

(翻訳) *米国法曹協会のこの意見書は、英語版によって既に御庁に提出されている。この日本語版は、非公式の翻訳であり、英語版が原典として優越するものであることをご了解いただきたい。

日本国の公正取引委員会の排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針 (原案)

に対する

米国法曹協会独占禁止法部会及び国際法部会の共同意見書

2009 年 8 月 19 日

本意見書に述べる見解は、上記の両部会限りで共同で表明されるものです。これらの見解は米国法曹協会の代表者総会又は理事会の承認を得ていないものであり、したがって、米国法曹協会の方針を表すものと解釈されてはなりません。

米国法曹協会 (以下「ABA」) の独占禁止法部会及び国際法部会はこのたび、公正取引委員会 (以下「御庁」) の「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」 (原案) (以下「本指針」) に対する意見募集に意見を寄せることができ、幸甚に思います。両部会は、御庁の熟慮と努力が本指針に反映されていることを歓迎すると共に、以下に述べる意見が指針の最終版の完成の一助となることを願い、ここに我々の意見をお伝えしたいと思います。両部会は適宜、追加して意見をお伝えする用意がありますし、御庁との協議に参加する用意もあります。両部会の意見は、両部会の有する米国法に関する専門知識と経験、独占禁止法/競争法に関する国際的な知見、及び独占権の濫用といった独占禁止法上の問題を分析する基礎である経済学の専門知識を反映したものです。

概要

両部会は、御庁が本指針を公表し、これに対する意見を募集したことに対して敬意を表し、これを支持する。複雑な問題やトレードオフが関わることから、単独の排除行為に関する法執行上の基準を明らかにする必要性のあることは広く認識されている。狭きに失する執行基準は反競争的行為を奨励する結果となるおそれがある一方で、曖昧又は過度に広範な執行基準も、消費者と経済にとって有益

な、正当な競争行為を「萎縮させる」おそれがある。本指針には、これらの問題に取り組むにあたり、法執行の経験と、慎重な検討及び十分な配慮が行われたことが明瞭に示されている。

両部会は、以下の意見を提出する機会を与えられたことに感謝する。両部会は、以下で述べる理由から、本指針が採用するアプローチについて、いくつかの全般的な意見を述べる。第一に、本部会は、排除行為に関する法執行の対象を、実質的な市場支配力を有する企業の行為に対して集中させることを提案する。これにより法執行に利用できるリソースを、それが最も必要とされておりかつ効果を発揮する可能性が高い場所に投入することによって、これらを有効に活用できることになろう。第二に、本分野における御庁の方針は、特定の個別企業ではなく、競争的な過程それ自体への悪影響を防止することを狙うものであることを本指針に明記することを推奨する。第三に、本指針は、排除行為を示す基準として「意図」に依拠しているように見えるが、この依拠の程度を小さくするか、または少なくとも、競争のより客観的な特徴、問題の行為、及びかかる行為が実際に市場に与える影響又は与えうる影響などに言及することによってそれが限定されることを推奨する。第四として、一部の用語のさらなる明確化を推奨する。最後に、法執行を正当化する有害な排除行為と、攻撃的ではあるが適法な行為の区別にあたり、経済学的分析に依拠すべきことを明らかにすることを推奨する。

両部会は、「第2」の中で取り上げられている2つの排除行為（供給拒絶・差別的取扱い、及び、コスト割れ供給）に関する本指針の法執行のアプローチについても意見を述べる。前者については、供給拒絶が排除的として非難されうる、また非難されるべき状況を注意深く限定する具体的な政策上の考慮点を両部会は提言する。このような原則が明確に確認されることと、本指針が提案するアプローチの特定の部分について、幾つかの点で明確化され、修正がなされるべきことを提案する。コスト割れ供給については、幾つかの点で明確化を提案する。例えば、「コスト割れ供給」の認定上、「コスト」をより厳密に定義することや、独占力の獲得によって損失を補填する可能性があることを責任の要件とすること、また、単に特定の競争者に損害を与えることなく、競争自体が現実には損なわれ又はそのおそれがあることを要件とすることなどである。

1. はじめに

日本の独占禁止法は、さまざまな反競争的行為とともに、「排除型私的独占」を禁止する。排除型私的独占は、「他の事業者の事業活動を排除する行為…により、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」と定義されている。¹

本指針にあるとおり、「あらゆる競争の過程において」、事業者の事業活動の結果として、他の商品または他の事業者が「市場から淘汰されることは当然に起こり得る」²、このため、独占禁止法上の規制の対象となる排除行為を、「通常の事業活動の結果として」の市場からの淘汰と区別することは容易ではない³。両部会も、単独行為に関する規制を策定することは、規制当局にとって最も困難で論争を惹起する作業であると考えている。

したがって、本指針が、単独行為は、一定の取引分野における競争を実質的に制限する効果を持たない限り、私的独占とみなされるべきではない、との要件を明確に強調していることを評価する。またこれと同じ理由から、通常は排除行為と考えられる行為であっても、それが消費者厚生利益及び効率性向上の可能性を考慮した場合には正当化される可能性があるが故に、これらの点が考慮されなければならないとの原則に賛意を表す。製品のイノベーションが、競争者の犠牲のもとに優越的な企業の成長を加速させる場合のような、消費者に利益を与える行為を罰することは、経済成長の停滞を招き、健全な競争政策の目標の妨げともなりかねない。

