

私的独占における 排除概念の再構成 —研究の概要と展望—

宍戸 聖

2022.05.25, @東北大学

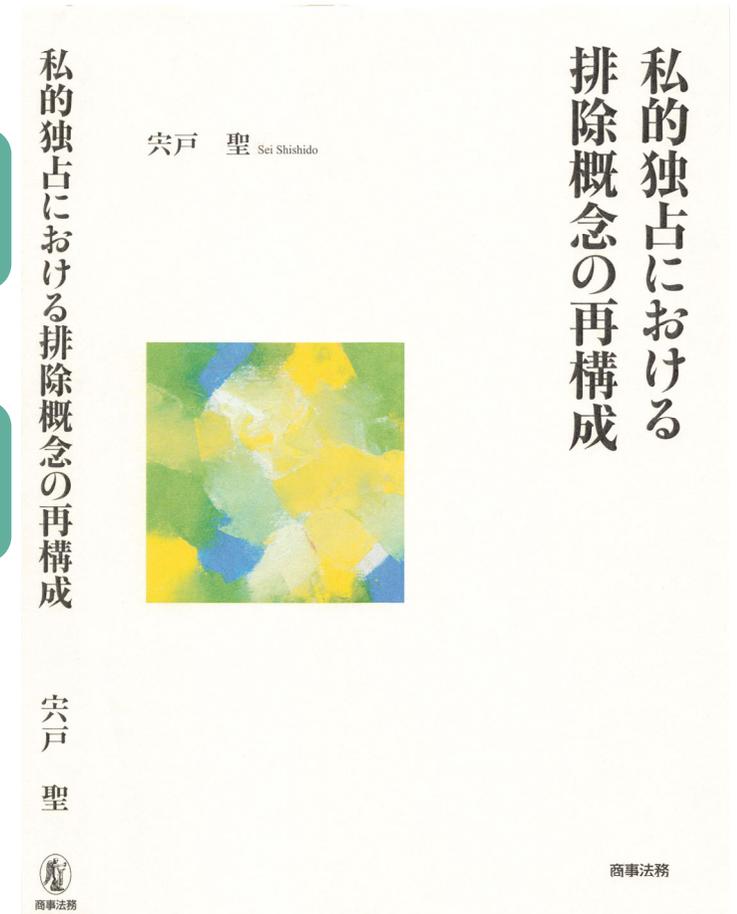
報告の題材

『私的独占における 排除概念の再構成』

- 商事法務から2022年4月8日発売
- 刊行は同年3月31日(助成の都合)

書籍の位置づけ

- 京都大学若手研究者出版助成事業による
- 博士論文に加筆修正をし別業績として公表



報告の題材

本書のもとになっている公表論文

- 2019年3月：博士論文
 - 私的独占における排除概念の再構成—行為者の意図に焦点をあてて—
- 2019年12月から2020年6月：法学論叢
 - 不当廉売規制の再検討
- 2021年1月：阪大法学
 - 単独かつ直接の取引拒絶の規制根拠と課題

書き下ろし部分

- 第2章(1)「競争者排除型行為規制の目的」
 - (CPRCディスカッションペーパーとして公表予定の研究の一部)
- 第5章
- その他

研究の趣旨

「排除」の識別

- 不当な「排除」と正常な競争による排除の識別

未解明の課題

- A. 利潤犠牲基準、同等効率性基準、RRCの日本法における位置付
- B. 「人為性」と「排除効果」の具体的な評価枠組
- C. 排除の意図を示す証拠の役割

研究の要旨

課題A: 各種排除の識別基準の位置づけ [第2章]

- まず、日本の排除型私的独占規制の目的を整理した
- 不当な「排除」は消費者厚生への害をベースラインに識別される
- 排除行為については、単に消費者厚生を害することではなく、競争過程を害しつつ、消費者厚生が害されることが問題
- この競争過程の害を識別するための基準が、「排除の識別基準」

課題B: 人為性と排除効果の分析枠組み

- 排除効果はあらゆる行為に内在しうるため、特に行為の外形が競争的行為と重複する行為の評価で重要なのは人為性の有無である
- 本研究では、人為性の識別が特に難しい行為に絞って検討した
 - 単独かつ直接の取引拒絶のうち、競争者へのアクセス拒絶 [第3章]
 - 不当廉売 (AVC・AAC以上) [第4章]

研究の要旨

課題C: 意図の役割

- これまで意図は重要ではないと説明されてきた
 - これらの学説は客観的な評価・分析の重要性を強調
 - しかし、世界には、特に客観的な評価の重要性が強調されてきた不当廉売で意図の重要性を強調する学説のや、実際に意図を考慮した事例がある
- 5章の検討
 - 排除の識別は究極的には行為の経済合理性(行為が反競争的利益の獲得のみに向けられたものかどうか)に着目して行われており、その評価においては行為の戦略的態様の評価が重要になる
 - 上記戦略の態様の評価においては主観的意図と客観的意図の考慮が有効といえる

報告の流れ

1. はじめに
2. 排除概念の理論的基礎
3. 単独事業者による直接の取引拒絶
4. 市場支配的事業者による廉売
5. 独禁法2条5項における排除概念の再構成

1. はじめに

- 1.1 問題の所在
 - 1.1.1 「排除」の識別
 - 1.1.2 米国及びEUにおける排除行為規制の評価を巡る議論状況
 - 1.1.3 議論の現状と課題
 - 1.1.4 行為者の意図・目的
 - 1.1.5 排除の識別の手がかりとしての「意図・目的」
- 1.2 独禁法2条5項における「排除」
- 1.3 本研究の対象と方法

