

# 企業結合の違法性判断における 「有効な牽制力ある競争者」の位置づけ ——独禁法の一大議論の一断面——\*\*

林 秀 弥

## 概 要

本稿は、独占禁止法上の企業結合規制における「有効な牽制力ある競争者」概念の再構成を目的とするものである。「有効な牽制力ある競争者」概念は、八幡・富士合併事件同意審決以来、実務上重要な問題であるとされながら、型どおりの批判が多く、理論的な分析が本格的になされることはあまりなかったように思われる。そこで、本稿は、「有効な牽制力ある競争者」概念について、立法史、判審決、経済理論および比較法という4つの観点から多角的に理論的研究を試みようとする。そもそも、競い合いは一人でできるものではなく、競争者がいてはじめて行われるものである以上、競争者の存在とその行動様式に関する評価は、競争効果分析において本来無視できないはずである。問題は、いかなる基本的考え方の下に、いかなる要件を立てて、どのように評価するか、であると考えられる。本稿は、独禁法の素人が抱くであろうこのような素朴な疑問に立ち返って、「有効な牽制力ある競争者」の概念に関して上記4つの視点から総合的に法学的検討を行うものである。

## キーワード

有効な牽制力ある競争者、インセンティブ、能力、一定の取引分野における競争の実質的制限、独占禁止法上の企業結合規制

\* 本稿の研究テーマについては、財村田学術振興財団より研究助成を受けた。記して感謝申し上げます。

※ 本稿に対しては、2名の匿名レフェリーより有益な査読コメントをいただいた。記して感謝申し上げます。なお、本稿は、後掲拙稿（後掲拙稿註51）の第3章の議論を完成させたものである。

## I. はじめに

### 1. 問題の所在

わが国の独占禁止法（以下、独禁法）は、「一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる場合」を、企業結合<sup>1)</sup>の違反要件と定める。この違反要件は高度に抽象的であるため、判例、学説、そして公正取引委員会（以下、公取委）の実務により、これについて様々な解釈が試みられてきた。とりわけ、違反要件の中核をなす「競争の実質的制限」については、独禁法の制定後ほどなくして、裁判所によって一定の解釈が示された。すなわち、昭和26年の東宝・スバル事件東京高裁判決<sup>2)</sup>において、競争を実質的に制限するとは、「競争自体が減少して、特定の事業者または事業者集団が、その意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる形態が現れているか、または少なくとも現れようとする程度に至っている状態をいう」と解釈され、かかる意味での「市場支配力」が形成・強化されることをもって、「競争の実質的制限」と捉えられた。この解釈は、その後の判決<sup>3)</sup>にも引き継がれ、判例・通説となっているだけでなく、公取委によっても支持され、現在に至っている。

しかし、東宝・スバル事件判決の後、八幡・富士合併事件同意審決<sup>4)</sup>が下された。そこでは、いわゆる「有効な牽制力ある競争者」理論がうち出され、それまでの「競争の実質的制限」の解釈との整合性をめぐって緊張関係を生じさせることとなった。八幡・富士合併事件は、戦後の独禁法運用、とりわけ企業結合規制の歴史において一つの画期をなすものであった<sup>5)</sup>。また同事件審決は、現在まで、合併（独禁法15条1項1号）に関する唯一の正式事例であるため、その後、わが国の合併規制の違法性判断基準を一般に論じる際に、

1) 以下では、市場集中規制における企業結合を指すものとして、この言葉を用いる。なお、市場集中規制に該当する独禁法上の違反類型は、次の通りである。独禁法10条1項（会社の株式保有の制限）、同13条1項（役員兼任の制限）、同14条（会社以外の者による株式保有の制限）、同15条1項1号（会社の合併の制限）、同15条の2第1項（会社分割の制限）、同16条1項（営業譲受等の制限）。

2) 東京高判昭和26年9月19日高民集4巻14号497頁。

3) 東宝・新東宝事件東京高裁判決（東京高判昭和28年12月7日高民集6巻13号868頁）。

4) 公取委審決昭和44年12月16日審決集16巻46頁。

5) 同事件が当時、社会の大きな注目を集め、学界のみならず、政財界からも広範な議論を巻き起こしたことはよく知られている。そのことが独禁法に対する国民の期待と関心を高め、その後の独禁法運用強化の背景となった。当時の広範な議論の様子は、たとえば、由良善彦『鉄の巨人誕生（決断編）』（開放経済研究所出版部1969年）や公取委事務総局編『独占禁止政策五十年史(上)』（公正取引協会1997年——以下、『五十年史』として引用する——）151頁以下で知ることができる。

「有効な牽制力ある競争者」理論が参照されないことはなかったといっても過言ではない。

「有効な牽制力ある競争者」理論は、現在では放棄されたかのようにみえた。たとえば、公取委の過去の合併審査事務処理基準におけるいわゆる 25% ルール（重点審査基準）の採用と運用は、その証左と捉えることが可能であったし、また、公取委による現行の企業結合審査基準では、「競争の実質的制限」の解釈について、公取委が自ら下した判断であるところの八幡・富士合併審決ではなく、東宝・新東宝事件東京高裁判決の判示を引用している<sup>6)</sup>。これは、間接的に、八幡・富士審決で示された「有効な牽制力ある競争者」理論を「競争の実質的制限」の解釈から除外しているとも解しうる。

しかし、「有効な牽制力ある競争者」ないし「有力な競争者」の存在を合併容認の重要な考慮要因の一つとする考え方は、公取委の運用において今も有力である<sup>7)</sup>。それどころか、「有効な牽制力ある競争者」を規制基準のメルクマールの一つとする運用や考え方は、後に検討する JAL/JAS 統合の事案にみられるように、現在、その勢いを増しているようにさえ見受けられるのである<sup>8)</sup>。

このように、わが国の企業結合の違法性判断基準は、「有効な牽制力ある競争者」の存在を抜きにしては語れないという状況にある。まさにそうであるがゆえに、この要件の真剣な検討なくしては、わが国における企業結合規制の規制基準の解明はなしえないのである。素朴に言って、競争とは、競争者との間で繰り広げられる競い合いのプロセスであるところ、そもそも、かかる競い合いのプロセスにおいて、競争者がどう打って出るかという競争者の行動様式に関する評価は、合併の競争効果分析に当たって本来欠かせないはずである。競争者との関係で当該合併の競争に及ぼす影響を評価することは、合併の競争効果分析において不可欠であり、そこでの「競争者」がどのような者であるとき、合併が競争制限的でないとみることができるのか。本稿が「有効な牽制力ある競争者」に焦点を当

6) 「株式保有、合併等に係る「一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる場合」の考え方」（公取委・平成 10 年 12 月 21 日、以下、企業結合ガイドと称する）第三の一(1)。なお、公取委が八幡・富士合併事件審決以後、寡占的市場構造をもたらす合併の規制を強化する姿勢を示した旨、指摘するものとして、今村成和他編『注解経済法〔上巻〕』（青林書院、1985 年）452 頁以下〔実方謙二〕参照。

7) 「企業・産業再生に係る事案に関する企業結合審査について」の公表について」（公取委・平成 15 年 4 月 9 日）の「別表」を参照。なお、経済産業省・経済産業政策局長の私的懇談会である競争政策研究会によって、企業結合規制に関する「中間報告」が最近公表された（平成 15 年 2 月）。「中間報告」は、公取委による過去の企業結合審査案件（事前相談にかかる公表案件）を詳しく分析することで、企業結合規制に関する過去の公取委実務をルールとして抽出し集約したものである。それによれば、「有力な競争者」が当事企業以外に 2 社以上存在し、「牽制力が働く市場環境であること」が、合併が「競争の実質的制限」に該当しないとの判断の決め手になっているという（第 3 章参照）。あわせて、「企業・産業再生に係る事案に関する企業結合審査について」の（注 1）も参照。

8) 最も近時の例として、「平成 14 年度における主要な企業結合事例」（公取委・平成 15 年 5 月 30 日）、『平成 14 年度、公正取引委員会年次報告』249 頁以下を参照。そこでは、「有力な競争者」の存在が合併の違法性判断要因の一つとして頻出している。

て検討する理由は、突きつめて考えると、かかる問題意識に由来する。以下で、本稿は、八幡・富士合併事件審決で宣明された「有効な牽制力ある競争者」理論（以下、「審決理論」という）の生成と展開を辿り、それを批判的に検討する。その上で、「審決理論」の再構成を試み、「有効な牽制力ある競争者」が、いかなる局面で、いかなる要件の下に、どのように、合併の違法性判断において考慮されるべきかを考察する。そして、そこで得られた知見を基に、JAL/JAS 統合事件に焦点を当てて、現在の企業結合規制に関する法運用をみる。本稿は、わが国の企業結合の違法性判断における「有効な牽制力ある競争者」の位置づけを再構成しようとするものである。

## 2. 本稿の構成と内容

次章では、原始独禁法制定時の議論にまでさかのぼりながら、「審決理論」の生成と展開について論ずる。これは次の理由に基づく。合併<sup>9)</sup>規制における「競争の実質的制限」の解釈には、後にみるように、時代の変動があり、その変動が、現在の合併規制にも少なからず影響している。そのことが、わが国の合併規制を分かりにくいものにしたと考えられる。「審決理論」の問題点を析出し、その再構成を図るには、過去の「競争の実質的制限」をめぐる解釈の内容とその変動を確認し、それらの問題点を洗い出す必要がある。

第Ⅲ章では、前章までの問題点の分析を踏まえて、合併分析における「有効な牽制力ある競争者」の位置づけについての筆者の考察を示す。それによって、「審決理論」を再構成することを目的とする。

第Ⅳ章では、日米において、「有効な牽制力ある競争者」の役割が問題となった最近の事例を検討する。まず第1節の日本法では、前章での分析道具を駆使して、JAL/JAS 統合の事案を取り上げて検討する。これは次の理由による。第一に、「有効な牽制力ある競争者」の存在が、今でもなお、企業結合の違法性判断において重要な位置を占めていることを示すためである。第二に、この事件は、最近の企業結合案件のなかで、最も社会の耳目を集めただけでなく、結果的に合併による複占的状況を容認した点において多くの問題点を残していると考ええるからである。最後に、前章で示した分析道具が本件の分析において有効であることを示すためである。

第2節では、米国法を検討する。競争者の存在を合併の違法性判断においていかに勘案するかという問題は、外国であっても当然行き当たる問題である。また、合併により競争力を強化して有力な競争者となり、合併がない場合と比べてかえって市場における競争を

