



競争者を出資会社とする共同出資会社に係る企業結合規制

関口，尊成

(Degree)

博士（法学）

(Date of Degree)

2023-03-25

(Date of Publication)

2024-03-01

(Resource Type)

doctoral thesis

(Report Number)

甲第8556号

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100482304>

※ 当コンテンツは神戸大学の学術成果です。無断複製・不正使用等を禁じます。著作権法で認められている範囲内で、適切にご利用ください。



博士學位論文

競争者を出資会社とする共同出資会社に係る企業結合規制

神戸大学大学院法学研究科

専攻： 法学政治学専攻

指導教員： 泉水文雄 教授

学籍番号： 206J142J

氏名： 関口尊成

提出年月日： 令和5年1月10日

論文要旨

本稿は、日本の企業結合規制の適用場面において、共同出資会社のセオリーオブハームがどのように検討されるべきかを主題とする。

第 1 章では、企業結合規制が適用される共同出資会社のセオリーオブハームを検討するにあたって、部分出資 (partial acquisition) の文脈で議論されてきた、出資に起因する競争行動の変化からのアプローチ (以下「出資起因アプローチ」という。) と、そうではなく出資会社間の黙示又は明示の合意による競争行動の変化からのアプローチ (以下「合意起因アプローチ」という。) による検討が可能ではないかという問題意識を示す。

第 2 章では、部分出資において議論されてきた出資に伴う出資会社の経済的利害の変化による競争行動の変化、及び出資会社による会社支配 (会社支配によってアクセス可能となる情報入手も含む。) による被出資会社の競争行動の変化に着目した議論 (出資起因アプローチ) について整理する。こうした出資起因アプローチの検討は、米国水平合併ガイドラインでは、重要影響型、利害発生型及び情報入手型の 3 要素から検討されるどころ、日本でも、部分出資における結合関係及びセオリーオブハームを判断するにあたり、同様の検討がなされることを示す。なお、部分取得における結合関係及びセオリーオブハームの認定にあたっては、このような出資起因アプローチだけではなく、出資会社・被出資会社間の業務提携契約の内容等、合意起因アプローチからの検討もなされ得ると思われるが、そうしたアプローチからの議論は少なくとも日本ではあまりなされていないと思われる。

第 3 章では、第 2 章で整理した出資起因アプローチが共同出資会社の結合関係及びセオリーオブハームの分析でも重要な考慮要素になり得ることを示した上で、合意起因アプローチによる検討も可能であることを示す。すなわち、実務では、共同出資会社のストラクチャー構築に関しては、通常、単に出資がなされるだけではなく、出資会社間で、合弁契約及びライセンス契約等の付随契約により、合弁のガバナンスや運営の設計について詳細な合意がなされる。このため、出資会社間のこうした合意についても考慮しなければ、出資会社間の協調関係により引き起こされるセオリーオブハームの分析を十分に検討できない。加えて、企業結合ガイドラインにおいては、出資会社間の協調関係を判断するに際し、「出資会社相互間に協調関係が生じるか否かについては、共同出資会社に係る出資会社間の具体的な契約の内容や結合の実態、出資会社相互間に取引関係がある場合にはその内容等を考慮する。」と記述されている。ここで挙げられている考慮要素は、出資に起因する競争行動の変化という観点 (出資起因アプローチ) と、合意に起因する競争行動の変化という観点 (合意起因アプローチ) の両要素が含まれていると思われる。また、平成 22 年度主要な企業結合事例 1「ビーエイチピー・ブリトン・ピーエルシー及びビーエイチピー・ブリトン・リミテッド並びにリオ・ティント・ピーエルシー及びリオ・ティント・リミテッドによる鉄鉱石の生産ジョイント・ベンチャーの設立」が、企業結合規制審査において、出資会社間の合意によって生じたコスト構造の共通化等により、出資会社間に協調関係が生じ、その結果、反

競争効果が生じるという分析を行っていることから、共同出資会社の企業結合規制上の検討にあたっては、合意起因アプローチによる検討がなされ得る。こうした検討を踏まえて、合意起因アプローチについての国内外のガイドライン等（及びそれらに影響を与えたと思われる代表的な論者）の議論を紹介し、それらの出資の有無を問わず広く業務提携一般を射程とする議論が、企業結合規制における共同出資会社の検討において、どのように考慮されるかについて、結合関係や協調関係といった要件との関係を中心に議論する。

第4章では、第3章で示した合意起因アプローチをさらに詳細に分析するため、共同生産等提携の類型ごとに検討を行い、合意起因アプローチが、共同出資会社の形態に応じてどのように考慮されるかをより具体的に分析する。すなわち、共同生産、共同販売、共同購入、共同研究及び標準化に分けて検討を行うところ、①共同生産では、合意により設計された共同出資会社のストラクチャーにより、出資会社のコスト構造が共通化し、その結果、販売価格協調等の反競争効果が生じるのが特徴的である。②共同販売では、共同生産と同様に、コスト構造の共通化のほか、販売価格等競争上の機微情報に触れやすいことから出資会社間の情報交換が（他の類型でも問題になるものの）より問題になりやすい。③共同購入は、川上市場又は川下市場で買手独占の問題が生じ得るほか、川下市場でのコスト構造の共通化が注目される。④共同研究及び標準化では、（他の類型でも問題になり得るが）特にアクセス制限が重要な要素となる。

第5章では、これまで議論してきた出資起因アプローチ、合意起因アプローチからのセオリーオブハームの分析に基づき、共同出資会社に適用し得る問題解消措置について、議論する。共同出資会社においては、企業結合ガイドラインでも記述されているように、従前、情報遮断措置及び事業活動の独立性維持という観点からの手法が論じられてきた。しかし、合意起因アプローチの観点からは、当該アプローチに特有のセオリーオブハームが指摘できるところ、そうしたセオリーオブハームに応じた問題解消措置を検討することで、より緻密な分析が可能になる。すなわち、①共同生産では、出資会社のコスト構造が共通化し、その結果、販売価格協調等の反競争効果が生じるが、このような反競争効果については、「製品の単位当たりの製造コストに占める共通化される部分の割合」×「生産量全体に占める共同生産される製品の割合」という業務提携報告が示す計算式に基づく算定結果がより小さくなるよう、共同生産する製品の範囲を限定するような問題解消措置が考えられる。②共同販売では、共同生産と同様に、コスト構造の共通化の視点での問題解消措置が想起できる。また、販売価格等競争上の機微情報に触れやすいという問題については、情報遮断措置での対応が可能である。③共同購入では、コスト構造の共通化は共同生産と同様だとして、注目されるのが買手独占である。買手独占については、共同購買グループが川上市場又は川下市場で占める市場シェアが低くなるように参加者を限定するという問題解消措置が適切だと考えられる。なお、販売提携では機微情報のやり取りがなされるリスクが高いが、この点は情報遮断措置による問題解消が検討できる。④共同研究及び標準化で注意されるアクセス制限に対しては、共同研究（特に応用研究）や標準化の範囲を限定すること、フリーライド防

止とのバランスを取りながら公正なアクセス権を付与すること等の仕組みが問題解消措置になり得る。

第6章では、重複適用の問題を論じる。すなわち、共同出資会社に対する企業結合規制において、出資起因アプローチだけではなく、合意起因アプローチからの検討が行われるとすれば、企業結合規制と非企業結合規制（特にカルテル規制）の区別が不明確になり、一部重複し得る。そうした規制の重畳適用は、排除措置命令を株式処分だけではなく契約の破棄に及ぼす必要性等の理由から、是認し得るものの、合意起因アプローチの観点で、共同出資会社に係る合意（共同生産に係る具体的な合意等）についても、企業結合規制の中で考慮されるとすれば、そうした企業結合規制審査の中で考慮された合意については、出資等の企業結合行為と同様に、クリアランスの対象となるべきではないかとの疑問が生じる。こうした問題意識を踏まえて、企業結合ガイドラインで、欧州のように、当該共同出資会社に付随する一定範囲の合意について、企業結合審査において同時にクリアランスを出せるような仕組みが必要ではないかとの問題意識を示す。

第7章では、本稿の検討を要約した上、今後の課題として、欧米を含めた具体的なケースの分析を行う必要性、及び出資起因アプローチの検討においても共同出資会社の類型ごとの検討を行う必要性があることを挙げる。

目次

第1章	はじめに	7
第2章	出資起因アプローチ	8
第1節	米国	8
第1項	Daniel P. O'Brien & Steven C. Salop	8
第2項	米国水平的合併ガイドライン	13
第2節	欧州	14
第1項	ホワイトペーパー (White paper)	15
第2項	Case M.7932 – Dow/Dupont (2017年)	17
第3項	分析	18
第3節	日本	18
第1項	はじめに	18
第2項	結合関係	20
第3項	協調的關係	22
第4項	小括	24
第3章	共同出資会社	25
第1節	はじめに	25
第2節	結合関係、協調関係	25
第1項	企業結合ガイドライン	25
第2項	結合関係	26
第3項	出資会社間の協調関係とセオリーオブハーム	28
第3節	出資会社間の協調関係の認定方法	30
第1項	問題意識	30
第2項	Pitofsky	30
第3項	ガイドライン	34
第4項	小括	46
第4章	協調類型別の考察	46
第1節	はじめに	46
第2節	共同生産	47
第1項	Brodley	47
第2項	ガイドライン	49
第3項	事例	52
第4項	小括	66
第3節	共同販売	66
第1項	Brodley	66
第2項	ガイドライン	67

第3項 事例	69
第4項 小括	71
第4節 共同購入	71
第1項 Brodley.....	71
第2項 ガイドライン.....	72
第3項 事例	75
第4項 小括	80
第5節 共同研究、標準化.....	81
第1項 Brodley.....	81
第2項 ガイドライン.....	82
第5章 問題解消措置.....	99
第1節 はじめに	100
第2節 Brodley.....	100
第1項 水平的ジョイント・ベンチャー.....	100
第2項 投入物ジョイント・ベンチャー.....	101
第3項 販売ジョイント・ベンチャー.....	104
第3節 ガイドライン.....	105
第4節 事例	106
第1項 情報遮断措置.....	106
第2項 事業活動の独立性維持.....	108
第5節 小括	110
第6章 不当な取引制限規制との関係.....	111
第1節 問題意識	111
第2節 検討	111
第7章 おわりに	113
第1節 本稿の検討の要約.....	113
第2節 得られた結論.....	114
第3節 本稿の提言	115
第4節 本稿の学術的な意義.....	116
第5節 残された課題.....	117

第1章 はじめに

本稿では、競争者を出資会社とする共同出資会社に対し、日本の独占禁止法との関係で、企業結合規制がどのように適用されるべきかについて検討する。なお、本稿において、「共同出資会社」とは、公正取引委員会「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」（以下「企業結合ガイドライン」という。）の定義に従い、「2以上の会社が、共通の利益のために必要な事業を遂行させることを目的として、契約等により共同で設立し、又は取得した会社」（第1の1(1)ウ）を指すものとする。

共同出資会社に対する企業結合規制の適用の場面においては、出資会社と共同出資会社の間で、及び出資会社の間で、どのような形で、結合関係が生じるか、競争の実質的制限が生じるのか（セオリーオブハーム）を検討する必要がある。

