

## 競争者排除行為の違法認定基準（上）

著者	滝川 敏明
雑誌名	公正取引
巻	671
ページ	22-34
発行年	2006-09
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10112/4972">http://hdl.handle.net/10112/4972</a>

## 競争者排除行為の違法認定基準(上)

関西大学法科大学院教授 滝川 敏 明

## 目 次

- I はじめに
- II 排他行為全般の違法認定基準
- III 価格排他行為(略奪価格)の違法認定基準
- IV 取引拒絶と不利取り扱いの規制  
(以上本号)
- V 垂直的取引拒絶とライバル差別の規制
- VI 価格圧搾——垂直的価格設定による排他行為
- VII むすび(引用判決・決定・審決・引用文献)  
(以上次号)

## I はじめに

主要国の独禁法において、競争者排除行為の規制基準が最も重要な検討課題となっている。米国では反トラスト当局(司法省反トラスト局と連邦取引委員会)が公聴会を開催中(2006年後半)であり、公聴会後に政策文書の発表が予定されている。EUの欧州委員会は、違法基準についてのディスカッション・ペーパーを公表し、パブリックコメント期間を経て、シンポジウムを開催した(2006年6月)。EUペーパーは、独禁法執行機関が排除行為の違法認定基準を論理的に説明しているの、現時点で最も重要な政策文書である。日本では、競争者排除行為に関する2つの大型事件審判(マイクロソフト事件とNTT東日本事件)が継続中(後者は審判終結、審決未公表)であり、また、勧告審決後の大型損害賠償訴訟(AMD対インテル事件)が継続中である。

競争者排除行為とは、市場において支配的力を有する企業が、競争相手を不利にする行

為を指す。「競争者費用引き上げ(raising rivals' cost)」論(Krattenmaker and Salop, 1986)が示すように、競争者を市場から排除するに至らなくても、その経営費用を引き上げて、競争上不利にするだけで、支配的企業は市場支配力を形成・維持・強化できる。市場からの排除に問題が限定されないことを示すため、以下の本稿では「排他行為(exclusionary conduct)」の用語を用いる。「排他行為」は、競争者の費用を引き上げることにより、競争者を不利にする行為を指す。

「競争者費用引き上げ」論は、排除に至らない場合にも排他行為の規制を及ぼすことを意味するだけであり、相手の費用を引き上げる行為のすべてを非難しているわけではない。支配的企業の経営効率を引き上げる行為が、同時に競争相手の費用を引き上げることが少なくない。排他行為は、それ自体に悪性があるわけではなく、正当なものや不当なものがある。不当な排他行為を正当な排他行為(正常な競争活動)から区分する基準が求められている。

排他行為は、米国反トラスト法では「独占行為 monopolization」(シャーマン法2条)として規制される。EU競争法では、支配的地位の濫用行為(82条)として規制される。いずれも、規制対象を支配的企業(市場支配力を既に有する、あるいはその獲得可能性の極めて高い企業)に限定することが共通する。

支配的企業だけを規制対象にするのは、単

独行動による排他行為は、複数企業の協調と比べて、競争の本来の姿であるので、規制対象の企業を限定する必要があるからである。規制対象を限定すべきなのは、単独の企業による排他行為についてであり、複数企業の協調による排他行為(共同ボイコットが典型)には協調規制を適用する。このため、排他行為規制は、「単独行為 (unilateral conduct)」規制として行われる。本稿の検討も単独行為に限定する。

日本の独禁法においては、排他行為(単独行為)規制は、独占行為規制(私的独占規定:独禁法2条5項)と共に、不公正な取引方法規制(法2条9項)としても行われる。不公正な取引方法規制は、市場支配力を有しない企業も規制対象とする。ただし公正取引委員会(公取委)は、流通・取引ガイドラインにより、排他行為の種類に属する不公正な取引方法の多くについては「有力な事業者」に規制対象を限定している。

排他行為規制の論点は、①単独による市場支配力(獲得の高い危険性を含む)の認定基準、②不当な排他行為を正常な競争活動(対抗行動)と区分する基準、の二つである。重要論点は②に集中しており、本稿のほとんどの検討対象も②についてである。①市場支配力の認定基準については、合併規制における市場支配力の検討とほぼ共通する。合併規制基準の国際調和(米国1992年合併ガイドライン・EU2004年合併規則とガイドライン・日本2004年企業結合ガイドライン)により、市場支配力の認定基準は、経済学的視点による国際統一が実現した。ただし、合併規制の場合とは異なり、排他行為(単独行為)を違法とするための必要条件としての市場支配力は、寡占協調による市場支配力ではなく、単独行動による市場支配力である。行為企業が単独で少なくとも50%程度を超える市場シェアを有することが、違法認定のた

めに必要である。

排他行為(単独行為)の不当性認定基準として、米国・EU・日本共通に異論がないのは、単独行為が排他的であることだけでは違法とはせず、排他行為に不当性がある場合に違法を認めることである。行為の不当・正当の分別基準は、米国・EU・日本のいずれにおいても確立しておらず、現在、公聴会などで論議されている。

もっとも、日本のこれまでの独占行為(私的独占)事件の勧告審決は、排他行為に不当性があることを違法認定の要件として示してこなかった。「私的独占」とは、……他の事業者の事業活動を排除し、……一定の取引分野における競争を実質的に制限することをいう(独禁法2条5項)の条文を審決は形式的に適用してきた。行為企業が排他行為により、競争の実質的制限(つまり市場支配力)を形成・維持・強化したので、違法であると審決は認定してきている。これは、2005年度までの独占行為(「支配」型を除く)審決がすべて勧告審決(公取委の勧告を被疑企業が応諾することにより審決となるもの)であったため、排他行為の正当性を被疑企業が主張しなかったためである。

