

SDGs とカルテル

舟田 正之

2023 年 12 月

<概要>

SDGs のための競争制限行為、特にカルテルについては、地球温暖化・大気汚染の阻止ないし緩和という社会公共的目的を、どのように独禁法の解釈論に組み込むかが問われている。

この問題について、独禁法の多数説と公取委ガイドラインは、競争制限効果・競争促進効果の比較衡量によるとする。しかし、社会公共的目的を、競争制限効果・競争促進効果という枠組みでどう扱うかは、いまだ十分明らかにされていない。

本小論では、この問題につき、実質的違法性説(または違法性阻却説)による解釈論をとるべきことを説く。そこで肝要なことは、以下の 5 点である。

- (1) 独禁法は、全法秩序の一部であり、またそれが保護しようとする「取引」およびその連鎖によって成立する「競争」には、価格・数量などの経済的要素とともに、非経済的要素が内在している。
- (2) この非経済的要素のうち、実現すべき特定の社会公共的目的を達成するための行為が、取引・競争の中で行われる場合は、独禁法上も考慮に入れる必要がある。
- (3) 社会公共的目的のために、「競争の質」を共同で維持する行為、また、限定的または緊急避難的に行われるカルテルを、解釈によって許容すべきことが例外的にあり得る。
- (4) 上の場合、第 1 段階で、競争制限的效果と促進的效果を比較衡量し、第 2 段階で、社会公共的目的の要請と競争制限的效果の比較衡量を行う。後者では、当該社会公共的目的を違法性阻却事由とみて、立証責任を事実上転換する。
- (5) 社会公共的目的のための競争制限的行為を許容するためには立法で対処するのが正道であるが、立法は万能ではない。立法(または法改正)が間に合わない、または不十分なままであることも少なくないし、特別法を制定しても、競争法との接続・調整、また運用上も競争法との協働が不可欠である。

この問題に取り組む過程で、独禁法の保護法益は何かを改めて考えることになり、また、比較衡量の様々な方法(手順や判断要素の組み立て、立証責任など)を、他の法領域における諸議論を参考に検討することも有益であろう。多数説と実質的違法性説との対比が重要なのではなく、上記の諸論点をさらに吟味、検討することが求められている。

I 問題設定

(1) 最近、「持続可能な発展目標 (Sustainable Development Goals: SDGs)」と経済法・競争法との関係について、他種多様な議論がなされつつある。その中で、SDGs の挙げる諸課題のうち、環境問題、特に地球温暖化に対する私企業の取り組みが、競争法と抵触ないし衝突する可能性がある」と指摘されている。

特に、SDGs のための競争制限行為、特にカルテルについて、地球温暖化・大気汚染の阻止ないし緩和という社会公共的目的を、どのように独禁法の解釈論に組み込むかが問われている。この点について、独禁法にとって最も深刻なケースとして、SDGs 推進、大気汚染減少等の目的のために、複数の事業者がカルテルを行うという例を念頭において、それを独禁法違反とすべきか否かについて検討しよう。

(2) その具体例として、2013 年、オランダ消費者・市場庁は、5 つの石炭火力発電所を閉鎖することを計画する電力会社間の合意が、オランダ競争法 (EU 機能条約) に違反するとした。これを承けて、オランダ政府はサステナビリティの目標に向けた事業者間の共同行為を促進することを目的とする適用除外法案を提出した¹。この石炭火力発電所合意事件については、真に大気汚染の減少という目的のための合意であれば、本来は許容されるべき事案であるように思われる。

もう 1 つの例として、EU のディーゼル乗用車の排ガス浄化技術抑制合意事件では、ドイツの自動車メーカー 5 社が、EU の排出基準において法的に要求されるものを超えて有害な排出物を削減する技術を保有していたが、法の定める最低基準で求められたものよりも改善する競争をすることを回避する合意を行い、2021 年、EU 委員会は、これを EU 機能条約違反とした²。

この排ガス浄化技術合意事件では、排ガスに向けて競い合うことを回避しようとしたのであるから、競争法違反となるのは当然である。しかし、仮に真に排ガスに向けて各社が競い合いつつ、協力するために共同行為をとろうという合意であったとすれば、違法ではないとする可能性もあるように思われる。

(3) 以上の 2 つの事例にあるようなカルテルについて、多数説は、競争制限効果 (= 反競争的效果) と競争促進効果を比較衡量によって、競争の実質的制限の有無が判断される、と解している³。

公取委「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」(2023 年。以下、グリーンガイドラインと略記)も、「このような競争促進効果を有する共同の取組については、基本的に、当該取組の目的の合理性及び手段の相当性(より制限的でない他の代替的手段

¹ 柳武史[2020]、柳武史[2022a]参照。

² 柳武史[2021a]、柳武史[2022b]、根岸哲[2022]13 頁以下参照。

³ 金井貴嗣ほか[2018]68 頁以下参照。なお、本小論では、競争の実質的制限・公正競争阻害性をあわせて、「競争制限」と略記するが、主として、競争の実質的制限について論じる。

があるか等)を勘案しつつ、当該取組から生じる競争制限効果及び競争促進効果を総合的に考慮して独占禁止法上問題となるか否かを検討する」、と述べる(第1の3。下線は舟田)⁴。

ただし、同ガイドライン(第1の2)では、「入札談合、受注調整、価格カルテル、数量カルテル、技術制限カルテル等、ハードコア・カルテルと呼ばれるものが含まれる」場合は、「競争制限効果もたらされる一方で、通常、競争促進効果もたらされることはないため、行為の具体的な態様や手段・方法に関係なく、また、行為がどのような目的や理由のもとに行われたものであっても、そのことのみによって正当化されることはない」、と述べられている。その想定例として、生産設備の共同廃棄や技術開発の制限が挙げられており、上記の欧州の2事例を念頭においたようにもみえる。

