

## 経済法 第 17 回 10/05

担当 中川晶比兒

## I 不当廉売の規制

## 【関連する規定】

## [1] 定義規定

## [1-1] 独禁法 2 条 9 項 3 号

「三 正当な理由がないのに、商品又は役務をその供給に要する費用を著しく下回る対価で継続して供給することであつて、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」

## [1-2] 独禁法 2 条 9 項 6 号に基づく一般指定 6

「 (不当廉売)

6 法第二条第九項第三号に該当する行為のほか、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。」

## [2] 違反に対する独禁法上の措置

①法定類型は排除措置命令(20条)のほか、課徴金納付命令(20条の4)：

「事業者が、次の各号のいずれかに該当する者であつて、第十九条の規定に違反する行為(第二条第九項第三号に該当するものに限る。)をしたときは、公正取引委員会は、…当該事業者に対し、違反行為期間における、当該違反行為において当該事業者が供給した同号に規定する商品又は役務の政令で定める方法により算定した売上額に百分の三を乗じて得た額に相当する額の課徴金を国庫に納付することを命じなければならない。ただし、当該事業者が当該違反行為に係る行為について第七条の二第一項若しくは第七条の九第一項若しくは第二項の規定による命令、第七条の四第七項若しくは第七条の七第三項の規定による通知若しくは第六十三条第二項の規定による決定を受けたとき、又はこの条の規定による課徴金の額が百万円未満であるときは、その納付を命ずることができない。

- 一 当該違反行為に係る事件についての調査開始日から遡り十年以内に、第二十条の規定による命令(第二条第九項第三号に係るものに限る。次号において同じ。)又はこの条の規定による命令を受けたことがある者(当該命令が確定している場合に限る。次号において同じ。)
- 二 当該違反行為に係る事件についての調査開始日から遡り十年以内に、その完全子会社が第二十条の規定による命令(当該命令の日において当該事業者の完全子会社である場合に限る。)又はこの条の規定による命令(当該命令の日において当該事業者の完全子会社である場合に限る。)を受けたことがある者」

## 【補足 1】18 条の 2 第 1 項

「この章において「違反行為期間」とは、第二十条の二から第二十条の六までに規定する違反行為のうちいずれかの違反行為をした事業者に係る当該違反行為をした日(当該事業者に対し当該違反行為について第四十七条第一項第一号、第三号又は第四号に掲げる処分が最初に行われた日(当該事業者に対し当該処分が行われなかつたときは、当該事業者が当該違反行為について事前通知(…第六十二条第四項において読み替えて準用する第五十条第一項の規定により公正取引委員会が…違反行為をした事業者に対してする通知をいう。…)を受けた日)の十年前の日前であるときは、同日)から当該違反行為がなくなる日までの期間をいう。」……従前は課徴金の算定対象となる期間は 3 年間に固定されていた。

## 【補足 2】18 条の 2 第 2 項

「この章において「調査開始日」とは、第二十条の二から第二十条の五までに規定する違反行為のうちいずれかの違反行為に係る事件について第四十七条第一項第一号、第三号又は第四号に掲げる処分が最初に行われた日（当該処分が行われなかったときは、当該違反行為をした事業者が当該違反行為について事前通知を受けた日）をいう。」……事前通知は第一項で定義

②一般指定に該当する行為については、排除措置命令のみ。

## 【不当廉売の意義と規制根拠】

## [1] 不当廉売は競争排除型の競争制限行為として規制される

[1-1] 「価格による競争は、独占禁止法が維持・促進しようとするものであるから、活発な価格競争の結果として競争者が競争上劣敗することがあったとしても、それは競争の反映とみられる。例えば、事業者が企業努力によりコストを引き下げて競争者より低い対価で販売して顧客を獲得することは通常の競争行動であり、また需給関係が緩和しているときに、これを反映した価格で販売することも競争過程でみられる通常の現象である。」「しかしながら、ゴーイング・コンサーン(継続企業)として正常な価格競争の観点からみて不当に低い対価で商品・役務を供給し、…競争者を排除しようとする行為を放置すれば、本来存続可能な競争単位を消滅させることとなり、競争的な市場構造を維持・促進しようとする独占禁止法の目的と相反することとなる。」「歴史的に、不当な低価格で競争者を駆逐したり新規参入を妨げるなどして市場支配力の形成・維持が図られたり、あるいはカルテル的協調を破った業者に報復的な廉売で打撃を与え協調破りに対する懲戒手段とするなど、安売りを反競争的に利用することが問題となってきた。」「これらはいずれも廉売によって他の事業者の事業活動を困難にすることを通じて反競争効果を生じさせている」。<sup>2</sup>

