

## 経済法 第 21 回 11/06

担当 中川晶比兒

### I 抱き合わせ取引の規制

#### 【関連する規定】

[1] 定義規定:独禁法 2 条 9 項 6 号に基づく一般指定 10 項

「(抱き合わせ販売等)

10 相手方に対し、不当に、商品又は役務の供給に併せて他の商品又は役務を自己又は自己の指定する事業者から購入させ、その他自己又は自己の指定する事業者と取引するように強制すること。」

※ 「その他」以降で念頭に置かれているのは相互取引。相互取引とは、取引の相手方から購入する(相手方に供給する)代わりに、相手方も、自分又は指定する事業者から購入させること(相手方も、自分又は指定する事業者に供給させること)であって、相手方が行為者に指示された購入(または供給)を余儀なくされる場合には、一般指定 10 項後段に該当するとされていた。<sup>1</sup>しかし、このような規制は、優越的地位の濫用でもカバーできること、自由競争に与える悪影響を根拠として規制するのならば他の規定を適用すべきことから、現在では適用例がない。

[2] 違反に対する独禁法上の措置:排除措置命令(20 条)のみ。

[2-1] 排除措置命令の書き方:

《具体例 1》 A を販売するに当たり、B を抱き合わせて購入させてはならない。

《具体例 2》 相手方が A を搭載又は同梱して出荷する権利を許諾する際に、A 以外の B を併せて搭載又は同梱させる行為を行ってはならない。

← 顧客(相手方)の選択を害しないことを命じる(セット販売を望む顧客もありうるので、セット販売するなという内容ではない。抱き合わせするな≠セット販売するな)

[2-2] 不当性(公正競争阻害性)のシナリオによっては、排除型私的独占にも該当して課徴金対象(独禁法 7 条の 9 第 2 項)となる可能性あり。

#### 【抱き合わせの要件】

[1] 要件の概要

①「商品又は役務」(抱合せ商品、主たる商品、tying product)

の供給に併せて

「他の商品又は役務」(被抱合せ商品、従たる商品、tied product)

を購入させる

②不当に(公正競争阻害性)

[2] 別商品(2 商品)

[2-1] 「ある商品の供給に併せて購入させる商品が「他の商品」といえるか否かについては、組み合わせられた商品がそれぞれ独自性を有し、独立して取引の対象とされているか否かという観点から判断される。具体的には、判断に当たって、それぞれの商品について、需要者が異なるか、内容・機能が異なるか(組み合わせられた商品の内容・

<sup>1</sup> かつての(平成 29 年改正前の)流通取引慣行ガイドラインは、相互取引のうち「購買力を利用した相互取引」のみを一般指定 10 項の規制対象として挙げていた。「抱き合わせ販売は、売り手の行為であるが、逆に、購買力を有する事業者が売り手に対し、取引を強制すること」(根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説[第 5 版]』244 頁(有斐閣、2015 年))も規制対象になることを明示する趣旨だったといえようか。

機能が抱き合わせ前のそれぞれの商品と比べて実質的に変わっているかを含む。), 需要者が単品で購入することができるか(組み合わされた商品が通常一つの単位として販売又は使用されているかを含む。)等の点が総合的に考慮される。」<sup>2</sup>

※ 取引実態をそのまま反映するというのではなく、構成要素商品に分ければそれぞれを別個独立に購入する常識的な需要者が存在するかどうかで判断する。

#### [2-2] 別商品ではないとされる例

《具体例》 カメラ付き携帯:携帯電話とデジカメ

《具体例》 靴の一方をなくした人にとって、新しい一揃えでしか売ってくれないことは、抱き合わせではない。高級靴の靴紐だけ買いたい人にとって、靴紐だけでは売ってくれないことは、「靴紐」と「靴紐なしの高級靴」の抱き合わせではない。

《仮想例》 弁当と添え物の漬け物

※ 抱き合わせ販売といえるのは、セット販売事業者が、セット販売の要素商品それぞれについて、要素商品単体で供給する他の事業者と競争関係にあり、かつ要素商品単体でも供給できる(単体での供給を義務づけることが経済的に不合理でない)場合。<sup>3</sup>

⇒ 用途の異なる要素商品それぞれについて競争関係に立つ場合、要素商品は別個の商品であるため、セット販売の義務付けは抱き合わせ販売になる。

⇒ セット販売の義務付けが抱き合わせ販売にならない場合(要素商品のセットで一つの商品市場を構成するため、セットで1商品であり、要素商品は別商品ではない):

