



RIETI Discussion Paper Series 11-J-022

企業結合規制における効率性の位置づけ

川濱 昇
経済産業研究所

武田 邦宣
大阪大学



Research Institute of Economy, Trade & Industry, IAA

独立行政法人経済産業研究所

<http://www.rieti.go.jp/jp/>

企業結合規制における効率性の位置づけ

川濱 昇（京都大学・経済産業研究所）

武田邦宣（大阪大学）

要 旨

独禁法による企業結合規制において、どのように効率性を評価すべきか。企業結合が生み出す効率性が我が国経済にとって重要であるにもかかわらず、いまだ議論の土俵がない状況である。本稿は、まず、米国反トラスト法やEU競争法の検討から、公取委によるガイドラインが示す立場が「消費者厚生基準」と呼べるものであることを明らかにする。また、効率性を抗弁と明示するカナダ競争法の検討から、総余剰基準について社会的合意を得ることの困難さ、比較衡量の困難さを明らかにする。そして、諸外国の規制実務の趨勢と同じく、我が国においても「消費者厚生基準」を採用すべきことを前提として、「効率性なかりせば違法」な企業結合を効率性ゆえに適法とするための独禁法上の解釈論、また市場横断的に発生する効率性を評価するための独禁法上の解釈論、立法論を検討する。

キーワード：独占禁止法、企業結合規制、効率性、消費者厚生基準

JEL classification: K21, L40

RIETI ディスカッション・ペーパーは、専門論文の形式でまとめられた研究成果を公開し、活発な議論を喚起することを目的としています。論文に述べられている見解は執筆者個人の責任で発表するものであり、(独)経済産業研究所としての見解を示すものではありません。

-

本稿は、川濱昇が独立行政法人経済産業研究所ファカルティフェローとして、2008年から開始した研究プロジェクト「グローバル化・イノベーションと競争政策」にかかる成果の一部である。本稿を作成するに当たっては、大橋弘ファカルティフェロー（東京大学）、西垣淳子上席研究員（経済産業研究所）をはじめ、研究プロジェクト参加者の方々から多くの有益なコメントを頂いた。

1. 問題の所在

1. 1. 本稿の課題と背景事情
 - (1) 企業結合規制と効率性
 - (2) わが国の現状-問題点の整理
 - (3) 検討方法
1. 2. 予備的作業
 - (1) 企業結合規制における違法性基準-反競争効果
 - (2) 反競争効果発生ストーリー
 - (3) 合併シミュレーションの普及
 - (4) 企業結合規制の文言と反競争効果発生形態との関係
 - (5) 市場支配力基準の意義
 - (6) 概念の整理

2. 米国反トラスト法-効率性の評価方法を巡る議論の蓄積

2. 1. 最高裁判例と分析の視点
 - (1) 最高裁判例
 - (2) 効率性評価の2つの類型
2. 2. 厚生基準
 - (1) 2つの厚生基準
 - (2) 総余剰基準と消費者厚生基準を巡る伝統的議論
 - (3) 構造的分析
 - (4) 厚生基準への留保-競争過程の侵害への注目
2. 3. ガイドライン/下級審判例
 - (1) ガイドラインの展開
 - (2) Areeda & Turner 説
 - (3) 2010年ガイドライン
 - (4) 競争効果基準と消費者厚生基準との接点
 - (5) 固定費用削減の評価
2. 4. まとめ

3. カナダ法-効率性の抗弁の明文化とその帰結

3. 1. カナダ法の特殊性
3. 2. カナダにおける企業結合規制の概略
3. 3. 総余剰基準の有力化
3. 4. プロパン事件
 - (1) 第一次競争審判所決定
 - (2) 第一次控訴審判決
 - (3) 第二次競争審判所決定
 - (4) 第二次控訴審判決

3. 5. プロパン事件の評価

- (1) 重みづけ比較衡量基準の評価
- (2) プロパン事件での事実認定の問題点①-合併シミュレーション
- (3) プロパン事件での事実認定の問題点②-死荷重の算定

4. EU 法-消費者厚生基準の徹底

4. 1. 効率性をめぐる紆余曲折

- (1) 集中規則制定における議論
- (2) 効率性の扱い

4. 2. 2004 年レジームによる効率性の「主張」の採用

- (1) 集中規則の改正
- (2) 改正集中規則における効率性の扱い

5. 日本法の現状と課題

5. 1. 現行ガイドラインにおける効率性の位置づけ

- (1) ガイドラインの評価
- (2) 消費者厚生基準を可能にする解釈論
- (3) 消費者厚生基準の効用

5. 2. 日本法における総余剰基準採用の可能性

- (1) 総余剰基準の可能性
- (2) 関連市場外の消費者への均霑：消費者間の比較衡量
- (3) 立法論の検討

1. 問題の所在

1. 1. 本稿の課題と背景事情

(1) 企業結合規制と効率性

市場構造を競争的なものと維持すべく、企業結合を規制するのは各国競争法における重要課題である。他方、市場構造に悪影響を与えそうな企業結合が同時に効率性をもたらすものである場合に、効率性をどのように評価するかについては、議論が分かれていた。効率性を無関係なものとする、あるいはそれをかえって消極的な評価の根拠と見る立場から、効率性がある限り企業結合を許容せよという立場まで、時代と論者のスタンスに応じて様々な見解が主張されてきた。近時は、効率性を積極的に評価せよという立場が有力である。積極的に評価することは、効率性を考慮しなければ違法と判断される企業結合が効率性ゆえに許容されることがあり得るという立場と言える。いわば、「効率性なかりせば違法」となる企業結合が効率性ゆえに適法とするということである。もっとも、積極的に評価するという立場も様々な立場が考えられる。効率性をいわば切り札として企業結合を正当化する要因と考える立場もあり得るし、効率性と反競争効果を比較衡量する立場も考えられる。比較衡量するにしても、何を判断基準にするかをめぐって異なった立場があり得る。

もっとも、各国の規制実務の趨勢としては、効率性を積極的に評価する立場のうち、いわゆる「消費者厚生基準」が有力なものとなっている。この基準は米国の 1992 年水平型企業結合ガイドラインで提唱され、1997 年改正で精緻化されたものであって、EU も 2004 年水平型企業結合ガイドラインでこれに追随している。わが国も 2004 年の「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」ガイドライン（以下、「2004 年ガイドライン」という）において、同種の立場を採用している。

詳細は後に述べるとして、「消費者厚生基準」は、「効率性なかりせば違法」となる企業結合を適法とするものである。実のところ、各国の企業結合の正式事件で、「効率性なかりせば違法」な企業結合を効率性ゆえに適法とした事件はほとんどない。この事実は効率性の向上が反競争効果を上回る企業結合事例が存在しないという事実の反映かもしれない。しかしながら米国では、消費者厚生基準に対して、より広く効率性を考慮し得る「総余剰基準（社会的厚生基準）」をとるべきだという異論が有力に主張されている。この立場からは、消費者厚生基準が不適切だから、上記のような事態になったのではないかとの疑問も提起されよう。

確かに、「効率性なかりせば違法」な企業結合を効率性ゆえに適法とした判例をもつ例外的な国であるカナダは、制定法上明文で総余剰基準に親和的な適用除外規定を有する点でも例外的な国である。もっとも、後述するようにカナダでの当該条文をめぐる議論を詳細に検討すると、各種基準の執行がいかに困難であるか、また総余剰基準についての社会的な合意形成がいかに困難であり、さらにその遂行が特に困難であるかが、明らかとなる。

(2) わが国の現状－問題点の整理

わが国の企業結合ガイドラインも、効率性が積極的に評価される場合があることを明らかにしてはいる。また、それ以前から事前相談事例において「効率性」について言及する例もある。しかしながら、「効率性なかりせば違法」な企業結合を効率性ゆえに適法にした事例は存在しない。また、そもそも「効率性」への言及はあるものの、企業結合により実現が図られる「効

率性」が抽象的に語られるだけであり、それがどの程度のものか、またそれがどのような証拠にもとづき、どのような基準で確認できるのかが示されたことはない。わが国の企業結合規制が非公式の事前相談によって行われていることもあって、当事会社がどのような形で「効率性」を立証しているのか（あるいはできていないのか）について評価することさえ困難である。

企業結合規制において効率性を重視せよという発言は、そのコロラリーとしての国際競争力論とともに近時よく見られるようになったが、上記現状もあって、具体的に何をどのように評価すべきなのかという点を明示した主張はほとんどなく、論争という状況にさえなっていない。効率性がわが国経済にとって重要であることは当然であり、このような状況は好ましいことではない。本研究は、企業結合規制における「効率性」の位置づけを検討することにより、あり得べき論争点を整理することを目的とする。

なぜ、「効率性」の位置づけからはじめるのか。議論の出発点は現行規制の評価からはじめるべきだが、上述のように明確な規制例がなく、出発点となるのはガイドラインにおける効率性に関する叙述だけである。この叙述が欧米の企業結合ガイドラインに大きく影響されたことは明瞭だが、その内容をどのように理解するのかについては判然としない点が多い。従来、わが国では、解釈論上は効率性を違法性判断基準として無関連と見る立場が有力だった。それが評価されるのは、企業結合前は競争単位として有力でない事業者が企業結合のもたらす効率性ゆえに有効な競争単位になるといった、効率性が競争促進的効果を示唆する間接事実となっている場合に限定して考えられていた。これは、わが国の 1998 年ガイドラインにおける効率性の扱いでもあった。このような状況は、効率性がなくとも当該企業結合が違法となりそうもないケースであることは自明であろう。これに対して 2004 年ガイドラインは、「効率性なかりせば違法」な企業結合を適法にするという意味において、効率性を勘案しているように見える。このような解釈と従来の解釈とはどこが違うのか。少し法技術的な表現になるが、ここでの効率性は「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」という反競争効果要件に対する「反証」なのか、それとも特殊な「抗弁」なのか。

ここで「反証」とすれば、効率性なかりせば反競争効果があるにしても、当該効率性の存在が反競争効果の存在を否定する証拠となる。これに対して、「抗弁」とすれば、反競争効果の存在は否定せず、にもかかわらず効率性があることが当該企業結合を正当化する事由となる。

さて、仮に反証であるなら、効率性はどのような意味で競争促進効果を持つのだろうか。また、抗弁であるなら、それはどのような内容の抗弁であるのか。反競争効果にまた、あえて抗弁を設けるならば、消費者厚生基準である必要性はなかったのではないか。競争政策も経済政策の一部であるならば、社会的厚生を主眼に考えるべきであって、消費者厚生に限定する必要はないのではないか。これらの問題は法的な論点としてきわめて重要であるにもかかわらず、解釈論の低調のせいもあり、わが国では混乱が見られる¹。一見些末な問題に見えるかもしれないが、現行法の解釈の限界ともかかわる問題であるだけでなく、後述するように国際的な企業結合規制の際に厄介な問題をもたらす可能性もある。

¹ 根岸哲「競争の実質的制限」と「競争の減殺」を意味する公正競争阻害性に一貫した判断枠組み」甲南法務研究 5 号 1 頁、5 頁（2009）は、これを抗弁の一種としつつ立証責任を公取委に求めるとする。従来の立証責任論からすると、そこでの主張は抗弁ではなく、反競争効果が一応推定される場合の間接反証であるようにも思われるが、「効率性」の法律要件上の位置づけが不明確なため、必ずしも判然としない。

他方、近年、達成すべき目的に社会的厚生が含まれるとしても、具体的な違法性判断基準をそれと一致させることが目的に適うとは限らないことも指摘されている²。社会的厚生の達成が重要であるとしても、具体的な局面でその評価を行うことは困難であって、判断枠組みを立証責任の分配も含めて構造化する必要がある³。抽象的に法の目的が何であるかという「神々の戦い」ではなく、意思決定の制度的制約の下で達成可能な目的が何かを問うことが肝心となる。

(3) 検討方法

(2) で述べたように、わが国では「効率性なかりせば違法」な企業結合を効率性ゆえに正当化した事例はなく、それが論点となった判例・審決例さえない。そこで、まず議論の前提として、諸外国の規制の現状及び議論の状況を素材として、「効率性」の位置づけについてあり得べき議論を検討する。

第2章において、米国の企業結合規制における効率性にかかる規制の現状と、その位置づけをめぐる論争を検討する。企業結合規制における効率性の法的位置づけが明示的に議論されたのはいうまでもなく米国であり、効率性と反競争効果の比較衡量基準をめぐる各国の議論はいずれも米国の議論を援用する形で行われている。また、わが国のガイドラインが採用する基準は米国のガイドラインに由来し、その内容は母法を検討しないと明らかにならない。米国の法的枠組みにおいてどのように位置づけられているのかを明らかにする。

第3章において、カナダの企業結合規制における効率性の抗弁を検討する。カナダは企業結合規制において効率性を特殊な抗弁として明示した例外的な国であり、また諸外国で採用されていない総余剰基準が実務で有力であった国でもある。さらに、「効率性なかりせば違法」となる企業結合を効率性ゆえに合法とした判例を有するきわめて稀な国でもある。その判例の紆余曲折を参考に、効率性の利益を比較衡量することの意義を確認する。

第4章において、EUの企業結合規制における効率性の位置づけを見る。企業結合規制のあり方を巡る紆余曲折の後、米国の法と同じ結論に落ち着いた点、及び「効率性なかりせば違法」を正当化する要因としての効率性が「抗弁」とはされていない現状を確認する。

最終章において、これらの検討を前提に、わが国のコンテキストで「効率性なかりせば違法」な企業結合を効率性が合法とするためにどのような解釈論が考えられるのかをガイドラインに則して検討し、さらに立法論のための論点整理を行うことにする。

1. 2. 予備的作業

(1) 企業結合規制における違法性基準—反競争効果

以下の検討の前提として、企業結合規制の違法性基準の確認と、用語の交通整理をしておく。「効率性なかりせば違法」という際の違法性判断基準が確定しないことには、議論は進まない。

² 総余剰基準を反トラスト法の目的としつつ、具体的な規制段階で比較衡量をすべきでないとする立場には、Posner 判事のような意思決定の困難さを理由とする近似的接近に基づく主張から、それを基準とすることで当事者の意思決定が変容することを問題とする主張（第1章参照）まで多彩である。

³ 判断枠組みの構造化の必要性は、消費者厚生基準をはじめとする比較衡量基準についても妥当する。

この点については、わが国を含めて各国の立場は、「市場支配力基準」と呼ばれる基準に収斂している。これは、当該企業結合によって「市場支配力の形成・維持・強化（行使の容易化）」が見込まれるか否か（蓋然性があるか否か）に基づき、企業結合の違法性を判断するというものである。ここで「市場支配力」とは、競争水準を超えた価格設定（その他取引条件等の設定）が可能になる地位のことであって、経済学でいう Market Power に相当する。

わが国において、企業結合は、それによって「一定の取引分野における競争が実質的に制限することとなる」場合に違法となる。母法である米国反トラスト法理に関する誤解もあり、かつては「市場支配」を単独で圧倒的な市場支配力に限定されるように読み込む議論もあったが、今日では「市場支配力の形成・維持・強化」が見込まれるか否かを問題とする点に争いはない。なお、同様の混乱は EU でも見られ、規制基準が「市場支配(market dominance)」の場合は寡占的協調による市場支配力が含まれるのかどうか、あるいは反競争効果の文言が変われば「市場支配力の形成」の出現形態の一部が含まれなくなるのではないかという議論があった。これは、わが国と同様に、「支配」という用語の情緒的効果の反映であるが、今日においてこの種の議論は陳腐化していると言ってよい。