本部会は、御庁が排除型私的独占に関して考慮する要素を「明確化することにより、法運用の透明性を一層確保し、事業者の予見可能性をより向上させる」ために本指針を公表したことを強く支持する⁴。同様の理由から、御庁には、(1) 不公正な取引方法、特に今後課徴金の対象となるもの、(2) 「支配」型私的独占、及び(3) 排除型私的独占を構成しうる知的財産権の行使、についても指針を出すことを検討していただきたいと思う⁵。

¹ 「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針(原案)」(以下、「本指針」)仮訳1ページ。

² 同上1-2ページ。

³ 同上2ページ。

⁴ 同上。

⁵ 本指針は、御庁の「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」(平成19年9月28日)を参照している。しかし、同指針が本指針に組み込まれているのかどうかは定かではなく、排除型独占及び

II. 全般的な意見

A. 実質的な市場支配力の要件

本指針においては、高いマーケットシェアを有する市場参加者は、低いマーケットシェアの事業者と比較して、競争者を排除する能力をもち易いことは認識されているものの⁶、他の国、地域において定められているような支配力又は独占力に関して基準要件を定めていない。両部会は、市場支配力要件について明瞭な記述がなされることにより、独占禁止法の遵守を目指す企業にとってより良い指針を提供し、予見可能性を高めることになるよう求める。例えば米国法においては、違法な独占は、(1)独占力の保有、及び(2)排除行為を通じてかかる力を獲得、増強又は維持すること、によって構成される⁷。したがって、独占力は、違法な独占を構成する最初の基準となる要素なのである。

また、御庁が、企業が排除型私的独占を行なっていると認定する前提として、企業が**実質的な市場支配力**を有していなければならないことを明らかにするよう求めたい。この基準は他の国では広く受け入れられており、一般的に、たとえば、シャーマン法第2条、ローマ条約第82条及び英国の競争法に基づく第2章の禁止などの適用可能性を生じさせる要件と考えられている⁸。

私的独占や支配的地位の濫用を理由として企業が法執行措置の対象となる前提として、企業が**実質的な市場支配力**を有していなければならないとする要件は、競争に積極的な企業の行為を萎縮させないように、(市場支配力という観点で)企業の行為に対する介入の基準を、競争者間の合併の場合や合意の場合よりも

不公正な取引方法に対して課徴金が課されることとなったのであるから、同指針を改正することを求める。

⁶ 本指針 3、35 - 37 ページ。

⁷ *Verizon Communs. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 407 (2004)

⁸ EC 委員会, *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings* (February 9, 2009) at para. 10, オンラインで入手可能 <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html> ["*EC Guidance*"]; シャーマン法 § 2, 15 U.S.C. § 2; 公正取引庁 (英国), *Abuse of Dominant Position: Understanding Competition Law* (December 2004); オンラインで入手可能 http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/ca98_guidelines/offt402.pdf, at para 4.11; 以下も参照。 International Competition Network, Unilateral Conduct Working Group, Recommended Practices on the Assessment of Dominance/Substantial Market Power, 2007-2008, at 1 ("Determining whether a firm possesses dominance/substantial market power generally is the first step in the evaluation of potentially anti-competitive unilateral conduct.")

高く設定すべきであるとの認識をもとにしている。本指針は、「排除行為と通常の事業活動の結果として他の事業者を排除するに至った行為を区別することの難しさ」を正しく認識しており、実質的な市場支配力の要件は、企業の競争促進的行為が非難されるリスクを減少させるであろうと思われる⁹。このようなリスクは、課徴金の導入と共に高まる可能性がある。

本指針によれば、独占企業とされた企業が約50%のシェアを有する事件について「優先的に」審査するのが御庁の法執行方針であるとされている¹⁰。両部会としては、法執行を決定するにあたり、第一段階として基本的なマーケットシェアのテストを採用することが有益であるという点については同意するものの、企業が実質的な市場支配力を有しているかどうかを検討するにあたっては、単なるマーケットシェアのみならずそれ以外の要素を検討することを求めたい。実質的な市場支配力は、通常、価格を支配し又は競争を排除することのできる能力と理解されている。相対的に高いマーケットシェアを有する企業は、マーケットシェアの低い企業よりも、このような市場支配力を持つ可能性が高いのであろうが、マーケットシェア以外の要素も考慮すべきである。たとえば、企業は優れた製品を開発したり又は入札に成功したりして、一時的に高いシェアを得て、一時的に高い価格を設定することすら可能となった場合があるかもしれない。しかしその企業が競争するマーケットの参入障壁が低く、及び/又は、競争企業がシェアを奪うことができる機会が常に存在する場合、企業の製品が競争者によって直ちに模倣されうる場合、又はイノベーションが拡大して競争者がより優れた製品をもって対応した結果、実質的な市場支配力を構成するほどには高いマーケットシェアが十分に持続されない場合、そして参入障壁が十分に低い場合、企業は非競争的な価格を設定することはできないと思われるのである。高いシェアを有するもののそのシェアを維持するだけの市場支配力には欠けている企業を罰することは、健全な競争政策が推進しようとする行為自体を妨げるリスクをはらむのである。

また、マーケットを定義し、マーケットシェアを測定するプロセスはいずれも、特定の企業のマーケットシェアを確認するために必要であるが、しばしば難しい判断と問題を伴う。具体的なシェアの計算は、したがって、様々な不確実

