

# オランダ競争法における 「将来の消費者利益」論について

柳 武 史\*

- I はじめに
- II オランダ競争法の概要
- III Vision Document 等による規範定立
- IV 非公式意見による実際の法適用
- V 結びに代えて

## I はじめに<sup>1)</sup>

近年、人口減少社会への対応を念頭に置いて、我が国独占禁止法上の適用除外や正当化事由（正当化理由）<sup>2)</sup>の議論は急展開を見せている。直接的な契機となったのは、平成 30 年 8 月 24 日に公表された株式会社ふくおかフィナンシャルグループによる株式会社十八銀行の株式取得に関する公正取引委員会の審査結果<sup>3)</sup>であるとされている。これを受けて、政府の未来投資会議においては、大別して二つの方向性が議論されたようである<sup>4)</sup>。第一の方向性は、公正取引委員会のガ

---

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 19 巻第 2 号 2020 年 7 月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科准教授

- 1) 本稿はオランダ競争法を研究対象としているが、筆者のオランダ語に関する知見の程度に鑑み、単に問題状況を素描した甚だ不完全なものにとどまっている。オランダ語の資料を丹念に渉猟した研究は今後の課題とすることとしたい。
- 2) 本稿において、オランダ競争法（及び EU 競争法）における適用除外とは、オランダ競争法 6 条 3 項（及び EU 機能条約 101 条 3 項）に基づくものを想定している。
- 3) 公正取引委員会「株式会社ふくおかフィナンシャルグループによる株式会社十八銀行の株式取得に関する審査結果について」（<https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h30/aug/180824.html>）。

イドライン<sup>5)</sup>等を策定ないし改定するというものであり、第二の方向性は、独占禁止法の適用除外立法を設けるというものである。政府は主として第二の方向性で検討を進め、令和2年3月3日、独占禁止法の適用除外法案が閣議決定された<sup>6)</sup>。

二つの方向性のいずれ（または両方）を採用するにせよ、基底的理解として、独占禁止法の目的（1条参照）の議論は避けて通れないであろう。石油価格協定刑事事件最高裁判決<sup>7)</sup>は、独占禁止法の「直接の保護法益」として「自由競争経済秩序」を、独占禁止法の「究極の目的」として「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」ことを挙げる。ガイドライン等の策定・改定をするにあたっては、適用除外立法を設けるにあたっては、「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」ことの内実を深化させることが喫緊の課題である。現に、未来投資会議における議論でも、「一般消費者の利益確保」という文言が強調されているのである<sup>8)</sup>。人口減少社会への対応の文脈で、我が国の法学者等がこの問題に理論的基盤を提供する試みはまだ途についたばかりである。

我が国において二つの方向性を検討するに際しては、本稿の主題である「将来の消費者利益」論は、様々な限界を抱えているとはいえ、一つの着地点になる可能性がある<sup>9)</sup>。一定の「将来の消費者利益」論は、直観的な抵抗感を感じる向きもあるかもしれないが、規範的主張としては、従来の規制枠組みからの連続性が高く、独占禁止法上の適用除外や正当化事由（正当化理由）の議論に受容可能な

---

4) 第1回未来投資会議地方施策協議会（平成30年12月19日）の議事要旨（<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/miraitoshikaigi/chihoushisaku/dai1/gjiyousi.pdf>）を参照。

5) 例えば、公正取引委員会「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」（平成16年5月31日策定、令和元年12月17日最終改定）。

6) 内閣官房日本経済再生総合事務局「『地域における一般乗合旅客自動車運送事業及び銀行業に係る基盤的なサービスの提供の維持を図るための私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の特例に関する法律案』の閣議決定について」（<https://www.cas.go.jp/jp/houdou/200303saisei.html>）。

7) 最高裁判所昭和59年2月24日第二小法廷判決刑集38巻4号1287頁。

8) 第26回未来投資会議（平成31年4月3日）の配布資料である、内閣官房日本経済再生総合事務局「地銀・乗合バス等の経営統合・共同経営についての規制の論点」（<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/miraitoshikaigi/dai26/siryou2.pdf>）を参照。

ものなのかもしれないのである。ここで、我が国の動向を比較法的観点から相対的・客観的に把握するためには、オランダの経験が参考になる。オランダでは、持続可能性イニシアチブ (sustainability initiatives)<sup>10)</sup> という事業者等による環境保護への自主的な取組みを競争法上どのように評価するかが問題となってきた。持続可能性イニシアチブは、事業者等による共同行為であることから、伝統的な判断枠組みではカルテル規制の問題を惹起しうることとなる。

しかし、オランダは野心的な議論を展開し、適用除外の解釈論として消費者利益<sup>11)</sup>が将来 (in the future) にもたらされる可能性がないかを検討することを志向した。持続可能性イニシアチブでは競争政策と環境政策の相克という側面があるところ、「将来の消費者利益」論を通して環境保護に基づく適用除外の「さらなる可能性 (more room)」が模索されたのである。ここでの論点は、長期 (long-term) の消費者利益を考慮できるのか、考慮できるとしてもどのように考慮するのか、考慮にあたっての前提条件はどのようなものか等である。もちろん、「将来の消費者利益」は、不確実なものであり、容易に算定することができるも

9) 公正取引委員会の山田昭典事務総長 (当時) は、仮に適用除外立法ができた場合の企業結合審査の在り方について言及している (令和元年6月19日付事務総長定例会見記録)。すなわち、「企業結合審査が変わるのか」という意味においては、基本的には変わらないと思います」とした上で、「今回、様々な議論がされている中で、統合の影響をどのぐらいのタイムスパンまで見るのか、そういったところで必要な知見を関係省庁の方でお持ちであるのであれば、それをお聞きするという事は、これまでやってきたつもりではありますが、その点はより明確にしていこうという事はあるかもしれません」とする。なお、学説においても、「一般消費者の利益」は、「国民経済の民主的で健全な発達」にあって、それなしでは意味をなさない本質的構成要素であり、両者は不可分一体の関係にあるという「究極的目的」の統合的理解から、「農林漁業者や小規模商工事業者の競争を制限する共同行為であっても、それが中長期的・動態的に生産性の向上、効率性の改善等をもたらし、価格の低下などの形で消費者に還元されるのでない限り」(傍点は筆者が付した)、「一般消費者の利益」を侵害する反競争的行為を「国民経済の民主的で健全な発達」の観点から肯定的に評価することはできないとする見解がある。参照、土田和博ほか『条文から学ぶ独占禁止法 (第2版)』21-22頁 [土田和博執筆] (有斐閣、2019年)。

10) 持続可能な開発の定義として引用されることが多いのは、「将来の世代が自らのニーズをみたく能力を損なうことがない形で、現在の世代のニーズもみたく開発」というものである。See, World Commission on Environment and Development, OUR COMMON FUTURE (Oxford University Press, 1987).

11) 本稿では、欧州委員会の more economic approach を念頭に置いて、「利益」と「便益」、interests と benefits は交換可能な用語として取り扱っている。

のではないといった様々な問題がある<sup>12)</sup>。オランダでは、Vision Document に代表される行政文書によって一般的に「将来の消費者利益」論による解釈の方向性が示されたにも関わらず、結局、二つの著名な非公式意見の事件において競争当局による適用除外は認められなかった。

本稿においては、まず、オランダ競争法の概要、特に執行機関と規制の枠組みについて述べる(Ⅱ)。そして、Vision Document といった行政文書等がどのように「将来の消費者利益」論を一般的に提示したのかを検討する(Ⅲ)。さらに、二つの著名な非公式意見の事件において、「将来の消費者利益」論が実際にどのように適用されたのかを分析する(Ⅳ)。最後に、本稿の検討から得られる示唆を述べる(Ⅴ)。本稿の結論は、第一に、欧州委員会が事実上「将来の消費者利益」論を支持したことから判明するように、一定の「将来の消費者利益」論それ自体は、規範的主張としては、従来の規制枠組みの枠内で検討を進めるものとして大きな規範的障壁は惹起しないものなのかもしれないというものである。第二に、「将来の消費者利益」論は、将来の予測に伴う不確実性といった固有の問題があり、長期の定量分析の方法論等をさらに洗練することが期待されるというものである。

## Ⅱ オランダ競争法の概要

### 1 概説

オランダで競争法(Competition Act)<sup>13)</sup>が施行されたのは比較的遅く、1998年1月1日のことである。導入された競争法は、EU競争法に基づいているとされる。オランダはしばしばカルテル天国(cartel paradise)と揶揄されたことや、経済のグローバル化といった国際的發展を図ることを主たる理由とし、1956年制定の経済競争法(Economic Competition Act)に代わって競争法が導入され

---

12) Anna Gerbrandy, *Solving a Sustainability-Deficit in European Competition Law*, 40 (4) WORLD COMPETITION 539 (2017), at 550.

