



「排除型私的独占に係る独禁法上の指針」（原案）に対する意見

フレッシュフィールドズブルックハウステリナー法律事務所

2009年8月19日

弁護士 山田 香織

同 脇谷 美歩

住所 〒107-6336  
東京都港区赤坂 5-3-1 赤坂 Biz タワー 36階  
電話 03 3584 8500  
FAX 03 3584 8501

## 1. はじめに

1.1 指針案は、排除型私的独占に関する法運用の予見可能性を高めるものであり、高く評価できる内容であると考えます。その一方で、不公正な取引方法との関係に関しては、「不公正な取引方法その他の独占禁止法の規定に違反する行為として問題になり得ることはいうまでもない」とするのみであり、このままでは、どのような場合に排除行為が違法と判断されるのか不明確なままであり、外国会社が独占禁止法のコンプライアンスを確保する上で、透明性に欠ける問題が多く残されています。

1.2 企業活動が加速度的に国際化する中、競争法のルール自体も、各国間で可能な限り整合性を確保することが望まれます。整合性の欠如は、企業のコンプライアンスを難しくし、不必要な萎縮効果を招く恐れすらあります。かかる観点から、以下いくつかの改善点を提案します。

## 2. 排除型私的独占だけではなく、関連する不公正な取引方法に該当する場合の考え方も示さないと指針の役割を果たせないこと

2.1 今年6月に成立した改正法の下では排除型私的独占にも課徴金が課されることになる点に鑑み、この指針案によって、排除型私的独占の範囲について、運用上の透明性、予見可能性が高まることは、大いに評価すべきと考えます。しかしながら、指針案は、排除型私的独占のみを対象としており、類似の性質を有する不公正な取引方法については対象としていません。指針案自体が指摘するとおり、排除型私的独占には該当しない行為であっても、不公正な取引方法に該当して排除措置の

みに服するか、又は課徴金の対象となる（ただし、算定率は私的独占よりも低いもの）可能性があることを考えると、指針として十分ではないと考えます。

2.2 現実問題として、会社がコンプライアンスを確保しようとする場合には、課徴金納付命令であろうと排除措置命令であろうと、公正取引委員会によるあらゆる制裁を回避しようとするのが通常です。したがって、「排除型の私的独占に対する課徴金を回避するための指針」を示すだけでは、企業に対する指針として不十分であると考えます。もし企業が単に課徴金を回避することに焦点を絞り、「不公正な取引方法に該当する行為はある程度仕方ない」というようなコンプライアンス政策を採ったとしたら、当然のことながら、それは公正取引委員会としても望むところではないはずです。排除型の反競争的行為全般に関して明確な指針が必要であるという現実の要請に照らせば、指針案とは別に、私的独占にはあたらぬが不公正な取引方法として違法となり得る場合の考え方を早急に示すべきと考えます。

2.3 現存する流通・取引慣行ガイドラインの関係部分の記述は、排除型の反競争的行為に関するガイドラインとしては不十分な内容であり、企業に対するガイドラインとして実用性に欠けています。公正取引委員会がかかる状況を放置していることは望ましくないと考えます。少なくとも、EUの流通関係契約に関するルール（Commission Block Exemption Regulation and Guidelines on supply and distribution agreements）と同じ程度のセーフ・ハーバーとなる市場シェア（EUの場合は30%）を、早急に公表すべきと考えます。

### 3. 市場支配的状态ではなく市場支配力との用語を使用すべきこと

3.1 指針案は、第3の2において「市場支配的状态が形成・維持・強化」という用語を使用しています。しかし、国際的には、市場支配力ないしは市場支配的地位（ドミナンス）のいずれかが用いられており、敢えてこれと異なる用語を使用する意味はないと思われます。また、排除型私的独占に該当するためには、市場支配力の存在が不可欠の要件であることを、第1において明記していません。排除型私的独占に該当するためには、市場支配力の存在が要件となることを指針案に明記すれば、国際的な考え方とも整合し、外国企業の理解が得易くなるものと考えます。

