

## 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 ——電気通信事業法の“競争余地”を視野に——

友岡史仁（日本大学）

### はじめに

- 経済活動の自由に対する法律による縛り&自由主義経済体制が主眼とする「競争」との整合化の問題
  - ⇒ 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」）の存在&所与となる「行政上の諸規制」の存在
- 段階的な理解として
  - ⇒ “競争余地”の発生（行政上の諸規制の緩和・撤廃または創出によること）
  - ⇒ 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？
- 本報告の試み：“競争余地”と独禁法の適用に至るまでの間を法理論的に埋める作業
  
- 電気通信事業について
  - ⇒ ネットワークの第三者利用を可能にする競争的な法システムの整備：後出の接続規制制度
  - ⇒ 公正取引委員会（以下、「公取委」）と総務省との共同ガイドラインの存在＝「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月制定、平成28年5月最終改正）
- 本報告の問題意識：電気通信事業法上の接続規制を念頭に事業（規制）法と独禁法の適用関係を考えること

### I 事業（規制）法・行政法上の諸規制の射程

#### (1) 事業（規制）法の種類

- 事業（規制）法の類型的取上げ
  - ① いわゆる「事業法」が法令名に含まれている場合：電気通信事業法、電気事業法、ガス事業法、鉄道事業法といった「ネットワーク産業」の関連法
  - ② 非「ネットワーク産業」の関連法の場合：道路運送法、（国の専売に属していた分野に係る）アルコール事業法、塩事業法、たばこ事業法
  - ③ 「業法」と称される場合の法律群：宅地建物取引業法、貸金業法、警備業法、旅館業法、（「業法」の語を含まないがここに属する法律として）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

#### (2) 競争に関する行政上の諸規制

- 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？

⇒ すでに競争への関与の在り方、利用者（消費者）への関与の在り方、規制の本来的な目的の在り方（経済的規制と社会的規制）などの分類あり

(a) 類型論

○ “競争余地”を見出す場合の分類として

- ① 行政上の諸規制に係る諸要件を都度検討する場合：行政庁に広範な裁量を許容する場合があると考えられるとしても“競争余地”は否定されないこと：MK タクシー事件（大阪地判昭和60・1・31行集36巻1号74頁）
- ② 届出が複数事業者による自由な参入や柔軟な料金設定を可能にするための法形式である場合：料金メニューの多様化
- ③ 事業者と利用者との間の契約情報に係る行政上の規制にかからせる場合：約款規制、認可の前提に私人間の取引がある場合はその取引が“競争余地”を看取可
- ④ 約款・規程が一定基準に満たない場合には変更命令を出すような場合で命令の判断基準が競争上問題となりえる行為の存否が“競争余地”の有無を看取可：電気通信事業法（後出）
- ⑤ 当事者間の合意を行政機関がオーソライズする手法：電気通信事業法（後出）、貸金業法3章の3

(b) 若干の検討

○ (a)に見た類型に固有の諸規制が存するというには難あり

⇒ 独禁法が狙いとする「公正且つ自由な競争を促進」にあわせて事業（規制）法がどの程度の競争政策の形成・誘導を行っているか？

○ 本報告では「行政指導」は除くことに

## II 独禁法との理論的な関係整理（再論）

(1) 個別法規との関係性

(ア) 適用関係を決する場合

○ 明文規定による適用除外：旧独禁法21条・22条、特別立法（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の適用除外等に関する法律）

⇒ これらは廃止されることに

○ 明文で適用除外の規定がおかれている場合を除き、独禁法の適用可能性が残されることに

(イ) 適用関係が整理されていない場合

○ 競争が狙いとする事業（規制）法に対して独禁法が規定する「公正且つ自由な競争の促進」を狙いとした行政上の諸規制（排除措置命令等）と重複すること

⇒ 競合的關係が成立

○ いくつかの整理法

(a) アプリオリに区分する整理法

⇒ 独禁法＝一般法&事業（規制）法＝特別法として後者を優先する考え方（逆の考え方もあり

得る)

⇒ 例： 行政庁から受けた認可は独禁法違反にはならないとする主張と整合的

⇒ 根拠が不明確、法治行政の原理からすると不適當？

(b) 行政事務配分による整理法

⇒ 「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」(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)

⇒ 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(白石忠志『独占禁止法〔第3版〕』(有斐閣、2016年)176頁がこの趣旨か)との論理と整合的

(2) 解釈論による整理法

(ア) 意義と問題の所在

● 両者の関係性を法解釈により導こうとする整理法(相互補完説)(例 泉水文雄=土佐和生=宮井雅明=林秀弥『経済法〔第2版〕』(有斐閣、2015年)398頁)

⇒ 事業(規制)法と独禁法にそれぞれ価値基準なく対等に扱おうとしていること(独禁法学説の通説)

⇒ 明文規定が存在しない限りは聖域なし、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最適との理解

○ 意義付け:「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(岸井大太郎『公的規制と独占禁止法——公益事業の経済法研究』(商事法務、2017年)143-144頁)

⇒ 独禁法の条文は極めて抽象的で政策的判断が期待されていることを本質的性格とすること、事業(規制)法に基づく行政上の諸規制の在り方を通じて法治主義的な解を導くことが可能では?

