

競争者排除型行為に係る不公正な取引方法・私的独占について
理論的整理

公正取引委員会
競争政策研究センター

2008年6月

競争者排除型行為に係る不公正な取引方法・私的独占について
理論的整理

【執筆者】

川濱昇

京都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)

kawahama at law.kyoto-u.ac.jp

林秀弥

名古屋大学大学院法学研究科准教授

(公正取引委員会競争政策研究センター主任研究官)

shuya.hayashi at law.nagoya-u.ac.jp

玉田康成

慶應義塾大学経済学部准教授

(公正取引委員会競争政策研究センター客員研究員)

tamada at econ.keio.ac.jp

石田潤一郎

大阪大学大学院国際公共政策研究科准教授

jishida at osipp.osaka-u.ac.jp

岩成博夫

公正取引委員会競争政策研究センター研究員

hiroo_iwanari at 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. 本報告書は、1章ないし3章2節及び4章を川濱昇、3章3節を林秀弥及び岩成博夫、5章を玉田康成及び石田潤一郎、6章を岩成博夫が担当した。
2. 本共同研究をとりまとめるに当たっては、日米欧の事件の概要整理等につき、公正取引委員会事務総局片岡克俊氏(当時)に非常にお世話になった。また、競争政策研究センターのワークショップ、公開セミナーの参加者から有益なコメントをいただいた。ここに記して感謝の意を表したい。
3. 本報告書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。

4 . メールアドレス中の at は@を表す。

目次

1	本研究の目的	1
1 - 1	共同研究の目的	1
1 - 2	本報告書の課題	2
2	なぜ、いま排除が問題なのか	2
2 - 1	伝統的公正競争阻害性論の空白	2
(1)	現在の通説 = 三分類説の概要	2
(2)	従来議論状況と議論の空白	3
	補論：競争回避と不当性	6
2 - 2	日本版能率競争論の欧米との乖離	7
(1)	能率競争の概念	7
(2)	自由競争減殺型類型における手段の不当性論の必要性	8
(3)	現在の世界的な議論の潮流との関係	8
2 - 3	本報告書の検討課題	15
3	不当な「排除」の定義と基準をめぐって	17
3 - 1	議論の整理	17
3 - 2	各種基準の吟味	19
(1)	比較衡量型フォーマット	19
	補論1：特別の責任論と総余剰（厚生）基準	25
	補論2：競争プロセスとベースライン問題	26
(2)	基準1 利益犠牲基準（経済的有意義性基準）	27
(3)	基準2 同等に効率的な企業に対する脅威	30
(4)	ライバル費用引上げ戦略（RRC）	32
(5)	総括	36
3 - 3	米欧における排除概念の考え方	37
(1)	米国：反トラスト現代化委員会における「排除」についての議論	37
(2)	EU	46
4	具体例：忠誠リベート	50
5	忠誠リベートに関する2事例	53
5 - 1	事例1：インテル事件（日本）	55
5 - 2	事例2：3M事件（米国）	57
6	結語	59
6 - 1	要約	59
6 - 2	私的独占規制 / 不公正な取引方法規制へのインプリケーション	62
6 - 3	厚生分析と competition on the merit	62
6 - 4	今後の課題等	63

競争者排除型行為に係る不公正な取引方法・私的独占について

理論的整理

1 本研究の目的

1 - 1 共同研究の目的

「不公正な取引方法」の規制範囲及び規制基準は従来から難問とされてきた。独占禁止法の反競争効果の基準は、「公正な競争を阻害するおそれ」及び「一定の取引分野における競争の実質的制限」に大別される。このうち後者は、基本的に「市場支配力の形成・維持・強化」と理解されており、経済学的にも明瞭な意味を持つ。これに対して、公正競争阻害性は、「公正」というその理解に見解の分かれる評価的要素がかかわり、一義的な理解はたやすくはない。周知のように、公正競争阻害性に関する通説は、これを自由競争減殺、競争手段の不公正さ、自由競争基盤の侵害の3つにわけてその意義を説明してきており、これらの3分類の整合性、統一した概念による整理の可能性などが理論的な問題となっていた。また、各分類に対応する行為類型が極めて雑多なため、それらが具体的にどのような場合に規制されるべきかの検討も問題となってきたところであるが、近年の研究を踏まえると、従来比較的問題がないと考えられてきた自由競争減殺、特に、排除型の自由競争減殺にこれまで見落とされてきた問題があることが明らかになりつつある。本研究では、この点に焦点を合わせる。

自由競争減殺は、従来、競争の実質的制限の希釈化されたバージョンとか小型形とか説明されており、それ以上の規範的評価が必要ないかのごとき理解があったようである。排除型の自由競争減殺でいえば、「不公正な取引方法の行為リストに入り、他の事業者（しばしば競争者であるので、以下、イメージが湧きやすいように競争者と言及することもある。）に何らかの形で排除の効果が生じるなら、自由競争減殺が生じるはずである」という先入観で、問題が捉えられてきたように思われる。しかし、2でみるように、排除型の自由競争減殺については、いわゆる市場支配力分析（正確にはその簡略化されたバージョン）だけでは捉えきれない、行為の反価値性の評価が必要である。また、それがかわる市場支配力分析についても、従来の素朴な理解では十分ではなく、慎重な経済分析が必要であることも明らかとなった。前者の問題はこれまで空白であったし、後者の問題も散発的に研究がなされているだけというのが現状であった。

これらの問題は、米国、EUでここ数年来、重要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）の問題と同型の問題である。我が国では、私的独占における排除とは何かの問題に対応するが、この問題の探求が不公正な取引方法の分析においても不可欠である。排除がどのような場合になぜ規制されるのかについての理論研究抜きには排除型の不公正な取引方法の公正競争阻害性の探求は始まらないのである。

1 - 2 本報告書の課題

本報告書はまず、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。それらの検討に基づいて、(1)で述べた課題に対して本報告書がどのような形で説明を行うのか、全体の構成を説明する。

次に3で、欧米の議論を参考に「排除」の不当性をどのように捉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提示される様々な議論を整理し、規制対象の明確化を図る。

4及び5では、3でみ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、忠誠リベートを例にとって解説する。まず、4で忠誠リベートにかかわる近時の法的議論の展開を説明し、5でそれらが問題となった事例について経済的な分析を試みる。

最後に、6で、以上の検討から得られる我が国の独占禁止法に関する示唆を述べる。

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

現在の通説的見解は、公正競争阻害性を、自由な競争への侵害（自由競争減殺）、競争手段の不公正さ、自由競争基盤の侵害の三つに分類している。これは現行一般指定の制定前の独占禁止法研究会で採用されたものであり¹、現行一般指定を定める際にその前提とされたものと考えられている。

これは、独占禁止法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るべき、という立場である。

の自由な競争への侵害（独占禁止法研究会では自由な競争への侵害とされているが、「自由競争減殺」と呼ぶ例が多く、本稿でも以下では自由競争減殺と表現する。）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理解できる。価格その他の取引条件を左右できる地位が形成・維持・強化されるのが競争の実質的制限であるが、それより小さい水準の地位が形成されたり、そのような地位の維持効果が競争の実質的制限の水準に達したりしなくともよく、またおそれで足りる。

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げるような競争手段を用いることを問題とするものであり、そのような競争手段を用いることそれ自体が非難に値するも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

¹ 独占禁止法研究会報告（1982）「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」

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当たる。

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、公正競争阻害性については、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、具体的に阻害されたり、高度の蓋然性が存在したりすることまでが要求されているわけではないと説明されている。ただし、自由競争減殺の類型では単なる抽象的危険ではなく、具体的な危険性が示されることが要求されているものと考えられている。

この3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。

ただし、各行為類型が公正競争阻害性をどのような形で阻害し若しくは阻害するおそれを持つのが問題となるが、その形態は多様である。例えば自由競争減殺一つをとっても、競争排除（抑圧）的なものと競争回避型に大別される。前者は、競争者のコストを引き上げたり、効率的な競争者の競争努力を無力化させたりすることなどが挙げられる。後者の競争回避型とは、競争的活動の自由を様々に制限することによって、重要な競争回避効果をもたらす場合などが挙げられる。手段の公正さの問題も、取引相手方の意思決定の歪曲をもたらすものや、他者の正当な期待への干渉、物理的な侵害、欺罔的なないし強制的な手法の利用など、その不当性を根拠付ける事情は様々である。

（2）従来の議論状況と議論の空白

公正競争阻害性をめぐる議論に関して、従来は の自由競争基盤侵害型公正競争阻害性の特殊性が強調されてきた。要するに優越的地位の濫用の公正競争阻害性をいかに説明するか、あるいは理論的に位置づけるべきかが課題となってきたのである。これを日本法独自のものとみる立場もある。そのような立場では、欧米主流の競争法ではそもそも取り扱われていない領域なのだから、独占禁止法の中におく必要のない規制だということになる。もっとも、かかる見解に対しては、欧州ではいわゆる搾取型濫用規制²が存在すること、ま

² もっとも、市場支配的地位の濫用規制と、優越的地位の濫用規制とを、ともに「力」の濫用だという点でもって同一視することは早計である。これまで我が国で優越的地位の濫用として規制されてきた事案が、（1）EU競争法82条の規制例に対応するものといえるのか、（2）逆にEU競争法82条の搾取的濫用の規制例に対応する優越的地位の濫用規制例があるのか、さらに（3）要件に対応関係があるのかを吟味する必要がある。詳しい検討は別個の重要な研究テーマとなりうるが、これまでの研究結果からは、これらに関しては否定的に解さざるを得ない。もちろん、（1）が否定されたからといって、我が国の優越的地位の濫用規制が否定されるわけではない。また、（2）の結果は、EU競争法82条の搾取型濫用の事例を、我が国では優越的地位の濫用で対処すべきだという主張につなげる可能性はあり得るし、そのために（3）を踏まえた要件論の精緻化が望まれる。いず

た競争法そのものでなくとも、取引関係における公正さは各国で問題視されており、何らかの対処がなされてきたことなどから反論することが可能である³。しかし、既に競争に悪影響が存在することを取引相手に不利に利用することが、どのような形で競争への悪影響と評価されるのかという問題は、喉に刺さった骨のように気になる問題であり続けた。一見したところ、相手方に不利益しか与えない優越的地位の濫用が放任されると、濫用行為者や取引相手をして、望ましくない行為へと向かわせるインセンティブを発生させるなどの問題を生じるのか、あるいは、このような濫用行為を「公正な競争秩序」に影響するものと評価するために、公正概念や競争概念をどのように再構築させるのかは、知的に興味深いパズルではあり続けたが、取引上の地位を利用して、相手方に不利益を与える行為そのものを規制する必要があることなどについては、社会的な支持もあり、それに異を唱える議論はなかった。せいぜいが法的な整理として、独占禁止法に置くのは「体系上」問題があるという美意識の是非といった程度の批判しかなかった。また、解釈論上の疑義は、少なくとも自由競争基盤侵害論が登場して以降は、その内容に対する疑義が完全に払拭されたとはいえないまでも、とりあえずそれに対する理論的説明は提供されたといって良く、議論の実益は大幅に低下した。優越的地位の濫用の公正競争阻害性の問題は純理論的には興味深いものの、実際的な意義が奈辺にあるのか判然としないまま、議論が膠着状態に陥っているようである⁴。いずれにせよ、この問題は理論的には重要であるが、論点自体はかなり明瞭になっており、さらに不公正な取引方法規制の中でも独立した問題群と捉えることが可能であって、他の規定の公正競争阻害性の問題とは切断したものとしてひとまずは理解可能である⁵。

さて、公正競争阻害性の3類型のうち、と のほうは従来問題とされることはあまりなかった。自由競争減殺型の公正競争阻害性については、一定の取引分野における競争の実質的制限を阻害性のレベルで捉えるものという理解が一般的であり、 の手段における不当性は、欺罔や強制といったその不当性の共通理解が容易なものと通常理解されてきたようである。 の場合、具体的に公正競争阻害性を判断するのは必ずしも容易ではない

れにせよ、現にある法として、両者が同質だということには無理がある。

なお、我が国の優越的地位の濫用についての現にある法の姿については、根岸哲(2006)「優越的地位の濫用規制に係る諸論点」日本経済法学会年報 27号 21頁を参照せよ。

³ 根岸・前掲注2参照。

⁴ なお、優越的地位の濫用規制が競争に与える影響についての研究の現時点での総括は、日本経済法学会年報 27号(「優越的地位の濫用」特集)掲載の諸論文を参照。

⁵ もっとも、抱き合せ規制は、優越的地位の濫用と連続した側面を持つことは白石教授が的確に指摘しているとおりである。白石忠志(1992)「独禁法における『抱き合わせ』の規制」ジュリスト 1009号、1010号、同(1997)「優越的地位の濫用と抱き合わせ」経済法学会年報 18号参照。これをどのように純化させるかは問題である。米国の例でも抱き合わせは競争者を害するとしながらも実態としては価格差別として需要者の一部に不当な不利益を与えるタイプのものであり、これらを渾然一体として規制している傾向がある。抱き合わせの経済的機能についての分析は差し当たり川濱昇(1988)「独禁法上の抱き合わせ規制について(2)」法学論叢 123巻 2号 1頁や柳川隆・川濱昇編(2006)『競争の戦略と政策』(有斐閣) 163 - 173, 254 - 270頁を参照せよ。

かもしれないが、抽象的な基準についてはそれほど議論の対象とはなっていない。しかし、の問題も、次にみるようにそれほど簡単なものではない。

まず、との違いをもう少し詳しく検討しよう。

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つてよい類型であるとされる。それ自体として非難に値する行為がであり、そのような手段の不当性がの規制根拠であるとされてきた。それを能率競争（competition on the 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、の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し、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、という意味で捉えられている。これらの効果をもたらされるのは、具体的には競争回避と競争排除の二つのパターンが考えられる。一般指定 12 項はもっぱら競争の回避を問題とするものであり、また 13 項の規制対象の一部もそうであるが、自由競争減殺型とされるものの大部分は競争排除型のものである。独占禁止法の体系上、不公正な取引方法を私的独占の予防規制であるという理解⁶が有力であったのは、自由競争減殺型の行為の多くが排除であったからである⁷。実際、米国の独占化や我が国の私的独占などで利用される手段と考えられるものが不公正な取引方法のうちのかなりの部分を占めている。一般指定第 1 項から 7 項及び 10 項、11 項、13 項の一部は、いずれも排除型行為に該当する行為であり、私的独占の予防的規制という理解が有力である所以である。

ここでの排除が私的独占で要求されている水準の排除効果を意味するか否かは議論の余地があるが、何らかの意味で他の事業者の事業活動の困難化を問題にしているのは確かであり、それが市場支配力の維持・強化につながるならば私的独占となりうるが、維持・強化のおそれだけで十分だという点に公正競争阻害性の特殊性がある。ところで、私的独占における排除に関しては、困難化をもたらす行為自体は多様であり、正当な競争手段による排除も市場支配力の形成・維持・強化をもたらす可能性は十分にある。エプスタイン（Epstein）の言葉を借りるなら、「2 条の独占化の場合は、典型的な害の明確な例証がない」⁸のである。よく言われるように、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となる。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のは当然である。

⁶ 今村成和(1978)『独占禁止法 第二版』（有斐閣）90 - 91 頁。

⁷ もちろん一般指定 12 項の再販売価格の拘束や 13 項の拘束条件付取引（うち例えば垂直的地域制限）を支配型の競争回避と捉えるのなら、これも私的独占の予防規制と位置づけることができる。これは、これらの類型を不当な取引制限の規制対象から外してきた我が国の法運用の特殊性に起因する。

⁸ Richard A. Epstein (2005), "Monopoly Dominance or Level Playing Field? The New Antitrust Paradox," 72 University of Chicago Law Review, 49-58.

ある。この点に関して、不公正な取引方法では、行為要件に該当して排除効果が存在し、それが競争の実質的制限の希釈化されたバージョンを充足するか否かを検討すれば評価が終了するという考え方が一般にみられていたようである。したがって、特に手段としての不当性についてそれ以上考察する必要はないということになる。

だが、不公正な取引方法の自由競争減殺型行為類型はいずれも、それが反競争効果をもつ限りは手段に関する評価を不必要なものとしてよいのだろうか。また、それ以前にそれらの行為類型は本当に反競争効果を有するのだろうか。実は、不公正な取引方法に該当する各行為類型がどのような条件下で反競争効果を有するのかについて、我が国ではこれまで十分に検討を重ねてきたとは言い難い。前者についてはあまり意識されることもなかった⁹。

よく知られているように、欧米で現在、排除概念についての再検討が行われている。これらが関連性を持つのは私的独占規制であると思われるようであるが、そこでの検討課題は「市場支配力の形成・維持・強化」がどのような環境下で生じるのかという問題とともに、その手段として非難に値するのはどのようなものであるかについての問題の両方にかかわる。自由競争減殺型の類型について、前者が問題となりうることはこれまでも意識されてきた。しかし、後者の問題は存在することが忘却されていた。これはある意味で奇妙なことである。次節でみるように、我が国では手段の不当性を規律する概念とされている能率競争は、排除を評価するために用いられてきた概念である。以下、まず日本版能率競争論と欧米での議論の乖離を説明し、現在の欧米での議論が我が国の不公正な取引方法規制に関連性を持つことにつき、実例を挙げて説明する。

補論：競争回避と不当性

本稿では排除型の自由競争減殺に焦点を合わせるが、競争減殺型には競争を回避させる場合も含まれる。競争を人為的に回避する行為は、競争を排除する行為と異なってそれ自体として競争プロセスへの害を持っている。もちろん、当事者間における競争を回避する合意が、効率性獲得などの正当な目的のために行われる場合もありえる。しかし、当該競争回避が正当な目的を達成する行為に付随した制限や効果でない限り¹⁰、それによってもたらされる競争制限でないとしたちに競争プロセスを害するものと評価することが可能である。リバタリアン傾向の強い法学者の代表者として、反トラスト法の介入であっても懐疑的な態度を示すエプスタイン教授も、このような場合はプライマ・フェイス（prima

⁹ 独占禁止法研究会報告書・前掲注（1）の少数意見は、「取引の自由」という視点から、手段としての反価値性を探求したものと評価できる。この点につき、舟田正之「公正競争阻害性の再検討 - 優越的地位の濫用を中心に - 」公正取引 671号 49頁参照。ただし、「取引の自由」への干渉を直ちに反競争効果ととらえるため、「市場支配力の形成・維持・強化」ないしその可能性がもたらされるのか否かへの関心に乏しい。

¹⁰ 正当な目的がある場合は、その目的の適切さ、回避をもたらす行為の必要性・妥当性、競争上の悪影響と促進効果との比較衡量を順次行うことになる。

facie：一見したところ)¹¹に害が生じると認めている。競争回避行動を人為的に行うことに競争プロセスへの害を認め、それが市場支配力の形成・維持・強化につながるなら、それを禁止する十分な理由があることになる。同じことは単独行為ではない、競争業者間における取引拒絶にも妥当する。それでは、正当な目的を標榜した共同行為の場合はどう評価すべきかが問題となる。そのような行為が「市場支配力の形成・維持・強化」ないしそのおそれという悪影響があったとしても、効率性などの競争促進効果が結果として、消費者厚生を害さないなどの比較衡量で判断されることになる。これらの具体的な評価基準は、非ハードコアカルテルの評価基準の問題となるものである。

2 - 2 日本版能率競争論の欧米との乖離

(1) 能率競争の概念

能率競争 (competition on the 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¹²。

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。

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るか否かを吟味するに当たって、competition on the merits を害するか否か、あるいは competition on the 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、我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み competition on the merits が理解されてきた。これは長らく見落とされてきた問題点である¹³。

¹¹ Ibid.

