

行政指導與日本獨占禁止法

黃 銘 傑 *

目 次

- | | |
|-----------|--------------|
| 壹、前言 | 叁、行政指導與獨占禁止法 |
| 貳、行政指導之概念 | 肆、結語 |

壹、前 言

自來，對於行政指導在日本經濟行政中所扮演之角色，有正反兩極的評價。從正的方面來看，以行政指導為中心所行之產業政策，在日本戰後高度的經濟發展過程中具有舉足輕重的地位。尤其，因石油危機而普遍面臨景氣蕭條、經濟成長率急速後退的西方先進諸國，在目睹日本於危機中仍能一枝獨秀，持續其高度的經濟成長率後，不免對日本通商產業省（以下簡稱通產省）之產業政策及其特有的行政指導方式翹指以讚。有學者甚至鼓勵本國政府學習此一日本行政方式，以提高國內產業的國際競爭力（註1）。的確，經濟政策之制定與推行，若過度拘泥於固有法令規定，無視經濟情勢日新月異的發展，則勢將無法滿足實際經濟狀況之需要而呈窒礙難行的窘態。因此，好的經濟政策或行政必須因時因地制宜，以反映多變化、多樣化的經濟現況。無需法令依據且富有機動性、彈力性的行政指導恰好符合此一要求，而為經濟行政官僚所獨鍾，普遍運用於各種經濟行政之中。

* 台灣大學法學士，日本國立一橋大學法學研究所博士班。

註1. See, e. g., Ezra F. Vogel, *Japan as Number One - Lessons for America* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1979), at 70 - 78.

但是，行政指導並非萬能，有其固有之內部與外部界限，若無視此等界限，僅依官僚主觀之判斷即貿然為之，則行政指導不單有被濫用的可能性，有時並會牴觸法令規定，違背法治國家之基本原則。實際上，行政指導不時被指為卡特爾的「代用品」（註2），而卡特爾行為正是日本獨占禁止法（註3）所嚴格禁止之行為。在依法行政的原則之下，行政指導的合法地位實屬可疑，而宿為法律學者所詬病。甚且，對此一行政指導的批判，不僅止於日本國內方與日本有貿易往來之國家，經常會震懾於日本市場的封閉性，本國產業製品無法進入日本市場，原因之一，即在於日本企業假行政指導為護身符，行共同排除外國企業之實。有鑑於此，美國在最近的「美日構造問題協議」（註4）交涉之中，特將行政指導一項列入討論議程，要求日本政府保證行政指導之內容不得導致市場的封閉性，妨礙公平競爭之進行（註5）。就此以觀，從依法行政原則的觀點與其本身所具有之限制競爭的性格來看，行政指導所受到的負面評價又亦匪小。

行政指導所具此種多重性格，使其與獨占禁止法間之法律關係呈現著一種錯綜複雜的交織。本文嘗試對此一複雜的法律關係，作系統性的整理，以期釐清行政指導在獨占禁止法上所應具有之地位。首先，我們將先行探討行政指導之基本概念，其定義、類型、與依法行政原則之關係。本文分析重點雖置於經濟行政指導與獨占禁止法間之關係，但為提供讀者有關行政指導的各項基本認識，筆者儘可能對此作詳盡之介紹，其結果則是本部分篇幅超出其他同類文章甚多，只得期盼讀者能耐心細讀。其次，在第二部分我們將從獨占禁止法的立法基本目的，對行政指導作一適

註2.今村成和『行政法入門』128頁（有斐閣，3版，1986）。

註3.該法之正式名稱為「私的獨占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」，一般慣稱為獨占禁止法，本文亦從俗稱之。

註4.該項協議係美日兩國為改善雙方貿易逆差問題，而自1989年7月起所作為期一年的兩國間之交涉。協議重心主係針對造成兩國間貿易障礙的各項國內經濟制度措施提出檢討，共同謀求解決方案。從法律觀點檢討此項協議之影響的有關文章，參照「（特集）」日米構造問題協議—法的課題の検討」ジュリスト965號（1990）。

註5.日米構造問題研究會編『日米構造問題協議最終報告』36頁（財經詳報社，1990）。

當的評價。在此，我們將會發現各居於不同角度的分析觀點，專責運作獨占禁止法的公正交易委員會（原名為「公正取引委員會」）之看法，學說的見解與法院的判例三者之間，呈現出一種緊張對立的關係。行政指導性格之多重性與對其評價之困難，經由本部分的檢討，愈形突出。最後，基於上述各項檢討，筆者將提出自身之見解，並試著對我國公平交易法運作之應有姿勢提出建議。

貳、行政指導之概念

一、行政指導的定義

行政指導在日本行政活動中所占地位之重要性，可由以下一段話窺其大要：「行政指導不單僅是諸多行政手段中的一個手段而已，其在整體行政運作中所佔比例高達七、八成，是為我國行政上最普遍化、常態化的行政手段。因此，撇開行政指導不談，將無法得知我國行政之真相。」（註6）但是，行政指導雖如此廣汎地為各行政機關所利用，其本身卻非法令上用語。其發展沿革，最先是行政機關將行政指導一詞導入其職務行為之中，而後傳播界開始使用此詞以報導特定之行政作用，漸漸地學者間亦將之列為學問上研究的對象。因此，對行政指導之認識並非一成不變，其因人、因時、因地而有異其內容之可能性。是以，不僅在實務上有指示、勸告、警告、助言、注意、指導等語，以具體表示行政指導的各種方式。學者間關於行政指導之定義亦眾說紛云（註7），故本文有關行政指導之定義不擬採取任何特定學說之看法，僅將政府見解列出，而以學說既有之分析成果作為檢討基礎。

註6. 成田賴明「行政指導の機能と功罪」ジュリスト741號39頁（1981）。

註7. 研究行政指導之專門書及論文為數頗多，本處僅將其中重要者列出以為讀者參考：成田賴明「行政指導」雄川一郎·高柳信一編「岩波講座現代法4—現代の行政」（岩波書店，1966）；塩野宏「行政指導—その法的側面」田中二郎ほか編「行政法講座第六卷」（有斐閣，1966）；田中二郎「行政指導と法の支配—日本企業の體質」「司法權の限界」（弘文堂，1976）；山内一夫「行政指導」（弘文堂，1977）；千葉勇夫「行政指導の研究」（法律文化社，1987）；関哲夫「行政指導」（ぎょうせい）。

1974年3月26日內閣法制局第一部部長於參議院商工委員會答覆質詢時指出：「所謂行政指導，並非具有法律上之強制力，而可限制國民權利、課國民立義務者；乃係行政機關於其各自設置根據之法律所賦與的任務或職掌事務範圍內，欲藉由行政之對象的合作以說求一定行政目的之實現，而要求、懲慝、誘導該對象為一定之作爲或不作爲。」從這項定義中，吾人大略可窺知行政指導具有以下三種性質及內容（註8）。第一、行政指導係行政機關為達成一定之行政目的，而對人民（註9）所採取的一種裁量性的行政措施。此一行政措施依特定之行政作用法規定施行者，雖亦有之；然絕大多數的行政指導除各行政機關組織法中有關任務及職掌事務範圍之規定外，並無其他特別法令根據（註10）。此乃行政指導不時被批評為違反現代法治國家依法行政原則之源。但是，過去之立法不僅常有無法對應日新月異的行政事務之窘境，有時甚至還會阻礙現代行政的發展。面對此種情況，現代行政國家不能坐視不顧，必頁主動積極地填補存在於行政與立法間的鴻溝，以反映民意協助形成新的社會經濟秩序。此際，具有機動性、柔軟性的行政指導即成爲一項非常有用且有效的工具（註11）。由此可見，在現代行政國家的理念之下，行政指導之發生實有其必要性與必然性（註12），適當地運用行政指導，可對社會福祉之增進作莫大寄與。

第二、行政指導本身並不具有法之拘束力或法的強制力。此點迥異於具有法律

註8.田中，同前註264-65頁。

註9.行政指導之相對人原則上包括一般私人，地方公共團體及其他公法人，本文僅以一般私人為論述對象。

註10.惟如後述，組織法之規定與其視為行政指導之根據，勿寧視其為行政指導之界限，乃屬恰當。

註11.市原昌三郎「行政法講義」159-60頁（法學書院，1988）；成田，前揭註（7）137頁。

註12.因此，雖不及日本興盛，歐美國家的行政活動中，亦或多或少有類似行政指導行為之存在。參照成田，前揭註（7）132頁；塩野，前揭註（7）15-16頁；松下滿雄「行政指導に關する外國の法律問題」ジュリスト741號73-74頁（1981）。有關舊西德行政指導與其營業競爭限制防止法之關係，參照沢田克巳「經濟行政指導と競爭秩序」民商法雜誌92卷3號（1985）。

行爲性質的行政處分，行政強制等行政作用，行政指導多僅係一單純的事實行爲（註13）。行政機關藉由行政指導所作之意思表示，對人民並無拘束力量，不產生任何法律效果。不遵從行政指導之指示，原則上並不會受到制裁或任何其他法律上的不利益。

第三、行政指導係在人民任意的同意或合作之前提下，鼓勵其爲一定之作爲或不作爲，其本身爲非權力性之手段。亦即，原則上，行政指導並非命令或處分等發動公權力之行爲，而不過是呼籲、謀求人民任意自主之同意或合作，期待其爲一定之行爲。因此，帶有任何強制色彩的行政機關之行爲，不應歸類於行政指導的範疇內。