しかし、ハードコア・カルテルと非ハードコア・カルテルの区別は相対的ともいえ、例えば、共同廃棄される生産設備の量ないし重要性や、実際に採られる手段等々によって、どちらにも分類される可能性があると考えられる。さらに、この区別は、米国特有の立証責任の扱いに関わっており、日本の独禁法においては、ハードコア・カルテルであっても、当該カルテルが競争に与える影響を一応判断することになっている(ただし、簡素で足りると解されている)。

そこで、以下では、ハードコア・カルテルか否かにはふれず、同ガイドラインでは、カルテルに関する競争の実質的制限の有無は、競争制限効果の競争促進効果を比較衡量することによって判断されるとしておこう。

(4) このように、グリーンガイドラインは、社会公共的目的であっても、「競争制限効果及び競争促進効果を総合的に考慮して」判断する、としている。これは、以前から公取委の諸ガイドラインが採る立場であって、特に1995年改定の事業者団体ガイドライン(「事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針」)第2の7では、自主規制等に関して、その競争阻害性の有無については、次の諸要素を勘案しつつ、判断される、としている。

- (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のものか

学説では、循環型社会形成推進基本法が公布され、循環型経済社会の幕開けの年ともいわれた2000年に行われた、経済法学会の「社会的規制と競争政策」シンポジウムにおいて、多様な議論がなされたが、その多くは、上記の公取委ガイドラインの立場を支持するものであった⁵。

⁴ このような立場は、公取委が既に公表している他のガイドラインでも採られていることにつき、根岸哲[2022]15頁以下参照。

⁵ 日本経済法学会誌21号所収の向田直範[2000]、和田健夫[2000]、沢田克己[2000]等を参照。このうち、「競争手段を制限し」という要件について、私は当時からきつすぎる(狭すぎる)のではないかと考えていたが、当時多くの論者は強制は不可という意見であった。

ここでは既に、リサイクル促進のための競争制限的行為と独禁法の関係が諸外国の例なども念頭に議論された。その後、実際に、公取委平成 19 年度相談事例 3 は、レジ袋を有料化し 1 枚 5 円とする協定を独禁法違反に当たらないとした。その主たる理由は、独禁法 2 条 6 項における「一定の取引分野」を「レジ袋の取引」ではなく、「当該小売事業者が販売する商品全体の取引」分野と画定することにより、競争の実質的制限等の要件を満たさないとするものであった。適用除外でないことはもちろん、正当化事由による正当化でもなかったことに留意すべきであろう⁶。

(5) この問題について、私は以前から、実質的違法性説によって理解すべきことを主張してきた⁷。それによれば、外形的には⁸、すなわち、競争制限的・促進的効果だけをみると、独禁法違反となるカルテルに関し、SDGs 促進などの「社会公共的目的」のために行うのであれば、一定の要件の下で競争制限的行為を許容する、と解される。

ここでの問題は、その理論構成および要件をどう組み立てるか、である。

II 利益衡量＝比較衡量⁹

(1) 石油価格カルテル刑事事件＝最判昭和 59・2・24 は、独禁法の「直接の保護法益」を「自由競争経済秩序」であるとした上で、「現に行われた行為が形式的に右に該当する場合であっても、右法益と当該行為によって守られる利益とを比較衡量」と判示した。

ここでは、上の意味での「利益」を比較衡量するとしているので、それが、多数説や公取委諸ガイドラインの説く、競争制限効果と競争促進効果の比較衡量と同じか否かは議論の余地がある。

しかし、以下に述べるように、独禁法上の比較衡量においては、純粹の経済的な効果だけではなく、競争の社会的意義・諸価値をも含んで行われるべきだと考えられる。すなわち、比較衡量される「利益」とは、同法が保護しようとする法益（「保護法益」）、すなわち自由競争経済秩序（＝競争秩序）、および、競争がもたらす非経済的な諸価値、諸利益（「取引の自由」）も含む意味での利益の比較衡量である。そして、この競争秩序は、全法秩序の中に組み込まれているのであるから、非経済的な諸価値、諸利益としての社会公共的目的も含めて理解すべきである。

利益衡量は、憲法・民法・刑法等の諸法領域でも議論されており、経済法（競争法）においても、これらを踏まえて議論すべきであろう。しかし、この視点からの研究は、これまで経済法学においては蓄積が乏しく、本小論はそのための 1 つの契機となれば幸いである。

(2) 比較法的に参考になることとして、ドイツの競争制限禁止法(GWB)上の諸規制、特に単独の

⁶ 土田和博「持続可能な発展目標 (SDGs) と経済法・総論」(研究会報告レジュメ。近く公表予定)。

⁷ 舟田[2021a]第 2 章を参照。本稿における一般論の部分は、これと重なる内容であり、参考文献は最小限にとどめる。

⁸ 「外形的に」とは、大阪バス協会事件＝審判審決平成 7・7・10 で用いられた用語である。

⁹ ここでは、比較衡量と利益衡量 (Interessenabwägung) を同義であるとしている。

市場支配的事業者による搾取的濫用に対する規制においても、利益衡量による「総合的・包括的な法的価値判断」が必要となる、とされている¹⁰。

この点につき簡単にみてみると、戦前の大審院判例以来、約款規制における民法上の判例の中で形成されてきた「力の濫用」法理が、連邦通常裁判所の諸判例及びそれを支持する学説によって、相当性概念と利益衡量＝「相当な利益調整」(angemessenen Interessenausgleich od. Interessenabwägung)として、GWB上の市場支配的事業者による濫用規制の解釈論に流れ込む。

競争法上の濫用に関する利益衡量においては、まず経済的利益に関する利益衡量(主に取引当事者間の「給付の均衡」の有無)が行われる。利益衡量の次の段階として、自己決定権など非経済的利益についての規範的・価値的判断がなされる。

その際の基本は、法秩序に内包されている法目的ないし価値体系に沿って行われることである。競争法上の利益衡量であるから、GWBの法目的から出発すべきであり、それは、多くの判例において、業績競争(Leistungswettbewerb)の確保と、市場の開放性に向けられている、と説かれている¹¹。

