

不当廉売ガイドラインにおける価格費用要件の解釈と運用の考え方について

山 田 務

はじめに

- 1 不当廉売ガイドラインの設定
- 2 本稿における検討
 - (1) 本ガイドラインの特徴
 - (2) 検討事項
- I. 本ガイドラインの概要
——価格費用要件「供給に要する費用を著しく下回る対価」の解釈と運用の考え方——
 - 1 価格費用要件に係る解釈
 - (1) 基本的な考え方
 - (2) 理由
 - 2 「可変的性質を持つ費用」か否かの判断
 - (1) 判断基準
 - (2) 主な費用項目についての判断
 - 3 その他
 - (1) 共通費用等の配賦の考え方
 - (2) 平均費用を算出する際の供給量
- II. 略奪的価格設定に係る規制における平均回避可能費用基準
 - 1 平均回避可能費用の概念
 - 2 先行研究
 - (1) Ordovery・Willig論文（1981年）
 - (2) Baumol論文（1996年）
 - (3) 平均回避可能費用基準の評価
- III. 海外の規制における平均回避可能費用基準の採用
 - 1 海外の動向
 - (1) 米国
 - (2) EU
 - (3) カナダ
 - 2 海外の報告書・ガイドライン等における平均回避可能費用の算定方法

論説（山田）

- (1) 平均回避可能費用の定義、算定方法
- (2) 回避可能費用に含まれる費用
- (2) 平均回避可能費用を算定する対象期間

IV. 本ガイドラインの評価

1 本ガイドラインの特徴

- (1) 「可変的性質を持つ費用」という概念の採用と判断基準
- (2) 共通費用の取扱い
- (3) 平均費用を算出する際の供給量

2 上記の取扱いに対する評価

- (1) 理論的考え方に基づく算定の困難性と実務基準の採用
- (2) 実務基準の妥当性
- (3) 共通費用の取扱い
- (4) 課題

はじめに

1 不当廉売ガイドラインの設定

平成21年の独占禁止法改正により、不公正な取引方法の一行為類型である不当廉売について、一定の行為（旧一般指定6項前段該当部分）が2条9項3号として法定化され、20条の4の規定により課徴金納付命令の対象になった¹⁾。

○2条9項3号

「正当な理由がないのに、商品又は役務をその供給に要する費用を著しく下回る対価で継続して供給することであって、他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあるもの」

この法改正は、平成22年1月から施行されたところ、公正取引委員会は、平成21年12月に、不当廉売に係る法運用の透明性、事業者の予見可能性を向

1) 旧一般指定6項後段の行為は、独占禁止法2条9項6号に基づき、新一般指定6項として規定。

上させる観点から、不当廉売の規定の解釈及び運用に当たっての考え方を明らかにしたガイドライン（「不当廉売に関する独占禁止法上の考え方」、以下、本稿では「本ガイドライン」という。）を公表した²⁾。

2 本稿における検討

(1) 本ガイドラインの特徴

本ガイドラインは、昭和59年11月公表の「不当廉売に関する独占禁止法上の考え方」を改定したものであるが、①業種全般を対象としたガイドラインであること、②法定不当廉売の要件のうち、特に価格費用要件（「供給に要する費用を著しく下回る対価」の要件³⁾）について、詳細な解釈及び運用に当たっての考え方を示したことに特徴がある。

法定不当廉売として違法となるためには、価格費用要件だけでなく、他の事業者の事業活動に対する影響要件等を満たす必要があるが、不当廉売に係る法運用の透明性等を向上させる観点からは、不当廉売規制特有の要件である価格費用要件³⁾について、解釈の明確化を図ることが必要となる。また、価格費用要件に関しては、解釈の問題とは別に、実際の法適用における費用算定の困難性という問題がある。

法定不当廉売の価格費用要件に関しては、不当廉売についての法的措置、判

2) 公取ホームページ (<http://www.jftc.go.jp>) 参照。

3) 不当廉売規制（略奪的価格設定規制）に関しては、一般的に、違法要件の一つとして、事業者が設定した価格水準と適切に算定された費用との関係を規定する要件があり、本稿では、価格費用要件と定義している。

比較対象となる費用基準としては、総平均費用、長期平均増分費用、限界費用、平均変動費用、平均回避可能費用等が用いられている。このうち、限界費用、平均変動費用又は平均回避可能費用が最も低い費用水準として位置付けられ、この費用水準を下回る価格設定の場合、違法と推定されるなど、当該価格設定の違法性が強くなる。

2条9項3号の価格費用要件である「供給に要する費用を著しく下回る対価」については、後述するように、本ガイドラインで、「平均回避可能費用」に相当するものを下回る価格と解されており、法定不当廉売は、最も低い水準の費用を下回る価格設定を違法要件としているものである。

例が少なく、また、従来のガイドラインにおいても、小売業等の一部の事業分野における考え方が示されているに過ぎず、その場合でも、その考え方の根拠について十分な説明がなされていなかったこと⁴⁾から、本ガイドラインで、価格費用要件に関し詳細な考え方が示された意義は大きい。

（2）検討事項

本ガイドラインでは、2条9項3号に規定する価格費用要件に関しては、近年、略奪的価格設定に対し海外の競争当局で採用されている「平均回避可能費用基準」に相当する考え方を採用しているが、法運用の明確性の確保を重視した内容となっており、海外の競争当局の考え方や理論上の考え方とも異なる点もみられる。

本稿では、本ガイドラインに対する理解の促進に資するため、平均回避可能費用基準に関する先行研究、海外における略奪的価格設定に対する競争当局の考え方等を整理し、それを踏まえて、本ガイドラインにおける価格費用要件の解釈、運用に当たっての考え方について検討を行った⁵⁾。

なお、公正取引委員会は、平成21年10月に「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」を公表しており、このガイドラインにおいても、排除行為としての典型的な行為の一つとして、「商品を供給しなければ発生しない費用を下回る対価設定」を取り上げており、要件の解釈として本件ガイドラインと同じ考え方が示されている。この面からも、本ガイドラインの内容についての理解を深めることは重要となる。