1.1.1 排除の識別

排除の識別

- 排除型私的独占の規制においては、正当な競争の結果としての排除と独禁法上不当とすべき排除の識別が重要な課題となる。
- 単なる事業者の事業活動上の自由の発露との区別が必要となるような競争者排除型の行為の場合はこの評価が難しくなる。その典型が、不当廉売や単独の取引拒絶。

日本の最高裁

- 行為が独禁法2条5項の排除に該当するために「自らの市場支配力の形成、維持または強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有する」ことが必要とする。
- 最高裁の述べる「正常な競争手段」とは、価格・品質に基づく競争手段、すなわち、能率競争を意味すると考えられている。
- つまり、能率競争に適う行為の結果として競争者が排除されたとしても、上記の定義における人為性は無いといえる。

1.1.1 排除の識別

「人為性」の有無の評価：不当性識別の必要性

- 例えば、明らかに不利益な取引条件を相手方に認めさせ、顧客等の意思決定を抑圧し、競争者を排除するような排他条件付取引型の行為は、効率性の発揮とはおよそ言えず、能率競争に適うものではないことが明白であり、行為自体に人為性があるものと言える。
- しかし、単独の取引拒絶や廉売等の事業者の事業活動の自由の発露と外形上の重複がみられるような行為の場合には、効率的な事業活動でないことを理由に直ちに行為が独禁法上非難されることはなく、排除効果を有する行為であったとしても、そのことが直ちに行為の人為性を示唆するわけではない。

日本の排除型私的独占規制の課題

- そのため、これらの行為に関しては、何らかの基準によって正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性の有無を判断する必要があり、日本の排除型私的独占規制においては、この判断のための法的基準の洗練化が急務といえる。

1.1.2 議論の現状

海外の議論状況

- 排除の識別の問題は、シャーマン法2条事例の蓄積を通じて米国において特に活発に議論されてきた。
- 米国最高裁は、「能率競争 (competition on merits)」概念を基礎に、また、欧州司法裁判所は、「通常の競争 (normal competition)」概念によって不当な排除の識別を試みてきた。

法的な基準の確立(2で詳述)

- 能率競争または通常の競争という概念から、直接に裁判所が用いることのできる法的な基準を導くことはできない。現在の米国における標準的な考え方は行為が消費者厚生に及ぼす効果に着目して、能率競争に反する行為を見分けようというものである。
- この立場をとれば、競争者排除型の行為を評価する際に、率直に行為が経済厚生に与える正の影響と負の影響の比較衡量を行うことになる。
- しかし、競争を促す行為の結果として消費者厚生が損なわれる場合を許容する立場をとるならば、例えば、不当廉売や単独の取引拒絶の結果として競争者が排除されて消費者厚生が害されたとしても、競争法上問題とはならないはず。
- そのため、これらの行為に関しては行為の経済厚生への影響を評価するよりも前の段階において、行為が「不当」といえるかどうかの分析が必要になる。まさに、日本法における人為性に関する判断がこの分析に対応する。

現状

- このような事情から、米国を中心に、利潤犠牲基準等の基準や、同等効率性競争者基準など、何かしらの観点から競争者排除型行為の不当性を評価する基準が提案されてきた。

1.1.3 排除の識別基準の課題

排除の統一基準としての課題

- 経済合理性基準を、費用を伴わずとも競争者を排除し得る一部のRRC型の行為の評価に用いることは難しい点や、同等効率性競争者基準を非価格行為の評価に用いることが難しいといった点で、これらの基準は統一的な排除の識別基準とはなり得ない。

現状

- 現在では、これらの基準を基礎に、個別の行為類型に応じて排除の識別基準を見出す試みがなされている。

個別の行為類型における課題

- 単独かつ直接の取引拒絶が問題とされる場合などでは、経済合理性基準を利用するために何かしらのベンチマークが必要となってしまう。利用できるベンチマークが無い場合にどう介入するのか。
- 同等効率性基準に依拠して規制を行う法域が多くみられる不当廉売でも、同等効率性競争者基準によっては不当性を識別できない。

1.1.4～5 意図・目的

初期の反トラスト法における意図

- Standard OilやAmerican Tobaccoなどでは意図を考慮して独占化が認定されてきた

シカゴ学派の批判

- 客観的要因の考慮が重要であり、意図は曖昧さを含むものなので考慮すべきではない
- 現在はこの考え方が主流(日本でも)

判例の矛盾と日本の問題

- 意図は考慮すべきでないと言われつつ、EUの不当廉売事例やアメリカの一部の取引拒絶事例、日本の不当廉売事例では意図が考慮されてきた
- 一部学説には意図の再生を主張するものもある
- 日本ではこれらの流れを踏まえ、1970年頃のシカゴ学派の批判をそのまま受け入れて「意図は考慮しない」ことを是とする認識が形成されてきたように思われる

1.2 独禁法2条5項 の「排除」

- 1.2.1 排除型私的独占規制の概要
- 1.2.2 排除の解釈を巡る歴史的変遷
- 1.2.3 排除概念の現状

1.3 本研究の対象 と方法

人為性の解釈

- 人為性に手段としての不当性を読み込む解釈と、対市場効果要件で同内容を読み込む解釈とが対立している
- この議論を踏まえつつ、「排除」の法的な解釈枠組みを下記2種類の行為に焦点をあてて検討していく

単独の取引拒絶

- 「不当な目的に向けられた」タイプの不当性評価

不当廉売

- AVC・AACを上回る価格の不当性の評価

2. 「排除」の 理論的基礎

- 2.1 排除型行為規制の目的
- 2.2 排除の識別を巡る理論の現状と課題
 - 2.2.1 排除の識別基準
 - 2.2.2 日本におけるこれらの基準の位置づけ
- 2.3 米国とEUの規制

