

バンドル・ディスカウントの 競争法上の違法性判断基準

—— 競争対抗行動と市場閉鎖効果に着目する必要性について ——

岡田直己

目 次

- 1 問題の所在
- 2 割引総額帰属テストによる違法性判断
 - (1) 分析手法の特徴と有用性
 - (2) 適用可能性に係る制約と分析手法の誤謬性
 - ① 適用可能性をめぐる制約
 - ② 積極過誤のおそれ
 - ③ 消極過誤のおそれ
- 3 競争者事業費用引上げ理論に基づく違法性判断
 - (1) 投入物閉鎖と顧客閉鎖
 - (2) 排他的行為による市場閉鎖効果を懸念すべき理由
- 4 バンドル・ディスカウントの違法性判断のあり方
 - (1) 基本的考え方
 - (2) 違法性判断の具体的方法
- 5 結語

1 問題の所在

近年、バンドル・ディスカウントや忠誠リベートという条件付価格設定について、競争法・競争政策による取扱いのあり方をめぐる議論が活発に展開されている。政府当局による調査研究等も世界各地で行われており、公正取引委員会競争政策研究センター（以下「CPRC」）は2016年に研究会報告書（以下「CPRC 報告書」）を公表したほか¹⁾、欧州委員会が2009年に公表したTFEU 102条ガイドラインは条件付価格設定に関するセクションを設けている²⁾。

バンドル・ディスカウントとは、最も簡潔に表現すれば「セット割引」であるが、CPRC 報告書は「特定の事業者又は提携関係にある複数の事業者が、消費者に対し、それぞれ単独でも購入できる特定の2以上の商品を一括して購入する場合に適用される価格を、これらの商品をそれぞれ単独で購入する場合に適用される価格の合計額よりも低い水準に設定する行為」と定義している³⁾。これはいわゆるミックス・バンドリングを指しており⁴⁾、競争法上問題とされたバンドル・ディスカウントの事例もすべてこの分類に属する。

バンドル・ディスカウントが有する競争促進効果と競争制限効果については、CPRC 報告書がそれらの要点を簡潔に説明しており⁵⁾、筆者も過日に詳しく整理した

- 1) 公正取引委員会競争政策研究センター「バンドル・ディスカウントに関する独占禁止法上の論点」2016年12月14日（以下、「CPRC 報告書」）http://www.jftc.go.jp/cprc/conference/index_files/161214bundle01.pdf.
- 2) European Commission, DG Comp., Communication from the Commission — Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings (2009/C 45/02) (Feb. 24, 2009) paras. 37-45.
- 3) CPRC 報告書2頁引用。報告書が注記するように、「一括」購入は、その同時性を必須とするものではないが、買手が行為者の指定商品に係る購入を意思決定することを必要とする。なお、報告書はバンドル・ディスカウントの対象者を「消費者」とするが、ここにいる「消費者」は、最終消費者のみならず中間業者（流通業者等）を含むと解すべきである。
- 4) CPRC 報告書4頁・脚注10は、複数の商品からそれぞれを単独では購入できない供給形態を「ピュア・バンドリング」(pure bundling)と紹介し、独占法上は抱合せ販売（一般指定10項）に該当すると説明する。
- 5) CPRC 報告書3～5頁参照。

とおりである⁶⁾。バンドル・ディスカウントを採用する事業者がいる場合、顧客が当該事業者から当該行為の対象商品をそれぞれ個別に購入する（割引基準に達しない数量等で購入する）場合と比べて、当該商品を一括購入する（割引基準に達する数量等で購入する）ほうが総購入額が少なくなることに着目すれば、バンドル・ディスカウントは低価格設定の一種であり、競争促進効果の存在を一般に肯定できる行為である。他方、バンドル・ディスカウントは略奪的価格設定（不当廉売）、抱合せ販売、価格差別という複合的性格を有する行為であり、CPRC 報告書も複数の独禁法違反行為類型に該当する可能性を指摘している⁷⁾。

バンドル・ディスカウントが複合的性格を有する行為であるがゆえに、その違法性判断基準をめぐる議論も多様に展開されてきた。詳細は後記に譲るとして、これまでに提唱されてきた代表的見解としては、①割引総額帰属テスト（Discount Attribution Test）によるアプローチ、②競争者事業費用引上げ理論（Raising Rivals' Costs, RRCs）によるアプローチ、③略奪的価格設定に対する費用対価格分析のアプローチ、④独占商品の個別販売価格の変動に着目するアプローチがある。これらのアプローチに共通する特徴は、それぞれを独立して用いる場合、違法性判断における積極過誤及び消極過誤の危険が相当程度に伴うほか、その危険の出現可能性がバンドル・ディスカウントの実施シナリオに大きく左右されるということである。バンドル・ディスカウントの違法性判断基準を定めようとするとき、違法性判断における積極過誤及び消極過誤の危険を最小化するとともに、関連市場の市場構造と市

6) 拙稿「複合的性格を有する排他的行為の違法性判断基準－バンドル・リベートと同等効率競争者理論の視点を中心に」法学政治学論究 80 号（2009）159～162 頁、拙稿「バンドル・ディスカウントの複合的性格と独禁法上の問題について」青山法務研究論集 2 号（2010）25～33 頁、42～50 頁。

7) 不当廉売（2 条 9 項 3 号、一般指定 6 項）が該当可能性のある筆頭候補とされているほか、抱合せ販売（一般指定 10 項）、差別対価（2 条 9 項 2 号、一般指定 3 項）、不当な取引妨害（一般指定 14 項）、不当顧客誘引（一般指定 9 項）等に該当する可能性も挙げられている。また、排除型私的独占（2 条 5 項）を構成する場合があることも示唆されている。CPRC 報告書 19～20 頁参照。

本稿の検討対象の 1 つである割引総額帰属テストは、米国競争法における抱き合わせ行為の違法性判断（シャーマン法 1 条）において、抱き合わせの「強制」の識別基準として採用されたことがある。See *Collins Inkjet Corp. v. Eastman Kodak Co.*, 781 F.3d 264, 271-74 (6th Cir. 2015).

場成果（競争の実質的制限，自由競争減殺型の公正競争阻害性）に着目した競争評価を適切に実行できる分析枠組みを設計する必要がある。

このような留意及び必要を考慮して，本稿は，割引総額帰属テストと競争者事業費用引上げ理論という2つのアプローチを併用した2段階方式の違法性判断基準を提唱するものである。第2章は，割引総額帰属テストの内容と特徴を整理し，これを独立して利用しても違法性判断基準になりえないことを明らかにする。競争者排除を生じうる商品・役務の実質価格がその供給に要する費用を下回る場合には，当該価格設定につき独禁法違反を推定するに止めて，競争制限効果及び競争促進効果の評価並びにそれらの比較衡量も行うべきであると論ずる。換言すれば，バンドル・ディスカウントの違法性判断においては，割引総額帰属テストが第1段階のスクリーニングとなり，ここで違法推定を受けたものに対し第2段階のテストを実施するという考え方である。

第3章は，その第2段階のテストとして，競争者事業費用引上げ理論に基づく違法性判断の枠組みを取り上げる。バンドル・ディスカウントが割引総額帰属テストに抵触した事実は，関連市場における競争制限効果を必ずしも証明するものではなく，当該行為が関連市場の競争者排除の目的から採用されたことを推定させるに過ぎないほか，競争者による競争対抗行動や新規参入の現実の困難性を明らかにするものではない。独禁法が捉えるべき問題は，競争対抗行動が当該行為の結果として困難となり，行為者の市場支配力が形成，維持ないし強化されるという競争制限効果が発生すること（または，そのおそれ）であり，そのような関連市場の危険性を評価するためには，バンドル・ディスカウントが設定する実質価格とその供給に要する費用の関係のみならず，当該行為が取引相手方に提示する取引の「条件」に着目し，競争対抗行動の現実の困難性を具体的に評価する必要がある⁸⁾。また，そのように証明される競争制限効果のみならず，当該行為に固有の効果としての効率性の有無，競争促進効果の程度も評価したうえで，それらの総合評価を通じて競争の実

8) バンドル・ディスカウント等の「条件付価格設定の本質的特徴は特定の顧客に対して行動次第で異なる価格を課すようにすることにあり，売手段階，買手段階での影響ないし不当廉売型・取引拒絶型の反競争効果といった形で論じられてきた典型的な差別対価とは異なる影響をもつ」と指摘する見解がある。和久井理子「リベートとセット割（バンドル・ディスカウント）—顧客の購入行動に応じた価格設定と独禁法」日本経済法学会年報39号（2018）45頁引用。

質的制限や公正競争阻害性を認定せねばならない。このような検討作業を行うのが競争者事業費用引上げ理論に基づく違法性判断の枠組みであり、バンドル・ディスカウントが採用された関連市場の市場構造と市場成果に着目した競争評価を通じて、当該行為の「排除」（人為性及び排除効果）該当性と市場成果を有機的連関で把握することが可能になる。さらに、この枠組みによる違法性判断は、行為者の同等効率競争者に対する排除効果のみならず、事業効率で劣後する競争者の存在が果たす競争促進機能も射程に収めるものであり、バンドル・ディスカウントに対する独禁法規制の積極過誤及び消極過誤の危険を抑制することができる。

第4章は、前章までの整理及び評価をふまえて、本稿が提唱する2段階アプローチの違法性判断基準について、具体的な適用方法とその有効性を明らかにする。最後に、本稿の結論を述べる。