¹² 能率競争概念に対応するドイツ法上の概念として、業績競争概念がある。これは、カルテル法（反トラスト法、独禁法、競争法に相当）と不正競争防止法との競争概念を統一的に捉えるためにも用いられている。なお、業績競争概念は能率競争と比べて、競争の手段に対して倫理的により厳格な評価を行うものであり、ここで我々が扱う能率競争よりも複雑なものである。能率競争概念はその内容について深化されることがなかったのに対して、業績競争概念はかなり深い探求がなされている。業績競争概念については、岸井大太郎（1980）「ドイツ競争法における「業績競争（Leistungswettbewerb）」理論（1）（2）」法学志林 83 巻 1 号 1 頁、4 号 61 頁の詳細な検討を参照されたい。従来のコンベンショナルな理解では、能率競争が自己決定型の消費者の利益と整合的な競争概念であるのに、業績競争は競争者間の実体的な「公正さ」に重点のある競争概念ということになるかもしれないが、行動主義経済学の観点から業績競争の介入根拠を新たに構築することも考えられる作業ではある。その作業の延長上に、能率競争と業績競争の収斂もあり得る。

¹³ なお、川濱昇（1988）「独禁法上の抱き合わせ規制について（2）」法学論叢 123 巻 2 号 1 頁、26 頁で、自由競争減殺と「真価（メリット）に基づく競争」との関係論じている。

(2) 自由競争減殺型類型における手段の不当性論の必要性

(1) でみたように、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つかということと、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う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 the merits 概念の再検討とあってよい。(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よいだろうが(2-1 補論参照)、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だけで法が介入してよいのか、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る。

(3) 現在の世界的な議論の潮流との関係

欧米における議論の潮流

21世紀に入ってから、米国と欧州の両方で独占化事件及び市場支配的地位の排除的濫用規制に関し、そこにおける排除とは何かという議論が急速に盛り上がっている。

これは現実の必要性と現実を分析する理論の発展、それらを踏まえた法理の展開の3つの要因から生じたものである。それぞれが関連し合っているが、特に後2者は密接に関連しあっている。

現実の要請とは、まず規制緩和・民営化後、独占的な力というものが市場に存在し始めるようになったことを指す。そのようなものが、折からの規制緩和の結果参入してきた企業に対し、それを退出せしめて従来の力を維持するということが増えてきた。さらに、情報関連技術の進展によって、ネットワーク効果の大きな市場が重要性を持つようになり、さらにネットワーク効果ゆえに強固な市場支配力を持つ例が増えてきた¹⁴。ネットワーク

¹⁴ この問題の全体像は、根岸哲・川濱昇・泉水文雄編(2007)『ネットワーク市場における技術と競争のインターフェイス』(有斐閣)を参照せよ。

効果のみにより市場支配力を有しているのであれば反トラスト法や独禁法の出番はないが、市場支配的企業の行う行為の中には「不当に」参入を阻止したり、残存する競争を制限したり、さらにはイノベーションに悪影響を及ぼしているのではないかという疑いの残るものもある¹⁵。それらが不当な排除であるか否かを識別することが重要な課題となってきたのである。

理論的ないし法理の展開についてみると、かつては私的独占型の規制であれ、市場支配的地位の濫用型の規制であれ、法的・理論的な展開はあまりなかった。というのは、独占化の理論に関しては、1970年代終盤までの構造規制の時代には、独占力を持っている企業に対して独占力の解体を目指すことを第一義にすべきであり、行為が悪いか悪くないかというのは独占力を解体するためのいわば入口の問題とされていたからである。そのため、できるだけ行為概念を広げるようにし、独占を解体することによる成果の改善というもっぱら帰結主義的な考え方が有力であった。何らかの介入によって、現状の成果を改善できるのであれば、そのようか介入がなされるべきであり、市場支配力の解体に伴うコストより改善の便益が大きいのであれば、独占の維持をもたらした行為の不当性に拘泥せずに、規制を進めるような解釈を行うべきだというのがまず一方にあった。

他方で、ロナルド・H・コース（Ronald H. Coase）の批判する、冷遇的態度があった¹⁶。要するに「完全競争状態ならば観察されなかったであろう慣行が行われているならば、独占者が不当に競争を歪曲するために行った慣行である」という形で、疑いの目で見るというものである。これは、「不公正な取引方法のリストに入っている行為というのは、完全競争状態であればおそらく観察されない慣行であるから、それから逸脱したものである限り、何らかの形で疑わしい慣行である」という2つの発想から、その具体的な行為の性質や、競争に対して与える影響についての知的な関心は長らく進展しなかった。

周知のように、1980年頃までにこの状況は一変する。まず、構造規制は米国においても独占化規制の主要な課題ではなくなってくる。さらに、従来は反競争的な疑いの目で見られた慣行が実は無害であるというシカゴ学派からの理論的批判が有力化してきた。その結果、排除的な慣行自体の良し悪しへの関心が一旦そこで切断されてしまうことになった。排除的慣行の典型は略奪的価格設定と垂直的な排他的契約であるが、まず前者についてはそれが現実に可能ではないというシカゴ学派からの批判が1970年代に定着して、いわばシカゴ・コンセンサス¹⁷となり、その後の判例変更に影響を持った¹⁸。垂直的な排他的契約に関しては、ある特定市場に存在する独占力は当該市場で利用できるだけであり、それを他の市場に拡張して追加的な独占理論を得ることは不可能であるとするシカゴ学派の独占利

¹⁵ 川濱昇(2000)「技術標準と独占禁止法」法学論叢 146 巻3・4号、115 - 162 頁参照。

¹⁶ ロナルド・H・コース（宮沢健一・後藤晃・藤垣芳文訳）（1992）『企業・市場・法』（東洋経済新報社）75 - 77 頁。

¹⁷ Louis Philips (1995), Competition Policy: A Game-Theoretic Perspective Chap.7 参照。

¹⁸ 法の変遷の詳細については中川寛子(2001)『不当廉売と日米欧競争法』（有斐閣）を参照せよ。なお、経済学の知見の普及と判例変更へまでのタイムラグにも注目せよ。

潤拡張不能理論¹⁹が、1970年代末にはアカデミズムでは有力化しており、いったんはけりがついた問題だというのが共通認識になり、1980年代に法学コミュニティに浸透していった²⁰。この段階では排除についての関心はいったんは消滅した。ところが1980年代半ば以降、知的な面においては、いわゆる新産業組織論、ゲーム理論を基軸とした理論的な展開により、多くの慣行が、特定の局面では、市場支配力の形成と、とりわけ維持・強化に役立つということが証明された。

他方、上述したように疑わしい慣行が1990年代前半から現実に行われる例が増えてきた。それらに対して法的判断を下す必要がある。冷遇的態度の時代であれば、疑わしい行為があり、何らかの形で市場支配力の維持・強化があるならば、直ちに禁止すべきだということになる。完全競争で観察されないはずの行為であるなら怪しむべきものだということになるのである。ところが、完全競争では観察されないものであっても、情報の不完全さや取引費用の縮減など効率性の向上のために行われる慣行が多いことが広く知られるようになってきた。言い換えれば、かかる慣行によって市場における自己の能率を反映した競争が行われる余地が大きいことが知られるようになった今日では、そのようなナイーブな立場は最早とり得ない。排除と思われる現象があったとしても、それが competition on the merits に反した不当な形で排除されているのか、それとも効率性の追求過程の中で市場から排除されたに過ぎないのかということに関する識別基準を見いだす必要がある。ところがここで頼りになる概念というのは、能率競争概念あるいは level playing field, normal competition といった、非常に曖昧模糊とした概念でしかない。

同様の問題は、EU競争法においても、経緯は異なるが発生した。EU競争法では、いわゆる「特別の責任論」がとられていた。これは、「独占的地位に立つ者は、純粋な歪曲されない競争を妨害する行為を行ってはならない」という特別の責任を負うことから、例えば独占者がある種の力を維持するということが行われているならば、それ自体が疑わしい行為であるという判断を下すというものである。その結果として、他の競争者の競争機会を減少させるような行為をカテゴリカルに禁止するという、形式ベースの考え方が根強く残ったのである。コースがいうところの反トラスト法における冷遇的態度の時代と同様の状況が続いたともいえる。要するに、ある種の慣行に対する理解が不十分であったとき、それがどのような形で効率性を促進するかに関する理解がされていなかった慣行を独占的な企業が行っていた場合に、それは競争を害するものだという疑いの目を向けていたのである。これに対し、最近ようやく行為の形式だけで判断するのではなく、現実には市場にお

¹⁹ その説明として、柳川隆・川濱昇編(2006)『競争の戦略と政策』(有斐閣)255頁以下を参照。

²⁰ Michael Katzの述懐によれば、彼の大学院のアドバイザーの一人は1979年段階で彼に「興味深い理論的問題はすべて決定的に答えられたし、公共政策に関する論争も終結したので、垂直的制限についての仕事はやめるべきだ」と語ったそうである。Michael Katz (1989), "Vertical Contractual Relations", in Richard Schmalensee and Robert D. Willig, eds., Handbook of Industrial Organization vol. I, 655 (Elsevier, North-Holland).

ける競争へ与える影響をみて判断すべきだという効果ベースのアプローチが有力化してきた²¹。効果ベースのアプローチを実践するには、経済学のロジックに裏打ちされる必要がある。この十年ほどの間に、欧州の競争法コミュニティで経済学が広く浸透してきたことも、排他的濫用とは何かを理論的に論じる背景事情となっている。また、経済学の分析方法を利用したとしてもそれが直ちに何らかの法的規準を与えるわけではない。規制対象となった慣行の経済的な意味を理解した上で、それを規律する適切な法的規準をどのように見つけ出すべきかが問われたのである。このように、排除として問題とすべき行為を判断するための法的規準をめぐって議論が活発に展開されだしたのである。

これらの理論的関心は実務における必要性とも相まって、ただちに実践的な対応を導き出すことになった。米国では、反トラスト法の再検討を行った反トラスト現代化委員会の最終報告書及び勧告で、独占化における排除の問題は実体的な基準にかかる検討事項として特に取り上げられた数少ない領域に含まれている²²。欧州委員会では、82条のガイドライン策定を視野に入れたディスカッション・ペーパー²³（以下82条DPという。）が公表され、コメントを経て公聴会も開催されている²⁴。

不公正な取引方法規制との関連

上述の欧米の潮流については、日本において関連性を有するのは私的独占に限られるのであり、不公正な取引方法の検討と関係しないのではないかと、という疑問を持つ向きもあるかもしれない。私的独占の規制に要求される反競争効果は一定の取引分野における競争の実質的制限であり、不公正な取引方法における排除型行為は公正競争阻害性という弱い水準の反競争効果で足りる。排除型不公正な取引方法における自由競争減殺という反競争効果を探求するのである以上、一定の取引分野における競争の実質的制限と同水準の分析を課題としている欧米の排除をめぐる議論とは直に対比できないのではないかと、かような疑問は当然予想される。しかし、排除をめぐる問題として提起されている内容は、我が国の不公正な取引方法においても本来探求されるべき問題を含んでおり、比較法的考察が

²¹ 形式ベースのアプローチと効果ベースのアプローチの違いについては、Report by the EAGCP (2005) “An economic approach to Article 82,” 5-17 を参照せよ。

²² Antitrust Modernization Commission (2007), Report and Recommendation (hereinafter cited as AMC Report).同委員会は2007年4月に大統領への勧告で作業を終了し、解散した。なお、同報告書では、法改正等の必要性は提唱されず、「活発な競争、事業目的の熱心な追求、競争者には利用できない効率性の達成は、それらが支配的企業に関する場合であっても、またそれらによって、競争者が不利になるかもしれない場合であっても、一般的に不当なものではないことを、概ね、裁判所は正しく認識してきた」とものと考えられるとして、バンドルやりベートの領域では明確な基準を示すべきだとしたものの、原則として現状を承認した（Id. at 81-116）。

²³ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (December 2005)。

²⁴ なお、82条に関するレビューの状況については、本稿執筆段階では以下のウェブサイトにて参照できた。<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/index.html>

重要な意義を有する領域なのである²⁵。以下敷衍しよう。

第一に、問題状況の共通性が挙げられる。要するに能率競争概念を正しい排除と正しくない排除の識別概念とするならば、これを批判的に検討する必要がある。先に述べたように自由競争減殺であっても、能率競争への考慮抜きには議論できない問題がある。それを探求することが具体的な事例を解決する上で不可欠なのである。また、日本の不公正な取引方法のリストも、そのリストに載れば直ちに手段として疑わしいものであるという立場を我が国の独禁法では採っておらず、それぞれが公正競争阻害性を持つかどうかの判断をする必要がある。その中に、行為の結果として市場支配力の形成・維持・強化があれば直ちに（私的独占として）違法になるのか、それともその行為が反競争的なルートをたどった場合に違法となるのかということが問題として提起されうる。例えば慣行が当該企業の効率性を増す結果として市場支配力の形成・維持・強化に役立ったとしても、非難するに値しないとも考えられる。しかし、それが効率性とは無関係に、何らかの形で競争を歪曲するがゆえに市場支配力の形成・維持・強化となった場合に初めて法の介入する根拠があることになるはずだから、ここではやはり正しい競争手段とそうでない競争手段に関する理論的な展開が必要となる。さらに、我が国の不公正な取引方法の排除型の自由競争減殺の類型というのは、私的独占の行為のリストから取られたものである。これは米国においてそのようなリストに入った慣行に対する規制を継受して作られたリストであるが、これらのリストは要するに、普通のプレーヤーがやった場合はひょっとすると法が介入する必要はないかもしれないが、独占者がやった場合は通常の場合に比べ、より競争を制限する危険性が高いがゆえに、比較的低い threshold（閾値）で介入しようという立場から出てきたのである。

従来の欧州委員会の排除的濫用の特別の責任論であれ、米国の古典的な独占維持行為の定義であれ、それを独占者が行った場合、能率に基づく競争、つまり、competition on the merits の枠を越えると非難するに値すると考えられてきた行為ということもできる。これはもちろん、主体が独占者であるから競争を害しやすいという先入観があるわけであるが、

²⁵ また、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、抱き合せ取引等も、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みえ、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（日本でいえば不当な取引制限に該当する場合もある）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いえる。

手段に関しても、排他取引や差別的対価などの場合に比較的低い閾値で規制できるということで、典型的な不公正な手段として列挙されてきたわけである。少なくとも能率競争を外れたものであるかどうかを考えるに当たっては十分条件を示すものと従来は考えてきた。その点において、我が国の不公正な取引方法に関する能率競争の概念を考えるに当たって有益な示唆を与えてくれる。手段の当不当の問題を考えるに当たっては、同じ問題に直面するのである。

我が国でも、既に私的独占の事案で、不公正な取引方法で検討すべき手段の当否の問題に直面している例がある。有線ブロードネットワークス事件とインテル事件、NTT東日本事件がそうである²⁶。

有線ブロードネットワークス事件（公取委勧告審決平成 16 年 10 月 13 日 審決集 51 巻 51 頁）では、72%のシェアを有する事業者が、唯一の有力な競争者の顧客をターゲットにした差別的な安売りをを用いて相手方の事業活動を困難にした事案であった。シェア 26%を有し、被審人に対して効果的な競争的抑制を加えることのできる唯一の事業者の顧客に対して、大幅な値引きを材料に切り替えを勧誘し、第二位の競争者のシェアを 26%から 20%へと低下させ、その営業所を従来の 128 か所から 90 か所に減少せざるを得なくした。これら一連の行為は、市場支配力を有する事業者が、残存する競争圧力を除去するものであると評価することは容易であるから、一連の行為が市場支配力の維持・強化をもたらすものとして、「一定の取引分野における競争を実質的に制限した」とものと認定することは比較的容易に思われる。しかし、本件では、問題となった行為が差別的なダンピングの事例であるにもかかわらず、費用に関する事実が示されず、競争相手に事業を売却させようとしていたという目的と狙いうちという行為の態様に依拠して、排除とした点に特色がある。このような法運用は独禁法が本来その鼓舞すべき正常な価格競争を違反とする可能性があるのではないかという疑問が提出されうる。本件は不公正な取引方法として一般指定 3 項、4 項の適用が問題となる事例ではあるが、それらの事例であるとしても、不当廉売で要請される費用基準の充足が必要なのか、それとも費用基準を充足せずとも公正な競争を阻害するおそれがあるか否かが問題となる事案なのである。「一定の取引分野における競争の実質的制限」が認定可能であることに大方の同意がある本件では、その小型版としての「自由競争減殺」は充足できるはずであるが、自由競争を減殺するという手段としての不当性をかなえたものか否かは自明ではないのである。言い換えれば当該行為が「競争プロセス」を害する形で「一定の取引分野における競争の実質的制限」に連なるか否かが問われるべき問題ということになるのである。

インテル事件（公取委勧告審決平成 17 年 4 月 13 日審決集 52 巻 341 頁）も同様である。インテル事件では、パソコン向け CPU で圧倒的なシェアを有するインテルが、合計で国

²⁶ 平林英勝（2006）「最近の競争者排除型私的独占事件審決の検討 競争の保護と能率競争の範囲」判タ 1208 号 49 頁は、有線ブロードネットワークス事件、インテル事件で問題となった行為が非難に値する手段であったか否かを的確に主題としている。

内購入量 77%に達する顧客 5 社に対して、その使用する CPU 比率が 90%ないし 100%になった場合、リベートを払う等を約束することにより、競争相手のシェアを大幅に減らし、その市場支配力を維持・強化したことが問題となった事例である。この事件で問題となった排除効果は、排他条件付取引としての機能による。かかる条件付けの結果として、最適な規模の経済の達成が困難になったり、顧客の乗換費用の引上げなどを通じて、競争相手が競争的な活動をする費用が上昇したことが、相手方の事業活動を排除する効果をもたらすのである。その点に注目すれば十分なのであれば、それで分析は完結する。不公正な取引方法としては、一般指定 3 項、4 項、11 項、13 項の該当性が問題となるが、行為の客観的な要件は充足しそうであるし、当該行為が現に市場支配力の維持・強化をもたらしたという評価もたやすい。しかし、ここでの相手方の購入様式の変化は値引きにあるともいえる²⁷。そうだとすると、本件の行為の不当性は価格競争の一形態としても非難に値するだけのものでなければならないという立場もあり得る。

N T T 東日本事件はまだ確定していないが、問題となった行為が市場支配力の維持・強化に資するものであったことは所与として考えてよかるう。しかし、ここでも問題となった行為が不当な排除か否かが問題となる。問題となった行為は、規制と絡み合っており、単純に割り切れるかどうか疑義があるが、従来分類では価格スクイズの一類型と理解することができる。価格スクイズについても、一般指定 3 項、4 項など²⁸の適用が問題になるが、単に競争者の事業活動が困難になったか否かで手段の不当性が根拠づけられるかどうか問題となる。また、この場合は接続料金をコントロールするだけでは充分ではない。マージンが同等に効率的な競争者にとって脅威となるか否かを考慮すべきか否かといったなどが問題となりうる。

ところで、よく知られているように、ここで問題となっている差別的対価、占有率ないし忠誠リベート、価格スクイズなどは、まさにそれらの行為が違法な排除となるのはいかなる場合であるかをめぐって、欧米で盛んに議論されている問題でもある²⁹。排除は何かという問題はこれらの慣行に関する違法性判断基準の問題でもある。これらの事例で提起されている問題は、まさに「排除」をめぐる論争の主要な戦場である。

以上、これらの事例から次の点が確認できる。これらの事案での問題は、当該行為が市場における競争に結果としてどのような影響を与えたかにとどまらない。当該行為がいかなる観点から不当視できるかという問題なのである。単に、不公正な取引方法の行為リス

²⁷ 根岸教授は、結論には賛意を表明しながらも、排他条件付取引と同等とみるかどうかはなかなか難しいとし、「値下げによって競争者の顧客を奪うこと自体を問題にするのはなかなか難しい」という評価を下している（公正取引 656 号 12 - 13 頁）。

²⁸ 場合によっては一般指定 15 項の可能性もあろう。

²⁹ これらの問題については、川濱昇「私的独占解釈論の現状と展望」日本経済法学会年報 28 号(2007)参照。なお、差別対価の問題は米国では Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993)でけりのついた問題であるが、費用越え略奪の可能性と、それを許容するとして、その識別する際にどのような点に注目すべきかという問題として再検討する余地もある。

トに載るだけで問題が雲散霧消するわけではない。したがって、これを不公正な取引方法として規制する場合であっても、その手段の当否を検討する必要がある。要するに、何が排除行為かという問題は、不公正な取引方法における問題にも関連性を持つのである。

さて、自由競争減殺のレベルが市場支配力の形成・維持・強化と不公正な取引方法の場合とで一緒であるべきかどうかということをめぐることは、もちろん議論がある。同一基準ではないにしても、何らかの形で現に自由競争減殺が生じることを要求するならば、これに関して経済分析が使えることは確かである。このときの閾値の問題としては、もちろん経済分析を軸に、過剰な介入にならないルールを作る必要はあるが、手段の当不当を考える議論の入口の段階では、独占化の問題と共通の論点があるものと考えられる。

2 - 3 本報告書の検討課題と構成

本報告書は、不公正な取引方法において自由競争減殺型類型とされるもののうち特に、排除的なものにつき、その排除の不当性についての理論的検討を通じて、公正競争阻害性の解明を意図するものである。以下では、そのうち、排除概念についてのあり得べき基準についての検討を行う。不当な排除を定義するものとしてどのような立場が提案されており、それらがどのような難点を持つのかを、規制の目的も視野に入れて3で検討する。このような問題意識はかなり抽象的なものであるが、考え得る様々な立場が具体的にどのような問題を持つかについて、2 - 2でも注目した、忠誠リベートを念頭に置いて議論を行う。特に忠誠型リベートの問題は、インテル事件（日本）の争点であるとともに、欧米等で特に支配的事業者が行う忠誠リベートの規制基準をめぐる議論が沸騰しており、経済学の論稿も多数ある。我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みて、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 the 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。それらを通じて抽象的な問題をいささかなりとも具体的なものとする。

ところで、ここで扱う問題は、具体的な慣行についての個別的な基準の問題というよりも一般的な思考枠組に偏したものであることは否めない。実際にそれらの基準を適用するには、問題となる慣行がどのような形で排除をもたらし、それを通じて市場支配力の形成・維持・強化を生じうるのか、すなわち反競争効果を持ちうるのかという経済学的な検討が不可欠である。また、反競争効果を持ちうるかもしれない慣行が、様々な形で効率性を

もたらず、いわゆる競争促進効果³⁰を同時に持つこともある。それらの効果も参照しつつ規制基準を考える必要がある。3で検討する様々な議論は、いずれも問題とする慣行がどのような形で競争へ悪影響をもたらすかを理解しないことには適用できないものである。特に、日常的な感覚で「競争者の機会」を減らしそうな行為であっても、それを実施することで市場支配力の形成・維持・強化をもたらし得るとは限らないものは数多い。既に述べたようにシカゴ学派からの批判はこれが通常は生じないというものであったが、その後の理論はこれが具体的状況に依存して生じうるかもしれないというものであった。本報告書の4では不公正な取引方法の行為要件に該当する慣行が実際になされた事件を素材に、それらがどのような形で反競争効果を持ちうるものであったのか、あるいは反競争効果を持ちそうにもないものだったのか、反競争効果以外にどのような目的、特に効率性を達成する目的ないし効果を持ちそうなものであったかの経済学的分析を行う（5参照）。

