

# EU 競争法における支配的地位の 濫用禁止規定の構造

杉 崎 弘\*

- I はじめに
- II 「支配的地位」の要件が有する機能と濫用行為の内容
- III 「支配的地位」を要件とする意義
- IV 搾取的濫用と排除的濫用
- V 事例の検討
- VI 支配的地位の濫用禁止規定の構造
- VII おわりに

## I はじめに

EU 機能条約 (Treaty on the Functioning of the European Union. 以下、「機能条約」という) 第 7 編第 1 章には「競争法 (rules on competition)」という標題が付され、そこに含まれる 101 条ないし 109 条の規定を根拠として EU 競争法<sup>1)</sup>の中核にあたる規制が行われている。そのような規制の 1 つである支配的地位の濫用規制は、機能条約 102 条 (以下、単に「102 条」という場合もある) 1 項<sup>2)</sup> (以下、「支配的地位の濫用禁止規定」<sup>3)</sup>) に基づいて行われている。

機能条約 102 条 1 項の英語版の正文は、「1 又は複数の事業者が行う域内市場

---

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科) 第 19 卷第 3 号 2020 年 11 月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

- 1) 本稿では、わが国の独占禁止法 (以下、「独禁法」という) に対応する EU 及びその構成国の法制度を「競争法 (competition law)」と呼ぶ。
- 2) II の 1 で確認するように、機能条約 102 条の条文は大きく 2 つの段落から構成されており、当該区分は項 (仏: alinéa、独: Absatz、英: paragraph) と呼ばれることがある。本稿では、便宜上、機能条約 102 条の条文を構成する各段落をそれぞれ 1 項、2 項と呼んで区別する。

又はその実質的な部分における支配的地位のいかなる濫用も (any abuse [...] of a dominant position)、これが構成国間の通商に影響する可能性がある場合に限り、域内市場に反するものとして禁止する」と規定している。そして、当該禁止行為の成立要件の中核を占めるのが、「支配的地位の……濫用」(以下、「濫用行為」という)という概念である。ここで、「支配的地位」の要件は、違法な濫用行為の成立要件として、濫用行為の行為主体を「支配的地位」を有する事業者に限定するという機能を有している(Ⅱの2参照)。したがって、「支配的地位」を有さない事業者が行う行為は、違法な濫用行為としては規制されないこととなる。しかし、「支配的地位」を有さない事業者が行う行為も、違法な濫用行為として規制すべき場合があるのではないか。そうであるとすれば、違法な濫用行為の成立要件として、「支配的地位」の要件が課せられることは必ずしも適切とはいえないのではないか。

そうしたところ、フランスにおける一部の学説は、違法な濫用行為として禁止される行為は「支配的地位」を有さない事業者も行いうるものであるとして、機能条約102条1項から「支配的地位」の要件を削除するべきであるとの立法論を示唆している<sup>4)</sup>。このような立法論は、違法な濫用行為の成立要件として「支配的地位」の要件が果たす機能と意義とについて再考を迫るものとなる。

本稿は、ドイツの学説も参照しつつ、「支配的地位」を違法な濫用行為の成立要件とすることの意義を明らかにした上で(Ⅲ)、その内容を機能条約102条の執行・適用の状況に照らして検証し(Ⅳ・Ⅴ)、支配的地位の濫用禁止規定(機能条約102条1項)の構造とその問題点を明らかにしようとするものであるが(Ⅵ・Ⅶ)、その前に、機能条約102条の規定文言を確認して、違法な濫用行為の成立要件として「支配的地位」の要件が有する機能を把握するとともに、濫用行

3) 本稿では、機能条約102条1項及びこれに対応するEUの構成国の競争法規定を「支配的地位の濫用禁止規定」と呼ぶ。

4) A.-S. Choné, *Les abus de domination: Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, préf. B. Teyssié, *Economica*, 2010, n<sup>os</sup> 386 et 388, pp. 253-255; G. Mallen, *L'appréhension des pratiques restrictives par les autorités françaises et européennes de la concurrence: Analyse des pratiques contractuelles abusives entre professionnels à l'épreuve du droit des pratiques anticoncurrentielles*, préf. L. Arcelin-Lécuyer, *L'Harmattan*, 2014, n<sup>os</sup> 188 et 216, pp. 215 et 237-238.

為の内容を明らかにすることとしたい(Ⅱ)。

## Ⅱ 「支配的地位」の要件が有する機能と濫用行為の内容

### 1. 機能条約 102 条の規定文言

機能条約 102 条は、その正文として英語・ドイツ語・フランス語を含めた複数の言語版が作成されており、それらは「等しく」正文であるとされる(機能条約 358 条による EU 条約 (Treaty on European Union) 55 条)。もっとも、ある言語版に存在する規定文言と直接対応する表現が別の言語版には存在しないという場合がある。そのことは、英語・ドイツ語・フランス語の各言語版の規定ぶりを比較すると明らかになる。まず、フランス語版正文の規定文言を確認するならば次の通りである(項番号は筆者による)。

「第 102 条 1 又は複数の事業者が域内市場又はその実質的な部分における支配的地位を濫用的に利用すること (fait [...] d'exploiter de façon abusive une position dominante) は、これが構成国間の通商に影響する可能性がある場合に限り、域内市場に反するものとして禁止する。

- 2 当該濫用行為 (pratiques abusives) には、特に次のものが該当しうる。
  - a 不当な購入価格、販売価格又はその他の取引条件を直接的に又は間接的に課すこと。
  - b 消費者の不利益となるように生産、販売又は技術開発を制限すること。
  - c 取引の相手方らに対して同等の給付 (prestations) に異なる条件を適用し、それによって当該相手方らを競争上不利な立場におくこと。
  - d 給付の内容又は商慣習によれば契約の目的とは関連しない追加的な当該給付を相手方が受け入れることを、当該契約を締結する条件とすること。」

上に掲げたフランス語版の規定文言のうち、「支配的地位を濫用的に利用すること」(1 項)に該当する部分は、ドイツ語版の正文では「支配的地位の濫用的

な利用 (missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung)」、英語版の正文では「支配的地位の……濫用」と表現されている。このように、フランス語版・ドイツ語版の「利用する (exploiter)」・「利用 (Ausnutzung)」に直接対応する文言は英語版にはなく<sup>5)</sup>、これらの言語版において濫用行為を表現する文言は異なっている。

以上のように、参照する言語版によって濫用行為を表現する文言には差異がみられ、それらの対応関係については議論の余地がある。また、当該文言を除く部分についても気になる表現上の差異は存在している。ただし、先に述べた通り、いずれの言語版も「等しく」正文であるとされており、言語版ごとに規定内容が実質的に異なっているとみるべきではないと考えられる。

なお、機能条約102条は、欧州経済共同体設立条約 (Treaty establishing the European Economic Community, EEC条約) 86条及びこれを引き継いだ欧州共同体設立条約 (Treaty establishing the European Community, EC条約) 86条 (この条文番号はアムステルダム条約 (Treaty of Amsterdam) によって82条に変更された) をさらに引き継いだ規定である。これらの規定内容は、リスボン条約 (Treaty of Lisbon) によって欧州共同体設立条約が機能条約へと移行した際に、「共同市場」が「域内市場」という文言に改められている点を除いて、変更されていない。また、「共同市場」から「域内市場」への文言の変更も、いかなる内容的な変更をもたらすものではないとされる<sup>6)</sup>。本稿では、便宜上、EEC条

---

5) Stoll, *Drittmarktbehinderungen im deutschen und europäischen Kartellrecht: Eine Betrachtung insbesondere der §§ 19, 20 GWB und der Art. 82, 86 EG unter dem Aspekt der Drittmarktproblematik*, 2002, S. 266f. フランス語の *exploiter* という言葉は、わが国では「搾取する」という意味 (英語では *exploit* の意味にあたる) で訳されているが、この言葉には「利用する」という意味 (英語では *use* の意味にあたる) もある。本稿では、フランス語版の「利用する (*exploiter*)」をドイツ語版の「利用 (*Ausnutzung*)」に対応する文言として把握する。ただし、これらの表現の間に存在するニュアンスの違いについては、検討の余地がある (参照、Brand, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder (Hg.), *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, 2016, Art. 102 AEUV, Rn. 139; Scholz, in: Wiedemann (Hg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 4. Aufl., 2020, § 22, Rn. 66; L. Desauettes-Barbero et É. Thomas, *Droit matériel européen des abus de position dominante: Textes et commentaires*, Bruylant, 2019, n° 104, p. 125)。

6) Müller-Graff, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hg.), *Europäisches Unionsrecht*, 2. Aufl., 2018, Art. 102 AEUV, Rn. 1.

約 86 条及び EC 条約 86 条 (条文番号の変更後は 82 条) もすべて「機能条約 102 条」と表現し、「共同市場」という表現は、引用の場合を除いて「域内市場」という表現に統一する。

## 2. 「支配的地位」の要件が有する 2 つの機能

ドイツの文献では、機能条約 102 条について論ずる際に、支配的地位という言葉の前に市場 (Markt) という文言を付して、市場支配的地位 (marktbeherrschende Stellung) という表現を用いるものがある。これは、支配と市場という 2 つの概念を結びつける極めて簡潔な表現であるといわれるが<sup>7)</sup>、ここで市場という文言が「域内市場又はその実質的な部分」(機能条約 102 条 1 項) という内容にとどまらない意味づけをされて用いられる場合は、その意味づけを通じて「支配的地位」という概念に予断が生ずるおそれがある。本稿では、ドイツの文献を引用する場合の訳語として市場支配的地位という表現を用いるほかは、支配的地位という表現を用いることとする。ただし、一般的に、「支配的地位」は関連市場の画定を通じて把握されていることも確かである。本稿では、「支配的地位」が関連市場の画定を通じて把握されることを前提として、市場、市場シェアという用語を用いる場合がある。

続いて、「支配的地位」の要件がどのような機能を有しているのかを確認していくこととする。まず、わが国では、機能条約 102 条 1 項における「支配的地位」という要件は、濫用行為の行為主体となる事業者の範囲を「支配的地位」を有する事業者に限定するという意味で、濫用行為の行為主体に係る要件として把握されている<sup>8)</sup>。これに関して、102 条 1 項は、事業者が「自己の」支配的地位を濫用することを禁止するとは規定していない。しかし、102 条 1 項が執行・適用される多くのケースでは、濫用行為の行為主体となる事業者それ自身が「支配的地位」を有するものと評価されている。したがって、実際は、「支配的地位」の要件は濫用行為の行為主体に係る要件となっているとみることができる。その

7) J.-P. Dubois, La position dominante et son abus dans l'article 86 du Traité de la C.E.E., préf. B. Goldman, Librairies techniques, 1968, p. 136.

8) 例えば、金井ほか『独占禁止法〔第 6 版〕』151 頁〔山部俊文〕(弘文堂、2018 年)。

ことは、多くの文献が、濫用行為の行為主体となる事業者のことを「支配的事業者（英：dominant undertaking、独：beherrschendes Unternehmen、仏：entreprise dominante）」と表現していることから裏づけられる（以下、「支配的地位」を有する事業者のことを「支配的事業者」という）。

もっとも、「支配的地位」の要件の役割は、濫用行為の行為主体に係る要件としての役割に尽きるものではない。機能条約102条1項の英語版正文における「支配的地位の……濫用」という表現は、「支配的地位」を「用」いるという意味を含んでいるように読める。このような読み方は、機能条約102条1項のフランス語版・ドイツ語版の正文に適合したものとなる。すなわち、これらの言語版は、上述のように（ⅡのⅠ参照）、英語版正文における「支配的地位の……濫用」という文言に対応する部分を、「支配的地位を濫用的に利用すること」（フランス語版）ないし「支配的地位の濫用的な利用」（ドイツ語版）と表現している。これらの表現方法は、機能条約102条1項が、「支配的地位」の「利用」を「濫用的」に行うという行為を捕捉する構造をもった規定であり、「支配的地位」の要件が、「利用」という濫用行為の行為態様に係る要件であるということを確認しているものとみることができる。

そのようにいえるとしても、機能条約102条1項の英語版正文には、フランス語版・ドイツ語版における「利用」に直接対応する文言が存在しない。しかし、先に述べた通り、いずれの言語版も「等しく」正文であるとされる。このように参照する言語版によって表現上の差異がある場合に、その齟齬をどのように解決するのは難しい問題である。そうしたところ、この問題についておおむね次のように述べる見解もある<sup>9)</sup>。

英語版の翻訳元言語であることには異論の余地がないとされる EU 原加盟国の公用語（これらの国が EU に届け出ている公用語）のうち、オランダ語

---

9) L. Focsaneanu, « La notion d'abus dans le système de l'article 86 du traité instituant la communauté économique européenne », J. A. van Damme (dir.), La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire, De Tempel, 1977, p. 335.

を除いたフランス語・ドイツ語・イタリア語の各言語版に係る機能条約 102 条 1 項の正文には、共通して「濫用的な利用」にあたる文言が存在する。したがって、この問題（参照する言語版によって「濫用的な利用」に直接対応する文言がないという齟齬〔conflict〕が生じていること）を解決する基準が他になれば、「濫用的な利用」に直接対応する文言を擁するという点で一致しているフランス語・ドイツ語・イタリア語の各言語版を基準とするべきであると思われる。

この見解によれば、英語版の「濫用」という文言は、「利用」という要素を読み込んで解釈するべきであるということになる。少なくともフランス・ドイツでは、「利用」という文言が違法な濫用行為の解釈において参照される場合がある。すなわち、フランスでは、機能条約 102 条 1 項の「利用」という文言を、「支配的地位」と濫用行為との間には何らかの関係（lien）が要求されるということを示すものと捉えている文献が存在する<sup>10)</sup>。ドイツでは、「支配的地位」と濫用行為との間に要求される関係（Zusammenhang）（因果関係〔Kausalität〕）の問題を検討する際に、「利用」という文言を参照している文献が存在する<sup>11)</sup>。

これらのことを踏まえると、「支配的地位」の要件は、濫用行為の行為主体に係る要件として位置づけられるとともに、「利用」（英語版に即していえば「濫用」）という濫用行為の行為態様に係る要件として位置づけられることとなる。すなわち、「支配的地位」の要件は、濫用行為の行為主体となる事業者の範囲を、「支配的地位」を有する事業者に限定するとともに、違法な濫用行為の範囲を、「支配的地位」との関係（因果関係）が認められるものに限定するという 2 つの機能を有することとなる。

10) N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, 2<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., Lextenso, 2018, n° 1033, p. 436.

11) Stoll, a. a. O.(Fn.5), S. 263, 266f., 270. なお, Eilmansberger/Bien, in: Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag (Hg.), *Münchener Kommentar zum europäischen und deutsches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl., 2020, Art. 102 AEUV, Rn. 272 も「利用」という文言を参照しているものと考えられる。

### 3. 濫用行為の内容

機能条約102条2項aないしdは、濫用行為に該当する行為類型を列挙しているが、これらは例示列挙されたものであると解されている<sup>12)</sup>。したがって、濫用行為の内容の一般的な射程は、これらの例示列挙された行為類型を収めるように画定される必要があるとしても、その外縁は直ちに明らかになるわけではない。そのような背景の下で、濫用行為の解釈論として、濫用行為の分類に関する一般論から個々の行為類型に関する個別論に至るまで様々な議論が展開されている。もっとも、それらの議論の多くは、濫用行為が搾取的濫用（英：exploitative abuse、独：Ausbeutungsmisbrauch、仏：abus d'exploitation）と排除的濫用（英：exclusionary abuse、独：Behinderungsmisbrauch、仏：abus d'exclusion）の2つの類型に分類できることを前提にして展開されている<sup>13)</sup>。

まず、搾取的濫用とは、支配的事業者が自己の「支配的地位」を利用して取引の相手方から不当に利益を得るような行為を典型として理解されている<sup>14)</sup>。取引の相手方から不当に利益を得るような行為は、その反面として当該相手方に対して不当に不利益をもたらす行為となる。そうしたところ、取引の相手方から不当に利益を得るような行為でなくとも当該相手方を不当に侵害するような行為であれば、搾取的濫用は成立しうるとする見解もある<sup>15)</sup>。この見解によれば、支配的事業者が取引の相手方に対して供給を行うことを拒絶する行為のように、必

---

12) 例えば、A. Jones, B. Sufirin and N. Dunne, *EU competition law: Text, cases, and materials* (7 ed., Oxford: Oxford University Press, 2019), p. 279; Fuchs, in: Körber/Schweitzer/Zimmer (Hg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 6. Aufl., 2019, Art. 102 AEUV, Rn. 132; C. Gavalda, G. Parleani et B. Lecourt, *Droit des affaires de l'union européenne*, 8<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2019, n<sup>o</sup> 739, p. 460.

13) ドイツでは、英語・フランス語の排除的濫用 (exclusionary abuse, abus d'exclusion) に対応する用語として Behinderungsmisbrauch が用いられることがある。Behinderungsmisbrauch を直訳すると妨害的濫用となるが、本稿では、英語・フランス語の表現にあわせる形で Behinderung を排除と訳出し、Behinderungsmisbrauch に排除的濫用の訳語をあてる。

14) 例えば、A. Jones, B. Sufirin and N. Dunne, *op. cit.* (n. 12), p. 289; Fuchs, *a. a. O.* (Fn. 12), Art. 102 AEUV, Rn. 134; C. Prieto et D. Bosco, *Droit européen de la concurrence: Ententes et abus de position dominante*, Bruylant, 2013, n<sup>o</sup> 1236, p. 907.

15) Jung, in: Nettesheim (Hg.), *Das Recht der europäischen Union*, 67. *Ergänzung-Lfg.* 2015, Art. 102 AEUV, Rn. 166.

ずしもその行為から（直接的に）利益を得るといような行為ではなくとも搾取的濫用は成立しうることとなる<sup>16)</sup>。

いずれにしても、搾取的濫用と評価される行為には、支配的事業者が取引の相手方を侵害するという要素が含まれることとなる。これに関して、搾取的濫用の成立に当該侵害が実際に発生することを要するかどうかが問題となるが、この問題は主要な論点とはなっていない<sup>17)</sup>。なお、この問題に言及しているドイツの学説によれば、搾取的濫用が成立するためには、侵害される相手方において損害が発生することまでは要求されず、「損害の発生が差し迫っていること (drohen)」で足りる<sup>18)</sup>、あるいは「損害の発生に係る危険が緊急に差し迫っていること (ernsthaft drohen)」で足りる<sup>19)</sup>と解されている。

これらの見解によれば、搾取的濫用が成立するためには侵害を受ける相手方において損害が発生する危険 (Gefahr) が認められることで足りるものと解される。ただし、そこで前提とされる当該危険の発生段階について、それが「緊急」と評価される程度に至っていることまで要求されるのかという問題を論ずる余地は残る。この問題は、搾取的濫用が成立するために濫用行為と損害の発生という効果との間の因果関係を証明することを要するかどうかの問題ともかかわるが、これについてはとりたてて議論は行われていない。

以上の内容を前提として、次に、搾取的濫用に該当する具体的な行為類型を確認していくこととする。まず、機能条約 102 条 2 項に例示列挙された行為類型のうち、搾取的濫用に該当する典型的な行為類型としては、「不当な購入価格、販売価格又はその他の取引条件」を「課す (英: imposing、独: Erzwingung、仏: imposer)」という行為類型 (2 項 a) を挙げることができる。ここにいる「課す」とは、その反面として当該価格ないし取引条件を相手方が受け入れる行為を意味していると解される。これに関して、ドイツの学説によれば、「課す」とは、当該価格ないし取引条件を相手方に受け入れさせるために、支配的事業者

16) Jung, a. a. O. (Fn. 15), Art. 102 AEUV, Rn. 166.