上は、市場支配的事業者による搾取的濫用に対する規制における利益衡量について述べたものであるが、GWB1条のカルテル禁止については、米国のルール・オブ・リーズン法理を参照して、または「不文の適用除外」として、例外的に利益衡量によってカルテルを許容することがあり得るとする学説もある。しかし、判例・通説は、そのような場合は既に明文で適用除外が定められているとして否定する。

III 2つの理論構成

SDGs促進などの「社会公共的目的」のために行われるカルテルが、独禁法違反となるか否かという問題について、次の2つの理論構成が考えられる。

A. 競争包摂(拡張)説(多数説・公取委ガイドライン)

競争または競争制限の意味を広くとり、または膨らませて、社会公共的目的ないし非競争的利益をも取り込んで、競争制限効果と競争促進効果を比較衡量する¹²。

¹⁰ 利益衡量は、本文で挙げた搾取的濫用規制のほか、市場支配的事業者による差別的取扱い、および市場支配的事業者・相対的市場力を有する者による利益強要の禁止における「客観的に正当な事由なく」(GWB19条2項1号・5号、20条1項・2項)や、相対的市場力を有する者による取引拒絶をさせる行為の禁止における「不当に」(GWB21条1項)等についても必要と解されている。

¹¹ ドイツのGWBにおける利益衡量については、舟田[2023]各所参照。特に濫用規制については、「必要な利益衡量の枠内で、公共の利益、例えば環境保護、生存配慮(Daseinsvorsorge)、その他の公益も考慮しなければならない。効果的な競争は、そのような一般の公共の利益と切り離して評価されてはならない。同時に、個々の場合に、立法者の評価、普通取引約款法(AGBG)におけるように、力関係の調整に向けられた規制をも考慮しなければならない」Münchener Kommentar[2015] § 19(Wolf, Maik 執筆部分), Rn.32.(舟田[2023]416頁)。

¹² 「『公共の利益に反して』の要件は、『競争の実質的制限または公正競争阻害性』の要件に包

B. 実質的違法性説(または違法性阻却説)

外形的に独禁法上の諸規定の要件を満たす行為であっても、全法秩序からみて実質的に違法性がないと判断される場合には、例外的に、独禁法上も違法性が阻却される¹³。

上記の A.競争包摂(拡張)説という用語は、私の造語であって、この問題について現在の独禁法解釈論の多くがとる立場をこのように表現できるのではないかと考えた次第である。

上の A 説にあるように、カルテル(不当な取引制限)の場合、「競争の実質的制限」という要件を充足するか否かについては、競争制限効果と競争促進効果の比較衡量で決するというのが、競争法の伝統的立場であり、社会公共的目的をもその中に取り込んで解釈しようとする。

B 説の実質的違法性説においても、実際上は、ほとんど競争包摂(拡張)説と同様の具体的解釈・事実認定を行うことになり、ほとんど理論構成の違いにすぎないともいえる。しかし、実質的違法性説に拠る場合には、第 1 段階で、競争制限の効果と競争促進的效果を比較衡量し、第 2 段階で、競争以外の諸価値、諸利益を違法性阻却事由として考慮する。このように、2 つの段階を分けること、また、第 2 段階における競争以外の諸価値、諸利益(以下、「社会公共的目的」と呼ぶ)につき、違法性阻却という構成をとることによって、例外を認める作業のなかで、実際上は、例外を主張することは極めて限られること、また、その主張をする側の立証責任が重くなること、の 2 点で、競争包摂(拡張)説と異なる。

このように、AB 両説を一応区別したのであるが、原理的に異なる立場というより、実質的違法性説は、競争包摂説の改良版であるといったほうがいいとも思われる。ただし、競争法の枠内でも、競争の社会的意義を承認するとすれば、経済学上の厚生 of 枠を出ていることは明らかである。

IV 「正当化事由」という用語法について

1. 2 つの正当化事由

日本の競争法論においては、競争制限効果と競争促進効果の比較衡量という判断枠組みにおいて、米国に倣って、競争促進効果を正当化事由と呼ぶことも多いようである。

しかし、用語法として、少なくとも日本では、上記 A 説・B 説のどちらをとるにせよ、正当化事由を、「外形的に」、独禁法上の諸規定に定められている諸要件を満たす場合に、安全性の確保・環境保護等の「社会公共的目的」によって、独禁法 1 条に照らして、または「競争の実質的制限」・「公正競争阻害性」または「公共の利益に反し」の要件に当たらないとして、独禁法違反を否定す

摂化される」(根岸＝舟田[2015]48 頁参照。その他、和田健夫[2000]29 頁以下等参照。なお、かつては「公共の利益に反して」を実質的な要件ではなく、訓示規定とみる説が多数説・公取委実務の立場であった。しかし、これについては多くの議論が出尽くしており、後述の石油価格カルテル刑事事件最判以降は、この立場をそのままの形で維持することはできないと思われ、ここでは割愛する。

¹³ 舟田[2021a]58 頁参照。

る根拠に限定し、議論の混乱を避けるべきであると考えられる¹⁴。

(広義の)正当化事由＝「社会公共的目的」(狭義の正当化事由)＋ 競争促進効果

2. 正当化事由は「社会公共的目的」に限る

上記のように、(広義の)正当化事由という用語を止め、競争促進効果と狭義の正当化事由を区別して論じるべきであろう。

その理由は、(広義の)正当化事由には多様な意味があり得るにもかかわらず、いわば何でもかんでも一緒に「正当化事由」に放り込んで、競争制限の効果と(広義の)正当化事由を比較衡量すると厳密さに欠けるおそれがあるからである。また、(広義の)正当化事由を論じると、いわば無前提に「目的の正当性と手段の正当性」という枠組みに置き換えて判断する傾向があり、独禁法上の諸規定の規範構造を超えて(それらを看過して)、反競争性(競争制限・阻害性)と正当化事由の二項対立に単純化するおそれがある。

なお、競争促進効果と区別した場合、正当化事由に関しては、「非競争的事由」または「非経済的正当化事由」等の用語も用いられており、これらは上の「社会公共的目的」とほぼ同じことを指している。