2 割引総額帰属テストによる違法性判断

割引総額帰属テストは、バンドル・ディスカウントが同等効率競争者を排除するか否かを判断するものであり、具体的には、「セット販売に係る割引額全体を、競争的商品（従たる商品）からのみ割り引かれるものとしてその販売価格を捉え、その競争的商品の供給に係る増分費用との大小を判断するもの……。すなわち、当該バンドル・ディスカウントが行為者と同等効率的な競争者に対する排除効果を有するか否かの判断において、バンドル・ディスカウント対象商品のうち、競争的商品（従たる商品）の価格からバンドル・ディスカウントの合計額を控除した『実質価格』ともいべき販売価格が費用割れとなるか否かを一つの判断要素とする」などと説明される⁹⁾。バンドル・ディスカウントの対象となる従たる商品に係る増分収益と増

9) CPRC 報告書 11～12 頁引用。「少なくとも行為者と同等効率的な競争者までもが排除されてはならないという前提に立つ限り、基本的には、略奪的価格設定、我が国では、不当販売における議論と同様に考えることが基本……費用基準としては、原則として、また理論的には、平均回避可能費用を採用することが妥当」（17 頁）と説明される。

ところで、割引総額帰属テストは、米国の Antitrust Modernization Commission（以下「AMC」）が提唱したバンドル・ディスカウントの違法性判断基準の第1要件であるが、短期的損失の埋合せの蓋然性を求める第2要件については、バンドル・ディスカウントがその行為者に対して損失を生じさせるものではないために不要な要件であるほか、第1

分費用を比較し、前者が後者を上回るか否かを判断するものと捉えることも可能である¹⁰⁾。

割引総額帰属テストの基本的考え方について、CPRC 報告書は、「バンドル・ディスクカウントが割引総額帰属テストを満たす場合には、当該バンドル・ディスクカウントが提供される市場における行為者の地位、競争者の地位その他の市場構造、あるいは、その継続期間、規模、対象（競争者との取引相手に限定されたバンドル・ディスクカウントか否か等）によっては、競争者が排除され、市場における競争が制限されるおそれが生じ、逆に、同テストを満たさない場合には、通常、行為者と同等効率的な競争者に対する排除効果は生じない」と説明している¹¹⁾。そして、割引総額帰属テストは「バンドル・ディスクカウントが独占禁止法上問題となり得る事例を絞り込む上で重要な役割を果たし得る」が、「割引総額帰属テストを満たすことによって、直ちに違法性が推定されるわけではない」と述べる¹²⁾。また、バンドル・ディ

要件を充足すれば当該行為の反競争的效果（第3要件）も自明であるため、第3要件を別途検討する必要はないと批判した裁判例がある。See *Cascade Health Solutions. v. Peace Health*, 515 F.3d 883, 910 n.21 (9th Cir. 2008). なお、AMC レポートについては、see Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations (April 2007), *available* at http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf. 米国司法省が2008年9月に公表したレポート（以下「米国司法省レポート」）も、その6章1節がバンドル・ディスクカウントに関する詳細な整理・分析を行っているほか、割引総額帰属テストについても検討していたが、2009年5月にレポート自体が撤回されている。米国司法省レポートについては、see U.S. Dept of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act (2008), *available* at www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm, withdrawn on May 11, 2009, press release *available* at <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-withdraws-report-antitrust-monopoly-law>.

See also 3A Phillip Areeda & Herbert Hovenkamp, ANTITRUST LAW ¶ 749 (4th ed. 2015).

10) See Steven C. Salop, *The Raising Rivals' Cost Foreclosure Paradigm, Conditional Pricing Practices, and the Flawed Incremental Price-Cost Test*, 81 ANTITRUST L.J. 371, 403-04 (2017).

11) CPRC 報告書 14～15 頁引用。

12) CPRC 報告書 15 頁引用。割引総額帰属テストは積極過誤の防止に配慮した有効な（慎重な）分析手法であると支持する見解として、see e.g., Gregory J. Werden, *Identifying Exclusionary Conduct Under Section 2: The "No Economic Sense" Test*, 73 ANTITRUST L.J. 413, 418 (2006); Areeda & Hovenkamp, *supra* note 9, ¶ 749e.

スカウントの排除効果は多様な要素によって増幅または減衰する可能性があるとして、具体的には次のような増幅要素及び減衰要素を挙げる。すなわち、増幅要素としては、①主たる商品と従たる商品の両方を購入する消費者の多さ、②競争者が、主たる商品に係る他の供給者との連携その他の方法によって、行為者と同様の条件で主たる商品及び従たる商品をセットで供給することが困難であること（対抗可能性が乏しいこと）、③行為者が従たる商品の市場でも市場支配力を有する場合または有力な事業者である場合を指摘し、減衰要素としては、増幅要素②を裏返した場合（セット供給が可能である場合）を指摘する¹³⁾。

CPRC 報告書が指摘するとおり、割引総額帰属テストは、独禁法上問題となり得るバンドル・ディスカウントを抽出する機能を有する一方、当該テストに抵触する事実が直ちに当該行為の違法性を推定させるものでもない。また、本稿の検討を通じて明らかになるように、割引総額帰属テストは、これに抵触するバンドル・ディスカウントを市場から排除すべきものと識別できないだけでなく、これに抵触しなくても市場から排除すべきものと評価すべき場合があることをスクリーニングできず、違法性判断基準としては不完全なものである。以下、近年の議論を中心に割引総額帰属テストの功罪を検討する。

(1) 分析手法の特徴と有用性

バンドル・ディスカウントの違法性判断で割引総額帰属テストを用いるべきとする論者の基本姿勢は、バンドル・ディスカウントが価格差別による事業者間の価格競争の一形態であり、独禁法上・競争政策上の対応としては、不当廉売（略奪的価格設定）の規制に準じた抑制的な違法性判断基準によるべきというものである。換言すれば、バンドル・ディスカウントが独禁法違反となるのは、当該行為が不当廉売と同様に略奪性を帯びる場合に限られるのであって、消費者利益に資する低価格販売を違法視することは競争促進的行為に対する委縮効果を生ずると考える。そして、割引総額帰属テストに抵触する事実は競争商品の実質価格がコスト割れであることを示唆するため、そのような場合には当該行為の略奪性を認めることができる

13) CPRC 報告書 15 頁参照。セット供給が可能であっても、行為者と競争者が「並行的・協調的にバンドル・ディスカウントを行うことによって他の事業者を排除する効果を増幅させる可能性がある」と付記している。

とする¹⁴⁾。

競争商品に係る増分収益と増分費用を比較する割引総額帰属テストは、当該商品市場の競争者による競争対抗行動の可能性を考慮ないし検討するものであり、バンドル・ディスカウントが同等効率競争者による競争対抗行動を困難ないし不可能とする場合、独禁法上の略奪的行為と評価することになる¹⁵⁾。そして、バンドル・ディスカウントが割引総額帰属テストに抵触しない限り、当該行為は競争商品市場の同等効率競争者を排除するものではない。その理由は以下のとおりである。

第1に、独占商品市場で優位に立つ売手がバンドル・ディスカウントを採用して競争商品市場で競争する場合、独占商品の生産費用と逸失利益が減少するならば、競争商品市場の競争に積極的に臨むことが知られている¹⁶⁾。売手同士がバンドル・ディスカウントを採用して競争に臨むことは、独占商品市場で優位に立つ売手に対して独占商品の生産費用の削減努力を課すのであり、そのように捻出された割引原資を競争商品の名目価格に帰属させた場合に、その実質価格がコストを上回るのであれば、競争商品市場の同等効率競争者が排除されることはなく、独占商品と競争商品の両方を購入する買手の購買費用は低減する¹⁷⁾。

第2に、売手同士がバンドル・ディスカウントを採用して競争しない場合、独占商品市場で優位に立つ売手が競争商品市場の競争に積極的に臨むことはあまり期待できないが、バンドル・ディスカウントが採用される場合、当該行為は、競争商品

14) See e.g., Sean Durkin, *The Competitive Effects of Loyalty Discounts in a Model of Competition Implied by the Discount Attribution Test*, 81 ANTITRUST L.J. 475, 483 (2017). バンドル・ディスカウントの行為者の収益がマイナスとなる割引額(率)の分岐点が存在し、その分岐点は、独占商品の単位当たりマージン並びに独占商品及び競争商品の両方に係る競争可能域の程度によって決まる。See *Id.* at 481.

15) See e.g., Salop, *supra* note 10, at 403-05.

16) See Durkin, *supra* note 14, at 476-78, 491.

17) 他方、売手間の競争に着目すると、バンドル・ディスカウントを略奪的行為として捉える場合、割引総額帰属テストに抵触しない事実を違法性判断のセーフハーバーとして用いることは、独占商品の名目価格のより強い引下げを望めない状況を生じ、独占商品の需要量が大い(競争商品の需要量が小さい)買手の購買費用が著しく低下するとは限らない。たとえば、独占商品市場に対する新規参入の脅威に直面した場合、独占商品の販売価格(名目価格)を単純に値下げするのではなく、バンドル・ディスカウントを採用して単純な値下げよりも割高な名目価格を設定するのであれば、独禁法は存在し得た低価格競争を実現できない。See Salop, *supra* note 10, at 404.

