

濫用規制をめぐる思想的考察

田 中 裕 明

1. は じ め に

事業者の市場支配力に対する規制の在り方については、考え方（あるいは規制原理）として、アメリカやわが国が採用する原則禁止主義とドイツをはじめとしてヨーロッパ諸国が採用する濫用（弊害）主義が指摘される場所である。このところ東アジアに広がった独占禁止法制定の動きの中で注目されるべき点が、この市場支配力に対する規制原理として、濫用主義に基づく規制を中心としていることである。2008年に施行された中国の包括的競争法はその典型である。

本稿は、ドイツおよびEUの競争法を手掛かりに、濫用規制の背景にある思想的核部分—濫用思想—を探ることを試みるものであり、併せて近年盛んに取り組まれている「より経済学的なアプローチ（more economic approach）」の当否についても考察を試みるものである。

実体規定の解釈・運用について考察する際にも、やはり、その根底部分にあるであろう思想を探ることも、法実務に向けて有益な示唆を得ることに連なるものとする次第である。経済法学の基礎法学的（法哲学的）考察の必要性を感じる場所である。本稿は、その一つの実験例である⁽¹⁾。

(1) 同じ趣旨で著したのものとして、拙稿「ヨーロッパ競争法の歩みとドイツ法の役割」神戸学院法学第34巻第4号（2005年）53頁以下。また、本稿にとっての先駆的文献として、村上淳一「西独競争制限禁止法の思想的考

2. ドイツおよびEU競争法における濫用禁止の位置づけ

ドイツおよびEU競争法は三つの柱、すなわちカルテルの禁止、企業結合規制および（市場支配力の）⁽²⁾濫用禁止から成る。競争法を反独占法と解すると、前二者については十分な理由付けができるが、濫用禁止については疑問視されることもあろう。これは、独占そのものを禁止するのではなく、その独占的地位の濫用を禁止するものであるからである。⁽³⁾例えば、カルテルの禁止は、相互に独立している複数事業者の協調行為を規制するものである。事業者の行動の一致は、直接、市場の競争に向けられるものである。それ故、禁止の原理が妥当するのである。カルテルの禁止は、斉一的な行動が禁止されるのであって、斉一的行動から導き出される市場の成果ではない。

次に企業結合規制についてみると、これは複数競争者間の申し合わせ（Abrede）を要件とする。カルテル禁止との相違は、カルテルの協調的作用が企業結合による集中的作用によって代替され、それで規制対象となる事業者は、通例、市場のリスク（Marktrisiken）⁽⁴⁾をも担うことにな

察」公正取引454号（1988年）4頁以下参照。2003年7月31日、父の従兄である水波朗氏（元九州大学名誉教授）が亡くなった。生前、「実定法だけでなく、法哲学も勉強しておくように」と言われていた。筆者にとっては、これが最後の言葉であった。本稿は、自身の研究テーマと基礎法学分野との交錯する領域として取り組んだ試みでもある。長年、気にはかけていたが、ここようやくその一步を踏むことができた。大方の批判を請う次第である。

(2) ドイツ競争制限禁止法（GWB）19条（市場支配的地位の濫用禁止）は、立法者によれば基本的支柱の一つとされていた。拙著『市場支配力の濫用と規制の法理』（2001年）10頁。

(3) W. Wiedmann, Der Begriff „Monopolizing“ in einem rechtsvergleichenden System von Wettbewerbsbeschränkungen, München, 1982, S. 230.

(4) ここでいう市場のリスクとは、市場構造そのものが競争制限的となり、特定の事業者群に市場が支配される集中化現象をイメージすれば十分であろう。カルテルによる市場の集中化の場合、それは契約や協定などによる

るという点である（カルテルの場合、事業者は市場のリスクを引き受けない）。それ故、企業結合規制の際の介入基準は、カルテル禁止の際のそれより実質的に高くなっている。

他方、濫用禁止については、これは事業者の一方的な行動に対して制裁を課すことになっている。その際、類型の形成という意味で、濫用行為は通常、搾取的濫用と妨害的濫用（Ausbeutungs-und Behinderungsmissbrauch）⁽⁵⁾とに区別される。

まず、ドイツ法およびEU法に特徴的な、価格に関わる直接の規制を盛り込む搾取的濫用⁽⁶⁾についてながめる。

搾取的濫用と競争のダイナミズムとの関係を見ると、低価格で購入し高価格で販売することが、経済原則に照らして、独占という結果をもたらす典型的な行為である。そして、その独占という結果を克服してその独占的利益に与ろうとすることが、新規参入者にとっての独占化市場への参入を求める契機となるわけである。その際、後発の独占者が価格監視に成功すると、さらにその市場での技術革新の芽を摘み取り、モチベーションそのものを下げってしまうことになる。したがって、短期的のみならず長期的にも規制が競争に取って代わる傾向が生まれてくる。ここに、広域に及ぶ搾取的濫用の禁止は、競争規律の目的に反することになる。かかる濫用禁止⁽⁷⁾には、競争のダイナミズムを押さえてしまうという危険が存する。

競争制限であり、市場構造そのものへの影響は小さく、固定化される危険性はかなり低いと考えられる。したがって、カルテルの当事者たる事業者は市場のリスクを担うことはないと考えられる。

(5) それぞれの濫用については、拙著前掲書44頁以下参照。

(6) アメリカ反トラスト法(とりわけシャーマン法2条)には、価格監視に関する規定はない。他方、EU機能条約102条2文aには、不公正な購入価格および販売価格を市場支配的地位の濫用の例として定めている。

