

## 「競争者排除型行為規制の理論的根拠—不公正な取引方法を中心に」

京都大学大学院法学研究科教授

CPRC主任客員研究員

川濱昇

### 1 はじめに

#### (1) 共同研究の目的

「競争者排除型行為に係る不公正な取引方法についての考え方」についての共同研究

法学者、経済学者、公取委職員による共同研究

そもそも、「不公正な取引方法」の規制範囲及び規制基準について、公正競争阻害性の意義の再検討を意図していたが、従来比較的問題がないと考えられてきた排除型の自由競争減殺についても、2で見ると、規範的評価及びそれが悪影響を持つ場合についての経済分析が重要な意味を持つことが明らかになったため、それに焦点を合わせて検討を行うことになった。また、この検討課題が米国、EUで最近重大なトピックとなっている独占化における排除（支配的事業者による排除型濫用）の問題とパラレルとなっていることも明らかになり、それらの問題との関係について吟味することになった。

#### (2) 本日の報告の課題

まず、2において、競争者排除型行為の根拠を探求する課題が、なぜ現在重要性を持つのかを、不公正な取引方法における従来の議論に照らして明らかにし、欧米での独占化ないし市場支配的地位の濫用規制の見直しとの関連について検討する。

次に3で米国の議論を参考に「排除」の不当性をどのようにとらえるべきかを検討する。「排除」を定義し、その違法性判断基準として呈示される様々な議論を整理し、規制対象の明確化をはかる。

4、5で、3で見た様々な考え方が具体的な慣行をどのように評価することになるかを、不当販売及び忠誠リベートを例にとって解説する。

### 2 なぜ、いま排除が問題なのか？

#### 2-1 伝統的公正競争阻害性論の空白

##### (1) 現在の通説＝三分類説の概要

①自由な競争の侵害（自由競争減殺）、②競争手段の不公正さ、③自由競争基盤の侵害の三つである。

現在の一般指定を起草する際その前提として取られたものである。2条9項に掲げられた多様な類型から、それらを説明するにふさわしい概念として公正競争阻害性を考えようという立場である。

①の自由な競争への侵害とは市場参入への自由と、市場における競争の自由が妨げられることを意味する。私的独占の要件である「一定の取引分野における競争の実質的制限」よりも低い水準で予防的に規制するものと理解できる（ただし、完全にそう言いきって良いか？）。

→①については、法継受の沿革から私的独占（部分的に不当な取引制限）規制の予防という性格づけがなされていた。

②の競争手段の不公正は、市場における競争が良質廉価な商品の提供による能率競争を本位として行われることを妨害する、競争手段自体が非難に値するものの場合に認められる。手段自体の不当性は、顧客の意思決定の適正さを歪曲するような場合や競争者の事業活動に対するあからさまな妨害を行う場合など、他者に対する侵襲性が明瞭な場合がこれにあたる。

③の自由競争基盤の侵害とは、取引主体が取引の諾否・取引条件について主体的な判断を行うことが自由競争の基盤であるのに、それが侵害されることをいう。昭和28年改正で導入された、「取引上の地位の不当利用」のもつ公正競争阻害性を説明するために持ち出された考え方である。

なお、阻害する「おそれ」でいいから、一般的・抽象的可能性で足りるのであり、実際に阻害された

り、高度の蓋然性までが要求されているわけではないとされているが、具体的な状況下での立証が問題となる以上、少なくとも自由競争減殺類型については単なる可能性で足りず、具体的な危険性が必要と解されているように思われる。

この三つの公正競争阻害性が同時に発生する可能性はあるが、それぞれの行為類型毎に典型的に発生が予想される公正競争阻害性はある程度決まっている。典型的に発生が予想される公正競争阻害性毎に主要な行為類型を概観する。また、2条9項の各号と一般指定の各類型の対応については完全に見解の一致を見ているわけではないが通説的な見解を前提に説明を行っている。

ただし、各行為類型がこれらをどのような形で侵害するもしくは侵害するおそれがあるのかも多様である。たとえば自由競争阻害一つをとっても、競争抑圧的→競争者のコスト引き上げ型、効率的な競争者の競争努力の無力化なもの、競争回避型→競争的活動の自由の制限が、重要な競争回避効果をもたらすことによってもたらされる場合など多様である。手段の公正さの問題も、取引相手方の意思決定の歪曲、不効率性を発生させる以外に役に立たないとか、他者の正当な期待への干渉など、その不当性を根拠付ける追加的な事情が明らかにされる必要がある。

この立場は、上述のようにかつての通説と有力説を統合した立場と解される。そのため、両説からはその折衷的性格を批判されているが、現行法がそもそも折衷的性格を有することから、この立場とらえられている。

## (2) 従来の議論の問題点

- ・ 従来③自由競争基盤型公正競争阻害性の特殊性が強調されてきた。

搾取型濫用がいかなる形で競争に影響を与えるのか、あるいは競争に影響しないのなら規制される根拠は何かが争点となってきた。この問題も重要ではあるが、論点自体はかなり明瞭になっており、不公正な取引方法規制の中でも独立した問題群ととらえることが可能である。

- ・ しかし、①の問題もそれほど簡単ではない。

①と②の分離の意義はどこにあるのか？

②はいわば、市場分析を具体的に行うまでもなく手段の不当性が規制根拠となってよい類型である。それ自体として非難に値する行為が②であり、そのような手段の不当性が②の規制根拠であるとされてきた。それを能率競争（competition on merits）からの乖離によって説明するというのが通説であった。

これに対して、自由競争減殺とは市場参入への自由と、市場における競争の自由が妨げられることを意味する。私的独占等の要件である「競争の実質的制限」よりも低い水準で予防的に規制するものと考えられている。低い水準とは形成される市場支配力が小さいないしは既に存在している市場支配力を維持するにしてもその維持効果が実質的な（substantial）水準であるとはいえない場合であっても規制を及ぼすという意味でとらえられている。これらの効果もたらされるのはどのような場合かという問題と、排除（他の事業者の事業活動の困難化ないし機会の奪取）が好ましくないのはどのような場合かが問題となる。競争自体が、「排除」のプロセスであり、正当な排除とそうでないものとの区別が必要だからである。