● 解釈論による整理法の欠点: いかなる場合に相互補完的關係になるのか不明確、不安定な法律関係を強いることになりかねないのでは?いずれの結論を正当と解するかにつき実定法規から必然的に導き出せないためにガイドライン・行政指導で問題回避をしていること、法治行政の原理からすれば透明性を欠いた法システムを容認すること、結果的に広範な行政裁量を許すことで事業者への負担を強いる懸念あり・・・

⇒ 参入者・料金が法定されている場合にまで独禁法が適用される“競争余地”があるとまでは言えないのでは?(議論の余地がありそうだが)ゼロから“競争余地”を見出し独禁法の積極的適用に向けた運用を行うことは違反事由を前提とする同法の従来運用方法からは立法論に属するのでは?

(イ) 「相互に矛盾すると解し得る」関係にあるか

(a) 問題場面

- いずれの実定法が適用されるかによって結論が異なると解される場面
  - ⇒ 「相互に矛盾しないと解し得る関係」にあるか否かを見極めることになる
- 「相互に矛盾すると解し得る関係」にあると判断される場合：重複規制できないのでいずれかの実定法の選択が強いられる
  - ⇒ 事業（規制）法と独禁法の双方の趣旨・目的、手段、市場の実態など総合的な考慮事項を設定し要検討
  - ⇒ 解釈例：「競争制限」＝独禁法適用を優先、「競争維持・促進」＝相互補完（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）
- 関係成立の場面：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”を制限しやすいユニバーサルサービス義務（電気通信事業法7・19条）と不当廉売の関係性など

(b) 著名事例として——大阪バス協会事件

- 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）について
  - ⇒ 認可基準という適法な幅に収まらない事業（規制）法の立場から違法状態にある一方で、事業者団体による上限額の設定行為が独禁法に抵触し得る場合：事業（規制）法の違法状態＝独禁法適用の肯定
- このような「相互に矛盾すると解し得る関係」（友岡史仁「経済行政法の課題」行政法研究20号（2017年）206頁以下での整理あり）はネットワーク産業において生ずる可能性が低いのでは？

(ウ) 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が単独で適用されるか？（逆の場合もあり得る）
  - ⇒ 実効性を確保するため命令等の行政処分を行うかはエンフォースメントが先後するといった時間軸により順序が決められ、違反行為が解消されれば結果的に問題なし
  - ⇒ 「相互に矛盾すると解し得る関係」にあるか否かを判断する場面：いつの段階でこの場面が想定されるか？

### Ⅲ ネットワーク産業への当てはめ——電気通信事業法を素材にして

(1) エンフォースメントの重複？

(ア) 議論の前提

- 「相互に矛盾しないと解し得る関係」にある場合：解釈論による整理法に従って「いずれかの法律が適用される」か「双方の法律による重複規制がなされる」ことに
  - ⇒ ガイドライン：「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」ることを狙いとして公取委と総務省の連携に言及（IV第2）

⇒ どのようなすみわけがなされるべきか？

○ 想定場面：電気通信事業法が規定するエンフォースメントとして（変更・停止命令（30条3・4項）、業務改善命令（29条1項））

○ この種の議論は机上の空論になりかねないこと

⇒ 事業（規制）法に基づく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等が出されること：これは結果的にタイミングの問題に帰する

⇒ 独禁法が迅速に問題解消に寄与するわけではないのでは？公取委による広範な裁量にゆだねられていること

● ここでの問題：どの程度両者における重複規制の関係性を一本化できるか？

（イ）エンフォースメントの機能的相違

○ 手続的違いについて：電気通信事業法を念頭に

① 要件事由の相違：

・独禁法：排除措置命令は違反行為に課される行政処分

・電気通信事業法：変更・停止命令は対象となる行為について（弊害要件無）、業務改善命令とは異なること

⇒ ガイドラインによる整理：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する禁止行為（30条3項）の整理が試みられることに（これによって公取委による排除措置命令の遮断効が生ずるものではない）

