

EU 競争法における反競争的行為の正当化

柳 武 史*

- I 序
- II 欧州連合の機能に関する条約の規定
- III 欧州連合司法裁判所の判例等
- IV 欧州委員会のガイドライン
- V 結語

I 序

本稿は、米国反トラスト法と並んで、我が国を含め世界の競争法の解釈に対する影響力の強い EU 競争法において、反競争的行為がどのような状況の下で正当化され得るのかを探究することを目的とする¹⁾。何らかの事情によって EU 競争法上、適法との評価を導くこととなる場合は、広い意味で捉えると様々な文脈において考えることができる²⁾。しかし、本稿は、反競争的行為が存在することを論理的前提³⁾として、それに拮抗 (countervail) する肯定的な利益が認められて

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 11 巻第 1 号 2012 年 3 月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程・日本学術振興会特別研究員 DC

- 1) この問題に関する米国反トラスト法上の議論については、柳武史「米国反トラスト法における反競争的行為の正当化」一橋法学 10 巻 2 号 97 頁 (2011) を参照。
- 2) 例えば、そもそも反競争的行為に該当するのかという局面において様々な政策的考慮をすることはあり得ることであるし、公益事業という点に着目して競争法の適用範囲に限界を設定することもあり得る。前者の点について、武田邦宣「EC 競争法原理の生成」阪大法学 56 巻 6 号 1439 頁以下 (2007)、後者の点について、青柳由香「一般的経済利益のサービスの『阻害』に関する判例法理の展開と 86 条 2 項の機能——公共サービス事業における EC 競争法の適用範囲：競争か公益か——」日本国際経済法学会年報 16 号 205 頁 (2007) などを参照。
- 3) 実務上は正当化の程度があまりに大きいので、反競争的行為の判断がほとんど省略される場合はあり得るが、その場合でも反競争的行為を前提として検討していなければ適法か否かの結論は出せない。

適法と評価される場合を、正当化事由 (justification)⁴⁾と位置付けて検討対象とする。具体的には、反競争的行為が正当化され得る場合を明文の規定をもって定めることにより、正当化事由をもっとも包括的かつ直截に表現している欧州連合の機能に関する条約 (The Treaty on the Functioning of the European Union; 以下、「EU 機能条約」という。)⁵⁾101 条 3 項を取り上げることとする⁶⁾。

EU 機能条約 101 条 1 項は、加盟国間の取引に影響を及ぼすおそれがあり、かつ、目的又は効果として域内市場における競争を妨害、制限又は歪曲する協定等の共同行為を禁止している。同条項によって、禁止されるべき反競争的行為 (anti-competitive activity) が規定されているといえる。この反競争的行為の意義については、2004 年に公表された「条約 81 項 3 項 (筆者注: 現在の EU 機能条約 101 条 3 項) の適用に関するガイドライン」(以下、「101 条 3 項ガイドライン」という。)⁷⁾が、「価格、産出量、製品の品質、製品の多様性、そしてイノベーションといった市場における競争変数 (parameters of competition) への感知し得る (appreciable) 否定的効果を有すると見られる場合⁸⁾」としている。その判断にあたっては、相当期間にわたって競争的水準を超えて価格などを維持したりする能力としての市場支配力 (market power) の形成・維持・強化が認められるかなどが問題となる⁹⁾。そして、同条 2 項は、同条に従って禁止される協定等は当然に無効 (automatically void) であるとする。しかし、同条 3 項は、このような反競争的行為が一定の要件を充足する場合に正当化されて同条 1 項の規

4) 正当化事由の概念については、米国反トラスト法においても、EU 競争法においても、明確に定義付けたものは見受けられない。もっとも、我が国独占禁止法においては、「競争制限によってでしか達成できない社会的・経済的に有益な目的ないし効果があり、その目的ないし効果が競争政策と適合するもの」と定義する試みがある。根岸哲編『注釈独占禁止法』87 頁〔稗貫俊文執筆〕(有斐閣、2009)。

5) 以下の検討においては、*Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union* OJ [2010] C 83/47 を参照した。

6) この規定を概観する近時の論考として、川原勝美「EU 競争法における事業者間協定の規制について——TFEU101 条 3 項の判断枠組みに焦点を当てて——」福岡工業大学研究論集 44 巻 1 号 35 頁 (2011) 参照。

7) *Guidelines on the application of Article of 81 (3) of the Treaty* OJ [2004] C 101/97 [hereinafter “Article 101 (3) Guidelines”].

8) *Ibid.*, par. 16.

9) *Ibid.*, pars. 25 and 26.

定が適用できない (inapplicable) とされ得ることを、以下の明文の規定をもって定めている¹⁰⁾。

- 「但し、1 項の規定は次の場合に適用できない旨の宣言をすることができる。
- 事業者間のあらゆる協定又は協定の類型、
 - 事業者団体によるあらゆる決定又は決定の類型、
 - あらゆる協調的行為又は協調的行為の類型

であって、商品の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、かつ、消費者に結果として生じる便益の公平な分配をもたらし、次の要件をみたさないもの：

- (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、及び、
- (b) 当該製品の実質的な部分に関して競争を排除する可能性をその事業者にもたらすこと。」

この EU 機能条約 101 条 3 項は、適用除外 (exemption)¹¹⁾ 要件と呼ばれており、反競争的行為が正当化され得る場合を定めたものと位置付けることができる。同条 1 項で反競争的行為が認定されたことを前提として、その競争に対する悪影響を上回る (overweigh) だけの利益があるとされるわけである。米国のシャーマン法 1 条は反競争的行為の正当化事由については何ら規定していなかった¹²⁾ が、EU 競争法は明文をもって正当化の余地を認めている点に相違がある。

なお、EU 機能条約 102 条の規制する支配的地位濫用 (abuse of dominant position) 及び 2004 年企業結合規則¹³⁾の規制する企業結合 (merger) などにおいては、101 条 3 項のような適用除外要件を定めた具体的な規定は存在しない。

10) EU 機能条約の日本語訳として、岡村堯『新ヨーロッパ法——リスボン条約体制下の法構造』372 頁以下 (三省堂、2010)、鷲江義勝『リスボン条約による欧州統合の新展開——EU の新基本条約——』157 頁以下 (ミネルヴァ書房、2009)、小林勝『リスボン条約』53 頁以下 (御茶の水書房、2009) などがある。

11) 適用免除という用語法もある。

12) シャーマン法 1 条の制定経過については、柳・前掲注 1) 134 頁以下を参照。

13) *Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings* OJ [2004] L 24/1.

しかし、これらについても反競争的行為の正当化事由について本稿で提起した議論は基本的に妥当すると考えられる。それは、101条、102条及び2004年企業結合規則などは、全てEU競争法の一部を構成していて、自由競争政策の擁護を中心とした法目的を共有しているからである。そして、101条はリサイクルを推進する環境協定を締結するといった場合のように、反競争的行為の正当化が典型的に起こる場面を想定して、3項において適用除外要件を設けたと考えられる。

反競争的行為に対する正当化事由の存否が問題となり得る状況として、消費者の安全性を確保する目的で共同して製品基準を策定するという行為がなされたようなとき、例えば、冷蔵庫を製造するメーカーが、子供が閉じ込められた場合にうまく内部から扉を開けることができるものの、一定の追加的な費用が必要な規格を採用することを申し合わせた場合が考えられる。このような自由競争の保護と生命・身体の安全が対立し得る局面では、EU競争法の論理ではどのような解決が図られるのであろうか。米国反トラスト法とEU競争法との間に、結論や理由付けに相違が見出されるのかが問題となる。

EU機能条約101条3項の定める4つの要件は、全てが充足されなければ正当化事由は認められない。4つの要件とは、101条3項の規定する順に、第一要件＝商品の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への寄与、第二要件＝消費者に結果として生じる便益の公平な分配、第三要件＝目的の達成への制限の不可欠性、そして、第四要件＝当該製品の実質的な部分に関して競争を排除する可能性の不存在である。このうち第一要件と第二要件は積極的要件であり、第三要件と第四要件は消極的要件である。この4つの要件の中でも議論が進展していて重要なのが第一要件と第三要件であると思われる。なお、同条1項に違反していることを立証する責任はそれを主張する欧州委員会（The European Commission; 以下「委員会」という。）などにあるが、同条3項の4つの要件を全て充足していることを立証する責任はそれを主張する事業者などにある¹⁴⁾。

14) *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* OJ [2003] L 1/1, article 2.

第一要件をめぐっては、いかなる利益をもって正当化が許容され得るのかという正当化の内容の問題がある。そして、第三要件は、正当化の可否をどのように判断するのかという審査基準の問題において重要である。第二要件と第四要件については、これまでの判例等はケース・バイ・ケースの判断をしているにとどまり、更に具体的な法規範を定立して解釈を精緻なものにするというまでには至っていないように思われる。第二要件と第四要件の意義を明らかにしていくのは今後の課題であるが、本稿においては第一要件と第三要件の解釈がどのように行われるかという点を中心に取り扱うこととする。

まず、正当化事由を許容する内容をどのように解するべきかが第一要件をめぐって問題となる。EU 競争法においても、米国反トラスト法と同様に、競争との関連性 (relation) から正当化事由は2つの範疇に分かれており、競争と関連しないものを認めるか否かで広狭の二つの立場がある¹⁵⁾。その詳細については後述するが、第一の立場は、反競争的行為の正当化にあたっては「経済的便益」(economic benefit)¹⁶⁾のみを考慮する。これは、米国反トラスト法において、競争を促進する経済的正当化事由 (economic justification) に限定する見解に対応している。これに対して、第二の立場は、反競争的行為の正当化にあたっては「公共の利益」(public interest)¹⁷⁾を広範に是認する。これは、米国反トラスト法において、競争と関連しないが「公共の利益」に資する非経済的正当化事由 (noneconomic justification) を許容する見解に対応している。なお、「公共の利益」とは、通常は「経済的便益」を除いたあらゆる利益を指すが、自由競争政策そのものを「公共の利益」という場合もあるので注意が必要である。

仮に「公共の利益」を直接に考慮することを否定して、「経済的便益」のみが正当化事由となるという立場を採るとしても、具体的にどのような事実をこれに含めていくのかという問題は依然として残ることになる。競争法は経済学と密接に関係しているため、伝統的な法学のアプローチに依拠するだけでなく、経済

