

ビジネスパーソンのための アメリカ・カリフォルニア法実務講座

〈その6〉アメリカにおける商品販売活動をめぐる法律問題 —Antitrust(1)

第68回

下田 範幸*

2 反トラスト法 (Antitrust)

反トラスト法 (日本で言えば、独占禁止法) というとは一般にはあまりなじみのない法律で、アメリカでビジネスを行っている日系企業にとっても直接関係することのない法律と考えられがちではないかと思う。しかし、アメリカで弁護士として日系依頼者のための仕事をしていると、この法律が問題となることは意外に多いのが実態である。日常的なビジネス活動の中で、反トラスト法違反が問題になることはアメリカではよくあることであるから、アメリカの大きな会社の多くは、従業員の日常の業務活動が反トラスト法に違反することのないように、反トラスト法遵守のためのポリシーを作成して、従業員に配布し、この法律の理解を徹底させている。ここ数年日本で流行の、「コンプライアンス」の観点からも、アメリカの反トラスト法を理解して、アメリカにおけるビジネス活動がこの法律に違反することのないように注意することが必要である。ことに、反トラスト法は、ほんの些細なことと思われることが違反行為となってしまうこともあり、何が禁止されているのかを十分に理解をして意識的に気をつけないと遵守が困難な法律分野である。その意味で、常識的な良心に従っていけば法律違反をしないですむ、と言うわけにはいかない分野である。コンプライアンスのためには、反トラスト法の基本的な知識を勉強して身につけ、その知識を意識的に実際のビジネスに生かす必要がある。

反トラスト法も、もちろんアメリカの法律制

度として大変大きな法律分野の一つであり、それを本格的に体系的に解説するというようなことは簡単にはできない。したがって今回は、アメリカにおいて商品販売活動等のビジネス活動に従事するに当たってこれだけ知っていれば重大な誤りを犯すことを避けられると考えられる程度の基本的な知識を説明することを主眼とした。

a. 主要な連邦反トラスト法 (Principal Federal Antitrust Statutes)

他の法律分野と同様に、反トラスト法も、連邦法と州法があるが、州法の内容のほとんどは連邦の反トラスト法に準じた内容になっていると言われており、連邦法を理解して遵守することによって、多くの場合、州法も遵守することになると考えられるので、以下、主要な連邦の反トラスト法に関する説明を行う。まずは、代表的な制定法のポイントを説明する。

A. Sherman Act (シャーマン法)

反トラスト法の基本法として、1890年に制定された法律が、Sherman Act (シャーマン法) である。同法は、取引の自由を不合理に制限する結果となるような、一切の、契約 (contracts)、結合 (combinations) および共謀 (conspiracies) を禁止し、また、単独または他との共同による独占行為 (unilateral or conspiratorial monopolization)、独占を目的とした試み (attempted monopolization) も禁止している。

B. Clayton Act (クレートン法)

上記のシャーマン法を補充する法律として、1914年に Clayton Act (クレートン法) が制定

*しもだのりゆき、日本国及びカリフォルニア州
弁護士、Squire Sanders & Dempsey LLP パート
ナー

された。同法は、売主が、買主に対して、他の競合商品を購入しないことを条件に一定の商品を販売するような、または、ほしい商品を購入する条件として、ほしくないものを購入すること (tying arrangement, のちに詳細に説明する。) を義務付けるような、独占的な取引や販売契約で、その結果として、自由な競争が阻害される結果が発生するような行為を禁止している。また、同法は、自由な競争が重要な程度に阻害されるような結果をもたらす、他社の株式(所有権)の全部または一部の買収や合併 (M&A) も禁止している。このM&Aの制限の部分は、後に、Hart-Scott-Rodino Act (ハート・スコット・ロディノ法) によってさらに補充されており、ハート・スコット・ロディノ法については後に説明をする。そのほか、同法は、価格差別についても基本的な禁止条項を置いているが、その詳細は、以下の Robinson-Patman Act (ロビンソン・パットマン法) によって規定されている。

C. Robinson-Patman Act (ロビンソンパットマン法)

クレイトン法で規定された価格差別を禁止する制度を補充するものとして、より具体的にかつ詳細に、価格差別禁止制度を規定する法律として、1936年に制定されたのが、Robinson-Patman Act (ロビンソン・パットマン法) である。この法律は、直接的には、巨大な店舗をもつ会社の商業活動から、零細な商店を保護することを目的として、一定の価格差別を禁止するものである。私が一緒に仕事をしたことのある反トラスト法専門弁護士が、厳密に言えば、たぶん90%以上の商品の製造、卸売り業者はこの法律に違反しているだろう、といていたのを覚えているが、もっとも違反しやすい反トラスト法といわれている。詳しくは後に説明する。

D. Federal Trade Commission Act (連邦取引委員会法)

Sherman Act を受けて、1914年に、同法の実施のために制定された法律が、Federal Trade Commission Act (連邦取引委員会法) であり、同法は、Sherman Act 違反行為を含めた不当な競争方法によるビジネス活動 (unfair methods of competition) や、偽計を用いた取引手段 (deceptive acts or practices) を禁止し

ている。また、同法は、Federal Trade Commission (連邦取引委員会) に対して、上記のような違反行為を差し止める権限を与えている。

b. 違反行為の結果 (Consequence of Violation)

反トラスト法違反行為に対しては、大変厳しい制裁が課される可能性がある。

まず、Sherman Act 違反行為は、felony (重罪犯罪) に分類されており、会社に対しては、\$ 10 Millionまで、個人に対しては、\$ 350,000まで、罰金が課される可能性がある。また、個人に対しては3年間までの懲役刑も課される可能性がある。さらに、違反行為を行った会社または個人がその違反行為から金銭的利益を得、または被害者が金銭的損失を被った場合には、罰金の金額として、その金銭的利益、または金銭的損失の2倍までの金額を課される可能性がある。