17) 参照、Bulst, in: Bunte (Hg.), Kartellrecht Kommentar, 13. Aufl., 2018, Art. 102 AEUV, Rn. 131.

18) Fuchs, a. a. O. (Fn. 12), Art. 102 AEUV, Rn. 143.

19) Emmerich/Lange, Kartellrecht, 14. Aufl., 2018, S. 97.

が当該相手方に対して圧力 (Druck) をかけることまでは要求するものではなく、支配的事業者に代替する取引先を確保できる可能性が当該相手方にとって (十分に) 存在していないという状況が存在すれば足りると解されている<sup>20)</sup>。

続いて、当該行為類型のうち不当な「価格」を課す行為の代表例としては、支配的事業者が取引の相手方に対して過度に高い価格で商品・役務を販売してこれを購入させる行為を挙げることができる (いわゆる超過価格設定 [excessive pricing] のケース)。また、機能条約 102 条 2 項 a に規定された行為類型の射程は、「価格」にとどまらず、広く「取引条件」を課す行為に及んでいるが、この「取引条件」には、排他条件付取引のように、取引の相手方の「行動を制約する (Handlungsbeschränkungen)」「(行動の自由 (Handlungsfreiheit))」<sup>21)</sup>を制約するという内容の条件が含まれることに (ドイツでは) 争いの余地はないとされる<sup>22)</sup>。

ドイツの文献を参照すると、排他条件付取引は、学説によって必ずしも明確に機能条約 102 条 2 項 a に該当する行為類型として把握されているわけではないが、少なくとも、取引相手方の行動の自由を制約するという要素が搾取的濫用の本質的な要素の 1 つであるとされ、そのような理解に基づいて排他条件付取引は搾取的濫用として把握されている<sup>23)</sup>。これに関して、機能条約 102 条 2 項 a 以外の例示規定を確認すると、例えば 102 条 2 項 d に掲げられた抱き合わせ取引は、契約を締結する条件として相手方に所定の義務を受け入れることを要求する点で、当該相手方の行動の自由を制約するという要素を含んでいることから、搾取的濫用の要素を含んだ行為類型として把握されている<sup>24)</sup>。このように、排他条件付取引や抱き合わせ取引は、搾取的濫用としての性質を有する行為類型として把握

20) Emmerich/Lange, a. a. O.(Fn. 19), S. 98. 参照, Lettl, Kartellrecht, 4. Aufl., 2017, S. 131.

21) Bulst, a. a. O.(Fn. 17), Art. 102 AEUV, Rn. 160; Brand, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder (Hg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 2015, Art. 102 AEUV, Rn. 177.

22) Schröter/Bartl, in: Von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., 2015, Art. 102 AEUV, Rn. 209.

23) Jung, a. a. O.(Fn. 15), Art. 102 AEUV, Rn. 184, 199; Busche, in: Busche/Röhling (Hg.), Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Aufl. 2016, Art. 102 AEUV, Rn. 91, 92.

24) 例えば, Fuchs, a. a. O.(Fn. 12), Art. 102 AEUV, Rn. 274.

されている。

ところで、支配的事業者が排他条件付取引を行うというケースでは、そのライバル企業は、当該支配的事業者と排他的な購入契約を締結している需要者とは取引を行うことができず、そのような需要者が多くなれば当該ライバル企業の事業活動は困難となるかもしれない。また、商品 A 及び商品 B を販売する支配的事業者が、商品 A について圧倒的な市場シェアを占めている状況で商品 A と商品 B とを抱き合わせて販売し、当該支配的事業者から商品 A を従来購入していた多くの顧客が商品 B もあわせて購入するようになった場合、商品 B について当該支配的事業者と競争関係にある企業は自身の顧客を減らし、その事業活動は困難となるかもしれない。

このように、支配的事業者が競争者を市場から排除して当該市場における競争を制限するというような行為は、排除的濫用と呼ばれる<sup>25)</sup>。そして、取引相手方の行動の自由を制約するタイプの搾取的濫用が違法な濫用行為と評価されるためには、当該行為が排除効果を伴う搾取 (Ausbeutung mit Behinderungseffekt)<sup>26)</sup>であるということが重視される<sup>27)</sup>。したがって、排除的濫用は、(イ) 取引相手方の行動の自由を制約する行為 (搾取的濫用) の反射的な効果として競争者の排除がもたらされるという意味で間接的に行われるもの (間接的な排除的濫用 [abus d'éviction indirect] ないし排除効果を伴う搾取的濫用) と、(ロ) 搾取的濫用に該当する行為を介することなく、競争者の排除を直接的にもたらすような行為 (直接的な排除的濫用 [abus d'éviction direct]。その典型例としては廉売行為がある) の 2 つに分類されることとなる<sup>28)</sup>。

排除的濫用が成立するために、競争者の排除に係る効果をどの程度証明するこ

25) 例えば、A. Jones, B. Sufrin and N. Dunne, op. cit.(n.12), p. 289; Fuchs, a. a. O.(Fn. 12), Art. 102 AEUV, Rn. 134; C. Prieto et D. Bosco, op. cit.(n. 14), n° 1236, p. 907.

26) Koch, in: Grabitz/Hilf (Hg.), Das Recht der europäischen Union, 14. Ergänzung-Lfg. 1999, Art. 86, Rn. 53; Jung, a. a. O.(Fn. 15), Art. 102 AEUV, Rn. 184.

27) 参照、Schröter/Bartl, a. a. O.(Fn. 22), Art. 102 AEUV, Rn. 209.

28) G. Mallen, op. cit.(n. 4), n° 100, p. 122. なお、独禁法における「私的独占」(2条5項)との関係でいえば、正田彬『全訂 独占禁止法〔I〕』165頁(日本評論社、1980年)にいう、「支配」に伴う「排除」という類型が、間接的な排除的濫用ないし排除効果を伴う搾取的濫用という類型におおむね相当するものと考えられる。

とが要求されるのかは明らかでない。ただし、少なくとも、そのような効果が実際に生じていることの証明を要することなく排除的濫用は成立するものと考えられる<sup>29)</sup>。ドイツでは、排除的濫用が成立するためには、競争者の排除に係る効果が実際に生ずることは要求されず、そのような効果が生ずる危険があるということだけで足りるとするのがおおむね一般的な理解である（その意味で、濫用行為は危険犯〔Gefährdungsdelikt〕であるといわれる<sup>30)</sup>）。もっとも、近時の裁判例の傾向として、当該危険に係る、より詳細な立証が要求されていることが指摘されており、こうした状況において、濫用行為は抽象的危険犯（abstraktes Gefährdungsdelikt）<sup>31)</sup>ではなく具体的危険犯（konkretes Gefährdungsdelikt）としての性格を帯びるものとされる<sup>32)</sup>。これと関連して、排除的濫用が成立するためには、当該行為と競争者の排除に係る具体的な効果との因果関係（Kausalzusammenhang）を証明する必要はないとする見解<sup>33)</sup>と、当該行為とそれが市場に与える効果との因果関係は不可欠であるとする見解<sup>34)</sup>とが主張されている。

以上のように、濫用行為には搾取的濫用と排除的濫用の2つの類型が存在し、これらの類型は互いに部分的に重なり合う形で、①排除効果を伴わない搾取的濫用<sup>35)</sup>、②排除効果を伴う搾取的濫用（間接的な排除的濫用）、③直接的な排除的濫用、という3つの類型に分けて把握されることとなる（以下、単に「搾取的濫用」というときは①と②とを一括したものを指し、単に「排除的濫用」というときは②と③とを一括したものを指す）。

まず、排除効果を伴わない搾取的濫用は、典型的には、支配的事業者が自己の取引の相手方に対して「不当な……価格又はその他の取引条件」を「課す」こと

---

29) 参照、R. Whish and D. Bailey, *Competition law* (9 ed., Oxford: Oxford University Press, 2018), p. 215; M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2019, n° 616, p. 279.

30) 例えば、Fuchs, a. a. O. (Fn. 12), Art. 102 AEUV, Rn. 144; Bulst, a. a. O. (Fn. 17), Art. 102 AEUV, Rn. 131.

31) Brand, a. a. O. (Fn. 5), Art. 102 AEUV, Rn. 154.

32) Fuchs, a. a. O. (Fn. 12), Art. 102 AEUV, Rn. 145.

33) Scholz, a. a. O. (Fn. 5), § 22, Rn. 60.

34) Fuchs, a. a. O. (Fn. 12), Art. 102 AEUV, Rn. 137; Busche, a. a. O. (Fn. 23), Art. 102 AEUV, Rn. 77; Kling/Thomas, *Kartellrecht*, 2. Aufl., 2016, S. 227.

35) Koch, a. a. O. (Fn. 26), Art. 86, Rn. 52; Jung, a. a. O. (Fn. 15), Art. 102 AEUV, Rn. 168.

で（機能条約 102 条 2 項 a）、当該相手方を侵害するという危険を生ずる場合に成立する。そして、これに伴って競争者が排除されるという危険をも生ずるという場合には、当該行為は排除効果を伴う搾取的濫用（間接的な排除的濫用）に分類されることとなる。これに対して、直接的な排除的濫用とは、搾取的濫用を介さずに成立する行為であり、典型的には、支配的事業者が取引の相手方に対して廉売を実施することで、自己の競争者が排除される危険を生ずる場合に成立する。

濫用行為の内容はおおむね以上のように理解されるが、事業者がこれらの行為を行ったというだけで、当該行為が違法な濫用行為と評価されるわけではない。これらの行為は、「支配的地位」と一定のかかわりを有する場合にはじめて違法な濫用行為と評価されることになる。すなわち、「支配的地位」の要件が濫用行為の行為主体に係る要件として機能し、かつ、「利用」という濫用行為の行為態様に係る要件としても機能する場合に限り、当該行為は違法な濫用行為として評価されることになる（Ⅱの 2 参照）。それでは、「支配的地位」の要件が有するこれらの機能はどのような意義を有しているのか。その内容を、機能条約 102 条に係る起草者の意思も踏まえながら明らかにしていくこととする。

### Ⅲ 「支配的地位」を要件とする意義

#### 1. 機能条約 102 条に係る起草者の意思

機能条約 102 条に係る起草者の意思を明らかにするための手がかりは、102 条の起草過程<sup>36)</sup>に存在する。そして、102 条の起草過程は、102 条の制定に至るまでの準備作業（travaux préparatoires）<sup>37)</sup>に含まれる文書<sup>38)</sup>（以下、「作業文書」

36) これに関するわが国の先行研究として、参照、金井貴嗣「EU 市場支配的地位濫用規制の生成」中央ロー・ジャーナル 12 卷 1 号 43 頁以下（2015 年）。

37) 準備作業（travaux préparatoires）とは、例えば法律のような法的行為（acte juridique）の形成過程において、これに携わった者の終局的な意思の表明に先行して生ずるものであって、当該行為の意味を明らかにするような活動及び資料（法案に係る理由説明書、報告書、審議等）の総体をいう（G. Cornu, Vocabulaire juridique, 11<sup>e</sup> éd., Presses Universitaires de France, 2016, v<sup>o</sup> Travaux préparatoires）。

38) その内容は、Schulze/Hoeren (Hg.), Dokumente zum europäischen Recht Ⅲ に収録されている。

という)によって知ることができる。以下、適宜その内容を引用しつつ、機能条約102条に係る起草者の意思を探ることとしたい。

作業文書によれば、機能条約102条の起草過程では、「支配的地位の濫用」を規制するのか、それとも「支配的地位」を直接の規制対象とするのかをめぐって、102条の起草にかかわっていたドイツ代表団とフランス代表団との間で意見が対立していた。

まず、ドイツ代表団は、1954年2月10日付の作業文書<sup>39)</sup>(以下、「ドイツ代表団の見解」という)において、「支配的地位」を直接の規制対象とはしないことを以下のように確認している(引用文中、亀甲括弧でくくられた記述は筆者による。以下同じ)。

「市場支配的地位 (marktbeherrschende Stellung) とは、その地位にある事業者が、競争者を実質的に (wesentlich) 考慮することなく一定の種類の商品に係る生産 [又は] 一定の種類の商品又は役務に係る価格・取引条件を決定することを可能にするもの [である。]」<sup>40)</sup>

「市場支配的事業者による競争制限 (独占・寡占) の問題については、……原則として、市場支配という事実はそれ自体を有害とみなすべきではない [。] ……むしろ、市場支配的地位……の濫用的な利用 (mißbräuchliche Ausnutzung) が、[条約規定によって取り除かれるべき] 競争の歪曲 (Verfälschung) をもたらすというべきであろう。」<sup>41)</sup>

このように、ドイツ代表団の見解は、「市場支配的地位」(独占・寡占) それ自

---

39) Memorandum der deutschen Delegation über die Ausschaltung wettbewerbsbeschränkender privater Praktiken, Paris 10 Februar 1954, abgedr. in: Schulze/Hoeren (Hg.), a. a. O. (Fn. 38), Dok. 42, S. 101ff.

40) Memorandum der deutschen Delegation über die Ausschaltung wettbewerbsbeschränkender privater Praktiken, Paris 10 Februar 1954, abgedr. in: Schulze/Hoeren (Hg.), a. a. O. (Fn. 38), Dok. 42, S. 101.

41) Memorandum der deutschen Delegation über die Ausschaltung wettbewerbsbeschränkender privater Praktiken, Paris 10 Februar 1954, abgedr. in: Schulze/Hoeren (Hg.), a. a. O. (Fn. 38), Dok. 42, S. 102f.

体を直接の規制の対象とはしないことを確認している。その理由として、ドイツのリーディング・カンパニーを解体するおそれがあると思われる競争法は政治的に容認できないものであったのだらうという指摘がなされている<sup>42)</sup>。

これに対してフランス代表团は、「競争の妨害を目的とする又はそのような結果をもたらすおそれのある独占及びカルテルのいかなる状態 (Situationen) 又は行為も」<sup>43)</sup>規制の対象とすることを提案して、独占の状態それ自体をも直接の規制対象とすることを主張した。フランスがこのような主張を行った背景について、当時フランスの国内企業は中小程度の規模にあり、そうした状況で、高度に集中したドイツの重工業と競争することを迫られていたという事情が指摘されている<sup>44)45)</sup>。

このように、機能条約 102 条の起草過程では、これに参加していた国が自国の利益を確保するという政治的・経済的な思惑とともに交渉を進めていたものと考えられる。そこでは、自国のリーディング・カンパニーを維持しようとするドイツの立場と、これに対抗しようとするフランスの立場とが対立していたものとみることができる。

そうした中で、競争法規定の具体的な立案を任された作業部会 (共同市場委員会 (Ausschuß Gemeinsamer Markt) と呼ばれることもある) の議長となったハンス・フォン・デア・グローベン (Hans von der Groeben)<sup>46)</sup>が、1956 年 10 月 20 日付の作業文書<sup>47)</sup> (以下、「グローベンの見解」という) において支配的地位の濫用禁止規定の草案を示し、これが若干の修正を受けて機能条約 102 条の制定条文になっているものと評価されている<sup>48)</sup>。グローベンの見解は、次の通り

42) H. Schweitzer, "The history, interpretation and underlying principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC" in: C.-D. Ehlermann and M. Marquis (eds.), *European competition law annual 2007: A reformed approach to Article 82 EC* (Oxford, Hart Publishing, 2008), p. 135.

43) Synoptische Darstellung über die Wettbewerbsregeln für die Unternehmen, Brüssel 9 Oktober 1956, abgedr. in: Schulze/Hoeren (Hg.), a. a. O. (Fn. 38), Dok. 59, S. 177.

44) P.-H. Burki, *Le problème de l'abus des positions dominantes des grandes entreprises dans le Marché Commun*, Herbert Lang et Cie SA Berne, 1968, p. 89.

45) なお、フランス国内では、協調経済体制の下で企業の集中を促進する政策がとられていたとされる (奥島孝康『フランス競争法の形成過程』39-42 頁 (成文堂、平成 13 年)、和田聡子『EU とフランスの競争政策』17 頁 (NTT 出版、2011 年))。

である。

「市場支配的地位の濫用的な利用は、当該地位が単独の事業者の生産規模から生ずるものであると複数の事業者によるカルテルによって形成されるものであると問わず一貫した原則の下で扱われるべきである。……カルテルはその性質からして競争を妨害し又は阻止するものであり、こうした効果が生ずる又はそれが目的とされる限り、その効果を根拠として禁止されるべきである。他方で、独占に関しては、当該独占が完全なものになるにつれて侵害又は排除の対象となりうる競争は存在しなくなる。ゆえに独占に関しては、競争の妨害ではなく市場支配的地位の濫用のみが禁止されうる。」<sup>49)</sup>

「競争事業者を市場から排除する (verdrängen) という行為の本質は、競争の制限というよりもむしろ競争の激しさ (Verschärfung) にある [。]」<sup>50)51)</sup>

「単独の事業者による市場支配的地位の濫用に対する規定は、以下のようになろう。

共同市場の全体又はその相当な (beträchtlich) 部分においていかなる競争にもさらされていない又は実質的な (wesentlich) 競争にさらされていない事業者が、この市場の内部において構成国間の通商を侵害するような方法で自らの市場支配的地位を濫用すること (missbrauchen) は、これを禁止する。濫用とは、特に (insbesondere) 次に掲げるものをいう。

---

46) グローベン自身によれば、当時、ドイツ側の代表団の一員であったグローベンは、共同市場委員会の議長に就任したことで、依然としてドイツ側の代表団の一員ではあるがもはや当該代表団の代弁者 (Sprecher) ではなく、政府間交渉の座長 (Präsident der Regierungsverhandlungen) の地位に就くことになったとされる (Von der Groeben, Deutschland und Europa in einem unruhigen Jahrhundert, 1995, S. 280)。

47) Aufzeichnung über die Wettbewerbsregeln im Vertrag über den gemeinsamen europäischen Markt, Brüssel 20 Oktober 1956, abgedr. in: Schulze/Hoeren (Hg.), a. a. O. (Fn. 38), Dok. 60, S. 185ff.

48) J. J. A. Ellis, Enkele aantekeningen bij Artikel 86 van het EEG-Verdag, Sociaal economische wetgeving, 1965, p. 328.

49) Aufzeichnung über die Wettbewerbsregeln im Vertrag über den gemeinsamen europäischen Markt, Brüssel 20 Oktober 1956, abgedr. in: Schulze/Hoeren (Hg.), a. a. O. (Fn. 38), Dok. 60, S. 187.

