業者とそうでない者の間の情報・交渉力の格差の存在を前提に、不利益行為を抑制しようとする点で同一の方向にある。また、後述するとおり、労働者の就労環境の改善は労働者が同時に持っている個人たる一般消費者としての生活基盤を向上させること、また、労働者の労務環境の改善は、独占禁止法上の社会公共目的の判断要素としても定着しつつあるといえる。

その上で労働法学者から寄せられてきた各種懸念を払拭するためにも、労働組合法に基づく団体交渉等の各種行為が独占禁止法上適法とされることはもちろんのこと、明示的に適用除外規定を置くべき時期にあると考える。もちろん適用除外規定は必要最小限とすべきとの要請が根強く残っているが<sup>79)</sup>、当然に独占禁止

---

77) 橋本・前掲注(15)75頁。

78) 長谷河亜希子「労働市場におけるフェアネス」日本経済法学会年報43号(2022年)31頁は使用者の行為も含めた適用除外の必要性を示唆する。

79) 1995年3月の規制緩和推進計画(閣議決定)の中で「個別法による独占禁止法の適用除外カルテル等制度については、1998年度末までに原則廃止する観点から見直しを行う」との方針が明記され、1997年6月の一括整理法の可決成立に至った。公正取引委員会平成8年度年次報告第2部第1章第2参照。また、1998年3月の規制緩和推進3か年計画(閣議決定)では、独占禁止法適用除外制度については必要最小限とするの方針が明記され、これにより不況カルテル・合理化カルテルといった独占禁止法に基づく適用除外制度についても、1999年の適用除外整理法により廃止された。本稿脚注35も参照。

法上問題ない行為を確認するにとどまり、実害もないと考える。このように解することで、使用者団体との交渉は当然予定されているものとして適法とすることも可能となるであろう<sup>80)</sup>。日本港運協会事件をめぐる提起されている問題は、まさに、適用除外がないことによる弊害を示す顕著な立法事実<sup>81)</sup>に該当すると考える。

### 3 フリーランスの共同交渉は公共の利益に合致すること

その上で本稿の問題意識であるフリーランス保護法上のフリーランス（特定受託事業者）が労働組合という形式をとらないまま、不当な取引制限に抵触せずに自らの報酬条件等について共同交渉をなし得るかについて立ち戻ると、その労働者性の充足の有無を問わず、2条6項にいう公共の利益に合致するもの<sup>82)</sup>と考える。

まず、フリーランスは事業者であると同時に個人であるところ、この個人は、同時に一般消費者でもあることを意味する（独占禁止法で想定されている通常の法人事業者以上に、一般消費者との結びつきをそのまま説明しやすい）。すなわち、取引条件や就業環境を維持するために共同交渉を認めることは一般消費者の利益を害するものではなく、むしろ消費者の可処分所得を向上させることにつながる。

次に、俯瞰的にみても、経済法が、自由競争経済秩序の外にある働く者の労働環境の改善を、積極的に保護すべき考慮要素として取り込みつつあるといえる。

例えば、フリーランス保護法1条がその法目的として、「(フリーランスが)安定的に従事することができる環境を整備」することを掲げ、その手段として下請法類似の取引の適正化のための各種規制を行っていることもその一例である。

さらに中小企業が賃上げの原資を確保できるよう、内閣官房主導で労務費の上昇等に応じた価格転嫁のための施策が政府全体で構築されつつある<sup>81)</sup>。この一環

80) 石田眞、後藤究「産業別労働協約をめぐる労働法と競争法 我が国独占禁止法の制定経緯とドイツ・EU法の比較から【日本港運協会事件に関する意見書】」労働法律旬報2020号(2022年)28頁中、52頁は、労組法にもとづく団体交渉と労働協約の締結・遵守過程における使用者団体および使用者の行為のみを取り出し独占禁止法の適用を論じることはできず、労組法上当然に想定しうる行為であるとする。

81) 内閣官房等公表2021年12月27日「パートナーシップによる価値創造のための転嫁円滑化施策パッケージ」。[\[https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/atarashii\\_sihonsyugi/pdf/partnership\\_package\\_set.pdf\]](https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/atarashii_sihonsyugi/pdf/partnership_package_set.pdf) (閲覧日2023年7月31日)。