また、Sherman Act または Clayton Act 違反行為に対しては、その違反行為によって、ビジネス上または資産上の被害を被った個人または会社は、違反者に対して、損害賠償請求を行うことができ、その金額は、実際に発生した損害額の3倍まで認められる (treble damage) とともに、弁護士費用の請求も認められる。そのような裁判での原告当事者は、違反行為者の違反行為の差し止め (injunction) も求めることもできる。

Federal Trade Commission Act 違反行為に対しては、Federal Trade Commission が差し止め命令を行うことができることは前述したとおりである。

Robinson Patman Act 違反に対しても、Federal Trade Commission が差し止め命令を行うことができ、その差し止め命令に従わない会社・個人は、一つの違反行為につき1日 \$ 10,000までの罰金を科される可能性がある。同法違反に対しても、被害を受けた競争会社や、商品の買主は民事裁判を起こすことができ、差し止めを請求することもできるし、3倍賠償を求めるとともに弁護士費用の請求を行うこともできる。

c. 反トラスト法違反行為の2つの判断基準 (Two Standards of Antitrust Violation)

Sherman Act は自由な取引活動を阻害する

ような複数当事者間の合意を禁止しているが、複数当事者の契約などの合意は、もともと必然的に、何らかの取引の自由を制限する性格を有する。当たり前のことであるが、特定の相手と一定の権利義務を決める契約を結べば、その契約の対象事項については、他の者との契約をすることはできないという制限が発生する。したがって、Sherman Act も、取引活動を制限するすべての行為を違法とするわけではなく、不合理に自由な取引、自由な競争を制限する行為を禁止するという内容になっている。ただし、取引によっては、合理的かどうかを判断することなく違法であると判断される取引もある。以上から、反トラスト法違反行為があったかどうかを判断する基準としては、以下の2つの基準が判例法によって認められてきた。

A. Per Se Violation (パーセ違反)

一つ目は、Per Se Violation と呼ばれている基準で、この Per Se というのは「それ自体」という意味であり、違法の程度が激しく、一定の行為があれば、その行為の結果、取引の自由や競争を阻害する効果が発生したかどうか、それらが合理的か不合理かなどを判断するまでもなく、違法と判断されるという基準である。「それ自体、争いの余地なく違法」という判断基準であり、その例としては、競争会社間の価格協定 (price fixing) があげられる。

B. Rule of Reason (ルール・オブ・リーズン)

パーセ違反の判断基準の対象とならない行為は、rule of reason と呼ばれる基準によってその違法性が判断される。この基準によると、裁判所は、対象となった取引行為をめぐるすべての事情を考慮に入れて、その取引行為が、自由な取引の競争を阻害する効果を持つのか、自由な取引の競争を増進する効果も持つのか、その取引に合理性があるのかどうかを個別に判断することによって、違法性が決定される。

d. 対象となる契約、アレンジメントの二つのカテゴリー (Two Categories of Agreements/Arrangements)

反トラスト法に違反する行為かどうかを判断する際、対象の取引行為を大きく二つのカテゴリーに分けて考えることができる。一つは、横 (horizontal) の関係、または、並列的な立場に

あるもの、すなわち競争会社間関係であり、もう一つは、縦 (vertical) の関係にあるもの、すなわち、製造業者と卸売り販売会社間、卸売り販売会社と小売業者間関係等、顧客との関係である。

A. 横の関係—競争会社間関係 (Horizontal—Between Competitors)

競争会社間の合意は、自由な競争を阻害する可能性の高いものであることから、前述したパーセ違法判断基準によって判断されることが多い。その具体的な例を以下説明する。

もっとも典型的で、反トラスト法違反行為の中でもっとも悪質なものの一つと考えられているのが、価格協定 (price fixing) である。競争会社間で、販売する商品の価格をいくらにするかを合意してしまうことであり、そのような合意があれば、その合意の理由や、実際の自由競争に対する阻害の程度等を判断するまでもなく、違法性が認められる。具体的な特定の価格に合意する場合だけでなく、価格の上限や下限について合意する場合も含まれる。また合意の結果の金額が客観的に妥当な金額であったとしても違法である。また、気をつけなければならないのは、禁止されるのは直接的な価格についての合意だけではなく、価格に影響を与えるような一切の販売上の条件について合意することも価格協定との一環として、パーセ違法行為と判断される点である。

つぎに、競争会社間の市場分割 (markets allocation) の合意もパーセ違法行為である。市場分割の内容としては、地理的なテリトリーの分割であれ、顧客の割り当てであれ、製品ラインの合意であれ、いずれも、パーセ違法行為となる。

競争会社間で、お互いが製造する製品の数量について合意すること (output restrictions) も、パーセ違法行為となる。

複数当事者によるボイコット (group boycotts or collective refusals to deal) もパーセ違法行為である。前提の知識として、自由取引の社会では原則として、自分の商品を誰に販売するかの決定は自由であるし、誰から商品を購入しようとするかもある自由である。したがって、ある会社から商品を購入してほしいと購入申し込みを受けても、それを拒否することは自由である。ただし、自由な行為として取引を拒否す

ることが許されるのは、その拒否が自社の単独の判断で行われる場合であり、他の会社との合意に基づいて、一定の相手方との取引を拒否する、というような、複数当事者間の合意による特定の相手方との取引の拒否は、反トラスト法違反行為であり、パーセ違法行為と判断されている。