- 不当な購入価格、販売価格又はその他の契約条件を課すために行うもの。
- 生産、販売又は技術開発を制限するために行うもの。
- 互いに競争関係にある取引の相手方らと同等の取引を締結する際に異なる条件を課すために行うもの。
- 給付の内容又は商慣習によれば契約の目的には付属しない追加的な当該給付を受け入れることを、当該契約を締結する条件とするために行うもの。]<sup>52)</sup>

ここで提案されている規定は、複数の事業者による濫用行為を把握していないこと、支配的事業者の意味が明記されていること、事業者が「自らの」市場支配的地位を濫用することを禁止すると規定されていること、そして、機能条約 102 条 1 項における「濫用的」な「利用」に該当する部分が「濫用すること」と一括して表現されていることを除いて、おおむね機能条約 102 条 1 項・2 項と同様の規定ぶりとなっている。

上述したグローベンの見解によれば、カルテル及び独占は、それらが市場支配的地位を形成するとしてもそのことをもって直ちに禁止されるわけではない。カルテルは（独占とは異なり）それ自身が競争を妨害・阻止する性質を有するという根拠として禁止されるが、独占は、それ自体は禁止の対象とはならず、当該独占の存在によって妨害の対象となる競争自体が減少していることを前提とした規制を受けうるにとどまる。つまり、当該独占がもたらす市場支配的地位を「濫用すること」のみが禁止される。

このように、グローベンの見解は、ドイツ代表団の見解と同様に、市場支配的地位を直接の規制対象とはしないとする前提を受け入れたものとなっている。機

50) Aufzeichnung über die Wettbewerbsregeln im Vertrag über den gemeinsamen europäischen Markt, Brüssel 20 Oktober 1956, abgedr. in: Schulze/Hoeren (Hg.), a. a. O. (Fn. 38), Dok. 60, S. 188.

51) 「競争事業者を市場から排除するという行為の本質は、……競争の激しさにある」とは、「競争事業者を市場から排除するという行為」は競争が活発に行われていることのあらわれにはかならないとする趣旨の記述であろう。

52) Aufzeichnung über die Wettbewerbsregeln im Vertrag über den gemeinsamen europäischen Markt, Brüssel 20 Oktober 1956, abgedr. in: Schulze/Hoeren (Hg.), a. a. O. (Fn. 38), Dok. 60, S. 189.

能条約102条1項も、そのような前提を受け入れる形で、支配的地位の濫用禁止規定として制定されている。その背景にあった事情として、特に機能条約102条が制定された1957年当時、ヨーロッパ諸国の国内市場では公企業が支配的・独占的であるケースが多く、それらを非難することが問題となる余地はなかったこと、アメリカの事業者と比べてヨーロッパの事業者は零細かつ国内的な規模にとどまっていたため、ヨーロッパ域内市場の建設に向けて事業者を再編してナショナル・チャンピオンを育て、ヨーロッパ・世界レベルでの競争に立ち向かう必要のあったことが指摘されている<sup>53)</sup>。ドイツの代表団としてではなく広くヨーロッパを視野に入れて交渉に臨んでいたとされるグローベンも<sup>54)</sup>、このような事情を念頭においていた可能性がある。

以上のように、「支配的地位」を直接の規制対象とするかどうかの問題は、ドイツ・チャンピオンやフランス・チャンピオンの形成・維持といった、特定の国に固有の利益のみを優先する視点から決着がついたわけではなく、(一応は)ヨーロッパ全体の利益を優先するという形で折り合いがついたものとみることがができる。いずれにしても、機能条約102条は、「支配的地位」を直接の規制対象とはしないことを前提に起草されることとなった。そして、このような起草者の意思によれば、102条1項は、禁止の対象を「濫用的」な「利用」と規定することで、「支配的地位」を直接の規制対象とはしないとする立場をとることを明らかにした規定であるといえる。したがって、102条において「支配的地位」の要件が「利用」(英語版に即していえば「濫用」)という行為態様に係る要件とされていることの趣旨は、「支配的地位」を直接の規制対象とはしないとする起草者の意思に求められることとなる。

このように、「支配的地位」を直接の規制対象とはしないとする起草者の意思は、EEC条約の起草者に対して広く影響を及ぼしたとされるオルドー自由主義(Ordoliberalismus)<sup>55)</sup>の代表的な思想家であるヴァルター・オイケン(Walter Eucken)の立場とは、隔たりのあるものである。すなわち、オイケンは、後述する完備競争の市場形態(Ⅲの2参照)とは矛盾する存在として、独占の存在そ

53) C. Gavalda, G. Parleani et B. Lecourt, op. cit. (n. 12), n° 710, p. 449.

54) Schulze/Hoeren (Hg.), a. a. O. (Fn. 38), XXVII.

れ自体が有害であるとの認識に基づいて、独占の可及的な除去を要求するという立場をとっており<sup>56)57)</sup>、この点で、「支配的地位」(独占)を直接の規制対象とはしないとすする起草者の意思とは隔たりが認められる<sup>58)</sup>。

こうしたオイケンの立場を徹底すると、能率競争 (Leistungswettbewerb) の結果として生じた独占 (支配的地位) であっても可及的に解体することが要求されることとなろう<sup>59)</sup>。そうしたところ、機能条約 102 条の起草に影響を及ぼしたのは、オールド自由主義の第 1 世代 (オイケンはこの世代に属するものとされている) の思想内容ではなく、オールド自由主義の第 2 世代 (Ⅳの 2 で取り上げるメストメッカーはこの世代に属するものとされている) の思想内容であるとする見解もみられる<sup>60)</sup>。この見解は、オールド自由主義の第 2 世代が、能率競争の結果として生じた独占 (支配的地位) は有害ではないとする立場をとっていることを指摘している。こうした、能率競争の結果として生じた支配的地位は有害ではないとする立場を反対解釈すると、能率競争によらないで競争事業者を市場から排除して支配的地位を強化するというような行為 (排除的濫用) は有害であるということになる。それでは、機能条約 102 条は、起草過程において、そのような行為を規制するものと考えられていたのだろうか。

55) M. Malaurie-Vignal, op. cit. (n. 29), n° 49, p. 20. オールド自由主義といっても、その中には多様な見解が含まれるが、その基本的な考え方は、各市場参加者が自ら供給したいもの・購入したいものを自由に選択することを通じて生まれる相互作用のプロセスとして競争を把握するというものである (Behrens, The ordoliberal approach to controlling dominant undertakings in the European Union: Its origins and development, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2018, S. 354ff.)。

56) Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 1952, S. 294. 当該箇所の翻訳として、参照、W. オイケン (大野忠男訳) 『経済政策原理』398 頁 (勁草書房、1967 年)。

57) オイケンは、こうした立場をとる前提として、独占に係る経済権力は国政にも大きな影響力を及ぼしうするため、国家は独占を有効に統制する能力を欠くという認識に基づいて、経済政策においてはまずもって、独占の濫用ではなく独占の形成それ自体が阻止されるべきであるとする立場をとっている (Eucken, a. a. O. (Fn. 56), S. 172. 当該箇所の翻訳として、参照、オイケン (大野訳)・前掲註 56) 233 頁)。

58) Höft, *Die Kontrolle des Ausbeutungsmissbrauchs im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen: Eine rechtsökonomische und rechtsvergleichende Grundlagenstudie zu den Chancen und Risiken kartellbehördlicher Preis- und Konditionenaufsicht*, 2013, S. 264f.

59) Vanberg, in: Newman (Hg.), *The new palgrave dictionary of economics and the law* II, p. 177.

60) Behrens, a. a. O. (Fn. 55), S. 357.

グローベンの見解は支配的事業者を定義しているが、それによれば、機能条約102条は、「いかなる競争にもさらされていない又は実質的な競争にさらされていない事業者」としての支配的事業者の行為を規制するものとなる。その背景にあるのは、機能条約102条は、「侵害又は排除の対象となりうる競争」（競争制限を問題とするに足る競争）が存在しない市場において生ずることとなる弊害を規制するための規定であるとする考え方である。この考え方の下で、グローベンの見解のように、「競争事業者を市場から排除するという行為」（排除的濫用）を競争の活発な市場において行われる行為とみるならば、排除的濫用は、むしろ「侵害又は排除の対象となりうる競争」（競争制限を問題とするに足る競争）が存在する市場において行われる行為ということになり、排除的濫用は、機能条約102条において直接の規制対象とはならないとの結論に至ることとなる<sup>61)</sup>。

この結論をとる場合は、機能条約102条の起草者の意思（グローベンの見解）に対して、上述したオルドー自由主義の第2世代の思想内容が決定的な影響を与えたわけではないとする見方もできる。

ただし、機能条約102条の制定条文には、グローベンの見解とは異なり、支配的事業者（「支配的地位」）の意味は明記されていない。そのような結論に至った経緯について、機能条約102条の起草過程で、ドイツ代表団は「支配的地位」の定義を条文に書き込むことを主張していたが、フランス代表団の反対を受けて、このようなドイツ代表団の主張は採用されなかったものと分析されている<sup>62)</sup>。ドイツ代表団の主張が反対を受けた理由として、このようなドイツ代表団の主張が、機能条約102条の起草と並行して進められていたドイツの国内競争法（以下、

---

61) グローベンの見解を、排除的濫用を違法な濫用行為として規制することを否定しているものと解する文献として、P. Akman, *The concept of abuse in EU competition law: Law and economic approaches* (Oxford: Hart Publishing, 2012), p. 84がある。これに対して、グローベンの見解を、機能条約102条の起草にかかわった各国の代表団が、どのような行為を濫用的であるとして禁止すべきかについておそらく極めて漠然としたイメージしか有していなかったということのよい証左であると解する文献として、Wurmnest, *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch: Eine rechtsvergleichende Neubestimmung des Verhältnisses von Recht und Ökonomik in der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen*, 2010, S. 75がある。

62) Schulze/Hoeren (Hg.), a. a. O. (Fn. 38), XXXV.

「ドイツ競争制限禁止法〔Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen〕』という)の起草作業に端を発するものであり<sup>63)</sup>、当該反対を行った国が、ドイツにおける今後の裁判・実務がEU法(機能条約102条)に過度に影響を与えることを阻止しようとしたという事情を推測する見解がある<sup>64)</sup>。

## 2. 濫用行為の行為主体に係る要件としての「支配的地位」要件の意義

「支配的地位」の要件は、濫用行為の行為主体を支配的事業者に限定するという機能を有している。このように、濫用行為の行為主体が支配的事業者に限定されるのは、「支配的地位」が存在しない市場には十分な競争構造があるとみなされるため、競争法を執行・適用する機関による介入が不要とされるからである<sup>65)</sup>。したがって、濫用行為の行為主体に係る要件としての「支配的地位」要件の意義とは、事業者の行動は競争によって制御されるべきであるとする趣旨の下で、濫用行為の行為主体となる事業者の範囲を競争による制御が効かない事業者に限定することであると解される。それでは、事業者の行動を制御する競争としてはどのようなものが考えられるか。

ドイツの学説によれば、事業者の行動を制御する競争とは、当該事業者に対して「無記名の競争圧力(anonymer Wettbewerbsdruck)」を与える競争であるとされる<sup>66)</sup>。そのように考えた場合、問題となるのは、「無記名の競争圧力」の意味である。そこで、この「無記名の競争圧力」の意味を、オイケンが主張した完備競争(〔独: vollständige Konkurrenz、英: complete competition、仏: concurrence complète〕<sup>67)</sup>)の概念を手がかりにして探ることとしたい。

63) ドイツ競争制限禁止法は1957年に制定されているが、その当時からすでに「市場支配的(marktbeherrschend)」とされる事業者を定義する規定をおいていた(ドイツ競争制限禁止法〔1957年の制定当時〕22条1項。これに対応する規定は、現行のドイツ競争制限禁止法〔2017年の第9次改正後〕18条1項におかれている)。

64) Wessely, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder (Hg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 2005, Art. 82 EG-Vertrag, Rn. 47.

65) A.-S. Choné, op. cit. (n. 4), n° 379, p. 249.

66) Fuchs, a. a. O. (Fn. 12), Art. 102 AEUV, Rn. 77; Emmerich/Lange, a. a. O. (Fn. 19), S. 91f.

67) 「完備競争」という訳語は、川濱昇「市場秩序法としての独禁法(一) — 市場をめぐる法と政策 —」民商法雑誌139巻3号279頁(2008年)による。

まず、オイケンとは、それぞれの市場参加者が他の市場参加者全体から生ずる競争圧力を、市場価格という与件のみを介して、間接的・客観的に受けつつ能率競争を行うというように経済過程が制御される市場形態を模範として、そのように制御された経済過程において能率は向上するという考え方をとっている<sup>68)</sup>69)。このように、完備競争とは、競争圧力が市場価格のみを介して経済過程を制御するという仕組みを把握する概念として理解される。

この場合、完備競争概念と完全競争 (perfect competition) 概念との違いは、次の点にあるとされる。すなわち、①完備競争の状態にある市場はこうした競争圧力をもたらす商品 (又は役務) によって構成されることとなるが、当該商品 (又は役務) は必ずしも完全競争において前提とされるような同質性を備えるものには限られないということ<sup>70)</sup>71)、②完備競争の基本的な考え方とは市場のプロセス (processes) を参照するものであり、特定の均衡状態 (state of equilibria) を参照するものではないということ<sup>72)</sup>、そして、③完備競争の意味する市場とは市場参加者が他の市場参加者の自由を制約できる強制的な力 (coercive power) を有していないという状態にあることを前提としたものであること<sup>73)</sup>、である。ここで、特に③の点を敷衍するならば次の通りである。

---

68) Eucken, a. a. O. (Fn. 56), 247ff. 当該箇所翻訳として、参照、オイケン (大野訳)・前掲註 56) 335-338 頁。

69) 参照、Fikentscher, *Wirtschaftsrecht*, Bd. II, 1983, S. 188ff.

70) 参照、Eucken, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, 1950, S. 98, 101. 当該箇所翻訳として、参照、W. オイケン (大泉行雄訳)『国民経済学の基礎』137、140 頁 (勁草書房、1958 年)。

71) 例えば、Schmidtchen, German "*Ordnungspolitik*" as institutional choice, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1984, S. 60.

72) H. G. Grosseckler, "On designing an economic order. The contributions of the Freiburg School" in: D. A. Walter (ed.), *Perspectives on the history of economic thought*, Vol. II (Edward Elgar Publishing Limited, 1989), p. 45.

73) Schmidtchen, a. a. O. (Fn. 71), p. 60; W. Möschel, "Competition policy from an Ordo point of view" in: A. Peacock and H. Willgerodt (eds.), *German neo-liberals and the social market economy* (The Macmillan Press, 1989), p. 157; D. J. Gerber, *Law and competition in twentieth century Europe: Protecting Prometheus* (Oxford: Clarendon Press, 1998), p. 245; C. Mongouachon, « Ordolibéralisme versus néolibéralisme: Antagonismes idéologiques et conséquences pratiques en droit européen de la concurrence », in: S. Dormont et T. Perroud (dir.), *Droit et marché*, L.G.D.J., 2015, p. 28. わが国の先行研究として、参照、川濱・前掲註 67) 279 頁、金井・前掲註 36) 60 頁。

まず、完備競争の状態にある市場の参加者は、他の市場参加者全体からの競争圧力を市場価格という与件のみを介して受けるから、そこには当該市場参加者の「無記名の (anonym) 市場への依存 (Abhängigkeit) が存在する」のであり、「〔他の市場参加者との間には〕いかなる個別的な経済的依存関係も存在しない」ことになる<sup>74)</sup>。つまり、完備競争の状態にある市場の参加者は、市場を介して無記名となった他の市場参加者からの競争圧力 (無記名の競争圧力) を受けるという意味で、「無記名の市場」へのみ「依存」し、特定の市場参加者の下での記名されたコントロールには服さないという意味で、「〔他の市場参加者とは〕いかなる個別的な経済的依存関係」にも立たないのである。

したがって、無記名の競争圧力にいう「無記名の」という表現には、オイケンと並んでオルドー自由主義の代表的な思想家であるフランツ・ベーム (Franz Böhm) の言葉を借りるならば、「いずれの市場参加者も無力であるということ (すなわち、認識しうる程度にかつ意識的に (erkennbar und bewußt)、独立した経済行動によって、他の市場参加者の運命 (Schicksal) を決定することに参与する (mitbestimmen) という力を全く有していないこと) に加えて、いずれの市場参加者も互いに全く依存関係にない (unabhängig) ということ (すなわち、いずれの市場参加者も、他の個々の市場参加者の振る舞いによって、明確に認識できる程度に自己の運命が影響を受けやすいという状況にはないこと)」<sup>75)</sup> が含意されることとなる。「無記名の」競争圧力という概念をこのように捉えようと、無記名の競争圧力による制御が効かない事業者には、少なくとも、自らに経済的に依存している他の市場参加者の経済行動を、競争圧力から独立した経済行動によって一方的にコントロールできる力 (他の市場参加者の行動の自由を制約できる強制的な力) を有する事業者が該当することとなる。

「支配的地位」をこのような力であると考えた場合、「支配的地位」は、①当該地位を有する事業者が競争圧力から独立した行動をとることができるという要素、

74) Eucken, a. a. O. (Fn. 70), S. 202. 当該箇所の翻訳として、参照、オイケン (大泉訳)・前掲註 70) 280 頁。

75) Böhm, Kartellauflösung und Konzernentflechtung: Spezialisten Aufgabe über Schicksalsfrage?, Süddeutsche Juristenzeitung, 1947, S. 498.

②他の市場参加者は当該事業者に対して経済的に依存しているという要素、③当該事業者は他の市場参加者の経済行動を一方的にコントロールすることができるという要素、の3つの要素から把握されることとなる。そして、このような力を有する事業者は、自らに経済的に依存している顧客に対して「不当な……価格又はその他の取引条件」を「課す」こと（機能条約102条2項a）ができる力、つまり搾取的濫用を行うことを可能にする力を有することとなる。

以上の検討を踏まえ、本稿では、以下において、事業者が競争圧力から独立して行動できることにより「支配的地位」を有し、他の市場参加者が当該事業者に対して経済的に依存しているという状況の下で、当該事業者に与えられることとなる、当該他の市場参加者の経済行動を一方的にコントロールすることができる力のことを、搾取的濫用を行うことを可能にする力という意味で「搾取する力」と呼ぶことにする。これに対して、排除的濫用を行うことを可能にする力は「排除する力」と呼ぶことにする。

### 3. 濫用行為の行為態様に係る要件としての「支配的地位」要件の意義

#### (1) 行為的因果関係

「支配的地位」の要件は、「支配的地位」を直接の規制対象とはしないとする趣旨（それが起草者の意思であった）の下で、「利用」という濫用行為の行為態様に係る要件として、違法な濫用行為の範囲を「支配的地位」との関係（因果関係）が認められるものに限定するという機能を有している。それでは、このような関係（因果関係）としてはどのようなものが考えられるか。

これについては、「支配的地位」の要件を濫用行為の行為主体に係る要件として把握する段階で、すでに、「支配的地位」と濫用行為との間に一定の関係が存在することが前提となる。すなわち、「支配的地位」を有する事業者が濫用行為を行うということは、「支配的地位」と濫用行為とが同時に存在するという関係にあることを前提とする<sup>76)</sup>。こうした関係に加えて、「支配的地位」と濫用行為との間に存在しうる関係としては、次のものが考えられる。

---

76) 例えば、Brand, a. a. O.(Fn. 5), Art. 102 AEUV, Rn. 151.

