

競争政策研究センター 第18回公開セミナー

平成21年7月31日(金)

(小田切(司会)) それでは、ただいまから公正取引委員会競争政策研究センター、第18回公開セミナーを始めさせていただきます。本日司会進行をいたします、競争政策研究センター所長の小田切でございます。よろしくお願いいたします。

競争政策研究センターは、平成15年6月に発足いたしまして、満6年を今年迎えております。公開セミナーも今回が18回目となります。本年6月にも公開セミナーを開催しまして、そのときには「東アジアの競争法と日本の競争政策への示唆」というタイトルで、東アジア諸国の競争法から日本が学び取れる点について、法の観点から、北海道大学大学院の稗貫先生に御講演をいただきました。本日の公開セミナーにおきましては、「独占禁止法審判決の法と経済学」というテーマの下、最近の独占禁止法審判決、具体的な事例も素材としながら、法と経済学の視点からの分析ということについて紹介させていただきたいと思っております。

今回のテーマ選定に当たっての問題意識といたしまして、米国の反トラスト政策等におきましては、判例研究と経済分析との相互交流ということを通じ、法と経済学の間でのフィードバックがいろいろな形で機能しております。ところが日本においては、体系的・包括的に独占禁止法の判例法的な展開を経済学的な視点を交えて考察したものが乏しいという意識を持っております。競争政策研究センターといたしましては、そのような法と経済学との間の接点、あるいは現場と学界との接点ということを目指しておりますので、そのような観点から本日の公開セミナーを企画いたしました。今回の公開セミナーの開催のいきさつ等については、また後で説明させていただきたいと思っております。

その前に、本日講演をしていただくスピーカーについて紹介をさせていただきます。CPRC主任研究官で、一橋大学大学院経済学研究科の岡田羊祐先生は、競争政策、規制政策、イノベーション政策といった三つの政策分野について、情報通信産業、バイオ医薬品産業を主な素材として実証的に研究され、多数の業績を上げておられます。

また、同じくCPRC主任研究官で、名古屋大学大学院法学研究科の林秀弥先生は、経済法、独占禁止法と競争政策等について研究をされておられて、市場画定と合併規制等々に関しても幾つかの論文を書いておられます。

さらに、コメンテーターといたしまして、CPRC客員研究員で、慶應義塾大学産業研究所の石岡克俊先生をお招きいたしております。石岡先生は、経済法、知的財産法、消費者法等の社会法学の研究をされておられて、これまで著作権制度に関する問題や出版産業と独占禁止法などについて研究を進めてこられました。

今回、実は私自身も少しお話させていただきますので、恐縮ではございますけれども自己紹介させていただきますと、私は、一橋大学大学院経済学研究科で教えておられて、企業経済学、産業組織論、技術革新の経済学といったような分野において研究を進めております。ちょうど1年ほど前、昨年6月に、この公開セミナーで、「経済学の知見を競争政策に生かす」というテーマで話をさせていただいております。昨年末には『競争政策論』

という本も出版いたしました。

それでは、早速本題に入らせていただきますが、まず最初に私から一言、今回の公開セミナー開催の経緯について話をさせていただきます。

今日は、C P R C 審判決研究会という研究会がございまして、この成果という形で話をさせていただきます。この話をするには、競争政策研究センターの発足からのことを少し話させていただいた方が手っ取り早いと思いますので、このような形のスライドを用意させていただきました。先ほども話をさせていただきましたが、C P R C は平成 15 年 6 月に発足をいたしております。初代の所長として現在、早稲田大学にいらっしゃる鈴木興太郎先生をお願いをいたしました。

2 年後の平成 17 年に、主任研究官として岡田先生と林先生に加わっていただきました。両先生が中心となられまして、C P R C において審判決研究会を開始いたしました。ただ、これは C P R C としてのフォーマルな催しというよりも、岡田先生と林先生を中心とした有志による勉強会という性格を持っていたものでございます。参加者は公正取引委員会の職員、あるいは C P R C の経済学者、法学者のほか、外部の方もお招きをしております。私も参加させていただきました。このときは、私自身は競争政策研究センターのメンバーではございませんでしたけれども、岡田先生からこのような研究会をしているというお話を聞きまして、是非参加させていただきたいということで加わらせていただいたものです。平成 20 年 4 月から私が所長になりまして、引き続き、この審判決研究会を岡田先生と林先生を中心にやってきたものでございます。

これまでにいろいろ行った研究会の成果を取りまとめまして、今年 6 月に『独占禁止法の経済学』というタイトルでの本を出版いたしました。サブタイトルとして、「審判決の事例分析」でございます。この中では、序章、終章の間に 13 章ございまして、13 の審判決の実際の事例について、経済学者、法学者が共同という形で分析、執筆をしたという構成になっております。是非、御関心のある方は御覧いただきたいと思っております。今回はこの中から、序章等々に基づいた概論的なお話を、まず岡田先生をお願いをいたしまして、その後、この 13 の事例の中から 2 つを取り上げ、岡田先生、林先生、私と 3 人で交代しながら御説明をさせていただきたいと思っております。

先ほども申し上げましたけれども、この研究会自身が有志の集まりという趣旨を持っております。ですから、今日これからお話を申し上げるような内容、あるいはその中の意見にわたるようなものがございまして、これは C P R C、あるいは公正取引委員会のものというよりも、私ども個人的なものであるということを御理解いただきたいと思います。早速、まず最初に岡田先生の方からお話をいただきたいと思います。

(岡田) ただいま御紹介いただきました岡田でございます。最初に、今日のお話の、導入ということで、独禁法審判決の考え方について、経済学者はこのようなことを考えているということの一端を、少し御紹介しようと思っております。

大きく三つのポイントについて、今日お話ししようと思うのですが、最初に国際的な競争ルールが収斂しつつある中で、経済学がどのような役割を果たしてきたかについて一言述べさせていただきたいと思います。二つ目は、競争法の目的をどうとらえるかということです。いろいろな議論があるわけですが、これに関して経済学者が意見を述べる場合には、効率性という言葉が一つのキーワードになっています。これについて、私の考えていることについてお話をしようと思います。三つ目には、国際的にルールが収斂化しつつあるといいつつも、中にはなかなか収斂しない部分もあるということで、最近話題になっており、またこの後でご紹介される事例分析の中でも取り上げられております「単独行為」の違法性について、経済学の考え方はどのようなものかについてお話しできればと思っております。

まず最初に、国際的な収斂を促す基本的な要因についてです。1990年代以降に国際的な収斂が見られるようですが、どのような要因があるのか、その基本的な背景について、3点述べさせていただきたいと思います。最初のポイントが資料の3ページに示されています、グローバル化に伴う市場の拡大です。市場が拡大する中で、価格競争圧力も増大していくのですが、そうすると、いろいろな形の価格競争が起こるわけで、中には、低価格販売、不当廉売等であるとか、カスタマーに応じて違う価格を設定する差別対価であるとか、上流の事業者が下流の事業者に対して価格維持を要請するような再販行為であるとか、あるいはマージンスクイズといわれている、卸の料金と小売の料金との間の価格を競争企業が対抗できなくなるように設定する状況とか、いろいろな価格競争というものが起きてくるわけです。これについて、どのように違法性を判断したらいいか一致した見解というのはなかなか得られておりません。この点いろいろな形で議論されているわけですが、市場のグローバル化が競争ルールを共通化しようという基本的モチベーションとなっているのではないかということがここでの1点目のポイントです。

2点目は、民営化とか規制緩和というものが、1980年代から徐々に進行してくるということがありました。そうすると、それまでは国営企業であるとか、あるいは公益事業というような形で法的に独占が認められていた事業者が多かったわけですが、このような事業者が突然民間の事業者として登場してくるということが生じてきたわけです。このように、独占的市場支配力を有する有力企業がたくさん登場してくる状況が見られるようになってきたわけですが、そのような事業者が行う行為について、いろいろな見解が出てくるようになります。競争者を排除しているのではないか、あるいは、そのような事業者のM&Aの是非についてどのように判断をすればよいか等、いろいろな新しい問題が出てくるようになりました。

3つ目として、ITを軸とする市場創出型イノベーションの進展があります。情報化、情報技術の進歩によって、市場創出型のイノベーションが活発化してくる。そうすると、競争戦略としては、いち早く市場の地位を確立した者が有利になるということが生じるので、そのことを織り込んだ様々な戦略的行動が市場で見られるようになってきました。例

例えば、低価格販売、不可欠施設に対する取引拒絶、あるいは、特許の集積であるとか、実際に特許集積に関わる事件もあるわけですが、これら行為の違法性の判断基準というものが、求められるようになってきたのだと思います。

このような背景のもとで、徐々にではありますが、1990年代以降、特にアメリカとヨーロッパの間で競争法ルールが徐々に収斂しつつあるのではないかと。特に顕著なのは、ハードコア・カルテルの規制であると思われます。これは明らかに共通化の傾向が見られます。それから、合併規制についても、ガイドライン等の改定を通じて共通化が進展しつつあります。実際にエンフォースされているルールが共通かどうかまでは意見が分かれるところではありますが、少なくともガイドラインに関する限りでは、似通ってきたということは間違いないだろうと思います。

ただ、単独行為についてはなかなか一筋縄ではいきません。非常に大ざっぱに言えば、米国は単独行為に対して許容的であり、それに対して、1990年代以降、ヨーロッパではかなり厳格化しているのではないかと。日本はよく分からないのですが、私的独占事件は明らかにここ10年増加しています。また、この6月の独禁法改正で、単独行為規制への違反行為に対して課徴金を課することになったことも皆さん御承知のとおりです。

このような背景のもとで、独禁法審判決に対して経済学がどのような貢献ができるのかということですが、重要なポイントは2点あるだろうと思います。一つは、法律というのは基本的には言語ですから、レトリックと申しますか、その国の地域の文化を背景にした独自性があるわけですが、経済学の分析ツールは、世界共通であり、経済学の分析ツールを用いることによって、100を超える地域で導入された競争法においても、それらの共通点と相違点を明確化する上で有益であるということ。これはやはり、経済学を活用する際の最も重要なポイントではないかと思えます。

それから、二つ目のポイントですが、審判決を読む上で、法律的な評釈等を読むと、事実認定についてあまり厳密に検討しているように思われぬ。裁判で認定された事実を前提として評釈を考えていくということとはよく分かるのですが、経済学ではやはり認定された事実が本当か、その判断は妥当かということが重要な分析対象となるわけ。その場合、経済学の分析ツールは十分に有効な役割を果たせると思えます。また、どこまで可能かは分かりませんが、裁判の中で証拠として取り上げられるものの補強材料として、経済学の知見を活用できる余地がもっとあるのではないのでしょうか。経済学の活用は国、地域によってばらばらであり、日本ではあまり活用されていないわけですが、今後はもっと期待してよいのではないかと考えているわけです。

