

CPRC Discussion Paper Series
Competition Policy Research Center
Japan Fair Trade Commission

E U 競争法における競争制限の解釈

鞠山 尚子
同志社大学法学部嘱託講師

CPDP-52-J September 2011

1-1-1, Kasumigaseki, Chiyoda-ku, TOKYO 100-8987 JAPAN

Phone:+81-3-3581-1848 Fax:+81-3-3581-1945

URL:<http://www.jftc.go.jp/cprc.html>

E-mail:cprcsec@jftc.go.jp

EU競争法における競争制限の解釈

同志社大学法学部嘱託講師 鞠山尚子*

要旨

EU競争法101条は、競争制限行為について1項と3項という二段階で評価する構成となっているため、正当化理由となり得る事実・効果を持つ行為を評価する際、各項において、何をどのように考慮すべきか、混乱して理解されることがあった。そこで本稿は、1項にいう「競争制限」の解釈分析を示すことで、この混乱を整理することを目的とした。

101条1項において、ある行為が「競争を制限するか」どうかは、以下のように分析される。その行為は、当該行為の存在する市場の文脈に照らして、また、当該行為がなかった場合と比較して、分析されなければならない。また、正当な目的に必要とされる競争制限行為は、その目的に直接関連し必要で、それに釣り合ったものである限り1項の「競争制限」には該当しないとされる。

「競争制限」の解釈については、競争制限効果と競争促進効果の比較衡量が1項の「競争制限」の分析で行われるべきかについて長らく争いがあった。しかし、この比較衡量は、3項の分析で行われることが裁判所や委員会によって明らかにされている。本稿では、1項で比較衡量を採用したと指摘された判決は、1項で比較衡量を行ったものではなく、上述の分析に従ったものであることを示す。

*本稿における誤謬は言うまでもなくすべて筆者の責めに帰すものである。

EU競争法における競争制限の解釈

同志社大学法学部嘱託講師 鞠山尚子

第一章 はじめに

欧州連合機能条約（Treaty on Functioning European Union。以下「EU条約」という。）の101条（2009年12月より、以前のEC条約81条はEU条約101条に名称が変更された。しかし、内容の変更はない。以下では、以前の81条、さらにそれ以前は85条と呼ばれていたものをすべて101条という。）は、複数事業者による競争制限行為を禁じる規定である。EU条約101条は以下のように規定する。1項は、加盟国間取引に影響を与え、共同体市場における競争を妨害、制限、歪曲する（以下「競争を妨害、制限、歪曲する」を合わせて、「競争を制限する」あるいは「競争制限」という。）目的あるいは効果を持つ事業者間の協定、事業者団体の決定、協調行為（以下では、「協定、事業者団体の決定、協調行為」をまとめて、「協定」という。）を禁じる。2項は、1項の禁止に該当する行為を自動的に無効とする。3項は、一定の要件を充たすものについて、1項の適用を免除する。すなわち、101条は、1項で競争を制限する行為を禁止する一方、3項でそのような競争制限行為であっても、一定の要件を充たせば1項の適用を免除するとする2段階構成となっている。

101条の規制対象と同じ行為を規制するものとして、米国のシャーマン法1条や日本の独占禁止法3条後段（日本法については運用上垂直的制限の規制が行われていないという実態があるので101条よりも適用範囲が狭いことに留意する必要がある。）があるが、これらは、101条とは異なる条文構成となっている。シャーマン法1条や独占禁止法3条後段の適用には、101条3項のような規定は存在しない。特定行為が違反と扱われないことを示す規定（適用除外規定）が別に存在するものの、その扱いは限定的であり、常に例外を考慮しなければならない101条3項のような規定はない。この点で、101条は、わが国や米国の法律とは明らかに規定の構成が異なっている。

本稿は、EU条約101条1項に言う「競争制限」の解釈について論じ

る。EU条約101条1項の「競争制限」の解釈には議論があり、101条にいう「競争制限」がどういうことを明らかにすることがEU競争法上もっとも難しい問題の一つとも言われる¹。競争法違反となる場合の反競争効果をどのように分析し、そのような効果を持つ行為を禁じる規定をどのように解釈するかは、どの国においても共通の課題である。ただし、前述のように101条が独特の規定構造を持つことから生じる、EU競争法に独自の課題もある。101条の「競争制限」の解釈が困難になるのは、以下の理由による。

EU競争法に限らず他の競争法領域にも共通する理由として、反競争効果をもつ行為が、同時に、何らかのプラス効果や競争促進効果も持ち得るため、相反するあるいは様々な効果を持つ行為をどのように評価するかが問題となるからである。例えば、複数のライバルメーカーが共同研究開発をする場合には、競争者同士が、研究開発競争をやめてしまうという意味で反競争効果がある。しかし、その共同研究開発が下位メーカー同士のものであるならば、上位の競争メーカーへの有効な牽制力となり、むしろ、当該市場の競争を活発にするかもしれない。一方、主要な競争者すべてが参加する共同研究開発ならば、当該市場での競争は、ほとんど期待できなくなるかもしれないが、それによってこれまででない環境保護技術が開発されるなど社会全体にとってのプラス効果をもたらされるかもしれない。このように反競争効果を持つ行為が、同時に、プラス効果も、持ち得る。それゆえ、反競争効果を持つからといってすべての行為を一律に禁止するのは不合理である。したがって、このような場合に、行為の持つプラス効果とマイナス効果をどのように評価するかが問題となる。この問題は、米国法においては、当然違法原則と合理の原則の適用、日本法においては公共の利益要件の解釈や正当化事由の解釈の中で処理される。その際に、反競争効果の分析認定、競争促進効果の分析認定、競争以外の社会的正当化要因の分析認定、事業上の正当化事由の分析認定等という作業が考えられ、どのような行為についてどのような分析認定が許容され、どの要件の問題として検討を行うのか、というようなことが争われることになる。

一方、EU競争法では、さらに、これらの作業を101条の1項と3項

¹ JONES = SURFIN, EC COMPETITION LAW at 149.

という二つの規定間で割り振らなければならないことから、プラス効果とマイナス効果をいかに評価するのかという問題に加えて、これらの効果を101条1項と3項という枠組みでどのように振り分けて、評価すべきかが問題となる。このような割り振り作業は、包括的規定をもつ日米にはないEU競争法に特有のものであり、101条の1項と3項との間に混乱を生じさせ、EU条約101条1項の解釈を難しいものとしている。すなわち、1項と3項の間でこれら作業をどのように割り振るのか、そもそもそれぞれの規定の趣旨や文言は、これらの作業を許容しているのかというような議論が行われる。

また、初期のEU競争法に特有の競争制限の解釈も、101条1項と3項の役割分担の議論における混乱の一因となってきた。101条1項の競争制限とは何を指すのかについて、初期の101条の解釈・運用では、現在の米国法や日本法の姿勢（あるいは現時点でのEU競争法の解釈運用姿勢といってよいかもしれない。）からみると極めて特異と評価してよいと思われる解釈が採用されていた。これもまた、1項の競争制限の解釈で評価されるべき内容と3項の適用除外の文脈で評価されるべき内容が混乱して理解される原因の一つとなった。

本稿では、EU条約101条1項にいう「競争を制限する」の解釈について以下の観点から検討する。第一に、101条1項の「競争制限」の解釈において、競争促進効果と競争制限効果との比較衡量を採用すべきと主張されてきた一方で、裁判所はこの主張を否定してきた。両者の見解の相違はいかに整理されるのかである。第二に、EU競争法では、わが国や米国とは異なり、競争制限行為が、101条1項と3項の2段階で評価されることから、行為評価における両項の線引きはどこにあるのか。第三に、1項における競争制限の評価について欧州委員会や裁判所が示してきた基準とは具体的にどのようなものなのかである。本稿はこれら問題意識に従い、以下のとおり構成する。

まず、第二章で、競争制限目的を持つ行為の評価を述べる。101条1項は競争制限目的「あるいは」効果を持つ行為を禁じている。競争制限目的を持つ行為とはいかなる行為かを論じる。

第三章では、EU競争法の伝統的解釈を見る。ドイツ・オールド学派の

影響を受けたEU競争法においては、ほとんどすべての行為が101条1項の禁止に該当するとされていた。このような解釈が、101条1項の競争制限の評価において、後述する合理の原則を採用すべきという主張の引き金となった。しかし、現在においては、このような伝統的解釈はとられていないということを述べる。

第四章においては、101条1項の「競争制限」効果についての裁判所と委員会が行ってきた解釈・分析アプローチを紹介するとともに、合理の原則についての議論を整理する。第三章で述べた伝統的解釈への批判から、101条1項の競争制限の解釈において合理の原則を採用すべきことが主張された。しかし、伝統的解釈は否定されたものの、合理の原則は採用されなかった。合理の原則を採用したと言われた判決も、結局のところ、第四章で示す解釈アプローチのどれかにあてはまるものであり、1項の「競争制限」の評価は、これらの解釈アプローチに従って行われてきたことを示す。

第五章では、101条1項と3項との線引きが、いかに行われるかべきか101条の文言とガイドライン、立証責任の観点から分析する。そこでの分析は、これまでの裁判所判決や委員会決定などと整合的である。

第二章 競争制限目的を持つ行為

EU条約101条1項は、競争制限目的「あるいは」効果を持つ協定などを禁じるとしている。すなわち、競争を制限する目的「あるいは」効果のいずれかを持てば101条1項の禁止に該当する²。ある行為が、101条1項に違反するかが評価される場合、順序として、まず、その目的が評価される。行為が競争制限「目的」を持たない、あるいは持つことが明らかでないと言われた場合に、当該行為の「効果」が評価される。競争制限「目的」を持つとされる行為については、その「効果」を評価する必要はない。すなわち、競争制限「目的」を持つとされた行為は、その効果を評価することなく101条1項に違反するということができる。

では、どのような行為が競争制限「目的」を持つとされるのか。ここで

² Case 56/65, *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm* [1966] ECR 235, 249; [1966] CMLR 357, 375.

