The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	EC 競争法原理の生成
Author(s)	武田, 邦宣
Citation	阪大法学. 2007, 56(6), p. 79-147
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54853
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

EC競争法原理の生成

武田邦宣

第一章　はじめに
第二章　伝統的法運用
　第一節　伝統的価値観
　　第一款　市場統合目的
　　第二款　経済活動の自由の保障・競い合いの確保
　第二節　集権的法運用
　　第一款　集権的法運用の功過
　　第二款　三項における非競争的価値の考慮
　　第三款　三項解釈における消費者の位置付け
　　第四款　有効競争概念
第三章　現在の規制基準
　第一節　学説・判例
　　第一款　EC競争法における「合理の原則」論争
　　第二款　裁判所の思考方法・委員会の思考方法
　　第三款　M6事件判決

（阪大法学）56（6-79）1401〔2007.3〕

第二節　ＥＣ競争法原理
第一款　経済目的への収斂
第二款　非競争的価値の考慮方法（V.O.T.O.B. 事件）
第三款　消費者余剰基準
第四章　ＥＣ競争法の特徴・独自性
第一節　一項の違法性判断基準
第一款　目的に基づく一項違反認定
第二款　「感知し得る」影響の質的考慮
第三款　一項における社会政策的考慮①（Albany 法理）
第四款　一項における社会政策的考慮②（Wouters 法理）
第五款　分権化後の競争政策
第二節　ＥＣ競争法の特徴・独自性
第一款　基礎概念の整理
第二款　消費者の商品選択を狭める形での均霑（CECED 事件）
第三款　質的効率性の均霑
第四款　効率性考慮における抑制原理としての「競い合い」確保
第五章　おわりに

第一章　はじめに

（ア）米国連邦取引委員会の委員であった T. Calvani は、米国反トラスト法とＥＣ競争法（ＥＵ競争法）とを比較した上で、世界の競争政策は、一九八〇年代の「対立（conflict）」から一九九〇年代の「協力（cooperation）」を

経て、現在、「収斂（convergence）」の段階にあるとする。[1]

かつてＥＣ競争法は、市場統合が絶対的な法目的として存在する一方、それにかかわらない場面にあっては、「競い合い（rivalry）」を保護する厳格な競争政策を志向するとも、反対に産業政策、社会政策の混入を許す寛容な競争政策を特徴にするとも評価されてきた。つい最近に至るまで、ＥＣ競争法の特徴は、「達成すべき法目的や適用すべき厚生基準（the welfare standard）の不存在」と指摘されていたのである。[2]

しかし現在、競争法の中心的な執行機関であるＥＣ委員会は、「消費者厚生への影響という観点から」事件選択のプライオリティを与えると明言する。[3] ＥＣ競争法も米国反トラスト法と同じ消費者厚生の確保を法目的とするならば、GE/Honeywell 事件を代表とする大西洋を挟んだ対立は、ハードケースにおける必然的「ぶれ」との評価があるかもしれない。[4]

（イ）本稿は、主に水平協定にかかるＥＣ競争法八一条の規制基準の展開を通して、①混沌としたＥＣ競争法の法目的、規制原理が、どのようにして経済分析を基礎とする消費者厚生基準に収斂していったのか、そして現在、②ＥＣ競争法の基準は米国反トラスト法と全く同一のものになったのか、③特色が存在するとしてそれはいかなるものかを、検討するものである。本稿の構成は、以下の通りである。

第二章は、八一条の伝統的な法運用を検討するものである。八一条は、伝統的にオルドリベラルの思想の影響を受け、また加盟国に競争政策を定着させるというプラグマティックな理由から、委員会により集権的に運用された。しかし徐々に集権的法運用の費用の大きさが認識され、そして加盟国の増大は集権的法運用の遂行をもはや不可能にしたのである。第一節では伝統的な法解釈を支えた価値観、第二節では集権的法運用の利点と問題点を検討する。

第三章は、現在の八一条の規制基準を検討するものである。伝統的な法運用に対して、学説は一九六七年の

Joliet 論文を嚆矢として、八一条に経済分析を導入することを主張した。判例も、市場への影響から八一条を検討する立場を支持したのである。第一節ではそのような学説および判例の展開、第二節ではそれらの影響を受けて到達した、八一条の現在の規制基準を検討する。

第四章は、八一条の特徴・独自性を検討するものである。第一節では、委員会が八一条分析において注目する質的考慮、および八一条に社会政策的考慮の可能性を開き得る最近の二判決を検討する。これらは、市場支配力分析から内在的に解決できない価値観が、ＥＣ競争法に存在し得ることを示すものである。第二節では、ＥＣ競争法の基礎的用語をまとめるとともに、ＥＣ競争法の特徴として、消費者余剰基準を基礎としつつも、①消費者の商品選択を狭める形での均霑、②質的効率性の均霑、そして③効率性考慮の抑制原理としての「競い合い」確保という三点を指摘する。

第二章　伝統的法運用

第一節　伝統的価値観

第一款　市場統合目的

ＥＣ条約八一条（アムステルダム条約発効前の八五条）一項は、加盟国間通商に影響を及ぼし、共同市場における競争を妨害、制限、歪曲する目的（object）又は効果（effect）を有する事業者間の共同行為を禁止する。しかしながら八一条三項は、共同行為が次の四つの要件を満たす場合には、一項は「適用されない（inapplicable）」と規定する。第一に、生産もしくは流通の改善に資するもの、又は技術的もしくは経済的進歩に資するものであること。第二に、それら利益が消費者に均霑されること。第三に、必要不可欠ではない制限を参加者に課すものでないこと。

第四に、問題の製品の実質的部分について、競争排除の可能性がないこと（以下、それぞれ「第一要件」ないし「第四要件」とする）。これらのうち、第一要件および第二要件は積極的要件とよばれ、第三要件および第四要件は消極的要件とよばれる。

一項違反は、競争制限の目的又は効果のいずれかを立証することにより、成立する。したがって「協定が競争を妨害、制限、歪曲する目的を有することが一旦明らかになれば、当該協定の具体的な効果が観察できるまで待つ必要はない」[5]。目的による一項違反が認定される場合は、価格協定、産出量協定、地域分割協定などの、いわゆるハードコアカルテルにかかる場合である。ハードコアカルテルに対する厳格な規制は、その内在的な競争制限効果から正当化される。

しかしハードコアカルテルの中でも国境に沿った市場分割協定については[6]、ハードコアカルテルに内在する明らかな反市場効果ゆえに厳格な規制対象にされるとともに、ＥＣの市場統合目的に反することから、絶対的な規制対象となる。一項についてそのような価値観が現れるのは、垂直的制限にかかる場合である。水平的な地域制限とは異なり、垂直的な地域制限には、経済的な合理性や事業活動上の合理性が存在し得る。たとえばディーラー間の水平的外部効果を利用したただ乗りについて、それを防止してブランド内競争を活発化させるという競争促進効果も存在するであろう。しかしＥＣ競争法において、そのような考慮が市場分割を正当化することはなかった。

二〇〇〇年のＶＷ事件判決[7]において、第一審裁判所は、①垂直的な地域制限（並行輸入の禁止）は単一市場の創出というＥＣの基本的目的と衝突するものであり、「それ自体として（by its very nature）」重大な競争法違反行為であるとする。そして②加盟国間の金融政策や会計制度の相違は、たとえそれが行為者に事業活動上の困難を引き起こすものとしても、「市場分割を禁止するという、共同体市場の最も基本的なルール」に違反することを正当化

するものではないと述べる。[8]

前者①は、Consten & Grundig 事件判決[9]をはじめとして、司法裁判所[10]および委員会[11]によって、繰り返し述べられてきたところである。八一条は、EC条約に掲げられた目的の達成、とりわけ「単一市場の完成（the creation of a single market）」のために存在するのである。後者②は、たとえ税制度等にかかる調和の不完全さに対処するためであっても、事業者は市場分割行為を行うことは許されず、積極的に市場統合に寄与することが期待されることを意味する。

一九九二年の域内市場完成に至るまで、市場統合目的はEC競争法の最重要目的であった。市場分割は、EC競争法の最重要目的に反するものとして、厳格に規制されてきた。[12]後にみるように司法裁判所は、効果による一項違反認定について柔軟な解釈を示す傾向にあったが、市場分割については常に厳格な規制対象とした。[13]また理論上、EC競争法においてはハードコア制限にも三項による正当化の可能性が残されるが、実際上、国境に沿った市場分割が、三項により救済されることはなかった。

第二款　経済活動の自由の保障・競い合いの確保

（ア）目的に基づく違法性判断が不可能な場合に、効果に基づく違法性判断が行われる。効果に基づく違法性判断について、伝統的に、委員会は、市場支配力の認定に基づく規制を行うのではなく、当事者の経済活動の自由の保障、当事者間の競い合いの確保を基準とした厳格な規制を行ってきた。このような特徴は、一九九〇年代前半までの非ハードコアカルテルにかかる決定例によく現れる。

一九九二年の Ford/Volkswagen 事件決定[14]では、新型ミニバン生産のための共同出資会社設立が問題となった。

同事件における一項違反認定は、次のような簡単なものであった。まず、①「当事者の資金的能力、技術的能力、研究開発能力を考慮すれば、原則として、二社は独自にミニバンを生産する能力を有する」[15]。そして、②「競争者間の協定は、それが当事者の重要な活動を制約するものである限り（likely to restrict this activity）、すべて競争の重大な制限とみなされるべきである」[16]。また、③本件における当事者はグローバルに活動する自動車メーカーであり、それらの協定は加盟国間通商に「感知し得る程度に（appreciably）」影響を及ぼす[17]。

本決定における一項違反の認定は、市場支配力（マーケットパワー）分析に基づくものではない。②に明確に現れているように、委員会にとって一項違反の競争制限とは、当事者の経済活動の自由を制約することである。また、③から明らかなように、共同行為の感知し得る影響も、共同行為による市場支配力の程度を問うものではなく、加盟国間通商にかかるものである。

経済活動の自由の制約そのものを問題視する解釈の不自然さは、次のようなジョイントベンチャーの例に現れる。すなわち、市場支配力分析を前提とするならば、共同子会社は生産のみを行い販売は親会社が独自に行うという取り決めは、市場が競争的であれば、共同行為の市場への影響を緩和するものとして、積極的に評価されるであろう。しかし委員会によれば、たとえ市場が極めて競争的であっても[18]、販売は独自に行うという取り決め自体が当事者の販売政策の「拘束」として、常に消極的評価の対象となる[19]。

このように経済活動の自由を制約することを競争制限効果と考えるならば、共同行為に広く競争制限効果が認定され、効果に基づく違法性判断といっても、実際には、目的に基づく違法性判断がなされるのと同様に厳格な規制となる[20]。

（イ）委員会によるこのような一項解釈は、自主性の原則と呼ばれ、ＥＣ競争法の基本原理とされてきた[21]。その

源流は、ドイツの「オルドリベラル（ordoliberalism）」学派（フライブルグ学派）の経済思想にあるとされる。[22] オルドリベラルの論者にとって競争政策の目的は、個々の取引主体における経済活動の自由を保障することにある。経済的効率性は、あくまで二次的ないし派生的目的にすぎない。[23]

オルドリベラルの経済原理は、EC統合計画との思想的近似性を前提に、ドイツ出身者を直接的な連結点として、EC競争法に影響を及ぼすことになった。すなわちオルドリベラルは、政治的および文化的自由の前提として、競争政策による経済的自由の確保を目指すが、[24] これは市場統合を政治・経済・文化の調和、融合の基盤にしようとするEC統合の試みと合致する。オルドリベラルによれば、理想の市場環境は経済憲法概念で統合される国家の法体系全体で創出されるが、ECでは、「(準)憲法」たるEC条約により理想の市場環境が創出される。[25] 初代競争政策担当委員であるVon der Groeben のほか、歴代の競争局局長（Director General of Competition）はドイツ出身であり、[26] 市場統合やECの競争政策の遂行に、以上のようなオルドリベラルの思想が影響を与えることになった。

ヨーロッパにおける競争政策の創生・定着において、米国反トラスト法が、戦後政策を通じて大きな影響を及ぼしたことは間違いない。[27] しかしオルドリベラルの影響を受けたEC競争法は、米国反トラスト法の単なる移植・模倣ではない独自性を持ち得た。[28] 個々の取引主体が有する経済活動の自由を重視するオルドリベラルの競争原理が、競争の結果・成果だけではなく、競争の過程・競い合いにも価値を認めるEC競争法の伝統的思考の基礎になったのである。[29]

第二節　集権的法運用

第一款　集権的法運用の功過

（ア）競争政策は、ＥＣの諸政策のうち最も成功した政策の一つと評価される。[30] そして、その成功の大きな理由は、委員会による集権的法運用にあった。委員会の集権的法運用は、先に見たような一項解釈を前提として、①個別適用除外の付与にかかる行政的規制権限と、②一括適用除外規則の制定にかかる準立法的権限に基づいた。

第一に、二〇〇四年のＥＣ競争法の近代化・分権化に至るまで、[31] 理事会規則一七号九条一項により、個別適用除外の付与は委員会の専権とされていた。[32] 現在であれば、閣僚理事会が委員会に対して、三項の適用権限を専権させることは考えられないと評される。各加盟国における競争政策の重要性の低さから、共同体における競争法への関心は必ずしも高くはなかったのである。しばしばＥＣにおける政策は、加盟国利害の調整機関たる閣僚理事会と、国家利益を超越した共同体利益を追求する委員会との政治力学で決定されるが、こと競争法分野については、委員会は共同体利益のみを考えた政策遂行が可能になった。

第二に、一括適用除外規則の制定権限は、個別適用除外を求める多数の届出処理に苦しむ委員会を救済するために、閣僚理事会が委員会に付与したものである。規則一七号の発効による四〇、〇〇〇件の届出のほとんどは、垂直的制限にかかるものであった。そのため閣僚理事会は、まず垂直的協定等にかかる一括適用除外の制定権限を委員会に付与した（Council Regulation 19/65）。同閣僚理事会規則に基づく排他的取引協定にかかる一括適用除外規則（Commission Regulation 67/67）は、上記四〇、〇〇〇件の届出のうち、二五、〇〇〇件を救済したという。

個別適用除外の付与権限と同様に、閣僚理事会がこのような準立法権限を委員会に与えることは異例と評される。[33] 三項の届出が増加するにつれ、閣僚理事会規則およびそれに基づく一括適用除外規則は増え続けた。委員会に

よる伝統的な一項解釈の隠れた動機が、準立法権限の維持・拡大に存在したとの評価すらある。[34]

（イ）元来、ヨーロッパにおいては「競争」ではなく「協調」による経済政策に理解が示され、強制カルテルを含め、経済政策において事業者間協力が、むしろ積極的に利用されたという歴史を有する。[35] また、ＥＣＳＣ条約（パリ条約）は競争法規定を有したものの、積極的に運用されることはなかった。[36] このように競争政策に馴染みのないヨーロッパにおいて、委員会は、集権的に八一条を運用することにより、加盟国や産業界に競争政策・競争法を定着させることができた。[37] 委員会の伝統的解釈手法には、オルドリベラルの競争原理の裏付けに加え、ヨーロッパにおける競争政策の定着というプラグマティックな理由が存在した。[38]