2.1 競争者排除型行為規制の目的

経済的目的: 消費者厚生基準と整合的

その他の目的: 排除の識別の論点では問題にならない

排除が不当といえるかどうかは消費者厚生基準を念頭に評価されることになる

- この説明が、後々の各種排除の識別基準の利用を正当化する

2.2.1 排除の 識別基準

消費者厚生テスト

- Microsoftの比較衡量アプローチが典型
- RRCでは採用可能だが、略奪型の行為には採用できない
 - 分析が困難
 - 単純に厚生への悪影響を比較する前に手段としての不当性をスクリーニングする必要がある

経済合理性基準

- 利潤犠牲と経済的有意性
- 基礎はBorkやOrdoveryの「略奪」
- 行為が反競争的利益の獲得のみに資するか否か

同等効率性競争者基準

- 不当廉売規制の文脈で登場
- 費用基準との親和性が高く、政策上の利便性がある
- 他方で、略奪の観点で不当性が生じるタイプの廉売を補足できない
- また、非価格の行為には適用が困難

2.2.2. 日本における識別基準の位置づけ

最高裁の「排除」の定義

- 人為性
- 排除効果

人為性とは

- 手段としての不当性
- あらゆる行為が排除効果を持ちうるため、そのなかの「不当な排除」を識別する要件

排除の識別基準

- 前スライドで紹介した排除の識別基準は、裁判所が行為の効果を比較衡量する前提において、行為が、事業活動の自由の発露に過ぎない行為とは言えないような不当性を有するものであることを確認するために提案されてきたもの
- 日本では人為性の有無の評価においてこれらの基準が利用可能

3. 単独の取引拒絶

- 単独の取引拒絶が独禁法上問題となる場面
 - 1) 「事業者が、独占禁止法上違法な行為の実効を確保するための手段として」取引拒絶を行う場合
 - 2) 「市場における有力な事業者が、競争者を市場から排除するなどの独占禁止法上不当な目的を達成するための手段として」取引拒絶を行う場合。
- 本研究の検討対象
 - 1) は単独の取引拒絶は実効性確保手段に過ぎず、評価すべきは単独の取引拒絶が市場にもたらす悪影響ではなく、目的とされる行為が市場にもたらす効果である
 - この報告では2) の取引拒絶を検討する。

3.1 序論

- 取引自由の原則
 - 誰といつ取引をするか、しないかは事業者の自由
 - 単独の取引拒絶規制では、この自由に独禁法が介入することになる
- 日本の規制
 - 取引の拒絶が、市場における有力な事業者によって、競争者を排除する等の独禁法上不当な目的のもとに行われ、それによって相手方が他の取引先を見出だせない状況に追い込まれて通常の事業活動が困難となる等の場合に例外的に反競争効果の発生が見込まれるとされる。
 - 取引自由の抑制に繋がり、また、価格費用基準等の分析手法がない
 - このタイプの単独の取引拒絶は排除の正当・不当の識別が特に難しい
- 取引拒絶行為の分類(RRC型と略奪型)
 - 自己に忠実でない顧客に対しての取引拒絶(RRC)
 - 排他条件付取引と同じ効果を持つ(Lorain Journal事件)
 - 競争者からのアクセスを拒絶する場合(predtion)
 - Aspen事件やTrinko事件など
 - 取引拒絶行為の態様に応じて反競争効果のタイプが異なる
 - その相違に応じて不当性の評価のあり方も異なるはずだが、日本では、このような単独の取引拒絶の分類について議論されてこなかった。

3.1.1 規制の現状

NTT東日本事件最高裁判決

- 行為の法的な評価において、最高裁は、上流での供給価格(接続料金)が下流での供給価格(ユーザー料金)を実質的に上回るような価格設定が行われていたことを捉えて排除を認定している。

NTT東日本の行為の解釈

- 利潤犠牲か、同等効率性競争者の排除か

日本では、独禁法上不当な目的の達成に向けて行われた単独の取引拒絶が独禁法上の問題とされる。

- 市場支配的企業が取引拒絶を行う場合、市場支配力の形成・維持・強化に向けて行われた取引拒絶が問題になると整理できる。
- この評価こそが、最高裁がいう「人為性」の有無の判断。
- 利潤犠牲か同等効率性どちらで行為の不当性を説明するのかは、競争の実質的制限の達成に向けて行われた取引拒絶かどうかをどのような観点から説明するかという手段の違いに過ぎない。

3.1.2 課題

世界的な共通課題

- 単独の取引拒絶については、特に排除の識別が困難となる領域が存在しているが、日本、米国、そしてEUのアプローチには外形上大きな差異がみられる
- 行為の不当性の評価基準については統一的な見解が見いだされるに至っていないといえる。

取引拒絶の分類(前記)

「不当な目的に向けられた」とは何か？

- この報告では、「自らの市場支配力の形成、維持または強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」に着目する日本の最高裁の枠組について、米国及びEUにおいて単独の取引拒絶を通じた排除の不当性識別のために用いられてきた枠組みとの比較を中心に分析を行う

3.2.
取引拒絶の
経済学的背景

Predation

RRC

3.3.1 アメリカ 1927Kodak

問題の行為

- Kodakがアトランタ州におけるSouthern Photoと競合関係にある写真撮影用品店を買収し、さらに、もともとは取引関係にあったSouthern Photoも買収しようと試みたものの、買収に失敗したために取引を拒絶したこと
- この行為は、取引拒絶によって、小売段階における競争者の取引機会を減少させ、当該競争者による競争上の制約を緩和させることを通じて小売段階での独占を維持・強化するものと整理できる。
- なお、卸価格での取引を拒絶し、小売価格での取引のみを受け入れていたという状況を捉えて、本件行為を実質的なマージンスクイズであったと理解することも可能だろう。