9) 以下では、断りのない限り、商法上の合併のみならず、市場集中規制における企業結合（前掲註(1)参照）を広く指称する意味で、この言葉を用いる。

促進させるという主張（すなわち、合併が企業の競争力強化のために必要だという主張）は、国の内外にかかわらず、合併を認めてもらいたいと願う当事企業側によって最も行われそうな主張である。このように、本稿で検討する課題は、日本固有の特殊な問題ではなく、諸外国でも同様に議論がなされている論点だといえる。そのような議論が最も進んでいるのが、独禁法の母法でもある米国反トラスト法である。本節では、かかる米国法の検討を通じて、本稿の問題意識と考察が、米国ではどのように扱われているのかを簡潔に見る。ただし、本稿は、あくまで、わが国における「有効な牽制力ある競争者」の競争効果分析に占める役割を再構成しようとするものであるから、米国法の検討はかかる考察に必要な限りにとどまる。

第V章は、「結語」として、本稿の分析と主張について、全体のまとめを行う。

## Ⅱ. 「競争の実質的制限」の解釈と「審決理論」

### 1. 原始独禁法制定当時の議論

原始独禁法の制定過程において、「競争の実質的制限」はどのように捉えられたのか。原始独禁法は、私的独占と不当な取引制限を規制の二大柱とし<sup>10)</sup>、その他の規制は、単にそれらの補完的規制と捉えていた<sup>11)</sup>。また、企業結合規制自体、現行規制と異なり、形式的基準に基づくきわめて厳格な規制が規定されていたため<sup>12)</sup>、制定過程における「競争の実質的制限」の解釈は、企業結合規制において説明されたものではなく、私的独占と不当な取引制限規制を念頭に置いたものである。しかし、「競争の実質的制限」をそもそも起草関係者はどのように捉えていたかを知るという意味では、企業結合規制を検討する際にも、その内容は貴重である。

帝国議会本会議での原始独禁法案の提案理由によれば、「一定の取引分野における競争の実質的制限」に関して、「或る物資なり用役なりの生産とか供給とかの、一定の取引分

10) 立法関係者の理解については、総合研究開発機構（NIRA）戦後経済政策資料研究会編『経済安定本部戦後経済政策資料 財閥解体・集中排除関係資料(3) 独占禁止法関係(二)』（日本経済評論社 1998年）272頁（独禁法案提案の理由説明（本会議用））および同288頁（理由説明（委員会用））参照。

11) NIRA・前註274頁（「理由説明（本会議用）」）および同288-289頁（「理由説明（委員会用）」）参照。現在では、右の二つの規制に加えて、不公正な取引方法を規制の柱に据える考え方が一般的である。根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説』（有斐閣、2000年）35頁以下参照。

12) 原始独禁法の企業結合規制の概要については、さしあたり、根岸・舟田・前註8頁参照。また、昭和22年から24年改正法までの原始独禁法の企業結合規制の運用状況については、公取委事務局編『独占禁止政策二十年史』（大蔵省印刷局、1968年）84頁参照。

野において、競争が実質的に行はれないように致し、仮令競争者が形の上で残っているにしても、それが将来到底成立ってゆかないと云う程度に至らしめるもの」と説明されている<sup>13)</sup>。委員会用の提案理由においても同様に、「或る物質等の生産、販売等につきまして、競争が殆んど行はれないようにすることを言う」との説明がなされている<sup>14)</sup>。このように、制定時の起草関係者の理解によれば、「競争の実質的制限」とは、市場における他の競争者が競争することができない状況に追い込まれているかどうか、すなわち、当事者以外の競争者の事業活動を不能ならしめる力の獲得が問題とされていたのである。また、原始独禁法の起草関係者による当時の解説書<sup>15)</sup>では、次のように説明されている。すなわち、「「競争を実質的に制限する」とは、競争を全く無くするか、又は競争の大部分を排除して残存している競争が市場の大勢に影響力を持ち得ないようにすることをいう」としつつ、「而してこの場合において、従来の競争者の競争を制限するのみならず、今まで競争者でなかった者が新規に競争者として現れることをも抑圧するもの一即ち潜在的な競争をも制限するものでなければならない」とする<sup>16)</sup>。これは、他の競争者の事業活動を制約し、あるいは競争者の参入・退出を左右しうるような戦略的地位の獲得を問題とする立場とみることができる<sup>17)</sup>。このような立場を推し進めていけば、「競争の実質的制限」には、市場における他の競争者の事業活動を駆逐する能力が必要である」とか、「市場での他者による競争する能力が残存している限り、「競争の実質的制限」は認められない」といった、競争者の事業行動が抑圧されているかどうかを「競争の実質的制限」判断の基準とみる考え方——その一つの現れが後に見る「審決理論」である——が登場するのは見やすい道理であった。

もっとも、「競争の実質的制限」の解釈に当たっては、問題の行為により、価格その他の取引条件を左右する力（以下、包括的に「価格支配力」と略称する）が形成・強化されるかどうかを問題とすれば足りるとする、後の東宝スバル事件判決に連なる解釈ももちろん存在した。たとえば、前述の解説書と同時期に出された注釈書<sup>18)</sup>によれば、「競争を実質的

13) NIRA・前掲註10)273頁。議会では、独禁法自体が当時非常に目新しい法律であり、一般にはなじみがなかったこともあって、当該法律案に関して、実質的な議論はほとんどなされなかったようである。公取委事務局編『独占禁止政策三十年史』（大蔵省印刷局1977年——以下、『三十年史』として引用する——）426頁には、回想録として次のようなくだりがある。「帝国議会で、議論も全然なかったですね。細かい陳情のような話が二、三ありましたが、委員会を開いても質問がないんですよ。もやもやと時間つぶしをやっていたんです」（小山雄二・元公取委職員談）。

14) NIRA・前掲註10)288頁。

15) 橋本龍伍『独占禁止法と我が国民経済』（日本経済新聞社1947年）。

16) 前註124頁。

17) 川浜昇「「競争の実質的制限」と市場支配力」正田彬先生古稀祝賀『独占禁止法と競争政策の理論と展開』（三省堂1999年）120頁参照。

18) 大隅健一郎・吉川大二郎『独占禁止法注釈』（法律文化社1947年）。

に制限するとは、或る商品又はサービスの生産・販売・供給というような一定の取引分野において、取引が行われる基礎となっている競争条件を現実にも広くかつ深く変更することであり、その「実際の判断に当たっては、一人又は少数の者が事実上市場における価格を決定する力をもつか否かが重要な基準となる」と明示的に説明されていた<sup>19)</sup>。また、米国反トラスト法をわが国に初めて本格的に紹介<sup>20)</sup>した矢沢惇博士の論稿<sup>21)</sup>、および、少し時代は下るが今村成和博士の論稿<sup>22)</sup>においても、同様に、価格支配力の点から「競争の実質的制限」が説明されていた。この立場では、「競争の実質的制限」には、価格支配力の形成・強化があれば足り、それに加えて、競争者の事業活動が抑圧されているかどうかはさらに問題となるものではなかった。

以上のように、原始独禁法制定の当初において、「競争の実質的制限」の解釈について、価格支配力と捉えれば足りるとする議論が有力になされていた。その一方で、かかる力に加えて、他の競争者の事業行動を不能ならしめるような戦略的地位の獲得を、競争への悪影響をみるに当たって追加的に必要であるかのごとき説明もなされていた<sup>23)</sup>。このような二つの異なる立場が、その後の判審決例における「競争の実質的制限」解釈の混乱に少なからず影響したと考えられるのである。

19) 前註14-15頁。また、公取委事務局編『改正独占禁止法解説』（時事通信社1949年）118頁は、価格支配力には言及がないものの、「競争の実質的制限」を「市場をコントロールする力」と定義している。商工省企画室『独占禁止法解説』（時事通信社1947年）15頁も、同じく価格支配力への言及はないものの、本文で見た立場と同様の理解が看取できる。

20) 原始独禁法制定後ほどなくして、既に米国反トラスト法について相当進んだ研究と理解がなされていたことは注目される。それらの研究のうち、独禁法を含む企業法の制定過程に深く関与した矢沢博士による論稿（次註参照）は特に重要であるが、その他にも、詳細な反トラスト法研究として、川添利起『米国に於ける反トラスト法の研究』司法研究報告書第一輯第五号（最高裁事務総局1949年）がある。そこでも、価格支配力の点から独占の問題が説かれている。同書136-138頁参照。

21) 矢沢惇「独占禁止法の基本原理」『企業法の諸問題』（商事法務研究会1981年）462頁（初出、1949年）では、米国の法の検討に続いて、日本法の「競争の実質的制限」について、「市場の支配の意味に解すべきであろう。それはしたがって価格または供給その他の条件を一方的に決定しうることをいう」とある。

22) 今村成和『私的独占禁止法の再検討——反トラスト法と私的独占禁止法——』（国立国会図書館調査立法参考局1951年）85頁は、「競争の実質的制限」の徴表を、「市場価格の決定が、いかにして行われるか」の観点から見いだされなければならないとする。

23) このような理解の背景には、初期の米国の法の理解が一定程度影響を与えたと考えられる。たとえば、Northern Securities Co. v. United States, 193 U. S. 197 (1904)でのホームズ判事の反対意見を参照。原始独禁法制定時から比較的短期間のうちに、起草関係者を含む一部の実務家・研究者の間で、米国反トラスト法の研究がかなり進んでいたことについては、前掲註20)ないし22)および後掲註27)の参照を願うとともに、あわせて、高瀬恒一、鈴木深雪、黒田武監修『独占禁止法制定時の回顧録』（公正取引協会1997年）182頁（有賀美智子発言）参照。

## 2. 「審決理論」の萌芽——判審決例の展開——

「競争の実質的制限」の解釈の嚆矢となったのが、前述の東宝・スバル事件東京高裁判決である。本件は、東宝（被審人・原告）がスバル興行の映画館2館の営業の賃借したことが、独禁法16条に違反するとされたものである。そこでは、「競争の実質的制限」について、前章で引用したように、その意義をはじめて明らかにした。その上で、裁判所は、本件結合により、原告が、丸の内・銀座地域における映画館の総座席数の約57.9%を占めること<sup>24)</sup>、とりわけ、右地域のうち最も便利で顧客誘引力が強い丸の内、有楽町界限において、原告の支配座席数が約90.4%に達することなどを根拠に、「原告の本件賃借により、右の一定の取引分野における競争が実質的に制限されるものというべきである」と判示した<sup>25)</sup>。

価格支配力としての「市場支配力」が形成・強化されることをもって「競争の実質的制限」と捉える本判決の解釈は、その後の判審決例および通説的見解<sup>26)</sup>となった<sup>27)</sup>。