しかし競争政策の定着および加盟国の拡大にともない、委員会は、届出にかかる事務処理にさらに忙殺されることになった。委員会には、年間約二〇〇ないし三〇〇件に及ぶ個別適用除外を求める届出がなされ、届出処理は、DGIV（現在のDG Competition）の事務量の多くを占めた。[39] とりわけ多大な労力を要したのが、官報（Official Journal）での公表に伴う、域内言語（現在二〇言語）への翻訳作業であった。[40] 従来、正式の個別適用除外が付与されるまで平均一八ヶ月を要し、[41] 正式決定の付与件数は年間一〇件以下にとどまった。そのような手続的非効率の問題は、非公式な「安心レター（comfort letter）」や一括適用除外規則における「異議手続（opposition procedure）」等により徐々に改善され、一九九九年には付与件数は七〇件近くとなったものの、それでも年間処理事件の一〇％に過ぎなかったとされる。[42] 実体基準の変更を伴わない手続改善は、さらに多くの届出がなされるというジレンマを生んだのである。[43] 届出が放置されることも多く、ＪＣＢ事件[44]は、一九七三年になされた個別適用除外の申請が、約三〇年間放置された事例である。

正式事件が限られる状況で、非ハードコア型の共同行為について、規制基準の明確化を期待することは不可能で

あった。[45] 他方、ハードコアカルテルについて届出がなされることはもちろんなく、届出処理の事務作業は、ハードコアカルテルの規制や国家独占廃止後の市場支配的地位の濫用規制といった、政策的にプライオリティーが与えられるべき課題にかかる委員会のエンフォースメント能力を削ぐことになった。[46] さらに加盟国の拡大は状況を深刻にしたのである。

（ウ）当初、事業者にとって、集権的法運用は一定の法的安定性を事業活動に与える効果を有した。域内における競争法が収斂していない段階において、事業者はワンストップショッピングの便益を得ることができたのである。しかし競争法の定着とともに、むしろ届出にかかる費用が大きく認識されることになった。

すなわち正式事件が限られる状況において、事業者は、法的不安定性の問題に直面した。正式決定が下されていない段階において、加盟国裁判所に一項違反を理由とする私訴が提起された場合、加盟国裁判所は、一項非違反または三項非該当が明らかな場合のほかは、委員会による三項審査を待つか、司法裁判所に先行判決を求めることが必要となった。[47] 後に見るように、委員会による三項解釈には裁量が見られるものであった。決定、判決がなされるまでの間、共同行為は法的に不安定な状態に置かれることになった。逆に、私訴の被告である共同行為参加者が、委員会への届出を利用して、加盟国裁判所における訴訟手続を遅延させることも問題となった（ユーロ・ディフェンス）。これらは集権的法運用の機能不全を示す。また共同行為に正式の適用除外が付与される場合であっても、適用除外に付される条件・義務が、共同行為参加者の当初の期待利益およびそのバランスを損なうことが問題となった。[48] 適用除外の付与に必要とされる条件・義務は、事後的交渉による参加者の機会主義的行動を誘発する可能性を有するのである。

規則一七号の発効当初、適用除外を求める届出はほとんどが米国事業者によるものであった。域内事業者には競

争政策に対する深い理解がなく、集権的法運用を必要とする素地が存在したのである。しかし競争政策がＥＣに浸透・定着するにつれ、集権的法運用のベネフィットは薄れ、委員会および事業者の双方にとって、届出制度にかかる費用の大きさが認識されることになった。

事業者の中には、再交渉を要請する規制問題を避けるために、[49]届出を回避する事業者や、正式決定よりもむしろ安心レターを望む事業者も存在したと言われている。[50]さらには実体的に、水平制限につき企業結合を利用し、また垂直制限につき委託販売形式を利用するなど、そもそも八一条の適用を回避しようとする者が現れるようになった。[51]過度の集権的法運用は、補完性原則に反すると共に、企業の経済活動を制約し、ヨーロッパ産業の競争力を削ぐものと評価されるようになったのである。

一括適用除外規則は、個別適用除外制度にかかる費用を回避するための法制度であった。一括適用除外規則には、規制の明確性を確保するものとして、一定の評価が与えられる。[52]しかし八一条が事業者の経済活動の制限そのものを問題にする以上、①その対象・内容は、際限なく拡大せざるを得ず、[53]そのために、②規則間の不整合が問題となったほか、[54]③事業者から共同行為設計の自由を奪うことが問題となった。③は、一括適用除外規則における「白条項の誘導効果」や「拘束効果（straitjacket effect）」[55]と呼ばれてきたものである。

第二款　三項における非競争的価値の考慮

（ア）委員会は、伝統的に、一項とは異なり三項については寛容な解釈を示し、多くの共同行為を救済してきた。三項の四要件は法文上明確である。そこで、これらを厳格に解釈するならば、一項の厳格な解釈と相まって、多くの共同行為が、市場への影響の有無にかかわらず禁止の対象になってしまうおそれがある。しかしこのような懸念

は杞憂であった。一九八〇年代に至るまでの委員会解釈は、以下のようなものであった。

委員会は、一九六〇年代および一九七〇年代には、異なる加盟国に属する企業間の共同行為に対して積極的評価を与える解釈を示した。一九六〇年代における多くの共同行為は、これにより救済されることになった。三項における市場統合目的の実現である。

また委員会は、①石油ショックによる不況産業救済が課題となった一九七〇年代後半以降、「必要なリストラを促進する産業政策（an industrial policy）」が必要として、[56] 斜陽産業になった繊維、化学、鉄鋼、造船等の重厚長大産業における構造調整を三項において積極的に評価したほか、②日米欧三極間の経済覇権競争が加熱した一九八〇年代には、米国企業および日本企業に対する域内企業の国際競争力強化を重視して、ハイテク産業における共同行為を積極的に評価した。一九八四年のBPCL/ICD事件決定[57]や、一九八七年のENI/Montedison事件決定[58]は前者の例であり、一九八六年のOptical Fibers事件決定[59]や、一九八八年のOlivetti/Canon事件決定[60]は後者の例である。

（イ）一九七〇年代後半以降における三項解釈は、委員会が、市場統合の進展に伴い、競争政策の存在意義にかかる問題に直面し始めたことを示している。市場統合が深化・拡大する中で、競争政策と他の共同体政策との対立および調整問題が顕在化する。[61]「競争政策と域内市場完成との相互依存関係」[62]に起因するこの問題は、以降、委員会に、ＥＣ法における競争政策・競争法の存在意義を問いかけ続けることになった。

同問題に対する委員会の解答は、上記決定例が示唆するように、競争政策、市場原理を万能のものとは考えず、競争政策と共同体の他の諸政策との積極的調整を、三項における委員会の責務と考えるものであった。その背景には、ＥＣ停滞の時代において、共同体の諸政策と緊張関係が生ずるような形にて、厳格な競争政策を遂行することが困難であったという政治的理由も存在しよう。

しかし根本的には、競争政策、市場原理への一定の留保があった。一九七九年の第九次競争政策報告書は、経済・社会正義実現のためには、競争法を他の共同体政策と関連させて適用することが必要であり、「市場は生産性向上および企業の競争力強化以外の目標を達成するものではない」として、市場の限界を認識する。[63] 一九七〇年代後半以降、米国において市場機能に万全の信頼を置くシカゴ学派が澎湃とする一方で、ヨーロッパにおいては市場の価値を認めようとしながら、むしろ市場の限界が認識されたことは興味深い。委員会の三項判断に対する司法審査は「明白な評価の誤り（manifest error of assessment）」が存在する場合のみとされ、[64] 委員会は、三項解釈において、政策間調整を積極的に行うことが可能となった。

（ウ）もっとも子細に眺めれば、競争政策と他の政策間において、委員会が常にむき出しの衡量を行ってきた訳ではない。非競争的価値観を、①市場の構造調整や企業の国際競争力強化を積極的に評価する産業政策的考慮要因と、②エネルギー政策、[65] 雇用政策、[66] 環境政策[67]などの社会政策的考慮要因とに分けるならば、三項の適用除外付与に決定的意味を有してきたのは、前者であった。すなわち、決定例において社会政策的考慮がなされたのは、それが産業政策的考慮を伴うか、または競争政策的、産業政策的な説明を行うことが可能な場合に限られる。

たとえば一九八四年の Synthetic Fibers 事件決定[68]は、共同の生産設備調整について、労働者の再教育や再配置等の観点から、設備調整の社会的影響を緩和するものと評価する。これは社会政策的考慮に見える。ただし同評価は、設備調整により各企業が得意製品に集中することで生産上の効率性が達成され、また研究開発能力を高めることになるという産業政策的考慮を伴うものである。[69] また、しばしば環境問題の考慮がなされた例と指摘される Assurpol 事件決定[70]は、環境問題にかかる再保険制度の設立が問題となった事例であるが、そこで評価されたのは新市場の設立である。[71]

そもそも②の社会政策的考慮については、第一要件の法文による制約がある。すなわち非競争的価値が考慮の対象になるのは、それらが生産・流通の改善、技術的・経済的進歩に資する場合に限られる。委員会によれば、第一要件の意義は、自由競争が「経済的視点からみて（economically speaking）」最適の結果を生み出すことができない場合を救済する点にある。[72] 社会政策的考慮要因は、経済的フィルターを通して、はじめて斟酌の対象となる。たとえば環境問題の改善も、生産・流通の改善、技術的・経済的進歩を判断する「要素（a factor）」なのである。[73] 三項において、社会政策的考慮要因がむき出しに考慮の対象となることはなく、また決定例もそうであった。

第三款　三項解釈における消費者の位置付け

以上のような一九七〇年代、一九八〇年代の三項解釈において、消費者均霑要件は、極めて消極的意味を有するだけであった。同時期の多くの決定例において協定、契約から期待される経済的利益そのものが消費者の利益と評価されたほか、[74] 以下のように消費者均霑要件が明らかに無意味化された事例も存在した。

たとえば、上で言及した Synthetic Fibers 事件決定[75]は、次のような二つの評価を行った。第一に、各製品市場について十分な数の生産者が残されており、消費者には選択の自由が残され、かつ国内市場において独占となる危険性はない。[76] 第二に、「たしかに設備調整協定は需要者に対して短期間の価格上昇をもたらすかもしれないが」、需要者の価格交渉力からその程度は限定的であるし、また過大な価格引き上げに対しては他のメーカーへの乗り換えも可能である。[77] ここでは消費者に対する価格引き上げが、評価の前提となっている。

また、同様に競争者間の共同設備調整・生産の専門化が問題となった、一九八四年の BPCL/ICD 事件決定[78]では、消費者均霑要件に対する委員会の考え方がより明瞭に示されている。同事件における経済的利益は、①生産の専門

化による規模の経済性達成、また②不採算部門撤退による余剰資金を用いた、研究開発投資の可能性である。[79] そして固定費用の割合が高い産業において、とりわけ前者①の生産上の効率性は、「単位当たり費用」の低下をもたらすとする。[80]

このような記述は、消費者に対する効率性の現実的均霑、すなわち価格低下を示唆するように見える。しかしながら固定費用の削減が、少なくとも短期的に価格低下を意味しないことは明らかである。むしろ委員会は、「協定実施そして工場閉鎖後の関連製品にかかる価格上昇は、稼働率向上に伴う単位当たり費用の減少にもかかわらず、必然かつ不可避である」とする。

結局のところ、本件の評価において決定的に重要であったのは、生産上の効率性達成ではなく、生産製品の棲み分け（専門化）による当事者間の競争圧力緩和であった。当事者に「通常の利潤率」を保障し、さらには研究開発投資のための「十分な利潤」を保障することが、[81] 本件において評価の対象となったのである。消費者は短期的には明らかに市場支配力の弊害を受け、中長期的にも研究開発の恩恵を受けうるか全く明らかではない。これら事例における消費者均霑要件は、積極的要件としての性格付けを完全に失っている。[82]

第四款　有効競争概念

上で見たような、市場支配力を前提とした消費者均霑要件の解釈は、第四要件の解釈からも明らかである。一九七〇年代、一九八〇年代の決定には、三項の第四要件において「有効競争（workable competition）」概念に言及するものがある。

たとえば一九八七年の Enichem/ICI 事件決定[83]は、市場が寡占化傾向にある状況では、「市場構造、市場行動、そ

して市場成果の点において」共同子会社設立の競争への影響は大きいが、しかし域内に強力な競争者が存在することに鑑みれば有効競争は機能しており、競争の実質部分が排除されることはないとする。[84] 本件には、有効競争を「短中期におけるマーケットパワー（market power）の行使」を抑制するものと言及する箇所もあるが、[85] 共同子会社による市場支配力強化の可能性を前提にした分析を行う。[86] また同様に有効競争概念に言及する他の決定例においてもそうである。[87]

そもそもＥＣ競争法において、有効競争概念は、選択的流通制度にかかる一九七七年の Saba/Metro 事件判決[88]に初めて登場したものであった。同事件において司法裁判所は、同概念を「条約の基本的要請を遵守しかつ条約の目的を達成すること、とりわけ加盟国市場と同じ条件を備えた単一市場を完成することに必要な程度の競争」と定義する。[89] 司法裁判所は、①価格競争に影響を及ぼす選択的流通制度を是認するために同概念を持ちだしており、また②「workable competition」と「effective competition」概念とを表現上区別する。[90] 有効競争（workable competition）については、市場支配力を抑制するにたる実効的な競争（effective competition）との同義性が問題になることがあるが、ＥＣ競争法における有効競争概念は、市場支配力の発生を前提にして、三項の第四要件を限界付けるものとして登場したのである。

論者の中には、三項における有効競争概念を、産業組織論上の「有効競争理論」の導入と理解するものがある。有効競争理論は「競争をそれ自体で目的とするものではない」経済理論と理解し、よって三項に競争政策以外の価値観を持ち込むことが可能になると主張するのである。[91] このような解釈の是非を含め、三項における有効競争概念の意味が明確に定義されることがないまま、一九九〇年代になり、委員会による第四要件の解釈に、有効競争概念が登場することはなくなった。

第三章　現在の規制基準

第一節　学説・判例

第一款　EC競争法における「合理の原則」論争

（ア）以上のように委員会は、①一項を厳格に解釈することで集権的に法運用を行い、市場統合を推進し、ヨーロッパに競争政策を定着させることができた。そして②市場支配力の発生を前提とした三項解釈を行うことにより、産業政策的な価値観の現実的な考慮を行うことができた。②は、いわゆる生産性の政治の現れであり、社会全体のパイを大きくすることにより、自由市場体制、競争政策定着の緩衝材となる実際的機能を果たしたと言えよう。そして、①と②の論理的矛盾は、集権的法運用においてのみ、その綻びを見せずに済んだのである。それでは、このような伝統的実務に対する、学説および司法裁判所の態度はどのようなものであったか。

学説上、この問題は、米国反トラスト法理になぞらえて、一項における「合理の原則（rule of reason）」導入の問題として論じられてきた。同問題にかかる先駆的かつ基本的文献は、一九六七年にR. Joliet が公表した THE RULE OF REASON IN ANTITRUST LAW である。[92] Joliet は法務官としての活躍の後、司法裁判所判事に任ぜられることになる。Joliet は、経済活動の自由（自主性の原則）を重視する委員会の一項解釈はドイツ・カルテル法を継受するものであるが、[93] そのような解釈は、以下の理由から不適切とする。[94]

すなわち、まず、①ドイツ法がそのような解釈を許すのは、同法が水平的制限と垂直的制限とを区別した上で前者にのみ厳格な規制を及ぼすからであり、水平的制限と垂直的制限との区別を持たない八一条にそのような解釈を持ち込むならば、垂直的制限を過度に規制することになる。また、②水平的制限についても、契約概念を前提とす

