



RIETI Discussion Paper Series 13-J-057

## 不当廉売規制の残された課題

川濱 昇  
経済産業研究所



Research Institute of Economy, Trade & Industry, IAA

独立行政法人経済産業研究所

<http://www.rieti.go.jp/jp/>

## 不当廉売規制の残された課題

川瀨昇（京都大学大学院法学研究科教授）

### 要 旨

低価格販売の行き過ぎを規制する不当廉売規制は競争政策上重要な課題であったが、価格競争を萎縮させるという懸念もあって過剰規制を避けるよう要請されていた。特にシカゴ学派の影響が顕著になった1970年代後半から、平均可変費用未満の価格を主たる規制対象とする費用ベースの規制基準にさらに規制のスクリーニングのための要件を課すなど過剰規制を避けることに焦点が合わされてきた。しかし、規制緩和・民営化が進められた分野やデジタル化が進んだ産業分野で不当廉売が疑われる事案が多発し、またそれらの分野で平均可変費用基準が過小規制となることが懸念されだし、本当に過小規制になるのか逆に費用ベースの基準がそもそも妥当なのかをめぐって議論が展開してきた。わが国の不当廉売規制は近時ガイドラインや判例を通じてかなり明確なものとなってきたが、上記の問題となる状況についての規制基準は不明瞭であり、検討もほとんどない。本論稿では費用ベースの基準の根拠の探求を通じて、上記過小規制問題の対象となる領域での規制のあり方を検討するものである。

キーワード：不当廉売、排除行為、平均可変費用基準、平均回避可能費用基準

RIETI ディスカッション・ペーパーは、専門論文の形式でまとめられた研究成果を公開し、活発な議論を喚起することを目的としています。論文に述べられている見解は執筆者個人の責任で発表するものであり、(独)経済産業研究所としての見解を示すものではありません。

本稿は、独立行政法人経済産業研究所におけるプロジェクト「グローバル化・イノベーションと競争政策」における成果の一部である。本稿を作成にするにあたっては経済産業研究所において多くの有益なコメントを頂いたことに感謝する。

## 第1章 不当廉売規制の議論の展開と残された課題

### 1 各国における規制基準の収斂と差異

#### (1) 規制の困難：必要性と過剰抑止の懸念

不当廉売規制<sup>\*1</sup>は独占禁止法の母法たるシャーマン法制定時から競争法<sup>\*2</sup>上の重要課題であった。独占的企業・企業連合が新規参入企業などをターゲットにした低価格販売で競争者を排除し、競争的行動を抑制(懲戒)するというのは反トラスト法制定段階からその弊害が懸念されていた。他方、価格競争は競争法が促進する競争の典型であり、低価格販売で他の事業者の事業活動が困難になることは当然のこととも言える。「正常でない」価格競争は問題であるにしても、そうでない価格競争との識別が重要だということになる。イノベーションによる低価格であっても既存事業者にとっては「正常でない」価格競争に見えることさえある。

本来は正常なる価格競争を誤って「正常でない」価格競争と批難する（偽陽性）ことのコストと逆に「正常でない」価格競争を見逃す（疑陰性）ことのコストを見極めた上で規制基準を考える必要がある。

この問題は時代によって、また法域によって異なった展開を見せ、様々な規制基準が提案されてきた。しかし、今日では、各国の競争法上の廉売規制の内容については、(2)で見るようにある種の差異を持ちつつ収斂しつつある。

#### (2) Areeda&Turner 基準の登場と普及

---

\*1本稿では競争者を排除する低価格販売についての独禁法上の規制全般を不当廉売規制と呼ぶ。ここでいう不当廉売規制には、不当廉売（独占禁止法2条9項3号、一般指定6項）のみならず、差別対価（独占禁止法2条9項2号一般指定3項）該当性が問題となる低価格販売も含む。また、私的独占の排除行為としての低価格販売も含まれる。なお、諸外国の競争法（反トラスト法）が規制する低価格販売のことは文脈に応じて略奪的価格設定と呼ぶ。そこには差別対価規制も含まれるが、次に述べる「原価割れ再販禁止法」は含まれない。

差別対価、不当廉売の解釈論上の問題一般については金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄『独占禁止法 第四版』291-297頁、300-321頁（弘文堂 2013年）（川濱昇）（以下、「金井他」として執筆者名を省略した場合は川濱執筆分である。）を参照されたい。

不当廉売規制に関して比較法的議論を展開する論稿は数多く存在するが、代表的なものとして、中川寛子『不当廉売と日米欧競争法』（有斐閣 2001年）を挙げておく。

\*2本稿では独占禁止法に相当する法を一般に競争法と呼び、米国に特有のものについては反トラスト法、わが国にのみ着目する場合は独占禁止法（独禁法）と呼ぶ。

今日の不当廉売規制についての各国のルールは1975年の Areeda&Turner 論文<sup>\*3</sup>の影響を受けたものになっている。

彼らは完全競争価格である短期限界費用をベースラインに不当な廉売とそれ以外とを区別する。もっとも、短期限界費用は通常観察可能ではないため、代理変数として平均可変費用を利用して、大まかに言えば次のようなルールを提唱した。

①合理的に予想される<sup>\*4</sup>平均可変費用未満<sup>\*5</sup>の価格設定であれば違法と推定される(AT基準①)、②平均可変費用以上の価格設定は適法とされる(AT基準②、以下両基準を併せてATルールと呼ぶ)。なお、平均総費用を超えた価格設定は当然に適法なものとする。

この論文は瞬く間に米国を席卷し、多くの巡回区の連邦高等裁判所がこれに依拠したもしくはこれの変種とされる基準を採用した。

平均可変費用を不当廉売規制の中核に据えるという主張の影響は米国にとどまらず、世界に広がった。多くの国で廉売の態様を原則として違法とする基準として①を受け入れることになった。もっとも、②については平均総費用(総販売原価<sup>\*6</sup>)未満であれば、追加的条件で不当な場合もあるという修整バージョンを採用する例も多い。EUにおいてもAKZO事件判決<sup>\*7</sup>及び排除型市場支配的地位濫用のガイダンス(Guidance 後述)は修整バージョンを採用した。

公取委もAT基準①に明示的に準拠した解釈を平成21年の改訂・公表された「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」と呼ぶ)や「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」(以下「排除型私的独占ガイドライン」)で採用するに至った。

### (3) 米国における有力な見解とそれへの異論—残された課題

ATルールを軸に各国のルールは次のように整理できる。

(1)平均可変費用(ないし回避可能費用以下「平均可変費用等」)未満である場合はその態様の不当性が一応認められる。(2)平均可変費用等以上の価格設定については一律合法と考える立場と一定の条件で違法となり得ることを認める立場に分かれる、(3)平均総費用以上の価格設定については一律合法とする立場が圧倒的だが、例

---

\*3Phillip Areeda & Donald F. Turner, "Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act", 88 Harv. L. Rev. 697 (1975).なお、中川・前掲注(1)25-31頁も参照。

\*4合理的に予想されると付け加えられているのは、意思決定時における経済的費用であることの確認である。

\*5同時に平均総費用未満であることも必要である。

\*6わが国での総販売原価に対応しているが、便宜上本文では総費用と呼ぶことにする。

\*7AKZO v Commission (C-62/86) [1991] E.C.R. I-3359.

外を認める見解もある。

この内、わが国で照会されることの多い、米国で主流派と目される見解は AT ルールを採用した上で、平均可変費用等未満の廉売を埋め合わせるだけの事後の市場支配力の行使の蓋然性を立証することを要求している\*8。

AT ルールにさらに埋め合わせ要件を付け加えるという考え方は\*9、不当廉売が「滅多に試みられることがなく、それ以上に滅多に成功することがない」\*10という先行判断に立つものである。すなわちかような先行判断（事前確率分布）で、偽陽性をもつ競争編多大な害というコストと疑陰性のコストを比較するなら、不当廉売規制のハードルを高めるのが妥当だという立場から採用されたものである。

周知のように、米国の反トラスト法の発展には、経済分析が大きく貢献してきた。1980年代以降、ゲーム理論に裏打ちされた新産業組織論は不当廉売に対する我々の理解を深めてくれた。また、それらの理論は法律家にもかなり広範に知られている。しかし、興味深いことに米国の反トラスト法における不当廉売ルールの展開にそれらは直接には影響していないのである。上述のように「滅多に起きない」上に、偽陽性のコストが大きいからそれを縮小するべく、規制のハードルを高くすることが法の発展の駆動力であったといえる。実のところ、わが国で米国法の展開を参照するときも、この視点が重視されていたように思われる。

このような米国の多数派の立場に対しては有力な批判が見られる。多数派の立場が普及した頃から、不当廉売の危険性はそれなりに高いのではないかという見解が説得的になってきたからである。規制緩和後の航空市場や民営化された郵便事業で、既存の市場支配的事業者が新規参入企業相手に低価格販売を行い、それを市場から退出させ、事後に高価格に戻すという事例が各国で出現した。これらの現象によって、不当廉売の現実性が高まったのみならず、平均可変費用等を基準としたので規制できない領域があるのではないかという疑問も生じた。この疑念は、ソフトウェアなどのデジタル産業のように研究開発投資や固定費用は多額だが、可変費用が極端に低い産業でも同様に抱かれるようになった。

わが国やEUの立場は、これらの批判を受け入れた立場に近いと一応は言える。しかしながら、米国の多数派の立場で不当廉売とされない事例をどのように規制すれば良いのかについての議論が十分に行われているわけではない。

さらに、そもそも総販売費用以上であっても不当廉売を規制することが得策となる場合があるとして、あらたなルールの提案も見られるようになってきた。この間

---

\*8米国の法の現状については参考資料を参照。

\*9埋め合わせ要件は当初は平均可変費用等以上の価格の場合に廉売を特定するためのスクリーニング（ないしリアリティチェック）として提案されていた。本章付論日米欧の不当廉売規制の概略(1)を参照。

\*10Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574, 589 (1986)の有名なフレーズである。

題については、わが国では検討さえ行われていない。結論として否定するのが妥当だとしても、法律家の間に費用ベースの基準を金科玉条とする傾向があり、そのような主張の論拠を考える必要もないと反応しているようである。

さて、このような残された問題の検討には経済分析が不可欠である。だが、経済学者と法学者の間に不当廉売規制について大きなコミュニケーションギャップが見られる。平均可変費用等を基礎にしたいわゆる費用ベースの基準は、法律家の間では経済的アプローチとして理解されている。しかし、不当廉売についてこの三十年間に発展してきた経済分析はこの費用ベースの考え方とは関係していない。経済学者の中には、なぜこのような基準が持ち出されるのか疑問とする向きも少なくない。

他方、法律家の間では会計費用と経済的費用との混同さえしばしば見られる。費用ベース基準も多くの場合は会計費用を分析の出発点とすることになる。そのため、いわゆる「原価割れ再販禁止法」の基準、費用ベースの基準との識別がつかず、無用の混乱も見られる。さらに、費用ベースの基準の内部においても異なったアプローチがある。

経済分析なしの不当廉売の規制はおよそ考えられないが、現状ではなぜこのような考え方がなされるのかさえ共有されていない。実は、費用ベースの基準に関してもその論拠がどのようなものか、これまで十分に考えられてきたわけではない。これらを明示することなく、費用ベースの基準に係る上述の問題点は解明できるはずもない。ここでまず、注意すべきは、費用ベースの基準は「不当廉売」を定義するものではない。一定の廉売を法的に不当とする基準に過ぎないことである。

## 2 独占禁止法解釈論との関係及び研究の射程

## (1) 解釈論の現状と課題

1 で指摘した問題群は独占禁止法の現在の解釈・運用上どのように位置づけられるのだろうか。

まず、わが国はAT基準②は受け入れられていない。しかしながら、平均総費用未滿価格での販売は、どのような場合になぜ問題があると考えられるのかについては曖昧模糊としている。ただちに問題が生じるかが如き表現をする判例もあるが、多くは追加的要件を必要と考えている。他方、その追加的要件は「排除の意図」とされるだけで、その意味内容や、なぜそれが不当性を根拠づけるのかについての議論はなされていない。