さて、このように、経済学が果たすべき役割というものがあるというお話をしたわけですが、その場合、競争法の目的に経済学的視点をどう織り込んでいくかということが問題となります。実務家や法律家の方々とお話をすると、意思疎通が非常に難しいと感じることがあります。それはなぜかなといういろいろ考えたのですが、おそらく、経済学者の中には、

こういうとちょっと語弊がありますが、言葉に無頓着な人が多く、定義があいまいなまま、いろいろな法律用語を勝手に使っている場合があります。そのような経済学者の態度が、実務家や法律家の方の逆鱗に触れている可能性があるかもしれません。

なかでも、特に効率性という言葉が問題になります。経済学者にとってはとても大事な言葉だと思うわけですが、これをどう独禁法の目的の中に位置付けるかという点については、多くの異なる見解があります。

例えば、資料の6ページに3点挙げましたけれども、一つ目に、消費者余剰基準と総余剰基準という考え方があると書いたのですが、経済学のテキストで教えられているのは、消費者の利益と生産者の利益を合わせた総余剰を最大化するということです。これがなかなか法的な観点から見る方々に納得していただけないところです。多くの競争当局の実務家の認識も、資料に書きましたように、消費者利益を保護することが独禁法の目的であるということです。このように考える人が非常に多いため、法律家・実務家と経済学者の意見の一致を見ない、経済学者の意見がなかなか受け入れられていないということがあります。

それから、2点目に、効率性といってもそれはスタティックな、つまり静学的な意味での効率性を意味するのか、ある程度将来を見通した上での資源配分、つまり、動学的効率性を意味するのかということです。これも適宜に経済学者は使い分けているわけですが、それがときに混乱を生む原因ではないかと思います。エレノア・フォックスという法学者が、経済学者のいう効率性は場当たりの、効率性を追求するという政策が得てして効率性を損なっていることがあるのではないかと、それを彼女は“*efficiency paradox*”と呼んでいるわけですが、このように、どうも効率性という考え方は多義的であり議論に混乱がある場合が多いのではないかと思います。このような批判には一面の真理があるわけで、やはり経済学者は、効率性という言葉を用いる場合には、それなりの厳密なコンテキストを明らかにした上で使わないと、無用の混乱といえますか、誤解を生むのではないかと思います。

また、よく能率競争という言い方をする場合、“*competition on the merits*”ですが、それが意味している内容は一体何だろうかということが問題になります。それは、効率性という概念とオーバーラップする部分を含むはずなのですが、そうでない部分も含んで用いられているようです。そのような部分についても、実務家・法律家と経済学者の意思疎通がなかなかうまくいっていないように思います。例えば、能率競争の意味として、フェア・コンペティション、公正という概念と関連付けられながら語られることが法律家には多いわけですが、どのような意味でこの言葉が使われているのか、主に経済学者の側ですが、もっと気をつけなければならないのかなと、このようなことを勉強会を通して感じたわけです。

後藤・鈴村編の『日本の競争政策』という本では、競争というものを効率性という狭い範囲にとどめることなく、競争のプロセスそのもの自身に価値を置くような観点で、競争

の目的等を考えようという立場をとっています。この考え方には私もうなずけるところが大変多く、やはり、効率性という観点のみではない競争法の目的を考えていくことが大切ではなかろうかと思うわけです。

さて、二つ目の話、競争法の目的について、経済学的な視点を効率性という観点からお話ししたのですが、競争的な状態とは反対に、マーケットパワー、市場力であるとか市場支配力とか、いろいろな言い方があるわけですが、これが存在する状況をどうとらえるかという視点も大切です。単独行為規制でも市場支配力がキーワードになっていると思います。経済学的には非常に簡単にいえば価格を限界費用からどれだけ引き上げることができるか、その程度によってマーケットパワーを定義します。ところが、実際に限界費用は観察できませんので、そこでいろいろ面倒な話が出てきます。競争の目的の裏側で効率性を考える場合、市場支配力を同時にセットで考えつつ、市場支配力の評価基準をどのような観点から設定するかが問題となります。資料の7ページですが、4点挙げていますけれども、単純な市場シェアでは市場支配力の把握には不十分であるという点は、多くの人に御同意いただけるのではないかと思います。しかし、代わりにどのような視点を実務的に織り込んでいくべきか必ずしも意見の一致をみておりません。もう少し厳密に考えていく余地がまだまだあるのかなと思っております。

市場支配力というのは需要が非弾力的であるということが大前提です。需要が非弾力的でなければ、価格を限界費用から引き上げても利益は得られません。また、SSNIP基準という合併規制で用いられる市場の定義の仕方についても、合併以外の状況でどのように市場を定義すべきか、必ずしも明確なルールがあるとも思えません。特に単独行為規制の場合に問題が大きいように思います。

それから、これに関連して、セロファンの誤謬として知られている問題ですが、いわゆる競争的な価格と現行の価格を区別しないといけないということがあります。競争価格が観察できない場合、市場支配力を測るには競争価格が成立している仮想的状況を前提にして考えていく必要が出てきます。その手順を明確にしておかないと、市場支配力を正しく測定することができなくなります。

さらに、4点目ですが、コストというものをどう考えるかが問題になります。短期と長期、固定費とサンクコストという概念の区別が経済学では非常に大切になるわけですが、これらの費用概念の明確化が、実際の競争ルールの中で明確にはなされていないということがあります。マーケットパワーは価格を限界費用からどれだけ引き上げることができるかということですが、これを考えるときにもいろいろ戦略的要素があって、その要素について考慮する明確な手順が明らかになっているわけではないということも指摘しておきたいと思います。

経済学的な視点を審判決の解釈に織り込んでいく際に必要となるいろいろな論点を提示してきたわけですが、その中でも特に意見が分かれやすい点について最後にちょっとだけ触れて、私の話を終えたいと思います。それは、単独行為規制の考え方です。これは論者

によって、経済学者も法学者も大きく意見が分かれるところだと思います。経済学的な視点から単独行為規制を考えるとときに重要なポイントは何かということ、最後に3点だけお話ししておきます。

一つ目は、先ほども述べましたけれども、適切な費用概念をきちんと定義することが大事ではないかということです。なかんずく、固定費とサックコストの区別が非常に重要です。サックコストというのは埋没費用ともいいますが、いったん投下すると回収できなくなる費用です。これをサックコストと呼ぶわけですが、実は固定費とサックコストの区別というのは、生産期間というものを明確に定義しないと定義できないものなのです。そのような意味では、ある事件で、これは固定費に含むのか含まないのかとかいったことが、例えば不当廉売に関連して問題になったときに、そこで想定されている固定費用というのは一体何か、その、廉売行為が問題になっている場合、そもそも生産期間はどのように定義されているのですかということです。生産期間の明確化がない限り、費用概念の明確化はできないのではないかと思います。

例えば、長期増分費用と回避可能費用は、サックコストをどこまで含むかという点で違いがあります。そのような概念の明確化がないままに何らかのガイドラインを設けようとしても、それは非常に難しいのではないかと思います。つまり、生産期間の明確化と費用の定義を含まない限り、なかなか理解可能なルールというのはいくらも出てこないと思います。

それから、単独行為を考える場合の視点として2点目に挙げたのは、多様性の利益ということです。現時点では明確にカウントはできないけれども、将来競争者がいることによって生じるだろうメリットを考慮しなければならないということです。つまり、利害関係者の中に現時点での競争者・事業者・消費者だけを織り込むだけでは不十分であるということです。将来世代の競争者、将来世代の消費者、この人たちの利害をどこまで織り込んだ形で単独行為規制を考えていくのかによって、違法性の考え方に違いが出てくるのではないかと思います。

それから、単独行為規制を考える場合にしばしば言及されるのがフォールス・ポジティブという考え方、過剰抑止とか偽陽性ともいいますが、要するに過剰規制の危険のことです。本来であれば違法でないものまで違法行為として抑止してしまうことが起きるのではないかと。このような抑制的な考え方は、特にアメリカで有力だと思いますが、別の言い方をすれば、これは裁判所とか行政機関の能力の問題だろうと思います。これら機関がどこまでの確に事件を処理できるのかという能力への期待値が、おそらく、競争ルールの在り方にも影響を与えているのではないかと思います。

例えば、規制官庁と公取委がある場合に、どちらにどのように訴訟を振り分けるのか。トリニコ事件、あるいは大阪バス協会事件等で問題になりました。このような規制官庁と当局とでどのような機能を振り分けるべきかですが、これもひとえに、行政機関の的確な能力というものをどう見るかということに依存すると思います。過小抑止のリスクを



重視する考え方は、逆に行政機関等への信頼感が高い場合です。このように行政機関等の能力への信頼感が規制ルールの在り方に影響すると思うわけです。

次に資料の9ページですが、単独行為の合理性の判断基準として、最近よく言及されるものが二つあるのでこれについて最後に御紹介しておきたいと思います。一つは「利潤犠牲テスト」という考え方で、単独行為を行っている企業が自らの利潤を犠牲にしている場合には、競争の排除とか、その行為によって長期的に独占的地位を固めようとか、何かそのような意図がない限り合理的とはみなさないとする考え方です。ただ、この基準を実際に適用するのは非常に難しく、要するに排除の意図を持ったものが排除行為であると言っているに等しいわけですから、これは若干、循環論法的ではないかと思うわけです。そのような意味では、やはり、プロフィット・サクリファイスという考え方はなかなか実用するには難しいのかなと思います。

最近むしろ有力なのは、「同等に効率的な事業者テスト」です。同等に効率的な事業者を排除するような行為は違法とみなすべきではないのかという考え方です。これに対しては一部論者から批判があって、非効率的な事業者も市場支配力への有力な牽制になりえるのではないかというものです。当然、そのような状況は理論的には幾らでもありえるわけです。もう一つは、このテストに従うと。フォールス・ネガティブに振れすぎるのではないかという批判があります。このような論者から見ると、後ほど林先生からも御紹介があると思いますけれども、アメリカのリンクライン事件採られた考え方は、フォールス・ポジティブの危険を警戒しすぎではないかという批判もありえると思います。

そのような意味では、同等に効率的な事業者という考え方は単独行為に対して許容的にすぎるのとの批判が妥当する場合もありえるでしょう。そうすると、それに代わる考え方として、おそらく考えられるのは、資料の9ページに書きましたけれども、「ライバル企業の費用引上げ戦略」を違法とみなす余地を広げようという考え方です。これによって網の掛かる領域は、同等に効率的な事業者より広がるわけです。したがって、このような考え方をもっと積極的に取り上げるべきではないかと主張する人々もいるわけです。このあたり、なかなか難しいところではありますが、単独行為規制を考える場合の経済学者の理論的な考え方は、大ざっぱに分けるとこの二つの基準になると思います。

