

水平型企業結合規制における反競争効果分析 (一)

——形式的な要因から理論的な枠組みへ——

目次

はじめに

第一章 市場構造に基づく形式的な要因の限界

第一節 米国法における違法性推定則

1 企業結合の違法性基準

2 一九六〇～一九七〇年代の違法性推定則の形成

3 一九八〇年代以降の違法性推定則の発展

第二節 EU法における支配的地位の認定

1 企業結合の違法性基準

2 支配的地位の形成・強化の意味(以上、本号)

3 単独の支配的地位の認定方法

4 共同の支配的地位の認定方法

第三節 日本法における競争圧力分析

1 企業結合の違法性基準

2 一九五〇～一九六〇年代の正式事例の今日の意義

3 近年の「競争圧力分析」の特徴と問題点

第四節 中国法における考慮要素

1 企業結合の違法性基準

2 法定の考慮要素各々の意味

丁

宇

3 初期事例の問題点と近年の実務への影響
第五節 小 括

第二章 単独効果分析の理論的な枠組みの在り方

第一節 単独効果の発生機序に関する経済理論

1 支配周辺企業モデル

2 クールノー・モデル

3 ベルトラン・モデル

第二節 米国法における単独効果分析

1 単独効果分析の発展過程の概観

2 同質財市場に対応する分析手法

3 差別化財市場に対応する分析手法

4 オークションやイノベーションなどに関する考え方

第三節 EU法における単独効果分析

1 単独効果の法的要件と考慮要因

2 同質財市場に対応する分析手法

3 差別化財市場に対応する分析手法

第四節 日本法における単独効果分析

1 「競争圧力分析」及び「経済分析」の運用

2 近年の事案における「経済分析」の問題点

第五節 中国法における単独効果分析

第六節 小 括

第三章 協調効果分析の理論的な枠組みの在り方

第一節 協調効果の発生機序に関する経済理論

第二節 米国法における協調効果分析

1 協調効果の一般的な分析手法

2 並行的受容行為に関する考え方

第三節 EU法における協調効果分析

第四節 日本法における協調効果分析

第五節 中国法における協調効果分析

第六節 小 括

結 語

はじめに

独占禁止法は反競争効果を伴う企業結合を規制している。⁽¹⁾ 当事会社間の相互関係により企業結合を水平型・垂直型・混合型に分類することができる。そのうち、水平型企業結合とは、同一の関連市場において競争関係にある数社の企業が一社に結びつくことであり、競争に最も直接的な影響を与える類型と考えられる。⁽²⁾ したがって、水平型企業結合による反競争効果を分析することは、各国においても企業結合規制の中核となっている。

水平型企業結合は、補完的な資産を組み合わせることで重複する費用を削減することを通じて当事会社の事業活動の効率性を高めることなど一定の社会的メリットをもたらす場合もあれば、反競争効果を生じさせる場合もある。具体的に言うと、水平型企業結合により、競争者が独立した行動をとるとしても当事会社の市場支配力が形成・維持・強化されるといふ「単独効果」、及び、当事会社と主要な競争者との協調的行動が促進されて市場支配力が形成・維持・強化されるといふ「協調効果」のいずれかないし両方が発生する場合があると考えられる。

上記の反競争効果に対応するために、各国の競争当局は、競争法の運用指針においてさまざまな考慮要因を列挙している。近年の事案では、それらの考慮要因に関する定性的分析に大きく依拠して単独効果または協調効果の有無を検討したことがほとんどであり、また、一部の事案において「経済分析」として計量経済学的分析手法を利用した。⁽³⁾ しかしながら、それらの考慮要因がそれぞれどのような側面で反競争効果の発生機序に対応するのか、計量経済学的分析手法がどのような場合に必要となるのかについて、公表資料では明らかにされていない。結局、定性的分析の結論が不確実性を有するという問題、及び「経済分析」が定性的分析の結論を検証・補完できないという問題は生じうる。それらの問題が存在すれば、過剰規制または過小規制となるおそれがある。

上記の問題をもたらす原因は主に二つある。一つは、反競争効果に関する経済理論が広く受け入れられなかった時代

に行われていた、何らかの曖昧な直感に基づいてもっぱら市場構造に注目して少数の形式的な要因を評価するという、理論的な根拠を欠いた定性的な分析手法が現在にもある程度の影響を残していることである。振り返ってみれば、当時の「直感」は、競争に関連するさまざまな要因の状況を無意識に想定し、競争問題の有無がその他少数の要因の状況に依存すると認識することの特徴とするものである。関連市場の実態が「直感」に一致するものではなく、または定性的証拠だけで要因各々の状況を評価するのが困難な場合、定性的分析の結論は有意な不確実性を有する。

もう一つは、「経済分析」手法の経済学的な意味を考慮せず、定性的分析とは整合的な結論を出して審査結果の信頼性をアピールするために定量的指標を採用してその数値を評価することである。関連市場の実態に適合する経済理論を見定め、経済理論に基づいて考慮すべき要因を洗い出し、それらの要因を評価するのに必要な証拠を説明するという作業が欠如する場合、所用の「経済分析」が定性的分析の結論を検証・補完できないおそれがある。

水平型企業結合規制の発展過程は、形式的な要因の有無だけを重視することが次第に、理論的な枠組みに基づいて反競争効果の発生機序を全面的に考察することに取って代わられる過程と言える。現時点では、各国とも、反競争効果の発生機序に関する経済理論を受け入れているが、法的拘束力を有する先例と新たに導入された枠組みとの整合性があるのか、経済理論を基礎とした法的分析をどのように展開するのかについてさまざまな課題に直面している。また、競争に与える影響が大きい企業結合事案がしばしば複数の法域で規制を受けるため、反競争効果分析に関する国際的収斂を目指すべき、比較法的研究を行う必要があると思われる。したがって、本稿では、形式的な要因の限界を指摘し、各国で共通する理論的な枠組みの在り方を明らかにするために、最初に競争法を制定して数十年前から経済理論を積極的に利用してきた米国法、多くの法域の競争法に重要な影響を与えてきた経済理論に基づく法的要件の適用を重視しているEU法、最も古くから企業結合に対する事前審査を行ってきた日本法、及び、公表事例が増えており競争当局の定型的分析手法が形成されている中国法を対象に、比較法的考察を行う。

