

Title	米国における不当廉売規制：州法を中心として
Sub Title	Predatory Pricing and U. S. States Law
Author	金子, 晃(Kaneko, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1986
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.59, No.12 (1986. 12) ,p.169- 187
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	伊東乾・林脇トシ子・阿久澤亀夫教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19861228-0169

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

米国における不当廉売規制

——州法を中心として——

金子 晃

- 一、はじめに
- 二、州法の概観
- 三、カリフォルニア州法
- 四、運用の実態——結語に代えて

一、はじめに

米国で規制の対象となる廉売行為は、反トラスト法、すなわちシャーマン法二条、ロビンソンパットマン法二条(a)項、同三条および連邦取引委員会法五条により違法とされるいわゆる略奪的価格設定行為 (predatory pricing)、および州法である、いわゆる不公正取引法 (Unfair Practices Act) により違法とされる原価以下の販売 (below cost selling) およびその一変形と考えられるおとり販売 (loss leader selling) である。

シャーマン法二条の場合には、廉売行為により市場を「独占し」、または「独占を企図する」ことが違法とされる。ロビンソンパットマン法二条(a)項の場合には、異った地理的市場で販売している事業者による有害な価格差別が違法とされ、同三条の場合には、「競争を破壊しまたは競争者を排除する目的で、不合理に低い価格で商品を販売し、または販売する契約を締結する」ことが違法とされる。連邦取引委員会法五条の場合には、不正な取引慣行として違法とされる。

略奪的価格設定行為を規制する反トラスト法の条文のこのような差異にもかかわらず、違法性の判断基準は実際には同一に取扱われている。⁽¹⁾連邦取引委員会法五条については、その判断基準は立法の経緯からは多少緩やかであつてもよいように思われるが、連邦取引委員会はシャーマン法二条の分析手法に基づいて略奪的価格設定行為を違法と判断し、⁽²⁾この判断は第六巡回裁判所により支持されている。⁽³⁾

わが国では、不当廉売行為は不正な取引方法の一つとして一般指定第六項により指定されている。この行為は、反トラスト法により違法とされる略奪的行為というより、むしろ州法により規制される原価以下の販売あるいはおとり販売に近いと考えられる。そこで本稿では州法、特にカリフォルニア州の不正取引法を中心に米国における不当廉売規制を検討し我が国の参考とした。⁽⁴⁾

(1) Terry Calvani & James M. Lynch, *Predatory Pricing And Sherman Act: An Introduction*, *Antitrust Law Journal* 51, 3 (1983), p. 375.

(2) In the matter of Borden, Inc., Docket No. 8978, FTC, 92 F. T. C. 669, November 7, 1978.

(3) Borden, Inc. v. FTC (1982), CCH, 1982-1 Trade Cases, 73047.

(4) 筆者は公正取引委員会事務局の委託により一九八四年二月末より三月中旬にかけて米国において調査を行った。本稿はこの時のヒヤリングおよび収集した資料に基づいている。連邦反トラスト法による規制については近い機会に発表する予定である。

二、州法の概観

(1) 立法の目的と歴史

原価以下の販売を禁止する州法は一九〇二年の南カロライナ法に始まるが、一般的に原価以下の販売を包括的に禁止する法を制定したのはカリフォルニア州が最初である。⁽²⁾ 現在三〇の州とプエルトリコが、すべてのあるいはほとんどの産業あるいは物品に対して一般的に適用される法を有している。このうち二一の州法は特定の産業あるいは製品に適用される特別法を有している。⁽⁴⁾ これらの州法のうちいくつかはカリフォルニア州法のコピーであるといわれる。⁽⁵⁾ 原価以下の販売を一般的に禁止する包括的な法を制定した目的は、当時中小企業が存在を危くし始めた大企業の濫用的価格設定行動およびえこひいき的な差別価格を規制するためであったといわれる。⁽⁶⁾