從以上有關行政指導的性質之敘述中，吾人可以得知行政指導之實體實爲一非權力性的、單純的事實行爲。人民對於行政指導之服從與否，原則上依其個人自主意願作判斷，行政機關不得爲任何強制、拘束措施。據此，則吾人更可作如下之斷言：即，行政指導之本質在於服從的任意性，凡是違反此一基本原則的行政機關之行爲，即令其有行政指導之名，亦難認定具有行政指導之實。然而，現代行政之施行與人民日常營生有著無法分離的密切關係，行政機關藉其本身所擁有之許可、認可、補助金之發放、低利貸款之提供、稅賦優惠之賦與……等權限的交錯運用，實際上經常迫使人民無法違背其指示，而不得不屈從於行政指導之要求。譬如，對不服從行政指導者，在其往後申請營業許可時，行政機關或會故意遷延審查時日，令其開業日期後延，蒙受不白損失；或者，行政機關僅限於對服從行政指導者提供特別補貼或低利貸款，不服從行政指導者則不能享受此種優惠，致遭受不平等的差別待遇。凡此種種，在依法行政的原則之下，皆提起莫大的問題，對此我們將在以下作更進一步的探討。

另一方面，與上述由行政機關主動之發意，單方面地要求人民爲一定行爲之行政指導不同；部分行政指導事實上是行政機關基於人民之請託而實行的。這類型的行政指導多可見於如下之情形：即，私人團體爲實現特定目的而須爲共同一致之行爲時，卻困於內部意見無法整合，致使行動遲遲無法付諸實行。此時，若由該管行

註13但少數依法令根據所爲之行政指導，具有一定的法律效果。例如，依獨占禁止法適用除外法規定所作之行政指導，即生不受獨占禁止法適用之法律效果。參照山內，前揭註（7）8-9頁。

政機關出面協調，整合各界意見並下最終之判斷，而以行政指導名目要求所有團體成員配合實施時，各該成員即使有所不平亦多默然承受之。日本行政機關之所以會擁有如此巨大權勢，除前述之廣泛的權限外，自來威權社會中官尊民卑的傳統，使得行政官僚地位保有一定之優越性，亦為原因之一（註14）。另外，集菁分子於一身的行政系統所作之判斷，經常會獲得一般人民普遍的信賴一事，亦為不可忽視之要因。如此一來，私人團體尤其是產業或商業團體於必要時，多會要求行政機關施予行政指導，而行政機關基於與業界維持友好關係等種種考量（註15），亦多樂於協力施行之。但是，若行之不當，則行政指導易遭誤用，而淪為業界違法行為之障眼手段。業界團體假行政指導之名，行卡特爾行為之實，即為其例。對於具有此種性質的行政指導，應本於各該被潛脫的法律之立法精神、目的與內容，籌思適當的規範方法；萬不可囿於行政指導之名，即放棄規範意圖，違背立法者的本意。

二、行政指導之類型

在第一節裡，我們約略可發現從行政機關之主動發意或基於人民之請求的觀點來看，行政指導可異其類型。但是，一般而言，有關行政指導之分類，主要係從以下兩個側面著眼：其一是行政指導之內容與功能，其二為行政指導的法律依據之有無。

首先，就行政指導之內容與功能以觀，行政指導可分類為：1.規範性的、抑制性的行政指導；2.調整性的行政指導；3.促進性的、輔助性的行政指導（註16）。

（一）規範性的、抑制性的行政指導

此類行政指導主要係以保障公益為目的，當社會經濟秩序的維持或其他公共福祉的實現上，因故發生障害時，行政機關藉由行政指導要求相對人為一定之作為或不作為，以回復社會經濟秩序，確保公益之達成。經濟行政指導多見於此類型內。惟如前述，服從的任意性乃為行政指導之大前提，受指導的相對人原則上可無視行政指導的存在，依舊我行我素。如此，則保障公益之目的勢將無法達成，而行政指導亦不能克盡其功。因此，此類行政指導多伴隨有抑制性的（例如，對不服從者減

註14.同前註85-86頁。

註15.參照新藤宗幸「行政指導—官庁と業界のあいだ—」79-89頁（岩波書店，1992）。

註16.成田，前揭註（7）145頁；田中、前揭註（7）265-66頁。

低其出口配額)或獎勵性的(例如,對服從者給予特別優惠之貸款)措施(註17),以確保行政指導之被遵守。此等行政指導及其所伴隨之措施在公益的達成上雖有其必要性,但若就依法行政原則的觀點來看,實有不當之處。除非遭遇緊急狀況,而無暇等待立法機構制定法律以實施該等行政指導及措施時,應不宜輕言使用之。

(二)調整性的行政指導

因關係團體間或企業與地區住民間間利害關係對立之故,導致理想的社會經濟秩序或目的無法形成或實現時,行政機關適時介入呼籲各造當事人互相讓步,尋求一命各方都能接受的妥協方法,是為本類行政指導之內容與功能。調解勞資紛爭,防止公害等之行政指導屬之。著眼於企業間利害關係之調整,而主張促進、鼓勵卡特爾結成之行政指導屬本類型行政指導之學者雖亦有之(註18),但一般多視之為第一類型的規範性的、抑制性的行政指導(註19)。本文在此亦從通說。依筆者私見,將有關卡特爾之行政指導歸屬於第一類行政指導的範疇內,可能有如下之考慮:一般而言,規範性的、抑制性的行政指導所要求之依法行政的程度,遠較調整性的行政指導為高;因此,將鼓勵卡特爾形成之行政指導歸類於規範性的、抑制性的行政指導之中,有嚴格審查該等行政指導是否合法之意。況且,行政機關於實行該項行政指導時,名目上亦多以公益達成為其目的,通說之見解實屬適當。然如此分類,僅為學問上研究便宜之計,於實務上並無重大影響。

(三)促進性的、輔助性的行政指導

本類行政指導多以受指導當事人之私益達成為目的,其具體事例如:協助中小企業實施合理化,近代化之行政指導;支援農民有關作物,家畜品種改良技術之行政指導;協助失業者之就業輔導……等。此等行政指導乃立足於福祉國家之理念,對社會上、經濟上的弱者積極地伸予援手(註20),是為現代行政國家之基本任務,則依法行政原則幾乎不產生任何衝突。

其次,行政指導分類的第二項依據為其實施法律根據之有無(註21),本此依

註17.參照山內一夫「行政指導と法治主義」ジュリスト566號14-16頁(1974)。

註18.山內一夫「行政指導とカルテルの今後」商事法務891號3頁(1980)。

註19.厚谷襄兒「獨占禁止法と行政指導」ジュリスト741號54頁(1981)。

註20.山內,前揭註(7)104頁。

註21.在此有一點觀念必須先行提示,即多數學者認為行政機關職務分配之規定,多

據則行政指導可有下列四種不同類型（註22）：

(一)法律並未承認行政機關可為該等行政指導事項，或該行政指導之實行未以具體的法律規定為前提。此種行政指導，雖沒有特別法律根據，但解釋上，行政機關在其職掌事務範圍內，得為必要之行政指導，是一般所見最為普遍的行政指導方式。

(二)法律雖賦與行政機關可為命令、許可、處分等權限，以圓滿遂行法定任務；但行政機關基於種種考量，捨命令等權力性的、強制性的手段於不用，而代之以行政指導，期藉較具柔軟性質的方法，以達成同樣的效果。蓋行政機關若過度依賴命令等強硬手段以執行任務，在不少時候恐難免引發人民不滿與反彈心理因而降低施政成功，然若藉由行政指導以引發人民自主的行動，或可舒解不平之怨，增進施政成效。此際，人民之所以甘從行政指導的指示，除因行政機關於人民不從時，可正式地適用法律發動行政處分等權限外，更在於其主動說服人民，謀求合作之姿態。為說服人民服從該項行政指導，行政機關除積極地分析指導事項的各種利弊得失外，並不時與受指導之相對人進行協議，將其建議納入最終判斷之中，以求得當事人之信服，促進其自發遵守之意願。是以，在為數不少的事例裡，利用行政指導方式遂行任務之效果反高於僵硬的依法執行方式，致使行政指導方式日漸受到各行政機關垂愛，加重其蔓延趨勢。然規避法律適用之結果，反而導致行政機關責任界限不清。蓋法律對於發動公權力之行政行為於其施行手續及各機關權責皆有明確規定，但於行政指導之決策過程則無隻字片語，是以行政指導之決定者可為機關首長、各局、課長、甚至為擔當職員，惟從外部觀之，則多數無法得知其真相，而誤信其為機關整體之行為並遵從之；加之，多數行政指導僅以口頭行之，而未交付書面，因遵從行政指導而蒙受損害之私人欲尋求救濟時，向誰、依何種內容等之舉證恐非易事。對行政指導之服從名目上係發自個人自主意願，個人應自行為其行為負責，行

定於各機關組織法規中；如此，則形式上，行政指導之根據最終可求諸於行政組織法之規定。但是，行政組織法僅係規定行政機關權限「分配」之法，而非其權限「行使」之根據。因此，一般並不把有關行政事務分配的組織法規定視為行政指導法律根據之有無的判斷基準。參照田中，前揭註（7）267頁；塩野・前揭註（7）19-20頁。