⁹ 実際、どの企業にも、評判、所在地、消費者の選考等などのみが理由であるにせよ、ある程度の市場支配力はある。Dennis V. Carlton, Market Definition: Use and Abuse, Competition Pol'y Int'l, Spring 2007, at 3, 7

¹⁰ 本指針3ページ。

性を伴うものであり、かかる不確実性は法執行上の決定を為すにあたり看過されるべきではない。

B. 競争への影響

独占禁止法は、排除型独占の認定が行われる根拠として「一定の取引分野における競争の実質的制限」を要件としている。これは「競争自体が減少する」ような状況を形成、維持、強化することを意味するとの本指針の説明は適切である¹¹。ただし、本指針は、過去の独占事件に関する決定を数多く引用しているが、これらは競争全体に対する影響を明確に強調しておらず、特定の事業者に与える弊害のみに注目しているように読める¹²。

独占禁止法の基本的な目的が、個々の競争者ではなく市場の競争過程を保護することにあることは明らかである¹³。経済資源が効率的に配分され、消費者が競争力ある品質の製品及びサービスを、競争力ある価格、その他の条件において入手することができる時に、消費者の厚生は極大化する。ゆえに、独占禁止法は、生産量を制限したり、競争的水準を上回る商品価格の引き上げ、又はその品質を低下させるような行為について格別の懸念を有するのである。

こうした考え方は、「競争の実質的な制限」の要件に暗黙のうちに盛り込まれているが、両部会としては、独占禁止法の目的が、競争者ではなく競争を保護することであることを本指針において明記すると共に、具体例において、問題とされている行為が全体としての競争をどのようにして損なっているかを説明することにより、かかる基本原則が明白に反映されていることが明らかにされることを推奨する。

C. 意図に基づく推定の禁止

¹¹ 本指針 35 ページ。

¹² 例として以下を参照；有線ブロードネットワークス事件 (p. 6), 東洋製罐事件 (p. 7), 北海道新聞社事件 (p. 7)。また一部の例は、「実質的な競争の制限」の証明を要しない不公正な取引方法の事件であるとみられる。例えば、ゼンリン事件 (p. 12), 日本マイクロソフト事件 (p. 24), 及び東芝エレベーターサービス事件 (p. 24)

¹³ 例として以下を参照。 *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 224 (1993)

本指針は、他の事業者の事業活動を排除する意図が排除行為を推認させる「重要な事実」になり得ると述べている¹⁴。意図は、行為が競争にもたらす結果を示唆する場合もあるが、このような競争に対する弊害を間接的に示す事実の取り扱いには注意が必要である。競争法の手続において、個人による事業目的の言及の特定部分の引用、文脈から離れた引用がなされると、誤った説明や誤った利用をされることがあると良く批判されている。ある企業がその競争者に関して攻撃的な意図を表明した場合でさえも、適法な競争に完全に合致することもあり得る¹⁵。裁判所及び研究者は、適切にも、特定企業の行為に関する競争法の執行方針及び決定において着目すべきは、マーケットの客観的な特徴、非難されている行為及び当該行為が市場に与えた現実の及び予測される影響とすべきであるとの意見を述べている。したがって、本指針で意図に言及する場合（供給拒絶・差別的取扱いに関し、第2 5項（2）オで言及する場合も含めて）、競争への影響についてのより信頼できる指標を優先することを明確に言及して修正するか、少なくとも留保を付すべきであるとする¹⁶。

D. 明確で客観的な基準の必要性

本指針で示しているとおり、透明性と予見可能性は、適法な競争を「萎縮させる効果」や「公正かつ自由な事業活動」に対する不当な干渉を避けるために重要である¹⁷。我々は、透明性及び予見可能性の意義を強く支持するものであるが、本指針のいくつかの部分では、基準の明確さと客観性を向上させることによって、本指針をこの点において改善する余地があることを指摘する。

例えば、

- 「排除行為」は、「他の事業者の事業活動の継続を困難にさせたり、新規参入者の事業開始を困難にさせたりする蓋然性の高い」行為とされている¹⁸。

¹⁴ 本指針 5 ページ。

¹⁵ Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan, 506 U.S. 447, 459 (1993)

¹⁶ 意図が判断要素となる場合には、どのような種類または程度の意図（例、具体的か一般的か）が企業側の排除型私的独占が絡む事案の判断において依拠されるのかが明示されるよう求める。

¹⁷ 本指針 2 ページ。

¹⁸ 本指針 4 ページ。

- 事業者が同種の商品を自ら製造することが現実的に困難な時に、当該事業者に対し「必要な」製品を「合理的な範囲を超えて」供給の拒絶をすることは排除行為である¹⁹。
- 排除行為によって「『優れた』商品を販売する」又は「総合的な事業能力が高い」企業が競争的な行動をとることが困難となる場合等は、競争を実質的に制限していると判断されやすい²⁰。

両部会は上記で「」をつけて引用した語が十分な指針を提供しないおそれがあることを謹んで指摘する。たとえば、一事業者が行なった競争上有効な行為は、そのほぼ全てが、少なくとも別の競争者の観点からみれば、その競争者による競争を「困難とする」効果を持つものと思われる。競争政策は、たとえ、競争相手にとって困難な状況をもたらす場合であっても、イノベーション、品質の改良、全体としては消費者に利益をもたらすこととなる独占者の行為や、競争としての長所を有するその他の行為を非難すべきではない。