市場において事業規模で劣る売手からの購買費用を引き上げる効果（いわゆる課税効果）を有するとしても、競争商品市場の競争を活性化させ、買手の購買費用を低減させることになる。それぞれの売手のバンドル・ディスカウントが割引総額帰属テストに抵触しないのであれば、競争商品市場の同等効率競争者が排除されることはない¹⁸⁾。

第3に、売手同士がバンドル・ディスカウントを採用する場合、買手が独占商品市場で劣位にある売手（売手B）のプログラムにコミットすることは次の2つの理由から高い購買費用を伴うため、独占商品市場で優位にある売手（売手A）に競争上の優位性を与える。理由の1つは、売手Aは、割引原資となる独占商品を販売するほか、独占商品と競争商品の両方で割引を実施するため、割引後価格が売手間で同一であれば、買手は売手Bよりも売手Aを選好する。もう1つの理由は、買手が売手Bのプログラムを選択すれば、買手が売手Aの独占商品に支払うプレミアムは高くなるほか、売手Aはより高い割引後価格を提示可能となる。しかし、この場合の売手Bが価格削減を強いられるとしても、売手Bはバンドル・ディスカウントの結果として市場閉鎖を受けることはない。たしかに、売手Bの販売量は減少するが、依然として、買手から見て売手Aのバンドル・ディスカウントと差異のないプログラムを提供可能である。それぞれの売手のバンドル・ディスカウントが割引総額帰属テストに抵触しないのであれば、換言すれば、売手の利益中立価格（profit-neutral price）で提供されるバンドル・ディスカウントであれば、競争商品市場の同等効率競争者に対し市場閉鎖を生ずることはない¹⁹⁾。

18) 売手同士がバンドル・ディスカウントを採用しない場合、独占商品市場で劣位に立つ売手は、競争商品市場で受ける競争圧力が相対的に弱いため、競争商品市場の販売活動を通じて十分な収益を上げることが可能であろう。売手同士がバンドル・ディスカウントを採用すると、競争商品市場における競争圧力は高まるが、従前は獲得できた収益の一部が買手に移転されることとなり、購買費用の低減など買手の便益は向上することになる。See e.g., Durkin, *supra* note 14, at 479, 495–96. Cf. Einer Elhauge, *How Loyalty Discounts Can Perversely Discourage Discounting*, 5 J. COMP. L. & ECON. 189, 216–21 (2009).

19) See e.g., Durkin, *supra* note 14, at 476–77, 491–92.

(2) 適用可能性に係る制約と分析手法の誤謬性

① 適用可能性をめぐる制約

割引総額帰属テストは、当該行為に伴う競争商品の増分収益と増分費用を比較し、前者が後者を上回るか否か（増分収益がプラスか否か）を判断するものであるが、このような増分分析はブルック・グループ型の平均分析よりも正確な実施が困難であり、積極過誤または消極過誤を生じる可能性が高い。換言すれば、割引総額帰属テストはバンドル・ディスカウントによる価格競争の断片的評価となり、売手間で継続的に展開される価格競争の実相を適切に評価できないおそれがある。バンドル・ディスカウントの採用前後において、買手による独占商品及び競争商品の購入量は変化するところ、他の売手（競争者）が競争商品市場で競争対抗行動に成功するか否かについて、競争当局がこれを正確に評価することは必ずしも容易ではない。たとえば、バンドル・ディスカウントの行為者による競争商品の供給量が当該行為の採用後に増加するとき、その増分の一部は、当該行為による誘引効果が作用して既存顧客の売手間移動が起きた結果である場合もあれば、新規顧客が購買行動を開始した結果である場合もあるだろう。前者の場合、競争者は既存顧客を引き戻すに足るだけのディスカウント・スキームを導入する必要に迫られ、バンドル・ディスカウントが割引総額帰属テストに抵触するものであるときは、競争対抗行動として有効なディスカウント・スキームを組成することは困難となるかもしれない。他方、後者の場合、競争者は新規顧客を首尾よく獲得できないかもしれないが、既存顧客の大半と引き続き取引することが可能であれば、競争対抗行動を採る必要性は前者の場合と比べて小さいであろう。このように、バンドル・ディスカウントが顧客の購買行動に与える影響は一樣ではないほか、需要変動の要因は多数かつ複雑であり、競争対抗行動の必要性や成功可能性を考慮に入れて価格競争の実相を評価することは容易ではない。バンドル・ディスカウント採用後の増分収益がマイナスとなる場合においても、競争対抗行動の必要性や成功可能性の程度は異なり、必要性が小さい需給関係や成功可能性が高い市場構造を認めることができる状況下では、バンドル・ディスカウントが略奪的行為として排除効果と競争制限効果を生ずるとは限らない。

このような競争評価の困難性は、バンドル・ディスカウントの対象商品が増加するとさらに高まることとなる。CPRC 報告書も指摘するとおり、独占商品から発生

する割引原資が複数の競争商品へ任意の割合で配分されている場合、それらの競争商品の一部に対して割引総額を帰属させることは、割引総額帰属テストの適切な実施方法とならない。また、割引原資が独占商品だけでなく競争商品からも発生している場合、バンドル・ディスカウントが割引総額帰属テストに抵触する場合においても、競争者が競争対抗行動に成功する可能性は低くない²⁰⁾。

本稿が随所で整理し検討するとおり、バンドル・ディスカウントの違法性判断で割引総額帰属テストを用いることには功罪があり、これを支持する論者も批判する論者も、それぞれに有力な論拠を挙げて主張を展開する。いずれにせよ、ここで確かなことは、割引総額帰属テストの分析結果は、個別具体的なバンドル・ディスカウントのスキームだけでなく、当該行為が独占商品や競争商品の需給関係に与える影響、独占商品及び競争商品の市場の構造などに左右されるのであり、それらの内容や程度に応じて積極過誤または消極過誤に陥る危険があるということである。このような適用可能性の不安定さを考慮すれば、バンドル・ディスカウントの違法性判断をこのテストのみに委ねることは不適當である²¹⁾。

② 積極過誤のおそれ

バンドル・ディスカウントが買手に対し一律に適用されるディスカウント・スキームであれば、割引総額帰属テストに抵触する事実は、投入物閉鎖や顧客閉鎖を

20) CPRC 報告書 12～13 頁参照。岸井大太郎『「セット割引」と独占禁止法』『公的規制と独占禁止法－公益事業の経済法研究』（商事法務，2017）330 頁も同旨。

割引総額帰属テストの結果、競争商品の実質価格が当該商品の供給に要する費用を下回るときに、バンドル・ディスカウントによる共通費用の削減分は当該供給に要する費用の算定で「折り込み済み」となる場合があるため、その場合、共通費用の削減は当該行為に係る正当化事由にならないと説明される。CPRC 報告書 13 頁注 19 参照。しかし、「折り込み」をできるか否かは、バンドル・ディスカウントのスキームや当該事業者の事業活動に係る費用構造に依存するのであり、割引総額帰属テストの適用可能性に一定の制約があることは否めない。

21) See e.g., Durkin, *supra* note 14, at 483–84.

バンドル・ディスカウントの競争評価は、当該行為が採用されなかった仮想的状況を想定して行うべきところ、仮想的状況の標準販売価格（仮定上の競争的価格）を首尾よく証明できるならば、これと現実の販売価格を比較してディスカウント・スキームの不当性を評価すればよく、割引総額帰属テストが違法性判断で果たすべき役割はないという見解がある。See Salop, *supra* note 10, at 416–17.

通じた同等効率競争者の排除を推定するに足る場合もあるだろう。しかし、異なる割引率が買手ごとに適用されるスキームであれば、一部の買手に対するものが割引総額帰属テストに抵触する場合でも、競争者が競争対抗行動を採ることで市場から排除されない可能性はある。たとえば、流通業者に対するバンドル・ディスカウントについて、一部の有力な流通業者に適用される割引率が割引総額帰属テストに抵触するとしても、競争者が当該業者以外の流通経路を十分に確保できるのであれば、競争者の排除や競争制限を認める事実としては不十分であろう。競争対抗行動を実行可能な競争者が十分に存在すれば、バンドル・ディスカウントの行為者が競争商品市場で市場支配力を形成等することは困難ないし不可能である²²⁾。

また、割引総額帰属テストがバンドル・ディスカウントの違法性判断方法として支持される理由の1つは、当該行為が条件付価格設定という価格競争の一形態であるために、一般的な不当廉売(略奪的価格設定)の場合と同様、正常な競争過程における低価格販売と適切に区別し、本来は独禁法違反と評価すべきでない行為を誤って規制する積極過誤のリスクを低減することにある。しかし、前記のように、売手間の競争対抗行動の可能性を丁寧に検討すれば、バンドル・ディスカウントが競争者の排除や競争制限を生ずるか否かを認定することは可能であり、その認定の際に着目すべき事実は「ディスカウント」ではなくその「条件」である。ディスカウント・スキームが競争水準を上回る名目価格の設定を伴う形式的な(見せかけの)割引に過ぎない場合、当該行為が競争法上の問題を生ずる原因は、バンドル・ディスカウントで設定される実質価格が割引総額帰属テストの下でコスト割れになるという価格設定の不当性(それも計算上の仮想的不当性)ではなく、形式的な割引の適用に係る「条件」が買手の購買行動に誘引効果を及ぼすことにある²³⁾。したがって、独禁法を適用する際は、一般的な不当廉売(略奪的価格設定)とは異なり、売手の価格設定に対する過剰介入とならぬよう留意する必要性は低く、価格設定に係る「条件」

22) See e.g., Salop, *supra* note 10, at 417.