るドイツ法の解釈を持ち込むならば、暗黙の合意に基づく共同行為を規制することができないが、一項の法文がそのような狭い解釈を志向していないことは明らかである。さらに、③三項の第四要件については市場への影響を見るという解釈に異論がないのであり、一項と三項との解釈の統一性を確保するためには、一項についても市場への影響に基づく判断が必要である。

Joliet は、一項の解釈にあっては米国反トラスト法における合理の原則を参考にすべきであり、経済分析に基づき、市場への影響から判断を行うことが必要とする。[95] そして後にみるＳＴＭ（Societe Technique Miniere）司法裁判所判決は、明らかにそのような解釈手法の必要性を認めたものと理解する。[96]

以上のような Joliet の主張は、垂直的制限（とりわけ排他的取引）を例として、委員会解釈の問題点を指摘するものであった。委員会への批判は、このように主に垂直的制限規制を巡り開始されたが、水平的制限を含めた一項の解釈全体について、さらには集権的法運用のあり方そのものについて、議論を喚起することになった。[97]

（イ）続く学説は、一項に何らかの経済分析、市場分析が必要である点においてはほぼ一致する。[98] しかし、一項に「合理の原則」を導入すべきとする Joliet の主張については、意見が分かれた。議論は極めて複雑であるが、[99] その大きな理由は、米国法における合理の原則に対する理解の相違である。しかしそのような比較法的理解の問題を別にして、議論の実質を見るならば、意見の対立点は、三項において非競争的価値観の考慮を認めるか否かにあった。

Joliet によれば、競争制限効果と競争促進効果との比較衡量は一項において終了し、三項は非競争的価値観を考慮する政治的決定の場となる。このような立場によれば、①一項は競争促進効果を十分に斟酌できるほど柔軟であるのに対して、三項の厳格な法文は競争促進効果の十分な考慮を許容するか疑問であり、[100] また②三項の「ことがで

きる（may）」との法文は非競争的価値観の裁量的解釈を前提とするものである。さらに、③三項の適用が委員会の専権となっていることは、三項の政治的性格を示すものとする。[101]

これに対して三項における非競争的価値観の考慮を否定する立場によれば、一項は競争制限効果の認定を行う場であり、三項は競争促進効果との比較衡量を行う場となる。[102] このような立場によれば、①一項a号以下の例示はそれらについて一項違反を前提とするものであり、それら例示を救済する場は三項以外になく、[103] ②三項の「ことができる」との法文は、政治的な裁量を認める趣旨ではなく、複雑な経済的諸条件の評価について委員会の解釈の幅を認めたものに過ぎない。さらに、③三項の適用が委員会の専権となっていることについては、閣僚理事会規則が、上位法であるローマ条約の解釈を規律することは不合理とする。

かつて学説は、一項が経済分析を行う場であるのに対して、三項は再び経済分析を行う場になってはならず、[104] 三項は非競争的価値観を考慮する場であるべきとする前者の立場が有力であった。[105] ECの政治的性格から、競争法における、非競争的価値の考慮は不可避と考えられてきたのである。そして学説の多くは、三項を非競争的価値観の考慮の場とする以上、その適用権限は委員会の専権であるべきと論じてきたのである。[106]

第二款　裁判所の思考方法・委員会の思考方法

（ア）司法裁判所が市場統合に大きな役割を果たしてきたことは、しばしば指摘されてきたところである。[107] EC法では、立法機関である閣僚理事会の政治的性格に起因して法の欠缺が生じやすく、また多数言語表記は法文解釈の対立を多く生む。[108] EC法の展開に司法判断は不可欠であり、また欧州議会が民主的正当性の契機を与え得ない分、司法判断の重みは大きかった。

ＥＣにおける競争政策は、市場統合にかかる道具の一つであった。そのためにＥＣの萌芽期、また一九七〇年代の欧州硬化症と呼ばれたＥＣ停滞の時代において、司法裁判所は、前文、第一条、および法の一般原則に依拠した目的論的解釈にしたがい、[109] 委員会の競争政策を積極的に後押しした。

そのような判例として、① Consten & Grundig 事件判決、② Italy v. Commission 事件判決[110]を指摘することができよう。①は、先に見たように一項における市場統合目的の絶対性を示して、委員会決定を支持した判決であり、②は、一括適用除外にかかる理事会規則（Council Regulation 19/65）の有効性を争ったイタリアの訴えを退けた判決である。偶然ではあるが、両判決は、いわゆる空席政策の危機の中の同日に下された。同判決は、競争法により市場統合を行おうとする裁判所の態度の表れであった。[111] 両判決は、市場統合推進者としての裁判所の存在感を示すとともに、DGIV の志気を大きく高めることになったといわれる。[112] ＥＣにおいて競争政策を定着させたのは、委員会による集権的法運用と、市場統合の道具として、それを支えた司法裁判所判決であった。[113]

（イ）このように司法裁判所は、とりわけ初期の判例において、委員会の競争政策を支持する判決を下した。しかしながら、効果に基づく一項違反の認定基準については、委員会による自主性の原則とは異なり、問題の協定を超えた市場への影響を考慮すべきと論じてきた。

たとえば Consten & Grundig 事件判決は、効果に基づく一項違反について、「当事者間の競争」を制限するのみだけではなく「当事者（の一方）と第三者間の競争」を制限することによっても成立すると述べる。[114] また、排他条件付取引について、市場における同種取引の並行実施を検討する一連の判決は、[115] 自主性の原則からは説明できないものである。

これら判決が、一項における市場支配力分析の導入を要請するかは、必ずしも明らかではない。学説上は、判例

がブランド内競争の制限のみに注目しており、ブランド間競争を検討しない（結局、市場競争への影響を検討しない）として、懐疑的な意見もある。[116] しかし少なくとも判決が、協定参加者の活動だけではなく、市場への何らかの影響を考慮すべきと主張していることは明らかである。[117]

（ウ）さらにＳＴＭ事件判決[118]は、排他的契約は当事者の取引先選択の自由を制限し必然的に一項に違反するとの委員会の主張を退けた上で、[119] 一項における市場分析のあり方について、以下のような重要な判断を示している。「問題となっている競争は、協定がなければどのような競争状況になるのかという、現実的なコンテクストにおいて理解するべきである。とりわけ協定が、事業者による新市場（a new area）の参入に真に必要に見えるならば、競争阻害の存在は疑わしいものになろう」。[120] ここで示される考え方は、協定前後の市場状況を比較することより、一項違反を認定すべきというものである。協定前よりも市場状況が改善される場合には、協定が禁止されることはない。

このような司法裁判所の思考方法は、委員会の伝統的な思考方法とは異なっている。たとえば自動車用バッテリーの研究開発が問題となった BBC Brown Boveri/NGK 事件決定[121]では、ＮＧＫ社が、問題の共同行為を通して BBC Brown Boveri 社の技術にアクセスすることにより、同社の潜在競争者になると認定する。[122] このような委員会の思考方法は、「事後的な（ex post）」思考と批判されてきたものである。[123] ＳＴＭ事件判決の考え方によれば、本件におけるような場合には、一項違反が認定されることはないであろう。

司法裁判所が問題の共同行為が「ない場合」を比較対象とするのに対して、委員会は、問題の共同行為が「ある場合」を前提として、より競争制限的ではない共同行為の可能性を探る傾向があった。しばしば委員会決定は、潜在競争関係の認定が現実的ではないと批判されてきたが、このような思考方法に起因するものと言える。

第三款　Ｍ６事件判決

（ア）一九八九年に設置された第一審裁判所（ＣＦＩ）は、一項における市場分析の必要性を、より一層明確に示すようになった。しかも司法裁判所による上記判例が全て垂直的制限にかかるものであるのに対して、第一審裁判所は、水平的制限についても市場への影響を考慮する必要性を示す。

一九九八年の European Night Services 事件判決[124]は、その例である。域内の鉄道会社四社による列車の共同運行事業に、個別適用除外を付与する決定がなされた[125]。その決定が争われたのが本件である。第一審裁判所は、一項の判断においては、問題の協定が価格協定や市場分割などの明白な競争制限条項を含まない限り、「現実の市場状況」を精査する必要があるとする[126]。その上で、法的規制がないことだけを理由に潜在競争関係を認定する委員会決定を批判して[127]、本件において、必要な投資額や規模の経済性の存在という現実の経済状況を考慮するならば、当事者間に潜在競争関係はないとする[128]。結論として、本件はそもそも一項に違反する場合ではないとする。

本件について注目されるのは、次の判示である。判決は、明白な競争制限条項について、「競争促進効果（their claimed pro-competitive effects）との比較衡量が行われるのは、八五条三項の枠組みにおいてのみ」とする[129]。これを反対解釈すれば、それ以外の制限については、一項において競争制限効果と競争促進効果との比較衡量を許すということになりそうである[130]。

（イ）学説には、このような理解に基づき、同判決を一項に市場支配力分析を導入するものと評価するものがある[131]。①「競争制限効果」をブランド内競争の制限効果、②「競争促進効果」をブランド間競争の促進効果と考えて、両者をあわせて市場支配力分析と見なすのである。これにより本件を、自主性の原則に依拠する委員会決定、またブランド内競争のみに注目する司法裁判所判例からの転換と位置付ける。

しかしこのような理解は、まず、論者自身が認めるように、競争制限効果を市場支配力の形成とする、通常の経済学的用法とは異なるという問題がある。[132] また、明白な競争制限の場合とそれ以外の場合にかかる分析の差異も、少々技巧的に過ぎよう。

実は、論者は「競争促進効果」をブランド間競争の促進効果として、それを市場支配力認定の一要素とするが、しかし次に見るＭ６事件判決は、ＥＣ競争法における「競争促進効果」とは、市場支配力発生を前提とした経済的成果であることを示唆する。本件上記判示は、明白な競争制限、すなわちハードコア制限に対して厳格な規制態度を示すレトリックとして理解することができる。競争促進効果はいかなる協定についても三項で検討対象であるが、ハードコア制限については、原則、一項違反を認定してよい。このような混乱に見られるように、ＥＣ競争法においては、重要概念に明確な定義が与えられぬまま議論が進められる傾向があった。これは正式決定、判例の少なさに起因するものであり、集権的法運用による弊害の一つであった。

（ウ）二〇〇一年の Metropole Television（Ｍ６）事件判決[133]は、そうした状況において競争法の重要概念に明確な定義を与え、八一条の解釈基準を明確に示した重要判決である。フランスの通信、放送事業者六社による域内向けデジタル衛星放送事業に、個別適用除外を付与する決定がなされた。[134] 決定は、共同事業そのものは（無条件で）一項に違反しないとする。問題となったのは、共同事業に付随する個別条項であった。第一に、競争避止条項については、三年間に限り、一項に違反することがないとされた。第二に、番組の優先的ないし排他的供給にかかる二つの条項については、三年間に限り、個別適用除外が与えられるとされた。それらについて当事者が取り消しを求めたのである。

まず当事者は、一項における「合理の原則」の存在を主張する。合理の原則にしたがえば、「競争制限効果より

も競争促進効果がまさるならば（if it has more positive than negative effects on competition）」一項に違反することがない。[135] そして問題の条項は、これまで Canal+ 社が七〇％のシェアを占めるフランスの有料テレビ市場に新規参入を可能にするものであり、競争促進的とする。

この問題について第一審裁判所は、一項における合理の原則の存在を否定する。たしかに上記 European Night Services 事件判決など過去の判例は、一項における「柔軟な（flexible）」解釈の必要性を説く。しかしそれら判例は、共同行為参加者の経済活動の自由を制約する（自主性の原則）だけでは一項に違反しないことを示すだけであり、一項において競争制限効果と競争促進効果との比較衡量を許容するわけではない。[136] 三項の法文は、四要件における競争制限効果と競争促進効果との比較衡量を規定しており、一項においてそのような比較衡量を行うならば、三項の存在意義が失われてしまう。[137] その上で、たとえば本件における番組の排他的供給条項について、現実的な市場状況を検討するならば、競争者による番組へのアクセスを妨げるものであり、一項違反は明らかとする。[138]

（エ）次に当事者は、ＥＣ競争法上「付随的制限（ancillary restriction）」の法理が存在すると主張する。[139] そして、とりわけ競争関係にない事業者の新規参入にかかる場面において、同法理の適用は明らかとする。番組の排他的供給条項は共同事業に付随するものであり、共同事業そのものが一項に違反しない以上、付随する個別条項も一項に違反することはないと主張する。

この問題について第一審裁判所は、付随的制限を「主要な事業の実行に直接に関連し（directly related）かつ必要な（necessary）制限」とする。同要件のうち、直接関連性は、①「副次性（subordinate）」および②「明白関連性（an evident link）」から理解され、必要性は、③「客観的必要性（objectively necessary）」および④「比例性」から理解される。[140]

これら要件の具体的考慮のあり方について、第一審裁判所は、次のように述べる。付随性の判断においては、問題の個別条項が主要事業のビジネス上の成功に必要不可欠か否かを問うのではなく（そのような考慮は三項の問題）、問題の個別条項がなければ主要事業がそもそも成立しないかを問う。[141] 付随的制限の例は、事業譲渡における競争避止条項である。競争避止条項がなければ事業譲渡そのものが行われないのであれば、付随的と評価される。[142] これに対して本件における番組の排他的供給条項等は、七〇％の市場シェアを有する Canal+ 社との競争上必要不可欠というのであるから付随性の問題ではなく、三項における問題である。[143] これは付随的ではないが、主要事業に「直接に関連する（directly/inextricably linked to）」条項である。[144] 決定が一項ではなく三項で処理することに問題はない。

（オ）本件は、八一条の基本構造および基礎概念について、その内容を明確にする。

第一に、判決は、一項を競争制限効果分析の場とし、三項を競争促進効果考慮の場とする。このような峻別は、学説においてはもちろん、最近に至るまで、委員会においても混乱があった点であった。[145] 判決はこの問題に明確な解答を与える。そして一項における競争制限効果分析については、自主性の原則を明確に否定して、市場状況の精査を要請する。これは一項における市場支配力分析導入を示唆するものである。

第二に、判決は、三項における競争促進効果の意味、およびその考慮のあり方を明確にする。司法裁判所および第一審裁判所は、三項を非競争的価値観考慮の場であることを示唆してきた。[146] また先に見たように、学説においても、三項に非競争的価値観の考慮を認めるものが有力であり、その範囲についても、社会政策的考慮等、その範囲が拡大されて論じられることがあった。しかし本判決は、非競争的価値観の考慮は三項の要件に合致する場合のみという、法文の限界を確認する。これにより多くの社会政策的考慮が、三項における考慮の対象外におかれる結果となるであろう。

第三に、第一審裁判所は、ＥＣ競争法における付随的制限法理の存在・定義を明確にする。判決によれば、付随的制限とは、その一見した競争制限効果にもかかわらず、それがなければそもそも主要な事業が行われない個別条項である。個別条項の事業活動上の必要性は、付随的制限の問題ではない。また付随性の判断においては、比例性の審査を行うが、競争制限効果と競争促進効果との比較衡量を行うわけではない。これらはすべて三項（とりわけ第三要件）にかかる問題である。

第二節　ＥＣ競争法原理

第一款　経済目的への収斂

（ア）委員会による伝統的な八一条解釈に修正を迫ったのは、以上のような一連の司法判断であった。とりわけＭ６事件判決は、一九九二年の域内市場統合後における、一項解釈のフレームワークを規定するものであった。

