

舟田『不公正な取引方法の研究』(近刊)

第15章 「競争対抗料金---研究ノート」

* 冒頭に書いたように、本章に掲載するものは、論文としてまとまっているわけではなく、まさに「研究ノート」にとどまる。

以前、ホームページにもアップしたものであるが、今回、全面的に見直しをした。判審決などは最新のものにアップデートしたが、最初の執筆時点（2006年）のままになっている箇所も残っており、ご容赦願いたい。

競争対抗料金の具体例として挙げた国内航空旅客運送事業のいくつかの事例では、公取の処理には揺れがあるようであり、しかも、警告どまりで、審決として正式に取り上げたものではない。これに関する研究も、それほど多くないようである。

しかし、この種の行為は今後、さらに増えることも予想され、本稿がその1つの参考資料となれば幸いである。

また、原価の算定についても、利息、利潤、租税、内部補助などに簡単に検討しており、これらも従来あまり議論がなかった点である。まだ十分考えを煮詰めたものになっていないが、これらについて若干の試論を提示してみた。

一. はじめに

(1) 競争対抗料金の意味

以下は、表題についての私の研究中のメモ程度のものであり、これに各種資料を付けて、この問題について若干の概観が可能になるように整理したものである。

ここで、「競争対抗料金」とは、広義では、競争事業者の低価格に対抗して値下げすること一般を指すのであろうが、本稿では、競争緩和ないし撤廃が進みつつある中での極めて今日的な課題として、既存の独占的事業者が、新規参入者による低料金に対抗して設定する料金を主として指すことにする。既存の独占的事業者としては、ここでは主として、一般電気事業者、東西NTT、および航空会社JAL, ANAの2社などを念頭に置く。

なお、以下では、公益事業（一般顧客をユーザーとする運輸事業を含む）に係わる企業の例を出すことが多いが、公益事業会社か否かは、特別の事業規制があることは別として、独禁法上は、実際上はともかくとして理論的には関係ない。要するに、ある市場で市場支配的地位または有力な地位にある事業者が、一部で新規参入者の価格に対抗して、多くの場合は差別的な価格を設定することは、独占禁止法上、どのように評価されるべきか、という問題である（なお実際上、多くの場合は、商品ではなく役務にかかわるので、以下では「料金」と呼ぶ）。

公取委が扱った競争対抗料金の事例、あるいはこれに近い事例として、後述（二.1.）の国内航空旅客運送事業の事例や、乗合バス事業の事例¹などを挙げるができるであろう。欧米でも、アメリカン航空事件²、ドイツポスト事件³など、これに類似する事件について、多くの議論がなされているようである。

この他、電気通信産業における専用サービス等や電力産業における自由化された顧客と

の取引などにおいては、料金規制が撤廃されており、相対取引が広範に行われているが、これらのサービスに関し、既存事業者が新規参入者に対抗して、顧客を奪われる場合に限り料金引き下げを行っても、電気通信事業法・電力事業法、あるいは独占禁止法に違反することはないか、という疑問が提示されることがある。

(2) 広義の競争対抗料金

上記の意味での狭義の競争対抗価格より広く、競争事業者の低価格に対抗して値下げする事例には、多様な形態があり得る。たとえば、中小企業の2社が互いに対抗し、値下げを続けることもしばしば見られる。例えば、酒類小売業者2社間の対抗的不当廉売に対し、公取が警告を行った例がある。

この場合に、当該競争者の価格が不当廉売として違法なら、それへの対抗価格は正当化されるかという問題が論じられたことがある。これは民法における自救行為は違法性を阻却するかと同様ないし類似する問題であり、独禁法上も、違法行為への対抗価格であってもそれだけで違法性が阻却されるものではなく、当該違法行為を止めるよう申し入れても効果がなく、公取委も事件として取り上げないとか、対抗措置を採らないと急速に顧客を奪われる危険性が高く、それ以外のより穏当な手段がない等の場合にのみ認められるものであろう⁴。

また、別の競争対抗価格の事例として、日米構造協議において、米国から米国企業（売手）が日本に参入しようと買手に取引を申し入れても、当該買手に対し日本の企業が競争対抗価格でオファーして取引開始を妨害されてしまう、というクレームがあり、これに対応して、公取委・流通・取引慣行ガイドラインに「対抗的価格設定」の問題として興味深い記述がなされている⁵。

ともあれ、これらは、いずれも本稿で扱っている競争対抗料金のケースとは異なる。

さらに、競争上の対抗という概念は、米国の反トラスト法(ロビンソン・パットマン法)において、「競争対応の抗弁」meeting competition defence として規定されている(クレイトン法2条b項)⁶。しかし、同法自体がかなり問題の多いものようであり、日本法の研究において参考になるかどうかは疑わしいので、ここでの検討からは省くことにする(ただし、前注5 挙げた研究において詳しく検討されているように、同法についての批判的検討には興味深いものがある)。

また、ドイツの競争制限禁止法においては、全体としての均衡(包括的な利益考量)があれば、競争者への対抗価格は正当化されると説かれている⁷。しかし、これはドイツ特有の利益考量論であり、競争理論とは無縁である等々の批判もなされており、これも日本の独禁法の参考になるかは疑問である⁸。

(3) 本稿の検討対象

以下では、前述のように、公益事業等における既存の独占的事業者が、新規参入者による低料金に対抗して設定する料金に関する独占禁止法上の問題、特に差別対価・不当廉売等の規制との関係について検討することにする。

わが国では近年、前述の国内航空の事例が起こってからにわかに注目を集め出した論点であるが、これをテーマとした研究はまだ現れていないようであり、本稿の意義はこれについて関連する素材や議論を整理し、いくつかの論点を提示することにあると考えられる。

ただし、当初は上記のように「競争対抗料金」について検討するつもりであったが、これは必然的に、差別対価・不当廉売の一般的な検討を要することになり、叙述もかなり広範な論点に及ぶこととなったことをお断りしておく。

以下では、航空旅客運送事業において、多くの議論を惹起した事例が続いているので、まずこれを検討素材として整理してみることとしよう。

さらに、多くの事例では、ノーマルな運賃ないし料金ではなく、それを基準とした割引料金について問題になること、その場合、ノーマルな料金と割引料金の違いは「不当な差別対価」に当たるかという点をクリアしなければならない、ということも考慮し、電気通信事業における割引料金をめぐる過去の事例を並べてみる。

二．差別対価の公正競争阻害性

1．国内航空旅客運送事業における差別対価の事例

(1) 平成 11 年カイマーク・エアドゥに対する対抗値下げ事案

航空旅客運送事業における差別対価の最初の事例は、平成 11 年、スカイマーク・エアドゥに対する JAL・ANA の対抗値下げ事案である。これについて、公取委は何らの措置もとらなかったが、多くの議論がなされた。

これにつき、公取委「国内航空旅客運送事業分野における競争政策上の課題について（公益事業分野における規制緩和と競争政策・中間報告）」（平成 12 年 2 月 15 日）は、以下のように記述している（下線は舟田による）。

「第 4 国内航空旅客運送事業における競争制限行為等とその防止

1 国内航空旅客運送事業分野においては、とりわけ、大手航空会社による新規参入者に対する競争制限的な行為が行われることのないよう注視していく必要があると考えられる。

この点について、公正取引委員会は、平成 11 年 12 月 14 日に公表した「国内定期航空旅客運送事業分野における大手 3 社と新規 2 社の競争の状況等について」において、次のような行為が独占禁止法上問題になるとしている。

○ 大手航空会社による対抗的な割引運賃

大手航空会社が、ある路線の供給に要する費用を下回る運賃で運送サービスを提供し、新規 2 社の事業活動を排除することや、当該路線の供給に要する費用を著しく下回る運賃で運送サービスを提供し、新規 2 社の事業活動を困難にさせる行為。」

(2) 平成 14 年スカイネット (SNA) , スカイマークに対する対抗値下げ事案

第 2 は、公取委警告（平成 14 年 9 月 30 日公表）として取り上げられた事案である

(<http://www.jftc.go.jp/pressrelease/02.september/02093003.pdf>)。

本件で、新規参入者であるスカイネット (SNA) , スカイマークに対し、JAL と ANA (JAL に近く吸収統合される JAS も挙げられているが省略) は対抗値下げを行った。これに対し、公取委は、上の事例で何らの措置もとらなかったことで批判を受けた等が背景にあって、JAL と ANA に対し自主的な改善措置を求め、両社は値下げ前の料金に戻した。

しかし、警告であることもあり、コスト割れ等の詳しい事情はここには出ていない。

なお、ここでは不当廉売、差別対価ではなく、私的独占となっていることに注意すべきである。

この公取委警告の全文を以下に掲げる。

「1(1) 公正取引委員会は、東京－九州間の国内航空路線に関し新規参入者が運航している東京－宮崎・鹿児島・福岡路線の大手航空3社（日本航空株式会社及び株式会社日本エアシステム〔平成14年10月から持株会社の設立により事業統合。以下「JAL及びJAS」という。〕並びに全日本空輸株式会社〔以下「ANA」という。〕）の運賃設定について、独占禁止法の規定に違反する疑いがあるとして審査を行ってきたところ、大手航空3社は、特定便割引運賃として、新規参入者の設定している割引運賃等と同等又はこれを下回る運賃を設定している事実が認められた。

また、当該特定便割引運賃は、新規参入者と競合がある路線の割引の程度が大きく、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、さらに、東京－宮崎・鹿児島路線のみを対象としたマイレージの優遇を行うなどの事実が認められた。

(2) これらの運賃設定行為は、大手航空3社の市場における地位・状況、総合的事業能力、当該運賃水準、新規参入者に及ぼす影響等からみて独占禁止法第3条（私的独占の禁止）の規定に違反するおそれがある。

2 当委員会は、大手航空3社に対し、上記のとおり独占禁止法の規定に違反するおそれがある旨の問題点の指摘を行い、自主的な改善措置を採ることを求めたところである。

3(1) これに対し、JAL及びJASは、平成14年12月からの当該3路線の特定便割引運賃について引上げを決定し、本日その旨の発表を行った。

（注）ANAは、平成14年9月26日に同趣旨の発表を行った。」⁹

（3）平成20年の対抗割引運賃事案

その後、つい最近（平成20年6月12日）、同様の事件が起きたが、今回は公取委は、「独占禁止法に違反するものとは認められなかった」として審査を打ち切った。

本件では、JAL及びANA二社が、「羽田－札幌」、「羽田－福岡」及び「羽田－那覇」の3路線（以下「3路線」という。）において、新規参入者の運航便の時間帯に近接する時間帯の運航便について、平成19年度以降、新規参入者の運航便の時間帯に近接する時間帯の運航便を中心に、他の時間帯の運航便の運賃より安い運賃を設定したという行為に係るものである。

ここでは、これら大手航空2社の運賃の設定状況が、競争の激化を反映して、各種の割引運賃等を設定していることが考慮されたようにも推測される。すなわち、2社は、3路線における運航便の1日前割引運賃及び7日前割引運賃について、各運航便の利用実績等に応じて、時間帯により異なる運賃設定を行っている。

具体的な対抗料金の実態については、大手航空2社は、「羽田－福岡」の路線について、新規参入者が割引運賃を変更したことに対応して、本年6月搭乗分の1日前割引運賃及び7日前割引運賃を変更し、この結果、大手航空2社の当該割引運賃は、当該新規参入者の1日前割引運賃及び7日前割引運賃を一部下回り、2日前割引運賃及び8日前割引運賃を上回るものとなっている。

これについて、公取委の報道発表によれば、「当委員会は、大手航空2社の運賃の設定状況、費用、新規参入者への影響等について審査したところ、現時点においては、大手航空2社の設定する3路線における運航便の割引運賃は、その供給に要する費用を著しく下

回るもの、不当に低いもの又は不当に差別的なものとは認められ」ないとした¹⁰。

(4) 独占禁止法研究会報告（平成 15 年 10 月 28 日）

公取委・独占禁止法研究会の報告（平成 15 年）¹¹の第二部は、「独占・寡占規制の見直し」と題し、「新たに競争が導入された公益事業分野においては、既存事業者が不可欠施設等を専有していることに起因して、競争原理が有効に機能しないという問題が指摘されている」という問題意識の下、新たな立法の提案をしたものである。

これに対しては、多くの批判があり、また産業界からも反対が強く、この部分は法改正には結びつかなかったという経緯がある。

この点はともかくとし、ここで「不可欠施設等」と呼ばれているものに、航空分野の空港発着枠、その他の空港施設が挙げられ、以下のように述べられている。

同報告、第 2、3（2）

「不可欠施設等の利用権を国その他の公的主体により排他的に割り当てられている複数の事業者による同調的な参入阻止行為

不可欠施設等の利用権を国その他の公的主体により排他的に割り当てられている複数の事業者が、公正かつ自由な競争の範囲を逸脱して（例えば、特定の競争者等のみをねらい撃ちするケース）、同調的に、部分対抗値下げや、有用な施設・情報等の利用拒否等の参入阻止行為を行い、その累積効果により、当該競争者等の事業活動を困難にするおそれが生じること。」

同報告、第 2、4（2）

これらの場合、「通謀がないため、個々の参入阻止行為について、競争の実質的制限の有無を判断することになり、個々の行為が競争の実質的制限をもたらすものでなければ、私的独占の禁止規定による対応は困難である(注 15)ことから、現行法での対応が極めて困難であった。

しかし、例えば、競争者等が事業を行う上で有用な施設等の利用について同調的に拒否する行為(注 16)や特定の競争者等をねらい撃ちした同調的な部分的対抗値下げ(注 17)といった行為は、良質廉価な商品や役務を提供するといった公正かつ自由な競争の範囲内の行為とは異なり、特定の競争者等をねらい撃ちした参入阻止行為であって、単独でも反競争性が極めて強い。他方で、同調的な参入阻止行為については、それぞれの行為が、同様の手法により時期的に同じくして行われれば、それらの累積効果によって、一体として、当該競争者等の事業活動を困難(18)にするおそれが生じる場合がある。」

(注 15) 単独の排除行為により競争の実質的制限が生じる場合は、私的独占による対応が可能となる。

(注 16) 例えば、空港において、空港受付カウンターを持っている複数の航空事業者が、通謀を行わず並行して、特定の競争者等に対してのみ、カウンターの貸与を拒否すること。

(注 17) 例えば、ある航空路線において相当の割合の発着枠を占める複数の既存事業者が、通謀を行わず並行して、特定の競争者等に対抗して、その事業者が新規参入を行った路線に時間的に近い便に対してのみ値下げを行うこと。

(18) 例えば、ある既存事業者が特定の競争者等に対して対抗値下げを行った時、それ自体

は、排除効果をもちえないので「排除」とはいえず、私的独占の禁止規定を適用することは困難であるが、当該競争者等の便は既存事業者と近接した時間帯にある場合には、複数の既存事業者の同様の行為が累積されると、当該競争者等の事業活動が困難になるおそれが生じると考えられる。ただし、専ら競争者等の帰責事由によるものであるときまでは含まない。

2. 電気通信事業における割引料金をめぐる紛争

(1) 料金規制の緩和

電気通信事業法において、エンド・ユーザー(利用者)に対する料金規制は、自由化の下でも認可制がとられていたが、1996年から次第に事前届出制に移行し、1998年から原則として事前届出となった(ただし、役款を作成し、それに従って提供するという義務は残っていた)。

しかし、この事前届出制の下においても、「特定の者に対し不当な差別的取扱いをするものであるとき」、及び、「他の電気通信事業者との間に不当な競争を引き起こすものであり、その他社会的経済的事情に照らして著しく不当であるため、利用者の利益を阻害するものであるとき」には、料金変更命令が出されることになっていた(31条1項、2項2・3号)。

なお、現行の電気通信事業法は、2003年(平成15年)法改正によって、料金・契約約款の事前届出制を原則廃止し、サービス提供を原則自由化したので、事後的に、上記の旧規定による不当な差別的取扱いや、不当な競争を引き起こすものに対し、業務改善命令が下されることになっている(同法29条1項2号、5号等)。また、基礎的電気通信役務(同法7条、19条)、指定電気通信役務(20条)、特定電気通信役務(21条)については、個別により詳細な料金規制が定められている¹²。

上記のような規定の変化はあるが、現行の電気通信事業法においても、以前と同様の要件が定められており、これに違反する料金に対しては、業務改善命令が下される仕組みであることには変わりがない。ただし、その後の競争状況の変化は著しく、特に、サービス区分によらない料金体系(バンドル型料金)が多様に出現している。

前記のように、1998年(平成10年)改正によって、料金規制は事前の認可制から、このような事後規制に変わったことによって、以下のような紛争事例が表面化し、多くの議論がなされた。

(2) ドコモのファミリー割引(平成11年)

1998年(平成10年)11月、NTTドコモ(エヌ・ティ・ティ移動通信網株式会社とそのグループ8社)が、家族等(同一名義の契約者)が携帯電話とPHSを複数契約する場合、以下の割引を行うという料金の届出を行った(通称、「ファミリー割引」。12月1日より実施)。

主回線(携帯電話、1台目)につき基本料の5%割引+長期契約割引

副回線(携帯電話又はPHS、2台目以降)につき基本料の15%割引

これに対し、競争事業者が、同法31条2項に違反するとして、料金の変更を命ずること

を求める意見を申し出た。

総務大臣は翌年、料金変更命令を下した。その理由は、当該料金は、主回線及び副回線の基本料をそれぞれ5%及び15%割引くものであるが、副回線の割引率は、長期契約割引相当分を含むものとしているにもかかわらず、契約期間によらず一律に割引くことには合理性がないことから、当該複数回線複合割引の利用者に対し不当な差別的取扱いをする、ということである。

これは、長期契約割引相当分についてのみ違法とするものであったことから、競争事業者は、公取委に独占禁止法違反であるとして申告（45条の措置請求）をしたが、公取委は2002年6月4日、「現時点で独占禁止法上問題なし」との回答を出した。

真の争点は、当該割引が不当な差別対価、結局は不当廉売に当たるかどうかという点であった。当時の割引料金についての行政上の判断基準は、「ネット・レヴェニュー・テスト」と呼ばれるものであり、増分収入と増分費用のネット・レベニューの検証と平均収入と平均費用の収支予測で一定期間内に黒字化可能であるか否かを検証するものであった。この基準をクリアすれば、当該割引によって割引を受けない他の利用者には損失を与えない、というによる正当化がなされるという考え方であった。

従来の総括原価主義＝公正報酬率規制においては、将来の5年間の収支予測を基にして判断されていたが、ここでは、当該割引サービスに限って、現在及び近い将来の原価に照らし合わせて判断するという特色がある。これによれば、当該割引サービスによって、増分収入が大きくなれば、黒字化が容易に証明されることになる。

私は当時、不当廉売だけではなく、不当な差別対価かどうかも問題であり、市場の競争の中でやむを得ない、あるいは合理的な手段か、それとも、他者を市場から排除しようとする攻撃的で、しかもドコモの有力さをテコにして他者にうち勝とうとするものか、が問われていると考えていた。

ここでは、そもそもPHSと携帯とが同一の商品であるか否か、将来PHS事業が単独の事業として成り立たないものであるか否か、等々の問題もあるが、PHSと携帯が同一の商品と見るべきであり、かつPHS事業を衰退サービスとして特別視すべきでないとするれば、不当な差別対価かどうかは、第一に、ドコモがNTTから人、物、金といったリソースを引き継いでいるという構造的格差の問題、第二に、当時のドコモの57%というシェアからくる市場支配力の問題、そして第三に、PHSと携帯電話を1社で提供可能というドコモの優位性、をどう評価するかによって判断されるべきものと考えられる。

不当な差別対価ではないとされた理由には、NTTからの分社後、シェア競争のなかでドコモは50%を割った時期もあり、現時点では競争の結果として57%になっていると見られることから、競争が活発に行われている（ドコモの市場支配力はない、あるいは極めて弱い）ということがあったように思われる。

