

競争者排除型行為規制の目的と構造

—忠誠リベート規制をめぐる欧州の変遷と米欧の相違を手がかりに—

早川 雄一郎

(要約)

第1章 はじめに

本稿は、競争法の主要な規制領域の一つである競争者排除型行為規制の目的と構造を探求するため、いわゆる忠誠リベートの競争法上の評価をめぐる問題に焦点を当てて分析を行うものである。

忠誠リベートとは、事業者が、顧客に対して、特定の購買行動をとること（例えば、製品やサービスの排他的購入、占有率目標や購入数量目標の達成など）を条件としてリベートや値引きを供与する行為である。この行為は、取引社会においてありふれた慣行であるが、市場において相当な力を有する事業者によって行われる場合、競争者に対して排除効果を生じさせるため、古くから国内外で競争法上の問題を生じさせてきた。

忠誠リベートは、競争者排除型行為規制の主要な2つの類型である排他的取引と（不当な）廉売行為との境界に位置する行為である。競争者排除型行為規制においては、規制の前提として、問題の行為が能率競争から逸脱するものであること（競争手段としての不当性）を要求されている（日米欧全てに共通）。そして、排他的取引と廉売行為とは、その評価を大きく異にしている。排他的取引は、顧客の事業活動に対する拘束性を含むため、排除効果が生じている場合には、原則として競争手段としての不当性を承認されてきた。その根拠は、競争者の市場での競争費用を人為的に増大させる点に不当性を見出す「ライバル費用引上げ理論（RRC）」によって説明されている。他方、廉売行為は、まさに競争法が奨励すべき競争促進的な行為にほかならない。それゆえ、競争手段としての不当性が認められるのは、費用割れ廉売を行っている場合など例外的な場合に限定されてきた（当該行為が行為者と同等に効率的な競争者にとっての脅威をもたらすものであるかどうかという「同等効率性基準」によって説明されることが多い）。忠誠リベートは、以上の両者の性質を併有するため、評価上の困難を引き起こし、この行為に対する各国の取扱いは大きく分かれてきた。例えば、欧州では、この行為が排他的取引に準じて評価され、極めて厳格に規制されてきたのに対し、米国の裁判所は、値引きの側面を重視して、規制に抑制的であった。

我が国の公正取引委員会実務では、従来、排他的取引に準じる形での事件処理が行われてきたが、昨今、国際的な議論の進展の影響を受け、値引き行為としての競争促進的な側面を考慮しなくてよいのかという問題提起がなされている。この行為は、日本の独占禁止

法の下では、私的独占や不公正な取引方法として規制対象となりうる。排他的取引に準じて評価しようと試みる場合、まず、行為要件として、顧客に対する排他的拘束の存在が必要である。従来の理解では、忠誠リベートのケースでは、利益提供によって実効性が確保されているものとして、排他的拘束の存在を認める理解が多かった。しかし、忠誠リベートは、定義上、顧客の事業活動を直接拘束するものではなく、また、利益提供は、ブランド間競争の手段として競争的な手段も構成しうる。それゆえ、リベートの事実のみで本当に拘束性を安易に認めてよいのかは問題であり、分析をより精緻化する必要がある。これは、私的独占の文脈での排除行為の人為性評価にも関わる問題である。さらに、日本の独占禁法は、反競争効果要件も課しているが、その認定に際して値引きの一種としての改善効果を考慮しなくてよいのかという問題も存在する。

忠誠リベートについてのあるべき競争法上の評価基準を考察するに当たっては、この行為の反競争効果と競争促進効果とを経済学の知見に基づいて的確に把握した上で、競争者排除型行為規制の関連各条項の要件論の下でどのように位置づけられるべきかを検討しなければならない。我が国では、この行為に関する包括的な研究は、これまで十分には行われてこなかった。本稿は、忠誠リベートに関する法的・経済的議論を整理し、競争者排除型行為の主要な 2 類型の境界に位置するこの行為の競争法上の評価基準について考察することを通じて、競争者排除型行為規制の目的と構造そのものを問い直そうとするものである。

本稿では、以上の問題を検討するため、忠誠リベート規制に関して乖離を指摘されてきた欧州法と米国法を題材として、日本法との間での比較法的考察を行っている。以下、第 2 章では、1970 年代から 2000 年代初めにかけて形成された欧州の伝統的判例法理を、第 3 章では、2000 年代に欧州と米国の双方で発展した忠誠リベートに関する経済学上の議論を、第 4 章では、第 3 章の議論を受けて 2000 年代後半に欧州委員会が採用した新しいアプローチを、第 5 章では、米国の下級審裁判例と学説の動向を分析し、最後に、第 6 章で、日本法への示唆を行っている。