**他者排除によって、自由競争減殺効果があったとしても、その手段が競争秩序の観点から許容されないものであるという評価が必要なはずだからである。**

なお、競争回避型の場合には、当該競争回避が正当な目的の付随的制限でない限り、それによってもたらされる競争減殺は直ちに妥当でない手段と解することができる。

cf.Epstein2005（カルテルと水平合併規制のみを正当化可能と考える立場）

## (3) 日本版能率競争論の欧米との乖離

**A 能率競争（competition on merits）**概念は米国の反トラスト法で用いられている概念を借用したものである。この概念は、米国法のみならずEU競争法など他の法域でも言及されることが多い。

しかし、それは手段それ自体の不当性を問題にする局面ではなく、競争排除の手段が競争秩序の観点から許容されないものであることを示す概念として反トラスト法で用いられはじめたものである。

特にcompetition on meritsとは行為の態様がそれ自体としては不正なものとは思われないものであっても、なお、それが競争秩序の観点から許容されないか否かを吟味するにあたって、competition on meritsを害するか否か、あるいはcompetition on meritsにのっとったものか否かが問われたのである。しかるに、わが国では手段がそれ自体として不公正な手段となっている場合を説明する概念としてののみcompetition on meritsに言及されてきた。←見落とされていた点

## B 自由競争減殺型類型における手段の不当性論の必要性

Aから自由競争減殺型の行為についてもその手段の不当性をいかに説明するかが問題となるはずである。ここでは、問題となるのは自由競争減殺型の行為がいかなる場合に、反競争効果をもたらす（市場支配力の形成、維持、強化をもたらす）かということと、それが競争秩序の観点から許容されないことがいかに根拠づけられるかという二点である。従来不公正な取引方法に該当するならば、当然に自由競争秩序に反するものであるという先入観があったようだが、それは自明ではない。例えば、安売りで市場支配力の維持がなされることがあったとしても、それ自体が不当なわけではなく、当該安売りが競争秩序の観点から好ましくないことを何らかの観点で正当化する必要がある。不当廉売の問題は、一見したところもっとも競争親和的な行為が非難されるのがいかなる場合であるかという、もっとも先鋭的なものといえる。本研究では、競争を排除する手段の不当性の問題を検討することを通じて、不公正な取引方法の根本問題に迫ろうというものである。言い換えれば、不公正さの証として自明視されてきたcompetition on merits概念の再検討といってよい。（同様に、level playing field.equal footingなどの概念も反省的に吟味されるべきであろう。）競争回避型の場合、共同行為によって悪影響が出るならば直ちに不正として、ただしそれが効率性達成の随伴行為であれば正当化されるというアプローチで良いだろうが、単独の取引拒絶などの場合、取引が拒絶されなければ競争が活発になるというだけで法が介入して良いのか、それとも手段としての不当性を考えなければならないのか問題となろう。

## C 現在の世界的な議論の潮流との関係

① 近時シャーマン法2条にいう排除とは何か、あるいはEC条約82条における排除的濫用とは何かをめぐって盛んな議論が行われている。重要な判例とそれを契機にした学説の展開、それらを受けて公的な論議（米国では現代化委員会、EUでのDG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abusesの公表）。

United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001) (en banc)

Conwood Co. v. U.S. Tobacco Co., 290 F.2d 768 (6th Cir. 2002).

LePage's Inc. v. 3M Co., 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003) (en banc), cert. denied, 124 S. Ct. 2932 (2004).

Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004)

Manufacture Francaise des Pneumatiques Michelin v Commission of the European Communities (T203/01) [2003] E.C.R. II-4071 (CFI (3rd Chamber))

British Airways Plc v Commission of the European Communities (T219/99) [2004] All E.R. (EC) 1115 (CFI (1st Chamber))

② 米国、EUに共通の論点

独占力を有するものがそれを維持・強化する行為のうち、規制に値するものは何であり、どのような基準でそれを規制すべきか？

③ なぜ、これがこれまで問題とならなかったのか？あるいは、今問題となるのか。

社会的要因：現在、支配的企業による排除的行為と見られる例が増えた。民営化、規制緩和への対応法の展開：

米国、構造規制の時代の行為概念の軽視＋コースの批判する冷遇的態度 (inhospitality)

→問の不在

シカゴ全盛期、冷遇的態度の逆、排除による市場支配力の強化等を不能と考える知的対応

現在、排除による悪影響の可能性についての理解の深化と規制対象及び規制基準の見直しへ  
EU、特別の責任論や形式的基準による規制から、経済的に合理的な規制

注： 冷遇の態度：反競争的な（あるいは潜在的にそうである）種々の慣行の分析が不十分なものとどまっていたことは否定できない。競争的市場での行動としては説明できない慣行に対して何らかの反競争的効果をもつものと仮定する傾向（ロナルド・H・コース（宮沢健一・後藤晃・藤垣芳文訳）『企業・市場・法』75-77頁（1992））

#### ④ わが国における問題との共通性

そこで問題となっている議論はCで述べた排除型自由競争減殺類型における手段不当性の議論とパラレルなものである。要するに、活発な競争も不当な競争もともに、ライバルを傷つけ「排除」する潜在的危険性をもつのであるから、それを識別する基準が必要であり、不当な排除の再定義が近時重要な課題となっている。

能率競争概念についての反省的考察（level playing field やnormal competitionについての反省も含む）

#### ⑤ なぜ、不公正な取引方法と独占事件を比較するのか？

・ 排除の議論は欧米では独占企業の単独行為の問題であり射程が狭いと考えられる向きもあるが、例えば米国では従来シャーマン法1条（クレイトン法）の問題とされていた排他条件付取引、抱合せ取引等も、その反競争効果についての経済学的議論の深化の結果、その不当性の再考察がシャーマン法2条の文脈で行われているのである。

米国の萌芽理論は典型的な排除手段について厳格に規制すべきことを示唆したが、1970年代以降の経済分析重視の立場から懐疑的な立場が有力になり、競争への悪影響の立証（市場支配力分析）を要求するようになり、規制範囲が大幅に狭くなった。他方、排他条件付取引を独占企業が利用する、独占力維持型違法類型については、シャーマン法1条より厳格な規制が行われるようにも見え、その賛否をめぐる議論が活発になっている。そこでは、何が不当な「排除」であるかという議論が背景にある。

・ 不公正な取引方法の排除型行為は、米国において独占化（不当な取引制限の場合もある）において独占者が利用する典型的な抑圧行為と考えられていたもののリストに由来する。それらの行為類型に形式的に分類されたとしても、すべての場合に競争秩序を害するわけではなく、その行為の中で是非を識別すべき必要がある。これは同種の作業と言える。