競争会社間の関係で、とくに意識的に注意する必要があることの一つは、一般的な情報交換や、親睦を目的として同業者が集まって組織する協同組合的な団体 (trade association) の活動である。Sherman Act で禁止されている行為は、前述したとおり取引の自由を不合理に制限する結果となるような、一切の契約 (contracts)、結合 (combinations) および共謀 (conspiracies) などであり、それらは明確な契約書がなくても成立する行為である。反トラスト法違反行為は大変日常的な活動によって起こりうる。たとえば、競争会社のセールスの担当者同士が雑談している中で、お互いの競争商品の価格設定の話をし、のちにその雑談に参加した会社が競争商品にはほぼ同様な価格を設定したような場合は、その雑談とその後の行為によって、価格協定が行われたと判断される可能性がある。同業者間の集まりなどでは、そのような「雑談」が行われやすいので注意が必要である。問題になりうるのは直接的な価格の話だけではなく、その他一切の売買条件も含まれる。したがって、同業者間の集まりに参加する場合には、それが正式に組織された団体の活動であれ、より非公式な友達の集まりのようなグループ活動であれ、反トラスト法違反行為が問題になるような、上記で説明した価格協定や、市場分割の話し合いと判断されるようなことは一切話題にするべきでない。

B. 縦の関係—顧客との関係 (Vertical Relationship with Customers)

縦の取引とは、製造業者と卸売り業者間や、卸売業者小売業者間など、競争関係にたない当事者間の取引、主に顧客との関係で見られる関係である。このような取引関係は、競争会社間の取引と異なり、直接的に自由競争を阻害することがない場合が少なくないので、一般的に、その違法性の判断基準は、ルール・オブ・リーズンによって行われる傾向にあるが、取引形態によっては、パーセ違法行為の判断基

準が適用されることもある。

縦の関係で問題となる取引形態をいくつか以下説明する。

まず、再販売価格の合意 (resale price fixing) である。商品の販売者が、買主に対して、転売するときの価格をいくりにするかを指示し、それに従うことを義務付け、それを買主も合意する行為である。縦の関係であるが、横の關係の価格協定と同じく、違法性が強く、原則、パーセ違法行為と考えられている。私の実際の経験として、ある日本の依頼者から、あるアメリカの会社との間で、販売業者契約書 (distributorship agreement) を結びたいのでドラフトをしてほしいと依頼された際に、その契約内容の一つとして、転売するときの最低販売価格を決めて、これ以下では販売しないことを義務付ける条文を記載してほしいと頼まれたことがある。自分の商品は安売りされては困るから、ということであった。ただ、このような義務を契約で合意することは反トラスト法違反であり、そのまま契約書に記載すれば、反トラスト法違反行為の動かぬ証拠になってしまう。もちろん、依頼者にはそれが反トラスト法違反になることを説明して、代替案として、MSRP (manufacturer's suggested retail price) を代わりに採用することを勧めた。これは、製造会社として一定の再販売価格を示唆する制度である。示唆するだけで、それに従うことを義務付けない点がポイントである。依頼者も理解して、私の勧めるとおりの条文を採用した。契約書には明確に、この価格はあくまで示唆であり、購入する側はそれに従う義務はなく、自己の判断で再販売価格を決めることができる、という内容を明示した。

ところで、ここで禁止されるのは、原則として再販売価格を合意することである。合意なしで、販売する側が一方的に示唆する再販売価格を公表し、それを購入した者が従った結果、製造業者側の希望とおりの再販売価格が実行されたような場合は、反トラスト法違反ではない。さらには、購入した側が、製造業者の示唆した再販売価格に従わず、安売りを続けたような場合に、その購入者には今後販売しないことにしたとしても、それは反トラスト法に違反はしないと考えられている。この場合は、当事者に違法な「合意」はなく、双方が自分の判断で一方的行為 (unilateral acts) を行っているだけで

あるから、複数当事者の合意を違法行為の要件とする Sherman Act 違反にはならず、取引の自由の問題として許されるからである。ただし、裁判所はこのような許される一方的行為を狭く解釈する傾向にあり、再販売価格を強制する方向に傾く不当な行為（再販価格の示唆に従わないと契約を解除すると脅したり、一般に distributors に対して支払っている宣伝広告費の補助金などを再販売価格に従わない distributor には支払わない、等）があると、違法行為と判断することが多いので、注意が必要である。

次に、抱き合わせ販売 (tying arrangement) も反トラスト法違反が問題となる行為である。これは、ある商品をほしがっている買主に対して、ほしがっていない他の商品と一緒に購入することを条件に、ほしがっている商品販売する行為である。これは商品だけではなく、サービスについても同じであるし、抱き合わせにするものが商品とサービスであっても同じである。実際に質問を受けたことがあるのは、ある機械を製造販売しているメーカーが、その機械の修理に必要な部品の販売を、修理サービスと抱き合わせにすることが許されるかどうか、ということであった。機械を購入した顧客が、その機械が故障したときに、一般の修理業者に修理のサービスを依頼したところ、その修理に必要な部品が簡単に手に入らないので、メーカーに部品を売ってほしいと言ってきた際に、メーカーとして、修理は自社でする方針になっているから、自社が修理サービスを提供する場合でなければ、部品を販売することはしない、と拒否することができるか、という問題である。この問題に対する答えは実は簡単ではない。まず、抱き合わせ販売はパーセ違法行為ではなく、ルール・オブ・リーズンによってその違法性が判断されると考えられているから、一切の事情を検討して、その行為によって不当な自由競争の阻害が発生しているのか、それともそのような行為が合理的なものなのかを検討しなければならず、具体的な状況次第で結論が変わるからである。ただし、少なくとも、そのような行為は反トラスト法違反である、という主張にも合理性があると言えるので、クレームが出された場合には、困難な争いになり、場合によっては裁判になってしまうこともありうることから、裁判等争いに巻き込まれることは避けたいということを重視するのであれば、やめておいたほうが

よいビジネス行為であることは明らかである。

次に、交換条件つき取引 (reciprocity arrangement) もルール・オブ・リーズンによって判断される行為である。これは、相手の商品を購入する交換条件として自己の商品を購入することを要求することである。ビジネス上協力関係を築くのは一般的に悪いことではなく、このようなアレンジメントもよくあることである。これを双方が自由な判断で実行しているだけなら、反トラスト法違反にはならないといっているが、もし、どちらかが、自分の強力なマーケットパワーを利用して、そのような交換条件を強制したというような事情がある場合は、違法になる可能性があるので注意が必要である。