要素商品単体で供給する他の事業者が存在しない場合:片足靴の供給者

要素商品単体で供給することを求めるのが経済的に不合理な場合:カメラ付スマホ(スマホからカメラを取り外して独立して取引の対象にせよというのは不合理)、弁当と漬け物

#### [3] 「購入させ」

[3-1] 「当該商品の供給に併せて他の商品を「購入させること」に当たるか否かは、ある商品の供給を受けるに際し客観的にみて少なからぬ顧客が他の商品の購入を余儀なくされるか否かによって判断される。」<sup>4</sup>

[3-2] 技術的に二つの商品を一体化させて販売する場合(最初から複数商品がついてくる technical tying)も含まれる。

※ 他の商品も購入し利用・消費するつもりがなかった者が一定程度存在する場合には、「購入させ」に当たる。

#### [4] 不当に(公正競争阻害性):次頁以降

<sup>2</sup> 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第1部第2の7(3)(平成29年6月16日)。

<sup>3</sup> 独禁法が競争を制限する行為を規制する法律である以上は、行為者がセット商品の構成要素それぞれの商品について競争関係に立つことを要求することは合理的である。

<sup>4</sup> 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第1部第2の7(3)(平成29年6月16日)。

## 【抱き合わせ販売が規制される根拠(公正競争阻害性)】

## [1] 従たる商品市場における自由競争減殺

[1-1] 抱き合わせは、「抱き合わせる商品・役務(主たる商品)の市場における有力な事業者が行って、抱き合わされる商品・役務(従たる商品)の市場における自由な競争を減殺するおそれがあるとの側面を有することもある。」<sup>5</sup>

「ある商品(主たる商品)の市場における有力な事業者<sup>6</sup>が、取引の相手方に対し、当該商品の供給に併せて他の商品(従たる商品)を購入させることによって、従たる商品の市場において市場閉鎖効果が生じる場合には…、不公正な取引方法に該当し、違法となる…。」<sup>7</sup>

## [1-2] 違法性判断基準

①「市場閉鎖効果が生じる場合」とは、非価格制限行為により、新規参入者や既存の競争者にとって、代替的な取引先を容易に確保することができなくなり、事業活動に要する費用が引き上げられる、新規参入や新商品開発等の意欲が損なわれるといった、新規参入者や既存の競争者が排除される又はこれらの取引機会が減少するような状態をもたらすおそれが生じる場合をいう。<sup>8</sup>

②「市場閉鎖効果が生じる場合」に当たるかどうかは、

- (1) ブランド間競争<sup>9</sup>の状況(市場集中度、商品特性、製品差別化の程度、流通経路、新規参入の難易性等)
- (2) ブランド内競争<sup>10</sup>の状況(価格のバラツキの状況、当該商品を取り扱っている流通業者等の業態等)
- (3) 垂直的制限行為を行う事業者の市場における地位(市場シェア、順位、ブランド力等)
- (4) 垂直的制限行為の対象となる取引先事業者の事業活動に及ぼす影響(制限の程度・態様等)
- (5) 垂直的制限行為の対象となる取引先事業者の数及び市場における地位

を総合的に考慮する。<sup>11</sup>

③「例えば、このような制限を行う事業者の市場における地位が高いほど、そうでない場合と比較して、市場閉鎖効果が生じる可能性が高くなる。また、この判断に当たっては、他の事業者の行動も考慮の対象となる。例えば、複数の事業者がそれぞれ並行的にこのような制限を行う場合には、一事業者のみが行う場合と比べ市場全体として市場閉鎖効果が生じる可能性が高くなる。」<sup>12</sup>

「従たる商品の市場における商品差別化が進んでいない場合には、そうでない場合と比較して、当該事業者の従たる商品が購入されることにより競争者の従たる商品が購入されなくなるおそれが高く、市場閉鎖効果が生じる可能性が高くなる。」<sup>13</sup>

<sup>5</sup> 田中寿編著『不公正な取引方法—新一般指定の解説』63頁(商事法務、1982年)。

<sup>6</sup> 「市場における有力な事業者」と認められるかどうかについては、当該市場(…基本的には、需要者にとっての代替性という観点から判断されるが、必要に応じて供給者にとっての代替性という観点も考慮される。)におけるシェアが20%を超えることが一応の目安となる。ただし、この目安を超えたのみで、その事業者の行為が違法とされるものではない。「市場におけるシェアが20%以下である事業者や新規参入者がこれらの行為を行う場合には、通常、公正な競争を阻害するおそれはなく、違法とはならない。」「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第1部3(4)(平成29年6月16日)。