同様に、実質的な競争の制限が存在するか否かを判断するにあたって考慮される一定の要素についても、指針をより明確化することができるとと思われる。私的独占の要件となる競争の実質的制限は、不公正な取引方法（これは、より低い課徴金が課されるか、または行為の類型によっては全く課されない場合もある）と私的独占を区別するための主要な要素であるため、この部分は特に重要である。本指針は、「競争の状況」について、健全なまたは激しい競争が行われているとき、排除行為は競争を実質的に制限することとなりやすいと述べているようである。また「競争者の状況」について検討するところでは、競争者の総合的な事業能力が高い場合、又は競争者の供給余力が十分でない場合、排除行為は競争を実質的に制限することとなりやすいとしている。これらの要素については、明確化するか詳しい説明を加えない限り、理解することはいささか困難である²¹。

E. 経済学的分析及び基準の必要性

¹⁹ 同上 26 ページ。

²⁰ 同上 36 ページ。

²¹ また、「代替性の程度」の項にはタイプミスがあるようである。「需要者は躊躇なく参入者の商品を購入・使用することができるとは考えられないため、代替性が「高い」場合、潜在的な競争圧力は働きにくい」とあるが、「高い」は「低い」の意であったと思われる。

御庁がパブリックコメントの結果を検討して本指針の修正を行うにあたっては、経済原則を注意深く考慮したうえ、それを本指針で採用する分析方法に明確に関連付けていただきたい。経済学的分析は、市場がどのように機能するか、及び、競争の基本目的を最もよく達成するには競争法をどのように執行すべきかを理解し、説明しようと試みるものである。経済学的な思考及び分析は、多くの国、地域で、独占及び排除行為を規制する法の策定及び発展において重要な役割を果たしてきた。そして、現代の複雑なビジネス行動を読み解き、独占禁止法が、市場における競争を促進し、ひいては消費者及び社会の利益となるようにするための欠くことのできないツールとなっている。

例えば、経済学的分析は、一見排他的に見える行為に存在する合理性を理解させ、かかる行為に関する効率性をめぐる議論を解決に導き、問題とされる市場における競争の動態を判定することを可能とし、ある行為の競争促進的及び反競争的な影響とその正当化根拠を評価することに役立つ。さらに、排除行為に対する競争法の執行政策を優れた経済原則によって裏打ちすることにより、かかる政策は確実に競争を促進する一方で、一見問題があるようにみえるが慎重な検討を経ることにより競争促進的であり消費者の利益となることが判明するような行動はこれを阻害せずに済むのである。経済原則への一貫性ある依拠によって、独占禁止法は、新しいビジネス行動や、常に変化し複雑さを増していく市場の現実に対応することが可能となる。また、経済原則に依拠することによって、独占禁止法を遵守しなければならない事業者の側での、同法に対する信頼と受容度を高め、かつ、明確性と客観性を提供することにより、企業はどうすれば市場において有効かつ効率的に行動することができるのかを理解することができるのである。

実質的な市場支配力を重視することを提案したのは、経済学的分析がどのように排除型私的独占に関する執行方針に結び付けられ得るかということの例を示したに過ぎない。実質的な市場支配力を持たない企業が、有意に消費者に損害を与えたり、又は効率的な競争を妨げる地位を得ることはめったにない。実質的な市場支配力に欠ける企業が、反競争的な価格又は他の取引条件を顧客に課そうとすれば、顧客はすぐにその企業の競争者の方を向くことになるであろう。このような行動は、往々にしてその企業の行動に規律を付与することになり、企業はその行為を再び競争的規範に従わせるか、又はそのシェアを失って最終的に市場を去るか、のいずれかとなる。競争法を執行することによってもこれと同じ結果が得られるかも知れないが、市場の個々の参加者の自己調整機能に依拠することができれば、反

応はより早く、費用がかさみ非生産的な税金の支出や政府の執行業務に伴う他の資源の投入を必要としないで済む可能性がある。

したがって両部会は、御庁が、本指針において、健全な経済原則に従う意図があること、排除型私的独占に適用する執行方針を策定する際の道標として、経済学的分析を利用する意図がある旨を述べるよう提案する。また、一定の概念の背後にある経済原則を説明すれば、本指針の明確性及び有用性が向上すると思われる。

III. 供給拒絶・差別的取扱い

A. 全般的な意見

独占禁止法及び競争法の諸原則のもとで、単独の供給拒絶行為を違法とすることが可能であるかどうか、また可能であるとすればどのような状況において可能であるかについては、多くの国、地域で検討されてきた²²。本指針が表明する、競争者が取引実施の可否や取引の価格及び諸条件について決定する裁量権を有していることが自由市場経済の核となる原則であるという認識は、これらの国、地域でも、概ね共有されている。したがって、本指針の以下の指摘はまったく正しい。

事業者が独立した事業主体として行った供給先の選択や供給に係る条件の設定は、基本的には、事業者による自由な事業活動として尊重されるべきである²³。

また、本指針は、かかる行為に法的制裁措置を適用するについては適切な警告を与えている。

供給拒絶・差別的取扱いについては、排除行為に該当するか否かが特に慎重に判断される必要がある²⁴。

²² 例として以下を参照。欧州委員会の Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, Section IV.D. (December 3, 2008).

