

ベースロード市場をめぐる独禁法上の課題 —不当廉売とプライス・スクイズ規制の検討—

The Baseload Market and the Antimonopoly Act: Examining the Predatory Pricing and Price Squeeze Claims

キーワード：ベースロード市場，独占禁止法，不当廉売，プライス・スクイズ

佐藤佳邦

旧一般電気事業者のベースロード市場入札価格をめぐることは、その適切性の監視に加えて、入札価格・小売価格・託送料金水準などを考慮して、小売市場で独禁法に違反する不当廉売が疑われる場合には、別途の対応を講ずるとされている。また、発電・小売が垂直統合された旧一電のベースロード電源に新電力が依存する構造は、プライス・スクイズと呼ばれる独禁法上の問題とも関連する可能性がある。政府審議会等においても、ベースロード市場を含め、電力市場における独禁法上問題となり得る行為への対応を求める指摘がある。そこで本稿は、不当廉売やプライス・スクイズに関する独禁法上の論点の学術的観点からの整理・検討を行った。具体的には、不当廉売について、通常提案されている費用基準に替えて、設備産業などで提案されている基準の採用が考えられるが、課題が多いことを指摘した。またプライス・スクイズについて、しばしば引用されるNTT東日本事件とは、事業法上の取引義務の有無という重要な差異があることを指摘した。

- 1. はじめに：ベースロード市場の課題
 - 1.1 ベースロード市場創設と入札価格の監視
 - 1.2 本稿の構成
- 2. ベースロード市場入札価格の監視の課題
 - 2.1 ベースロード市場の入札価格の監視をめぐる指摘
 - 2.2 ベースロード市場の入札価格と独禁法の課題
- 3. 不当廉売をめぐる課題
 - 3.1 独禁法における不当廉売規制の概要
 - 3.2 ベースロード市場と不当廉売
- 4. プライス・スクイズをめぐる問題
 - 4.1 独禁法とプライス・スクイズ規制
 - 4.2 NTT 東日本事件との比較検討
- 5. おわりに

1. はじめに：ベースロード市場の課題

本稿は、ベースロード市場（以下、BL市場）について、その入札価格の妥当性の監視策が提案されていることに鑑みて、これを競争法・独禁法の視点から検討するものである。

1.1 ベースロード市場創設と入札価格の監視

2016年4月に開始した電力の小売全面自由化に

ついては、新サービスの提供などの成果を生んでいるとの評価がある一方で、いくつかの課題も指摘されている。なかでも、石炭火力や大型水力、原子力といった、限界費用が安価なベースロード電源（以下、BL電源）¹の多くを旧一般電気事業者（以下、旧一電）が保有しているため、新電力はベース需要を天然ガス火力などのミドル電源で対応せざるをえず、競争上不利な立場に置かれていると指摘されている。

¹ 発電（運転）コストが低廉で、安定的に発電することが可能で、昼夜を問わず稼働可能な電源をいい、具体的には、地熱、一般水力（流れ込み式）、原子力、石炭を指す（平成30年7月 電力・ガス基本政策小委員会制度検討作業部会「中

間とりまとめ」6頁）（以下、「中間とりまとめ」）。

そこで、新電力によるBL電源へのアクセスを容易にし、競争のイコール・フットイングをはかるべく、旧一電が保有するBL電源を取引するためのBL市場が創設された²。さらに、新電力が十分な量のBL電源にアクセス可能となるように、制度的措置として、旧一電に対して一定量の電源供出を義務付けることとなったが³、新電力の競争機会を確保する観点から、入札価格の上限規制が設けられた。

そこで旧一電によるBL市場への入札価格に対する監視が予定されるとともに、それに関連して、独禁法上の問題が生じた場合には適切に対応すると整理されているが、その詳細については、いまだ明らかになっていない。

1.2 本稿の構成

そこで、まず次章において、BL市場入札価格について、新電力の競争機会を確保する立場から、どのような指摘がなされているかを確認する。つぎに3章では、BL市場の入札価格の監視に加えて、旧一電の行為が不当廉売に該当する可能性に留意すべきとの指摘がなされたことから、独禁法の不当廉売規制の問題について検討する。そして4章では、プライス・スキューズの問題について検討する。なぜならば、不当廉売に該当しない場合であっても、支配的事業者によるプライス・スキューズとしての規制が検討され得るからである。

2. ベースロード市場入札価格の監視の課題

2.1 ベースロード市場の入札価格の監視をめぐる指摘

たとえば、図1の左の例のようにBL市場への入札価格がkWhあたり10円、小売料金が12円であれば、新電力も2円の利潤を得られるため、特段の問題はない（議論の単純化のため、発電の利益と託送料金をともにゼロとしている。）。しかし、旧一電が入札価格を、小売料金水準を上回る13円にまで引き上げれば（図1の右）、新電力に逆ザヤが生じ、小売市場への参入は困難になる。

そこで、両者のイコール・フットイングと、BL電源の固定費を回収する機会を確保する観点から、旧一電の入札価格については、そのBL電源の発電平均費用を基礎とした上限価格を設けることとなった⁴。また、上限価格が順守されているかにつき、電力・ガス取引監視等委員会（以下、監視委）⁵が事後的な監視を実施する⁶。

しかし、この発電平均費用に基づいた入札価格の監視のみでは競争環境の維持には不十分ではないかとの意見があり、新電力の競争機会を重視する立場から、さらに以下のような指摘がなされている（図2を参照）。

まず、旧一電のBL電源平均費用を C_{BL} 、発電市場における利益を P_G とする。当該旧一電の送配電部門（一般送配電事業者）が受け取る託送料金を P_N 、その小売部門が得る利益を P_R 、旧一電の小売料金を X とする。本来、 X は発電原価、発電の利益、託送料金、小売の利益を併せた額となる。つまり、

² BL市場の制度設計については、服部徹「電力システム改革における市場創設の意義と課題—市場メカニズムの活用をめぐる議論の展望—」電力経済研究66号1頁(2019)を参照。

³ 制度的措置として導入される旧一電の電源供出義務やその際の上限価格規制については、「適正な電力取引についての指針」（最終改正：平成29年2月6日、以下、適正取引GL）に所要の記載がなされる。「中間とりまとめ」31頁を参照。

⁴ 電源の維持・運転に必要な費用については、現行の「みな

し小売電気事業者特定小売供給約款料金算定規則」（平成28年経済産業省令23号）に準じて算出された、供出電源にかかる発電費の合計とすることが基本となる（「中間とりまとめ」30頁を参照）。