いう競争制限「目的」を持つかどうかは、当事者の主観的意図³でなく、協定の内容と客観的目的に基づいて評価される⁴。競争制限「目的」を持つとされるのは、本質的に競争を制限する可能性のある行為であり、例えば、価格協調、市場分割、産出制限などである⁵。委員会は、これらの行為が資源配分の効率性を阻害し、消費者厚生を減少を招くとし⁶、それ自体として、競争制限「目的」を持つとする⁷。また、各種ガイドラインや告示、適用除外規則など⁸で、ハードコア制限もしくは黒条項として列挙される行為も、原則として競争制限目的を持つと考えられる⁹。

このような行為が競争制限効果を評価することなく、101条1項違反とされることから、米国反トラスト法で言うところの当然違法と同じように思われることがある。しかし、これは、米国反トラスト法にいう当然違法とは異なる¹⁰。米国反トラスト法では、一定の行為類型に該当すれば、その効果を考慮することなく、また、事業上の効率性についての抗弁も認められることなく、違法となる。一方、EU競争法では、競争制限「目的」

³ ここでいう当事者の主観、すなわち、当事者が競争制限的目的を持って行為を行ったか否かについて、委員会（European Commission, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION Notice Guidelines on the application of Article 81 (3) of the Treaty (2004/C 101/08), OJ C 101/97（以下、Guidelines on Article 81 (3)という）、para 22）も司法裁判所（Joined Cases C-501/06 P, C-513/06 P and C-519/06 P GlaxoSmithKline Services v Commission, para 58）も、それは競争制限目的を考える上での必須の考慮要素ではないとしている。しかし、もちろん、当事者が反競争目的をもって（すなわち、競争を制限する意図で）行ったことは、考慮要素の一つであるし（Guidelines on Article 81 (3) para 22）、そのような意図があれば、競争を制限する可能性が高いとも考えられる（ODUDU, THE BOUNDARIES OF EC COMPETITION LAW THE SCOPE OF ARTICLE 81 at 120-123）。

⁴ Guidelines on Article 81 (3) para 22; Case 29&30/83 CRAM & Rheinzink v. Commission [1984] ECR 1679, [1985] 1 CMLR 688, paras 25-26)。目的の評価においても、協定が適用される状況と市場における当事者の実際の行為が考慮される（Guidelines on Article 81 (3) para 22）。

⁵ Guidelines on Article 81 (3), para 21.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Commission Regulation 461/2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector OJ L 129, 28.5.2010, p.52 Article 5; Commission Regulation No.../... of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of research and development agreements, Article 5; Commission Regulation No .../... of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of specialisation agreements, Article 4; Commission Regulation 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices OJ L 102, 23.4.2010, p. 1 Article 4; Commission Regulation (EC) No 722/2004 of 27 of April 2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements OJ L123, 27.4.2004, Article 4 など。

⁹ Guidelines on Article 81 (3), para 22.

¹⁰ Whish は、米国の Leegin 判決（Leegin Creative Leather Products Inc v PSKS Inc 551 US 2007）が再販売価格維持を当然違法ではなく、合理の原則の下で判断せねばならないとしたことをもって、むしろ米国の基準がEUの判断基準に近づいたとする（WHISH, COMPETITION LAW 6th.ed. 118）。

を持つとして、その効果を評価することなく、101条1項に当然に違反するとされた行為であっても、101条3項の要件を充たせば、禁止されない。競争制限目的を持つからといって、101条3項の適用除外を受けられないとまではいえないので、必ずしも違法とは言えない。委員会の81条3項の適用に関するガイドライン（以下「3項ガイドライン」という。）も、事前の基準として3項の要件を満たし得ない種類の協定はないと述べている¹¹。普通裁判所（リスボン条約により「Court of First Instance（第一審裁判所）」の名称は「General Court（普通裁判所）」に変更された。以下では、Court of First InstanceあるいはGeneral Courtをさす場合、統一してGCという。）も同様の判示をしており、どのような効果を持つ協定であれ、101条3項の適用除外の要件を充たすのであれば、生来、適用除外を受けられない協定はないとする¹²。さらに、垂直的制限ガイドラインでは、ハードコア制限であっても、例外的に、101条1項の禁止に該当しない場合¹³（すなわち、ハードコア制限であっても101条1項という競争制限目的及び効果を持たない場合が例外的に存在する。）、101条3項の適用除外を充たし得る場合が具体的に例示される¹⁴。ただし、基本的に、委員会は、ハードコア制限を含むような協定が101条3項の要件を充たすとは考えにくいとしている¹⁵。

これをまとめると、競争制限目的を持つ行為は、競争制限効果を評価することなく、101条1項に違反する。ただし、だからといって、当然違法とは言えない。101条3項の要件を充たせば、適用除外を受けること

¹¹ Guidelines on Article 81 (3), para 46.

¹² *Matra Hachette v Commission*, Case T-17/93 [1994] ECR II -595, para 85.

¹³ ハードコア制限であっても、例外的に一定タイプの製品に客観的に必要な場合があるとされ、(European Commission, COMMISSION NOTICE Guidelines on Vertical Restraints, OJ C 130, 19.05.2010, p.1,(以下, Guidelines on Vertical Restraints という) para 60), 具体的には、メーカーが新規市場に参入する場合の2年以内の絶対的地域制限、新製品のテスト販売における絶対的地域制限などが例示される (Id., point 61, 62)。この2010年6月1日より発効した新しい垂直的制限ガイドライン・規則の特徴としては、オンラインによる再販売制限について規定したことと、垂直的協定のセーフハーバー基準に買い手の市場シェアについての基準を導入したことがある (Magdalena Brennin-Louko, Andrei Gurin, Luc Peeperkorn and Ktaja Viertio, Vertical agreements: new competition rules for the next decade, Competition Policy Newsletter 2010-2,p.8)。

¹⁴ Guidelines on Vertical Restraints, paras 62~64. 具体的には、再販売価格維持行為であっても、新規参入メーカーが販売業者に自社製品の販売促進をさせるためのもの、フランチャイズなどでの統一的な販売方法のためのもの、複雑な製品の販売前サービスに対するフリーライドを避けるためのものが示される。ここからいえるのは、EU競争法においてハードコア制限とは、米国法で言われる当然違法原則のような、行為類型として当然に違法な行為というよりむしろ、特に悪質な行為で、競争制限目的を持つとしてその効果を評価することなく違法であると原則的に考えられる行為ではあるが、例外的には適法になる場合も認められる行為と考えられているように思われる。

¹⁵ Guidelines on Article 81 (3) para 46; Guidelines on Vertical Restraints para 47.

も可能だからである。だが、このような行為が適用除外の要件を充たす場合は限定された場合なので、違法となる可能性が高い。一方、競争制限目的を持つことが明らかでない行為は、その「効果」が評価されることになる。

第三章 伝統的解釈

前述の競争制限「目的」を持つとされる行為以外の行為は、どのように競争制限「効果」を評価されるのであろうか。

初期のEU競争法の解釈では、ほとんどすべての協定を101条1項にいう競争制限に該当するとし、実際の協定の効果の評価は101条3項で行っていた¹⁶。これは、EU競争法がドイツのオールドー学派の流れをくんでいることに由来する。オールドー学派では、事業者の経済的自由の制限を競争制限であると考え¹⁷。どんな契約であれ、契約はある程度、当事者の行為、経済的自由を制限する。したがって、オールドー学派の影響を受けたEU競争法の伝統的考え方に従えば、ほとんどの契約が競争制限に該当することになる。

しかし、このような伝統的な解釈に対しては、多くの批判が寄せられた¹⁸。なぜなら、この解釈によれば、競争にほとんどあるいは全く悪影響を及ぼさない協定まで広く101条1項の禁止に該当することになる¹⁹からである。このため、現在では、このような伝統的解釈を取り続けるべきと

¹⁶ MONTI, EC COMPETITION LAW at 27 (2007) footnote 25 の文献参照。

¹⁷ 裁判所によるEU条約101条1項解釈の根底にも、同様に、各経済主体が独立してその政策を決定しなければならないことがあったと委員会はガイドラインで述べている (Guidelines on Article 81 (3) para 14)。

¹⁸ このような批判が多く寄せられた理由のひとつとして、以前の手続き規則の難点があった。以前の規則によれば、協定が101条1項に該当するか、101条3項の適用除外を受けるかが、現在より企業にとって重大な関心事となっていた。というのも、以前の規則では、委員会のみが101条3項の適用除外を与える権限を持っていたからである。委員会は、101条3項の個別適用除外はめったに出さず、たいていは、簡易なコンフォートレターで済ましていた。しかし、コンフォートレターは、国内裁判所や国内当局を拘束しないため法的確実性に欠けるものであった。また、適用除外を得るための手続きは煩雑で費用と時間がかかるものであった。このため、いったん、協定が101条1項に該当すると、協定締結事業者にとっては大きな負担がかかることになっていた。しかし、この手続規則に由来する難点については新手続き規則2003年1号の制定により解消された。ただし、現在でも、101条1項の解釈は大きな関心事である。なぜなら、101条1項の立証責任は、違反を主張するもの（多くは委員会）にあり、3項の立証責任は、適法を主張するもの（協定締結事業者）にあるからである。それぞれの立証責任の範囲を明らかにするという意味で、101条1項の解釈は重要な意味を持つ。

¹⁹ Commission Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy COM (96) 721 Final [1997]4 CMLR 519, executive summary para 37.