V 「競争」の意味ないし「競争の質」

1. 競争の社会的(非経済的)意義

(1) 上では、社会公共的目的(非競争的または非経済的目的)と競争促進効果を区別した。しかし、その前に(前記の A 説・B 説いずれをとるかにかかわらず)、競争ないし競争制限について、狭義の経済的要素だけに着目して捉えるのは狭すぎる、ということを指摘しておく必要がある。

現実の競争は、経済学のモデルにおけるような、需要と供給の調整機能としての市場(価格)メカニズムによって行われるという側面だけにとどまるものではない。社会のなかで行われている競争は、価格に反映されない品質等など、より多様な要素に基づいて行われている。

現実の取引と競争においては、価格と品質などの経済的要素のみならず、社会規範ないし社会的評価(当該取引が違法または不当なものか、社会的に望ましいとされているかなどを含め)、社会公共的な観点などの要素も作用するし、また、社会公共的目的をふまえた取引・競争を促進すべきだという意味で、社会公共的目的を組み込んだ独禁法解釈が求められる。

このことを解釈論に落とし込むために、「全法秩序からみて違法な競争の実質的制限は生じていない」と解すること、「競争を制約して実現しようとしている価値の全法的評価」を行うべきことが示唆されている¹⁵。「競争の実質的制限」に、このような「規範的評価」を読み込むことも可能であり、これによれば、競争包摂説も、解釈論として十分成立するであろう。

他方で、実質的違法性説は、上記のような広い競争の社会的意義・価値(競争秩序と「取引の

¹⁴ 金井貴嗣ほか[2018]34 頁以下も、正当化事由にはこの 2 つの意味があるとする。

¹⁵ 川濱昇[1996]。

自由)」から出発するので¹⁶、正面から、競争法の解釈に非経済的価値ないし社会公共的目的を取り込もうとするものである。

(2) 上記の、「規範的評価」を読み込む例として、競争包摂説は、阿片煙に関する取引を取り上げ、「阿片煙を安く販売するという競争は、日本の法秩序からして保護に値しない」、と説く。さらに、同種の考え方は、「汚染物質、危険な商品などの取引でもあり得る、とする¹⁷。

これは、取引の対象である商品・役務それ自体についての規範的評価であって、比較衡量以前の問題であるとも考えられる。ドイツ法・EU法における「保護に値しない競争」論は、このレベルでの議論である(後述)。

ところで、上記の阿片煙のような明白に違法な取引の例を超えて、ペットボトルを禁止するカルテル、レジ袋を有料化し1枚5円とする協定¹⁸などについてはどうか。これらの事例については、仮に目的は一応合理的といえても、手段が合理的か、より競争制限的でない代替的方法はないか、競争への悪影響を上回る(打ち消す)競争促進的効果をもたらすか等が検討されることになる、と説かれている。

(3) 上は、競争包摂説における非競争的利益ないし規範的評価を組み込んだ比較衡量であるが、そこでは、目的・手段の合理性と競争制限的効果と競争促進的効果の比較衡量がどういう手順ないし関係で判断されるのかは、いまだ明確ではないように思われる。

また、競争包摂説では、非競争的利益は例外的に考慮されるにすぎない、とされているようでもある。

(4) これに対し、実質的違法性説においては、取引および競争・競争制限を、経済的側面だけでなく、より広い社会的側面、特に具体的な社会における意義・評価を含んだものとして捉える。もっとも、このこと自体は、競争法学説の多くも了解していることであろう。問題は、それを実定法としての独禁法の解釈論にどう組み込むかである。

そもそも、独禁法は、競争秩序とそこにおける取引主体の自律性ないし実質的自由(「取引の自由」)を保護しようとするものであるから、独禁法上の諸規定に違反する行為は、それ自体、全法秩序からみても違法性を有するはずである。ここで「実質的違法性」と呼ぶのは、上の法違反行為の違法性を、ことさら「実質的」と限定する必要がある場合に注目するからである。言い換えれば、法違反行為であっても、全法秩序からみて、実質的には違法性がないと判断される例外的な場合がある。

例外的な判断としての位置づけを活かすために、違法性阻却という構成をとるが、法的な立証責任に関するものではなく、事実上の立証責任を転換することを提唱するものととどまる。すなわ

¹⁶ 舟田[2023]参照。

¹⁷ 泉水文雄[2022]48頁、241頁以下。同旨、金井貴嗣ほか[2018]35頁以下参照。

¹⁸ 公取委平成19年度相談事例3を参照。

ち、ある事業者の行為が外形上独禁法上の諸規定に違反するようにみえる場合であっても、社会公共的目的のための妥当な行為であることにつき、行為者である事業者に事実上の立証責任を負わせ、それに成功した場合には独禁法違反としないとするものである。

これに類似する考え方は、以前から一部で説かれることもあったし、次に述べる「競争の質」に関する議論もあったが、契機となった具体的事件は、前記の石油価格カルテル刑事事件最判と大阪バス協会事件審決(前注 8)である。

ただし、実質的違法性説は、古くから産業界等で広く説かれてきた、独禁法 2 条 5 項・6 項の「公共の利益」を、「国民経済全般の利益」として広く捉える説とは明確に異なるということに留意すべきである¹⁹。

2. 「競争の質」、「保護に値しない競争」論

(1) 上記の競争の社会的(非経済的)意義が実際に生きる例として、醤油業界が公的規制よりも厳しい品質基準を定め、それ以下の品質の醤油を製造しないことを申し合わせていたなかで、ある大規模スーパーが、法的規制はクリアするが、業界の自主基準より低い品質の商品をプライベートブランドとして製造委託し販売する計画を立て、これに対しメーカーの事業者団体が、このスーパーからの受注を共同して拒否した、という事例を挙げておこう²⁰。

これは、外形上は独禁法違反(不当な取引制限あるいは共同の取引拒絶)になる可能性がある。すなわち、競争制限的効果と競争促進的効果の比較衡量によれば、前者が優ると判断される可能性がある。

しかし、自主規制基準が、相当期間にわたって事業者に商慣習として遵守されてきており、内容的にもその基準が現時点の技術水準等からみて社会的に妥当であり、他方で、法的基準は改正の必要がないとして以前のままに放置されてきており、早急な改正は困難であるとすれば、この共同ボイコットは実質的な違法性はないと判断されることがあり得ると解される。