⁵ 「・・・BL市場の監視の主体については、監視等委員会が行うこととなる」（「中間とりまとめ」31頁）とされている。

⁶ 入札価格の妥当性・適切性を確認するため、旧一電に対して、必要に応じて当該事業者等に算定根拠の提示を求めることとされている（「中間とりまとめ」31頁）。

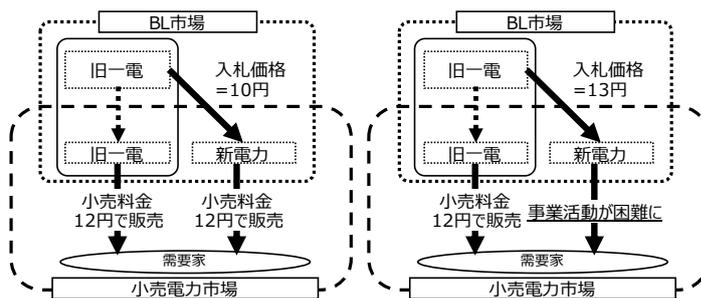


図1 BL市場入札価格と競争への影響

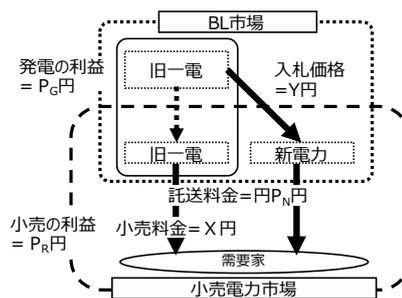


図2 BL市場入札価格をめぐる指摘

$X = C_{BL} + P_G + P_N + P_R$ となるはずである。

しかし、もしも小売料金から託送料金を差し引いた金額がBL市場入札価格（Y）よりも低い（ $Y > X - P_N$ ）とすれば、入札価格がコストに利潤を加えた水準よりも大きい（ $Y > C_{BL} + (P_G + P_R)$ ）ことになる。これは、 $Y > C_{BL}$ である、つまりBL市場の入札価格上限規制に違反している、または、 $P_G + P_R < 0$ である、つまり発電・小売を併せた利益がマイナスであり、不当廉売が疑われることになる。

そのため、監視委は把握可能な入札価格Yや小売価格X、そして託送料金 P_N の水準が適切なのか厳重に監視すべきとの指摘がある。さらに、この指摘に従えば、旧一電が発電上限価格規制を順守しており、小売で不当廉売でもないというならば、託送料金が不当に高いことが示唆されることになる。

以上のような趣旨の指摘について、政府審議会の議論では、「小売電気事業者の不当廉売等に関する競争上の問題の有無、対応については、必要に応じて、別途、監視等委員会において、然るべく対応することとなる」⁷と整理されている。

2.2 ベースロード市場の入札価格と独禁法の課題

上記のように、BL市場向け入札価格につき、小売市場での不当廉売に該当し得ることが指摘されている。

「中間とりまとめ」では、これを監視委において対応する旨の方針が示されているが、不当廉売は本来、独占禁止法が規制を担うものである。また、BL市場と小売電気市場は、上流市場（中間投入財の市場）と下流市場（最終消費財の市場）という関係にあるが、上流・下流部門が垂直統合された事業者が、下流市場へのライバル企業に対する出荷価格を引き上げることは、プライス・スキューズと呼ばれている。その問題点や規制の是非については、やはり独占禁止法において議論の蓄積がある。そこで以下では、BL市場の取引について、不当廉売（3章）とプライス・スキューズ（4章）という独占禁止法の論点から検討を行う。

3. 不当廉売をめぐる課題

3.1 独禁法における不当廉売規制の概要

独占禁止法（以下、独禁法）⁸は、費用を下回る価格でライバルを排除する行為を、不当廉売として規制する⁹。すなわち「正当な理由がないのに、

⁷ 「中間とりまとめ」32頁・脚注28を参照。

⁸ 「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」（昭和22年法律54号）。

⁹ 独禁法の不当廉売規制の詳細については、中川寛子『不当

廉売と日米欧競争法』（2001、有斐閣）を参照。

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」(独禁法2条9項3号)を不公正な取引方法¹⁰の不当廉売と定め、事業者がこれを行うことを禁止している(同19条)¹¹。違反事業者には公正取引委員会(以下、公取委)による排除措置命令(同49条)のほか、違反を繰り返した場合には課徴金納付命令の対象(同20条の4)にもなる¹²。

不当廉売の規制根拠については、費用を度外視した低価格販売が、その行為者と「同等に効率的な競争者(equally efficient competitors)」を排除する点や¹³、短期的な利潤の犠牲によりライバルを排除し、事後的な独占利潤による埋め合わせを企図する点に求められる¹⁴。

過剰な低価格販売は、ライバルの駆逐後に独占的価格が設定されかねず、消費者厚生観点からは認できない場合もある。他方で、価格競争は独禁法が推奨する競争の核心でもあり、正常な価格競争を誤って違法としてしまうことの弊害は大きい¹⁵。また、不当廉売規制は、介入をおそれる事業者の価格競争を萎縮・抑制させる危険性もある。そのため、不当廉売の規制は、慎重かつ抑制的で

あるべきというのが、独禁法における基本的な考え方となっている。

3.1.1 不当廉売のコスト割れ要件

しかし、正常な競争と不当な廉売の区別は困難である。そこで過剰規制のリスクを回避するため、独禁法の不当廉売規制は「コスト割れ要件」を採用している。これはその定義である、「その供給に要する費用を著しく下回る対価で・・・供給し」という文言に現れている¹⁶。

その際に基準となる費用として、(i) 限界費用(MC: Marginal Cost)、(ii) 平均可変費用(AVC: Average Variable Cost)、(iii) 平均総費用(ATC: Average Total Cost)、(iv) 平均回避可能費用(AAC: Average Avoidable Cost)、(v) 平均長期増分費用(LRAIC: Long-run Average Incremental Cost)などが提唱されているが(表1参照)、今日では、平均回避可能費用(AAC)ないしはそのバリエーションを採用すべきとのコンセンサスが、各国の独禁法当局や研究者の間で出来つつある(図3)¹⁷。

AACとは、廉売対象製品の生産を中止した際に発生しなくなる費用であり、可変費のほか、仕入原価・製造原価、関連する運送費・倉庫費など

¹⁰ 「不公正な取引方法」は、「私的独占」(2条5項)、「不当な取引制限」(2条6項)と並ぶ、独禁法の規制の3本柱の1つとされる(これに、合併規制を加える場合もある)。

¹¹ 過去に公取委が法的措置を講じた例として、食品スーパーが牛乳をその仕入れ値を大幅に下回る価格で販売した行為が、近隣の牛乳専売店の事業活動を困難にしたと認定された事例(昭和57年5月28日勧告審決[マルエツ・ハローマート事件])、石油製品小売業者が販売総原価を下回る価格で継続的に販売した行為が他の事業者を排除したと認定された事例(平成18年5月16日排除措置命令[濱口石油事件])などがある。

¹² 本文で述べた、独禁法本体に定められた不当廉売(法定類型と呼ばれる)のほか、公取委告示「不公正な取引方法」(平成21年告示21号)が指定する不当廉売もある(こちらは、指定類型と呼ばれる)。このほか、不当廉売は理論的には私的独占としても規制され得るが(後述の排除型私的独占ガイドラインを参照)、公取委が事件化する場合には、今後も、法定類型の不公正な取引方法として取り上げるものと思われる。

¹³ 公取委の「不当廉売に関する独占禁止法上の考え方」(最終改正:平成29年6月16日、以下、不当廉売GL)は、「不当廉売規制の目的の一つは、廉売行為者自らと同等又はそれ以上に効率的な事業者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」とする。「同等に効率的な競争者」の考え方を、より広い独禁法の一般的な規制基準として採用すべきとの主張もあるが、その問題点については、佐藤佳邦「米国における競争者排除行為の反トラスト法による規制—違法性判断の一般基準に関する最近の議論について—」電力中央研究所報告Y08014(2009)を参照。