23) CPRC 報告書は、「バンドル・ディスカウントを構成する各商品の単独販売価格を値下げするのではなく、あえて、セット販売の場合にのみ、当該セット販売による効率化に伴う費用削減幅を超えて、他の商品における同等効率的な競争者を排除し得るバンドル・ディスカウントを提供する行為については、抱き合わせ販売と同様に、特段の事情がない限り、経済合理性のない行為であって、正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有すると考えられる」(11頁)と説明する。

が買手の購買行動を歪曲するおそれに着目すべきであって、売手間の競争対抗行動の可能性を丁寧に検討することが求められる²⁴⁾。

③ 消極過誤のおそれ

バンドル・ディスカウントは、割引総額帰属テストに抵触しない場合でも排除効果と競争制限効果を生ずることがあり、違法性判断におけるセーフハーバーとしては適切に機能しない²⁵⁾。このような消極過誤のおそれは、主に次のような理由から十分に警戒される必要がある。

第一に、これは広く指摘されることであるが、事業効率で劣る既存競争者や新規参入者の存在は、一般に独占的事業者を含む他の競争者に対する牽制力として、市場価格の低下を通じて消費者利益を向上させるため、行為者の競争商品の供給に係る増分収益の正負に着目した分析のみでは、競争の実態に基づく違法性判断とならないおそれがある²⁶⁾。また、バンドル・ディスカウントに応じない買手が支払う競争商品の販売価格（名目価格）は、当該行為が採用されなければ存在し得た販売価格を上回る場合もあり、競争的水準の価格設定であるとは限らない²⁷⁾。このような状

24) 公益事業分野における最終需要者向け取引を念頭に置いた論説ではあるが、「複数性」と「条件性」というキーワードを用いて、割引総額帰属テストで用いるべき費用基準を不当販売規制の延長線上で考えるべきではないという見解を示すものとして、岸井・前掲注(20) 321 頁がある。

25) バンドル・ディスカウント等の条件付価格設定の規制につきセーフハーバーを必要とするならば、それは行為者の市場力の有無によるべきであるとする見解がある。See Salop, *supra* note 10, at 407, 417-418. 他方、割引総額帰属テストがセーフハーバーとして適切であるとする見解もある。See e.g., Michael A. Salinger, *All-Units Discounts by A Dominant Producer Threatened by Partial Entry*, 81 ANTITRUST L.J. 507 (2017).

26) See e.g., Salop, *supra* note 10, at 414-15. 滝川敏明「抱き合わせ・バンドリング規制の EC・米国比較」公正取引 705 号(2009) 8 頁以下のほか、不当販売規制との関係で詳しいものとして、川濱昇「不当販売規制の残された課題」RIETI Discussion Paper 13-J-057 (2013) 参照。

27) See e.g., Benjamin Klein & Andres V. Lerner, *Price Cost Tests in Analysis of Single Product Loyalty Contracts*, 80 ANTITRUST L.J. 631 (2016); Patrick Greenlee et al., *An Antitrust Analysis of Bundled Loyalty Discounts*, 26 INT'L J. INDUS. ORG. 625 (2008). バンドル・ディスカウントが独占商品市場における市場支配力を維持ないし強化する場合、当該行為が競争に与える損害は、行為者が設定する独占商品の販売価格が上昇することではなく、より競争的な販売価格が設定されない（見せかけの「割引」が行われる）

況の場合、バンドル・ディスカウントは、その販売条件に応じる買手が多ければ、競争商品の市場価格を低下させ、買手は売手が従前に獲得していた利益の一部につき移転効果を得て、購買費用の低減など便益の向上に浴することができよう。しかし、消費者余剰の拡大等の正の効果を期待できる一方で、バンドル・ディスカウントの行為者よりも事業効率で劣る既存競争者は、増分収益の減少から市場における地位を低下させ、行為者を含む他の競争者に対する牽制力を失うかもしれない。このときに、割引総額帰属テストに抵触しないという事実を以てバンドル・ディスカウントを許容することは、行為者が商品・役務の卓越性などに拠らずに市場支配力を形成、維持ないし強化することを可能とするほか、当該行為の対象商品・役務につき規模の経済性やネットワーク効果が作用する場合、当該商品・役務間に補完的性質がみられる場合等においては、当該行為は近い将来に同等効率競争者となりうる事業者の競争機会を抑制するおそれがある。

第二に、バンドル・ディスカウントを採用する独占商品市場の事業者は、割引総額帰属テストに抵触しないスキームを組成した場合においても、同等効率競争者を市場から排除できるだけの競争上の優位性を有しているため、買手の購買選択は著しく制約される²⁸⁾。特筆すべき優位性としては、独占的地位を有する事業者は、割引総額帰属テストに抵触するほどに競争商品の実質価格を引き下げなくても、競争商品市場の既存事業者や新規参入者が競争可能な水準の利益の確保に困難を生ずる程度に、それらの者の事業費用を引き上げることに成功すれば足りることがある²⁹⁾。とりわけ、競争商品市場の新規参入者は、最小生存可能規模 (Minimum Viable Scale, MVS) を形成ないし維持するために³⁰⁾、投入物市場における事業効率に優れた売手のほか、販売市場における効率的な流通経路や顧客を新規に獲得する必要がある、

ことにある。したがって、競争制限効果の評価においては、当該行為なかりせば設定されたはずの販売価格と、当該販売価格が設定されていた場合の生産量を評価の基準とせねばならない。See Salop, *supra* note 10, at 396-97.

28) See Salop, *supra* note 10, at 407-11.

29) 独占的地位を有する事業者が投入物市場に多くの取引先を確保しており、新規参入者が事業の開始ないし継続に必要な投入財を低廉な取引費用で十分に獲得することが困難である場合などを想定できる。投入物市場へのアクセス確保など、新規参入者が独占的地位を有する事業者に対し競争対抗行動を採用すること自体が、新規参入者自らの事業費用を引き上げうる。

30) 最小生存可能規模：現行の価格設定で収益し、事業継続が可能な状況下の生産規模。

新規参入に首尾よく成功するために要する費用は、独占的地位を有する事業者がバンドル・ディスカウントに要する費用よりも大きくなる。そのため、独占的地位を有する事業者は、競争商品の実質価格を割引総額帰属テストに抵触するほどに引き下げなくても、競争商品市場における新規参入を比較的容易に阻止することが可能である³¹⁾。むしろ、割引総額帰属テストに抵触するほど低い実質価格が設定されている事実は、競争商品市場の価格・非価格競争が熾烈であること、バンドル・ディスカウントを採用した売手同士による価格差別を通じた顧客獲得競争の活発な展開を示唆するとみることも可能であり、割引総額帰属テストに抵触するか否かという事実自体はもとより、競争商品市場の一部の事業者が競争上劣位に置かれるおそれがあるか否かだけでは、バンドル・ディスカウントを競争上の非許容行為と評価することはできない。

第三に、バンドル・ディスカウントは、そのスキーム全体で収益を確保することが可能であり、短期的利益の犠牲を伴わずに長期に亘り継続可能である。割引総額帰属テストは、バンドル・ディスカウントが競争商品市場における同等効率競争者の競争対抗行動を困難ないし不可能とする場合に、当該行為を独禁法上の略奪的行為と評価することになる。このようなアプローチの背景には、バンドル・ディスカウントの行為者が、競争商品市場の競争者を市場から排除した後に、当該行為に要した費用を独占商品（及び競争商品）の高価格販売で埋め合わせることで、競争水準を上回る利益を獲得するという懸念がある。この考え方の基本構造は、単一商品を対象とする略奪的価格設定の場合と類似しており、略奪的行為に要する費用を何で賄うかということに相違があるに過ぎないが、競争者排除の実効性は、一般的な略奪的価格設定よりも強くなるおそれがある³²⁾。すなわち、バンドル・ディスカウ

31) 新規参入者の競争商品が独占的事業者のそれと比べて高度に差別化されているなど、販売価格の多寡が買手の購買選択を左右する主たる要素にならない場合、新規参入者が最終需要者向けの直販など費用効率に優れた流通経路を十分に確保可能な場合等においては、このようなシナリオが成立しない余地もあるだろう。

32) See e.g., Daniel A. Crane, *Multiproduct Discounting: A Myth of Non-Price Predation*, 72 U. CHI. L. REV. 27, 38-41 (2005). バンドル・ディスカウントが略奪的価格設定の性格を帯びることと、その行為に対して用いるべき分析手法の当否は異なる問題である。See e.g., Herbert Hovenkamp, *Discounts and Exclusion*, 2006 UTAH L. REV. 841, 852-53, 860-61 (2006); Barry Nalebuff, *Exclusionary Bundling*, 50 ANTITRUST BULL. 321, 360-365 (2005).

トは、その行為者が競争商品市場で独占力を獲得する見込みがなくても実行可能であり、一般的な略奪的価格設定のように非合理的行動となる可能性が小さいほか、自らよりも販売商品が少ない競争者に対して、競争商品の販売価格をその供給に要する費用に近接するよう継続的に圧迫するだけでなく、競争上対抗するうえで追加費用を負担させる場合がある³³⁾。また、一般的な略奪的価格設定が成功すれば、買手や消費者が受ける恩恵は一時的なものに過ぎない一方、バンドル・ディスカウントは競争商品市場の競争者を排除しても消費者利益に寄与する場合がある³⁴⁾。

3 競争者事業費用引上げ理論に基づく違法性判断

第2章の検討から明らかになったとおり、バンドル・ディスカウントが競争商品市場の競争者を排除し、当該市場における競争の実質的制限や公正競争阻害性（自由競争減殺）を生ずることについて、割引総額帰属テストに抵触する事実自体は、それらの推定要因にはなりえても、それ単独では違法性判断基準としてもセーフハーバーとしても適切に機能しない。バンドル・ディスカウントは、その割引が複数の商品・役務に係る「条件」付きであるがゆえに、一般的な低価格販売の仕組みとは根本的に異なるのであり、当該行為が対象商品の販売価格を外形上は引き下げる「割引」であるとしても、当該割引の「条件」が競争者の事業費用を引上げてその事業活動を排除することがある。バンドル・ディスカウントが競争商品市場において排除効果や競争制限効果を生ずる原因は、「割引」という価格設定ではなく、その割引の「条件」であるため、割引総額帰属テストという費用対価格分析を用いて「割引」の不当性を明らかにすることではなく、「条件」が競争者の排除や競争制限効果を生ずる原因として不当であるか否かを評価すべきである³⁵⁾。具体的には、本章で明ら

33) See e.g., Remarks: On Mergers, Cartels, and Single Firm Conduct, 14 GEO. MASON L. REV. 879, 916-19 (2006) (Einer Elhauge); Crane, *supra* note 32, at 41-42 (2005).

34) See Patrick Greenlee et al., *Distinguishing Competitive and Exclusionary Uses of Loyalty Discounts*, 50 ANTITRUST BULL. 441, 460 (2005).

