

独禁法における水平的共同行為に関する 正当化事由—EU 競争法の運用を参考に

渡 辺 昭 成

I 本稿の目的

本稿の目的は、独禁法上、少なくとも形式的には競争制限効果を有する水平的共同行為に関する正当化事由を検討することにある。正当化事由という用語に関しては、独禁法2条6項が規定する行為要件を満たすものの、競争の実質的制限という要件を満たさない、又は、「公共の利益」に合致するとして独禁法上、違法とならない理由を意味する。この問題は例えば、共同して空气中に放出される有害なガスの排出を抑制することによって環境が保護される場合、それを正当な理由ないしその効果があるとして、独禁法上、違法とならないものとすることができるかということである¹⁾。

このような問題については、それを「競争の実質的制限」の枠内で考慮する、つまり、正当な目的を有する水平的共同行為について、「競争の実質的制限」を違法要件とする企業結合規制や事業者団体規制において「公共の利益」の文言が規定されておらず、その統一性を図る必要性があること等から競争を実質的に制限しないこととするか、又は、「公共の利益」の文言がない規制においても、「公共の利益」に合致するとして刑法と同様にその違法性が阻却されるかという議論がある。しかし、実質的には、正当な目的ないしその効

1) 金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄『独占禁止法（第6版）』34頁（弘文堂、2018年）では、「社会公共目的」という言葉で表されている。

果を有する共同行為に関し、どのような考慮事項をどのように考慮するかという問題であり、ここではその議論に立ち入らない。また、行政指導や事業法による規制を理由として、共同行為が独禁法の適用対象外となる、ないし、正当化されるという議論にも立ち入らない。

本稿においては、競争制限的行為を禁止する EU 機能条約（以下、TFEU）101 条において、共同行為について、同 3 項に基づいて TFEU101 条の適用が免除されてきた事例およびガイドライン等の考え方、また、TFEU101 条の適用対象外とされた事例を参考に、共同行為に問題を限定して、どのような事項が正当化事由とされ、また、どのように考慮されるべきなのかということを検討する。なお、垂直的行為の正当化事由については別稿を予定している。

II TFEU101 条 3 項に基づく適用免除

TFEU101 条 1 項は、その目的ないし効果として競争を妨害、制限ないし歪曲する協定および事業者団体の決定を禁止しているが、3 項では、当該協定ないし決定が、①商品の生産ないし流通の改善、または、技術ないし経済的發展の促進に寄与し（以下、第 1 要件）、②消費者に対しその結果として生ずる利益を公平に分配し（以下、第 2 要件）、③当事者に対しこれらの目的の達成に必要不可欠ではない制限を課さず（以下、第 3 要件）、④当事者に当該製品の実質的な部分に関し、競争を排除する可能性を与えるものではない場合には（以下、第 4 要件）、1 項の適用が免除される旨が規定されている。このように、3 項において考慮される事項は、条文の上では、商品の生産ないし流通の改善に寄与する効果、ないし、技術ないし経済的發展といった経済的利益に限定され、その他の目的ないしその効果は考慮の対象とされていない。しかし、判例およびガイドラインにおいて、正当な目的に分類されるような事項について、3 項の枠内で考慮されている場合も存在する。以下では、まず、正当な目的に類すると考えられる事由を考慮し、TFEU101 条 3 項の各要件に

合致するとして TFEU101 条 1 項の適用が免除された事例を簡潔に検証した後、ガイドラインにおける考え方の変遷を見ていくことにする。

1. TFEU101 条 3 項における正当な目的の考慮

本章では、競争制限効果を持つ行為に対し、TFEU101 条 3 項（EC 条約 81 条 3 項）に基づき、正当な目的と考えられる事項を考慮した上で適用免除が認められた事例を紹介する。以下では、EU においてこれまで労働者保護、環境の保護を実現するとして適用免除が認められた事例が存在し、第 1 要件、第 2 要件においてこれらがどのように考慮されてきたかということを簡潔に述べる²⁾。

（1）労働者の維持の考慮－Synthetic Fibres 事件³⁾

本件は、合成繊維市場において合計 70% のシェアを有する各国に所在する 9 社が、需要に対して過剰となっている生産設備を共同で廃棄することを内容とする協定を締結したことについて、共同体内の競争を制限するが、本協定では、各社が生産設備の廃棄に伴うリストラの過程において解雇される労働者を再教育及び再雇用することが求められ、かつ、各国での法的及び契約上の義務を果たすことが求められたことから、EEC 条約 85 条 3 項に基づき、個別適用免除が付与されたものである。

本件において、第一要件について、過剰設備を廃棄することにより、資本及び労働コストを削減することができることから、利益率の向上、競争力の回復により、合成繊維産業全体の損失を逃れることができ、また、動労者の再教育及び再雇用の適切な方策を作り上げることにより、リストラに伴う社会的な影響を緩和することが挙げられ、第 2 要件について、合成繊維産業が健全かつ競争的なものとなることにより、より良い製品が提供され、数多くの生産者が存在し続けることから、選択の幅も保証され、需要者の競争圧力から価格上昇のおそれもないとした。

2) 詳細及びその他の事例については、拙稿「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」国士館法学 44 号 63 頁（2011 年）。

3) Commission Decision 84/379/EEC Synthetic Fibres [1984] OJ L207/17。

(2) 環境の保護 – CECED 事件⁴⁾

本件は、ヨーロッパ経済領域（以下、EEA）における家庭用洗濯機販売市場において合計で95%以上のシェアを占める生産者およびその生産者の団体が、これらの者が加盟する事業者団体（CECED）を通じて締結した、一定のグレード以下の洗濯機を製造・輸入しないという内容の協定に対し、EC条約81条3項およびEEA条約53条3項に基づく個別適用免除が付与されたものである。

本件では、第1要件および第2要件について、明確な区別をしない形で、洗濯機のエネルギー消費量を削減し、技術的にも効率性が高まり、間接的には発電による大気汚染も減少させることとなり、経済的効率性が高まり、エネルギー効率性を達成する将来の技術開発にも焦点を当てる可能性があり、長期的には商品の差別化にもつながることとなるとされた。また、電力消費量の減少により、9ヶ月から40カ月で高額化する洗濯機の代金をまかなえることとなり、かつ、排除されない洗濯機における競争が激しくなる可能性があることとされた。本件においては、EC条約174条が環境の保護を共同体の目的としていることに言及し、大気汚染のコストを削減することは、社会に対する環境上の利益となり、その利益は消費者に適切にもたらされるとした。

2. ガイドラインにおける正当な目的の考慮

(1) 水平的協定に対する EC 条約 81 条の適用に関する ガイドライン⁵⁾

水平的協定に対する EC 条約 81 条の適用に関するガイドライン（以下、2001 年ガイドライン）は、環境に関する協定について、章を設け、検討している。

第一に、委員会は、環境に関する協定を EC 条約 174 条に挙げる環境の保

4) Commission Decision 2000/475/EC CECED [2000] OJ L 187/47。

5) Commission Notice — Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreement, [2001] OJ C 3/ 2。

全・保護・改善等の目的を実現するための手段として位置づけ、消費者個々及びその全体に対する経済的効果は、競争への悪影響を上回る可能性があるとする。その可能性がある場合とは、当該協定が締結されなかった場合に比べて、当該協定により環境への負荷が減少するという利益が生ずる場合であり、発生することが期待される経済的利益が、競争の減殺、基準を遵守するためのコスト、第三者への影響といったコストを上回る場合であるとする。また、このような利益は、消費者個々が適切な期間内が享受することで足り、客観的に消費者全体の利益を明らかにすることは必要ではなく、また、消費者一般が合理的な仮定のもとで利益を享受することでも足りるとする。その上で、上記 CECED 事件と同様の例を挙げ、環境基準をクリアした新製品は技術的に進化したものであり、発電により生ずる排出物を減少させ、加えて、水や石炭の消費量を減少させる効果が生じ、それらによる環境の改善への効果は増加するコストを上回るものであるとする。さらに、高価な製品を購入せざるを得ない消費者もまた、環境に親和的な製品のランニングコストが低いことにより、そのコストが埋め合わされるとする。したがって、第3・第4要件を満たすのであれば、EC 条約 81 条 1 項の適用が免除されるとしている⁶⁾。