[1-2] 「本来競争力のある新規のもしくは既存の競争者を排除し、または価格引下げなどの正常な競争的行動に出ることを困難にする目的・効果を有する著しい廉売が行われる場合には、公正競争阻害性を有する廉売として独禁法上規制する必要がある」。<sup>3</sup>

※ 不当廉売は、競争力のある競争者でも価格競争を継続できなくなるような廉売をした後で、行為者が値上げ等の弊害(市場支配力の形成・維持・強化)をもたらす行為。企業結合では、規制対象行為(企業結合)が行われた後に値上げ等の弊害が起こる(競争を実質的に制限することとなる)ゆえに規制されたが、不当廉売も同様。規制対象行為(廉売)が行われた後に、廉売をやめて値上げ等が行われる場合に弊害が発生すると考えられる。従って、事後に値上げ等が可能な市場状況になることを確認する必要がある。<sup>4</sup>

ただし、企業結合と同様に、いったん規制すべき対象行為(不当廉売)が目的を達成してしまうと、競争力のある競争事業者が撤退してしまい、不当廉売を禁止しても競争的な市場を回復できない(遅きに失する)可能性がある。そのため、競争者の競争力が再起不可能な状況に至る前で違法性を判断することが求められる。

## [2] 行為者にとって費用割れでなければ不当廉売ではない

「正当な理由がないのにコストを下回る価格、いいかえれば他の商品の供給による利益その他の資金を投入するのでなければ供給を継続することができないような低価格を設定することによって競争者の顧客を獲得することは、企業努力又は正常な競争過程を反映せず、廉売を行っている事業者(以下「廉売行為者」という。)自らと同等又は

<sup>1</sup> 田中寿編著『不公正な取引方法—新一般指定の解説』52-53 頁(商事法務、1982 年)。

<sup>2</sup> 金井貴嗣ほか編『独占禁止法〔第 6 版〕』302-303 頁(川濱昇)(弘文堂、2018 年)。

<sup>3</sup> 金子晃ほか『新・不公正な取引方法』185 頁(根岸哲)(青林書院新社、1983 年)。

<sup>4</sup> 欧州委員会は、弊害の発生見込み(likely consumer harm)を判断するために、参入障壁、再参入の見込み、廉売による損失が行為者にとって限定的であるかどうか(当該商品を供給する複数市場のうち特定市場ないし特定顧客向けの廉売であれば損失回収が容易である)を見ている。Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, paras. 71-72 [2009] O.J. C45/7.

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り、公正な競争秩序に影響を及ぼすおそれがある場合もある…。」<sup>5</sup>

※ 各事業者がそれぞれ能率競争としての価格競争(自分の費用効率を反映した価格設定による競争)を繰り広げた結果として、非効率な競争事業者の事業活動が困難になっても、それは自由な競争の帰結そのものであって、独禁法は介入しない。すなわち、禁止される廉売が廉売事業者自身の費用を下回る価格設定であることは、事業者による価格競争に安全圏を設定するための最低条件である。なお、費用割れであっても、それが競争者の事業活動を困難にするものでなければ規制されない。

## II 2 条 9 項 3 号の要件

### 【その供給に要する費用を著しく下回る対価】

#### [1] 「供給に要する費用」

[1-1] 「供給に要する費用とは、廉売を行う事業者自らの費用であり、当該商品等の供給に要する全ての費用を意味する。具体的には「総販売原価(仕入原価もしくは製造原価に販売費及び一般管理費を加えたもの)」である。<sup>6</sup>

#### [1-2] 総販売原価を上回る価格は適法(法定類型・一般指定共通のセーフハーバー)

「市場価格を下回る対価で役務等を供給することは、その対価が事業者の効率性によって達成したものであれば、他の事業者の効率向上を刺激するものであって競争を阻害するものではない…ところ、商品又は役務の対価が営業原価に販売費及び一般管理費を加えた総販売原価を上回るときは、事業者の効率性によって達成した対価とみることが出来る…。」<sup>7</sup>「この観点からすれば、一般指定 6 項<sup>7</sup>は、市場価格を下回る対価を規制の対象とし、前段においては、「その供給に要する費用」すなわち総販売原価を著しく下回る対価での継続的供給を原則として不公正な取引とし、後段においては、役務等の供給の対価が総販売価格を下回るが、その程度が著しくない場合又は供給の様相が継続的でない場合でも、公正な競争秩序の維持という観点から不当と認められる対価での役務等の供給を不公正な取引としたものと解するのが相当である。」<sup>8</sup>「たとえ市場価格を下回る対価であっても、「供給に要する費用」を上回る対価で供給している場合には、当該事業者の効率性を反映した対価として経済合理性を有し、効率性向上による競争を促進するものといえるから、このようなものまで一般指定 6 項後段の「不当に…低い対価」に含ませることは同項を設けた趣旨に沿わず、採用することができない。」(ゆうパック事件、東京高判平成 19 年 11 月 28 日)