ということで、私の話は本日の全体の位置付けとしては導入的なところですので、これで終わりにしまして、もっと具体的なお話をしていただいた方がよいと思いますので、次にバトンタッチしたいと思います。

(小田切) ありがとうございました。それでは、この後、二つの事件を事例として、経済学的アプローチ、法学的アプローチ、それぞれから話を進めさせていただきたいと思っております。まず最初に、NTT東日本事件を素材にしたケース分析をさせていただきます。最初に法学的なパートを林先生の方からお願いいたします。

(林) 先ほど御紹介いただきました林でございます。それでは早速ですが、お手元の資料に基づきまして、独禁法審判決の法と経済学の事件の紹介ということで、NTT東日本の事件、これは御存知の方も多いかと思えますけれども、それを素材に、独禁法審判決の法と経済学について少し議論してみたいというように思っております。

この事件は今もまだ裁判が係争中でありまして、資料 11 ページに書いてありますとおり、公取委が平成 19 年に私的独占に該当するという事となされた事件であります。この事件を取り上げる意味というのは、先ほど岡田先生のほうからも紹介がありましたけれども、競争法による競争秩序維持の在り方、すなわち過剰抑止と過小抑止ということが議論されましたけれども、その間競争法の執行でどうバランスを図っていくべきかという意味で、いい素材を提供しているのではなかろうかと思えます。特に、ヨーロッパ、それからアメリカにおきましても同種の事件が、最高裁までいった事件もございますので、それとの比較という意味でも貴重な素材を提供しているのではないかとというのが第 1 点です。

それからもう一つ、これも先ほど紹介がありましたけれども、裁判所の役割であります。それについて、特にアメリカのリンクラインの事件では、最高裁判決が裁判所の役割について言及しているということもありまして、このような非常に先端的な産業における違法性基準のあり方について、裁判所がどこまで判断できる能力があるのかという点について議論できる素材であると思えます。それから、もう一つは言うまでもなく、経済分析、費用概念をどうとらえるかという話がありましたけれども、経済分析の役割というのも検討する素材になるのではないかとと思えます。

この事件にまた戻りますと、これは光ファイバーの導入時期に行われた事件であり、今とはかなり事情が違うわけですが、ニューファミリータイプという、平成 14 年の 6 月に導入されて、分岐方式という、一つの芯線を分岐して、マンション等で事業展開する。そのようなものを前提に総務省に認可申請行為を行って、認可を受けたわけですが、実際には芯線直結方式を使用してサービスを提供していた。そのニューファミリータイプの NTT 東日本の料金は、当初は 5,800 円、平成 15 年 4 月以降は 4,500 円だったわけですが、接続料金が、そもそもファイバー 1 芯当たり 5,074 円かかる。これは判決でも認定されているわけですが、それにメディアコンバーターの費用であるとか付属機器です。それを最大 16 ユーザーで使うとしても、1,254 円かかる。それを足し合わせると、5,074 円プラス 1,254 円で 6,328 円かかる。

通常、NTT から施設を借り受けて事業展開していたら 6,328 円のコストがかかるのに、NTT はそれを 5,800 円で提供しているというのは、そもそもライバルとしては、とても競争に太刀打ちできないのではないかとということで問題になったということです。そして私的独占に該当する旨の審決が出て、それから、審決取消訴訟を NTT 東日本が提起しまして、時系列で書いておりますけれども、この 5 月に審決取消訴訟の判決、これは後ほど紹介したいと思いますけれども、判決が出まして、NTT 東日本の主張、これも表にしてまとめてありますけれども、それを全面的に退ける判決が下されたところであります。そ

れで、NTT 東日本も上告を提起して、係争しているというのが大まかな筋でございます。

審決取消訴訟について、この場では判例評釈をする場ではありませんので、簡単に紹介するにとどめたいと思いますけれども、争点が幾つかありまして、一つは先ほど申しました値下げです。そもそも、アクセス料金を下回るような小売料金でNTT 東日本がサービスを提供しているというのは、これは競争者の排除ではないか、私的独占ではないかという争点です。それは該当しない、該当すると、真っ向から対立しています。それから、市場の画定の仕方です。先ほど SSNIP という話がありましたけれども、F T T H, Fiber To The Home で光ファイバーですけれども、その戸建て向け、マンション向けとあるわけですけれども、その戸建て向け F T T H サービス市場に一定の取引分野が成立するか。N T T の方は成立しない。ブロードバンド全体が市場なのだと主張しています。しかしながら、公取委はそうではないということで、ここも対立しています。それから、争点3の方は、これは競争に実質的制限をもたらしたかということですが、これも対立しているということでもあります。この辺は詳しくは資料を御覧いただければと思います。

まだ争点がありまして、N T T 東日本の行為が、仮に排除行為だとしても、それは公共の利益に反するものと言えないのではないかと。すなわち、値下げをしているのだから消費者の利益に合致しているということを主張したり、あるいは、設備ペースの競争がありません。F T T H というのは、これは国策として推進されるべき性質のものであって、今安く提供して、市場の需要を喚起するというのが必要ではないか。新しいサービスはなかなか浸透しない。それを浸透するために値下げをしたのであって、仮に排除行為であるとしても、それには違法性が阻却されるということをN T T は主張したり、これは当然のことながら、電気通信事業法という事業法があるわけですが、それと独禁法の関係、すなわち、事業法では電気通信事業法による規制があるわけですが、その規制にのっとった行為について、さらに独禁法違反に問うことができるかどうかということについても、論争になったということでございます。

電気通信は非常に特殊な分野であります、少し概要を説明しますと、本件で問題になったのは、第1種の部分であります。これについては、N T T 東日本、これは支配的事業者でありますから、接続約款を作成し、それを総務省に申請し認可を受けます。その間には、詳しく言いますと、総務大臣が諮問をいたしまして、接続約款を、案を公表したりして、意見募集をしたりして、最終的に答申を受けて認可をします。それで、接続約款という形で公表され、実施される。このような仕組みのものであります。これで総務省に認可を得ているのだから、なぜ独禁法になるのだ、事業法による規制があるのに独禁法違反にするのはけしからんというようなことを、N T T は主張したところです。

これも時間がございませんので簡単に申します。東京高裁判決は、原告、すなわちN T T 東日本の請求を棄却しております。ポイントといいますか、結論は、これに先立つ審決で私的独占に認定されたわけですが、それには実質的な証拠がある。また、経験則に反する認定は認められないということで、事実認定でも斥けておりますし、それから、

法令の解釈についても、すなわちニューファミリータイプの導入に伴う値下げというのは他事業者の排除にもなるし、それから、それによって一定の取引分野における競争の実質的制限をもたらす、かつ、違法、公共の利益に反しないということは認められないし、それから、事業法に規制されているような行為であっても独禁法違反に問うことはできるといことで、全面的に原告の主張を退けているというところでございます。

訴訟における主な争点に関する裁判所の判断なのですが、これも多岐にわたっていますので、少し紹介いたしますと、基本的には、これは実質的証拠に基づいたものである。審決の認定は正しいということであります。例えば、最初の分岐方式で当面用いることがないにもかかわらず、分岐方式を用いるとして総務省に申請をし、認可を受けておきながら、実際には芯線直結方式でサービスを提供したということについては、NTTの方は、それは需要が生じてくればすぐに機器を設置しようと考えていたというのだけれども、これは審判の認定のとおり、具体的な計画がないにもかかわらず、分岐方式を用いるとしてサービスを導入したといっても合理性はある。それから、サービスの提供に当たって、他事業者が光ファイバーに接続してFTTHサービス事業を展開するというのは、事実上著しく困難であるということを知っていたのではないか。それは認識していないという主張に対して、これは認識していたものと推認するのが不合理ではないということ、これも審決の認定に沿っております。

それから、同じように、NTT東日本がFTTHサービス提供は現実的でないことを認識していた。すなわち、これはサービス提供が始まったばかりの話であり、それほど、今のように需要がなかったということについて、そのような認識はしていないというNTTの主張に対して、すなわち、採算に見合うような需要が見込まれないと明確に認識していたと認定した上で、分岐方式のサービス提供というのは、当時としては現実的ではなかったと合理的な認定をした。ということは、これは不合理な認定ではないよということ、実質的証拠法則が入りますので、基本的に審決の認定が、そのような形で不合理な認定かどうかということが争われているわけですが、そうではない。

少し飛ばしまして、法令の解釈ですが、一番大きな争点になりました、他事業者排除かどうかという点です。先ほどの話もありましたように、正常な事業活動か排除かという境目というのはますます難しくなっているところでありまして、その境目をいかに切り分けるかというのが鍵になるわけですが、この事件についてもその点は争われています。排除されたのか、そうでなかったのか。裁判所の判断は、当初は分岐方式を用いて提供するとして、接続料金の認可を受けるとともに、その届け出を行いながら、実際にはそれを使っておらず芯線直結方式を用いた。さらにその接続料金を、他事業者が接続料金を支払ってサービス展開するよりも安い料金で、先ほど5,800円と言いましたけれども、他事業者がアクセス料金を払うとしたら6,000円幾ら払わないといけない。それより安い価格で、小売部門、サービス提供しているわけですから、とても競争上太刀打ちできないということ、これは排除だ。すなわち、戸建てFTTHサービス市場に参入することを著

しく困難にした、排除していたということでもあります。

一定の取引分野についても、戸建てと集合住宅向けではサービス提供形態が大きく違う。設備の形態とかネットワークに違いがある。ブロードバンド全体市場というのは確定できないのだというようなことを言っております。最終的には、排除することによって、戸建て向けF T T H市場において、競争、市場を支配したということです。形成・維持・強化したということで、これは競争の実質的制限に該当するということになりました。

あと、公共の利益とか、先ほど争われましたけれども、ユーザー料金が低下しているのだから、これは公共の利益に反しないではないかというようなことを原告は主張していますけれども、それによって参入が困難になったのだから、やはり公共の利益に反しているのは明らかだ。それから、二重規制についても、事業法規制があるからといって、すなわち、事業法上合法だと、違反しないというだけで、直ちにそれが独禁法の適用を排除するとか、独禁法違反でないとか、そのような話にはならないとか、あるいは、この事業規制上、そもそも分岐方式で届け出、認可を受けておきながら、実際には芯線直結方式をしているということで、電気通信事業法による規制における事業所管官庁の判断を尊重すべきであるという原告の主張自体がその前提を欠くとしています。実際届け出たこととやっていることが違うではないか。そのようなことから、電気通信事業法上の取扱いが、本件違反行為の独禁法上の違法性を左右するものではないということ判断しております。