（2）EC 条約 81 条 3 項の適用に関するガイドライン⁷⁾

EC 条約 81 条 3 項の適用に関するガイドライン（以下、2004 年ガイドライン）は、EC 条約 81 条 3 項の適用に関し、2001 年ガイドラインとは異なり、環境に関する章を設けることなく、「条約上の他の条項により追及される目的は、上記 4 条件のもとで包摂されうる」とするのみである⁸⁾。その上で、EC 条約 81 条 3 項のもとの競争制限的協定から生ずる利益の判断は、原則として、当該協定が関連するそれぞれの市場に限定され、第 2 要件である消費者への利益の配分について、関連市場において当該協定により生ずる利益は

6) 上記同 para.192-198

7) Communication from the Commission—Notice—Guidelines on the application of Article 81 (3) of the Treaty, [2004] OJ 2004 C101/97。

8) 上記同 para.42。

同一の関連市場内の当該協定により生ずる反競争効果を上回ることが必要であるとし、消費者に対するネガティブな効果は通常、他の地理的市場又は製品市場における消費者へのポジティブな効果では埋め合わせることができないとする。ただし、両消費者が実質的に同一である場合には、比較衡量の対象となるとする⁹⁾。

(3) 水平的協定に対する TFEU101 条の適用に関する ガイドライン¹⁰⁾

水平的協定に対する TFEU101 条の適用に関するガイドライン（以下、2011 年ガイドライン）もまた、環境に関する章を設けていない。上記 CECED 事件と同様の事例について、標準化協定を論ずる章において、より環境に寄与する製品は、技術的に革新的なものであり、質の上での効率性をもたらすものであり、また、購入者といった水、電気、石炭の消費にランニングコストの低さからコスト上の効率性を享受することとなり、当該協定の関連市場とは異なる市場において発生するものではあるものの、当該協定による影響を被る消費者と利益を享受する消費者は実質的に同一であることから、考慮の対象となるとするのみである。

(4) 水平的協定に対する TFEU101 条 1 項の適用に 関するガイドライン（改訂案）¹¹⁾

水平的協定に対する TFEU101 条 1 項の適用に関するガイドライン（改訂案）（以下、改訂案）は、9 章において環境保護等持続可能な発展の問題について、規制による解決が行われていない場合、協定による解決が必要な場合があるとする。

そして、持続可能な発展のための基準の策定は、次の条件を満たしている

9) 上記同 para.43。

10) Communication from the Commission — Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, [2011] OJ C 11/ 1。

11) 以前に EU 委員会ホームページに掲載されていたが、現在は削除されている。
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1371（2022 年 8 月 25 日最終閲覧）参照のこと。

場合には、革新的な代替的選択肢を排除せず、また、他の事業者を排除・差別せず、当該基準へのアクセスを維持することから、TFEU101 条 1 項の適用対象外となるとする。第一に、持続可能な発展のための基準の設定における手続の透明性が確保され、すべての利害関係者が基準の選定に至るプロセスに参加可能であること、第二に当該基準が参加を希望する事業者に直接的にも間接的にも基準を遵守する義務を課さないこと、第三に参加事業者が当該基準よりも高い基準を採用することを妨げないこと、第四に当事者が持続可能な発展に不必要な商業的にセンシティブな情報を交換しないこと、第五に基準設定手続の結果へのアクセスが実際に可能であり、かつ、差別的ではないこと、第六に持続可能な発展のための基準が価格の大幅な上昇や重大な選択肢の減少とならないこと、第七に事業者が実際に当該基準を遵守しているか否かについて監視するメカニズムが存在すること。

その上で、TFEU101 条 3 項に基づく適用除外に関し、第二要件につき、「消費者」とは当該製品の直接・間接の消費者双方を含むものであり、多くの事例において、持続可能な発展による利益が関連市場の消費者には直接関係しない、ないし、関連市場において発生する害悪を償うのには十分ではない場合があるとする。消費者の利益とは、典型的には品質の向上や品揃えの豊富といった当該商品の消費から直接導かれるものであるものであるが、持続可能性のある消費行動の他者への影響の評価から生ずるものもあり、これは例えば、液体洗剤を、水質を汚染する可能性がより少ないことを理由に購入する場合であるとする。また、持続可能な発展に寄与する形で栽培・伐採された木材を材料とする家具を高い金額を支払ってでも購入する場合であるとする。このような場合、消費者の利益は直接に改善されるわけではないが、社会全体の又は将来的な利益がもたらされ、このような利益は消費者に直接に発生する利益と異ならないとする。また、消費者が持続可能な発展に寄与するコットンを素材とする服を購入し、その環境への利益が、コットンが栽培される場所にもたらされる場合のように、消費者と当該環境上の利益を享受する者に重なりが見られない場合であっても、これを「集合的利益」として、考慮の対象となるとする。

3. TFEU101 条 1 項の適用対象からの除外

以下では、競争制限的效果が認められる共同行為につき、その目的、効果等から、101 条 1 項の適用対象外とされた主な事例についてみていく¹²⁾。

(1) 労働者の維持の考慮 – Brentjens' 事件¹³⁾

本件は、オランダにおいて建設材を卸売りする事業者及びその被用者が設立した年金組合にその業界に属するすべての事業者が加入を強制されることについて、他の保険提供者が管理する年金への加入の可能性を奪い、他国において設立された保険提供者がオランダにおける年金事業に参加する機会を奪うことから、加盟国間の通商に影響を与えるとされたものである。しかし、本件については、雇用者と被用者が共同して労働及び雇用条件を改善する方策を採択したものであり、それらの間での集団的交渉の結果であり、それにより、すべての労働者に一定の年金を保証することにより、労働条件を改善することとなるとして、EC 条約 85 条 1 項の適用対象外とした。

(2) 専門的職業団体が定める規則 – Wouters 事件¹⁴⁾

本件は、オランダ弁護士会が定めた会員たる弁護士と会計士の間の業務提携を禁止する規則について、幅広いかつ新しいサービスの提供を妨げることから、EEC 条約 85 条 1 項がいうところの生産及び技術の発展を制限することとなるが、そのような決定がおこなわれた及びその効果を生み出すすべての背景、特にその目的を考慮する必要があるとされ、弁護士が完全な独立性を保ち、顧客の利益のためにのみ行動し、利益の衝突を避け、専門家としての守秘義務を遵守するために合理的に必要なものであり、より競争制限的ではない手段によってはその目的を達成できないことから、EC 条約 81 条 1 項

12) 詳細及びその他の事例については、拙稿「EU 機能条約 101 条 1 項における非競争的利益の考慮 (一) (二) (三・完)」国士館法学 46 号 41 頁、同 47 号 84 頁、同 48 号 39 頁。

13) C-115/97 to C-117/97 Brentjens' Handelsonderneming BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen [1999] ECR I -6025。

14) Case C-309/99 J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh and Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten [2002] ECR I -1577。

の適用対象とはならないとされたものである。本件においては、弁護士と会計士によって行われる業務の間に、一定の方向性の不一致があり、また、同等の守秘義務を負っているわけではないことから、両者の業務提携が行われると、弁護士としての適切な行為を提供することはできないとした。

委員会は本件について、2004 年に公表した報告書において、事業者団体の決定につき、その結果としての効果が発生するすべての背景、特にその目的を考慮に入れる必要があり、結果的に発生する競争制限的効果がそれらの目的の追求に内在しているか、及び、それ故に各加盟国内で組織化されている専門家の適切な行為を確保するために必要であり、かつ、専門家の適切な行為を確保するために必要な範囲を超えてはならないと要約している¹⁵⁾。

（３）スポーツ団体が定める規則－Meca-Medina 事件¹⁶⁾

本件は、国際オリンピック委員会が定めたドーピングに関する規則について、すべての事業者間の協定及び事業者団体の決定が EC 条約 81 条 1 項の適用対象となるわけではなく、それらの決定が行われた背景及びその効果、特にその目的を考慮する必要があり、その際、結果として生ずる競争制限効果がその目的を追求するにあたり内在し、また、比例性を有することが必要であるとし、その目的は競技スポーツが公平に実施されるためにドーピングを根絶すること、競技者への公平な機会の付与、競技者の健康の保護、競技スポーツの公平性・客観性の維持、スポーツの倫理的な価値の保護であり、規則違反に対するペナルティーはドーピング禁止を実施するために必要なものであり、その結果としてもたらされる競技者の行動の自由の制限は規則、競技スポーツの組織及びその適切な活動に内在するものであり、その基準はスポーツイベントの適切な実施のために必要な範囲を超えていないことから、EC 条約 81 条 1 項の適用対象とはならないとした。