また、差別対価に関して費用基準が必要かどうかについては争いがある。わが国では不当な低価格販売は独占禁止法2条9項2号又は一般指定3項の差別対価としても規制されうる。地域や顧客によって低価格を仕掛け、競争者を排除するという差別的な戦略は不当廉売（略奪的価格設定）を成功裏に終えるための背景的事情であって、それが競争を害するメカニズム（作用機序）に違いはない。実際、不当廉売の事件の多くは差別的な価格設定の要素を多分にもつ。しかし、わが国では条文の違いもあって、この場合には総販売費用割れであることを必要条件とするか否かは争いがある。不当廉売ガイドラインでは差別対価の場合には総販売費用割れを要件と考えていないようにも見受けられる。また、排除型私的独占ガイドラインでは差別対価型不当廉売の叙述はないものの、有線ブロードネットワーク事件では費用を厳密に算定することなく差別的な廉売を排除行為とした。さらに、本章付論(3)で紹介するように、判例は高裁レベルで分かれている。いずれが妥当な立場と言えるのか。

わが国では問題を複雑にしているもう一つの事情がある。わが国の不公正な取引方法による不当廉売の申告のほとんど（独禁法違反の申告のほとんどいっても過言ではない）は酒類をはじめとする小売業やガソリンスタンド業などである。欧米では、これらが競争法上の一般的な不当廉売規制で対処される例はほとんどない。もっとも、法域によってはこれらの業者に対しては原価割れ再販禁止法（第2章補論参照）などによって対処されている。わが国では原価割れ再販禁止法タイプの対応を一般的不当廉売規制と同一視して無用の混乱を生んできたように思われる。

これらの業態では、市場支配力の形成・維持・強化（競争の実質的制限）もしくはその危険性（自由競争減殺型公正競争阻害性）が発生するような不当廉売はあまりありそうもない。その先入見から、米国の多数説と同じく「滅多に試みられることなく、それ以上に滅多に成功することがない」という認識を持つ論者も少なくない。そのためATルールに全幅の信頼を置いてしまい、平均可変費用等以上の場合の規制について注目してこなかったように思われる。逆に、わが国の不当廉売規制は「原価割れ再販禁止法」と同様に運用することを志向する議論もあり得るため、過剰規制の危険性もある。結論から言えば、わが国の標準的解釈は後者に対する安

全弁をうまく作ることに成功している。もっとも、従来明示的には議論されることがなかったが原価割れ再販禁止法のロジックが今後、社会的には受け入れられる可能性もある。この観点からの規制のあり方は本稿の射程外であるが、この問題は今後の流通規制を考える上で重要な視点となり得るものである。

## (2) 本稿の課題

上述した現行法上不明確な領域は、まさに現在の経済環境の下で不当廉売が重要な意味を持つ領域でもある。本研究では、この問題を分析するのに、廉売の不当性をいかに根拠づけるかという観点から出発する。いささか迂遠と思われるかもしれないが、不当廉売をめぐるルールが過剰規制か過小規制かを判定するにはこれなしでははじめられない。

今日一般に採用されている AT ルールのような費用ベースの基準は、正常な価格競争を誤って批難しないようにするべく、過小包摂であることを受け入れた基準である。このことは、費用ベースの基準に賛同する者の間でも異論のないところである<sup>\*11</sup>。要するに理論的には不当廉売になり得るが、費用ベースの基準では不当とされない領域があるということである。

過小包摂が問題となる領域は AT 基準かその変種かで二通り考えられる。一つは AT 基準②と、平均総費用未満を必要条件として、平均可変費用以上であっても追加条件があれば不当廉売に該当しうる基準（AT 基準②' とする）との差異に関するものである。もう一つは AT 基準②' を充たさない場合（平均総費用以上価格設定）に関するものである。

ところで、過小包摂と言うには、そもそも不当とされるべき廉売が何かを確定しないことには始まらない。それでは「理論的に不当な」廉売はいかに確定されるのだろうか。反競争効果の有無ないし消費者厚生への影響<sup>\*12</sup>だけで当否が確定できるのなら、過小包摂の問題は反競争効果についての閾値や立証水準の問題ということになる。この側面での過小包摂ないし疑陽性のコストの削減は米国ではいわゆる埋め合わせ基準<sup>\*13</sup>が担っており、ここでの過小包摂には関連しない。問題となっているのは、どのような態様の低価格販売が不当となるかという廉売の態様の問題なのである。ところで、費用ベースの基準は廉売の態様の不当性を決定するものとして提案されている。何が不当な廉売であるかをこれらが定義しているのなら過小包摂と言うことはあり得ない。費用ベースの基準は不当廉売の定義ではなく、廉売を不

---

\*11 Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations 87 (2007).

\*12 市場支配力の形成・維持・強化もしくはそのおそれと消費者厚生（消費者余剰）への弊害は軌を一にする。ただし、社会全体の厚生（社会的総余剰）との間には追加的条件が必要である。後述する同等効率説は後者の十分条件（過剰参入定理が成立しないという前提で必要）となる（必要十分条件ではない）。

\*13 埋め合わせ基準についての判例の詳細は、中川・前掲注(1) 116-122 頁参照。



当視する際に採用された考え方を実際に使用するために用いられる基準にすぎないのである。

いささか込み入った話だが、次のように整理することができる。まず、ある種の廉売行為が正常な価格競争と異なって、不当な態様のものとされる根拠の問題があり、次にそれに対応した具体的な基準の問題という2つの異なった問題が存在する。換言すれば、何を持って不当と考えるのかという問題と、それに該当するものを具体的な事例において判別するための基準作りの問題である。

何らかの費用割れはそれ自体として行為の不当性を根拠づけるわけではない。何らかの根拠から一定の費用基準が導出されるのである。第二章で見ると、廉売態様の不当性については(1)短期利潤犠牲ないし経済的不合理性という視点に(2)同等に効率的な企業への脅威という視点の2つが提出され、さらに(3)消費者厚生又は社会的効率性といった帰結主義的正当化がかかわってくる<sup>\*14</sup>。さらに、行為の不当性を根拠づける要因として廉売の意図が持ち出されることがあるが、この意図が上記の根拠とどのようにかかわるのかも問題になる。

AT ルールは短期限界費用未満での供給の異常性を強調することがその説得力の基礎となっている。廉売の態様の不当性の根拠付けは問われず、価格競争の重要性と偽陽性のコストなどから直接にルールが正当化されている。わが国でも、ルールの導出過程で廉売態様の不当性をめぐる議論はスキップされることが多かった。しかしこのような考察手法では、AT 基準②を充たさない廉売が不当になるのはいかなる場合かについての議論や、AT 基準②がどのような意味で過小包摂なのかを説明することはできない。

もっとも、このような状況は少し改善されている。わが国の両ガイドラインやEUの **Guidance**<sup>\*15</sup>は、不当とされる根拠から費用基準を導出しており、また、判例で

---

\*14公共政策の観点からは(3)が最重要なのは自明ではないかという疑問があるかもしれない。しかし、態様の不当性なしで厚生主義的な正当化を行うと、独占力への抑制を除去しようという行為の禁止が常に正当化され、過剰規制に陥る危険性がある。これを避けるには、アドホックに動学的な効率性の視点を持ち出すことが必要となる。そのような複雑かつ不透明な比較衡量を避けるべく、行為の態様が問題にされているのである。

\*15Guidance on the Commission's Enforcement Priorities In Applying Article 82 EC Treaty [now 102 TFEU] to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings ,para23-27,63-73 (Dec. 2008).

まず、para23-37は価格に基礎を置いた排除行為を取り扱っている。これは不当廉売だけでなく、リベートその他、価格がかかわる行為一般の指針として提示されている。そこでは、活発な価格競争の重要性が強調され、問題となるのは同等に効率的な競争者を排除したときだけだという視点から、原則として違法となる平均回避可能費用基準と同等に効率的な競争者を排除する必要条件としての長期平均増分

もそのような作業と軌を一にする形で廉売の不当性を根拠づけようという努力が始まっている。ただし、判例の動きは萌芽的であり、必要条件と充分条件の区別さえついてないのではと思わせるものもある。また、わが国の学説でもこの努力は限定的なものである。

具体的なルール作りは現実における管理可能性や疑陽性と疑陰性の相対的成本を考慮して策定しなければならない。それには正常な価格競争ではないと評価する根拠とそれに該当する行為のタイプとの関係を明示化しなければならない。これらは不可避免的に経済分析を必要とする。ただし、ここで経済分析と呼んでいるのは不当廉売の理論分析でしばしば持ち出される高度に理論的な洗練されたモデル以前の各種基準を評価する際のごく基本的な経済的ロジックである。わが国ではこのロジックを明示した議論は乏しい。本稿では、低価格販売の態様が不当と考えられる根拠を第2章で整理し、第3章でそれらの根拠から、どのような形で各種費用基準が正当化されるのかを解明する。これらによって、わが国のガイドラインの立場の理論的な再定位を行い、費用以上の価格での販売が不当な廉売とされうるか否かの問題などを解明する。

#### 付論 日米欧の不当廉売規制の概略

---

費用基準が持ち出されている。なお、para24 はネットワーク効果や学習効果が重要な市場での、不効率な企業を加える競争的抑制も重視してはいる。

ついで、para63-73 は略奪的価格設定（差別対価型も含む）について利潤犠牲を加味して基準を提案するという構成になっている。

(1) 米国法

連邦反トラスト法では不当廉売はシャーマン法2条の独占化とクレイトン法2条（ロビンソンパットマン法）の差別対価（プライマリーライン）で規制される。1993年の Brook 事件連邦最高裁判決<sup>\*16</sup>によればどちらの場合であっても費用ベース基準に埋め合わせ基準（廉売の不利益を埋め合わせるだけの反競争的利益を事後に獲得可能であることを立証する必要性）が適用される。

埋め合わせ基準は、例えば参入が容易な市場構造の下では不当廉売が競争を害するおそれがないのであるから、そのリアリティチェックを行うというものである。もともとは、平均総費用未滿かつ平均可変費用等以上の場合について提唱されたものである<sup>\*17</sup>が、米国の判例法では平均可変費用未滿の場合も含めて規制の前提条件としてこれが採用されている。また、市場構造等についてのリアリティチェックだったものが、違反行為を行っている期間の損失（消費者の利益）を事後の反競争的利益（消費者の損失）と比較して後者が大きいことの立証と解する立場もある。平均可変費用等未滿での行為者の損失の大きさに印象づけられた裁判所はこの立証のハードルを高く考える傾向がある。

なお、連邦最高裁は費用の基準については確定的なことは述べていない<sup>\*18</sup>。控訴裁判所では AT 基準①は明らかであるにしても、AT ルールを採用している巡回区<sup>\*19</sup>もあるものの、平均総費用未滿でかつ平均可変費用以上であっても「排除の意図」があれば不当廉売を認める巡回区もある<sup>\*20</sup>。後者のルールはわが国やEUと整合的

---

\*16 Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209, (1993)

\*17 Paul L. Joskow & Alvin K. Klevorick, A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy, 89 Yale L.J. 213 (1979).

\*18 Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. at 222 n.1. 適切な費用の尺度を下回る必要があるとはしているが、その尺度については言明を避けた。なお、それ以前に Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 at 585, n. 9 (1986) と Cargill, Inc v Monfort of Colorado, Inc, 479 US 104, 117 n.12 (1986) は、傍論ではあるが何らかの増分費用 (incremental cost) を下回ることを要請した。

\*19 Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp., 724 F.2d 227, 232 (1st Cir. 1983) (意図による正当化の否定), Irvin Indus v Goodyear Aerospace Corp, 974 F 2d 241, 245-46 (2nd Cir 1992), Stearns Airport Equipment Co. v FMC Corp, 170 F 3d 518, 532 (5th Cir 1999), A.A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc., 881 F.2d 1396, 1402-03 (7th Cir. 1989)

\*20 Spirit Airlines v Northwest Airlines, 431 F 3d 917. 937-38 (6th Cir 2005), Concord Boat Corp v Brunswick Corp, 207 F 3d 1039, 1061 (8th Cir 2000), William Inglis & Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Co., 668 F. 2d 1014, 1034-36 (9th Cir 1981), McGahee v. N. Propane Gas Co., 858 F.2d 1487, 1504-05 (11th Cir. 1988)

ではあるが、「排除の意図」の内容やその当否については争いがある<sup>\*21</sup>。

## (2)EU 競争法

EU 機能条約 102 条の市場支配的地位の濫用として規制される。

1991 年の AKZO 事件の司法裁判所判決<sup>\*22</sup>で、平均可変費用未満の価格設定の場合には濫用が推定されること及び平均総費用未満かつ平均可変費用以上の価格設定は、競争者を除去しようという計画の一部である場合には濫用となるとした。また、埋め合わせ基準が要件でない点も確認されている<sup>\*23</sup>。

なお、Deutsche Post 事件の委員会決定<sup>\*24</sup>は平均長期増分費用を基準として採用したが、濫用を推定させる基準としたのか否かをめぐって議論が生じた<sup>\*25</sup>。不当廉売ではなく、価格差別として行為が性質決定される場合については平均総費用以上であっても濫用にあたる可能性があるのではないかと見られ得る先例（Compagnie Maritime Belge 及び Irish Sugar）もあったが<sup>\*26</sup>、2012 年の Post Danmark 事件の EU 司法裁判所の決定<sup>\*27</sup>では、差別的な廉売行為においても平均総費用以上の価格設定は合法となる旨が確認されている。

---

\*21Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp., 724 F.2d 227, 232 (1st Cir. 1983) で、Breyer 判事（現最高裁判事）は排除の意図が主観的な評価につながるとして批判している。A.A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc., 881 F.2d 1396, 1402-03 (7th Cir. 1989) も参照。

\*22Case 62/86 AKZO Chemie v Commission [1991] ECR I -3359.

