**「SDGsとカルテル」[[1]](#footnote-1)**

舟田　正之

**＜概要＞**

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、競争制限効果と競争促進効果の比較衡量によって判断する、とする。しかし、社会公共的目的を、従来から説かれてきた競争制限効果・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、したがって、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、SDGsなどの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、そのことを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、商品・役務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、競争制限的効果と促進的効果を比較衡量し、第2段階で、社会公共的目的の要請と競争制限的効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、さらに、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、すなわち競争秩序、取引の自由、あるいは消費者の利益などと、その他の法益(ここでは特に地球環境維持)との関係を改めて考え直すことになる。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）　近年、「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・大気汚染の阻止ないし緩和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[[2]](#footnote-2)。

この点について、独禁法の解釈・適用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ことを独禁法違反とすべきか否かについて検討しよう。ここでは、SDGs達成のための競争制限行為、特にカルテルについて、SDGs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題となる。

（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。これに対応し、オランダ政府は、SDGs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、競争法適用除外法案を提出した[[3]](#footnote-3)。

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、SDGsの観点から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[[4]](#footnote-4)。

　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、協力するために技術開発につき共同行為をとろうという合意であったとすれば、SDGsの観点から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、SDGs達成のためのカルテルについて、多数説は、競争制限効果（＝反競争的効果）と競争促進効果の比較衡量によって、競争の実質的制限の有無が判断される、と解している[[5]](#footnote-5)。

　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）は、グリーン社会の実現に向けた事業者等の取組に競争制限効果が見込まれつつ競争促進効果も見込まれる場合、「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）[[6]](#footnote-6)。

（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、「競争制限効果がもたらされる一方で、通常、競争促進効果が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」、とされている。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必要がある（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。

（5）　この問題について、私は以前から、多数説・グリーンガイドライン等のとる立場（競争制限効果と競争促進効果の比較衡量＋「目的の合理性及び手段の相当性」）に疑問を提示し、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]](#footnote-7)。それによれば、外形的には[[8]](#footnote-8)、すなわち、競争制限的効果・競争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、一定の要件の下で当該行為には違法性がないと解される。

ここでの問題は、その理論構成および要件をどのように具体的に組み立てるか、である。

# **Ⅱ 利益衡量・比較衡量**

## 1．石油価格カルテル刑事事件最高裁判決

(1) 検討の出発点は、石油価格カルテル刑事事件＝最判昭和59・2・24（刑集38巻4号1287頁。以下、「石油カルテル刑事最判」と略記）である。以下、同判決の核心部分を引用する。

1. 「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。
2. 「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」。

　以上の2つの命題はそれぞれ、a. 「利益」の比較衡量（＝利益衡量）、およびb.社会公共的目的による「除外」、という重要な解釈を示している。

(2) この石油カルテル刑事最判については、既に多くの研究があり、ここでは次の３点を確認しておくにとどめる。

第1に、これらa,bの実質的意味、すなわち論理のつながりとしては、行政指導に協力して行われた行為の評価と関連しており、この点において多くの批判がなされてきた[[9]](#footnote-9)。

第2に、同判決は、石油元売会社は行政指導に協力の枠を超えて本件カルテルを行ったから、法２条６項に該当有罪であるとした後に、上の一般論を述べているだけであって、実際に利益衡量・違法性阻却がなされたわけではない。

第3に、上記a.の冒頭にあるように、同判決は、利益衡量をもちだしたが、原則は自由競争と明示し、その「例外的な場合」における利益衡量という位置づけであり、かつ、そこでは違法性阻却という構成がとられたと理解される。

なお、違法性阻却という手法がとられたのは、同判決が刑事事件であったためであり、同判決の判示は、その利益衡量論も含め、刑事事件についてのみ妥当するという理解もあるが、私は独禁法一般に通じるものとして捉えるべきであると考えており、以下ではこれを前提に論じることにする。

(3) 多数説やグリーン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いう立場は、上記の石油カルテル刑事最判に対する批判を受け止め、それとは異なる構成をとったものと考えられる。そこでは、「公共の利益」には触れられていず、また、同判決が挙げた「当該行為によって守られる利益」の代わりに、競争促進効果という鍵概念が用いられているのである。

また、グリーンガイドラインにおけるもう１つの鍵概念である、「目的の合理性及び手段の相当性」は、石油カルテル刑事最判にはなく、おそらくその後の諸判決,特に日本遊戯銃協同組合事件＝東京地判平成9・4・9(審決集44 巻635頁)以降の競争法理論において説かれてきたことを承けたものであろう。

利益衡量ないし比較衡量という解釈方法に関しては、憲法・民法・刑法等の諸法領域でも議論されており、本来であればこれらを踏まえて、経済法（競争法）における固有の問題につい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未だ蓄積が乏しく、本小論はそのための1つの契機となれば幸いである。

## 2．EU競争法上のカルテル禁止における利益衡量

（1）比較法的に参考になることとして、EU機能条約101条１項のカルテル禁止について、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説がある[[10]](#footnote-10)。それによれば、明文による、カルテル禁止の例外（特に101条3項、106条2項）以外にも、「不文の例外」があり得る。競争制限的な合意の長所が、その短所を明らかに上回るときには、101条1項の適用範囲から外すべきである。

また、上と一部重なる議論として、一定の競争の形態が、保護すべきでないと解される（「保護に値しない競争」）場合、それを共同で排除することは許容される、とする説もある[[11]](#footnote-11)。

　その他、101条1項によるカルテル一般的禁止の例外となり得る場合として、例えば、　Emmerich/Lange [2021]は、1．「不正競争」（Unlauterer Wettbewerb）、2．rule of reason、3．付随的取決め（Nebenabrede）、4．市場情報手続(Marktinformationsverfahren)が挙げられる[[12]](#footnote-12)。

　同じく例外のリストとして、Immenga / Mestmäcker[2019] は、「内在する考え」（内在的根拠＝Immaneinzgedanke.例えば、新市場開拓、付随的取決め、企業譲渡の際の競争禁止）、選択的販売・フランチャイズ、（訴訟その他における）和解（Prozess-und anderen Vergleichen）[[13]](#footnote-13)、労働市場における例外分野（建設におけるジョイントヴェンチャー、賃金協定など）、が挙げられる[[14]](#footnote-14)

（2）　これに対し、通説は、ルール・オブ・リーズンのような一般条項的な例外は、一貫したカルテル禁止という競争政策を危険にさらすものであり、また、挙げられている例外的許容の場合については、既に明文で（前記の101条3項等）適用除外が定められている、として否定する[[15]](#footnote-15)。