しかし廉売を非難する理由が反トラスト法の原理に基づいていたのか、それともそれとは独立した不公正なあるいは望ましくない競争という原理に基づいていたのかは明らかとなっていない。⁽⁷⁾ 南カロライナ州法は、「競争を排除する意図あるいは目的を有する」または「競争者を経済的に害する目的の」原価以下の販売を違法とした。これに続く他の州の立法の仕方は種々である。例えばテネシー州法は「正直な競争を破壊する目的を有する」原価以下の販売を禁止したし、ミシシッピ州は「独占を目的とした」「通常の」製造原価以下の販売を禁止した。またアイダホ州法は「公正」な市場価格あるいは「通常」の価格以下の販売を禁止した。⁽⁸⁾

(2) 原価の定義

原価以下の販売を禁止する州法において、原価の捉え方に二つの立場が認められる。一つの立場は、それより低い原価の証明がない場合には事業に要する費用 (cost of doing business) のためのマークアップを、他の費用に対する一定率 (二%から二二%の間) とするものである。他の立場は、流通業に適用される原価は仕入コスト (invoice cost) また

は新たに当該商品を購入するとした場合に支払うべきコスト (replacement cost) のいずれか低い額に事業を行うに要する費用を加えた額とのみ定義する。⁽⁹⁾ カリフォルニア州の場合には両者を結合した形を採用している。

(3) 違法性判断の要素

原価以下の販売の違法性判断の要素として、組織的な原価以下の販売、競争者の価格との関係および行為者の経済力が重要な要素としてあげられる。⁽¹⁰⁾

(i) 組織的な原価以下の販売

隔離された(組織的でない)原価以下の販売 (isolated sales below cost) の場合、競争者を市場から排除することは、当該競争者の競争上の脅威が非常に小さく排除するのに努力を要さないときでないかぎり、実際には不可能であると考えられ、州法のあるものは通常の取引の分野でなされたものではない、いわゆる隔離された取引を適用除外としている(後述の適用除外の項参照)。

隔離された原価以下の販売は一つの計画またはキャンペーンの実施のために行われる原価以下の販売とはきわめて異なるものと考えられている。そこで違法とされる原価以下の販売は一つの計画またはキャンペーンの実施のための原価以下の販売ということになる。

(ii) 特定の競争者の排除に向けられた原価以下の販売

組織的な原価以下の販売だけが違法性判断基準の重要な要素ではない。特定の競争者に対し価格競争を仕掛け、この者を害する意図を以って原価以下の販売をする者は、当該競争者の価格より低い価格を設定する。さらに彼は競争者の顧客を誘引するに必要な程度の価格引下げをし、価格を設定する。

競争者の価格は互いに低下し、価格は需要と供給という通常のパラメーターとは無関係に設定される。すなわち両者の戦の目標によって決定されることになる。価格は両者の争いの過程を反映することになる。そこで侵略者の価格

はしたがって彼の提供する商品の現実の原価に基づくとより、犠牲者である相手方の価格構造に類似してくる。こうした点も重要な考慮要因とされる。

(iii) 当事者の経済力

原価以下の販売は過激な戦略であり、通常強者の弱者に対する武器である。これまで次のことが強調されている。すなわち、無限の資本を有する巨大な企業は自由な卸売市場で商品を独立の小企業が購入するよりも、はるかに低い価格で購入することができる。その理由は、前者は当該商品を大量に購入し、多数の小売店に配分することができる。さらに大企業あるいはチェーン・ストア・グループは広告費のような一般管理費を無数の店舗へ配分することができる。かくして、大企業にとって卸売コスト、特に主要製品の卸売コストは同一の製品の小規模小売商に対するコストよりはるかに低い。⁽¹¹⁾

しかし、この事実は原価以下の販売とは関係のない、現代経済の成長の不可避の結果とみなされている。⁽¹²⁾したがって、競争者より低い仕入コスト、一般管理費に基づく低価格販売そのものは違法とはならない。しかし、原価以下の販売は、この事実からだけ行なわれるのではない。もし彼の意図が略奪的すなわち、競争者を市場から排除する意図であれば、彼の価格は優越した経済力により財政的に支持され、彼は実際の原価を考慮することなしに価格競争を行うことができる。かかる点で、当事者の経済力も重要な違法性判断基準とされる。

そこで、(1)組織的な価格引下げ、(2)行為者および競争者との価格の関係、(3)行為者の優越した経済力の三つが立証されれば、原価以下の販売により競争者を市場から排除する意図が推定されるとされる。