いう考え方は、あまり見られない²⁰。裁判所においてもこのような考え方は明確に否定されている。欧州司法裁判所（以下「E C J」という。）は、Wouters 事件で、「協定の当事者、あるいは当事者のうちの一人の行為の自由を制限するすべての事業者間の協定、事業者団体による決定が101条1項の禁止に該当するわけではない²¹」としている。

裁判所、委員会、多くの学説が述べるように、現在では、101条にいう競争制限と行為制限が同義であるということとはできないであろう。このように伝統的解釈が否定されたことから、ほとんどすべての行為が101条1項にいう競争制限に該当するとされないことは明らかである。

では、どのような場合に101条にいう競争制限効果を持つといえるのか。以下では、それを見ていく。

第四章 競争制限効果の分析

第一節 競争制限効果分析のアプローチ

前章で述べたように、現在では、1項にいう競争制限が行為制限であるとは、とらえられていない。むしろ、1項の競争制限は、市場における競争要因に認知可能なマイナス効果を与える場合、あるいは、市場支配力を形成維持強化する場合に生じると考えられている²²。

前章の伝統的解釈に対しては多くの批判があった。すなわち、ほとんどすべての協定が1項の「競争制限」効果を持つとするべきではなく、競争を実質的に制限する場合にのみ1項に該当するとすべきであると主張された。そのような主張の中で、1項における競争促進効果と競争制限効果の比較衡量（いわゆる合理の原則）の採用が提案された。その採用を主張する論者らは、複数の判決を示し、それら判決が1項の「競争制限」効果認定の際に比較衡量を採用していると主張した。しかし、後述のように現在では、1項における合理の原則は明確に否定され、反競争効果と競争促進効果の比較衡量は101条3項で行われることが示されている。一部論者が、1項で合理の原則を採用したと紹介した判決も、次の①から④のい

²⁰ ただし、現在でも、伝統的解釈にこだわり続けようとする見解も、中には見受けられる（MONTI, EC COMPETITION LAW at 30-31）。

²¹ C-309/99, Wouters, Savelbergh and Price Waterhouse v Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten [2002] ECR I-1577, [2002] 4 CMLR 913, [2002] CEC para 97.

²² Guidelines on Article 81 (3) paras 16, 25.

れかの分析にあてはまるといえるものであった。

101条1項の「競争制限」効果をいかに評価するかは、委員会決定や裁判所判決の積み重ねによって示されてきた。委員会は裁判所の判示を踏まえて、3項ガイドラインで101条1項の競争制限の評価方法を示している。それによれば、協定が競争を制限するかどうかは、問題となる協定がなかった場合に生じたであろう実際のあるいは潜在的な競争を制限したかどうかによって評価されねばならない²³。この評価においては、ブランド内競争とブランド間競争の双方が考慮されねばならない²⁴。競争制限効果を持つかどうかの評価される協定は、その現実の効果だけでなく、潜在的な効果も同様に考慮されねばならない²⁵。競争制限効果を持つというためには、関連市場における価格、産出量、技術革新、サービスや品質の種類へのマイナス効果が、ある程度の可能性をもって予想される程度に、現実のあるいは潜在的な競争に影響を与えなければならない²⁶。また、そのマイナスの効果は認知可能な程度でなければならない²⁷。101条の禁止が適用されるのは、適切な市場分析に基づいて協定が市場に反競争効果を与える可能性がある場合のみである。そのためには、関連市場を確定し、製品の性質、当事者の市場での地位、競争者の市場での地位、買い手の市場での地位、潜在的競争者の存在、参入障壁の程度などが検討される必要がある²⁸。また、反競争的な制限条項であっても、競争制限的ではない主たる協定に含まれるもので、それに客観的に必要とされる限りにおいて、101条1項にいう競争制限に該当しないとされる²⁹。これらを整理すると、101条1項の競争制限効果の分析には、以下の①から④が必要といえることができる。

①協定が競争制限的であるかどうかは、協定が存在する市場の文脈で評価されねばならない。これは、競争制限効果の評価のみならず、競争制限目的の評価においても同様である（第二節 市場の文脈の考慮）。

②競争制限的であるというのは、問題となる協定がなかった場合と比べて

²³ Id., point 17-18.

²⁴ Ibid.

²⁵ Guidelines on Article 81 (3) para 24; Case C -7/95, John Decree, [1998] ECR I -3111, para 77.

²⁶ Guidelines on Article 81 (3) para 24.

²⁷ Ibid.

²⁸ Guidelines on Article 81 (3) para 27.

²⁹ Id., 28-31.

競争制限的であるということである。そのため、協定がなかった場合の競争状況がそもそもどのようなものであったかを確認したうえで現在の競争状況がより制限的であることを示す必要がある（第三節 反事実分析）。

③ここでいう競争制限的であるというためには、それが認知可能な程度でなければならない（第四節 認知可能性）。

④反競争的な制限が、一定の目的を達成する協定を構成するものとして存在する場合がある（例えば、フランチャイズ協定に含まれる購入制限など）。その場合、競争制限的でないと評価される主たる協定（例えば、フランチャイズ協定）に含まれる個別の制限条項（例えば、フランチャイザー以外からの購入制限）は、主たる協定に付随する制限であると判断される限りにおいて、101条1項に違反しないと評価される（第五節 付随的制限）。

以下では、これら①から④について、ECJとGCの判決、そして委員会決定、ガイドラインとを合わせてみていく。その後、合理の原則を採用したと指摘された判決が結局のところ、①~④のいずれかに含まれることを示す。

第二節 市場の文脈の考慮

ECJは、初期の判決である *Société Technique Minière* 事件において、問題となる協定がその目的あるいは効果によって禁止されるかを評価する際には、様々な要因が考慮されねばならないとした³⁰。具体的には、「協定の範囲となる製品の性質と量、その製品範囲が限定的であるかどうか、関連製品市場における（協定当事者の）地位やその重要性」³¹などが考慮されねばならないとした。

また、*Brasserie de Haecht* 事件でECJは、次のように述べ、協定を評価する際に協定が存在する文脈を考慮しなければならないとした。すなわち、協定「が機能していると思われる市場を、協定の効果とは別個に取り上げるなら、その効果によって協定を考慮することは意味がないであろう。・・・したがって（101条1項）に該当するかどうかを検討するために協定は・・・文脈、すなわち、競争の妨害制限歪曲を引き起こした実際

³⁰ Case 56/65, *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm* [1966] ECR 235, 250.

³¹ *Ibid.*

の状況や法的状況から離れて検討されえない³²」。

さらに、*Delimitis* 事件で、E C J は、問題となる協定を評価する際に、その協定と類似する協定が市場に複数存在する際には、そのような類似の協定の存在を考慮にいれなければならないとした³³。この事件は、ビール醸造所とパブ経営者との間の協定に関するものである。当該協定によると、醸造所は、パブ経営者にパブの建物を貸し、一方、パブ経営者は、毎年、決められた量以上のビールをその醸造所から購入しなければならない。問題となった市場には、同じような醸造所とパブ経営者との間の協定が複数存在していた。このような協定が市場に多数存在すると、新規参入者がパブでビールを販売したり、その市場でシェアを伸ばしたりすることが難しくなる可能性がある。そのため、類似の協定が市場に複数存在する場合、問題となる協定が 101 条 1 項に違反するかどうかの評価において、類似の協定の存在が考慮されなければならない。すなわち、法的経済的文脈を考慮して、同様の複数の協定の累積的効果が、当該市場へのアクセスを妨害するかを評価する。協定の累積的効果によって、当該市場へのアクセスが妨害されていると示されたならば、問題となる協定が、その妨害に重要（significant）な貢献をしているかが分析される。その分析においては、当該協定当事者の市場での地位や契約の期間がその法的経済的文脈で考慮されねばならない。複数の協定の累積的効果によって市場へのアクセスが妨害されている状況で、当該協定がその累積的効果に重要な貢献を果たしているならば、当該協定は 101 条 1 項に違反するといえる。

101 条 1 項の競争制限の評価において市場の文脈を考慮すべきことは *Société Technique Minière* 事件以降、多くの判決で述べられてきたが、*European Night Service* 事件³⁴で、G C は、適切な市場分析なく 101 条 1 項にいう競争制限があるとする事はできないとした³⁵。この事件では、イギリス、ドイツ、オランダ、フランスの鉄道会社が、英国と欧州大陸間の海峡横断夜行列車サービスを提供するために設立したジョイントベンチャーの設立協定が、101 条 1 項に該当するかが問題となった。その判決

³² Case 23/67, *Brasserie de Haecht v Wilkin* [1967] ECR 415, [1968] CMLR 40.

³³ Case C-234/89, *Delimitis v Henninger Bräu AG* [1991] ECR I -935, [1992] 5 CMLR 210, paras 19-27.

³⁴ Cases T-374/94, *European Night Service v. Commission* [1998] ECR II -3141, [1998] 5 CMLR 718.

³⁵ *Id.*, para 93.

の中で、G Cは以下のように述べている。「101条1項のもとで協定を評価するときに注意しなければならないのは、それが機能する現実の状況が考慮されなければならないことである。特に、事業者が操業する経済的文脈、協定の範囲となる製品やサービス、当該市場に関連する現実の構造³⁶⁾を考慮しなければならないとし、また、「競争条件の検討は、関連市場に既に存在する事業者間の現在の競争だけでなく、潜在的競争にも基づいたものでなければならない。³⁷⁾」とする。G Cは、委員会の分析が、101条1項の禁止に該当するというための十分な理由を提供しておらず、また、そのために適切な市場画定もしていないとして、委員会決定を破棄した。

これら一連の事件で強調されてきたのは、協定の法的経済的文脈における分析が、協定が競争制限的であると主張するのに必要であることである。これらの分析が十分でなければ、当該協定を競争制限的であるということはできない。判決の中で示されてきたのは、協定の範囲となる製品の性質や量を考慮して、市場が画定されなければならない、そのうえで、関連市場における協定当事者の地位や競争者の地位が考慮されねばならないことである。また、当該市場に同様の協定が複数存在する場合には、そのような複数の協定の中で当該協定の占める地位などが考慮されねばならない。さらに、競争状況の検討においては、現実の競争と潜在的競争の双方が考慮されねばならないということである。

第三節 反事実分析

前述のように、市場の文脈を考慮して、競争が制限されているかどうかは評価されるわけだが、ここでの競争が制限されているとは、「当該協定がなかった場合と比べて」競争が制限されているということである。前述した、複数のライバルメーカーによる共同研究開発を例にとれば、次のように言うことができる。ライバル関係にあるメーカーが共同して開発する新製品が各メーカー単独では作りえないものであるなら、そのような共同研究開発は、当該新製品の研究開発競争や当該新製品市場での競争を制限するものとはいえない。なぜなら、各社単独での新製品開発が不可能であることが前提だからである。したがって、新製品開発も、新製品市場も、新

³⁶⁾ Id., para 136.