（２）反競争効果発生ストーリー

市場集中度とシェアに過度に依存した反競争効果の認定が行なわれていた時代には必ずしも明確に認識されることがなかったが、近年、反競争効果発生ストーリーについても、世界的に議論の収斂が見られる。わが国の現行ガイドラインもその潮流に棹さすものとなっている。

市場支配力が発生するストーリーとして、わが国のガイドラインは、(a)単独行動による市場支配力、(b)協調的行動による市場支配力に二分し、さらに前者を、(a1)同質財市場における単独行動による市場支配力、(a2)差別化された市場における単独行動による市場支配力に分ける。これは、米国、EU のガイドラインと同じアプローチである。産業組織論の分類方法によるならば、これらは、(a1)支配周辺企業モデル、(a2)差別化された市場でベルトラン競争を行っている寡占的事業者間の非協力ゲームモデル、(b)繰り返しゲームによる寡占的協調モデルに、それぞれ対応するものと考えることができる。

（a1）単独行動による市場支配力

単独行動による市場支配力、とりわけ上述の(a1)は、市場支配力分析の原型と言えるものである。まず、その判断枠組を見ることにしよう。

単独の価格引上げによって利益を得られるということは、当事者の産出量削減がもたらす価格引上げ効果が、それに伴う売上げ数量の減少効果を超えて著しいことを要し、かつ競争者がその産出量削減に対して増産する対応が十分でないことを意味する。これに関連して従来から「有効な牽制力ある競争者」が問題にされてきた。これは、支配的事業者の価格引上げに対して増産する能力とインセンティブを持つ競争者のことである。それには、通常はそれなりのシェアがなければならぬ。また、シェア格差が大きいと対抗する蓋然性が乏しいことになる。さらに、シェア格差がそれほど小さくなくとも供給余力が乏しい場合や、競争者の供給する製品が当事者の製品との代替性が十分でない場合も、牽制する能力が乏しいということになる。ガイドラインでの同質財市場での単独行動による市場支配力分析は、このような供給余力ある

者が競争的対応をすることを念頭に置いた支配周辺企業モデルに対応していると考えられる⁴。なお、牽制するインセンティブについては注意が必要である。能力があったとしても牽制するより、市場支配力の果実に預かった方が好ましいかもしれない。この場合は、(b)で見る協調による市場支配力の問題ということになる⁵。

(b) 協調的行動による市場支配力

集中度の高い市場においては、明示的であれ黙示的であれ、協調的行動により競争を回避し共同利潤を増加させる危険性、いわゆる寡占的協調の問題が発生する。コンベンショナルウィズダムであるが、このような協調的行動は、ワンショットであれば不安定になるが、繰り返しゲームとして行われる場合には、その発生危険性が高まることになる⁶。

よく知られているように、協調的行動が成立するには、お互いにとって利益となる行動についての了解の成立のしやすさ⁷、そのような了解からの逸脱の発見の容易さ、逸脱発見があった場合のサンクション（単なる競争への回帰でも足りる）の有効性などによって決定される。市場における諸要因は、これらの3つの観点に基づき評価されることになる。

(a2) 差別化された市場における単独行動による市場支配力—ユニラテラル効果

1990年代以降、米国では差別化された市場における単独行為による市場支配力の問題が注目されてきた。2004年に公表されたわが国及びEUのガイドラインも、この問題を取り扱っている。これは、差別化された市場で、相対的に密接な代替関係にある競争者間で結合がなされた場合に、その局地化された競争の喪失が市場支配力に有意な影響を与える可能性に注目するものである。影響が発生するには、他の競争者が製品空間内で再配置することが容易でないといった条件が必要である。

これが従来の単独型市場支配力分析と異なっているのは、必要とされるシェアの問題である。従来の分析では、当事者の市場シェア50%が危険ラインで、他の事情（競争者の供給余力が乏しいといった）がある場合に、40~50%でも市場支配力が成立する余地があるというのが基本的な目安であったが、局地化された競争の喪失が問題となる場合には、もっと低いシェア、集中度でも市場支配力の危険性が確認される。

もっとも、これには次のような疑問が呈されよう。局地化された競争の喪失が市場支配力の形成、維持、強化につながるならば、その範囲で市場が成立すると考えられるのではないか。そうであるならば、シェア、集中度について(a1)の場合と違いはないのではないか。しかし、差別化された寡占市場において、数量がボトルネックとはなっていない環境で価格競争が行わ

⁴ なお、支配周辺企業モデルによる市場支配力分析は、最も基礎的なものであるが、市場集中度・シェア推定則がなお残存する米国の企業結合規制ではその水準まで少なくとも規制の発動が可能であることもあり、規制基準が自明なこの類型にガイドラインの言及はない。このタイプの市場支配力分析を検討した米国反トラスト法の古典として、シカゴ学派の法と経済学の代表者による William M. Landes & Richard A. Posner, *Market Power in Antitrust Cases*, 94 HARV. L. REV. 937 (1981)がある。

⁵ インセンティブについては、周辺の競争企業モデルと寡占的協調モデルの中間領域に様々な非協力寡占モデルが考えられるが、後述するように、同質財についてこの点がわが国のガイドライン及び規制例において空白となっている。

⁶ 小田切宏之『新しい産業組織論』第7章（有斐閣、2001年）、長岡貞男・平尾由紀子『産業組織の経済学』125-130頁（日本評論社、1998年）参照。

⁷ 価格についての了解に限らず、市場分割についての了解や生産量削減についての了解でもよい。特に前者は了解が成立しやすいものと考えられる。

れている場合、(a1)で見たような支配周辺企業間のインタラクションとは異なり、端的に市場に存在する企業間で差別化された商品をめぐって価格競争（ベルトラン競争）を行っていると考え、市場価格はベルトラン・ナッシュ均衡解として得ることができる。従来の分析枠組みでは寡占市場におけるインタラクションは協調型のみであった。これはダイナミックなゲームで競争回避が出現する可能性を把握するものであった。ここで問題となっているのは、寡占市場での非協調的行動が企業結合によってどのように変化し、市場支配力行使の危険性が発生するかということである。協調的行動による市場支配力の問題が寡占市場における動学的な観点からの複数企業間の調整を課題としているのに対し、それが不要という点から「一方的（unilateral）」効果と呼ばれている。

米国の 1992 年ガイドラインがユニラテラル効果を取り込んだのは、その頃反トラスト法コミュニティにおいてゲーム理論が普及していたこと、さらに、計量経済学の進歩から差別化された市場における各企業の直面する需要曲線等、均衡の導出に必要なパラメーターを推定する技術が進歩したことに対応している。特に、Logit モデルなどを利用して差別化された市場における各企業の需要曲線を推定する技法が米国の反トラストコミュニティに普及し、推定された需要曲線に基づいてベルトラン・ナッシュ均衡を求めることにより企業結合後の効果を推定するという「合併シミュレーション（Merger Simulation）」が、広く利用されるようになった⁸。

ユニラテラル効果は、差別化された商品についてベルトラン競争が行なわれる場面に限らず、非協調寡占市場一般について考えられる。米国の 1992 年ガイドラインが、差別化された市場に注目したのは、単独効果を認定しやすいからに過ぎない。わが国のガイドラインが、1992 年ガイドラインの叙述に影響されて、差別化された市場としての側面を協調しすぎたことは、企業結合がもたらす非協調寡占市場における競争緩和効果という一般的問題を忘却させる効果があったようである。同質財市場における支配的企業が直面する競争相手の行動は、供給余力によってのみ把握可能な競争的周辺企業でもなければ、暗黙の内に協調してくれる協調寡占の相手方でもなく、相互依存関係を考慮に入れながら独立して決定する非協調的ゲーム理論が想定するようなプレイヤーである可能性が高い。この場合、ゲームの構造がどのようなものかによって、想定される競争企業の行動様式は変化する。産業組織論による長年にわたる寡占研究⁹は、長らく競争法の執行において利用されることはなかった。それを一変させたのがユニラテラル効果の登場であった。

（3）合併シミュレーションの普及

ユニラテラル効果は、伝統的な定性的手法に加えて定量的手法により市場支配力の立証を可能とする点に、その特色がある。先述した合併シミュレーション¹⁰の利用である。合併シミュ

⁸ Gregory J. Werden & Luke M. Froeb, *The Antitrust Logit Model for Predicting Unilateral Competitive Effects*, 70 ANTITRUST L. J. 257 (2002) 参照。

⁹ いわゆるゲーム理論革命前の推測変動を利用した寡占市場研究であっても、供給余力のみによって競争相手の対応を考える支配周辺企業モデルと協調モデルとに二分するような単純な方法によることはなかったはずであるが、1980 年代まで、わが国のみならず諸外国の企業結合規制がシェア、集中度と市場成果との経験則に依存した分析に甘んじてきたことは否定できない。

¹⁰ 今日の標準的な合併シミュレーションの手法を概観するものとして、PETER DAVIS & ELIANA GARCÉS, *QUANTITATIVE TECHNIQUES FOR COMPETITION AND ANTITRUST ANALYSIS* 382-435 (2009)

レーションは、寡占市場におけるゲームの構造を推定し、その均衡の比較によって企業結合後の価格を見る。市場の需要曲線、企業の個別需要曲線、費用関数の主要なパラメーターを推定し、さらに当該市場での企業の戦略変数と行動様式についての一定の仮定から、企業結合の効果についてのシミュレーションを行うことになる。1990年までのゲーム理論の普及とさらに同時期に発展した計量的テクニックを活用することによって、1990年以降、各国の競争法の現場で急速に普及し洗練されてきた。もちろん、合併シミュレーションの活用には慎重を要する。その結果は、需要の性質、企業行動の性質、費用の構造など重要な構造的仮定に依存している。その予測が正確か否かの判断は、これら仮定の適切さに依存する。したがって、少なくとも、なされた仮定からの乖離に対する予見の頑健性を検証する必要がある。また、合併シミュレーションの結果だけに依存するのではなく、産業の歴史など伝統的にとられてきた定性的な考慮をも併せる必要がある。

競争当局が企業結合を攻撃すべきか否かを決定する際や、当事会社側が反競争効果をもたないことの証拠として合併シミュレーションの結果を提出する例は、EU や EU 加盟国の企業結合規制の現場に現れている。たとえば、大手ガス会社によるガス貯蔵施設を有する会社の買収が問題となった英国の Cenria/Dynergy 事件では、当事会社から合併シミュレーションの結果が提出された¹¹。競争委員会は合併シミュレーションの結果を受け入れ、問題解消措置を前提として企業結合を承認した。EU レベルにおいても、合併シミュレーションが利用された著名事件として、Volvo/Scania 事件¹²、Lagardere/Natexis/VUP 事件¹³、Oracle/PeopleSoft 事件¹⁴などがある。

他方、裁判所が合併シミュレーションを受け入れるか否かに対する懐疑もあって、各国の競争当局は、合併シミュレーションの結果を企業結合を攻撃するための積極的証拠とすることには慎重だといわれている。合併シミュレーションがブラックボックスとなっている限り、その信憑性に対する裁判所の疑念を払拭することは難しいかもしれない。理論的仮定からの乖離に対する頑健性、データの信頼性などは当然として、理論的仮説が事実の合理的な近似となっているか否かなど、定性的な証拠と併せて評価することが必要となろう¹⁵。

参照。

¹¹ 合併シミュレーションを実施した Lexon 社によるレポートが入手可能である。買収側企業の残余需要を推計し、どれだけのキャパシティ制限が必要かを確認し、それらに依拠して、企業結合後に公正取引庁が主張するようなキャパシティ制限のインセンティブが生じるかのシミュレーションがなされた。

¹² Case COMP/M. 1672, Volvo/Scania, [2001] O. J. L143/74. 委員会は合併シミュレーションの結果を、それだけで企業結合を違法とするのに躊躇を覚えるとしつつ、企業結合を反競争的とする伝統的な証拠を補強するものとして位置づけた。

¹³ Case COMP/M. 2978-Lagardere/Natexis/VUP, [2004] O. J. L125/54. 合併シミュレーションの結果に基づき、資産分離を前提に企業結合を承認した。

¹⁴ Case COMP/M. 3216 Oracle/People Soft, [2005] O. J. L218/6.

¹⁵ 合併シミュレーションを裁判所が許容しうる専門的知見とするための前提を探求したものとして、GREGORY J. WERDEN, LUKE M. FROEB & DAVID T. SCHEFFMAN, A DAUBERT DISCIPLINE FOR MERGER SIMULATION, FEBRUARY 16, 2004 (draft), <http://www.ftc.gov/be/daubertdiscipline.pdf> を参照せよ。Daubert 原則とは、専門家証言が信頼に足るとして証拠として許容されるか否かの判定基準である。経済学の利用に際しての、この原則の意義については、川濱昇「独禁法と経済学」日本経済法学会編『経済法講座第2巻・独禁法の理論と展開』（三省堂、2002年）39、62-65頁参照。

わが国の企業結合規制において、合併シミュレーションが利用された事例は寡聞にして知らない。その理由は必ずしも明らかではないが、合併シミュレーションを計量による神秘化と受け取る法律家も少なくないかもしれない。しかし、これは失当である。合併シミュレーションは定量的な分析に特徴があるが、それ以上に反競争効果が生じる前提条件を明示化することに特徴がある。定性的な証拠と併用する場合であっても、合併シミュレーションによる分析の厳密化は意思決定の改善に有益なはずである。また、合併シミュレーションを、従来は覚知できなかった反競争効果を考慮に入れ規制強化をもたらすものと懸念する企業実務家もいるようだが、これも失当である。合併シミュレーションの結論はしばしば、従来漫然と狭い市場画定を行うことによって悪影響があると判断していたケースなどで、実は反競争効果がないということを示唆することも多い。そうであるがゆえに、当事会社も合併シミュレーションを行うのである。合併シミュレーションは最終的な決定の証拠として採用するかどうかに限らず、事案のスクリーニングを行うための道具としても有益である。

わが国の現状は、米国、EU 及び EU 加盟国の一部に比べて、遅れを感じざるを得ない。米国、EU には、競争当局及び企業側双方に、これらの技法に習熟した専門家のプールがある。わが国でも公取委にはこれらの技法に習熟した専門家がいるが、企業側につくべき法曹にこれらに通じた者が極めて少ないため、審査の過程において議論を通じて適切な分析枠組み作りを行なうことが困難となっている。独禁訴訟を担当する法曹に経済学の基本的知識が有する者が少ないことは、この問題に限らず、経済的に合理的な規制を構築する上でのボトルネックとなっているのである。

(4) 企業結合規制の文言と反競争発生形態との関係

(1) で指摘したように、企業結合の違法性を判断する際の法文が異なっても、今日では反競争効果の理解には大差がない。また、法文の違いは、反競争効果の発生形態についても、その範囲に影響を与えるものではない。

かつて EU 競争法は「dominant position (支配的地位)」を反競争効果の表現として用いていたが、これが念頭に置いているのは (2) で見た (a1) タイプだけか、それとも (b) タイプを含むのが問題とされたことがあった。しかし、これは比較的早い段階で両者を含むという点で落ち着いた。わが国で、市場支配力の「支配」という語感に左右された混乱とその脱却に対応したものとなっている。その後、さらに (a2) タイプの非協力寡占モデルによるストーリーが射程にはいるか否かが問題となった。2004 年の改正集中規則は、「効果的競争への実質的障害 (substantial impediment to effective competition (SIEC))」との違法性判断基準を採用し、2004 年の水平型企业結合ガイドラインは、同基準において、ユニラテラル効果の規制が可能であることを明言している。

(5) 市場支配力基準の意義

市場支配力の形成・維持・強化があれば、他の条件が一定である限り、消費者余剰は減少するであろうし、死荷重も発生するであろう。しかし市場支配力基準の採用と、市場支配力の弊害として何を考えるのかは別個の問題である。競争法の目的は市場における競争を維持することであり、それが機能不全を引き起こすときの典型が、市場支配力の形成・維持・強化である。公的な合意が容易に調達できるのはこのような表面的な合意であって、具体的にどのような弊