販売する相手に対して、転売先の地域的テリトリーや顧客について制限を課す、縦の関係でのテリトリーの分割については、パーセ違法行為ではないが、ルール・オブ・リーズンに基づいて反トラスト法が一応問題になる行為である。具体的には、複数の distributors を使うときに、独占的なテリトリーを決めて、たとえば distributor A にはニューヨークを独占的なテリトリーとして任せ、distributor B にはカリフォルニアを任せる、というようなアレンジメントである。これは一般によく行われている取引であり、このような行為は同じブランド内での競争を制限する効果があるが、競争相手である他ブランドとの競争に勝っていくために必要で合理的なアレンジメントだと考えられることから、格別不当な取り決めでもない限り、反トラスト法違反行為とはされない。

縦の関係であっても同時に横の関係にもなる場合 (dual distribution) について説明する。これは売り主が、distributor に対して、仕入先であるとともに、一定のテリトリーや一定の商品に関しては競争相手でもある、という場合のことを意味するが、このような場合は、横の関係で指摘したすべての問題点も常に問題になるものとして、反トラスト法違反行為を行うことのないように気をつけなければならない。

最後に、縦の関係でもっとも大きな問題として、価格差別がある。これは、前述したとおり、Robinson Patman Act が詳細に規制している分野である。価格差別は反トラスト法でもっとも頻繁に問題となる一大分野であるので、次回に独立して取り上げることにする。 IEL

ビジネスパーソンのための アメリカ・カリフォルニア法実務講座

〈その6〉アメリカにおける商品販売活動をめぐる法律問題 —Antitrust(2)

第69回

下田 範幸*

2 反トラスト法 (Antitrust)

e. 価格差別 (Price Discrimination)

A. The Robinson-Patman Act (ロビンソン・パットマン法)

反トラスト法は、消費者の保護を目的として制定されているが、ロビンソン・パットマン法は、それに加えて巨大チェーン店の強力な購買力による市場の支配から、小さな店舗を守ることも目的としている。この法律によって、商品の製造業者や卸売り業者は、原則として競争関係に立つ購買者を平等に扱う義務を負い、同等の商品をある購買者には安く販売して、他の購買者には高く販売する、というような行為は価格差別行為として違法となる。巨大チェーン店がたくさん仕入れてくれるからといって、小さい店舗に販売するときの値段より安く販売することは、この法律の下では原則として違法となるということである。他方、製造業者、卸売業者等、商品を販売する側としては、たくさん買ってくれる購買者に対しては、大幅な値下げをしてでもたくさん買ってもらいたいと思うのが本音であろう。現に、そのような取引は実際のビジネスの現場で頻繁に行われていると想像される。それではそのような行為がすべてロビンソン・パットマン法違反になっているか、と

いうと、後に説明する違法性の要件に該当しない場合も少なくなく、また、これも後に説明するが、いくつかある抗弁 (defense) のどれかが証明されることによって、違法ではないと判断される場合も少なくないだろう。他方、どこから見ても違法と言わざるを得ない行為も相当行われているのではないかと推測される。すべての違法行為が検挙されたり、民事裁判の対象になったりするわけではないことから、自動車のスピード違反のように、違法行為はなされているが、事実上とがめられることなく済んでいるという実態も少なくないと考えられる。ただ、そのような行為も常に当局による検挙や、競争相手や購入者などからの裁判の対象になる危険を抱えているのである。したがって、事実上今まで現実的な問題のないまま来られたからといって、将来もずっと安全というわけではないことに注意しなければならない。

B. 違反の要件 (Elements for Violation)

ロビンソン・パットマン法は、要約すると、競争関係にある複数の購買者に対して、似たグレードと品質の商品 (commodities of like grade and quality) を販売する際に、価格に違いを設けることは、そのような行為によって競争を不合理に阻害する効果が発生するような場合には違法となる、という趣旨を規定している。そのような行為が違法な価格差別となるための要件を以下詳しく説明する。

- (1) 州を越えた販売活動 (Sales in Commerce)

*しもだのりゆき、日本国及びカリフォルニア州弁護士、Squire Sanders & Dempsey LLP パートナー

まず、問題になる複数の販売活動のうち、すくなくとも一つの取引は州を越えたものであること、すなわち、違った州の当事者同士の売買 (sales in commerce) であることが必要である。In commerce という英語からは、州を越えている取引を意味するとは理解しづらいが、そういう意味で使われている言葉であることを理解する必要がある。これは、連邦法の適用において要求されている要件である。したがって、一つの州内だけで完結する販売活動だけを行っている場合には、ロビンソン・パットマン法の違反の問題にはならない。ただ、この州を越えた取引活動かどうかの要件はきわめて形式的な要件と理解されており、どのような取引でも何らかの形で州を越えた取引になっていると考えておいたほうが安全である。また仮に州内だけの取引であることが明らかであっても、どの州でもロビンソン・パットマン法に似た州法が採用されているのが通常であるから、州法違反になる可能性はあるので、一つの州内の活動だけをしている会社であるからといって、ロビンソン・パットマン法の規制が関係ないと考えると危険である。

ところで、この要件における販売活動には、委託販売 (consignment) のために商品を移転することや親会社から子会社への販売等は含まれない。

(2) 似たグレードと品質の物品

(Commodities of Like Grade and Quality)

複数の販売活動で取引された物品が、同じものであるか、違ったものであっても似たグレードと品質のものであることが要件となっている。これは当然の要件で、違ったグレードの違った品質の商品を違った値段で売るのは当たり前で、差別とは言えないからである。

この要件のポイントは、ロビンソン・パットマン法の規制対象は、「物品 (Commodities) の販売」であるという点である。この要件から、サービスの提供の値段に差を設けても、同法違反の問題とはならないことになる。同様に、リース、ライセンス、証券の売買、ローンなども適用外である。ただし、サービスの提供における価格差別を違法とする州法がある可能性は