<sup>7</sup> 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第1部第2の7(2)(平成29年6月16日)。

<sup>8</sup> 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第1部3(2)ア(平成29年6月16日)。

<sup>9</sup> 「メーカー等の供給者間の競争及び異なるブランドの商品を取り扱う流通業者等間の競争」のこと。「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第1部1(1)(平成29年6月16日)。

<sup>10</sup> 「同一ブランドの商品を取り扱う流通業者等間の競争」のこと。同上。

<sup>11</sup> ただし公取委の改正担当者によると、市場閉鎖効果の判断においてはブランド内競争の状況は関連しない。

<sup>12</sup> 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第1部3(2)ア(平成29年6月16日)。

<sup>13</sup> 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第1部第2の7(2)(平成29年6月16日)。

[1-3] マイクロソフト(株)に対する件・勧告審決平成 10 年 12 月 14 日審決集 45 巻 153 頁

①パソコン製造販売業者は、表計算ソフト、ワープロソフト等の中心的な応用ソフトウェアをパソコン本体に搭載又は同梱して販売する場合があります、平成 9 年に出荷されたパソコンのうち、表計算ソフト及びワープロソフトが搭載又は同梱されて出荷されたものは約 4 割を占めていた。パソコン製造販売業者は、パソコン製造に係るコストが増加すること等の理由から、通常、同種のソフトウェアを重複してパソコン本体に搭載又は同梱して出荷することは行っていない。

②マイクロソフト社は、平成 7 年から平成 8 年にかけて、富士通、NEC、IBM に対し、「エクセル」と「ワード」を併せてパソコン本体に搭載して出荷する権利を許諾する契約の締結を申し入れた。富士通は、当時表計算ソフトとして最も人気があった「エクセル」と当時ワープロソフトとして最も人気があった「一太郎」を併せて搭載したパソコンを発売することを希望し、「エクセル」のみをパソコン本体に搭載して出荷する権利を許諾する契約の締結を要請した。しかしながら、マイクロソフト社はこの要請を拒絶し、「ワード」を併せてパソコン本体に搭載して出荷する権利を許諾する契約(プレインストール契約)を締結することを受け入れさせた。NEC、IBM も同様の契約を締結した。

③マイクロソフト社は平成 9 年 3 月、「アウトルック」と称するスケジュール管理ソフトの供給を開始したところ、これに先立ち、「アウトルック」の供給を拡大するために、パソコン製造販売業者に対し、「エクセル」、「ワード」及び「アウトルック」を併せてパソコン本体に搭載又は同梱して出荷する権利を許諾する契約を締結することを提案し、パソコン製造販売業者との間で、プレインストール契約等を更改し、あるいは、新たに締結した。

④なお、マイクロソフト社は、「エクセル」、「ワード」又は「アウトルック」を、ソフトウェア製品として、それぞれ単体でも供給している。

⑤表計算ソフトについては、マイクロソフト社が基本ソフトウェアである「ウィンドウズ 3.1」の供給を開始した平成 5 年ころから、同社の「エクセル」が、表計算ソフトの市場において市場占拠率は第 1 位であった。平成 6 年当時は、「一太郎」がワープロソフトの市場において市場占拠率は第 1 位であり、スケジュール管理ソフトについては、平成 8 年までは、ロータス株式会社が供給している「オーガナイザー」が、市場占拠率で第 1 位であった。平成 7 年以降、ワープロソフトの市場における「ワード」の市場占拠率が拡大し、平成 9 年度には第 1 位を占めるに至っている。また、平成 9 年度には、スケジュール管理ソフトの市場において、「アウトルック」が第 1 位を占めるに至っている。

⑥法令の適用:「マイクロソフト社は、取引先パソコン製造販売業者等に対し、不当に、表計算ソフトの供給に併せてワープロソフトを自己から購入させ、さらに、…不当に、表計算ソフト及びワープロソフトの供給に併せてスケジュール管理ソフトを自己から購入させている」。

