

事業（規制）法に基づく行政上の諸規制と独禁法の適用関係論再考  
—電気通信事業法上のエンフォースメントと“競争余地”をめぐり  
友岡 史仁<sup>1</sup>（日本大学）

要 旨

規制緩和・規制改革に伴い、電気通信産業などのいわゆるネットワーク産業では、独占的構造から競争的構造へと転換が図られた。このことは、電気通信事業法などの事業（規制）法が独占的に利用されてきたネットワークを第三者に開放することに伴い、さまざまな競争政策的規定が置かれてきたが、それと同時に、事業（規制）法では競争を制限する一定の行為に対する諸規制が設けられたことに現れる。

ところで、電気通信事業法などの事業（規制）法は、事業者に対する自由な経済活動を縛ることを含意するが、仮にそこに事業者の自由な創意工夫により何らかのビジネスモデルを創出できるのであれば、事業（規制）法には“競争余地”が存することを意味し、そこで独禁法が適用され得る何らかの競争制限的な行為が支配的事業者によってなされる可能性も考えられる。しかし、事業（規制）法の複雑な構造によって事業者の手足が縛られる結果、どの場合に競争が存するか（競争を阻害し得るラインがあるか）が不明確であり、そのために独禁法の適否を見出すことが十分に明らかにされない状態が生ずることになる。このため、両法が準備するエンフォースメントという側面において、そのタイミングや行政機関同士の組織的協力といった事実上の対応によってのみ、問題解決が図られているように思われる。

以上のような事業（規制）法と独禁法の現状に鑑みると、法治主義の観点からすれば、実定法規に照らしたうえで、事実上の対応とは別に法的安定性を模索すべきではないか。エンフォースメントが競争のダイナミズムを制約することには消極的であるべきだが、その分、権限が付与された行政機関に対する広範な裁量を認めることも、やはりコントロールされるべきであろう。そうであるならば、事業（規制）法の明文規定に照らし、いかなる場合に“競争余地”が存在するかを見極めることが重要と思われる。そこで実際、電気通信事業法と独禁法の適用関係が問題とされてきた判例・裁判例では、常に電気通信事業法の規制構造を踏まえたうえで、独禁法の適用可能性を見極めているように思われる。

そこで本稿では、かかる議論の前提には、行政上の諸規制があることに着目し、事業（規制）法（特に電気通信事業法）と独禁法の双方の適用関係性に係る解釈論の整理検討を試みる。

キーワード：電気通信事業法、独禁法、公正取引委員会、ガイドライン、事業(規制)法

<sup>1</sup> 日本大学大学院法学研究科教授

## 1. はじめに

規制緩和・規制改革は、さまざまな分野において行政上の諸規制の緩和・撤廃が政策的に実施されてきた。そして行政法理論では、法治主義（この場合は法律の留保）の観点から、自由主義経済体制の下における国民の経済活動が自由であること（営業の自由）の制限を根拠づけるために、実定法上の規定が必須とされてきた。

その経済活動について、価格統制を中心とした戦中・戦後初期の統制経済、その後の経済行政過程に見られるように、広範囲にわたり、活動の自由が法律の制約を受けている<sup>2</sup>。したがって、自由主義経済体制が主眼とする“競争”との整合化が問題となるが、何がしかの「行政上の諸規制」が所与とされることが一般である。具体的には、それが①経済活動を縛ることを目指したもの、②積極的な「競争」を求めるために市場を補完（アシスト）するもの、の大きく二通りに分けられ、②を主要な柱とする実定法が「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」（以下、「独禁法」という）ということになる。

以上に対し、①と②の中間的場面として、行政上の諸規制を緩和・撤廃し新たに競争可能な領域が創出される前提で、そこから一歩進んで独禁法の構成要件に該当すると判断し得るほどの状態をどの程度生み出しているのか、という意味での何がしかの“競争余地”が問題となり得る。このような実態については、本論にも取り上げるように、行政上の諸規制の枠内外双方で生じ得るため、この規制の根拠となる事業（規制）法（中身は本論において詳述）の観点から、独禁法のあるべき方向性をとらえつつも<sup>3</sup>、“競争余地”と独禁法の適用に至るまでを法論理的に埋める試みが必要となる。本稿の目的は、そうした課題の一端を扱うことにある。

ところで、このような抽象的・客観的な言い回しに対し、規制緩和・規制改革の対象とされてきた情報通信の世界が、その顕著な例であることは言を俟たない。本論ではこの点を意識して検証を行うが、とりわけ日本電信電話公社の民営化と同時に制定された電気通信事業法において、ネットワークの第三者利用を可能とするための競争的な法システムが整備される一方、公正取引委員会（以下、「公取委」という）が総務省と共同で公表したガイドラインである「電気通信事業分野における競争の促進に関する指針」（平成13年11月、平成30年1月最終改正）（以下、「電気通信ガイドライン」という）によって、行政上の諸規制と競争との関係の整理が試みられてきた。加えて、電気通信事業法では同じように競争を可能とする法システムが構築されている電気事業法・ガス事業法とは異なり、すでに独禁法に関連した訴訟事例も積み重ねら

<sup>2</sup> 経済行政過程の意味と合わせ、この経緯については、友岡史仁『要説経済行政法』（弘文堂、2015年）21頁以下、39頁以下等参照。

<sup>3</sup> このことをもって「事業法優先主義」という理解に立つのであれば、本稿はそれに与したい。事業（規制）法上、“競争余地”が存するからといっておよそすべて独禁法の適用可能とする前提に立つことは、法治主義の観点から事業（規制）法の規制の存在を無視することはできないと考え、その意義を重視せず不相当と考えるのが、本稿の立場である。したがって、およそ原理的な「独禁法優先説」といった理解は採らない。このことは、立法論も含めた理解である。