排他行為が「競争の実質的制限」(市場支配力の形成・維持・強化)を招くだけで違法とすれば、単独取引拒絶や廉売のように通常は正当な行為であっても、市場支配力を既に有する企業が行為者である場合には、通常的に違法を認定することになる。これでは、支配的企業は積極的な競争活動を行えず、受身の姿勢に徹することを余儀なくされる。「事業者の創意」が妨げられ、「国民経済の民主的で健全な発展」(独禁法1条)が阻害されるので、独禁法の目的に反する。2条5項の「競争の実質的制限」は、不当な排他(条文では「排除」)行為がもたらす市場支配力と解釈する必要がある。

勧告審決とは異なり、審判審決においては、

排他行為の正当・不当が論議される。独占行為(排除型)についてはじめての審判判決であるニプロ事件審決(2006年)では排他行為の正当・不当が論議された。審判終結(NTT東日本事件)と継続中(マイクロソフト事件)の二つの独占行為事件も同じである。また、最近の二つの不公正な取引方法事件判決では、排他行為の正当・不当を東京地裁が判定した(LPガス差別対価判決およびヤマト運輸対日本郵政公社判決)。

排他行為について不当行為と正当な競争活動を分別する基準を設ける必要性が、米・EUのみならず日本の独禁法(私的独占および不公正な取引方法)適用にも該当する。日・米・EU独禁法に共通する排他行為(単独行為)の不当性認定基準を以下では探る。

## II 排他行為全般の違法認定基準

### A 違法認定の「積極過誤」と「消極過誤」

独禁法の規制目的は、競争の維持・促進による消費者厚生増大(国民経済の効率向上と発展)である。中小企業等の競争者を保護することではなく、競争を保護することが独禁法の目的となる。支配的企業の行為が排他的に働く、つまり、競争相手を不利にしても、それだけでは不当(違法)と認定すべきではない。排他性が伴うことは、対抗としての競争行動の本質である。同様に、競争相手を排除する意図を支配的企業が有することが明らかであっても、それだけでは単独行為を違法とするべきではない。排除意図は競争活動の攻撃性をあらわすにすぎず、競争は攻撃的性格を本来的に伴う。排他効果のある行為であっても、それを上回る市場競争上の利点があれば、その排他行為に違法を認定すべきではない。

排他行為の評価において考慮すべき利点は、市場競争上の利点に限定する必要がある、雇用維持などの社会政策あるいは産業政策上の

考慮まで利点に含めてはならない。この視点から、排他効果を打ち消すための抗弁として認める効率を米国反トラスト当局は「競争志向的効率(pro-competitive efficiency)」に限定している。競争志向的効率の中心は生産・経営効率である。安全・健康の確保は、市場経済の前提となる価値なので、競争志向的効率に含められる。

排他行為(単独行為)は、行為の経済効果を詳しく分析しなければ違法・合法を判定できないので、外形的な行為パターンにより違法・合法を明確に区分できない。協調行為(その核のハードコアカルテル)とは異なり、単独行為は違法性が不確定である。不確定な状況の中で、違法・合法を判定しなければならないため、排他行為の違法判定には誤りが生じることが避けられない。判定の誤りは、①正常な競争行為を違法と認定してしまう誤り(積極過誤: false positive)、②消費者利益を害する不当行為に違法を認定しない誤り(消極過誤: false negative)に分かれる。

排他行為全般について、米国反トラスト当局と裁判所は、違法認定における積極過誤を最小限にすべきとする姿勢を強めた。排他行為(単独行為)についての最新最高裁判例である *Trinko* (*Verizon v. Trinko*) 判決が代表例であり、次の見解が表明された。シャーマン法2条(独占行為規定)は適用が難しい。違法な排他行為を正当な競争から区分することが困難だからである。誤った判定をして、本来合法的な行為を違法とすることはとくに高価な損失を招く。反トラスト法が保護しようとする行為そのものを行う意欲を企業から奪うことになるからである(*Trinko*, 540 U.S. 398, 414)(注1)。

排他行為審査における積極過誤に米国最高裁と反トラスト当局が敏感なのは、攻撃的競争行動を独禁法により抑制すれば、長期的に

消費者利益を損ないやすいと見ているためである。しかし、この政策姿勢はグローバルな妥当性を有するわけではない。マイクロソフトの違法行為(米国第三次マイクロソフト訴訟)の例に明らかなように、支配的企業の単独行為による競争制限が消費者利益を大きく害する場合が少なくない。EUと日本の独禁当局(欧州委員会と公正取引委員会)は、米国に比べて消極過誤のリスクに敏感な姿勢を示してきている。

排他行為の中で、価格引下げによる排他行為(略奪価格)については、後記のとおり、積極過誤を最小限にする基準がグローバルな妥当性を有する。これに対し、価格排他行為を除く排他行為(一般排他行為)については積極過誤と消極過誤の双方を低めることをこころがける必要がある。

## B 短期的犠牲テスト

排他行為(単独行為)の違法認定における「積極過誤」を最小限にすべきとする視点から、米国反トラスト当局は、「短期的犠牲テスト」(short-term sacrifice test)と呼ばれる違法認定基準を提唱した(注2)。これは、支配的企業の排他行為が、短期的利益を犠牲にして顧客を奪うことにより、競争相手を苦しくしようとするものであり、独占を実現した後に価格を引き上げて、損失を回復する以上の利益を獲得しようとするものである場合に、排他行為の違法を認定する基準である。短期的損失をこうむる行為でなければ、経済的に(あるいはビジネス上)合理的行動なので、競争者を排他するものであっても、違法を認定すべきでないと反トラスト当局は考えている(Werden, 2006. pp.413-14)(注3)。