(7) 搾取的濫用に係るこの特殊な問題は、行為規制と成果規制とを区分して類型化することが不可能であることも明らかにさせており、その代わりに、市場構造規制と企業行動に関連した競争思想を濫用禁止の際にも中心

次に、妨害的濫用が反独占法の論理に適合するのは、妨害的濫用の禁止が市場支配的構造の永続化を妨げる限りにおいてである。これは例えば、典型的な妨害行為はアメリカ反トラスト法のシャーマン法2条にいう独占行為（monopolization; Monopolisierung）の禁止によっても捕捉されることから理解される。すなわち、シャーマン法2条でも、独占力の存在そのものを禁止するわけではなく、独占力の存在を前提にそれを競争抑圧、排除の目的で行使する際に、かかる行為（＝妨害行為）を禁止するわけである。⁽⁸⁾ もっとも、濫用の形態は多様であるから、実務ではより慎重な姿勢で臨んでいる。略奪的価格行為（Kampfpreisunterbietung）を例にみると、事業者にとって、その市場支配的地位のコスト集約的な防御姿勢が報われるのは、将来的に上昇する独占的利益の達成が見込めそうな場合のみである。その際、慎重な姿勢とされるのは、きょうの利益が将来のそれよりも良いと予測するべきである、ということである。この場合の論証は、略奪的価格行為の費用計算を以て実践される。⁽⁹⁾ かかる姿勢で臨む事業上の戦略は、個別具体的場合にはまったく合理的ではあるが、規制の際の間口が広いといえる。そこには、「原則と例外の関係」が支配しているといえる。企業行動の合理性を結果ではかる場合、

に据えれば、妨害的濫用の優位が強調されている。vgl. E. J. Mestmäcker, Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 86 des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, in: FS Hallstein, Frankfurt am Main, 1966, 322 ff. なお、行為規制、構造規制に関連する、有効競争論のもとでの市場行動基準、市場構造基準および市場成果基準について、久保成史＝田中裕明『独占禁止法講義〔第2版〕』（2010年）80頁以下参照。

(8) 拙著前掲書のはしがきで記したように、実際の事件に法を適用する際に、規制原理の相違（原則禁止か濫用禁止か）は規制の実質面においてはさしたる支障ではない。したがって、濫用概念を広くとらえておけば、日独米法の比較研究は可能である。

(9) Vgl. Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, (Hrsg.), Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, München, 2012, Art. 102, Rd 232 ff.

行為規制は間接的に成果規制に変異する。この場合にも、搾取的濫用と対比すると、妨害的濫用に対する措置は独占的地位を引き下げる効果があるといえる。⁽¹⁰⁾したがって、かかる地位をめぐる競争は、傾向として弱くなる。

搾取的濫用と妨害的濫用との対比および行為規制と成果規制との関わりに関して、Bronner 事件でのヨーロッパ裁判所の判断を一瞥する。⁽¹¹⁾

事実の概要として、オーストリア国内で3.6%の市場占有率を有する新聞社 Oscar Bronner 社が、同国において46.8%の市場占有率を有する新聞社 Mediaprint 社（以下、M社）に対して、M社が保有・管理する国内唯一のオーストリア全土を網羅する宅配制度の利用を求めたところ、M社はこれを拒絶した。オーストリア国内裁判所で、本件拒絶が同国のカルテル法違反となるかが問われたが、同裁判所は本件審理につきヨーロッパ裁判所の先決的判決を求めた。

ヨーロッパ裁判所は、M社がほぼ永続的な独占的地位を享受することが明白であるにもかかわらず、M社による Oscar Bronner 社の宅配制度の利用拒絶を認めた。すなわち、M社は市場支配的地位を有するものの、新聞の販売に関しては宅配以外にもキオスク、郵便などの新聞配布手段が存在する。さらには、他の日刊新聞発行者が、独自にまたは他の発行者と協力して、独自の全国宅配制度を構築して自己の日刊紙を配布するために同制度を用いることを不可能にし、または著しく困難にする何らかの技術的、法的または経済的な障碍は存在せず、かかる制度を構築することが現実的な可能性のある選択肢ではなく、それ故に既存の制度の利用が必要であることの立証のためには、日刊紙の小規模の発行部数を

(10) Vgl. EuG Rs T-201/04, WuW 2007, 1209.

(11) EuGH Rs. C-7/97Slg. 1998, I-7817Tz. 47. 不可欠施設いわゆるエッセンシャル・ファシリティ法理に関する同事件についての邦文文献は多数ある。本稿では荒木雅也「Bronner 事件欧州裁判所判決と不可欠施設法理」茨城大学政経学会雑誌第79号21頁以下（2009年）を参照した。なお、エッセンシャル・ファシリティ法理について、拙著前掲書194頁以下参照。

理由に経済的に不可能であると論ずるだけでは十分ではない、と判じ⁽¹²⁾た。

本事件から敷衍されることは、妨害的濫用は、実務上、搾取的濫用の場合とほとんど変わらず、成果規制に接近することである。もっとも、妨害的濫用が EU 機能条約102条の場合に全面的に強調されることがあるのは、次の場合に限ってである。すなわち、望ましくない市場成果よりも簡易かつ確実に許されない市場行動として規定されるか、つまり成果を介してではなく行動様式を介して定義される場合であるか、あるいは長期に及ぶ独占化、すなわち搾取的閾 (Ausbeutungsschwelle) には達しない限界費用につきまたはコストの上昇につき独占者のみが利用する独占行為を回避できる場合のみであり、その場合に限って説得的である⁽¹³⁾。