註22.金沢良雄『独占禁止法の構造と運用』39-41頁（有斐閣，1979）。

政機關理論上並不負擔任何行政責任。結果，人民即令受有損害，卻時有救濟無門之悲哀。此一問題，不只在本類型之行政指導為真，於上一類型之行政指導亦可作如是之想。

(三)法律雖有行政指導之規定，但未賦與其任何特別法律上的效果。此時法律僅明示行政機關於特定事項有為行政指導之權限，卻未賦與任何強制性的手段；因此，一般人民不服從此類行政指導之指示時，原則上不會受有任何法律上的不利益。如此，則此類行政指導與第一類無法律根據之行政指導，實質上並無甚大差異。

(四)法律不僅有行政指導之規定，並賦與其某些法律上的特別效果。本類行政指導多伴隨有命令、處分等強制手段，以保證其順利施行。另外，因遵從本類行政指導所實施之卡特爾行為，依法不在獨占禁止法適用範圍之內，具有獨占禁止法適用除外之法律效果。在各類型行政指導之中，本類行政指導可稱為最正式的行政指導方式。

藉由以上敘述，希望讀者對於行政指導之意義及其類型，已有基本認識。在法治國家的前提下，行政受立法監督，其施政原則上須依立法機關所定法律行之。然行政之實質係一不停地流動發展之現象，為避免社會經濟秩序發生混亂，因應緊急狀況，現代行政國家必須不時地修正其施政方針，以配合新情勢的發展，維持並增進國民全體之利益。此際，具有柔軟性、彈力性、可臨機應變的行政指導，在不少場合裡可發揮相當大的功效，其諸多利益由前述各項檢討亦可窺知一二。然行政指導於行政機關雖為一便利、有效的手段；反之而言，其背後卻也隱藏著不少弊端。行政指導過度運用所帶來的最大危機，是為法治國家依法行政原則的空洞化，法學研究者對此一危機不能忽視其存在，而必須積極籌思解決之策。有鑑於此，在下一節裡，我們將行政指導與依法行政原則間的關係，作一深入探討。

三、行政指導與依法行政原則

一般而言，依法行政原則尚包含二種不同的內容：一為「法律保留」，此為依法行政原則積極的一面；另一為「法律優越」，此為依法行政原則消極的一面。以下，對此兩者與行政指導間之關係依序作各別檢討。

(一)法律保留

首先，有關法律保留與行政指導之關係，學說上自來有二種不同對立的見解。部分學者主張，所有的行政作用必須有具體的法律授權始可行之，行政指導既為行政手段之一，自應受此限制，而須具備法律之根據。此種見解，一般稱之為「全部

保留說」(註23)。此說針對行政指導日益氾濫的現象，而思規制之策一點，雖屬可取；然於行政作用，不問其為權力性手段或非權力性手段，鉅細靡遺胥皆一一要求其須有法律上之根據，則非屬現實之計。即令可能，亦僅能停留於一般性的、抽象性的規定，此類規定含意模糊，其解釋上的不統一，反而有損法之安定性與預測性。再者，對行政作用作過度的限制，不僅有害行政之自主性，並且會妨礙其臨機應變的可能性，使行政機關於社會經濟遭受危機之際，雖有救濟之策卻苦於無法律根據，而生無耐、無力之感。此舉果真合乎法治主義之目的，非不無疑問(註24)。因此，對立於全部保留說之見解，多數學者認為，行政指導若未侵害個人權利自由，且對其服從係真正出自於個人自發之意願，則應肯定此等行政指導的存在。此種見解是為「侵害保留說」(註25)。

侵害保留說乃著眼於現代行政國家之特徵，而予行政機關在非權力性的措施上，有自主判斷之權，以適切地運作國家行政之進行。依其理論，任何侵害個人權利、自由或帶予其不利益的權力行使措施，皆為法律所保留，無法律根據不得為之。該等法律即一般所稱「行政作用法」。蓋，則行政組織法僅停留於規定各機關職掌事務範圍及有關於此的一般權限而非權力行使根據規定之性質相異，行政作用法乃係更進一步規定行政機關行使命令、處分等具體權限時所需根據及其標準之法律。因此，依「法」行政之法，除行政作用法外，別無所指(註26)。據此，則未令人民權利義務發生變動之非權力性的行政作用，應無有法律根據之必要。在此一見解之下，立足於相對人自願服從之基礎，且未侵害個人權利、自由之行政指導，理論上並不需有個別的、具體的法律授權，而只須在各機關職掌事務的一般權限範圍內，即可行之，因此之故，即有見解將行政指導行使之根據求諸於組織法上的規定，此類見解多為官方所主張。但如前述，行政組織法僅係規律各機關權限分配之規

註23.千葉，前掲註(7)50頁；村上義弘「行政指導と法律の根拠」大阪府市立大學經濟研究16卷2號42-43頁(1971)。

註24.高田敏「行政指導と『法律による行政』の原理」法学教堂2期5號88頁(1974)。

註25.成田，前掲註(7)147-50頁；塩野，前掲註(7)23頁；田中，前掲註(7)286-89頁。

註26.田中二郎『新版行政法下卷』11頁(弘文堂，全訂第2版，1983)。

定而非行政作用之法律根據。若行政作用僅有組織法上之規定即可行之，則勢將導致承認行政機關於其該管事項之全部皆可發動行政權的不當結果，進而造成依法行政原則的空洞化。因此，基本上，行政指導非但無需行政作用法上之根據，即連行政組織法之根據亦非必要。各行政機關只要不踰越其職掌事務之範圍，原則上可自由為行政指導。是以，組織法上之規定與其說是行政指導之根據，無寧認其為行政指導之「界限」，乃屬至當（註27）。

侵害保留說之基本前提，在於行政指導的非權力性、服從的任意性。一旦此一基本前提不再為真時，則侵害保留說之主張勢將作必要之修正。蓋如前述，為確保其實效性，行政指導通常多伴隨有抑制性的或獎勵性的措施，以屈使相對人服從。此種行政指導實際上已脫離單純的說服、希望之本質。而帶有強制性的權力措施之意味。對於此一實質上為權力行為的替代手段之行政指導，學者多主張其仍須有具體的法律授權，否則不得為之（註28）。此乃針對理論與實際之脫節，所作適當且重要的修正。另一方面，鑑於誘發卡特爾行為之限制競爭型的行政指導經常會給予其他關連事業者或一般消費者帶來不利益，而主張在此侵害保留說之適用應作修正之學者亦有之（註29）。若此，則限制競爭型的行政指導，亦須有其法律根據。然此一問題，牽涉甚大，本文在以下有關行政指導與獨占禁止法的部分裡，將作更為深入的探討。

以上，是為行政指導與法律保留之關係的檢討，乃從依行政原則積極的一面，來看行政指導當為之界限；以下將從依法行政原則消極的側面，即法律優越的觀點，來分析行政指導不當為之界限。

（二）法律優越

相對於法律保留原則並不適用於所有類型的行政作用，法律優越原則廣泛地適用於一切行政作用，不問其為權力性活動、或為非權力性活；行政指導動為行政作用之一，自應受本原則拘束而無例外。法律優越原則乃意指行政機關所為一切行為皆不得違反法令規定。其具體內容則分為（註30）：(1)禁止行政機關為踰越組織法

註27.山內，前揭註（7）143頁。

註28.塩野，前揭註（7）24頁；田中，前揭註（7）288-89頁。

註29.関，前揭註（7）46頁；根岸哲「産業行政と行政指導」ジュリスト628號148-49頁（1977）。

註30.以下有關法律優越原則之摯述，參照成田，前揭註（7）151-160頁。

等所規定權限外之行爲。而妨礙其他國家機關任務之遂行；(2)禁止行政機關爲違反現行有效法令之行爲。茲將此二點，分述如下。

1. 踰越權限範圍行爲之禁止：行政指導之實施不得踰越該行政機關之任務、職掌事務的權限範圍內。此等權限範圍事項除於個個法律中，置其規定外，組織法中亦保有一般規定。此等規定，時有含意不明而具有相當彈力之內容者，即使如此，行政指導仍只得於其規定範圍內行之，一旦踰越，即生有違反或不當之虞。本項禁止乃爲確保行政業務分工之原則，避免越權行爲妨礙其他機關任務之順利遂行。惟於同一事項之該管機關有二個以上者，因立場不同而對該事項應有之道的看法生有齟齬時，有關機關應相互協調求得一致的施政方針。在經濟行政指導中，此事尤爲重要。蓋其他機關所爲干涉市場自主機能的行政指導，經常會阻礙公正交易委員會維持市場自由競爭任務之遂行；此際，如何權衡得失，作出適當的解決之策，各機關應費心思慮之。

2. 違反法令行爲之禁止：行政指導不得違反法令規定。法律若有明文規定行政指導之實施標準、手續及方式時，則理當依該等規定行之，自不待言。即令無此等法令規定，行政指導之內容亦不得牴觸現行有效法令明文規定或法律基本原則。此處所謂法律基本原則有三：I、比例原則；II、平等原則；III、誠信原則。