本件結合により市場シェアが過半数を超えることが、判決の当該結合の違法判断において重視されたことは疑いない。しかし、市場シェアのほかにはいかなる要因を重要であると考えているかという点については、各映画館の施設の優劣、品格等「諸般の情況」を総合的に考慮して「競争の実質的制限」を認定した審決の判断を是認するにとどまるため、明らかではない。ただ、本稿の検討対象との関係で一つ注目されるのは、原告の東宝が、自己の有力な競争相手である松竹の直営映画館が多数存在することを理由に、原告が銀座地区において競争を実質的に制限することは不可能だと主張した点である。これについて、東京高裁は、「松竹株式会社経営の映画館があるからといって、前記認定のような原告の地位がゆるぐものとは考えられないから、原告の主張は理由がない」と判示している。原

24) 本件合併による市場シェアの上昇分は、7.7%であり、その値が比較的僅少であることをもって、原告は、「競争の実質的制限」には当たらないと主張したが、判決は、「これによって原告がすでに得ている過半数の座席支配が更に強化されることは明らか」だとした。

25) 本件の上告審で最高裁は、本判決につき、「その判断は正当である」と判示し、上告人（東宝）の主張を斥けている。最判昭和29年5月25日民集8巻5号950頁。

26) ただしこの解釈に対して、当時においては異論がなかったわけではない。たとえば、出雲井正雄『新独禁法の解説』（時事通信社1953年）147頁は、合併規制における「競争の実質的制限」については、「私的独占となることが必至である」というように解釈すべきであり、東宝・スバル事件判決のように解釈することは、妥当でないと主張する。

27) 昭和26年という独禁法制定後間もない時に、当時の裁判所において、裁判官が反トラスト法や独禁法を熱心に研究していたことも、価格支配力としての市場支配力の理解が当時一定程度普及していたことの一つの背景にあると考えられる（前掲註20参照）。当時、東京高裁の独禁部を中心に「独禁法研究会」という勉強会が組織され、それが毎週開かれて、外国法の検討を含む活発な討論がなされていたようである。『三十年史』・前掲註13）486-487頁（浅沼武・元東京高裁判事談）。



告の主張を結果として否定はしたものの、競争者の存在が「競争の実質的制限」判断の考慮要因となることそれ自体は、本判決も認めている。しかし、本判決は、「有効な牽制力ある競争者」の存否をもって、「競争の実質的制限」の存否を判断するという枠組みを採用したものではなかった。

続く東宝・新東宝事件判決は、東宝・スバル事件判決の「競争の実質的制限」の解釈をそのまま受け継ぎつつも、それとは異なる新たな解釈を付け加えた。判決は次のように述べる。①「競争を実質的に制限するとは、競争自体が減少して、特定の事業者又は事業者団体がその意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる状態をもたらすことをいう」。②「いいかえればかかる状態においては、当該事業者又は事業者集団に対する他の競争者は、それらの者の意思に拘りなく、自らの自由な選択によって価格、品質、数量等を決定して事業活動を行い、これによって十分な利潤を収めその存在を維持するということは、もはや望み得ないということになるのである」。

右の判示事項のうち、①については東宝スバル事件判決とほぼ同じ内容であり、「競争の実質的制限」を市場支配力が成立している状態と捉える通説的見解と軌を一にしている。これに対し、②が本件で新たに加わった部分であり、問題とされてきた部分である。②の判示によれば、「競争の実質的制限」とは、①の内容とは異なり、競争者が十分に競争することができず、市場において存立をすることができなくなるという意味に解釈されている。すなわち、判決によれば、①の意味での市場支配力の成立に加えて、競争相手が市場において制圧されることが必要であるということになりうる。換言すれば、①が認められても、他の競争者が市場において存立し、依然として競争活動を行うことができる状況にあれば、「競争の実質的制限」が認められないとされる解釈上の余地を残したのである。

しかし、この解釈は妥当でない。競争者を制圧しなくても、市場支配力の成立は十分に可能だからである。すなわち、合併により、高度に寡占的な市場となり、その結果、合併当事企業とそのライバルとの間で、暗黙の協調が可能になったり、あるいはより容易になったりするからである。市場支配力は、何も、合併により独占的な地位を形成する場合にだけ生じるものではない。他の競争者の事業活動を制圧するまでには至らなくても、市場構造が高度に寡占的となることにより、それが競争圧力の緩和を招き、結果として、当該市場における主要なプレイヤー間で、競争水準を超えた価格設定が可能ないし容易になるのである。しかし、判決は、他の競争者の事業活動の制約の有無という点に「競争の実質的制限」の解釈を求めたがために、寡占的協調による市場支配力の成立という側面が「競

争の実質的制限」の解釈から軽視されるおそれをはらんでいたのである<sup>28)</sup>。そのおそれは、八幡・富士合併事件の「審決理論」で現実のものとなったと考えられる<sup>29)</sup>。

判決のこの解釈には、「競争の実質的制限」を、価格支配力としての市場支配力が成立している状態と捉えるか、あるいは、他社の競争単位としての活動に制約が加えられている状態と捉えるかという点で混乱がある。後者の側面を重視すれば、市場における他社の競争能力に対する制圧に着目する②の判示につながる。これは、市場支配力の「支配」という日常的な語感とも親和的であった。「支配」という日常的語感から、競争者の事業活動に対する制圧こそが市場支配力だと理解された<sup>30)</sup>とすれば、問題は、かかる語感に引きずられて、価格支配力としての市場支配力の本来の意義が没却されるおそれが生じたことであった。①と②は、いいかえになっていないにもかかわらず、「いいかえれば」という接続詞で結ばれているところに、判決の混乱がある<sup>31)</sup>。①の立証のために②が必要な場合があるかもしれない。だからといって、①の状態が充たされるからといって②の状態が充たされるとは限らない。

①と②は、それぞれ、前節で見た原始独禁法制定当初における「競争の実質的制限」解釈の二つの立場とおおむね整合的である<sup>32)</sup>。本判決は、両者を統一的・整合的に解釈しよ

28) この危惧に対し、実方教授は、①の判示部分における「ある程度」という内容に幅のある文言の解釈により、寡占的な市場構造を形成・強化する合併を規制対象に含めることは判例理論によっても可能だとする。実方謙二『独占禁止法』（有斐閣、第4版、1998年）138頁。しかし、そのような解釈が仮に可能であるとしても、②の判示部分が追加され、①の適用が限定されたことにより、寡占的市場構造を形成・強化する合併が容認される解釈上の足がかりを作ったことは否定しがたいように思われる。

29) なお、その後の日本石油㈱ほか九名事件東京高裁判決（昭和31年11月9日審決集8巻65頁）では、「競争の実質的制限」の解釈に「いいかえれば」の判示は出てこない。これを捉えて、東京高裁が元の東宝・スバル事件判決の厳しい立場に戻ったとする見方がある。しかし、これは、矢部教授の指摘するように、カルテルが問題となった事件では通常ほぼ全ての事業者がカルテルに参加していることが多いため、「いいかえれば」以下の判示によって、当事企業以外の競争者の置かれた立場を説明する必要があるだけのこともかもしれない（日本石油の事件はカルテルが問題となったものである）。伊従寛・矢部丈太郎編『独占禁止法の理論と実務』（青林書院2000年）280頁〔矢部丈太郎〕参照。

30) 東宝・スバル事件、東宝・新東宝事件の両判決に参画した猪俣幸一元東京高裁判事は、「このように裁判所の態度が変わりましたのは、競争の実質的制限の本質は市場支配力の存在である。市場を力でおさえることができるというところに重点をおいたのであります」と説明している。石井幸一ほか「座談会・独禁法重要判例の問題点を検討する」財政経済弘報702号5面（1958年7月21日）。この説明にも「支配」の語感に引きずられた跡が窺われる。「いいかえれば」以下の判示がミスリーディングだとする最近の研究として、川浜・前掲註(17)122頁および丹宗暁信ほか『論争独占禁止法』（風行社1994年）46頁〔和田健夫〕参照。

31) 同様の指摘として、今村成和『私的独占禁止法の研究Ⅳ』（有斐閣1976年）224頁参照。

32) 猪俣元判事は、両事件について、新東宝事件において、「競争の実質的制限の意義についての裁判所の態度が変わった」とした上で、「前の判決〔東宝・スバル判決―筆者注〕では、そういう事業支配の形態が現れているか、現れようとする程度にいたっている状態という」と説明し、ものの状態を動的にみたわけでありませんが、今挙げました東宝・新東宝事件では、市場を支配することができる状態という」と説明し、支配力を持っている状態を、いわば機能的な見方に変えてきております」と述べている（「座談会」・前掲註(30)）。しかし、ここにいう「市場を支配することができる状態」とは、「いいかえれば」以下の判示により、市場支配力をもつ企業に対してライバルの置かれた状態として理解されていることが問題なのである。

うと試みたとも考えられる。仮にそうであるとすれば、その努力にもかかわらず、いいかえとは理解しがたいものを「いいかえ」として結んだがために、解釈の混乱は解消されることなく、次の「審決理論」へ引き継がれることとなった。

東宝・新東宝事件では、当事企業のシェアは約三分の一であった。判決は単にシェアが三分の一であるというだけでは、「競争の実質的制限」の立証には足らず、市場の諸条件の総合衡量によってそれを認定することができる旨判示している<sup>33)</sup>。諸条件しか述べられていないため、シェア以外に何が「競争の実質的制限」の立証にとって重要であるかは、この判示からは窺われない。

### 3. 「審決理論」の登場とその批判

八幡・富士合併事件は、鉄鋼業界において、資本金、総資産額、総売上高において第一位と第二位の八幡製鉄と富士製鉄が合併しようとした事件である。製鋼原料となる銑鉄と粗鋼について、当事企業の合計シェアは、それぞれ44.5%と35.4%で合併前両社が1位と2位を占めていた。また、個別品目では、当事企業の合計シェアは、鉄道用レールで100%、食缶用ブリキで61.2%、鋳物用銑で56.3%、鋼矢板で98.3%にも上った。公取委は、これら四品目の取引分野において「競争の実質的制限」に当たるとして、当事企業に対し本件合併の中止を勧告するとともに、東京高裁に緊急停止命令の申立を行い、裁判所もこれを認めた。しかし、当事企業が勧告の応諾を拒否したため、公取委は、審判開始決定を行った。その後、当事企業から、違反行為を解消するための具体的措置に関する計画を提出して、同意審決の申出を行い、公取委もこれを適当と認めたので、その後の審判手続を経ずに、当該計画と同内容の同意審決が下された。これが本件の事件経過である。公取委は、「競争の実質的制限」について、次のように判断した。

