

差別対価における違反要件の法構造
— 日米欧の略奪廉売型差別対価を中心に —

洪 淳康

東京大学大学院法学政治学研究科

2009年12月

差別対価における違反要件の法構造

— 日米欧の略奪廉売型差別対価を中心に —

序論	4
第 1 章 独禁法における差別対価の領域	5
第 1 節 略奪廉売の中の差別対価	5
第 2 節 2 種類の差別対価	7
第 1 款 準取引拒絶型差別対価と略奪廉売型差別対価	7
第 2 款 費用基準の要否	9
第 3 款 米国における両者の区分の明確化	10
1 米国における区分の概観	10
2 買手段階における差別対価	11
3 結論	12
第 4 款 EU における両者の区分の明確化	13
1 区分の明確化に至る過程の概観	13
2 水平型他者排除と差別対価	14
3 結論	15
第 2 章 差別対価を巡るコスト議論の基本構造	16
第 1 節 コスト割れ不要説	16
第 1 款 日本の学説	16
第 2 款 日本の事例	19
1 総説	19
2 ザ・トーカイ事件	20
3 日本瓦斯事件	21
4 郵便事業問題点	22
第 3 款 米国の学説	23
1 総説	23
2 RP 法による制限	24
3 参入阻止価格 (Limit Price) による制限	24
4 「現在」の被排除者に対する牽制	26
5 公平な競争の重視	26
第 4 款 米国の事例	27

1	Utah Pie 事件	27
2	その他の事例	28
第 5 款	EU の学説	29
1	選択的割引(selective low pricing)	29
2	合わせ技一本による排除	30
3	特定分野における効率性の劣る被排除者に対する保護	30
4	その他の効率性の劣る被排除者に対する保護	31
第 6 款	EU の事例	32
1	Hilti 事件	32
2	CEWAL 事件	33
3	Irish Sugar 事件	35
第 7 款	結論	38
第 2 節	コスト割れ違反要件説	41
第 1 款	日本の学説	41
第 2 款	日本の事例	43
1	濱口石油事件	43
2	シンエネコーポレーション・東日本宇佐美事件	44
第 3 款	米国の学説	45
第 4 款	米国の事例	48
1	Brooke Group 事件	48
2	American Airline 事件	52
3	PeaceHealth 事件	55
第 5 款	EU の学説	59
第 6 款	EU の事例	65
1	AKZO 事件	65
2	Wanadoo 事件	67
3	Deutsche Post AG 事件	69
第 7 款	結論	71
第 3 章	2 種類の費用基準の構造と差別対価	72
序節	72
第 1 節	EU の費用基準の構造と両見解の対象範囲	73
第 1 款	EC における 2 層構造の費用基準	73
第 2 款	コスト割れ違反要件説と不要説のそれぞれの範囲	73

第2節 米国の費用基準の構造と両見解の対象範囲	75
第1款 米国における単層構造の費用基準	75
第2款 コスト割れ不要説の範囲	76
第3節 EC・米国の費用基準の構造と日本の関係	76
第1款 ECと米国の費用基準の構造の関係	76
第2款 EC・米国と日本の関係	77
第4章 平均総費用と差別対価	78
第1節 体系上の問題	78
第2節 実質上の問題	78
第1款 共通費用の考慮	78
第2款 平均総費用を上回る対価と被排除者	79
1 総説	79
2 現在の被排除者	79
3 将来の被排除者	80
4 結論	81
第5章 結論	81
参考：本稿で用いられた諸費用基準の定義	83

序論

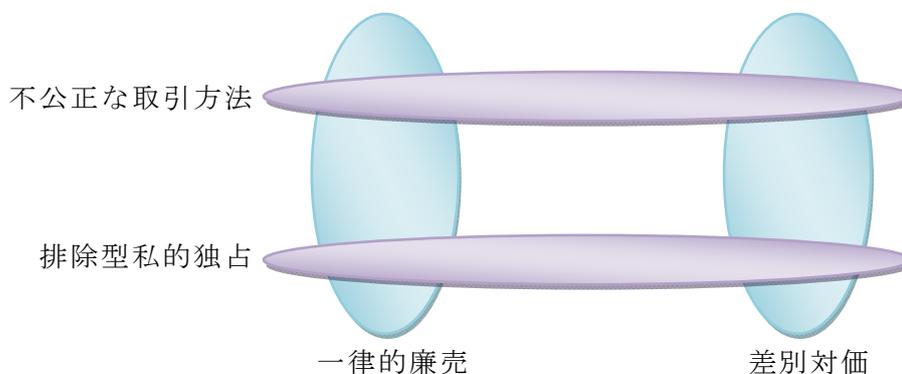
ある供給者が、同一の商品役務（以下、商品）に対して、他の供給者との競争が激しい市場とそうでない市場とでそれぞれ異なる対価を設定することにより、他の供給者を排除しようとすることは自然な現象である。

このような行為は独禁法¹において差別対価という違反行為類型に該当する。

差別対価についてはコスト割れを違反要件とするか（以下、コスト割れ違反要件説）²否か（以下、コスト割れ不要説）³、という、日本のみならず欧米でも論争中の大問題がある。差別のない、単なる一律的な廉売については、コスト割れが違反要件になるということで意見の一致があるが、差別対価については意見が分かれる。

本稿はこの論点について、日本のみではなく、欧米での議論も含めて詳細に検討しようとするものである。

なお、日本における差別対価の違反類型としては、不公正な取引方法⁴と排除型私的独占⁵がある。単なる一律的な廉売についても、不公正な取引方法⁶と排除型私的独占がある。



¹ 本稿における「独禁法」とは、「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」の略称である。

² 当該商品にかかった一定の費用が基準となり、対価がそれを下回ることを違反要件として用いる考え方。

³ 対価が当該商品にかかった一定の費用を下回るか否かは、弊害要件の成否の判断の考慮要素に過ぎないか、または考慮対象にさえならず、費用基準を上回っても違反とされる場合があり得るという考え方。

⁴ 2条9項2号（以下、法定差別対価）、一般指定3項。

⁵ 2条5項の「私的独占」のうち、「排除」によるもの。

⁶ 2条9項3号（以下、法定不当廉売）、一般指定6項。

第1章 独禁法における差別対価の領域

第1節 略奪廉売の中の差別対価

日本において、供給者が安い対価で他者を排除する行為を総称して略奪廉売と呼び得る⁷。そこに含まれるものとしては差別対価、不当廉売⁸、排除型私的独占がある。

これらの中で、コストに関する議論が一番活発に行われているのは不当廉売であり、コスト割れが違反要件となるという考え方が定着している⁹。

しかし、差別対価は独禁法と一般指定の両方において費用に関する考えが明示されていないせいか、後ほど詳しく見るように、コスト割れ違反要件説とコスト割れ不要説の見解が対立しているうえ、公取委のガイドライン等も一致していない。

例えば、コスト割れ不要説を採っているかのように見えるものとして、「酒類の流通における不当廉売、差別対価等への対応について」（平成12年11月24日）の改定案（第2の1(2)）、「ガソリン等の流通における不当廉売、差別対価等への対応について」（平成13年12月14日）の改定案（第2の1(2)）及び「家庭用電気製品の流通における不当廉売、差別対価への対応について」（平成18年6月29日）の改定案（第2の1(2)）がある。そこでは、「有力な事業者が、競争者を排除するため、当該競争者と競合する販売地域又は顧客に限って廉売を行う場合等は、独占禁止法上問題となる」としつつ、「個々の行為がどのような場合に独占禁止法上の差別対価等に該当するかは、個別具体的な事案において、行為者の意図・目的、取引価格・取引条件の格差の程度、供給に要する費用と価格との関係、行為者及び競争事業者の市場における地位、取引の相手方の状況、取引形態等を総合的に勘案し、市場における競争秩序に与える影響を勘案した上で判断されるものである」と

⁷ 白石忠志『独占禁止法 第2版』（有斐閣、2009年）177頁参照。

⁸ 差別のない、単なる一律的な廉売のうち、2条9項3号及び一般指定6項は公取委によって「不当廉売」と呼ばれていることから、これらのみを念頭に置く場合は、不当廉売という言葉を使うことにする。

⁹ 東京高決昭和50年4月30日(昭和50(行タ)5) 高民集28巻2号174頁[中部読売新聞社事件]、公正取引委員会事務局「不当廉売に関する独占禁止法上の考え方」（以下、不当廉売ガイドライン、昭和59年11月20日）3(1)、知財高判平成18年2月27日(平成17年(ネ)10007 [ダイコクII事件]、東京高判平成19年11月28日(平成18(ネ)1078) 審決集54巻699頁[ヤマト運輸対日本郵政公社事件]。

されている。

「不当廉売に関する独占禁止法上の考え方」（昭和 59 年 11 月 20 日、以下、不当廉売）の改定案（平成 21 年 10 月 9 日）においても公取委は、「個々の行為がどのような場合に独占禁止法上の差別対価等に該当するかは、個別具体的な事案において、行為者の意図・目的、取引価格・取引条件の差異の程度、供給に要する費用と価格との関係、行為者及び競争者の市場における地位、取引の相手方の状況、取引形態等を総合的に勘案し、市場における競争秩序に与える影響を勘案した上で判断されるものである」としてコスト割れ不要説の立場を採っている（5 (1) イ(イ)）。

その他、公取委は、有線ブロードネットワークス事件¹⁰においてコストに関してはまったく言及せず、競争者の顧客のみに対する廉売を私的独占とし¹¹、その後の東京地裁も当該事件についてコストに関する言及なしに、「差別対価」という不公正な取引方法を用いた私的独占と位置づけた¹²。また、インテル事件¹³においても公取委は、日本インテルが競争者の顧客になり得る自分の顧客に対して提供した割戻金等を販売価格から控除する場合、実質的な販売価格がコスト割れになる可能性が存在するにも拘わらず、それに関する分析を行わないまま、私的独占とした。

そして、差別対価に関する最近の日本の判決例には、限定的ではあるが、コス

¹⁰ 平成 16 年 10 月 13 日（平成 16（勸）26）審決集 51 卷 518 頁[有線ブロードネットワークス]。

¹¹ これに対して平林教授は、私的独占であってもコスト割れが必要であり、もし私的独占にコスト割れ不要説が適用されるとすれば、能率競争に反し、且つコスト割れでなく不当廉売に該当しない行為が、罰則もあってより重大な競争制限行為である私的独占に該当するというのは奇妙だと指摘している（平林英勝「最近の競争者排除型私的独占審決の検討」判例タイムズ No.1208(2006.7.1) 51 頁）。また、川濱教授も当該事案は、実質的に費用割れとみる事が可能な事案であるとしている（金井貴嗣ほか編『独占禁止法 第 2 版 補正版』（弘文堂、平成 20 年）252 頁〔川濱昇〕）。

しかし、一方では、本件行為の差別対価該当性を否定しつつ、本件行為には能率競争とは異なる競争制限的側面があるとしながら、私的独占の成立を肯定する見解（森平明彦「支配的事業者による攻撃的価格戦略の私的独占該当性—株式会社有線ブロードネットワークスほかに対する私的独占違反事件」ジュリスト 1301 号（平成 17 年）94~95 頁）やコスト割れではない価格でも私的独占に該当し得るという見解もある（川原勝美「差別対価の公正競争阻害性—日本瓦斯事件東京高裁判決」ジュリスト No.1311（2006.10.1）195 頁）。

¹² 東京地裁判決平成 20 年 12 月 10 日（平成 17 年（ワ）第 13386 号、平成 17 年（ワ）15368 号）。

¹³ 平成 17 年 4 月 13 日（平成 17（勸）1）[インテル]。

ト割れ不要説を採っているものが見られる¹⁴。

一方、コスト割れ違反要件説を採っているように見えるものとして、公取委と経済産業省との連名による「適正な電力取引についての指針」（平成 11 年 12 月 20 日、第 2 部 I の 2 (1)イ①）がある。そこでは、「一般電気事業者が新規参入者と交渉を行っている需要家に対してのみ、公表された標準メニューに比べ、著しく低い料金を提示することにより、新規参入者の事業活動を困難にさせる行為は、独占禁止法上違法となるおそれがある」とされた。また、公取委は、「大手航空 3 社の運賃設定について」（平成 14 年 9 月 26 日及び平成 14 年 9 月 30 日）において、大手 3 社の一部の路線における特定割引運賃が「一部の路線の運賃水準がコストからみても低いものとなっており」とし、独禁法第 3 条（私的独占）の規定に違反するおそれがあるとした（1 (2)）。その他、「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」（平成 21 年 10 月 28 日、以下、排除型私的独占ガイドライン）においても公取委は、排除型私的独占の行為類型の一つとして「商品を提供しなければ発生しない費用を下回る対価設定」を挙げ、「このような対価（下線は筆者による変更）を設定する行為により、自らと同等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には、当該行為は排除行為となる」としている（第 2 の 2 (2)）。

このように、略奪販売に属する類型の中で差別対価はまだ違反要件が明確にされたとは言い難い状態にある。しかも、差別対価においては、実は 2 種類のものが混在していることが明確な違反要件の成立を妨げている。以下、これについて述べる。

第 2 節 2 種類の差別対価

第 1 款 準取引拒絶型差別対価と略奪販売型差別対価

ところで、2 条 9 項 2 号の差別対価には明らかに性質の異なる 2 種類のものが混在している。なぜなら、この条文の文言は取引の相手方が事業者である場合とそうでない場合の両方が想定され得るからである¹⁵。また、2 条 9 項 6 号のイの「不当

¹⁴ 東京高判平成 17 年 4 月 27 日（平成 16 年（ネ）第 3163 号）審決集 52 卷 789 頁 [ザ・トーカイ]、東京高判平成 17 年 5 月 31 日（平成 16 年（ネ）第 3204 号）審決集 52 卷 818 頁 [日本瓦斯]。

¹⁵ その根拠は、2 条 9 項 2 号が取引の相手方が事業者であることを求めておらず、結果的に「他の事業者」の事業活動を困難にさせるおそれがあれば足りることにあ

に他の事業者を差別的に取り扱うこと」及びロの「不当な対価をもって取引すること」もやはり取引の相手方が事業者である場合とそうでない場合の両方に区分できる。

これを糸口にして差別対価の種類を分けていくと、まず、継続して高価なものを買わざるを得ない事業者が自ら供給者となる市場において他の事業者に比べて競争上不利になり、その事業者の事業が困難になるおそれがあることが想定できる。従って、そこでは、高価で供給を受けた事業者を需要者とする川上市場と、その需要者がさらに川下にいる消費者（需要者）に対して供給者となる川下市場の 2 層の市場が存在する。しかし、弊害の有無が問題となる検討対象市場は、あくまで川下市場であって、取引拒絶まではいかないが、特定の事業者（需要者）に対して差別を行うことにより、その事業者（需要者）が競争上不利益を被っていることから「準取引拒絶型差別対価規制」と呼べる¹⁶。公取委による不当廉売ガイドラインの改定案においても、「また、有力な事業者が同一の商品について、取引価格やその他の取引条件について、合理的な理由なく差別的な取扱いをし、差別を受ける相手方の競争機能に直接かつ重大な影響を及ぼすことにより公正な競争秩序に悪影響を与える場合にも、独占禁止法上問題となる」（5 (1)イ(ア)）とされている。

これに対し、「略奪廉売型差別対価規制」と呼べるものが存在する¹⁷。これは、差別対価行為者が被排除者と競合する需要者に対し、そうでない需要者に比べて継続して安い対価で供給することにより、他の事業者である被排除者が排除され得ることが問題になるというものである。ここでの検討対象市場は、あくまで差別対価行為者が供給者となる市場である¹⁸。やはり不当廉売ガイドラインにおいても、「例えば、有力な事業者が、競争者を排除するため、当該競争者と競合する販売地域又は顧客に限って廉売を行う場合は、独占禁止法上問題となる」（5(1)イ(ア)）とされている。

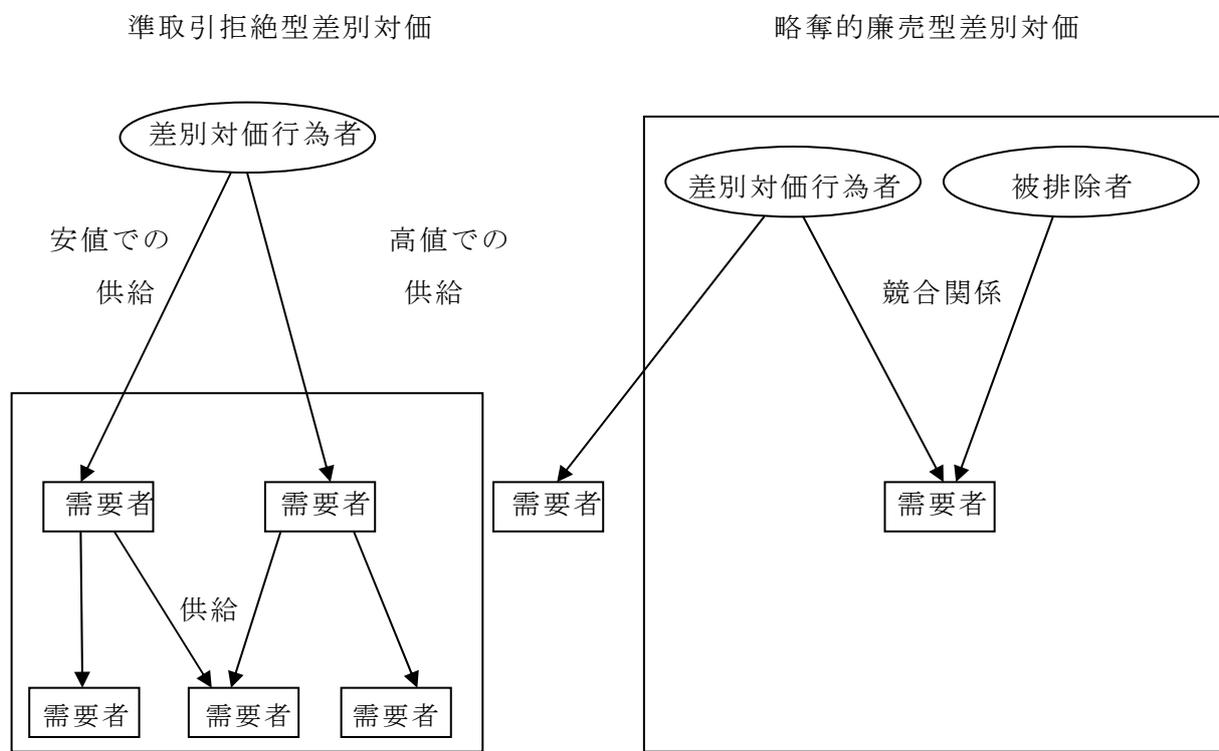
このように、2 種類の差別対価は、しばしば同じ「差別対価」として括られている。

¹⁶ 白石・前掲（注 7）171 頁。金井ほか編・前掲（注 11）252 頁〔川濱昇〕では「取引拒絶類似型」と呼ばれている。

¹⁷ 白石・前掲（注 7）171 頁。金井ほか編・前掲（注 11）250 頁〔川濱昇〕では「不当廉売類似型」と呼ばれている。

¹⁸ 略奪廉売型差別対価の場合も取引の相手方が事業者である可能性は存在する。そのような場合、準取引拒絶型差別対価のように川上と川下の 2 層構造の市場が想定できる。しかし、そこにおいても検討対象市場は差別対価行為者が供給者となる市場であることに変わりはない。

るが、検討対象市場が異なっており、被排除者も異なる。



第2款 費用基準の要否

これらの2つの差別対価の違反要件のひとつの大きな違いは、費用基準の要否である¹⁹。

準取引拒絶型差別対価規制においては、相対的に安い対価が何らかの費用基準を下回っているかどうかはそもそも違反要件にならない。なぜなら、この形の差別対価においては、川上市場で相対的に高価で購入した事業者が、弊害の有無の検討の対象となる川下市場における競争で不利になることが問題となるからである²⁰。すなわち、この規制での問題の本質は、高い対価と安い対価の相対的な価格の違いであって、安い対価そのものがコストとどのような関係にあるのかではない。日本では、小売業、特にガソリン、酒類、家電のように、元売からの仕入価格が大型店と地域の相対的に小さな店で最初から異なる分野でよく議論される問題であり²¹、

¹⁹ 白石・前掲（注7）172頁。

²⁰ 排除型私的独占ガイドライン（第2の5(1)17~20行）参照。

²¹ 例えば、ガソリン業界からの問題提起として、島田謙一郎「時評 公取委が差別対価でガイドライン—業界経営立て直しのきっかけに—」旬刊 石油政策 38

それぞれに関して、すでに述べた、差別対価等を規制するガイドラインが存在する²²。

一方、略奪廉売型差別対価規制では、行為者の「略奪廉売」によって行為者の競争者が市場から排除されることが問題となる。それぞれ異なる環境にある複数市場の価格の直接的比較では、それぞれの価格がそれぞれの需要に合わせて競争を促進させる妥当なものなのか、それとも差別対価として規制されるべきものなのかを判断することが必要である。同規制においても不当廉売同様、費用基準を用いようとする見解もあるが、前述のように、コスト割れ不要説も存在する。本稿はその点を論じようとするものである。

第3款 米国における両者の区分の明確化

1 米国における区分の概観

米国における差別対価は、「一応」Robinson-Patman法²³（以下、RP法）の守備範囲とされ、活発な価格競争を非難する根拠として用いられてきた²⁴。一方では、早くからRP法2(a)の中には売手段階の差別対価（Primary line price discrimination）と買手段階の差別対価（Secondary line price discrimination）の2種類の差別対価が存在するという考えが認識され、今においてはそれが米国の一般的学説及び判例の見解である²⁵。

(33) 通号 1097、14 頁以下 ('99.12.25)、同「時評 進まぬ不当廉売、差別対価の解消 業界の自主解決こそ市場を救う—放置すれば市場崩壊の危険性が・・・」旬刊 石油政策 39(24) 通号 1121、16 頁以下 ('00.10.10)。

²² 本稿 5 頁参照。

²³ Clayton Act § 2, as amended by Robinson-Patman Act, 15 U.S.C. § 13. 正確には、1936 年、Robinson-Patman 法 (15 U.S.C. § 13(a)) により、原始 Clayton 法 2 条が修正されたことから、修正された Clayton 法 2 条と呼ぶべきである。しかし、米国の文献においても Robinson-Patman 法と呼ばれることが多いことから、本稿でもこの呼称を用いることにする。

²⁴ この法律の適用範囲は米国内の州際商業に限られ、直接・間接を問わず（従って、価格自体のほか、配送費などの差別にも適用される）同等・同品質の商品の（役務は除外されている）購入者間で差別を設けることによって競争を実質的に制限するおそれがある場合、または独占を形成することとなる場合、もしくは競争を阻害、破壊、または妨害することとなる場合に違法となる。

²⁵ Herbert Hovenkamp, Antitrust 160 (Black Letter Outlines, 4th Edition,

売手段階の差別対価とは、差別対価行為者が同じ市場にいる被排除者を追い出そうとして、自分が優位の他の市場では高く売り、競合市場における廉売の相殺や補助金に当てようとする行為のことである²⁶。

一方、買手段階の差別対価は、差別対価行為者が、同一の川下市場にいる複数の供給者に対して、ある者には安く、別の者には高く売る行為を指す²⁷。

これらのことから、米国でいう「売手段階の差別対価」は「略奪廉売型差別対価」と同じであり、「買手段階の差別対価」は「準取引拒絶型差別対価」と同じであると言える。

以上のように、米国においても 2 種類の差別対価が存在することは明白であるが、念のため、買手段階の差別対価に関する米国の状況を見ることにより、売手段階の差別対価との違いを一層浮き彫りにしたい。

2 買手段階における差別対価

買手段階の差別対価においては、まず、費用基準ではなく、安く売られる者 (**favored purchaser**) と高く売られる者 (**disfavored purchaser**) の間に供給者としての競争関係が存在することの証明が必要である²⁸。もし、両者間に直接的なまたは実質的な競争関係が存在しないのなら、差別対価による反競争性はそもそも存在しなくなる。そして、競争関係が証明されたなら、その次のステップとして、そのうちの 1 人が追い出されただけで市場において反競争性があると認められるかどうかを買手段階の差別対価での議論の的となる²⁹。

この差別対価の特徴を表す基本先例として、**Morton Salt** 事件³⁰がある。これは、食卓塩メーカーの **Morton Salt** 社が購買量によって割引が行われるシステムを運営し、それをもって複数の小売業者に対してそれぞれ異なる価格で販売していたことが問題となった事案である。これに対し、連邦最高裁は、費用基準は考慮せず、

2005)、松下満雄『アメリカ独占禁止法』226～231頁(東京大学出版会、初版、1984)、村上政博『アメリカ独占禁止法』242～243頁(弘文堂、第2版、2002)。

²⁶ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice* 581 (2005).

²⁷ *Ibid.*

²⁸ ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments* 503 (6th ed. 2007)).

²⁹ 代表的な事例として、*Volvo Trucks North America v. Reeder-Simco GMC, Inc.*, 126 S.Ct.860 (2006)がある。

小売の供給者同士の競争が激しく、相当期間にわたって実質的な差別対価が行われた時は、反競争性が認められるとした³¹。

なお、これに関して、**RP**法に関連する訴訟当事者は、連邦最高裁が**RP**法**2(a)**下のすべてのケースにおいて実質的な反競争性の証明を要求した**Brooke Group**事件³²をもって、**Morton Salt**事件の先例性は明らかに覆されたと主張することがある。しかし、多くの裁判所は、**Brooke Group**事件が売手段階の差別対価であるという理由から、**Morton Salt**判決とは異なるものとして扱っており、このような主張を認めていない³³。

3 結論

買手段階の差別対価は明らかに売手段階の差別対価と異なるものである。

そして、明白な基準なしに価格競争そのものを違反とできる**RP**法は、市場に応じた価格戦略という側面から見た時、使い勝手が悪く、健全な競争の真の証拠たる効率的行動も一括りにして非難する根拠になる可能性が常に存在する。このような短所に注目してか、米国司法省は1977年以降、**RP**法を適用しておらず、**FTC**も**RP**法を無視しているのが現状である³⁴。さらにこのような現状からもう一步進んで、2002年に設置された反トラスト近代化委員会(**Antitrust Modernization Commission**、以下**AMC**)により、2007年4月、**RP**法の完全廃止の勧告案が最終

³⁰ **FTC v. Morton Salt Co.**, 334 U.S. 37, 68 S.Ct. 882 (1948).

