

**公益分野における市場支配的地位の濫用に対する  
E C 競争法の適用に関する調査**

2004年3月

**競争政策研究センター共同研究**

【執筆者】

泉水文雄

神戸大学大学院法学研究科教授

(公正取引委員会競争政策研究センター主任客員研究員)

sensui@kobe-u.ac.jp

柴田潤子

香川大学法学部助教授

(公正取引委員会競争政策研究センター客員研究員)

Shibata@jl.kagawa-u.ac.jp

西村暢史

富山大学経済学部経営法学科講師

(公正取引委員会競争政策研究センター客員研究員)

nnishimu@eco.toyama-u.ac.jp

横手哲二

公正取引委員会事務総局官房国際課長補佐

(公正取引委員会競争政策研究センター研究員)

tetsuji\_yokote@jftc.go.jp

【この研究報告書における役割分担と位置付けについて】

- 1 この共同研究は、泉水文雄が全体を統括し、第1章を執筆し、柴田潤子が第2章、西村暢史が第3章をそれぞれ執筆した。また、小畑徳彦 官房国際課長及び横手哲二が「はじめに」及び「おわりに」を執筆した。
- 2 なお、経済学的な観点から、後藤晃 東京大学先端経済工学研究センター教授及び岡田羊祐 一橋大学大学院経済学研究科助教授から多くの示唆を得た。
- 3 本稿の内容は筆者たちが所属する組織の見解を表すものではなく、記述中のあり得べき誤りは筆者たちのみの責任に帰する。

## 目次

### はじめに

1	調査の目的	1
2	本報告書の構成	2
3	各分野における問題点	2
(1)	航空分野	2
(2)	郵便分野	3

### 第1章 EC条約82条

泉水 文雄

1	82条	4
2	市場支配的地位	4
3	濫用	6
4	EC法の特徴?	7
5	支配的地位の単なる行使と濫用	8
6	最近の傾向	9

### 第2章 航空分野

柴田 潤子

1	ヨーロッパの航空運輸における規制緩和の概観	10
2	航空運賃と市場支配的地位の濫用規制	11
(1)	Flugpreisspaltung	12
(2)	Germania (ゲルマニア)	13
3	Germania ケースとアメリカンエアラインケースとの比較	17
(1)	アメリカンエアラインケースの概要	17
(2)	費用基準と競争者排除目的	18
(3)	埋合せ理論について	21
(4)	競争対抗価格の抗弁について	22
(5)	比較のまとめ	22
4	航空運輸と独占禁止法	23
(1)	我が国における航空運輸と独占禁止法	23
(2)	航空運輸と独占禁止法	24

### 第3章 郵便分野

西村 暢史

1	はじめに - 検討対象 -	26
2	問題の背景	31
(1)	欧州及びドイツの郵便分野における競争と法	31
(2)	費用概念の整理	35
3	検討	37
(1)	EC競争法82条における略奪的価格設定行為規制とその問題点	37
(2)	費用算定基準に関する考え方	40
(3)	小括	42

### おわりに

45

## はじめに

### 1 調査の目的

公益分野の規制を改革し、新規参入による競争促進を促す政策が、1980年代以降、日・米・欧を含む世界各国で採られている。

このような分野では、通常、従来参入規制により独占的地位を与えられていた事業者が、規制改革後も引き続き大きなシェアを持っており、新規参入者がシェアを伸ばすことはこれらの事業者のシェアが侵食されることを意味する。したがって、これらの既存事業者は、価格を引き下げる等により新規参入者からシェアを守るようとする。このような既存事業者の行動は、後述する航空分野や電気通信分野を始め、規制改革が行われ新規参入が行われた各分野において認められる。

このような行動は、それ自体競争的な企業行動であり、このようにして既存事業者と新規参入者が競争することにより価格が低下し、ユーザーや消費者は利益を得ることができる。規制改革による参入促進は、新規参入によってこのような競争が行われ、価格が低下することを期待しているものである。

しかし、他方において、既存事業者の価格引下げによって、価格が大幅に低下し、新規参入者が利益をあげられず、それどころかかえって損失が生ずるような水準になってしまうと、新規参入者は撤退し、あるいは参入を断念せざるを得なくなる。

このようにして引き下げられた既存事業者の価格が既存事業者のコストを反映したものであるならば、従来の価格が高過ぎたという批判はあるとしても、既存事業者が価格引下げを行うことは何ら非難されるべきものではないであろう。これにより新規参入者が撤退せざるを得なくなるとしても、それは既存事業者と比較して新規参入者の効率性が劣るためであり、そのような新規参入者を保護することは経済の効率性を損なうことになるからである。

だが、既存事業者がコストを下回った価格でサービスを供給し、それによって新規参入者の採算性が悪化して市場から排除されるような場合には、このような既存事業者の行動は参入阻害する行為として独占禁止法により規制すべきではないかという問題が生じる。

既存事業者がこのような方法で新規参入を排除できるのは、新規参入者との競合のない分野で高い利益を上げていたり（後述の航空分野参照）、法律上独占を認められた分野を有して（後述の郵便分野参照）その分野の利益を競争分野につき込むことができることが一因となっている場合がある。

また、公益分野においては、従来独占的に事業を行っていた既存事業者が、当該分野で事業活動を行うために不可欠であって新規参入者が代替施設を新設することが困難な施設（エッセンシャル・ファシリティ）を保有している場合があり、このような場合には新規参入者による当該施設の利用が制限されると新規参入者の事業活動が困難になるという問題がある。

このように、公益分野においては、規制改革が進められる中で、競争法の適用に関する新たな問題が見られる。公益分野における規制改革後の競争環境を整備するためには、競争政策の観点からこのような問題に適切に対応していく必要がある。

そこで、平成 14 年度においては、公益分野における規制改革後の競争法適用上の問題についての検討に資するため、公益分野における競争法適用事例の蓄積のある EU 及びその加盟国の競争法適用事例を中心に調査を行うこととした。

## 2 本報告書の構成

公益事業における既存業者による新規参入者の参入阻害問題は、我が国では私的独占（独占禁止法 3 条，2 条 5 項）及び不公正な取引方法（同 19 条，2 条 9 項）の，米国では独占（シャーマン法 2 条）の，EU 及びその加盟国では市場支配的地位の濫用（EC 条約 82 条，ドイツ競争制限禁止法 19 条等）の問題となる。

後述のように，米国の裁判所は市場支配的地位にある事業者に対しても競争の自由を幅広く認め，略奪的価格設定について極めて限定的に解釈し，エッセンシャル・ファシリティの理論の採用についても極めて慎重であるのに対し，EU 及びその加盟国であるドイツでは，略奪的価格設定やエッセンシャル・ファシリティの理論を活用して市場支配的事業者による参入阻害行為をより広く規制しているように思われる。

そこで，第 1 章で，まず，EU で公益分野における参入阻害行為に対して積極的に用いられている「市場支配的地位の濫用」の規定について分析し，その上で第 2 章では航空分野について，第 3 章は郵便分野について，それぞれ調査結果を論述している。

## 3 各分野における問題点

### (1) 航空分野

既存業者が新規参入者に対しコストを下回る価格で対抗するという問題が最も顕著に現れているのは航空分野である。既存の航空会社と規制緩和後に安価な運賃で参入した航空会社と間の競争に関して，日・米・欧のそれぞれで独占禁止法上の問題が発生している。

我が国では，航空旅客運送分野の既存業者が，新規参入者が安価な運賃で参入した路線において，低額な運賃を設定して新規参入者に対抗した。公正取引委員会は，東京＝九州間の路線に関する大手航空 3 社の運賃設定について，独占禁止法違反の疑いで審査を開始し，3 社は自主的な改善措置を採った<sup>1</sup>。

欧州においても同様の問題が生じている。ドイツ連邦カルテル庁は，ドイツの旅客航空分野において大きなシェアを持つルフトハンザが，競争者が安価な運賃で参入したフランクフルト＝ミュンヘン間の路線の運賃を引き下げ，競争者のいないフランクフルト＝ベルリン間の運賃との間で大きな格差を生じさせたことが，不当な価格差別として市場支配的地位の濫用（競争制限禁止法 19 条 1 項，同 4 項 3 号）に該当するとして，これを禁止する決定を行った<sup>2</sup>（Flugpreisspaltung 事件）。ルフトハンザは取消訴訟を提起し，高等裁判所では連邦カルテル庁の決定を取消す判決が下されたが<sup>3</sup>，最高裁判所はこれを破棄差戻した<sup>4</sup>。さらに，ドイツ連邦カルテル庁は，ベルリン＝フランクフルト路線に新規参入者が安価な運賃で参入したことから，ルフトハンザがこれに対抗して価格を大幅に引き下げた行為を，市場支配的地位の濫用（競争制限禁止法 19 条 1 項，同 4 項 1 号）に該当するとして，競争者より一定額以上上回らない価格を設定することを禁止し決定の即時執行を命じた<sup>5</sup>（Germania 事件）。本件についてもルフトハンザは取消訴訟を提起するとともに取消訴訟提起による決定の執行停止効果の復活

<sup>1</sup> 公正取引委員会 2002 年 9 月 26 日新聞発表。

<sup>2</sup> 連邦カルテル庁 1997 年 2 月 19 日決定。

<sup>3</sup> ベルリン高等裁判所 1997 年 11 月 26 日判決。

<sup>4</sup> 連邦最高裁判所 1999 年 7 月 22 日決定。

<sup>5</sup> 連邦カルテル庁 2002 年 2 月 18 日決定。

を求めたが、高等裁判所は連邦カルテル庁の決定を支持して執行停止効果の復活請求を斥けた<sup>6</sup>。

米国でも、ダラス・フォートワース空港をハブ空港とし、同空港発着路線で独占的な地位を有していたアメリカン航空が、新規参入者が安価な運賃で参入した路線において、運賃を引き下げるとともに増便して新規参入者の搭乗率を引き下げたことが略奪的行為でありシャーマン法2条に違反するとして、司法省が同社を民事提訴した<sup>7</sup>。しかし、地方裁判所はアメリカン航空の行為は略奪的行為に該当しないとして司法省の訴えを斥け<sup>8</sup>、控訴裁判所も司法省の控訴を棄却した<sup>9</sup>。

第2章は、上記の Flugpreisspaltung 事件と Germania 事件を解説し、さらに後者を同じ航空業における略奪的価格設定の問題を扱ったアメリカン航空事件と比較している。

これらの3つの事件はいずれも、航空分野において、市場支配的事業者が新規参入者に対抗して新規参入のあった路線でコストを下回った低い運賃を設定した事件であるが、それぞれ事実又は法制的相違に応じて異なったアプローチがなされている。前述のように、我が国でも類似の事件が発生しており、これら事件の分析は、我が国における法運用にも資するであろう。

## (2) 郵便分野

郵便分野については、我が国でも2002年7月に制定された2つの法律<sup>10</sup>により郵便事業への民間参入が可能となり、郵便事業にも競争が導入された。また、2003年には郵政事業庁が日本郵政公社に組織変更され、さらに日本郵政公社の民営化が検討されている。

EUでは、1997年に欧州単一郵便市場を創設するための郵便指令<sup>11</sup>が採択された。郵便指令は2000年に改訂され、郵便サービスの一層の自由化が進められている。郵便分野における競争政策の重要性が高まったため、欧州委員会は、1997年に、郵便分野への競争ルール適用に関する告示<sup>12</sup>を制定した。当該告示は、独占部門から競争部門への内部補助は市場支配的地位の濫用となるおそれがあるとし、そのような内部補助を原則的に禁止している<sup>13</sup>。

ドイツでは従来ドイツにおける郵便業務を独占していた連邦郵政庁を民営化してドイッチェ・ポストが誕生した。ドイッチェ・ポストは、ドイツにおいて、一定範囲の手紙郵送について独占を認められているとともに、一定範囲の手紙及び小包について、ユニバーサル・サービ

<sup>6</sup> デュッセルドルフ高等裁判所 2002年3月27日決定 (Germania)。

<sup>7</sup> 司法省 1999年5月13日プレス発表。

<sup>8</sup> カンザス地区連邦地方裁判所 2001年4月27日判決 (United States v. AMR Corp., 140 F. Supp. 2d 1141 (D. Kan. 2001))。

<sup>9</sup> 第10巡回区控訴裁判所 2003年7月3日判決 (United States v. AMR Corp., 335 F. 3d 1109 (10<sup>th</sup> Cir. 2003))。

<sup>10</sup> 「民間事業者による信書の送達に関する法律」及び「民間事業者による信書の送達に関する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」。

<sup>11</sup> Directive 97/67/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 on common rules for the development of the internal market of Community postal services and the improvement of quality of service, [1998] OJL15/41.

<sup>12</sup> Notice from the Commission on the application of the competition rules to the postal sector and on the assessment of certain State measures relating to postal services [1998]OJC 39/2.

<sup>13</sup> 注12の告示3.3及び3.4。

スの義務を負っている。ドイッチェ・ポストは、民営化後、積極的に事業を拡大しており、ドイツの通販小包サービス市場で大きなシェアを有している。

第3章で取り上げたドイッチェ・ポスト事件は、ドイツの小包市場における新規参入者である米国のユナイテッド・パーセルが、ドイッチェ・ポストが独占部門における利益を小包分野に内部補助して競争のある小包サービス市場でコストを下回る価格でサービスを提供しているとして、コスト割れ販売の禁止と独占部門と競争部門の分離を求めて欧州委員会に申告したものである。欧州委員会は、ドイッチェ・ポストの1990年から1995年までの通信販売小包の料金が略奪的価格であり、市場支配的地位の濫用に該当していたとして、排除措置を命じた<sup>14</sup>。

EUには略奪的価格設定に関する一連の決定及び判決があるが、本件決定が従来の略奪的価格事件の判決・決定と異なる特徴的な点は、ドイッチェ・ポストは前述のように一定範囲の手紙及び小包についてユニバーサル・サービスの義務を負っていることから、ユニバーサル・サービスの提供とそれ以外の業務の両方に用いられる施設の費用についてどのように考えるべきかという問題について検討し、判断を下していることであろう。

第3章は、本件欧州委員会決定のうち略奪的価格設定について判断した部分及びその背景にあるEUの郵便分野における自由化の進展について、詳細に論述している。

我が国でも、郵便貯金及び簡易保険を併せた郵便事業の更なる見直しが課題となっており、また、郵便事業への競争導入と郵政公社の誕生によって民間宅配業者等との間の競争は新たな局面を迎えているが、本件は、我が国の郵便分野における競争の在り方について考える際に参考となるであろう。

なお、本件決定では、ドイッチェ・ポストが顧客との間で結んでいた契約に含まれていた忠誠リポートの規定も、市場支配的地位の濫用とされている。また、ドイッチェ・ポストは、新会社を設立し小包部門を移管することにより、独占部門から分離することとした。しかし、第3章では略奪的価格設定に論点を絞っており、これらの問題については、検討の対象としていない。これらの論点については、また、別途検討の機会があるであろう。

## 第1章 EC条約82条

### 1 82条

欧州競争法(以下「EC競争法」という。)は、共同行為の規制(EC条約81条)及び支配的地位(dominance; dominant position)の濫用行為の規制をおき(同82条)、さらに支配的地位を形成・強化する企業結合を禁止している(合併規則17号)。

市場支配的地位の濫用規制はEC競争法の主要な柱の1つである。EC条約82条は、共同市場又はその実質的部分における支配的地位を濫用する一以上の事業者の行為を、それによって加盟国間の取引が悪影響を受けるおそれがある場合に禁止する。82条は、この濫用の例として、不公正な価格又は取引条件、需要者に不利となる生産・販売・技術開発の制限、取引の相手方を競争上不利にする差別的取扱い、抱き合わせ契約を挙げている。

### 2 市場支配的地位(dominance)

まず、支配的地位の定義を確認しておく。1978年に出されたUnited Brands事件欧州司法裁

<sup>14</sup> 欧州委員会2001年3月20日決定(Deutsche Post AG), [2001]OJL 125/27。

判所判決が初めて市場支配的地位を定義したが、現在もこれが先例とされている。右判決は、支配的地位を、「事業者が、競争者、顧客及び最終的にはその消費者と、一定程度独立して行動する力を与えられることによって、関連市場において有効な競争 (effective competition) が維持されることを妨げることを可能にする経済的な力を持つ地位」としている<sup>15</sup>。

ただし、欧州委員会は、1973年、United Brands 事件に先行する Continental Can 事件において別の定義と見られる表現をしていた。すなわち欧州委員会は、同じく独立に行動する力を持つことだとしつつも、続けて、価格、産出量等を決定することができる力<sup>16</sup>と言い直していた。欧州委員会による定義は、経済学でいう市場支配力 (market power) である産出量を削減し価格を引き上げる力のうち、一定のレベルを超えるものと捉えるものであり、この定義は日米欧における市場支配力 (独禁法 2 条 5 項, 6 項, 第 4 章, 米国シャーマン法 2 条の先例や合併ガイドライン) や独占力 (シャーマン法 2 条) の定義と同じである。そこで、United Brands 事件判決の定義は、このような価格を引き上げる力に「加えて」、競争 (又は競争者) を排除する力 (power to exclude competition) をも支配的地位の定義に入れているのかどうかについて見解が分かれている。この問題も比較法的に興味深いだが、ここではこれ以上立ち入らないこととする<sup>17</sup>。このような経緯からも伺えるように、行動の自由に着目した支配的地位の法的定義は経済学の定義より広く、経済目的以外の価値を取り込もうとしたといわれているが、近時 EC 競争法の支配的地位概念は米国反トラスト法及び経済学のそれに近づいている<sup>18</sup>。最近の文献でも、支配的地位を経済学の基準が明示的に採用されているとの指摘がなされ、次年度の研究である電気通信分野における枠組み指令などがその例とされている<sup>19</sup>。

支配的地位については、判例及び欧州委員会実務においてシェアが一種のセーフバーの役割を果たしている。シェア 25% 以下ならば市場支配力を持ちそうになく (合併規則前文)、委員会の実務では、支配的地位が問題になるのは通常シェア 40% 超であり (ただし、より低いシェアでも委員会が関心を持つ場合はある。)、判例では、極端に大きなシェア (50% 超) では例外的な場合を除き支配的地位の証拠になるとする。高いシェアの事業者は、もしシェアが長い期間安定しているならば、SMP (significant market power) つまり支配的地位を持つと推定さ

---

<sup>15</sup> Case 26/76 United Brands v. Commission, [1978] ECR 207. See also Hoffmann-La Roche, [1979] 461, 520.

<sup>16</sup> Re Continental Can Co Inc [1972] CMLR D 11, para.1 (power to determine prices or to control production or distribution for a significant part of the products in question). 欧州司法裁判所の法務官はこの定義を採用したが、Continental Can 事件判決は少なくとも明示的には採用していない。

<sup>17</sup> 簡単には、泉水「欧州競争法における『支配的地位』について」法学雑誌 48 巻 4 号 1185-6 頁 (2002)、泉水「独禁法の比較法 市場支配力の視点から」日本経済法学会編『経済法講座第 2 巻』所収 95-96 頁, 99 頁参照。

<sup>18</sup> 個別の論点は、泉水・前掲法学雑誌。

<sup>19</sup> 代表的な見解に、S. Bishop & M. Walker, The Economics of EC Competition Law 183-185 (2<sup>nd</sup> ed. 2002)。同書は、経済学でいう market power のうち significant market power を支配的地位と理解し、電気通信分野における従来の significant market power (顕著な市場支配力, SMP) はこれとは別の概念であったが、枠組み指令のそれは同じ意味になったと理解している。



れるかもしれない、シェアが次第に下がっている場合市場は競争的になっているかもしれないが、この事実は SMP の認定を排除するものではない、他方、長い期間に渡るシェアの変動は市場支配力の不存在を示すかもしれないとする<sup>20</sup>。

支配的地位概念については、近時、EC においては、1992 年米国水平合併ガイドライン及びその後の米国における法運用で頻繁に用いられている企業結合規制における協調的寡占 (coordinated effect) とその EC 版である集合的支配的地位 (collective dominance)、一方的効果 (unilateral effect) をどう捉えるかについて決定や判決が出ており、活発な議論がなされている<sup>21</sup>。これらの成果は、最近の欧州司法裁判所判決や「関連市場及び役務市場に関する勧告」に取り込まれてきた。さらに、集合的支配的地位については、Airtour 事件の欧州第 1 審裁判所判決<sup>22</sup>において考え方がさらに明確化された。同じ時期に欧州委員会の決定を覆す判決が他に 2 つ出されており<sup>23</sup>、これらを反映させ、非協調的効果 (non-coordinated effects、一方的効果)、協調的効果 (coordinated effects) に分けてそれぞれの分析方法を示した水平型企業結合評価に関するガイドラインが告示<sup>24</sup>として 2004 年 1 月 28 日に公表されている。これらの成果は、さらに 82 条や電気通信分野における有効競争レビューにおける支配的地位及び SMP 概念に取り込まれている。

### 3 濫用

濫用行為は、講学上、搾取的濫用 (exploitative abuse) と排他的濫用 (exclusive abuse) ないし略奪的濫用 (predatory abuse) とに分けられる。82 条に例示されている ないし のほとんどは搾取的濫用とされ、市場支配的売手による不当高価格販売、市場支配的買手による不当低価格購入 (購買力の濫用)、内部相互補助による不当な低価格、他の不公正条件の強制 (ただし、欧州委員会による高価格規制は、公益事業に関する場合を除いては一般的に抑制的である)、生産制限、市場制限、技術発展の制限 (ただし、適用例はわずか)、差別的取扱い、抱き合わせ (アフターマーケットへの影響も関心がある。) がある。

排他的・略奪的濫用は、反競争的濫用ともいわれ、例示規定の中の、たとえば の累進リベート (システムティックな差別)、 の抱き合わせはすべてではないにせよこれに含まれるといえるが、例示規定にないものが多く、一方的供給拒絶、エッセンシャルなファシリティ・ネットワーク・技術へのアクセスの拒絶、略奪的価格設定、排他的取引 (全量購入義務など) があげられる。従来、排他的濫用と略奪的濫用、又は反競争的濫用は同じ意味で用いられる傾向があったが、最近においては、排他的濫用と略奪的濫用を区別し、前者はライバルの費用引上

---

<sup>20</sup> たとえば、Commission guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services の para.72.