13) Act of 22 May 1997, Providing New Rules for Economic Competition (Competition Act).

た。オランダ競争法の基本原則の一つとして、EU 競争法よりも制限的でなく、かといって緩和的でもない、というものがある。したがって、欧州委員会の決定や EU 裁判所の判決といった EU 競争法の将来の発展は、オランダ競争法の解釈に動態的な影響を与えることとなる<sup>14)</sup>。

ここで、競争法の論理は、歴史的に社会経済政策の形成においてコンセンサスに重点を置くオランダの経済統治モデルとは相容れない側面があることが指摘されている<sup>15)</sup>。すなわち、オランダには社会経済評議会 (Social and Economic Council)<sup>16)</sup> といった諮問・協議機関が政策形成のあらゆる段階に複数存在しているのである。コンセンサスに基づく政策形成はオランダ政治の特徴ということができ、持続可能性イニシアチブもまたこのようなコンセンサスに基づく取組みの一つといえよう。

## 2 執行機関

オランダ競争法を所管しているのは消費者・市場庁 (Authority for Consumers & Markets: ACM) であり、これが競争当局にあたる。消費者・市場庁の前身はオランダ競争庁 (Dutch Competition Authority) である。消費者・市場庁は法的に独立した機関であり、これと関係する政府機関としては過去には経済省 (Ministry of Economic Affairs) が存在した。経済省のトップは経済大臣であった。

経済大臣は、個別の事件処理に関して消費者・市場庁に介入することはできないが、政策ルール (policy rule) によって消費者・市場庁に対して一般的な指示をする権限を有する。特に、経済大臣は、オランダ競争法における適用除外の基準について指示をすることができる<sup>17)</sup>。なお、経済省は、オランダ政府内の組

14) Tom R. Ottervanger & Sander J. van der Voorde, *COMPETITION LAW OF THE EUROPEAN UNION AND THE NETHERLANDS: AN OVERVIEW* (Kluwer Law International, 2th ed., 2002), at 169.

15) Giorgio Monti & Jotte Mulder, *Escaping the Clutches of EU Competition Law*, 42 *EUROPEAN LAW REVIEW* 635 (2017), at 636-637.

16) 社会経済評議会は、政労使 (公労使) の協働によってコンセンサスに基づき労働問題に取り組んでいることで知られ、労働紛争やストライキを緩和したと評価されることもあるようである。

織再編の結果、現在は経済・気候政策省 (Ministry of Economic Affairs and Climate Policy) となっているが、本稿では経済省 (または経済大臣) との表記で統一する。

### 3 規制の枠組み

オランダ競争法6条は反競争的合意 (anti-competitive agreements) について定めており、これはカルテル規制に相当する<sup>18)</sup>。オランダ競争法6条の規定は、概ねEU機能条約101条と同等である。例えば、オランダ競争法6条3項における適用除外の四つの要件は、EU機能条約101条3項に対応している。適用除外の四つの要件は、二つが積極要件 (第一要件: 生産若しくは流通の改善又は技術的若しくは経済的な進歩の促進に寄与すること。第二要件: 消費者に結果として生じる利益の公平な分配をもたらすこと) であり、残りの二つが消極要件 (第三要件: 目的の達成に不可欠ではない制限を当該事業者に課すのでないこと。第四要件: 当該製品及びサービスの実質的な部分に関して競争を排除する可能性を当該事業者にもたらすのでないこと) である<sup>19)</sup>。これら適用除外の四つの要件が全て満たされることを説得的に示すのは事業者等の責任である。

---

17) 政策ルールは、「大臣は、独立行政機関が任務を遂行する方法に関して政策ルールを定めることができる」と規定する独立行政機関組織法21条1項に基づいて決定される。オランダ競争法5d条には競争法の執行に関する政策ルールについての規定があり、政策ルールはオランダ競争法6条3項の適用除外の考慮に際しては「経済的利益以外の利益」を包含する方法に関連することができるとする。

18) オランダ競争法6条の規定は、以下の通りである。

1. オランダ市場の全部又は一部における、競争の減殺、阻害、若しくは歪曲をする目的を有するか、競争の減殺、阻害、若しくは歪曲をもたらすこととなる、事業者間の合意、事業者団体の決定、及び事業者の協調的行為は、禁止される。
2. 第1項によって禁止された合意及び決定は、法的に無効である。
3. 生産若しくは流通の改善又は技術的若しくは経済的な進歩の促進に寄与し、且つ、消費者に結果として生じる利益の公平な分配をもたらすこと、次の要件をみたさない合意、決定、及び協調的行為に対して第1項は適用しない。
  - a. これらの目的の達成に不可欠ではない制限を当該事業者に課すこと、又は、
  - b. 当該製品及びサービスの実質的な部分に関して競争を排除する可能性を当該事業者にもたらすこと。
4. 第3項を主張するあらゆる事業者又は事業者団体は、同項の要件が満たされることを証明しなければならない。」

本稿の主題の直接的な問題の所在は、オランダ競争法6条3項（及びEU機能条約101条3項）の第二要件（消費者に結果として生じる利益の公平な分配をもたらすこと）が「消費者（consumers）」を定義していないことに関わる。すなわち、将来の消費者がここでいう「消費者」とどの程度関連しているのかは一義的に明らかではないのである。

### III Vision Document 等による規範定立

#### 1 概説

まず、経済省や消費者・市場庁がオランダ競争法6条3項（及びEU機能条約101条3項）に関してどのような見解を採っているのかについて、一般的な立場を表明した行政文書等を検討する。経済省の政策ルールと、それを受けた消費者・市場庁のVision Documentは、持続可能性イニシアチブの問題に対して、長期の消費者厚生を考慮するという「将来の消費者利益」論を打ち出している。「将来の消費者利益」論を含んだオランダ競争法上の規範的主張点は、欧州委員会との書簡のやり取りにまで発展したが、欧州委員会も一定の「将来の消費者利益」論そのものは問題視していない。「将来の消費者利益」論は、more economic approachによる費用便益分析（cost-benefit analysis）を踏まえると、オランダ競争法6条3項（及びEU機能条約101条3項）の従来の規制枠組みからの連続性が高く、適用除外の解釈論として受容可能であることを示唆しているといえるのかもしれない。

#### 2 経済省の政策ルール<sup>20)</sup>

2014年5月6日、経済省は、消費者・市場庁に対して、「競争と持続可能性に関する政策ルール（Policy Rule on Competition and Sustainability）」を發出し

---

19) オランダ競争法の立法時の議会における討論で、経済大臣は、欧州委員会の政策と合致して、適用除外の根拠には社会・文化的性質や環境保護の考慮が含まれることを表明したという。ただし、条文の規定には、適用除外の要件としてこの点を考慮した独立の要件は盛り込まれなかったようである。See, Tom R. Ottervanger & Sander J. van der Voorde, *supra* note 14, at 209.

た<sup>21)</sup>。この政策ルールは、持続可能性のためになされた反競争的合意に対してオランダ競争法6条3項（及びEU機能条約101条3項）の適用除外規定を適用する際に消費者・市場庁が考慮することとなる持続可能性の特徴について定めたものである。具体的には、消費者・市場庁は、①長期の利益、②将来の消費者、③制限を正当化しうるフリーライダー問題、そして④合意によって制限されるもの以外の競争変数を考慮しなければならないとされたようである<sup>22)</sup>。

政策ルールの内容をさらに敷衍すると、まず、政策ルールの決定書1条は、ここでいう合意には事業者間の合意、事業者団体の決定、及び事業者の協調的行為が包含されることを確認している。そして、「将来の消費者利益」論との関わりでは、政策ルールの決定書2条a項及び2条b項が重要である。すなわち、決定書2条a項は、オランダ競争法6条3項（及びEU機能条約101条3項）の適用除外の第一要件（生産若しくは流通の改善又は技術的若しくは経済的な進歩の促進に寄与すること）に関して、「消費者への長期の利益」も考慮されることを定め、決定書2条b項も、第二要件（消費者に結果として生じる利益の公平な分配をもたらすこと）に関して、同様に「消費者への長期の利益」も考慮されることを定めたのである<sup>23)</sup>。これは、適用除外の評価において、持続可能性イニ

---

20) The Minister of Economic Affairs, *Decision of the Minister of Economic Affairs of May 6, 2014, No. WJZ/14052830, containing the policy rule regarding the application by the Netherlands Authority for Consumers and Markets of Section 6, paragraph 3 of the Dutch Competition Act in anticompetitive arrangements that have been made for the purpose of sustainability* (2014) ([https://www.acm.nl/sites/default/files/old\\_publication/bijlagen/13077\\_policy-rule-on-competition-and-sustainability.pdf](https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/bijlagen/13077_policy-rule-on-competition-and-sustainability.pdf)).