35) See e.g., Salop, *supra* note 10, at 397-403.

バンドル・ディスカウントの対象商品の平均価格がその平均費用を上回っていても、当該行為の割引条件が行為者の競争商品に係る増分価格をその増分費用よりも下回るものにするのであれば、略奪的価格設定の問題と捉えてブルックグループ型分析を行うべき場合があるという指摘もある。See *id* at 373.

かにするとおり、競争者事業費用引上げ理論の考え方をを用いて、バンドル・ディスカウントに対する競争対抗行動の実行可能性を具体的に検討するほか、当該行為に起因する効率性の向上や競争促進効果の程度にも着目し、「条件」が排除効果や競争制限効果の原因となるか否かを総合評価することが望ましい。そして、この総合評価の枠組みにおいて、割引総額帰属テストに抵触する事実は、バンドル・ディスカウントの不当性（違法性）の推定要因や認定の補強要因として評価するとよいだろう。このような総合評価方式を採用すれば、割引総額帰属テストに特有の適用可能性の問題や積極過誤のおそれを基本的には回避可能であると期待できる。

競争者事業費用引上げ理論の考え方をを用いてバンドル・ディスカウントの違法性判断を行う場合、競争制限効果が生ずるメカニズムとして投入物閉鎖と顧客閉鎖を区別することが有益であり、両者の適切な区別に基づかない違法性判断は積極過誤または消極過誤を招来する。バンドル・ディスカウントの場合、競争者に対する供給能力の抑制を通じた顧客閉鎖が第一に懸念されるが、顧客閉鎖と投入物閉鎖は同時に生ずる場合もあり、顧客閉鎖の程度が強まり競争者の生産量が減少すれば、当該競争者による投入物の調達費用も上昇して川上市場との関係で投入物閉鎖が生ずるおそれが高まるほか、当該競争者から商品の供給を受ける川下市場（流通市場）の事業者に対しても投入物閉鎖となる³⁶⁾。以下、競争者事業費用引上げ理論の考え方をを用いてバンドル・ディスカウントの違法性判断を行うことについて、その前提となる市場閉鎖の基本的考え方を整理する。

(1) 投入物閉鎖と顧客閉鎖

バンドル・ディスカウントは、商品・役務の供給に必要な投入物（資本）の効率的な調達を妨げることを通じて、競争者の事業費用を著しく引き上げる場合がある³⁷⁾。

36) 投入物閉鎖と顧客閉鎖の同時発生は、バンドル・ディスカウントが流通業者に対して行われる場合に問題となることが多い。なお、競争者事業費用引上げ型行為による市場閉鎖の基本的考え方について、see Steven C. Salop, *Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard*, 73 ANTITRUST L.J. 311 (2006); Thomas G. Krattenmaker et al., *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Gain Power over Price*, 96 YALE L.J. 209 (1986).

37) 商品・役務の生産者がバンドル・ディスカウントを採用する場合、流通業者は当該商

投入物閉鎖は、投入物市場と販売市場の両方で価格の下方圧力が働くことを妨げ、バンドル・ディスカウントの行為者が競争者の取引機会を抑制して自らの市場力を形成、維持ないし強化することを可能とする。バンドル・ディスカウントに起因する投入物閉鎖の有無や程度は、当該行為が競争者の事業費用と生産量に及ぼす影響に着目すれば理解可能である。たとえば、競争者の投入物（資本）調達費用が増加し、生産設備や事業活動に重要な変更を加えてもなお、従前の生産量と収益率を維持することが困難になる場合、当該競争者の事業効率は低下し、関連市場における競争上の地位は低下しているであろう。また、競争者が最小効率規模（Minimum Efficient Scale, MES）や最小生存可能規模（MVS）を維持できるとしても³⁸⁾、商品・役務の供給に係る限界費用が増加しているならば、当該競争者は価格引上げや生産量削減の必要に迫られたり、当該商品・役務の品質維持の困難に直面するであろう。競争者の市場からの退出や新規参入の阻止が現実に行われることは、投入物閉鎖の発生という事実を認定するための必要条件ではない。このように、競争者がバンドル・ディスカウントに対する競争対抗行動を通じて商品・役務の価格や収益率、生産量や品質を維持することが困難になる場合、当該商品・役務の買手が当該競争者との取引を選択することが可能であるとしても、それは形式的な選択肢が存在するに過ぎず、買手が経済合理的な購買行動を採る限り、当該競争者との取引という選択肢は実質的には存在しないのであり、当該競争者の市場における地位は低下することとなる。そして、バンドル・ディスカウントの行為者は、当該行為の対象商品・役務に係る市場支配力を形成、維持ないし強化し、当該商品・役務につき競争水準を上回る価格設定を行うことが可能になる³⁹⁾。このとき、バンドル・ディスカウントの価格設定は、それぞれの商品・役務の名目価格と比較すれば低いものの、競争

品・役務の単なる顧客ではなく、生産者が当該商品・役務の供給に要する投入物（資本）の一部と捉えることが有用となる場合もあり、流通に係る費用の引上げも競争者の事業能力や競争機会を損なうことになる。See e.g., Krattenmaker et al., *supra* note 36, at 226.
 38) 最小効率規模：事業上の平均費用が下限にある状況下の生産規模。

39) See Salop, *supra* note 10, at 384-386.「広義の同等効率競争者」（詳細は後記）の市場退出や新規参入の失敗という事実が観察される場合、当該事実投入物閉鎖を認定する際の有力な証拠となる一方、バンドル・ディスカウントの対象商品のいずれかを供給する競争者（または、供給の端緒に就いた新規参入者）が事業活動の継続に困難を生ずるという事実は、投入物閉鎖を必ずしも裏付けることではない。競争者自らの事業活動の失敗や競争対抗行動の不採用が原因である可能性を排除できないためである。

者の事業費用引上げがなければ設定したであろう競争的価格と比較すれば高い場合があり、バンドル・ディスカウントの対象商品・役務それぞれの需給関係に着目したときに、消費者余剰の拡大や消費者厚生向上が十分に期待できるとは限らない。このことは、当該商品・役務の名目価格がバンドル・ディスカウントの実行と合わせて引き上げられる場合（ディスカウントが見せかけの「割引」となる場合）には尚更の注意を要する。

また、顧客閉鎖は、競争者の販売市場へのアクセス・コストを引き上げて生産量の維持ないし増加を妨げ、事業規模の拡大の機会を抑制することによって、バンドル・ディスカウントの行為者が自らの市場支配力を形成、維持ないし強化することを可能とする。バンドル・ディスカウントに起因する顧客閉鎖の有無や程度は、当該行為に応ずる買手間の競争や最終消費者の購買行動に及ぼす影響に着目すれば理解可能である。たとえば、流通業者が、製造業者の独占商品をマストストックと捉えているほか、当該製造業者の競争商品に対しても相当の需要を有している場合（独占商品及び競争商品の総需要は一定であり、商品・役務間の差別化の程度は低いと仮定）⁴⁰⁾、当該製造業者がバンドル・ディスカウントを通じて流通業者に対し購買費用の削減の機会を提供すれば、流通業者は競争者よりも有利な調達機会の確保を求めるため、当該製造業者の競争者からの調達量を削減したり、当該競争者に対し販売価格の引き下げを迫るであろう。そして、流通業者による調達量の削減や価格交渉の不成立は、当該競争者が従来有していた顧客基盤の縮小を生じ、生産量の抑制のみならず、事業活動の高度化に係る長期投資の減速や停滞を招来することとなるであろう。また、当該競争者の顧客基盤が著しく縮小する場合には、バンドル・ディスカウントの行為者に対する価格競争上の対抗能力が相当程度に低下し、事業費用

40) このような仮定を置くのは、本稿にいう「広義の同等効率競争者」という考え方を採用してもなお、商品・役務間の差別化が高度である場合には、同等効率競争者という概念自体の定義や実用性に少なからぬ不確かさが伴うためであり、このことを考慮すれば、同等効率競争者の排除の可能性を検討する割引総額帰属テストがそれ単独では適切に機能しないことは直感的にも理解できる。

なお、競争商品市場の競争者に対する排除効果が生ずるのは、バンドル・ディスカウントの行為者が供給する独占商品がマストストックであり、かつ、競争商品の「割引」後価格が名目価格よりも著しく低い場合であるという正当な指摘がある。和久井・前掲注(8) 46頁参照。

の継続的回収の困難から市場退出を余儀なくされるおそれもあるであろう⁴¹⁾。このように、競争商品市場の買手（流通業者）に対する強い購買誘引効果が相当に大きな規模で発生し、当該市場の競争者を事業費用の上昇や生産能力の低下に直面させることが可能であれば、独占商品市場の売手においては、競争商品の「割引」後価格が競争水準の名目価格よりも高いバンドル・ディスカウントを採用するインセンティブが働くだろう⁴²⁾。

投入物閉鎖であれ顧客閉鎖であれ、バンドル・ディスカウントが行為者に対して競争水準を上回る価格の設定を可能としない限り、行為者が自らの市場支配力を形成、維持ないし強化した（消費者利益が侵害された）ことにならない⁴³⁾。バンドル・ディスカウントという「条件」下の独占商品及び競争商品の「価格」は行為者の供給に要する費用を上回るため、既存の競争者や新規参入者の事業効率が行為者のそれよりも劣るとしても、そのような競争者の存在は市場価格に対し抑制ないし低下の圧力となる。バンドル・ディスカウントが行為者に対して市場支配力の形成等を可能とするためには、当該行為に起因する投入物閉鎖及び（又は）顧客閉鎖を通じて、広義の同等効率競争者など相当数の競争者の事業費用を引き上げること、それら競争者の事業規模を抑制することが必要である。バンドル・ディスカウントが行為者の独占商品及び競争商品の販売価格につき「割引」となるとしても、それが当該行為による競争者の事業費用の引上げが生じなかった場合と比べて少なく、関連市場における競争者の事業費用や生産量に負の影響を及ぼして参入障壁を高めるのであれば、当該行為は消費者利益を侵害している（行為者が市場支配力を形成等している）ことになる。

（2）排他的行為による市場閉鎖効果を懸念すべき理由

バンドル・ディスカウントは、投入物閉鎖や顧客閉鎖を通じて競争者の事業費用を引き上げ、競争者の行為者に対する競争上の圧力を弱め、関連市場の競争変数（価格や生産量）に負の影響を与えて消費者利益を侵害するおそれがある。また、顧客

41) See Salop, *supra* note 10, at 386-88.