15) Report on Competition in Professional Services, Commission Communication COM (2004) 83 final (09.02.2004)
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52004DC0083>
(2022 年 8 月 25 日最終確認)。

16) Case C-519/04 P David Meca-Medina and Igor Majcen v Commission of the European Communities [2006] ECR I - 699。

4. 小括

上記でみたように、EUにおいて競争制限効果のある水平的協定は、TFEU101条3項に基づき適用免除を付与するか、又は、その目的・効果を考慮してTFEU101条1項の適用対象外とされることがある。

前者については、これまで判例において環境、労働者の維持といったことが考慮されている。また、ガイドラインにおいては、2001年ガイドラインでは環境の保全等が第1要件、第2要件において考慮されるとしていたものの、2011年ガイドラインでは環境の保全等はあくまでも第1要件として条文に挙げられている技術的な発展に資する場合に考慮されるとし、また、第2要件における消費者への利益の分配において、当該協定による影響と利益の比較衡量の対象は同一の消費者であることを要求したが、改定案においては、一転、持続可能な発展の問題を解決するための協定について、TFEU101条1項の適用対象外となる場合を明示し、また、第2要件における消費者について、社会全体の利益や将来的な利益を考慮するとし、かつ、消費者と環境上の利益を享受する者が同一ではない場合であっても「集合的利益」として考慮するという考え方を示している。近年、持続可能な発展について、オーストリアにおいて2021年改正により、既にカルテル法2条1項において、「エコロジカルなサステイナブルなないし環境中立的経済に重大に貢献する」場合には、「公平な配分」として考慮するとされ、オランダにおいても持続可能な発展、その中でも環境の保護についてTFEU101条3項の枠内においてこれを考慮しようとする動きがある¹⁷⁾。ただ、環境以外にどのような事項が考慮の対象となるかということについては、明確ではない。

後者について、Wouters事件判決では、当該行為が競争制限効果を持つ場合であっても、その目的、背景を考慮し、当該行為の目的を実現する効果を持ち、かつ、必要最小限の手段であればEC条約81条1項の適用対象外と

17) オランダ競争法について、柳武史「オランダ競争法消費者・市場庁による新しいガイドラインの立案について－競争法における持続可能性の合意に関する機会」一橋法学20巻3号71頁(2011年)、同「オランダにおける『持続可能性イニシアチブに関する法律案』の法的構造」一橋法学20巻1号183頁(2021年)、同「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89頁(2020年)が詳しい。

なるとしたものの、考慮の対象となる目的とは何かということは明らかではない。競争制限効果の発生が競争制限的ではない目的の追求に内在している場合にこの理論は用いられるとされるが、上記でみたよう労働者の労働条件の確保、専門的職業団体の行為規則、スポーツ団体が定める各種規則以外のものに適用可能かは明らかではない。

IV 日本における正当化事由

1. 審判決における共同行為に関する正当化事由

（1）大阪ブラシ工業協同組合事件¹⁸⁾

本件は、保安庁が実施する3種のブラシの入札にあたり、合計で全国シェア80%を占めるブラシー貫メーカー等38名を組合員とする協同組合（以下、組合）が、組合員が応札するものの、実質的には組合を窓口として入札に臨むことを決定し、入札価格等を決定するとともに、組合以外からの製造委託には応じないこと、適正な利潤を確保すること等を決議したが、その大部分を組合員以外の事業者がこれを落札し、その後、下請する場合の各ブラシの価格を決定し、保安庁発注ブラシは組合一本で下請することとし、個人では引き受けないことを決議し、これより先に実施された入札において組合員以外の事業者によって落札されたブラシの下請製造を行っている組合員に対し、上記決議を理由に契約破棄させたり、今回落札されたブラシの下請製造を行っている組合員ではない者に対し、その取引高の7、8割を占めている組合員を派遣して下請け生産を中止させようとしたりしたものである。これについて、審決では以下のように判断された。

組合は、組合員以外の落札価格のいずれよりも高い下請価格を定めることによって、下請生産を拒否し、経済上の利益を供給していない。

組合の下請拒否は、その定めた下請価格では原材料価格等から、落札が見

18) 公取委昭30年9月20日審判審決・審決集7巻20頁。

込まれる事業者から下請することが不可能であると認識していたことから行われ、実際に落札した事業者の下請生産をするとの積極的な働きかけも行わず、下請の準備も行わず、また、組合員に対して組合以外からの下請を中止させ、組合外の事業者に対しても下請け生産を中止させようとし、落札されたブラシの製造を妨害している。

しかし、当時保安庁の発注品については、規格を無視した不良品が納入されている場合があることは周知の事実であり、組合は、今回の保安庁発注ブラシのうち、服用ブラシについては原料豚毛が市場に乏しく、また、同庁の定める規格からみて、その落札価格が不当に低いため規格品を納入することは望みがたいことから、このような落札者を排除することは、業界の将来の発展のために必要であると主張している。

服用ブラシおよびくつ用ブラシの落札価格についてみるに、保安庁の規格担当官は、昭和27年7月25日同庁での開催の規格説明会において、同庁が規格の厳守を要望していたため、組合は、極めて厳格な製品検査が行われる予想の下に入札価格の見積りを行ったものと考えられるが、保安庁の検収については、従来、服飾品等の例により、検査したものの平均が規格をこえ、かつ、その個々が使用目的に照して支障がないと認めた場合には、これを合格として取り扱うこととしており、このような同庁の検収方針を予知していた事業者との間に規格に対する見解にはなほだしい相違があり、組合のそれに比し著しい安値となったことは否みがたい。このことは、服用ブラシの原価計算上重要部分を占める豚毛について組合は「服用ブラシに規格に定められた目付の約33%増(6匁)、くつ用ブラシに同じく20%増(3匁6分)の豚毛を使用するものとして見積りを行っている」のに対し、落札者の一人は、「規格に定められた目付の1%増の毛を使用するものとして見積りを行っている」ことによって明らかにすることができる。また、原価計算上、落札価格では規格に合致したものを製造することは極めて困難であり、実際に落札者が下請生産させたブラシの品質は規格外の粗悪品であった。

このように見えてくると服用ブラシおよびくつ用ブラシについては保安庁が

適正な製品検査を行う場合には落札価格で同庁の定める規格に合格するものを製造することは極めて困難であり、落札者は予め、規格を無視した品質のものを納入する意図を持っていたものと認めるほかなく、このような事業者からの下請を拒否する態度に出た組合の行為を不当なものということはできない。しかし、洗濯用ブラシについては、これを製造するために必要な原材料は市場に存在し、組合員にとっては相当の利益を見込んだ下請生産が可能であったことから、組合が正当な理由がないのに落札者から下請することを禁止していることは不当であり、昭和 28 年改正前 2 条 6 項 1 号、また、改正後昭和 28 年告示 1 号（取引拒絶）に該当する。

（２）石油価格協定刑事事件

本件は、OPEC 諸国による原油値上げに伴う石油製品の値上げが予測されたことから、通産省が業界で勝手に値上げを行わず、事前に通知するよう指示する中、石油元売り業者 12 社が 5 回にわたり、通産省の了承が得られることを前提として、了承された限度額一杯まで石油製品の油種別価格を引き上げること、またその実施時期について合意に達していたことにつき、元売り側が独禁法 2 条 6 項にいう「公共の利益に反して」とは、同法の定める趣旨・目的を超えた「生産者・消費者の双方を含めた国民経済全般の利益に反した場合」をいうと解すべきであると主張したものである。これについて、以下のように裁判所は判断した。

①第 1 審の判断¹⁹⁾

独禁法は、当初、3 条において、事業者の共同行為によって、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争の実質的制限をすることを不当な取引制限として禁止するとともに、4 条において、対価の決定等の特定の共同行為自体を一定の取引分野における競争に与える影響が問題とする程度に至らない場合を除いて禁止していたが、昭和 28 年法改正により、同法 4 条が削除されるとともに、不当な取引制限もその要件である共同行為の内容が限