21) 経済省の「競争と持続可能性に関する政策ルール」は、独立行政機関組織法21条1項及びオランダ競争法5d条に基づいて決定されたものである。

22) Sarah Beeston, *Competition Law and Sustainability Initiatives*, in herausgegeben von Juliane Kokott, Petra Pohlmann & Romina Polley, EUROPÄISCHES, DEUTSCHES UND INTERNATIONALES KARTELLRECHT (FESTSCHRIFT FÜR DIRK SCHROEDER ZUM 65. GEBURTSTAG) (Otto Schmidt, 2018), at 113.

23) なお、決定書2条c項は、第三要件（目的の達成に不可欠ではない制限を当該事業者に課すのでないこと）に関して、事業者が単独で持続可能性を目的とした活動を行う場合には、生産費用の増加により市場シェアや利益を失い、その結果持続可能性イニシアチブを開始するインセンティブが減少しうることが考慮されることを定め、決定書2条d項は、第四要件（当該製品及びサービスの実質的な部分に関して競争を排除する可能性を当該事業者にもたらすのでないこと）に関して、製品やサービスに関する持続可能性の要素以外の競争変数に関する十分な競争の可能性が考慮されることを定めている。



シアチブのもつ積極的な長期の効果を考慮する必要があることを具体的な用語で特定したものと述べている<sup>24)</sup>。

### 3 消費者・市場庁の Vision Document<sup>25)</sup>

2014年5月9日、消費者・市場庁は、Vision Document (Vision Document on Competition and Sustainability) と題する行政文書を公表した。Vision Document は、経済省の政策ルールを受けて、競争当局としての消費者・市場庁の立場を一般的に表明したものと位置付けることができる。つまり、Vision Document は、あくまで経済省の政策ルールの枠内における消費者利益等の評価方法を示しているということになる。消費者・市場庁は、Vision Document を通して、持続可能性イニシアチブが競争法においてどのように審査されるのか、そして、持続可能性イニシアチブにはいかなる可能性が認められるのかについて透明性を確保しようとしている。この Vision Document によって、事業者は持続可能性に関する共同行為の計画が競争法において許容されるかを自ら判断できるようになることが意図されているのである<sup>26)</sup>。

消費者・市場庁は、オランダ競争法6条(及びEU機能条約101条)の条文の構造に即して、二段階の判断枠組みを採用している。すなわち、第一は、持続可能性イニシアチブがカルテルの禁止と適合しないのはどのような場合かという問題である。これは、オランダ競争法6条1項(及びEU機能条約101条1項)の適用の問題である。第二は、持続可能性イニシアチブが四つの適用除外の基準に基づいた例外に該当する要件とはどのようなものかという問題である。これは、オランダ競争法6条3項(及びEU機能条約101条3項)の適用の問題である。以下においては、第二の適用除外規定の適用の文脈で、Vision Document において「将来の消費者利益」論がどのように展開されているかを検討する。

---

24) Giorgio Monti & Jotte Mulder, *supra* note 15, at 637.

25) Authority for Consumers & Markets, *Vision Document on Competition and Sustainability* (2014) ([https://www.acm.nl/sites/default/files/old\\_publication/publicaties/13077\\_vision-document-competition-and-sustainability-2014-05-09.pdf](https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13077_vision-document-competition-and-sustainability-2014-05-09.pdf)).

26) 原則として、事業者等は Vision Document に基づいて自ら判断することが期待されている。

まず、Vision Document は、「将来の消費者利益」論を検討する前提として、経済学的な観点から見た厚生概念を確認している<sup>27)</sup>。このような厚生概念においては、消費者の選好や資源配分上の効率性が重視されること等が強調されている。

そして、Vision Document は、「将来の消費者利益」論を検討する必要性を示すために、魚の乱獲に関する具体例を挙げる<sup>28)</sup>。すなわち、現在の世代の消費者にとって価格が上昇するとしても、将来の世代の消費者が魚を享受できる可能性が高まることに基づき、魚の乱獲を減少させる合意は適用除外を受ける余地があるということである。ここでは、合意の関連市場における消費者が不利益を被ってならないことを前提として、当該市場における現在の消費者利益と将来の消費者利益がトレードオフの関係に立つことがあることが示唆されている<sup>29)</sup>。

このような具体例を踏まえて、オランダ競争法6条3項（及びEU機能条約101条3項）の第一要件（生産若しくは流通の改善又は技術的若しくは経済的な進歩の促進に寄与すること）の解釈については、次のように述べる。

「……持続可能な生産及び消費は、将来の消費者に利益をもたらすこともありうる。というのも、希少な資源をより効率的に利用することによって、特

---

27) 「経済学的な観点からは、広範な厚生概念が用いられる。この厚生概念においては、消費者の選好が中心的な役割を果たす。この Vision Document においては、消費者が持続可能性に関連した製品の特徴にも重要性を見出し、したがって、製品が環境に優しい、又は動物に優しい方法で生産される事実を評価する場合があることに留意することが不可欠である。同様の経済学的な観点からは、希少な資源が可能な限り効率的に用いられ、これにより厚生を増大することも重要である。これは、環境や枯渇性の資源が用いられる方法をも包含しうる。」(Authority for Consumers & Markets, *supra* note 25, para. 2.6)

28) 「例えば、現在の世代が長期の観点から非効率的な方法で希少な資源を用いる場合、いくつもの非効率性は将来の世代に関わりうる。具体例は、特定種の魚の絶滅をもたらす魚の乱獲である。もし魚に関する意思決定において現在と将来の世代が考慮されるならば、将来において漁業が可能であり続けることを確保するために現在の漁業の縮小をもたらさう。これにより、将来の世代の消費者は現在の保護的な漁業から利益を享受するが、同時に、消費財としての魚は現在の世代にとってより希少となりうるし、その結果、より高価格となるかもしれない。」(Ibid., para. 3.4.3)

29) Jan Peter van der Veer, *Art 101 (3) and Sustainability: New Developments in the Netherlands* (2014) (<http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2014/05/15/art-1013-and-sustainability-new-developments-in-the-netherlands/>).

定の製品が将来において利用可能（又はより多く利用可能）となるからである。持続可能な生産は、静態的及び動態的に厚生を増大しうる。]<sup>30)</sup>

また、オランダ競争法6条3項（及びEU機能条約101条3項）の第二要件（消費者に結果として生じる利益の公平な分配をもたらすこと）の解釈については、次のように述べる。

「……経済学的な観点からは、利益がより長い期間にわたって明らかとなる場合には、関連市場における現在の消費者への利益のみを考慮する理由はない。持続可能な開発は、一般的に長期にわたる利益に関連する。もしこれらが考慮されないならば、自然資源の枯渇や環境汚染といった要素は大抵の場合自主規制によって取り組むことができないであろう。

したがって、消費者・市場庁は、利益が長期にわたる場合、及び関連する製品の現在の消費者より広いグループが利益を享受する場合には、第3項の審査の文脈でいくつかのケースにおいて利益を考慮する可能性を認める。これは、現時点にとどまらない効果が考慮される競争法においてしばしば関連する動態的な観点とも合致する。このような理由から、消費者・市場庁は、特定のケースにおいて『消費者への利益』に関して長期の観点を適用することが正当化されると考える。この文脈においては、将来の利益についての消費者の価値は、同様の現在の利益についての価値と同等ではないことに留意するべきである。]<sup>31)</sup>

消費者・市場庁の Vision Document は、現在と将来の双方の消費者利益が考慮に入れられることを明確に打ち出したといえよう。消費者利益に関して、長期の動態的な厚生に配慮すべきであることを明示したのである。すなわち、「合意が将来の消費者にとって有益である場合には、結局、現在の消費者は合意によって不利益を被ることがありうる」]<sup>32)</sup>のである。ただし、消費者・市場庁の Vision

30) Authority for Consumers & Markets, *supra* note 25, para. 3.5.1.