### 1 増分としての短期的な損失

短期的犠牲の「犠牲」は、排他行為の結果として実際に損失をこうむっている場合に限定

しなければならない。この損失は、販売増分によりこうむった費用増分が、収入増分よりも大きい場合に認められる(Edlin and Farrell, 2004, p.525)。この意味での損失をこうむる行為なので、行為の不合理性が推定できる。

これとは異なる見方として、犠牲を機会費用としてとらえる見方がある。支配的企業による供給・販売が損失を出していなくても、他のより利益の大きい供給・販売方法を犠牲にして、より利益の低い方法を採用しているのならば、機会費用としての短期的犠牲はこうむっている(Edlin and Farrell, 2004, p.509)。この意味での犠牲は、企業が競争において通常的に支払っている犠牲なので、これにより違法を認定すべきではない。

### 2 短期的犠牲テスト判例——米国最高裁 Trinko 判決

「短期的犠牲テスト」は、反トラスト法における価格排他行為(略奪価格)の違法基準としては既に定着している。収入増分(価格)が費用増分(変動費用)を上回っていれば、短期的利益を実現しているので、常に合法とする基準である。反トラスト当局の短期的犠牲テストは、略奪価格の規制基準を排他行為(単独行為)全般に拡大するものである。

最高裁も、「短期的犠牲テスト」を単独行為全体に適用することを示唆する意見を Trinko 判決において表明した。Trinko 判決において最高裁は、それまでの代表的単独行為判決である Aspen 判決を再解釈して、アスペン(スキーゲレンデ会社)の取引拒絶(隣接ゲレンデ企業との共通リフト券発行の停止)の違法性は、アスペンが「短期的利益を犠牲にして、反競争的目的を達成する意欲を示した」(540 U.S. 398, 409)ので、認められると表明した。

従前の解釈では、それまで継続していた取引をアスペンが合理的理由なく停止した「行為変化」に不当性を認める見方が一般的であっ

た。これに対し、Trinko判決の見方では、行為変化の事実ではなく、それまで取引(共通リフト券発行)によって利益をあげていた(自由意思により取引したのだから利益になる取引である)ものを、取引停止によって「短期的利益を放棄した」場合に排他行為の不当性が認められる。この論理によると、新規取引をすべて拒絶する場合であっても、短期的犠牲をこうむる場合には違法を推定される。

Trinko事件における支配的企業(電気通信の加入者回線業者のヴェライゾン)は、インターネット接続サービスの対抗企業に対し、加入者回線(電話局と各戸を結ぶ通信回線)への接続の取引拒絶(接続提供における不利取り扱い)を行った。しかし、加入者回線の接続提供の対価としてヴェライゾンが接続相手企業から受け取る接続料は、電気通信法の規制により費用基準の料金なので、利益がない。このためヴェライゾンは、取引拒絶により短期的利益を犠牲にしたわけではない(したがってヴェライゾンの取引拒絶は反トラスト法違反ではない)(注4)。

### 3 短期的犠牲テストの批判

「短期的犠牲テスト」については、略奪価格の違法認定基準としては妥当としても、単独行為全般の違法認定基準としては、違法範囲を狭めすぎるとする批判が有力である。この基準によれば、マイクロソフトが実施した排他行為(ネットスケープを採用するPCメーカーとの取引拒絶など)のように、極めて大きい排他効果を発揮するのにかかわらず、短期的利益を犠牲にはしていない行為が合法とされてしまうからである(Hovenkamp, 2005a)。

短期的犠牲テストが、違法範囲を狭く限定しすぎるとすれば、合法範囲を限定するためにこのテストを使用することが考えられる。つまり、短期的利益を犠牲にする行為は常に違法であると認定することになる。しかし、この基準も常に妥当なわけではない。短期的

利益を犠牲にして、長期的利益の増大を図ることは、規模の利益が大きい装置産業(半導体、先端家電など)においては、通常実施されている合理的企業行動であり、不当な排他行為とみなすべきではないからである(Elhauge, 2003, p.274)。ただし、この批判は、短期的犠牲を機会費用との比較からとらえる場合にとくに当てはまる。短期的犠牲を増分としての損失としてとらえる(前述Ⅱ.B.1)場合には、批判が該当する範囲は狭まる。

まとめとして、短期的犠牲テストは、排他行為全般の基準としては、違法範囲を狭めすぎるので、妥当性を欠く。Ⅲで述べるように、価格排他行為に違法を認定する条件としては妥当性が認められる。

## C 同等効率競争者テスト

### 1 自身が標的の場合に生き残れるか

排他行為の違法認定についてのもう一つの有力な基準は、「同等に効率的競争者の排除」テスト(「同等効率競争者テスト」)である。支配的企業と同等に効率的な企業を排除する行為に違法を限定する基準であり、ポズナー判事が最初の提唱者である。支配的企業であっても、自社より効率に劣る企業を助けるために、価格を高く設定するなどの施策を強制すべきではないとする視点からの基準である(Posner, 2001, pp.194-95)。EU82条ディスクッション・ペーパー(以下「82条DP」)para.66の表現では、「支配的企業自身がその排他行為の標的となった場合に生き残れるか」が問われる(生き残れないことになる排他行為が違法である)。