¹⁴ 不当廉売が米国で略奪的価格設定(predatory pricing)と呼ばれるのは、この側面に着目したものである。

¹⁵ このように、本来は正当な行為を誤って規制することを、偽陽性(false positive)と呼ぶ。反対に、本来は規制すべき行為を誤って見逃してしまう行為を、偽陰性(false negative)と呼ぶ。あえて刑事裁判で例えると、前者は冤罪であり、後者は真犯人を誤って釈放することに相当する。

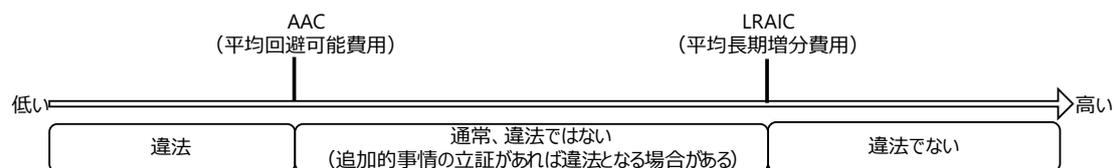
¹⁶ なお、「その供給に要する費用」とあるように、これは業界一般ないし特定のライバルの費用ではなく、廉売行為者自身の費用である。

¹⁷ 米国については司法省による2008年の報告書(Department of Justice, Competition and Monopoly: Single Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act(2009))を、EUについては欧州委員会の2009年の指針(European Commission, Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings(2009))を参照。

表1 不当廉売規制において「コスト割れ」判断のために提案されているコスト基準

名称	略称	内容	問題点など
限界費用	MC (marginal cost)	財の追加的1単位の生産に必要な費用	<ul style="list-style-type: none"> 規制する側は、限界費用を観察できない。
平均可変費用	AVC (average variable cost)	可変費 / 数量	<ul style="list-style-type: none"> 可変費と固定費が区別できない場合がある。
平均総費用	ATC (average total cost)	(可変費 + 固定費) / 数量	<ul style="list-style-type: none"> 複数製品を生産する企業の場合、共通固定費の扱いが問題になる。 可変費を上回る以上、生産継続は企業にとって合理的な行動であるため、それを違法とすると過剰規制のおそれがある。
平均回避可能費用	AAC (average avoidable cost)	廉売対象製品の生産を中止した際に発生しなくなる費用の平均値。可変費 (AVC) のほかに、仕入原価・製造原価、関連する運送費・倉庫費などが含まれる。	<ul style="list-style-type: none"> 現在、支持を集めている。 設備産業などでは、排除効果を持ち得る廉売を見逃すおそれがある。
平均長期増分費用	LRAIC (long-run average incremental cost)	(可変費+廉売に関連する固定費) / 数量	<ul style="list-style-type: none"> 固定費がかからむ設備産業、ソフトウェア産業などでの採用を提案する意見がある。 可変費を上回る以上、生産継続は企業にとって合理的な行動であるため、それを違法とすると過剰規制のおそれがある。

出典：筆者作成



出典：泉水文雄『経済法入門』（有斐閣，2018）229頁などから、筆者作成

図3 AAC基準による不当廉売の違法性

が含まれる。公取委の不当廉売GLにおいても、AAC基準ないしそれに近いものが採用されている。同GLは、商品・役務の供給に要する費用を「可変的性質を持つ費用」と「それ以外の費用」に区分するが、「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」と言い換えており、AACに相当すると考えてよい。その上

で、同GLは、この「可変的性質を持つ費用」を下回った場合には、「供給に要する費用を著しく下回る価格」（前述の独禁法2条9項3号）に該当するとしている。そして、「可変的性質を持つ費用」を上回る価格は原則として合法であり、それが違法となるのは例外的な場合だとされる。

また、公取委の排除型私的独占ガイドライン¹⁸は、まず、①平均総費用（ATC）以上であれば、通常、違法とされないとする。これはそのような価格であれば競争を阻害する可能性が極めて低いと判断されるからである。そして、②「その商品を供給しなければ発生しない費用」未満の価格を違法とするとしている。排除型私的独占GLは明言していないが、これは上記のうちAACの定義に一致している。

以上をまとめると、AACを下回る価格では違法となり、AACを上回る価格は原則として不当廉売にならないということになる。しかし、この考え方のうちの後段、つまりAAC以上を合法とする点については、なんらかの特殊な事情がある場合には修正される可能性がある。例えば知的財産権で保護されたソフトウェアや、各種設備産業のように、初期開発費が膨大であるのに対して限界費用が非常に小さい産業においては、AAC以上であっても平均長期増分費用（LRAIC）以下の価格であれば違法とする余地があるとの見解がある。これは固定費の割合が大きい電気事業にとって重要な指摘であるため、AACに機会費用を含めるべきかという論点とあわせて、次節で再び触れる。

3.1.2 不当廉売のその他の要件

このほか、不当廉売の成立には当該廉売が「継続して」行われることも要件である。これは、廉売行為が一時的ではなく、相当期間にわたり反復して行われているか、その蓋然性があることを意味しており、必ずしも時間的に連続している必要はない。

¹⁸ 「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」（平成21年10月28日、以下、排除型私的独占GL）。公取委が不当廉売を正式事件とする場合、不公正な取引方法として事件化すると予想される。そのため、一義的には不当廉売GLを参照すべきではあるが、不当廉売は、理論上、私的独占として規制することもありえるため、排除型私的独占GLにおいても不当廉売規制について記述されたものと思われる。また、排除型私的独占GLにおける不当廉売に関する考え方は、不公正な取引方法としての規制を検討する際にも、参考となり得るものである。

そして廉売の結果、「他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれ」が必要である。この要件は、①廉売事業者の事業規模と態様、②問題となる商品・役務の性質、供給の数量、期間、方法、③廉売によって影響を受ける事業者の事業規模と態様などを総合的に考慮して判断するのが相当とされている（東京高判平成19年11月28日〔ヤマト運輸・日本郵政公社事件〕）。

なお、諸外国の例とは異なり、日本の独禁法では、廉売行為者がライバル排除後に価格を吊り上げて、廉売から生じた赤字を埋め合わせることの蓋然性の立証は求められていない。あくまで、事業者が排除されること（事業活動が困難化すること）が要件である¹⁹。

3.2 ベースロード市場と不当廉売

前述のように、BL市場の入札価格の監視においては、小売における不当廉売の観点からの対応が検討されている。すなわち、旧一電の入札価格が小売料金水準に近接しており、小売部門におけるコストなどを勘案した結果、小売部門において費用割れと判断された場合には、不当廉売が疑われることになる。

3.2.1 市場画定の問題

たとえ特定の需要家との関係において、一時的に費用割れとなっているような場合があっても、それが即、独禁法上違法な不当廉売とされるわけではなく、廉売行為が「市場」における競争にどのような悪影響を及ぼしているのかいないのかが、検証されなければならない。つまり、その廉