15) 川原・前掲注6) 38頁を参照。

16) 競争促進の効果 (pro-competitive effect)、経済的効率性 (economic efficiency) などとする例もある。

17) 公序 (public policy)、非競争的要素 (non-competition factor) などとも表現される。

理論を参照して正当化の内容を明確にしていく必要もあるといえよう。この点については、反競争的行為であっても、機能不全に陥っていた市場メカニズムを回復させるという「市場の失敗」(market failure)を是正する取り組みが、「経済的便益」と位置付けられて適法と評価されることが許されると解すべきである。この「市場の失敗」の原因・要素となり得るものとしては、外部性 (externality)、公共財 (public good)、情報の非対称性 (information asymmetry)、取引費用 (transaction cost)などを挙げるができる¹⁸⁾。

次に、正当化事由の審査基準をどのように設定するべきかが問題となる。EU機能条約101条3項の4つの要件は全て充足されなければならないが、法規範の定立という観点からは第三要件が重要であるように思われる。なお、EU競争法においては、米国反トラスト法と異なり、少なくとも判例上は当然違法 (per se illegal)の原則という概念は承認されていない¹⁹⁾。理論的には価格カルテルや談合といったハードコア制限 (hardcore restrictions)であっても正当化される余地があることになる。

この正当化事由の審査基準をめぐるのは、第三要件を「より制限的でない代替手段」(less restrictive alternatives)の有無によって判断することが提案されている。しかし、この「より制限的でない代替手段」の有無は、かなり厳格な審査基準であるということが出来る。審査基準は必ずしも画一的に決めるべきものではなく、当該事案に即して反競争的效果と競争促進的效果の相関関係から審査基準を選択していくという議論も提起し得る。すなわち、「より制限的でない代替手段」の有無は、選択されるべき審査基準の一つにすぎないとするのである。ここでは、厳格な審査基準 (目的が必要不可欠で、手段が必要最小限度であること)、中間的な審査基準 (目的が重要で、手段が実質的関連性を有すること)、緩

18) それぞれの概念については、金森久雄他編『経済辞典 (第4版)』(有斐閣、2002)などを参照。

19) これはEU機能条約101条2項の規定する当然に無効となるという効果ではなく、違法性の審理・判断の原則としての意味である。米国反トラスト法においては、当然違法の原則とは「合意の本質や必然的な効果が明らかに反競争的なので、違法性を確定するために産業の精査が必要とされない」ものを指す。参照、National Society of Professional Engineers v. United States, 435 U.S. 679, 692 (1978)。

やかな審査基準（目的が正当で、手段が合理的関連性を有すること）を念頭に置くべきである。

これらの反競争的行為の内容及び審査基準の問題については、EU 機能条約の具体的な規定にはじまり、司法裁判所の判例等の規制事例、委員会のガイドラインを総合的に検討することが正当化事由の全容の解明に役立つと考えられる。そこで、本稿においては、立法的（条約）・司法的（判例等）・行政的（ガイドライン）な資料の各々について項目を分けて考察することとする。なお、EU 競争法における反競争的行為の正当化は、大きく分けて個別的適用除外（individual exemption）によるものと類型的適用除外（block exemption）²⁰⁾によるものがあるが、本稿では個別的適用除外について取り上げる。これは、類型的適用除外も実務において重要な位置を占めているが、頻繁に規則の改正がなされているところであり、正当化事由についての本質的な判断は個別的適用除外を通して行われているように思われるからである²¹⁾。

本稿の構成は、次の通りである²²⁾。Ⅱ章においては、正当化事由に関する EU 機能条約の規定を概観する。EU 競争法においては条約の明文をもって反競争的行為の正当化が定められているため、この点を先に検討する。Ⅲ章においては、正当化事由をめぐる判例・決定を5件取り上げる。条約の規定の解釈はこれらの事例判断を通して具体化されているため、条約の次に見ていくこととする。Ⅳ章においては、EU 競争法の執行機関である委員会が発表したガイドラインを分析する。Ⅴ章においては、以上のような総合的な検討を踏まえて、反競争的行為の正当化の内容及び審査基準の問題を中心として筆者なりの結論を示すこととする。

20) 2011年11月1日現在では、競争総局のホームページにおいて類型的適用除外が整理されている（<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>）。

21) 過去の類型的適用除外を概観したものとして、村上政博『EC 競争法 [EC 独占禁止法] (第2版)』73頁以下（弘文堂、2001）、正田彬『EC 独占禁止法』117頁以下（三省堂、1996）、正田彬編著『アメリカ・EU 独占禁止法と国際比較』164頁以下〔正田彬執筆〕（三省堂、1996）などを参照。

22) 以下、本稿においては現行法における名称で統一することとし、条約は原文で引用されている場合を除いて EU 機能条約、裁判所は上級審である司法裁判所（The Court of Justice）と下級審である一般裁判所（The General Court）と呼ぶこととする。なお、一般裁判所は、リスボン条約が発効する以前は第一審裁判所（The Court of First Instance）という名称であった。

II 欧州連合の機能に関する条約の規定

1 はじめに

本章においては、条約の規定の中でも反競争的行為の正当化に関係すると考えられるものを取り上げる。EU機能条約は、2009年12月1日に発効したリスボン条約によって欧州共同体設立条約(The Treaty establishing the European Community)が改められたものである。EU機能条約の中でも中核的規定の一つとして位置付けられるのが101条であり、事業者間の協定といった共同行為を規制している。なお、101条3項は、条文番号は変更されたものの、欧州共同体設立条約81条3項と規定内容は同一である。

条約の具体的な文言から浮かび上がる制定者(締結者)の意図は、条約の解釈において手掛かりとなり得る。とりわけ競争と関連しない「公共の利益」をどのように考慮するのかという正当化事由の内容の問題について、制定者(締結者)はどのように考えていたのかが問題となる。以下においては、EU機能条約が、自由競争政策を追求しているのみならず、雇用や環境といったそれ以外の様々な政策目標の実現に取り組んでいることを見ていくこととする。これらの政策に関する規定の中には、EUが具体的に活動するにあたって当該政策を考慮することを義務付けるものまで見受けられるのである。

2 101条3項の規定

反競争的行為の正当化の内容の問題は、第一要件を中心に検討されることがほとんどである。EU機能条約101条3項について文理上どのような解釈が自然なのであろうか。この点について、第一要件は生産若しくは流通の改善(improving the production or distribution)又は技術的若しくは経済的な進歩の促進(promoting technical or economic progress)への寄与を規定している。

ここでは「経済的」という文言が出てくることに象徴されているように、経済的な観点が重視されているように読める。この他にも生産・流通・技術への肯定的な効果が考慮されており、これらも経済を構成する要素であるといい得る。また、明確に「公共の利益」への言及がなされているわけでもない。そうすると、

EU 機能条約 101 条 3 項の文言を自然に読み解くならば、幅広い「公共の利益」を考慮することは想定されていないとも解し得る。論者によっては、101 条 3 項の第一要件のまさにその表現こそが、「経済的便益」がもたらされる場合にのみ協定を許容するという見解を明確に示唆していると指摘されているところである²³⁾。

3 多様な政策目標の規定

(1) 目的条項

しかし、EU は必ずしも自由競争政策のみを追求しているわけではないことに注意しなければならない。EU は自由競争政策以外にも様々な政策目標を有しており、これらの政策については EU 機能条約自体に規定が盛り込まれている。米国反トラスト法とは異なり、EU 競争法は他から独立した目的をもつ競争法ではなく、あくまで相互に関連した条約の規定全体の一部ともいわれる²⁴⁾。EU の政策の実施面においても、委員会の政策を具体的に担当する委員は 27 人いるものの、競争担当の委員はそのうちの 1 人にすぎない。そこで、まず EU 機能条約 101 条とは別に規定されているこれらの様々な政策目標の規定を見ることとした。

EU 機能条約の定める自由競争政策以外の政策としては、雇用 (EU 機能条約 145-150 条)、文化 (167 条)、産業 (173 条)、経済的、社会的及び地域的結合 (174-178 条)、そして環境 (191-193 条) などを挙げることができる。例えば、雇用に関して、145 条は以下のような目的規定を置いている。

「加盟国及び連合は、本編（筆者注：雇用について定める第九編）に従って、欧州連合条約 3 条において定義された目的の達成という観点から、雇用、特に経済の変化に対応する技能があつて訓練を受けて適応できる労働力及び労働市場の促進のための協働した戦略の発展を目指して活動する。」

23) Richard Whish, *Competition Law* (Oxford University Press, 6th ed, 2009), at 152.

24) Christopher Townley, *Article 101 and Public Policy* (Hart Publishing, 2009), at 48.

このように、EUは雇用のための戦略の発展を目指すことが定められており、それ以降の規定において雇用政策の具体的な実現の方策が規定されている。また、環境に関して、EU機能条約191条1項は以下のような目的規定を置いている。

「環境に関する連合の政策は、次の目的の追求に寄与するものでなければならない。

- 環境の質の保全、保護及び改善、
- 人類の健康の保護、
- 天然資源の慎重で合理的な利用、
- 特に気候変動に取り組む、地域的又は世界的な環境問題を取り扱うための国際的なレベルでの措置の促進。」

ここでも、EUが環境の質の保全、保護及び改善などの目的を追求していくことが定められており、それ以降の規定において環境政策の具体的な実現の方策が規定されている。雇用政策と同様に、環境政策もまたEUの様々な政策の一つを構成しているわけである。EU機能条約は、雇用や環境といった自由競争政策以外の政策を条約そのものに組み込んでいるといえる。

(2) 政策統合条項

しかも、EU機能条約には、政策目標が定められているだけではない。すなわち、EUが具体的に活動していくにあたって、これらの政策目標を考慮することを義務付ける規定が設けられている例がある。EU機能条約は様々な目的を追求しており、そのいくつかは他の政策を追求する際に考慮に入れられなければならないことを明示に定めている²⁵⁾。例えば、文化に関して、167条3項は以下のような条項を置いている。

「連合は、特に文化の多様性を尊重して促進するために、この条約の他の規

25) Jonathan Faull and Ali Nikpay, *The EC Law of Competition* (Oxford University Press, 2nd ed, 2007), par. 3.406.