こうした検討にあたっては、第2章において、出資により出資会社・被出資会社間で生じるインセンティブ又は能力の変化を分析した議論を整理する。こうした議論は、部分取得（*partial acquisition*）の文脈で議論されてきたものの、第2章及第1節第1項3で示すとおり、共同出資会社にも適用可能な考え方と思われる。もっとも、共同出資会社においては、出資会社による共同出資会社への出資による出資会社・被出資会社の能力又はインセンティブ等への影響だけではなく、出資会社間の明示又は黙示による合意（典型的には、出資会社間の合弁契約）に基づく協調行動による能力又はインセンティブへの影響も生じ得る。

前者の影響に着目したアプローチ（以下「出資起因アプローチ」という。）は、すでに1980年代には、Steven C. Salopらによって論じられており、同じ頃には、後者の影響に着目したアプローチ（以下「合意起因アプローチ」という。）は、Robert Pitofsky、Joseph F. Brodleyらによって論じられている¹。

以上のとおり、企業結合規制が適用される共同出資会社については、出資起因アプローチでの検討が可能と思われるが、同様に、合意起因アプローチでの検討も可能だと考えられる。本稿では、出資起因アプローチについて触れつつも、合意起因アプローチの方により焦点をあてて、議論したい。共同出資会社の実務では、合弁契約等で詳細な合意を行うため、こうした合意は、出資そのものよりも共同出資会社の在り方に強く影響を与える可能性があると考えられるというのがその理由である。

このように、本稿では、合意起因アプローチの検討を主とするものの、同アプローチの特徴をより明確にするため、まず出資起因アプローチの考え方を整理するという構成を企図している。

¹ See Timothy F. Bresnahan & Steven C. Salop, *Quantifying the Competitive Effects of Production Joint Ventures*, *International Journal of Industrial Organisation* 4, 156 (1986). なお、本稿で取り上げる Brodley の代表的な論考による分析は、共同出資会社を念頭に置いて議論をしていると思われる。もっとも、Brodley の記載ぶりからは、出資によって能力又はインセンティブが変化したことをとらえてセオリーオブハームを論じているのか、出資に伴う合意をとらえてセオリーオブハームを論じているのかは、必ずしも明らかではない。しかし、少なくとも合意起因アプローチの検討にあたっても斟酌される内容だと思われる。また Salop の経済学的な分析とは明らかに異なる検討方法が異なるため、（出資起因アプローチとしても捉えることができるものの）本稿では、仮に合意起因アプローチとして位置付けて、論じている。

第2章 出資起因アプローチ

第1節 米国

第1項 Daniel P. O'Brien & Steven C. Salop

O'Brien & Salop は、(競争者が競争者の一部の持分を取得するという)部分取得(出資)が競争に与える効果について、経済的利害(financial interest)及び会社支配(corporate control)という2つの要素から、検討を行う²。

1 経済的利害からの検討

O'Brien & Salop によれば、部分取得により、出資会社の経済的利害に係る状況が変化し、その結果、出資会社は価格を引き上げるインセンティブを有することになる³。出資会社が価格を引き上げたことで他の会社に流出する顧客がいたとしても、そのうちの一部分が被出資会社に乗り換えた場合、流出した顧客の売上げの一部が被出資会社を通じて回収されることになるからである⁴。たとえば、被出資会社に25%出資する出資会社が出資後に100米ドルであった自社の販売価格を102.50米ドルに引き上げ、その結果2顧客が流出し、そのうち1顧客が被出資会社に乗り換えたとする⁵。出資会社は1顧客から20米ドルの利鞘を得ることができ、被出資会社は1顧客から40米ドルの利鞘を得ることができるとすると、上記の顧客の変動の結果、出資会社は2顧客分である40米ドルの利鞘を失う一方で、被出資会社の40米ドルの利鞘の25%である10米ドルを享受することができる⁶。加えて、出資会社は、2.5米ドルの値上げにより、残った14顧客から合計で35米ドルの追加の利潤を得ることができる⁷。したがって、出資会社は値上げにより、40米ドルを失い、45米ドルを得ることになるため、合計で5米ドル得をすることになる⁸。こうした状況は、出資会社に値上げのインセンティブを与えることになる⁹。

2 会社支配からの検討

被出資会社は、出資会社が被出資会社の意思決定に有している支配の程度等のガバナンスの構造により、価格設定のインセンティブが生じることがある¹⁰。部分出資の際の出資会

² Daniel P. O'Brien & Steven C. Salop, Competitive Effects of Partial Ownership: Financial Interest and Corporate Control, Antitrust Law Journal Vol. 67, No.3 562 (2000).

³ Id. 575-576.

⁴ Id. 575-576.

⁵ Id. 576.

⁶ Id. 576.

⁷ Id. 576.

⁸ Id. 576.

⁹ Id. 576.

¹⁰ Id. 576-577.

社による被出資会社の支配は、その程度により、大きく、①サイレント (silent financial interest)、②完全支配 (total control)、③部分支配 (partial control) に分けられる¹¹。

(1) サイレント

出資会社は経済的利害に係る持分を有するものの、被出資会社の意思決定を支配し又は影響を与えることができないパターンである¹²。このパターンは、非議決権株式での出資、意思決定に影響を及ぼさないほど小さな出資等により生じる¹³。サイレントパターンの場合、被出資会社の競争行動に変化は生じない¹⁴。

(2) 完全支配

部分出資でありながら、被出資会社の意思決定を支配できるパターンである¹⁵。このパターンは、マジョリティ出資 (但し定款等で少数株主保護が図られていない場合) により生じるが、マイノリティ出資でも株主間の取決めで決定権がある場合、議決権付株式の過半数を有している場合等により生じる¹⁶。

完全支配パターンの場合には、フリーライダー問題により、競争への影響が生じ得る¹⁷。すなわち、(被出資会社の意思決定を支配する) 出資会社は、被出資会社に高い価格を設定させることで、(被出資会社の販売量を減少させ) 出資会社の販売量を増加することができる¹⁸。被出資会社の販売量が減少することで、出資会社も損失を被るが、部分取得のため、当該損失を他の株主と分け合うことができる¹⁹。このようにして、出資会社は、被出資会社の他の株主に損失の一部を負担させ、出資会社の販売量を増加させることで (他の株主と分け合う必要のない) 利益を得ることができる²⁰。

このように、完全支配パターンの場合、出資会社の支配権の行使により、被出資会社が値上げする可能性がある。

(3) 部分支配

¹¹ Id. 577.

¹² Id. 577.

¹³ Id. 577.

¹⁴ Id. 577.

¹⁵ Id. 577.

¹⁶ Id. 577-578.

¹⁷ Id. 578-579.

¹⁸ Id. 578-579.

¹⁹ Id. 578-579.

²⁰ Id. 578-579.

部分支配は、サイレントと完全支配の間に位置付けられるパターンである²¹。具体的には、①善管注意義務（fiduciary obligation）、②共同支配（Coasian²² joint control）、③一方的支配（One-way control）、④比例的支配（proportional control）の3パターンがある²³。

ア 善管注意義務

出資会社による支配がマイノリティ株主を保護する会社法等の法的規制により制限されるシナリオである。こうした規制がある場合には、取締役会は被出資会社を独立した、スタンドアローンの単独会社として運営しなければならない²⁴。善管注意義務パターンの場合、被出資会社の競争行動は、上記のサイレントパターンと変わらない（被出資会社の競争行動に変化は生じない）²⁵。

イ 共同支配

出資会社の経営陣が出資会社と被出資会社の共同利益を最大化しようとし、同様に、被出資会社の経営陣もかかる共同利益を最大化しようとするシナリオである²⁶。そのようにして、出資会社及び被出資会社は、両社が合併したのと同様の意思決定を行う²⁷。その上で、両社は共同利益を分け合う²⁸。もっとも、こうしたシナリオは、取引コストがないことを前提としたものであり、実際には、カルテル規制、当事会社の一方による逸脱行動（一方に秘して自分だけが価格を下げるような行動）等の取引コストが存在する²⁹。

ウ 一方的支配

出資会社が被出資会社に共同利益を最大化させ、逸脱行動をしないよう強制するのに十分な影響力を持つシナリオである³⁰。もっとも、このシナリオでは、完全支配パターンで検討したフリーライダー問題が生じ³¹、出資会社が被出資会社の他の株主を犠牲にして、自己利益を追及する可能性がある。このため、共同支配シナリオよりは、競争的なシナリオではある³²。

エ 比例的支配

²¹ Id. 579.

²² ケインズ（Coasian）という用語は、この共同支配シナリオが取引コストがかからなければ当事者は法的権利分配にかかわらず最大利潤結果に向けて交渉するとするケインズ理論を充足するからである（Id. 582）。

²³ Id. 579-580.

²⁴ Id. 580.

²⁵ Id. 580.

²⁶ Id. 581.

²⁷ Id. 581.

²⁸ Id. 581.

²⁹ Id. 581.

³⁰ Id. 583.

³¹ Id. 583.

³² Id. 583.

出資会社の経営陣が、出資会社が株主として有している他の会社における利害を考慮するシナリオである³³。もっとも、このシナリオでは、当該出資会社と被出資会社の共同利益を最大化するのではなく、当該出資会社の被出資会社における株主としての経済的利害を出資比率に応じて考慮する³⁴。たとえば、出資会社以外に株主の中に競争者が存在せず、出資会社が被出資会社に 25%の経済的利害を有している場合、被出資会社の経営陣は、(出資会社が被出資会社に 25%の経済的利害を有しているのと均等に) 被出資会社が出資会社に 25%の経済的利害を保有しているかのようにして、価格及び販売量を決定する³⁵。

この比例的支配は、被出資会社に複数の競争者が存在する場合により生じやすい(競争者である複数の株主の出資比率に応じて各株主の利害関係を調整する) シナリオである³⁶。

3 部分取得の議論の水平的ジョイント・ベンチャーへの適用

O'Brien & Salop は、上記の部分取得によって生じた経済的利害又は会社支配による出資会社又は被出資会社のインセンティブの変化の分析が、水平的ジョイント・ベンチャー(出資者が共同出資会社と競争関係にあるもの)にも適用できるとする³⁷。

(1) 経済的利害

まず、O'Brien & Salop によれば、部分的な経済的利害が価格設定のインセンティブに与える効果は、上記の分析と一致する³⁸。たとえば、競争者 3 社が株主である共同出資会社において、出資会社 3 社は共同出資会社に経済的利害を有しているため、各出資会社は競争的な価格を設定しなくなり得る³⁹。各出資会社は、自社の製品により高い価格を付けて、(これにより自社から共同出資会社に乗り換える顧客が生じても) その結果、共同出資会社が(新たな顧客の獲得により) 生み出すより大きな利益の分配を受けることができることに気が付くからである⁴⁰。

(2) 会社支配

出資会社の共同出資会社の会社支配がサイレントである又は善管注意義務により完全に制限されているストラクチャーである場合、共同出資会社の経営陣は、株主の競争者としてのアイデンティティを無視することができ、かつ、共同出資会社の利益を最大化するよう行動することができる⁴¹。

³³ Id. 583.

³⁴ Id. 583.