・ さらに、独占化にせよ、支配的地位の濫用にせよ、主体が市場支配力（独占力）を有していることから、そうでない場合なら許容されるべき競争手段であっても「不公正」と考えられる余地があることを前提にしている。いわば、「不公正」な排除の十分条件を考察する上で意味がある。

・ 排除か否かが検討されている行為はわが国では不公正な取引方法に該当する行為が多く、それらが競争を害する可能性と効率性を向上させる可能性についての経済的検討が行われており、その成果は不公正な取引方法の排除型行為を検討する上でも有益である。

競争の実質的制限の予防規制としての性格付けは低いレベルでの市場支配力の問題とされていたが、既に市場支配力を有する企業がその地位を維持する行為であって、その社会的便益が乏しいのに維持効果のおそれがある行為への対応という側面を軽視してきたのではないかという視点も重要である。

#### D 当面の検討課題

- ・ 排除の不当性についての理論的検討
- ・ 排除を通じて、市場支配力の形成・維持・強化につながることの経済学検討
- ・ 具体的な例を用いた法の展開の検討

##### 忠誠型リポート

なぜ、忠誠型リポートに焦点を合わせるのか。インテル事件（日本）の争点であるとともに、欧米（カナダ）で特に支配的事業者が行う忠誠リポートの規制基準をめぐって議論が沸騰しており、経済学の論稿も多数ある。わが国で通常行われるようにこれを実質的に排他条件付取引と見て、排他条件付取引の

基準で判断すれば足りるのか。そうだとすると、排他条件付取引として違法になるのはいかなる場合かが問題となる。また、そもそもかかるリベートは価格競争と識別困難なのではないか。そうであるなら、略奪型の内容をもつ必要があるのではないかといった問題が話題となっている。これは単に流行しているから重要なのではない。後述するように、competition on meritsという曖昧な観念で手段の不当性をとらえる立場への反省的考察の契機となっているのである。

### 3. 不当な「排除」の定義と基準をめぐって一米国における議論を参考に

#### 3-1 議論の百家争鳴状態

マイクロソフト事件を契機に「排除」の基準をめぐっては多数の議論が存在する。

それらはしばしば、次元を異にした問題を扱っている（時には一つの基準の中に複数の内容が関与している）

① 経済的評価としてはある行為が消費者厚生もしくは総余剰の意味での効率性への影響を持つか否かが問題であり、特に後者の観点から行為の評価を行うための基準作り。

##### 3-2 (1) 比較衡量フォーマット

② 競争プロセスを害する形態を問題にして、特定の形態の不当性（能率競争概念の問題）を問題にする議論

(a)→統合型の定義を志向するもの

利益犠牲（Ordovery-Willig型略奪）型定義、同等に効率的な企業を排除しそうな行為としての定義

##### 3-2 (2)、(3) で説明

それ自体として消費者厚生ないし社会的効率性の判断基準として有効だという主張もある。

(b)→特定の形態の非難に値する行為を取り上げるもの

ライバル費用引上論、基準については①を借用、略奪の一般論としては議論に登場しない。

##### 3-2 (4)

#### 3-2 各種基準の吟味

##### (1) 比較衡量フォーマット型基準

(a)アリーダー・ホベンカンフ

独占企業が行う行為であって、①ライバルの機会を損なうことによって独占力を形成・強化・拡張することがかなり見込めるものであり、②消費者にまったく利益とならないか、当該行為が生み出す消費者の特定の便益にとって不必要か、結果として生じる便益に釣り合わない害を生み出すもののいずれかに該当する行為。

Phillip E. Areeda and Herbert Hovenkamp, 3 Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application P 651a at 72(Aspen 2d ed 2002)

・アリーダー旧説

「ライバルの機会を傷つける傾向を持ちかつ真価にもとづく競争を促進しないもしくはかような競争に合理的に必要な程度を越えて制限的なもの。」

Phillip E. Areeda and Donald F. Turner, 3 Antitrust Law P 626g(3) at 83 (Little, Brown 1978).

(b)マイクロソフト判決の立証責任転換アプローチ

①反競争効果について「第一に、排除的だと非難するには、独占者の行為は反競争効果を有するものでなければならない。すなわち、それは競争プロセスを害し、それによって消費者を害するものでなければならない。逆に、一又は複数の競争者を害するだけでは十分ではない」とした上で、

②原告は、独占者の行為が不可欠の反競争効果を有することの立証責任を負い、独占者の行為が単に競

争者を害するものではなく、競争を害するものであることを立証しなければならないが、③原告が反競争効果を立証して、一応有利な事件を確立したときは、独占者はその行為に競争促進的な正当化を提出することになり、競争促進的な正当化を主張した場合—その行為が実際に能率に基づく競争の一形態である（例えばそれがより大きな効率性や消費者への訴求力の向上にかかわるがゆえに）という単なる口実ではない主張を行った場合、その主張を反証する責任が原告に移転する。④独占者の競争促進的な正当化が反駁されなかった場合は、原告は行為の反競争効果の害が競争促進的な便益を上回っていることを立証しなければならないと、このような方式で立証責任が転換される。

ともに、反競争効果と競争促進効果の比較衡量を志向しており、また、マイクロソフトの立証責任の転換（立証の負担の分配、日本流に言えば評価根拠事実と評価障害事実の割り振り）のフォーマット自体は説得的であるが、いくつかの問題が空白である。

→比較衡量の基準：消費者厚生か社会的効率性か

これ自体は深刻な問題ではない

困難な問題としてはタイムスパンの取り方の問題に帰因する、実際の操作の困難さもある。

→立証責任（(a)では第一基準）を果たすために、ライバルの機会を奪うこと及び競争プロセスへの害とそれが独占力の維持・強化をもたらすことを示す必要がある。

これは、たとえば当該行為が独占力の維持をもたらしたという事実だけで足りるのか。

独占者が、廉売で新規参入者を駆逐したとしたら、当該行為によって反競争効果があるといってよいことになる。その廉売の当否によらずに、結果として社会効率性が害されることもあろう。しかし、そのような立場は、独占者に対して極度に受容的な立場（EUで問題にされる独占の特別責任論）を導くことになりかねないがそれは妥当だろうか。

ライバルの機会を奪うというときに、既に能率競争の観点から容認されない態様を前提にしているのではないか。例えば、単に品質や価格が優れていたがゆえに、相手の機会を奪ったとしても問題にならないが、そうではない態様であることを前提にして始めて有効に機能する基準ではないか。