³⁷⁾ Id., para. 137.

製品市場での競争も、共同研究開発があつて初めて存在するものであるから、共同研究開発がないときと比べて競争が制限されているとは、いえないからである。

これについて、E C Jは、前述のE U競争法初期の判決である *Société Technique Minière* 判決で「競争は、問題となる協定がない場合の現実の状況の中で理解されねばならない³⁸」。「特に、当該協定が事業者の新分野参入にあたって必要と思われる場合には、競争への妨害が疑わしいだろう」とした³⁹。その後も、この「協定がなかった場合」の競争分析の必要性が、様々な判決で繰り返し示されてきた⁴⁰。そして、近年のO 2事件⁴¹で、この分析の重要性が再確認された。O 2事件では、問題となる協定がない場合の状況分析がなかったことを理由として、委員会決定が無効とされたからである。

この事件は、ドイツ携帯電話市場で首位のTモバイルと最下位のO 2とのサービス提供協力協定に関するものである。両者は、ドイツで第三世代携帯電話サービスが開始されるに際し、同サービスの提供において協力するため協定を締結することとした。この協定について、欧州委員会は、以下のように決定した。すなわち、O 2とTモバイルとの協力は、競争者間の協力であり、競争者数が少ない携帯電話サービス市場で、競争制限効果を持つものであるから、101条1項に該当するが、101条3項の適用除外は受けることができるとした。この委員会決定に対し、O 2は、本件協定は、101条1項に該当しないとしてG Cに提訴した。これを受け、G Cは以下のように判示した。Tモバイルとの協力がなければ、O 2が、第三世代サービス開始当初から有効な競争者として事業を行うことが困難であったことは、委員会も認めている。欧州委員会は、O 2とTモバイルとの協力がなかった場合に比べて競争が制限されたということを立証していない。それゆえ、G Cは、当該協定を101条1項に該当するとした委

³⁸ Case 56/56, *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm* [1966] ECR 235, [1966] CMLR 357, para 14.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Case 31/85, *ETA v DKI*, [1985] ECR 3933, para 11; Case 42/84, *Remia v Commission* [1985] ECR 2545, para 18; Case 99/79, *Lancome v Etos* [1980] ECR 251, para 24; Case 31/80, *L'Oreal v AMCK* [1980] ECR 3775, para 18, 19; Case C-7/95 P, *John Deere v Commission* [1998] ECR 3111, para 76; Case C-551/03 P, *General Motors and Opel v Commission* [2006] ECR 3173.

⁴¹ Case T-328/03, *O2 (Germany) GmbH & Co. v Commission* [2006] ECR II - 1231.

員会決定を破棄した⁴²。

このような分析が問題になるのは、101条の適用が1項と3項の2段階に分かれていることに由来する。2段階に分かれていない法体系の場合、O2事件で問題となったような協定は、協定がなければ新規市場に参入できない事業者を当該市場に参入させるものであるから、競争制限的ではないとおそらく結論付けられたであろう。委員会決定もその点を考慮して、3項の適用除外を与えていた。しかし、1項と3項の2段階で分析されるEU競争法のもとで、協定当事者は、当該協定が1項の禁止に該当するが3項の適用除外を受けられるものではなく、そもそも1項の禁止にも該当しないものであるとして争った。GCは、この主張を是認し、このような協定を1項の反事実分析により、そもそも1項に違反しないものと結論付けた。すなわち、当該協定を、3項の競争制限効果と競争促進効果の比較衡量によって評価し、新規参入を促す競争促進効果を持つから3項の適用除外を受けられるとするのではなく、そもそも当該協定がなければここで問題となる競争も存在しえなかったのだから、1項にいう競争制限があるとはいえないとしたのである。

第四節 認知可能性

101条1項にいう競争制限があるというためには、その目的あるいは効果として競争が「認知可能な程度」、妨害され制限され歪曲されてきたことを認定する必要があるとされる。

認知可能性の代表的判例であるVölk事件⁴³は、協定当事者の市場での地位が弱い場合に、当該協定が認知可能な効果を持たないとした。この事件では、排他的販売協定の101条該当性が争われた。この協定において、ドイツの洗濯機メーカーVölkは、ベルギーとルクセンブルグでの販売についてある販売業者に絶対的な地域保護を与えることとし、一方、その販売業者は、Völk製品のみ扱うことを引き受けた。本件で、Völkのドイツでのシェアは0.2%~0.5%程度のものであった。裁判所は、「関連当事者の当該製品市場での弱い地位を考慮して」、協定が「重大でない (insignificant) 効果しか持たない場合には101条1項の禁止の範囲外

⁴² Id., paras 70, 116.

⁴³ Case 5/69, Völk v Vervaecke [1969] ECR 295.

となる」とした⁴⁴。

この事件の後、委員会は、当事者の地位がどのような場合に「重大でない」もしくは「認知可能でない」効果しか持たないのかについて、デミニムス告示⁴⁵を公表し、その基準を示している⁴⁶。

一方、水平的協力ガイドラインは、当事者のシェアではなく、協定の内容によって認知可能には競争を制限しない場合があることを示す。例えば、重要でない製品特性を標準化するものなどは、関連市場における競争に影響を与える主な要素に重大でない影響しか持たないとして、認知可能な制限がないとされ得る⁴⁷。

裁判所・委員会ともに、1項の競争制限の評価の際には、「認知可能性」をその要件とし、当事者のシェア、協定内容等を検討すべき要因としている。

第五節 客観的に必要な制限

第一款 EU競争法における付随的制限法理の適用

例えば、ジョイントベンチャーが設立される場合に、当該ジョイントベンチャー自体は、競争制限的でなくとも、その設立協定に含まれる条項が、競争制限的であるとして、101条に違反するかが問題となる場合がある。その場合、問題となる条項が、競争制限的でないジョイントベンチャーに付随するものか、すなわち、付随的制限の要件を充たすかどうか、101条1項において評価される。付随的制限の評価は、1項と3項という二段階で評価されるEU条約101条で、3項ではなく1項の枠組みで行なわれる。主たる取引が1項に違反しなければ、それに付随する競争制限条項

⁴⁴ Id., 5/7.

⁴⁵ European Commission, Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (de minimis) OJ C 368, 13-15.

⁴⁶ 競争者間の協定の場合、協定当事者の合計市場シェアが10%を超えない場合、非競争者間の協定では協定当事者の合計シェアが15%を基準とする。ただし上述のデミニムス告示では、Völk事件のような絶対的地域制限はハードコア制限として、デミニムス基準の範囲外としている。また、これらの基準は、超えたからといって、101条1項の禁止に該当するものではない。これらの基準は超えなければ、101条1項の禁止に該当しないことが推定されるのみである。各行為類型についての基準は、基準を超えた場合、101条の禁止に該当する又は3項の適用除外も受けられないとする基準ではなく、基準を超えた場合、101条1項の禁止に該当するか、81条3項の適用除外の対象となるかについて個別の評価が必要となる基準である。

⁴⁷ Commission Notice- Guidelines on the applicability of Article 81 to horizontal co-operation agreements, OJ C3 of 06.01.2001, para 164. ここで取り上げた質的な認知可能性の基準について、武田邦宣「EC競争法原理の生成」阪大法学 56号 1437頁(2007年)。

も1項に違反せず、主たる取引が1項に違反するが3項の適用除外を受け
ることができるならばそれに付随する制限も同様に判断される。

ほとんどすべての協定を101条1項に違反するとしていた伝統的解釈
から離れ、現在では、本章で述べてきた評価手法により、多様な行為が
101条1項に違反しないとされるようになってきている。付随的制限法理も
そのような処理を可能とした解釈法理の一つである。この法理は、拡大し
て解釈されることで、より多様な行為を101条1項において処理する(す
なわち、3項の評価を必要としない)ことを可能にした。以下では、まず、
EU競争法における付随的制限の定義からみていく。

ジョイントベンチャー設立協定に含まれる非競争条項が問題となった
Métropole Télévision 事件判決において、GCは、付随的制限を以下のよ
うに定義した。付随的制限とは、EU競争法において主たる事業の実行・
実施に直接関連し必要なあらゆる制限をいう。そのような制限が必要であ
るというためには二つの基準を充たさなければならない。第一に、制限が
主な事業の履行に客観的に必要であることであり、第二に、その制限が事
業の履行に釣り合うものであることである⁴⁸。主な事業に関連して制限が
客観的に必要であるかどうかは、関連市場における競争状況の観点におい
て、制限が主な事業の商業的成功に不可欠であるかどうかではなく、主な
事業に特有の文脈で制限がその事業の実行に必要であるかどうかである。
制限がなければ主な事業の実行が困難であるか、あるいは不可能であるな
らば、当該制限は主な事業の実行に客観的に必要であるとみなしうるとさ
れる⁴⁹。また、制限が主な事業の実行に客観的に必要であるとしても、そ
の期間、その構成要素、地理的範囲がその事業の実行に必要である範囲を
超えないかをさらに確認する必要がある。制限の期間や範囲がその事業の
実行のために必要であるものを超えるのであれば、101条3項の下で分
けて評価されねばならない⁵⁰。制限が主な事業の実行に直接関連し、必要
であることが立証されたならば、その制限が競争法に違反するかどうかは、
主な事業の違法性と共に分析されねばならない⁵¹。すなわち、この条件を

⁴⁸ Case T-112/99, *Métropole Télévision (M6) and Others v Commission*, [2001] ECR II
-2459, [2001] 5 CMLR 33, paras 104-106.