31) *Ibid.*, para. 3.5.2 (citation omitted).

Document は、第二要件（消費者に結果として生じる利益の公平な分配をもたらすこと）の解釈に関して、実際の（現在の）消費者に有益である必要があり、制限に起因する弊害について少なくとも実際の（現在の）消費者を埋め合わせるべきであるとしたとの指摘も見受けられる<sup>33)</sup>。後述するように、Vision Document は、現在の消費者と将来の消費者が実質的に同一であり、合意の関連市場における消費者が不利益を被ってはならないことを前提としているように読むこともでき、将来の消費者利益が現在の消費者利益を犠牲にしてまでも認められるのはどのような場合なのかに関しては依然として曖昧な部分が残る。なお、「将来生じる利益に関しては、利益の実証及び利益が生じる蓋然性について、より厳格な要件が適用される」<sup>34)</sup>こととなる点には留意する必要がある。

#### 4 欧州委員会の書簡

その後、経済省は、修正された新しい政策ルールの草案を公表し、適用除外の可能性をさらに広げようと試みた。この提案は、①合意の積極的な長期の効果を評価する際には合理の原則（rule of reason）のアプローチが採られるべきであること（合意が一連の措置を包含する場合には、全体としての措置が評価される必要があること）、②（長期の将来の消費者だけでなく）「社会全体（society as a whole）」への積極的な効果が考慮されるべきであること、③定量的な基準のみならず定性的な基準も考慮されるべきであることを含んでいたようである<sup>35)</sup>。経済大臣が持続可能な開発を促進するためにオランダ競争法6条3項（及びEU機能条約101条3項）の適用除外のより柔軟な解釈を打ち出したのである。

この草案に対する評価は概ね好意的であったようであるが、草案がインターネット・コンサルテーション手続に付された際に、欧州委員会は書簡を送ってこれに反対した。欧州委員会は、草案がEU競争法に反すると考えたのである。特に、

---

32) Ibid., para. 3.5.2.

33) Sarah Beeston, *supra* note 22, at 114.

34) Authority for Consumers & Markets, *supra* note 25, para. 3.5.2.

35) Anna Gerbrandy, *supra* note 12, at 547; Giorgio Monti & Jotte Mulder, *supra* note 15, at 641; Sarah Beeston, *supra* note 22, at 115.

合意の利益を判断する際に「社会全体」への利益を考慮するという提案（上記の提案②）は問題があると考えられた<sup>36)</sup>。すなわち、欧州委員会は、「消費者」への積極的な利益に明確に言及する EU 機能条約 101 条 3 項の文言に反することから、「社会全体」への積極的な効果を考慮することはできないとしたのである<sup>37)</sup>。ここで、欧州委員会は、後述する二つの著名な非公式意見の事件における消費者・市場庁の評価は、EU 競争法と完全に適合していることを強調したとされる。また、消費者・市場庁も、「社会全体」の利益が何かを決定するのは消費者・市場庁の役割ではないと考えてこれに反対した。欧州委員会も、消費者・市場庁も、適用除外の広範な解釈は EU 競争法によって許容されないとの立場に立ったといえよう。

欧州委員会は、修正された新しい政策ルールを採択せず、（欧州委員会が EU 競争法に合致していると考えた）古い政策ルールを維持するようにオランダ政府に促したところ、経済大臣は新しい政策ルールの提案を解消することを決定した。経済大臣は、政策ルールの修正を限定し、消費者・市場庁に関連市場の外における利益の考慮を要求しないこととされたようである<sup>38)</sup>。適用除外の第一要件（生産若しくは流通の改善又は技術的若しくは経済的な進歩の促進に寄与すること）に関しては、消費者・市場庁は、長期の利益、社会全体への利益、複雑な合意の全ての構成部分の利益も考慮する責任があるとされたようである<sup>39)</sup>。また、適用除外の第二要件（消費者に結果として生じる利益の公平な分配をもたらすこと）に関しては、消費者・市場庁に対して将来の消費者への利益を考慮するように促すこととされたようである（この点については、2014 年 5 月 6 日の経済省

36) また、全体としての措置が評価される必要があるという提案（本文の提案①）に関して、欧州委員会は、これは既に適用除外の第三要件（目的の達成に不可欠ではない制限を当該事業者に課すのでないこと）の一部なのであって混乱を招くと評価したようである。

37) 欧州委員会は、特定の政策目標が関連市場における消費者ではなく社会全体にとって価値があると考えられる場合には、競争法ではなく、規制（regulation）こそが正しい手段であるとする。すなわち、競争法は特定の政策目標を達成する規制の障碍となるものではないが、そのような規制の欠如を代替するものではないという。See, Giorgio Monti & Jotte Mulder, *supra* note 15, at 642; Sarah Beeston, *supra* note 22, at 115.

38) Sarah Beeston, *supra* note 22, at 115.

39) Anna Gerbrandy, *supra* note 12, at 548.

の政策ルールと同一の内容ということになる)<sup>40)</sup>。経済大臣は、広範囲にわたらない変更をする形で妥協したのである。

ここで欧州委員会が問題視して介入したのは、政策ルールの草案における「社会全体」の利益の考慮を求める部分等である。欧州委員会は、現在の消費者と将来の消費者が実質的に同一であり、合意の関連市場における消費者が不利益を被ってはならないことを前提とした「将来の消費者利益」論を批判したわけではなく、経済省と消費者・市場庁の行政文書において、「将来の消費者利益」論の立場は依然として維持されていると見ることができる。欧州委員会は事実上「将来の消費者利益」論を支持したということができ、一定の「将来の消費者利益」論それ自体は、more economic approachによる費用便益分析を踏まえると、規範的主張としては従来の規制枠組みの枠内で検討を進めるものとして大きな規範的障壁は惹起しないのではないかという見方も成り立つであろう。

なお、2016年12月2日、消費者・市場庁は、持続可能性イニシアチブのモニタリングに関して、Vision Documentに引き続いて基本原則 (basic principles)<sup>41)</sup>を掲げるに至った。基本原則の一つとしては、「消費者・市場庁は、政府、市民代表、事業者といった全ての関係当事者が合意に肯定的な場合には、広範な社会的支持を受ける持続可能性の合意に対して措置を講じることはない」という内容が掲げられている<sup>42)</sup>。これは、消費者・市場庁が経済大臣と持続可能性イニシアチブの重要性について見解を共有し、エンフォースメントに関して取決めをしたものといえる<sup>43)</sup>。

---

40) Ibid., at 550.

41) Authority for Consumers & Markets, *ACM sets basic principles for oversight of sustainability arrangements* (2016) (<https://www.acm.nl/en/publications/publication/16726/ACM-sets-basic-principles-for-oversight-of-sustainability-arrangements>).

42) 基本原則は三つあり、残りの二つは、「消費者・市場庁は、持続可能性の合意に関する申告又は指摘を受けて、調査を開始することができる」と「消費者・市場庁は、問題が起こった場合には、迅速で効果的な解決策を見出せるように支援する」という内容によって構成されている。

43) Sarah Beeston, *supra* note 22, at 115-116.

## IV 非公式意見による実際の法適用

### 1 概説

次に、消費者・市場庁は、二つの著名な非公式意見 (informal opinion) の事件において持続可能性イニシアチブを検討している。消費者・市場庁は、問題となった持続可能性イニシアチブについてどの程度定量化・貨幣化されたかを審査した。ただし、消費者・市場庁はいずれの事件についても、結論としてはオランダ競争法6条3項 (及びEU機能条約101条3項) の適用除外は認めなかった。消費者・市場庁は、関連する短期 (short-term) の利益のみを定量化したようであり、Vision Document を通して「将来の消費者利益」論を一般的に表明したものの、やはり実際の法適用により持続可能性イニシアチブの受け皿となることはできなかった可能性がある。「将来の消費者利益」論は、将来の予測に伴う不確実性といった固有の問題があり、長期の定量分析の方法論等をめぐって課題があることを示唆しているといえよう。なお、消費者・市場庁は、いずれの事件も非公式意見によって判断しているが、これは拘束力をもつ評価ではなく、裁判所に提訴することはできないとされている。

### 2 Energy Accord of the Social and Economic Council<sup>44)</sup>

#### (1) 事案の概要と意見の要旨

本件は、1980年代に建設された5つの石炭発電所を閉鎖することを計画する合意 (以下、「本件合意」という) が、オランダ競争法6条 (及びEU機能条約101条) に反しないかが問題となったものである。本件合意は、オランダ社会経済評議会による持続的成長に向けたエネルギー協定の一部と位置付けられている。2013年9月6日に締結・公表されたエネルギー協定は、経営者団体、労働

---

44) Authority for Consumers and Markets, *Analysis by the Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM) of the planned agreement on closing down coal power plants from the 1980s as part of the Social and Economic Council of the Netherlands' SER Energieakkoord* (2013) ([https://www.acm.nl/sites/default/files/old\\_publication/publicaties/12082\\_acm-analysis-of-closing-down-5-coal-power-plants-as-part-of-ser-energieakkoord.pdf](https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/12082_acm-analysis-of-closing-down-5-coal-power-plants-as-part-of-ser-energieakkoord.pdf)).

