

Title	EC競争法とEC/EU法の憲法化：国家補助規定の視点から
Sub Title	EC competition law and the constitutionalisation of EC/EU law : from the perspective of state aid rules
Author	市川, 芳治(Ichikawa, Yoshiharu)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2006
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.6 (2006. 8) ,p.203- 226
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	慶應EU研究会 論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20060815-0203

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

EC競争法とEC/EU法の憲法化

——国家補助規定の視点から——

市川 芳 治*

- I はじめに
- II ECにおける国家補助政策の展開
- III 伝統的競争法分析からの問題提起——英公正取引庁OFTの視角から——
- IV おわりにかえて

I はじめに

競争法は経済学とつながりが深く、裁判所・競争当局の判断はその時々を経済理論に影響を受けるとされる¹⁾。

EC競争法は、基本的にドイツ・オルドー自由主義²⁾を源流として発展して

* 本稿は2006年5月20日開催の慶應EU研究会（庄司克宏主宰）における報告をベースとしている。多数賜った貴重なコメントについて、この場を借りて謝意を表したい。なお、当然ながら、本稿における意見は、筆者のみその責を負う。

1) Whish, Richard, *Competition Law*, Butterworths, 2003, at 1. Wiley Jr., John Shepard, 'A Capture Theory of Antitrust Federalism' (1986) 99 (4) *HLRev.* at 713. 欧州で展開されてきた議論について、Hildebrand, Doris, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Kluwer Law International, 2002, at 158.

2) フライブルク学派とも呼ばれる。

きた³⁾。産業化・民主化に伴う社会変革に応じてオーストリアで生まれた議論に萌芽を持ち、ドイツで大戦間に欧州初の競争法として発露し、戦後、ナチスへの反省も含めて、欧州統合を目指して開花したものである。同派は、経済的自由と競争は繁栄だけでなく政治的自由の源でもあると捉え、オルドー（Ordo：ラテン語で秩序を意味する）が示すように、国家は競争秩序を保護していく任務を負っているとし、これを憲法的に保障すべきと主張する。この考え方は、「社会的市場経済」（social market economy）と称され、国家の役割を秩序形成に限定し、個別プレーヤーの行動する市場への政府介入を厳に禁じ、恣意性を排除する立場となっている⁴⁾。

この概念は、共同市場の形成を通じた経済統合を目的とし、加盟国政府を排除するEEC条約の正当性の確立に結びつき、「自由競争による開かれた市場経済の原則」（現EC条約4条）、「域内市場における競争が歪められないことを保証するシステム」（同3条g項）の規定で具現化され、欧州経済憲法とも呼ばれる秩序を築くとともに、81-89条からなる競争法の理論的背景となった⁵⁾。

この結果、再配分・社会政策等の機能は各加盟国レベルに留められることになり⁶⁾、加盟国政府の介入は市場の失敗（market failure）、あるいは社会権の

3) 泉水文雄「ドイツの競争政策」『産業組織論と競争政策』（小西唯雄編）晃洋書房、2000年、195頁。オルドー自由主義ほか、新自由主義のバラエティーについては、Gerber, David J., *Law and Competition in the Twentieth Century Europe — Protecting Prometheus*, Oxford University Press, 1998, at 236.

4) 理論的考察として、メストメッカー、エルンスト＝ヨアヒム『市場経済秩序における法の課題—法理論と秩序政策に関する論文集』（早川勝訳）法律文化社、1997年。また、同派を代表するオイケンを引いて市場における国家の役割を提言したものとして、菊川貞巳「市場経済と競争政策」『公正取引』652号、2005年。

5) Gerber, at 263. ドイツのオルドー自由主義をベースとして公共企業法のあり方を検討した先駆的論文として、舟田正之『『公共企業』の概念と『法制度』』『情報通信と法制度』有斐閣、1995年、2頁（とくに8頁以下）。

6) Weiler, J.H.H., 'The Community System : The Dual Character of Supranationalism' (1981) (1) *Yearbook of European Law*, at 257.

赤字 (social deficit)⁷⁾ に対処するため、競争を歪めない限りにおいて認められる、市場メカニズムを最大限活用したモデルが標榜されてきた。

一方、競争政策と国家補助 (State Aid)⁸⁾ の共存・緊張関係は、現代EU⁹⁾ 経済の特徴のひとつである。最近の事例を見ても、UK Post Officeに対し過疎地域の窓口業務についての補助を認めたケース¹⁰⁾、英独仏西の共同事業エアバス A380の開発について、ドイツの研究開発助成を認可したケース¹¹⁾ 等多数があり、混合経済システム (mixed economy) においては、国家が市場において、様々な形態で一定の役割を果たすのは常のことと位置づけられている¹²⁾。

近年、自由化・民営化の議論が盛んであるが、経済学的に見ても、Stiglitz¹³⁾ が指摘するように、私的セクターも公的セクターに劣らず不完備契約やフリーライドの等インセンティブ問題にさらされており、単純に“市場対政府”という図式では割り切れない構図となっている。

7) EC/EUにおける民主主義的プロセスの弱さを批判する民主主義の赤字 (democratic deficit) とともに、近年指摘されている。

8) 本稿におけるEC/EU法の概念の邦訳については、原則として、庄司克宏『EU法基礎篇／政策篇』岩波書店、2003年、に倣っている。ただし、様々な訳語の存在するState Aidについては、その含意するところの広さから国家補助と訳出している。国家補助に関するEC条約及び諸規制 (以下、国家補助ルール) についての概説書として、Quigley, Conor and Collins, Anthony, *EC State Aid Law and Policy*, Hart Publishing, 2003.

9) 本稿においてEUという語を使用する場合、主としてその中核部分であるECを指すものとする。

10) C (2003) 1652fin.

11) C (2002) 4817.