依照比例原則，行政指導必須在行政目的所得達成之必要最低限度內行之，且不得爲任何強制、威赫手段、或給相對人予不利益。相對人對行政指導之合作，必得出自其自發之意願。在平等原則的法理之下，行政機關若無合理原因，不得對國民有任何差別待遇之處置。因此，對服從行政指導者授與補助金等利益，或對不服從者予不利之處置，在無合理的原因之下，是爲法所不容。誠信原則適用於行政指導之主要效果，乃在於個人因信任行政指導而蒙受不利時，對該個人應給予適當的保護與救濟。譬如，在合理的情況下，相信行政機關有爲行政指導之權限而服從之，其結果卻觸犯刑罰規定。此際，行爲人若實際上並無違法的意識，則料之以刑罰顯屬過苛。在滿足特定的要件下，似可免除其型（註31）。又如，遵從行政機關先前之行政指導，而後因該機關政策或法令解釋的變更，致使服從該行政指導之行爲與法令發生衝突，人民並因之而受到不利的行政處分時，該機關前後不一致之行爲實有違誠信原則之嫌，若坐視不顧聽任人民蒙受不利，則有違法律維護正義之目的

註31. 詳細參照後述三(二)3。

。因此，在合理的情況之下，得允許人民以行政機關違反誠信原則為由，提起撤銷行政處分之訴。然誠信原則若過度適用，則行政的適法性之要求，恐難免後退之虞，是故，如何在此兩者間作適當調整，乃為一值得研究的課題，本文在此不擬深入，僅於以下關係部分作適當之分析。

綜上所述，理論上，行政指導與依法行政原則之間，並無重大衝突存在。然則，實際運用上，行政指導通常伴隨有強制手段，迫使相對人服從，逸脫法律保留之本意；而另一方面，在不少情況下，行政機關為實現其本身之行政目的亦會作出牴觸其他法律規定或目的之行政指導，違反法律優越原則所命令之禁止內容。結果，行政指導與依法行政原則之間，經常蘊藏著緊張對立的狀態。個中，尤以經濟行政指導與獨占禁止法間所生之衝突，最為劇烈。特別是在經濟情勢發生重大變動時，主管機關更頻頻利用行政指導以為因應手段；其中，違反獨占禁止法立法目的之虞者，亦不在少數，不時吸引社會大眾注目而成為熱烈討論的焦點，乃使行政指導與獨占禁止法間的關係之研究成為重要課題。緊接著，我們就對此一問題展開檢討。

叁、行政指導與獨占禁止法

一、獨占禁止法之目的

日本獨占禁止法的立法基本目的，可由該法第一條條文中得知其綱要。該法第一條謂：「為禁止私人的獨占、不當之交易限制及不公平之交易方法、防止事業支配力之過度集中，排除依結合、協定等方法所為生產、販賣、價格、技術等之不當限制，及其他一切事業活動之不當拘束；以促進公平自由之競爭，使事業者發揮其創意，繁盛事業活動，提高就業及國民實際所得水準；據此，在確保一般消引者之利益的同時，並促進國民經濟民主健全的發展，特制定本法。」（註32）

由以上條文內容可知，獨占禁止法係以禁止私的獨占，不當之交易限制及不公平之交易方法等限制事業活動自由之行為為手段，而直接地促進公平自由之競爭，最終地確保消費者之利益並促進國民經濟民主健全的發展（註33）。因之，吾人可

註32.本條條文之翻譯，係參照經濟部編各國公平交易法有關法規彙編之譯文並酌以己見譯出，以下有關獨占禁止法條文之譯文，亦同。

註33.有關獨占禁止法第一條條文之解釋，參照今村成和『獨占禁止法』1-10頁（

說，獨占禁止法之直接目的在於維持、促進公平自由之競爭，而其最終的目的則在於確保消費者之利益，促進國民經濟民主健全的發展。據此，吾人更可將獨占禁止法一貫的理論構造圖式如下：公平自由競爭之維持與促進→一般消費者利益之保護→國民經濟民主健全的發展。如是，則競爭秩序之維持與促進為獨占禁止法規範中心一事，清晰可知。經由市場公開、公平、自由等競爭條件的維持、資源可為適當之分配，經濟效率乃得以達成。消費者藉此可獲得充分之選擇權，以購買物美價廉之產品，確保其利益於不墜。而惟有在一般消費者之利益獲得充分的保障之下，國民經濟乃得遂行其民主健全的發展。至此，吾人更得確信，市場公平自由競爭秩序之確保實為現代資本主義國家經濟政策之基本原則，在無重大、合理的情況下，一切對市場自由競爭秩序所作之人為的干涉，乃為獨占禁止法所不許。

然原則通常帶有例外，維持公平自由競爭秩序之政策（以下簡稱競爭政策）雖為經濟政策之根本，但或因其本身固有之界限，或因其他政策之考量，而必須對某些特定事項作出必要之讓步。此亦反映在獨占禁止法的規定上，譬如，獨占禁止法第二十一條即明定：「經營鐵路、電力、煤氣及其他性質上屬當然獨占事業者，所為生產、販賣或供給之行爲，為其事業所固有者」，不適用本法。又如，該法第二十三條亦規定行使無體財產權之行爲不在該法適用範圍內。此等「適用除外」條文係獨占禁止法本身所固有之規定（註34）。此外，在其他法律之中，為實現該等法律之立法目的，亦有特別之適用除外規定，容許特定之個人或團體為獨占禁止法所禁止之行爲。例如，輸出入交易法（原名為輸出入取引法）第五條，即容許出口業者在符合特定的要件之下，得結成輸出卡特爾。此等特別法上之適用除外規定，在獨占禁止法成立後不久，即急速增加，而有遍及所有經濟事項之勢，大大地削減了獨占禁止法規範的實效性，屢遭各界非難，在飽受批評之後，最近乃見日本政府有改革此種適用除外制度之動向（註35）。

有斐閣，新版，1978）。

註34.獨占禁止法上之適用除外規定，其他尚有依事業法令所為之正當行爲，一定的合作社之行爲，維持轉售價格之行爲，為應付不景氣或實施企業合理化所為之行爲等。各該條文之詳細內容，參照經濟部編，前揭註（32）之譯文。

註35.參照公正取引委員會事務局編「獨占禁止法適用除外制度の現状と改善の方向—適用除外カルテル・再販売価格維持制度の見直し」（大藏省印制局，1991）。

然無論如何，適用除外制度既為例外規定，其行使當然必須嚴格遵照各項手續上、實體上之規定，以免逸脫各該立法本意，對競爭政策產生不當影響。基此觀點，若各種狀況均符合適用除外規定之實體要件，而由行政機關介入以督促或指示適用除外行為之形成，並履行必要之手續後，則依該行政指導所為之限制競爭行為，即令其滿足獨占禁止法所定禁止之要件，亦因適用除外之效果，而不受獨占禁止法的適用。惟實際上對於適用除外行為之認許，除須履行繁雜的手續規定外，在不少情況下並須事先與公正交易委員會進行協議、得其認可後始得實施，以為嚴正審查之意。為避免此種複雜手續及時日費延的審查制度，在不少狀況之下，行政機關多捨棄前述合法之行政指導，而代之以非正式的、無法律根據的行政指導。此類行政指導因其所帶有之限制競爭的性格，在獨占禁止法上產生了重大的問題，而為本文以下檢討之重心。

二、行政指導與違反獨占禁止法之行為

行政指導在獨占禁止法上所提起之最大問題點，厥為個人服從該行政指導所為之行為有無違反獨占禁止法上禁止「不當之交易限制（即一般所稱卡特爾行為或共同行為，以下除另有必要外，統一稱之為共同行為）」的規定。獨占禁止法第三條後段禁止事業者（指經營商業、工業、金融業或其他事業者）為共同行為，而於第二條第六項將共同行為定義如下：本法稱共同行為者，「指事業者依契約、協定或其他名義與他事業者共同決定、維持或提高對價，或限制數量、技術、產品、設備或交易對象等，而相互拘束或遂行其事業活動，違反公共利益，對於一定之交易領域之競爭加以實質之限制者。」所謂「一定之交易領域」，即一般稱之為市場者。違反第三條規定之法律效果，計有行政法上之效果，刑事法上之效果及民事法上之效果。行政法上之效果，係指公正交易委員會得命令違反當事人停止該違法行為之續行等排除違法行為所必要之措施，並令其繳納課徵金等行政制裁。本項制裁，多由公正交易委員會依其特有之審決程序為之。刑事法上之效果，乃指違反當事人受起訴後經判決有罪時，得處以三年以下徒刑或五百萬日圓以下罰金。民事法上之效果，則為違反當事人須負無過失損害賠償責任一事。另外，行政機關若非直接向事業者實施行政指導，而係透過事業者團體（指事業者二人以上所組成之非營利性的任意團體）為之時，該事業者團體之行為尚有可能違反獨占禁止法第八條第一項第一款禁止事業者團體為「對市場之競爭加以實質之限制」之行為的規定。關於服從行政指導所為之行為有無違反上述規定之問題，吾人可從公正交易委員會的審決例