米国の排他行為判例には、同等効率競争者テストを採用した判決がいくつか存在する。日本の近年における排他行為事件の判決にも、同等効率競争者テストを採用するものが現れた。2004年東京地裁判決(LPガス差別対価差止請求事件)が、差別価格の不当性(公正競争阻害

性)は、「売り手が、自らと同等あるいはそれ以上に効率的な業者が市場において立ちいかなくなるような価格政策を採っているかどうかにより判断される」と表明した。2006年ヤマト運輸事件東京地裁判決も不当廉売について同様の見方を示した——「不当廉売の規制は、……公正な競争秩序を維持するために、当該事業者における効率性を反映していない価格を問題とするものであり、効率性に劣る他の事業者等を保護するものではない」。

## 2 同等効率競争者テストの適用範囲限定

同等効率競争者テストに対しては、支配的企業の排他行為に違法を認定する場合が狭すぎるとする批判がある。支配的企業の利益には貢献せず、ただ競争相手を不利にするためだけの行為(特許侵害訴訟の濫発など)であっても、同等効率を有する企業は被害を受けないのであれば、小規模参入企業が排除されても、違反とできないことになってしまう(Hovenkamp, 2005b, pp.154-55)。とくに、規模の利益あるいはネットワーク効果が大きい産業においては、「同等効率競争者テスト」では、小規模参入企業が簡単に排除される。規模の利益は、誰でも生産量を増やすだけで得ることができるので、経営の優秀性とは区別しなければならない(Posner, 2005, p.240)。また、垂直的排他行為(後述V)は、川上・川下統合企業が川下だけに従事する企業を排他する行為なので、同等効率競争者テストを適用すべき状況ではない。

価格排他行為(略奪価格)については、違法範囲を限定することが他の排他行為よりも重要なので、同等効率競争者テストの妥当性が強まる。EU82条DPは、価格排他行為に限定して、同等効率競争者テストを提唱した——「価格による排他行為は、仮定の同等効率競争者[支配的企業と同等効率の企業]を排除する場合のみに、通常は違法と推定される」(para.63)。

なお、欧州の産業規制機関は、独禁法上の同等効率競争者テストに類似する基準として、「合理的程度に効率的な企業テスト」(reasonably efficient service provider test)を用いてきた。このテストは、産業平均の効率性を有する企業の費用を基準とするものである。しかし、この基準は独禁法基準としては誤っている(Geradin and O'Donoghue, 2005, p.392)。独禁法で行うべき比較は、規制対象の企業(支配的企業)と同等の効率性を参入者が有しているかの比較である。このため、産業平均費用ではなく、支配的企業の費用を比較対象にしなければならない。

## 3 まとめ

同等効率競争者テストは、排他行為の違法認定基準として、諸理論の中で最も妥当性が高い。ただし、同等効率競争者テストを用いるべきではない場合が少なくない。第一は、ネットワーク産業などの規模の利益が大きい産業であり、第二は、垂直的排他行為である。

## D 立証責任配分による合理の原則

排他行為の違法認定基準については、違法・合法を明確に区分できる単一の基準が見出せない。排他行為には、反競争効果と効率向上効果(ひいては競争促進効果)の双方があるので、個別事件について、この二つの効果を比較判断して、違法・合法を判定する必要がある。実際に、米国反トラスト法の近年における単独行為事件の多くは、このバランス判断により、単独行為の違法性を判定している。排他行為には明確な違法認定基準が存在しないので、原告側と被告側にそれぞれ立証責任を配分することにより、裁判官が妥当な結論を導こうとしているのである(Hovenkamp, 2005a, p.309)。

マイクロソフト事件の2001年控訴裁判決が、立証責任配分方式の典型例である。違法

性の第一次的な立証責任は、常に原告側(政府あるいは被害者側の企業・消費者)にある。原告は、対象行為の反競争効果を主張する。しかし、反競争効果を示しただけでは、排他行為の違法性は決定できない。被疑企業は、排他行為の正当化事由について抗弁することが許される。反競争効果を競争促進的效果が上回ると認定できる場合に、裁判官は単独行為の違法性を認定する(Hovenkamp, 2005a, p.152)。この判定方法は、協調行為(ハードコアカルテル以外)に対する合理の原則判断と同じである(Popofsky, 2006, p.445)。

EU82条DPも、これと同じ立場を表明している。「排他行為が……効率効果を有せず、競争の障害となるだけの場合に、その行為は濫用[82条違反]と推定される。しかし支配的企業は、……行為に客観的合理性があることを示すことにより、違法推定に反論することができる」(para.60)。「客観的合理性の立証責任は、支配的企業の側にある」(para.77)。

判定機関(裁判所あるいは独禁当局)の裁量性が広すぎ、違法行為の範囲を限定する客観的基準がないことが、立証責任配分論の欠点である。EU競争法81条3項(適用除外判断)と同じ欠点であり、EU82条DPが説明する立証責任配分論にこの欠点が顕著に表れている。排他効果(競争者を不利にする効果)があると認定されると、被告企業側に証明責任が転嫁され、効率性(合理性)の立証責任が行為企業側に課される。しかし、経営上の合理性をビジネスマン(あるいはエコノミスト)がわかりやすく説得的に法律家に伝えることは困難なことが多い(Carlton, 2001, p.680)。