³¹ *Id.* at 50-51.

但し、同判決は、たとえ1人の需要者が検討対象市場から追い出されたにも拘わらず、当該市場において競争が続くことが反競争性の推定に対する反証になれるかどうかに関して明言していないことから(松下満雄「最近の価格差別に関する米反トラスト法の判例動向」国際商事法務 Vol.26, No.1 (1998) 3頁)、1人の需要者への打撃(**injury**)だけで反競争性が成立し得るという見解とそれでも競争が行われていたら反競争性の推定を覆せるという見解が対立している。これに関し、多くの裁判所は前者の立場を採っているとされている(**ABA Section of Antitrust Law**, *supra* note 28, at 506)。

³² **Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp. (B&W)**, 509 U.S. 209 (1993), 113 S.Ct. 2578 (1993).

³³ **ABA Section of Antitrust Law**, *supra* note 28, at 507.

³⁴ U.S. Dep't of Justice, Report on the Robinson-Patman Act (1977); H.C. Hansen, **Robinson-Patman Law: A Review and Analysis**, 51 *Ford-ham L.Rev.* 1174~1186 (1983).

報告書（Report and Recommendations、以下、AMC Report）に盛り込まれた³⁵。

第4款 EUにおける両者の区分の明確化

1 区分の明確化に至る過程の概観

EUにおいては、差別対価の規制について米国のような特別法は存在しない。しかし、学説においては差別対価という類型が存在し、競争を促進する効果とそうではない逆効果の両面性を兼ね備えていることについて、十分認識されている³⁶。一般的には、EC条約82条2(C)の「取引の相手方に対し、同等の給付に関して異なる条件を適用し、相手方に競争上不利益をもたらすこと」³⁷が適用条項として用いられている。

そして、EUにおいても売手段階の差別対価（Primary line price discrimination）と買手段階の差別対価（Secondary line price discrimination）の2種類に分かれることに対して学者間でほぼ異論はない³⁸。

EUにおける売手段階の差別対価とは、一般的に差別対価行為者が当該行為によって被排除者を害し、市場から排除することを指す。

一方、買手段階の差別対価とは、差別対価行為者がお互い競争関係にある複数の需要者に対し、川上市場にて異なる対価をもって取引をしたために、検討対象市場である川下市場にて需要者同士の競争が阻害された場合を指す³⁹。

³⁵ http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm（アクセス日：2009年11月4日）。但し、議会在改めて同法を廃止する可能性はほとんどないと見られている。

³⁶ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law 441~442* (third edition, 2007).

³⁷ 庄司克宏『EU法 政策編』（岩波書店、2003年）68頁。

³⁸ Jones and Sufrin, *supra* note 36, at 442~443, Jonathan Faull and Ali Nikpay, *The EC Law of Competition 389* (second edition, 2007), Robert O'Donoghue and A Jorge Padilla, *The law and economics of article 82 EC 204* (reprinted 2007 (twice)), Damien Gerardin, *Price Discrimination under Article 82 (C) EC: Clearing up the Ambiguities*, *GCLC Research Papers on Article 82 EC 127-130* (Global Competition Law Centre, College of Europe, 2005).

³⁹ Jones and Sufrin, *supra* note 36, at 442~443. 空港当局が多数の発着便を有する航空会社に対してのみ着陸料を割引したことが問題となった *Portuguese Airports* 事件など（*Portugal v Commission* [2001] ECR I -2613）が買手段階の差別対価の典型例と言える（Jones and Sufrin, *supra* note 36, at 594~597 参照）。

このような 2 種類の差別対価は米国のそれと同様であり⁴⁰、本稿が基本枠組みとしている「略奪廉売型差別対価規制」及び「準取引拒絶型差別対価規制」と同じであることに多言を要しない。

2 水平型他者排除と差別対価

欧州委員会の競争総局(DG Competition)が 2005 年 12 月に出したペーパー⁴¹(以下、EC 排除型濫用ペーパー)は、他者排除を 2 種類に分けている⁴²。すなわち、同ペーパーは、他者排除の区分の目安として、被排除者が川上市場(upstream)と川下市場(downstream)のどちらかに位置するかに注目し、それによって、水平型排除⁴³ (horizontal foreclosure) と垂直型排除⁴⁴ (vertical foreclosure) に分ける。

水平型排除とは、‘支配的事業者’⁴⁵ (排除行為者) が需要者と被排除者との取引を防ぐことによって、被排除者を検討対象市場から追い出したり、懲らしめたり、または競争力を弱体化させたりしようとすることを指す。これに含まれる行為類型としては、略奪廉売(predation)、専売制(single branding)、リベート(rebates)、そして、抱き合わせ(tying) とバンドル(bundling) が挙げられている⁴⁶。

一方、垂直型排除とは、すでに川下市場に存在するまたは潜在的参加者である需要者を排除することを指し、これに含まれる行為類型として取引拒絶(refusal to

⁴⁰ Einer Elhauge and Damien Geradin, *Global Competition Law and Economics*, 366 (2007).

⁴¹ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (December 2005).

<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (アクセス日: 2009 年 11 月 4 日).

⁴² これに関する日本の解説として、岩成博夫「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 (2006.9) 4 頁参照。

⁴³ DG Competition discussion paper, *supra* note 41, at 22 (70).

⁴⁴ *Id.* at 23 (72).

⁴⁵ EU の差別対価規制には、日本や米国のそれにはない市場占有率に対するこだわりがある。EC 条約 82 条は「1 又はそれ以上の事業者が共同市場又はその主要な部分における支配的地位を濫用することは (下線は筆者)・・・共同市場と両立せず、かつ禁止される」と明示しており (庄司・前掲 (注 37) 68 頁)、まず考慮されることは市場占有率である (バンバール・アンド・ベリス法律事務所『EC 競争法』(商事法務、2007 年) 141~150 頁参照)。

⁴⁶ DG Competition discussion paper, *supra* note 41, at 21 (69), 23 (73).

supply)とマージンスクィーズ (margin squeeze) が挙げられている⁴⁷。

3 結論

EC 排除型濫用ペーパーは、差別対価について、違反類型としての章立の明記はしていない。しかし、2種類の差別対価が存在することは、以下のような理由からすでに織り込み済みだと思われる。

第1に、同ペーパーは、支配的事業者（排除行為者）が検討対象市場において、被排除者と取引している者に対してのみ低価格で事業活動を行うことは略奪的戦略の重要な証拠になる可能性があるとしたが⁴⁸、このような行為はまさに略奪廉売型差別対価の典型的行為と言える。その例のひとつとして、選択的割引(selective price cut)⁴⁹が挙げられる⁵⁰。

第2に、同ペーパーが垂直型排除に該当する行為類型として挙げている取引拒絶とマージンスクィーズは、準取引拒絶型差別対価と同じ構造であり、これによって「川下市場において競争する需要者間の‘差別対価’が競争を阻害するおそれがある」とされていることから、「準取引拒絶型差別対価規制」のことも認識されているものと思われる⁵¹。

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ DG Competition discussion paper, supra note 41, at 34 (118).

⁴⁹ 支配的事業者である差別対価行為者が、被排除者を検討対象市場から追い出すため、コスト割れにならない範囲で被排除者と競合する者に対してのみ割引を行い、他の者に対しては相対的に高価格を維持する行為(Richard Whish, Competition Law, 5th ed., 653 (2003))。

⁵⁰ 「検討対象市場を混乱に陥らせるためには・・・その一例として、新規参入者または被排除者と取引している者だけを選別的に狙って排除する方法がある。」

(DG Competition discussion paper, supra note 41, at 19 (59))、「選択的割引は、略奪廉売及び埋め合わせ発生の証拠になり得る。」(DG Competition discussion paper, supra note 41, at 35 (121))。これについては、第2章の第1節 第5款で詳しく説明する。

⁵¹ 「リベートのもうひとつの否定的な面は、異なる複数の者の間の差別対価である。多くの事例において、委員会と欧州裁判所は意図及び（または）、排除 (foreclose) の効果のみならず、リベートによる差別、特に川下市場における競争者間の差別が引き起こす結果を強調してきた。」(DG Competition discussion paper, supra note 41, at 40 (140))、「複数の者の間の差別対価は、彼らを生産者とする、川下市場における競争を制限するおそれがある。」(DG Competition discussion paper, supra note 41, at 40~41(141))。

以上をもって、実は差別対価を2種類に区分できることは日本と米国、EUで共通していることが明確になった。以下では、このうち、略奪廉売型差別対価のみを見ていく。

第2章 差別対価を巡るコスト議論の基本構造

第1節 コスト割れ不要説

第1款 日本の学説

コスト割れ不要説の土台となる根拠は、差別対価の「独自性」を認めようとする考えにある。

例えば、舟田教授は、差別対価に固有の不当性を認めるべきであり、その根拠として以下の諸点を挙げている⁵²。

第1に、差別対価の行為は、被排除者と直接競合する市場においてのみ原価を無視した低い料金を提示して、被排除者を市場から追い出そうとしているものである。

第2に、略奪廉売によって競争変数が左右され、その結果公正競争阻害性が発生する可能性がある。

第3は、差別対価行為者は、自分の優位な市場で需要者に高価格を押し付けている。

以上のような基本的な考え方を踏まえ、同教授は、例えば、航空業界において新規参入者に対して既存の航空会社が新規参入者の便の直前・直後の便だけ低料金にする「競争対抗価格」を設定することは、明白な競争者排除の行為であって違反になり得るとする⁵³。その他、差別対価が行われる市場の特殊性や市場支配力判断の難しさ、経済的自由に対する規制の立法裁量の必要性などにより、差別対価の独自性は認められるべきとする⁵⁴。

⁵² 舟田正之『不公正な取引方法』（有斐閣、2009年）456頁。

⁵³ 舟田・前掲（注52）461~464頁。

⁵⁴ 舟田・前掲（注52）459~461頁。詳しく述べると、①差別対価の舞台となる検討対象市場はほとんどの場合、既に高度寡占市場であることから、競争が十分有効に行われているとは言えない、②経済学上、差別対価には市場支配力が必要とされ

結局、差別対価の不当性は、複数市場や異なる需要者について異なる料金を設定し、複数の市場の競争価格に受動的に合わせるのではなく、新規参入者と競合する市場において同参入者を追い出すための価格設定そのものにあるというのがこの見解の結論である⁵⁵。このような見解に従うと、そもそも費用基準などは差別対価の反競争性の判断に入り込む余地は最初から存在しなくなる。

このような舟田教授の見解より独自性の度合いが少し弱くなったものとして、石井教授の見解がある。この見解は、個々の取引において、事業者間で価格及び取引条件にある程度の差が生じることを普通と考え、絶対的平等には反対する立場を取る⁵⁶。しかし、そうでありながらも一方では、事業者が商品または役務の価格及び取引の条件等に、公正かつ自由な競争の反映とは認められない差を設けることに対して、何らかの規制を設けることが必要だとする⁵⁷。その具体的な場合として、差別対価行為者が被排除者である新規参入者または弱小事業者に対抗するため、検討対象市場のみにおいて低価格で販売する場合は、コスト割れに限って規制される必要はなく、価格が引き下げられた状況、引き下げ幅などから、新規参入者はもちろん、潜在的参入者の競争促進的行動が抑制される蓋然性があれば、公正競争阻害性が生まれるとする⁵⁸。さらに、差別対価行為者が被排除者の価格よりも価格を引き下げることが可能であるが、その幅は行為者の意図、差別対価行為者及び被排除者の状況、引き下げ幅などから総合的に判断されるとする⁵⁹。

このような見解は、差別対価そのものに対しては肯定しつつも、コスト割れではない時も様々な状況を踏まえて総合判断を下すことにしていることから、コスト割れ不要説と考えられる。但し、コストと差別対価との関係をひとつの考慮要素としている点では、舟田説よりコストの重要性が一段上がっていると言える。

このような石井説よりも差別対価とコストの関係がさらに一歩進んだと思われるものとして、村上教授の見解がある。同教授は、ザ・トーカイ⁶⁰及び日本瓦斯事

るが、これは「あるか、ないか」ではなく、程度の問題である、③経済的自由に対する規制には、精神的自由に対する規制よりも、より広い立法裁量が許容されるべきである。

⁵⁵ 舟田・前掲（注 52）457~458 頁。

⁵⁶ 石井彰慈「不当廉売及び差別対価の規制について」高崎商科大学紀要 19 卷（2004 年）70 頁。

⁵⁷ 石井・前掲（注 56）70 頁。

⁵⁸ 石井・前掲（注 56）71 頁。

⁵⁹ 石井・前掲（注 56）71 頁。

⁶⁰ 東京高判平成 17 年 4 月 27 日（平成 16 年（ネ）第 3163 号）審決集 52 卷 789 頁

件⁶¹の判決例に対し、「設定した低価格と原価などのコストとの関係、とりわけ設定低価格と原価との関係が最重要要素となり、設定低価格が原価（平均総費用）を上回っている場合には違法でないと推定してもよい（ここまでを本稿では便宜上前段部の主張とする）。ただし、あくまで原価割れの有無は一要素であって、原価を上回っていても違法になることも、原価を下回っていても違法でないこともありうる（ここまでを本稿では便宜上後段部の主張とする）。」⁶²とするが、前段部での、設定低価格と原価との関係（つまりコスト割れ）が最重要要素として反競争性の判断を左右し得るという考えは、コスト割れを単に考慮要素のひとつにせず、違反要件に限りなく近づいている。これにより略奪販売と差別対価の交集合は一層広くなり、独自説の否定により一歩近づく。

しかし、同見解の後段部によると、前段部をまるで否定するかのようになり、コスト割れは単に考慮要素のひとつに過ぎず、コスト割れと差別対価の反競争性は必ずしも連動しなくなる。これにより前段部で広がった両者の交集合は再び狭くなり、独自性もまだ存続できる余地が残ることになる。

最後に、コスト割れ不要説の中で最もコスト割れ要件説に近いものとして、原則はコスト割れ違反要件説であるものの、「慎重」に例外を認め、その範囲で不要説を唱える金井教授の見解がある。同教授は、相対的に低い対価が総販売原価を上回って不当販売に該当しない場合には、違法な差別対価としないことを原則とする⁶³。

しかし、不当販売には該当しないが、差別対価として規制してよい例外な場合も存在するとして、その場合は、様々な諸要因と考慮して「慎重」に判断する余地を残しておくことが必要だとする⁶⁴。

[ザ・トーカイ]。

⁶¹ 東京高判平成 17 年 5 月 31 日（平成 16 年（ネ）第 3204 号）審決集 52 卷 818 頁〔日本瓦斯〕。

⁶² 村上政博「低価格販売—その 1」公正取引 No.673（2006.11）51 頁。

⁶³ 金井貴嗣「不当販売・差別対価に対する規制—ガソリン販売事件・LP ガス差別対価事件の検討—」公正取引 No.673（2006.11）16 頁。

⁶⁴ 具体的な例としては、①有力な事業者が特定の他の供給者を排除するため、当該供給者と競合する販売地域あるいは他の供給者の得意先をねらい撃ちにして販売を行う場合、②規制事業分野において規制緩和後に既存の支配的事業者が新規参入者に対抗して低価格を設定する場合、③電気通信分野のように追加コストがゼロに近い場合を挙げている。そして、これら以外にも、共通費用を商品・役務 1 単位当たりのコストに配賦するのが困難な場合、「慎重」な判断が必要とする（金井・前掲（注 63）16~17 頁）。

金井教授の見解とほぼ同程度のものとして、長澤弁護士の見解がある。同弁護士は、差別対価においても不当廉売と同様、費用基準を採るべきではあるが、それは総販売原価であるべきだとする⁶⁵。これによると、「供給に要する費用を著しく下回る対価」が基準となる不当廉売より違反となる範囲は広がることとなるが、不当廉売を一律に行うよりも廉売先を限定するほうが、競争阻害効果が典型的に発生しやすくなるためであるとする⁶⁶。

第2款 日本 の 事例

1 総説

まずは、日本において初めて差別対価が正面から扱われた2つの控訴審判決を、以下のような理由から相互関連しているものとして扱いながら検討する。

第1に、これらの事件は当時同じ独禁法一般指定3項（現在の2条9項2号及び2条9項6号のロ）に絡んでおり、争点に関してほぼ同様の枠組みを持っている。

第2に、手続き的なことではあるが、両事例は、第一審において同じ裁判官が同じ日に判決を下しており、その後の控訴審ではそれぞれ別の裁判官が判決を下しているものの、第一審の考えがそのまま控訴審に反映されている部分もあることから、セットとして扱われることが多い。

これらの判決例を先に検討した後、裁判や審決例ではないが、公取委が日本郵政公社（民営化後は「郵便事業株式会社」）の民営化関連法案の施行に伴って作成した、郵便事業と独禁法の関係についての報告書（以下、郵便事業問題点）⁶⁷のうち、費用基準に関する部分の検討を行う。

⁶⁵ 長澤哲也『平成21年改正独禁法の解説と分析』（商事法務、2009年）79頁参照。

⁶⁶ 長澤・前掲（注65）70頁。

⁶⁷ 公正取引委員会「郵政民営化関連法律の施行に伴う郵便事業と競争政策上の問題点について」（平成18年7月）。

2 ザ・トーカイ事件⁶⁸

本件において、原告 54 社（控訴審では 50 社）は LP ガス販売事業を営む中小小売業者であり、本拠地及び販売エリアは首都圏である。

被告トーカイ（本店：静岡）は、首都圏において LP ガスを新規顧客に対しては 10 m³当たり 4300 円で、既存顧客に対しては 6000 円前後で販売していた。一方、静岡においては、10 m³当たり 5700 円台から 6200 円台（控訴審の認定では 5600 円から 5950 円）で販売していた。

なお、トーカイが販売するこれらの価格は原価割れではない。

また、トーカイは被告トータル（本店：東京都）との間に業務提携契約を結び、首都圏においてトータルがトーカイのために 10 m³当たり 4300 円で新規顧客を獲得し、トーカイに譲渡していた。

これに対して原告は、これらの行為が一般指定 3 項（現在の 2 条 9 項 2 号）の「差別対価」に該当するとして、独占禁止法 24 条に基づき、トーカイによる 10 m³当たり 4300 円若しくはこれに準ずる価格設定、宣伝、販売及びトータルとの業務委託・提携契約の差止請求をしたのが本件の事案である。

本件の控訴審判決においては、第一審判決同様、差別対価は不当廉売とは別に指定された不公正な取引方法であることから、コスト割れに至らない価格（低価格）であっても、その価格設定に公正競争阻害性があると認められる場合が存在するとして、コスト割れが直ちに違反要件にはならないとされた⁶⁹。そして、トーカイによる LP ガス販売価格がコスト割れではないことに争いが無いにも拘わらず、ただちにこれをもって違反なしとせず、これを公正競争阻害性の成否判断の考慮要素としながら、コスト割れでない場合においては、「不当な力の行使」などの特段の事情がある時に限定して公正競争阻害性を認めるという一般論が述べられた⁷⁰。

これらの総合から、控訴審判決は「コスト割れ不要説」を採ったと言える。

但し、ここで言う「不当な力の行使」とは、検討対象市場で大きなシェア及び強大な競争力を有していると認められる事業者がその主体となるとされているた

⁶⁸ 東京高判平成 17 年 4 月 27 日（平成 16（ネ）第 3163 号）審決集 52 巻 789 頁 [ザ・トーカイ]。

⁶⁹ 東京高判平成 17 年 4 月 27 日（平成 16（ネ）第 3163 号）[ザ・トーカイ]（事実及び理由第 4 の 3 (2)）。

⁷⁰ 東京高判平成 17 年 4 月 27 日（平成 16（ネ）第 3163 号）[ザ・トーカイ]（事実及び理由第 4 の 3 (3)）。

め、コスト割れではないにも拘らず不当な差別対価となるためには、大きな力を持っていることが前提だということになる⁷¹。しかも、公正競争阻害性（不当な力の行使）の認定に当たっては、大きな力のみならず、市場の構造ないし動向、行為者の市場における地位（マーケットシェア）、行為者と競争事業者との供給コストの差及び価格差を設けた行為者の主観的意図等の総合的な勘案によって判断すべきであるとされているうえ⁷²、「不当廉売に該当するような価格ではない限り、顧客がより低価格かつ安心できるサービスを提供する事業者を選ぶのは当然のことであるし、独占禁止法が目的とするのもそのような競争であるから、価格の格差の合理性とか、・・・とかは、公正競争阻害性の判断を左右する要素ではないというべきである。」とされていることから⁷³、当該判決は、「コスト割れ不要説」を採っているものの、それに該当する範囲はできるだけ狭めようとする姿勢が窺われる。

3 日本瓦斯事件⁷⁴

本件において、原告 79 社（控訴審では 73 社）は LP ガス販売事業を営む中小小売業者であり、本拠地及び販売エリアは首都圏である。

被告日本瓦斯（本店：東京都）は、首都圏において、LP ガスを新規顧客に対しては、10 m³当たり 3505 円から 4404 円で、既存顧客に対しては 5000 円前後で販売していた。ザ・トーカイ事件同様、日本瓦斯が販売するこれらの価格は原価割れではない。

原告は、日本瓦斯による当該価格設定及び販売行為等が一般指定 3 項（現在の 2 条 9 項 2 号）の「差別対価」に該当するとして、独占禁止法 24 条に基づき、10 m³当たり 4195 円（控訴審の認定では 4404 円）に準ずる価格若しくはこれ以下の価格設定、宣伝、販売及び販売委託の停止を求めて提訴したのが本件の事案である。

本判決は、不当な差別対価の判断において、原価割れの有無がその要素になるというべきであるとして、ザ・トーカイ事件の控訴審判決よりも明確に、コスト割

⁷¹ 東京高判平成 17 年 4 月 27 日（平成 16（ネ）第 3163 号）[ザ・トーカイ]（事実及び理由第 4 の 3 (3)）。

⁷² 東京高判平成 17 年 4 月 27 日（平成 16（ネ）第 3163 号）[ザ・トーカイ]（事実及び理由第 4 の 3 (4)）。

⁷³ 東京高判平成 17 年 4 月 27 日（平成 16（ネ）第 3163 号）[ザ・トーカイ]（事実及び理由第 4 の 3 (4)）。

⁷⁴ 東京高判平成 17 年 5 月 31 日（平成 16（ネ）第 3204 号）審決集 52 卷 818 頁 [日本瓦斯]。

れの有無が不当な差別対価の判断の考慮要素になることを明言した⁷⁵。よって、日本瓦斯のLPガス販売価格がコスト割れではないことを、公正競争阻害性の成立を否定する際のひとつの考慮要素とする。そのほかの考慮要素としては、ザ・トーカイ事件控訴審判決と同様、市場の動向、供給コストの差、当該小売業者の市場における支配力、価格差を設けた主観的意図等の総合的勘案を挙げた⁷⁶。その他にも同判決は、「市場において価格差が存在することは、業者間の能率競争が行われていることや市場における需給調整が機能していることの現れとみることができるから、同一業者の供給する商品・役務に存在する価格差が不当廉売を含むことが明らかかな場合は格別、そうでない事案においては、小売業者による需要の動向や供給コストの差に応じた価格決定を委縮させ、価格の硬直化と市場の需給調整力の衰退を招くことのないように慎重に認定を行う必要がある。」とした⁷⁷。

これらにより、ザ・トーカイ事件控訴審判決と同様、コスト割れでなくても違反となる可能性はあるものの、違反の範囲は狭まることとなる。

4 郵便事業問題点

郵便事業問題点においては、独占領域を有する事業者が、専有している範囲の経済を用いて競争分野で行う事業について、スタンドアローンコスト方式⁷⁸で原価の判断を行うことが適切とされた⁷⁹。

これは、日本郵政公社のように競争分野と独占分野の両方の事業から成っている事業者と、競争分野のみにおいて事業活動を行おうとする競争者の公正な競争機会を保障するために、両方の事業を行っている事業者の競争分野の事業コストをスタンドアローンコスト方式で算定しようとする考え方である。同方式によると、独

⁷⁵ 東京高判平成17年5月31日（平成16（ネ）第3204号）[日本瓦斯]（事実及び理由第3の3）。

⁷⁶ 東京地判平成16年3月31日（平成14（ワ）第12459号）[日本瓦斯]（事実及び理由第2の2(1)）。

⁷⁷ 東京地判平成16年3月31日（平成14（ワ）第12459号）[日本瓦斯]（事実及び理由第2の2(1)）。

⁷⁸ 当該事業のみを単独で行う際に必要となる費用をスタンドアローンコストと言うが、競争分野の事業を行う場合の費用をスタンドアローンコストの方法で算定し、残余の費用を独占領域の事業を行う場合の費用とする方法。この方式によると、仮に独占領域の事業を行わない場合に不要となる費用を除いたものが、競争分野の事業を行う場合のスタンドアローンコストとなる（郵便事業問題点16~17頁参照）。

⁷⁹ 郵便事業問題点29頁。

占分野においても必要な共通費用まで競争分野の費用として算入されることから、競争分野のコストは上がることとなる。その結果、日本郵政公社が設定した競争分野の対価は、共通費用を通常的方式でそれぞれの事業に配賦した場合⁸⁰の当該事業の平均総費用を上回るものの、スタンドアローン方式による費用は下回る、ということとなる可能性が生まれる。公取委の見方によれば、このような場合、スタンドアローン方式による原価を下回っていることから、違反になる可能性が存在し、その結果、実質的にはコスト割れ不要説と同様の結果をもたらすこととなる⁸¹。

第3款 米国の学説

1 総説

Elhauge 教授によると、コスト割れ不要説は、1970年代にすでに登場したが、1990年代の初めまでは Areeda-Turner 基準をベースにした、コスト割れ違反要件説が米国において共感を得るものであったとされる⁸²。しかし、同教授は、その後、2000年代に入る頃からコスト割れ不要説が再浮上する傾向にあり⁸³、州裁判所はもちろん、連邦裁判所や競争当局さえコスト割れ不要説に再び愛着を感じている傾向があるとする⁸⁴。

以下、様々なコスト割れ不要説の根拠となる考えを考察する。

⁸⁰ 共通費用配賦方式（ABC方式）。専ら独占領域の事業に要する費用及び専ら競争分野の事業に要する費用を除いた共通費用を、独占領域の事業及び競争分野の事業それぞれに要する作業時間や専有面積・体積などを可能な限り正確に導出し、これらに応じた配分比により費用配賦する方式（郵便事業問題点 18頁）。

⁸¹ これについて白石教授は、公取委によるスタンドアローン方式の採択は、これまで公取委が不当廉売はもちろん、私的独占などにおいても費用基準が違反要件になることを表明していることから、改めて費用基準を違反要件として用いないことによつて一貫性を欠くよりは、実質的にはコスト割れ不要説に繋がる当該方式を採ることにより、外見的な一貫性を保とうとしているものであるとし、結局、当該方式の採用は、ザ・トーカイ事件控訴審判決で示されたコスト割れ不要説と軌を一にすることになると指摘している（白石・前掲（注7）189頁参照）。

⁸² 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 L.J.* 681, 684-685 (2003).