\*23France Telecom v Commission [2007] ECR II -107, paras 110-112 参照。なお、既に Case C-333/94 Tetra Pak International v Commission [1996] ECR I-5951Case T-340/03 はそのように判示した第一審裁判所の判決を追認していた。。

\*24Deutsche Post AG COMP/35.141, decision of March 20, 2001, [2001] OJ L125/27.

\*25なお、この事件では長期増分費用に言及しているが、実際に算定しているのは回避可能費用だと見ることもできそうである。この点について京都大学大学院法学研究科博士課程の早川雄一郎氏からご教示いただいた。そうだとすると、無用な混乱だったとみることもできる。なお、Bellamy and Child, EU Law of Competition (Vivien Rose and David Bailey ed., 7th edn., 2013), at p.796-7 n.278 を参照。

\*26Joined Cases C-395/96 P & C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge Transps. SA v. Commission, 2000 E.C.R. 1-1365 J 117-120 (E.C.J.); Case T-228/97, Irish Sugar PLC v. Commission, 1999 EC.R. 11-2969 173-193 (Ct. First Instance), affd on other grounds, C-497/99 P, 2001 E.C.R. 1-5333 (E.C.J.).

\*27Post Danmark A/S v Konkurrenceradet (C-209/10) [2012] 4 C.M.L.R. 23 (ECJ (Grand Chamber)).

102 条の排除型濫用事件についての委員会の執行方針を示す **Guidance Paper**<sup>\*28</sup>は、平均可変費用を平均回避可能費用にし、平均総費用を平均長期増分費用とした上で上記と同様の基準を設定している。

### (3) 日本法

#### i 根拠条文

不公正な取引方法の規制

#### <不当廉売>

- ・ 独占禁止法 2 条 9 項 3 号（原則違法）

正当な理由がないのに、商品又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であつて、他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあるもの

→「その供給に要する費用を著しく下回る対価」

ガイドラインによれば、可變的性質を持つ費用を下回るものであり。可變的性質を持つ費用とは、「廉売対象商品を供給しなければ発生しない費用」のことである。

ただし、あるべき基準としては

- ・ 一般指定 6 項（個別的に公正競争阻害性の立証が必要）

法第二条第九項第三号に該当する行為のほか、不当に商品又は役務を低い対価で供給し、他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあること。

「不当に低い対価」

#### <差別的廉売>

- ・ 2 条 9 項 2 号

不当に、地域又は相手方により差別的な対価をもつて、商品又は役務を継続して供給することであつて、他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあるもの

- ・ 一般指定 3 項

私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(昭和二十二年法律第五十四号。以下「法」という。) 第二条第九項第二号に該当する行為のほか、不当に、地域又は相手方により差別的な対価をもつて、商品若しくは役務を供給し、又はこれらの供給を受けること。

私的独占

- ・ 2 条 5 項

「・・・他の事業者の事業活動を排除して公共の利益に反して一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」→排除行為に該当する可能性。排除型私的独占ガイドライン→「第 2 2 商品を提供しなければ発生しない費用を下回る対価設

---

\*28Guidance on the Commission's Enforcement Priorities In Applying Article 82 EC Treaty [now 102 TFEU] to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings ,para23-27,63-73 (Dec. 2008).

定」

ii 主要な判例（本稿で言及する判旨事項のみを記す）

不当廉売

①東京と畜場事件 最判平成元年12月14日民集43巻12号2078頁

「企業努力による価格引下げ競争は、本来、競争政策が維持・促進しようとする能率競争の中核をなすものであるが、原価を著しく下回る対価で継続して商品又は役務の供給を行うことは、企業努力又は正常な競争過程を反映せず、競争事業者の事業活動を困難にさせるなど公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれが多いと見られるため、原則としてこれを禁止」するのである。

②ゆうパック不当廉売差止訴訟 東京高判平19・11・28、

「市場価格を下回る対価で役務等を供給することは、その対価が事業者の効率性によって達成したものであれば、他の事業者の効率向上を刺激するものであって競争を阻害するものではないが、供給費用を下回る対価で商品又は役務を提供すること（採算割れ販売）は、経済合理性に欠け、競争事業者を排除する競争阻害的效果を有することとなり、廉価販売としての規制が必要になるところ、商品又は役務の対価が営業原価に販売費及び一般管理費を加えた総販売原価を上回るときは、事業者の効率性によって達成した対価とみることができるのに対し、商品又は役務の対価が総販売原価を下回るときは、通常は、採算を度外視した競争阻害的な効果を有すると考えられる。この観点からすれば、一般指定6項は、市場価格を下回る対価を規制の対象とし、前段においては、『その供給に要する費用』すなわち総販売原価を著しく下回る対価での継続的供給を原則として不公正な取引とし、後段においては、役務等の供給の対価が総販売原価を下回るが、その程度が著しくない場合又は供給の態様が継続的でない場合でも、公正な競争秩序の維持という観点から不当と認められる対価での役務等の供給を不公正な取引としたものと解するのが相当である。」

差別対価

③ ザ・トーカイ事件 東京高判平成17年4月27日審決集52巻789頁 控訴棄却 審決集50巻808頁

「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から、その趣旨にかんがみれば、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争阻害性があると認められる場合があるとし、これを違法行為として禁止していることを否定することはできない。」「その方法自体の中に、不当に競争事業者の事業活動を困難にさせ、これを競争から脱落させるなど競争を減殺し、市場における公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれがある違法な性質、す

なわち公正競争阻害性が認められる行為をいうと解するのが相当である。」

「同一市場における競争事業者間の小売競争において、非効率、非能率的な事業活動を改善できない事業者が徐々に顧客を失い脱落することはやむを得ないことであるから、問題とされる事業者（行為者）の地域又は相手方により異なる価格の設定が、公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれがあるものとして、その方法自体の中に公正競争阻害性が認められるというためには、企業努力の成果としての良質廉価な商品又は役務の提供により顧客を獲得しようとする能率競争の限界を超えた価格政策により競争事業者を排除しようとしているものと認められることが必要である・・・。」

「価格差が存在することは・・・、能率競争が行われ、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のであり」「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認められない限り、他の競争事業者において、当該価格設定自体を違法、すなわち公正競争阻害性があるものと批難することはできない筋合いである。」

「能率競争の限界を超えた価格政策により競争事業者を排除しようとするべき不当な力の行使とは、既に一定の市場において大きなシェアを占め、強大な競争力を有していると認められる事業者が、その力を背景として、地域又は相手方により価格に大きな差を設ける方法によって、ねらう市場の競争事業者から顧客を奪取し、その市場の支配力を強めることにより、市場の競争を減殺しようとするなどの場合をいうものと解するのが相当である。」

#### ④日本瓦斯事件 東京高判平成17年5月31日審決集52巻818頁

「総販売原価を下回るとは認められないから、標準価格が差別価格であると言うことはできない。」「本件における被控訴人と新規顧客との間の販売価格の差は、LPガス市場に競争原理が導入され、全体として安値に移行する過程において、市場の競争状況の違い及び供給コストの差（設備投資の負担等）を反映するものと推認することができる。」「不当な差別対価とは、価格を通じた能率競争を阻害するものとして、公正競争阻害性が認められる価格をいい、当該売り手が自らと同等あるいはそれ以上に効率的な業者（競争事業者）が市場において立ち行かなくなるような価格政策をとっているか否かを基準に判断するのが相当であり、その際不当な差別対価に当たるかどうかの判断において原価割れの有無がそのようになると解される」

## 第二章 廉売の不当性を根拠づける視点

### 1 これまでの展開

#### (1) これまでの判例・学説

どのような態様の廉売が不当なものとなるのか。ある種の廉売の不当性を描写する表現は色々ある。いずれも、これは行き過ぎだという直感的なケースを捉えようとしたものである。歴史的には不当廉売は独占者がその経済力を利用して一時的に採算を度外視して低価格販売を行うものとして捉えられた。後者の点を捉えて採算の度外視（前章付論(3)②③参照）や「事業者の基本的性格の否定」<sup>\*29</sup>が持ち出されることもあった。他方、低価格競争のための努力を否定することはできないことから、「他の事業者の正常な企業努力を無効化する」<sup>\*30</sup>点や「企業努力の結果としての費用節約」<sup>\*31</sup>ではない点などが強調されることもあった。前章付論で見た近時の判例や公取委のガイドラインでは、採算の度外視・合理性や同等に効率的な事業者への脅威が廉売の不当性を根拠づける評点として採用されている。

#### (2) 原価割れオブセッション

「原価割れ」をそれ自体として何らかの不公正さの徴憑だと考える傾向はかつて見られたし、今も残っている。廉売が問題になり得る場合はと問われたときに、「異常な事態」として素朴に考えるのは「原価割れ」販売である。初学者や素人にこの質問を行えば、このような答が返ってきそうである。相当数の国で、競争法の一般的な不当廉売規制とは別枠で、小売業における「原価割れ再販 (resale below cost)」を禁止する法律<sup>\*32</sup>が制定されている。このような立法の背景にはこの素朴な感覚がある。わが国で不当廉売が取り沙汰される事例の多くは諸外国で「原価割れ再販禁止法」の適用対象となる業種<sup>\*33</sup>である。「原価割れ再販禁止法」はかえって競争制限的な効果を持つことはよく知られている。それも、単に価格競争が低迷するだけでなく、新規参入の抑止といった通常は不当廉売規制が防止すべき弊害のおそれさえある。それゆえ、「原価割れ再販禁止法」は不当廉売規制というよりも、小売業

---

\*29正田彬『全訂独占禁止法 I』353頁（日本評論社 1981年）。

\*30舟田正之「不公正な取引方法と消費者の保護」（加藤一郎・竹内昭夫編『消費者法講座第三巻』）99頁、111-112頁（日本評論社 1984年）。

\*31実方謙二『独占禁止法 第四版』373頁（有斐閣 1998年）。

\*32OECD 諸国及び米国の州法での原価割れ再販禁止法の実態と問題点については、OECD, “Resale below cost laws and regulations”, DAF/COMP (2005)43、(2006)を参照せよ。なお、編纂上は競争法の中に置かれている例もあるが、業態等適用対象を限定し、反競争効果の立証を要求しないなどの特徴は共通している。

\*33原価割れ再販禁止法は小売店を中心とするが、ガソリンスタンドを対象とする立法もあり、わが国の不当廉売申告数の大半を占める業種に対応している。

OECD, supra note (32) at 178-179.