補注：この事案については、執筆後、以下の研究業績において触れられていることを知った。

西村暢史「情報通信領域における電気通信事業法・NTT法と独占禁止法」

<http://www.officepolaris.co.jp/icp/2006paper/2006009.pdf>

24 頁以下（2006 年）

土佐和生「電気通信事業における料金設定問題について」公正取引 583 号 24 頁（1999 年）

（3）第一種電気通信事業者 5 社による料金割引（平成 12 年）

2000 年、東西 NTT、NTT コミュニケーション、KDDI、JT の第一種電気通信事業者 5 社は、二種事業者向けの割引サービスの割引率を据え置いたまま、一般ユーザー向けにこれまでの割引率を上回る内容のサービスの新設等を行った。これらは、回線群を単位として通話料を最大で 30% 割り引くものであるが、本サービスは、異名義による回線群に対して割引を認めていないため、第二種電気通信事業者による再販が禁じられていた。

二種事業者は、月額 30 万円以上支払う一般ユーザーには割引率が 30% であるのに対し、月額数億円以上支払う二種事業者に対する割引率が 25% に留まっているのは、割引制度としての合理性がなく、二種事業者を不当に差別するものであると主張した。

これにつき、電気通信審議会は、概要以下の答申をした（2000 年 12 月 22 日）。すなわち、第二種電気通信事業者に対し不当な差別的取扱いをし、かつ、不当な競争を引き起こしているものであることから、法第 31 条第 2 項第 2 号及び第 3 号の規定に該当するものと認められる。したがって、5 社が、一般ユーザー向けの割引サービスと同等以上の提供条件による二種事業者向け異名義割引サービスを提供することを旨とする料金の変更を命ずることを適当とする。

これをうけて、総務大臣から料金変更命令が発出された。この背景には、翌 2001 年（平成 13 年）からは、キャリアーズ・レートの制度が始まり、本件はその準備の最中の出来事であることから、特に二種事業者が強く反発したという経緯がある。

（4）マイラインプラスとフレッツ・サービスのセット割引（平成 13 年）

2001 年（平成 13 年）、NTT 東西は、両社が提供するマイラインプラスとフレッツ・サービスのセット割引につき、DSL サービスを提供しているイー・アクセス等の競争事業者から電気事業法 31 条 2 項 2・3 号に該当し違法であるの意見が提示された。

フレッツ・サービスは NTT 東西の DSL サービスであり、平成 13 年当時、両者のシェアは 7 月末・8 月末は 65%、9 月末 60%、10 月末で 50.5% と低下傾向にあった。

本件セット割引に関し、総務省は、以下の報道発表をしている（平成 13 年 11 月 5 日）。

「当該セット割引に際し、独占的な分野から内部相互補助が行われているということは、現時点で入手可能なデータからは検証されなかった。したがって、当該セット割引については、現時点では料金変更命令の対象となるものではないものの、公正な競争を阻害するものであるかどうか引き続き注視し調査していく必要のあるものと考えている。このため、総務省としては、NTT 東西に対し、今後 4 年間にわたり、フレッツ ISDN 及びフレッツ ADSL サービスの提供に係る収支状況並びに当該セット割引利用者数を前者については毎事業年度経過後 6 ヶ月以内に、後者については四半期ごとに、総務省に報告することを求めることとした。」

この結論は、違反かどうか明確ではない、いわばグレーであるので、今後報告を求めるということである。

当時既に、電気通信事業競争ガイドライン（原案）が公表されていたが、そこで、セット販売を不当廉売の観点からのみ記述していることについては、セット販売による割引を価格競争の現れであると評価していることによると説明されている。

現行の同ガイドライン（Ⅱ、第3の3（2））でも、「セット提供に係る行為」として、以下のように記述されている。

「ア 独占禁止法上問題となる行為

市場において相対的に高いシェアを有する電気通信事業者が行う以下の行為は、独占禁止法上問題となる。

○ 自己の電気通信役務と併せて自己又は自己の関係事業者の商品・サービスの提供を受けると当該他の商品の価格・サービスの料金が割安となる方法でセット提供する場合において、その提供に要する費用を著しく下回る水準に料金を設定することにより、競争関係にある他の商品・サービスの事業者の事業活動を困難にさせること（私的独占、不当廉売等）。」

3. 略奪的ダンピング型と「タテの力の濫用」型

（1）競争対抗料金と差別対価

競争対抗料金は、通常、新規参入が行われる市場ないし個々のサービスや顧客だけをターゲットとして設定される。例えば、新規参入は当初は特定の地域・路線だけで始められる場合が多いので、既存事業者が当該地域・路線に限定した競争対抗料金を設定する場合、地域間の差別対価という形態となる。

あるいは、航空産業における新規参入は、特定区間だけに限り、しかも、1日のうち僅か数便しか提供できないので、既存事業者としては、当該数便の前後の便だけ低料金とするという、サービス間の差別対価という形態をとれば十分対抗できることになる。

これらの行為形態は、独禁法上の違法類型としては、不公正な取引方法の中の「差別対価」（一般指定3項）に当たる。なお、競争対抗料金は、場合によって同時に、私的独占や不当な取引制限、あるいは不公正な取引方法の「不当廉売」（一般指定6項）に当たることもあり得ることはいうまでもない。

（2）差別対価の反競争性

差別対価の独禁法上の悪性（＝反競争性）は、差別すること自体にあるではない。

第一に、その悪性は、競争事業者と直接競合する場合にのみ、原価を無視した低い料金を設定して、競争事業者を市場から排除しようとすることにあり、これは伝統的に「略奪的ダンピング」（又は「差別的ダンピング」）と呼ばれている類型に当たる。

第二に、上の略奪的ダンピングは競争を実質的に制限することにつながり、私的独占にも当たることが通常であろうが、そこまでの強い反競争的効果はなくとも、当該市場における競争を減少させる、いわゆる「競争減殺」をもたらすおそれがあると認められる場合には、公正競争阻害性があるとして、「不当な差別対価」に当たる。

第三に、これらとは観点を変えて、既存事業者が競争事業者と直接競合していない非競争市場（ないしその一部）における不当高価格などの取引条件の押しつけも、不公正な取引方法に当たる可能性がある¹³。

差別対価の独禁法上の悪性・反競争性としては、上の第一から第三のすべてにつき、「競

争基盤の侵害」(典型的には優越的地位の濫用)の性格もあると捉えることができる。第一、第二の場合は、競争事業者に対する、ヨコの力の濫用であり、第三の場合は、取引の相手方に対する、タテの力の濫用であると整理できる。なお、この理は、差別対価だけでなく、独禁法2条9項1号の「差別的取扱い」に基づく一般指定のすべてに、すなわち一般指定3号だけでなく、同1号・4号についても当てはまる。以上のような理論的整理の根拠については、私はこれまで繰り返し論じてきたので、ここでは詳論は割愛する(本書、第1章以降の各所を参照)。

これに対し、公取委の実務や学説の多くは、差別対価の独禁法上の悪性として第一と第二だけを挙げ、第三は優越的地位の濫用の問題とするものがある。この整理でも、第三に着目した場合は一般指定14項を適用することを否定するものではないようであり、この点で対立があるわけではない。

(3) 略奪的ダンピング型の不当性(不当廉売規制との異同)

そこで以下では、上の第一と第二の点(略奪的ダンピング型)につき競争減殺・競争制限という観点から検討する。

この略奪的ダンピング型の差別対価につき、「この場合も不当廉売と同じ基準が採用されるべきだ」とする説がある¹⁴。これは、地理的市場の例で言えば、全国市場(=A市場)の中で、ある地域だけで新規参入した事業者がいる場合の当該地域市場(B市場)における不当廉売だけを規制すれば足りるという考えであろう。

これと同様の立場からであろうか、公正取引委員会・経済産業省「電力適正取引ガイドライン」(最新版は、平成18年12月21日改定)第二部I、2(1)イ①「新規参入者への対抗」では、不当廉売についてだけ問題にしているようであり、差別料金については挙げられているが、それ固有の違反があり得るとは考えられていないようである。

しかし、差別対価による「公正な競争を阻害するおそれ」は、不当廉売のそれと異なるものと考えるべきである。

差別対価による公正競争阻害性は、複数市場(A市場・B市場)で事業展開している行為者が、当該差別料金によって当該市場(B市場)だけで競争しようとしている競争事業者の顧客を直接的に奪おうとする形態にある(ドイツの競争制限禁止法における「妨害濫用」は、企業努力による顧客の争奪ではなく、競争者の顧客を直接的に奪うことを濫用と評価するものである)。ただし、差別対価には、上記の複数市場の事例だけでなく、1つの市場の中で、例えば競争事業者に奪われそうな顧客に対してだけ低い価格をつける場合などがあることに注意が必要である。

差別対価の不当性は、複数市場や異なる顧客について、異なる料金を設定し、それは後述のような両市場の競争価格に受動的に合わせるのではなく、新規参入者と競合しているB市場から積極的・攻撃的に新規参入者を追い出すための料金システムの構成に問題があるとするものである。

ただし、具体的に、受動的か積極的・攻撃的かを区別することが實際上可能か、などの立証上の問題はあある。しかし、行為者の料金設定を静的に見るのではなく、その前後の行為者・競争事業者の具体的な競争関係、顧客との取引の実態、当該産業の特質などを総合的に見れば、不当に攻撃的な料金設定か否かを判断することは可能であるように思われる¹⁵。

従来の事例では、例えば、第二次北国新聞社事件＝東京高裁決定昭和 32・3・18（行集 8・3・443）において、競争地域である富山県版（B 市場）の料金がコスト割れか、あるいは不当廉売に当たるかに関する認定はないが、これは正当であり、仮にコスト割れがなかったとしても、北国新聞社の差別対価は不当であると考えられる。

また、前掲の有線ブロードネットワークス私的独占事件＝勸告審決平成 16・10・13¹⁶でも、同社の料金がコスト割れであるとの認定はないが、ここでも当該差別対価の具体的な態様、効果を見れば、北国新聞社と同様に、市場支配力を有する事業者の側から競争事業者を「つぶす」目的でしかけた料金競争であり、同様に不当と解すべきである。公取委の審決でも、同社の料金が原価割れであるとの認定はないままで私的独占に当たるとされており、これは妥当であると考えられる。

これら 2 事件は、市場支配的事業者ないし有力な事業者からの、まさに攻撃的な価格戦略であり、特定のターゲット（競争事業者）を絞って一気にその顧客を奪おうとするものであるから、不当性を認定し易い事例である。これに対し、ここで検討しようとする「競争対抗価格」の場合は、市場支配的事業者ないし有力な事業者が自己の顧客を奪われようとしている状況で、防衛的に競争事業者の価格に合わせようとするものであるため、余計難しい問題があるといえよう。

さらに、第二次北国新聞社事件では、北国新聞社が独占的な地位を持っている石川県（A 市場）における同社の不当高価格を問題とすべきであり、この点も含め、同社による両県にまたがる差別対価をそれ自体として問題にすることが必要であるとの主張もある¹⁷。

また、「新規参入者の営業する時間帯あるいは市場だけに狙い撃ち的に価格を下げたり、あるいはNTT東事件のように自分しか操作できない接続料金を利用して直接的に新規参入者（ライバル）の費用を引き上げたりすることは、競争手段自体の不正さが滲み出てくるもので、差別対価・不当廉売とするよりも、不公正な取引方法のレベルであれば、第15項の『競争者に対する取引妨害』で構成する方が分かりやすい」との意見もある。これは、ドイツ競争制限法における「妨害濫用」の見方をふまえたものであり、本書（第1章以下の各章）の立場からも是認できるものである。ただし、日本の不公正な取引方法15項の「取引妨害」は、他の行為類型に当てはまらないような行為に対し適用すべきもので、ここでは差別対価の形態をとったことを捉えるべきであろう。

（4）差別対価＝不当廉売との考え方について

したがって、略奪的ダンピング類型の差別対価について、その不当性の認定においては、不当廉売の問題に収斂してよい、という解釈は妥当ではないと考えられる。

上記の解釈的立場は経済学上の議論を下敷きにしているため、私には包括的な批判をする能力はないが、さしあたり、以下の諸点を指摘しておこう¹⁸。

a. 差別対価の競争制限ないし公正競争阻害性が問題になる局面は、当該市場において、既に競争が十分有効に行われているとはいえない場合であることに注意する必要がある。

上記の立場は、必ず以下の言説を基礎にする。「複数市場で活動する事業者が競争の活発な市場でそれに応じて低価格販売するのは当然であるし、複数市場で活動する事業者がそれぞれの市場の需要弾力性に応じて異なった価格を付けるのも当然のことである¹⁹」。

これはもとより妥当な認識であるが、その前提は、ここでの複数市場がともに競争が活発に行われていて、市場支配力がないということである。しかし、独禁法上の問題が起きるのは、本稿の検討対象としている電気通信産業や電気事業などの公益事業、航空産業、あるいは前記の事例における地方新聞や有線音楽配信サービスなどのように、寡占市場であり、この前提は存在しないのである。

b. 経済学上の price discrimination の前提は、売り手側において市場支配力があることであるといわれる。

しかし、市場支配力は、「あるか、ないか」ではなく、程度の問題である。ここに、日本の独禁法が、私的独占とは別の要件を持つ、不公正な取引方法の1つとしての不当廉売についての規定を有していることの強みがあるともいえる。

このことと関連するが、市場支配力があるかどうかは、実際にはそれほど自明なことではない。NTT 東私的独占事件＝審判審決平成 19 年 3 月 26 日を例にとると、NTT 東は、東京電力の F T T H サービスの I S P に対する卸売価格が 6 , 0 0 0 円程度であると推測し、それに対抗するために、急遽、先の料金設定から 1 年も経ってもいない平成 14 年 4 月に、「ニューファミリータイプ」と称して、5 , 8 0 0 円に設定し、対抗値下げを行った。さらに、平成 15 年 3 月には 4,500 円まで下げている。

NTT 東（被審人・取消訴訟の原告）の戸別向け F T T H サービスのシェアを見ると、平成 15 年 9 月末で当該 F T T H サービスの開通件数に占める被審人のシェアは、東日本地区の都道府県（被審人の業務区域がその一部にとどまる静岡県、富山県及び岐阜県を除く。）のすべてにおいて 82 パーセントから 100 パーセントである。それでも、NTT 東は、新規参入の東電の安値攻勢を向かい打つために、上記の値下げを行ったのであり、同社は価格支配力がない、すなわち料金競争になれば顧客を奪われる、と考えたからに他ならない。

c. エンフォースメントの観点から、「差別対価を規制すると、反競争効果を持たない差別対価を一斉に規制することになり行き過ぎである」と説かれることがある。

しかし、公取委の排除措置命令にせよ、私人間の訴訟における差止請求にせよ、違法とされるのは特定の行為であり、その他の差別対価にまで法的効果が及ぶはずがない。もちろん、命令等を受ける行為者としては、当該行為以外の差別価格も違法になるかもしれない、という不安感を持つのは当然であるが、これは何も差別対価に限った現象ではない。

不当廉売規制でも、私的独占規制でも、違法とされるのは特定の行為であり、当該行為者が、それ以外に類似の行為を行っている場合は同様の不安感を持つことになる。これも法的リスクの1つであり、それにどう対応するかは各事業者の自由な判断に委ねられることはいままでもない。

これを「萎縮効果」として非難する向きもあるが、本来、「萎縮効果」(chilling effect) という用語は、マスメディア等に関し表現の自由に対する規制が行き過ぎる場合に用いられるのであって、この場合のように、一般的な経済的自由に対する規制についてまで用いるのは適当ではない。

(5) 「競争対抗」の抗弁

(i) 「競争対抗」の抗弁を、最も広義にとれば、競争的な「市場価格」が成立している市場の場合に、それ以下の価格を設定しても市場で通らないため、ある事業者がその市場価

格と同水準の価格を設定し、それが当該事業者にとって仮に原価割れであっても、不当廉売には該当しない、という当然のことを意味するのであろう。

このことには異論はなく、問題は競争的な「市場価格」が存在しない場合に、特定の競争者に対抗するための価格設定が独禁法上どのように評価されるかであり、前述のように、本稿では、特に公益事業等における既存の独占的事業者が、新規参入者による低料金に対抗して設定する料金を検討対象としている。

(ii) 結論から述べれば、上記の国内航空旅客事業における事案のように、市場に既存の会社が3社しか存在せず、そこに新規参入事業者が低料金で事業を開始するような場合には、後者が安い料金をつけたことに対抗することが、直ちに「競争対抗」だから不当ではない、と言えるかは疑問である。

国内航空旅客事業の競争の実態については、米国の場合は、広大な土地に網の目のように路線が張り巡らされ、各事業者の路線構成もいわゆるスポーク&ハブ方式なので、日本より競争が広く展開される土俵があるが、日本では各路線が単独で存在し、別ルートの路線などの選択肢がほとんどないので、鉄道などの代替的輸送手段との競争という要素を除けば、各路線が1つの「市場」=「一定の取引分野」ととらえられる。

そこにおける既存の事業者は、3社でしかも1社は他の1社に統合される過程であったのであるから、このような高度寡占市場の場合には、通常の意味での「市場価格」は存在し得ない。

そのような市場において、前記(二. 1.)のように、既存の航空会社は、新規参入者の便の直前・直後の便だけを、新規参入者の料金と同一あるいはそれに近い料金に設定するという行為を繰り返し行ってきた。

このような場合には、新規事業者が設定した価格に対抗するからということだけで独禁法違反を免れることはできないと思われる。すなわち、「市場価格」に合わせただけという抗弁、あるいは、競争対応という抗弁だけでは足りず、少なくとも既存の航空会社は自己の料金は、当該競合便だけを低料金に設定する別の理由(特に、原価が特別低いなど)がない限り、当該競争料金は新規参入事業者を排除する効果があるから、不当な差別対価に当たると解される。

なお、既存の航空会社がこのような料金政策を採れば、新規参入者は、できれば更に安くしないと対抗できないとして、再度の値下げをし、これが繰り返される可能性もある。もっとも、本件では、新規参入者にはそのような資金力はないし、既存事業者の対抗措置を恐れることもあり、この種の泥沼競争はおきないであろうと言われている²⁰。しかし、実際には、このような料金競争が繰り返しなされたこともあって、わが国における新規参入者は撤退するか、既存の事業者の傘下に下るか、あるいは厳しい経営状況に陥ることになっているのである²¹。

(iii) 以上述べたように、既存の事業者が新規参入者の便の直前・直後の便だけを低料金に設定することは明白な競争者排除の行為であり、当該路線のすべての便について同一の料金に設定することが求められると考えられる。

なぜなら、第一に、新規参入者の便の直前・直後の便だけを低料金にすることが、当該既存事業者のコストから正当化されるなら格別、単に新規参入者に対抗するためという理

由からであれば、不当な排除に当たると解すべきである。

すべての事業者がそれぞれ、効率化に向けた、コスト削減の努力を行い、その結果として料金値下げが可能になるという動態的過程が、競争の社会的意義あるものと評価されるのであって、本件の「競争対抗料金」は、そのような企業努力と無関係な料金引き下げである。

第二に、このような、いわばピン・ポイントの競争対抗のための低料金設定を認めれば、既存の事業者が市場の大部分を占めている場合に、新規参入者が参入することは全く不可能になる。

第三に、上記のように、国内航空旅客事業や電気通信事業、電気事業などにおいて、競争者が一部の地域ないし顧客群につき低価格で新規参入し挑戦しているときに、全国展開している既存の独占的事業者（JAL・ANA や一般電気事業者、NTT 東西など）が対抗値下げを全く認められず、営業地域全体ないしすべての顧客に対して均一価格を強制されるということについては、当該事業者側から強い疑問が提示されているところである。

しかし、国内航空旅客事業において既存事業者が新規参入者の低料金に対抗するためには²²、当該路線のすべての便について同一の値下げをすることによって対抗することは可能である。ただし、その場合でも、それによって当該路線の収支全体について原価割れをしていないことが条件となると思われる。他の路線からの収入によって、当該競合路線の低料金を補填することは許されないからである（内部補助については、後述、三.（5）を参照）。

逆に、そのような全般的な料金引き下げでなく、特定の競合便だけを競争事業者の料金に合わせて設定するという行為形態は、ともかくも当該競争事業者を狙い撃ちして排除してしまおうという意図と効果が露骨に現れているものであり、差別対価の不当性を満たすに十分である、ということになる。

第四に、上述の解釈は、既存の事業者が当該市場で市場支配的または有力な事業者である限りであって、当該市場において、新規参入者がある程度安定的な地位を獲得し、市場における自由な競争が行われるようになれば、既存の事業者に対する上記の差別対価禁止は解除されることになる。