以上の小括として、濫用禁止を競争制限に関する法 (Recht der Wettbewerbsbeschränkungen) と軋轢を伴うことなく調整することは困難なものであり、これは搾取的濫用についてはとくに当てはまることである。それ故、濫用禁止はカルテル法の応急措置 (Notnagel) とみなされている。

3. カルテル法の基本思想としての濫用思想

ドイツ競争制限禁止法19条と EU 機能条約102条の濫用禁止は、市場支配的事業者の一般的な行動の自由を制限する。これらの条項が、あらゆる自由と権利の享受に妥当する一般的な濫用思想の特徴を示している⁽¹⁴⁾。

(12) 荒木前掲27頁。

(13) Vgl. Fuchs/Möschel, a. a. O., Rd. 362.

(14) 自由と権利との関わりについて、経済社会構造史・理論史の観点から検討する興味深い文献として、D. Wielsch Freiheit und Funktion Zur Struktur- und Theoriegeschichte des Rechts der Wirtschaftsgesellschaft,

濫用規制をめぐる思想的考察

ここで、濫用思想の特徴を探るためにカルテルの禁止と企業結合規制との関わりを眺めることにする。

カルテルの禁止と企業結合規制は、当事者間の利害調整を図る「協調(行為)の自由」と「契約の自由」⁽¹⁵⁾を制限する。したがって、カルテル法の体系にとっての基本問題が直面するのは、次の点である。すなわち、カルテル法の三本柱に共通する根幹部分が、種々の禁止の構成要件要素を統一的に解釈することを許すか、あるいは相互に関連づけることを許すのか、実際にそれを強制することがあるかどうか、そしてそうであるとすればどの程度か、という諸点である。言い換えると、濫用の禁止から一般的濫用思想の具体化のための情報が得られるか、である。つまり、濫用禁止はカルテル法の規準となる規範たり得るかということである。

(1) 濫用禁止と企業結合規制

ドイツ競争制限禁止法に企業結合規制規定が導入されたのは1973年の第3次改正の時であり、EU法に企業結合規制規則が加わったのは1989年であった。それまでは結合によって当該事業者の市場支配力が形成され、維持強化されることを広く「濫用」ととらえることで対応を試みていた。⁽¹⁶⁾ EU法のもとでの1989年以前の大きな事例の一つに Continental

Baden-Baden, 2001. とりわけ、同書11頁以下の Freiheit als Recht und Recht als Freiheit が興味深い。

(15) 「契約の自由」と「営業の自由」をめぐる論争についての論究に、久保欣哉「公序『営業の自由』とカルテル—十九世紀末、二十世紀初頭の独・境における論争—」『加藤良三先生還暦記念論文集 企業結合と買収の法理』(1992年)3頁以下参照。また、同『独占禁止法通論』(1994年)15頁以下も参照。

(16) もっとも、ヨーロッパ石炭鉄鋼共同体条約66条には企業結合に関する規定が用意されていた。そのため1958年当時、EEC条約の起草者は企業結合規制の導入には消極的であった。それで、ヨーロッパ委員会およびヨーロッパ裁判所は企業結合規制の問題については、立法府(EU理事会、議会)の主導に委ねる旨主張した。なお、ヨーロッパ石炭鉄鋼共同体条約は、

Can 事件⁽¹⁷⁾がある。本事件では、集中という事象が濫用と評価しうるのか、濫用と評価できるのであればいかなる要件のもとにおいてであるかが検討された。ヨーロッパ裁判所は、濫用であるとみなせる場合として、「支配的地位にある事業者がその地位を次のようにして強化するときであるとされた。すなわち、十分な支配の程度が競争を実質的に阻害すると、したがって自らの市場行動が支配的事業者に依存する事業者のみが市場に存在し続ける⁽¹⁸⁾とき」(これを Continental Can ドクトリンと呼ぶ)である。

しかし当時の EC 条約86条(現 EU 機能条約102条)の適用については、同条は、既存の市場支配的地位の濫用を要件とするものであって、市場構造の変容に対処することを意図していなかった。あくまでも市場における事業者の行動に照準を置いていたのであった。基本的に、ヨーロッパ委員会も EC 条約86条(現 EU 機能条約102条)は企業結合規制には適用されない旨明示⁽¹⁹⁾していた。

他方、EU 企業結合規制規則の適用について、同規則1条にいう「ヨーロッパ共同体規模」の閾値(Schwellenwerte)を超えた場合にのみ、当該結合は同委員会の専属管轄権に服するものとされている(いわゆる one-stop shop⁽²⁰⁾)。逆に、その閾値を超えなかったときには、EU 加盟国の競争当局および裁判所が EU 機能条約102条を適用することができる。この点、事業者にとっては法的安定性が制約されたともいえる。なぜなら、1989年以来定着している企業結合規制に鑑みると、かか

2002年7月23日に失効した。EU の企業結合規制規則については、拙著前掲書154頁以下参照。

(17) EuGH, Urt. v. 21. 2. 1973.

(18) EuGH Rs. 6/72, Slg. 1973, 215.

(19) Vgl. Gemeinsame Erklärung des Rates und der Kommission v. 19. 12. 1989, in WuW 1990, 240, 243.