組合、自然保護団体、環境団体、市民社会団体、金融機関、中央政府、地方政府等の40を超える当事者が参加しており、オランダのエネルギー供給を支え、オランダ経済をより持続可能なものとするを目的としている。エネルギー協定の交渉においては、オランダ政府はこれらの広範な組織・団体からなる会合を開催した（経済大臣も出席して本件合意の形成に関与したという）が、消費者利益は代表されていなかったようである<sup>45)</sup>。

そして、エネルギー協定は、産業や農業におけるエネルギーの節減、雇用や研修の増加、再生可能エネルギーの生産の規模拡大、再生可能エネルギーの生成の分散化、経済的成長や輸出に向けた新技術の商業化を含んだ多数の目標の達成を目指している。一つの目標は、二酸化炭素の排出を2050年までに80パーセントから95パーセントの間に削減することであったようである<sup>46)</sup>。この目標を達成するために、エネルギー協定の当事者は1980年代に建設された5つの石炭発電所を閉鎖することを計画する本件合意を締結したのである。なお、消費者・市場庁は、エネルギー協定の当事者であるオランダのエネルギー産業の事業者団体による要請を受けて非公式意見を発出したものである。

まず、消費者・市場庁の非公式意見は、エネルギー協定それ自体を評価の対象とするのではなく、本件合意のみに焦点を絞っており、本件合意の利益と不利益を説明している。そして、本件合意は、電力会社間の協議に基づくものであり、しかもエネルギー協定に関する交渉の過程で電力会社を構成員とするエネルギー産業の事業者団体から提案されたものであることから、消費者・市場庁は、本件合意がオランダ競争法6条1項（及びEU機能条約101条1項）における事業者間の合意、事業者団体の決定、協調的行為に該当するということを確認している。

次に、本件合意の反競争的効果に関しては、1980年代に建設された5つの石炭発電所を閉鎖することを計画する本件合意により、関係事業者のエネルギー生産能力（オランダの総生産能力の約10パーセント）が減少するという。そして、一定水準の需要を所与とすると、生産単位あたりの原価がより高くなることが見込まれ、これは本件合意がもたらすと予想される「価格上昇圧力（upward pres-

---

45) Giorgio Monti & Jotte Mulder, *supra* note 15, at 638.

46) Sarah Beeston, *supra* note 22, at 112.



sure on prices)」<sup>47)</sup>が真に重大でありうることの指標となるとしている。すなわち、本件合意により、オランダの電力購入者に対して価格が引き上げられるという。したがって、消費者・市場庁は、オランダ競争法6条1項(及びEU機能条約101条1項)は本件合意に適用されるとする。なお、消費者・市場庁は、オランダと近隣諸国がまだ完全に相互接続されるに至っていないことを理由として電力生産に関するオランダ国内市場を画定しており、当該市場における関係事業者の地位は相当なものであると評価している。

そして、消費者・市場庁の非公式意見は、オランダ競争法6条3項(及びEU機能条約101条3項)の適用除外の検討に進み、本件合意がもたらすと予想される利益と、かかる利益がオランダの電力購入者が被りうる価格上昇という不利益をどの程度埋め合わせることができるかについて定量分析を行っている。ここで、消費者・市場庁は、エネルギー供給をより持続可能なものとする「環境上の利益(environmental benefits)」<sup>48)</sup>が適用除外の考慮を受ける利益であることを指摘している。石炭発電所の閉鎖による二酸化硫黄、窒素酸化物、微粒子の排出削減は、オランダにおける大気質を改善させるといった効果が見込まれるという。ただし、二酸化炭素に関しては、EU排出量取引制度(EU Emission Trading System)によって二酸化炭素の排出削減は他の場所での排出増加で相殺されること等から、本件合意は環境上の利益をもたらさないとされている。なお、石炭発電所は商業上の理由により2022年に閉鎖されることが予想されていることから、2016年から2021年までを定量分析の期間としている。

環境上の利益の評価に関しては、例えば、結果として採る必要のなかった他の効率的な措置の費用である「回避費用(avoided costs)」<sup>49)</sup>を用いる手法により、二酸化硫黄と窒素酸化物の排出削減の価値を定量化している。そして、二酸化硫黄、窒素酸化物、微粒子の全ての排出削減を貨幣化すると、1年間で3000万欧元(2016年から2021年までの全期間で1億8000万欧元)と推計している。これに対して、価格効果に関しては、2016年から2021年までの全期間で電力卸

---

47) Authority for Consumers and Markets, *supra* note 44, page 2.

48) *Ibid.*, page 3.

49) *Ibid.*, page 5.

売価格の上昇は約0.9パーセントと見込まれることから、オランダの電力購入者は本件合意により高い電力価格を支払うことになるという。オランダの総電力消費量の費用増加を貨幣化すると、1年間で平均7500万ユーロ（2016年から2021年までの全期間で4億5000万ユーロ）と推計している。そうすると、環境上の利益についての推計された価値よりも価格に関する電力購入者への予想される不利益の方が実質的に高いこととなる。したがって、消費者・市場庁は、オランダ競争法6条3項（及びEU機能条約101条3項）の積極要件はみたされないと結論付けている。なお、消費者・市場庁は、事業者はより反競争的でない代替手段を詳細に調査することができたのであり、より反競争的でない代替手段によって負の価格効果の減少がもたらされ、オランダ競争法6条3項（及びEU機能条約101条3項）の文脈で本件は異なる結論になり得たことを指摘している。結論としては、石炭発電所の閉鎖は、エネルギー協定から取り除かれることとなった。

## (2) 検討

本件において、消費者・市場庁は、石炭発電所の閉鎖をオランダ競争法6条1項（及びEU機能条約101条1項）で捕捉される産出量制限と構成している<sup>50)</sup>。本件合意により、オランダにおけるエネルギー生産能力が約10パーセント減少し、石炭発電所の閉鎖と再生可能エネルギーへの切り替えでより費用がかかるようになり、「価格上昇圧力」が認められるというのである。したがって、本件合意は事業者間（電力会社間）の競争を制限する合意としてオランダ競争法6条1項（及びEU機能条約101条1項）の要件はみたすこととなり、消費者・市場庁は進んでオランダ競争法6条3項（及びEU機能条約101条3項）の適用除外を検討している。

消費者・市場庁は、環境上の措置は原則として厚生を増大しようという立場に立ったものの、電力会社が、これらの利益が価格上昇という負の影響を埋め合わせることを示すのに失敗したと捉えたといえよう<sup>51)</sup>。すなわち、消費者・市場庁は「回避費用」の分析を行い、排出削減が環境を改善するために本来であれば

50) Giorgio Monti & Jotte Mulder, *supra* note 15, at 638.

51) Sarah Beeston, *supra* note 22, at 113.