判決の位置付け

- Southern Photo がKodakからの統合の要請を断ったために、独占化の目的のもと、Southern Photoが取引拒絶の標的とされたことが認定されている。
- 実質的にはStandard Oil判決などの初期の独占化事例でみられた企業結合を通じた独占化が問題とされた事例の系譜に属するといえ、取引拒絶が問題とされたシャーマン法2条判例の中では特異な判例であるといえる。

3.3.2 アメリカ Lorain Journal

問題の行為

- Lorain Journalによる、新規参入者と取引する顧客のみへの取引拒絶
- 仮にLorain Journal(被告)が独占的地位を持たなかったら、取引拒絶を行っても、顧客は新規参入のラジオ局と取引をしつつ被告以外の新聞社から広告枠を購入できる

行為の性質

- Lorain Journalの行為は新規参入者を排除することで自らの独占への脅威を取り除こうとする行為であった
- 本件の場合、下流の顧客に対する取引拒絶を通じ、上流における新規参入者の取引機会を減少させ、それによって新規参入者を市場から排除し、自らの上流での独占を維持強化しようとするものであったと整理できる。
- このタイプの取引拒絶は、実質的には排他条件付取引と同様の効果を持つもの

3.3.2 アメリカ Lorain Journal

・ 行為の経済学的背景

- ・ 地域市場において広告主にとってはLorain Journalがkey outletだった
- ・ 既存事業者の優位性を持つLorainが、需要者側における著しい規模の経済性が認められる状況で競争者の最初の広告主の獲得を妨げた
- ・ それにより、プラットフォーム自体の発展が潜在的に損なわれる
- ・ また、同事件では地域の広告主が分散化 (fragmented) しており、Drive and conquer戦略 (排他的取引のシナリオ) を実行しやすい状況だった

・ RRC型の悪影響のあてはめ

- ・ ライバル費用の引き上げ
 - ・ 新聞社の行為 (競争者と取引した顧客には取引拒絶) はラジオ局にとって鍵となる重要な広告掲載を希望する顧客へのアクセスを制限することになる
 - ・ その結果、ラジオ局は広告収入を得ることが難しくなり、競争者としての有力さは低下する。
 - ・ 本件においてラジオ局が収入を得るその他の方法は提示されていない。
- ・ 市場力
 - ・ 画定されたLorain地域の広告市場においては、新聞社とラジオ局の2社しかおらず、参入の脅威から守られている前者が後者を排除できるということは、直ちに独占力の獲得を意味する。
- ・ 効率性による正当化の欠如
 - ・ 「Lorain事件は一切の効率性に基づく正当化が示されなかった例」

3.3.3 アメリカ Otter Tail判決

- 下流における公営の電力設備の取引機会を無くし、自らの小売段階における独占の維持を行うための取引拒絶が問題に。
- 上流において公的な独占を持っており、それによって本件取引拒絶が有効な戦略となるという特殊な事情はあったが、問題とされた取引拒絶自体はオーソドックスな単独事業者による一方的取引拒絶であったといえる。
 - すなわち、本件取引拒絶は、そもそも、従来から形成されてきた判例法理に照らして、その反競争性が明白なものであったといえる。
- 判決では、1927年Kodak判決を引用し、「[すでに]脅かされた競争を破壊する([]内筆者)」行為として当該取引拒絶が独占化の企図にあたりと判断されている。
- この認定において、最高裁は、証拠に基づき、Otter Tailが当該取引拒絶を「競争を閉鎖するため、競争的優位を獲得するため、または、競争者を破壊するため」に行われたものであると述べ、Otter Tailの独占化の意図を認定している。判決では、市場におけるOtter Tailの地位や市場の状況など客観的要因も検討されており、客観的要因を重視して行為の性格や戦略の特徴を評価する傾向がみられる

3.3.4 アメリカ Aspen判決

事業者の取引先選択の自由は制限を受ける場合があり
(Colgate判決の法理)、

取引拒絶が競争者の競争力の低下に向けて行われ、それによって上流における独占者の下流での独占力の形成あるいは維持・拡大、または、上流での独占の維持・拡大がされ、

かつ、当該拒絶について効率性等に基づく正当化がない場合に、単独事業者による一方的な取引拒絶がシャーマン法2条に違反する

3.3.5 アメリカ Trinko判決

- Aspen判決をシャーマン法2条違反行為の外延の境界またはそれに近いものと位置づけていることから、判例法によって示されてきた単独かつ一方的な取引拒絶が違法となる状況は限定されたものであることが示されたといえる

3.3.6 アメリカ 行為の分類

自己に忠実でない顧客または供給者に対する取引拒絶(RRC)

- 1927年Kodak判決
- Lorain Journal判決

自己の競争者への協力の拒絶(predation)

- Otter Tail判決
- Aspen判決
- Trinko判決

3.3.7 アメリカ EF理論

エッセンシャルファシリティ(EF)の法理とは、

- 競争者が競争するためには必須となるような設備(facility)を独占者が支配していること、
- 競争者による係る設備の使用が拒絶されたこと、
- 係る設備が実際には複製不可能であること、
- 当該設備の共有が可能であること

これら4つの事実が認められる場合、EFを持つ独占者には競争者と取引を行う義務が生じるとする法理

米国の下級審を中心に発展してきた法理。

3.3.7 アメリカ EF理論

EFの法理基礎: Terminal Railroad判決

- 橋等の設備を、競争者にとって競争上不可欠なリソースとして考慮した。
- 判決ではEF理論への言及はない。

米最高裁は、シャーマン法2条事件において明示的にEF理論の存在を認めたことがない。

Otter Tail事件地裁判決

- Nealeのボトルネック理論に依拠
- ボトルネックとなる設備の保有者は、重複して設備を構築できないのであれば、適正な条件のもとでの設備の共有を要求される

3.3.7 アメリカ EF理論

Otter Tail事件最高裁判決の認定

1. Otter Tailが事業上の優位性(dominance)を持っていること、
2. 本件の状況においては電力システムの複製が困難であること、
3. Otter Tailが電力の供給を拒絶したこと、
4. Otter Tailは電力を供給可能であった(にもかかわらず拒絶した)ことを確認
 - 最高裁は、後のMCI判決で示されたEFに関する4要件と類似の観点から事案の分析を行ったといえる。