²³ 本指針 28 ページ。

²⁴ 同上

我々はこの警告を支持すると共に、そこに言う慎重な判断についてより明確にすることを求める。

単独の供給拒絶への独占禁止法の適用については多くの経験を有するようになった結果、米国の裁判所、学識者、法執行機関の間では、単独の供給拒絶に対する法執行当局の介入を制限するように助言する政策論として複数の提言が行われている²⁵。以下にそれらの提言を挙げる。

- (1) 単独の供給拒絶を行った企業に不利な法的措置を課すことは、法によって供給を強制することを意味する。言い換えれば、取引の拒絶又は一定の条件による取引の拒絶について法的な危険にさらされている企業は、法執行当局が強制又は許可する取引の種類についての明確、客観的、かつ一貫性のあるガイドラインを与えてもらう権利を有している。
- (2) 競争法の執行機関は、通常、かかる強制的な取引の条件について定め、実施するに足るだけの体制を有していない。需要、供給及び技術が発展し続ける一方で取引の監視が長期に及ぶ場合は特にそうである。こうした継続的な行政上の責任からは、多くの法執行機関が通例必要とするよりも、企業及び市場の動向に関する広範かつ詳細な情報を必要とし、市場の変化に対してもより敏感であることが求められる。このような性格の監視機能は、一部の産業についてみられるように、そうした規制権能を行使するために設けられた行政機関がより適任であり、またそうした行政機関の特徴でもある。
- (3) ある競争者が、他の競争者との取引を長期にわたり法的に強制される場合、本来それらの競争者間に存在していたはずの独立性と競争の活力がそがれるリスクが大きくなる。このようリスクは、取引の強制によって得ようとする利得に対して、釣り合うものである必要がある。

²⁵ 以下を参照されたい。 *Verizon Communs. v. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004). これらの提言は過去の論文において行われている。例として以下を参照。 Philip Areeda, *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, 58 Antitrust L. J. 841 (1989), and Abbott B. Lipsky, Jr. & J. Gregory Sidak, *Essential Facilities*, 51 Stan. L. Rev. 1187 (1999).

- (4) ある競争者が別の企業の優れた製品への強制的なアクセス権を与えられる場合、自らがより効率的な競争者となるために技術革新を行ったりイニシアチブをとったりする動機付けを失うというリスクが高まる。イノベーションや動的な効率性に対するこのような脅威もまた、単独の供給拒絶に反対することによって得ようとする利益と釣り合うものである必要がある。

両部会は、御庁が排除型私的独占の一形態として単独の供給拒絶に関して調査、手続又は措置を行おうとする場合は常に、特別な注意を要する理由として、これらの政策論に明確に言及し、考慮に入れることを謹んで求めたい。一方で、これらの意見は、有効な対処が可能な特定の状況において、熟考の上で行われる執行上の措置に対する障害とされるべきではないと考える。例えば、旧Bell Systemの一定の行為に対して、主として単独の供給拒絶を理由として米司法省独占禁止局が取った法的措置は、熟慮された行為であったこと、そして、かかる措置がもたらした米通信産業の基本的再編²⁶によって、米通信産業に競争をもたらし、そして最終的にはそのサービスの消費者に、重要かつ長期的な利益がもたらされたとの見解は、なおさまざまな議論があるところだが、米国において合理的でかつ広く受け入れられた見方であるとされている。

B. 個別の意見

両部会は、本指針第2 5の個別の部分について以下の意見を提出する。

1. 「寡占」市場への言及を削除すべきである。

第2 5(2)ア(「川上市場及び川下市場全体の状況」)では、供給拒絶が排除行為に該当するか否かを御庁がどのように判断するかについて次の例で説明している。

例えば、川上市場が市場集中度の高い寡占市場である場合は、そうでない場合と比較して、供給先事業者は川上市場において行為者に代わり得る他の供

²⁶ 旧 Bell System はこの事業再編に同意していたことに留意すべきである。判断が争われた結果として課されたわけではない。United States v. Western Elec. Co., 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982), aff'd mem. sub nom. Maryland v. United States, 460 U.S. 1001 (1983)

給者を容易に見いだすことができず、行為者から川上市場における商品の供給を受けることが供給先事業者の事業活動にとってより重要となる。したがって、拒絶等を受けた供給先事業者の川下市場における事業活動を困難にさせると認められやすくなる。

この説明からは、顧客への供給を拒絶している「川上」市場の企業は、市場が「寡占」的であるために排除行為を行っているとは判断されやすくなる、あるいは、少なくとも、川上市場が「寡占的」であるという事実により排除行為と認定される可能性が高まる、と解釈される。両部会は、実質的な市場支配力が、市場の構造にかかわらずなく、排除行為認定の基準となる要件であることを明示することにより、「寡占」市場への言及が限定されることを提案する。