換言すれば、上記の差別対価禁止は、既存の事業者の市場支配力がなくなるまでの暫定的な措置であり、その間は「非対称規制」が要請されるということである（「非対称」asymmetric という意味は、競争事業者のうち、既存の事業者だけに上記のような規制がかかることである）。

同様の事例は、電気通信産業（その中の長距離通信）における 1985 年以降の自由化・競争導入の政策において採用された。すなわち、当時、新規参入者は東名阪間の儲かる長距離区間のみに参加したが、当時の郵政省は、NTT が当該区間だけの料金値下げをすることを許さなかった（全国一律料金制の維持。約款規制もあったから、特定の顧客だけを低料金にすることも許されなかった）。しかし現在では、特別の重要性を持つ電気通信サービスを例外として、原則としてすべての通信サービスは、料金認可制が撤廃され、また約款を作りそれにしたがって料金を徴収する義務もなくなり、「相対取引」が許容されるようになって

ている。

また、現在の電気事業においても、自由化部門は一般電気事業者の収入ベースで三分の二程度にまで広がっているが、そこにおいて、一般電気事業者が新規参入者に契約を切り換えそうな顧客だけに低料金を提示することは、前記の航空旅客事業と同様に、不当な差別対価、または私的独占に当たると解される²³。

(iv) なお、中小企業同士でも、前記の国内航空旅客市場における料金の相互引き下げ競争に似た紛争（ただし、それは現象的に似ているだけで、競争の実態は全く異なる）も実際に過去にあったが、理論的にはこれらの「出血競争」は、双方とも不当廉売に当たると解される。実際に双方の事業者には排除措置命令を出して制裁を加えるだけの意味があるかは疑問であるが、原価を無視した、顧客の争奪戦は、独禁法が促進しようとする「公正な競争」ではない²⁴。

なお、「価格競争は一般に昂進性を持つ」と言われる。しかし、いわゆる（公開）オークションに見られるように、合理的な経営者であれば、自己のコスト、資力等を冷静に判断し、意地の張り合いに至るような「叩き合い」は避けるはずである。各事業者の企業性、すなわち長期的な経営をも踏まえた冷静な企業行動を前提にした競争だけが、公正な競争をもたらす。

上記の原則的な考え方を採るとしても、このような競争市場における中小企業同士の価格競争の場合、具体的に、ある事業者が原価割れ競争を仕掛け、その競争者のシェアを急速に侵食しつつあること、公取委の措置を待つ間にかかなりの打撃を受ける可能性が高いこと、「出鼻を挫く」など、過剰反応ではないこと等の当該事業者の行為の過程ないし意図等の主観的事情、および当該市場の特性・状況、等々を総合的に判断して、事業者の料金が平均総費用を下回るとしても、平均可変費用を上回りさえすれば、原価割れ競争を仕掛けた事業者に対する競争対抗行動としてやむを得ないと認められる場合は、不当廉売ないし不当な差別対価には当たらないと解する余地があるようにも思われる²⁵。

(v) 後述の電気通信事業の割引サービス（ドコモのケースなど）は、基本となる料金体系があり、これ以外に「選択的料金」として、問題となった「ファミリー割引」が原価割れかどうかを「ネット・レヴニュー・テスト」（これは、理論的には「限界費用」に近似した考え方に基づき、実務的に容易に使えるように設定されたテストで、もとは米国の FCC が採用し、わが国でも料金認可制の下で用いられてきた）で検証して、その限りでは原価割れではないとの説明がドコモからなされた。

これに対し、ここで念頭に置いている国内航空旅客事業の事例では、この種の割引サービスの料金ではないから、原則は「平均費用」に近い考え方にならざるを得ないのではない。もっとも、本件でも、既存事業者の対抗安値運賃は、当該便のすべてに適用されるのではなく、座席数の限りがあるとのことであり、その他各種の制限を合わせ考えて、元のサービスに追加された「割引サービス」であるとの見方もあるようであり、そうだとすれば、「限界費用」的なテストで原価割れでないという証明になる、という考え方もあり得るであろう。

(vi) 差別対価の不当性の認定においては、不当廉売の問題として考えれば足りるといふ考え方については、既に検討したが、この国内航空旅客事業における対抗料金の場合、

不当廉売はどのように判断されるべきか。

不当廉売規制における「原価」については、次の三. で詳しく検討するが、競合便だけを低料金にするということは、1つ、1つの便が、1つの「商品又は役務」だという扱いを行為者が採ったということなのであろう。前記のように、このような行為を既存の事業者が新規参入者に対抗するために行えば、不当な差別対価に当たる可能性が高いと考えられるが、そのような評価を行うべきでない場合もあり得る。

その場合には、一事業者が多種類の商品を販売している場合、例えばスーパー等の大規模小売商や、多角経営を行っている企業の場合などについての「原価」の取り方を参考にすべきであろう。すなわち、大規模小売商の販売する多種多様な商品については、原則として、各商品について原価割れ販売でないことを要する。ただし、共通費用の配賦が難しいが、一定の会計基準で、個別原価を出すしかないであろう。

これと同様に考えれば、航空会社も、料金を異にする戦略を採った以上は、原則として各便について個別原価を下回ってはならない、と考えるべきであろう。ただし、ノーマルな料金をつける便と比べて、特定のコストが少ないからなどの簡易な個別原価算定の仕方も許されるであろう。なお、実際には立証責任の問題が重要であるが、これについては後で簡単に触れることがある（三. 6. (3) 参照）。

(vii) なお、上に「市場価格」と表現したが、不当廉売が問題になるのは、どのような取引対象かを考える必要があると思われる。ここで「市場」ではなく、「取引対象」としたのは、私的独占など「競争の実質的制限」すなわち市場支配力の形成またはその維持・行使・強化が問題になる局面では、どの市場における競争が制限されるかという形で「市場の画定」問題が提起される。

これに対し、不公正な取引方法の場合には、「競争の実質的制限」または市場支配力の立証を要せず、それ以前の問題として、「公正競争阻害性」の有無が焦点となる。本稿の最初に限定したように、ここで「競争の減殺」を問題にするとしても、この場合に必然的に「市場の画定」という作業が必要かは議論があるところである。

多数説は、おそらく「市場の画定」という作業が必要だという立場であろうが²⁶、私は不公正な取引方法のすべての通じる立場として、「競争の実質的制限」または市場支配力が要件ではないのであり、「阻害するおそれ」が要件なのであるから、当該行為の反競争性を立証すれば足りる、という立場をとるべきものとする。

すなわち、不公正な取引方法の場合には、具体的にどの市場における競争が減殺されるか、すなわち、「市場」、「競争の実質的制限（ここでは減殺になる）」を厳密に立証する必要はない。特に、「市場の画定」について、米国の「仮定的独占者テスト」（SSNIP 基準）²⁷のような特定の作業を必要とすることは（これは多数説でも、集中規制だけに適用すべきと考えられているのであろうが）、あまりに過度の要求である。

しかし他方で、「競争の減殺」を問題にする以上、どのような取引が行われ、相互に影響しあっているのかを何らかの意味で前提にせざるを得ない。そこで、前述のように「市場」と区別するために、より一般的で広い意味での「取引対象」という表現を用いたわけである。

このことの具体的意味を国内航空の事例で述べよう。国内航空における市場は一般には

路線ごとに市場が成立するとされている。しかし、ある新規参入者の便が1日に4回発着するとして、既存の航空会社が、それらの直前・直後の便だけを値下げした場合（これが実際に採用された「対抗価格」戦略であった）、「競争の減殺」の有無は、それらの値下げされた便の前後の時間帯における顧客争奪だけを見れば足りると考えられる。それが問題になっている「取引対象」であり、それが市場として成立するかを取り立てて議論する必要はない²⁸。

もっとも、市場における「競争の減殺」の有無をみるべきだという多数説に従っても、これらの「対抗価格」戦略によって、新規参入者の便は大きな打撃を受けることは容易に推測されるから、当該競合便だけが市場として成立するか否かを厳密に立証する必要はなく、公正競争阻害性を肯定すべきことは同じである、ということかもしれない。

（6）異種の公益事業会社間の競争（相互参入）

本稿の検討対象は、一般電気事業者、東西NTT、航空会社JAL、ANAの2社など既存の独占的公益事業会社が、新規参入者による低料金に対抗して設定する料金（「競争対抗料金」）が不当廉売または不当な差別対価に該当するか否かであった。この場合の新規参入者とは、国内航空の例のように、全く新規に設立された中小企業を想定していた。

これと異なり、既存の公益事業会社が、異種の公益事業サービスについて新規参入する場合がある。例えば、電力会社が、本体または分離子会社によって電気通信市場に参入する場合、また、NTT東西の関連会社が電力市場に参入する場合などの実例がある。

これらの場合には、例えば電力会社は、電気通信市場においては確かに新規参入者であるが、電力市場においては現在でもシェア90%程度の独占的大企業であって、電気事業法による規制はあるものの、ある程度は「範囲の経済」ないし内部相互補助が可能であるから、上述の議論における新規参入者として扱うのは不当ではないとも考えられる。

しかし、参入しようとする市場には、既存の公益事業会社があるわけであって、いわゆる中小企業分野（独占的ないし寡占的大企業が事業を行って、ほとんど中小企業だけが事業活動を行っている分野）への参入とは異なる競争環境と思われる。したがって、公益事業会社による異種の公益事業分野への参入については、一般には通常の新規参入者として見るべきであろう。

そうだとすると、新規参入する側の公益事業会社が新しく提供するサービスについての低料金を不当廉売とすることには慎重であるべきであろう。例えば、電力会社が光ファイバーを用いた電気通信サービスを提供しているが、その料金について原価割れか否かを問題にすることは、違法な内部相互補助が行われているとか、販売総原価をかなり下回ることが明らかである、又は特に不当な形態がとられる場合などに限られるべきであろう。

もっとも他方で、新規参入だからコスト割れでもいと手放しで認めることは問題である。特に最近、無料お試し期間などの例が増えているが、期間が限定される限りでコスト割れが認められるのであり、例えば一定のシェアがとれるまではコスト割れか否かを検証する必要がないなどの議論は成り立たないと思われる。

なお、この場合に新規参入に対抗する側の既存の公益事業会社が、どのような競争対抗料金を設定すると独禁法違反になるかということについては、上述のことがそのまま当て

はまり、この点では新規参入者が他分野の公益事業会社であるか否かを問わないと考えてよいであろう。

三. 不当廉売規制における「原価」についての諸説

1. 判審決例

以上のように、略奪的ダンピング型の差別対価につき、不当廉売と異なる固有の公正競争阻害性があると考えられるが、具体的な差別対価が同時に不当廉売にも当たる場合に公正競争阻害性が明白に認められることは言うまでもない。實際上、差別対価と不当廉売は、同時に問題にされることが多いし、それは当然のことである。

そこで、以下では不当廉売にまで目を広げて検討することとしよう。

これまで、不当廉売または不当な差別対価に該当するか否かが問題になった事件には、以下のようなものがある。

(1) 公取委の不当廉売ケース

a. 中部読売新聞社事件＝東京高決昭和 50・4・30、同意審決昭和 52・11・24

b. マルエツ事件・ハローマート事件＝勧告審決昭和 57・5・28

なお、近年、排除措置命令であるが、以下のようなケースが現れている。

c. 濱口石油事件＝排除措置命令平成 18・5・18、シンエネコーポレーション等不当廉売事件＝排除措置命令平成 19・11・28

この他、公取委は、ガソリンや酒類販売、ダイエーの 100 円ビールに対する注意（平成 7 年）、コジマ、ヤマダ電機などによる「一円セール」に対する注意（平成 8 年）、コジマに対する警告（平成 10 年）、全国農業協同組合（警告）事件（平成 12・2・25）、ゼンリン（警告）事件（平成 12・3・24）など、多くの注意・警告を行っている。

また、公共入札における安値応札事件も多発してようであり、公取委は、これに対しても数次にわたり、警告等を出している²⁹。

(2) 私人間の訴訟における不当廉売

私法上の損害賠償請求訴訟で、不当廉売に該当するか否かが争われたケースには、以下のようなものがあり、f.事件を除き、すべて不当廉売に当たらないとされている。

d. 都営芝浦と畜場事件＝最判平成元・12・14

e. お年玉付き年賀葉書事件＝大阪高判平成 6・10・14、最判平成 10・12・18

f. 北勢生コン不当廉売事件＝名古屋地判平成 11・2・10 審決集 45 巻 475 頁³⁰

生コンの協組が非組合員の競争者を排除する意図をもって当初は 8000 円、その後に製造原価未満の 7000 円で生コンを販売した例。判決は、全体を不当廉売と認定しているが、8000 円の段階では後段違反を認めたともいえる。

g. 大正製薬対ダイコク事件。これには、2つの事件がある。

g-1. 損害賠償請求事件＝東京地判平成 14・2・5、東京高判平成 16・9・29、最決平 17・10・13³¹

大正製薬からダイコクに対し、独占禁止法と不正競争防止法に基づいて損害賠償を請求した事件であり、すべて請求棄却されている。

控訴審判決は、6項前段については「継続性」がない、また6項後段については、競争

者の事業活動を困難にさせるような結果を招来するようなものではなかったとして不当廉売に当たるとの主張を斥け、請求を棄却し、抗告審もこれを是認している。

g-2. 契約上の地位確認・商品引渡請求事件＝東京地判平成 16・2・13、知財高判平成 18・2・27(裁判所 HP)³²

これは逆に、ダイコクが大正製薬に対し、契約上の地位の確認、商品引渡請求した事件であり、請求が認容されている。

h. ヤマト運輸対郵政公社事件＝東京地判平成 18・1・19(判例時報 1921 号、判例タイムズ 1203 号)、東京高判平成 19・11・28(金判 1282 号 44 頁)

i. ほぼ同様の事案に関する LP ガス販売差止請求事件として、以下の 2 事件がある³³。

i-1. トーカイ事件＝東京地判平成 16・3・31 金判 1192 号 38 頁(請求棄却)、東京高判平成 17・4・27 (控訴棄却)

i-2. 日本瓦斯事件＝東京地判平成 16・3・31 審決集 50 巻 835 頁、判時 1855 号 78 頁、判タ 1151 号 275 頁(請求棄却)、東京高判平 17・5・31 (控訴棄却)

いずれも不当な差別対価が問題になっているが、実質的には不当廉売か否かが争点になっているものである。

j. 北海道瓦斯工事費用負担差止請求事件＝札幌地判平成 16・7・29³⁴

本判決では、都市ガス事業者が液化石油ガスからの切替をするユーザーに対して配管工事費用を全額負担することは、不当な差別的取扱いを禁止するガス事業法に違反するものではなく、また一般指定 9 項の「不当な利益による顧客誘引」にも当たらないと判示されている。

k. 下関市福祉バス事件＝山口地判平成 18・1・16³⁵

本件では、下関市が運営する福祉バスの運賃(200 円)が供給に要する費用を著しく下回る対価ではあるが「目的の正当性、手段の相当性や実効性を考慮」すべきであり、総合考慮すれば「正当な理由」があるとして、一般指定 6 項には違反しないとされた。

この他に、私人間の差止請求訴訟などの関連で、不当廉売・差別対価が主張された事例があると思われる。

2. 公取委の諸文書

一般指定 6 項は、不当廉売につき、以下のように規定する。

「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し、その他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。」

通常、「費用を著しく下回る対価で継続して供給」を 6 項前段、「不当に商品又は役務を低い対価で供給」を同後段と呼び、前者が不当廉売の典型例であるとされるが、後段に該当する場合も違法となることはいままでのない。

日本の独禁法における不当廉売についての原則は、6 項前段・後段の両方について、平均総費用(小売業における「販売総原価」)が基準となる(通説、公取委・下記のいわゆる「不当廉売ガイドライン」他)³⁶。

以下、公取委が発表した文書を時間順に並べてみる(すべて抜粋。下線は舟田)。

a. 公取委「不当廉売に関する独占禁止法上の考え方」 「不当廉売ガイドライン」 (昭和59年11月20日)

原価は「総販売原価」。「通常の小売業においては、---実務上は、仕入価格を下回るかどうかを1つの基準としている」

b. 公取委「最近の地方公共団体等が行った入札における安値応札について」 (平成10年3月)

ア 一連の業務が単年度に分割して入札に付されるような場合においては、各年度の落札価格についてコストとの関係を吟味し、当該事業者が継続してコストを下回った価格で応札するような場合には、不当廉売に該当するおそれがある。

イ 他方、業務の一部が競争入札に付され、その余について、契約の性質・目的などに応じて当該入札における落札業者との随意契約が行われるような場合においては、これらの業務を一体としてとらえてコストとの関係を吟味することとなることから、仮に、入札に付された業務の落札価格がその部分のコストを下回っていたとしても、不当廉売に該当しない場合がある。

c. 公取委「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)

(5) 「その他不当に低い対価」の考え方

実質的仕入価格を上回る価格 (総販売原価を下回ることが前提) で販売する場合や、実質的仕入価格を下回る価格で短期間販売する場合についても、周辺の酒類販売業者の事業活動を困難にさせるおそれがある場合には、不当廉売として規制。

d. 公取委「官公庁等の情報システム調達における安値受注について」 (平成13年1月31日)

5 競争政策上の考え方

(2) 安値受注についての独占禁止法上の考え方

ア 官公庁等における最近の大規模な情報システムについては、そのほとんどが特定ユーザー向けシステムとして調達されており、その構築においてはソフトウェアの開発が重要となっている。

このようなソフトウェアの開発については、新しく開発する部分の開発コストを必要とするほか、既存のソフトウェアの一部を利用して開発することが可能な場合においても、その手直し費用等が必要となる。

今回調査を行った極端な安値受注については、落札価格がこのような開発コストを大きく下回ることになると考えられる。

このような極端な安値受注については、その後の改良や類似のシステム等の受注によりコスト回収が図られることも考えられる。しかしながら、当該入札等がその後の調達の内容を対象としていない場合には、不当廉売の観点からは、その後の改良や類似のシステム等の受注は考慮せずにコストをみることが適当であると考えられる。

イ 官公庁等の情報システム調達において、上記のようにコストを大きく下回る極端な安値受注が繰り返され、他の事業者が受注の機会を得られないなどにより、そ

の事業活動を困難にさせるおそれが生じる場合には、不当廉売として問題となる。

特に、この場合、他の事業者の事業活動に与える影響を判断するに当たっては、あるシステムを受注すると、その後の改良や類似のシステム等の受注において、技術面、コスト面等で有利になるというソフトウェアの開発の特殊性を考慮する必要がある。

このような特殊性を考慮すると、情報システム供給における有力な事業者が、採算を度外視したコスト割れ受注を行うことでその後のシステムの受注等において優位に立つことも可能であり、中小規模のソフトウェア開発業者等の受注機会が減少する可能性も考えられる。

e. 公取委「酒類の不当廉売に関する考え方の明確化について」（平成 13 年 4 月 2 日）

1. 「その他不当に低い対価で供給」する場合に該当し得る行為態様としては、小売業者が①実質的仕入価格を上回る価格（総販売原価を下回ることが前提）で販売する場合や、②実質的仕入価格を下回る価格で短期間販売する場合がある。かかる行為により、周辺の酒類販売業者の事業活動を困難にさせるおそれがある場合には、不当廉売として規制される。

（注）総販売原価＝（仕入価格）＋（販売経費）＋（一般管理費）

2. 総販売原価は、廉売対象商品ごとに算定するが、各事業者の効率性、業態等によってコストは異なるものであり、また、事業者が創意工夫により良質・廉価な商品を提供することを阻害しないようにするとの観点から、「その他不当に低い対価で供給」する場合の規制に当たっては、効率的な事業者のコストを考慮することとなる。

3. 実質的仕入価格を上回る価格（総販売原価を下回ることが前提）での販売による周辺の酒類販売業者の事業活動に与える影響については、行為者の市場における地位、廉売の態様、周辺の酒類販売業者の状況等を総合的に考慮して、個別事案ごとに判断することとなるが、例えば、次のような場合は、一般的には、周辺の酒類販売業者の事業活動に影響を与えられられる。