まず、機能条約 102 条 1 項のドイツ語版・フランス語版の正文には、「支配的地位」の「利用」と規定されている。したがって、こうした規定文言を忠実に解するならば、「支配的地位」と濫用行為との間には、「支配的地位」がなければそれを「利用」することもできないという関係、つまり「支配的地位」なければ濫用行為なしという関係（あればなければこれなし [Conditio sine qua non]<sup>77)</sup>が要求されるものと考えられる。このような関係は、ドイツでは行為的因果関係 (Verhaltenskausalität)<sup>78)</sup>ないし（「支配的地位」を道具として用いるという意味で）道具的因果関係 (instrumentale Kausalität) と呼ばれている（以下、当該関係を指すときは「行為的因果関係」という呼称に統一する）。

「支配的地位」と濫用行為との間に行為的因果関係が要求される場合は、「支配的地位」が、機能条約 102 条 1 項の「規制対象 (objet [d'un contrôle])」である濫用行為の「条件 (condition)」として位置づけられるということ<sup>79)</sup>が明確になる。したがって、「支配的地位」を直接の規制対象とはしないとす趣旨（起草者の意思）が貫徹されることとなる。

行為的因果関係は、ある事業者が、「支配的地位」を有することで一定の濫用行為を行う力（可能性）を与えられているという状況の下で、当該事業者がその力を原因として当該濫用行為を実行したものと評価される場合に認められることとなる。例えば搾取的濫用のケースを考えると、ある事業者が、「支配的地位」を有することで搾取る力を与えられているという状況の下で、自らに経済的に依存している顧客に対して「不当な……価格又はその他の取引条件」を「課す」（機能条約 102 条 2 項 a）という搾取的濫用を実行した場合、そのような価格ないし取引条件を当該顧客に「課」した（当該顧客が受け入れた）原因が、当該事業者に代替する取引先を確保できる可能性が十分に存在しないこと（当該事業者が「支配的地位」を有していること）にあったと評価されれば、「支配的地位」と当該搾取的濫用との間には行為的因果関係が認められることとなる<sup>80)</sup>。

77) 例えば、Stoll, a. a. O. (Fn. 5), S. 87.

78) 「行為的因果関係」という訳語は、鈴木孝之「ドイツ連邦カルテル庁の Facebook 事件決定にみる市場支配的事業者規制への視点」公正取引 829 号 49 頁（2019 年）による。

79) L. Vogel, Droit de la concurrence: Droit européen, LawLex/Bruylant, 2018, n° 137, p. 314.

これに対して、当該事業者が上述のような価格ないし取引条件を当該顧客に「課」した（当該顧客が受け入れた）原因が、当該事業者に代替する取引先を確保できる可能性が十分に存在しないこと（当該事業者が「支配的地位」を有していること）にはないと評価される場合（例えば、これらの価格ないし取引条件が、当該顧客の自律した決定によって受け入れられたものと評価される場合<sup>81)</sup>は、「支配的地位」と当該濫用行為との間に行為的因果関係は認められない。

## (2) 規範的關係

「支配的地位」と濫用行為との間に行為的因果関係が認められない場合であっても（つまり、濫用行為が「支配的地位」を原因として実行された場合でなくとも）、当該濫用行為の客観的な性質（搾取的濫用の場合は取引の相手方が侵害されること、排他的濫用の場合は競争者が排除されること）には変わりない。そこで、濫用行為を、それが実行された原因にかかわらず違法な濫用行為として広く捕捉するために、「支配的地位」と濫用行為との間に要求される関係としては、「支配的地位」が、濫用行為が実行される危険（搾取的濫用の場合は取引の相手方が侵害される危険、排他的濫用の場合は競争者が排除される危険）という意味での効果をもたらしているという関係で足りるとする見解もある。そのような見解は、当該関係のことを効果的因果関係（*Ergebniskausalität*）<sup>82)</sup>ないし規範的因果関係（*normative Kausalität*）<sup>83)</sup>と呼ぶほか、因果関係という用語を用いずに、単に規範的關係（*normativer Zusammenhang*）<sup>84)</sup>あるいは機能的關係（*funktionaler Zusammenhang*）<sup>85)</sup>と呼んでいる（以下、当該関係を指すときは「規範的關係」という呼称に統一する）。

80) 参照、Schröter/Bartl, a. a. O.(Fn. 22), Art. 102 AEUV, Rn. 166. なお、現行のドイツ競争制限禁止法 19 条（支配的地位の濫用禁止規定）に関するものであるが、参照、Weyer, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder (Hg.), *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, 2015, Art. 19 GWB, Rn. 49. 現行のドイツ競争制限禁止法 19 条 1 項は、「1 又は複数の事業者による市場支配的地位の濫用的な利用は、これを禁止する」と規定している。

81) 現行のドイツ競争制限禁止法（19 条 1 項）に関するデュッセルドルフ高裁の決定例（註 87 に挙げた連邦カルテル庁のフェイスブック事件決定に対応するもの）であるが、OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. 8. 2019, Az. VI Kart 1/19 (V), Rn. 73.

82) 「効果的因果関係」という訳語は、鈴木・前掲註 78) 49 頁による。

規範的關係という概念は、元々、「支配的地位」と排除的濫用との間に要求される關係として主張されたものである。そうしたところ、近時、ドイツにおける一部の学説によって、ドイツ競争制限禁止法における支配的地位の濫用禁止規定（ドイツ競争制限禁止法 19 条）に関して、「市場支配的地位」と搾取的濫用との間に要求される關係も、規範的關係で足りるとする主張が行われ<sup>86)</sup>、これを支持したものと考えられるドイツの競争当局（連邦カルテル庁）の決定<sup>87)</sup>もあらわれている<sup>88)</sup>。このような主張は、機能条約 102 条 1 項の解釈についても理論上は妥当するものである。したがって、規範的關係は、理論上、搾取的濫用と排除的濫用のいずれについても観念できることとなる。

上述したように規範的關係とは、「支配的地位」が、濫用行為が実行される危険（搾取的濫用の場合は取引の相手方が侵害される危険、排除的濫用の場合は競争者が排除される危険）という意味での効果をもたらしているという關係をいう。つまり、支配的事業者が一定の濫用行為を実行した際に、その事業者が「支配的地位」を有することで当該濫用行為を行う力（可能性）を与えられていたのであれば、その力（「支配的地位」）は、それが当該濫用行為の実行を可能にした原因

83) 「規範的因果關係」という訳語は、山部俊文「ドイツ競争制限禁止法における市場支配的企業の濫用行為の規制について」法学研究（一橋大学研究年報）29 号 46-47 頁（1997 年）、田中裕明『市場支配力の濫用と規制の法理』51 頁（嵯峨野書院、2001 年）、鈴木・前掲註 78）49 頁による。なお、参照、森平明彦「ドイツ競争法制における『利益強要（Anzapfen）の禁止【1】——自由保護と公正保護を架橋する競争歪曲の概念』」高千穂論叢 47 卷 1 号 95 頁（2012 年）。

84) Fuchs, a. a. O.(Fn. 12), Art. 102 AEUV, Rn. 136.

85) Busche, a. a. O.(Fn. 23), Art. 102 AEUV, Rn. 77.

86) Nothdurft, in: Bunte (Hg.), Kartellrecht Kommentar, 13. Aufl., 2018, §19 GWB, Rn. 211.

87) Beschluss des BKartA von 6. 2. 2019, Az. B6-22/16, Rn. 873, 883. 本件（フェイスブック事件）において連邦カルテル庁は、「市場支配的地位」と搾取的濫用との間に要求される關係を規範的因果關係と呼び、「市場支配的地位」と排除的濫用との間に要求される關係を結果的因果關係と呼ぶことで、これらの用語を使い分けているが、こうした用語の使い分けは本決定に特殊なものである。

88) 参照、Esser, “Die Gefahr einer Umdeutung des Konditionenmissbrauchs zu einem allgemeinen Durchsetzungsinstrument des Bundeskartellamtes: *DonGiovanni und Big Data*” in: Kokott/Pohlmann/Polley (Hg.), Europäisches, deutsches und internationales Kartellrecht, Festschrift für Dirk Schroeder, 2018, S. 264.

である（当該濫用行為との間に行為的因果関係が認められる）かどうかにかかわらず、当該事業者が当該濫用行為を実行するという危険（搾取的濫用の場合は取引の相手方を侵害するという危険、排他的濫用の場合は競争者を排除するという危険）はもたらすこととなる。ここに、「支配的地位」が、濫用行為が実行される危険をもたらししているという関係、すなわち規範的關係が認められることになるのである<sup>89)</sup>。

「支配的地位」と排他的濫用との間に要求される規範的關係としては、「支配的地位」が当該「支配的地位」の存在する市場（以下、「被支配市場」という）における競争を弱めているという状況の下で、排他的濫用によって当該被支配市場から競争者が排除される危険がもたらされることを通じて、被支配市場に残存する競争（以下、「残存競争（Restwettbewerb）」という）が侵害される危険が生ずるという関係で足りる<sup>90)</sup>。すなわち、「支配的地位」が、それが市場に存在することによって、当該被支配市場に残存競争の状態をもたらしという形で、当該残存競争が侵害される危険（という意味での排他的濫用が実行される危険）を間接的にもたらす、という関係で足りる。

このような意味での規範的關係は、「累積的な観察の下では（bei “kumulierter Betrachtung”）」<sup>91)</sup>、次のように把握することができる。すなわち、当該関係は、「支配的地位」が被支配市場に存在することですでに当該市場にもたらししている競争制限と、排他的濫用に係る競争者排除の危険とが、当該市場において累積されるという関係として把握することができる（以下、このような関係を特に「累積的關係」と呼ぶ）。

ここで、行為的因果関係及び規範的關係の内容を、搾取的濫用と排他的濫用の両方の性質を有する行為類型、すなわち排除効果を伴う搾取的濫用を例として、

---

89) 現行のドイツ競争制限禁止法に関するものであるが、参照、Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen*, 2018, S. 136.

90) Weyer, “Zum Normzweck des Missbrauchsverbots nach § 19 GWB” in: Kokott/Pohlmann/Polley (Hg.), *Europäisches, deutsches und internationales Kartellrecht*, Festschrift für Dirk Schroeder, 2018, S. 929f.

91) Weyer, a. a. O. (Fn. 90), S. 929f.

一括して示せば次の通りである。まず、「支配的地位」と排除効果を伴う搾取的濫用との間に行為的因果関係ないし規範的關係が認められるケースとしては、ある事業者が、「支配的地位」を有することで搾取する力を与えられているという状況の下で、自らに経済的に依存している顧客に対して「不当な……取引条件」を「課」す（機能条約 102 条 2 項 a）というケースが考えられる。

このケースでは、当該事業者は「支配的地位」を有することで搾取する力を与えられているため、その「支配的地位」（搾取する力）は、当該事業者が当該濫用行為を実行するという危険（当該顧客が侵害されるという危険、競争者が排除されるという危険）をもたらすこととなる。したがって、当該「支配的地位」と当該濫用行為との間には規範的關係が認められることとなる。そして、当該事業者が不当な取引条件を当該顧客に「課」した（当該顧客が受け入れた）原因が、当該事業者に代替する取引先を確保できる可能性が十分に存在しないということ（当該事業者が「支配的地位」を有していること）にあったと評価されれば、当該「支配的地位」と当該濫用行為との間には行為的因果関係が認められることとなる。

さらに、当該濫用行為に係る競争者排除の危険が被支配市場において生ずる場合は、「支配的地位」と当該濫用行為との間に累積的關係が認められることとなる。

### (3) 規範的關係における「規範的」の意味

規範的關係（規範的因果関係）とは、元々、機能条約 102 条に相当する、ドイツ競争制限禁止法（1974 年の第 2 次改正前）における市場支配的地位の濫用規制の根拠規定（22 条）に関して主張された考え方である。それはおおむね次のような主張を行っている<sup>92)</sup>。

ドイツ競争制限禁止法（1974 年の第 2 次改正前）22 条の目的は、競争に

---

92) Möschel, Der Oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen: Eine vergleichende Untersuchung zum Recht der USA, Großbritanniens, der EWG und der Bundesrepublik Deutschland, 1974, S. 204ff., 220.

有害な結果をもたらすような市場支配的地位を、その地位にある事業者に特別な行動規範を課すことを通じて無害化することにある。そのため、市場支配的地位と競争に有害な結果の生ずる危険との間に因果関係（規範的關係）の存在することが要求される。

この主張を機能条約102条1項に引き直せば、「機能条約102条1項の目的は、競争に有害な結果をもたらすような支配的地位を、その地位にある事業者に特別な行動規範を課すことを通じて無害化することにある。そのため、市場支配的地位と競争に有害な結果の生ずる危険との間に因果関係（規範的關係）の存在することが要求される」という主張になる。それでは、支配的事業者に対して「特別な」行動規範を課すとはどのような意味であろうか。

まず、「支配的地位」と濫用行為との間に行為的因果関係を要求する場合は、「支配的地位」がなければ行えない行為のみが違法な濫用行為と評価されることとなる。その意味で、機能条約102条1項は、支配的事業者でなければ行えない行為のみを禁止するものとなる。これに対して、「支配的地位」と濫用行為との間に要求される関係として、規範的關係で足りると解するならば、「支配的地位」なければ濫用行為なしという関係（行為的因果関係）が認められない行為、つまり「支配的地位」がなくても行える行為も、違法な濫用行為として評価されることとなる。その意味で、機能条約102条1項は、支配的事業者でもなくても行える行為をも禁止するものとなる。しかし、濫用行為の行為主体は支配的事業者に限定されているため、支配的事業者ではない事業者に対しては課せられない行動規範が、支配的事業者に対してのみ「特別」に課せられることとなる。

ここで、機能条約102条1項の行動規範が支配的事業者に対してのみ「特別」に課せられる根拠は、支配的事業者が一定の濫用行為を行えば、その「支配的地位」がもたらしめている、当該濫用行為が実行されるという危険が現実化されるおそれがあるという点にある。したがって、機能条約102条1項の行動規範が支配的事業者に対して課せられる範囲は、こうした根拠が妥当する範囲、すなわち、「支配的地位」が、濫用行為が実行される危険をもたらしているという関係（規範的關係）が認められる範囲に限定されるべきであるということになる。

このように、「支配的地位」と濫用行為との間に規範的關係を要求することは、支配的事業者を名宛人として、その「支配的地位」がもたらしている、一定の濫用行為が実行されるという危険を現実化するおそれのある行為を行うことを禁止するという規範構造を、機能条約 102 条 1 項に対して要求するものとなる。そして、このような規範構造を要求することによって、「支配的地位」を直接の規制対象とはしないとする趣旨（起草者の意思）も保たれることとなる。

以上のように、「支配的地位」の要件は、「利用」という濫用行為の行為態様に係る要件として、「支配的地位」と濫用行為との間に行為的因果関係又は規範的關係を要求するという意義を有している。そのことを踏まえて、次に、欧州委員会（European Commission）<sup>93</sup>及び司法裁判所（Court of Justice）<sup>94</sup>が、機能条約 102 条 1 項を執行・適用する際に、「支配的地位」の意味をどのように解釈し、「支配的地位」と濫用行為との間に要求される関係をどのように把握しているのかを分析していくこととする。

## IV 搾取的濫用と排除的濫用

### 1. 「支配的地位」と濫用行為

欧州委員会は、1965 年に、「共同市場における企業集中の問題」と題するメモランダム（*mémorandum*）（以下、「メモランダム」という）<sup>95</sup>を発表している。そこでは、企業集中に対する機能条約 102 条の適用の可能性について検討が行われており、その中で、「支配的地位」と濫用行為の意味が明らかにされている。

93) 欧州委員会は、EEC の委員会（Commission）に次いで、EEC の委員会、欧州石炭鉄鋼共同体（European Coal and Steel Community, ECSC）の最高機関（Haute Autorité, High Authority）及び欧州原子力共同体（European Atomic Energy Community）の委員会（Commission）が統合されて設置された委員会（Commission）の後継にあたる EU の機関である。これらの機関はいずれも機能条約 102 条を執行する権限を有する点で共通している。本稿では、便宜上、これらの機関をすべて欧州委員会と表現する。

94) 司法裁判所は、第 1 審裁判所（Court of First Instance）（現在の一般裁判所〔General Court〕におおむね相当する）が設置される前は欧州委員会の決定に対する取消訴訟を管轄し、第 1 審裁判所の設置後は、欧州委員会の決定に対する取消訴訟を管轄する第 1 審裁判所（現在は一般裁判所）の判決に対する上訴を管轄している。

このメモランダムは、欧州委員会の見解を表明したものにすぎず法的拘束力はないとされる<sup>96)</sup>。ただし、欧州委員会が「支配的地位」と濫用行為の意味を明らかにした初期の文献であり<sup>97)</sup>、ヨーロッパ（イギリス、ドイツ、フランス）において現在も参照されている<sup>98)</sup>。

メモランダムには濫用行為の意味が2つ挙げられており、1つ目の意味が搾取的濫用を、2つ目の意味が排他的濫用について述べたものとなっている<sup>99)</sup>。そして、これらに対応して、「支配的地位」の意味も2通り示されている。以下、それらの内容を順次検討する<sup>100)</sup>。

まず、濫用行為の1つ目の意味として、欧州委員会から諮問を受けた研究者グループによって搾取的濫用の意味が示されており、これとあわせて「支配的地位」の意味も明らかにされている（以下、「メモランダムの見解1」という）。そ

---

95) Studien Das Problem der Unternehmenskonzentration im Gemeinsamen Markt, Reihe Wettbewerb Nr. 3, Brüssel, 1966 (in folgenden "Memorandum"); Etudes CEE Le problème de la concentration dans le Marché Commun; série Concurrence n° 3, Bruxelles, 1966 (ci-après "Mémorandum"). メモランダムの内容は、Wirtschaft und Wettbewerb 1966, S. 330ff. 及び Revue trimestrielle de droit européen, 1966, pp. 651 et s. にも収録されている。メモランダムの内容を紹介しているわが国の先行研究として、参照、坂根哲夫「EEC・ECSCの独禁政策」一橋論叢57巻1号39-40頁（1967年）、金子晃「ECにおける独占禁止法制の最近の展開」公正取引273号2-3頁、金子晃「ECにおける市場支配力の規制——企業合同の規制をめぐって——」経済法16号8-11頁（1973年）、金子晃「ECにおける独禁法の最近の動向—集中規制を中心にして」法律時報46巻11号156頁（1974年）、正田彬編『企業合併の法構造』225頁〔金子晃〕（同文館、昭和54年）、根岸哲「EEC独禁法における市場支配的地位の濫用規制の展開」神戸法學雑誌30巻1号52頁（1980年）。

96) X. De Roux et D. Voillemot, Le droit de la concurrence des communautés européennes: Traité pratique: Recueil de textes, 2<sup>e</sup> éd., 1972, n° 53, p. 76.