域内市場完成に至るまで、市場分割、並行輸入阻害が、ＥＣ委員会による規制の多くを占めていた。しかし市場統合は、それら規制の重要性を低くする。[147] 市場統合という「導きの星（lodestar）」を失ったＥＣ競争法は、その存在意義および規制原理にかかる問題に、これまで以上に向き合うことになった。[148] とりわけ一九八六年の単一欧州議定書（ＳＥＡ）が産業政策を共同体目的と明示し、また環境や社会問題における委員会権限を拡大したことは、ＥＣ競争法における、産業・社会政策的考慮の可否を正面から問うことになった。[149]

そしてそれら問題に対して第一審裁判所が与えた解答は、上で見たように、①一項については市場分析を要請し、②三項については、法文による考慮の限界を認識するというものであった。

もっともこれら判例の流れは、一九八〇年代後半以降における、委員会実務の大きな流れに沿うものであった。

届出処理に忙殺されていた委員会は、一九八〇年代後半以降、徐々に従来の八一条解釈を実体的に見直すようになっていったからである。そして、むしろこのような委員会の法解釈・法運用の転換が、とりわけ第一審裁判所設置後の判例に強い影響を与えたとの評価もなされる。[150] M6事件判決は、一九九九年の委員会の近代化白書[151]の立場を追認したものとも読めるのである。

判例が一項における自主性の原則を否定して市場分析基準を要請したことが、結果として、一九八〇年代後半以降、市場分析に専門的知見を有する委員会の影響力を強めたことは興味深い。[152] 競争法・競争政策の定着に裁判所が果たした役割は先に見たとおりであるが、枠組みが決定された一九九〇年代には、委員会の政策・解釈が、EC競争法の展開を牽引したのである。

（イ）委員会実務の変化にかかるランドマークは、一九九〇年のElopak/Metal Box-Odin事件決定[153]であった。同事件において、委員会は、まず共同行為なくして参加者は独自の事業遂行が不可能であり、潜在競争関係にない参加者間の共同行為は、一項に違反することがないとする。また、共同子会社への排他的ライセンスの取り決めは、参加者が共同事業に専念するために必要不可欠であり、付随的とする。

同事件は伝統的な委員会の「事後的な」思考方法と異なっている。単独では不可能な共同事業の遂行は、事前的に見れば、競争を制限することがなく、また事業遂行に必要不可欠な制限は、主要事業と法的評価の運命を共にするのである。同事件は委員会から産業界への明確なシグナルとなり、その後、届出がなされない共同行為が増加したと言われる。[154]

また委員会は、二〇〇一年の「重要性の低い協定にかかる告示」[155]（以下、「デミニミス告示」という）において、「感知し得る」影響要件につき、それが市場支配力分析にかかるものであることを明らかにする。[156] それまで同要件

は、しばしば加盟国間通商要件に関するものとして論じられていた。[157] したがって「無視できない（not negligible）」程度のシェアがあれば、[158] 同要件の充足を確認できたのである。また、そもそも旧告示における売上高基準は、市場支配力分析から正当化されるものではなかった。これに対して新しいデミニミス告示は、同要件が加盟国間通商要件にかかるものではなく、競争制限にかかるものと明言する。そしてかつて存在した売上高基準を放棄し、ハードコア制限を除き、[159] 水平型協定については一〇％（平行実施の場合は五％）、垂直型協定については一五％の市場シェア基準を提示する。[160]

さらに委員会は、接ぎ木的に拡大し批判が高まっていた一括適用除外規則について、[161] 市場支配力分析に依拠する新基準に整理する。一九九九年の「垂直的協定・共同行為にかかる一括適用除外規則」[162] は、排他的流通にかかる一括適用除外規則（1983/83）、排他的購入にかかる一括適用除外規則（1984/83）、そしてフランチャイズ協定にかかる一括適用除外規則（4087/88）に替わるものである。ハードコア制限が存在しないことを条件として、[163] 三〇％の市場シェア基準を提示する。また水平的制限について、二〇〇〇年の「専門化協定にかかる一括適用除外規則」[164]、「研究開発協定にかかる一括適用除外規則」[165] は、ハードコア制限が存在しないことを条件として、二〇％（専門化協定）又は二五％（研究開発協定）の市場シェア基準を提示する。これら一括適用除外規則は、市場支配力の発生を基準とする。かつてあった白条項の定めの消滅は、その反映である。市場支配力は、市場シェアのみから推認されるものではない。そのため個別事例について、規則適用の撤回権限が留保される。

もちろんデミニミス告示やこれら「新スタイル」[166] の一括適用除外におけるように、市場シェアが市場支配力の代数となるためには、正確な市場画定が前提となる。[167] 当初、恣意的な市場画定に基づく市場シェア基準よりは、[168] ストレートジャケットの方がまだましとの産業界の意見も存在したのである。[169] かつて委員会は、「市場の境界を描くこ

とは不可避的に恣意性が内在する」作業と述べていた。[170] 市場画定が市場支配力分析の前提作業ではない以上、精緻な市場画定作業は不要であった。しかし一九九七年の告示は、かつての市場画定態度を放棄して、市場支配力分析にコミットした市場画定手法（SSNIP テスト）を提唱する。[171] このような市場画定手法の変化や、ハードコアカルテル概念の登場は、[172] 一項にかかる分析基準の変化を示すものである。

（ウ）一九六〇年代からの司法裁判所判例に加えて、委員会にこのような解釈態度の変化を要請したのは、一九八九年の集中規則の制定であった。[173] 企業集中については、実体的に、集中行為それ自体の違法性を問うことはナンセンスであり、市場支配力分析が必要となる。また手続的にも、二段階審査や審査期間等、その定めは明確である。国際的な企業集中の届出が、競争法の国際的ハーモナイゼーションを必然とし、集中規則に市場分析を要請した点も重要である。集中規制の制定・運用は、八一条の伝統的な法運用について、その問題点を明らかにするものであった。

そしてより積極的に、集中規則における法運用は、競争政策における委員会中心主義を確固たるものとし、分権化の制度的基礎を形成するものであった。集中規則におけるワンストップショッピングは、EC競争法システムにおいて、加盟国競争当局の役割を小さなものとする。たしかに、その後の De Havilland 事件決定[174] における政治的議論は、競争政策に対する信頼に傷を付けかねないものであった。[175] しかし、ワンストップショッピングゆえに、集中規則は産業界からの支持を受け、競争政策のプレゼンスを高めた。[176] また、もっぱら集中規則案件を処理するために当初設けられていた Merger Task Force は、委員会の市場分析能力を大きく高めることになったのである。

第二款　非競争的価値の考慮方法（V. O. T. O. B. 事件）

（ア）一九九〇年代になり、委員会は、先に見た一九七〇年代、一九八〇年代の産業政策にかかる認識を大きく変化させた。委員会は、①域内市場を完成させることにより、域内企業に規模の経済性の享受を認めること、および②より大きな競争圧力にさらすことにより、域内企業の生産性を高めることが、ＥＣの産業政策とする。[177] 委員会によれば、人為的にヨーロッパチャンピオンを育成することは危険であり、そのような施策はヨーロッパの消費者に高価格という負担を求めることになり認められない。[178] このような水平的産業政策の考えは、不況産業救済やハイテク産業振興のために、事業者に競争圧力の緩和を認めていた、かつての決定例とは異なる。

一九九二年の市場統合完成を明記する単一欧州議定書を後押ししたものは、日米産業と比較したヨーロッパ産業の競争力低下への危惧であった。上で見たように、委員会において産業政策は、積極的な競争政策を意味する。結果、競争政策が市場統合政策と一体として、同様の重要性を持ち得た点に注目できるであろう。

さらに委員会は、上記のように産業政策的考慮のあり方を変化させたほか、市場統合にともない必然的課題となる社会政策的考慮のあり方についても、その考慮を限定的に捉える立場を明らかにする。第二〇次競争政策報告書は、新たに「競争政策と他の政策との関連」との項目を設け、競争政策は「共同体の他の政策に寄与し（an input into）かつ影響を与える（an impact on）」ものとする。[179]

ここで重要であるのは、競争政策・競争原理が、他の産業・社会政策と矛盾する異質なものと理解されるのではなく、他の産業・社会政策に寄与し、または少なくとも基礎ないし出発点になるものと理解されている点である。競争局局長であるA. Schaubは、短期的に競争政策が他の産業・社会政策と矛盾することがあっても、長期的には競争政策とそれら政策に矛盾はなく、競争政策はそれら目的の達成手段であるから、競争法の運用においてそれら

考慮を行うべきではないと、明確に述べる。[180]

（イ）V.O.T.O.B.事件[181]は、委員会のそのような考えをよく示すものである。事件は化学物質の貯蔵業者が、有害物質の排出抑制費用について、別立てにて一律の費用請求を行った事例であった。本件において委員会は、排出者負担原則にかかる費用を顧客に求めることに反対でないとする。委員会によれば、それは「顧客に対して、環境問題の存在およびその影響をより認識させることになるからである」[182]。しかし委員会は、参加者の投資額が異なる状況において、一律の価格引き上げを求めることはできないとする。

委員会は、環境問題の重要性を認識しつつも、環境問題の解決は排出者負担原則に従い、負の外部性を内部化した上で、市場機能の利用によりその解決を図るべきとする。[183]そして市場機能を利用して環境問題に対処する以上、市場機能に反する共同の価格引き上げが認められる余地はない。委員会によれば、競争制限効果を有する協定に対して、環境保護目的が一項における正当化理由となることはない。[184]もっとも同時に注目すべきは、委員会が、顧客に排出抑制費用を求めること自体を否定しない点である。委員会は別立ての一律請求が認められないとするのであり、それ以外の方法では、少なくとも三項による救済可能性が残される。このように価格引き上げにもかかわらず、救済可能性が残される点は、EC競争法の特色になり得るものである。

EC競争法の特徴として、しばしば「競争はそれ自体目的ではない」と論じられてきた。EC条約二条および三条から明らかなように、EC（EU）の目的は市場競争の確保だけではない以上、競争法の解釈において、内在的に、競争政策とその他のEC諸政策との積極的調整が必要と論じられていたのである。先に見たように、学説においても、このような考えが有力であった。しかし上での委員会の考え方では、競争法解釈におけるそのような調整は、限定的なものとなる。

ここに競争原理の基礎的価値、市場支配力分析に基づく競争法解釈の方針が、少なくとも委員会レベル（または競争当局レベル）においては、確認されたと評価してよい。このように基礎的価値が確認された競争政策・競争法は、一九九〇年代以降、P.Sutherland（1985-1988）、L.Brittan（1989-1992）、K.van Miert（1993-1999）という一連の競争政策担当委員のリーダーシップに基づき、共同体のアキコミュニテールの重要な一部として、その存在意義を確立していった。[185]

第三款　消費者余剰基準

（ア）以上のように、自主性の原則で支えられていた八一条は、域内的には集権的法運用のコストの大きさが認識されるようになり、域外的には競争法の国際的ハーモナイゼーションの流れの中で、経済的基準（市場支配力分析）へと規制基準を転換させた。このような一九八〇年代後半以降の経済的基準への転換が、二〇〇二年の分権化の基礎となる。[186]経済的基準・経済理論は「共通言語」であり、そのような共通言語をもってこそ分権的法運用が可能となるのである。[187]

そして分権化は、三項を巡る論争（いわゆる合理の原則論争）に決定的意味を有することを再確認すべきである。分権化の最も大きな理由は、加盟国拡大による委員会の事務量軽減であった。[188]そして事務量軽減のみを目的とするならば、加盟国裁判所および規制当局に対して一項における市場支配力分析を要請し、三項については委員会の専権にしておくという制度設計もあり得た。しかし八一条の近代化は、加盟国における三項の直接適用を認める。直接適用には法規の明確性や一義性が必要となる。[189]三項の基準を明確にすることが必要となり、[190]三項が加盟国利益追求の場となることは許されない。[191]分権化は、三項を含めた八一条全体について、経済的基準を採用することを意味

するのである。

二〇〇四年に公表された「三項の適用にかかるガイドライン」（以下、「三項ガイドライン」という）は、[192]三項解釈に「経済的アプローチ（economic approach）」を採用するとして、[193]三項は「効率性（efficiencies）」[194]を考慮する場とする。一項は「市場支配力（market power）」[195]を考慮する場であり、三項は市場支配力に対する効率性の「抗弁（defense）」を考慮する場である。[196]

（イ）それでは三項における効率性の評価は、どのような基準に基づくのか。三項ガイドラインは、競争法の目的は、資源配分上の効率性を確保するとともに、消費者厚生を確保することにあるとする。[197]前者と後者の関係はいかなるものか。すなわち両目的は選択的なのであろうか、また米国反トラスト法学におけるシカゴ学派のように両目的は同義なのであろうか。[198]

この点、三項ガイドラインは、第二要件の重要性を指摘する。すなわち消費者は、一項違反の競争制限を補償するだけの均霑を受ける必要がある。[199]均霑にあっては、市場間比較が許されない。すなわち市場支配力の弊害受忍者と効率性の受益者の同一性が要求される。これは、三項解釈の基本が、総余剰基準（カルドア・ヒックス基準）ではなく、消費者余剰基準（パレート基準）にあることを示す。かつての委員会実務において、消費者は市場支配力の受忍者であった。しかし現在では、消費者余剰の増減が、八一条の規制基準である。[200]

二〇〇二年の Compagnie Generale Maritime 事件判決[201]は、三項の解釈において、「関連市場（relevant market）」以外の「他の市場（every other market）」における経済的利点も考慮の対象になることを示唆していた。[202]これは厳格な消費者余剰基準を採用するものでないことはもちろん、市場間比較を前提とした総余剰基準を示唆するようでもあった。しかし三項ガイドラインは、判例をこのように理解しないことになる。[203]

委員会による消費者余剰基準の採用は、第二要件の法文による明確な要請に基づくものであるが、それに加えて、米国反トラスト法における議論との平準化、および近代化以降における私的エンフォースメントの活性化という積極的理由も存在する。そして加盟国間の市場比較を許容すれば、三項に、政治的火種を持ち込むことになる（三項の分権的運用を不可能にする）との問題は決定的である。

第四章　ＥＣ競争法の特徴・独自性

第一節　一項の違法性判断基準

第一款　目的に基づく一項違反認定

（ア）一項における市場支配力の具体的認定方法については、三項ガイドラインの他、垂直制限ガイドライン[204]および水平制限ガイドライン[205]が公表されている。そこではいわゆる市場支配力分析が要請される。ブランド内競争、ブランド間競争ともに一項の規制対象である。

市場支配力の認定においては、デミニミス告示や一括適用除外規則における市場シェア基準を超えるだけでは不十分である。[206]明確なシェア基準は、経済理論を可能な限り明確な法準則として定立することを要請するオルドリベラルの影響を受けた、[207]ＥＣ競争法の伝統的特徴である。しかし一定の市場シェアは市場支配力発生の必要条件であるが、十分条件ではない。セーフハーバーを超える場合には、事例ごとの市場支配力分析が必要となる。三項ガイドラインは、市場支配力にかかる推定則は存在しないと明示する。[208]

目的にもとづく一項違反が認定できる場合には、市場支配力分析は不要である。また感知し得る影響の認定も不要である。その例はハードコア制限である。水平的制限では、価格協定、産出量削減、市場・顧客分割がこれに該

当する。[209] その他、決定例において、共同の間接ボイコットに目的に基づく一項違反が認定されたことがあるほか、[210] 情報交換協定に対するＥＣ競争法の厳格な規制態度は、ハードコア制限の対象領域を拡大する可能性をもつ。[211]