害を防止するためにこの基準があるのかという深い合意は達成が困難である。それゆえ、通常は反競争効果が存在することが違法なのであって、それがもたらす弊害として法が何を措置したかは問題とならない¹⁶。Sunstein 教授がいうところの理論化の不完全な合意の一例である¹⁷。

わが国では採用されていないが、市場支配力基準について構造的な推定規定を設ける例もある。すなわち、市場集中度が高い市場で実質的なシェア上昇があった場合に、市場支配力の形成・維持・強化があったと考える立場である。このような形で推定が働く場合における反証は、抗弁のように見えることもある。米国での議論において「効率性の抗弁」という表現がしばしば見られるのはこのためである。

(6) 概念の整理

ここまで「効率性」の内容を明示しなかったが、ここで概念の整理をしておく。企業結合の効率性という場合の「効率性」とは、生産上の効率性と、動的効率性の両者を含む。生産上の効率性は、当該企業の技術的効率性の意味であり、同一の投入要素でより多くの産出を可能にすることや、同一の投入要素でより高品質の産出を可能にする。取引費用の削減も含む¹⁸。動的効率性は、研究開発を通じて長期にわたる技術的効率性を実現することを意味する。

部分均衡分析を前提とする独禁法の枠組みでは、資源配分上の非効率性の防止が規制の目的の1つと考えられている。独禁法の目的が資源配分上の効率性にあるなら、部分均衡の枠組みでは、死荷重と上記効率性を比較することによって違法性が判断されることになる。これを総余剰基準や社会的厚生基準と呼ぶ¹⁹。なお、総余剰の改善は、生産上の効率性と対比するために「経済的効率性 (economic efficiency)」と表現されることもある。本稿において「経済的効率性」とは、この「economic efficiency」を意味する。

¹⁶ なお、独禁法が市場支配力の違法な形成・維持・強化からどのような弊害を防止しようとしているのかは、私訴における被害者の範囲の問題としてとらえることも可能である。その立場からは、死荷重ではなく直接的な消費者被害が重視されていることに、異論は見られない。

¹⁷ CASS R. SUNSTEIN, LEGAL REASONING AND POLITICAL CONFLICT (1996); CASS R. SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT (1999) 参照。

¹⁸ 組織スラックによって発生する X 非効率の防止もこれに含まれるが、X 非効率は市場支配力の形成・維持・強化の反映として生じる可能性もある点に注意せよ。

¹⁹ カルドア＝ヒックス基準ないし富最大化基準と呼ばれるものに該当する。

2. 米国反トラスト法-効率性の評価方法を巡る議論の蓄積

2. 1. 最高裁判例と分析の視点

(1) 最高裁判例

米国は、効率性の評価方法について、もっとも議論の蓄積がある国である。米国における企業結合規制は、一定の企業結合について事前届出制度を設けた 1976 年のハート・スコット・ロディノ法の影響により、主に司法から行政の場に移った。そのために企業結合規制にかかる最高裁判例は、1975 年以降存在しない。最高裁判例の中心は、1960 年代のウォーレン・コートにおけるものであり、そこでは企業結合が生み出す効率性に対して、無視ないし冷淡な態度がとられた。

たとえば、Brown Shoe 事件（1962 年）²⁰では、生産と小売を統合することにより費用削減を実現し、しかもその一部が消費者に均霑されることを認定するにもかかわらず、次のように述べて、小規模事業者の保護に矛盾するものとした。「我々は、連邦議会が、活気ある小規模の地元に着した事業者の保護を通じて、競争を促進しようとしたことを認識する必要がある。連邦議会は、分散化した産業及び市場から、時に高費用及び高価格が生ずることを十分認識していた。連邦議会は、この相反する考慮事由につき、市場を分散化する方を選択したのである。」

21

小規模事業者の保護を規制基準とすることで、企業結合が生み出す生産上の効率性は、小規模事業者に対する脅威として消極的に評価されることになる。これは「効率性ゆえの違反 (efficiency offense)」と呼べる状況であるが、このような状況は、米国においても EU においても、もはや支持されないものとなっている²²。すなわち、企業結合規制において、効率性を何らかの形で積極的に評価することについては、広く意見の一致が存在する。

(2) 効率性評価の 2 つの類型

効率性の評価方法については、大きく 2 つの類型が存在する。第一は、生産上の効率性を、市場支配力の形成、維持、強化の観点から、検討、評価するものである²³。第二は、生産上の

²⁰ Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294 (1962).

²¹ *Id.* at 344. また、P&G 事件（1967 年）では、「期待できる効率性 (possible economies) を、違法性に対する抗弁として用いることはできない。連邦議会は、競争を制限する合併の中に効率性を生み出すものがあることを認識していた。しかし連邦議会は、競争を保護する方を選択したのである。」とした (FTC v. Procter & Gamble Co., 386 U.S. 568 (1967), at 580)。混合型企業結合規制の背景にあった反トラスト法の社会的・政治的目的について、J. F. Brodley, *Limiting Conglomerate Mergers: The Need for Legislation*, 40 OHIO ST. L.J. 867 (1979) 参照。

²² 1970 年代後半における学説の転換について、伝統的な反トラスト法学者である Fox 教授や Pitofsky 教授の変説を見よ。Compare E. M. Fox, *The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium*, 66 CORNELL L. REV. 1140, 1142-1143 (1980) with E. M. Fox, *Antitrust, Mergers, and the Supreme Court: The Politics of Section 7 of the Clayton Act*, 26 MERCER L. REV. 389, 423-425 (1975). Also compare R. Pitofsky, *The Political Content of Antitrust*, 127 U. PA. L. REV. 1051, 1074-1075 (1979) with R. Pitofsky, *Proposal for Revised United States Merger Enforcement in a Global Economy*, 81 GEO. L.J. 195 (1992) [hereinafter cited as *Global Economy*].

²³ この立場は、市場支配力の立証において効率性を考慮することは、上記最高裁判例と矛盾す

効率性を、市場支配力の形成、維持、強化にもかかわらず、積極的に評価するものである（比較衡量基準）。

第一の類型では、生産上の効率性を、競争の能力やインセンティブの観点から評価することになる。たとえば、単独行動による競争の実質的制限について、生産上の効率性を伴う下位企業同士の結合により、上位企業に対する有効な牽制力が生じる場合がある。また、協調的行動による競争の実質的制限について、企業結合が費用の非対称を生み、協調的行動を不可能にする場合がある。

米国判例法には、市場集中度に基づく違法推定原則が存在する。競争制限の能力やインセンティブ改善の観点から、効率性を評価する第一の類型において、生産上の効率性は、そのような違法推定（a prima facie case）に対する「反証」として機能する。これに対して、生産上の効率性を市場支配力の形成、維持、強化にもかかわらず評価する第二の類型において、生産上の効率性は「抗弁」として機能する。従前の議論において、2つの類型は必ずしも明確に認識されることがなかったが、近年の議論においては、その区別が自覚されている²⁴。

2. 2. 厚生基準

(1) 2つの厚生基準

効率性の評価方法にかかる議論は、まずは「抗弁」として理解するとして、どのような厚生基準を採用するかという議論から始まった。そこでの対立は、「総余剰基準（total surplus standard）」と「消費者厚生基準（consumer welfare standard）」のうちいずれを採用すべきか、というものである。

1968年からの一連の論文において Williamson 教授は、単純モデルと名付ける部分均衡モデルを提示して、企業結合により市場支配力が発生し産出量を削減することがあっても、同時に企業結合が比較的小規模な生産上の効率性を達成すれば、産出量削減による死重的損失を十分に相殺し得ることを示した²⁵。Williamson の意図は、総余剰基準に基づき、効率性を無視ないし害悪視するウォーレン・コートを批判することにあつた。

Williamson は、図 1 を用いて単純モデルを説明する。AC1 は企業結合前の平均費用を、AC2 は企業結合後の平均費用を表す。また、P1 は企業結合前の市場価格を、P2 は企業結合後の市場価格を表す。企業結合前の市場は複占市場であり、競争均衡が成立しているとする。したがって P1=AC1 である。また、市場における産出量は Q1 である。企業結合後の市場は独占市場で

ることがないとする（M. N. Berry, *Efficiencies and Horizontal Mergers: In Search of a Defense*, 33 SAN DIEGO L. REV. 515, 523-525 (1996)）。

²⁴ See e.g., D. J. Gifford & R. T. Kudrle, *Rhetoric and Reality in the Merger Standards of the United States, Canada, and the European Union*, 72 ANTITRUST L. J. 423, 428-430 (2005); A. Renckens, *Welfare Standards, Substantive Tests, and Efficiency Considerations in Merger Policy: Defining the Efficiency Defense*, 3 J. COMP. L. & ECON. 149, 152, 166, 171-172 (2007).

²⁵ O. E. Williamson, *Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs*, 58 AM. ECON. REV. 18 (1968) [hereinafter cited as *Economies as an Antitrust Defense*]; O. E. Williamson, *Economies as an Antitrust Defense: Correction and Reply*, 58 AM. ECON. REV. 1372 (1968); O. E. Williamson, *Economies as Antitrust Defense: Reply*, 59 AM. ECON. REV. 954 (1969); O. E. Williamson, *Economies as an Antitrust Defense Revisited*, 125 U. PA. L. REV. 699 (1977) [hereinafter cited as *Antitrust Defense Revisited*].

ある。産出量は Q2 まで減少し、価格は P2 まで上昇する。反面、企業結合が効率性を達成し、AC1 は AC2 へと下方にシフトする。

Williamson は、価格上昇率と需要の価格弾力性に基づき、効率性（図 1 における A2）が、死荷重（図 1 における A1）を相殺するために必要となる費用低下率を計測できるとする。そして、当時の実証研究を基に、価格上昇率は 10% を超えることがなく、かつほとんどの市場において需要の価格弾力性が 2 を超えることはないとして、最大 2% という比較的小規模の効率性を達成すれば、企業結合は総余剰を改善するとした。

総余剰基準が、総余剰の変化に基づき企業結合の違法性を判断すべきとするに対して²⁶、消費者厚生基準は、消費者余剰の変化に基づき企業結合の違法性を判断すべきとする²⁷。消費者厚生基準の中でも、企業結合前後の価格を比較して違法性を判断すべきとする立場は、「価格基準（price standard）」と呼ばれる²⁸。価格基準は、消費者余剰に影響を与え得る非価格競争を、考慮することがない²⁹。消費者厚生基準、ないし価格基準は、市場支配力の行使による消費者から生産者への富の移転（図 1 における A3）を消極的に評価すべきとする立場である。Williamson 自身も、貧者に影響の大きい日用品にかかる場合など、問題の商品によっては富の移転を考慮すべき場合があることを認める³⁰。

²⁶ See e. g., K. Heyer, *Welfare Standards and Merger Analysis: Why Not the Best?*, 2 COMP. POL' Y INT' L 29 (2006); D. Carlton, *Does Antitrust Need to be Modernized?* (2007).

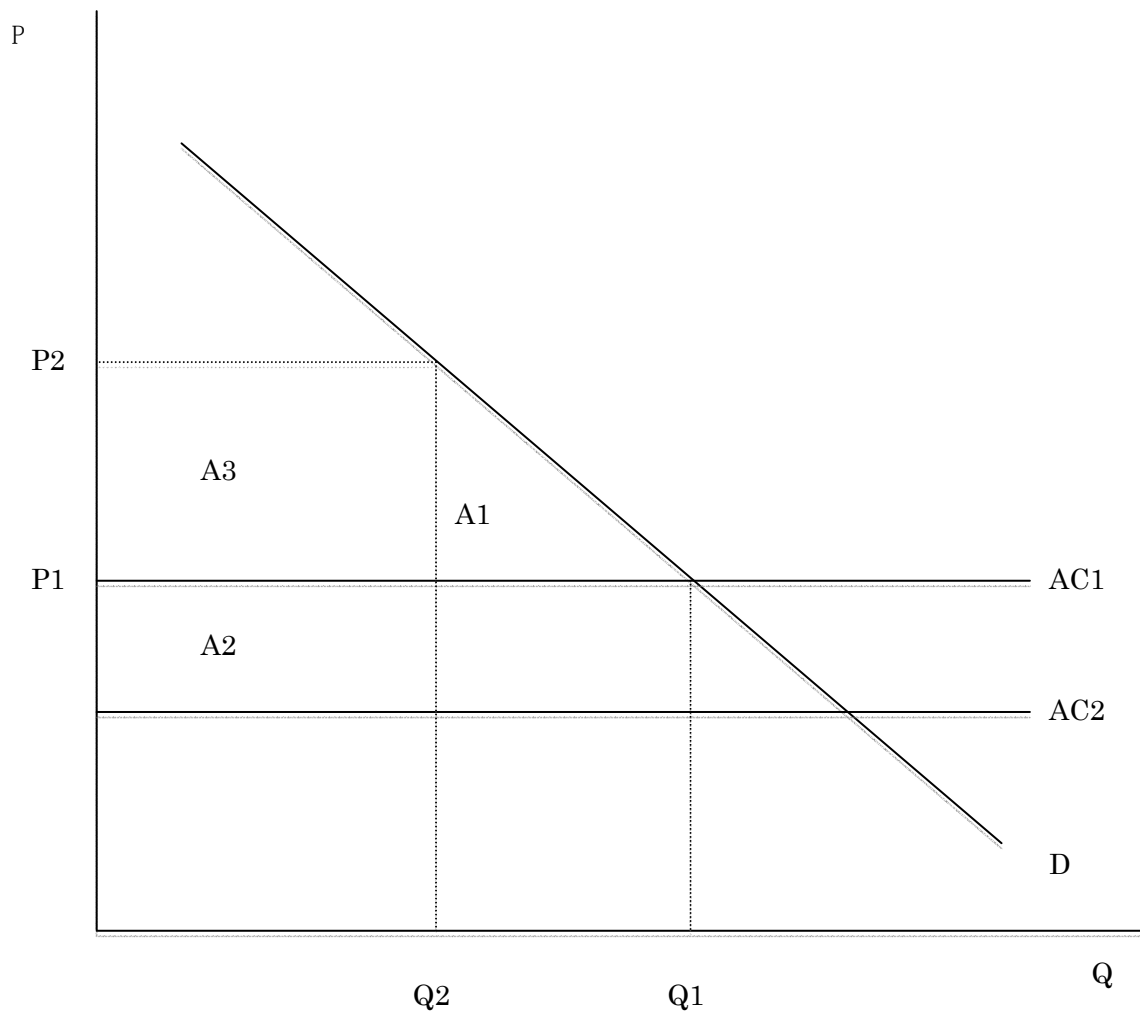
²⁷ See e. g., A. A. Fisher & R. H. Lande, *Efficiency Considerations in Merger Enforcement*, 71 CAL. L. REV. 1580 (1983); A. A. Fisher, F. I. Johnson & R. H. Lande, *Price Effects of Horizontal Mergers*, 77 CAL. L. REV. 777 (1989); J. Kattan, *Efficiencies and Merger Analysis*, 62 ANTITRUST L. J. 513 (1994); J. B. Kirkwood & R. H. Lande, *The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency*, 84 NOTRE DAME L. REV. 191 (2008).

²⁸ Renckens, *supra* note 25, at 155-156.

²⁹ G. J. Werden, *Essays on Consumer Welfare and Competition Policy*, at 8 (2009).