「寡占的」な市場を正確に定義することは困難であり、常に議論の対象となる。「寡占」は、文字通り競争者が少数である市場を意味する。競争の力学に悪影響を及ぼす程度にまで競争者の数が限られているというのはいかなる場合なのかの判定は、広範な議論の対象となる問題である。前にも指摘したとおり、実質的な市場支配力に欠ける企業は、通常、排除型私的独占の責めを負うべきではない。両部会は、「寡占」と特徴づけられる市場にあっても、依然としてこの原則が適用されるべきであると考え、ある企業が「寡占的」市場に身を置いている場合には、排除型私的独占として調査を受け、立件され、責任ありと判断されるリスクが高まると述べることは、主観的な要素を導入することとなると共に、企業による単独行為のリスクを高めることであり、これは、競争政策の究極目的及び健全な競争法執行の原則からして正当化することはできない。本指針が「寡占」市場に言及することは、活発ではあるがしかし適法な競争行動を抑制してしまう可能性がある。したがって、両部会は、この箇所の削除を提案する。

2. 共同の行為と単独の行為の取扱いの違いを確認すべきである

本指針第2 5(3)では、それまでに供給拒絶・差別的取扱いに関して検討した原則と判断要素について具体例を示している。アは、特許プールが、競争者に対する実施許諾を拒絶した例であり、この特許プールは、特定の製品の供給の「ほとんど全て」を占めるメンバーによって組織され支配されており、かつ、

「大変重要な技術」を囲いこんでいるために、これらの実施許諾を受けることなく当該製品を製造することは不可能であるという場合である。

特許プールの組成とその後の行為の適切な取扱いは、競争法研究者や法執行担当者による分析や議論にとっての重要な分野であるが、共同での供給拒絶に伴うリスクは、原則として、単独の拒絶の場合とは程度が異なることが認識されるべきである。イノベーション、動態的な効率性及びその他の競争政策上の価値に対して競争法の誤った適用の可能性がもたらすリスクは、一企業の単独の供給拒絶に競争法が適用された場合に比べて、ほぼ全ての重要な競争者によって組織された団体による供給拒絶に競争法が適用された場合にはより低くなる²⁷。我々は、共同での供給拒絶と単独の供給拒絶の間の基本的相違についての認識を示すため、本指針にかかる旨の説明を盛り込むことを提案する。

3. 第2 5で示すアプローチと、米国の「不可欠施設の法理」を比較し、適切であれば、対照させることも検討に値いする

供給拒絶・差別的取扱いが存在し得る状況を定義するために本指針が定めた諸要素²⁸は、米連邦下級裁判所が定めた「不可欠施設の法理」の諸要素と極めて類似している²⁹。執行当局の意図を明確にし、かつ、この分野における公正取引委員会のアプローチを他の国、地域で取られているアプローチと比較分析することを容易にするために、御庁が、供給拒絶・差別的取扱いに対する自己のアプローチを、不可欠施設の法理と比較することも検討に値いする。不可欠施設の法理の様々な問題点については多数の文献があり、問題点を明らかにするにあたって有益な背景を提供するものと思われる。

IV. コスト割れ供給

A. 全般的な意見

²⁷ “[Refusal to supply] cases involv[ing] concerted action . . . present[] greater anticompetitive concerns and [are] amenable to a remedy that does not require judicial estimation of free-market forces: simply requiring that the outsider be granted nondiscriminatory admission to the club.” *Verizon Comm’s v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398, 410 n.3 (2004) (emphasis in original).

²⁸ 本指針 25-26 ページ。

²⁹ この法理は米国最高裁判所によって承認されてはいないが、否認されたわけでもない。*AT&T v. Iowa Utils. Bd.*, 525 U.S. 366, 428 (1999)(Breyer, J., concurring in part and dissenting in part).

両部会は、御庁が本指針において「価格引下げ競争に対する介入は最小限にとどめ」ようとしている点を評価するとともに、御庁が可能な限り、適法な価格競争のための安全区域を明示することを推奨する。曖昧なガイドラインにより、「低すぎる」価格につき責任を負うおそれがある場合、企業は、消費者の利益となる健全な価格競争を回避するおそれがある。よって、このようなガイドラインは、意図せずに、ガイドラインが保護しようとしている価格競争そのものを妨げる可能性がある³⁰。このような意図しない結果を避けるためにも、御庁はより明確なコスト割れ供給の指針を提供すべきであると考えます。特に、「コスト割れ」供給の規制において問題となる「コスト」の類型をより明確に定義し、「コスト割れ」と判断されるリスクがないか、又はかかるリスクが極めて低い価格設定の類型についてより明確にすることが求められる³¹。このような対応によって安全な価格設定「区域」が提供され、企業は制裁を受けることをおそれずに活発な競争を行うことができる。最後に、両部会は、違法なコスト割れ供給は、売り手がその損失を回復することができる状況にある場合に限定されることを求める。

B. 具体的な意見

少なくとも単一の製品の価格設定の場合において、コスト割れ供給が独占禁止法上の排除型私的独占に該当しうる状況を明確にする一つの方法は、価格が売主のコストの何らかの指標を下回っているかどうかに基づく推定を活用することである。裁判所や法執行当局は、こうした様々な基準を提案している。例えば、多くの米国の裁判所は、価格と売主の平均総費用(以下「ATC」)及び平均可変費用(以下「AVC」)との関係に着目するスライド制アプローチを提案している。(1) ATCまたはこれを上回る価格は明らかに問題のある「コスト割れ供給」の範囲外であり³²、(2) AVC以上であるが ATC を下回る価格は適法と推定され、(3) AVCを下回る

³⁰ 以下を参照。 *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 226-27 (1993) (“[B]ecause ‘cutting prices in order to increase business often is the very essence of competition ... mistaken inferences ... are especially costly, because they chill the very conduct the antitrust laws are designed to protect.’ ... It would be ironic indeed if the standards for predatory pricing liability were so low that antitrust suits themselves became a tool for keeping prices high” (quoting *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 479 U.S. 104, 122 n.17 (1986)).