本稿の第一章では、各国の初期の事例における分析手法を現在の観点から再検討した上で、形式的な要因の限界及び近年の実務に残している影響を指摘し、理論的な枠組みの基本的な特徴及び各国の法令・先例との整合性を説明する。第二章と第三章では、単独効果と協調効果の発生機序に関する標準的な経済理論として広く受け入れられているモデルを概観し、同一のモデルに基づいて定性的分析と計量経済学的分析とを相互検証・相互補完する観点から各国の近年の事案における問題点を検討する。結語では、本稿の主要な結論をまとめて今後の研究課題を展望する。

- (1) 企業結合の定義は法域により異なっている。米国法において、クレイトン法七条は、株式 (stock or other share capital) または資産 (assets) の取得として企業結合の意味を把握している。EU法において、理事会規則一三九/二〇〇四号三条は、他の事業 (undertaking) に対する直接・間接の支配権の取得または共同出資会社の設立に係る集中 (concentration) を企業結合規制の対象としている。日本法において、独占禁止法第四章は、株式保有 (一〇・一四条、役員兼任 (一三条)、合併 (一五条)、共同新設分割または吸収分割 (一五条の二)、共同株式移転 (一五条の三)、事業の譲受け等 (一六条) というように企業結合の手段を列挙して規制している。中国法において、反壟断法第四章は、事業者が合併すること、株式または資産の取得により他の事業者に対する支配権を取得すること、契約その他の方法を通じて他の事業者に対する支配権を取得したり他の事業者に決定的な影響を与えたりすることという三つのタイプに企業結合の手段を分類しており、また、「事業者」に該当しない事業部門等への買収に介入した事案もある。以上より、米国・EU・日本・中国では、企業結合規制の範囲について細部の差異があるものの、「複数の企業が合併や株式保有など企業組織法上の手段を通じて一社に結びつく」こととして企業結合の意味を理解しては差支えない。
- (2) 本稿において、「企業結合」とはもっぱら水平型企業結合を意味するものとする。他方、垂直型企業結合とは川上または川下市場にある取引先との結合であり、混合型企業結合とは水平型または垂直型のいずれにも該当しない企業結合 (例えば、異業種に属する企業間の結合、地理的市場を異にする企業間の結合など) を指す。

- (3) 日本では、「経済分析」は、「事業者等の行為が市場、競争者、需要者等に与える影響及びその程度を明らかにしたり、事業者等の主張の根拠を示したりするために、経済学等に基づいて理論的又は実証的に実施された分析を指し、質問票の送付等を通じて得られた回答の集計データに基づいたもの含まれる」と定義されている。公正取引委員会「経済分析報告書及び経済分析等に用いるデータ等の提出についての留意事項」第一、二 (令和四年五月三一日) 参照。「経済分析」は、狭義の意味では数値データに基づく定量的分析を指すが、広義の意味では、ビジネスモデルへの理解、特に考慮すべき要因の洗い出し、反競争効果の発生機序の仮定などに関する定性的分析も含まれると考えられる。深町正徳編著「企業結合ガイドライン (第二版)」四〇一―四〇二頁 (商事法務、二〇二二) 参照。ただし、過去の事案からすれば、日本及び中国の競争当局はもっぱら計量経済学的な分析手法を「経済分析」としているように見える。日本の競争当局は二〇〇九年の共英製鋼/東京鐵鋼事件において初めて「経

「分析」という表現を用いた。公正取引委員会「平成二一一年度における主要な企業結合事例」事例四、二二一、二四頁参照。令和元(二〇一九)年度以降の企業結合事例集の目次では、「経済分析」が行われた事例に丸印が付いている。中国の競争当局は二〇一四年の「Thermo Fisher/Life 事件」において初めて「経済学的方法」が用いられたことを明示した。商務部公告二〇一四年第三号参照。それらの「経済分析」はほとんど計量経済学的方法である。

第一章 市場構造に基づく形式的な要因の限界

競争問題の有無を判断するために、各国の競争当局及び裁判所は初期の重要事例において、市場構造を反映する少数の要因に大きく依拠していた。米国では、一九六〇～一九七〇年代の最高裁判例は、市場シェア・市場集中度に基づく違法性推定則を確立した。EUでは、一九八九年の旧理事会規則に基づいた事例は、市場シェアなどを踏まえて単独または共同の支配的地位の有無を判断することに分析の焦点を当てた。日本では、一九五〇～一九六〇年代の正式事例は、当事会社の市場シェアと競争者等からの競争圧力との比較衡量を必要とした。中国では、市場シェア及び市場集中度が法定の考慮要素となっており、そして、二〇〇八～二〇一一年の間のいくつかの重要事例の中で、非競争的な市場構造を示唆する特定の事実を決定的な証拠としたことが見られる。

多くの場合には、市場シェア・市場集中度が高いことなどの事実を踏まえて競争問題の有無を判断することが可能である。しかし、それらの事実をチェックポイントと見なして個別に評価するという初期の分析手法は、何らかの曖昧な直感に適合するかもしれないが、あくまで形式的なものであり、反競争効果の発生機序を明らかにするものではない。このような分析手法は、現在にも各国の実務に大きな影響を残しており、特に日本及び中国当局の定性的分析に不確実性をもたらしている。本章では、各国の水平型企業結合規制の初期の重要事例を再検討した上で、形式的な要因の限界と理論的な枠組みの特徴を明らかにする。

第一節 米国法における違法性推定則

1 企業結合の違法性基準

米国において、企業結合は最初にシャーマン法一・二条により規制されていた。一八九〇年に制定されたシャーマン法では、一条が「各州間のまたは外国との取引または通商 (Trade or commerce) を制限するいかなる契約、トラストその他の形態による結合または共謀」を禁止し、二条が「各州間のまたは外国との取引または通商のいかなる部分を独占し、独占を企図し、または独占する目的をもって他者と結合・共謀する」ことを禁止する⁽⁴⁾。しかし、当時の州際通商の捉え方に従えば、もっぱら製造業 (manufacturing) に従事する企業間の結合が「各州間のまたは外国との取引または通商」を制限・独占するものになれるのかについては争う余地があった⁽⁵⁾。