12) Craig, Paul and De Burca, Grainne, *EU Law — Text, Cases, and Materials* —, Oxford University Press, 2003, at 1122. 合衆国においても、郵政事業を担う公企業USPSについて、反トラスト法の位置づけが争われたケース (最終的に適用外と判断) 等がある。USPS v. *Flamingo*, 540 U.S. 736 (2004). 最終的にテーマからは外れたが、Antitrust Modernization Commission Act 2002に基づき、反トラスト法の見直しを行っているAntitrust Modernization Commissionでは、国家補助との比較を念頭において政府介入について検討が行われた。

13) Stiglitz, Joseph E., *Whither Socialism?*, MIT Press, 1994, at 231.

EUにおける競争法は、日米同様の事業者等（undertaking）に対する規定とともに、加盟国の国家補助を規制する規定を持つ、二本立ての構造となっている¹⁴。

EUにおいて、競争政策と加盟国政府による介入との比較衡量の役割を果たす国家補助ルールは、加盟国における政策立案と密接に結びついている。最も自由主義を標榜する考え方の国にあっても、市場の失敗の対処のみならず、社会的目的の達成など、政策立案において国家補助の果たす役割は非常に大きく¹⁵、経済統合を目標に掲げるEUと優越性を争うポイントの一つとなっている。国家補助ルールは従来の国際条約の枠組みを超えるEC/EUの“its own legal system”¹⁶形成にあたって調整役としての機能の一角を占めていると言えよう。

また、EC条約は、295条において財産所有（property ownership）システムのあり方（具体的には、公企業／私企業区別）を加盟国に委ねており、その意味では、条文上においても、国家の市場における役割を、中立的に扱っていることになる。

EEC（European Economic Community）条約として、経済統合を目標として出発したEC/EU条約は、自由移動・競争法を基礎としながらも、それだけに留まらない発展をもたらし、EU基本権憲章を取り込む欧州憲法条約が合意されるなど、名実ともに「憲法」に昇華しつつある¹⁷。国家補助をめぐる規則整備

14) Chapter 1 : Rules on Competitionと題されるEC条約81-89条は、Section 1 : Rules Applying to Undertakings (81-86条)とSection 2 : Aids Granted by States (87-89条)に分けられている。ただし、後述のように86条2項には87条1項の適用除外規定としての機能もあることに注意。

15) 最新の各加盟国の状況については、State Aid Scoreboard -Autumn 2005 update-, COM (2005) 624 final参照。

16) Case 6/64 *Costa v ENEL* [1964] ECR 585, para. 3.

17) 2004年10月29日（全加盟国の批准を待って発効）。*Treaty establishing a Constitution for Europe* [2004] OJ C 310/01。EUレベルの憲法・加盟国の憲法による「立憲的多元主義」を検討したものとして、庄司克宏「EUにおける立憲主義と欧州憲法条約の課題」『国際政治』（第142号）「新しいヨーロッパー拡大EUの諸相」2005年8月。

も進み、産業セクター毎のケース・バイ・ケースの議論から、統一的に正面から捉える議論に移りつつある¹⁸⁾。

憲法条約には、「社会的市場経済」という概念が、中核の目的を定める I-3 条に明記された。これは、2001年Laeken理事会において設立された憲法条約を策定するConvention下に置かれたSocial Europeワーキンググループが行った、EUの価値・目的にどのように社会権にまつわる事柄を取り込んでいくかという議論を受けたものである¹⁹⁾。Barcelona理事会において提起された欧州型社会モデル (European social model) の指向を受けたとされ、経済的發展と社会的發展のつながり、経済政策と社会政策間の首尾一貫性を追求することを強調するために、挿入すべきとの声が加盟国から出されたものである。現行EC条約は「開かれた市場経済」に言及しており、そのままの継続を望む加盟国もあったが、グループ内で幅広い賛同を得たとされる。

国家の役割は社会への社会目的での介入であるという、ドイツ基本法20条1項における社会的連邦国家／福祉国家 (social federal state/welfare state) の概念²⁰⁾ がEUレベルにおいても反映され、同条の示す福祉国家像を達成する“戦略”として用いられているとも言及される^{21) 22)} が、抽象性が高く、かつ明確な

18) おそらく初の本格的な論文集として、*The Law of State Aid in the European Union* (edited by Biondi, Andrea et al), Oxford University Press, 2004.

19) *Final Report of Working Group XI on Social Europe*, CONV 516/03 REV 1, Brussels, February 4, 2003.

20) 簡潔な紹介として、村上淳一／マルチュケ、ハンス・ペーター『西ドイツ法入門』有斐閣、1988年、33頁。また経済法との関係では、135頁を参照。

21) 社会国家 (本稿では社会的連邦国家／福祉国家) と社会的市場経済の概念の結びつきについて論じたものとして、森周子「ドイツ福祉国家再編をめぐる論議の動向」第106回社会政策学会・自由論題報告、2003年5月17日。

22) Joerges, Christian and Rodl, Florian, “‘Social Market Economy’ as Europe’s Social Model?’, *EUI Working Paper LAW*, No.2004/8, European University Institute, at 19. Piris, Jean-Claude, *The Constitution for Europe — A Legal Analysis*, Cambridge University Press, 2006, at 188.

定義が与えられていないこともあり²³⁾、実質的にどのような位置づけを持ち得るかについては、議論の余地を残している²⁴⁾。

これまで、EUレベルの競争法の発展は、経済法の深化として、概ね一枚岩として捉えられてきた。その前提のもと、判断基準について合衆国との接近の程度等を扱った論考²⁵⁾は多いが、EU独自の概念とされる国家補助に着目し、自由移動のようにEU／加盟国が切り結ぶ側面を持つ法領域を含んで検討することはほとんどなかった。

軌を一にして、「今後のEC法研究は、EC次元・各国次元の法を切り離して個別に研究するのではなく、主題に応じて、……EC法との比較法の融合手法も取るべきであろう」²⁶⁾との指摘が生まれている。

EC競争法の分野では、いわゆる近代化（Modernisation）によるエンフォースメントの分権化など、明確にEU／加盟国レベルで優越性が決まっている問題、また、合併規制における経済分析重視など、EUと加盟国の多元的な関係とは必ずしも結びつかない問題について議論が深められてきた²⁷⁾。しかし、国家補助ルールは、加盟国のコアの政策と密接に結びつくものであり、多元主義的観点からも検討すべきものである。

23) Sapir, Andre, *Globalisation and the Reform of European Social Models*, Background document for the presentation at ECOFIN Informal Meeting in Manchester, 9 September, 2005, at 5を参照。

24) 最新の論考のひとつとして、Joerges, Christian, 'What is left of the European Economic Constitution? A melancholic eulogy' (2005) 30 (4) *ELRev*, at 461.