⁴⁹ *Id.*, para 109.

⁵⁰ *Id.*, para 113.

⁵¹ *Id.*, para 115.

充たす付随的制限の場合，主な事業が101条1項の禁止に該当しないなら，それに付随する制限も1項に該当せず，他方，主な事業が101条1項に該当するが3項の適用を受けるならば，それに付随する制限も3項の適用を受けることとなる⁵²。

付随的制限が争点となった事件として，Remia事件がある。この事件では，食品メーカーがその子会社の事業を第三者に売却する協定に含まれていた競業禁止条項が，101条1項に該当するかが争われた。競業禁止条項とは，事業の売主が，その売却直後に売却した事業と同様の事業を始めることを制限するものである。当該事業に詳しい売主が売却後すぐに同様の事業を始めれば，買手は，事業買収による利益を十分に得られないであろう。事業売却協定に含まれる競業禁止条項は，そのようなリスクへの買手の懸念を払拭することで，事業売却を円滑に進める効果がある。だからといって，この条項が常に101条1項の禁止に該当しないわけではない。競業禁止条項が101条1項に該当しないというためには，事業移転という目的を可能にするために必要なものでなければならず，期間と範囲もその目的に厳密に限定されたものでなければならない⁵³。本件では，期間と範囲が過度であるとした委員会決定をECJが是認した。

一方，委員会は，付随的制限について，3項ガイドラインで以下のように述べている。それによれば，協定の主要部分が，競争制限目的・効果を持たないならば，その取引に直接関連し必要な制限は101条1項の範囲外になる⁵⁴。制限が，主たる取引の履行に従属し，それと不可分に結びついているならば，その取引に直接関連し必要である⁵⁵。主たる取引に必要であるという基準は，制限が主たる取引の履行に客観的に必要であり，それと釣り合ったものでなければならぬことを意味する⁵⁶。これは，前述のMétropole Télévision事件判決を踏襲したものである。さらに，同ガイドラインによれば，付随的制限の評価は，特に，競争制限的でない主たる

⁵² Id., para 116.ただし，この事件では，問題となった制限条項は，他の事業者が同じ市場で当該制限条項なしに同様の事業を行っていることから，客観的必要性があるとはいえず (Id. para 122)，たとえ客観的必要性があるとしても，当該制限条項は当該事業の実行につきあいのとれたものとはいえない (Id. para 123)として，付随的制限とはいえないとされ，このような制限は，3項で考慮されるべき (Id. para 121)とされた。

⁵³ Case 42/84, Remia BV and Nv Verenigde Bedrijven Nutricia v Commission [1985] ECR 2545, [1987] 1 CMLR 1, para 20.

⁵⁴ Guidelines on Article 81 (3) para 29.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid.

取引あるいは活動の履行に、特定の制限が必要であるか、そして、釣り合いのとれたものであるかを決定することに限定される⁵⁷。客観的要素を基準として、制限がなければ主たる競争制限的でない取引の履行が困難あるいは不可能であるならば、当該制限はその履行に客観的に必要で釣り合いの取れたものとみなされ得るという⁵⁸。

3項ガイドラインでは付随的制限の例として、前述の *Métropole Télévision* 事件のほかに、*Pronuptia* 事件⁵⁹が例示される。フランチャイズ協定に関するこの事件では、フランチャイズシステムにおいて、競争制限を主たる目的としないフランチャイズ協定に付随する制限は、その協定を適切に機能させるのに必要であるならば、101条1項の範囲外となるとされた⁶⁰。

第二款 付随的制限法理の範囲～客観的に必要な制限

前款で述べた付随的制限の判決、定義は、委員会あるいは裁判所が明示的に付随的制限として示したものである。したがって、それらを、付随的制限の判例、定義と呼んでも差し支えないだろう⁶¹。さらに、以下で述べる適法な目的をもつ団体の規則に関する判決も、付随的制限と類似したあるいは付随的制限の法理に従ったものと思われる。ただし、これらを付随的制限法理を採用したものと呼ぶかどうかは論者によって意見が分かれる。これらすべてについて、付随的制限法理を採用したとする意見がある一方⁶²、後述する判決の一つである *Wouters* 判決⁶³は、付随的制限法理を採用した例ではないと明確に否定する意見もある⁶⁴。

⁵⁷ *Id.*, para 31.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Case 161/84, *Pronuptia de Paris v Schillgalis* [1986] ECR 353, [1986] 1 CMLR 414.

⁶⁰ Guidelines on Article 81 (3) para 31.

⁶¹ 中には、フランチャイズ協定の事件である *Pronuptia* 事件は付随的制限と類似する (counterpart である) 内在的制限であると分類する論者もある。この論者によれば、本稿で取り上げる判例のうち、*Gotttrup-Klim* 事件と *Pronuptia* 事件は内在的制限を取り扱った事件であり、*Remia* 事件と *Métropole Télévision* 事件は付随的制限の事件であるという (VOGELAAR, THE EUROPEAN COMPETITION RULES LANDMARK CASES OF THE EUROPEAN COURTS AND THE COMMISSION 2nd ed. at 40-50)。

⁶² GOYDER=ALBORS-LLORENS, GOYDER'S EC COMPETITION LAW 5th ed. at 123-126; EZRACHI, EC COMPETITION LAW AN ANALYTICAL GUIDE TO THE LEADING CASES at 68-75.

⁶³ Case C309/99 *Wouters v Algemene Raad van de Nederlandsche Orde van Advocaten*, [2002] ECR I - 1577, [2002] 4 CMLR 913, 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 637号105頁参照。

⁶⁴ KORAH, AN INTRODUCTORY GUIDE TO EC COMPETITION LAW AND PRACTICE 9th ed. 83 (2007).

そのような判決の一つである，Gøttrup-Klim 事件は，デンマークの農家の協同組合である DLG が制定した，他の協同組合に参加する組合員を DLG から排除するという組合規則の EU 条約 101 条 1 項該当性が争われたものである。DLG は，農家の利益を代表して，農家に必要な肥料と農薬を低価格で供給する協同組合である。ECJ はこの規則について以下のように判示する。すなわち，注文量によって製品価格が変わる市場での協同組合による購入は，大規模メーカーに対抗する契約力となり，より効果的な競争手段となり得る⁶⁵。組合員が二つの協同組合に参加することは，低価格で購入するという組合の適切な機能と，メーカーに対抗する契約力の双方を危うくする。それ故，組合員が二つの組合に参加することを禁じること自体は 101 条 1 項に違反しない⁶⁶。また，本件の組合規定は，組合の適切な機能を保障し，メーカーとの契約力を維持するのに必要である範囲を超えておらず，さらに，その規定に従わなかった場合のペナルティもその目的に照らして不均等ではないため，101 条 1 項の禁止には該当しない⁶⁷。

Wouters 判決では，弁護士と会計士とがパートナーとなることを禁じるオランダ弁護士会規則が，EU 条約 101 条に違反するかが問題となった。ECJ は，会計士と弁護士がパートナーとして組むことを禁じる規則は，顧客の望む会計サービスと法律サービスの統合などを阻むものであり，競争制限的であるという⁶⁸。さらに，この規則が加盟国間取引に影響を与えること⁶⁹，認知可能な程度に影響を持つこと⁷⁰も認定している。それにもかかわらず，ECJ は，このような規則を法律専門職の適切な活動を保証するのに合理的に必要であるとして，101 条 1 項に違反しないとした⁷¹。

この判決は，問題となった規則が競争制限的であると認定しながら，101 条 1 項に違反しないと判断をしたため，多くの議論を呼んだ⁷²。例えば，本件が，Métropole Télévision 事件判決の示した「101 条 1 項で

⁶⁵ Case C-250/92, Gøttrup-Krim v Dansk landbrugs Govvareselskab AmbA, [1994] ECR I -5641, [1996] 4 CMLR 191, para 32.

⁶⁶ Id., paras 32, 34.

⁶⁷ Id., paras 40, 45.

⁶⁸ Case C309/99 Wouters v Algemene Raad van de Nederlandsche Orde van Advocaten, [2002] ECR I - 1577, [2002] 4 CMLR 913, paras 87-94.

⁶⁹ Id., para 95.

⁷⁰ Id., para 96.

⁷¹ Id., paras 97-110.

⁷² KORAH, supra note (64) at 83; WHISH, supra note (10) at 127.

反競争効果と競争促進効果の比較衡量を行わない」という判断を覆して、101条1項で比較衡量を行ったとする意見がある⁷³。しかし、Wouters判決で行われたのは、反競争効果と競争促進効果の比較衡量ではない。同判決で示されたのは、問題となった規則が制定された文脈を考慮することであり、特に、規則の制定目的を考慮することである⁷⁴。その目的とは、「法サービスの最終消費者と正義の健全な執行に、高潔さと経験に関する必要な保証が提供されるよう確保する」ことである⁷⁵。そして、「競争を制限する結果的な効果が、これら目的の追求に内在するかどうかを考慮されねばならない」とするのである⁷⁶。すなわち、消費者に適正な法サービスが提供され、適正な基準をみたす司法が実施されることを保障するという目的の追求に内在するなら、そのような制限は認められるということである。

Wouters判決が、付随的制限法理を採用したものか否かについては、評価が分かれるが、付随的制限法理を採用していないとする根拠は以下のようなものである。第一に、Wouters判決が付随的制限の代表的判例であるMétropole Télévision判決を全く参照しなかったからであるという⁷⁷。第二に、本件規則が、オランダ弁護士会の設立に直接合理的に必要なではないからであるという⁷⁸。すなわち、Métropole Télévision判決によれば、制限がなければ主たる取引の履行が困難であるか、あるいは不可能であるならば、制限はその取引履行に客観的に必要であるとみなし得る。それに対して、本件では問題となる規則がなかったとしても、弁護士会自体の存在が難しくなるわけではない。実際、他の加盟国では、会計士と弁護士とがパートナーになることが認められているというのである。

確かに、第一の根拠にいうように、本件は、Métropole Télévision判決を参照していないが、第二の根拠については、以下のように、反論が可能である。すなわち、他の加盟国で本件のような規則なしに、弁護士会が機能しているからといって、オランダでも当該規則なしに弁護士会が適正に

⁷³ KORAH, *supra* note (64) at 83. また、Korahは、本判決は、国家によって弁護士会に委託された職務に必要なものとして、106条2項で説明されるべきであったという (Id., 83-85)。

⁷⁴ Case C309/99 *Wouters v Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, [2002] ECR I-1577, [2002] 4 CMLR 913, para 97.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ KORAH, *supra* note (64) at 83.