，學說及判例三者之見解分述之。

(一)審決例

對於事業者之共同行為是否會因其係服從行政指導之指示，而在獨占禁止法上產生不同的效果一事，同屬行政系統之通產省與公正交易委員會自來即有互相歧異的看法。通產省官員多認為在社會經濟情勢遭遇重大變動時，或為確保物價穩定、或為增加（減少）產品生產數量、或為促使業者減低資本設備投資，以共渡經濟難關，行政指導之力實有必要。例如，在過去面臨因石油危機而導致民生物資價格狂飆，時求業者自動地規律適當的漲幅標準之行政指導，即曾經發揮過相當大的成效。又如，為避免貿易摩擦惡化而指示業者組織輸出卡特爾以抑制出口數額之行政指導，為調節一時供需不均促使業者增產之行政指導……等等，在在皆有其當時之必要時。縱令，理論上可等待立法或發動其他法律程序以對應之，然其曠日費時，而此等危機之處理有其時效性，錯失時機則有生不測後果之虞，於此行政指導實為最合適的手段。因此，事業者依從行政指導所為之共同行為與事業者自發之共同行為兩者之間，其限制競爭效果雖頗為相似，但前者係為協助行政機關實現一定行政目的以確保公益而行，與後者僅為單純限制競爭獲取私利之指趣大相迥異，在獨占禁止法上之評價，自不應同等視之，而一概認定其違反獨占禁止法之目的（註36）。

以上所言乍聞成理，但若深思之，則不免有以下疑問（註37）：耶，通產省官員多強調為達成「公益」之目的，有實施行政指導的「必要性」。此言雖難以否定，然問題出在於此等「公益」或「必要性」之標準，由誰來判斷。難道經由國民之代表所組成的立法機關所制定的獨占禁止法，就無「公益」或「必要性」了嗎？錯了，正因其為國民之代表經過長時間的討論，方始制定之，獨占禁止法的「公益」與「必要性」乃為國民各界所公認。相對於此，依通產省官員主觀判斷所作之行政指導，其「公益」、「必要性」或雖有之，但豈可以匹敵凌駕於國民全體對「公

註36.參照1974年4月16日朝日新聞中通產省所發佈之見解；藤原一郎「行政指導と独禁法」經濟法17號（1974）；「（座談会）行政指導—独禁政策と産業政策」中，烏居原正敏氏之發言內容，ジュリスト741號32-35頁（1981）；通產省1981年3月所發表之「行政指導についての考え方」。

註37.以下想法係得自馬川千里「行政指導と独占禁止法」福岡大学法学論叢23卷3-4號379頁（1979）。

益」與「必要性」的判斷——獨占禁止法——之上。再者，倘若僅因有行政指導的介入，即令原本違法之行爲轉身一變成爲不違法，則獨占禁止法適用除外制度存在之意義，將會蕩然無存（註38）。凡此種種，實不能謂其合乎依法行政的原則。

因此，專責運作獨占禁止法，促使其目的實現的公正交易委員會，早自1952年起即採取上述觀點，認定共同行爲不因其係服從行政指導之指示即免除其違法性。在公正交易委員會有關「野田醬油株式會社ほ力事件」的審決中，即明白指出「公正交易委員會乃爲執行獨占禁止法暨事業者團體法（該法現已廢止）所設之獨立行政機關，其係以法院之再審查爲條件，而爲唯一之公權的解釋及適用機關。雖爲政府其他行政部門，亦不得恣意依其意願解釋本法規定之內容。因此，即令多數行政官員中，偶有誤解本法精神而爲指導者，事業者或其團體有各自判斷法所命令者爲何並遵從其命令之責任，此爲自明之理，自不待言。行政機關指導之有無在適用罰則之際，或可爲斟酌之情狀，然於排除違法狀態所採取之必要措施時，並不得成爲減輕事業者或其團體之責任的依據」（註39）本件事案經過重點在於野田醬油股份有限公司等四名事業者，在接受物價廳的價格指導之後，彼此間尙取得默契，以維持指導價格之目的成立價格協定，違反獨占禁止法第三條之規定。對此，公正交易委員會並不拘泥於事業者形式上地服從物價廳行政指導之外觀，而係針對該行爲之實質，只要其滿足共同行爲的成立要件，即屬違法。此後，公正交易委員會亦陸續基於此種見解，作出類似的審決。從這些審決例當中，我們大略可將與行政指導有關之共同行爲，歸類出三種不同的違法類型（註40）。

1. 在行政指導之前，事業者間雖已有實施共同行爲之協定存在，然仍要求行政機關以行政指導介入，以爲確保該協定實效性之手段。此種行政指導可稱之爲共同行爲的隱身衣。

2. 行政指導之後，事業者爲遂行該項指導而爲之共同行爲。例如，事業者對於是否遵守行政指導進行協商，而後達成一致遵守之決議時，或事業者爲如何具體地實行政指導之內容而共同作決定時，屬之。

3. 事業者間協定的成立或實施過程中，雖有行政機關參與其間，並指導、調整

註38. 金沢，前掲註（22）42-43頁。

註39. 昭和27年4月4日審決，審決集4卷1頁。

註40. 実方謙二『独占禁止法と現代經濟』25-26頁（有斐閣，增補版，1978）。

其內容，但該協定最終仍由事業者自行決定之。

上述三種類型的共同行為雖或多或少都有行政指導的介入，且外觀上多係服從行政指導之結果，但皆不因行政指導之有無左右其違法性；除此之外，以事業者團體為仲介向各事業者所為之行政指導，鑑於事業者團體組織規範之有效性，事業者間共同行為之發生幾乎無可避免。此際，不僅事業者間的共同行為有違法之可能，即連事業團體本身亦有觸犯獨占禁止法第八條第一項第一款規定之虞。

然而，並非所有服從行政指導之行為，對照於公正交易委員會的見解之下，都會成為違法行為。其中，最受爭議但也是現今最為通產省所喜好之指導方式，厥為對事業者個人個別地施予指導之方式。在此一指導方式之下，事業者間橫的連繫關係不再存在，剩下的僅有通產省對事業者之個別的縱的關係而已。然共同行為之所以成為共同行為，在於該行為的「共同性」。此一共同性之成立，除在外觀上有一致的行動外，尚需事業者間有為共同行為之意思連絡——即合意——的存在。惟合意並不僅限於契約、協定、協商……等明白以實施共同行為為目的的合意狀況，即連「事業者預測他人將來之行動，並有與該行動採取同一步驟之意思」時，亦可認定其間有合意的存在，學說上稱之為「暗默的合意」（註41）。一般而言，若能舉證以下三點，即可推定有暗默的合意之存在（註42）。：(1)事前的連絡交涉，例如，事業者一同出席會議或參加聚會；(2)意見的交換及有無提示具體的標準，例如，在會議中交換有關漲價的必要性，漲幅的標準等意見；(3)事後一致行為之發生。此際，雖未有直接證據可證明事業者間有為共同行為之合意的存在，但由以上三種狀況可推定其間有為共同行為之意思連絡，從而認定該行為違法。

但是，無論是明白的或者是暗默的合意，兩者在要求事業者間須存有主觀的意思連絡一事，則屬一致。回過頭來說，如前所述，現行的行政指導多以行政機關對個別的事業者實施指導之方式行之，事業者間欠缺橫的意思連絡的關係之存在。因此，縱令諸多事業者個別地接受行政機關同一內容之行政指導，其結果雖亦帶來外觀上行為的一致，然在法律上卻難以認定其間有「共同性」的存在，而將之歸類於

註41.參照今村成和ほか編『注解經濟法（上卷）』78-80頁（実方謙二・和田健夫執筆）（青林書院，1985）。

註42.同前註80頁以下。

共同行爲的範疇內（註43）。公正交易委員會基本上採取此種見解。如此，則個別的事業者行爲之集合，其限制競爭之效果雖與共同行爲相同，卻無法認定其違法。譬如，通產省對各石油業者個別地指示其汽油每公升價格不得超過二百日圓，此與石油業者間相互協定汽油每公升價格不得超過二百日圓一事，兩者間於競爭所產生之限制效果幾無差異，然後者屬明白違法之行爲，前者依上述見解被排除在公正交易委員會取締違法行爲的範之外。由此可知，在公正交易委員會的運作上，行政指導與事業者行爲被截然地區分成兩部分。只有在行政指導之外，事業者間尚有共同行爲的存在時，事業者之行爲始屬違法。除此之外，事業者個別地服從行政指導之行爲，在獨占禁止法上並不產生任何問題。對公正交易委員會的此種執法態度，某些學者感到無法苟同，而展開了批判的見解。

（二）學說

基本上，學者間對於共同行爲不因行政指導的介入而阻卻其違法性的一點，具有一定的共識（註44）。蓋若承認共同行爲可因行政指導而阻卻其違法性，則不啻允許行政機關可以事實行爲創設獨占禁止法的例外，產生事實上變更法律之效果（註45），此舉致屬不當。因此，學說大多贊同公正交易委員會有關於此的審決例，惟對於服從個別的行政指導之行爲是否可問之以獨占禁止法的違反，部分學者對公正交易委員會之否定的見解，持有批判的態度。

的確，若僅片面地將問題的視野局限於事業者單方面之行爲，則公正交易委員會的見解，無可非議。但是，在行政指導形成的過程中，事業者並非只被動地、單方面地接受指導而已，在不少情況之下，事業者不僅擔供製造成本、市場現況……等情報予行政機關，有時甚至還與行政機關對有關指導的方式或內容進行討價還價。在時被稱爲官商一體的日本，此點實不足爲奇。如此，在外表上，事業者間並無