25) 最近ではGE/Honeywellの合併をめぐり、様々な議論が行われた。競争政策研究センター共同研究『垂直・混合型企業結合規制の法学・経済学的考え方に関する調査』2004年8月、60頁等。

26) 中村民雄「学界回顧—EU法」『法律時報』76巻13号、2004年、220頁。

27) 合併規制については、適用除外・加盟国裁量を定めた21条4項に関するケースが生じ、議論が始まりつつある。Zaera Cuadrado, Elisa, 'Italian cross-border banking mergers : A case for Article 21 of the Merger Regulation?', *Competition Policy Newsletter*, No.3, 2005等を参照。

本稿の目的は、EC競争法と憲法化が進むEC/EU法との関係を、国家補助規定を通じて検討することにある。

このような問題意識は、出発点をEEC条約に持つEC/EU法理解の深化へ貢献できるとともに、他国の法領域においても、国家補助に相当する政府規制等と競争法との関係を議論する際、示唆をもたらすものと考えられる²⁸⁾。

議論は、下記のように進められる。

Ⅱ章では、ECにおける国家補助政策を概観するとともに、判例の展開を検討する。国家補助ルールは、本来的に加盟国政府の社会的目的等の達成をめざす政策立案に大きく影響を与える機能を持つことから、EUと加盟国は鋭く切り結ぶ。Ⅲ章では、一例として伝統的競争政策の強化という方向性で進む英国競争当局からの問題提起を扱い、その限界点を探る。

Ⅳ章では、EC/EU法の根本的な位置づけに遡って検討する必要性が生じている現状についての議論に触れるとともに、今後の課題についてまとめる。

Ⅱ ECにおける国家補助政策の展開

国家補助ルールの概要

EC条約は原則として国家補助を違法とし、共同市場に適合する目的への補助について適用除外を定めている。

87条1項は、「本条約に別段の定めがある場合を除き、国家により又は国家の財源により付与される補助で、一定の事業者又は一定の製品の生産を優遇することによって競争を歪め又は歪めるおそれがあるものは、形式の如何を問わ

28) 前米FTC委員長Murisは、EUに倣った議論を試みている。Muris, Timothy J., *State Intervention/State Action — A U.S. Perspective*, Fordham Annual Conference on International Antitrust Law & Policy, New York, October 24, 2003. より詳細に論じたものとして、拙稿、*The Tension Between Competition Policy and State Intervention : the EU and US Compared* (2004) (4) *ESTAL*, at 1

ず、加盟国間の貿易に影響を及ぼす限り、共同市場とは両立しない」と規定する。具体的には4つの条件をすべて満たすことが要件として考えられており、「国家財源の移転があること」「一定の事業者に優位を与えること」「競争を歪め又は歪めるおそれがあること」「加盟国間の貿易に影響を与えること」で認定される²⁹⁾。

一方、87条2項・3項においては、共同市場と両立するとみなされる補助が規定されており、差別なく個々の消費者に付与される社会的性格の補助、欧州の共通利益となる重要な計画の実現のための補助、生活水準が非常に低い地域への補助、重大な不完全雇用が生じている地域への補助等が記されている。なお、交通分野については、73条において補助の適合性の基準を示している。

また、86条2項によっても、国家補助ルールの適用が除外される場合がある。これは、一般的経済利益を有するサービス (Service of General Economic Interest)³⁰⁾の運営を委ねられている事業者または歳入源を独占する性格を備える事業者に関して、その特定の任務の達成を妨げるおそれがある場合には、貿易の発展が共同体の利益に反する程度にまで影響を受けてはならないという条件のもと、EC条約の適用が除外されると規定するものである。

国家補助ルールに関して、EC委員会はまさに‘guardian of the Treaty’³¹⁾として機能することが要請されている。EC委員会は、加盟国の補助スキームを常時

29) 4条件にまつわる判決を丁寧に辿ったものとして、Plender, Richard, ‘Definition of Aid’, *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford University Press, 2004, at 3.

30) 一般的経済利益を有するサービス、一般的利益を有するサービス (service of general interest)、公共サービス義務 (public service obligations) 等の定義の差異については、*White Paper on services of general interest* (「一般的利益を有するサービスに関する白書」、以下「一般的利益白書」) COM (2004) 374, ANNEX1を参照。EC条約に規定されるのは一般的経済利益のみであり、派生的な概念として規定され、交換可能なものとされていることも多い。

31) 一般的利益白書、13頁。

審査下に置き、EC条約に照らして廃止・修正を要求する決定を行うほか、新規補助の第一次審査を専権し、226・227条の例外として直接司法裁判所（Court of Justice）に義務不履行訴訟を提起できるなど、非常に大きな裁量を持ち、様々な手段でEC条約の目的に適合させる権能を有している。

現在までのEUにおける国家補助政策の基本は、Lisbon理事会（2000年3月）で示された、10年でEUを世界で最もダイナミックで競争的な経済とすることを目指すLisbon Strategyである。競争の促進とともに国家補助の全般的水準を削減し、個別企業・産業への補助から、雇用、地域開発、環境、人材育成、研究開発等EU横断的な目標に沿ったものへ力点をシフトすることを目標とするもので、2001年7月からは、加盟国の国家補助額の比較表を半期ごとに発表するState Aid Scoreboardが導入され、間接的なエンフォースメントのツールとなっている³²⁾。

