

# 持続可能性と競争法・競争政策

土 佐 和 生

はじめに

近年、特に EU や OECD 等において持続可能性に関わる事業者の各種行為等を競争法上どのように取扱うべきかが課題とされている。もとより持続可能性の達成は、直接には政府によるさまざまな公的規制に依るが、間接に競争法・競争政策もこれに積極・消極に（剣または盾として、詳細後述）関与することがある。例えば、複数事業者間で持続可能性に係る技術イノベーション競争を回避する共同行為を規制する場合や、事業者による環境負荷を低減する自主的取組みにおける正当化事由として持続可能性に係るメリットを総合考慮する場合等が考えられる。本稿は、この主題を今後いっそう掘り下げて研究していく前提として、持続可能性と競争法・競争政策に係る上記の国・地域等での議論の現況をごく簡潔に素描しておくこと<sup>(1)</sup>を目的とする。

---

(1) 以下の叙述は、OECD (2020), Sustainability and Competition, OECD Competition Committee Discussion Paper, <http://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition-2020.pdf> (以下「OECD 報告書」) の目次・内容に基本的に依りつつ、本文掲載の行政決定や裁判事例、脚注記載の文献等によってその内容を補足または詳述するとともに、関連するその他の文献・情報等を追記すること等で行なう。本文中筆者の見解は原則として「私見」を付して述べる。

## 1. 「持続可能性」という用語について

持続可能性 (sustainability) と持続的発展 (sustainable development) はしばしば互換的に用いられることも多いが、前者は後者の意味を踏まえた用語である。以下、予め2つの用語の成り立ちや意味について概観しておく。「持続的発展」の用語は、1987年、国連のブルントラント委員<sup>(2)</sup>会最終報告書にて示された。その意味は「将来の世代がそのニーズを充

---

なお、本報告書は形式上 OECD を公表主体としているが、2020年12月開催の OECD 競争委員会会合同け資料であって、スウェーデン・ルンド大学法学部 Julian Nowag 准教授の原論文をそのまま掲載している（併せて参照、Julian Nowag, Competition Law s Sustainability Gap? Tools for an Examination and a Brief Overview, LundLawCompWP 3/2019Dec2019.）。また、本稿での OECD 報告書の内容の採り上げ方や要約の仕方は逐語的でも網羅的でもない。さらに、その取り上げ方には筆者の個人的な関心に基づく恣意が混入している点を予めお断り致します。

併せて参照、亀岡悦子「欧州グリーンディールの EU 競争法へのインパクト」公正取引855号16頁（2022年1月）、特集「SDGs と企業・社会」ジュリスト1566号14頁以下（2022年1月）、高宮雄介・高橋尚子「サステナビリティへの取組みと独禁法・競争法」NBL No.1200/92頁（2021.8.15）、三菱総研「令和2年度産業経済研究委託事業（経済産業政策・第四次産業革命関係調査事業費）（近年の競争環境・競争政策等の動向に関する調査）報告書（2021年3月26日）」3-35頁、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（2021年3月）、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7月）、オンライン開催の公取委競争政策研究センターセミナー（2021年5月14日）・亀岡悦子「EU 競争法と欧州グリーンディール」及びオンライン開催の日本経済法学会2021年度大会における個別報告（2021年10月9日）・柳武史「競争法における持続可能性の問題について—オランダ競争法の議論を手がかりとして」。また、EU、米国及びわが国の環境問題事例に係る非ハードコア共同行為に対する競争法規制につき、泉水文雄・宮井雅明・齋藤高広・井畑陽平・遠藤光「非ハードコアカルテの違法性評価の在り方（CPRC 共同研究 CR 02-15、2015年）」。

(2) WCED (1987), Our Common Future: Report of the World Commission on Environment and Development, Oxford University Press.

たす能力を損なうことなく、現在の世代のニーズを満たすような発展（同報告書の I.3. para.27.）」と定義された。当時、経済成長を犠牲にせず環境は保全できないという二項対立的な考え方が強かったところ、これを通じて、環境保全と経済発展は対立せず社会発展の両輪として相互補完し合うという新たな考え方が提案されたことは広く知られている。その後、この考え方に、1992年開催の国連環境開発会議（リオ・サミット）等を経て、戦争や貧困など社会的な側面が追加されていった<sup>(3)</sup>。このように、持続的発展の概念は3本柱すなわち環境保全・経済発展・社会的<sup>(4)</sup>の<sup>(4)</sup>衡平から成っている。持続的発展は、この3つの要素を同時にバランス良く追求することを通じて達成されるという。環境を保全しながらも<sup>(5)</sup>経済成長は可能であり、その成長が社会的衡平を促進するのである。直近の持続的発展に関する国際的枠組みは、2015年の国連総会採択の国連決議70/1号「我々の世界を変革する：持続可能な発展のための2030アジェンダ」に示されている。これはSDGs（Sustainable Development Goals）とも呼ばれ、既にわが国でも周知の標語になっている<sup>(7)</sup>。これに対し、21世紀に入って以降、社会一般に「持続可能性」という用語が広ま

---

(3) これは、戦争や貧困は市民と社会に悲惨な結果をもたらし、それがまた環境と経済に悪影響を及ぼすという3要素間の関係性に係る視座に支えられている。

(4) 文化を加えて4要素とすることもある。文化の要素は、①文化資産（芸術、遺産、知識、多様性等）保護の点で、②文化資産保護を行いつつ3本柱の取組みの間を調整する点で、③3本柱はそれぞれの文化の中で形作られるが、持続的発展をこの文化プロセスとして捉える点で役立つとされる（OECD 報告書12頁注10）。

(5) OECD 報告書12頁。

(6) UN General Assembly, 17<sup>th</sup> Session, Agenda items 15 and 116, Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development .

(7) 2015年国連MDGs（Millennium Development Goals）の終了に伴い、17の分野別目標と169項目に及ぶ具体的な達成基準からなる。See, <https://sdgs.un.org/goals>

ってきた。上記の持続的発展と比べて、この用語に特段の国際約束上の定義等は具体的に与えられていない。私見では、むしろ、それぞれの国や地方コミュニティごとまたは事業者や消費者などグループごとの多種多様な状況に応じて、これまでより自由に幅広く持続的発展の対象となる領域や行動を広げることができるように、人間が現代社会を生きていく上でそれまでとは違う質的な発展が要求されている領域・分野や、一方であるものやあることを持続させつつも他方で環境配慮や社会的衡平などを同時に目指すような行動・取組み等を促す標語として、この用語が普及してきたようである<sup>(8)</sup>。なお、本稿では、現時点での通例に従って以下「持続可能性」の用語を用いるが、その意味するところは上記の趣旨に即して「持続的発展」と同じとする。

ところで、競争政策の見地から SDGs を眺めると、その12.6で「持続可能な消費と生産のパターンの確保—持続可能な行動を採用し、持続可能性に係る情報をその報告サイクルに組み込むことを企業、特に大企業や多国籍企業に奨励すること」が挙げられている点が目に止まる。つまり、SDGs 12.6は、①事業者による事業展開がグリーン経済（環境負荷を低減し、そうした事業支援業務を供給する事業ないし産業）の一部をなすという点で、また、②環境に優しい包装等の導入を通じて環境フットプリント（製品等や事業活動が環境に与える負荷を評価するための指標）を低減すること、または企業の社会的責任（CSR）に即ちそう取組むこと、もしくは企業情報開示においていわゆるトリプルボトムライン（事業活動を経済的側面だけでなく環境的側面及び社会的側面からも評価する会計手法）<sup>(9)</sup>で環境・社会貢献面を含む事業活動報告を行うこと等

---

(8) 参照、亀山康子『「持続可能な発展」と「持続可能性」』国立環境研究所ニュース32巻6号（2014年2月）。

(9) 参照、北川哲雄「高まる ESG 投資と情報開示の高度化」月刊資本市場390号4頁（2018年2月）。

によって、グリーン経済に属さない事業者も持続可能性を改善できる点で、さらに、③事業者は、世界経済フォーラム（WEF）や持続可能な開発のための世界経済人会議（WBCSD）等の非政府組織と協力できる点で、持続可能性を達成するための事業者による自主的取組みが積極的に展開されることを重視している。<sup>(10)</sup>

私見では、今後、事業者が単独または共同して事業活動に密接に関わる持続可能性に係る自主的な取組みをいっそう活発に展開していけばいくほど、積極関与か消極関与かは置くとして、競争法・競争政策としてもさような事業者による自主的取組みを分析・評価しなければならない機会・局面は増していくと考えている。例えば、2021年6月11日改訂のコーポレートガバナンス・コード（東京証券取引所）では、原則2-3及び補充原則2-3①において、気候変動などの地球環境問題への配慮、人権の尊重、従業員の健康・労働環境への配慮や公正・適切な処遇、取引先との公正・適正な取引、自然災害等への危機管理など、サステナビリティを巡る課題について適切な対応を行うべきであるとしており、事業者によるこうした自主的取組みを後押しするものになり得るであろう。

## 2. 競争法は持続可能性を考慮に入れるべきなのか

この抽象的・規範的な問いに答えるには、まずそれぞれの憲法等で持続可能性がどのように取り扱われているかが手掛かりになる。<sup>(12)</sup>例えば、トルコ憲法56条は「すべての個人は、健全で調和のとれた環境の下で生活を送る権利を有する。環境の発展、環境保全、および環境汚染の防止

---

(10) OECD 報告書13頁。

(11) もっとも、持続可能性の向上を標語とする事業者の活動の中には、単に自社のイメージアップを仮装するに過ぎない、いわゆるグリーン洗浄（green washing）として批判されるものもある。

(12) OECD 報告書15頁。

は、国家および国民の義務である」とする。類似の憲法規定は、スイス憲法73条・ロシア憲法58条・メキシコ憲法4条等及び超国家法としてのTFEU第11条及びEU基本権憲章37条にも見ることができる。こうした諸国では、競争当局による反競争効果と正当化事由との総合考慮の上で、憲法上の価値実現は1つの要素となり得るであろう。また、国連気候変動枠組条約締約国会議（COP21）採択のパリ協定や上記の国連決議70/1等に基づく国際法上の義務履行の要請は、特にこの義務履行確保に特段の実施措置を要しないと考える一元論（monist）の国では、競争法の適用においてもなにかしらか関わるかも知れない。オランダ最高裁は、欧州人権条約2条及び8条（生命に対する権利・私生活等尊重の権利）を経由させて、オランダに国連気候変動枠組条約上の2020年末まで温室効果ガス排出量の25%削減の履行義務があることを承認している<sup>(13)</sup>。

私見では、周知の通り、例えば米国の新ブランドイス学派の主張に見られるように、現在、競争法の目的について狭く経済厚生促進だけに限られるか、また、検討対象行為のもたらす競争上の弊害について商品の価格・数量に対して及ぼす短期の効果だけを評価して足りるか等に関して活発に議論が続いている。競争法・競争政策の目的や果たすべき役割に対して社会からの期待や要求が拡張しつつあるという意味で、持続可能性に関わる議論もこのような競争法の目的と競争分析の手法をめぐる大きな論争を形作る1領域をなすものと理解している。

---

(13) Decision by the Dutch Supreme Courts of 20 December 2019 in case De Staat Der Nederlanden v. Stichting Urgenda ECLI:NL:HR:2019:2006 (in English: ECLI:NL:HR:2019:2007). 持続可能性と競争法に係るEUでの議論では、オランダ競争当局ACMも先導的な役割を果たしている。この点に関する英国競争当局ACMなど他の競争当局等の動向も含めてACMの先導的位置づけを紹介するものとして、参照、Helen Gornall, Jolling de Pree and Bart de Rijke, Guidance on Green Cooperation: Ditch Competition Authority Leads the Way, De Brauw Blackstone Westbroek HP, 18 Feb. 2021.