これは後で問題にしたいと思うのですけれども、この違法性といいますが、問題にされた期間というのは、ニューファミリータイプが導入されたのが平成 14 年 6 月ですけれども、そこから審判開始決定に至る約 1 年半の出来事について問題になっているわけでありまして。この手のサービスというのは、サービス開始当初はなかなか需要が増えない、ユーザーが増えないのですけれども、徐々に需要を喚起して、立ち上げて行って、ペネトレーション・プライスといいますが、浸透するような価格を設定するということがよく見られるわけですけれども、そこをどう考えるかというのが一つのポイントになるのだろうというように思います。いかなるサービスであれ、提供当初というのは需要が乏しい。利益が上がらない。時間をかけて需要を開拓していく。正に光ファイバーというのはそのようなものであった。事業者としては何年もかけて収支相殺するといいますが、黒字化していくという、長期的なプランで考えているわけですけれども、その期間といいますが、判断のタイムスパンというのをどう考えるのかというのが、この審判でも議論になりましたし、その後も議論が続いているということでもあります。

ざっと事件の御紹介をしましたが、最近のアメリカの方に少し目を転じまして、似たような話がアメリカでも、今年の 2 月に出たところであります。これも事案を簡単に紹介しますと、リンクラインという、これは原告なのですけれども、これが、サービス、ベル系の子会社から卸部門でアクセスを受けて、小売部門でベル系の子会社と競争する。S B C というのがベル系の、こちらで言うと N T T のようなグループの企業なのですけれども、その会社が自らの小売価格よりも高く接続価格を設定する、違法なプライススクイ

ージングをやったものです。先ほど見ましたように、逆転現象が生じているということで、シャーマン法2条に反して独占化している、あるいはそれを企図している、地域DSL市場を独占化しているというようなことで、よく似た事案で争われたわけであります。

これは最終的に最高裁まで行きました、最高裁ではプライスキューピングで売ったと認められませんでした。これはどのようなことかといいますと、まず上流市場と下流市場に分けて、上流市場で、そもそも事業法上の接続義務があるからといって、それが反トラスト法上取引義務を導くわけではなくて、反トラスト法上取引義務がないという場合に、マージンスクイズの認定はできない。取引義務自体が存在しないので、一定の卸価格で取引する義務も存在しない。大ざっぱにいうとそのようなことであります。

それから下流部門ですけれども、下流部門については略奪的価格設定。これは既に、ブルック事件という1993年の判決が先例になっていまして、略奪的価格設定の二つの要件、これは、コストを下回るということと、埋め合わせることです。略奪的価格設定をして、後で価格を引き上げて、独占利潤によって回復するというような、埋め合わせの二つの要件を満たしていればともかく、それを満たしていない場合には、下流市場で価格が安いからといって、それで何かしたのを反トラスト法違反に問うものではない。ライバルが事業展開するには、上流部門と下流部門のマージンが少なすぎるではないか、不十分ではないかということは、判断はできない。裁判所の範囲を超える。適正な価格であるとか公正な価格を判断するというのは、それは裁判所の役割ではないということでもあります。

要するに、上流部門で取引義務はない、下流部門でも略奪的価格設定の主張もないという場合に、単に不十分なマージンスクイズの主張だけで、シャーマン法2条、私的独占といいますか、その主張を認めるといえるのは、消費者ではなく、競争者それ自身を守るものであるというような流れであります。

もう少し確認しておきますと、上流市場、卸ですけれども、上流市場と下流市場で垂直的に統合している企業と、下流市場で事業展開している企業との間の、下流市場での競争の問題になるわけですけれども、上流、リンクラインの判決によれば、反トラスト法上取引義務がない以上、競争者に有利な条件で取引する義務もこれまた存在しない。それから、下流市場では略奪的価格設定、プレデトリー・プライシングの枠組で考えまして、コストを下回るかどうか。それから埋め合わせるおそれがあるのかどうかということですが、それを少し紹介します。コストを下回る価格というのは、ブルック事件でははっきり書いていないのですけれども、これはその後、下級審判決とかを見ますと、いわゆる平均可変費用である。それを下回って、更にそれを、損失を埋め合わせる合理的な期待を行為者が有していて、後で略奪的価格設定で損失を回復する、埋め合わせるというようなことでもない限り、これは違法にはならないということです。

話の続きですけれども、リンクラインが、ライバルの卸売、これは、ベル系の子会社の卸売と小売価格の適正なマージンを残しておかなければならないと主張したわけです。このようなことを判断するのは、裁判所に価格は適正かどうかとか、この価格は事業者にと

ってやっていけるかどうかということの算定を強いるものであって、それは裁判所にとっては算定不可能であるとしてきました。単に、卸アクセス料金と小売サービスの料金、双方が逆転しているからといって、それぞれの料金それ自体が不当廉売に該当するとか、そのような場合であればともかく、そうでないからといっても、単に逆転しているからといって、それが反トラスト法違反を構成するものではないとされました。このように、最高裁判決は、マージンスクイズといえますか、そのようなものについて、シャーマン法2条による規制について、非常に限定的、基本的に事業法の規制にゆだねよう、反トラスト法ではやらないという、かなり厳しいといえますか、訴える方にとっては厳しい、そのようなものになったところであります。

先ほどの、最初からの話に戻るわけですがけれども、過剰抑止、過小抑止という話がありますけれども、視点としては、この手の事件というのを評価するに当たって、競争法による競争の過剰抑止にならないかどうかというのが重要な視点だと、もちろん考えております。これは、アメリカとヨーロッパでは非常に規制が、マージンスクイズでは対照的でありまして、EU、ヨーロッパのほうで、このマージンスクイズには非常に積極的です。ドイツテレコム的事件であるとか、テレフォニカ的事件であるとか、いろいろ事件が最近出ていまして、その中では非常に積極的であるというような印象を持っております。

その特徴、一つ例を挙げてみますと、例えば、埋め合わせの要件。先ほど出てきた、埋め合わせの要件が不要であるとか、あるいは、ドイツテレコムの中で出てきたのですが、小売サービス料金と卸アクセス料金の差分、つまり、マージンが、支配的事業者が下流市場で自ら小売サービスを提供するのに必要な費用をカバーするのに不十分な場合でも、違法である。これを単純化して言いますけれども、マージンがあっても、それが十分でなければ違法である。このような判断を下しているわけですがけれども、これがアメリカの方の一部の学者に言わせると、これは裁判所に不可能を強いるものではないか。すなわち、適正な提供価格は何かということ、裁判所は判断する能力に乏しいし、それを裁判所に期待されているわけでもないということです。

この手の排除の問題であるとか、プライススキージングの問題を考えるに当たっては、非常に事業者の事業活動の根幹といえますか、事業計画そのものにかかわることでありまして、それはなかなか、排除、それから正当というものの線引きが非常に難しい。その先鋭的な一つの例を、この事件、日米欧は提供しており、それだけに判断が、結論がそれぞれ微妙に違っているということかなというように思っております。

それからタイムスパンの問題。費用概念は先ほど出てきましたけれども、違法性を考えるにあたって、タイムスパンから費用概念を考えるというのは、タイムスパンをどう考えるか、短期で見るのか、長期で見るのかといったことについても整理が必要ですし、そもそもいろいろな基準について、経済学的に見て、整合性、洗練された形で、それを基準として落とし込む作業というのは、今後法律家にとっても必要な作業として残されているのではないかと。この事件のコメントについては、また岡田先生のコメントに譲るとしまして、

とりあえず、事件の概要として紹介させていただいた次第です。

(小田切) どうもありがとうございました。では、引き続き岡田先生の方から経済学的なアプローチについてお願いします。

(岡田) ただ今、簡潔に事件の概要について林先生から御説明がありましたので、私は、論点となるポイントだけを簡単に御提示したいと思います。

既に言及がありましたけれども、アメリカのリンクライン事件というものは、小売価格の低価格販売と、それから卸売段階における取引拒絶、これらを別個にみるという枠組で違法性を判断しているわけですが、ヨーロッパはそうではない。マージンスクイーズという小売段階に特有の違法行為がありえるという考え方をヨーロッパは採っている。日本もどちらかというと同様であろうと思われるわけです。米国とその他地域との判断基準の違いをどう見るかが非常に重要な論点となります。

リンクライン事件では、小売価格の低価格販売が略奪的価格であるかどうかを、先ほど御紹介があったブルック事件の基準で判断します。つまり、コスト割れ販売を行っているかどうか、そして、将来的にその損失を回収する埋め合わせの蓋然性が高いかどうかという二つの基準で判断します。このブルック基準はフォールス・ポジティブを警戒するあまり許容的に過ぎるのではないかという批判があります。

二つ目の事件ですが、規制下の設備投資の性格をどう考えるかが問題となります。これは、国・地域ごとに歴史的経緯がいろいろあって、民営化のプロセスも日本と諸外国ではいろいろと異なっているわけです。ここで問題になっているエッセンシャル・ファシリティーズが造られてきた経緯といたしますか、起源にもいろいろと違いがあるわけで、なかなか諸外国の規制を同列に論じ難いものがあると思います。

ただ、一つ言えるのは、資料 31 ページの三つ目に書きましたけれども、NTT東日本の事件は、光ファイバーという普及の初期段階にあるアクセス網であるのに対して、ヨーロッパやアメリカで問題になっているのは銅線のADSLです。これはコンテキストが大分違うのではないかと思います。その意味で、光ファイバーの投資インセンティブについてより真剣に考慮されるべきではなかったかと私は思います。

それから4点目として、これも既に林先生から言及がありましたけれども、浸透価格という考え方です。普及の初期時点では原価割れ販売は合理的な経営判断ではないかという判断です。これはやはり生産期間というものをどう定義するかが問題となる正に典型的な事例であろうと思います。それに従って、固定費の配分、固定費の範囲、サンクコストの処理期間、このようなことがすべて問題となってくるわけですから、原価割れという事実認定を行う場合、生産期間の定義によって判断が非常に変わってくる。やはりそこを明示することが少なくとも経済学者の目から見て必要ではなかったかと思われるます。

それから、固定的生産要素比率の組合せという前提が成り立つかということが問題とな



ります。例えば、小売段階のサービスがもし差別化されていたらどうかということです。その場合にはこれまでの議論の前提が全部変わってくるわけで、サービス自身を同質的とみなしてよいかという点は、非常に重要な前提であると思います。分岐方式、私はこれよく分からないのですが、サービスの質がどう変わるかとか、あるいは、スピードがどうなるかとか、いろいろあると思うわけです。法的論点としては、芯線直結といいながら分岐したことが欺もう行為に当たるかなど、いろいろな論点があるとは思いますが、少なくとも生産要素は単純な1対1対応ではないということについてどう考えるかです。

また、その小売段階のプロモーションにもし規模の経済性があるのであれば、その部分のシェアをいち早く大きく取ってしまうと、ライバル企業の費用が上がります。これが、R R C、すなわちライバル企業の費用引き上げ戦略に当たるわけで、そのような戦略による排除行為が認定できるか否かを検討する方がむしろ素直な考え方ではないかと思うわけです。いずれにせよ、原価割れではコストを定義しなければならず、やはり、生産期間を明確にしていくことが必要であると思います。以上です。