⁸³ *Id.* at 684. なお、同教授は、EUにおいても同じ傾向があると指摘する（*Id.* at 684-85）。

⁸⁴ *Id.* at 696-697.

2 RP 法による制限

1936 年の RP 法制定当時の目的は、価格差そのものを容認しないことによって大規模事業者から小規模事業者を守ることであり、効率性や消費者福祉の向上は二の次であった。このような硬直性ないしは小規模事業者の保護という政治的な性格の強さは、価格による競争を低下させる懸念を呼んだ⁸⁵。

そのため、いくつかの連邦高裁は、RP 法の画一的な適用は避けたものの、それでも差別対価の事件に RP 法を適用し、略奪的意図 (**predatory intent**) の立証により、違反になることもあるとした⁸⁶。

3 参入阻止価格 (Limit Price) による制限

参入阻止価格とは、差別対価行為者が最大利益を得られる対価ではないが、それでも当該商品の限界費用⁸⁷を上回る対価を設定することにより、新規参入を阻止する対価のことである⁸⁸。

例えば、市場における支配的事業者がある商品に関して需要を満たせる十分な生産能力をもっているにも拘わらず、故意にその一部を稼働させないまま⁸⁹、コストを大幅に上回る対価を設定している場合、同事業者の余剰生産能力は新規参入を考えている事業者にとって無言の脅威になり得る⁹⁰。その理由は、新規参入が起きる

⁸⁵ Herbert Hovenkamp, *supra* note 26, at 579 参照。

⁸⁶ Herbert Hovenkamp, *supra* note 26, at 366.

⁸⁷ これについては、本稿の末尾を参照。

⁸⁸ Herbert Hovenkamp, *supra* note 26, at 344. これに該当する事例としては、独占事業者が限界費用または平均可変費用（これについては、本稿の末尾を参照）を上回る対価で売ったとしても略奪販売が成り立ち得る可能性を排除することはできないという CALCOMP 事件 (**California Computer Products v. IBM Corp.**, 613 F.2d 727, 743 (9th Cir. 1979)) のほか、たとえ平均総費用（これについては、本稿の末尾を参照）を上回る対価であっても、それが略奪販売の計画のもとで行われたという明白かつ説得的な証拠があれば略奪販売が成り立ち得るとした **Transamerica Computer** 事件 (**Transamerica Computer co. v. IBM Corp.**, 698 F.2d 1377 (9th Cir. 1983), cert. denied, 464 U.S. 955, 104 S.Ct. 370 (1983)) などがある。

なお、EU においてはまだ参入阻止価格に関する判決が出されていないとされる (**Jones and Sufrin**, *supra* note 36, at 465)。

⁸⁹ 但し、損益分岐点は越えていることが前提である。

⁹⁰ Herbert Hovenkamp, *supra* note 26, at 344~345. Hovenkamp 教授はその具体

と、既存の支配的事業者はそれに対抗して、容易に生産量を拡大させ、価格を下げる事が可能であり、たとえ下げた対価が同事業者の限界費用または平均可変費用を上回っているとしても、新規参入者に対する需要が当該参入者の損益分岐点を越えない場合、新規参入者のコストは既存の支配的事業者のそれより高いものになる可能性があるからである。その結果、仮に新規参入をしたとしても、既存の支配的事業者が下げた対価と対抗してそこから利益を出すことは難しくなることから、新規参入そのものを躊躇するようになる。特に、当該分野において、生産設備の特化が必要なまたは大規模投資による埋没費用が発生するおそれのある場合は一層躊躇する傾向が強くなる可能性がある⁹¹。

このような参入阻止価格が、複数の市場のうち、被排除者と奪い合う需要者に対してのみ行われたとき、差別対価として問題になり得る。

実際に多くの学者が参入阻止価格を問題視した。ある者は支配的事業者が新規参入者に対抗して生産量を増加させることを違反にすべきだと主張し⁹²、またある者は、対価が平均可変費用と平均総費用の間に位置する時は略奪販売と推定され、支配的事業者が余剰設備を保有しているとしてもそれが他者排除の目的を持っているものではないことの立証により反証できるのみであるとした⁹³。また同学者は、たとえ引き下げた対価が平均総費用を上回っているとしても、対価を引き下げた後、2年以内に再び対価を引き上げることは略奪販売の証拠として推定されるとした⁹⁴。その他にも多くの経済学者は、参入阻止価格が企業戦略として採られた場合、反競争的なものになり得ると認識している⁹⁵。

的な例として、1個につき1ドルの原価を要し、年間需要が1000個ある商品を挙げている。仮に、その商品の生産における損益分岐点は1年で250個であり、検討対象市場における単独の支配的事業者は、年間生産量が1000個である工場を建てたにも拘わらず、700個のみの生産を行い、当該商品に対して1.5ドルの対価を設定したとする。同教授は、このような利益を期待して新規参入者が入りそうな場合、これに対抗して、支配的事業者が生産高を900個に増やし、価格も1ドルをわずかに上回るものに再設定したとすれば、これをどのように判断すべきかが問題だと述べている (Herbert Hovenkamp, *supra* note 26, at 344)。

⁹¹ Herbert Hovenkamp, *supra* note 26, at 345.

⁹² O. Williamson, *Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis*, 87 *Yale L.J.* 284, 331~337 (1977).

⁹³ P. Joskow & A. Klevorick, *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*, 89 *Yale L.J.* 213, 255.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Herbert Hovenkamp, *supra* note 26, at 346.

4 「現在」の被排除者に対する牽制

参入阻止価格が「未来」の新規参入に対抗するためのものであったのに対し、これから述べるものは、「既に」参入してしまった被排除者に対するコスト割れではない価格競争のことである。

これを規制しようとした例として、米国運輸省による 1998 年の規制方針案がある⁹⁶。同案によると、すでに運航を開始した新規参入事業者に対し、メジャー航空会社が自分のハブ空港において、コスト割れではないとしても、それまでの価格を引き下げて対抗した場合、短期間における利益が相当減少したならコスト割れとして禁止されるべきとされた⁹⁷。

5 公平な競争の重視

最後に、Edlin 教授によって主張された、差別対価行為者と被排除者の間の公平さに重点を置く考え方が挙げられる。同教授は、仮に被排除者が既存の差別対価行為者よりも高い費用構造を持っているのなら、コスト割れでなくても略奪販売になり得るとする⁹⁸。この見解によると、例えば、既存の差別対価行為者が新規参入者である被排除者に比べて相当優位な立場にいる場合、被排除者が充分体力をつけるまで、もしくは、差別対価行為者の市場占有率が被排除者によって減らされるまで、

⁹⁶ Department of Transportation, Enforcement Policy Regarding Unfair Exclusionary Conduct in the Air Transportation Industry, 63 Fed Reg. 17919 (proposed Apr.10,1998)

http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?IPAddress=frwais.access.gpo.gov&dbname=1998_register&docid=98-9488-filed.pdf (アクセス日：2009年11月6日) [以下、DOT, Enforcement Policy].

同規制方針案はその後、パブリックコメント、実体調査、運輸調査委員会報告等を受けて 2001 年にもう一度規制方針として出されたが、コスト割れ不要説に沿った態度は変わらなかった (Department of Transportation, Enforcement Policy Regarding Unfair Exclusionary Conduct in the Air Transportation Industry; Findings and Conclusions on the Economic, Policy, and Legal Issues (Jan. 17, 2001)

<http://ostpxweb.ost.dot.gov/aviation/domestic-competition/compfindings.pdf> (アクセス日：2009年11月6日)。

⁹⁷ DOT, Enforcement Policy, supra note 96, at 17919, 17920.

⁹⁸ Aaron Edlin, Stopping Above Cost Predatory Pricing, 111 Yale Law Journal 963 (2002).

相当な価格の引き下げまたは相当な製品の高度化は抑えられるべきだとされる⁹⁹。

第4款 米国の事例

1 Utah Pie 事件¹⁰⁰

まずは、「現在」、すでに存在する被排除者に対し、コスト割れ不用説が適用された代表的な事例としてよく論じられる、**Utah Pie** 事件の連邦最高裁判決について考察する。

結論から先に言えば、同判決は、今や **Brooke Group** 判決により、先例としての重要性は評価されておらず、差別対価に関する連邦最高裁の判決の中で最も批判されているもののひとつとなっている¹⁰¹。しかし、後ほどコスト割れ違反要件説で述べる、**Brooke Group** 判決との差を浮き彫りにするために敢えて検討を加えることにする。

本件で **Utah Pie** 社は Utah 州 **Salt Lake City** とその周辺において **66.5%** のシェアを持つ冷凍パイ業者であったが、そこへ **Continental** 社等、他の全国的冷凍パイ業者が参入し、**Salt Lake** 地区においては、他の地域における販売価格より **20%** 安く売ったことが差別対価として問題となった事案である（但し、**Continental** 社等は互いに協調的行動を取っていたわけではない）。

なお、このような差別対価による競争によって **Utah Pie** 社のシェアは **45.3%** まで落ち込んだものの、冷凍パイ市場のボリュームそのものは増加したことから、利益もむしろ増加した。

Continental 社等の行為に対し、連邦地裁は **RP** 法違反として差止命令を行ったが、その後の第 **10** 連邦高裁は、地域的な差別対価が競争を侵害する十分な証拠にはならないとして、同社等の行為は **RP** 法違反に該当しないとした¹⁰²。

最終的に、連邦最高裁は、**Continental** 社等による商品の設定価格がコストを下回っていることは認めたものの¹⁰³、それが違反要件になるとはせず、費用基準に対するそれ以上の検討は行わなかった。むしろ、連邦最高裁は、売手段階の差別対

⁹⁹ *Id.* at 945.

¹⁰⁰ *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*, 386 U.S. 685, 87 S.Ct. 1326 (1967).

¹⁰¹ Herbert Hovenkamp, *supra* note 26, at 365.

¹⁰² *Continental Baking Company, Carnation Company, and Pet Milk Company v. Utah Pie Corporation.*, 349 F.2d 122, 152, 153, 155 (10th Cir. 1965).

¹⁰³ *Utah Pie*, 386 U.S. at 703 n.14, 87 S. Ct. 1336 n.14.

価における競争への侵害は、略奪的意図の証拠から推定でき、当該意図の証拠は、主観的意図の直接的な証拠またはコストを下回る永続的な採算の取れない販売などの経済的環境から推定できるとした¹⁰⁴。これは、費用基準が一応考慮要素として入ってはいるものの、費用基準を満たすか否かは、弊害要件の成立のための判断の考慮要素に過ぎないことを意味する。

2 その他の事例

一部の裁判所は、参入阻止価格に対し、たとえ平均総費用を上回っても略奪廉売になり得る可能性を探ってきた¹⁰⁵。このような場合、当該裁判所は、新規参入を排除しようとする、ある一種の「意図」を持っていたかどうかをもって判断する傾向があった¹⁰⁶。例えば、**International Air** 事件¹⁰⁷において第 5 連邦高裁は、事業者が短期において最大利益達成が可能な水準 (**short-run profit-maximizing level**) を下回る対価を設定し、新規参入への高い壁を設けることは、同行業者が新規参入以前に略奪廉売による利益を得られることを意味し、略奪廉売が成立する証拠に当たるとした。

その他、第 10 連邦高裁も、もし他の要素があるのなら（例えば、差別対価行為者が被排除者の退出の後に価格を引き上げたことに対して、需要者から不満が出たこと、そして、その後、新規参入者が再び参入すると再び価格を引き下げたことなど）、たとえ平均可変費用を上回っているとしても、違反になる可能性が存在するとした¹⁰⁸。

¹⁰⁴ **Utah Pie**, 386 U.S. at 703, 87 S. Ct. 1336.

但し、同判決の主観的意図は、日本の略奪廉売の事例でよく登場する主観的意図とは少し異なることに注意が必要である。日本の事例で登場する主観的意図は、客観的証拠を必要としない意図であるのに対して、同判決での意図は、客観的証拠に裏づけされた主観的意図を意味する。

¹⁰⁵ **Herbert Hovenkamp**, supra note 26, at 345.

¹⁰⁶ **Herbert Hovenkamp**, supra note 26, at 345-46.

¹⁰⁷ **International Air Indus. v. American Excelsior Co.**, 517 F. 2d 714, 724 (5th Cir. 1975), cert. denied, 424 U.S. 943, 96 S.Ct. 1411 (1976).

¹⁰⁸ **Instructional Sys. Dev. Corp. v. Aetna Cas.**, 1986-1 Trade Cas. ¶67, 019 (10th Cir. 1986), modified on reh' g, 817 F.2d 639 (10th Cir. 1987).

第5款 EUの学説

1 選択的割引(selective low pricing)

EUでは、コスト割れでなくとも、「選択的割引」として違反とされる場合がある。選択的割引とは、支配的事業者である差別対価行為者が被排除者を検討対象市場から追い出すため、コスト割れにならない範囲で当該被排除者と競合する需要者に対してのみ割引を行い、そうではない需要者に対しては、相対的に高価格を維持する行為のことを指す¹⁰⁹。このような行為はまさに差別対価に該当するが、一般的な差別対価に関する議論と異なる点は、常にコスト割れではないことが前提となる点である¹¹⁰。このような場合、確かに当該行為以前より利益は減ることとなるが、コスト割れにより損害を被っているわけではないことから、正当な競争行為と濫用の区分が焦点となる¹¹¹。

EC排除型濫用ペーパーは、選択的割引が行われた場合、違反要件としての費用基準を上回っているとしても略奪販売とされる場合があるとする¹¹²。例えば、集团的支配状況(**collective dominant situation**)にある複数の事業者が、被排除者と競合する検討対象市場においてのみ価格を下げて利益を以前より減らすことによって「損害」を被り（但し、ここでの「損害」とは、当該行為により被った利益の減少分を指し、コスト割れによる「損害」を被っているわけではない）、その「損害」を差別対価行為者同士で分け合って、被排除者を狙い撃ちし、市場から排除するかまたは手なずける明白な戦略があるとされる場合がこれに該当する¹¹³。同ペーパーによると、もし実際にこのような行為が行われた場合、複数の差別対価行為者間の「損害」の分配は、被排除者の排除または手なずけの戦略が存在したことを明白に表しているものであり、これによって、検討対象市場における競争に悪影響が現われるかまたは現われる可能性が高くなるとされる¹¹⁴。これに当たる事例としては、後に述べる **CEWAL** 事件¹¹⁵が挙げられる¹¹⁶。

¹⁰⁹ Richard Whish, *Competition Law*, 5th ed., 653 (2003).

¹¹⁰ Jones and Sufrin, *supra* note 36, at 446.

¹¹¹ Jones and Sufrin, *supra* note 36, at 466.

¹¹² DG Competition discussion paper, *supra* note 41, at 37 (128).

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ **CEWAL**[1993]OJ L34/20, [1995] 5 CMLR 198, on appeal Case T-24/93, etc. **Compagnie Maritime Belge Transports v. Commission**[1996]ECR II-1201,

2 合わせ技一本による排除

選択的割引と比べ、一層広い守備範囲を持つコスト割れ不要説の根拠として、合わせ技一本による場合がある。これは、複数の他者排除の行為が重複された場合、全体を1つの差別的取扱い行為とし、たとえコスト割れではない場合も違反になり得るという考え方である¹¹⁷。この考え方によると、いくつもの他者排除の手段が複数行われた場合、たとえそれがコスト割れではなくても、決して競争を促進する行為として捉えられることはなく、むしろその目的は被排除者の退出にあるということになり、違反になる可能性があるとされる。この考え方により、コスト割れ不要説が採られた、これから述べる、**Hilti** 事件¹¹⁸や **Irish Sugar** 事件¹¹⁹はもちろん、**CEWAL** 事件の違反の根拠も説明が可能になる¹²⁰。

3 特定分野における効率性の劣る被排除者に対する保護

EC 排除型濫用ペーパーが挙げている、コスト割れ不要説が適用され得る範囲のひとつに、特定分野において効率性の劣る被排除者に対する保護がある¹²¹。

この考え方は、確実な模倣生産のメリットが存在しないかまたは規模の経済がとも重要である分野において、すでに支配的事業者が存在している場合、新規参入者の初期生産量は最低限の効率的生産量(**minimum efficient scale**)以下となることから、新規参入者はコストの面で既存の支配的事業者と比べ、必然的に大きな不

[1997]4 CMLR 273 and Cases C-395 and 396/96 P, *Compagnie Maritime Belge and Others v. Commission* [2000] ECR I -1365, [2000] 4 CMLR 1076.

¹¹⁶ DG Competition discussion paper, *supra* note 41, at 37 (128).

¹¹⁷ Robert O'Donoghue and A Jorge Padilla, *supra* note 38, at 281.

¹¹⁸ Eurofix-Bauco [1988]OJ L65/19, [1989] 4 CMLR 677, on appeal (on the dominance issue only) Case T-30/89, *Hilti v. Commission* [1991] ECR II -1439, [1992]4 CMLR 16 and Case C-53/92 P, *Hilti v. Commission* [1994] ECR I -667, [1994]4 CMLR 614.

¹¹⁹ *Irish Sugar plc*, OJ 1997 L 258/1, affirmed on appeal in Case T-228/97, *Irish Sugar plc v Commission* [1999] ECR II -2969 and Order of the Court of Justice in Case C-497/99 P, *Irish Sugar plc v Commission* [2001] ECR I -5333.

¹²⁰ Robert O'Donoghue and A Jorge Padilla, *supra* note 38, at 281~282. 特に **CEWAL** 事件において法務官 (Advocate General) は、被排除者の排除の後の実質的な独占の回復及び価格の引き上げを目的とした、支配的事業者である差別対価行為者らによる最小限のコストでの多様な排除行為に着目した。

¹²¹ DG Competition discussion paper, *supra* note 41, at 37 (129).

利益を被らざるを得ず、例外的な保護が必要だという論理に基づいている。これによると、たとえ一時的とはいえ、もし支配的事業者の価格設定が自らの平均総費用は上回っているものの、新規参入者の平均総費用は下回っているなら、支配的事業者による対価がコスト割れを起こしていないにも拘わらず、違反になり得ることとなる。なお、このような価格設定が違反となるための要件として、支配的事業者は、新規参入者が模倣生産や規模の経済のメリットを持っていないこと及び自らの価格引下げによって影響を受けることの認識という、明白な排除の意図が必要だとされる¹²²。

4 その他の効率性の劣る被排除者に対する保護

特定分野だけへの適用を超えた、より幅広いコスト割れ不要説として、EC 排除型濫用ペーパーや EC 排除型濫用ガイダンス¹²³による、効率性の劣る被排除者に対する保護がある。これは、費用基準からすれば、たとえ現在は差別対価行為者と比べて相対的に効率性が劣っている被排除者も、差別対価行為者の行為がなければ、将来もっと効率的な事業者になるはずであると判断される場合、需要者の利益を勘案し、保護されることもあるというものである¹²⁴。この考え方によると、廉売を行ったとされる差別対価行為者の設定価格がコスト割れではないにも拘わらず、市場の状況等を判断し¹²⁵、違反とされる場合もあり得ることとなる¹²⁶。

¹²² Ibid.

¹²³ DG Competition Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertaking (<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/guidance.pdf> (アクセス日：2009年11月11日))。

¹²⁴ DG Competition discussion paper, supra note 41, at 21 (67), DG Competition guidance, supra note 122, at 10~11 (23),

¹²⁵ 判断の対象としては、規模や範囲の経済、学習曲線 (learning curve)、初期参入者の優位性などがある (DG Competition discussion paper, supra note 41, at 21 (67))。

¹²⁶ Id. 57 (190).

第6款 EUの事例

1 Hilti 事件

本件は、ヨーロッパにおける最大のネイルガン（釘打銃）の支配的事業者である Hilti 社が、主に被排除者と取引している者に対しては選択的割引や無料提供を行う一方、それ以外の者に対してはそのような行動をしなかったことが問題となった事案である。

これに対し欧州委員会は、まず、Hilti 社のような支配的事業者のみがこのような行為を行うことができるとした¹²⁷。そして、同行為は選択的で（**selectively**）且つ差別的な（**discriminatory**）ものであり¹²⁸、同時に優遇されない需要者に対する搾取及び競争の破壊であるとした¹²⁹。結局、欧州委員会は、このような濫用行為は対価がコスト割れかどうかではなく、差別対価行為者による行為そのものによって判断されるべきであり、その原因は当該事業者の支配的地位にあるとした¹³⁰。

これに対して Hilti 社は異論を唱えたが、欧州第一審裁判所においても Hilti 社の支配的地位及び選択的・差別的行為が認められ¹³¹、コストに関する議論は行われなかった。そして、その後の欧州司法裁判所においてもそれは変わらなかった¹³²。

本件において裁判所は、費用基準を考慮要素に入れず、支配的地位を主な議論の対象とし¹³³、その結果、コストの検討がまったく行われないうまま Hilti の行為は違反とされた。しかし、このような考え方を採る場合、コスト割れでなくても違反になり得るが、支配的地位の明確な基準は示されておらず¹³⁴、例えば本件の Hilti

¹²⁷ Eurofix-Bauco [1988] OJ L65/19, [1989] 4 CMLR 677, para. 80.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Id. para. 81.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Case T-30/89, Hilti v. Commission [1991] ECR II-1439, [1992] 4 CMLR 16, paras. 94, 100.

¹³² Case C-53/92 P, Hilti v. Commission [1994] ECR I-667, [1994] 4 CMLR 614.

¹³³ 特に、欧州第一審裁判所及び司法裁判所判決は、Hilti 社の支配的地位の成立に関する検討がほとんどであった。

¹³⁴ 例えば、欧州第一審裁判所は、United Brands と Hoffmann-La Roche 判決（Case 27/76 United Brands v Commission [1978] ECR 207 and Case 85/76 Hoffmann-La Roche v Commission [1979] ECR 461）を引用し、EC 条約 82 条の支配的地位に該当するに当たって、検討対象市場における効率的な競争を妨げる諸能力があればよく、必ずしも確定的な要件が必要ではない（但し、市場支配率はか

より市場支配力が相対的に弱い（EC 条約 82 条に該当するほどの市場支配力は持っているものの、差別対価によって他者の排除まで行えるほどの市場支配力が無い）事業者が差別対価を行うとする場合¹³⁵、本件の適用範囲は狭まる可能性が存在する。

2 CEWAL 事件

本件は、特定の路線（北ヨーロッパとザイールの間）を運行する複数の海運会社から成っている団体（**Central West Africa Lines**—頭文字を取って **CEWAL** とする）が、独立系の被排除者（**G&C**）の運航時間と極めて近い時間に限って、特別料金と称して、自らの普段の料金と異なる料金からなる「**fighting ships**」というものを運航していたことが問題となった事案である。この特別料金は、被排除者の料金と同額もしくはより低いものであることから、「**fighting ships**」の運航により、**CEWAL** の利益は以前より減少したものの、損失を被っているわけではなかった。

これに関して欧州委員会は、**CEWAL** の料金のコスト割れ該当性を分析することをせず、**CEWAL** が検討対象市場において 70%から 90%の非常に高い市場占有率を持っていることに着目し¹³⁶、このような支配的地位を持つ当該事業者らによる差別対価の行為は、競争の維持または発展を妨げ¹³⁷、共同支配的地位 (**collective dominant position**) の濫用に値するとした¹³⁸。

なり高い重要要素であると考え）としている（**Hilti**, [1991] ECR II-1439, para 90）。

¹³⁵ 例えば、本件では **Hilti** 社の市場占有率が 70 から 80%とされ、その他、規格の独自性を持っているとされたが、仮に市場占有率もこれより低く、規格の独自性もより弱い場合を想定できる。

¹³⁶ **CEWAL** [1993] OJ L34/20, [1995] 5 CMLR 198 paras. 57~59.

¹³⁷ *Id.* paras. 63~64.