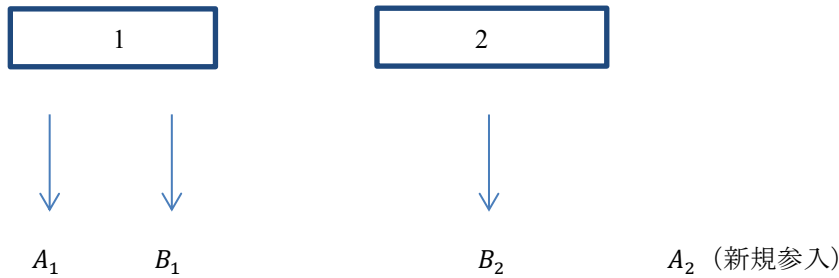
⑦排除措置命令の一部:「マイクロソフト株式会社は、…「エクセル」、「ワード」及び「アウトルック」…のうち一又は二のソフトウェアを搭載又は同梱して出荷する権利を許諾する契約に変更するよう取引先パーソナルコンピュータ製造販売業者から申出を受けた場合には、当該申出に応じなければならない。」

※ 抱き合わせによって競合ソフトウェアメーカーの取引数量はどれだけ減り<sup>14</sup>、それがライバルメーカーの研究開発投資や価格設定にどう影響するかを見て、マイクロソフトが従たる商品で値上げができるかを判断することになる。従たる商品市場の競争者が、市場から退出したり、技術革新や新商品開発に向けた研究開発投資の水準を引き下げられる場合には、抱き合わせ行為者は価格を据え置いたままでも、品質(サポートサービスの質を含む)の引き下げという形で値上げできる。また、従たる商品市場の競争者が開発投資を維持するために値上げせざるをえない状況になれば、市場価格を引き上げることになるから、消費者の総支払意欲が上昇し、従たる商品の値上げが可能となる。

※ この文脈で議論される、独占力の拡張に関する梃子理論(leverage theory)については最後に述べる。

<sup>14</sup> 差別化の程度はこの判定に関連する。上述[1-2]の③

## [2] 主たる商品 (A) 市場における新規参入の阻止 (主たる商品市場での独占力の維持)



商品 A と B が常に同時購入される (A と B が補完財であり、単体だけでは意味をなさない) ような財を考える。

$B_2$  と  $A_2$  が結びつくことにより、商品 A 市場は企業 1 の独占ではなくなり、 $A_1B_1$  と  $A_2B_2$  の間で価格競争に陥る脅威がある場合には、抱き合わせによって  $B_2$  で得られる利潤を減らすことにより、 $A_2$  の新規参入に必要な固定費用を回収できなくさせる。<sup>15</sup>

《応用例》Microsoft が Windows 95 (OS) を PC メーカーにライセンスする条件として、Internet Explorer をプリインストールするよう契約で義務づけ、他のブラウザをインストールしてデスクトップの表示を改変することを禁じた。<sup>16</sup> 競合の Netscape Navigator は OS の種類を問わずアプリケーションを使える Java 言語 (Sun Microsystems が開発元) で書かれている。ネスケがユーザーに広く使われるようになれば、Java 言語がアプリケーション・ソフト開発者に支持されることになる。Java が普及すれば、Windows OS にこだわる必要なく、競合 OS (当時は Mac OS, Sun Solaris, Linux 等) でも使えるアプリが書かれるようになるので、競合 OS の魅力 (競争力) が高まる。<sup>17</sup>

抱き合わせをすれば、アプリケーション開発者にとっての Java の魅力を下げられるので、競合 OS の競争力が高まることも防止できる。



## [3] 抱き合わせによる価格差別

## [3-1] 東芝エレベーター事件・大阪高判平成 5 年 7 月 30 日審決集 40 巻 651 頁

ビルオーナー (甲事件原告) は、独立系保守業者と東芝製エレベーターの保守契約を締結していたところ、部品交換の必要な故障が発生した。エレベーターメーカーは保守点検業を目的とした子会社をそれぞれ設立しており、これらメーカー系保守業者は、保守部品を事実上一手に独占販売していた。そこで、原告は 5 月 17 日にメーカー系保守業者である被告 (東芝エレベーターテクノス) に部品を注文したところ、「保守部品のみの販売はしない。部品の取替え、修理、調整工事を被告に併せて発注するのだから、…注文には応じない。右工事費用は甲事件原告が負担する。注文部品の納期は、6 月 14 日から更に 3 か月先である。」という趣旨の回答をした。原告はその 5 か月後に再度部品の供給を催促したが、納期は 3 か月先であると回答された。