(小田切) ありがとうございます。それでは、本日お話ししたい第2の事件に話を進めさせていただきます。これは資生堂・花王事件でございます。また法学的な部分を、林先生にお願いいたします。引き続き、私の方からも御説明いたします。

(林) それでは、事案の簡単な紹介だけさせていただきたいと思います。お手元の資料の33ページのとおりでありまして、資生堂事件と花王事件の最高裁判決が出たというのは、御案内の方も多いかと思うのですが、以下では、両者の事案が重複しているところもあります。時間の関係もございますので、資生堂事件に焦点を絞って、事案の概要だけ紹介することにしたいと思います。

これは富士喜という化粧品の小売販売業者と、資生堂化粧品販売という販売会社があるわけですが、資生堂化粧品販売会社が小売店との間で特約店契約、ビューティー契約、そのようなものを提示していたものです。これは、特約店は、契約上、資生堂化粧品の専門コーナーの設置であるとか、利用セミナーの受講であるとか、そのような義務を負っているものです。顧客に対して化粧品の使用方法の説明をしたりとか、デパートなどの1階に行きますと、販売員が塗ってやっている、ああいうやつですが、そのような化粧品について説明をしたりとか、直接肌に塗るものですから、化粧品について顧客の相談に応ずることとしています。肌というのは人によってそれぞれだということで、単に売るというだけではなくて、化粧品の使用法を説明したり、顧客の相談に応じるような体制を整えるというような、対面販売を義務付けていたものです。

その根拠として、先ほど申しましたように、化粧品使用で発生する皮膚のトラブルを防止することであるとか、化粧品というのは、単に肌の健康を守るというだけではなくて、それを使用して美しくなる機能、美容効果を高めるということも当然あるわけであり

まして、そのためには対面販売義務というのは必要なのだとしています。資生堂化粧品販売は、特約店においてお客が説明を受けずに購入して、特約店もそれに応じている、もう説明はいらないから、長年使っているからいらないという例もあるのだけれども、なお相当数の資生堂の化粧品が、専用コーナー等を設けているような特約店が多い。相当数そのような体制を整えている。現に、客と面接して、説明や相談をしながら対面販売を行っているということでありました。

にもかかわらず、富士喜は 1985 年ごろから、いわゆる職域販売というような販売方法によって、化粧品を 2 割引で売る代わりに対面販売はしない、いちいち説明はしないというようなことをやりました。これは特約店契約に違反するわけでありますから、当然資生堂化粧品販売は、それをやめなさいということでは正を求めるわけですがけれども、いったんはそれでやめなさいと言ったわけですがけれども、結局やった。態度を改めなかったわけです。そこでもう、これはしかたないなということで、資生堂化粧品販売は特約店契約の解約条項に基づきまして、特約店契約を解除しました。なお、これが重要なわけですがけれども、資生堂は、一連のやめなさいというような折衝の過程において、富士喜の値引き販売を問題にしたことはない。2 割引をしているからそれをやめなさいとか、2 割引しているから契約を解除しますとか言ったわけではありません。

これに対して、契約を解除されたわけですから、富士喜の方は裁判所に訴えて、権利濫用であるとか信義則違反を理由に、契約の解除の効力を争ったわけであります。契約上の地位を有することの確認と、それに基づいて契約商品の引き渡しを求めるということになりました。その権利濫用とか信義則違反の理由としまして、対面販売には合理性がない。そもそも、実際に対面販売せずに売っている例もある。にもかかわらず、富士喜だけが対面販売をやっていないからといって、狙い撃ちにされた。要するに、対面販売には合理性がなくて、実際は価格統制の手段として用いられているから見せしめ的にやられた。それから、本件に関しては値引き販売をやめさせることを理由とするものであるから、独禁法 19 条の不公正な取引方法に該当するということで、違法であるというように争ったわけであります。

判決に飛びますけれども、この対面販売のような販売方法とか販売政策というのは、最高裁判決によると、原則として尊重されるべきであるということにかんがみますと、小売業者に対して販売方法に対する制限を課することは、それが当該商品の販売のためのそれなりの合理的な理由に基づくものと認められて、かつ、他の取引先に対しても同等な制限が課されているという場合、それに限り、それ自体としては公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれはなくて、一般指定 13 項にいう、相手方の事業活動を不当に拘束する条件を付けた取引に当たるものではないと解するのが相当であるということで、富士喜の訴えを退けたわけであります。

この一般論といいますか、その部分を先ほどの本事件に当てはめると、資生堂化粧品販売が対面販売をとる理由というのは、判決によりますと、最適な条件で化粧品を使用し

て美容効果を高めたいという顧客の欲求にこたえて、あるいは肌荒れ等の皮膚のトラブルを防止する。そのような配慮をすることによって、顧客に満足感を与えて、他の商品とは区別された資生堂化粧品に対する顧客信頼、これをブランドイメージとっているわけで、単なる高級感ではないのですけれども、そのような信頼を保持しようとするところにある。化粧品という商品の特性にかんがみれば、今申し上げました、顧客の信頼を保持することが化粧品市場における競争力に影響を及ぼすことは自明のことなので、資生堂化粧品販売が対面販売という販売方法を取ることにそれなりの合理性がある。不合理とは言えない。資生堂化粧品販売は他の取引先においても同様の特約店契約を結んでいまして、実際にも相当数の化粧品が対面販売によって販売されていることからすれば、富士喜に対してこれを義務付けるということが、不当な拘束条件付取引に当たるものということとはできないというように判断したということです。

それから、再販売価格の拘束の関係についてですけれども、販売方法の制限を手段として再販売価格の拘束を行っているとは認められる場合には、それらの販売方法というのは独禁法上問題になりえます。本件について見ると、販売方法に対する制限を課した場合、対面販売ですけれども、それなりに、説明をしないとイケないわけですから、販売経費の増大を招くということはあるわけですね。しかしながら、それが小売価格の、多かれ少なかれ、安定効果を生じさせるということはあるわけですね。そのような効果が生じるというだけでは、直ちに販売価格の自由な決定を拘束しているということとはできないと解すべきである。実際にも、対面販売を手段として、再販売価格の拘束を資生堂が富士喜に対して行っているとは認められないということで、この件についても富士喜の訴えを退けております。

以上が、ざっと申し上げました、この事件の概要であります。

(小田切) それでは、この事件について、経済学的な観点からどのように考えたらいいかという形で、若干御説明させていただきたいと思っております。

一般的に言いまして、再販なども拘束条件付取引の一部でございますけれども、拘束条件付きの取引が社会的な余剰をむしろ高めるのだという経済学的な議論がございます。それは、基本的には二つです。一つが二重限界化の解消というもので、もう一つが小売店サービスへのただ乗りを防止するためのものという考え方です。この二つをそれぞれ説明させていただきたいと思っております。

二重の限界化というのは、今回の場合ですと、資生堂というメーカーがあって、その次に化粧品の販売店というものがあって、消費者の手にわたるという垂直的な連鎖があります。そのような中で、2段階があるわけですね。その両方で競争が不完全な場合、つまり、メーカー間での競争も不完全、小売店間での競争も不完全ということであれば、それぞれにおいて、いわゆる限界費用を上回る価格設定がされることとなります。これがマークアップということになります。岡田先生のお話しにもありましたけれども、この不

完全な競争というのは、基本的には、経済学でいうと、限界費用を上回る価格設定ということとしてとらえているわけであります。このマークアップが、メーカーにおいても行われる、小売店でも行われるということで、二重の限界化というように言うわけでございます。

簡単にちょっとだけ説明をしますと、資料の 43 ページにありますが、非常に単純な例として、1個 40 円で生産がなされるといたします。したがって、一定ですから限界費用でもあります。そうしたときに、これは独占企業ですから、独占企業がこれに対してマークアップをして、70 円で販売をしようとする。そうすると、小売店にとりますと 70 円が仕入れ価格になるわけですから、これに更にマークアップをかけて 85 円で売ろうとする。このような例です。したがって、全体を 1 社でやっているのであれば、つまり直販であるならば、この企業は独占で 1 社ですから、70 円で消費者に売られるわけですが、二重のマークアップがされるために、消費者は 85 円払わなければいけなくなっているという形で、より価格が高くなります。その分、当然のことながら、消費者余剰は減りますし、社会的な余剰も減ります。いわゆるデッドウェイト・ロスというのは、元々はこのスライドで示した三角形の部分、通常の独占ですとこの三角形なのですけれども、これが更にスライド上の N 点まで多くなるという形で、デッドウェイト・ロスが増大します。

それと同時に、注目したいのが利潤です。二重の限界化がなされているおかげで、生産量が、この例でいくと 15 個になり、非常に生産量が減ってしまっています。したがって、メーカーの利潤は B で記した面積、小売店の方は A という面積になり、A と B が両方合わせた利潤になります。一方、メーカーと小売店が結合して、独占企業として直販でやった場合には、生産量が 30 になりまして、価格を 70 としますから、B プラス C が利潤になります。この B プラス C のほうが A プラス B を上回りますから、二重の限界化という形で、それぞれマージンをかけて生産量を減らした結果、結局企業も利潤を減らしてしまいます。したがって、二重に高い価格、二重に少ない生産量ということでありまして、更にその合計の利潤が減っている。社会的な余剰も減少しているということですから、だれにとってもアンハッピーなシチュエーションになっています。

このときに、小売価格をメーカーが設定して小売店に守らせるということをすれば、二重の限界化を解消できる。これが再販をサポートする一つの理論であります。この図におきまして、70 円に再販の価格を設定して、小売店にこの価格を守らせ、それで、仕入価格を適切に設定しておけば、両者とも利潤を増やすことができる。しかも、消費者にとってもハッピーだということになります。

これが一つの、再販に対する経済学的なサポートの理論になっているわけですが、ただ、この二重の限界化理論は、今回の資生堂事件には適用が難しいのではないかと思います。一つは、先ほど林先生からの事件の御紹介がありましたけれども、再販価格の維持行為自体を今回は問題にしているわけではありません。先ほども引用がありましたけれども、最高裁の判決で、多かれ少なかれ小売価格が安定する効果というのはあるけれども、

再販そのものではないということを言っております。

それからもう一つ、今回の事例の場合では、メーカーにつきましては、化粧品業界というのはある程度不完全な競争であろうとは思われますけれども、小売店間ではかなり競争があるのではないかと思います。2004年時点での商業統計を見ましたところ、医薬品・化粧品小売業の事業所は全国で8万6,000店ぐらいあり、小売店間の競争が不完全であるとは考えにくいように思われます。この意味でも、二重の限界化という考え方をこの場合に適用するのは難しいと思っております。