しかし、加盟各国の国家補助をただ単に減少させることが目標とされている訳ではない。アムステルダム条約で追加された、EUと加盟国の共同管轄のもと一般的経済利益を尊重する16条の規定に従い、質の高い公共サービスの提供について、前述の86条2項に力点を置き、その中身、社会権・基本権に関わる判断が必要とされる部分への議論も始まっている³³⁾。2004年5月には、「一般的利益白書」がEC委員会でもまとめられ、現段階での見解が示されている。同白書は、当時上呈されていた憲法条約草案に言及しつつ、加盟国との共同管轄を確認し、質の高さを維持すること、結束とユニバーサル・アクセスを保証すること、多様性を尊重すること等指針となる原則を定義した。また現時点で、全分野にまたがる水平的枠組みの立法は考えず、公共サービス義務の資金調達の仕事

32) 最新の動きとして、2005年6月、Lisbon Strategyをさらに加速させるべく、State Aid Action Planが合意されている。*State Aid Action Plan : Less and better targeted state aid : a roadmap for state aid reform 2005-2009*, COM (2005) 107 final.

33) Barcelona理事会（2002年3月）。とくに社会権を尊重する欧州型社会モデル（European social model）が標榜された。

組みや、一般的利益を有するサービスを実施する事業者の選択方法の明確化を検討していくとともに、社会・福祉面で一般的利益を有するサービスへの体系的な規制枠組みを検討するとした³⁴⁾。

16条に留意したMonti前競争政策担当委員のスピーチでは、オールド自由主義がEC競争法の源流であることを確認しつつ、レッセフェールで終わらないのが欧州モデルの本質であるとして、一般的利益をその鍵となる要素として重視する姿勢が強調されるとともに、発出するコミュニケーション等で、加盟国・補助提供当局と連携しながら進めていくことが明らかにされている³⁵⁾。「一般的利益白書」は、まさにその一つと言える。

学説に眼を向けると、Ross³⁶⁾は、16条挿入は経済的な尺度から価値の判断へと“決定的な方法論の転換”をもたらしたと捉え、Baquero Cruz³⁷⁾は、柔軟性の乏しい、厳格な競争テストを批判し、競争は共同体の多様な価値のひとつとして考えるべきと主張した。

ニース条約で追加された、高水準の雇用、生活水準と生活の質の向上等の目的規定（2条）等に見られるように、経済統合の成熟に伴い、ECの専権とされている伝統的な競争政策だけでは対応できないのではないかと、という疑問が生じている。中核となる目的規定を変えないまま、ケース・バイ・ケースでpatchwork的に補完するのではなく、EC/EU法の全体的な見直しが必要とされてき

34) Communication from the Commission — Implementing the Community Lisbon Programme : Social services of general interest in the European Union, COM (2006) 177 final等を参照。

35) Monti, Mario, *Competition in a Social Market Economy*, Conference on 'Reform of European Competition Law', Freiburg, November 9/10, 2000.

36) Ross, Malcolm, 'Article 16 E.C. and Services of General Interest : From Derogation to Obligation' (2000) 25 (1) *ELRev*, at 22.

37) Baquero Cruz, Julio, *Between Competition and Free Movement — The Economic Constitutional Law of the European Community*, Hart Publishing, 2002, at 155.

ていると言える³⁸⁾。

国家補助をめぐる判例の展開

司法裁判所においても近年、基本権についてのEU／加盟国権限の緊張関係を内包する国家補助について、議論の精緻化が進んだ。国家補助の適用除外条件を争うこととなった一連のケースにおいては、判断基準に関して以下のような流れで加盟各国の意見は割れた。

従来、国家補助についてはその範囲を広くとり、少しでも国家財源による補助があれば、まず国家補助に包含し、通知義務をかけてから、EC委員会によって適用除外が認定されるという流れであった（国家補助アプローチ：state aid approachと呼ばれる）。しかしFerring³⁹⁾において、公共サービス義務を補償するレベルにとどまっていれば、それは国家補助には該当せず、通知義務は生じない（補償アプローチ：compensation approachと呼ばれる）と判示され、議論を

38) Barnard, Catherine, 'EC "Social" Policy', *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999, at 479. 職業訓練など、否定しにくい部分から社会政策が浸透してきたことについて、Freedland, M. 'Employment Policy', *European Community Labour Law: Principles and Perspectives* (edited by Davies, P. et al), Liber Amicorum Lord Wedderburn of Charlton, 1996. 社会政策と競争政策の境界線を探るべく国家補助の文脈で争われた黎明期の判例として、Case C-189/91 *Kirshammer Hack v Sidal* [1993] ECR I-6185（中小企業保護を国家補助に該当しないと判示）、Case C-241/94 *French Republic v Commission* [1996] ECR I-4187（社会政策への公益団体の参画について、EC委員会への通知義務を認める判決）。

Hildebrandは、EC全体の政策目的という文脈で、競争政策を考えるべきと主張する。Hildebrand, at 11.

他方、ひとたび経済統合が成ったならば、EC競争法は条約の他の条項から独立し、より経済分析に特化する方向になるとの考えもある。Albors-Llorens, Albertina, 'Competition Policy and the shaping of the Single Market', *The Law of the Single European Market — Unpacking the Premises —* (edited by Barnard, Cathertine and Scott, Joanne), Hart Publishing, 2002, at 330等（とくに81、82条について記述）参照。

39) Case C-53/00 *Ferring* [2001] ECR I-9067.