(1)独禁法「15条第1項第1号にいう「当該合併によって、一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる場合」とは、当該合併によって、市場構造が合併前と比較して非競争的に変化し、特定の事業者が、市場における支配的地位を獲得することとなる場合をいう。しかして、ある事業者が、市場を独占することとなったり、あるいは取引上、その意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右しうる力をもつこととなり」、(2)「これによって、競争事業者が自主的な事業活動を行ないえない

33) 東宝・新東宝事件は、一手配給委託契約が問題となったものであり、合併の事件ではない。しかし、こと「競争の実質的制限」にかかわる判示は、合併についても、等しく妥当と考えられる。現に、公取委の企業結合ガイドは、合併における「競争の実質的制限」の判断について、東宝・新東宝事件判決を引用している。

こととなる場合には、右の特定の事業者は、その市場における支配的地位を獲得することとなるとみるべきである」。

審決は、このように解釈した上で、当事企業の申し出た措置によって、「有効な牽制力ある競争者」が作り出されることを理由に、本件合併を認めた。

右にみた説示のうち、(1)は、東宝・スバル事件および東宝・新東宝事件の①で示された市場支配力とほぼ同じ内容である。問題は(2)の説示である。

審決では、まず(1)において、「競争の実質的制限」を特定の事業者による「市場支配的地位の獲得」と解釈する。そして(2)において、かかる「市場支配的地位の獲得」は、ライバル事業者が「自主的な事業活動を行えない」場合に生じると解釈する。このように、審決の理解によれば、ライバルが市場において自主的な事業活動を行えるかどうか「競争の実質的制限」の有無を判断する基準となっている。東宝・新東宝事件判決において、そこでの判示①が認められても、他の競争者が市場において存立し、依然として事業活動を行える状況にあれば、判示②により「競争の実質的制限」が認められないとされる解釈上の余地を残すものであった。審決では、これをさらに展開させて、「これによって」という接続詞でつなぐことで、「競争の実質的制限」の認定にとって最終的に問題となるのは(2)の説示であることを明示した<sup>34)</sup>。すなわち、東宝・新東宝事件判決では、「いいかえれば」という等符号で①と②がつながれていることから窺われるように、文章の構造上あくまで重点は①であり、②は単にそれを文字通りいいかえようと意図したにすぎない<sup>35)</sup>。判決文をそのまま受け取ってあくまで「いいかえ」であることを仮定した上で、①を重視し②を①の判断に収斂させて読むことも可能であった。あるいは、裁判所が一貫して「競争の実質的制限」の内容として述べているのは①の判示であるから、そのことを重視して、②の先例的価値を否定することで、②の判示を捨象して読むことも不可能ではなかった<sup>36)</sup>。しかし、八幡・富士合併審決は、「これによって」とつなぐことで、最終的に問題となる基準が「これによって」以下の部分であることを強調し、それにより、自主的な事業活動を行える競争者が存在するかどうかという点に、「競争の実質的制限」の判断の焦点を集中させたのである。このような解釈は、原始独禁法制定当時の一つの立場、すなわち、当事者以外の競争者の事業活動を不能ならしめることをもって「競争の実質的制限」と捉え

34) 衆議院の商工委員会で、当時の山田精一公取委員長は、独禁法 15 条 1 項における「競争の実質的制限」の解釈について、「判例の線ではっきり参ろうということでございます」と答弁している。ここにいう判例とは、東宝・新東宝事件判決（②の判示部分を含む）のことである。『五十年史』（前掲註(5)）157 頁参照。これに対して、今村博士は、判例に従うということは「決して判決の文章の中に用いられた片言隻句をとらえて、それを単なる概念操作の道具とすることではないはず」と、疑問を呈していた。公取委事務局経済部調整課『八幡製鉄株式会社および富士製鉄株式会社の合併に関する公聴会速記録』（1969 年 4 月）262 頁。

35) しかし、それが、「いいかえ」になっていないことは前述した。

36) 今村博士の前記公聴会における陳述（『速記録』・前掲註(34)263 頁）を参照。

るかのごとき見方に淵源をたどることができる。

学説は、以上のような「審決理論」に対して、有力な競争者が存在すれば「競争の実質的制限」にはならず、場合によっては複占さえ容認する論理を提供したものとして、こぞって批判した<sup>37)</sup>。確かに、(2)の説示によれば、ライバルが「自主的な事業活動を行えない」場合に、「競争の実質的制限」を認めるのであるから、それを厳格に反対解釈すれば、「自主的な事業活動を行える事業者」が存在しさえすれば「競争の実質的制限」を認めないというのは、文理上素直な解釈である。その意味で、学説の批判は理にかなっていた。また、自主的な事業活動を行える競争者が存在するかどうかの問題なのではなく、競争者が有効な牽制力を振るうことが期待できないような市場構造が出現するかどうかが基準とされるべきであり、その意味で学説の問題意識は正当であった。

「審決理論」は、理論自体に問題があるだけではない。その実際の適用においても、問題が生じやすいものであった。たとえば、設備譲渡や技術提供による問題解消措置によってライバル企業が「有効な牽制力ある競争者」となるのは、合併期間後相当期間が経過してからのものであって、合併の時点では違法状態は継続している<sup>38)</sup>。また、理論が一人歩きして、とにかく独立した競争者さえ作り出せば合併は容認とされる運用の危険性は常に存する。「審決理論」は、その理論自体の問題のほかに、その適用が安易に行われがちになるという点で二重に問題をはらんでいた。

「審決理論」では、合併が、寡占的な市場構造を出現させて市場における主要な事業者間の協調的な行動を容易にし、結果、競争水準から乖離した価格設定を可能にする場合（いわゆる合併による協調型寡占の形成・強化）について、「競争の実質的制限」が認められなくなるという学説の批判は正当なものであった<sup>39)</sup>。

では、そもそも、競争者の存在を「競争の実質的制限」の判断で考慮すべきではないのだろうか。仮に考慮してよい場合があるとしたら、それはいかなる局面か。そしてそれにはどのような要件が必要だろうか。素朴に考えて、競争は、一人でできるものではなく、

37) 批判の概要については、たとえば、厚谷襄児他編『条解独占禁止法』（弘文堂 1997 年）376 頁（根岸哲）を参照。当時の代表的な批判として、今村・前掲註3)263 頁以下、正田彬『独占禁止法研究 I』（同文館 1976 年）145 頁以下、丹宗昭信『独占および寡占市場構造規制の法理』（北大図書刊行会 1976 年）260 頁以下をそれぞれ参照。

38) 厚谷編・前註 376 頁。

39) 実方・前掲註28)138 頁は、「新日鉄審決理論が誤りであることは法律学者・経済学者が一致して認めている」とする。確かに、昭和 40 年代において、寡占的協調を生じさせるような市場構造をもたらす合併が「競争の実質的制限」の要件に該当しうることは、学説の共通了解となっていたように思われる。そのことを示す一例として、「研究会 独禁法と会社の合併(一〜三)」ジュリスト 330~332 号（1965 年）を参照。公取委自身、八幡・富士審決後ほどなくして、当時の日本経済の寡占化への進行を懸念して、大型合併に対して厳格な態度で臨む旨明らかにし、従来の合併審査の要注意ラインを市場シェア 30% ラインから 25% に引き下げると宣明している。『昭和 47 年度、公正取引委員会年次報告』53 頁参照。

ライバルとの関係で行われるものである以上、ライバルの存在は、競争効果分析に無関係ではないはずである。とりわけ合併は、カルテルや談合などとは異なり、それ自体としては適法で価値中立的な行為であり、その違法性はひとえに当該合併が市場における競争にどう影響するかにかかるとすれば、合併分析において、他の競争者の存在は競争効果分析に欠くことができないはずである。問題は、それをいかなる要件のもとに、いかなる局面で、どのように考慮するかである。それを次章で見る。

### Ⅲ. 「審決理論」の再構成

#### 1. 合併分析における競争者の存在

「審決理論」が、寡占的協調型の合併分析にとって、無用な障碍となりうることは既に見た。しかし、最近まで、わが国では、寡占的協調型の合併分析は、合併規制の主流ではなかった。むしろ、八幡・富士合併事件に代表されるように、「市場を独占することとなるような、いわゆる独占獲得型の単独の市場支配力が規制の主眼に置かれていた。そのために、「審決理論」の存在は、従来の法運用からすれば、障碍となることが少なく済んだという事情はある。問題は、寡占的協調型を含め、合併の分析にいかにして競争者の存在を位置づけるかである。この問題については、次のように考えることができる。

第一に、競争者が有効な牽制力を振るうことによって、暗黙の協調<sup>40)</sup>に基づく市場支配力（価格支配力）の行使を抑止しうるのであれば、すなわち、合併による寡占的協調の阻害要因となりうるのであれば、かかる競争者を、「寡占的協調を破る要因」として考慮することは理にかなう。そこで、「有効な牽制力ある競争者」を、寡占的協調を破る要因として位置づけるのである。「有効な牽制力ある競争者」として認定されれば、協調による市場支配力の形成・強化はないとして、結果として、「競争の実質的制限」は生じないと構成する。

第二に、「単独の」市場支配力（価格支配力）が問題となっている場合<sup>41)</sup>には、協調の場

40) ここで寡占的協調ないし暗黙の協調とは、寡占的相互依存関係に基づいて、競争水準を超えて価格を引き上げるために産出量を削減することで、それによって自己の利潤を最大化し、それが同時に共同利潤の最大化にもなっている状況を指す。

41) なお、クールノー型寡占均衡（クールノーナッシュ均衡）は合併規制の対象外としても、複占の場合にそういえるかは微妙である。なお、クールノーナッシュ均衡は、米国合併規制の対象外だとする見方として、See, William J. Kolasky, Coordinated Effects in Merger Review: From Dead Frenchman to Beautiful Minds and Mavericks, Chap. II. A (2002) <<http://usdoj.gov/art/public/speeches/11050.pdf>>.