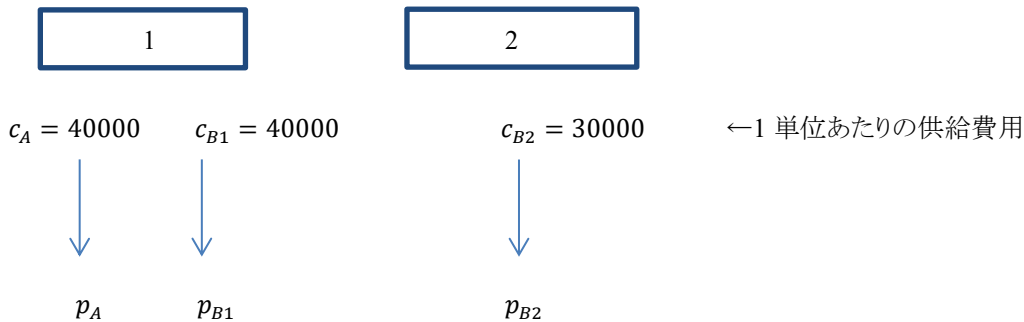
<sup>15</sup>  $A_2$  については企業 2 が新規参入するほか、第三の企業が新規参入する場合であっても、同様である。すなわち抱き合わせがなされると、新規参入企業は、 $B_2$  とセットでしか購入してもらえないから、 $B_2$  の購入量 (=  $A_2$  の購入量) が固定費用を回収できる水準に至らないことが予想される場合には新規参入が起こらないことになる。

<sup>16</sup> 米国の訴訟では本件行為がブラウザ市場を独占化するものであるとの主張もされたが、市場画定及びブラウザ市場の参入障壁に関する証拠が不十分であるとして請求は棄却されている。U.S. v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34, 81-84 (D.C. Cir. 2001)。他方で、OS 市場の独占力を維持する行為として独禁法違反であるとされた。Id. at 64。

<sup>17</sup> これは間接ネットワーク効果 (indirect network effects) の現われである。すなわち Java を使う人が多いほど、アプリケーション・ソフト開発者は Java 向けにアプリを開発することとなる。それゆえ使えるアプリの数が多くなって、Java の価値がユーザーにとって高まる。

## [3-2] 数値例による説明

①エレベーターメーカー系保守業者 1 が、部品 A と保守サービス B を供給している場合<sup>18</sup>



エレベーターの利用者には、保守サービスに対して 1 年間に支払ってよい最大支払意欲の異なる 2 種類の顧客が存在するとする<sup>19</sup>：

$v_{AB} = 1200000$       m 人 (年間 24 回の保守サービス)

$v_{AB} = 600000$       n 人 (年間 12 回の保守サービス)

交換部品 A は 1 年に 1 度しか交換する必要がないとする。<sup>20</sup>

②抱き合わせをせずに部品 A と保守サービスを別個に販売する場合。独立系保守業者が例えば 1 回 35000 で保守サービスを行い、全ての保守サービスを受注する場合、企業 1 の利潤

$$\pi_1 = (600000 - (35000 \times 12)) \times (m + n) - 40000 \times (m + n) = 140000(m + n)$$

←最大支払意欲の低い顧客が部品にいくらまで支払う余裕があるかという、年間 12 回の保守サービス料金を最大支払意欲から差し引いた、18 万である。この価格ならば、年間 24 回保守サービスを使うヘビーユーザーも買ってくれる。<sup>21</sup>

③抱き合わせをして企業 2 の保守サービスを受けさせない場合 (企業 2 は他のエレベーターの保守が続けられてもよい)

このとき、 $p_A = 0$  ,  $p_{B1} = 50000$  (部品料金込みの保守料金体系)で売ると、

$$\pi_1 = (0 - 40000) \times (m + n) + (50000 - 40000) \times (24m + 12n) = 200000m + 80000n$$

となり、

$$200000m + 80000n > 140000(m + n) \text{ すなわち } m > n \text{ ならば、抱き合わせた方が利潤 } \pi_1 \text{ は増加する。}^{22}$$

※ 抱き合わせによって保守サービスの価格競争を制限することにより、保守サービスの価格を引き上げることができており、これによって主たる商品と従たる商品の「総支払額」を値上げしている(この例では抱き合わせにより、2 種類の顧客から最大支払限度額を支払わせることができています)。このことが、抱き合わせの弊害となる。

なおこのシナリオは、抱き合わせにより、ヘビーユーザーとライトユーザーで同じ商品・役務について、異なる総額を支払わせている<sup>23</sup>という意味で、広い意味での価格差別と呼ばれる。