EUの裁判所の諸判決では、101条3項における衡量が行われるのか、それとも101条1項の要件の解釈として衡量が行われるのかについて、必ずしも明確ではないと説かれている[[16]](#footnote-16)。

他方で実務として、EU委員会は、健康や環境の保護、エネルギー供給の確保、労働市場、交通経済、製品の安全性などの観点について,101条3項の枠内で、その重要性を認めてきた[[17]](#footnote-17)。

（3）　EU機能条約101条１項のカルテル禁止をみる際に留意すべきこととして、第1に、同条における「カルテル」には、水平的協定と垂直的制限の双方を含む、第2に、それに応じて、「域内市場内における競争の妨害、制限または歪曲を目的とするかまたは結果として引き起こす」という要件も、日本法の不当な取引制限における「競争の実質的制限」と異なっている。

　前記の、101条1項によるカルテル一般的禁止の例外となり得る場合のリストに挙げられているものの多くは、取引当事者間の関係、すなわち垂直的協定において、競争制限的な拘束を課す場合であり、かつ、その多くは、101条3項に基づくEU委員会による適用除外を受けているものである。

これに対し、水平的協定について、SDGs問題などの非経済的目的を考慮に入れるか否かについては、学説では、101条1項では競争の観点のみが判断されるのであって、競争以外の側面を考慮するのは、101条3項の規定の枠内でのみ可能である、と解するのが通説または有力説のようである。

他方で今日、101条1項に基づく「環境保護のための協定」につき、カルテル法は、「グリーンディール」を支援することができるのか、それはどのような範囲までか、が議論されている。そこでは、環境保護のための協定の例として、廃棄物リサイクル、汚染を減らすためまたは省エネルギーのための協定などが挙げられている[[18]](#footnote-18)。

## 3．ドイツ競争法上のカルテル禁止における利益衡量

（1）ドイツの競争制限禁止法（以下、GWBと略記）においては、様々な場面で、利益衡量が用いられている。例えば、単独の市場支配的事業者による搾取的濫用に対する規制について、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[[19]](#footnote-19)。

「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」[[20]](#footnote-20)。

（2）ドイツのGWB第7次改正（2005年）によって、上記のEU競争法に調和するために、カルテル一般禁止を定める「一般条項」が、GWB 1条において導入された。同時に、従来規定されていた多くの適用除外規定が削除され、しかし、明文の例外として、GWB2条、3条、また特別規制として、28条から31b条までが定められた。これ以外に、多様な観点からの不文の例外があるか否かが、以前から議論されてきている。

　「どんなカルテル禁止も、明文にしろ不文にしろ、例外なしで済ませることはできない」[[21]](#footnote-21)。EU競争法と同様に、ドイツのWGBにおいても、いわゆる内在的な考え方の原理（Sogenannter Immanenzgedanke.「企業譲渡などにおける競争条項の競争促進的な効果」）、（訴訟その他の）和解（Vergleich）における例外、建設業界などにおけるジョイントベンチャー（Arbeitsgemeinschaftsgedanke）、そして、競争外的な目的の考慮という限られた可能性が議論されている[[22]](#footnote-22)。

　SDGsに関連するのは、最後の「競争外的な目的の考慮」である。すなわち、一定の場合には、GWB1条の適用は、要件上はカルテル禁止の含まれる協定が特に経済外的な課題のために行われ、その遂行がGWBによる競争維持に対しより高次にあると見られるべき場合には、法益衡量に服する。そこにおいて、抵触する法益としては、なかでも健康、多様な自然の重要性、青少年保護、環境保護、経済政策的利益が挙げられている[[23]](#footnote-23)。

判例では、これまでまだ立ち入って審査されていないが、1990年代までのいくつかの高裁レベルの決定では、このような考え方に対する明白な懐疑がみられた。しかし、GWBが2005年、欧州競争法に適合するために改正されたことを背景に、このような考え方に反対する、寛大な態度が学説では再び現れている。

（3）以上垣間見たように、EU競争法とドイツ競争制限禁止法（GWB）においては、カルテル禁止と衝突する環境等の諸利益を考慮すべきことを前提に、それを適用除外規定の枠内で考えるか、それとも、カルテルを一般的に禁止する規定の解釈として取り込むか、が議論され続けているようである。

　これに関する決定的な判決・決定等はないようであるが、学説では、後者（カルテル一般禁止規定の解釈においても環境等の諸利益を考慮する）の方向をとる議論が少しずつ有力になりつつあるようにもみえる。

# **Ⅲ 2つの理論構成**

## 1．競争包摂説と実質的違法性説

　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つの理論構成または解釈の枠組みが考えられる。

1. 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、そこに社会公共的目的ないし非競争的利益を取り込んで、競争制限効果と競争促進効果を比較衡量する[[24]](#footnote-24)。

1. 実質的違法性説（＝違法性阻却説）

競争促進効果は、従来から説かれている狭い意味に限定した上で、比較衡量によって競争制限効果が競争促進効果を上回るとされ、すなわち外形的に独禁法上の諸規定の要件を満たすとされた場合でも、社会公共的目的のための行為であって、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[[25]](#footnote-25)。

## 2．競争包摂説

## （1）「競争の実質的制限」の拡張

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と思われる。そこでは、「競争」の意味、または「競争促進効果」を広くとることによって、非競争的利益をも考慮に入れる。

本説では、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(広義の)競争促進効果の比較衡量で決するとし、社会公共的目的をもその中に取り込んで、かつ、「目的の合理性及び手段の相当性」も勘案し、「総合的に考慮して」、解釈しようとする。

## （2）「狭義の競争促進効果」

ここでの第1の問題は、競争促進効果の中身である。

前出のグリーンガイドラインは、「『競争促進効果』とは、事業者等による取組の結果として新たな技術、商品、市場等が生み出され、事業者間の競争が促進されることを指し、効率性の向上とも称される場合もある」、と述べる（「はじめに」2基本的考え方）。

これを素直に読めば、上の意味での競争促進効果と異なる社会公共的目的を含める余地はないようにも思われ（これを「狭義の競争促進効果」と呼ぶ）、これが従来有力な解釈であった。その具体的意味を、以下、企業結合規制、非ハードコアカルテル、不公正な取引方法について簡単にみてみよう。

## （3） 企業結合規制における効率性

競争制限効果と競争促進効果の比較衡量は、特に企業結合規制において問題とされてきた。独禁法15条などにおける「競争の実質的制限」は市場支配力と同義であるとされているが、平成10年（1998年）の企業結合ガイドライン改定において、合併による効率性を考慮事由の1つとして初めて明示した。