### 3. 技術上の論点

技術上の論点は、経済学上のそれと競争法を適用する上でのそれに分けられる。持続可能性と競争法・競争政策をめぐる議論は、単に競争法適用上、とりわけ実体規制上の法律技術的な論点だけでなく、例えば民主的基盤を欠く競争当局が持続可能性という課題を取扱うことができるか、また、こうした課題を取扱う専門能力を備えるかなど広く様々な根本問題にまで及ぶ。

#### 3-1. 持続可能性と競争をめぐる経済学の概観

公的規制には、持続可能性の懸念をより直接に、かつ、政治的な説明責任を以て達成していく点で明らかに利点がある。競争法・競争政策の分野でも公的規制に依ることを支持する傾向がある。しかし、少なくとも従来の command and control タイプの公的規制については非効率な場合があるとされ、また、かりに効率的であるとしても、政治的妥協・管轄・地理的範囲・執行コスト等についてその実施可能性や有効性に問題が残るとされる。したがって、公的規制の及ばない分野については、民間部門での自主的取組みの重要性が強調されてきた。このとき、こうした自主的な取組みと競争法・競争政策の間での相互作用に関する評価は、command and control タイプの公的規制に係る評価枠組みを越えている。経済学は、市場の力を理解し、それによって作用するダイナミクスが持続可能性の実現に害を及ぼしているのか、助けているのかを判断するための貴重なツールになり得る。また、競争と持続可能性の経済学を探究することは、競争法で適用される伝統的な経済的枠組みの中で持続可能性を評価する方法を特定するのに役立つ。さらに、経済的洞察は、政府の行動または持続可能性に係る民間イニシアティブが持続可能性を提供する上でより効率的であるかどうかを調査するのに役立つ。

この点で出発点となるのは Elinor Ostrom のコモンズの悲劇（誰しも

が使える共有牧草地は荒廃する)の研究である。一般に、既存研究の幾つかは、協力 (cooperation) が前向きな結果につながる余地はあるものの、その状況は相当限定的であって政府による公的規制の方がいっそう効率的である場合があること、また、その理由として事業者に持続可能性に投資するインセンティブがないことを示唆する。もっとも、こうした理論的知見の現実妥当性には以下の諸点が制約条件であり得る。例えば、持続可能性を品質競争の要素と考えると、幾つかの行動バイアスを通じて現時点での消費者の購買判断はこれを組み込んだものにならないかも知れない<sup>(14)</sup>。この場合、協力がより良い結果を生む可能性がある。

---

(14) Cristina A. Volpin, Sustainability as a Quality Dimension of Competition: Protecting Our Future, CPI Antitrust Chronicle, vol. 1(2), July 28, 2020, pp. 9–18. OECD 報告書でしばしば引用されるこの論文は、競争分析の上で持続可能性に係る競争を品質競争としていかに分析・評価すべきかを考えるのに有益である。要旨次の通り。環境負荷を伴う市場には、外部不経済 (環境負荷効果が商品価格に含まれない) や双曲割引・ヒューリスティック・協調の失敗・現状維持バイアス等に起因する市場の失敗が認められる。こうした市場での商品価格は、認知バイアスの影響の少ないまたはより多くの情報に基づく少数の消費者の支払意思に対応していない。したがって、高い研究開発投資や固定的な埋没費用が必要な場合、事業者が洗練された少数の消費者の期待に応えるインセンティブは低下し、環境上の利益を伴うイノベーション努力を怠る競争者に市場シェアを奪われる先行者の不利益 (the first mover disadvantage) に直面する。こうした市場の失敗に対処する政策として環境規制・国家補助・表示義務や認証制度等があり得るが、時間がかかり執行費用もかさむので民間イニシアティブを重視すべきである。

他の社会公共的価値と比べて、競争分析における持続可能性の考慮は、消費者厚生基準を変更することなく可能である。第1に、より環境負荷が少ないことは品質がより良い、選択やイノベーションがより多いという意味で、持続可能性を非価格競争の要素に取り込むことができる。例えば、競争者間で商品の持続可能性に係る品質やイノベーションの水準を制限する旨の合意は TFEU 第101条違反となる (例、Daimler, BMW 及び Volkswagen グループ (Volkswagen, Audi 及び Porsche) による車載用窒素酸化物浄化分野における技術開発競争を制限する旨の合意が TFEU 101条違反とされたカルテル和解手続決定 (AT.40178, 8 July 2021)、本稿執筆時点で秘密保護調整のため公開版なし)。他方、持続可能性に係るキラ



買収 (sustainability-killer acquisition) では不都合が生じ得る。例えば、従来型 (環境に悪いがコストは安い) 製造を続ける市場参加者Aが、環境負荷がより少ない競合商品を製造販売するBとの合併を計画しているとする。結合実施後、Aが規模の経済性を活用し、環境負荷がより少ないBの製造ラインを破棄してコストを削減し、環境負荷の大きい製品の価格を引き下げる方針である場合、短期の価格低下効果だけに焦点を合わせると、品質と選択の劣化ないし弛緩という観点から持続可能性に係る中長期の動態的效果を考慮することができなくなる。取引に付随する外部不経済は、蓋然的に発生し得る他の価格効果とともにすべての消費者が負担する価格上昇として考慮できる。

第2に、持続可能性の考慮は検討対象行為の環境効果から生じる経済効果の一部であって、かような効果の分析や計測は伝統的な手法に基づいて可能である (例、European Commission, Decision of January 24, 1999, CECED, IV.F.1/36. 718, OJ L187. 本件では、家電メーカー及び業界団体からなる事業者団体 (CECED) の構成事業者が、エネルギー消費量の大きい家庭用洗濯機の生産・輸入を停止する旨等の合意がTFEU第101条違反とされたものの、TFEU第101条3項に基づき1997年10月22日から2001年12月31日までの間に適用免除を受けた。)。したがって、検討対象行為の持続可能性に及ぼす効果は、価格効果かつまた (and/or) 品質、選択及びイノベーションに係る非価格効果としてある程度まで評価し得る。例えば、製造の持続可能性の面でイノベーションを行い、いっそうグリーンな技術やプロセスの研究開発に多額の予算を投じてきた2つの競争会社間での水平型結合においては、商品またはプロセスの持続可能性の側面をイノベートする圧力が失われる蓋然性を分析して、より環境に配慮した技術やプロセスをイノベートする将来のインセンティブに対する影響を理解する必要がある。もっとも、生物多様性の減少のごとくCO<sub>2</sub>排出量のように標準化されていない考慮事項については課題が残る。

特定商品の品質を精密に定義付けるのは、ユーザーの認識が主観的なものであり、品質が多面的側面を持ち、客観的に測定可能な変数がないことを思えば、難しい作業になる。ある企業結合事案で、結合実施後の、ある商品の価格を上昇させる効果と、環境負荷のより少ない別の商品の供給によって品質上の持続可能性を高める効果とをどのように総合考慮するかは1つの課題である。また、環境改善効果が地理的・時間的に限定される場合にあってはその累積効果はなお存在するとすれば、特定の市場・消費者カテゴリーを越える波及効果の重要性を考慮する必要もあろう。競争当局による通常の競争評価の時間枠を超えてのみ効果が認められる場合がある。動態的效果を考慮することにつき、価格効果で採用されている時間枠よりも相当に長い時間枠でそのような効果を考慮に入れることができ

また、既存研究の前提をなす合理的利益最大者の公理（rational profit maximiser axiom）の有用性には疑問があるかも知れない。利益を幾らか犠牲にする意思是企業の社会的責任に内在する余地がある。また、事業者は、社会や投資家からの持続可能性に関する圧力を背景に、持続可能性と利益の犠牲を内部的に調整するかも知れない。

実務上、動物福祉（animal welfare）に関する相談事例（‘Chicken of Tomorrow’, ACM/DM/2014/206028.）は参考になる。2013年、オランダの消費者向け鶏肉小売市場で95%の合算シェアを持つ養鶏業者、食肉加工業者及び小売業者が、消費者向け鶏肉の生産をより動物に優しく、より環境面で持続可能にする「明日の鶏」という取組みに合意した。これには、ブロイラーの通常飼育条件（1日あたり60～65gの成長、40日齢で屠畜、鶏舎占有率1平米あたり21羽等）と比べて鶏の福祉を改善する基準（同50g、45日齢、19羽等）が含まれており、2020年までに漸次スーパーマーケット等の消費者向市場で従来のブロイラーと置き換わる予定であった。2015年、この取組みにつきオランダ競争当局ACMは、「明日の鶏」に係る合意は、オランダの消費者向け鶏肉小売市場において競争法及びTFEU第101条1項に違反するとともに、動物福祉の向上や環境保護等に関する費用便益分析に関して上記合意に伴う利益は費用を相殺せず、また消費者への啓発・教育等の代替措置もあり得るとして同法6条3項の適用免除条項も充たさないとした。<sup>(15)</sup>このように、従来の経済

---

る。

(15) ACM, Vision document on Competition and Sustainability (May 2014, The Netherlands Authority for Consumers & Markets)では持続可能性に係る事業者の自主的取組みに対する競争法の適用及び適用免除の一般原則が述べられている。その上で、ACM, 26-01-2015, ACM's analysis of the sustainability arrangements concerning the Chicken of Tomorrow は、この Vision document に依拠しつつ本件で具体的にどのように法適用がなされたかを示す。特に適用免除に係る説明は以下の通り。①製造・流通プロセス等の改善等（1号）。現時点で動物福祉・

分析ツールは持続可能性の分析に関して有益なガイドを提供する。

### 3-2. 持続可能性と競争法

この点に関わる技術上の論点は2つに大別される。すなわち、持続可能性の観点から有害な措置を禁止するために競争法をどのように解釈す

---

環境保護等の効果を含む市場価格は存在していないので、いわゆる支払意思額に関する消費者調査を実施したところ、消費者は本件合意での動物福祉等の改善措置に少額しか支払わず（ただし支払意思額は改善の種類・改善の程度及び消費者の間での改善の認知度合いに依存）、また当該措置を実施する追加費用は動物福祉等に係る利益を上回っており、よって「明日の鶏」は消費者に正味で利益をもたらさない。②上記改善の利益が消費者に「公正に均てん（fair share）」されるか（2号）。それを示す情報はない。③合意が目的達成に必要なかつ比例的か（3号）。持続可能性につきスーパーマーケット等が相互に競争するためには、例えば、消費者はオランダ動物保護協会の「BetterLife」認証ラベルの付いた鶏ササミには現在販売されている価格よりも多く支払うことを厭わないようなので、持続可能な方法で養鶏された鶏肉を評価する消費者をいっそう引き付ける上記ラベルの認証活動等の代替手段もある。ACMによると、消費者啓発や他の種類の生産方法に対する消費者の認知を広めるには改善の余地が多い。なお、先行者の不利益に起因して共同で自主的に取組むことの必要性に関し、ACMによれば現在の市場ダイナミズムは動物福祉等の差別化の傾向を示しているとして、これを否定した。④市場に競争の余地が十分残されているか（4号）。本件合意の結果、2020年以降、消費者はオランダのスーパーマーケットでは従来通りに生産される鶏肉を基本的に購入できなくなると想定される。非参加の小さなスーパーマーケット、肉屋等の他のチャネルを通じて購入することはできるが、こうした代替販売チャネルは当該市場の5%に過ぎない。2020年以降もより安価に生産される鶏肉の入手可能性といっそう高い動物福祉基準に従って生産される鶏肉間での品質競争・価格競争が完全に消滅するわけではない。

なお、ACM, 13 August 2020, Welfare of today's chicken and that of the Chicken of Tomorrow によれば、本件以降市場参加者によって独自の取組みが始まり、屠畜日齢の早い鶏品種は事実上棚から姿を消すなど従来以上に持続可能で動物に優しい鶏肉が供給されており、現在の鶏に係る動物福祉基準は「明日の鶏」の基準よりも高い。2014年から2018年の間で独立した認証ラベルを付す鶏肉のシェアは約2倍になっている。

べきか、他方、持続可能性を支援する事業者の自主的な措置が競争法上認められるように適用免除に係る条文をどのように解釈する余地があるかである。前者を予防的組み込み (preventative integration) と後者を支援的組み込み (supportive integration) と、また剣と盾<sup>(16)</sup>ということもできる。

### 3-2-1. 持続可能でない行為を禁止する場面における剣としての競争法

競争法の適用を通じて持続可能性をいかに促進できるか。それは、伝統的な手法を用いてまたは多少ともそうした手法の限界を押し広げる形で、行うことができる。まず、持続可能性ないし (生産上及び動態的な) 効率性と、消費者厚生 (consumer welfare) との間的一致は強調に値する。天然資源を利用する最適レベルを達成・確保するため、持続可能性は生産上及び動態的な効率性を求める。各消費者間で持続可能性の価値

---

(16) Simon Holmes, Climate change, sustainability, and competition law, *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 8, Issue 2, July 2020, p. 354. この論文は、持続可能性を競争法に即時・積極的に取り込むべきとの立場に基づいてその基本的考え方を包括的に述べる点で、また特に、取扱われることの少ない単独行為に関する分析を示す点で、参照価値が高い (後述、本文 3-2-1 第 4 段落)。なお、単独行為について併せて参照、Chapter II Abuse of Dominance, in Simon Holmes, Dirk Middelschulte, Martijn Snoep, *COMPETITION LAW, CLIMATE CHANGE & ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY*, (2021/3/26, Institute of Competition Law). この第 2 章の第 1 論文 (Marios C Iacovides and Christos Vrettos, Radical For Whom? Unsustainable Business Practices as Abuses of Dominance) では、社会生態学 (socio-ecological) な視点に基づき、濫用概念を従来の経済分析重視アプローチ (more economic approach) から労働条件や人権の無視、汚職、環境破壊や生物多様性削減、森林破壊や汚染等へと拡張することが提唱されている。第 2 論文 (Christopher Thomas, Exploring the Sustainability of Art.102) は、EU 委員会の DSD 決定 (Commission Decision of 20 April 2001 (Case COMP D3/34493 - DSD)) 等を挙げて持続可能性に係る競争法実務の動向を示した上で、さような濫用概念の拡張が競争法実務に実際に採用されることに懐疑的である。

と支払意思価格が異なる可能性はあるものの、一般に、同じ商品が同一価格で販売されているならば消費者はより持続可能な商品を選択するという仮定は公正に思われる。したがって、持続可能性は商品の品質競争の要素としても評価できる（参照、前掲注14 Volpin 論文）。

この評価は、競争法の伝統的な適用が、付随的にせよ持続可能性の向上につながり得ることを意味する点で重要である。こうした例として、米国 FTC の Panasonic / 三洋電機の企業結合事例<sup>(17)</sup>がある。蓄電池及び蓄電池技術は供給に中断の生じる再生可能エネルギーの貯蔵を可能にするためエネルギー再編において重要であるところ、本件で FTC は携帯型ニッケル水素（NiMH）電池に係る資産につき当事会社が関連事業を富士通の子会社である FDK に譲渡する条件を課した。また、品質競争の要素としての持続可能性に焦点を当てれば、よりの確な競争法に基づく規制も可能であろう。PVC 及びリノリウムの床材の製造販売に係るフランスの主要メーカー 3 社等間での価格等カルテルに関する事例<sup>(18)</sup>では、各社製品の環境特性に係る広告宣伝を回避するとともに、関連事業者団体が作成する統一データシートを通じてのみ自社製品の環境特性につき連絡し合うことができる旨の合意がフランス競争法違反とされた。持続可能性にとって研究開発やエコ・イノベーションは重要であって、技術

---

(17) FTC, Press Releases, FTC Order Sets Conditions for Panasonic's Acquisition of Sanyo, November 24, 2009.