## E まとめ

立証責任の配分論だけによるのではなく、第一次的には、裁判所あるいは独禁当局が、排他行為の正当・不当を分別すべきである。

排他効果を認定することだけで、正当化抗弁の責任を支配的企業に課すのではなく、排他効果が不当なものか、それとも正当な競争活動に伴うものなのかを判定機関自身が分別すべきである。この分別のための客観的基準として最も説得的なのが、同等効率競争者テストである。立証責任配分論による判定は、同等効率競争者テストを用いるべきではない場合、そして、同等効率競争者テストによる判定が困難な場合に限定することが妥当である。

排他行為のすべてを共通基準だけによって違法判定することはできない。中でも、①価格排他行為(略奪価格)、②取引拒絶と不利取り扱い、③垂直的取引拒絶とライバル差別に対しては、共通基準を基礎として、それぞれの排他行為の特色に応じた修正を加えることが必要である。以下では、これらの排他行為について検討する。

## Ⅲ 価格排他行為(略奪価格)の違法認定基準

排他行為を、廉売によるもの(以下「価格排他行為」とそれ以外(「一般排他行為」)に二分し、違法基準に差を設けることが米国とEUに共通する。価格排他行為を一般排他行為と区別するのは、違法認定の積極過誤が招く損失が、価格排他行為においてとくに大きいためである。

### A 市場支配力要件と損失「埋め合わせ」テスト

価格排他行為とは、支配的企業による低価格の設定を指し、違法とされる低価格は「略奪価格(predatory pricing)」と呼ばれる。低価格は消費者に確実な利益をもたらす。他方、低価格により競争者が排除され、その後価格が引き上げられる可能性は、将来状況の推測にとどまり、不確実である。違法認定におけ

る積極過誤のリスクが大きいのに対し、消極過誤のリスクは小さいので、価格排他行為を一般排他行為とは区別し、違法認定の範囲を狭める。この視点を採用する基準(米国)において、価格排他行為を違法とするのは、①支配的企業が低価格により競争相手を倒した後に、価格を引き上げてそれを維持できること、②支配的企業の低価格が不当な赤字販売であること、の2要件を満たす場合に限定する。

前者①要件は、排他行為(独占行為)一般を違法とするための市場支配力要件に相当する。価格排他行為については、価格引き上げに応じる新規参入を考慮して市場支配力を検討することになる。これに対し、EUと日本の排他行為規制では、競争相手を倒すことだけで違法を認定し、その後の価格引き上げ・維持可能性を違法要件としない。しかし、支配的企業が価格引き上げを実行・維持することができず、低価格を継続するのなら、消費者利益は向上するので、違法とすべきではない。競争相手を保護することではなく、消費者厚生を向上させることが独禁法の目的だからである。この見方をとる米国最高裁Brooke Group判決(損失「埋め合わせ」テスト)に妥当性がある。以下では、後者②要件(不当な赤字販売の認定基準)について検討する。

## B 同等効率競争者テストと短期的犠牲テスト

Ⅱで見たとおり、排他行為の中でとくに価格排他行為について、同等効率競争者テストの妥当性が高い。同等効率競争者テストは、それ以上の価格に違法を推定する費用を、平均変動費用とするのか平均総費用とするのかを一律に決定しない。事件の状況に応じて、同等効率競争者テストの見方から、様々な費用のどれを採用するかが検討される(EU82条DP, paras.64 - 66)。

しかし価格排他行為については、積極過誤を低めるべきなので、同等効率競争者テストにとどまらず、違法範囲をより狭める短期的犠牲テストを採用することが妥当である。この「短期的犠牲」は、機会費用との比較からの損失ではなく、増分としての損失を意味する(前記Ⅱ.B.1)。供給・販売する製品(その増分)についてこうむる増分(限界)費用を価格が上回っている限り、支配的企業は短期的犠牲を引き受けていない(したがって合法である)。短期的犠牲テストの視点における「赤字販売」は、増分費用を収入(つまり価格)が下回っていることである。増分(限界)費用は会計上、平均変動費用として計測される。この意味での赤字販売でない限り、支配的企業の廉売が違法とされることはない。

## C 変動費用(回避可能費用)基準とその例外

違法な価格排他行為(略奪価格)を米国の通説(アリーダ・ターナー基準)と判例は、平均変動費用を下回る価格に限定する。変動費用(増分費用)を回収する価格である限り、企業はその販売増分について、利益を得ている(したがって違法ではない)。EU82条DPは、平均回避可能費用(avoidable cost)を略奪価格認定の指標とする(para.108)。生産・販売の増分によりこうむる費用が回避可能費用なので、その費用を価格(収入)が下回る場合に「損失」をこうむったとみなせる(したがって違法を推定する)。平均回避可能費用は平均変動費用とほとんど一致するので、EU82条DPは、米国の通説・判例と基本的に同じ基準である。

ただしEU82条DPは、米国判例とは異なり、回避可能費用を上回る(平均総費用は下回る)価格であっても、略奪的意図の証拠がある場合には、違法を認定できるとしている。これは、欧州裁判所の判例(AKZO判決)にEU82条

DPが妥協したものと考えられる。排他行為の違法判定において、略奪性の意図は考慮要素にすべきではないとするのが米国の通説である。積極的な競争意欲を略奪性の証拠とすれば、支配的企業が競争意欲を失ってしまうからである。EUの見方は米国と対立するが、これは、違法認定の「積極過誤」リスクについての米国とEUの見方の差を反映している。価格排他行為(略奪価格)については、違法認定の積極過誤を低めることが重要なので、米国判例基準(変動費用を上回る価格は違法としない)に妥当性が認められる。