⁷⁸ *Ibid.*

機能し得るとは限らない。そのため、他国の事情を理由に、当該規則がオランダ弁護士会にとって直接合理的に必要でないとは言うことはできない。つまり、E C Jによれば、各加盟国は原則としてその分野における法専門職の行為を自由に規制できるので⁷⁹、たとえ弁護士と会計士がパートナーとなることがいくつかの国で認められているとしても、オランダ弁護士会は、その規則の目的をオランダでは、より制限的でない方法によって達成できないと考えることができるという⁸⁰。したがって、何が各加盟国の弁護士会の存在にとって必要不可欠かは、各加盟国が決定できるので、他の加盟国にとって必要不可欠でないからといって、オランダでも必要不可欠ではないということとはできない。それ故、E C Jは、この規則を法律専門職の適切な活動を保障するために合理的に必要⁸¹と認める。すなわち、法律専門職の適切な活動の保障を目的とするオランダ弁護士会にとって、このような規則が必要であるというのである。

Wouters 判決について、ほかには、競争制限効果と公益目的の比較衡量が、認められたという意見もある⁸²。同判決が、弁護士会規則について、その競争制限効果を認めながら、適切な弁護士活動の保障という目的のために必要という理由で、同規則を101条1項に該当しないとした⁸³ことから、比較衡量であるという。しかし、前述のように、判決は、競争制限効果と公益目的を比較衡量したわけではなく、競争制限的な規則が、適法な規則の目的に必要なかを考慮したのである。

同様の評価は、3項ガイドラインパラグラフ18(2)のブランド内競争の評価でも示される。ここで、委員会は、「すべての販売業者に課せられる一定類型の最終消費者に販売しないという禁止(条項)は、当該製品の持つ危険な性質と関連して安全や健康のために客観的に必要であるなら、(101条1項にいう)競争制限とはならないだろう⁸⁴」という。すなわち、安全や健康という公益目的に客観的に必要なブランド内競争制限であ

⁷⁹ Case C309/99 *Wouters v Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, [2002] ECR I-1577, [2002] 4 CMLR 913, para 99

⁸⁰ *Id.*, para 108

⁸¹ *Id.*, para 107.

⁸² EZRACHI, *supra* note (62) at 75.

⁸³ *Wouter* 判決について、Montiは、国内の法システムの規範を維持するために必要である場合には、EC法の適用は制限されるという考え方が競争法にも適用されたものであるといい、国内法と共同体法との衡量が行われたものであるとし、このような比較衡量を欧州型合理の原則と呼んだ(Monti, *Article 81 EC and Public Policy* (2002) 39 *Common Market L. Rev.* 1057)。

⁸⁴ Guidelines on Article 81 (3) para 18(2).

るなら、101条1項の競争制限に該当しないとしている。Wouters 判決にせよ、3項ガイドラインのブランド内競争制限の評価にせよ、競争制限的効果と公共的な目的との比較衡量を示しているのではなく、競争制限的な行為が公共的目的の達成に客観的に必要かを示したものと考えるべきであろう。

Wouters 判決に続く Meca Medina 判決は、ドーピングを禁止する国際オリンピック委員会らの定める規則を以下のような理由で、101条1項に違反しないとした⁸⁵。すなわち、その規則で定められる制限は、競技スポーツの組織とその適正な運営に内在するものであり、その目的は運動選手間の健全な競い合いを確保することであるから当該規則は101条1項の競争制限に該当しないという⁸⁶。

委員会もまた Wouters 判決に従った決定を出している。ENIC/UEFA 委員会決定で、委員会は、サッカーチームの複数所有を禁じる UEFA（欧州サッカー協会連盟）の規則について、以下のように述べている。「この事件で答えるべき問題は、その規則の結果としての効果が、信用される全欧州サッカー競技の存在に内在するかどうかである⁸⁷。「そのような規則がなければ、チームが経済活動を展開する市場の適切な機能が脅かされる。なぜなら、土台として、そのスポーツ競技は公正で、うそ偽りのないものであると一般に認識されていることが、そのスポーツの利益と市場性を維持するために必要不可欠な前提であるからである。もし、UEFAの競技が信用できず、消費者がそのゲームをちゃんとしたスポーツ競技であると認知しないなら、その競技は価値を失っていくであろう⁸⁸。「このような規則はゲームの公正さと真正さについての消費者の信頼を維持するために必要で釣り合いのとれたものである」⁸⁹。そして、「そのような規則はUEFAの競技に内在するものであるから101条1項の範囲外である」⁹⁰。この決定について、当時の競争担当欧州委員であった Monti がプレスリリースで以下のように述べている。「そのような規則は、理論的には101条1項の禁止に該当し得るかもしれないが、スポーツ競技が公正で

⁸⁵ Case C-519/04 P David Meca-Medina and Igor Majcen v Commission, [2006] ECR I -6991, [2006] 5CMLR 1023, para 45.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Commission decision Case COMP/37 806: ENIC UEFA point 32

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Id., point 38.

⁹⁰ Id., point 40.

正直であるよう確保することを意図しており、それは公共のとくにサッカーファンの利益になる」という⁹¹。

付随的制限法理の適用範囲は、論者によって異なることは前述したが、Whishは、その適用範囲を広く解釈しながら、それを二種に分けて整理している。それによれば、Wouters判決のように合理的な規制のために必要な制限を規制上の付随と呼び、一方、適法な商業的目的を達成する協定に必要な制限を商業的付随⁹²と呼ぶ⁹³。しかし、このような区別を少なくとも委員会は、していないようである。

前述のUEFAの事件委員会決定とMonti委員のプレスリリースでの発言は、結論は同じだが、Whishの分類に従えば、そこへ至る道が異なるように思える。委員会決定は、チームの複数所有を禁じる規則がなければ、チャンピオンズリーグのゲームを消費者が公正なものと思わなくなり、UEFAの競技自体に市場性がなくなるとしている。すなわち、その規則がなければ、チャンピオンズリーグというビジネスモデル自体成り立たないといっており、Whishのいう商業的付随性に近いように思われる。一方、プレスリリースでMontiがいうのは、公正なサッカー競技を確保することが消費者の利益であり、公正なサッカー競技のために当該規則は必要であるから、101条1項に該当しないという。プレスリリースの見解は、消費者の利益となる規制目的を達成するために必要な制限を認めたWouters判決に近いように思われる。しかし、そもそも委員会決定もMonti委員の名前で発行されたものであるから、少なくとも委員会は、Whishのいう商業的付随と規制上の付随を区別しているようには思われない。

3項ガイドラインは、付随的制限には「反競争的でない主たる取引の履行に直接関連し必要で、それに釣り合った⁹⁴」あらゆる制限が含まれるという。ここで列挙してきた事例の制限は、反競争的でない団体の目的達成に直接関連し必要で、その目的に釣り合ったものといえるので、付随的制

⁹¹ Commission Press Release IP/02/942, 27 June 2002.

⁹²ここでいう商業的付随は、Métropole Télévision 事件判決 (Case T-112/99, Métropole Télévision (M6) and Others v Commission, [2001] ECR II-2459, [2001] 5 CMLR 33, para 109) が、付随的制限には該当しないものと明示する「主な業務の商業的成功に不可欠である」ものでなく、その業務に特有の文脈で業務の履行に必要な制限を指していると思われる。適法な商業的目的として、Whishが列挙するのは、新規市場参入や、事業売却、共同購入組合の設立である (WHISH, supra note (10) at 126)。

⁹³ WHISH, supra note (10) at 126.

⁹⁴ Guidelines on Article 81 (3) para 29.

限と呼んで差し支えないのではないだろうか。すなわち，Göttrup-Krim 事件のような共同購入組合の設立に付随する制限も，また Wouters 事件のような適法な目的を追求するのに客観的に必要な制限も，付随的制限と考えることができるのではないだろうか。

さらに，付随的制限の法理，すなわち，協定の主要部分が競争制限目的・効果を持たないならば，その履行に客観的に必要であり釣り合いのとれたものも，101条1項の範囲外になるという⁹⁵法理の適用は拡大して解釈できるように思われる。例えば，前述したように，3項ガイドラインパラグラフ18（2）では，健康や安全のために客観的に必要であるブランド内競争制限を1項の違反に該当しないとす⁹⁶が，同ガイドラインによれば，パラグラフ18（2）の分析と付随的制限は，類似したものであるというのであるから，これも付随的制限（あるいはそれに類似した）分析の一つであろう。また，第二章でも言及したように，新しい垂直的制限ガイドラインは，絶対的地域制限のようなハードコア制限であっても，一定の協定に客観的に必要であるならば，101条1項に違反しないとす⁹⁷が，これも付随的制限法理に類似する分析のように思われる。ここで例示されるのは，メーカーが新規市場に参入する際，その販売業者が一定程度投資する必要があるならば，その販売業者に2年以内の絶対的地域制限を与えること，また，新製品のテスト販売を限定地域で実施する場合にその地域で絶対的地域制限を実施することである。両者とも，制限がなければ，メーカーの新規市場参入やテスト販売実施自体が危うくなるものである。つまり，競争制限的でない取引に客観的に必要で釣り合いのとれた制限といえることから，1項に該当しないとされる。このようにハードコア制限であっても，付随的制限の（あるいはそれに類似した）分析枠組みにより，101条1項に違反しないとされ得る。ただし，ここで注意しなければならないのは，1項で考慮される客観的に必要な制限と，3項で考慮される効率性の抗弁との間には相違があることである。1項で考慮されるのは，Métropole Télévision 事件判決で言及されたように，問題となる制限が主たる取引などの実行に客観的に必要である制限であり，主たる取引の商業

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Id., para 18(2)

⁹⁷ Guidelines on Vertical Restraints paras 61,62.