註43. 金沢，前掲註（22）43頁；經濟法学会編『獨占禁止法講座Ⅲ—カルテル（上）』119頁（秋山義昭執筆）（商事法務研究會，1981）。

註44. 実方謙二『獨占禁止法』192頁（有斐閣，1987）；田中誠二ほか『コンメンタール獨占禁止法』373-74頁（福岡博之執筆）（勁草書房，1981）；正田彬『全訂獨占禁止法Ⅰ』244頁（日本評論社，1980）；根岸哲ほか『獨占禁止法入門』89頁（有斐閣，1983）；金沢，前掲註（22）42頁。

註45. 松下満雄『經濟法概説』122頁（東京大学出版会，1986）。

意思連絡的存在；惟在其背後，事業者透過行政機關這個大本營，經常可窺知其他業者之意向。此際，若依舊將行政指導與事業者行為作截然區分，則未免不切實際。正確的作法，應是對事業者在行政指導形成，實施過程中的各種參與行為作整體捕捉，以分析檢討共同行為存在之有無（註46）。

如前所述，行政指導係以事業者服從的任意性為前提，在任意服從的前提之下，事業者間卻仍舊發生一致的行為，若將之視為偶發的結果，實為極不自然的想法；無寧，在此種情況之下，事業者間共同行為的存在具有相當大的可能性（註47）。因此，有學者認為，若事業者僅在其他業者亦接受行政指導且亦將服從該行政指導的前提下，方始服從該項行政指導時，則可認定事業者之行為係基於「共同認識」所為，具有共同行為之性質（註48）。此際，行政指導實際上具有使共同認識形成的作用，若無視行政指導的該項作用，僅著重於事業者間外觀上意思連絡的不存在，則視野將失之過狹，導致許多實質上係共同行為之事業者行為，避脫法律的制裁，不當地降低了獨占禁止法的實效性。若能基於學說之理論，現行的行政指導之中為數不少者或將被判定為違法，而可提高一般人民對獨占禁止法執法成效的信心。但是，不可諱言的，要證明事業者間有「共同認識」的存在並非易事，此亦為多數學者並未採取上述理論的重要因素之一（註49）。

在檢討過公正交易委員會及學說有關行政指導與獨占禁止法間的關係之見解後，接著我們將從判例來分析司法機關對本項問題的看法。有別於前兩者的觀點，法院於此一問題係從行政指導是否「合法」（註50）一點出發，而引發了有關合法的行政指導之構成要件解釋上的論爭。

(三)判例

判例中探討行政指導與獨占禁止法間的關係之最重要者，厥為石油卡特爾事件

註46. 実方，前掲註（40）25-27頁。

註47. 田中ほか，前掲註（44）366頁。

註48. 正田，前掲註（44）244頁；実方，前掲註（40）24頁；系田省吾「独占禁止法行政指導」ジュリスト566號22頁（1974）。

註49. 参照田中ほか，前掲註（44）373頁。

註50. 原文為「適法」，一般而言，適法與合法可視為同義詞，但在某些場合，適法之義廣於合法。参照『新法律学辞典』1025頁（有斐閣，3版，1989）。

；本事件尚可分為生產調整與價格協同二刑事事件，前者為東京高等法院1980年9月26日之判決（註51），後者為最高法院1984年2月24日之判決（註52），以下分述之。

1. 生產調整事件

首先，在生產調整刑事案件中，通產省依據「石油業法」之規定有辦理關於石油行政之任務。因此，當1973年末石油危機發生時，為維持石油市場供需秩序，通產省以行政指導要求屬事業者團體之石油連盟控制並分配各石油業者的生產額度，以調節整體供給數量。公正交易委員會以該生產調整行為違反獨占禁止法第八條第一項第一款之規定為由，除對石油連盟作出審決（註53），令其廢止該行為外，並鑑於行為之惡性，以石油連盟理事長等人為被告，進行刑事告發。東京高等法院（註54）在審理之後，以石油連盟之生產調整行為雖違反獨占禁止法規定，然行為人等欠缺違法性的意識為由，作出無罪之判決。後因檢察官放棄上訴，本案乃告確定。以上是為本件事案經過概要。以下在對判決中有關行政指導部分作簡要的簡述後，並輔以學說以評釋。

判決文首先指稱「若本件原油處理量之分配行為，乃為實施石油業法所定供給計劃制度而基於通產省之指示和委任所行之措施，且解釋上係該法運用所容許者，則該行為係依法令之行為或業務上正當行為，依刑法第三十五條規定（相當於我國刑法第二十一條第一項及第二十二條之規定）可阻卻其違法性；縱非如此，上述分配行為若為實施通產省調整石油供需秩序任務所必要，且在該省指導或容認下所為之協力措施者，視情形而定，或可認定正當之行為，依刑法第三十五條規定之旨趣可阻卻其違法性。」接著，判決文對通產省可為行政指導之界限作一說明。據其見解，石油業法之目的在求確保安定且廉價的石油供給，以促進經濟發展提高國民生活水準。為達成此一目的，時有抑制生產數量或制定標準價格之必要，此舉縱或與獨占禁止法所欲保障之競爭政策相互扞格，然在石油業法規定所容許的範圍內，得

註51.參照判例時報983號22頁以下（1981）。

註52.參照判例時報1108號3頁以下（1984）。

註53.昭和49年2月22日審決，審決集20卷312頁。

註54.依獨占禁止法第八十五條第三項規定，有關違反獨占禁止法的刑事案件，以東京高等法院為第一審法院。

對競爭原理之機能作一定的限制；因此，為實現石油業法之目的，通產省於「指導內容不違反法令且未伴有實質上相當於強制的不當手段」之情形下，得於「必要之限度」內實行行政指導。石油業法本身雖亦授與通產省有為行政指導之權限，然通產省在行使該項法定權限之前所為非正式的行政指導，若未具有任何強制力，解釋上亦應容許之。

但是，本件行政指導係透過事業者團體之石油連盟以限制各石油業者的原油處理量之方式為之，此類指導方式幾乎無可避免地都會招致共同行為的發生。如此，則本件行政指導實際上不外是指示事業者團體為違法獨占禁止法第八條第一項第一款規定之行為，石油業法本身的運用上，實難解釋為容許本件行政指導之實施。然即使如此，被告等人遵守該行政指導所為之行為，就法秩序全體之目的以觀，若具有社會的正當性，亦可以有刑法第三十五條之適用。惟經事實認定後，被告等人之行為並無法謂為有正當性的存在，其行為乃屬違法。但是，判決進一步地認定，從石油連盟之生產調整行為自曩昔以來即基於通產省之指導而實施，且公正交易委員會一直未曾對之採取任何行動等狀況觀之，實有相當之理由相信本件被告等人並未意識到其行為有任何違法性的存在，被告等人之行為欠缺故意，無罪。

本案為獨占禁止法史上第一件關於共同行為的刑事案件之判決，且其明白宣示共同行為係違法犯罪之行為，具有相當重大的意義。從判決文中所述在石油業法規定所容許的範圍內，得對獨占禁止法所欲保障之競爭機能作一定的限制一點來看，約略可推知判決有將獨占禁止法置於一般法的地位，而以石油業法為特別法之意（註55）。若此，則除自有特別法之授權或依適用除外規定實施外，行政指導一般並不能使共同行為正當合法化，此為公正交易委員會自來所採取之觀點。可是，有別於屬於政制裁之審決，本案因其為刑事案件，被告等人之行為除須有構成要件的該當性外，如欲科之以刑，尚需其行為具有可罰性。蓋，現在刑法學上的通說並不認為有刑事犯（自然犯）與行政犯（法定犯）在本質上有重大差異，一般刑法上所規定的各項基本原則，亦適用於行政犯之情形（註56）。如是，則刑法上有關違法性

註55. 実方謙二「石油カルテル刑事判決の再検討（上）—行政指導と独占禁止法違反の關係を中心として—」公正取引364號12頁（1981）；厚谷，前掲註（19）56頁。

註56. 參照板倉宏『刑法』92-97頁（有斐閣，1988）。

的各項理論於獨占禁止法之違反亦可適用。

此際，犯罪成立要件之一的違法性，並不單止於形式上違反法律規定而已，更須實質地違反秩序全體之規範，而逸脫出「社會的正當性」之界限，造成法益不當侵害的結果。此即「實質的違法性」原則。是以，雖不該當於依法令之行爲、業務上正當行爲、正當防衛及緊急避難等刑法上所規定之違法性阻卻事由，然依據實質的違法性之理論，若行爲未違反法秩序全體之規範，亦即行爲具有社會的正當性時，不得認定該行爲具有違法性。在此一見解之下，違法性阻卻一事可超越法律規定加以承認之，而爲「超法規的違法性阻卻事由」。據此，則刑法第三十五條規定之違法性阻卻事由並不僅限於依法令之行爲及業務上正當行爲，而應就法秩序全體之精神以觀，擴及於一般「正當的行爲」（註57）。

本件判決基本上亦採行上述見解，是故即使生產調整行爲並非依通產省之指示或委任所爲之依法令之行爲或業務上正當行爲，而係配合通產省行政的協力措施時，視情形而定，亦得認定爲正當的行爲，而有刑法第三十五條之適用，阻卻其違法性。由此，判決似隱約地承認在獨占禁止法適用除外規定之外，實施共同行爲並不當然有罪，依具體情形判斷亦有阻卻違法性之可能（註58）。對此一見解，經濟法學者多不予苟同，其認爲所有該當於獨占禁止法所定構成要件之行爲而不具有違法性者，胥皆爲獨占禁止法適用除外規定所囊括，因此，於論斷違反獨占禁止法之罪時，刑法第三十五條實無用武之地（註59）。依據經濟法學者的見解，除緊急避難的情形之外，所有未基於獨占禁止法適用除外規定所爲之共同行爲均應屬違法。反之，刑法學者則認爲，適用除外制度的確將各種不具違法性的共同行爲類型化，但違法性之判斷乃爲具體的、非類型的事項，以彼類型化的適用除外制度而欲網羅所有阻卻實質的違法性之行爲，並排除刑法第三十五條的適用之見解，實有不當之