4) 小売業を対象とした「不当廉売に関する独占禁止法上の考え方」（昭和59年）のほか、石油製品・家電製品・酒類の小売業、公共建設工事に係る不当廉売に関し、ガイドラインが設定されていた。

5) 本ガイドラインを解説しているものとして、東出浩一「不当廉売に関する独占禁止法上の考え方の改定について」公正取引2010年2月号、池田卓郎・伊地知淳「不当廉売に関する独占禁止法上の考え方の改定について」NBL2010年3月1日号。

I. 本ガイドラインの概要

——価格費用要件「供給に要する費用を著しく下回る対価」の解釈と運用の考え方——

本ガイドラインにおいて、法定不当廉売の価格費用要件である「供給に要する費用を著しく下回る対価」について、次の解釈及び運用上の考え方を明らかにしている。

1 価格費用要件に係る解釈

(1) 基本的な考え方

「供給に要する費用」を総販売原価とし、この総販売原価については廉売対象商品⁶⁾を供給しなければ発生しない費用とそれ以外の費用に分けられるとした上で、「廉売対象商品を供給しなければ発生しない費用」（本ガイドラインでは「可変的性質を持つ費用」と定義されている。以下、本稿でも、「可変的性質を持つ費用」として記述する。）を下回る価格は、「供給に要する費用を著しく下回る対価」であると推定されるとしている（本ガイドライン3(1)ア(エ)a)。

(2) 理由

ア「可変的性質を持つ費用」を下回る価格設定は、廉売行為者にとっては、廉売対象商品の供給を継続することにより損失が拡大するものになる。

本ガイドラインでは、次の考え方に基づいて、上記(1)の解釈を行っている（本ガイドライン3(1)ア(イ)）。

(ア) 不当廉売の規制目的の一つが、廉売行為者自らと同等又はそれ以上に効率

6) 不当廉売規制は商品又は役務が対象となるが、本ガイドラインでは、簡略化のため、「商品」は、役務も含むものとして使用されている。

的な事業者（以下、本稿では「同等効率的事業者」という。）の事業活動を困難にさせるおそれがあるような廉売を規制することにあるため、同等効率的事業者の事業の継続・参入に係る判断に影響を与える価格の基準として、廉売行為者自身にとって直ちに損失をもたらす水準とすることが適当であること

- (イ) 不当廉売の規制目的から、事業者が自らの企業努力又は正常な競争過程を反映した価格設定を行うことは妨げられておらず、廉売行為者にとって、明らかに経済合理性のない価格設定であると判断することができるものを基準とすることが適当であること

イ また、「可変的性質を持つ費用」については、実務的には、価格設定における経済的合理性の有無を判断する際の基準となる「平均回避可能費用」（本ガイドラインによれば、「廉売行為者が廉売対象商品の追加供給をやめた場合に生じなくなる廉売対象商品固有の固定費用及び可変費用を合算した費用を追加供給量で除することによって得られる廉売対象商品1単位当たりの費用」と定義されている。）に相当するものであるとしている（本ガイドライン3(1)ア(ウ)(注3)）。

2 「可変的性質を持つ費用」か否かの判断

(1) 判断基準

廉売行為者の各種の費用のうち、どのような費用が、「可変的費用を持つ費用」に含まれるかについては、本ガイドラインは、①廉売対象商品の供給量の変化に応じて増減する費用か、②廉売対象商品の供給と密接な関連性を有する費用かという2つの観点から評価し、いずれか一方の基準をみたせば該当するとしている（本ガイドライン3(1)ア(エ)b）。

(2) 主な費用項目についての判断

ア 本ガイドラインでは、上記2つの判断基準を踏まえて、主な費用項目につ

いて、それぞれ「可變的性質を持つ費用」に該当するか、又は推定できるかの判断を示している（本ガイドライン3(1)ア(エ) b。下記ウ(オ)については、「『不当廉売に関する独占禁止法上の考え方』改定案等に対する意見の概要とこれに対する考え方（平成21年12月公表）」に記載）。

イ これによると、「廉売対象商品の供給量の変化に応じて増減する費用」かについては、当該費用の性格（操業度に応じて増減する性格のもの）や個別事案における実際の増減状況を踏まえて判断する考えが示されている。

ウ 「廉売対象商品の供給と密接な関連性を有する費用」かについては、企業会計上の費用項目の分類の考え方を踏まえて判断する考えが示され、具体的に以下の判断が示されている。

(ア) 製造業における製造原価、流通業における仕入原価は、製品の供給と密接な関連性を有するものとして算定される費用項目という性格上、特段の事情がない限り、可變的性質を持つ費用と推定される。

(イ) 販売管理費のうち、廉売対象商品の注文の履行に要する費用（倉庫費、運送費、掛売販売集金費）は、商品の供給と密接な関連性を有する費用項目であり、可變的性質を持つ費用となる。

(ウ) 販売管理費のうち、廉売対象商品の注文の獲得に要する費用（広告費、市場調査費、接待費等）は、その費用の性格から、廉売対象商品の供給の開始又は継続するために不可避的に発生した費用（商品の供給と密接な関連性を有する費用と評価）であるといった特段の事情がない限り、可變的性質を持つ費用には該当しないと推定される。

(エ) 販売管理費のうち、本社組織である人事部や経理部における人件費、交通費及び通信費は、その費用の性格から、可變的性質を持つ費用とならない。

(オ) 研究開発費は、廉売対象商品の供給と密接な関連性を有するといえる事情がない限り、可變的性質を持つ費用には該当しない。

3 その他

(1) 共通費用等の配賦の考え方

本ガイドラインでは、共通費用及び一括的に費用計上された費用の配賦に関して、次の考え方を示している（ガイドライン3(1)ア(ウ)(注2)⁷⁾。

ア 複数の事業、複数の商品に共通する費用の配賦

廉売行為者が実情に即して合理的に選択した配賦基準を用いていると認められる場合には、当該配賦基準に基づいて費用の算定を行う。

イ 研究開発費等一括計上される費用の配賦

廉売行為者が実情に即して合理的な期間において当該費用を回収することとしていると認められる場合には、当該期間にわたって費用の配賦を行った上で、費用の算定を行う。

(2) 平均費用を算出する際の供給量

本ガイドラインでは、平均費用を求める際の分母となる供給量については、明示的には記述されていないが、「可変的性質を持つ費用」を「廉売対象商品を供給しなければ発生しない費用」と定義していることから、対象期間中における廉売対象商品全体の供給量が分母となると考えられる。