的成功に不可欠な制限は、3項で考慮されるということである⁹⁸。

第六節 101条1項における比較衡量の否定

第二節から第五節で述べてきたように、101条1項の競争制限効果の評価においては、反競争効果認定のために様々な要素が考慮される。これらの要因の中には、反競争効果の発生を容易にする事実や逆の事実、事業上の正当化や効率性と理解されてもおかしくないような事実が含まれている。このようなことから、101条1項の「競争制限」の認定に際して合理の原則が用いられたとの主張があった。

そもそも、このような合理の原則を101条1項の競争制限分析に導入すべきという議論は、当事者の行為を制限すればほとんど常に101条1項にいう競争制限に該当するとした伝統的解釈に対して、主張されたものであった。つまり、1項にいう競争制限の分析をより実質的に行うことで、競争制限をより広く解釈しようとするものであった。それ故、2004年のEU競争法手続き規則の改正により、3項の適用除外が委員会の専権事項でなくなったことから⁹⁹、1項の競争制限を広く解釈する必要性が縮小し、1項での合理の原則採用論も下火になったように思われるかもしれない。だが、2004年改正以降であっても、1項での合理の原則採用を主張する論者はいる¹⁰⁰。それは、合理の原則採用論も、上述の第二節から第五節で示した手法も、同様に、1項の競争制限をより実質的に分析しようとする解釈論の一つと考えられたからであろう。しかし、以下で述べるとおり、101条1項への合理の原則採用論は、他の解釈論とは異なり、否定される。

合理の原則という用語ないし法適用準則は、米国法において発展してきたものであるが、EU競争法で用いられる場合にはどのような内容を持つのであろうか。米国法における合理の原則とは、次のようなものである。当然違法原則が、特定行為類型について、行為の存在が立証されれば、それに関わる競争への効果分析(反競争効果や競争促進効果の有無)や事業上

⁹⁸ 3項で考慮される要件とは、1項で認定された反競争効果と衡量されるプラスの経済効果である。

⁹⁹ 前掲脚注(18)参照

¹⁰⁰ 例えば、KORAHは2006年の著書でWouters判決が比較衡量を否定した判決を覆したものであるとしている(前掲脚注(73))。O2事件についても、2007年の判例評釈において、比較衡量の判決であるとするものがある(後掲脚注(107))。

の正当化などの主張立証を省略することを可能にするのに対し、合理の原則は行為の存在に加えて、それ以外の全ての要因の分析を許容する、というものである(もちろん、近年合理の原則については、分析を簡略化して行うことを許容する **quick look, focused, structured** と形容される合理の原則と、全ての要因分析を求める **full** の合理の原則に分化している。)

一方、現在のEU競争法において、合理の原則とは、反競争効果と競争促進効果との比較衡量のことをいい¹⁰¹、その合理の原則は101条1項では用いないとする¹⁰²。

EU競争法への導入が主張された合理の原則によれば、101条1項にいう「競争制限」を評価する際に、行為の反競争効果と競争促進効果の双方を考慮し、その総合的效果が競争制限的である場合にのみ、101条1項にいう競争制限効果があると考えられる。また、合理の原則採用論は、ECJ等裁判所判決の分析や委員会規則の分析の中に、事実上、比較衡量分析がみられるとして、その主張を正当化してきた。その合理の原則採用論に弾みがついたのは、**Société Technique Minière** 事件で、101条1項の禁止に該当するというためには、市場の文脈が考慮されねばならないことが示されたことである¹⁰³。すなわち、市場の文脈として様々な要因が101条1項で考慮されるのをとらえて、合理の原則を主張するものたちは、101条1項において合理の原則が適用されたとしたのである。

ほかにも、様々な事件を取り上げ、合理の原則が採用されたとする主張があった。たとえば、**Metro** 事件¹⁰⁴は、質的客観的基準が選択的流通制度に必要であるとして101条1項に違反しないとしたが、これを、選択的流通制度の持つ価格硬直性という競争制限効果と、同制度によるサービス水準の向上による競争促進効果が衡量されたものという¹⁰⁵。また、前述反事実分析で引用したO2事件も、101条1項での比較衡量を認めたもの

¹⁰¹ EU競争法上、1項における合理の原則についての論争が混沌とした一因は、合理の原則についての定義があいまいなままに議論が進んでいったことにある。しかし、現在では、裁判所も委員会も、合理の原則とは、競争制限効果と競争促進効果の比較衡量のことであるとしている。

¹⁰² Case T-328/03, O2 (Germany) GmbH&Co. v Commission [2006] ECR II - 000, para 69.

¹⁰³ MANZINI, *The European Rule of Reason-Crossing the Sea of Doubt*, [2002] European Competition L. Rev. 392, 394.

¹⁰⁴ Case 26/76 Metro v Commission [1977] ECR 1875.

¹⁰⁵ BELLAMY=CHILD, EUROPEAN COMMUNITY LAW OF COMPETITION 5th (2001) 2-085.

であるといわれた¹⁰⁶。それによれば、同判決は、「競争は、協定がなければ生じたであろう現実の文脈で理解されねばならない」としているから、「協定の競争促進効果を完全に無視するなら、(協定がなかった場合の現実の状況を理解するという)責任は果たし得ない」し、「委員会決定は、101条1項で協定のプラス効果を評価し損ねたので、決定のその部分は無効になった」というのである¹⁰⁷。すなわち、競争促進効果を考慮することなく、本件のような分析はできないため、比較衡量を認めたものであると理解するのである。さらに、垂直的制限ガイドラインでセーフハーバー基準が設けられたことをもって、一定の市場シェア基準を超えない垂直的制限のプラス効果が認められたものとし、このようなアプローチはプラス効果とマイナス効果を考慮したものであるから、合理の原則と考えられる¹⁰⁸という見解もある。

その中でも、EU競争法への合理の原則導入を裁判所が認めたと主張される際、最も強い根拠として言及される事件は、**European Night Service** 事件¹⁰⁹である。同事件で、裁判所は、「その協定が価格協調や市場分割、販売店の支配といった明らかな競争制限を含む」場合、「競争促進効果との比較衡量は101条3項の文脈においてのみされ得る¹¹⁰」という。これによれば、協定がハードコア制限を含む場合、競争促進効果との比較衡量は101条3項においてのみ行われるということになるが、反対解釈をすれば、協定が明らかな競争制限を含まない場合には、101条1項での比較衡量が認められると読むこともできる。ここから、本件は1項での合理の原則を許容したものであるというのである。

しかし、裁判所は、数々の事件で、101条1項での比較衡量を明確に否定してきた¹¹¹。なぜなら、1項で比較衡量をすることは、3項の存在意

¹⁰⁶ MARQUIS, *O2 (Germany) v Commission and the exotic mysteries of Article 81 (1) EC*, 32 E. L. Rev. 45.

¹⁰⁷ ROBERTOSON, *What is a Restriction of Competition? The Implication of the CFI judgment in O2 Germany and the Rule of Reason*, [2007] E.C.L.R. 254, 258.

¹⁰⁸ RITTER=BROWN=RAWLINSON, *EUROPEAN COMPETITION LAW: A PRACTITIONER'S GUIDE* 2nd. (2000) at 225.

¹⁰⁹ Cases T-374/94, *European Night Service v. Commission* [1998] ECR II -3141, [1998] 5 CMLR 718.

¹¹⁰ *Id.*, para. 136.

¹¹¹ Case C-235/92 P *Montecatini v Commission* [1999] ECR I-4539, para 133 ; Case T-14/89, *Metenpipe v Commission*, [1992] ECR II -1155, para 265; Case T-148/89, *Trefilunion v Commission*, [1995] ECR II -1063, para 109; Case T-112/99, *Métropole Télévision (M6) and Others v Commission*, [2001] ECR II -2459, [2001]5CMLR 33, paras 72, 106.

義をなくすことになり得るため、101条の構造に一致しないからであるという¹¹²。また、どのような効果が反競争効果と衡量されるかを明らかにするという意味でも、比較衡量は、101条3項の要件に従って3項で行われるべきだとされる¹¹³。Métropole Télévision 事件で裁判所は以下のように述べている。すなわち、「いくつかのECJ判決やGC判決で101条1項の禁止についてより柔軟な解釈がとられていることは事実である。しかし、これらの判決で、EU競争法における合理の原則の存在が確立されたと解釈することはできない。むしろ、それは、全く抽象的になんらの区別をすることなく、1以上の事業者間の行為の自由を制限するあらゆる協定が101条1項の禁止に必ず該当するとする必要がないという判例法の流れに従ったものである¹¹⁴」という。

同様に、EC委員会も、3項ガイドラインにおいて「反競争効果と競争促進効果の比較衡量は101条3項の枠組みにおいてのみ行う¹¹⁵」と明言している。

裁判所も委員会もこのように解釈していることから、101条1項での合理の原則は採用しないと解釈すべきであろう¹¹⁶。加えて以下の理由から、1項における合理の原則は今後もとられないと考える。まず、前述のとおり101条1項での合理の原則の採用を求める声は、従来、あまりにも多くの協定が101条1項に該当するとされたことに由来する。しかし、今日において、裁判所も委員会も、これまで見てきたように、付随的制限や認知可能性、反事実分析などを101条1項で考慮することで、ほとんどの協定を101条1項違反にするとはいしていない。それゆえ、新たに合理の原則を1項の分析に導入する必要もあるとは思われないからである。また、これまで様々な論者が、市場の文脈を考慮したものや、付随的制限、認知可能性、反事実分析など、本章第二節から第五節までの分析評価を行った判決をとらえて、それこそが、合理の原則であり、反競争効果と競争促進効果との比較衡量が1項で採用されたと主張してきたが、あえて、そ

¹¹² Case T-112/99, Métropole Télévision (M6) and Others v Commission, [2001] ECR II -2459, [2001]5CMLR 33, para 74; Case T-65/98, Van den Bergh Foods v Commission, [2003] ECR II -4653, paras 106, 107.