れつつある（４．において詳述する）。

本稿の問題意識は、こうした電気通信事業法上の接続規制を念頭に置くが、そもそも事業（規制）法と独禁法の適用関係は、何らかの明示的な方向性なり法解釈上の基準が嚮導されているとはいいがたいまま現在に至っている<sup>4</sup>。このような依然未解決な課題に対し、本稿筆者はイギリスの事例を検討したことがあるが<sup>5</sup>、本稿では近時の日本法の枠組みに照らして体系的にとらえたいうえで、電気通信事業法に係る諸問題を取り上げることにはしたい。

## 2. 事業（規制）法・行政法上の諸規制の射程

独禁法との関係を整理するに先立ち、まずは事業（規制）法を典型的に整理し、事業（規制）法と独禁法との相関関係をとらえる上で、いかなる行政上の諸規制が事業（規制）法において準備されているかを見ておくこととする。

### 2. 1. 事業（規制）法の種類

ここで事業（規制）法とは、特定の産業分野における適正な活動の維持に係る行政上の諸規制を含んだ法システムが規定された法律群であり、私企業に対する行政上の諸規制の根拠法となることを想定する。なお、水道・下水道のように地方公共団体（以下、「自治体」という）が実定法上明文規定により経営主体となる場合は含まれないものとする<sup>6</sup>。

- ① いわゆる「事業法」が法令名に含まれる法律群であり、電気事業法、ガス事業法、鉄道事業法などいわゆる「ネットワーク産業」の関連法がある。ネットワークは、投資費用が膨大かつ利用者にとって生活必需的な役務が提供されるためには不可欠な社会基盤施設（インフラストラクチャー）が必須となるため、ここでは「自然独占」とされてきた分野に係る法律群を指す（第 1 類型）。電気通信事業法はこの類型に属する。
- ② ①のほかにも、「ネットワーク産業」ではない分野の関連法があり、参入・料金規制といった行政上の諸規制を含む道路運送法がある。このほかにも「事業法」という名称が法律に含まれるアルコール事業法、塩事業法、たばこ事業法などであるが、これらはかつて国の専売に服していた法律群である（第 2 類型）。
- ③ 「業法」と称される場合の法律群であり、宅地建物取引業法、貸金業法、警備業

---

<sup>4</sup> 独禁法のテキストは、このあたりを明確に示したのものもあれば、そうではないものもあり、各様といえよう。研究成果は依然模索中といつてよいが、先駆的業績として例えば、岸井大太郎「公益事業の規制改革と独占禁止法——『領域特定規制』と独占禁止法・公正取引委員会」日本経済法学会年報 23 号（2002 年）33 頁以下がある。

<sup>5</sup> 友岡史仁『ネットワーク産業の規制とその法理』（三和書籍、2012 年）参照。

<sup>6</sup> これらについても、例えば水道事業のように、私企業が自治体以外にも経営媒体になり得ることは不可能でない場合があるが（水道法 6 条 1 項）、市町村経営を原則とし、仮に実現するとしても「市町村の同意を得た場合に限り」可能となるため、私企業の自由意思は働かないと考えられる。

法、旅館業法などである。これらは主に私人間の取引を規制対象とする場合の法律群である（第3類型）。なお、この類型に属する実定法として、法令名に「業法」を含まない揮発油等の品質の確保に関する法律、液化石油ガスの保安の確保及び取引の適正化に関する法律などがある。

以上の類型中、本稿の目的である独禁法の適用との関係を課題とする場合、第1類型が主たる対象となるが、情報通信を念頭に置かない場合は、第2、第3の各類型であっても同種の課題を抱えている。

## 2. 2. 行政上の諸規制の枠内での“競争余地”

上記に取り上げた事業（規制）法の種別に応じて、さらに①競争への関与の在り方<sup>7</sup>、②利用者（消費者）への関与の在り方<sup>8</sup>、③規制の本来的な目的の在り方<sup>9</sup>などを一定の基準として、分類がなされてきた点を指摘できる。これとは別に、本稿における“競争余地”の発見を目指すことを念頭に入れば、は次のような類型化が可能であろう。

### 2. 2. 1. 類型化試論

第1に、参入規制の場合には「許可」、料金規制の場合は「認可」といった行政上の諸規制に係る行為形式には、広範な行政裁量が許容される可能性がある一方、かかる諸規制の諸要件を都度検討することによって“競争余地”を看取する必要がある。例えば、原価主義（例、「適正原価+適正利潤」のような規定）が認可要件として定められている場合、個別に申請された原価の適正性を審査することを所与として、“競争余地”を見出す工夫がなされることになる（この顕著な例として、MKタクシー事件〔大阪地判昭和60・1・31行集36巻1号74頁〕参照）。

第2に、参入・料金いずれの規制であっても「届出」といった簡易な手続を可能とする場合がある。「届出」は行政庁による審査を形式化する点に意味があり（行政手続法37条）、例えば、複数事業者による自由な参入や選択約款による柔軟な料金設定（料金メニューの多様化）を可能とするための行為形式として位置付けることができる。届出制は、第1類型では事業の届出などがあるが（例、電気通信事業法16条等）、第2類型では事業の休止・廃止に係る届出の例が多く（例、道路運送法4条）、経済活動の事前規制的性格は低い面がある。なお、政省令や通達を根拠とした諸要件を満たすことを要する届出が、実質的に許可制・認可制に近似することも想定すべきであって、

<sup>7</sup> この分類には、さまざまな基準がある。例えば、岸井大太郎ほか『経済法〔第8版〕』（有斐閣、2016年）371頁以下（岸井執筆）では、「市場の競争に対する関わり方」に着目した分類として、①競争制限型、②競争促進型、③競争中立型に分けている。

<sup>8</sup> ネットワーク産業（公益事業）に限定した場合の分類として、岸井大太郎『公的規制と独占禁止法——公益事業と経済法研究』（商事法務、2017年）83頁以下参照。

<sup>9</sup> 市場の自由化にふさわしくない場合の行政上の諸規制としての経済的規制と消費者等の安全・健康の確保等を目的とし社会的な副作用を最小限にとどめるための社会的規制という二つの区分が、これに該当するといえよう。この区分は区分の相対化が叫ばれて久しい。友岡・前掲注2）11頁参照。