<sup>21</sup> 泉水・前掲法学雑誌。現段階を要約すれば、90 年代後半から企業結合規制では集合的支配的地位の規制事例がいくつかでているが、一方的効果の規制事例はない。支配的地位の濫用規制では、集合的支配的地位の濫用の規制事例がいくつか指定されているが、海運カルテルに係る特殊な事案であり一般化はしにくい。ただし、次年度の研究である電気通信分野は、集合的支配的地位の濫用の規制が行われる蓋然性が高く、かかる法的規制枠組みができていく。

<sup>22</sup> Airtours Plc v. EC Commission (Case T-342/99), [2002] 5 C.M.L.R. 7.

<sup>23</sup> Tetra Laval BV v. EC Commission, [2002] 5 C.M.L.R. 28.

<sup>24</sup> Commission Notice on the appraisal of horizontal mergers.

げによる排除戦略、後者は略奪的価格設定などの略奪戦略と2つがあるという考え方も見られるようになっている<sup>2526</sup>。

排他的・略奪的濫用が「反競争的濫用」ともいわれるように、搾取的濫用（4つの濫用行為の多く）は、米国シャーマン法2条及びおそらくは日本法とも異なり、市場支配的地位の単なる「行使」をも規制され得ることを示しており、エッセンシャル・ファシリティや単独の取引拒絶のように、少なくともある時期においてはEC法が米国法より厳しい規制が行われたと見受けられる行為類型がある。地域電気通信ネットワーク（ローカルループ）における不当高価格や差別的価格規制に対して競争法の適用に積極的に用いてきたのもこのような傾向の一つといえる。

#### 4 EC法の特徴？

なぜEC競争法にこのような特徴ある規制があるのか、本当にこのような違いがあるのかは極めて大きなテーマであり、ここで本格的に論じることはできないが、簡単に見ておこう。

濫用とは、「当該事業者が存在することの直接の効果として競争が既に弱められている市場構造に影響を与える行為であり、事業者の成果（performance）に基づく商品役務の提供という通常の競争（normal competition）とは異なる方法によって市場になお残っている競争レベルの維持又は展開を妨げる効果を持つ行為」とされる<sup>27</sup>。しかしこの文言は抽象的であり、様々な解釈がなされ得る。この定義は排他的濫用・略奪的濫用についてのもので、この定義は搾取的濫用を含まれないともいわれている<sup>28</sup>。

ともあれ、ECの濫用規制の特徴として、第一に、先の定義をしたMichelin判決がいうように、支配的事業者には欧州共同体において「歪められていない競争を侵害する（impair undistorted competition）行為をしてはならないという特別の責任（special responsibility）」を持っている<sup>29</sup>という考え方にあるといわれている。

そのほか、いくつかのECに特徴的かもしれない要因を列挙しよう。第二に、より一般的に、82条が排除行為（ライバルの費用引上げ行為）及び略奪行為によって競争（者）を排除することを問題にするのであれば、かかる手段によって少なくとも同程度には効率的な事業者を排除することを問題にするのか、非効率的な事業者の排除も問題にするのか、自由競争だけでなく公正な競争も問題にするのか、効率とは関係なくできるだけ多数の事業者がいることがよいと考えるのか裁判所の判決及び文献においても明確でない状況にある<sup>30</sup>。また、支配的地位のうちの

---

<sup>25</sup> J.-J. Laffont & J. Tirole, *Competition in Telecommunications* 162-165 (1999); A. Jones & B. Sufrin, *EC Competition Law* (2001).

<sup>26</sup> 日本法においてもこの区別が指摘されている。川浜，瀬領，泉水，和久井『ベーシック経済法』132-135頁（2003）。

<sup>27</sup> Case 322/81, *Michelin v. Commission* [1983] ECR 3461; *Hoffmann-La Roche v. Commission* [1979] ECR 461.

<sup>28</sup> Jones & Sufrin, *supra* note 25, at 322. 同書では、排他的濫用・略奪的濫用を「反競争的濫用」と呼び、搾取的濫用と区別している。ただし、Jones & B. Sufrinは委員会が反競争的濫用の規制を「競争」ではなく「競争者」の保護目的で使い、消費者利益にならない危険も指摘している。Id. at 245-246.

<sup>29</sup> See Case 322/81 *Michelin v. Commission* [1983] ECR 3461.

<sup>30</sup> たとえば、Jones & B. Sufrin, *supra* note 25, at 322-323.

「高度の支配的地位 (super-dominance)」を区別し、高度の支配的地位においては、前述の特別の義務がより大きくなり、より広範な行為が濫用とされやすいという考え方も現れている<sup>31</sup>。

第三に、排他的濫用・略奪的濫用については、ある市場における支配的地位をテコ (leverage) として他の市場の競争へ影響を与えることを欧州委員会は懸念している。テコ自身は、米国や日本でも問題にされるが、一方の市場で支配的地位があるならば隣接する別の市場においては主導的な地位 (leading position) にあれば支配的地位はなくても支配的地位の濫用となっていた<sup>32</sup>。かかる考え方を反映して、前述の枠組み指令も、事業者が一方の市場において SMP を持てば隣接市場では主導的地位レベルさえあれば隣接市場においても規制を受けさせる<sup>33</sup>。

第四に、EC 条約 82 条は、1990 年まで本格的な企業結合規制を持たなかったことに典型的なように、もともと支配的地位を形成する行為を規制するという発想がなく、又は乏しかった EC 競争法において、形成された支配的地位の行使は濫用として広く規制するという発想があったという面がある<sup>34</sup>。ともあれ、米国反トラスト法やおそらく日本法でも、私的独占規制では支配的地位を単に行使する行為は、新たな独占「化」がない、又は市場支配力の新たな形成や、既存の市場支配力の維持又は強化がないことを主要な根拠として規制しないと思われるのに対し、EC 条約 82 条においては支配的地位の単なる行使も規制する傾向があるようである。

## 5 支配的地位の単なる行使と濫用

EC 競争法を経済学に整合的に説明しようとする Bishop & Walker は、「濫用」の意味を次のように説明する。先に述べた判決の裁判所の濫用の定義は理解が困難ではあるが、濫用を、市場構造に影響を与え競争を弱める行為であり、支配的事業者は「通常の競争」条件の下で観察されるのとは異なる形態で行動することというように見るとしたうえで、この定義は、行動が「通常の競争」行動と異なるならば濫用だということを示唆するとする。そして「通常の競争」(EC 法では有効競争 (effective competition) ともいわれる。)とは、市場支配力 (market power) の行使を伴わない行為であるとし、市場支配力がない場合には「通常の競争」があり濫用にならないとする。Bishop & Walker はさらに続けて、この見解では、優れた経済成果 (より効率的であること、低い価格、よい品質) により競争者に (悪) 影響を与える行動は濫用ではなく競争促進的である。そして、濫用とは、そのような行動をしない事業者に比べて消費者厚生に重大な悪影響を与える支配的事業者による行為であり、悪影響には、価格を引き上げ及び (又は) 品質を低下させる短期的効果と、(ライバルの排除による) 競争レベルの価格を引き上げ及び (又は) 品質を低下させるという長期的効果とがあるとする<sup>35</sup>。Bishop & Walker は、

<sup>31</sup> Case C-395 and 396/96P, *Compagnie Maritime Belge and others v. Commission* [2000] 4 CMLR 1076.

<sup>32</sup> *Tetra Pak International SA v. Commission*, [1996] ECR -5951.

<sup>33</sup> *Tetra Pak* のこれらの論点に関しては、邦語文献として、中川寛子『不当廉売と日米欧競争法』227-232 頁 (2001)。

<sup>34</sup> 以上は、泉水・前掲「独禁法の比較法」89 頁以下参照。

<sup>35</sup> Bishop & Walker, *supra* note 19, at 186-188. もっとも、「消費者を害する市場支配力の行使」という広範な短期的効果を濫用に含まれるかかる濫用の理解が、濫用の定義と整合的なのかは疑問がある。先の定義は、「市場構造へ影響を与える」、「競争を妨げる」というから、持っている市場支配力の単なる行使は、価格を高くするなど消費者に悪影響を与えてはいるが、これらの要件をみたまないのだから濫用ではないという批判があり得る。米国、日本の私的独占規

において排他行為や略奪によって競争を排除することによる消費者厚生悪化のみならず、  
の支配的地位の単なる行使による産出量削減や価格引き上げという消費者厚生悪化も濫用  
とみるようである。しかも彼らは は本文に記載しているが は脚注にごく簡単に書くだけで  
あり、 を濫用の中心とみるようである。

なお、市場支配力がない場合には「通常の競争」があり濫用にならないという点は、濫用が  
規制されるのは支配的地位があるときだけだという文言上は当然の指摘ではあるが、規制上は  
大きな縛りともいえる<sup>36</sup>。また消費者厚生への悪影響基準は、濫用規制が「競争」ではなく「競  
争者」の保護目的で使われ、消費者利益を害する運用<sup>37</sup>を排除するという点で重要といえよう。

さて、Bishop & Walker の濫用の理解によると、独占的高価格設定 (excessive pricing) は  
産出量を削減し価格を引き上げるから、直感的に最も典型的な濫用行為に見える。彼らは 82  
条には、独占的高価格設定についてごくわずかな規制事例しかないことをどう説明するのだろ  
うか。彼らは、その理由を次のように説明する<sup>38</sup>。 価格が過剰 (excessive) であることの判  
断は、競争的価格水準を知る必要があり極めて困難である。 過剰な価格の代理変数を利潤率  
としても利潤率を測定することも極めて難しい。 経済理論からも常に価格が (限界) 費用ま  
で下がり、利潤がゼロになるとは限らない。周辺の企業の利潤はゼロになるがより効率的な企  
業は定義から正の利益を得る。 ある産業では価格と費用との関係を測定することが難しい。  
知的財産権に関わる産業では、危険な投資をする費用を回収するため価格は生産費用を上回る  
(製薬など)。特許権、著作権などの知的財産権はこのような投資をカバーするために作られ、  
これらの費用を上回る価格設定は投資に対する競争的な報酬にすぎない。 需要が変化する産  
業では、需要が産業全体の生産能力より少なければ価格は総費用より低くなるが (可変費用又  
は回避可能費用は上回る。)、需要が生産能力よりかなり大きくなれば価格は総費用より高くな  
る。かかる価格設定を禁止すべきではない。 価格や利益は潜在的な新規供給者へシグナルを  
送り、新規参入を招き、価格や利益は減少する。以上のような説明は、米国法や日本法におけ  
る独占的高価格を規制しないことの根拠と大きく異なることが注目される。

## 6 最近の傾向

ただし、EC の市場支配的地位の濫用規制も、米国法に近づいており、エッセンシャル・ファ  
シリティーや単独の取引拒絶についても、公益事業のインフラについては多くの規制事例がある  
ものの、私的ネットワークや知的財産権には、ここ数年、適用へ慎重な動きが見られる。

さらに、搾取的濫用と異なり、排他的・略奪的濫用については、米国法等と EC 法の間には  
それほど大きな差はない。例えば、本報告において以下で取り上げられる略奪的価格設定の規  
制においては、埋合せ (recoupment) までは求められないものの、米国法と同じくいわゆる  
Areeda & Turner テストに基づく可変費用基準が採用されている。さらに、近時、複数の市場  
において事業活動をしているが固定費が共通している場合や、ネットワーク産業や医薬品など

---

制で通常問題にするのはこの分類では長期的効果であることに注意しよう。

<sup>36</sup> たとえば、82 条で規制される行為の多くは日本では不公正な取引方法に規定がおかれて  
いるが、不公正な取引方法では支配的地位という要件は少なくとも文言上は存在しない。

<sup>37</sup> Jones & B. Sufrin の前述の懸念を参照。

<sup>38</sup> Bishop & Walker, supra note 19, at 190-192. 彼らも、米国反トラスト法に独占的高價  
格規制がないことには興味深いとしている。Id. at 190, n. 44.

投資としての固定費が重要な位置を占める産業における問題に対応するため、増分費用や回避費用 (avoidable cost) の考え方が実務に取り入れられつつある。ただし、ドイツに見られるように EC に特有な差別対価規制等の厳格な運用がなされる傾向もある。

## 第 2 章 航空分野

### 1 ヨーロッパの航空運輸における規制緩和の概観<sup>39</sup>

ヨーロッパの航空運輸は、従来、独占的な構造を持つ国内航空市場として特徴付けられ、これに対して競争法を原則として適用すべきかどうか長期争われてきた。1986 年のヨーロッパ裁判所の判決では、EC 条約 81 及び 82 条は、航空運輸に対して全面的に適用されることが明らかにされている<sup>40</sup>。

規制緩和措置の中では、航空運賃に関して、1992 年規則 2409 号<sup>41</sup>が定められている。この規則では、ヨーロッパ共同体内の航空運輸において、航空会社によって計算されるべき航空運賃及び航空貨物運賃の設定基準と手続が規定されており、この規則の基本ルールは、3 条で定められている。それによれば、航空会社によって計算に入れられるべきチャーター運賃、航空運賃、航空貨物運賃は、契約当事者によって自由に合意され得る。5 条 1 項は、共同体の航空会社はその航空運賃を自由に設定し得ることを明らかにしている。同条 2 項によれば、関係加盟国は、航空運賃の一定フォームでの届出を要求できるが、その際、国家、航空会社による差別をしてはならない。

航空会社は、是認し得ないほど低い、航空運賃又は航空貨物運賃を設定してはならない。すなわち、6 条 1 項によれば、関係加盟国は、以下の場合に届け出られた基本料金を無効とし得る。第一に、当該路線における全体の価格構造、競争状態を含む他の要因を考慮して、利用者にデメリットをもたらす、適切なキャピタルゲイン、航空会社の長期的に計算された関係費用との関係で、過度に高い場合 (a 号) である。第二に、航空運賃の継続的な低下に連なり、長期的に計算された航空会社の関係費用を考慮した場合、全ての関係航空会社に大規模な損失を

<sup>39</sup> ヨーロッパの航空旅客運送業における自由化を含む競争法の問題については、須網隆夫「航空輸送市場における企業結合規制」法律時報 75 巻 1 号 65 頁以下を参照されたい。

<sup>40</sup> 「Nouvelles Frontières」 ヨーロッパ裁判所判決集 1986 年 1425 頁。本件では、フランス法で規定されている航空タリフについての認可手続きが EC 条約の規定と合致するか否かについて、ヨーロッパ裁判所の判断が求められた。当該認可されたタリフが、合意、事業者団体の決定又は協調的行為という効果を生じることから、EC 条約 81 条に反することが認定される場合、航空タリフについて認可手続きを規定し、かつ認可タリフを遵守しない場合に刑罰を課すことを内容とする国家规定を適用することは、加盟国の義務に反するか否かが争点となっている。従来の判決によれば、EC 条約 81 及び 82 条は事業者の行為に適用され、加盟国の法規定には適用されないが、EC 条約は、後者についても、これらの規定の事実上の効果を排除するような措置をとらないという義務を根拠付けるとする。そして、このような場合に該当するのは、加盟国が 81 条に反する形でカルテル協定を規定し、又は、それを容易にし、その効果を強化する場合である。裁判所は、結論として、国家规定が共同体法に一致するか否かの検討の際には、認可料金の具体的性格を考慮することによって、航空タリフについての協定が、管轄する国家官庁の決定の対象であること、かつ 81 条と一致しないことが認定される場合、かかる料金を認可して、かつその効果を強化することは、加盟国の競争法上の義務違反が認められるとする。

<sup>41</sup> EC 官報 1992 年 L240 号 15 頁以下、Giemulla/Schmid/Moells 「Europaisches Luftverkehrsrecht Text- und Materialsammlung Band4」 F755 以下。

もたらすこととなる場合に、差別禁止に顧慮して、さらなる価格の引下げは禁止し得る（b）。もっとも、ここでは、申請された航空運賃が他の航空会社の運賃より低いという事実は、認可を与えない十分な根拠を意味しないと理解される<sup>42</sup>。

## 2 航空運賃と市場支配的地位の濫用規制

EC 条約 82 条は、すべての航空運輸に適用される。旅客航空運賃の設定自体が、市場支配的地位の濫用行為に該当し、これに当該 82 条が適用されたケースはないが<sup>43</sup>、ドイツでは、航空運賃自体が、競争制限防止法に基づき市場支配的地位の濫用に当たるかどうか争われたケースがある。

ドイツ競争制限防止法は、EC 競争法と同様に、市場支配的地位の濫用行為を禁止している。EC 競争法では、立法者は、市場支配的地位の定義を委員会の決定・判例に委ねており、市場支配的地位は、その競争者、需要者、消費者に対して、広い範囲で独立して行動する可能性を持つことによって、関係市場における有効な競争を妨げる状態にその事業者を置く経済力と定義されている<sup>44</sup>。

ドイツ競争制限防止法では 19 条が、市場支配的地位を以下のように定義している。すなわち、競争者がいないか、実質的競争がない場合（19 条 2 項 1 号 2）。又は競争者に対して圧倒的地位にある場合（19 条 2 項 2 号）に、市場支配的地位が存在するとしている。当該 1 号と 2 号の要件は代替的關係にあり、2 号の導入によって市場支配的地位の立証が容易になったと理解されている。ここでは、2 号にいう事業者が圧倒的地位を有している限り、1 号の実質的競争が欠如していることを立証する必要はないとされる<sup>45</sup>。

市場支配的地位は、ドイツ法及びヨーロッパ法においても、市場における競争圧力を受けることなく、独立した企業行動を展開し得る行動幅を決定的な指標としており、そして、その場合、市場行動・市場構造が総合的に検討されることになる。このようにして、ヨーロッパ法及びドイツ競争制限防止法は、市場支配的地位概念の内容に関して幅広く重なることが指摘される<sup>46</sup>。

さらに、ドイツ及びヨーロッパ法は、市場支配的地位そのものを禁止しているのではなく、その濫用行為を禁止している。濫用行為の目的は、競争によって十分にコントロールされない行為幅の規制ということになる。ドイツ競争制限防止法では、19 条 4 項で濫用要件に例示規定が定められている。とりわけ、ここで本報告との関係で重要であるのは、以下の類型である。

---

<sup>42</sup> Jestaedt 「Langen/Bunte Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht Band 1」(2001 年) 2098 頁。

<sup>43</sup> 支配事業者による航空貨物運送タリフが、他の航空会社を排除する目的を持って、過度に低く設定されている場合に、濫用とされたケースがある（「Ahmed Saeed Flugreisen」判例集 1989 年 803 頁）。

<sup>44</sup> 「Michelin/Kommission」判例集 1983 年 3461 頁、「Hoffmann- La Roche/Kommission」判例集 1994 年 5641 頁。

<sup>45</sup> Moschel 「Immenga/Mestmacker GWB Kommentar」(2001 年) 617 頁。2 号は、競争制限防止法に企業集中規制が導入された 1973 年の第二次改正で新設された規定であり、1 号が主に顕在的競争の存否を決定的判断要因とするのに対し、2 号の検討の枠組みで基準となっている市場及び事業者の構造的検討は、将来の市場構造に関する徴候を捉えるものであり、とりわけ、集中規制において意味を持つとされる。Mestmacker/Veelken・1355 頁）。

19条4項1号「他の事業者の競争可能性を当該市場における競争にとって重大な方法で侵害する場合」(妨害濫用)