定に基づく活動について文化的側面を考慮しなければならない。』

これは、他の規定に基づく活動においても、EU が加盟国などの文化を考慮することを義務付ける条項であるといえる。この他にも、経済的、社会的及び地域的結合に関して、EU 機能条約 175 条は以下のような条項を置いている。

「連合の政策及び活動の形成と実施並びに域内市場の実現は、174 条に規定された目的を考慮しなければならない、その達成に寄与するものでなければならない。」

ここでも、EU の政策及び活動においては、経済的、社会的及び地域的結合が考慮されるべきことが義務付けられている。例えば、地域間の発展の不均衡を是正することなどは、他の規定に基づく政策に取り組む際にも考慮されなければならない。このように、EU 機能条約は自由競争政策以外の様々な政策目標を定める規定を条約そのものに盛り込んでいるだけでなく、それらの政策を考慮することを義務付ける規定まで置いている場合がある。これらは「政策統合」(policy-integration) 条項などと呼ばれて、全ての他の EU の政策の定義及び実施において考慮されなければならない規定であるとされている²⁶⁾。EU 機能条約 101 条の規定を解釈するにあたっては、様々な政策目標の規定をどのように位置付けるかが重要となる。

4 小括

それでは、EU の自由競争政策以外の政策についての規定が、EU 機能条約 101 条 3 項に基づく反競争的行為の正当化においてどのような意味を持つのであろうか。雇用、文化、産業、経済的、社会的及び地域的結合、そして環境などの様々な政策目標は、正当化事由の内容にいかなる影響をもたらすのかが問題となる。この問題をめぐっては、競争と関連しない広範な「公共の利益」について、

26) Okeoghene Odudu, *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81* (Oxford University Press, 2006), at 161.

適用除外要件の判断をするにあたり直接に考慮することを認めるか否かによって2つの解釈が成り立つと考えられる。

第一は、自由競争政策と対立する「公共の利益」を正面から認めるという考え方である。この考え方によると、自由競争政策以外の様々な政策は、この「公共の利益」に資するものであると捉えられることになる。そして、「公共の利益」が実現される限度で自由競争政策は後退し、反競争的行為は正当化されることとなる。例えば、雇用を安定させる事業者の協定等は、EU機能条約145条の目的に合致した「公共の利益」に資することから、反競争的效果を有していても正当化され得ると考えられる。

第二は、EU機能条約101条3項はあくまで「経済的便益」に基づく正当化しか許容していないとする考え方である。「公共の利益」について直接考慮するのは、裁判所や競争当局の役割ではないと位置付けられる。この考え方によると、自由競争政策以外の政策は「経済的便益」に該当する範囲において考慮されることになる。経済的アプローチによって政策目標が競争促進的效果を有すると評価されれば、正当化事由として認められるのである。これは、競争法の論理を貫徹した考え方であると見ることができる。例えば、雇用政策に関しても、協定等が費用の節減及び他の効率性向上に置き換えられる限度において、反競争的行為が正当化され得ると考えていくことになる。

Ⅲ 欧州連合司法裁判所の判例等

1 はじめに

本章においては、反競争的行為の正当化について説示している判例・決定を取り上げる。これらのすべては後述する現代化規則が発効する前に行われたものであり、当時は委員会が事業者に個別的適用除外を認める権限を有していた。すなわち、委員会がEU機能条約101条3項に基づく正当化事由が認められるかの判断を示して、事業者はこれに不服があれば更に裁判所による司法審査を受けていた。現代化を受けて加盟国の裁判所と競争当局も同条項を直接に適用する権限をもつに至ったが、これらの判例・決定が反競争的行為の正当化に関して重要な先

例的価値を有することは変わらないと考えられる。本章は、リーディング・ケースとされる影響力の強い5件の判例・決定を紹介することによって、正当化事由の内容及び審査基準の問題について若干の検討を試みる。

本章の概略を示すと次のようになる。まず、競争と関連しない「公共の利益」についてどのような立場がとられているのか、という正当化事由の内容をめぐる規制事例を検討する。判例・決定は適用除外の解釈にあたって広範な「公共の利益」を考慮してきたと従来は理解されていた。もっとも、一般論として委員会には「公共の利益」を考慮する権限があるとした判例がある一方で、インフラストラクチャーへの肯定的な効果といった「例外的な状況」の考慮は単に「余分に」(supererogatorily) なされたものであるとする判例もある。雇用政策に関しては、EU 機能条約 101 条 3 項の枠組みの範囲に当てはまるとされたが、これを「経済的便益」に組み込んで説明することも主張されている。注目すべきなのは、環境政策に関連して、近時「市場の失敗」の一つである外部性を是正する取り組みについて適用除外を認めたと解することができる規制事例がある点である。次いで、反競争的行為の正当化の審査基準をめぐる判例を検討する。判例は「より制限的でない代替手段」の有無を挙げているものの、審査基準を柔軟に設定していると見ることができ、当該事案の反競争的效果と競争促進的效果に応じた審査基準を選択していくべきと考えられる。

2 非経済的正当化事由の可否

(1) *Métropole Télévision* 事件²⁷⁾ — 非経済的正当化事由を認めたと見られる判例
ア 前説

まず、競争と関連しない非経済的正当化事由の可否をめぐる判例・決定がどのような見解に立つのかを検討する。この *Métropole Télévision* 判決は、一般裁判所が正当化事由の内容について一般論を展開していることから重要な意義を有する。本判決においては、EU 機能条約 101 条 3 項に基づく適用除外に関して、委員会が「公共の利益」を考慮することが是認されたと評価されているが、「公

27) *Métropole Télévision SA v Commission* Case T-528/93 etc [1996] ECR II-649.

共の利益」の具体的な内容としては「経済的データ」を考慮している点に注意が必要である。

イ 事案の概要

原告の Métropole Télévision (Métropole Télévision SA) らは、それぞれ加盟国の法律に基づいて設立された事業者であり、主務官庁より免許を得てテレビ放送事業を行っている。欧州放送連合 (European Broadcasting Union) は、放送事業者によりスイス法に基づき結成された非営利団体であり、後述する決定の時点では 47 カ国の 67 社の構成員からなっていて、そのほとんどは公共放送事業者 (public-sector broadcaster) であった。1988 年、欧州放送連合は、技術の進歩により新しいタイプの放送事業者が出現し、当初の公共放送を主体とする均一な市場が失われつつあることを受けて、構成員の数を制限するように規則を改正した。欧州放送連合は、構成員の間でニュースやスポーツなどのテレビ番組を相互に放送するユーロビジョン (Eurovision) という枠組みを設けていた。そこで、Métropole Télévision らの中には、欧州放送連合に加盟するための申請を行う事業者もいたが、規則の定める要件を充足しないことを理由に同連合から加盟を拒否された。1993 年、委員会は、欧州放送連合が非構成員に対して契約によってサブライセンスする計画を提出したため、スポーツ・イベントのテレビ放送権の取得に関する欧州放送連合の規則などについて、5 年間にわたり適用除外を認める旨の決定を行った。これに対して、Métropole Télévision らは、委員会を被告として、欧州放送連合を名宛人とするこの委員会決定の取消しを求めて提訴した。

ウ 判決の要旨

一般裁判所は、委員会が適用除外の解釈を誤り、欧州放送連合の構成員の規則による競争の制限が不可欠であると結論付けたとして、決定を取消したが、委員会が適用除外要件の判断を行うに際しての諸般の事情の考慮の在り方に関して、以下のように述べている。

「疑いの余地なく、総合的な評価を行う文脈において、委員会は、条約 85 項 3 項 (筆者注：現在の EU 機能条約 101 条 3 項) の下で適用除外を認めるために、公共の利益の追求に関連した考慮に基づいて判断する権限を有する。」²⁸⁾

エ 評価

この一般論を述べた説示は、EU 機能条約 101 条 3 項の適用除外要件を記述した論考の中でよく引用される著名なものである²⁹⁾。これを素直に読み取ると、一般裁判所は、委員会が反競争的行為の正当化に関する総合的な評価をするにあたって、「公共の利益」(public interest)を考慮することを是認したと考えられる。本判決は、101 条 3 項に基づく適用除外の判断において、広範な非競争的な考慮が許されると解釈したものと論者によっては位置付けられている³⁰⁾。また、この説示はかなり広範な解釈を示した説示であり、「政策統合」条項によって追求される目的を同条項に組み込むばかりか、それよりもさらに幅広い可能性さえあるとする見解もある³¹⁾。すなわち、競争とは関連しないが「公共の利益」に資する非経済的正当化事由の存在を認めたものと評価することとなる。

もっとも、この説示では「公共の利益」の具体的な内容としてどのような事実が念頭に置かれているのかが明らかにされていない。米国反トラスト法における NCAA 事件³²⁾では、正当化事由に関して「公共の利益」という説示をしながらも、それを「競争促進的」(pro-competitive)であるということと同一視していると考えられる³³⁾。NCAA 事件は、競争促進的効果を重視して経済的正当化事由に正当化の内容を限定する米国の連邦最高裁判所の伝統的な立場を貫いている³⁴⁾。そこで、*Métropole Télévision* 判決の述べるところの「公共の利益」とは一体何を指すのかということ进行分析していく必要がある。

本判決は、欧州放送連合の有する公共の使命 (public mission) について検討している。すなわち、それは商業的なアピールをしなくとも多様なプログラムを提供し、費用に関わらず全国的な展開をしているという特徴があるという³⁵⁾。

28) Ibid., par. 118.

29) 例えば、Whish, *supra* note 23, at 154.

30) Alison Jones and Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials* (Oxford University Press, 4th ed, 2011), at 245.

31) Townley, *supra* note 24, at 67.

32) *National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984).

33) Ibid., at 117.

34) 柳・前掲注 1) 116 頁以下を参照。

しかし、本判決は、公共の使命の結果として欧州放送連合の構成員に生じる負担や義務を考慮するだけでは委員会の判断は是認されず、財政的な補償の制度の存在についても調査する必要があるとする³⁶⁾。すなわち、委員会は、「公共の利益」の中身として、スポーツ・イベントの独占的な放送権が構成員の投下資本を公平に回収するために不可欠であるかを示すべきであったというのである³⁷⁾。そして、本判決は、委員会決定は最小限の実際上の「経済的データ」(economic data)に基づいていないと指摘している³⁸⁾。

このように、本判決は、「公共の利益」を考慮することができるという一般論を展開しつつも、その具体的な判断にあたり、公共の使命だけでは反競争的行為は正当化されず、欧州放送連合の構成員の投下資本の回収という「経済的データ」を検討する必要があると考えている。この「経済的データ」が市場における競争との関係でどのような意味をもつのかは必ずしも明らかではないが、一般裁判所が経済的な観点からも適用除外要件を判断しようとする姿勢は窺われるところである。少なくとも、本判決が「公共の利益」という一般論を展開していることから直ちに、本判決を競争と関連しない非経済的正当化事由を広範に許容する根拠となる判例と位置付けることには疑問を差し挟む余地がある。

(2) *Matra Hachette* 事件³⁹⁾ — 非経済的正当化事由を否定したと見られる判例
ア 前説

次に、一般論として委員会に「公共の利益」を考慮することを認めた *Métropole Télévision* 判決とは一貫していない判断をしたケースを見てみよう。判例も必ずしも非経済的正当化事由を許容することで一枚岩というわけではなく、競争を促進する経済的正当化事由に限定する立場と親和的な説示も見受けられるのである。*Matra Hachette* 判決において、一般裁判所は、公共のインフラストラクチャー、雇用及び欧州統合などの要素への委員会決定による言及は単に「余分

35) *Métropole Télévision SA v Commission*, par. 116.