これ自体が“競争余地”を実質的に狭める効果を持つこともあり得る。

第3に、事業者と利用者との間の契約内容を行政上の諸規制にかからせる場合である。具体的には、事業者により提供される契約内容を記載した「約款」について（取引条件や料金そのものといったように対象は限定されない）、行政庁による認可を求めたり届出を義務化する場合がこれに当たる。このような事象は、第1類型および第3類型に掲げる諸法において横断的に見られるが、届出や認可を前提にしつつ、私人間で自由な取引が行われる場合には“競争余地”を看取できる。

第4に、事業者が策定した約款・規程が一定の基準に満たないと行政庁が判断する場合に、行政庁によってそれらの変更を命ずることができる場合であって、第1類型および第2類型に横断的に見られる場合である（例、電気通信事業法19条2項、塩事業法24条2項等）。変更命令に係る判断基準に競争上問題となり得る行為が含まれるものであれば、事業（規制）法は当該基準のあてはめを通じて“競争余地”の有無を判断し得る。

## 2. 2. 2. 若干の検討

このように、事業（規制）法の枠内における“競争余地”を看取できたとしても、独禁法との関係からとらえるためには、事業（規制）法がどの程度の裕度をもって“競争余地”を形成しているのか否かを解釈するのが適当と思われる。例えば、試論の第1類型の場合は、ネットワークへの接続に関する一連の法規制があっても、新規参入事業者によるビジネスモデルの創造も可能であるし、第2・3類型も基本的に私人間の取引を前提とし、そこに自由意思が働く限り“競争余地”を否定しないことで、その結果、何がしかの問題行為が生じる時は独禁法の適否を見出すことができよう。

なお、事業（規制）法に基づく行政上の諸規制以外にも、行政指導が多用される点も重要である。その名宛人が行政指導に同意をするか否かは任意の判断に委ねられるものの、行政指導が結果的に競争制限効果を誘発する手段として用いられる場合に独禁法の適用可能性があることは、公取委ガイドライン「行政指導に関する独占禁止法上の考え方」（平成22年1月）に掲げられる諸事例に示される通りであるが<sup>10</sup>、それ以外でも事業（規制）法の枠外から行政指導による是正と独禁法との関係が問題となることもあるが、これは言及にとどめる。

## 3. 独禁法との理論的な関係整理（再論）

事業（規制）法に基づく行政上の諸規制と独禁法との関係性を語るもう一つの前提として、個別法規により適用関係を決するか否かに大きく分けて整理しておく。

---

<sup>10</sup> 石油価格カルテル事件（最判昭和59・2・24刑集38巻4号1287頁）において（当時の）事業（規制）法としての石油業法とは別に判断されている点に鑑み、「適用は行政指導に従い、これに協力して行われた」行為につき独禁法違反としての違法性阻却を認める余地を残したことにもある。ただし、本稿では考察対象から外しておきたい。白石忠志「行政指導と独占禁止法」宇賀克也＝高木光編『行政法の争点』（有斐閣、2014年）280—281頁参照。

### 3. 1. 個別法規との関係性

#### 3. 1. 1. 適用関係を決する場合

事業（規制）法との関連では、例えば、平成12年法律76号により廃止された旧独禁法21条（自然独占に固有な行為）では、「鉄道事業、電気事業、瓦斯事業その他その性質上当然に独占となる事業」といったネットワーク産業について独禁法の適用除外として明文で位置づけられていたが、このような規定は競争が働く領域の拡大などを理由として廃止されている<sup>11</sup>。この結果、事業（規制）法という枠組みの中では、例えば道路運送法18条に基づく路線バス事業（一般乗合旅客自動車運送事業）の共同経営に係る協定について、独禁法の適用除外とされている場合があるものの、そのような場合を除いて常に適用が可能であることを意味している。

#### 3. 1. 2. 適用関係が整理されていない場合

3. 1. 1. に取り上げたように、事業（規制）法に基づく行政上の諸規制につき、それが競争促進に関わる場合には、それが独禁法の目的である「公正且つ自由な競争の促進」を目的とした行政上の諸規制と重複することが想定される。これは、独禁法の規定が適用範囲を特定せず、広範囲にわたり柔軟な解釈をもって対応が可能となるためである。

では、この点について学説等はどうのようにとらえてきたのか。本稿のもう一つの主眼である電気通信事業法の規制対象分野との関係性については4. に詳述するが、ここではその整理を概説的に試みる<sup>12</sup>。

##### (a) アプリオリに区分する整理法

独禁法を一般法とし、事業法を特別法ととらえる見解であり、事業法は独禁法を優先することになる。この考え方は、例えば、行政庁から認可を受けた事業者の申請料金は独禁法違反（例、不当な取引制限違反）にならないとの考え方と整合的である<sup>13</sup>。これとは逆に、独禁法と事業法の価値基準を逆転させ、競争政策はおよそ独禁法の適用を優先すべきであるという解釈論の展開も不可能でない。ただし、後者の理解は（望ましいか否かは別にして）事業（規制）法における競争促進に係る行政上の諸規制の

<sup>11</sup> 創設的適用除外説と確認的適用除外説に分かれていたが、廃止された理由は後者であることを理由としていた。これ以外の独禁法に規定された適用除外規定の廃止も含めて、根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説〔第5版〕』（有斐閣、2015年）373—374頁参照。

<sup>12</sup> この件に関する整理法として理論的に行われているのが、岸井・前掲注4）54頁以下と考えられる。これは、独禁法優先の原則、競争法の統一性の原則、規制の中立性の原則の三つを「独禁法優先説」ととらえ、「領域特定規制」（これを「並存説、相互補完説」、「独禁法＝静態的効率性説」、「領域特定規制＝“特別法”説」に分ける）との比較検討を行うものである。

<sup>13</sup> この点に対する批判として、「規制機関の裁量が認められる範囲で適用除外カルテルを認めるのと変わらない結果となり、明文の規定による除外の原則を空洞化されることになる」との批判がある。岸井ほか・前掲注7）388頁。