³⁰ Williamson は、富の移転の考慮は、効率性の考慮を否定する最も根本的な問題かもしれないと述べている (Williamson, *Antitrust Defense Revisited*, at 711)。

【图 1】



(2) 総余剰基準と消費者厚生基準を巡る伝統的議論

総余剰基準と消費者厚生基準の対立は、これまで次の2点にあった。

第一の対立は、企業結合規制が、生産者と消費者間における配分的正義の達成手段として不相当であるというものである。これには会社の所有者(株主)と消費者の自同性の指摘の他³¹、貧富にかかわらず全ての消費者を同一に扱うことで配分的正義を達成できるのかとの指摘や³²、奢侈品について消費者厚生基準が配分的正義に反する場合の指摘がある³³。

これに対して、消費者厚生基準は、配分的正義の達成が目的でないと強調する³⁴。消費者厚生基準に立つLande教授によれば、連邦議会は貧富にかかわらず全ての国民に対して、競争的価格により商品を購入する「権利又は資格(right or entitlement)」を付与したのであり、消費者厚生基準はそのような立法意図の反映である。消費者厚生基準が貧者に対して有利な基準となるとしても、それはあくまで結果に過ぎない³⁵。

しかし立法過程の研究によれば、反トラスト法の立法意図は、「小規模事業者の保護」にあったと言われる³⁶。Landeも、反トラスト法の立法意図に、富の移転以外のものが含まれていたことを否定しない³⁷。Landeが立法者の意思ではなく、客観的な法律の意思を探求するのであれば、同様の方法で総余剰基準を支持することも可能となる³⁸。

第二の対立は、両基準を区別することに、実益がないというものである。たとえばSalop教授は、企業結合が生み出す効率性が競争者に「拡散(diffusion)」しやすいことを指摘する³⁹。

³¹ Borkが総余剰基準を「消費者厚生基準」と称することに批判があった(see e.g., E. M. Fox & L. A. Sullivan, *Antitrust-Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From? Where Are We Going?*, 62 N.Y.U. L. REV. 936, 946-947 (1987))。これに対してWerdenは、経済学において「消費者厚生」との用語は一般的ではないが、社会の全ての構成員を「消費者」と言及することは不合理ではないとする(Werden, *supra* note 30, at 3)。

³² J. Farrell & M. L. Katz, *The Economics of Welfare Standards in Antitrust*, at 11 (2006)。価格基準を採用しないのであれば、消費者厚生基準により、消費者間の厚生比較を行うことが可能である(Renckens, *supra* note 25, at 156)。

³³ Heyer, *supra* note 27, at 49-50。

³⁴ R. H. Lande, *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, 34 HASTINGS L. J. 67, 70 (1982); Kirkwood & Lande, *supra* note 28, at 201-206。

³⁵ Lande, *supra* note 35, at 74-77. See also, S. C. Salop, *Question: What is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: The True Consumer Welfare Standard*, 22 LOYOLA CONSUMER L. REV. 336, 350-351 (2010)。

³⁶ H. B. THORELLI, *THE FEDERAL ANTITRUST POLICY* 226-227 (1954); D. C. Bok, *Section 7 of the Clayton Act and the Merging of Law and Economics*, 74 HARV. L. REV. 226, 236-237 (1960); H. Hovenkamp, *Distributive Justice and the Antitrust Laws*, 51 GEO. WASH. L. REV. 1, 24-26 (1982); C. Grandy, *Original Intent and the Sherman Antitrust Act: A Re-examination of the Consumer-Welfare Hypothesis*, 53 J. ECON. HISTORY 359-379 (1993)。最高裁も、企業結合規制の根拠条文であるクレイトン法7条(セラー・キーフォーバー法による改正)について、そのような立法意図を確認している(*Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 315-316 (1962))。

³⁷ とりわけ小規模事業者の保護について、Kirkwood & Lande, *supra* note 28, at 207-208 参照。

³⁸ See Heyer, *supra* note 27, at 43。

³⁹ S. C. Salop, *Efficiencies in Merger Cases: Technological 'Diffusion' as the Cure for Short-Run Monopoly Pricing*, 27-2 ANTITRUST L. & ECON. REV. 49 (1996)。See also,

効率性が拡散しやすく、市場全体の費用を下げるのであれば、両基準の区別に実益はないことになる。

これに対して Farrell & Katz は、反トラスト法による 2 年という市場分析の枠組みによれば、両基準による評価が異なる場合があると指摘している⁴⁰。また、規模の経済性など、効率性の種類によってはその拡散を想定するものが難しいものがあるほか、効率性が短期間に競争者に拡散するのであれば、そもそも企業結合による効率性の達成にインセンティブが生じないとも言える⁴¹。このような理由をもって、後に Salop 自身が、効率性の「拡散」をもって「消費者厚生基準と、短期又は長期の総厚生基準とを混合すべきではない」と述べている⁴²。

以上のように、総余剰基準と消費者厚生基準の対立は、規範的には、市場支配力の行使による富の移転の評価にあり、実証的には、企業結合による固定費用の削減効果の評価に存在した。2 年という反トラスト法による市場分析の枠組みにおいて、消費者厚生基準が、短期限界費用の低下につながらない固定費用の削減効果を無視するのに対して、総余剰基準はそれを当然に評価の対象とするからである⁴³。

(3) 構造的分析

以上のような総余剰基準と消費者厚生基準の対立において、近年、次のような議論がなされている。それは、企業結合規制に関係する当事会社、競争当局、消費者という異質な主体の相互作用を念頭に置いて、望ましい厚生基準を探るというものである。具体的には、①当事会社と競争当局間の相互作用、②当事会社、競争当局、消費者間の相互作用が検討される。

①当事会社と競争当局間の関係においては、効率性達成にかかる情報の非対称性が注目される⁴⁴。Besanko & Spulber は、同前提の下で、消費者余剰を相対的に重視した効率性の評価基準により、当事会社に総余剰を増大させる企業結合を提案させるインセンティブを与えることを示す⁴⁵。また Farrell は、同前提の下で、問題解消措置の交渉において消費者余剰改善のコミットメントを求めることにより、当事会社の無差別曲線を社会的な無差別曲線に近づけることができるとする⁴⁶。

G. L. Roberts & S. C. Salop, *Efficiencies in Dynamic Merger Analysis*, 19 WORLD COMPETITION 4 (1996).

⁴⁰ Farrell & Katz, *supra* note 33, at 3-4.

⁴¹ J. Kattan, *supra* note 28, at 524-525; R. W. Anspach, *Monopoly Profit as Oil for the Wheels of Progress: Steven Salop's Technological 'Diffusion' Nonsense*, 27-3 ANTITRUST L. & ECON. REV. 17 (1996).

⁴² Salop, *supra* note 36, at 349 n. 31. Salopによれば、消費者余剰の侵害が最も大きな問題となる独占の場面において、効率性の拡散を期待できないと指摘する (*id.* at 350)。なお、固定費の負担が買手との交渉で決まる場合等、固定費用の削減効果が短期の価格に影響を及ぼす場合として、Werden, *supra* note 30, at 8 参照。

⁴³ 総余剰基準は、企業結合規制で問題となる効率性の多くが固定費用の削減であり、消費者厚生基準ではそれら効率性を無視することになると批判する (Werden, *supra* note 30, at 8)。

⁴⁴ Renckens, *supra* note 25, at 175; Werden, *supra* note 30, at 14.

⁴⁵ D. Besanko & D. F. Spulber, *Contested Mergers and Equilibrium Antitrust Policy*, 9 J. L. ECON. ORG. 1 (1993)。総余剰基準を採用した場合の時間的不整合を解決するために、消費者厚生基準を支持する。

⁴⁶ J. Farrell, *Negotiation and Merger Remedies: Some Problems*, in F. LEVEQUE & H. SHELANSKI, MERGER REMEDIES IN AMERICAN AND EUROPEAN COMPETITION LAW 95 (2003)。See also, Farrell

②当事会社、競争当局、消費者間の関係においては、総余剰基準が生産者余剰と消費者余剰の和を基準とするにもかかわらず、当事会社（および競争者）とは異なり、消費者が規制当局の意思決定への影響の機会を持つことがない点が問題とされる。Neven & Roller は、消費者厚生基準を採用することにより、消費者にロビーイングの機会がないことを補償し、結果として総余剰を最大化できるとする⁴⁷。Farrell & Katz は、当事会社が当然に生産者余剰を増大させるインセンティブを有する状況において、消費者厚生基準により消費者余剰増大への圧力を与えることにより、結果として総余剰を改善する場合があるとする⁴⁸。

以上のような議論は、いわば目的とルールとの分離を説くものと言える。Farrell & Katz は、「政策レベル」と「エンフォースメントにおける意思決定レベル」に分けた、政策目的の検討が必要とする⁴⁹。また Werden は、「目的」と「規制基準」に分けた、厚生基準の選択が必要とする⁵⁰。これらは、反トラスト法の目的レベルにおいて総余剰基準を採用するとしても、個別事件レベルにおいては消費者厚生基準を適用することで、総余剰の増大に資する場合があることを指摘するものである。

（４）厚生基準への留保—競争過程の侵害への注目

また、厚生基準を巡り近年なされる議論は、他の競争法違反行為に適用する場合における厚生基準の不合理性である。総余剰基準から消費者厚生基準に対しては、共同行為の規制について、最終消費者による買手カルテルが合法になり得る不合理性が指摘される⁵¹。反対に、消費者厚生基準から総余剰基準に対しては、競争者排除行為の規制について、競争者の余剰を考慮に入れることにより、非効率な競争者の保護につながる不合理性が指摘される⁵²。

このような議論の対立において、近年指摘されているのが、厚生基準そのものへの留保である。すなわち反トラスト法は、むきだしの厚生基準により問題の行為の違法性判断を行うものではないというのである。反トラスト法は、①競争過程を損ない、かつ②効率性を損なう行為を禁止する⁵³。①は「メリットに基づく競争 (competition on the merit)」からの評価を意味し⁵⁴、かかる評価によれば、効果のみに基づき違法性を判断することによる、上記のような不合理性を回避することができるとする。これまでの反トラスト法実務において、市場効果のみ

& Katz, *supra* note 33, at 27-30.

⁴⁷ D. J. Neven & L-H. Roller, *Consumer Surplus vs. Welfare Standard in a Political Economy Model of Merger Control*, 23 INT' L J. INDUS. ORG. 829 (2005).

⁴⁸ Farrell & Katz, *supra* note 33, at 16-18.

⁴⁹ *Id.*, at 33. その上位に「経済政策レベル」が存在するとする (*id.*).

⁵⁰ Werden, *supra* note 30, at 13. その中間に「ルール形成の指導指針 (a guide in the development of legal rules)」が存在するとする (*id.* at 5, 7).

⁵¹ Heyer, *supra* note 27, at 41 n. 28 (2006); Carlton, *supra* note 27, at 156; Werden, *supra* note 30, at 9. Lande は、消費者厚生基準によれば買手カルテルが合法になる可能性を認めた上で、「小規模事業者の保護」という立法意図に基づき、やはりそれを違法とすべきとする (Kirkwood & Lande, *supra* note 28, at 209).

⁵² Salop, *supra* note 36, at 341, 343. 略奪的価格設定について、総余剰基準によれば、埋め合わせの可能性がない場合であっても、行為自体が非効率となり違法になるとする。対して、消費者厚生基準によれば、埋め合わせの可能性がなければ違法とはならない (失敗した略奪的価格は消費者への恩恵とする) (R. Cudahy & A. Devlin, *Anticompetitive Effect* (2010) at 38).

⁵³ Farrell & Katz, *supra* note 33, at 4-8.

⁵⁴ Werden, *supra* note 30, at 27.

に基づく規制がなされたことはなく、またそのような規制はコストが大きすぎるのであり支持し得ないとされる⁵⁵。

以上の議論は、企業結合についても当てはまる。Williamson は、企業結合により、完全競争市場から独占市場に移行する場面を念頭に置いていた。競争者の余剰は考慮外であったのである。しかし競争者の存在を考慮すれば、効率性の達成は、常に総余剰の増大を意味する訳ではない。たとえば、下位企業同士の結合により限界費用が低下する結果、より効率的な上位企業から需要を奪うことによって、総余剰の減少をもたらす場合がある。

同場合について、Heyer と⁵⁶Salop は⁵⁷、総余剰基準と消費者厚生基準の立場から、それぞれ厚生基準の妥当性を論じている。しかし上記場合は、「競争力強化の抗弁 (the upward competition defense)」と呼ばれてきた場合であり⁵⁸、企業結合が競争の「能力」と「インセンティブ」を与える場合である。このような場合は、厚生への影響にかかわらず、「メリットに基づく競争」に合致するものとして、常に積極的に評価されるものである。厚生基準の評価を受ける場合ではない。

2. 3. ガイドライン／下級審判例

(1) ガイドラインの展開

ガイドラインにおいて、効率性が個別事件において「抗弁 (defense)」になると示されたことはない⁵⁹。すなわち、効率性が競争制限効果の発生を前提として正当化事由になると示されたことは、これまで存在しない。ガイドラインの改定にあたり、効率性の積極的考慮について米国の世論が高まった時期が、これまでに少なくとも2度存在した。それは、1984年のガイドライン、および1997年のガイドライン改正時である。

まず、1984年ガイドライン（司法省）は、LTV-Republic 事件同意判決⁶⁰の後に、米国産業の国際競争力強化を求める保護主義圧力に押されて、公表されたものであった。第一期レーガン政権において公表された1982年ガイドライン（司法省）は、効率性の立証は困難として、例外的場合を除き効率性の考慮を行わないとした⁶¹。これは Posner や Bork といったシカゴ学派

⁵⁵ Werden, *supra* note 30, at 27. See also, J.F. Brodley, *The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress*, 62 N.Y.U. L. REV. 1020 (1987); J.F. Brodley, *Proof of Efficiencies in Mergers and Joint Ventures*, 64 ANTITRUST L.J. 575 (1996).

⁵⁶ Heyer, *supra* note 27, at 38-39.

⁵⁷ Salop, *supra* note 36, at 344.

⁵⁸ E.M. シンガー（上野裕也・岡井紀道訳）『反トラストの法と経済理論』162-163頁（ペリカン社、1971年）参照。判例については、A.G. Berg, *Cost Efficiencies in the Section 7 Calculus: A Review of the Doctrine*, 37 CASE W. RES. L. REV. 218, 236 (1986) 参照。

⁵⁹ 1982年の水平的企業結合にかかるFTC声明は、効率性を「独立の比較衡量事由 (an independent countervailing factor)」とした。これはトレードオフ基準の採用のようである。しかし同声明は、効率性は事件選択時の考慮事由であり、「裁判上、審判上の抗弁 (a legally cognizable defense)」でないとする (FTC, Statement Concerning Horizontal Mergers (1982), para. IV)。

⁶⁰ U.S. v. LTV Corp., 1984 WL 21973 (1984).