者等における小規模事業者保護の機能を持つものと理解すべきものである。他方、「原価割れ」がそれ自体として不当なものとする「原価割れオブセッション」とでもいうべきものが存在する。

ここでいう「原価」は会計原価であり、経済的な費用を緻密に考察するものではない。競争法の基準として、素朴な「原価割れオブセッション」ではなく、何らかの観点からの正当化が必要である。(1)で見た説明は「原価割れ」それ自体を根拠とするのではなく、それを説明するために持ち出されたのである。しかしながら、上述した各種観点がどのような形で費用基準を正当化できるのかについての精密な議論は長らく存在しなかった<sup>\*34</sup>。

### (3) 差別的廉売（排除の意図）

歴史的にみると不当廉売は、新規参入者や市場の特定の事業者を狙い打ちで行うことが多いため、差別的な価格引き下げや差別的なダンピングとしてその問題を把握する傾向も見られた<sup>\*35</sup>。廉売が不当に競争者を排除して市場支配力の形成・強化につながりうるのは、それが差別的に行われる場合がほとんどである。これは不当廉売の典型と見るべきものである。

差別対価については、「原価割れ」と異なった視点から、行為の態様の不当性を問題にされることも多い。差別していることそれ自体に内在する不当性を見る立場もあったが、とりわけ一部の市場で差別的行為を行っていることに不当な「意図」を見出すというのは競争法の初期の段階から見られた<sup>\*36</sup>。日米の不当廉売規制において差別対価について特別の規定を置いているのはこの名残とみることもできる。米国では、差別的であることは関連性を持たないことは判例法上確立したが、わが国ではまだ確定していない。差別的であることが、不当な低価格販売規制に別個の取扱いを要請できるかどうかは、(1)の視点や「意図」がどのような位置づけを与え

---

\*34なお、本稿で原価と費用とを区別しているのは、原価割れというときは諸外国び「原価割れ再販禁止法」と同様に会計的原価を金科玉条とする傾向がうかがわれるからである。費用基準は会計的原価それ自体ではなく、何からの観点から正当化される経済的費用が念頭に置かれているからである。原価をめぐる混乱については三輪芳朗『独禁法の経済学』125-128頁（日本経済新聞社 1982年）の批判を参照せよ。いずれにせよ、独占禁止法の運用において立証の出発点は会計原価ということになる。それが経済的費用と乖離する場合、それを立証していくことになる（金井他・前掲注（1）303-304頁）。

\*35例えば、トラスト問題の古典的作品である John Bates Clark and John Maurice Clark, *The control of trusts*, 96-127 (1912) は、不当廉売の問題をもっぱら地域的価格引き下げの名称で取り扱っている。

\*36米国での不当廉売規制及び差別対価規制のかつての混乱についての詳細は、中川・前掲注(1)21-25頁、93-128頁参照。

られるかにかかわってくる。また、「意図」をどのように把握するのかが不当廉売全般で問題となっている。

#### (4) 現状での整理

廉売が正常な価格競争から逸脱した態様だと判断する際の視点は(1)で見たように多様である。また、(2)(3)のような揺らぎもある。だが、近時の判例及びガイドラインで採用されている内容は次の2つの視点にまとめることができる。①廉売の不合理性なり人為性に注目する視点と、②当該廉売が自己の正常な努力の反映ではないという視点である。

以下で詳述するように、①は短期利潤犠牲や経済的有意味性と呼ばれる考え方に対応しており、②は同等効率基準という考え方に对应している。この2つの観点が価格設定の態様の不当性を根拠づける際に持ち出される。なお、もっぱら排除する「意図」に依拠して不当性を根拠づけるという試みもあり得るが、「排除の意図」それ自体では主観的な動機をめぐる不毛な吟味に陥るため、何らかの観点から洗練する必要がある。そこで「排除の意図」は①と②の観点から説明を試みる際に関連する（あるいは関連しない）要素として検討することにする。

本章の2では廉売それ自体の不合理性(反競争効果なかりせば不合理であること)に不当性を見る①の考え方を説明し、3では同等効率基準と呼ばれる考え方を説明する。最後に4で両者の関係を論じるとともに、競争法規制の最終目的としての③消費者厚生ないしは効率性の観点にふれる。この観点は廉売の態様ではなく、反競争効果の問題である。しかし、近時①②の観点を無視してもっぱらこの側面のみから不当廉売規制を考える立場も米国では登場している。この立場は詳しくは第3章で検討する。

補論：原価割れ再販規制法について

(1) どのような立法か

原価割れ再販禁止法とは原価割れを規制基準とした特別の規制を総称するものである。このような規制を置いている国や地域でも、その内容は様々である。ただし、中小小売店を大規模小売店の経済力から保護することに規制の主眼があることは共通した特徴である。条文は必ずしも小売業に限定されているわけではないのに、原価割れ再販と表現されるのはそのためである<sup>\*37</sup>。いずれにせよ個別品目毎の原価割れを問題にするものであり、関連市場における排除効果が発生することが通常は想定されない行為を規制対象とするものである。また、原価割れは基本的に会計原価が念頭に置かれ、「原価」概念の修整も限定されたものとなっている例が多い。

(2) 代表的な立法例<sup>\*38</sup>

①原価割れ再販規制法の代表はフランスである。商法典442-2条が原価割れでの再販を厳格に禁止している。この禁止は1963年以来であるが、1996年のGalland法により非常に厳格な規制となった。ここでは小売店が購入する際のインボイス価格をベースに原価が算定される。単品の原価割れ販売があるからといって小売市場で略奪的価格設定の危険性があるわけではない。原価割れ再販禁止の根拠として、i 一見価格競争だが、このような競争はマーケティングの一戦略として行われているのであり、競争相手の顧客ベースの領有に過ぎないのに価格競争という誤った印象を与えたり、ii ある商品の原価割れは他の商品の引き上げによって維持されるはずであり、消費者の利益にもならないといった古典的なロスリーダー論が挙げられていた。また、iii 中小の流通業者を保護して大規模小売店の価格競争の行き過ぎを防止し、大規模小売店の購買力の濫用を間接的に防ぐことなども目的として挙げられている。なお、このような過剰な介入は結果として、価格競争の停滞による小売価格の高止まりを招いたという批判もあった。それらの批判を受けて、2005年改正で小売レベルでの競争を強化すべく、原価からリベートその他の支払を控除するようにした。

② ドイツ競争制限禁止法20条4項は事業者が中小規模の競争者に対して相対的に優越的な市場力を有する場合に、不公正な方法でそのような競争者を直接的もしくは間接的に妨害すべくその市場地位を濫用することを禁じている。その濫用として、客観的な正当化なくして、食料品を仕入原価(Einstandpreis)割れで供給すること(一文)、その他商品・役務を継続して仕入原価割れで供給すること(二文)

---

\*37OECD,supra note(32)も Resale Below Cost を表題にしているが、そこで扱われている立法等の規制対象は形式的には Resale に限定されたものとは限らない。

\*38詳細は OECD,supra note(32)を参照。ここでは、その後の展開も含めて簡単な紹介にとどめる。

を挙げている。1996年第六次改正で濫用と見なされる行為に原価割れ販売が加わったのであるが、小売業界から継続性が不明確で規制の実効性がなくなるといった批判があった。そこで、2007年改正で食料品についてこの要件を取り除いたものである。カルテル庁は仕入原価を可変費用と捉えるなど、二文の規制をできるだけ一般の不当廉売規制と整合的に解釈するように努めていた。しかし、2007年改正は中小小売業保護を志向するものであったことは明らかである。独占委員会は、この改正に対して原価割れ販売禁止はそもそもそれ自体が消費者に不利にしかならないと批判的であった。さらに、大規模小売店は購買力を行使して価格を引き下げることが可能なのであって、改正法は中小小売店保護目的にとっても有益ではないと批判している<sup>\*39</sup>。

③ 米国では州法レベルで過半数の州が原価割れ販売禁止法を有している。これは一般的な費用割れ規制の体裁のものから、ガソリンなど特定の製品等の小売に注目したものもある。これらの法の運用は州によって様々である。連邦反トラスト法と可及的に接近した運用・解釈を行う州もあれば、競争の保護よりも競争者の保護に主眼がある州もある。競争への害が要件となっている場合であっても原価割れ再販が競争者の売上減をもたらしたなら認められるという例も多い<sup>\*40</sup>。州裁判所によっては、不当廉売の規制基準へと近づける努力も見られるが、その場合であっても競争への害はかなり緩やかに認定されている<sup>\*41</sup>。特に製品や業種を限定したタイプの立法例では、不当廉売の防止ではなく大規模小売店の価格競争から小規模小売店を保護する機能が念頭に置かれているのが通例と考えられる<sup>\*42</sup>。

### (3) 日本における議論

わが国でも、原価割れ再販禁止法と同様の規制の導入が提案されたことがあった。1973年の「小売業における特定の不公正な取引方法指定案」では、仕入原価に一定

---

\*39 Monopolkommission, Weninger Staat, Mehr Wettveberb Gesundheitsmarkte und staatliche Beihilfen in der Wettbewerbsordnung .Siebzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission gemas § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB (2008) S.222-223.

\*40 Terry Calvani, Predatory Pricing and State Below-Cost Sales Statutes in the United States: An Analysis (2001).

\*41 この点については、中川・前掲注(1)163-179頁を参照。

\*42 もっとも、大規模小売店向けの差別価格を規制しないことには、小規模小売店の保護には役立たないのではないかという疑念はあろう。他方、このような立法のせいで効率的な大規模小売店がもたらす価格競争の激化が抑制されることも指摘できよう。Paul R. Zimmerman, The Competitive Impact of Hypermarket Retailers on Gasoline Prices 55 J.L. & Econ. 27 (2012)を参照。

のマージンを加えた金額未満での販売を原則として禁止するものとなっていた<sup>\*43</sup>。特殊指定であり、個別的に公正競争阻害性を問題にする形式にはなっていなかった。この指定案策定にあたっては、各国（州）の「原価割れ再販禁止法」が参考にされた<sup>\*44</sup>。Areeda&Turner 論文以前ということもあり、「原価割れオブセッション」にとらわれたものと言えよう。指定案に対して批判が相次いだのも当然であろう<sup>\*45</sup>。

それ以降、わが国において原価割れ再販禁止のための特別の規制を唱導する例は寡聞にして知らない。もっとも、わが国の不公正な取引方法の規制として不当廉売等の規制は行為主体に市場支配力が要求されていないこともあって、「原価割れ再販禁止法」と同じように解釈・運用される可能性がある。特定の品目が継続して仕入原価未満で販売されるだけで、独禁法2条9項3号に該当するなら、「原価割れ再販禁止法」と何ら変わらない。しかし、わが国では他の事業者の事業活動を困難にするという要件を関連市場における競争排除の具体的危険性の発生ととらえ、それを個別的に立証する必要があるという点から競争法上の不当廉売との連続性を担保するものとなっている。この点については第三章2補論を参照。

なお、公取委は3つの流通業に対して特にその対応方針を示している（「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21年12月18日 改正：平成23年6月23日）「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21年12月18日）「家庭用電気製品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21年12月18日 改正：平成23年6月23日）。これらは、「原価割れ再販禁止法」の亜種のような印象を与えるが、あくまでも一般的な不当廉売規制のロジックを個別業態に当てはめたものとなっている。

---

\*43公正取引委員会『独占禁止政策三十年史』376-377頁（1977年）。

\*44根岸哲「廉売の不当性」公正取引277号16頁（1973）参照。

\*45根岸・前掲注(44)は批判の代表例である。

## 2 利潤最大化からの逸脱：経済的不合理性

### (1) 意義

廉売の不当性を根拠づけるものとして、「採算の度外視」とか「事業者性」に注目する見解はかねてからあった。不当廉売ガイドラインも「採算を度外視」及び「不合理性」に注目している。「採算の度外視」といっても一時的に採算を度外視しなければならないことはしばしばありそうだし、事業者性だけでは何が問題か不明確と思われる。

しかし、これらの視点は精密化すると次のように考えることができる。

事業者が利潤最大化を企てるのは当然のことである。競争を害する不当廉売もその利潤を追求する合理的な行動を行っていることは確かである。不当廉売は、競争者を市場から排除したり、新規参入や再参入を阻止したり、ターゲットの事業者が競争的行動を抑制することを通じて自己の利益に資するという点では合理的なものなのである。しかし、このような効果がない限り当事者にとって利益にならない行為だとしたら、その行為は反競争的な効果以外の観点からは合理性を持たない行為である。採算を度外視した、事業者性に反した行為とは、このような意味で人為的なものと解することができる。

もともと、「略奪的」価格設定は、このように反競争的効果がない限りは自己の利益にならない低価格販売と考えられてきた<sup>\*46</sup>。利潤犠牲とか短期利潤犠牲という形で説明されてきたものである。この考え方は、価格競争や設備増設のように一見したところ正常な手段で他者を排除する行為を問題視する際の「人為性」を識別する基準と理解することもできる。その観点から、いわゆる「排除」の包括的概念としての、利潤犠牲基準や経済的有意味性基準の系譜の元になった考え方である<sup>\*47</sup>。

### (2) 「略奪」の長期合理性をめぐって

いわゆるシカゴ学派の略奪的廉売規制への批判は、このように定義された略奪的価格設定は、合理的戦略としては成功する可能性がないというものであった。利潤を犠牲にして低価格設定を行っても、事後にその犠牲を超えた利益を得られる見込みはほとんどないというのである。1980年代初めまでにこの批判は多くの経済学者の支持を得てきた。しかし、まさにその頃から情報の不完備性を考慮に入れた様々な理論が提唱され、合理的な戦略として略奪的価格設定が成功しうることが明らかになったのである。

短期的に損失にしかならない価格設定を行うことで、タフであること等の評判を

---

\*46代表例として, Richard Bork, *The Antitrust Paradox*, 144-159 (1978).