多店舗展開を行っている大規模事業者、一定の商圈において市場シェアの高い事業者等が、実質的仕入価格に、効率的な事業者が商品を販売するために要する経費相当分を上乗せした水準を下回る価格で、継続して多くの数量の商品を販売する場合

f. 公取委「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）

ア 「供給に要する費用を著しく下回る対価で継続して供給」する場合

（ア）「供給に要する費用を著しく下回る対価」の考え方

不当廉売ガイドラインでは、「供給に要する費用を著しく下回る対価」については、実務上は、当該事業者の仕入価格を下回るかどうかを一つの基準とする旨明らかにしている。

仕入価格については、名目上の仕入価格ではなく、廉売対象商品に関する値引き等（実質的値引きと認められるリベートを含む。）を考慮に入れた実質的仕入価格で判断することとしているが、例えば次のようなリベート、販売促進費等については、廉売対象商品についての実質的仕入価格の判断において仕入価格の引下げ（値引き等）として考慮しない

こととする。

○ 年度末等に事後的に額が判明するリベート（事後的な価格補填，決算奨励金等を含む。）

○ 給油所の新設，改造，広告宣伝や販売活動の援助として供与される奨励金，転籍の際又は転籍後に石油元売会社等卸売業者（以下単に「元売」という。）から提供される資金援助等

また，ガソリン等の実質的仕入価格については，その取引実態を踏まえ，廉売を行っている給油所の一定期間（通常は1か月間）の実質的仕入価格の加重平均を実務上基準とする。

ウ 「その他不当に低い対価で供給」する場合

（ア）「その他不当に低い対価で供給」する場合に該当し得る行為態様としては，販売業者が実質的仕入価格を上回る価格（総販売原価を下回ることが前提）で販売する場合や，実質的仕入価格を下回る価格で短期間販売する場合がある。

かかる行為により周辺の販売業者の事業活動を困難にさせるおそれがある場合には，不当廉売として規制される。

（注）総販売原価＝（仕入価格）＋（販売経費）＋（一般管理費）

（イ）総販売原価は，廉売対象商品ごとに算定するが，各事業者の効率性，業態等によってコストは異なるものであり，また，事業者が創意工夫により良質・廉価なガソリン等を供給することを阻害しないようにするとの観点から，「その他不当に低い対価で供給」する場合の規制に当たっては，効率的な事業者のコストを考慮することとなる。

**g. 「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18年6月29日）³⁷**

第1、不当廉売への対応について

1. (2) , ア、(ア)

a 仕入価格について

「供給に要する費用を著しく下回る対価」については，実務上は，当該事業者の廉売対象商品の仕入価格を下回るかどうかを一つの基準とする。

仕入価格については，名目上の仕入価格ではなく，廉売対象商品に関する値引き等（実質的な値引きと認められるリベートを含む。）を考慮に入れた価格（以下，「実質的仕入価格」という。）で判断することとしているが，例えば次のようなリベート，販売促進費等については，廉売対象商品についての実質的仕入価格の判断において仕入価格の引下げ（値引き等）として考慮しないこととする。

○ 年度末等に事後的に額が判明するリベート

○ 家庭用電気製品小売業者（以下単に「小売業者」という。）の催事，広告等の企画のために当該小売業者からの要請に応じてメーカー又は販売会社（メーカーが家庭用電気製品の販売部門を独立させるなどして設立した販売子会社等をいう。）から供与される協賛金等

b ポイントの提供について

家庭用電気製品の小売業者は，商品を販売する際に，消費者に対し販売価格の一部又は

全部の減額に充当できるポイント（1ポイントを一定の率で金額に換算するなどの方法による。）を提供する場合がある。

家庭用電気製品についてのこのようなポイントの提供は、一般的に、値引きと同等の機能を有すると認められ、「対価」の実質的な値引きと判断される。

ただし、①ポイントを利用する消費者の割合、②ポイントの提供条件（購入額の多寡に関わらず提供されるものか、一定金額の購入を条件として提供されるものか等）、③ポイントの利用条件（ポイントが利用可能となるタイミング、ポイントの有効期限、利用に当たっての最低ポイント数の設定の有無等）といった要素を勘案し、ポイントの提供が値引きと同等の機能を有すると認められない場合についてはこの限りではない。

イ 「他の事業者の事業活動を困難にするおそれ」の考え方

（イ）家庭用電気製品については、小売業者の取り扱う商品が多品目に上るため、ある一部の品目の商品について廉売が行われた場合に、一般に、廉売行為者と競争関係にある周辺の小売業者の売上高に占める当該品目を含む商品カテゴリーの売上高の割合は大きいものではなく、直ちに他の事業者の事業活動を困難にするおそれがあるとはいえないと考えられる。

しかし、家庭用電気製品の実質的仕入価格に格差が生じていることから、周辺の小売業者よりも安く仕入れている小売業者がその実質的仕入価格を下回る価格で周辺の小売業者の売上高の大きな割合を占める商品カテゴリーに属する商品を継続して販売する場合には、一般的には、周辺の小売業者の事業活動に影響し、特に、大規模な事業者が実施する場合や繰り返し実施する場合には、通常は、周辺の小売業者の事業活動に対する影響が大きいと考えられる。

エ 「その他不当に低い対価で供給」する場合

（ア）「その他不当に低い対価で供給」する場合に該当し得る行為態様としては、小売業者が実質的仕入価格を上回る価格（総販売原価（注）を下回ることが前提）で販売する場合や、実質的仕入価格を下回る価格で短期間販売する場合がある。かかる行為により周辺の小売業者の事業活動を困難にさせるおそれがある場合には、不当廉売として規制される。

（注）総販売原価＝（実質的仕入価格）＋（販売経費）＋（一般管理費）

（イ）総販売原価は、廉売対象商品ごとに算定するが、各事業者の効率性、業態等によってコストは異なるものであり、また、事業者が創意工夫により良質・廉価な家庭用電気製品を供給することを阻害しないようにするとの観点から、「その他不当に低い対価で供給」する場合の規制に当たっては、効率的な事業者のコストを考慮することとなる。

第2 差別対価等への対応について

取引価格や取引条件に差異が設けられても、それが取引数量の相違等正当なコスト差に基づくものである場合や、商品の需給関係を反映したものである場合等においては、本質的に公正な競争を阻害するおそれがあるとはいえないものと考えられる。

しかし、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。

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等について、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。

他方、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、行為の意図・目的、取引価格・取引条件の格差の程度、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。

h. 公取委「公共建設工事に係る低価格入札問題への取組について」（平成16年4月28日）

「供給に要する費用」とは、通常、総販売原価と考えられており、公共建設工事においては、「工事原価＋一般管理費」がこれに相当するものと考えられる。また、「供給に要する費用を著しく下回る対価」かどうかについては、公共建設工事においては、「工事原価（直接工事費＋共通仮設費＋現場管理費）」を下回る価格であるかがひとつの基準となる。

その後、公取委「公共建設工事に係る低価格入札問題への取組について」（平成20年7月8日）が公表された（<http://www.jftc.go.jp/pressrelease/08.july/080708.pdf>）。

内容は、上記と同じ基準を述べたほか、「実行予算」に言及している点が新しい。

「供給に要する費用」とは、通常、総販売原価と考えられており、公共建設工事においては、「工事原価＋一般管理費」がこれに相当するものと考えられる。また、「供給に要する費用を著しく下回る対価」かどうかについては、落札価格が実行予算（注）上の「工事原価（直接工事費＋共通仮設費＋現場管理費）」を下回る価格であるかがひとつの基準となる。

（注）実行予算

落札業者は、発注者との契約締結後、契約価格（落札価格）を基に、改めてそれぞれの経費について詳細な見積りを作成する。これは、通常、実行予算と呼ばれており、実際に工事を施工するに当たっては、この実行予算に従うこととなる。

i. 公取委「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―独占領域を用いた反競争的行為への対応―」（平成18年7月21日）

「複数の事業を営む事業者については共通費用が存在するため、各事業分野で提供する財・サービスの原価については、共通費用をいかに配賦するかというルールによって異なることになる。特にネットワーク産業の場合には、共通費用が大きなウェイトを占めることから、費用配賦ルールによって大きな影響を受けることになる。

通常の事業については、複数の事業を営むことによる範囲の経済を活用することによって競争上優位に立つことも正当なビジネスモデルであり、各事業者の創意工夫の範囲内で

ある。

これに対して、独占領域を有する事業者が、独占領域において専有している範囲の経済を活用して、競争分野で事業活動を行う行為については、競争業者が同じビジネスモデルを採ることによって対抗することができないことからイコールフットイングを欠くことになる。また、範囲の経済が大きな場合には、競争業者がいかに効率的な事業を行ったとしても対抗することはできず、市場からの退出を余儀なくされ、実質的な競争制限に至ることが懸念される。

したがって、独占禁止法の適用においては、個別事案ごとに検討を行うことが必要であるが、一般的な考え方としては、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において行う事業については、スタンドアローンコスト方式で原価の判断を行うことが適切である。」

3. 公取委文書についての若干のコメント

以上の公取委文書について、注目される点（特に下線を引いた部分）について以下の通りである。なお、最後の i. は、共通費用の配賦についての考え方を示したものであり、これに関しては後述する（三.（1）（vi）その他）。

(1) 総販売原価ないし仕入価格・工事原価

(i) 第一に、これらの公取委文書における「仕入価格」、「工事原価（直接工事費＋共通仮設費＋現場管理費）」は、後述する、経済学上の平均可変費用にほぼ相当するものであろう。

また、原価は総販売原価を指す、ということも繰り返し明らかにされており、上記の公取委文書で繰り返し述べられている、次のような式からも、総販売原価が後述の平均総費用に相当することは明らかである。

販売業において----総販売原価＝（仕入価格）＋（販売経費）＋（一般管理費）

公共建設工事において-----「工事原価＋一般管理費」

これら2つの原価のうち、前者の「仕入価格」、「工事原価」は、比較的实际に明確に算定されることから、実務上の一応の基準として用いられ、しかし、原則は（そして理論的には）、総販売原価が一般指定6項の「原価」に相当するとされている、と理解できる。

(ii) 「仕入価格」や「工事原価」を実務上の基準とすることは、不当廉売となる基準を緩くしたもので、違法な不当廉売とするハードルが高くなる。

総販売原価でなく、これらを基準としてあげた理由については不明であるが、6項前段には、「費用を著しく下回る対価で」という文言が用いられていること、また実務上、仕入価格や工事原価などの方は、総販売原価よりも算定し易いということ、また、不当廉売規制は価格競争を萎縮させるので慎重な運用が求められる、という考慮が大きく働いていると推測される。

また、常識的にも、通常は事業者は販売総原価をカバーできるような価格設定をするし、また競争秩序の観点からも、原則はそうあるべきであるが（後述、三. 6（1）を参照）、新規参入の場合や特に競争が激しい場合などには、例外的にしばらくの間は、せめて平均可変費用だけ回収しようという経営方針にも一定の合理性が認められる場合もあると思

われる。

なお、建設業法 19 条の 3（不当に低い請負代金の禁止）に基づく低価格調査制度の運用においては、落札価格が上記のような「工事原価」をカバーしているか否かを見るということのようである。

（iii）下線を引いた部分の多くは、一般指定 6 項の前段と後段の違いをどう解するか、事実認定ではどのように異なるか、にかかわる点であり、これに関しては多くの議論があるが、ここでは簡単に述べるにとどめる。

公取委は、前記文書の f.あたり以降から、一般指定 6 項前段の「供給に要する費用を著しく下回る対価」については、仕入価格ないし工事原価を基準とし、これに対し、同項後段の「その他不当に低い対価」については、総販売原価を基準とする、という方針のようである。

一般指定 6 項前段については、公取は、既に最初の文書 a. から、仕入価格を「1つの基準」とするとしていたし、前記 b. のマルエツ事件・ハローマート事件＝勧告審決（昭和 57・5・28）でも、仕入価格を下回ることを指摘して違法としていた。

なお、公取は、最近の濱口石油事件＝排除措置命令・警告平成 18・5・18 で、「仕入価格（運送費を含む。以下同じ。）に南紀田辺店の人件費等の販売経費（普通揮発油の販売に係る経費をいう。以下同じ。）を加えた価格を下回る価格」と明示しているが、適用条文としては 6 項前段と後段を両方あげており、どのように区別したのかは明確ではない。しかし、その主文では、「仕入価格---に販売経費---を加えた価格を下回る価格で継続して販売している行為を取りやめなければならない」とあるから、6 項後段を念頭に置いているようにも推測される。

不当廉売に関する判決においても、前記 g. の大正製薬対ダイコク事件の 2 つの事件についての地裁・高裁の各判決は、いずれも一般指定 6 項前段につき実質的な仕入価格を基準としている（ただし、これら 4 判決では、6 項後段につき総販売原価を基準とすると明示したものはない）。

これに対し、前記 a. の中部読売新聞社事件では、総販売原価を基準としており（ただし、一般指定が前段・後段に分かれる前の事件である）、また同様に、前記 h. のヤマト運輸対郵政公社事件＝東京高判平成 19・11・28 も、一般指定 6 項の前段・後段ともに、総販売原価を基準としている。ただし、これらの事業においては、仕入価格ないし工事原価に相当する費用項目が見だしにくいという事情もあるかもしれない。

（2）原価を算定する対象たる取引の範囲

（i）第二に、上述のどの意味での原価であれ、原価割れであっても不当性がない、とされる場合がある。

前掲 b. において、業務の一部が競争入札に付され、それに近接する業務を随意契約によって受注する場合、これらの両方の業務を一体としてとらえてコストとの関係を吟味する、とされている点については、極端な仮設例では、過度の分割発注がなされ、その 1 つの入札物件では原価割れであっても、受注したその他の物件を合わせれば原価割れにならない場合などは、不当廉売に当たらないという解釈があるのであると推測される³⁸。

この解釈には疑問があるが（後述、三. 6.（5）参照）、ここで注目すべきことは、競争

入札に付された取引を不当廉売の対象たる取引とするのか、それとも、それに続く取引（こちらは随意契約による）を含めて不当廉売の対象たる1つの取引とするのか、のいずれかによるべきか、という選択肢があることである。これは、原価を算定する対象たる取引の範囲が重要であるということを示している。

なお、前述のように（二. 3.（5）（vi））、前記の国内航空旅客事業において、既存の事業者が新規参入者に対抗するために、競合便だけを低料金にするという行為以外に、特定の便だけを低料金にすることが不当とされない余地があると述べた。その場合は、料金を異にする戦略を採った以上は、原則として各便について個別原価を下回ってはならない、と述べたが、このことは、国内航空旅客事業の市場は、一般には、路線ごとに認定され、それを単位として原価を算定すべきであるが、特定の便だけを低料金にすれば、当該便だけを取り出して1つの取引の対象とすべきことになり、それだけの原価を算定すべきだということになる。

（ii）不当廉売が問題になるのは、どのような取引対象かを考える必要があると思われる。ここで「市場」ではなく、「取引対象」としたのは、私的独占など「競争の実質的制限」すなわち市場支配力の形成またはその維持・行使・強化が問題になる局面では、どの市場における競争が制限されるかという形で「市場の画定」問題が提起される。

これに対し、不公正な取引方法の場合には、「競争の実質的制限」または市場支配力の立証を要せず、それ以前の問題として、「公正競争阻害性」の有無が焦点となる。本稿の最初に限定したように、ここで「競争の減殺」を問題にするとしても、この場合に必然的に「市場の画定」という作業が必要かは議論があるところである。

多数説は、おそらく「市場の画定」という作業が必要だという立場であろうが³⁹、私は不公正な取引方法のすべての通じる立場として、「競争の実質的制限」または市場支配力が要件ではないのであり、「阻害するおそれ」が要件なのであるから、当該行為の反競争性を立証すれば足りる、という立場をとるべきものと考えられる。

すなわち、不公正な取引方法の場合には、具体的にどの市場における競争が減殺されるか、すなわち、「市場」、「競争の実質的制限（ここでは減殺になる）」を厳密に立証する必要はない。特に、「市場の画定」について、米国の「仮定的独占者テスト」（SSNIP基準）のような特定の作業を必要とすることは（これは多数説でも、集中規制だけに適用すべきと考えられているのであろうが）、あまりに過度の要求である。

しかし他方で、「競争の減殺」を問題にする以上、どのような取引が行われ、相互に影響しあっているのかを何らかの意味で前提にせざるを得ない。そこで、前述のように「市場」と区別するために、より一般的で広い意味での「取引対象」という表現を用いたわけである。

このことの具体的意味を国内航空の事例で述べよう。国内航空における市場は一般には路線ごとに市場が成立するとされている。しかし、ある新規参入者の便が1日に4回発着するとして、既存の航空会社が、それらの直前・直後の便だけを値下げした場合（これが実際に採用された「対抗価格」戦略であった）、「競争の減殺」の有無は、それらの値下げされた便の前後の時間帯における顧客争奪だけを見れば足りると考えられる。それが問題になっている「取引対象」であり、それが市場として成立するかを取り立てて議論する

必要はない⁴⁰。

もつとも、市場における「競争の減殺」の有無をみるべきだという多数説に従っても、これらの「対抗価格」戦略によって、新規参入者の便は大きな打撃を受けることは容易に推測されるから、公正競争阻害性を肯定すべきことは同じである、ということかもしれない。

(3) 「効率的な事業者のコスト」

(i) 第三に、上記 e, f, g 等の各文書で示された「効率的な事業者のコスト」を考慮することは、欧米の議論もふまえるとかなり難しい論点を含んでいると考えられる。

これらの公取委の文書に触発されたのであろうか、判決においても、「効率的な事業者」に触れているものが現れている（LP ガス差別対価にかかる日本瓦斯事件＝東京高判平 17・5・31、前出、三.1.(2) i を参照）。

「売り手段階における差別対価が公正競争を阻害するものであるか否かは、結局のところ、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が市場において立ち行かなくなるような価格政策を採っているかどうかにより判断されることとなるものと解すべきである」（地裁判決）。

「不当な差別対価であるかどうかは、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る」（高裁判決）。

本件の事実関係からは、以下の諸点を指摘できる。

第一に、日本瓦斯のシェアは、東京都で約 2.3%、千葉県で 5.9%等に過ぎない。

第二に、本件で問題となる東京郡、千歳県等においても、多数の LP ガス事業者が存在し、被告の標準価格を下回る価格による販売も行われている。

第三に、被告の標準価格は総販売原価を下回ることを認めるに足りる証拠はない。

第四に、被告の標準価格は新規顧客に対する一般的価格であり 既存業者からの切替用に設定されているものではない。

これらの諸点からは、本件の差別対価が不当なものでないことは明らかであり、おそらく各地域の「市場価格」に合わせた価格設定の結果、対価が異なることになったものと推測される。

判決も、「本件における既存顧客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かでき」る、と述べている。

そうだとすれば、本判決が、「自らと同等あるいはそれ以上に効率的な業者」を基準として判断したものと評価することができるかには疑問が残る。少なくとも、この基準を用いなくても、不当ではないという結論を導くことができたことは間違いのないところである。

(ii) 効率的事業者基準は、反トラスト法や EU 競争法において、独占的行為、特にプライススキーズに関し議論されているが、私的独占、または市場支配力の濫用の基準であって、不当廉売の際の基準として論じられているわけではない。

しかし、この議論において問題となっているのは、コスト割れかどうかであるから、そのコストが行為者自身のコスト（「自己コスト」）か、それとも、仮想的な効率的事業者のコストか、という点であるから、日本法の不当廉売についても参考になる考え方であるといえよう。

(iii) まず、仮想的な効率的事業者を想定し、不当廉売が問題になっているある市場において、問題になっている行為者が、その効率的事業者の原価を下回る価格によって販売すれば、その価格は効率的事業者でさえ達成できない価格であるから、効率性にかかわらない性格のものであって「不当」と評価する、という論理は説得的であるといえよう。

すなわち、不当廉売の疑いのある事業者が設定した価格が、仮想的な効率的事業者が達成し得る低コストに基づく価格よりも低いものであれば、「競争業者がいかに効率的な事業を行ったとしても対抗することはでき」ないから（前記、公取委文書 i から引用）、不当と判断することができる。