なお、忠誠リベートは、広義では、単一製品市場内部で行われる単一製品リベートと複数の製品を組み合わせで行われるバンドリングの双方を含むが、本稿では、見解の対立がもっとも先鋭な前者に焦点を合わせる。

第 2 章 欧州の伝統的判例法理の形成と展開（「形式ベース」のアプローチ時代）

欧州では、忠誠リベートは、欧州連合機能条約（TFEU）102 条（市場支配的地位の濫用）による規制対象となりうる。第 2 章では、まず、前半部分において、102 条の基本的な要件論を、同条の目的と起源を踏まえて整理する。その後、後半部分において、欧州の裁判所による忠誠リベートに対する伝統的な取り扱いと、それに対する学説の批判を検討する。

102 条に関する欧州の伝統的判例法理は、ドイツのオールドーリベリズムとの強い関連性

を指摘されてきた。欧州の裁判所は、競争的な市場構造ないし形式的な競争プロセスそれ自体の維持を目的として、支配的地位を有する強力な事業者が一定の種類の行為を行うことを厳しく制限する「形式ベースのアプローチ」と呼ばれる枠組みを構築してきた。支配的事業者の「特別の責任」を媒介として、競争に対する害を低い閾値で認定しており、日本法でいう「競争の実質的制限」と同水準の反競争効果の立証は要求されていなかった。

欧州の裁判所は、そのような枠組みの下、忠誠リベートを排他的取引と同視して、支配的事業者による利用を極めて厳格に規制してきた（なお、オールドーリベラリズムの下で、忠誠リベートが禁じられるべき行為の典型に挙げられていたことも、看過されるべきではない）。まず、1979年の *Hoffmann-La Roche* 判決¹において、欧州司法裁判所（ECJ）は、支配的事業者が、①顧客に対して排他的購入義務を課することと、②自身からの全量購入ないし高割合の購入を条件としてリベートを供与すること（占有率リベート）は、ともに102条の「濫用」に該当すると宣言した。後者に関しても、排他的取引同様の拘束的な効果をもたらすものと考えられたためである。次いで、*Michelin I* 判決²において、購入数量目標を達成した場合にリベートが供与される数量リベートシステムに関し、ECJ は、そのような行為は直ちに「濫用」に該当するわけではないが、顧客の供給源選択の自由を拘束する効果を有する場合には「濫用」に当たり、102条違反を構成することを明らかにした。その後の *Michelin II* 判決³、*British Airways* 欧州事件判決⁴などを経て、数量リベートのケースでも、遡及リベート（目標数量を達成することによって、目標数量を上回る部分だけでなく期間中の購入全量に対してリベートが供与されるスキーム）が用いられる場合には、厳しく規制されることが明らかになった。支配的事業者が遡及リベートを実施する場合、市場シェアの小さい競争業者は対抗困難であり、顧客に対して強い拘束的な効果を引き起こすと考えられたためである（欧州の裁判所は、支配的事業者を顧客らにとって「避けることのできない取引相手（an unavoidable trading partner）」と認識しており、支配的地位の存在を、次章で述べる「マストストック」の問題に結び付けていたと見られる）。ECJ は、支配的事業者が顧客の供給源選択の自由を拘束する効果を有する行為を行うことは、競争者による市場へのアクセスの機会を奪い、市場構造に悪影響を与えるものと考えていた。

以上のような裁判所の姿勢は、最新の経済学の知見を十分に踏まえず、忠誠リベートの値引き行為としての競争促進的な側面を看過して、事実上「当然違法」とするものとして、学説から厳しい批判を浴びてきた。実際に、拘束的な効果を中心に据えて問題の行為の市

¹ Case 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co AG v. Commission* [1979] ECR 461.

² Case 322/81 *NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v. Commission (Michelin I)* [1983] ECR 3461.

³ Case T-203/01 *Manufacture Française Des Pneumatiques Michelin v Commission (Michelin II)* [2003] ECR II -4071.

⁴ Case T-219/99 *British Airways plc v. Commission* [2003] ECR II -5917; Case C-95/04 P *British Airways plc v. Commission* [2007] ECR I -2331.