これらの分析は単にケース・スタディとして有益なものではない。米国の略奪的価格設定の判例法理では20年以上も前から、規制における第一種の過誤（偽陽性）と第二種の過誤（偽陰性）のコストを勘案したルール作りがなされている。正常で活発な競争を不当な排除と誤らないようにすることが課題の一つとなる「排除」の基準をめぐる論争では、米国のみならず欧州においても、意思決定論の少なくとも初歩的な枠組みをわきまえた上で議論が展開されている。これまで、我が国では、法と経済学がそれなりに浸透した今日にいたってもなお法学の文献では、証明責任論の領域を別にすれば³¹実体法の基準においてこの問題は忌避されている。誤ることを前提にルールを作ることへの懸念がそうさせているのであろうが、基準設定において規制の安全マージンを作ることはとくに「おそれ」を問

³⁰ 効率性促進効果が競争促進効果と呼ばれることについて少し詳しく説明しておこう。まず、効率性が増大することは企業が競争的な行動をとるインセンティブを向上させるものと評価することができる。なんとなれば、競争的行動とは自己からの需要に魅力を増すことによって競争者からの需要を奪うことであるからである。効率性の増加は通常は自己の産出に対する需要を増加させる行動につながるはずである。そのような効果が高ければ、当該行為の反競争効果を打ち消すこともある。ただし、排除行為の場合、やっかいな問題として自己の産出量を増大させるインセンティブには、効率性にともなう効果と同時に、不当な排除でライバルに費用上のハンディキャップが生じる結果、産出量増大に向かう効果が生じることもあり得るからである。後者の産出量増のインセンティブは競争促進的なものと評価することはできない。この点で、水平的企業結合や非ハードコアカルテルにおける比較衡量よりも厄介な問題に直面することになる。

³¹ 証明責任論の領域では、既に太田勝造（1982）『裁判における証明論の基礎 事実認定と証明責任のベイズ論的再構成』（弘文堂）という包括的研究が存在する。ただし、この書物の後の論争ではもっぱら、主観的確率や帰納的確率の哲学的な可能性が、それも認知心理学の知見に依拠したものでさえない、純粋に思弁的な形で行われたにとどまる（長谷部恭男（1991）『権力への懐疑』（日本評論社）第7章）。我が国の法学コミュニティでは、立証責任の領域においてもプラクティカルな意思決定問題が扱われることは希であったことは否定できない。統計的意思決定論や認知心理学、行動主義経済学の知見抜きに、「予防原則」が論じられるという倒錯した事態もあるが、この問題は本稿の関心からは逸脱するものであり、指摘にとどめる。ただし、本研究をはじめとする競争政策センターにおける経済学者と法学者との共同研究は、このような状況を改善するという外部効果を持つものと思われる。

題とする公正競争阻害性においては当然考えられてしかるべきであろう。それには競争促進効果と反競争効果の蓋然性判断が不可欠である。その意思決定を健全なものにするには具体的な事例を通じて、問題となる慣行についての理解を深めるのがもっとも有望な道筋³²であろう。今後の不公正な取引方法の規制基準の検討に重要な材料となるのである。

また、既に述べたように本稿で取り扱った課題は欧米でもっともホットに議論がなされている領域である。他国のこれまでの経験はそれ自体有益なものであるが、欧米の議論はそれぞれ自らの法域にとどまらず相互に参照されながら議論が展開されている。競争法のグローバル化の一つの現れといえるが、それにとどまらず、その議論の中でそれぞれの特色が明らかにされることになる。比較を通じて各立場が共通の土台で正当化される＝普遍化されるという傾向が高まっているのである。現象面での収斂をグローバル化と同一視する向きも多いが、そのような現象面ではなく、議論の深化のためにも比較は重要である。そのために、欧米の議論を詳しい検討は不可欠である。本報告書の3-3はその作業に当てられる。

3 不当な「排除」の定義と基準をめぐって

3-1 議論の整理

米国ではマイクロソフト事件³³を契機に、「排除」の基準ないし定義をめぐる議論が発展してきており、それに関する多数の論稿が存在している。我が国はいまだ議論の萌芽段階であり、それに関係する論稿は数少ない。また、欧州でもそれに相当する論争が行われているが、米国の議論状況を基礎にして、いわばその座標軸上で議論が展開されているというのが実情である³⁴。まず米国での議論状況を確認しておくことは出発点として有益で

³² 問題となった行為が、統計的にどのような効果を持ちそうかを示すことができれば、さらに有益であろうが、現状では十分なサンプルをとることはできそうもない。今後の課題である。

³³ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 47 (D.C. Cir.) (en banc), cert. denied, 534 U.S. 952 (2001).

³⁴ もちろん、EU競争法特有の支配的事業者の規制の論拠として、米国の反トラスト思想に対してフライブルグ学派の競争観を持ち出し、独自の伝統の中でそれを正当化するという試みもあり得るが、まだそのような試みは本格化していないようである。むしろ、EU競争法の独自性をフライブルグ学派、オールドーリベラリズム思想の残滓として理解するにとどまっているように思われる。EU競争法における市場支配的地位の濫用規制へのオールドーリベラリズムの影響については、John Kallaugher and Brian Sher (2004), "Rebates Revisited: Anti-competitive Effects and Exclusionary Abuse under Article 82" 5 *European Competition Law Review*, 263 を参照。形式ベースの考え方の背後にその影響が看取できるという見解は根強い。実際、オイケンは、忠誠リベート、略奪的価格決定を輸入禁止とともに、競争障害物として禁じるべきものとしていた(Walter Eucken (1949), "Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung." 2 *ORDO, JAHRBUCH FUR DIE ORDNUNG VON WIRTSCHAFT UND GESELLSCHAFT* 1,69)。そこでは、完全競争(主流派経済学とは異なった意味ではあるが)では、観察できない行為を問題視するという、コースが冷遇的態度と呼ぶものと同じ思考様式があったことも否定できない。形式ベースの考え方に対する批判

ある。もっとも、米国における「排除」の意義とは何かについての現在の議論の状況は百家争鳴であり、個別の学説を紹介すると焦点を見失いかねない。様々な論稿は異なった次元で「排除」を問題としており、錯綜した状況にある。時には1つの基準の中に異なった複数の次元の議論を持ち込んでいることもある³⁵。先述のようにそれらの議論は、単にアカデミックにとどまるものではなく、米国の反トラスト現代化委員会の最終報告書及び勧告や、欧州委員会では82条のガイドライン策定作業などが行われている。また、かかる議論の背景には排除的慣行をめぐる判例の展開がある。

まず、簡単に議論の交通整理をしておくとして、どのようなものが排除になりそうかという議論と、あるものが排除になるとしたときに法的にどのようなルールを作るべきかという、これらの議論が錯綜していることが指摘できる。そもそも、どのようなものが競争過程を害する排除概念を構成するかというコンセプトのレベルの問題と、それが現実に法として規制されるべき場合にどのような形でその概念に該当するものを定義し、基準を作るのかという、この2つの問題が混同された形で議論が行われているのである。

これを踏まえて議論を整理すると、以下のようになる。

経済的評価としては、問題となっている行為の消費者厚生あるいは総余剰の意味での効率性³⁶への影響がいかなるものかが問題であり、これら（特に後者）の観点から行為を行うための評価基準作りの問題。

専らこの問題を扱うのが、3-2(1)で説明する比較衡量型フォーマットとでも呼ぶことのできるタイプの議論である。いわゆる非ハードコアカルテルの評価基準と同様の基準を唱えるものである。最終的な評価基準（ひとまず反競争効果と呼ぶことにする）に照らして判断するものであるが、それをみるための一連の立証責任の分配ルールなどの比較衡量ルールの策定を目指すタイプのものである。で扱う議論を展開して、どのようなものが能率競争を害する行為であるかということに関する議論を行った後、かかる基準から悪影響があるものを識別するために個別の基準作りの作業を行うこともあるが、ここでは、競争プロセスを害するのは何かよりも、効率性等への影響をどう判断するかという定式設定レベルでの問題を取り扱うタイプの議論である。

が同時にオルドーの影響を批判的にみることにつながっている。他方、米国の反トラスト法の当然違法に個人の競争する自由を見出す立場は、オルドーと整合的になる。フライブルグ学派の思想については舟田正之（1975 - 1977）「ドイツ『経済制度』理論史（1）～（7）」国家学会雑誌 89 巻，90 巻参照。

³⁵ 例えば、ライバル費用引上げ戦略（RRC）に関わる論文や抱き合せに関わる論文などでは、何が不当な排除かという概念の問題と、それを踏まえた比較衡量基準の双方を展開するが、比較衡量に関わる抽象的な立証責任のみを扱う論文もある。また、例えば抱き合せを問題にするに当たって、比較衡量フォーマットを議論する前に、略奪の基準を満たすべきか否かを論じる論文もある。これらを平板に並べただけでは、単なるコーパス作りになってしまう。

³⁶ 競争法の文脈で効率性基準と呼ばれるのは、通常は総余剰基準ないしはカルドア＝ヒックス基準である。

競争プロセスを害する形態を問題にして、特定の形態の排除の不当性を問題にする議論がある。要するに能率競争概念の問題を比較して議論を行うもので、これは2つに分かれる。

(a) 統合型

1つは、統合型の定義を志向するものである。これは、「このような形で競争を害するものであるならば、それは competition on the merits に反するものである」という定義と概念とを一緒に出そうという形のアプローチである。後で詳しく述べるが、これには、経済的有意性ないし利益犠牲型定義と、同等に効率的な企業を排除しそうな行為としての定義という2つの類型がある。

(b) 特定の非難に値する行為を取り上げるもの

もう一つは、特定の形態の非難に値する行為を取り上げるものである。初めから全般的な定義を志向するものではなく、「このような行為は現に competition on the merits に反するものであるだろうから、これを規制せよ。この規制に関してこのようなルールを策定せよ」とするものである。これはよく知られているライバル費用引上げ戦略(RRC: Raising Rivals' Costs)などに代表されるものである。垂直的な制限行為で競争相手の費用を人為的に引き上げる場合など、これに該当するならば、ひとまず能率競争を害する形態であることに対して多くの人が同意するものがあるとする。「だとすれば、これに関してルールを作るべし」という形で議論を提起する。この場合の最終的なルールの作り方としては、最初に述べた比較衡量型フォーマットが用いられ、いわば、それを個々の行為類型毎に内容を具体化していこうとするものといえる。これは形式の問題ではなく、実質としてこういった形で定義するもので、包括的な定義を志向するものではない。このタイプの議論は、能率競争を害すると多くの者が同意できる、ライバル費用引上げ戦略の話やそれに関連した cheap exclusion についての、各論的な議論であるといえる。詳細はそこでも議論されることになる。

さて、かなり大ざっぱな分類だが、代表的な提案はほぼこの枠組みの中に位置づけられるものと思われる。この分類に沿って、各見解を少し詳しく吟味することにする。

3 - 2 各種基準の吟味

(1) 比較衡量型フォーマット

排除の基準として、反競争効果と競争促進効果の比較衡量を行うという、非ハードコアカルテルの枠組みと似通った基準を採用する立場である。比較衡量を行うことないしはその立証責任の分配³⁷に関する基準を定立することそれ自体が特徴というよりも、消費者厚

³⁷ 日本流の立証責任論では、立証責任の分配と呼ぶよりも一応の証明による推定にかかる準則とすべきであって、立証責任の所在そのものが変化しているとは限らない。これらの準則を我が国で参照するに当たっては、注意が必要である。なお、立証にかかる準則とし

生なり社会的効率性の増減を，当該行為を評価する基準として主張する点に特色があるというべきであろう³⁸。著名な基準としては，Areeda らの体系書やマイクロソフト事件控訴審判決の立場がある。また，Areeda らの体系書においても版によって定式化に差がある。

(a)アリーダー・ホベンカンプの定式化

アリーダー (Areeda) とホベンカンプ (Hovenkamp) の著名な体系書は，独占化における排除行為を次のように定義する。

「独占企業が行う行為であって，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，消費者に全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」³⁹。

なお，同書の 1978 年版では，「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」としている⁴⁰。

(b)マイクロソフト事件控訴審判決の立証責任転換アプローチ

(a)の立場で立証責任を考慮して洗練したのが，マイクロソフト事件控訴審判決⁴¹である。それによれば，「違法な排除の手段は，正当な競争の手段と同じく，無数にある。反トラスト法に関する裁判所の課題は，社会の厚生を減少させる違法な排除と，それを向上させる競争的行為とを識別する一般的なルールを述べることにある。」とした上で，一世紀にわたっていくつかの原則が出現してきたとし，それは次のようなものだとする。

1) 反競争効果の位置付け

「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のである。」⁴²

2) 原告は，独占者の行為が必須の反競争効果を有することの立証責任を負う。

て本稿で取り扱うのは米国の議論であるが，これを米国の証拠法を前提にした米国固有の議論と誤解してはならない。同様の立証ないし推定準則は EU 競争法においても考え得るものである。

³⁸ John Vickers (2005), "Abuse of Market Power," 115 *Economic Journal*, F244 を参照。

³⁹ Phillip E. Areeda and Herbert Hovenkamp (2002), 3 *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* P 651a at 72 (Aspen 2d ed.)

⁴⁰ Phillip E. Areeda and Donald F. Turner (1978), 3 *Antitrust Law* P 626g(3) at 83 (Little, Brown).

⁴¹ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 58 (D.C. Cir.) (en banc), cert. denied, 534 U.S. 952 (2001)

⁴² 前注 41

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。

3) 原告が反競争効果を立証して、一応有利な事実を確立したときは、独占者はその行為に競争促進的な正当化事由を提出することになる。

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。

合理の原則という標題は使われないが、シャーマン法1条における合理の原則で行っているのと同じバランスングを行うのである⁴³。

5) 独占者の行為が全体として、競争を害し、それゆえシャーマン法2条の目的で排除的と非難されるか否かを検討するに当たって、我々の焦点は行為の効果であってその背後にある目的にはない。行為の背後にある目的が関連するのは、それが独占者の行為のありそうな効果をわれわれが理解するのに資する限度においてのみである⁴⁴。

上記(a)と(b)はともに、反競争効果と競争促進効果の比較衡量を志向している。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、日本流にいえば評価根拠事実と評価障害事実の割り振り）のフォーマットは、非ハードコアカルテルなどで用いられている比較衡量図式でもあり、比較衡量を行う上では有益なフォーマットではある。しかし、次のような問題が存在する。

1つは比較衡量の基準の問題であり、消費者厚生か社会的効率性かということである。この選択自体は見かけほど深刻な問題ではないが、さらに、タイムスパンの取り方の問題などに起因する、実際の操作上の困難さがある。例えば経済厚生だけが行為の基準となるときには、一見競争を害する行為であっても長い目でみると競争促進的である場合もある。また、生産上の効率性を考慮に入れると評価が困難になることもある。

例えば、独占者が一見して明らかに不当な行為で、すなわち competition on the merits によらずに直接加害に近い形で不効率な企業を追い出したとしよう。これによって、市場支

⁴³ Id. at 59.

⁴⁴ Chicago Bd. of Trade v. United States, 246 U.S. 231, 238, 62 L. Ed. 683, 38 S. Ct. 242 (1918); Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585, 603, 86 L. Ed. 2d 467, 105 S. Ct. 2847 (1985)が引用されている。

配力の維持・強化がなされるのだから，第一段階では厚生が悪化がもたらされる。しかし，排除された者にかわって，生産上の効率性が高い独占者の生産量が増えるのであれば結果として，経済厚生が増大することもあり得る。これをケースバイケースで比較衡量せよという立場もあり得る。一般的に直接加害を認めるようなルールが容認されるならば，それは過剰に排除的な行為を誘発し，不効率を増大するであろう。逆に独占者に何らかの作為・不作為を命じることで，新規参入や有効な抑制力ある競争者の存続が可能になり得るとする。それらの作為・不作為はそれ自体として効率性を害したものと見えるが，例えば独占者の投資の成果を競争者にシェアさせよということが作為の内容であるなら，短期的には厚生改善効果があるにしても長期的には投資の縮小などから厚生への悪影響が発生することになる。この長期的な投資の縮小には，独占者の投資インセンティブのみならず，もしシェアが命じられない場合に競争者に生じるイノベーションのインセンティブなども含みうる。行政過程ないし司法過程で操作可能なレベルの比較衡量の仕方をどこかで限定する必要に直面することになる。その限定の仕方がまさに能率競争とは何かという議論と関連することになる。ここで述べたルールに則して説明しよう。

これら比較衡量ルールはいずれもその第1段階のところで，ライバルの機会を奪うことや競争プロセスへの害ということを示している。例えば独占者がいて，新規参入者ないしは周辺の事業者がいるとしよう。当該独占者はそれらの競争者がいる限り，抑制が働き独占的価格設定その他の市場支配力行使に対する制約を受ける。それを何らかの形で追い出したため，制約が消えて独占力を強化できるとなるとすれば，これは直ちに悪影響を持っているように見える。しかし，その行為が単純に価格競争をしたり品質の良いものを作ったりした結果追い出してしまったという行為であったとしたら，どうだろうか。機会を奪う，あるいは排除する，閉鎖するということにあたるだろうか。これらの行為自体を非難するのは競争者に競争をやめろというに等しい。となれば，反競争効果の第1段階では手段の不当性も何らかの形で組み込まないことには，役に立たない。

逆にいうと，悪影響の出るストーリーが初めからあって，当事者会社が自己の効率性の発揮ではない形で，例えば直接的に相手方の競争する能力を傷つけることを通じて市場支配力の形成・維持・強化となったというものであれば，このフォーマットに直ちに当てはめることができるはずである。その場合にはプライマ・フェイスに，効率性の反映でない形で追い出されたということを説得的に示す基準が必要である。このフォーマットの最大の欠点は，例えば独占者が安売り競争の結果，他者を追い出したとすると，プライマ・フェイスに悪い行為であるということになりかねないことである。そうだとすれば，その段階で，ある安売り競争がなぜ競争政策の観点から competition on the merits に反するかということに関する概念の問題抜きには議論できないはずである。

かかる問題を無視して，このフォーマットを字義どおりに比較衡量の基準だけを見ると，市場の状態に対する帰結主義的な議論だけとなる。基準として社会的総余剰と消費者厚生どちらを取るかという大問題があるが，どちらを基準にしたとしても，どのような形で

それらに害した場合を問題にするのかをはっきりさせないと法的な操作は難しいことになる。マイクロソフト事件でも述べられているように、独占禁止法の介入には総余剰＝効率性等を害しただけではなく、「競争プロセス」を害することにより効率性等が害されたということが必要なのである⁴⁵。もっとも、競争プロセスを害するという表現自体が曖昧なものである。例えば、「市場支配力を形成・維持・強化する」それ自体を「競争プロセス」を害することの意味に解する立場もある。上述のマイクロソフト事件が述べている「競争者ではなく「競争プロセス」を害する」ということをこのように解するものも多いようである。しかし、ファレル（Farrell）とカツツ（Katz）が述べるように、「競争プロセス」を害するという表現は、日常言語における競い合いを害するという意味を含んでおり、その意味で手続的な側面を持っているのである⁴⁶。もっとも、「競争プロセス」を害することとはいかなる場合かという問題自体を明示的に論じることは希である。ファレルらの論稿においても、反トラスト法の介入には競い合いへの害が前提にされているという自明の理を確認するだけである。実は、排除に関して能率競争＝competition on the meritsを問題にするというのは、この「競争プロセス」への害を対象化することでもある。「市場支配力の形成・維持・強化」とそれにとまなう総余剰の害があれば介入に充分なのではなく、「競争プロセス」を問題にすることにどのような意義があるのかをまず確認する。

まず問題となるのは、私的独占の規制であれ、不公正な取引方法の規制であれ、当該行為者はその行為について法を遵守することができなければならないということである。当該行為の判断基準が最終的に効率性を害するか害さないかというだけのものになると当事者にとってそれを遵守するのは困難であろう。その行為が社会を害するかどうかは自明ではない。特に効率性を問題にする場合、他の事業者の生産上の効率性如何によって行為の許容範囲が変わってくる。何らかの形で当事者にとって自分の行っている行為が社会を害するものであるということが分からないことには、その法の遵守の方法はない。個別の行為が結果として厚生を増大するか否かという功利主義的な考え方だけで行為基準を考えることはできないのである。なお、この問題は、独禁法・反トラスト法の達成すべき目的を効率性ないし消費者厚生の増大ととらえること、それ自体から生じるわけではない。単純な比較衡量フォーマットでは、自己の許された行為が何かを識別し難いという事実から生じるのである。

従来から competition on the merits という形で表象されていた問題群というのは、遵守可能な不正な類型の行為が何であるかということを探出するためのものといえよう。それを抜きにすると、この比較衡量フォーマットは機能不全に陥る。もちろん不公正な取引方法に関しては、当該行為類型に該当する限りはすべてこの第1段階をクリアできているとい

⁴⁵ Joseph Farrell and Michael L.Katz (2006), “The Economics of Welfare Standards in Antitrust,” 2 Competition Policy International 3 は、総余剰が反トラストの目的であるという立場を擁護しながらも、その帰結のみが基準なのではなく、「競争を害する」というプロセスへの害があって初めて禁止規定が機能することを力説する。

⁴⁶ Id. at 6-7.