¹⁹ 米国の独禁法（反トラスト法）では、不当廉売が違法となるためには、費用割れのほか、ライバル排除の成功後に市場支配力を行使、すなわち価格を引き上げて、廉売から生じた損失の埋め合わせ（recoupment）が可能であることを、独禁法違反を主張する側が立証せねばならない。EU競争法においては、埋め合わせの立証は要件ではないが、廉売行為者は埋め合わせが不可能であることを抗弁として主張することが認められている。しかし、日本の独禁法では埋め合わせは不当廉売の要件とされず、抗弁としても採用されていない。

売行為がどの需要家に向けて実施され、そしてどの事業者との関係で問題が生じているのかを明らかにする必要がある。これは独禁法では一定の取引分野の画定、ないしは市場画定と言われる。

「一定の取引分野」（＝一般にこれが市場と解される）は、私的独占や不当な取引制限の規定で用いられている文言であり、不当廉売などの不公正な取引方法の規定では用いられていない。しかし、事業者の行為が競争・競争者に及ぼす影響を分析する上では、その大前提として市場の範囲を検討せざるを得ず、たとえ法文や公取委の事実認定中に文言そのものは登場せずとも、検討しなくてはならない。

市場画定は、一般に、地理的範囲と商品・サービスの範囲という二つの側面からなされる。商品の範囲については、需要家種別ごとなどの比較的狭い範囲について成立する可能性がある。というのも、小売電気事業者はなんらかの需要家グループごとに参入・退出の意思決定、価格戦略の策定を実施していると思われるためである。地理的範囲についても、実際の競争の実態に基づいて画定される。したがって、各都道府県や地域など、比較的狭い範囲の需要家について地理的範囲が成立する可能性はある²⁰。

3.2.2 基準となる費用の問題

不当廉売が費用割れを要件としており、費用基準としてAACが支持されていることはすでに述べたが、このAAC基準をめぐっては、以下のような論点を指摘できる。第一が、BL市場で調達した電気をを用いて小売供給を行う市場における費用割れの有無の判断方法、第二が、AACに機会費用を含み得るかという問題、第三が、電力産業にお

いてもAAC基準を堅持することが適切か、それとも別の基準（具体的にはLRIC）を採用すべきか、という問題である。

3.2.2.1 小売電気事業の費用の考え方

通常、新電力には旧一電の費用の詳細は不明であり、直接把握できるのはBL市場入札価格のみである。しかし、旧一電の電源は自社BL電源に限られず、取引所からの調達や他社からの相対取引による調達など多様である。そのため、旧一電の小売市場における不当廉売が問題となった場合、BL市場入札価格を電力の調達に関する費用としてそのまま用いることは適切ではない。

さらに、BL市場入札価格にはその固定費も含むことにも留意する必要がある。小売価格は競争状況を反映して決まるが、競争圧力が存在する場面では、かりに固定費を回収できない水準でも、可変費を回収できる水準であれば、短期キャッシュフロー²¹は正であり、事業者にとって不合理とは言えないのである。

3.2.2.2 平均回避可能費用への機会費用組み込みの是非

一般的な電力市場の監視の議論では、事業者が他により高い収益を得ることができるともかわらず、そのような行動をしていない場合、これをなんらかの不当な行為の表れではないかとして、監視すべきであると主張されることがある。これに似た議論として、不当廉売規制のAAC基準を巡っては、廉売行為により失った利潤を機会費用としてAACに組み込むべきかという論点がある。例えば、ある需要家A向け電力販売の不当廉売該当性が問題になっているとき、かりにその電

²⁰ 電気事業における独禁法の適用に際しては、旧供給区域を地理的範囲とするのかなど、地理的範囲の画定が非常に重要な論点となる。ただしここで検討している不当廉売の問題に限って言えば、廉売行為が向けられている需要家が比較的容易に特定されるため、地理的範囲が大きな問題となる可能性は低いと考えられる。

²¹ 通常、キャッシュフローとは、企業単位で作成されるCF計算書で把握されるべき資金の増減を意味するが、ここでいうキャッシュフローとは、問題となっている廉売対象製品の販売から生じる単純な利潤ないし損失を意味する。

表2 不当廉売の法定類型と指定類型の違い

	法定類型	指定類型
条文	独禁法2条9項3号	公取委告示「不公正な取引方法」6項
課徴金納付命令 基準となる費用	対象 平均回避可能費用（AAC，つまり「供給に要する費用を著しく下回る対価で供給」）	対象ではない 平均長期増分費用（LRAIC，「不当に商品又は役務を低い対価で供給」）
「継続して」要件	要件である。	要件ではない。
原則違法/合法	原則違法（「正当な理由がないのに」）	原則合法（「不当に」）
規制実績	複数あり	ほぼ皆無。今後も見込まれない。
電気事業との関係		設備産業・固定費割合の高い産業であり，LRAICの採用が適当か，検討され得る。

出典：筆者作成

力を別の需要家Bや卸電力取引所に供給すれば、より高い価格で販売できていたとする。このとき、Bや取引所に販売すれば得られたであろう利潤（＝機会費用）を、AACに含むべきかという問題がある。

機会費用をAACに含めれば、その分だけ不当廉売と判断されやすい²²。経済学的には機会費用も「費用」に含めることが妥当であり、一般的な市場監視では、この点も加味して事業者の行動の合理性・適切性が判断されよう。また、機会費用の具体的な算出が困難な他産業と異なり、電気事業では卸電力取引所（JEPX）での販売機会と価格透明性が揃っているため、AACに含めるべき機会費用の算出は、比較的容易とも言える。

しかし、不当廉売規制で機会費用を組み込むことに、多くの独禁法の専門家は否定的である²³。なぜならば、機会費用は廉売規制の主要根拠である、「同等に効率的な競争者を排除し得るか」という観点とは関連性を持たないからである²⁴。

また、JEPX価格を参考にすることについても、短期の需給によって変動するスポット市場価格と、短くとも数カ月、通常は年単位での契約となる小売市場の性格の違いに鑑みて、また価格競争への影響にも配慮すれば、機会費用をAACに含めることには、やはり慎重にならざるを得ないだろう。

3.2.2.3 電気事業における平均長期増分費用基準採用の是非

費用に占める固定費の割合が大きい電気事業において、不当廉売の基準費用としてAACを用いることは妥当か。通常、短期CFが負となるAAC未達の価格は、ライバルの排除以外には合理的な説明ができないため、不当性が推認される。反対に、AAC以上の価格は短期CFが正であり、企業行動として必ずしも不合理ではない。これが、費用基準としてAACを採用する根拠であった。

しかし、AAC以上の価格であっても、長期的に

²² たとえば、事業者が需要家Aに10円で販売し、その費用が9円であれば、1円の利潤が出ており、不当廉売ではないように思える。しかし、需要家Aへの販売を停止して卸電力取引所に投入すれば12円で売れていたとすると、Aへ10円で販売することで取引所に12円で販売する機会を逸していたことになり、その差額の2円が機会費用である。したがって、需要家Aの供給のAACは9円+2円=11円となり、10円での販売はAACを下回ることになる。

²³ AAC基準の提唱者も、逸失利益としての機会費用は、費用に組み込むべきではないとしている。See William J. Baumol, *Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test*, 39 J.L. & Econ. 49, 69-71 (1996). この見解につき、山田努「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」筑波ロー・ジャーナル10号143,156頁(2011)も参照。