19) 東京高裁昭和 55 年 9 月 26 日判決・高刑 33 卷 5 号 511 頁。

定された。また、同法制定の当初から適用除外規定（21 条ないし 24 条）が設けられていたが、同法違反にあたらぬ行為についてのものが多かったところ、昭和 28 年法改正により、新たに 24 条の 2 の再販売価格維持契約、24 条の 3 の不況カルテル及び 24 条の 4 の合理化カルテルの各規定が設けられ、また、そのころから同法 22 条により制定された独占禁止法の適用除外等に関する法律に基づき本来同法 22 条にいう特定の事業に該当しないものまでが適用除外を受け、さらに、右適用除外法によらないでそれぞれの法律中に適用除外を定める事業法が現われるに至っている。

このような独禁法の改正等の経緯にかんがみ、同法を整合的に解すると、同法は、共同行為により一定の取引分野における競争を実質的に制限する行為であっても、その行為の実質において同法の趣旨、目的に反しないものがありうることを予定しているものと解されるが、前記の同法の目的をも考慮すると、「公共の利益に反して」とは、同法の趣旨、目的に反することをいい、原則としては同法の直接の法益である自由競争経済秩序に反することであるが、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して、全体的にみた前記の同法の趣旨、目的に実質的に反しないと認められるような例外的なものを公共の利益に反しないものとして独禁法の適用から除く趣旨で右構成要件が設けられたものであると解するのが相当である。

②最高裁²⁰⁾

独禁法の立法の趣旨・目的及びその改正の経過などに照らすと、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して、「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進する」という同法の究極の目的（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」行為から除外する趣旨と解すべきであり、これと同旨の原判断は、正当として

20) 最高裁昭和 59 年 2 月 24 日判決・刑集 38 卷 4 号 1287 頁。

是認することができる。

（３）日本遊戯銃協同組合事件²¹⁾

本件は、エアガンを製造販事業者のほとんどすべてが加入する日本遊戯銃協同組合（以下、Y とする）が、エアガンの威力について一定の基準（以下、自主基準とする）を設定し、組合員はこの基準に適合したことを証明する証書を貼付して、商品を販売することとされていたところ、組合員ではない者（以下、X とする）が威力の強いエアガンの販売を開始したところ、Y は組合に加入、上記基準を遵守して、証書を貼付して販売するよう、X に要請したが、X はこれに従わなかったことから、Y は、傘下の問屋に X 製品の仕入・販売の中止を要請し、また、問屋をして小売店に対して X 製品の仕入・販売の中止を要請したが、実際には、上記基準を組合員は遵守していなかったものである。これについて、Y はエアガンの安全性を確保することは、自己の発生の防止、社会問題化の防止、法的規制の対象からの除外、業界の存続等のために必要であり、問屋、小売店、ユーザー等の理解と協力を求める必要があることから、社会的に相当な行為である等と主張した。

これについて東京地裁は Y の行為は、8 条 1 項 5 号に規定される不公正な取引方法の勧奨とともに 8 条 1 項 1 号の規定される一定の取引分野における競争を実質的に制限することの構成要件にも形式的に該当するとした上で、不公正な取引方法であっても正当な理由が認められる場合には不公正な取引方法に該当しないとし、また、形式的には一定の取引分野における競争を実質的に制限する該当する場合であっても、次のような場合には独禁法に違反しない余地があるとした。

独禁法の保護法益である自由競争経済秩序の維持と当該行為によって守られる利益とを比較衡量して、「一般消費者に利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進する」という同法の究極の目的（同法 1 条）に実質的に反しないと認められる例外的な場合には、公共の利益に反さず、

21) 東京地裁平成 9 年 4 月 9 日判決・審決集 44 巻 635 頁。

結局、実質的には「一定の取引分野」における競争を実質的に制限する行為」には当たらないというべきものである（最高裁昭和 59 年 2 月 24 日判決）。

したがって、本件は、Y がエアガンの安全に関する品質基準を設けて、これに合致しない商品の取扱いを中止するよう問屋及び小売店に要請したという事案であるから、本件自主基準設定の目的が、競争政策の観点からは是認しうるものであり、かつ、基準の内容及び実施方法が右自主基準の設定目的を達成するために合理的なものである場合には、正当な理由があり、不公正な取引方法に該当せず、独禁法に違反しない余地があるというべきである。

さらに、自由競争経済秩序の維持の法益と、本件妨害行為により守られる法益を比較衡量して、独禁法の究極の目的に反しない場合には、公共の利益に反さず、不当な競争制限に該当せず、独禁法に違反しないことになる余地があるというべきである。

東京地裁は、このように述べた上で、本件自主基準の目的は安全性が確保されない製品の流通による事故の防止は消費者の利益に適うことであり、本件自主基準の精神と何ら矛盾しないとし、自主基準の内容は少なくとも不合理ではないとしたものの、自主基準を超えた威力ものが直ちに社会的に著しく危険であるとはいえないこと、Y の組合員の製造販売する製品であっても自主基準を超えるものが現実には多数存在していたこと、Y は X が組合に加入していないことという排他的な事由をもって妨害行為に及んだことに照らせば、正当な理由はなく、不公正な取引方法の勧奨にあたり、また、公共の利益に反しないものとはいえないことから、競争を実質的に制限することに該当するとした。

（4）ウエスタンによる除名決議無効請求事件²²⁾

本件は、パチンコ等の遊技機を使用して遊技場を営む事業者の団体が、組合員が特殊景品を仕入れるにあたり、暴力団の介入の阻止等を目的に、特定の企業とのみ取引することを決議し、これに従わない者を除名等することと

22) 名古屋地裁平成 9 年 7 月 9 日判決・審決集 45 巻 510 頁。

したものである。裁判所は、当該行為への違反により違法性の程度に関わりなく私法上一律に無効と解することは相当ではなく、問題となっている独禁法との規定との関係で、当該行為の目的、態様等の諸般の事情に照らし、当該行為が公序良俗に反するか否かを判断することにより、当該行為の有効性、無効性を判断するのが妥当であるとし、本件については、組合の行為は実質的な取引制限に当たるといえるが、集団の力をもって暴力団と対抗し、その目的を達成するために始められたものであり、現在は暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律による規制等が存在するに至ったとしても、暴力団に対して集団の力をもって対抗する必要性を否定しきることはできず、そのために、取引相手を1社に限定して、一般企業に名を借りた暴力団の参入を排除することはあながち不合理な方法ではないとし、また、特殊景品の取引量の増加に伴い特殊景品の価格が漸次下がってきていることから組合が価格支配を行っている等の事情は認めるに足らず、さらに組合への参加は自由であり、組合に所属していないことによる不利益は、現在は存在していないことから、これらを総合考慮すると組合が公序良俗に反するとは未だ認められないとした。また、組合の行為につき、相手方を1社に限定することにより暴力団の排除という目的を達成することにもそれなりの合理性が認められるとした²³⁾。

（5）水道メーター談合刑事事件²⁴⁾

本件は、東京都が指名競争入札等の方法により発注する水道メーターの受注に関し、水道メーターの販売などの事業を営む25社が、過去の受注実績を基に算出した比率を基本として、幹事会社が入札ごとに連絡して、受注予定会社、受注予定価格とおりに受注できるように入札等を行うことを合意し、

23) 本件と同様に、暴力団の排除を目的として、新聞販売店が共同で暴力団の資金源となる広告を掲載している疑いのあるタウン紙を日刊紙へ折り込み配達をすることを拒絶した行為について、「社会的に相当な行為として右被告らの不法行為の違法性を阻却するといわなければならない」としたものとして、千葉地裁平成2年4月23日判決・判例時報1359号93頁がある。