（イ）目的にもとづく一項違反認定について、三項ガイドラインは、その際には特有の事実や状況の考慮が必要と述べる。[212] 最近の Visa 事件[213] は、カード手数料を取り決める協定（ＭＩＦ）について、「システム運用の安定および効率を目的としており」、また間接的に決済システム間の競争を促進することから、目的に基づく一項違反を認定できないとする。[214] これは、形式的にハードコア制限に合致しても、補償すべき客観的便益なく競争制限を目的とするものかどうかのスクリーニングが行われることを意味する。これを、米国反トラスト法にならって、「クイックルック」分析の導入と評価する学説もある。[215] このような便益を有しない制限が、M. Monti がいう「あからさま制限」であり、[216] 目的にもとづく一項違反が認定される場合である。

このような解釈は、米国反トラスト法において、当然違法原則と合理の原則が相対化している（しかし同時にあからさまな制限には厳格な規制を行う）傾向と共通する。[217] ただしＥＣ競争法においては、そのようなスクリーニングを経て「目的」による一項違反を認定できる場合であっても、理論上、三項による救済の可能性が残される。[218] これはＥＣ競争法の特徴の一つであり、[219] 後述する CECED 事件決定はその例である。

第二款　「感知し得る」影響の質的考慮

（ア）水平制限ガイドラインによれば、共同行為によって参加者が単独では生み出すことのできない新製品・新市場が誕生するならば、当該共同行為が一項に違反することはない。[220] これは先に見た委員会の伝統的な思考方法（事後的思考方法）と決別するものである。事後的な視点では、競争制限と市場創出との比較衡量ということにな

ろうが、[221] 事前的な視点では、そもそも制限するべき競争がなく、競争制限効果も存在しないことになる。市場創出のみが共同行為の純効果である。このような思考方法は、ＳＴＭ事件判決などで示されるものと共通するであろう。

このような場合に加えて、水平制限ガイドラインは、共同行為が「競争のパラメーター（the relevant parameters of competition）」に影響を及ぼさない場合には、当該共同行為が一項に違反することはないとも述べる。そのような例として、水平制限ガイドラインが指摘するのは標準設定行為である。[222]「製品の重要ではない部分・性質（minor product characteristic）」についての標準化については、感知し得る影響を競争に与えることがない。感知し得る影響のこのような解釈は、市場シェアに基づく量的な考慮と対比して、学説上、「質的な（qualitative）」考慮と呼ばれるものである。[223] このように質的な考慮要因とよばれるものには、次のようなものがある。

第一に、制限の対象となる競争の側面（手段）、残される競争の側面（手段）である。健康食品にかかる認証制度についてネガティブクリアランスが与えられたＡＰＢ事件決定[224]は、「健康食品の品質は競争手段の一つに過ぎない（only one means of competition）」のであり、認証制度が競争に与える影響は感知し得るものではないとする。[225] 水平制限ガイドラインが述べる上記例も、このような考慮である。

第二に、目的達成の手段にかかる裁量性の存在である。委員会は、基準制度について一項該当性を検討する際には、共同行為参加者に目的達成の手段に裁量が残されることを重視する。自動車メーカー団体が二酸化炭素の排出削減目標を設定することが問題となったＡＣＥＡ事件[226]は、メーカーそれぞれに達成手段（技術）の自由が残されていることを理由として、共同決定が一項に違反するものでないとする。

第三に、共同行為により影響を受ける製品群の割合（たとえば消滅するモデルの割合）である。水平制限ガイドラインは環境基準の設定について、環境基準によって特定の製品群が市場から消えることになっても、それらのシ

ェアが小さなものである場合には、感知し得る影響をもつものではないとする。[227]

（イ）これら質的な考慮要因は、市場支配力分析から内在的に理解できる場合もあろう。なぜならばこれら要因は、市場からの距離や費用の構成要素などと関連するからである。しかし決定例は、これら要因を市場支配力分析に内在的に理解するのではなく、しばしばそれ自体について評価を加える。

たとえば、銀行間における営業時間の取り決めについてネガティブクリアランスが与えられた Irish Banks' Standing Committee 事件決定[228]では、営業時間が銀行の競争手段であることを認める。[229] しかし、①営業時間短縮により影響を受けるサービスが限定的であること、②影響を受けるサービスについても、営業時間以外の側面については競争が残されることから、同取り決めは、感知し得る影響をもつものでないとする。本件は、消費者余剰について、必然的に減少的である。ここでは、制限対象となる競争の側面（手段）について、市場支配力分析に内在的に評価の対象にするというよりも、その拘束の程度・対象について評価を加えるように見える。

また、CECED 事件決定[230]は、域内において合計九五％の市場シェアを占める洗濯機メーカーが、省エネルギーを目的として、非効率なモデルの生産中止を決定した事例である。委員会は、当該決定は消費者の商品選択を制約するものであり、目的による一項違反を認定できる場合とする。[231] そして、①当事者の市場シェアが九五％を占めることに加えて、[232] ②需要者にとって電力消費量は無視できない選択基準であること、[233] および③消滅するモデルが域内の洗濯機販売台数の一〇ないし一一％に及ぶことから、[234] 競争制限効果は、感知し得るものであるとする。①が量的な考慮要因、②および③が質的な考慮要因である。

しかし委員会は、本件を三項により救済する。その際、委員会は、第三要件および第四要件について、④エネルギー効率以外の側面（価格、ブランドイメージ、性能等）について競争が残されること、および⑤メーカーそれぞ

れに達成手段（技術）選択の自由が残されていることを評価する。[235] これらは、上で見た、感知し得る影響を考慮する際の質的な考慮要因と共通している。とりわけ本件において、②および④の評価は、明らかに連続する。

本件は、委員会が、一項および三項に共通して、①残された競争の側面、②目的達成の手段にかかる裁量性、③共同行為により影響を受ける製品群の割合（たとえば消滅するモデルの割合）に注目した分析を行うことを示す。

第三款　一項における社会政策的考慮①（Albany 法理）

（ア）委員会による新たな八一条解釈は、一項に市場支配力分析を導入し、三項に効率性の抗弁を導入するものである。三項ガイドラインは、競争法以外の共同体の目的が考慮されるのは、それらが三項の四要件に解消できる場合のみと明言する。[236] 柔軟な三項解釈がなされた時代においても、委員会は法文による三項解釈の限界を認識していたが、[237] 三項ガイドラインは、競争法の目的は経済的なものであり、三項は効率性考慮の場と明確に規定するから、八一条において、社会政策的要因を考慮する可能性は完全に閉ざされたように見える。[238]

しかし、このような委員会の立場が判例により支持されるかは、未だ必ずしも明らかではない。たしかに第一審裁判所は、法文から、三項の射程範囲を限定的に捉える。これは競争法の目的を経済的なものに限るかのようである。しかし司法裁判所は、競争法の目的を経済的なものに限ると明言したことはない。むしろ最近の司法裁判所判決の中には、（三項ではなく）一項において社会政策的考慮を認めるように見えるものがあり、これら判決は、委員会の経済的アプローチに大きな例外をもたらしうる可能性を有する。Albany 事件判決、および Wouters 事件判決の射程が問題となる。

（イ）一九九九年の Albany 事件判決[239]は、雇用者と労働者の代表が強制加入年金の設立決定をなしたことに対し

て、そのような協定が、①事業者（雇用者）間における費用の同一性をもたらし、事業者間の販売市場における競争制限をもたらすのではないか、②より魅力的な企業年金制度により労働者を獲得するという、労働の購入市場における競争制限をもたらすのではないか、③保険会社の排除につながるのではないかが問題となった。これら検討にあたり、労働者の団体交渉権との関連から、競争法における社会政策的考慮のあり方が論点になった。

法務官の意見は次のようなものであった。まず、問題の協定が雇用や社会保障といった広く「社会政策」に関するものである場合に、競争法の一般的な適用除外があるかという問題については、明示の適用除外の定めがない限り、問題の協定が社会政策に関係するとの理由だけで競争法の適用が除外されることはない。[240] 次に、雇用者と労働者間の団体交渉に限定した場合に、競争法の適用除外があるかという問題については、団結権および団体行動権とは異なり、共同体法秩序において団体交渉にかかる権利が確立されているかは必ずしも明らかではなく、[241] しかも単にそのような権利を認識するだけで競争法の適用が除外されることはない。[242]

法務官は、条約中の団体交渉を促進する規定と競争法規定との間に上位法・下位法の関係が存在しない以上、抵触の検討・調整が必要とする。そして賃金・労働条件にかかる団体協約に八一条を適用するならば、条約中の団体交渉を促進する規定を無意味化することになることから、そのような交渉・協約には競争法の適用が除外されるとする。[243] しかし、競争法規定が団体交渉を促進する規定を無意味化することが許されないのと同様に、団体交渉を促進する規定が競争法規定を無意味化することも許されない。[244] したがってたとえ賃金・労働条件にかかる協約であっても、市場や第三者に直接的な影響を及ぼす場合には、競争法の適用は可能である。[245] それらを考慮した上、Jacobsは、本件におけるような協定には、一項の適用がないと結論付ける。

法務官意見に対して、判決はより単純である。判決によれば、共同体は域内市場における競争確保に加えて、

「社会政策（policy in the social sphere）」についても責務を有する。[246] 条約二条は、経済活動の調和のとれた発展とともに、「高いレベルでの雇用・社会保障の確保」を明示する。また条約は、とりわけ雇用者と労働者との対話の必要性を規定する。雇用者と労働者間の協約に競争制限が内在するとしても、これらに一項を適用することにより、それが達成しようとする社会的目的が大きく損なわれることは許されない。したがって労働・雇用条件の改善を目指す協約は、「その態様および目的から（by virtue of their nature and purpose）」一項の適用外である。

そして本件は、条約が促進しようとする労使間の集団交渉によるものであり（態様の検討）、かつ労働者の雇用条件の改善を目的とするものであるから（目的の検討）、一項の適用外と結論付ける。

（ウ）本件における司法裁判所の思考は、三項における比較衡量作業や、その具体化としての目的・手段的思考（第一要件・第三要件）とは異なっている。[247] ここで展開されるのは、社会政策的規定を一項の適用範囲を画する「枠」と理解する条件的思考である。法務官は、市場への影響を考慮することによって、競争法と社会政策的規定との調整を行う。これに対して司法裁判所は、市場への影響に言及しない。社会政策的規定のみが関心の対象であり、かつそれは絶対的である。

判決によれば、競争法が社会政策的規定と矛盾・衝突する場面においては、①それら規定間に上位・下位法の関係がなく、かつ②問題の協定が態様・目的の二点において社会政策的規定に厳格に合致する限り（単なる目的レベルでの合致では不十分）、そもそも競争法の適用がないことになる。前者①は、社会政策にかかる規定が、理事会規則や委員会規則、決定では不十分であり、条約規定である必要性を意味する。後者②は、社会政策にかかる条約規定が、目的および態様の両面において明確であることを前提とする。

本法理は以上の二点において限定的である。しかし本件が雇用者と労働者との対話の必要性を論じ、司法裁判所

がコーポラティズム型の政治経済システムを支持するように見える点は、極めて大きな意義を有する。なぜならば司法裁判所が、ヨーロッパにおける伝統的な協調型資本主義の堅持を表明し、市場万能型競争政策への流れに対して、一定のくさびを打ち込んだとも言えるからである。

第四款　一項における社会政策的考慮②（Wouters 法理）

（ア）Albany 事件判決が競争政策以外の条約規定に限界付けられるのに対して、二〇〇二年の Wouters 事件判決[248]は、競争政策と他の価値観との比較衡量を許容し、競争制限にかかわらず、一項における合法性を導く法理を展開する。同事件では、弁護士と会計士とのパートナーシップを禁ずる弁護士会（強制加入団体）の規則が、一項に違反するかが問題となった。

まず判決は、弁護士会が事業者団体であり、規則が競争制限効果を有することを認める。すなわち弁護士業と会計士業の職務は相互補完的であり、そのパートナーシップを禁ずることは、期待されるワンストップショッピングの便益を失わしめる他、新サービス提供や規模の経済性達成の可能性を消滅させる。そしてこれは一項b号の意味における産出量削減、技術進歩の阻害に該当する[249]。

しかし判決は、当事者の「経済活動の自由（the freedom of action）」を制限する協定・決定の全てが一項に違反する訳ではないとする。一項の適用にあっては協定・決定にかかわる「全体の状況（the overall context）」を考慮する必要があり、具体的には、まず①それらの目的をながめ、次に②それらが競争に及ぼす効果が目的に「内在する（inherent）」かを検討する必要がある。その上で、問題の規制は、①弁護士業の職業倫理の維持を目的とし、また②競争への効果も目的遂行に内在するものとして、一項に違反しないと結論付ける[250]。

（イ）本判決の射程は必ずしも明らかではない。本判決の一つの理解は、近代化・分権化前の八一条において、三項における考慮（競争促進的考慮）を、実質的に一項に移植したというものである。このような理解によるならば、近代化・分権化に基づき八一条が一体的に適用・解釈されることにより、本判決の意義は消滅することになる。

しかしこのような理解は難しいであろう。本判決後の第一審裁判所判決が一項と三項の峻別を再度確認するほか、[251] そもそも本件におけるような職業倫理の維持といった目的は、三項における考慮事由になり得ないと考えられるからである。本判決は、三項では第一要件の存在から考慮対象とならない正当化事由の主張を、一項において認めるものと言える。

もっとも本判決は、社会公共的目的を、正当化事由として無制限に認めるものでもなかろう。本判決のテストは、目的と効果の内在性（比例性と理解されている）[252] のみである。これは三項の四要件よりも緩い。このような状況において、無限定に社会公共目的を前者のテストに服しめるならば、三項との不均衡が問題となる。

本判決を限定的に捉える解釈の一つは、資格者団体の自主規制に限り、法理の適用を認めるというものである。[253] 法が資格者団体制度を認め、自主規則により競争法と社会公共目的との調和を図ることを予定する場合に限り、社会公共目的の考慮が認められるとするのである。本判決は、問題となった規則の司法審査に謙抑的態度を示しており、[254] 法理の適用を資格者団体の自治の問題とする、このような解釈も一定の説得力を持つ。本判決が資格者団体に限った説示を行うものであれば、本法理の適用範囲は比較的明確である。しかしながら判決は、そのような限定を明示しない。

（ウ）これらに対して、本判決を、物の自由移動（ＥＣ条約二八条）等の例外法理として展開してきた「合理性の原則（rule of reason）」を競争法に持ち込むものとの学説がある。[255] 合理性の原則では、「必須の要件（mandatory

requirements)」と評価できる法益を維持するために、域内通商を制約する国家措置の採用が許される。[256] 必須の要件については、税収の監督、国民の健康保護、商取引の公正、消費者保護、環境保護などが認められてきた。またそれ以外にも拡大する可能性がある。[257]

このような解釈に対しては、三項の存在意義を失わしめるとの意見もある。[258] しかし三項における考慮事由は経済的なものに限られるのであり、非経済的要因にまで考慮を拡大する点において、法理の意義が失われる訳ではない。仮に Wouters 法理が上記「合理性の原則」と同様の例外を一項に持ち込むものであれば、判例は、八一条において、社会政策的考慮が機能する場面の存在を認めることになる。

ＥＣ競争法の伝統的な市場統合目的は、域内市場統合の完成により、表面上、その意義を失ったように見えた。しかし上のような理解によれば、市場統合目的は競争法、通商法を統合しており、結果、域内通商法理の導入を媒介する点において、法目的としてなお重要な実際的機能を果たしていることになる。