2号「有効な競争が存在すれば高度の蓋然性を持って形成されるであろう対価又はその他の取引条件と異なる対価又は取引条件を要求する場合」(搾取濫用)(この場合、特に、有効な競争の存在する比較可能な市場での事業者の行動が考慮されるものとする。)

3号「その差異が客観的に正当化される場合を除いて、市場支配的事業者自身が同種の購入者からなる比較可能な市場において要求するよりも不利な対価又はその他の取引条件を要求する場合」

以下、航空運輸における航空運賃の設定が上記の競争制限防止法19条4項にいう濫用行為に該当するか否かが争点となったケースを2つ検討することにする。

#### (1) Flugpreisspaltung

カルテル庁は、ドイツluftハンザに対して、ベルリン＝フランクフルト間の乗客輸送の運賃を、ベルリン＝ミュンヘン間よりも片道10マルク以上要求することを禁じた<sup>47</sup>。

比較される路線として示されたベルリン＝ミュンヘン間は、主要な競争者であるドイツBAによっても運行されており、この競争によりベルリン＝フランクフルト間の路線より運賃が低くなっている。すなわち、ベルリン＝フランクフルト間のluftハンザの運賃は、ベルリン＝ミュンヘン間の運賃より25-30%高くなっている。カルテル庁は、これを正当な事由なき価格差別としている。ドイツ国内の航空サービスの需要者の視点からは、ベルリン＝フランクフルト、ベルリン＝ミュンヘン間の路線に関して何ら構造的相違は認識し得ず、競争に直面していることから生じる収入損を、独占地域での価格形成を通してバランス化するという目的は、価格濫用を裏付けるものである。また、競争が機能している状態においても事業者には、完全なコストカバーを達成する保証は与えられず、市場支配的事業者も、当該価格がコストをカバーしないという事由に基づき、濫用非難に対し正当性を主張することはできない。濫用規制の基準は、コスト状況ではなく、競争価格であるとしている。この件に関して高裁は、カルテル庁の決定を破棄している<sup>48</sup>。

最高裁の判決では、まず、個々の飛行路線に基準を置いて市場を区分し、ベルリン＝フランクフルト間において80%以上の市場シェアからluftハンザの市場支配的地位を認定し、ベルリン＝ミュンヘン間の路線を比較対象としている。

次に、フランクフルト路線で市場支配的地位にある19条4項3号に基づき、ベルリン＝フランクフルト路線で市場支配的地位にあるluftハンザによる価格差別行為は、当該価格形成に際してその市場支配的地位を濫用しているという推定を根拠付けるとする。支配市場における相対的高価格は、競争圧力がないことから顧客を犠牲にして実施され、他方で、比較市場において事業者は、競争圧力があるため市場力の行使を控えざるを得ない。このような推定は、価格差別が正当化される場合にのみ覆すことができ、この正当化事由は市場支配的事業者が立証しなければならないとする。

19条4項3号にいう価格差別の正当化事由として、最高裁は、支配市場における損失の回避

<sup>46</sup>Hubschle「Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht」(2001年)308頁。

<sup>47</sup>「Flugpreis Berlin-Frankfurt/M.」1997年2月19日カルテル庁決定(WuW/E BkartA2875)。

を認めているが、最終的には、高裁が十分に事実関係を明らかにしていないとして差し戻している。ここでは、最高裁は、支配的市場で生じる損失が、他の供給者にも同様にあてはまる客観的なものでなければならないこと、そして、本件については、フランクフルト＝ベルリン間路線で生じる損失は、競争者にも同様に当てはまる客観的な事情のみではなく、乗換乗客の扱いという事業者の個人的な判断に起因し得ること、ドイツ BA がベルリン＝フランクフルト路線で損失価格を実施していないかどうか等について、高裁が検討していないことを挙げている。その他に、最高裁は、価格濫用を肯定するには比較市場との明らかな価格乖離が必要であり、この著しい価格乖離は、当該事業者が一定の利益の獲得を確保するという目的から理解されることを指摘している。

本件については、その後、ゲルマニア及びドイツ BA による低価格設定が展開し、ルフトハンザもこれに応じて 2002 年から新しい料金システムを採用している。カルテル庁による禁止手続が発せられた時点では依然として 25 から 31% に達していたルフトハンザの両路線の価格差は、9.4 から 11% に低下していることから、カルテル庁は、著しい価格差を要件とする価格差別濫用はもはや存在しないと判断し、本件は終結している<sup>49</sup>。

## (2) Germania (ゲルマニア)

ゲルマニアは、まず 2001 年 11 月、ベルリン＝フランクフルト間の航空運賃を 99 ユーロ(片道)で提供し、その後 55 ユーロで短期間供給した。これは、ルフトハンザが従来、RT 運賃として往復 485 ユーロであったのを 200 ユーロに即引き下げたのを受けて行われたものである。2002 年初にゲルマニアは、再び片道 99 ユーロに引き上げ、ルフトハンザは、新しい運賃 M-Fly-OW (エコノミーワンウェイ)によって格安運賃(平均して片道 100 ユーロ)を設定し、ベルリン＝フランクフルト間を、おおよそ片道 105.21 ユーロに設定した。同時に、ルフトハンザは、通常のエコノミークラスを 435 から 439 ユーロに引き上げた。

### ア カルテル庁決定要旨

カルテル庁は、ルフトハンザの行為に競争制限防止法 19 条 1 項及び同条 4 項 1 号違反を認め、ルフトハンザに対して、フランクフルト＝ベルリン間片道一人につき、競争者であるゲルマニアの航空運賃より 35 ユーロ以上上回っていない航空運賃の設定を禁止している<sup>50</sup>。

### イ 高裁判決要旨<sup>51</sup>

競争制限防止法 19 条 1 項、同条 4 項 1 号違反に基づき、ルフトハンザは、フランクフルト＝ベルリン区間について片道一人につき、競争者であるゲルマニアの航空運賃の 30.50 ユーロ以上上回っていない航空運賃を設定してはならない。ルフトハンザないしはゲルマニアが往復

<sup>48</sup> KG1997 年 11 月 26 日判決 (WuW/E DE-R 124)。

<sup>49</sup> カルテル庁年次報告 2001/2002 (Deutscher Bundestag, Drucksache 15/1226, 191 頁)。

<sup>50</sup>その他に、カルテル庁の決定では、ゲルマニアの航空運賃が 99 ユーロ(片道)を上回る場合には、ルフトハンザは、134 ユーロより高い航空運賃を要求してはならない。当該区間について、ゲルマニアが片道 134 ユーロ又はそれ以上要求する場合には、ゲルマニアより高い航空運賃を要求することをルフトハンザは義務付けられない。当該決定の措置の即時執行が命令されている。これに対してルフトハンザが、抗告訴訟を提起。



運賃のチケットを提供する場合には、その半額が片道運賃として妥当する。ゲルマニアが航空運賃を 99 ユーロ（片道）から値上げした場合、ルフトハンザは、129.50 ユーロを上回る航空運賃を要求する必要はない。当該区間について、ゲルマニアが片道 129.50 ユーロ又はそれ以上要求する場合には、ルフトハンザは、ゲルマニアよりも高い航空運賃を要求することをもはや義務付けられない。

#### (ア) 市場支配的地位について

地理的関連市場としては、フランクフルト＝ベルリン路線区間、物的市場としては、航空輸送の特殊性（他の交通機関を圧する迅速性）から航空輸送が捉えられ、高裁は、ルフトハンザの市場シェアを 69.4%と認定している。ルフトハンザは、このように 19 条 3 項 1 文<sup>52</sup>の市場支配推定規定で定めるより二倍以上の市場シェア、及び、競争者ゲルマニアと比較して圧倒的な金融力とその他の経営資源を持っていることから、関連市場において市場支配的地位にあることについては、疑いなく受け入れられている。

#### (イ) 市場支配的地位の濫用

カルテル庁は、ルフトハンザが M-Fly-OW という格安運賃の価格設定を行い、他の競争者の競争可能性、ここでは新規参入者であるゲルマニアの競争可能性を正当な事由なく、市場における競争にとって重大な方法で侵害している（19 条 4 項 1 号）と判断し、高裁もこれを支持している。

a カルテル庁の決定によれば、新規参入者であるゲルマニアに対するルフトハンザの反応に排除戦略が存在し、すなわち、新しい M-Fly-OW 格安運賃は、攻撃的価格としてゲルマニアの競争可能性を侵害し、かつ、ベルリン＝フランクフルト路線からゲルマニアを排除する戦略的手段を意味する。カルテル庁は、このようなルフトハンザの行為を、意図的に一定の競争者に向けられた低価格販売に当たるとして、これは、市場支配的事業者が能率競争上正当化されないかつ企業としての計算原則を無視した低価格販売を行い、競争者を市場から排除することを目的としていると判断している。高裁は、かかるカルテル庁の評価を支持している。

b ルフトハンザの主張は以下のとおりである。当該ルフトハンザの行った手段は、単にゲルマニアの競争価格に対応したにすぎない。すなわち、ルフトハンザの主張によると、ルフトハンザは、ゲルマニアによる有利な運賃での提供によって生じる顧客シフトの経済的損失を最小限に抑えることを目的として、自らの判断に基づき補足的に格安チケットを戦略的手段として実施したということになる。

高裁の理解によれば、このことは、ルフトハンザが戦略的手段を用いてゲルマニアの当該路線の継続維持を比較的短期間で不可能にすること、言い換えれば、ゲルマニアを市場から排除することを目的としていることを意味する。カルテル庁の判断は、現実的な意味で、ゲルマニアが採算性のある搭乗率を達成するためには、従来ルフトハンザを利用していた顧客を獲得し

<sup>51</sup>Dusseldorf 高裁判決 2002 年 3 月 27 日（WuW/DE-R 867）。

<sup>52</sup>一事業者が三分の一以上の市場占拠率を有する場合には、当該事業者は市場支配的である

なければならないことを出発点としている。ルフトハンザは、戦略的手段である格安運賃 M-Fly-OW を用いて、これを妨害したいと考えているのである。もっとも、このように妨害したというだけでは、市場支配的地位の濫用(19条4項1号)を充足するのに十分ではなく、妨害を受けた事業者と市場支配的事業者のそれぞれ利益衡量において、市場支配的事業者の当該行為の目的及びその手段が評価されなければならない。その場合、競争的構造及び市場参入機会の確保に向けられた法目的は、特に重要な意味を持つことになる。

(ウ) このことに関して、ルフトハンザは、当該ルフトハンザのとった手段は、単に競争価格への対応であるため、原則として正当化されると主張している。これについてカルテル庁は、ルフトハンザがゲルマニアの価格に単に対応することを禁じているのではなく、ルフトハンザは、M-Fly-OW をもってゲルマニアよりも名目上僅かに高い航空運賃を要求しているが、航空業務と関係している付加的サービスを考慮に入れると、ルフトハンザは、ゲルマニアより低い運賃を要求しているとする。高裁も、カルテル庁のこのような評価を支持している。この多様なサービスは、便数頻度、マイレージサービス、機内食飲物及び新聞サービスのように特に乗客にとって重要なメリットを指すものである。

すなわち、カルテル庁が説得的に述べているように、仮にルフトハンザがゲルマニアと全く同一運賃(99ユーロ)をルフトハンザの付加サービスを含むサービス全体に対して算定したとすると、ゲルマニアの提供するサービスは、需要者から見れば、ルフトハンザのサービスに比べて見劣り、ルフトハンザが満席であるという稀なケースでの代替サービスとして以外、生き残る現実的なチャンスはないであろう。ゲルマニアには、実際、顧客が航空会社を選択する要素の中で、主として安価な運賃の提供という要素しか備わっていない。ゲルマニアが何ら有利な価格を提供できず、しかもルフトハンザと比べて劣るサービスを提供する場合には、顧客獲得競争においてゲルマニアにチャンスは殆どない。そして、そのような競争状況が、ルフトハンザの付加サービス込み運賃をゲルマニアの名目上価格 99 ユーロまで引き下げたことに起因するとすれば、これは、競争者間にサービス格差があるため、ルフトハンザによる低価格販売と同じことになる。したがって、19条4項1号に基づく評価においても、この点を考慮に入れなければならない。需要者の視点によれば、付加サービスという魅力が、名目上の価格差を上回る限り、ルフトハンザがその格安運賃をゲルマニアの運賃に対して僅かに引き上げて、基本的に競争状況は何ら変わらない。これは、金額の問題ということになるが(後述)、カルテル庁が、平均的乗客の視点から、付加的サービスの価値は、6.21 ユーロという単なる価格差を明らかに上回ると判断しており、高裁もこれを支持している。

高裁は、二者の運賃のみを相互に評価することを適切であるとしている。すなわち、ここでは、比較を可能にするためにサービスの差の重要度が評価されなければならない、さもなければ、価格引上げ、又は品質低下、ないしは両方の手段の組合せ等のような濫用規制を免れる多くの方法が認容されてしまうからである。価格が、新規の競争者にとって重要な競争パラメーターであり、当該市場においてゲルマニアが唯一競争し得る要素は価格であるため、カルテル庁が禁止手続の手がかりとして、品質ファクターではなく価格を取り上げているのは適切である。カルテル庁は、事業者品質ファクターを低下させるように強制してはならないが、法的状況

---

と推定される。

に応じて価格設定の変更を強いることは許されるとしている。加えて、その他、万が一ルフトハンザが、M-Fly-OW 運賃から一定の付加的サービスを取り除き、それをもって、新しい事実関係が生じた場合には、カルテル庁は決定を再審査しなければならない。

(E) ルフトハンザは、M-Fly-OW 運賃は、一方で、十分な柔軟性があるわけではないためビジネス旅行には適せず、また、他方で、ビジネス旅行が航空運輸において重要であるために、M-Fly-OW 運賃はゲルマニアを市場から排除することにはならないと述べているが、説得的ではない。

(オ) ゲルマニアがコストをカバーするために乗客一人当たり片道 99 ユーロを必要とせず、明らかにそれより低い運賃、即ち 55 ユーロでもって経営可能であるため、M-Fly-OW 運賃がゲルマニアを市場から排除することにはならないとルフトハンザは主張する。

ゲルマニアにおける費用と損失の関係について、カルテル庁の調査によれば、航空運賃 55 ユーロの時点の搭乗率は 70% であるが、コストカバーのためには平均 100% の搭乗率が必要であり、これは、達成は事実上ほぼ不可能である。航空運賃が 99 ユーロとなった時点のゲルマニアの稼働率は 51% から 33% に減少している。ゲルマニアに関して言えば、99 ユーロの航空運賃の場合に搭乗率 61% でもって初めてコストカバーが可能である。

ここから、ゲルマニアの航空運賃が 99 ユーロの場合には、M-Fly-OW 運賃がゲルマニアの予約数と搭乗率に対して、著しい下方プレッシャーとして機能する蓋然性が高い。この場合、ゲルマニアは 99 ユーロの運賃では、総費用をカバーする基準点、又は利益が生じる基準点に達することが妨げられる。

(カ) 上記の計算は、ルフトハンザ自身も、その M-Fly-OW 運賃をもって一乗客当たりの平均費用基準とする費用計算において、大幅に赤字となることを同時に示している。

(キ) 最終的に、ルフトハンザは M-Fly-OW 運賃の導入をもって、価格の二分化を図っていることが挙げられている。すなわち、ベルリン＝フランクフルト間で代替可能で同一のサービスである M-Fly-OW とエコノミークラス間の価格差別だけでなく、比較し得る国内の区間（新しい運賃が適用されるベルリン＝フランクフルト間とベルリンミュンヘン間）で価格の二分化を採用していることは、カルテル庁の評価に際して着目すべき点である。市場支配的事業者による価格の二分化は、他の規定、競争制限防止法 19 条 4 項 3 号により濫用と評価される価格差別を示し、カルテル法違反に該当することも憂慮される。

(ク) 以上の評価（b からキ）まで）を総括して、高裁は、ルフトハンザが導入した戦略的な手段（M-Fly-OW）は、ゲルマニアが開始したばかりの航空路線の継続維持を比較的短期間に不可能にするという目的を追求していることを認定している。

結論として、競争の自由と市場参入の確保に向けられた競争制限防止法の目的を基準にした利益衡量において、新しい競争者であるゲルマニアの利益、すなわち 99 ユーロの航空運賃でもって市場に参入し、かつ長期的に定着するという利益が、市場支配的事業者であるルフトハンザの利益、すなわち従来からの自身の顧客関係及びその市場シェアを保護するために、（原

則として認められている) 価格形成の自由を利用する利益に対して、優先する。

ウ 裁判所及びカルテル庁は、航空機の運行サービスの品質ファクターを金銭的に換算することは困難であるとの認識に立つが、高裁は、付加的サービスを金銭的に評価しなければならないとする。そして、可能な限り金銭的に評価した場合、以下のように要約される。

(ア) 運行の頻度は、特にビジネス客にとって重要な品質メルクマールである。時間の著しい節約の機会が問題になっているため、平均的乗客は、これに対してより多額の料金を支払う用意がある。もっとも、このような評価が片道 25 ユーロで適切かどうか、あるいは高すぎるかは決定的に判断し得ないとしている。

(イ) 機内飲食サービス、無料新聞は、何ら重要な選択要因ではないが、乗客の視点からはこの付加的サービスについて中程度の金額で評価される。この付加的サービスは、「劣ったクラス」であると感じることなく、飛行路線の魅力を高める。これについて一定の追加料金を支払う用意があることは否定できない。また、この場合も 3 ユーロを著しく下回る追加料金を支払う用意があることも確定し得ない。

(ウ) マイレージプログラムは、乗客の中には頻繁に利用しない乗客も多い。フランクフルト＝ベルリン間で、乗客毎のマイレージを集めるためにルフトハンザに生じる平均費用は、ルフトハンザによれば 2.5 ユーロである。このような低い金銭評価は、ゲルマニアの側でもマイレージプログラムへ低費用で参加し得ることからも正当化される。ゲルマニアがマイレージプログラムに参加するため計上される費用は、2.50 ユーロより高くはないと推定し得る。

三つの金銭化した付加的サービス 25+3+2.50 を合わせると 30.50 ユーロになる。この結果、ゲルマニアの価格と M-Fly-0W 運賃との間の名目上の 30.50 ユーロという価格差については、当該決定の適法性について何ら疑いはないことが確認され得る。確実な金銭評価が不可能であることから、35 ユーロ以下の価格差が命令される限りにおいて、65 条 3 項 1 文により、不服申立の停止的効力は回復されなければならない。

### 3 Germania ケースとアメリカンエアラインケースとの比較

#### (1) アメリカンエアラインケースの概要<sup>53</sup>

航空会社の略奪的価格に対する初めての提訴として、司法省はアメリカン航空をカンザス地裁に提訴した。アメリカン航空が、そのハブ空港であるダラス空港の発着便において、参入航空会社に対して不当な廉売攻勢をかけ、かつ増便したことが、シャーマン法 2 条違反の独占化・独占化を企図する行為に当たるか否かが争われた。

裁判所の判決要旨は以下のとおりである。まず、略奪的価格設定について。Brooke 判決によれば、略奪的価格というためには、第一に、何らかの基準となる費用を下回っていることが必要である。費用基準について確立した最高裁判例はないが、略奪的価格認定の基準費用は、可変費用によることが反トラスト法の通説とされている。本判決では、平均可変費用が基準費用として採用されたものと理解されている。そして、路線全体の路線収益計算を基準にして、アメリカン航空の価格がこれを下回ったことが立証されていないとする。第二に、競争水準を上

<sup>53</sup> 「United States v. AMR Corp.」。詳しい事実の概要は、中川寛子「米欧における略奪的価格設定規制」日本経済法学会年報第 22 号 2001 年 123 頁以下参照。

回る価格設定による埋合せの有無について地裁は、参入航空会社撤退後のアメリカン航空の運賃引上げが、競争開始前の水準に戻ったことを立証するに過ぎなく、また、それが競争水準以上であったことの証拠はないと判断している。加えて、競争対抗価格であることの抗弁の適用も認めている。本件は、低価格への対抗価格を反トラスト法は奨励していること、アメリカン航空の価格が新規参入者の低価格や程度を超えていたり、新規参入者の価格が新規参入時の販売促進的低価格であるなどの、同抗弁が適用できない例外的状況には当たらないと判断している。

## (2) 費用基準と競争者排除目的

一定の基準となる費用を下回るか否かが、アメリカンエアラインケース及びゲルマニアケースで、それぞれシャーマン法 2 条違反となる略奪的価格、競争制限防止法 19 条 4 項 1 号にいう市場支配的地位の妨害濫用行為に該当するか否かの判断基準になっている。