(20) ドイツ競争制限禁止法35条3項にも、その旨規定されている。ヨーロッパ共同体規模については、拙著前掲書161頁参照。

濫用規制をめぐる思想的考察

る取り組み（適用法条の使い分け）は、企業結合については構造規制をもっぱら柱に据えようとするを明らかにしているカルテル法の体系にとっては満足とはいえないものであり、妨げともなるからである。⁽²¹⁾

他方、ヨーロッパ企業結合規制規則に目を向けると、同規則の2条3項の差止要件の中に濫用行為が黙示的に盛り込まれている。2001年、Tetra Laval 社と Sidel 社との合併（Tetra Laval 社による Sidel 社への株式公開買付け）の事案でヨーロッパ委員会が論じたのは、Tetra Laval 社の市場支配的地位が、無菌カートン容器についてペットボトル加工装置市場での Sidel 社の地位の強化を図るために利用され得るということであった。いわゆるレバレッジ問題である。すなわちこれは、ある市場における市場支配力を有する事業者がそれを梃子（レバレッジ）として用い、他の市場における市場支配力を獲得・維持・強化する行為のことである。

同委員会による合併禁止の決定に対し、2002年10月25日、ヨーロッパ第一審裁判所は同委員会決定を取り消した。その主な理由は、レバレッジ効果とカートン容器市場における Tetra Laval 社の市場支配的地位の強化に関する認定に評価の明白な誤りがあるということであった。さらに、取消事由の中に考慮すべき事実として、Tetra Laval 社のような支配的事業者の場合には想定された戦略（レバレッジ）が既存の支配的地位の濫用に該当し、現 EU 機能条約102条に違反する可能性があるということも含まれていた。すなわち、（少々複雑であるが）Tetra Laval 社による濫用行為＝反競争的行為の蓋然性を検討するに当たっては、かかる行為に走る動機付けだけでなく、当該行為の違法性や制裁が課される

(21) 本文で示したような疑念があるが、E.on 社と Ruhrgas 社との合併の事案で、ドイツ独占委員会は同様の使い分けを以て、EU 機能条約101条の適用について所見を述べている。Sondergutachten: Zusammenschlussvorhaben der E.on AG mit der Gelsenberg AG und der E.on AG mit der Bergemann GmbH, Baden-Baden, 2002, Rd 223 ff.

可能性を以て、かかる動機付けを減少させたり排除させたりする要素についても委員会は考慮しなければならない、ということであった。⁽²²⁾これは、企業結合規制の判断に市場支配的地位の濫用を材料にしている点で、興味を惹かれるものである。2005年2月15日、同委員会による上告が棄却され、同委員会の敗訴が確定した。⁽²³⁾

本件におけるヨーロッパ委員会の認定が企業結合規制の拡大をもたらすのではないかと懸念から、ヨーロッパ裁判所が同委員会の決定を取り消した向きもある。しかし、上述の企業結合規制の枠の中にEU機能条約102条に基づく審査を示唆することは、構造的監視を標榜しながらも、これを市場行動規制に依存させることになるのではないかとも思われる。ドイツ法上、市場支配の認定に市場占有率や資金力など市場構造に関わる要素を考慮することもあるが、市場支配的地位の濫用を禁止する基点は当該事業者の市場行動（すなわち、濫用的行為）である。

企業結合規制と市場支配的地位濫用の禁止とを比較すると、前者は事前審査を軸とするものであり、後者は事後規制となる点に相違があり、先に掲げた Continental Can 事件と Tetra Laval/Sidel 合併事件における理由は相互に相容れない部分もあるといえる。

(2) 濫用禁止とカルテル禁止

ドイツでは、競争制限禁止法制定以前、カルテルに対しても濫用（弊害）規制で臨んでいた経緯がある。したがって、カルテルを規制するうえで濫用規制を以て対応する思考的土壌があったといえる。⁽²⁴⁾

(22) Tetra Laval v Kommission ヨーロッパ第一審裁判所判決について、池田千鶴「混合合併とEC競争法—欧州第一審裁判所が、混合合併が一定の場合に反競争効果をもつことを認めたものの、その立証が不十分であるとして、欧州委員会による合併禁止決定を取消した事例—」公正取引632号（2003年）76頁以下参照。

(23) EuGH Rs. C 12/03, Slg. 2005, I-00987.

(24) ドイツ競争制限禁止法制定の過程で、カルテルに対して原則禁止主義

EU 法では濫用行為とカルテルにつき、1966年の事案で、ドイツの Grundig 社とフランスの Consten 社が国境を越える競争を濫用的に制約する商標法の可能性を共同して利用する行為を、ヨーロッパ裁判所は EC 条約85条（現 EU 機能条約101条）適用の根拠として⁽²⁵⁾いる。実務上、カルテル禁止の適用については、核となる競争制限のほかにも濫用禁止との共通点が今日、確認されている。その一つが一括免除（Gruppenfreistellung）の構造に認められる。すなわちそこでは、カルテル違反の認定を垂直的制限の場合も水平的制限の場合にも、一貫して市場占有率基準が引き合いに出されている。したがって実務上、「緩やか」であってもカルテル協定が禁止されるのは、そのカルテルが市場で有力な事業者（marktstarkes Unternehmen）が参加する場合や、あるいは寡占市場構造のもとで行われるときのみである。^{(26) (27)}

この市場占有率に基づいて濫用行為を禁止するアプローチについては、ドイツでは競争制限禁止法の第8次改正（2012年）において変化がみら

を採用するか、これまでの1923年「経済力濫用防止令」と同様に濫用規制主義を採用するか議論があった。同法の制定過程と規制原理をめぐる議論について、高橋岩和『ドイツ競争制限禁止法の成立と構造』（1997年）。

(25) Consten and Grundig v. Commission (1966) ECR 299 (1966) CMLR 418.