場での効果を十分に吟味することなく違法判断を行ってきた欧州の裁判所の姿勢は、妥当とは言い難いものであった。判例法理に対する学説の批判は、主として次の3点であった。

①裁判所は、問題のリベートの拘束性を認定する際、リベートが価格競争の一種として通常の競争手段としての側面も有することを看過している。同等に効率的な競争者が閉鎖されるかどうかの分析を実施するべきである。②市場閉鎖効果の有無、すなわち、問題のリベートスキームの市場での対象範囲が実質的な水準に達しており、競争者の市場での競争費用が引き上げられているかどうかの分析が行われていない。③消費者厚生に対する害の有無に関する分析が行われていない。

第3章 忠誠リベートの経済学（反競争効果・競争促進効果のストーリー）—2000年代における議論の深化

2000年代の欧州では、前章で述べた過度に形式的で厳格な判例法理に対する批判を通じて、忠誠リベートに関する議論が大きく進展した。また、米国でも、同じ頃より、この行為をめぐる議論が活発化し始めた。第3章では、2000年代の欧州と米国での議論を通じて明らかにされた忠誠リベートの反競争効果・競争効果に関する議論のうち、主要なものを検討している。

忠誠リベートの最大の反競争効果は、排他的取引類似の排除効果である。個々の顧客らの需要の実質的部分に問題の支配的事業者以外に転換することが困難な領域（以下、「マストストック」という。）が存在する場合、支配的事業者は、遡及リベートを通して、当該マストストック部分の需要を「梃子」とすることによって、顧客らの転換コストを人為的に引き上げ、排他的取引同様の拘束的な効果を引き起こしうることが知られている（遡及リベートの「吸引効果（suction effect）」と言われることがある）。問題の忠誠リベートが市場の実質的部分をカバーしている場合、競争者らは、規模の経済の達成あるいは効率的な流通手段へのアクセスを妨げられる等して、市場での競争費用を引き上げられるおそれがある（RRC）。競争者の競争費用が引き上げられた場合、問題の支配的企業は、競争上の制約を緩和し、市場支配力を形成・維持・強化することが可能となる。

これに対して、忠誠リベートの最大の競争促進効果として指摘されるのは、値引きの一種としての価格低下による消費者の改善効果である。もっとも、忠誠リベートが、それが存在しない場合の競争水準と比べての「真の値引き」を本当に提供しているのかには疑義もあり、値引き前価格を競争水準と比べて引き上げたにすぎない「不忠誠罰」である可能性も指摘されている。とりわけ、上記排除効果が現に発生しているような文脈では、その懸念は特に強まる。忠誠リベートを排他権の代償と見て、排他権の代償として顧客らに補償が与えられる場合でも競争上の問題が生じうることを示した排他的取引の文脈での反シカゴ学派の議論の援用可能性も指摘されうる。

忠誠リベートには、その他の競争促進効果として、①二重限界化問題の解消、②小売業

者のサービス提供や販売促進努力の誘因、③支配的企業による関係特殊投資の促進、④価格差別（非線形価格）の一種として、固定費用を効率的に回収する手段となりうることも指摘されている。もっとも、いずれに関しても、その説明が妥当するケースは限定的である。

なお、近時、行動経済学の観点から、忠誠リベートは、顧客らの心理的転換コストを引き上げ、リベートへの不合理な執着を引き起こしうるという研究も現れている。

第4章 欧州委員会による「効果ベース」アプローチへの転換とその実践

第4章では、前章の議論の進展を経て欧州委員会が2000年代後半に採用した新しいアプローチについて分析する。

欧州の規制当局である欧州委員会は、102条の適用に関し、2005年にディスカッションペーパーを、2009年にガイダンスペーパー（以下、「GP」という。）を公表し、伝統的判例法理とは対照的に、市場構造への害それ自体ではなく消費者厚生への害を重視する「効果ベースのアプローチ」を打ち出し、具体的な事案に即した競争効果分析を実施することを明言した（少なくとも日本法の「競争の実質的制限」と同水準の競争効果分析を要求するものと見られる）。さらに、価格を利用する排除行為に関し、欧州委員会は、価格競争の有用性を考慮に入れ、能率競争からの逸脱の識別基準として、同等効率性基準を原則採用した。その一環として、欧州委員会は、忠誠リベートについて、広義では排他的取引の一種として位置付けつつも（GPでは、忠誠リベートは、「排他的取引」という項目の中で言及されている）、値引き行為としての側面にも配慮することを明示し、同等効率性基準の観点からの一つのテストとして、前記マストストックの観点も踏まえた独自の価格—費用テストを新たに導入した。これは、個々の顧客の需要のうち競争者に転換することが現実的に可能な部分（以下、「コンテストタブルな部分」という。マストストックの対概念である。）を転換させるために競争者がオファーする必要のある「実効価格」を、問題の支配的事業者のベンチマークコストと比較するというものである。この独自の価格—費用分析は、あくまで排他的取引に準じて扱うための一つの基準であり、GPの下では、さらに、市場閉鎖効果に関する分析と、消費者厚生に対する害の分析も行われることとなるものと解される。欧州委員会は、2009年の*Intel*事件⁵において、判例法理の下では必要とされていないと留保しつつも、以上の方法論を実践した。