アメリカンエアライン判決については、既に述べたように、平均可変費用を費用基準として理解されている<sup>54</sup>。当該判決では、いかなる費用を基準とするか、及び当該価格が費用基準としての平均可変費用を下回るか否かが、略奪的価格の評価に際して重要な指標となっている。判例上確立した費用基準は認められないが、略奪的価格は、短期限界費用又は短期的な平均可変費用を基準として、これを当該価格が下回るか否かを問題にすることによって客観的に判断され、価格が当該費用と同じであるか又は費用を上回る場合には原則合法とされる。ここから、略奪的価格の適用範囲はそもそも極めて狭くなるという指摘もある<sup>55</sup>。

ゲルマニアケースの費用計算は、カルテル庁の決定で以下のように行われている。「ルフトハンザは、フランクフルト＝ベルリン間片道平均 105.21 ユーロに設定した航空運賃により、平均 24.71 ユーロの旅客サービス料を差し引いた後 80.50 ユーロを得ることになる。旅客サービス料を含めた航空運賃の...%の手数料を計算し、金額は...ユーロとなる。付加価値税 16%を差引き、ルフトハンザには一フライト一乗客の収益として...ユーロが残る。2000 年のルフトハンザの路線収益計算は、総費用を...マルクと示している。そのうち...が可変費用である。そこから、旅客サービス料を差引後、乗客毎の平均費用は...ユーロとなる。ルフトハンザの路線収益計算によれば、乗客毎の直接費用は...マルクである。」そして、「片道 105.21 ユーロの運賃から手数料、付加価値税、旅客サービス料を差引いて残る...は、同社の顧客一人当たりの平均費用額...マルクを大幅に下回る」ことが認定され、さらに、カルテル庁は、当該運賃が全体的戦略の一環として競争の排除を目的としている場合には、ルフトハンザの支配的地位の濫用行為を示す徴候とする。そして、当該行為が原則として排除に連なることに適しており、又は客観的状況からみて排除対象となっている競争者に対して意図的に向けられていると推論せざるを得なければ、排除の意図を認定するのに十分足りるとする。ここでは、以下のとおり、これ

<sup>54</sup> 司法省は、航空機費用が可変費用に該当すること、加えて、価格引き下げにより失った利益を機会費用として可変費用に含めて検討すべきであると主張した。さらに、司法省が提案した判断基準について、地裁は従来の Brooke 判決に反する等の理由から不適切であるとしている（詳細は、中川寛子「米国航空産業における略奪的価格設定規制 - アメリカン・エアライン事件連邦地裁判決」公正取引 612 号 56 頁以下）。

<sup>55</sup> Moschel 「Immenga/Mestmacker EG- Wettbewerbsrecht Kommentar Band 」（1997 年） 733 頁。

らの要件は充足されているとする。すなわち、ゲルマニアが新規に定期運行を開始した路線のみに新しい片道運賃を導入していること、ゲルマニアの新規参入に狙いを定めていること(時期、路線)、実質的にゲルマニアの航空運賃より大幅に低い運賃を提供していること、ゲルマニアが99ユーロという運賃に戻した後、ゲルマニアの予約数が40%減少していることは、ルフトハンザが近似した運賃を設定した場合には排除効果があるとの予測を確認するとしている<sup>56</sup>。

高裁は、カルテル庁の認定を全面的に受け入れている。カルテル庁の費用計算に即して、乗客毎の平均費用を基準にした費用計算によっても、ルフトハンザはM-Fly-OWにより大幅な赤字を出し、さらに、M-Fly-OW運賃は、ゲルマニアのチケット価格が99ユーロの場合、ゲルマニアが総費用をカバーする、ないしは収益ゾーンに達することを妨げることに着目されている。費用基準については、それ以上詳しく検討されていない。当該判決を見る限り、濫用行為有無の評価に際して費用計算が一定の役割を果たすものの、また、いかなる費用を基準とすべきかについて厳密に議論がなされているわけではないが、アメリカンエアライン判決と異なり、本判決では総費用に重点をおいて検討が行われていると思われる。

ドイツ法における不当廉売の費用基準といえ、競争制限防止法20条(当該規定では、中小競争者に対して優越的地位にある事業者が、一時的ではなく仕入価格以下での販売を行う場合、不当な妨害に当たるとしている。)が不当廉売を規制対象としており、当該規定は仕入価格を基準としている。しかしながら、20条は主に小売業を対象にした規定と位置付けられており、本件では20条は適用されていない<sup>57</sup>。本件で争点となった廉売行為は、市場支配的事業者による競争者への妨害濫用行為と捉えられていることを特徴とする。このように、廉売行為を市場支配的事業者の濫用行為として捉える適用の仕方は、EC条約82条の適用にみられる。

ヨーロッパ裁判所の判決<sup>58</sup>によればEC条約82条にいう濫用行為となる廉売行為の基準は、以下のように要約される。

- a. 平均可変費用を下回る廉売が、市場支配的地位にある事業者によって行われる場合には、競争者の排除を目的としていると捉えられ、濫用に当たる。このような価格政策は、能率を指向する競争の原則と一致せず、市場支配的事業者が、引き続きその後獲得された地位を利用することによりその価格を再び引き上げるために、競争者を市場から排除する目的を追求していることをもってのみ、説明することができる<sup>59</sup>。

<sup>56</sup> その他、ミュンヘンフランクフルト間の路線において、ルフトハンザはドイツBAがこの路線に参入した後、ビジネス及びエコノミークラスの運賃を引下げたが、ドイツBAが市場から退出した後運賃を何段階に分けて連続して引き上げたこと、距離が概ねベルリンフランクフルト間のそれに相当するベルリンミュンヘン間の運賃を比較対象とすると、ルフトハンザがベルリンミュンヘンの往復運賃をエコノミークラスで441ユーロに設定し、ベルリンフランクフルト間の新しい料金設定を大幅に上回ることが挙げられている。

<sup>57</sup> 20条では、中小競争者に対して優越的地位にある事業者が、一時的ではなく仕入価格以下での販売を行う場合、不当な妨害に当たると規定している。当該規定は主に小売業における廉売を対象としており、費用基準として仕入価格を規定している。

<sup>58</sup> 「Akzo/Kommission」判例集1991年3359頁、「Tetra Pak/Kommission」判例集1996年-5987頁。

<sup>59</sup> Dirksen・前掲注7)2191頁、「Akzo/Kommission」「Tetra Pak」・前掲注58)。

- b. 総費用を下回るが、平均可変費用を上回る価格による廉売は、競争者の排除を目的とする場合に濫用行為とされる。このような価格政策は能率的な競争ということもできるが、経済的に弱小な事業者を市場から排除し得るものである。したがって、ここでヨーロッパ裁判所は、当該価格設定が全体戦略の枠組みで競争者の排除を目的とすることの補足的な立証を要求している。これは、期間、損害の規模、計画性等から明らかにされる<sup>60</sup>。

ここから、まず、平均可変費用を下回る場合には、競争者排除の意図があるとして、原則として濫用行為と捉えられる。もっとも、この場合、対象となる分野の特殊性と関係して平均可変費用がどのように算定されるかという問題が提起されることになる<sup>61</sup>。

次に、平均可変費用を上回る場合でも競争者排除目的が認定されれば濫用行為とされることになる。「Akzo」判決では、価格が競争能力を越えて形成されていること、すなわち、競争者から顧客を奪い取ることを意図する以外には意味がないほど、価格が低く設定されていることが認定されている。さらに、競争者排除の意図を示す徴候として、競争者の一定顧客に絞った選択的な低価格並びに低価格政策が長期間にわたって実施されていたことが挙げられている。「Tetra Pak」判決では、委員会が、Tetra Pak がその機械の販売に際して長期間にわたって損害を出していたことから競争者排除目的を認定し、このことは、他方で、Tetra Pak が競争者に対しては当該製品を過度に高い価格で販売していたことによって補強されている。裁判所もかかる委員会の認定を受け入れている<sup>62</sup>。

これらの判決では、競争者排除の目的は費用と価格の関係分析を出発点として認定されている<sup>63</sup>。もっとも、この場合、費用のみが基準とされるだけでなく、市場への影響、想定される市場参加者の合理的な行動が評価されている<sup>64</sup>。

ゲルマニア判決は、基本的には、ヨーロッパ裁判所の考え方と同じ方向性を示すものである。ゲルマニア判決においても、競争者の排除目的の認定に検討が絞られている。この排除目的の認定は、第一に、ルフトハンザは、自らの価格を（付加サービスの価値を考慮した場合）ゲルマニアの運賃価格を下回るほどに引き下げていること、ひいては、ゲルマニアの費用カバーないしは収益ラインに達することを阻止することになることに基づいている。第二に、さらに、ルフトハンザ自身も総費用を基準にして赤字を出しているという費用基準に拠っている。費用基準として総費用が挙げられていることが注目される。旅客航空運輸において、いかなる費用を基準とするかについてはアメリカンエアラインケースでも重要な論点となっているが、新規

---

<sup>60</sup> de Bronett 「Wiedemann Handbuch des Kartellrechts」800頁，「Akzo/Kommission」・前掲注58）。

<sup>61</sup> 「Deutsche Post AG」2001年3月20日委員会決定（EC官報L126号27頁）。本件委員会の費用基準の確定をめぐる学説による評価は一樣ではないが、委員会は、平均可変費用の範囲として当該問題となった特定のサービスのみ起因する増分費用を取り上げ、これを下回っている価格が設定されていることからEC条約82条違反を認めている（本報告書参照）。

<sup>62</sup> 判例集1996年-5987頁。

<sup>63</sup> Dirksen・前掲注7）2191頁。

<sup>64</sup> Moschel・前掲注55）733頁。また、基準となる費用基準は、学説上も明らかにされておらず、一定の製品の正確な費用を、法の適用に要求される確実性をもって認定することはほぼ不可能であるということが、実際の適用上克服不可能な困難であると指摘されている（de Bronett・前掲注60）799頁）。

参入航空会社が既存の航空会社より効率的であっても固定費を回収できない状態が続くと、退出を余儀無くされることが考えられるため、ゲルマニア判決の立場のように、総費用を一つの手がかりにすることは合理的であると思われる<sup>65</sup>。第三に、加えて、比較し得る他の国内区間との価格差別を行っていることも手がかりとなっている。とりわけ、競争者価格を下回ることを一つの決定的な判断基準にしていることに注目すべきであろう。

### (3) 埋合せ理論について

この理論は、Brooke 判決で示された基準であり、略奪的価格の認定は費用を下回る価格というだけでは不十分であり、独占的事業者が費用割れ販売により競争者を排除した後に、価格を引き上げて利益を回復できる場合にのみ、低価格の不当性を認める考え方である。当該販売行為が行われた時点で埋合せの立証をするためには、行為者の市場における地位、関連市場の構造、過去の市場行動から、当該事業者が相当長期にわたって当該市場で価格支配力を有することを立証しなければならないことになる。

アメリカンエアライン判決で地裁は、埋合せの立証について、埋合せに重要な独占力の推定には、シェアのみならず相当な参入障壁が必要であるとする。そして、現実の参入の事実は、障壁の不存在を示すとして、当該市場には埋合せの蓋然性はないと判断されている。ここで、参入障壁が存在しないということは、当該路線に就航している新規参入者の数が国内最多であること、7社の新規参入者が近年参入し、うち5社は直近の過去3年以内に参入していること、構造的参入障壁もないことから、示されるとされる。また、アメリカンエアラインは、新規参入者との競争の間は価格を引き下げ、その後競争開始前の水準に戻したにすぎず、加えて、競争開始前の価格が競争水準以上であったことを示す証拠はないとされている。

アメリカの最高裁判決では、費用を下回る価格であっても、競争を侵害しなければ消費者利益に資すると理解されている。シャーマン法2条は、独占達成の高い危険性が求められており、独占的企業が赤字販売により競争者を排除した後に、高価格を回復して維持できる場合に限定

---

<sup>65</sup> 航空運輸に関する費用基準について、一つは短期限界費用、二つ目は、総費用が考えられる。短期限界費用は、サービス提供に要する可変費用でありこれを下回る場合には販売が不当販売に当たることには争いはない。長期的に見れば、サービス価格は変動費の他機材費等の固定費を合わせた総費用を上回る水準であることが必要であるが、短期的に総費用を回収できない運賃が即不当販売になるとは考えられていない。しかしながら、総費用割れ運賃を全く規制できない場合には効率的な参入航空会社が排除されることになる。アメリカンエアラインケースでは、アメリカン航空は、当該路線の収入が変動費を上回っているから不当販売ではないと主張し、他方、司法省は、増便費用には変動費だけでなく、転換した機材の費用も含まれるべきであり、増便による増分収入が増分費用を下回ると主張した(古城誠「航空自由化と不当販売規制」公正取引 594号 13頁以下参照)。司法省は、ここで、航空費用の大きな割合を占める航空機は空港間を容易に移動できることから、固定費用ではなく可変費用であると主張し、アメリカンが「総費用」であるとする費用の殆どは可変費用であると反論している(滝川敏明「空港発着枠の配分と略奪価格規制」公正取引 2001年 606号 75頁以下)。これは、航空会社の平均可変費用には、当該フライトを航空会社が運行しなかった場合に回避することができた全ての費用を含めるべきであるという考え方に依拠するものである。これに関係して、機会費用を基準として用いることも考えられるが、機会費用の確定の困難はいずれにしても避けられないであろう。ゲルマニア判決では、ルフトハンザが従来の自身の価格をゲルマニアの価格を下回るほど引き下げたことは認定されているが、さらにキャパシティの動向等、機会費用については検討されていない。



して、低価格の不当性を認定すべきとされている<sup>66</sup>。

ゲルマニア判決では、ゲルマニアの参入を排除した後に、ルフトハンザが価格を引き上げて利益を回復できるかどうか、及び参入障壁の有無についての具体的認定はなされていない。また、ヨーロッパ法の判例・学説によってもかかる埋合せの立証は必要とされていない<sup>67</sup>。これは、ヨーロッパ・ドイツ法における略奪的価格ないしは不当廉売に係る規定自体が、通常獲得可能な利益を一時的に放棄するか、新規参入者排除後に回復し得る損失を甘受しながら行われるという評価を出発点としていること、及び濫用行為は具体的な競争の侵害を必ずしもその要件としていないことから説明される。ここから、さらに埋合せとして具体的な競争侵害・独占力の立証の必要性はないということになる。

カルテル庁の決定では、ルフトハンザの価格戦略について、「その後、当該運賃によって生じた損失を、旧価格に復帰することによって取り戻すために役立つと考えた場合にのみ合理的に理解できる」としていることから、たとえ埋合せ基準が採用されても、アメリカンエアライン判決とは異なり、競争開始前の水準に戻す場合を含めて、埋合せが認定されることも可能であろう。

#### (4) 競争対抗価格の抗弁について

アメリカンエアラインケースでは、競争対抗価格の抗弁の適用可能性が、シャーマン法2条の下で認容されている。アメリカンエアラインの価格が、新規参入者の低価格の程度や期間を超えている場合等には、同抗弁が適用できないとされており、本件では、このような同抗弁が適用できない場合には当たらないとされている。この点は、ドイツ法の考え方と共通するといえよう。ドイツ法においても、20条4項(当該規定では、中小競争者に対して優越的地位にある事業者が、一時的ではなく仕入価格以下での販売を行う場合、不当な妨害に当たるとしている。)の不当廉売規制の枠組みで当該抗弁が受け入れられている。すなわち、競争者の低価格への対応価格は、競争者の価格が合法であり、その金額及び地理的範囲が妥当である場合に認められている。もっとも、競争者の低価格に反応しただけでなく、競争者が原価割れ(仕入価格を下回る)販売を行う場合には、当該抗弁は受け入れられない。

ゲルマニアのケースでは、高裁はもとより競争価格への対応自体を禁じていないが、本件については、ルフトハンザのかかる競争対抗価格の抗弁の主張を認めていない。ルフトハンザは、ゲルマニアより名目上は高い航空運賃を要求しているが、それに含まれる付加的サービスの価値を考慮すれば、ルフトハンザはゲルマニアより低い運賃を要求しているからである。

#### (5) 比較のまとめ

アメリカンエアラインケースとゲルマニアケースでは、その事実関係において酷似しているケースであるといえるが、その法的結論は異なったものとなっている。かかる相違は、主に、当該規制が根拠とする基本的な考え方の違いによるものと考えられる。廉売行為は、アメリカ法では略奪的価格としてシャーマン法2条の独占化・独占化企図の枠組みで捉えられ、この場合の検討の中心は、かかる独占・独占化の有無と結びつけられた行為の反競争性となる。略奪

<sup>66</sup> 滝川・前掲注65)75頁以下。

<sup>67</sup> 「Akzo/Kommission」「Tetra Pak」参照・前掲注58)

的価格の反競争性の評価に際しては、費用基準としてもっとも評価の確実な平均可変費用が用いられる傾向が認められる。加えて、独占化の企図の高い蓋然性が要求されることに基づき、埋合せ要件が理解される。

これに対して、ヨーロッパ・ドイツ法においては、市場支配的地位にある事業者が、一定の期間、妥当でない低価格を実施するという競争者排除の目的で、その圧倒的な資金力を利用する場合には、もはや通常の能率競争の一形態として理解することはできないため、支配市場ないしは第三市場における競争者排除の目的を持った行為として捉えられている<sup>68</sup>。濫用行為規制は、このような廉売行為の競争上の性格付けが前提となっている。

さらに、濫用とされる価格設定の区別は、費用と価格の関係の分析を出発点とするものの、費用基準が唯一の決定的判断基準ではなく、いわば他の状況証拠と関連づけて用いられている。平均可変費用を下回る場合には、もとよりいずれの法に基づいても原則として違法性が認められることになろうが、ヨーロッパ・ドイツ法では、問題となる価格設定が、平均可変費用を上回っていて総費用を下回る場合、競争者の排除目的がその他の客観的状況から論理的に明らかになれば、その違法性が認められることになる。ゲルマニア判決では、この競争者の排除目的が、既に述べたように、ルフトハンザの行為が一定の競争者、本件について言えばゲルマニアに向けられていること、競争者であるゲルマニアの価格を下回っていることに着目して認定されている。これは、廉売行為が、市場支配的地位の濫用行為の枠組みで、競争者に対する妨害という形で問題にされることからすれば、妥当な判断基準であると思われる。

以上の点の他に高裁は、カルテル庁の決定が、市場支配的事業者であるルフトハンザの正当化されない妨害に対して、ゲルマニアの当該市場への活発な参入によって形成されつつある新しい競争構造を支えるものであると評価し、これは濫用規制の純粋な役割であると理解している。このことに関しては、本件においてカルテル庁及び高裁の決定したルフトハンザに対する措置自体が、包括的な運賃設定を禁止するものでなく、ゲルマニアの運賃と実質的（付加的サービスを含めた）に同額に引き上げることの内容とするものに留まるものであること、ゲルマニアが運賃の運賃が一定の金額に達する場合にはもはやルフトハンザにはかかる義務の遂行が要求されていないことを内容としていることに着目する必要がある。加えて、航空市場の迅速な変化を考慮し、かかる措置は二年間という限定も設けられており、本件の措置内容が、かかる濫用規制の趣旨・目的からみて妥当な範囲の措置であるということが出来る。

#### 4 航空運輸と独占禁止法

##### (1) 我が国における航空運輸と独占禁止法

米国、ドイツと同様に我が国においても航空会社の廉売行為に対する規制をいかに行うかは、重要な課題と思われる。事実、スカイマークとエア・ドゥの参入後、既存の航空会社（全日空・日本航空・日本エアシステム）は、両新規参入社をターゲットとした特別割引運賃を導入した。2002年に公正取引委員会は、大手航空会社3社に対しその運賃設定について、独占禁止法3条に違反するおそれがある旨の問題点指摘を行い、自主的な改善措置をとることを求めた。大手航空三社が、東京九州間の国内航空路線に関し新規参入者が運航している東京・宮崎・鹿児島・福岡路線について、特定便割引運賃として新規参入者の設定している割引運賃と同等又は

<sup>68</sup> Dirksen・前掲注7) 2191頁。

これを下回る運賃を設定したのである。さらに、当該特定便割引運賃は、新規参入者と競合がある路線の割引の程度が大きく、かつ一部の路線の運賃水準は費用からみても低いものになっていることが認められた。これらの運賃設定行為は、大手航空会社3社の市場における地位・状況、総合的事業能力、当該運賃水準、新規参入者に及ぼす影響からみて独占禁止法3条（私的独占の禁止）の規定に違反するおそれがあるとした。これを受けて、3社は、同年12月からの当該路線の特定割引運賃について引上げを決定している。

## (2) 航空運輸と独占禁止法

航空運輸の自由化により新規参入が行われると、参入・運賃競争も激しくなる。この新規参入者の低運賃での参入に対し既存の航空会社が運賃値下げを行うこと自体は正当であるが、この既存航空会社の対抗的な値下げは独占禁止法違反となることがある。同様の問題が、ドイツ、アメリカ、日本で生じているといえる。しかしながら、この既存航空会社の対抗的値下げに対する各国独占禁止法による対応の仕方は一様ではない。