²⁴ 例えば、川濱昇「不当廉売規制における費用基準とその論拠」根岸哲先生古稀祝賀『競争法の理論と課題』235,237頁(有斐閣,2013)は、同等に効率的な競争者を排除するかどうかの判断にとって自己の機会費用をカウントするかは無関係であることを根拠に、否定的である。このほか、独禁法の実務家(弁護士)で、否定的な結論をとるものとして、植村幸也「経済的な利益の意味」(URL: <http://kyu-go-go.cocolog-nifty.com/blog/2010/07/post-763e.html>)を参照。

固定費が回収できない水準であれば、自己と同等に効率的な競争者の参入を有効に阻止できる場合がある²⁵。新規参入を検討する側から考えると、参入後に既存事業者による対抗値下げが見込まれ、自社が参入時に負担すべき固定費の回収が不可能になると予想されれば、当初から不参入を選択するだろう。また、参入に直面した既存事業者の過去の行動から同様の対抗値下げが今後も繰り返されると予想されれば、その傾向は強くなる。

そのため、固定費の割合が大きく、その回収可能性が参入の意思決定に強く影響する産業では、AAC基準を貫徹すると理論上は規制すべき廉売を誤って見過ごしかねないので、これに替わって平均長期増分費用 (LRAIC) 基準を採用すべきとの見解がある²⁶。LRAICは、可変費に加えて、廉売対象製品に関連する長期的な固定費用を含むため、AACよりも不当廉売と判断されやすくなる²⁷。

そして、独禁法の不当廉売規制には、その本文に規定された法定類型と、公取委告示²⁸に基づく指定類型²⁹があるが、LRAICの適用可能性を示唆するのが後者である (表2)。法定類型が「供給に要する費用を著しく下回る対価」(独禁法2条9項3号)を要件とし、これがAAC未満の価格と解されているのに対して、指定類型は「・・・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」(公取委告示「不公正な取引方法」6項)とされ、法定類

型の“費用を著しく下回る”という要件が緩和され、たんに“低い対価”となっている³⁰。

また、公取委による指定類型に基づく規制実績は皆無であるものの³¹、前述の不当廉売GLはその可能性に言及している。すなわち「可変的性質を持つ費用 (引用者注: AAC) 以上の価格・・・で供給する場合であっても、廉売対象商品の特性、廉売行為者の意図・目的、廉売の効果、市場全体の状況等からみて、公正な競争秩序に悪影響を与えるときは」、指定類型の不当廉売に該当し得るとし、「廉売対象商品の供給と関連のある費用 (製造原価又は仕入原価及び販売費)を下回っているかどうかを考慮する」(下線引用者)と述べている。

「考慮する」の趣旨は明確ではないが、下線部分はLRAICの定義とほぼ等しいため、たとえAAC以上の価格であってもLRAIC未満であれば指定類型により不当廉売とされる可能性が残る。もちろんLRAIC未満の価格が常に違法となるわけではなく、ライバルの事業活動の困難化が要件となる。同GLは、指定類型の「他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがある」場合の例として、「市場シェアの高い事業者が、継続して、かつ、大量に廉売する場合」を挙げている³²。

では電気事業において、LRAICを採用すべきだろうか。まず小売事業については、固定費の割合が他の産業よりも高い訳ではないため、その適用が問題になる可能性は低いだろう。巨額の固定費

²⁵ この点の理論的な解説は、やや高度であるが、川濱・前掲注24・225-29頁を参照。

²⁶ 例えば、Richard A. Posner, *Antitrust Law* (2d ed, 2001) は、ソフトウェア産業などの固定費比率が高い産業においては、LRAIC基準を採用すべきと主張している。

²⁷ ただし、AACの定義が廉売行為者の意思決定のタイムスパンを含みえることを加味すると、両者の差異は相対的である。例えば、工場レベルでの投資意思決定になればAACとLRAICはかなり近接しよう。

²⁸ 「不公正な取引方法」(昭和57年公取委告示15号、改正:平成21年公取委告示18号)。なお、本告示は業種を問わず適用されるため、「一般指定」と呼ばれることがある。これに対して、特定業種についてのみ適用される指定を、「特殊指定」という(例:大規模小売業告示など)。

²⁹ 前掲注12を参照。なお、法定類型と異なり指定類型は課徴金納付命令の対象ではないが、これは平成21年独禁法改正により不公正な取引方法に課徴金が導入された際、競争へ

の影響などに鑑みて課徴金対象となったものを一般指定から「法定類型」に移し、課徴金対象から除かれるものをそのまま一般指定に残したものである。

³⁰ 「継続して」という要件も緩和されているように見えるが、後述するように、不当廉売GLは、競争者の事業活動の困難化を判断する際に継続性も加味するとしている。

³¹ 濱口石油事件(前掲注11)では指定類型(当時は、旧指定の6項後段)にも該当するとされたが、「普通揮発油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」たことも認定されている。

³² 指定類型については、価格カルテルその他の協調的行動に従わない競争者に対する制裁としての低価格設定(泉水文雄『経済法入門』(有斐閣、2018)234頁が挙げる例)に対しても適用可能とする見解もある。しかし、不当廉売GLには、それに対応する記述はない。

は参入障壁となるが、現実には、多くの小売電気事業者が参入を果たしている。したがって、原則どおりAAC基準を用いればよい。

他方で、典型的な設備産業である発電事業は、固定費の占める割合が圧倒的に大きい。また、発電市場の既存事業者の回避可能費用はそのほとんどが燃料費であろう。したがって、「燃料費は回収できるが固定費は回収できない価格」により新規参入者を排除できるが、これはAAC基準の下では合法となる。

通常、公取委が指定類型を適用する見込みは低いと見込まれるものの³³、上記発電事業の特殊性や、設備が規制下で建設・取得された事実から、発電市場への新規参入を重視する立場からは、LRAICの利用が主張される可能性はある。

しかし、上記のような特殊性を加味しても、やはりLRAIC基準の採用には、以下のような問題点を指摘できる。

第一に、LRAIC未満の価格を不当と論ずる根拠が必ずしも明確ではない。すなわち、LRAIC以下の価格でも短期CFが正であれば、ライバルの排除という結果がなくとも、行為者にとって合理的戦略であり³⁴、それを違法なものとして非難するのは容易ではない³⁵。

第二に、価格競争を萎縮させる危険性がある。指定類型は課徴金の対象となつてはいないものの、「独禁法に違反した企業」との評価を避けたい事業者が、価格競争を回避してしまう可能性はある。また、低価格販売を規制するという事実が誤ったメッセージとなり、本来は規制されないよう

な低価格販売をも事業者が手控えるおそれにも留意しなければならない。

第三に、LRAICに含むべき固定費などの範囲も問題となる。事業者は複数の技術で発電し、多様な需要パターンの需要家に電気を供給している。したがって、特定の需要家（群）に対する供給に関連する固定費を特定して算定することは容易ではない。いわゆるABC会計により事後的に検証することは可能であっても、これを行為者が事前に認識することは難しく、法的ルールとはなりにくいだろう。

電気事業における不当廉売の問題については、その得失について、諸外国における類似の議論を参考にしつつ検討していくことが求められる³⁶。

4. プライス・スキーズをめぐる問題

BL市場への旧一電の入札価格次第で競争者の生殺与奪が決まりかねない状況は、独禁法ではプライス・スキーズ（price squeeze、以下、スキーズ）³⁷と呼ばれる問題になる。BL市場での入札価格があまりに高い場合、それ自体が独禁法違反となり得るのか。