存在意義を低下させることになろう。いずれにせよ、適用法をアプリアリに区分する理由付けは、その根拠が不明確であり、法治主義に照らして適当とは言えない。

### (b) 行政事務配分による整理法

これは、「事業法を所管するのは事業官庁であり、その事業法の解釈とエンフォースメントとは、事業官庁がその権限と義務をもっている」と解釈すべきなのが、行政事務配分についての、「わが国の法体系」と解する考え方である<sup>14</sup>。この理解は、例えば行政機関に専門技術的能力が備わっており、事業（規制）法に基づく規制権限が当該行政庁に与えられていると解することで、独禁法を管轄する公取委による規制権限の行使を後退させる論理と親和性を持つものといえる<sup>15</sup>。ただし、専門技術的能力が発揮されない場合には独禁法の適用を肯定するため、次の解釈論による整理法にもつながる可能性がある。

## 3. 2. 解釈論による整理法

### 3. 2. 1. 意義と問題の所在

3. 1. 2. に掲げた (a) および (b) とは異なり、事業（規制）法と独禁法の双方の関係性を解釈論により導こうとする整理法もある。これは「相互補完説」と称されるものであって<sup>16</sup>、事業（規制）法と独禁法を価値基準による優劣なく対等に扱おうとするものであり、現在の独禁法学説は基本的にこの考え方に立つものと考えられる<sup>17</sup>。独禁法を適用するうえで、実定法の明文規定によらない限り適用除外といった聖域はなく、規制緩和・規制改革の進展に伴う事前規制から事後規制への流れの中でも、このような整理法が最適とされるのは首肯される。

そこで、この整理法の意義づけとして、「事業法の規制領域における独禁法の適用は、規制をめぐる政治的な駆け引きや、規制機関の囚われ(capture)を抑止するのに有効」との評価に立つものが見られる<sup>18</sup>。しかし、独禁法はその条文が極めて抽象的に規定されているため、適用範囲が広範にわたることはいわば必然であり、結果における妥当性を求める政策判断が独禁法に期待されるのが本質的性格ともいえる。そうであれば、このような実態に対して法治主義的な解を導くためには、事業（規制）法に基づく行政上の諸規制の在り方を理解することが、一層重要と解するのが本稿の考え方である。事業（規制）法の存在が行政庁による裁量権行使を狭める解釈上の一役を担っているとすれば、先に掲げたような独禁法の規定の曖昧性を補いつつ法治主義を貫徹することに資することになろう。そして、事業（規制）法を根拠とする一連の経済行

<sup>14</sup> 石川正「規制分野における独禁法のエンフォースメントについて」小早川光郎＝宇賀克也編『行政法の発展と変革下巻』（有斐閣、2001年）569頁参照。

<sup>15</sup> 白石忠志『独占禁止法〔第3版〕』（有斐閣、2016年）176頁参照。このほか、土佐和生「情報通信の規制改革と競争政策」日本経済法学会年報23号（2002年）92頁参照。

<sup>16</sup> 岸井・前掲注4）55頁の整理では「並存説、相互補完説」と称されるものである。

<sup>17</sup> 例えば、泉水文雄ほか『経済法〔第2版〕』（有斐閣、2015年）398頁（土佐和生執筆）。

<sup>18</sup> 岸井・前掲注8）143—144頁。

政過程の中で説明することが、独禁法との相関関係を明確化するのではないかと考えるところである。

とはいえ、規律を識別する基準となる明文規定が不存在であるため、いかなる場合に相互補完的関係になるかは依然不明であり、行政上の諸規制の名宛人にとって不安定な法律関係を強いることにもなりかねない。確かに、さまざまなガイドラインの公表や行政指導が行われることで、このような問題を事前回避しているともいえるが、法治主義的な観点からすると、透明性を欠く法システムを放置する結果につながっているともいえよう。

### 3. 2. 2. 「相互に矛盾すると解し得る」関係にあるか<sup>19</sup>

#### (a) 問題場面

事業（規制）法と独禁法が「相互に矛盾すると解し得る」関係にあり、いずれの実定法が適用されるかによって結論が異なる場面を指す。ただし、ネットワーク産業に係る規制は「相互に矛盾しない関係にある」場面を想定するのが一般的と思われるが、かかる矛盾関係の発見はそのことを見極める方法でもある。

そこで、仮に「相互に矛盾すると解し得る」関係にあると判断された場合、事業（規制）法と独禁法いずれかの実定法を選択する必要があるところ、双方の趣旨・目的、手段、市場の実態など総合的な考慮が必要となる。学説上、「競争制限」が問題となる場合は独禁法の適用を優先し、「競争維持・促進」が問題となる場合は相互に補完すべきとの解釈も見られるが<sup>20</sup>、「競争制限」と「競争維持・促進」とがどの程度明確に区別できるのか、そして「競争制限」が問題となるすべての場合に事業（規制）法の適用を排除することが（実定法上の根拠がない以上）一義的に正当と解されるのか、といった疑問がある。したがって、事業（規制）法の趣旨・目的、手段、市場の実態などを総合的に考慮に入れて結論を導き出すべきと思われる。

ここで想定される「相互に矛盾すると解し得る」関係を認定するうえでは、当然、事業（規制）法が保護する一定の利益が「公正且つ自由な競争」を重視する独禁法と「相互に矛盾すると解し得る」ことを認定する必要がある。具体的には、事業（規制）法上明文で“競争余地”を排除する規定を置かない場合、“競争余地”を制限しやすい、例えばユニバーサルサービス義務（例、電気通信事業法7・19条）と不当廉売（独禁法2条9項3号・一般指定6項）は「相互に矛盾する」関係を成立させる事例である<sup>21</sup>。このほか、例えば都営芝浦と畜場事件（最判元・12・14民集43巻12号2078頁）において「事業」の概念が争点の一つとなったが、この概念を狭く理解し独禁法の規

<sup>19</sup> このような観点から、本稿に先立ち自らの問題意識を整理する機会を得た。友岡史仁「経済行政法の課題」行政法研究20号（2017年）206頁以下参照。