否定できない。

ちなみに、似たグレードと品質であれば、物品の色や形が違っていても、また、トレードマークが違っていても価格差別の対象の物品とされる可能性がある。顧客のトレードマークをつけて製造する OEM アレンジメントなどの場合であっても、中身的に似たグレードと品質のものであれば、価格差別の対象となる可能性を否定できない。

(3) 同時期の販売 (Contemporaneous Sale)

価格差別が問題視される複数の取引は、同時期に行われる必要がある。同じ商品の販売であっても、たとえば、1年間も間があれば、値段が違っていても価格差別問題にはならない。同時期と言えるためには、合理的な範囲で時間が接近していることが必要であると考えられているが、何が合理的な範囲かは明確な基準があるわけではない。どれほどの時間が離れていれば価格差別にならないかは、問題になる商品によって異なる。たとえば、生鮮食品類などは、同時期性の幅が狭いだろう。ケースバイケースでの判断が必要である。

(4) 異なった金額 (Different Prices)

価格差別となるためのもっとも重要な要件は、値段が違うことであることは言うまでもない。そして、値段が違う、という場合、比べられるのは、形式的な価格だけでなく、実質的な値段である。仮に定価が同じであっても、ディスカウント、リベート、おまけ、輸送代の負担、等名目は何であれ、他の条件に差があり、実質的に同じ商品を購入するためにかかる経済的負担が異なれば、値段の差があることになる。

それでは、代金の支払期間に差を設けることは、価格差別になるか。購買者Aに対しては商品納入から60日以内での支払いを義務付け、購買者Bに対しては、30日以内での支払いを義務付けるような場合である。このような支払い条件における差異は、合理的な理由があれば差別にはならないと考えられている。すなわち、購買者Bにはその経済基盤に不安があり、60日ものクレジットを与えることはできない、という客観的な事情があれば、それは合理的な差異として許される可能性がある。ただし、この判断は合理的で公平な根拠に基づくものであること

が必要である。顧客によって判断基準を変えるようなことがあると、価格差別に当たると判断される可能性がある。

(5) アメリカ国内での使用または転売目的
(For Use or Resale within the United States)

ロビンソン・パットマン法違反の対象となる販売行為になるには、購入した者が、対象商品をアメリカ国内で使用するか転売する目的があったことが必要である。したがって、国外の購入者への販売行為、すなわち輸出は、同法違反の取引にはならない。また、購入はアメリカ国内であるが、購入後ただちに輸出する場合にも、同じく、同法違反の問題にはならないと判断されているが、国内での購入と海外への輸出との間に時間的な間が開くと、この例外には当たらなくなる。

また、この要件の例外として、連邦政府に対する販売は同法規制の対象外となっている。州や市レベルの官庁に対する販売については、転売目的の場合は同法の対象とされているが、官庁が自ら使用する目的で購入する場合は同法の規制対象外とされている。政府が安く買う分には許される、という官庁には都合のよい制度になっているのである。

(6) 競争を阻害する効果 (Effect to Restrain Competition)

最後の要件が、その価格差別の取引の結果、自由競争を相当な程度に阻害する効果 (substantial anti-competitive effect) が発生する可能性があることである。価格差別で問題となる競争に対する阻害には、二つの場合が考えられる。一つは、販売する者自らにとっての競争者の立場にある者との競争に対する阻害である。たとえば、販売する本人が競争者との競争に勝つために、一定の顧客に対してだけ、原価割れしてまで販売したり、一定の地域においてだけ安く売り、他の地域では高い価格を維持するような行為を行ったりする場合に、この阻害があったと認定される可能性がある。もう一つは、販売者から購入する立場の購入者間の競争を阻害する場合である。たとえば、競争関係に立っている複数の購入者に対して、相当程度の価格

の差を設けて、ある程度継続的な期間にわたって販売を続けてきたような場合には、この阻害があったと判断される可能性がある。

C. 抗弁 (Defenses)

以上の6つの要件を備えた販売活動があれば、原則ロビンソン・パットマン法違反行為となるが、他方、法律上以下のような抗弁 (defense) も認められている。以下の抗弁を主張立証できれば、ロビンソン・パットマン法違反行為にはならない。

(1) 競争上競争者の条件に負けない条件を提示する必要があった場合 (Meeting Competition)

具体的な取引の場で、セールス活動の相手方に対して、競争相手がより低い金額での取引を申し込んでいることが判明した場合には、その場の競争に負けないために、競争相手が提示した条件と同等の条件を提示して取引を申し込むことは、その行為がgood faithで行われたのであれば、他の顧客との関係では価格差別にあたることになっても、例外として許されることになっている。これが、Meeting Competition と呼ばれる抗弁である。すっきりした日本語訳が思いつかないので、このまま使うことしよう。Meeting Competition で気をつけなくてはならないのは、競争相手が提示した価格までは下げてもいいが、それよりも低い価格にしてはいけないと言う点である。

ところで、問題は、good faithで行った場合、というのをどう解釈するかである。Good faithというのは、誠意を持って、とか、善意で、とかの意味で使われる英語である。Good faithというのは、明確に定義されているわけではないが、一般に公平で合理的な競争行為だったといえるかどうかで判断されている。問題の取引を全体としてみて、不当なところがないかどうかをケース・バイ・ケースで判断する、ということである。

この抗弁において、行ってはならないことは、Meeting Competition の抗弁に基づいて競争相手の提示した価格と同じ価格を提示するために、競争相手がどのような価格を提示したかを、競

争相手に直接問い合わせてしまうことである。このような行為は、前回説明したパーセ違反行為の価格協定行為と判断される可能性があるため、絶対に避けなければならない。自ら直接でなくとも、代理店を通して問い合わせるような場合でも同じことである。競争相手がどのような価格を提示したかはあくまで顧客からの情報で判断するしかない。この点が後に争いになってしまう場合のことを考えて、どのような方法で誰から競争相手の提示した価格の情報を得たかは、関与した従業員に上司へのレポートを作成させるなどの方法で、具体的に記録しておくことが重要である。