#### [2] 「供給に要する費用を著しく下回る対価」とは:3 つの可能性

##### [2-1] 廉価供給を続けるために必要な可変費用を回収できない価格(平均可変費用割れ価格)

① 可変費用(variable cost) = 供給数量を増やせばそれにつれて総額が変動する費目(原材料費、燃料費など)

平均可変費用(AVC, average variable cost) = 可変費用の平均値をとったもの(総可変費用 ÷ 総供給数量)<sup>8</sup>

<sup>5</sup> 「不当廉売に関する独占禁止法上の考え方」2(平成 21 年 12 月 18 日)。

<sup>6</sup> 根岸哲編『注釈独占禁止法』393 頁(中川寛子)(有斐閣、2009 年)。

<sup>7</sup> 当時の一般指定 6 は、「正当な理由がないのに商品又は役務をその供給に要する費用を著しく下回る対価で継続して供給し、その他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。」と定義されており、現行の独禁法 2 条 9 項 3 号と一般指定 6 を合わせた規定になっていた。

<sup>8</sup> 可変費用は供給数量増加につれて変化率が変動しうる(二部料金制を使った非線形価格設定の場合)が、平均値は 1 つの値をとるから一定である。

※ 以下の説明の前提として、 $\pi(\text{profit, 利潤}) = \text{収入} - \text{費用} = \{p(\text{価格}) \times q(\text{数量})\} - \text{費用}$   
(ただし、価格  $p$  は取引数量によらず一定とする。)

②  $\pi = (p - AVC)q$  で、 $p < AVC$  ならば利潤はマイナスとなる。

※ このような価格設定は行為者にとって費用回収見込みがなく、当該価格での供給をやめた方が(利潤はゼロ以上となって)まだから、企業行動の合理的説明として、将来値上げすることが見込まれる廉売である。<sup>9</sup>

[2-2] 廉売をやめれば使う必要のない費用(回避可能費用)を投じて、それを下回る収入しか得られない価格(平均回避可能費用割れ価格)

①企業の利潤関数は、もう少し一般的には、

$$\pi = (p - AVC)q - FC \quad \text{と書くことができる。}$$

②固定費用  $FC$  (fixed cost) = 供給数量の増減にかかわらず一定額かかる費目を意味する。設備の購入費用、広告費、研究開発費用など。

③固定費用はサンク・コスト(sunk cost)と回避可能費用(avoidable cost)に分けることができる。サンク・コストとは、固定費用のうち、当該事業から撤退したり、当該行為(廉売)をやめても回収できない部分のこと。例えば航空会社が新たに航空機を1機購入またはリースして札幌・羽田路線を1日2往復増便した場合。<sup>10</sup>増便をやめた場合に、リース契約を適時に解約できればリース料金はかからない。また購入した機体を他の路線(伊丹・羽田間など)に転用するか、他社にサブ・リースできれば、機材費は札幌・羽田路線の供給費用にはならない(増便をやめることによって回避可能である)。従ってこの場合、購入・リース費用はその全てまたは大部分が回避可能費用である(サンクしない)。

④以上のことを盛り込むと、

$$\pi = (p - AVC)q - (\text{回避可能な固定費用} + \text{サンク・コスト})$$

となる。このような定式化をした場合にも、利潤がマイナスとなって費用が回収できない場合

$$\pi = (p - AVC)q - \text{回避可能な固定費用} < 0$$

がある。

$$pq < AVC \times q + \text{回避可能な固定費用} \quad \dots\dots(1)$$

※ 廉売目的で固定費用に投資済みであることを所与の前提として、当該固定費を廉売戦略に使い続けるか、廉売戦略から撤退して当該固定費を他の用途に転用するかのどちらが合理的かを見る。この時点では、廉売戦略を継続しても撤退しても、サンク・コストの回収可能性に影響できない。従って、行為者にとって廉売戦略の継続と撤退のいずれが合理的であるかを判断する際に、サンク・コストは考慮されない。すなわち、回避可能な固定費用を廉売戦略に使い続ける場合と、廉売戦略から撤退して他の用途に転用する場合を比較して、どちらが合理的かを判断する。