\*47この点についての詳細は、川濱 昇「私的独占解釈論の現状と課題」日本経済法学会年報 28号 20頁, 29-30頁 (2007) を参照。なお、利潤犠牲と経済的有意味性基準とでは評価が異なる場合があるとされているが、価格を戦略変数とする事例では両者の帰結は一致する。

獲得し、参入や再参入の可能性を減少させることが可能になり、結果として自己に有利な排除を行えるという「評判理論」や資本市場の不完全さを利用して他者の排除を効果的に行えるといった理論は法学コミュニティでも広く知られている<sup>\*48</sup>。更に、シグナルジャミング<sup>\*49</sup>、習熟効果の先占め<sup>\*50</sup>など様々な形で略奪的価格設定が可能であることの理論的説明がなされている。

これらの理論は精緻で複雑であり、一見したところ難解であることもあって抽象的な現実関連性を持たない理論と誤解されることがある。しかし、Baumol もいうように、分析の特徴は常識的な言葉に翻訳可能な内容となっている<sup>\*51</sup>。いわば Bain らの伝統的な産業組織論が直感的に説明してきた内容を精緻化したものと考えられる。

### (3) 直接適用の困難と利用の形態

さて、廉売は反競争的效果がなければ利益とはならない（廉売の不合理性と呼ぶ）低価格設定だという定義は、それをそのまま具体的基準として適用するのは困難である。反競争的な動機がないという前提で最適な対応となる水準は自明とは言い難いからである。最適な行為が特定できるならそれが分水嶺になろうが、実際にその確定は容易ではない。最適な水準を特定してそこからの逸脱を問題にせよということになると、とりわけ価格競争の場合、誤った結論をもたらす危険性は高くなりそうである。これを直ちに法的基準として適用するのは難しい。しかし、この観点に依拠して、特定の場合に不当である疑いが高い一定の領域を指摘して、法的基準を正当化することも可能である。

すなわち、およそ最適反応ではなさそうな領域が明らかであれば、それに該当することは不合理であると推認することが可能である。例えば、平均可変費用基準は

---

\*48これらの理論については、中川・前掲注(1)123-128頁、柳川隆＝川濱昇編『競争の戦略と政策』205-231頁(有斐閣 2006年)参照。他に平易な解説として、William J. Baumol, "Principles relevant to predatory pricing" in Konkurrensverket, The Pros and Cons of Low Prices, 15, 26-33 (2003) も参照。

\*49Drew Fudenberg & Jean Tirole, A "Signal Jamming" Theory of Predation, 17 RAND. J. ECON. 366 (1986).

\*50Luis M. B. Cabral and Michael H. Riordan, "The Learning Curve, Market Dominance, and Predatory Pricing", 61 Econometrica 1115 (1994) 参照。習熟効果がある場合は、それを利用した略奪行為が可能ではないかという一般的認識があったが、同時に短期限界費用を下回る価格設定が利潤最大化の観点から要請される可能性も知られていた。本論文では、利潤最大化水準を超えて短期限界費用割れを行うことにより、競争相手を退出させて反競争効果の利益を得る合理的戦略があることが証明されている。

\*51Baumol, supra note (48) at 26.

②の視点から正当化することもできるが、不当廉売ガイドラインは①の視点から説明している。すなわち、供給を停止すれば被ることのない費用さえまかなえない価格設定は、供給が直ちに自己に損失をもたらしていることを含意する。それを正当化する特別な正当化がない限り、反競争的效果がなければおよそ合理的とは言えない行為として特段の事情がない限り、①の観点から不当なものだと説明できることになる。EUのGuidanceも不当廉売について犠牲を問題としているのはこのためである。

#### (4) 略奪的価格設定の必要条件

なお、略奪的価格設定を説明する各種理論は、いずれも①の条件を満たしている。反競争的效果がなくとも自己の利益になるのなら、それは戦略的観点を出すまでもない。特定の局面（ステージ）において当該戦略をとることが利益でないにもかかわらず、それが採用されるから理論的に問題となるのである。そうでないならそれは単に市場に適合し、効率性を追求しただけであって問題となり得ないのである。

更に付け加えると、各種理論が取り上げる戦略はいずれも費用未満の価格設定であることを必要条件としてはいない。寡占的協調における懲戒手段としての廉売は費用未満でない不当廉売の代表として取り上げられ、総販売費用を超えた不当廉売としてはそれのみに注目する傾向さえ見受けられる。しかし、参入阻止やそれに類する不当廉売においても妥当するのである。後述するように費用を必要条件とする立場は、①の観点からは過小包摂となることを織り込んだ立場なのである。



### 3 近時の展開 効率性基準

#### (1) 意義

価格競争の重要性からすると、自己の企業努力を反映した低価格は許容されるべきであるという見方がある。この観点からは、自己の企業努力を反映しない低価格でもって、同等に（又はそれ以上に）効率的な事業者への脅威となる低価格を問題にすべきだという主張になる。EUの102(82)条ガイダンスは、価格設定が関連する排除戦略一般にこの観点を取り入れている<sup>\*52</sup>。これは次に見るように費用基準を正当化するための観点と言ってよい。わが国の不当廉売ガイドラインが「企業の効率性により達成された低価格」に言及し判例の一部<sup>\*53</sup>が同等に効率的な事業者に言及するのも同趣旨と考えられる。

この観点は、「同等効率的テスト」といささかミスリーディングな呼び方をされることもある。ミスリーディングというのは、排除される事業者が同等に効率的な事業者か否かを具体的に問題とする必要はないからである。そのような潜在性をもつ低価格を問題とするに過ぎないのである。

#### (2) 不効率的な競争者の存在意義

これを不当廉売のみならず、「排除行為」一般の基準とする立場もある。その代表者たる Posner は「当該状況において、被告の属する市場から同等もしくはそれ以上に効率的な競争者を排除しそうな行為」を排除行為としている<sup>\*54</sup>。この立場を支持するものは少ない。同等に効率的とは言えない事業者であっても、競争的事業者の価格設定等に制約を加えている。そのような競争者を、例えば、排他条件付取引で費用を引き上げたり、退出に追い込むことによって、市場支配力の形成・維持・強化があり得ることは自明である<sup>\*55</sup>。それゆえ、この基準はEUのガイダンスの

---

\*52Guidance, supra note (28) at para23-27,63-73 (Dec. 2008).なお、略奪的価格設定について利潤犠牲（経済的不合理性）も根拠としている点に注意されたい。

\*53日本瓦斯事件・東京高判平成17年5月31日審決集52巻818頁参照。

\*54Richard Posner, *Antitrust Law*, 194-95 (2001).

\*55ただし、「同等に効率的な事業者を排除する効果」を持つ行為が問題なのであるから、費用引き上げ戦略等もそのような効果を持つからこれに該当することになるはずだという反論は可能である。また、良く誤解されるが、この基準を価格戦略に適用した場合に、具体的に同等に効率的な事業者が排除されていることを問題とするものでは必ずしもない。

しかし、次のような場合が規制対象にならないという問題は回避できない。例えば、独占者より劣った技術しか持たない不効率的な企業が、独占者の市場支配力に対する制約となっているとせよ。劣った技術しか持たない企業に固有の投入要素があったとして、独占者がそれを囲い込むことによって、費用引上げあるいは市場からの駆逐を実現することはあり得る。この点の詳しい説明は、川濱昇・林秀弥・玉田

ように、価格にかかる排除戦略にのみ限定して提唱されている。逆に言えば、非効率的な事業者が及ぼす競争的抑制を、その者への脅威が価格戦略に関してのみ軽視することになることは否定できない。したがって、この概念は過小包摂の問題を孕んだものとなっているのである。しかしながら、価格競争で脱落していく事業者が効率性において劣っているがゆえに脱落するというレトリックは一定の説得力をもっている。また、不効率な競争者が排除されて、それにかわって効率的な事業者が供給を行うことが生産上の効率性に資することも否定できない。

---

康成・石田潤一郎・岩成博夫「競争者排除型行為に係る不公正な取引方法・私的独占について－理論的整理－」30頁（公正取引委員会競争政策センター共同研究報告書 CR-01-08 2008）<http://www.jftc.go.jp/cprc/reports/index.files/cr-0108.pdf> および川濱・前掲注(47)30頁（2007）参照。

#### 4 低価格の態様の不当性についてのまとめ

##### (1)相互関係

経済的不合理性や同等効率基準とは相互に排斥するものではない。それぞれの視点から考えられる規制範囲はかなりの程度オーバーラップする。それ以上に、同等効率基準は経済的不合理性を充たした上でその充足を考えるべきものとなっている点に注意を要する。同等効率基準をもって排除行為の一般的基準とする立場があるのに奇妙に思われるかもしれないが、同等効率基準だけでは、廉売の態様を十分に限定できない事例がある。この点は次章3で説明する。

##### (2)消費者厚生・効率性との関係

両方の考え方はともに廉売の態様の不当性を根拠づけるためのものである。これを通じて、市場支配力の形成・維持・強化（不公正な取引方法ではその具体的危険性）という反競争効果を生じさせることが違法とされるのである。このような反競争効果が生じると事後の消費者厚生や効率性は害される（もしくは害される危険性がある）。廉売の態様から反競争効果がどの程度まで推認されるかが問題となる。市場支配力を有する事業者が極端な廉売を行ったならば原則として悪影響があると考えるのか、それともその戦略の追加的なリアリティチェックが必要か否か。埋め合わせ要件とされる議論に関連する。もっとも埋め合わせ要件は、単なるリアリティチェックを超えて、今日の米国では廉売行為が消費者に与えた利益を超えた不利益があることを要求するものとなっている<sup>\*56</sup>。

ところで、廉売はそれが消費者厚生等に与える影響が悪いものであれば規制すれば良いので、それだけが基準なのではないかという主張が考えられるかもしれない。低価格の態様を問題にするのは迂遠な考察ではないか。この立場に立つと次のような結論が導かれよう。例えば、非常に強い市場支配力があり、低価格による排除を抑制しなければ事後に消費者の利益が大いに害される危険性があるという状況を想定せよ。先の立場からは、低価格の態様の不当性を問題とすることなく、大きな市場支配力を有する事業者が新規参入を抑制して、消費者の厚生を害する場合には規制を正当化できることになる。費用以上での略奪廉売の規制をもっとも強固に唱える Edlin は簡単に言えばこのような立場をとる。これは、排除行為を消費者厚生ないし効率性の観点のみから確定しようという極度に帰結主義的な立場の一例でもある。第三章4で検討する。

---

\*56第一章1(3)及び付論(1)参照。

### 第3章 費用基準とその論拠

#### 1 総説

わが国の2条9項3号は「その供給に要する費用を著しく下回る対価」であることと継続性とを廉売の態様が原則として不当性を有する基準としているが、一般指定6項では費用は明示的には言及されていない。また、差別対価でも費用は明示的には言及していない。現行不当廉売ガイドラインの考え方では、原則違法型の不当廉売は平均可変費用を基準としたものであり、一般指定6項は平均総費用を必要条件としたものと理解されている。これは、EUのAkzo判決の立場すなわちAT基準②'に対応したものであることは言うまでもない。

第2章1(2)でもふれたように、「原価割れ再販禁止法」に象徴される「原価オブセッション」からは、原価割れそれ自体が悪いということになるが、そのような立場は競争法としては支持しがたい。また、原則違法型とそうでないタイプをうまく説明することはできない。「原価オブセッション」では何が適切な費用であるかを原理的に考察する視点が得られないから当然である。それでは、AT基準での平均可変費用基準や平均総費用基準はどのように正当化されるだろうか。また、平均総費用割れを必要条件とする考え方は十分な根拠を持っているのだろうか。