我が国においては、(1)でみたように、このような事態に対して不公正な取引方法だけでなく、私的独占の規制対象として捉えられている。不当廉売として捉える場合には、独占禁止法19条に基づき公正競争阻害性の有無によって評価され、これは、市場効果要件として競争の実質的制限に至らない程度で足りることを内容とする。私的独占規制を用いる場合には、当該廉売行為が、「支配」・「排除」行為に当たるかどうか、及び「競争の実質的制限」の存否等が検討されなければならない。競争の実質的制限とは、市場支配力を保有している状態、すなわち、市場価格を支配する力と理解することができる。また、アメリカ反トラスト法によっても、独占力ないしは市場支配力は、価格を支配する力と解されている<sup>69</sup>。ここから、アメリカ反トラスト法でいう独占化・独占化企図の要件を、我が国の私的独占の要件である「競争の実質的制限」要件に対応して理解する場合、たとえ費用基準として総費用を基準とする検討方法を採用するとしても、埋合せ要件で要求される競争制限の立証は、実際には極めて困難となるであろう。ここから、私的独占規制が不当廉売に対して有効に機能するかは検討の余地がある。

ここで、ヨーロッパ・ドイツの市場支配的事業者による妨害濫用として廉売行為を規制する意義について考えてみることにする。ヨーロッパ・ドイツ法にいう市場支配的地位は、既に述べたように、当該問題となる事業者の他からの影響を受けない独立した行為能力、及び有効な競争を妨げる可能性の有無を基準として判断されており、これは、価格を決定する力にも現れるとされている。このようにみると、ヨーロッパ・ドイツ法上の市場支配的地位、日本法にいう競争の実質的制限、アメリカ法の独占化・独占化企図要件が前提とする競争制限の程度をめぐる理論的説明において、差異は殆ど認められないように思われるが、それをどのような形で立証するかという点に相違が見られることになる。アメリカのシャーマン法では、独占化及び

<sup>69</sup>川濱教授は、価格を支配できることと他者排除の戦略的地位とを混同する傾向が我が国にあるということを指摘される。価格を支配できる力を狭義の市場支配力とし、競争を排除する力というのは、効率性によらないで競争者を排除できる戦略的地位のこととされる。アメリカ反トラスト法においても、他者を排除する力は、価格支配力を導く手段であり、市場支配力の形態の問題ではないと理解されている。いずれにしても、市場閉鎖型市場支配の問題は、競争への悪影響の方式の問題であって、その効果の問題は、競争の実質的制限と別異に考える必要はないと言う川濱教授の指摘が支持されよう。川濱昇「競争の実質的制限」と市場支配力」『正

独占化企図の立証は市場シェアだけでなく、一定の行為によって独占化が実現維持されているかどうか、及び独占化の企図の高い蓋然性の立証が要求されることになる。これに対して、ヨーロッパ・ドイツ法では、市場支配の立証は多様な基準に基づき、すなわち、市場構造、事業者構造、及び市場行動を包括して評価されるが、とりわけ市場構造の分析が重要な意味を持ち、市場シェアが競争の程度を示す中心的な指標とする考え方が強い。また、基本的に市場成果基準は決定的な手がかりにならないとされ、市場行動及び事業者構造についての検討は必要な場合に補足的な根拠、あるいは結論を補強する機能を持つに過ぎないとされている<sup>70</sup>。

さらに、相違点は、ヨーロッパ・ドイツ法に基づく濫用規制の規制対象は、市場支配的地位の形成ではなく、市場支配的地位を前提としたその事業者の濫用行為を中心とする。そして、この濫用行為は、市場支配的地位を前提として可能な行為全般を包含する概念である。EC 条約 3 条 g の目的規定によれば、濫用規制の主な課題の一つは当該市場にまだ残っている競争を保護することであり、第二には消費者の保護と理解される。ここから、濫用行為は、能率に一致しない行為だけでなく、形式的には他の競争者には認容される行為であっても市場支配的事業者が行う場合には、EC 条約 3 条 g の目的規定を根拠に競争を阻害するとされる場合もある<sup>71</sup>。

このように、濫用規制は、市場支配的地位の維持・強化を幅広く規制することをその主旨としている。とりわけ、市場支配的地位の不当利用という意味で、市場支配的地位の維持を捉える点に意義がある。我が国独占禁止法に関して言えば、本報告で扱った航空運輸業のように従来競争が抑制されていて、既に市場支配力が何らかの形で存在する場合に、残っているそれぞれの競争及び市場構造を維持することを目的とする規制条項が必要であると思われる。既存の私的独占禁止規定の適用範囲にかかる市場支配的地位の維持を含めることを明らかにすることによって、私的独占によって規制を行っていくことも可能と思われるが、私的独占とは別に市場支配事業者の行為規制を設けることが適切であろう。市場支配的地位の存在を前提に、かかる地位の不当利用として競争者の事業活動の妨害を、参入阻止を含めて幅広く捉えていく規定の策定が必要かつ意味のあるものとする。

このような規制の仕方はドイツで見られるところである。すなわち、ドイツ競争制限防止法では廉売行為に対して第一に、競争制限防止法 20 条によって、中小事業者に対して優越的地位にある事業者が一定期間仕入価格以下での販売を行う場合に法違反が認められる。当該 20 条によれば、行為者の名宛人として市場支配的地位を前提としていない。既に述べたように、主に中小事業者との関係で小売業を適用範囲としており、我が国の不公正な取引方法の規定と比較可能であろう。市場支配的地位にない事業者による廉売行為規制の必要性は、ドイツだけでなく我が国においても認められるところである。第二に、本件ゲルマニア判決に見られるように、不当廉売を市場支配的事業者の妨害濫用行為として捉える場合である。ここでは、市場支配力の存在する市場において、競争的な市場構造の創出・維持を妨げる妨害行為として廉売行為が問題となる。

廉売規制については、違反行為に対する措置との関係を含めて、それぞれ具体的事実関係に即して不公正な取引方法及び私的独占、ないしは新規定の策定というかたちで適用法条を区別することは、規制の緩和撤廃の動きに応じた競争の自由開放を目指す独占禁止法政策の要請に

---

田彬先生古稀祝賀『独占禁止法と競争政策の理論と展開』所収 112 頁以下。

<sup>70</sup> Moschel ・前掲注 55 ) 701 頁以下。

合致する一つの方向性を示すものである。

### 第3章 郵便分野

#### 1 はじめに - 検討対象 -

ある市場への競争の導入は、その市場での需要者に対してより多くの選択肢を提供し、供給者には需要者指向の多様かつ安価な商品・サービス提供の機会となる。さらに競争導入の効果は、供給者自身の経営の効率化とサービスの改善を促進させることにもなる。

郵便事業においては、多くの国々では、公有（国有）の事業者が、手紙や葉書の全国均一料金と投函制度により全国あまねく公平に郵便送達サービスを行い、費用構造が異なる地域、特に不採算地域においてもサービスを行ってきた（ユニバーサル・サービス）。これは、あまねく国民への情報通信に対するセーフティネットとして機能しているとされる<sup>72</sup>。そこで、通常、公有事業者は、法律によりユニバーサル・サービス提供の義務を負い、同時に、一定の郵便事業分野におけるサービス提供の独占的な取扱いを法律により保障されている場合が多い。

一方で、公有事業者に独占的に保障されてきた一定の郵便事業分野を含む郵便事業全体に競争が導入されると、その中でもより収益性の高い分野において競争が活発化する（クリームスキミング的参入）<sup>73</sup>。しかしながら、郵便の利用者数には限度があるため、競争の活発化に対応する需要の増加は期待できない場合が多い。競争導入の結果、ユニバーサル・サービスの提供を行う公有事業者は、収益性の高い郵便取扱い分野から得られた収益により不採算地域にサービスを提供する財政的基盤を失う可能性に直面することになる。これにより、郵便送達サービスの重要性が損なわれるおそれが生じる<sup>74</sup>。したがって、郵便事業への競争の導入は、ユニバーサル・サービスをいかに確保するかという点を考慮して検討する必要があるとされる<sup>75</sup>。

本稿は、民間事業者の郵便事業分野への参入を認めている諸外国、特にドイツにおいて生じた、民間事業者と、ユニバーサル・サービスの提供に裏付けられた一定の種類の郵便物取扱いに関して法的独占を有する事業者<sup>76</sup>との間に生じる競争政策上の問題点についてドイッチェ・ポスト事件<sup>77</sup>を素材に、本件の欧州競争法における位置付けを検討の対象とする<sup>78</sup>。

---

<sup>71</sup> Dirksen・前掲注7) 2161頁。

<sup>72</sup> OECD, Promoting Competition in Postal Services, OECD J. COMPETITION L. & POLICY, Vol. 3, No. 1, at 8 (2001)。

<sup>73</sup> Darryl Biggar, Background Note, id., at 54.

<sup>74</sup> 総務省「郵政事業の公社化に関する研究会」最終報告（2002年8月）55～58頁参照。

<sup>75</sup> OECD, supra note 72, at 8.

<sup>76</sup> OECD においても指摘するとおり、公有の郵便事業者が有する一定の種類の郵便物取扱いに関する法的独占の範囲、例えば、日本における信書の範囲も、欧州において問題となっている（詳細は、山根裕子「郵便事業とEC競争法の適用」時の法令1631号59頁（2002年）参照）。郵便事業分野と競争政策に関するその他の論点の指摘として、山根裕子「郵便事業と競争法（上）EUの例は参考になるのか」時の法令1658号43頁（2002年）参照。

<sup>77</sup> Commission Decision of 20 March 2001 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/35.141-Deutsche Post AG), O.J. [2001] L 125/27.日本語での解説として、山根裕子「郵便事業と競争法（下）EUの例は参考になるのか」時の法令1659号60頁以下（2002年）参照。

<sup>78</sup> ドイツにおける郵便事業への競争導入の影響については、ドイツの郵便事業の特徴が前提となっているが、上記影響を競争政策の観点から捉える手法には一定の示唆があると考えられる（桜井徹「郵便事業の民営化・自由化とユニバーサル・サービスの確保 - ドイツの事例を中

通常、事業者は、利潤を獲得するためにサービスを提供する際に必要なすべての費用をカバーし得るだけの当該サービス提供による収益を前提とした価格設定を行う。事業者が必要とする費用を下回る価格設定を行うということは、一般的に、その商業的・経営的において販売継続による損失を生じさせ、さらに競争者を弱体化させることによって利潤を獲得することを目的とする場合が多く、競争政策上問題となる場合が多い。本稿は、EC 競争法 82 条に基づく<sup>79</sup>、独占市場から競争市場への内部補助 (cross-subsidization) による市場支配的地位を有する事業者の略奪的価格設定行為の規制 (その基準となる費用算定) 基準を検討対象とする<sup>80</sup>。

本件は、ドイッチェ・ポストと競争しているビジネス用小包サービス、特に通販小包サービスを提供している UPS (United Parcel Service) と、上記サービスの他に、200g 未満の手紙郵送事業分野を「独占留保分野 (reserved area)」として法的に排他的権利を有しているドイッチェ・ポストとの間の争いである。本件は、ドイッチェ・ポストによるビジネス用小包サービスにおける費用を下回る価格でのサービス提供の目的は競争者の市場からの排除であり、このことは、独占留保分野から競争市場におけるサービスへの内部補助によって行われ、競争市場における競争を阻害したとする UPS による申立てに基づくものである<sup>81</sup>。UPS は、費用を下回る価格での販売の禁止、独占留保分野と競争市場との構造的分離を求めて委員会に申し立てた<sup>82</sup>。

委員会は、以下のような理解を前提として、問題となっている内部補助という行為の分析を行っている<sup>83</sup>。

第一に、内部補助が生じる場合とは、あるサービスからの収益が当該サービス提供に係る増分費用 (incremental cost) を十分にカバーしていない場合であり、その上で、単独採算費用 (stand-alone cost) を超える収益のあるサービス群が存在している場合である。すなわち、あるサービスにおける単独採算費用を超える収益が内部補助の源泉であり、他のサービスの増分費用をカバーしていない収益がその内部補助の対象となる。独占留保分野が単独採算費用を超える収益を得ていたため、この分野が内部補助の源泉となる。

第二に、ユニバーサル・サービス義務が費用に及ぼす影響は以下のとおりである<sup>84</sup>。

---

心として -」公益事業研究第 54 巻第 4 号 1 頁, 12 頁 (2003 年))。

<sup>79</sup> なお、EC 条約 (競争法) 86 条 2 項では、一般的経済利益 (general economic interest) に係るサービスを提供している事業者には競争法の諸規定を適用しない場合がある。もっとも、一般的経済利益に係るサービスが市場の状況と適合しないような場合には競争法の諸規定は適用される (Christian Courtois, Monopolies and European Community Competition Law: Current Problems, in MICHAEL A. CREW & PAUL R. KLEINDORFER (ed.), MANAGING CHANGE IN THE POSTAL AND DELIVERY INDUSTRIES, 205 (Kluwer Academic Pub. 1997))。

<sup>80</sup> なお、本件では、ビジネス用 (通販) 小包郵送サービスを顧客に提供する際に、顧客がその郵送分のほとんどをドイッチェ・ポストに委託しない限りリベートを与えないことで競争者の顧客を奪ったことが問題となったことも問われたが、本稿では検討の対象としない。リベートと EC 競争法 82 条との関係については、Luc Gyselen, Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?, 8<sup>th</sup> EU Competition Law and Policy Workshop, "What is an Abuse of a Dominant Position?", European University Institute (June 2003) 参照。また、独占分野と競争分野の分割についても本稿の検討の対象としない。

<sup>81</sup> Deutsche Post AG, supra note 14, paras. 1-2, 5.

<sup>82</sup> Id., para. 3.

<sup>83</sup> Id., paras. 6-7.

<sup>84</sup> Id., paras. 8-10.

独占留保分野に該当する市場と競争市場の両方のサービス提供に必要な共通固定費用のシェア算定には、ユニバーサル・サービスの品質基準充足、及び、当該サービスにおける最大限の需要を十分にカバーし得るだけの能力の維持の考慮が必要である<sup>85</sup>。そして、ドイツ・ポストのユニバーサル・サービス提供能力維持に係る費用と、競争市場におけるサービス提供に係る特定の増分費用は区別される必要がある。すなわち、前者は取扱小包の量とは別個に生じる費用であり、競争市場におけるサービスを停止したとしても増大する場合がある。したがって、共通固定費用はユニバーサル・サービス提供義務がなくなる場合においてのみ消滅することになる。

以上のことから、独占留保分野からの収益を競争市場において使用するという内部補助を行わないためには、ドイツ・ポストは、競争市場におけるサービスの提供に割り当てられる、あるいは、増分する費用を少なくともカバーする収益を競争市場において獲得しなければならない<sup>86</sup>。

第三に、競争市場における通販小包サービスに必要な費用の算定（増分費用の範囲の画定）について、以下のような整理が行われている<sup>87</sup>。

ドイツ・ポストによる通販小包サービスの提供には、配送施設があり、そこでは同時に他のビジネス用小包サービスも提供している。一般に、通販小包サービスは、集荷・分類・輸送・配達という手順により行われている。まず集荷に関する費用については、ドイツ・ポストが直接顧客の店舗から集荷し配送センターへ輸送することから、通販小包サービスが消滅した場合、集荷費用は全面的に削減されるので、通販小包サービスより生じる増分費用となる。分類に関する費用については、分類を行うスタッフと施設の費用はユニバーサル・サービスの提供のためにも必要であるが、同様に、通販小包サービスの直接的な取扱い数量にも依存し、その分が増分費用となる。輸送に関する費用は、長距離郵送はユニバーサル・サービス提供のため、競争市場でのサービスの提供に必要な費用ではないため増分費用には含まれない。しかしながら、地域内等郵送ならば取扱量の減少による配送センター等の統廃合が可能となり、一定の割合で（半分）、通販小包サービスが消滅した場合においてその費用が削減される。そして、配達に関する費用に関しては、配達車両と戸別配達の費用について、配達車両は一回の車両停止において一つの小包を配達することから、通販小包サービスが消滅して配達が行われない場合その費用は削減されることになり、それらが通販小包サービスによって生じる増分費用となる。

以上のような費用を分析した結果、1990年から1995年においては、通販小包サービスを提供する際に生じる平均増分費用をカバーする収益はなく、ユニバーサル・サービス提供に必要な共通固定費用と競争市場での通販小包サービスに係る増分費用の一部を損失として生じさせている（なお、1996年以降はその収益によりカバーされることになると委員会は判断した。）

---

<sup>85</sup> したがって、競争市場における通販小包サービスの提供を停止しても、ドイツ・ポストは、ユニバーサル・サービスの提供を継続しなければならないため、スタッフや施設用品を通販小包サービスの提供停止の減少分に応じて減らすことはできず、ドイツにおけるユニバーサル・サービスの提供を確保するための基準を充足しなければならない。

<sup>86</sup> Deutsche Post AG, supra note 14, para. 10.

<sup>87</sup> Id., paras. 12-17.

委員会は、以上の事実関係の認定に基づいて次のような法的評価を示した。

まず、関連製品及び地理的市場は、ドイツにおける通販小包サービスとする<sup>88</sup>。

次に、市場支配的地位に関しては、ドイッチェ・ポストが通販小包サービス市場の85%以上の市場シェアを有し、ドイツにおける唯一の顕著な当該サービスの提供者であることから市場支配的地位を占めると認定される<sup>89</sup>。このようにドイッチェ・ポストの市場支配的地位が認定されたということは、競争者は、問題となっているドイッチェ・ポストの内部補助というような行為は行うことができないこと、そして、ドイッチェ・ポストの独占留保分野における収益が単独採算費用を常時超えていること、法的に保障された独占留保分野が内部補助の源泉となっていること等を意味していると委員会は考えている<sup>90</sup>。

そして、市場支配的地位にあるドイッチェ・ポストによる一定の費用を下回る価格設定行為は次のように評価される<sup>91</sup>。通常、略奪的価格設定行為は、支配的事業者が競争者を排除し、あるいは、参入を阻害して、自己の市場力（market power）をより一層増大させる意図の下、費用を下回るサービスを販売する場合に生じる。このような行為について、特に AKZO 事件判決は、平均可変費用（産出量に依拠して変化する費用）を下回る価格は、EC 競争法 82 条に違反する市場支配的地位の濫用に該当すると判示している。

委員会は、本件において、AKZO 事件判決の示す産出量に依拠して変化する費用がいかなるものかについて、独占留保分野と競争市場における共通固定費用と、競争市場におけるサービスにのみ割当てられる費用との間の区別についてまず考慮しなければならないとした。すなわち、ドイッチェ・ポストのユニバーサル・サービス提供義務を前提に、競争市場におけるサービスの提供に必要とされる費用のみが産出量によって変化する費用としている<sup>92</sup>。

そして、ドイッチェ・ポストのこのような費用を下回る価格設定行為が、競争市場において提供しているサービスの収益をカバーできない価格設定行為とされたのである。このような行為は、ドイッチェ・ポストによる競争市場におけるサービスの提供は、ユニバーサル・サービス維持に必要な費用と少なくとも競争市場におけるサービスの提供に必要な費用を含む損失を生じさせ、同時に、当該行為は、ドイッチェ・ポスト自身の経済的利益ではないし、競争市場においてサービスを提供する経済的利益も存在しない。

同様に、ドイッチェ・ポストの行為は、競争市場におけるサービスを提供するための費用をカバーする価格で当該サービスを提供している競争者の事業活動を制限することにもなる<sup>93</sup>。すなわち、競争業者は競争市場における事業活動の最低需要規模（critical mass）を達成できないことになる。このことは市場に対して以下のような非効率を生じさせることになる<sup>94</sup>。

---

<sup>88</sup> Id., paras. 26-29.

<sup>89</sup> Id., para. 31.

<sup>90</sup> Id., para. 32. 本決定における脚注 53 では、以下のような指摘がある。内部補助が生じるためには、単独採算費用を超える収益を持ち、中期的に安定的な性質を有している商品群の存在に依拠している。安定的であるためには、収益の源泉が経済的あるいは組織的（構造的）な参入障壁により保護されていなければならない、本件の独占留保分野は組織的（構造的）な参入障壁となっている。

<sup>91</sup> 忠誠リベート行為に関しては省略する（Id., paras. 33-34）。

<sup>92</sup> Id., para. 35.

<sup>93</sup> Id., para. 36.

<sup>94</sup> Id., para. 37.