この場合、当該行為者の自己コストと効率的事業者のコストの関係は、どうなっているか。

効率的事業者のコストは、同一の商品又は役務を販売する際の最低のコストであると想定しているから、当該行為者の自己コストは、これと同等か、これよりも高いはずである。同等であれば、これまで通説が前提としてきた自己コストの考え方と同じことになる。

これに対し、自己コストの方が高ければ、それより低い効率的事業者のコストを基準として、それを下回る価格をつけることをコスト割れと考えるわけである。公正な競争を、各事業者が効率化を目指して企業努力をすることであり、この効率化をコスト低下とイコールと単純化し、競争者も最も効率化の努力をして得られる最低のコストに基づく価格までは到達すべきであり、それを下回る価格に対してのみ不当性を主張すべきだという論理である。

仮に当該行為者が非効率な事業を行っていて、同様の事業を効率的に行う場合のコストよりも高いコストをかけている場合、その高いコストを下回った価格を付けて原価割れとなっても、直ちに不当廉売となるわけではないことは当然である。

このことは特に、多くの事業者が効率的に事業を行っていて、それに基づき市場価格が成立している場合を考えれば容易に分かることである。当該行為者のコストがその市場価格を上回っている場合に、当該行為者が市場価格に合わせた価格設定をすることは当然に許容される。

不当廉売の疑いをかけられた事業者は、しばしば上の論理を利用して、「市場価格に合わせたに過ぎない」と主張する。しかし、市場価格が何であるかは明白ではないことも多い。例えば、建設業などにおける入札においては、特に定型化された業務などについては「市場価格」に近いものはある程度は推測されようが、個別原価は個別の事業者ごとにより異なるものであり、また、その時々入札で多様な応札価格があり得るものである。したがって、例えば酒類のように、極めて多数の販売事業者が同一の商品を市場に提示している場合に成立する意味で「市場価格」が存在するわけではない⁴¹。

(iv) ところで、仮想的な効率的事業者を想定するというアプローチは、電気通信産業における支配的事業者の接続料金について欧米で採用されているものである。

ここでいわゆる「長期増分費用」(LRIC)方式とは、不可欠施設を保有する既存キャリア(日本ではNTT東西)が古い設備を引きずっているということ、また非効率な経営を行っているという疑いから、仮想的なキャリアが最新の設備で最も効率的な経営を行う場合を想定し、一定の理論モデルを作成し、それに現実のキャリアの事業に当て嵌めて算定するものである(これは、ボトムアップ方式を念頭に置いて述べたが、トップダウン方式ではモデルだけで算定される)⁴²。

そのため、LRICは既存キャリアの現実のコストとかけ離れて低いことになり、上記の電気通信産業のような特殊な事情がないと正当化されないであろう。

電気通信産業の例は別として、一般的に不当廉売の基準として、仮想的な効率的事業者のコストを想定するとしても、それは実際にどのように設定するのであるか。電気通信産業における既存キャリアのように、設備や人件費などの原価につき例を見ないほど透明になっている場合でさえ、仮想的な効率的事業者のコストを算定することは極めて難しい作業であり、かつ当該事業者・主務官庁・競争事業者の3者が1年以上にわたって膨大なコストをかけてようやく一応の数字を出すにとどまっている。しかも、既存キャリアと接続して事業展開を行っている競争事業者から、常にコストダウンによる見直しが要求されることになる。

これと同様に、仮想的効率的競争者基準は、そのコストを実際にどのように設定するかという点で、運用上の難点が指摘されており、電気通信産業における「長期増分費用」(LRIC)方式の経験からは、これは致命的な欠陥であるようにも思われる。

ただし、これは立証責任についての「証明度」の程度にも係わることである。この点については、英米法に倣って、「証拠の優越」と「合理的な疑い」の2つが知られているが、日本の民事裁判では、「真実の高度の蓋然性」(最判)が要請される傾向にあるようである。しかし具体的に、どこまで厳密に「費用」を立証したことになるかは、結局は、職業裁判官による自由心証主義に拠ることになる。

例えば、前記の日本瓦斯事件において、被告の給油所の多くは「セルフサービス型」であるのに対し、競争者の多くは旧来型の「フルサービス型」であったという事実から、効率的競争者のコストを推測する程度であれば、この基準も有効に働く余地はあろう⁴³。

(v) 以上のように、仮想的効率的競争者基準についての実際の利用の仕方には、いまだ検討すべき点が多いと言わざるを得ないが、最初に述べたように、仮想的効率的競争者基準は、具体的な判断基準ではなく、不当廉売規制の根拠として、効率的事業者でさえ対抗し得ないのであるから不当とする、というための概念だという説明はあり得るであろう。

なお、仮想的な効率的競争者の代わりに、他の競争事業者の現実のコスト(の平均?)を基準とするという議論は、他の競争事業者が効率的かどうかの確認がないと根拠のないことであり、ここでもその立証は難しいであろう。

このことは、不当廉売の疑いをかけられた当該行為者から、他の競争事業者よりも効率的だから低料金が可能になっているという抗弁がしばしば提示されるのであるから、尚更である。逆に、競争事業者の側から、自分が効率的であるのに、その原価を下回る価格だから不当という形で主張が出されることになる⁴⁴。

そのいずれも泥仕合になるべき議論であり、あくまでも仮想的な効率的競争者でないと

不当性を主張できない筋合いのものであると考えられる。

(vi) ところで、公取委の各文書 (e.f.g.) では、一般指定 6 項後段の「不当な対価」の基準として、効率的競争者基準が持ち出されている。一般指定 6 項前段は、仕入れ価格を下回るなどの明白なコスト割れであるのに対し、仕入れ価格を上回っていて、総販売原価を下回っているかが微妙な場合に、効率的競争者基準を考慮するような書きぶりである。

例えば、公取委文書 e. は、以下のように記述している。

「総販売原価は、廉売対象商品ごとに算定するが、各事業者の効率性、業態等によってコストは異なるものであり、また、事業者が創意工夫により良質・廉価な商品を提供することを阻害しないようにするとの観点から、『その他不当に低い対価で供給』する場合の規制に当たっては、効率的な事業者のコストを考慮することとなる。」

この最後の部分は、仕入価格はかなりの程度客観的に算定できるのに対し、総販売原価の算定においては、それにどれだけの販売経費や一般管理費をプラスすべきか、当該行為者と競争事業者で争いが起きることが予想され、公取委や裁判所も判断に苦しむことが容易に予想されることから、新しく挿入された部分なのであろうと推測される。

すなわち、ここでは一般指定 6 項における「費用」の意味は、原則は自己コストであるということ为前提に、しかし、その実際の算定に当たって、最も効率的な経営をした場合の販売経費や一般管理費として、最低これだけはかかるだろうという「考慮」によって判断する、ということであると理解してよいのではないかと思われる。そうだとすれば、この考え方には一定の合理性があるといえよう。

したがって、原則は行為者の自己コストを原価とし、それを下回ることを原価割れと解し、例外的に、前述のような当該行為者が非効率な事業を行っている場合は自己コストを下回っても直ちに原価割れとしない、また逆に、当該行為者がより効率な事業を行っているからコストも低いと主張する場合には、当該行為者と競争事業者のコストの比較などを参考に、効率的な事業を行った場合のコストを考慮する、と解すべきである⁴⁵。

(4) リベート、販売促進費等

第四に、前掲の文書 f. 「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」において、「例えば次のようなリベート、販売促進費等については、廉売対象商品についての実質的仕入価格の判断において仕入価格の引下げ（値引き等）として考慮しない」として、「年度末等に事後的に額が判明するリベート」などが挙げられている。

これは当然のことであり、買手にとって、実質的に値引きであれば、表示された価格から差し引いた価格が現実の買い値であるが、この実質的に値引きかどうかは買手の立場から判断されるべきであり、例えば、事後のリベートは取引の際には、どのくらい価格から差し引かれるか不明であるから、実質的な値引きとは受け取れないであろう。

しかし、これは実際には具体的に判断が微妙な場合もあり得ると想像される。

4. 「費用」についての諸説

(1) 平均可変費用

総販売原価（平均総費用）を原価と解する公取委や多くの学説に対し、経済学の理論上は、短期限界費用を下回る価格は資源配分上の効率性を達成しないから、そのみを規制すべきであるとされる。

短期限界費用の代替として、その他の経済学的アプローチとして、平均可変費用（Areeda & Turner テスト）、回避可能費用、機会費用（経済学の一般的意味ではなく、米国運輸省が提示した新基準）などが提唱されている。

これらの平均可変費用または回避可能費用等々の基準をとると、小売事業者の場合の仕入価格にかなり近い、低いコストが基準になる。

ここでは、共通固定費用（その多くは、設備投資費、共通費用ないし一般管理費）まではカバーしない価格設定を許容する、すなわち、内部相互補助をその限りで（共通固定費用に関しては）認める、というのがポイントである。

その具体的帰結として、例えば、電気通信産業や電力産業などの、いわゆる装置産業や、コンピュータ・ソフトウェア等の初期投資（その多くは研究開発費）が膨大で、その代わりに個々の商品・役務を製造するための平均可変費用は極めて低いという特徴を持つ産業では、不当廉売規制は事実上機能しないということになる。

（２）長期増分費用

これに対して、前出の国内航空旅客サービスにつき、経済学上は当該路線サービスのための短期限界費用（＝変動費）が原則であるが、これでは固定費を回収できないから、長期的には不合理であり、効率的な事業者が排除されるのを防げない。そこで、勘案すべきコストとして、変動費のみならず、変動費・機材費などの固定費も含む総コストが挙げられ、長期的には後者も回収できることが必要であると説かれることもある⁴⁶。

一般には、長期増分費用とは、特定の追加的一単位の生産物（「増分」）の供給にかかる長期の総費用、すなわち資本費用と運営費用を指す。EC 競争法におけるドイツポスト事件は、AKZO テスト（原則は平均可変費用基準、それ以上であっても平均総費用を下回り、当該価格設定が排他的計画の一環であれば濫用的とされる）に代えて「増分費用基準」を採用した重要な決定と評価されている⁴⁷。短期の増分費用は、上のうち、資本費用を含まない、純粹の増分にかかる費用を指す。

なお、ここにおける長期増分費用は、企業の価格が実際のコストに基づいているか否かを判断するものであって、前記の電気通信分野において採用されている、仮想モデルに基づき算定される「長期増分費用」（LRIC）とは基本的に異なる（前述、二. 3.（５）（iii）を参照）。

5. 会計上の「費用」と独禁法・経済学上の「費用」

（１）会計上の「費用」

（i）不当廉売の判断基準については、平均総費用か平均可変費用か等々の、理論的なことと並んで、それらの費用を、実務において具体的にどう算定するかは極めて難しい問題である。

独禁当局または裁判所の審理の過程で行うべき費用の算定方法は、立証責任の問題を含め、諸外国の事例等を参考にさらに研究する必要がある。米国では、経済学の強い影響下で不当廉売の規制それ自体に消極的な傾向があるが、欧州・ドイツ等では、原価と価格の関係に立ち入って、具体的な数字まで挙げて判断する例が少なからず存在している。⁴⁸

（ii）規制産業の場合は、電気通信事業法、電気事業法等においても、不当な差別的取扱

いの禁止（電気通信事業法6条）の他、一定の料金規制（同法29条1項5号等）が定められている（前述、二.2.を参照）。これらの事業法では、会計規則等で減価償却等の費用の計上の仕方が決まっているのであるから、これらの事業法上の規制に関して、同法上の会計上の費用を基準にすることは問題ないようにも思われる。これと別個の算定方法は、規制行政庁（総務省、経産省等）としては、むしろ取りにくいであろう。

（iii）しかし、会計上の「費用」から、独占禁止法上の「費用」を直ちに導くことは困難である⁴⁹。

固定費用、平均総費用、可変費用などは経済学上の用語であるから、会計上の整理とは一致しない。また、多くの企業は、単品生産・販売ではなく、複数の商品・役務を製造・販売しているので、損益対照表などから、個々の商品・役務の原価を算出するには、多くの仮定を置くなどの机上の作業が要請される。

特に、公益事業は装置産業と言われるように、設備投資、固定費用の割合が高いとされているが、これらは資本費用、減価償却など多様な割り振りがなされており、さらに、共通固定費用から、ある商品・役務に限って、それらの固定費用と可変費用を算出することは企業会計の枠を超えるので、極めて困難な作業であり、恣意的な配賦になることが避けられない。

そもそも、企業会計の目的は、一般には、金融商品取引法の下での投資家に対する適正な企業情報の提供、事業法上のそれは、法的独占が認められる場合は利用者（消費者）保護、あるいは競争環境では競争者との公正な競争の実現、と様々であり、それぞれの目的のために、諸々のデータを整理・分析するものであるから、独禁法のケースにおいて、ある特定の商品・役務の費用を算出するという作業に適しているとは言い難いのである。

（iv）上のことは、前掲（三.1.（2））の、h. ヤマト運輸対郵政公社事件＝東京高判平成19・11・28において、原告が主張したことでもある。すなわち、「共通経費の配賦割合については、会計処理上の適法性の問題は幅が広いものであるから、競争条件の公正という観点からの検証が必要である」。

これに対し、判旨は、中央省庁等改革基本法、郵政公社法などの規定を踏まえて、「郵便事業と郵便貯金事業及び簡易保険事業との共通経費の配賦については、法制度上、明確に区分するとともに、公認会計士等の外部者による監査を受けていることとされていることからすれば、郵便事業と郵便貯金事業及び簡易保険事業との共通経費の配賦において、郵便事業への配賦が不当に少なく調整されているとみることは困難である」として斥けている。しかし、これは前記の原告の主張をまともに取り上げて検討した結果であるとは言い難く、諸法令に従った被告の会計処理を無条件に信じるべきだというに過ぎない。

（2）「将来原価」方式

（i）前記（二.2.）で紹介した電気通信事業の諸ケースは、新規に始める割引料金制度であり、当時検証に用いられていた「ネット・レヴェニュー・テスト」では、各割引料金について、当該サービスの提供開始から3年間（将来に向かっての「原価計算期間」）における、予想される収支見積もりなどによって、その合理性が判断される。

これに対し、会計上のデータは、言うまでもなくすべて過去の実績を基にしている、という違いがある。独禁法上は、問題になっている商品・役務の販売までに実際にかかった

費用を見るというのが原則であるから、その限りでは会計上のデータと同様ということになろう（これは原則であり、例外的扱いもあり得るということを後に述べる）。

(ii) ところで、現在の電気通信事業法上の規定および解釈・運用においては、NTT 東西の第1種指定電気通信設備による接続料について（同法33条4項）、「実績原価」方式、前述の仮想モデルに基づく長期増分費用方式、「将来原価」方式、キャリアズレート方式、の4種類が用いられている（前注31の情報通信審議会答申「次世代ネットワークに係る接続ルールの在り方について」を参照。）。その他、小売料金等については、「実績原価」方式である（同法29条1項5項等を参照）。

このうち、将来原価方式は、光ファイバーの利用が急激に伸びるであろうと予測され、かつ、それは料金に大きく左右されると考えられ、政策的に当該需要を促進するために、設備投資等の費用は将来の需要の伸びを考慮した原価算定方式として採用されたものである。

前記答申では、「将来原価方式では、新規かつ今後相当の需要が見込まれるサービスについて、2年度前の接続会計の費用で算定すると実績と大幅に乖離した費用になるおそれがあること等から、接続会計の費用を基盤として算定期間の費用を予測した上で接続料を算定」するとされている。

具体的には、2000年度から2007年度までの7年間の将来需要、およびそれから得られる収入を予測し、それまでに投下された設備投資費用等をカバーするような接続料を算定したのである。また、2007年度から開始された次世代ネットワークの商用サービスについても、少なくとも2009年度までは将来原価方式の採用が現実的な選択肢となるとされており、それ以降のことは未定である。

なお、「キャリアズレート方式とは、届け出ている小売料金から営業費相当分を控除して接続料を算定する方法である」（前記答申）。卸料金に相当するが、実際に、この方式を適用されているサービスはごく限られている。

独禁法上の費用は、前記のように当該商品・役務を提供するまでに既に費やした費用を指すのであろうが、光ファイバーのように、将来需要が急激に伸びる可能性があり、しかもそこまでの収支を合計すれば個別原価が急激に低下するような特殊な商品・役務については、上記の将来原価方式を認める可能性もあるのではないであろうか。

(iii) 以上は、将来原価方式を認める可能性についてであったが、翻って、それ以外の一般の商品・役務の場合にも、将来の販売数量(及び市場での価格の浸透度)の動向によって総販売原価を見直すという方法もあり得るのかも知れない。

これは実務的な知識も必要なことなので、ここでは推論しかできないが、後述の箇所でもやや敷衍してみよう（三.6. (v)、(vi)参照）。

(3) 利潤・租税など

(i) 経済学上の費用には資本費用（自己資本の場合は利潤、すなわち配当に回るか内部留保されるかの原資となる利潤、また、他人資本の場合は借入利息など）も含まれ、この点は会計上の整理とは異なる。

利潤を独禁法上の原価に加えるべきかどうかについては、従来ほとんど議論がない。しかし、少なくとも私企業であれば、利潤獲得のために企業努力をするものであり、また私

企業以外の事業体であっても、継続的に事業活動を行うためには資本費用を賄うような経営を行わなければならない。すなわち、事業者は当然、利潤を見込んで事業活動をするはずであり、この基本的動機を制度的に組み込んで競争秩序が成立しているのであるから、原則は上記の経済学上の費用と同じ考えによって、原価に適正な利潤を加えて算定すべきであろう⁵⁰。

前出（三.1.（2））のLPガス販売差止請求・トーカイ事件＝東京高判平成17・4・27において、原告は、不当廉売の主張の根拠として「健全な企業維持に必要な正常な価格設定」ということを主張している。これは前述のような利潤を組み込んだ算定につながる論理である。

しかし、不当廉売の実際の解釈・運用に際して、これまで検討してきたような総販売原価や仕入原価等に加えて、利潤も考慮すべきかについては疑問もある。

まず立法趣旨という点で、利潤を「費用」に含めるという議論は多分なかったと推測され、また、その後の公取委・判審決でもこれに触れたものはないと思われる。また、vを具体的にどのように算定するかも極めて困難な問題であろう⁵¹。

私企業は、前述のように、利潤を見込んで事業活動をするはずであるが、不当廉売規制は、少なくとも当該商品の製造・販売等にかかった費用を割るような価格を付けるべきではないとするものであるから、利潤を含まないという現行の解釈・運用にも一定の合理性があると考えられる。

以上の点については、従来あまり議論されていないことでもあり、今後の検討課題としたい。

（ii）不当廉売の要件である「費用」には、法人税等は含まれるか。

前記（三.2.）の公取委の文書からも明らかなように、これまではこの点につき指摘する文書類や事例はほとんどなく、したがって根拠を示さずに法人税等が原価に含まれないとされてきたと推測される。

最近、この点に関連して、ヤマト運輸対郵政公社事件＝東京高判平成19・11・28において、原告（ヤマト運輸）は、「被告の一般小包郵便物（ゆうパック）は、税金の免除をはじめとする種々の優遇措置によって成り立っており」、これらも考慮に入れるべきであると主張した。

これに対し、本判決は、以下のように述べる。「『供給に要する費用』とは、前記のとおり、当該行為を行っている者の供給に要する費用であって、業界一般の供給に要する費用又は特定の競争者の費用を基準とすべきでないというべきであるが、原価を形成する要因が、いわゆる企業努力によるものでなく、当該事業者の場合にのみ妥当する特殊な事情によるものであるときに、これらの特殊事情の存在を考慮する必要があることは、原告の主張するとおりである」。

この中の、「原価を形成する要因が、いわゆる企業努力によるものでなく、当該事業者の場合にのみ妥当する特殊な事情によるものであるとき」という箇所は、中部読売新聞社事件＝東京高決昭和50・4・30を念頭に置いて述べられたのであろう（後述、三.6.（4））。

しかし、本判決は、具体的には以下のように原告の主張を斥けている。「所得税、事業税及び住民税の支払が免除されていることについてみれば、これらは、本来利益に課せられ

るものであるか、利益の有無にかかわらず、一定の基準の下に課せられる性質のものであって、いずれも総販売原価を構成する性質のものではなく、所得税、事業税及び住民税の支払に要する費用は、一般指定6項前段の『供給に要する費用』とはいえない。