II. 略奪的価格設定に係る規制における平均回避可能費用基準

1 平均回避可能費用の概念

略奪的価格設定に係る規制⁸⁾において、米国、EU等の競争当局は、近年、最も低い水準の価格費用要件として、平均回避可能費用基準を採用する方針を示している。

7) 本ガイドラインでは、総販売原価の算定に当たっての考え方を示しており、「可変的性質を持つ費用」に限定した説明ではない。

海外における略奪的価格設定に係る規制において、従来、平均変動費用基準(Areeda・Turner基準)⁹⁾が一般的であった。

しかし、平均変動費用基準については、①理論的に望ましい基準である限界費用基準の代理指標であるため、例えば、平均変動費用と限界費用のかい離が大きい状況においては、適切な基準にならないこと、②個別事案において、特定の費用項目が固定費用か変動費用かの判断が困難な面があること等の問題があった。

平均回避可能費用基準は、下記2の先行研究が示すように、略奪的価格設定に係る規制基準として、より適切な基準として評価されるようになっている。

平均回避可能費用については、理論的には、略奪的価格設定により商品の供給量(生産量)が増加する状況の下で、当該略奪的価格設定がなければ回避することができるすべての費用を、当該商品の供給量(生産量)の増加分で除したものが該当する。

平均回避可能費用基準は、対象商品の価格が平均回避可能費用を下回る場合、略奪的価格設定規制に係る価格費用要件が満たされるとするものである。

8) 海外に係る記述では、一般的な「略奪的価格設定」の表現を用いている。

海外でも、略奪的価格設定に係る規制に当たっては、価格費用要件以外に、行為者の地位に係る要件、埋め合わせの要件等が満たされる必要があるが、本稿では、価格費用要件に限定して検討を行っている。

9) Areeda・Turner基準は、価格理論を根拠に、競争者排除以外に合理性を持たない行為か否か判断しうる価格費用基準として提示された(Phillip Areeda・Donald F. Turner「Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act」Harvard Law review 1975 Vol.88)。その概要は、次のとおり整理できる。

①価格理論に基づくと、競争状況の下では、限界費用に一致した価格設定は、利潤の最大化、資源配分の効率性をもたらすこと、また、総平均費用を下回っても、限界費用以上であれば、損失を最小化するための行為と評価できること

②総平均費用以上の価格設定を規制することは、能率競争を阻害すること

③しかし、総平均費用を下回り、かつ、限界費用を下回る価格は、利益犠牲を伴い、合理的な価格設定でなく、略奪的価格と推定できること

④限界費用は算定が困難である一方、限界費用は、平均変動費用によって近似できることから、平均変動費用を代理指標として用いることが適当であること

2 先行研究

平均回避可能費用基準に係る先行研究として、Ordovery・Willig及びBaumolの論文がある¹⁰⁾。この先行研究を基に、略奪的価格設定に係る規制において平均回避可能費用基準が採用される理由等を整理したい。

(1) Ordovery・Willig論文(1981年)

Ordovery・Willigは、略奪的行為(略奪的価格設定を含む。)について、「ライバルを排除・退出させ、その後独占力を得るために、ライバルが存在する競争状況の下で得ることができる利益の一部を犠牲にする、ライバルへの対応行為である。」と定義している。すなわち、ライバルが存続することを許容する代替的行為によって得ることができる利益が、実際の行為による利益を上回る場合(実際の行為において利益犠牲が生じている場合)に、当該行為を略奪的行為と定義している。

そして、この定義を基に、略奪的価格設定に係る規制で用いられる価格費用基準がどのように導き出されるか示している。

Ordovery・Willigは、単純化事例として、単一製品を生産している支配的企業¹¹⁾が、新規参入に対し販売価格を引下げ、参入を阻止する事例を検討対象として取り上げ、このような単一製品を生産している支配的企業の行為においては、下記の式(1)が当てはまる場合に、略奪的価格設定に該当することを示した(同論文1章、2章)¹²⁾。

10) 後記のカナダガイドラインの脚注において、先行研究として、Janusz A.Ordovery and Robert D.Willig「An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation」The Yale Law Journal 1981 Vol.91及びWilliam J. Baumol「Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test」The Journal of Law and Economics 1996 Vol. 39が挙げられている。このうち、Ordovery・Willigの論文は、「適切な費用基準として、回避可能費用の概念を最初に提示した」ものとされている。

11) 支配的企業でないと、ライバルを排除、退出させ、その後独占力を維持することはできないとの考え方が前提となっている。

$$P_0 < (C(Q_0) - C(Q_0 - \Delta Q)) / \Delta Q \quad (1)$$

(記号の説明)

P_0 参入を阻止する場合の支配的企業の価格設定

Q_0 参入を阻止する場合の支配的企業の生産量

ΔQ 代替的行為を行った場合の支配的企業の生産量の減少分（ライバルへの排除効果がないことを意味する。）

$C(Q)$ 支配的企業が Q を生産するための費用

(1)式は、参入を阻止するための価格設定と代替的行為について、それぞれの行為による収入・費用を比較し、参入を阻止するための価格設定の方が代替的行為に比較して、利益が減少する場合の条件を示している¹³⁾。

(1)式の右辺は、平均費用節約分となるが、同論文で、この費用節約分については、広告費、販売促進費、資本コストも生産をやめることによって回避できれば対象となり、また、資本コストについては、発生後は回避できないもので

12) Ordovery・Willig論文では、複数の製品を生産している企業の略奪的価格設定に対する判断基準や略奪的な製品開発行為に対する判断基準等についても論じられている。なお、本稿では、他の個所の記述内容に合わせるため、記号の表記は、論文中的ものと異なっている。