う議論もあり得ないではない。しかし、例えば単独型の一方的な取引拒絶の場合であれば、独占者が「当社に協力してほしい」と頼まれたときに、協力を拒めば常に拒まれた者からの競争的な圧力はなくなるのだから、これはプライマ・フェイスに competition on the merits を害するとはいえない。やはり、当事者にとって把握可能な、良いか悪いかに関する識別基準が必要となるのである。不公正な取引方法の行為リストに載っているというだけでは答えにならず、当該行為類型が何らかの形で competition on the merits を害することを説得的に論証する必要があるのである。近時、欧州で形式ベースの基準として批判を浴びている行為リストもこの問題に対応している。伝統的に、独占的企業が行う価格差別や忠誠リベートなどに対して行為リストに該当し、競争者に何らかの痛手を被らせるものなら、competition on the merits を害するという先行了解があったが、その自明性が破綻したがゆえに問題として理解されることになったのである。

例えば、アリーダーが「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ある。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、ここで扱ったフォーマットは、そうではない態様であることを前提にして初めて有効に機能する基準なのである。例えば、後述するライバル費用引上げのように、競争相手の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で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。帰結主義的かつ厚生主義的な議論だけではなく、行為の妥当性をめぐる功利性に還元されない義務論的な評価⁴⁷や、最終帰結だけではなく、それをもたらすプロセスに関する評価をも視野に入れる必要がある⁴⁸。

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

⁴⁷ もっとも、義務論的な議論とされているものも、最終的には帰結主義的、厚生主義的な正当化に還元できるかもしれない。そのような信念を持つものにとって（例えば、安藤馨（2007）『統治と功利 - 功利主義リベラリズムの擁護 - 』（勁草書房））は、義務論的議論は迂遠なものとなるかもしれない。しかしながら、競争法というアイデアはそのような観点だけでは完結できない。この点については、次注を参照。

⁴⁸ 後藤晃・鈴木興太郎「序論」同編著(1999)『日本の競争政策』1, 9頁（東京大学出版会）は、「公正で自由な競争の促進を目的とする競争政策は、公正で自由な競争の場を的確に整備・維持することによって、自立的な経済単位が個性的な目標を自己責任の原則に則って自由に追求する機会を公平・透明に提供する政策なのであって、なんらかの目標関数の制約条件付き最大化というシナリオになじむ政策ではないというべきである。」とするのも、単に消費者厚生もしくは総余剰の最適化を目指すというだけでは評価することのできない競争プロセスへの害を必要としているものと解される。

という結論を導くことになる⁴⁹。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。

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」が問題だといっているにすぎない。

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でしょう。これは逆にいうと、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。これらのうち、適切でない行為をいかに識別するのが問題となるのである。その問題に対応するのが以下の議論である。

補論：特別の責任論と総余剰（厚生）基準

競争プロセスへの害を問題としない総余剰（厚生）基準と、EU競争法の特別の責任論は、前者は近時の経済分析の影響下にあり、後者はオールドーリベラリズムの思想の影響下にあるものとして、対立的な基準とみられることも多い。しかし、以下に述べるように両者はそれほど対立的なものではない。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、独占企業の特別の責任論を正当化することもできるのである。

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。自らの行為によって純粋な歪曲されない競争を傷つけることがないようにするための特別の責任を負うとされるのである。特別の責任の内容をどう捉えるかにもよるが、それを字義どおりに捉えると、意識的行為によって独占を維持し、強化することそれ自体を排除とする立場とみることもできる。結果として、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みることもできる。競争的企业に対して、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。実際、「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）

⁴⁹ 虚偽広告が総余剰を向上させる可能性については、Dixit and Norman (1978), "Advertising and welfare," 9 Bell Journal of Economics, 1(1978)参照。

へと形を変えるのである」⁵⁰と評価されることもある。

特別の責任論はしばしば批判されている。例えば、市場参加者のインセンティブの歪曲の可能性などが挙げられることがある。しかし、帰結主義的にみるとこれによって短期・中期においては、総余剰もしくは消費者厚生が改善されるように運用する余地はある。特別の責任論は、独占的事業者に対してその能率に基づく競争を抑圧してまで周辺企業、新規参入企業が独占力を抑制する機会を強化しようとするものである。生産上の効率性を害する可能性はあっても、資源配分上の効率性を改善する効果と比較衡量することは不可能ではない。もちろん、長期的な投資インセンティブを考えると問題を生じさせるかもしれない。それでは、法運用の際に常に長期的な投資インセンティブとの比較衡量を行うようにすればよいのか。適法に獲得した独占力に対して、それを抑制すれば資源配分上の効率性を改善することを根拠に規制を行うといいつつ長期的なインセンティブを確保するには、規制側が投資インセンティブを害するような規制を行わないというコミットメントを与える必要がある。それを事後の裁量的な権限行使で実現することは、通常可能ではない。明確なルールによってそれを担保する必要があるのである。独占企業に対して競争的な行動を抑圧してまで、周辺企業や新規参入の競争的抑制力によって資源配分上の効率性なり消費者厚生を改善するないし、それと生産上の効率性を改善する効果の比較衡量を行うという立場も、そのようなコミットメントを与えるものとはならないであろう。さらにこのような規制は事前のインセンティブを殺ぐだけでなく、事後にも独占的企業の効率的な行動を殺ぐ効果をもつことになる。帰結主義的な裁量介入がかえって帰結主義的にも好ましくない結果を生むことになるのである。ここでは、基準を消費者厚生とするか総余剰とするかも問題の解決には関係しない。仮に消費者利益が目的であるとしても、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ある。

補論 2：競争プロセスとベースライン問題

以下の議論で、ベースラインという表現が出てくる。ベースライン問題は、法理論的な議論であり、見慣れない方も多いであろうからここで補足説明しておく。

ベースライン問題とは、そもそもは、憲法上の判断の前提として、法的な介入・規制（自由の制限）があったか否かを決する基準点を定める問題である。サンステイン（Sunstein）はロックナー期とニューディール期を比して、前者では「現状」を無条件で中立的なベースラインと見たのに対し、後者では違ったというのである⁵¹。「現状」をそれ自体として中立的なベースラインと考えるのではなく、理由によって「中立性」を正当化する必要があるということになる。これは、例えば独禁法では、企業がそもそもカルテルをする自由

⁵⁰ P. Jebsen & R. Stevens (1996), "Assumption, Goals, and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition under Article 86 of the European Union," 64 Antitrust Law Journal, 443-504.

⁵¹ Cass R. Sunstein (1987) "Lochner's Legacy", 87 Columbia Law Review, 873.

を有しており、それを規制するものとするのか、そのような自由は契約の自由に含まれていないと考えるかといった形で現れてくる。いわば規制の正統性の問題である。このような介入の有無の判断以外にも法的判断の前提としての基準枠設定の問題が生じることがあり、それらの問題についてベースライン問題が考えられる⁵²。競争排除が競争プロセスを害したか否かの判断を行うとき、我々は、何らかの形で正常でない手段を判断しているわけである。

競争者が競争に敗れてそのために市場支配力を形成・維持・強化することはしばしばあることであろう。独占者が市場支配力を維持・強化する行為も多数あるが、それらのすべてがおかしいわけではない。従来から単に競争相手が困難になるのではなく、competition on the merits によらない形で他の事業者の事業活動が困難になることが問題とされてきたのであり、その際、判断の基準点が必要になること、それがベースライン問題と呼ばれるものなのである。いわゆる、オールド・リベラリズムの論者は、彼らの考える完全競争では観察されないはずの行為が行われている場合、それが競争者に何らかの困難性をもたらす限りは常に不当な行為があったという形でベースラインを引き、追加的な反競争効果も問題としなかったことに無理があったのである⁵³。

(2) 基準1 利潤犠牲基準(経済的有意味性基準) = 略奪型行為

この基準については様々な表現があるが、これを最初に定式化したオードバー(Ordover)とウィリッグ(Willig)の1981年の論文⁵⁴によると、「ライバルの退去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」が問題なのだとするものである。要するに、ある行為の結果として相手方を市場から追い出し独占利潤の獲得ないしはその蓋然性(期待効用・利潤)があり、そうした利潤を考えない限り、当該行為が自分にとって利益にならない行為を排除(略奪)と呼ぶ立場である。略奪的価格設定を定義するための基準でもあるので、便宜上、これに該当する行為を略奪と呼ぶことにする。

この基準のアイデアは次の点にある。もしも自分の効率性を反映する行為であるならば、

⁵² 野崎綾子(1999)「日本型『司法積極主義』と現状中立性」井上達夫・島津格・松浦好治編『法の臨界 1 法的思考の再定位』(東京大学出版会)75頁, Richard A. Epstein, “The Ubiquity of the Benefit Principle,” 67 Southern California Law Review, 1369, 1371-76 (1994)を参照。

⁵³ Walter Eucken (1949), “Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung,” 2 ORDO, JAHRBUCH FÜR DIE ORDNUNG VON WIRTSCHAFT UND GESELLSCHAFT 1-27. オイケンその他のオールド・リベラリズムの論者は業績競争と妨害競争の間に明確なラインを引く。業績競争は完全競争がある市場で生じる。これに対して、妨害競争は、オイケンによれば、市場が完全競争によって特徴付けられていないことを明確に示している。オイケンには、価格差別、抱き合せ、忠誠リベート、排他条件付取引を、妨害競争の例として挙げている。オールド・リベラリズムの議論では、それらを全面的に禁止することによって独占者に受容的態度をとらせて競争者の競争の自由が確保されるということになる。

⁵⁴ Ordover, J.A. and Willig, R.D. (1981), “An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation,” 91 Yale Law Journal, 8(1981)

その行為自体が自身にとって利益になる。したがって、他者を退出せしめることによる独占的利益の追求があろうがなかろうが、自社にとっては有利となるはずである。そのような合理性を持たない行為であって、競争者を退出させて反競争的利益を獲得（その蓋然性による期待利潤の獲得も含む）する意味しかないなら、不当な行為と考えるべき。しかも、そのような行為は行為者自身にとっても行為時の段階でその不当性を認識可能でもある。

この基準を簡略化して短期利潤犠牲説などと呼ぶこともあるが、これは誤解を招きがちである。短期利潤の犠牲を文字通りに理解すると、後述するようにイノベーションのための研究開発などは、まさに将来の成功、それもしばしば他社を市場から退出させる状況を伴う成功による利益を期待して、現在の利潤を犠牲にするものとして、略奪の定義に該当することになりかねない。

かような誤解をなくし、より精緻な表現として、反競争効果がない限り、経済的には意味がない行為が問題なのだとする立場もある⁵⁵。これは「メイキング・エコノミック・センス・テスト」（経済的有意味性基準）と呼ばれている。反競争的な動機なしには、そのような行為を行う経済的な意味があるかないかという判断は、反事実的想定を必要とする。競争がなければ当事者にとって利益になった、競争を害することなしに利益になっただろう、ならなかったらという仮定の状態を考えるわけであるから、「バット・フォー・テスト」と呼ばれることもある⁵⁶。

これはオードバーとウィリッグの論文がそうであるように、そもそも略奪的価格設定を念頭に置いて排除を考える立場である。要するに、一見すると競争の典型のような行為であるにもかかわらず競争を害する場合があるということで、そのときの識別基準は何かを考えるためのものである。

米国においては、この基準の位置付けが重要な争点となっている。周知のとおり、トリニコ事件最高裁判決⁵⁷は、単独一方的な取引拒絶の基準としてこれを採用したが如き判示を行った。

ここではこの基準の一般的な問題点について考察する。

まず、これは必要条件であろうか。例えばライバル費用引上げ戦略などは、この定義に該当しなくとも反競争効果を持つ場合がありえる。利潤の犠牲を行わなくとも直ちに他者に害を及ぼすものであるならば、それによってすぐに利益が上がるではないか。そうであれば反事実的想定など必要なしに議論できるはずである。

また、十分条件であるか否かについても問題があるという批判もある。短期的な利益の犠牲と読み替えるならば、短期的利益犠牲説となるが、後者は有意味性基準の簡略化された表現でミスリーディングなものである。短期的利潤を犠牲にしてというと、長期的な利

⁵⁵ Gregory J. Werden, "Identifying Exclusionary Conduct Under Section 2: The 'No Economic Sense' Test", 73 Antitrust Law Journal 413 (2006)

⁵⁶ 短期利潤犠牲説と呼ばれることもあるが、このネーミングの問題点はすでに述べた。

⁵⁷ Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004).

益を目指す研究開発も排除なのかという当然の反論が出される。ここで問題なのは、市場支配力による独占利潤の獲得又はその蓋然性（期待独占利潤）がない限り、当事者にとって利益にならないということを問題とするものである⁵⁸。研究開発は市場支配力の形成・維持・強化がなかるうが、当事者にとって利益となるため、有意味性テストはクリアできる。このように反事実的想定の下での考察が必要だという点を忘れてはならない⁵⁹。

この基準は、価格競争や競争事業者からの協力要請の拒否という、それ自体としては競争的な行為が、人為的に競争を歪曲するのはいかなる場合であるかをめぐる考察から出発したものであり、排除の必要条件を定めたというよりも十分条件を示唆するものである。有意味性基準の提唱者であるワーデン（Werden）は、この基準は排除の定義の一部に過ぎない点を強調している⁶⁰。

なお、利益犠牲基準における研究開発の問題点については、何を基準に利益の犠牲を考えるかという反事実的な想定の問題にかかわるため誤解ないし混乱が避けられない面もある。オードバーらの論文はまさに研究開発が不当になる異常な場合を識別するために出されたものであり、研究開発を短期利潤犠牲と見るのは失当なのだが、研究開発については最適性と乖離する可能性もあり、洗練されたバージョンである経済的有意味性の方が混乱はないかもしれない。もっとも、経済的有意味性についても解釈の余地はある⁶¹。

さらに、社会的な効率性の追求が独禁法の課題であるとするならば、この基準に合致するにもかかわらず、効率性が向上するような事態もあり得る。これは4で説明する。

⁵⁸ 次注で触れるように、利潤犠牲説では反事実的想定下での利潤とそうでない場合の利潤を比較することを要請するため評価が困難になる事態がある。これに対して、経済的有意味性基準はむしろ反競争効果による利潤ということがなくとも、当事者にとって利益になるか否かを考える。当該行為がどのような犠牲を行為者に現実にもたらしているか否かを分析の焦点としないため、結論が変わるとされている。これは経済的有意味性の「解釈」にかかわる問題である。極端な立場をとればおよそ別個の事業上の合理性を持てば有意味性を持つという立場にもなりかねない（この点については、Richard Gilbert, "Holding Innovation to an Antitrust Standard", 3 Competition Policy International 47, 61 (Spring 2007) 参照）。もっとも、これも反競争効果がない場合の独立した行為としての合理性であるなら単に事業上の合理性を持つだけでは正当化されることにならない。また、必要条件と考えない以上、費用引上げ戦略などを別個の排除類型とするなら、頭を悩ませる必要のない問題と考えられる。

⁵⁹ 利潤犠牲説での反事実的想定を、競争者が存在するか否かという点に求めるなら、旧技術を採用する競争者が市場に存続しているか否かをベースラインに判断すべしということになる。これはドラスティックイノベーションにおいては、整合的ではない仮定となる。長岡貞男「独占化行為の規制への経済理論からの含意：利潤犠牲を中心に」（経済法学会年報 28号 92頁, 102 - 3頁（2007）は、利潤犠牲説がこれを独占化と評価することの問題点を指摘する。

⁶⁰ Werden, supra note 54 at 418 は、「十分条件の一部としてもっとも有益になる。」とする。

⁶¹ なお、Ordoveryらの定義とイノベーションへの適用が総余剰基準等では問題をもたらす点については、Gilbert, supra note 57 at 59-60 を参照せよ。ただしこの点は、略奪的価格設定に関しても既に生じている問題である。

(3) 基準2 同等に効率的な企業に対する脅威

利益犠牲型ないし略奪型の定義に対し、同等に効率的な企業を排除する行為という議論もある。ポズナー（Posner）が排除の一般的基準として提案したものであるが、略奪的価格設定の文脈で以前から主張されていた。「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」をもって排除とするものである⁶²。効率性に基づいて競争することが本来あるべき競争とするならば、効率性に劣っている者が市場から淘汰されるのは仕方のないことであるという、いわば市場を淘汰のプロセスとみる適者生存型競争観からすると一見説得力があるが、一般的基準とするのは適切ではない。費用引上げ戦略の位置付けの問題や、不効率な事業者であったとしても、それが存在する限りは競争的な抑制要因となっていることの評価などの難点がある。不効率な事業者であってもその抑制要因を除去・緩和することは市場支配力の維持・強化となり得るのである。その手段として、ライバル費用引上げ戦略やあからさまに不当な戦略など competition on the merits に合致しない方法が用いられた場合に、それらを問題としないのは奇妙であろう。例えば独占者より劣った技術しか持たない不効率な企業が、そうであるにもかかわらず、独占者の市場支配力に対する制約となっていることはあり得る。劣った技術しか持たない企業に固有の投入要素があったとして、独占者がそれを囲い込むことによって、費用引上げあるいは市場からの駆逐を実現した場合、市場支配力の維持・強化⁶³が不当な形で実現されたと呼びうるのではないか⁶⁴。

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が問題となろう。なお、既に述べたように消費者余剰はこの排除によって減少するが、総余剰については事情によって異なる。このように統一基準としては採用できないが、この基準は略奪的価格設定に関する費用基準を導出するのに有益である。そもそも、この基準と類似の基準は、略奪的価格設定に対し、短期犠牲テストを修正するために提出されたものであった⁶⁵。

⁶² Richard Posner (2001), *Antitrust Law*, 2nd ed., 194-95.

⁶³ 不公正な取引方法では、市場支配力の形成・維持・強化にまで至らなくともその蓋然性で足りるのであろう。また、費用上昇に伴い競争上の制約が乏しくなったことそれ自体で公正競争阻害性としては充分であろう。一定の取引分野における競争の実質的制限として充分か否かについては、あるいは異論もあり得るかもしれないが、少なくとも既に市場支配力が成立している限りでは競争の実質的制限はあったと考えるべきである。

⁶⁴ なお、消費者余剰はこの排除によって減少するが、総余剰については事情によって異なる。効率の観念からすると、その結果として生まれてくるデッドウェイトロス（deadweight loss：死荷重）もあるが、不効率な企業が生産することで生産上の効率性が損なわれているわけだから、その部分を独占者が肩代わりしたほうが生産の効率性は増大する。

⁶⁵ W. Kip Viscusi, John M. Vernon, and Joseph E. Harrington, Jr (1995), *Economics of Regulation and Antitrust*, 272 (2nd ed.) 参照。その後、2005年に出た第4版では、経済学的には効率性が劣っている事業者を排除して、市場支配力の維持・強化がなされ、効率性が阻

ここで、(2)と(3)を略奪的価格設定の費用基準に照らして説明しておくのは有益であろう。

略奪的価格設定の費用基準として著名な平均可変費用基準は、アリーダとターナーが1975年論文⁶⁶で提唱したものである。不当な廉売を法によって規制しようとする以上、少なくともある価格が低すぎるというベンチマークが必要である。アリーダ＝ターナーは略奪的価格設定が合理的な戦略として成立するか否かはひとまず置いて、それが可能であるとして、どのような低価格であれば問題となるかを問いかけたのである。アリーダらの議論は、まず短期限界費用が理論的基準として相応しいと考える。その理由は、簡単にいえば次のようになる。短期限界費用を下回る価格はそれ自体不効率である。また、それを行う企業にとっても利益となるはずがなく、略奪的な動機が推認できる。逆に、価格を短期限界費用にまで低下させる競争は非難にするに当たらない。このように、短期限界費用を理論的基準とした上で、それが現実に観察することが困難であることから、その代用品として、平均可変費用を基準とすべきだと主張したのである。

この基準は瞬く間に米国の下級審裁判所に広がった。ただし、下級審裁判所では、平均可変費用未満の価格は原則として違法な低価格といえるにしても、平均総費用未満の価格も、事情によっては略奪的価格設定たり得るのではないかという、限定付きのバージョンをとるものもあった。この基準は、EU競争法にも影響を与え、独禁法を有する多くの国で平均可変費用基準は普及していった。平均可変費用基準の採用は、それ以前の広範にすぎた不当廉売規制の基準を狭めるものであり、シカゴ学派以降の懐疑的な傾向とマッチしているといえなくもない。しかし、シカゴ学派の議論では、費用基準を満たしたとしてもなお、反競争効果をもつかどうか疑わしいのに対して、この基準は、競争者を不当な廉売で排除することによって反競争効果をもつ可能性があることを前提にしているのである。他方、シカゴ学派の理論を批判する各理論で廉売の不当性をいうためには、平均可変費用を下回る必要はない。略奪的価格設定が反競争効果をもつことを示す各理論での廉売は、独占力獲得の可能性を除けば、損失を生み出すしかない水準の低価格のことであって、ワシントンナッシュ均衡での価格水準を下回ったもののことである⁶⁷。この基準は、経済的有意性基準が示唆するものと同様である。

それでは、平均可変費用基準はいかに正当化されるのだろうか。何らかの費用基準を用いることが便宜にかなっている。費用基準の正当化として、同等に効率的な企業に対する脅威によって説明することが可能である。従来、平均可変費用基準は短期限界費用の代用品として説明されてきた。しかし、平均可変費用基準の洗練されたバージョンとして短期の平均回避可能費用を用いると違った様相を帯びてくる。回避可能費用とは問題となって

害されることもあることを認め記述を変更している (at 308) 。

⁶⁶ Phillip Areeda & Donald F. Turner (1975), "Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act," 88 Harvard Law Review, 697.