(2) 原価節約に基づく正当化 (Cost Justification)

大量の商品数を安定的に購入してくれるような購入者に対しては、大量に原料を調達できることによってコストダウンを図れるし、製造も効率よく行うことができ、また運送のアレンジメントも効率よくできることになり、さまざまな段階での費用の節約を実現できる場合がある。このような購入条件に基づいて実際のコストの節約ができる場合には、その節約できた分の金額を値引きすることは、許されることになっている。これが、Cost Justification とよばれる抗弁である。気をつけなければいけないのは、これは単なる volume discount ではないということである。もし、単純に、たくさん注文してくれる購入者には安く販売してもよい、ということであれば、ロビンソン・パットマン法の制定目的の一つである、大チェーン店の巨大な購買力から小商店を守ること、が実現できないことになる。Cost Justification を主張するためには、実際に販売をする前に、具体的な購入条件に基づき、具体的なコスト計算を行って、現実的な節約額を計算し、それを書面として記録しておくなければならない。現実的には、日常の販売活動の中でそのような厳密な計算をしながら販売条件を決めていくことはきわめて困難である。そのため、この Cost Justification はいくつか認められている価格差別に対する抗弁の中でもっと主張が困難なものと考えられている。

(3) 事情の変更 (Changing Condition)

価格差別としてロビンソン・パットマン法違反に当たりそうな価格の差が、やむをえない事情の変更によって許される場合があり、それが、Changing Condition の抗弁である。たとえば、生鮮食品の品質上の問題から早急に販売しないとまったく売り物にならないことになってしまう場合とか、会社の経営状態が悪くなり、破産宣告を免れるために早急に商品を販売して資金繰りをつけなければならない状態になった場合とか、実際に破産申請を行ってすべての資産を現金化するために安売りをするような場合などである。

(4) 実質的な機会の平等 (Practical Availability)

最後に、結果的には一部の購入者にだけ低い価格で販売することになったが、他の購入者もその気になれば同じ低い価格で購入する機会を実質的に与えられていたにもかかわらず、あえて、その機会を利用しなかったというような事情が証明できる場合には、違反にはならない。これを、Practical Availability の抗弁と呼ぶ。この抗弁を主張するためには、そのような機会がすべての購入者に明示されていて、かつそれを利用するに当たって不当な障害がなく、実質的に機会が平等に与えられていたという実態があり、それを証明することができなければならない。

D. 購買者側の責任 (Buyer Liability)

価格差別は、販売する側の責任問題になるのが通常であるが、安く購入する購入者側の責任問題にもなりうるので購入する立場に立った場合も注意が必要である。ロビンソン・パットマン法は、価格差別にあたる安い価格であることを知りながら購入をした購入者の行為も禁止の対象としているのである。また、もし、購入者が、上記で説明した、meeting competition の抗弁を利用して、販売者から安い価格を引き出すために、他の競業者からはもっと安い価格での販売を持ちかけられたと虚偽の事実を開示したりすれば、購入者は、虚偽表明 (misrepresentation)、さらには詐欺行為 (fraud) として責任を追求される可能性がある。 (EL)

ビジネスパーソンのための アメリカ・カリフォルニア法実務講座

〈その6〉アメリカにおける商品販売活動をめぐる法律問題 —Antitrust(3)

第70回

下田 範幸*

2 反トラスト法 (Antitrust)

f. 競業会社間の合併・買収 (Mergers and Acquisitions among Competitors)

過去2回にわたり、アメリカにおける商品販売活動をめぐる法律問題の一分野として、反トラスト法の説明をしてきたが、反トラスト法は、日常的な商品販売活動を超えて、競業会社同士が合併したり、一方が他方を買収するような M&A 取引について、その M&A が一定の要件を満たすような比較的大規模なものである場合に、事前の通知を Federal Trade Commission (連邦公正取引委員会—以下 FTC と呼ぶ。) および Department of Justice (法務省—以下 DOJ と呼ぶ。) に対して提出することを義務付けている。そして、その通知を受けて FTC および DOJ が審査を行い、その M&A の結果、当事者会社の市場への影響力 (“Market Power”) の増大によって自由競争の阻害になるような懸念があると判断されるような場合には、異議が出され、計画した M&A が実行できないことになっている。ここで、その制度の概要を説明しておきたい。

A. ハート・スコット・ロディノ合併事前通知 (Hart Scott Rodino Pre-merger Notification)

一定の要件に該当する M&A を行う場合に、FTC と DOJ に対して事前の通知を提出するこ

とを義務付けている法律は Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976 (1976年ハート・スコット・ロディノ反トラスト改善法) という法律である。どのような M&A のときにこの通知を行う必要があるかについての判断は、当事者会社の規模に基づく基準 (“Size-of-Person Test”) と取引の規模に基づく基準 (“Size-of-Transaction Test”) の二つの組み合わせによって行われる。

まず、当事者の規模にかかわらず、取引の規模が、\$226.8 Million を超える場合には、HSR 通知が必要である。取引の規模とは、M&A の対象となる議決権付株式または資産の購入金額である。

つぎに、取引の規模が \$226.8 Million 以下の場合で、\$56.7 Million を超えている場合には、M&A の当事者会社の一方について、そのビジネス上の売上げ金額または総資産額が \$113.4 Million を超えていて、当事者会社の他方のビジネス上の売上げ金額または総資産額が \$11.3 Million を超えている規模の会社である場合には、HSR 通知が必要となる。

以上の基準となる金額は、毎年景気の変動に基づいて年々修正されており、上記の各数字は、2006年2月17日現在で採用された数字である。

原則として、以上の要件を備えている当事者間の M&A 取引を行うことを計画している当事者会社は、その取引内容の詳細を、一定の書式にしたがって記載した通知 (“HSR 通知” と呼ぶ。) を FTC と DOJ 双方に送り、30日間は取引を完成させることなく待機する義務を負う。その30日以内に、FTC または DOJ が、その計