呼んでいた。

Stendal区域での乗合バス旅客運輸事業のライセンス付与を争った *Altmark Trans*⁴⁰⁾ において、法務官意見は異例の2回目⁴¹⁾ が出され、加盟各国の意見提出が求められた。ドイツ、フランス、スペインが、その目的以上に補償されてはじめて国家補助と認定する、加盟国裁量を広く認める補償アプローチを支持する一方、デンマーク、オランダ、イギリスは、動物の死骸収集・処理作業へのファイナンスを争った *GEMO* の法務官意見⁴²⁾ で示された、quid pro quoアプローチを支持した。quid pro quoアプローチとは、補助を2つのカテゴリーに区分し、「国家財源と明確に定義された公共サービス義務との間に、直接的で明白なリンクがある場合」は国家補助に該当せず、「そのようなリンクがないか、あるいは公共サービス義務が明確に定義されない場合」は国家補助に該当すると考えるもので、補償アプローチと国家補助アプローチを組み合わせたような考え方である。

この一連の議論については、最終的には、*Altmark Trans* 判決で決着したとされる。司法裁判所は、厳しい条件下、公共サービス義務の補償にとどまっていれば国家補助にはならず、EC委員会の事前審査は必要ないと判示した。この条件を指して、「多くの点で立法的性格を持つ」⁴³⁾ 判決であると評価されている。

まず、「公共サービス義務を持ち、それが明確に定義されていること」「補償が公共サービス義務に必要な費用を超えていないこと」の2条件があり、これらは、Ferringで示された補償アプローチで採用された条件であった。しかし、当判決では「事前に客観的で透明性ある方法で、補償にあたってのパラメータ

40) Case C-280/00 *Altmark Trans* [2003] ECR I-7747. 邦語の判例評釈として、小場瀬琢磨「公共サービス事業と国家補助規制との緊張関係－アルトマーク事件－」『貿易と関税』2005年4月号、75頁。

41) 法務官Léger意見 (Case C-280/00 (Second Opinion), January 14, 2003)。

42) 法務官Jacobs意見 (Case C-126/01, April 30, 2002)。

43) Biondi, Andrea et al 'Stop Press : The Altmark Judgment', *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford University Press, 2004, xvi.

が示されること」「公共調達の手続きで選択されるか、あるいは典型例として想定される企業の費用と比較して決定されること」の2条件が追加で示され、とくに最後の条件によって、定式化についての言及は無いながら、通常の企業と比較して判断するという見方が出された。

究極的には、このアプローチは手続き的判断を行うものであり、*Ferring* 判決に沿った、いわば“修正された”補償アプローチと認識することができる。

しかしこの判決に対しては、有力な批判も生まれている。

4番目の条件に関し、このように厳しい条件は16条の役割を失わせるもので、一般的経済利益を有するサービスの会計とその他の会計の区分を求める透明性指令⁴⁴⁾の義務を超えていること、また、4条件を満たさない場合の法的状況を規定せず、加盟国における政治的決定プロセスをも迂回してしまおうとする姿勢が見られること、に警鐘を鳴らす見解がある⁴⁵⁾。

他方、国家補助アプローチを支持し、EC委員会に、より競争法的な分析の裁量を委ねるべきと考える立場からは、4番目の条件にその萌芽を見出す見解が出ている。*Altmark Trans* 判決後のEC委員会の決定群⁴⁶⁾が、*Ferring* と同じ補償アプローチを指向し、4番目の条件に言及がないことから、判例を軽視しているのではないかとの批判もある⁴⁷⁾。

44) 公企業へのファイナンスに関する透明性指令 (Commission Directive 80/723/EEC) [1980] OJ L195/29 (発出後、現在までに4度改正されている)。

45) Szyszczak, Erika, 'Financing Services of General Economic Interest' (2004) 67 (6) *MLRev*, at 982.

46) Commission Decision on the measures implemented by Italy for RAI (2004/339/EC) [2004] OJ L119/01等。

47) Hansen, Marc et al, *The Coming Age of EC State Aid Law : A Review of the Principal Developments in 2002 and 2003* (2004) 25 (4) *ECLR*, at 202. 最近採択された、空港建設へのファイナンス・地方空港からのエアライン発着への初期助成に関するガイドラインにおいては、*Altmark Trans* 4条件と、クリアできなかった場合の86条2項の要求条件とを場合分けし、後者では条文に沿った補償アプローチが示されている。Community guidelines on financing of airports and start-up aid to airlines departing from regional airport OJ [2005] C312/1.

こうしたなか、2005年11月、EC委員会は最終的に“Altmark package”と呼ばれる指令群をとりまとめた⁴⁸⁾。手続き的判断を尊重するもので、*Altmark Trans* 事件にならって4条件を判断し、外れた場合にはさらに86条2項において補償アプローチで適用除外を判断するという立場を支持している。

加盟国政府の政策そのものを左右し得る国家補助政策のエンフォースメントは、EU／加盟国レベルでの相互理解があって初めて成り立つものであり、その評価は複眼的でなくてはならない⁴⁹⁾。競争法領域にあっては、予測可能性・法的安定性もとくに要請され、分析視角の定着が重要となっている。次章では、市場メカニズム・経済分析を重視する英国の競争当局の政策提案を例に、国家補助に関してEUレベルの分析視角との比較を行う。

Ⅲ 伝統的競争法分析からの問題提起

——英公正取引庁OFTの視角から——

英公正取引庁OFTの視点

英国における競争政策は、EU伝統のそれとはやや異なり、合衆国に近いスタンスであるとされている⁵⁰⁾。国家補助に関しては、経済学者である前長官Vickers氏のもと、補助が競争に与える影響を最重要視して執行に取り組んで

48) Community Framework for State Aid in the form of public service compensation [2005] OJ C297/4, Commission Decision on the application of Article 86 (2) of the Treaty to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest OJ [2005] L312/67等。

49) 着目すべき最近の証左として、裕福な国における生活水準が低い地域への補助について、禁止する方向での改革を表明したKroes委員に対し、英・独・仏・オーストリアの副大臣たちが、強く牽制したとの記事、*Financial Times*, January 31, 2005; *The Economist*, February 5, 2005.

50) Jones, Alison and Sufirin, Brenda, *EC Competition Law : Text, Cases, and Materials (2nd edition)*, Oxford University Press, 2004, at 32.