として、公正取引委員会による価格転嫁対策については、発注者が中小事業者との間の値上げ交渉にあたって人件費の上昇といったコストを勘案せず、取引価格引き上げの協議に応じなかったり、引き上げの申し入れに回答したりすることなく、従来どおりに取引価格を据え置くことは優越的地位の濫用に該当するおそれがあるとして、13社の会社名の公表に踏み切ったことも注目される<sup>82)</sup>。これは、働く者の賃金の確保という労働法の政策を経済法が補完的に担いつつあることの証左である。

また、事業者団体ガイドラインが労働問題への対処のために設定された合理的な自主規制を適法なものとして位置付けていることを反映し<sup>83)</sup>、労働環境を改善する目的で行われた各種共同事業が独占禁止法上問題ないとする各種の相談事例が存在する<sup>84)</sup>。

#### 4 フリーランスの共同交渉に関する適用除外とその限界

このように、公共の利益の解釈を通じた正当化事由を認める試論だけでは、公共の利益を違法性阻却事由とらえた場合に、違反を問われる事業者側がその立証責任を問われることとなる<sup>85)</sup>。いいかえるとそのままではフリーランス側の行動の予測可能性が担保できないことから、これを一歩進めて適用除外制度を認める必要性が高い。

第一に、フリーランスは事業者であると同時に個人であって、単独では大企業に伍して競争することが困難な状況にある。この点は、農業者や中小企業者が、

82) 公取委公表 2022 年 12 月 27 日「独占禁止法上の「優越的地位の濫用」に関する緊急調査の結果について」(公取委 HP より)。

83) 事業者団体ガイドライン第 2 の 8 (4)。

84) これまで公正取引委員会が公表した「独占禁止法に関する相談事例集」のうち、平成 30 年度事例 8 (運送事業者 11 社がドライバーの労働環境の改善及び効率的な輸送の実現のため、幹線輸送の一部区間において大型の貨物自動車による共同輸送実施)、令和元年度事例 7 (特定の種類の建設機械を使用する専門工事業者を会員とする団体が、当該建設機械のオペレーターの長時間労働を是正するため、工事現場における作業時間を短縮するよう会員に呼び掛けるとともに、工事の発注者に対しても同様の要請を実施)、令和 4 年度事例 6 (小売業者を会員とする団体が、会員の各店舗の従業員等の労働環境改善に向けた取組を後押しするため、労働環境改善に向けた行動指針を作成) について、いずれも独占禁止法上問題ないと回答している。

85) 土田・前掲注 (67) 170 頁。

相互扶助を目的とした協同組合を組織して市場において有効な競争単位として競争することは独占禁止法の目的に合致するとして、中小企業等協同組合法に基づく事業協同組合や農業協同組合について適用除外とする 22 条の趣旨と共通する<sup>86)87)</sup>。他方、これらのフリーランスは、発注者との間で個々に直接発注を受けることから、事業協同組合が法的主体となって共同事業を行う枠組みになじまない点がある。

その上で、まずは、フリーランス保護法上の特定受託事業者に該当する者（複数）と、その相手方となる特定委託事業者（1 社）の間で取引内容が共通する限り、その共同交渉について独占禁止法上の適用除外規定（22 条）の類推適用を認めることを主張するものである。その上で、明示的な適用除外規定を要するか否かについて、その規定ぶりも含めて今後、検討していきたい。

次に、フリーランスによる共同交渉に限界があるとしてどのような行為がこれに当たるかを考えておく必要がある。例えば、神鉄タクシー事件は、新規参入者となるタクシー事業者が神戸市の所有する公道部分へのタクシー待機場に乗り入れようとしたところ、その競争者となる神鉄タクシーが自社内の労働組合に通告し、労働組合は組合員に対し総出で新規タクシー事業者のタクシー待機場への入構阻止を行うよう通知し、実際に乗り入れを阻止したものである<sup>88)</sup>。判決は神鉄タクシーによる取引妨害（一般指定 14 項）を認定し、新規タクシー会社による神鉄タクシーに対する独占禁止法 24 条に基づく違反行為の差止請求を認めてい

86) このような独占禁止法 22 条の趣旨を明らかにしたものとして山崎洋「中小企業問題懇談会報告書「事業協同組合と独占禁止法上の諸問題」」公正取引 497 号（1992 年）58 頁及び公取委公表 2007 年 4 月 18 日「農業協同組合の活動に関する独占禁止法上の指針」第 1 部の 1（1）。