むしろ適用されうるのは、小売店サービスへのただ乗りという問題であろうかと思えます。ここで申し上げている小売店が供給するサービスというのは、典型的には店頭での陳列であるとか、店員による商品の説明であるとか、いろいろな店員によるカウンセリングであるとかです。今回の事例での、小売店にいる美容部員によるカウンセリング、商品説明等はこの事例に当たるかと思えます。ここでのポイントは、買手にとって見たときに、商品とサービスを結合して買わなければならないというわけではないという問題です。つまり、消費者はサービスを提供している小売店でサービスだけ受けて、そこでは買わないで、サービスはしないけれども安売りしてくれる店から買うという行動を取るインセンティブがあります。いわゆるただ乗りの問題です。特に、このときはそれほど問題ではなかったと思えますけれども、より最近になってきますと、ネットでの安売りがいろいろな形で起きておりますから、このただ乗り問題は起きやすい状況になってきていると思えます。

そうしますと、サービスがなくて安売りする店だけが生き延びられることとなりますから、結局どの小売店もサービスを提供しなくなってしまう。すると、消費者にとってみると、だれからもサービスを受けられないということになってしまうというものであります。そのような場合に、拘束条件、例えば、メーカーが小売店に対してサービス提供を義務付けることをすると、サービスが確保される可能性があります。これは今回の事例の場合には、メーカーによるサービス提供の義務付けという拘束条件を付けた取引でございます。この場合、一応小売店間での価格競争は起こりうることとなります。

一方、もう一つの方法は再販を使うというもので、再販をしますと、小売店は価格で競争ができなくなりますので、サービスで競争することが期待されます。この結果、消費者余剰はむしろ高まる可能性があるというのが、サービスただ乗り論による、今回のような事件でのサポートということになります。

そのような形でこの理論は応用できますけれども、1点検討しておく必要がある問題があります。それは、サービスと商品を、先ほど申しましたように、買う側からは別々に、結合で買う必要はないという話をしたわけですが、今度は供給する側から見て、これらを本当に結合して供給しなければならないのかという問題です。簡単に言うと、すべての小売店がサービスを提供しなくなってしまうと、消費者は料金を払ってでもサービスだけでも受けようということで、サービス提供というのが独立の事業として成立する可能性があるという問題です。

例えて言うと、皮膚科に行って、利用料金を払っても化粧品についてのカウンセリングをしてもらうことがありうるわけです。すると、このような専門業者は複数のブランドについて中立的な立場からカウンセリングできるという意味では、メリットがある可能性があります。このようなことが可能であるならば、あるいは、そのようなことをやるのが、むしろ社会全体としてより効率的、安上がり、あるいはより適切な情報が供給されるという状況であるならば、必ずしもサービスと商品を結合供給しなくても良いわけですから、拘束条件付取引というようなことは、競争抑制的な、ネガティブな方の問題が大きくなっていく可能性があります。

ただ、今回の場合、更にもう一つブランド維持という問題があります。最高裁はこの問題を挙げております。ブランドの基本的な機能というのは一定の品質の保証であるというように私は理解しておりますし、最高裁の判決でもこのような書き方をされていると理解しております。必ずしも、高級品という意味の品質でなくてもかまわない。例えて言いますと、決しておいしくないようなものでも、ブランドだと安心して食べられる。どこに行っても腹を下してしまうようなことはない、あそこのものだったら安心して食べられるという、そのような意味のブランドというのもあるわけです。ですから、逆に言いますと、品質を維持するということがブランドの戦略の要であります。不良品を出すと、全世界的にブランド価値を落とすというような状況ですので、企業にとっては品質を維持ということがブランド戦略の要となっております。このことを逆に言いますと、消費者にとってのブランドが、メーカーの品質維持のコミットメント、指標というようにとらえることができることとなります。

そのようなことと、更に、今回の資生堂のケースのように、対面販売するということは、品質の維持とかブランド価値の維持に貢献している可能性があります。小売店からメーカーに対して、何か問題が起きるとすぐ情報がフィードバックされる。メーカーもいろいろな情報を小売店に流す。先ほども出てきましたけれども、メーカーは小売店に対して美容部員の研修をすとか、情報提供する、そのような義務を負うという形での契約がなされているわけでありますから、そのようなことを通じて、製品品質の確保とか、製品開発を促進すとか、そのような効果があった可能性があると思います。

この問題につきましては、更に話を進めますと、いわば、準内部組織の利用という、取引費用の節約という議論の仕方もあるというように思います。オリバー・ウィリアムソンの取引費用の理論というのを御承知の方もいらっしゃるかと思いますが、市場での取引というのは、いろいろな形での取引費用を発生させる。それから、機会主義的行動といいまして、簡単に言うと、こすいことをして利益を上げようという行動といいましょうか、そのようなことをお互いにしだす可能性があるけれども、内部組織という形で、企業の中でいろいろなやり取りをするならば、そのようなことがなくなってくる。したがって、より望ましい形での情報交換も行われるし、取引費用も全般的に節約されるというのがウィリアムソンの考え方です。化粧品メーカーと小売店との関係は、そのような意味で言うと、

完全な社内ではありませんから内部ではありませんが、準内部組織というような関係になっているということかと思えます。

この結果、メーカーは小売店の研修であるとか情報提供のインセンティブを持つでありますし、小売店も、顧客との対応を通じて得た情報をメーカーにフィードバックするインセンティブを持つ。このことが、ブランドの維持、あるいは製品の改良につながっていくという可能性があります。ですから、これも最初に岡田先生がお話しされましたが、どれぐらいのタイムスパンで考えるか、あるいは動学的な効率性をどう考えていくかということとも関連してくる問題かと思えます。

そのようなことをいろいろ考慮しますと、最高裁がそれなりの効果について合理性があるというように判断をしたというのは、私の個人的な見解ではございますけれども、経済学的な妥当性があるのではないかと考えております。

ということで、私ども3名の方から、独占禁止法審判決の法と経済学という形で、概論、NTT東日本事件及び資生堂事件という形で、幾つかの議論を紹介させていただきました。本日は慶應義塾大学の石岡先生をコメンテーターとしてお願いをいたしておりますので、引き続きお願いしたいと思います。

(石岡) 時間もちょっと押しているようです。全部お話しすることができるか分かりませんが、私も始めたいと思えます。ただいま紹介いただきました、慶應大学の石岡でございます。

今日は、すでにお話がありましたお三方の先生の研究報告の意義、位置付け、そしてここで取り上げられている2件の具体的な適用事例において示された経済学的検討について、経済法、独占禁止法を研究している法学者の立場から幾つかコメントをさせていただきたいと思えます。おおむね、レジュメの三が岡田先生の報告に主に関係してくると思えますが、今日のコメントの総論的な部分でもあります。四が林先生、岡田先生、そして五が小田切先生の報告に関連があります。お手元の資料と私のレジュメを参照しながらお聞きいただければと思えます。

まず、研究の意義、位置付けです。今回は『独占禁止法審判決の法と経済学』という書籍のお披露目という意味合いもあると思えますので、一応、これまでの先行研究、そしてこの研究の意義付けを私なりに整理しておきたいと思えます。

我が国の独占禁止法ないしは競争政策に関する経済学的分析、それ自体は必ずしも、独占禁止法というものを素材にしている限りにおいて、目新しいものではありません。本の中でも注で言及されておりますけれども、1980年代初頭の三輪芳朗氏による『独禁法の経済学』という本があります。これは必ずしも体系的なものではありませんでしたけれども、従来法律家、特に経済法学者によって展開されてきた、一般的な独占禁止法の理解に対する論理的な意味での批判や解釈に対する批判がなされ、その取り上げ方が非常にユニークといえますが、経済論文に引用されるようなかたちで法学者を取上げていた(吊るし上げ

ていた！？) 兎のですから、かなりショッキングな受け取られ方をしたことがありました。この書籍を御覧になっていただければ、その雰囲気は分かっていただけたと思います。

そして、こちらの本は、どちらかというところ独禁法の解釈論に関して非常にタイトな、論理的解釈論を展開したということでも画期的でした。

近年、1990年代末になりますけれども、我が国における競争政策の論点というのを経済学的視点から包括的に取り上げた後藤晃・鈴木興太郎編の『日本の競争政策』という本が刊行されています。

いずれも、その時々に関心に基づく主題を取り上げ、その当時、一般に通用していた経済学的な分析手法を用いた検討が行われているものです。

そして、今回、本日その研究成果の一部が報告された、岡田羊祐・林秀弥両氏の編による『独占禁止法の経済学 審判決の事例分析』も、独占禁止法に対する変わらぬ関心は当然のことではありますが、その分析手法にあっては、経済学的发展によって、これまで以上に多くのことを明らかにすることができるようになり、しばしば、ゲーム理論の進歩等が挙げられているところでもありますけれども、そのような方法を取り入れ、従来の単なる独占禁止法の論理的な理解や、競争政策全般に関する一般的な検討にとどまることなく、その対象として専ら審判決を取り上げている点など、より具体的、実践的な内容となっているところに注目しておきたいと思います。

もちろん、審判決は個別的な紛争事案を解決するための法律論として展開してきたものである以上、これまでの例を見ても分かりますように、資源配分の効率性という、ある種の帰結主義的評価に基づく、普遍的あるいは一般的な視点に立つ経済学的議論や政策論とは、具体的な議論になればなるほど、どうしても齟齬が出てくるように思います。そのためか、個別的な事案に関する経済学的研究というのは、これまで規制の性質上、将来現実化する競争制限効果を先回りして推し量らなければならない、いわゆる事前規制としての合併規制に限られる傾向があったように思います。しかし、今日の報告にもありましたように、もちろん、合併規制について、特に問題解消措置との関係でJAL・JASの事件を取り上げられていますけれども、この研究は、具体的な事案への経済学の適用というものを、いわゆる事後規制、私的独占であるとか不公正な取引方法などの行為規制に拡大する試みを行っているという点が、有意義であると考えています。

このように、審判決の事後的評価というものを経済学的に行うにあっては、法的なものの考え方や、それを実定法上具現化あるいは具体化している法律上の概念と、経済分析上の概念とのすり合わせ、あるいは、架橋がやはり必要であると思います。少なくとも、両概念の違いというのは、おそらく分析対象とか方法論の違いから出てくるわけですが、そのような違いというものを正確に理解して、議論する必要があると思います。先ほど岡田先生から、経済学者は大ざっぱに用語を使いすぎるということをおっしゃっていましたが、逆に私は、細かいところにちょっとこだわり過ぎた向きもないわけではありませぬので、その辺は割り引いてお聞きいただければと思いますが、こういった議論は



やはり必要だと思っています。

もちろん、このような両方の概念整理は、非常に多岐にわたっておりますので、本日私に与えられた時間の中では到底言い尽くすことができません。したがって、ここではまず、本日の諸先生による報告を理解する上で、おそらく私が不可欠、あるいは、何度かこの報告の中で出てきた幾つかのポイントを整理し、その上で、経済学的手法の具体的適用における利用価値、又はその妥当範囲、ないしは限界というものを私なりに整理しておきたいと思えます。