合にもまして、競争者の能力は重要となる。単独の市場支配力を行使しようとしたときにそれを制約しうるのは、供給余力をもった他のライバルによる競争的対応だからである。ここでは、単独の市場支配力保有者の産出減に対して、他の競争者が当該産出減を埋め合わせるだけの生産余力をもっているかどうか典型的に問題となる。逆に言うと、単独の市場支配力の存在が認定されたということは、かかるライバルの競争的対応が期待できないことを意味している。いずれにせよ、単独の市場支配力の認定の際には、能力（供給余力）をもった他の競争者の行動様式の検討は不可欠である。

このように、市場支配力分析において、それが協調の場合であれ、単独の場合であれ、他の競争者（アウトサイダー）の行動様式の検討は不可欠であり、その際、競争者の供給余力の存否は分析の出発点だと考える<sup>42)</sup>。「有効な牽制力ある競争者」の不存在が、単独ないし協調による市場支配力行使の必要条件になっているという意味で、両者は同根の問題である。いいかえれば、「有効な牽制力ある競争者」の存在は、協調の場合であれ、単独の場合であれ、市場支配力行使の制約要因となることに変わりはないのである。

誤解のないよう注意しなければならないのは、競争制限的と目される合併を、「有効な牽制力ある競争者」の存在ゆえに免責するものではないという点である。その意味で、合併の競争制限効果と「有効な牽制力ある競争者」の存在とを比較衡量するものではない。協調または単独による市場支配力の形成・強化を抑止するための要因（「競争回復要因」）として、市場支配力分析の枠内において「有効な牽制力ある競争者」の存在が考慮されるにとどまる。

このように考えた場合、問題は、「有効な牽制力ある競争者」の要件は何か、である。この点の考察が重要なのは次の理由に基づく。単に競争者が存在することをもって、安易に競争回復要因と捉えるならば、合併規制は骨抜きとなるおそれがあるからである。競争者を競争回復要因と考慮しうるためには、かかる競争者が、真に牽制力を行使して、協調ないし単独の市場支配力を抑止でき、かつ抑止しようとする者かどうかの検討が欠かせない。次節以降で、これについての筆者の見解を示す。

## 2. 「有効な牽制力ある競争者」としての要件

「有効な牽制力ある競争者」たりうるためには、第一に、牽制する「能力」が競争者に備わっていなければならない。ここで重要なのは、供給余力であり、それが十分に牽制者に備わっていることが、有効な牽制のために不可欠である。競争者の供給余力に乏しい場

42) 米国法において、本稿と同様の見解をとるのがポズナーである。See Richard A. Posner, *Antitrust Law* (second ed. 2001). 特に第5章参照。

合、あるいは、競争者の側に供給余力があっても、たとえば政府規制等によって供給自体に制限が加えられている場合には、実際に牽制することはできないからである。競争者に十分な供給余力がなければ、当該競争者が生産・販売を拡大することにより、当事企業の市場支配力行使（競争水準以上の価格引上げ）を牽制するのは困難である。また自社の供給余力が十分でなければ、他の競争者の市場シェアを奪って自社の市場シェアを拡大できる余地が乏しく、またそれをするることによる利益も限定的であるため、競争他社と激しい競い合いをしようとする気がおきにくく、ひいてはそのことが、企業間の協調的行動の素地ともなりうるのである。

第二に、牽制する「インセンティブ」が競争者に備わっていることである。牽制能力を備えた競争者であっても、そもそも牽制するインセンティブに欠ければ、結局、牽制することは期待しがたいからである。要するに、「有効な牽制力ある競争者」の吟味に当たっては、競争を本気で仕掛けてくるかという競争者の行動様式の検討が不可欠なのであり、いくら競争者が牽制力をもった競争者であったとしても、そもそもその者に競争する気がなければ、当該競争者の存在は、協調ないし単独の市場支配力分析にとって意味はない。

第三に、牽制する能力とインセンティブがあってもなお、有効に牽制力を行使できない状況にあるかどうか吟味されなければならない。能力とインセンティブがあってもなお「有効な」牽制力を行使できない状況にあるとしたら、その要因は何であるかについて分析する必要がある。市場支配力の行使は、需要面と供給面の代替性によって抑制される。供給余力の問題は、供給の代替性の問題にかかわる。しかし、供給余力があれば直ちに供給の代替性が効いて市場支配力の抑制要因になるかというところではない。供給余力としての牽制「能力」があっても、たとえば、流通系列化などにより、当該供給物の流通経路が実際上限定されている場合には、供給の代替性があるとはいえず、市場支配力は抑制されない。また、仮に牽制する能力とインセンティブがあったとしても、需要面での代替性に乏しければ、「有効な」牽制は現実に行われがたい。たとえば、製品がブランド等により強固に差別化されており、同種の製品であっても、市場支配力保有者のブランドに顧客の選好が固定しているため、同種他社製品への乗換えが実際上期待できない場合には、かかる同種製品の供給を増やしたところで、市場支配力行使を妨げることは困難である。同様に、製品間の乗り換えにスイッチング・コストが高い場合には、需要面での代替性に乏しく、市場支配力行使の抑制は困難である。また、ネットワーク外部性（需要者側の規模の経済）が強く働く製品（役務）の場合には、同種他社製品への乗り換えが事実上起きにくいと考えられるため、同種製品を供給するライバルの牽制は、実際上限定的なものとなることが予想される。また、合併により、当事企業が隣接市場で、いわゆる「エセンシャルファシリティ」と目される施設等を専有または共有することとなる場合には、当該施設



等の他社への開放如何によっては、問題となっている関連市場で、競争者による有効な牽制が期待しえないおそれがあることにも留意しておく必要がある。

以上のように、「有効な牽制力ある競争者」の存在が合併の競争効果分析において考慮されるのが適切な場合とは、当該競争者が、協調または単独の市場支配力の形成・強化を抑制する場合だと考えられる。そしてそれが期待される場合とは、牽制するだけの能力とインセンティブが競争者に十分備わっており、かつ、牽制力を行使できないような市場要因が存在しないときである。

次に、牽制する「インセンティブ」と「能力」をもつ競争者をどのように識別するか。これは、当然予想される疑問である。しかし、この識別は、形式的には決することができない問題である。特に、「インセンティブ」の識別は、定性的かつ総合的な判断にならざるを得ず、難しい問題であるが、さしあたり、次の考慮要因が参考になると考える。

第一に、合併後の当事企業の市場シェア及び当事企業と競争者とのシェア格差が重要な指標となる。すなわち、合併後の当事企業の市場シェアが競争他社に比して大きい場合には、競争他社の供給代替によって、当事企業の市場支配力行使（競争水準以上の価格引き上げ）を牽制することは、實際上容易でないことが予想される。同様に、市場支配力保有者と牽制する競争者との間に有意なシェアの格差が存在しているような場合には、牽制する能力自体に疑問が生じうる。ただし、今のところ、最終製品自体のシェアは小さくとも、その原料の調達力ないし中間投入財の生産能力に十分な余力があるとされる場合には、いまだ牽制する能力は失われていないとも考えられる。また、上位企業のシェアの斉一化と寡占化は、一般に、各企業の利害調整の容易化を招き（ひいてはそれが牽制するインセンティブの弱体化につながり）、結果、協調の形成・促進に資することにも注意する必要がある。

単独の市場支配力分析の場合、当事企業のシェアの値及び当事企業のライバルのシェアの値が決定的に重要となる。合併によってシェア50%の企業が誕生し、残りのライバル企業のシェア1%でそれが50社存在するとしよう。この場合、50%企業による単独の市場支配力は、一般に行使可能であろう。1%のシェアでは、特段の事情のない限り、供給余力の点で牽制する能力に欠けるからである。これに対して、残りのライバル企業のシェアが20%、20%、10%の場合には、50%の企業の競争制限的な産出削減に対して、20%のライバルはそれを埋め合わせるだけの生産余力をもちうる可能性がある<sup>43)</sup>。

第二に、合併に伴う市場集中度及び競争者の数の変化は、インセンティブを判断する重

43) なお、このようなシェア配分の場合には、別途、寡占的協調による市場支配力分析の観点からも、「有効な牽制力ある競争者」の検討を行う必要がある。また、一部のハイテク産業のように、市場の変化が急速で、技術革新の進展が激しい産業の場合には、現在における市場シェアやシェア格差が、将来における競争状況を的確に反映しているとは限らないため、競争者の牽制能力・インセンティブの分析に占めるかかる指標の重要性は、相対的に低くなりうることに留意する必要がある。

要な指標となる。牽制するだけの能力を保有している競争者であっても、合併により、市場が寡占的になればなるほど、あえて競争的に出るよりは、合併によって形成される寡占的協調に与して市場支配力行使の恩恵にあずかる方が得策だと考えるかもしれない。その意味で、高度寡占的市場においては、通常、経験的には、競争者が牽制力を行使して、他の主要事業者による寡占的協調を崩し、市場支配力の形成・強化を抑止するとは考えにくい。そのような経験的知見を覆すだけの証拠がない限り、合併に伴う市場の高度寡占化に対して、競争者が「有効な牽制力ある競争者」として認められる余地は乏しい。そのような証拠とは、たとえば、過去において、主要なライバルに対して積極的に競争行動を仕掛けていたことの証拠である。もっとも、合併による寡占化の進行度合いによっては、かかる証拠ももはや説得力をもたなくなる（すなわち、合併前「有効な牽制力ある競争者」であったとしても、合併後には、牽制するインセンティブに重大な変化が生じ、牽制者としての役割がもはや期待できないとされる）場合もあろう。また、合併に伴う市場集中度の変化や競争者の数という要因とともに、過去における市場シェアの変動状況も牽制インセンティブの判断において参考となりうる。たとえば過去、市場における主要な事業者のシェアの変動が大きい場合には、（もちろん他の要因も見必要があるが）牽制インセンティブの判断にプラスに作用しうる。逆にいうと、過去、事業者間のシェアが固定的で、経時的な変動があまり見られない場合には、（他の要因にもよるであろうが）競争者の活発な牽制インセンティブの存在は通常期待しがたい。

第三に、当事会社間及び市場のプレーヤー間での過去の競争状況はどうであったか、とりわけ、当該市場において過去に協調が生じていなかったかどうか。これは、特に、協調による市場支配力分析の局面において問題となる考慮要因である。過去に協調に与していた者が、合併によって一転して競争的になるとは普通考えられないからである。むしろ合併により、市場が寡占化することにより、ライバルとの同調的価格設定がさらに強固なものになると予想するほうが合理的である。このことから、「有効な牽制力ある競争者」として寡占的協調を崩すと評価されるためには、過去において、主要なライバルに対して積極的に競争行動を仕掛けていたこと、少なくとも、暗黙の協調に与していなかったことが必要だと考えられる。かような牽制のインセンティブ評価に当たっては、市場構造を基底とした経済分析も有効であろう<sup>44)</sup>。また、合併当事会社間において、合併以前互いにシェアを奪い合うなど積極的に競い合いを行っており、かかる競い合いが、市場全体における競争状況にプラスの影響を与えていた場合において、当該合併によりかような競い合いが

44) 後述の JAL/JAS 事件を元にしたそのような分析の一例として、南部鶴彦「国内航空業における統合の経済的効果」ていくおふ 97 号 15 頁（2002 年）および柳川隆「日本航空と日本エアシステムによる経営統合の競争政策上の問題点」神戸大学経済学研究 49 巻 84 頁以下（2002 年）参照。