⁶¹ DOJ, Merger Guidelines, para. V.A. 「効率性を達成しそうだと言主張することは簡単であるが、それを立証することは困難である」とする。また、HHIに基づく訴追基準以下で多くの効率性は達成可能とする。

の反トラスト法学説に従うものであった⁶²。しかし経済政策一般につきプラグマティックな態度を採った第二期レーガン政権において、効率性の考慮の間口が拡大されたのである⁶³。ただし、それは効率性考慮の位置づけを「抗弁 (defenses)」のセクションから、「競争効果 (competitive effects)」のセクションに移した上でのものであった。司法省反トラスト局長であった McGrath は、「期待される効率性と、期待される競争制限効果 (anticompetitive consequences) のバランスを取ることはない」とした⁶⁴。

次に、効率性にかかる 1997 年のガイドライン一部改正は、クリントン政権下において、経済のグローバル化に直面した米国産業の国際競争力強化を求める世論に押されて、公表されたものであった。そこでも効率性は市場分析の一部であり、違法推定にかかる反証として考慮されるものであった⁶⁵。改正の基礎となったスタッフレポートは、効率性は「抗弁ではなく反証を構成する (constitute a rebuttal, not an affirmative defense)」とする⁶⁶。また、FTC 委員長であった Pitofsky は、改正ガイドラインがトレードオフ基準を採用しないことを明確に述べている⁶⁷。ガイドライン改正後のボーイング・ダグラスの統合事例に対して、EC 委員会は産業政策的と批判したが、FTC が同統合を認めたのは、ダグラス社が競争能力を欠いており、そもそも統合により競争制限効果が発生することはないとの理由からであった⁶⁸。

以上の規制当局によるガイドラインを巡る議論とは別に、第二期レーガン政権において、効率性の積極的考慮を行うべきとする立法的提案がなされたことがある⁶⁹。具体的に、「合併近代化法案 (The Merger Modernization Act of 1986)」は、米国産業の国際競争力を強化するために、クレイトン法 7 条の萌芽理論を放棄し、企業結合が生み出す生産上の効率性を常に考慮すべきとした。法案は上院 (S. 2160)、下院 (H. R. 4247) にそれぞれ提出されたが、反トラス

⁶² R. POSNER, ANTITRUST LAW: AN ECONOMIC PERSPECTIVE 112 (1976); R. BORK, THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF 125-126 (1993).

⁶³ 実際の執行においては、産業政策的と評価される事例を生み出した (B. M. Owen, *The Evolution of Clayton 7 Enforcement and the Beginnings of U. S. Industrial Policy*, 31 ANTITRUST BULL. 409, 410, 421-429 (1986); T. M. Jorde, *Coping with the Merger Guidelines and the Governmen' s "fix-it-first approach" : A Modest Appeal for More Information*, 32 ANTITRUST BULL. 579, 580 (1987))。ただし同時期は、反トラスト当局による事件分析においてエコノミストの関与が大きくなった時期でもあり、個別事件に応じた審査や問題解消措置の設計 (fix-it-first) が、そのような評価を生み出したという側面もある。詳細な条件・義務が付された事例の一つは、GM・トヨタの JV 事例である (103 F. T. C. 374 (1984))。同時期の企業結合規制について政策の不存在を説く、R. G. Harris & L. A. Sullivan, *Horizontal Merger Policy: Promoting Competition & American Competitiveness*, 31 ANTITRUST BULL. 871, 890 (1986) 参照。

⁶⁴ *60 Minutes with J. Paul McGrath: Interview*, 54 ANTITRUST L. J. 131, 141 (1985).

⁶⁵ Renckens, *supra* note 25, at 166, 172.

⁶⁶ FTC STAFF, ANTICIPATING THE 21ST CENTURY: COMPETITION POLICY IN THE NEW HIGH-TECH, GLOBAL MARKETPLACE, CHAP. 2, at 25.

⁶⁷ *Roundtable Conference with Enforcement Officials*, 65 ANTITRUST L. J. 929, 945 (remarks of R. Pitofsky) (1997). Pitofsky は、以前より効率性を競争促進効果 (市場支配力立証における評価障害事実) として理解する立場を採用していた (Pitofsky, *Global Economy*, at 218)。

⁶⁸ これは反トラスト法において、ジェネラル・ダイナミクス抗弁と呼ばれているものの適用である。

⁶⁹ H. M. Baldrige, *The Administration' s Legislative Proposal and its Ramifications*, 55 ANTITRUST L. J. 29 (1986).

ト法に産業政策を持ち込むものとして、いずれも廃案となった。

(2) Areeda & Turner 説

以上のようにガイドラインは、総余剰基準であれ消費者厚生基準であれ、トレードオフ基準に対して、慎重な態度を採ってきたと言ってよい。このようなガイドラインの立場に影響を与えてきた反トラスト法学説として、Areeda & Turner による主張が指摘されている。

ガイドラインにおける効率性への言及は、司法省の「1968年ガイドライン」に始まる。1968年ガイドラインは、司法省反トラスト局長であった Turner の「補佐 (Special Economic Assistant)」を務めた Williamson の関与、影響があった⁷⁰。1968年ガイドラインは、「例外的場合」に限り、効率性が「正当化理由 (a justification)」になるとした⁷¹。これがガイドラインによる、効率性への初めての言及であった。

その後、Turner は、Areeda との 1980 年の共著の中で、企業結合規制における効率性の考慮方法について詳しく言及し、それが今日まで「最も完全なガイドブック (the most complete guidebook)」と評価されている⁷²。Areeda & Turner は、企業結合の当事者がともに非効率な状態であることを必要とするなど⁷³、市場における競争条件の改善という観点から、効率性考慮にかかる要件を提示した⁷⁴。Areeda & Turner は、効率性の考慮は違法推定 (a prima facie case) にかかる反証として機能するという。

(3) 2010年ガイドライン

最新のガイドラインは、効率性の考慮方法について、1997年ガイドラインから、内容を大きく変化させることがない。2010年ガイドラインにおいても、効率性は市場における競争条件の改善という観点から考慮される。「反トラスト法が、内部的な効率性 (internal operational efficiency) ではなく、競争 (competition) に消費者保護の役割を与えたことを、反トラスト当局は十分に認識する」とガイドラインは述べている。効率性が独占を正当化することはほとんどないとするのも、そのような思想の現れである。競争のない独占市場において、競争状況の改善はあり得ないからである。

具体的に、2010年ガイドラインは、効率性を「当事会社の競争能力およびインセンティブの改善 (enhance the merged firm's ability and incentive to compete)」の観点から検討すると明示する⁷⁵。ガイドラインが考慮の対象とする効率性は「認識可能な効率性 (cognizable

⁷⁰ W. J. Kolasky & A. R. Dick, *The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers*, 71 ANTITRUST L. J. 207, 212-213 (2003). Williamson は、モデルの結果は裁判における抗弁にはせず、ガイドラインの精緻化、反トラスト当局による事件選択時の考慮事由の充実に役立たせるべきと主張していた (O. E. Williamson, *Economies as an Antitrust Defense*, at 34).

⁷¹ DOJ, Merger Guidelines (1968), para. 10.

⁷² Kolasky & Dick, *supra* note 71, at 216-217.

⁷³ 両当事会社が非効率であれば、結合により競争単位が一つ増加すると考える。また、市場における需要が拡大傾向にある場合には、結合を禁止して内部成長を期待する。内部成長を期待することにより、より競争的な市場構造を期待できると考える。

⁷⁴ P. AREEDA & D. F. TURNER, 4 ANTITRUST LAW 196-197 (1980). また、管理可能性や予測可能性といった法的価値観の重要性を説いたのも、Areeda & Turner の特徴であった (*id.* at 14-16).

⁷⁵ DOJ & FTC, Horizontal Merger Guidelines (2010), Sec. 10.

efficiencies)」とされ、①客観的に立証されることが必要であり、また②効率性は「企業結合に特有 (merger specific)」であることが必要とされ、さらに③効率性は「反競争的な産出量の削減 (anticompetitive reductions in output or service)」であってはならないとされる。

①の立証について、ガイドラインは、「効率性は証明および定量化が難しいとする」。これは従前のガイドラインから指摘されてきたところであり、また後で見るように、多くの下級審判例において指摘される場所である。

②の要件は、ガイドラインが、効率性を競争条件の改善から検討することの現れである。企業結合以外のより競争制限的でない手段で効率性が達成できるのであれば、効率性が積極的に評価されることはない。

③の要件は、効率性を競争条件の改善の観点より評価することから、必然となる。市場支配力の行使による産出量削減に伴い生産費用を軽減する場合はもちろん、市場分割により重複輸送が消滅する等、競争回避行動により販売費用を削減する場合なども、それによる費用削減効果が「認識可能な効率性」と評価されることはない。税負担の軽減や購買力の獲得による取引条件の改善に伴う費用削減効果は、必ずしも競争制限効果に起因するものではない。しかしこれらは「名目上の (pecuniary)」効率性と呼ばれ、規制当局⁷⁶、裁判所⁷⁷共に、評価の対象とすることがない点で一致している。

(4) 競争効果基準と消費者厚生基準との接点

2010年ガイドラインは、「認識可能な効率性」が、市場における価格上昇を抑制する等、消費者への潜在的な弊害を抑制するのに十分か否かを検討するとする。そして「企業結合に特有」との要件から、その比較の対象は、企業結合がない場合の市場状況である。

もっとも、「企業結合がない場合の市場状況」との比較が必要としても、「企業結合前の市場状況」との比較は、企業結合の評価について、一定の方向性を与える。さらに近年、競争法における市場支配力の認定について、①企業結合規制以外については、実効的な競争が存在する水準以上の価格付けが可能かを検討するのに対して、②企業結合規制については、企業結合前の水準以上の価格付けが可能かを検討することになるとの意見も提示されている⁷⁸。

「企業結合前の市場状況」との比較は、競争効果基準と消費者厚生基準の接点を与える。消費者厚生基準と総余剰基準の対立において、重要な論点の一つは、方法論としての有用性であった。消費者厚生基準のうち価格基準を主張する論者は、価格という単一の変数に注目することにより分析が容易であり、かつ需要者のインタビューが効率性の立証に資すると主張する。これに対して総余剰基準を主張する論者は、均霑率を計測するためには需要曲線の形状を知る必要があり、また需要者のインタビューによって均霑の可能性を知り得るとの直感について、疑問を提示してきた⁷⁹。

⁷⁶ FTC STAFF, *supra* note 67, at 32-35; F. R. Warren-Boulton, *Merger Policy and Enforcement at the Antitrust Division: The Economist's View*, 54 ANTITRUST L. J. 109, 111-114 (1985).

⁷⁷ See e.g., U.S. v. Rockford Memorial Corp., 717 F.Supp. 1251, 1289 (1989).

⁷⁸ See e.g., S. BISHOP & M. WALKER, *THE ECONOMICS OF EC COMPETITION LAW* 62 (2009).

⁷⁹ Heyer, *supra* note 27, at 47. See generally, T. O. Barnett, *Substantial Lessening of Competition: The Section 7 Standard*, 2 COLUM. BUS. L. REV. 293 (2005); I. K. Gotts &

しかし1.2(3)で見たように、1992年ガイドラインの公表後、企業結合規制の中心となった、ユニラテラル効果理論は、価格基準の計量経済学的な立証に大きく道を拓いた。ユニラテラル効果理論に基づく合併シミュレーションを利用することにより、効率性の考慮を市場分析の一部として、競争消滅による価格引き上げインセンティブと、効率性達成による価格引き下げインセンティブとを計量的に比較考慮することができる⁸⁰。そこでは、判断に必要な情報は少なくても⁸¹、とりわけ、均霑率を計測する前提としての需要曲線の形状を知る必要がない。ユニラテラル効果にかかる分析手法の発展は、方法論の側面から、効率性の考慮場面を拡大する意義を有するのである。

(5) 固定費用削減の評価

効率性を当事会社の競争能力、インセンティブの改善可能性から判断するのであれば、当事会社の短期の価格設定行動に影響を与えない固定費用の削減効果は考慮の対象外となるはずである。しかし反トラスト当局は、例外的に、固定費用の削減効果についても考慮する場合があるとす。すなわち、ガイドラインは消費者に対して効率性が短期に均霑されることがなくとも、固定費用の削減効果を検討する用意があるという⁸²。また、ガイドラインはその脚注において、例外的に、問題解消措置により競争制限効果と分離できない場合には、関連市場外における効率性を考慮する場合があるとす⁸³。このような場合への言及は、4で見るEU法などと異なっている。

ガイドラインによる言及は、消費者厚生基準を基礎としつつ⁸⁴、時間的および地理的に修正した「消費者厚生と総厚生ハイブリッド」と評されたり⁸⁵、厚生基準の選択における「意図された不明瞭性 (studied ambiguity)」と評されたりしている⁸⁶。もっとも、上で述べたように、ガイドラインは効率性を当事会社の競争能力、インセンティブ改善の観点から検討するというのであり、したがって固定費用の削減効果の考慮があくまで例外的とされていることに、注意する必要がある。

(6) 下級審判例

裁判所も効率性の考慮が必要であることは認める⁸⁷。しかし、効率性を抗弁として認めた事例は、これまで存在しない。多くの判例において、効率性の立証の困難性が指摘されてきた。

D. E. Hemli, *Just the Facts: THE Role of Customer and Economic Evidence in M & A Analysis*, 13 GEO. MASON L. REV. 1217 (2006).

⁸⁰ J. Baker & C. Shapiro, *Reinvigorating Horizontal Merger Enforcement*, in R. PITOFISKY, HOW THE CHICAGO SCHOOL OVERSHOT THE MARK: THE EFFECT OF CONSERVATIVE ECONOMIC ANALYSIS ON U. S. ANTITRUST 235, 256 (2008).

⁸¹ G. J. Werden, *A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers among Sellers of Differentiated Products*, 44 J. INDUS. ECON. 409 (1996).

⁸² DOJ & FTC, Horizontal Merger Guidelines (2010), Sec. 10 n. 15.

⁸³ DOJ & FTC, Horizontal Merger Guidelines (2010), Sec. 10 n. 14.

⁸⁴ G. J. Werden, *An Economic Perspective on the Analysis of Merger Efficiencies*, 11 ANTITRUST 12, 14 (1997); Werden, *supra* note 30, at 12.

⁸⁵ Kolasky & Dick, *supra* note 71, at 230.

⁸⁶ J. Baker, *Competition Policy as a Political Bargain*, 73 ANTITRUST L. J. 483, 521 (2006).

⁸⁷ FTC v. H. J. Heinz, 246 F.3d 708 (2001), at 720.

効率性を深く検討した事例として、University Health 事件（1991 年）が知られている。同事件では、効率性の考慮について、市場における競争への効果を検討するにあたり重要であるとし、これは違法推定に対する反証として機能するとする。そして、一旦競争制限が認定されれば、「期待される効率性がどれほど大きなものであれ」抗弁として機能することはないとする⁸⁸。後者はトレードオフを否定する立場である。多くの判例と同様、裁判所は、効率性の立証が十分になされていないとして、効率性による反証を認めなかった。

Staples 事件（1997 年）は、ユニラテラル効果が問題となった事例であった。当事会社は、企業結合により 5 年間で 49 億ないし 65 億ドルの効率性を達成し、そのうち 3 分の 2 が消費者に均霑されると主張した。この点について裁判所は、①企業結合がなくとも内部成長で達成される効率性は考慮の対象外とすべきであり、②効率性の一部が均霑されても、当事会社主張の均霑率は疑問とした⁸⁹。

裁判所は、効率性を厳密に立証することは難しく、他の反証と同じく「信用し得る証拠」による立証で足りるとする。しかし裁判所は、効率性は「企業結合に特有」のものである必要があるとする。裁判所は、効率性の評価が「企業結合がある場合」と「企業結合がない場合」との比較というのである。裁判所は、たとえ企業結合後に価格の低下が期待できるとしても、企業結合の禁止により更なる価格低下が見込める場合には、効率性は考慮の対象外であると念押しする。

2. 4. まとめ

ここで米国の議論をまとめておく。総余剰基準であれ消費者厚生基準であれ、効率性のみを基準として企業結合規制を行うという実務は、米国反トラスト法において存在しない。効率性は当事会社の競争能力およびインセンティブを改善して、始めて考慮の対象となる。2010 年ガイドラインにおいても、そのような立場が示されている。

もっともガイドラインも、固定費用の削減効果、また関連市場外の費用削減効果を、例外的場合に検討することを明らかにする。これは例外的であれ、効率性を基準として企業結合規制を行うようである。しかしそのような場合であっても、近年論じられているのは、目的とルールとの分離である。すなわち、総余剰の増大を目的とする場合であっても、個別事件においては消費者厚生基準を採用することにより、結果として、同目的を達成することができるのではないかという議論である。

⁸⁸ FTC v. University Health, 938 F.2d 1206 (1997), at 1223.