第五款　分権化後の競争政策

以上の二判決は、ＥＣ競争法の経済目的への収斂という単純な筋書きを困難にするようである。委員会自身による感知し得る影響の質的な考慮要因も、客観的な市場支配力分析に不確定さを加える。そしてこのような例外ないし揺らぎは、分権化により、さらに大きなものになる可能性がある。

特に問題となるのは、加盟国裁判所における八一条解釈である。分権後において、委員会と加盟国競争当局はともにＥＣＮの一員となるが、前者の決定は後者のそれに優先する。すなわち委員会の手続開始により、加盟国競争当局は八一条の適用権限を失い、[259] また先に委員会決定が存在する場合に、同決定に反する判断を行うことができな

い。[260] これらにより加盟国競争当局に対する委員会解釈の影響力は保障されそうである。

しかしながら、加盟国裁判所に対する委員会判断の影響は限定される。加盟国裁判所も、先に委員会決定が存在する場合に、同決定に反する判断を行うことはできない。[261] しかし加盟国競争当局の場合とは異なり、委員会の手続開始にもかかわらず、国内裁判所は八一条の適用権限を失うことがない。国内裁判所から委員会への情報、意見の求めは任意である。[262] また、統一的法解釈の必要性による委員会から国内裁判所への意見提供も、法的拘束力を持つものでない。[263] 加盟国裁判所における法解釈は、委員会中心主義を確立した上で、競争法の正当性を高めることが期待されているのであるが、[264] 法目的・規制基準について収斂から混乱への移行をもたらす可能性がある。[265]

とりわけ司法裁判所による先行判決、および第一審裁判所による委員会決定の司法審査は、委員会の経済的アプローチに対して、直接の見直しを求める可能性がある。

第二節　ＥＣ競争法の特徴・独自性

第一款　基礎概念の整理

以上のように、八一条の規制基準については、とりわけ委員会以外のアクターによりいかなる解釈がなされるのか、分権化後に委員会中心主義が実効性を有するかに応じて、なお不確定ではある。しかし分権化、近代化を契機として、競争法の基礎的用語については、用法の一致を見せつつあるように思われる。先に検討したところから、それら概念をまとめるならば、以下のようになろう。

まず「競争制限効果」とは、市場支配力の形成、維持、強化である。三項ガイドラインはこれを明示する。これまでの判例もこのような解釈を否定するものでないであろう。かつて委員会は自主性の原則から一項を理解してい

たが、[266] このような解釈は放棄される。競争制限効果の分析は、一項において行われる。

また「競争促進効果（pro-competitive effects）」とは、行為の結果としての経済的効率性、利益である。三項ガイドラインがこれを明らかにする。かつて競争促進効果は、学説上、市場支配力認定における間接証拠を意味するものと理解されることがあった。競争促進効果の考慮は、三項において行われる。競争制限効果と競争促進効果の「比較衡量（balancing）」とは、市場支配力発生を前提とした効率性の抗弁の検討である。

次に「付随的制限（ancillary restriction）」とは、一項において主要取引と法的運命を共にする条項である。それがなければ主要取引が成立しない場合に、当該条項は付随的と評価される。これに対して、三項の第三要件は付随性の判断ではない。主要取引のビジネス上の成功に必要か否かを検討するもので、主要取引に「直接に関連する（directly/inextricably linked to）」条項である。米国反トラスト法における付随的制限は、ＥＣ競争法では直接関連条項に近いものであろう。

第二款　消費者の商品選択を狭める形での均霑（CECED 事件）

（ア）また前節第五款で述べた留保の下で、現在の委員会による消費者余剰基準（三項解釈）の特色を三点にまとめるならば、以下のようになろう。

まず、ＥＣ競争法においては、消費者の商品選択を狭める形での均霑を認める点が、第一の特徴である。先に述べたように、ＥＣ競争法においては、ある正当な基準によって特定の製品群が市場から消えることになっても、それらのシェアが小さなものである場合には、感知し得る影響をもつものではないとされる。これは学説上、感知し得る影響の質的な考慮と呼ばれるものであった。そして、さらにＥＣ競争法においては、消滅する製品群の市場シ

ェアが大きなものであっても、三項による救済可能性が残される。

先に言及したCECED事件決定[267]がそれを示す。同事件において委員会は、洗濯機本体の価格上昇にもかかわらず、平均的な購入者は消費電力を節約できることにより、九ないし四〇ヶ月間で価格上昇分を回収できるとする。[268]また個々の購入者に便益がおよぶ訳ではないが、環境上の外部費用を削減することにより、価格上昇分の七倍の便益が、社会全体に均霑されるとする。[269]委員会は、前者を「個々の経済的便益（individual economic benefit）」、後者を「全体的な環境上の便益（collective environmental benefits）」とする。委員会は、三項の各要件充足を確認して、本件は三項により救済される場合と結論付ける。

（イ）おそらく、このように商品の選択肢を狭める形での均霑を認めることは、米国反トラスト法や我が国独占禁止法では、認められないであろう。その理由は、比較衡量の実際上の困難性とともに、[270]多くの場合、目的達成のための、より競争制限的でない代替手段が、想起されるからである。多くの競争法において、このような正当目的達成のための共同行為については、代替手段の不存在が検討されるであろう。ＥＣ競争法においても、第三要件は現実的代替手段の不存在を要請する。[271]本件についても代替手段の考慮が不十分との批判がある。しかし委員会は、次のような解釈により、第三要件のハードルをクリアするのである。

すなわち委員会は、第三要件の検討において、たとえば単なる環境キャンペーンを利用することでは、本件便益は達成不可能とする。なぜならば、消費者は外部費用を考慮した意思決定を行わず、[272]消費者への単なる情報提供では、上記「全体的な環境上の便益」を達成することが不可能だからである。ここで注目すべきは、委員会が、個々の購入者の便益でなく環境上の便益を基準として、第三要件を検討している点である。

第二要件の検討では、弊害受忍者・均霑受益者の同一性が要請され、影響を受ける消費者群に均霑される効率性

が、決定的に重要な意味を有する。しかし本件からは、第三要件において考慮される効率性は、第二要件で考慮される効率性に限られないということになる。委員会の伝統的な思考方法（事後的思考方法）を離れ、協定前後の市場状況の比較に基づき三項を検討するならば、消費者に均霑がなされるかぎり、第三要件のハードルはそれほど高くはならないというのが、論理的帰結に思われる。そしてこれは、本件がそうであるように、第一要件に解消できる以上、環境目的等、競争法以外の共同体の目的に考慮の道を開きうる結果を生む。

第三款　質的効率性の均霑

EC競争法においては、価格低下による均霑のほか、質的な効率性の均霑を認める点が、第二の特徴である。[273] 三項ガイドラインは、品質改善等の「質的な効率性（qualitative efficiencies）」が、費用削減の効率性と同程度かそれ以上に重要になる場合があるとする。[274] 新製品や改良製品は「消費者厚生（consumer welfare）」を高める重要な要因であり、それら改良による価値の増大が、価格上昇を補償する場合があるとするのである。[275]

三項ガイドラインは、質的な効率性の主張については、効率性の性格とともに、それを客観的な経済的利益と呼ぶ理由を示す必要があるとし、[276] さらに均霑について「スライディング・スケール（a sliding scale）」アプローチを提唱する。これは競争制限効果が大きくなればなるほど、必要とされる効率性が大きくなるとの考えである。[277] これらから質的な効率性が、無限定に考慮されるわけでないことは明らかである。しかし考慮の場面が限定されるとはいえ、価格上昇と質的な効率性との比較衡量は、極めて困難な作業である。三項ガイドラインも、質的な効率性の評価は、必然的に価値判断を伴う作業と認める。[278]

質的効率性の考慮は、少なくとも限界的事例において、競争制限的な一項違反行為を救済し得る。かつての委員

会実務におけるように、協定、契約から期待される経済的利益そのものが消費者の利益と見なされることはないであろうが、その考慮は八一条の合法類型を拡大する。そして①質的効率性の均霑、および上でみた②消費者の商品選択を狭める形での均霑を認めることは、出発点としての最狭義の消費者余剰基準（価格基準）よりも、合法的共同行為の範囲を広く認める結果をもたらす。

第四款　効率性考慮における抑制原理としての「競い合い」確保

しばしばＥＣ競争法については、「競い合い」それ自体が目的とされる結果、競争よりも競争者を保護する傾向にあると評価されてきた。このような評価には、非効率な競争者を保護する結果、消費者が競争の恩恵を享受できないとの批判的意味が含まれる。三項ガイドラインは、競争促進的な効率性よりも、「競い合いや競争のプロセス(rivalry and the competitive process)」を維持することが重要とし、八一条の究極の目的は競争過程の維持とする。[279] これは上記評価、批判を正当化しそうである。

しかしもちろん、これは、かつての自主性の原則に回帰すべきと主張するものではない。また、競争減殺を甘受してでも、競争者を保護すべきと主張するものでもない。このような言明は、効率性の経済的性質から理解することができる。すなわち効率性は、短期的には常に消費者利益である。しかし長期的には、相対的に非効率な競争者の排除をもたらし、市場集中を進行させる。三項ガイドラインは、このように集中が進行した市場での、Ｘ非効率の発生やイノベーション圧力の低下を危惧するのである。[280] 三項ガイドラインが述べるところは、市場支配力の弊害を認めても、競い合いを確保すべきというものではなく、長期的に競い合いを確保しなければ、市場支配力の弊害が発生、拡大するとの認識である。

ＥＣ競争法において、かつて競い合いの確保は、オルドリベラルの思想からそれ自体が法目的であった。しかし現在、競い合いの確保はそれ自体が目的ではなく、効率性考慮（三項）における抑制原理である。そしてこのような理解は、ＥＣ競争法の特徴とされる様々な議論を解釈する鍵となろう。たとえばＥＣ競争法については、市場分析にあたり、短期的視点ではなく長期的視点が採用されると評価されることがある。[281] この意味も、効率性の二面性から、理解することができる。[282]

第五章　おわりに

世界的に見られる、消費者厚生に注目した競争法的視座の転換を、「消費者厚生革命（consumer welfare revolution）」と呼ぶことがある。ＥＣ競争法の近代化は、それをラディカルに実現して、米国反トラスト法との収斂が達成されたように見える。しかし米国反トラスト法が完全に消費者余剰基準に落ち着いたのかという問題をおいても、本稿で検討した、①一項における感知し得る影響の質的考慮（第四章第一節第二款）、②三項における消費者均霑要件の解釈（第四章第二節第二ないし四款）は、単なる価格基準では解消できないＥＣ競争法の特徴を形成している。

これまでＥＣ競争法の特徴は、個別事件をもとに、断片的かつ逸話的に語られることが多かったが、それらは、本稿における整理により、一般的かつ理論的な特徴で説明することも可能ではなかろうか。そしてこれら特徴は、米国反トラスト法とは異なる比較法的分析視点を、我が国独占禁止法に与えるものである。

たとえば、本稿が検討対象とした水平協定のうち社会公共目的型の共同行為について、ＥＣ競争法は、次のような興味深い分析視点を与えるように思われる。すなわち我が国におけるレジ袋の有料化事例[283]では、違反行為なしと

結論付けるために、①一般商品販売との相違、②競争手段としての影響力、③社会公共目的、④利用者の負担の程度、そして⑤参加者の参加・離脱の自由を列挙する。ここでは要素が並列に列挙されるだけであり、それら判断要素の関連性および重要性は必ずしも明らかではない。

しかし、これらをＥＣ競争法の視点で見るならば、問題の共同行為が社会公共目的であることを前提に（③）、①および②は、感知し得る影響の質的考慮（主に、残された競争の側面の問題）として検討される。そして、これらに対して、④および⑤は、それら質的考慮要因とは別に検討されるものであり、事実とは異なり仮に一律引き上げを強制するものであった場合に、社会公共目的から、価格引き上げの幅についても感知しうる影響にて考慮すべきかとの問題が、ＥＣ競争法において議論されている。[284] 公取委の分析は、米国反トラスト法にはない、ＥＣ競争法独自の分析基準との共通性を多く持つのである。

世界の競争政策には、グローバル経済化において、これを収斂と呼ぶかは別として、市場支配力分析を中心とした法解釈への大きな流れを確認できるであろう。しかし本稿が検討したＥＣ競争法の様々な特徴は、ＥＣ競争法が、経済的基準という米国反トラスト法と同じ位相に位置することになったが故に、むしろさらに際立つものになっているように思われる。

（1） See T. Calvani, Conflict, Cooperation & Convergence in International Competition, FTC 90TH ANNIVERSARY SYMPOSIUM (2004).

（2） See R. J. VAN DEN BERGH & P. D. CAMESASCA, EUROPEAN COMPETITION LAW AND ECONOMICS 61 (2001).

（3） 2004 REPORT ON COMPETITION POLICY VOL. I, 14 (2005).

（4） 米欧の競争法は消費者厚生という分析基準についてすでに収斂しており、単独行為規制などに残る両者間の差異は、

分析基準ではなく分析手法の差異に起因するものに過ぎないとする、A. Pera & V. Auricchio, Consumer Welfare, Standard of Proof and the Objectives of Competition Policy (2004), para. 77-78 参照。

(5) TACA, O. J. L95/1 (1999), para. 381.

(6) See e. g., Peroxygen Products, O. J. L35/1 (1985); Soda Ash-Solvay/ICI, O. J. L152/1 (1991); Cement, O. J. L343/1 (1994); Seamless Steel Tubes, O. J. L140/1 (2003).

(7) Case T62/98 Volkswagen AG v. Commission, [2000] ECR II-2707.

(8) Id., para. 336.

(9) Case 56 & 58/64 Consten & Grundig v. Commission, [1966] ECR 299, 343. See V. Verouden, Vertical Agreement and Article 81(1) EC: The Evolving Role of Economic Analysis, 71 ANTITRUST L. J. 525, 543-548 (2003).

(10) Case 26/76 Metro SB-Grossmarkte GmbH & Co KG v. Commission, [1977] ECR 1875, para. 20. See R. B. BOUTERSE, COMPETITION AND INTEGRATION-WHAT GOALS COUNT?: EEC COMPETITION LAW AND GOALS OF INDUSTRIAL MONETARY, AND CULTURAL POLICY 2-6 (1994).

(11) See e. g., 1999 REPORT ON COMPETITION POLICY, para. 2, 3 (2000).

(12) EC競争法が市場統合目的達成の道具となる場面は二つ存在する（R. WHISH, COMPETITION LAW 21 (2003)）。第一は消極的場面であり、目的に反する市場分割行為を禁止する場合である。第二は積極的場面であり、異なる加盟国に属する事業者間の共同行為を、積極的に評価する場合である。前者は一項の機能、後者は三項の機能である。

(13) See e. g., Case 258/78 L. C. Nungesser KG & Kurt Eisele v. Commission, [1982] ECR 2015, para. 61; Case 161/84 Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, [1986] ECR 353, para. 24. See Verouden, supra note 9, at 559-560.

(14) Ford/Volkswagen, O. J. L20/14 (1993).

(15) Id., at para. 19.

(16) Id., at para. 20.

(17) Id., at para. 22.