⁶⁷ 古城誠(2000)「航空自由化と不当廉売規制」公正取引 594号で言及している機会費用基準の内容がこれに相当する。

いる財・サービスの供給を停止するなら被ることを免れる費用のことである。この費用を下回る価格は既に市場に入っている企業が事業活動を継続しても利益にならないことを意味する。すなわち、これを下回る価格を続けることは、当該企業と同等に効率的な企業に対してその生存に即時的な脅威をもたらしかねない⁶⁸。当該企業の効率性を反映せずに他の事業者の事業活動の困難をもたらす不当なものだということができる⁶⁹。

このような正当化は、少なくとも価格競争のあり方については、効率的な企業がその効率性ゆえに他者を駆逐しても非難するに値しないという、進化論的な展望にコミットしたものと見えるかもしれない。また、別の正当化も可能である。理論的に問題視される不当廉売のベンチマークは、ナッシュ均衡（ワンショットナッシュ）での価格だがそれを観察することは容易ではなく、それを基準としたのでは、競争的価格を略奪的と誤ってしまう危険がある。そこで、規制への安全マージンとして十分条件をつけたと見る考え方である。

さらに次のような説明も可能である。略奪的価格設定の各モデルは、消費者の被害とは整合的かもしれないが、効率性の観点からは、不効率な企業の参入・存続の可能性があるため、この基準だけではその当否を判定できない。効率性にコミットした立場からは、この基準を採用する限りは、効率性改善の十分条件を充たすことになる⁷⁰。

（４）ライバル費用引上げ戦略（RRC）

先に、同等に効率的な企業基準が説得的でない例として、買い占めによって排除されるケースのように、企業の費用を人為的に引き上げる場合を挙げた。同等に効率的な企業基準は満たさないが、やはり不当と考えられる場合に当たるのではないか。ここでよく問題とされるのは「ライバルの費用を引き上げる行為など、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⁷¹をもたらす行為」である。つまり、自己の効率性を増大させる努力等の反映ではなく、相手方の効率性を害する行為の結果、その者からの競争上の抑制をなくし、市場支配力の形成・維持・強化をもたらす場合を問題にするというものである。この戦略は、一般的な排除の定義を目指すものというよりも、伝統的に排除の一類型とされてきた、排他条件付取引や抱き合せ販売などの排他的垂直的契約を統一的に説明することに主眼がある。この概念を説明する前に、この戦略が持つ反競争効果のストーリーの特色をみておく。

ライバル費用引上げ戦略の場合、その者を市場から退出せしめることを通じて競争上の

⁶⁸ William J. Baumol (1996), "Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test," 39 *Journal of Law and Economics*, 49.

⁶⁹ これは、市場に既に参入を終えた同等に効率的な企業に対する脅威を問題にしているが、新規参入等について考慮に入れる長期限界費用基準も意味を持つてくる。この点については、柳川＝川濱前掲注（19）229 - 230 頁参照。

⁷⁰ 他方、必要条件ではないから、不効率な企業が人為的に淘汰されないことで、全体としての効率性が改善される場合もあるのに、その可能性を排除する危険性もある。ここでも選択は偽陽性のコストと偽陰性のコストの比較ということになる。

⁷¹ 公正競争阻害性との関係については前注（64）参照。

抑制を害するという典型的な排除のストーリー以外に、その者の効率性が損なわれる結果として、その者と行為者との間で現に競争が行われていたとしても、その競争上の抑制が緩和されるということが問題となる。相手の費用関数が上がると反応曲線がどう変化するかを考えれば、この行為があることを通じて直ちに市場支配力の維持・強化がもたらされる可能性がある。このことから、即時的に反競争効果による超過利潤の可能性があり、特に費用引上げ戦略を行う者に超過的な費用がかからない場合、略奪行為(利益犠牲型戦略)の条件を満たさなくとも反競争的となりうるのである。

もっとも、このような反競争効果を「競争の実質的制限」における市場支配力の形成・維持・強化といてよいかどうかに関しては争いがあり得るが⁷²、少なくとも公正競争阻害性のレベルであれば、このような市場支配力の形成・維持・強化に弱い影響があるだけでも十分であることは確かである。

ところで、ライバルの費用を上昇させる行為は多数考えられる。例えば、これは直接的加害行為でもいいはずであり、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)か政府活動の不当利用なども考えられる。また後者は、最近の我が国の私的独占規制例とも関係が深い。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。日本においても、日本医療食協会事件では、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、北海道新聞社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。その他、相手方に対する不法行為に該当するような行為も、それによって費用を増大させる行為として、所要の反競争効果をもたらす可能性はある。このような形での競争を害する行為というのは、最近では cheap exclusion⁷³として注目されている。これらの行為に対しては独禁法がなくとも禁止されるものが多く⁷⁴、そうであるなら、あえて独禁法を持ち出すべきでないという批判もある。かつて米国では、独占的企業がいわゆる business tort(経済関係を侵害する不法行為)など競争者を害する不法行為を行った

⁷² 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は異論はなからう。もっとも、米国のようにシャーマン法2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が、そのような限定を正当化する論拠は見当たらない。

なお、この戦略が有効なのは、()ライバルの限界費用を引き上げることができ、()コスト引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。

⁷³ Susan A. Creighton, D. Bruce Hoffman, Thomas G. Krattenmaker, and Ernest A. Nagata (2005) "Cheap Exclusion," 72 Antitrust Law Journal, 975 参照。

⁷⁴ 長岡貞男・平尾由紀子(1998)『産業組織の経済学』(日本評論社)164頁も直接的加害によるライバル費用引上げ戦略の例に注目している。

ときに、3倍額賠償を利用すべくシャーマン法2条を安易に持ち出す例が多く濫訴が問題とされたことがあった。他方、現に不法行為によって競争者を害することによって市場支配力の維持・強化がなされたのであるなら、シャーマン法2条違反とすべきである点に異論はない。この問題は上述した、我が国でいうなら「競争の実質的制限」に該当するだけの反競争効果の閾値をどう定めるかの問題である。なによりも、他の規定で違反とされる場合であっても、それらの規制が直接的な加害行為の救済にのみ注目しているのであれば、被害者への害に加えて市場支配力に起因する害も生じる独禁法・反トラスト法では過小抑止問題が生じるのであるから、これをも独禁法の問題とする必要性がある。もちろん、米国では3倍額賠償に起因する当事者のインセンティブの歪曲が問題となりうるが、米国以外ではこれは問題とされていない。

いずれにせよ、およそ効率性の改善効果を持ちようもない、他者を欺罔的に害する一連の行為によって費用を増大させるような、cheap exclusionの典型的行為は、パラマウントベッド事件でもみられ、これを軽視すべきでないのは確かである。もっとも、ここでは欺罔等のもとより手段の不当性が明白な行為が競争者の費用を引き上げた点が問題となっており、それが能率競争 = competition on the meritsの観点から妥当でない点をあえて問題とする必要はない⁷⁵。

この cheap exclusion と対極的に、問題とされる行為が費用引上げとして不当かどうか自明でない類型もある。例えば、市場支配的事業者に協力を依頼すれば費用が節約できて効果的な競争をできるのに協力を拒まれたがゆえに、費用が節約できなかったという場合を考えよう。行為類型としては取引拒絶に該当することになる。これを費用引上げ戦略として説明しようという議論が我が国の一部でみられるようであるが、費用引上げ戦略を問題にする経済学の文献でそのような分析は一般にみられない。例えばアスペン事件⁷⁶で、原告は協力を得られなかったために被害を被ったがそれを費用引上げ戦略として直ちに問題視できるわけではない。アスペン事件の取引拒絶を費用引上げ戦略として構成することも可能ではあるが、それらの構成は協力の拒否が直ちにもたらす悪影響を問題とするのではなく、むしろ顧客に対して実質的に排他条件付取引を課したのと同様の効果を持つことを問題とするのである⁷⁷。

ここでは、費用引上げをもたらす行為と考えるための、(1)補論2で説明したベースラインが問題となっているのである。単なる協力拒否であれば、協力を行わないことを基準として、反事実的想定によって直ちに費用引上げの効果をもたらしたと評価することが

⁷⁵ 私的独占や独占化（シャーマン法2条）であれば、それがもたらす競争者妨害効果が市場支配力の形成・維持・強化の閾値を超えているか否かが問題となるだけである。

⁷⁶ Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585 (1985).

⁷⁷ Dennis Carlton (2001), "A general analysis of excusatory conduct and refusal to deal: why Aspen and Kodak are misguided," 68 Antitrust Law Journal, 659-678. もちろん、これが費用引上げ戦略の実質を有するか否かは、規模の経済性の認定などに依存することになる。

できない。アスペン事件や、後にトリンコ事件⁷⁸が問題にしたように、経済的有意味性基準などによって協力拒否がある種の人為性を有するとみなすことが可能であることが重要なのである⁷⁹。これに対して、共同の取引拒絶のような場合は、それが相手方の排除そのものを目指したあからさまなものである限りは、その拒絶自体の人為性を問題として、共同行為のないことをベースラインとして非拒絶者に対する悪影響を吟味できるのである⁸⁰。

また、いわゆるエッセンシャルファシリティ理論は、自然独占性等からその者に一般的に取引義務を課すことをベースラインとすることに合意があることが問題となっているのである。これがコモン・ロー上の公益企業概念に端を発するのは、まさに取引を行うことがベースラインとなっていることを示しているのである。それゆえに、取引を行うことをベースラインとみてよい場合をめぐって（それが存在するか否かも含めて）、果てしない論争が続いているのである⁸¹。

さて、費用引上げ戦略として通常よく問題にされるのは、排他条件付取引など、反トラスト法では市場閉鎖として古典的に問題とされているものである。これらの行為は、ある種の人為性を持っているがゆえに、かねて「冷遇的態度」の時代には十分吟味もなく競争者に不利益と判断されれば違法とされたのである。同様の立場は、オールドーリベリズムの競争法⁸²でもとられていた。シカゴ学派の楽天的な展望と異なって、これらの戦略が市場支配力の形成・維持・強化をもたらすタイプの効果を持つ場合があることは今日よく知られている。同時に、これら行為が効率性改善効果のために行われることも知られている。それでは、これらの行為はどのように評価されるのだろうか。

ここで問題となっている効果は、例えば当事者の自己の効率性追求のために必要な資源

⁷⁸ Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004)

⁷⁹ 補足的に説明しておくなら、Trinko では法律が義務を課しているにもかかわらず、そのような法律がないことを前提に反事実的想定を行って、経済的有意味性基準を満たさないことを持って取引拒絶を正当なものとした。注目すべきは、Trinko 事件において最高裁に提出された Baumol, Ordoover, Willig, Warren-Boulton らのアミカスブリーフである。経済的有意味性基準の生みの親とでもいえるべき論者とその有力な擁護者たちが、この事件での取引拒絶を単純なる経済的有意味性基準で判断することを批判したのである。彼らの主張は、違法となっている取引拒絶をあえて行えば利益を得られるということを前提に、経済的有意味性基準を取引拒絶に適用するのはおかしく、競争のために取引拒絶を違法としている以上は、それを前提に反トラスト法上の取引拒絶も評価すべきというものであった。これは、法律家の言葉でいうなら、反トラスト法の不当性の判断のベンチマークとして法的義務の存在を読み込むべきだという、まったくもって正当な主張ということになる。Baumol, W., Ordoover, J., Warren-Boulton, F. and Willig, R. (2003). Brief of amici curiae economics professors to U.S. Supreme Court in Verizon v Trinko, 2003 WL 21767976 (U.S.).

⁸⁰ エッセンシャルファシリティと異なって、この場合に相手方に加えられるハンディキャップは致命的な費用上の不利益でなくともよい点にも注意されたい。

⁸¹ 逆に短期的・中期的な総余剰なり消費者厚生による評価を個別行為に直接行う立場からすると取引義務を容易に争点とすることができるはずであるが、それを拒んでいるのである。

⁸² 前注 53 参照。

を購入したがゆえに、反射的效果として費用が増大した場合のことではない⁸³。問題となるのは、反射的效果以外の形で排他条件を付けるなど人為的な行為がなされたが、それが同時に別個の費用削減をもたらしたような場合である。この場合は、効率性向上に伴う競争促進効果と、相手方の費用上昇に伴う反競争効果の比較衡量が行われることになる。これは上述した利益衡量 = 立証責任分配型のフォーマットなどを用いる形で議論されることになる。この場合には、当該行為が持つどのようなストーリーでライバル費用を増大させて市場に悪影響をもたらすかという問題と、その行為がどのような形で効率性増大効果を持つかということに関する経済的な分析に応じたフォーマットでの議論が可能となる。経済分析が法運用において重要な意味を持つのはまさにこの局面である。本報告の事例分析でも、どのような形で悪影響が発生し、それと異なる競争促進的效果がいかなる場合かを吟味するのにいかに経済学が有用であるかが示されることになる。比較衡量型フォーマットの基準というのは、略奪的価格設定の場合には非常に考えにくい。これは要するに、略奪的行為であるか否か、つまり自己にとって利益になるかどうかという発想の中に、既に比較衡量の問題が入ってしまっているからである。

(5) 総括

これらの基準の吟味から、不当な排除を統一的にとらえることは困難であって、競争プロセスを害する形態ごとにそれぞれ基準を作るべきだとしかれないのではなかろうか。また、排他条件付取引など、それが仮に費用引上げの形で競争へ悪影響をもたらすことを問題とできる戦略では比較衡量フォーマットを採用すべきだと思われる。しかし、不当性をどの形で評価するかで、基準が変わってくるかもしれない問題がある。それが関わってくる問題点が、4で述べる忠誠リベートの問題である。

忠誠リベートの問題の具体的検討に入る前に、排除概念について米国及び欧州における近年の議論についてみておく。

⁸³ 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、付随的效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不適當であろう。この場合には二つのアプローチが考えられる。1つには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みなす。略奪型アプローチの類推である。もう一つは、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どうかなどを判断するに当たって、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である。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させる可能性もあり、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。

3 - 3 米欧における排除概念の考え方

ここでは、米国及び欧州における排除概念の考え方に関する、実務面（競争当局及び裁判所）における最近の議論の状況について整理する。

(1) 米国：反トラスト近代化委員会における「排除」についての最近の議論

米国で「排除」が問題になるのは、典型的には、シャーマン法第2条である。同条は、「各州間若しくは外国との取引若しくは通商のいかなる部分をも独占化し、独占化を企図し、又は独占化する目的をもって他の者と結合し又は共謀する(monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations)」ことを禁止している。

米国においては、シャーマン法2条違反として問題とされた事案も多く、これをめぐり多くの議論が積み重ねられてきた。特に近年では、アカデミズムにおける議論にとどまらず、競争当局及び議会においても強い関心を集めるようになり、違法とすべき「排除」についての考え方の整理のため、法運用機関や立法府としても公聴会や検討のための会合を開催してきている⁸⁴。例えば、司法省とFTCは、シャーマン法2条で問題となる「排除」の考え方の整理を行う等、いわゆる単独行為(single-firm conduct)についての反トラスト法上の論点を検証するため、2006年春から共同で公開ヒアリングを実施している⁸⁵。公開ヒアリングでは、司法省のMS、アメリカン・エアライン、デンツプライ事件、FTCのインテル、ユノカル、ランバス事件のほか、私訴であるトリンコ、3M事件等で使われた基準について検証されている。米国では、単独行為の規制基準について、競争当局が最新の法的・経済的学識を議論し、そこでの共通理解を海外の競争当局や学界、産業界と共有できることが非常に重要であると認識されており、このような開かれた場での議論のプロセスが、単独行為をめぐるさらなる規制基準の発展に資するものと理解されているのである。

また、連邦議会の発案によって、反トラスト法の問題点を検証し、その改善点を探る委員会が法律に基づいて特別に設置されることもある。

本節では、そのような委員会の一つである、反トラスト現代化委員会(Antitrust Modernization Commission, 以下AMC)において「排除」がどのように議論されてきた

⁸⁴ 上院では、FTCの委員長・委員の指名承認及び司法省反トラスト局長の指名承認に際し、過去の競争当局の法執行の妥当性の検証や課題の検討があわせて論議されており、議員の関心も高いのが特徴である。このこともあって、指名されてから承認に至るまで何ヶ月もかかることもめずらしくない。また、上院エネルギー委員会や商業委員会、司法委員会では、反トラスト関係の議題が頻繁に取り上げられている。

⁸⁵ 単独行為(single-firm conduct)に関する公開ヒアリングについての司法省の公表文(2005年11月28日)は、以下を参照。

http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2005/213369.htm

のか、そして、AMCの最終報告書において、「排除」がどのように議論されているのかについて紹介し、「排除」をめぐる最新の米国法の動向を検討することにする（排除に関する最近の判決例については、本節【参考】を参照されたい）。まず、AMCについて簡単に紹介しておくことにしよう。

AMCは、反トラスト現代化委員会法（Antitrust Modernization Commission Act of 2002）に基づいて、反トラスト法を近代化する必要性が存在するかを検証するために設置された独立行政委員会である。委員会は、委員長及び副委員長並びに委員10名の計12名で構成され、大統領、上院及び下院からそれぞれ4名ずつ指名され、共和・民主両党からの指名が同数となるように規定されている。選ばれた12名の委員は、11名の反トラスト法弁護士及び1名の経済学者であり、議員及び競争当局のトップはAMCの委員に含まれていない。最終報告書の位置づけは、あくまで議会において参考とされるためのものであり、日本のように審議会の答申のような法律化に直結した報告書ではない。AMCは、MS事件を契機として、IT産業等のいわゆるニュー・エコノミーといわれる分野における反トラスト法の適用の在り方を見直すことが目的の一つといわれている。公聴会および最終報告のなかで、排除行為についても検討及び勧告の対象となった⁸⁶。

排除行為は、一貫してAMCの主要な検討項目であった。排除に関しては、2005年9月28日にシャーマン法2条の適用における排他的行為の考え方をめぐるパネルディスカッションが開催された⁸⁷。議論の詳細は省略するが⁸⁸、全体的な問題意識は、現行の排除行為の解釈について、さらに明確化する必要性があるということであった。ミュリス（Muris）前FTC委員長は、シャーマン法2条の適用に関し、これまでの執行の歴史において、過剰抑止と過少抑止という二つの誤りがみられ、これらの誤りによるコストを最小化する必要があると述べ、シャーマン法2条の適用に当たっては過剰抑止のコストが大きくなりすぎないように慎重な検討が必要であるとコメントしている。さらに同氏は、この点からすると、LePage's v. 3M事件⁸⁹（後記【参考】参照）の第三巡回区連邦高裁判決は、一括販売割引行為に対しては過剰抑止の危険があるとしている。一括販売割引には、短・長期いずれでも消費者厚生にプラスの効果が生じる可能性があるからである。

⁸⁶ 最終的に勧告の対象となった項目は、実質的な論点（反トラストとニュー・エコノミー、合併、排除行為、特許と反トラスト）、法執行制度及び手続（連邦の法執行、ハート・スコット・ロディノ法事前届出制度、州の法執行、国際問題）、民事及び刑事レメディ（金銭的レメディ及び責任分担ルール、間接購買者、連邦政府のレメディ、刑事レメディ）の14項目である。最終報告については、AMCのホームページに記載されている

http://www.amc.gov/report_recommendation/toc.htm。

⁸⁷ パネリストは、ミュリス前FTC委員長、ピトフスキー元FTC委員長、ペイト前DOJ反トラスト局長、ルール元DOJ反トラスト局長を含む全9名であった。

⁸⁸ 当日の議論につき詳しくは、下記AMCサイトを参照。本文で紹介したパネリストの見解も紹介されている。

http://www.amc.gov/commission_hearings/exclusionary_conduct.htm

⁸⁹ LePage's, Inc. v. 3M Co., 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003).