³¹ たとえば、「総原価」及び「製造原価」という語には、明確で広く受け入れられた定義がなく、法を遵守しようとする企業にとっては混乱を招く可能性がある。

³² 例として以下を参照。 *McGahee v. Northern Propane Gas*, 858 F.2d 1487, 1496 (11th Cir. 1988) (recognizing “average total cost as the cost above which no inference of predatory intent can be made”); *Henry*

価格は適法でないとは推定される。いずれの推定についても、推定を覆そうとする当事者が立証責任を負う³³。なお、価格と平均回避可能費用(以下「AAC」)及び長期平均増分費用(以下「LRAIC」)³⁴との関係に着目する他の基準も提案されている。適切な費用テストについての検討を進めることで、企業に健全な競争政策という目的に沿うより多くの指針を提供することになるのであって、両部会は、御庁がかかる検討を行うことを求める。

問題とされるコストは、マーケットに参加する全企業の平均コストまたはその他のコスト指標ではなく、売主自身のコストであるべきだ³⁵。企業は、自社以外の者のコストを確信をもって知ることはできない場合が多いから、一般的な市場の平均費用、又は売主自身のコスト以外の他の指標を下回る価格設定を規制す

v. Chloride, Inc., 809 F.2d 1334, 1346 (8th Cir. 1987) (“[A]t some point, competitors should know for certain they are pricing legally, and ... this point should be average total cost” (citation omitted).); *Arthur S. Langenderfer, Inc. v. S.E. Johnson Co.*, 729 F.2d 1050, 1056 (6th Cir. 1984) (same standard).

³³ 例として以下を参照。 *Tri-State Rubbish v. Waste Mgmt.*, 998 F.2d 1073, 1080 (1st Cir. 1993) (observing that pricing below variable cost is the “normal test of predation”); *Kelco Disposal v. Browning Ferris Indus.*, 845 F.2d 404, 407 (2d Cir. 1988), *aff’d on other grounds*, 492 U.S. 257 (1989) (noting that prices below “reasonably anticipated average variable cost[] are presumed predatory”); *Henry*, 809 F.2d at 1346 (holding AVC “to be a marker of rebuttable presumptions”); *William Inglis & Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Co.*, 668 F.2d 1014, 1035-36 (9th Cir. 1981) (holding that the plaintiff bears the burden of showing that prices above AVC but below ATC are “predatory,” and that the plaintiff establishes a prima facie case of predatory pricing by proving that the defendant’s prices were below AVC).

³⁴ 欧州委員会は、コスト割れ供給の判断におけるコストの基準として平均回避可能費用 (“AAC”) 及び長期平均増分費用 (“LRAIC”) を利用する可能性について述べているが、 *Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings* (Dec. 2008) を参照、 AAC または LRAIC テストのいずれも略奪的価格に関して欧州司法裁判所によって承認されていない。第一審裁判所及び欧州司法裁判所の Advocate General は、適用する経済モデルの選択においては欧州委員会の広範な裁量権を与えることを予定しているものの、欧州司法裁判所の 2009 年 4 月 2 日付け判決は、AVC 及び ATC テストがなお適用可能であることをあらためて確認した。

³⁵ 本指針は、地方紙の発行者が定めた価格の分析において利用されたコストに「一般の独立事業者が通常計上すべき費用」が含まれていた例を提供している。この例は、御庁が平均的な費用もしくは「通常の」費用、又は少なくとも当該事業のコスト以外の費用に依拠する場合があることを示している。当該事業のコスト以外のコストを利用することは、適法な価格設定を行おうとする企業を混乱させうることを考えれば、当該事業のコストを利用する原則への例外については、明確かつ慎重に定めるべきである。利用されるコストが「実情に即して合理的と考えられる」ものでなければならぬとの説明は、あまりに曖昧で、企業はいかなる場合に自社以外のコストが利用されるかについて知ることができない。

るとすれば、企業にとっては適法な価格の境界の判断が極端に困難となり、また、競争者よりも効率的であるゆえをもって処罰することとなる可能性がある³⁶。

前述の指標に加え、御庁は、コスト割れ供給が独占禁止法上の排除行為に該当し責任を負うとの判断においては、当該価格設定をする企業が、そのコスト割れ供給によって、長期的にみてその価格設定が行われる市場における競争への重大な脅威となることが要件になり、単なる個々の企業に対する脅威ではないということを示すべきである³⁷。いいかえれば、当該企業が、その価格設定により競争を妨げるか又は排除することによって独占力を獲得又は維持する可能性が高いことを要件としなければならない。このような理由から、その企業がコスト割れ供給を行うことによって生じた損失を回復する合理的な見込みを持っていることも必要である³⁸。

前述のコスト割れ供給の判断基準は、裁判所や行政機関だけでなく、企業も利用することのできる合理的で明確な指針を提供するものでなければならない。そのため、多くの米連邦裁判所及び米国の法執行機関は（シャーマン法第2条の適用において）これらの基準が、これに近いその変形で欧州連合の裁判所が採用する基準によく似た（損失回収の要件は例外とする）ものを採用している³⁹。