支配的事業者が競争市場におけるサービスの提供に必要な費用をカバーせず、独占留保分野からの内部補助を恒常的に必要とする状態を創出することで、経済的資源を無駄にすること、内部補助なしに費用をカバーする経済的に効率的な代替サービスの提供が阻害されること、必要最低限を上回る稀少な資源が競争市場におけるサービスの提供に使用されること、独占留保分野において顧客に必要以上の財政的な負担を強いること、である。

以上の法的評価を根拠に、委員会は、特に通販小包サービス提供に必要とされる費用を下回る価格設定行為を EC 競争法 82 条違反の略奪的価格設定行為と認定した。

一般的に、EC 競争法 82 条において違法と判断されるためには、市場画定<sup>95</sup>、支配的地位の認定、濫用行為の認定等が必要となる。しかしながら、EC 競争法 82 条は、本件で問題となっている濫用行為の背景とされる内部補助について規定しておらず、内部補助が略奪的価格設定行為の要件、あるいは、濫用行為に該当すると明示的に判示した欧州裁判所の先例もないとされる<sup>96</sup>。

例えば、第一審裁判所 (Court of First Instance) における Tetra Pak 判決では、Tetra Pak の二つの別個ではあるが関連し合っている市場 (無菌充填機械・カートン市場と通常充填機械・カートン市場) における濫用行為が認定された。委員会決定では、通常充填機械・カートン市場における赤字販売が競争者排除の意図を意味し、この重要な証拠として、通常充填機械・カートン市場での損失を独占的地位にある無菌充填機械・カートン市場での利潤により補填させている内部補助を指摘している。しかしながら、第一審裁判所は、この点について詳細な分析を行わず、内部補助は費用算定基準を下回るという事実の補強証拠であると判示するにとどまっている。

以上のような委員会や裁判所の考えとは反対に、一般的には独占留保分野への内部補助は行われぬが、むしろ、後述する郵便告示<sup>97</sup>が指摘するように、独占留保分野から競争市場への内部補助が後者の市場に悪影響を与える場合を競争政策は想定しているとする見解がある<sup>98</sup>。したがって、本件では、独占留保分野と競争分野との間での会計上、構造上の分離が制度的に確立していない中で、その間において生じた内部補助を背景とした略奪的価格設定行為がどのような場合において EC 競争法上問題となるのか、ユニバーサル・サービスという本件の特殊性も踏まえて、その違法性判断基準としての費用算定基準の明確化が問われていると考えられる<sup>99</sup>。

---

<sup>95</sup> 特に市場画定に関しては、Ian Reay, *The Structure of Postal Markets*, in MICHAEL A. CREW & PAUL R. KLEINDORFER (ed.), *MANAGING CHANGE IN THE POSTAL AND DELIVERY INDUSTRIES*, 356 (Kluwer Academic Pub. 1997) ; Richard Eccles, *Market Definition in EC Competition Law concerning Postal Services*, in MICHAEL A. CREW & PAUL R. KLEINDORFER (ed.), *FUTURE DIRECTIONS IN POSTAL REFORM*, 347 (Kluwer Academic Pub. 2001) 参照。

<sup>96</sup> 中川・前掲注 33, 222 ~ 223 頁。

<sup>97</sup> Directive 97/67/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 on common rules for the development of the internal market of Community postal services and the improvement of quality of service, [1998] O.J. L15/14 (以下、「Directive」とする)、Recital 28 (前掲注 11)。

<sup>98</sup> Leigh Hancher & Jose-Luis Buendia Sierra, *Cross-Subsidization and EC Law*, 35 C.M.L.R.EV. 901, 905-6, 913 (1998) ; Darryl Biggar, *supra* note 73, at 58 ; Christian Courtois, *supra* note 79, at 206-07.

<sup>99</sup> なお、本稿は費用基準を下回る価格設定行為のみを検討の対象とし、これを上回る場合の

もっとも、費用算定には恣意性を伴うため、価格設定行為自体に対する規制ではなく、事業者の独占留保分野と競争分野との間の会計上・構造上の分割と、その透明性確保（情報開示）が必要であるとの指摘もある<sup>100</sup>。

## 2 問題の背景

### (1) 欧州及びドイツの郵便分野における競争と法

欧州では、20年ほど前から公益事業（public utilities）とされる分野において、従来から行われてきた国家等による規制を緩和あるいは廃止して競争を導入するという自由化が進められ、近年では電力やガスなど特定産業分野毎にその度合いを強めている。自由化の流れは、欧州単一市場の形成を目的としているが、特定産業分野毎の特徴を加味してその進行具合が決定されている<sup>101</sup>。この他にも、電気通信や航空、そして、郵便の各産業分野でも自由化に向けた法整備等が欧州・加盟国レベルの両方で行われている<sup>102</sup>。

郵便は、消費者や事業者にとって重要な通信手段の一つであり、また、経済活動に不可欠な物流としても重要である。しかしながら、欧州では、加盟国毎の郵便に関する制度が独自に発展してきたこと、また、国内全域で事業展開しているユニバーサル・サービス事業者が政府機関や国営事業者であったことなどから、加盟国間における郵便サービス市場は分断され、効率が悪かった。

このような問題を解決するため、欧州委員会（以下「委員会」という。）は、1992年6月、「郵便サービスにおける単一市場の発展に関する Green Paper」<sup>103</sup>を公表した。Green Paper は、欧州市場にユニバーサル・サービスに関する統一された定義が存在しなかったこと、また、利用できる郵便サービスの種類、郵便料金、関連法規などの制度がバラバラであったために、加盟国間におけるユニバーサル・サービスの質の水準に格差が生じていたこと等の問題を指摘した。そして、技術進歩や利用者のニーズの多様化を踏まえた上で、ユニバーサル・サービスを維持しつつも、郵便サービスの質の向上を図り、欧州単一郵便サービス市場を創設し、郵便事業の自由化と加盟国間の制度の調和を並行して進めることを提示している。具体的には、郵便物の重量と料金によってユニバーサル・サービス事業者に保障された独占分野の範囲を明確にすること、郵便サービスへのアクセス・サービスの質・料金に関して加盟国間の調和を進め利用者の選択の自由を確保すること、ユニバーサル・サービスの質に関する基準を設定すること、サービスの質を測定する等監督制度導入を提案した。

その後、委員会は、1993年に Green Paper に対する意見を反映させた政策提言文書

---

競争法上の問題点は検討の対象としない。

<sup>100</sup> Darryl Biggar, supra note 73, at 61-2. 1997年郵便指令は割当分野と競争分野の間の会計上の分離とその透明性を規定しているが（Directive, supra note 11, Art. 14(3)）、実際の加盟国での国内法制化とその（事業者による）運用実態は別個の問題である。また、独占分野の分割等の構造措置（規制）についても、規制改革が進む市場における動向や行為規制の強化との関連を考慮しなければならない。

<sup>101</sup> Jean-Francois PONS, Postal Services and Competition, The Utilities Journal, April 2002.

<sup>102</sup> [http://www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/postal/exframe/index.htm](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/postal/exframe/index.htm)参照。

<sup>103</sup> Green Paper on the development of the single market for postal services, COM(91)476final.

(Communication)を公表した<sup>104</sup>。そして1997年12月には欧州理事会と欧州議会による郵便指令が採択され<sup>105</sup>、同年には後述する委員会の郵便分野への競争ルール適用に関する告示も公表され、自由化の進展が著しい郵便分野における競争政策の在り方が一層重要となった<sup>106</sup>。郵便指令は、加盟国に、例えば、ユニバーサル・サービスの提供やその品質の確保の義務に関する要件を充足するよう求めている。ここで指摘されているユニバーサル・サービスとは、すべての地域において一定の品質が保障された郵便サービスの利用可能な価格によるすべての利用者への永続的な提供である<sup>107</sup>。そして、加盟国による法的枠組みを前提に、ユニバーサル・サービスを遂行するために必要な郵便施設や、ユニバーサル・サービスの対象となる郵便物の範囲などを規定している<sup>108</sup>。

そして、委員会は、欧州の郵便サービス市場がより十分にその機能を果たせるよう、郵便サービスの自由化を加速化させるため、2000年5月に上記指令の改正を決定し、改正案は同年5月に欧州議会と欧州理事会に提出され、翌6月に採択された<sup>109</sup>。特に、ユニバーサル・サービス提供事業者が排他的に取扱う郵便物の重量上限を2003年1月以降100グラムに、2006年以降は50グラムに引き下げる点が新しく規定された。

このような欧州レベルでの郵便事業に関する法的枠組みには、委員会による郵便分野に対する競争政策の在り方に関する告示<sup>110</sup>も含まれる。

本告示は、委員会による郵便分野に対する競争ルールの適用を示す一方で、ユニバーサル・サービス義務についても規定している。さらに、郵便市場における競争を重視し、郵便サービスの提供を自由に行うことを制限するような事業者の行為に対して競争法を適用することを規定している。告示の前文(Preface)では、郵便事業分野における競争法の適用に際して、委員会は、消費者への最高の便益を確保し、競争制限的効果を防止することを前提に、競争法に適合する郵便取扱いに関する独占留保分野を考えなければならないと述べている。そのために事案毎の対応が必要であり、monopoly power とされる「力」を独占留保分野とされる市場から自由化された競争市場に拡大する場合、小規模利用者の犠牲を伴う大規模利用者により有利な正当化できない差別的行為のために使用してはならないとしている<sup>111</sup>。

---

<sup>104</sup> Communication on the guidelines for the development of Community postal services, COM (93) 247final.

<sup>105</sup> Directive, supra note 11.

<sup>106</sup> Leo Flynn & Cesare Rizza, *Postal Services and Competition Law A Review and Analysis of the EC Case-Law*, 24 WORLD COMPETITION 475 (2001).

<sup>107</sup> Directive, supra note 11, Article 3.1.

<sup>108</sup> Id., Article 3.2ff.

<sup>109</sup> Directive 2002/39/EC of the European Parliament and of the Council of 10 June 2002 amending Directive 97/67/EC with regard to the further opening to competition of Community postal services, [2002] O.J. L176/21.

<sup>110</sup> Notice from the Commission on the application of the competition rules to the postal sector and on the assessment of certain State measures relating to postal service, [1998] O.J. C 39/2 (前掲注12).

<sup>111</sup> Id. Preface. 例えば、正当化されない供給拒絶とは、自己の郵便ネットワークへのアクセスに際して、差別的条件の提示やそれによる特定事業者の排除 (Id., 2.8.) としている。この他にも、市場支配的事業者の競争に対する特別な責任の指摘を前提とした上で、いわゆるエッセンシャル・ファシリティ等の川上市場を独占している事業者による川下市場での競争相手等に対する取引拒絶、略奪的価格行為、選択的価格差別、排他的取引協定、競争者排除を目

競争法との関連では、まず、郵便市場における市場画定に関して、一般に、いわゆる独占留保分野とされる郵便物の郵送サービス市場、速達メール市場、私書箱等を利用した文書交換市場などについての個々の市場画定が行われることになるとしている<sup>112</sup>。

次いで、画定された市場における支配的地位に関しては、公的郵便ネットワークを支配している唯一の事業者が EC 競争法 82 条にいう支配的地位を有しているとされる<sup>113</sup>。

そして、本稿との関係で問われる内部補助に関しては、以下のような記述がある。

まず、内部補助とは、ある一つの商品・地理的市場における事業活動の費用の全て、あるいは、一部をもう一つの商品・地理的市場に関係を持たせたり、配分させたりすることである。事業者が独占留保分野と競争市場においてサービスを提供している場合における内部補助は、一定の状況の下では、競争を制限し、非効率的なサービスの提供により競争者を排除することになると指摘している<sup>114</sup>。独占留保分野でのサービスの収益等を用いて競争市場での事業活動を補助することは競争を制限し、EC 競争法 82 条に違反する人が多いのである<sup>115</sup>。

反対に、内部補助が競争を制限しない場合として、告示では、独占留保分野における事業活動の費用が他の独占留保分野のサービスにより生じる収益により補助されている場合（それらの事業活動に関して競争が存在しない。）、事業者がユニバーサル・サービスを提供する義務を遂行する上で必要とされる場合（例えば、利潤獲得が困難な地方における手紙配送は都市部で利潤率の良い手紙配送により補助される場合）、競争市場の事業活動からの収益を独占留保分野のサービス提供に補助する場合、競争分野間の内部補助の場合等は、内部補助は必要であると指摘している<sup>116</sup>。

したがって、告示では、市場支配的地位を有する事業者が、独占留保分野からの収益を競争市場での事業活動に内部補助することはできないとしている。そのような行為は競争分野における競争を制限するからである。そして、内部補助が競争分野の市場に悪影響を与えるか否かの判断には、独占留保分野の事業者が設定する競争市場での価格が問題となる。その場合、原則として、価格は少なくとも競争市場におけるサービスの提供に係る平均総費用と同等であるべきとする。これは、事業者の競争市場におけるサービスにのみ直接的に必要な費用（direct costs）に、共通固定費用<sup>117</sup>の適切な割合を加えた費用を表しているとする。その適切な割合を決定するために、数量、消費時間、使用頻度などの客観的判断基準が使用されると告示は指摘している<sup>118</sup>。

以上のように、上記告示では、内部補助が市場支配的地位を有する事業者によって行われ、それが例えば略奪的価格設定行為により競争市場での競争を制限する場合を EC 競争法の規制

---

的とした独占拡大としての差別的行為、排他的リベート制度（Id., 2.9.）が競争法上問題となるとしている。

<sup>112</sup> Id., 2.1.-2.4.

<sup>113</sup> Id., 2.6.

<sup>114</sup> Id., 3.1.

<sup>115</sup> Id., 3.3.

<sup>116</sup> Id., 3.2. なお、State Aid(86条2項)との関連等で、正当化事由も指摘されている（Id., at 3.4.）。

<sup>117</sup> 告示では、common and overhead costs としている（Id., 3.4.）。

<sup>118</sup> Id. 例えば、組織的かつ競争市場のサービス提供において平均総費用を下回る価格設定を行う場合、委員会は EC 競争法 82 条に基づく調査を行うとしている。

対象と理解していることになる。内部補助それ自体を問題視しているわけではない。

なお、ドイツにおける郵便事業に関する法的規制枠組みは以下のように整理できる<sup>119</sup>。

ドイツの郵便市場はいわゆる規制産業であり、当該市場に対しては規制当局（Regulatory Authority for Telecommunications and Post）が新郵便法（New Postal Act）に基づき、一定の郵便物に関する排他的取扱いの権利の承認（ライセンス）、ユニバーサル・サービスの監視、料金規制や支配的地位の濫用阻止を競争政策上の支配性（dominance）の概念を軸に規制を行っている。

ドイツにおける郵便市場の法的規制枠組みは、1998年1月1日に施行された新郵便法により規定されている。同法は、ドイツにおける自由化された郵便市場における競争を促進してドイツ国内全土において適切なサービスの提供を保証するという法的規制枠組みを提示している。新郵便法では、ユニバーサル・サービスは、「一定の質と適切な価格であまねく提供される郵便サービス」とされ、また、国家が同サービスの保障に係る最終責任者であるとしている<sup>120</sup>。

いかにユニバーサル・サービスを保障するのかは、規制当局がユニバーサル・サービスの提供が適切に市場において行われていないと判断した場合に、特定の事業者（市場支配的事業者等）に当該サービス提供確保の協力義務が発生する。そして、一定の場合において郵便市場で事業活動を展開しているすべての事業者は、個々の収益の割合に応じたユニバーサル・サービス・ファンド（基金）を用いて、ユニバーサル・サービス提供事業者への金銭的支援という形で本サービスの提供に貢献することになる<sup>121</sup>。具体的なサービスの内容や品質については、新郵便法に基づくユニバーサル・サービス規則が規定している<sup>122</sup>。なお、ドイッチェ・ポストが有している一定の郵便の法定排他的取扱範囲は、200グラム未満かつ料金が1997年における葉書等の価格の5倍以内であった。そして、2002年の新郵便法改正により、それは2007年12月31日まで延長され、同時にユニバーサル・サービス規則も2007年の期限までに併せて改正された（2005年12月31日まで100グラム未満かつ葉書等の価格の3倍以内、2007年12月31日まで50グラム以内かつ葉書等の価格の2.5倍以内）。

また、料金については、市場支配的地位にある事業者に対する事前及び事後的な料金規制が行われている<sup>123</sup>。その際に使用される費用概念である効率的サービス提供費用（costs of efficient service provision）は、サービス提供に係る長期増分費用と、提供量とは独立した共通費用（ビジネスリスクに適合した利潤マークアップを含む。）とを合わせた費用であり、サービス提供を決定する際の判断基準である増分費用概念が基礎になっているとされる<sup>124</sup>。

---

<sup>119</sup> Cara Schwarz-Schilling, *The Regulatory Framework for Postal Markets in Germany*, in MICHAEL A. CREW & PAUL R. KLEINDORFER (ed.), *FUTURE DIRECTIONS IN POSTAL REFORM*, 181 (Kluwer Academic Pub. 2001) ; Ulrich Stumpf, *Providing Universal Service in Competitive Postal Markets*, in MICHAEL A. CREW & PAUL R. KLEINDORFER (ed.), *MANAGING CHANGE IN THE POSTAL AND DELIVERY INDUSTRIES*, 288 (Kluwer Academic Pub. 1997). 米丸恒治「ドイツにおける民営化と公共性の確保 連邦郵便の民営化とユニバーサル・サービス保障」原野翹、浜川清、晴山一穂編『民営化と公共性の確保』211頁（法律文化社、2003年）。

<sup>120</sup> 桜井・前掲注78, 9頁。

<sup>121</sup> 詳細は、米丸・前掲注119, 221頁以下参照。

<sup>122</sup> 詳細は、米丸・前掲注119, 223頁以下参照。

<sup>123</sup> Postal Act, section 19 ; section 20 (1) .

<sup>124</sup> 料金規制手続に関しては、Cara Schwarz-Schilling, *supra* note 119, at 190 参照。

## (2) 費用概念の整理

略奪的価格設定行為に対する規制の先例や委員会決定は、問題となる「費用を下回る」価格設定の判断基準として、様々な費用概念を用いている。以下、それらの一般的な意味内容を整理する<sup>125</sup>。

まず、略奪的価格設定行為の違法性判断基準との関連では、限界費用 (marginal costs) が重要な費用概念である。限界費用とは、産出量 1 単位を増加させることにより生じる事業者の総費用の増加分とされる。事業者は、産出量の増減による費用と収益の関係を重視して、事業活動の継続や価格設定を行うことから、限界費用が事業者の事業活動の指標となる。そして、限界費用の他にも、事業者が事業活動を行う際に生じる費用として、固定費用 (fixed costs) と可変費用 (variable costs) が存在する。前者は、事業者の商品・サービスの産出量によっては変動しない費用であり、後者は、変動する費用である。そして、総費用とは、この両方の費用を合算させた費用であり、これを産出量で除した費用概念が平均総費用 (average total costs) となる。同様に、可変費用を産出量で除した費用概念が平均可変費用 (average variable costs) となり、平均総費用を常に下回ることになる。

現在までのところ、欧州や米国における裁判所や規制当局は、略奪的価格設定行為の規制として、短期限界費用を競争的価格と略奪的価格との線引き基準として位置付け、この短期限界費用の算定が困難であることから平均可変費用をこれに代用するという学説を採用している。そして、様々な学説等を中心に、この平均可変費用基準に対する批判や修正に関する議論が活発に行われ<sup>126</sup>、本件もその一端を担うものであろう。

これらに加えて、本件では、特に以下の費用概念に言及する必要がある。一般的に、平均可変費用と同様、限界費用に代わる費用概念とされる増分費用 (incremental costs)、回避費用 (avoidable costs) である。

増分費用については、本委員会決定の脚注 7 では、競争市場における通販小包サービスを提供する際に生じる費用のみから構成されるとしている。この費用には、通販小包サービスの提供の結果としてからのみ生じたのではない、独占留保分野にも用いられている共通固定費用 (common fixed costs) は含まれないとする。共通固定費用は、競争市場における通販小包サービスにのみ関連しているのではなく、事業者がすべてのサービスを提供しなくなった時のみ消滅するとしている<sup>127</sup>。

---

<sup>125</sup> 略奪的価格設定行為の法的規制枠組みにおける費用概念の邦語での整理として、中川・前掲注 33, 26 頁脚注 44 参照。

<sup>126</sup> 米国の諸学説については、中川・前掲注 33, 27 頁～53 頁。

<sup>127</sup> 一方で、米国では、平均増分費用とは、顕著な量の共通費用が固定あるいは埋没することを前提に、ある商品・サービスの産出量により算定される当該商品・サービス自体に必要なすべての固定費用あるいは埋没費用 (sunk costs) と商品役務の平均可変費用とを合計した費用とする考えがある (William J. Baumol, Daniel G. Swanson, *The New Economy and Ubiquitous Competitive Price Discrimination: Identifying Defensible Criteria of Market Power*, 70 ANTITRUST L. J. 661, 665 n. 10 (2003))。同様の考え方にに基づき、競争への影響を長期ベースで判断するための長期増分費用には、後述の競争への影響を短期ベースで判断する平均回避費用には含まれない回避不能な埋没費用を含むという見解もある (Patrick Bolton, Joseph F. Brodley & Michael H. Riordan, *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*, 88

回避費用とは、一般的に、同等に効率的な競争者を市場から排除し得る略奪的行為を規制するために、競争者が市場に残った場合に必要とされ、退出することで回避され得るすべての費用としている<sup>128</sup>。この回避費用には、産出量が増加している時に必ず発生し、回避不能な費用、あるいは、埋没費用は含まれないとしている。

本件に対する批評論文の多くは、委員会はこれまでの委員会や裁判所の平均可変費用とは異なる増分費用、あるいは、回避費用を費用算定基準として採用したとしているようである。

通常、増分費用と回避費用とは区別され、増分費用には、回避費用では含まれない回避不能な費用、あるいは、埋没費用が含まれ、回避費用よりも大きくなるとされている<sup>129</sup>。また、増分費用が回避費用よりも大きくなる根拠として、考慮すべき時間軸が挙げられる<sup>130</sup>。一般的に、増分費用基準は、事業者にとっての長期の費用概念として理解されており、回避費用は短期の費用概念であるとされる<sup>131</sup>。そして、増分費用基準は、共通固定費用が顕著で、高い固定費用と低い可変費用という特徴を持つ規制産業において長期ベースでの費用回収という観点から適切な費用概念であるとされている<sup>132</sup>。

しかしながら、長期増分費用が適切であるとされる、高い固定費用と低い可変費用を特徴とする産業は、何も規制産業だけではないという反論もある<sup>133</sup>。長期増分費用が回避費用よりも高いことが恒常的であるとされる全ての市場において長期増分費用を下回る価格設定行為をEC競争法上違法とすることは、事業者が効率的な競争を行うことを困難にし、一定の低価格による消費者の便益を否定することになるからである<sup>134</sup>。

以上のことから、本件は、規制産業の特徴を有する郵便事業分野において AKZO ルールの平均可変費用に代わる、より適切な費用概念として増分費用を採用し、これを下回る価格設定行為を EC 競争法 82 条に基づいて違法と判断したと理解することもできる。

しかしながら、委員会決定では平均可変費用の AKZO ルールに対する変更等の言及はしておらず、平均可変費用をユニバーサル・サービス義務履行に係る費用を除くという本件の特殊性を考慮して算定したとも考えられる。そして、上記の費用概念の意味内容を前提とすると、回避費用との関係や共通固定費用の意味内容についてはさらに議論の必要があると思われる。

---

G<sub>EO</sub>. L. J. 2239, 2271~2 (2000)(長期増分費用を平均総費用に、平均回避費用を平均可変費用の代替基準であるとしており、この点においてドイッチェ・ポスト事件における費用概念とは異なる)。以上、増分費用の意味内容については委員会と異なる理解があるが、本稿ではドイッチェ・ポスト事件の欧州における位置付けを検討の対象とするため、より詳細な検討は行わない。

<sup>128</sup> Einer Elhauge, Why Above-Cost Cuts To Drive Out Entrants Are Not Predatory - and the Implications for Defining Costs and Market Power, 112 Y<sub>ALE</sub> L. J. 681, 705~6 (2003) .