ただし、同等効率競争者テストについて述べたと同じ理由から、規模の利益が大きい産業においては、変動費用(回避可能費用)基準では、新規参入企業の排除が容易に行われる。このため、このような産業において、新規参入が生じた地域・顧客層に限定して価格引下げを行う価格戦略を支配的企業が実施している場合には、変動費用基準の例外として、平均総費用基準を用いることが妥当である。

平均総費用を上回る価格は、安全圏(セーフハーバー)として、いかなる場合にも合法としなければならない。低価格により消費者利益が確実に向上しているのに対し、総費用を上回る価格により不当に競争者が排除され、その後価格が引き上げられる可能性は無視できる程度に低い。違法認定における積極過誤のリスクが極めて大きいのに対し、消極過誤のリスクが極めて小さいので、平均総費用を上回る価格は安全圏とすべきである。

#### D 差別価格と価格排他行為規制

変動費用(あるいは回避可能費用)基準において、支配的企業の価格が地域(あるいは顧客層)によって異なることは、違法認定に関係しない。変動費用を回収する価格である限り、地域(顧客層)によって価格を異ならせることは企

業の自由である。地域(顧客層)ごとの競争状況に応じて、企業が価格を異ならせることに政府が介入すれば、経済効率を低下させる。さらに、消費者の価格弾力性に対応させる価格差別は、供給量を増大させ、経済効率を増大させることを経済理論が示している。

この視点は米国において、最高裁判例により確定している。米国の価格排他行為規制においては、価格が費用を上回っている限り違法とは認定されない(最高裁Brooke Group判決)。これに対しEUは、AKZO判決において、特定ライバル所在地に絞った販売であることを略奪的意図の証拠とした。しかし、ライバルが存在するために競争が激しい地域の価格を他地域より引き下げるのは、自然な競争行動である。地域(顧客)により価格を異ならせることを不当とすれば、かえって価格競争を損なう。

日本の事件としては、2004年有線ブロード事件勧告審決がAKZO事件と同様の状況の事件である。ライバルの営業地域に限定して支配的企業が値下げを行い、シェアを奪ったことに対し、公取委は、不当な排他行為(私的独占)を認定した。価格がコスト割れであるか否かについて公取委は検討しなかった。しかし、2004年LPガス差別対価判決(不正取引事件)は、価格の差別性それ自体を不当視することを否定した——「[差別価格の不当性は、]売り手が、自らと同等あるいはそれ以上に効率的な業者が市場において立ちいなくなるような価格政策を採っているかどうかにより判断される」。この判決は、同等効率競争者テストを採用しているので、差別価格を不当販売と同じ基準により審査する見方を示している。論者の中では、白石(2005, p.83)、川濱(2006, p.251)、そして平林(2006)が、本判決と共通の見方から、差別価格であっても、コスト割れでなければ、違法とすべきではないとしてい

る。

なお、支配的企業が顧客と取引(垂直取引)する際に、価格などの取引条件において、一般顧客に比べて競争相手に不利な条件を課すことは、取引拒絶の類型として検討すべき「ライバル差別」であり、水平的な競争関係における差別価格とは別の問題である(Ⅳ後述)。

#### E リベートと価格排他行為規制

リベートは、売り上げ増に比例してリベート額が増大するものであれば、値引きなので、価格排他行為(略奪価格)の基準により規制する。これに対し、値引き以外の排他効果を発揮するリベート(忠誠リベート、包括リベートなど)は、価格排他行為ではないので、一般排他行為として規制すべきである。

米国のLePage判決は、3M社の包括リベート(複数製品を総計した売上額に比例するリベート)に略奪価格基準を適用することを否定し、一般排他行為(独占行為)の基準を適用して、違法とした。単一製品だけを扱うメーカーは、3M社と同等効率であっても、包括リベートには対抗できないからである。

日本のインテル事件(公取委勧告審決により違法認定)におけるリベートは、包括リベートにも増して、値引き以外の排他性が存在する。インテルの90%以上シェアをPCメーカーに強制するようにリベートが用いられていたからである。この種のリベートをEU82条DPは「条件付リベート」(売り上げ等が一定額を超える場合に支給するリベート)と名付け、強い排他効果を発揮するとしている(para.152)。

#### Ⅳ 取引拒絶と不利取り扱いの規制

排他行為(単独行為)全般についての違法認定基準の中で、取引拒絶は別格に扱われる。取引先を選択する自由を企業に認めなければ、企業の自主的な経営判断による経済発展が望

めない。取引拒絶を違法とするのは、競争相手と協調するのをすすめているようなものであり、協調よりも独立した競争行動を尊重する独禁法の理念に反する。現代経済にとくに重要なイノベーションの観点からは、投資リスクを負って建設した施設を競争相手に利用させることを独禁法により義務付ければ、新規投資を行うインセンティブを企業から奪う。

支配的企業であっても取引拒絶は通常は合法であり、違法とするには例外的な状況がなければならない。米国反トラスト法は伝統的にこの見方を採用してきており、EU82条DPも同じ見方である(para.207)。完全な取引拒絶だけでなく、不利な条件で取引する場合も「取引拒絶」と同じ排他効果を発揮する(EU82条DP, n.133は「構成上の取引拒絶」と名付けている)。取引拒絶規制の対象には不利条件での取引提供も含まれる。