(18) Autorité de la concurrence, Press Releases, 19 October 2017: Cartel in the Floor Coverings Sector. 本件合意は、2002年から2011年までの間、無謀なグリーン・マーケティングの防止を目指して、環境特性に基づく競争的なマーケティング慣行を排除し、特定の製品に関する不必要な議論を回避し、一貫したマーケティングアプローチを採用することを目的としていた。本件合意は、空気の質が人間の健康に与える影響をめぐる議論がますます盛んになる中で、より良い環境性能を特徴とする製品を顧客に供給するために技術革新を進めるメーカー間でのイノベーション・インセンティブを削ぐものとして機能し、それによって各社製品の品質上の差別化競争に影響を与えるおそれがあるとされた。

革新に係る反競争行為を取扱う伝統的な theory of harm に即した競争法の運用は持続可能性の視点を競争法に取り込むことができるという意味で重要である。競争当局は、エコ技術へのアクセス制限に係る排他行為、持続可能性に悪影響を及ぼす共同行為に焦点を当てるべきであろう。後者の例として、前掲注14の Daimler, BMW 及び Volkswagen 等による技術イノベーション競争を回避する旨の合意が TFEU 第101条違反とされた事例 (AT.40178, 8 July 2021) が挙げられる。<sup>(19)</sup>

伝統的な theory of harm が、イノベーションと持続可能性の関連性に拡張できることも示唆されている。例えば、競争分析の対象を現在及び潜在的な価格競争・製品競争及びイノベーション競争に限って評価した EU の Bayer/Monsanto の企業結合事例において、委員会の競争分析に加えて、本件結合が、産業集中を高め、市場支配力を維持・強化させて農民に対する種子・農薬の価格を上昇させ、また、多様な種子の形質技術や遺伝資源 (seed traits technology and germplasm) の利用可能性に悪影響を与え、全体として化石燃料ベースの除草剤等の使用を増やし、それらによって持続可能性に悪影響を与える蓋然性が高い点も考慮されるべきだったとの指摘がある。<sup>(20)</sup> また、本件で委員会が行った研究開発の努力と成果 (innovation efforts and innovation outputs) に係る競争分析だけでなく、研究開発の多様性 (innovation diversity) に係る分析を通じて、本件結合がエコ・イノベーションに及ぼす競争上の弊害をいっ

---

(19) 執筆時点の制約から OECD 報告書では、違反行為として異議告知書における排気ガスから有害粒子放出を低減するオットー粒子フィルター (OPF) に係る合意も挙げているものの、この点は証拠不十分として最終的には審査過程で検討対象から落とされている。

(20) Ioannis Lianos with Dmitry Katalevsky, Merger Activity in the Factors of Production Segments of the Food Value Chain: -A Critical Assessment of the Bayer/Monsanto merger, Centre for Law, Economics and Society Policy Paper Series: 2017/1, October 2017.

そう多面的に分析・検討すべきであったとの見解もある。<sup>(21)</sup>

持続可能性について競争法の適用を拡大しまたはその限界を押し広げることができる分野として、搾取型濫用行為を挙げることができる。例えば、農産物につき支配的地位にある一部の小売業者・仲介業者が農民に支払う、子供を養育する余裕がないほどの低い購買価格の設定には環境的側面が伴う。低い購買価格は希少天然資源の過度の利用を促進し、バナナ・ココア・コーヒー等に関して持続可能な土地利用の慣行の多くを思い止まらせる。購買価格が生産上の真正コスト (true costs) をカバーせず、農民が家族を養いまたは持続可能な形で農産物を生産できる意味で合理的なマークアップをできないようにしている場合、当該購買価格の設定は潜在的に「不公正な (unfair TFEU 第102条(a))」購買価格として濫用行為に該当し得る。<sup>(22)</sup>ただし、競争当局は事実上価格統制機

---

(21) Elias Deutscher and Stavros Makris, What is the role of EU merger control in ensuring sustainability? Innovation output, innovation diversity and the Commission's innovation theory of harm in agrochemical mergers (未公表). なお、この論文そのままのテーマで神戸大学社会システムイノベーションセンター開催のオンラインセミナー(2020年9月20日)にてこの論文執筆者らによる報告がなされている(筆者不参加)。

(22) See, Simon Holmes, *supra* note 16. at 384.; Herenic Competition Commission (HCC), Staff Discussion Paper on Sustainability Issues and Competition Law, 2020, p.30. 競争当局の各種報告書のうち、本報告書は持続可能性に関わる共同行為だけでなく、単独行為等に言及する点に特徴がある。ギリシア競争当局 HCC は、オランダ競争当局 ACM と並んで、持続可能性と競争法に係る EU での議論において先導的で、本報告書公表後2020年9月、Conference for Competition Law & Sustainability を開催して持続可能性に係る競争法運用に係る提案(①市場参加者がチームを組成し、競争法適用を免除される持続可能なビジネスプロジェクトに取り組むことができる sandbox 制度の創設。②持続可能性関連のイニシアティブについて非公式な助言を行う各規制当局の専門家から成る Advice Unit の設立。③持続可能性プロジェクトにおける競争者間での適法な協力の要件を定義する一般的ガイドラインの策定)を行い、2021年8月末までこの提案に関するパブリックコメント (public consultation; <https://www.epant.gr/en/enimerosi/>

関になること、より一般には持続可能性に係る標準設定機関の類いになることに慎重である。<sup>(23)</sup>

さらに、一般論として、競争政策は持続可能性をめぐる幅広い議論の進展に役立つ可能性がある。例えば、南アフリカで競争政策は、経済が極めて集中していた歴史的構造に対処するのに役立つ道具として経済社会への黒人所有企業の参入を促進するためにも、アパルトヘイト終了後の改革において重要な要素と見なされていた。<sup>(24)</sup>

### 3-2-2. 競争法は障害か？—反トラスト責任から守る盾としての持続可能性

剣としての競争法と並んで、競争法は持続可能性を向上させようとする事業者間の共同行為をどう取扱うべきか、競争法は市場参加者による持続可能性の追求をどの程度制約付け得るかの論争がある。この点で、競争法と持続可能性の調整問題を取扱う前提として、持続可能性の向上を目指す事業者間の共同行為がそもそも競争法の適用範囲外であり、さような調整を伴うものではない場合があることは強調に値する。

#### 3-2-2-1. 競争法の適用範囲

持続可能性に係る競争法上の議論は過度に調整に集中しているものの、経済と環境保護は根本的に両立し得るとする持続可能性の基本的視点を

---

sandbox.html?ExcludePageBreak=true) を行っている。

(23) Simon Holmes, Ibid, at 385. は、確かに困難であるにしても、従来、商品の販売価格につき不当に高いまたは低いを評価・判断してきた競争当局や裁判所に商品の購買価格の不当な低さを評価・判断できないことは、少なくとも原理のうえで、ないはずだと主張する。

(24) Simon Roberts, The role for competition policy in economic development: the South African experience, Trade and Industrial Policy Strategies (TIPS) Working Paper 8-2004 at p.1.



踏まえれば、持続可能性の向上を目的とする事業者の行為に関わって、競争法を適用すべきでない数多くの分野がまだ見落とされている。

#### 【競争法の適用対象となる商業／経済活動】

持続可能性に貢献するすべての活動に競争法が自動的に及ぶものではない。多くの国・地域（jurisdictions）で競争法は商業／経済活動または企業もしくは事業者団体に適用され、法人（corporations）にのみ適用される国・地域もある。この点につき、自然国家遺産の土地の自然保護団体への無料譲渡と大規模な自然保護プロジェクトへの財政的支援が国家補助にあたるとする EU 委員会決定がドイツ政府によって争われた事件で、EU 一般裁判所は、公権力の行使としての自然保護活動はもっぱら社会的性質のものであって経済活動にあらず、したがってその限りで自然保護団体を事業者（unternehmen）と見なすことはできないとした<sup>(25)</sup>。

#### 【セクター別適用除外】

特定の産業セクターを競争法の適用除外とする国もある。持続可能性の3要素（環境保護、経済発展及び社会発展）、特に食料安全保障の観点から持続可能性の文脈において重要なセクターが農業である。例えば、米国ではクレイトン法6条は「相互扶助」を目的とした協同組合が「正

---

(25) Urtil Des Gerichts (Fünfte Kammer) 12. September 2013, In der Rechtssache T-347/09. ただし、OECD 報告書での本判決の採り上げ方は我田引水である。本件で、確かに一般裁判所は、公権力行使としての自然保護活動それ自体は経済活動ではないと述べはする (para. 31)。しかし、上記裁判所は、自然保護団体がそれに付随して行う木材の販売や狩猟・釣りのリース、観光業等の経済活動を行う限りで事業者にあるとし (para. 45)、結論的にドイツ政府の自然保護団体に対する上記支援措置を国家補助であると認定している (TELFA, news release, Nov. 6, 2013, General Court: German nature conservation organizations are undertakings)。

当な目的を実施する」ことを認め、<sup>(26)</sup> 加えて銅・ヴォルステッド法は、農民が農産物を集団で加工・販売準備・取扱・販売するに際して組合において共同行為を行うことを認めている。<sup>(27)</sup> もっともこれらの法律が反トラスト法からの完全な適用除外を提供するものではない。

【政府行為<sup>(28)</sup> 及び政府強制の法理及び請願権 (State Action and State compulsion, the right to petition the government)】

持続可能性の向上に向けられた事業者の行為は、法令に基づいて強制されるが故に、また、持続可能性の目的達成のため特別な方法を通じて事業者が州政府とともに実施しているが故に、競争法上適用除外となり得る。例えば、カリフォルニア州規制当局によって設定されたより厳しい排出規制基準を遵守するためのフォード、ホンダ、BMW、フォルクスワーゲンの自動車メーカー 4 社と州政府の間での共同の枠組み<sup>(29)</sup> 合意に

---

(26) 参照、高瀬雅男「農業協同組合とクレイトン法」行政社会論集 19巻3号58頁 (2007年2月)。

(27) 参照、高瀬雅男「農業協同組合と銅=ヴォルステッド法(1)(2)行政社会論集 23巻1号1頁 (2010年6月)、同23巻2号1頁 (2010年10月)。

(28) 米国では、反トラスト法上の判例法理である 政府行為理論 (the state-action doctrine) がある。すなわち、連邦又は州の政府が競争を制限しても競争以外の価値実現を行う旨の明確な政策方針を持ち、かつ、それを積極的に監督している場合、事業者が反トラスト法からの適用除外が認められる。米国でのこうした政府関与の適用除外に係る制度や法理の全体を概観するものとして、Hill Wellford, Darren Tucker, and Evan Miller, Vinson & Elkins HP, Antitrust Issues in Renewable Energy, June 2020. at pp.13-14. また、EUでも判例上、反競争行為が公的規制に基づいて事業者に求められており当該事業者が自ら自由に行動することを妨げられているとき、国内法が当該行為に「従事することを単に奨励するかまたは容易にする (Case C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi, [2003] ECR I-8055, para. 56)」場合を除き、当該事業者は競争法上の責任を負わないことは確立している。

(29) Office of Governor Newsroom, California and Major Automakers Reach

ついて、当初競争上の懸念に基づき調査を開始していた米国司法省は最終的に調査を打ち切った。<sup>(30)</sup>この基礎には、政府行為法理ないし Noerr-Pennington 法理<sup>(31)</sup>による反トラスト法適用除外の考え方があろう。<sup>(32)</sup>カナダ競争当局も、規制下の行為の法理 (Regulated Conduct Doctrine; RCD)<sup>(33)</sup>

---

Groundbreaking Framework Agreement on Clean Emission Standards, July 25, 2019.

(30) New York Times, Feb. 7, 2020, Justice Department Drops Antitrust Probe Against Automakers That Sided With California on Emissions. なお、司法省による正式な公表文等がないため、本件での調査打ち切りの理由については不確かである。トランプ政権による政治的な反トラスト法執行としても問題となった本件の反トラスト法上の論点を概観するものとして、参照、Julian Nowag & Alexandra Teorell, The Antitrust Car Emissions Investigation in The U.S.-Some Thoughts from The Other Side of The Pond, CPI Antitrust Chronicle, vol. 1(2), 2020 July 28, pp. 55-61.

(31) 私人は政府に対したとえその内容が反競争的であったとしても公的規制を請願する権利を有する。この法理を通じて、一方で各種利益グループによる立法過程への請願行動が、他方で申立や訴訟提起という形での行政・司法過程への請願行動が、反トラスト法から適用除外される。その射程範囲は外形上広範であるが、請願行動が虚偽 (sham) である場合すなわち当該請願が請願人に有利な政府の反応を引き出すのではなく競争者を妨害するためだけに行われる場合、この法理の適用はない。

(32) Grant Petrosyan, CPI News, Oct. 29, 2019, DOJ's Probe into Four Automakers: Impartial Investigation or Politicization of Antitrust? が、この OECD 報告書の本件に関する評価の基礎になっているように見える。なお、Hovenkamp は、本件につき政府行為理論等よりも標準化組織に関する通常の反トラスト評価 (競争効果分析) を重視すべきことを示唆しており、関与主体が4社の自動車メーカーに止まる点、その合算シェアは全米及びカリフォルニア州の新車販売市場で約26%に止まる点を指摘している (Herbert Hovenkamp, Are Agreements to Address Climate Change Anticompetitive?, Regulatory Review Sep. 11 2019, Hovenkamp, Herbert, Are Agreements to Address Climate Change Anticompetitive? (September 11, 2019). Regulatory Review Sep. 11 2019, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3451931>).