ここで、法人税等について、「これらは、本来利益に課せられるものであるか、利益の有無にかかわらず、一定の基準の下に課せられる性質のものであるから、総販売原価に算入されないという判旨部分は、必ずしも説得的なものとはいえないと考えられる。もっとも、この引用部分は結論を導く理由なのではない、という読み方も可能であり、その場合は理由なしで結論を出したことになる。おそらく、従来は総販売原価に諸税が含まれるとは考えられてこなかったというだけのことであろう。

ここでも、資本費用と同様に、継続的事業体（＝事業者）である以上は、法人税等を負担することをふまえて事業活動をしているはずであり、（旧）郵政公社のような、税の減免を受けている特殊なケースをどう考えるかは別として、法人税等も原価の一構成要素とするのがスジであろう。しかし、ここでも資本費用について述べたことと同様に、不当廉売規制は、少なくとも費用を割るような価格を付けるべきではないとするものであるから、諸税を含まないという現行の解釈・運用にも一定の合理性があると考えられる。

6. 不当廉売における「費用」の意味

（1）原則は販売総原価＝平均総費用

（i）不当廉売規制における原価について、上述の「平均総費用」か「平均可変費用」・「増分費用」か（後者の違いは捨象）という議論につき、日本の独禁法の解釈としては、原則としては、前記通説・公取委ガイドラインと同様に、平均総費用（＝「販売総原価」）を基準とすべきであると考えられる。

典型例として、前掲（二. 3.（2））の第一のケース（略奪的ダンピング）を挙げることができる。例えば、通常の競争市場において、大企業が競争の激しくなった商品について、販売総原価を下回り、しかし平均可変費用を上回るだけの低価格をつけることを認めるとすると、当該大企業の効率性ないし商品の魅力ではなく、大企業故の資金力のために、競争上圧倒的な有利性を享受することを認めることになって妥当ではない。

この場合の反競争性は、企業努力を行った効率的な企業の商品・役務が不当に市場で不利になることにある。

以下、大変雑な例えであるが、販売総原価説によるべきことを示してみよう。

問題となる商品・役務について、競争事業者 A が企業努力によって低コスト（1万円＝固定費用1千円＋平均可変費用9千円）を実現し、それに基づく価格（利潤を1千円とし、販売価格1,1万円）を設定する。

他方で、大企業 B が、それより高いコスト（1,3万円）でありながら、競争対抗価格と称して低価格（1万円）で販売する。

A ---- 販売総原価 1万円 = 固定費用1千円 + 平均可変費用 9千円
価格 1,1万円

B ----- 販売総原価 1,3万円 = 固定費用3千円 + 平均可変費用 1万円
価格 1万円

平均可変費用説だと、B の販売価格 1 万円は、平均可変費用 1 万円をぎりぎりカバーしているから、コスト割れではないから、不当廉売ではないとされる。これに対し、販売総原価説だと、コスト割れで不当廉売と判断される可能性が高い。

(ii) 販売総原価説の根拠としては、本稿の「競争対抗」の抗弁の箇所(二. 3. (5))で述べたことが、ほとんどそのまま不当廉売についても妥当する。

第一に、すべての事業者がそれぞれ、効率化に向けた、コスト削減の努力を行い、その結果として料金値下げが可能になるという動的過程それ自体が、競争の社会的意義である、と評価される。したがって、各事業者の設定した価格が、当該事業者のコストを上回っているということが、上記の企業努力の成果がなされたことを証明したことになる。

これと異なり、例えば「競争対抗」ということから販売総原価を下回る料金を設定することは、そのようなコスト削減の企業努力と無関係な行為である。

「競争対抗」料金について検討した際に触れた、前記の「自己コスト」か、「効率的事業者のコスト」かという議論に戻れば、前者が不当廉売に当たらないことの正当化にとって必須である。

「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」(ヤマト運輸対郵政公社事件=東京高判平成 19・11・28) という命題は、まさにこのことを指していると考えられる。

しかも、ここで各事業者のコスト削減努力は、単に可変費用について行われるものではなく、固定費用についても行われるものであり、後者を除外する理由はない。

また、前記(三. 4. (2))の増分費用について述べたことから、競争分野の価格が共通固定費用を含まないことでよいかは疑問である。独占部門あるいは業績の良い他部門を持っている企業が、このことだけで競争分野でも他企業に比べ有利になることを認めることになるからである。

公取委の前記(三. 2. a.) 不当廉売ガイドラインは小売業を念頭に置いており、販売総原価としながら、実務上は「仕入原価」が1つの基準となるとしている。原則は販売総原価としている点で妥当な解釈であり、また、小売業を念頭に置けば、「仕入原価」を実務上、1つの基準とすること、さらにそれによって一般指定6項前段の適用することには、一定の合理性があると考えられる。

ただし、小売業と他分野、特にここで主対象としている公益事業分野を比べると、後者では固定費用の割合が極めて大きいと推測されるので、少なくともそのような特性を持つ産業ないし商品・役務については、「仕入原価」に相当するような平均可変費用を基準とすることは、実務上も、また一般指定6項前段の適用基準としても妥当ではない。

なお、上述のように、販売総原価割れを問題にする立場によれば、各企業が価格設定において共通固定費用のくびきに引きずられることを意味する。企業は、今の状況で何が最適かを判断するのであるから、短期における経営を目指すのであれば共通固定費用をいわば所与の前提として、近い将来までの期間で何が最適かを見ることもあろうが、経営者としては同時に長期的な財務体質も常にウォッチしなければならないし、株主・投資家ないし株式市場でも短期の利益だけでなく、長期的な財務状況も含んで判断・評価されるはず

である。

(iii) 第二に、上のことを競争事業者から見れば、このようなコストに関係ない、競争対抗のための低料金設定を認めれば、他の競争事業者の競争のための企業努力は無に帰すおそれが強い。

市場において、ほとんど影響を与え得ない小規模事業者はともかく、ある程度有力な事業者が不当廉売を行い、他の競争事業者が競争しようとするれば、同じくコスト割れの料金を設定せざるを得ず、これは結局は、事業者がどれだけコスト割れ販売を継続できるか、という資本力の戦いをもたらし、これは公正な競争とは無縁の闘争でしかない⁵²。

(iv) 第三に、販売総原価を基準にすべきであるということにつき、各事業者は様々な事業・経営基盤に立っており、多角経営の利点に見られるように、「範囲の経済」を有効活用することは、何ら非難されるべきではない、という反論があり得る。

「範囲の経済」という概念は、具体的にどこまでを指すのかは漠然としていて、法的議論になりうるかは疑問であるが、抽象的な理論レベルでは、これを否定することはできないと思われる。

しかし、「範囲の経済」論が、共通固定費用は他の事業からの安定的収入（あるいは超過利潤）でカバーし、競争が激しい商品・役務については平均可変費用をカバーする程度で料金設定することを直ちにそのまま認める、ということであれば疑問である。

その理由は、前記の第一、第二に述べたことがそのまま当てはまるので繰り返しは避けよう。むしろ、この議論は、米国における「埋め合わせ」要件（コスト割れ価格により生じた損失を埋め合わせる「危険な蓋然性」もしくは「合理的可能性」があること）が、立証すべき要件として成立するかという疑問へと導くもののように思われる。「範囲の経済」を利用できる大企業は、当該商品・役務の廉売で損失を被っても、他事業でカバーできるし、そうするかどうかは当該企業の将来の動向、経営方針にかかわることだからである。

(v) 第四に、どのような企業でも、新商品を発売するときは、売れ行きがどのくらいかを予測するとしても、不確定要素が大きく、また、すべての新商品がペイするはずはなく、失敗して販売を中止する場合も多いようである。相当数の新商品は、一定期間、原価割れの状況が継続するものだとも言われる。

さらに、出版、音楽などの事業においては、新発売の書籍や楽曲の多くは赤字のまま発売を中止し、数少ないヒット作からの収入で、これらの損失を埋め合わせるというのが、いわばビジネスモデルであるとも言われる。

これらは新商品発売の際の特殊性もあるから、前記の販売総原価基準説を厳格に適用すべきではないことは当然である。

他方で、「新商品」といっても、従来の商品をややモデルチェンジして新しい装いで売り出すに過ぎないことも多く、新商品発売については不当廉売規制は対象にならないとするのも現実と合わない解釈になるおそれも強いように思われる。

合理的な企業経営をする事業者であれば、どのような商品であろうとも、何らかの販売予想を立てて原価計算を行い、発売後も常に当該商品についての収支を検討し続けるはずである。

(vi) 総販売原価説を採る場合の難点の1つは、共通固定費用の配賦の困難さである。

同じ立場に立つ公益事業規制においても、全く同じ問題があり、電気事業や電気通信事業等における現在の運用方針は、近年開発されたABC（Activity based Costing/活動基準原価計算）方式によって配賦するという一方で、なるべく実態に近づけるような努力がなされている。

これに対し、前掲（三. 2. i.）の公取委「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一独占領域を用いた反競争的行為への対応一」（平成18年）では、共通費用の割り振りについては、大きく分けて、①スタンドアローンコスト方式、②増分費用方式、③ABC（Activity based Costing/活動基準原価計算）方式の3通りの考え方が存在するとした上で、一般的な考え方としては、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において行う事業については、スタンドアローンコスト方式で原価の判断を行うことが適切である。」と述べる。

ここで、スタンドアローンコストとは、ある事業者が、異なる2以上の事業を行う場合、特定の事業を単独で行う際に要する費用を意味する。

前記文書がスタンドアローンコスト方式を採るべきとする理由は、共通費用を競争分野のコストに付け替えることになり、独占領域の事業の採算性向上に寄与するから、ということのようにも読める（前記文書17頁）。ただし、別の箇所では、スタンドアローンコスト方式によれば、他の競争事業者との間の競争条件が等しくなると示唆しており（前記文書29頁）、競争事業者との間のイコールフットイングの確保ということが真の理由なのかもしれない。

この3つの方式につき、前記（三. 1.（2））のヤマト運輸対郵政公社事件＝東京高判平成19・11・28は、以下のように述べる。

「スタンドアローンコスト方式を採用することは実務上行われておらず、一般指定6項の適用に際して、同方式を採用した事例も存しない……。また、事業者が既存の事業と関連する事業に参入する際に、既存の事業における人的物的資源を共用することによって、事業の経費を節約し、より安い対価で商品や役務を供給すること（範囲の経済の活用）自体は、経済的に合理性のある行為と評価することができ、一般指定6項の適用に際しても、共通費用の割り振りについては、一般的に共通費用配賦方式により、共通費用を複数の事業に配賦して各事業の費用を算定することが合理的である」。

これは、この点についておそらく初めて詳細に判示された事柄であり、更に検討を要するが、差し当たりは、上の東京高判の判断を是とすべきもののように思われる。ただし、この中で、「範囲の経済の活用」を理由としている点については、共通費用を配賦するという前提で認められるという留保をしておこう。仮に「範囲の経済」を認めるべきだとしても、それには配賦された共通費用を含めた総販売原価を下回ってはならないという限度で、ということである。

（2）「将来原価」方式の可能性

上の第四（v）で述べたことの延長上に、「将来原価」方式の可能性がある（前述、5参照）。

そこで述べたように、独禁法上の費用は、原則として当該商品・役務を提供するまでに既に費やした費用を指すのであろうが、光ファイバーのように、将来需要が急激に伸びる

可能性があり、しかもそこまでの期間を通して収支を合計すれば個別原価が急激に低下するような特殊な商品・役務については、上記の将来原価方式を認める可能性もあるように思われる。

なお、この場合でも、可変費用だけでなく、固定費用も適正に配賦して原価に組み入れることになっている。

この「将来原価」方式は、原価計算期間、需要の伸びの予測など不確定要素に大きく依存するので、単なる机上の数字合わせに陥る危険性も高い。しかし、上記のような特殊性を程度の差こそあれ有する商品・役務は少なくないのかも知れない。コンピュータ・ソフトウェア、半導体、あるいは、書籍や音楽なども平均可変費用が極めて小さく、将来販売数量が大きく揺れる可能性が高いといえよう。

そこで、「将来原価」方式が客観的に合理的であると認められる場合に限って、同方式による原価算定も許容すると考えられる。例えば、かつての半導体産業のように、学習効果が極端に大きい場合、平均可変費用をも下回る価格設定にも合理性があるとすべきであろう⁵³。

(3) 立証責任

(i) 販売総原価を下回る価格を設定した場合、既存の独占的事業者であれば、私的独占の可能性をまず検討すべきであろうが、不公正な取引方法の場合は、費用を下回ることが立証されれば、事実上、公正競争阻害性がないことを反証すべきことになる点が異なると解される。

前掲(三.(2))のヤマト運輸対郵政公社事件＝東京高判平成19・11・28は、次のように述べている。

「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」。

このことは、上述の事実上の立証責任の転換につながるべきものと考えられる。

また、「事業活動を困難にさせるおそれがあること」を独立の立証を要する要件と解する立場によれば、上とは異なり、この要件を立証しなければならないこととなる(ただし、本稿はこれを不要とする立場に立つ。後述、三.7.を参照)。

(ii) 既存の支配的事業者が行う競争対抗価格ではなく、大企業が中小企業分野に新規参入しようとするとき、同様の基準で判断すべきか、それとも、新規参入であるからある程度のコスト(販売総原価)割れは許容すべきかは、判断がより困難な問題である。

しかし、原則はコスト割れの場合は、公正競争阻害性が事実上推定されるという立場を保持しつつ、当該産業の実態をふまえ、当該行為者において当該料金設定がなされた過程(意図、経営戦略、販売計画・予測など)、コスト割れの程度、期間、影響の大きさ(当該参入により有効な競争が促進されることが予想されるか否か等)などを総合的に判断すべきであるというほかはないと思われる。

この点で参考になると思われる事例として、EC法におけるリーディング・ケースとされる、AKZO判決・Tetra Pak II判決では、「平均可変費用」より低いか、あるいは、そうでは

ないとしても、「平均総費用」より低く、排他的・反競争的な計画の一部として行われたか、を見るべきであるとされた、と説明されている。ここでは、後者の選択肢で平均総費用より低いという基準が採用されたことが注目されるが、費用割れそれ自体だけではなく、後者（行為者の具体的な計画遂行との関連で見ること）も重要な見方であると考えられる。

（４）中部読売新聞社事件決定の位置づけ

（i）前述のように（三. 6.（１））、一般指定 6 項における「費用」は、原則としては、平均総費用（＝「販売総原価」）を指すと解される。これは、言うまでもなく、問題になっている行為者についてのことであり（「自己コスト」）、競争事業者の費用を問題にしているのではない（前述、三. 3.（３））。

しかし、この自己コストについての例外、あるいはその算定の具体的方法について示したのが、中部読売新聞社事件＝東京高決昭和 50・4・30 である。この事案では、他の企業（読売新聞社）からの低価提供のサービス（紙面内容であるから、取材から編集などのコストがかかっている）を中部読売新聞社が受け取る料金が、読売新聞社がかけた費用に比して極めて低い場合に、当該サービスを独立して行った場合を想定してかかるであろう費用を中部読売新聞社の原価として算入すべきであるとした事例である。これは、読売新聞社における共通費用を他者に配賦する方法が問題になった事案であるともいえる（この用語は、本件では当該事業者の内部ではなく、外部の者に対する場合であるから、「共通費用」、「配賦」などの用語で説明するのは正確には不適當である）。

本決定によれば、被申立人（中部読売新聞社）の疎明する原価とは、「その大部分は被申立人のいわゆる企業努力によるものというよりは、被申立人が読売新聞社との業務提携による強大な援助をえているという特殊の事情に起因して定められているものであり、これなくしてはありえないものである……」、したがって、「その原価を形成する要因が、そのいわゆる企業努力によるものでなく、当該事業者の場合にのみ妥当する特殊な事情によるものであるときは、これを考慮の外におき、そのような事情のない一般の独立の事業者が自らの費用において、その規模の企業を維持するため経済上通常計上すべき費目を基準とし」、販売価格が不当に低いかどうかを判断しなければならない。

（ii）不当廉売の要件として、当該行為者の「費用」（総販売原価）と解すべきであるとする根拠は、事業者がそれぞれ、効率化に向けた、コスト削減の努力を行い、その結果として価格設定であるからこそ、競争の成果として社会的に正当だと認められるということであり、これと本決定の上記のような、「いわゆる企業努力によるものでない」特殊な事情は費用から除外するという考え方は合致していると考えられる。

これに対し、外部からの特別の補助によって得られた極端に低いコストを、そのまま独禁法上のコストとして認めるべきだという中部読売新聞社側の立場をとるとすると、同様の補助を受けない競争事業者（ここでは中日新聞や他の全国紙）は、いかに効率化に努めても、本事案のような大企業の傘下の企業や多角経営の企業に対抗する術がなくなり、不当廉売規制が空洞化することになる。

これと同様に、ある企業の中で、採算部門から非採算部門（当該商品・役務に係る事業部門）に内部補助が行われた場合も、採算部門が公的独占が認められている業務である場合や「不可欠施設」である場合などにおいては、不当廉売規制における「費用」を、それ

らの内部補助がないと仮定して算定すべきこととなる。これは、後述（５） 内部相互補助で再度扱うことにする。

ただし、外部からの補助の例として、各種の公的補助金を受ける場合を考えると、これらによって実現した低いコストは、そのまま原価として認める他はないように思われる。例えば、地方自治体において正当な手続と内容上も妥当とされた誘致策によって土地の取得代金が通常の場合より安くなった場合、仮に誘致策がないとしてのコストを算定するというのは非現実的であり、当該誘致策を否定することになる。

ここでは、公的補助金と競争秩序の矛盾が顕在化しているのであり⁵⁴、例えば、EC 条約に関して興味深い議論がなされているところである⁵⁵。

(iii) しかし、独禁法の「不当廉売」または「不当な差別対価」についての解釈においては、上のような一般論だけではなく、以下のような本件の具体的な事案に即した分析が重要であろう。

第一に、この中部読売新聞社事件では、中部読売新聞社は、自分から競争を仕掛けたのであるから、本稿で「競争対抗」の典型的事例としているケースには当たらない。さきには、「受動的な価格付けと攻撃的な価格付けの区別は慎重にすべきである」と述べたが、これが明確に認定できる場合には、攻撃か「競争対応」かは、1つの重要な判断基準として考えてよいと思われる（これが決め手となるかは微妙であるが）。

これは価格それ自体だけではなく、価格を変更する前後の各企業の競争関係や具体的な取引・競争行動の軌跡を見ることであり、そこから、当該企業による低価格設定が攻撃的かどうか、という意図、目的をみるべきであると思われる。

また第二に、中部読売新聞社事件は、仮に中部読売新聞社が読売新聞社と資本的にも一体であるとすれば（実際にはそうではない事案であったようであるが）、既存の大企業が一部の市場（ここだけは当該大企業の市場支配が及んでいない）に新規参入するケースであり、私達が想定している状況と逆である。本件では、中部読売新聞社は読売新聞社から明白な援助を受けて低料金を実現しているのであり、両者は資本的に別会社だとしても、競争の中では（少なくとも、「競争対抗」料金についての文脈では）、一体として評価すべき事業体といえよう。

一般には、新規参入は、全くの新製品による参入や従来の商品と明確に差別化できる場合を除いて、既存の事業者の価格よりも低い価格によって、ときには当分の間は原価割れで行われるし、そうでないと新規参入は失敗するというのが事業の実情であり、不当廉売規制においても、このような実情を勘案する必要がある。

また、中小企業が新規参入する（例えば、中日新聞がこれまで販売してこなかった地域に参入する）場合は、当該市場における既存の独占的事業者との競争を活発にするのであり、これによって競争阻害ないし競争制限に至るおそれがあると認めることはできないであろうから、これを不当廉売とすることには慎重であるべきであろう。実際に、中小企業の場合は、前述の掠奪的ダンピングのような、資本力で圧倒するなどの懸念はあり得ないし、販売総原価を下回って大規模かつ長期にサービスを提供するような行為も、中小企業による場合は一般には不可能であろう。

(5) 内部相互補助

(i) 「公共工事の不当廉売については、①当該業者がなぜ赤字受注を続けることができたのか、②他部門の利益をつぎ込んでいるのではないか、③下請工事代金等の買ったたきをしていないか等を調査により明らかにする必要がある」という指摘がなされている⁵⁶。