97) 根岸・前掲註95) 52頁は、「EEC委員会……がEEC独禁法86条における市場支配的地位に関する解釈態度を一般的・抽象的にしるはじめて明らかにした」のがこのメモランダムであるとする。

98) 例えば、A. Jones and B. Sufrin, op. cit. (n. 12), p. 363; Fuchs, a. a. O. (Fn. 12), Art. 102 AEUV, Rn. 75; L. Vogel, Droit européen des affaires, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2019, n<sup>os</sup> 658, 667-668, pp. 676, 686-688.

99) 参照、J. Temple Lang, "Monopolisation and the definition of 'Abuse' of a dominant position under Article 86 EEC Treaty", Common market law review, 1979, p. 345; L. Vogel, op. cit. (n. 98), n<sup>os</sup> 667-668, pp. 686-688.

100) メモランダムの正文は、当時のEEC加盟国の公用語（フランス語、ドイツ語、イタリア語及びオランダ語）でのみ作成されている。

の内容は次の通りである。

「一定の市場における支配的地位は、1 又は複数の事業者が独立した戦略（独：unabhängige Strategie、仏：stratégie indépendante）を用いて他の経済主体の決定に対して実質的な（独：wesentlich、仏：essentiel）影響を及ぼすことができるため、実行可能なかつ十分に有効な競争（独：praktikabler und hinreichend wirksamer Wettbewerb、仏：concurrence praticable et suffisamment efficace）が市場に生じえないという場合又はそのような競争を市場において維持できないという場合に存在するものと認められるべきである。……支配的地位の濫用的な利用は、支配的地位を有する者が、実行可能なかつ十分に有効な競争の下では得られないであろうという利益を獲得するために、その地位がもたらす可能性を利用する（独：nutzen、仏：utiliser）場合に存在するものと認められるべきである。」<sup>101)</sup>

この見解によれば、支配的事業者は、「独立した戦略を用いて他の経済主体の決定に対して実質的な影響を及ぼすことができる」という力、すなわち、他の経済主体の行動を任意にコントロールできる力（搾取する力）を有するものと解される。そのように解するならば、メモランダムの見解 1 が述べている「[支配的地位] がもたらす可能性を利用する」とは、支配的事業者が搾取する力を「利用」することであると言い換えることができる。ここにいう「利用」とは、「支配的地位」（搾取する力）と濫用行為（搾取的濫用）との行為的因果関係を要求しているようにも解しうるが、これに関してメモランダムの見解 1 はとりたてて述べるところがない。

続いて、濫用行為の 2 つ目の意味として、欧州委員会によって、排除的濫用の意味が示されており、これとあわせて「支配的地位」の意味も明らかにされている（以下、「メモランダムの見解 2」という）。その内容は次の通りである。

---

101) Memorandum, p. 22; Mémorandum, p. 22.

「機能条約 102 条には市場支配的地位（独：marktbeherrschende […] Stellung、仏：position dominante sur un marché déterminé）ではなく支配的地位と規定されているが、一般的に考えられているのは、事業者は、少なくとも市場支配的である場合に、機能条約 102 条の意味での支配的地位を掌握するということである。……市場支配とは、まずもって経済的な力（独：wirtschaftliche Potenz、仏：pouvoir économique）のことであり、具体的には、市場の成り行き（独：Marktgeschehen、仏：fonctionnement du marché）に対して顕著な（独：wesentlich、仏：notable）、かつ、原則として支配的事業者が予見できる影響を及ぼすという能力のことである。……競争事業者を市場から思い通りに排除（独：verdrängen、仏：évincer）できる事業者は、市場シェアが比較的まだ低い場合でもすでに支配的地位を掌握し、他の事業者の行動を決定的に左右することができる。

支配的地位が存在する原因は、生産、販売又は資金力（独：Finanzkraft、仏：puissance financière）の側面にある。」<sup>102)</sup>

「客観的、地理的及び時間的に画定される関連市場（独：relevante Markt、仏：marché intéressé）<sup>103)</sup>は、機能条約 102 条が適用される範囲にとって大きな意味をもつ。つまり、市場概念が狭く解されれば、その分より多くの支配的地位を認めることができることとなる。」<sup>104)</sup>

「濫用的な利用は、事業者の行動が条約の定める目的に照らして客観的に誤った行動であるという場合に存在する。支配的事業者の濫用的な行為は、現に存在している競争者、潜在する競争者、供給者及び消費者に対する形で生ずる。」<sup>105)</sup>

「すでに機能条約 102 条は、当該濫用行為を例示している。さらに、原価割れ販売に長期間耐えるのに十分な資金上の手段を有しない競争者を市場から排除するために行われる価格競争を、上記の例に加えることができるであ

---

102) Memorandum, p. 25; Mémorandum, p. 25.

103) ここにいう marché intéressé とは、英語の relevant market の訳語と考えられる（参照、Mémorandum, p. 25）。

104) Memorandum, p. 25; Mémorandum, p. 25.

105) Memorandum, p. 26; Mémorandum, pp. 25–26.

ろう。』<sup>106)</sup>

この見解は、「関連市場」の概念を取り上げて、「支配的地位」と市場という2つの概念を明確に結びつけている。その「支配的地位」は「経済的な力」としての性質を有するものとされており、この力は「市場の成り行きに対して顕著な、かつ、原則として支配的事業者が予見できる影響を及ぼすという能力」のことでありとされている。この「能力」について、フランスの文献の中には、メモランダムの見解1のように、他の経済主体に対して「実質的に (essentiel)」影響を及ぼすという力ではなく、他の経済主体が行う決定に対して「顕著な (notable)、かつ、原則として……予見できる」という程度に影響を及ぼすという力であるに「すぎない (seulement)」<sup>107)</sup>と述べているものがある。これによると、メモランダムの見解2において「支配的地位」と評価される力の程度は、メモランダムの見解1とは異なっている（それよりも低いもので足りる）と考えられる。もっとも、フランス語版のメモランダムにおける「顕著な (notable)」に対応する箇所をドイツ語版で確認すると、メモランダムの見解1と同様に、「実質的に (wesentlich)」という表現が用いられており、これによると、メモランダムの見解1とメモランダムの見解2とで「支配的地位」と評価される力の程度に差異はないものと考えられる。

このように、結局のところ、メモランダムの見解1とメモランダムの見解2とで「支配的地位」と評価される力の程度に差異があるのかどうかは判然としない。ただし、メモランダムの見解2は、「支配的地位」と評価される力として、「競争事業者を市場から思い通りに排除できる〔力〕」という意味での「他の事業者の行動を決定的に左右することができる〔力〕」であれば足りると解しており、とりわけ排除する力としての「支配的地位」に着目していることは確かである。こうした背景の下で、資金力のような、濫用行為（排除的濫用）を行う力（排除する力）を構成する要素が「支配的地位」の認定にあたって考慮されるということ

106) Memorandum, p. 26; Mémorandum, p. 26.

107) M. Waelbroeck, Le droit de la communauté économique européenne: Commentaire du traité et des textes pris pour son application, 4 Concurrence, 1972, pp. 61-62.

が確認されているものとみることができる。

以上のように、メモランダムの見解2は、濫用行為に排除的濫用の類型を認め、これに適合する形で、「支配的地位」を排除する力として把握するものといえる。もっとも、「支配的地位」(排除する力)と濫用行為(排除的濫用)との間にどのような関係が要求されるのかという点については、とりたてて述べるところがない。これに対して、学説は、そもそも、排除的濫用のような競争を制限する行為(以下、「競争制限行為」という)について、それを違法な濫用行為として規制することの是非をめぐって対立していた。その内容を、エルンスト・ヨアヒム・メストメッカー(Ernst-Joachim Mestmäcker)とルネ・ジョリエ(René Joliet)との有名な「論争(debate)」<sup>108)</sup>を取り上げて確認することとしたい。

## 2. 学説の対立

メモランダムが発表された翌年、当時の欧州委員会競争総局(DG IV)の特別顧問であったメストメッカーは、おおむね次のような主張を行っている<sup>109)</sup>(以下、「メストメッカーの見解」という)。

機能条約102条は、EEC条約3条fにいう、域内市場内部の競争を歪曲から守る制度を構築するという目的をもった規定群の一部である。支配的地位にある事業者も競争をさらに制限することができるが、そのような競争制限は、現に存在している競争者又は潜在する競争者に対する支配的地位の強化又は拡張(被支配市場以外の市場への拡張も含まれる)にはほかならない。他者による市場へのアクセスを左右する者は市場を支配しており、他者による市場へのアクセスを妨げるという競争制限行為は濫用として把握され

---

108) A. Jones and B. Sufrin, op. cit.(n. 12), p. 362. この論争を紹介するわが国の先行研究として、参照、根岸・前掲註95)91頁、早川雄一郎『競争者排除型行為規制の目的と構造』41-42頁(商事法務、2018年)。

109) Mestmäcker, "Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Artikel 86 des Vertrages über die europäische Wirtschaftsgemeinschaft" in: Gaemmerer/Schlöchauer/Steindorff (Hg.), Probleme des europäischen Rechts, Festschrift für Walter Hallstein, 1966, S. 322ff.

る<sup>110)</sup>。そこでは、他の事業者が有する競争の自由 (Wettbewerbsfreiheit) を保護することが重要であり、競争者の排除 (Verdrängung) が経済全体にとって重要な意義を有するか否か、競争の除外により市場支配的事業者の後の行動に影響が見込まれるか否かとはかかわりなく機能条約 102 条は適用される。

この見解は、メモランダムの見解 2 と同様に、濫用行為に排除的濫用の類型を認め、これに適合する形で「支配的地位」を排除する力として把握している。ここでは、機能条約 102 条が、EEC 条約 3 条 f の定める目的を達成するための規定の一つとして位置づけられており、メモランダムの見解 2 にいう「条約の定める目的」が具体的に明らかにされているとみることができる<sup>111)</sup>。

なお、メストメッカーの見解が援用している EEC 条約 3 条 f とは、「[共同体におかれるものの一つとして] 共同市場における競争を歪曲から保護する仕組み」を挙げた規定である。この規定の内容は、リスボン条約の発効に際して、EU 条約及び機能条約に付属する第 27 議定書に規定し直されている。この修正は、リスボン条約が締結された当時のフランスの大統領であったニコラ・サルコジ (Nicolas Sarkozy) の影響下で行われたものである<sup>112)</sup>。それは、競争の思想 (Wettbewerbsgedanke) を政策的な意味で弱めるものとして、経済上の基本的な決定に国家が大きく関与するというフランスの伝統的な経済政策のアプローチに合致するものであるが、(条約規定において) 競争の思想に認められる法的性質 (Rechtsqualität) にはいかなる変更ももたらさないとされている<sup>113)</sup>。

110) メストメッカーは、「共同市場が発展し、新たに生ずる競争を通じて既存の支配的地位が脅かされるようになったことで、新たな事業者による市場へのアクセスを妨害又は除外する傾向が生じている」ことを指摘する (Mestmäcker, a. a. O. (Fn. 109), S. 334)。

111) J. Temple Lang, op. cit. (n. 99), p. 351. なお、濫用行為の意味を EEC 条約 3 条 f を参照して解釈する根拠として、機能条約 102 条 1 項が濫用行為を「共同市場に反するものとして」禁止していることが指摘されていた (M. Waelbroeck, op. cit. (n. 107), p. 67)。

112) サルコジは、競争そして競争に関連するルールがヨーロッパの建設に重要な役割を果たすであろうとの印象を与えるおそれのある全ての言明、フレーズを条約の付属議定書へ移動させることを要求したものとされる (P. Nihoul, «Concurrence et démocratie», in: T. Massart et A. Mboatangar (dir.), *Liber amicorum en l'honneur du professeur Joël Monéger*, LexisNexis, 2017, p. 727)。

以上のようなメストメッカーの見解に対して、ジョリエはおおむね次のように主張して、メストメッカーの見解とは対照的な立場をとった<sup>114)</sup>。

EEC 条約 3 条の定めにかかわらず、機能条約 102 条は競争メカニズムの存続を保護するための手段を供するものではない。したがって、102 条の禁止対象は、他の企業の競争の自由に対する妨害や「支配的地位」の強化という観点から把握されるものではない。102 条 2 項に列挙された濫用行為の例によれば、「支配的地位」すなわち有効な競争がすでに失われた状況を利用することが濫用として禁止され、それは価格・生産に対する（競争メカニズムを介さない）より直接的な規制に至る。

このように競争制限行為を濫用行為として規制することをめぐって学説が対立する中で、司法裁判所が、メストメッカーの見解と同様に EEC 条約 3 条 f を根拠として<sup>115)</sup>、排除的濫用に対して機能条約 102 条を適用できることを確認した点で重要なものと評価されているのが<sup>116)</sup>、Continental Can 事件判決<sup>117)</sup>である。

本件<sup>118)</sup>は、金属缶及びガラス瓶用の金属蓋を製造する事業者である Continental Can Company Inc. (以下、「C」という) が、その子会社である Europemballage Corporation を通じて Thomassen&Drijver-Verblifa NV の株式の過半数

---

113) Kling/Thomas, a. a. O.(Fn. 34), S. 1.

114) R. Joliet, « Monopolisation et abus de position dominante: Essai comparatif sur l'article 2 du Sherman Act et l'article 86 du Traité de Rome », Revue trimestrielle de droit européen, 1969, pp. 679-691; R. Joliet, Monopolisation and abuse of dominant position: A comparative study of the american and european approaches to the control of economic power (Collection Scientifique de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, No. 31, 1970), pp. 247-252; Joliet, Der Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung in Art. 86 EWG-Vertrag, Europarecht, 1973, S. 120f.

115) P. Vogelenzang, " Abuse of a dominant position in Article 86: The problem of causality and some applications", Common market law review, 1976, p. 64.

116) R. Whish and D. Bailey, op. cit. (n. 29), p. 209.

117) Case 6/27 Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc v Commission of the European Communities [1973] E. C. R. 215 (hereinafter "Continental Can").

118) 本件を紹介・分析したわが国の先行研究として、註 95) に挙げた文献 (坂根哲夫「EEC・ECSCの独禁政策」を除く) を参照した。

を取得した行為が、域内市場における C の「支配的地位」を強化するものであるとして、欧州委員会によって違法な濫用行為と評価された事案である。当該行為は、支配的事業者がその子会社を通じて競争事業者と企業結合を行うことにより当該事業者との競争関係を弱めるという形で、排他的濫用が行われたケースとみることができる。

本件では、C が、当該欧州委員会決定に対する取消訴訟において、違法な濫用行為が成立するためには「支配的地位」が道具 (Instrument) として用いられたことを要するとの主張を行ったが、本判決において司法裁判所は次のように述べて、この主張を退けている。

「濫用行為は、支配的地位にある事業者が、支配が競争を実質的に (wesentlich) 妨げる程度……に支配的地位を強化する場合に存在しうる。」<sup>119)</sup>

「支配的地位と濫用的な利用との間に因果的な関係 (ursächlicher Zusammenhang) が存在するべきかどうかという問題は重要ではない。なぜなら、事業者が有する地位の強化は、これが先に述べた〔競争を実質的に妨げるといふ〕効果を有する限り、そのために用いられた手段及び方法を問わず濫用的であるとして、機能条約 102 条において禁止されるからである。」<sup>120)</sup>

これによると、「支配的地位」と排他的濫用との間に要求される関係としては、「手段及び方法を問わず」ということで、行為的因果関係は要求されず、「支配的地位」を濫用行為によって強化する (残存競争を侵害する) という関係、すなわち累積的關係で足りるものと解される。

本判決に対して、ジョリエは、機能条約 102 条は競争のすでに消滅した状況に当局が直接介入することを可能にする規定であるとの立場に立って、本判決を批判するとともに、本件では機能条約 102 条を企業集中に適用することが問題となっていることを踏まえて、この判決は、市場経済システム自体を脅かすこととなる企業集中の傾向を抑制する必要性と、欧州委員会に企業集中を規制する手段が

---

119) Continental Can, para. 26.

120) Continental Can, para. 27.

付与されることは難しい状況にあるという事情に照らして行われた政策的な判決 (politische Entscheidung) であると評価した<sup>121)</sup>。こうした批判が行われた一方で、その後も司法裁判所は、後述する Hoffmann-La Roche 事件 (V の 3) をはじめとする多くの判決において、排除的濫用のような競争制限行為を違法な濫用行為として規制してきている。

## V 事例の検討

### 1. General Motors 事件及び British Leyland 事件

#### (1) 事案の概要

General Motors 事件と British Leyland 事件との間には事案の構造に一定の共通性がみられるため、以下、これらの事案を一括して検討する。まず、ベルギー及びイギリスでは、所定の通行車両について、それが一定の型式に適合することを確認した証明書を取得することが要求されていた。General Motors 事件<sup>122)</sup>では、General Motors Continental NV (以下、「GMC」という) が、ベルギーで走行する General Motors の車両について適合性の検査を実施して証明書を交付する業務を法的に独占して行っていたところ、当該車両のうち並行輸入されたものに係る適合性の検査に関して徴収した金額が「不当」(機能条約 102 条 2 項 a) に高額であるとして、当該徴収を行ったこと (以下、「本件行為 1」という) が、欧州委員会決定<sup>123)</sup>において違法な濫用行為と評価された事案である。この欧州委員会決定に対する取消訴訟において司法裁判所は、GMC が法的に独占する当

---

121) Joliet, a. a. O. (Fn. 114), S. 120.

122) 本件を紹介・分析したわが国の先行研究として、参照、根岸・前掲註 95) 65 頁、村上正博『EC 競争法 [EC 独占禁止法] [第 2 版]』211-212 頁 (弘文堂、平成 13 年)、柴田潤子「高価格濫用規制の現代的意義」香川法学 28 巻 2 号 41-42 頁 (2008 年)、渡辺昭成「超過価格設定に対する優越的地位の濫用規制の適用」日本経済法学会年報 31 号 123-124 頁 (2010 年)、外崎忠『競争法による不当な高価格濫用規制の研究——法的、経済的視点から——』110 頁 (五紘舎、2010 年)、馬場文「EU 競争法における不当高価格設定行為規制」新世代法政策学研究 11 巻 107 頁 (2011 年)、埴山雄介「EU 競争法における支配的地位搾取型濫用規制 [上]」国際商事法務 39 巻 4 号 477 頁 (2011 年)。

123) Case IV/28.851 Commission Decision [1974] O. J. L 29/14 (hereinafter “General Motors Continental decision”).