シャーマン法の限界を補うために、一九一四年にはクレイトン法が制定された。原始クレイトン法七条は、ある会社 (corporation) が商業に従事するその他の会社の株式を取得することを通じて、両社間の競争を実質的に減殺し、何らかの地域における商業を制限し、または何らかの商業分野において独占を形成することを禁止していた⁽⁶⁾。その後、一九五〇年に制定された Celler-Kerfauver Act はクレイトン法七条の違法性基準を「いかなる商業分野について、国のいかなる地域において (in any line of commerce in any section of the country) 競争を実質的に減殺し、または独占を形成するおそれがある (may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly)」と改正した⁽⁷⁾。一九五〇年の法改正により、当事会社間の競争減殺という企業結合の当然の結果を理由にして市場全体の競争に無害な事案にも介入するという可能性が避けられ、また、資産の取得に対する規制が可能となった。さらに、一九八〇年に制定された Antitrust Procedural Improvements Act により、企業結合規制を受ける主体の範囲が「会社」からあらゆる「者 (person)」まで拡大され、また、「商業に影響を及ぼすいかなる活動」に従事する企業への買収に介入することが可能

となった。⁽⁸⁾ 上記の法改正により、シャーマン法を適用する余地はほとんどなくなった。

2 一九六〇～一九七〇年代の違法性推定則の形成

米国では、司法省 (Department of Justice, DOJ) と連邦取引委員会 (Federal Trade Commission, FTC) は競争当局として企業結合審査を担当している。また、企業結合案を裁判所に提訴することもしばしばある。⁽⁹⁾ クレイトン法七条では企業結合の違法性基準を「競争を実質的に減殺し、または独占を形成するおそれがある」と規定しているが、その具体的な運用は裁判所及び競争当局の解釈に委ねられる。一九六〇～一九七〇年代の一連の判例を通じて、米国最高裁は市場シェア及び市場集中度に基づく違法性推定則を確立した。それらの判例のうち、一九六二年の Brown Shoe 判決と一九六三年の PNB 判決は違法性の推定を行う際の考え方を示したものとして、一九七四年の General Dynamics 判決は違法性の推定を反証する際の考え方を示したものとして、現在でも特に重視されている。⁽¹⁰⁾

(1) Brown Shoe 判決

Brown Shoe 判決は、一九五〇年クレイトン法改正以降に米国最高裁が対処した最初の重要事案である。最高裁の説明によれば、一九五〇年の法改正では、「経済力の集中化」に対する懸念が主導的な地位にあり、また、「産業に対する地元での制御 ("local control" over industry)」及び「中小企業に対する保護」が考慮に入れられた。立法者は、もっぱら経済の意味で「経済力の集中化」をとらえるのみならず、「その他の価値への脅威」も懸念したと考えられた。⁽¹¹⁾ このような背景を踏まえて、最高裁は、市場シェアが市場支配力を評価するための主要な指標であり、関連市場の「構造・歴史・ありそうな未来」の観点から企業結合を機能的 (functionally) に検討しなければならないと述べた。⁽¹²⁾

上記の見解に基づき、最高裁はまず、当事会社が一一八地域において三種類の関連商品のいずれかについて五%以上の合計市場シェアを保有し、そのうち四七地域において三種類の関連商品についても五%以上の合計市場シェアを保有

することを懸念した。断片化 (fragmented) した産業において市場シェアの実質的な割合を占めることが競争に重要な影響を及ぼしうると考えられた。その理由として、最高裁は下記のように述べた。企業結合により市場シェアの5%以上を保有することを今回容認すれば、今後の同程度の結合も容認せざるを得ず、市場の寡占化がいつそう進むこととなる。また、当事会社がある地域において比較的低い市場シェアしか持たないとしても、それだけの市場シェアが全国規模の大手チェーン企業に保有されるという事実は競争への悪影響を意味する。なお、関連商品の生産事業と販売事業を統合させた結果、当事会社は競争者よりも低い価格を提供することができるようになった。「反トラスト法が保護すべきなのは競争そのものであり、競争者ではない」とはいえ、存続可能な中小企業への保護を通じて競争を促進するという立法者の意図を無視してはいけない。¹³⁾

さらに、最高裁は、企業結合による可能な影響を評価する際に考慮すべきその他の要因も、本件結合が競争を実質的に減殺しうるという判断を支持すると説明した。最高裁によると、過去の買収実績からすれば、関連市場では集中化の傾向が存在していた。¹⁴⁾特に一〇〇以上の地域において一回の企業結合により集中化の傾向が加速する場合、このような傾向を止める必要があると考えられた。¹⁵⁾

本件判決では、市場構造に基づいて企業結合の違法性を推定するための第一歩を踏み出した。しかし、最高裁は市場シェアの明確な閾値を設定せず、代わりに、関連市場における買収し合う状況に注目し、かつ、企業結合による効率性の向上に伴う価格の低下を「競争者への抑圧」として消極的に評価した上で、多数の企業が存在していずれも低い市場シェアだけを保有するという「断片化した」市場構造を確保するために、特定の企業結合事案を契機にして市場全体の集中化の傾向を抑制することとした。¹⁶⁾結局、当事会社の効率性の向上による競争者への抑圧が本当に競争を害するものなのかについては、議論の余地がある。¹⁷⁾

(2) P N B 判決

一年後の P N B 判決において、最高裁は、経済力の集中化に対する立法者の懸念が市場構造・市場行動・可能な反競争効果に関する詳細な証明を特定の場合に不要なものにする⁽¹⁸⁾と説明した。不当な市場シェアを保有する企業を生み出して市場集中度を有意に増加させる企業結合は、反競争効果が発生し得ないことを明白に証明する証拠がない限り、競争を実質的に減殺する可能性が高いものとして禁止されるべきと考えられた。このテストは、企業結合がその規模だけからしても懸念に値する場合に違法性の立証負担を軽減し、かつ経済理論に一致すると考えられた。最高裁は、「多数の企業が存在していずれも有意な市場シェアを保有しない場合に競争が最も活発となる可能性が高い」ことが、経済学者の間の常識であり、そして間違いなく企業結合規制に関する法令を制定する際の前提でもあると述べた⁽¹⁸⁾。