13) (1)式の算出過程は次のとおり。

①新規参入阻止の価格設定と比べた、代替的行為を行った場合の支配的企業の収入減（支配的企業の行動が、将来の利益に影響せず、現在の利益のみに影響するとの仮定）

$$\text{価格が変化しない場合（最大値）} \quad \Delta Q \cdot P_0 \quad (1)$$

$$\text{生産量の減少により価格が上昇する場合} \quad \Delta Q \cdot P_0 - \Delta P(Q_0 - \Delta Q) \quad (1')$$

②新規参入阻止の価格設定と比べた、代替的行為を行った場合の支配的企業の費用の節約分

$$C(Q_0) - C(Q_0 - \Delta Q) \quad (2)$$

③上記(1)よりも(2)が大きい場合（下記(3)式）、新規参入阻止の価格設定により利益犠牲が生じていること、すなわち、当該行為が略奪的行為であることを示す。

$$\Delta Q \cdot P_0 < C(Q_0) - C(Q_0 - \Delta Q) \quad (3)$$

④(3)式を変形すると、本文中の(1)式になる。

あっても、略奪的行為のために生産量を拡大した場合には、当初の生産水準を維持すれば回避できるものであるため、上記費用に含めるべきとしており、この費用節約分は、いわゆる回避可能費用としてとらえられている。

このように、Ordover・Willigは、支配的企業による略奪的利益犠牲の存在の有無を根拠として、平均回避可能費用基準（上記(1)式）を導いている。 ΔQ が最小単位の場合、(1)式は限界費用基準となり、 $Q = \Delta Q$ の場合、(1)式は平均変動費用基準となる。

また、Ordover・Willigの論文においても、(1)式は、自己の費用を基準とするものであることから、自己の費用引下げ行為を許容する一方、非効率的事業者を排除し、同等効率的事業者を保護する基準であり、能率競争の促進とも両立するものとなっていると論じている。

なお、Ordover・Willigの論文では、代替的行為において価格上昇が生じない場合を取り上げているが、通常、略奪的価格設定の場合、行為前に比べて価格引下げが伴う。この場合には、略奪的行為か否かの基準を示す上記(1)式は、下記になる（なお、 $Q_0 = \Delta Q$ の場合、 ΔP を問わず、上記(1)式が成り立つ。）¹⁴⁾

$$P_0 < (C(Q_0) - C(Q_0 - \Delta Q)) / \Delta Q + \Delta P (Q_0 - \Delta Q) / \Delta Q \quad (2)$$

上記(2)式と通常平均回避可能費用基準を示す(1)式との関係を検討すると、(2)式の右辺の2項はプラスであり、(1)式を満たせば、必ず(2)式を満たすことになり、(1)式は、価格が変更される場合においても略奪的利益犠牲の要件を満たすものとなる。

また、下記Baumolの論文で示されるように、略奪的行為か否かを判断する際の基準として、同等効率的事業者が排除されるおそれがあるか否かの基準を追加すると、同等効率的事業者が存続するか否かの観点からは、同等効率的事

14) (2)式は、注13)記述の(1)'と(2)の比較を行った $\Delta Q \cdot P_0 - \Delta P(Q_0 - \Delta Q) < C(Q_0) - C(Q_0 - \Delta Q)$ を変形したもの

業者にとっては、(1)式の右辺の2項は関係なくなるため、(1)式が、略奪的行為か否かの判断基準となることが示される。

(2) Baumol 論文 (1996年)

Baumolは、略奪的価格設定の判断基準として広範に受け入れられてきた Areeda・Turner 基準 (平均変動費用基準) について、同等効率的事業者を排除するおそれがあるか否かを判断する基準として評価するとともに、平均変動費用の算定に当たっては、平均回避可能費用の概念を用いることが適切であることを示して、Areeda・Turner 基準を一般化するとともに、平均回避可能費用基準を適用する際のいくつかの論点について検討し、具体的なルールを提言している¹⁵⁾。

Baumolの議論を整理すると、次のとおりとなる (同論文I～V)。

ア Areeda・Turner 基準の基礎となる限界費用基準については、事業活動の正当性を示す基準と一般的に理解されているが、新製品発売時の低価格販売や季節商品の低価格販売等の例に見られるように、限界費用と価格の比較のみでは、事業活動の正当性の有無を評価できない。

イ 一方、略奪的行為か否かの判断要素として、同等効率的事業者を排除するおそれがあるか否かという条件を設定する場合には、限界費用は基準として十分ではなく (例えば、限界費用が平均変動費用を下回る場合のみ、限界費用の水準が同等効率的事業者を排除する可能性がある)、適切に定義された平均変動費用を基準とすることが適当である。

すなわち、価格理論によれば、価格が総平均費用を下回っても、平均変動費用を上回る場合には、生産の継続によって損失を最小化できるが、価格が

15) Baumol 論文については、中川寛子「不当廉売と日米欧競争法」(有斐閣 2001年) 第1章において、詳細な解説・分析が行われている。

自己の平均変動費用を下回る場合には、事業からの退出が合理的になる。廉売行為者が、平均変動費用を下回る価格を設定する場合、当該価格は同等効率的事業者を排除することになる。

ウ 同等効率的事業者を排除するおそれがあるか否かを基準にすると、適切な平均変動費用としては、同等効率的事業者が退出する場合に回避可能な費用、すなわち、平均回避可能費用（回避可能な生産固有の固定費用が含まれる。）を用いることが適当である。

また、同論文において、Baumolは、平均回避可能費用基準を採用する際に問題となる事項について、次のとおり指摘している（同論文Ⅷ、Ⅸ、Ⅻ）。

ア 費用算定の期間については、当該基準が同等効率的事業者を排除するおそれがあるか否かを決定するために用いられることから、当該価格が設定されているか、又は設定することが予想される期間において回避可能な費用を用いることが適当である。