<sup>20</sup> 土田和博「独禁法と事業法による公益事業規制のあり方に関する一考察」土田和博＝須網隆夫編著『政府規制と経済法——規制改革時代の独禁法と事業法』（日本評論社、2006年）161頁参照。

<sup>21</sup> 岸井・前掲注8）238頁参照。このほか、接続規制と供給拒絶・差別的取扱いとの関係について、同242頁以下参照。



定の適用を否定する論拠する考え方があり得るが、本稿ではこのような見方には与しない<sup>22</sup>。

#### (b) 著名事例として——大阪バス協会事件

ところで、「相互に矛盾すると解し得る」関係の典型とみなし得る例として、事業（規制）法と独禁法との相関関係の問題に一石を投じた大阪バス協会事件（公取委審判審決平成7・7・10審決集42巻3頁）を挙げることができる。同事件では、道路運送法9条1項に基づく認可の基準とされていた標準運賃の上下一定の幅（ゾーン）を下回る運賃において最低額を設定した行為が独禁法2条6項および同法8条1項1号（当時）に規定される事業者および事業者団体に対する諸規制の対象となるかが問題とされたものである。

本件は、認可基準という道路運送法上適法な幅（限定された“競争余地”）には収まらない事業（規制）法の立場からは違法状態にあるが、それを前提に最低額の設定行為が独禁法に抵触し得ると考えれば、事業（規制）法の違法状態＝競争状態を独禁法が肯定することを意味する。したがって、事業（規制）法に抵触する違法状態を独禁法が肯定する関係性を看取できる意味では、「相互に矛盾すると解し得る」関係にあると称することができよう。ただし、このような関係性が現在の日本におけるネットワーク産業においては生じにくいと考えられるため、事業（規制）法と独禁法の関係性の典型例としてこの例を一般化することは難しい。

### 3. 2. 3. エンフォースメントのタイミング

事業（規制）法を根拠にしたエンフォースメントが実施され得る（または実施された）場合であっても、独禁法のみが単独で適用されるか否か（その逆も当然ある）が問題となる。これについて、ある事業者の反競争的な行為に対する是正を目指した命令等の行政処分を行うかは、（各事業（規制）法の担当官庁または公取委との間での）エンフォースメントが先行することによって、ある違反行為が仮に解消されるのであれば、結果的には独禁法の適否を論ずるまでもなく問題が解消することになる。しかしながら、法適用の先後という点では、いつの段階でエンフォースメントが想定されるかという判断基準自体が、3. 2. 2. に扱った「相互に矛盾する関係にあるか」の領域に該当することもあり得よう。

ただし、解釈論による整理法は、事業（規制）法と独禁法の適用関係をアプリアリに区分する整理法または行政事務配分による整理法（ただし、議論を限定する整理法も見られる<sup>23</sup>）とは異なり潜在的には重複規制を厭わないことがその前提にあるため、いずれの法を根拠としたエンフォースメントがいつの時点で行われるかというタイミングとは、別問題との見方も可能である。

<sup>22</sup> 本件における「事業」の概念については、さしあたり、友岡史仁「判解」磯部力＝小幡純子＝斎藤誠編『地方自治判例百選〔第4版〕』（有斐閣、2013年）105頁参照。

<sup>23</sup> 石川・前掲注14）568—569頁参照。

#### 4. 電気通信事業法への当てはめ

現在の独禁法学説の通説的見解でもある3. 2. の解釈論による整理法を妥当と考える立場に立つとしても、現実的には、独禁法の適用に係るあるべき方向性が論者によって異なるために、必ずしも前提事実が一樣でないように思われる。そこで、本章では、電気通信事業法を素材に、重複規制を前提とした整理を行ったうえで、事業（規制）法と独禁法との関係性を関連判例・裁判例からの分析を試みたい<sup>24,25</sup>。

#### 4. 1. エンフォースメントの重複

##### 4. 1. 1. 議論の前提

事業（規制）法と独禁法が「相互に矛盾しないと解し得る」関係にある場合、3. 2. に取り上げた解釈論の整理法にしたがえば、いずれかの法律が適用されるかまたは双方の法律による重複規制がなされることを意味する<sup>26</sup>。そして、電気通信ガイドラインでは「同一の行為に対して独占禁止法と電気通信事業法が適用され得ることに鑑み、両法の運用について最大限の整合を図る」ことを目的とする公取委と総務省の連携に言及しており（IV第2）、事業（規制）法と独禁法それぞれが同時並行的に適用されることを想定する<sup>27</sup>。これは、両者を管轄する行政機関同士の連携が念頭に置かれていることを示唆するものだが<sup>28</sup>、一般論として重複規制を可とする場合であっても、どのような棲み分けがなされるべきかという点を考慮する必要性に鑑み、ここでは若干の考慮事項を取り上げてみる。

以上にあつて、実体法上の詳細な解釈は措くとして<sup>29</sup>、独禁法が規定する排除措置命令（本稿ではこれに限定する）との対比から、具体的には主にネットワークの保有者に係る電気通信事業法が規定するエンフォースメントとして、①停止・変更命令（30条3・4項）、②業務改善命令（29条1項）を念頭に置きたい。なお、接続について

<sup>24</sup> アメリカ法の観点から電気通信事業法との関係性を論ずるものとして、例えば、河谷清文「情報通信産業における事業法と競争法」依田高典＝根岸哲＝林敏彦編著『情報通信の政策分析——ブロードバンド・メディア・コンテンツ』（NTT出版、2009年）143頁参照。ただし、そこに掲げられるような「事業法による規制を実行することが必然的に独禁法と矛盾する範囲で〔独禁法が〕黙示的に適用除外される場合がありうる」（括弧内筆者）とする主張は、反トラスト法判例に依拠した理解と思われるが、実定法の解釈として「黙示的に」という理解は不明確であり、法治主義の観点からすると適当とは思われない。