GPの方法論は、同等効率性基準を用いることによって、上記マストストック型の排除効果と値引き効果との均衡を図ろうと試みたものである。伝統的判例法理に対する学説の批判も概ね反映しており、学説から、理論面では好意的に論評されることも多い。もっとも、個々の顧客ごとに需要の「コンテストタブルな部分」を特定しなければならない前記価格—

⁵ Commission Decision of 13 May 2009, Case COMP/37-990—*Intel* [2010] 4 CMLR 314.

費用テストは、実行困難性の問題や、行為者に予見可能性をほとんど与えていない点など、様々な難点を抱えている。

第5章 米国の動向—最近の下級審裁判例を中心に

第5章では、米国の判例法と学説の動向を取り上げる。米国では、忠誠リベートに関する連邦最高裁判所判例は存在しないとされているが、近時、各連邦巡回区控訴裁判所レベルでの判断が、散発的に下されている。米国では、忠誠リベートに関し、単一製品リベートの事案とバンドリングの事案とを区別した議論が行われており、単一製品事案については、規制に抑制的な方向での判断が続いてきた。単一製品事案の文脈で取り上げられる主要な事例として、*Barry Wright* (適法)⁶、*Virgin Atlantic v. British Airways* 米国事件 (適法)⁷、*Concord Boat* (適法)⁸、*Masimo* (違法)⁹、*Allied Orthopedic* (適法)¹⁰、*ZF Meritor* (違法)¹¹などがある。

米国の裁判例では、欧州と対照的に、忠誠リベートの値引き行為としての側面が極めて重視され、占有率リベートのようなスキームでも、原則的には値引きの一種として扱われてきた。最近の事例では、原告は、しばしば、被告の占有率リベートが「事実上の排他的取引」を構成し、シャーマン法1条や2条、クレイトン法3条に違反するとして訴訟を提起する。これに対して、裁判所は、被告の独占力に争いが無いケースであっても、排他的義務が存在しない場合には顧客らの転換は「自由」であるとして、占有率リベートの事実のみによっては排他的取引と同等の拘束性の存在を認めない傾向があり、リベート以外の追加的な要因の立証を要求してきた。支配的地位の認定をマストストックの問題と結び付け、占有率リベートや遡及リベートの事実のみによって拘束性を認定してきた欧州の伝統的判例法理とは対照的であった（なお、一般に、米国法の独占力は、欧州法の支配的地位よりも高度な力と解されている）。違法性が認められた *Masimo* と *ZF Meritor* は、ともに、かなり特殊な追加的な要因が存在した事案であった（前者では、補完製品との間での互換性の問題に起因して被告製品への固定需要（＝マストストック）が自明に存在し、後者では、占有率リベート以外にも、出荷停止による圧力やその他の反競争的な条項が存在した）。なお、追加的な要因が認められ、「事実上の排他的取引」を構成すると認められた場合、排他的取引一般と同様に、実質的市場閉鎖効果の有無と競争に対する害の有無についての判断

⁶ *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 747 F.2d 227 (1st Cir. 1983).

⁷ *Virgin Atlantic Airways Ltd. v. British Airways PLC*, 257 F.3d 256 (2d Cir. 2001).

⁸ *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000), cert. denied, 531 U.S. 979 (2000).

⁹ *Masimo Corp. v. Tyco Health Care Group, LP*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 29977 (C.D. Cal. Mar. 22, 2006), aff'd, 350 Fed. Appx. 95 (9th Cir. 2009).

¹⁰ *Allied Orthopedic Appliances Inc. v. Tyco Health Care Group LP*, 592 F.3d 991 (9th Cir. 2010).

¹¹ *ZF Meritor LLC v. Eaton Corp.*, 696 F.3d 254 (3d Cir. 2012).