もとより、合併当事会社は、合併が効率性を高めるために行われるのだと主張するのが常であった。そして、上記の効率性を考慮事由に入れたことを積極的に評価し、「競争の実質的制限」をより包括的な概念として再構築しようとする説も現れた。

これに対し、例えば武田邦宣[2001]は、石油カルテル刑事最判を前提にし、「公共の利益」が企業結合規制においても類推適用できるとしても、「合併による生産上の効率性達成を、独占禁止法の究極的目的から支持することはできない」、とする。

「生産上の効率性達成といった事業活動上の合理性はもとより、環境上の考慮であれ、安全上の考慮であれ、全く競争政策と無関係に正当化理由として考慮の対象になると考えるべきではない。独占禁止法は経済の基本法であって、市場支配力の規制という一貫した固有の法目的を持つ。-----環境上の考慮や安全上の考慮も、ある行為が市場に与える効果や当事者の競争制限の意図を検討する間接証拠として、統一的に捉えられるべきである。それら価値観と競争政策とを裁量的に比較衡量することが許容される訳ではない」[[26]](#footnote-26)。

## (4)　非ハードコアカルテルと効率性

川濵昇[2024]は、上の企業結合規制より一般的に、非ハードコアカルテルに関する効率性をも含めて、競争促進効果と効率性について次のように論じている[[27]](#footnote-27)。

　競争促進効果は、日常的な意味では「競い合いを活発にする効果全般」であるが、反トラスト法上は、効率性が「問題とされる行為が当事者にとってその能率を高めるようなものであった場合」、「米国ではこのような効果も競争促進的なものとして、むしろその典型として取り扱われてきた」。

　なぜ、（生産上の）効率性が競争促進効果と呼ばれるかというと、例えば非ハードコアカルテルによる効率性の向上は産出量を増大させ、「競争回避によって産出量を削減しようという反競争的インセンティブを打ち消す方向に働く」、すなわち、「競争過程への悪影響が打ち消され、ひいては市場支配力の形成等という悪影響も打ち消される」、からである、と。

## （5）不公正な取引方法と効率性

以上は、前記の「狭義の競争促進効果」についての企業結合規制や非ハードコアカルテルを念頭に置いた理解であるが、これは、不公正な取引方法における公正競争阻害性（＝一般指定における「正当な理由がない」，「不当に」）についても通じる議論である。これについては、第一次育児用粉ミルク（明治商事）事件＝最判昭和50・7・11（民集29巻6号951頁）の次の判示が、競争法理論の共有財産になっているといえよう。

「『正当な理由』とは、専ら公正な競争秩序維持の観点からみた観念であって、当該拘束条件が相手方の事業活動における自由な競争を阻害するおそれがないことをいうものであり、単に事業者において右拘束条件をつけることが事業経営上必要あるいは合理的であるというだけでは、右の『正当な理由』があるとすることはできない」

本稿のテーマとの関係では、「単に----」が重要であって、仮に上と違って、事業者にとっての効率性向上が競争を促進するという関係を明らかにできれば、「正当な理由」＝狭義の競争促進効果として評価できる、と理解される[[28]](#footnote-28)。

## （6）狭義・広義の競争促進効果

　上記の「狭義の競争促進効果」を踏まえた市場支配力または公正競争阻害性（競争減殺）の判断という考え方は、反トラスト法上の議論を下敷きにして、広く受け入れられてきたといえよう。

　これに対し、石油カルテル刑事最判以降の諸判決（東芝エレベーター事件、大阪バス協会事件、日本遊戯銃協同組合事件など）は、正当化事由の肥大化（これについては、後述Ⅲ3（2）参照）、そして、「広義の競争促進効果」を生むことになった。

　泉水文雄[2022]50頁は、上記のような意味での狭義の競争促進効果について述べた後、広義の競争促進効果につき、「安全性を確保することも、それにより安全な商品が供給され、消費者と供給者が安心して取引をし、供給する商品の質が向上したり、取引が増加（促進）するなどすれば、それは合理性がある（合理的理由のある行為）とともに、競争促進効果があるということもできる」、と述べる[[29]](#footnote-29)。

　さらに、この考え方を基に、「多くの社会公共目的は、広義の競争促進効果と捉えられよう」とされ、環境保護のための共同の取組は、「商品の品質を改善し、品質競争を促進し、消費者に便益をもたらす」とされ、ただし、それが独禁法違反とならないかについては、競争制限効果との比較衡量、内容の合理性と手段の相当性、というグリーンガイドラインとほぼ同様の判断枠組みによるべきことを説く[[30]](#footnote-30)。

## （7）競争包摂（拡張）説の問題点

前記の石油カルテル刑事最判は、相互拘束、競争の実質的制限等の要件を満たし、「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」、「「公共の利益に反して」要件の解釈として、右法益（舟田注：「自由競争経済秩序」を指す）と当該行為によって守られる利益」の比較衡量において社会公共的目的を考慮する、という解釈を示している[[31]](#footnote-31)。

これに対し、グリーンガイドラインや泉水文雄[2022]では、「公共の利益に反して」にはふれずに、広義の競争促進効果、あるいは広義の競争の実質的制限それ自体の中に、安全や環境等の諸価値を組み込もうとしている。同ガイドラインには「公共の利益に反して」にふれた箇所はなく、宣言的意味に解しているとも推測される。

しかし、そこには広義の競争または広義の競争促進効果について明確に説明されることはなく、非競争的な価値・利益のどれがどのように含まれるか不明である。

また、比較衡量の際に「勘案」すべきとされる、「目的の合理性及び手段の相当性」は、実際の事例における判断ではポイントとなるようにみえるが、これと比較衡量の関係はよく分からない。比較衡量によって、競争促進効果が競争制限効果を上回ると判断された後に、「目的の合理性及び手段の相当性」が勘案される、という順序になるのかもしれないが、そうではなく、「総合的に考慮」においてこれら両者を入れて判断するということかもしれない。

また、そもそも「目的の合理性」は、どのような観点から判断されるのであろうか。反トラスト法上の「合理の原則」は、競争促進効果と競争制限効果の比較衡量という枠組みにおけるものであろう[[32]](#footnote-32)。「目的の合理性」は、反トラスト法で説かれる「合理の原則」とは関係なく、より一般的な社会的合理性を指すようにも思われるが、それは従来の解釈では厳しく排されてきた考え方であろう[[33]](#footnote-33)。

## 3．実質的違法性説

## （1）実質的違法性説の骨子

上記Bの実質的違法性説は、これら競争包摂説の問題点を克服しようとするものである。もっとも、実際上は、ほとんど上記Aの競争包摂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（または用語法）の違いにすぎないともいえる。