(26) 以前は、かかるカルテルに対しては、「集束理論（Bündeltheorie）」を以て予防していた。vgl. Delimitis./Henninger Bräu (1991), EuGH Rs. C 234/89, Slg. 1991, I-00935. Delimitis 事件については、岡村堯『ヨーロッパ競争法』（2007年）331頁以下参照。「集束理論」については次の記述を参照。「ある一人の強力な供給者が非競争の義務の行使を通じて市場から締め出すことが可能である一方、共通の締め出しも存するのである。何故なら非競争の義務が、同市場において一連の供給者により課せられることがあるからである。これらの締め出し効果は、各供給者の締め出しが累積したものとみなすことができる」（岡村同書332頁）。

(27) 一括免除を認める1999年規則第2790号3条では、免除を認められている当事者の市場占有率が30%を超えた場合には、当該協定がEU機能条約101条1項に違反している場合でなくても、この規則は適用されないことになっている。

れ、改正法の18条で「単独の事業者でその市場占有率が40%以上」のときに市場支配的であると推定される、とされた。従来は単独事業者で少なくとも3分の1とされていた⁽²⁸⁾。また、ドイツ法により寡占が推定され、すでに市場支配的地位に達しているとみられる寡占的構造を、EU機能条約101条が許している点に注目を要する。すなわち、同じ共同行為であってもカルテルとしてのそれか、寡占的市場構造の下でのそれかについて、市場占有率に基づいて区分するアプローチが、事実上、採用されている。要件とされる市場占有率の高さにより、カルテル禁止となるか濫用禁止となるかが判断される。

次にカルテル禁止と濫用禁止の共通点として、2003年規則第1号はEU機能条約101条3項の適用除外規定の直接適用をもたらしていることが挙げられる。すなわち、消費者に相当の範囲で利点を与え、全面的な競争の排除を以て購う必要もない効率性の利益は、カルテル協定であってもそれ自体必要なものとして適法とされる。このような規制の仕方は、結局、カルテルの禁止を成果規制に委ねることになる。そして、「固い」カルテルであっても、それが實際上稀であるか、あるいはまったく貫徹され得ない場合には、効率性を根拠に適法とする規制は、原則として、「固い」カルテルにも当てはまるものである。

また、適用除外といえども自ずと法の適用を免除されることはないのであって、かかる除外が濫用とみられるときには、原則禁止に戻ることになる。EU法上の取り組みとしては、明示的に禁止されていない協定に対しては、原則禁止主義から濫用禁止主義への移行が行われているようである。

(28) ドイツ競争制限禁止法における市場支配の推定については、拙著前掲書34頁以下参照。また、第8次改正法については、高千穂大学の森平明彦教授による研究会資料を参照させていただいた。同法の第8次改正の概要については、vgl. H. Kahlenberg/K. Neuhaus, Die Achte GWB-Novelle: Reform des deutschen Kartellrechts, BB 4. 2013, 131 ff.

他方、「緩やかな」カルテル協定の参加者は、甚だしいほどに、法的不安定性の壁に直面することになる。また、EU加盟国の裁判所にとっても、法執行の際に、これまで解決されてこなかった問題に立ち向かうことになる。2003年規則第1号による新たな制度が機能するのは、明らかに何の軋轢もない場合に限られる、といえる。EUにおけるカルテル法体系に係る調査でも、この点については何も言及されていない。市場行動の協調化はもはやそれ自体一般的には禁止されておらず、むしろ禁止されるのは個別具体的な場合や、あるいは協調行動が望ましくない市場成果をもたらしたときに限られる。

市場占有率に基づいて考察するときと同様、EU機能条約101条と102条との相違は、もはや質的な事柄についてではなく、もっぱら量的なものについてである。

(3) より経済学的なアプローチ

EU競争法のもとで「より経済学的なアプローチ」という表現が登場したのは、垂直的協定の適用除外を新たに全面的に規制する1999年の一括免除規則（GVO 2790/1999）にみられる新たな思考傾向においてである⁽²⁹⁾。もっとも、このアプローチはカルテル法の柱すべてに当てはまる方

(29) W. Wurmnest, *Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch*, Tübingen, 2010, S. 6.; M. Kellerbrauer, *Der "more economic approach" bei Anwendung des Artikels 82 EG-Vertrag: Auswirkungen der Mitteilung über die Kommissionsprioritäten auf das Vorgehen gegen Behinderungsmisbräuche in der Europäischen Union* in: W. Möschel (Hrsg.), *50 Jahre Wettbewerbsgesetz in Deutschland und in Europa*, Baden-Baden, 2010, S. 69ff. なお、反トラスト法の適用・解釈への経済学のアプローチについて、拙稿「反トラストと法の経済分析—W. メッセルの所説を顧みる—」*追手門経済論集*23巻1号（1988年）197頁以下、同「西ドイツにみる反トラスト訴訟における経済的証拠の利用—W. メッセルの所説を手掛かりに—」*名城法学*41巻別冊（1991年）106頁以下をそれぞれ参照。ドイツ競争制限禁止法のもとでの、かかるアプローチについては目立った議論はない。前記拙稿にみるように、