24) 最高裁平成12年9月25日判決・刑集54巻7号689頁、東京高裁平成9年12月24日判決・高刑50巻3号181頁。

実施したというものである。これについて、東京都発注の水道メーターは、従前中小企業者が一手に受注していたが、順次大企業者が受注に参入して受注を増大するようになったため、中小企業者の事業機会を確保することが必要となり、他方、大企業者参入により水道メーターの安定供給と品質を確保することも行政目的の実現にとって必要であるため、これら両方の要請を充たすために大企業者と中小企業者とが共同して行ったものであり、大企業者にとっては、中小企業保護法という「同種事業を営む中小企業者の利益を不当に侵害することのないよう配慮する」責務を具体化したものであり、中小企業者にとっても、「過度の競争を防止するための自主的な事業活動の調整」であって、国が実施すべき施策に代替するものであり、また、それにより適正利潤を超える不正な利益を得ることもなかったのであるから、公共の利益に反せず、違法性が阻却される、また、東京都からの受注に依存する小規模企業者が、価格のみの競争にさらされれば、大規模事業者との競争に敗れることが必至であるから、代わるべき保護策がないまま、このような小規模事業者に対して談合への参加を拒んで自滅的な競争の道を選ぶことを期待することは、不可能であったと主張された。

これについて、東京高裁は以下のように判断した。

国又は地方公共団体における売買その他の契約には、大別して、国民の経済的利益ないしは負担、行政の目的達成の利益ないしは負担（結局はこれを通じた国民の利益ないしは負担）及び中小企業を含む事業関係者の利益ないしは負担の三つがかかわっている。したがって、これらの利益が対立する場合において、競争制限の罪の違法性等を判断するにあたっては、法令が認めている価値を中心とした法全体の趣旨によりそれらの利益等の優劣を判断してこれを行わなければならない。

独占禁止法は、事業活動の不当な拘束を排除することにより公正かつ自由な競争を促進することに法的な価値を認め、これを通じて右の三つの利益を守ることとしているが、本件のように事業関係者全員が談合に加わっている場合には、これを規制することによって主として国民の経済的利益を守ると

いう役割を果たすことになる。また、会計法、地方自治法等は、契約の方法を規制し、競争による入札という方法に高い価値を与え、これによらない随意契約を厳格に制限しているが、本件のような場合には、独占禁止法と同様に、主として国民の経済的利益を守るという役割を果たすことになる。

他方、事業関係者の利益を守ることが主たる目的とする法令も存在する。中小企業基本法もその一つであって、ここでは中小企業の成長発展等の目的を達成するため所定の事項について国は政策全般にわたり必要な施策を総合的に講じなければならない、その事項には中小企業の取引条件に関する不利を是正するように過度の競争の防止を図ることが含まれること（3条）、地方公共団体は国の施策に準じて施策を講ずるように努めなければならないこと（4条）、国は中小企業者が自主的に事業活動を調整して過度の競争を防止することができるようにその組織を整備するなどの施策を講ずるものとする（17条）などが定められている。

しかしながら、右の中小企業保護の施策は、国又は地方公共団体が講ずるものであって、事業関係者が代替して講ずべきものでないばかりか、それが前記の独占禁止法等が認めている法的価値に優越する場合に初めて、独占禁止法の罰則の適用にあたって違法性阻却事由の原由となるものである。そして、本件の談合は、中小企業を含む事業関係者全員が加わって競争制限を行ったものであって、中小企業の競争からの保護という側面もあったということができるが、水道メーターの入札価格を東京都の予定単価に近いものとする内容を内容としている点で、すでに独占禁止法の価値を侵害して国民の経済的利益に反する危険を内包し、これに優越する立場を主張し得るものでないことが明らかであるから、違法性阻却を認めることはできない。なお、東京都は、水道メーターの入札を業者の規模に応じて行うなどして各業者に受注実績に応じた受注の機会を与え、中小企業の保護を図りつつ、その枠内で中小企業同士の競争を促進することとし、もって独占禁止法との調和を図っているのである。

大規模事業者が独占的な地位を悪用して違法な行為に及んだときは、独占

禁止法その他の法令により制裁その他の措置が採られるのであり、他方、小規模事業者であっても、適正な自由競争の結果生じ得る結果は受忍して、その保護を許されている他の手段に求めるべきであり、そうすることは十分に可能であったから、小規模事業者が本件談合に加わらないことを期待することはできなかったとはいえない。

（６）遊技機販売業者により構成される事業者団体による 構成員に対する取引拒絶の勧奨²⁵⁾

本件は、パチンコ遊技機及びパチスロ遊技機の販売業者の事業者団体が、その組合員である遊技機販売業者等に対し、パチンコ・パチスロ遊技場（以下、ホール）の中古遊技機の設置に係る許認可に必要となる保証書作成及び打刻申請の業務をすることを拒絶させるようにすることが、法８条５号が定める不公正な取引方法（共同の取引拒絶）の勧奨行為に当たるとして、法２４条に基づき、当該行為の差止を求めたものである。本件では、当該行為、及び、法改正後に設置ができなくなる遊技機の撤去計画を業界が定めたことにつき、「正当な理由」があるか否かということにつき、以下のように判示された。

共同の取引拒絶に該当する行為を行った場合においても、「正当な理由」があるときは、「不公正な取引方法」に該当しないところ、この「正当な理由」の有無について、法が公正かつ自由な競争を促進すること等により、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的としていること等を踏まえ、当該取引拒絶行為の目的の正当性の有無及び当該取引拒絶行為の手段としての相当性を総合的に考慮して判断するのが相当である。

風営法施行規則の改正によりその設置が許されなくなった旧規則機は、相当程度廃棄されることとなるところ、各ホール営業業者がこれを法令上の設置期限の日まで使用し続けた場合には、一度に大量の廃棄が生ずる結果、その

25) 東京地裁令和３年３月３０日決定・判例時報２４９４号８２頁。拙稿・判批・ジュリスト１５７３号１２９頁。

適正処理に困難が生ずる可能性があり、過去には、撤去された遊技機の不適正な処理やホール営業者の敷地内の屋外に野積みされたことが社会問題となり、遊技機業界への世間からの非難が高まっていたことに照らせば、このような問題を生じないようにすべく法令上の設置期限より早く旧規則機を撤去させる計画を推進することは、合理的であるといえる。現に、旧規則機の計画的撤去及び本件経過措置期間間際の廃棄集中による混乱の回避といった点については、風営法を所管する警察庁から、講話等の形式で、繰り返し要請されていたところである。

他方で競争制限の弊害の程度についてみると、遊技機の設置の際の変更承認申請には添付書類として、取扱主任者の作成する保証書のほかに該当するものが存在することは何われず、また、パチンコメーカーが取扱主任者にかわってこれを作成していることもうかがわれないことから、本件措置は中古遊技機の設置のための手段の多くを制限するものであり、ホール事業に対する影響は小さいとはいえない。しかし、本件措置は、ホール事業の実施継続それ自体を直接に制限するものではなく、少なくとも一部のパチスロ遊技機については、製造業者による保証書作成が行われているから、本件措置が行われている状況下でも一切の遊技機の設置ができなくなるものとはいえず、さらに、中古遊技機の設置には検定機のほかに、認定機の移動もあり得るから、その移動の範囲が同一都道府県内の同一の営業者が設置する店舗間におけるものに限られ、検定機である中古遊技機の移動と同一視できるものとまではいえないものの、本件措置によって遊技機の入替えが不可能になるとまではいえない。したがって、本件措置がホール事業に与える競争制限の弊害の程度は小さいとまではいえないものの、本件措置が達成しようとする事項の公益性、重要性に照らせば、本件措置の目的の正当性を認めることができるというべきである。

また、本件措置は上記目的を達成するために必要かつ合理的な範囲にとどまるものであれば、手段としての相当性が認められると解すべきである。本件撤去計画は、計画的な旧規則機の撤去を行うことを促す効果があるもので

あり、射幸性の高低に応じて検定期限切れの時期に応じて撤去の期限を定めるものであり、その内容に一定の合理性を認めることができる上、計画の公表から誓約書未提出ホール営業者に対する不利益措置である本件措置の実施まで約5か月間が設けられていたことから、本件措置は、誓約書未提出ホール営業者に対して過大な不利益を必要かつ合理的な範囲を超えて課すものとは認められない。加えて、その他の手段によって、本件措置と同程度の効果をもって計画的な旧規則機の廃棄という目的を達成するとまでは認めることができない。