<sup>129</sup> 中川・前掲注 33, 155 頁脚注 171。

<sup>130</sup> Derek Ridyard, Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82 - An Economic Analysis, [2002] 6 E.C.L.R. 299, 301 ; Einer Elhauge, supra note 128, at 706.

<sup>131</sup> Patrick Bolton, Joseph F. Brodley & Michael H. Riordan, supra note 127, at 2271~2.

<sup>132</sup> ただ、実質的に長期となれば、すべての費用は変動あるいは回避可能なため、費用を算定する際の時間軸が問題となるという指摘を留意すべきであろう (Einer Elhauge, supra note 128, at 707)。

<sup>133</sup> Einer Elhauge, id., at 710, 及び、同頁の脚注 100 参照。

<sup>134</sup> Kenneth G. Elzinga & David E. Mills, Predatory Pricing and Strategic Theory, 89 G<sub>EO</sub>. L. J. 2475, 2483~4 (2001) .

### 3 検討

#### (1) EC 競争法 82 条における略奪的価格設定行為規制とその問題点

欧州における略奪的価格設定行為に対する規制は、EC 競争法 82 条に基づく、市場支配的地位を有する事業者の濫用行為の規制として位置付けられている。同条違反というためには、関連市場画定・市場支配的地位の認定・濫用行為の認定<sup>135</sup>等をそれぞれ立証しなければならない。

なお、本稿は、その検討対象を、市場支配的地位を前提として、濫用行為（略奪的価格設定行為）の認定のための費用基準概念だけとする。

略奪的価格設定行為に対する規制の先例としては、欧州司法裁判所による二つの判決（AKZO 判決<sup>136</sup>と Tetra Pak 判決<sup>137</sup>）が挙げられる<sup>138</sup>。特に、本稿の議論の中心である略奪的とされる価格の基準について、AKZO 判決及び AKZO 判決を踏襲したとされる Tetra Pak 判決では、市場支配的事業者の設定した価格が濫用に該当する場合として、平均可変費用を下回る場合、平均可変費用以上であるが、平均総費用を下回り、これが排他的・反競争的な計画の一部として行われた場合であるとしている。裁判所では、このような価格設定は競争者排除以外の合理的目的はないとして、行為者の市場支配的地位の強化が目的であり、常に濫用に該当するとし、この場合は、特に反競争的な計画の一部としての「排他的な意図」に関して、当該価格での販売期間や規模をその考慮要素としている。

そして、略奪的価格設定行為に対する規制の枠組みの特徴は以下のように整理できる。

第一に、濫用行為が競争（市場）に対してどのような悪影響を与えるのかという点に関しては、市場支配的地位<sup>139</sup>とその濫用行為の意味内容が問題となる<sup>140</sup>。一般的には、欧州裁判所や委員会が想定する EC 競争法 82 条違反となる濫用行為の市場に対する効果は、競争者の排除であるとされる<sup>141</sup>。そして、略奪的価格設定行為の市場に対する反競争効果としては、（欧州裁

---

<sup>135</sup> EC 競争法 82 条に列挙されている違法とされる諸行為は、一般に搾取的（exploitative）濫用と理解される行為が多い。その際には、市場支配的地位の「行使（exercise）」自体も規制の対象となっているという指摘（泉水文雄「独禁法の比較法」・前掲注 17, 106 頁、川濱昇「独占禁止法二条五項（私的独占）の再検討」『京都大学法学部創立百周年記念論文集第三巻 民事法』337 頁（有斐閣、1999 年）、SIMON BISHOP & MIKE WALKER, supra note 19, at 81）が重要であるが、略奪的価格設定行為に関しては、その反競争効果からもこの論点を回避することが可能ではないだろうか。

<sup>136</sup> AKZO Chemie BV v. Commission, [1993] 5 C. M. L. R. 215.

<sup>137</sup> Tetra Pak Int'l SA v. Commission (No. 2), [1997] 4 C. M. L. R. 662.

<sup>138</sup> 詳細は、中川・前掲注 33, 第 4 章参照。

<sup>139</sup> 市場支配的地位についての議論は、市場支配力概念の定義として価格支配力の他に競争（者）排除力を含むか否かについて欧州でも議論の対象となっているが、ここでは検討の対象としない（泉水文雄「欧州競争法における『支配的地位』について」・前掲注 17, 1185 - 6 頁）。

<sup>140</sup> 中川・前掲注 33, 224 頁以下参照。なお、欧州においては、問題となった行為の明示的な競争に対する影響を EC 競争法適用（違反）の要件とはしていないが、市場支配的地位の認定において（関連市場における効果的な競争の維持を妨げる経済的な力として）考慮されるとする（Brian A. Facey & Dany H. Assaf, Monopolization and Abuse of Dominance in Canada, The United States, and The European Union: A Survey, 70 ANTITRUST L. J. 513, 564, 567-569 (2002)）。

<sup>141</sup> ALISON JONES & BRENDA SUFFRIN, supra note 25, at 322. 欧州裁判所は、濫用とは、「問題となっている事業者の存在による直接の効果として競争が既に弱められている市場構造に悪影響を



判所や委員会が明確にはしていない埋合せの考え方を前提に)市場支配的事業者と同等に効率的な事業者の排除であるとしている<sup>142</sup>。もっとも、裁判所や委員会が考えている様々な濫用行為に通じる競争者の排除という概念が、果たして市場支配的事業者と同等に効率的な事業者の排除を念頭に置いているのか、あるいは、効率性とは無関係に複数事業者の存在を意味しているのか明確ではないとの指摘もある<sup>143</sup>。

なお、濫用とは、本稿の脚注 141 における欧州裁判所の濫用の定義にある通常の競争とそうではない競争を線引きするために、市場支配的事業者による市場支配力の行使(exercise)が、競争水準以上に価格を引き上げ、品質を低下させることで直接的に消費者厚生を害する行為とする見解もある<sup>144</sup>。

第二に、欧州では、市場支配的地位の認定に際して市場シェアが重要視されている傾向にある<sup>145</sup>。特に、後述の AKZO 判決において欧州裁判所は、例外的事例を除いて、50%という極めて高度の市場シェアはそれ自体として市場支配的地位の存在を示す指標となるとしている<sup>146</sup>。そして、市場シェアが 40%から 50%の場合は、競争者との市場シェアの格差等追加的判断要素を考慮する必要があるとの理解もある<sup>147</sup>。

第三に、EC 競争法 82 条の規制においては、欧州共同体市場における真正かつ歪曲されない競争を阻害するような行動は許容されないという市場支配的地位を有する事業者に対する「特別の責任」が指摘されている<sup>148</sup>。

そして、二つの先例において示された略奪的価格設定行為の違法性判断基準としての費用基

---

与える行為であり、事業者の成果(trader's performance)に基づいた商品・役務に係る通常の競争(normal competition)とは異なる手法により市場に残存する競争レベルの維持や拡大を阻害する効果をもつ行為である」としている(Michelin v. Commission [1985] 1 C.M.L.R. 282, ground 70)。

<sup>142</sup> ALISON JONES & BRENDA SUFRIN, *id.*, at 332. また、市場支配的事業者が、同等の効率性を有する競争業者が設定し得ない価格を設定した場合、EC 競争法 82 条に違反する可能性が高いとの指摘もある(Luc Gyselen, *supra* note 80, at 5)。

<sup>143</sup> ALISON JONES & BRENDA SUFRIN, *id.*, at 322.

<sup>144</sup> Bishop & Walker は、濫用を消費者厚生に対する重大な悪影響を与える行為であるとし、同書の脚注では、価格引上げ(品質低下)による消費者に対する短期的な(immediately)侵害、あるいは、長期的にみて、価格引上げ(品質低下)を生じさせるような競争者の排除といった競争レベルの低下を濫用行為の効果(SIMON BISHOP & MIKE WALKER, *supra* note 19, at 187, n. 34), 同書の本文では、前者のみを記述している(長期ベースでのライバルの排除を消費者厚生の判断に含めるかどうかは欧州でも議論のあるところであろう(例えば, ALISON JONES & BRENDA SUFRIN, *supra* note 25, at 245-46 参照))。

<sup>145</sup> Brian A. Facey & Dany H. Assaf, *supra* note 140, at 535, 537; M.A. UTTON, MARKET DOMINANCE AND ANTITRUST POLICY, 78 (Edward Elgar, 2003). これに対する批判としては, SIMON BISHOP & MIKE WALKER, *supra* note 19, at 185-86 参照。

<sup>146</sup> AKZO Chemie BV v. Commission, [1993] 5 C. M. L. R. 215, ground 60. なお、市場支配的地位の認定に際して考慮されるとされる参入障壁や市場構造等も、委員会や裁判所において指摘されているとする(Brian A. Facey & Dany H. Assaf, *id.*, at 538-39)。

<sup>147</sup> ALISON JONES & BRENDA SUFRIN, *supra* note 25, at 301. 但し、事案毎の市場構造等の考慮は避けられないことも留意する必要がある。また、合併規則等での市場シェア 25%というセーフハーバー概念も疑問視する見解もある(Brian A. Facey & Dany H. Assaf, *id.*, at 539)。

<sup>148</sup> 中川・前掲注 33, 238 頁参照。

準については学説等からの様々な指摘がなされている<sup>149</sup>。

例えば、AKZO ルールは、特にネットワーク的特徴を有する規制産業における略奪的価格設定行為規制には有用ではないと指摘する学説がある<sup>150</sup>。

同様の指摘は、電気通信分野における競争政策の在り方を示した委員会のアクセス告示においても見られる<sup>151</sup>。アクセス告示においては、略奪的価格設定行為は、支配的事業者が、参入阻害あるいは競争者を市場から排除する、そして、市場支配的事業者がさらなる市場支配力を増大させて利潤を獲得する意図を持って、一定の持続的期間において費用を下回る価格での商品やサービスを販売する場合に生じるとしている。例えば、電気通信分野において異なる電気通信インフラストラクチャーのネットワーク間競争が存在している場合、支配的事業者が、他の（潜在的な）インフラストラクチャーの提供者との間の競争を消滅させる意図で、アクセスについて不正な低価格を設定する行為を問題視する。

AKZO ルールにおいて違法と判示された平均可変費用を下回る価格設定行為とは、支配的事業者が自己の独占的地位の優位性を利用して後に価格を引き上げることを可能とし、競争者を排除する以外に当該低価格を設定する意図を有していないということを意味している。

アクセス告示は、ネットワーク産業においてこのような AKZO ルールの画一的適用はネットワーク産業の経済的現実性を反映していないとしている。すなわち、ネットワーク産業における費用構造は、共通固定費用<sup>152</sup>が通常の産業よりも極めて大きく、そして、電気通信サービスを提供する場合の可変費用は、通常の産業における可変費用と比べると低い。また、アクセス告示は、事業者により長年設定され、投資決定の基礎となってきた価格へ AKZO ルールを適用する場合であっても、費用はサービス提供により増分する（are incremental）総費用（total costs）を含むべきであるとする。さらに、費用分析の際に適切な時間的枠組みが必要であり、極めて短期あるいは長期という時間的枠組みは適切ではないとしている。以上のことから、委員会は、アクセス告示において、一年以上の期間にわたるサービス提供に係る平均増分費用（average incremental costs）の審査を必要としている。

また、内部補助が行われている場合における AKZO ルール適用に関しては、以下のような問題点が指摘されている<sup>153</sup>。まず、AKZO ルールは、特定の一つの市場が問題となっており、内部

---

<sup>149</sup> 代表的なものとして、S<sub>IMON</sub> B<sub>ISHOP</sub> & M<sub>IKE</sub> W<sub>ALKER</sub>, supra note 19, at 231-33 や A<sub>LISON</sub> J<sub>ONES</sub> & B<sub>RENDA</sub> S<sub>UFRIN</sub>, supra note 25, at 339-40 参照。

<sup>150</sup> Stephen Kon & Sarah Turnbull, Pricing and the Dominant Firm: Implications of the Competition Commission Appeal Tribunal's Judgment in the *Napp* Case, [2003] 2 E.C.L.R. 70, 74. この他にも、例えば、事業活動に対する合理的な経済分析を欠いているという指摘を前提に、平均可変費用算定の困難さ、費用を違法性の判断基準として正当化事由を考慮していないこと、埋合せ（recoupment）基準を採用していないこと、隣接市場への影響を考慮していないこと、等費用算定ルール以外に考慮すべき事由が存在することを強調している（Id. at 74-76 や M<sub>A</sub> U<sub>TTON</sub>, supra note 145, at 118-23 参照）。もっとも、埋合せ基準の AKZO ルールへの組み込みには、その立証負担を競争当局が負うことになり競争ルールが弱められるとして否定的な見解もある（Mats A. Bergman, A Prohibition against Losses? The Commission's Deutsche Post Decision, [2001] 8 E.C.L.R. 351, 353）。

<sup>151</sup> European Commission, Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector, [1998] O.J. 265/2, paras. 110-116.

<sup>152</sup> アクセス告示では、common or joint costs と指摘されている（Id., para. 113）。

<sup>153</sup> John Temple Lang & Robert O' Donoghue, Defining Legitimate Competition: How to

補助のように比較的短期間において別々の市場における事業活動に共通固定費用が存在する場合には適用できないとされるのである。したがって、複数の市場において事業活動を行っている市場支配的事業者のある競争市場における費用の大部分が他の市場との共通固定費用である場合において、特定の一つの市場を念頭に置いた AKZO ルールの適用は不適切である。そして、AKZO ルールでは、市場支配的事業者と競争者双方の共通固定費用を考慮しなかったため、市場支配的事業者による競争市場への内部補助により生じる競争市場における参入障壁を捉えられないことになるという指摘である。

## (2) 費用算定基準に関する考え方

本件に対する批評論文の多くは、本件が、費用算定基準として平均可変費用を採用した AKZO ルールではなく、新しい費用算定基準を採用したとしている<sup>154</sup>。新しい費用算定基準とされる費用概念について、一般に、増分費用や単独採算費用とは、単一の市場で使用される費用概念では捉えることが困難である範囲の経済性を有する市場における費用算定に対して有用とされている<sup>155</sup>。本件で採用された費用算定基準に関しては、以下のような評価が行われている。

第一に、委員会決定に対して以下のような批判が存在する。

まず、委員会の判断に基づけば、ある市場で支配的地位にある事業者が内部補助を行うことで別の競争状態にある市場で事業活動を行うこと自体を規制してしまうおそれがあると批判している見解がある<sup>156</sup>。委員会決定では、市場支配的地位にある事業者の競争市場における事業活動が、競争市場での増分費用をカバーしていない場合に略奪的であるとしている。増分費用に含まれる新サービス提供によってのみ生じる固定増分費用 (fixed incremental costs) が本委員会決定の費用算定基準に組み込まれていると主張するのである。そして、商品やサービス間の関連性 (ここでは範囲の経済性としている。) が低い市場では、増分費用と単独採算費用とは近似値 (これを増分費用と単独採算費用の「平均費用 (average costs)」としている。) となるとする。

このような委員会の「新基準」によるならば、ある事業者に範囲の経済性がない場合、競争市場での利潤獲得が否定されると (すなわち、「平均費用」を下回る価格でのサービス提供が行われると) 濫用行為に該当することになり上記のような懸念が指摘されたのである。

次に、委員会による増分費用のみによる判断は、ドイッチェ・ポストがすべての郵便局において賃料ゼロで銀行業務、保険業務や旅行代理店業務を行う場合適切な判断基準ではないとする見解がある<sup>157</sup>。ユニバーサル・サービス義務を前提とした委員会の結論は、すべての共通固定費用部分がドイッチェ・ポストの独占的行為に使われるということであり、このような義務を負っていない市場支配的事業者の場合には同じ結論には達し得ないという点である。したが

---

Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC, 26 *FORDHAM INT'L L. J.* 83, 152 (2002).

<sup>154</sup> Deutsche Post AG, supra note 14, para. 36.

<sup>155</sup> Darrly Biggar, supra note 73, at 59.

<sup>156</sup> Mats A. Bergman, supra note 150, at 353. もっとも、支配的事業者の有する範囲の経済性からは競争市場での単独採算費用を下回る価格設定を市場支配的事業者が行うことは通常の場合においても可能であり、また、新規参入時において利潤獲得が困難な低価格設定も考えられることから、本文のような懸念はないとの指摘もある (John Temple Lang & Robert O' Donoghue, supra note 153, at 156 n. 137).

<sup>157</sup> John Temple Lang & Robert O' Donoghue, id., at 155.

って、本件の特殊性から考えると、委員会の判断は、市場支配的地位にある事業者の競争市場における価格が略奪的か否かは、競争市場での増分費用を下回るかどうかのみ依拠していることになる。ユニバーサル・サービス義務が存在しない場合であれば、本決定による増分費用基準ではなく、適切な基準による共通固定費用の配分義務の枠組みが必要となる<sup>158</sup>。

第二に、ドイッチェ・ポスト事件は回避費用が採用された事案であるとする諸見解がある。

まず、委員会は、独占留保分野におけるサービス提供に必要な能力維持費用と競争市場における特定サービス提供に係る増分費用との関係を明らかにするために回避費用基準 (avoidable cost standard) を採用したとする見解がある<sup>159</sup>。このような基準は、電気通信のような固定費用が高く、可変費用が低い特定の産業における適切な基準であるとする。そして、郵便のような範囲や規模の経済性が機能する場合にも妥当する基準とされる<sup>160</sup>。もっとも、この見解は、増分費用と回避費用との区別を意識していないようである。すなわち、この見解は、委員会の費用算定基準を長期増分費用 (long-run incremental cost) と理解して、前述した委員会による電気通信のアクセス告示や、英国における 1998 年競争法の電気通信への適用に関するガイドライン<sup>161</sup>においても、長期増分費用は、資本及び事業運用を含む新しいサービスの追加的産出量の長期総費用 (total long-run cost) を考慮に入れており、増分という概念に対応しており適切な費用算定基準であるとしているのである。いずれにしろ、長期増分費用をカバーする価格の場合は利潤を獲得でき、略奪的とは認定されないことになる。

そして、本件に回避費用基準を適用すると、以下のようになるとする<sup>162</sup>。委員会は、ドイッチェ・ポストのユニバーサル・サービスにより生じる費用すべてが、ドイッチェ・ポストがドイツにおいて義務付けられている限り固定した、そして、回避不能な費用であるとしている。その上で、競争市場において濫用行為と認定されないためには、ドイッチェ・ポストは競争市場でのサービス提供にかかるすべての追加的費用をカバーするだけの収益を得ていなければならない。他方、競争市場でのドイッチェ・ポストの競争者は、そのサービスに必要な単独採算費用をカバーしなければならない。ドイッチェ・ポストは、単独採算費用に含まれている共通固定費用既に独占留保分野における事業活動の収益によってカバーされており、競争者の単独採算費用よりも低い増分費用のみをカバーするだけで十分である<sup>163</sup>。この場合、増分費用は範囲の経済性により低費用、これに対して単独採算費用は高費用となる<sup>164</sup>。したがって、長期間において競争市場での収益がない場合や競争市場から撤退しない場合は、市場支配的地位を

<sup>158</sup> Id., at 156-58.