消滅すれば、他の競争者の牽制インセンティブにもマイナスの影響をもたらすかもしれない。合併当事企業間で熾烈であった競争が合併により消滅したことを契機として、他の競争者もそれにつられて競争を回避しようとするインセンティブがもたらされるおそれがある。

第四に、問題の市場が、協調を形成・維持しやすい特徴を有しているかどうか、それによって「有効な牽制力ある競争者」のインセンティブにも影響が生じる。これも、協調による市場支配力分析の局面において問題となる考慮要因である。たとえば、製品が同質的で協調条件の設定を行いやすい場合や、市場価格に透明性があるため、協調からの逸脱を容易に発見しやすい場合には、通常、「有効な牽制力ある競争者」としてのインセンティブにマイナスに作用する。同様に、逸脱に対する制裁が十分かつ直ちに行われる状況のもとでは、有効な牽制力を行使しようとするインセンティブはそれだけ乏しくなると考えられる<sup>45)</sup>。また、取引の規模と頻度も牽制のインセンティブにかかわる。たとえば、大口取引が不定期かつ稀にしか行なわれないような場合には、協調からの逸脱インセンティブは大きく、また逸脱に対する制裁も効果的でないため、有効な牽制が期待できる。さらに技術革新のスピード、商品のライフサイクルといった点も、牽制インセンティブに影響を与える。たとえば技術革新のスピードが激しかったり、商品のライフサイクルが短い場合には、協調をあえて形成・維持する経済的意味は一般に乏しく、また競争者もそのことを知っているので、そうでない場合に比べて積極的な牽制が期待できると考えられる。

### 3. 「有効な牽制力ある競争者」が問題となる局面

次に問題となるのは、いかなる局面で、「有効な牽制力ある競争者」の存在が合併分析において問題になるかという点である。これについては、大別して次の二つに分けることができる<sup>46)</sup>。第一に、「有効な牽制力ある競争者」（と目される者）を含む合併であり、第二に、そうでない合併である。

45) たとえば、当該市場における競争がベルトラン競争かクールノー競争かという競争モードに関する分析は、報復に対する十分さと迅速さを検討するに当たって重要となりうる。クールノー競争の場合、逸脱に対する報復（増産）の程度は、ワンショットでみたときには、低いことが問題となる。すなわち、クールノー競争下において、ワンショットでみた場合、逸脱に対する発見と制裁のインセンティブはあったとしても、かかる制裁が迅速かつ十分に行われにくいことが問題となるのである。この点が問題となった事件として、EUの Airtours 事件（2002年）があり、同事件について詳しくは、拙稿「EC 企業結合規則による寡占的市場支配的地位の規制と同規則の域外適用」国際商事法務 31 巻 6 号 790 頁以下（2003年）を参照。

46) 以下の分類は、Jonathan B. Baker, Mavericks, Mergers, and Exclusion: Proving Coordinated Competitive Effects under the Antitrust Laws, 77 N. Y. U. L. Rev. 135, 177 (2002) 以下を参考にした。ただし本稿の分析は、maverick の場合に限られない。maverick が問題となるのは協調的寡占の場合であることに注意せよ。詳しくは、後掲拙稿（後掲註61）を参照。

第一の場合は、合併により、既存の「有効な牽制力ある競争者」のインセンティブにいかなる影響が生じるかが問題となる。単独で市場支配力を行使しようとする際に邪魔な、あるいは、協調の形成・維持にとって邪魔な「有効な牽制力ある競争者」が買収されることにより、当該「有効な牽制力ある競争者」が無力化されて、協調ないし単独による市場支配力行使の抑制要因が取り除かれるかもしれない（したがって、かかる合併は競争制限的と目される）。しかし逆に、合併により既存の「有効な牽制力ある競争者」の供給能力が拡大し、それが「有効な牽制力ある競争者」のインセンティブにプラスに作用する可能性もありうる。

第二の場合は、合併以前「有効な牽制力ある競争者」でなかった者同士の合併である。この場合、合併によりライバルの従来の牽制能力とインセンティブにどのような影響が生じるかを見極める必要がある。八幡・富士合併事件は、合併当事企業以外の者が「有効な牽制力ある競争者」として機能しうるかどうかが論点となったものであるから、この類型に分類することができる。この類型は、さらに次の三つの場合に分けることができる。

第一は、従前、「有効な牽制力ある競争者」が他に存在する場合、その者のインセンティブに影響を及ぼさないような、「有効な牽制力ある競争者」でない者同士の合併である。合併により市場集中度が上昇しても、他のライバルの「有効な牽制力ある競争者」としてのインセンティブに影響を与えない場合には、かかる競争者の存在は、当該合併により「競争の実質的制限」がもたらされないことの理由、あるいは、それがもたらされるかどうかの分析にあたっての酌量事由となりうる。

第二は、第一とは逆に、既存の「有効な牽制力ある競争者」のインセンティブに影響を及ぼす合併である。一つの可能性は、合併により、合併後の企業が価格・サービスの点で競争的となり、それへの対応として、他の「有効な牽制力ある競争者」も対抗してより競争的となる場合である。逆に、協調逸脱に対する合併後の企業の制裁能力・可能性が高まることにより、ライバルの「有効な牽制力ある競争者」としての行動が制約されることも考えられる。

第三は、合併以前「有効な牽制力ある競争者」でなかった者が、合併によって「有効な牽制力ある競争者」となる場合である。ここでは、「有効な牽制力ある競争者」の認定に際して、当該合併により供給余力がどの程度増大するかどうか、それが競争するインセンティブにどう影響するか、有効な牽制力を行使できない市場要因は存在しないかという点について慎重に見極める必要がある。それらの見極めにより、真に「有効な牽制力ある競争者」になると認定されれば、それは、当該合併が「競争の実質的制限」をもたらすものではないことの一つの根拠となる。

次章で検討する JAL/JAS 事件では、当事企業は、統合により「有効な牽制力ある競

争者」としての役割が期待できることを主張した。まず確認する必要があるのは、合併による効率性の向上（たとえば規模の経済性の獲得）がないかぎり、合併により単に当事企業のシェアが増大し、首位企業とのシェア格差が減少するからといって、それが競争の促進に結びつくとは限らないという点である。一般に、市場構造が集中的になればなるほど、競争よりもむしろ協調を形成ないし維持しようとするインセンティブが強くなることは経験的に知られている。このように、単なるシェアの増大による競争力強化は、合併の正当化とはなりがたい。しかし、合併による効率性の向上が想定される場合、たとえば、製品のコスト水準にとって規模の経済性が重要な市場において、合併による規模の経済性の獲得により十分な程度の限界費用の低減が生じて、当事企業が首位企業と同等の費用水準で生産を拡大することができ、それが商品価格を押し下げる競争圧力となるのであれば、小規模企業同士の合併が、市場の競争を促進させることもありうると思われる。

#### 4. 「審査官意見書の概要」とその評価

以上、合併分析における「有効な牽制力ある競争者」の位置づけについての筆者の考え方を示すことで、「審決理論」を再構成することを試みた。これとの関連で注目されるのは、八幡・富士合併事件の審判の過程で出された「審査官意見書の概要」（以下、「概要」と称する）である。「概要」は、「有効な牽制力ある競争者」の要件について詳細に述べており、検討に値する<sup>47)</sup>。

「概要」は、単なる牽制力と「有効な」牽制力とを明確に区別すべきであることを説き、そのための要件を四つに分けて提示する。すなわち、「第一に、独立した競争者であること、第二に、対等に競争できる競争者であること、第三に、その牽制力が全面的なものであること、第四に、その牽制力が実効性のあるものであることが必要である」とする。

「概要」のこれらの要件については、本章前節までの検討から、次の評価が可能である。まず、第一の要件について、「有効な牽制力ある競争者」が独立した事業者でなければならないことは、当然の前提をなすものである。ただし、競争者間で、株式の相互保有や役

47) 公取委事務局審査部「昭和44年（判）第二号、八幡製鉄株式会社ほか一名に対する件、審査官意見書の概要」（1969年10月14日）。なお、原文は、由良善彦『鉄の巨人（新日鉄）誕生（資料編）』（開放経済研究所出版部1969年）117頁以下に所収。「概要」は、従来あまり引用されることはなかった（ただし、経済法学会編『独占禁止法講座Ⅱ—独占—』188頁〔木元錦哉〕は、「概要」を積極的に評価する）。公取委が先例として公表したものではないため、行政上の先例として引用できなかったことが、その理由の一つにあると思われる。このように、「概要」は、必ずしも行政上の先例といえるものではないが、「有効な牽制ある競争者」という抽象的概念について、その理論的骨格が何であったかを知るための資料として重要であると考えられる。本稿では紙幅の制約から、「概要」については簡単にしか触れることができなかったが、詳しくは原文を参照されたい。

員兼任といった相互依存・従属関係にないという意味において独立しているというだけでは足りない。牽制による競争者のチェック機能が果たされるためには、前述のように、牽制しようとするインセンティブが存在することが不可欠である。

第二の要件については、確かに、牽制する相手方との間に競争力の格差が著しい場合には、牽制によるチェック機能は働かないと考えられる。ここで重要なのは、供給余力であり、それが十分に牽制者に備わっていることが、有効な牽制のために不可欠である。

第三の牽制力の全面性とは、供給余力の問題である。すなわち、市場支配力保有者の産出削減を十分に埋め合わせるだけの生産能力が備わっているかどうかを問うものである。

第四の要件である牽制力の有効性も、重要な要件であると考えられる。すなわち、牽制する能力とインセンティブがあったとしても、現実には市場支配力保有者による市場支配力行使を妨げることができないのであれば、かかる競争者が存在していてもあまり意味がないからである。その意味で、第2節でみたように、市場支配力を抑制できない市場の状況にないということも、「有効な牽制力ある競争者」の考慮に当たっては重要である。

以上のように、「概要」に示された「有効な牽制力ある競争者」の内容は、牽制するインセンティブの視点が十分でないものの、それを競争効果分析において評価することが正当である場合の要件を検討したものとして、貴重である。

一方、「概要」によれば、「競争の実質的制限」(独禁法15条)の存否は、「他に有効な牽制力ある競争者があるか否かによって判断される」とする。しかし、その認定は、「有効な牽制力ある競争者」の存否だけで「競争の実質的制限」の有無が決まるかのごとき書き方になっている点で、問題である。市場に、現に、「有効な牽制力ある競争者」が存在しなくとも、時宜にかなった十分な規模の参入の蓋然性や輸入圧力の存在といった、他の要因の存在によっては、「競争の実質的制限」は生じないとされる余地は十分にある。また、「有効な牽制力ある競争者」の認定が厳格に行われず、漫然と行われれば行われるほど、合併規制は骨抜きにされる危険がある。