¹³⁸ *Id.* paras. 81~83. 欧州委員会は、その根拠として、すでに存在しているまたは発展途中にある競争の妨害が支配的事業者の濫用に当たるとされた

Hoffmann-La Roche 判決（**Case 85/76, Hoffmann-La Roche & Co AG v.**

Commission [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211）及び異常に高い市場占有率は支配的地位が生じていることの強い推定をもたらすとされた **AKZO** 判決（**Case C-62/86, AKZO Chemie BV v. Commission** [1991] ECR I-3359, [1993] 5 CMLR 215）を引用しながら、欧州司法裁判所において、能率競争（**competition on the basis of merit**）ではない、他の方法に頼る **CEWAL** のような行為は支配的地位の濫用とみなされていることを挙げた。

これに対して **CEWAL** は、自らの行為は、略奪販売とは異なっており¹³⁹、新しい競争形態に合わせようとしたものであると主張したが¹⁴⁰、欧州第一審裁判所は、被排除者を排除しようとした **CEWAL** の意図及びそれによって発生し得る結果を重視し¹⁴¹、そのような主張を退け、欧州委員会の見解を支持した。

その後、**CEWAL** は欧州司法裁判所に対し、過去において欧州司法裁判所自らが示した **AKZO** 基準¹⁴²は、コスト割れをもって支配的地位の濫用の基準としていたことを挙げ、自らの行為はコスト割れの価格設定をしておらず、被排除者を追い出そうとするこのような行為が違反を示すものにはならないと主張した¹⁴³。

これについて欧州司法裁判所は、支配的地位にある企業の特殊な責任及び海運業の特殊性をもって **CEWAL** の行為を違反とした¹⁴⁴（しかし、合法的割引可能性及び合法性認定基準について明確な線引きはしなかった）。違反とされた理由は、市場占有率 90 パーセントを越える差別対価行為者らと被排除者 1 社のみが存在する検討対象市場における差別対価の目的が被排除者の排除にあるというものであった¹⁴⁵。

本件は、コスト割れでないことが明らかであるにも拘わらず、当該行為者の市場占有率及び排除する意図という主観的要素（但し、この主観的要素については当該事業者も深刻に争っておらず、またヒアリングでも認められた点に注意を要する）が重視されたことで、一見コスト割れ不要説を裏付ける事例のように見える¹⁴⁶。

¹³⁹ **Case T-24/93, etc. Compagnie Maritime Belge Transpots v. Commission** [1996] ECR II-1201, [1997] 4 CMLR 273, para 116.

¹⁴⁰ *Id.* para. 119.

¹⁴¹ *Id.* para. 148.

¹⁴² **Case C-62/86, AKZO Chemie BV v. Commission** [1991] ECR I -3359, [1993] 5 CMLR 215 において判示された基準で、コスト割れ違反要件説が採られた。その詳しい内容については後ほど **AKZO** 事件に関する考察で述べる。

¹⁴³ **Cases C-395 and 396/96 P, Compagnie Maritime Belge and Others v. Commission** [2000] ECR I -1365, [2000] 4 CMLR 1076, para 97.

¹⁴⁴ *Id.* paras. 114~118.

¹⁴⁵ *Id.* para. 119.

¹⁴⁶ 本件に関し、欧州司法裁判所の **Fennelly** 法務官 (**Advocate General**) は、一般的に、支配的事業者による、コスト割れではない一律的な割引は、反競争的なものとして扱われてはいけないという発言をしているが (**Opinion of AG Fennelly of 29 October 1998, ECR [2000] I -1365, at para 132**)、同発言を、**EC 条約 82 条**のもとでは、コスト割れではない選択的割引が違反になることもあるという趣旨のものを受け止める見解もある (**Damien Geradin and Nicolas Petit, Price Discrimination Under EC Competition Law: The Need for a Case-by-Case Approach, Global Competition Law Centre Working Paper Series No. 07/05, 15**

しかし、欧州司法裁判所は、海運業が特殊なビジネス分野であることを強調している¹⁴⁷。また、EC 排除型濫用ペーパーも、本件に対して、コスト割れではないものの、複数の支配的事業者が損害を分け合うことにより、被排除者の退出または手なづけを行うという明白な戦略が存在する事例であり、例外的に違反になる場合として位置付けていることから¹⁴⁸、本件をコスト割れ不要説の根拠と決めつけるのは早計と言えよう¹⁴⁹。

3 Irish Sugar 事件

本件は、アイルランド及び北アイルランドにおける唯一の砂糖大根の加工業者であり、アイルランドにおける主な砂糖供給者でもある **Irish Sugar** 社が¹⁵⁰、他の EU 加盟国（フランスなど）から自国への砂糖輸入が増加したことから、輸入砂糖の需要者（潜在的な需要者含む）に対して選択的割引による差別対価を行ったことが問題となった事案である¹⁵¹。

この事案において欧州委員会は、差別対価により、アイルランドにおける国内用砂糖の価格が EU の中でもっとも高いものになっていることを指摘し、当該行為

n. 55 (July 2005))。また、同法務官は、支配的地位を持っているとされる事業者（複数の事業者の場合も含む）は、自らの行為により、すでに存在している、影響を受けやすい競争秩序を損なわない特別な義務があり、それには、新規参入者によって、積極的な価格競争が起きた場合でさえ、当該新規参入者を排除するための選択的割引をしないことも含まれるとした (**Opinion of AG Fennelly of 29 October 1998, ECR [2000] I -1365, para. 137**)。

なお、Elhauge 教授は、本件を指し、EU においてコスト割れ不要説が勢いを盛り返してきた証拠の 1 つとして指摘している (**Einer Elhauge, supra note 82, at 684**)。

¹⁴⁷ **Cases C-395 and 396/96 P, Compagnie Maritime Belge and Others v. Commission [2000] ECR I -1365, [2000] 4 CMLR 1076, para.115.**

¹⁴⁸ **DG Competition discussion paper, supra note 41, at 37 (128).**

¹⁴⁹ **Geradin and Nicolas Petit, supra note 146, at 15 参照。**

¹⁵⁰ 本件における地理的市場は、アイルランドである。そして、例えば、1985 年から 1995 年の間、**Irish Sugar** 社は 90%を超える市場占有率を持っていた ([1997]OJ L258/1, [1997] 5 CMLR 666, para. 21)。

¹⁵¹ 本件における対象商品は、工業用及び家庭用砂糖である。アイルランドは、EC 全体の平均よりも高い砂糖消費率を持っており、当該地域において **Irish Sugar** 社は、工業用砂糖市場ではフランスからの輸入砂糖の潜在的な需要者に対し、選択的割引行為を行う一方、家庭用砂糖市場でも、例えば、北アイルランドとの国境地帯に住んでいる者向けに割引行為を行っていた。また他にも同社は、取引関係にある他の事業者に対する忠誠リベートの提供や選択的割引行為などを行った。

は、自社の製品と他の EU 諸国からの輸入砂糖との競争を損なう、もしくは完全に排除する意図に基づく濫用行為に当たるとした。

これに対して **Irish Sugar** 社は、欧州第一審裁判所に提訴し、被排除者の潜在的需要者に対する選択的割引の対価は検討対象市場における地位を守るためのものに過ぎず¹⁵²、北アイルランドとの国境地帯に住んでいる者への割引行為も、支配的地位にいる事業者の特別な責任の範囲を超えているものではないと主張した¹⁵³。

しかし、欧州第一審裁判所は、以下の根拠により、**Irish Sugar** 社の行為は **82 条(C)**に抵触する濫用行為に当たるとした。

第 1 に、支配的事業者である **Irish Sugar** 社の行為は、域内市場において極めて重要である、隣接市場（この場合はイギリスと北アイルランド）の被排除者にも影響を及ぼすこととなり、その結果、域内市場における効率的で歪曲されていない競争、その中でも特に需要者の利益に対して障害をもたらす¹⁵⁴。

第 2 に、**Irish Sugar** 社のように市場占有率が **88%**と高い場合、同事業者が採り得る競争手段は限定的なものとなり、たとえ財政的な余裕がないとしても、選択的・差別的な販売方法は正当化できない¹⁵⁵。

第 3 に、**Irish Sugar** 社の行為は被排除者の行為に対する防御的性質を持っているとは言え、**82 条 (C)** に抵触することに変わりはない¹⁵⁶。

特に、欧州第一審裁判所は、北アイルランドとの国境地帯をターゲットに行われた、リベートの提供による差別対価について、そのような行為は、差別対価が行われた国境地帯を除くアイルランドの他の地方における支配的地位をもとに成り立っていて、彼の地の自由競争の発展を阻害し、構造を歪めることになるため、正当化理由も存在しないとされた¹⁵⁷。そして、差別対価による被排除者の排除の程度

¹⁵² Case T-228/97, *Irish Sugar plc v. Commission* [1999] ECR II -2969, [1999] 5 CMLR 1300, para.118.

¹⁵³ *Id.* para.176. その根拠として、**Irish Sugar** 社は、支配的地位にいる事業者には、検討対象市場において他の供給者と競争し、自分の地位を守る権利が与えられていることは疑いがない一方、同時に、その地位をうまく守ることが濫用行為とされる矛盾点を指摘した (*Id.* para.176)。

¹⁵⁴ Case T-228/97, *Irish Sugar plc v. Commission* [1999] ECR II -2969, [1999] 5 CMLR 1300, para.185.

¹⁵⁵ *Id.* para.186.

¹⁵⁶ *Id.* para.187.

¹⁵⁷ *Id.* para.188. 但し、すべてのリベートの提供が直ちに違反になるわけではなく、当該行為は、その金額が多額であったことから、明らかに北アイルランドからの砂糖の輸入を狙い撃ちして輸入を減らし、競争を制限する目的であったとされた (*Id.* para.190)。

に関しては、必ずしも被排除者が差別対価行為者の計画及び行動により、実際に排除されなくても、被排除者に影響があれば違反になり得るとした¹⁵⁸。

このような欧州第一審裁判所の判決は、その後の欧州司法裁判所判決においても¹⁵⁹、そのまま認められ、そこで主に検討されたものは **Irish Sugar** 社の支配的地位（共同のもの含む）に関するものであって¹⁶⁰、コストに関する検討はなされなかった。

本件は差別対価の事件であるにも拘わらず、コストの検討なしに市場占有率などを根拠に違反とされており、そのうえ前記の **CEWAL** 事件のように特殊な業界でもない点でまさにコスト割れ不要説の代表者とも言える。

しかし、欧州委員会及び両裁判所がもっとも注目したことは、**Irish Sugar** 社の非常に高い市場占有率¹⁶¹または支配的地位（共同のもの含む）である。例えば、欧州第一審裁判所によると、本件のように市場占有率の高い差別対価行為者が被排除者に対して取り得る手段は、経済的効率性にに基づいていて、消費者の利益とも両立し得るものでなければならぬとされるが¹⁶²、これは、他の、相対的に低い市場占有率を持つ事業者と比べた場合、選び得る対抗手段の幅が自ずと狭まることを意味する。これを逆に言えば、コスト割れではない選択的割引が違反となるためには、非常に高い市場占有率が必要条件だということになる¹⁶³。これに関して、欧州第一審裁判所は、**80%**を超える市場占有率を持つ **Irish Sugar** 社が競争構造を損なっているという指摘をした¹⁶⁴。

従って、本件のように非常に高い市場支配力を持つ事業者による差別対価の場合には、本件がコスト割れ不要説の根拠になり得ると思われるが、**Hilti** 事件同様、「非常に高い市場占有率」そのものの基準が曖昧であり、もし、市場占有率がそれ

¹⁵⁸ Id. para.191.

¹⁵⁹ C-497/99 P, *Irish Sugar plc v. Commission* [2001] ECR I -5333.

¹⁶⁰ Id. paras.11~12, 31, 42.

¹⁶¹ このように非常に高い市場占有率を「スーパー支配的事業者(super-dominant undertaking)と呼ぶ見解もある (Jones and Sufrin, supra note 36, at 471)。

¹⁶² Case T-228/97, *Irish Sugar plc v. Commission* [1999] ECR II -2969, [1999] 5 CMLR 1300, para.189.

¹⁶³ Jones and Sufrin, supra note 36, at 471.

¹⁶⁴ Case T-228/97, *Irish Sugar plc v. Commission* [1999] ECR II -2969, [1999] 5 CMLR 1300, para. 233.

なお、市場占有率に対するこだわりは、EC 排除型濫用ペーパーにも現われている。同ペーパーには他者排除に対する効率性の抗弁(Efficiency Defence)において75%を超える市場占有率は独占に近いものとされている (DG Competition

ほど高くない事案においては必ずしも同じ結果が導かれるとは限らない。従って、当該判例はコスト割れ不要説を採っているものの、その守備範囲は限定的と言える。

第7款 結論

コスト割れ不要説の根底には、誰もが感じている差別対価に対する不公平感ないしは違和感が共通して流れている。従って、コスト割れ不要説は、この不公平感ないしは違和感と、現実の経済生活で頻繁に行われる差別対価の関係において、コスト割れという「結果」よりも差別という「行為」により重きを置き、これを何とか規制したいと考える立場である。

日本の独禁法は2条9項2号及び一般指定3項で差別対価を明示しており、具体的な基準なしに差別的な対価そのものが違反になり得るとも読めることから、なんとか差別対価の独自性を強調させたいという思いをますます駆り立てているように思われる。また、排除型私的独占においても、コストに関係なく、差別によって相手を排除することだけでも違反要件が足りるようにも読める。

しかし、日本において価格競争は日々起きており、様々な論者によって唱えられているコスト割れ不要説は、ほとんどの見解が明確な基準を提示せず、抽象的な基準ばかりであることから、現実の価格競争で用いることは難しい。唯一、長澤弁護士の見解が差別対価の独自性を認めつつ、明白な基準を提示しているが、差別対価の方が不当廉売より「競争阻害効果が典型的に発生しやすい」ということは根拠が乏しい。また、総販売原価を下回る販売であっても商品によっては損失を被っていないものもあり、差別対価であるというだけで総販売原価を下回れば違反になるというのは妥当ではない。判決例で唯一存在する、ザ・トーカイ及び日本瓦斯事件は、消極的な、または慎重なコスト割れ不要説を採っているものの、やはり判断基準として用いるには具体性に欠ける。また、コストについて様々な角度から検討がなされた郵便事業問題点も明確な基準を示しているとは言い難い¹⁶⁵。なぜなら、郵便事業問題点で公取委が前提としている、独占分野と競争分野の両方を営む事業者が、専有している範囲の経済を用いて競争分野での被排除者と競争するというケースは、一見公正な競争に対する危険を孕んでいるように見えるが、世の中の事業者の中には単品の商品生産のみで事業を営んでいる者だけでなく、複数の商品を生

discussion paper, supra note 41, at 28 (92))。

¹⁶⁵ 白石・前掲（注7）191頁参照。

産している者も多く、それらの複数の商品はそれぞれ異なる市場占有率を持ち、多かれ少なかれ商品生産においてお互いの人的・物的資源の相互利用が常と言えるからである。このような現状に鑑みると、コスト割れ不要説の考え方は、実際に価格競争を起こそうと考えている事業者に混乱を生じさせるおそれがある。従って、日本におけるコスト割れ不要説の適用は説得力及び規範性に乏しい。

米国におけるコスト割れ不要説は、**Brooke Group** 判決を境に、今日、勢いは落ちており¹⁶⁶、その後、盛り返しもあったものの、以下のような批判がある。

まず、差別対価を規制する **RP** 法に対して **Hovenkamp** 教授は、同法が略奪販売を非難する根拠ではなく、激しい競争そのものを批判する根拠として用いられ、それがよく表れたものが **Utah Pie** 判決であるが、その結果、原告の独占的地位が保護され、消費者は高い価格の支払いを余儀なくされたとする¹⁶⁷。

そして、参入阻止価格の場合、参入阻止価格を違反とした判決例の判示に従えば、差別対価行為者が短期における最大利益達成が可能な対価（例えば 2 ドル）もしくは競争的な対価（**competitive price**、例えば 1 ドル）を設定した場合は合法となるが、その間の対価（例えば 1.5 ドル）を設定した場合は違反になってしまうことになるとする¹⁶⁸。これに対し、同教授は、この 1.5 ドルの対価から略奪的販売の因果関係や反競争的な性質を立証することは難しく¹⁶⁹、また、意図やその他の参入阻止のためとも考え得る諸行動は明らかにされないことが多いことから、その区分も容易ではないとする¹⁷⁰。

その他にも、様々な場合を想定し、それぞれに合わせてコスト割れ不要説を貫こうとする見解もあるが¹⁷¹、あまりにも多い細分化によって多くの例外及び複数

¹⁶⁶ その裏づけの一つとして、例えば、**Utah Pie** 判決以降 **Brooke Group** 判決以前の学術書は、売手段階の差別対価を略奪販売に当たる事例と略奪販売に当たらない事例に分けているものがあるが（**Oppenheim and Weston, The Lawyer's Robinson-Patman Act Sourcebook-Options of FTC and Courts, and Related Materials (1971)**）、現在はそのような分類はされていない。

¹⁶⁷ **Herbert Hovenkamp, supra note 26, at 366.**

¹⁶⁸ **Id. at 346.**

¹⁶⁹ **Ibid.**

¹⁷⁰ **Philip E. Areeda and Herbert Hovenkamp, Fundamentals of Antitrust law, 7-49 (2004).**

¹⁷¹ 代表的なコスト割れ不要説者である **Edlin** 教授は、例えば、新規参入者の場合、既存事業者より 20%の引き下げが初めから可能であるとするなど、状況に合わせた多くの例外が存在するとした（**Aaron S. Edlin, supra note 98, at 945, 988**）。

の定義が出ることから、一般性に欠けているという指摘を受けている¹⁷²。

EUにおけるコスト割れ不要説は、EC 排除型濫用ペーパーやガイダンス 1、判決例などに裏付けられており、コスト割れ不要説が成り立つ根拠を与えているようにも見える。

しかし、例えば、選択的割引の合法性を主張している EC 排除型濫用ペーパーは、コスト割れ不要説の適用を限定的なものとしている¹⁷³。特定分野における効率性の劣る被排除者に対する保護についても同様である¹⁷⁴。そして、コスト割れ不要説に沿った事例は、いずれも市場占有率または共同の支配的地位（collective dominance）が根拠となっており、事業者にとって実際にはあまり役に立たないものと思われる。なぜなら、事業者は、自らの行為または相手が行っている行為が当該ペーパーで規定された例外に当たるかどうかを判断することが容易ではなく、市場占有率や共同の支配的地位も市場の捉え方によって変わり得るからである。

従って、コスト割れ不要説の趣旨は、差別対価行為者によるコスト割れではない差別対価により、被排除者が不当に不利な立場に追い込まれることを防ごうとしたものであるが、以上のようなことから、明確な基準を提示していないことにより、かえって健全な価格競争さえも萎縮させてしまう可能性が存在するという点を指摘できる。

¹⁷² O'Donoghue and A Jorge Padilla, *supra* note 38, at 281 n150.

¹⁷³ DG Competition discussion paper, *supra* note 41, at 37 (128).

¹⁷⁴ *Id.* at 37 (129). 当該保護については以下の批判が存在する。①略奪廉売を行う差別対価行為者にとって、被排除者が自らの必要最低限の効率性に到達していないこと、またはいつそれに到達するかを知る方法が明らかではない、②略奪廉売を行う差別対価行為者は、自らの価格設定が新規参入者である被排除者の平均総費用を下回るかどうか、または、どれくらい対価を下げれば、自分の平均総費用は上回るが新規参入者の平均総費用を下回る対価となり、それが被排除者の規模の利益の否定に繋がるかを知ることは、不可能ではないが、非常に難しい、③時間が経て、新規参入者である被排除者が程度大きく成長すると、充分ではないかもしれないが、資本市場から当該事業者が支配的事業者と同等の効率性を持つよう、資金の注入が行われるようになる。しかし、被排除者がずっと非効率のままである場合、それを保護し続けることは、短期と長期両方において需要者に何の利益もなく、むしろ悪影響を与えることとなる、④もっとも肝心なこととして、EC 排除型濫用ペーパーが設けているコスト割れ不要説に沿った例外は、充分精緻なものではなく、合法的な価格競争を削ぐ大きなリスクを孕んでいる（Robert O'Donoghue and A Jorge Padilla, *supra* note 38, at 282~283）。

第2節 コスト割れ違反要件説

第1款 日本の学説

コスト割れ要件説の土台となる根拠は、差別対価の「独自性」を否定しようとする考えにある。

例えば、白石教授は、供給者が安い対価によって他者を排除する行為の規制を総称して「略奪廉売規制」とし、それには差別対価、不当廉売が含まれるとする¹⁷⁵。このような考えは、これら 2 つの違反類型の性質が同様であることを意味し、差別対価の独自性は認めないという考えに繋がる。

川濱教授は、差別対価と不当廉売の基準の差は存在しないとして、この両者は同じ基準が採用されるべきとする¹⁷⁶。さらに、同教授は、差別対価の独自性に関して、差別することに競争を阻害する不当性の本質があるのではなく、不当廉売を行う必要のある市場が特定の市場であるに過ぎないとして、不当廉売の一般的議論が妥当しやすいのが差別的戦略を行う場合であり、差別対価の基準の検討には不当廉売の議論の参照が必要とする¹⁷⁷。この見解も差別対価の独自性は認めないという考えに帰結される。

そして、平林教授も、支配的事業者の価格設定が、たとえ差別的であろうと、コスト割れでなければ独占禁止法上の問題にはならないとして¹⁷⁸、コスト割れでなければ独占禁止法が促進しようとする能率競争（**competition on the merits**）の反映であるとする¹⁷⁹。この見解も、差別対価の問題は差別そのものではなく、コスト割れにあり、独自性は認められないという考えに沿っているものと思われる。

これらの見解に従うと、不当廉売に関する費用基準が差別対価においても用いられることとなる。

¹⁷⁵ 白石・前掲（注 7）178 頁。

なお、滝川教授も差別対価による廉売が競争者の顧客を奪うのは廉売一般についてと同じであるとしながら、差別対価規制についてこれを略奪価格規制に吸収させるべきとしているが、これは白石説と同旨であると思われる（滝川敏明『日米 EU の独禁法と競争政策 第3版 ―グローバル経済下の企業競争ルール』（青林書院、2006年）306頁）。

¹⁷⁶ 金井ほか編・前掲（注 11）251 頁。

¹⁷⁷ 金井ほか編・前掲（注 11）251-252 頁。

¹⁷⁸ 平林・前掲（注 11）50 頁。

¹⁷⁹ 平林・前掲（注 11）51 頁。

不当廉売に関してはそれぞれ、「商品または役務をその供給に要する費用を著しく下回る対価で継続して供給すること」(2条9項3号)、「不当に商品又は役務を低い対価で供給し」(一般指定6項)とされている。

不当廉売ガイドライン改定案はこれらについて、2条9項3号の「その供給に要する費用」が総販売原価を指し¹⁸⁰、これを「著しく下回る対価」は、廉売対象商品を供給しなければ発生しない費用(可変的性質を持つ費用)を下回る価格の推定を受けるものとする¹⁸¹。そして、同ガイドライン改定案は、一般指定6項における「低い対価」を、可変的性質を持つ費用以上(総販売原価を下回ることが前提)のものとしていて¹⁸²、総販売原価は平均総費用を¹⁸³、可変的性質を持つ費用は平均回避可能費用を指すと思われることから¹⁸⁴、その結果、低い対価は平均総費用を下回る(平均回避可能費用は上回る)ものとなる。

また、排除型私的独占ガイドラインにおいても、公取委は、被排除者の顧客の

¹⁸⁰ 不当廉売ガイドライン改定案 3(1)ア(ウ)。但し、これは不当廉売行為者の「供給に要する費用」であって、業界一般の当該費用または特定の他の供給者の費用ではないことに注意(不当廉売ガイドライン改定案 3(1)ア(イ))。

¹⁸¹ 不当廉売ガイドライン改定案 3(1)ア(エ)。

¹⁸² 不当廉売ガイドライン改定案 4(1)。

¹⁸³ 不当廉売ガイドライン改定案 3(1)ア(ウ)の注2、田中寿編著『不公正な取引方法』(別冊NBL9号、昭和57年)54頁、白石・前掲(注7)187頁、金井ほか編・前掲(注11)256,265頁〔川濱昇〕。これについて、白石教授は、略奪廉売において、ある費用を対価が下回ることがひとつの違反要件であり、下回らないなら決して違反とならない、と言える費用の基準を、「違反要件としての費用基準」と呼んでいる(白石・前掲(注7)186頁)。違反要件としての費用基準に平均総費用が採られた事例としては、東京高決昭和50年4月30日(昭和50(行タ)5)高民集28巻2号181頁〔中部読売新聞社事件〕(理由四)、東京高判平成19年11月28日(平成18(ネ)1078)審決集54巻699頁〔ヤマト運輸対日本郵政公社事件〕(第3-2(3)ア(ア))がある。

¹⁸⁴ 不当廉売ガイドライン改定案 3(1)ア(エ)b(b)(ii)。これについて、白石教授は、略奪廉売において、ある費用を対価が下回る場合、正当化理由なく反競争性があると推認されると言えるような費用の基準を「弊害推認根拠としての費用基準」と呼び、この場合、対価が当該費用を下回らないとしても違反とされ得るとする(白石・前掲(注7)184頁)。

なお、改定案が出る前の不当廉売ガイドラインにおいては、平均可変費用を指すとされていた(不当廉売ガイドライン 3(1))。弊害推認根拠としての費用基準に平均可変費用が採られた事例は、東京高判平成16年9月29日(平成14(ネ)1413)〔ダイコクⅠ〕(事実及び理由第4-1(2-3-1))。知財高判平成18年2月27日(平成17年(ネ)10007)〔ダイコクⅡ〕(事実及び理由第5-4(2)オ(イ)①)がある。