資料の三のところ、架橋というようにしておりますけれども、この四つの項目をキーに少し整理を試みようかと思えます。法律上、我が国の独占禁止法的手段的目的とか直接的目的というのは、「公正かつ自由な競争を促進すること」にあるわけです。この目的を実現するために、独占禁止法は、私的独占、不当な取引制限及び不公正な取引方法等の競争制限行為であるとか、あるいは競争阻害行為を禁止・制限しています。これらの規定において、その違法性を根拠付けているのが、御存知の方も多いと思えますが、「一定の取引分野における競争の実質的制限」、そして、「公正な競争を阻害するおそれ」といった実質的要件といわれるものになるわけです。

これらの要件は、法の直接的目的である公正・自由な競争の促進を、解釈の基礎ないし方向性としてよりどころとはしてはしておりますけれども、ここで制限ないし阻害される対象としての競争は、目的規定で一般的に述べられている、競争、「公正かつ自由な競争の競争」とはやはりちょっと違っているという点に注目しておきたいと思えます。わたしの考えでは、違法性の判断基準としての競争は、より限定された意味で用いられていると思えます。これは、実は上で、政策論における競争と法律論における競争というのを、挙げておきましたけれども、しばしば、経済学においては、先ほど岡田先生等においても指摘されましたが、動学的競争に注目されて議論されることが多くなっているように思えます。そのような意味では、法律論、つまり独禁法の上での競争概念と経済学上のそれとではズレがあるかなというような気がしているわけです。ここでは、その辺を整理しておきたいと思えます。

違法性の判断基準において、「一定の取引分野における競争の実質的制限」であるとか、あるいは「公正な競争を阻害するおそれ」というような場面ないしその要件において措定されている競争というのは、主として他者との取引をめぐる競争を意味しています。つまり、これは取引を念頭に置いた競争を指しているわけであります。しかし、先ほど林先生の方から報告がありましたけれども、NTT東日本事件においてNTTが主張した設備競争や、これも一種動学的な効率性の実現という議論との関係で用いられる競争概念として整理されているところではあります。知的財産政策との関係でしばしば話題になる研究開発投資に基づくイノベーション競争、こうした言い方がいいかどうか分かりませんが、そんな競争もあります。もちろん、後者のような競争を措定することは政策論としてはありうるのかもしれませんが、個別の独占禁止法違反事例の評価において、ど

ここまでこれを読み込むことができるのでしょうか。

先ほど、NTTの浸透価格というような議論で、どこまでタイムスパンをとるかという点については、このような動学的な競争を考慮に入れますと、かなり先の、将来にわたった議論をしなければいけません。法的な手法とは、私だけがそう理解しているのかもしれませんが、今ある情報といたしますか、現下の紛争解決をするために集めることが可能な必要な情報を前提に判断をするわけです。つまり、あまり将来のことを議論されても、これはやはり独禁法上の問題の解決という点については非常に不確かなものということになるのではないかと。経済学者とはそこら辺の見解の違いはあるかもしれませんが、これら将来の不確定な要素を含んだ、いわゆる動学的資源配分を念頭に置いた議論というのは、政策論としてはある程度受け入れることは可能だといえますか、受け入れて全然構わないと思いますけれども、法的評価の上でどこまで持ち込むことが可能なのか。この辺は、見解の相違といたしますか、法学者と経済学者の間でちょっと違いが出てくる場所ではないかと思えます。

特に、私がこの競争概念にこだわる理由は、制限・阻害される競争野中身が明らかにならない中で適切な競争法理解はほど遠いと考えからです。もともと競争法の発想は、競争を促進するために競争を制限ないし阻害する要素を取り除くということを通じて、競争の成果を実現していくものとして法は構成されているわけでありましてけれども、この動学的な資源配分論に基づくイノベーション競争であるとか、あるいは先ほどの設備競争論というのは、まったくこれと性質を異にしている。ここにいう競争というのは一定のインセンティブを与えることを通じて競争を推し進めようとするもので、これは独禁法や競争法が念頭に置いていた、公正・自由な競争の促進というものとどう関係するのか。むしろ、規制手法という視点から見ると、ちょっと違っているのではないかとこのように思っているわけです。

その意味では、法律論としての競争の理解ということと、経済学的、あるいは、私は政策論というように言い換えてありますけれども、政策論としての競争の理解というものを、ある程度意識的に、取り込むにしても明確に峻別しておく必要があるのではないかとこのように印象を、今回の書籍を読むに当たって感じました。

その次は「競争の保護」についてです。これも先の後藤・鈴木両氏の本で、競争の保護という文言が出てきましたし、NTTの事案の中では、接続を止めるということは、競争者の保護になるのではないかと取上げられています。「競争の保護」と「競争者の保護」はしばしば語られる二分論で、どちらかというところ、経済学者や、最近独禁法学者もそのような理解が非常に一般的になりましたけれども、競争法の目的を、競争の機能、つまり、価格メカニズムの侵害から競争を保護するものだという理解が「競争の保護」です。逆に、「競争者の保護」というのは、むしろ、競争政策上は競争者の保護に墮してはいけないという指摘の中で現れるわけです。

これも一種の法的思考なのかもしれませんが、独禁法においても観念的には「競

争の保護」ということをある程度理解できます。けれども、現実の規制を行う場面においては、やはり法律関係といえますか、そのような関係、経済主体間の関係というものに国家権力が介入するという形で市場の競争を促す、介入していくという方法をとるわけですから、競争の機能が回復することと、個々の競争者、事業者というものの自由な活動が保証されるということは、必ずしも二分論で語り切れるものではないのではないのでしょうか。かつてドイツでも、制度・秩序を保護するのか、それとも個人を保護するのかというような議論がありました。必ずしも同じ文脈ではないですけども、しばしば提起される問題はあります。ただ、私の理解では、これらははっきりと二つに分けることはできないのではないだろうかと思っていますところですよ。

最後の点ですけれども、消費者余剰と総余剰。これは、消費者余剰を是とするか、総余剰を是とするかという点についてはいろいろ議論があるところかもしれませんが、それではなくて、一般消費者の利益というものを目的上どうとらえるかという点については、いわゆるベンチマーク論というのですか、競争が促進され、促されていることの証左として、一般消費者の利益というものを理解するという考え方が比較的通説的立場であるとの報告がありました。岡田先生の報告にもありましたように、いわゆる一般消費者の利益というものを規範尺度として考えるか、それとも、それとニアリー・イコールとしての消費者余剰ないし総余剰というものを評価するかという点については、むしろ鈴村先生の意義付けといえますか、競争という公共財の提供という理解、つまりいわゆる競争そのものに内在的な価値を見出すという考え方が提唱されているところであり、この点は、我々法律家にとっては非常に衝撃を与えるものでした。今まで法律家、独禁法学者は一般消費者の利益の確保や国民経済の民主的で健全な発達に公正自由な競争が結び付くから競争政策を政策手段として採用するのだという議論を一般的に支持してきたわけでありまして、競争それ自体に価値を見いだすという立場を必ずしもとってこなかったわけです。しかし、経済学的な知見、あるいは幾つかの生産性と競争政策との関係、このような議論を背景に、そのような競争それ自体に価値というものが内在しているという指摘は、今後われわれも織り込んで考えていかないといけないなと思ったところでもあります。

抽象的な話はこれぐらいにして、検討を次に進めましょう。林先生、岡田先生が報告されたNTT東日本事件及び小田切先生が報告された資生堂・花王事件、いずれも非常に有名な事件でありまして、かなり詳しく報告していただきましたので、私としては、これが経済学と、あるいは具体的な適用においてどう関係しているかという点を1点ずつ指摘させていただきたいと思います。

一つは、いわゆるマージンスクイズというものと私的独占の関係です。これは、米国においてはリンクライン判決が示すように、マージンスクイズというものについてはかなり絞った取り扱いがなされています。日本風に言うとなんなのでしょう、私的独占というよりは、不公正な取引方法が川上、川下において認められなければ、独占化は認められないというぐらいの、ある意味、非常に厳しい内容です。私の理解では、日本において

マージンスクイズというのをどう考えるかという、やはり、これは私的独占ととらえるべき事案なのだと思っています。様々な議論や前提条件があるのかもしれませんが、外形上はそう理解するものなのかなというように思っています。

私的独占においては、「他の事業者の事業活動の排除」という要件がありますけれども、NTT東日本の事件というのはまさにここでいう排除の事案でありまして、しかも川上における接続料の設定と、川下における小売価格というものの差額との関係で、排除が構成されているわけでありまして、一つ一つの取引拒絶や、あるいは不当廉売というものの個別的認定によって問題となるのではなくて、やはり全体的・構造的な問題として市場支配的事業者による競争制限が捉えるべき事案だと思います。特に公益事業独占が民営化されたことに伴って、市場支配的な企業というのが突如として市場に現れたという、この状況にどう競争法が対応していくかという問題ですから、この問題はやはり構造的な問題として捉え、行為を取り除けば良いというのではなくて、やはり、競争を的確に機能させるためには、もう一步踏み込んだ対応というものがなされなければいけないのではないだろうかというように思っています。

今日御報告があった議論との関係で言いますと、排除というのは、皆さん方も御存じのように、正当な競争行為によっても排除が生じますし、不当な競争、非難されるべき行為によっても排除が行われるわけでありますが、独禁法上、やはり議論しなければいけないのは不当な排除であるわけです。この不当な排除と正当な排除というものをどう峻別するかという点について、公取委の実務は、NTTの事件は必ずしもそうではなかったわけですが、公取委の一般的な実務においては、やはり意図というものを問題にする。

皆さんも御存知のように、独占禁止法は意図それ自体を違法要件としているわけではありません。カルテルとかで刑事罰を科される場合は別として、意図というのは問題にならないわけでありましてけれども、排除の不当性というものを問うときに、この意図というものを取り上げて議論するという傾向があります。この意図というものをどう立件していくか。現在は自供に頼っているわけでありましてけれども、それがだんだん難しくなっている。課徴金も課されるということになってしまいますと、やはりこれは、意図を推認する方法として経済学的な分析というものが使われるようになってくるであろうと考えているところです。

実は、この前の時間に岡田先生などと議論していたわけですが、そんな簡単にモデルを作って議論することはできないということで、私が生かじりの経済学の知識で語るのものはかれるところですが、すでに岡田先生のペーパーにいくつかの要素を取り上げ議論していくことが示されていましたが、そのような枠組みで、意図というもの、特に私的独占における意図の推認が可能でありそこに経済学の利用価値というのがあるのではないかというように、ここでは考えたわけがあります。