来ていた⁵¹⁾。

2004年11月、英国の競争当局OFT (Office of Fair Trading) は、公的補助について分析するレポートを発表し、国家補助ルールに関して、自らのスタンスを明らかにした⁵²⁾。

EC条約は、中核となる原則 (principles) の章において、経済統合という目的を達成していくなかで、「自由競争による開かれた市場経済の原則 (open market economy with free competition)」（4条）に従うことを規定し、「域内市場における競争が歪められないことを保証するシステム」（3条g項）を活動の一つに掲げている。

OFTレポートは、こうした背景から、経済シンクタンクの助力を得て、従来あまり問題とはされてこなかった経済学的な影響分析に焦点を当て、現在の国家補助政策のスキームを評価・分析し、競争を歪める補助を認可しないよう提言する内容になっている。

競争に歪みを与えることを抑止すべきという一点で国家補助／公的補助政策を切り、86条2項、87条2・3項等が規定する適用除外を判断する比例原則 (proportionality) の適用に際し、フォワードルッキングを貫徹した影響分析を実施するもので、補助に伴う政治的決定プロセス・手続き的判断を優先する考え方に対し、理論的には一つの対極をなすものである。

実際、英国は、State Aid Scoreboardの最新のフォローアップにおいても、国家補助から離れて政策スキームを組み立て、EU加盟国中、国家補助を最低

51) Vickers, John, 'State aid and distortion of competition', paper for the state aid conference, 14 July 2005参照。

52) *Public subsidies*, OFT750, November 2004. 拙稿「英国競争当局から見たEC国家補助スキームの展望」『国際商事法務』（近刊）参照。「公的補助」の定義については、「一般的に受け入れられている定義はない。最も広い意味では、一企業、あるいは企業の集団に助けを与える政府のいかなる介入も、補助となり得る。具体的には、キャッシュ、債務保証・低利融資、税、株の優先取得、現物提供、内部補助、低額調達などがその範疇に入る」としている (para. 2.2以下)。

水準で維持していることが示されている⁵³⁾。

OFTは、加盟国の忠誠義務を定めた10条のもと、EC条約の各規定を忠実に受け、Lisbon Strategyに則って、一加盟国としてその理念に合致するように政策を立案しているとも言える⁵⁴⁾。

OFTレポートは、補助が企業の意思決定、行動をどのように変化させるか、という観点⁵⁵⁾から分析を出発し、補助によって、価格メカニズムに基づく市場機構が有効に機能せず、市場全体に非効率性がもたらされ、消費者厚生が悪化する状況を詳しく見ている。EC競争法で禁止される「競争の歪み」(distortion of competition)⁵⁶⁾とは、このように市場メカニズムに歪みが生まれる状況、即ち非効率が生まれ、消費者厚生が悪化する状況であると捉え、伝統的な競争法分析と国家補助の経済分析との接点としている。

こうした整理に基づいて現行の国家補助政策スキームの評価を行った結果、企業の行動により直接的に影響を与える補助に対し厳しい条件を付すなど競争の歪みの源となるいくつかの要因に対処しているものの、その他の負の影響を与える要因については十分認識されておらず、当該市場の特徴や、市場における補助の受け手の地位等、競争の歪みの存在、度合いに大きく影響を与える要因については、考慮されていないと観察する。

53) COM (2005) 624 final, at 10. こうした姿勢を強く支持したものとして、'Less and better' *Financial Times*, January 26, 2005.

54) こうした競争政策への積極的姿勢は、競争法の他の分野についても言える。近年、英国は合併審査に関するルールを定めたFair Trading Act 1973を刷新し、合併審査の基準を公共の利益／福祉 (public interest) から、米反トラスト法に倣った「競争の実質的減殺」(SLC: Substantial Lessening of Competition) 基準に移すEnterprise Act 2002を策定している。これは、ECの支配的地位 (dominant position) を基準とした合併ガイドラインにおいては、競争の歪みを拾いきれない場合があると考えたためであり、国内についてEUとは異なる基準を明示的に採ることをあえて選択し、EUも同様の立場を採るよう訴えた。

55) 代表的なものとして、Laffont, Jean-Jacques and Martimont, David, *The Theory of Incentives — the Principal-Agent Model*, Princeton University Press, 2002.

56) 81条、87条を参照。

OFTは基本的に、競争を歪める補助を許さず、自由競争の路線を押し進めるとともに、ミニマムな役割を果たす政府を支持していると言える。

このレポートに基づき、2005年11月、OFTはEC委員会の策定したState Aid Action Planに対し、87条3項の解釈ガイドラインを提起した⁵⁷⁾。第一段階として、「競争の歪み」(distortion of competition)の有無を判定し、そのうえで、第二段階として、81・82条(競争制限的協定の禁止/支配的地位濫用の禁止)適用時と同様のケース・バイ・ケースの分析に則って判断をすべきであるとしている。

Altmark Trans判決への批判

OFTレポートは、国家補助の適用除外をめぐる国家補助アプローチと補償アプローチの問題について、「議論が残っている」という記述で、自らの認識を示している⁵⁸⁾。Altmark Trans判決で一応の決着を見たと言われているものであるが、それ以降のEC委員会決定に対し、再度、英国競争当局としてのスタンスを明確に打ち出したものと考えられる。

先に紹介したように、Altmark Transでとられた“修正”補償アプローチに対しては、有力な批判が出てきている。

Nicolaidisは、判示された4条件では、適用除外規定としておかれている86条2項が実質的に骨抜きになるとし、4番目の条件である「公共調達の手続きで選択されるか、あるいは典型例として想定される企業の費用と比較して決定されること」をさらに進めて、オークションあるいは公開入札で選択された場合にのみ、国家補助に該当しないとの判断が可能になると主張している⁵⁹⁾。あくまで恣意性が残ることを排除し、もって競争の歪みが生じることを防ごうとするスタンスである。

57) *European state aid control*, OFT821, November 2005.

58) *Public subsidies*, Annexe B.46.

59) Nicolaidis, Phedon, 'Competition for Public Service Obligations : the Floodgates of State Aid' (2003) 24 (11) *ECLR*, at 561.