他方、このような悪意の意図または目的 (malicious intent or purpose) の立証を必要とすれば公正取引法はその目的を達成できないという主張もある。⁽¹³⁾

(4) 適用除外

原価以下の販売を禁止する州法の規定は、善意で競争に対抗する (in good faith to meet competition) ためになされた販売に対しては適用されない。この適用除外を定めるためにさまざまの表現が使用されている。例えば、「善意で競争に対抗するため」 (in good faith to meet competition) の販売、「善意で合法的な競争に対抗するため」 (in good faith to meet legal competition) の販売、「善意で適法な競争に対抗するため」 (in good faith to meet lawful competition) の販売、「善意で競争者の価格に対抗するため」 (in good faith to meet prices of a competitor) の販売、「善意で競争者の合法的な価格に対抗するため」 (in good faith to meet the legal price of a competitor) 販売、「善意で競争者の合法的な価格に対抗するために」 (in good faith to meet the legal prices of a competitor) としてなされた販売、「州際競争により確立された価格で、その価格が同一の地域または取引分野において同じ条件ですべての者に適用できるならば、その価格に善意で対抗するため」 (to meet in good faith prices established by interstate competition provided such prices are available to all persons on like terms and conditions in the same locality or trade areas) の販売等である。

「合法的な競争に対抗する」または「競争者の合法的な価格に対抗する」ための原価以下の販売の適用除外の容認に当って、競争者の価格の適法性の立証責任はその価格に対抗する売主に課せられている。しかし、これは「困難な立証責任」となっていると指摘されている。⁽¹⁴⁾そこで、「商人が善意で適法な価格であると信じている競争者の価格に対抗するため善意で自己の価格を引下げ場合は、この商人は法の意図にもまた文言にも違反していない」とするの⁽¹⁵⁾が望ましい原則であると主張されている。

適用除外は在庫一掃のための販売、価格の低下を防ぐための季節商品の販売、劣化を防ぐための季節商品の販売、裁判所の命令による執行吏による販売、隔離された取引、政府部門または機関、病院または医師への慈善のための販売および卸売業者による卸売業者または小売業者による小売業者への臨時の販売 (accommodation sales)、および債権者

のための受託者による臨時の販売に対してなされている。適用除外規定による適用除外は限定的に考えられている。

- (一) Collmann, *Unfair Competition, Trade Mark and Monopoly* (1983), § 7. 02.
 - (二) J. Thomas McCarthy, *Whatever Happened to the Small Businessman? The California Unfair Practices Act*; 2 *University of San Francisco Law Review* 169 (1968).
 - (三) (四) Collmann, *supra* note 1. ルネッサンスの興隆と発展¹⁾
1. 一般法
- Arizona Rev Stats 1956, vol. 5, title 44, c 10, art 4, § 44-1461 *et seq.*
Arkansas Stats 1947, vol. 6, title 70, c 3.
California Bus & Prof Code, div 7, part 2, c 4, as amended 1961, § 17043 *et seq.*
Colorado Rev Stats 1963, vol. 3, c 55, art 2, § 55-2-1-17.
Connecticut Gen Stats, Rev of 1958, title 42, c 735, as amended.
Hawaii Rev L 1955, title 24, c 205.
Idaho Code 1947, title 48, c 4, as amended 1963.
Kentucky Rev Stats, 1962, § 365: 030 (with Price Discrimination in Unfair Practices Act).
Louisiana Rev Stats 1950, amended 1952 and 1956.
Maine Rev Stats Ann, 10th Rev 1964, title 10, c 205.
Maryland Ann Code 1957, art 83, § 111-115.
Massachusetts Gen L 1932, c 93, § 14, E to K, amended 1938, 1939, 1941.
Minnesota Rev Stats 1957, c 325, § 325. 04 *et seq.*
Montana Rev Code 1947, title 51, c 1, amended 1949.
Nebraska Rev Stats 1943, c 59, art 12, as amended by Laws of 1947, c 200 held unconstitutional: 1971 Trade Cases No. 73, 557 (Neb, 1971).
New Hampshire Rev Stats Ann 1955, c 358.
New Jersey Laws of 1938, c 394, allocated to Rev Stats title 56, c 4.