実質的違法性説に拠る場合には、第1段階で、競争制限的効果と（狭義の）競争促進的効果を比較衡量し、競争制限的効果が競争促進的効果を上回る場合であっても、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。

競争包摂説と異って、B説では、①2つの段階を分け、競争促進効果を従前の狭い意味に限ること、また、②第2段階における競争以外の諸価値、諸利益のうち、「社会公共的目的」に資する場合につき、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、その主張をする側の（事実上の）立証責任が重くなる。

上では、AB両説を一応区別したのであるが、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、競争の社会的意義または規範的意義を承認するとすれば、経済学上の「消費者厚生基準」の枠を出ているように思われる[[34]](#footnote-34)。

以下、実質的違法性説について詳しく述べるが（本稿Ⅳ、Ⅴ）、その前に、用語上の整理をしておこう。

## （2）「正当化事由」という用語法について

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の下で、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。この場合は、競争促進効果には、経済的要素、または競争に関連する要素（（狭義の）競争促進効果）と、安全性確保・環境保護等の諸価値それ自体についての「社会公共的目的」の2つが含まれることになる。

　しかし、用語法として、少なくとも日本では、正当化事由を、上の前者だけ、すなわち、「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、「社会公共的目的」によって、独禁法違反を否定する根拠に限定し、議論の混乱を避けるようにすべきであると思われる[[35]](#footnote-35)。

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

このように、正当化事由を狭義に限るべきだとするのは、(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、一緒くたに「正当化事由」に放り込んで比較衡量することになって、厳密さに欠けるおそれがあるからである。

また、一部には、（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もある。こうなると、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）、競争制限的効果と正当化事由の二項対立に単純化されるおそれがある。

なお、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」（狭義の正当化事由）とほぼ同じことを指しているようである。以上のことから、本稿では、正当化事由という用語の代わりに、(狭義の)競争促進効果と社会公共的目的を区別し、これら2つの用語だけを用いることにする。

# **Ⅳ 「競争」の意味、「品質競争」**

## 1．競争における社会的（非経済的）価値

（1）上では、社会公共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、ということを述べておかねばならない。

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、価格に完全には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。

さらに、そのような非経済的要素の1つとして、当該商品あるいはそれに関連する当該事業活動についての規範的評価ないし社会的評価（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）という要素も作用する。

すなわち、競争が、事実として非経済的要素に影響されるというだけでなく、様々な規範的・社会的評価のうち、社会公共的目的として取り上げるべきだとされる要素をふまえた取引・競争を保護・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ているのである。

上のことを具体的例に即して述べれば、「安全な商品や環境にやさしい商品を供給しようとすることは品質競争そのものであ」る[[36]](#footnote-36)、というレベルであれば、競争促進効果の中で評価することになる。しかし、さらに一歩進めて、安全や環境の観点から一定の品質以下の商品は共同ボイコットしようという行為に対しては、当該品質についての社会公共的評価が必要である。この判断・評価も（広義の）競争促進効果だということも可能であろうが、むしろ「公共の利益に反して」に当たるか否かの判断だとするほうが直截であり、これが実質的違法性説の判断枠組みである。

（2）ところで、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[[37]](#footnote-37)。

　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。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Ⅴ7をも参照)。

## 2　品質競争に関する社会的評価

（1）上記の阿片煙のような明白に違法な取引の例と区別されるケースとして、商品の品質に関する社会的評価を踏まえて、一定の品質以下の粗悪品を排除しようという共同行為は、競争法上どのように解されるべきか。

例えば、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（当時のスーパー業界シェアトップのダイエー）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、同社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[[38]](#footnote-38)。

　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、当該スーパーによるプライベートブランドの醤油は競争上大きなインパクトを与えるであろうという予測があり、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在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。上記の競争の社会的（非経済的）意義、特に消費者の利益保護という観点が実際に生きる例といえよう。

これを一般論として述べれば、実質的・社会的にみて正当な「品質競争」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。

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・相当性、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る必要がある。

（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（審決集7巻20頁）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。

類似の例として、以前から広く議論されてき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が議論されたことがある。トラック事業者と荷主との間の取引力の差から、荷主からの不当な要求に対し、トラック事業者が単独では拒否できないという取引実態に鑑みれば、共同で過積載を拒否しようという行為は、安全性の確保という社会的目的に資するものであり、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。

（3）日本遊戯銃協同組合事件判決は、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ようである。

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、手段の必要性・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。

# **Ⅴ　行為の評価**

## 1．大阪バス協会事件審決

　上のⅣでは、問題となる商品それ自体または品質競争の質の評価について検討した。それ以外に、問題となる行為に対する規範的評価ないし社会的評価など、競争制限効果・(狭義の)競争促進効果から外れる事柄についての評価は、どのように行われるか。

　これについての具体的な取っかかりになるのは、大阪バス協会事件審決である。本論点について、同審決のポイントを箇条書きに整理してみる（カギ括弧内は審決からの引用）。

　第1に、石油カルテル刑事最判によれば、独禁法違反が問題になったカルテルにつき、「同法の究極の目的に実質的に抵触しないときに厳格に限定して、一種の緊急措置として是認され」る。

　第2に、それを承けて具体的には、「通常であれば『一定の取引分野における競争を実質的に制限』しているとされる外形的な事実が調っている限り----」、3条・8条の構成要件に該当すると判断されるが、「特段の事情」があれば、「競争を実質的に制限すること」という構成要件に該当しない。

　第3に、この「特段の事情」とは、①前記最判における行政指導協力行為、②阿片煙の取引など違法な取引、③「違法な取引条件（例えば価格が法定の幅又は認可の幅を外れている場合）に係るものである場合」、がある。

前記の競争包摂説は、同審決(特に前記第2)を受入れ、「特段の事情」があれば、「競争を実質的に制限すること」に該当せず、独禁法違反とならない、と解する。

　実質的違法性説も、同審決の第1から第3を原則として受け入れ[[39]](#footnote-39)、しかし、第2の「究極の目的に実質的に抵触しない」場合は、競争の実質的制限の要件ではなく、「公共の利益」または法1条の目的に基づいて、違法性が阻却されると解する。要件該当性ではなく、違法性の問題だとする点、また、「特段の事情」を違法性阻却とする点で同審決と競争包摂説と異なる。

## 2．社会公共的目的と独禁法の保護法益[[40]](#footnote-40)

（1）前述のように（Ⅲ1参照）、実質的違法性説によれば、外形的に独禁法上の諸規定の要件を満たす場合であっても、社会公共的目的のための行為であって、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。

念のため付言すれば、社会公共的目的による違法性阻却とは、独禁法の適用から除外するということではなく、同法を適用して違法とは評価しないということである。

（2）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[[41]](#footnote-41)。

独禁法を含む競争法は、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、狭義の（経済的側面についての）競争との関連だけで判断されるべきではない。すなわち、競争法の解釈論において、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べきである。