以上の諸事情を総合考慮すれば、本件措置は、法2条9項1号の「正当な理由」があるといえることができるから、不公正な取引方法に該当しない。

(7) 小括

このように審判決において、共同行為に関する「正当化事由」として考慮された事項は、具体的には商品の品質の維持、商品の安全性、暴力団の排除、パチンコ・パチスロ機の計画的な撤去による社会問題発生防止といった事項である。これらは、「一般消費者に利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進する」という独禁法の究極の目的に合致するものであり、また、それが競争に与える害悪よりも優先性が高い場合には、違法性が阻却される、ないし、「競争の実質的制限」に該当しないこととなる。しかし、どのような事項が「正当な理由」として考慮すべきかということを網羅的に述べることは困難である。また、それらを明確な形で分類することも困難である。

国連は、持続可能な発展として、貧困の防止、食料安全保障、包括的かつ持続可能な経済成長、気候変動への対策等の17の事項を挙げ、これらを統合された形で実施されなければならないとする²⁶⁾。しかし、これらの事項について、すべて独禁法の枠内で考慮することは困難であり、また、考慮すべきではない事項も存在するであろう。そうすると、独禁法上、正当な理由として

26) 第70回国連総会2015年9月25日採択。国際連合HP https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E (2022年8月25日最終確認)。

独禁法における水平的共同行為に関する正当化事由—EU 競争法の運用を参考に（渡辺） 91
考慮すべき事項は何か、また、いかに考慮すべきかということが問題となる。

2. 正当化事由に関する公取委の考え方

（1）事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針²⁷⁾

事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針（以下、事業者団体ガイドライン）では、「規格の標準化に関する基準の設定」として、「需要者の利益に合致した規格の標準化に関する自主的な基準を設定すること」は原則として違反とならないとし、また、「7－6 社会公共的な目的に基づく基準の設定」として、「環境の保全や安全の確保等の社会公共的な目的に基づいて合理的に必要とされる商品又は役務の種類、品質、機能等に関する自主的な基準を設定すること（需要者の利益を不当に害さないものに限る）」は特定の事業者には差別的な内容の自主規制等を行わない、及び、構成事業者に、自主基準等を利用若しくは遵守すること又は自主認証・認定等を利用することを強制することに該当しない限り、原則として違法とならないとしている²⁸⁾。

（2）レジ袋の利用抑制（平成 19 年度相談事例 3）

この事例では、容器包装に係る分別収集及び再商品化の促進等に関する法律 2008 年改正により、レジ袋の有料化が、レジ袋の排出抑制を促進するために、小売事業者が行うことが推奨される行為の一つとして位置付けられることとなったもののレジ袋を有料化する事業者が少数にとどまっていたことから、レジ袋を有料化し、1 枚 5 円とすることをある市内の住民団体及び小売業者が参加する協議会で決定したことにつき、小売事業者の事業活動という観点からすれば、レジ袋を無償提供又は安値で提供する小売事業者を選択する余地がほとんどなくなることになるものの、小売事業者間での商品の販売自体についての競争は制限されず、レジ袋は、顧客にとって小売店舗での

27) 公取委平成 7 年 10 月 13 日、最終改正令和 2 年 12 月 25 日。

28) 前掲注 26) 同 7－5、7－6。これらの記述は、自主規制等について、8 条 3 号、4 号、5 号違反となる可能性があることを前提としている。

商品購入に当たり必要不可欠なものとはいえず、また、顧客はその購入を目的として来店するものではないこと、レジ袋の利用抑制の必要性について社会的理解が進展しており、正当な目的に基づく取組であるといえること、レジ袋の利用の抑制という目的達成のための手段としてポイント制等に比べて効果が高いと認められること、単価を取り決めなければ、レジ袋の利用の抑制という目的を達成できないような安価な提供に陥る可能性があること、取り決められる単価の水準として、単価5円は、目的達成のために顧客が受忍すべき範囲を超えるものとは考えられないことから、目的に照らして合理的に必要とされる範囲内であることから、直ちに独禁法上問題となるものではないとされた。

（３）被災地への救援物資の円滑な輸送²⁹⁾

この公取委の見解では、関係事業者が共同して又は関係団体において、共同して配送ルートや配送を担当する事業者について調整することは、被災地に救援物資を円滑に輸送するという社会公共的な目的に基づくものであり、物資の不足が深刻な期間において実施されるものであり、かつ、特定の事業者に対して差別的に行われるようなおそれはないと考えられることから、独禁法上問題となるものではないとした。

（４）スポーツにおける費用の回収及び競技の戦力の均衡³⁰⁾

この公取委の見解では、スポーツ統括団体等が定める移籍制限ルールについて、チーム間の選手獲得競争が停止・抑制され、その結果、スポーツ活動を通じた事業活動における競争も停止・抑制され、また、新規参入が阻害されるという弊害が生じ得るものの、育成費用の回収が必要であり、かつ、その確保という目的の達成のために真に必要な範囲にあり、また、戦力均衡の必要性があり、かつ、目的の達成につながる場合にはその合理性・必要性

29) 公取委平成23年3月18日「被災地への救援物資配送に関する業界での調整について」。

30) 公取委令元年6月17日「スポーツ事業分野における移籍制限ルールに関する独占禁止法上の考え方について」。

独禁法における水平的共同行為に関する正当化事由—EU 競争法の運用を参考に（渡辺） 93
から違法とまらない余地があることを示した。

（５）小括

その他、公取委が事業者・事業者団体からの相談を受け、共同行為により環境保護等のために一定の決定を行った行為につき、一定の要件を満たした場合には独禁法上の問題とならない旨、公表している³¹⁾。これらの事例において考慮された事項は、環境の保全、安全性、救援物資の安定輸送、スポーツ競技の持続性・公平性の実現と多岐にわたる。これらは広い意味での「一般消費者の利益」であり、かつ、これらの目的の実現が必要であり、かつ、その目的の達成のために必要な範囲にとどまるものであれば、一定の決定が独禁法上、許容される旨を示している。ただし、上記事業者団体ガイドラインが示しているように、当該決定の遵守を強制することについては、独禁法上問題がある旨が示されている。

３．正当化事由に関する学説

以下では、共同行為ないし単独行為につき、「公共の利益」の解釈、ないし、独禁法上、「競争を実質的に制限する」ことに該当しない、公正競争阻害性を有しない、又は、独禁法上正当化されることについて理論枠組みを示した主な見解について、検討する。

（１）今村説³²⁾

本説は、私的独占および不当な取引制限において「公共の利益」の要件は、第一に形式的には他の要件を満足している場合であっても、もともと独占禁止政策の妥当しない分野にまでそれらの禁止規定の観念は及ばないということ を明らかにする意味を持ち、それらの分野について除外規定が存在することから、要件として機能することはないとし、第二に、「公正かつ自由な競争」によって自然成長した独占体のように、独禁法の目的から見て非難に値しな

31) その他の事例について、舟田正之『独占禁止法の研究』56、57 頁（勁草書房、2021 年）。

32) 今村成和『独占禁止法（新版）』82～87 頁（有斐閣、1978 年）

い行為に基づく市場支配を含まないことを明らかにする意味があり、これについても宣言的意味を持つに過ぎないとする。

(2) 正田説³³⁾

本説は、「公共の利益」は、私的独占、不当な取引制限という行為が、競争秩序の維持という原則を侵すことによって、経済社会における「民主性」が侵害され、それは、競争秩序の侵害として性格づけられる「力」の形成、行使による経済的従属者（消費者＝国民生活を底辺とする）の権利の侵害を意味するものであることを明らかにするための要件であり、独占資本主義段階における経済的従属関係を前提として、実質的な平等の要求に基づく経済的従属者の権利の確保を内容とする「民主性」の確立を内容とし、競争を実質的に制限する行為であっても、それが独禁法の究極的な目的に反しない場合、つまり、経済的従属者の権利・利益の侵害に連ならない場合には、それを容認することとして理解されるとする。

(3) 内田説³⁴⁾

本説は、石油価格協定刑事事件判決を前提として、「公共の利益」を緊急事態における公共性を意味し、違法性を阻却するものとして限定的に解釈し、それとは区別されるものとして通常の経済社会の倫理性、公益性・公共性・安全性等を指すものとして「社会的妥当性」という概念を提示する。その上で、「社会的妥当性」を有する行為は、競争の「制限」「阻害」の問題ではなく、「競争」の前提を満たさず、またその「枠」に入らないとして、独禁法の適用対象外となるとする。