- North Dakota Century Code, title 51, c 51-10.
- Oklahoma Stats 1961, title 15, c 14, § 598. 1 et seq.
- Oregon Rev Stats 1953, title 50, c 646, § 646: 100.
- Pennsylvania Laws of 1941, Act No. 344.
- Puerto Rico Laws of 1964, Act No. 77, House Bill No. 909, § 7.
- Rhode Island Gen L 1956, vol. 2, title 6, c 13.
- South Carolina Code, title 19, c 3, art 2, § 66-65.
- Tennessee Code Ann 1956, title 69, c 1, § 69-102. c 3, § 69-302 et seq.
- Texas Penal Code, title 19, c 3, art 1639.
- Utah Code Ann 1953, title 13, c 5, as amended by Laws of 1955, c 19, § 13-5-7.
- Virginia Code 1950, 1964, Cum Supp, title 59, c 2, § 59-9 et seq.
- West Virginia Acts of 1939, c 151, § et seq.
- Wisconsin Stats 1961, title XIII, c 100, § 100. 30.
- Wyoming Stats 1957, title 40, c 3, § 40-24 et seq.
2. 特别法
- Agricultural products: Utah.
- Cigarettes: Arkansas, Colorado, Kentucky, Maryland, Massachusetts, Maine, Montana, Nebraska, New Jersey, Oklahoma, Pennsylvania, Tennessee, Washington, West Virginia.
- Dairy products: Arkansas, California, Idaho, Kentucky, Louisiana, Minnesota, Oklahoma, South Carolina, Tennessee.
- Drug products: Connecticut, Louisiana.
- Fresh fruit: Washington.
- Grocery store: Texas.
- Liquor and malt beverages: Arkansas, Colorado, Pennsylvania.
- Motor fuel: Massachusetts, New Jersey.

Tobacco products: Oklahoma.

- (5) J. Thomas McCarthy, *supra* note 2.
- (6) *Id.*, at 170.
- (7) Callmann, *supra* note 1, § 7. 03.
- (8) *Id.*
- (9) *Id.*, at § 7. 16, 7. 17, 7. 18.
- (10) *Id.*, at § 7. 17.
- (11) *Id.*
- (12) *Id.*, at § 7. 13, J. Thomas McCarthy, *supra* note 2, at 177.
- (13) J. Thomas McCarthy, *supra* note 2, at 177.
- (14) *States v. Sears*, 4 Wash 2d 200, 103 P 2d 337 (1940).
- (15) *States ex rel. Anderson v. Commercial Candy Co.*, 166 Kan 432, 201 P 2d 1034 (1949).

三、カリフォルニア州法

(1) 概観

カリフォルニア州は、前述の通り一般的に原価以下の販売を包括的に禁止する法を最初に制定した州であり、このコピーである州法もある。また原価についても二つのタイプを結合した形を採用している州でもある。以下代表的事例の研究としてカリフォルニア州法の検討をする。

カリフォルニア州では、*Business & Professions Code* の第四章（この章は *Unfair Practices Act* [「不正取引法」] と呼ばれる）で、不正取引慣行を規制しているが、原価以下の販売およびおとり販売を不正取引慣行として禁止して

いる(第一七〇四三条、一七〇四四条)。

なお、最近の判決は不正取引法の目的を製造業者が同種の製品を製造している競争業者の利益を越えて不正な利益を得ることを阻止することにあると述べている。⁽¹⁾

(2) 原価以下の販売

(i) カリフォルニア不正取引法 (California Unfair Practices Act; The Business and Professions Code, Division 7, § 1700-1710) は、州内で事業を営む者が、競争者を害する目的あるいは競争を破壊する目的で原価以下で商品を販売すること、また商品を無償で提供することを違法とする。すなわち第一七〇四三条は「当州において事業を営む者が競争者を害する目的で、あるいは競争を破壊する目的で当該事業者の原価より低い価格で商品を販売すること、あるいは商品を無償で提供することは違法である」と規定する。