なお、排他条件付取引(exclusive dealing)と抱合せ取引の実行(あるいは拘束)手段としての取引拒絶は、本節の対象外である。排他条件付取引と抱合せ取引は、排他行為の類型に属する。支配的企業による排他条件付取引と抱合せ取引は、排他効果(競争相手に対する市場閉鎖効果)が大きいので、正当化抗弁ができなければ、違法を認定されることが米国・EU・日本に共通している。日本の2006年ニプロ事件審判審決は、支配的企業による排他条件付取引の強制(競争相手である輸入業者から購入した取引先に対する販売拒絶あるいは不利取り扱い)を違法な私的独占と認定したものである。

#### A 取引拒絶規制と不可欠施設論

##### 1 排他行為の一般基準による取引拒絶規制

取引拒絶は通常合法であるが、例外的状況においては、一般排他行為の違法認定基準により、違法性が認定される。米国判例では、最高裁Terminal Railroad判決が、ある都市に

渡るすべての橋を支配する鉄道会社が競争相手に通行を拒絶したことを違法とした。また、最高裁 Otter Tail 判決は、民間電力会社が自社電力ネットワークの利用を市営会社に拒絶したことを違法とした。

これらの違法認定は、独占行為規制(シャーマン法2条)の一般的な適用によるものである。Otter Tail 判決の場合、「独占力を利用して、生じようとしている競争をつぶすのは、独占の企図としてシャーマン法2条違反である」。このように取引拒絶規制は排他行為(独占行為)規制共通の基準によって行われるので、特別な規制基準を必要とするわけではない。

## 2 米国での不可欠施設論と否定論

しかし下級審判決において、取引拒絶規制を「不可欠施設論(Essential Facility Doctrine)」として説明するものが現れた(最高裁は、不可欠施設論を用いたことがない)。Alaska Airlines 判決によれば、「競争者が営業するためにアクセスを必要とする不可欠施設を支配する企業が他企業にアクセスを拒絶すれば、不可欠施設論により責任を負うことになる」。不可欠施設論はMCI判決が示した次の4条件を満たす場合に取引拒絶を違法とする基準とみなされている。①競争相手の活動に不可欠の施設を市場支配的企業が専有している、②それと同等の施設を新設することは不可能に近い、③競争相手と取引することを支配的企業が拒絶している、④支配的企業が競争相手と取引することが実行可能である。

有力な反トラスト法学者(Areeda and Hovenkamp, 2001)は、不可欠施設論に反対している。不可欠施設論が、排他行為規制(独占行為)基準とは独立して、特別の違法基準を設けていることを批判しているのである。同じく、最高裁 Trinko 判決も、不可欠施設論に否定的見解を表明した——最高裁自身は不可欠施設論を認めたことがないと述べ、さらに、規制

法(電気通信法など)が接続義務を規定している場合には、反トラスト法の不可欠施設論を適用する必要性が存在しないとした。

## 3 EUにおける不可欠施設論の積極適用

しかし、EUに米国から導入された不可欠施設論は、米国の下級審判例以上に、排他行為の違法基準とは独立した、競争者援助論の色彩を強めた。EUにおいて不可欠施設論は、「支配的地位にある企業が反競争的行為を控えるにとどまらず、自己が開発した設備へのアクセスを一定の場合には競争相手に提供して、積極的に競争を促進する義務がある」(注5)と説明された。この見方からEU競争法では、不可欠施設とみなされれば、取引拒絶が例外的ではなく通常的に違反とされることになった。ただし知的財産権については、欧州裁判所が違法範囲を限定する基準(新商品の創出を妨げるなどの要件)を設けた(Magill判決とIMS Health判決)。

欧州委員会は、ネットワーク産業の競争を促進するため、不可欠施設論を積極的に適用してきている。EU82条DPによれば、①支配的企業からのインプットが相手企業にとって不可欠であり、②その取引拒絶に反競争効果があり、かつ、③取引拒絶に正当化理由がない、場合に取引拒絶は違法(82条違反を認定される濫用行為)である(Section 9.2.2)。ただし、投資費用回収のために必要であれば、費用回収に必要な期間に限定して、取引拒絶により参入を阻止することに正当性を認める(para.235)。

## 4 まとめ

不可欠施設論が、排他行為一般の規制基準とは別の特別理論として扱われてきたのは、新規取引を一切拒絶する行為は違法な排他行為とはできないとする見方を前提としたからである。新規取引拒絶を取引停止と区別せず、取引拒絶一般について、違法を認定する場合を拡大すれば、排他行為一般の違法基準によ

り、不可欠施設論適用と同様の適用結果がもたらされる。EU82条DPが示す不可欠施設論は、排他行為規制の一般基準として構成することが可能である。

## B 新規取引拒絶規制——同等効率競争者テストと立証責任配分

不可欠施設論については、米国の否定的大勢とEUの肯定論が対照的に分かれている。不可欠施設論の用語を用いるか否かはともかく、取引拒絶を違法とすべき場合は、取引停止による行為変化がある場合(米国Aspen判決の状況)に限定せず、新規取引拒絶の場合にも拡大すべきである。ただし、不可欠施設論は、排他行為規制とは独立の基準として構成すべきではない。排他行為規制の一般的適用により、取引停止だけでなく新規取引拒絶についても、状況によっては違法を認定できる。

Aspen判決において米国最高裁は、不可欠施設論によらずに、排他行為一般の規制基準により、取引拒絶を違法とした。被疑企業アスペンが、隣接スキーゲレンデ企業と連結ゲレンデ券を発行していたものを、取引停止したという行為変化があったことに、最高裁は不当性を見出した。Trinko判決において最高裁は、取引拒絶を違反とする最大拡張範囲をAspen判決の状況が現していると表明し、Trinko事件はAspen事件の枠外の状況なので、加入者回線独占企業(ヴェライゾン)によるアクセス拒絶(不利条件でのアクセス提供)を違法とはできないとした。それまで続けていたアクセス提供をアスペン(スキーゲレンデの独占的企業)は停止したのに対比して、ヴェライゾンは、新規のアクセス提供をすべて拒絶していたからである。