*しもだのりゆき、日本国及びカリフォルニア州弁護士、Squire Sanders & Dempsey LLP パートナー

画されているM&Aが反トラスト法に違反する独占状態を生み出すものかどうかの判断をして、結論を出すことになっているが、問題がありそのようなM&Aの場合は、FTC または DOJ は、30日間の期限を延長したり、追加資料の請求をしてきたりする。30日間の待機期間がたっても、FTC または DOJ がなんらのアクションを起こしてこなかった場合には取引を進めてもよいと判断されたことになる。

B. Horizontal Merger Guidelines (競業者間の合併ガイドライン)

HSR 通知を受け取った FTC および DOJ は、対象となっている M&A が反トラスト法に違反するかを審査することになるが、どのような判断基準に従って審査するか。それは、FTC と DOJ の共同作業によって1992年に作成され、その後改正が重ねられている、“Horizontal Merger Guidelines” (競業者間の合併ガイドライン、以下「合併ガイドライン」と呼ぶ。)に記載されている判断基準にしたがって審査されている。Horizontal というのは水平のとか平面のという意味であるが、以前に、販売活動に関する反トラスト行為の例を挙げた際に説明したとおり、同じレベルの競業者間の関係を意味する言葉である。

合併ガイドラインでは、M&A によって、その当事者が強力な Market Power を手に入れ、市場を支配するようなことのないように、反トラスト法の観点から許されない M&A かどうかを判断する基準を明らかにしている。Market Power とは、独占的な企業が、儲けを維持しつつ、自由な競争市場であれば適当と考えられる値段を超えて、商品の価格を一方向的に上げ、その上げた金額を相当の長期間維持することのできる力のことを意味する。

そのような Market Power をもたらすような M&A かどうかを判断する基準として、合併ガイドラインは、以下の5つの審査基準をあげている。

- ① そのマーケットにおける寡占状況 (concentration) の程度と M&A 前後の寡占状況の変化の程度。
- ② ①で判断された寡占状況を前提に、当該

M&A がマーケットに与える悪影響 (adverse competitive effect) の程度。

- ③ そのマーケットに対して有効な新規参入 (entry) がどの程度可能か。
- ④ 当事者にとってその M&A でなければ得られないメリット (efficiency gains) は何か。
- ⑤ その M&A がなければM&Aの当事者がそのマーケットから撤退 (failure) せざるを得ない状況かどうか。

以上の判断基準のうち、最初に判断されるのは、①の寡占状況の有無と程度、および M&A 前後の寡占状況の変化の程度である。この基準で問題ないと判断されれば、それ以外の基準の判断を考慮に入れるまでもなく反トラスト違反のない M&A と判断され、M&A が許可される。反対に、①の寡占状況の判断において反トラスト法違反の問題がありうると判断されると、その M&A は他の基準に基づいた厳密な審査の対象になる。したがって、①の審査は最初のステップであるとともに最も重要な審査基準だといえる。以下、この①の判断基準について説明する。

C. HH 指標 (Herfindahl-Hirschman Index)

合併ガイドラインにしたがって、最初に行う上記①の寡占状況の検討は、Herfindahl-Hirschman Index (HHI-HH 指標と呼ぶ。)と呼ばれる指標の計算によって行われる。合併ガイドラインによるこの指標は、当該 M&A が行われるマーケットの M&A 前の寡占状況の程度と、その M&A の結果の寡占状況の悪化の程度を指標化して、客観的な判断の材料にしようというものである。

(1) HH 指標の計算方法(How to Calculate HHI)

HH 指標の計算は以下のように行なわれる。

M&A が行われる、定義されたマーケット内の競業者のそれぞれのマーケットシェアを2乗した数字をすべて加算して得た数字が HH 指標である。まずは、M&A 前の HH 指標を算定する。次に、対象の M&A が実行されたと仮定して予測される、競業者のマーケットシェアを同じく2乗した数字をすべて加算することに

よって、M&A 後の HH 指標を算定する。そして、M&A 前後の二つの HH 指標を比較して、その差の程度によって、寡占状況の悪化の程度を判断するのである。

まず、M&A 前であれ後であれ、HH 指標が 1000 以下であれば、そのマーケットは寡占状況の低いマーケットであると判断される。

HH 指標が 1000 以上で 1800 以下であると、寡占状況はある程度高いマーケットと判断される。

そして、HH 指標が 1800 以上であると、寡占状況が激しいマーケットであると判断される。

次に、合併前の HH 指標と合併後の HH 指標を比較して、50 以上ポイントが増えたと、その合併は、そのマーケットの寡占状況を悪化させる合併として慎重な審査対象にされる。

HH 指標の数字が 1800 以上で、かつ、M&A 前後の HH 指標の差が 50 以上ということになると、上記の②以下の判断基準による判断が必要とされることになる。そして、その数字が大きければ大きいほど、反トラスト法違反の疑い濃い M&A であると判断され、より厳しい審査の対象になると考えられる。

具体的な数字例に基づいて、上記の HH 指標の計算を試みよう。ある製品のマーケットに、競業者 (competitors) として、A 社、B 社、C 社、D 社、および E 社の 5 社がいるとしよう。そして、A 社のマーケットシェアが 31%、B 社が 29%、C 社が 20%、D 社が 10%、E 社が 10% としよう。これで合計 100% である。そして、このマーケット内で、A 社と D 社が M&A によって一つの会社になることを計画したとする。以上を前提に、これらの数字を使って計算すると、まず、M&A 前の HH 指標は、2402 となる ($31^2 + 29^2 + 20^2 + 10^2 + 10^2 = 961 + 841 + 400 + 100 + 100 = 2402$)。そして、A 社と D 社が M&A を実行したと仮定した後の HH 指標は 3022 となる ($41^2 + 29^2 + 20^2 + 10^2 = 1681 + 841 + 400 + 100 = 3022$)。