(33) カナダで、州規制立法と連邦競争法が矛盾するとき競争法適用を優先しない

に基づく評価の際に、事業者の取組みの全体像、当該取組みの目的及び州当局の関与の度合い等を考慮する。持続可能性をいっそう特定的に取扱うのが、2019年6月4日に上程されたオランダ国会の、持続可能性に係る事業者間の自主的取組みにつき競争法上の障害を除去する法律草案である。これは、石炭火力発電所に係る事例（本文後述）及び上記「明日の鶏」事例においてオランダ競争当局 ACM が持続可能性に係る事業者間の共同行為を阻止したことを背景に、温室効果ガス排出の削減、持続可能なエネルギーの生産と貯蔵及び動物の健康福祉など一定の要件を充たす事業者の取組みにつき、利害関係者等と協議のうえ主務大臣の評価と承認を以て最大5年（1回限り延長可）の間、これに行政命令の形式で適用免除を与えようとするものである<sup>(34)</sup>。

#### 【環境に係る自主規制基準の策定】

多くの国・地域において、事業者が、競争法違反と見なされずに持続可能性を向上させる取組みに参加できる分野は、環境に係る自主規制基準の策定である。環境に係る自主規制基準は技術要件または品質要件を設定し、技術革新に大きな役割を果たすと考えられるため他の水平的合意よりも緩やかに評価される。例えば、Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc. 事件で、米国連邦最高裁は、(約5万の企業や組織を含む) 全米防火協会という事業者団体によって策定された安全基準に

---

判例法理。Competition Bureau Canada, Technical Guidance Document, Bulletin on Regulated Conduct, Sep. 27, 2010.

(34) Mariska van de Sanden and Hera Butt, Competition law and sustainability initiatives: Dutch bill provides more leeway, Kluwer Competition Law Blog, September 23, 2019. なお、2021年1月26日付 ACM の持続可能性協定ガイドライン（本文後述）第2次草案では、本法律草案は Bill on Room for Sustainability Initiatives と指称されており（para.73-77）、少なくとも第2次草案公表時点では、まだ可決・成立していないように見える。

つき、当該団体が専門家の客観的なメリット評価に基づき、また、設定プロセスが製品競争の抑圧に経済的利益を有する構成事業者によって偏向することを防止する手続を通じて策定される場合には競争促進的である<sup>(35)</sup>。通常、自主規制基準が排除行為に用いられないための一定の条件を充たすならば環境に係る自主規制基準の策定は競争法の適用範囲外となる<sup>(36)</sup>。環境に係る自主規制基準は、持続可能性に大きく関わり、多くの場合、これには事業者と消費者との間での情報非対称性を減少させるために何らかの形式に基づく認証 (certification) が含まれる。

同じく、特許プールも競争法の適用範囲外となり得る。例えば、持続可能性に言及はないが、日本の公正取引委員会（以下「公取委」）の「標準化に伴うパテントプールの形成等に関する独占禁止法上の考え方（2007年）」第3-2-(1)-アによれば、「パテントプールが必須特許のみにより構成される場合には、これらすべての特許は規格で規定される機能及び効用を実現する上で補完的な関係に立つことから、ライセンス条件

---

(35) Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc., 486 U.S. 492 (1988). ただしここでも OECD 報告書の引用の仕方はやや恣意的に見える。本件の争点は、1980年開催の全米防火協会年次総会で電気コンジットとして鉄製コンジットに加えてポリ塩化ビニル製コンジットを米国電気工事規程に入れるかどうかの投票に際して、上告人 Allied Tube が行った否決に向けた多数派工作に Noerr-Pennington 法理（本文上記の「請願権」法理）の適用に基づく反トラスト法適用除外が認められるかであった。本判決は、傍論中で確かに上記本文のように言及して「この競争促進上の利点の潜在可能性 (potential)こそが、大半の下級裁判所が事業者団体による製品規格の標準化策定に対し合理的原則を適用することを導く（法廷意見Ⅱ第2段落）」とはするものの、上告人の請求を棄却して本件控訴審判決（817 F.2d 938, 55 USLW 2586, 1987-1 Trade Cases 67,547）を是認している。

(36) 参照、標準策定への参加が制約されず、標準採用手続が透明で、遵守義務がなく、FRAND 条件で当該標準にアクセス可能であれば、違反にならないとする EU 水平的協力協定ガイドライン（(2011/C 11/01)）para.280 の上記 4 条件等がある。

が一定に定められても、これらの特許間の競争が制限されるおそれはない」とする。このような例としてエコ・パテントコモンズ<sup>(37)</sup>が挙げられる<sup>(38)</sup>。エコ・パテントコモンズに供される特許は広く第三者が無償実施できるようにされ、持続可能性に係る事業者の取組みを支援して環境負荷の低減に有益な活動を行う機会を与える。

【競争法規制に及ぶ必要がない行為】

最後の分野は、持続可能性に非常に関連性が高いと思われる、いわゆる de minimis の考慮である。例えば、ACEA 協定、JAMA 協定及び KAMA 協定<sup>(39)</sup>について EU 委員会は、各合意が、個別メーカーに目標を課すのではなくすべての合意参加者の平均的な目標に過ぎず、また、各メーカーは CO<sub>2</sub> 削減上効率の高い新しい技術を自由に開発・導入ができ、さらに、モニタリングレポートは個別メーカーの業績を参照せず参加者間の競争を歪曲しないことから、EEC 条約81条1項（当時）にあたらな<sup>(40)</sup>いとの見解を採った。

このような考え方に即して、例えば、2010年開催の環境分野における水平的合意に関する OECD 政策ラウンドテーブル<sup>(41)</sup>で、英国は次の仮想例を挙げて説明した。すなわち、EU 加盟国のヨーグルトの主要生産者・輸入業者が、主要包装供給者と、リサイクル可能なプラスチックからヨ

---

(37) 参照、上野剛史「エコパテントコモンズ」特許研究50号29頁（2010年9月）。

(38) もっとも、実際にエコ・パテントコモンズに集積される特許のプールが、公取委・標準化 GL の上記意味でのものにあたるかどうかは、別途に分析・評価を要すると考えられる。

(39) ACEA 協定は、EU 内で販売される新車乗用車の平均 CO<sub>2</sub> 排出量目標を定める EU と欧州自動車工業会との合意（1998年）。JAMA 協定及び KAMA 協定は、類似の内容で、それぞれ EU と日本自動車工業会・韓国自動車工業会との合意（2000年）。

(40) EU Commission, XXIXth Report on Competition Policy (1999), p.160.

(41) OECD (2010), Horizontal Agreements in the Environmental Context, p.100 et seq.

ーグルトポットを製造するための自主的取組みを実施することを合意したとする。リサイクル可能なプラスチックは、現在ヨーグルトポットに使用されている一般的な材料よりも安価に製造可能である。参加する生産者と輸入業者で加盟国内のヨーグルト販売の70%を占める。規格の仕様は、採用前に Web サイトに仕様案を公開するなどヨーグルトの生産者、製造業者、輸入業者の間で公開かつ透明な方法で合意されている。採用された最終仕様は Web サイトに公開され、参加メンバーかどうかに関わりなくすべての参加者が自由にアクセスできる。この仮想例で、合意の実施は任意であるものの、特に各加盟国政府がリサイクル可能な材料の使用を奨励することを踏まえると合意参加者が加盟国でヨーグルト製造販売市場の70%を占めることから、この取組みは当該産業で事実上の標準になり得る。そうすると、この取組みは、特に他の加盟国のヨーグルトポットに使用されている材料が仕様を充たさないとき、当該加盟国で販売するために事実上の標準のヨーグルトポットの仕様を充たすため違う材料を使用する必要がある対象製品の輸入業者に対して、当該加盟国市場への参入障壁となり、かつ、潜在的に反競争的な閉鎖効果を惹起するおそれがある。しかし実際には、合意実施が任意であり、公開かつ透明な方法で主要輸入業者と合意されており、新規参入者・輸入業者及び全ての包装供給者はこれにアクセスできることから、参入障壁と投入物閉鎖効果はほぼ発生しない。輸入者は、材料の潜在的な変更を早い段階で認識し、仕様案が最終的に採用されるまでに仕様案に関する公開協議を通じて意見表明機会を得ている。また、生産者が自社の製品を差別化して競争する範囲が大きく減じるおそれもほとんどない。確かに製品間で環境差別化の程度は制限されるが、生産者は価格、品質、栄養成分等についてなお競争できる。さらに、この取組みが短期に生産コストや消費者向け価格を上昇させるおそれも低い。したがって、この合意は、TFEU 第101条 1 項の範囲内で感知可能なほどの競争制限効果を生じ

ない。

また、オランダ競争当局 ACM の持続可能性協定に関するガイドライン<sup>(42)</sup>では、事業者間の契約が関連事業者、その供給者 (their suppliers) かつまたその販売者 (their distributors) に事業遂行国の法令を遵守させることだけを目的とする協定は競争を制限しないとする。かかる合意は、ビジネスパートナーが法令を遵守しているかを自から確認するのが難しい事業者にとって重要である。ここでいう法令には、労働法の尊重 (例、児童労働の禁止、最低賃金の支払い、労働組合団結権の尊重)、環境保護 (違法伐採の禁止等) 及び公正取引ルールの尊重 (例、贈収賄禁止等) が含まれる。さような契約は競争をそもそも不要に (unnecessarily) 制限しないことが重要である。

### 3-2-2-2. 持続可能性と競争法の調整 (Balancing)

#### 【一般条項に基づく調整 (Abstract balancing)】

一般条項に基づく調整の典型的な事例は、競争法または判例法上の公益条項<sup>(43)</sup>である。一般条項に基づく調整が裁判所により行われる際には比例性評価を伴うかまたは大臣等の政治主体に外部委託 (outsourced) される。このような適用免除制度は、例えば、南アフリカやオーストラリアに認められる。南アフリカ1989年競争法10条3項(b)(ii)では、競争

---

(42) ACM, Draft Guidelines on Sustainability agreements: Opportunities within competition law, 09-07-2020, para.23. なお、この日付版は第1次草案。2021年1月26日に第2次草案が公表されており、この記載箇所は para.27. になる。

(43) 特に発展途上国における競争法上の公益条項とその運用につき、Antonio Capobianco, Aranka Nagy, Public Interest Clauses in Developing Countries, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 7/1 (2015), pp. 46-51. 併せて参照、2016年6月開催のOECDラウンドテーブル「Public interest considerations in merger control」の Executive Summary, DAF/COMP/WP3/M(2016)1/ANN5/FINAL, 20-Mar-2017.



委員会は「中小事業者または歴史的に不利な立場にある人々により管理もしくは所有される事業者が競争力を向上するのを促進する」ことに寄与する協定、行為（practice）を適用免除できる（may grant an exemption）。

オーストラリア2010年競争消費者法 Part VII-90条（5 A）は、カルテル条項となるおそれのある契約条項が、①当該条項が公衆の利益（a benefit to the public）となり、かつ、②当該条項が合意され、履行されたときに発生するおそれのある競争減殺によってもたらされる公衆への不利益を上記利益が上回る場合、適用免除の承認決定を行うことができる。この承認は、持続可能性の観点からも認められる。2020年、オーストラリア競争当局 ACCC は、電池管理協会（Battery Stewardship Council: BSC）による電池の収集・リサイクルに係る全国的な取組みについて承認を決定した。本件取組みには、鉛蓄電池及びこの取組みに含まれる電池を除くすべての種類の使用済み電池の適切な廃棄と再利用を目的として、収集・選別・処理の各段階でリサイクル業者への資金提供を用途とする輸入電池への課税が含まれる（電池価格への上乗せを通じて消費者に転嫁される）。この取組みの参加メンバーは、この取組みに参加する他のメンバーとのみ取引するものとされる。本件取組みは環境上の重要利益をもたらし、電池の廃棄と再利用に関する公衆の理解を向上させ、イノベーション・研究開発の増加を支援し得ると考えられた。ACCC は、一方で、取組みの構成メンバーが上記の排他取引義務を負う点でなにか公益上の損害（some public detriment）が生じる余地はあるとしたが、他方、当該義務の例外の存在、事業者が本件取組みに無料で自由参加できること、時間経過とともに収集・分類・リサイクルサービスの増加によってそれは大幅に軽減されるとした。また、ACCC は、本件取組みでは参加企業の管理負担が大きいため消費者は使用後の収集・リサイクルのために電池を保持し続けることになりやすくボタン電

池については幼児がそれを誤嚥する危険を増大させるとして、承認発効後12か月以内にボタン電池の安全戦略の策定等をBSCに要求する等の条件を付して、5年間の適用免除を承認した。<sup>(44)</sup>

また、英国では、閣内大臣 (the Secretary of State) は、公共政策に基づく例外的かつ説得的な理由 (exceptional and compelling reasons of public policy) があると認める場合、1998年競争法 SCHEDULE 3 第7条1項に基づく命令によって特定の協定等を同法第1章 (カルテル禁止) の適用を免除できる。この権限行使の実例として、近時の COVID 19 危機における環境・食糧・地域問題省担当大臣 (the Secretary of State for the Department of Environment, Food and Rural Affairs,) による、買い溜め増加に伴う追加配給に伴うサプライチェーンの混乱に対応等することを目的とするスーパーマーケットに関する時限的な適用免除措置がある。<sup>(45)</sup>

持続可能性の考慮は、企業結合規制における大臣免除でも認められる。スペインでは、2007年競争法<sup>(46)</sup> 10条4項に基づき、事案の詳細審査終了時点 (Phase III) で、経済財政大臣 (El Ministro de Economía y Hacienda) は、全国競争委員会 (CNMC: スペイン競争当局) の当該企業結合に係る決定を内閣 (El Consejo de Ministros) に付議でき、内閣は競争保護以外の一般的利益 (国防及び国家安全保障、国民の安全・健康の確保、国内における商品・サービスの自由な移動、環境保護、研究開発の促進及び規制産業の事業目的の維持) の観点から当該事案を審査のうえ適用

---

(44) ACCC, Determination; Application for authorisation AA1000476, lodged by Battery Stewardship Council in respect of the Battery Stewardship Scheme, Authorisation No. AA10004764, Sep. 2020, p. 1.