<sup>18</sup> プリンターメーカーが、本体にトナーを事実上抱き合わせる場合も同様となる。

<sup>19</sup> これらの最大支払意欲は、③で価格差別が完全にできるように数値を設定している。

<sup>20</sup> この前提は、A が保守部品である場合には、部品の交換頻度が使用頻度によらず一定であることを意味する。他方、支払意欲の大きなユーザーが複数エレベーターを保有するために、部品を複数個購入する場合であっても、保守の頻度が高い場合や、保守頻度に比べて部品の購入回数が少ない場合には、抱き合わせによって利潤が増加する。

<sup>21</sup> 部品 A を 36 万で、ヘビーユーザーに対してのみ販売する可能性はここでは排除している。

<sup>22</sup> 抱き合わせが利潤増加となるためには、顧客によって保守サービスの使用頻度が大きく異なることも重要であり、たとえばヘビーユーザーが 20 回しか使わない場合には、 $m > 3n$  でないと抱き合わせにより  $\pi_1$  は増加しない。

<sup>23</sup> 最大支払限度額の高い顧客の総支払額が抱き合わせにより増加する。

④まとめ：従たる商品が繰り返し購入され、かつその購入頻度が顧客によって大きく異なる場合には、顧客の分布によっては抱き合わせが利潤増加となる場合がある。

※ なお、保守サービスの抱き合わせについては、公正競争阻害性のシナリオ 1 (従たる商品市場での値上げ)でも説明できるかもしれない。すなわち、顧客を奪われた競争者が、スタッフの最低人数を維持するために顧客一人あたりの客単価を引き上げざるを得ない(供給費用が上昇する)場合には、抱き合わせ行為者が一部の顧客に対して抱き合わせ販売をし、他の顧客に対してはバラ売りを続けたとしても、従たる商品市場で値上げ可能となる。<sup>24</sup> メーカー系保守業者が並列的に抱き合わせをしていれば、そのような状況に陥りやすい。

#### [4] 競争手段としての不公正さ？

[4-1] 抱き合わせ販売は、「顧客の商品・役務の選択の自由を妨げるおそれのある競争手段であり、価格・品質・サービスを中心とする競争(能率競争)の観点からみて、不公正であることに公正競争阻害性の主たる側面が求められる。」この場合の「公正競争阻害性の有無の判断に当たっては、能率競争の観点からみて、競争手段として不公正であるかどうか为中心となり、市場全体における競争に及ぼす影響は必ずしも要件ではない。しかしながら、独占禁止法の規制の対象となる行為であるから、当該行為の対象とされる相手方の数、当該行為の反復・継続性、行為の伝播性等行為の広がりを考慮することとなる。例えば、かつて、品不足となった石油製品に、顧客が購入することを欲しない物品を抱き合わせて販売する行為が頻発したことがあるが、これらの行為は相当数の顧客を対象とするなど、行為の広がりが認められれば、本項が適用されることとなる。」<sup>25</sup>

#### [4-2] (株)藤田屋に対する件・審判審決平成 4 年 2 月 28 日審決集 38 卷 41 頁

①被審人藤田屋は、家庭用テレビゲームソフト等の家庭用電子玩具の卸売業者であり、家庭用電子玩具を一次卸売業者から購入し、小売業者等へ販売している。

②被審人は、平成 2 年 2 月 11 日発売のドラゴンクエスト IV (以下「ドラクエ IV」という。)を、平成 2 年 3 月末までの間に、約 7 万 7600 本購入した。ドラクエ IV は、ドラゴンクエスト・シリーズの前 3 作がいずれも人気ゲームソフトとなったところから前人気が高く、同ゲームソフトの発売時には消費者が店頭に殺到することが予想されたため、小売業者は同ゲームソフトの入荷量確保に躍起となる状況にあった。

③被審人は、仕入れたドラクエ IV のうち 7 万 3300 本を取引先小売業者約 310 店に対し従前の取引実績に応じて数量配分することとし、数量配分以上の購入を希望する小売業者に対しては、平成元年 12 月下旬以降、同社に在庫となっているゲームソフト 3 本を購入することを条件にドラクエ IV を 1 本販売すること等を商品案内を送付する等によって通知した。

④被審人は、申入れに応じた小売業者 25 店に対し、ドラクエ IV 合計約 1700 本及び在庫となっている他のゲームソフト約 3500 本を抱き合わせて購入させた。