イ 平均回避可能費用には、廉売行為者が生産要素を投入する際に発生する機会費用を含むべきだが、価格低下によって失った収入は含めるべきではない（行為前の価格は、同等効率的事業者の生存を脅かす価格かどうかの決定に当たり関係しないため）。

ウ 平均値を算定するために用いる生産量については、同等効率的事業者を排除するおそれがある価格をその費用と比較して判断するという観点からは（同等効率的事業者が生産する場合と廉売行為者がその部分を生産する場合とどちらがより望ましいかの問題）、同等効率的事業者の排除が示される生産量の増加量が適当である。

しかし、これは理論的な考え方であり、実際は、①生産量の増加部分に

対応した回避可能費用を算定することが容易でなく、②大幅な規模の経済性がなければ、生産量全体をとるか生産量の増加部分をとるかで費用は大きく影響されない。

(3) 平均回避可能費用基準の評価

以上の論文によれば、平均回避可能費用基準については、①同等効率の事業者を排除する可能性を示すとともに、②略奪的利益犠牲の存在を示す基準として、略奪的価格設定に係る規制に関し有用な基準となることが示されている。この点については、本ガイドラインでも、平均回避可能費用基準を採用する理由として挙げられている。

平均回避可能費用基準は、事業者の実際の行動を、経済合理的な意思決定の視点を踏まえて評価するものであり、理論的に優れるとともに、一般的にも理解されやすい基準と考えられる。

また、上記論文においては、平均回避可能費用基準を用いる際に問題となる事項が指摘されており、個別事例において平均回避可能費用を算定する際の参考となる。

Ⅲ. 海外の規制における平均回避可能費用基準の採用

1 海外の動向

(1) 米国

米国において、略奪的価格設定はシャーマン法2条等の違反行為として規制される。

最高裁の判例¹⁶⁾では、①価格が適切に算定された行為者のコストを下回ること、②行為後に、略奪的価格設定のための投資を埋め合わせる「危険な蓋然性」若しくは「合理的な可能性」があることの2つの要件の立証が必要とされている。

16) Brook Group Ltd. v. Brown&Williams Tobacco Corp.,509 U.S.209 (1993)

最高裁は、①に関し具体的な基準を示していないが、下級審では、平均変動費用基準が採用されてきている。

司法省は、2009年に、「Competition and Monopoly : Single-Firm Conduct Under Section 2 of The Sherman Act」（以下、本稿では、「司法省報告書」という。）を公表したが¹⁷⁾、この報告書の中で、略奪的価格設定における価格費用要件に関して、①変動費用か固定費用かの分類問題を回避できること、②略奪的価格設定行為全体を捉え、かつそれに限定してその行為の合理性の有無を判断できること等から、他の費用基準の中で、平均回避可能費用基準が適当であること、平均回避可能費用の算定ができない場合、次善として平均変動費用基準を用いるべきことを提言した。

また、American Airlines 事件¹⁸⁾において、司法省は、新規参入に対抗して投入した航空機のリース料を含める等、平均回避可能費用の考え方を採用している。

(2) EU

EUでは、略奪的価格設定は、EU 機能条約 102 条違反（市場支配的地位の濫用行為。旧 EC 条約 82 条、86 条違反）として規制される。

価格費用要件に関しては、AKZO 事件以降の判例¹⁹⁾により、市場支配的地位にある事業者による略奪的価格設定に関しては、次の判断が示されている。

- ①平均変動費用を下回る価格設定は、濫用行為と推定
- ②平均総費用を下回るが、平均変動費用以上の価格設定は、略奪的計画の一部となっている場合、濫用行為と推定

一方、EU 競争当局は、2008 年に、「Guidance on the Commission's

17) オバマ政権成立後、2009年5月に、司法省は本報告書を撤回した。

18) United States v. AMR Corp., 335 F.3d 1109 (10th Cir.2003)

19) Case C-62/86, AKZO Chemie BV v. Commission, 1991 ECR I-3359, Case C-333/94, Tetra Pak v. Commission, 1996 ECR I-5951, Case T-340/03, France Telecom v. Commission, 2007 ECR II-000, Case C-202/07P, France Telecom v. Commission, 2009 ECR I-2369

Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings」(以下、本稿では、「EUガイドライン」という。)を公表し、この中で、市場支配的地位にある事業者の排他行為の一行為形態である略奪的価格設定の規制に関し、平均回避可能費用基準を採用する考え方を示している²⁰⁾。

(3) カナダ

カナダでは、略奪的価格設定は、競争法 50 条（略奪的価格設定に対する刑事罰）、78 条・79 条（市場支配的企業の濫用行為）により規制される。

カナダでは、2008 年に、「Enforcement Guidelines on Predatory Pricing」(以下、本稿では「カナダガイドライン」という。)が公表され、略奪的価格設定に係る価格費用要件については、行政事案と刑事事案の両方において、平均回避可能費用基準を用いることが明記された。

カナダガイドラインは、略奪的価格設定に限定したガイドラインであり、司法省報告書、EU ガイドラインに比べて、解釈だけでなく、平均回避可能費用の算定方法等、運用上の考え方が詳しく記述されている。

2 海外の報告書・ガイドライン等における平均回避可能費用の算定方法

上記報告書・ガイドラインにおいて、平均回避可能費用の定義、含まれる費用等が記述されているが、その内容については差異もみられる。

(1) 平均回避可能費用の定義、算定方法

司法省報告書は、回避可能費用を「略奪的戦略がなければ、回避することができるすべての費用」とし、平均値を求めるための分母となる数量は、略奪的

20) なお、独占的に事業活動を行っている領域を有している事業者が競争分野に進出する場合、電気通信分野等固定費用の割合が高く、規制緩和が進展している事業分野等の場合においては、長期平均増分費用基準を採用するとしている。

行為による生産量の増加分を用いることを示している（Chapter 4 Price Predation P64）。

また、EUガイドラインは、回避可能費用を「略奪的行為とされる特定の生産量（追加的生产量）が生産されなければ回避することができる費用」としている（Ⅲ General approach to exclusionary conduct パラ26（脚注））。