Cesareは、*Altmark Trans*に先立つ判例である、仏郵便事業La Posteへの税金の低減による内部補助について争ったFFSA⁶⁰⁾において、第一審裁判所（Court of First Instance）が国家補助アプローチを支持したことを引き、87条下では、政府介入の原因／目的は区別されておらず、あくまで競争への影響で国家補助に該当するか否かを見ているとし、EC委員会は自らの裁量のなかでその視点に従った判断をすべきとしている。彼は、法務官Jacobsのquid pro quoアプローチも、補償アプローチと同様に、86条2項の実効を失わせるものと批判しており、あくまで影響・効果を見るべきであって、純粋な形式手続き法として用いてはならないと主張している⁶¹⁾。

彼らのスタンスは、具体的な経済分析を伴っていない場合もあるが、OFTリポートと同じく競争への影響を重視する立場である。

EC条約4条、3条g項という原則を踏まえ、伝統的な競争法分析にならうならば、これらのスタンスは一つの考え方の極として理解できるところである⁶²⁾。

OFTの視点の限界

しかし、*Altmark Trans*事件における加盟国の意見陳述、そしてその後のEC

60) Case T-106/95 *FFSA* [1997] ECR II-229.

61) Rizza, Cesare, 'The Financial Assistance Granted by Member States to Undertakings Entrusted with the Operation of a Service of General Economic Interest', *The Law of State Aid in the European Union*, 2004, at 67.

62) 過去、EC委員会自身も国家補助を経済的に分析するペーパーを出している。試論的なものにとどまるが、複数の経済モデルをもとに、市場の失敗や外部性に対処する国家補助を分析し、それぞれの比較を行っている。非対称性、市場の失敗等に着目して過去のEC委員会決定の整理・分析を行い、競争当局が着目すべきポイントを割り出そうと試みたが、補助のもたらす競争の歪みについて、当時の経済分析フレームでは明確に分析できず、満足なガイドラインとはなり得ないとしていた。*The Effects and Policy Implications of State Aids to Industry: An Economic Analysis*, Report commissioned by Enterprise DG, October 1998参照。さらに最近の研究として、*Study on methods to analyse the impact of State aid on competition*, Economic Papers, Number 244, February 2006。

委員会における見解の集約といえる“Altmark package”の規定ぶりから考えると、実際の規制段階においては、手続き的価値を尊重する判断基準が、競争分析よりも優先して維持されている。OFT自身も、英国内において、EC委員会に対する提言と同趣旨の提案を行い、各政府機関が公的補助を判断する指針となっている財務省による評価ガイドライン＝グリーンブック（Green Book）⁶³等に基づく判断は、主に政策選択肢の費用／便益比較にとどまっており、補助がもたらす競争への悪影響を十分に考慮していないと捉えている⁶⁴。

他方、厚生主義、功利主義（Utilitarianism）的な発想に対抗する理論的・思想的背景も論じられている。

Graham⁶⁵は、公益事業規制を、経済的論点のみではなく英国憲法の発展と絡めて捉え、厚生主義的な“消費者”の観点ではなく“市民権”という視点に基づき、従来の規制スキームでは、基本権の確保、説明責任（accountability）への考慮が欠けていると指摘し、公益サービスを単なる消費財ではないものとして扱っている。自由化・民営化の流れはあるが、コミュニケーション分野におけるユニバーサルサービス、情報格差の阻止等の議論のように、競争市場だけでは憲法的要請を解決できないとしている。

63) HM Treasury, *The Green Book — Appraisal and Evaluation in Central Government*, April 2003.

64) *UK guidance on how to assess competition effects of subsidies*, OFT829, January 2006. 例えばコミュニケーション庁Ofcomにおいては、直接的な競争への影響分析は優先されず、消費者としての価値だけでなく市民としての価値を並置し、とくに後者についてプロセスの公正性を重視するスタンスで判断するとしている。*Better Policy Making*, Ofcom’s approach to Impact Assessment, July 2005. 費用／便益分析と、競争への影響分析の異同については、Public Value Testと呼ばれる英BBCの取り組みがよく説明している。*Preparing for the new BBC Trust : Service Licences and the Public Value Test*, 25 October 2005, at 8. また、邦語による整理として、規制に関する政策評価の手法に関する研究会『規制に関する政策評価の手法に関する調査研究・報告書』2004年、とくに57頁以下、96頁以下を参照。

65) Graham, Cosmo, *Regulating Public Utilities — A Constitutional Approach*, Hart Publishing, 2000, at 129.

こうした国家補助の判断をめぐる議論は、経済統合だけでなく社会政策等も視野に入ったEC/EU条約の憲法化という文脈で、自由移動などの領域において、加盟国政府とEC間で鋭く議論されてきた問題と同床である。従来は共同市場形成に関わる部分だけを対象としていたが、経済統合の成熟化、判例の深化に伴い、伝統的な競争法の領域外の価値にも影響が及ぶようになり、調整が困難になってきているといえる。

IV おわりにかえて

EC競争法の一翼を担う国家補助ルールは、伝統的競争法同様に経済理論の影響を受けるだけでなく、自由移動等他の分野において発展してきた、経済政策と社会政策等との調整の要請をも等しく受けることで、EEC条約を出発点とするEUの枠組みのなかで、一定の調整弁の役割を果たしてきた。

元来、オルドー自由主義の文脈では、市場の自由は、契約の自由・私的所有の自由・取引の自由等を保障するだけでなく、人間の尊厳に関わる権利の保障にも生得的に関わるものであり、自由で平等な市場社会の働きによって、人間の尊厳は達成されるものとされている⁶⁶⁾。

しかし、経済統合の成熟につれて、EUレベルの論点が市民権（citizenship）に移るものの、基本的に当初のEEC条約の規定ぶりが維持されたまま憲法化を推し進める判例⁶⁷⁾が増加するという状況にあっては、根底においては“市場市民権”（market citizenship）⁶⁸⁾に議論をとどめざるを得ない現実があり、基本権

66) Petersmann, Ernst-Ulrich, 'National Constitutions, Foreign Trade Policy and European Community Law' (1992) (3) *EJIL*, at 1.