(18) See Olivetti/Canon, O.J. L52/51 (1988), para. 55. 事件については、柴崎洋一「キャノン及びオリベッテイ間の合弁事業計画」国際商事法務一六巻三四六頁（一九八八年）参照。

(19) 「共同子会社の製品をそれぞれのブランド名を付し、かつそれぞれの販売網にて販売するとの両親会社に課された義務は、親会社それぞれの販売政策及び商標政策の独立性（the independence）を制限する」ものとして、一項違反とする（id., para. 45）。しかし三項において、①当該義務は生産と販売を明確に区別するために必要不可欠な制限であり（id., para. 57(c)）、②生産と販売とを区別することで競争の実質的部分を制限することがないとして（id., para. 58）、救済するのである。

(20) See C. Bright, Deregulation of EC Competition Policy: Rethinking Article 85(1), in B. HAWK, EC COMPETITION LAW REFORM 21, 23-25 (2002).

(21) 正田彬『ＥＣ独占禁止法』三三頁（一九九六年・三省堂）参照。

(22) オルドリベラルの経済思想については、雨宮昭彦『競争秩序のポリティクス』（二〇〇五年・東京大学出版会）参照。オルドリベラルの競争法観を四点にまとめる、W. Moschel, Competition Policy from an Ordo Point of View, in A. PEACOCK & H. WILLGERODT, GERMAN NEO-LIBERALS AND THE SOCIAL MARKET ECONOMY 142, 146-156 (1989) 参照。

(23) See W. Moschel, The Proper Scope of Government Viewed from an Ordoliberal Perspective: The Example of Competition Policy, 157 JITE 3, 4 (2001). オルドリベラルにとって「完全競争（complete competition）」とは、新古典派経済学にいう「完全競争（perfect competition）」ではなく、「強制力の不存在（the absence of coercive power）」、すなわち経済活動の自由の保障を意味する（id., at 4 n. 2; see also, Moschel, supra note 22, at 157 n. 16）。

(24) W・レプケ・喜多村浩訳『ヒューマニズムの経済学』二六頁（一九六七年・勁草書房）参照。

(25) See Competition in a Social Market Economy: Speech by Commissioner Monti at the Conference of the European Parliament and the European Commission on 'Reform of European Competition law' in Freiburg on 9/10 November 2000, at 3. See also, D. J. Gerber, Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the "New" Europe, 42 AM. J. COMP. L. 25, 72 n. 188 (1994) [hereinafter cited as Constitutionalizing the Economy].

(26) See id., at 71-72.

(27) See F. McGowan, Competition Policy: The Limits of the European Regulatory State, in H. WALLACE & W. WALLACE, POLICY-MAKING IN THE EUROPEAN UNION 118-119 (2000); G. Marenco, The Birth of Modern Competition Law in Europe, in A. VON. BOGDANDY, P. C. MAVROIDIS, & Y. MENY, EUROPEAN INTEGRATION AND INTERNATIONAL COORDINATION: STUDIES IN TRANSNATIONAL ECONOMIC LAW IN HONOR OF CLAUS DIETER EHLERMANN 279, 303-304 (2002). またハバナ憲章草案を通じた間接的な影響を指摘する、L. A. Sullivan & W. Fikentscher, On the Growth of the Antitrust Idea, 16 BERKELEY J. INT'L L. 197, 208-211 (1998) 参照

(28) 競争過程への損害という競争法の「ヨーロッパ的」概念をもたらしたとする、Gerber, Constitutionalizing the Economy, supra note 25, at 74 参照。

(29) これに対して、委員会による伝統的な一項解釈手法に対する、Korah の見方はシニカルである。Korah は、ECの法律家や委員会スタッフにとって事例ごとの市場分析を行うことは難しく、規制側および被規制側双方にとって「経済活動を制約する契約条項を機械的に指摘することが容易」であったとする（V. Korah, The Rise and Fall of Provisional Validity: The Need for a Rule of Reason in E. E. C. Antitrust, 1981 NW. J. INT'L L. & BUS. 320, 348-349 [hereinafter cited as Provisional Validity]）。

(30) See McGowan, supra note 27, at 116.

(31) Council Regulation 1/2003, O. J. L1/1 (2003).

(32) 規則一七号の制定段階における、三項の法的性質を巡る議論について、BOUTERSE, supra note 10, at 30参照。See also, R. Whish & B. Sufrin, Community Competition Law: Notification and Individual Exemption—Goodbye to All That, D. HAYTON ED., LAW'S FUTURE(S) 135, 141-143 (2000).

(33) See D. J. Gerber, The Transformation of European Community Competition Law?, 35 HARV. INT'L L. J. 97, 107 (1994) [hereinafter cited as The Transformation].

(34) See C. D. EHLERMANN & L. L. LAUDATI ED., EUROPEAN COMPETITION ANNUAL 1997: THE OBJECTIVES OF COMPETITION POLICY 543 n. 1 (M. Siragusa) (1998).

(35) H. G. Schroter, Cartelization and Decartelization in Europe, 1870-1995: Rise and Decline of an Economic Institution, 25 J. EUR. ECON. HISTORY 129, 132-142 (1996).

(36) 石炭の共同管理を行うという発想自体が競争政策的思考には馴染まないものであり、競争法規定は、米国から経済的援助を受けるための政治的産物であったとする、Marenco, supra note 27, at 286-298 参照。

(37) 集権的法運用がフランスとドイツ間の政治的対立の緩和に資することになったとする、V. Korah, Collaborative Joint Ventures for Research and Development where Markets are Concentrated: the Competition Rules of the Common Market and the Invalidity of Contracts, 15 FORDHAM INT'L L. J. 248, 254 (1991) [hereinafter cited as Collaborative Joint Ventures] 参照。

(38) See Verouden, supra note 9, at 529; G. V. Gerven, The Application of Article 81 in the New Europe, in 2003 FORDHAM CORP. L. INST. 415, 417 (2004); I. Forrester & C. Norall, The Laicization of Community Law: Self-Help and the Rule of Reason: How Competition Law Is and Could Be Applied, 21 C. M. L. R. 11, 13 (1984).

(39) W. P. J. WILS, PRINCIPLES OF EUROPEAN ANTITRUST ENFORCEMENT 11 (2005).

(40) Id., at 58.

(41) A. L. Puckett, European Competition Law: Managing the "Chameleon" of Antitrust - Technology Joint Ventures, 19 MD. J. INT'L L. & TRADE 47, 55 (1995).

(42) D. G. GOYDER, EC COMPETITION LAW 543 (2003).

(43) Bright, supra note 20, at 40.

(44) JCB, O. J. L69/1 (2002).

(45) WILS, supra note 39, at 11. 二〇〇一年の一〇〇件の安心レターのうち、約八〇件はネガティブクリアランス型の安心レターであり、これは八一項にかかる規制基準の不明瞭を示すとする、Gerven, supra note 38, at 419 参照。

(46) EHLERMANN & LAUDATI, supra note 34, at 568 (J.Venit); WILS, supra note 39, at 11.

(47) See Case 234/89 Stergios Delimitis v. Henninger Brau AG, [1991] ECR I-935, para. 52. 同判決は委員会による加盟国裁判所への協力手続についても述べる (id., para. 53)。See also, Notice on Cooperation Between National Courts and the

Commission in Applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty, O. J. C39/6 (1993), para. 23, 30, 32. 委員会と加盟国裁判所との協力手続の現実的問題を論じる、V. Korah, The Judgment in Delimitis: A Milestone Towards a Realistic Assessment of the Effects of an Agreement - or a Damp Squib, 14 E. I. P. R. 167, 175-176 (1992) [hereinafter cited as A Milestone] 参照。

(48) See Korah, Provisional Validity, supra note 29, at 351.

(49) See EHLERMANN & LAUDATI, supra note 34, at 543 (M. Siragusa).

(50) GOYDER, supra note 42, at 532.

(51) R. Van den Bergh, The Difficult Reception of Economic Analysis in European Competition Law, in A. CUCINOTTA, R. PARDOLESI, AND R.VAN DEN BERGH, POST-CHICAGO DEVELOPMENTS IN ANTITRUST LAW 34, 38-40 (2002).

(52) D.L. Holly, E. E. C. Competition Procedure: A Thirty-Year Retrospective, 1992 FORDHAM CORP. L. INST. 669, 690-691 (1993).

(53) たとえば、排他的購入契約と排他的販売契約は、市場閉鎖効果という市場に与える影響に注目するならば、一つの規則でたるはずである。

(54) たとえば、①フランチャイズ制度においてフランチャイジーに限定的な地域制限を与えることと、②選択的流通制度においてディーラー数を制限することは、ブランド内競争の制限効果と投資リスクの保護という合理性の両点において、経済機能的には共通するはずである。しかし一括適用除外規則は、前者を違法、後者を合法とした。

(55) 委員会自身が後にこう呼ぶ (1998 REPORT ON COMPETITION POLICY (1999), para. 8)。

(56) 1980 REPORT ON COMPETITION POLICY 9-10 (1981).

(57) 「競争そのもの (competition itself)」よりも設備調整が素早く行えるとする、BPCL/ICD, O. J. L212/1 (1984), para. 37 参照。

(58) 域内産業の構造調整の必要性を述べる、ENI/Montedison, O. J. L5/13 (1987), para. 31 参照。

(59) Optical Fibers, O. J. L236/30 (1986).

(60) Olivetti/Canon, supra note 18, para. 54(b). See F. FINE, MERGERS AND JOINT VENTURES IN EUROPE: THE LAW

AND POLICY OF THE EEC 73 (1989).

(61) See EHLERMANN & LAUDATI, supra note 34, at 130-131 (D. Wolf), 364 (I. Forrester), 516-519 (C. Kirchner).

(62) 1992 REPORT ON COMPETITION POLICY 88 (1993).

(63) 1979 REPORT ON COMPETITION POLICY 11 (1980).

(64) See e. g., Case T-17/93, Matra Hachette v. Commission, [1994] ECR-II 595, para. 104.

(65) See e. g., Carbon Gas Technology, O. J. L376/19 (1983), para. II. B. 1; KEWA, O. J. L51/15 (1976), para. III. 1.

(66) See e. g., Ford/Volkswagen, supra note 14, para. 23.

(67) See e. g., BBC Brown Boveri/NGK, O. J. L301/68 (1988), para. 22. なお、三項において環境保護が積極的に評価された事例を網羅的に検討する、沢田克己「EC独占禁止法と環境保護カルテル」法政理論（新潟大学）三一巻三号一五一頁以下（一九九九年）参照。

(68) Synthetic Fibers, O. J. L207/17 (1984).

(69) Id., para. 35-37.

(70) Assurpol, O. J. L37/16 (1992).

(71) Id., para. 38.

(72) Bayer/Gist-Brocades, O. J. L30/13 (1976) para. III. 1.

(73) 1995 REPORT ON COMPETITION POLICY, para. 85 (1996); 1998 REPORT ON COMPETITION POLICY para. 129 (1999).

(74) See Rockwell/Iveco, O. J. L224/19 (1983), para. 9.

(75) Synthetic Fibers, supra note 68.

(76) Id., para. 40.

(77) Id., para. 41.

(78) BPCL/ICD, supra note 57.

(79) Id., para. 35.

(80) Id., para. 36.
(81) Id., para. 36.2.
(82) See BOUTERSE, supra note 10, at 30. See also, EHLERMANN & LAUDATI, supra note 34, at 369 (I. Forrester).
(83) Enichem/ICI, O. J. L50/18 (1988).
(84) Id., para. 48.
(85) Id., para. 48.
(86) Id., para. 55.
(87) ENI/Montedison, supra note 58, para. 40, 45.
(88) Case 26/76, supra note 10.
(89) Id., para. 20.
(90) Compare id., para. 20 and para. 22.
(91) BOUTERSE, supra note 10, at 24-25.
(92) R. JOLIET, THE RULE OF REASON IN ANTITRUST LAW: AMERICAN, GERMAN AND COMMON MARKET LAWS IN COMPARATIVE PERSPECTIVE (1967).
(93) Id., at 116-124.
(94) Id., at 124-133.
(95) Id., at 183-185.
(96) Id., at 166-173.
(97) P. Manzini, The European Rule of Reason-Crossing the Sea of Doubt, [2002] E. C. L. R. 392, 394.
(98) 反対意見もある。オルドリベラルの思想を重視する、G. Monti, Article 81 EC and Public Policy, [2002] C.M.L.R. 1057, 1061参照。また、加盟国間において一項解釈に相違がでることを危惧する、H. R. B. Schroter, Antitrust Analysis Under Art. 85(1) and (3), 1987 FORDHAM CORP. L. INST. 645, 691-692 (1988) 参照。
(99) 学説を詳細に整理する邦語論文として、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）四六巻二号一七四頁（一九九九年）参照。

(100) Bright, supra note 20, at 31.

(101) Joliet は、米国法における合理の原則は非競争的価値観の考慮を認めず、そのような考慮を認める点において三項は合理の原則を大きく超えるとする（JOLIET, supra note 92, at 114）。

(102) Manzini, supra note 97, at 395.

(103) Id., at 394-395.

(104) EHLERMANN & LAUDATI, supra note 34, at 500（R. Whish）.

(105) 議論の状況を総括する、Whish & Sufrin, supra note 32, at 149 参照。

(106) See generally, EHLERMANN & LAUDATI, supra note 34, at 380, 382-383（I. Forrester）, 500（R. Whish）.

(107) J. BENGOETXEA, THE LEGAL REASONING OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE : TOWARDS A EUROPEAN JURISPRUDENCE 98-101（1993）.

(108) O. Pollicino, Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality Between Judicial Activism and Self-restraint, 5 GERMAN L. J. 283, 287-289（2004）.

(109) See L. SENDEN, SOFT LAW IN EUROPEAN COMMUNITY LAW 364（2004）. ただし司法積極主義と捉えるか否かについては、法解釈における司法の役割についてよって立つ一般的な立場に応じて分かれる（see id., at 364）。なお、目的論的解釈がＥＣ法を「憲法化」させたとする、Pollicino, supra note 108, at 289-290 参照。

(110) Case 32/65 Italy v. Council & Commission,［1966］ECR 389.

(111) Gerber, The Transformation, supra note 33, at 108.

(112) 一九六八年の関税同盟成立までは、非関税障壁の除去が機能を果たす余地は小さく、DGIV のプレステージは低かったと言われる（M. CINI & L. MCGOWAN, COMPETITION POLICY IN THE EUROPEAN UNION 24（1998））。

(113) See McGowan, supra note 27, at 121.

(114) Case 56&58/64, supra note 9, at 339.

(115) See e. g., Case C-234/89, supra note 47, para. 23, 24; Case T-77/94 VGB & Others v. Commission,［1997］ECR II-759,

para. 140.

(116) See e. g., Verouden, supra note 9, at 558-559; V.Korah, A Milestone, supra note 47, at 170-171.

(117) See Gerven, supra note 38, at 418; D.HILDEBRAND, THE ROLE OF ECONOMIC ANALYSIS IN THE EC COMPETITION LAW 185 (2002).

(118) Case 56/65 Societe Technique Miniere (L. T. M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M. B. U.), [1966] ECR 235. See Verouden, supra note 9, at 541-543.

(119) Case 56/65, supra note 118, at 248.

(120) Case 56/65, supra note 118, at 250.

(121) BBC Brown Boveri/NGK, supra note 67.

(122) Id., para. 5.

(123) Korah, Collaborative Joint Ventures, supra note 37, at 280-281.

(124) Case T-374/94, T-375/94, T-384/94, & T-388/94 European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, formerly European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS), & Soiet, [1998] ECR II-3141.

(125) Night Services, O. J. L259/20 (1994).

(126) Case T-374/94, T-375/94, T-384/94, & T-388/94, supra note 124, para. 136.

(127) Id., para. 144.

(128) Id., para. 145.

(129) Id., para. 136.