が行われている。

米国では、学説レベルでは、大枠としては、廉売一般と区別せず、セーフハーバーとして *Brooke* 判決¹²型の通常のコストテストを用いるべきという見解と、*Tampa Electric* 判決¹³以下の排他的取引型の枠組みの下で合理的原則に則って判断するべきという見解の対立がある。欧州委員会が新たに導入したタイプの価格—費用テストは、米国では、実行困難性の点で、単一製品リベートの文脈ではそれほど支持されていない¹⁴。以上の両見解が対立する点は、いくつか存在する。第一に、前者の見解の支持者は、忠誠リベートが低価格その他のプラスの効果をもたらすことが多いことを暗に前提としているのに対し、後者の見解の支持者は、忠誠リベートが「不忠誠罰」として作用する危険性をより重視している。第二に、後者の見解の支持者は、マストストックを「梃子」とする排除のストーリーをある程度現実的に捉えているのに対し、前者の見解の支持者は、その蓋然性を低く見積もり、同等効率性基準も踏まえて、費用割れでない限り同等に効率的な競争者であれば対抗可能であると強調する。第三に、忠誠リベートの競争促進性を強調し、反競争性を低く見積もるほど、積極過誤の危険や委縮効果の弊害が深刻化するため、事業者にとって予見可能なルール（＝費用基準）を設定する必要性が強調されることになる。米国では、陪審制や三倍額賠償制度など独自の司法制度に起因して、委縮効果の問題が他の国々と比べて深刻化しうることも看過できない。

いずれにせよ、米国では、裁判例の傾向も踏まえると、忠誠リベートを値引きの一種と見て、規制に抑制的な見解が比較的優勢なようである。

第6章 日本法への示唆

第6章では、以上の検討を踏まえた上で、日本法の下での結論を提示する。

まず、忠誠リベートの競争手段としての不当性を評価する際に、仮に同等効率性基準の視点を持ち込むとしても、欧州委員会の新しい価格—費用分析は、実行困難であり、採用

¹² *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

¹³ *Tampa Elec. Co. v. Nashville Coal Co.*, 365 U.S. 320 (1961).

¹⁴ なお、単一製品リベートの文脈とは対照的に、複数製品市場にまたがって行われるバンドリングの文脈では、このテストに類似するいわゆる“discount attribution test”（値引きの全てがバンドルされた非独占的・競争的な製品において行われたものと仮定して費用割れを起こしているかどうかを問うもの）が比較的支持を集めている。米国で単一製品事案とバンドリング事案とを区別する議論が定着した理由としては、①排他的取引と対比される単一製品リベートに対して、バンドリングは、抱き合わせと対比され、分析的により複雑であること、②一つの市場での力を「梃子」として他の市場での力を獲得・維持するというバンドリングのストーリーは、マストストックを「梃子」とする単一製品リベートのストーリーと比べてより理解されやすいこと、③バンドリングの文脈での“discount attribution test”は、単一製品リベートの文脈での欧州委員会型のテストと比べてはるかに実行容易であること（非独占的な製品に値引き全体を集約すれば足り、個々の顧客ごとに異なるマストストックの量を特定する必要がない）などが指摘される。

することは難しかろう。

忠誠リベートの評価を考察するに際しては、(条件付きのない) 単純な値引き行為との間の経済効果の異同をどのように把握するのかが、一つの重要な問題を構成する。この問題について、現時点での経済学の分析は十分なものとは言い難いので、明快に回答することは難しい。もっとも、少なくとも、マストストックを「梃子」とする形での排除効果が現に発生しているような状況では、上記のように排他的取引の文脈での反シカゴ学派の議論の援用可能性も考慮すると、リベートが単なる排他権の代償を構成するにすぎず、競争状態と比べての「真の値引き」を提供できていない可能性は無視できないように思われる。それゆえ、少なくとも、そのような状況が存在する場合は、忠誠リベートを単純な値引き行為と同列に論じることは、適切ではないと考えられる。

結局、マストストックが有意に存在する状況で忠誠リベートが行われる場合、いずれにせよ、「梃子」の問題によって顧客らの転換コストは引き上げられ、排除効果の生じるケースでは、競争者の競争費用は人為的に引き上げられうるので、忠誠リベートが「真の値引き」ではなく「不忠誠罰」である可能性も踏まえると、競争手段としての不当性の根拠は、RRC 理論によるべきであり、同等効率性基準は適切でない。現在は効率性の劣る競争者の市場での改善可能性を含め、人為的な手段によって動的な競争の芽を摘むことを許容すべきではないと考えられる。

以上のような考え方に基づくならば、我が国の要件論の下で求められるのは、あくまで問題のリベートの実質的な排他的拘束性と反競争効果の厳密な認定ということになるが、マストストックの問題とリベートの遡及性の問題は、その中心的視点となりうるであろう。

なお、忠誠リベートの経済効果は、現時点では未解明な部分が非常に多い。マストストックが存在する場合に悪影響を持ちやすいことは徐々に認識されつつあるが、そうでない場合に、顧客や競争者の行動にどのように作用し、厚生に対してどのような効果を与えるのかについては、それほど解明されていない。今後の経済学での研究の進展に応じて、競争法上の評価をめぐる議論も、より深化させる必要があろう。

以上