³⁵ Id. 583.

³⁶ Id. 583.

³⁷ Id. 584.

³⁸ Id. 585.

³⁹ Id. 585.

⁴⁰ Id. 585.

⁴¹ Id. 585.

次に、完全支配ストラクチャーだが、共同出資会社においては、次の3つの形で生じ得る⁴²。第1に、出資会社のうちのいずれかが、運営契約において、経営の意思決定権を有する運営パートナーとして選任されることができる⁴³。第2に、出資会社のいずれかが、完全支配を付与するような制限のない過半数の議決権を有することができる⁴⁴。第3に、出資会社のいずれかがキャスティングボードを握ることができる⁴⁵ ⁴⁶。

完全支配ストラクチャーでは、マイノリティの経済的利害を有しつつ完全支配権を有する出資者は、共同出資会社により高い価格を設定させることにより、(他の出資者と損失を分け合える)共同出資会社の損失より大きな利潤を得ることができる(フリーライダー問題)⁴⁷。こうしたフリーライダー問題は、部分取得の議論と同様、共同出資会社に保有する経済的利害が小さいほど顕在化する⁴⁸。

なお、上記の会社支配の議論では、部分取得で検討された部分支配が(善管注意義務シナリオを除き)検討されていない。但し、第2節2で述べるように、欧州では、共通株主問題において、共通株主の支配について、被出資会社が各出資会社の持分比率(支配比率)を考慮して競争行動を変えるという検討もなされている。したがって、共同出資会社においても、部分取得で検討した上記の比例的支配の議論の適用は可能であるようにも思われる。

4 定量的分析

O'Brien & Salop は、上記の議論を基礎として、さらに検討を進め、Modified HHI (MHHI) 等の定量的な分析を試みる。この MHHI の議論は、部分取得による利害関係の変化を分析の上、当該利害関係を考慮し、市場シェアをベースとした HHI (Herfindahl-Hirschman Index) に修正を加える計算モデルを提示する⁴⁹。こうした MHHI の議論については、定量化が困難であるから不適切であり⁵⁰、少数株式取得については完全買収と同様の基準で判断されるべきである⁵¹との批判がある。また、第2節2で触れる Case M.7932-Dow/Dupont の例のように、欧州の実務でも必ずしも定着していないように思われる。

このような定量的な分析の試みには一定の意義が認められると思われるが、実務に普及したアプローチではないこと、本稿は合意起因アプローチを主な検討対象とすることから、本稿では、O'Brien & Salop が紹介する MHHI 等の定量的アプローチについては、踏み込んだ検討は行わない。

⁴² Id. 585.

⁴³ Id. 585.

⁴⁴ Id. 585.

⁴⁵ Id. 585.

⁴⁶ 但し、第3のケースはどのような場合に誰がキャスティングボードを握るのが明確でなく、欠点がある (Id. 588-589)。

⁴⁷ Id. 586.

⁴⁸ Id. 586.

⁴⁹ Id. 594-614.

⁵⁰ Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law* at 294, Wolter Kluwer, 4th ed., 2016.

⁵¹ Id. 294.

第2項 米国水平的合併ガイドライン

1 内容

米国の Horizontal Merger Guidelines (08/19/2010) (以下「米国水平的合併ガイドライン」という。)は、次のとおり、競争者間の部分取得に言及している (para. 13)。

「ほとんどの水平的合併において、両競争者は共通の所有及び支配化に置かれ、完全に及び永久に両者間の競争が消滅する。こうした競争の消滅は合併を分析する上での基礎的な要素である。しかし、クレイトン法1条は、競争者の少数株式出資にも適用される。このため、マイノリティ持分取得が出資会社と被出資会社の競争を消滅させない場合であっても、競争者間の部分株式出資は、競争当局による審査対象となる。」

「部分取得が被出資会社の支配権を取得する結果となり、又は被出資会社の実質的に全ての資産を取得することになる場合、当該取引は合併と非常に近い形で分析される。支配権を取得する結果にならない部分取得の場合でも、重大な競争上の懸念を示すかもしれず、そのときには、完全合併や支配権取得に適用されるのとは幾分区別された分析が求められるかもしれない。そのような分析においては、部分取得後の当事者間の関係の詳細、当該詳細が競争にどのように影響を与える可能性が高いが重要になり得る。競争当局は、部分取得が競争に影響を与える方法を考察するところ、当該考察においては、通常、3つの主要な効果に焦点をあてる。」

「第1に、部分取得は、対象会社の競争的行為に影響力を及ぼす能力を取得会社に与えることにより、競争を減少させ得る。被取得会社の議決権、又は取締役会メンバーの選定権等ガバナンスに関する権利は、そのような影響を及ぼす力を取得会社に与える。こうした影響力は競争を減少させ得る。なぜならば、取得会社は、その影響力を行使して被取得会社に競争の程度を弱め、又は取得会社と被取得会社間で協調行動をとることを誘引することができるからである。」(重要影響型)

「第2に、部分取得は、取得会社が被取得会社と競争するインセンティブを減じることにより、競争を減少させ得る。ライバル会社のマイノリティ持分を所得すことで、取得会社が積極的に競争するインセンティブは著しく鈍化するかもしれない。なぜならば、取得会社は、積極的に競争した結果、被出資会社であるライバル会社に生じた損失の一部を引き受けなければならないからである。こうした取得会社のインセンティブの減少は、取得会社が被取得会社の行為に影響を及ぼすことができない場合でも生じる。もともと、部分取得においては、マイノリティ持分であることから、完全合併の場合の単独動向の場合と比べると、反競争効果は弱い。」(利害発生型)

「第3に、部分取得は、取得会社に対し、被取得会社における、非公開の、競争上の機微情報にアクセスを与えることにより、競争を減じ得る。被取得会社の行為に影響を与える能力がなくとも、競争上の機微情報へのアクセスは、単独での又は協調による競争上の悪影響を生じさせる。たとえば、そうしたアクセスは、出資会社と被出資会社の協調能力を向上さ

せ、その他協調的な反応をより早く、より具体的にする。取得会社から被取得会社への競争上の機微情報の流れも促進する場合、協調効果リスクはより大きくなる。」(情報入手型)

「部分取得の反競争効果の可能性は、合併と同様、事案によって大きく変わり得る。したがって、競争への害悪の可能性を検討するためには、各ケースの事案の詳細が検討されなければならない。部分取得は、通常、合併に付随する効率性のタイプの多くを実現することはできないが、部分取得が認識し得る効率性を創出する可能性があるかについて検討される。」

2 分析

こうした米国水平的合併ガイドラインの記載から、米国の競争当局が、少数株式取得の反競争効果を検討するにあたり、当該部分取得が支配権を取得する場合には、合併と類似の検討を行い、一方で、支配権を取得しない場合には、次の3つの考慮要素から、部分取得に係る反競争効果(セオリーオブハーム)を検討していることが分かる。

3つの考慮要素とは、第1に、出資会社の被出資会社に対する議決権等を通じた影響力の行使により、被取得会社に積極的な競争を行わせないようにし、又は互いに協調させるようにするという形で、反競争効果が生じないかという考慮要素である(重要影響型⁵²)。

第2に、取得会社が被出資会社に対する持分を取得することにより、被出資会社の損失に持分割合を乗じたものが出資会社の損失にもなることから、利害が共通化し、出資会社が積極的に被出資会社と競争しなくなるという形で、反競争効果が生じないかという考慮要素である(利害発生型)。

第3に、取得会社・被取得会社間で競争上の機微情報の共有がなされるという形で、反競争効果が生じないかという考慮要素である(情報入手型)⁵³。なお、O'Brien & Salop は、情報入手型については触れていないが、出資を通じて経営陣に参画する等すれば、これまでアクセスできないような情報にも触れられることになり、これにより競争上のインセンティブ又は能力に変化が生じるため、米国水平的合併ガイドラインのように、出資起因アプローチにおいてこうした情報入手型の視点を設定することに意義が認められると考える。

第2節 欧州

⁵² 重要影響型、利害発生型、情報入手型については、白石忠志「少数株式取得と企業結合規制」旬刊商事法務 1922号(2011年)6-11頁の用語を使用した。

⁵³ なお、米国水平的合併ガイドラインの書きぶり上、こうした視点は、反競争効果が生じるか否かにおいて検討されおり、(クレイトン法が適用されるか否かという)セーフハーバーとして検討されているわけではない。

第1項 ホワイトペーパー（White paper）

欧州では、欧州委員会のホワイトペーパー（2014年）において、マイノリティ出資規制の必要性について、問題提起がなされている⁵⁴。ホワイトペーパーは、次のように、マイノリティ出資に係るセオリーオブハームについて論じる。

「（筆者注：欧州の）企業結合規制は、現在、結合（concentrations）にしか適用されない⁵⁵。」「結合は、1以上の者による1以上の会社又はその一部の支配（control）の取得と定義される⁵⁶。このため、欧州委員会はマイノリティ出資が支配の取得に関わらない場合、調査又は介入することができない⁵⁷。」「経済学による調査並びに欧州委員会、加盟国及び第3国の競争当局の経験は、支配に至らないマイノリティ出資が競争、ひいては消費者に害を及ぼすことを示している⁵⁸。」

「競争者に対するマイノリティ出資は、非協調的な（non-coordinated）反競争効果につながる⁵⁹。かかる出資は、（出資者と被出資者との間の協調なしに）出資者が一方的に値上げし又は販売量を減少させるインセンティブ及び能力を増加させるからである⁶⁰。会社が競争者に経済的利害を有する場合、当該会社は、当該会社の販売量を減少し又は価格を上げる結果、被出資会社で増加した利益を吸い上げることを決めるかもしれない⁶¹。」

「また、マイノリティ出資は、出資会社がその出資会社としての地位を被出資会社の競争戦略を制限し、それにより被出資会社の競争力を弱めることに利用するときには、競争上の懸念を生じさせる⁶²。」「欧州委員会及び加盟国は、次のケーススタディに示されるように、マイノリティ出資が被出資会社の意思決定に何らかの影響を与える場合、競争上の懸念がより深刻になりやすいと考えている⁶³。」

「Siemens/VA Tech ケース⁶⁴は、経済的インセンティブによるセオリーオブハーム及び会社が競争者において影響力及び議決権を保有する際に作出されるリスクを示している⁶⁵。このケースでは、シーメンスが従前から VA Tech の子会社の競争者である SMS Demag にマイノリティ出資していた⁶⁶。欧州委員会は、シーメンスと VA Tech の合併は、SMS Demag のマイノリティ出資から生ずる、経済的なインセンティブ及び情報入手権により、金属加工工場の建設市場の競争を減じることになると判断した⁶⁷。」

⁵⁴ European Commission, White paper, Towards more effective EU merger control, COM (2014) 449 final.

⁵⁵ Id. 8.

⁵⁶ Id. 8.

⁵⁷ Id. 8.

⁵⁸ Id. 9.

⁵⁹ 非協調的な反競争効果という表現ぶりから、出資起因アプローチからの分析であることが分かる。

⁶⁰ Id. 9.

⁶¹ Id. 9.

⁶² Id. 9.

⁶³ Id. 9.