上記のテストに従い、最高裁は、当事会社の合計市場シェアが三〇%を上回り、かつ関連市場の上位二社集中度(上位二社の市場シェアの総和)が三三%増加したことに鑑み、本件結合を違法なものと判断した。その理由として、「我々は、不当な集中という脅威になる市場シェアの下限値を設定するつもりがないものの、三〇%がそのような脅威を示唆すると確信する……市場集中度の三三%以上の増加を有意なものと認定しなければならぬ」と述べた⁽¹⁹⁾。

本件判決では、判例法理として市場シェア・市場集中度に基づく反証可能な違法性推定則を確立した。しかし、最高裁の説明を振り返ってみると、当時の違法性推定則は、市場シェア・市場集中度と反競争効果との因果関係を明らかにする経済理論を基礎としたものではなく、断片化した市場構造を確保すべきという曖昧な直感に従ったものに過ぎないことが分かる⁽²⁰⁾。他方、一九四五年の Alcoa 判決及び一九八四年の Jefferson Parish 判決⁽²¹⁾というシャーマン法の著名判決では三〇%程度の市場シェアが独占問題をもたらすのに不十分であるとした。故に、違法性の推定を行うための市場シェアと市場集中度の閾値、及び違法性の推定を反証する方法については、不明確なところがある。

(3) General Dynamics 判決

一九六〇年代の頃、最高裁は、一九六六年の Von's Grocery 判決など一部の事案において Brown Shoe 判決と類似したように過去の買収状況から見える集中化の傾向を止めて将来の競争問題を防止するために五〇程度の市場シェアを懸念したこともあれば、一九六四年の Continental Can 判決など一部の事案において PNB 判決と類似したように当事会社二社間の結合による市場シェア・市場集中度の増加を阻止して現在の競争問題を解決するために三〇%程度の市場シェアを懸念したこともある。⁽²³⁾ いずれにせよ、断片化した市場構造を確保しようとした一方で、反競争効果の発生機序に関する具体的な考察を不要とした。その結果、違法性の推定を反証することは非常に困難であった。⁽²⁴⁾

このような状況の下で、一九七四年の General Dynamics 判決は、違法性の推定を反証する際の考え方を示した。本件判決において、最高裁はまず、当事会社の合計市場シェアが有意な水準に達したこと、及び一九五七〜一九六七年の間に競争者の数が有意に減少して上位二社・四社・一〇社集中度が著しく増加したことを踏まえて、本件結合をクレイトン法七条に「一応」違反したものの (prima facie case) として推定した。⁽²⁵⁾ 次に、関連市場となった石炭市場の「構造・歴史・ありそうな未来」を検討した上で、当事会社の石炭保有量のうちまだ長期的な全量購入契約により売却されていない部分がわずかであり、一部の鉱山が枯渇しており、鉱山の買収などを通じて自社の石炭保有量を増加させる能力を有しないという事実に基づき、過去の供給量で算出された市場シェア・市場集中度の数値が当事会社の競争力を過大評価したものであり、本件結合が違法とならないと判断した。⁽²⁶⁾

3 一九八〇年代以降の違法性推定則の発展

一九八〇年代に入り、企業結合に関する最高裁判決が激減し、競争当局のガイドラインと下級裁判所の判決が重要な役割を果たすようになった。⁽²⁷⁾ それらのガイドラインと判決により、クレイトン法七条に基づく法執行の目的が転換され

るとともに、違法性の推定を行うための市場構造基準が明確に設定され、そして、違法性の推定の反証要因と競争当局及び当事会社それぞれの立証責任が明らかになった。

(1) 法執行の目的の転換

一九六八年にDOJが制定した最初の合併ガイドラインにおいては、クレイトン法七条の法執行の主な目的が「競争促進的な市場構造の保護・促進」にあると説明した。ここでいう「市場構造」とは、競争者の数、市場シェアの配分状況、参入障壁の有無など、市場の状況におけるかなり永続的または非常に緩やかに変化するものを指す。⁽²⁸⁾

一九八二年、DOJは新しい合併ガイドラインを公表し、「市場支配力 (Market Power) を形成・強化させ、またはその行使を容易にする企業結合を容認してはならない」ことを当該ガイドラインの統一したテーマとした。市場支配力とは、一社ないし数社の企業が有意な期間内に取引条件を競争水準から悪化させることを通じて利益を獲得する能力を指す。⁽²⁹⁾二〇一〇年に制定された現行の水平合併ガイドラインではさらに、市場支配力を「強固化 (entrench) することへの防止を統一したテーマに追加している。⁽³⁰⁾ 現在では、市場支配力を評価する際に市場構造が決定的な証拠にならず、さまざまな要因を踏まえて競争の実態を全面的に分析することが要求されている。

(2) 市場構造基準の調整

一九六八年合併ガイドラインでは、「競争促進的な市場構造の保護・促進」という目的を実現するために厳しい市場構造基準を設けた。まず、上位四社集中度が七五%を上回るかにより異なる市場シェア閾値を設定し、市場シェアの四〜二五%以上を保有する企業が一〜五%以上を保有する企業を買収する事案を懸念する。また、企業結合の五〜一〇年前のある基準年から当該結合の時点までの間に上位二〜八社集中度が七%以上増加した場合、集中化の傾向が存在すると判断し、上位二〜八社に該当する企業が市場シェアの二%以上を保有する企業を買収する事案に介入する。⁽³¹⁾ 前者の基準はPNB判決の趣旨と類似し、後者の基準はBrown Shoe判決の趣旨と類似した。

一九八二年合併ガイドラインでは、上位数社間の市場シェアの配分と上位数社以外の競争者の状況を同時に反映する点で、HHI (Herfindahl-Hirschman Index、関連市場における各企業の市場シェアの二乗の総和) が市場集中度の指標として上位数社集中度よりも望ましいと説明し、そして、企業の規模のばらつきに関するDOJの実証研究に基づき、一九六八年合併ガイドラインにおける前者の市場構造基準を少し調整してHHIに換算したように見える形で新たなHHI基準を設定した⁽³²⁾。他方、当該ガイドラインにおける「首位企業のただし書 (leading firm proviso)」に従えば、所定のHHI基準が満たされない場合であっても、DOJは、単独の市場支配力の形成・強化を防止するために、「市場シェアの三五%以上を保有し、関連市場の第一位にあり、かつ第二位の約二倍の規模を有する」企業と「市場シェアの1%以上を保有する」企業との結合に介入する可能性が高いとしていた⁽³³⁾。