該業務について「支配的地位」を有するものと評価したが<sup>124)</sup>、GMC が過分に徴収した金額を当該被徴収者に対して返金していることを踏まえて、上記欧州委員会決定を無効とした。

British Leyland 事件<sup>125)</sup>では、British Leyland Public Limited Company (以下、「BL」という)が、イギリスで走行する British Leyland の車両について適合性の検査を実施して証明書を交付する業務を法的に独占して行っていたところ、当該車両のうち左ハンドルの車両に係る適合性の検査に関して徴収した金額が高額であるとして、当該徴収を行ったこと(以下、「本件行為2」という)が、欧州委員会決定<sup>126)</sup>及びこれに対する取消訴訟における司法裁判所判決<sup>127)</sup>において違法な濫用行為と評価された事案である。この事件において司法裁判所は、BL が法的に独占する当該業務について「支配的地位」を有するものと評価している<sup>128)</sup>。

(2) 「支配的地位」と本件行為1又は本件行為2との間に認められる関係

本件行為1は、支配的事業者とされた GMC が、自己の取引の相手方に対して「不当」に高額な対価(機能条約102条2項a)を要求してこれを当該相手方に受け入れさせた行為であり、欧州委員会によって違法な濫用行為(搾取的濫用)と評価されたものである。他方で、本件行為2は、支配的事業者とされた BL が、自己の取引の相手方に対して高額な対価を要求してこれを当該相手方に受け入れさせた行為であり、欧州委員会及び司法裁判所によって違法な濫用行為と評価されたものである。本件行為2については、102条2項aへの当否が明示的に問題とされたわけではないが、本件行為2が搾取的濫用に該当するという点についてとりたてて異論を述べるものはない。そのため、本件行為1及び本件行為2はい

124) Case 26/75 General Motors Continental NV v Commission of the European Communities [1975] E. C. R. 1367, para. 9.

125) 本件を紹介・分析したわが国の先行研究として、参照、馬場・前掲註122) 108頁、帰山・前掲註122) 477-478頁。

126) Case IV/30.615 Commission Decision [1984] O. J. L 207/11.

127) Case 226/84 British Leyland Public Limited Company v Commission of the European Communities [1986] E. C. R. 3263 (hereinafter “British Leyland”).

128) British Leyland, para. 9.

いずれも搾取的濫用（排除効果を伴わない搾取的濫用）に該当するものと考えられる。

それでは、GMC 又は BL が有する「支配的地位」とこれらの行為との間に行為的因果関係ないし規範的關係は認められるか。

まず、General Motors 事件及び British Leyland 事件のいずれのケースにおいても、事業者が法的に独占している業務について「支配的地位」が認定されている。そのため、General Motors 事件において欧州委員会が指摘するように、当該業務に係る GMC の取引の相手方は、GMC に対して「完全に依存することとなる」<sup>129)</sup>。British Leyland 事件では、司法裁判所が、こうした「経済的に依存した形勢 (position of economic dependence)」という要素は「支配的地位」に特徴的なものであると述べており<sup>130)</sup>、支配的事業者 (BL) の取引の相手方からみて当該事業者に代替する取引先が欠如しているという観点から「支配的地位」を把握している。

以上より、General Motors 事件では、GMC が「支配的地位」にあるため GMC の取引の相手方はこれに代替する購入先を確保できる可能性が十分に（というよりも全く）存在しないという状況にあったものと考えられる。そのため、GMC は、「支配的地位」を有することにより、自己の取引の相手方に対して高額な対価（機能条約 102 条 2 項 a）を要求してこれを当該相手方に受け入れさせるといふ搾取的濫用（本件行為 1）を行う力、すなわち搾取する力を与えられていたものと評価できる。このように、GMC は「支配的地位」を有することで搾取する力を与えられているため、その「支配的地位」（搾取する力）は、GMC が本件行為 1（搾取的濫用）を実行するという危険（当該相手方の利益が侵害される危険）をもたらしている。したがって、GMC が有する「支配的地位」と本件行為 1 との間には規範的關係が認められる。

また、これと同様の理由により、BL が有する「支配的地位」と本件行為 2 との間に規範的關係が認められることとなる。なお、いずれの行為についても行為的因果関係が認められるかどうかは不明である。

---

129) General Motors Continental decision, para. 7.

130) British Leyland, para. 9.

## 2. United Brands 事件

### (1) 事案の概要

本件<sup>131)</sup>は、世界のバナナ市場における最大のグループである United Brands Company (以下、「UBC」という)が、ヨーロッパにおいて販売業者・熟成加工業者に対してバナナを販売する際に高額な対価を得た行為 (以下、「本件行為」という)が、欧州委員会決定<sup>132)</sup>において違法な濫用行為と評価された事案である。当該欧州委員会決定に対する取消訴訟における司法裁判所判決<sup>133)</sup>では、ベネルクス三国、デンマーク、ドイツ、オランダ及びアイルランドにおけるバナナ供給市場 (以下、「本件バナナ市場」という)において UBC が「支配的地位」を有するものと評価されたが、本件行為の濫用行為該当性に係る証明が不十分であるとして、当該部分の決定は無効とされた。

### (2) 「支配的地位」と本件行為との間に認められる関係

本件行為は、支配的事業者とされた UBC が自己の取引の相手方に対して高額な対価を要求してこれを当該相手方に受け入れさせた行為であり、欧州委員会によって違法な濫用行為と評価されたものである。そこでは、本件行為について 102 条 2 項 a への当否が明示的に問題とされたわけではないが、本件行為が搾取的濫用に該当するという点についてとりたてて異論を述べるものはない。そのため、本件行為は搾取的濫用 (排除効果を伴わない搾取的濫用) に該当するものと考えられる。それでは、UBC が有する「支配的地位」と本件行為との間に行為的因果関係ないし規範的關係は認められるか。

本件において司法裁判所は、「支配的地位は、事業者がその競争者、その顧客及び究極的にはその消費者から有意に独立して (to an appreciable extent inde-

131) 本件を紹介・分析したわが国の先行研究として、参照、根岸・前掲註 95) 55-60 頁、村上・前掲註 122) 207-211 頁、越知保見『日米欧 独占禁止法』463-465、539-542 頁 (商事法務、2005 年)、柴田・前掲註 122) 41 頁、滝川敏明『日米 EU の独禁法と競争政策 [第 4 版]』292 頁 (青林書院、2010 年)、渡辺・前掲註 122) 124 頁、外崎・前掲註 122) 111-115 頁、馬場・前掲註 122) 107-108 頁、帰山・前掲註 122) 478 頁。

132) Case IV/26.699 Commission Decision [1975] O. J. L 95/1.

133) Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities [1978] E. C. R. 207 (hereinafter “United Brands”).

pendently) 行動する力を当該事業者に対して与えることによって、当該事業者が関連市場における有効な競争（英：effective competition<sup>134)</sup>、独：wirksamer Wettbewerb、仏：concurrence effective<sup>135)</sup>）の維持を妨げることを可能にさせる、当該事業者の有する経済的な力の地位にかかわるものである<sup>136)</sup>とした。このように、メモランダムの見解2と同様に、「支配的地位」は経済的な力にかかわるものであること、メモランダムの見解1と同様に、「支配的地位」は「独立して行動する力」という側面から把握されることが明らかにされた。

本件において司法裁判所は、本件バナナ市場における UBC の市場シェアは常時 40% を超えて 45% に迫っており<sup>137)</sup>、このシェアは最も有力な競争者のシェアの数倍に達していることを指摘した上で<sup>138)</sup>、当該市場においてデンマーク、ドイツ及びオランダでは「活発な (lively)」な競い合いが行われたことは認めつ

---

134) わが国では、effective competition の effective という言葉は、「有効な」と訳されるほか、「効果的」と訳されることもある（川濱昇「独禁法と経済学」日本経済法学会『独禁法講座2 独禁法の理論と展開 (1)』50-52 頁（三省堂、2002 年）、和久井理子「EU 競争法における『支配的地位』概念について」大阪市立大学法学雑誌 61 巻 3 号 27 頁（2015 年））。

135) フランス語の effective という言葉は、「有効な」という意味のほか、「実際の」という意味（英語では actual の意味にあたる）で用いられることもある。後述するように、本判決では、濫用行為の評価基準においても「有効な競争（英：effective competition、独：wirksamer Wettbewerb、仏：concurrence [...] efficace）」への言及がみられるが、ここでは、英語・ドイツ語版は、「支配的地位」の評価基準と同様に effective 及び wirksam という文言を用いているのに対して、フランス語版は、「支配的地位」の評価基準の中で用いられている文言（effective）とは異なる文言（efficace）を用いている。フランスの学説の中には、一般論として、effective は英語の actual（実際の）という意味で理解し、efficace は英語の workable（有効な）の意味で理解されるという点を指摘するものもあるが（F. Riem, « Concurrence effective ou concurrence efficace? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil », *Revue internationale de droit économique*, 2008 (1), pp. 67 et s.)、本判決にいう concurrence effective には潜在する競争も含まれると解されており（*Cahiers de droit européen*, 1978, obs. Christoyannopoulos, p. 625）、かつその解釈は妥当であると考えられるため、ここでは、effective を「実際の」という意味ではなく「有効な」という意味で理解するべきであろう（参照、L. Mulders, “Translation at the Court of Justice of the European Communities” in: S. Prechal and B. van Roermund (eds.), *The coherence of EU law: The search for unity in divergent concepts*, (Oxford: Oxford University Press, 2008), p. 51)。

136) United Brands, para. 65.

137) United Brands, para. 108.

138) United Brands, para. 111.

つも<sup>139)</sup>、UBC は自己の経済的な力によって、新たな競争者が当該市場の全体に根を下ろそうとすることに対して「臨機応変かつ全般的な戦略 (flexible overall strategy)」をとることができる<sup>140)</sup>と評価している<sup>140)</sup>。

これによると、本件バナナ市場において、UBC と拮抗した競争者が存在するのは難しい状況ではあったとしても、UBC と代替する事業者が全く存在しなかったわけではないと考えられる。ただし、そのような事業者が存在していたにせよ、UBC が販売する、商品差別化に成功した Chiquita 銘柄のバナナは「常連客 (regular customers)」を獲得していること<sup>141)</sup>、顧客は、「最も親愛なる売主 (the dearest vendor)」である UBC から、より多くの商品を購入し続けていることを踏まえると<sup>142)</sup>、当該顧客にとって UBC の競争者は、UBC に代替する購入先としては不十分なものであったと考えられる。そのため、UBC は、「支配的地位」を有することにより、当該顧客に対して高額な対価を要求してこれを当該顧客に受け入れさせるといふ搾取的濫用 (本件行為) を行う力、すなわち搾取する力を与えられていたものと評価できる。

このように、当該顧客との関係において、UBC は「支配的地位」を有することで搾取する力を与えられているため、その「支配的地位」(搾取する力)は、UBC が本件行為 (搾取的濫用) を実行するという危険 (当該顧客の利益が侵害される危険) をもたらしている。したがって、当該顧客との関係において、UBC が有する「支配的地位」と本件行為との間には規範的關係が認められることとなる。

ところで、本件において司法裁判所は、本件行為を違法な濫用行為と評価するためには「支配的地位を有する者が、正常かつ十分に有効な競争 (英: normal and sufficiently effective competition、独: normaler und hinreichend wirksamer Wettbewerb、仏: concurrence praticable et suffisamment efficace) の下では得られないであろう営業上の利益を得るために、その地位がもたらす可能性を利用

---

139) United Brands, para. 114 and 116.

140) United Brands para. 121.

141) United Brands, para. 94.

142) United Brands, para. 128.

しているかどうかを調べることが適切である<sup>143)</sup>としている（この部分はメモランダムの見解1を参照したものと思われる<sup>144)</sup>）。これによると、支配的事業者によって要求された価格が不当な価格であるとして、当該行為を違法な濫用行為と評価するためには、それが「〔支配的〕地位がもたらす可能性を利用している」行為であると評価されることが条件となっているものと解される。そのため、「支配的地位」がなければそれがもたらす「可能性」も「利用」できないということで、搾取的濫用（排除効果を伴わない搾取的濫用）が成立するためには、「支配的地位」と濫用行為との間に行為的因果関係が認められることが要求されていると考えることができる。しかし、メモランダムの見解1と同様に、本件において司法裁判所は、この問題についてとりたてて述べるところがない。

### 3. Hoffmann-La Roche 事件

#### (1) 事案の概要

本件<sup>145)</sup>は、スイスに本拠をおく世界最大のビタミンメーカー Hoffmann-La Roche（以下、「HLR」という）によって行われた排他条件付取引及び値引き（独：Nachlässen、英：discount）に係る合意（以下、これらの行為を一括して「本件行為」と呼ぶ）並びに当該値引きに係る差別的取扱いが、欧州委員会決定<sup>146)</sup>及びこれに対する取消訴訟における司法裁判所判決<sup>147)</sup>において違法な濫用

---

143) United Brands para. 249.

144) J. Temple Lang, op. cit. (n. 99), p. 345 は、明らかにメモランダムから引用 (quote) されたものであるとする。なお、メモランダムの正文は当時の EEC 加盟国の公用語（フランス語、ドイツ語、イタリア語及びオランダ語）でのみ作成されているところ、United Brands 事件の判決文の正文言語は英語である。したがって、メモランダムと当該判決文とを同一の正文言語によって比較することはできない。ただし、メモランダムと当該判決文をいずれもフランス語で読むと、当該記述部分に関しては、例えば、「実行可能なかつ十分に有効な競争」という部分は完全に一致している。

145) 本件を紹介・分析したわが国の先行研究として、参照、根岸・前掲註 95) 60-64 頁、村上・前掲註 122) 223-226 頁、越知・前掲註 131) 465-467、542-543 頁、杉田一真「EC 競争法におけるリポート制度に係る諸問題」嘉悦大学研究論集 51 巻 2 号 55-56 頁 (2008 年)、早川・前掲註 108) 53-57 頁。

146) Case IV/29.020 Commission Decision [1976] O. J. L 223/27.

147) Case 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities [1979] E. C. R. 461 (hereinafter “Hoffmann-La Roche”).

行為と評価された事案である。

本件において HLR は、8 種類のビタミンを製造・販売しており、そのうち 6 種類のビタミン（ビタミン A、B<sub>2</sub>、B<sub>6</sub>、C、E 及び H）の販売に係る域内市場（の全体）のいずれにおいても「支配的地位」を有していたところ（以下、これらの市場を一括して「本件ビタミン市場」と呼ぶ）、本件ビタミン市場において本件行為を行った。

## (2) 「支配的地位」と本件行為との間に認められる関係

本件行為は、HLR が自己の顧客との契約により、当該顧客に対してビタミンの購入の全て又はその実質的な部分に係る購入先を HLR に限定するという義務を課し、あるいはこうした排他的購入を促すために HLR から当該顧客への値引き（忠誠リベート）の付与を合意したというものであった<sup>148)</sup>。本件において司法裁判所は、これらの行為が「当該顧客による購入先の選択を不可能にする又は困難にするとともに、他の〔ビタミン〕メーカーによる市場への参入を妨げることを目的とする」<sup>149)</sup>ものであると評価している。つまり、本件行為は、HLR の顧客が自己の（ビタミンの）購入先を選択するという行動の自由を制約することとなる点で搾取的濫用としての性質を有するとともに<sup>150)</sup>、これを通じて HLR の競争者から当該顧客との取引の機会を奪うことで当該競争者の排除に係る効果が生ずるという危険をもたらす点で、排除的濫用としての性質を有することとなる<sup>151)</sup>。したがって、本件行為は、排除効果を伴う搾取的濫用（間接的な排除的濫用）の類型に該当するものと考えられる。

このように、本件行為は排除的濫用としての性質を有するため、HLR が有する「支配的地位」と本件行為の間には累積的關係が認められる可能性がある。そこで本件をみると、HLR は本件ビタミン市場において「支配的地位」を有し、当該市場に残存競争の状態をもたらしているという状況の下で、当該市場におけ

148) Hoffmann-La Roche, para. 80.

149) Hoffmann-La Roche, para. 90.

150) Bulst, a. a. O.(Fn.17), Art. 102 AEUV, Rn.184; Busche, a. a. O.(Fn.23), Art. 102 AEUV, Rn.92.

151) Jung, a. a. O.(Fn.15), Art. 102 AEUV, Rn.201, 206.

るHLRの競争者が排除されるという危険を生ずる行為（本件行為）を行っている。したがって、HLRが有する「支配的地位」と本件行為との間には累積的關係が認められることとなる。

ところで、本件行為は排除効果を伴う搾取的濫用（間接的な排除的濫用）であるから、搾取的濫用の観点からも、HLRが有する「支配的地位」と本件行為との關係を検討することは可能である。それでは、HLRが有する「支配的地位」と本件行為との間に、累積的關係以外の關係は認められるか。

本件において司法裁判所は、「支配的地位」の定義を、United Brands事件判決のそれと同様に解して、「支配的地位とは、事業者がその競争者、その顧客及び究極的にはその消費者から有意に独立して行動する力を当該事業者に対して与えることによって、当該事業者が関連市場における有効な競争の維持を妨げることを可能にさせる、当該事業者の有する経済的な力の地位にかかわるものである」<sup>152)</sup>とした。したがって、「支配的地位」とは、「有意に独立して行動する力」によって「有効な競争の維持を妨げる〔力〕」であるということになる。

ここで把握されている「有効な競争の維持を妨げる〔力〕」とは、「有意に独立して行動する力……によって」生ずるものに限定されているから、「支配的地位」は、「有意に独立して行動する力」を不可欠の要素とするものといえる。そうしたところ、本件において司法裁判所は、「非常に高い市場シェアを比較的長い期間（längere Zeit）占めている事業者は……有力な地位を有しており、その地位は、当該事業者を避けることのできない取引の相手方（英：unavoidable trading partner、独：nicht zu übergehender Geschäftspartner、仏：partenaire obligatoire）にすることで、支配的地位を特徴づける行動の独立性を、少なくとも比較的長い期間、当該事業者に確保する」<sup>153)</sup>と述べている。ここに、「有意に独立して行動する力」を有する事業者は、「避けることのできない取引の相手方」であり、当該取引の相手方に対して不当な条件を要求してこれを当該相手方に受け入れさせるという行為を行う力（搾取する力）を有しうることが示されているとみることができる。

---

152) Hoffmann-La Roche, para. 38.

153) Hoffmann-La Roche, para. 41.