(45) Okeoghene Odudu, Feeding the nation in times of crisis: the relaxation of competition law in the United Kingdom, *Competition Law Journal*, Vol. 19 Issue: 2, Jul. 2020, pp. 68-78, 69.

(46) Law n° 15/2007 on the protection of competition.

免除を決定することができる。

同じく、ドイツでは、競争制限禁止法42条1項に基づき、当該結合全体から生じる国民経済に対する利益が競争制限を上回る場合、または当該結合が公共の利益の優位によって正当化される場合、連邦経済・エネルギー大臣は連邦カルテル庁により禁止される結合を例外的に承認できる。実例として Miba/Zollern 事件における条件付大臣承認が挙げられる。本件は、オーストリア法人 Miba とドイツ法人 Zollern が両社の滑り軸受け事業部門 (hydrodynamic plain bearing production activities) を合弁会社設立 (Miba 74.9%、Zollern 25.1%) により統合するものであった。連邦カルテル庁はいったん、本件結合実施後、船舶・電車・発電装置向け大型エンジン用の滑り軸受取引市場での競争が減殺されるおそれありとして禁止したものの、<sup>(47)</sup> 当事社は技術ノウハウとイノベーション潜在力 (以下「イノベーション潜在力等」) の維持、国際競争力、雇用維持、欧州チャンピオンの創出及び防衛政策上の利益を挙げて大臣承認を申請した。承認決定には独占委員会への求意見制度が前置されているところ、上記メリットのうちイノベーション潜在力等を除き、独占委員会も連邦経済・エネルギー省も他のメリットの実現可能性に否定的であった。この点で、独占委員会によれば、イノベーション潜在力等は関連する事業者の利益となるだけでなく公衆にも広く及ぶものでなければならぬが、本件ではその裏付けがない。他方、連邦経済・エネルギー省によれば、エネルギー革命の核心技術の1つである風力タービン等での滑り軸受分野での技術革新は滑り軸受の共同研究開発を通じてのみ可能になるという意味で、本件のイノベーション潜在力等はドイツのエネルギー産業の変革、ひいては気候変動にも好ましい影響を及ぼす。結論的に、

---

(47) Verfügung in dem Verwaltungsverfahren Miba/Zollern, 19. August 2019.

(48) Beschluss in dem Verwaltungsverfahren Miba/Zollern, B5-29/18, 17. Januar. 2019.

免除期間を5年間とし、その間少なくとも5千万EURをドイツで研究開発投資することを条件に、本件ジョイントベンチャーは大臣承認された（なお、コロナ禍のなか中小企業のMiba/Zollernにとって5年間で5千万EURの投資義務等の条件は加重負担と考えられ、仮に裁判所が先の連邦カルテル庁の決定を覆すならば上記大臣承認に従う必要もなくなると主張して、2社は先の決定につき裁判所に提訴しているようである）。

また同じく、EUなど一部の法域では、正当な目的が追求される特定の状況では競争法の適用が制限され、当該目的達成のために採用される措置は比例性に反しないとするルールがある。TFEU第101条1項または106条2項につき、持続可能性は、比例性を用いる欧州版の合理の原則に基づき競争制限効果との間で調整を図ることができよう。例えば、Wouters事件判決等<sup>(49)</sup>における欧州司法裁判所の判例法は、TFEU第101条1項の解釈において、正当な目的達成に必要な限度を越えていないかの比例性評価または付随的制限法理（ancillary-restraint doctrine; EU法の文脈では、正当な目的達成に直接に関わって必要で比例的な措置は競争法の適用から除外する<sup>(50)</sup>。）を用いて、特定の公益（安全や健康）と競争制

---

(49) Wouters and Others, Case C-309/99, 19 Feb. 2002. 併せて参照、渡辺昭成「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）」國土館法学46号41頁（2013年）、47号107頁（2014年）、48号39頁（2015年）。会員と会計士との間の業務提携を禁止するオランダ弁護士会の1993年規則につき、本件先行判決で、裁判所は、上記規則によって会員間に生じる競争制限効果は、法律専門家の正当な助言行為（the proper practice of the legal profession）を保証するために必要な限度を超えていないとした（para.109-110）。関連判例として、David Meca-Medina事件判決, Case C-519/04 P, 18 July 2006.（IOCが定め国際水泳連盟が実施したドーピング規制はプロスポーツ・イベントの実施に必要な範囲を超えた制限ではなく、したがって81条1項（当時）に違反しない。）、Albany事件判決, C-67/96, 21 Sep. 1999.（オランダの企業年金基金に事業者を強制加入させることは、その性質・目的において85条1項（当時）に違反しない。）

限効果との間を調整することを認めている。この判例法の考え方は持続可能性に係る事案分析にも適用することができる。<sup>(51)</sup>あるいは、「一般的経済利益を有するサービス (services of general economic interest: SGEI 公共サービス、筆者注) の運営を委託されている、または収益を生む独占の性質を有する事業者は、競争法の適用が法律上または事実上当該事業者に委ねられた特定の業務 (tasks) の遂行 (performance) を妨げない限りにおいて、本条約中の規則、特に競争に関する規則に従うものとする。本連合の利益に反するまでの影響を貿易の発展に及ぼしてはならない。」と定める TFEU 第106条2項の下でも、例外的に、SGEI の行為について反競争効果と持続可能性の調整を行うことができるように思われる。欧州司法裁判所の Sydhavnens Sten & Grus ApS 事件判決では、特定の業務に係る事業主体は、当該サービスが環境問題に対応するよう企図されている場合、一般的経済利益を有するサービスの供給者にあたる<sup>(52)</sup>と見なせるとした上で、コペンハーゲン市が、環境保護に係るデンマーク法に基づき、同市域内における無害の建築廃棄物のリサイクルサービス業務を委ねられていた3社以外の事業者たる原告に業務許可を認めない地域システムを創設したことは「共同市場の実質的部分における競争の制限をもたらすとしても、それは一般的経済利益に役立つ業務の遂行に必要と見なされると<sup>(53)</sup>判示されなければならない」とした。結果とし

---

(50) See, EU Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), O.J. C 101, 27/04/2004 at para. 29-31. 併せて参照、渡辺昭成「EU 機能条約101条1項における垂直的制限に関する商業的付随性の概念」國土館法学49号357頁 (2016年)。

(51) Gianni de Stefano, EU Competition Law & The Green Deal: The Consistency Road, CPI Antitrust Chronicle, vol. 1(2), 2020 July 28, pp. 41-50.

(52) Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD), acting for Sydhavnens Sten & Grus ApS and Københavns Kommune, Case C-209/98, 23 May 2000. at para. 75.

(53) Ibid., para. 81. この先行判決では、①3社いずれもが市場支配的地位を有

て、競争法は各加盟国によって SGEI に「委ねられた特定の業務の遂行を妨げない限りにおいて」適用される<sup>(54)</sup>。

【競争法における経済分析の枠組みの中での調整】

確立した消費者厚生基準の枠組みの中で持続可能性を調整する文脈では、多少とも論争的な課題を特定できる。以下の区別は、論じるに値する問題に議論を集中させるとともに、より容易に合意できる分野の特定にも役立つ。また、論争的な分野の議論は、数少ない極端な場合に限られることに留意しておくことが重要である。一般に、結論が異なる場合、伝統的な理論では持続可能性に係る活動の禁止を導くことが多く、論争的な解釈に依ると反対の結論に至ることが少なくない。

従来、複数事業者間での合意につき非経済的利益と経済的利益とを、または競争と公共政策もしくは非競争的考慮とを区別してきた。この区別は広く用いられ、抽象レベルである程度魅力があるものの、具体的な事案分析でのその識別はさほど容易でないように見える。公共政策や非経済的考慮は、競争法や経済学で用いられる効率性 (efficiencies) という伝統的な用語にしばしば翻訳 (translate)<sup>(55)</sup> される。例えば、CO<sub>2</sub> 削減は金銭的に換算・表示でき、消費者は持続可能性に係る当該商品の改善

---

する事業者とは言えなかったこと、②当時、コペンハーゲン市が深刻な環境問題すなわち大量の建築廃棄物を迅速に処理する必要に迫られており、そのため3社に排他的な地位を与えて大量の廃棄物を効率的に処理する大規模・大容量の処理工場を設置させ、そこで一括処理するほかなく、細分的な処理はこの方針を妨げると考えていた事情等が認定されている (para.77-80)。

(54) See, Niamh Dunne, Public Interest and EU Competition Law, *The Antitrust Bulletin*, 2020, Vol. 65/2, p. 256, at 268.

(55) 他方、例えば、Simon Holmes, *supra* note 16. at 372. は、条文の文理解釈からしてかような翻訳に本質的に批判的であり、かつ、たとえさような翻訳においても環境価値向上の経済的理解はなお多様であり得るとする。このように、私見では、持続可能性をめぐる環境価値向上の経済的翻訳には説得のレトリックという側面もあるように思われる。

を品質向上と評価できる。

## 品質

前掲注14 Volpin 論文が示す通り、品質の向上という視角を通じて持続可能性を競争分析に持ち込むことは議論の余地のないアプローチのようである。このアプローチは、例えば動物福祉に係る事例でオランダ競争当局によって採用されたが、持続可能性の議論でも用いることができる。もっとも、競争分析のパラメーターとして品質を据えることに議論の余地はないとしても、それをいかに測定・評価するかには議論がある<sup>(56)</sup>。持続可能性を商品の品質の1側面と見るとき、持続可能性と競争・協力・イノベーションとの間の相互作用を評価するためのツールについても同じことが言える。イノベーションをめぐる議論で広く知られるツールを用いるとき、やや論争的な、検討対象事案が「従来の (traditional)」

---

(56) Giorgio Monti and Jotte Mulder, Escaping the Clutches of EU Competition Law Pathways to Assess Private Sustainability Initiatives, *European Law Review*, 2017 Vol. 42/5, p. 635. at 641 は「明日の鶏」事件でACMが採用した測定・評価基準に対する批判として、特により競争制限的でない代替措置としてのエコラベルの使用に関わって以下を挙げる。①ACMにより採用された動物福祉に係る支払意思の評価では消費者が鶏肉を購入しない理由として考えられるすべての考慮事項が、持続可能な生産による鶏肉の支払意思の欠如に還元される。平均的な消費者が実際の購入決定において動物福祉を一貫して自覚的に考慮することはさほどない点を示唆する研究に基づけば、この狭い評価枠組みの中で金銭価値の観点だけから多様な意図と社会的利益のすべてを評価していることになる。②動物福祉が重要であると考えた消費者にとっては、手頃な価格ではないがより高価な放し飼いの鶏以外に現実的な選択はないかも知れない。執筆者らによれば、この点は、狭く金銭換算される見地のみで社会が何をどれほど重視するかをめぐり価値付けにほかならず、競争当局ではなく民主的な枠組みの中で政府が動物福祉に関する優先順位付けを行うべき事柄である。競争当局の役割は、その枠組みに従って金銭換算・定量化される消費者の利益を検討することに限定される。私見では、動物福祉や持続可能性に係る経済効果の測定・評価という課題の根底には、民主的統制に依らない競争当局の権限や位置づけ如何といういっそう重い問題群も横たわる。

品質評価の基準をパスしないときにだけ回答を要する、将来の利益及び別の市場に生じる利益をどの程度考慮すべきかという疑問が導かれる。

### 将来の利益 (Future benefit)

持続可能性のメリット評価について、企業結合におけるイノベーション評価と同じく将来の利益を含めるのが理に適うことがある。割引率が適用される余地はあるものの、検討対象の商品の現在のユーザーまたは消費者に生じる利益だけでなく、将来の消費者にとっての利益も考慮することがある。

例えば、2000年2月29日、漁業資源の保護に関する米国司法省の Akutan Catcher Vessel Association (ACVA) に対する肯定的なビジネス・レビュー・レター (BRL)<sup>(57)</sup> を挙げることができる。本件は、1991年施行の米国水産法に基づき商務省が管理する、特定年度に米国の BS/AI 海域で漁獲されるスケトウダラの割当量プログラム (総割当量の10%をコミュニティ開発割当グループに、残余90%のうちマザーシップ加工業者 (船内処理能力はあるが魚を捕獲しない船) に10%、船上で自ら漁獲・処理する船 (キャッチャー/加工業者または C/Ps) に40%、陸上処理工場に50%) において当時採用されていたオリンピック・システム (個々の処理業者に各グループの総割当量に至るまでできるだけ早く漁獲するインセンティブを与えるシステム。メンバーの1名が漁獲できなかったとしても当該割当量を他のメンバーが漁獲できるわけではない。) を、グループ割当総量をメンバー間で再割当することでオリンピック・システムの非効率を回避し、また漁獲から急迫性を取り除くことで漁獲から得られる商品価値を最大化するとともに政府が保護を企図する他の魚種の偶発的な混獲量を減らすこととする共同行為に関わる。この共同行為は当該グループのすべてのメンバー船に固定の年間漁獲量を割当てるも

---

(57) DOJ, Response to Akutan Catcher Vessel Association's Request for Business Review Letter, Feb. 29, 2000.