その後、DOJとFTCは共同して公表した一九九二年水平合併ガイドラインにおいて首位企業のただし書を削除した⁽³⁴⁾。さらに、現行の二〇一〇年水平合併ガイドラインでは両当局の経験に基づいてHHI基準を修正した。HHIが一五〇〇未満であり、またはその増分が一〇〇未満の場合に、反競争効果の可能性が低いと考えられる。HHIが一五〇〇〜二五〇〇の間にありその増分が一〇〇を上回る場合、または、HHIが二五〇〇を上回ってその増分が一〇〇〜二〇〇の間にある場合に、反競争効果の有無に関するさらなる分析が求められる。HHIが二五〇〇を超え、かつその増分が二〇〇を上回る場合に、市場支配力の強化が推定されることとなる⁽³⁵⁾。

上記の市場構造基準は、競争当局が企業結合に介入する可能性に関する一応の目安に過ぎない。一九八六年のPPG判決で述べたように、競争当局のガイドラインはHHIの利用について有益な説明を提供しているものの、裁判所に対する法的拘束力を有しない⁽³⁶⁾。ただし、PPG判決以降の多数の下級裁判所判決では、ガイドラインにおけるHHI基準を重要な参考として引用した⁽³⁷⁾。

(3) 反証要因の追加と立証責任の分配

一九六八年合併ガイドラインでは、企業結合の違法性を否定する要因として「破綻企業の抗弁」⁽³⁸⁾だけを示した。一九八二年合併ガイドラインでは、新規参入の容易性を踏まえて企業結合を容認する可能性を示し、また、企業結合による効率性の向上を抗弁の事由としていた。⁽³⁹⁾一九九二年水平合併ガイドラインでは、市場集中度に基づくセーフハーバー、反競争効果の存在を示唆する諸要因、新規参入、効率性、破綻企業の抗弁からなる五段階の分析枠組みを設けた。⁽⁴⁰⁾現行の二〇一〇年水平合併ガイドラインでは、買い手交渉力という反証要因を追加し、分析枠組みを六段階のものとしている。⁽⁴¹⁾

違法性の推定を反証するための作業が複雑になったため、高度な専門知識を持つ競争当局のほうが主要な立証責任を負うべきと考えられた。一九八一年のKaiser Aluminum Chemical判決では、違法性の推定がなされた時点で「証拠提出責任 (burden of going forward with the evidence)」が当事会社に移転されるものの、最終的な「説得責任 (burden of persuasion)」がいつも競争当局にあるとした。⁽⁴²⁾この方針は一九九〇年のBaker Hughes判決により明確化された。違法性の推定がなされると、証拠提出責任は当事会社に移転される。違法性の推定の説得力が高いほど、それを反証するために多くの証拠を提出しなければならない。ただし、証拠提出責任と説得責任とが区別されている以上、当事会社は、反競争効果を明白に否定する証拠を提供する必要がなく、市場シェア・市場集中度の数値だけで当該結合の違法性を認定しては妥当ではないことを示唆する証拠を提供すれば十分である。当事会社による反証が認められたら、さらなる証拠を提出する責任が競争当局に移転されて最終的な説得責任と合併する。⁽⁴³⁾なお、二〇〇四年のOracle判決で説明されたように、違法性の推定が成立しないならば、反競争効果の可能性を立証することが依然として可能であるものの、その際には全ての立証責任が競争当局にある。⁽⁴⁴⁾

第二節 EU法における支配的地位の認定

1 企業結合の違法性基準

EUにおいて、企業結合は最初に一九五七年の欧州経済共同体設立条約八五・八六条（現行の欧州連合機能条約一〇一・一〇二条）により規制されていた。⁽⁴⁵⁾しかし、これらの条文は競争制限的な協定または市場支配的地位の濫用を規制対象とするものであり、もっぱら企業結合を規制するものではない。その結果、当事会社間の協定が存在しない一方的買収、市場支配的地位を有しない企業による買収、当事会社のいずれかまたは両方が消滅する結果となる合併契約などを規制することができるとは不明確であった。また、これらの条文に依拠して企業結合を規制する場合、事後的な介入しなくてはならず、そして違法な契約の無効により第三者との権利関係が不明確になるおそれがあった。⁽⁴⁶⁾

企業結合のあらゆるタイプを効果的に規制するための唯一有効な法的規則として、一九八九年には理事会規則四〇六四／八九号（旧理事会規則）が制定された。旧理事会規則二条では、「支配的地位を形成または強化させ、その結果として共同体市場またはその実質的な部分において有効な競争が著しく阻害されることとなる（creates or strengthens a dominant position as a result of which effective competition would be significantly impeded in the common market or in a substantial part of it）場合に、企業結合が共同体市場と両立しない」と規定した。⁽⁴⁷⁾ そうだとすれば、支配的地位の形成または強化が発生しない限り、企業結合は違法なものとならない。

その後、二〇〇四年に制定された現行の理事会規則一三九／二〇〇四号（新理事会規則）は旧理事会規則に取って代わった。新理事会規則の規定によると、寡占企業間の協調的行動の蓋然性が存在しない場合であっても、企業結合は、当事会社間の「競争上重要な制約の除去」及びその他の競争者に対する「競争圧力の減少」により、有効な競争の著しい阻害をもたらさう。故に、有効な競争の著しい阻害は支配の概念を超え、支配的地位を有しない企業による単独効

果のみに (only if) 拡張すると考えられる。しかしながら、支配的地位の形成・強化により有効な競争の著しい阻害が発生することがしばしばあり、旧理事會規則に依拠した先例から導き出されたガイドランスを維持して過去の違法性基準との一貫性を確保することが重要であるとも考えられる。⁽⁴⁸⁾ このような背景の下で、新理事會規則二条では企業結合の違法性基準を「特に支配的地位の形成または強化の結果として、共同体市場またはその実質的な部分において有効な競争が著しく阻害されることとなる (would significantly impede effective competition, in the common market or in a substantial part thereof in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position)」と改正した。⁽⁴⁹⁾ 現在では、単独の支配的地位が存在しない場合であっても単独効果を認定することがありうる一方で、協調効果を認定する際に共同の支配的地位の存在を立証することが依然として必要となっている。