(4) 中川説³⁵⁾

本説は、独禁法2条6項において、「公共の利益」を独立の要件とみなし、その意味を独禁法1条に規定された独禁法の究極目的である「一般消費者の

33) 正田彬『全訂独占禁止法I』192～194頁（日本評論社、1980年）

34) 内田耕作「社会的妥当性と独占禁止法（その4）」彦根論叢327号34頁（2000年）

35) 中川政直「『公共の利益に反して』要件の解釈：『競争の実質的制限』要件解釈論の体系的構築の観点から」関東学院法学13巻2号136、137、152頁（2003年）

利益の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達」に求め、独禁法の執行、競争政策の運営において、国民経済の構成要素のうち生産者としての側面と一般消費者としての側面が対立する場面においては、消費者としての側面を重視するすべき旨の政策指針の法的表明ないしは法的要請であると、すべての者が自由に市場に参加でき、自由に事業活動を展開することが「国民経済の健全で民主的な発達」を達成することになり、多くの場合、「一般消費者の利益」を確保することとなるが、両者が乖離する場合には後者を優先するとする。

（５）松下説³⁶⁾

本説は、独禁法 2 条 5 項及び 6 項における「公共の利益」について、独禁法 1 条の理念を体現するものとし、競争制限禁止は「国民経済の民主的で健全な発達」を実現するための手段として有効であり、原則とされるものの、競争制限の協定であっても「国民経済の民主的で健全な発達」を図るために有用ないしやむをえない場合にはこれを許容することとなるとする。そして、現代の重要課題として、環境、製品安全、食品安全、人権保護等の問題があり、これらを実現するものについて、公共の利益を害しないと解釈できる場合があるとするとする。

（６）和田説³⁷⁾

本説は、石油価格協定刑事事件判決に関し、自由競争経済秩序と独禁法 1 条がいう「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進する」という目的に実質的に反しない場合という「2 つの公益」の比較を客観的に行うことは困難であり、競争の実質的制限の判断にあたり、

「①自由競争経済秩序の利益を維持することが原則であり、正当化事由はその例外と位置付けられる。当該共同行為について、目的の合理性と目的を

36) 松下満雄『経済法概説（第 5 版）』56、57 頁（東京大学出版会、2011 年）

37) 和田建夫「競争制限行為の正当化事由に関する一考察」根岸哲先生古稀祝賀『競争法の理論と課題－独占禁止法・知的財産法の最前線』55、66～69 頁（有斐閣、2013 年）。

達成する手段としての相当性・合理性を審査する。a 目的の合理性は、当該共同行為によって得られる利益が、事業経営上の単なる利益ではなく、競争政策の観点からは是認されうるか否かの観点から審査する。b 手段としての相当性・合理性は、当該共同行為が、目的達成のために合理的に必要な範囲にあり、かつ方法として社会的に相当なもの（より競争制限的でない方法があるか否か）か否かの観点から審査する。c 手段の相当性・合理性は、当該共同行為の内容が（違反の程度）も問題となる。価格、数量、取引相手など競争行動を直接制限するような内容の場合は、相当性・合理性の審査は一般に厳しくなる。」とする。

（7）根岸説

本説は、「公共の利益」を、自由競争経済秩序の維持それ自体であるとするを前提に、一定の社会公共的な目的等正当な理由に基づく必要性については、競争の実質的制限または公正競争阻害性に判断において勘案される重要な要素として考慮されるが、環境保全や安全確保のための自主規制、他の法律により刑罰付で禁止される行為について、形式的に競争が制限されることがあり得るとしても、そのような競争は実質的に独禁法上保護に値しない競争であると評価する³⁸⁾。

本説について、保護に値する競争のみが一定の取引分野を構成するとする議論であるとし、その市場画定が余りに擬制的であり、保護に値しないとされた行為は適法だとせざるを得ないことから、行為の目的や手段の合理性・必要性に応じて違法性を評価する判断枠組みを示すことが困難であり、また、政府規制の存在を理由として、安易に適用除外を認めることになりかねないとする見方がある³⁹⁾。

38) 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 14 頁以下（1995 年）、根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説（第 5 版）』48 頁（2015 年）。

39) 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』197、198 頁（2017 年）。

（８）岸井説⁴⁰⁾

本説は、独禁法 1 条がいう「その他一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより」における「不当な拘束」の排除が「公正かつ自由な競争」および独禁法の「究極目的」の達成につながることを示しているとし、「不当」に事業活動を拘束する行為として規制の対象となるか否かについて、「究極目的」を踏まえ、その手段としての必要性を中心に審査すべき場合があるとする。その上で、正当化事由は刑法の違法性阻却事由と共通する問題であり、独禁法内在的な見地からの判断が必要であり、（ア）問題となった行為の競争制限効果を判定した上で、（イ）それがもたらす社会的便益、並びに（ウ）より制限的でない代替手段の可能性を比較衡量して判断されるとする。

本説について、「多様な意味があり得る正当化事由の有無を、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」ものであり、「独禁法上の諸規定の規範構造を超えて、反競争性（競争制限・阻害性）と正当化事由に 2 項対立に単純化されるおそれがあり、正当性に関し無前提な価値判断（例えば「社会的妥当性」があるか否かで判断）がなされるおそれがあるとする見方がある⁴¹⁾。

（９）白石説⁴²⁾

本説は、検討対象市場において反競争性がもたらされる場合であっても、「正当化理由」があれば、弊害要件を満たさず、違反とはならないとする。その上で、具体的な判断基準としては、まず、当該行為が正当な目的を実現しようとするものでなければならないとする。その正当な目的としては、不適格な事業者や商品役務を排除したり、フリーライドを防いだり、スポーツ競技団体の移籍ルールが選手育成インセンティブを向上させたりする等の知的創作や努力のためのインセンティブの確保、物理的・技術的・経済的困難が伴う場合にそのような行為をしない行為、効率性向上・競争促進効果、公共

40) 岸井・前掲注 39) 201 頁。

41) 舟田・前掲注 31) 59 頁。

42) 白石忠志『独禁法講義（第 9 版）』（有斐閣、2020 年）63 から 75 頁。

性、業績不振の他の供給者の救済を挙げ、その実現手段が必要な範囲内にとどまっている場合には、当該行為は正当化されるとする。また、「正当化理由」があると認められるためには、目的が正当であるだけでなく、手段が必要な範囲にとどまっていなければならないとする。ただし、手段の相当性を判断する基準として LRA（より競争制限的ではない手段があるか否か）の採用については、目的の実現に必要な範囲内の手段であっても、さらに LRA が見つかれば違反となる可能性があることから、その採用には慎重な姿勢である。

（10）舟田説⁴³⁾

本説は、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、「公共の利益に反して」に当たらないことから違法性が阻却されると解すべきであり、狭義の正当化事由とは、外形的に独禁法上の諸規定に定められた行為要件と市場（効果）要件を満たすとみられる場合に、社会公共の安全、環境保護（リサイクルを含め）、プライバシー、地域医療、言論の自由、広い意味での消費者利益（安全・健康など）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る根拠であるとする。「社会公共的目的」の例として、業界による商品の品質を確保するための自主規制を挙げる。また、広義の正当化事由として、ある行為が直接的には競争制限効果をもたらす場合であっても、供給者と需要者の間の情報の非対称性を是正したり、効率上の格差を是正したりして、競争を活発にすることがあり、この意味での競争促進効果は、「競争の実質的制限」または「公正競争阻害性」のうちの競争減殺を判断する要素として考慮されるとする。この例として、業界における表示・規格の統一化・標準化等を挙げる。

43) 舟田前掲注 31) 37～79 頁。

4. 小括

近年では、社会公共目的ないしその効果を有する競争制限的な行為について、それを「公共の利益」に合致するために違法とはならないとするか、競争の実質的制限とならないとするか、又は、独禁法でいうところの競争の枠外の問題と考えるかの違いはあるものの、概ね、独禁法の最終目的とされる「一般消費者の利益」「国民経済の健全で民主的な発達」に依拠し、正当化される余地がある点では学説は一致している。その際に考慮されるべき当該行為の具体的な目的ないし効果は、環境、製品安全、食品安全、人権保護（松下説）、不適格な事業者や商品役務の排除、フリーライドの防止、スポーツ競技団体の移籍ルールが選手育成インセンティブを向上させたりする等の知的創作や努力のためのインセンティブの確保、物理的・技術的・経済的困難が伴う場合にそのような行為をしない場合、効率性向上・競争促進効果、公共性、業績不振の他の供給者の救済、情報の非対称性の是正、効率上の格差の是正、その具体例としての業界における表示・規格の統一化・標準化が挙げられている。