※ この場合、廉売戦略から撤退すれば(価格  $p$  を(1)式の水準よりも引き上げれば)不等号が変わるから、利潤がゼロ以上となるように改善できる。従って、(1)のような水準の廉売を継続するときは、企業行動の合理的説明として、将来値上げすることが見込まれる。

<sup>9</sup> ただし、正当な理由において後述するように、値上げすること以外に廉売を継続することの合理的な説明が見つかることもある。将来値上げすることが唯一の合理的な説明となる場合に不当廉売となる。

<sup>10</sup> Gunnar Niels et al., Economics for Competition Lawyers 166-167 (2d ed. 2016)を参考にした例である。

⑤平均回避可能費用(AAC, average avoidable cost) = 回避可能費用の平均値をとったもの(総回避可能費用 ÷ 総廉売供給数量)であり、平均可変費用AVC<sup>11</sup>に、回避可能な固定費用の平均値を合計したもの。

つまり上記(1)式は、

$$pq < AVC \times q + [\text{回避可能な固定費用の平均値}] \times q$$

$$pq < AAC \times q$$

$$p < AAC \quad \text{と書き換えられる。}$$

[2-3] 行為者と同等以上に効率的な新規参入者にとって、参入に必要な固定費用(撤退時にサンクする部分を含む)を含めた総費用の回収が見込めない価格(平均総費用割れ価格または LRAIC 割れ価格)

①固定費用が大きく可変費用が小さな産業(電気通信やエネルギーといったネットワーク産業、知財コンテンツ業など)では、平均可変費用割れの価格設定を行うことがほとんど考えられないため、廉売規制が意味を持たない。その代わりに、新規参入を困難にする廉売を識別する基準として、平均総費用(ATC, average total cost)割れ価格または長期平均増分費用(LRAIC, long-run average incremental cost)割れ価格が提唱されてきた。

②「企業が新規参入するには固定費用を負担しなければならないのに、それが回収できない低価格設定は新規参入を抑制する。また、既存の企業に対しても次期の設備投資を行うインセンティブを喪失せしめる。…この観点から、固定費用をも含んだ総費用を基準にした価格(平均総費用)を下回る価格の場合にも、同等に効率的な事業者に脅威を与える可能性はある。」米国では、このような場合には当事者の意図や固定費の回収期間、市場構造などきわめて多様な要因を勘案しなければならず、そのような複雑な分析は裁判所の能力を超えていると考え、簡明なルールの有効性を強調して例外的事例を無視するという立場がとられている。これに対し欧州では、困難ではあっても、当該行動の特徴や市場の状況、さらに意図などを勘案して、新規参入者等に固定費用を回収できないことを確信させて同等に効率的な企業に脅威を与える場合を識別することが可能であるし、現にそれが重要な事業分野があると考えている。たとえば、コンピュータソフト業界のように比較的短い期間に開発投資を行う必要があり、かつ可変費用が極端に低い産業では、開発投資を回収できない水準の価格を続けることで参入や次期の開発を断念させるという戦略が現実味をもっている。」<sup>12</sup>

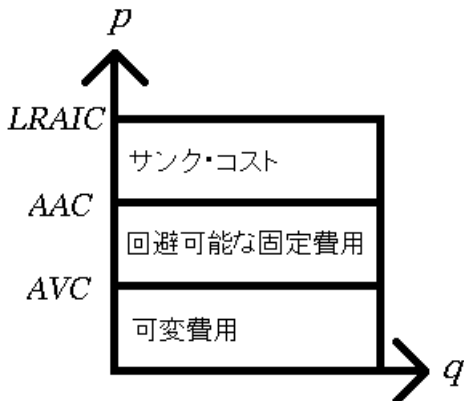
「そのような戦略が現実遂行される可能性が高いのは、問題となる事業者が他部門・他市場にまたがって操業し、特定市場で独占利潤を得ている場合にそれによって内部補助を与えるときである…」。<sup>13</sup>

<sup>11</sup> 可変費用について言えば、「廉売目的の供給をするためにかかる可変費用」＝「廉売をやめればかからない可変費用」である。すなわち可変費用の全てが回避可能費用となる。