例えば、後述するライバル費用引き上げのように、競争相手が競争する能力を害することを通じて反競争効果が生まれている場合なら、そのような悪影響の可能性、それが市場支配力の形成・維持・強化をもたらす効果、当該行為がもたらす効率性促進効果と、最終的な比較衡量というストーリーは馴染みやすいが、単にライバルの販売機会が支配的事業者に移ったことは不十分ではないか。つまり、このフォーマットでは、従来能率競争論が担っていた手段の相当性をめぐる判断を抜きには議論が完結しないのではないか。帰結主義的な議論だけではなく、行為の妥当性をめぐる義務論的な評価も必要なのではないか。

補論：行為が帰結主義的に効率性を増大させるか否かだけを問題にすると、独占的競争が行われている場合には、消費者を欺く不実な広告が一定の範囲内では効率性の向上をもたらすという結論を導くことになる。Dixit and Norman,"Advertising and welfare"9 Bell J.Econ.1(1978)たとえ、効率性が結果として向上する場合であっても、不公正と考えられることに異論はないであろう。

・総括：

一般的な定義では、要するに独占的地位をもった者が競争者の機会を制約することで独占力の形成・維持・強化をもたらしかつそれが相応の効率性等の合理的目的を持たない場合を問題にするという漠たる出発点だけであり、「効率性によらない排除」が問題だといってるにすぎない。

当該慣行がいかなる条件の下で市場支配力の形成・維持・強化をもたらすのかという反競争効果の確認の問題と、さらにそれらの効果を離れた効率性追及としての効果をもつか否か、両者を併せ持つ場合の比較衡量の仕方の問題などが検討課題となる。

独占者に一定の作為・不作為を命じることでその独占力を瓦解させることが可能となる場合があると

しよう。これは逆に言うとそれらの作為・不作為をとらないことによって、独占力を維持していると呼ぶことも可能になる。そのことを直ちに不当視するなら、行為規制の枠を超えている。これらの内、適切でない行為を如何に識別するのが問題になる。

#### 補論 消費者利益（総余剰）基準論と特別の責任論

当該行為が厚生（総余剰）ないし消費者の利益の観点から悪影響をもつか否かを基準にすれば足りるという見解はどうか。独占企業の特別の責任論さえ正当化しかねないのではないか。

独占企業の特別の責任論とはEC条約82条の濫用事件において、独占企業が競争相手に不利な行動をした場合に特に厳格に（十分な反競争効果の立証を待たずに）違法とする立場である。

これは、行為を規制するというよりも、支配的地位を消滅させるための解釈手法と見ることもできる。競争的企業に対して、市場支配力維持以外の観点からも最適反応となるはずの反応を禁じて、可及的に受容的行動を要請するものと考えられるからである。

「支配的事業者（a dominant business）は、その支配的地位をいかにして獲得したかを問わず、競争者が許されるような態様にて競争してはならないことが要求される。そしてそれゆえに支配的事業者の『特別の責任』は、實際上、究極的に自らの支配的地位を失しめるべき義務（an obligation ultimately to lose）へと形を変えるのである」（P.Jepsen & R.Stevens, Assumption, Goals, and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition Under Article 86 of the European Union, 64 ANTITRUSTL.J. 443,504 (1996)）という評価がなされている。

特別責任論は妥当でないのはなぜか？

帰結主義的な裁量介入だからか？ 市場参加者のインセンティブの歪曲の可能性があるからか？

いずれにせよ、最終的帰結の問題としての消費者利益ではなく、透明なルールに基づいて当事者が競争を行うプロセスの維持が、結果として消費者の利益等につながるという考え方が必要なのではないか。

#### （2）利潤犠牲（経済的有意味性）型基準（Ordover & Willig(1981)の略奪）

「ライバルの退出を誘い出し独占利潤を得ることを目的に、競争状態でなら稼げたかも知れない利益の一部を犠牲にしたライバルへの対応」

これは、略奪とされる行為を行った場合でかつ事後に相手方が退出したと仮定した場合の合計利潤（略奪行為時の利潤と略奪後の利潤の合計）が、略奪とされる行為でない特定の戦略を行い、相手方が存続ないし参入した場合の合計利潤を上回っていること、および、略奪を行いながらも、ライバルないし参入者が生存していたら獲得し得た合計利潤が、略奪とされない行為を行った場合の合計利潤を下回っていることの両方が満たされていることを意味している。

この基準は、近時米国において排除を定義する際、重用されだしている。

#### Aspen, Trinko

ただし、内容が微妙に異なった各種定義がある。

Cabral & Riordan(1994)の定義、反事実的想定を退出ではなく、退出の蓋然性が高まることにもとめる。

Fisher(2001)、反競争的な独占利潤の形成・強化以外には利潤最大化とはならない。

#### Vickers(2005)

マイクロソフト事件での証言、地裁判決の理論

単なる独占利潤か、競争者の排除、その蓋然性、あるいは競争的行動の抑制を通じた独占利潤であることが含意されていると解するべきだが、それを含意していないとする批判もある→Evans & Schmalensee(2001)→短期利潤犠牲基準として一人歩きする。

この定義は一見して明瞭というわけではないが、反競争的な略奪を判別できるものと考えられている。すなわち、問題となる戦略が、費用の低下や商品・役務の魅力の増大という意味で効率（能率）的なら、相手方の存続に限らず問題の戦略の方が有利なはずだから後者の基準をみたまない。したがって、問題となっている行為が、事後の独占利潤の増大を主たる動機として行われ、かつ効率性の追求が当該行為

の動機とするものではなかったことを識別する基準として機能するのである。この基準は先述した法律家の排除概念とも整合的である。

これらの定義はこれだけで自動的に適用されるわけではなく、文脈に応じて補足していく必要がある。当該戦略がどのような形でライバルの排除等とそれを通じた独占利潤の獲得をもたらすのか（略奪的価格設定における埋め合わせ要件、および各種合理的略奪理論の展開）がまず明らかにされなければならない。その上で、当該戦略が他者の排除以外には利潤最大化にかなったものではないことを示す必要がある。

問題点：この基準は、しばしば「排除」を定義するものだとしてされている。しかし、これが必要条件かどうかは問題が残る。ライバル費用引き上げ戦略などはこの定義に該当しなくとも、反競争効果を持つのではないか。

また、社会的な効率性の追求を独禁法の目的とした場合、この基準に合致するにもかかわらず効率性は向上するような自体もあり得る。

### （３）同等に効率的な企業を排除する行為

「当該状況において、被告の属する市場から同等もしくはそれ以上に効率的な競争者を排除しそうな行為」 Posner, *Antitrust Law* at 194-95