第2章で検討した廉売の経済的非合理性や同等に効率的な競争者への脅威という2つの視点から、費用ベースの基準はどのように正当化されるのだろうか。以下順次検討する。

## 2 平均可変費用基準

### (1) Areeda&Turner 短期限界費用の代用品

AT ルールは、平均可変費用基準を最初に提唱したものとして著名である。米国の判例・学説ではこれをもって略奪的価格設定の必要条件と考えるものも少なくないが、原型となった AT ルールではこれは廉売の違法性を推定させる基準として提唱された<sup>\*57</sup>。

AT ルールは、違法性推定の理想的な基準としては短期限界費用を考えており、それが観察可能ではないことから、代替品として平均可変費用を基準とするものである。

短期限界費用未満の価格設定を異常に低価格であり、違法性を推定すべきだというのは一見したところ説得力がある。短期限界費用は完全競争であれば達成される価格水準であり、競争によってそこに到達するのは当然想定されるべき事態とも言える。他方、これを下回る場合には、特殊な事情がない限り自己に不利益な不効率的な供給を行っているのであって正常な競争と考える余地は乏しい。このような立論は経済学に不慣れた法律家にとってさえ、短期限界費用未満を違法視する十分な論拠と捉えられたのか、短期限界費用基準は世界中に浸透し、一部の法律家にはこれこそ経済理論に裏付けられる基準なのだと信じられていた。

### (2) 同等に効率的な企業への脅威

AT 基準への当初の批判は代理変数たる平均可変費用が短期限界費用と大きく乖離する場合があることであった。しかし、その後に Baumol によって、短期限界費用ではなく平均可変費用それ自体を直接的に正当化する議論が登場した。

固定費用が所与とされる短期において収益が可変費用を上回る限りは、利潤最大化を目指す企業は供給を行う。事業者がそのような価格設定を行っている限りは同等に効率的な企業を退出へと誘うことはない。他方、収益が可変費用未満であれば操業すること自体が当該事業者にも不利益となり、同等に効率的な事業者にとっても操業を続けることが困難になるはずである。平均可変費用が操業停止の分水嶺であるという価格理論の初歩から明らかな話である。Baumol は次のように補足する<sup>\*58</sup>。

---

\*57平均可変（回避）費用未満の価格設定は反競争効果なしには、原則として合理性を持たない行為であり、少なくとも主体が市場支配力をもつかぎり、悪影響発生の蓋然性は高い。それゆえ、埋め合わせ基準によるリアリティチェックは必要がないと考えられていた。もともとの埋め合わせ基準は平均可変費用以上の平均総費用未満の価格設定での違法性を判断するために案出されたのである。Paul L. Joskow & Alvin K. Klevorick, A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy, 89 Yale L.J. 213(1979).

\*58William J. Baumol, Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test, 39 J.L. & Econ. 49, (1996).

ここで可変費用と呼んでいるが、これは数量に応じて変化する費用という意味とするのは妥当ではない。問題は、市場に存続することそれ自体が不利益であることを意味するのであるから、市場から退出した場合に回避できる費用を収益がまかなえないことが問題となるはずである。問題とされる行為についての意思決定段階で埋没した費用を含まない、回避可能費用であれば自身の存続が割に合わないものとなるのである。この意味での平均可変費用（平均回避費用）未満の価格設定が同等に効率的な企業にとって脅威になるものとして規制すべきなのである。

### (3) 経済的有意味性

第2章2で見たように平均回避費用未満の価格設定は、廉売の経済的不合理性の観点からも根拠づけられる。この立場からは、競争相手の排除を通じた反競争的効果以外の観点では、自己の利益に反した（短期利潤を犠牲にした）価格設定が人為的な低価格として問題にされることになる。これには、反競争効果とともにそれ以外の観点からは最適性から逸脱していることを示す必要がある。ピンポイントで最適な行動を指摘できる場合は別だが、そうでない場合は当該行為が不利益であることを示す必要がある。平均回避可能費用未満であるということは、その製品・役務の供給を停止する方が自己の利益になるという水準であって、特別な理由がない限り、自己の利益に反した行動と評価されることになるのである<sup>\*59</sup>。

### (4) 可変費用か回避可能費用か

ところで、可変費用と回避可能費用との差異はどこにあるのだろうか。廉売を行う者の意思決定の段階に注目するとロジックは明瞭になる。廉売者の意思決定段階で固定費用が既に埋没費用化しているのならば前者が、意思決定段階で固定費用で埋没費用化しないものがあれば後者が妥当だということになる。意思決定段階での廉売の対象範囲に応じて決定されることになるのである。この点を敷衍しておこう。

わが国の不当廉売ガイドラインでは、「可変的性質をもつ費用」は可変費用と同じではなく、廉売対象商品を供給しなければ発生しない費用とされている。これは、回避可能費用の定義と一見同様である。これに対して、不当廉売ガイドラインでは回避可能費用は「追加的供給」について算定されるものとする<sup>\*60</sup>。ここで追加的供給とは、競争事業者の排除のために行った行為が特定された部分という意味である。ところで、何が可変的な費用か固定的な費用かは前述のように文脈に応じて異なっ

---

\*59 不当廉売ガイド注(3)は経済的合理性は概念的には回避可能費用と結びつくとしているが、これは必要十分条件という意味ではなく、ここで述べた関係を指しているものと考えられる。「概念的には」とされているのは、以下で示すような簡便な費用に実務上は頼らざるを得ないことにある。

\*60 回避費用は、供給停止により被らない費用であるから、供給停止の範囲が特定されて確定できるのであるから、どちらも回避費用と呼んでも間違いではない。

てくる。長期的には多くの費用は可変的になる。それゆえ、可変費用というのは本来は問題となっている略奪的低価格の意思決定における時間的・領域的な範囲に依存して決定されるのである。

回避可能費用はその範囲において「供給しなければ発生しない費用」という定義を適用するものである。廉売するものが、他者を困難にする戦略として行った供給量増を特定することが可能な場合には、その部分に注目して「供給しなければ発生しない費用」を算定することが可能ならそれを用いるのが適切と言うことになる。しかし、その部分を特定できない場合の便法として、「可変的性質をもつ費用」（わが国流の回避可能費用）が採用されているのである。逆に、それが特定できる場合であれば、精確な回避可能費用を利用することができる。実例を挙げて説明しよう。

北海道新聞事件（同意審決平12・2・28,審決集46巻144頁）では、新規参入者の広告集稿を困難にさせる意図の下、別刷りとして地域情報版の発刊を決定し、新規参入者の広告集稿対象と目される中小事業者を対象として大幅な割引広告料金等を設定した。その部分については損失が予測されていた。広告全体の可変費用ではなく、新規参入者を排除するために行った広告集稿のための費用が廉売の不当性を決定する上で関連性を持つのである。

#### (5) 特段の事情

ところで、これまでの叙述は、平均回避費用未満は特段の事情がない限り合理的な目的を持たず、反競争的な目的が推認されることを前提としていた。しかし、特段の事情として、反競争目的がなくとも平均回避可能費用未満の価格設定をすることが事業者の利益となる場合もあり得る。例えば、販売促進やネットワーク効果への対処など、当該製品の長期的な需要を増大させる場合がこれにあたる。さらに、学習効果がある場合には、今期の供給量の増加は次期の費用を低下させるのである。この場合、短期利益犠牲は長期的な競争促進効果によって埋め合わされているのである。

## 補論 平均回避費用未満と困難さ要件

平均回避可能費用未満であれば、同等に効率的な事業者は短期的にも退出することが利益になるのであり、特段の事情がない限り、その事業活動は困難になるはずである。平均可変費用等未満の価格の不当性の論拠はここにあるはずである。しかしながら、不当廉売ガイドラインは原則違法の類型においても事業活動を困難にすることは推定されず、個別的に立証する立場を表明している。これに対して、と畜場事件最高裁判決<sup>\*61</sup>は「原価を著しく下回る対価で継続し」た供給は「競争事業者の事業活動を困難にさせるなど公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれが多い」としており、AT基準①の考え方と整合的になっている。

これは、次のように理解できる。廉売対象が、それ自体で関連商品市場を構成するものとなっている場合は、最高裁やAT基準①のロジックが妥当する。しかしながら、わが国では小売店における単品のように、諸外国で「原価割れ再販禁止法」の対象行為と近い廉売までが、行為要件に該当するようになっている。この場合、競争者が排除される危険性があると言うには、市場で存続するのに必要な利潤機会が喪失したことが示される必要があるのである。廉売対象と関連市場とは必ずしも一致しない<sup>\*62</sup>のである。廉売行為者が市場支配力を有することを前提としている規制ではこのような齟齬は原則として生じないのである。

なお、廉売を行った事業者と異なった業態で、廉売対象商品に特化した商品を供給する事業者が存在して、それらの事業者だけが事業活動の困難化に陥るケースもわが国の不当廉売規制の射程に入る。これを「原価割れ再販禁止法」と同じく小規模な小売業者の保護に特化した規制（競争ではなく競争者を保護した規制）と批判する見解もある。もっとも、当該廉売商品が関連市場を構成し得るが、廉売当事者が範囲の経済をもって多数市場で活動した場合の一例と捉えるなら通常の不当廉売規制と整合性はある。

---

\*61最判平成元年12月14日民集43巻12号2078頁。

\*62小売段階の単品販売における価格協定の場合は、それが関連市場になる。しかし、廉売による排除が効果を持つには多種類製品を販売する小売の単品販売部門は関連市場とはなり得ない。関連市場の画定は問題となる行為がどのような作用機序で競争を害するのかに依存するのである。



### 3 平均総費用未満かつ平均回避可能費用以上

#### (1)問題の所在

平均回避可能費用以上の価格設定の場合、①供給することによって利益は上がるのだから、利潤最大化から逸脱した不合理な価格設定である可能性はあるとしても、直ちに経済的に不合理な廉売とは断言できない。平均総費用未満であることから直ちに採算を度外視したものと断じる議論が散見するが、これが誤りであることは明らかである。また、平均回避可能費用である以上、②同等に効率的な事業者が直ちに供給停止する方がましな状況に追いやられるわけでもない。

①の点は、当該廉売の不合理性が推認されないだけであって、立証の余地はあることになる。しかし、Baumolは②の観点から、同等効率説の立場から平均回避可能費用以上であるなら、脅威にはならないとする<sup>\*63</sup>。

これに対して、同等効率説の代表者であるPosnerは、長期限界費用（代用としての平均総費用）未満<sup>\*64</sup>であれば、長期限界費用が同じ水準である同等に効率的な企業を排除することがあり得るとする。研究開発費が嵩むが短期限界費用がきわめて低いソフト産業などでは、長期限界費用未満の価格設定で同等に効率的な事業者は排除されてしまう可能性は高く、この範囲内であっても不当な廉売とする余地があるものとする。そこでPosnerは、排除の意図を要件にこの領域で不当廉売となる余地を認める。BoltonやKlevorickらも、同様に長期限界費用（平均総費用）<sup>\*65</sup>未満の価格設定を問題にする余地があるとする。それでは問題の「排除の意図」はいかなるであろうか。主観的に低価格でライバルの顧客を争奪するというだけでは意味がないし、競争相手が市場から退出することを認識・認容しているだけでは不当と言えないのではないか。

---

\*63Areeda&Turnerも、短期限界費用以上の価格設定について同等に効率的な企業への影響に言及してはいる（at709-711）が、そこでの論拠は、短期限界費用が平均総費用よりも低いのは設備に余剰があることを意味するから、追加的な参入はむだであるというにとどまる。

\*64平均総費用（総販売原価）が長期限界費用の代用品となるにしても、通常それは会計原価によることになる（Posner,supra note (54) at216-217）。

\*65Patrick Bolton, Joseph F. Brodley, and Michael H. Riordan, " Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy" 88 Geo. L.J. 2239 (2000) 及び Paul L. Joskow & Alvin K. Klevorick, A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy, 89 Yale L.J. 213 (1979)を参照せよ。

## (2) 「排除の意図」の前提条件

たとえば、以下の例を考えてみよう。長期限界費用未満の価格設定が行われる場合、同等に効率的な事業者は参入したとしても費用に見合う収益を上げることができないため参入するインセンティブがなくなる。極端な例として、埋没費用が存在しており、かつ典型的なベルトラン競争が行われるような市場環境を考えよう。この場合、参入後の価格は参入費用が回収できない水準になる<sup>\*66</sup>。この場合、長期限界費用未満の価格で同等に効率的な事業者の参入を排除していると言えるのだろうか。このケースでは、当該市場構造の下で短期的に利潤最大活動をしているだけであり、経済的不合理性はない<sup>\*67</sup>。「排除の意図」には、短期的な経済的不合理性すなわち、客観的な人為性が必要なのである。