<sup>25</sup> ここでの考察の一部は、友岡・前掲注19）207－208頁において取り上げている。

<sup>26</sup> 本稿筆者は重複規制という視点から、この問題について考察したことがある。友岡・前掲注5）91頁以下参照。

<sup>27</sup> 「両者が互いに独立したものとして重疊的に適用されていることが念頭に置かれている」との評価として、福田雅樹『情報通信と独占禁止法——電気通信設備の接続をめぐる解釈論』（信山社、2008年）45頁注142参照。

<sup>28</sup> 同旨、藤田潔＝高部豊彦監修・高嶋幹夫『実務電気通信事業法』（NTT出版、2015年）381頁参照。

<sup>29</sup> 福田・前掲注27）は、主に独禁法における私的独占との関係性について詳述する。

も、接続約款の変更認可申請命令（33条6項）、変更命令（33条8項、34条3項）があるほか、接続命令（35条）については当事者間の協議を前提に総務大臣の裁定手続が準備され、ネットワーク保有者と競争者との間の「自主性」を重んじる手法が採られている（接続に関わる固有の論議は以下の4. 1. 2. において触れる）。

#### 4. 1. 2. エンフォースメントと独禁法の適否の関係性

まずは、電気通信事業法に基づくエンフォースメントが行われたか否かが独禁法の適否を決することになるのかという点が問題となり得るが、この点につき従前の判例・裁判例は否定的に解されてきた点を確認しておこう。

電気通信事業法に関するリーディングケースでもあるNTT東日本FTTH事件（最判平成22・12・17民集64巻8号2067頁）では、「総務大臣が上告人に対し本件行為期間において電気通信事業法に基づく変更認可申請命令や料金変更命令を發出していなかったことは、独禁法上本件行為を適法なものとして判断していたことを示すものでないことは明らかであり、このことにより、本件行為の独禁法上の評価が左右される余地もないものというべき」と判示されているように、同事件が3. 2. 1. にも取り上げた「相互補完説」によると解されることから<sup>30</sup>、特段、電気通信事業法上のエンフォースメントが行使されたか否かにより独禁法の適否が決められるわけではない点を明確にしたものといえよう。

なお、エンフォースメントについて直接には言及していないが、第二種指定電気通信設備を設置する電気通信事業者が接続約款を変更した行為が「優越的地位の濫用」に該当するか否かが争点とされた接続約款変更地位確認訴訟（東京地判平成27・11・27LEX/DB25533031）にあっても、「事業法上違法とはならない行為であっても、同法の趣旨と矛盾抵触しない限りにおいて独占禁止法違反と評価される場合があり得るのであって、接続約款の届出についても、……不法行為が成立する余地がある」と判示されおり、この部分は「相互補完説」を意識したものとして、NTT東日本FTTH事件と同趣旨の判断と解し得るものである。

#### 4. 1. 3. エンフォースメントの機能的相違

とはいえ、電気通信事業法上のエンフォースメントは、変更命令等の行政処分が行われる場合に、なおも独禁法に抵触するとして排除措置命令が出されるか否かといった、やや机上での議論になりかねない。そのことは、独禁法が公取委に広範な裁量判断を可としているため必然的ともいえるが<sup>31</sup>、むしろ問題となるのは、どの程度両者における重複規制の関係性を機能的に論じ得るかという点にあらう。ここでは、電気通信事業法と独禁法それぞれに基づく処分に係る性質について、手続面での相違に着

<sup>30</sup> NTT東日本FTTH事件の調査官解説である岡田幸人「判解」『最高裁判所判例解説 民事篇平成22年度（下）（7月～12月分）』（法曹会、2014年）822頁参照。

<sup>31</sup> このあたりの言及は、福田・前掲注27）44頁参照。

目して整理しておきたい<sup>32</sup>。

#### (a) 処分が行われる要件事由の相違

排除措置命令は、独禁法違反行為に対し課されるものであって、競争秩序の回復と再発防止の観点から行われる<sup>33</sup>のに対し、①停止・変更命令はそれが対象となる電気通信事業者の行為について行われるものであって競争秩序への弊害発生を要件としていないと解される一方<sup>34</sup>、業務改善命令は弊害の発生が前提となる。そこで、処分要件が異なるとの見方からすれば、少なくとも停止・変更命令の対象事由は排除措置命令のそれとは一致しないことになる。むしろ、業務改善命令については、認定される要件事由次第では独禁法上の排除措置命令との重複規制の可能性を法的に容認していると見ることができよう。

もっとも、以上のような整理法を行政機関が採用しているとは限らない。すなわち、第一種指定電気通信設備を設置する電気通信事業者に対し停止・変更命令の対象となり得る禁止行為を掲げた電気通信事業法 30 条 3 項について、電気通信ガイドラインは「市場支配的な電気通信事業者に対する禁止行為」として掲げるが（Ⅱ第1-3(2)エ）、これらの行為は「業務改善命令の対象となる行為」（Ⅱ第1-3(2)ア）などと並行して取り上げられているほか、独禁法上の排除措置命令の対象となり得る私的独占や不公正な取引方法との重複規制を特段否定しない整理が試みられているように読める。

#### (b) 処分の手続的特徴

電気通信事業法上、停止・変更命令および業務改善命令については、総務大臣による電気通信紛争処理委員会への諮問が義務付けられており（160条2号）かつ必要的な聴聞対象とされている（161条1項）が、独禁法上、排除措置命令は公正取引委員会による意見聴取手続といった特別の事前手続に委ねられており（49条以下）、これらの点では、双方ともに慎重な行政手続が想定されているとあってよい。他方、独禁法では確定した命令に従わない場合は懲役刑が科される可能性があるが（90条3号）、電気通信事業法では停止・変更命令および業務改善命令違反はともに罰金刑が科されるに過ぎない（186条3号）ことからすれば、顕著な手続的違いとして、刑事罰の軽重で事業者の問題行為にいかにか効果を持たせるかとの視点から機能的に対応し得るか否かなどの考慮によって、エンフォースメントの選択が行われるとの言い方ができよう。