⁸⁹ FTC v. Staples, 970 F.Supp.1066 (1997).

3. カナダ法—効率性の抗弁の明文化とその帰結

3. 1. カナダ法の特殊性

カナダ競争法は、効率性の抗弁を明文で認める数少ない国である。先例となる事件は一件しかないが、そこではその条文の解釈が激しく争われた。同事件に基づいて、法律家、経済学者らによる活発な議論が展開されてきた。米国、EU での効率性の抗弁をめぐる議論がいわば理論的なものに終始する傾向があり、効率性の所在が決定的な役割を果たした事案が皆無なのに対し、カナダの先例は効率性の抗弁なしには明らかに違法となる事件であった。

さらに、カナダの先例は、効率性を競争分析に取り入れる際の問題点を浮き彫りにした。抽象的に効率性の意義を捉えるだけではなく、効率性を具体的コンテキストで評価する際の注意点、立証の手順、それと対比する意味での反競争効果の位置といった諸問題が、具体的に明らかになされた。本章では、まずカナダ競争法における効率性の抗弁の位置づけを確認し、次にそれが実際に適用されたプロパン事件での議論を検討する。

3. 2. カナダにおける企業結合規制の概略

カナダ競争法では、競争局長官が競争審判所に申立を行い、競争審判所⁹⁰の裁決によって企業結合規制が行われる。当該企業結合が、一定の取引分野における競争を実質的に妨害するか減少させそうな場合には、企業結合を禁止し、もしくはその他の命令を下すことになる。「競争を実質的に妨害するか減少させそうな場合」とは、現存する競争の減少もしくは将来の競争の発展を妨げることにより、企業結合なかりせばあり得た価格より高い価格を実現することを意味する⁹¹。これは、市場支配力の形成・維持・強化と同じ内容と考えられている。また、その分析方法についても、単独型市場支配力と協調型市場支配力に分けるなど標準的な手法が採用されている。

しかしながら競争法 96 条は、このような市場支配力の形成・維持・強化の蓋然性があつたとしても、効率性がある場合には企業結合を許容し得る旨を定めている。すなわち同条 1 項によれば、競争審判所が「合併等から生じる競争の妨害もしくは減少の影響を超え、相殺できるだけの効率性の利益を生じたもしくは生じそうであること、及び当該効率性における利益が当該措置命令がなされたならば達成できないことを認定した場合」には、企業結合に対する措置を命じることできない旨が定められている。

さらに、同条 2 項は「1 項の効率性をもたらすか否かを判断するにあたって、競争審判所は、そのような利益が(a) 輸出の現実価値を著しく増加させるか、(b) 輸入製品から国内製品への著しい代替性を生じさせるという結果をもたらすか否かを考慮しなければならない」としている⁹²。

⁹⁰ 競争審判所は、競争法についての特別裁判所であり、連邦裁判所の判事と一般有識者から構成される。一般有識者として、経済学者、会計学者、企業法務、ファイナンシャルコンサルタントなど経済・ビジネスのバックグラウンドを有する者が加わる。審判長は裁判官があたる。法律問題については判事グループのみで決定し、事実問題については全メンバーで審理する。

⁹¹ Competition Bureau Canada, Merger Enforcement Guidelines (2004), 6-8.

⁹² 3 項は、競争審判所は複数の者の間の所得の再分配だけを理由として、効率性を評価してはならないとする。

3. 3. 総余剰基準の有力化

96 条は、1986 年の競争法改正により導入されたものである。競争の妨害もしくは減少の影響を超え、それを相殺するだけの効率性の利益とは何か。さらに、比較衡量の基準はどうなるのかは自明ではない。しかし、2 項が交易改善の効果を持つ効率性を重視するようにも見えることから、効率性が生産余剰にもたらす効果を重視するようにも見える。

立法の経緯で社会的効率性に言及されたこともあって、当初から総余剰基準をとったと考える立場も有力であった。1991 年に公表された競争局長官のガイドラインは、効率性の利益と比較衡量すべきは死荷重であることを明言していた⁹³。この立場は経済学者にとってはコンセンサスと呼ぶべきものだと指摘されたが⁹⁴、法解釈としては異論があった。

効率性の問題に最初に言及したのは、傍論ではあるが、Hillsdown 事件における競争審判所の判決であった⁹⁵。本件ではそもそも 92 条違反が認定されなかったため、効率性の抗弁に関する説示は傍論に過ぎない。本件では当事者双方とも、効率性の利益に対比すべき競争減殺の影響には限定的な立場をとっていた。すなわち、消費者余剰のうち生産者に移転した分は単なる中立的な富の移転に過ぎないため無視するとして、死荷重のみを悪影響としていたのである。これに対して Reed 裁判官は、立法過程における担当大臣の発言に「消費者に競争的価格と製品選択を与えることが最優先の課題である」とするものがあつたことから、総余剰基準は妥当ではなく、富の移転も評価に入れた基準を採用すべきだと主張した⁹⁶。

一見すると、Reed 裁判官の立場は、消費者余剰への悪影響を問題とする米国の企業結合ガイドラインや EU の企業結合ガイドラインにおける効率性の扱いと同方向の解釈を示すように見える。しかしながら、Reed 裁判官は具体的な基準を提示するわけではなく、競争法が競争減殺の悪影響としてとらえているのが、効率性の喪失だけではなく、富の移転等⁹⁷を含むものであって、それらを勘案すべきとするのみである。この判決は、カナダにおいて消費者厚生基準論を強化したが⁹⁸、米国及び EU では総余剰基準と消費者厚生基準の対立として語られることの多かった比較衡量基準について別のパースペクティブが議論されるようになるなど、この判決を契機に 96 条の解釈論が活発になった。

このような状況下で、いわゆるプロパン事件にかかる一連の判決が下されたのである。ここでは、比較衡量の基準について妥協を図ることの難しさが確認されただけでなく、効率性を評価する際の実際の困難が明らかとなった。

⁹³ Director of Investigation and Research, Canadian Merger Enforcement Guidelines (1991) s. 5.5.

⁹⁴ See, Michael Trebilcock & Ralph Winter, *The State of Efficiencies in Canadian Merger Policy*, 19 CANADIAN COMPETITION RECORD 106 (1999).

⁹⁵ Canada (Director of Investigation and Research) v. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd., (1992) 41 C.P.R. (3d) 289 (Comp. Trib.).

⁹⁶ *Id.* at 339-340. カナダにおける消費者厚生基準は、生産余剰の内、株主に移転された分（これも消費者余剰と考える）が死荷重を超えているか否かを基準とする。

⁹⁷ 判決は、経済力の分散や、中小企業及び強力な競争者の保護も目的として言及した。ただし、総余剰基準への批判として強調したのは、競争法が富の移転を問題視しており、生産者の株主の利益と消費者の利益とを中立的には考えていないという点であった。

⁹⁸ Paul S. Crampton, *The Efficiency Exception for Mergers: An Assessment of Early Signals from the Competition Tribunal*, 21 CAN. BUS. L. J. 371 (1992).

3. 4. プロパン事件

(1) 第一次競争審判所決定

プロパンガス配給会社の最大手企業 2 社による企業結合が問題となった。プロパン配給にかかる 16 地域において、当事会社のシェアは 95%を超える。また、32 地域では 80%、46 地域では 70%、66 地域では 60%を、それぞれ超える。競争局長官による申立てに基づき⁹⁹、競争審判所は、当該企業結合により、各地域のプロパン配給市場において反競争効果が発生すると判断した。しかし、競争審判所は効率性についての証拠を認め、当該企業結合を容認した。

まず、反競争効果の認定であるが、これについては競争局長官側が提出した Ward 教授の鑑定を採用した¹⁰⁰。鑑定によれば、企業結合前の当事会社それぞれの個別需要曲線の弾力性は -1.9~-3.9 であり、平均して -3 であった。これに対して企業結合後に直面するであろう市場需要の弾力性は -1.5 であった。限界費用に変化がないという前提における同教授による合併シミュレーションの結果は、企業結合後平均して 8%以上の価格引上げが想定されるというものであった¹⁰¹。この推計には限界費用の低下は考慮されていないものの、競争の実質的減殺を認定するには十分であるとされた。

また、効率性については、生産上の効率性の向上に伴う費用削減分を具体的に算定した。当事会社側の鑑定とそれに対する反証鑑定を総合して、年間 2900 万ドルの費用節約が 10 年以上継続すると結論付けた¹⁰²。同評価において、競争審判所は、Hillsdown 事件における Reed 判事の傍論とは異なり、当事会社が主張する総余剰基準を採用した。競争審判所は、①余剰の移転の効果は経済の繁栄とは関係せず、また②96 条 3 項が単なる所得の移転を効率性の利益でないとするのは、このような単なる金銭的效果は経済的効率性とは関係がなく余剰の移転の問題は考慮外とする立法意図を示すとする¹⁰³。競争審判所は、Ward 教授の価格引上げについての推計と、市場需要の弾力性の推定値と売上高から、死荷重を年間 300 万ドルと推定する¹⁰⁴。企業結合により、総余剰は増加する。以上に基づき、競争審判所は、競争局長官の申し立てを退けた。

本件において競争局長官側は、自ら公表したガイドラインが示す「総余剰基準」ではなく、経済学者である Townley 教授が提案した「重みづけ比較衡量基準」の採用を主張した。この基準は、死荷重だけではなく、余剰の移転の内、個別事案毎に正当化できない部分についてウェイトをつけて、それらを併せて効率性の利益と対比されるべきとする。同基準について、競争審判所は、①予見可能性が乏しいこと、②死荷重に比した所得移転効果の大きさから、効率性の抗弁の適用余地を狭めること、③所得移転は分配政策で対処する方が経済政策として効率的であること、④競争局のガイドラインも総余剰基準を提案していることを理由として、採用で

⁹⁹ *Comm'r of Competition v. Superior Propane Inc.*, [2000] C.C.T.D. No. 15, 7 C.P.R. (4th) 385 (Can. Comp. Trib.) [hereinafter cited as *Superior Propane*]

¹⁰⁰ *Superior Propane*, at para. 247-261.

¹⁰¹ 当事会社が提出した Carlton 教授の鑑定 (*Superior Propane*, at para. 262-288) は採用されなかった。同教授の鑑定によれば、ICG 社のシェアが高い地域であれば *Superior Propane* 社の祖利潤が高い。この事実から *Superior Propane* 社は ICG 社の競争を勘案せずに行動しているものであり、これは ICG 社が相対的に非効率であることを反映しているとする。これに対して競争審判所は、同教授の認定した事実は集中度と祖利潤の相関関係を示唆するものであり、同教授の推論には疑義があるとした (*Superior Propane*, at para. 269-272)。

¹⁰² *Superior Propane*, at para. 283.

¹⁰³ *Id.* at para. 430.

¹⁰⁴ *Id.* at para. 455.

きないとした¹⁰⁵。

(2) 第一次控訴審判決

競争審判所の決定に対して、競争局長官側から、連邦控訴裁判所に上訴がなされた。連邦控訴裁判所は総余剰基準を否定し、競争審判所による決定を破棄、差し戻した¹⁰⁶。

まず、控訴審判決は、96条3項の「効率性の利益には単なる再配分が含まれない」という文言は、競争審判所決定とは異なり、総余剰基準を支持するものではないとする。裁判所によれば、同項は余剰の移転に伴う当事会社の利益を効率性としてカウントしないことを確認するだけであり、逆に、競争を減殺する企業結合の弊害としてカウントしないことは確認されていない。

また、控訴審判決は、競争減殺の悪影響は競争法の目的規定に照らして考察すべきとする。カナダ競争法は、効率性の他、中小企業の市場参加権、消費者の利益など複合的な目的を有する。たしかに、それら目的の中でも効率性が最重要課題とされるべきことは承認する。しかし、それ以外の目的にも応分の重みを与えるべきである。総余剰基準を採用すれば、需要が非弾力的な場合には、競争減殺の結果として顕著な価格引上げをもたらされてもごく僅かな効率性の増大で企業結合が容認されることになり、これは消費者利益が競争法の目的の1つとなっていることから容認しがたい¹⁰⁷。このようにして、控訴審判決は、効率性の利益に対置すべき競争を減殺する企業結合の影響は死荷重に限定されないとした。

しかしながら控訴審判決は、その比較衡量の具体的基準について明示することなく、具体的基準は個別事例の決定の際に見出されるべきものとする。競争局長側が主張したTownley教授の「重みづけ比較衡量基準」を含め、上述の要請を充たす具体的基準は幅広く考えられ、具体的コンテキストで正しい評価基準を決定すべきとする。

(3) 第二次競争審判所決定¹⁰⁸

差し戻しを受けた競争審判所のNadon判事による法廷意見は、Townley教授の「重みづけ比較衡量基準」を、次のように適用した。本件において余剰の移転は年間4050万ドルに及ぶ。競争局長官はそれらすべてを社会的弊害とするが、社会的弊害と評価できるのは低所得の消費者からの余剰の移転のみである。そして、これは年間260万ドルと推計される¹⁰⁹。その上で、そのような低所得者からの余剰の移転は2倍に評価されるべきである¹¹⁰。死荷重については、競争局長官の主張を受け入れて、600万ドル以内になるとし¹¹¹、結果として、企業結合の弊害は全体として1120万ドル以内とする。そして、これは効率性として評価される2900万ドルを下回るから、企業結合は容認されるべきとする。

¹⁰⁵ *Id.* at para. 427-439.

¹⁰⁶ [2001] 3 F.C. 185 (Fed. Ct. App.)

¹⁰⁷ さらに、完全価格差別が可能であれば独占をもたらす企業結合も容認されることになる点など、総余剰基準に対して提起される批判点をまとめる (*id.* at para. 127-138)。

¹⁰⁸ [2002] C.C.T.D. No. 10, 18 C.P.R. (4th) 417 (Can. Comp. Trib.) .

¹⁰⁹ *Id.* at para. 346-368.

¹¹⁰ *Id.* at para. 371.

¹¹¹ *Id.* at para. 219-233.