Cf. Viscusi, et al (1995) 「同等に効率的な企業」要件を付加した利益犠牲淘汰のプロセスとしての競争観には一致する。しかし、

問題点：

これも一般的な定義として提案されているが、必要条件といえるか否かが問題となる。

・RRCの取扱いがどうなるのか？

・不効率な競争者であっても、それが既存独占者の市場支配力を抑制しているときに、不公正な手段で市場から追い出したらどうなるのか。例えば、独占者より劣った技術を持つ周辺の競争者がその劣った技術にのみ必要な資源を独占者が囲い込むことによって、周辺の事業者を退出せしめた場合はどうなるのだろうか。

不効率な事業者であっても、それが市場に存在することが、現に市場支配力の行使の抑制となっているのなら尊重すべきだし、それが動的な効率性につながる「競争プロセス」の維持に不可欠だという立場もあり得る。もっとも、RRC型行為でない場合をどのように解するべきか問題となろう。

### （４）ライバル費用引き上げ戦略（RRC）

①概念 ライバルの費用を引き上げるなど、競争相手の効率性に係る能力を害することを通じて市場支配力の形成維持強化をもたらす行為

#### ② 特徴と問題点

(a) 効率性を増大させる努力によらず、他人の足を引っ張って排除することが好ましくないと言うのは直観的にも明らかであろう。よりよい製品・役務をよりよい取引条件で提供するという形ではなく、ライバル費用を人為的に引き上げるという手段で排除を行うことが競争政策上不当なのは自明に思えよう。しかし、興味深いのは、それが競争に与える悪影響が、従来独禁法学者が見落としていたような形でも生じる点である。→③

(b) 抱き合わせや排他条件付き取引といった排除行為の典型も、ライバル費用の引き上げ戦略の例である。現実には費用を引き上げさせることに成功すれば、既存のライバルの事業活動が困難になり、参入を抑制する効果を持つことから、排除行為にあたることは確かである。

特徴：

・狭義の「排除」の必要がない（相手方の市場からの退出の可能性）

- ・短期利潤の犠牲なく、直ちに行為者に利益となる可能性がある。
- ・強度の独占力がなくとも反競争的利益を得る可能性がある。
- ・シャーマン法2条ではなく、1条問題とされていた慣行（ただし、現在では2条の側面が重視されている）の反競争効果を説明することが可能となる。
- ・また、Cheap Exclusion論との親和性がある。

#### (c)問題点

能率競争を害する一類型ではあっても、一般的な定義を行うものではない。

ライバル費用の引き上げの中でもそれが随伴効果に過ぎないものかどうかを判断するための別個の基準を必要とする。完結された基準ではなく、現象面を析出しただけのもの。

#### ③ 狭義の「排除」との差異

既存ライバルを市場から駆逐したり、新規参入を阻止するといった、典型的な独占維持（発生・強化）とは異なったストーリーでも反競争効果を持つことである。すなわち、限界費用が上昇したライバルは、支配企業の活動に以前のような抑制を加えることができなくなるという形で生じる反競争効果である。

排除に関する通説は事業活動の継続を困難にすれば足り、実際に市場から退出を余儀なくしたり、参入を完全にブロックすることは必要ないとしているが、この視点からするとその見解の正当性が容易に感得し得よう。ライバル費用を引き上げる戦略が遂行可能なら、当該市場におけるシェアが必ずしも大きくなくとも、競争水準を超える価格設定を可能または容易になし得るようになることが容易に見て取れよう。もっとも、ライバル価格引き上げ戦略が有効に行えるためには高度なシェアが必要な場合が多い。

#### ④反競争効果の前提

ライバル費用を増大させて、競争者の加える制約を緩和し、もって競争水準から乖離した取引条件を自身に有利に行うことは競争の実質的制限の従来の定義の範囲内に入ることに異論はなからう。もっとも、米国のようにシャーマン法二条で問題とすべき独占力はかなりの程度持続性をもったそれに限定するという立場に固執するならば、かかる戦略が禁止される範囲は減少することになるだろうが、そのような限定を正当化する論拠は見あたらない。

なお、この戦略が有効なのは、i) ライバルの限界費用を引き上げることができ、ii) コスト引き上げ戦略を行使した企業が、ライバル企業の費用上昇後に、その価格を増加できる場合である。

#### ⑤ライバル費用引き上げのタイプ

ライバル費用引き上げをもたらす戦略としては、他に、直接的妨害（不正競争等の相手方に直接的に被害を及ぼす行為）、政府活動の不当利用なども考えられる。後者は最近のわが国の規制例とも関係の深い。公的な規格作成過程や規制策定手続、規制機関への働きかけを通じて行う排除行為は米国ではかねてからシャーマン法2条の重要な適用領域であった。日本医療食事件では、法が要求していない登録制度等を準公的規制（広義の規格）を通じて実施したことが不当だとされ、北海道新聞事件では自己の使用を予定しない商標をもっぱら競争者の妨害のために用いた点が不当だと考えられたのである。これらの場合は、行政過程等への働きかけの適正さの判断にまで立ち入って、排除行為が認定されることになる。パラマウントベッド事件では、入札の仕様を自己の実用新案を含む形で設定されたことが問題となっているが、入札の際の購入側の必要性から当該仕様の選択が不可避の場合には、排除行為と認定されることはないであろう。いずれにせよ、従来の不透明な規制慣行を独禁法を梃子に競争的なものに変貌させていくのに、このような私的独占規制は効果的である。

#### ⑥正常な競争プロセスの反映としての費用増大

ライバル費用の増大は、通常の過程でも生じる。一方の企業が、効率的な企業運営を目指す過程で付随的にライバルの費用が増大することも有り得る。ここで、問題としている戦略は付随的効果としてのそれではなく、効率性追求の過程とは無関係に生じるライバル費用増大戦略に限定する必要がある。

例えば、支配的企業が効率性を増大させて増産を重ねた結果として、ライバル企業の産出量が減少して規模の経済性を発揮できなかった場合をライバル費用増大戦略として非難するのはばかげているであろう。

この場合の二つのアプローチ。

- ・ RRCとしての目的がなくとも、自らの効率性追求だけで利潤最大化となるなら適法な行為と看做す。略奪型アプローチの類推。
- ・ 両方の効果が併存している場合、効率性追求が名目的な理由に過ぎないのかなどを判断するにあたって、効率性追求のもつ競争促進効果とライバル費用増大の競争制限効果の比較衡量の問題とするアプローチ。