したがって、カリフォルニア不正取引法は売主の原価以下の販売をただちに禁止するのではなく、売主の原価以下の販売が競争者を害する、または競争を破壊する、もしくは競争者から取引を奪う意図を伴う場合に売主の行為を違法とする。すなわち不正取引法は価格決定を規制する法 (Price-fixing law) ではなく、競争者を害する目的あるいは競争を破壊する目的による差別価格のような不正な行為を排除するために、取引に従事している者の行為を規制するための法なのである。

このように、不正取引法は原価以下の販売を違法とするために、一定の意図の立証を必要としている。このことは地域的差別 (locality discrimination) の場合も同様である(第一七〇三一条)。これに対し、秘密のリベートおよびおり販売の禁止規定(第一七〇四四条、一七〇四五条)は競争を害する意図の立証を要求しない。

公正取引法が一定の意図を違法性の基準として要求しているのは、違憲であるとの攻撃を避けるためである。州法を合憲とするためには、意図の要件が不可欠であるという考え方の起原は、一九二七年の Fairmont Creamery 判決

に見い出される⁽²⁾。合衆国最高裁判所は牛乳の販売における地域的差別を禁止するミネソタの刑罰法規を、独占または競争の破壊の目的を立証することを要求していないことを理由に違憲とした。しかし意図または目的を要求することは原告に立証の困難を負わせることになっている。

(ii) 原価の定義

原価については、第一七〇二六条が定義を設けている。同条による原価は次の通りである。

製造業に適用される「原価」は、原材料のコスト、賃金および生産者の一般経費 (overhead expense) すべてを含む。流通業に適用される「原価」は、物品の仕入コスト (Invoice cost) または当該物品を新たに仕入れる場合に支払わなければならないコスト (replacement cost) のいずれか低い額に販売業者が事業を行うに要する費用 (cost of doing business) を加えたものである。事業を行うに要する費用の証明のない場合には、仕入コストまたは当該物品を新たに仕入れる場合に支払わなければならないコストの六%が、事業を行うに要する費用の一応の証拠 (prima facie proof) となる。

保証サービス協定に適用される「原価」は、部品代、部品の運送費、労賃およびサービス機関の一般経費すべてを含む(この項は一九七七年に追加)。

現金払に対して与えられる値引きは、原価を引下げるために用いられてはならない。

なお第一七〇二九条によれば、「事業を行うに要する費用」および「一般経費」は、労働力に対する報酬(役員および従業員の給与を含む)、地代、借入資本金に対する利子、原価消却、販売コスト、設備の補修、配送費、信用上の損失、すべての種類のライセンス料、税、保険料、宣伝費を無条件に含む。

流通業者について、特定の商品または製品の原価を確定するに際して、競売、破産、店仕舞のための販売、その他取引の通常の経路外の販売で購入した商品または製品の仕入コストは、取引の通常の経路を通じて更めて仕入れられ

た商品または製品の販売時の仕入コストに基づく価格より低い価格を正当化するために使用することは許されない。ただし、当該商品または製品が取引の通常の経路において購入された物品から区別され、競売、破産、店仕舞、その他取引の通常の経路以外の方法で購入した商品として宣伝され、販売されている場合は除かれる。右記の宣伝は、物品が購入された状況および販売されるまたは販売に供される商品の数量を明かにしなければならぬ（第一七〇二七条）。なお、「取引の通常の経路」(ordinary channels of trade)とは、損傷または品質劣化のない商品または製品の権利が人から人に移転する通常の、規則的、かつ日常的な取引を意味する（第一七〇二八条）。

(iii) 原価決定に際しての問題点

原価についての定義規定の存在にもかかわらず、次に述べるような問題が原価に関して存在する。

(i) 原価に関する信頼できる確定した数字がない新製品の場合、生産者原価の計算は事実上不可能である。

新製品の原価が問題となったのは、Tri-Q, Inc. v. Sta-Hi Corp. 事件である。⁽³⁾ 裁判所は以下のように述べている。

「原告は原価の立証をしていない。なぜなら被告の製品は市場の新製品であり、被告は当時正式の原価計算方式を確立していなかった。また被告の計算方法は製品一単位当りのかなり正確な原価を決定するために必要な情報を十分に提供するものではない。被告人の帳簿を調査した当裁判所任命の会計士の言葉によれば、当時被告が有していた記録から製品の原価を被告が正確に決定することは不可能であろう。当裁判所は、被告は一九六〇年—一九六一年の初期の生産から得られた利用可能な数値に基づく原価以上で、善意で新製品の販売価格を決定したと考えられる。」⁽⁴⁾