(130) See GOYDER, supra note 42, at 93.

(131) See e.g., Verouden, supra note 9, at 561-562.

(132) Id., at 574-575.

(133) Case T-112/99 TPS, [2001] ECR II-2459.

(134) TPS, O. J. L90/6 (1999).
(135) Case T-112/99, supra note 133, para. 68.
(136) Id., para. 72, 75, 76.
(137) Id., para. 73, 74.
(138) Id., para. 79.
(139) Id., para. 82-87.
(140) Id., para. 104-106.
(141) Id., para. 109.
(142) Id., para. 110.
(143) Id., para. 120, 121, 132.
(144) 法的判断については、付随的制限と一項との関係と同様に、主要事業にかかる三項判断と運命をともにするとする (id., para. 147, 149)。
(145) See White Paper on Modernisation of the Rules Implementing Articles 85 and 86 of the EC Treaty, O. J. C132/1 (1999), para. 57 [hereinafter cited as White Paper].
(146) See Case 75/84, Metro v. Commission, [1986] ECR 3021, para. 20; Joined Case T-529/93, T-543/93, & T-546/93, Metropole et al v. Commission, [1996] ECR II-649, para. 118.
(147) See Van den Bergh, supra note 51, at 36.
(148) Gerber, The Transformation, supra note 33, at 143-145.
(149) BOUTERSE, supra note 10, at 10-12.
(150) SENDEN, supra note 109, at 367-370, 421.
(151) White Paper, supra note 145.
(152) Gerber, The Transformation, supra note 33, at 128-129.
(153) Elopak-Metal Box-Odin, O. J. L209/15 (1990).

(154) EHLERMANN & LAUDATI, supra note 34, at 375-376 (I. Forrester).

(155) Notice of the Commission Relating to the Revision of the 1997 Notice on Agreements of Minor Importance which do not Fall under Article 81(1) of the EC Treaty, O. J. C149/18 (2001) [hereinafter cited as Notice on Agreements of Minor Importance].

(156) Id., para. 3.

(157) See Verouden, supra note 9, at 548-551.

(158) Olivetti/Canon, supra note 18, para. 51.

(159) Notice on Agreements of Minor Importance , supra note 155, para. 12.

(160) Id., para. 8, para. 9.

(161) A. ALBORS-LLORENS, EC COMPETITION LAW AND POLICY 51-64 (2002).

(162) Commission Regulation 2790/1999, O. J. L336/21 (1999).

(163) Id., para. 4. ハードコア制限についても個別適用除外の届出をなすことは可能であるが、適用除外が認められる可能性は小さいとされる。

(164) Commission Regulation 2658/2000, O. J. L304/3 (2000).

(165) Commission Regulation 2659/2000, O. J. L304/7 (2000).

(166) R. Whish, Regulation 2790/99: the Commission's 'New Style' Block Exemption for Vertical Agreements, 37 C. M. L. R. 887 (2000).

(167) See Van den Bergh, supra note 51, at 56; J. Nazerali & D. Cowan, Reforming EU Distribution Rules: Has the Commission Found Vertical Reality?, 20 E. C. L. R. 159, 163 (1999).

(168) See Sullivan & Fikentscher, supra note 27, at 227-228.

(169) EHLERMANN & LAUDATI, supra note 34, at 578 n. 31 (J. Venit).

(170) Olivetti/Canon, supra note 18, para. 34.

(171) Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purpose of Community Competition Law, O. J. C372/5

(1997).

(172) 競争者間の設備調整を「それ自体として（by their very nature）」競争制限効果を有するとする、ENI/Montedison, supra note 58, para. 22(ii); Enichem/ICI, supra note 83, para. 25 参照。

(173) EHLERMANN & LAUDATI, supra note 34, at 568-571 (A. Schaub).

(174) Aerospatiale-Alenia/de Havilland, O. J. L334/42 (1991).

(175) See Gerber, The Transformation, supra note 33, at 136-137.

(176) See J. GILLINGHAM, EUROPEAN INTEGRATION, 1950-2003: SUPERSTATE OR NEW MARKET ECONOMY? 253 (2003).

(177) 1992 REPORT ON COMPETITION POLICY 90 (1993).

(178) 1990 REPORT ON COMPETITION POLICY 42-43 (1991).

(179) 1990 REPORT ON COMPETITION POLICY 16-17 (1991)

(180) EHLERMANN & LAUDATI, supra note 34, at 125 (A.Schaub).

(181) 1991 REPORT ON COMPETITION POLICY para. 177-186 (1992).

(182) Id., para. 185.

(183) See 1995 REPORT ON COMPETITION POLICY 40 (1996).

(184) See 1992 REPORT ON COMPETITION POLICY para. 77 (1993).

(185) See GILLINGHAM, supra note 176, at 253.

(186) EHLERMANN & LAUDATI, supra note 34, at ix.

(187) See Calvani, supra note 1, at 16 n. 75. オルドリベラルの思想を考えれば、分権化にドイツが反対したのは理解できるとする、D. J. Gerber, Modernising European Competition Law: A Developmental Perspective, 22 E. C. L. R. 122123-124 (2001)［hereinafter cited as Modernising］参照。

(188) もちろん補完性の原理による要請があり、また法規範の動態的生成に寄与するとの積極的判断もある（D. Geradin, Competition between Rules and Rules of Competition: A Legal and Economic Analysis of the Proposed Modernization of the

Enforcement of EC Competition Law, 9 COLUM. J. EUR. L. 1, 21 (2002))。なお、分権化（委員会の専権放棄）がスタッフの政治的衝動との評価もある（Gerber, Modernising, supra note 187, at 125)。

(189) 直接適用の要件については、さしあたり、山根裕子『EU／EC法』一〇二―一〇九頁（有信堂・一九九五年)、デイヴィッド・エドワード、ロバート・レイン著（庄司克宏訳）『EU法の手引き』六九―七〇頁（国際書院・一九九八年）参照。

(190) Whish & Sufrin, supra note 32, at 141-143.

(191) See generally, O. Odudu, Article 81(3), Discretion and Direct Effect, 23 E. C. L. R. 17, 24 (2002).

(192) Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty, O. J. C101/97 (2004) [hereinafter cited as Article 81(3) Guidelines].

(193) Id., para. 5.

(194) Id., para. 49.

(195) 市場支配力は、十分な期間、競争水準を超えて価格を維持する力、ないし十分な期間、競争水準以下に産出量、品質、種類、イノベーションを維持する力と定義される（id., para. 25)。もちろん当事者の事業活動を制約することを示すだけでは、不十分である（id., n. 31)。

(196) Id., para. 41. See also, A.Schaub, Continued Focus on Reform: Recent Developments in EC Competition Policy, 2001 FORDHAM CORP. L. INST. 31, 44-45 (2002). 効率性の抗弁にかかる米国反トラスト法理の展開については、拙著『合併規制と効率性の抗弁』（多賀出版・二〇〇一年）参照。

(197) Article 81(3) Guidelines, supra note 192, para. 13, 33.

(198) See Gerven, supra note 38, at 423 n. 33.

(199) Article 81(3) Guidelines, supra note 192, para. 85.

(200) Van Miert は、「消費者が競争的価格にて品質のよい製品を選択する自由を有する」ことが、競争法の目的と述べる（1993 REPORT ON COMPETITION POLICY, Intro. (1994))。

(201) Case T-86/95, Compagnie Generale Maritime, [2002] E. C. R. II-1011.

(202) Id., para. 343.
(203) See P. Lugard & L.Hancher, Honey, I Shrunk the Article!: A Critical Assessment of the Commission's Notice on Article 81(3) of the EC Treaty, [2004] E. C. L. R. 410, 418-419.
(204) Commission Notice on Guidelines on Vertical Restraints, O. J. C291/1 (2000).
(205) Commission Notice on Guidelines on the Applicability of Article 81 of the EC Treaty to Horizontal Cooperation Agreements, O. J. C3/2 (2001) [hereinafter cited as Horizontal Cooperation Guidelines].
(206) Article 81(3) Guidelines, supra note 192, para. 24.
(207) See Moschel, supra note 22, at 154.
(208) Article 81(3) Guidelines, supra note 192, para. 24.
(209) Id., para. 23.
(210) See e. g., FEG & TU, O. J. L39/1 (2000), para. 103-105.
(211) See e. g., Case T-25/95 Cimenteries CBR SA v. Commission, [2000] ECR II-491, para. 1531.
(212) Article 81(3) Guidelines, supra note 192, para. 22.
(213) Visa International-Multilateral Interchange Fee, O. J. L318/17 (2002).
(214) Id., para. 69.
(215) L. Kjolbye, The New Commission Guidelines on the Application of Article 81(3): An Economic Approach to Article 81, [2004] E. C. L. R. 566, 569-570.
(216) See M.Monti, Fighting Cartels Why and How ?: Why Should We Be Concerned With Cartels and Collusive Behaviour?, 3rd Nordic Competition Policy Conference, Stockholm, 11-12 September 2000.
(217) 米国反トラスト法について、宮井雅明「ジョイント・ベンチャー規制の現状と課題(一)」立命館法学一八三号一九九頁（二〇〇二）参照。
(218) Article 81(3) Guidelines, supra note 192, para. 20.
(219) See A. JONES & B.SUFRIN, EC COMPETITION LAW: TEXT, CASES, AND MATERIALS 188-189 (2004).

(220) Horizontal Cooperation Guidelines, supra note 205, para. 24.
(221) See H. H. B. Vedder, Voluntary Agreements and Competition Law, FEEM Working Paper No. 79, 4 (2000).
(222) Horizontal Cooperation Guidelines, supra note 205, para. 164.
(223) Vedder, supra note 221, at 6. See also, A.Boute, Environmental Protection and EC Anti-Trust Law: The Commission's Approach for Packing Waste Management Systems, 15 RECIEL 146, 151 (2006).
(224) APB, O. J. L18/35 (1990).
(225) Id., para. 41-42.
(226) 1998 REPORT ON COMPETITION POLICY, para. 131 (1999).
(227) Horizontal Cooperation Guidelines, supra note 205, para. 186.
(228) Irish Banks' Standing Committee, O. J. L295/28 (1986).
(229) Id., para. 16.
(230) CECED, O. J. L187/47 (2000). Horizontal Cooperation Guidelines, supra note 205, para. 7.5.
(231) Id., para. 33.
(232) Id., para. 42.
(233) Id., para. 42.
(234) Id., para. 45.
(235) See id., para. 58, 64, 65.
(236) Article 81(3) Guidelines, supra note 192, para. 42. See also, Kjolbye, supra note 215, at 570-571.
(237) Lugard & Hancher, supra note 203, at 418は、三項ガイドラインをかつての委員会実務からの乖離と評価するが、先に述べたように、過去の委員会実務においても社会政策的要因がむきだしに考慮されることはなかった。
(238) 考慮要因の限定のほか、三項ガイドラインが採用する基準について、三項のハードルが禁止的に高くなることを危惧する、id., at 420 参照。
(239) Case C-67/96 Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds, [2000] 4 C. M. L. R. 446.

(240) Id., at 482 para. 123.
(241) Id., at 489 para. 160.
(242) Id., at 489 para. 163.
(243) Id., at 492 para. 179.
(244) Id., at 493 para. 187.
(245) Id., at 495 para. 193, 194.
(246) Id., at 552 para. 54.
(247) H. VEDDER, COMPETITION LAW AND ENVIRONMENTAL PROTECTION IN EUROPE: TOWARDS SUSTAINABILITY? 127-128 (2003).
(248) Case C-309/99 Wouters et al., [2002] ECR I-1577. 評釈として、村田淑子「専門職業団体の自主規制とＥＣ競争法」公正取引六三七号一〇五頁（二〇〇三年）参照。
(249) Case C-309/99 Wouters et al., [2002] ECR I-1577, para. 87-90.
(250) Id., para. 110.
(251) Case T-65/98 Van den Bergh Foods Ltd v. Commission, [2003] ECR II-4653, para. 106, 107.
(252) See Communication from the Commission: Report on Competition in Professional Services, para. 75 (2004).
(253) See P. Andrews, Self-Regulation by Professions: The Approach under E. U. and U. S. Competition Rules, 23 E. C. L. R. 281 (2002).
(254) 他の加盟国ではパートナーシップの全面禁止が採用されていないことについて、弁護士会は、他のより競争制限的でない目的達成手段が存在しないと考える「権限を有する（is entitled to）」とする（Case C-309/99, para. 108）。
(255) See e. g., VEDDER, supra note 247, at 149; R. O'Loughlin, EC Competition Rules and Free Movement Rules: An Examination of the Parallels and their Furtherance by the ECJ Wouters Decision, 24 E. C. L. R. 62 (2003); R. Lane, Current Development European Union Law, 53 ICLQ 465, 471 (2004).
(256) 合理性の理論については、須網隆夫『ヨーロッパ経済法』一二九頁以下（新世社・一九九七年）参照。合理性の理

論は、いわゆる Cassis de Dijon 事件判決（Case 120/78 Rewe-Zentrale v. Bundesmonopolverwaltung fur Branntwein, [1979] ECR 649）により導入されたものである。

(257)　須網・前掲注(256)一二三四―一二三七頁参照。

(258)　VEDDER, supra note 247, at 149, 158.

(259)　Council Regulation 1/2003, O. J. L1/1 (2003), Art. 11.6. See also, id., Art. 11.3.

(260)　Id., Art. 16.2.

(261)　Id., Art. 16.1.

(262)　Id., Art. 15.1.

(263)　Id., Art. 15.3.

(264)　I. Maher, Re-imaging the Story of European Competition Law, 20 OXFORD J. L. STUD. 155, 159 (2000).

(265)　分権化にあたり、フォーラムショッピングの危険性は、繰り返し指摘されてきたところである。But see K. Lenaerts & D.Gerard, Decentralisation of EC Competition Law Enforcement: Judges in the Frontline, 27 WORLD COMPETITION 313, 337 n. 114 (2004).

(266)　条約に対するオルドリベラルの影響を論じる、D. GERBER, LAW AND COMPETITION IN TWENTIETH CENTURY EUROPE: PROTECTING PROMETHEUS 232-265 (1998) 参照。

(267)　CECED, supra note 230.

(268)　Id., para. 52.

(269)　Id., para. 56.

(270)　Gerven, supra note 38, at 430; J. A. H. Maks, The New Horizontal Agreements Approach in the EU: An Economic Assessment, 15 (2001).

(271)　Article 81(3) Guidelines, supra note 192, para. 75.

(272)　CECED, supra note 230, para. 62.

(273)　See J. Stuyck, EC Competition Law After Modernisation: More Than Ever in the Interest of Consumers, 28 J. CON-

SUMER. POLICY 1, 2, (2005).

(274) Article 81(3) Guidelines, supra note 192, para. 69.

(275) Id., para. 86, 104.

(276) Id., para. 57.

(277) Id., para. 90-92.

(278) Id., para. 103.

(279) Id., para. 105.

(280) See id., para. 92.

(281) また、SCPパラダイムが採用されるとの評価がなされることもある（P. A. McNutt, Taxonomy of Non-Market Economics for European Competition Policy: The Search for the True Competitive Price, 26 WORLD COMP. 303, 331 (2003)）。

(282) 学説上、短期的な価格ではなく、長期的な消費者利益を考慮すべきとする、R. Adhar, Consumers, Redistribution of Income and the Purpose of Competition Law, 23 E. C. L. R. 341, 350 (2002).

(283) 平成一四年四月三〇日公取委発表資料。

(284) See VEDDER, supra note 247, at 156-157.