（3）独禁法は、全法秩序の下にあり、競争秩序および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、ただちに全法秩序からみても違法性を有するのが原則である。

しかし、全体の法秩序は、様々な法価値を実現・保護しようとするものであるから、諸価値の間で衝突・矛盾が生じることがあるのも当然である。本稿では、競争秩序・取引の自由と環境価値ないしSDGsの目指す諸価値の間の衝突・矛盾を問題にしている。

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。すなわち、独禁法上は「外形的」には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場合には、独禁法上違法な行為とならない、と考えられる。

上記の品質競争の諸事例や大阪バス協会事件をめぐる議論は、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には、社会の諸価値の法秩序における位置づけと、それを独禁法に導入する手順・方法が重要であり、それ相応の理論構成が必要になる。

## 3．「国民経済全般の利益」説との違い

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[[42]](#footnote-42)。

この「国民経済全般の利益」説では、独禁法にとって外在的な利益が独禁法上の諸規定による規制よりも優越するとされる。これに対し、本説における社会公共的目的は、独占禁止法（またはより広く競争法）の中で位置づけられる内在的な価値である。仮に、これを超えた価値を取り入れようとするなら、独禁法上の諸規制と衝突する場合は、新たな立法によって、独禁法適用除外とするのが筋である。

上記の独禁法に内在する価値とは、独禁法が保護・促進しようとする原理としての競争秩序および取引の自由であり、そこには社会公共的目的（非経済的目的）が含まれることは前述のとおりである。

独禁法の諸規定、なかでもここでは不当な取引制限を念頭におけば、まずは経済的な競争に関する競争制限効果・競争促進効果の比較衡量が行われるべきであり、そこで競争制限効果が競争促進効果を凌駕すると判断されたときに、問題となる行為が社会公共的目的に合致するか否かが問われ、合致する行為であるとされれば違法とはしない、という判断過程がとられるべきである。

## 4．条文上の根拠

このような実質的違法性説の条文上の手掛かりないし根拠は、カルテルについては、石油価格カルテル刑事事件最判が説くように独禁法2条6項の「公共の利益」であるとすることも可能であるが、法8条など「公共の利益に反して」要件がない場合も同様に解すべきであるから、全法秩序における実質的違法性を根拠とすると考えられる。強いていえば、法1条の究極目的である「一般消費者の利益」、「国民経済の民主的で健全な発達」に基づく考慮による、といえよう。

## 5．2段階の判断過程

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、それ相応の理由と相応の手順を要する。すなわち、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された場合に、第2段階で、社会公共的目的に基づいて、競争制限的効果を打ち消し、実質的な違法性がないとすることができるかどうかを判断する。

　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）。

ただし、そこにおける目的の合理性の考慮は、前述のところからも明らかなように、競争法の枠内のそれであり、独禁法の目的と整合性をもったものに限られると解される。前出の「国民経済全般の利益」説が挙げていたような国際競争力の強化のほか、中小企業保護、地域経済の振興、安全の確保、消費者信用取引の円滑化・健全化など、多様な価値ないし政策的目的が挙げられることがあるが、それらが直ちに社会公共的目的ないし目的の合理性として考慮されるのではなく、それらが競争とどう関係し、独禁法の究極的目的、特に一般消費者の利益と結び付くのかを明らかにすることが求められる。

## 6．違法性阻却と立証責任

上の第2段階では、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。ただし、これは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にとどまる。

すなわち、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、立証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。

## 7．競争包摂説からの理解

（1）　以上は、大阪バス協会事件審決で説かれたような行為の評価についての、実質的違法性説からの理解であるが、競争包摂説からみれば、競争の実質的制限の枠内で考えるというになる[[43]](#footnote-43)。

　この点につき、川濵昇[1996]123頁は、「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。これは、上記の実質的違法性説と同じ論理であり、ただし、「競争の実質的制限」に、このような「規範的評価」を読み込む点だけが異なっている。これによれば、競争包摂説も、解釈論として成立するであろう。

（2）これとは別に、大阪バス協会事件において、被審人（大阪バス協会）から、「保護に値しない競争」論による弁明が出されていた[[44]](#footnote-44)。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、という主張である。

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[[45]](#footnote-45)。

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、これも、実質的違法性説の考え方に近づいてくる。

（3）以上述べてきたように、競争・競争の実質的制限に対する規範的または社会的評価をめぐる議論は競争包摂説から説明することも可能ではあろう。しかし、実質的違法性説で解釈し直したほうが論理的一貫性があり、判断要素・過程がより明確であり、また、例外的に社会公共的目的（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。

## 8．公共の利益が問題になった事例

　上記の意味での公共の利益が問題になった事例としては、本稿Ⅳで挙げた品質競争に関する事例および本稿Ⅴの冒頭に挙げた大阪バス協会事件のほかに、行為者側が公共の利益に資する行為であり、独禁法違反にならないと主張した事件が少数ある[[46]](#footnote-46)。

　しかし、これら行為者側の主張が認められた事例はごく僅かであり、かつその理由づけには疑問がある（例えば、全銀協個人信用情報センター事件＝東京高判平成10・2・26[[47]](#footnote-47)。これらについての立ち入った検討は割愛する）。

# **Ⅵ SDGsへの具体的展開**

## 1. 石炭火力発電所の閉鎖問題

（1）　ここで問題としているSDGsとの関連で、前記(本稿Ⅰ(2))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簡単に検討しよう。

ここでも実質的違法性説によれば、第1段階で、当該カルテルの競争制限効果と(狭義の)競争促進効果の比較衡量を行って前者が上回るとされれば、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、まず石炭火力発電所閉鎖による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ろう。

競争制限効果の評価については、本カルテルは石炭によって最も安価な発電をしている（その意味で最も効率的な）発電所を停止するものであるから、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。競争制限効果については、まず本カルテルに参加する発電事業者の市場シェアが最も重要であるが、子細にみれば、各参加事業者ごとに石炭火力による発電の比率、石炭火力が各事業者の発電事業においてどれだけの重みを持っているか（石炭火力発電所の稼働年数・耐用年数、石炭の購入状況等）等も検討する必要があろう。

仮に日本に舞台を移してみると、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[[48]](#footnote-48)。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、技術革新の状況、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）次に、石炭火力発電所閉鎖による(狭義の)競争促進効果については、当該行為が関係する事業者間の競争にどのような競争促進効果をもたらすかについて,一般的に言うことは難しい。しかし、本件で閉鎖される5つの石炭火力発電所が、競争しあっている5つの事業者によって運営されているとし、仮に本件閉鎖に伴って、これら5事業者が石炭以外の電源についてより厳しく競争しあうような作用をもたらすとか、効率性が向上するというような事情があれば、その限りで競争促進効果を肯定することがでるかもしれない。