2 支配的地位の形成・強化の意味

EUでは、欧州委員会 (European Commission) は共同体規模に該当する企業結合を審査する。欧州委員会の決定に不服がある場合には、訴訟を提起することができる。⁽⁵⁰⁾ 理事會規則二条では有効な競争の著しい阻害をもたらしうる企業結合を違法なものとしており、支配的地位の形成・強化を特に重視しているが、支配的地位の定義、及び有効な競争の著しい阻害との関係については、裁判所及び競争当局の解釈に委ねられる。

(1) 支配的地位の定義

市場支配的地位の濫用に関する一九七八年の United Brands 判決において、裁判所は、欧州経済共同体設立条約八六条における支配的地位を「ある企業に享受され、当該企業に対してその競争者、顧客、そして最終的に消費者から相当な程度に独立して行動する能力を付与する形で、当該企業が関連市場における有効な競争の維持を防止することを可能にするような経済力に係る地位」と定義した。⁽⁵¹⁾ 市場支配的地位の濫用に関するそれ以降の判決、及び欧州委員会の二

〇〇九年排除型濫用行為ガイドンスペーパーでは、上記と類似した定義が引き継がれてきた。⁽⁵²⁾

一九九九年の Gener 判決において、裁判所は理事会規則二条における支配的地位を「一社ないし数社の企業がその競争者、顧客、そして最終的に消費者から有意な程度に独立して行動することを通じて関連市場における有効な競争の維持を防止することを可能にするような経済力を有する状況」と定義した。⁽⁵³⁾ 欧州委員会の二〇〇四年水平合併ガイドラインではこの定義を引用している。⁽⁵⁴⁾ United Brands 判決と同様に「独立して行動する」、「経済力」、「有効な競争の維持を防止する」という三つのキーワードを言及したことから、企業結合規制と市場支配的地位の濫用規制との間では支配的地位の定義が共通しているとと言える。

二〇〇九年排除型濫用行為ガイドンスペーパーと二〇〇四年水平合併ガイドラインでは、上記三つのキーワードの観点から支配的地位の意味をいっそう明らかにした。排除型濫用行為ガイドンスペーパーによると、「独立して行動する」可能性は当事会社に対する競争上の制約の程度に依存する。支配的地位は、競争上の制約が十分に有効なものではなく、当事会社が一定の期間内に「実質的な市場支配力」を保有することを必要とする。有意な期間内に取引条件を競争水準から悪化させることができるような企業は通常、支配的企業に該当するものとされる。⁽⁵⁵⁾ 他方、水平合併ガイドラインによると、市場支配力とはまさに、一社ないし数社の企業が取引条件を悪化させることを通じて利益を獲得する能力を指す。欧州委員会は、企業結合規制を通じて、消費者に有利な取引条件という「有効な競争」からのメリットが市場支配力の有意な増加により失われることを防止する。⁽⁵⁶⁾ 上記の説明から、支配的地位が「実質的な」市場支配力の保有を意味し、市場支配力の増加による支配的地位の形成・強化が有効な競争の著しい阻害に該当することは分かった。

(2) 「支配的地位の形成・強化」と「有効な競争の著しい阻害」との關係

旧理事会規則時代の判決では、企業結合の違法性基準における「支配的地位の形成・強化」と「有効な競争の著しい阻害」を二つの独立した条件としていた。⁽⁵⁷⁾ ただし、これら二つの条件の相互關係は長い間不明確であった。二〇〇五年

の General Electric 判決によると、支配的地位の形成・強化は当該地位の濫用に相当する程度に有効な競争を著しく阻害する。法的な観点から、「有効な競争の著しい阻害」が「支配的地位の形成・強化」に包含されないものの、単一の事実認定により両方の条件も満たされることが明らかになった場合があると考えられた。⁽⁵⁸⁾ そうだとすると、破綻企業の抗弁が行われない限り、企業結合の違法性を判断するためには支配的地位の認定のみが必要であった。⁽⁵⁹⁾

新理事会規則は二つの側面で上記の状況を変えた。一番目の側面として、企業結合による効率性をもって反競争効果を相殺することが可能となった。十分な効率性があれば、支配的地位の形成・強化が認められたとしても、有効な競争の著しい阻害が生じるとは通常考えられない。⁽⁶⁰⁾ 二番目の側面として、支配的地位に起因しない単独効果を規制することが可能となった。二〇二〇年の CK Telecoms 第一審判決では、そのような単独効果が「特に価格受容者から価格形成者になるように、競争上のパラメータを自らの意思で決める能力を当事会社が付与する」形で、支配的地位に起因する単独効果と同等な程度に関連市場の競争条件に影響を及ぼしうると説明した。⁽⁶¹⁾

一部の論者は、CK Telecoms 第一審判決の説明が新理事会規則の趣旨に一致せず、実際に旧理事会規則時代の単一の支配的地位基準に戻ったと批判した。⁽⁶²⁾ しかし、このような批判は正鵠を得たものではない。当事会社間の競争上重要な制約が除去され、かつその他の競争者の直面する競争圧力が減少する場合には、当事会社の市場支配力が増加して他者から独立して行動することが可能となり、かつ有利な取引条件という有効な競争からのメリットが失われる点で、支配的地位の形成・強化と同等な悪影響が現出する。ただし、当事会社の合計市場シェアが低く、関連市場の商品差別化の程度が高いことから、市場支配力が実質的と思われる水準に達せず、取引条件の悪化による悪影響が関連市場の一部の範囲に限定され、当事会社が排除型濫用行為を実施する能力を持たない点で、支配的地位の形成・強化とまで言えないかもしれない。それゆえ、むしろ支配的地位基準が有効競争阻害基準に吸収されていると理解すべきであろう。支配的地位の有無よりも、企業結合と市場支配力の増加との因果関係のほうが注目に値する。