⁶⁴ COMP/M.3633-Siemens/VA Tech, Commission decision of 14 July 2005.

⁶⁵ Id. 9.

⁶⁶ Id. 9.

⁶⁷ Id. 9.

「出資会社に被出資会社への影響力を与えるマイノリティ出資の別の例は、出資会社が特別決議に影響力を行使することができる場合である⁶⁸。かかる決議は、重要な投資を承認し、増資し、製品又は事業の地理的範囲、及び M&A を行うときに必要となり得る⁶⁹。」「このセオリーオブハームは、Toshiba/Westinghouse⁷⁰でも焦点を当てられている⁷¹。欧州委員会は、当該取引は、核燃料アセンブリ市場の潜在的競争の消滅につながると判断した⁷²。当該判断に至るまでに、欧州委員会は、東芝が（ウェスティンハウスの競争者である）GNF におけるマイノリティ出資及び拒否権を、GNF が東芝・ウェスティンハウスが競争する領域に進出することを阻止することに利用し得るとの考察を行った⁷³。」

「また、マイノリティ出資は、市場参加者が、（通常の競争では得られない）超競争的な利益を得るために、黙示又は明示に協調する能力及びインセンティブに影響を与えることにより、協調的な（coordinated）反競争効果にもつながる⁷⁴。マイノリティ出資は、出資会社でないといえないような被出資会社の活動に係る観測を得ることにより、透明性を高め得る⁷⁵。このようにして、マイノリティ出資は、被出資会社が協調行動から逸脱した場合における（被出資会社への）報復の確実性と効果を増加させる⁷⁶。」

上記のホワイトペーパーの分析は、マイノリティ出資における、出資会社の経済的利益によるインセンティブの変化という点で、O'Brien & Salop の議論と一致する。一方で、被出資会社への会社支配（影響力）については、セオリーオブハームに係る具体的な分析内容は異なっているものの、そうした影響力により、反競争効果が生じ得るという結論は同様である。特に注目したいのが、影響力の行使による被出資会社からの情報入手という点、及び被出資会社の行動の透明性を高めることで、出資会社と被出資会社の協調行動の可能性を高めるという点である。前者は、米国水平ガイドラインでも言及されているが、後者は、同ガイドラインでも言及されていない。

なお、こうしたホワイトペーパーにおいて、セオリーオブハームの分析、及び支配権取得に至らないマイノリティ出資に対する企業結合規制の適用の必要性が指摘されたにもかかわらず、欧州では、現在のところ、企業結合規制は、支配権取得に至らないマイノリティ出資には及ぼされていない。

⁶⁸ Id. 9.

⁶⁹ Id. 9-10.

⁷⁰ COM/M.4153-Toshiba/Westinghouse, Commission decision of 19 September 2006.

⁷¹ Id. 10.

⁷² Id. 10.

⁷³ Id. 10.

⁷⁴ Id. 10.

⁷⁵ Id. 10.

⁷⁶ Id. 10.

第2項 Case M.7932 – Dow/Dupont (2017年)

本ケースでは、Dow Chemical Company (Dow) と E.I. du Pont de Nemours and Company (Dupont) との合併において、農薬業界における共通株主の存在が同業界においてどのような競争上の問題を引き起こす可能性について、詳細な検討がなされている⁷⁷。

欧州委員会は、まず、大口のマイノリティ株主は、いわゆるパッシブ株主⁷⁸であっても、被出資会社に対し、その出資比率よりも大きな影響力を行使する可能性があることを指摘する (para.3.(19))。そうしたパッシブ株主は、経営的な決定に影響を与えることを株式保有の目的としないが、長期の企業戦略に影響を与える目的で、被出資会社の経営陣との活発な議論を行う (para.3.(19))。こうした姿勢については、パッシブ株主も自認しており (para.3.2)、かつ、経済学の実証研究も証拠を示している (para.3.2)。また、過去の欧州委員会の経験に照らしても、大口のマイノリティ株主が、その出資比率よりも大きな影響力を行使する可能性があることを示している (para.4.2)。

次に、欧州委員会は、共通株主の存在が競争に与える影響について検討する (para.5)。まず、欧州委員会は、O'Brien & Salop 等の先行研究に触れた上で、被出資会社のインセンティブの変化は、当該取引が被出資会社のガバナンスにどのように影響するか (出資会社のサイレント、部分支配、完全支配という支配権の程度) によるとする (para.5.1)。そして、こうした部分出資に係る経済学研究は、共通株主問題にも適用できるとする (para.5.2)。欧州委員会によれば、O'Brien & Salop (2000年) は、出資会社が被出資会社から得られる利潤の加重和を最大化するところ、被出資会社においては、被出資会社の目的関数における過重が株主の支配の程度と比例的であるという寡占モデルを展開しているとされ⁷⁹、こうした考え方は、共通株主にも適用されることになる (para.5.2)。

また、欧州委員会によれば、2015年に行われた DuPont とその株主である Trian Fund Management (Trian) の間の委任状勧誘合戦は、当該会社 (Dupont) だけに投資している株主 (Trian) と他の競争者にも投資している株主 (共通株主) とのインセンティブの差異を示している。すなわち、前者の株主は被出資会社の収益性に焦点を当てるが、後者の株主は共通して株主となっている競争者同士が競争し出資先全体での収益性が低下することを好まないということである (para.5.3)。

欧州委員会は、こうした共通株主問題について、経済学研究を引用しつつ、論理を補完する。たとえば、欧州委員会は、「(共通株主構造がある産業の会社の経営陣は、) 自社の業績よりも、他の競争者の業績によってより高い報酬を得られ、また、共通株主が普及すればするほどより高い無条件の報酬が得られる傾向にある」、「ミューチュアルファンドその他機関投資家は、集中度の高い産業において競争者にとって重要な出資を行うことによって製品市場の競争者間の競争を軟化させ得る。」等、経済学分析を引用する (Para.5.4)。

⁷⁷ Annex 5 to the Commission Decision.

⁷⁸ 株価や債券の指数 (インデックス) に、ファンドの基準価額が連動するような運用を目指すファンド等を指す。

⁷⁹ 前記の O'Brien & Salop の比例的支配に係る議論を指すと思われる。

以上を踏まえ、欧州委員会は、次のように議論を整理する。まず、「部分出資の議論は共通株主問題に敷衍することができ、こうした議論は、競争者に共通株主が存在することが競争インセンティブを減少させることを示している。ある会社と積極的に競争することで得られる利益は、同じ投資家が投資する他の出資先の費用によって賄われることになるからである。」(para.5.5)

さらに、「実証研究は、ある業界における重要な共通株主の存在が当該業界における会社の態度（特に、価格がより高くなり、また、共通株主が会社の経営陣が会社の業績ではなく産業の業績を考慮させるため会社の経営陣のインセンティブを形成する傾向がある）に重大な結果を及ぼすことを示す傾向がある。」(para.5.5)

また、「欧州委員会の知る限り、経済学研究が株式持合及び共通株主の価格競争への効果に焦点を当てて一方で、こうした効果の経済的原理はイノベーション競争にも適用される。」(para.5.5)⁸⁰

第3項 分析

以上のとおり、欧州では、米国で論じられてきたような部分出資の議論を取り入れつつ、これをパッシブ株主による共通株主問題に発展させている状況が認められる。

また、ホワイトペーパーは、マイノリティ出資について、市場参加者が、(通常の競争では得られない)超競争的な利益を得るために、黙示又は明示に協調する能力及びインセンティブに影響を与えることにより、協調的な(coordinated)反競争効果にもつながると指摘しているが、これは上記の米国の議論では言及されておらず、新しい視点である。出資に起因して、黙示又は明示による合意がなされ反競争効果が生じるというフローは、「出資」→「合意」→「反競争効果」という因果をたどるという意味で、出資起因アプローチと合意起因アプローチが交錯又は融合するような局面であると解される。

第3節 日本

第1項 はじめに

日本では、部分取得(マイノリティ出資)の議論は、結合関係の観点で、議論されることが多い。そのため、そうした観点での議論状況を明らかにした上、上記の欧米におけるセオリーオブハームの議論との関係を整理してみたい。

この点、日本では、以下の行為により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に当該行為を禁止する旨の規定が、独占禁止法4章に置かれている⁸¹。

⁸⁰ なお、欧州委員会は、本ケースにおいて、MHHIの適用可能性について検討したが、結論として、本ケースへの適用を否定している(para.6)。

⁸¹ 深町正徳編著『企業結合ガイドライン』(商事法務、2021年)〔第2版〕2頁。

- ① 会社又は会社以外の者が、他の会社の株式を取得し、又は所有すること（10条、14条）
- ② 会社の役員又は従業員が、他の会社の役員の地位を兼ねること（13条）
- ③ 会社が合併すること（15条）
- ④ 会社が共同新設分割又は吸収分割をすること（15条の2）
- ⑤ 会社が共同株式移転をすること（15条の3）
- ⑥ 会社が(i)他の会社の事業の全部又は重要部分の譲受け、(ii)他の会社の事業上の固定資産の全部又は重要部分の譲受け、(iii)他の会社の事業の全部又は重要部分の賃借、(iv)他の会社の事業の全部又は重要部分についての経営の受任又は(v)他の会社と事業上の損益全部を共通にする契約の締結をすること（16条）

企業結合ガイドラインは、結合関係の形成・維持・強化されることにより、市場構造が非競争的に変化し、一定の取引分野における競争に何らかの影響を及ぼすことに着目して当該企業結合を規制しようとする（第1柱書）⁸²。企業結合ガイドラインによれば、結合関係は、「複数の企業が株式保有、合併等により一定程度又は完全に一体化して事業活動を行う関係」とされる（第1柱書）。

そして、企業結合ガイドラインは、株式保有に係る「結合関係の形成・維持・強化」が認められる場合として、①株式所有会社の属する企業結合集団が株式発行会社の議決権の50%超を保有する場合（第1の1(1)ア(ア))、②株式所有会社の属する企業結合集団が株式発行会社の議決権の20%超を保有し、かつ、議決権保有割合の順位が単独で第1位である場合（同イ）、③株式所有会社が株式発行会社の議決権の10%超を保有し、かつ、議決権保有比率の順位が第3位以内である場合の一部（同イ）、④共同出資会社の場合（同ウ）を挙げる。

③の類型に関し、企業結合ガイドラインが挙げている、結合関係の形成・維持・強化がなされているか判断する上での具体的な考慮要素は、以下のとおりである。出資関係のほか、(カ)のように当事会社間の合意内容が考慮されている。

「(ア) 議決権保有比率の程度

- (イ) 議決権保有比率の順位，株主間の議決権保有比率の格差，株主の分散の状況その他株主相互間の関係
- (ウ) 株式発行会社が株式所有会社の議決権を有しているかなどの当事会社相互間の関係
- (エ) 一方当事会社の役員又は従業員が，他方当事会社の役員となっているか否かの関係
- (オ) 当事会社間の取引関係（融資関係を含む。）
- (カ) 当事会社間の業務提携，技術援助その他の契約，協定等の関係
- (キ) 当事会社と既に結合関係が形成されている会社を含めた上記(ア)～(カ)の事項」