これに対し、仮に広義の競争促進効果という見方をここで採用すると、石炭火力がなくなって、より環境の優しい品質の電力に関する競争になるから、それ自体で競争促進効果があるとされるのであろうか。

もう1点、言うまでもなく、競争制限効果・競争促進効果の比較衡量は、市場支配力が形成されるか否かということを明らかにするための見方であり、そこでは「一定の取引分野」における競争の実質的制限が問題になっている。しかし、SDGsに向けた行為は、多くの場合、当該市場を超えて影響を与える。これを便益と呼ぶとすると、これら市場を変えた便益を考慮に入れて、広義の競争促進効果を考える、という筋道もあり得るであろう[[49]](#footnote-49)。これは、実質的違法性説では、第2段階で考慮されることになるが、どちらの説をとろうと、石炭火力がなくなることが、当該脱炭素等という直接的な便益だけでなく、当該市場の内外における電力会社間の競争にどういう影響を与えるかを与えるかが問われるべきであろう。

（4）　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[[50]](#footnote-50)、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。ただ、具体的案件として、石炭火力発電所廃止カルテルの目的まで掘り下げると、次の手段審査と重なって、慎重な検討が必要になるようにも思われる。

　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、上記の目的審査における3種類の基準に対応して、「必要最小限」、「より制限的でない代替手段がない（＝LRA）」、「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、石炭火力を廃止することによる大気汚染・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ろう。

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、実際上の立証が相当困難であり、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。

## 2. 日本の事例

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事例である。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る[[51]](#footnote-51)。

本件のように、複数の市場が重畳的に認定されるときは、それらのうち競争の実質的制限が認定される市場だけを取り上げて違法とするのが原則である。すなわち、例えば広い市場と狭い市場が重畳的に認定された場合、狭い市場で市場支配力が成立するのであれば、それを放置する理由はないからである。このレジ袋事件では、レジ袋取引市場とそれを扱う小売事業者が販売する商品全体の市場の2つがあるとすれば、前者における価格カルテルとして取り上げ違法とする可能性もあったはずである。

これを独禁法上違法としない解釈技法としては、米国やEU・ドイツで議論されている付随的取決めの法理を使うこともあり得るが、これは日本では成熟した解釈にはなっていない。したがって、第1段階の競争制限効果と(狭義の)競争促進効果の比較衡量か、第2段階の競争制限効果と社会公共的目的の比較衡量のいずれかで決するほかはない。これまでの本稿での議論では、上の第2段階で、レジ袋有料化が競争政策としても望ましい社会公共的目的に合致し、手段の相当性も認められる、ということになると考えられる。

本件以外に、グリーンガイドラインに、多くの事例または仮想例が挙げられている。これらも、今後詳しく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ことを認めるものである。

振り返ってみると、これまで競争法理論では、(狭義の)競争促進的以外の要素を判断要素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、社会公共的目的を明示的に判断要素として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」（＝どんな場合でも正当化が認められてしまう）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。EUや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Ⅱ2,3で簡単にふれた）、同様の考慮があると推測される。

このように、社会公共的目的や「公共の利益」などを漠然と広く認めると、多くの反競争的行為や企業結合を認める方向に流さ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（本稿Ⅴ3．「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」[[52]](#footnote-52)。

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も、同様の懸念がある。すなわち、ここでは、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が、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。だからこそ、本稿が提示したような比較衡量を第1段階・第2段階を通じて緻密に行うことが必要であろう。

（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、厳しい批判もなされてきた[[53]](#footnote-53)。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り、（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。

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[[54]](#footnote-54)。

## 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』なる文言が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[[55]](#footnote-55)。

前記のように、競争法理論が、伝統的に競争促進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、解釈が困難だからとして一足飛びに、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「品質競争」に関する諸事例でみたとおりである（Ⅳ2）。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 まとめに代えて**

（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、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[[56]](#footnote-56)。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、競争秩序を不当に歪める可能性があり、この点からの監視も必要である。

(3) 最後に、本稿の冒頭では石炭火力廃止に向けた欧州の事例を挙げたが、日本で、各企業の効率化を犠牲にし、かつSDGsのために独禁法違反のリスクを冒してまでもSDGs推進のための事業活動を行お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・段階的削減をめぐって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ていると、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増設が進んでいる。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。

　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に耐えようとすることであり（例えば値上げカルテルでは、販売高の減少というリスクがある）、かつ、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短期的な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の推進というよほどの重圧があってはじめて実現するものであろうし、その中でも、各事業者ごとに実際の損益状況は異なってくる。SDGs推進のためのカルテルを競争法上許容するか否かについては、上記のような各事業者の事業・経営実態等を精査しつつ、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]

内田耕作「社会的妥当性と独占禁止法（1）－（5）」彦根論叢321号、324号、325号、327号、340・341号[1999-2003]→　内田耕作[1999-2003]

金井貴嗣＝川濵昇＝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]

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

川濵昇「グリーンガイドラインの意義」公正取引872号10頁以下（2023）→　川濵昇[2023]

川濵昇『独占禁止法の基礎理論』（有斐閣、2024）→　川濵昇[2024]

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]

白石忠志『独禁法講義』(有斐閣,1997)　→　白石忠志[1997]

鈴木健太ほか「『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』の策定について」公正取引872号4頁以下（2023）→　鈴木健太ほか[2023]

泉水文雄『独占禁止法』（有斐閣、2022）→　泉水文雄[2022]

高宮雄介「グリーンガイドラインの特徴及び実務的な観点からの若干の考察」公正取引872号21頁以下（2023）→　高宮雄介[2023]

武田邦宣「ＥＣ競争法原理の生成」阪大法学56巻6号1401頁以下(2007)→　武田邦宣[2007]

土田和博＝栗田誠＝東條吉純＝武田邦宣『条文から学ぶ独占禁止法』（有斐閣、第3版、2024）→　土田和博ほか[2024]

土田和博「持続可能な発展目標（SDGs）と経済法—総論」ジュリ1594号90頁以下（2024）→土田和博[2024]

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]

土佐和生「持続可能性と競争法・競争政策」甲南法学62巻1-4号115頁(2022）→　土佐和生[2022]

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]

徳力徹也「競争制限の正当化事由について」千葉大学法学論集15巻2号211頁以下（2000）→　徳力徹也[2000]

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]