42) See Salop, *supra* note 10, at 389. 顧客閉鎖の程度は、バンドル・ディスカウントの適用条件、独占商品及び競争商品の特性、買手に対する購買誘引効果の大きさなどに依存する。和久井・前掲注(8) 46頁以下も同旨。

43) See *e.g.*, Krattenmaker et al., *supra* note 36, at 242-43.

閉鎖と投入物閉鎖が同時に生ずる場合もあり、行為者の取引段階における競争者のみならず、その川上・川下市場の事業者の競争行動にも負の影響を及ぼし得る。

割引総額帰属テストは、競争商品の実質価格が略奪的価格設定になると擬制し、これに対して競争法の規制を及ぼすべきと考える分析手法であるが、その適用可能性に係る制約や分析手法の誤謬性は前記のとおりであるほか、「価格」が競争者に対する略奪的行為を構成するという見方に根本的な誤りがある。競争商品の実質価格が略奪的価格設定になると擬制できる場合、行為者はその略奪的行為に伴う短期的利益の損失を負担せずに競争者の排除に成功するだけでなく、そのように擬制できない実質価格が設定される場合においても、当該行為は競争者の排除に成功する。しかも、競争者の事業活動を排除するためには、略奪的行為の性質を帯びるほど低い実質価格を設定しなくても、競争者の事業費用を引き上げて競争圧力を有意に低下させれば十分であり、そのような排除のメカニズムはバンドル・ディスカウントが設定する「価格」ではなく「条件」から生ずる。競争者の事業活動を排除しようとする場合、バンドル・ディスカウントの行為者は、競争商品の実質価格を略奪的水準まで必ずしも引き下げる必要はなく、当該行為の対象となる商品・役務、当該商品・役務に係る市場構造と競争状況、隣接市場を含む潜在的競争圧力などを考慮の上、投入物閉鎖や顧客閉鎖を生じて競争者の事業費用を引き上げるに必要な限りで（見せかけの）「割引」となる「条件」を設定すればよい。競争者の限界費用など商品・役務の供給に要する費用を引き上げさえすれば、当該競争者には販売価格を引き上げ生産量を削減するインセンティブが作用することとなり、バンドル・ディスカウントが排除行為（競争制限行為）として機能するためには、競争者の市場からの退出や新規参入の失敗という強い排除効果が具現する必要はない。したがって、割引総額帰属テストに抵触するバンドル・ディスカウント（略奪的行為）よりも、割引総額帰属テストに抵触しないバンドル・ディスカウント（排他的行為）を捕捉し市場から除去すべき必要性のほうが高く、後者に重点を置いた違法性判断方法を採用する必要がある⁴⁴⁾。

44) 競争者事業費用引上げ型の市場閉鎖行為は、短期的に大規模な消費者利益を必ずしも生ずるものではなく、当該行為から生ずる利益を考慮しても、最終的には消費者利益を侵害することになりやすく、競争と消費者厚生に与える悪影響は大きいという指摘がある。See Salop, *supra* note 10, at 378.

バンドル・ディスカウントが、競争商品市場における略奪的行為よりも排他的行為として機能することは、競争者が競争商品のみを販売するシナリオで顕著な懸念となるが、競争者が行為者の独占商品と競争関係に立つ場合（行為者と競争者が同一の商品・役務を対象としたバンドル・ディスカウントで競い合う場合）にも懸念されるべきことである。たとえば、行為者 A が独占商品 α を単価 10,000 円（限界費用 5,000 円）で販売していたところ、競争者 B が単価 7,000 円（限界費用 6,000 円）で独占商品 α の市場に新規参入し、行為者 A の単価も 7,000 円まで低下したと想定する。そして、競争商品 β の単価及び限界費用は両者間で同一（単価 5,000 円，限界費用 4,000 円）であったときに、A が α の利幅縮小を嫌気して α と β を対象としたバンドル・ディスカウントを採用し、両商品を購入する買手に対し 11,100 円のセット価格を設定するとしよう（セット販売で約 8.3% の割引）。この場合、A が供給する β の実質価格は 4,100 円で割引総額帰属テストに抵触しないが、B がバンドル・ディスカウントで競争対抗行動を採用する場合、両商品を購入する買手に対し 11,100 円以下のセット価格を設定せねばならず、その際の割引原資を α と β の一方または両方から賄えば、B の単位当たり収益は A がバンドル・ディスカウントを採用しなかった場合よりも 900 円（45%）減少することになる。他方、A は、900 円の割引原資を α の名目価格から調達するのみで、B の事業費用の引上げを通じて、 α の市場における競争圧力の形成を首尾よく阻止し、 β の市場では限界費用に近接する販売価格の設定を余儀なくさせて競争能力を低下させることが可能となる。

このように、独占事業者のバンドル・ディスカウントが割引総額帰属テストに抵触しない場合においても、競争商品市場における同等効率競争者は、自らの事業費用が独占事業者によるバンドル・ディスカウントの採用以前よりも引き上げられ、独占事業者と同様のディスカウント・スキームによる競争対抗行動を以てしても減益に直面することとなる。独占事業者は、競争商品市場における競争者の事業費用引上げに必要な限りの費用さえ負担すれば、当該市場の競争を阻害ないし制限できるほか、独占商品市場における新規参入の阻止にも成功する可能性がある。他方、独占商品市場における事業効率と地位で劣る競争者は、独占事業者による投入物閉鎖や顧客閉鎖を予防ないし回避するために、独占事業者よりも多くの費用を負担して競争対抗行動を採らねばならない。これは独占者が有する競争上の優位性に由来する問題であり、バンドル・ディスカウントが割引総額帰属テストに抵触するよう

な略奪的行為の性質を有するか否かとは関係がない。独占事業者による競争商品の実質価格に着目した違法性判断のみでは、このような排他的行為の性質を有するバンドル・ディスカウントの規制において消極過誤に陥る危険がある。

4 バンドル・ディスカウントの違法性判断のあり方

(1) 基本的考え方

バンドル・ディスカウントの対象商品（独占商品及び競争商品）の実質価格がそれらの供給に要する費用を著しく下回り、同様の商品を対象としたバンドル・ディスカウントによる競争対抗行動が困難であると考えられるのであれば、ブルックグループ型の平均分析を適用し、当該行為が略奪的価格設定に該当すると評価すればよいことは論を俟たない。問題は、実質価格が供給に要する費用を著しく下回ることがないが、独占商品等に係る割引総額を競争商品に帰属させたときに、当該競争商品の実質価格がその供給に要する費用を著しく下回る場合の違法性判断である。この場合、バンドル・ディスカウントの行為者は、当該行為に伴う短期的利益の犠牲と近い将来における埋合せの蓋然性を要せずに、当該行為の対象商品全体の販売を通じて収益するとともに、競争商品市場の同等効率競争者に対し排除効果を及ぼすことが可能である⁴⁵⁾。このような事案に対してブルックグループ型の平均分析を用いても、当該行為の違法性判断に係るフィルタリングは適切に機能しない。

第3章までに明らかになったとおり、割引総額帰属テストと競争者事業費用引上げ理論のそれぞれに基づく違法性判断は、いずれも単独では適切に機能しない。前者は、(仮想的)同等効率競争者が収益できる水準で競争可能であれば、バンドル・ディスカウントが競争制限効果を生じていると考えるべきではないとする⁴⁶⁾。競争法は、消費者利益に資する効率的な事業活動を促進すべきであり、当該行為が既存事業者の競争上の優位性を強化するとしても、効率的な市場機能を阻害する行為でなければ、競争法による非難を受けるべきではない⁴⁷⁾。そのため、(仮想的)同等効率競争者を基準とする分析では、競争者ではなく行為者の事業費用に着目し、行為

45) See *e.g.*, PeaceHealth, *supra* note 9, at 904.

46) See *e.g.*, Areeda & Hovenkamp, *supra* note 9, ¶ 749a.

47) See Richard A. Posner, ANTITRUST LAW 196 (2d ed. 2001).

者が自らの供給に要する費用を著しく下回る実質価格で競争商品を販売する事実があるときには、これを略奪的価格設定として競争法上許容されない行為と評価する⁴⁸⁾。しかし、競争商品の市場に着目したとき、割引総額帰属テストは、バンドル・ディスカウントが略奪的価格設定と同様の排除効果と競争制限効果を有すると推定するが、競争対抗行動の実行可能性に関する検討を十分に行わないまま、当該行為を略奪的行為として競争法違反と評価するおそれを内在させている。他方、後者は、競争者が市場閉鎖による競争法上の損害を回避するために利用可能な競争対抗行動を採用しなかったのであれば、当該競争者に対し競争法に基づく救済を認めるべきではないという考え方を採る。バンドル・ディスカウントの行為者が自らの競争上の優位性を強化するとしても、競争者が収益できる水準で競争対抗行動を採用可能であれば、当該行為は消費者利益に資する効率的な事業活動であって、市場閉鎖を通じて競争者や消費者を含む取引相手方に競争法上の損害を及ぼすものではないと考える。バンドル・ディスカウントが「価格」ではなく「条件」を通じて排除効果や競争制限効果を生ずることに着目し、当該「条件」が競争者の事業費用を引き上げて競争対抗行動を困難ないし不可能とする場合には、これを排他的行為として競争法違反と評価する。しかし、バンドル・ディスカウントの行為者よりも事業効率で劣る競争者であっても、当該競争者の存在が行為者に対する競争圧力として機能し消費者利益の向上に寄与することを考慮すれば、当該行為がそのような競争者に及ぼす影響に留意する必要はある⁴⁹⁾。割引総額帰属テストはこのような留意を欠くおそれを内包しているが、競争者事業費用引上げ理論に基づく違法性判断においても、競争対抗行動の可能性に関する検討を適切に尽くさなければ、バンドル・ディスカウントの排除効果及び競争制限効果の評価を誤るおそれはある。端的に換言す

48) See e.g., Jonathan M. Jacobson & Daniel P. Weick, *Countering Exclusion: The Complainant's Obligation*, 81 ANTITRUST L.J. 423, 433-35 (2017).