⑤「本件抱き合わせ販売は、ドラクエ IV が人気の高い商品であることから、その市場力を利用して価格・品質等によらず他のゲームソフトを抱き合わせて販売したものであり、買手の商品選択の自由を妨げ、卸売業者間の能率競争を侵害し競争手段として公正を欠くものといわざるを得ない。」「本件抱き合わせ販売は、その性質上及び市場の実態からみて反復性、伝播性があり、更に広い範囲で本件の如き抱き合わせ販売が行われる契機となる危険性を有し、被抱き合わせ商品市場における競争秩序に悪影響を及ぼすおそれがあるものと認められる。」

※ 商品選択の自由を侵害するとは、抱き合わせがなければ買手は、従たる商品について、行為者とその競争者の取引条件を見比べて取引相手を選ぶことができたのに、抱き合わせによってそのようなプロセスが奪われているということを意味する。従たる商品の競争において、行為者が、その真価によらずに取引を獲得していること

<sup>24</sup> つまり、抱き合わせ販売を一部の顧客に対してのみ提示する場合でも、場合によっては従たる商品市場で弊害が発生しうる。

<sup>25</sup> 田中寿編著『不公正な取引方法—新一般指定の解説』63 頁(商事法務、1982 年)。

は、競争者からみて不公正である。すなわち、proportionality<sup>26</sup>という意味での公正さに反する。<sup>27</sup>しかしこのような意味での商品選択の自由の侵害や不公正さは、抱き合わせをすること自体によって常に生じうるから、これが規制根拠として十分ならば、抱き合わせは競争への影響を見ることなく常に禁止されることになる。<sup>28</sup>

[4-3] 「何らかの事情<sup>29</sup>で主たる商品役務の見かけの価格を上げることができないために不要品強要型抱き合わせをすることは往々にしてあることであり、その点に規制側が注目して価格を上げさせないようにするのが不要品強要型抱き合わせ規制である」。<sup>30</sup>

※ 従たる商品市場における他者の競争的努力を損なうことによって主たる商品の値上げをしているのだから、単なる高価格設定とは異なる。

#### 【安全性確保その他の公正競争阻害性を否定する理由】

##### [1] 社会公共目的

「商品の安全性の確保は、直接の競争の要因とはその性格を異にするけれども、これが一般消費者の利益に資するものであることはいうまでもなく、広い意味での公益に係わるものというべきである。したがって、当該取引方法が安全性の確保のため必要であるか否かは、右の取引方法が「不当に」なされたかどうかを判断するに当たり、考慮すべき要因の一つである。」東芝エレベーター事件・大阪高判平成 5 年 7 月 30 日

⇒ 同事案では、海外に輸出されたエレベーターでは現地の保守業者に保守を任せていたこと、他のメーカーは、当該交換部品について単体で販売していたこと、独立系保守業者では対応できないような特段の危険を生じる工事ではなかったこと、独立系保守業者によって保守されているエレベーターの方が事故率が高い証拠がないこと等から、本件部品を取替え調整工事込みで供給しなければ安全性を確保できないと認めるべき証拠はなく、部品の単体での供給を拒否する行為に「独占禁止法上の正当性や合理性はない」とした。

##### [2] 競争促進効果

①抱き合わせて販売した方が供給費用は下がるため(規模の経済性及び範囲の経済性ゆえ)、安く販売できる場合。

②技術的にまだ確立していない(供給者が限られる)ために、複数商品をセットで使わないと十分に機能を発揮できず、市場開拓ができない場合。<sup>31</sup>

※ 目的の正当性、目的達成手段としての有効性(必要性)、競争制限的でない代替手段の不在について検討する。「消費者が抱き合わせを望んでいる」というだけでは、競争促進効果の主張に至っていない。

<sup>26</sup> このような公正さの理解については、Jonathan Haidt, THE RIGHTEOUS MIND 161 (2012)に依拠した。

<sup>27</sup> このような行為は、競争者の競争的努力を損なう(売れ残り在庫を減らす努力を損なうこと)という意味で、競争を制限するといえよう。

<sup>28</sup> また、商品選択の自由を手続的価値としてそこまで重視すべきなのかという反論もありうる。マーケティングの実際を見れば、全ての選択肢が自由に開かれているわけではない。抱き合わされたものを購入したが実際には気に入った顧客にとって、購入前の選択の価値がそれを上回る価値を持つのかという批判もありえよう。

<sup>29</sup> 「そのような価格づけをすると事業法規制に違反する、社会的非難を浴びる、メーカー希望小売価格を上回る…など」。白石忠志『独禁法事例の勘所(第2版)』53頁(有斐閣、2010年)。