註57.同前註133頁以下。

註58.福田平「石油ヤミカルテル事件判決の問題—點行政刑法的視点からの検討」商事法務894號67頁（1981）。

註59.今村成和・正田彬「対談・石油ヤミカルテル判決の意味するもの」公正取引361號（1980）；実方謙二「石油ヤミカルテル刑事判決の再検討（下）—行政指導與獨占禁止法違反の關係を中心として—」公正取引365號（1981）。

處（註60）。因此，若依據刑法學者的見解，則即令不在適用除外制度的類型內而可具有阻卻違法性效果之共同行為僅為極其例外的少數，亦不能一概否定刑法第三十五條的適用。

上述經濟法學者與刑法學者間見解的對立，其因在於各有所據，實難評斷是非。然無論如何，本件判決認定，即使承認石油業法於其運用所容許的範圍內得對競爭原理作一定的限制，惟本件行政指導不外是指示石油連盟為違反獨占禁止法第八條第一項第一款規定之行為，實難解釋石油業法運用上有容許此等行為之預定。因此，不僅本件行政指導乃為法所不許，即令服從該項指導之石油連盟的生產調整行為，在觀諸當時社會經濟的各種狀況之後，亦難認定其為絕對必要之行為，而具有社會的正當性。是故，就法秩序全體以觀，石油聯盟之行為具有違法性。

然則，犯罪之成立除構成要件的該當性及違法性外，尚需有責性。尤其，違反獨占禁止法之行為，經常被指為白領階級犯罪的典型。此種現代型的犯罪，其刑法上可罰性的核心，與其說是構成要件的該當性，無寧說是違法性阻卻事由或是違法性的意識之有無的有責性（註61）。因此，被告等人違法性的認識之有無亦成為本件判決的焦點。雖然，判例自來採取違法性的意識並非故意之要件，法律錯誤不阻卻故意之見解，惟學說上的有力說多採行可能性說或責任說。依據可能性說之見解，違法性的意識雖非故意之要件，但違法性的意識的可能性卻為故意之要件，在欠缺違法性的意識一事並非無理的情形之下，故意可被阻卻。責任說則主張，違法性的意識及其可能性乃為與故意不同的個別獨立之責任要素，法律錯誤與故意之成立並無關係，而只是在法律錯誤無法避免時，可阻卻責任（註62）。本件判決基本上採取可能性說之見解（註63），進而認定在通產省積極的支持與公正交易委員會消

註60. 福田，前掲註（58）67-68頁；藤木英雄「行政指導と独禁法違反の罪」ジュリスト566號49-50頁（1974）；阿部純二「石油ヤミカルテル刑事事件最高裁判決の意義—刑法上の視点から—」公正取引402號26頁（1984）。

註61. 本間重紀「石油カルテル（価格協定）最高裁判決の問題点—独占禁止法行政指導との關係を中心に—」，經濟法学会編「經濟法学会年報第6號」21頁（有斐閣，1985）。

註62. 參照福田，前掲註（58）69-70頁。

註63. 參照藤木，前掲註（60）51頁。

極的容認之下，被告等人因誤信其行為之違法性可被阻卻，而缺乏違法性的意識，因此，實無法認定被告等人之行為具有故意（註64），而為無罪之宣判。學者認為本件判決所示在有相當理由的情況之下，欠缺違法性的認識可阻卻責任之見解，為以後判決提供了一個新的方向，值得評價（註65）。

另外，本件判決除對服從行政指導之協力行為的違法性與有責性作詳細的分析外，於行政指導應有之界限，亦提供了頗為重要的看法。即，在不違反法令，無強制力且於達成行政目的所需之必要限度內。得承認通產省可為適當之行政指導。如此，則東京高等法院對行政指導的正當性與合法性之見解，可謂頗為嚴格（註66）。相對於此，最高法院在「合法的行政指導」的成立要件上，採取了較為寬容的態度。接著，我們就從最高法院所作出的石油價格協定刑事判決中，有關行政指導的部分來作檢討。

2. 價格協定事件

本事件起因於通產省為因應石油危機，而對石油業界所作之行政指導。事件經過概要如下，1971年2月通產省預料日本國內石油產品價格將因石油輸出國家組織原油價格的高漲而作大幅度的上昇，乃制定有關石油產品價格上漲之基本方針，提示石油連盟知悉。該基本方針除明示價格上漲的平均幅度及各油種的漲幅外，並要求業者如欲提高石油產品價格時，應事前知會通產省。對此基本方針，石油連盟各會員達成下列二項合意：I、請求通產省在設定石油產品的最高價格時，應反映石油連盟的意見；II、在通產省設定最高價格之後，各會員同時將產品的價格提昇至該最高價格。公正交易委員會對此合意除以審決（註67）。令其廢止外，並以各石油公司負責人員等為被告，進行刑事告發。第一審東京高等法院在與前述生產調整事件刑事判決的同一天，並另件對本件被告等人作出有罪之判決。被告等人不服提起上訴，最高法院大致上支持原著之判決，除三名外其餘上訴人仍維持有罪的判決

註64. 惟今村成和「私的獨占禁止法の研究（五）」82-84頁（有斐閣，1985）；板倉宏「石油ヤミカルテル事件刑事判決の意義と問題点」ジュリスト729號41頁（1980）等文，對判決如此認定持有疑問。

註65. 福田，前揭註（58）73頁。

註66. 參照實方，前揭註（55）14-15頁。

註67. 昭和49年3月28日審決，審決集20卷355頁。

。判決文中有關行政指導與獨占禁止法部分的主要論要有三：I、本件行政指導是否合法；II、對於合法的行政指導之協力行爲，形式上雖違反獨占禁止法的規定，但有無阻卻違法的可能性；III、被告等人之行爲可否謂爲對合法的行政指導之協力行爲。基於此等觀點，判決首先指稱「就因應流動事態而需有圓滑、柔軟的行政手段之必要性以觀，縱令有關價格之行政指導於石油業法上並無直接根據，然有爲指導之必要情事存在時，爲對應此等情事而以社會觀念上所認定適當之方法實施行政指導，且該指導實質上並未牴觸獨占禁止法『在確保一般消費者之利益的同時，並促進國民經濟民主健全的發展』之最終目的下，實無理由視該行政指導爲違法措施。因此，事業者間關於價格之合意形式上雖似違反獨占禁止法之規定，然若係因服從合法的行政指導之指示而對之所爲的協力行爲時，解釋上該行爲之違法性應被阻卻。」在此一前提下，判決認定本件行政指導對照於當時社會經濟情勢有其必要性，而通產省之指導方式亦屬得當，是故，本件行政指導不能謂其違法。然而，本件被告等人合意同時將石油產品價格提高至通產省所設定之最高價格的行爲，實無法認定爲對行政指導之協力行爲。因此，被告等人之行爲，不能因行政指導的存在而阻卻其違法性。

本件判決因其從正面直接分析檢討「合法的行政指導」之成立要件，及行政指導與違法性阻卻之有無等重要事項，受到衆多學者的矚目（註68）。從前面關於生產調整事件之檢討，吾人約略可以推知，一般對於行政指導與違法性阻卻之關係存有兩種不同的見解。第一種見解認爲，對於違反獨占禁止法之行爲，可從個別的、具體的正當性來論其違法性阻卻之有無，因此，若係服從行政指導之協力行爲，則有阻卻其違法性的可能。本項見解著重於行政指導的有用性。相對於此，第二種見解將獨占禁止法解釋爲一般法，而石油業法等事業法則處於特別法之地位；因此，在沒有適用除外規定時，除緊急避難之狀況外，不得承認違反獨占禁止法之行爲可因行政指導的介入而阻卻其違法性（註69）。蓋若僅因服從行政指導之故，即使原

註68.關於本件判決之檢討，參照ジュリスト813號（1984），經濟法学会編『經濟法学会年報第6號』（有斐閣，1985）上登載的各篇文章。

註69.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402號20頁（1984）。

本違法的共同行為成爲不違法，則難免有將屬事實行為的行政指導置於法律之上的嫌疑，此事至屬不當（註70）。儘管如此，判決仍著重於行政指導的有用性而支持第一種見解的看法。

然而，判決並非對所有服從行政指導之行為都給予阻卻違法性的效力，僅限於服從「合法的行政指導」之行為，始生有該項效力。判決此種作法雖立意良深，但是，問題在於構成合法的行政指導之「必要的情事」、「社會觀念上適當之方法」及「實質上未抵觸獨占禁止法的最終目的」等三項要件，不僅意義模糊解釋上亦充滿了不確定性（註71）。譬如，社會經濟情勢到達何種程度始爲「必要的情事」，判決並未作詳細說明，雖亦有主張將之限定於緊急避難之情況者（註72），惟從判決內容觀之似未有如疑限定。又如，怎樣的指導方法始符合社會觀念所認爲的適當性，恐爲見仁見智，判決本身在敘述本件通產省的指導方法時，亦充滿了矛盾（註73），實難作爲此後判決之參考（註74）。如此，則所謂「合法的行政指導」之概念，有被過分擴張解釋的危險，其結果導致服從行政指導的協力行為，即令屬明白地違反獨占禁止法之行為，亦在相當廣泛的範圍內有阻卻違法性的可能，獨占禁止法的實效性或會因此而受到重大的打擊。因此，解決之道除要求各行政機關自慎自戒外，如何地對合法的行政指導內容作限定的解釋之研討，亦爲不可或缺的課題之一（註75）。