- (4) See Act of Jul. 2, 1890, ch. 647, §§1-2, 26 Stat. 209. シヤーマン法一・二条は何度も改正されたものの、上記の部分には変わりがない。See §81-2 Sherman Act, 15 U.S.C. §§1-2.
- (5) 一八九五年の E.C. Knight 判決において、米国最高裁は、商品を処分するために商業上 (commercial) の手段が必要であつても、製造業の独占が商業の独占を達成しようとするものではないと述べた。See *United States v. E.C. Knight*, 156 U.S. 1, 17 (1895). 當時では、当社会社が、他の製造業に従事し、または関連市場が州際の輸送に係らない限り、企業結合は許容されるべきであつた。See PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW ¶902a2 (4th ed., 2013).
- (6) See Act of Oct. 15, 1914, ch. 323, §7, 38 Stat. 731. 彼のほか、クレイトン法八条は企業間の役員兼任を規制しようとする。See §8 Clayton Act, 15 U.S.C. §19. なお、各州の反トラスト法に依拠して企業結合に介入することも可能である。
- (7) See Act of Dec. 29, 1950, ch. 1184, 64 Stat. 1125. クレイトン法七条とは「関連市場 (relevant market)」という表現を用ひていふが、「[line of commerce] や地理市場」[section of the country] を地理的市场と見なす、それら二つの側面から企業結合に係る関連市場を把握するのが通例である。See AREEDA & HOVENKAMP, *supra* note 5, ¶910c.
- (8) See Act of Sept. 12, 1980, Pub. L. 96-349, §6(a), 94 Stat. 1157. 一九八〇年の法改正以降、クレイトン法七条の規定は実質的に改正されていふ。
- See §7 Clayton Act, 15 U.S.C. §18.
- (9) 米国法の企業結合審査の手續及び DOJ・FTC・裁判所それぞれの役割に関する解説は、松下満雄・渡邊泰秀編「アメリカ独占禁止法 (第二版)」一九四二頁、一一五—一一八頁 (東京大学出版会、二〇一一) 参照。
- (10) See AREEDA & HOVENKAMP, *supra* note 5, ¶902c.
- (11) See *Brown Shoe v. United States*, 370 U.S. 294, 315-316 (1962). 「彼の他の価値への脅威」としては、中小企業への抑圧、大手企業の社会的に無責任な行動、一般市民の生活への支配などが考えられる。See AREEDA & HOVENKAMP, *supra* note 5, ¶904.
- (12) See *Brown Shoe*, 370 U.S. at 321-323.
- (13) See *id.*, at 342-344. 最高裁は市場、コストを重視するべきの根拠として記の文献を引用した: *United States v. E. I. du Pont de Nemours*, 353 U.S. 586 (1957); *United States v. Bethlehem Steel*, 168 F. Supp. 576 (S.D.N.Y. 1958); Derek C. Bok, *Section 7 of the Clayton Act and the Merging of Law and Economics*, 74 HARV. L. REV. 226 (1960); A.G. Spalding Bros. v. FTC, 301 F.2d 585 (3d Cir. 1962).
- (14) 関連市場では、一九四〇—一九五〇年代に、関連商品の製造業者が販売業者を買収すること、及び独立した製造業者の数が減少することに関する明確な傾向が存在していたと認定された。*Brown Shoe* は、同一の時期において多数の製造業者及び販売業者を買収した点で、このような傾向を促すものと考えられた。See *Brown Shoe*, 370 U.S. at 301-303.
- (15) See *id.*, at 345-346.

- (16) See Richard A. Wiley, *Mergers, Section 7 and Brown Shoe*, 43 B.U. L. REV. 367, 375-378 (1963).
- (17) 一九七七年の *Brunswick* 判決において、最高裁は「反トラスト法が保護すべきものは競争そのものであり、競争者ではない」という格言を引用したが、正当な競争の結果として受けた損失が反トラスト法上の損害 (antitrust injury) ではないと判断した。See *Brunswick v. Pueblo Bowls-O-Mat*, 429 U.S. 477, 487-489 (1977). 当該格言の意味に関する詳細な解説は、土田和伸『経済法のルネサンス——独占禁止法と事業法の再定位』九五—一四頁(日本評論社、二〇一三)参照。
- (18) See *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321, 363-364 (1963).
- (19) See *id.*, at 364-365.
- (20) 本件判決では、三〇%未満の市場シェアを懸念した当時の代表的な研究成果を引用した: George J. Stigler, *Mergers and Preventive Antitrust Policy*, 104 UNIV. OF PENN. L. REV. 176, 182 (1956); Jesse W. Markham, *Merger Policy under the New Section 7: A Six-Year Appraisal*, 43 VA. L. REV. 489, 521-522 (1957); CARL KAVSEN & DONALD F. TURNER, *ANTITRUST POLICY: AN ECONOMIC AND LEGAL ANALYSIS* 133 (1959); Bok, *supra* note 13, at 308-316. 最高裁は、「本件よりも低いバーセンテージを考慮する必要があるため、これらのテストの有効性を検討しながら、これらのテストが本件を禁止するのに必要な水準よりも厳しすぎることに気付く」と述べた。See *PNB*, 374 U.S. at 365, footnote 41.
- (21) See *United States v. Alcoa*, 148 F.2d 416, 424 (2d Cir. 1945); *Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 26-27 (1984).
- (22) See *United States v. Von's Grocery*, 384 U.S. 270, 272-278 (1966).
- (23) See *United States v. Continental Can*, 378 U.S. 441, 461-464 (1964).
- (24) Von's Grocery 判決は、Stewart 判事及び Harlan 判事の反対意見では、「トラントン法七条に基づく訴訟において政府が常に勝つ」と指摘した。See *Von's Grocery*, 384 U.S. at 301.
- (25) See *United States v. General Dynamics*, 415 U.S. 486, 494-497 (1974).
- (26) See *id.*, at 498-508.
- (27) See *AREDA & HOVENKAMP, supra* note 5, ¶902c. 企業結合に関する最高裁判決が激減した原因として、「一九七四年に反トラスト促進法一条 (§82 Expediting Act, 15 U.S.C. §29) を改正されて反トラスト法に基づく地方裁判所判決を最高裁に上訴する制度が廃止されたこと」、及び一九七六年の Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act, 15 U.S.C. §18a) を制定されて事前届出制が導入されたこと」を挙げた。See Peter C. Carstensen, *The Philadelphia National Bank Presumption: Merger Analysis in An Unpredictable World*, 80 ANTITRUST L. J. 219, 236 (2015).
- (28) See DOJ, *Merger Guidelines* (1968), §2.
- (29) See DOJ, *Merger Guidelines* (1982), §1.