<sup>12</sup> 金井貴嗣ほか編『独占禁止法第 6 版』309-310 頁(川濱昇)(弘文堂、2018 年)。

<sup>13</sup> 同上 317 頁。

[3] まとめ



※ 固定費用を全く考慮しない、一部考慮する、全面的に考慮するというバリエーション。人件費は会計において固定費用に入れられる傾向が強いが、固定費用か争いのあるものは、いったん固定費用と分類したうえで、回避可能かどうかを考えればよい。

#### 【回避可能費用に含まれる費用項目】<sup>14</sup>

##### [1] 製造原価または仕入原価

[1-1] 製造原価＝廉売製品の製造に要した費用の合計額（製造業者による廉売の場合）<sup>15</sup>

- ①直接材料費
- ②直接労務費<sup>16</sup>
- ③直接経費
- ④間接経費、間接労務費、間接材料費のうちで、「廉売対象商品の供給と密接な関連性を有する」もの<sup>17</sup>

[1-2] 仕入原価＝廉売製品の仕入れに要した費用の合計額（卸売業者・小売業者による廉売の場合）<sup>18</sup>

- ①仕入価格（名目上の仕入価格に値引き、リベート等を考慮した実質価格）
- ②運送費
- ③検収費

##### [2] 営業費（製造業、卸売・小売業共通）<sup>19</sup>

販売費のうちで、「廉売対象商品の供給と密接な関連性を有する」もの。具体的には、

- ①廉売対象商品の注文の履行に要する倉庫費
- ②廉売対象商品の注文の履行に要する運送費
- ③廉売対象商品の注文の履行に要する掛売販売集金費

<sup>14</sup> 「不当廉売に関する独占禁止法上の考え方」3(1)ア(エ)a(平成 21 年 12 月 18 日)では、回避可能費用のことを、「廉売対象商品を供給しなければ発生しない費用（以下「可変的性質を持つ費用」という。）」と定義している。他方、「密接な関連性を有する費用項目」には固定費用も可変費用も含んでおり、固定費用が含まれることが分かりにくい語法になっている。

<sup>15</sup> 「不当廉売に関する独占禁止法上の考え方」3(1)ア(エ)b(i)(平成 21 年 12 月 18 日)。

<sup>16</sup> これに対して間接労務費や間接経費は、廉売対象商品以外の商品の製造にも使われる労務費・経費のことを意味する。

<sup>17</sup> 「不当廉売に関する独占禁止法上の考え方」改定案等に対する意見の概要とこれに対する考え方」32(平成 21 年 12 月 18 日)。

<sup>18</sup> 「不当廉売に関する独占禁止法上の考え方」3(1)ア(エ)b(ii)(平成 21 年 12 月 18 日)。

<sup>19</sup> 「不当廉売に関する独占禁止法上の考え方」3(1)ア(エ)b(c)(平成 21 年 12 月 18 日)。

## [3] 回避可能な固定費用

廉売をやめれば他の市場や他の用途に転用または転売できる機器やサービスの導入にかかる費用

⇒ 廉売をしなくてもかかる一般管理費(本社組織である人事部や経理部における人件費・交通費・通信費。福利厚生費など)は、回避可能費用に含まれない。

## 【継続して】

「不当廉売に該当するためには、廉売が廉売行為者自らと同等に効率的な事業者の事業の継続等に係る判断に影響を与え得るものである必要がある。したがって、不当廉売となるのは、一般的には、廉売がある程度「継続して」行われる場合である。」「継続して」とは、相当期間にわたって繰り返して廉売を行い、又は廉売を行っている事業者の営業方針等から客観的にそれが予測されることであるが、毎日継続して行われることを必ずしも要しない。例えば、毎週末等の日を定めて行う廉売であっても、需要者の購買状況によっては継続して供給しているとみることができる場合がある。」<sup>20</sup>

## 【他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれ】

## [1] 判断基準

[1-1] 「事業活動を困難にさせるおそれがある」とは、現に事業活動が困難になることは必要なく、諸般の状況からそのような結果が招来される具体的な可能性が認められる場合(注9)を含む趣旨である。このような可能性の有無は、他の事業者の実際の状況のほか、廉売行為者の事業の規模及び態様、廉売対象商品の数量、廉売期間、広告宣伝の状況、廉売対象商品の特性、廉売行為者の意図・目的等を総合的に考慮して、個別具体的に判断される。