この最高裁判決の位置づけ

- あくまでも、Otter Tailの行為が先例で示されてきた枠組みに照らして不当な取引拒絶といえるため、独占化の企図に該当するという法律構成をとっている点には注意が必要である。

後のTrinko判決

- 「我々はこれまで係る法理を認知したことがなく、また、本件においては[係る法理を]認知する必要も否定する必要もない([]内筆者)」

3.3.7 アメリカ EF理論

下級審

- Otter Tail事件地裁判決のように、Terminal Railroad判決やAssociated Press判決といった一部の最高裁判例やボトルネック理論を基礎に、独自のEF理論が形成されている。

第7巡回区MCI判決

- AT&Tが自社の保有する長距離電話網へのMCIの接続を認めなかったことがシャーマン法2条に違反するとされた。
- 判決は「本件のような状況における独占者による取引拒絶には、いわゆるエッセンシャルファシリティの法理が適用される」と述べたうえで、EF法理の適用に関し、以下の4つの要件を示した。

MCI判決の4要件

- エッセンシャルファシリティが独占者によって支配されていること
- 競争者は事実上または合理的に当該設備の複製が出来ないこと
- 当該設備の競争者による利用が拒絶されたこと
- 当該設備へのアクセスを認めること(provide)が実際に可能なこと

3.3.7 アメリカ EF理論

このEFの法理に関する批判

- 適法に獲得された独占の共有を強いるものであり、企業がイノベーションのためのインセンティブを持つことを阻むものであるといった批判がみられる。
- 最高裁もEFの法理の適用には慎重な姿勢をとっているため、一見すると、最高裁と下級審では単独事業者による一方的な取引拒絶の規制に関する立場が大きく異なるように思える。

最高裁と下級審の法理の共通点

- しかし、下級審における上記要件の④に関する評価に着目すると、最高裁と下級審の立場に共通点を見出すこともできる。
- 下級審は、4の実行可能性(feasibility)に関する判断のなかで、取引拒絶が効率性やフリーライド防止などの適法な事業上の理由のために行われたかどうかを考慮している。
- つまり、最高裁が取引拒絶行為に関する正当化事由の判断において考慮する事柄と同様の事柄が考慮されているといえる。

3.3.8 アメリカ 規制の現状

- Colgate判決の原則
 - 取引相手の自由な選択は事業者認められるべき権利であり、単独事業者が自己の裁量で行う(arbitrary)取引の拒絶は原則2条に反しない
- これまでの判例法理
 - 例外的に、自己に忠実でない顧客に対して取引拒絶を行い、それによって新規参入者の取引機会を減少させ、自らの独占を維持、拡大する場合(Lorain Journal判決)や、過去に取引関係にあった者との取引において短期的には利益となるような条件での取引すら拒絶する場合(Aspen判決)がシャーマン法2条に違反するとされてきた。
- 独占の形成、維持の目的の認定
 - 初期の判例では、Colgate判決の文言を受けて、独占の形成または維持の目的が重視されてきたようにみられる。
 - しかし、市場の状況等も踏まえて客観的な行為態様の分析を試みたOtter Tail判決を契機として、Aspen判決やTrinko判決では、行為の客観的な態様を重視する判断がなされるようになっていく。
 - この行為の客観的態様について、これまでの判例では、
 - 競争者との過去の取引において任意で設定された取引条件
 - 同時並行的に行われた取引において非競争者に対して提示した取引条件
 - 任意に設定された下流価格と行為者の下流における費用との差異
 - 規制当局によって設定された価格といった情報に照らして検討されてきた。

法の適用

- 取引自由の原則への配慮を前提としつつ、支配的事業者による製品または役務の供給の拒絶がTFEU102条に違反する場合がある

EUの取引拒絶規制の特徴

- 垂直統合：川上において支配的地位を保持する事業者が川下における競争者に対する供給を拒絶するような場合が問題とされてきた
- 必須性：拒絶の対象となる財が被拒絶者にとって競争上必須(indispensable)のものであることが要求されてきた

3.4 EU 初期事例

Commercial Solvents判決

- 「原材料市場において支配的地位を持つ事業者が、自らの派生品の製造のために係る原材料を確保する目的のもとに、派生品の製造業者である顧客への原材料の供給を拒絶し、それによって当該顧客の側の競争を全て除去することは、支配的地位の濫用にあたる」。

Telemarketing判決

- テレマーケティング事業を行うために必要な投入要素の供給拒絶が、排除濫用に該当するとされた。

Napier Brown/British Sugar委員会決定

- Commercial Solvents判決での欧州司法裁判所の判示を基礎に、上流と下流の両方で操業する業務用砂糖の供給者であった支配的事業者が、下流市場における競争者であるもともと取引関係にあった顧客に対して小売用砂糖の供給を拒絶したことが違反とされている。

3.4 EU EF理論

欧州司法裁判所

- 拒絶の対象となる投入要素に関して競争者にとっての競争上の必須性を求める点で、米国で示されたEF理論の4要件と類似の枠組みで取引拒絶行為の違法性が判断されているようにもみられる。
- しかし、これまで、欧州司法裁判所はEF理論について言及していない。