36) *Ibid.*, par. 121.

37) *Ibid.*, par. 118.

38) *Ibid.*, par. 120.

39) *Matra Hachette SA v Commission Case T-17/93* [1994] ECR II -595.

に」なされたとした。

イ 事案の概要

原告の Matra Hachette (Matra Hachette SA) は、フランス法に基づいて設立された会社である。フォード (Ford of Europe Inc.) はイギリス法に基づいて、フォルクスワーゲン (Volkswagen AG) はドイツ法に基づいて設立された会社である。フォード及びフォルクスワーゲンは、VX62 という多目的車 (multi-purpose vehicle) を生産するためのジョイント・ベンチャーであるオートヨーロッパ (Auto Europa) をポルトガルに設立する協定を結んだ。この協定は両社がジョイント・ベンチャーの株式を半分ずつ所有することを規定しており、ジョイント・ベンチャーは 1995 年より実施される予定であった。1991 年、両社は、このジョイント・ベンチャーについて EU 機能条約 101 条 3 項に基づく適用除外などを認めることを求めて委員会に申請をした。1992 年、委員会は、一定の義務や条件を付した上で、適用除外を認める旨の決定などを行った⁴⁰⁾。この決定において、委員会は、もっとも貧困が問題となっている地域の一つに、多大なインフラストラクチャー及び雇用を創出し、外国の投資をもたらし、調和した発展を促進し、地域の不均衡を減少させ、そして欧州市場統合を進めるという「例外的な状況」(exceptional circumstances) に注目している⁴¹⁾。これに対して、Matra Hachette は、委員会を被告として、フォード及びフォルクスワーゲンを名宛人とするこの決定の取消しなどを求めて提訴した。Matra Hachette は、競争法とは異質な「例外的な状況」に言及した決定の評価は不適切であるなどと主張した。

ウ 判決の要旨

一般裁判所は、適用除外要件の該当性を含む原告の主張を全て退けて請求を棄却したが、協定によって生じた競争の制限が不可欠であるかを検討する中で、委員会決定が考慮した上記の「例外的な状況」の位置付けに関して、以下のように述べている。

40) Ford/Volkswagen OJ [1993] L 20/14. 武田邦宣「フォードとフォルクスワーゲンによるジョイント・ベンチャーに対して EC 競争法上個別適用除外を与えた事例」公正取引 543 号 55 頁 (1996 年) も参照。

41) Ford/Volkswagen, pars. 23, 28 and 36.

『例外的な状況』への言及に基づいた主張に関しては、委員会がそれら、とりわけパラグラフ 23、28 及び 36（筆者注：上記の『例外的な状況』に注目しているパラグラフ）に言及しており、その中では本決定が検討中の要件の審査について結論付けて公共のインフラストラクチャー、雇用及び欧州統合に対するプロジェクトの影響を考慮しているけれども、その最後のパラグラフは次のセンテンスによって締めくくられていることを当裁判所は認める：『仮に 85 条 3 項（筆者注：現在の EU 機能条約 101 条 3 項）の要件が充足されていなかったならば、これ（筆者注：外国の投資をもたらし、雇用を創出し、調和した発展を促進し、地域の不均衡を減少させ、そして欧州市場統合を進めること）は適用除外を可能とするには十分ではないであろうが、委員会が考慮に入れた要素なのである』。当裁判所は、その最後のセンテンスから、本決定においてこのように言及された『例外的な状況』は、委員会によって単に余分に考慮に入れられただけであるのは明らかと考える。換言すれば、仮にそれらの状況について言及がなされていなかったとしても、採用されたであろう決定の主要な部分は、争われた本決定のそれと全く同一になることは十分に証明されている。それに反した、当該プロジェクトに与えられた個別的適用除外の決定はそのプロジェクトにまつわる『例外的な状況』に基づいてのみ採用されたという原告の主張は、退けられなければならないこととなる。⁴²⁾

エ 評価

委員会は、フォードとフォルクスワーゲンの協定について、インフラストラクチャー、雇用、外国投資、調和した発展、地域の不均衡の減少及び欧州市場統合への肯定的効果を認め、適用除外を認めるに足りる「例外的な状況」であるとされた。これに対して、本判決は、それらは単に「余分に」（*supererogatorily*）考慮されたものであると位置付けている。広範な「公共の利益」を挙げてこれを是認しているともとれる「例外的な状況」への言及は、いわば蛇足というのである。ある論者からは、一般裁判所が、委員会の「例外的な状況」への言及は EU 機能

42) *Matra Hachette SA v Commission*, par. 139.

条約 101 条 3 項の下での評価において無関係であることを強調しており、それにより問題となった利益が同条項の意図する範囲内の客観的な「経済的便益」を構成しないことを確認しているとも評価されている⁴³⁾。また、一般裁判所は、委員会の評価において社会的側面の影響がないことを明確に確認しているという指摘もある⁴⁴⁾。委員会において 101 条 3 項ガイドラインの立案担当官であった Lars Kjølbjerg も、これらと同旨の理解に立つ⁴⁵⁾。このような評価によれば、本判決は、反競争的行為の正当化の内容について、広範な「公共の利益」を直接に考慮することを否定して、競争を促進する経済的正当化事由に限定していく立場の根拠となり得る。

実際、後に詳しく見るように、競争促進的効果を重視する委員会の 101 条 3 項ガイドラインも、本判決が上に述べた趣旨を有するとの理解に立つものと考えられる。すなわち、ガイドラインは、条約の他の規定によって追求される目的は同条項の 4 つの要件の下で包含され得る範囲において適用除外を判断する際に考慮に入れられるとした上で⁴⁶⁾、本判決は黙示にその趣旨を示していると説明している⁴⁷⁾。そして、ガイドラインは、競争を制限する協定が同時に効率性向上をするものとして競争促進的効果を有する場合があると⁴⁸⁾、同条項に規定された枠組みの中では反競争の効果と競争促進的効果の比較衡量のみが行われる⁴⁹⁾ものとしている。このように、委員会のガイドラインも、本判決を経済的正当化事由に限定する方向性をもつものと位置付けているといえよう。

2 個別の政策目標

(1) *Metro* 事件⁵⁰⁾ — 雇用政策

43) Faull and Nikpay, *supra* note 25, par. 3.407.

44) Constanze Semmelmann, *Social Policy Goals in the Interpretation of Article 81 EC* (Nomos Verlagsgesellschaft, 2008), at 127.

45) Lars Kjølbjerg, 'The New Commission Guidelines on the Application of Article 81 (3): An economic approach to Article 81' [2004] ECLR 571.

46) Article 101 (3) Guidelines, par. 42.

47) *Ibid.*, n. 54.

48) *Ibid.*, par. 33.

49) *Ibid.*, par. 11.

ア 前説

次に、雇用について判例がどのような立場を採っているのかを分析しよう。これまで非経済的正当化事由に肯定的な判例と否定的な判例があることを見てきた。この *Metro* 判決において、司法裁判所は、雇用の提供が適用除外の要件において考慮要素となることを認めた。同判決に対しては、競争とは関連しない「雇用」という「公共の利益」を正当化事由として正面から認めたものであるとの評価がある一方で、「経済的便益」を認めたものとして説明しようとする見解も見受けられる。

イ 事案の概要

原告の Metro (Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG) は、現金店頭渡しに基づいたセルフサービスの卸売業を営んでいる。Metro は、掛売り及び顧客への配達やアドバイスといった伝統的な商取引における一定のサービスをなくすことによって一般経費を削減し、顧客に対してより低い価格を設定していた。これに対して、SABA (Schwarzwälder Apparate-Bau-Anstalt August Schwer und Söhne) は、ラジオ、テレビ及びテープレコーダーといった電気製品を製造する事業者である。SABA は、選択的流通制度 (selective distribution system)⁵¹⁾を構成する総代理店、卸売業者及び小売業者との間で、契約や協定のネットワークを通して電気製品を流通させていた。例えば、協力協定 (cooperation agreement) において、卸売業者は、6ヶ月の供給契約を締結し、注文された製品を適切な時間に配達し、関連製品をストックし、SABA が適切であると考える総売上高を達成することなどが定められていた。そして、SABA は、卸売業者となるための条件をみたさないことを理由として、Metro に対してその商標を付した製品の供給を拒否した。SABA は条項の修正などに応じたものの、Metro はセルフサービスの卸売業者への差別は依然として存在していると主張し続けた。1975年、委員会は、Metro の主張には理由がないとして、一定の条

50) Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG v. Commission Case 26/76 [1977] ECR 1875.