法である。したがって、決して目新しいアプローチとはいえない。また、アプローチとして個々的には未だ不透明なところもあり、このアプローチを以て何を意図しているのかは不明である。それでもヨーロッパ委員会が確かめたかったことは、将来的により近代的な、そして「堅実な」ものとして整理された経済学の知識と分析方法を、個々の事案における事実認定の際に、より強力に導入することができることである。⁽³⁰⁾ いずれにせよ、このアプローチには自ずと限界があるといえる。

以下、このアプローチを支える基本原理とその限界について一瞥する。

基本原理の注目点として、共同体の競争政策がねらいとしているのが、消費者厚生 (Wohl des Verbrauchers; consumer welfare) である。すなわち、消費者を競争上好ましくない市場構造および事業者の競争制限的な行動様式による不都合な作用・効果から保護することが前面に打ち出されている。他方、有効な競争の保持は、もっぱら目的のための手段と解されている。つまり、競争者が市場から駆逐されるかどうかが重要なのは、効率性に富み技術革新性に溢れた競争相手の抑圧行為 (Verdrängung) を以て、消費者が不利益を被る場合のみである。その他の場合には、競争者の保護は回避されることになる。⁽³¹⁾

消費者の利益をより一層考慮することと密接に結びついた考えが、効果理論 (Auswirkungsprinzip) である。これは、個々の事案において競争に関する出来事の効果にねらいを定めようとするものである。すなわち、ひとつの同じ事実であっても、市場の条件に応じて、消費者厚生に

W. メッシエル教授による紹介・検討は行われてはいたが、未発展の状況であった。筆者が、1993-94年にドイツ・ミュンスター大学のB.グロスフェルト教授のもとを訪れた際に、法の経済分析について質問したときも、„einfach“ と答えられたのみであった。B.グロスフェルト教授は、あまり関心を持たれておられなかったようである。あれから20年たつが、状況に大きな変化はないようである。

(30) W. Wurmnest, a. a. O., S. 224.

(31) M. Kellerbrauer, a. a. O., S. 70f.

としては不利益にもなり、有利にもなることがあるのである。したがって、ある行動の効率性による利益 (Effizienzvorteile) が、その不利益となる効果を目立たなくさせることがあるのである。それゆえ、個々の事案の特性を手掛かりにして、事実上の効果 (Effekte) を調査することが妥当する場合があるといえる (これを、効果に基づいたアプローチ (effects-based approach) と呼んでいる⁽³²⁾)。

現行 EU 機能条約102条の枠において「より経済学的なアプローチ」が意味するのは、市場支配的地位の濫用を確認する際に、個々の事案で調査される行為の効果に原則として左右されない、行為もしくは目的に関する構成要件メルクマールを手掛かりにした「構成要件アプローチ (Tatbestandsansatz)」(形式に基づいたアプローチ (form-based approach) と呼ばれる) からの転向 (Abkehr) である。すなわち、「形式に基づいたアプローチ」に取って代わる「効果に基づいたアプローチ」(effect-statt form-based approach) である。この形式に基づいたアプローチは、時に、「当然 (per se) 違法アプローチ」と称されることもあり、ある行為につきその効果についてさらに審査することなく、行為自体濫用であると表明される。すなわち、「当然違法アプローチ」にとっては、「より経済学的なアプローチ」が、個々の事案における保護法益に対する考えられるあるいは実際上の危険についての証拠を回収するのに対して、抽象的な構成要件メルクマールにより示された典型的な競争にとっての危険状態⁽³³⁾で十分であるとされるのである。その際、1990年代のアメリカの競争政策を範とすると、「より経済学的なアプローチ」の主たる

(32) M. Kellerbrauer, a. a. O., S. 71.

(33) M. Kellerbrauer, a. a. O. 「当然違法」という概念は、アメリカ反トラスト法上、“rule of reason” の対立概念として用いられている。もっとも EU 法のもとでは、現行 EU 機能条約102条による手続の名宛人が、原則として濫用であると評価される行為についての客観的な正当事由を証拠として提出できる可能性がある限りにおいて、「当然違法」という概念は厳密ではない。

目的は、競争強化的かつ効率増進の事業者行動に対する非生産的な干渉を回避することにあるように思われる。⁽³⁴⁾

では、この「より経済学的なアプローチ」にはどのような限界が指摘されるであろうか。

まず技術的なことではあるが、個々の事案における効果により一層調整されたEU機能条約102条の禁止規定の取り扱いが、共同体のカルテル訴訟法上の立証の要件や手続保証に関して、市場支配的地位の濫用の立証のために必要とされる行政上の支出を高めることになる。それで、個々の事案における潜在的な濫用行為の経済的な効果の調査や評価のために経済学理論や方法を十分に適用した結果、ヨーロッパ委員会自らが目下自前的手段で対処することができるEU機能条約102条訴訟の数が減少しており、いわば競争上損害を及ぼす行為(wettbewerbsschädigendes Verhalten)それ自体が認識されず、阻止されることもなくなるような危険が高まってきているのである。高権的な証拠発見の権限(hoheitliche Beweisermittlungsbefugnisse)を有しない競争者と消費者には、市場支配的事業者の濫用に対して民事裁判を起こすなどまったく考えられないのである。このような不十分な法の執行(underenforcement)により条件付けられた消費者福祉・公共の福祉(Konsumenten-oder Gesamtwohlfahrt)にとつての損失は、「当然違法」ルールに基づいてとられた措置による損害を凌駕することになるのである。⁽³⁵⁾⁽³⁶⁾⁽³⁷⁾

(34) M. Kellerbrauer, a. a. O., S. 72. 事実アメリカでも、総じて事業者の行動に対して干渉がなされたケースはまずなかった。

(35) M. Kellerbrauer, a. a. O.