その次にある、長期と短期という問題についても、これは岡田先生も林先生も議論されていましたが、動学的な競争というもの 私は最初の段階である程度排除しました

けれども 本当にこのようなことを受け入れて議論していかなければいけないということになりますと、やはり、単独行為規制の在り方において議論されていたような問題、つまり法的判断においてタイムスパンをどこまで取るかというような議論について、やはりきちっと詰めておかなければいけない。ただ、非常にプリミティブといえますが、後ろ向きな法学者の発言とすれば、あまりそのようなものを長期に見るのは妥当ではありません。たとえば、今の光ファイバーの普及なども、NTTはこれだけの需要が見込めるからということで接続料を申請しているわけでありましてけれども 現在どうなっているかという、やはり見込みがかなり外れてしまっているということはよくあることです。このような、フォールス・ネガティブの議論とどう整合性を取っていくかということは、議論していかなければいけないだろうというように思います。

もう1点、資生堂、花王事件について言いますけれども、元々独禁法のプリミティブな考え方としては、不公正な取引方法というのは、おその段階を問題にしている。最近では、不公正な取引方法の適用にあってはその効果のみを、規制権限の発動の判断を行っていると思いますが、元々不公正な取引方法というのは、その行為自体の性質に由来する問題です。非常に古臭い議論をしているように思えるかもしれませんが、例えば、拘束条件付取引というのは、独立した事業者に対して拘束を条件付けるというのは、やはりこれは一方的な拘束というのは望ましくない。ちょっと大げさに言っていますけれども、そのような価値観というのは、かなり初期の段階ではあったのではないかと思います。しかし、そのような性格というところに不公正な取引方法の非難の可能性をみるのではなく、効果というところに着目するようになって以降は、やはりこれは、経済学的な議論というものにかなり依拠しながら整理していかなければならなくなったのではないのでしょうか。頭から法的な、一種の価値判断として、これは望ましくないというようなことが言えず、効果によって良くもなり悪くもなるというような議論だとすれば、この辺の整理というのは大事になってくるのだらうと思います。

再販売価格維持行為を、ある意味合法化といえますか、合理化するロジックとして、二重限界化の理論とフリーライドの理論が出ていました。今日、小田切先生の報告された二重限界化理論についての、富士喜、資生堂、花王に対しての適用可能性というのは疑わしいという点については、私も同意をするところです。これを言うとき難しい問題もあるかもしれませんが、二重価格の理論、限界価格の理論を議論するには、日本市場においては新聞などを考えてみるとか、あるいは、かつての車のディーラーの問題とかというのを考えていくといいのかもしれませんが。しかし、これらについて研究の素材がほとんどないのですが、このようなものだと、限定的に、場合によってはこの考え方の妥当性が説明可能な例も現れるかもしれません。

フリーライド論の適用について言及されていた資生堂と花王の裁判判決については、これを言ってしまうと、経済理論でも何でもなくなってしまうのですけれども、資生堂、花王が成功裏に裁判所を説得できた事例なのではないかと見ています。その辺はちょっと小

田切先生と違う考え方もかもしれませんが、フリーライド論の議論については、訴訟における立証能力の格差のようなものを感じさせるという印象があります。

最後に改めてコメントというのはないのですが、経済学も多少はかじりましたけれども、あえて法学との違いを際立たせるという意味で、少し保守的なことも言いましたけれども、このような形で整理してみました。以上です。

(小田切) 石岡先生ありがとうございました。それでは、ちょっと時間が遅れておりますので、5分程度になりますけれども、フロアの方から質疑等ございましたら、お寄せいただければ、お答えできる範囲でお答えさせていただきたいと思っております。質問のある方お願いいたします。

(質問者1) 先ほどは、非常に興味深い御講演、どうもありがとうございました。私がお聞きしたいのは、NTT東日本事件に関してなのですが、これはやはり法学的な思考と、経済学的な思考の境界領域について、アメリカのプライススクイズの事件というのは、取引義務について非常に重要視したわけです。取引義務がないがゆえに、その後のプライススクイズの問題に返ってこなかったわけですが、プライススクイズの問題を言うときには取引義務がないとだめなのですが、リンクライン事件では、独禁法上の取引義務というのを、いわば空中のものとして考えているわけです。けれども、我々が取引義務を考えるとときには、様々な法的な、いろいろな制度があるわけで、あの場合、まさに業法上の取り決めがあったわけです。このような業法上の取引義務等があるときに、それを前提として競争法上の問題を考えていくのか、それとも全くベースラインなしに、白紙で考えていくのかというのが非常に大きな問題になります。

なぜこのような問題を提起したのかといいますと、この問題は日本でも独禁法による評価をするときに、規制があるときに、その規制を根拠として様々な反競争効果を考えていくかという、これは根岸先生の立場で、一般的に採用されていた立場だと思うのですが、リンクライン事件の元になったトリニコ事件の方の取引義務のところでは、興味深いのは、トリニコ事件では業法上の取引義務があるがゆえに、EFD (Essential Facilities Doctrine) は、エッセンシャル・ファシリティは採用不可能となったものでした。かつ、残されたものは、アスペン事件の短期利潤犠牲型の起因に限定されるというので、これが基本的に多数意見の骨子だったわけですが、あれには経済学者からの批判が出ていまして、Ordver, それから Baumol ら短期利潤犠牲説の提唱者が、この事件では短期利潤犠牲説を取るなど主張しました。その問題に関しては、長期的な投資の観点などから、取引義務をどこでバランスするかというのは非常に難しい問題だけれども、あの事件では正に業法上取引義務があるということを承認しているのだから、業法上認められた取引義務があるという世界の下での競争の在り方を考えるべきであって、それが無い状況下で考えるということは、それはいったんなされた公共的決定を無視した上で、空

中楼阁に行くようなものだという、これは私の表現ですけれども、そのような趣旨のことを批判しています。

N T T東日本の事件も、まさに取引義務があるという形で決定がなされて、その後で、取引義務がある上で、川上で取引をしてもらって、川下で競争できる状況というのを法的な要請としている。そのような状況下におけるプライススクイズというのは、基本的に、川上市場からの供給を得た上で、同等に公的な企業が阻害されるような水準であれば非難に値するという形になってきて、そうであったら、今度は取引義務があることを前提に、通常の、略奪的価格設定ではなく、プライススクイズに変容された費用概念での適用が可能になってくると思うのです。

要するに何が言いたいかといいますと、政府規制があるというときに、政府規制と競争政策と、多角的に考えるだけではなくて、我々が考えるべき評価の問題。これは正に裁判所の能力の問題でもあるわけで、アメリカの最高裁は、一見裁判所の能力の問題に関して限定的な態度を取ったと言いながら、独禁法に関しては、もはや判例法的な判断を離れて、すべて1からコモンローを作る、反トラストコモンローを作るという世界になっているわけですね。どうも、E Cや日本の場合は、もう少し政府の規制全体の全体的統一を考えていく傾向があるのではないかと。これは一見法律家的な考え方だけれども、先ほど言ったとおり、ポーモール、オードバーらの経済学者17名のアメリカの経済学者が、それもほぼ同じような考え方であり、これは非常に、プラクティカルな点において、法律家と経済学者の考え方はそう遠くないのかなというので非常に印象的だった。むしろ、一部の日本の法学者のほうが、もっとプラクティカルではない、それを言ったら、空中戦のような競争を考える傾向があるのではないかと気がして、この点に関して林さんのご意見を伺えればと思っております。

(林) どうもありがとうございました。おっしゃるとおりでありまして、リンクライン事件は事業法上の取引義務と反トラスト法上の取引義務を切断してしまっていて、そこで先生がおっしゃったように、空中の楼阁という表現をされましたけれども、私は、そこは連続的に理解すべきではないかと。すなわち、事業法規制と反トラスト法上の規制というのは、別個独立の、もちろん規制はそれぞれ違うのですけれども、E Uの方は、より、これは統合的に理解しているような、私は印象を持っています。

ここでの論点は、やはりマージンスクイズという固有の領域があるのかどうか。アメリカの反トラスト政策は、一見、最高裁判決を読むと、固有の領域というのは分解してしまっていて、上流の取引義務があるかどうかという枠組と、下流の略奪的価格設定の枠組で分解しているわけですが、それが果たしていいのか。先ほど石岡先生がおっしゃいましたように、全体構造で見なければいけない。不公正な取引法に分解するのではなくて、全体として排除という枠で見なければいけない。その際には事業法上の取引義務というのは非常に効いてくるのだらうと思います。この点も正にN T Tの事件で争われているわけ

ですから、そこはやはり、比較をするに当たっても、参照すべき重要な戦略として出てきているのではないかなと思います。

(小田切) それでは、時間ですからもう一つだけ受けさせていただきます。

(質問者2) 今の話に触発されてといいますか、ちょっとしたコメントなのですが、たしかに事業法の規制がある場合に独禁法がどうあるべきかという点で、今のマージンスクイズの問題については、EU、日本とアメリカ、顕著な違いがあって、非常に私も関心を持つわけなのですけれども、他方では、そのように大きな違いが実際あるのかということについてもちょっと気になるところです。

というのは、アメリカの場合は、トリニコ事件の場合は、1996年通信法の規制があって、ベルか、小さいのが大きくなっているのですね。だから、その場合に、十幾つかの規制があって、いわゆる接続は長期増分費用という、非常に厳しい、安い費用での接続義務が課されているわけですね。それよりも安い費用で自分が供給して、下流で安くできるかという、それは不当販売の問題しか起こらないのではないのかと思うのです。他方、ヨーロッパの場合には、長期増分費用の接続、日本もないわけですから、そもそも接続機器のところを自分のところは圧縮して、それで下流で安くすることができるわけで、正にマージンスクイズのストーリーができそうな法規制が事業法上あるわけですね。そのような違いが一つ背景にあるのではないのかなと、直感的に思っています。ただ、それがマージンスクイズのところで、まさに独禁法適用の在り方という法律にかかわってきているので、大きな違いがあるようで、でも、あまり気にしなくていいのかもしれないと思ったりするというコメントであります。

(小田切) どうも、いろいろとコメントをいただきまして、ありがとうございました。時間が過ぎましたものですから、ここにて終了させていただきたいと思います。本日は、岡田先生、林先生、石岡先生、それから会場の皆様、長時間にわたり、ありがとうございました。CPRCでは、今後とも公開セミナーを企画して参りたいと思っております。現在の時点で決まったものはございませんけれども、秋以降はまた企画させていただきたいと思っておりますので、そのような機会にはまたご参加いただきたいと思います。

それから、ちょっと先の話にはなりますけれども、来年の2月19日には国際シンポジウムを開催することが決まっております。「東アジア諸国の経済発展における競争政策の役割」というテーマで、東アジアの4か国の研究者の方々をお招きして、日本の研究者の方もお招きして、議論をさせていただくということを企画いたしております。期日が近づきましたらホームページ上にも掲示させていただきますので、奮って御参加いただければと思っております。本日は長時間にわたりありがとうございました。今後とも競争政策研究センターの御支援をよろしくお願いいたします。