#### (c) 実体法上の要件充足面での課題

電気通信事業法 29 条 1 項 1 号ないし 12 号では、電気通信事業者の問題行為を特定し、それに対する業務改善命令を出すことを可能とする一方（ただし「できる」とされているので、これも総務大臣の裁量判断に委ねられる）、いかなる場合に重複規制が

<sup>32</sup> 米国反トラスト法と EU 競争法との比較検討を通じて、この点への一定の解を導こうとする試みとして、岸井・前掲注 8) 122 頁以下参照。

<sup>33</sup> 根岸＝舟田・前掲注 11) 302 頁参照。

<sup>34</sup> 多賀谷一照ほか編著『電気通信事業法逐条解説』（電気通信振興会、2008年）140 頁、福田・前掲注 27) 29・33 頁参照。

行われるかが問題となる。これについては各事例に応じて個々に判断せざるを得ないが、棲み分けがなされていると思われる事例を次に取り上げておく。

すなわち、必要的諮問事項と位置付けられる業務改善命令に関し、電気通信事業紛争処理委員会からの答申のうち、「西日本電信電話（株）に対する、他の電気通信事業者等に関する情報の取扱いについての業務改善命令」（平成 22・2・4 総基事第 21 号）がある。これは、NTT 西日本が他社への電話番号移転の情報等を自ら業務委託する営業担当会社（NTT 西日本兵庫、NTT 西日本北陸）に対し提供した行為が電気通信事業法 29 条 1 項 12 号等に該当するものとされたが<sup>35</sup>、NTT 西日本によるこのような行為は、電気通信ガイドラインでいえば「自己の関係事業者との業務の受委託等に係る行為」に係る事例（Ⅱ第 3-3(4)）であって、そこに並行的に記述される独禁法上問題となる行為にも該当する可能性は否定できない。

このような業務改善命令に係る事例につき、公取委が独禁法の規定に基づき特段何らかの措置を講じているわけではない。もっとも、電気通信ガイドラインでも「競争事業者の事業活動を困難にさせるおそれがないと認められる場合には不当な行為に該当しない」（Ⅱ第 3-3(4)ア注 48）とされていることから、電気通信事業法による事案処理を優先しつつ独禁法の適否を論ずる余地もなかった事例として、特段重複規制が求められるような場合ではなかったと読むことができよう<sup>36</sup>。

#### 4. 2. 接続約款規制から見た“競争余地”と独禁法

独禁法の適否を判断し得るかが問題となる場合として、電気通信事業法がどの程度の“競争余地”を生んでいるのか、その余地の中でなおも公正な競争が実現していな

---

<sup>35</sup> 本稿執筆時点（2018 年 2 月）ではこの事例を含め 3 件存し、このほかの 2 件は、KDDI が自治体に対する届出料金を下回る料金で子会社に対し電気通信役務を提供したことが問題とされた事例であった（平成 14・4・19 電委第 60 号、平成 16・2・4 電委第 8 号）。総務省・電気通信紛争処理委員会事案一覧のサイト

（[http://www.soumu.go.jp/main\\_sosiki/hunso/case/type.html](http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/hunso/case/type.html)）参照。

<sup>36</sup> 逆に、公取委が相互接続協定を締結し加入者回線への接続を希望する事業者に対する行為が独禁法 3 条に違反するおそれがあるとして警告した NTT 東日本 DSL 警告事件（平成 12 年 12 月 20 日）がある。この事案において、相互接続ルール（当時の電気通信事業法 38 条）を前提にしていた公取委の判断に対し、「加入者回線網が、独禁法上不可欠設備に該当することを理由に、不利益な取扱いが私的独占又は不公正な取引方法に該当すると構成すべき事案であった」とし、独禁法をもっぱら考慮すべきとの批判が見られる（越智保見『日米欧独占禁止法』〔商事法務、2005 年〕611 頁参照）。この批判は、警告は独禁法上の違反があるときに是正措置を採るよう求める行政指導であり（意味として根岸＝舟田・前掲注 11）313 頁等）、同法の実体法解釈としては事業（規制）法を持ち出す必要はないという趣旨と解される。ただし、公取委の所掌事務という観点からは、自ら行政措置を講ずるかは別にして、例えば公取委経済取引局は「経済法令及びこれに基づく行政措置に関する独占禁止政策に係る関係行政機関との調整の総括に関すること」と規定するように（公正取引委員会事務総局組織令 3 条 1 項 5 号、同局総務課については同令 12 条 5 号）、独禁法以外に電気通信事業法といった「経済法令」に関する関係行政機関との調整が必要とされており、公取委として電気通信事業法上の規定を考慮してはならない訳ではない。

いか否かの事例が考えられる。この点から電気通信事業法を見るに、同法では、第一種指定電気通信設備を設置する電気通信事業者は総務大臣から認可を受けた接続料および接続約款によらなければ接続に関する協定締結および変更はできないとされているが（33条9項）、それとは異なる接続料および接続条件に基づき協定の締結または変更を可能とする場合が定められている（同条10項）。そしてこの場合、条文上「第2項に規定する接続料及び接続条件に該当するものにあつては第4項（第1号イ及びロを除く。）のいずれにも適合しているものに限る。」との括弧書が付されており、極めて限定された事由ではあるものの、逆に見れば認可約款によらない可能性のあることを示唆しているのである。

他方、第二種指定電気通信設備を設置する電気通信事業者について、第一種指定電気通信設備に係る場合とは異なり約款届出制によるのに対し、約款によらなければ協定締結を禁ずるところは第一種のそれと同様であるが、認可された約款とは異なる接続料・接続条件が容認されている。ここに、こうした条件の存在可能性を否定するのが電気通信事業法の建前であるため、第一種のそれとは根本的に異なるところがある。そこで、第一種指定電気通信設備に絞って見てみると、電気通信事業法33条4項1号ハないしホおよび2ないし4号に該当し得る認可対象事項にならない場合、当該設備を設置する電気通信事業者として接続する他の電気通信事業者との間で、ある種の当事者間の協定内容に判断の自由を容認していると解する余地があると思われる。