両者の違いといずれが妥当かはさらに検討を要する。

また、立証ルール如何によっては競争的行動を萎縮する可能性もあり、非典型的違反類型にRRC型を認めることに消極的な立場の論拠となっている。

RRCの補論 cheap exclusion(Creighton et al.(2005)とRRC

手段の不当性が明瞭な行為でもって市場支配力を形成・維持する行為が注目されている。

特に市場支配力を有している企業がこれによって、競争者を妨害し、その地位を不当に維持する場合を独占化規制の重要な課題とする立場が米国である。

反競争効果の具体的立証が必要か否か？

救済との関係

独占的企業でなくとも、不当性はある。規制すべきであるにしても、独禁法を用いる理由は？行為の広がり論の妥当性（個別当事者の改善効果を上回る社会的便益）

(5) 不当な排除の2つのパターン 暫定的提案

(2) ないし(3)と(4)を組み合わせるとして排除とし、それを通じて反競争効果が生じた場合を問題とするのでよいのだろうか。さらに、(2)と(3)の対立を略奪的価格設定、リベート問題を基準に検討する。

#### 4 略奪的価格設定を素材にした検討

(1) 経済学の展開：よく知られた話

初期のシカゴ学派の略奪的価格設定に対する懐疑的立場MaGee(1958)（ただし、なぜ合理的略奪が不可能かについての理論的吟味はなかったが、後のゲーム理論の展開）

情報の非対称性や資本市場の不完全性に基礎をおいた合理的略奪モデルの発展

略奪の評判、費用のシグナル、シグナルジャミング、Long Purse

その他、習熟効果の先占めによる排除 (Cabral and Riordan 1994)

実験の成果 Philips (1995)206-215

初期シカゴ学派の全面的な懐疑は否定？←ただし、Lott(1999)による批判。

どのようにいかにされるのか？→(2)

下記の費用基準は導出できない？

(2) 法の展開；詳細は中川寛子（2001）参照。

1980年代に略奪的価格設定は起きないというシカゴ学派型通念の定着

Borkの全面合法論 cf.Posner,

理論的にも経験的にありそうもないという事前信念かつ第一種の過誤のコストが大きいという理解が、

Borkとまではいなくとも、略奪認定のためのハードルを高める（ブルック事件）

A Tルール+埋め合わせ理論の定着

A Tルール: 短期限界費用を下回るものが略奪的価格設定。代理変数としての平均可変費用: ただし、最高裁は何らかの適切な増分費用基準としか述べていない。

埋め合わせ: 短期的な犠牲の埋め合わせ→実は不明確: 事後の反競争効果発生の蓋然性か、それとも短期的な損失を補ったあまりある独占利潤の見込みか?

反競争効果の見込みがない場合を埋め合わせ基準で簡単に却下。

高いハードルの前にこれらの基準の具体的な適用が問題になる例が少なかった。

理論的展開は1993年まで米国の裁判所で影響を持ち得なかったという総括

Klevorick(1993)

埋め合わせの可能性について、上記理論がもっともらしく思われる例の誕生

費用基準や埋め合わせ基準の不明確さが適用の困難を招いている。

### (3) 問題点

違法な略奪と正常な競争とを区別する基準は何か?

normal competitionについては、see Philips(1995)

費用基準はなぜ存在するのか。

(1) で見た経済学の展開は、埋め合わせの可能性を示唆するものであるが、合理的略奪モデルは、3- (2) 利潤犠牲論からは導出できるが、それは(2)の費用基準とは整合的ではない。

他方、(2)の費用基準は3- (3)の同等に効率的な企業の排除論とは整合的である。

ほとんどの国で、(2)型の費用基準論が採用されているが(わが国については、金井他『独占禁止法』252-265頁(2006)参照。

### (4) 同等に効率的な企業基準は少なくとも価格については認められてしかるべきか?

二つの正当化

①社会ダーウィニズム型競争観

②規制の安全マージン

i 価格競争介入の危険性

ii 最適対応の判断が難しい。

例えば、参入に際して低価格で対応するのは短期的な利潤最大化の観点からも妥当であるが、それが違法になる低価格はどこからか指摘するのは難しい。最適な対応を直ちに選べるわけではない。そのための安全マージンは必要。さもなくば、おちおち価格競争ができない。何らかの費用基準が正当化できるのではないか?

iii 効率性との関係

目的が総余剰の改善にあるとき、人為的に競争者を排除して独占力を維持する行為が当然には悪影響をもたらさない。死重損失があっても生産上の効率性が増大する可能性。

(2)の基準を満たすものであれば、総余剰の意味での効率性も害する

問題点、効率性を害する略奪的価格設定で規制されないものが存在する

競争事業者を人為的に排除して独占力を維持する行為一般を禁止することは競争のダイナミズム保護のためにも必要ではないか?

## 5 忠誠型リベートをめぐって

## (1) 法の現状

### 日本

インテル（日本）事件、支配的事業者が忠誠型リベートにより競争業者を排除→独占の維持効果→競争の実質的制限：参考資料1

米国 LePage's Inc v 3M (Minnesota Mining and Manufacturing Co) 324 F3d 141 (3d Cir 2003) (en banc), cert denied, 124 S Ct 2932 (2004) 参考資料2

独占維持型の排他条件付取引に対する厳格な立場（以下の判例）の反映

United States v Microsoft Corp, 253 F3d 34 (DC Cir 2001)

Conwood Co v United States Tobacco Co 290 F3d 768 (6th Cir 2002) cert denied, 537 US 1148 (2003)

U.S.v.Dentsply Int'l ,Inc,399 F.3d 181, 2005-1 Trade Cases P 74,706(3rd Cir.2005)

### EU

独占的企業が行う忠誠リベートについて直ちに競争者排除効果を認め82条違反とした

Michelin II Case T-203/01 Michelin v Commission, September 30

British Airways Case T-219/99 British Airways v Commission, December 17, 2003

### 問題点

① これを排他条件付取引やバンドリングと同種の効果をもつと評価できるかどうか。

わが国の伝統的理解では、排他条件付取引と同様の拘束をもつのであるから、その基準に類似した規制を行えばよいと言うことになる。バンドリング型のリベートも同様に考えることができる。