<sup>159</sup> Stephen Kon & Sarah Turnbull, supra note 150, at 74.

<sup>160</sup> RICHARD W. HISH, COMPETITION LAW (4<sup>th</sup> ed.), 651-2 (Butterworth, 2001).

<sup>161</sup> Guidelines Competition Act 1998: the Application in the Telecommunications Sector, section 7.7-7.12.

<sup>162</sup> Derek Ridyard, supra note 130, at 286.

<sup>163</sup> 同様の考え方として、John Temple Lang & Robert O' Donoghue, supra note 153, at 155 参照。

<sup>164</sup> Carl Wetter & Olle Rislund, Geographical Pricing in the Postal Sector - The Swedish Zone Price Case, [1999] 4 E.C.L.R. 240 ; Christina Striby & Magnus Billing, The Swedish Zone Price Case: Sweden Post's Comments, [1999] 8 E.C.L.R. 446 ; William J. Baumol, Predation Criteria in the Swedish Postal Zone Price Case - A Reply, [2000] 4 E.C.L.R. 225. 競争者との関係では単独採算費用を判断基準とする場合 (略奪的価格設定と認定する価格基準が高価格となり) より競争者保護の側面が強くなる可能性がある。

有する事業者の濫用行為が認定されるとする<sup>165</sup>。

一方で、競争法上問題となる内部補助を背景とした略奪的価格設定行為に対する規制に実効性を持たせるには、本質的に、内部補助に係る共通固定費用に関する配分方法が重要となるとの指摘がある。競争市場でのサービスを停止した場合に削減できる（回避可能な）費用の算出を行う際に、共通固定費用の配分を明らかにしなければならないとする見解である<sup>166</sup>。

委員会決定では、輸送センターと配達ポイントについて、ユニバーサル・サービス提供確保にどの程度のセンターやポイントが維持されなければならないかを分析している。しかしながら、上記センターとポイントは、競争市場におけるサービスの提供にも、また同時に、ドイツ・ポストがユニバーサル・サービスの提供を行う際にも使っている場合があり、したがって、共通固定費用を明確に二つに配分することは困難であり、競争市場におけるサービス提供に係る増分費用の算定についての問題点が残っているとされる<sup>167</sup>。

### (3) 小括

以上、EC 競争法 82 条による市場支配的地位の濫用規制の一つである内部補助を背景とした略奪的価格設定行為に対する規制について、ドイツ・ポスト事件を通じて検討した。本件は、以下のより詳細な議論の必要性を指摘していると考え<sup>168</sup>。

---

<sup>165</sup> もっとも、提供価格が回避費用を下回る場合であっても、事業者が将来の収益等を考慮に入れて設定した価格である場合（無料お試しサンプル、初期低価格参入等）、退出と再参入費用が極めて高い場合など、事業者の通常の事業活動として理解が可能な場合もあろう。

<sup>166</sup> P. Nicolaidis, *Effective Competition in Network Industries: An Assessment of Commission Decision 2001/354 Imposing a Fine on Deutsche Post for Abusing its Dominant Position in Parcel Delivery*, [2001] 9 E.C.L.R. 390.

<sup>167</sup> John Temple Lang & Robert O' Donoghue, *supra* note 153, at 156.

<sup>168</sup> ドイツ・ポスト事件で問題となった略奪的価格設定行為に関しては、日本の独禁法との関係では、不正な取引方法一般指定 6 項の不当廉売規制や私的独占規制が問題となる。以下では、不当廉売に対する私的独占規制については検討の対象とはしないが、理論的には、不当廉売が独禁法 2 条 5 項の排除行為として、一定の取引分野における競争を実質的に制限する場合、私的独占規制が及ぶことになる（これに対する慎重な見解として、中川・前掲注 33, 317 頁～325 頁参照）。競争の実質的制限、あるいは、市場支配力の意味内容については議論のあるところだが、独禁法上問題とすべき上記排除行為は、ドイツ・ポスト事件にも指摘されているように、行為者自身の行為が経済的合理性を有さず（例えば、自己の効率性による利益獲得ではない場合）、競争者を市場から排除する行為であるとする考え方がある（川浜昇「私的独占の規制について」後藤晃・鈴木興太郎編『日本の競争政策』220 頁以下（東京大学出版会、1999 年））。

独禁法は、不正な取引方法（定義規定は 2 条 9 項、禁止規定は 19 条）一般指定 6 項において不当廉売をその規制の対象としている。一般指定 6 項は、「正当な理由がないのに商品又は役務をその供給に要する費用を著しく下回る対価で継続して供給し、その他不当に商品又は役務を低い対価で供給し、他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあること」と規定している。特に同項前段に関しては、これまでの通説では、公正競争阻害性を意味する「正当な理由がないのに」を実質要件として、供給に要する費用を著しく下回る対価、継続して供給、他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあることがすべて充足される場合に公正競争阻害性を有する、すなわち、原則として違法であると考えてきた（中川・前掲注 33, 3 頁）。なお、同項後段は、「その他不当に商品又は役務を低い対価で供給し、他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあること」と規定され、前段には該当しないが不当廉売として規制すべき行為を意味している。ここでは前段の（及び）の要件はなく、後段の「低い対価」と

まず、EC 競争法における略奪的価格設定行為規制における本委員会決定の位置付けである。本件において委員会は、市場支配的地位を市場シェアに基づき認定し、行為者にとって経済合理性のない略奪的価格設定行為を濫用行為と認定して規制する枠組みを提示した。その際に、委員会は、競争市場において本件特有の問題であるユニバーサル・サービス義務履行に係る費用を除いた費用を略奪的価格設定行為の違法性判断基準として採用し、これを下回る価格設定を違法としている<sup>169</sup>。

このような考え方は、略奪的価格設定行為に関する先例の規制枠組みに依拠しながら、どのような場合において内部補助を背景とした濫用行為(本件の場合は略奪的価格設定行為)が EC 競争法 82 条において問題となり得るのかについて、郵便事業と競争政策の関係についての委員会告示に照らして判断したと考えられる。委員会告示が指摘しているように、市場支配的地位を有する事業者によって競争市場に悪影響を及ぼすような略奪的価格設定行為の背景となっている内部補助の典型的事例であるとも考えることも可能であろう。

もっとも委員会は、内部補助それ自体を EC 競争法 82 条に違反すると判示したのではない。市場支配的地位の事業者による違法な略奪的価格設定行為の認定を行う上での重要な判断要素と位置付けている<sup>170</sup>。したがって、本件は、市場支配的地位の事業者によって競争に悪影響を及ぼすために略奪的価格設定行為の手段として内部補助が用いられた事例として位置付けられよう。

しかしながら、本件が、上記のように位置付ける内部補助を背景とした略奪的価格設定行為を EC 競争法上違法と認定した判断には次のような二つの課題が残っている。

第一に、特定産業における略奪的価格行為規制の判断基準となる費用算定基準についてである。郵便分野のような産業は、様々な論者によって、複数の市場にわたって範囲の経済性を有

---

は、前段の と比較すると、「著しく」ではなく、僅かに下回る場合を意味しているとされる(根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説[第2版]』215頁~216頁(有斐閣,2003年))。そして、「不当に」とあるように、個々の行為の具体的な公正競争阻害性を判断することになる。や についての検討も重要であるが、本稿との関連では、特に が問題となっている。日本における「供給に要する費用」が、いわゆる欧米での費用算定基準に該当する。なお、EC 競争法のように、一般指定6項は、市場支配力を有する事業者に行爲主体を限定はしていないことに留意が必要である。

「供給に要する費用」とは、日本の通説では総販売原価と理解されている(学説の整理として、山本晃正「不当廉売」日本経済学会編『独禁法の理論と展開[2]経済法講座第3巻]』53頁~54頁(三省堂,2002年))。なお、この総販売原価基準は概ね平均総費用とも理解されている(中川・前掲注33,285頁)。一方で、「供給に要する費用」の文理解釈上の問題は残るとされているが、実質的には欧米における平均可変費用と同じであるとの指摘もある(川濱昇・瀬領真悟・泉水文雄・和久井里子・前掲注26,180頁~182頁)。

ただ、本件に対する学説の指摘にもあるように、略奪的価格設定行為の違法性判断基準としての費用算定基準についての検討は、本件の特殊性でもあるネットワーク型産業において生じる内部補助や共通固定費用の存在や、欧州競争法82条における規制が市場支配的地位を有する事業者に限定し、本件の内部補助も市場支配的地位を有する事業者が前提となっていることを考えても、日本の独禁法における不当廉売規制の違法性判断基準の明確化を図る上でも必要となると考える。

<sup>169</sup> 本件は、回避費用ルールを重視して、埋合せ基準等の費用以外の要素や行為者の排除に係る主観的意図を考慮しない今後の傾向を示す委員会決定であるとの指摘もある(Brian A. Facey & Dany H. Assaf, supra note 140, at 555)。

<sup>170</sup> Deutsche Post AG, supra note 14, para. 32.

するネットワーク産業として理解されてきた。そして、ネットワーク産業に特徴的な複数の市場において事業活動を行っている事業者の有する共通固定費用の存在からも、略奪的価格設定行為規制の先例が採用している短期ベースでの平均可変費用を判断基準とする AKZO ルールは不適切であるとしている<sup>171</sup>。

短期ベースの費用算定基準に基づいて、ネットワーク産業において問題となった価格設定行為が違法か否かを判断する場合を考えると次のような問題が生じる。そのような価格設定行為では、通常、独占市場と競争市場といった複数の市場の両方におけるサービス提供に必要な共通固定費用の回収が不可能となり、長期的に損失を生じさせ、事業者が赤字退出あるいは新規参入者の参入も困難となる。つまり、事業者の合理的な価格設定行為とは思われないのである。さらに、規制を行う上でも、長期ベースの費用算定基準よりも低くなってしまいう短期ベースの費用算定基準では、長期的損失や競争者の排除を可能とする価格設定行為に対しても、合法と判断する場合が多くなってしまいう可能性がある<sup>172</sup>。そこで、長期ベースでの共通固定費用回収も含めた考え方として、本件は、増分費用、あるいは、回避費用<sup>173</sup>を用いてこの点を解決しようとしたのではないかという捉え方もできる<sup>174</sup>。

同様に、委員会は、ユニバーサル・サービスや法的独占、そして、ネットワーク産業での共通固定費用の存在といった本件の特殊性から、本件にのみ AKZO ルールの費用算定基準である平均可変費用を増分費用に読み替えて適用したと理解することもできる<sup>175</sup>。もっとも、前述の費用概念の整理でも指摘したように、それぞれの費用の意味内容については議論の余地があるため、本件と先例との整合性には問題が残っていると考える。

本件に対する様々な学説による指摘では、本件をこれまでの AKZO ルールとは異なる費用算定基準を用いたと一般的に肯定的に評価し、その是非を議論している。増分費用あるいは回避費用といった理論上の議論は残るが、本件の委員会決定が、ユニバーサル・サービスに係る共通固定費用の存在やネットワーク産業という特徴等の本件の特殊性という意味で新しい費用算定基準を採用したことは肯定されているようにも思われる。

第二に、内部補助に対する競争政策上の取扱いについてである。規制改革の進展によって独占留保分野が自由化される場合、当該分野に対して新規事業者が競争的参入を行う可能性があり、既存の支配的地位にある事業者はクリームスキミングの脅威にさらされることになる。しかしながら、本件のような郵便市場、特に従来の独占留保分野においては、参入に対する高い固定費用、従来からの法的独占の影響、既存の支配的地位を有する事業者の範囲の経済性など

---

<sup>171</sup> ALISON JONES & BRENDA SUFRIN, supra note 25, at 339.

<sup>172</sup> 川濱昇・瀬領真悟・泉水文雄・和久井里子、前掲注 26, 182 頁や SIMON BISHOP & MIKE WALKER, supra note 19, at 232 参照。

<sup>173</sup> しかしながら、Kenneth G. Elzinga & David E. Mills, supra note 134, at 2484 (平均回避費用を短期ベースとする見解) も参照。

<sup>174</sup> 山根・前掲注 77, 63 頁参照。

<sup>175</sup> なお、COMP/38.233 Wanadoo, Press Release (IP/03/1025), 16 July 2003 も参照。この事案では、競争者排除という市場効果の考慮を行いながら、AKZO ルールが適用されているようである。もっとも、この事件で問題となった市場はいわゆる ADSL インターネット市場であり、特に当該市場の急激な成長度や潜在的競争者の参入可能性等も指摘されているが、違法行為の繰返しを防ぐ意味で委員会決定が行われたとしている(後掲注 184 及び対応する本文も参照)。

の参入障壁としての特徴が指摘されている。これらの特徴に鑑みると、新規参入者による当該分野への競争的参入は制限され、クリームスキミングの脅威も限定的となる。したがって、独占留保分野が自由化された場合であっても、当該分野において依然として市場支配的地位を維持している事業者による競争分野への内部補助は、競争分野での競争を制限する可能性が高く競争政策上問題となる場合が多いといえる。この点に関しては委員会告示の指摘のとおりであろう。

以上のような本件の位置付けに対しては根本的な問題指摘もある。競争市場での事業活動継続のための下限を示している費用を下回る価格設定を EC 競争法上違法とする場合、競争市場での当該費用に、独占市場でも使用されている共通固定費用のどの部分が使用されているのかが画定されなければ、略奪的価格設定行為の適切な違法性判断基準である費用算定基準とはならないという指摘である<sup>176</sup>。その際には、競争が行われている市場と独占状態の市場において利用している共通の施設等に係る共通固定費用について、特に、配送や集荷に係る人件費や輸送費等、競争市場のみに生じている費用ではない場合、共通固定費用の中の増分費用とされる範囲の画定とその費用の具体的数値の算定方法が問われることになる<sup>177</sup>。

## おわりに

以上概観したように、公益分野において、既存業者による市場防衛のための活動が新規参入を阻害するという問題は、我が国のみならず各国において生じている問題である。

公正取引委員会は、従来、公益分野における競争導入を積極的に図っており、審査局に公益事業・知的財産権タスクフォースを設置して関連事件の迅速かつ適切な排除に努めているほか、不可欠施設を所有している事業者が当該施設へのアクセスを拒否して参入を阻害する行為を迅速に排除できるように法改正を行うことを検討している<sup>178</sup>。

我が国で公益分野における参入阻害事件に独占禁止法を適用する際には、米国の事例と並んで、市場支配的地位にある事業者の地位濫用行為を積極的に排除している EU の事例が参考となると考えられる。

なお、今回の調査では、電気通信分野については適当な事案がなく、事例研究を行わなかつ

---

<sup>176</sup> 内部補助の EC 競争法 82 条における規制については、それ自体の規制は困難であるとし、委員会による措置や会計上の措置などによって内部補助を使った濫用行為は阻止できるとの指摘もある (RICHARD W. HISH, supra note 160, at 653)。

<sup>177</sup> EC 競争法上違法となる略奪的価格設定行為が内部補助をその背景としている場合、内部補助を断つには、独占分野と競争分野との分割が問われる。本件では、ドイツ・ポストが自ら競争市場における自社内の事業部門的位置付けのものを別会社として設置することで、会計上、構造上の分割が行われたが (Deutsche Post AG, supra note 14, paras. 18-22)、市場支配的地位を有する事業者を独占分野と競争分野とに分割することは、集配から配達までのそれぞれの事業分割といった分割方法をはじめ、独占市場の自由化・競争化の進展状況や、市場支配的地位の事業者の有するネットワークへのアクセスルールの整備等行為規制にも留意しなければならない (特に欧州における郵便分野における構造的分離は現在進行中であり、その成果は明確ではないとする指摘として、OECD 編山本哲三訳『構造分離 公益事業の制度改革』85 頁～88 頁 (日本経済評論社、2002 年) 参照)。

<sup>178</sup> 「独占禁止法研究会報告書」(平成 15 年 10 月 28 日公表) 及び「独占禁止法改正の基本的考え方について」(平成 15 年 12 月 24 日公表)。



た。しかし、その後、電気通信分野においても、EUにおけるドイッチェ・テレコム事件<sup>179</sup>や米国におけるトリンコ事件最高裁判所判決といった重要な事例が出現している。また、我が国でも、NTT 東日本に対し排除措置を命ずる勧告が行われている<sup>180</sup>。2003年度の研究で対象とした事件がいずれもいわゆる略奪的価格設定に関するものであったのに対し、これらの事件はいずれもいわゆるエッセンシャル・ファシリティに関するものである。

ドイッチェ・テレコム事件は、ドイツにおける地域電話網を保有する電気通信事業者が、他の電気通信事業者に対し不当に高い接続料金を設定したことが、市場支配的地位の濫用とされた事件である。

NTT 東日本事件も、地域における光ファイバー網を保有する電気通信事業者が、当該光ファイバーを、他の電気通信事業者に対する接続料金を下回る価格で自社のユーザーに使用させていたことが私的独占とされた。なお、本件は、NTT 東日本が勧告を応諾しなかったため、審判が開始されている。

トリンコ事件は、地域通信網を保有するベル・アトランティック（訴訟中にベライゾン・コミュニケーションズに名称変更）の競争業者であるAT&Tの顧客が、ベル・アトランティックによる競争者に対する自己の地域網へのアクセス遅延等の行為が競争を排除することを目的とするものでありシャーマン法2条に違反するとして、クラスアクションを提起したものである。連邦地方裁判所<sup>181</sup>は原告が反トラスト法上の請求権を十分立証していないとして原告の訴えを退けたが、連邦控訴裁判所はエッセンシャル・ファシリティへのアクセス拒否に該当する可能性があるとして地方裁判所の判決を破棄した<sup>182</sup>。しかし、連邦最高裁判所は、電気通信法が定める地域通信網へのアクセスを競争者に提供する義務に違反したことは反トラスト法違反を構成するものではない等として、原告の主張を退けた<sup>183</sup>。

このほか、最近の電気通信分野における事件としては、欧州委員会が、フランス・テレコムの子会社であるワナドゥー・インターアクティブによるADSLサービスの略奪的価格設定を市場支配的地位の濫用に該当するとして禁止した事件がある<sup>184</sup>。

電気通信分野についても、このように注目すべき事例が現れていることから、今後、我が国及び欧米の独占禁止法適用事例を比較して検討することも有益であろう。

なお、事例を分析する際には、法的観点から検討するだけでなく、経済学的観点から、当該措置が競争促進のために適切なものであるかを検討することも必要である。今回の研究に当たっては、経済学者にもメンバーとして入っていただき、経済学の観点から助言をいただいた。また、研究成果を競争政策研究センターのワークショップで発表し、議論していただいた。このような形で法律学者と経済学者が意見を交換し、経済学に裏付けられた法理論を構築していくことも、競争政策研究センターの重要な役割であろう。

<sup>179</sup> 欧州委員会 2003年5月21日決定 (Deutsche Telekom AG), [2003]OJL 263/9。

<sup>180</sup> 公正取引委員会 2003年12月4日勧告, 2004年1月15日審判開始決定。

<sup>181</sup> ニューヨーク南地区地方裁判所 2001年5月25日判決 (Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP v. Bell Atlantic Corp., 123 F. Supp. 2d 738 (S.D.N.Y. 2000))。

<sup>182</sup> 第2巡回区控訴裁判所 2002年6月20日判決 (Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP v. Bell Atlantic Corp., 305 F. 3d 89 (2d Cir. 2002))。

<sup>183</sup> 連邦最高裁判所 2004年1月13日判決 (Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko LLP (540 U.S. (2004))。

<sup>184</sup> 欧州委員会 2003年7月16日決定, OJ未掲載。