この裁判所の判決に対し J. Thomas McCarthy は、この裁判所の結論は被告がたとえ損をして販売しても、彼に当時利用可能な不完全な原価に関する数字に基づいて計算された原価以上に被告は価格を設定しようと意図したのだという裁判所の仮定によって説明できると述べ、この裁判所のアプローチを拡大することは危険であると主張する。すなわち彼は、このアプローチを拡大すると被告は常に原価についての不知を主張し、自分は利益や損失を考慮せず

に価格を設定したと主張することができることになる」と述べる。しかし彼は、こうした被告の反論も生産の初期の段階で原価を決定する十分な基礎を有さず、かつこのことが被告の有する記録から立証し得る場合に限定するならば合理性を有するとする。⁽⁵⁾

小売業の場合には、これに対し利益を決定する出発点となる製品の仕入価格が存在する。

(四) 流通業者においては一般管理費の配分に困難な問題が存する。

流通業者の場合、仕入コストおよび当該物品を新たに仕入れる場合に支払わなければならないコストの決定に関しては困難な問題は通常生じない。問題は、事業に要する費用または一般管理費について生じる。最も重要な問題の一つは、複数の種類の商品の原価決定の際の一般管理費の配分の問題である。すなわち、一般管理費は販売されたすべての商品に均等に配分されるべきか、それともある特定の費目はある商品に他の商品よりより多く配分されるべきか否かという問題である。たとえば、ある小売店が通常の販売部門の他に「現金持帰り」部門 (cash and carry) を持っている場合である。前者は顧客に対する多額のサービス費が掛るが、後者はほとんどそれを必要としない。一般管理費は「現金持帰り」部門にいか配分されるべきか。

この問題は、*Dikeou v. Food Dist. Ass'n* (1940) で争われた。⁽⁶⁾ 裁判所は、管理費を二つの部門に均等に配分しない被告の主張を、二つの部門に実際上区別が存在しないこと、それぞれの部門について別々に会計処理がなされていなかったことを理由に認めなかった。要するに被告は「現金持帰り」部門の販売経費が通常の販売部門に比較して低いという主張を維持できなかった。

この配分問題は、不公正取引法第一七〇七三条の解釈論として論じられている。同条は「事業活動に要するすべての費用」は、「原価」を計算するに当って、妥当な数字として推定されたものであると規定している。この規定に關して二つの解釈が可能であるとされている。⁽⁷⁾

その一つは、この条項は一般管理費を販売されたすべての商品に均等に配分すべきであり、これ以外の配分は立法者の意図に反するとする。この解釈によると、例えば一定の期間の一般管理費が100、000ドルで、その期間に200、000個の商品が売れたとすれば、一個当りの一般管理費は50セントである。この50セントを小売業者の仕入価格に加えたものが原価となる。

他の解釈は、この数字は事業を行うに要する費用について推定されたものであり、問題とされている商品の販売コストが他の商品の販売コストよりも低い理由が販売業者により立証されれば覆すことが出来るとする。この見解は販売された商品へのコストの不均等な配分を可能とする。この見解が採用された場合には、一般管理費の配分は合理的法則 (rule of reason) により決定される事実問題として処理されることになる。この見解は、*People v. Kahn* 事件で採用された。⁽⁸⁾