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「個人信用情報センターと独占禁止法」ジュリスト1200号202頁以下（2001）→　舟田[2001]

舟田「公共の利益」経済法百選16頁以下（2010）→　舟田[2010]

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「SDGsと競争法の正当化、適用除外—日本法の問題」ジュリ1595号84頁以下（2024）→　柳武史[2024]

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 巻2号247頁以下（2022）→　柳武史[2022b]

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巻1号183頁以下（2021）→　柳武史[2021b]

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巻2号545頁以下（2020）→　柳武史[2020]

柳武史「EU競争法における反競争的行為の正当化」一橋法学11巻1号137頁以下（2012）→　柳武史[2012]

柳武史「米国反トラスト法における反競争的行為の正当化」一橋法学10巻2号97頁以下（2011）→　柳武史[2011]

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]

渡辺昭成「EU機能条約101条3項における競争制限効果と非競争的利益の衡量」国士舘法学44号63頁以下（2011）→　渡辺昭成[2011]

渡辺昭成「SDGsと競争法の正当化、適用除外(2)」ジュリ1596号76頁以下（2024）→　渡辺昭成[2024]

Bunte/Stanke, Kartellrecht, 4．Aufl.（2022） →　Bunte/ Stanke[2022]

Emmerich, Volker, Kartellrecht, 13. Aufl.(2014)　→　Emmerich[2014]

Emmerich/Lange, Kartellrecht, 15. Aufl.(2021)　→　Emmerich/Lange [2021]

Immenga/Mestmäcker、Wettbewerbsrecht, Band 1: Kommentar zum Europäischen Kartellrecht,6. Auflage.2019 →　Immenga / Mestmäcker[2019]

Immenga/Mestmäcker、Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB. Kommentar zum Deutschen Kartellrecht,6. Auflage. 2020 →　Immenga / Mestmäcker[2020]

M[ü](http://www.wadoku.de/##)nchener Kommentar,Europ[ä](http://www.wadoku.de/##)isch und Deutsches Wettbewerbsrecht,Bd.2,2.Aufl.（2015）→　M[ü](http://www.wadoku.de/##)nchener Kommentar[2015]

1. 本稿における文献の引用は、末尾の文献リストによる。また、本稿では、「競争法」という用語は、一般的に競争秩序を維持・促進する法律群を総称する。これに対し、個別具体的な法律を指すときは、日本の場合は独占禁止法や下請法など、米国の場合は反トラスト法、ドイツの場合は競争制限禁止法（GWB）などと呼ぶことにする。 [↑](#footnote-ref-1)
2. 土佐和生[2022]は、極めて広い視野からSDGsと競争法の関係を検討している。 [↑](#footnote-ref-2)
3. 柳武史[2020]、柳武史[2022a]参照。 [↑](#footnote-ref-3)
4. 柳武史[2021a]、柳武史[2022b]、根岸哲[2022]13頁以下参照。 [↑](#footnote-ref-4)
5. 金井貴嗣ほか[2018]68頁以下参照。なお、本稿では、競争の実質的制限・公正競争阻害性をあわせて、「競争制限」と略記し、主として、競争の実質的制限について論じる。 [↑](#footnote-ref-5)
6. グリーンガイドラインについては、鈴木健太ほか[2023]、川濵昇[2023]、高宮雄介[2023]等を参照。本文でふれた同ガイドラインの立場は、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。しかし、比較衡量と「目的の合理性及び手段の相当性」という立場は、それ以前の学説やガイドラインからずっと変わらずに採られてきたわけではない。

   例えば、事業者団体ガイドライン（1995年。最終改正は2000年）は、「事業者団体によるこのような制限行為が原則として違反とされるのは、その行為の具体的な形態や手段・方法のいかんを問わない。また、同じくこのような行為が原則として違反とされるのは、行為の理由のいかんを問わないのであって、妥当な価格水準にするためとか、商品又は役務の質を確保するためとか、受注の均等化を図るためといった理由によって正当化されるものではない」、と述べている。他方で、「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」するとも述べている。

   このうち、「社会公共的な目的」や「合理的」などの用語が用いられるようになったのは、この事業者団体ガイドライン制定の頃だったのではなかろうか（正確な情報は不知）。

   学説の変化も同様であって、内田耕作[1999-2003]は、1990年代頃から、独禁法の強化改正と適用除外諸規定の廃止、一般的な規制緩和の推進の中で、従来漫然と行われてきた商慣行（ビジネス・プラクティス）が独禁法上の規制と衝突ないし軋轢を引き起こすことが増えてきたこと、他方で、白石忠志[1997]が、「正当化理由」を広く認める叙述をし、その「脱歴史的機能主義」が急速に広まったことを批判的に検討する。 [↑](#footnote-ref-6)
7. 舟田[2021a]第2章を参照。本稿における一般論には、これと重なる部分がある。 [↑](#footnote-ref-7)
8. 「外形的」とは、大阪バス協会事件＝審判審決平成7・7・10審決集42巻3頁で用いられた用語である。そこでは、「通常であれば『一定の取引分野における競争を実質的に制限』しているとされる外形的な事実が調っている限り----」、3条・8条の構成要件に該当すると判断されるが、「特段の事情」があれば、「競争を実質的に制限すること」という構成要件に該当しない、と述べられていた。 [↑](#footnote-ref-8)
9. 石油カルテル刑事最判は、「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と、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。 [↑](#footnote-ref-9)
10. 武田邦宣[2007]1418頁以下参照。EU機能条約101条1項と同条3項については、渡辺昭成[2011]、柳武史[2012], 渡辺昭成[2024]等を参照。 [↑](#footnote-ref-10)
11. 沢田克己[1988] 48頁以下、56頁以下等、同氏の一連の研究を参照。 [↑](#footnote-ref-11)
12. Emmerich/Lange [2021] §4 Rn.46ff. [↑](#footnote-ref-12)
13. 「ある当事者が、不正競争防止法に基づいて、他の当事者がある行動を取ることを禁止できる場合、和解も有効でなければならない」Immenga / Mestmäcker[2019] Band 1 Art. 101 Abs. 1 \_AEUV Rn.158ff.（Daniel Zimmer執筆部分） [↑](#footnote-ref-13)
14. Immenga / Mestmäcker[2019] Band 1 Art. 101 Abs. 1 \_AEUV Rn.145ff.（Daniel Zimmer執筆部分） [↑](#footnote-ref-14)
15. Emmerich[2014] §4, Rn.53-55、Emmerich/Lange [2021] §4, Rn.46-48、Bunte/ Stanke[2022] §4, Rn.28、Immenga / Mestmäcker[2019] Band 1 Art. 101 Abs. 1 \_AEUV Rn.164ff.（Daniel Zimmer執筆部分） [↑](#footnote-ref-15)
16. 渡辺昭成[2011]、柳武史[2012]を参照。Immenga / Mestmäcker[2019] Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn.164、167 (Daniel Zimmer執筆部分)は、TFEU101条3項において衡量が行われている判決と、それと対照的に、TFEU101条1項の構成要素を検討する際に、すでに利益衡量が行われている判決があり、「欧州裁判所は、個別のケースにおける法益衡量に賛成しているわけではなく、雇用・労働条件を改善するために団体交渉の両当事者によって締結された協約や、委任された規則制定権（101条3項）や団体の活動に内在する規則（定款など）の設定の場合、一定の条件が満たされればカルテルの禁止から除外することを認めている」、とする（上の2つの括弧内は舟田の注記）。 [↑](#footnote-ref-16)
17. Immenga/Mestmäcker[2019] Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn.164(Daniel Zimmer執筆部分) [↑](#footnote-ref-17)
18. Bunte/Stanke[2022] S.165 [↑](#footnote-ref-18)
19. ドイツのGWBの搾取的濫用規制における利益衡量については、舟田[2023]各所参照。利益衡量は、この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。 [↑](#footnote-ref-19)
20. M[ü](http://www.wadoku.de/##)nchener Kommentar[2015] §19（Wolf,Maik執筆部分）,Rn.32（舟田[2023]416頁）。 [↑](#footnote-ref-20)
21. # Emmerich / Lange[2021] §21 Rn.9