(4) 第二次控訴審判決¹¹²

競争局長官は、競争審判所の評価が、Townley 教授の行った余剰の移転全体を悪影響とした比較衡量でなかったことなどを問題として上訴した¹¹³。これに対して控訴裁判所は、競争審判所の決定を支持する証拠が不十分であることを指摘しつつも、社会的悪影響についての評価が行われたという点ではなお裁量の範囲内として、競争審判所の比較衡量を是認した¹¹⁴。

3. 5. プロパン事件判決の評価

(1) 重みづけ比較衡量基準の評価

当初、競争局は、競争法 96 条を総余剰基準を採用するものとして理解していた。これは 1980 年前半の米国反トラスト法コミュニティで有力だった見解を取り入れたものと解されている。また、立法過程における同条の推進者が、総余剰基準を強く支持していたことも確かである。しかしながら、競争法の存在への社会的支持の基盤に消費者利益の保護があることは確かであり、余剰の移転を完全に中立的と見ることへの政治的な支持が希薄であることは否定できない。96 条の条文が妥協的性格を持ち、曖昧さを残したものとならざるを得なかったはこのためであり、競争法への支持基盤を考えるならば、このことは当然であろう。2 で見たように、米国が最終的に消費者厚生基準を採用することになったのも、この理由によるところが大きい。

以上のような状況において、総余剰基準と消費者厚生基準との妥協として、「重みづけ比較衡量基準」が提唱されたのである。所得分配のうち社会的弊害と見るべきものは何かという競争審判所が行った問いかけは、余剰の配属先毎に貨幣的評価に重みをつける「社会的厚生 (social welfare)」を構築する試みではあるが、このような評価を証拠に基づいて行うのは至難の業であり、結局のところ誰も納得できない基準とならざるを得ないであろう。

(2) プロパン事件での事実認定の問題点①—合併シミュレーション

第一次競争審判所による反競争効果の認定は、合併シミュレーションの結果に基づく。合併シミュレーションに依拠することで、価格引上げの程度についても定量的な推定がなされたのが本件の特徴である。1 で見たように、米国でも合併シミュレーションは調査段階での評価のために行われる場合がほとんどであり、法廷でそれが採用された例は数少ない。

ところで、反トラスト法の目的を効率性 (総余剰) ととらえるいわゆるシカゴ学派の代表的な論者である Posner や Bork がともに、企業結合規制における効率性の抗弁に懐疑的だったことはよく知られている¹¹⁵。「市場支配力の形成・維持・強化」について定性的な判断しかできず、効率性の具体的な計測が不安定である限り、前者の定性的判断の閾値を上げれば、総余剰

¹¹² [2003] F. C. A. 53

¹¹³ 競争審判所が中小企業への悪影響や動的効率性への悪影響といった定性的な弊害への評価が行われなかったことも問題としたが、これらの点については評価自体は行われたとした。

¹¹⁴ See *supra* note 112, at para. 32-33.

¹¹⁵ RICHARD A. POSNER, ANTITRUST LAW 133-134 (2d ed. 2001), ROBERT BORK, ANTITRUST PARADOX 21-22 (rev. ed. 1993). なお、この点は、第二次競争審判所の補足意見でシカゴ学派が当然に死荷重と効率性の比較衡量を要請するものではないとして、この点を説明している。[2002] C. C. T. D. No. 10, 18 C. P. R. (4th) 417 (Can. Comp. Trib.) para. 379. ただし、Posner のみ言及されており、文献を明示しないまま Bork と対比しているのは、効率性基準論者としての Bork の一般的なイメージゆえの誤解であろう。

の観点で好ましくない企業結合を規制するのに十分であると考えられたがゆえのことである。

もっとも、消費者厚生基準をとったとしても、効率性を除けば「市場支配力の形成・維持・強化」が存在する時にそれを埋め合わせるだけの効率性が存在するか否かの判断は容易ではない。Posner らが回避しようとした問題と同じ問題に直面するはずである。にもかかわらず、1.2(3)や 2.3(4)で見たように、消費者厚生基準が米国で採用されるようになった背景事情には、反競争効果の定量的推定を可能にする合併シミュレーションの登場があった。合併シミュレーションにおいて、効率性は、抗弁というよりも（総合考慮型）評価障害事由として一括して判断されることになる。

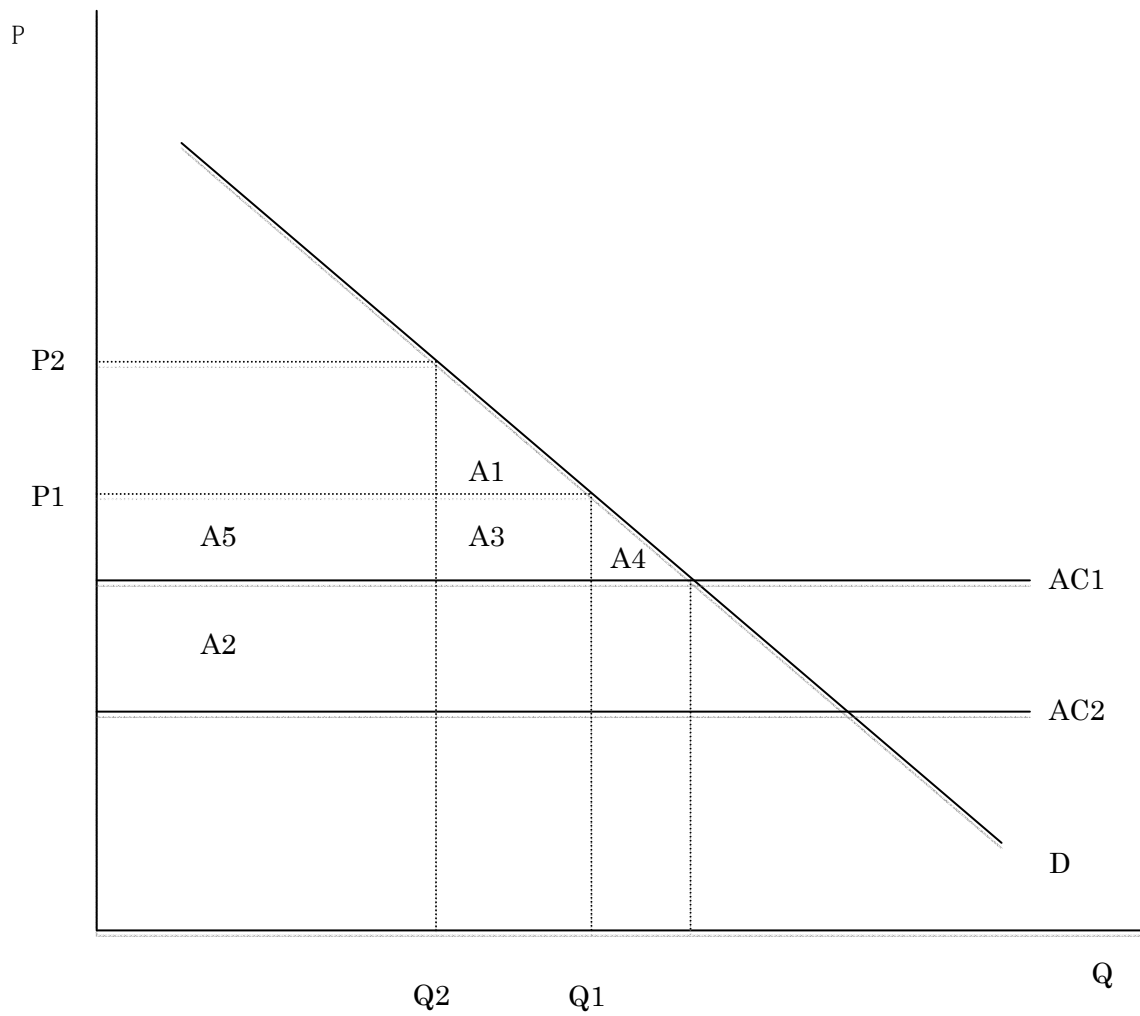
しかしながら、本件で採用された合併シミュレーションは、限界費用の低下をもたらす当社会社主張の効率性を組み込まずに行われた。消費者厚生基準であれば、効率性を基礎づける事情が定量的に示されれば、最終比較衡量は単線的に決定されるが、総余剰基準であれば効率性とは無関係に反競争効果を判定し、しかる後に効率性を抗弁として勘案するほかない。

（３）プロパン事件での事実認定の問題点②-死荷重の算定

本件での死荷重の計測には重大な欠陥があることが Ross 教授と Winter 教授によって指摘されている¹¹⁶。第一次競争審判所決定では、死荷重は企業結合後に想定される価格引上げ幅と市場の需要弾力性から推計された。その際、図 1 のように元のマークアップは存在しないとの前提が置かれた。しかしながら、企業結合前から一定の市場支配力が存在しているならば、図 2 のように、死荷重は三角形（図 2 における A4）ではなく台形（図 2 における A1+A3）となるはずである。データに基づく彼らの推計では、企業結合前に既に限界費用の 50%増しの価格設定がなされていたと想定されており、それに伴う死荷重は 300 万ドルではなく、その 8.5 倍とされる。このように考えるならば、本件は、総余剰基準であっても承認されるべきか否か限界的な事例であったということになる。

¹¹⁶ Thomas Ross and Ralph A. Winter, *The Efficiency Defense in Merger Law: Economic Foundations and Recent Canadian Developments*, 72 ANTITRUST L. J. 471, 480-483, 495-497 (2005) .

【図 2】



(4) 反競争効果と弊害との区別

96条の解釈として消費者厚生基準ないし価格基準を否定する論者の根拠の1つは、本条が92条違反、すなわち「市場支配力の形成・維持・強化」が生じたことを前提にしていながら、消費者厚生基準等ではかような反競争効果が生じていないことになってしまい、96条の存在意義が失われるというものであった。反競争効果の持つ悪影響を多面的にとらえて比較衡量を可能にすることに、96条の存在理由が存在することになる。

総余剰基準をとるか否かは別にして、96条のように比較衡量を問題となった市場での反競争効果そのものではなく、それがもたらす何らかの「厚生」等への悪影響にとらえる立場は、勘案可能な効率性の範囲を広げることになる。消費者厚生基準では勘案されるべき効率性は原則として関連市場において改善効果を持つものに限定される。これに対して、抗弁型の比較衡量基準では、関連市場の圏外での効率性向上の利益を比較衡量の対象とすることが可能になる。また、固定費用の削減もすべて企業結合に固有でかつ認識可能なものである限りはこれに含まれることになる。

ところで、96条2項は国際的競争を視野に入れて効率性の利益を勘案すべきことを要請しているが、この点はどのように評価されるのだろうか。プロパン事件ではもっぱら国内市場だけが問題だったため、この点は問題とならなかった。96条2項の内、2号の国内市場での外国製品を国産品に転換する効果は、価格もしくは品質が消費者利益となるように改善したことと同じであるから特別困難な問題は引き起こさない。しかし、1号の輸出の実質価値を向上させる効果については、国外市場で1号と同様の行為をとることを意味するが、国外市場の消費者の改善効果はカウントされず、国内企業の生産者余剰の増加分だけがプラスの効果として評価されることになる。

(5) プロパン事件以降の執行方針

プロパン事件の第二次控訴審判決の確定後、2004年の企業結合ガイドラインは、それに併せて効率性の章を大幅に改訂した。1991年ガイドラインの総余剰基準は放棄され、効率性の利益と比較すべき弊害として、余剰の移転その他各種要素を個別事情に応じて勘案するとの基準に変更されている。またガイドラインは、可及的に定量的な評価ができるよう、効率性の評価方法を詳細に記述する。効率性の立証に際して依拠すべき資料の性質、効率性の利益を算定する際に控除すべき費用、将来の効率性についての割引問題等、そこで叙述されている評価手法は、米国の競争当局が企業結合特有で認識可能な効率性を評価する際のものと同様のものとなっている。

4. EU 法—消費者厚生基準の徹底

4. 1. 効率性をめぐる紆余曲折

(1) 集中規則制定における議論

1989 年に企業結合規制が導入が決定されるまで、EU の企業結合規制における効率性の位置づけについては、紆余曲折があった。もっぱら競争への効果のみから企業結合規制を考える西ドイツと、産業政策的視点からの例外を求めるフランスの対立があったためである。ここで産業政策的視点とは、当事会社が強力なものとなる（効率性を高める）ことが国民経済（域内経済）に与える効果、及びいわゆる国際競争力の強化を重視し、競争政策上問題があったとしても、それを許容すべき例外を認めるべきとの考え方である。

最終的にできあがった企業結合規制（集中規則）は、競争への悪影響を基調としたものではあったが妥協の産物とされた。その違法性判断基準は、企業結合が「有効競争を実質的に阻害する支配的地位を形成または強化するか否」という一見したところ競争効果のみを問題としたものであったが、規則 2 条 1(b) 項は、委員会に「技術的・経済的進歩の発展」を考慮すべきとした。さらに、これまでの競争法の決定・判決で見られなかった「有効競争を実質的に阻害する」という文言に競争効果以外の要因を読み込むことが可能とする学説も有力であった。しかしながら、その後の法の運用及び判例は、企業結合規制を競争政策として純化させ¹¹⁷、「有効競争を実質的に阻害する」との法文を市場支配力分析の場として理解し、「技術的・経済的進歩の発展」もその一環として評価するとの立場を採用した。

(2) 効率性の扱い

産業政策的な効率性概念は退けられたが、逆に効率性について 1996 年の米国で問題となったのと同様のネガティブな理解が見られるようになった。1991 年の AT&T/NCR 事件は¹¹⁸、傍論ではあるが、企業結合のシナジー効果を市場支配的地位を強化するものと評価した。これは「効率性ゆえの違反」との法運用と疑わせるものであった。また、混合型企業結合の規制事例ではあるが、GE/Honeywell 事件は、効率性を強化し他者がそれに追従できないことをもって企業結合を違法としたかが如き表現が見られ、同じ企業結合を容認した米国の競争当局から批判を招くことになったのである¹¹⁹。

ドイツ流の競争法理論の根底にあるオールド自由主義が問題にする「市場支配 (market dominance)」では、単なる市場支配力ではなく、他者の競争の自由にも強い関心が寄せられ

*117 この間の経緯については、杉浦市郎「産業政策と競争政策の交錯としての EC 合併規則—制定史を中心に—」経済法学会年報 1515 号 106106 頁 (1994) 及び瀬領真悟「EC 合併規則の法的構造とその運用の実施」経済法学会年報 1515 号 119119 頁 (1994) 参照。

¹¹⁸ Commission Decision of 18 January 1991 (Case No IV/M.0050-AT &T/NCR (OJ1991 C6, p20).

¹¹⁹ General Electric/Honeywell v. Commission Case COMP/M.2220 (2001). 本件において委員会は、企業結合が補完品の供給にかかるクールノー効果を解消して効率性を達成することを、反競争効果として問題視した。これは、垂直的統合の経済分析において、二重限界化の解消を競争促進効果と評価することと対照的である。なお、欧州第一審裁判所は、垂直・混合の側面では反競争効果を認めず、両社が重複する水平的側面でのみ反競争効果を認定した (General Electric Co. v. Commission of the European Communities (T-210/01) [2005] E. C. R. 11-5575)。

る。委員会の上記判断は、このようなオールド自由主義の関心を反映した屈折だとされる。「市場支配」に独自の意味を求める傾向は、加盟国の一部の企業結合規制においても「効率性」の評価に躊躇を覚えさせていると言われる。改正前の集中規則において、「効率性なかりせば違法」な企業結合が、効率性のゆえに合法となった決定は存在しない。1994年のMSG/Media Service 事件では¹²⁰、当該企業結合が競争を害するがゆえに、効率性は関連性を持たないとされた。

4. 2. 2004年レジームによる効率性の「主張」の採用

(1) 集中規則の改正

2004年に集中規則¹²¹が改正され、従来の市場支配基準がもつ不明確さを払拭して、標準的市場支配力分析が明示的に採用されることになった。同時に改正集中規則は、そのリサイタル29において、「集中が有する競争への影響を評価するにあたっては、関連企業によって提出された証拠に基づき、発生しそうな効率性を考慮に入れるのが適切である」として効率性を、正面から評価することになった。集中規則とともに公表された水平型企业結合ガイドライン¹²²は、米国のガイドラインと同様の形で効率性を勧告する態度を示した。すなわちガイドラインは、効率性を考慮するためには、それらが消費者に利益を生み出すものでなければならず、かつ企業結合に特有かつ検証可能なものでなければならないとする。

EUにおける効率性の抗弁をめぐる議論は、米国における議論のレプリカのような側面を持つが、消費者の利益（厚生）を徹底する点が特徴となっている。効率性の利益は、低価格の形で現れる場合もあれば、品質等の改善の形で現れることであるとされる¹²³。商品役務の新機軸や品質の改善も、効率性の利益として評価の対象になりうる。ガイドラインは、効率性は実質的なものでありかつ時宜にかなったものでなければならないとし、特に当事会社が効率性の利益を消費者に移転するインセンティブが重要であり、企業結合が独占や高度な市場支配力をもたらす時、それは疑わしいとする。

(2) 改正集中規則における効率性の扱い

EUのアプローチは効率性の「抗弁」と紹介されることがあるが、抗弁ではなく、「企業結合が効果的競争の実質的障害」をもたらすか否かの総合評価の一要因と解されている。すなわち効率性は、当事会社が利潤最大化行動をとったとしても、企業結合なかりせばあり得た価格水準（品質調整済み）を超える価格設定を行わないようにする事情として評価される。

抗弁ではないものの、効率性に関する事実の立証責任は当事会社にあるとされる。すなわち、「効率性は、それらが現実化しそうだ」と委員会が確信を持つことが合理的なように検証可能で

¹²⁰ MSG/Media Service (Case IV/M.469), November 9, 1994, [1994] O.J. L364/1. Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM [1997] OJL247/1 では、企業結合はシナジーを生み出すかもしれないが、価格引上げの可能性は効率性の利益を上回っており、また効率性の利益が消費者に移転されるかどうかは確かでないと言われた。

¹²¹ Council Regulation 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation or ECMR) [2004] O.J. L24/1, at para. 76-88.