つまり、実質的、社会的にみて正当な「競争の質」を維持するためのカルテル、共同ボイコットは、社会公共的目的に資するものであって、独禁法の究極目的ないし公共の利益に反しない、と解される。

¹⁹ この「国民経済全般の利益」説においては、競争政策は全体の経済政策または経済秩序の中の 1 つに過ぎないとか、「『公共の利益に反して』とは『弊害のある場合』と理解されなければならない。----弊害の有無は---- 個々の法律の定める特定の目的ではなく、より広い見地から、すなわち『公共の福祉』の見地から判断されるべきものであり、従って『公共の利益』とは原判決のいうような限定的なものではなく、憲法上の「公共の福祉」は、「種々の権利を何らかの形で調整しようとするものとして理解され」る、などと説かれる(上の括弧内で示したのは、石油カルテル刑事事件における上告人(石油会社)の上告理由からの引用である。舟田[2021a]49 頁以下を参照)。

²⁰ 以下の叙述については、舟田[2009] 102 頁以下その他各所、舟田[2021a]72 頁以下、94 頁以下等参照。

ただし、この場合に、共同ボイコットという手段をとる必要性、他の(より競争制限的でない)代替的手段はないか、または目的と手段の相当な関係等も検討した上で、独禁法違反か否かを判断すべきである。

(2) 上の醤油についての共同ボイコットと類似する例は、ほかに、大阪ブラシ工業協同組合事件＝審判審決昭和 30・9・20 も、品質の確保が目的であり、手段も相当だとすれば、独禁法違反にならないとする事例だったように思われる。

別の仮想例として、数年前に広く議論されたトラックの過積載につき、トラック事業者間での過積載をやめようという申合せは、トラック事業者と荷主との間の取引力の差と競争の実態に鑑みれば、独禁法上も違法とは判断されるべきではない、と解する可能性があろう。

また、日本遊戯銃協同組合事件＝東京地判平成 9・4・9 は、石油価格カルテル刑事事件＝最判昭和 59・2・24 を引用しつつ、大多数の参加者による共同ボイコットであっても、目的・手段が相当であれば法 8 条 1 号(現行法)に反しない、という一般論を述べて注目された。

その背景として、エアガンに関する安全基準につき、本来は武器等製造法、銃砲刀剣類所持等取締法などによる厳格な公的規制によって安全を確保すべきところ、それらの規制が不十分で、危険なエアガンが製造・販売されるおそれがあり、従来から業界団体の自主規制に委ねてきたという経緯があった。

そこにおいて、仮に、消費者の安全の確保のために、公的規制の改善を待っては間に合わないという「規制の失敗」が認められ、手段の相当性の点をクリアするとすれば、緊急避難的に事業者間のカルテルないし共同ボイコットが認められる余地があると考えられる。

(3) 上記の「競争の質」をめぐる議論と近い性格をもつものに、「保護に値しない競争」論がある²¹。

大阪バス協会事件において、被審人(大阪バス協会)から、道路運送法上違法な低運賃をめぐる競争は、法的保護に値しないから、仮にカルテルの外形をもった行為であっても、独禁法違反として規制するべきではない、という主張がなされた。

しかし、道路運送法上違法な低運賃をめぐる競争は法的保護に値しない、という命題は、道路運送法上の評価と独禁法上の解釈を直結させている点で疑問である²²。

これに対し、「保護に値しない競争」説は、事業法上の規制を独禁法上の解釈にそのまま受け入れるのではなく、独禁法の究極目的に照らして、保護に値する、または値しないという判断を行うということだとすれば、「競争の質」に関する上記の諸事例の理解に近づいてくる。

(4) 競争法の保護法益は、価格と数量に集約されるような経済的価値に関する競争それ自体で

²¹ 根岸哲[1995]14 頁以下、根岸・舟田『概説』48 頁以下、泉水文雄[2022]48 頁以下、241 頁以下等参照。ドイツ競争法・EU 競争法における「保護に値しない競争」論については、沢田克己[2000]48 頁以下、56 頁以下を参照。

²² 東條吉純[2010]79 頁参照。

はなく(ただし、経済的意味での競争が競争法の基準ないし参照点であることに異論はない)、人々が生活する社会の多様な要素を含んだ「競争秩序」であり、また、そこで活動する経済主体の自律性ないし実質的自由(「取引の自由」)であると考えられる²³。

上記の「競争の質」をめぐる議論から、競争法においても社会の諸価値を考慮に入れる必要があるということを改めて認識させられるといえよう。ただし、そのような諸価値を考慮する際の手順と方法が重要であり、それ相応の理論構成が必要になる。

VI 実質的違法性説(=違法性阻却説)

1. 実質的違法性説に基づく判断過程

(1) 上記の「競争の質」をめぐる議論は、前記の A.競争包摂説から説明することも可能ではあろう²⁴。しかし、B.実質的違法性説で解釈し直したほうが無理がなく、判断要素・過程が明確であり、また、例外的に、非競争的利益を考慮する場合の方法ないし要件・(事実上の)立証責任を明確にすることができると考えられる。

実質的違法性説の出発点は、石油価格カルテル刑事事件最判である。以下、同判決の核心部分を引用する。

- a. 「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っても、右法益と当該行為によって守られる利益とを比較衡量」する。
- b. 「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」。

これら a,b の実質的意味は、行政指導と関連しており、多くの批判があるとおりで²⁵。したがって、同判決をそのまま受け入れるわけではないが、上に引用した 2 つの部分それぞれ自体は妥当な解釈であると考えられる。

²³ 詳細は、舟田[2023]参照。

²⁴ 例えば、滝澤紗矢子[2023]23 頁は、「最近の競争法は、SDGs や個人情報保護などの問題を取り込んで議論することが当然視されている以上、質も含めた衡量という難題に正面から取り組まざるを得ない」、と述べるが、そこでは「質」や「衡量」の意味などにふれているわけではない。伝統的な競争法上の比較衡量(競争促進的効果と競争制限的効果)の枠内であるなら、効率性ないし「消費者厚生基準」のベースに乗った議論なのであろうが、SDGs や個人情報、環境などの「利益」も含めるとすると、「利益」をどう「衡量」するかを明らかにすることが求められる。