このうち、③下請工事代金等の買ったたきをしていないかは、不当廉売規制においても、実際上は重要な点である。先には、コスト削減の企業努力を評価すると述べたが、そこでは、下請事業者を買いたたくことや、労働者のサービス残業の強制によって行われることも少なくないように推測される。しかし、これは下請法や優越的地位の濫用等、あるいは労働法の観点から違法ないし不当な行為であり、これらの「企業努力」は、むしろ不当廉売規制における「費用」とは関係ない事柄である。

ここでは、②の「他部門の利益をつぎ込む」ということにつき、簡単に検討する。これは、伝統的な公益事業規制論で説かれている「内部相互補助」(cross subsidization)の規制に相当する。

(ii) 第一に、内部相互補助という用語は、歴史的には公益事業における小売価格の妥当性を問題にする文脈で用いられてきたものである。この場合には、当該公益事業会社は独占的に事業を行っていることが前提であり、そこにおいて独占的部門における利益を競争部門に振り向けるという内部相互補助を禁止することが、規制システムにとって最も重要な課題である⁵⁷。

これに対し、上のような公益事業規制を受けない自由な産業においては、事業部門間、あるいは個々の商品・役務相互間の内部補助は、実際にもよく見られる現象である。ある事業者の中の各事業部門、各地域等の各セクションで利益をどうあげるかは、事業者の自由の範囲内のことと考えるべきであり、それ自体を直ちに違法とする法規制は存在しない。

(iii) しかし第二に、自由な事業活動が行われている産業においても、場合によっては、他部門からの内部補助が否定されることがある。

その1例が、前掲の公共的入札の場合である。会計法・地方自治法等の下で行われる公共的入札においては、私は以前から、「一定の取引分野」は、個別の入札物件ごとに成立するという解釈をとっている。

「通常は、談合が行われた個々の入札ごとに、入札参加企業と発注者とからなる取引圏が、『一定の取引分野』として成立する」。最低入札価格を提示した者に落札する等の、「公の入札の右のような仕組みおよび一般的運用が、人為的制度的に、個々の入札対象を一つの取引分野としていると考えられる」⁵⁸。

もちろん、これと同時に、公取委の行政実務において採用されている、「基本合意」と「個別調整」という二段階の構成が妥当する場合が多い。この二段階の構成をとらずに、単発で談合が成立するためには、談合金など個別に、1回限りで談合当事者間の利害調整が必須になり、これは極めて困難なことだからである。

それはさておき、前記のように、「一定の取引分野」は、個別の入札物件ごとに成立するという解釈をとる理由の一つは、会計法・地方自治法等が競争入札という仕組みを要請している趣旨それ自体から導かれる。この趣旨とは、個々の入札ごとに、入札参加者が競争すべきであり、それによって発注者は競争の成果を受け取ることができ、国民・住民の利

益を守ることができる、ということにあると考えられる。

そうだとすれば、入札参加者は、個々の入札ごとに相互に競争すべきであり、当該入札以外の要素（後続の入札物件や随意契約）を考慮してはならない、という要請がなされていると解される。「基本合意」と「個別調整」という二段階の構成による談合は、この基本的要請に反し、長期的に数多くの入札物件を通して利益調整を図るものである。

したがって、公共的入札の場合には、入札参加者は、当該入札物件だけで採算がとれるような積算を行うべきであり、それ以外の利益で補填することは原則として許されないと解されるのである。

(iv) 内部補助を制限する、もう1つの例が、不当廉売規制である。企業内での内部補助を無制限に認めてしまうと、個々の商品・役務についての費用に基づく価格設定という前提そのものが崩れてしまうからである。

例えば、前掲のマルエツ事件・ハローマート事件において、仮に、当該商品(この場合は牛乳)については仕入価格以下で販売し、しかしその他の商品も同時に買ってもらうという、当該事業者としては合理的な販売戦略があったと仮定してみよう。この前提でも、このような商品間の内部補助を前提とした形態でのコスト割れ販売は、原則として不当廉売として規制すべきであると解される。ただし、同事件では、牛乳だけがかなり長期的に繰り返し廉売されて、専売店が競争上対抗できないという観点もあり、いわゆる目玉商品戦略をすべて不当廉売とするものではないようにも思われる。

この点の詳細論は割愛するとして、上記の仮設例を不当廉売とすることについては、第一に、コスト割れだけでなく、具体的な反競争的性格(公正競争阻害性)が認定される場合に限られるのであり、第二に、コスト割れの基準となった仕入価格は、平均可変費用に相当し、したがって、ここでの内部補助は、共通固定費用についてのことにとどまらず、平均可変費用さえも他からの補助によって成立する廉売である。

前記(三. 4. (1))の平均可変費用説によれば、平均可変費用以外の共通固定費用については内部補助を認めることになる。これに対し、総販売原価説は、個別の商品・役務につき、総販売原価を上回る価格設定をすべきであるとしており、共通費用を配賦するのであるから、その限りで共通固定費用についても内部補助がないことになる。本稿の立場によれば、総販売原価説を採るのであるから、内部補助の対象についても共通固定費用まで含めて見ることになるが、前記のように、平均可変費用を下回り、かつ継続的に廉売が行われる場合は、原則的に公正競争阻害性が認められると解され、これに対し、平均可変費用を上回っていて、継続性がないなどの場合には、より強く公正競争阻害性を認める事由が必要となると解すべきであると考えられる。

以上のように、平均可変費用説と総販売原価説の対立は、複数の商品を販売する事業者の場合には、コスト算定において共通固定費用の配賦を認めるか否かについての違いとなって現れるのであり、内部補助の可否はこれと重なる問題である。そして、上記の解釈は、前掲(三. 4. (2))のEC競争法におけるAKZOテストに近似する考え方であり、また、一般指定6項の前段と後段の違いにも連なるものである。

なお、このような内部補助の原則的否定の見解に対しては、経営の実務において、多くの商品・役務は損失を出しており、多様な内部補助が実際に行われているという実態(前

述、三. 6. (1) (iv) 参照) を無視することになるのかという疑問が出ることもあろう。しかし、損失を出す商品・役務のほとんどは、市場で提示した価格では売れないということであって、販売数量が少なく仮に総販売原価説を下回ることになっても、当該事業者の提供する商品・役務が市場価格よりも高いか、あるいは、他の競争事業者の提示する商品・役務を排除するような力ないし影響力がない場合がほとんどであり、また、それらは短期間で販売中止になることも多い。したがって、総販売原価説をとっても、公正競争阻害性を有しないとされるのが通常であり、経営の実務に悪影響が出ることはないと考えられる。

7. 「事業活動の困難化」要件その他

(i) 公取委の各種ガイドラインや多数説は、不当廉売（一般指定 6 項）につき、「事業活動の困難化」要件を挙げる。しかし、これは不当廉売の不当性を説明した文言であって、不当性とは別個の要件として定められたものではない。

すなわち、一般指定 6 項の定める要件は、「供給に要する費用を著しく下回る対価で継続して」、または「低い対価」で供給すること、および、「正当な理由なく」または「不当に」（この 2 者は「公正競争阻害性」＝不当性である）の 2 つだけであると解すべきである⁵⁹。

もっとも、仮に「事業活動の困難化」を公正競争阻害性とは異なる別個の要件と解したとしても、それは「困難にさせるおそれがあること」であって、「困難にさせること」（一般指定 5 項）とは異なり、当該行為がそのようなおそれを生む可能性で足りるから、「正当な理由なく」または「不当に」と同じ判断になり、実際には私の上記の解釈と違いはないと思われる。

(ii) 念のため、本稿で示した総販売原価説は、一般論としては、一般指定 6 項の前段・後段に通じる要件である。

前述（三. 3. (1)）のように、公取委は、一般指定 6 項前段の「供給に要する費用を著しく下回る対価」については、仕入価格ないし工事原価を基準とし、同項後段の「その他不当に低い対価」については、総販売原価を基準とする、という方針のようである。

これについては、6 項前段に関して、仕入価格ないし工事原価を一応の基準とするという意味で是認できる。「著しく」ということを仕入価格ないし工事原価をも下回る、ということと解することも合理的であると思われるからである。

しかし、これは小売業や建設業を念頭に置いた運用方針であり、何度も述べているように、電気事業や電気通信事業などの装置産業、あるいはコンピューター・ソフトウェアなどにおいては、仕入価格ないし工事原価に相当する平均可変費用はごく僅かであるから、6 項前段についても総販売原価を基準とせざるを得ないと考えられる。

(iii) 一般指定 6 項の後段については、必ずしも原価を割ることは要件ではなく、競争事業者との関係で不当に低ければ問題になるという解釈も有力である。それが、前述の中部読売新聞社事件＝東京高決昭和 50・4・30 におけるような、当該行為者の原価を実質的に見て、一部を否定するというのであれば⁶⁰、本稿の立場からも賛成できることになる。

同決定は、前記のような、いわば「みなし」算定によって原価を割っていると認定したが、通常の算定方法によって原価を割っていないとした上で、しかし、読売新聞社からの

外部補助に頼って、顧客を競争紙から一気に奪おうとするなどの反競争的性格が認定されることをもって「不当に低い」（一般指定後段）とすることも十分あり得ることである。

注

¹ 公取委「乗合バス事業者に対する独占禁止法違反被疑事件の処理について」（平成15年5月14日・注意）

<http://www.jftc.go.jp/pressrelease/03.may/03051401.html>

東北地区において高速バス路線の運賃プールを伴う共同運行を行っている乗合バス事業者3社は、当該高速バス路線について、新規参入者が事業許可の申請を行った際に、共同して、新規参入者が認可申請した運賃と同等の水準まで運賃を引き下げた。これに関し、公取委は、この行為は独占禁止法の規定に直ちに違反するものであるとは認められなかったとし、一般的な「注意」をするにとどまった。

本件で公取委は、上記の運賃引下げには触れずに、単独で運行が可能な事業者であるのに運賃プールを伴う共同運行に参加すること、新規参入者に対しバスプールの使用を同意しないこと、また、各社の運賃収入をいったんプールした上で、運行回数比等に応じて配分するという内容の「運賃プール」を、新規参入者の排除に当たる可能性があるとしたようである。

なお、公取委は、その後、「高速バスの共同運行に係る独占禁止法上の考え方」（平成16年2月24日）、仙台市ー山形市間の高速バス路線の共同運行について、「乗合バス事業者に対する独占禁止法違反被疑事件の処理について」（平成17年2月3日）を公表している。

<http://www.jftc.go.jp/pressrelease/04.february/040224.html>

<http://www.jftc.go.jp/pressrelease/05.february/05020302.html>

以上について、渡辺昭成「独禁法と事業法の関係---イギリス法における両法の間接的関係を参考として」土田和博・須網隆夫編著『政府規制と経済法ー規制改革時代の独禁法と事業法』（2006年、日本評論社）177頁以下を参照。

² 越知保見『日米欧独占禁止法』（商事法務、2005年）525頁以下、白石忠志「アメリカ航空に対する米国司法省の訴状」日本エネルギー法研究所月報138号2頁以下（1999年）、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612号56頁（2001年）等を参照。

³ 西村暢史「欧州競争法における内部補助を背景とした市場支配的地位の濫用規制ードイツポスト事件を素材にしてー」富山大学経済学部富大経済論集49巻2号2003年、越知・前注2『日米欧独占禁止法』583頁以下等を参照。

⁴ 本書第1章、二.1.(2)、及びその注74を参照。より慎重な解釈を示しているものとして、金井ほか編『独占禁止法』240頁以下を参照。

⁵ この点について、公取委・流通・取引慣行ガイドラインに以下のような記述がある。

「第六 継続的な取引関係を背景とするその他の競争阻害行為

上記第五までに掲げた行為のほか、継続的な取引関係を背景として、例えば次のような

行為をすることは、独占禁止法上問題となる。

1 対抗的価格設定による競争者との取引の制限

(1) 事業者が、自己の商品の価格を市場の状況に応じて引き下げることが、まさに競争の現れであり、競争政策の観点から積極的に評価できよう。しかし、次の(2)のように競争者に対抗して価格を引き下げた場合には自己との取引を継続することを相手方に約束させることは、競争者の取引の機会を減少させるおそれがあるものであり、市場を閉鎖する程度が大きい場合には独占禁止法上問題となる。

(2) 市場における有力な事業者が、継続的な取引関係にある取引の相手方に対し、その取引関係を維持するための手段として、自己の競争者から取引の申込みを受けたときには必ずその内容を自己に通知し、自己が対抗的に販売価格を当該競争者の提示する価格と同一の価格又はこれよりも有利な価格に引き下げれば、相手方は当該競争者とは取引しないこと又は自己との従来取引数量を維持することを約束させて取引し、これによって当該競争者の取引の機会が減少し、他に代わり得る取引先を容易に見いだすことができなくなるとおそれがある場合には、当該行為は不公正な取引方法に該当し、違法となる（一般指定11項（排他条件付取引）又は13項（拘束条件付取引）。）」

6 これについては、反トラスト法の概説書などの他、藤田稔「機能割引に関する対価差別上の諸問題——購入者間競争への影響について——（一）～（三）」北大法学論集 33 巻 2 号 93 頁以下、4 号 95 頁以下、6 号 59 頁以下（1982 年～83 年）、土佐和生「差別対価に関する研究序説——米国のロビンソン・パットマン法を手がかりにして——」香法 14 巻 2 号 339 頁以下（1994 年）、中川寛子『不当廉売と日米競争法』（有斐閣、2001 年）20 頁、越知・前注 2『日米欧独占禁止法』530 頁等、及びそれらに挙げられている文献を参照。その他、村上政博「情況証拠による価格カルテルの認定(上)」判例タイムス 1003 号 64 頁、67 頁(1999 年)などでも触れられている。

7 柴田潤子「ドイツにおける不当廉売規制の最近の展開」香川大学法学部創設 20 周年記念論文集 101 頁以下、112 頁以下（2003 年）参照。また、以下をも参照。柴田潤子「第 2 章 航空分野」公正取引委員会競争政策センター『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』10 頁以下（2004 年）
<http://www.jftc.go.jp/cprc/reports/reports.html>

8 これについては多くの研究があるが、例えば、田中裕明「私的独占の禁止と市場支配力の濫用規制」追手門経営論集 4 巻 2 号 218 頁以下、207 頁以下（1998 年）参照。さらに、山部俊文「ドイツ競争制限禁止法における市場支配的企業の濫用行為の規制について」一橋大学研究年報・法学研究 29 号 3 頁以下、34 頁以下（1997 年）、東田尚子「ドイツにおける仕入原価割れ販売の規制」一橋論叢 125 巻 1 号 17 頁以下（2001 年）、泉水文雄「ドイツの独占禁止法制」正田彬・実方謙二編『独占禁止法を学ぶ』（有斐閣、第 4 版、1999 年）83 頁以下参照。

9 以上の国内航空における対抗料金については、以下の諸文献を参照。井手秀樹「航空自由化と料金競争」ていくおふ 2003 年春季号 2 頁以下、古城誠「航空自由化と競争規制」ていくおふ 1999 年夏季号 10 頁以下、中条潮「国内航空における新規参入と運賃競争」公

正取引 5 8 3 号 1 1 頁以下 (1999 年)、多田敏明「日米独加の航空産業における略奪的価格設定」土田和博・須網隆夫編著『政府規制と経済法—規制改革時代の独禁法と事業法』(2006 年、日本評論社) 303 頁以下。

¹⁰ 最近の状況につき、「空の割引運賃競争激化」読売新聞 2008 年 2 月 18 日付朝刊、「空の新規参入 節目、スカイマーク就航から 10 年」朝日新聞 2008 年 7 月 31 日付朝刊等を参照。

¹¹ <http://www.jftc.go.jp/pressrelease/03.october/03102801.html>

¹² 詳細は、総務省「電気通信サービスに係る料金政策の在り方に関する研究会」(平成 20 年) の下記資料を参照。

http://www.soumu.go.jp/joho_tsusin/policyreports/chousa/denki_tsushin_service/080617_2.html

¹³ 正田『全訂独占禁止法 I』321 頁以下, 342 頁以下, 山部・前注 8 一橋大学研究年報・法学研究 29 号 3 頁以下, 51 頁以下、舟田「差別対価・差別的取扱い」経済法学会編『独占禁止法講座 V』(商事法務, 1985 年) 103 頁以下 (本書、第 6 章収録) を参照。

それらにおいて述べられているように、不当な「参入阻止」になるかとは別に、非競争地域における不当な高価格の押し付けは、不当な差別対価、優越的地位の濫用、または私的独占 (取引の相手方に対する「支配」) に当たる可能性がある。正田『全訂独占禁止法 I』346 頁参照。

非競争地域での料金が不当に高いかどうかは、理論的には想定競争価格、すなわち「競争ありせば成立したであろう価格」と異なるか否かによって判断される。この考え方は、as if competition=als ob Wettbewerb などと呼ばれる。

この点については、ドイツ、EU における搾取濫用の議論が参考になる。

「競争が進展する地域とそうでない地域の料金差は、非競争地域の料金の高止まりを生み、また、競争地域への非競争地域への内部補填が競争地域での新規参入を妨げることを懸念」すべきである。

なお、米国反トラスト法上の議論を日本の独禁法にそのまま持ってきて、差別対価において公正競争阻害性が実際に問われる状況は、①差別対価を行った事業者の競業者に及ぼす影響を問題とする場合 (primary-line case) と、②当該財・サービスの買手側に及ぼす損害を問題とする場合 (secondary-line case) とに分けられ、前者を「不当廉売類似型」、後者を「取引拒絶類似型」と呼ぶ、という説明がなされることがある (例えば、金井ほか編『独占禁止法』250 頁以下)。

本文では、この整理を採用しなかったが、その理由の 1 つは、上の①とは、いずれも売手と買手からなる同一の市場におけるヨコの競争関係に着目した分類であり (ただし、これだけではなく、買手とその転売先の取引からなる市場に着目する場合もあるのかもしれない)、競争減殺という次元と異なる見方のように思われるからである。

また、細かい点であるが、「取引拒絶類似型」という理解には賛同できない。取引の相手方の選択の自由を制限する取引拒絶と異なり、ここでは取引条件について差別することが問われているからである。

¹⁴ 金井ほか編『独占禁止法』250 頁以下。

¹⁵ なお、米国のロビンソン・パットマン法においては、競争的対抗価格の抗弁は自ら価

格競争を仕掛けた場合には適用がないとされてきたが、1980年代に入り、同抗弁をより広く認める判断を下した判決が出ているようである。越知・前注2『日米欧独占禁止法』530頁参照。

16 有線ブロードネットワークス（以下、「有線ブロード」と略記）と日本ネットワークヴィジョンに対する件（勧告審決平成16・10・13）。

本件も、寡占市場における料金競争において、トップ企業が攻撃的な料金戦略を採用し、競争事業者を市場から排除しようとしたという点で、国内航空、電気通信や電力、ガス等の公益事業などにおける類似の競争状況にとって参考になる事例である。

本事案において、有線ブロードは、業務店向け有線音楽放送の最大手企業であり、日本ネットワークヴィジョンは同社の代理店である。キャンシステムも同様の事業を行っており、本件違反行為前の平成15年6月末時点で、受信契約件数でシェア26%、これに対し、有線ブロードは68%であった。

有線ブロードと日本ネットワークヴィジョンは、キャンシステムの顧客を奪取するため、切替契約に限って月額聴取料を廉価で提供し、しかもその無料期間を6か月とするなどし、キャンシステムもこれに対抗したが、平成16年7月末時点では、有線ブロードが72%に上昇し、キャンシステムは20%に低下した。

審決は、有線ブロードと日本ネットワークヴィジョンは、「通謀して、キャンシステムの音楽放送事業に係る事業活動を排除することにより、公共の利益に反して、我が国における業務店向け音楽放送の取引分野における競争を実質的に制限していた」から私的独占に当たる、としている。

日本ネットワークヴィジョンは有線ブロードの代理店に過ぎないのに、何故「通謀」による両者の私的独占行為とされたのかは、審決からは不明である。また、排除措置として、「3,675円を下回る月額聴取料---又はチューナー設置月を含めて3か月を超える月額聴取料の無料期間を提示する行為」と明確に下限が指定したことも注目すべきであろう。ただし、提示されていた料金あるいは指定された3,675円とコストとの比較には言及はない。