の、漁獲活動にのみ関わり、メンバーの各種商品の処理、マーケティング及び販売活動に及ばない。本件共同行為について司法省は、①1997年4月20日付の類似のBRLと同じく、オリンピック・システムは「漁業と加工能力への非効率的な過剰投資」をもたらし「非効率かつ浪費的」である、②消費者の視点から見てもすり身の生産量を減少させずに「急ぐとかえって無駄が出る (haste makes waste)」旨の申請者の主張が真実であるならば競争排除が処理効率を高めるとともにスケトウダラ製品の生産量を増加させる。本件共同行為による生産量の減少または価格上昇のおそれは低く、他方、処理済スケトウダラの使用可能収量（産出量）を増加させ、かつまた規制上の別の懸念事項である他の魚種の不注意な漁獲を減少させる限りで競争促進効果も持つとして、当該時点で反トラスト法の執行措置を開始するつもりはない旨回答した。

類似のMSC Shrimp Fishery 事例について、2011年4月18日、オランダ競争当局ACMは条件付で肯定的な非公式ガイダンス (informal guidance)<sup>(58)</sup>を下した。本件は、オランダの生産者組織Garnal及びDutch Fishing Associationによって作成された共同行為に係る計画につき、エビジャコ (brown shrimp) の個体数保護を目的とする漁獲制限に係る計画を除き、すべてを承認するとともに、これに代わる代替措置として乱獲の可能性からエビジャコの個体数を保護するため一定期間内に個体数調査を行いその研究成果に応じて必要性を越えず誰もが恩恵を受ける制御システムを設定することを提案した。この提案の背景には、現時点でエビジャコの個体数は危険に晒されておらず、むしろ乱獲制限が必要以上のものになって供給の減少とエビジャコ価格の上昇をもたらす（数量制限カルテル）おそれがあるという点があった。「持続可能性協定に関するガイドライン」では、ACMがかかる将来の利益を評価するために政

---

(58) NMa Publications: NMa is positive towards Dutch shrimp-fishing industry's plans to make shrimp-fishing sustainable [2011] 7011/23.B27.

府機関一般に適用される社会的費用便益分析<sup>(59)</sup> (social cost-benefit analyses: SCBAs) を用いることが想定されており、環境負荷を低減するという意味での持続可能性の利益は、いわゆる環境価格 (environmental prices: 環境価格は、環境排出等の社会的コストを汚染物質 1 kg あたりのユーロまたは類似単位で表す指標で、汚染等の望ましくない影響を防ぐための支払意思を示す。例、CE Delft, Environmental Prices Handbook EU28 version., Oct. 2018.) またはシャドウ価格 (shadow prices: 環境品質のように市場取引されない商品または生産上の要素のことで、シャドウ価格はその価値を社会的に示す。社会的費用便益分析や投資決定、環境への様々な影響の総体的な重要度を比較する際の重み付け等に用いることができる。例、CE Delft, Shadow Prices Handbook- Valuation and weighting of emissions and environmental impacts, March. 2010.) の考え方を通じて金銭換算される<sup>(60)</sup>。

1つの実務上の論点は、このような利益が検討に値すべきものとして実際に生じる時間軸 (time frame) に関わる。この点はイノベーション<sup>(61)</sup> の分野における論点とさほど異ならない。それ故、この論点は政策の間

---

(59) CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis & PBL Netherlands Environmental Assessment Agency, General Guidance for Cost-Benefit Analysis, 2013. が用いられるようである。

(60) 本ガイドライン第1次草案では para. 49 以下、第2次草案では para. 57. 以下に記載。

(61) ここで参考文献として OECD 報告書はギリシア競争当局 HCC の前掲注22 para. 25 を挙げる。環境上の利益にかかる支払意思額調査の有用性に言及した後、当該箇所は「しかし、この WTP (willingness to pay) フレームワークの難しさを認識することも重要である。顕示選好理論 (revealed preferences theory) の「暗黙の仮定の1つは代理人の行動が市場での彼または彼女の選択と矛盾していないことにある」。この仮定は「行動経済学に関する近年の研究から広く疑問視されている」だけでなく、「市場で消費者として行動するときと政治空間で市民として行動するとき到我々の大半が持つ、相反する選好マップを示す研究」(原注55, I. Lianos, Polycentric Competition Law, (2018) Current Legal Problems 161.

題ではなく立証問題と見なされるおそれがある。また、持続可能性に係る将来の利益を現在価値に割り引くこと（discounting）に注意が必要である。気候変動の例が示すように、将来の利益は著しく過小評価されるおそれがあるため持続可能性に係る利益は単純に割り引けば良いというものではない。<sup>(62)</sup>

### 別の市場に発生する利益（Benefits in other markets）

上記と関わる論点に、考慮すべき持続可能性の利益は同一市場で発生しなければならないか、別の市場で発生する利益も考慮できるかがある。米国連邦最高裁は、Amex 事件<sup>(63)</sup>において一面市場でのコストは他面市場での利益によって補償されるとして多面市場論を支持した。欧州司法裁判所も、Master Card 事件<sup>(64)</sup>、Compagnie Générale Maritime 事件<sup>(65)</sup>におい

---

筆者挿入）もある。したがって、「環境経済学者は、価格重視の顕示選好アプローチで用いられる功利主義的選好ベースのアプローチと、消費者がその効用を最大化する者として望むものに焦点を当てる仮想評価法（contingent valuation analysis）や社会として我々がなすべきことに関するカント的な原理に基づく（Kantian principle-based）アプローチとの間の緊張関係を長らく注目し続けてきた」と述べており、OECD 報告書の本文と内容的に整合していないように思われる。なお、前掲注22は para. 26 以下でも市場での消費者行動に示される選好だけに限定される必要はなく市民としての行動に示される選好を考慮する余地もあり、市場のみが利用可能で透明な社会プロセスとは限らないとして顕示選好理論への過度の傾斜を戒めている。

(62) Ibid, para. 111 は、「割引は慎重に行う必要がある。明らかに低い割引率でも、長期的に見ると持続可能性の利益が実質的にゼロになる可能性があり（我々が多くの持続可能性の懸念、特に気候変動について行ってしまうのと同じく）、また、我々は気候変動の将来コストを著しく過小評価している。競争上の theory of harm の基礎となる仮定には長期的な持続可能性の効果すなわち究極的には世代間の平等という概念も含まれる必要がある」と述べる。

(63) Ohio v. American Express Co. 138 S. Ct. 2274; 201 L. Ed. 2d 678.

(64) Case C-382/12 P MasterCard and Others v Commission EU:C:2014:2201 para 240.

(65) Case T- 86/95 Compagnie Générale Maritime EU:T:2002:50 para 343.

て同様の結論に至り、ASNEF-EQUIFAX 事件では TFEU 第101条 3 項に基づき「消費者の当該カテゴリーそれぞれの構成員に対する効果ではなく、関連する諸市場 (relevant markets) でのすべての消費者に対する利益になる効果の性質が考慮される<sup>(66)</sup>」と判示した。かようなアプローチは、市場画定の困難さを踏まえると合理的に思われる。

いっそう論争的な論点は、競争法が国内市場以外への効果、より正確には海外市場で生じる有益な効果にどの程度焦点をあてて考慮できるかである。この問いは、特に持続可能性と開発途上国での経済発展と貧困に関わる。いままでこの問に対する明確な回答はないようだが、競争法の域外適用にさようなアプローチを正当化する余地があるとの指摘<sup>(67)</sup>がある。オランダ競争当局 ACM のガイドライン草案では、環境損害協定

---

(66) Case C- 238/ 05 ASNEF- EQUIFAX EU:C:2006:734 para. 70.

(67) Ioannis Lianos & Amber Darr, *Hunger Games: Connecting the Right to Food and Competition Law*, The CLES Research Paper Series 2/2012, June 2019. p. 28 は、農産物の市場支配的な買手が特定生産国の売手たる農民と別の消費国の消費者とに競争上の弊害をもたらす行為を行う場合における当該消費国の競争当局による競争法の域外適用の可能性に言及した上で、「これは、反競争行為（例、カルテルまたは市場支配的な事業者による排他的行為）が特定国、例えば EU 域外で行われる場合、中間製品を含む反競争行為に対する競争法の適用問題を惹起する。当該中間製品は EU で直接販売されないものの、構成成分 (components) として最終商品に組み込まれて EU で販売されるとする（間接販売）。カルテル対象の構成成分を組み込んだ最終商品が EU で販売されているという事実は、欧州司法裁判所が Intel 事件判決で言う意味での「qualified effects: EU 市場に即時かつ実質的な効果を及ぼすことが予見可能であることの基準」の十分な証拠と見なせるか。あるいは、カルテル対象の構成成分が最終商品の反競争的な価格上昇をもたらす証拠は必要になるか。農産物の輸出国で行われる排他的行為による小規模農家の排除行為や、また、そこで実践されている農業モデル、当該輸出国の農業の長期的な持続可能性や生態系に対する当該行為の効果は、当該行為が価格効果は惹起しないもの実際には（環境価格の視点から見て、筆者注）価格下落に繋がっているような場合、当該最終商品の輸入国の競争法にとって懸念となるか。さような非価格面での懸念を、品質競争の側面に統合すべきか、また

(environmental-damage agreements: 人間・環境・自然に害を及ぼす生産プロセスの改善を目的とする協定) とその他の持続可能性に係る協定 (other sustainability agreements) を区別した上で、消費者・生産者・オランダ国民が環境上の利益を享受できているが故にこの環境上の利益のみが考慮され、国外で生じる社会的利益に配慮はなされていない。<sup>(68)</sup>

### 別の市場に発生する将来の利益(Future benefits in other markets)

さらに、上記2つの問題をどの程度組み合わせることができようか、つまり他の市場での将来の利益をどの程度考慮できるか。その回答は、上記2つの問題の答えに密接に関連しているように思われる。再びイノベーション評価との対比を持ち出せば、イノベーション市場とイノベーション・スペースの概念<sup>(69)</sup>と同じく、明日の商品と将来の消費者に焦点をあてる持続可能性に関する市場と新たな革新的な製品に係る能力を構想することができるかも知れない。<sup>(70)</sup> イノベーションに係る事例における調

---

競争法上行われる費用便益分析の前提の1つが顕示選好に焦点をあてるが故に支払意思がより高いことが証拠となる選好に基づくだけで本当に考慮できるか。小規模土地所有者による農業の持続可能性への弊害または特定地域で生態系に壊滅的な打撃を与える気候変動に寄与する活動など、輸入国の最終消費者に対する価格効果に変換し切れない弊害は、しばしば考慮されるべき品質競争の側面と考えられるか」と問うている。

(68) 本ガイドライン第1次草案では para. 39-44、第2次草案では para. 46-52 以下に記載。

(69) 参照、拙稿「デジタル PF による単独行為に関する競争政策上の論点整理—イノベーション競争に対するデータ保有の意義」CPDP-73-J December 2019. 45 頁以下。

(70) ギリシア競争当局 HCC の前掲注22 para. 75. は、イノベーションのうち、特に広い範囲で多様な用途に使用され得る基幹的な汎用技術 (General Purpose Technology: GPT) についてはさまざまな経済分野ひいては関連する諸市場の経済成長の源泉となり得るため、持続可能性に関する協定についても EU 委員会の Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty, [2004] OJ C 101/97 に基づく現行実務では動的効率 (dynamic efficiencies) を考慮するときほど異ならないと言う。また、イノベーションに係る取組みを通じて生じる動

整では、現在の消費者がより高い価格を進んで支払い、その結果将来の消費者が当該市場における改善された化合物 (compounds) または完全な新製品 (つまり別の市場) のいずれかから利益を得ることができるようになり、これを通じて世代間で利益集計されるのを当然のことと見ている。

### より幅広い効率性測定手法 (Broader efficiency measurements)

おそらく最も論争的な点は、同一条文をあてはめている EU 各加盟国での TFEU 第101条 3 項の適用上の偏差に観察される通り、適用されるべき効率性と消費者厚生基準に関わる。この点は、上記の一般条項に基づく調整を用いることができない国・地域ではより深刻であろう。その拡張が将来に生じるイノベーションの利益や費用便益のメリットまでも評価に加えることを意味する場合であっても、用いるべき効率性と消費者厚生基準を拡張するあらゆる試みは、一般条項に基づく公益の調整と経済的フレームワーク内での調整の違いを狭める。持続可能性の議論に関わって効率性と消費者厚生を拡張する 1 つの方法は、社会全体に対する経済的利益を含めるという提案である。憲法や基本法が競争法を含むすべての分野で持続可能性を統合することを要求する諸国では、このアプローチは法的にも求められる。<sup>(71)</sup> 例えば、CO<sub>2</sub> 価格を用いて CO<sub>2</sub> 排出量削減を目的とする協定の利益を決めることが提案されている。<sup>(72)</sup> こうした

---

態的効率性が関連する利益と見なせる余地があることを認めるとともに、検討対象の協定の利益は弊害が生じるのと同一の市場で生じる必要はないことを認める GlaxoSmithKline 事件欧州司法裁判所判決 (Case C-501/06 P, GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission, EU:C:2009:610; [2010].) を挙げる。結論として、本報告書も、今日の消費者が直面するより高い価格は社会にとっての長期的利益とトレードオフできるとする。

(71) e.g., Simon Holmes, *supra* note 16. at 359. et seq.