獲得のために、ある商品について、「商品を供給しなければ発生しない費用」（平均回避可能費用）を下回る対価を設定することは、特段の事情がない限り、経済合理性がなく、排除行為に該当し得るとする¹⁸⁵。さらに同ガイドラインは、「ある商品の供給に要する費用」（総販売原価）は下回るものの、「商品を供給しなければ発生しない費用」以上の対価を設定する行為に対して、長期間かつ大量の供給などの特段の事情がない限り、排除行為になる可能性は低いとする¹⁸⁶。

従って、コスト割れ違反要件説における費用基準は、平均回避可能費用（平均可変費用）と平均総費用となる。

以下、不当廉売の事例を差別対価という角度から切り口を入れて検討する。

第2款 日本 の 事例

1 濱口石油事件¹⁸⁷

本件は、和歌山県の給油所（ガソリンスタンド）において普通揮発油（ガソリン）を販売していた有限会社の濱口石油が、一定の地区で自分より規模が小さな事業者との競争のため、自分の所有する2つの給油所において、ある給油所では仕入価格に該当給油所の人件費等の販売経費を加えた価格を下回る価格で106日間、そのうち仕入価格を下回る価格で80日間販売したこと¹⁸⁸及び別の給油所にて同じく、仕入価格に該当給油所の人件費等の販売経費を加えた価格を下回る価格で43日間、そのうち仕入価格を下回る価格で30日間販売したこと¹⁸⁹が問題となった事案である。

濱口石油は他の地区においても営業活動を行っていたが、そこにおいては、おそらくコスト割れ販売を行っておらず¹⁹⁰、当該地区においてのみ、被排除者に対

¹⁸⁵ 排除型私的独占ガイドライン 第2の2(1)及び注8。

¹⁸⁶ 排除型私的独占ガイドライン 第2の2(1)及び注10。

¹⁸⁷ 排除措置命令平成18年5月16日（平成18(措)3）。

¹⁸⁸ 理由 第1の2(2)ア。

¹⁸⁹ 理由 第1の2(2)イ。

¹⁹⁰ 理由 第1の3(2)。公取委は他の市場においてコスト割れ販売が行われていたかどうかについては直接言及してないが、「濱口石油は、前記2の販売価格によって生じる損失（コスト割れによる販売一筆者による加筆）を、濱口石油が田辺地区以外に設置する給油所における普通揮発油等の販売から得られる利益をもって補てんしているところ」と記されていることから、おそらく他の市場では、当該時点においてコスト割れ販売は行われていなかったと推定できる。

抗するためにコスト割れ販売を行ったことが本件の本質であることから、不当廉売だけでなく、差別対価であったとも言える。これにより、被排除者の販売量は、前年同期間と比べて減少し、瀧口石油は、これら2つの給油所が位置する地区において普通揮発油の販売量が第1位となった¹⁹¹。

これに対して公取委は排除措置命令の主文で、瀧口石油が今後、普通揮発油を、仕入価格を下回る価格で継続して販売すること、又は他の石油製品小売業者を排除する意図をもってその仕入価格に販売経費を加えた価格を下回る価格で販売することによって、他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがある行為をしてはならないとした¹⁹²。そして、この主文を不当廉売に適用させる際には、「仕入価格を下回る価格」が「その供給に要する費用を著しく下回る対価」に、「その仕入価格に販売経費を加えた価格を下回る価格」が「低い対価」に当たるとした¹⁹³。これは不当廉売ガイドラインの考え方に沿ったものであるが¹⁹⁴、廉売の状況から、同時に差別対価にも適用し得る。

2 シンエネコーポレーション・東日本宇佐美事件¹⁹⁵

本件は、栃木県小山市に本店を置き、栃木県及び茨城県の区域において、14の給油所をもって石油製品の小売業を営むシンエネコーポレーションが、検討対象市場の小山市において、東京都に本店を置き、関東甲信越（但し、北海道、東北及び山梨県は除く）に199の給油所を持つ、同業の東日本宇佐美との間で普通揮発油をそれぞれの仕入価格を下回る対価で販売する廉売合戦を行ったことが不当廉売に該当するとして、公取委により排除措置命令が下された事案である。

瀧口石油事件とは異なり、本件においては他の検討対象市場で両事業者がどのような対価を設定したのかを推測できる記述は存在しない。しかし、本件において両事業者は検討対象市場での被排除者排除のため、廉売合戦を繰り広げたことから、差別対価にも該当し得る。従って、公取委は、本件で問題となった、「仕入価格を下回る価格」を不当廉売に適用させる際、「その供給に要する費用を著しく下回る

¹⁹¹ 理由 第1の3(1), (2)。

¹⁹² 主文 第3。

¹⁹³ 理由 第2。

¹⁹⁴ 白石忠志「独禁法事例の勘所(事例15 瀧口石油)」法学教室 No.313(2006.10) 97頁。

¹⁹⁵ 公取委命令平成19年11月27日(平成19年(措)第16号)、公取委命令平成19年11月27日(平成19年(措)第17号)。

対価」に該当するとしているが¹⁹⁶、この費用基準は差別対価においても費用基準になり得る。

第3款 米国の学説

RP法における売手段階の差別対価は略奪販売にも該当すると認識されており¹⁹⁷、これに同意する見解は枚挙に暇がない¹⁹⁸。これらのことから、米国において売上段階の差別対価の独自性は、少なくとも現在、売手段階の差別対価では消えていく傾向にあることがわかる。従って、ほとんどの学者は、費用基準を上回る対価は違反にならないとする¹⁹⁹。

そして、費用基準に関しては以下のような諸見解がある。

まず、差別対価が違反となるためには、ある費用基準を対価が下回ること (**prices below the relevant measure**) が必要であり²⁰⁰、コストに関する諸基準は存在するものの、経済的観点、反トラスト法の歴史、主観的意図の介入のおそれから、平均総費用は費用基準として妥当ではなく²⁰¹、限界または増分費用の測定のため、一般的には平均可変費用が妥当とする見解である²⁰²。但し、この見解は、旅客用航

¹⁹⁶ 理由 第2。

¹⁹⁷ Herbert Hovenkamp, *supra* note 26, at 364.

¹⁹⁸ For example, Posner & Easterbrook, *Antitrust* 681 (second edition, 1980), Elhauge and Geradin, *supra* note 45, at 366 (2007).

なお、2009年に撤回されたものの

(http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2009/245710.htm

(アクセス日：2009年11月14日))、2008年に司法省が公表した、司法省単独行為報告書（以下、司法省報告書、**Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act**

(<http://www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.pdf> (アクセス日：2009年11月14日))においても、売手段階の差別対価の事例は略奪販売として分類されていた(at 50-51)。

¹⁹⁹ Sherman Act Section 2 Joint Hearing: Predatory Pricing Hr'g Tr. 72, June 22, 2006 (Bolton), (<http://www.ftc.gov/os/sectiontwohearings/docs/transcripts/061206.pdf> (アクセス日：2009年11月14日)).

²⁰⁰ Philip E. Areeda and Herbert Hovenkamp, *supra* note 170, at 7-54.

²⁰¹ *Id.* at 7-56, 57.

²⁰² *Id.* at 7-58.

空機のように、ある検討対象市場から別の検討対象市場に移転しやすい固定資産が含まれる分野では、平均可変費用の考え方を反映しつつ、固定費用も考慮に入れた平均回避可能費用がより妥当であるとする²⁰³。FTC(Federal Trade Commission)も、**Brooke Group** 判決より以前に、違法性の判断に際して費用基準(平均可変費用)を唱えたことがある²⁰⁴。例えば、ITT 事件²⁰⁵において FTC は、平均可変費用と同等またはそれを上回る対価がしばしば最終的に合法と推認されてきたこと、長時間にかけて平均可変費用を下回る対価が続いた場合は反証がない限り違法と推認されること、そして、平均総費用と同等または上回る対価は最終的に合法と推認されることを主張した²⁰⁶。

二つ目に、最近多くの学者の間で有力なものとなっている²⁰⁷、平均回避可能費用を費用基準とする見解がある²⁰⁸。司法省報告書に表れた、同費用基準がもっともふさわしいとされた理由は以下である²⁰⁹。

第1に、平均回避可能費用は、差別対価が行われる際に負担すべき費用に焦点を当てており、同費用を下回る対価は追加生産により赤字が発生することを意味するが、これには他者排除の意図さえ窺われる²¹⁰。

第2に、平均回避可能費用を上回る対価は、被排除者の排除効果にも拘わらず利益を生み出せる²¹¹。

²⁰³ *Id.* at 7-63.

²⁰⁴ ABA Section of Antitrust Law, *supra* note 28, at 281.

²⁰⁵ International Telephone & Telegraph Corp., 104 F.T.C. 280 (1984).

²⁰⁶ *Id.* at 403-404.

²⁰⁷ U.S. Department of Justice, *supra* note 198, at 65.

²⁰⁸ *Id.* at 61- 67.

²⁰⁹ 平均回避可能費用に対する一般的な批判として、同費用測定の難しさを挙げる見解もある (*Id.* at 66)。しかし、これに対して米国司法省は、限界費用(限界費用は算定が困難であり、またその算定のためには、商品1単位の増分費用が問題となるが、差別対価で問題となるのは最後の商品1単位ではなく、安い方の対価で供給された商品全体である)や平均可変費用(固定費用と可変費用の区分の難しさ)と比べた時、相対的に測りやすいと反論した (*Id.* at 62, 66)。

²¹⁰ *Id.* at 65.

²¹¹ *Ibid.*

しかし、これに対する反論として、対価が平均回避可能費用を上回るものの、平均長期増分費用を下回っており、かつ効率性の抗弁がない場合は、違反になることもあるという意見がある (**Sherman Act Section 2 Joint Hearing (Bolton)**, *supra* note 199, at 37; Patrick Bolton et al., **Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy**, 88 *Geo. L.J.* 2239, 2271-2274 (2000))。これによると、例えば、コンピュータソフトウェア産業のように一度商品を開発し、販売しはじめると最小

第3に、平均回避可能費用は、増加した生産分のコストにのみ焦点を当てるが、平均可変費用は増加した生産分だけでなく、差別対価が問題になる以前の生産分のコストまで考慮の対象とする²¹²。

第4に、差別対価行為者によって設定された対価が被排除者の平均回避可能費用を上回る限り、被排除者は検討対象市場から出て行くという選択肢あるいは最初から市場に参入しないという選択肢を選ぶより、検討対象市場に留まって販売し続けるかまたは同市場に新たに参入するという選択肢を選ぶ方が有利である²¹³。従って、もし対価が被排除者の平均回避可能費用を上回っている場合（但し、平均長期増分費用を下回ることが前提）、差別対価行為者と同等の効率性を持つ被排除者は、利益が発生していることから、市場に居座り続け、差別対価行為者に対抗できる²¹⁴。そして、対価が平均回避可能費用を下回ることになった場合に限って、同等の効率性を持つ被排除者は、市場からの退出を余儀なくされる²¹⁵。

但し、司法省報告書は、差別対価が行われた場合の生産増加分及び平均回避可能費用の測定が難しい場合、平均可変費用が代替手段になり得るとして、必ずしも平均回避可能費用に固執していない²¹⁶。

最後に、知的財産産業分野（例えば、ソフトウェア業）のように平均可変費用や平均回避可能費用がほとんどゼロに近い分野では、平均長期増分費用を用いることによって、このような分野における差別対価への規制も可能になるという見解がある²¹⁷。

限のコストしかかからない分野は、長いスパンで見ることがあり、まさに平均回避可能費用を上回っても違反になり得ることとなる（Patrick Bolton et al., *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*, 88 *Geo. L.J.* 2239, 2272~2273 (2000)）。

これに対する再反論として、平均長期増分費用は、差別対価と言われる対価が長期間にかけて埋め合わせができるかどうかを測るための基準であって、差別対価そのものに関する基準としては適していないという見解がある。この見解によると、短期間における同等の効率性を持つ被排除者への脅威に焦点を当てている差別対価行為者の平均回避可能費用こそ最適の費用基準となる（William J. Baumol, *Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test*, 39 *J.L. & Econ.* 49, 58~59 (1996)）。

²¹² U.S. Department of Justice, *supra* note 198, at 65~66.

²¹³ *Id.* at 66.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ *Id.* at 67.

²¹⁷ これに対して、「平均長期増分費用には、当該商品に関する、埋没費用（sunk

従って、米国のコスト割れ違反要件説における費用基準は、平均可変費用か平均回避可能費用、もしくは平均長期増分費用ということになる。

第4款 米国の事例

1 Brooke Group 事件

Areeda-Turner が 1975 年に提唱した、平均可変費用を費用基準とする **Areeda-Turner** 基準はその誕生以来、時折裁判所が同基準の適用を弱めることや様々な例外の設定、修正を加えることはあっても、完全に否認されることはなく、略奪販売の判断において継続的に考慮されてきた²¹⁸。

このような傾向を反映したものとして、連邦最高裁が扱った **Matsushita** 事件²¹⁹ や **Cargill** 事件²²⁰がある。これらにおいては、費用基準となるべきコストについて明確な結論は下されなかったが、差別対価が成り立つための対価とコストの関係について検討が行われた。

このような流れの中で、差別対価に関して初めて本格的なコスト割れ違反要件説の立場に立ち、且つ今日においても規範的判例として扱われる **Brooke Group** 判決が登場した。

本判決に関しては、日本において、不当販売の立場から考察した先行研究がすでに存在する²²¹。しかし、同事例は「差別対価」、つまり売手段階の差別対価の性格をも持っていることから、差別対価の観点からも分析・検討に値する。

cost) としての固定費用も含まれることから、平均長期増分費用を下回る対価で販売しても利益が発生する可能性があり、これを費用基準とすることは適切ではないという反論もあることから、費用基準としては適さない」(Id. at 63)、「平均長期増分費用を費用基準とすることは、差別対価が他者排除の効果をもたらすのみで、経済的な利益を得られる行為ではないという一般的な認識と噛み合わない」(Kenneth G. Elzinga & David E. Mills, *Predatory Pricing and Strategic Theory*, 89 *Geo. L.J.* 2475, 2484 (2001))、「差別対価以前から存在する固定費用は、差別対価の費用には含まれるべきではない。なぜなら、それらはずっと変わらないままであるからである」(Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law* ¶ 741e, 449-55 (2d ed. 2002)) などの反論もある。

²¹⁸ Herbert Hovenkamp, *supra* note 26, at 357, 366.

²¹⁹ *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986).

²²⁰ *Cargill v. Montfront of Colorado*, 479 U.S. 104 (1986).

本件は、たばこ会社の **Liggett** 社（訴訟中に社名変更となったが、連邦最高裁は判決の中で **Liggett** と呼んでいることから本稿でもこれに従う）が、既存の製品よりも3割以上安い、白と黒の紙巻たばこの **Black and White** という汎用たばこ（**generic cigarette**）を低価格で市場に投入したことに対し、**Brown & Williamson**（以下、**B&W**）社が同様の製品を **Liggett** 社よりさらに低価格で販売することによって、これに対抗したことが発端となったものである²²²。

Liggett 社の汎用たばこは、新しい需要を作り出し、汎用たばこの市場では市場占有率が一時 **97%** に達した²²³。これにより、**B&W** 社の顧客が相当な割合で奪われたため、**B&W** 社も低価格の汎用たばこで **Liggett** 社に反撃し、卸売店へのリベートによる値下げ合戦が行われた。これに対して、**Liggett** 社は、**B&W** 社が特定の卸売業者だけに販売量に応じてリベートを供与して実質的な割引を行ったことが **RP** 法違反の差別対価に該当するとして提訴した²²⁴。陪審は、**Liggett** 社の主張を受け入れたため、当該事件は地裁へと進んだ。

連邦地裁において **Liggett** 社は、**Utah Pie** 判決の判示に依り、「意図」に基づいた競争者への損害によって **RP** 法違反が成立するだけでなく²²⁵、同法は略奪廉売に関するものではないと主張した²²⁶。これに対する当該裁判所の判示は以下であった。

第1に、反トラスト法の究極的な目標は積極的な価格競争に水を差すのではなく、消費者利益（**consumer welfare**）の増進にある²²⁷。

第2に、**RP** 法と **Sherman** 法は、基本的に（**fundamentally**）同じものである²²⁸。

第3に、**RP** 法違反とされるためには、反競争的な損害（**antitrust injury**）の立証が必要であり²²⁹、埋め合わせ可能性がある場合のみ成り立つ²³⁰。

²²¹ 中川寛子『不当廉売と日米欧競争法』（有斐閣、2001年）93-163頁。

²²² たばこ市場は、首位の **Phillip Morris** 社を含めた6つの事業者によって寡占状態にあり、**B&W** 社は第3位、**Liggett** 社は第4位であった。

²²³ 但し、全たばこ市場から見ると4%に過ぎなかった。

²²⁴ **Liggett Group, INC. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.**, 1989-1 Trade Cas. P68, 583 (M.D.N.C. 1988).

²²⁵ **Liggett Group, INC. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.**, 748 F. Supp. 344, 351.

²²⁶ *Id.* at 361.

²²⁷ *Id.* at 352.

²²⁸ *Id.* at 361.

²²⁹ *Id.* at 352

²³⁰ *Ibid.*

これに対する、**Liggett** 社の不服によるその後の第 4 連邦高裁判決では、差別対価成立のための要件として、競争に損害を及ぼす、一定の水準を下回るコスト割れの対価の設定及び合理的な埋め合わせ可能性の期待の立証が必要とされた²³¹。

これらの経過を踏まえ、連邦最高裁は、まず、**RP** 法の一般的方向として、同法律は反トラスト法の広範囲な政策と両立できるように解釈されなければならないという前提を打ち出した²³²。そして、**Utah Pie** 事件の先例性を事実上否定しながら²³³、**RP** 法のもとの売手段階の差別対価による競争上の損害 (**competitive injury**) と **Sherman** 法 2 条のもとの略奪廉売による損害 (**injury**) の一般的性質は同一であるとした²³⁴。また、両法の間には文言上の違いも存在するが²³⁵、どちらの法律も価格という競争変数を左右することによって、被排除者の排除または競争の妨げを行う行為を守備範囲としている点で、本質は同一であるとした²³⁶。結局、これらにより、**Sherman** 法 2 条と **RP** 法のもとの売手段階の差別対価は違反要件が同一であるとされた²³⁷。

これはまさに差別対価の独自性を正面から否定したものであり、差別対価が略奪廉売という、より大きな枠の違反類型のひとつであることを正面から認めたものであると思われる²³⁸。

²³¹ **Liggett Group, INC. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.**, 964 F. 2d 335, 339 (4th Cir. 1992). 特に、同裁判所は埋め合わせの可能性の方を重視した。「たとえ米国のたばこ市場のように寡占市場であっても、そのうちの 1 社が競争的な行動に出た場合、お互いに競争するようになることから、埋め合わせが必ず可能であるとは言えず、略奪廉売が起きる可能性はまれで、成功する可能性も低い」(Id. at 341-42)。

²³² **Brooke**, 509 U.S. at 220, 113 S.Ct. at 2586 (quoting, **Great Atlantic & Pacific Tea Co. v. FTC.**, 440 U.S. 69, 80 n. 13, 59 L. Ed. 2d 153, 99 S. Ct. 925 (1979), See also **Automatic Canteen Co. of America v. FTC.**, 346 U.S. 61, 63, 74, 97 L. Ed. 1454, 73 S. Ct. 1017 (1953)).

²³³ **Brooke**, 509 U.S. at 221, 113 S.Ct. at 2587, 中川・前掲 (注 221) 100 頁, **Herbert Hovenkamp**, supra note 26, at 366。

²³⁴ **Brooke**, 509 U.S. at 221, 113 S.Ct. at 2587.

²³⁵ **Sherman** 法 2 条は「実質的な独占化の危険な蓋然性 (a dangerous probability of actual monopolization)」が、一方、**RP** 法は「競争に対する実質的損害の合理的可能性 (a reasonable possibility)」が要求される違いが存在する (**Brooke**, 509 U.S. at 222, 113 S.Ct. at 2587)。

²³⁶ **Brooke**, 509 U.S. at 222, 113 S.Ct. at 2587.

²³⁷ **Ibid.**

²³⁸ 但し、**RP** 法と **Sherman** 法との同一性の範囲については議論がある。それは、両者の同一性が「売手段階の差別対価」のみに適用されるのか、それとも「買手段

さらに、連邦最高裁は両法に共通する違反要件として以下の諸点を挙げた。

第1は、対価が「適切な方法」によって算定されたコストを下回る (**below an appropriate measure of costs**) ことである²³⁹。これにより、連邦最高裁は、対価がコスト割れではないなら、市場の一般的水準もしくは他の供給者のコストを下回っていても違反にはならないとした²⁴⁰。その具体例として、たとえ、寡占市場において牽制力のある被排除者が抜け駆けしても利益が出ないよう、差別対価行為者が故意に原価とほぼ同等の価格 (**competitive level**) を設定した場合でさえ、それは競争の開始であり、寡占価格の崩壊を促進することから違反にはならないとした²⁴¹。そのみならず、仮にそのような価格設定が後ほどの超過利潤を可能にするとしても、これに規制を加えることは需要者から低価格の利益を奪うことであり、それは結局、健全な反トラスト政策が成立し得なくなることに繋がるとして、規制に反対の立場を採った²⁴²。

但し、この連邦最高裁判決は、「適切な方法」が象徴しているように、明確な費用基準そのものについては、明らかにしていない。コスト割れ違反要件説を採ってはいるが、その根拠を需要者の利益との比較衡量ないしは正確な判断の難しさ、そして反トラスト法政策全体から求めている²⁴³。

第2は、埋め合わせである²⁴⁴。これは、「適切な方法」によるコスト割れ違反要

階の差別対価」にも適用されるのかという問題である(中川・前掲(注 221) 112~113頁参照)。もし、「売手段階の差別対価」に対してのみ同一性が存在するのなら、「買手段階の差別対価」には独自性が存在することになり、「略奪廉売型差別対価」と「準取引拒絶型差別対価」との違いを再確認できる。

²³⁹ **Brooke, 509 U.S. at 222, 113 S.Ct. at 2587.**

²⁴⁰ **Brooke, 509 U.S. at 223, 113 S.Ct. at 2588.**

²⁴¹ **Brooke, 509 U.S. at 223~224, 113 S. Ct. at 2588.**

²⁴² **Ibid.**

²⁴³ 「一般的に、コスト割れではないが他者排除の効果を持つ対価は、差別対価を行っているときとされる事業者の低コスト構造を反映しており、能率競争を行っていると考えべきかどうかは、合法的な価格競争に水を差すというリスクなしでは司法的な判断が下せる範囲を超えていると考えるべきである」(**Brooke, 509 U.S. at 223, 113 S.Ct. at 2588**)。

しかし、一方において同連邦最高裁判決は、平均可変費用を費用基準にしたという見解もある(**Herbert Hovenkamp, supra note 26, at 368**, 「本件において当事者たちは、費用基準が平均可変費用であることに同意しているため、裁判所がここで改めて下級裁判所で議論の対象となっている費用基準について、改めて論じる必要はない」(**Id. at 223 n. 1, 113 S.Ct. at 2588 n. 1**))。この見解は後ほど述べる、**American Airline** 判決で扱われることとなる。

²⁴⁴ **Brooke, 509 U.S. at 225, 113 S.Ct. at 2589.** 連邦最高裁が本件において決定

件説により明確性を持たせるためのものと言える。

従って、当該事件の連邦最高裁判決は、独自性が認められず、これまで空虚な基準しか存在しなかった差別対価の違反要件について、まだ明確な費用基準が定まっていはいないが、一般的な基準として、コスト割れという原則を提示した点に意義がある。

2 American Airline 事件²⁴⁵

本件は、連邦最高裁判決ではないが、航空旅客運送業への進入障壁が低くなったことによって発生する、新規参入航空会社に対抗するための既存の航空会社の差別対価について、その許容範囲を考える上でいい例であると思われる。

これは、American Airline 社（以下、AA 社）がハブ空港(airline hub)として使用しているダラス・フォートワース (Dallas Fort Worth) 国際空港（以下、DFW）からの発着路線において、既存の格安航空会社 (Low Cost Carriers、以下、LCC) の排除及び LCC の新規参入を防ぐための差別対価を行ったことが²⁴⁶、Sherman 法 2 条違反として争われた事例である。なお、本件においては様々な論点が存在するが、本稿においてはその中で費用基準に関する論点を中心に考察する²⁴⁷。

司法省は本件において、コスト概念として、①18 ヶ月間の路線収入²⁴⁸から AA 社の管理会計上の全項目の費用を引いたもの、②同じく 18 ヶ月間の路線収入から可変費用を引いたもの、③18 ヶ月間の路線収入から可変費用を引いたもの（つまり②で出された結果）から、さらに航空機所有費用を引いたものの 3 つを主張し

的要素としたものは費用基準ではなく、埋め合わせであるという見解もある。

(Kenneth G. Elzinga & David E. Mills, *Trumping The Areeda-Turner Test: The Recoupment Standard in Brooke Group*, 62 *Antitrust L.J.* 573, 578~581)。

²⁴⁵ *United States v. AMR Corp.*, 140 F. Supp. 2d 1141 (D.Kan.2001), *United States v. AMR Corp.*, 335 F.3d 1109 (10th Cir. 2003).