この点につき、ソフトバンク差止訴訟（東京地判平成26・6・19判時2232号102頁）では、原告らが主張した「一分岐単位によるOSU共用の接続」に係る接続料・接続条件が総務大臣の認可を受けていなかったことをもって、被告NTT東日本らがこのような接続に応じてはならない義務が課されており、独禁法24条に基づきこのような接続を請求することはできないと解した。しかし、認可対象となる接続約款で定められる事項として処理されていない原告らの主張する取引方法については、電気通信事業法が認める“競争余地”の存在があり、その場合にあつても独禁法の適否を論ずる意義があつたのではないだろうか<sup>37</sup>。

以上は主に接続条件についてであつたが、接続料についてはどうか。これに関する省令（具体的には「接続料規則」〔郵政省令64号〕）によって明示的に拘束される場合は、事業（規制）法が“競争余地”を認めない例となる。この点、「接続料規則」附則（平成15年総務省令80号）6項がNTT東西均一料金の設定を求めることを理由に、例えば、接続料認可取消訴訟（東京地判平成17・4・22LEX/DB28112016）では、接続約款の認可申請が不当な取引制限（独禁法2条6項・3条後段）に該当するNTT東西の統一料金の設定を目的にされたものとの主張に対し、「このような事業者の行為の内容が、法律や法律の個別規定を執行するために制定された省令等において明確に規定され、羈束されている場合、当該事業者において、自由にその内容を決定することはできないのであるから、そのような行為を事業者の共同意思に基づく行為である

<sup>37</sup> 本稿筆者の見解については、ソフトバンク差止訴訟に関する友岡史仁「判批」新・判例解説 Watch17号（2015年）273—274頁参照。

とは評価できない筋合いであり、独禁法 3 条、2 条 6 項の適用の前提を欠くものであるといわざるを得ない」（傍点筆者）と判示された。

#### 4. 3. 事前協議手続と独禁法

電気通信事業法は、電気通信回線設備の接続について、当事者間の協議が整わなかった場合（35 条 3 項）または協定締結を申し入れたにもかかわらず、一方当事者の電気通信事業者がそれに応じないなどの場合に総務大臣が協議開始等を命じた場合であっても協議が整わなかった場合（同条 1・4 項）には、総務大臣が裁定することで協定の具体的内容が決められる仕組みを設けている（同条 7 項）。このように、接続に係る紛争を当事者間の合意形成を通じて解決する試みが、これらの規定から看取することができる。

この点、前出・ソフトバンク差止訴訟では、電気通信事業法 32 条が電気通信回線に接続すべき旨請求を受けたときはこれに応ずる義務がある旨規定するところ、「当事者の協議が整わない場合に、このような裁定の手続を経ないまま、一方の当事者が協定の具体的内容を定め、その承諾の意思表示を請求することにより、相手方にその内容を強制できるとする理由は見出し難く」、このような事態は同条の想定するところではないと判示されている。これに対し、前出・接続約款変更地位確認訴訟でも、原告が不利益を被ったとしても、「この不利益は総務大臣による接続約款の変更や、総務大臣に対する接続協定の細目についての裁定申請等の事業法上の手続によってこれを是正することが可能であるというべきであるから、被告による本件約款変更が、直ちに優越的地位を利用し約款変更権を濫用したものとして、不法行為に当たるとまではいえない」と判示されている。

しかし、これら一連の手続の利用強制の規定を電気通信事業法が置く場合は格別、法治主義が貫徹されている点に照らし、規定がおかれていない場合においてまで、このような事前協議手続に委ねることで独禁法の適否に係る判断を一律排除する法的理由があるかは、疑問が残ろう。

#### 5. おわりに

本稿では、事業（規制）法と独禁法の適用関係を、前者の視角から後者が適用されるためにエンフォースメントの存在への着目および“競争余地”の存否に照らし、解釈論から導き出すため議論を試みた。その中で、4. にとりあげた電気通信事業法に絡む各種事例を通じ、行政上の諸規制の構造に照らして、エンフォースメントおよび“競争余地”を確認すること、そして事業（規制）法または独禁法上の諸規制に共通した目的がある場合に、それらの重複適用の可能性を前提にすることを通じて、はじめて事業（規制）法および独禁法の適用可否という場面が登場すると思われる。本論では、事業（規制）法の全般的な構造を概観したのに続き、具体例として主に電気通信事業法の規定に照らしながら、独禁法の適否との関係性をより明示化するための道筋をつける試みを行った。

以上にあつて、本論における検討は、この種のテーマに係る一視点の域を依然とし

て出ていないことは言を俟たない。それはまた、特に独禁法固有の価値を看取することで事業（規制）法に勝る問題解決法が仮にあるとすれば、本論ではもっぱら手続法的なアプローチが取られたことで、実体法的議論に対する十分な解答はできていないことも事実である<sup>38</sup>。ただしこの場合であっても、実際には、独禁法よりもより機動的と思われる電気通信事業法上のエンフォースメントを用いることで紛争解決がなされる可能性が高いという実態もあるため、以上にとらえた重複適用の可能性に至る場合の独禁法上の実体的解釈論の展開余地は、どちらかといえば狭くなる可能性は高くなるだろう。

以上のような本稿に残された様々な課題のさらなる検討は、関連事例の動向も見極めつつ、今後に委ねたい。

**【追記】** 本稿は2017年12月15日に開催された平成29年度第2回・情報通信法学研究会通信法分科会において報告した内容に、加筆修正等を施したものである。当日は分科会構成員の先生方からの貴重なご指摘を多数頂戴することができたが、その内容を反映できているかは疑問なしとしない。ここに記して感謝申し上げるとともに、さらなるご叱正を乞う次第である。

---

<sup>38</sup> 実体法上の課題として、例えば、電気通信分野の発展となる鍵が新規投資にあることを前提に、事業法上の解釈基準を（価値的違いを見立てる前提に立って）競争法上の基準へと転換すべしとの主張の是非などがあるだろう。このような主張について、滝川敏明「情報通信の接続規制——事業法から競争法基準への転換」稗貫俊文編『競争法の現代的諸相（下）』（信山社、2005年）787頁以下参照。