ガイドラインでは、平均値を求める方法が明らかにされていないが、EU競争法の解説書²¹⁾では、米国と同じ考え方が示されている一方、カナダガイドラインは、回避可能費用を「略奪的政策が実施されている当該期間において、当該製品を販売しなければ回避できるすべての費用」とされ、平均値を算出するための分母となる数量については、当該商品の総生産量を用いることを明らかにしている（part 4: Stage Two-Price/Cost comparison 4.1 Avoidable Costs）。

(2) 回避可能費用に含まれる費用

ア 報告書・ガイドラインの記述

司法省報告書では、「変動費用及び製品固有の固定費用（product-specific fix costs）の両方が含まれる」とし、長期平均増分費用との違いとして、平均回避可能費用では、略奪的戦略の実施前にすでにサンクコストとなっている固定費用は除外されるとしている（同P64）。

カナダガイドラインも、「変動費用とサンクされていない製品固有の固定費用を含む。」としている（同part 4）。

一方、EUガイドラインは、記述ぶりが異なり、「変動費用のほか、調査対象となる期間に発生した固定費用²²⁾を含む。」としている（同パラ26）。

21) Simon Bishop and Mike Walker 「The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement」(3rd edition 2009)

22) ガイドライン作成の前提となったディスカッションペーパー（「DG Competition Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses by Dominant undertakings」December 2005）においては、略奪的価格設定のための設備拡張費用（サンクコストとなるものも含む。）が含まれるとしている。

また、長期平均増分費用については、略奪的価格設定実施前に支出決定された固定費用を含むとされており、その対比から、EUガイドラインにおいては、平均回避可能費用には、略奪的価格設定前に支出決定された固定費用のうち、サンクされていないものも除外されているようにみられる。この点については、これらのサンクされていない固定費用を変動費用とみなすことも可能であり、その場合には、米国・カナダと費用の範囲に差はないとも考えられる一方、略奪価格設定前に支出決定された固定費用については、サンクの有無の判断が困難である、又は、サンクされていないものは少ないとの考えにより除外する取扱いにしているのか、その取扱いは必ずしも明らかではない²³⁾。

上記報告書・ガイドラインにおいては、「製品固有の固定費用」の定義は見られないが、前記Baumol論文において、「ある特定の生産物の生産に排他的に発生する費用で、その生産量が増加したときに規模が増加しない費用」と定義されている。

これによれば、理論的には、共通費用は、「製品固有の固定費用」から除外されることになると考えられる。カナダガイドラインにおいても、一般的には、回避可能費用の算定に当たって、他の製品の生産にも関わる共通費用は除外するとしている（同 part 4）。

イ 個別の費用項目の評価

回避可能費用に含まれる①変動費用と②製品固有の固定費用（非サンクコストであるもの）については、その理論的な概念は明らかであっても、実際の事例で、具体的な費用項目がこれらに該当するか否か判断することが困難な問題もある。上記報告書・ガイドラインでは、費用項目の例示があっても、

23) 前掲「The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement」における平均回避可能費用の算定の想定例では、工場設備の減価償却費はサンクコストとして評価されている。

どのような要素を考慮して判断するか等について特段の記述はない。

参考として、過去の個別事案における費用項目の取扱い状況等をみると、次のような状況にある。

(ア) 米国

平均変動費用基準を採用する個別事案において、特定の費用項目が変動費用か固定費用のどちらに該当するか争点になってきている²⁴⁾。

司法省報告書が引用している文献（Areeda&Hovenkamp「Antitrust Law 3rd Edition」）によると、変動費用の典型例として、原材料費、燃料費、労働費（直接労働費の他、間接労働費を含む。）、修理・維持費、機械設備の減価償却費（使用に伴う減耗部分）、単位当たりライセンス料・ロイヤリティが挙げられている（735b）。

このうち、機械設備の減価償却費（使用に伴う減耗部分）を変動費用とする理由づけについては、Areeda&Hovenkampによれば、機械設備は使用により減耗するため、継続的に生産を行う事業者にとっては更新が必要で、その更新費用は生産量（使用量）とともに変わるところ、機械設備の減価償却費（使用に伴う減耗部分）は、この更新費用を当該期間において回収するもので、変動費用の性格を持つものと評価できるとしている（735c）。

一方、固定費用の典型的なものとして、管理関係費用、負債の利息、減価償却費（経年変化による陳腐部分）、資産関係の租税、その他削減が不可能な諸経費（間接経費、共通経費）、配当が挙げられている（735b）。

その他、研究開発費、広告費等の販売促進費については、長期的な生産量の変化に関係する一方、短期的に支出額を変更できる性格の経費であることから、分類が困難な費用であるとし、一般管理費のような共通経費・間接経費につい

24) 河野琢次郎「海外の略奪的価格設定規制におけるコスト割れ基準について」公正取引 2010年2月号で、米国下級審裁判例における費用項目の取扱いについて解説が行われている。

ては、生産量の変化に全く無関係なものではないが、その額も小さいため、その取扱いの差異が及ぼす影響は小さいことが指摘されている（739d）。

また、平均変動費用基準については、価格水準が当該費用以上になると一般的に免責力を持つことを踏まえると、①土地、工場、設備への投資に起因する資本コスト、②生産に関係しない資産関係の税及びその他の諸税、③工場の減価償却費（経年変化による陳腐部分）以外のすべての費用を、変動費用とすることが合理的としている（739e）。

(イ) EU

EUガイドライン及びガイドライン作成の前提となったディスカッションペーパーにおいて、変動費用に含まれる費用の例示等は見られない。

EUでも、略奪的価格設定の規制において、平均変動費用基準が用いられてきているが、個別事案ごとに、特定の費用項目が変動費用に含まれるか否か判断されており、次のように、その取扱いが争点になってきている。

a AKZO 事件における小麦粉用添加物に係る費用の算定

欧州委員会の決定²⁵⁾では、原材料費、光熱費、直接労働費、監督関係の労働費、修理費、ロイヤリティ等を変動費用に含め、一方、一般管理費、機械・建物の減価償却費、負債の利息、資産関係の租税等が固定費用とされた。