²⁵ 石油価格カルテル刑事事件最判は、「比較衡量論」を一般論として提示している。それが当該事案とどう結び付くかという、行政指導協力→比較衡量→違法性阻却という筋道であると思われる。このことを明確に指摘したのは、今村成和=正田彬[1980]4 頁以下における今村成和発言である。本判決の比較衡量論を批判する多くの議論のなかでは、和田健夫[2013]がまず参照されるべきである。私の本判決批判については、舟田[2021a]42 頁以下、50 頁以下参照。

(2) 実質的違法性説とは、前述のように、石油価格カルテル事件最判の説く利益衡量・違法性阻却を再構成し、外形的に独禁法上の諸規定の要件を満たす行為であっても、全法秩序からみて実質的に違法性がないと判断される場合には、独禁法上の評価として違法ではない、とする立場である。

独禁法も、全法秩序の一部であるから、それとの関連で捉えるべきであり、競争原理あるいは競争との関連だけで判断されるべきではない。

ただし、競争原理以外の法価値を独禁法上の判断に組み入れるには、相応の手順と特別の考慮を要する。第1段階で、問題となる行為について、競争制限的効果が競争促進的効果を上回るとする以上、第2段階でそれを打ち消し、実質的な違法性がないと判断するためには、それ相応の理由と判断手法が必要である。

この第2段階を設ける条文上の根拠は、カルテルについては、独禁法2条6項の「公共の利益」であるが、法8条の事件などでは、法1条の究極目的である。この第2段階で、問題となる諸価値・利益を評価し(目的の合理性)、また、実際にとられた手段との関連を比例原則にしたがって検討することになる(手段の合理性、目的・手段の関連性)。

このような評価方法を基礎にして、前述(V2)の「競争の質」で挙げた諸例のほか、大阪バス協会事件、日本遊戯銃協同組合事件、東芝エレベーター事件等を理解しなおすことが可能であると思われる(詳細は省略)。

2. SDGs との関連を素材に

(1) ここで問題としている SDGs との関連で、前記の石炭火力発電所の閉鎖のためのカルテルの事例を素材に、実質的違法性説に基づいて検討するとすれば、第1段階で、競争制限効果と競争促進効果の比較衡量を具体的対象に即して行い、次に第2段階で、ここでの社会公共的目的としての大気汚染防止等の利益と競争制限効果とを比較衡量することになる。

(2) 第1段階の競争制限効果と競争促進効果の比較衡量において、石炭火力発電所閉鎖によって特に競争促進効果はないであろうから、残る作業は、競争制限効果が当該市場においてどの程度、競争に悪影響を与えるものかを考慮することであろう。もともと、この点で、排ガス浄化技術抑制合意事件では、競争促進効果もあり得るので、より複雑な検討をすることになる。

競争制限効果の評価については、最も安価な発電をしている発電所を停止するので、事業者も消費者も電力料金の面で不利益をこうむることになる。しかし、競争制限効果を各事業者ごとにもるなど、子細に検討するとすれば、参加する発電事業者の市場シェアが最も重要であるが、シェアの算定においては発電の種別を問わないので、次に、石炭火力による発電の比率、さらに、それぞれの参加事業者にとって、石炭火力がどれだけの重みを持っているかも、検討する必要がある。

日本全体の電源構成における石炭火力発電の割合は、2021年は26.5%で、次第に減少しつつある。発電コストは、特に再エネと原発との比較について、多くの議論があるところであるが、政

府等の試算では、石炭火力発電が最も小さいとされている。これ以外の考慮要素として、各石炭火力発電所ごとの特性、技術革新、原料調達のリスク等があるであろう。

しかし、仮設例であるので、ここではこれ以上の検討は割愛しよう。

(3) 判断の第2段階では、上記の(競争促進的効果を割り引いたあとの)競争制限効果と、社会公共的目的に資するという利益を比較衡量する。後者は、本事案では、大気汚染・地球温暖化の悪化を緩和するという点であるが、それがどの程度かも検討されるべきであろう。

ここで、憲法上の違憲審査基準に関する目的審査・手段審査の用語と枠組みを転用するとすれば²⁶、まず、3種類の一般的な審査基準(厳格な審査、厳格な合理性の審査、合理性の審査)のどれを用いるかによって、それに応じた目的審査・手段審査によることになる。

前者(目的審査)では、当該行為の目的が、全法秩序にとって、どのような利益に資するかを考え直す必要がある。憲法学では、「真にやむをえない利益」、「重要な利益」、「正当な利益」を区別し、そのどれで吟味するかという議論がなされているところである。

大気汚染・地球温暖化の悪化を防止するという目的は、今日では、「真にやむをえない利益」として緊急性をも有していると思われ、いわゆるグリーンウォッシュではなく、真にそのためであれば、競争法上も最大限の考慮をすべきであるように思われる。

後者(手段審査、目的・手段の関連性)については、同じく憲法上の違憲審査基準を転用するとすれば、上記3種類の基準に応じて、「必要最小限」、「より制限的でない代替手段がない(=LRA)など」、「著しく不合理であることが明白でないこと」のどれで吟味するか、が問題にされる。ここでは、大気汚染・地球温暖化悪化の緩和が、どの程度なのか、例えば石炭を石油・天然ガスに代えるだけなのか等々も考慮されることになる。

なお、このうちLRA基準における、他の代替手段がないという点については、実際上の立証が困難であり、これに代えて、目的が重要であると認められる場合は、当該目的と手段に合理的な関連があれば足りるとすべきであるように思われる。

上記では、憲法上の違憲審査基準を転用したが、もちろん違憲審査と独禁法上の要件に当たるかという問題は、局面が異なっており、頭の体操のレベルかもしれない。今後、独禁法に関して、より精緻な比較衡量の方法を検討すべきであろう。