欧州委員会

- 幾つかの事例においてEF理論に言及し、これに基づいて決定を下している。(1992年、B&I事件委員会決定など)
- 欧州委員会は違反行為者に非差別的な条件での取引を要件する
- 違法な取引拒絶の結果として厳密に非差別での取引が要求されるわけではないという意味では、以下で検討する判例にみられる欧州司法裁判所の取引拒絶法理は、欧州委員会が形成してきたEFの法理と異なるものであるといえる。

3.4 EU ガイドンス

競争法上問題となる取引拒絶の典型

- 「支配的事業者が「下流」市場において供給拒絶の[相手方である]買い手と競争している場合([]内筆者)」

エンフォースメントを優先する場合

- 拒絶が、下流市場で有効に競争することを可能にするために客観的に必要である製品またはサービスと関わっている、
- 拒絶によって下流市場における有効な競争の除去が引き起こされることが見込まれる、
- 拒絶が消費者に害をもたらすと見込まれるというものである

ガイドンスの特徴

- Microsoft判決は取引拒絶行為が新製品の出現を妨げるかどうかの考慮が知的財産権に関わる事例にのみ関連するものであるとしていたが、ガイドンスーパーは一般的な財産に関する取引拒絶について述べる文脈で新製品の出現に関する考慮に言及している。
- また、判例法では、常に「競争を全て除去」する行為が問題とされてきたのに対し、「有効な競争の除去」を問題としている。

3.4 EU 現行法理

• Microsoft判決

- 知的財産権の保有者による排他的権利の行使は原則的に合法だが、支配的地位の保有者によるライセンス拒絶は、
 - 1) 当該拒絶が、隣接市場において特定の活動を行うために必要不可欠な製品または役務に関連する、
 - 2) 当該拒絶が、その隣接市場における有効な競争を全て排除するような類のものである、
 - 3) 当該拒絶が、潜在的な消費者需要があるような新製品の出現を妨げる
- これらの事実が立証された場合には、当該拒絶が客観的に正当化されない限り、例外的に支配的地位の濫用に該当することとなる。

• 法理の特徴

- 上記法理は1995年のMagill判決以降のECJの法理の総括
- 知的財産権のライセンス拒絶については、新製品の出現を妨げるものかどうかといった点を考慮していることから、その他の一般的な財に関する取引拒絶とは明確に異なる取扱いをしているといえる
- ただしガイダンスペーパーは区別をしていない。
- Microsoft判決では、取引拒絶が潜在的需要があるような新製品の出現を妨げるものであるという事実を考慮するなかで、新製品の出現を妨げることによって消費者を害するかどうかの評価されていた。
 - 行為者のイノベーションと競争者のイノベーションのインセンティブの分析

3.5.1 考察 取引拒絶の 分類

競争者に対するアクセス拒絶型と実質排他条件付取引型

- Lorain型とAspen型
- 前者の悪影響はRRC(排他条件付取引と同じ効果)で説明される
- RRC型の場合人為性は内在しており、追加的な論証は不要
- 本研究の対象はAspen型(アクセス拒絶型)

投入物閉鎖型の取引拒絶の区別の必要性

- 垂直的閉鎖の悪影響はRRCで説明される
- ただし、悪影響をRRCでも説明できるというだけで後述のとおり結局略奪のシナリオからの分析が必要

ライバル費用引上げ戦略と単独の取引拒絶の関わり

- 一般的な単独かつ直接の取引拒絶の悪影響はpredationで説明
- 取引を拒絶して競争者の費用が引き上がること自体はよくあるので、悪影響の説明になっていない場合が殆ど
- 垂直統合企業による「垂直的閉鎖」やLorain型のみRRC

3.5.2 考察 取引拒絶の 不当性

「不当な目的に向けて行われた」取引拒絶の評価

- 「市場支配力の形成、維持、強化という観点から見て正常な競争手段を逸脱するような人為性を有する」かどうかの判断のなかで評価される

日本法の枠組み: 排除の識別基準との接合

- 上記の評価は、行為が競争者排除に伴う反競争的な利益の獲得にのみ資するものかという観点から行為の不当性を評価するもの
- これは略奪の定義の意味で行為の経済合理性を評価するもの
- つまり、略奪の定義に基礎を置く利潤犠牲基準等の米国で提案されてきた法的基準の利用と親和性がある
- このように、日本法の枠組みは、経済合理性に着目して行為の不当性を評価するものである点で、米国の最高裁法理と共通している。
- EU法は前の分類のとおり、垂直閉鎖のみを規制対象としているため、日米の基準と相違があることも一応説明がつく(ただし、indispensabilityには批判がある)

その一例: NTT東日本事件最高裁判決

- NTT東日本が設定した接続料金がいわゆる「逆ザヤ」であったことを指して、「競業者が経済的合理性の見地から受け入れることのできない接続条件を設定し提示したものと」評価。
- 要するに、判決は、上流での供給価格が下流での供給価格を上回るという利潤犠牲の典型例といえる状況を考慮して、行為が経済合理性を持たないと評価した。

現行法の解釈

- 排除を通じた利益を観念しなければおよそ合理的とは言えないような戦略を採用したという事実は、問題の行為がどのような性格の戦略のもとに行われたものであるかを検討するための重要な証拠の一つと考えられていると説明できる。

3.5.3 規制の課題

行経済合理性の評価

- 価格費用基準は用いることができない
- PPBという手法はあるが、現実的でない
- 何らかのベンチマークが必要

ベンチマークの例

- 過去に、拒絶した取引と同様の内容の取引を行っていたという事実
- 現在、他の取引相手と、拒絶した取引と同様の内容の取引を行っているという事実
- 業法で定められている取引条件など

ベンチマークの課題

- ベンチマークの有無等は取引拒絶の効果を確認するための足がかり
- 不当性の根拠ではない
- ベンチマークが利用できない場合の介入の在り方が課題
- 戦略の態様をみるという意味で意図は重要性を持つが、これも、客観性の担保が課題になる