そのことを踏まえると、本件行為の対象となった HLR の顧客にとって、HLR が「避けることのできない取引の相手方」であった可能性がある。そして、実際にそうであったと評価できるならば、HLR は、「支配的地位」を有することにより、自己の取引の相手方に対して上述の取引条件を要求してこれを当該相手方に受け入れさせるという搾取的濫用（本件行為）を行う力、すなわち搾取する力を与えられていたものと評価できる。その場合は、HLR は「支配的地位」を有することで搾取する力を与えられているため、その「支配的地位」（搾取する力）は、HLR が本件行為（搾取的濫用）を実行するという危険（当該顧客の行動の自由が侵害される危険）をもたらすこととなる。したがって、この場合は、HLR が有する「支配的地位」と本件行為との間には（累積的關係には該当しない）規範的關係が認められる。

もっとも、本件において司法裁判所は、HLR が当該顧客にとって「避けることのできない取引の相手方」であるかどうかの点について特に判断を行っていない。そのため、HLR が有する「支配的地位」と本件行為との間に（累積的關係には該当しない）規範的關係が認められるかどうかは不明である。

また、HLR が有する「支配的地位」と本件行為との間に行為的因果關係が認められるかどうかの点についても不明である。この点について本件では、欧州委員会決定に対する取消訴訟において原告（HLR）が、ある行為を違法な濫用行為と評価するためには、その行為が「支配的地位」に基づいてのみ可能であるという関係（濫用行為が力によって条件付けられている（*machtbedingt*）という関係）が要求されるものと主張している。そこでは、機能条約 102 条の文言（具体的にどの文言を指しているかは不明）に加えて、濫用は支配的事業者が自己の地位を「……有効な競争の下では得られないであろう利益を獲得するために利用する（*ausnutzen*）」<sup>154)</sup>という場合に認められるとするメモランダムの内容が援用されている。

---

154) 当該引用符を付した部分（Hoffmann-La Roche, E. C. R. 498. 当該部分は判決理由に含まれていない箇所にあるため、便宜上、このような形で示した）はメモランダムの見解 1（ⅣのⅠ参照）から引用された部分であると考えられるが、メモランダムの見解 1 の記述内容と比較すると使用されている表現が微妙に異なっている。

しかし、本件において司法裁判所は、①「濫用的な利用という概念は、支配的地位がもたらす経済力（Wirtschaftskraft）が濫用を実現する手段として投入されるということを前提とする」という原告（HLR）が主張する解釈を認めず、これに続けて、②「濫用的な利用という概念はむしろ客観的な概念である。濫用概念が把握する支配的地位にある事業者の行動とは、当該事業者が支配的地位を有する市場であって当該事業者の存在によってすでに競争の程度が弱まっている市場の構造に影響を及ぼすおそれがある行動であ[る]」とした<sup>155)</sup>。

ここに、Continental Can 事件判決と同様に、「支配的地位」と排除的濫用との間に要求される関係として、行為的因果関係は要求されないということが①によって確認されるとともに<sup>156)</sup>、累積的關係で足りるとということが②によって確認されたものとみることができる<sup>157)</sup>。

#### 4. AKZO 事件

##### (1) 事案の概要

本件<sup>158)</sup>は、多国籍企業グループであるオランダ大手の化学製品・繊維メーカー AKZO NV における特殊化学品部門を、AKZO Chemie BV とともに構成していた AKZO Chemie BV の子会社のうち、AKZO UK によって行われた廉売行為（以下、「本件行為」という）が、欧州委員会決定<sup>159)</sup>及びこれに対する取消訴訟における司法裁判所判決<sup>160)</sup>によって違法な濫用行為と評価された事案である。以下では、欧州委員会決定及び司法裁判所判決に準じて、AKZO NV において特殊化学品部門を構成していた AKZO Chemie BV とその子会社とを単一の

---

155) Hoffmann-La Roche, para. 91.

156) Eilmansberger/Bien, a. a. O.(Fn. 11), Art. 102 AEUV, Rn. 270.

157) 参照, Weyer, a. a. O.(Fn. 90), S. 929f.

158) 本件を紹介・分析したわが国の先行研究として、参照、中川寛子『不当廉売と日米欧競争法』189-199頁（有斐閣、2001年）、村上・前掲註122）203-207頁、越知・前掲註131）575-576頁。

159) Case IV/30.698 Commission Decision [1985] O. J. L 374/1 (hereinafter “AKZO decision”).

160) Case C-62/86 AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities [1991] E. C. R. I-3359 (hereinafter “AKZO”).

経済単位とみなし、一括して「AKZO」と呼ぶ。

本件の概要は次の通りである。AKZOは有機過酸化物(organic peroxides)及び小麦粉用添加物(flour additives)を製造・販売する事業者であり、有機過酸化物の販売に係る域内市場の全体(以下、「有機過酸化物市場」という)において「支配的地位」を有していた。そうしたところ、AKZOは、Engineering and Chemical Supplies(Epsom and Gloucester)(以下、「ECS」という)が有機過酸化物市場において事業活動を拡大しようとしていることを受けて、ECSによる当該事業活動の拡大を阻止するとともにこの市場からECSを排除するために、ECSが有する事業上の能力に打撃を与える目的で、ECSが主たる事業活動を行っていた小麦粉用添加物の販売に係るイギリス及びアイルランドの市場(以下、「小麦粉添加物市場」という)におけるECSの顧客に対して廉売(本件行為)を行った。

## (2) 「支配的地位」と本件行為との間に認められる関係

本件行為は廉売行為であり、直接的な排除的濫用に該当する。したがって、AKZOが有する「支配的地位」と本件行為の間には累積的關係が認められる可能性がある。そこで本件をみると、AKZOは有機過酸化物市場において「支配的地位」を有し、当該市場に残存競争の状態をもたらしているという状況の下で、当該市場におけるAKZOの競争者(ECS)が排除されるという危険を生ずる行為(本件行為)を行っている。したがって、AKZOが有する「支配的地位」と本件行為の間には累積的關係が認められることとなる。

ところで、本件行為は、Hoffmann-La Roche事件とは異なり、被支配市場(有機過酸化物市場)とは異なる市場(小麦粉添加物市場)で行われた行為である。このように、被支配市場とは異なる市場(以下、「第三市場[Drittmarkt]」<sup>161)</sup>という)において濫用行為が行われた場合であっても、当該行為が

161) ドイツの文献は、被支配市場とは異なる市場のことを第三市場と呼ぶ。これに関して、Stoll, a. a. O.(Fn.5), S.5は、ドイツ語のDritterには、Anderer(別のもの)・Außensteher(外部のもの)という意味があることを踏まえた上で、(被支配市場からみて)「別の、外部の」市場という意味で第三市場という表現が用いられているものと推論している。

被支配市場における残存競争を侵害するという危険を生ずる行為であれば、「支配的地位」と当該行為との間に累積的關係が認められることとなる。このことは、本件において欧州委員会が次のように確認している（なお、本件における司法裁判所判決には、欧州委員会が確認した以下の点についてとりたてて述べるところがない）。

「Continental Can 事件判決から判明するように、支配的地位が……強化される場合は、原則として濫用が存在しうる。……ある市場における支配的地位は、当該被支配市場とは別の市場……での行為によって濫用されうる。」<sup>162)</sup>

ここに、濫用行為が被支配市場における残存競争を侵害する危険性を生ずるものであれば、当該濫用行為が第三市場で行われた場合であっても、これを違法な濫用行為と評価できるということが確認されたのである。

次に、AKZO が有する「支配的地位」と本件行為との間に、累積的關係以外の關係が認められるかどうかを検討する。まず、本件において AKZO は、「支配的地位」を有することにより、どのような濫用行為を行う力を与えられていたのかを確認することとしたい。

本件において欧州委員会は、Hoffmann-La Roche 事件判決において司法裁判所が示した「支配的地位」の定義（つまり United Brands 事件判決のそれと同様の定義）を引用した上で、次の点を確認している。

「〔Hoffmann-La Roche 事件判決における支配的地位の〕定義は、本来的に顧客に対する搾取〔に該当する行為〕が機能条約 102 条に対する違反をもたらしたという事案において司法裁判所が与えたものであり、このことと關係して、当該定義は、独立して行動する力に意義を認めているのである。しかし、有効な競争を排除する力は、必ずしも一定の競争因子（英：competi-

---

162) AKZO decision, para. 85.

tive factors、仏：certains facteurs concurrentiels) から独立しているということからもたらされるわけではなく、存在する競争者を市場から排除すること若しくは当該競争者の地位を重大に弱めること又は潜在的な競争者による市場への参入を妨げることからも、もたらされる。」<sup>163)</sup>

このように、Hoffmann-La Roche 事件において違法な濫用行為と評価された行為は、搾取的濫用としての性質を有するものであるということが確認されるとともに、United Brands 事件判決及び Hoffmann-La Roche 事件判決において司法裁判所が示した「支配的地位」の定義のうち、「有意に独立して行動する力」は搾取する力に対応し、「有効な競争の維持を妨げる〔力〕」は排除する力に対応するものである<sup>164)</sup>ということが確認された。そして、排除する力は必ずしも搾取する力によって生ずるものには限定されないということが明らかにされている。

本件において欧州委員会は、AKZO が有機過酸化物市場において「支配的地位」を有すると評価するに際して、「AKZO が、ECS と並んで『好ましくない』競争者を市場から排除すること又は当該競争者の地位を重大に弱めることを有効に (efficacement) 行うことができた」<sup>165)</sup>という要素 (排除する力) を考慮している。この要素 (排除する力) が、具体的にどのような要素 (力) を指すのかは明らかでないが、これを、AKZO が小麦粉添加物市場において廉売行為を行うことで有機過酸化物市場から競争者を排除する力という意味で解するならば、それはまさに本件行為を可能にする力として把握されることとなる。その場合は、AKZO は、本件行為 (排除的濫用) を行う力 (排除する力) としての「支配的地位」を有することとなるため、その「支配的地位」(排除する力) は、AKZO が本件行為 (排除的濫用) を実行するという危険 (競争者が排除されるという危険) をもたらすこととなる。したがって、この場合は、AKZO が有する「支配的地位」と本件行為との間には (累積的關係には該当しない) 規範的關係が認め

163) AKZO decision, para. 67.

164) このように把握する見解として、T. Eilmansberger, "Dominance—The lost child? How effects-based rules could and should change dominance analysis", European competition journal, 2006 (2), p. 16.

165) AKZO decision, para. 69.

られる。

なお、本件において欧州委員会は、AKZOが「支配的地位」を有するというを確認する際に、次の要素も考慮している。すなわち、AKZO自身は有機過酸化物市場における自己の市場シェアを50%かそれ以上であると推定しており、これは（当該市場に存在する）残りのメーカーのシェアの合計に等しいものであること、AKZOが有機過酸化物市場で有する市場シェアは安定していること、AKZOはより小さなメーカー（競争者）からの挑戦にも常に勝っており、かつ競争者を無力化すれば直ちに価格を引き上げることができたということ、本件当時、有機過酸化物市場への新規参入は生じていないように見受けられるということが考慮されている<sup>166)</sup>。

これらの要素は、有機過酸化物市場においてAKZOが受ける競争圧力の程度が相対的に低いということを示すものであり、どちらかといえば「有意に独立して行動する力」（搾取する力）の評価要素となるものと考えられる。それでは、本件においてこのような力の存在を確認する意義はどのように考えられるのか。

本件において欧州委員会は、AKZOを傘下におくAKZO NVグループが有する資金力に加えて、小麦粉用添加物の取引に係る損失について有機過酸化物市場に係る部門から相互補助が行われるという可能性を指摘している<sup>167)</sup>。したがって、上述のような搾取する力によって廉売行為（本件行為）に要する資金を獲得できるという可能性が生じていた可能性がある。そのように解するならば、本件において、AKZOが有する「支配的地位」（搾取する力）は、本件行為を（間接的にはあるが）可能にする力であったと評価することができる。

## 5. Tetra Pak II 事件

### (1) 事案の概要

本件<sup>168)</sup>は、スイスに本拠をおく世界的な企業グループである液体・半液体食品向け紙容器・充填機メーカー Tetra Pak（以下、「TP」という）によって行われた排他購入条件等を伴う取引、廉売行為及び差別的取扱いが、欧州委員会決

---

166) AKZO decision, para. 68-70.

167) AKZO decision, para. 92.

定<sup>169)</sup>、これに対する取消訴訟における第1審裁判所判決<sup>170)</sup>及びその上訴審における司法裁判所判決<sup>171)</sup>によって、違法な濫用行為と評価された事案である。

本件の概要は次の通りである。TPは、液体・半液体食品を超高温殺菌して紙容器へ無菌充填するという機械（以下、「無菌充填機」という）及びこれに対応する紙容器（以下、「無菌紙容器」という）（以下、無菌充填機と無菌紙容器とを一括して「無菌用品」という）並びに液体食品を低温殺菌して紙容器へ充填するという機械（以下、「非無菌充填機」という）及びこれに対応する紙容器（以下、「非無菌紙容器」という）（以下、非無菌充填機と非無菌紙容器とを一括して「非無菌用品」という）を製造・販売しており、無菌充填機の販売に係る域内市場の全体（以下、「無菌充填機市場」という）と、無菌紙容器の販売に係る域内市場の全体（以下、「無菌紙容器市場」という）（以下、これらの市場を一括して示す場合は「無菌用品市場」という）のいずれにおいても「支配的地位」を有していた。

そうしたところ、TPは自己の顧客との契約により、当該顧客に対して非無菌充填機と併用する非無菌紙容器に係る購入先をTP及びTPの指定する企業に限定するという義務を課すとともに、非無菌充填機に係る市場（以下、「非無菌充填機市場」という）及び非無菌紙容器に係る市場（以下、「非無菌紙容器市場」という）（以下、これらの市場を一括して示す場合は「非無菌用品市場」という）において廉売を行い（以下、「本件行為」という）、非無菌用品市場における競争者が排除される危険をもたらした。

---

168) 本件を紹介・分析したわが国の先行研究として、参照、中川・前掲註158) 200-217、226-232頁、村上・前掲註122) 243-249頁、荒木雅也「EC独占禁止法における市場支配的地位の濫用行為」高崎経済大学論集48巻1号63-64頁(2005年)、越知・前掲註131) 568-569頁。

169) Case IV/31.043 Commission Decision [1991] O. J. L 72/1 (hereinafter “Tetra Pak II decision”).

170) Case T-83/91 Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities [1994] E. C. R. II-755.

171) Case C-333/94 P Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities [1996] E. C. R. I-5951 (hereinafter “Tetra Pak II”).

(2) 「支配的地位」と本件行為との間に認められる関係

本件行為は廉売行為であり、直接的な排除的濫用に該当する。したがって、「支配的地位」と本件行為との間には累積的關係が認められる可能性がある。そこで本件をみると、TPは無菌用品市場において「支配的地位」を有し、当該市場に残存競争の状態をもたらしているという状況の下で、無菌用品市場（被支配市場）ではなく非無菌用品市場（第三市場）における競争者が排除される危険を生ずる行為（本件行為）を行っている。したがって、「支配的地位」と本件行為との間に累積的關係は認められないものと考えられる。そうしたところ、本件において司法裁判所は次のように述べている。

「機能条約102条は、支配的地位と濫用的とされる行為との間に関係(link)が存在していることを前提として適用されるが、こうした関係は、通例、被支配市場とは異なる市場において行為の効果が生ずるという場合には存在しない。……〔被支配市場と〕結びつきはある(associated)が被支配市場ではないという市場において確認された行動であって、その〔被支配市場ではないという〕市場で効果を生ずるものに対して102条を適用することは、特別な状況(special circumstances)によってのみ正当化される。」<sup>172)</sup>

この基準を本件にあてはめると、本件行為が違法な濫用行為と評価されるためには、TPが有する「支配的地位」と本件行為との間に「関係」が存在することが要求されることとなる。そして、当該関係は、本件行為に係る効果が生ずる市場（非無菌用品市場）と被支配市場（無菌用品市場）との間に「結びつきがある」ということ及び「特別な状況」が存在するということの確認を通じて把握されるものと考えられる。以下では、これらの基準を参照しつつ、TPが有する「支配的地位」と本件行為との間にどのような「関係」が認められるのかを検討していくこととする。

---

172) Tetra Pak II, para. 27.

本件において欧州委員会は、TPが無菌充填機市場と無菌紙容器市場の各市場において「支配的地位」を有するものと評価している。そこでは、TPはいずれの市場においても90%程度の市場シェアを有し、ほぼ独占的な地位にあったこと、TPの競争者はいずれの市場においても1社にとどまっていたこと、少なくとも無菌充填機市場には技術上の参入障壁があったことが指摘されるとともに<sup>173)</sup>、TPはいずれの市場においても独立して行動できるということが示唆されている<sup>174)</sup>。これらの要素のうち、特に、TPは無菌用品市場においてほぼ独占的な地位にあったという要素を考慮するならば、TPは当該市場において搾取する力を有したものと考えられる。

そのような力は、本件において欧州委員会が確認するように、TPによる無菌用品市場における利潤最大化行動をもたらすこととなり、これを通じて非無菌用品市場における廉売行為を補助することが可能となる<sup>175)</sup>。したがって、本件においてTPが有する「支配的地位」(搾取する力)は、本件行為を(間接的にではあるが)可能にする力であったと評価できる。

ところで、本件において第1審裁判所が確認したところによれば、TPが有する「支配的地位」(搾取する力)は、TPを無菌用品について「避けることのできない供給者(英: inevitable supplier、独: unumgänglicher Lieferant、仏: fournisseur obligé)」にするのみならず、非無菌用品についても「愛顧される供給者(favoured supplier)」にするものであるとされる<sup>176)</sup>。その前提として、①無菌用品も非無菌用品もそれを使って充填する内容物は共通しており、②無菌用品市場におけるTPの顧客と非無菌用品市場におけるTPの顧客とは高い割合で共通していることが指摘されている<sup>177)</sup>。これを受けて司法裁判所は、①によって、一方の市場におけるTPの顧客は他方の市場におけるTPの潜在的な顧客に

173) Tetra Pak II decision, para. 99-100.

174) Tetra Pak II decision, para. 101.

175) Tetra Pak II decision, para. 105.

176) Case T-83/91 Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities [1994] E. C. R. II-755, para. 121.

177) Case T-83/91 Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities [1994] E. C. R. II-755, para. 120.

なるとした上で、TPは無菌用品市場をほぼ完全に支配していたという点を踏まえて、TPは非無菌用品市場においても「愛顧される状況 (favoured status)」を見込むことができたとしている<sup>178)</sup>。

本件において司法裁判所は、無菌用品市場と非無菌用品市場とのこうした「結びつき (associative links)」<sup>179)</sup>を確認した上で、「TPは無菌用品市場において準独占的な地位を占めるとともに……非無菌用品市場において主要な地位 (leading position) にあることで、これらの市場全体において支配的地位を有しているというに等しい状態にあった」<sup>180)</sup>としている。こうしたまさに「特別な状況」は、無菌用品市場と非無菌用品市場とを一括してこれを実質的な被支配市場とみて、そこに本件行為が競争者排除の危険をもたらす<sup>181)</sup>という意味での累積的關係を認めることを可能にしている。そのため、これらの市場の全体に存在する「支配的地位」と本件行為との間に累積的關係が認められると考えることができる。

## VI 支配的地位の濫用禁止規定の構造

### 1. 「支配的地位」の要件が有する機能と意義

「支配的地位」の要件は、①濫用行為の行為主体となる事業者の範囲を「支配的地位」を有する者に限定するという機能を有するとともに、②違法な濫用行為の範囲を「支配的地位」との間に関係 (因果関係) が認められるものに限定するという機能を有している。

まず、「支配的地位」の要件が有する①の機能は、濫用行為の行為主体となる事業者の範囲を競争による制御が十分に効かない事業者に限定するという意義を有している。当該事業者には、少なくとも搾取する力を有する事業者、すなわち、⑦当該事業者は独立した行動をとることができるという要素、④他の市場参加者

---

178) Tetra Pak II, para. 29.