¹¹³ Case 29/92, VSOB v Commission, [1995] ECR II -289, paras 96, 140.

¹¹⁴ Case T-112/99, Métropole Télévision (M6) and Others v Commission, [2001] ECR II -2459, [2001]5CMLR 33, paras 75, 76.

¹¹⁵ Guidelines on Article 81(3) para 11.

¹¹⁶ GOYDER=ALBORS-LLORENS, supra note (62) at 111.

のように解釈する必要があるとも思えないからである。委員会、裁判所が提示してきたように、第二節から第五節までの分析と解する方がシンプルである。つまり、競争促進効果と反競争効果の比較衡量は、裁判所、委員会が明言するよう、101条3項で考慮されると考えるべきであろう。

第七節 小括

101条1項の競争制限は、当事者の行為を制限することを意味するという伝統的解釈は、前述のとおり、いまや、主流であるとはいえない。また、101条1項での反競争効果と競争促進効果の比較衡量も、EC委員会、裁判所がともに、明確に否定し続けていることから、今後そのような解釈がとられるようになるとも思えない。比較衡量についてさらに、競争促進効果以外の要因、たとえば、公共的な要因が、1項で競争制限効果と比較されうるといふ主張については、比較衡量というより、公共的な目的のために必要な制限について、その目的達成に客観的に必要であるかが、考慮されているというべきであろう。

第五章 101条3項との関係

これまで見てきたように、101条1項にいう競争制限は、市場支配力の形成維持強化ととらえられ、第4章で示したように評価される。一方、競争制限効果と競争促進効果の比較衡量については3項で行われる。ここでいう、競争促進効果とは、1項で示された競争制限に対する効率性の抗弁である。さらに、以下の分析は、1項と3項との間で考慮されるべき事項の混乱解消への大きな示唆となる。

英ケンブリッジ大学のODUDUの分析は、1項と3項それぞれの立証責任という観点から、1項にいう「競争制限」が意味するところを経済学的分析により示す。彼によれば、「経済活動に従事する者に課せられる義務は、経済活動に関連するものでなければならない¹¹⁷」という。この分析によれば、101条1項にいう競争制限とは、配分上の非効率である¹¹⁸。101条1項の立証責任は、委員会など、行為の違法性を主張する者が負うのに対し、3項の立証責任は、行為の適法性を主張する当該行為の行為者が負

¹¹⁷ ODUDU, *supra* note (3) at 102.

¹¹⁸ *Id.*, at 103.

う。事業者は、自らの行おうとしている行為がどれだけの効率性を生み出すものであるかを立証することはできるだろうが、配分上の効率性のような自己手持ちのデータ以外のデータが必須の問題を事業者が立証することは困難である。逆に、当該行為による事業上の効率性を、その行為について知識も情報も乏しい行為者以外の者に立証させるのは、困難であると考えられる。したがって、委員会が101条1項で行為の配分上の効率性を評価し、その行為の違法性について立証責任を負う一方、行為の適法性を主張したい事業者が3項においてその行為の事業上の効率性を評価するという。

EC委員会が101条の解釈について示した3項ガイドラインによると、101条の目的は、消費者厚生を向上させ、効率的な資源配分を保障する手段として市場における競争を保護することである¹¹⁹。事業者らが人為的に市場の価格を引き上げ、産出量を削減する場合には、配分上の非効率が生じる。そして、価格引上げと産出量削減は、同時に、消費者厚生を減少させる¹²⁰。事業者がこのような配分上の非効率を作りだして有益となるのは、市場支配力を形成維持強化する場合のみである。したがって、101条1項では配分上の効率性、消費者厚生が考慮されることとなる。

一方、101条3項では、生産上の効率性が考慮される。この根拠は101条3項の文言にある¹²¹。つまり、101条3項によれば、適用除外を受けることができるのは、協定などが「商品の製造流通の改善に貢献し、技術的経済的進歩を促進する」場合である。この文言は、消費者厚生には触れていない。したがって、消費者厚生は101条1項で考慮されるべきであり、3項では事業上の効率性が考慮されるべきということになる。

以上のような分析は、実際のこれまでの委員会決定、裁判所の判決とも整合的にあるように思われる。

第六章 おわりに

本稿では、EU条約101条1項にいう競争制限の解釈について検討した。第一章で提示した問題については、本稿の検討から以下のように結論

¹¹⁹ Guidelines on Article 81(3) para 13.

¹²⁰ Id., para 21.

¹²¹ ODUDU, supra note(3) at 125.

付けることができる。

第一に、101条1項の解釈における競争制限効果と競争促進効果の比較衡量（いわゆる、合理の原則）について、それを採用すべきという主張と、それを否定する裁判所や委員会の判示との間の見解の相違は、第四章第六節でも示したように、以下のように整理できる。すなわち、合理の原則は、101条1項では用いられない。だからといって、合理の原則を採用したと紹介された判決が覆されたわけではない。そもそも、これら判決は、合理の原則を採用したものではなく、第四章第二節から第五節で示した各種分析を行った判決であったということである。

第二に、1項と3項で考慮される事項の線引きであるが、第四章、第五章で示したように、1項にいう、「競争制限」は市場支配力の形成維持強化を意味し、そこで考慮されるのは、配分上の効率性である。一方、3項では、1項で競争制限目的あるいは効果が認定された場合にそれと衡量する効果としての事業上の効率性が考慮されることになる。

第三に、1項における競争制限の評価について欧州委員会や裁判所が示してきた基準は、第二章、第四章で示したように、以下のようにまとめることができる。まず、問題となる行為は、競争制限目的を持つかが、評価される。行為が競争制限目的を持てば、1項に該当することになる。行為が競争制限目的を持たない、あるいは、持つことが明らかでない場合に、その市場の文脈に照らして、行為がなかった場合と比較して、認知可能な程度に競争を制限するかどうか、すなわち、市場支配力を形成維持強化するかどうかが考慮される。これによって、競争制限効果があれば1項に該当する。ただし、競争制限的でない（すなわち、101条1項に違反しない）主たる取引・協定の存在に客観的に必要で、釣り合いのとれたものと判断される競争制限条項は、101条1項に違反しないとされる。一方、問題となる行為が競争制限目的あるいは効果を持ち、1項に該当するとされたとしても、すなわち、当該行為が違法というわけではない。その場合であっても、3項による適用除外の可能性が残されている。

これらを示した本稿の意義を、以下のように考える。第一に、EU競争法に関する論稿は我が国においても多くあるが、その中には、1項と3項で考慮される事項を混乱して紹介する文献も散見され、EU条約101条

1 項の競争制限の解釈について、より具体的詳細に紹介する必要があると考えたことによる。欧州委員会や両裁判所による 101 条の解釈は、当初の伝統的な解釈から、1 項にいう「競争制限」を実質的に解釈するものへと変化してきた¹²²。その過程において 1 項と 3 項で解釈されるべき事項が混乱して理解されてきた。しかし、2004 年の 3 項ガイドラインから、2010 年に出た垂直的制限ガイドラインまでをみると、少なくとも欧州委員会は、両裁判所の判断を踏まえ、1 項と 3 項の解釈についてかなり明確な形で示しており、1 項と 3 項の考慮事項の区別が EU 競争法において定まってきたかのようにみえる。そこで、現時点での 1 項の解釈を、3 項で考慮される事項と区別して、紹介した。ただし、101 条 1 項の評価において市場の文脈が考慮されるべきこと、1 項の評価において合理の原則は否定され、競争促進効果については 3 項で考慮されることについては既に紹介されている¹²³。本稿では、1 項と 3 項という 2 段階の分析構造をとる EU 競争法において、1 項の競争制限がいかに関係分析されるかを、判例を示し、より具体的に提示した。また、1 項での合理の原則の採用が否定されたことで、合理の原則採用の根拠とされた判決が覆されたわけではなく、それら判決はそもそも合理の原則ではなく本稿で示したいいずれかの評価分析を採用したものであったことを示した。加えて、1 項と 3 項の考慮要因の区別について、立証責任の観点から説明する見解を紹介した。

第二に、付随的制限の拡大した解釈を示したことである。これにより 101 条 1 項の解釈における正当化理由の範囲をより明らかに提示できたのではないかと考える。前述したように 1 項の「競争制限」が実質的に解釈されていく中で、様々な要素が 1 項において考慮されるようになってきたことから、正当化理由として 1 項で考慮されるべき要素と 3 項において考慮されるべき要素が混乱して理解されることがあった。しかし、結局のところ、1 項において考慮される正当化理由は、問題となる制限条項が、競争制限的でない協定（あるいは主たる取引）に直接関連し客観的に必要で、その協定に釣り合ったものであるか、という分析枠組みで考慮されるものであるということである。主たる取引に直接関連し客観的に必要であ

¹²² 特に経済学的分析の導入については、2000 年の垂直的制限ガイドラインから明確に表れてきた。

¹²³ 武田・前掲（47）。

るとは、当該制限条項がなければ、主たる取引の履行自体が不可能になる場合を指す。したがって、商業上の成功に必要とされるような制限については、1項ではなく3項の分析でその正当化が考慮されることになる。