3.2 指針案は、公正取引委員会の調査のプライオリティーを決める現実的な目安として、「公正取引委員会は、排除型私的独占として事件の審査を行うか否かの判断に当たり、行為開始後において行為者が供給する商品のシェアがおおむね2分の1を超える事案であって・・・広く国民生活に影響が及ぶと考えられるものについて、優先的に審査を行う」としています。この2分の1という基準が、「市場支配的状态」ないし「市場支配力」の有無を判断するための基準であるのかどうか不明確であり、指針案のままでは、我が国が市場支配力の認定に2分の1という基準を用いるものと誤解されるおそれがあります。2分の1というシェア基準を示すよ



りは、市場支配力の存在という国際的に受け入れられている基準で判断することを明らかにし、他の国における類似行為に対する規制との整合性を確保すべきと考えられます。

3.3 さらに、指針案は、公正取引委員会が優先的に事案を処理するかの基準の一つとして、「広く国民生活に影響が及ぶ」かどうかを挙げています。私的独占に該当するかどうかは、関連市場における反競争的な影響により判断されるべきものであり、「広く国民生活に影響が及ぶ」かどうかではないはずです。この点を、公正取引委員会として事件審査を開始するかかどうかを決める際の考慮要素にすることはあり得ても、違法性判断基準を示すガイドラインにおいて、「広く国民生活に影響が及ぶ」かどうかを示すのは妥当ではないと考えます。競争法に関して各国間で行われている一般的な議論を踏まえると、私的独占に限らず、合理の原則が適用される行為類型に関しては、関連市場に及ぼす影響を評価して行うべきであり、他のガイドラインには見られない要件を、敢えて本指針案で挙げることは不適切と考えます。

#### 4. 「関連市場」の定義に際して SSNIP テストが用いられることを明記すべきこと

4.1 指針案は、実質審査に関する独立の章を設けています（「第 3 一定の取引分野における競争法を実質的に制限すること」）。これは、公正取引委員会が私的独占該当性を認定する際の重要な判断要素として、市場の画定の重要性を認識していることを明らかにするものであり、歓迎すべきと考えます。

4.2 一方で、他の国での議論との整合性をより高めるという観点から、この「第 3」の関連市場の画定方法について、「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」に記載されている方法と同じ方法を用いることを提案します。具体的には、私的独占に関する市場の画定においても、「SSNIP テスト」を用いることを、指針案に明記すべきと考えます。

#### 5. コスト割れ価格の違法性を判断する基準が明確でないこと

5.1 指針案の第 2 の 2 「コスト割れ供給」の(1)「排除行為に該当し得る行為」は、以下のように述べています。

「・・・このように、ある商品についてその供給に要する費用を下回る対価を設定する行為（以下「コスト割れ供給」という。）は、排除行為に該当し得る。・・・また、「その供給に要する費用」とは名目上の額ではなく、実際の仕入取引において行われる値引き、リベート、現品添付等を考慮に入れた実質的な総販売原価をいう。」



その一方、(2)「判断要素」のウ「対価と供給に要する費用との関係」において、

「・・・対価と供給に要する費用との関係については、**商品を提供しなければ発生しない費用**を下回る対価が設定されているか否かが基準となる。」

としています。（強調文字はこの書面のために追加したものです。）

5.2 現在の指針案では、どのような「費用」により違法性を判断すべきかが明らかとはいえません。少なくとも、指針案では、「総販売原価」と「商品を提供しなければ発生しない費用」が示されているので、企業としていかなる費用を下回らないようにすればよいのかが分かるように記述する必要があると考えます。

5.3 また、「供給に要する費用」の計算方法については、EU 競争当局が 2009 年 2 月のガイダンスの中で示したように、場面による使い分けを含めた、明確かつ分かりやすい基準を設けるべきであると考えます。たとえば、EU では、コストの基準として、平均回避可能費用（average avoidable cost、以下「AAC」といいます。）と長期平均増分費用（long-run average incremental cost、以下「LRAIC」といいます。）を採用し、これらを異なる目的で使い分けています（2009 年 2 月ガイダンスの 26 段落以降、及び 63 段落以降）。EU 競争当局は、まず、優先して法執行を行うかどうかを決める際に、行為者が損失の発生するような対価を設定しているかどうか（「sacrifice」）、競争者を締め出そうとしているかどうか（「foreclosure」）の二つを基準とし、前者については AAC、後者については LRAIC がそれぞれ分析の目安になることを示しています。このように、分析の目的に従って、最も合致する基準を明確に定めることが、法運用の透明性の向上につながると考えます。