¹²² Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings [2004] O.J. C31/03.

¹²³ Posner 流の表現で言えば、品質の向上とは、価格調整を行った上での価格低下である。

なければならない。効率性が企業結合に特有であり、実現しそうであることを立証する関連情報を提出するのは当事者の責任」とされる。効率性は、「効率性なかりせば違法」（反競争効果が生じる）という一応の証明がなされた状況下で、それを覆す当事会社の支配下にある情報として、いわば間接反証ないし評価障碍事実と同様の事情として存在しているものと解される。このような扱いは証拠からの距離から理解可能である。

2004年水平ガイドラインが公表されてからも、いまだに「効率性なかりせば違法」な企業結合が効率性ゆえに適法とされた事例は存在しない。効率性が勘案された事例は、そもそも反競争効果が見込まれそうもない事案において、効率性が当該企業結合を承認する補強材料として扱われたものにすぎない¹²⁴。

¹²⁴ Commission Decision of 12 May 2006 declaring a concentration to be compatible with the common market (COMP/M. 4057-Korsnas/Assidoman Cartonboard) は、フェイズ I で企業結合をクリアした事例であるが、効率性は無条件クリアの一要因として指摘された。

5. 日本法の現状と課題

5. 1. 現行ガイドラインにおける効率性の位置づけ

(1) ガイドラインの評価

2006年に公表された現行の企業結合ガイドラインは、「企業結合後において、規模の経済性、生産設備の統合、工場の専門化、輸送費用の軽減、研究開発体制の効率化等により当事会社グループの効率性が向上することによって、当事会社グループが競争的な行動をとることが見込まれる場合には、その点も加味して競争に与える影響を判断する」とし、①効率性が企業結合に固有の効果であること、②効率性の向上が実現可能であること、③効率性の向上により需要者の厚生が増大するものであることという3つの観点から、効率性を評価すると規定する。

現行ガイドラインが公表される以前より、企業結合により効率性を改善した当事会社が、競争的な行動をとるインセンティブを持ち得ることは、よく知られていた。もっとも、そのような局面は効率性の改善がなくともそもそも反競争効果が生じそうもない場面であり、いわば効率性は企業結合に問題がないことを補強する材料となるぐらいであった。現行ガイドラインは「当事会社グループが競争的な行動をとることが見込まれる場合」を効率性考慮の場面とするが、これは、効率性をあくまで競争の実質的制限の有無を判断する際の考慮事項の一つすぎないとする、従前の考えにとどまるものとの見方もできる。

しかし他方、現行ガイドラインは「需要者の厚生」に言及する。これは、米国やEUと同様に、消費者厚生基準に基づき「効率性なかりせば違法」となる企業結合を適法とするものである。そもそも消費者厚生基準は、比較衡量基準として登場した。従前、わが国において比較衡量基準の採用は不可能と考えられていた。しかし次に見るような解釈論により、消費者厚生基準においても、「市場支配力の形成・維持・強化」という反競争効果の有する弊害を解消するものとして効率性を位置づけるのではなく、反競争効果そのものを打ち消すもの（競争促進効果）として効率性を位置づけることが可能である。すなわち消費者厚生基準を、特殊な「抗弁」ではなく、反競争効果の「反証」の適用と考えることが可能である。

(2) 消費者厚生基準を可能にする解釈論

市場支配力の形成・維持・強化の可能性があっても大幅に限界費用が削減されるような事情があれば、当事会社にとって、価格引下げなど顧客にとっての取引の魅力を増やすことにより需要を増やすことが、自己の利益となる効果が生まれる。このような効果は、当事会社が競争的行動をとるインセンティブと評価することができる。なんとなれば、競争的行動とは自己からの需要に魅力を増すことにより、競争者から需要を奪うことだからである。

そのような効果が強ければ、価格引上げなど自己に対する需要を減少させる行動をとることによって利益を得る地位の形成（市場支配力の形成・維持・強化）の効果を打ち消し、「企業結合前の市場状況」と比して、取引条件を相手方に不利益にすることにより利益を得る可能性が失われることになる。これは、「企業結合前の市場状況」を基準とするならば、市場支配力が追加的に形成・維持・強化されていないことを意味する。企業結合前の市場状況を基準にする限りは、競争の実質的制限がないと評価することが可能なのである。このように考えるならば、現行ガイドラインは欧米における消費者厚生基準を採用したものであり、「効率性なかりせば違法」となる企業結合を効率性ゆえに適法なものとする立場ではあるが、独禁法の「一定

の取引分野における競争の実質的制限」の枠内で、その適用を行なうものということになる。

なお、ここで注意を要するのは、企業結合後に価格を引き上げませんと主張・約束するだけでは、反競争効果が無いとは言えないことである。ここで問題となっているのは、効率性が向上する結果として、利潤最大化を図る企業であっても、企業結合前の水準から見て市場支配力を行使する（価格引上げ等を行う）インセンティブを有さないかである。利潤最大化を図る企業であれば行使する市場支配力をたまたま行使しなかったことをもって、反競争効果がないとはいえないのである。これまでの先例・学説が確認しているように、競争の実質的制限とは取引条件を左右できる状態の成立等そのものをいうのであって、たまたまその力を消費者の利益に使うということは無関係である。

（3）消費者厚生基準の効用

以上のように、我が国独禁法においても、「一定の取引分野における競争の実質的制限」の枠内において消費者厚生基準を採用することが可能であり、ガイドラインは米国や EU における基準と何ら遜色ない内容であると言える。既に述べたように、米国や EU においては、消費者厚生基準の下において、合併シミュレーションを利用した定量的な市場支配力分析が進展しつつある。我が国独禁法における企業結合規制は、事例の多くが事前相談段階におけるものであることもあり、定性的分析が示されるだけの処理がほとんどである。3.5.(2)でも述べたように、反競争効果が定性的にしか示されないとき、効率性を勘案することはきわめて困難である。また、それが効率性の達成を競争政策の唯一の目的とする有力論者が、企業結合規制で効率性の勘案を拒否した理由でもあった。

ガイドラインにおける消費者厚生基準の明示は、我が国の企業結合規制に合併シミュレーションや UPP 指標¹²⁵の利用といった定量的分析の導入に道を開く¹²⁶。これらの手法では、効率性の改善効果を消費者厚生評価に明示的に取り入れている。消費者厚生基準の採用は、我が国企業結合規制の精緻化、透明化に資する効果をもたらし得るものである¹²⁷。また、総余剰基準はこのような定量的分析を前提としなければそもそも実施できないのである。

なお、合併シミュレーションや UPP 指標はいずれもユニラテラル効果の問題である。協調行動による反競争効果は通常は定性的にしか評価できない。もっとも、この場合は企業結合当事会社の効率性の向上は産出量を増加するインセンティブを強化するのであり、協調行動の成否に直接的に影響する。それゆえ、消費者厚生基準に定性的に組み込むことが可能である。

¹²⁵ UPP 指標は、合併シミュレーションの簡略化バージョンとして、一定の指標から限界費用の変化も考慮に入れて価格引上げの可能性を指し示すものである。Joseph Farrell & Carl Shapiro, *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*, 10 B.E. J. THEORETICAL ECON. (2010), <http://www.bepress.com/bejte/vol10/iss1/art9/>; Joseph Farrell & Carl Shapiro, *Recapture, Pass-Through, and Market Definition*, 76 ANTITRUST L.J. 585 (2010) 参照。

¹²⁶ この場合も、当事会社の支配領域にある評価障害事実として、その存在と程度についての立証責任は当事会社にあると考えることができる。ただし、総合評価の上で反競争効果を打ち消すか否かのいわゆる論証責任は競争当局の側にあると考えられる。

¹²⁷ 消費者厚生基準を採用するとしても、米国におけるように価格を中心とした基準を採用するか、EU におけるように、品質改善等、非価格側面にまで評価の範囲を拡大するかが問題となる。後者における具体的当てはめは必ずしも容易ではなく、それが「それなかりせばあり得た市場支配力」を打ち消すだけのものか否かは、品質特性を価格に変換する作業を必要とする。

5. 2. 日本法における総余剰基準の可能性

(1) 総余剰基準の可能性

消費者厚生基準が諸外国と共通の基準であるとしても、なお効率性の勘案が不十分に過ぎるとの批判があるかもしれない。既に見たように、消費者厚生基準において、固定費用の削減効果にかかる評価は限定的となる¹²⁸。この点、米国のガイドラインは、短期的に均霑されることがなくとも、例外的に固定費用の削減効果を検討する用意があるとし、実際にも、1997年のIMC Global Inc. と Western Ag-Minerals Co.による企業結合の事例は、価格引上げによる消費者の被る損失の10倍を超える費用削減が見込まれるため、当該費用が固定であるか否かを問うことなく不問に付されたと言われる。しかしこのような場面を拡大していくなれば、消費者厚生基準と総余剰基準との区別は不明瞭なものとなる。我が国において総余剰基準の採用可能性を検証しておくことが必要となろう。

しかし現行法で総余剰基準を採用するには、独禁法の違法性要件たる市場支配力基準は、市場支配力それ自体が問題なのではなく、それが効率性を害するからだとの解釈でも採用しない限り、従来の学説が指摘してきたように、難しそうである。また、総余剰基準の採用には、これまで指摘されてこなかった次のような難点が存在する。すなわち、総余剰基準では、実現される効率性によって当事会社に追加的に生まれる生産者余剰はすべて企業結合の便益としてカウントされる。しかし、これはあくまで国内で閉じた状況において妥当する。市場が国境を越えて拡大する状況で、独禁法の域外適用が問題になり、わが国の消費者を害する企業結合が生じた場合には、困難な問題が発生する。この場合、効率性による生産者余剰の増加のうち、評価の対象を限定する解釈を採用すべきであろうか。株主の構成などを無視して、単純に総余剰を合計することは、世界市場における社会厚生を目的とすることは妥当であろう。しかし、総余剰を問題にする時、われわれは国民経済を問題にしているのではないか。消費者厚生を問題にする限りは、単純明快に規制が行われることになるが、総余剰を問題とする限りは、生産者余剰のうちカウントすべき部分に重みづけをする必要がある。そのような作業が、カナダ競争法96条での「重みづけ比較衡量基準」の適用と同様に困難なものになることは明らかである。

(2) 関連市場外の消費者への均霑：消費者間の比較衡量

先に見たように、米国の企業結合ガイドラインは、関連市場外における効率性を考慮する場合があるとし、具体的に、企業結合が大規模市場で効率性を生みつつ小規模市場で競争を実質的に制限する場合、両市場が「密接に関連 (inextricably linked)」しており、効率性と競争制限効果を分離できない場合には、効率性を重視して企業結合を正当化する場合があるとする。実際にも、同じ製品を購入している顧客のうち20%の顧客群に対しては反競争効果が発生しそうだが、大幅な費用節約がすべての顧客に発生している事例において、効率性が勘案され

¹²⁸ ただし、研究開発が頻繁な市場では、固定費用の低下は相対的に短いタイムスパンでの品質改善効果を持つかもしれない。また、米国では、一定の市場、販売状況の下では、固定費用は短期の低価格に結びつくこともあることが指摘されている。たとえば、コストプラス方式で販売価格が決定されるなど、契約上の取決めにより固定費用の節約が均霑をもたらす場合である。

たといわれる¹²⁹。

これは総余剰を勘案しているようであるが、そうではない。費用節約の利益は全顧客に発生するが、一部の顧客はそれで償われない反競争効果の影響を受けるかもしれないという、消費者間における比較衡量が行われているのである。このように関連市場を超えた消費者厚生を問題にする場合における効率性の勘案は、特殊な抗弁というしかない。このような抗弁は（1）で見たような困難には直面しないことも確かである。EUにおいては、上記のような米国における「密接に関連（inextricably linked）」した市場の消費者間比較について、その導入を強く支持する立場がある¹³⁰。

わが国の現行ガイドラインは、EU法と同様に、関連市場外の消費者均霑を考慮する立場を採用しない。現行法が「一定の取引分野」の画定を前提とする以上、関連市場外の均霑を検討する解釈論は困難と考えるのであろう。

（3）立法論の検討

以上見たように、わが国独禁法においては、総余剰基準であれ、関連市場外の消費者間比較であれ、現行法を前提とする限り、それらを解釈論レベルにおいて採用することは困難と言わざるを得ないであろう。しかし特殊な抗弁として、立法で、これらを設けることは可能か。

まず、総余剰基準を採用する立法はどうか。そのような検討においては、①カナダ法の紆余曲折を十分に学習することが必要であり、また、②総余剰基準を巡る米国の議論において、当事者の選択に働きかける構造的分析が論じられている点、③不確実な主張を入れることにより、総余剰の意味でも不効率な企業結合を誤って効率的と判断する危険性が存在する点に、十分な留意が必要である。

次に、関連市場外の消費者への便益を比較衡量する立法はどうか。上で見たように、このような立場は、条件があるものの米国法で採用される立場である。英国の2002年企業法は消費者厚生に基づく効率性の抗弁を認めており¹³¹、そこでは、関連市場外の消費者への均霑や動的効率性の場合における異時点消費者への均霑を評価する立場が示されている¹³²。具体的事例はまだないものの、我が国における立法論に示唆を与え得るものである。

もともと、このような比較衡量を行うには、反証レベルでの効率性の評価に習熟することが前提となる¹³³。わが国の企業結合規制は、特殊な抗弁の適否以前に、反証レベルでの効率性の勘案にかかる洗練化がまず望まれる状況であり、消費者厚生基準に基づく分析の精緻化、厳密化が、効率性考慮場面を拡大するための大前提となる。

¹²⁹ Gai's—United States Bakery (DOJ 1996) in FTC & DOJ, Commentary on the Horizontal Merger Guidelines(2006) at 57.

¹³⁰ M. Alfter, S. Bishop, & E. Mahr, *New Horizontal Merger Guidelines – Plugging the Gap or Opening the Floodgates*, 5 BUS. L. INT'L 385, 397 (2004). ①両市場における需要者が重なる場合があり、また②そもそも市場画定作業は完全ではなく、とりわけ SSNIP 基準の採用により狭い市場が画定される可能性が存在する以上、消費者間の比較が必要・有益な場合があるとす。

¹³¹ Enterprise Act 2002, section 22(2)(b), 30(1).

¹³² Enterprise Act 2002, section 22(2)(b).

¹³³ Office of Fair Trading, Merger Assessment Guidelines (2010).ただし、関連市場外での勘案や動的効率性における比較衡量の仕方については不明確なままである。