- (30) See DOJ & FTC, Horizontal Merger Guidelines (2010), §1.
- (31) See *id.*, §§5-7.
- (32) See US 1982 *Guidelines supra* note 29, §III.A. D.O.J. は「HHI が 1000 未満である場合、同規模の企業が 10 社程度存在する状況」、または上位四社集中度が 50% 未満である状況に相当するため、企業結合に介入する可能性が低いとしていた。HHI が 1000 ~ 1800 の間にあり、かつ HHI の増分が 100 を上回る場合、その他の要因を考慮に入れた上で介入するか否かを決めるとしていた。HHI が 1800 を超える場合、同規模の企業が六社を上回らない状況、または上位四社集中度が 70% を超える状況に相当するため、HHI の増分が 100 を上回れば介入の可能性が高く、その他の要因を踏まえて HHI の増分が 500 ~ 1000 の間にある事案に介入する可能性もあるとしていた。二社の企業が結合すると想定し、両社の市場シェアをそれぞれ a と b にすれば、HHI の増分は $(a+b)^2 - (a^2 + b^2) = 2ab$ になる。故に、HHI の増分が 500 であれば、市場シェアの 5 ~ 12% 程度を保有する企業と 2 ~ 5% 程度を保有する企業との結合に相当する。HHI の増分が 1000 であれば、市場シェアの 7 ~ 15% 程度を保有する企業と 2 ~ 7% 程度を保有する企業との結合に相当する。
- (33) See *id.*, §III.A.2. D.O.J. は一九八四年に合併ガイドラインを改正し、「第二位の約二倍の規模を有する」という要求を削除した。See DOJ, Merger Guidelines (1984), §3.12.
- (34) See DOJ & FTC, Horizontal Merger Guidelines (1992), §1.5.
- (35) See US 2010 *Guidelines supra* note 30, §5.3.
- (36) See FTC v. PPG, 798 F.2d 1500, 1503, footnote 4 (D.C. Cir. 1986).
- (37) 二〇〇〇年の Swedish Match 判決では「競争当局のガイドラインは裁判所に対する法的拘束力を有しないが、HHI の利用について有益な説明を提供する」ということになった順序を悉くガイドラインの重要性を強調した。See FTC v. Swedish Match, 131 F. Supp. 2d 151, 167, footnote 12 (D.D.C. 2000).
- (38) See US 1968 *Guidelines supra* note 28, §9.
- (39) See US 1982 *Guidelines supra* note 29, §§III.B, V.A. 一九八四年合併ガイドラインが公表された以降、効率性は抗弁の事由ではなく、反競争効果の有無を判断する際の考慮要因とされた。See US 1984 *Guidelines supra* note 33, §3.5.
- (40) See US 1992 *Guidelines supra* note 34, §0.2.
- (41) See US 2010 *Guidelines supra* note 30, §8.
- (42) See Kaiser Aluminum Chemical v. FTC, 652 F.2d 1324, 1340, footnote 12 (7th Cir. 1981).
- (43) See United States v. Baker Hughes, 908 F.2d 981, 982-983, 991-992 (D.C. Cir. 1990).
- (44) See United States v. Oracle, 331 F. Supp. 2d 1098, 1165 (N.D. Cal. 2004).

- (45) 一九五七年の欧州経済共同体設立条約八五・八六条の番号は、一九九七年のアムステルダム条約により八一・八二条と変更され、二〇〇七年のリスボン条約により欧州連合機能条約一〇一・一〇二条と変更された。ただし、これらの条文の内容は改正されていない。
- (46) 池田千鶴『競争法における合併規制の目的と根拠——EC競争法における混合合併規制の展開を中心として』二二一—二三頁(商事法務 二〇〇八)参照。
- (47) See Council of the EEC, Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the Control of Concentrations between Undertakings (OJ L 395, 30.12.1989), Art.2(3).
- (48) See Council of the European Union, Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the Control of Concentrations between Undertakings (OJ L 024, 29.01.2004), recitals 25-26.
- (49) See *id.*, Art.2(3).
- (50) EU法の企業結合審査の手続に関する解説は、笹原宏『EU競争法』(信山社、二〇一六)二九一—二九九頁参照。
- (51) See Case 27/76 United Brands Company and United Brands Confectionary v. Commission [1978] ECR 207, para 65.
- (52) See *e.g.*, Case 85/76 Hoffmann-La Roche v. Commission [1979] ECR 461, para 38; Case 322/81 Nederlandse Banden Industrie Michelin v. Commission [1983] ECR 3461, para 30; European Commission, Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings (OJ C 045, 24.02.2009), para 10.
- (53) See Case T-102/96 Gencor v. Commission [1999] ECR II-753, para 200.
- (54) See European Commission, Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings (OJ C 031, 05.02.2004), para 2.
- (55) See EU 2009 Abuse Guidance, *supra* note 52, paras 10-11.
- (56) See EU 2004 Guidelines, *supra* note 54, para 8.
- (57) See *e.g.*, Case T-2/93 Air France v. Commission [1994] ECR II-323, para 79; Case T-310/01 Schneider Electric v. Commission [2002] ECR II-4071, paras 349, 402.
- (58) See Case T-210/01 General Electric v. Commission [2005] ECR II-5575, paras 84-89.
- (59) 破綻企業を買収する場合、支配的地位の形成・強化との因果関係がなう理由として企業結合を容認する理由が可能である。See EDURNE NAVARRO VARONA ET AL., MERGER CONTROL IN THE EUROPEAN UNION: LAW, ECONOMICS AND PRACTICE 336-340 (2nd ed., 2005).
- (60) See EU Regulation 139/2004, *supra* note 48, recital 29. 旧理事會規則時代には、効率性を検討した理由が多数あり、それを理由として企業結合を容認した事案が見当たらず、「効率性の抗弁」という概念が明示的に受け入れられなかった。See NAVARRO ET AL., *id.*, at 329-336.

- (13) See Case T-399/16 *CK Telecoms UK Investments v. European Commission* [2020], para 90.
- (14) See Guillaume Lorient *et al.*, *The Future of EU and UK Merger Control Enforcement* (2020), <https://www.compasslexecon.com/wp-content/uploads/2020/10/Concurrences-Future-of-EU-and-UK-Merger-Control-Synthesis-200917.pdf>, p2; Justin Lindeboom & Yasmine L. Bouzora, *CK Telecoms and the Assessment of Horizontal Mergers in Oligopolistic Markets: Does the More Economic Approach Entail Stricter Judicial Review?*, 5 *CORÉ* 423, 426-427 (2021).