    [↑](#footnote-ref-21)
22. Immenga / Mestmäcker[2020] §1 Rn.48(Daniel Zimmer執筆部分) [↑](#footnote-ref-22)
23. Immenga / Mestmäcker[2020] §1 Rn.54(Daniel Zimmer執筆部分) [↑](#footnote-ref-23)
24. 「『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、泉水文雄[2022]242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。 [↑](#footnote-ref-24)
25. 舟田[2021a]58頁参照。 [↑](#footnote-ref-25)
26. # 以上は、武田邦宣[2001]245頁以下からの引用である。なお、効率性は多義的であるが、ここでは「生産上の効率性」を指す（武田邦宣[2001]7頁以下、その他各所）。

    [↑](#footnote-ref-26)
27. # 川濵昇[2024]118頁以下，124頁以下。なお、前注23と本注24の引用は、やや恣意的なつまみ食いの感があり、読者は元の著作にあたって欲しい。

    [↑](#footnote-ref-27)
28. 金井貴嗣ほか[2018]267頁以下参照。 [↑](#footnote-ref-28)
29. 泉水文雄[2022]50頁。 [↑](#footnote-ref-29)
30. 泉水文雄[2022]242頁以下参照。 [↑](#footnote-ref-30)
31. 泉水文雄[2022]238頁参照。詳細は、舟田[2021a]58頁以下参照。 [↑](#footnote-ref-31)
32. 中川晶比兒[2004]は、反トラスト法において、「共同行為が合理の原則の下で審査され、共同行為の弊害が便益を上回るかどうか比較考量をする最終段階において、いかなる便益が比較考量の対象として認められるか」を検討する。この問題については他に、徳力徹也[2000]、柳武史[2012]等の研究がある。 [↑](#footnote-ref-32)
33. 内田耕作[1999-2003]参照。 [↑](#footnote-ref-33)
34. 舟田[2023]419頁参照。 [↑](#footnote-ref-34)
35. 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。 [↑](#footnote-ref-35)
36. 泉水文雄[2022] 242頁以下。これは、「多くの公共的目的は、広義の競争促進効果と捉えられよう」、とつながっていく。 [↑](#footnote-ref-36)
37. 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。 [↑](#footnote-ref-37)
38. 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。 [↑](#footnote-ref-38)
39. 私は、同事件の審判開始決定が出た段階で、「社会の全体的法秩序から見て、----本件カルテルは実質的違法性を欠く」という解釈を提示していた（舟田「事業規制とカルテル---大阪バス協会事件を中心として---」公正取引499号10頁以下、13頁（1992）。本論文は舟田[2021a]第3章に所収）。 [↑](#footnote-ref-39)
40. 独禁法または競争法の目的に関する議論は多様に行われているが、ドイツ法ではそれを「保護法益」として捉えて論じる（舟田[2023]各所、まとめとして535頁以下を参照）。その前提として、法秩序を「価値秩序」と捉える見方がある（同書255頁等参照）。 [↑](#footnote-ref-40)
41. 詳細は、舟田[2023]参照。 [↑](#footnote-ref-41)
42. 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(上のカギ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)。 [↑](#footnote-ref-42)
43. 大阪バス協会事件において認可料金下限額以下の価格協定は、道路運送法の規制にしたがった適正な料金競争という意味で、（広義の）競争促進効果に含めるという理屈も成り立つのかもしれないが、これを明示する議論はないようである。 [↑](#footnote-ref-43)
44. 「保護に値しない競争」論については、Ⅳ2も参照。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、前注10掲記の沢田克己[2000]を参照。 [↑](#footnote-ref-44)
45. 東條吉純[2010]79頁、舟田[2021a]72頁以下参照。 [↑](#footnote-ref-45)
46. 舟田[2010]17頁、舟田[2021a]51頁以下、土田和博ほか[2024]74頁以下（武田邦宣執筆）等を参照。 [↑](#footnote-ref-46)
47. 東京高判平成10・2・26金法1526号59頁。本件については、舟田[2001]参照。 [↑](#footnote-ref-47)
48. 「革新的火力発電 遠い実用化」朝日新聞2023年12月26日付によれば、日本の電源構成で火力が72.7%、うち石炭火力だけで30.8%に達する。 [↑](#footnote-ref-48)
49. 柳武史[2024]87頁は、グリーンガイドラインでは「目的の合理性」で考慮するという考え方を紹介している。 [↑](#footnote-ref-49)
50. 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。本誌掲載の拙稿「景表法上の不実証広告規制の合憲性---だいにち堂事件最判令和4・3・8を素材として」でも、違憲審査基準を取り上げている。 [↑](#footnote-ref-50)
51. 本件については、泉水文雄[2022]245頁以下、土田和博[2024]92頁、柳武史[2024]85頁以下等を参照。 [↑](#footnote-ref-51)
52. 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。 [↑](#footnote-ref-52)
53. 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。 [↑](#footnote-ref-53)
54. 滝澤紗矢子[2023]は、競争法における利益衡量の課題を論じる。 [↑](#footnote-ref-54)
55. 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。 [↑](#footnote-ref-55)
56. 舟田[2021b]参照。 [↑](#footnote-ref-56)