4. 不当廉売

1. 序論
2. 廉売行為の不当性に関する経済学上の理論
3. 米国及びEUにおける不当廉売規制の現状
4. 中間価格領域に位置付けられる廉売の不当性評価に関する考察
5. 費用以上の価格設定による排除に関する考察
6. 小括

4.1 序論

不当廉売規制の現状

- 費用基準による不当性の識別
- 推認条件としてのAVCと必要条件としてのATCの利用が現在の標準

日本での価格費用基準の利用

- 平均総費用(ATC)を上回る限り価格は合法である。
- 「供給に要する費用を著しく下回る対価」、可変的性質を持つ費用(AVC or AAC)を下回る価格は不当と推定される。

各国裁判所の立場:

- 米国
 - 「何らかの増分費用基準」(AVCなど)
- EU
 - AVC未満の価格は違法性の推定
 - AVC以上ATC未満の価格は意図を伴う場合に違法

4.1 序論： 私的独占とし ての廉売

廉売の不当性

- 排除の識別の議論の一部
- 日本法では、「自らの市場支配力の形成、維持または強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有する」かどうか

私的独占としての廉売を検討する意義①：悪影響のレベルの相違

- 不公正な取引方法では公正競争阻害性のレベルでの悪影響が要求されているので、価格競争への過剰介入が懸念されやすい。
- 私的独占では競争の実質的制限が要件となっているため、不公正な取引方法としての廉売に比べ、過小介入の懸念も増大すると考えられる。
- 積極過誤と消極過誤のバランスの取り方は不公正な取引方法と私的独占とで異なるはずである。

私的独占としての廉売を検討する意義②：比較法検討における整合性

- 不当廉売規制における比較法研究の対象 = 米国・EU
- 欧米では市場における支配的事業者による廉売の規制が不当廉売規制の中心であった。
- 漫然と不公正な取引方法で参照された米国の議論もシャーマン法2条の独占化としての規制を念頭においたもの。

検討はないが、私的独占としての廉売に固有の議論もあり得る

4.1.2 課題

ATC未満・AVC or AAC以上の価格（中間価格）が不当となるのはどのような場合か？

中間価格が不当といえる根拠は何か？

ATC以上の価格を当然に適法とすべきか？

- 私的独占としての廉売に固有の議論として、例外的に費用以上価格を当然適法として扱わないことも可能である。

4.2～4.6

・別紙参照

5. 検討

- 5.1 日本法の枠組みの確認
 - 5.1.1 排除型私的独占規制の目的
 - 5.2.2 競争過程への害の位置付け
- 5.2 2条5項の「排除」概念
 - 5.2.1 人為性・排除効果の認定
 - 5.2.2 排除の評価と市場効果要件の関わり
- 5.3 「排除」の評価枠組み
 - 5.3.1 総論
 - 5.3.2 各種識別基準の役割
 - 5.3.3 主観的意図の考慮
- 5.4 結語
 - 5.4.1 本研究が明らかにしたこと
 - 5.4.2 本研究の汎用可能性
 - 5.4.3 残された課題

5.1 日本法の 枠組み

- 5.1.1 排除型私的独占規制の目的
 - 市場支配力の形成維持強化とは行為なかりせば発生しなかった価格の上昇や数量の低下
 - これはKaplowのMPΔにほぼ相当する
 - KaplowのMPΔは行為前と後の力の単なる差分なので厳密には違う
 - 因果関係の観点でMelamedは批判している
 - Melamedが説明する消費者厚生基準は日本の市場支配力基準とほぼ等しい
 - 排除型私的独占規制の経済的目的は消費者厚生基準と整合的
 - ただし、日本では消費者厚生への害の立証は求められていない
- 5.2.2 競争過程への害の位置付け
 - 独禁法では市場支配力の形成等それ自体を問題にするわけではなく、何らかの手段としての不当性が必要
 - これを競争過程の害と整理できる
 - 前記のとおり、日本法における競争過程の害の基礎は消費者厚生
 - 競争過程への害は人為性要件を通じて評価される

5.2 2条5項の 「排除」概念

- 5.2.1 人為性・排除効果の認定
 - NTT東日本とJASRACでどう排除が認定されてきたか
- 5.2.2 排除の評価と市場効果要件の関わり
 - 「排除」があったとして、市場支配力の形成・維持・強化は別途認定が必要
 - 排除の認定では「正常な競争手段の範囲を逸脱する」人為性の有無が問題なのであり、市場支配力の形成等の評価と一部オーバーラップする部分はあるとしても、あくまでも競争過程への害の評価を行っているに過ぎない
 - 市場効果要件の評価は別途必要なものとするのが自然
 - NTT東日本最判も明示的にこの構成をとっている

5.3.1 「排除」 の評価枠組み 総論

日本法の課題

- 実際に裁判所が利用可能な法的基準の洗練化

3章と4章の検討を通じて明らかにしたこと

- 少なくとも単独かつ直接の取引拒絶または不当廉売型の行為に関しては、行為が反競争的利益の獲得のみに資するものといえるかどうかという意味での経済合理性の分析が重要になる

得られた結論

- 「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」の評価は戦略の態様の識別に収斂する

5.3.2 識別基準の 役割

- 各種識別基準の目的
 - 各基準は戦略の態様の評価の客観性を担保するために提案されてきたもの
 - AACを下回る価格から競争過程への害を推認する
 - AAC以上・ATC未満の価格について、総費用を下回ることと、廉売の期間やその他内部文書から反競争的な戦略の態様を推測することによって競争過程への害を推認する
- 同等効率性基準への批判
 - ATCをセーフハーバーとして導出するための同等効率性競争者基準の利用は不当な排除行為の同定とは異なる目的に基づくもの
 - AACの導出は略奪の根拠でもあり、不当性の推定基準として機能
 - ATCの導出は安全マージンの導出という実用的な利便性に目的がある
 - ATCを超える価格によっても利潤犠牲は生じうるのであり、競争過程への害は生じうる、言い換えれば、不当な排除が起こりうる