(36) EU機能条約340条2項に、「非契約上の責任に関しては、連合は、構成国の法に共通の一般原則に従い、連合の機関または職員が職務の遂行中に与えたあらゆる損害を賠償する」と定めているが、EUにおいては、損害賠償を規律する法が存在しない。それで現在、EU競争法違反の場合の、民事での損害賠償請求を執行するための有効な法的枠組みを形成するために、ヨーロッパ委員会は努力奮闘中である。

濫用規制をめぐる思想的考察

さらにこのアプローチの限界を示唆することとして、関係当事者にとっての法的安定性の理由から、いかなる行動様式が市場支配的地位の濫用要件を充足するかが認識可能でなければならない。したがって、威嚇的な罰金についてはもちろんのこと、違反行為⁽³⁸⁾の存在を以て、その結果が予見可能ではない経済分析に依存させることはできない。とりわけ、かかる調査にすなわち経済分析に、市場支配的事業者には通常未知である情報を提供することはできない。それ故、EU 機能条約102条違反について、これを個々の事案における競争または消費者に損害を及ぼす効果に、抽象的に依存させることはできない。むしろ「より経済学的なアプローチ」もまた、いかなる行動様式が濫用禁止に違反するか始めから認識させるような、普遍化された基準の定式化なしには現れないのである。その限りで「より経済学的なアプローチ」が「構成要件アプローチ」の純化に貢献できるのは、全面的な分離ではないが、規則的な作業⁽³⁹⁾(Regelwerk)からのよりよき分離独立によってである。

最後に、条約の目的により定まっている「実効性の原則 (effet utile)」の側からの EU 機能条約102条の解釈のし直しは、共同体の機関の権限ではなく、全加盟国の協力のもと条約の改正を以て行われることが必要である。現在の EU 条約の競争規定も確かに、全面的にというわけではないが、消費者福祉を目指している。競争規定は同時に、公益の保護のため、とりわけ境界のない域内市場の利益のため、そして有効な競争の構造保護のために、競争の歪曲が阻止されることを目指している。2007年および2008年のヨーロッパ裁判所の判決から思い起こされることは、旧82条（現行 EU 機能条約102条）が捕捉するのは、消費者に直接の損

(37) M. Kellerbrauer, a. a. O., S. 73.

(38) 2003年理事会規則第1号23条2項によれば、旧82条（現行102条）違反には、前年度営業年に獲得した総売上高の10%までの課徴金が課せられる、とされている。

(39) M. Kellerbrauer, a. a. O.

害を発生させることができる行動様式のみならず、有効な競争の構造への侵害を通じて消費者に損害を及ぼす行動様式もまた含まれることであり、そして当該規定が定められたのは、個々の競争者のあるいは消費者の直接的な利益を保護するためのみならず、市場構造をしたがって競争それ自体を保護するためでもある、ということである。したがって、もっぱら消費者保護のために、ヨーロッパ委員会によって同条の保護目的が制約されることは、EU条約の現行の条項文言とは相容れないことになる⁽⁴⁰⁾といえる。

「より経済学的なアプローチ」の当否について、濫用行為（とりわけ妨害的濫用行為）の事案（旧82条の適用事例）からみて、このアプローチは調査対象となった濫用形態に対する措置にとり追加的な要件をもたらすものではなかったと結論される。もっとも、そのときそのときの個々の事案において、競争および消費者にとって不都合となる効果の蓋然性は、原則として、妨害的濫用に対するヨーロッパ委員会による措置の要件となる⁽⁴¹⁾。

そして、「より経済学的なアプローチ」の際立った性格の描写は、濫用禁止の解釈と適用の際の法と経済の共演（Zusammenspiel）の様々な側面に関わるものである。さらに、濫用禁止の排他的あるいは優先的な保護目的のための、多くの論者によって支持されている消費者福祉の向上は、競争法の基盤に関わるものである。また、効果主義に基づくアプローチおよび効率性の抗弁はしばしば、競争政策の福祉を志向する新たな指導像としての性格を示すものである。しかし、このような結びつけには説得力がない。競争を、自由を志向するものとして理解することを信奉する者ですら、競争制限について判断する際に効率性を考慮することに関連づけることがあるのも、ある程度は正当視されるからである。あるいは逆に、競争政策の方向を、競争についてこれを、結果を重視す

(40) M. Kellerbrauer, a. a. O., S. 74.

(41) M. Kellerbrauer, a. a. O., S. 91.

るものとして理解する方に向けることを支持するが、個々の事案の分析の枠で効率性を考慮することに強く異議を申し立てる者もいるからである。いずれにせよ、効果主義に基づくアプローチも効率性の抗弁も妨害的濫用の確認に関わる問題である。⁽⁴²⁾