必要であった費用の回避をもたらしようとしたが、電力価格の上昇を埋め合わせるには十分ではないと結論付けたのである。この適用除外の議論に関しては、消費者・市場庁は、欧州委員会によって示された *more economic approach* と合致する広範な費用便益分析を行ったとされている<sup>52)</sup>。ここでは、EU 排出量取引制度によって、オランダにおける排出削減は、EU 市場における二酸化炭素排出枠の需要減少をもたらし、その結果、EU の他の場所における排出増加をもたらす形で正味の環境上の利益が著しく限定されたことが一定の要因となったものと考えられる<sup>53)</sup>。

本件では、電力の価格上昇という消費者への不利益が本件合意によって生じると予想されている<sup>54)</sup>。問題は、環境上の利益に関する「回避費用」という形での積極的効果の位置付けであり、これが消費者利益とどのように関連しているのかということである。この点について、消費者・市場庁は、本件合意から生じる利益として、オランダの「社会全体」の利益を考慮することについて言及しているとも取れる。この利益は、有害な排出物を削減することによる回避された医療の費用であったとされる。ただ、事実上全ての市民はエネルギー消費者であり、全てのエネルギー消費者は石炭火力発電所の閉鎖に起因してより高い価格を支払うことになるから、利益を享受するグループとこの「社会全体」は本質的に同一ということもできる<sup>55)</sup>。このような立場によると、本件の評価において実質的に重要な地位を占めているのは、エネルギー消費者に対する利益と不利益であると把握することもできるのかもしれない。

そして、消費者・市場庁は、石炭発電所は商業上の理由により 2022 年に閉鎖されることが予想されていることから、2016 年から 2021 年までを定量分析の期間とした。このような関連する短期の利益のみを定量化したことに關しては、現在の消費者と将来の消費者が実質的に同一であり、合意の関連市場における消費者が不利益を被ってはならないことを前提とした「将来の消費者利益」論を實際

---

52) Giorgio Monti & Jotte Mulder, *supra* note 15, at 638.

53) *Ibid.*, at 638-639.

54) *Ibid.*, at 638.

55) Anna Gerbrandy, *supra* note 12, at 546.

に適用することの困難性を指摘することができよう。「将来の消費者利益」論は、結局、事件の解決の方法として活用されなかったのである。

なお、本件は、2013年9月26日に非公式意見が発出された。したがって、時系列としては、2014年5月6日の経済省の政策ルール及び2014年5月9日の消費者・市場庁のVision Documentよりも前の事件であるということになる。

### 3 Chicken of Tomorrow<sup>56)</sup>

#### (1) 事案の概要と意見の要旨

本件は、現在のスーパーマーケットの標準的な取扱商品である若鶏肉を2020年から完全に置き換える、Chicken of Tomorrow と呼ばれる生産業者と小売業者の持続可能性に関する合意（以下、「本件合意」という）が問題となったものである。すなわち、2013年2月の会合において、鶏肉産業、鶏肉加工産業、スーパーマーケット産業の諸団体は若鶏肉の生産に関する本件合意を行い、その目的はオランダのスーパーマーケットで提供される鶏肉をより持続可能なものとするのであった。具体的には、本件合意には、若鶏の飼育施設において平方メートルあたりの鶏を少なくすること（占有率を平方メートルあたり42キログラムから38キログラムに10パーセント減少させ、平方メートルあたりの鶏を21羽から19羽に少なくする）や、飼育施設において鶏が自然な24時間リズムで過ごせるように少なくとも6時間の連続した消灯時間を設けること（結果として、鶏はよりリラックスして怪我をしにくくなる）等の多数の基準が盛り込まれている。この持続可能性イニシアチブに関しては、動物愛護団体から、若鶏の飼育条件をわずかに改善するにすぎないとの強い批判もなされたようである<sup>57)</sup>。

本件合意はスーパーマーケットの購入条件に関するものであり、スーパーマーケットは少なくともこれらの特徴をみたした鶏肉を売買することとなる。本件合意は肉屋や鶏肉屋で販売される鶏肉の生産には適用されない。また、輸出される

---

56) Authority for Consumers and Markets, *ACM's analysis of the sustainability arrangements concerning the 'Chicken of Tomorrow'* (2015) ([https://www.acm.nl/sites/default/files/old\\_publication/publicaties/13789\\_analysis-chicken-of-tomorrow-acm-2015-01-26.pdf](https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13789_analysis-chicken-of-tomorrow-acm-2015-01-26.pdf)).

57) Giorgio Monti & Jotte Mulder, *supra* note 15, at 640.

鶏肉（国内生産の約70パーセント）にはこれらの基準は適用されない。本件合意により、オランダの養鶏農家に適用される法定の最低基準を超えた自主規制がかかることとなる。なお、本件合意の背景としては、オランダにおいて食肉を生産する方法が近年注目を集めているということがあり、メディア、国会議員、消費者等は動物の飼育や食肉処理における動物福祉等を議論している状況にあった。

消費者・市場庁は、オランダ競争法6条1項（及びEU機能条約101条1項）の検討に進み、価格や生産量といった重要な競争変数に関する事業者間の合意は、市場における競争を制限するカルテルとして禁止されることを確認している。その上で、消費者・市場庁は、オランダで家庭に対して販売される鶏肉の最も大きな市場シェアは、スーパーマーケットで販売されるものであるという（本件合意に参加しているスーパーマーケットは、オランダで消費者に販売される全ての鶏肉の約95パーセントを販売しているとする）。そして、本件合意により、消費者は2020年からオランダのスーパーマーケットで標準的な鶏肉をほぼ購入することができなくなることから、「消費者の選択の自由（consumers' freedom of choice）」<sup>58)</sup>が制限されるという。したがって、消費者・市場庁は、本件合意について、鶏肉の消費者市場（小売市場）における競争を制限し、カルテルの禁止に違反すると結論付けている。なお、近隣諸国を中心としてオランダには鶏肉の輸入が実質的に認められ、本件合意はクロスボーダーの効果を有していることから、オランダ競争法6条1項だけでなく、EU機能条約101条1項もまた適用されるという。

消費者・市場庁は、オランダ競争法6条3項（及びEU機能条約101条3項）における適用除外規定の四つの要件を検討するにあたり、動物福祉、環境、公衆衛生に関する費用便益分析を行っている。消費者・市場庁は、例えば、若鶏の動物福祉を改善する措置に消費者がどれだけの価値を結びつけているかを検討している。すなわち、動物福祉の措置に対して消費者がどの程度の「支払意思（willingness-to-pay）」<sup>59)</sup>を有しているかを評価するという方法を使ったのである。そして、本件合意の積極的効果は、鶏肉1キログラムあたりでは、動物福祉に関し

---

58) Authority for Consumers and Markets, *supra* note 56, page 4.

59) *Ibid.*, page 6.

ては0.68ユーロ、環境に関しては0.14ユーロ、公衆衛生に関しては0ユーロと推計し、本件合意の便益は全体で0.82ユーロであるとする。これに対して、スーパーマーケットの鶏肉について消費者が負担する追加費用（本件合意がもたらすスーパーマーケットにおける消費者価格の上昇）は、鶏肉1キログラムあたり1.46ユーロと推計されるという。したがって、消費者・市場庁は、本件合意に関して便益は費用を埋め合わせないこととなるから、本件合意はオランダ競争法6条3項（及びEU機能条約101条3項）の第一要件（生産若しくは流通の改善又は技術的若しくは経済的な進歩の促進に寄与すること）をみたさないと結論付けている。なお、消費者・市場庁は、消費者は動物福祉の便益に向けられた生産の改善により多くの支払意思があると認められ、このような支払意思は改善の種類、改善の程度、消費者の改善の認識に依存することも指摘している。

また、本件合意は消費者に正味の便益をもたらしていないから、オランダ競争法6条3項（及びEU機能条約101条3項）の第二要件（消費者に結果として生じる利益の公平な分配をもたらすこと）もみたさないとしている。

さらに、消費者・市場庁は、本件合意の必要性と比例性の検討に進んでいる。例えば、スーパーマーケットの中には生産方法やステッカーで消費者の注意を引くものがあり、これは持続可能な生産を評価する消費者を引きつけるスーパーマーケットの広範な戦略の一部であるという。特定の生産方法に関して全ての利益と不利益がスーパーマーケットの価格に反映されているわけではなく、消費者は現在販売されている価格よりも、持続可能性のラベルを貼った鶏肉により多くの支払意思を有しているという。したがって、消費者・市場庁は、例えば、持続可能な鶏肉の生産方法についての「消費者教育（consumer education）」<sup>60)</sup>に関して十分な改善の余地があり、スーパーマーケットで提供される鶏肉をより持続可能なものとするより広範囲でない代替手段が可能であるとして、本件合意にオランダ競争法6条3項（及びEU機能条約101条3項）の第三要件（目的の達成に不可欠ではない制限を当該事業者に課すのでないこと）が適用されるとするのは説得的ではないとしている。

---

60) Ibid., page 7.