⁸² 反対説として、根岸説（根岸哲『経済法』（放送大学教育振興会、2000年）167頁、「独禁法における行動規制と構造規制」『厚谷襄児先生古希祈念論集 競争法の現代的諸相（上）』（信山社、2005年）420-426頁参照）、平林説（平林勝英『独占禁止法の解釈・施行・歴史』（商事法務、2005年）156頁）があるが、少数説である。

第2項 結合関係

日本では、結合関係の認定に関し、重要影響型、利害発生型、情報入手型に分けて、以下のとおり、整理する見解がある（以下「白石説」という）。

重要影響型：「企業結合ガイドラインは、取得企業の属する企業結合集団が保有する被取得会社の議決権の割合が50%超である場合、及び、それが20%超であって第1位である場合は、結合関係があるとされる（第1の1(1)ア）⁸³。20%が基準とされている理由は、議決権保有割合が20%以上となる場合には、通常、会社法上の関連会社にも該当するという点が、大きく作用しているようであるところ、そのような関連会社は、他の会社等に対して経営支配するには至らないが「重要な影響を与えることができる」場合の当該他の会社等を指す（会社法施行規則2条3項21号・会社計算規則2条3項18号）⁸⁴。このように、企業結合規制における結合関係概念には、経営支配に至らないまでも重要な影響を与えることができるものが含まれており、その象徴が20%基準である⁸⁵。」

利害発生型：「企業結合ガイドラインは、利害発生型に正面から着目した記述は置いていない⁸⁶。しかし、企業結合ガイドラインは議決権保有割合20%超かつ第1位であれば結合関係があるといえるのであるから、利害発生型が論ぜられるような事例の多くはそれに含まれる⁸⁷。日本では、利害発生型の観点からの規制をしていないというよりは、無意識のうちに利害発生型を含む広範な事案に網をかけているというのが実情に近い⁸⁸。利害発生型のものと分析できる事例や、利害発生型のものと公正取引委員会が明示した事例として、平成7年度主要な企業結合事例6「N.V.ベカルト S.A.によるブリヂストンメタファ(株)の役員兼任」⁸⁹、平成17年度主要な企業結合事例7「日本精工株式会社による株式会社天辻鋼球製作所の

⁸³ 白石忠志「少数株式取得と企業結合規制」旬刊商事法務1922号（2011年）6-7頁。

⁸⁴ 白石・前掲注(83)7頁。

⁸⁵ 白石・前掲注(83)7頁。

⁸⁶ 白石・前掲注(83)8頁。

⁸⁷ 白石・前掲注(83)8頁。

⁸⁸ 白石・前掲注(83)8頁。

⁸⁹ 「明示的記述はないものの、利害発生型の観点からのものといえる。ブリヂストンメタファは、ブリヂストンとベカルトの共同出資会社（ブリヂストンが51%の株式を所有）であり、ベカルトは、当該共同出資会社に係る合弁契約終了後も、株式を10%以上所有している間は役員を派遣することとしていた。本件において、ブリヂストンが株式の51%を所有していたことから、ベカルトはブリヂストンメタファに対する経営支配権を有しておらず、経営に重要な影響を行使できたことを示す事情にも言及されていない。公正取引委員会が懸念したのは、ブリヂストンメタファの行動ではなく、ベカルトが日本に参入しないという行為であったように、見受けられ、そうであれば、本件は利害発生型の傾向が強いといえる」（白石・前掲注(83)9頁）。

株式取得について」⁹⁰、平成 20 年度主要な企業結合事例 3「Westinghouse Electric UK 社による原子燃料工業(株)の株式取得」⁹¹がある⁹²。」

情報入手型：「情報入手型は、株式取得そのものというよりは、株式取得をきっかけとして生じた関係性の中で何かが起こるのではないか、という問題意識である⁹³。たとえば、どのような場合に情報の入手が可能となるかということについて、単純に議決権保有割合等だけで論ずることはできない⁹⁴。また、被取得会社の事業そのものとは異なる事業に関する情報の入手を問題にしようとする場合には、あり得る独禁法上の懸念は際限なく広がる⁹⁵。なお、平成 27 年度主要な企業結合事例 3「大阪製鐵株式会社による東京鋼鐵株式会社の株式取得」⁹⁶においては、利害発生型及び情報入手型の両観点から検討が行われている。」

⁹⁰ 「暗黙のうちに利害発生型の観点が用いられた事例である。垂直的企業結合の場合には、利害の発生に着目した企業結合規制が知らず識らずのうちに行われやすい」（白石忠志「少数株式取得と企業結合規制」旬刊商事法務 1922 号（2011 年）9 頁）。

⁹¹ 「利害の発生に着目した企業結合規制であることがほぼ明示された事例である。東芝の子会社である Westinghouse (WH) による原子燃料工業の株式取得が問題となり、利害の発生に着目した検討が、今回の企業結合以前から存在した東芝の GNF グループに対する株式所有について、行われた。原子力燃料工業（市場シェア約 30%）と GNF-J（市場シェア 65%）が日本において競争関係に立っていることが、背景にある。そのような中で、公正取引委員会は、「[欧州委員会との約束により東芝は GNF グループに対して経営支配等を行えないという] 事情があるものの、初装荷燃料は、原子炉を製造したプラントメーカー系列の燃料メーカーが納入する慣行になっているところ、東芝が建設した原子炉に係る初装荷燃料については、必ず GNF-J が供給している状況が認められるとともに、東芝による GNF-H に対する出資比率が 22% を占めていることを勘案すると、東芝が GNF グループの意思決定に対する支配力をまったく行使できないとしても、WH 社及び GNF グループ双方の事業の成果に強い利害関係を有していると考えられることから、東芝及び WH グループと GNF グループとの間において結合関係が形成されていないとは評価できない」と述べた。これは、経営支配、重要な影響ではなく、利害発生型の観点からのものである」（白石・前掲注(83)9 頁）。

⁹² 白石・前掲注(83)9 頁。

⁹³ 白石・前掲注(83)11 頁。

⁹⁴ 白石・前掲注(83)11 頁。

⁹⁵ 白石・前掲注(83)11 頁。

⁹⁶ 当事会社は、「新日鐵住金と共英製鋼及びトピー工業との間の結合関係は、「完全に一体化して事業活動を行う関係」とはいえず、緩やかな結合関係にとどまることから、当事会社に対する競争圧力として機能する旨」主張し、これに対し、公正取引委員会は、「新日鐵住金の議決権保有比率は 20% を超える程度であり、兼任役員は非常勤社外監査役のみである。また、共英製鋼の代表取締役及び相談役が合計 14.65% の株式を保有している。その他、業務提携関係はなく、取引関係もごく小額にとどまる。また、新日鐵住金は大阪製鐵及び共英製鋼の双方の事業の成果に強い利害を有していると考えられるものの、中小形一般形鋼においては、市場シェア約 35% の有力な競争事業者である A 社が存在しており、後記(3)の状況等を考慮すれば協調的行動を採らせるインセンティブに対する牽制力となると考えられる。さらに、新日鐵住金においては、共英製鋼に対する少数株式保有関係に基づいて、共英製鋼の競争上センシティブな情報にアクセスすることはできないと認められる。」、「新日鐵住金の議決権保有比率は 20% を僅かに超える程度であり、兼任役員はいない。また、一般形鋼事業に関する業務提携関係はなく、取引関係も一般的なものに過ぎない。また、新日鐵住金は大阪製鐵及びトピー工業の双方の事業の成果に強い利害を有していると考えられるものの、中小形一般形鋼においては、市場シェア約 35% の有力な競争事業者である A 社が存在しており、後記(3)の状況等を考慮すれば協調的行動を採らせるインセンティブに対する牽制力となると考えられる。さらに、新日鐵住金においては、トピー工業に対する少数株式保有関係に基づいて、トピー工業の競争上センシティブな情報にアクセスすることはできないと認められる。」と判断している。なお、「後記(3)の状況」とは、「電炉メーカー間における、過去の市場シェアの変動は相当大きく、電炉メーカー間で協調的な行動が採られ、市場シェアが固定化しているといった事情は認められない。」という状況を指す。

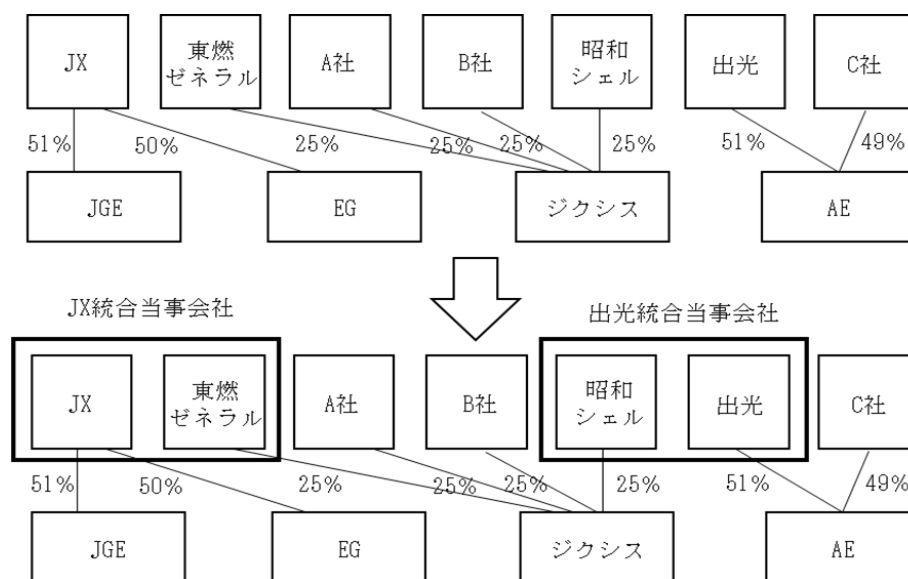
白石説は、このように、米国水平的合併ガイドラインにおける部分取得に係るセオリーオブハームの3要素（重要影響型、利害発生型、情報入手型）の考え方を結合関係の認定方法として整理していると思われる。こうした整理については、結合関係が企業結合規制の適用の是非を決定するセーフハーバーとしての機能を有していることを考慮すれば、あり得ないものではない。結合関係のセーフハーバーとしての性質に鑑みると、（事実認定の厳格さについての差異はあったとしても）結合関係と反競争効果とを実質的に同じ基準（前記3要素）で検討することは必ずしも不合理ではないからである。

但し、結合関係とセオリーオブハームの認定方法が全く同なのかについては、疑問が生じる。この点については、第3項で議論する共通株主問題の議論が参考になる。本稿の議論を先取りすると、早川説が論じるとおり、同様の基準であったとしても、結合関係は簡単に認定しつつ、セオリーオブハームは慎重に認定するというように、認定の程度が変わるという整理が可能だと思われる。

なお、米国水平的合併ガイドラインは、出資に起因した出資会社・被出資会社の能力又はインセンティブの変化に着目した議論であり（出資起因アプローチ）、出資会社・被出資会社間の合意（合意起因アプローチ）を考慮した記載にはなっていない。白石説は、前記の3要素の検討において、合意に起因した出資会社・被出資会社の能力又はインセンティブ（合意起因アプローチ）まで考慮する意図であるのかは、文面上は明らかではない。