なお、販売業者が仕入価格以下で販売している事実が立証された場合には、一般管理費の確認や配分の問題が生じないことはいうまでもない。

(iii) 目的または意図

カリフォルニア不正取引法は、売主の競争者を害するあるいは競争を破壊する目的を原価以下の販売を違法とする要件として要求している。しかしこの意図を立証することは原告にとってきわめて困難である。この原告の困難を和らげるため、不正取引法は推定規定を設けている。第一七〇七一条は、「この章に基づいて提起されるすべての訴訟において、商品または製品を原価以下でまたは差別的価格で販売または提供する一以上の行為の証明は、当該行為により生じる損害の立証と結合して、競争者を害するまたは競争を破壊する意図あるいは目的を推定する証拠となる。」と規定する。また一九六一年に追加されたいま一つの推定規定、第一七〇七一・五条は、本条は消費者に再販売する小売業者に対してのみ適用されるが、ある一人の消費者に販売する商品の数量を小売業者が制限したという証明

と仕入コストより低いという証明があれば、競争者を害するまたは競争を破壊する意図あるいは目的が推定されるとする。

(3) おとり販売

おとり販売 (Loss leader selling) は原価以下の販売の一変形である。カリフォルニア州の不正取引法は、「当州で事業を営む者は、この章の第一七〇三〇条に定義されている『おとり』として、いかなる物品も販売あるいは使用することは違法である」と規定し、おとり販売を禁止する(第一七〇四四条)。

第一七〇三〇条に定義されている「おとり」とは、物品を原価以下で販売し、かつ、以下のいずれかに該当する場合である。

- (a) 他の商品の購入を勧誘、促進あるいは奨励する目的を有する場合。
- (b) 買手あるいは潜在的買手を誤認あるいはぎまんする傾向ないしは能力をその効果として有する場合。
- (c) 競争者から取引を奪い、または競争者を害する効果を有する場合。

この規定の内容からおとり販売は不当表示としての性格を強く有するものと理解されている。というのは、ある商品^(g)を損をする価格で売るのは他の商品を高い価格で買わせようとするためだからである。

(4) 適用除外

カリフォルニア州の不正取引法の原価以下の販売およびおとり販売の禁止規定は一定の場合に適用除外される。同法第一七〇五〇条は適用除外される場合の次のように規定している。

- (a) 在庫またはその一部を善意で、当該製品の販売を中止するために一掃する場合、またはき損あるいは価値の低下による損害を防ぐために腐敗しやすい商品を善意で販売する場合。ただし一般公衆にその旨が知らされていなければならぬ。
- (b) 商品がき損しているか、品質が低下している場合で、その旨が一般公衆に知らされている場合。

- (c) 裁判所の命令で裁判所職員（執行吏）の行為によりなされている場合。
- (d) 競争者が同種の商品を同一の地域であるいは同一の取引分野で、しかも通常の取引経路で販売している適法な価格に善意で対抗するために行っている場合。
- (e) 競争者が同種のあるいは類似のもしくは比較し得る商品を、同一の地域であるいは同一の取引分野で、しかも通常の販売経路で販売している合法的な価格に対抗するため、自己の生産した製品を販売する生産者が再販売のために卸売業者または小売業者に善意で販売している場合。
- (d)に該当する適用除外、いわゆる「競争に対抗するため」(meeting competition)の価格は、連邦法であるロビンソンパットマン法でも適用除外とされている(第二条(b)項)。前述の通り多くの州法が、カリフォルニア州と同様対抗される価格が「適法」な価格でなければならぬという要件を定めている。この要件は最初の価格引下げ者を出発点とするために要求されたものである。⁽¹⁰⁾したがって、この者以外の者は仕掛けられた競争に対抗して防禦することができ、この場合、対抗される低価格が不正取引法に違反していないという意味で当該低価格が「適法」であるということ(11)を「善意」で信じた場合にのみ、他の者は当該低価格に対抗できるのである。⁽¹¹⁾したがって、公正取引法に反する原価以下の販売に対抗するための原価以下の販売は適用除外とならない。

(5) 訴訟手続

何人もまたすべての事業者団体も、不正取引法に違反する行為の禁止を求め、また損害賠償を請求する訴訟を提起する権利を有する(第一七〇七〇条)。カリフォルニア州も訴訟を提起する権限を有する「何人」に該当する。⁽¹²⁾不正取引法の下で訴訟を提起する原告は、実際の損害額の三倍額の賠償および合理的な弁護士費用を請求することができる(第一七〇八二条)。