49) 事業効率がバンドル・ディスカウントの行為者よりも劣る競争者（新規参入者）であっても、当該競争者の商品・役務の供給に要する費用が行為者の独占価格よりも低い限り、当該商品・役務の市場価格を低下させ、消費者利益を向上させる可能性がある。See e.g., Herbert Hovenkamp, *The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm*, in HOW THE CHICAGO SCHOOL OVERSHOT THE MARK: THE EFFECT OF CONSERVATIVE ECONOMIC ANALYSIS ON U.S. ANTITRUST 109, 117 (Robert Pitofsky ed., 2008); Salop, *supra* note 36, at 328-29.

れば、競争の保護ではなく（保護すべきでない）競争者の保護に陥るおそれがある。競争者の過剰保護は、競争者が自らの競争能力の向上に向けた投資等を行うインセンティブを低下させるほか、市場支配的地位を有する事業者がその事業効率の優秀さを反映したバンドル・ディスカウントの採用を躊躇し、消費者利益の向上を阻害することになる。したがって、競争当局や裁判所は、競争者がバンドル・ディスカウントをめぐる係争の時点で同等効率競争者であるか否かに限定せず、当該行為が近い将来に同等効率競争者となり得る競争者（広義の同等効率競争者）を排除するか否か、換言すれば、事業効率で劣るものの競争対抗行動を積極的に採用している競争者を排除するか否かに着目し、競争法が本来的に保護すべき競争者を念頭に違法性判断を行う必要がある⁵⁰⁾。

バンドル・ディスカウントを略奪的行為または排他的行為として評価することについて、割引総額帰属テストと競争者事業費用引上げ理論のそれぞれに基づく違法性判断が競争対抗行動の実行可能性を十分に検討・評価しないおそれを考慮すると、筆者はこれら2つのアプローチを活用した二段階分析が適切であると考ええる。バンドル・ディスカウントが広義の同等効率競争者を排除しないのであれば（競争対抗行動が可能であれば）違法と評価すべきでなく、具体的には、①当該行為が割引総額帰属テストに抵触せず、競争者が当該行為に対する競争対抗行動を採用可能である場合、②当該行為が割引総額帰属テストに抵触する一方、競争者が当該行為に対する競争対抗行動を採用可能である場合、という2つのシナリオに該当するときは、競争法違反と評価すべきでない。①は行為者に対するセーフハーバーとして機能し、②は略奪的行為の該当性判断につき積極過誤のおそれを軽減する。競争者事業費用引上げ理論に基づく違法性判断を必要とするのは、③当該行為が割引総額帰属テストに抵触し、かつ、競争者が当該行為に対する競争対抗行動を採用できるか否か疑

50) See e.g., Jacobson et al., *supra* note 48, at 439-40. See also Richard A. Posner, *Vertical Restraints and Antitrust Policy*, 12 U. CHI. L. REV. 229, 240 (2005).

「費用上の差異を反映する限度を超えて購入者の購入行動により異なる価格を設定する……セッター割によって、競争者一なかでも現在効率性が顕著には劣らず又は将来において劣らないものとなる蓋然性のある競争者であって市場において競争圧力として機能する（可能性がある）者一の事業活動を困難にするおそれを生じさせる行為を、独禁法上非難されるべき行為にあたりうる行為とみるのが、適切な出発点となるのではないか」と論ずる見解がある。和久井・前掲注(8)54頁引用。

わしい場合、④当該行為が割引総額帰属テストに抵触しない一方、競争者が当該行為に対する競争対抗行動を採用できるか否か疑わしい場合、という2つのシナリオである。詳細は後記するが、割引総額帰属テストはバンドル・ディスカウントの行為者以外の者による正確な実施が容易ではないため、第三者である競争当局や裁判所が違法性判断を行う際は、競争者事業費用引上げ理論に基づく検討（競争対抗行動の実行可能性の検討）から実施し、競争対抗行動の実行可能性が疑わしいまたは無い場合において、割引総額帰属テストを違法評価の補助的手段として用いることが望ましい。換言すれば、競争対抗行動の実行可能性が著しく低い事実を認定できる場合は、その事実を以て排他的行為として違法評価を行えばよく、競争対抗行動の実行可能性が否定できない場合は、割引総額帰属テストに明確に抵触する事実を以て略奪的行為（または、そのおそれがある行為）として違法評価を行えばよい。バンドル・ディスカウントは複合的性格を有する行為であるため、競争当局や裁判所が個別事案で略奪性と排他性の一方または両方を認めるかという事柄は、当該行為に対する競争法の適用における本質ではなく、個別事案の事実関係に依存するに過ぎない⁵¹⁾。

以下、筆者が考える二段階分析について詳論する。

(2) 違法性判断の具体的方法

競争者が競争対抗行動を現実に取りうるにもかかわらず、それが実行されていな

51) See Salop, *supra* note 10, at 418–20.

バンドル・ディスカウントの競争制限効果の判断基準について、過去に提唱されてきたいずれの基準にもそれぞれの「特長と限界がある〔ため、〕……行為者の地位、行為態様等に応じて使いわけるのが適切なのではないか」と指摘する見解がある。和久井・前掲注(8)55頁引用。

なお、和久井氏は「行為者の地位及び行為態様からして競争者排除の効果を何ら持たないのであれば、取引の相手方の選択の自由を侵害する抑圧的行為が行われており競争手段として不公正であるといえる場合に当たらない限り、合法と判断することができるのではないか」(56頁)と論ずるが、自由競争減殺型の公正競争阻害性（または、競争の実質的制限）を生ずる何らかの行為が用いられ、バンドル・ディスカウントが当該行為の補強手段や実効性確保手段として実行される場合には、和久井氏が論ずるような「抑圧的行為」として独禁法違反行為を構成すると評価することができよう。他方、バンドル・ディスカウントのみが行われているときに、当該行為が競争者排除の効果を何ら生じないのであれば、これを独禁法違反と評価することは想定し難い。

いのであれば、バンドル・ディスカウントが競争者を関連市場の相当部分から排除したことに伴う。たとえば、競争者が行為者と同様のバンドル・ディスカウントを単独または共同で実行可能であれば、広義の同等効率競争者の事業活動が関連市場から排除されることはない⁵²⁾。また、バンドル・ディスカウントが関連市場の相当な範囲を対象とするものであっても、競争者による競争対抗行動が可能であれば、当該行為が市場閉鎖効果を生じていると評価すべきでない⁵³⁾。競争者が関連市場で買手の獲得をめぐる有益に（利益中立水準を超えて）競争可能であれば、バンドル・ディスカウントは競争者に対する市場閉鎖を生ずることはないため、当該行為の対象となる買手の市場シェアを用いて市場閉鎖の程度を評価することは不適当である。違法性判断で問われるべき本質的事項は、バンドル・ディスカウントが行為者による市場支配力の形成、維持ないし強化を可能とするか否かであり、競争者による競争対抗行動が実行可能である場合、バンドル・ディスカウントがそのような競争制限効果（市場閉鎖効果）を生ずるとは限らない。競争者の事業費用は正常な競争過程でも引き上げられるが、競争法が問題すべきことは、それが支配的事業者による市場支配力の形成等を可能とする態様で実行される場合である⁵⁴⁾。他方、競争者による競争対抗行動が実行不可能であることが立証された場合は、当該行為とその競争上の影響（排除型私的独占であれば「排除」「競争の実質的制限」）に関する検討を進め、当該行為に固有で付随的な効率性の向上等を考慮の上、競争法上許容されない行為か否かにつき最終判断を行うべきである⁵⁵⁾。

ここで、バンドル・ディスカウントが割引総額帰属テストに抵触する事実は、広義の同等効率競争者による競争対抗行動の不可能性を推定する根拠となる。買手がバンドル・ディスカウントに応ずること以外に経済上合理的な選択肢を持っていないのであれば、買手の購買行動が当該行為に応ずることを経済的に「強制」されている

52) See Jacobson et al., *supra* note 48, at 440-41.

53) ロイヤルティ・リベートの停止予告が排他的取引の実効性確保手段として行われた事案ではあるが、排他的取引が関連市場の過半を対象とし、行為者の市場シェアが9割超である場合においても、市場閉鎖効果は自明ではないと説示された裁判例がある。See *McWane Inc. v. FTC*, 783 F.3d 814, 835-36, 839 (11th Cir. 2015).

54) See Jacobson et al., *supra* note 48, at 424. See also Krattenmaker et al., *supra* note 36.

55) See e.g., *Salop*, *supra* note 10, at 402; Jacobson et al., *supra* note 48, at 424-26, 441.

