

論文の内容の要旨

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

氏 名 洪 淳康

ある供給者が、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、差別対価行為者が安い対価で被排除者を排除することから、略奪的廉売型差別対価と呼ぶことができる。

「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」（以下、独禁法）において差別対価を規定しているものは、一般指定 3 項であるが、ここには、略奪的廉売型差別対価以外に、もうひとつ、差別対価によって特定の需要者が、検討対象市場となる川下市場において他の需要者との競争で不利益を被ることが問題となる「準取引拒絶型差別対価規制」が存在する。

この 2 つの差別対価の違反要件のひとつの大きな違いは、費用基準を適用するかどうかであるが、日本においては、これらが一括して差別対価として扱われることもある。しかし、米国や EC においてはそれぞれ「売手段階の差別対価」と「買手

段階の差別対価」として別々に扱われている。

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事で意見の一致があるが、略奪的廉売型差別対価（以下、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）またはコスト割れでなくても違反とされる場合があるとするか（以下、コスト割れ不要説）という、日本のみならず欧米でも論争のある大問題がある。

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である。

日本におけるコスト割れ不要説の見解は、費用基準に関する検討なしに「不当な」差別対価があればそれのみで違反に成り得るという極端なコスト割れ不要説から、原則的にはコスト割れ違反要件説であるものの、「慎重」に例外を認めようとするものまでその程度は様々である。公取委によるガイドラインの中にもコスト割れ不要説の立場を採っているものがあり、差別対価を正面から扱った唯一の判決例（ザ・トーカイ事件及び日本瓦斯事件の控訴審判決）も、限定された条件のもとでの消極的のものではあるが、コスト割れ不要説の立場を採っている。そのほかにも、公取委は、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、「郵政民営化関連法案の施行に伴う郵便事業と競争政策上の問題点について」（以下、郵便事業問題点）において、競争分野の事業を行う場合の費用は、当該分野の事業のみを単独で行うと想定した場合の費用基準によって引き出されるとして（スタンドアローン方式）、実質的にはコスト割れ不要説を採択した。

米国におけるコスト割れ不要説の見解は、価格差そのものを容認しない **Robinson-Patman** 法の適用や参入阻止価格（**Limit Price**、利益は以前より減るものの、コスト割れではない対価の設定による新規参入の阻止）の制限、同じように、損失を被るのではない対価への引き下げによる「現在」の被排除者への牽制の制限、その他、公平な競争の観点からの立場などがある。事例においては、**Utah Pie** 判決などによって、「意図」の重視により差別対価が違法とされたものがある。

EC の見解は、選択的割引（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同被排除者と競合する需要者に対してのみ割引を行い、そうではない者に対しては、相対的に高価格を維持する行為のこと）や合わせ技一本による排除の制限、その他、効率性の劣る被排除者に対する保護などがある。事例においては、費用基準が考慮されなかったもの（**Eurofix-Bauco** 事件）やコスト割れではないにも拘わらず、支配的地位にある事業者の特殊な責任及び海運業の特殊性をもって違反とされた **CEWAL** 事件、その他、

コストに関する検討はなされず、支配的地位から違反とされた Irish Sugar 事件がある。

一方、コスト割れ違反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。

日本におけるコスト割れ違反要件説の見解は、差別対価と不当廉売の間に基準の差はなく、廉売が一律的か差別的かの差に過ぎないものとする。この考えによると、既存の不当廉売事例と言われたものも、実はその廉売が差別的なものであれば、差別対価の事件として扱うことが可能となる。その例として、瀨口石油事件及びシンエネコーポレーション・東日本宇佐美事件を挙げることができる。これらにおいてはそれぞれ、違反要件としての平均総費用と弊害推認根拠としての平均可変費用を下回る、または弊害推認根拠としての平均可変費用を下回るということで違反とされた。

米国におけるコスト割れ違反要件説の見解は、2008年司法省報告書（*Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act, September 2008*, 以下、司法省報告書）によって明らかになっている。司法省は、同報告書において、費用基準として平均回避可能費用または平均可変費用を採り、これを上回る対価は違反にならないとした。事例においては、Brooke Group 事件での連邦最高裁判決によって、コスト割れ違反要件説が確立された。但し、同事件の判決においては、具体的な費用基準そのものには言及されなかったとされる。その他、大手の航空会社による新規参入の格安航空会社への対抗のための価格引き下げ（但し、コスト割れではなかった）が問題となった American Airline 事件や病院による特定の保険会社向けの治療費優遇が問題となった PeaceHealth 事件において連邦高裁は、それぞれ平均可変費用を費用基準とすることを明確にした。

ECのコスト割れ違反要件説においては、欧州委員会による、EC 排除型濫用ペーパー(DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, December 2005)及び EC 排除型濫用ガイダンス(Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, 3 December 2008)において、平均回避可能費用もしく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た。そして、平均総費用が違反要件としての費用基準とされた。事例においては、欧州司法裁判所によって、AKZO 事件にて平均総費用が違反要件としての費用基準に、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。この基準はその後の **Wanadoo** 事件においても踏襲され、その後の **Deutsche Post** 事件においては弊害推認根拠としての費用基準は平均長期増分費用が採られたものの、違反要件としての費用基準にはやはり平均総費用が採られた。

これらのことから、日米欧において、差別対価の独自性を否定し、できるだけ競争を促進させる方向に競争当局や裁判所が動いていることを知ることができる。

一方、コスト割れ不要説の中でコストを考慮要素にするもの及びコスト割れ違反要件説においては、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同一の高さであり、それらが混在した、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は上回るものの、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は、議論の対象外の範囲であるということになる。

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うち、どちらがより妥当であるかは、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、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。