以上、「概要」については、「競争の実質的制限」の認定手法の点では首肯できないものの、「有効な牽制力ある競争者」という抽象的かつ規範的な概念について、その骨格を明らかにしようと努力した点において一定の評価ができる。

本章の最後に、予想される次の疑問と批判に答えておく必要がある。牽制の能力やインセンティブを判断する際には、本章第2節で述べた市場構造的指標やその他の定性的指標を種々勘案しているが、そうであれば、それは、結局、通常の競争効果分析と変わるところがなく、わざわざ「有効な牽制力ある競争者」概念を持ち出す必要はあるのか。過去の経緯から誤解を招きやすい、かかる概念を持ち出すのは、危険ではないか。むしろ「有効な牽制力ある競争者」概念を持ち出さず、丹念に競争効果分析を行っていくべきではない

か。これらは、もっともな疑問と批判である。しかし、本稿第1章第1節および第2章第3節の最後で繰り返し述べているように、「有効な牽制力ある競争者」と形容すべきかどうかはともかくとして、競争者の存在とその行動様式の評価は、市場における競争の状況を分析するに当って、欠かすことはできない。単独の場合であれ、協調の場合であれ、市場支配力の行使の有無と程度は、有効な牽制力を振るえる有力競争者の存否とその競争的出方次第にかかっている。むしろ、現に市場に存する競争者の存在が分析のすべてではない。牽制力をもった有力競争者の存在が期待できなくとも、たとえば時宜を得た十分な規模の参入や輸入が期待できれば、合併による「競争の実質的制限」は生じないと考えられる（そもそも、参入でさえ、潜在的な「競争者」の将来の「牽制」と捉えることが可能である）。要するに、重要なのは、合併の競争効果分析の基本原則となる準拠を立てることであり、その積み重ねが、とかく総合勘案による基準の不明確性・不透明性を指摘される企業結合規制を明確化し透明化していくための方途であると思われる。

#### IV. 日米の合併規制における「有効な牽制力ある競争者」の役割 —最近の事例から

##### 1. 日本法——JAL/JAS 事件とその評価——

第Ⅱ章でみたように、「審決理論」には問題があり、また学説の批判も大きかった。このため、現在の公取委は、既に「審決理論」を放棄したとの見方もある<sup>48)</sup>。また企業結合ガイドにも、「審決理論」への言及はない。しかし、事前相談事例を見れば明らかなように、「有効な牽制力ある競争者」ないし「有力な競争者」の存在は「競争の実質的制限」の判断において頻出するとともに重視され、「有効な牽制力ある競争者」あるいは「有力な競争者」という考慮要因は合併の競争効果分析において實際上最も重要な考慮要因の一つとなっている。またその傾向は、現在、より強まっているとも考えられる<sup>49)</sup>。その印象を強く認識させたのが、最近の最も著名な事前相談事例の一つである、JAL/JAS 統合事件であった。

本件統合について、公取委は、競争を実質的に制限するものであるとして、問題点の指摘を行った。そこでは、「有効な牽制力ある競争者」が形をかえて、判断基準の中心とし

48) 一例として、村上政博『独占禁止法』（弘文堂1996年）329-330頁。

49) たとえば、直近の事例である、平成14年度における主要な事例12事例のうち、8事例において、有力な競争者または有効な牽制力ある競争者の存在が競争効果分析において考慮されている。

て登場し、それが議論の中心となっていたように思われる。公取委の運用において、「有効な牽制力ある競争者」ないし「有力な競争者」の存在が競争効果分析において非常に大きな役割を占めていることが窺える。

本件は、日本航空（JAL）と日本エアシステム（JAS）が、両社の親会社となる持株会社を設立し、さらに、平成 16 年に両社を事業別会社に再編することにより事業の統合を行うことを予定するというものであった<sup>50)</sup>。

本件統合により、国内線市場および羽田・伊丹発着市場において、当事企業の統合後の合算旅客数シェア・合算運行回数シェアが高まり、当事企業と全日本空輸（ANA）との 2 社でシェアのほとんどを占めることになり、いわゆる複占的状态が生じることとなった<sup>51)</sup>。また、本件統合により、国内各路線市場において、当事企業が競合している 32 路線のほとんどが独占化又は複占化することとなる<sup>52)</sup>。

これに対し、公取委は、このような統合計画に対し、次の懸念を表明した（「一次判断」<sup>53)</sup>）。

すなわち、第一に、大手航空会社が 3 社から 2 社になることにより、これまでも同調的であった運賃設定行動が更に容易になる(I)。

第二に、就航企業数が少ない路線ほど、特定便割引運賃が全便に設定される割合及びその割引率が低くなっており、大手航空会社数の減少は、競争に重大な影響を及ぼすものと考えられる(II)。

この「一次判断」の後、公取委は、当事企業と国土交通省の対応策を受けて、新規航空会社の事業拡大等により有効な競争が生じる蓋然性が高まることなどを理由に、最終的に、本件統合は国内線市場における競争を実質的に制限するおそれはないと判断した（「二次判断」<sup>54)</sup>）。

公取委のこのような判断に対しては、本稿の見地からは、以下のように評価できる。

50) 「日本航空株式会社及び株式会社日本エアシステムの持株会社の設立による事業統合について」（公取委・平成 14 年 3 月 15 日（「一次判断」）および平成 14 年 4 月 26 日（「二次判断」））。本件の担当者による同名の解説として、石谷直久・五十嵐俊子・公正取引 621 号 44 頁（2002 年）がある。事案の詳細は、それらの文献の参照を乞い、ここでは、本稿のテーマに関係する部分だけを紹介するにとどめる。また、JAL/JAS 事件に関する論稿は多数公刊されているが、ここでは、字数の制約から、それらの引用を省略する。

51) 本件の市場画定の論理構造の検討については、拙稿「独禁法における企業結合規制の理論的整理」公正取引 628 号 7 頁（2002 年）参照。本件の市場画定については、全国市場（国内航空旅客運送事業分野）画定の意味（必要性）など、検討すべき点が残されている。

52) なお、本件統合の理由に関する当事企業の主張については、日本航空「共同持株会社の設立について」（2001 年 11 月 12 日）参照。これに対して、ANA は本件統合に反対した。同社の反対理由の概要については、「日本航空と日本エアシステムの経営統合に対する当社見解」ていくおふ 97 号 36 頁（2002 年）参照。

53) 本文に挙げた二点のほかに、第三点として、新規参入の問題が、第四点として、一般消費者への影響が述べられているが、本稿の検討対象からはやや外れるので、ここでは紹介と検討を省略する。



まず、公取委の「一次判断」は、同調的な価格設定を問題とするところに主眼がある。「審決理論」の下では、寡占的協調による市場支配力の形成・強化を効果的に規制できなくなるおそれがあるところに問題点があった。これに対して、「一次判断」は、同調的価格設定の問題を強調しており、その意味で、「審決理論」は採用されていない。しかし、Ⅰ、Ⅱは ANA が、寡占的協調を崩す有力な競争者として機能していないことを様々な角度から述べたものであり、その意味で、「有効な牽制力ある競争者」の存在が競争効果分析において重要な役割を占めている。

では、ANA および新規参入会社の「有効な牽制力ある競争者」としての「能力」と「インセンティブ」の視点はどうか。

まず牽制できる能力の点について、本件では、混雑空港（羽田・伊丹空港）の利用者数が全旅客数の約7割を占めていることからもうかがわれるように、そこでの発着便が国内線における競争の鍵を握る<sup>54)</sup>。しかし、混雑空港には、発着可能回数を上回る発着需要があるため、所轄官庁（国交省）より発着枠の配分が行われている。このため、各航空会社は手持ちの発着枠の範囲内でしか航空サービスを供給することができないのである。このように、競争者の供給余力に限界があることにかんがみれば、牽制する能力が十分であるとはいえない。この見地からすれば、かかる供給余力の限界が「同調的な価格設定行動を更に助長する要因となっている」とした公取委の判断は妥当である。統合により「有効な牽制力ある競争者」になると主張した当事企業の主張は根拠に乏しい。

次に、牽制するインセンティブの点はどうか。本件統合以前に、既に同調的な運賃設定行動がなされていたことにかんがみれば、当事企業の主たる競争相手である ANA が牽制力を振るうインセンティブは乏しいとみるのが合理的である。また、統合によって、多くの関連市場で複占が生じることにかんがみれば、全日空は、あえて積極的に競争的行動に出るよりは、複占に伴う相互依存関係に依拠して、暗黙の協調に与したほうが得策であるとみるのが自然であろう。従前、同調的運賃設定行動がなされていた本件の場合にはなおさらである。

この見地からすると、公取委の「二次判断」には、問題がある。公取委は、ANA が牽制力ある競争者でないことを前提としつつ（ⅠⅡ）、当事企業の対応策とそれを受けた国

54) 当事企業によって申し出のあった運賃面での対応策については、合併の救済措置（remedy）にかかわる問題（なお、効率性の問題とみる見解として、白石忠志「JAL・JASの事業統合と独禁法」NBL747号14頁（2002年）及び、武田邦宣「企業結合規制における効率性の考慮」公正取引628号38頁（2003年）参照。）なので、ここでの検討は省略する。この問題については、拙稿「企業結合による効率性と企業結合規制——主要諸国による競争法上の考え方——」公取委委託研究報告書（2003）年参照。

55) たとえば、平林英勝「最近の企業結合規制事例の問題点と今後の課題」判例タイムズ1092号9頁（2002年）は、「混雑空港市場での問題が本件統合の独禁法上の問題の核心」だと指摘する。