欧州裁判所は、欧州委員会の事実認定を概ね支持したが、費用の算定に関しては、労働費用については、AKZO 社の主張に基づいて、労働費用が生産量に応じて変化していないことから固定費用と認定した。

労働費用を固定費用としても、小麦粉用添加物の価格は、平均総費用を下回り、平均変動費用を上回っていること、また、一部のものは、平均変動費用を下回るものと認定された。

25) Commission Decision of 14 December 1985 (85/609/EEC)

b Wanadoo 事件における ADSL サービスに係る費用の算定

広告費について、Wanadoo 社は固定費用と主張したが、欧州委員会²⁶⁾は、広告費は会計上、変動費用として取り扱われていること、また、広告は、ADSL サービスの販売に対し、完全には直接的な効果を持っていないが、短期的に販売にも影響があること（新製品のキャンペーン費用等）から、変動費用と認定した（第一審裁判所も欧州委員会の認定を支持）。

なお、広告費は、ADSL サービス固有のものに限られ、Wanadoo 社自体やその他のサービスに関係するものは除かれる。

また、本事件では、欧州委員会は、一括的に支出される顧客獲得費用（広告費、販促費用、顧客獲得時の代理店への手数料等）については、その費用の支出効果（顧客獲得による収入増）が一定期間に及ぶことから、資産の償却と同様に、一定期間（本件では48カ月と認定）に配賦した上で、変動費用の算定を行った（第一審裁判所も欧州委員会の認定を支持）。

(ウ) カナダ

カナダガイドラインでは、変動費用の典型として、労働費、原材料費、使用料・賃貸料、電力・水道等の公共料金、工場設備の減価償却費（使用に伴う減耗部分）、販売促進値引き・リベートを挙げている。

カナダでは、航空産業において平均回避可能費用基準による規制が行われてきているところ、特定の旅客サービスの原価に直接振り分けることが困難とされる共通費用（役員給与報酬、建物費用、一般間接費等）以外は、回避可能費用となり得ることと評価されている（当該路線におけるフライトが運行されなかった場合に回避できる費用の他、他の路線に配置転換することで回避可能な費用が含まれる。）²⁷⁾。

26) Commission Decision of 16 July 2003 (Case COMP/38.233 - Wanadoo Interactive)

27) カナダの航空産業における略奪的価格設定の規制基準及び具体的事例である Air Canada 事件については、多田敏明「日米加独の航空産業における略奪的価格設定」（『政府規制と経済法』日本評論社 2006年）において、解説・分析が行われている。

(3) 平均回避可能費用を算定する対象期間

平均回避可能費用の定義から、各国とも、略奪的価格設定の実施期間との関係で、費用を算定することになる。

例えば、カナダガイドラインにおいては、「略奪的政策が実施されている当該期間において、当該製品を販売しなければ回避できるすべての費用」とされている（同 part 4）。

また、EUのディスカッションペーパーでは、原則は、略奪的行為が実施されていた期間又は略奪的行為が継続している場合にはそれが予想される期間が対象となっている（パラ 105）。

IV. 本ガイドラインの評価

1 本ガイドラインの特徴

海外の報告書・ガイドラインや平均回避可能費用基準の理論的考え方等と比較した、本ガイドラインの主な特徴としては、次の点が挙げられる。

(1) 「可変的性質を持つ費用」という概念の採用と判断基準

法定不当廉売の価格費用要件については、概念的には、海外と同じく平均回避可能費用基準の考え方を採用する一方、平均回避可能費用に実務的に相当するものとして「可変的性質を持つ費用」という概念を採用し、その判断基準を明らかにするとともに、企業会計上の主要な費用項目を評価している。

回避可能費用に該当するか否かは、理論的には、廉売行為の意思決定時に当該行為をやめれば、回避可能な費用か否かが判断基準（海外の報告書・ガイドラインでは、「変動費用」又は「生産固有の固定費用（廉売行為実施前に支出決定されているものについては、非サンクコスト部分）」が対象となると説明）となるが、本ガイドラインでは、「可変的性質を持つ費用」の評価に当たっては、これらの基準によらず、①「廉売対象商品の供給量の変化に応じて増減する費用」と、②「廉売対象商品の供給と密接な関連性を有する費用」の2つの観点から評価するとしている。

これらの2つの観点は排他的な関係にあるものではないが、前者（①）が「変動費用」に対応するものである一方、後者（②）は、独自性のある基準となっている。

（2） 共通費用の取扱い

複数の製品を生産・供給している場合に発生する共通費用については、理論的には、回避可能費用には含まれない。しかし、本ガイドラインにおいて、「廉売対象商品の供給と密接な関連性を有する費用」に該当すると推定する製造原価・仕入原価には、複数の製品の生産等に係る共通費用については合理的配賦基準に基づいて配賦されているものが含まれている²⁸⁾。

（3） 平均費用を算出する際の供給量

本ガイドラインでは、「可変的性質を持つ費用」については、廉売対象商品を供給しなければ発生しない費用と定義づけているので、平均値算出の分母は、供給量全体となると考えられる。この考えはカナダと同様であるが、司法省報告書・EUガイドラインや理論的な考え方とは異なる。

供給量の増加分を対象とした平均値の算出は、必要なデータが多くなる等の問題もあり、司法省報告書やBaumol論文においても、供給量全体に係る平均値の算出を許容している。

2 上記の取扱いに対する評価

（1） 理論的考え方に基づく算定の困難性と実務基準の採用

変動費用については、回避可能であると判断しやすいが、いわゆる固定的費用のうち廉売行為実施前に支出決定されたものについては、廉売行為実施時に転用可能で、廉売対象商品を供給しなければ回避可能なものであったか否かを

28) 販売・管理関係の共通経費は、「廉売対象商品の供給と密接な関連性を有する費用」ではないため、「可変的性質を持つ費用」からは除外されている。

事後的に判断することは困難な問題がある（仮に、転用先があったとしても、事業者としてはそれを否定するインセンティブが働く。）。また、実際に把握可能な企業会計上の費用は、供給実績に基づいて算定されるものであり、行為時に回避可能か否かという視点からは算定が行われていない。