これに対して、ピトフスキー（Pitofsky）元委員長は、排除の基準として、経済的有意性基準や利潤犠牲基準（前記3 - 2 参照）は適当でないと述べていることが注目される。前者は、競争を減少させること以外に経済的に意味をなさない行為（only if it would not make business sense apart from its tendency to reduce competition.）は違法とするものであり、その行為に経済的に意味があるかどうかを問うものである。すなわち、反競争的目的なしには、当該行為の正当化ができないような行為である。後者は、短期的利益を犠牲にする理由が競争を減少させることのみ（a sacrifice of short-term profits that makes economic sense only because it has the potential to reduce competition.）であれば違法とするものであり、競争者を市場から追い出し、その後の独占利潤を得ることを目的として、短期的には、利益の一部を犠牲にした行為を問題とするものであり、いわば効率性を反映しない略奪行為をさすものとされる。

ピトフスキーによれば、反トラストは消費者厚生に焦点を当てた基準であるべきであり、上記2 基準では、消費者厚生に与える影響よりも、むしろ社会的効率性に立脚したもので、独占企業寄りの基準だという。彼は、むしろ上記2 基準より、比較衡量基準が望ましいとする。これは、合理の原則的なアプローチであり、反競争効果と競争促進効果をバランスングして行為の違法性を判断するものであり、より制限的でない代替的手段の可能性を吟味する上で、行為が違法である可能性をより広範に導きうるものである。すなわち、原告（訴追側）に行為の反競争効果を立証させ、その立証に成功すれば、今度は行為者のほうでは、その行為は効率性を反映したものであるといった、当該行為の競争促進効果の存在を立証させることになる。その立証が一応もってもらいたいということになると、今度は、訴追側の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。これは、合理の原則という表題こそ使われていないものの、シャーマン法1 条における合理の原則で行っているのと同様の比較衡量を行うものである⁹⁰。そもそも一括販売割引（package discount）は、価格競争の一手段であり、低価格という形で効率性を消費者にもたらすものなので、不明確な基準で違法とすることは適当ではない。ただし、歴史的にもロビンソン・パットマン法によるクレイトン法2 条の改正は不適當であったことに鑑みれば、この問題を立法的に解決することは妥当でなく、判例の積み重ねによって明確にしていくべきである、とするのがピトフスキーの主張である。

同様に、ペイト（Pate）前反トラスト局長も実務家としての立場からコメントを提出している。彼の主張は以下のようなものである。特に、シャーマン法2 条については、false positive（過剰抑止）の問題があり、シャーマン法2 条の規制基準は、できるだけ明確かつ執行可能（administrable）である必要がある。そうでなければ企業に萎縮効果が生じ、イノベー

⁹⁰ 注意しなければならないのは、比較衡量基準といっても、これは競争当局の実務的な執行基準というよりは、むしろ厚生への影響を、当該行為を評価する基準として織り込む点に特徴があるというべきであり、これだけで単独行為の違法判断が可能になるというわけではない。

ションを妨げることになる。この点からすると、ベライゾン対トリニコ事件における司法省のアミカスブリーフで述べられた経済的有意味性基準が最も適当であり、消費者厚生効果テストは執行可能とはいえない。ただし、裁判所及び競争当局は、シャーマン法2条違反事件について、排除は主観的な意図というあいまいな証拠ではなく、反競争効果の客観的な証拠に基づいて判断し、被告による効率性の正当化の主張について、正当に評価すべきである。また、不可欠施設理論も、判断基準とはなり得ない。そもそも一括販売割引に関する *LePage 's v. 3 M* 事件の第三巡回区連邦高裁は、当該行為が一定のコストを下回ったかを判断することなく2条違反としており不当である。

こうした議論を受けて、2007年4月、AMCは総計500頁を超える膨大な最終報告書を提出した。シャーマン法2条の排除行為については、以下の点が勧告されている。

「C. 排除行為

12. 一般論として、反競争行為に対するシャーマン法第2条の広範な禁止規定を適用するための基準は、その適用において明確で予見可能であるべきであり、かつ執行可能であるべきであって、長期的な消費者厚生を損なう過剰抑止及び過少抑止を最小化すべく設計されるべきである。
13. 議会は、シャーマン法2条を改正すべきでない。単独行為が違法な排除かどうかを判断するために現在米国の裁判所が採用している基準は、概ね妥当である。個別事件の判決に反対することは可能であるが、活発な競争、事業目的の熱心な追求、競争者には利用できない効率性の達成は、それらが支配的企業に関する場合であっても、またそれらによって、競争者が不利になるかもしれない場合であっても、一般的に不当なものではないことを、概ね、裁判所は正しく認識してきた。
14. 更なる明確化と改善は、裁判所における法の継続的な進化を通じて最もよく達成される。公開での講演や継続的な調査は、一括販売（バンドリング）や同じ市場内のライバルとの取引拒絶から起こりそうな競争上の効果を評価するための適切な法的基準に関する裁判所のコンセンサスの発展の助けともなるであろう。
15. とりわけ、一括販売や、どのような場合に（もしそのような場合があるとして）独占者はライバルと取引義務があるのかといった、現在明確かつ一貫した基準を欠いている分野に関して、シャーマン法2条の法的基準の更なる明確化と改善が望まれる。
16. *LePage 's v. 3 M* 事件で示された一括販売に係る明確な基準の欠如は、競争促進的又は競争中立的な行為に対する妨げとなるかもしれず、このため、消費者厚生を実際に損なう

かもしれない。

17. 裁判所は、一括販売割引(bundled discounts)又はリベートがシャーマン法2条に違反するかどうかを決定するために、3段階テストを採用すべきである。同条違反を立証するため、原告は、(同条違反の他の要素とともに)以下の各要素を証明することが必要とされるべきである。(1)バンドルされるすべての商品に割り当てられているすべての割引及びリベートを競合商品に割り当てた上で、被告は当該競合商品とその増分費用を下回って販売したこと。(2)被告はこれらの短期間の損失を埋め合わせる蓋然性があること。(3)一括販売割引又はリベートプログラムが反競争効果を持っていたか、又は持っている蓋然性があること。
18. 一般に、企業は同一市場でのライバルと取引する義務はない。
19. 反トラスト法の抱き合わせの事案において、特許権、著作権又は商標権に基づいて市場支配力は推定されるべきではない。」

ここで注目されるのは、パラ17の3段階テストである⁹¹。パラ17に付されたコメントによると、このテストについて次のように解題されている。同テストの最初のスクリーンでは、一括販売割引は「同等に効率的な競争者」を排除する場合にのみシャーマン法2条の問題になるという。すなわち、一括販売に伴う割引により効率性において劣っている競争者が市場から排除されたとしても、そして、その競争者が競争的牽制力を一定程度果たしていたとしても、当該競争者が問題ないことが示されている。解題によれば、この第一スクリーンは、セーフハーバーの役割をもつという。そして、同等に効率的かどうかは法執行において十分明確で administrable だと述べている。

3段階テストの第二スクリーンでは、被告が問題となっている一括販売に伴う割引又はリベートの提供による損失を埋め合わせる蓋然性があることを原告は立証しなければならない。具体的には、市場への参入が困難であるため、一括販売に伴うリベートの提供による損失分を埋め合わせできる能力を阻害する蓋然性に乏しいことを原告は証明しなければならない。ここでも、この第二スクリーンは、セーフハーバーとして機能する。すなわち、被告は、市場への参入が容易であることを証明すれば、その後の審査から免除されるからである。最後に、第三のスクリーニングでは、原告は、反競争効果を立証しなければならない

⁹¹ なお、報告書では、この3段階テストの目的は、競争促進的な価格競争に対する萎縮効果を及ぼさない点にあるとし、本テストは、一括販売に伴う割引・リベートに関するテストであって、排他的取引一般および抱き合わせ一般のためのテストではないことを断っている(脚注157)。

ない。以上のように，この3段階テストは，略奪的価格設定の主要先例であるブルック事件判決の考え方に沿ったものとなっている。

参考

【デンツプライ事件控訴審判決】

United States v. Dentsply Int'l, Inc. (2005)

(事案)

関連市場で75%から80%という独占的なシェア(販売数量ベースで67%)をもつ義歯の製造業者が販売業者に対してとっていた排他条件付取引が，シャーマン法1条，2条，クレイトン法3条違反であるとして原告司法省がその差止めを求めた。義歯の流通ルートは，デンタルラボへの直接販売，ディーラーを通じての販売，両者のハイブリッド方式の三つ。ライバルはデンツプライに比べて非常に零細であり，2位のイボクラールビバデント(Ivoclar Vivadent, Inc.)で5%，3位のビタ(Vita Zahnfabrik)で3%にすぎない。

同社の排他的取引の内容は，全国23の主要ディーラーに対して，既存のディーラーが競合他社の義歯を取り扱った場合は，デンツプライ社との取引を停止する，新規ディーラーがデンツプライ社と取引を開始するためには，競合他社の義歯の取引を停止しなければならない，というものであった(規約6号)。

(控訴審の結論)

一審のデラウエア地裁は，競争者はデンタルラボに直接販売(direct sales)できる代替的な流通経路があり，現実に競争は制限されていないことを理由に原告の訴えを退けたのに対し，控訴審の第三巡回区控訴裁判所は，デンツプライ社の行為は競争者の顧客へのアクセスを困難にしており，競争者の直接販売の可能性は単なる理論的可能性にすぎず，現実には利用可能な方法ではないから，地裁の認定は誤りである等の理由により，地裁判決を破棄し，デンツプライ社の行為につき，シャーマン法2条違反を認めた。

ユーザーに対する直接販売は非常に限定されており，現実的でなく，かかる直接販売を通じて競争が促進されることが可能であったという地裁の認定は妥当でない。義歯の流通は，現実にはほとんどがディーラー経由でありイボクラールビバデント及びビタはそもそも直接販売の実績がない)，直接販売はデンツプライ社の独占を脅かすには程遠い。

デンツプライ社と同社ディーラーとの間の排他条件付取引の合意は法的な拘束力を有するものではないとの地裁の認定は妥当でない。排他条件付取引の実

効性については疑う余地がない。

デンツプライ社は価格支配力を有していなかったという地裁の認定は妥当でない。同社はライバルの出方に関係なく自由に価格を設定することができた。デンツプライ社は明らかに価格支配力を有し、かつ行使していた。

デンツプライ社の規約6条は、ディーラーに、「オールオアナッシング」の選択をせまるものであり、ディーラーに競争者(潜在競争者を含む)の義歯を取り扱わないようにさせる強い経済インセンティブを作り出している。規約6条は強い参入障壁を作り出している。

本件排他条件付取引は義歯の販売促進のための投資であるとのデンツプライ社の正当化の主張は口実に過ぎないとの地裁の認定は是認できる。

【LePage 's 対 3 M 事件控訴審判決】

LePage 's, Inc. v. 3 M Co. (2003)

(事案の概要)

家庭用、業務用のセロテープを製造・販売している3 Mは、1990年前半まで90%を超えるシェアで米国の透明テープ市場をほぼ独占していた。ルパージュは様々な業務用文具を製造・販売し、1980年ごろには、プライベートブランドの透明テープの販売を始めた。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安い価格で売られていた。ルパージュ製品は徐々に市場に浸透していった。透明テープの販売はブランドテープからプライベートブランド(PB)テープへシフトしていった。ステーブルスやオフィスデポなどの業務用スーパーストア、ウォールマートやKマートなどの巨大マーチャンドライサーの急速な成長がその背景にあった。

ルパージュは、3 Mが自社のスコッチブランドでのテープで持っていた独占力を利用することにより、顧客(オフィススーパーストア)が3 Mの対象商品の商品ラインナップのなかから製品を買ったとき、上限2%のリベートを提供するという3 Mの「bundled rebate」を使って米国の透明テープ市場のプライベートブランドテープ市場において独占化を図ったということを主張して、シャーマン法1条、2条等違反に依拠する反トラスト訴訟を提起した。ルパージュは3 Mがルパージュの顧客に3 M(のスコッチテープやその他のプライベートのセロテープ)への乗り換えを促すために多額の一括販売に伴う割引やリベート、その他現金でのインセンティブを提供したと主張した。これに対して、3 Mは、一括販売に伴うリベートでの商品提供はコスト割れではなく、ブルック判決に照らしても、

何ら反トラスト法違反ではないと主張して争った。

(判決)

3 Mのシャーマン法2条を認定(地裁の陪審評決を支持)。

裁判所は3 Mの反論を退け、「独占者は、事業上の正当化理由なくして排除行為又は略奪行為を行えばシャーマン法2条に違反すると認定される」と判示して、3 Mのリベートプログラムには事業上の正当化は見当たらないとした陪審の判断を支持した。判決の概要は以下のとおりである。

3 Mはルパージュの主な顧客にかなりの額のリベートを提供し、ルパージュのテープを購入しないように誘導した。3 Mのリベート計画は、大幅値下げを提示して競争したというよりも、プライベートブランドの多様な商品の中から複数の製品を買うことを条件とすることによって、特定の顧客にしか値下げを提供していない。

このリベートは相当な額であり、3 Mが述べるような「控えめな」ものではない。リベートの受領額の大きさはルパージュよりも3 Mのテープを買うように顧客に誘引する重要なインセンティブになる。3 Mは顧客別に値引きをしたことに対し理由を述べているが、これらの計画を実施したこと自体は否定していない。これらは競争重視の合法的値引きではなく、排他的なものでもないと主張した。3 Mの主張の要点は、「コストを割っていないのであれば一括販売に伴うリベートの提供は違法にはならない」というものである。一括販売に伴うリベートの特徴は、買い手により多く若しくはすべての製品を買わせる強力なインセンティブを提供することであり、それによって複数の製品を通して得られる合計の値引きの利益を受けることができる。3 Mが提供したようなリベートの反競争効果は、抱合せに類似したものだといわれる。すわなち、一部の商品に独占力を有する事業者によってこのような形でリベートが提供されると、多様な製品グループ・ラインを製造していない競争者は、単体ベースでは十分に競争力があっても排除されてしまう可能性がある。3 Mのリベートはプライベートの広範囲にわたる商品を買うことを顧客に要求し、特定の顧客に対して提供されるリベートはその顧客に対するルパージュの重要なテープの売上げ全体のうちの半分を占めている。

ルパージュはKマート、ステープルス等に対するリベートは、ルパージュを排除し、3 Mに乗り換えるように仕向けるために策定されたものであるという説得的な証拠を提出している。多くのルパージュのかつての顧客はルパージュの販売担当者にすら会うことを拒んでいる。Kマートはルパージュのビジネスの10%を占める最大の買い手であるが、「今後3 Mと競合している商品との取引はルパージュとはしない」と証言している。Kマートは3 Mの100万ドルのリベートの提供により、3 Mに移行した。3 Mはルパージュが20年間顧客であるKマートを取引相手として食い止める努力を十分にしていなかったと主張したが、その主張には根拠がない。意図的で、明確で、ビジネス上正当性もないのに、競争者を小売店から除外するような行為は反競争的である。独占者が有望なライバルの市場

での足がかりを得ることを邪魔した場合、そのライバルだけでなく一般の競争者にも有害である。有望なライバルの排除は消費者価格の高騰を引き起こし得るからである。

3 Mが一括リベートをを用いたのはルパージュが市場に参入してからである。ルパージュの二番手もしくはプライベートブランドテープとの競争が無くなったら、3 Mは誰にも邪魔されずに独占力を強化することができる。3 Mのリベート計画のために卸売業者がルパージュの製品を買わないようになり、結果として、ルパージュの顧客は減ることになる。これを卸売業者の側からみると、3 Mはセロテープ以外の製品は取り扱わないか、若しくはリベートを放棄するかのどちらかを強要されるのと同じである。現に最大限のリベートを得ようと、ほとんどの顧客がプライベートブランドの仕事を3 Mの提案どおりに3 Mに乗り換えている状況が認められる。

さらに、原告は卸売業者に3 Mのリベートが欲しければルパージュの製品を買わないように小売業者に仕向けた特別リベート計画の証拠を提出した。3 Mの顧客がセロテープでリベートを受け取るのならルパージュのプライベートブランドのテープを買わないようにさせている。

3 Mのリベート導入以前は、ルパージュの売上げは非常に伸びていた。しかし、3 Mが一括リベートを導入するに伴い、1992年から97年にかけて3 Mのプライベートブランドの売り上げは478%上昇した。反対にそれに比例してルパージュの売上額が減少していった。ルパージュは大きく重要な顧客を失った。結果として、ルパージュの生産は採算が取れなくなってきた。透明テープ市場のルパージュのシェアに大きな影響が出ている。現に、同社の市場シェアが1992年から97年にかけて35%に落ちているのである。3 Mがリベート計画を続けていけば、ルパージュは市場から駆逐されることになるであろう。

3 Mによる排除効果は、一括リベートと切り離しては考えられない。ルパージュは競争自体が3 Mの行為によって害されたという強力な証拠を提出した。低価格のプライベートブランドのテープを排除することは高いセロテープを買うように仕向け、3 Mは当該市場で高い値段のセロテープを売るとき、他との競争がなければ、「3 Mはより高いセロテープを売ることによって利益を取り戻せる」ということを認めていた。3 Mは他の競争者が市場に簡単に参入できないのでこのような計画を実行できたのである。地裁は「裁判ではアメリカでテープ市場に参入することを妨げたという十分な証拠がある」ということを認めている。これまでの競争状況に照らせば、3 Mの独占的状态に対抗しようとする者はおらず、透明テープ市場の競争者に顧客を奪われることは無かった。

以上のように、3 Mの行為の長期間にわたる効果は反競争的であることを結論付ける十分な根拠がある。デモクラシーが外部からの圧力を受けていない自由政治体制の下でしか育たないように、市場経済社会も市場での権力者が常に見張られた状態であるときのみ存続することができる。これこそが反トラスト法の目的である。3 Mは、豊富な商品目録に後押しされた透明テープでの市場支配力を使い、最大のライバルであるルパージュに損害を与え、プライベートブランドでの透明テープ市場の独占をゆるぎないものにしようとし

たのである。以上から、3Mの行為はシャーマン法第2条に違反するものと認められる。

(2) EU

ア 欧州委員会・欧州裁判所における「排除」についての考え方

では、欧州での実際の事件例における考え方のほうはどうであろうか⁹²。EC条約82条が排除行為に関連する規制ということになる⁹³が、米国と同様、競争制限的な排除行為が禁止の対象であり、我が国における不公正な取引方法と同様の規制が存在しているわけではない。

例えば Land and O' Donoghue [2005]⁹⁴は、排除行為等を通じた「濫用」についての定義に関し、様々な考え方が持ち出されていることを指摘している。すなわち、どのような行為が不当な排除等に該当するのかについては、以下のように事件ごとに異なる（あるいは異同が明確とはいえない）概念が用いられてきている、としている。

「通常の競争」（normal competition）では用いられないような手段が用いられること

「事業者間取引における財又は役務に関する通常の競争に係る方法とは異なるやり方を通じて、市場においてまだ存在している競争の程度を維持することや、その競争が促進されることを妨げる効果を有するような行為」（*Hoffmann-La Roche & Co. AG v. European Commission* ([1979] E.C.R. 461, para. 91)）

「能率競争」（competition on the merits）に反するような競争が行われること

「欧州委員会としては、市場支配的地位にある事業者による場合であれ、競争業者を圧倒しようとする意図を違法とみるようなことはしないことを強調しておく。市場支配的地位にある事業者であっても、能率競争をする資格はある。委員会としては、大規模な製造業者が小規模な競争業者や新規参入者と活発に競争することを控えなければならない、というような義務を負うべきであるとするつもりもない。」（*AKZO Chemie BV* (OJ L 375, 31.12.1985, para. 81)）

市場支配的地位にある事業者の「特別の責任」（a special responsibility）が果たされないこと

「市場支配的地位にある事業者は、その支配的地位にあるということ自体で既に競争が制限されているような市場において、純粋な歪曲されない競争を妨害する行為を行ってはならない、という特別の責任を有するのである。」（*Case T-191/98, Atlantic Container*

⁹² 本報告書では、EU加盟各国における競争法の事件例について検討することは避け、欧州委員会・欧州裁判所（Court of First Instance, European Court of Justice）における公表文書や事件例に基づいて議論を進める。

⁹³ 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は、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」にこれを禁止している。

⁹⁴ Lang, John Temple and Robert O' Donoghue (2005) "The Concept of an Exclusionary Abuse under Article 82 EC," (in *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, July 2005, Global Competition Law Centre, College of Europe, Bruges)

Line and Others v. European Commission, judgment dated Sept. 30, 2003, para. 1460.)

「客観的正当化事由のない」排除行為であること

「市場支配的地位にある事業者は、・・・客観的な経済的正当化がなければ・・・能率競争の範囲内の手段とはいえないような手段をとることはできない」(*Michelin II*, para. 107, 110.)

これらの概念は、相互に排他的なものではなく、同じ観点を別の言葉で表現しただけというものも含まれると思われる。ただ、いずれにせよ、これらはいずれもそれ自体としては抽象的な考え方にとどまっていたり、一般的な文脈で理解するには適当とはいいがたかったりするなど、明確な指標となりうるものがあるとはいえないと考えられる⁹⁵。

例えば、「通常の競争」(normal competition)という概念についていえば、何が「通常」(normal)なのかについてはここでは何も示されていない。また、市場支配的事業者においてもそれ以外の事業者においても共通してとられているような行為については「通常」の競争というほかないが、一定の場合には、そのうち市場支配的事業者が行う場合について不当な排除と認定されるケースもあり得るのであり、適当な定義とはいえない。

また、「能率競争」「純粋な歪曲されない競争」といった概念については、本報告書においても論じてきているが、同様の不明確さは否めない。価格競争それ自体は「能率競争」としてとらえられるものであろうが、それがどの段階で「略奪的」として問題視されるものになるのか、このような定義だけでは判然とはしない。

「特別の責任」論については、2 - 2 (3) で既にみたとおり、形式ベースのアプローチであるとの批判が強く、また、どのような行為が問題となるのかを特定する定義となるわけでもない。

以上のように、過去の決定・判決等から、不当な排除行為についての明確なラインを引くことは困難であるが、最近欧州委員会が公表したディスカッション・ペーパーにおいては、過去の事例も踏まえ明確化に向けての努力の方向性を示すものであった。

イ 排除行為に関する欧州委員会ディスカッション・ペーパー⁹⁶

2005年12月、欧州委員会競争総局は、排除型の支配的地位濫用行為に対する条約82条の適用に関するディスカッション・ペーパー(82条DP)⁹⁷を公表した。これは、条約82条違反行為のうち、排他的行為による濫用に関して、違法性判断基準についての欧州委としての一定の考え方を示すものとなっている。

82条DPは、基本的には過去の欧州委員会・欧州裁判所における判断の集大成であり、

⁹⁵ 以下の部分はLand and O' Donoghue (2005), pp.41-42も参照した。

⁹⁶ 本節は、岩成博夫(2006)「米・EU競争当局における単独行為規制の考え方とその再検討」公正取引No.671の一部をもとにしている。

⁹⁷ 注23参照。

その意味で過去の事例の延長線上にあるものでしかないともいえる（部分もある）が⁹⁸、一方で、上記アでみたような排除概念のあいまいさを改善してできるだけ明確な考え方を示そうとする姿勢もみられる。なお、82条D Pについては、欧州委員会の法運用方針を明確に示すものとすべく、ガイドラインとして公表するための作業が進行中であるとされているが、2008年4月現在では、ガイドラインはその原案を含め公表されていない。

82条D Pでは、市場画定（market definition）、市場支配的地位（dominance）、及び排他的濫用（exclusionary abuses）につき、その欧州委員会としての考え方を示しているが、市場画定及び市場支配的地位の問題については本報告書の主眼ではないので、以下では排他的濫用行為（exclusionary abuse）に関する考え方についてみていく。

82条D Pでは、まず排他的濫用の分析のための枠組みを明示した上で（82条D P第5章）、排他的濫用行為を略奪的価格設定、専売制及びリベート、抱き合わせ、供給拒絶、アフターマーケットの5つに分類し、それぞれの考え方を示している。ここでは個別行為類型ごとの考え方をみていくのではなく、第5章における「濫用行為」の有無を判断する上での基本的な考え方をみていく。