67) メルクマールとなった判例は、Case 294/83 *Parti écologiste 'Les Verts' v European Parliament* [1986] ECR 1339, para. 23 (EEC条約をbasic constitutional charterと判示)。

68) Everson, Michelle, 'The Legacy of the Market Citizen', *New Legal Dynamics of the European Union* (edited by Shaw, Jo and More, G.), Oxford: Clarendon Press, 1995.

を尊する立場との整合性について議論が生まれている⁶⁹⁾。

Douglas-Scottは、本質的にself-interestを前提とするこの市場市民権システムは、EUへの強い忠誠や帰属意識を生むことができず、あくまでも手段としての権利であって、すべての人にとって意義ある文化を生む力を弱めるものであるとの見解を示している⁷⁰⁾。Barnardは、EUの歴史における社会政策の発展を観察し、経済統合を第一の目的として、社会政策をmarket-making、market-correctingの観点にとどめていたこれまでの姿勢が変化し、市民権にも目を配った、より幅広い社会政策が展開される胎動を感知していた⁷¹⁾。

憲法条約策定の議論においては、従来の理論に基づいた、EUレベルは競争政策優先、再配分・社会政策等の機能は各加盟国レベルに、という二分法から脱却し、EUレベルにおいてsocial European legal order、あるいはsocial Unionとして位置づけを明確にするか、または価値を規定するI-2条においてsolidarityのなかに何らかの位置づけを与えるべきとの意見もあった⁷²⁾。

批准プロセスは現在頓挫したままであるが、憲法条約の存在は、今後“its own legal system”の形成にどのようなインパクトを与えていくのか⁷³⁾。

69) Coppel, Jason and O'Neil, Aidan, 'European Court of Justice : Taking Rights Seriously?' (1992) (29) *CMLRev*, at 669. 判例では、基本権をめぐり、連邦憲法裁判所と欧州司法裁判所との管轄範囲を争ったマーストリヒト判決がある（原則として後者優先、保護水準が確保されない場合は前者が審査可能と判示）。BverfGE 89, 155, *Urteil v. October* 12, 1993.

70) Douglas-Scott, Sionaidh, *Constitutional Law of the European Union*, Pearson Education Limited, 2002, at 492.

71) Barnard, at 509.

72) Joerges and Rodl, at 12.

73) 何らかの規定を得れば、いわゆるJudicial Activismが現れるのではないかと、との指摘もある。Baquero Cruz, Julio, 'Beyond Competition : Services of General Interest and European Community Law', *EU Law and the Welfare State — In Search of Solidarity*, Oxford University Press, 2005, at 178. また、競争法と公共サービス提供との衝突という文脈においても、新憲法下での解決を期待する見方もある。Szyssczak, Erika, 'Public Services in the New Economy', *Competition, Regulation and the New Economy*, Hart publishing, 2004, at 185.

一方で、競争法を支える経済理論においても、経済厚生を重視しない立場では競争への悪影響を評価できず誤りがもたらされる、とする立場が主張されるだけでなく、競争を多様な価値のなかの一つに過ぎないと捉え、手続き的価値や費用／便益分析を優先する立場が議論されてきている⁷⁴⁾。

本稿で検討した国家補助ルールの視座を考えていく際、これら先端議論の影響がどのように及ぶかについても、並行して注視していく必要があると考えられる。

本稿が、EC競争法・EC/EU法双方に渡る議論の深まりの一助となれば幸いである。

74) 鈴村は、厚生主義を基本に据える考え方に対し、アマルティア・センらが主張する、経済メカニズムの手続き的特質や選択の機会それ自体の価値などを評価するアプローチを、公共の福祉に関する分析を豊かにする新たな貢献と捉え、独禁法・競争政策のデザインに与える影響を問うている。鈴村興太郎「競争の公平性と公共の福祉」『公正取引』650号、2004年。また、白石が指摘するように、独禁法（競争法）を学べば、「独禁法以外の法において、競争政策的な配慮をどのようなかたちで実現させるか、を考えるための土台を作ることができる」という側面もある。白石忠志『独禁法講義』（第二版）有斐閣、2000年、194頁。

Keio Jean Monnet Workshop for EU Studies

Article on EU Law and Governance

**EC competition law and the constitutionalisation of
EC/EU law : from the perspective of state aid rules**

ICHIKAWA Yoshiharu

In principle, the European Union appears to cling to the achievement of the single market and impose strict control on the restraints by Member States mainly by advancing the strict competition policy. EC competition law is based on *ordo-liberalism*, which connects market freedom and political freedom, and it provides the rationale for strict control by the EC/EU for forming the European ‘economic’ community.

However, in mixed economic systems, it is common for the States to play some role in the market place. And state aid rules, a part of EC competition law, are such a unique vehicle for the accommodation between competition policy and state intervention like public interest justification in the field of four freedoms. It plays a pivotal role, though sometimes appearing to be a ‘patchwork’ in social/welfare policies and so forth in the whole context of the constitutionalisation of EC/EU law, but its importance has not been addressed in that context.

This article examines the relationship between EC competition law and EC/EU law from the perspective of state aid rules in three phases :

First, there is a review of the recent development of Commission’s policies and the European Court of Justice’s judgments, which have finally sought constitutional values through a ‘soft law’ approach and so-called *Altmark* package while maintaining the traditional stance on rigid competition.

Second, there is an analysis of the UK’s competition authority, Office of

Fair Trading's proposal on more rigid interpretation of state aid rules, which does not follow EC/EU development but is based on traditional ordo-liberal principle represented in Article 3g and 4 EC, 'a system ensuring that competition in the internal market is not distorted' and 'an open market economy with free competition'.

Finally, there is an examination of the process of the formation of the Constitutional treaty because it is considered to be important to go back to fundamental principles when considering this issue in the EC/EU wide perspective. For instance, the newly-added concept of 'social market economy', though vague, is regarded as an accommodation tool by some scholars though there is much room for debate.

In a concluding comment, this article combines the EC/EU constitutional debate and the recent economic emphasis on non-welfaristic features including procedural fairness, rights and so forth insisted mainly by the leading economist Amartya Sen.

These discussions will enrich the perspective when observing the development of both EC competition law and EC/EU law.