このため、本ガイドラインでは、費用の把握可能性や事業者にとっての予見可能性という点を重視して、特に、固定的費用のうち廉売行為実施前に支出決定されたものについて、回避可能な費用に該当するものを把握することもできるようにするため、代理的な基準として、実務的に「廉売対象商品の供給と密接な関連性を有する費用」の概念を用いたものと考えられる²⁹⁾。

「廉売対象商品の供給と密接な関連性を有するか否か」の具体的な判断基準については、本ガイドラインでは明確な考え方が示されていないが、例示された事例をみると、①廉売対象商品の製造、仕入活動に係る費用、②その他、廉売対象商品を供給するために不可避的に発生した費用が該当している。

本ガイドラインの設定の趣旨も踏まえると、この「(廉売対象商品の供給と)密接な関連性」を有するか否かの判断に関しては、ある商品を供給するために支出する費用のうち、廉売対象商品の供給に反映される部分と当該商品の廉売期間以外の期間における供給に反映される部分に、当該費用の支出額を明確に分けることができる性格の費用が、密接な関連性を有する費用に該当し（当然、廉売対象商品の供給のためにだけ支出されるものは、密接な関連性を有する費用になる。）、当該費用の支出額をこの両者に明確に分けることができない性格の費用が、密接な関連性を有しない費用と整理できると考えられる。例えば、一般管理費については、後者の性格を持つ費用となる。

このような「廉売対象商品の供給と密接な関連性を有する費用」については、廉売対象商品を供給した場合に、その供給に係る費用の額が特定できる一方、廉売対象商品を供給しなければ支出（発生）する必要がない費用と解すること

29) いわゆる変動費用は、「廉売対象商品の供給量の変化に応じて増減する費用」と「廉売対象商品の供給と密接な関連性を有する費用」の両方の基準に該当することになる。

ができ、また、その額も特定できるものとなる。

「廉売対象商品の供給と密接な関連性を有する費用」の中には、実際は、回避することができず、廉売対象商品を供給しなくても費用負担が生じているものが含まれている可能性があるが、前記のとおり、その把握が困難であることから、「廉売対象商品の供給と密接な関連性を有する費用」の額をもって、回避可能な費用相当分の代理的な実務基準としたものと考えられる。

(2) 実務基準の妥当性

「廉売対象商品の供給と密接な関連性を有する費用」を、「可変的性質を持つ費用」の判断基準の一つとして採用したことは、要件の解釈及び運用上の考え方について明確性を確保するという今回のガイドラインの設定の趣旨に沿ったものと評価できる。

一方、「廉売対象商品の供給と密接な関連性を有する費用」については、変動費用と固定費用（廉売行為実施前に支出決定されたものについては、回避可能な非サンクコスト部分）の上限を画するものであり、代理的な実務基準により算定した費用の総額は、実際に回避可能な費用の総額を上回る傾向にある。

しかし、価格費用要件が法定不当廉売に該当するための一要件であることを踏まえると、前記の Areeda & Hovenkamp 「Antitrust Law 3rd Edition」において主張されているように、価格費用要件の認定に当たり、可能性がありうる費用の範囲を広くとらえることも許容し得るものとなる。

また、継続的に事業活動が実施されるとともに、複数の製品を生産・供給していることが一般的な事業形態の場合には、固定的費用（機械設備の減価償却費等）についても非サンクコスト（又は変動費用として評価）として把握し得る余地は大きいものと考えられる³⁰⁾。

30) 米国では、機械設備の減価償却費（使用に伴う減耗部分）を変動費用とする考え方がとられており、また、複数の製品を生産・供給している場合、他の製品の増産による設備・労働者の転用可能性があるときは、非サンクコストと評価できる。

(3) 共通費用の取扱い

上記1(2)の共通費用の取扱いについては、「廉売対象商品の供給と密接な関連性を有する費用」が代理的な実務基準という性格上、厳密性を求める必要性はなくなっており、むしろ、不当廉売の規制において、一般的な企業会計上の方式に基づいて、費用の算定を行うことは、事業者にとっても予見可能性を高めるものと考えられる³¹⁾。

(4) 課題

本ガイドラインの運用の考え方によれば、「可変的性質を持つ費用」として算定される費用の水準は、理論的な平均回避可能費用の水準よりも高くなること、すなわち、法定不当廉売の価格費用要件に関しては、高い価格水準で、当該要件を満たすおそれがある。

費用の算定に当たっては、企業会計上の費用項目を基にした形式的な推定にとどまることなく、当該費用項目の内訳、費用の支出効果等について十分な検討を行った上で、「廉売対象商品の供給と密接な関連性を有する費用」等に該当するか判断する必要がある。

また、価格費用要件の運用面において一定の限界がある中で、「他の事業者の事業活動への影響要件」等の解釈・認定がより重視される必要があると考えられる³²⁾。

31) 一般小包郵便物サービスに関する差止請求事件（東京高裁判決平成19年11月28日）においては、控訴人が、一般指定6項前段の「供給に要する費用」の算定に関し、独占領域を有する事業者が占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、競争促進の観点から妥当とされているスタンダードアローンコスト方式（共通費用を競争分野の事業として算定する方式）を用いて算定すべきと主張したのに対し、判決は、企業会計上、一般的に採用される共通費用配賦方式に基づいて、費用を算定し、価格設定を行うことは合理性のある行為である等と評価し、共通費用配賦方式での費用の算定を許容している。

32) 本ガイドラインでは、「他の事業者の事業活動への影響要件」等に関しても、要件の解釈及びその判断要素について記述している。

論説（山田）

我が国において不当廉売に対する法的措置、判例が少ない中で、価格費用要件の解釈、費用算定の方法等について詳細に考え方を示した本ガイドラインの設定の意義は大きい。今後、個別事例に対する法的措置、判例の積み重ねにより、不当廉売規制の要件、費用算定の方法等について議論が深まり、規制内容の明確化が進むことが期待される。

（やまだ・つとむ 筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻教授）