しかし、どのような事項が正当な理由として考慮すべきかということを網羅的に述べることは困難である。また、それらを明確な形で分類することも困難である。したがって、EUにおいても様々な事項が考慮されていることを参考とすると、個々の事例ごとに独禁法の最終目的に照らし合わせた上で、その発生する影響・効果を享受する者およびその大小、効果の発生との因果関係から、「正当な理由」として考慮すべきか否かを決定することが考えられる。これは例えば、当該競争制限の「正当な理由」として考えられる効果が、競争制限の影響を受ける者に発生するのであれば、又は、その効果が広く一般消費者にもたらされるのであれば考慮の対象となろう。逆に、リバースペイメントのように知的財産権紛争の解消、研究開発の促進といった効果が競争制限行為を行う者のみに発生し、安価な後発薬を入手できない消費者に恩恵がもたらされないのであれば、考慮に値しないこととなる。また、その他、

レジ袋の共同有料化による環境問題の解消が間接的な効果だとしても、本来の価格競争に与える営業がそれほど大きくないというように、本来の競争にどれほど影響を与えるかということも考慮の対象となる。また、当事者に当該競争制限行為が強制されているか否かの問題もある。

上記遊技機の事件においては、旧規則機の計画的な撤去による遊技機の不適正な処理や野積み等の問題の解決が「正当な理由」に該当するとしている。しかし、当該撤去計画に基づく取引拒絶による競争制限を受ける者は旧規則機を自由に設置することが不可能となる。それに対し、問題の解決は遊技機業界全体においては重大である可能性はあるものの、その効果は本件措置との関係では間接的なものである。また、本件措置による影響を被る者は旧規則機の撤去に反対していることから円滑な廃棄という効果を受けることができない。また、不法投棄等の防止は当事者が行うべきものであり、またそれを防止する効果による環境保護の効果は一般消費者等に対してさほど大きいものではないということができる。したがって、「正当な理由」として考慮するとしても、重大なものとしてとらえるべきではないのではないか。

また、「正当な理由」の有無について、その考慮の方法の問題となる。同遊技機の事件においては、本件取引拒絶行為の目的及び効果が遊技機の適正な処理にあり、その公益性、重要性が認められ、取引拒絶行為によりそれらが実現され、かつ、代替的な手段も認められないこと、旧規則機を設置できないホール営業者への影響がそれほど大きくはないことを総合考慮している。これは、日本遊戯銃協同組合事件判決において示された、①独禁法の最終目的からみた当該行為の目的の正当性、②当該行為の内容（実現可能性）、③当該行為の実施方法（遵守の有無）、④自由競争経済秩序の維持と当該行為によって守られる利益の比較衡量という判断方法と類似している。ただし、本件においては、目的達成のための手段としての必要最小限性が求められている⁴⁴⁾。この必要最小限性については、独禁法は競争の促進により最終目的

44) 日本遊戯銃協同組合事件において、必要最小限性が求められているとみるものとして、和田・前掲注36)64頁。

を実現することが原則であり、競争を制限する手段により最終目的を実現することは例外であることから求められる要件であると考えられている。

ただし、④の比較衡量には困難が伴う。侵害される競争秩序と当該行為の目的及びそれにより実現される効果はその影響を受ける者およびその性質が異なることが予想される。本件においても、前者はホール営業者が検定機を自由に設置することにより他のホール営業者と競争することができなくなることであり、後者は遊技機の計画的な撤去、および、それによる環境問題という社会的問題の解決である。前者については、ホール営業者の競争の自由がどれほど侵害されるかということを観念的に把握するしかない。後者については、誰がどのような効果をどのような因果関係を通じて享受するかということを考慮するほかない。前者の侵害の度合いが小さければ、後者はそれほど効果として小さくなくとも、また、間接的にその効果が発生する場合であっても、「正当な理由」として認められる可能性がある。

V 結語

本稿の目的は、正当な理由があるとして。共同行為が違法とならない場合について、EU 競争法の運用を参考に明らかにすることにあった。

EU においては、上記で見たように、2004 年ガイドライン、2011 年ガイドラインでは TFEU101 条 3 項の運用において、環境問題を解決するものであっても、当該協定が第 1 要件として明記されている技術の革新、生産性の向上に寄与するものであることが必要であり、また、第 2 要件について当該協定による悪影響を被る者と利益を享受する者は同一であることが要求されるようになった。しかし、現在、検討されている改定案では、持続可能な発展のための基準の策定について、第 1 要件における考慮の対象とし、第 2 要件においては消費者と環境上の利益を享受する者が異なる場合であっても、「集合的利益」として考慮するとしている。また、持続可能な発展の問題を量的

に、つまり、willingness to pay（持続可能な発展のために消費者が付す価値をそのために消費者が支払う意思の程度に数値に換算したもの）⁴⁵⁾に転換できない場合であっても、それを「質」の問題として積極的に考慮すべきである⁴⁶⁾、将来の消費者を含め、また、現在の消費者の選好の変化を読み込んで消費者厚生への影響を量るべきである⁴⁷⁾との主張がある。しかし、どのような事項をどのように考慮するかということについて結論は下されていない。また、専門的職業団体が定める規則等を TFEU101 条 1 項の枠外のものと考慮することについても、当該規則の背景、特にその目的を考慮するとし、結果的に発生する競争制限効果がそれらの目的の追求に内在しているか、専門家の適切な行為を確保するために必要であり、かつ、必要な範囲を超えていないかということを判断するとされているが、その外縁は明らかではない。

日本においては、上述のように、「一般消費者の利益」、「国民経済の健全で民主的な発達」に合致する目的ないし効果のある協定が正当化される余地があることについては、公取委、学説は一致しているように思われる。ただし、どのような事項を考慮すべきかということについては EU と同様に、結論は下されていない。

私見では、考慮の対象とする事項については、上記学説と同様に、独禁法の最終目的に照らし合わせるものの、効果が発生する対象、効果の大小、当該協定と効果の因果関係の強弱、価格・品質競争との関係から考慮の対象とするか否かを決定し、考慮の方法については日本遊戯銃協同組合事件におい

45) ACM's analysis of the sustainability arrangements concerning the 'Chicken of Tomorrow' <https://www.acm.nl/en/publications/publication/13789/ACMs-analysis-of-the-sustainability-arrangements-concerning-the-Chicken-of-Tomorrow> (2022 年 8 月 25 日最終確認)。本件において、オランダ市場庁は、健全な環境で飼育される鶏の肉に付す消費者の価値を消費者が支払う用意がある価値として貨幣換算した。

46) Lucas Macharis, The exemption of sustainability agreements under European competition law – balancing societal benefits with consumer harm : a new way forward, 43 (4) European Competition Law Review 170 (2022)。

47) Roman Inderst & Stefan Thomas, Prospective Welfare Analysis-Extending Willingness to pay Assessment to Embrace Sustainability, Journal of Competition Law & Economics 22 September 2021, <https://academic.oup.com/jcle/advance-article-abstract/doi/10.1093/joclec/nhab021/6374070?redirectedFrom=fulltext> (2022 年 8 月 25 日最終確認)

て示された方法に基づき、競争に対する弊害と効果の比較衡量については、観念的にその大小を比較するほかないとした。

例えば、これを日本遊戯銃協同組合事件に照らし合わせると、当該協定の目的が真に消費者の安全を保護するためのものである場合には、その利益が広く消費者にもたらされることから、広い意味での消費者の利益に合致することから考慮の対象となり、策定された安全基準に合理性があり、かつ、当該協定が遵守されているのであれば、当該利益は広く消費者にもたらされ、競争制限効果は基準に合致しない遊戯銃を製造、販売する者及びそれを利用する者にのみ発生することから、当該安全基準の直接的な効果はそれほど大きくないものの、当該効果が多くの人に及ぶものであることから、正当化されることとなる。