³⁶ 御庁は、違法な行為の要件として「意図」を取り上げている。コスト割れ供給の場合、違法なコスト割れ供給の責めを負う企業は少なくとも、問題となっている行為を行う意図があったはずであるという点に同意する。

³⁷ 自由競争維持のためにガイドラインを役立てるという御庁が公表している目的からすれば、独占禁止法を、個々の競争者ではなく競争に対する弊害を是正することに用いるべきである（間接的に競争者も保護される可能性はあるが）。異なる目的を持つ他の法律が、個々の企業の保護という目的においてはより適切である。以下を参照。 *Brooke Group Ltd.*, 509 U.S. at 224 (“It is axiomatic that the antitrust laws were passed for ‘the protection of *competition*, not *competitors*’” (quoting *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 320 (1962))).

³⁸ 以下を参照。 *Brooke Group Ltd.*, 509 U.S. at 224 (requiring for liability for below-cost pricing that the defendant “had a reasonable prospect, or, under § 2 of the Sherman Act, a dangerous probability, of recouping its investment in below-cost prices”).

³⁹ 例として以下を参照。 *supra* notes 32, 33, 37. 以下を参照。 *France Telecom v. Commission Case C202/07P*. 御庁がどのようなコスト概念又はコスト割れ供給の基準を用いるとしても、コストの概念に名称を付してかつ明確に定義し、企業があらかじめ自己の価格設定が行政罰を受けるリスクがある水準を合理的に上回っているかどうかを判断する際に利用するための同様に明らかな基準を提供すべきである。

これらの基準の根拠となっている経済上の論拠は、活発な価格競争を維持するという御庁の目的を支えるものである。例えば、ATC又はこれを上回る価格水準においては、しばしば、同等にまたはより効率的な企業が同じマーケットで競争することが可能であり、競争が損なわれることはない。その価格であればコスト割れ供給の指針には抵触しないと認めることは、企業が行政罰の心配をせずに活発な競争を行うことができる広い価格設定「帯」を提供する。AVC以上であるがATCを上回らない価格は問題視されないと推定するということは、かかる価格が当該商品の販売により生ずる費用をカバーしているために、かかる価格から生ずる利得は競争の排除に依存するものではないと認識することである。したがって、これらの価格が競争を阻害することの証明責任は、かかる価格の適法性に異議を唱える者が負うべきである。一方、AVC未満の価格設定は、略奪的である（問題がある）と推定されるべきである。かかる価格は、商品の販売により発生する費用がカバーされないという点において、当該価格決定者において独占力を獲得又は維持した後にかかる価格設定による損失を回復しようとする意図及び能力がなければ、明らかに合理性がない⁴⁰。

責任を負うのに独占力の確保の見込みが要件とされているのは、そうでなければ、問題とされている価格設定が、独占禁止法が対処しようとする競争への脅威とならないためである。また、コスト割れ供給の責めを負う企業は全て、自己の価格設定によって生じた損失を回復できるであろうことについて合理的に予測することができたことが必要である⁴¹。もしそうでなければ、その価格設定は経済的に不合理であり、失敗する可能性が高い。回復することを企業が合理的に予測できない損失を生ずるような価格設定は、かかる価格設定をした企業に損害を与えるため、多くは自滅的である。したがって、市場支配力又は独占力を獲得することのできない企業による低い価格設定や、回復することが企業にとって合理的に予測できないような損失を発生させる低い価格設定は、独占禁止法が懸念の対象とする事項ではないのである。

⁴⁰ 我々は、御庁が、AVC割れ供給を正当とする事例（腐敗寸前の食品のAVC割れ供給を含む）をまず明示することを求める。商品の販売促進（通常、販売促進対象の商品に対する消費者の注目を集めるために、合理的かつ短期的な価格引下げを伴い、その利得は通常、市場支配力を得ることではない）についても同様の指針が必要である。御庁が、なお論議されていない正当化根拠の可能性を認めつつも、これらの事案や他の正当化根拠を可能な限り明確にすることを求める。

⁴¹ 以下を参照。Brooke Group Ltd., 509 U.S. at 224 (requiring for liability a “dangerous probability” of the defendant’s “recouping its investment in below-cost prices”).

御庁の指針は、価格が「自らと同等に又はそれ以上に効率的な事業者の事業活動を困難にさせ」る場合、競争に悪影響を及ぼす場合がある、と述べている。既述のとおり、競争者を「困難」にさせるという表現は極めて曖昧である。広い意味では、競争者を困難にさせるとは、（自らと同等に又はそれ以上に効率的な事業者の場合でさえ）価格競争を含む健全な競争の特徴である。「困難にさせる」ことを非難する基準は、競争に手加減を加える動機を企業に与えることによって競争を損なう結果となる。我々は、コスト割れ供給がかかる「困難」を生む状況を明確にするために御庁が多様な要素に依拠しようとしていることを理解している。しかし、「困難」とは、あまりに広く曖昧な概念であるので、両部会は、独占禁止法におけるこの重要な分野において必要な明確性をみとすため、御庁が、より限定的で客観的な表現を検討することを求める。

結論

両部会は、以上のコメントが有用であることを願います。我々は、御庁よりのご質問があれば喜んで回答させていただきますし、また、御庁が指針を最終的に完成するうえで有用であれば、あらゆる支援を提供致します。