交省の措置等で、新規航空会社が「有効な牽制力ある競争者」として積極的に競争行動に打って出る蓋然性が高まると判断して複占を認めた。しかし、この判断には、既に指摘されているように、疑問が残る。一つは、羽田発着枠9便（最大12便）を返上させ、その分を新規航空会社へ配分することによる新規航空会社の供給能力の拡大が、統合により更に容易になるとされた同調的運賃設定をはたして抑止しうるのか、すなわち、この程度の供給能力の拡大で、新規航空会社に十分な牽制能力が確保されるのか、という疑問である<sup>56)</sup>。一般に、寡占的協調が成立・維持するためには、市場が寡占的であることを前提として、①協調が成立しやすい市場条件（製品の同質性や既存の企業慣行等）かどうか、②協調からの逸脱（抜け駆け行為）を発見しやすいかどうか、③協調からの逸脱に制裁を加えることができるかの三点にかかる。公取委の認定よれば、大手三社は、新規航空会社をターゲットに、その運航便に近接する便に集中して割引運賃を設定していた<sup>57)</sup>。大手航空会社のこの行為からも容易に想像できるように、仮に当事企業と国交省の措置で新規航空会社に牽制力が備わるとしても、大手の対抗的な割引運賃設定・増便の報復にあい（③）、牽制するインセンティブを喪失していくのではないかと、それにより、再配分により一時的に競争が活発になったとしても、結局、従前の同調的価格設定行動に収斂されるのではないかいふ懸念は残る<sup>58)</sup>。とりわけ、各社の運賃や便数の設定はお互い容易に認識可能であるため、協調が成立しやすい市場環境にある上（①）、積極的な競争活動を発見しそれに制裁を加えやすい状況にもある（②）。さらに、本件では、問題となる市場構造は複占である。一般に、経験則上、市場構造が集中的になればなるほど、寡占的協調のおそれは高まる。それだけに、そのおそれを覆すほどの余程の競争回復事由が存在する必要があると考えられる。

以上の点から、新規航空会社に「有効な牽制力ある競争者」としての役割を期待し、結果として複占を認めた公取委の判断には問題があると考ええる。

## 2. 米国法——ハインツ事件控訴審判決——

前章および前節で展開してきた本稿の分析の一部は、現に米国において、実地に運用さ

56) 本件統合の後、牽制力を振るうことが期待されていた北海道国際航空は、民事再生法に基づく再生手続が開始され、目下、ANAの経営支援を受け再生途中にあるという状況である。「北海道国際航空㈱及び全日本空輸㈱の業務提携について」『平成14年度、公正取引委員会年次報告』253頁（事例3）参照。

57) 「一次判断」第2の3(1)ア(イ)。

58) なお、大手三社（JAL、JAS、ANA）による新規航空会社をターゲットにした割安運賃設定行動等が、公取委から、独禁法3条（私的独占の禁止）の規定に違反するおそれがあるとの指摘を受けている。公取委「大手航空3社の運賃設定について」（公取委・平成14年9月30日）。

れている。そこでの本稿の分析は、「有効な牽制力ある競争者」を経済学的に意味のあるかたちで再構成しようとする試みであった。このような分析は、米国法の実地の運用の中に見てとれる。その一つが、いわゆる maverick 分析である。

米国法では、寡占的協調を崩す能力とインセンティブのある者を maverick（「一匹狼的企業」、本稿では以下「マベリック」という）として、寡占的協調による競争の実質的減殺の判断に当たって考慮する。米国の司法省と FTC による合併ガイドライン（以下、米国ガイドと略称する）<sup>59)</sup>によれば、マベリックとは、他のライバル企業よりも協調条件から逸脱する経済的インセンティブが大きいこと、競争促進的に作用する企業のことである（米国ガイド § 2.12）<sup>60)</sup>。これは、寡占的協調の阻害要因として考慮され、合併により独占的地位が生じた場合に、それへの対抗力として、いわば「切り札」として用いられるのではない。また、マベリックの存在と競争制限効果とはトレードオフの関係にはない。競争効果分析の枠内で寡占的協調阻害要因として評価されるにとどまる。また、マベリックとして協調関係を阻害し、市場支配力の形成・強化を抑止するためには、マベリックとして行動することのインセンティブと行動できる能力が不可欠であるとされる（米国ガイド § 2.12）。さらに、市場が集中すればするほど、寡占的協調による市場支配力の形成・強化があると推認される度合いは強くなるので、マベリックであることを主張してその推認を覆すのは困難となる。

実のところ、マベリックが合併の競争制限効果の分析において中心的役割を占めた事例は、稀である。その理由の一つには、マベリックの認定が難しいということがある。これから紹介するハインツ事件<sup>61)</sup>でも、合併によってマベリックとなるかどうかの判断が争点となった、近時最も注目された合併事件の一つである。また、本件は、JAL/JAS 事件と同様、合併による複占が問題となった事例でもある。

この事件は、瓶詰ベビーフードを生産している首位企業のガーバー社（シェア約 65%）に対抗するため、2位のハインツ社（シェア約 17.4%）と3位のビーチナット社（シェア約 15.4%）が合併しようとした事件である。この合併により、米国における瓶詰ベビーフード市場において、従来の3社寡占から複占（ガーバー社とハインツ・ビーチナット社）となる。また、過去数十年間、瓶詰ベビーフード市場への目に見える参入はなく、参入コストが大

59) See 1992 Horizontal Merger Guidelines 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶13, 104.

60) マベリックの裁判上の位置づけについては、たとえば、ABA Section of Antitrust Law, Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues, Chap. 4-5. (2000). を参照。

61) FTC v. Heinz Co., 246 F. 3d 708 (D. C. Cir. 2001). 本件について詳しくは、拙稿「米国合併規制における「違法性推定則」とマベリック分析」公正取引 639 号 87 頁（2004 年）を参照。本稿では、字数制限の関係から、詳しい議論を全て割愛した。マベリックと効率性との関係を含む詳細な議論は、左の拙稿を参照のこと。

きいため、参入は困難でその蓋然性に乏しいとされていた。さらに、従前の市場慣行として、ガーバー社は、プライスリーダーの地位を占め、他社が追随するという関係にあった。

原審が、合併による効率性の向上等を理由に、本件合併に対する FTC の仮差止申立を斥けたのに対して、控訴審は、①複占という市場構造の形成を重視し、さらに、②高度な参入障壁の存在という証拠、③過去にプライスリーダーシップの業界慣行が行われていたという証拠等も加味して、合併によりマベリックになるという当事企業の主張を斥けるとともに、原審を破棄差戻した。

米国の判例法におけるハインツ事件判決の位置づけは、次のようにまとめることができる。第一に、伝統的な判例準則である「違法性推定則」に基づいて合併分析を行ったことである。すなわち、シェア、集中度という市場構造要因に基づいて、原則として合併の違法性が推定され、その上で、他の追加的要因について立証責任の分配を行うという立場を堅持したことである。第二に、効率性の認定を、「合併特有のものか」、「検証可能なものであるか（憶測的なものでないか）」といった点から、厳格に行っていることである。これは、近時の合併に関する裁判例の傾向に一致する。第三に、合併によるシェア・集中度の増大との相関関係からマベリック形成の有無を判断している点で、市場構造要因を基底とする従来の判例枠組みに忠実な判断であることが挙げられる。本稿に係る第三の点についてみると、マベリックの存在ゆえに、寡占的協調がないといえるためには、過去に、かかる協調が生じていた市場状況になく、また、過去にマベリックが有効な競争圧力となってきたという場合に限られる。過去にプライスリーダーシップの慣行が行われていた本件は、そもそも、そういう市場状況にはない。本件では、首位企業に対して当事企業は牽制するインセンティブに欠けるものであり、その意味で裁判所の判断は妥当と考えられる。

## V. 結 語

以上見てきたように、「有効な牽制力ある競争者」の存在を競争効果分析において、いかなる局面で、いかなる要件の下に、どのように考慮するかという問題は、わが国の企業結合規制における違法性判断基準を理解しそれをさらに発展されるためのいわば鍵であり、それだけに、その検討は、企業結合規制の理論的進化にとって中核的な作業であると位置づけることができる。本稿では、第Ⅱ章で、「競争の実質的制限」解釈の系譜をたどりながら、その解釈に二つの流れがあること、それが「審決理論」の形成に影響を与えたことを明らかにし、「審決理論」の問題点を析出した。これは、続く第Ⅲ章において、「審決理論」を再構成するに当たり、不可欠な作業であったと考える。また単に再構成するだけで

は、実際、法技術的に適用可能な基準として機能しがたい。同章において「有効な牽制力ある競争者」たりうるための要件とそれが問題となる局面について考察を加えたゆえんである。

わが国の企業結合規制に、今日ほど、透明性、的確性、迅速性が求められているときはない<sup>62)</sup>。企業結合の判断枠組みは、種々の要因の「総合勘案」であるとされる<sup>63)</sup>。確かに、それ自体としては適法な行為であり、将来予測のケースバイケースの判断に待つところの大きい合併においては、分析がある程度「総合勘案」となるのはやむをえないところがある。しかしその一方で、考慮要因の競争効果分析における位置づけや各要因間の論理的関係を明確にし、合併分析の方法と手順についてさらに精緻化を図っていくことは、規制の的確性・透明性の観点からも必要かつ有用である。合併分析で考慮される要因が、全体の判断枠組みの中で、どういう局面で、どういう要件の下に、どのように考慮されるべきか。それらの検討は、合併分析のさらなる深化のために、避けて通ることができないのではないかと、と思われる。加えて、それらの検討は、企業結合規制の適用を受ける事業者側が企業結合の違法性判断の基準および要素を誤解なく理解することに資するという意味において、有益であると考えられる。そしてかかる理解の促進こそが、「ガイドライン」に求められる役割の一つでもあろう。本稿の検討は、以上述べた見地からの作業と位置づけることができる。しかし、作業は緒に就いたばかりである。本稿の検討対象のほかにも、実体的側面に目を向けただけでも、たとえば、「結合関係」認定をめぐる理論的問題などがいまだ残されている。企業結合規制の検討全般についても、真剣かつ周到な検討が不可欠であらう。また、本稿での分析は、企業結合規制に限らず、たとえば、情報通信産業における市場の競争状況の評価（いわゆる有効競争レビュー）においても一定の参考となりうる。

本稿では、字数の制約から、外国法の検討は簡潔にとどめざるをえなかった。この点を含め上掲の残された問題は、今後の検討課題である※。

(了)

[平成 15 年 9 月最終脱稿]

62) 前掲の「中間報告」のみならず、「今後の経済財政運営及び経済社会の構造改革に関する基本方針（骨太の方針）」（平成 13 年 6 月 26 日閣議決定）、「21 世紀にふさわしい競争政策を考える懇談会」（平成 13 年 11 月、公取委）、「平成 14 年度予算編成大綱」（平成 13 年 12 月、自由民主党・公明党・保守党）、「競争力強化のための 6 つの戦略」（平成 14 年 5 月 10 日、産業競争力戦略会議中間取りまとめ）、「経済財政運営と構造改革に関する基本方針 2002」（平成 14 年 6 月 25 日閣議決定）では、いずれも、企業結合審査の透明性と迅速性・的確性の確保が謳われている。

63) 企業結合ガイド第三柱書参照。

※ 付記：本稿脱稿後、日本経済法学会年報第 24 号『企業結合規制の再検討』有斐閣 2003 年），および平成 15 年度同学会大会の同名のシンポジウムに接した。