取引停止は違法と認定できるが、新規取引拒絶は違法と認定できないことにすると、営業上不可欠なボトルネック施設を競争相手に

一切利用させない、強欲な独占企業を違法と認定できないことになる。他方、競争相手に施設を利用させた寛容な独占企業は、取引を停止したとたんに違法を認定されてしまう。新規取引の一切拒絶は取引停止よりもむしろ反競争効果が大きいので、取引停止と比べて新規取引拒絶を寛容に取り扱うべき理由は存在しない。

この見方は、Trinko判決を批判して、不可欠施設論を擁護する意見につながる。つまり、①不可欠施設論を用いなければ、支配的事業者の独占を永続させ、かつ川下市場にも独占を拡大させることになる場合がある、②支配的企業による投資インセンティブのみならず、取引提供によりビジネス機会を与えられる対抗企業の投資インセンティブ創出をも考慮する必要がある、③投資インセンティブ低下を償う以上の価格低下の利益があれば、取引義務を課すことは消費者利益を増大する、④取引を提供していた企業の取引停止を違法とする(Aspen判決)にかかわらず、取引を一度も提供したことがない支配的企業を合法とする(Trinko判決)のは、強欲な独占企業を擁護することになる(Candeub, 2005, p.843, p.846; Economides, 2005)。

しかし、不可欠施設論を用いず、取引拒絶の違法基準を再構成することにより、新規取引拒絶の場合により違法と認定できる。これは、取引拒絶一般(取引停止と新規取引拒絶)を前記の「短期的犠牲テスト」あるいは「同等効率競争者テスト」を用いて審査することによる。

Trinko判決は、Aspen事件の取引停止を再解釈して、既存取引を停止したことではなく、短期的利益を犠牲にしたことから違法を推定する見方を示した。つまり、取引停止が新規取引拒絶よりも違法性が認められやすいのは、取引停止は、取引提供企業が自主的に結んだ取引(したがって利益になる取引)を停止するも

のだからである。取引停止は、短期的利益を犠牲にして、競争を制限する行為であるので不当性が認められる(*Trinko*, at 880)。EU82条DPも同じ見方をしている(para.217)。アスペンは、相手企業が小売価格でゲレンデ券を買い取ることを拒絶した。これに対しTrinko判決におけるヴェライゾンとは、費用基準の価格での販売を拒絶したので、短期的利益を犠牲にしなかった(したがって違法ではない)。

この見方では、取引拒絶(新規取引拒絶と取引停止)共通に短期的犠牲テストにより違法性を判定する。しかし前記のとおり、短期的犠牲テストは、違法範囲を狭く限定しすぎる。同等効率競争者テストにより、取引拒絶の違法・合法を判定することにすべきである。ただし、ネットワーク産業の支配的企業による取引拒絶については、規模の利益を達成できない新規企業が参入できなくなるため、同等効率競争者テストの例外とし、立証責任の配分により違法性を判定する。

米国最高裁Otter Tail判決において、Otter Tail(電力会社)による取引拒絶は、取引停止ではなく、市営会社との取引を最初から拒絶したものである。最高裁は不可欠施設論を用いずに、この取引拒絶を違法としたが、それは、取引拒絶が「生じようとする競争をつぶす」ものであると認定したからである。Otter Tail事件の状況のように、支配的企業の施設が参入企業に不可欠である場合には、競争制限効果が極めて大きいので、取引拒絶に違法を推定する。

同等効率競争者テストによる違法認定は推

定にとどまり、取引拒絶の正当化事由を提出することを被疑企業に認める。EU82条DP(para.235)が示すように、リスク投資のコストを回収する必要性を正当化事由に含めるべきである。正当化事由があることだけで合法とするのではなく、独禁法当局あるいは裁判官は、競争制限効果と正当化事由を総合的に判断して、取引拒絶の違法・合法(合法期間の限定化を含む)を判定する。

(注1) Trinko判決は、実際は効率的な行為を違法と認定してしまう誤りへのおそれを表明しているので、違法認定に懐疑的な立場からシャーマン法2条事件に着手すべきとする判決である(Fox, 2005, p.169)。

(注2) 司法省と連邦取引委員会によるTrinko判決に際しての「法廷の友」意見書(2003年5月) <<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f201000/201048.htm>>。

(注3) 現在の反トラスト局はこのテストを「経済的不合理性テスト(no economic sense test)」と称しており、短期的損失をこうむる場合であっても、経済的合理性がある場合(新規投資など)には合法であるとしている(Werden, 2006. p.424)。

(注4) 電気通信法が義務付ける費用基準の接続における接続拒絶が、短期的利益を犠牲にしていらないとする見方には反論ができる。1996年電気通信法に基づくFCCの長期増分費用基準(TELRIC)は、共通費用の適正な回収分を含んでいるからである(Economides, 2005)。接続提供のために要する費用を計算に入れても、接続拒絶によりヴェライゾンが短期的損失をこうむったことは十分に考えられる。Trinko判決後の、同様の接続拒絶事件であるCovad判決において、控訴裁は、両方の見方(短期的利益犠牲の肯定と否定)が可能であるとした(Covad, 398 F.3d 666, 676)。

(注5) Bronner事件におけるヤコブス法務官の説明

—つづく—

(たきがわ・としあき)