82条D Pでは、市場支配的地位にある事業者の行為が排他的濫用に当たるかどうかにつき、次の3段階の分析を行うことが示されている（82条D Pパラ57～60、77～79等）。

市場から競争者を締め出す（foreclose）可能性のある行為かどうか

ここで可能性といているのは、行為の外形・性質からみればよいとしており、82条D Pでは特に価格に関連するものと価格に関連しないもの、競争者の締め出しと、取引段階の異なる事業者の締め出しに分けて、それぞれ考え方を示している（下図参照（パラ73））。⁹⁹

	水平的市場閉鎖効果	垂直的市場閉鎖効果
非価格的手段による排他的行為	専売制 抱き合わせ	取引拒絶 事実上の取引拒絶
価格設定による排他的行為	忠誠リベート ミックスバンドリング 略奪的行為	マージンスクイズ 事実上の取引拒絶

このうち、価格に直接関連しないもの（82条D Pで列挙されている専売制、抱き合わせ、供給拒絶等）については、行為の外形から何らかの締め出しが発生すること自体は明らか

⁹⁸ 82条D Pパラ5参照。

⁹⁹ 市場からの締め出し（foreclosure）とは、実際の（あるいは潜在的な）競争者が、利益を得られる形で市場にアクセスすることが完全に（あるいは部分的に）否定されることを指す、とされている。

とする一方、価格関連の締め出し（忠誠リベート、略奪的行為等）についてこの基準をクリアするか否かを判断するために「同等に効率的な競争者テスト」（as efficient competitors test）を適用するとしている（パラ 63 以下）。これは、市場支配的地位にある事業者と同じ程度に効率的な事業者（市場支配的事業者と同等のコスト水準を有する仮想事業者）が競争上対抗できず、排除されてしまうような価格設定についてのみ「濫用」に該当する可能性あり、とするものである（濫用認定のための必要条件）。¹⁰⁰したがって、基本的考え方としては、市場支配的事業者によるコスト割れ¹⁰¹販売がこの基準をクリアすることになる。

なお、この考え方は、EU 競争法の先例の範囲内で提示されているとは必ずしもいえない。例えば、アクゾー（AKZO）事件における判断にみられるように、従来は必ずしも「効率的な競争者」を想定した判断が前提となっているわけではないことには留意が必要であろう。

当該行為につき市場歪曲効果があると考えられるかどうか

排除行為が市場歪曲的（market distorting）であるとは、市場に現存する競争の程度の維持を妨げ、又は競争の拡大を妨げると考えられる行為であり、価格を上昇させるか競争的価格水準を上回るレベルで維持させる効果があると考えられるものを指す、としている（パラ 58）。

市場歪曲効果の有無については、行為の外形のみならず、その行為が行われる対象範囲や、市場の特性（ネットワーク効果の有無、規模・範囲の経済の有無等）、市場支配の程度等も考慮に入れた上で判断されることとなる。82 条 D P では、行為類型ごとにその考慮要素を明らかにしている。

当該事業者からの抗弁は適用可能か

以上 及び が満たされる場合には、市場支配的事業者による濫用行為が推定（presume）されることになる。これを覆すには、当該被疑事業者の側から、客観的正当化事由があること（安全面、健康面等、当該商品・役務の危険性の観点からの必要性があること、競争業者の行為によって市場支配的事業者が被る損失を最小にするような価格設定であること等）、又は反競争効果を上回る「効率性」が当該排他的行為により実現することを立証する必要があるとしている。後者の場合に必要とされるのは、i) 当該行為によって効率性が実現される（又はその可能性がある）こと、ii) 効率性を達成するために当該行為が必須であること、iii) 当該効率性が消費者にメリットをもたらすこと、iv) 対象商品の大部分につ

¹⁰⁰ ただし 82 条 D P では、同等に効率的とはいえない事業者を護ることにより（その排除を問題とすることにより）消費者の利益に資する場合もある、とし、規模の経済、範囲の経済、習熟効果、先行者利益等が存在する市場ではそのような例外的な取扱いもあり得る、としている（パラ 67）。

¹⁰¹ 違法性判断に当たっては、どのコスト基準を用いるかが重要な問題となる。例えば 82 条 D P 第 6 章では、略奪的価格設定について市場歪曲効果の有無を判断するに当たっての考慮要素が各種のコスト基準ごとに示されている。

いて競争が排除されないこと，の4つであるとされている。

上記のとおり，欧州委は，少なくとも価格設定による排他的行為については，「同等に効率的な競争者テスト」を適用するとしている。しかし82条DPは，当該テストで違法性を判断するといっているのではなく，問題となっている行為が排他的な（exclusionary）ものかどうかを判断する基準としてこれを用いているのであり，82条の問題となるかどうかは，当該行為による市場への影響がどの程度かで判断する，としている（パラ66）。また，それ以外の（価格設定以外による）排他的行為（単独の取引拒絶等）については，市場からの締め出し行為が競争制限に至っているといえるかどうかを総合判断するとしており，82条DPにおいてはその際の考慮要素が列記されているに過ぎないように思われる。したがって，欧州委の考え方が違法性基準に関して何か特定のテストを念頭に置いている，とするのは適当ではないように思われる。

ウ 小括

実際の法運用（方針）にどのような影響が出てくるかについては，ガイドライン化の段階を待つ必要があるが，欧州委においても違法性判断において市場への影響が重視される旨は明確に打ち出されたのであり，そこから必然的に経済分析が重視されることになるという点では，米国と共通する観点が導入されつつあるともいえよう。

4 具体例：忠誠リベート

価格競争に関して3-2(3)のような競争観をとるならば，価格を手段とする排除行為一般に同等の効率性ある競争者基準が採用されるべきだということになるかもしれない。82条DPはこの立場をとる¹⁰²。他方，人為的な低価格に経済的有意性テストを現実を使うのが困難だから，規制の安全マージンとして費用基準をとっているのだという立場からは，例えば（プライマリーラインの）差別対価につき，異なった立場をとることもあり得る。

独占的企業が競争者のいる市場でのみ，競争者を狙いうちにする形で低価格販売を行った場合については，たとえ狙いうちにあったのが効率性において劣っている企業であったとしても，自己の利潤最大化活動（ただし，排除による独占利潤等がかかわる諸要因がないという前提でのそれ）とはならない人為的な低価格で事後の独占的利潤を獲得することは不当であるし，それを外部から規制できるのではないかという問題である。米国は，この場合を略奪的価格設定と区別しない¹⁰³。EU競争法の先例では非常に高度のシェアを持った支配的事業者が，残存する競争者・参入者を狙い撃ちにした差別対価事例において費

¹⁰² 82条DP, supra note(23)at 19-21.これは，EU競争法の先例からは逸脱している。

¹⁰³ Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993)

用基準を満たさなくとも 82 条の濫用に該当しうるとされている¹⁰⁴。通常の不当廉売との差異はどこに求められるのか。後者の費用基準を価格競争の特殊性ではなく、規制の安全マージンによって説明するということが考えられよう。経済的有意味性基準を利用すれば、費用を上回る価格設定であっても消費者厚生や総余剰に害のある略奪行為があり得ることは確かであっても、識別困難性や価格競争萎縮効果に鑑みて規制を慎重にしたと考え、これに対し差別対価については識別困難性がないから費用基準を採用する必要はないという立場も不可能ではない¹⁰⁵。しかし、差別対価の例でも、一部の市場とはいえ価格競争が発生した以上は、価格競争の価値を重視すべきだと考えるなら、費用基準は必要条件となる。また、上述した識別困難さに違いがあるかどうかとも問われることになる。

有線ブロードネットワークス事件はまさにその点が争点となり得るものだった。そこでは、唯一の有力な競争者の顧客をターゲットにした差別的な安売りをを用いて競争者の事業活動を困難にした点が問題となった。しかし、費用に関する事実が示されず、競争相手に事業を売却させようとしていたという目的と狙いうちという行為の態様に依拠して、排除とした点に特色がある。価格競争の重要性に鑑み、自己の効率性を反映しない低価格で同等に効率的な事業者に対して脅威を与えることを価格競争の不当性の必要条件と考えるならこれでは不十分だということになる。他方価格が費用を上回っていても不当な低価格販売があり得るという立場をとったとしても、これだけの事実で十分か問題となる。もっとも、相手方に事業を売却させる目的であったことなどが、反競争効果がない限り採算がとれないものであることを示唆する事情とみることもできるが、決定的ではない。本件では無料聴取期間の延長などさらに疑わしい行為もあった。しかし、本件のような事業では転換費用がかかるのであり、一定期間であれば費用割れさえ正当化される事情がある。これを認めないと、転換費用がかかる顧客への競争が不可能となり、顧客の囲い込みを手助けするという事になってしまう。本件で厳密な経済分析を行うならこの点の検討も必要であろう。

さて、差別対価の特殊バージョンとして、条件付の差別対価の問題がある。購入者の特

¹⁰⁴ C-396/96 P *Compagnie maritime belge transports SA, Compagniemaritime belge SA and Dafra-Lines A/S v Commission* [2000] ECR I-1365; Case T-228/97, *Irish Sugar PLC v. Commission*, 1999 E.C.R. II-2969 PP 173-193 (Ct. First Instance), *aff'd on other grounds*, C-497/99 P, 2001 E.C.R. I-5333 (E.C.J.).

¹⁰⁵ John Vickers, "Abuse of Market Power," 115 *Economic Journal*, F244-F257 (2005) は、懐疑的ながらもその可能性を示唆する。消費者余剰ないしは総余剰で比較考量するフォーミュラの場合、独占的地位にある者が残存する競争者に低価格販売を仕掛けて、その市場支配力を維持・強化した以上、悪影響があるとして、次にそれを正当化する事由があるか否かを調べるということになる。これは独占者に対して価格競争をセーブせよということを含意しかねない。例えば新規参入者に対して顧客を奪われることによる損失を回避するための最適反応を行った結果として参入者の退出を招いた場合でさえ、それを行わないことが消費者余剰や総余剰の観点からは望ましい場合もある。他の事業者の事業活動の困難さをもって排除として、次にその排除の正当理由の有無を判断するという枠組も同種の欠陥をもつ。その場合、価格競争については、不当となる基準をどこから持ち込まなければならないのであって、それ自体として完結するわけではない。

定の購入パターンに応じて割り戻し等を行う場合である。例えば、総購入量が一定比率を超えた場合に、値引きないし割引を行ったり（占有率リベート、忠誠リベート）、消費者の購入量の多い製品に加えて別種の商品についても一定量（比率）購入すれば値引きないし割引を行ったりする（バンドリングリベート）ことなどである。これは、値引行為そのものよりも、事実上の排他条件付取引ないし抱き合せとしての実態をもつものである。とりわけ条件となる購入パターンを行った場合に、それ以外の購入分についても割り引く遡及的なリベートなどは、排他条件などの拘束手段の典型でもある。その場合、排他条件付取引などのもつ排他効果が重要な意味を持つ。他方、値引きによって売上げを伸ばしたという側面もある。この場合の判断基準はいかにあるべきか。

我が国におけるインテル事件（5で後述）は、この一例となる。インテル事件では、パソコン向けCPUで圧倒的なシェアを有するインテルが、合計で国内購入量77%に達する顧客5社に対して、その使用するCPU比率が90%ないし100%になった場合、リベートを払う等を約束することにより、競争相手のシェアを大幅に減らし、その市場支配力を維持・強化したことが問題となった事例である。この事件で問題となった排除効果は、排他条件付取引としての機能による。かかる条件付けの結果として、最適な規模の経済の達成が困難になったり、顧客の乗換費用の引上げなどを通じて、競争相手が競争的な活動をする費用が上昇したことが、相手方の事業活動を排除する効果をもたらすのである。ならば、その点に注目すれば十分なのだろうか。ここでは、相手方の購入様式の変化は値引きにあるともいえる。根岸哲教授は、結論には賛意を表明しながらも、排他条件付取引と同等とみるかどうかはなかなか難しいとし、「値下げによって競争者の顧客を奪うこと自体を問題にするのはなかなか難しい」¹⁰⁶と発言されているが、これは上述したこの慣行の二面性を意識してのことである。これについては次の(a)(b)の立場が考えられる。

(a) 価格競争の側面を重視するというか、その側面での不当性を必要条件とみる立場である。これは、82条DPをはじめ、経済学を重視する論者で有力である¹⁰⁷。その考え方は次のようにまとめられる。まず、価格競争を重視するといっても、この場合にインテルの全販売量につき価格競争をみるのは妥当ではない。市場支配力を維持・強化する効果を持つ排他条件付取引を直接の顧客に吞ませるには、かなりの量を当該企業から購入する必要がある（例えば、事業者がかならずストックしておかなければならないマストストックなどがこの例となる）といった事情がなければならない。この必要量の領域において、排除行為の対象企業は直ちに競争できる状況にはない。その分量を超えた競争可能な領域（占有率リベートでは、通常はリベートが与えられる基準率以上の領域に相当する）において、価格競争が行われているとみるのである。価格以外の条件付けの場合¹⁰⁸と違って、占有率

¹⁰⁶ 公正取引 656号 12 - 13 頁。

¹⁰⁷ 82条DP, supra note (23) at 43-51, AMC Report, supra note (22) at 94-100.

¹⁰⁸ ノーディオン事件のような全量購入契約の場合、締結するか否かの決断を迫られるという典型的な leave it or take it 的な状況などがこれにあたる。

リベートは、単に競争可能な領域において値引きをすることによって誘引しているとみることもできる。競争者は、占有率リベートがあったとしても競争可能な領域における上記リベートを勘案した実質的対価に対抗して販売を行えるはずである。その部分で対抗できない非効率な事業者は保護するに値しない。したがって、上記実質的対価が平均総費用を上回る限りは¹⁰⁹、問題とする必要はないということになる。この基準を充たしてはじめて実質的な排他条件付取引の反競争効果を判断するというものである。実質的抱き合せの場合も同様に判断されることになる¹¹⁰。

(b)これに対して、競争者の費用を引き上げる効果を持つことに注目するなら、規模の経済性の実現過程にあることもあろうし、条件付手段における値引きにまで費用基準を要件とする必要はないという主張もあり得る¹¹¹。

価格競争における費用基準を、同等効率性基準による競争観の問題で考えると(a)の立場が説得力をもつが¹¹²、正当な価格競争を不当な競争と誤ることのコストの問題と考えるならば(b)の立場も説得力を持つ。

5 忠誠リベートに関する2事例

本章では、前節で議論された忠誠リベートについて事例を踏まえながら経済学的な視点で分析してみたい。忠誠リベートは価格設定を通じた行為であるが、その効果を経済学的に分類してみると、(1)価格競争、(2)価格差別(差別対価)、(3)排他条件付取引契約、(4)抱き合わせ、という4つの側面に整理することができる¹¹³。価格差別を通じた価格競争として忠誠リベートを捉えると、それは価格設定(を通じた排除行為)としての直接的な効果に焦点を当てることになるが、忠誠リベートを排他条件付取引契約や抱き合わせとして捉えると、それは価格設定を「手段」として間接的に排除行為を狙った効果に焦点を当てることになる。

米国や欧州委員会 82 条 D P の立場は、忠誠リベートについて略奪的価格付けと同様の

¹⁰⁹ これは各見解の最大公約数であって、基準となる費用は占有率リベートが悪影響をもつためのタイムスパンによって変化しうる。いずれにせよ、これを上回る限りは同等に効率的な企業に対する脅威は存在しないことになる。

¹¹⁰ なお、抱き合せについてその反競争効果の出現形態が独特であることに注目した基準を作るべきか、略奪一般の基準を転用すべきかをめぐる興味深い論争が著名な経済学者間で行われている。Barry Nalebuff (2005), "Tied and True Exclusion," 1 Competition Policy International, 41-53 及び Jean Tirole (2005), "The Analysis of Tying Cases: A Primer," 1 Competition Policy International, 1-25 参照。

¹¹¹ 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 Law Journal, 681-698 & note (53) (2003).

¹¹² もちろん、こんな形の価格競争は本来の価格競争ではないという議論もあり得るかもしれないが、このような値引も直接的に購入者に利益となっているのも確かである。

¹¹³ 例えば、Motta (2004) Competition Policy: Theory and Practice, Cambridge University Press を参照せよ。

判断をするというものである。したがって、リベート後の実質的価格が平均費用を下回るかが判断基準となる（同等に効率的な競争者テスト）。これは4つの解釈のなかでも特に価格競争としての側面を重視していることの現われだろう。けれども、忠誠リベートには価格競争以外の側面も確かに存在しており、ゲーム理論を踏まえた近年の新産業組織論の発展はその理論的分析を可能とした。そして、排除行為としての側面が確かに存在し得ることを明らかにしている。ただし、その分析は個別のケースの特徴を具体的かつ単純化したモデルに依存しており、現実のケースに当てはめるならばかなり特殊的な側面に光を当てざるを得ない。これは労力を求める作業ではあるが、忠誠リベートの性質を明らかにするためには不可避のステップであると言える。ここでは、特に2つのケースをピックアップし、忠誠リベートの排除行為としての可能性について議論する。

個別のケースについて議論する前に、忠誠リベートの価格競争以外の側面について大まかに議論しておきたい。まず、忠誠リベートをスクリーニング型（第2種）の価格差別（非線形価格）として捉えると、それは市場支配力を持つ企業が潜在的に余剰を生み出す取引を実現させるので社会厚生に対して正の効果を持つ¹¹⁴。この議論は、例外はあるものの価格差別一般に成立するものであり、市場支配力を持つ企業が単一価格を設定したときに発生する厚生のロスを企業そのものがカバーを試みる行為として評価できる。忠誠リベートを抱き合わせと解釈した場合にも、抱き合わせにはやはり顧客の購買意欲をスクリーニングするための価格差別としての側面があるので同様に社会厚生を増加させる効果を持ち得る。したがって価格差別を通じた価格競争として忠誠リベートを捉えるならば、そこに排他性があるかどうかは、前章でも議論されているようにリベートの基準を超えた競争可能領域でリベートを勘案した実質価格が平均総費用を下回るかどうかという判断基準を用いればよい。

忠誠リベートを排他的条件付取引契約や抱き合わせとして捉えると、古典的なシカゴ学派の議論に従えば排除の効果を持つものではない。シカゴ学派の排他条件付取引契約についての結論は顧客側の合意のインセンティブを考慮した結果ではあるが、契約の中身についての大幅な制限と顧客同士の外部性を考慮しない想定に依存している。また、抱き合わせについては抱き合わされる財が互いに独立であるという強い仮定に依存している。シカゴ学派の議論は一定の説得力はあるものの、相当に制限的な結論であり、現実の市場の個別のインセンティブについての興味深い側面を捉え切れていない。逆に、近年急速に発展してきたゲーム理論をベースとした新産業組織論や契約理論は個別の取引契約の詳細なインセンティブに光を当てることに成功し、これから事例を踏まえて詳しく議論するように略奪的価格付けとは異なる文脈で排除の効果を持ち得ることが明らかになってきた。ただ

¹¹⁴ スクリーニング型の価格差別とは、買い手に取引のメニューを提示し、自発的に選択させることで買い手の購入意欲に関する情報を集めることを目的とするものである。これにはより多くの取引を実現する効果があり効率性に対して正の効果を持つ。数量割引はスクリーニング型の価格差別のうちでも最もポピュラーなものである。

し、仮に排除の効果が存在するとしても排除が（関係特長的）投資のインセンティブを促進する、または規模の経済性が大きく複数の企業による巨額の投資が社会的に望ましくないような場合には、排除自体が社会厚生を増加させることもある。以下では忠誠リベートの事例として「インテル事件」と「3M事件」の2つを取り上げ、主に排除効果に焦点を当てて議論するが、これらの点については常に留意しなければならない。

それでは、事例に沿った議論を行ってみよう。

5 - 1

<事例1：インテル事件（日本）>¹¹⁵

概要：MSS（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）

に応じて、割戻しや資金提供といった忠誠リベートを付与。それは、以下のメニューに従っている。

MSSを100%とし、インテル製以外のCPUを採用しない。

MSSを90%とし、インテル製以外のCPUの採用を10%以内に押さえる。

生産数量の多い複数の商品群については、インテル製以外のCPUを採用しない。

結果として、日本AMDや米国トランスメタの国内CPUシェアは24%から11%に低下した。

* 価格差別としての解釈

まずインテルの忠誠リベートは数量割引、すなわち価格差別と解釈できる。その場合、インテルは自社のCPUをどれくらい選択するつもりがあるかという点についてPCメーカーのスクリーニングを忠誠リベートによって実行している。スクリーニングを通じてインテル製CPUをどれくらい利用したいと考えているのか、などの技術的な要因に関する情報がインテル社に伝達され、より効率的な取引を実現することができる（より多くの余剰を生み出すことができる）。また、インテル事件当時、インテルはPCメーカーが製造する全機種に対応するCPUを生産していたのに対し、ライバル企業のCPUは中下位機種のみに対応していた。したがって、忠誠リベートは上位機種と中下位機種の抱き合わせとしても解釈可能である。忠誠リベートがインテル社の全製品への評価という情報を得るためにスクリーニング型の価格差別ならば、やはり社会厚生に正の効果を持つ。ただし、スクリーニングとしての抱き合わせが適切に機能するためには、抱き合わされる財の間に負の相関が存在する必要がある。けれども、CPUの場合には高位機種CPUを多く購入するPCメーカーは同時に中下位機種CPUも多く購入するだろう。このような正の相関

¹¹⁵ 平成17年4月13日公取委勧告審決。

が存在する場合は価格差別としての機能は弱い。繰り返しになるが、忠誠リベートによるディスカウントが価格差別を主な目的としている場合には、それが排除に相当するかどうかはインテルが提示する実質価格が平均費用を下回るかどうかのみを判断基準にすればよく、もしライバル企業が同等に効率的ならばリベートの基準に相当しない部分への参入は可能となるはずである。

* 排他条件付取引契約としての解釈

次に、インテル事件はまず排他条件付取引契約として解釈してみたい。インテル事件では忠誠リベートをPCメーカーにオファーしたのはインテルのみであり、ライバル企業とオファー競争を行ったわけではない。実際、インテルはCPU市場で歴史的な背景やブランド力、シェア、または製品のラインアップといった点から支配的な地位にあると考えられる。したがって、インテルが先導者 (first mover) として忠誠リベートをオファーし、競争環境に影響を与えようと試みた状況を想定することは妥当だろう。ただし、古典的なシカゴ学派の議論にしたがえば、顧客側のインセンティブを考慮すると、より効率的な企業を排除するためには相応の対価を顧客に移転する必要があり、たとえ先導者であっても排他条件付取引契約を通じて排除を達成することはないとされる。この議論はかなりの影響力を近年まで与えてきた。けれどもゲーム理論の発展を踏まえたシカゴ学派以降の研究の進展により、「違約金」と「取引間の外部性」に着目すると排他条件付取引契約が実際に排除効果を持つことが明らかになっており、現在では相当の影響力を持つ。

インテル事件ではメニューの条件を「達成しなかった」場合にPCメーカーはリベートを受けることができず、それは達成できなかった部分についての違約金と同様の効果を持つことになる。Aghion-Bolton (1987)の議論にしたがうと、ライバル企業が参入したりシェアを維持したりするのはこの違約金を負担せざるを得ない、これはRRC型の排除行為となる¹¹⁶。したがって、リベート受け取り後の(実質)価格をベースとして考え、それが平均費用を上回っているとしても、同等に効率的な企業が参入や供給量の維持拡大を行うためには、PCメーカー側にリベートに相当する額(違約金)の追加負担が必要となり追加的なコストをもたらす。さらに、仮にインテルのライバル企業が十分に効率的で参入や供給量の維持拡大が可能であったとしても、違約金を負担するのでそのレントはPCメーカー側に移転される(したがってPCメーカー側にも忠誠リベートを受け入れるインセンティブがある)。

また、Rasmusen et al. (1991)やSegal-Whinston (2000)にしたがうとインテルと各PCメーカーとの取引の間に生じる外部性に着目して排除効果を明らかにすることができる¹¹⁷。ライバル企業が生産能力を拡大しシェアを伸ばすためには工場の建設などの大規模な

¹¹⁶ Aghion, P. and P. Bolton, (1987), "Contract as a Barrier to Entry," American Economic Review, 77, 388-401.