第3項 協調的關係

日本では、共通株主問題を検討するにあたり、公正取引委員が、結合関係のほか、協調効果を判断する際に「協調的關係」といった概念を用いた分析を行ったことがある。平成28年度主要な企業結合事例3「出光興産(株)による昭和シェル石油(株)の株式取得及びJXホールディングス(株)による東燃ゼネラル石油(株)の株式取得」がそうである。



公正取引委員会は、上記のような LP ガス元売 4 社（JGE、EG、ジクシス及び AE）資本関係の変動を生じる事案（2016 年）において、詳細な分析を示さず、出資関係の変化を理由に、LP ガス元売 4 社の結合関係を認めつつ、同 4 社間に、「協調的關係が生じる蓋然性が高い」と判断した。

公正取引委員会は、(a)意思決定への重要な影響、(b)利害の共通化、(c)情報の共有という 3 つの観点から、協調効果による競争の実質的制限に係る評価の一環として、協調的關係の検討がなされていると考えられる⁹⁷ ⁹⁸。こうした分析は、上記で検討した、部分取得、共通株主問題に関し、経済的利害関係及び支配関係から、セオリーオブハームを分析する欧米の議論に沿うものである⁹⁹。

この点、部分取得及び（その応用型である）共通株主問題の文脈においては、前記の白石説のとおり、結合關係の認定において、同様の観点（重要影響型、利害発生型、情報入手型）で検討されるとの整理もあり得る。この場合、そうした観点はそもそもセオリーオブハームの考慮要素であることから、結合關係及び協調的關係が実質的に重複した基準（重要影響型、利害発生型及び情報入手型）で判断されることになる。

しかし、そのように、部分取得や共通株主問題に関し、結合關係及び協調的關係が重複した基準で判断されるのであれば、これらの基準をあえて別異の要件として観念する意義があるのかについて、疑問が生じる。

これに対しては、結合關係については比較的簡単に認定を行い、協調的關係の認定については、実質的な競争制限の文脈において、より慎重に認定を行うという点で、区別することで、両要件を別個独立に観念する意義があるとの反論が可能である。

⁹⁷ 「ジクシスの役員及び従業員（以下「役員等」という。）は、ジクシスの株主 4 社からの出向者のみで構成され、かつ、ジクシスに出向している役員等（以下「出向役員等」という。）は出向元の人事権に服しているため、ジクシスの利益とともに出向元の利益を図るインセンティブを持つ。そのため、本件両統合による出資關係の変動を通じて、出向役員等がジクシスと出向元である出光統合当事会社又は J X 統合当事会社の双方との共通の利益を図るといふ状況が生じることから、LP ガス元売 4 社が競争回避的な行動等の協調的行動を採るインセンティブ（以下「協調インセンティブ」という。）が生じると考えられる。また、本件両統合により、出光統合当事会社及び J X 統合当事会社の双方が、ジクシスに役員等を出向させること及びジクシスの株主間契約に基づき一定の拒否権を持つことから、ジクシスの事業活動全般に関与することが可能となり、共にジクシスの事業活動上の意思決定に重要な影響を及ぼし得ると考えられる。さらに、本件両統合による出資關係の変動により、ジクシスと AE、ジクシスと EG 等の利害が共通化すること及び LP ガス元売 4 社に協調インセンティブが生じることから、AE 及び EG 等が、相互にジクシスとの協調的行動を妨げることが期待できないと考えられる。加えて、LP ガス元売業者が保有する卸売業者への販売価格等の情報は、直ちに陳腐化する情報ではないところ、出向役員等が出向元である出光統合当事会社及び J X 統合当事 会社に復帰した後、AE 及び EG 等に異動することで、かかる情報が LP ガス元売 4 社で共有されるおそれがある。以上から、LP ガス元売 4 社間で協調的關係が生じる蓋然性が高いと考えられる。」とされている。

⁹⁸ 米国水平的合併ガイドラインでも、重要影響型、利害発生型、情報入手型の視点は、反競争効果が生じるか否かにおいて検討されおり、これに整合する整理である。

⁹⁹ なお、本件では単独効果は示されていないが、こうした効果については、同事案で行われた経済分析において、前記の O'Brien & Salop の比例的支配の考え方に沿ったシミュレーションがなされたとの指摘がある（川濱昇「共通株主（Common ownership）の競争問題」上村達男先生古希記念『公開会社法と資本市場の法理』276-277 頁（商事法務、2019 年））。

すなわち、マイノリティ出資においては、被出資会社間の結合関係に関して実質的観点から精緻に検討しようとするれば、競争の実質的制限要件（セオリーオブハーム）の検討に重なり合う部分も生じ、内容面での示唆に踏み込む必要が出てくるから、当該結合関係は比較的簡単に認定しつつ、結合関係の形成される被出資会社間の協調的關係においてより踏み込んだ検討を行うとの整理も可能である。早川教授はこのような見解を取るものと考えられる（以下「早川説」という）¹⁰⁰。つまり、結合関係は当該会社らが一体化して反競争的な行動を行うとして審査すべきかという入口での検討であるところ、当該入口では、審査が本格化しておらず検討材料も乏しいことから、最終的に当該会社らが一体化して反競争的な行動を行うか否かという出口の結論までは厳密に確定できないため、一定の可能性があるのであれば、入口段階でそのような結合関係を簡単に認定した上、出口段階ではより高いレベルでの認定を行われるということであると思われる。

第4項 小括

以上のように、日本では、部分株式出資の議論は、出資起因アプローチの観点から、3要素（重要影響型、利害発生型、情報入手型）で検討されることが多い。これは、独占禁止法10条1項が「会社は、他の会社の株式を取得し、又は所有することにより、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には、当該株式を取得し、又は所有してはならず、及び不公正な取引方法により他の会社の株式を取得し、又は所有してはならない。」とされており、「株式を取得し、又は所有することにより」と規定していることから、当事者間の合意よりも、株式の取得又は所有という出資に起因する反競争効果を分析することを前提とするような規定ぶりになっていることも一因ではないかと思われる。

もともと、企業結合ガイドラインは、結合関係の認定にあたり、「当事会社間の業務提携、技術援助その他の契約、協定等の関係」も考慮するとしてるから（第1の1イ(カ)）、当事者間の合意も考慮される。すなわち、部分出資においては、出資起因アプローチだけではなく、合意起因アプローチからの検討もなされ得る¹⁰¹。

この意味では、日本では、部分取得の検討において、本第2章で述べた O'Brien & Salop や米国水平的合併ガイドラインで整理された検討枠組みを踏襲しているだけではなく、黙示又は明示による合意による競争行動の変化にも着目されていると理解できる。

したがって、部分出資においては、出資起因アプローチだけではなく、合意起因アプローチからの検討もなされ得るが、出資起因アプローチほどは詳細な分析は行われていないという議論状況だと思われる。

¹⁰⁰ 早川雄一郎「出資関係の変動を通じた結合関係の形成と水平型企業結合における協調的行動による競争の実質的制限」平成29年度重要判例解説（2018年）252-253頁。

¹⁰¹ 平成20年度主要な企業結合事例3「Westinghouse Electric UK社による原子燃料工業(株)の株式取得」では、出資会社・被出資会社間の結合関係を認定するにあたり、「東芝が建設した原子炉に係る初装荷燃料については、必ずGNF-Jが供給している状況」といういわば黙示的な合意を考慮していると思われる。

第3章 共同出資会社

第1節 はじめに

前記第2章第1節第1項3で検討した、部分出資における出資起因アプローチからの議論は、共同出資会社について、出資会社と共同出資会社の間で、及び出資会社の間で、どのような形で競争の実質的制限が生じるのか（セオリーオブハーム）との議論においても、妥当し得る。

すなわち、出資会社には、被出資会社における経済的利害が生じ、こうした利害関係による競争インセンティブの変化が生じる。被出資会社には、会社支配（比例的支配）により、被出資会社が各出資会社の持分比率を考慮した競争行動を取る等の可能性が生じる。

また、前記第2章第3節第1項のとおり、企業結合ガイドラインが結合関係の認定にあたって、出資会社・共同出資会社間の合意においては、合意起因アプローチによる分析も行うことが想定されている。そして、共同出資会社ストラクチャーにおいては、出資会社間で合弁契約等による詳細な合弁設計がなされることが通常であるから、部分出資と比べてもなおさら、合意起因アプローチによる検討が必要になると思われる。

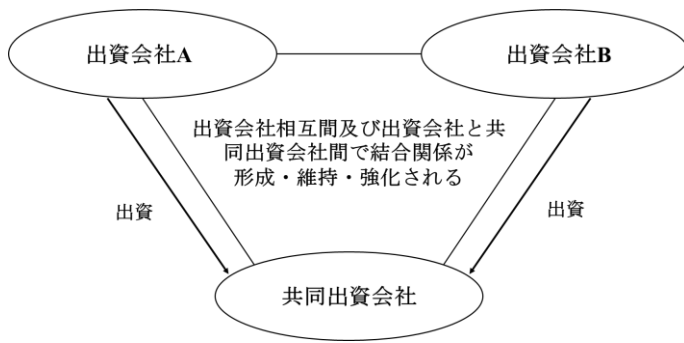
そこで、以下では、出資起因アプローチ及び合意起因アプローチの両視点を意識して、出資会社間の協調関係を中心としたセオリーオブハームについて、検討を行いたい。

第2節 結合関係、協調関係

第1項 企業結合ガイドライン

企業結合ガイドラインは、共同出資会社に関し、「当事会社間の取引関係、業務提携その他の契約等の関係を考慮して企業結合審査を認める企業結合であるか否かを判断する」、「共同出資会社の場合には、共同出資している株式所有会社相互間には、直接の株式所有関係は無くとも、共同出資会社を通じて間接的に結合関係が形成・維持・強化されることとなる。また、共同出資会社の設立に当たり株式所有会社同士の事業活動が共同化する場合には、そのこと自体競争に影響を及ぼすことにも着目する」（第1の1(1)ウ）、「出資会社相互間及び出資会社と共同出資会社間で結合関係が形成・維持・強化される」として（(図1)）、出資会社相互間の「間接的」な「結合関係」に言及する。

(図1)



また、企業結合ガイドラインは、結合関係のほか、出資会社相互間に「協調関係」が認められるかを検討する。すなわち、企業結合ガイドラインは、「出資会社が行っていた特定の事業部門の全部を共同出資会社によって統合することにより、出資会社の業務と分離させる場合には、出資会社と共同出資会社の業務の関連性は薄いと考えられる。したがって、たとえば、ある商品の生産・販売、研究開発等の事業すべてが共同出資会社によって統合される場合には、共同出資会社について、市場シェア等を考慮することになる。他方、出資会社が行っていた特定の事業部門の一部が共同出資会社によって統合される場合には、共同出資会社の運営を通じ出資会社相互間に協調関係が生じる可能性がある。出資会社相互間に協調関係が生じるか否かについては、共同出資会社に係る出資会社間の具体的な契約の内容や結合の実態、出資会社相互間に取引関係がある場合にはその内容等を考慮する。たとえば、ある商品の生産部門のみが共同出資会社によって統合され、出資会社は引き続き当該商品の販売を行う場合、共同出資会社の運営を通じ出資会社相互間に協調関係が生じるときには、出資会社の市場シェアを合算する等して競争に及ぼす影響を考慮することになる。他方、出資会社は引き続き当該商品の販売を行うが、共同出資会社の運営を通じ出資会社相互間に協調関係が生じることのないよう措置が講じられている場合には、競争に及ぼす影響はより小さいと考えられる」と規定する（第4の2(1)ウ）。