以上の数字から上記の基準に沿って判断すると、この製品マーケットについては合併前の HH 指標が、2402 となっており、寡占状況が激しいとされている 1800 をはるかに越えていることがわかる。したがって、もともとこのマーケットは寡占状況の激しいマーケットとして、

競業者間の M&A に対しては反トラストの観点から厳格な審査対象になることが予想される。さらに、M&A 後の数字を見ると、HH 指標は 3022 ときわめて高い数字になっており、M&A 前の数字との差は、620 となっている。判断基準となっている数字 50 と比較してはるかに大きい数字であるから、寡占状況さらにきわめて激しくなることがわかる。したがって、②以降の判断基準による審査対象とされることが確実である。最終決定は当然上記の②から⑤までの判断基準に基づく判断の結果によるわけであるが、厳しい審査の対象となることが予想される。

(2) マーケットの定義 (How to Define "Market")

上記の HH 指標を計算する前提として、その M&A が行われる「マーケット」の範囲を特定する必要がある。そうでなければその「マーケット」における競業者を決定することも、それぞれのマーケットシェアを確定することもできず、自由競争が阻害される程度を判断することもできないからである。

マーケットを定義するには対象の製品が何であるかの製品マーケット ("Product Market") と、その製品が販売される地理的な範囲としてのマーケット ("Geographical Market") の二つの観点から定義しなければならない。

合併ガイドラインでは、そのいずれについても、"Small but significant and nontransitory increase in price test" (「小さいが、重大な意味のある、一時的でない価格値上げテスト」) と呼ばれている判断基準の適用によってマーケットの範囲が判断されることになっている。そして、通常、製品価格の 5% の値上げがこの "small but significant" の値上げと考えられているので、このテストは、別名 "5% Price Increase Test" (「5% 値上げテスト」) と呼ばれている。

① 製品マーケットの定義 (How to Define "Product Market")

ある製品マーケットを定義するために、まず、特定の製品 A を製品マーケットと仮定的に定義してみる。つぎに、その製品 A を 100% 製造販

売している独占業者がいると仮定し、その独占業者が、その製品Aの価格を、小さいが重要な意味のある程度の金額の値上げ(5%の値上げ)をして、その値上げを継続してみると仮定する。そうした場合には、消費者がどのような対応をとるか。消費者として、その独占業者が5%くらいの値上げをしても、その製品Aを購入し続けるしか選択がない、という場合には、その仮定をした製品A一種類が製品マーケットの対象となる製品であることになる。

他方、もし消費者が、製品Aの5%の値上げに対応して、製品Aの購入をすることをやめ、代わりに似た製品Bのほうを購入する選択をした場合、この製品Bと製品Aは同じ製品マーケットの対象となり、両方を一つのマーケット内の製品と考える必要がでてくることになる。

わかりやすいように、具体例で説明すれば、たとえば、鉛筆の独占製造販売業者がいるとして、その独占製造販売業者が鉛筆の値段を5%上げた場合、消費者が5%の値上げをされてもこの鉛筆を買い続けるしかないであろうと判断される場合、この鉛筆だけで一つの製品マーケットを構成していると判断されることになる。他方、もし、鉛筆が5%値上げになるのであれば、鉛筆を購入することをやめ、代わりに、たとえばシャープペンシルを購入するという対応を消費者がすると判断されれば、シャープペンシルと鉛筆は同じ製品マーケットの対象となると判断されるのである。

以上のような判断を繰り返して、一つの製品マーケットを特定するのである。

② 地理的マーケットの定義 (How to Define "Geographical Market")

つぎに、マーケットの定義のもう一つの側面としての地理的な範囲について検討する。地理的マーケットの定義についても、"Small but significant and nontransitory increase in price test" (「小さいが、重大な意味のある、一時的でない値上げテスト」)、別名 "5% Price Increase Test" (「5%値上げテスト」) によって判断される。

ある地理的マーケットを定義するために、ま

ず、特定の地理的範囲(A州)を一つの地理的マーケットと仮定的に定義してみる。つぎに、その仮定的な地理的マーケットであるA州に対象製品を100%製造販売している独占業者がいると仮定し、その独占業者が、A州内でその製品の価格を、小さいが重要な意味のある程度の金額の値上げ(5%の値上げ)をして、その値上げを継続してみると仮定する。そうした場合には、消費者がどのような対応をとるか。消費者として、その独占業者が5%くらいの値上げをしても、その独占業者から製品を購入し続けるしか選択がない、という場合には、その仮定をした地理的マーケットであるA州という地理的範囲が地理的マーケットということになる。

他方、もし消費者が、製品の5%の値上げに対応して、A州内で製品の購入をする代わりに、隣の州であるB州で製造販売されている似た製品を購入することを選択する場合には、A州とB州とは同じ地理的マーケットを構成していることになるのである。したがって、その場合、A州の業者とB州の業者は競業者となる。

以上のような基準に基づいて、製品マーケットと地理的マーケットを定義し、そのマーケット内の競業者のマーケットシェアの数字に基づいて、HH指標を計算するのである。

終わりに

以上が、競業会社間の合併などを行う場合に反トラスト法の観点から検討すべき事項ということになるが、以上はあくまで、基本的な考え方を説明したに過ぎず、実際にはさらに詳細でかつ幅広い事実関係に基づいて、上記の①から⑤の判断基準に基づいて判断される。したがって、実際にアメリカ内で競業者間の合併を計画するときには、反トラスト法の専門弁護士と厳密で詳細な検討をする必要があることは言うまでもない。そのような検討を行うときに、上記で説明した基本的な制度を理解していれば、反トラスト法の専門弁護士の話がよく理解できるであろう。

今回で反トラスト法に関する説明を終わりにする。次回からは、アメリカにおける物品販売をめぐる法律問題の一つとして、アメリカにおける製造物責任法の解説を開始する。