## (3) 同等に効率的な競争者は排除可能か

ところで、先の例で参入が抑止されるのは埋没費用が回収できない水準での価格設定が持続しているからである。この間も回避可能費用以上である限りは正のキャッシュフローはあることになる。長期限界費用未満の持続期間が重要であることは容易に気がつく。

ここで注目すべきものとして Elhauge の見解がある。もともと、何が可変的（回避可能）か否かはタイムスパンに応じて変動する。Baumol や Areeda はそもそも問題となる意思決定の期間においてそれを判断すべきこと指摘する。Elhauge は、略奪的価格設定の行われている期間において可変的な（回避可能な）<sup>\*68</sup>費用を見るべきであって、短期の可変性（回避可能性）に固執しないのであれば、長期限界費用（総費用）を基準として持ち出す必要はないと主張する<sup>\*69</sup>。行われた期間において可変的（回避可能）な費用をまかなえない価格設定は、同期間内は同等に効率的な事業者が操業によって利益を得ることを不可能にするのである<sup>\*70</sup>。第三章 1 (4)で見

---

\*66典型的なベルトラン均衡となるには費用関数に強い制約が必要である。その意味で非現実的な説例であり、あくまで問題点を明らかにするための学校説例である。

\*67ただし、Aaron S.Edlin,"Stopping Above-Cost Predatory Pricing", 111 Yale L.J. 941,958 (2002)は、既存事業者が費用優位性を持つ点を除いて類似の説例をもちいて、利潤最大化行動により非効率的な事業者を排除する場合であっても、なお規制の対象とすべきだとする。

\*68特定期間の供給において可変的であることと回避可能であることと同値である。

\*69Einer 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. 681,707-711 (2003).

\*70回避可能費用は上述したように本来的には排除のために行った対応に追加的に行った供給に関して判断すべきものである。いわばこれをタイムスパンに応用したものと言える (Id.at711-714) 。

たように回避可能費用は、略奪となる部分が特定可能であれば、当該部分を行わないときに負担しなくてよい費用ということだったのであるから、その自然な延長で問題となる長期的費用は回避可能費用として処理可能だというのである。

#### (4) 同等に効率的な競争者への脅威と「排除の意図」

これは、Posner らへ批判となっているのだろうか。文字通り固定費用がすべて可变的になる長期の間、廉売がつづけられてはじめて長期限界費用未満が疑わしくなるというのは悠長に過ぎないだろうか。ここで問題となっているのは、廉売が同等に効率的な事業者が市場に存続しない又（再）参入しないという意思決定を導く点にある。現に廉売が続くことは必要ではなく、長期における継続が次期のための埋没固定投資の意思決定を忌避させることである。現に観察された期間ではなく、廉売による排除の態様が競争者をして廉売者側が自己の投資回収の見込みを低減させるだけの期間継続されるであろうと認識させることが重要なのである。「排除の意図」を問題にすると、廉売者がこのように「企んでいる」と認識させるために必要なのである。上述の客観的な人為性としての「短期の経済的不合理性」が存在することは相手方がそのような意図を了解するための基盤となっているのである。

EUのAKZO 事件判決が「競争者を除去するためのプランの一部として決定されている場合」というのもこのように理解することができる。

わが国の不当廉売ガイドラインでは、この総販売原価未満<sup>\*71</sup>の場合については意図・目的、廉売の効果、市場の状況を総合的に判断するとある。これに対して排除型私的独占ガイドラインでは「当該商品の供給が長期間かつ大量に行われているなどの特段の事情が認められない限り、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ものとして排除行為となる可能性は低い」としている。両者は齟齬しているのだろうか。排除以外には合理性のない廉売でかつ、平均総費用割れを長期的にコミットするタイプの不当廉売であることを必要と考えるなら、不当廉売ガイドラインは当該廉売が悪影響を持ちうる作用機序の説明としては不十分といえなくもない。しかし、不当廉売ガイドラインが総販売費用を必要と解しているのは、同等に効率的な事業者への脅威を必要条件としていると解さざるを得ない。そう考えると、そこで挙げられた要因はこれらの基準の判断に関連性をもつものである。また、排除型私的独占ガイドラインが述べているのは長期的なコミットメントが生じることが困難であることの確認であって、特に齟齬はないものと認められる。

---

\*71継続しない回避可能費用未満も含むが、この点についての吟味は省略する。非継続といっても意思決定への影響は必要なことから、意味のある類型に思えない。

## 補論1 総費用と長期増分費用

なお、総費用を算定する際に、共通費用がかかわる場合にそれを以下に賦課するかが問題とされることがある。当該企業の効率性を反映した、同等に効率的な企業への影響という観点からは恣意的な固定費用の配分は意味がない。当該製品等にかかわる長期増分費用未満ではじめて同等に効率的な事業者への脅威が生じる<sup>\*72</sup>。スタンドアローンベースの競争者に対して不公正だという主張もあるが、複数部門を抱えて範囲の経済性をもった事業者がそれにもとづいて競争することはやはり自己の効率性を反映した行動と見るべきである。EUのGuidanceが複数部門を抱えたケースについて長期増分費用を基準とするのもこの趣旨である。個別商品について長期増分費用以上であり、複数商品の組み合わせについて平均総費用以上であるなら廉売に不当性はないということになろう。なお、長期増分費用未満であったとしても、廉売の不当性が直ちに推認できるわけではない。

ゆうパック事件東京高裁判決<sup>\*73</sup>は活動基準原価方式による共通費用を加味した総費用を「供給に要する費用」としているが、これは同等効率性説からは高すぎる水準ということになる。もっとも、高すぎる水準を超えているから違法でないとされているのであるから、わざわざ違法性の必要条件を詳細に検討する必要はなかったのであろう。本件は、スタンドアローン方式を採用しなかった点が重要なのであって、偶々管理会計上採用していた活動基準原価方式による平均総販売費用未満であれば、価格水準として問題となりうると解する必要はない。

1つの市場で独占を抱え込むことから、範囲の経済を用いて他の市場で効率的に競争してはならないという主張は妥当ではない。しかし、競争者が提供していない分野が法的に独占を容認されており、それに何らかの助成がある場合は別個に考えるべきだという議論はあり得ないではない。このような場合、範囲の経済は、法的に特殊な扱いを受けている部門での効率化に使用すべきであって、それを漏出させて他部門での競争に使用するの是不公正だという主張は考えられる。ゆうパック事件での原告はそのように考えたのかもしれない。もっとも同事件は、かかる主張に必要な事実は示されていない。

---

\*72Posner,supra note (54) at217,Bolton et al.,supra notea (65) at2271-2273.

\*73東京高判平成19年11月28日審決集54巻699頁。

## 補論2 機会費用概念についての注釈

反競争的効果の達成以外は合理性を持たない低価格を問題視することは、価格設定活動における機会費用を勘案することと同値である<sup>\*74</sup>。このことと、あるべき費用基準は経済的費用であって、機会費用が重要であるということと齟齬があるのではないかという疑問が持たれることがある。自己の効率性の発揮（同等に効率的な企業への脅威とならない）といえるか否かを確定する際の費用は経済的費用であることは、価格設定における利潤の犠牲をカウントすることを意味しない。供給に必要な投入要素について、それぞれの機会費用を勘案することを意味するだけである<sup>\*75</sup>。低価格販売による利潤喪失は、「供給に要する費用」ではないのである。

---

\*74古城誠「航空自由化と不当廉売規制」公正取引 594号 13頁(2000年)。

\*75Baumol, supra note (58) at 69-71.

#### 4 平均総費用以上の価格設定

##### (1)問題の所在

米国では航空市場の自由化後に不当廉売事例が多発した<sup>\*76</sup>。そこでの基本的なシナリオは、特定のハブにおいて支配的なシェアを占める事業者が新規参入に直面して低価格販売（及び増便）で対応し、新規参入者が撤退した後、価格を引き上げる（及び減便する）というものである。これらの現象に直面して、費用ベースの枠組みを墨守すると規制できない領域が存在するのではないかという問題が浮上した<sup>\*77</sup>。また、EUでもある種の差別的な低価格販売について費用を算定せずに廉売を問題とした例がある<sup>\*78</sup>。

第1章で触れたように、新規参入に直面した事業者<sup>\*79</sup>が低価格で対応して、新規参入を抑制した後で高価格を設定するというのは古典的な不当廉売（差別的価格引き下げ）である。この場合、参入者等が同等に効率的でなくとも競争的抑制として機能し、市場支配力の行使が制約されるため、それを取り除くべく、あえて利潤最大化水準より低い価格設定をして参入者等を市場から排除するのである。

##### (2)廉売の不当性を問わないルール設計

第2章3で確認したように同等に効率的とは言えない事業者が競争的抑制となっていることはしばしばある。また、不当廉売として合理的で成功しそうなのは非効率的な事業者をターゲットにしたときなのも確かである。特に上述した独占企業へのチャレンジャーを排除し、後に高価格を付ける古典的な事例では非効率的な事業者の競争的抑制は印象的なものである。このようなケースに注目した特殊な廉売規制ルールはかねてから提唱されていた。

---

\*76米国における航空市場の自由化の司令塔のごとき経済学者だった Kahn 教授は、「航空産業に関しては、略奪的価格設定が滅多に試みられないし、ほとんど成功しないと断じた最高裁の立場は端的に不正確である」と述べた。Alfred E.Kahn,"How to Know Airline Predatory Pricing When You See It."525 FTC: Watch 1 (December 7, 1998) (available at <http://www.antitrustinstitute.org/~antitrust/node/10017>)

\*77提案段階にとどまったが、U.S. Department of Transportation Enforcement Policy Regarding Unfair Exclusionary Conduct in the Air Transportation Industry(63 Fed. Reg. 17,919 (proposed Apr. 10, 1998))を参照。なお、Elhauge,supra note (69) 690-702 及び古城誠・前掲注(73)に解説がある。

\*78Joined Cases C-395/96 P & C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge Transps. SA v.Commission, 2000 E.C.R. 1-1365 J 117-120 (E.C.J.);Case T-228/97, Irish Sugar PLC v. Commission, 1999 EC.R. 11-2969 173-193 (Ct.First Instance), affd on other grounds, C-497/99 P, 2001 E.C.R. 1-5333 (E.C.J.).

\*79残存限界事業者の場合もある。

例えば、Baumol<sup>\*80</sup>が提唱した、新規参入に直面した支配的事業者は自由に低価格の設定を行って良いが、新規参入企業が退出した場合は、その後一定期間（5年間）は価格引上げが原則として禁止され、価格引上げの正当な理由を立証しなければならないというルールや Williamson<sup>\*81</sup>の提唱した、新規参入に対して一定期間は参入前の産出量を増加の禁止に費用ベースの基準を組み合わせたルールなどが著名である。これらは、不当な廉売それ自体を禁じるのではなく、廉売による参入阻止がもたらされるダイナミズムに注目して、略奪的廉売によって利益を獲得する一連の行為を行い難くすることで略奪的行為のインセンティブを低下させるという規制戦略<sup>\*82</sup>に出たものである。それゆえ、抑制されるかもしれない廉売行為は総費用以上のものも含む可能性がある。

シャーマン法2条（及びロビンソンパットマン法）による不当廉売の規制はあくまでも、廉売によって競争を排除することを不当とするものである。このようなルールは、問題となる排除行為を取り上げて禁止するものでなかったため、裁判所が関心を持つルールとはなり得なかった。

### (3)Edlin のルール 純然たる厚生基準？

これに対して、Edlin は次のような形で排除行為を特定するルールを提唱した。

独占的事業者が、実質的な参入に対抗して、参入費用を回収し生存可能になるのに合理的な時間を与える前に、価格引き下げを行うことは排除行為（独占化）に該当するというものである<sup>\*83</sup>。ここで、実質的な参入とは、参入前価格の20%以上低い価格でかつ市場のかなりの部分を占めるだけの規模での参入であるとされている。

Edlin は非効率的な事業者の競争的抑制も重要であることから平均総費用未満であることを要件とすべきではないと考える。また、参入阻止戦略は参入後に実現できる利潤に応じて決定されることから、参入を抑制して独占力の維持をもたらす排除を低価格の態様を問題とすることなく規制しようというものである。簡単に言うと、参入後の低価格での対抗がそれ自体として利潤最大化行動であったとしても規制しようということである。

このルールについては、実質的な参入の概念が恣意的にならざるを得ないといった批判や現実の執行困難さの問題などが指摘され、またこのようなルールが効率的な

---

\*80William J. Baumol, Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing, 89 Yale L.J. 1 (1979).