51) 選択的流通制度とは、供給業者が、自己の製品・商品の取引相手方である流通業者を一定の基準によって選択し、その基準を充足・遵守した流通業者との取引及び流通業者間の取引のみを許容するという流通の一形態とされる。西村暢史「EC競争法における選択的流通制度規制」六甲台論集法学政治学篇 46巻2号 124頁 (1999) を参照。

件を付した上で、SABA の協定について適用除外を認める旨の決定などを行った。これに対して、Metro は、委員会を被告として、SABA を名宛人とするこの委員会決定の取消しなどを求めて提訴した。

ウ 判決の要旨

司法裁判所は、適用除外の 4 つの要件をみたすことなどを理由として原告の請求を棄却したが、その第一要件（商品の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への寄与）に関して、関連製品の供給の安定性及び柔軟性がもたらされ得ることなどを挙げた上で、雇用の提供についても付言して、以下のように述べている。

「合理的な期間における供給の予測の確立は、雇用の提供に関して安定性をもたらす要素を構成しており、その雇用の提供は、特に市況が好ましくない場合に、生産の一般的な条件を改善することから、85 条 3 項（筆者注：現在の EU 機能条約 101 条 3 項）に従って関連し得る目的の枠組みの範囲に当てはまる。」⁵²⁾

エ 評価

本判決においては、雇用の提供（provision of employment）が適用除外において考慮されることが是認されている。この説示は、雇用と自由競争政策を対置させて、雇用の提供に資する限度で反競争的行為の正当化を認めたものと理解することも可能である。すなわち、本判決を、雇用という競争に関連しない「公共の利益」に資する非経済的正当化事由を認めたものと位置付けるのである。すなわち、司法裁判所は雇用を EU 機能条約 101 条 3 項の第一要件に関連する要素であると考えた⁵³⁾、司法裁判所は協定が雇用市場において安定性をもたらし得るという事実が同条項の第一要件において考慮され得る事柄であるとした⁵⁴⁾、本判決は競争が絶対的な目標ではないという新機軸を打ち出して条約の他の目標を

52) Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG v. Commission, par. 43.

53) Whish, *supra* note 23, at 153.

54) Jones and Sufirin, *supra* note 30, at 245.

達成するために制限が許容される⁵⁵⁾、司法裁判所は協定が雇用の安定化を助けることを理由の一部として適用除外を与えて同条項を広範に解釈している⁵⁶⁾などと評価されている。

しかし、本判決において、司法裁判所は雇用そのものがEU機能条約101条3項に該当すると考えたわけではなく、協定の雇いを安定させる効果は費用の節減及び他の効率性向上に「置き換える」(translate) ことができるのだと評価する立場もある⁵⁷⁾。この立場は、変動する需要によって、事業者は、ある時点で人員を削減し、他の時点で人員を増加することを強いられており、これによって取引費用、教育費用及び貴重な能力の損失といった費用を負担させられていることを考察の出発点にする。すなわち、雇用そのものという「公共の利益」を正面から認めるのではなく、あくまで「経済的便益」に組み込んで説明するのである。委員会において101条3項ガイドラインの立案担当官であったLars Kjølbbyeも、これと同旨の理解を示している⁵⁸⁾ことが注目される。雇用という個別の政策目標について説示した本判決について、経済的アプローチから位置付ける試みがなされているわけである。本判決のこのような読み方によれば、司法裁判所は競争を促進する経済的正当化事由を認めているに過ぎないということとなる。

(2) CECED 事件⁵⁹⁾ — 環境政策

ア 前説

このCECED決定において、委員会は、「集成的な環境上の便益」が適用除外の判断にあたって考慮されることを是認した。本決定をめぐっては、競争と関連しない「環境」という非経済的正当化事由を許容したという見解もある一方で、委員会自身はこれを「経済的便益」に組み込んで把握していると考えられる。この決定も評価が分かれるところではあるが、「市場の失敗」の一つである外部性を是正することについて「経済的便益」と位置付けて、反競争的行為の正当化を

55) Semmelmann, *supra* note 44, at 123.

56) Townley, *supra* note 24, at 66.

57) Faull and Nikpay, *supra* note 25, par. 3.407.

58) Kjølbbye, *supra* note 45, at 571.

59) Conseil Européen de la Construction d'Appareils Domestiques OJ [2000] L 187/47.

認めたと解する余地がある。なお、委員会の決定は加盟国の裁判所や競争当局を拘束する効力⁶⁰⁾を有する重要なものである。

イ 事案の概要

CECED (Conseil Européen de la Construction d'Appareils Domestiques) は、家庭用電気製品の製造業者などによって構成され、1959年にベルギー法に基づいて設立された協会である。製造業者は、複数の加盟国において様々なブランドの家庭用電気製品を製造・販売している。製造業者の締結した協定は、家庭用洗濯機に関するものである。そして、協定に参加する事業者は、当初は欧州経済領域 (European Economic Area; EEA) 市場の約 90 パーセントの市場占拠率を有していたが、新たな参加によって後に 95 パーセントにまで拡大した。ところで、家庭用洗濯機は、そのエネルギー効率性によって A から G までの 7 つのカテゴリーに分類されている。カテゴリーが高い程 (A に近づく程) エネルギー効率性は改善されており、エネルギー効率性は洗濯機の価格に概ね比例している。そして、製造業者は、一定の例外を除いて、1997 年 12 月 31 日以後はカテゴリー E、F 及び G に属する洗濯機の製造・輸入を取り止め、1999 年 12 月 31 日以後はカテゴリー D に属する洗濯機の製造・輸入を取り止めることなどを内容とする協定を締結した。1997 年、CECED は、この協定について適用除外などを認めることを求めて委員会に申請をした。

ウ 決定の要旨

1999 年、委員会は、CECED に対して 2001 年 12 月 31 日まで適用除外を認める旨の決定を行った。委員会は、カテゴリー D から G までの洗濯機の製造・販売を妨げる協定は、競争を制限又は歪曲する目的をもつなどとして EU 機能条約 101 条 1 項に該当することを認めたと、同条 3 項の適用除外の第一要件 (経済的又は技術的な進歩への寄与) 及び第二要件 (消費者への便益の分配) に関して、以下のように述べている。

60) *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* OJ [2003] L 1/1, recital 22 and article 16.

「EC条約174条（筆者注：現在のEU機能条約191項）によれば、環境被害は根本的に是正されるべきである。共同体は、行動の潜在的な便益及び費用を考慮に入れて、天然資源を合理的に利用する目的を追求している。CECEDのような協定は、費用を上回る経済的便益を生み出し、競争法と一致するものでなければならない。電気は希少な資源ではなく、消費量の削減が根源的に排出に対処しているわけではないが、環境汚染の費用も考慮され得る。委員会は、（避けられた）二酸化炭素の排出による限界被害（いわゆる『外部費用』）の節減を、二酸化炭素の1トンあたり41から61ユーロであると合理的に評価する。欧州規模では、避けられた二酸化硫黄からの被害は1トンあたり4000から7000ユーロに上っており、一酸化二窒素は1トンあたり3000から5000ユーロである。合理的な推計に基づく、CECEDの協定によって社会にもたらされた便益は、よりエネルギー効率性の高い洗濯機を購入して増加する費用の7倍よりも大きいと見られる。そのような社会への環境の成果は、たとえ個別的な洗濯機の購入者に全く便益が生じなかったとしても、消費者に便益の公平な分配を適切にもたらすであろう。カテゴリーAからCの現在の技術的限界の範囲内とカテゴリーAの限界を超えた双方においてエネルギー効率性を促進することの期待される寄与、基準における費用・便益の比率、そして個別的な利用者のための投資の回収によると、協定は、利用者へ便益の公平な分配をもたらすと同時に、技術的及び経済的な進歩に著しく寄与することが期待できるという結論になる。」⁶¹⁾

エ 評価

この説示は、個別的な経済的便益（individual economic benefits）に加えて、あえて「集合的な環境上の便益」（collective environmental benefits）という項目を設けて、その内容として述べられたものである。ここでは、二酸化炭素などの排出の節減といった社会への影響が考慮されており、環境政策と競争政策を比較衡量しているという読み方も可能である。論者によっては、委員会は環境保護

61) Conseil Européen de la Construction d'Appareils Domestiques OJ [2000] L 187/47, pars. 55-57.

を根拠として競争を制限する協定を認めるに至ったと指摘されている⁶²⁾。また、EU 機能条約 101 条 3 項の枠内において、競争の目的及びそれと相容れない目的（環境上の目的）を比較衡量した事例として一般的に引用されるといわれる⁶³⁾。これらの読み方によれば、本決定は、環境という「公共の利益」に資する限度で反競争的行為の正当化を認めたものと評価することとなろう。

しかし、後に詳しく見るように、本決定を行った委員会自身は、そのような立場ではないと考えられる。すなわち、2011 年に発効した委員会の「水平的協力協定に対する欧州連合の機能に関する条約 101 条の適用に関するガイドライン」（以下、「水平的協力協定ガイドライン」という。）⁶⁴⁾においては、EU 機能条約 101 条 3 項では制限的協定の「競争促進的効果」を評価するとされており⁶⁵⁾、第一要件とはすなわち「効率性向上」を導くものである⁶⁶⁾などとされている。そして、このガイドラインが適用除外の認められる場合として掲げているのが、本決定をモデルとしたと考えられる設例⁶⁷⁾に他ならない。このように、委員会自身は、本決定について、環境的価値を「経済的便益」に組み込んだものと位置付けているといえよう。論者によっては、本決定は環境政策を「経済的便益」に「置き換える」という解釈を行ったとの指摘がなされている⁶⁸⁾。

62) Faull and Nikpay, *supra* note 25, par. 3.408.

63) Odudu, *supra* note 26, at 161.

64) *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements* OJ [2011] C 11/1 [hereinafter “Horizontal Co-operation Agreements Guidelines”]. このガイドラインを検討したものとして、井上朗「欧州委員会の改訂版水平的協調合意に関するガイドラインについて」公正取引 727 号 9 頁 (2011)、沢田克己「EU における競争政策と環境政策 — 新欧州水平的協力協定ガイドラインを中心として」公営企業 43 巻 6 号 2 頁 (2011)、平山賢太郎「標準規格策定と知的財産権行使に関する欧州委員会の新ルール — 欧州委員会『新・水平的協定ガイドライン』の概要」NBL949 号 46 頁 (2011)、植村幸也「米国新水平的合併ガイドラインおよび欧州新水平的協定ガイドラインがわが国の独禁法解釈に及ぼす影響」NBL949 号 54 頁 (2011) などがある。

65) *Ibid.*, par. 48.

66) *Ibid.*, par. 49.

67) *Ibid.*, par. 329.