## 6. いわゆる「TYING」と「BUNDLING」の基準は区別されるべきこと

6.1 まず、不公正な取引方法に関しては、「bundling（一括販売）」がこれに該当する場合があるのか不明確であるものの、排除型私的独占においては、「bundling（一括販売）」であってもこれに該当することがあることを示したことは有意義と考えます。

6.2 一方で、指針案において、「tying（抱き合わせ）」と「bundling（一括販売）」の二つの行為が、区別されずに論じられていることは問題があると考えます。すなわち、第 2 の 4 (1) において、「tying（抱き合わせ）」とは「相手方に対し、ある商品の供給（又は購入）に併せて他の商品を購入（又は供給）させることを取引の条件とする行為」とした上で、同様に、「抱き合わせによって組み合わされた商品の価格が行為者の主たる商品及び従たる商品を別々に購入した場合の合計額よりも低くなるため需要者を引き付ける力が大きいとき」という、通常であれば



「bundling（一括販売）」として区別して論じられるべき行為類型が、「tying（抱き合わせ）」の一部であり、同じ違法性判断基準が適用されるかのように読めます。

6.3 しかしながら、これら二つは、厳密には異なる性質を有しており、一部共通部分はあることは否定できませんが、全く同様の違法性判断基準を用いることは適切ではありません。各々について独立した定義を示した上で、違法性判断の基準のうち区別すべきものは、その旨指針の中に明示すべきと考えます。

6.4 例えば、「bundling（一括販売）」について言えば、一括販売の対象となっている製品やサービスのうち、その事業者が独占的地位をもっているものの数が多ければ多いほど、他の競争者を締め出す危険は高くなると言えますから、この点は、「bundling（一括販売）」に特有の違法性の判断基準の指針として、指針案において指摘する意味は大きいと思われまます。

## 7. 一定の取引数量の達成を条件とする取引が排他的取引に該当する場合を明確にすべきこと

7.1 第2の3（排他的取引）において、「一定の取引数量を達成することを条件とする際に、当該取引数量を取引先の取扱能力の限度に近い水準に設定する場合には」、当該行為は排他的取引となるとあります。しかし、例えば、100台販売した取引先に対して一律に一台当たり10万円のリベートを提供するスキームを採用して、100台以下しか売れない取引先に、このスキームを適用したときも、排他的取引に該当することになります。しかし、取扱能力が100台以下にもかかわらず、設定されたスキームに基づいてリベートを得ようと自ら判断して多くの数量を購入していたのであれば、結果として排他的になるとしても、競争を制限するとはいえないと思われまます。この記述は、取引先ごとに、取扱能力の限度に近い取引数量を課す場合のことと思われるので、誤解を招かないような記述に改めるべきと考えまます。

## 8. その他

8.1 指針案では、単独の事業者による行為と、複数の事業者による行為の両方の違法性分析において、全く同じ基準が用いられるかのように読めます。本指針案においては、複数の事業者による行為が排除型私的独占となり得ることを示しつつも、少なくとも、その違法性判断基準が単独事業者による行為の場合とは異なることを、何らかの形で示すべきと考えまます。

8.2 コスト割れ販売に関して、「自らと同等又はそれ以上に効率的な事業者」という概念を用いており、この点は評価されますが、その他の3つの行為に関しては、そのような記述が見られません。排除型私的独占に該当するかどうかは、「自らと

同等又はそれ以上に効率的な事業者」について検討されることを、他の 3 つの行為についても明らかにすべきと考えます。

8.3 第 2 の 5（供給拒絶・差別的取扱い）においては、「必要」と「必須」という用語が用いられていますが、文脈からすると、用語を「必須」に統一すべきと思われます。

8.4 注 24 は、「公共の利益」に関する判例であり、本文の記述との関連性も見られないので、削除するべきと思われます。

以上