そこでまず、スキーズとはなにかについて説明し、それを独禁法上どのように評価すべきとされているかを整理する。その上で、スキーズ規制のメリットとデメリットを検討して、BL市場入札価格の監視についての示唆を得る。

³³ 公取委の指定類型適用への消極性を示す一つの証左として、不当廉売 GL において指定類型に関する記述の長さは、法定類型のそれと比較すると 10 分の 1 程度にすぎないことが指摘できる。

³⁴ 2008 年の米国司法省の報告書（前掲注 17）はこのような考え方から、LRAIC の採用は不相当である結論している。

³⁵ 価格カルテルなどと異なり、不当廉売規制には刑事罰の定めはないけれども、独禁法に違反する行為は通常は不法行為（民法 709 条）に該当することからも、この点は無視できないと思われる。

³⁶ 英国の電気事業者による不当廉売行為が問題となった事

例として、2003 年の London Electricity 事件がある。同事件を審査した英国のガス・電力市場局（Ofgem）は、結論としてコスト割れである旨を認定しているが、費用基準の詳細などについては述べられていない。なお同事件で Ofgem は、コスト割れを認定したものの、競争者が排除されることが立証されていないとして、1998 年競争法が禁止する不当廉売には該当しないと結論している。

³⁷ 文献によっては、マージン・スキーズ（margin squeeze）とも呼ばれる。

4.1 独禁法とプライス・スキーズ規制

4.1.1 プライス・スキーズ規制の根拠と副作用

スキーズとは、中間財（例：卸電力）と最終財（例：小売電力）の双方を供給する垂直統合企業が、最終財の市場での競争相手向けの卸価格を、川下市場でおおよそ利潤が出ない水準まで引き上げ、競争相手を排除することを言う³⁸。より詳細には、

- 川上市場と川下市場の双方で活動する垂直統合企業による行為であり、
 - 垂直統合企業が、川下市場に不可欠な中間財の市場（川上市場）において支配的な地位にあり、代替的な財も存在せず、
 - 垂直統合事業者が川上市場において中間財を川下市場でのライバル企業に供給しており、
 - 垂直統合事業者の最終財価格が、中間財出荷価格に比較して低いために、ライバルが逆ざやとなり、その事業活動が困難となること
- である³⁹。

スキーズを規制する根拠、つまりスキーズを放置することの弊害であるが、第一に、川下市場における市場支配力の強化・維持がある。垂直統合企業は、スキーズにより川下市場における自己と同等に効率的な競争者を排除することができ、競争圧力の緩和による値上げが可能となる。不当廉売規制の根拠も、同等に効率的な競争者を排除することであったが、プライス・スキーズ規制も、この点を問題にしている。

第二の弊害として、川上市場での市場支配力の

維持等がある。すなわち、新規参入者は、まず川下市場に参入してその経営・顧客基盤を確立した後に、中間財の市場（川上市場）へ参入を試みる可能性があるが、競争者の川下市場からの排除は、川上市場における地位の維持にもつながるのである。

他方で、以下のような、スキーズ規制の弊害も指摘されている⁴⁰。第一に、規制をおそれる垂直統合事業者が、川下市場における価格競争を回避するおそれがある。

第二は、中間財の供給自体の停止である。高価格での供給を禁止とすると、川上市場で事業法等に基づく供給義務がない限り、垂直統合事業者はスキーズ回避のために供給自体を停止するだろう。

第三は、川上市場での投資インセンティブ低下の危険である。自らの投資の成果を競争者と共有することを義務付けられることになれば、投資のインセンティブは生まれない。また新規参入者の側にとっても、スキーズ規制により安価に中間財へのアクセスが可能となると、自ら上流市場に進出するインセンティブを持ち得なくなってしまう。

したがって、個別の事例でスキーズを規制するかどうかを判断する際には、上記で述べたスキーズを放置することの弊害と、規制することによる弊害を、丁寧に比較することが求められる。

4.1.2 プライス・スキーズの独禁法上の評価

不当廉売と異なり、スキーズ規制は独禁法に明文で規定されていない。そこで、裁判所や公取

³⁸ 電力事業を念頭にスキーズ規制を検討するものとして、武田邦宣「プライススキーズの規制」舟田編著『電力改革と独占禁止法・競争政策』315頁（有斐閣、2014）を参照。米国については若林亜理砂「米国反トラスト法によるプライススキーズ規制について～LinkLine事件連邦最高裁判所判決を中心に～」駒澤法曹6号117頁（2010）を、EUについては、泉水文雄ほか「ネットワーク産業に関する競争政策～日米欧のマージンスキーズ規制の比較分析及び経済学的検証～」公正取引委員会競争政策研究センター（2012）を

参照。

³⁹ 岸井大太郎「独占禁止法とマージンスキーズ：再論」根岸古稀235,237頁を参照した。なお、スキーズ規制の無制限な拡大を懸念する立場から、その定義を、川上市場・川下市場の一方または両方に価格規制が存在する場合に限定すべきとの見解もあるが、ここではさしあたり、本文のように定義しておく。

⁴⁰ 岸井・前掲注39・239-41頁の整理に従った。

表3 不当廉売とプライス・スキーズの相違点

	不当廉売	プライス・スキーズ
行為者の短期CF	負	(垂直統合企業全体では) 正
持続可能な戦略か	内部補助なしには持続可能ではない	持続可能である
独占価格による事後の「埋め合わせ」	埋め合わせの見込みがなければ、合理的な戦略とはならない	埋め合わせがなくとも、合理的な戦略となり得る
競争者排除に至るリスク	競争者排除に成功しにくい戦略である	競争者排除に成功しやすい戦略である
不当性	原価割れの事実から「正常な競争手段ではない」ことの推認が可能。	原価割れではないため、「正常な競争ではない」との評価が難しい。不当性を根拠づける別の事情（事業法の義務に違反していることなど）が必要。

出典：筆者作成

委が、スキーズを独禁法のどの違反類型として審査すべきかが問題となる。

ある種の低価格販売で自己と同等に効率的な競争者を排除しかねない点では、スキーズと不当廉売は共通している。しかしスキーズを不当廉売の枠組みで判断することは適当ではない。なぜならば両者には、問題となっている行為の短期CFが正か負かという違いがあるからである。すなわち、不当廉売は短期CFが負であるため、他部門からの内部補助なしにはその継続が困難である。他方で、スキーズは川上・川下を併せたCFは正となるため、ライバル排除に至るまで継続可能な戦略である。このことは、スキーズによるライバル排除が、不当廉売よりも成功しやすい、つまり規制の必要性がより大きいことを意味する。

反対にスキーズは、不当廉売とは異なり、垂直統合企業全体ではCFが正であるため、不当と非難する根拠が必ずしも明白ではない。

以上から、スキーズと不当廉売とは同視できない。そこで、スキーズは取引拒絶に準じて審査すべきというのが現在の独禁法における一般的な考え方となっている。というのも、ライバル向け中間財の出荷価格を極端に引き上げることは、事実上、取引拒絶と同視できるからである（反対に、取引拒絶を出荷価格の禁止的レベルまでの引き上げと考えるとよい）。事実、公取委の排除型私的独占GLは、スキーズを「供給拒絶・差別