²⁴⁶ AA 社は、DFW 空港に LCC が新規参入して特定の路線に運航を始めたり、または運行計画を打ち出すと、当該路線の増便（もっと大型の航空機を使うことも含む）、値下げ等を行い、LCC が退出または参入を見送ると運賃を値上げし、座席数も減少させた。

²⁴⁷ 本件で論点になったものは、費用基準以外にも、埋め合わせ、評判効果

(reputation effect)、対抗的価格設定 (meeting competition defense) がある。

²⁴⁸ 当該事例での検討対象市場は DFW-MCI(カンザスシティ)、DFW-ICT(ウィチタ)等がある。(AMR Corp., 140 F. Supp. 2d 1155~1169)。

た²⁴⁹。そして、これらのコスト概念により導き出される4つのテストを挙げ²⁵⁰、それらのうちいずれかを満たせばコスト割れ基準を満たすと主張した。

これに対して、連邦地裁は、まず、**Brooke Group** 判決で示されたコスト割れ違反要件説は、単に「適切な基準」という不明確なものではなく、平均可変費用が費用基準として採られたとした²⁵¹。そして、同裁判所も平均可変費用を費用基準にする考えを明らかにした²⁵²。これにより、司法省から出された4つのテスト基準は、**F**が平均総費用基準と同等であるという理由から、それが用いられたテスト2及び3が不適切とされ²⁵³、テスト1及び4は、短期における利益の最大化の達成で略奪的な価格かどうかの評価されるとしているが、それをもって評価されることは適切ではないとされた²⁵⁴。これらのことから、連邦地裁は **AA** 社がコスト割れの対価を設定しなかったという結論を下した²⁵⁵。

その後の、第10連邦高裁は、**Brooke Group** 判決で明らかとなったコスト割れ違反要件説に沿い、「対価が適切な方法によって算定されたコストを下回るか」が

²⁴⁹ *Id.* at 1173~1181.それぞれ、①**FAUDNC**（全部配賦収益方式—**Fully-Allocated earnings plus Upline/Downline contribution Net of Costs**、以下、**F**）、②**VAUDNC**（変動収益方式—**Variable earning plus Upline/Downline contribution Net of Costs**、以下、**V**）、③**VAUDNC**—平均費用（**AC**）（以下、**V-AC**）である。このうち、前者2つは **AA** 社で使われていた概念であり、後者のみが司法省が考案したものである。詳しくは、中川寛子「米国航空産業における略奪的価格設定規制～アメリカン・エアライン事件連邦地裁判決～」公正取引 No.612（2001.10）56頁、多田敏明「略奪的価格設定に関する一考察（上）—航空産業を素材として—」公正取引 No.673（2006.11）18頁、同「日米加独の航空産業における略奪的価格設定」『政府規制と経済法』（日本評論社、2006）308~309頁。

²⁵⁰ *AMR Corp.*, 140 F. Supp. 2d 1159, 1162, 1173~1181. テスト1は、輸送量増加（増便・座席数拡大）後の **F**、**V** または **V-AC** のいずれかが減少したかどうかで、テスト2は、輸送量増加及び運賃値下げの後 **F** がマイナスとなったかどうかで判断される。輸送量増加及び運賃割引後の **F** が継続的にマイナスかどうか（継続的な赤字を意味する）を見るものがテスト3であり、テスト4は、輸送量増加に伴う収入の増加分が **V-AC** を下回るかどうかを見る。中川・前掲（注249）58頁、多田・前掲（注249）19頁、309頁参照。

²⁵¹ *AMR Corp.*, 140 F. Supp. 2d 1197~1198. 本稿脚注243参照。

²⁵² *Id.* at 1199.

²⁵³ *Id.* at 1203. すべての配賦費用（**fully allocated costs**）や多くの固定費用（**many fixed costs**）を取り入れたテスト2及び3を用いることは、平均総費用基準の採用と同様であり、この平均総費用基準は、増分費用のみを基準にしようとした **Brooke Group** 判決によって暗黙的に認められていないとされた。

²⁵⁴ *Id.* at 1201~1203.

²⁵⁵ *Id.* at 1204.

争点となることを明確にした²⁵⁶。そして、限界費用を略奪販売における「理想的」費用基準として打ち出したが、測定の高難しさから、代替基準となるものとして平均可変費用を打ち出す一方²⁵⁷、状況次第では他の費用基準も成立し得るという柔軟性を見せた²⁵⁸。そのうえで第 10 連邦高裁は、司法省から示された先述の 4 つのテストに対し、それぞれ差別対価事件で考慮されるコストに逸失利益や犠牲利益は含まれないこと(機会主義的発想の拒否)²⁵⁹、限界費用や増分費用(**incremental cost**)ではなく平均総費用を費用基準としたこと²⁶⁰、可変費用の恣意的配賦が行われており、それは追加的収入(**incremental revenue**)と回避可能(**avoidable**)もしくは増分費用との比較ではないとの理由から²⁶¹ 4 つのテストすべてが本件には適用できないとした²⁶²。

結局、第 10 連邦高裁は、AA 社がどの市場においても平均可変費用を下回っているとは言えず、結果的に、司法省は **Brooke Group** 判決の「対価が適切な方法によって算定されたコストを下回ること」の証明ができなかったとした²⁶³。

一方、コスト割れではない対価が違反になる可能性について第 10 連邦高裁は、**Brooke Group** 判決を受け、例えば、対価が適切な方法によって算定されるコストを下回ることの証明は客観的な違反要件であり、客観的でない証拠によってコストを上回る対価が不当な差別対価として違反とされることはなく、それがたとえ他の行為と結合していようとまいと、反トラスト法において審理されるべき違反行為にはならないとした²⁶⁴。またそのみならず、**Areeda-Turner** 基準も受け入れ、限界費用と同等またはそれを上回る対価は、たとえ最大限の利益を生み出さなくても差別対価として違反とされることはできないとした²⁶⁵。

これらのことから、本判決の意義は以下の 2 つであると思われる。

第 1 は、すべての事例に該当し得る、唯一の費用基準こそ打ち出してはいないが、**Brooke Group** 判決で提示されたコスト割れ違反要件説が最初から最後まで堅持され、コスト割れではない対価が違反にはならないことを明白にした。

²⁵⁶ **AMR Corp.**, 335 F.3d 1116.

²⁵⁷ **Ibid.**

²⁵⁸ **Ibid.**

²⁵⁹ **Id.** at 1118~1119 (テスト 1 の排除).

²⁶⁰ **Id.** at 1117 (テスト 2 及び 3 の排除).

²⁶¹ **Id.** at 1119~1120 (テスト 4 の排除).

²⁶² **Id.** at 1120.

²⁶³ **Ibid.**

²⁶⁴ **AMR Corp.**, 140 F.Supp.2d 1196.

²⁶⁵ **Id.** at 1199.

第2は、**Brooke Group** 判決より一歩前に進み、費用基準となるべきものをより明確にしようとしたことである²⁶⁶。第10連邦高裁が限界費用を根拠に、具体的な費用基準のひとつとして平均可変費用を用いたことは、**Brooke Group** 判決において一応提示されたものの、費用基準の不明確から実用性が欠けていたコスト割れ違反要件説をより具体化させ、明確にさせたものと思われる。

なお、埋め合わせに関しては、連邦地裁において、DFW 空港における LCC への参入障壁の程度及び AA 社による LCC 参入以前への運賃回復がこれに該当するかの判断が行われた²⁶⁷。その後の第10連邦高裁判決においては、連邦地裁の判決ほど埋め合わせについて詳しい検討は行われなかったが、違反要件のひとつであることが認められた²⁶⁸。これは一見、埋め合わせがもうひとつの「必須」の違反要件であるのかようにも見える。

しかし、先述したように、連邦高裁は、平均可変費用のみを費用基準としているわけではないことから、それだけで違反を判断することは費用基準の一貫性を失うおそれがある。従って、**Brooke Group** 判決同様、埋め合わせを検討することでより正確な判断を下そうとしたものと思われる。

3 PeaceHealth 事件²⁶⁹

本件は、Oregon 州 Lane 郡 (County) で治療役務を提供する病院の **Peace Health**(以下、PH) が基礎医療 (**Primary and secondary acute care hospital service**、例えば、骨折治療や扁桃腺摘出など) 及び重度医療 (**Tertiary acute care hospital service**、例えば、心臓外科や新生児集中治療など) の両方において、同病院を唯一の特約病院とする保険会社に対しては、もうひとつの病院である **Mckenzie** (以下、MK²⁷⁰) も特約病院と定めた場合に比べ、相対的に大きな治療

²⁶⁶ 第10連邦高裁は、連邦地裁判決で示されたテスト2及び3の排除理由に同意し、これらのテストは、平均可変費用に代わって増分費用や限界費用を表し得る、他の代替手段とは言えないとした (**AMR Corp.**, 335 F.3d 1117.)。

²⁶⁷ **AMR Corp.**, 140 F.Supp.2d 1208~1214.

²⁶⁸ **AMR Corp.**, 335 F.3d 1115.

²⁶⁹ **Cascade Health Solutions v. PeaceHealth**, 502 F.3d 895 (9th Cir. 2007), superseded and amended by 515 F.3d 883 (9th Cir. 2008).

²⁷⁰ MK は後ほど企業結合により **Cascade health Solution** になったが (**PeaceHealth**, 515 F.3d at 891)、本稿では判決文の表記に従い、そのまま MK を用いる。

費の割引を提供していたバンドル・ディスカウント（以下、バンドル）²⁷¹行為が問題となった事例である²⁷²。

MKによると、PHの行為は独占化（**monopolization**）、独占化の企画（**attempted monopolization**）、差別対価などに該当するとされたが²⁷³、本稿は独占化の企図に関する Sherman 法 2 条該当性の論点を中心に考察する²⁷⁴。

まず、連邦地裁判決においては独占化の企図に関し、LePage's 判決²⁷⁵が引用され、コスト割れに関係なく違反になり得るとされた²⁷⁶。

しかし、その後の第 9 連邦高裁は、第一審が採り入れた LePage's 判決の考え方ではなく、AMC が述べた LePage's 判決への批判を取り入れ²⁷⁷、次の 3 つを根拠

²⁷¹ バンドル・ディスカウントとは、複数の商品役務を束ね、それぞれ別々に購入する場合と比べて相対的に廉価を設定した行為を指す（**PeaceHealth, 515 F.3d at 894**）。

²⁷² 例えば、保険会社（**Regence**）が PH のみを基礎及び重度医療の特約病院とした場合、PH は 15% の割引を提供したが、同会社が MK も基礎医療の特約病院として加えた場合は、10% の割引を提供したに過ぎなかった（**PeaceHealth, 515 F.3d at 892**）。また他の保険会社（**Providence**）に対しても PH は、MK も特約病院として指定を受けるとそれまでの割引率 10% を 7% に下げた（**Id. at. 893**）。

なお、PH は基礎医療部門においては 75% の市場占有率を、重度医療部門においては新生児分門と心臓血管分門でそれぞれ 90% と 93% の市場占有率を持っていた（**Id. at 891**）。

²⁷³ 他に争点になったものとしては、独占化のための共謀（**conspiracy to monopolize**）、抱き合わせ（**tying**）、排他的取引（**exclusive dealing**）、不法な妨害（**tortious interference**）がある。

²⁷⁴ 本件において MK は PH がそれぞれの保険会社に対して異なる割引率を適用したことが Oregon 州法の売手段階の差別対価に当たるとして訴えた。裁判所は差別対価に関する連邦最高裁判決（**Brooke Group 判決**）の Oregon 州法への適用についてまた別の判決を下したが（**Cascade Health Solutions v. PeaceHealth, 515 F.3d 973 (9th Cir. 2008)**）、本稿では立ち入らないことにする。

²⁷⁵ **LePage's Inc. v. 3M, 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003)**。同判決では独占力を背景にバンドル・ディスカウント（リベート）を用いた場合、コスト割れを問題とすることなく、独占化の企図として違反になるとされた。

²⁷⁶ **2003 WL 23537980(D.Or.)**。

²⁷⁷ AMC によると、LePage's 判決は、バンドル・ディスカウントが能率競争（**competition on the merits**）を引き起こすかどうかは考えず、被排除者が市場から排除されることのみを考え、被排除者が略奪販売行為者より効率の落ちる生産者であるかどうかの判断は行わなかったとされた（**AMC Report, supra note 35 at 97**）。これに関して本判決は、LePage's 判決の基準に従うのなら、消費者利益を蝕む、より効率性の落ちる生産者も保護することに繋がるとした（**PeaceHealth, 515 F.3d at 899**）。

に、当該対価が適切な方法によって算定されたコストを下回らない限り、**Sherman 法 2 条**には当たらないとした²⁷⁸。

第 1 は、バンドルそのものの性質に起因する。第 9 連邦高裁は、まず、バンドルでは、商品をパッケージで購入することによって需要者がより少ない対価を支払うだけで済ませられるようにするか、それとも別々に購入してこのようなメリットを放棄するかを選択肢が与えられているとした²⁷⁹。このような性質から、バンドルは伝統的な(**traditional**)抱き合わせ(**tying**)ほど需要者の選択権を奪っているとは言えず、その違法性を証明するためには、仮に実際はバンドルそのものがたとえ押し付けられたものであるとしても、対価がコストを下回することは必須であるとした²⁸⁰。

第 2 は、一般的に連邦最高裁は、コストを下回らない対価が非難に値しないとしている点である²⁸¹。第 9 連邦高裁は、まず、**Brooke Group** 判決によれば、低価格により被った競争上の損害を立証するためには、対価が適切な方法によって算定されたコストを下回ることの証明が必要であり²⁸²、その結果、低い対価が略奪的水準を超えている限り、それは需要者に利益を与え、コストを下回っている時のみ反競争的影響を与えるとされたことを挙げた²⁸³。もしそうでないならば、合法的な価格引下げ競争に水をさすこととなり、その結果、司法的判断の領域を超えることになるとして²⁸⁴、最近の判決においてもこの立場は貫かれているとした²⁸⁵。

第 3 は、略奪販売において違法なものとは合法なものとを分別することの難しさ

²⁷⁸ **PeaceHealth**, 515 F.3d at 903 n. 12.

なお、MK は、**Brooke Group** 判決が RP 法に関する売手段階の差別対価のものであることから、**Sherman 法 2 条**が争点となった本件には該当しないと主張した。これに対し、第 9 連邦高裁は、**Brooke Group** 判決において RP 法での売手段階の差別対価と **Sherman 法 2 条**の本質は同一なものに見なされたとして MK の主張を退けた。

²⁷⁹ *Id.* at 900 (quoting Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law* P 749b2 at 332 (Supp.2006)).

²⁸⁰ *Ibid* (quoting Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law* P 749b2 at 331 (Supp.2006)).

²⁸¹ **PeaceHealth**, 515 F.3d at 901.

²⁸² *Ibid* (quoting **Brooke**, 509 U.S. at 222, 113 S. Ct. at 2587).

²⁸³ *Ibid* (quoting **Brooke**, 509 U.S. at 223, 113 S. Ct. at 2588).

²⁸⁴ *Ibid* (quoting **Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.**, 475 U.S. 574, 594).

²⁸⁵ *Ibid* (quoting **Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.**, 549 U.S. 312, 127 S. Ct. 1069, 1078).

である²⁸⁶。連邦高裁によると、反トラスト法の原則は競争過程の保護であって、個別事業者の成功や失敗ではないが²⁸⁷、略奪廉売の仕組みは競争促進の構造と同様であることから、適用を間違えてしまうと、反トラスト法が守ろうとしている原則にかえって水をさしてしまう可能性が存在するとされた²⁸⁸。

これらを踏まえ、コスト割れの測定方法について、連邦高裁は、バンドルの特徴を勘案し、総割引額を各商品に割り当てた対価が PH の増分費用を下回っているかどうかで判断するとした²⁸⁹。その理由は、複数商品が対象となるバンドルの場合にも、1つの商品が対象であった **Brooke Group** 判決に沿って対象商品全体の割引価格が同じく全体の増分費用を超えているかどうかで決まるのなら²⁹⁰、PH より効率性は勝っているが商品の種類が少ない事業者が PH と競争できなくなり、淘汰される可能性があるからであった²⁹¹。

その結果、平均総費用基準は、「何かしらの方法によって計算された増分費用」を下回って初めて略奪廉売に当たるとされた **Brooke Group** 判決の判示と合わないものであり、**Areeda-Turner** 基準に従った平均可変費用こそ原告による「一応有利な事件」(**prima facie case**) の主張のため、バンドルの事例においても当然適用されるべき費用基準であるとされた²⁹²。

本判決の意義は、日常でよく見られるバンドルを差別対価の範疇に含めたことである²⁹³。そして、その特徴としては次の3つを挙げることができる。

第1は、市場において複数の商品の差別対価が行われる場合においてもコスト割れ違反要件説が適用できることである。

差別対価において規範的判例として扱われている **Brooke Group** 判決は、単品の商品の略奪廉売が問題となった事例であり、対になっている同じ商品同士の比較であった。しかし、バンドルは複数の商品から成っており、そのままの比較が困難である。しかも、それぞれ別々で購入するより安く購入できることから競争を促進さ

²⁸⁶ **PeaceHealth**, 515 F.3d at 901~903.

²⁸⁷ **Id.** at 902.

²⁸⁸ **Id.** at 903 (quoting, **Weyerhaeuser**, 549 U.S. at 320, 127 S. Ct. at 1075).

²⁸⁹ **Id.** at 909 (ディスカウント配分基準 (**discount attribution standard**)).

²⁹⁰ **Id.** at 904 (総ディスカウント (**aggregate discount**) ルール)。

²⁹¹ **Ibid.**

²⁹² **PeaceHealth**, 515 F.3d at 909~910.

²⁹³ 本件と似た事例として、通信会社が電話サービスだけでなく、インターネットサービスやテレビサービスも提供できる場合、消費者はこれらをそれぞれ加入するより、まとめて加入する方がより安く済むという営業戦略が使われる場合などがある (**Id.** at 895 n. 4)。

せる効果がある一方、単品の商品しか生産しないもつとも効率的な事業者さえ市場から退出させてしまう副作用もある。このように複雑な性質があるにも拘わらず、裁判所がコスト割れ違反要件説を採ったということは、単に対となる場合だけでなく、より幅広い範囲で費用基準が違反要件として適用され得ることを意味すると思われる²⁹⁴。

第2は、費用基準の明確性である。

これまで見たコスト割れ違反要件説に沿った2つの判決は、コスト割れ違反要件説の立場に立っていることは明白であるものの、基準となるべき費用そのものについては流動的であった。しかし、本判決は平均可変費用のみが基準となることを明確にした。

確かに固定費用と可変費用の区分についてはいろいろと議論があり、その区分が曖昧なところは確かに存在する。しかし、おぼろげながらも何かの基準が存在することは実際にはなにもない空虚な基準が存在するよりは実際の経済活動に役立つと思われる。なぜなら、その方が、これから価格競争を繰り広げるつもり事業者またはすでに自分が巻き込まれている事業者にとって、自らの行為または相手の行為が正当な価格競争に該当するのかそれとも違法な差別対価に該当するのかを正確に理解するための一定の尺度を提供すると思われるからである。

第3は、埋め合わせ可能性を取り入れなかったことである。

本判決ではバンドルの場合、バンドルされた商品役務全体の増分費用は上回ることから、実質的な損失は被らないものの、ディスカウントされた分をそれぞれの商品役務に振り分けるとそこではコスト割れが起こることもあるということから、埋め合わせの可能性は違反要件にならないとされた²⁹⁵。

従って、埋め合わせ可能性が必ずしも略奪販売とリンクしていない場合もあることになる。本判決のように、費用基準における費用そのものが明白にされている場合には、それが明確にされなかった事件とは異なり、埋め合わせ可能性検討の必要性は相対的に減るとと思われる。

第5款 EUの学説

EUにおいても米国と同様、コスト割れ違反要件説の根底にある考え方は差別対

²⁹⁴ 司法省報告書によると、米国においてもコスト割れ違反要件説が多数説であるとされる (U.S. Department of Justice, *supra* note 198, at 99)。

²⁹⁵ *PeaceHealth*, 515 F.3d at 910

の独自性の否定にある。

学説によると、差別は排除のための手段に過ぎず、重要なのは、それによって被排除者の排除が可能であるかどうかであり、差別行為そのものの存否ではないとされる。従って、注意すべきものは差別そのものではなく、それを用いた、低い対価による略奪販売だとされる²⁹⁶。また、EC排除型濫用ガイダンス 2²⁹⁷においても、差別対価は、単に一部の需要者向けの廉売として略奪販売の一種とされている²⁹⁸。

このようなコスト割れ違反要件説の根拠としては以下の諸点が挙げられる²⁹⁹。

第1に、価格競争は、ほぼすべての場合において望ましいと思われているものであり、被排除者を追い出すことによって違反となる、コスト割れではない差別対価と、被排除者を追いつかない差別対価の見極めは、不可能ではないとしてもかなり難しい。

第2に、AKZO 判決において、費用基準の考え方が採られたこと及びコスト割れではない対価が需要者に全く害を及ぼさないことは、強い共感が得られている。

費用基準に関して、EC排除型濫用ペーパーは、平均回避可能費用を弊害推認根拠としての費用基準とし、ある対価がこれを下回る場合、反競争性が推認されるとする³⁰⁰。以下は同ペーパーが挙げるその根拠である。

²⁹⁶ Robert O'Donoghue and A Jorge Padilla, *supra* note 38, at 204. , A.Jones and B.Sufrin, *supra* note 36, at. 441~443.

²⁹⁷ Communication from the commission – Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertaking (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:020:EN:PDF>) (アクセス日：2009年11月20日)。

²⁹⁸ *Id.* at C 45/17(72).

²⁹⁹ Robert O'Donoghue and A Jorge Padilla, *supra* note 37, at 280~281.

³⁰⁰ DG Competition discussion paper, *supra* note 41, at 31~32 (106~110).

他にも、多くの経済学者は、平均回避可能費用を弊害推認根拠として好んでいとされる (Robert O'Donoghue and A Jorge Padilla, *supra* note 38 at 281)。その理由は、競争への参加または不参加によって変わってしまう関連費用 (relevant cost) をより正確に反映できること及び追加投資によって負担することとなる追加費用が組み入れられることなどがある (*Id.* at 247)。

しかし、これに対しては、資産が、ある生産分野から他の生産分野に移る時、それが回避できる費用なのかそれとも必須の費用なのかの判断が難しいという批判もある。 (*Id.* at 248)、その他の批判として、①短期においては回避できる費用がほとんど存在しないが、長期においてはほとんどの費用が回避できるものである

第 1 は、もし対価が当該費用を下回っていることにより差別対価行為者に損害が発生した場合、商品の生産をしなかったのならば、回避できた損失を同行為者は被ったと思われる³⁰¹。

第 2 は、このような、自らの損失を最小化させようとしない行為は、短期的に見た時、少なくともターゲットとされた被排除者を検討対象市場から追い出すための犠牲だと推認することができる³⁰²。

その他、同ペーパーは、対価が平均回避可能費用を下回る場合、一般的に、対抗価格の抗弁 (**meeting competition defence**)³⁰³を主張できず、平均回避可能費用を上回っているにも拘わらず違反になる場合は、比例の原則(**proportionality test**)³⁰⁴などが満たされる場合のみ対抗価格の抗弁を主張できるとする³⁰⁵。

EC 排除型濫用ガイダンス 1 においても、平均回避可能費用は弊害推認根拠としての費用基準として用いられ、以下のような指摘がなされた。

第 1 に、対価が平均回避可能費用を下回る場合、差別対価を行っていると思われる事業者は、短期間において、もし当該対価での販売を行わなかったのなら得られた利益を犠牲にしているものであり³⁰⁶、同等の効率性を持つ被排除者は、損失を被る覚悟なしに競合する需要者に商品を供給することができない³⁰⁷。

ことから、どのような費用が対象になるかについて適切な期間の算定が問題となる平均可変費用の弱点を克服していない、②需要の補足性(**demand complementarity**)が存在するとき、例えば、ある商品の対価が平均回避可能費用を下回ったとしても、それと密接な関わりを持つ別の高利益商品の売上上昇につながっているのなら、必ずしも平均回避可能費用が弊害推認根拠としての費用基準とは言えなくなる可能性がある、③同費用基準は、事業者が市場から退出するよりは売上げを減らして損失を最小限化させたり、今までより高い価格を設定する等の販売戦略を採る時は当てはまらなくなる、④まだ起きてもない退出のことを想定することは会計上様々な問題を引き起こす等がある (**Id. at 243**)。

³⁰¹ **DG Competition discussion paper, supra note 41, at 31 (106~108)**.

³⁰² **Id. at 31~32 (109~110)**.

但し、たとえ、対価が平均回避可能費用以下だとしても、正当化理由や効率性により違反にならないこともあるとされる (**Ibid**)。

³⁰³ ある事業者が他の供給者の低価格に対抗して、自分も価格引下げで対抗すること。

³⁰⁴ 需要者の利益、当該事業者の損失の最小化、競争者の新規参入または規模拡大の容易性などが考慮の対象となる (**DG Competition discussion paper, supra note 41, at 26~27 (81~83)**)

³⁰⁵ **Id. at 26 (83)**.

³⁰⁶ **DG Competition guidance, supra note 123, at 11 (25)**,

³⁰⁷ **Ibid**.

第 2 に、平均回避可能費用を下回る対価が設定された場合、当該商品役務の供給に要した費用を回収できないうえに欧州委員会によってその多くは故意的な利益の犠牲 (*sacrifice*) として見られている³⁰⁸。

第 3 に、たとえ平均回避可能費用を上回っているとしても、より高い利益を生み出し得る代替的な手段が理論上存在するにも拘わらず、敢えて利益の犠牲を行っているなら、欧州委員会が介入することもあり得る³⁰⁹。

第 4 に、購入量に応じてリベートが支払われる場合、リベート後の実質的価格が平均回避可能費用を下回るのなら、一般的にそれは同等に効率的な被排除者さえ市場から排除することができるものと考えられる³¹⁰。

EC 排除型濫用ガイダンス 2 も、平均回避可能費用を下回る対価は、短期間における利益を犠牲にしているものであり、同等の効率性を持つ被排除者は、損失なしでは競合する需要者を獲得できないとしている³¹¹。

なお、EC 排除型濫用ペーパーは、平均回避可能費用のみを弊害推認根拠としての費用基準としているわけではなく、以下のような場合、平均長期増分費用を弊害推認根拠としての費用基準とする³¹²。

第 1 は、ある事業者が法的に保護されている部門と競争部門の両方で事業に携わっており、法的保護部門からの利益をもって競争部門へ内部補助を行うことができる場合である³¹³。このような場合、欧州委員会の決定³¹⁴は、内部補助の発生を

³⁰⁸ *Id.* at 20 (63).