\*81Oliver E. Williamson, Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis, 87 Yale L.J. 284 (1977).

\*82このような規制戦略の問題点については、川濱昇「市場秩序法としての独禁法(3)」民商 139 卷 6 号 8-9 頁(2009)参照。

\*83Edlin, supra note (67) at 966-970.

参入のインセンティブを低下させる危険性など問題点は多々ある。

#### (4) Edlin ルールの問題点

Edlin は同等に効率的な事業者基準のみならず、廉売の合理性（利潤犠牲）も、消費者厚生観点からは必要ではないことを指摘する。このような Edlin の議論は排除行為を確定するにあたって消費者厚生や社会的総余剰基準を直接的に基準として用いることの問題点を逆説的に浮かび上がらせるものとなっている。

例えば、現に強力な市場支配力を有する企業が存在するとき、その市場支配力を抑制することは消費者厚生の改善になることは自明である。そうだとすると新規参入を抑制する行為は参入等を困難にする（排除）によって消費者厚生を害しているのであって問題となりうる。

もちろんそのような行為を一律禁止することは別の不効率性を招くことは想像に難くない。およそ「排除効果」を持つ行為を原則として問題ある行為とした上で、それが正当化事由をもつかどうかという比較衡量を行うという道筋も考えられないではない。しかし、そのようなアプローチでは介入範囲が際限なくなりかつ不明確なものとなる。そうであるがゆえに、通常は「排除行為」とは何かという問題に対し、競争プロセスへの害といった規範的な評価を入れて考察するのである。そのような行為によって、競争者の事業活動を困難にし、もって市場支配力の形成・維持・強化（消費者厚生等への弊害）があることを要件にするのである。

Edlin のルールは市場プロセスへの害といった議論に対して、強固な独占力がある以上はそれを改善するのは妥当なはずであると言う帰結主義的厚生主義の立場を貫徹した主張である。

#### (5) 強固な独占に対する特別ルールは妥当か？

確かに、市場支配力の弊害を除去するには、独占的な地位にある者にそれへ競争的抑制を加える者に対して可能な限り協力させることを義務とすれば、市場支配力の問題は緩和される。ここでは排除は正常な競争過程と言えるか否かを問わず、その効果だけで問題視されることになる<sup>\*84</sup>。消費者厚生の改善効果が大きい場合には、独占企業に何らかの特別の責任を負わすべきだという立場はあり得ないわけではない<sup>\*85</sup>。

EU 競争法において、Compagnie Maritime Belge 事件<sup>\*86</sup>と Irish Sugar 事件<sup>\*87</sup>にお

---

\*84この点については、川瀆・前掲注（82）584-588 頁参照。

\*85もっとも、Edlin 提案のような参入支援はかえって消費者厚生を害するインセンティブを生じる危険性もある。

\*86Joined Cases C-395/96 P & C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge Transps. SA v. Commission, 2000 E.C.R. I-1365 J 117-120 (E.C.J.).

\*87Case T-228/97, Irish Sugar PLC v. Commission, 1999 EC.R. II-2969 173-193 (Ct. First



いて、司法裁判所は、費用基準を考慮することなく参入への対応としての差別的価格引き下げを濫用とした。最初の事件は、合計シェアが90%を超える海運同盟が参入者に対抗して、参入者の出向日に隣接する日程の船舶について価格引き下げを実施するという古典的な **Fighting Ship** 戦略を採用し、さらに価格引き下げに伴う利潤減少に対しては同盟メンバー達で負担するというスキームであった。また、**IrishSugar** 事件では、アイルランドで90%近いシェアを有する事業者が、参入のある地域に限定して対抗的な値引を行っていたことが濫用とされた。

これらの判決から、差別的な場合には費用ベースの基準とは異なった基準が採用されるのかという疑問も持たれた。これらの事件を正当化するために、競争者排除の意図がきわめて明白であり、他の排除行為とともになされていることが指摘できる。それに加えて **Super-dominance** すなわち単に支配的であるだけでなく、独占に近い市場支配力を有する事業者は、単なる支配的事業者より高度な特別の責任を有するという議論も有力である<sup>88</sup>。そのような強力な市場支配力に対して競争的抑制がもたらす厚生改善効果は大きいのであるから、それを抑止する行為は原則として危険性があるというたと場である。もっとも、独占的企業へのアドホックな介入をもたらすため、具体的な基準としては **Edlin** がそうであるように、**Super-dominance** の判定のためには恣意的な基準を持ち出すなどしなければならない。なお、EU の2つの事案は経済的合理性（利益犠牲）の基準は充たしている可能性は高い。

#### (6) 同等に効率的な競争者への脅威は必要か？

(4)で見たように独占企業と雖も、その行為が単に排除効果を持つだけで規制すべきだという立場は首肯できない。競争プロセスを害するようなタイプの排除だけが問題なのである。したがって、非効率な事業者の競争的抑制は重要であったとしても、それが妨げられたことが問題になるには、最低限、競争プロセスを歪曲する「人為性」ある手段であることが必要である。

3で見たように、平均総費用未満の価格設定が不当廉売となるには、反競争的な効果と目的以外には合理性を持たない戦略として辻褄の合った説明が必要である。平均総販売費用以上で同じ効果を持つものがなぜ特別扱いされるのかという問題になる。

いくつかの判例にも見られる効率性にかかわる修辞は、この結論を導くための文字通りレトリックに過ぎない。

---

Instance), affd on other grounds, C-497/99 P, 2001 E.C.R. I-5333.

<sup>88</sup> このように、両事件の特殊性を説明するものとして、Opinion of Advocate General Mengozzi of May 24, 2011 in *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet* (C-209/10), para.92-95参照。第一章1付論(2)で言及した同事件のEU司法裁判所の決定は両事件の判旨には言及せず、濫用を不成立とした。

他方、独占力が強い場合には人為的に排除を行うことの弊害が大きく、排除の成功する可能性も高まる。ザ・トーカイ事件高裁判決が\*89「不当な力の行使である」差別対価に対して例外を認めているのも、この趣旨に読めなくもない。同判決はかかる「不当な力の行使」は「既に一定の市場において大きなシェアを占め、強大な競争力を有していると認められる事業者が、その力を背景として、地域又は相手方により価格に大きな差を設ける方法によって、ねらう市場の競争事業者から顧客を奪取し、その市場の支配力を強めることにより、市場の競争を減殺しようとするなどの場合」に認められるとしている。

まず、解釈問題として、差別的な低価格販売は不当廉売が排除戦略として成功する可能性の高い類型であることを示唆するだけであり、差別であることが廉売の不当性を特に高めるわけではないことは重要である。

また、新規参入や競争者が存在する領域で対抗上価格競争が行われるのはそれ自体として自然なことである。この場合、理論的には価格引き下げがナッシュ均衡の水準を下回る特殊な状況が考えられなくもない。しかし、それと正常な競争とを識別することは困難である。価格競争に関する限り、自己の効率性の発揮と言える低価格に過ぎないのであれば、それ自体を正当なものを見なす立場もそれなりに合理的なものと言える。これは、価格競争を淘汰の過程とみる見方と整合的である。このことも同等効率性のレトリックが受け入れられる要因と言えるかもしれない。このように、排除による超過利潤の獲得以外合理性をもたない低価格の内、平均総費用未満のものだけが規制されることになるのは、理論的な必然性ではない。しかし、外部からの観察の困難さや正常な価格競争を誤って批難する危険性が高いとすれば強固なセーフハーバーも正当化されるかもしれない。

EUの二判例やザ・トーカイ事件東京高裁判決の立場は、市場支配力を有する事業者が差別的な低価格設定で「狙い打ち」のように競争者を排除する場合、当該低価格が、結果として当事事業者の利潤を減少させるようなものであると識別することが容易であると考えているのかもしれない。確かに、*Compagnie Maritime Belge* 事件では低価格が当事者の利潤最大化かつどうから逸脱したものであることが明瞭であったともいえる。自己の効率性の発揮と言える低価格であれば通常は問題なしと言えるにしても、逸脱であることを明らかにできる状況があるなら規制をせよという立論も不可能ではない。

他方、「狙い打ち」が問題になるということは、相手方排除のための廉売行為の特定が可能な場合とも言える。第三章1(4)で述べたように、回避可能費用は問題となる略奪行為なかりせば負担しない費用ということになる。「狙い打ち」型の差別的な低価格販売で一目立証が容易な場合というのは、費用ベース基準の射程に収まる領域なのかもしれない。

「狙い打ち」型差別的な低価格が費用基準の充足なしに排除型私的独占とされた、有線

---

\*89東京高判平成17年4月27日審決集52巻789頁。第一章1付論(3)③事件。

ブロードネットワークス事件（公取委・勧告審決平成16年10月13日 審決集51巻518頁）はどのように評価すべきか。

この事件では業務店向け音楽放送の取引分野で72%のシェアを有する（市場支配力を有する）事業者が、唯一の有力な競争者の顧客をターゲットにした差別的な安売を用いて相手方の事業活動を困難にした点が問題となった。ターゲットとされた事業者は多数の営業所を閉鎖せざるを得なくなり、シェアも26%から20%へと激減した。この行為によって、被排除事業者の競争的な抑制を加える地位が低下させられたことは明らかである。しかし、費用に関する事実が示されておらず、これが不当な排除といえるか否かについて問題視する見解もある。本件では、競争相手に事業を売却させようとしていたという目的と「狙いうち」という行為の態様に依拠して、排除としたのだという見解がある。ザ・トーカイ事件にいう「不当な力の行使」の一例なのだろうか。

本件では無料聴取期間の延長なども問題視しており、費用割れの可能性はあったのかもしれない。本件のような市場では既存顧客の切替には加入料等以外にも転換費用がかかり、無料期間がある程度許容されるなどの要因があるため費用・対価の算定が困難な側面もある。もっとも、本件では次のような特有の事情を見るとその充足は容易に認定できたかもしれない。この審決後に提起された損害賠償請求訴訟においては、本件差別的な低価格設定の直前に、排除された事業者の従業員の3割に相当する従業員を引き抜き、その大半を関連会社に移籍させ、顧客奪取にあたらせたことが認定されている（東京地判平20・12・10,判タ1288号112頁）。そうだとすると、競争業者を排除するために行った追加的供給活動を行わなければ負担しないですんだ費用をまかなえていない事例であったのかもしれない。本件は勧告審決であるから、その段階で相手方に顕著な事実についての立証は要求されていなかったとも考えられる。

もっとも、このような排除による超過利潤の獲得以外合理性をもたない低価格の内、平均総費用未満のものだけが規制されることになるのは、理論的な必然性ではなく外部からの観察の困難さや正常な価格競争を誤って批難することの社会的コスト<sup>\*90</sup>を重視したにすぎないとするなら、例外の法理を認めろという立場もそれなり

---

\*90不当であっても廉売中の低価格は消費者の利益となることは確かである。埋め合わせ基準は当初は反競争効果のリアリティチェックに過ぎなかった（第一章付論1）。それが今日では、期間中の低価格による損失を現実に超えるだけの大きな反競争効果を示すべき基準と変容した。このような基準での比較衡量は次の2つの深刻な欠陥がある。1つは行為中の消費者の利益は、可変費用基準をとる限り不効的な水準の供給も含んでおり、事前の消費者の利益と事後の消費者の不利益は単純に比較できるものではないことである。もう一つは、埋め合わせの可能性が多く消費者に不利益を与える可能性が高いのは、実は同等に効率的でない競争者をターゲットにした廉売であるからである。同等に効率的な事業者が存在している局面というのは、それを相手にした不当廉売は多額の利潤犠牲を必要とすることを含意する。

の説得力をもつ。ここでは、まさに偽陽性のコストと疑陰性のコストを比較したルール設計が行われているのである。

---

米国のようにここで可変費用基準を採用することにより、安全マージンを取りながら埋め合わせ基準を厳格に適用することは、滅多に起きない危険な行為が現に生じることを想定される環境下で、無意味な限定を加えることになるのである。