註70.今村，前揭註（64）95頁；松下滿雄「石油製品價格協定事件（最高裁昭和59年2月24日判決）の検討（上）」NBL302號14-15頁（1984）。

註71.參照本間，前揭註（61）24-28頁。

註72.丹宗；前揭註（69）20頁；鈴木孝之「獨占禁止政策の意義と今後の課題」法律のひろば37卷6號20頁（1984）。

註73.參照丹田正之「石油カルテル刑事事件の最高裁判決について」商事法務1004號4-5頁（1984）。

註74.合法的行政指導之第三項要件「實質上未抵觸獨占禁止法的最終目的」者，因與獨占禁止法第二條第六項共同行為定義中的「違反公共利益」之要件具有重大牽連，學說上於此見解對立分歧，是爲爭論性頗大的問題。本文在此不擬深入，容待以後若有機會再作詳述。有興趣的讀者，可參照根岸哲「石油カルテル刑事事件最高裁判決と「公共の利益」論」「經濟法学会年報第6號」。

註75.今村ほか編，前揭註（41）119-20頁。

從以上敘述，吾人大略可將行政指導在獨占禁止法上所受到的評價，分成三個發展階段。在第一個階段裡，公正交易委員會不論行為是否為服從行政指導之結果，只要該當於共同行為的構成要件，即屬違法。但是，對事業者個人作個別的行政指導之方式，即令其限制競爭效果與事業者間之共同行為並無甚大差異，然因缺乏「共同」之要件而不在公正交易委員會取締的範圍內。對於此種執法態度，學者間有不予苟同者，乃提倡對個別的行政指導之處理方式，不該將行政指導與事業者之行為截然區分成二個毫不相關的部分，而應視為一體以論斷行為有無違法。於是，對公正交易委員會執法方式之批判而衍生出的學說構成了第二階段的發展。在最後的第三個階段之中，法院對兩者間的關係，先從行政指導是否合法之分析著手，共同行為若係服從合法的行政指導之協力行為，則可阻卻其違法性。自此，判斷行政指導與獨占禁止法間的是是非非之標準，應可謂終告底定。然而，如上所述，如何將最高法院所判示之不確定的合法的行政指導之內容，作一明確限定的解釋，仍是一個留待研討的課題。

肆、結 語

基本上，適切地利用行政指導，行政機關可迅速地對應瞬息劇變的社會經濟情勢，填補立法與現代行政間所存有的鴻溝，行政指導於此值得頗高的評價；然從行政指導之施行僅依官僚個人的主觀判斷，而又不時地與依法行政原則發生衝突等事來看，吾人亦當深自警惕，避免行政指導之利用呈現過於浮濫的狀態（註76）。尤

註76.鑑於行政指導對社會經濟影響鉅大，然其作業過程卻充滿了不透明性，而屢受國內外各界的批評，日本政府乃於最近的「行政手續法要綱案」（收錄於ジュリスト994號63頁以下（1992））中，特設專章律定實施行政指導時應遵守的各項規定。該要綱案「第四章 行政指導」之各條條文的譯文如下：

第二六 行政指導的一般原則

- 1 行政機關於實施行政指導時，不得踰越其任務或職掌事務之範圍，且須注意到行政指導乃為完全不具有法律上的強制力之手段。
- 2 行政機關不得以行政指導之相對人不服從該行政指導為由，而予該相對人

其，在消費者與國民的需求及價值觀日趨個性化、多元化的時代裡，所有關於經濟事務之意思決定若僅單方面地由上自下（即政府→產業→國民、消費者）形成時，則所謂實現國民主權、消費者主權之語乃為空中樓閣；必須經由市場競爭機能之運作，使整體需求之所向能真正地反映到產業乃至政府的政策決定上，消費者主權乃得以伸張（註77）。而且，惟有如此，方能得因意思決定錯誤所產生之風險減至最低程度。蓋市場機構擁有自我檢查之機能，若決策生有錯誤時可立即由消費行為之變化迅速偵測之；相對於此，根本於行政官員個人之能力與主觀判斷上的行政指導

以不當之處置。

第二七 有關申請之行政指導

行政機關以行政指導要求申請人撤回申請或變更申請內容時，申請人雖已明白表示不服從該項行政指導，然行政機關仍續為該行政指導等有害申請人的權利之行為，不得為之。

第二八 有關許可，認可等權限之行政指導

有為許可、認可權限之行政機關，對該項許可、認可權限的行使對象實施行政指導時，不當也利用自己對相對人之地位，而課之以基於法律規定之義務或限制其權利等事實上予相對人以同樣的強制力之行為，不得為之。

第二九 行政指導之方式

- 1 行政機關於實施行政指導時，必須向行政指導之相對人明確指明該行政指導之目的，內容及負責人等事項。
- 2 對於行政機關所實施之行政指導，若相對人請求交付載有前項規定各事項之書面時，非有行政上特別之不便不得拒絕之。
- 3 行政機關於同一目的對多數人實施同樣之行政指導時，依該事業訂定有關行政指導之施行方針，除有行政上特別之不便外並須公佈該方針之內容。

一般而言，本要綱案在對行政指導應有的原則及實施方式作明確的宣示一點上，僅得讚賞。然而，書面僅於相對人請求時方始交付之規定，鑑於行政機關所有之威權地位，是否有其實效性，實屬疑問，且對服從行政指導而受損害之相對人欠缺救濟規定一事，亦皆遭學者詬病。參照新藤，前揭註（15）182-88頁。

註77.根岸哲「產業行政と行政指導」ジュリスト628號145頁（1977）。

，則缺乏此種自我檢查機能，此種決策一旦生有閃失，影響範圍巨大且深遠（註78）。因此，現代民主國家在經濟政策上多強調市場競爭之功能，除非市場發生失敗無法確切地反映消費者訊息，乃以獨占禁止法等法律介入維護市場之自律性外，於大多數事項皆尊重市場的獨立自主性，不輕言以人為手段干涉市場之運作。

我國既已施行公平交易法，基本上亦承認市場機構的重要性，而思以競爭政策為經濟政策的基本原則。因此，公平交易委員會（以下簡稱公平會）之任務，不僅在消極地取締違法行為，更負有積極地促進市場競爭機能之責。行政機關必須將公平交易法視為其行動規範之一，在無具體的法律授權下，如欲實施有限制競爭之虞的行政指導時，應先行與公平會進行協調謀求一妥善的解決之道。然須注意者，厥為因公平會具有準司法機關的性格，故不宜過度課以協調之責，而妨礙其法律適用任務的遂行。若此，於有關經濟事務之行政指導的決策與實施過程中，公平會可有三種不同階段之任務：

第一、在行政指導決策的過程中，公平會應主動積極地透過各種管道，參與政府的制定，並扮演公平交易法代言人之角色，陳述己見。

第二、其他機關如欲實施有限制競爭之虞的行政指導時，公平會應基於被動之地位以維護公平交易法的立法目的為原則進行協調，切忌過分主動而有損公平會獨立的，準司法機關的性格，進而危及公平交易法施行之實效性。

第三、於執法時，應不問行政指導之有無，僅對行為是否違反公平交易法之規定進行檢討，並適時地捕捉行政指導與事業者行為間之關係，視其為一體論斷違法性（註79）。至於日本判例所示「合法的行政指導」之理論，是否值得採行仍有待

註78.參照伊藤元重ほか「産業政策の經濟分析」203-08頁（東京大学出版会，1988）；今井賢一「独占禁止政策と行政指導」ジュリスト566號39頁（1974）。

註79.此際，美國判例理論亦可為重要之參考，依據該理論事業者間縱無意思連絡的存在，在滿足特定的條件下，事業者之行為可視為違反休曼法第一條之規定（相當於規範共同行為之規定）：

「It was enough that, knowing that concerted action was contemplated and invited, the distributors gave their adherence to the scheme and participated in it. Each distributor was advised that the others were asked to participate; each knew that cooperation was essential to successful

商權。恐怕，須得在對我國行政指導之實態作過詳細的研究後，始能下斷言。

另外，立法機關於認為有必要時，雖得制定公平交易法適用除外之規定，但不可過度依賴委任立法授與行政機關過大的裁量權，此舉不僅有放棄立法權之嫌，並時會招致妨礙公平交易法目的達成之行爲的發生，實應深戒之。唯有在公平會，各級行政機關與立法機關三者通力合作之下，公平交易法乃得遂行其目的，在確保一般消費者之利益的同時，並促進我國經濟民主健全的發展。

operation of the plan. They knew that the plan, if carried out, would result in a restraint of commerce, which, we will presently point out, was unreasonable within the meaning of the Sherman Act, and knowing it, all participated in the plan.]*Interstate Circuit, Inc. v. United States*, 306 U.S. 208, 226 (1939)。