³⁰⁹ *Id.* at 20 (64).

³¹⁰ *Id.* at 16 (43).

³¹¹ DG Competition guidance, *supra* note 297, at c 45/11, 14 (26, 44).

³¹² DG Competition discussion paper, *supra* note 41, at 36 (124).

平均長期増分費用の長所としては、①製品に特化した費用なら、研究・開発 (R&D) 費用やマーケット費用、そして埋没費用さえも含まれる、②時には複雑で恣意的でさえある固定費用と可変費用区分の必要がなくなる、③合同及び共通費用を振り分ける必要性がない、④略奪的戦略のもとでなされた有効な行為に要したすべての費用が含まれる、⑤現在の価値を表せない過去の費用ではなく、代替費用によって商品の現在の価値を計ること、が主張されている (P Bolton, JF Brodley, and MH Riordan, *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy* (2000)88(8) *Georgetown Law Journal* 2239, 2272)。

一方、平均長期増分費用の短所として、同費用基準は、一般的に複数の商品生産における共通及び共同費用を除外するが、同基準を単品の商品のみを生産し、そこにすべての費用を投入する他の供給者との競争で用いる場合、他の供給者に重大な不利益が生じ得るという見解がある (Robert O'Donoghue and A Jorge Padilla, *supra* note 38, at 243) .

³¹³ DG Competition discussion paper, *supra* note 41, at 36 (125).

防ぐため、他の競争部門の対価だけをもって事業活動に必要なすべての可変費用と固定費用を賄えることを要求しているが、これは平均長期増分費用が弊害推認根拠としての費用基準とされることを意味する。

第2は、通信分野（**telecom sector**）のように、固定費用がとて高く、可変費用がとて安い分野である³¹⁵。このような場合、平均可変費用または平均回避可能費用を費用基準にしてしまうと、このような産業の特徴を反映できなくなる。なぜなら、このような大規模な固定設備が必要であって且つ追加の生産のための平均可変費用や平均回避可能費用がわずかな金額で済む分野においては、もし費用基準がこれらの両費用なら、それをわずかに上回る対価でも違反となることはなく、実質的には略奪販売に限りなく近い価格設定が行われる可能性すら存在するからである。

これらのみならず、EC 排除型濫用ペーパーは、原則的には「同等の効率性テスト」³¹⁶により、平均総費用を違反要件としての費用基準としている³¹⁷。これによると、平均総費用を上回る対価は一般的にコスト割れではなく、差別対価行為者によって平均総費用を上回る対価が設定されたことにより排除される被排除者は、より劣る効率性を持つ者に限られ、同等またはより優れた効率性を備えている被排除者なら、差別対価行為者のコスト割れではない対価に充分対抗でき、それは能率競争に当たるとされる³¹⁸。

但し、同ペーパーは、バンドルの場合³¹⁹、平均長期増分費用を違反要件として

³¹⁴ See Case COMP/35.141 – Deutsche Post AG (Commission Decision 2001/354/EC of 20.03. 2001, OJ L 125, 05.5.2001, p. 27). See also Notice from the Commission on the application of the competition rules to the postal sector and on the assessment of certain State measures relating to postal services, OJ C 39, 06.02.1998, para 3.1~3.4.

³¹⁵ DG Competition discussion paper, supra note 41, at 37 (128).

³¹⁶ 米国の Posner 判事が提唱したもので、当該状況において、被告の属する市場から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不当な排除と見なすものを指す(Richard Posner, *Antitrust Law*, 194~195(second edition, 2001))。

³¹⁷ DG Competition discussion paper, supra note 41, at 36~37 (127).

³¹⁸ Ibid.

³¹⁹ バンドルとは、2つ以上の商品がパッケージとして売られるもののことである (DG Competition discussion paper, supra note 41, at 54 (177))。これは再び「pure bundling」と「mixed bundling」に分けることができる。「pure bundling」とは、複数の異なる商品を別々に購入することはできず、必ず単品としてまとめたのみ購入することのみができるバンドルである (Ibid, Robert O'Donoghue and A

の費用基準としている³²⁰。その理由を、同ペーパーは、同費用基準により、ある支配的事業者が支配的地位にいない市場で負担する追加費用が反映されるためとしている³²¹。EC 排除型濫用ガイダンス 1 におけるバンドルの場合の費用基準においてもこれは変わらない³²²。

一方、EC 排除型濫用ガイダンス 1 においては、EC 排除型濫用ペーパーと同様、「同等の効率性テスト」が原則となっているが、平均総費用ではなく、平均長期増分費用が主な違反要件としての費用基準として用いられている³²³。すなわち、差別対価を行っていると思われる事業者によって平均長期増分費用を下回る対価が設定された場合、それは当該商品役務にかかったすべての固定費用をカバーできないものであり、同等に効率的な被排除者も市場から排除され得ることになるとしている³²⁴。また、通常 (*normally*)、平均長期増分費用を下回る対価のみが同等の効率性を持つ被排除者を市場から排除することができるとしている³²⁵。同じく、EC 排除型濫用ガイダンス 2 においても、「同等の効率性テスト」が採られ³²⁶、平均長期増分費用を下回る対価は同等の効率性を持つ競争者を追い出す効果が³²⁷、一方、同費用を上回る対価に対しては、同等の効率性を持つ競争者が競争できる水準であるとされている³²⁸。

これらは一見、EC 排除型濫用ペーパーと EC 排除型濫用ガイダンス 1,2 との間

Jorge Padilla, *supra* note 38, at 477)。一方、「*mixed bundling*」とは、まとめて購入することはもちろん、別々に購入することもできるバンドルのことである (*Id.* at 478)。但し、「*mixed bundling*」と言っても需要者が個別に購入する場合の価格があまりにも高い場合は実質上「*pure bundling*」と変わらない場合もあることから、両者の区分は必ずしも明確ではない (*DG Competition discussion paper, supra* note 41, at 54, n. 112)。

なお、バンドルと似て非なるものとしては、「*tying*」がある。「*tying*」とは複数の商品のうち、従たる商品はそれのみを購入することができるが、主たる商品のみの購入はできず、必ず従たる商品の購入も条件としてついているもの指す (*DG Competition discussion paper, supra* note 41, at 54 (177), Robert O'Donoghue and A Jorge Padilla, *supra* note 38, at 477-478)。

³²⁰ *DG Competition discussion paper, supra* note 41 at 57 (190).

³²¹ *Ibid.*

³²² *DG Competition guidance, supra* note 123, at 19 (59).

³²³ *Id.* at 11 (25), 21 (66).

³²⁴ *Id.* at 11 (25).

³²⁵ *Id.* at 21 (66).

³²⁶ *DG Competition guidance, supra* note 297, at C 45/11 (23).

³²⁷ *Id.* at C 45/11, 17 (26, 67).

³²⁸ *Id.* at C 45/14 (43).

に違反要件としての費用基準について不一致が生じているものに見える。しかし、同ガイドンス 1,2 が平均長期増分費用を違反要件としての費用基準とする場合は、あくまで生産者が単一の商品のみを生産しているときであって、このような場合、平均長期増分費用は平均総費用と一致することから、平均総費用が違反要件としての費用基準となることに変わりはない³²⁹。また、生産者が複数の商品を生産する場合、同ガイドンス 1,2 も共通費用を考慮し、平均総費用を違反要件としての費用基準にしていることから³³⁰、少なくとも、平均総費用が違反要件としての費用基準となることに意見は一致しているものと思われる。

第6款 EUの事例

1 AKZO事件³³¹

EUにおけるコスト割れ違反要件説のもっとも代表的な事例としてAKZO事件がある。これは、イギリスにおいて小麦粉用添加物の過酸化ベンゾイル（benzoyl peroxide）の製造事業者であるECS社が、新しくプラスチック用の過酸化ベンゾイルへの参入を決め、これまでプラスチック用の過酸化ベンゾイルを主に生産していた、多国籍化学会社のAKZO社の主要顧客に対して販売したことが発端となったものである。

そこでAKZO社はECS社に対し、プラスチック用の過酸化ベンゾイルの生産から手を引くよう警告し、その実行策として、イギリスにいるECSの顧客を対象に小麦粉用添加物の過酸化ベンゾイルの価格引き下げを示唆した。それでもECSが警告を聞き入れないと、AKZO社はECS社の小麦業界の顧客に対して平均総費用を下回る対価で過酸化ベンゾイルを販売する一方、自社の既存の顧客へは相対的な高価格を維持した。

このようなAKZO社の差別対価の行為に対してECS社は、まずロンドン高等裁判所に一方的差止（*ex parte injunction*）を求めたが、その後もAKZO社によるコスト割れ販売が続いているとして、欧州委員会に対し暫定的救済（*interim*

³²⁹ DG Competition guidance, *supra* note 123, at 11 n. 18., DG Competition guidance, *supra* note 297, at C 45/11 n(3).

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ *ECS v. AKZO*, OJ 1985 L 374/1, upheld on appeal in Case C-62/86, *AKZO Chemie BV v Commission* [1991] ECR I-3359.

relief) 及び 82 条違反の支配的地位の濫用認定を求めた。

これに対して AKZO 社は **Areeda-Turner** 基準を用いて、自らの対価が平均可変費用を上回っていることから違反ではないと主張した。しかし、欧州委員会はこれを認めず、EU 全体で AKZO 社が行っている、ECS 社と奪い合う需要者とそうでない需要者間の過酸化ベンゾイルの差別対価をやめるよう求めながら、AKZO 社が ECS に対して行った警告及び排他的意図に注目し、同社による行為を略奪廉売とする決定を下した。この決定において欧州委員会は費用基準を採用せず、コストを上回っても違反になり得るとした³³²。

しかし、その後の欧州司法裁判所は費用基準を用い、対価と平均可変費用及び平均総費用の関係について以下のような判決を下した。

第 1 に、平均可変費用を下回る対価は略奪廉売となる³³³。

第 2 に、平均可変費用を上回り且つ平均総費用を下回る対価は³³⁴、被排除者を排除しようとする意図³³⁵が存在するときのみ略奪廉売となる³³⁶。

第 3 に、支配的事業者（当該事例においては AKZO 社）が自社の需要者には平均総費用を上回る対価を、被排除者の需要者には平均総費用を下回る対価を設定することは、後者との取引から生じる損失を前者との取引で相殺可能なことを意味するが、これは少しでも利益を生み出せる対価を設定するという一般的な販売方法にそぐわないことから、これにより被排除者に打撃を与え得るものと言える³³⁷。

³³² ECS v. AKZO [1985] OJ L374/1, [1986] 3 CMLR 273, para. 79.

³³³ AKZO Chemie BV v Commission [1991] ECR I – 3359, para. 71.

³³⁴ これを裏返せば、対価が平均総費用と平均可変費用の間にある場合は、違反になることも、ならないこともある、グレーゾーンであることを意味し、排除の意図は加重要件ということになる。平均総費用を境界にしてその下がグレーゾーンとして存在するのなら（但し、平均可変費用を上回ることが前提）、平均総費用を上回る対価は当然そのグレーゾーンの範囲を超えているはずであり、「シロ」の地域と言える（これに関して **Hovenkamp** は、**Areeda-Turner** 基準において、すべての費用を含むコスト（**full cost**）は略奪廉売に該当せず、合法とされており、その一例として平均総費用が挙げられているとする（**Herbert Hovenkamp, supra note 25, at 155**））。

³³⁵ 意図に関して、欧州委員会及び欧州司法裁判所は、単に主観的なものにとどまらず、AKZO 社の内部文書などの直接的証拠と間接的証拠（例えば、支配的事業者が特定の需要者のみをターゲットとすることやある検討対象市場での損害を別の市場での利益により補てんするなど）の両方から意図の分析を行った（**Robert O'Donoghue and A Jorge Padilla, supra note 38, at 251~252**）。

³³⁶ AKZO Chemie BV v Commission [1991] ECR I – 3359, para. 72.

³³⁷ Id. paras. 114~115.

そして、支配的事業者が客観的な正当化理由なく長期にわたって自社の需要者に対し平均総費用を下回る対価を設定することは、自社の需要者が被排除者と取引することを思いとどまらせることとなり、被排除者に打撃を与えることとなる³³⁸。

欧州司法裁判所の判示から、以下の諸点が導き出せる。

第1は、平均可変費用が弊害推認根拠としての費用基準とされたことである。なぜなら、確かに対価が平均可変費用を下回る場合は略奪廉売と見なされるが（regard）、平均可変費用を上回る場合でも被排除者排除の意図が証明されれば違反になり得るとされたからである。

第2は、平均総費用が違反要件としての費用基準とされたことである。なぜなら、上で挙げた当該判決の要旨の第2及び第3で、平均総費用を下回る対価が違反となり得ること及び平均総費用を上回る対価が「利益を生み出せる一般的な競争方法」とされているからである。ここでの、「利益を生み出せる一般的な競争方法」という言葉は、平均総費用に対してコスト割れではない対価は、違反にならないことを示唆していると思われる。

本判決は、略奪廉売に対してEC条約82条（当時はEEC条約86条）のもとで初めて判断が下された事例であると評価されており、その後のTetra Pak II事件³³⁹をはじめ、EUにおける多くの略奪廉売事件でその判断基準となるリーディング・ケースとされている³⁴⁰

従って、本判決において具体的な費用基準が採られていることのみならず、コスト割れではない対価が違反とならないことを示したことは、EUにおける略奪廉売においてもコスト割れ違反要件説が採られていることの強い裏づけとなる。

2 Wanadoo 事件³⁴¹

本件は、欧州委員会により、France Télécom groupの子会社であるWanadoo

³³⁸ Id. paras. 140 and 146.

³³⁹ Case T-83/91, Tetra Pak International SA v Commission [1994] ECR II -755, para. 150, on appeal Case C-333/94 P, Tetra Pak International SA v Commission [1996] ECR I - 5951; Joined Cases T-24/93, T-25/93, and T-28/93.

³⁴⁰ See Opinion of Advocate General Mazak Deliverd on 25 September 2008 (1) Case C-2002/07 P, para. 1, 中川・前掲（注221）218頁。

³⁴¹ Case COMP/C-38.233, Wanadoo Interactive, Commission Dec of 16 July 2003, upheld on appeal, Case T-340/03, France Telecom v Commission [2007] ECR II - 107.

社がフランス市場における支配的地位をもとに³⁴²当該地域で一定期間行った、一般向け高速インターネット（**high-speed internet**）接続サービス（**eXtense** 及び **Wanadoo ADSL**）が、可変費用（**variable cost**）を下回る価格または総費用（**full cost**）を下回る価格設定であったことから、略奪販売に該当するとされた事例である。

なお、**Wanadoo** 社は、フランスだけではなく、イギリスなどにおいても事業を行っていたが（**2002** 年 **10** 月基準）³⁴³、同社がフランス以外において略奪販売を行っていたかどうかは定かではない。

コスト割れに関して、**Wanadoo** 社は以下のような主張により、その正当化を試みた³⁴⁴。

第 **1** は、規模の経済である。同社は、当該サービスの増加に伴って学習効果（**learning effects**）が増え、可変費用は減少すると主張した³⁴⁵。

第 **2** は、コスト割れ販売が市場全体の面からはプラスになることである。同社は、コスト割れ販売により、高速インターネット市場全体が成長して他の供給者も利益を預かることができ、さらなる料金の引き下げが見込めるようになると主張した³⁴⁶。

第 **3** は、たとえ支配的事業者であるとしても、既存または潜在的な他の供給者から様々な方法で自分たちと価格を揃えるように強いられるようになることである³⁴⁷。そのため、同社は決して支配的事業者として継続的にコスト割れ販売を続けられたかどうかは断言できないと主張した³⁴⁸。

これに対して欧州委員会は、以下の3つの反論を行った。

第 **1** に、規模の経済及び学習効果による正当化主張は、それらとコスト割れの関係について明確にされておらず³⁴⁹、支配的事業者には有利であるものの、被排除者にとっては不利であることから、競争法の趣旨には合わない³⁵⁰。

第 **2** に、新しい需要者を検討対象市場に引き付け、取り込むために支配的事業

³⁴² Case COMP/C-38.233, **Wanadoo Interactive**, Commission Dec of 16 July 2003, para 253.

³⁴³ Id. para. 12.

³⁴⁴ 本件では、**Wanadoo** 社による価格がコスト割れであることに争いはなかった。

³⁴⁵ Case COMP/C-38.233, **Wanadoo Interactive**, Commission Dec of 16 July 2003, paras 305-306.

³⁴⁶ Id. para 310.

³⁴⁷ Id. para 314.

³⁴⁸ Id. paras 315-331.

³⁴⁹ Id. para 307.

³⁵⁰ Id. para 309.

者がコスト割れを行う必然性は存在しない³⁵¹。

第3に、Wanadoo社の認識は誇張されており、それによってコスト割れ販売を正当化することはできない³⁵²。

なお、欧州委員会は、Wanadoo社の意図に関し、市場の先占を目的としたものであって、コスト割れ販売に対抗できない被排除者の排除³⁵³及び高速インターネット市場拡大³⁵⁴の戦略があったとした。

その後の欧州第一審裁判所は費用基準を採り入れ、対価と平均可変費用及び平均総費用の関係について次のような判決を下した。

第1に、平均可変費用を下回る対価は他者排除に当たる。平均可変費用と平均総費用の間に対価が存在し、そのうえ被排除者排除計画の一環として対価設定が行われた認定できる場合は、支配的地位の濫用にあたる³⁵⁵。

第2に、平均総費用を下回る対価には意図が必要である³⁵⁶。

これらにより、AKZO事件の先例性、特に平均総費用が違反要件としての費用基準であることの再確認が、差別対価における本判示の意義と思われる³⁵⁷。

3 Deutsche Post AG 事件³⁵⁸

本件は、ドイツ国内における基本信書部門（basic letter post）で合法的独占（reserved area）を行っている一方、通販小包サービス（mail-order parcel service）部門においてはUPS (United Parcel Service)社と競争していたDeutsche Post AGが、同UPS社より、当該サービスの対価が合法的独占状態にある基本信書部門の利益によって支えられている（内部補助）として、コスト割れ価格の禁止

³⁵¹ Id. paras 311~313.

³⁵² Id. paras 315~331.

³⁵³ Id. para 271

³⁵⁴ Id. para 299.

³⁵⁵ Case T-340/03, France Telecom v Commission [2007] ECR II - 107, paras. 130 and 224~225.

³⁵⁶ Id. para. 197.

³⁵⁷ 但し、同判決がAKZO判決とは異なった角度から平均総費用を捉えていることは注目に値する。同判決で裁判所は、判示において、平均総費用を下回る対価が「意図」が介入する範囲であることを強調しているが、これは言い換えれば、平均総費用を上回る対価は「意図」が介入しない領域になり得ることを言っているものと思われる。従って、平均総費用を上回る対価は「利益を生み出せる基準」になるだけでなく、「意図も必要とされない基準」ということになる。

³⁵⁸ Deutsche Post AG [2001] OJ L125/27, [2001] 5 CMLR 99.

及び合法的独占である信書と競争部門である小包の分離を欧州委員会に対して求められたものである。

これについて欧州委員会は、平均長期増分費用を弊害推認根拠としての費用基準とした³⁵⁹。これは、同委員会がコスト割れの判断基準として合法的独占部門（reserved monopoly）との共通費用は含まず、当該サービスの集荷・分類・輸送・配達にかかった増分費用（incremental cost）だけを費用の中に組み入れたことを意味する³⁶⁰。これにより、Deutsche Post AG が設定した当該サービスの対価は1990年から1995年にかけて平均長期増分費用を下回っており、もし追加販売（additional sale）を行えば、少なくとも同サービス提供の追加費用（additional cost）の一部だけでなく、設備維持の全費用の分だけ損失を被ることになるとされた³⁶¹。またその他、同委員会は、中期的（medium term）にはこのような対価での当該サービス提供がDeutsche Post AGにはなんの経済的利益をもたらさないとした³⁶²。

結局、本件における弊害推認根拠としての費用基準とAKZO及びWanadoo事件のそれとの違いは、可変費用のみならず、通販小包サービスのみにかかった固定費用の算入にある³⁶³。

一方、欧州委員会は違反要件としての費用基準については明示されていないが、

³⁵⁹ Deutsche Post AG [2001] OJ L125/27, [2001] 5 CMLR 99, paras 35~36.

なお、このように平均長期増分費用を費用基準としたことに対して、欧州公共政策研究所のニコラデス教授による批判がある。同教授によれば、①新規参入者が参入する場合、スタンドアローンコストに相当する費用が必要となるが、一方、平均長期増分費用はスタンドアローンコストよりもかなり低いため、新規参入者と既存の事業者の競争条件が等しくならない、②当該商品・役務のみにかかったすべての費用を平均長期増分方式で割り振ることはできない可能性がある、③競争部門の対価は合法的独占部門の事業規模によって影響を受けており、極端な場合、ドイツ・ポストは内部補助がなくても他の通販小包サービス事業者が享受できないメリットを受けていることから、このような間接的な影響を受けている競争部門の対価を正確に設定することは難しいとされる（P. Nicolaidis, *Effective Competition in Network Industries: An Assessment of Commission Decision 2001/354 imposing a fine on Deutsche Post for abusing its dominant position in parcel delivery*, Vol. 22, No. 9, *European Competition L.Rev.* 390~393 (September 2001)）。

³⁶⁰ Deutsche Post AG [2001] OJ L125/27, [2001] 5 CMLR 99, paras 12~16.

³⁶¹ *Id.* para 36.

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ Jones and Sufrin, *supra* note 36, at 459.

欧州委員会は間接的に、AKZO 判決の規範性を認めており³⁶⁴、何も AKZO 判決と対立するものではないことから³⁶⁵、平均総費用を違反要件としての違反基準とすることに変わりはない³⁶⁶。

第7款 結論

コスト割れ違反要件説を成す基本的な考えは、差別対価とは略奪廉売という行為の中の一類型であって、差別行為そのものは単に略奪廉売を実行するための手段に過ぎないということである³⁶⁷。

日本の判決例には、差別対価そのものに対して、コスト割れ違反要件説を正面から採用したものはまだ存在しないが、学説は差別対価の基本的性質が不当廉売と同じものとする見解が、違反となる基準を明確に示し、有力となりつつある。これは、差別対価の独自性の否定に繋がり、不当廉売における一般的な考え方同様、差別対価においてもコスト割れではない対価は、たとえ「差別行為」によるものであったとしても決して違反にはならなくなる。

コスト割れ不要説を唱える学者でさえ、コスト割れではない対価が不当廉売には該当しないことに異議を唱える者はいない。それにも拘わらず、切り口だけが異なる差別対価と不当廉売について違反となるための基準が異なることは、法の一貫性を損なうこととなる。また、平成 21 年の独禁法の改正により、法定差別対価にも法定不当廉売と同様、課徴金が課されることになったことから、より明確な違反要件が必要となる。

³⁶⁴ Deutsche Post AG [2001] OJ L125/27, [2001] 5 CMLR 99, para 35、競争政策研究センター「公益分野における市場支配的地位の濫用に対する EC 競争法の適用に関する調査」（2004 年 3 月）26 頁参照。

³⁶⁵ 山根裕子「郵便事業と競争法（下）EU の例は参考になるのか」時の法令 1659 号（平成 14 年 2 月 15 日）63 頁。

³⁶⁶ Deutsche Post AG [2001] OJ L125/27, [2001] 5 CMLR 99, para 35.

本件で欧州委員会は、他者排除の「意図」をもって「コスト」を下回った時に略奪廉売が起きるとしているが、その「コスト」とは違反要件としての費用基準と思われる。なぜなら、ここまでの検討から、「意図」が反映される領域は違反要件としての費用基準を下回るコストのみであって、これを上回るコストには「意図」が介入しないと思われるからである。

³⁶⁷ 同様の見解として、川濱教授は、差別対価を特別視することは妥当ではなく、不当廉売の一般的議論が妥当しやすいのが差別的戦略を行う場合であるとする（金井ほか編・前掲（注 11）252 頁参照〔川濱昇〕）。

米国においては **Brooke Group** 判決により略奪販売において費用基準が用いられ、コスト割れではない対価は違反とにならないことが裁判所などでは概ね定着しているように見える。しかし、**Brooke Group** 判決が明確な基準を示していないことから、具体的にどのような費用をもって基準とすべきかについては判決によって異なる³⁶⁸。多くの判決では平均可変費用を用いているが³⁶⁹、すでに検討した **American Airline** 判決でわかるように必ずしも平均可変費用に固執しているというわけではない。

このように費用基準が明確にされていないためか、米国の略奪販売では費用基準だけでなく、埋め合わせの重要性も強調される傾向がある³⁷⁰。しかし、埋め合わせは費用基準を明らかにしていないことからくるものであり、必ずしも略奪的販売とリンクすべきものとは言えない。現に米国においても **Peath Health** 事件のようにリンクしていない事例もあり、その他、日本や EC においても略奪販売そのものの概念は米国と同様であるが、埋め合わせは違反要件となっていない。

EU においても、費用基準は一定ではないが、略奪販売における弊害推認根拠としての費用基準には平均可変費用や平均回避可能費用または平均長期増分費用を、そして、違反要件としての費用基準には平均総費用が用いられることに異論はないように思われる。そして、例外的な選択的割引に該当するものを除けば、平均総費用を上回る対価は違反とにならないことも概ね定着しているように見える。

ここまでは、学説やガイドライン、判決例におけるコストを巡る両見解及び費用基準を検討してきたが、実は、費用基準は、日本及び EU の構造と米国のものがそれぞれ異なっており、それによってコストを巡る見解にも違いが出てくる。

以下、このような費用構造の違いに着目し、両見解に対して検討を行う。

第 3 章 2 種類の費用基準の構造と差別対価

序節

費用基準は、米国のように 1 つの費用基準のみを用いる単層構造のものと、日本や EU のように、弊害推認根拠としての費用基準と違反要件としての費用基準の複

³⁶⁸ ABA Section of Antitrust Law, *supra* note 28, at 276.