原告が一時中止命令(Temporary Restraining Order)または仮処分(Preliminary Injunction)を求め、裁判官が、被告は不正取引法の規定に違反していると判断した場合には、被告に当該行為の禁止を命じなければならない(第一七

〇七八条。また仮処分を求める場合には実際の損害額を証明する必要はない（第一七〇八二条）。

これらの規定は、連邦反トラスト法の規定と同様に、私人による不公正取引法の実現を促進することを明確に意図して定められたものである。⁽²²⁾

- (1) *Plotkin v. Tanner's Vacuums, Northeast Distributors* (1975) 125 Cal. Rptr. 697, 53 C. A. 3d 454.
- (2) *Fairmont Creamery v. Minnesota*, 274 U. S. 1 (1927).
- (3) *Tri-Q, Inc. v. She-Hi Corp.*, 63 Cal. 2d 189, 45 Cal. Rptr. 878 (1965).
- (4) *J. Thomas McCarthy, Whatever Happened to the Small Businessman? The California Unfair Practices Act; 2 University of San Francisco Law Review* 169 (1968), p. 179 以下引用。
- (5) *Id.*
- (6) 107 Colo. 38, 108 P. 2d 599 (1940).
- (7) *J. Thomas McCarthy, supra note 4.*
- (8) 19 Cal. App. 2d 758, 765-66 (1936).
- (9) *J. Thomas McCarthy, supra note 4*, at 177.
- (10) *Id.*, at 193.
- (11) *People v. Pay Less Drug Store*, 25 Cal. 2d 108, 117, 153 P. 2d 914 (1944).
- (12) *People v. Centre-O-Mart*, 34 Cal. 2d 702, 214 P. 2d 378 (1950); *People v. Part*, 102 Cal. App. 2d 653, 228 P. 2d 68 (1951).
- (13) *J. Thomas McCarthy, supra note 4*, at 109.

四、運用の実態——結語に代えて

原価以下の販売およびおとり販売に対するカリフォルニア州による訴訟の提起は近年ほとんどない。その理由は司

法局の人員の不足と同局に割当られる予算が限定されていることによるといわれる。⁽¹⁾

さらに、原価以下の販売の禁止は過去の問題であるともいわれている。すなわち、大企業による中小企業者の市場からの排除は、原価以下の販売規制の州法が制定された一九三〇年代の現象であり、今日ではいわゆる中小企業はすでに市場から排除され、原価以下の販売規制はその規制基盤を失っているといわれている。⁽²⁾

また、たとえ原価以下の販売があったとしても消費者は安売りによる利益を受けており、違反行為を州司法局に持込むことがないとの指摘もある。⁽³⁾

これに対し、今日なお存続している小企業の保護のために原価以下の販売を規制すべきであると主張する者もある。この主張者はその理由を次のように述べている。⁽⁴⁾

「予想される（小企業の）死をなぜ自然かつ公正な競争の結果にまかせないのか。「小企業は死につつある」という理論を受け入れたとしても、赤字価格の競争のような不公正な行為を行うことにより、小企業の背中にナイフを突きつけて死を早めることを許すことを正当化するものではない。」

以上のようにカリフォルニア州では州による訴訟の提起はほとんどなく、不正取引法の実施は今日私人による私訴にゆだねられていることができる。しかし私訴も競争者を害するあるいは競争を破壊する意図または目的の立証、損害額の立証および原価の立証の困難さから、また裁判所が容易に原告の主張を容認しないことから、あまり提起されていないといわれる。

なお、不正取引法には刑事上の罰則規定がある。すなわち禁止規定に違反する者は軽罪（misdemeanor）となり、一〇〇ドル以上一〇〇〇ドル以下の罰金または六ヶ月以下の拘留（imprisonment）または両者が科される。しかし刑事責任の追求はきわめて稀であり、また法の目的を実現する上で全体的には必要でないといわれている。⁽⁵⁾

(1) (2) (3) 著者のカリフォルニア州司法省反トラスト部でのヒヤリングによる。

- (4) J. Thomas McCarthy, *Whatever Happened to the Small Businessman? The California Unfair Practices Act*; 2 *University of San Francisco Law Review* 169 (1968), pp. 168-169.
- (5) *Id.*, at 169.