(注9) 例えば、有力な事業者が、他の事業者を排除する意図の下に、可変的性質を持つ費用を下回る価格で廉売を行い、その結果、急激に販売数量が増加し、当該市場において販売数量で首位に至るような場合には、個々の事業者の事業活動が現に困難になっているとまでは認められなくとも、「事業活動を困難にさせるおそれがある」に該当する。」<sup>21</sup>

[1-2] 上記基準の追加的な解説<sup>22</sup>

- ①廉売行為者の事業の…「態様」:業態のこと(多角化の程度、多商品を扱うかを考慮する)
- ②廉売対象商品の「数量」:廉売対象商品の「品目数」や「販売単位」(酒類の箱売りなど)も考慮する。
- ③周辺の販売業者の状況:事業規模の大きさ、事業に占める廉売対象商品の販売割合、廉売行為者と周辺の販売業者との販売価格差の程度、他の廉売業者の有無、廉売対象商品の売上高の減少の程度等。
- ④廉売行為者及び競争者の「シェアの推移も、困難化の判断において有益な指標となる…」。<sup>23</sup>
- ⑤「一定の取引分野」の画定に相当するほど厳密ではないため「市場画定」と呼ぶかは別論、…廉売の悪影響の及ぶ競争関係を画定する作業はおこなわれている…。例えば、「商圈」を認定…した事例…(…2km 以内の商圈、…「小山市」等の認定)…。」<sup>24</sup>

<sup>20</sup> 「不当廉売に関する独占禁止法上の考え方」3(1)イ(平成21年12月18日)。

<sup>21</sup> 「不当廉売に関する独占禁止法上の考え方」3(2)イ(平成21年12月18日)。

<sup>22</sup> 本文の①～③については、「酒類の流通における不当廉売、差別対価等への対応について」「ガソリン等の流通における不当廉売、差別対価等への対応について」「家庭用電気製品の流通における不当廉売、差別対価等への対応について」(平成21年12月18日)において、解説されている。

<sup>23</sup> 根岸哲編『注釈独占禁止法』401頁(中川寛子)(有斐閣、2009年)。

<sup>24</sup> 同上401-402頁。

[1-3] 肯定例<sup>25</sup>：

栃木県小山市内においてそれぞれ 3 つの給油所を運営するシンエネコーポレーション(小山市における普通揮発油の販売数量シェアで 29%)と東日本宇佐美(同 12%で 3 位のシェア)が、値下げ競争を繰り広げ、平成 19 年 6 月 28 日から同年 8 月 3 日までの 37 日間、それぞれその仕入価格(運送費を含む。)を最大で 10 円以上下回る価格で販売した。

これにより、シンエネコーポレーション及び東日本宇佐美のシェアは増加し(東日本宇佐美は販売数量で 2 位になった)、ほとんどの競争業者の販売数量シェアは減少した。競争業者のほとんどは 1 給油所のみを運営していた。

[1-4] 否定例: ゆうパック事件(東京高判平成 19 年 11 月 28 日判時 2034 号 34 頁)<sup>26</sup>

「被控訴人の一般小包郵便物(ゆうパック)は、平成 15 年度から平成 18 年 3 月期に至るまで、宅配便業界における市場占有率は第 5 位で、取扱個数も最大 7.8 パーセントを占めるに止まり、被控訴人が控訴人以外の事業者との間で競争阻害的価格を設定しているとは認められない<sup>27</sup>こと、一方、競争関係にあると解される控訴人との対比においても、控訴人の宅急便は、一般小包郵便物(ゆうパック)の新料金体系が導入された平成 16 年 10 月以降も、宅急便の単価を減少させる一方で、売上及び収益を増やしており、控訴人自身もそのような傾向が今後も続くものと予想していること…、控訴人の宅急便は、その平均単価が被控訴人及び他の事業者と比較して高額であるにもかかわらず、平成 15 年度から平成 18 年 3 月期に至るまで、第 1 位の市場占有率(取扱個数)を維持している上、さらにその市場占有率が拡大傾向にあること、また、本件の口頭弁論終結時(郵政民営化法の施行前)において、上記の事情に変化が生じていると認めるに足りる確かな証拠はないこと等の諸事情を勘案すると、被控訴人の新料金体系に基づく一般小包郵便物(ゆうパック)の役務の供給によって、控訴人ひいては他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれが存在すると認めることは困難である。」

## [2] 異業態間の競争

[2-1] 「廉売対象商品が当該業態においてしめる重要性いかにによって」困難にさせるおそれは変わってくる。<sup>28</sup>

[2-2] マルエツ・ハローマート事件(勧告審決昭和 57 年 5 月 28 日審決集 29 巻 13 頁、28 頁)