³⁶⁹ *Id.* at 276~281, 中川・前掲 (注 221) 133 頁。

³⁷⁰ *Id.* at 276,

数基準を用いる、2層構造の2種類に分類できる。米国と日本及びEUのコスト割れ違反要件説とコスト割れ不要説のそれぞれの見解は、コストを考慮しているものである限り、このような構造を前提に議論されているものである。しかし、日本においてはこのような違いがあまり意識されず、特にコスト割れ不要説に至ってはそのような傾向が著しい。そのため、コスト割れ不要説の範囲が拡大している傾向がある。

以下、費用基準の構造の違いに着目し、コスト割れ違反要件説とコスト割れ不要説のそれぞれの範囲を検討する。

第1節 EUの費用基準の構造と両見解の対象範囲

第1款 EUにおける2層構造の費用基準

ここまで見たように、EC排除型濫用ペーパー、同ガイダンス1・2と諸事例における費用基準は、最初から費用基準を考慮しない見解や事例を除けば、コスト割れ違反要件説・不要説のいずれにおいても、弊害推認根拠としての費用基準及び違反要件としての費用基準の2層構造から成っている。

この2層構造において対価は、弊害推認根拠を下回るもの、弊害推認根拠としての費用基準と違反要件としての費用基準の間にあるもの、そして、違反要件としての費用基準を上回るものの3段階のいずれかに存在することとなる³⁷¹。

第2款 コスト割れ違反要件説と不要説のそれぞれの範囲

EUのコスト割れ違反要件説においては、ここまでの検討から弊害推認根拠としての費用基準が複数存在することがわかる。これにより、ある対価への評価が変わり得る可能性は存在するが³⁷²、それはあくまで弊害推認基準を上回るかどうかの

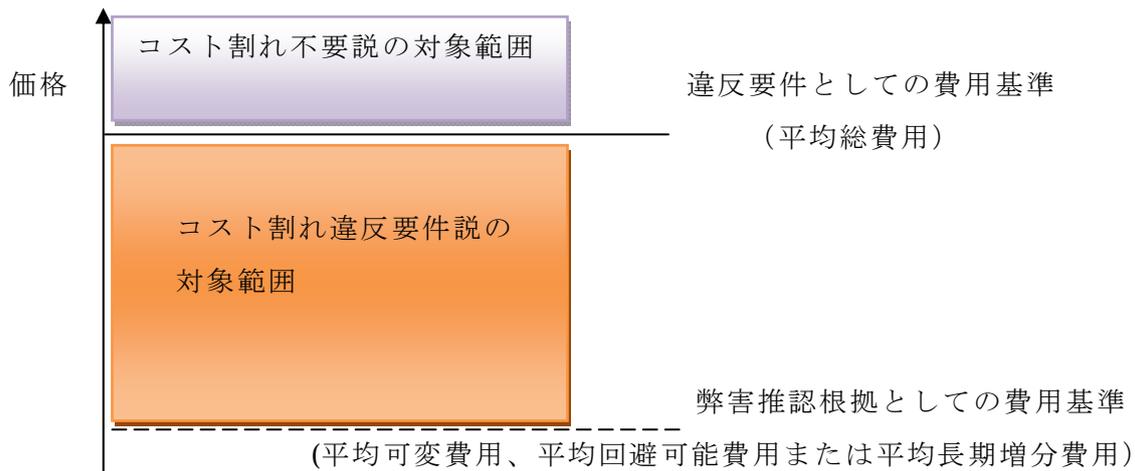
³⁷¹ 理論的には、これらの費用基準とまったく同じ対価が存在することは可能である。しかし、そのような可能性は少ないと思われることから、本稿では原則的にそのような想定はしない。

³⁷² 弊害推認根拠としての費用基準が複数存在することにより、コスト割れ違反要件説に従う場合、1つの対価に対して判断が変わる可能性はあり得る。

例えば、平均長期増分費用は固定費用を含むことから、平均可変費用を常に上回ることになるが、これにより、例えば平均可変費用が弊害推認根拠としての基準なら弊害が推認されない対価も、平均長期増分費用が弊害推認根拠としての費用基準

議論であり、違反要件としての費用基準が平均総費用であることについては異論がなく、かつそれを下回る範囲が議論の対象となる。

一方で、最初から費用基準をまったく考慮しないものを除外すれば、EUにおけるコスト割れ不要説の主な対象範囲は、違反要件としての費用基準が平均総費用であることから、同費用を上回る対価である。



なら、コスト割れとして弊害が推認され得ることとなる。すなわち、対価が平均可変費用を上回るものの、平均長期増分費用を下回る場合、弊害推認根拠としての費用基準が平均可変費用なら、損失が発生しなかった場合もあり得ることから、差別対価行為者は、対価設定の意図が他者排除のためではなかったことを主張することにより、差別対価には該当しないと言えるようになる。一方、同じく、費用基準が平均長期増分費用なら、当該対価は最初から略奪販売が起きていると推認されることになり、差別対価行為者は、正当化理由 (**objective justification**) の主張によってのみ略奪販売には該当しないと主張できるようになる。

また、平均長期増分費用は、当該濫用行為が行われる以前に当該商品のために使われた固定費用をも含んでいる一方、平均回避可変費用は当該商品のために使われた固定費用や埋没費用 (**sunk cost**) を含むものの、それは当該濫用行為の際のものに限られることから、平均長期増分費用は一般的に平均回避可能費用を上回る (DG Competition discussion paper, *supra* note 41, at 20 (65), DG Competition Guidance, *supra* note 123, at 11 (25))。最後に、平均回避可能費用は当該差別対価行為時のみのものとは言え、当該商品にかかった固定費用が含まれることから一般的に平均可変費用を上回ることとなる。

従って、いずれの場合もどの費用基準が用いられるかによって差別対価行為者への評価も変わる可能性はある。

第2節 米国の費用基準の構造と両見解の対象範囲

第1款 米国における単層構造の費用基準

米国の費用基準は、ここまでの検討から、「違反要件としての費用基準」と「弊害推認根拠としての費用基準」が混在していて、それらが「同等の高さにある、唯一の費用基準」として扱われる傾向があると言える³⁷³。

すなわち、米国における費用基準は、単層から成っていて、ある1つの費用基準に対し、「違反要件としての費用基準」の資格を与えて、それを上回る対価にセーフ・ハーバーを与えようとしながらも、もう一方ではそれに「弊害推認根拠としての費用基準」としての資格も与え、それを下回る対価は弊害が推認される構造であるということになる。従って、米国では、対価が「唯一」の費用基準を超えているか否かの2段階が存在することとなる³⁷⁴。

³⁷³ 米国においても少数ではあるが、**Areeda-Turner** 基準の変形として、ECと同様、2層構造の費用基準を用いようとした事例はある（For example, **Spirit Airlines, Inc. v. Nw. Airlines, Inc.**, 431 F.3d 917, 938 (6th Cir. 2005)）。そこでは、平均可変費用と平均総費用の間に対価が存在する場合、原告にコスト割れの証明責任が負わされた。一方、当該対価が平均可変費用を下回ることを原告が立証できた場合は **prima facie case** が成立したとされ、今度は被告に正当化理由などの証明責任が移ることになるとされた。これはまさに2層構造の費用基準により問題の解決を図ろうとしたものである。

³⁷⁴ 米国における差別対価の特徴のひとつとして、行為者の「意図」が重視されないという特徴が挙げられることがある（中川・前掲（注221）235~236, 313頁、金井ほか編・前掲（注11）260~261頁）。

しかし、「意図」の考慮が積極的に行われているEUにおいて、その主な範囲は、対価が弊害推認根拠としての費用基準を上回るが、違反要件としての費用基準を下回る時である。つまり、意図の考慮は2層構造を前提としているものである。

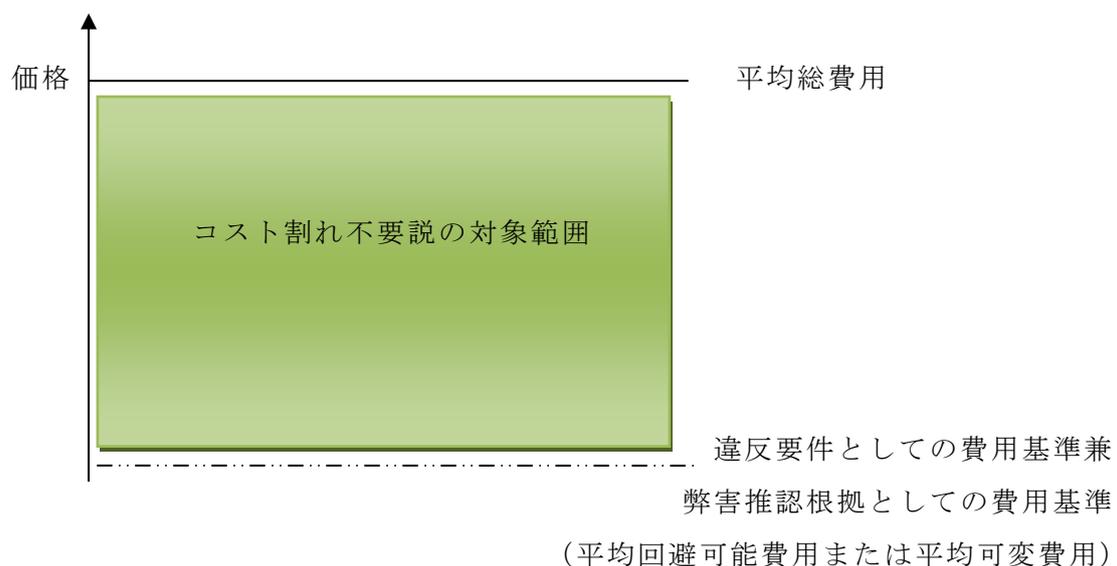
しかし、米国のような単層の費用基準の場合、弊害推認根拠としての費用基準を上回っていることから意図を考慮し、加重要件にしようとしても、同費用基準は同時に違反要件としての費用基準でもあるため、そこで「意図」を考慮してしまうと、違反要件としての費用基準を超えても意図の結果によって当該対価への判断が変わってしまうこととなり、コスト割れ不要説に繋がり得る。

従って、「意図」の考慮がなされないことは、現在の米国の差別対価のロジックから自然と導かれるものであり、何も改めて特徴と言えるものではない。

第2款 コスト割れ不要説の範囲

ここまで見たように、米国におけるコスト割れ違反要件説での費用基準は1つだけであるとは言え、一致しているとは言い難い。

従って、米国においてもEUと同様、どのような費用基準が採られるかによって対価への評価が変わる可能性は存在する。しかし、費用構造が単層であって、その基準は平均可変費用または、平均回避可能費用であることから、コスト割れではない対価とは、これらを上回る対価ということになる。そのため、コスト割れ不要説の主な対象範囲もこれらの費用基準を上回る対価となる。但し、それは、平均総費用を下回ることを前提としたものである³⁷⁵。



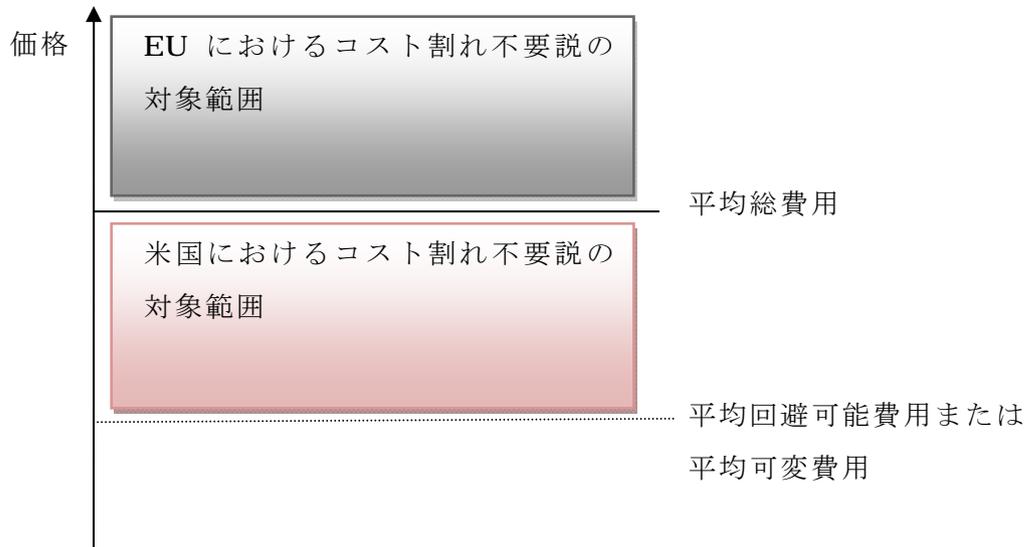
第3節 EU・米国の費用基準の構造と日本の関係

第1款 EUと米国の費用基準の構造の関係

ここまでの検討により、コスト割れ違反要件説及びコスト割れ不要説には、それぞれ費用基準の構造及び対象範囲が異なる2種類のものが混在していることがわかる。ここで注目すべきことは、米国におけるコスト割れ不要説の対象範囲は、

³⁷⁵ 米国においては多くの学者と判例が、平均総費用を上回る対価は当然合法に考えるべき (*should per se legal*) としていることから、同費用を上回る対価はコストを考慮要素にしたコスト割れ不要説においても対象範囲に入っていないものと思われる (U.S. Department of Justice, *supra* note 198, at 61 参照)。

EC においてはコスト割れ不要説の問題としては扱われていない範囲であるという点である。



第2款 EU・米国と日本の関係

EU と米国のこのようなコスト割れ不要説の対象範囲の違いは、日本においてあまり認識されておらず、一括して扱う見解もある³⁷⁶。

しかし、日本の差別対価の費用基準は、EU と同様、2 層構造から成っている。実際に費用基準を考慮要素としながらもコスト割れ不要説の立場を採る見解や判決例においても 2 層構造の費用基準を認めているものがある³⁷⁷。そのため、コス

³⁷⁶ 例えば、村上教授は、「欧米の競争法の展開は、近い将来、メーカーやサービス提供者が原価を下回り、一定のコストを上回っている低価格や差別的な低価格を設定することを独占禁止法に違反しないとする判例が出現することを示している。すなわち、一定の基準コストを定めて、設定低価格が基準コストを下回る場合には原則違法とし、その基準コストを上回る場合にケースバイケースで独占禁止法違反か否かを決定するというルールである。この基準コストとして、・・・平均変動費用、回避費用、長期増分費用という原価を下回るコストも利用される。また、原価を下回り、基準コストを上回る低価格設定についてこそ、各考慮要素についての事実認定（市場分析）と総合判断が求められる。」（村上・前掲（注 62）52~53 頁）としているが、ここで言及されている原価とは平均総費用であって、2 層構造の費用基準について論じているにも拘わらず、米国においてもそのような費用構造の基準であるかのような説明がなされている。

³⁷⁷ 例えば、ザ・トーカイ事件控訴審判決において、裁判所は、「差別対価は、・・・、コスト割れに至らない価格（低価格）であっても、その価格設定自体の中に公正競

ト割れ違反要件説はもちろん、たとえコスト割れ不要説を採るとしても、違反要件としての費用基準を上回る対価について議論されるべきであって、それを下回る対価について議論される必要性は相対的に少ない。

従って、コスト割れ違反要件説とコスト割れ不要説の違いは平均総費用を上回る対価をどのように見るかということになる。

以下、この平均総費用と差別対価の関係について検討を加える。

第4章 平均総費用と差別対価

第1節 体系上の問題

日本とEUにおける平均総費用についてはこれ以上論じる必要はない。しかし、米国における平均総費用は特殊な地位を持っていると言える。すなわち、これまでの検討から、米国での平均総費用は、一般的な費用基準にはならないかも知れないが、コスト割れ違反要件説においては、これを越えた対価は決して違反にはならないという、ひとつのセーフ・ハーバーであると思われる。これはコスト割れ不要説においても同様である³⁷⁸。

第2節 実質上の問題

第1款 共通費用の考慮

多からず少なからず、大抵の事業者は複数の商品を生産しており、この場合、共

争阻害性があると認められる場合があるとし、」（東京高判平成17年4月27日（平成16（ネ）第3163号）[ザ・トーカイ]（事実及び理由第4-3（2）））及び「行為者の設定価格がコスト割れでない場合においては、それが不当な力の行使であると認められるなど特段の事情がない限り、・・・、すなわち公正競争阻害性があるものと非難することはできない筋合いである。」（東京高判平成17年4月27日（平成16（ネ）第3163号）[ザ・トーカイ]（事実及び理由第4-3（3）））としているが、これは不当廉売における2層構造の費用基準が差別対価においてもそのまま用いられることを意味する。

³⁷⁸ これにより、以下で議論するコスト割れ不要説は主に日本及びEUを念頭においたものであって、米国に関しては、特別な言及がない限り、含まないことにする。

通費用の発生は避けられない。しかし、平均回避可能費用、平均長期増分費用、平均可変費用は一般的に共通費用が考慮されることがないことから、共通費用が考慮されている平均総費用を上回る対価は、当該商品に必要とされたコストを完全に反映しているものであることは、日米欧いずれの地域でも共通の認識が得られている。

従って、コスト割れ違反要件説によると、このように共通費用をすべて考慮した平均総費用を上回る対価は正面から競争活動を行っているものと評価でき、決して違反にされてはいけないということになる。一方、コスト割れ不要説によると、それでも総合的な判断からしてそのような対価の設定も違反になる場合があるとされる。

第2款 平均総費用を上回る対価と被排除者

1 総説

平均総費用を上回る対価を厳密に場合分けすれば、それを若干上回る対価と大幅に上回る対価の2つに分類することができる。しかし、この2つを客観的に且つ的確に分けることができる基準は存在せず、ましてや日本及び米国のように主観的な意図が違反要件とならないところでは、一層その区分は意味が薄れる。従って、ここでは敢えてそのような区分は行わないことにする。

しかし、差別対価には必ずその対象となる被排除者が存在することから、以下、「現在」の被排除者と「将来」新規参入が予想される被排除者に分け、差別対価行為者による平均総費用を上回る対価設定とそれぞれの被排除者について検討する。

2 現在の被排除者

ある事業者が平均総費用を上回る対価への引き下げを行った場合、これに対する被排除者の反応は2種類に分かれる。

第1は、それでも自分の商品に自信があり、競争力を持っていると判断して、これまでの対価をそのままにすることである。この場合、需要者には選択肢がそのまま残ることを意味し、競争に悪影響はない。

第2に、同じように対抗して価格の引き下げを行うことがある（但し、この場合も平均総費用を上回ることが前提）。この場合、差別対価行為者と被排除者は同等の効率性を持っているという前提があることから、差別対価行為者が損失(loss)

を被らず、耐えられる対価を設定したのなら、被排除者も差別対価行為者の新しい対価に対抗して対価を引き下げても耐えられるはずだと思われる。これにより、両者の利益は以前より減ることになるが、競争そのものに影響はない。

コスト割れ違反要件説の場合、第 1 及び 2 のどちらとも「正常な」競争が行われているとされ、決して違反にはならない。

これに対して、コスト割れ不要説の場合、このような場合も違反となることがあるとされる。

3 将来の被排除者

この場合も将来に被排除者になり得る事業者の反応は、市場調査の後、2 種類に分けることができる

第 1 は、価格競争が可能と判断される場合である。すべての競争において価格競争はもっともありふれた形態のものであることから、既存事業者である差別対価行為者による、平均総費用を上回る対価への引き下げは、新規参入の計画段階から織り込み済みであると思われる。それを充分考えた上で新規参入が検討され、実行されることから、このような場合、実際に差別対価行為者により、平均総費用を上回る対価への引き下げが行われたとしても競争に悪影響はない。

第 2 に、価格競争が不可能と判断される場合である。この場合、差別対価行為者による対価設定は、平均総費用を上回っているとしても、それに対抗できる対価の設定が新規参入予定者にとっては採算が取れないものであることから、新規参入が不可能であると判断した場合、需要者は差別対価行為者の価格引き下げからすでに利益を被っており、競争に影響はない。

コスト割れ違反要件説においては、第 1 及び 2 の場合、もし対価が平均総費用を若干上回っているにも拘わらず、将来の被排除者が自分の能力不足で最初からそれに太刀打ちできないことが判明されたのなら、そのような事業者は仮に市場に入ってきたとしても、すぐ退出されるであろうことから、差別対価行為者を牽制し、競争を促進させる力はとても弱く、競争全体に及ぼす影響は皆無に近いと言える³⁷⁹ことから、違反にはならなくなる。

³⁷⁹ 弱い被排除者でも既存の事業者に対して多少の牽制はできるという反論もあり得る。しかし、それは抽象的なものであり、そのようにまだ検討対象市場に現われていないうに差別対価行為者より弱い被排除者まで考慮に入れることは非現実的であると思われる。

一方、コスト割れ不要説によると、将来の被排除者が市場に参入できないこと自体が問題に成り得る。

4 結論

平均総費用を上回る対価設定が検討対象市場もしくは被排除者の状況次第で違反になる可能性があるとするれば、それは著しい予測可能性の低下に繋がることから、価格競争そのものの否定に成りかねない。

従って、少なくとも、平均総費用を上回る対価は違反とされるべきではない。

第5章 結論

積極的な競争行動による差別対価と独禁法上違反となる行動の差は紙一重であり、その客観的な区分は難しいと言われている³⁸⁰。しかし、法定差別対価にも課徴金が課されることになった現在、それを少しでも明確に区分できるような手掛かりを探ることが本稿の目的である。

差別対価は準取引拒絶型と略奪廉売型に分類でき、略奪廉売型の差別対価に対する判断は、コスト割れが違反要件になるコスト割れ違反要件説（差別対価の独自性の否定）と、コスト割れでなくても差別対価そのものによって違反になる場合があるという、コスト割れ不要説（差別対価の独自性の肯定）のどちらを選択するかによって変わり得る。

これについては、日米欧において、それぞれを裏付ける学説やガイドライン、判決例等が存在する。しかし、日本における唯一の判決例で「消極的な」コスト割れ不要説が適用され、米国の有力な学説、欧州委員会及びそれぞれの裁判所もコスト割れを略奪廉売に含めることによってその独自性を否定し、競争を促進させる方向に動いている。

一方、コスト割れ違反要件説及びコスト割れ不要説の中でコストを考慮要素にするものにおいては、差別対価行為者によって設定された対価の判断のために具体的な費用基準を用いることになる。日本及び EC は、弊害要件としての費用基準と違

³⁸⁰ 同じ趣旨の指摘として、平林英勝「違反金対象範囲の拡大について一制裁強化よりも適切なルールの形成をー」ジュリスト No.1342（2007.10.1）51頁。

反要件としての費用基準の 2 層構造から成る費用構造を用いている一方、米国は弊害推認要件としての費用基準と違反要件としての費用基準が混在した、単層の費用基準を用いている。

このような構造の違いによって、実は、日本及び EC ではコスト割れ違反要件説及びコスト割れ不要説の両見解において、違反要件としての費用基準(平均総費用)を超える対価のみがコスト割れ違反要件説と不要説の議論の対象範囲となる。一方、米国においては平均可変費用または平均回避可能費用を上回るものの、平均総費用を下回る対価が議論の対象範囲であり、平均総費用はセーフ・ハーバーとして認識されている。従って、米国におけるコスト割れ不要説の対象範囲は、日本及び EC のような 2 層構造の費用基準のもとでのコスト割れ不要説においては、考慮対象外のものであると言える。

これらのことから、コスト割れ違反要件説とコスト割れ不要説の判断は、平均総費用を上回る対価をどのように判断するかによって決まることになる。

平均総費用は、当該対価にかかった共通費用をすべて含んでいるが、そのような対価が設定されたにも拘わらず、それでも排除される既存の被排除者または将来の被排除者まで保護しようというコスト割れ不要説の考え方は、価格競争そのものの存在を脅かす危険性を孕んでいると言える。

従って、平均総費用を上回る対価に関しては、コスト割れ不要説を適用すべきではないと思われる。

参考：本稿で用いられた諸費用基準の定義

1. 限界費用

最後の1つの商品を供給するためにかかった費用

2. Areeda-Turner 基準

- ① すべての費用を上回る対価（例えば、平均総費用）は略奪的なものではなく、合法的なものである。
- ② 平均可変費用と同等またはそれを上回る対価は、略奪的なものではなく、合法的なものと推定される。
- ③ 平均可変費用より低い対価は、決定的に（**conclusively**）略奪的なものとして扱われ、不法なものとなる。

3. 平均総費用（average total cost）

ある商品を供給するための、供給に応じてすぐには変えられない固定費用と供給に応じてすぐ変えられる可変費用との総和を該当商品の全体数で割って平均をとったもの。

4. 平均可変費用（average variable cost）

ある商品を供給するための費用のうち、供給に応じてすぐ変えられる可変費用を全商品数で割って平均をとったもの。

5. 平均回避可能費用（average avoidable cost）

当該商品の（追加）供給をしないのなら負担しなくてもいい費用。可変費用はもちろん当該供給にとって必要な固定費用も含むものを全商品数で割って平均をとったもの。廉売行為に入ってからからの固定費用のみと可変費用がその対象となる。

6. 平均長期増分費用（long-run average incremental cost）

当該商品の供給のみのために用いられた固定費用及び可変費用の合計を全商品数で割って平均をとったもの。平均回避可能費用との違いは、平均長期増分費用では廉売行為に入ってからからの固定費用だけでなく、廉売行為以前の時期の固定費用も、当該商品の供給の関するものであれば含まれることにある。