5.3.3 主観的意図の 考慮

各種基準の課題

- 基本的には競争過程への害は利潤犠牲基準等の基準を通じて説明される
- しかし、各種の基準に基づいても「排除」の識別ができない状況も

評判効果理論の例

- プレーヤー間の意思の伝達が競争者の排除をもたらす場面がある
- そのまま現実の事例に妥当するわけではないが、示唆はある

有線ブロードネットワークス事件

- 費用の詳細な算定はなく、顧客奪取の意図が考慮されていた
- 顧客奪取の目的からは採算が取れなくても構わないという行為者の意図が読み取れ、そのことから行為が経済合理性を欠く戦略の一環であったことが推測できる
- このように、経済合理性の評価においても主観的意図の考慮が補助的な役割を果たす

5.3.3 意図の考慮

- 公取の弁明
 - 様々な文脈で「事業者の活発な競争活動を萎縮させないため」と言っている
 - この理屈の当否にも疑義はあるが、意図の考慮をめぐる公取の法解釈は上記の弁明に矛盾している
- 公取の課題
 - 「事業者の活発な競争活動を萎縮させないため」には、「どの」証拠が「なぜ」考慮されるのかを明らかにしておく必要がある
 - 公取委の排除ガイドラインでは背景事情の説明がないまま行為者の意図が考慮されることが宣言されている
 - 実際の命令や審決で理由が述べられないまま行為者の主観的意図が考慮されている
 - 考慮されうる証拠の詳細な例示や係る証拠が考慮される理由について理論的な背景も踏まえた説明がなされるべき
- 本研究の意義
 - 本研究は上記の課題のうち、広い意味での「なぜ」意図が考慮されるのかという疑問に答えるもの

5.4.1 結語： 本研究が明らかにしたこと

2条5項における不当性とは

- 行為が「正常な競争手段を逸脱するような人為性」を有することによって競争過程が害されること
- 2条5項違反の成立には、「排除」を通じた競争過程への害と、「競争の実質的制限」を通じた競争への害が必要

競争への害

- 日本法のフレームワークにおいては、市場支配力の形成・維持・強化の立証をもって消費者厚生への害が推測される

排除の識別基準

- 行為の競争過程への害を評価する文脈において、行為が「正常な競争手段としての範囲を逸脱」する人為性を持つかという観点から、排除の方法の悪性、競争手段としての不当性を同定するもの

5.4.1 本研究が明らかにしたこと

略奪とRRC: 2つのパラダイム

- 排除行為が競争上の制約を除去する過程の説明
- 競争法上不当とされる排除の方法の例示ともいえる
- RRCでは悪影響の説明が尽くせない類型については、略奪概念に則った説明が必要
- 上記パラダイムは競争過程への害のシナリオであり、それに当てはまる行為を同定するのが各種識別基準

人為性要件の解釈・理解

- 上記評価プロセスは日本では人為性要件の解釈に位置づけられる
- 同等効率性基準では許容される排除行為のなかには独禁法上懸念される競争への害をもたらすものもある
- この意味で、廉売や単独かつ直接の取引拒絶といった事業者の事業活動の自由の発露との区別が必要は、いずれも経済合理性を軸にした不当性の評価に収斂する

5.4.1 本研究が明らかにしたこと

人為性の評価基準

- Borkらが提唱した略奪概念に基づいて説明される経済合理性基準
- 同等効率性基準には依拠できない領域においても有効
- 理屈として何が不当なのか、に最も接近する基準

意図の考慮

- 価格費用基準等が利用できない場面では、経済合理性の評価のために意図の考慮が重要になる
- 各種識別基準は戦略的な意図を特定するという意味で、行為の客観的意図をみるものである
- 主観的意図の考慮が正当化される理論的な背景も説明
- 意図の考慮については、主観・客観問わずこれまで説明がなかった

5.4.2 本研究の 汎用可能性

- デジタル市場の特性による排除
 - 本研究は、その競争過程への害が自明ではない行為に関して、排除の正当・不当を識別するうえで有効性を持つ
 - 「デジタルプラットフォーム」をめぐって下記のような排除が想定されているが、これらはまさに競争過程への害が自明ではない行為
- A. 多面市場の特性を利用した不当廉売
 - 限界費用を下回っていても最適価格の可能性がある
 - ATCの超えの不当廉売も十分にあり得る
- B. 略奪的イノベーション
 - 競争者を排除するタイプの製品の仕様変更
 - 互換性の除去
- C. 自己優遇
 - プラットフォーマーが自社の優位性を利用して市場の他の側面におけるユーザーに対して、不利益または自己優遇となる条件を付す行為
- D. 「新しい」排除
 - 従来想定されなかったかたちで市場に悪影響をもたらす排除
 - 一定の規模を超える情報の集積を利用した排除
 - 一部の自己優遇

5.4.3 残された課題

他類型の排除の検討

- 排他条件付取引
- 抱き合わせ
- デジタルプラットフォーム事業者による排除の各類型

具体的基準の提案

- 本書では経済合理性に着目した排除の評価枠組みを提案し、行為者の意図の考慮について、排除の評価におけるその位置付けとなぜ意図が考慮されるのかに関する理論的な背景を説明した
- ただし、本書のフレームワークはあくまでも一般的な評価枠組みであり、個別の事例において具体的にどのような証拠が考慮されるのかといった具体的なルールの提示には至っていない