的取扱い」と同様の観点から排除行為に該当するか否かが判断される」と整理している。

スキーズを取引拒絶に準じて考えるということには、重要な含意がある。取引の完全な拒絶は合法であるにもかかわらず、高価格での取引を違法とすると、取引拒絶を誘引しかねない。そのため、取引拒絶が違法とされる場合に限って—つまり、取引義務が存在する場合に限って—、スキーズも違法となるということである。

4.1.3 ベースロード市場の入札価格とプライス・スキーズ

取引拒絶は、独禁法では、私的独占（2条5項）または公取委告示「不公正な取引方法」2項に定める「その他の取引拒絶」に該当し得るが、その該当性を判断する上ではどのような要素を考慮すればよいか。私的独占に関するものだが、前述の排除型私的独占GLは、①川上市場及び川下市場全体の状況、②川上市場における行為者及びその競争者の地位、③川下市場における供給先事業者の地位、④行為の期間、⑤行為の態様から判断するとしているが、一般論であり、前述のスキーズ規制の根拠と副作用を総合的に判断することになる。これらは前述のスキーズの規制根拠である、川上市場や川下市場における競争への悪影響を吟味する際に考慮すべき要素と言えるが、これに加えて、規制した場合の弊害の観点からの反

論があり得る。

ではBL市場への入札価格が高すぎるとして、それが独禁法に違反するとの主張がなされた場合には、どう判断するべきか。

まず、独禁法違反を主張する側は、BL市場を通じた卸電力供給が小売電気市場での競争に不可欠であること、旧一電が支配的なシェアを有していることからBL電源の調達先が限定されており、また、旧一電以外によるその新規建設が困難であることを主張することになるだろう。これに対する反論としては、たしかにBL市場からの電源調達が重要な意味を持つとしても、各旧一電の発電市場におけるシェアなどを考慮すれば、個々の旧一電が持つ電源が市場競争に不可欠とまでは言えないとの主張が可能であろう。

また、スクイーズ規制が投資インセンティブへ及ぼす影響をめぐっては、BL市場への高価格投入を違法と主張する側からは、旧一電が保有するBL電源は、規制下の総括原価で建設された資産であり、かつ、その減価償却は終了しているので、投資インセンティブへの悪影響はないとの主張がなされよう。そのような主張に対しては、旧一電は規制下においてもリスクを負担していたことや⁴¹、たとえBL電源の建設の投資インセンティブへの悪影響が小さかったとしても、投資一般やイノベーションのインセンティブに対する悪影響も考慮すべきとの反論が考えられる⁴²。

加えて、たとえ自ら電源を持たない新電力が排

除されたとしても、旧一電や自ら電源を保有する新電力との有効な競争が残っているかぎり、事後的な価格引き上げは不可能であるとの主張も可能であろう⁴³。

さらに、取引拒絶や高価格での投入を違法とした場合、いくらでの投入を行えば合法と言えるかにつき指針がないことも指摘できる。託送拒絶が独禁法違反とされた米国の著名な事件（オッターテイルパワー事件⁴⁴）では、電力事業の規制機関（Federal Power Commission）による託送料金の算定方式が存在していることが指摘されていた⁴⁵。つまり、裁判所は託送拒否を独禁法違反と宣言しても、取引価格の問題に立ち入る必要はなかったのである。また、後述のNTT東日本事件最高裁判決は、電気通信事業者によるスクイーズを取引拒絶に準じて独禁法違反（私的独占）としたが、同事例でも、川上市場の料金の算定規則が存在している事例であった（さらに言えば、川上市場における取引義務が事業法上課されていた事例である）。

対照的にBL市場における問題では、取引価格自体を決める規制や論拠は存在しないため、裁判所・公取委は「kWhあたり〇〇円でBL市場に入札せよ」と命じるが必要になるが、その算定は決して容易ではない。現在の「みなし小売電気事業者特定小売供給約款料金算定規則」に基づく卸電気価格をベースとした入札価格が提案されており、これを利用することも考えられるが、当該

⁴¹ 総括原価制度の下でも事業者が一定のリスクを負担し、資本コストを支払って設備を建設したことは、過小評価されるべきではない。料金審査時の資本費用・事業報酬の算定に瑕疵があり、過大（または過小）な報酬を得ていたと事後的に評価されることもあるが、それを「取用」の可否の判断に加味してよいかは、別の問題であろう。

⁴² 例えば、スクイーズ規制の副作用として、川上市場への投資インセンティブについて触れるなかで、「関連する特定の投資に対する影響だけでなく、広く経済全体におけるイノベーションと投資のインセンティブの一般的影響を問題にするものであり、他の企業全体に対して、イノベーションに成功すれば、ライバルに利潤を補償することを強制されるという強いシグナルを与えてしまうこと」（岸井・前掲注39・239頁）が問題になる。

⁴³ これに対しては、ライセンス制を採用した電気事業法が「小売電気事業者」（電気事業法2条1項3号）というカテゴリを設け、自らは電源を持たない形での小売事業参入を認めた以上、当該事業形態による競争機会も法的保護に値するとの反論もあり得よう。これは事業法と独禁法の相互補完をめぐるとの問題であり、今後の検討課題としたい。

⁴⁴ Otter Tail Power Co. v. United States, 410 U.S. 366 (1973)。同事例については、丸山真弘「米国におけるオープン・アクセスの法規制—Order No. 888の検討—」電力中央研究所報告Y97020 (1999)を参照。

⁴⁵ 同事例当時には、送電線を保有・管理する電力会社に託送を義務付けるオープン・アクセス規制は米国にも存在していなかった。米国の送電線オープン・アクセス規制の経緯を詳説するものとして、丸山・前掲注44を参照。

価格は燃料価格などによりその後も変化し得るため、具体的価格水準を定めることは困難である。

4.2 NTT東日本事件との比較検討

NTT東日本事件は、NTT東が提供する光ファイバー通信（FTTH）サービスにおける行為が、独禁法違反（私的独占）に該当するとされた事件である。BL市場の監視をめぐっても同事件が言及されているほか、独禁法による規制事例が他にほぼ存在しないこともあり、BL市場価格の妥当性が独禁法上の問題になった場合は、本事件は間違いなく参照されることになる。

そこで以下では本事件の概要を示したあと、BL市場との比較について触れる。結論を先取りすると、BL市場の問題を考える上で同事件を参照することは、必ずしも適当とは言えない。

4.2.1 NTT東日本事件の概要

FTTHサービスには、1本の光ファイバーを1ユーザーが専用する方式（芯線直結方式）と、複数ユーザーで共用する方式（分岐方式）の二つがあり、通信速度は前者が速かった。

NTT東日本はFTTHサービスを一般ユーザーに小売販売するとともに、電気通信事業法の接続義務に基づき競争者にも卸販売を行っていた。その際、競争者向けの卸料金（接続料金）として、回線1本あたり月額6,328円（芯線直結方式）で総務大臣の認可を得ており⁴⁶、小売料金については、芯線直結方式で9,000円、分岐方式で5,800円として同大臣に届け出していた。またNTT東は、分岐方式でも接続料金認可を受けたが、実態としては芯