そうだとすると、事実上の排他条件付取引、抱き合わせとして、それが反競争効果をもつ前提条件を満たせば足りると考えられるのだろうか。

具体的には、ライバルが最小効率規模に到達するのに必要な市場シェアから締め出してライバルの費用を引き上げたり、新規参入者が肩代わり填補すべき金額を生じさせたり、二段階参入を不可避にする状況を引き起こしたならば、その点をとらえて問題視すれば足りるのだろうか。

そうだとすると、排他条件付取引や抱き合わせについてのRRC型分析の経済学的分析で足りることになる。

② 単純に排他条件付取引として良いのか。

リベートは価格競争の手段と言えないか？（公正取引656号12頁）

リベートスキームへの対抗可能性に注目して、略奪基準を充足する必要がある立場

ボリュームリベートの閾値が顧客の需要全体に近いか

その結果として、上記閾値付近でライバルが提示しなければならない価格が対抗不能なものか（不当廉売基準）

→ライバルの競争的行為に対応した部分で費用基準を見る不当廉売基準

排他条件を課すことが可能なのは、支配的事業者から購入せざるを得ない部分が存在し、それを超えた部分は、競争可能なのに前者を梃子にして、競争者を閉め出す点にある。だとすると、競争可能な部分についての被擬違反者が提供した部分（忠誠リベートが効果を生じる部分）についての実効価格を算定し、それが費用基準を超えた場合のみ規制をすれば足りるのでないか。そうでないと競争可能な部分について、同等に効率的でない企業が入ってくることを許すのと同様でないか。

Crane,(2005)参照。

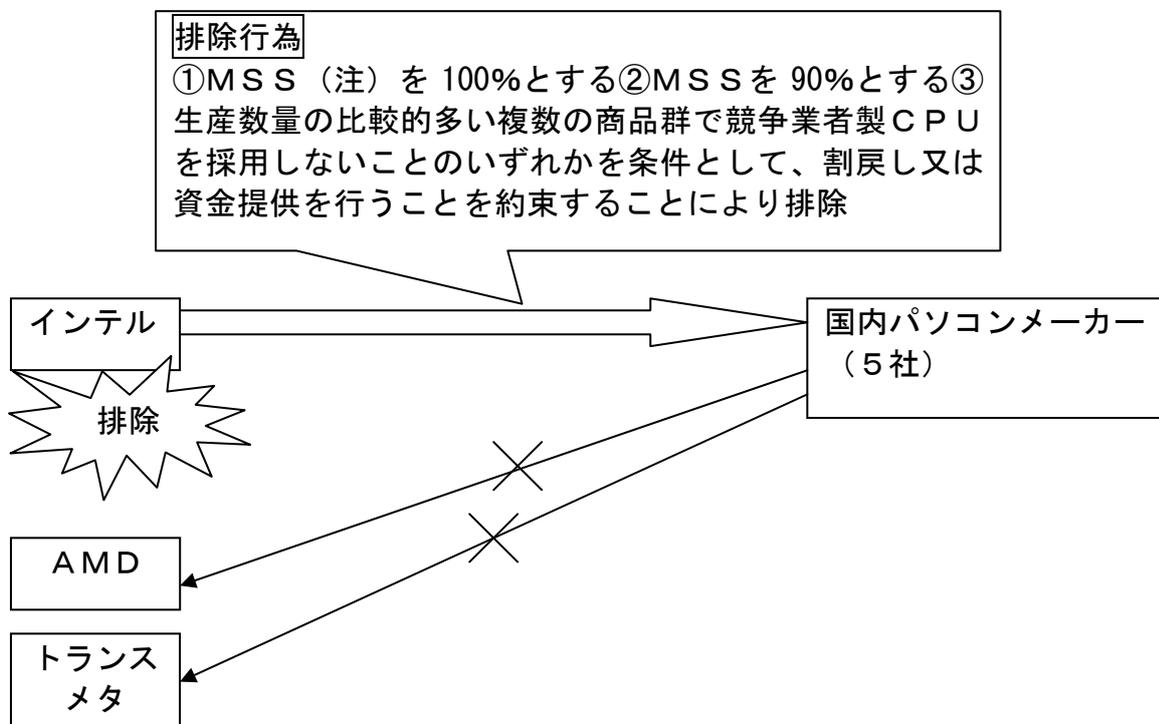
価格競争についての、ダーウィン主義的な直観を強調すると②になるが、同等に効率的でないにしろ、費用を引き上げさせられて退出を余儀なくされるのは妥当でないと考えれば①の展望が優先することになるのではないか。経済分析と規範的評価の相克。

参考文献

- Baumol, William J., "Predation Criteria in the Swedish Postal Zone Price Case--A Reply" 21 ECLR [2000]
- Cabral, Luis M.B. and Riordan, Michael H., "The Learning Curve, Market Dominance and Predatory Pricing", 62 *Econometrica* 1115 (1994)
- Daniel A. Crane, "Multiproduct Discounting: A Myth of Nonprice Predation", 72 *U Chi L Rev* 27 (2005)
- Fisher, Franklin M., "The IBM and Microsoft Cases: What's the Difference?" *Am. Econ. Rev. Papers & Proc.* (.)
- Ordoover, J.A. and Willig, R.D., "An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation", 91 *Yale L. Journal*, 8 (1981)
- Daniel L. Rubinfeld, "ANTITRUST: 3M's Bundled Rebates: An Economic Perspective", 72 *U. Chi. L. Rev.* 243
- Herbert Hovenkamp, "Exclusion and the Sherman Act", 72 *U Chi L Rev* 147 (2005)
- Willard K. Tom, David A. Balto & Neil W. Averitt, "Anticompetitive Aspects of Market-Share Discounts and Other Incentives to Exclusive Dealing", 67 *Antitrust L.J.* 615 (2000)
- Susan A. Creighton, D. Bruce Hoffman, Thomas G. Krattenmaker, and Ernest A. Nagata, "Cheap Exclusion" 72 *Antitrust LJ* 975 (2005)
- J. Vickers, "Abuse of Market Power" 115 *Economic Journal* (2005)
- Andrew I. Gavil, "A COMMENT ON THE SEVENTH CIRCUIT'S REPUBLIC TOBACCO DECISION: ON THE UTILITY OF 'DIRECT EVIDENCE OF ANTICOMPETITIVE EFFECTS'" 19-SPG *Antitrust* 59
- Herbert Hovenkamp, "Exclusion and the Sherman Act", 72 *U Chi L Rev* 147, (2005)
- Einer Elhauge, "Defining Better Monopolization Standards", 56 *Stan L Rev* 253 (2003)
- Frank H. Easterbrook, "When Is It Worthwhile to Use Courts to Search for Exclusionary Conduct?", 2003 *Colum. Bus. L. Rev.* 345,
- Christopher R. Leslie, "Trust, Distrust, and Antitrust", 82 *Tex. L. Rev.* 515 (2004)
- Willard K. Tom, David A. Balto & Neil W. Averitt, "Anticompetitive Aspects of Market-Share Discounts and Other Incentives to Exclusive Dealing", 67 *Antitrust L.J.* 615 (2000);
- Aaron S. Edlin, "Stopping Above-Cost Predatory Pricing", 111 *Yale L J* 941 (2002)
- Einer Elhauge, "Why Above-Cost Price Cuts to Drive Out Entrants Are Not Predatory -- and the Implications for Defining Costs and Market Power", 112 *Yale L J* 681 (2003)
- 長岡貞男・平尾由紀子「産業組織の経済学」(日本評論社 1998)
- J. Nalebuff, "Bundling as an Entry Barrier", 119 *Q J Econ* 159 (2004)
- David Meyer, "LePage's II: The En Banc Third Circuit Revisits 3M's Bundled Discounts and Sees Unlawful 'Exclusion' Instead of Above-Cost Pricing", 2 *Antitrust Source* (July 2003), online at <http://www.abanet.org/antitrust/source/july03/meyer.pdf>