3. 比較衡量への懸念と再評価

(1) 以上のように、実質的違法性説は、独禁法の究極目的・「公共の利益」の観点から、競争制限的効果が優る場合であっても、「社会公共的目的」を理由として、独禁法違反としないとするものである。

これに対し、これまで競争法理論では、競争促進的または制限的効果以外の要素を判断要素

²⁶ 渋谷秀樹＝赤坂正浩[2022]363頁以下が明快で分かりやすい。周知のように、違憲審査基準については多くの研究があるが、最近では、米国については、川岸令和[2018]、ドイツについては市川正人[2020]等がある。また、伊藤健[2021]は、目的審査に正面から取り組んだ力作である。

に入れることには極めて慎重であった。従来からの多数説である競争包摂説が、上記のような2段階の判断過程を明示的に採ることに消極的であるのは、競争ないし経済的利益以外の要素を「正当化事由」のなかに無造作に放り込むと、いわば「底が抜けてしまう」危険性があるからであろう。

これは正当な認識であって、これまで競争法の理論・実務は、競争制限効果と競争促進効果の比較衡量の具体的方法について知恵を絞ってきたところ、第2段階で社会公共的目的がいわば「切り札」のような扱いになれば、比較衡量に関する議論が吹き飛んでしまいかねない。ドイツの競争法論において、解釈でカルテルを認める説が少数にとどまり、多数説が明文の適用除外で認められている場合に限るとするのには(前述Ⅱ2で簡単にふれた)、同様の考慮があるようである。

何よりも、社会公共的目的や「公共の利益」などを漠然と広くとると、多くの反競争的行為や企業結合を認める方向に流れやすくなるという懸念がある。古くは、八幡富士合併事件や石油価格カルテル刑事事件の際、(旧)通産省や政界・産業界の大部分は、「公共の利益」のために競争制限的行為を認めるべきだという論陣を張っていたことが想起される(前注19「国民経済全般の利益」説を参照)。

(2)これと似たような状況は、憲法における違憲審査をめぐる議論でもみられる。例えば、次のような指摘がしばしばなされてきた。

「憲法上の権利は国家権力との間で争われる場合が一般的であるので、小さな私益対重要な公益という対置構図が形成され、比較衡量の手法による人権制約の判断は、秤の重みが権力の側に当然に傾き、人権擁護に資さない可能性が大きいことになる。衡量といっても、実は、秤に乗せる前に結論が出ていることが多いのではないかと疑われる」²⁷。

上は、国による人権の制約という局面についての議論であるが、これと全く異なる、独禁法上のSDGsとカルテルという局面では、比較衡量の第2段階で、「地球温暖化防止」対「競争制限効果」という比較衡量が行われることになる。ここでは、後者(競争制限効果)は実際には取引の相手方の経済的不利益(石炭火力発電所のケースでは、電力料金の値上げ)として現れるので、秤の重みは、前者(SDGs促進)のほうに当然に傾きそうである。そこでは、目的と手段の関連性が主たる検討対象となるであろう。

(3)比較衡量という手法それ自体については、古くから憲法や民法等の法領域において、様々な検討がなされ、上記のように厳しい批判もなされてきた²⁸。しかし、どの法領域においても、相対立する利益・権利を調整する必要がある、(最広義の)比較衡量から逃れることはできない。ただし、一口に比較衡量といっても、様々な内容・形態があることもいうまでもない。

²⁷ 川岸令和[2018]92頁。表現の自由に関してではあるが、市川正人[2020]398頁も同旨。

²⁸ 民法における紛争当事者間の利益衡量論についてすぐ思い起こされるのは、星野英一、加藤一郎などが主導した利益衡量論に対し、多くの批判がなされたことである。例えば、原島重義[2011]445頁以下、これにふれる舟田[2023]480頁以下(特に注168)参照。

法的議論において重要なことは、衡量する者の個人的な選好を単に恣意的に示すだけでなく、諸利益の価値を比較するための尺度または価値評価の根拠を説得的に示すこと、また、論証・検証過程を可能な限り明確化することであろう。

4. 解釈か立法か

前記の「社会公共的目的」(狭義の正当化事由)を独禁法上の解釈において考慮に入れることについては、競争包摂説の立場から、「競争政策以外の他の公共政策との調和は、『公共の利益』なる文言であろうとなかろうと、独占禁止法の解釈や運用によって行われるべきものではなく、立法によって解決すべきことになる」、との意見がある²⁹。

前記のように(VI3)、競争法理論が、伝統的に競争促進的または制限的効果以外の要素を入れることには、極めて慎重ないし消極的であったし、それには相応の理由がある。

しかし、立法による「解決」に多くを期待することには疑問がある。もちろん、社会公共的目的について、解釈上疑義または対立する議論があるときに、立法で対処するのは正道であるが、立法は万能ではない。仮に妥当な内容をもつ特別法を制定しても、その規定の具体的な解釈・運用に際しては、競争法との接続、および競争法との協働が不可欠である。

また、SDGsのための企業による諸活動が競争法と抵触するおそれがある場合、立法(または法改正)が間に合わない、または不十分なままであることも少なくないことは、既に「競争の質」に関する諸事例でみたとおりである(V2)。立法が行われるまでは、社会公共的目的については競争法からは排除するというのでは、SDGsに限らず、多くの場合、社会的に不当な結果となり得るのである。解釈によって、社会公共的目的に正面から取り組む必要がある所以である。

VII まとめにかえて

(1) SDGs、特にここで取り上げた地球温暖化、大気汚染の防止という課題は、全世界で緊急に取り組むべきものであり、すべての経済活動がこの課題を最優先にして行われることが望まれる。しかし他方で、それと同時に、どの国でもどの企業でも、豊かな経済生活を目指し、景気の上昇、安定や、雇用の維持、技術革新等々を目指している。具体的事案ごとに、最優先課題は何か、複数の目標のバランスをどう取るかが常に問われているといえよう。