線直結方式のみ卸接続サービスを提供していた。さらにNTT東は、芯線直結方式でサービス提供する小売ユーザーに分岐方式の小売料金を適用していた。その結果、競争者にとっては、6,328円で卸供給を受けつつ、5,800円の小売価格に対抗せざるを得ないという、逆ザヤが発生することとなった。

最高裁判所判決（最判平成22年12月17日民集64巻8号2067頁）は、①新規参入者の接続対象が事実上NTT東日本に限られていたこと、②NTT東日本は逆ザヤ発生防止のための各種行政的規制を実質的に免れていたことなどから、本件が私的独占に該当するとした⁴⁷。

4.2.2 光ファイバー接続市場とベースロード市場の比較

NTT東日本事件判決については、各種の見解が出されているが、多くはこれを取引拒絶ないしそれに準じる事例と位置づけている⁴⁸。

では、BL市場への投入価格が、取引拒絶と同視できる程度に高額であり、独禁法に違反すると主張する場合に、同判決を参照することは適切だろうか。

NTT東日本事件について留意すべき点は、川上市場（FTTH接続市場）で事業法上の接続義務（取引義務）が課されているにもかかわらず、行為者がそれを潜脱していたことが違法性を根拠付ける一要素とされていたことである⁴⁹。これに対してBL市場では、事業法上の取引義務は存在しない。BL市場の制度的措置は法改正や政省令改正を経ず、これを適正取引GLに記載することとなって

⁴⁶ 総務大臣の認可にかかる光ファイバー卸接続に関する料金については、第一種指定電気通信設備接続料規則（平成12年郵政省令64号）に従って計算される。

⁴⁷ 本件の事実関係や、公取委による審査と前後した総務省による規制（行政指導）の経緯は相当に複雑であるが、本稿では大幅に捨象してあることに留意されたい。本件の評釈として、川瀆昇・経済法判例・審決百選〔第2版〕16頁、越知保見「独占禁止法における因果関係-NTT東日本事件最高裁判決とその他の最近の事例から」根岸古稀31頁などを参照。

⁴⁸ ただし、中川寛子「プライス・スキューズと排除行為の基

準」根岸古稀259頁は、本件を取引拒絶の延長線上に位置付けると、違法となる取引拒絶の範囲が過度に拡大してしまうとして、本件をスキューズの事例として位置づけるべきとしている。

⁴⁹ 川瀆・前掲注47は、「川下における競争維持のために業法上接続義務があるにもかかわらず・・・取引拒絶と実質的にかかわらない行為が行われていた点などが総合的に判断され」たとする。

おり⁵⁰、供出義務は常時バックアップに準じたものと整理される予定である。常時バックアップも電気事業法に直接の根拠を持たず、独禁法を根拠とする⁵¹。

米国では電気通信事業をめぐる事件（トリンコ事件⁵²）に関連し、事業法上の取引義務の有無により取引拒絶の独禁法上の評価も異なるはずであるとの見解が表明されていた⁵³。同様に、FTTH市場における接続義務とBL市場における供出義務の法的根拠が異なるということは、その義務に違反する行為—例えば実質的にその義務を回避するような高価格を付ける行為—の法的評価も異なり得よう。

もちろん、BL市場への適切な価格での投入を怠ったとして、これを経済産業大臣の業務改善命令（電気事業法27条の29）の対象とすることは考えられ、これにより事実上、旧一電へのBL市場への導入が義務付けられたとみることもできる。しかし、立法が明文で規定する取引義務と、抽象的・一般的な取締規定を根拠とする義務を同列には扱えないだろう。

したがって、かりにBL市場への高価格投入の独禁法違反を問うのであれば、それ自体の私的独占なり不公正な取引方法の該当性を、個別に主張・立正することが必要になる。そしてその場合、上限価格規制を順守しているか否かは、決定的な要素とはならず、上限価格以上であることのみを以

って独禁法違反となるわけではない⁵⁴。他方で、旧一電が上限価格を順守しているからといって、それが必ずしも独禁法違反を免れる理由にはならない。価格水準、競争者の事業活動へ及ぼす影響などを考慮して、成否が判断されることになる。

5. おわりに

本稿ではBL市場に関連する独禁法の課題について、検討した。特に、不当廉売については、通常用いられている平均回避可能費用基準に替えて、電気事業の特徴を踏まえれば平均長期増分費用基準の利用が示唆されること、しかし、その利用には課題もあることを指摘した。またスクイーズについては、事業法上の取引義務がない以上、NTT東日本判決を参照することは必ずしも適当ではないこと、制度的措置における上限価格規制を順守しているかどうかは、独禁法違反の認定と直接は無関係であることを指摘した。

BL市場をはじめとする電力市場では、今後も独禁法をめぐる課題が浮上すると思われるが、2018年12月30日に、独禁法違反の認定は行わずに事業者が申し出た問題解消措置の実施を条件に審査手続きを終了する、いわゆる確約決定手続きが導入された。同制度はEUに倣ったものであるが、EUでは自由化後のエネルギー分野においてこの確約決定手続きが用いられていることが報告され

⁵⁰ 平成29年2月 電力・ガス基本政策小委員会制度検討作業部会「中間論点整理（第2次）」27頁、「中間とりまとめ」31頁。

⁵¹ 現行の適正取引GLが「常時バックアップについては、電気事業法上規制をされていない」と述べるように、常時バックアップは電気事業法に直接の根拠を持たないため、「電気事業の健全な発達を図る観点」から旧一電に自主的な実施が求められているにすぎない。そこで同GLは、その実施を確実なものとするための根拠を独禁法に求めている。すなわち、「他の小売電気事業者との間では卸供給を行っている一方で、特定の小売電気事業者に対しては常時バックアップを拒否し、正当な理由なく供給量を制限し又は不当な料金を設定する行為」が、独禁法に違反し得る（私的独占等）としている。

⁵² *Verizon Commc'ns v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 39 (2004). 同事件では、大手電気通信事業者がライバル企業

との接続を実質的に拒否したことが、米国の独禁法に違反するかが問題となった。同事件連邦最高裁判決と電気事業に対する示唆については、丸山真弘「米国反トラスト法における不可欠施設の法理の論点整理—トリンコ事件判決を中心に—」電力中央研究所報告 Y04020 (2005) を参照。

⁵³ トリンコ事件で経済学者らが連名で最高裁に提出した意見書は、事業法による接続義務が課されている以上、取引拒絶の独禁法上の評価もそれを前提として分析すべきだとする。そして意見書は、議会は電気通信分野での競争を確実ならしめるために接続義務を課したのだから、通常ならば事業者の経営判断として尊重され得る取引拒絶も、事業法の義務に違反することで公共の利益に反するおそれがあり、合理的であるとの推定は働かないとしている。

⁵⁴ 供出義務自体が独禁法を根拠とする限り、上限価格違反を独禁法違反の根拠とするのは、「独禁法違反だから独禁法違反である」というのに過ぎないのではないかと。

ている。同制度が我が国の電力・エネルギー市場における独禁法の適用や事業法も含めた制度設計に及ぼす影響を、検討していくことが必要である。

佐藤 佳邦（さとう よしくに）

電力中央研究所 社会経済研究所