最後に、消費者・市場庁は、オランダの全ての主要なスーパーマーケットが本件合意に参加し、消費者は2020年からもはや標準的な取扱商品である鶏肉を購入することができなくなるとしている。そして、本件合意に参加していない小規模のスーパーマーケットといった代替的な販路は鶏肉の消費者市場（小売市場）の5パーセントを占めるにすぎないという。そこで、消費者・市場庁は、オランダ競争法6条3項（及びEU機能条約101条3項）の第四要件（当該製品及びサービスの実質的な部分に関して競争を排除する可能性を当該事業者にもたらずのでないこと）の該当性についても疑問を投げかけている。以上の理由から、消費者・市場庁は、Chicken of Tomorrowの主催者に対して、持続可能性に関する本件合意を競争法に適合するように調整することを助言した。

## (2) 検討

本件の競争法上の懸念は、合意された基準をみたさない全ての鶏肉を陳列棚から取り除くということに関わる。すなわち、本件合意は、「消費者の選択の自由」を減少させ、鶏肉の価格上昇が見込まれるというものであり、競争を制限するボーコットと位置付けることもできる<sup>61)</sup>。換言すれば、本件の持続可能性イニシアチブは、より低い基準で生産された鶏肉という競争上のベンチマークを除去し、「消費者の選択の自由」を限定しようとするものなのである<sup>62)</sup>。したがって、オランダ競争法6条1項（及びEU機能条約101条1項）の要件はみたすこととなり、消費者・市場庁は進んでオランダ競争法6条3項（及びEU機能条約101条3項）の適用除外を検討している。適用除外の検討においては、1600名を超える消費者が参加した大規模なオンラインの消費者サーベイが実施されたという<sup>63)</sup>。回答者である消費者は、鶏肉の生産において考慮された動物福祉の水準について

61) Sarah Beeston, *supra* note 22, at 114.

62) Giorgio Monti & Jotte Mulder, *supra* note 15, at 640.

63) Jan Peter van der Veer, *Valuing Sustainability?: The ACM's Analysis of "Chicken for Tomorrow" under Art. 101 (3)* (2015) (<http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2015/02/18/valuing-sustainability-the-acms-analysis-of-chicken-for-tomorrow-under-art-1013/>). 消費者サーベイでは、回答者に異なる商品間の仮定の選択肢を与えることによって消費者の商品属性に対する評価を測定するコンジョイント分析 (conjoint analysis) と呼ばれる手法が用いられたという。

異なるタイプの鶏肉から選択するように求められたようである。

この適用除外に関しては、消費者の意見が重要な役割を果たしている。消費者・市場庁からすると、本件の持続可能性イニシアチブの基準に消費者の「支払意思」がないということは競争法上の評価に決定的な要因となった<sup>64)</sup>。消費者・市場庁は、追加された動物福祉に消費者がより多くの「支払意思」を有するかに基づき、結果的により大きな消費者余剰 (consumer surplus) をもたらす場合にのみ、オランダ競争法6条3項 (及びEU機能条約101条3項) の適用除外の第一要件 (生産若しくは流通の改善又は技術的若しくは経済的な進歩の促進に寄与すること) はみたされると考えたのである<sup>65)</sup>。結局、消費者余剰に関しては鶏肉1キログラムあたり0.64ユーロの負の効果があるとされた。ただし、この点については、肉食主義者のような鶏肉を全く購入しない消費者が想起されること (消費者が鶏肉を購入しないことは、持続可能な生産をされた鶏肉への「支払意思」の欠如と評価されてしまうことになる)、また、より高価な鶏肉は購入できないが動物福祉は重要であるとする消費者にとって現実的な選択肢はないかもしれないこと等に鑑みると、消費者・市場庁が前提とする貨幣化・定量化された狭義の「消費者利益」の限界も指摘されているところである<sup>66)</sup>。

そして、消費者・市場庁は、実際の (現在の) 消費者を十分に埋め合せていないという観点から、本件の持続可能性イニシアチブを否定的に評価したとの見方もある<sup>67)</sup>。消費者・市場庁は、Vision Documentを通して「将来の消費者利益」論を一般的に表明したものの、やはり実際の法適用により持続可能性イニシアチブの受け皿となることはできなかった可能性がある。ここでも、「将来の消費者利益」論は、結局のところ、事件の解決の方法として活用されなかったといえよう。

なお、本件は、2015年1月26日に非公式意見が発出された。したがって、時系列としては、2014年5月6日の経済省の政策ルール及び2014年5月9日の消

---

64) また、消費者・市場庁は、基準を導入するよりも、ラベルに基づき消費者に動物福祉の情報を提供することが望ましいと捉えているようである。

65) Giorgio Monti & Jotte Mulder, *supra* note 15, at 640.

66) *Ibid.*, at 641.

67) Sarah Beeston, *supra* note 22, at 114.



費者・市場庁の Vision Document の後の事件であるということになる。

## V 結びに代えて

消費者・市場庁の more economic approach は、欧州委員会と同等なものであり、二つの著名な非公式意見の事件における広範な費用便益分析において看取することができる<sup>68)</sup>。消費者・市場庁は、配分的効率性と消費者厚生を重視する欧州委員会のアプローチに従ったということである。問題はそのような費用便益分析における消費者利益等の評価方法であるが、消費者・市場庁の Vision Document においては、「将来の消費者利益」の発生が考慮される立場が既に一般的に明らかにされていた。この点について、二つの著名な非公式意見の事件では「将来の消費者利益」論は実際には争点として提起されず、むしろ消費者・市場庁は関連する短期の便益のみを定量化したとの指摘がある<sup>69)</sup>。

ただ、政策ルールにおける経済大臣の指示は、具体的な用語で、適用除外の評価においては持続可能性イニシアチブの積極的な長期の効果が考慮されなければならないとしている。この2014年5月6日の政策ルールは、消費者・市場庁が二つの著名な非公式意見の事件を評価する際には施行 (in force) されていたとの指摘もある<sup>70)</sup>。実は、2014年5月9日の Vision Document に関しては、消費者・市場庁は2013年7月30日に草案を公表してインターネット・コンサルテーション手続に付している<sup>71)</sup>。この草案においては、Vision Document で展開されている「将来の消費者利益」論と概ね同様の議論が既になされていたのである<sup>72)</sup>。Energy Accord of the Social and Economic Council の非公式意見の発出

68) Sophie van der Velden, *The Application of EU Competition Law to Dutch Private Sustainability Initiatives* (Master Thesis, 2018) (<http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=145966>), page 36.

69) Anna Gerbrandy, *supra* note 12, at 546.

70) Giorgio Monti & Jotte Mulder, *supra* note 15, at 637.

71) Authority for Consumers & Markets, *ACM Position Paper on Competition & Sustainability (Draft version)* (2013) ([https://www.acm.nl/sites/default/files/old\\_publication/publicaties/11733\\_acm-position-paper-competition-and-sustainability.pdf](https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/11733_acm-position-paper-competition-and-sustainability.pdf)).

72) *Ibid.*, paras 3.5.2, 3.5.3, 3.6.1 and 3.6.2.

は2013年9月26日、Chicken of Tomorrowの非公式意見の発出は2015年1月26日であるが、これらの時点では「将来の消費者利益」論は消費者・市場庁において草案となるまでに結実しており、少なくとも問題意識はあったと見る余地もある。

「将来の消費者利益」論に関しては、消費者利益を拡大して将来まで包含することについていくつかの肯定する方向の理由付けと否定する方向の理由付けを指摘することができる<sup>73)</sup>。まず、肯定する方向の理由付けとしては、①長期にのみ利益が実現する合意が行われることを確保することができること<sup>74)</sup>、②例えば、研究開発 (Research and Development: R&D) のイノベーションを通して、動的な競争から将来の効率性をもたらされることを認識することができること<sup>75)</sup>等を挙げることができる。これに対して、否定する方向の理由付けとしては、③将来の利益を包含する際に適用される割引率 (discount rate) やタイムラグ (time lag) を決定するのは容易ではないこと<sup>76)</sup>、④異なるグループの消費者間で利益のトレードオフをする際に、主観的な個人間の評価をすることが競争当局として相応しい役割なのか疑問があること<sup>77)</sup>、⑤将来の利益が実現しなかった場合に、将来の利益を根拠として許容された合意が全体として反競争的效果を有する危険性があること<sup>78)</sup>等を挙げることができる。結局のところ、これらに

---

73) 以下については、イギリスの旧公正取引庁 (現競争・市場庁) のディスカッションペーパーの整理に依拠している。See, Office of Fair Trading, *Article 101 (3) – A Discussion of Narrow Versus Broad Definition of Benefits: Discussion Note for OFT Breakfast Roundtable* (2010). なお、このディスカッションペーパーは現在もイギリスの The National Archives (<https://www.nationalarchives.gov.uk>) から入手可能である。