68) 庄司克宏編著『EU 環境法』201 頁〔市川芳治執筆〕(慶應義塾大学出版会、2009)、市川芳治「環境政策と EU 競争法 — “現代化”(Modernisation) の文脈から —」日本 EU 学会年報 29 号 109 頁 (2009)。

問題はこの「経済的便益」の具体的内容であるが、上記の引用部分は「外部費用」(external costs)について論じている。本決定について、協定の唯一の便益は「外部性」(externality)の節減であると評価されている⁶⁹⁾。そして、この「外部性」とは、市場メカニズムが機能不全に陥っている状態である「市場の失敗」の原因・要素となり得るものに他ならない。米国反トラスト法では、奇しくも本決定のなされたのと同じ1999年に、*California Dental* 事件⁷⁰⁾において歯科サービス市場における「情報の非対称性」(information asymmetry)を是正したことが正当化事由の内容に含まれると評価されている。この「情報の非対称性」も「市場の失敗」の一つであることから、米国の連邦最高裁判所は経済理論に傾斜しつつあるといい得る⁷¹⁾。本決定も、外部性という「市場の失敗」を是正することが競争促進的効果を有するとして、反競争的行為の正当化の契機を見出したと位置付けることも可能であると考えられる。

3 *Compagnie Générale Maritime* 事件⁷²⁾ — 審査基準の在り方

(1) 前説

これまでは正当化事由の内容の問題に関する判例等を検討してきたが、この *Compagnie Générale Maritime* 判決においては、一般裁判所が反競争的行為の正当化について審査基準を示している点で重要な意義を有する。なぜなら、本判決においては、EU 機能条約 101 条 3 項に基づく適用除外が、競争の制限の重大性などに応じて柔軟に設定されていると考えられるからである。

(2) 事案の概要

極東運賃同盟 (Far Eastern Freight Conference) は、定期船の海運同盟であり、多数の船会社によって構成されている。これらの船会社は、北ヨーロッパと東南アジア・東アジアの間でコンテナを定期的に運送するサービスや、「ドア・

69) Giorgio Monti, *EC Competition Law* (Cambridge University Press, 2007), at 120.

70) *California Dental Association v. Federal Trade Commission*, 526 U.S. 756 (1999).

71) 柳・前掲注1) 119頁以下を参照。

72) *Compagnie Générale Maritime v. Commission* Case T-86/95 [2002] ECR II-1011.

「ター・ドア」の複合一貫運送（相次運送）サービスを提供している。同盟の構成員である事業者は、同盟に加盟する一般的な条件に加えて、共通運賃表について合意した。コンテナの利用が最初に開始された1971年頃、複合一貫運送を含めるために、構成員の事業者は、海上運送及び港での積み降ろしの荷役の分野において価格を設定する同盟の権限を、国内運送にまで拡大した。1989年、Bundesverband der Deutschen Industrieらは、複合一貫運送についての同盟構成員の価格を設定する行為に関して、委員会に異議申立てをした。1994年、委員会は、その排除を命ずるとともに制裁金を課す旨の決定を行った。これに対して、Compagnie Générale Maritimeらは、この決定の取消しなどを求めて提訴した。原告のCompagnie Générale Maritimeらの主張は、類型的適用除外に関するものも含めて多岐にわたるが、ここでは個別的適用除外に関するEU機能条約101条3項違反についての主張（共通運賃表は、運送サービスの品質を改善し、一時的な変動の激しい市場において継続性及び安定性を促進しており、適用除外の要件をみたらす。）を取り上げる。

(3) 判決の要旨

一般裁判所は、原告の請求を一部認容する旨の判決（委員会決定のうち制裁金を課した部分について取消し）を行ったが、EU機能条約101条3項違反についての原告の主張は退けており、とりわけ適用除外の第三要件（競争制限の不可欠性）の判断枠組みの在り方に関して、以下のように述べている。

「問題となった協定によって生じた競争制限の重大性を強調することが（筆者注：第三要件の不可欠性の評価においては）適切である。第一に、価格を設定する協定は、非常に重大な競争制限である。係争中の協定の効果は、例外的に海上運送サービスの市場において許容されていたその種の制限を、国内運送サービスの市場にまで拡大するものである。第二に、国内運送の集団的な価格設定は、同盟の構成員に、海上運送サービスの市場において有していた重要な地位を、国内運送サービスにまで拡大する力を付与する危険がある。特に、極東運賃同盟の構成員の会社は、係争中の協定の結果として、国内運送サービス

市場における競争を、海上運送運賃表を通してその市場に与えている割引費用を吸収することによって制限し得る。その文脈では、係争中の協定の高度な制限的性質からすれば、より制限的ではない代替手段が存在しないという原告の主張はほとんど説得力がない。』⁷³⁾

(4) 評価

このように、本判決は、適用除外における不可欠性の要件の判断において、「より制限的でない代替手段」(alternative measure less restrictive)の有無を考慮しているように読める。反競争的行為の正当化事由の審査基準として、「より制限的でない代替手段」の有無を検討するのは、実務において近時有力になりつつある考え方といえる⁷⁴⁾。後に詳しく見るように、委員会も、101条3項ガイドラインにおいて、効率性を達成するために他の経済的に实际的でより制限的でない手段が存在しないかなどを問題としている⁷⁵⁾。また、米国反トラスト法においても、「競争者間の共同行為に関する反トラスト法のガイドライン」⁷⁶⁾が、实际的により制限的でない手段によって同様の効率性を達成できたかなどを見ている⁷⁷⁾。

しかし、「より制限的でない代替手段」は、かなり厳格な審査基準であると考えられることに注意しなければならない。これを意識したのか、委員会は、「实际的」(practicable)な代替手段と表現したり⁷⁸⁾、代替手段の基準を「合理的必要」(reasonably necessary)の基準と言い換えたり⁷⁹⁾している。これは、そもそも反競争的効果と競争促進的効果の度合いは事案によって全く異なるものであることから、審査基準を柔軟に設定しようとしていると考えられる。

本判決においても、競争の制限の「重大性」(seriousness)が強調されている。

73) Ibid., pars. 392-395.

74) 柳・前掲注1) 143頁以下を参照。

75) Article 101 (3) Guidelines, par. 75.

76) Federal Trade Commission & U.S. Department of Justice, ANTITRUST GUIDELINES FOR COLLABORATIONS AMONG COMPETITORS (2000).

77) Ibid., § 3.36 (b).

78) Article 101 (3) Guidelines, par. 75.

79) Ibid., pars. 73 and 78.

すなわち、先に引用したように、本件は価格を設定する協定という、反競争の効果の非常に強い事案であったとの評価がされている。そして、ガイドラインは、競争の制限が反競争的であればある程、第三要件の下での審査基準は「厳しくなる」としており⁸⁰⁾、本判決はこのことを説示したものであると位置付けられている⁸¹⁾。反競争的效果が強ければ強い程、審査基準は厳格になるのである。これとは逆に、競争促進的效果が強ければ、審査基準は緩やかになることになろう。このような関係に鑑みれば、「より制限的でない代替手段」の有無という厳格な審査基準のみに固執するのではなく、むしろ反競争的效果と競争促進効果の相関関係によって、事案に応じた審査基準を定立することも一考に値する。「より制限的でない代替手段」の有無は、選択されるべき審査基準の一つにすぎないとする考え方である。すなわち、①厳格な審査基準、②中間的な審査基準及び③緩やかな審査基準という3つの審査基準を念頭に置いて、当該事案に適切であるものを選択するのである。

4 小括

(1) 正当化の内容についての検討

繰り返し述べてきたように、EU 競争法において、判例等における正当化事由の内容は、伝統的には競争を促進する経済的正当化事由に限定されないとされてきた。米国反トラスト法とは異なり、様々な政策を取り込んで広範な非経済的正当化事由が肯定されていたのである。このような理解は、*Métropole Télévision* 事件が一般論として委員会に「公共の利益」を考慮する権限を認めたことに象徴的に表れているとされたのは先に述べた通りである。しかし、この事件そのものは、「公共の利益」の具体的内容として「経済的データ」を参照していることに注意が必要である。そして、*Matra Hachette* 事件においては、インフラストラクチャーへの肯定的な効果といった「例外的な状況」への考慮は単に「余分に」なされたものであると指摘された。これは、非経済的正当化事由への言及がいわば蛇足であるとするものであり、司法判断は必ずしも一貫していないことが分か

80) *Ibid.*, par. 79.

81) *Ibid.*, n. 76.

る。

そして、EUの競争政策以外の政策として、雇用と環境について説示した判例・決定を取り上げた。まず、*Metro* 事件においては、雇用の提供が適用除外において考慮される要素であるという判断が示された。これを非経済的正当化事由と位置付けることもできようが、費用の節減及び他の効率性向上として「経済的便益」に組み込んで説明する見解も存在する。次に、*CECED* 事件においては、「集合的な環境上の便益」がという項目が設けられ、二酸化炭素の排出による限界被害の節減を肯定的に評価した。これは「市場の失敗」の一つである外部性という経済理論に関連付けることが可能である。

このように、EUには様々な政策目標があることを認めつつ、それを競争法の文脈でどのように位置付けるべきかという問題を提起し得る。伝統的には、競争政策とそれ以外の政策が直接に対置されてきた。これは、競争とは関連しない「公共の利益」に資する非経済的正当化事由を広範に認める立場である。しかし、近時は経済理論を参照することによって、様々な政策を「経済的便益」に「置き換える」取り組みがなされるに至っている。この立場によると、EU機能条約101条3項に基づく反競争的行為の正当化は、競争を促進する経済的正当化事由に限定されることになる。

そして、これまでの判例・決定も、競争促進的効果を重視する立場から評価がなされ得るといえよう。*Metro* 事件に関しては、雇用を安定化させる効果が生産を改善するという「経済的便益」をもたらすことから正当化が認められたと読むことが可能である。*CECED* 事件でも、環境汚染への取り組みが「市場の失敗」の例である外部性を是正するものとして許容されたと位置付け得る。実際に様々な政策を経済的正当化事由に組み込んでいくには、とりわけ「市場の失敗」を是正することに正当な価値を認めて行くのが有用であると考えられる。「市場の失敗」の例としては、外部性、公共財、情報の非対称性、取引費用などが挙げられており、これらの是正を通して機能不全に陥っていた市場メカニズムを回復させて競争を促進すると評価することができる。

(2) 正当化の審査基準についての検討

次に、伝統的に判例における正当化事由の審査基準は、「より制限的でない代替手段」の有無を検討することに主眼が置かれてきた。*Compagnie Générale Maritime* 事件でも、適用除外の不可欠性の要件の判断において、「より制限的でない代替手段」の有無が挙げられている。しかし、これはかなり厳格な審査基準といえることができる。委員会自身はガイドラインにおいて代替手段の有無を「実際の」に判断するなどの方針を打ち出して、柔軟に対応することを示唆している。そもそも反競争的効果と競争促進的効果の度合いは事案に応じて異なるはずである。*Compagnie Générale Maritime* 事件も価格を設定する協定が非常に反競争的効果の強いことを認めている。そうすると、当該事案における反競争的効果と競争促進的効果の相関関係を判断して、審査基準を選択していくことが考えられよう。

IV 欧州委員会のガイドライン

1 はじめに

本章においては、現在の委員会のガイドラインの中で正当化事由に関係すると考えられるものを取り上げる。EU 競争法の執行機関の中心は委員会であり、その事務を処理する部局として競争総局 (Directorate-General for Competition) が設置されている。委員会は執行する基準を明確化するために多数のガイドラインを公表しているが、反競争的行為の正当化事由をめぐっては2つのガイドラインが重要であるように思われる。すなわち、適用除外について一般的な形で記述している 101 条 3 項ガイドライン及び競争者間の共同行為について分析している水平的協力協定ガイドラインである。

ガイドラインは、裁判所が判断を行う際に法的拘束力を有するわけではないが、執行機関である委員会が事件を処理するにあたっての指針を表すものである。とりわけ、2004 年 5 月 1 日に発効した現代化規則⁸²⁾によって、事業者が協定等を締結する前に申請を行い、委員会が適用除外を認めるという仕組みが廃止される

82) 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 OJ [2003] L 1/1.