①食料品スーパーであるマルエツは、競合店であるハローエース上本郷店によって来店客数、売上高等の減少を経験していたため、マルエツ本郷店は、1 リットル紙容器入りの牛乳を 1 本あたり 178 円から 158 円に値下げして販売した。ハローエース上本郷店はこれに先だって、牛乳を 1 本あたり 178 円から 160 円に値下げしていた。

その後、ハローエース上本郷店がこれに対抗してさらに 155 円に引き下げ、それ以降両店舗は対抗的な販売価格の引き下げを繰り返し、昭和 56 年 9 月中旬から 11 月上旬までの廉売期間に、継続して、1 本目は 100 円、2 本目から(販売本数の制限無し)は 150 円の価格で牛乳を販売した。これにより廉売期間における牛乳の販売本数は 2.5-2.6 倍に拡大した。2 店舗による牛乳(2 銘柄)の仕入れ価格は 1 本あたり 155 円～160 円だった。

②公取委は、2 社による廉売が不当廉売に該当するとして排除勧告を行った。その際の理由付け：

「マルエツ及びハローマートのように多種類の商品を取り扱っている有力な小売業者が、右のような著しい廉売を相当期間継続して行うことは、効果的な集客手段となり、牛乳の廉売による直接的な損失があっても、来店客数、店舗全体の売上高の増加によって、全体の利益を図ることのできる販売方法である。」「これに対し、これらの商圏内における牛乳専売店等は、牛乳の通常の仕入価格は 1 本あたり 185 円程度で、その店頭販売価格は 1 本あたり 190 円から 230 円程度(宅配価格は同 225 円から 230 円程度)であるが、前記廉売に対し、これら牛乳専売店等は、小規模

<sup>25</sup> (株)シンエネコーポレーションに対する件、(株) 東日本宇佐美に対する件。いずれも排除措置命令平成 19 年 11 月 27 日。これ以降は全て警告。

<sup>26</sup> 控訴人はヤマト運輸、被控訴人は日本郵政公社である。

<sup>27</sup> ゆうパックの取扱個数は 1.8%拡大したのに対して、3 位企業は 1.8%、4 位企業は 1.3%減少しているから、これら競争者のシェア減少はゆうパックの事業拡大だけでは説明できないとして、競争阻害の効果をもたないとした。

<sup>28</sup> 金井貴嗣ほか編『独占禁止法〔第 6 版〕』315 頁(川濱昇)(弘文堂、2018 年)。



で取扱商品の種類も少ないため通常の企業努力によっては到底対抗することができず、とりわけ牛乳専売店は、牛乳を主体に販売しているところからこの廉売による影響も大きい。したがって、この廉売は、これらの牛乳専売店等を競争上極めて不利な状況に置くものであり、更に本件と同様の牛乳の廉売が他の量販店等にも波及し易いことも相まって、牛乳専売店等の事業活動を困難にするおそれがある。」

### ③評価

「本件では…廉売を行っている事業者同士はそれが売上げに占める比率はごく僅かであり、…事業活動が困難になることはないといえるが、牛乳の専売店にとっては大きな痛手となり、市場からの退出を余儀なくされるかもしれない。専売店を市場から退出させるという目的を当事者は持たなかったかもしれないが、効果としてはかかる事業者が市場からの退出を余儀なくされたなら牛乳の販売市場への影響が深甚なものとなる。従って、公正な競争を阻害するおそれはあるものと考えられている。」<sup>29</sup>

※ 異業態に与える影響の見方。廉売によって需要者が短期的に得るメリットと、廉売によって需要者が長期的に被るデメリット(廉売をしない他業態の供給縮小)を比較衡量してどちらかを選べと言われた場合、業態間の競争は、原価割れでない水準で判定されるべきと言える。原価割れ価格競争に負ける場合と、個々の企業の能率・効率性を反映した価格競争で負ける場合とは異なる。その意味では、異業種への悪影響を持つ廉売は規制されてもやむを得ないということになる。ただし、このような観点から規制される不当廉売は、廉売行為者が事後に値上げ可能であることを検討しない(事業活動が困難になる異業態の事業者が事実上値上げしたのと同じことを弊害とみることになる)から、競争制限行為としては、やや特殊なパターンということになる。課徴金対象行為にはできないであろう。