さらに、公取委は、本件審査開始後も違反行為が続いていることから、平成16年6月30日、緊急停止命令の申立てを行っているが、これは29年振りとのことである（通算で7件目。勧告と同日付で、違反行為が取りやめられたという理由で取下げ）。

本件について、第一に、有線ブロードのシェアが80%近くあり、本件行為によってこのシェアの上昇も認定されており、既に市場支配力ある事業者による競争の実質的制限（市場支配力の強化）は明白であった（この点については、座談会「最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引656号2頁以下、10頁（2005年）における根岸発言を参照）。

第二に、「排除」行為については、有線ブロードの行為の実質は差別対価であるが、ここでは競争者の運営を困難にして統合するという意図、およびそれに関するプロセスが若干認定されており（勧告審決であるため、その詳細は不明であるが）、悪質な排除の認定が比較的容易であったという特殊性がある。

第三に、しかし本件における上述の特殊事情を度外視すると、有線ブロードの料金設定

を不公正な取引方法の類型に当てはめようとするれば、コスト割れの認定はないから不当廉売とはしにくく、競争事業者からの乗り換えの顧客だけを優遇する料金であるから、事案としても差別対価が中心的な論点となるべきものであると考えられる。

なお、これ以前の、競争事業者からの乗り換えの顧客だけを優遇する料金についての事例については、舟田「不当廉売と関連事件事例」『独禁法の動向と展開』（独禁法研究協議会、1994年）121頁以下を参照。

もっとも、有線ブロードの料金には長期の無料期間の設定があるからコスト割れであるという意見もあるが（座談会「最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引 656号 11頁の岸井発言）、これは販促であるからコスト割れは当然であるという抗弁もあり得るところであり、ただちにコスト割れと認定できるかは疑問が残る。

¹⁷ 正田『全訂 独占禁止法 I』345頁以下。

¹⁸ 以下は、主に金井ほか編『独占禁止法』247頁以下を参照した。括弧で引いた引用はそこからのものである。

その他、岡田羊祐＝林秀弥「差別対価と公正競争阻害性—トーカイ・日本瓦斯事件の法と経済学—」（2007年）<http://www.jftc.go.jp/cprc/DP/CPDP-28-J.pdf>、土佐・前注6香法14巻2号339頁以下、同「相手方による差別対価——ガソリン流通販売にも関連して——」公正取引520号40頁以下（1994年）、川濱昇「価格差別」柳川隆・川濱昇（編著）『競争の戦略と政策』（有斐閣、2006年）153頁以下を参照。

¹⁹ 金井ほか編『独占禁止法』251頁。

²⁰ 中条潮「国内航空における新規参入と運賃競争」公正取引583号11頁以下参照。

²¹ 「スカイマーク就航から10年 空の新規参入 節目」朝日新聞2008年7月31日付け朝刊によれば、新規参入社のシェアは4社合計で7%、スカイマーク以外の3社は全日空と資本・業務提携している。

²² 独占的事業者は、新規参入者や弱小事業者と異なり、局部的な価格引き下げによらずとも、サービスの差別化、技術的革新、強力な販売促進（マイレージ等を想起されたい）などで対抗できるはずである。なお、中川・前注6『不当廉売と日米競争法』29頁注50によると、Areeda & Turnerも、「独占的地位にある企業は、販売促進価格の抗弁および競争対抗の抗弁を主張できない」としていた。

²³ 詳しくは、舟田「電力産業における市場支配力のコントロールの在り方」ジュリスト1335号95頁以下（2007年）参照。

²⁴ この点は、従来から意見の対立があったところである。正田『全訂独占禁止法 I』355頁以下、今村『独占禁止法』122頁以下を参照。

最近の中小事業者による不当廉売事件については、内田耕作「中小事業者等に不当な不利益を与える不当廉売と警告による事件処理（1～3）」彦根論叢360号～362号（2006年）、中川政直「不当廉売規制の進展と課題——濱口石油事件排除措置命令を中心に——」関東学院法学16巻3・4号61頁以下（2007年）等を参照。

²⁵ 武田邦宣「プライススクイズによる競争者排除の規制」（未公表）には、以下の記述がある。なお、同「競争法によるプライススクイズの規制」根岸哲・川濱昇・泉水文雄『ネットワーク市場における技術と競争のインターフェイス』（有斐閣、2007年）54頁以下には、この部分はないようである。

「82条に関する判例法は「meeting the competition」抗弁を認めている。

当該判例とは1999年のIrish Sugar事件である。同判例において第一審司法裁判所は、「経済効率性（economic efficiency）に基づき、かつ消費者利益（the interests of consumers）と合致する」形での対抗措置を認めた。[1999] ECR II-2629, [1999] 5

C. M. L. R. 1300, para 189.

なお、支配的事業者は、競争者を駆逐する (beat) 戦略は許されないが、迎え撃つ (meet) 戦略は許容されると評する、S. BISHOP & M. WALKER, THE ECONOMICS OF EC COMPETITION LAW 203 (2002) 参照。」

²⁶ 例えば、稗貫俊文「不公正な取引方法の規制の改革にむけて」公正取引 636 号 34 頁以下 (2003 年) 参照。

²⁷ 差し当たり簡単な説明として、**金井ほか『独占禁止法』** 169 頁以下参照。

²⁸ なお、JAL・JAS 事業統合事例では、「一定の取引分野」として、国内航空運送分野、羽田空港発着航空運送分野、伊丹空港発着航空運送分野、JAL と JAS が競合する国内各路線分野の 4 つが画定された (平成 13 年度年次報告参照。これについては、**金井ほか『独占禁止法』** 174 頁をも参照)。

需要の代替性からみると (顧客が求めるサービスを基点とすれば)、特定区間の路線ごとに市場が画定されるが、「少し長いタイムスパンで見ると、供給の代替性からすると混雑空港を発着空港とする路線全体の市場も認定可能である」と考えられるからであろう (川濱昇「独禁法上の企業結合規制の現状」一橋ビジネスレビュー 53 巻 2 号 72 頁以下 77 頁 (2005 年))。

ドイツの競争制限禁止法においては、複数の商品・サービスを併せて損益を算出する、いわゆる「混合計算」が行われる場合には、企業にとってそれらを併せた全体の売上が全体の原価を上回ることが重要であるとされる。山部・前注 4・法学研究 29 号 40 頁参照。

これをそのまま適用すれば、既存の事業者が、路線ごとに損益を算出しているのであれば、新規参入者の便の直前・直後の便だけの損益を見るのは、企業行動を判断する上で不当であるとも言える。

しかし、これは原価計算の基礎を広く採ることであるから、差別対価が問題にされるケースには馴染まない場面も多いように思われる。

実際に、ドイツのデュッセルドルフ高裁判決 (2002 年 3 月 27 日) は、同様の航空会社間の廉売事件につき、フルトハンザの便ごとのコストを算定し、算定されたコスト以下の料金を禁止している。柴田・前注 7 香川大学法学部創設 20 周年記念論文集 117 頁以下参照。なお、本件でも、競争対抗料金について触れられている。

²⁹ これについても、内田・前注 24 彦根論叢 36168 頁以下を参照。

³⁰ 本件については、中川・前注 6『不当廉売と日米競争法』275 頁以下、根岸哲・平成 11 重要判解「経済法」の解説等を参照。

³¹ 本件第 1 審判決については、柴田潤子「不正競争防止法に基づく損害賠償請求事件——東京地判平成 14・2・5」ジュリスト 1232 号 180 頁以下 (2002 年) を参照。武田邦宣・平成 14 年度重判解 237 頁 (2003 年)、控訴審判決については、隅田浩司「不正競争防止法に基づく損害賠償請求控訴事件——ダイコク控訴審事件——東京高判平成 16・9・29」ジュリスト 1303 号 156 頁以下 (2005 年) がある。

³² 本件第 1 審判決については、中山武憲・平成 16 年度重判解 254 頁、渡辺昭成「継続的商品供給契約に基づく地位確認請求事件——(株)ダイコク・大正製薬(株)事件——東京地判平成 16・2・13」ジュリスト 1273 号 177 頁以下 (2004 年) がある。

³³ 前者 (トーカー事件) については、山本裕子「相手方による差別対価——LP ガス販売差

止請求訴訟」平成 16 年度重判解 256 頁（2005 年）、植村吉輝「売手段階における差別対価の公正競争阻害性——LP ガス販売差別対価差止請求事件」ジュリスト 1292 号 164 頁以下（2005 年）、村上正博「三光丸本店事件及びトーカイ事件平成 16 年東京地裁判決とその意義」ジュリスト 1278 号 120 頁、伊藤憲二「近時の独占禁止法 24 条に基づく差止請求訴訟判決の検討（2）」公正取引 647 号 48 頁（2004 年）を参照。

後者（日本瓦斯事件）については、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1311号192頁（2006年）、植村吉輝「差別対価の判断において原価割れの有無が検討された事例——日本瓦斯差別対価差止請求事件」阪南論集（社会科学編）41巻2号57頁を参照。

金井貴嗣・平成 17 年度重判解 254 頁、同「不当廉売・差別対価に対する規制——ガソリン廉売事件・LP ガス差別対価事件の検討」公正取引 673 号 11 頁以下（2006 年）に、2 つの事件の控訴審判決についての比較検討がある。

岡田＝林・前注 18「差別対価と公正競争阻害性—トーカイ・日本瓦斯事件の法と経済学—」も参照。

³⁴ 江口公典「LP ガスからの切替顧客に対する一般ガス事業者の「協力費」支払の公正競争阻害性——北海道瓦斯協力費支払損害賠償請求事件——札幌地判平成 16・7・29」ジュリスト 1306 号 176 頁以下（2006 年）参照。

³⁵ 河谷清文「過疎地域における公営バスの運行と不当廉売——下関市福祉バス事件山口地裁判決——山口地判平成 18・1・16」ジュリスト 1326 号 193 頁以下（2007 年）

³⁶ 根岸・舟田『独占禁止法概説』（有斐閣、第二版、2003年）215頁以下。

その他、不当廉売に触れている最近の研究として、既に所掲のもの他、以下のものがある。山本晃三「不当廉売」日本経済法学会編『経済法講座 3 独禁法の理論と展開(2)』（三省堂、2002 年）44 頁以下、中川寛子「不当廉売規制の展開と違法性判断基準」法律時報 71 巻 11 号 31 頁（1999 年）、柴田潤子「ヨーロッパ電気通信事業における価格濫用規制についての一考察」岸井大太郎・鈴木加人・根岸哲・稗貫俊文・吉田克己編『競争法の現代的諸相 厚谷襄児先生古稀記念』827 頁（信山社、2005 年）、同「第 4 章オーストラリア」泉水文雄・柴田潤子・西村暢史・横手哲二著『諸外国の電気通信分野における市場支配的地位の濫用規制等に関する調査』公正取引委員会競争政策センター <http://www.jftc.go.jp/cprc/reports/reports.html>（2005 年）、滝川敏明『日米 EU の独占禁法と競争政策』（青林書院、第 2 版、2003 年）等。

³⁷ 片桐一幸「家電ガイドラインの主な特徴について」公正取引 673 号 34 頁以下（2006 年）を参照。

³⁸ 公取委「行きすぎた地域要件の設定及び過度の分割発注について（要請）」（平成 11 年 12 月 27 日）。

建設業における分離分割発注は、コストアップ要因とされながら、国交省は、中小企業など幅広い企業の参入が可能として、透明性を確保しつつ活用する、ただし、受注機会増大を目的に実施した場合は、その理由を公表するとした（建設業界 2004 年 8 月号 11 頁）。

なお、ここでは、中小企業向け契約目標率 総予算額 9 兆 8484 億円の 45.7%に当たる 4

兆 5023 億円であり、この 45.7%という数字は過去最高であるとのことである。このような中小企業対策が現在でも継続しているかは筆者には不明である。

³⁹ 例えば、稗貫俊文「不公正な取引方法の規制の改革にむけて」公正取引 636 号 34 頁以下（2003 年）参照。

⁴⁰ なお、JAL・JAS 事業統合事例では、「一定の取引分野」として、国内航空運送分野、羽田空港発着航空運送分野、伊丹空港発着航空運送分野、JAL と JAS が競合する国内各路線分野の 4 つが画定された（平成 13 年度年次報告参照。これについては、**金井ほか『独占禁止法』** 163 頁をも参照）。

需要の代替性からみると（顧客が求めるサービスを基点とすれば）、特定区間の路線ごとに市場が画定されるが、「少し長いタイムスパンで見ると、供給の代替性からすると混雑空港を発着空港とする路線全体の市場も認定可能である」と考えられるからであろう（川濱昇「独禁法上の企業結合規制の現状」一橋ビジネスレビュー 53 巻 2 号 72 頁以下 77 頁（2005 年））。

ドイツの競争制限禁止法においては、複数の商品・サービスを併せて損益を算出する、いわゆる「混合計算」が行われる場合には、企業にとってそれらを併せた全体の売上高が全体の原価を上回ることが重要であるとされる。山部・前注 8 法学研究 29 号 40 頁参照。

これをそのまま適用すれば、既存の事業者が、路線ごとに損益を算出しているのであれば、新規参入者の便の直前・直後の便だけの損益を見るのは、企業行動を判断する上で不当であるとも言える。

しかし、これは原価計算の基礎を広く採ることであるから、差別対価が問題にされるケースには馴染まない場面も多いように思われる。

実際に、ドイツのデュッセルドルフ高裁判決（2002 年 3 月 27 日）は、同様の航空会社間の廉売事件につき、フルトハンザの便ごとのコストを算定し、算定されたコスト以下の料金を禁止している。柴田・前注 7 香川大学法学部創設 20 周年記念論文集 117 頁以下参照。なお、本件でも、競争対抗料金について触れられている。

⁴¹ **金井ほか編『独占禁止法』** 264 頁以下は、この点を強調する。

⁴² この点に触れた最近の資料として、電気通信審議会答申「次世代ネットワークに係る接続ルールの在り方について」（平成 20 年 3 月 27 日）34 頁を参照。

http://www.soumu.go.jp/s-news/2008/080327_3.html

⁴³ 金井・前注 24 公正取引 673 号 15 頁以下参照。同様に日本における諸事件につき、コスト比較をしているものとして、**中川・前注 6『不当廉売と日米競争法』** 247 頁以下参照。

⁴⁴ 武田・前注 25 「競争法によるプライススキューズの規制」68 頁参照。

⁴⁵ この点で、金井・前注 24 公正取引 673 号 15 頁以下は説得的である。

⁴⁶ 古城・前注 9 ていくおふ 1999 年夏季号 10 頁以下参照。

⁴⁷ **中川・前注 6『不当廉売と日米競争法』** 189 頁以下、218 頁以下、西村・前注 3 富大経済論集 49 巻 2 号 311 頁参照。

⁴⁸ 柴田・前注 7 香川大学法学部創設 20 周年記念論文集 101 頁以下、同「第 2 章航空分野」、東田・前注 8 一橋論叢 125 巻 1 号 17 頁以下、松下満雄「米、欧、日における不当廉売の法規制（上・下）」国際商事法務 33 巻 2 号 145 頁以下、3 号 302 頁以下（2005 年）等を参照。

⁴⁹ なお、**金井ほか編『独占禁止法』** 257 頁注 92 は、「会計上の原価は---企業の効率性を反映した価格か否かを判断するために算出されるものではない」とする。これ自体は正当であるが、他方で、「企業の効率性を反映した価格か否か」という抽象論と、その具体

的な判断のためにどんな道具が妥当かというレベルでの議論の乖離は、これだけでは解決されない。そこで、「第一次接近としては、会計上の費用に依拠せざるをえない。」としながら、さらに、「会計費用と経済的費用との乖離」があり得ること等につき検討すべきであるとする。

これは妥当な議論と考えられ、本稿では、この点を当該商品・役務のある期間における売り上げの動向に係らしめて算定する方法を許容すべきだと説くものである。これは、後述の「将来原価」方式で明確であるが、一般に、過去に支払った費用（歴史的費用）だけでなく、これからかかるであろう費用を、これからの収入との見合いで、「原価」を算定すべきであると考えられる。その意味で、基本的に歴史的費用の算定をしてきた現行の総販売原価の算定は、なるべく近似的な数字を出すための方便に過ぎない。

50 今村『独占禁止法』122頁参照。

51 もっとも、従来、公益事業料金規制においては、「公正報酬の原則」の下で、レートベースに一定割合（電気事業の場合、昭和35年からは年8%、昭和63年からは7.2%）を乗じた額を「公正報酬」とみなすことになっていた。なお、公益事業料金規制の下では、総括原価主義が採用され、「総括原価とは、電気事業固定資産の減価償却費、営業費、諸税及び事業の報酬を総括した額とする」とされてきた。以上については、電気供給規程研究会編『改訂版 電気供給規程の理論と実務』（日本電気協会新聞部、1992年）27頁以下に拠った。

52 以上については、根岸・舟田『独占禁止法概説』（有斐閣、第三版、2006年）228頁を参照。なお、ドイツでは、不当廉売は、Wettbewerb（競争）ではなく、Wettkampf（競い合いの闘争）になるという表現がある。

53 舟田・前注16『独禁法の動向と展開』121頁以下で扱ったコンピュータ・ソフトも、将来原価方式に馴染むといえるかもしれない。若杉隆平「第5章 不公正な取引方法に関する規制（1）：不当廉売及び優越的地位の濫用・下請取引」後藤晃・鈴木興太郎編『日本の競争政策』（東京大学出版会、1999年）97頁以下、105頁にも、この将来原価方式についての言及がある。

武田・前注25『ネットワーク市場における技術と競争のインターフェイス』54頁以下には、EC条約違反事件でこの点が争われた事件が紹介されている。それによると、Wanadoo事件（2001年）では、フランステレコムの子会社（持分比率72%）について、ADSLによる高速インターネット接続サービスにかかる、プライススクイズが問題となった。EC委員会は「急速に拡大する市場（strongly growing market）」についての特別の留意が必要とし、顧客獲得費用を長期にわたり回収すればよいという特性を指摘している。しかし、本件のWanadooによる低価格販売は浸透価格戦略で正当化されない、略奪的価格設定と判断された。

54 根岸哲「企業の公的規制と補助」『岩波講座 基本法学7 企業』（1983年）229頁以下、254頁以下参照。

55 市川芳治「EC競争法とEC/EU法の憲法化」慶應法学6号203頁以下（2006年）、同「国家補助ルールの公共放送への適用に関するコミュニケーション--EC委員会見解」国際商事法務479号（2002年）参照。

56 鈴木満「入札改革の進捗状況と課題の克服策」。同「談合を排除するための入札制度改

革のあり方」経済法学会年報 25 号（2004 年）74 頁以下をも参照。

57 前述のような独占を法的に保障された公益事業の場合の他に、特定の公共的な利益のために、一定の事業者が特別の地位を保障されている場合、その特権的地位の保障が自由競争分野にまで影響しないようなシステムが要請されることがある。

例えば、NHK は、受信料制度によって公共放送を行う仕組みになっているので、インターネットによる番組アーカイブス（放送した放送番組）をブロードバンド等を通じて提供する際には、本体サービスによる利益を振り向けることがない仕組みが要請されている（平成 20 年の放送法改正による放送法 9 条 2 項）。

58 舟田「談合入札」法学教室 19 号 90 頁以下（1982 年）。同「談合と独占禁止法」日本経済法学会年報 25 号 24 頁以下、47 頁以下（2004 年）をも参照。

59 この点につき、岡田外司博「不当廉売と差別対価」正田彬・実方謙二編『独占禁止法を学ぶ』（有斐閣、第 4 版、1999 年）291 頁以下は示唆に富む分析を示している。

都営芝浦と畜場事件=最判平成元・12・14 は、事業困難化要件には一切ふれずに、原価以下販売に「正当な理由」があるか否かという枠組みで判断している。この点につき、金井貴嗣「都営と畜場不当廉売事件最高裁判決」公正取引 473 号 36 頁以下、41 頁（1990 年）参照。

60 正田『全訂独占禁止法 I』355 頁参照。