に至った。この現代化規則1条2項は、適用除外要件を充足する協定等は禁止されず、事前の決定は要求されないと定めているのである。現在では、加盟国の裁判所と競争当局も反競争的行為の正当化を直接的に判断することが迫られることになるため、EU競争法の統一的な適用の枠組みを構築するために委員会のガイドラインには一層重要な位置付けが与えられるべきである。

2 正当化の内容

(1) 101条3項ガイドライン

まず、委員会のガイドラインが、正当化事由を許容する内容をどのように画しているかを検討する。ここでは、ガイドラインが広範な「公共の利益」を直接に考慮することを認めているのかが問題となる。この点について、そもそも現代化(Modernisation)を実現する過程で、委員会が提言したホワイトペーパー⁸³⁾において経済的アプローチを重視する姿勢が鮮明にされていた。すなわち、ホワイトペーパーは、101条3項の目的について、「制限的行為の経済的評価の枠組みを定めることであり、政治的考慮を理由として競争法の適用を退けるのを許容することではない。」⁸⁴⁾と記述していたのである。そして、101条3項ガイドラインは反競争的行為を正当化事由となる具体的な事実に関して、以下のように述べている。

「共同体の競争法の目的は、消費者厚生を増進して資源の効率的配分を確保する手段としての市場における競争を保護することである。競争を制限する協定は、同時に効率性を向上する競争促進的効果を有することがあり得る。効率性は、製品を生産する費用を低くし、製品の品質を改善し、新しい製品を創り出すことによって追加的な価値を生み出し得る。協定の競争促進的効果とその反競争的効果を上回る場合には、協定は結局のところ競争促進的なのであって共同体の競争法の目的と一致している。そのような協定の最終的な効果は、競

83) *White Paper on Modernisation of the Rules Implementing Articles 85 and 86 of the EC Treaty* Commission Programme No 99/027 OJ [1999] C 132/1.

84) *Ibid.*, par. 57.

争過程のまさに本質を促進すること、すなわち競争者によって提供されるよりも良い製品又は良い価格で提供して顧客を獲得することである。この分析の枠組みは、81 条（筆者注：EU 機能条約 101 条）1 項及び 81 条 3 項において反映されている。後者の条項は、制限的な協定が競争制限の否定的効果を上回るような客観的な経済的便益を生み出し得ることを明確に認めている。⁸⁵⁾

ここでは、「経済的便益」が、「効率性」や「競争促進的効果」という言葉でも表現されている。いずれも EU 機能条約 101 条に対する経済的アプローチを重視したものである。協定の競争促進的効果と反競争的効果を比較衡量して、競争促進的効果が上回る場合に正当化を是認するわけである。そして、自由競争政策以外の様々な政策について、101 条 3 項ガイドラインは、「条約の他の規定によって追求される目的は 81 条 3 項（筆者注：EU 機能条約 101 条 3 項）の 4 つの要件の下で包含され得る範囲において考慮に入れられる。」⁸⁶⁾としている。したがって、雇用や環境といった他の政策目標の考慮は、適用除外の規定の定める競争法の論理に従わなければならないことになる。なお、米国反トラスト法でも、「競争者間の共同行為に関する反トラスト法のガイドライン」において、反競争的行為が正当化されるためには「競争促進的」でなければならないと述べられている⁸⁷⁾。

この点について、委員会において 101 条 3 項ガイドラインの立案担当官であった Lars Kjolbye は次のような見解を示している。すなわち、EU 機能条約 101 条 3 項の下では、そうすることが 4 つの要件をみたす「経済的便益」に「置き換える」(translate) ことができる場合にのみ他の目的は追求され得るとする⁸⁸⁾。そして、「非競争的」(non-competition) な目的を追求するために競争を制限して消費者に損害を与えることを事業者に許容することは、EU 機能条約 101 条を執行する裁判所と競争当局の役割ではないとしている⁸⁹⁾。この立案担当官の見解

85) Article 101 (3) Guidelines, par. 33.

86) Ibid., par. 42.

87) 柳・前掲注 1) 142 頁以下を参照。

88) Kjolbye, *supra* note 45, at 570.

89) Ibid., at 570-571.

は、「非競争的」な目的を直接に考慮すべきではなく、自由競争政策以外の政策目標は「経済的便益」に「置き換える」ことができる限度で考慮されるとするものである。

(2) 水平的協力協定ガイドライン

委員会の経済的アプローチはその後も踏襲されているが、2011年に発効した水平的協力協定ガイドラインにおいては、経済理論に基づいた新たな展開が注目される。すなわち、「市場の失敗」を是正する取り組みについて正当な価値を有すると評価しているように思われる記述がある。なお、2001年の旧ガイドライン⁹⁰⁾においても、既に「経済的便益」のみが考慮されるという立場が採られていた⁹¹⁾が、この新ガイドラインは「市場の失敗」という経済理論を参照して正当化事由の内容を更に具体化したと評価する余地がある。典型的には、ガイドラインは、売れ残り製品があり、市場が非効率であったため、独立した市場調査会社を設立して統計を公表した情報交換の設例に関して、以下のように述べている。

「たとえ当該情報交換が競争への制限的効果を引き起こす危険を生み出すとしても、需要の多い場所に供給を増加させ、需要の少ない場所に供給を減少させることに起因する効率性向上は、潜在的な制限的効果を埋め合わせると見られる。情報は公開かつ集合的な形態で交換され、それは非公開かつ個別的な場合よりも反競争的な危険は低い。よって、当該情報交換は、市場の失敗を是正するために必要な範囲を超えるものではない。したがって、この情報交換は、

90) *Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements* OJ [2001] C 3/2.

91) 例えば、環境協定の文脈において、「第一要件は、協定が商品の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要求している。このような便益は静的又は動的な効率性に関連していることから、それらは『経済的便益』と呼ぶことができる。経済的便益は、競争制限的効果を上回ることがあり得る。例えば、協力によって、企業は、より低い価格でより高い品質の商品又はサービスを提供し、イノベーションをより迅速に生み出すことが可能となる。ほとんどの効率性は、異なった技術又は資源の結合及び統合から生じる。」との記述があった。Ibid., par. 32.

101 条 3 項の要件を充足すると見られる。』⁹²⁾

水平的協力協定ガイドラインでは、この一箇所にのみ「市場の失敗」を是正する取り組みに触れる記述がある。これは、機能不全に陥った市場メカニズムを回復させる「市場の失敗」の是正を正面から肯定的に評価したものと位置付けることが可能である。さらに、このガイドラインにおいては、「市場の失敗」の例として挙げられる「情報の非対称性」や「取引費用」の問題についても記述が見受けられる。例えば、「情報の非対称性」については、情報交換の文脈において、「情報の非対称性の問題を解決し得ることによって、市場をより効率的になし得る。』⁹³⁾としている。なお、「情報の非対称性」に関する経済理論は、ある当事者が他の当事者より多くの情報を有する状況における取引の決定の研究を取り扱うものであるとされている⁹⁴⁾。また、「取引費用」については、標準化協定の文脈において、「標準は、売り手と買い手の取引費用を減少し得る。』⁹⁵⁾とする。この他にも「情報の非対称性」や「取引費用」に関する記述は、各所に見受けられる⁹⁶⁾。このように、委員会は、「市場の失敗」という経済理論を参照することによって、正当化事由の具体的な内容を精緻なものとしようと考えていると見ることも可能である。

3 正当化の審査基準

次に、委員会のガイドラインが、反競争的行為の正当化事由についてどのような審査基準を設定しているのかを検討する。とりわけ EU 機能条約 101 条 3 項の第三要件との関係で、いかなる審査基準を定立すべきかが問題となる。この点について、101 条 3 項ガイドラインは、以下のように述べている。

「81 条 3 項（筆者注：EU 機能条約 101 条 3 項）の第三要件に包含される最

92) Horizontal Co-operation Agreements Guidelines, par. 110.

93) Ibid., par. 57.

94) Ibid., par. 57 n. 1.

95) Ibid., par. 308.

96) Ibid., pars. 97, 312, 323 and 335.

初の審査は、効率性を達成する他の経済的に实际的でより制限的でない代替手段が存在しないという意味において、効率性が問題となった協定に特有のものであることを要求している。この後者の評価をする際には、協定の当事者が直面する市場の条件やビジネスの現実が考慮に入れられなければならない。81条3項の便益を主張する事業者は、仮定の又は理論的な代替手段を考慮することを要求されるものではない。委員会は、当事者のビジネス上の判断を結果論で批判したりはしない。委員会は、現実的で達成し得る代替手段が存在することが合理的に明確である場合にのみ介入する。当事者は、協定へのそのような一見すると現実的でかなりの程度において制限的でない代替手段が、有意に非効率적となってしまう理由のみを説明して明示しなければならない。]⁹⁷⁾

ここでは、正当化事由の審査基準として、「より制限的でない代替手段」(less restrictive alternatives)の有無が指摘されている。米国反トラスト法においても、「競争者間の共同行為に関する反トラスト法のガイドライン」がこの手法を挙げている⁹⁸⁾。しかし、この記述においては「实际的」な代替手段の有無を判断すると述べられたり、「合理的必要」の基準とも言い換えられたりしていることは、先に見た通りである。「より制限的でない代替手段」の有無は、かなり厳格であることを意識してか、正当化事由の審査基準の問題を事案に応じて柔軟に考える姿勢が見受けられるのである。しかも、101条3項ガイドラインは、競争の制限の態様と審査基準の相関関係について、以下のように述べている。

「制限が反競争的であればある程、第三要件の下での審査基準は厳しくなる。典型的適用除外規則においてブラック・リストに挙げられたり、委員会のガイドラインや告示においてハードコア制限として特定されたりしている制限は、不可欠であると考えられる可能性は低くなる。]⁹⁹⁾

97) Article 101 (3) Guidelines, par. 75.