¹¹⁷ Rasmusen, Eric B.; Ramseyer, J. Mark and Wiley, John Shepard Jr., (1991) "Naked

固定費用が必要だと考えられる。したがって、ライバル企業の参入やシェア拡大のためには固定費用をカバーするために一定量以上のPCメーカーとの取引を確保する必要がある。すると、CPUの取引契約には外部性が発生し、各PCメーカーは他のPCメーカーがライバル企業と取引していないならば当該メーカーも取引しないという選択を行うようになる。このとき、インテルはリベートを通じてPCメーカー側にレントを渡すことで、乗り換えのインセンティブを下げるのが可能となり、PCメーカーが一斉にライバル企業へ移ることが阻止される。つまりは、PCメーカーをインテルにとって望ましい「協調的均衡」に誘導することが可能となり排除が実現する。レントは忠誠リベートに参加していないPCメーカーからの独占レントとして発生し、その一部はリベートを通じてPCメーカーに移転される。このことからPCメーカーにも忠誠リベートを受け入れるインセンティブが生まれることになる。実際に、忠誠リベートをオファーされたPCメーカーのシェアは77%だった。残りのPCメーカーがどの程度インテル製のCPUを採用し、そのときの取引価格がどの程度割高だったのかをテストすることで、この議論が妥当するかどうかを判断できるだろう。

* 抱き合わせとしての解釈

インテルの忠誠リベートは抱き合わせとしても解釈できる。上記のようにインテル事件当時、インテルはPCメーカーが製造する全機種に対応するCPUを生産していたのに対し、ライバル企業のCPUは中下位機種のみに対応していた。したがって、MSSにもとづくリベートは上位機種対応のCPUと中下位機種対応のCPUの抱き合わせ販売として解釈ができる。上位機種対応のCPUと中下位機種対応のCPUを抱き合わせて販売することにより、中下位機種についてはライバル社のCPUを購入しようと考えていたPCメーカーにとっての上位機種対応CPUの購入価格は相対的に高くなる。結果としてライバル社からの購入を取りやめる（この議論はWhinston (1990)にしたがっている）¹¹⁸。さらに、Nalebuff (2004a)によれば、抱き合わせによってライバル企業の残余需要を減少させることが可能となる¹¹⁹。そして、インテルはライバル企業を排除するか、排除できなくても利潤を増加させることができることになる。抱き合わせの排除の効果はとくに代替的な財同士の抱き合わせについて有効であるが、上位機種CPUと中下位機種CPUはこれに当てはまる（上位機種CPUは中下位機種CPUの上級代替財である）。また、上述したように抱き合わせがスクリーニング型の価格差別として機能するためには抱き合わされる財の間に負の相関が存在する必要がある。けれども、CPUの場合には上位機種CPUを多

Exclusion,” *American Economic Review*, 81, 1137-45.

Segal, Ilya R. and Michael D. Whinston (2000), “Naked Exclusion: Comment,” *American Economic Review*, 90, 296-309.

¹¹⁸ Whinston, Michael D. (1990), “Tying, Foreclosure, and Exclusion,” *American Economic Review*, 80, 837-59.

¹¹⁹ Nalebuff, B. (2004a) “Bundling as an Entry Barrier,” *Quarterly Journal of Economics*, 119, 159-188.

く購入するPCメーカーは同時に中下位機種CPUも多く購入するだろう。このような正の相関が存在する場合は価格差別としては機能せず、むしろ排除の効果の役割が大きくなると考えられる。

5 - 2

< 事例 2 : 3 M 事件 (米国) >

概要¹²⁰ : 3 M は透明テープをスコッチブランドで販売しており支配的企業であった。それに対し、ルパージュはプライベートブランドで透明テープを販売し、1990 年代初めで 14 % のシェアであった。3 M はプライベートブランドの透明テープの販売も開始したが、6 つの生産ラインについてのバンドルされたリベートを開始、リベートの率は購入額の目標成長率が達成されたライン数にあわせて支払われた。リベートの率は 0.5 % から 2.0 % であった。

* 抱き合わせとしての解釈

3 M 事件についてはこの価格差別が不当廉売行為に当たるかどうかは、Nalebuff も指摘しているように、本来は透明テープ単体の価格と費用を比較すべきであるが、それは極めて困難である。また抱き合わせられた財の間には、ある財をより多く購入する小売業者は別の財もより多く購入するという意味で正の相関が存在するので、価格差別の効果は以下に述べる参入阻止の効果よりもかなり小さいと考えられる。インテル事件と同様に排他条件付取引契約としての解釈も可能だが、むしろ抱き合せ販売としての側面が強いだろう。従来のシカゴ学派の議論は支配的な企業には抱き合わせのインセンティブが存在しないというものであったが、その背後には市場間に相互関係が存在しないという仮定が存在している。市場間の相互作用を認めたならば、抱き合わせはむしろ、不当廉売とは異なりコストがかからない排除の効果を持つことが明らかになっている。

もし 3 M が各ラインで市場支配力を保有しているならば、透明テープと他のラインとを抱き合わせることで、ルパージュの価格設定に対してよりアグレッシブな価格付けを行うインセンティブをもつことができる（透明テープの生産価格を割り引いて計算することができるので。抱き合せ販売はコミットメントとしての役割を果たす）。結果として、透明テープ市場の価格は下がり利潤も減少する。よってルパージュの退出を促すことが可能となるだろう。これは上述の Whinston(1990) にしたがった議論である。また、やはり抱き合わせによってライバル企業の残余需要を減少させることが可能なので、この効果によってライバル企業を排除もしくは利潤の増加が可能となる(Nalebuff (2004a))。

さらに Nalebuff (2004a) は興味深い議論を行っている。財 A について独占的である企業が競争的な市場で財 B を供給する場合、財 A を単独で販売するときの価格を非常に高くす

¹²⁰ 詳細については 3 - 3 (1) の【参考】を参照されたい。

ることで抱き合わせされた財 B の実質価格を低くできる。もし顧客が財 B を購入しない場合には高い価格で財 A を購入する必要性が生じるので、財 B が購入するインセンティブが強化されているのである。顧客は財 A を購入するためには相対的に安い財 B との抱き合わせで購入せざるを得ず、このときもし財 A と財 B の抱き合わせ価格と財 A 単独の価格との差が財 B の生産コストよりも低いならばこれは実質的に不当廉売と同じ効果を持つ。したがって、同等に効率的な企業であっても財 B の市場から排除されることになる。このとき、実際に不当廉売が行われるわけではないので平均費用の基準を用いることはできない。むしろ、財 A のみの販売価格と財 A と財 B の抱き合わせの販売価格の差が財 B の生産費用を上回るかどうかをテストすることで判断する必要がある。

また、スコッチブランドとプライベートブランドとは代替財であることに着目した議論も可能である (Nalebuff (2004b))¹²¹。3 M はスコッチブランドについては独占企業であるがプライベートブランドについてはルパージュと競争している。このとき、プライベートブランドの価格を低くすることでルパージュと競争することも可能であるが、このとき顧客はスコッチブランドのテープから価格が下がった代替財であるプライベートブランドへと乗り換えてしまう。むしろ、プライベートブランドの価格を下げずにスコッチブランドのラインと抱き合わせて（一括して）リベートを渡すことにより、プライベートブランドへの乗り換えのインセンティブを抑制しながらルパージュを排除することが可能となる。もちろんプライベートブランドは高価格となるがそれはリベートによって相殺されており、プライベートブランドの価格の引き下げはないのでスコッチブランドからプライベートブランドへの乗り換えも起こらない。

以上のように、忠誠リベートという価格設定の行為によっても、競争の環境を変化させることで間接的に排除を可能とすることができる。ただし、もし価格差別を通じた価格競争としての効果を強調するならば、排除の効果に着目し上述のとおりそれが略奪的かどうか議論の中心となるだろう。したがって、そもそも忠誠リベートが価格差別（価格競争）をターゲットとしたものなのか、それとも支配的な企業がライバル企業の参入やシェア拡大のインセンティブに影響を与えることをターゲットにしたものなのかを識別することが重要となってくる。それに応じて判断の基準、つまりはシンプルに同等に効率的な競争者テストを行うべきなのか、それとも rule of reason にしたがった判断をするべきなのかに変化することになる。個別の取引環境におけるインセンティブに注目した議論はゲーム理論や新産業組織論、契約理論の発展により可能となったが、状況に応じたモデル分析と判断を行う必要がこれまで以上に要請される。したがって、例えば同等の効率性基準のようなシンプルな判断基準は設けることはできない。だが、排他条件付取引契約についても抱き合わせ販売についても、スタイライズドされたモデルを踏まえた一般性を持つ結論の蓄積

¹²¹ Nalebuff, B. (2004b), "Bundling as a Way to Leverage Monopoly," Yale School of Management working paper.

が経済学にてなされており，それを忠誠リベートの問題に適用することも可能であり，そこに存在する（可能性がある）目的を明らかにすることは興味深い。

6 結語

6 - 1 要約

まず，これまでの議論を簡潔にまとめておきたい。

不公正な取引方法に係る公正競争阻害性については，自由な競争への侵害（自由競争減殺），競争手段の不公正さ，自由競争基盤の侵害，の3つに分類されてきた。自由競争基盤の侵害をどう位置づけるかについては多くの議論が行われてきたが，他の公正競争阻害性の問題とは独立して議論することが可能であると考えられる。一方，競争手段の不公正さについては，「能率競争」（competition on the merits）からの乖離によって説明し，自由競争減殺については，能率競争といった概念を用いることなく，「競争の実質的制限」よりも低い水準で予防的に規制する，私的独占の予防的規制として位置づけられ，「能率競争」とは別の次元で整理されるのが通常であった。

しかし，このような自由競争減殺型の不公正な取引方法は，競争の実質的制限の希釈化されたバージョンを充足するか否かを検討すれば十分というわけではないのではないかと。特に競争者排除行為についていえば，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の区別が必要になる。

この問題は，欧米について近年大きな関心を集めているところであるが，そうした関心の焦点であるEC条約82条やシャーマン法2条に日本法で対応している私的独占のみならず，不公正な取引方法（自由競争減殺型）についても同様に重要な問題である。換言すれば，能率競争概念を自由競争減殺型の不公正な取引方法についても整理することが必要と考えられる。

では，自由競争減殺型の不公正な取引方法における手段の不当性はどのように捉えればよいのだろうか。まず，欧米の（法学者・経済学者による）議論を参考にすることとする。米国における議論の歴史をみると，いわゆる「冷遇的態度」，さらにそれに対するシカゴ学派からの批判が行われ，その後80年代以降は，新産業組織論・ゲーム理論を機軸とした理論的展開により，多くの慣行が特定の局面では競争に悪影響を与えるものであることが主張されるようになった。ただし，そのような議論の変遷を経過しても，「不当な」排除についての明確な基準に至っていないわけではない。欧州においてもその点は同様であり，米・欧それぞれにおいて競争当局等で明確化のための検討が進められている。

能率競争をどうとらえるべきかは，既に我が国の独占禁止法でも問題になってきているといえる。有線ブロードネットワークス事件，インテル事件等においては，手段（競争プロセス）の当否の問題が焦点になっており，各行為がいかなる観点から不当であるとみることができるかが問われている。その問いは，不公正な取引方法における規制を考える上でも共通の問いなのである。

では、具体的に「不当な」排除はどのように考えればよいのだろうか。何が不当な排除なのかという問題と、それを踏まえてどのような比較衡量を行うべきかの問題を分けて議論する必要があるところ、米国を中心に展開している議論については、次のような整理が可能である。

比較衡量型フォーマット

(排除の態様に係る不当性の有無は重視せず、)競争促進効果と反競争効果の比較衡量を行う考え方であるが、問題点としては、i)消費者厚生を基準とするのか、社会的効率性を基準とするのか、という基準選択、ii)当該行為者にとっての基準の不明確さ、という点が挙げられる。いずれにせよ、単に経済厚生の最大化という帰結主義的な議論だけでなく、行為の妥当性をめぐるプロセスの評価が必要であり、それがなければ比較衡量型フォーマット自体機能しなくなる。

競争プロセス(特定の形態の排除の不当性)を問題にする考え方

これには、主に i)利潤犠牲基準(経済的有意味性基準)、ii)同等に効率的な企業に対する脅威といった考え方がある。まず、利潤犠牲基準(経済的有意味性基準)は、ある行為の結果として相手方を市場から追い出し、独占利潤の獲得ないしはその蓋然性があり、そうした利潤を考えない限り当該行為が自分にとって利益にならない(又は経済的に意味をなさない)ような行為を排除と呼ぶものである。これについては、これを不当性の必要条件とする議論にも、十分条件とする議論にも問題がある。前者については、例えばライバル費用引上げ戦略の場合を不当とすることができなくなってしまうという問題があるし、後者についても、長期的な利益を目指す研究開発のような場合を問題視してしまう可能性がある。

一方、同等に効率的な企業に対する脅威という考え方は、問題となっている市場において、自らと同等若しくはそれ以上に効率的な競争者を排除しそうな行為を排除と呼ぶものである。これについては、特に略奪的価格設定に関する基準としては有益と考えられるが、様々な行為類型につき統一・横断的に適用可能な基準することは難しい。

これらは、「このような形で競争を害するものであるならば、それは能率競争の考え方に反するものである」という、定義と概念を一緒に出そうとする<統合型>のアプローチであった。これに対し、特定の非難に値する行為を取り上げるものとして、ライバル費用引上げ戦略(RRC)や、これに関連する cheap exclusion を挙げることができる。この場合、排除の不当性の考え方は個々の行為類型ごとに具体化される必要があるが、最終的なルールは比較衡量型フォーマットで判断するということになる。

米・EUの競争当局や立法府においても、このようなルール作りについての議論が近年進展しているが、明確なコンセンサスの得られるような答えがでていない。

このように、排除の不当性をとらえるための考え方には様々なものがあるところ、統一な基準を設けることは困難であり、競争プロセスを害する形態ごとにそれぞれ基準を作っていくことが必要になる。この基準作りを具体的に考えるために、本報告書では、特に

忠誠リベートを例にとる。このような行為類型の場合、不当性をどのように評価するかで、不当な排除の基準は変わってくる可能性がある。略奪的価格設定と同様の基準（米国や欧州委員会 82 条 DP における立場）が採用されるべきとする考え方と、費用基準をとらない考え方（リベートを考慮した実質価格のコスト割れを必要としない立場）に大別される。本稿では、忠誠リベートについて 価格競争（/ 価格差別）としての側面、 価格競争以外の側面としての排他条件付取引契約 / 抱き合わせとしての側面があることを踏まえ、それぞれの側面から、インテル事件（日本）及び 3 M 事件（米国）について経済学的解釈を試みた。

6 - 2 私的独占規制 / 不公正な取引方法規制へのインプリケーション

以上の検討から、我が国独占禁止法における自由競争減殺行為（一定の不公正な取引方法及び私的独占行為）に係る規制について、どのようなことが示唆されるであろうか。これまで参照したのは、日本における私的独占の事例並びに米・EU における規制の状況及び学界での議論であり、米・EU については、いずれも日本の法制でいうなら競争の実質的制限たる私的独占との関連性が最も強いものである。しかし、これまでに何度か述べたとおり、その検討は不公正な取引方法の規制の在り方を考える上でも同様に重要な意味を持つものと考えられる。

6 - 3 厚生分析と competition on the merit

競争政策・法運用における経済分析の活用必要性はいうまでもなく、また、企業結合規制を中心に経済分析の活用は進行中であるが、効果ベースのアプローチだけで違法性判断が可能になるわけではない。本報告書で取り上げたような能率競争（competition on the merits）の観点から正当化可能な行為か否かについての検討も伴って、初めて適切な判断が可能になるといえる。

しかし、その基準をどこに求めるべきかについては、アカデミズムにおいても未だ明確な答えが出ているわけではないし、競争当局においても国際的に概ね意見の一致をみるような状況にもない。ただ、そのための努力は、前者については数年前から欧米を中心に積み重ねられてきている。後者においても、3 - 3 でみたとおり、米・欧当局における考え方の整理が進行中であり、また ICN（International Competition Network）においても 2006 年から単独行為規制に焦点を当てた検討が進められてきている¹²²。

そのような努力から現時点でおぼろげながらもいえるのは、one-size-fits-all 的な基準を定めることの困難さ、あるいは不適當さではなからうか。能率競争とは（あるいはそ

¹²² 2006 年～2007 年における検討の成果として、International Competition Network, the Unilateral Conduct Working Group, “Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-created Monopolies,” presented at the 6th Annual Conference of the ICN (Moscow, May 2007) を参照されたい。

れが妨げられている状況とは)何かについての普遍的な答えを求めるのではなく、国内・国外の事例の蓄積も踏まえて、行為のタイプごとに考え方を整理していくことが必要と考えられる。

そのような能率競争の問題に経済学がどこまで寄与できるのか。経済学は、能率競争とは何かという問いへの一般的な答えを提示することは難しいかもしれない。しかし、既に見たとおり、ある行為が有する競争促進効果と反競争効果の蓋然性判断のための材料を提供することは可能である。特に、効率性を達成する目的・効果のあり得る行為なのか、それはどのような場合に妥当するのかを示すことは可能である。

本共同研究では、そこから示唆される判断基準の提示までは至らなかったが、経済活動の帰結(厚生)以外の価値にも考慮する新たな経済学の枠組みの構築も検討に値するのではないか¹²³。その際には、経済学及び法学がそれぞれ既存のディシプリンを維持しながら共同研究を進めるだけでは不十分なのであり、互いの領域を侵食し合いその存立基盤にも影響を与え合うような、trans-disciplinary な形での研究が求められることになるであろう。

6 - 4 今後の課題等

最後に、本共同研究では十分に組み込まなかった点、今後の課題として残された点について言及しておきたい。

第1に、我が国独占禁止法事案、特に不公正な取引方法そのものの分析を十分に行うことができなかつたという点がある。実際に、本稿において直接的に不公正な取引方法事案を取り上げることはできなかつた。ただ、冒頭に触れたとおり、競争者排除型行為に係る不公正な取引方法について考える際の評価の観点、私的独占と、あるいは諸外国の単独行為規制と共通するものが必要なものであり、本稿はその探求のための基礎論と目指したものである。いずれにせよ、更なる議論の深化が必要であることはいうまでもない。

第2に、検討の対象とした行為類型が忠誠リベートという限られたものとなってしまったという点が挙げられる。既に述べてきているとおり、行為類型ごとの能率競争概念の比較こそ議論の中核となるべきであり、そのためには様々な類型をみていくことが第一ステップとなる。本報告書はそのハードルすらクリアしていないのかもしれないが、今後の検討課題とせざるを得ない。

¹²³ 競争政策における帰結主義的判断基準への批判として、前注45に掲げた文献のほか、Suzumura, Kotaro (2005), "Competition, Welfare, and Competition Policy," in U. Schmidt and S. Traub eds., *Advances in Public Economics: Utility, Choice and Welfare*, 1-15.