## インテル事件（平成 17. 4. 13 勧告審決）

※リベート等の付与行為を実効性の担保手段とした排他条件付取引が排除型私的独占として違反となった事例



（注）各国内パソコンメーカーが製造販売するパソコンに搭載するCPUの数量のうちインテル製CPUの数量が占める割合

【適用法条】 3条前段（私的独占の禁止）

【違反行為者】 インテル(株)（米国インテルの日本法人で、米国インテルが製造販売するCPUの輸入販売を行う事業者）

【競争事業者】 日本AMD、米国トランスメタ

【一定の取引分野】 国内パソコンメーカー向けのCPUの販売分野

【違反行為者のシェア】 約89%（平成15年）

【違反行為】 インテル(株)は、国内パソコンメーカーのMSSを最大化することを目標として、国内パソコンメーカーのうちの5社（5社のCPU購入シェアは77%）に対し、それぞれ、その製造販売するパソコンに搭載するCPUについて、①MSSを100%とし、インテル製CPU以外のCPU（競争事業者製CPU）を採用しないこと、②MSSを90%とし、競争事業者製CPUの割合を10%に抑えること、③生産数量の比較的多い複数の商品群に属するすべてのパソコンに搭載するCPUについて競争事業者製CPUを採用しないことのいずれかを条件として、インテル製CPUに係る割戻し又は資金提供を行うことを約束することにより、競争業者の事業活動を排除していた。

⇒日本AMD、米国トランスメタの国内CPU販売シェアは、約24%（平成14年）から約11%（平成15年）に低下。

## 3M 対 LePage's 事件 事実概要（控訴裁判決 324 F. 3d 141 (3rd Cir. 2003)より）

3M は家庭用及びオフィス用に「スコッチ」テープを製造しており、1990 年代の初めにおいて、合衆国の透明テープ市場で 90% 超のシェアを有する支配的企業であった。LePage's は事務用品を販売しており、1980 年頃に「セカンド・ブランド」及びプライベート・ブランドの透明テープ（製造業者の名前ではなく小売業者の名前で販売されるテープ）の販売を決定した。1992 年までに、LePage's は合衆国におけるプライベート・ブランドのテープの 88% を販売するようになったが、透明テープ市場全体の中では一部に過ぎなかった。プライベート・ブランドのテープはブランド・テープよりも低価格で販売された。3M もまた、1990 年代の初めにプライベート・ブランド事業に参入し、「Highland」の名でセカンド・ブランドを販売した。

なお、透明テープを製造する国内企業は他に 1 社しか存在せず、外国メーカーは存在したものの国内市場において有意な役割を果たすものではなかった。3M にとって深刻なライバルは LePage's だけであった。

LePage's の訴えによると、3M はスコッチ・テープでの独占を、プライベート・ブランドのテープにおける競争上のアドバンテージを獲得するために利用し、「バンドルされたリベート」を実施した。LePage's はまた、3M が LePage's の顧客のいくつかに対し、総額において多大な現金支払い、販売促進値引き及びその他の奨励金を提供して、彼らが 3M と排他的取引を行うよう奨励した、と主張した。

3M のリベート・プログラムは、異なる 6 つの製品ライン（事務用品（透明テープを含む）のほか、ヘルス・ケア用品等 5 つのライン）からの購入を条件づけられた特定の顧客に対して、ディスカウントを提供した（「バンドルされたリベート」）。加えて、3M のリベート・プログラムは、それぞれのラインについて顧客ごとに目標成長率を設定し、目標を達成したライン数に応じて、その顧客が全ての購入に基づいて受け取るリベートの額が決まるようにした。一つの製品について目標を達成できないことは、そのラインを越えたリベートの喪失につながった。

このリベートシステムの下では、3M の競争者から透明テープを購入する小売店は、他の商品についてのリベートをも失うことになる。競争者は、その失われたリベート分を償った上でないと対抗することができない状況にあった。

リベートは多額であった。例えば、1993 年における LePage's の Sum's Club への売上は 107 万 8484 ドルである一方、同社への 3M のリベートの額は 1996 年で 66 万 6620 ドルだった。同様に 1992 年の LePage's の Kmart への売上は 248 万 2756 ドルで、1997 年における同社への 3M からのリベートの額は 92 万 6287 ドルだった。

リベートの額と同じくらい重要なのは、最大のリベートを失わないため、顧客が LePage's より 3M のテープを購入する強力なインセンティブが生じたことであった。ペナルティの額は、Sam's Club で 26 万 4000 ドル、Kmart で 45 万ドル、American Stores で 20 万～31 万ドルであった。3M は、上記プログラムは競争促進的なディスカウントプログラムよりも排他的なものではないと主張し、コストを上回る限り、値下げは違法ではないと主張した。

本控訴裁判決は、3M によるバンドルされたリベートの効果により、顧客が 3M と排他的取引を行うこととなって LePage's が排除され、LePage's 製品がもたらしていた競争が破壊されるという反競争的效果が発生しており、3M は透明テープ市場におけるマーケット・パワーを用いて自らの独占を違法に固守しているとした。