98) 柳・前掲注1) 143頁以下を参照。

99) Article 101 (3) Guidelines, par. 79.

この記述においては、反競争的效果が強ければ強い程、審査基準は厳格になることが示されている。このことは、委員会において101条3項ガイドラインの立案担当官であったLars Kjøbyeによっても確認されている¹⁰⁰⁾。これとは逆に、競争促進的效果が強ければ、審査基準は緩やかになると考えられる。EU機能条約101条3項の第三要件は「変動する基準」(sliding scale)を組み込んでいると評価されている¹⁰¹⁾。ガイドラインは審査基準の問題を柔軟に把握しており、画一的かつ硬直的に考えているわけではないといえる。「より制限的でない代替手段」の有無という厳格な基準のみによれば、妥当な結論を導くためには基準を実際の適用において緩和していく他なくなるが、変動してしまつて審査基準といえるのか疑問である。そもそも反競争的效果と競争促進的效果の度合いは事案によって全く異なるものといえる。結局のところ、反競争的行為の正当化の審査基準の問題は、事案に即した反競争的效果と競争促進的效果の関係によって決まる。そうすると、先に述べた通り、「より制限的でない代替手段」の有無に固執するよりも、反競争的效果と競争促進効果の相関関係によって、事案に応じた審査基準を定立するのが妥当である。

4 小括

(1) 正当化の内容

まず、現在の委員会のガイドラインは、正当化の内容の問題に関しては、経済的アプローチに傾斜しているといえる。自由競争政策以外の様々な政策目標は「経済的便益」に「置き換える」ことができる限りにおいて正当化事由たり得ると考えられる。委員会のガイドラインは、EU機能条約101条3項の解釈を競争法の論理で貫徹しているといえる。この点で、正当化事由の内容の問題は、競争促進的效果を重視する米国反トラスト法へ接近している。現代化規則の発効によって委員会が一元的に適用除外の可否を決定する仕組みは廃止されたが、経済的アプローチによって加盟国の裁判所と競争当局に統一的な適用の在り方が示されると考えられる。そして、この「経済的便益」の具体的内容としては、「市場の

100) Kjøbye, *supra* note 45, at 574.

101) Faull and Nikpay, *supra* note 25, par. 3.441.

失敗」を是正する取り組みについて正当な価値が付与されつつあると解されることが重要である。経済理論を参照して、「情報の非対称性」や「取引費用」などの問題が解決されることが正当化事由として認められていると見る余地がある。

(2) 正当化の審査基準

次に、ガイドラインは、正当化の審査基準の問題に関して、米国反トラスト法と同様に「より制限的でない代替手段」の有無を挙げている。しかし、委員会のガイドラインにおいては、反競争的であればある程、第三要件の下での審査基準は厳しくなることが明示されている。審査基準が事案に即して柔軟に把握されることを鮮明にした表現であるといえる。また、「实际的」な代替手段と述べられたり、代替手段の基準が「合理的必要」の基準に言い換えられたりしていることにも注目できる。今後は反競争の効果と競争促進の効果の相関関係によって審査基準を選択するという事も十分検討に値するであろう。

V 結語

これまでに EU 機能条約の具体的な規定にはじまり、司法裁判所の判例等の規制事例、委員会のガイドラインを総合的に検討してきた。最後に、筆者の見解を反競争的行為の正当化の内容及び審査基準の観点を中心として確認しておきたい。

まず、正当化事由の内容の問題であるが、競争を促進する「経済的便益」に限定するのか、それとも競争を犠牲にして幅広く「公共の利益」を是認するのが問題となる。この点については、EU 機能条約の構造や「政策統合」条項の存在によって衝突の可能性が創出されており、101 条の解釈にも影響を及ぼすことを示唆する見解がある¹⁰²⁾。EU 機能条約は雇用や環境といった多くの目的を有しているのであり、法を適用する際の周辺事情を意識しないで競争のような一つの分野に焦点を絞るのは誤りであるとする¹⁰³⁾。これは、自由競争政策と対立する「公共の利益」を正面から認めるという考え方である。「公共の利益」を実現する

102) Townley, *supra* note 24, at 102.

103) *Ibid.*, at 103.

限度で自由競争政策は後退し、反競争的行為は正当化されることとなる。

他方で、EU 機能条約 101 条 3 項を適用するためには、当該政策目標はその規定の 4 つの要件を充足する「経済的便益」に「置き換える」ことができなければならないとする考え方がある¹⁰⁴⁾。加盟国の裁判所と競争当局が直接的に適用することとなる現代化規則によって創出された執行システムにおいては、この点は極めて重要であるとされる。他の政策目標を促進するために反競争的な協定を許容することは、執行機関や裁判所の役割ではないと指摘する。仮にそのようなことが可能とすると、一貫性のない適用や、解釈が異なる危険性は著しく高まるであろうとされている¹⁰⁵⁾。

また、EU 機能条約 101 条は超国家法であって加盟国の干渉を受けないが、欧州連合を成功させるのに必要な自由競争政策以外の政策ではむしろ加盟国による行動が要求されるとする立場がある¹⁰⁶⁾。すなわち、緊急事態ではない通常時においては、非競争的な目的を達成する正当な手段は自由に参加できるものなのであり、司法が政治過程に取って代わり続ける用意は裁判所にはないであろうとされる。そして、「政策統合」条項を念頭に置いて直接的な効果をもち得ないのならば、それと同じ権利や義務を間接的に創出するために規定を用いることは不適切であろうと指摘する¹⁰⁷⁾。

さらに、非効率性の要素を取り除いて EU 機能条約第 101 条の枠内において目的の比較衡量をやめることによって、法的な明確性、透明性、そして説明責任が増進するという見解がある。様々な目的が追求されるべきことに異存はないが、同条の枠内においてそれらを追求することが法的な明確性を破壊するという¹⁰⁸⁾。競争法の有効性を評価するためには明確で単一の目的をもつことが必要であり、市場経済のグローバル化によって多数の競争法の国家による管轄において遵守することが可能な統一的な規範に収斂していく圧力があるとしている¹⁰⁹⁾。

104) Faull and Nikpay, *supra* note 25, par. 3.406.

105) *Ibid.*, n. 684.

106) Odudu, *supra* note 26, at 166.

107) *Ibid.*, at 167.

108) *Ibid.*, at 171.

109) *Ibid.*, at 172.

このような「経済的便益」に限定する立場においても、「市場の失敗」を是正する取り組みをこれに含めるとい主張は正当化事由の解釈に対する有益な視点を提供するであろう。「市場の失敗」を是正することは、機能不全に陥った市場メカニズムを回復させるものとして、自由競争政策における正当な価値を有しているし、これを「経済的便益」に取り込むことによって事実上は一定の「公共の利益」を達成する妥当な結論を導くことも可能となる。ある論者からは、競争制限的協定がどのように「市場の失敗」を是正するのかを示すために、当事者に当該協定の予期される便益を経済的用語による特徴付けをさせることにより、非競争的要素が開かれた透明な方法で分析され、加盟国の裁判所と競争当局もこれらの事柄を判断できるという議論が提起されている¹¹⁰⁾。また、情報を増大することなどによって「市場の失敗」に関連している場合に、競争促進的效果を有するとして非競争的目的が許容されるとの指摘もある¹¹¹⁾。このように、「市場の失敗」という経済理論を媒介として、正当化事由を「経済的便益」に限定していく立場が是認されるべきである。

次に、正当化事由の審査基準についてであるが、EU 機能条約 101 条 3 項の 4 つの要件はすべて充足される必要があるものの、とりわけ第三要件（目的の達成への制限の不可欠性）における法規範の定立が問題となる。この第三要件については、厳格な「より制限的でない代替手段」の有無に固執するべきではないと考えられる。そもそも反競争的效果と競争促進的效果の度合いは事案によって全く異なるものであり、両者の相関関係に即した審査基準を定立することが望まれる。そこで、第一段階としては、反競争的效果と競争促進的效果の相関関係を判断することによって、次の 3 つの審査基準の中から当該事案に適切なものを選択する。すなわち、厳格な審査基準（目的が必要不可欠で、手段が必要最小限度であること）、中間的な審査基準（目的が重要で、手段が実質的関連性を有すること）、緩やかな審査基準（目的が正当で、手段が合理的関連性を有すること）が念頭に置かれる。第二段階としては、当該事案における具体的な事実認定を通して第三要件の充足についての結論を得ることとなる。このような審査を経ることによって、

110) Monti, *supra* note 69, at 122.

111) Semmelmann, *supra* note 44, at 215.

判断可能な目的・手段の審査基準を柔軟に定立することができ、判断者の裁量の濫用も可及的に防ぐことが可能となり、競争促進の効果の適切な考慮を通して自由競争政策が効果的に達成されると思われる。第二要件と第四要件について具体的な法規範を定立していくのは、今後の課題となろう。

最後に、冒頭に掲げた冷蔵庫の規格についての説例を検討したい。反競争的行為の正当化事由については、EU 競争法においても、米国反トラスト法と基本的には同様の論理が妥当すると考えることができる。正当化の内容の問題については、安全性の確保という「公共の利益」が直接に競争と対置されるわけではなく、あくまで「経済的便益」と評価されるかどうかが、ここでの問題となる。そして、「外部性」といった「市場の失敗」を是正する取り組みと評価されるかどうかが重要である。正当化の審査基準の問題については、EU 機能条約 101 条 3 項の 4 つの要件に該当するかを全て充足していく必要があるが、とりわけ第三要件においては反競争的效果と競争促進的效果の相関関係から審査基準を定立していくべきである。例えば、実質的には価格カルテルの隠れ蓑の場合で反競争的效果が大きく、しかも「市場の失敗」を是正する程度が少ないとすると、厳格な審査基準が定立され得る。この場合には、目的が必要不可欠で、手段が必要最小限度であることが必要となろう。

〔付記〕 本稿は、平成 23 年度科学研究費補助金（課題番号：22・6670）による研究成果の一部である。