87) 労働者協同組合法（令和 2 年法律 78 号）に基づく労働者協同組合については、「持続可能で活力ある地域社会の実現に資することを目的」（同法 3 条）とする点、「小規模の事業者又は消費者の相互扶助」を目的とする組合を適用除外とする独占禁止法 22 条の対象とすることは不可能である。この点、立法対応がなされていない理由は一切不明であるが、労働組合、フリーランスの共同化と併せ、早急に独占禁止法の適用除外に関する立法措置を要するものとする。

88) 大阪高判 2014 年 10 月 31 日判例タイムズ 1409 号 209 頁、最決 2015 年 9 月 25 日公取委審決集 62 巻 464 頁にて上告棄却、上告受理申立却下決定により確定。

る。これと同様に、フリーランスが共同して競争者への妨害行為を行った場合には不公正な取引方法（一般指定 14 項や独占禁止法 2 条 9 項 1 号に定める共同の取引拒絶等）を適用することに合理性があると考えられ、独占禁止法 22 条ただし書きと同様の「不公正な取引方法を用いる場合」を例外として取り扱うことが想定される<sup>89)</sup>。

さらに、交渉の内容からみて直ちに適用除外を認めることが適切ではない場合があり得る。例えば①就労型デジタルプラットフォームがフリーランスに対する業務委託を行っておらず多数の発注者とフリーランス間の仲介（マッチング）機能を果たすにとどまる場合<sup>90)</sup>、②同一の取引内容をめぐり使用者団体とフリーランス側が共同交渉を行う場合などが考えられる。

まず①では発注者とフリーランスが多数存在するため、取引内容や条件、利害状況が著しく異なることも想定され、適切な団体交渉を期待できないという問題がある。また②について発注者側の共同がどこまで認められるかという点については、法的安定性からすると極めて悩ましいが、フリーランス側団体に比べて使用者団体の側の力が大きくなる可能性があり、交渉力格差是正の趣旨からすると、フリーランス側にとっての不利益が生じる可能性もある。すなわち、産別労働組合と使用者団体の間で行われた、労働組合による交渉の過程であることが明らかな日本港運協会事件とは区別すべきと考える。この点、労働委員会の介入に基づく不当労働行為のチェックシステムも存在しないことから、いったん適用除外の枠外とし、協議前に公取委に対する事前相談の下で実施させることとしてはどうか<sup>91)</sup>。筆者としては今後、現行独占禁止法 22 条ただし書きに明文化された適用除外のもう一つの歯止めである「一定の取引分野における競争を実質的に制限することにより不当に対価を引き上げることとなる場合」の位置付けを参考にしつつ、使用者団体の側の行為の歯止めに資する適用除外の限界とその射程範囲を明

89) 労働組合が労働組合法の趣旨を逸脱した場合の一つの視座にもなり得る事案である。

90) ここでは毛塚勝利「日本におけるクラウドワークの現状と法的課題」労働法律旬報 1944 号（2019 年）41 頁にあるクラウドソーシング型プラットフォームにおける集積モデル、進行型モデルを想定し、主として市場の提供と、報酬決済機能を有するプラットフォームを前提とする。

91) 適用除外とならないからといって直ちに独占禁止法違反と認められるわけではなく、別途、不当な取引制限等の要件を充足するかを検討することとなる。

らかにしていきたい。また、本稿第1の5に指摘しているとおおり、協同組合の団体協約の位置付けをめぐり、当事者の交渉が決裂した場合の行政の介入や事後調整システムが存在しないことから、この点についても筆者の今後の課題としたい。

以上

【追記】脱稿後、長崎県にて、2023年9月15日、フリーランスであるアマゾン配達員33人がインセンティブ（報奨金）の支払いを求めて荷物の配送をボイコットしたとの報道に接した。また、同年10月28日に開催された第140回日本労働法学会大会大シンポジウムでも、発表や質疑応答を通じフリーランスや使用者との共同交渉をめぐり高い関心が寄せられた。こうした問題を独占禁止法上どう考えるのが早急に問われている。前者につき朝日新聞デジタル2023年9月29日配信記事「アマゾン配達員33名がボイコット、配送遅れる 報奨金未払いに不満」。

\* 本稿は、JSPS 科研費JP23K01136（研究代表者中里浩）、JSPS 科研費JP23H00759（研究代表者竹内寿（奥野寿））及び2022年度東京経済大学個人研究助成費（研究番号22-14）の助成を受けた。