第2項 結合関係

1 出資会社・共同出資会社間

出資会社・共同出資会社間については、出資会社がマジョリティ株主の場合とマイノリティ株主の場合の2つのパターンがある。出資会社がマジョリティ株主の場合、企業結合ガイドライン上、「取得企業の属する企業結合集団が保有する被取得会社の議決権の割合が50%超である場合」という要件に該当するため、結合関係が認められる。

一方で、出資会社がマイノリティ株主の場合、前記第2章の部分取得の議論が該当する。白石説によれば、出資会社・共同出資会社間の結合関係は、出資起因アプローチの下、3要素から検討されることになるが、早川説も踏まえると、実務上は、比較的簡単に認定されるものと思われる。なお、部分出資で述べたとおり、出資会社・被出資会社間の合意も、結合

関係の認定要素にはなり得る（企業結合ガイドライン（第1の1(1)イ(カ)）。こうした出資会社・被出資会社間の合意については、日本ではあまり論じられていないと思われるため、検討価値があるものの、本稿は、出資会社間の合意に起因する合意起因アプローチをその射程とするものであるため、ここでは詳しく述べない。

2 出資会社間の間接的な結合関係

では、企業結合ガイドラインが共同出資会社の文脈で用いる出資会社間の間接的な結合関係については、どのように考えるべきか。

出資会社間の間接的な結合関係について、利害発生型の観点からのものだと指摘する見解がある（川濱説）¹⁰²。すなわち、「企業ガイドライン上の「直接の株式所有関係はなくとも、共同出資会社を通じて間接的に結合関係が形成・維持・強化されることとなる」にいう間接的結合が生じるのは、共同出資会社の運営に対して利害関係を有することから、つまり共同出資会社の運営に係る事業活動についてインセンティブの斉一化がなされる可能性があるからである¹⁰³。共同出資会社であるから常にそのようなインセンティブの変容が顕著なわけではないが、それが市場における競争的活動に影響するような閾値に達するならば独禁法10条の適用の余地があることになる¹⁰⁴。」

これに対しては、「出資会社と共同出資会社とが競争関係に立っている場合、出資会社は、自らの利益を最大化するような行動選択をする際に、自らの行動が共同出資会社の損益にどのような影響をもたらすかという点を勘案するかもしれないが、そうでなければ、同様のことが起こるとは考えにくい」とし、利害発生型の観点が一定の場合に限定されるという批判もある¹⁰⁵。ただ、当該批判を前提としても、本稿がテーマとする水平的なジョイント・ベンチャーに関して、利害発生型の観点が考慮されること自体が否定されているわけではない。

川濱説（出資会社間の間接的な結合関係について、利害発生型の観点からのものだと指摘する見解）は、情報入手型に触れていないが、同見解が根拠とするインセンティブの斉一化は、共同出資会社の運営に対して利害関係を有することだけではなく、共同出資会社を通じた情報交換によっても生じるため、情報入手型の観点も適用される余地があると思われる¹⁰⁶。この点、白石説は、出資会社と共同出資会社とが競争関係にない場合に出資会社同士に反競争的弊害が生ずるのだとすれば、それは、共同出資会社が非公開情報を入手するからであろうとし、出資会社間の結合関係の検討に際し、情報入手型の観点が考慮されるとする¹⁰⁷。

¹⁰² 川濱昇ほか『企業結合ガイドラインの解説と分析』（商事法務、2008年）55頁〔川濱〕。

¹⁰³ 川濱ほか・前掲注(102)55頁〔川濱〕。

¹⁰⁴ 川濱ほか・前掲注(102)55頁〔川濱〕。

¹⁰⁵ 白石・前掲注(83)8頁。

¹⁰⁶ 出資会社相互間には株式保有関係はないから、意思決定への重要な影響は、通常、想定し難い。

¹⁰⁷ 白石・前掲注(83)13頁（注19）。

こうした議論は、出資会社間の間接的な結合関係でも、部分取得の議論と同様の検討（重要影響型、利害発生型、情報入手型という3要素での検討）が行うことができる可能性を示すものである。もっとも、共同出資会社パターンでは、出資会社間での議決権保有がなされないため、支配又はそれに準じたような重要な影響力が行使されることがないのが通常だと思われる。したがって、出資会社間の間接的な結合関係については、通常は、3要素のうち、利害発生型及び情報入手型から検討されるものと考えられる。

上記の川濱説やそれを受けての白石教授の議論は、出資会社間の間接的な結合関係について、(3要素を用いる米国水平的合併ガイドラインの整理に沿った)出資起因アプローチからの検討を示唆するものであると思われる。それでは、出資会社間の間接的な結合関係について、合意起因アプローチからの検討もなされるのか。

この点、部分出資の議論で述べたように、部分出資の場面での結合関係の判断にあたっては、出資会社・被出資会社の出資のほか、両会社間の合意内容を考慮される。つまり、部分出資において結合関係を判断するにあたって、出資起因アプローチと合意起因アプローチの双方が適用され得るから、出資会社間の間接的な結合関係にあたって、同様に、黙示又は明示の合意を端緒とする競争行動の変化を考察することも不合理ではなさそうである。出資会社・被出資会社間の直接的な結合関係であっても、共同出資会社を介した出資会社間の間接的な結合関係であっても、結合関係を認定することには変わりがないからである。

また、部分出資において議論したように、結合関係及びセオリーオブハームは認定の程度は異なるものの、同様の基準で判断されるところ、こうした判断枠組みと整合的に解するならば、出資会社間の間接的な結合関係と、出資会社間の協調関係は、同様の基準で判断されるのが合理的だと考えられる。そして、第3節で述べるとおり、出資会社間の協調関係については、出資起因アプローチからの検討に加え、合意起因アプローチからの検討もなされ得る。そのため、出資会社の間接的な結合関係についても、同様に、出資起因アプローチからの検討に加え、合意起因アプローチからの検討されるのは不自然ではないと思われる。

したがって、出資会社間の間接的な結合関係について、合意起因アプローチからの検討もなされて良いものと考えられる。

第3項 出資会社間の協調関係とセオリーオブハーム

共同出資会社に係る過去の事例((a)平成22年度主要な企業結合事例1「ビーエイチピー・ビリトン・ピーエルシー及びビーエイチピー・ビリトン・リミテッド並びにリオ・ティント・ピーエルシー及びリオ・ティント・リミテッドによる鉄鉱石の生産ジョイント・ベンチャーの設立」、(b)平成22年度主要な企業結合事例3「旭化成ケミカルズ(株)と三菱化学(株)による水島地区におけるエチレン等製造事業の統合」(c)平成23年度主要な企業結合事例8「カンタス・ジェットスターグループ及び日本航空(株)による共同出資会社の設立」)からは、公正取引委員会は、企業結合審査の運用においては、共同出資の事実があれば出資会社間の「間接

的な結合関係」を認めつつ、その代わり、その競争に対する影響といった実質的な判断は出資会社相互間の「協調関係」の判断において行っているように思われる¹⁰⁸。

こうした傾向については、部分取得における結合関係と協調的関係の議論と同様、共同出資会社間の結合関係の認定については、比較的簡単に認定を行い、競争の実質的制限に係る共同出資会社間の協調関係の認定においては、より慎重な認定を行っているとの整理が可能である（早川説）¹⁰⁹。つまり、協調関係は、セオリーオブハームの検討要素として、位置付けられると考えられる。

また、企業結合ガイドラインの記載ぶり（「ある商品の生産部門のみが共同出資会社によって統合され、出資会社は引き続き当該商品の販売を行う場合、共同出資会社の運営を通じ出資会社相互間に協調関係が生じるときには、出資会社の市場シェアを合算する等して競争に及ぼす影響を考慮する」）からも、同様の結論が導き出せる。すなわち、出資会社間の間接的な結合関係を比較的簡単に認定した場合、そのように簡単に認定された結合関係を前提として、競争の実質的制限に係る評価において、出資会社の市場シェアを合算して検討してよいのか、躊躇を覚える¹¹⁰。そこで、公正取引委員会は、弊害要件との検討の関係で、協調関係という概念を設けた上、これを結合関係よりも慎重に審理することとし、これが認められた場合に限り、出資会社の市場シェアを合算等して、競争の実質的制限に係る評価するというセオリーオブハーム内での調整をかけているとも考えられる。

以上より、出資会社間の協調関係は、部分取得における協調的関係と同様、弊害要件（セオリーオブハーム）で検討されるべきものと位置付けることができると解される。なお、部分取得における協調的関係と同様、出資会社間の間接的な結合関係と同様の検討内容となるものの、認定の程度が異なると考えられる。

¹⁰⁸ 石井崇「企業結合の概要と諸問題」ジュリスト1451号（2013年）27頁。石井は、(a)平成22年度主要な企業結合事例1「ビーエイチピー・ビリトン・ピーエルシー及びビーエイチピー・ビリトン・リミテッド並びにリオ・ティント・ピーエルシー及びリオ・ティント・リミテッドによる鉄鉱石の生産ジョイント・ベンチャーの設立」、(b)平成22年度主要な企業結合事例3「旭化成ケミカルズ㈱と三菱化学㈱による水島地区におけるエチレン等製造事業の統合」(c)平成23年度主要な企業結合事例8「カンタス・ジェットスターグループ及び日本航空㈱による共同出資会社の設立」について、公正取引委員会はこれらの審査において、(a)については、「結合関係」の有無が示されないまま「協調関係」の判断が行われており、(b)については、「結合関係が形成されるものとして」「協調関係」の判断が行われており、(c)については、共同出資会社の設立により当事会社間で間接的な「結合関係」が形成された上、「協調関係」の判断が行われていると整理でき、これらの事例からすれば、企業結合審査の運用においては、共同出資の事実があれば出資会社間の間接的な「結合関係」を認め、その競争に対する影響といった実質的な判断は「協調関係」の判断において行われているとする。

¹⁰⁹ 早川・前掲注(100)252頁（「当事会社間の「協調関係」を検討する意義としては、要するに、「結合関係」という語を、仮に、形式的な基準を中心にある程度形式的に（＝実質判断にあまり踏み込まずに）判断される概念としてとらえる場合、「結合関係」の形成がとりあえず肯定される場合であっても、実質的観点から見た場合に、当該企業結合によって当事会社間の競争関係にどのような影響が生じるのか（当事会社間の競争がどの程度減少するのか）は必ずしも一概には言えないという問題が残る（最終的に今競争の実質的制限の有無を分析する際には、その問題の検討は不可避である）。公取委の指針や一部の先例では、以上の実質的観点からの問題が、「結合関係」とは別途、出資当事会社間の「協調関係」の問題として、議論されてきたように見える。」）