と擬制可能であり⁵⁶⁾、買手が他の売手（競争者）と取引することが有益とならない限り、当該行為が競争者に対し市場閉鎖効果を生ずることは自明である。具体的には、バンドル・ディスカウントの「条件」ゆえに、広義の同等効率競争者の事業活動が最小効率規模（MES）や最小生存可能規模（MVS）を下回るという極端なシナリオは当然のこと、その事業費用が関連市場における有効な競争単位として存続し得ないほどに引き上げられるのであれば、当該行為が買手に対して経済的な「強制」を課していると評価してよい⁵⁷⁾。

なお、競争対抗行動の実行可能性に関する事実認定においては、当然のことながら、行為者が競争当局による主張を反駁することは許される。たとえば、バンドル・ディスカウントが、買手の購買行動の変更を誘引して競争者の競争上の地位を低下させようという単純な試みではなく、新たな技術や商品・役務の研究開発に係る買手の協力的行動（最終需要者の購買データの提供等）に対する還元策、販売促進活動など買手の事業活動に対する協力的行動の一環等として採用される場合もあるだろう。これらの場合、一部の競争者による競争対抗行動が困難ないし不可能であるとしても、その原因は、バンドル・ディスカウントという価格差別行為だけでなく（または、それ自体ではなく）、行為者が供給する商品・役務の卓越性、優れた研究開発活動の継続性に対する買手の高い信頼度、各種の協力的行動に対するコミットメントなどの非価格要素に求められるべきかもしれない。行為者がこれらの事実を主張し証明した場合、競争当局は、当該事実の不存在の反証、行為者によるバンドル・ディスカウントよりも非制限的で効果的な手段の存在の証明を行うべきである。

また、競争対抗行動の不可能性や「強制」を立証するだけでは、バンドル・ディスカウントの競争法違反を決定付けることにならない。競争当局や裁判所は、当該行為が競争者の事業費用を引き上げて競争上の抑制を弱める結果として、関連市場

56) CPRC 報告書は、「割引総額帰属テストを満たすようなバンドル・ディスカウントについては、特段の事情がなければ、セット購入することを選択することが経済合理的である（単独で別々の購入先から購入することは非合理的）と考えられることから、通常、『余儀なくされる』と解することができる」（一般指定10項の抱き合わせ販売等という行為が成立する）のであり、そのような行為は基本的に2条5項所定の「排除」行為に該当すると説明する。CPRC 報告書19頁以下・注27引用。

57) See Jacobson et al., *supra* note 48, at 441-42; Durkin, *supra* note 14, at 482. See also Richard M. Steuer, *Musthavedness*, 81 ANTITRUST L.J. 447, 468-69 (2017).

の競争変数（価格や生産量）に負の影響を与え、消費者利益を侵害する事実（または、その蓋然性）を認定せねばならない⁵⁸⁾。バンドル・ディスカウントは条件付価格設定（価格差別）という契約獲得競争の手段であるため、競争者がこれに競争上対抗できないという事実のみでは、当該行為が関連市場の競争と消費者利益を侵害するかどうかは明らかではない⁵⁹⁾。

なお、バンドル・ディスカウントは独占商品と競争商品の組み合わせで行われ、独占商品が買手に対して一定の必需性を帯びていることが通例であるが⁶⁰⁾、当該行為による市場閉鎖の程度を評価する際は、①行為者の取引段階と影響力、②買手の属性（中間業者／一般消費者）、③独占商品に係る必需性の程度と持続可能性（競争者による競争対抗行動の成否の可能性を含む）を考慮する必要がある。具体的には、①製造業者は自らが生産する独占商品を有する一方、中間業者（特に小売業者）は独占販売権の保有等の事情がなければ独占商品の単独供給とならず、競争者が製造業者の独占商品を販売可能であれば、市場閉鎖のおそれは製造業者の場合と比べて相対的に小さい。また、②中間業者は川下市場の需要に対応した販売活動を行うところ、特定の取扱商品が需要者にとって重要な商材であり、製造段階から最終需要者へ至る流通経路が限られている場合には、当該商品の需要（市場シェア）に起因する「強

58) バンドル・ディスカウントを排除型私的独占として規制する場合、2条5項所定の「競争を実質的に制限する」要件について通説・判例の考え方に立脚すると、市場閉鎖効果が生じることを問題として当該要件の該当性を肯定することが困難になるため、自由競争減殺型の不正な取引方法（一般指定14項・競争者に対する取引妨害）という評価も「必要であり……重要な役割を担う」という見解がある。岸井・前掲注(20)335頁参照。しかし、一般指定14項の位置づけに関する通説に照らせば、この見解は適当でなく、不当販売、抱き合わせ販売または排他条件付取引と評価すべきである。

59) バンドル・ディスカウントが多数の商品を対象とすると、一部の商品市場における競争者の事業費用が引き上げられ（排除効果が発生し）、当該市場の競争変数に負の影響を与えて消費者利益を侵害する場合がある。しかし、当該行為の過程ないし結果として、他の商品市場における競争が同時に活発化することも考えられるため、一部の商品市場における競争変数の変化を以て競争法違反の成否を評価することには慎重な態度を採るべきである。これは基本的に、当該行為に起因する排除効果及び競争制限効果について、その認定・評価の基礎となる関連市場の画定に関する問題となる。

60) See e.g., *SmithKline Corp. v. Eli Lilly & Co.*, 575 F.2d 1056, 1060-61 (3d Cir. 1978); *Ortho Diagnostic Sys., Inc. v. Abbott Labs., Inc.*, 920 F. Supp. 455, 463-65 (S.D.N.Y. 1996); *LePage's Inc. v. 3M*, 324 F.3d 141, 144, 156 (3d Cir. 2003); *PeaceHealth*, *supra* note 9, at 891.

制」が作用しやすい。他方、買手が一般消費者である場合、バンドル・ディスカウントの対象商品・役務がその特質ゆえに必需性を帯びている場合（公益的性質を有する等の商品・役務）を除けば、当該行為が買手に対する「強制」として作用するおそれは相対的に小さいであろう。さらに、これと密接にかかわることとして、③独占商品の需要が買手の嗜好性など字義通りの必需性に基づくものでない場合、当該商品が割引の原資を捻出するに足るだけの競争上の優位性をいつまで維持できるのか、競争者による競争対抗行動がその優位性を減ずる可能性はないのか等の事情を考慮し、バンドル・ディスカウントが将来の需要に与える影響を現在の需要に基づいて評価することに対して慎重な姿勢を採るべきである⁶¹⁾。これら①～③を十分に考慮せずにバンドル・ディスカウントの市場閉鎖効果を評価すると、競争者に対して現実に採用可能な競争対抗行動を求めずに競争法違反を認定するという積極過誤の危険が高まるだろう。

5 結語

割引総額帰属テストは、バンドル・ディスカウントの排除効果や競争制限効果の分析で中心的位置を占めるべきではない。割引総額帰属テストに抵触する事実は競争者排除の目的や効果を推定させる一方、割引総額帰属テストに抵触しない事実はそのような目的や効果を否定するとは限らない。割引総額帰属テストの分析結果はバンドル・ディスカウントの具体的な実施方法や市場構造に大きく依存するものであり、それらの個別具体的な差異に応じて積極過誤または消極過誤に陥る危険が増減するため、バンドル・ディスカウントの違法性判断をこの分析手法のみに委ねることはできない。

競争当局や裁判所による独禁法の適用において、バンドル・ディスカウントが略奪性や排他性の一方または両方を帯びるかという事柄は本質ではない。バンドル・ディスカウントの違法性判断において、割引総額帰属テストが違法推定等の補助的機能を果たすことは認められるが、当該行為が関連市場の競争を制限するか否かを決定付けるのは、競争者による競争対抗行動の実行可能性である。バンドル・ディ

61) See Steuer, *supra* note 57, at 456-57, 460-65, 472-73.

スカウントが独禁法違反行為となるのは、当該行為が競争者による競争対抗行動を困難なものとして事業活動を排除し、行為者の市場支配力が形成、維持ないし強化されるといふ競争制限効果（または、そのおそれ）を生じる場合であるため、競争対抗行動の実行可能性を適切に認定・評価する必要がある。その際、バンドル・ディスカウントの（見せかけの）「割引」が略奪性を帯びるか否かのみならず、買手が「割引」を受けるための「条件」に着目し、当該条件が投入物閉鎖や顧客閉鎖を通じて競争者の事業費用を引き上げ、競争対抗行動を現実には困難なものとするか否かを認定・評価すべきである。そして、バンドル・ディスカウントに起因する効率性の向上や競争促進効果にも留意の上、当該行為が関連市場の競争変数に負の影響を与え消費者利益を侵害するか否かを総合評価する必要がある。なぜならば、競争者の競争対抗行動を困難としその事業活動を排除するためには、バンドル・ディスカウントが設定する競争商品の実質価格が略奪性を帯びるほどに低いことは必要ではなく、当該行為が競争対抗行動を困難とするほどに競争者の事業費用を引き上げる排他性を帯びれば足りるのであり、排他的行為となる懸念は略奪的行為となるおそれよりも強いためである。

わが国においては、バンドル・ディスカウントに対する独禁法の適用は主に公正取引委員会の行政処分で行われるであろう⁶²⁾。このとき、当該事案のバンドル・ディスカウントが競争者の事業費用をどのように引き上げたのか、投入物閉鎖及び顧客閉鎖の観点から、競争者の事業活動に対する排除のメカニズムを具体的に認定することが求められる。また、競争者による競争対抗行動の実行可能性について、競争対抗行動の失敗や不可能の原因を明らかにすることも必要である。そのような詳細な事実認定を経ないまま、割引総額帰属テストに抵触する事実のみを以て独禁法違反行為と評価することは、価格差別を手段とする競争の実相を正確に捉えずに、バンドル・ディスカウントを独禁法上許容されない競争手段とみなすことになるであろう。

62) 原告が首尾よく立証できるか否かは別として、バンドル・ディスカウントが不公正な取引方法に該当することを理由とする差止請求（独禁法 24 条）も当然に想定可能である。