<sup>30</sup> 白石忠志『独占禁止法(第3版)』128頁注77(有斐閣、2016年)。

<sup>31</sup> 川浜昇「独禁法上の抱合せ規制について(一)」法学論叢 123 卷 1 号 22 頁(1988年)の例を参照した。



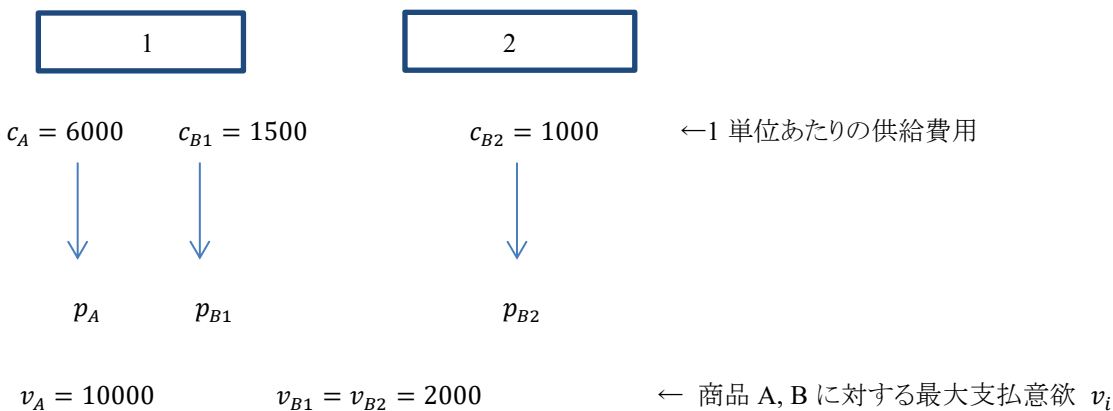
## 【梘子否定論】

[1] 既に一つの商品市場で独占力を持っているものは、その独占力を別の市場に拡大できないことの古典的な事例として、次のものが挙げられる。「ボルトを独占している者がいるとしよう。抱合せ前においてボルトに独占的価格設定を行っているとして、彼がナットを抱合せたらどうなるか。仮にナットの価格を従来の競争水準より上にしたら、買手はボルトとナットを一組で最終的財と評価するだろうから、これは抱合せ商品の価格上昇と同じ意味を持つ。したがって、抱合せ商品の価格を同じだけ下げないと独占利潤は減少する。結局、抱合せによって独占力が拡張するというのは幻想である。」<sup>32</sup>

[2] 抱き合わせでも利潤が増えない場合

## ① 仮定

商品 A と B の顧客が  $m$  人存在し、いずれの顧客も商品 A と B を 1 単位ずつ購入する場合。



② 企業 1 が A と B を抱き合わせずに単品で売り、企業 2 と競争する場合

$$\pi_1 = ((12000 - 1400) - 6000) \times m$$

$\pi_2 = (1400 - 1000) \times m$                       ← 企業 1 は価格を費用  $c_{B1}$  に等しい水準  $p_{B1} = 1500$  までしか下げられない。従って企業 2 は 1500 をわずかに下回る価格 (たとえば 1499) をつければ、 $m$  人全てに商品 B を販売できる。ここでは単純化のため、1 円単位の価格設定はできず、企業 2 が  $p_{B2} = 1400$  をつけると想定する

③ 企業 1 が抱き合わせをする場合

$$\pi_1 = (12000 - 7500) \times m$$

$$\pi_2 = 0$$

※ 主たる商品を供給する企業 1 の利潤だけ見た場合には、従たる商品について、自分よりも効率的なライバルが(できれば複数)市場にいても良かった方がよく、抱き合わせしない方が利益になる(梘子否定論)。<sup>33</sup>

しかし、梘子否定論は、抱き合わせの前後で抱き合わせ行為者の利潤が増加するのだけを見ており、抱き合わせが従たる商品市場の競争者に与える影響を無視している。前述 4 頁の※ で述べたような分析を行う必要あり。

<sup>32</sup> 川浜昇「独禁法上の抱合せ規制について(二・完)」論叢 123 巻 2 号 3 頁(1988 年)参照。

<sup>33</sup> 本文で述べたロジックは、全ての顧客が同一の選択をする限り、顧客が従たる商品を 2 単位以上購入する場合にも妥当する。また、主たる商品と従たる商品をセットで購入する新規顧客と、主たる商品を既に持っているために従たる商品のみを買い換える既存顧客が存在する場合にも、梘子否定論は妥当する。