(2) 翻って、東日本大震災、東京オリンピック、新型コロナなどの折、国を挙げて復興ないし対応しようという中で、復興工事・五輪工事に関する独禁法違反の談合や、持続化給付金事業の受託事業者をめぐる取引妨害事件などが行われた。SDGsについても、多額の補助金や各種の助成措置が行われている。公的補助は、競争秩序を歪める性質をもっており、この点からの監視も必要である。

(3) 最後に、本稿の冒頭では欧州の事例を挙げたが、日本では、SDGsのために独禁法違反のり

²⁹ 林秀弥[2023]10頁。ただし、企業結合規制を論じている文脈におけるものである。向田直範[2000]16頁も同旨。

スクを冒してまでも遂行しようとする実例がこれから現れるか、極めて疑問である。

現在、国連の気候変動枠組み条約締約国会議(COP28)では、化石燃料・石炭火力の段階的廃止・段階的削減をめぐる各国の調整が続いている。その中で、日本政府・日本企業の態度をみると、石炭火力発電所の廃止どころか、新技術で増設する道を選んでいるようである。実際に、仙台や神戸などで石炭火力発電所の新增設が進んでいる。ただし、これに対し、大気汚染を理由とする住民による建設差止の訴訟が係属中である。

そもそも、カルテルは複数の事業者で共通の目的のためにお互い痛みを耐えようとするものであり(例えば値上げカルテルでも、販売高の減少というリスクがある)、それぞれ事業内容・経営実態などの異なる事業者が同一歩調をとるとしても、各事業者によって痛み・リスクの内容・程度は異なる。したがって、複数の事業者が自己の利益のためではなく、真にSDGsのためにカルテルを行うとすれば、SDGs推進すべしというよほどの重圧があってはじめて実現するものだろう。それを競争法上許容するには、上記のような各事業者の経営実態等を精査した上で、本稿が提示した方法・手順で判断する必要があると考えられる。

文献リスト(50音順)

市川正人『司法審査の理論と現実』(日本評論社、2020)→市川正人[2020]

伊藤健『違憲審査基準論の構造分析』(成文堂、2021)→伊藤健[2021]

今村成和＝正田彬「対談 石油ヤミカルテル刑事判決の意味するもの」公正取引 361号4頁以下(1980)→今村成和＝正田彬[1980]

金井貴嗣＝川濱昇＝泉水文雄『独占禁止法』(弘文堂、第6版、2018)→金井貴嗣ほか[2018]

川岸令和「比較衡量論――憲法上の権利の理解の深化に向けて」山本龍彦＝大林啓吾(編)『アメリカ憲法判例の現在』(弘文堂、2018)→川岸令和[2018]

川濱昇「大阪バス協会運賃等カルテル事件」私法判例リマックス 13号120頁以下(1996)→川濱昇[1996]

沢田克己「非競争利益と競争制限行為の許容」経済法学会年報 9号167頁以下(1988)→沢田克己[1988]

沢田克己「非競争利益と経済団体自主規制(1)～(3)」法政理論(新潟大学) 20巻2号59頁以下、21巻1号115頁以下、21巻2号1頁以下(1987-88)→沢田克己[1987-88]

沢田克己「ECおよびドイツにおける社会的規制と独占禁止政策法―環境保護を中心として」日本経済法学会年報 21号40頁以下(2000)→沢田克己[2000]

渋谷秀樹＝赤坂正浩『憲法1人権』(有斐閣、第8版、2022)→渋谷秀樹＝赤坂正浩[2022]

泉水文雄『独占禁止法』(有斐閣、2022)→泉水文雄[2022]

東條吉純「事業法上違法な取引条件に係る価格カルテル」経済法百選 78頁以下(2010)→東條吉純[2010]

根岸哲「グリーン成長と競争政策―事業者間の協定」公正取引 861号12頁以下(2022)→根岸

哲[2022]

根岸哲「貸切バス運賃カルテルと独占禁止法」公正取引 541 号 11 頁以下(1995)→ 根岸哲
[1995]

根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説』(有斐閣、第 5 版、2015)→ 根岸＝舟田[2015]

滝澤紗矢子「市場を跨ぐ利益衡量の可能性と方法」日本経済法学会誌 44 号 15 頁以下(2023)→
滝澤紗矢子[2023]

原島重義『市民法の理論』(創文社、2011)→ 原島重義[2011]

林秀弥「企業結合規制の現代的課題」日本経済法学会誌 44 号 1 頁以下(2023)→ 林秀弥
[2023]

舟田『独占禁止法の研究』(有斐閣、2021)→ 舟田[2021a]

舟田「新型コロナウイルスと経済法」日本経済法学会年報42号139頁以下(2021)→ 舟
田[2021b]

舟田『経済法総論』(有斐閣、2023)→ 舟田[2023]

向田直範「社会的規制と競争政策」日本経済法学会年報 21 号 1 頁以下(2000)→向田直範
[2000]

柳武史「オランダ競争法における『将来の消費者利益』論について」一橋法学 19 卷 2 号 545 頁以
下(2020)→ 柳武史[2020]

柳武史「EU 委、新型ディーゼル乗用車の排ガス浄化の競争制限事件」公正取引 852 号 104 頁
(2021)→ 柳武史[2021a]

柳武史「オランダにおける『持続可能性イニシアチブの可能性に関する法律案』の法的構造」一橋
法学 20 卷 1 号 183 頁以下(2021)→ 柳武史[2021b]

柳武史「競争法におけるサステナビリティの問題について：オランダ競争法の議論を手がかりとし
て」日本経済法学会年報 43 号 101 頁以下(2022)→ 柳武史[2022a]

柳武史「競争法の執行とグリーン成長との関係」一橋法学 21 卷 2 号 247 頁以下(2022)→ 柳武
史[2022b]

和田健夫「競争制限行為の正当化事由に関する一考察」『競争法の理論と課題 根岸哲古希』53
頁以下(有斐閣、2013)→ 和田健夫[2013]

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 17 頁以下(2000)→
和田健夫[2000]

Münchener Kommentar, Europäisch und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 2. Aufl. (2015)

→ Münchener Kommentar[2015]