4. むすびに代えて

ヨーロッパにおいて濫用思想は、EU法でもドイツ法でも、カルテル法の根幹を支える非常に古い柱であり、根っこ (Wurzel) である。この思想が当てはまるのは、まず市場支配的事業者による超過価格 (überhöhte Preise) であるが、これにとどまるものではない。数世紀に及ぶ「付随的制限 (ancillary restraints)⁽⁴³⁾」とそれが許される範囲をめぐる議論から明らかにされるのは、競争制限禁止法の適用は一貫して競争制限の「程度問題 (Maß-und Gradfragen)⁽⁴⁴⁾」によって特徴づけられることである。この問題は次のようにも記することができる。すなわち、一般的な契約の自由・行動の自由が第三者の負担で濫用されるかどうかという視点に従ってつねに検討されるべきである、と。カルテル法を支える様々な柱 (Säulen)、構成要件および個々の事案における競争法の細分化は、かかる視点を背景に、法的安定性と法適用の合理性を保証する典型的な法的手術 (juristische Hanwerkskunst) である。この法的安定性という思想は、法の慣性 (Beharrungsvermögen) を正当化するものであるが、法の硬直性を正当化するものではない。それ故、個々の事案によっては不当な判決が受け入れられそうになる場合があるが、それも多数ではない。濫用思想は法の柔軟性を裏付ける考え方でもある。

(42) W. Wurmnest, a. a. O., S. 231.

(43) 「付随的制限」については、さしあたり金井貴嗣=川濱昇=泉水文雄編著『独占禁止法 [第4版]』(2013年) 40頁参照。

(44) E. J. Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, München, 1974, S. 168; W. Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln, u. a., 1983, Rdnr. 2.

2009年のリスボン条約発効以後のヨーロッパ・カルテル法の新たな方向付けが、濫用思想にさらに一層焦点を合わせるようにしていることに異論はみられない。例えば単純に、濫用思想を転換すべき青写真がとうてい見出せないのもその理由の一つである。ドイツ競争制限禁止法19条およびEU機能条約102条に濫用行為の例示が掲げられているが、それでも濫用概念それ自体が不確定であるのも、かかる事態を後押ししているといえる。

如上のことを踏まえて、以下、若干のコメントを示してむすびとさせていただく。

濫用思想は、効率性基準に置き換えられるものではない。効率性という正しい計算結果を算出することは、いずれ早々に限界に達するからである。長期的にみた場合、法制度自体効率性に重きを置いてはいない。むしろこの場合、自由思想の方が適しているといえる。カルテル法の目的をめぐる議論—自由か効率性か—からまとめると、競争制限は効率性を高めるものではない。だから競争制限は禁止される。あるいは、競争制限が効率性の利益をもたらすとしても、これは必ずしも許されるわけではない。なぜならば、自由の側からは効率性の利益とは異なる判断を下すことが許されるからである。

EU機能条約102条では、市場支配の問題と濫用の問題とを一致させる必要はない。濫用については、つねに付加的な要件が必要である。そして、短期および中期間で市場支配（＝競争制限）が疑われる市場では、カルテル法上関わる、搾取的濫用が想定されるのは、それが同時に妨害的濫用をもたらす場合のみである。そうでなければ、暴利行為の要件だけで十分である。逆に、市場支配（＝競争制限）がまったく疑われないか、あるいは長期にわたってのみ疑われる市場の場合には、価格の監視がより一層強化されることになる。独占の度合いが高ければそれだけ、際立った特徴は薄められ、濫用問題との衝突は下がってくる。

また、同102条は集中化現象にはそもそも適用されず、企業結合につ

濫用規制をめぐる思想的考察

いては法的安定性が何よりも望まれる⁽⁴⁵⁾。そして、カルテル禁止の適用除外規定である EU 機能条約101条3項を濫用禁止の場合にも妥当するとして混同することは、認めるべきではない。

同101条において、核となる制限行為と緩やかな違反行為とを細分化することは、それが明確な類型化をもたらすことから原則として適法である。ただ、この核となる基本的な制限行為についても、法定の適用除外措置の貫徹は避けられるべきである。法定の措置であっても、それを濫用することは許されないからである。濫用思想は、この核となる制限行為のリストをさらに拡大するために活用されることになる。

濫用思想（濫用規制）の活用は、ひとえに法的安定性の確保にある。同じ目的を目指す原則禁止による不備を補填する役割も期待される場所である。濫用規制か原則禁止かは、それぞれの原理を採用する当該国の文化的・歴史的背景に由来するものであり、一概に論ずることはできない。しばしば論じられるように、依然として法的安定性を確保する「道具」概念として、効率性を採用しようとする動きが現れている⁽⁴⁶⁾。しかし、効率性は「規範」概念ではない。濫用規制であれ原則禁止であれ、競争を軸に据えて法が実現しようとするものは「人間の尊厳」と「自由・平等」である。効率性一辺倒では、この目的を果たすことはできない⁽⁴⁷⁾。

(45) わが国独占禁止法における企業結合規制の場合、「一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる」場合が要件とされているので、事前審査を通じて「より経済学的なアプローチ」が施されているといえる（例えば、ハーフィンダール・ハーシュマン指数の活用など）。そして「実質的」な制限という条件も加わっていることから、より一層「法的安定性」を考慮に入れているものと思われる。

(46) スイスにおけるカルテル法を対象に、「より経済学的なアプローチ」の活用も含めた、効率性と競争の自由を考察する研究書として、vgl. A. Künzler, *Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?*, Tübingen, 2008.

(47) このような思いを強くさせていただいたのは、他ならぬ恩師・故久保欣哉先生の教えによる。本稿との関わりでは、久保欣哉「会社法学の理念

本稿での取り組みは、筆者の能力を遙かに超える領域に踏み込んだようである。ここでは次のようにしか述べることができないが、それで十分であると思う。

「疑わしきは、自由のために (In dubio pro libertate)」

—自由と効率との間— 『田中誠二先生追悼論文集 企業の社会的役割と商事法』(1995年) 55頁以下を参照させていただいた。