74) EU機能条約旧81条3項 (現101条3項) の適用に関するガイドライン (本稿の注80-82を参照) を前提とすると、消費者が実質的に同一である場合には、将来の世代の効率性を認識することについて異論はないと見込まれること (問題は消費者が同一でない場合の世代間の衡量であること) が指摘されている (Ibid., para. 5.6)。

75) 具体的には、投資とイノベーションの促進に言及がなされている (Ibid., para. 5.8)。

76) 競争当局としては、割引率やタイムラグを決定するにあたって先例や学術文献を参考にしたとしても、現在の利益と将来の利益のトレードオフという主観的な個人間の評価をすることは避けられないのではないかと指摘がある (Ibid., para. 5.11)。

77) これは、現在の世代の消費者と将来の世代の消費者の再分配 (redistribution) の問題なのではないかということである (Ibid., para. 5.12)。ただし、行政資源を浪費する懸念はあるにしても、再分配の問題等に関して専門性を有する行政機関からサービスを調達する可能性にも言及がなされている (Ibid., para. 5.13)。

関して法学者等の間で明確なコンセンサスは未だ存在しない状況である<sup>79)</sup>。消費者が同一でない場合の世代間の衡量において問題は先鋭化するようである。突き詰めると、現在の消費者と将来の消費者が実質的に同一ではない場合に、現在の消費者の犠牲のもとに将来の消費者を優先させることが許されるのかということである。ここで、動態的効率性 (dynamic efficiency) の議論は、「将来の消費者利益」論があらわれる一例と位置付けることもできる。また、「将来の消費者利益」論は、オランダ競争法 6 条 (及び EU 機能条約 101 条) において非経済的利益等を考慮する議論や異なる市場間で分析を総合する議論とも相互に関連しうる。

一定の「将来の消費者利益」論について、消費者・市場庁はオランダ競争法 6 条 3 項 (及び EU 機能条約 101 条 3 項) の適用除外の解釈から導出できると考えたようである。欧州委員会も、消費者・市場庁の Vision Document を問題視しているわけではない。このような立場は、現在の消費者と将来の消費者が実質的に同一であり<sup>80)</sup>、合意の関連市場における消費者が不利益を被ってはならない<sup>81)</sup>ことを前提として、将来の消費者に言及し、効率性の消費者への還元についてタイムラグを考慮する欧州委員会の行政文書と軌を一にするといえよう<sup>82)</sup>。また、このような立場は、イノベーションの促進の文脈で、動態的効率性を認識

78) 将来の利益が過大評価されるおそれと過小評価されるおそれがあるという (Ibid., para. 5.14)。

79) Ibid., A.23. ただし、割引率やタイムラグの問題はさておくとしても、異なる世代の消費者の衡量が認められるべきでない理由は、直ちには明らかではないとの指摘がある (Ibid., A.18)。

80) 異なる市場間で分析を総合する文脈ではあるが、EU 機能条約旧 81 条 3 項 (現 101 条 3 項) の適用に関するガイドラインにおいては、例外的に関連する異なる市場の効率性を考慮することが許される条件として、制限の影響を受ける消費者のグループと効率性向上の利益を享受する消費者のグループは「実質的に同一である」ことが挙げられている。See, *Guidelines on the application of Article 81 (3) of the Treaty*, OJ [2004] C 101/97, para.43.

81) EU 機能条約旧 81 条 3 項 (現 101 条 3 項) の適用に関するガイドラインにおいては、「反競争的合意を抑止するという 81 条の全体的な目的と合致して、合意の正味の効果は、合意によって直接的に影響を受け、又は影響を受けることが見込まれる消費者の観点から少なくとも中立的でなければならない。合意によってそのような消費者が不利益を被る場合には、81 条 3 項の第二要件はみたされない」とされている (Ibid., para.85 (citation omitted))。

する EU 裁判所の裁判例と親和性があると評価する余地もあろう<sup>83)</sup>。一定の「将来の消費者利益」論それ自体は、more economic approach による費用便益分析を踏まえると、従来の規制枠組みからの連続性が高いものと位置付けることができ、適用除外や正当化事由（正当化理由）の議論に受容可能なものなのかもしれないのである。

もっとも、このような「将来の消費者利益」論を受けてもなお、結果的に二つの著名な非公式意見の事件ではオランダ競争法 6 条 3 項（及び EU 機能条約 101 条 3 項）の適用除外は認められなかった。事案に即した判断にすぎないとも捉えられるが、やはり長期の積極的効果を判定することは、不確実なものであり、容易に算定することができるものではないことから、一定の限界が存在することは否めないのかもしれない。競争政策は、政策の不確実性の問題から、環境経済学が示唆するような消費者厚生への長期のアプローチは採用していないとも指摘される<sup>84)</sup>。また、費用便益分析の伝統的なアプローチでは、将来の世代の富の増

---

82) EU 機能条約旧 81 条 3 項（現 101 条 3 項）の適用に関するガイドラインにおいては、「いくつかのケースでは、効率性が現実化するには一定の期間が必要であることがあろう。かかる時点までは、合意は負の効果しかもたないかもしれない。消費者への還元が一定のタイムラグのもとにしか起こらないという事実は、それ自体、81 条 3 項の適用を排除しない。しかし、タイムラグが大きければ大きいほど、還元に先立つ期間の消費者への損失を埋め合わせる効率性も大きいものでなければならない」（Ibid., para.87）とされ、「この評価を行うに際しては、将来の消費者利益の価値は現在の消費者利益と同等ではないことが考慮されなければならない。今日 100 ユーロを節減できる価値は、1 年後に同額を節減できる価値よりも大きい。その結果、将来の消費者利益は、名目上は同等の現在の消費者損失を完全には埋め合わせるものではない。現在の消費者損失と将来の消費者利益を適切に比較するためには、将来の利益の価値は割り引かれなければならない」（Ibid., para.88）と述べられている。

83) この点については、旧第一審裁判所（現一般裁判所）が、製薬会社による薬品の並行輸入の阻害が問題となった事案において、イノベーションの促進の文脈で、感知し得る客観的利益の判断には「将来の分析（prospective analysis）」が伴いうることに言及していることが注目される。See, Case T-168/01, *GlaxoSmithKline Services v. Commission* [2006] ECR II-2969, para.249. 旧第一審裁判所（現一般裁判所）によるこの判断自体については、欧州司法裁判所も是認しているようである。See, Joined Cases C-501, 513, 515 and 519/06 P, *GlaxoSmithKline et al v. Commission* [2009] ECR I-9291, paras 93-95. 旧第一審裁判所（現一般裁判所）と欧州司法裁判所による判示の概要については、鞠山尚子「米国・EU 独禁法判例研究（第 74 回）EU 競争法における並行輸入制限の規制 Joined Cases C-501/06P, C-513/06P, C-515/06P, C-519/06P, *GlaxoSmithKline v Commission* [2010] 4 CMLR 2」公正取引 730 号 80 頁（2011 年）等を参照。

加を仮定し、将来に固有の不確実性を反映して割引率を設定することになるが、かかる割引率が現在の環境上の措置を通じた地球温暖化の将来の効果にどの程度関連しうるのか疑問を提起することもできる<sup>85)</sup>。一定の「将来の消費者利益」を規範的主張点として是認していくとしても、その評価方法や前提条件等をめぐって議論は混沌としている状況ということができよう<sup>86)</sup>。

[付記]

本稿脱稿後、独占禁止法の適用除外立法が成立した（令和2年法律第32号）。

---

84) Sophie van der Velden, *supra* note 68, page 5.

85) Anna Gerbrandy, *supra* note 12, at 550.

86) オランダ競争法（及びEU競争法）のコミュニティにおいて、法学者の側から、「将来の消費者利益」論に取り組む試みはそれ程多くはないようであるが、肯定する方向の立論もないわけではない。例えば、欧州委員会の決定やEU裁判所の判決にはこれを否定するものは見出すことはできず、EUの目的として「世代間の連帯（solidarity between generations）」を掲げるEU条約3条3項等を参照し、現在の欧州委員会の証明の基準（standard of proof）の閾値は高すぎることを示唆する論考がある。See, Chris Townley, *Intergenerational Impacts in Competition Analysis: Remembering Those Not Yet Born*, 11 EUROPEAN COMPETITION LAW REVIEW 580 (2011).