② 各処分の手続的特徴

・独禁法：排除措置命令は事前手続（意見聴取手続等）に委ねられていて極めて慎重に行われること、懲役刑を含む刑事罰（90条3号）

・電気通信事業法：行政手続法の不利益処分として、罰金刑のみ（186条3号）

⇒ 選択肢として存在：タイミングを生む原因に、反競争的行為が事前に変更・停止されることになれば、排除措置ないし業務改善命令の意味がなくなる可能性が高いといえるか？

③ エンフォースメントの不行使という事態

・独禁法：法定手続に従うこと

・電気通信事業法：業務改善命令の場合は広く問題行為を特定していること（ただしこちらも総務大臣の裁量判断に委ねられていること）

⇒ ガイドライン：命令を独禁法上問題となる行為と並んで言及（II第13(2)、第32(3)・3(1)(ウ)・(3)イ・(4)イ・(5)イ）

（2）電気通信事業法における「競争余地」と独禁法

（ア）「接続規制」概要と問題の所在

○ 電気通信事業法：支配的な事業者が有するネットワークに対し第三者から胃の接続に関する一

連の諸規制を規定

⇒ 接続約款の策定を求め認可または届け出義務を課していること (33条4項・34条2項)

⇒ 接続約款の内容:電気通信役務に関し取得すべき金額(第一種の場合は「接続料と称される」、設備への接続条件を定めること (33条2項・34条2項)

⇒ 第一種・第二種指定でき(2)通信設備に関する接続協定に係る手続として、認可または届出を行った接続約款によらなければ協定締結はできないこと (33条9項・34条4項)、総務大臣の裁定制度(接続に関する当事者間の協議が整わなかった場合 [35条3項] または大臣の協議開始等の命令があっても協議が整わなかった場合 [同条1・4項])

● 問題:接続約款の中身において電気通信事業者の判断にどの程度の“競争余地”を生むか?

⇒ 仮に“競争余地”が認められても独禁法の適用を許容するほどの違法性がなければならぬはず(両者に間隙があること)

○ 関連事例として

① NTT東日本FTTH事件(最判平成22・12・17民集64巻8号2067頁)

② 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)

③ 接続料認可取消訴訟(東京地判平成17・4・22LEX/DB28112016)

④ 接続約款変更地位確認訴訟(東京地判平成27・11・27LEX/DB25533031)

(イ) 「競争余地」と独禁法適用の間隙

○ 重複規制を容認する前提に立つもの

⇒ ①~④は電気通信事業法における“競争余地”が認められるか否かを検討した事例:判例評釈は別の業績に委ねるとしてどのように独禁法の適用判断につながるか?

(a) エンフォースメントの可否から

・ 規制権者(総務大臣)の実際のエンフォースメントの行使の有無から(①NTT東日本FTTH事件)

⇒ エンフォースメントの行使の有無が独禁法適用を認めるか否かの判断根拠とはならないと解したもの

・ 約款変更の内容について不合理な点がない理由として総務大臣からの特段の異議が述べられていないこと、業務改善命令・接続約款の変更命令等の措置が取られていないこと(④接続約款変更地位確認訴訟)

(b) 接続約款規制から

・ 電気通信事業法に基づき接続約款・協定の各認可を受けたか否かを前提(②ソフトバンク差止訴訟、③接続料認可取消訴訟)

⇒ 認可を受けていなかったこと:事業者が求めた取引方法が義務付けられておらず、その方法がとられなかったことをもって独禁法違反を主張することはできない(②ソフトバンク差止訴訟)

⇒ NTT東西の統一料金について不当な取引制限の該当性が争点となったこと:約款認可を受けなければならないことをもってその内容を自由に決定できないこと(③接続料認可取消訴訟)

訟)

(c) 合意形成手続から

- ・ 協定内容が合意に至らない場合：協議により調整図られることになる点を重視して判断するもの(②ソフトバンク差止訴訟、④接続約款変更地位確認訴訟)

(3) 若干の検討

- 4事例は電気通信事業法の諸規定に照らして何らかの“競争余地”を見出そうと解釈
  - ⇒ 独禁法のみを考慮に入れて判断すべきとの主張(批判)：「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」(公正取引員会事務局組織令3条1項5号)
  - ⇒ 独禁法以外の経済法令に関する行政措置についても考慮に入れる必要性
- ①NTT東日本FTTH事件以外は接続約款の変更に関連した行政判断を要することを前提とした協定に係る諸事例
  - ⇒ ①NTT東日本FTTH事件は電気通信事業法上の規制権限の行使に伴って解消し得ない私的独占の事例との評価に
- 独禁法適用否定事例は接続約款の変更に係るもの：
  - ⇒ 接続条件等の自由な締結の可能性があればネットワークの所有者ゆえに想定される競争制限的な行為の可能性(例、電気通信事業法33条10項)
  - ⇒ 取引が認可対象でなければならないか？当事者間での取決めか？(②ソフトバンク差止訴訟)