(72) Jordan Ellison, *A Fair Share: Time for the Carbon Defence?*, (February 21, 2020). Available at <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3542186>. at pp.8-9. この論文は carbon defence なる正当化事由を提唱しており、特定商品の価格上昇と、

提案は論争的で、さような評価を行う競争当局の正当性及び能力につき疑問を惹起するおそれはあるものの、それを緩和する方策もありそうに見える。例えば、社会全体への利益を計算して、それを分割して個々の利益を算出することはできそうに思われる。かようなアプローチの例としてオランダの石炭火力発電所に係る事例がある<sup>(73)</sup>。本件では、石炭火力発電所を閉鎖する合意が争われた。オランダ競争当局 ACM によると、回避コスト測定手法 (avoided cost measurement) を用いて、健康上の利益と金銭換算される平均余命の延長に係る価格上昇を調査している。このアプローチは ACM のガイドライン草案にも掲載されている<sup>(75)</sup>。そのような計算が行われるとき、伝統的な計測 (例、品質の改善) の観点に依るならば、一個人あたりに算出された利益は製品の個々の消費者の利益に加算されなければならない。このようにして、消費者にとっての利益全体が計算される。なお、かかる評価を行う競争当局の能力について

---

信頼できる独立した行政機関による見積りに依って金銭換算された社会全体の CO<sub>2</sub> 削減量とを直接に調整する。

(73) EU 委員会は前掲注14記載の CECED 決定で、これを「集会的な環境上の利益 (collective environmental benefits)」と称し、削減された CO<sub>2</sub>・二酸化硫黄・亜酸化窒素を金銭換算することを通じて経済的観点からこれを算出した (para. 55-57.)。

(74) ACM Publications: deal over closing down coal power plants harms consumers, 26-09-2013. 本件は、オランダの電力生産能力の約10%に相当する5つの石炭火力発電所閉鎖の加速を目的として複数のエネルギー会社が締結した取引に係る事例である。ACM は、本件取引に伴う生産能力の低下のため消費者向けエネルギー料金の上昇が見込まれ、また本件取引当事者が提供する環境上の利益はこうした競争上の弊害を相殺するほどに実質的でないとした。この結論に至る1つのポイントに、5つの石炭火力発電所閉鎖に伴う CO<sub>2</sub> 排出量削減の可能性に関わり、当該取引に係る提案では当該排出権は CO<sub>2</sub> 排出権として欧州市場の他の場所で用いることができる、つまり排出量自体は削減されず他の場所に単に移転させるだけであると評価されたという点があった。

(75) 再び参照、前掲注59。

は国ごとの立証責任ルールが特に重要である。利益計算に関する競争当局の能力についての懸念は、例えば競争当局ではなく被告がそれを評価して関連証拠を提出する等によって軽減できることがある。

#### 4. 競争当局の規制過程に関わる諸課題 (Process-related issues)

以下の規制過程に関わる諸課題を通じて、持続可能性を実務に導入することを目指す競争当局を支援することができる。分析の明確化のために、ここでも競争法を剣として用いる場面と、事業者による自主的な取組みに競争法を適用する際に持続可能性を盾として用いる局面を区別することが有益である。

##### 【競争当局の目標設定と優先順位付け】

持続可能性の剣としての競争法の視点に基づけば、政府機関の設定する目的及びその優先順位付けが重要である<sup>(76)</sup>。例えば、2020年3月19日、英国競争当局 CMA は、Corporate report Annual Plan 2020 to 2021 の中で、短期的に設定する6つの戦略目標として、消費者保護・市場に対する信頼確保等と並び「気候変動—低炭素経済への移行を支援する：気候変動が市場に与える影響についての理解を深め、当局の機能発揮の上で、

---

(76) 例として、ジェンダー不平等における優先順位付けの重要性につき、Estefania Santacreu-Vasut & Chris Pike, Competition Policy and Gender, OECD DAF/COMP/GF(2018)4, 6 November 2018. この論文に実質2つの版があり、ここでは2018年11月29日開催のOECD・Global Forum on Competition/COMPETITION POLICY AND GENDERでの寄稿版を引用した。もう1つにConcurrences, 2019 & Concurrences N° 4-2019, Available at <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3503384> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3487726>. がある。この論文は、ジェンダー不平等の是正に競争促進がどれほど役立つか、ジェンダーによって歪められているおそれのある競争法運用上の諸点についても論じている。



低炭素経済への移行を支援する方法で行動できるかを検討する。また、「グリーン」表示(claims)の使用など消費者に影響を与える虚偽または誤認を惹起する記載を是正するために強制力を用いることも検討する<sup>(77)</sup>とした。同じく、フランス競争当局も、2020年1月9日、The Autorité de la concurrence announces its priorities for 2020の中で、2020年の対応課題として、「持続可能な開発、特に環境への要請を考慮する。当局は、(環境、筆者注)各規制当局の行動において生態学的な喫緊の課題に配慮することに関して、特に規制当局グループによって共催される検討協議(reflection)に参画する。また、例えば、環境保護を危うくする競争法違反を規制対象にすることを通じて、競争法と環境の相互連関に係る検討を進展させる<sup>(78)</sup>」とした。このようにして、競争当局が低炭素経済への移行など持続可能性に係る分野で競争上の弊害を伴う事例を優先する可能性が出てくる。

かかる目標設定は、優先順位付けと並び、法執行の努力を特定分野に傾注するのに役立つかも知れない。例えば、反競争行為がグリーン成長産業等に存在するかを調査することは、持続可能な開発を妨げる反競争的活動の存在をより綿密に調査することを奨励するかも知れない。同じく、反競争行為が貧困層に特に悪影響を与えているのであれば、貧困問題<sup>(79)</sup>が優先的に順位付けされるかも知れない。

#### 【ガイダンス・優先順位・開放性 (openness)】

事業者が持続可能性の向上に取り組む場合、ガイダンスは適切である。

---

(77) CMA, Corporate report Annual Plan 2020 to 2021, 19 March 2020.

(78) The Autorité de la concurrence, The Autorité de la concurrence announces its priorities for 2020. January 09, 2020.

(79) OECD Global Forum on Competition, Policy Roundtable Competition and Poverty Reduction, 2013. DAF/COMP/GF(2013)12, 04-Oct-2013.

利害関係者が競争法への抵触をおそれて事業者が持続可能性に係る活動を敬遠することがあるため競争当局が公式・非公式にガイダンスを出すことは重要である。現状、過剰規制ではなく過剰な抑止力の方が問題となるおそれがあることから、そのような非公式ガイダンスや公式の見解公表に係る競争当局の開放性の点で、オランダ競争当局 ACM の例は役立つだろう。これは、事業者が持続可能性に係る自主的取組みを共同して行うことを支援するため、前掲注15のビジョン文書 (Vision document on Competition and Sustainability) に続き発出された持続可能性に係る協定の監視に関する基本原則を示す ACM の公表文である。この原則は、① ACM は、政府・市民代表 (citizen representatives) ・企業等すべての関係者が協定に積極的である場合、幅広い社会的支援を受ける持続可能性に係る当該協定に対して行動を採らない。② ACM は、持続可能性に関する苦情や申告 (indications) を受けたとき調査を開始することができる。③ ACM は、問題が発生する場合、迅速かつ効果的な解決策を見出すことに助力することからなる。この基本原則を設定した理由は、ACM によれば、持続可能性に係る協定を評価する際に ACM が何をどのように評価するかを示すためである。なお、ACM は、特定の上記協定が実際に競争上の弊害をもたらすのであれば当該協定の利益が反競争効果を上回らない限り許容されないことから、事業者が法的リスクを自己チェックできる「意思決定ツリー (decision tree)」を HP にアップしている。

オランダ、日本、ドイツ及び米国の例は、持続可能性の文脈で、公式・非公式の優先順位を設定するガイダンスがどのように機能するかを示す。上記の通り、現在 ACM は、ビジョン文書、それに基づく持続可能性協定に関するガイドラインの第1次・第2次草案を公表しており、

---

(80) AMC Publications, ACM sets basic principles for oversight of sustainability arrangements, 02-12-2016.

また、上記監視に係る基本原則等を含めて比較的・体系的な競争法運用を示す例となっている。他の諸国では個別に行われる公式及びより非公式なルートが採用されている。日本では公取委が共同リサイクル活動に関するガイドライン<sup>(81)</sup>を定めて、事前相談サービスも運営している。事前相談として、市内すべての小売業者、消費者及び当該市が主導するレジ袋リサイクルの取組みに公取委はガイダンスを提供した<sup>(82)</sup>。この取組みでは、消費者に少額の料金を導入することを通じてレジ袋使用を抑制したいと考えてたところ、制限は限定的で、かつ、プラスチック廃棄物の削減を目的としたものであるため直ちに独禁法上問題となるものではないとした。

同じく、多くの事例でドイツ連邦カルテル庁は、職権に基づき当事者と非公式に協議して(engage)、不問に付してきた。例えば、フェアトレード・ラベルに関わる事例では、持続可能性に係る協定がTFEU 第101条1項に該当せず、または少なくとも同条3項に基づき適用免除される可能性が高いとして本件を不問に付した<sup>(83)</sup>。本件では、第三国の農産物の公正貿易条件につきフェアトレードのラベルを付すために製品が充たすべき基準等を設定して当該認証システムを運営する Fairtrade Labeling Organizations International e.V. (以下「Fairtrade」)が、特定製品グループ(南アジア産マンゴー等)及び農産物の生産者または生産者組織に支払われる代金につき認証事業者は特定の合意された最低価格を下回ることの禁止及びフェアトレード・プレミアムという上乗せ金額が問題になった。フェアトレードシステムへの参加は、生産の段階から販売

---

(81) 「リサイクル等に係る共同の取組に関する独占禁止法上の指針(公取委事務局、平成13年6月26日・平成22年1月1日改正)」。

(82) 公取委・相談事例集(平成19年度)事例3「レジ袋の利用抑制のための有料化の取組」。

(83) Engelsing and Jakobs, *Nachhaltigkeit und Wettbewerb*, WuW (2019), no. 1, p. 20.

に至るまで自発的、非独占的かつ開かれたものであり、また、フェアトレードラベルの市場シェアはEU内で比較的低く、ドイツの他の多数の持続可能性ラベルと競合していた。連邦カルテル庁は、フェアトレードラベルの価格要素と社会的基準に関する透明性を重視して、調査手続を開始しなかった。すなわち、本件システムに参加する流通業者はラベル認証を求めないならば合意された最低価格以外で販売でき、また、上記プレミアムも、最低価格に加算の上支払われ、生産者等が当該プレミアムをいかに使うかを共同して決定する。プレミアムは実際の生産コストに基づいておらず、流通業者は次の取引段階に当該プレミアムを転嫁するか、どの程度転嫁するかを自由に決定できたからである。

動物福祉の分野での別の事例（Initiative Tierwohl: ITW）は興味深い洞察を示す。農業・食肉生産・食品小売部門間の合意に基づく自主的取り組みであるITWでは、参加小売業者が豚肉及び鶏肉1kgあたりに支払う保険料（動物福祉料）が含まれ、これが中央基金に送られて後、その収益が農場の豚及び鶏の福祉を向上させる措置を講じるための補助金として参加畜産農家に渡される。2014年までの段階では上記Fairtradeのような認証ラベル制度がなく、消費者にはそのような措置が講じられた食肉製品を具体的に選択することはできなかった。同年、連邦カルテル庁は、①関連事業への無差別かつ自発的なアクセスの確保、②参加農場は、福祉向上対策の実施を検査するためにそれを認証する者を自由に選択すること、③関連する多数の取引段階で事業活動を行う者と特定の1つの市場で事業活動を行う者との間で競争関連情報が交換されないことをITWに求めるとともに、本件を不問に付した。<sup>(84)</sup>その後、ITWは、鶏肉につき認証制度を整備して消費者に対する透明性を確保するためITW鶏肉を識別できる義務を導入したことから、2018年、連邦カルテル庁は

---

(84) Sustainability and Competition – Note by Germany, DAF/COM/WD(2020) 63, 27 Nov. 2020, at para.75., 77.

2020年まで引き続きこれを不問することを決定した。他方、豚肉については識別システムが整備されておらず2018年末までに2021年以降に向けて当該システムを整備しない限り、2020年末までで不問状態を終了させるとした（OECD 報告書公表時点で、2021年以降に導入予定<sup>(85)</sup>）。

Fair Factories Clearinghouse (FFC) による情報共有の取組み (Information Sharing Programs) に関する類似事例で、米国司法省は肯定的な business review letter を送付している<sup>(86)</sup>。本件は、FFC は、アパレルやフットウェア製品の製造等に関わる児童労働・強制労働、健康、安全、労働者の権利に関する情報を収集して共有していた。この情報には工場の賃金や労働時間の情報も含まれるところ、司法省は、①本件取組みが、参加・データベースへの情報提供・提供情報の取捨選択につき自発的であること、②匿名情報を除き、データベース内の競争者に係る賃金・労働時間の情報にアクセスできないこと、③ FFC の会員企業は FFC の Antitrust Policy Statement を遵守する必要があり、違反が会員権剥奪事由となること等を挙げて、当該時点で反トラスト法の執行措置を開始するつもりはない旨回答した。

非公式ガイダンスは持続可能性に係る取組みに明確さをもたらす1つの方法ではあるが、競争法に関する民事救済制度が存在する諸国では、裁判所はこれに必ずしも拘束されないため法的安定性の問題は残る。し

---

(85) Bundeskartellamt, News; Bundeskartellamt calls for more consumer transparency in animal welfare initiative, 28.09.2017.