### 【正当な理由がある場合】

[1] 「生鮮食料品のようにその品質が急速に低下するおそれがあるものや季節商品のようにその販売の最盛期を過ぎたものについて、見切り販売をする必要がある場合は、可変的性質を持つ費用を下回るような低い価格を設定することに「正当な理由」があるものと考えられる。きず物、はんぱ物その他の瑕疵(かし)のある商品について相応の低い価格を設定する場合も同様に考えられる。」<sup>30</sup>

※ 損失最小化としての廉売であり、損失を増やす廉売ではない。このような廉売は、他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれもないだろう。

[2] 新規参入に伴って最低限の顧客を獲得するために行う費用割れ販売

※ 「他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれ」がないから弊害も生じない(公正な競争を阻害するおそれがない)と論じた方が適切。

[3] 「国や地方公共団体の行う廉売のもつ公益目的や公共性」は、「そもそもが独占に向けた目的の下に行われた廉売ではないことを示す場合や、競争促進的目的に還元しうる場合が少なくない。」<sup>31</sup>

※ 不当廉売においては、「正当な理由がないのに」という文言が、公正競争阻害性を示す要件であると説明される。従って、弊害がない場合にも、文言上は「正当な理由がある」という(奇異な)あてはめが行われる傾向:

- (a) 他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがない
- (b) 競争制限的な値上げが起こらない(弊害がない)
- (c) 社会公共目的や法遵守目的ゆえに公正な競争を阻害するおそれがない(抗弁としての正当な理由)

<sup>29</sup> 同上 316 頁(川濱昇)(弘文堂、2018 年)。

<sup>30</sup> 「不当廉売に関する独占禁止法上の考え方」3(3)(平成 21 年 12 月 18 日)。

<sup>31</sup> 根岸哲編『注釈独占禁止法』403-404 頁(中川寛子)(有斐閣、2009 年)。

これらの全てを「正当な理由」要件に詰め込むのではなく、細分化した議論を行うべき。

※ なお、(a)(b)(c)いずれも、費用割れ販売を継続することについて、将来値上げすること以外の合理的な説明がつけられる場合である。

### 【一般指定 6 項】

「法定不当廉売の要件である価格・費用基準及び継続性のいずれか又は両方を満たさない場合、すなわち、廉売行為者が可変的性質を持つ費用以上の価格(総販売原価を下回ることが前提)で供給する場合や、可変的性質を持つ費用を下回る価格で単発的に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、不公正な取引方法第 6 項の規定に該当し、不当廉売として規制される。」<sup>32</sup>

### 【実務上は注意・警告が多い】

[1] 「排除措置命令を行うに足る証拠が得られなかった場合であっても、違反の疑いがあるときは、関係事業者等に対して警告を行い、是正措置を採るよう指導している(注)。「さらに、違反行為の存在を疑うに足る証拠は得られなかったが、違反につながるおそれのある行為がみられた場合には、未然防止を図る観点から注意を行っている。」

「(注) 公正取引委員会は、警告を行う場合にも、公正取引委員会の審査に関する規則(平成 17 年公正取引委員会規則第 5 号)に基づき、事前手続を経ることとしている。」<sup>33</sup>

[2] 「公正取引委員会は、小売業における不当廉売について、迅速に処理を行うとともに、大規模な事業者による不当廉売事案又は繰り返し行われている不当廉売事案であって、周辺の販売業者に対する影響が大きいと考えられるものについて、周辺の販売業者の事業活動への影響等について個別に調査を行い、問題がみられた事案については、法的措置を採るなど厳正に対処している。」

「令和 2 年度においては、酒類、石油製品、家庭用電気製品等の小売業において、不当廉売につながるおそれがあるとして 136 件(酒類 9 件、石油製品 115 件、その他 12 件)の注意を行った。」<sup>34</sup>

第 1 - 2 表 不当廉売事案における注意件数(迅速処理によるもの)の推移

年 度	28	29	30	元	2
不当廉売事案における注意件数 (迅速処理によるもの)	1,155	457	227	235	136

(出典:平成 2 年度年次報告 35 頁)

<sup>32</sup> 「不当廉売に関する独占禁止法上の考え方」4(平成 21 年 12 月 18 日)。

<sup>33</sup> 公正取引委員会「令和 2 年度年次報告」33 頁。

<sup>34</sup> 公正取引委員会「令和 2 年度年次報告」9 頁。迅速処理とは、「申告のあった不当廉売事案に対し可能な限り迅速に処理する(原則 2 か月以内)」という方針に基づいて行う処理をいう。」とされる。同 35 頁