179) Ibid.

180) Tetra Pak II, para. 31.

181) Contrats concurrence consommation, 1996, n° 203, obs. Vogel.

は当該事業者に対して経済的に依存しているという要素、㉞当該事業者は他の市場参加者の経済行動を一方的にコントロールすることができるという要素、の3つの要素から把握される力を有する事業者が含まれるものと解される(Ⅲの2参照)。

これに関して、メモランダムの見解1では、欧州委員会から諮問を受けた研究者グループが、「支配的地位は、……事業者が独立した戦略を用いて他の経済主体の決定に対して実質的な影響を及ぼすことができる〔力〕」であると解釈しており、「支配的地位」を、㉟及び㉞の要素から把握している。ここでは㉟の要素への言及がみられないものの、「支配的地位」は基本的に搾取する力として把握されていると考えられる。これに対して、United Brands 事件において司法裁判所は、「支配的地位」を「有意に独立して行動する力」、つまり㉟の要素から把握しているものの、㉟ないし㉞の要素については述べるところがない。もっとも、Hoffmann-La Roche 事件において司法裁判所は、「有意に独立して行動する力」を有する事業者は「避けることのできない取引の相手方」となる可能性を示しており、「支配的地位」は、㉟とともに㉟の要素からも把握されうるということを明らかにしている。また、AKZO 事件において欧州委員会は、「搾取〔的濫用〕……と関係して……独立して行動する力」が把握されるということを明らかにしており、㉟の要素から把握される「支配的地位」は搾取する力としての性質を有するというを明確にしている。

以上より、欧州委員会及び司法裁判所は、少なくとも、ある事業者が搾取する力を有していれば、その事業者には競争による制御が十分に効かないものとして、その行動に対する支配的地位の濫用禁止規定(機能条約102条1項)の介入を許しているものと解される。

次に、「支配的地位」の要件が有する㉟の機能は、「支配的地位」を直接の規制対象とはしないとする趣旨(起草者の意思)を背景として生じたものと考えられる。この機能は、違法な濫用行為の範囲を、「支配的地位」との間に行為的因果関係又は規範的關係が認められるものに限定するという意義を有する。まず、行為的因果関係とは、「支配的地位」なければ濫用行為なしという関係のことをいう。そこでは、「支配的地位」が、機能条約102条1項の直接の規制対象である

濫用行為の「条件」として明確に位置づけられることとなるため、ここに、「支配的地位」を直接の規制対象とはしないとする趣旨（起草者の意思）が貫徹されることとなる。

これに対して、規範的關係とは、「支配的地位」が、一定の濫用行為が実行される危険をもたらしているという関係のことをいう。「支配的地位」と濫用行為との間に要求される関係として規範的關係で足りると解するならば、「支配的地位」がなくても行える行為、つまり「支配的地位」を有さない事業者が行える行為も違法な濫用行為となりうる。ところが、濫用行為の行為主体は支配的事業者限定される。このことは、事業者が「支配的地位」を有しているということそれ自体が規制の根拠となっているかのような印象を与えるが、規範的關係の本質は、支配的事業者を名宛人として、一定の濫用行為を行うことを禁止することで、その「支配的地位」がもたしている当該濫用行為が実行される危険が現実化されることを阻止しようとする点にあり、「支配的地位」を有しているということそれ自体が問題視されているわけではない。その意味で、「支配的地位」を直接の規制対象とはしないとする趣旨（起草者の意思）は保たれることとなるのである。

以上のように、「支配的地位」と濫用行為との間に要求される関係としては、行為的因果関係及び規範的關係の2つが考えられる。そうしたところ、司法裁判所は、「支配的地位」と濫用行為との間に要求される関係として、少なくとも排除的濫用については、行為的因果関係を要求せず、規範的關係（累積的關係）があれば足りるとしていると考えられる（Continental Can 事件・Hoffmann-La Roche 事件）。これに関して欧州委員会は、濫用行為が第三市場で行われた場合であっても、それが被支配市場における残存競争を侵害する危険をもたらす行為であれば、規範的關係（累積的關係）は認められるということを確認している（AKZO 事件）。

他方で、排除効果を伴わない搾取的濫用については、「支配的地位」と濫用行為との間にどのような関係が要求されるのかは明らかでない。もっとも、司法裁判所の判例（United Brands 事件判決・Hoffmann-La Roche 事件判決）は、搾取する力を「支配的地位」に係る不可欠の評価要素としている。したがって、支配的事業者と評価される事業者は搾取する力を有していることとなり、その「支配

的地位」(搾取する力)は、当該事業者が搾取的濫用を実行するという危険(取引の相手方が侵害される危険)をもたらすこととなる。したがって、支配的事業者が搾取的濫用を行うケースでは、その「支配的地位」と当該濫用行為との間には規範的關係が認められるものと考えられる。

これに関して、General Motors 事件や British Leyland 事件がそうであるように、法的独占を認められていることによって「支配的地位」を有するとされる事業者は、搾取する力を被支配市場において完全に与えられているものと評価できるから、「支配的地位」と当該濫用行為との間に規範的關係を認めることは容易であると考えられる。

以上の分析を踏まえると、欧州委員会及び司法裁判所が機能条約 102 条を執行・適用するケースでは、「支配的地位」と濫用行為との間に少なくとも規範的關係(排除的濫用については累積的關係)が存在することが前提とされており、その限りで、「支配的地位」の要件が有する②の機能と意義とは充足されていると考えられる。

## 2. 「支配的地位」要件の不要論

フランスにおける一部の学説は、違法な濫用行為として禁止される行為は「支配的地位」を有さない事業者も行いうるものであるとして、機能条約 102 条 1 項から「支配的地位」の要件を削除するべきであるとの立法論を示唆している。このような「支配的地位」要件の不要論は、「支配的地位」の要件が有する機能が、本来ならば違法と評価されるべき行為を機能条約 102 条 1 項の規制対象から除外する原因となっていることを前提に、「支配的地位」の要件を放棄することを主張しているものと捉えることができる。それでは、「支配的地位」の要件が有する機能によって、どのような行為が機能条約 102 条 1 項に基づく規制の対象から除外されることとなるのか。

すでに確認したように、①濫用行為の行為主体に係る要件としての「支配的地位」の要件が有する機能には、濫用行為の行為主体を競争による制御が効かない事業者に限定するという意義が認められ、②「利用」という濫用行為の行為態様に係る要件としてのそれには、違法な濫用行為の範囲を「支配的地位」と行為的

因果関係又は規範的關係が認められるものに限定するという意義が認められる。

まず、「支配的地位」の要件が有する②の意義は、「支配的地位」と濫用行為との間に規範的關係（排除的濫用については累積的關係）が認められることでもって、充足される。その規範的關係は、「支配的地位」が、一定の濫用行為が行われる危険をもたらしているという関係のことをいう。したがって、支配的事業者が搾取的濫用を実行するというケースでは、その「支配的地位」が当該事業者に対して搾取る力を与えていれば、その「支配的地位」（搾取る力）は、当該事業者が搾取的濫用を実行するという危険（取引の相手方が侵害されるという危険）をもたらすこととなり、規範的關係が認められることとなる。その場合は、「支配的地位」の要件が有する②の意義が充足されるとともに、「支配的地位」に搾取る力が内包されていることで①の意義も充足されることとなる。このように、「支配的地位」の要件が有する機能と意義は、搾取的濫用を捕捉することに適合したものとなっている。

他方で、支配的事業者が排除的濫用を実行するケースでは、その「支配的地位」と当該濫用行為との間に要求される関係としては、累積的關係で足りる（Continental Can 事件・Hoffmann-La Roche 事件）。その累積的關係は、排除的濫用に係る競争者排除の危険が被支配市場で生ずるという場合に認められることとなる。したがって、競争者排除の危険を、被支配市場ではなく第三市場にもたらす行為については、累積的關係を認めることができない。ただし、これらの市場の間に「結びつき」が存在し、かつ「特別な状況」が存在するという場合には、「支配的地位」と当該行為との間に「関係（link）」が認められることとなり、当該行為を違法な濫用行為（排除的濫用）と評価することが可能になる（Tetra Pak II 事件）。この「関係」とはどのようなものを指しているのかが明らかでないが、Tetra Pak II 事件では、被支配市場と第三市場とを一括してこれを実質的な被支配市場とみて、そこに競争者排除の危険がもたらされるという意味での累積的關係が認められる状況にあった。

したがって、排除的濫用については、それが少なくとも実質的な被支配市場において競争者排除の危険をもたらすという行為であれば、「支配的地位」の要件が有する②の意義が充足されるものと考えられる。ただし、このように「支配的

地位」の要件が有する②の意義が充足される場合であっても、①の意義は充足されないという場合が考えられる。

例えば、直接的な排除的濫用は、搾取する力が排除する力を条件づけていると考えられるケース（AKZO 事件・Tetra Pak II 事件）を除いて、搾取する力は有さないが排除する力は有するという事業者によっても行いうるものである。学説も、直接的な排除的濫用の典型とされる廉売行為は、搾取する力ではなく資金力に基づくものであるとしており、排除する力は必ずしも搾取する力によって生ずるものには限定されないということを指摘している<sup>182)</sup>。

そうしたところ、①の意義が充足されるために要求される「支配的地位」の程度として、排除する力では足りず搾取する力が要求されると解すると、搾取する力は有さないが排除する力は有するという事業者によって行われる直接的な排除的濫用は、①の意義を充足しないため、違法な濫用行為として規制することができないということになる。

以上のように、排除的濫用については、「支配的地位」の要件が有する①及び②の意義によって、機能条約 102 条 1 項の規制の対象から外れる行為が存在することとなる。もっとも、そのような行為を違法な濫用行為と評価すべきかどうかの問題は別途検討されなければならない。これに関しては、競争者排除の危険が、搾取する力をもたらずという程度の「支配的地位」が存在する被支配市場で生ずる場合にのみ、機能条約 102 条 1 項において規制すべき程度の競争制限をもたらず危険が生ずるのであれば、搾取する力は有さないが排除する力は有するという事業者によって行われる直接的な排除的濫用は、いずれにせよ、違法な濫用行為として規制すべきではないということになる。

フランスにおける一部の学説が示唆している「支配的地位」要件の不要論は、競争制限を生ずる危険のある行為を規制することを機能条約 102 条の目的と捉えて、102 条の規制対象から搾取的濫用（排除効果を伴わない搾取的濫用）を除外した上で、102 条 1 項から「支配的地位」の要件を削除して、この規定を、「事業者は競争を制限してはならない」という形式の規範に修正するという立法論を

182) Schröter/Bartl, a. a. O.(Fn. 22), Art. 102 AEUV, Rn. 166; Koch, a. a. O.(Fn. 26), Art. 86 EWGV, Rn. 49.

示唆している。ここでは、「支配的地位」の要件が有する①の意義は、競争制限に係る評価に吸収されているものと解されるが<sup>183)</sup>、②の意義は完全に失われている。ここに、「支配的地位」要件の不要論とは、「支配的地位」と濫用行為との間に要求される規範的關係に基づいて構築された機能条約102条1項の規範構造を変更するという意義を有するものであるということが、明確にあらわれている。

## Ⅶ おわりに

機能条約102条は、その起草段階において、「侵害又は排除の対象となりうる競争」（競争制限を問題とするに足りる競争）が存在しない市場を前提とした規制を行うものと考えられていた（グローベンの見解）。このような考え方は、「支配的地位」の要件を通じて、濫用行為の行為主体を競争による制御が効かない事業者に限定した上で、違法な濫用行為の範囲を「支配的地位」との間に少なくとも規範的關係が認められるものに限定するという、機能条約102条1項の規範構造と整合的なものである。

要するに、機能条約102条1項は、本来は、排除的濫用のような競争制限行為ではなく、むしろ搾取的濫用（排除効果を伴わない搾取的濫用）を規制することに主眼がおかれていた規定であったと考えられる<sup>184)</sup>。

ところが、企業集中に対する機能条約102条1項の適用が問題となったことを契機として、欧州委員会が、メモランダムの見解2において、102条1項は競争制限行為に対しても適用されうるということを確認するに至った。学説は、競争制限行為を102条1項の規制対象とすることをめぐって対立していたが、司法裁判所は、Continental Can事件において、競争制限行為に対しても機能条約102条が適用される可能性を認め、ここに、102条1項は競争制限行為（排除的濫用）に対しても適用されるということが明確になったのである。

しかし、上述した機能条約102条1項の規範構造はそのまま維持されたため、搾取的濫用（排除効果を伴わない搾取的濫用）の規制に適合したものとなってい

---

183) 参照、A.-S. Choné, op. cit. (n. 4), n° 379, pp. 249-250.

184) J.-F. Bellis, Droit européen de la concurrence, 2<sup>e</sup> éd., Bruylant, 2017, pp. 240-241.

る当該規範構造を前提として、排除的濫用をも規制することが要求されることとなった。そのため、機能条約 102 条 1 項は、排除効果を伴う搾取的濫用（間接的な排除的濫用）のように、搾取的濫用の延長線上に位置づけることのできる排除的濫用に対する規制には適応しうるが、そのように位置づけることのできない排除的濫用（直接的な排除的濫用）に対する規制には本来的に適応しないという可能性をはらむこととなったのである。そのため、フランスにおいて一部の学説が示唆するように、排除的濫用の規制は、機能条約 102 条 1 項とは異なる規範構造をもった規定に基づいて行われることが適切であるとも考えられる。

ただし、そのように考えるとしても、機能条約 102 条 1 項から「支配的地位」の要件を削除することによってこの規定の構造を修正し、その規制対象を排除的濫用に限定するという方法が立法論として適切かどうかについては検討の余地がある。例えば、現行の機能条約 102 条 1 項の規定は搾取的濫用を規制するものとして存続させつつ、排除的濫用を規制するための規定は別に設けるという立法論も、少なくとも理論上はありうるものと考えられる。その場合は、一方で、「事業者は支配的地位を濫用的に利用してはならない」という規範構造の下で搾取的濫用を規制し、他方で、「事業者は競争を制限してはならない」という規範構造の下で排除的濫用を規制するという規制体系が構築されることとなる。

最後に、これまでの検討を踏まえ、わが国の独禁法にどのような示唆を得ることができるかについて述べることにする。

結論からいえば、わが国の独禁法には、すでに、これらの規範構造を備えた規定が揃っているとみることができる。まず、独禁法 3 条は、「事業者が……他の事業者の事業活動を排除し〔て〕……一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」（独禁法 2 条 5 項）を「私的独占」として禁止している。この禁止規定は、その定義規定とあわせて、「事業者は競争を制限してはならない」という規範構造を形成しており、そのような規範構造の下で、排除的濫用のような競争制限行為が規制されているとみることができる。フランスにおける一部の学説が示唆している「支配的地位」要件の不要論は、このような規範構造の下で排除的濫用を規制することが望ましいと考えているものと解される。

次いで、独禁法 19 条は、「自己の取引上の地位が相手方に優越していることを

利用して、正常な商慣習に照らして不当に……〔独禁法2条9項5号イないしハの〕いずれかに該当する行為をすること〕(独禁法2条9項5号柱書。以下、「優越的地位の濫用」という)を「公正な取引方法」として禁止している。この禁止規定は、その定義規定とあわせて、「事業者はその地位を不当に利用してはならない」という規範構造を形成しており、そのような規範構造の下で、取引の相手方を侵害するというような搾取的濫用に相当する行為が規制されているとみることができる。以下、これに関して若干補足する。

「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」<sup>185)</sup>は、「自己の取引上の地位が相手方に優越していること」(以下、「優越的地位」という)について、「甲が取引先である乙に対して優越した地位にあるとは、乙にとって甲との取引の継続が困難になることが事業経営上大きな支障を来すため、甲が乙にとって著しく不利益な要請等を行っても、乙がこれを受け入れざるを得ないような場合である」としている(第2の1)。これは、優越的地位を、相手方に対して不利益を課すというような、独禁法2条9項5号に掲げられた禁止行為(以下、「濫用」という)を行いうる力として把握するものである。

優越的地位の意義をこのように把握すると、事業者は優越的地位を有することで濫用を行う力を与えられることとなり、その優越的地位(濫用を行う力)は、当該事業者が当該濫用を実行するという危険(取引の相手方が侵害されるという危険)をもたらすこととなる。このように、優越的地位と濫用との間には規範的關係に相当する関係が認められる点で、優越的地位の濫用規制は、搾取的濫用規制と同様の規範構造に基づいて行われているものとみることができる<sup>186)</sup>。

以上のように、独禁法の規制体系は、搾取的濫用に相当する行為を「事業者はその地位を不当に利用してはならない」という規範構造の下で規制し、排他的濫

---

185) 「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」(2010・11・30公取委、2017・6・16改正)。

186) そのほか、「支配的地位」と濫用行為との関係をめぐる議論と同様に(Ⅲの3参照)、優越的地位と濫用との関係を、それらが時間的に重なり合って成立するという観点から把握する見解(白石忠志『独占禁止法〔第3版〕』428頁(有斐閣、平成30年))、因果関係(行為的因果関係に相当する関係)として把握する見解がみられる(長澤哲也『優越的地位濫用規制と下請法の解説と分析〔第3版〕』73-74頁(商事法務、2018年))。

用に相当する行為は「事業者は競争を制限してはならない」という規範構造の下で規制するということを可能にするものとなっている。そして、このような規制体系は、「支配的地位」要件の不要論の立場からみると優れたところがあると考えられる。

本稿では、EU 競争法における支配的地位の濫用禁止規定を取り上げて、「支配的地位」の要件が有する機能と意義という観点から、この規定の構造を把握することを試みた。そこでは、「支配的地位」として搾取する力が要求されることを前提として、この規定が排他的濫用（特に直接的な排他的濫用）の規制には適合しないということを明らかにした。

ただし、このような規制の不備は、EU 構成国の国内競争法における規制によって補うことが可能であると考えられる。例えば、ドイツでは、中小規模の競争者に対する優越した市場力（überlegene Marktmacht）という観点からも事業者の地位（力）が把握され、その不当な利用（排他的濫用）が規制されている（現行のドイツ競争制限禁止法 20 条 3 項）。フランスでは、いかなる地位（力）の存在も明文上の成立要件とはしない禁止行為として廉売行為が定められ、これが規制されている（現行のフランス商法典（Code de commerce）L. 420-5 条・L. 442-5 条<sup>187)</sup>）。

こうした EU 構成国の国内競争法と EU 競争法によって形成されている濫用行為の規制の全体像を明らかにし、それを踏まえてわが国独禁法との比較法研究を進めることは、今後の課題とする。

---

187) フランス国内の競争法の中核的な規制は、フランス商法典第 4 編「価格と競争の自由（liberté des prix et de la concurrence）」におかれた規定に基づいて行われている。