(86) OECD 報告書は、脚注で Letter from Joel I. Klein, Assistant Attorney General, U.S. Dept of Justice, Antitrust Div., to Kenneth A. Letzler & Richard M. Lucas (Apr. 7, 2000) を挙げるが、正確には2006年6月19日付 Barnett 反トラスト局長名でのレターが正しい (THOMAS O. BARNETT, Assistant Attorney General, June 19, 2006, Re: Request for Business Review Advice - Fair Factories Clearinghouse)。なお、本件取組みは、上記 Klein 局長名のレター中に言及された Apparel Industry Partnership (AIP) による Workplace Code of Conduct の普及・モニタリングに係る取組み等をいっそう発展させるよう企図するもの。

たがって、拘束力如何の問題はあるものの、例えばガイドラインのようにいっそう公式なガイダンスも考えられる。つまり、優先順位の設定、非公式ガイダンス、より正式なガイドライン等のソフトな諸措置のすべては法的安定性について疑義（open questions）を払拭できず、立法対応が求められる余地がある。

### 【承認／適用免除（Approval/Exemption）の手續】

法的安定性を確実にする1つの方策は、拘束力を有する事前の承認手續を可能にするシステムに依ることである。かようなシステムがEUに、いわゆる競争法の現代化・分権化に係る規則1／2003<sup>(87)</sup>以前には存在していた。また、前述の、オーストラリア競争当局 ACCC による、電池管理協会の電池収集・リサイクルに係る全国的な取組みに関する承認事例も参考になる。

### 【サンドボックス】

比較的に新規な提案で、しかし関連する分野として規制のサンドボックス制度（regulatory sand boxes）がある。ギリシア競争当局 HCC は、前掲注22 para. 114. 以下で「持続可能性サンドボックス（sustainability sandbox）」の概要として、HCC による定期的な監視及び特定期間を限った条件の下で、発生し得る反競争的效果と持続可能性に係る事業者による自主的取組みにインセンティブを与える必要性との調整を図った上で行われるとする。この場合、事業者間協定が反競争効果を発生させるとしても、当該協定がこのサンドボックスの一部を形成するならば、

---

(87) EU Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty. 併せて参照、小原喜雄「EC 競争法執行の現代化（素描）」神奈川法学36巻2号403頁（2003年7月）。

排除措置は別段、HCCは罰金や制裁金を課す手続を進めないとして、「国家レベルでのこうした取組みは、EUの競争法及び政策における興味深い実験の場を提供する可能性がある（para.117.）」とする。

### 【証拠】

事業者による持続可能性に係る活動を支援する文脈で重要な論点の1つは、法制度上どのような証拠が受け入れられるかに関するルールである。オランダ競争当局ACMのガイドライン草案では、特定の持続可能性については定量的ではなく定性的証拠のみが利用可能であるため、定性的・定量的な証拠の両方が許容されるべきことを強調する<sup>(88)</sup>。

定性的証拠の利用を禁止または制限し、その環境上の利益を特定の方法で定量化することを要求するルールは、競争促進的な持続可能性に係る活動を妨げるおそれがある。

### 【業務遂行能力（Capacity）】

証拠に関する上記課題は能力の問題にも関わる。持続可能性は環境保護、経済及び社会的側面の問題を包含する幅広い分野に及び、おそらくすべてを網羅していることを考えると、競争当局はその能力を強化・拡大する必要があるだろう。したがって、他の規制当局、関連する利害関係者及び市民社会との協力が重要になる。持続可能性の課題性をいっそう深く理解するために、政府の他の専門部門との共同ユニットを設立することも賢明かも知れない<sup>(89)</sup>。フランス競争当局は、例えば、さまざまなフラ

---

(88) 本ガイドライン第1次草案ではpara. 31以下、第2次草案ではpara. 39.以下に記載。

(89) 前掲注22 para.113. 具体的には、さまざまな規制当局の職員からなる共通の「助言組織（Advice Unit）」が、持続可能性関連のイノベーションについて非公式な斡りを行うために組織される余地がある。また、当該組織は、持続可能性に係るイノベーションに関心のある利害関係者との緊密な連携を促進するべく、

ンスのセクター規制当局とのワーキンググループを設立している。<sup>(90)</sup>

### 【制裁金制度 (Fining)】

持続可能性に向けたアプローチは、制裁金の決定にも影響を与える余地がある。競争当局が持続可能性に係る取り組みを支援することを目指す場合、過剰規制と過剰抑止が懸念される。そこで、オランダ競争当局 ACM は、①当事者が ACM のガイドラインまたは非公式ガイダンスに誠実に従っており、②当該自主的取組みに関する協定の詳細が公表され、かつ、③ ACM が異議を通知したとき協定内容を修正する場合には、制裁金を課さないこととする。<sup>(91)</sup> 競争当局が持続可能でない事業者の行動に取組みむことを目指すときには事情が異なる。この文脈では、反競争行為が特に持続可能性に悪影響を及ぼす場合、制裁金の増額が可能かどうかを検討する価値があるかも知れない。この影響は、例えば標準設定など、特に持続可能性を向上させるための取組み等の結果として競争上有害な共謀が惹起される場合、制裁金算定過程での総合考慮する要因として機能させ得ると主張される。<sup>(92)</sup>

---

必要に応じて代表的な市民グループ（市民社会、NGO）を含むすべての利害関係者との間で検討・議論の場を設定することができるようになろう。

(90) Autorité de la concurrence, Press Release, Independent public and administrative authorities develop their collaboration on the challenges of climate warming, December 19, 2019.

(91) 本ガイドライン第1次草案では para. 62、第2次草案では para. 72. に記載。

(92) Giorgio Monti, Four Options for a Greener Competition Law, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2020, Vol. 11, No. 3-4 at p.124., 127. 制裁金制度に関わって、この論文は2011年6月13日の Henkel, P&G 及び Unilever (以下「3社」)に関する EU 委員会のカルテル和解手続決定 (C(2011) 2528 final) を挙げる。本件の概要は以下の通り。ヨーロッパの粉末洗剤の主要な生産者である Henkel, P&G 及び Unilever は、EU 域内8か国の家庭用洗濯粉末洗剤の取引市場において、遅くとも2002年1月7日から2005年3月8日までの間、



【国際協力】

最後に、OECD や ICN 等のフォーラムでの国際協力が重要である。事業者による持続可能性に係る活動が、ある国・地域で競争法上の禁止対象とならないときであっても、別の国・地域では違法とされる可能性がある。例えば、2016年、インドネシア競争当局 KPPU は、違法な森林伐採に従事する農民からはパーム油を購入しないことに合意した主要なパーム油製造業者による自主規制準則を含む2014年の「森林破壊ゼロ (zero deforestation)」協定 (Indonesia Palm Oil Pledge: IPOP) につき参加事業者間でのカルテルの疑いがある旨通知し、これを止めさせた<sup>(93)</sup>。また、アマゾン地域の土地所有者は農業活動のために土地の最大20%を森林伐採する権利があるため、ブラジルの森林伐採の低減を目的とする類似の自主規制準則を調査するようブラジル競争当局 CADE に圧力が掛かっていると言われている<sup>(94)</sup>。かような自主規制準則が放棄される場合には国家介入があり得る。例えば、EU 向け輸出の17%しか森林破壊に関わっておらず、2%の農場だけで違法な森林破壊の62%を引き起こしているにも関わらず、EU ではブラジルのアマゾン地域からのすべての大豆と牛肉の輸入を禁止すべきという議論がある<sup>(95)</sup>。同じく、最近、米国

---

上記洗剤の価格等を調整 (coordinating prices) していた。この価格カルテルは、業界団体を通じて洗剤製品の環境性能を向上させる取組みを実施する時点で開始されたが、環境目的に基づくのであれば価格等を調整する必要性はないにも関わらず、3社は自ら主導して自らの責任で価格カルテルを行っていた。この論文は、カルテルの深刻度評価の上で、環境協定に基づく利益の消費者への完全な均てんを掘り崩す3社間での意図的な努力を以て加重的考慮要素にできるとする。

(93) See <https://www.straitstimes.com/world/jakarta-wants-oil-majors-to-ditch-zero-deforestation-pact>

(94) Reuters, Europe says Brazil's move to end soy moratorium threatens \$5-billion market (25 Nov. 2019) <https://www.reuters.com/article/us-brazil-soybeans-environment/europe-says-brazils-move-to-end-soy-moratorium-threatens-5-billion-market-idUSKBN1XZ1CV>

は強制労働の懸念を理由に特定のパーム油の輸入を禁止した。<sup>(96)</sup> 思うに、こうした措置が政府行為理論に基づき適用除外となるかそれとも競争を制限しないとなるかに関わらず、大差はないかも知れない。

## 5. 結論

持続可能性と競争法・競争政策に関する議論は、公共政策と競争そして規制が持続可能性を達成するためのより適切なツールであるかに限定されがちである。しかし、そのような単純化された議論は、課題を進展させるどころか曖昧にさせるだけで役に立たない。建設的な議論をさらに推し進めるべく、この OECD 報告書では課題をマッピングし、持続可能性の文脈における競争法の具体的な適用においてますます論争的になっている論点を特定した。この論文を通じて、持続可能性と競争法に関する議論が既に進んでおり、意図しているかどうかに関わらず、OECD の多くの加盟国の競争当局はその競争法執行において持続可能性の問題を既に実際検討していることが示された。

### おわりに—今後の展望

最後に、外国法研究としての意義は当然として脇に置き、以下特にわが国の独禁法・競争政策における持続可能性に係る今後の展望に絞って私見を述べる。第1に、OECD 報告書の上記3-2-2-1の【競争法における経済分析の枠組みの中での調整】で示された考慮要素ないし視点は、TFEU 第101条3項のような適用免除制度の条文や用語を備えない独禁法にとっても、正当化事由に関する今後の解釈論の構築に非常に参考に

---

(95) EU Observer (23 Aug 2019) EU to discuss Brazil beef ban over Amazon fires, Available at <https://euobserver.com/environment/145723>

(96) BBC, US bans Malaysian palm oil producer over forced labour. (1 Oct. 2020) <https://www.bbc.co.uk/news/business-54366607>

なろう。周知の通り、TFEU 第101条 3 項は、事業者間の協定が、①商品の生産または流通の改善 (improving the production or distribution of goods) または技術上もしくは経済上の進展の促進 (promoting technical or economic progress) に寄与し、②消費者がその結果として生じる利益を公正に均てんされること (allowing consumers a fair share of the resulting benefit) の2つの積極要件と、かつ、③当該事業者に課される制限が、これらの目的達成のために不可欠でなくはなく、④問題となる製品の相当部分における (in respect of a substantial part of the products in question) 競争を排除するおそれにかかる事業者に与えるものであってはならないという2つの消極要件という、都合4つの累積要件からなる。上記の考慮要素ないし視点はこの各要件やその用語・用法の解釈問題として論点化されているように思われるが、その分析・評価の枠組み自体は一般化でき、独禁法にも参酌し得るものであると考えられる。

わが国の環境政策に係る従来の独禁法相談事例等については、正当化事由の存否を検討する上で、基本的に目的合理性・手段相当性の枠組み<sup>(97)</sup>によってきたと考えられる。また、公取委の「事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針 (平成7年10月30日、現行令和2年12月25日改正)」第二-7-(2)や、「リサイクル等に係る共同の取組に関する独占禁止法上の指針 (平成13年6月26日、現行平成22年1月1日改正)」を見ると、上記の枠組みに基づき独禁法上問題ないとの公取委の判断を導く上で重視されている具体的な事実は、持続可能性の向上に向けた事業者間での自主的取組みが、①需要者の利益を不当に害しない、②不当に差別的でない、③社会公共的目的など正当な目的に基づき合理的に必要なとされる範囲を超えない、④その遵守を当該取組みに参加する事業者等に強制し

---

(97) 参照、平成18年度までの相談事例等に止まるが、拙稿「第7章 環境保護と独禁法・競争政策」木船・西村・野村編『低炭素社会のビジョンと課題 (見洋書房、2010年11月)』122頁。

ないことであると考えられる。以上のような現行評価枠組みの念頭には、検討対象行為の環境に係る経済効果について時間軸に基づく評価（例、利益均てんの対象となる消費者の時間的隔たりやその範囲をどう見るか、短期に見てごく僅かの効果でもその長期に亘る累積をどう見るか、また、かりにこれらを考慮要素に組み込むとして、いずれの効果についても定量的・定性的にどう測定するか等）や、別の市場でまたは広く一般消費者に発生する効果に対する評価が含まれていないのは明らかである。OECD 報告書の上記内容は、現行の評価枠組みをより論理的に構築し、また、いっそう分析的に精緻化していくときに有益な示唆を与え得る。

第2に、競争分析において持続可能性に係る競争を品質競争の1側面として捉えたうえで、検討対象行為が発生させる価格上昇の効果だけではなく、同じくそれがもたらす品質、選択及びイノベーションなど非価格面での競争の劣化ないし弛緩を持続可能性をめぐる競争における反競争効果として評価しようとする方法論には、メリットと留意点があるように思われる。メリットは、言うまでもなく、公取委にとって競争分析において現行の分析ツールと消費者厚生基準を大きく変更することなく持続可能性を考慮できる点にある。他方、もしかりに、検討対象行為が発生させる環境上の外部不経済等を他の価格効果とともに消費者が負担する価格上昇として考慮するこのような方法論を採用するならば、以下の諸点に留意すべきと思われる。すなわち、① HCCの前掲注22 para. 25以下が指摘する通り、消費者によるさまざまなオプション間での複雑な評価のすべてを1次元の金銭的評価へと変換する顕示選好理論への過度の傾斜（環境価値のすべては妥当適切に金銭換算できる）は、市場取引されない要素（例、CO<sub>2</sub>以外の汚染物質等）や諸価値（例、社会的・倫理的・美的価値等）について過小算定または無視してしまう傾向をもつ。また、②こうした市場取引されない要素や諸価値を評価に組み込むために、例えばヘドニック価格設定方法（Hedonic Pricing Method）や（甲南法学'22）62-1・2・3・4-166（166）

オプション値を測定するために金融経済学から引き出されたさまざまな経済ツールがあるようである。<sup>(98)</sup>我々は、こうした、生態系サービスと自然資本に関する市場のおよび非市場的な要素や価値に係る評価方法について学び、その実際の運用に習熟していくことが求められる。さらに、③この方法論は、ただ環境に係る持続可能性だけでなく、原理上、「明日の鶏」事件で観察されるように動物福祉に係る品質や、生産過程における児童労働・強制労働、健康、安全、労働者の権利等に係る品質等の違いを消費者の当該商品に対する支払意思額の差として、競争分析に持ち込むことも可能にすると考えられる。かりにさような法運用を行うとすれば、独禁法・競争政策の目的の再定義<sup>(99)</sup>が不可避に思われる。

---

(98) 筆者には完全に理解できないが、さまざまな測定方法につき、See, HCC and ACM, Joint Report: Technical Report on Sustainability and Competition, January 2021. at p.19 et seq.

(99) 例、持続可能性の考慮について HCC の前掲注22 para. 30 以下は、High-impact, low-probability events (HILP) への対応の重要性を挙げて、システム強靱性 (systemic resilience) の意味での持続可能性に関する配慮の今日的な重要性を指摘し、これを競争法の目的に組み込むよう主張する。