¹¹⁰ 早川・前掲注(100)252頁。

第3節 出資会社間の協調関係の認定方法

第1項 問題意識

企業結合ガイドラインは、出資会社間の協調関係の認定に関し、「出資会社相互間に協調関係が生じるか否かについては、共同出資会社に係る出資会社間の具体的な契約の内容や結合の実態、出資会社相互間に取引関係がある場合にはその内容等を考慮する。」と規定している。ここでは、出資に起因する競争行動の変化という観点（出資起因アプローチ）と、合意に起因する競争行動の変化という観点（合意起因アプローチ）の両アプローチに言及されていると思われる。

たとえば、出資会社と共同出資会社間の結合関係は、出資自体による関係会社のインセンティブ又は能力の変化に着目する出資起因アプローチからも、（出資に付随する又は出資とは別に）共同出資会社の具体的運用を決する合意による関係会社のインセンティブ又は能力の変化に着目する合意起因アプローチからも、説明できる。

その上で、共同出資会社ストラクチャーにおいては、合弁契約等において直接的な反競争的な合意がなされる可能性があり、そうした直接的な影響を踏まえると、考慮要素として出資自体より重要であるとも思われることから、以下では、合意起因アプローチを中心に検討する。

当該検討においては、2つのアプローチのうち、合意起因アプローチのアプローチの代表的な論者である Pitofsky らの議論、それらの議論に影響を受けたと思われる米国協調ガイドライン及び EU 水平的協調ガイドラインについても、整理する。さらに、日本におけるガイドライン、先例等についても検討を行う。

第2項 Pitofsky

1 概要

Pitofsky¹¹¹は、水平的ジョイント・ベンチャーの反競争効果について、①潜在的競争減少、②競争抑制、③スピル・オーバー効果、④付随的制限合意、⑤（参加者が相当の市場支配力を有している場合の）アクセス制限という5つの類型を挙げる^{112 113}。

¹¹¹ Brodley についても、必要な限度で触れる。

¹¹² Robert Pitofsky, A Framework for Antitrust Analysis of Joint Ventures, 54 Antitrust LJ., 896-904 (1985).

¹¹³ 「ジョイント・ベンチャーの反競争効果として、一般に、次の効果が挙げられる。①共謀効果：ジョイント・ベンチャーの市場で、親会社または親会社と子会社との間で行う競争回避行動、②スピル・オーバー効果（広義の共謀効果）ジョイント・ベンチャーの運営上の話合いが、他の市場における親会社間の競争に及ぼす共謀的または競争回避の効果、③潜在的競争の消滅効果、④市場閉鎖・ボイコット効果。Brodley は、①②の効果に基づきジョイント・ベンチャーの規制の枠組みを構築し、③④の効果には補完的意味しか認めていない。」との指摘があるが、当該指摘は、Pitofsky の分析と整合的である（泉水文雄「共同出資会社と株式保有規制--独禁法10条の規制を中心に（二）」産大法学23巻1号59頁（1989））。

なお、Pitofsky は、ジョイント・ベンチャーについて、2以上の者が協力して商業的な目標を達成するための事業体と定義する¹¹⁴。このため、共同出資会社の場合はもちろん、資本出資を伴わない契約関係のみの業務提携のような場合も、議論の射程に入る。

Pitofsky は、①潜在的競争減少¹¹⁵について、「20年前に Penn-Olin 事件¹¹⁶で明らかにされたとおり、ジョイント・ベンチャーの組成により潜在的競争が減少することは、主要な反競争的な懸念となる。両親会社がすでに同じ市場で競争している、又はジョイント・ベンチャーを形成しようとしていなければそれぞれ単独で参入していたような場合、反競争法による異議が申し立てられやすい¹¹⁷。こうした状況では、ジョイント・ベンチャー組成の結果、競争者が増加せず、本来であれば競争者が2社存在していたところ、ジョイント・ベンチャーにより1社の競争者だけ存在することになってしまう¹¹⁸。」と述べる。

②競争抑制については、「50対50のジョイント・ベンチャーの場合が典型的だが、両親会社は、通常、明示又は黙示に、ジョイント・ベンチャーと競争しないこと、及び各親会社にジョイント・ベンチャーが親会社の利益を出している市場に参入することを阻止する能力を与えることを合意するものである¹¹⁹。但し、この反競争効果については、ジョイント・ベンチャーが組成されるタイミングでは許容し、後になってそうした反競争効果が顕在化したタイミングで、再検討されるという比較的緩やかな対応がとられる¹²⁰。」とする。

また、③スピル・オーバー効果については、「ジョイント・ベンチャーは、多数の方法で共謀に寄与する¹²¹。たとえば、ジョイント・ベンチャーの親会社は、ジョイント・ベンチャーの事業上の調整の過程で、価格について合意するかもしれない¹²²。または、ジョイント・ベンチャーの親会社は、反競争的效果につながる、将来の価格、生産能力又は販売量のデータを交換するかもしれない。あるいは、ジョイント・ベンチャーそれ自体が、親会社が競争するインセンティブに影響を与える、若しくは価格競争を取り締まる装置になるかもしれない¹²³。後者の例としては、価格競争を終了させるために、共通の販売エージェントを通して販売するような状況が挙げられる¹²⁴。歴史的に、ジョイント・ベンチャーは、世界的カルテルを組織するための装置としてしばしば利用されてきており、また、競争者が情報交換又は

¹¹⁴ Id. 893. こうした定義は広範であり、単一会社による独占又は独占的行為の試みを除き、全ての反競争行為を含み得る (Id. 893)。

¹¹⁵ Brodley は、共同販売の項目で、潜在的競争減少に触れる。

¹¹⁶ *United States v. Penn-Olin Chem. Co.*, 378 U.S. 158 (1964) は、一方の親会社は市場に参入又は参入する可能性が高く、他方の親会社は近い将来参入する可能性が低かったところ、非参入親会社の寄与により効率性は相応に認めらるものの、同社のジョイント・ベンチャーへの参加により、同社が単独で参入する可能性が消滅し、同社が潜在的参入圧力として機能しなくなることになるから、こうした潜在的競争の喪失が重大な反競争効果を及ぼすとされた事例である (Id. 898)。

¹¹⁷ *Supra* note 112 at 897 (Pitofsky).

¹¹⁸ Id. 897.

¹¹⁹ Id. 899.

¹²⁰ Id. 899-900.

¹²¹ Id. 900.

¹²² Id. 900.

¹²³ Id. 900.

¹²⁴ Id. 900.

共謀する機会を提供するものとして非難されてもきたのである¹²⁵。」と論じる。なお、Pitofskyは、スピル・オーバー効果を明確に定義していないが、例示をみる限り、ジョイント・ベンチャーの活動の過程で、又はその目的若しくは活動範囲を超えて、親会社間に協調関係が生まれることを指す趣旨だと解される¹²⁶。

④付随的制限合意については、「ジョイント・ベンチャーの親会社相互間又は親会社とジョイント・ベンチャー間での競争方法に係る調整として合意されることが多い¹²⁷。厳密に言えば、こうした調整の合法性は、通常、シャーマン法1条又は2条で検討される。しかし、実務的には、単独でみれば違法又は違法に近い合意であっても、ジョイント・ベンチャー又はその目的に真に寄与し（ジョイント・ベンチャーに「付随的な」制限であり）、かつ、必要よりも広範な制限でない場合には、合法になり得る¹²⁸。いわゆる「付随的」合意（つまり、合法的な制限）の例は、価値ある技術を寄与する親会社間の、他の親会社に参加する機会を与えない限り親会社自身の事業を拡大しない又は新市場を単独若しくは他の親会社と開発しないとの合意である¹²⁹。そうした合意では、どの親会社も参加を拒否した場合には、そうした拡大、開発に自由に従事し得ることになる。ジョイント・ベンチャーの枠組みがなければ、こうした調整は、市場分割としてみなされ、当然違法とされるかもしれない¹³⁰。しかし、ジョイント・ベンチャーの文脈では、他の親会社が当該技術をパートナーシップの枠外で利用しないことが保証されない限り、いずれの親会社も価値ある技術を寄与しようとしなことの抗弁があり得る¹³¹。」と指摘する。

⑤アクセス制限については、ジョイント・ベンチャーへの参加が重要な競争上の優位性を付与する場合で当該ジョイント・ベンチャーが相当な市場的地位を有する場合、競争法上、競争者が合理的かつ非差別的な条件で、ジョイント・ベンチャーへの参加し又は参加することで得られる競争上の優位を得ることが許さなければならないことを問題にする¹³²。重要な競争上の優位性とは、共同のアレンジメントへの一員でなければ競争できないということまでは意味せず、参加する機会の喪失が会社の競争能力を消滅させることを意味する¹³³。但し、次の3つの場合には、アクセス制限が許容され得る。」¹³⁴ ¹³⁵と整理した上、以下のとおり、敷衍する。

¹²⁵ Id. 900.

¹²⁶ 金井貴嗣＝川濱昇＝泉水文雄編著「独占禁止法〔第6版〕」（弘文堂、平成30年）192頁（武田）は、共同出資会社との関係で、スピル・オーバー効果とは、その目的ないし活動範囲を超えて、出資会社間に協調関係が生まれることと定義した上、スピル・オーバー効果の例として、①生産を行う共同出資会社を媒介として、出資会社の販売活動にまで協調関係が及ぶ場合、②A市場における共同出資会社を媒介として、B市場において出資会社間の協調関係が及ぶ場合を挙げている。Pitofskyの射程は、ジョイント・ベンチャーの活動の過程で生じる協調関係も含む点で、武田の定義より、やや広いものであるように思われる。

¹²⁷ Supra note 112 at 901 (Pitofsky).

¹²⁸ Id. 901.

¹²⁹ Id. 901.

¹³⁰ Id. 901.

¹³¹ Id. 901.

¹³² Id. 902.

¹³³ Id. 902.

¹³⁴ Id. 903.

¹³⁵ Brodleyの市場閉鎖はより広い意味で用いられているが、Pitofskyのアクセス制限と一部重複する。

第1に、「ジョイント・ベンチャーの「部外者」が集まって匹敵するような優位性をもつ自身のジョイント・ベンチャーを形成できる場合、ジョイント・ベンチャーのメンバー制限はおそらく許容され得る¹³⁶。実務上、ジョイント・ベンチャーが30%又は40%の市場シェアを超えない親会社で構成される場合、それに匹敵するジョイント・ベンチャーを形成するのは、通常、可能である¹³⁷。ジョイント・ベンチャーがそれより高い市場シェアの親会社で構成される場合であっても、最低限の規模の経済が小規模の参加者で匹敵する競争上の優位性を達成できるほど十分低いレベルで済むであれば、アクセス制限は問題とならないかもしれない¹³⁸。」

第2に、「裁判所は、典型的に、ジョイント・ベンチャーの成果物の享受が公正かつ非差別的な条件で利用可能でなければならない。アクセス問題がジョイント・ベンチャーの持分権で解決するのであれば、後続者は全体の投資のうちの公正な割合を支払うことが求められ得る¹³⁹。ジョイント・ベンチャーの優位性へアクセスさせるべき事情がより強い場合、合理的なロイヤリティ又は報酬を支払うことによりアクセスが求められ得る¹⁴⁰。さらに、初期投資のリスクが高い場合、当初の投資に加算されるプレミアムは正当化され得る¹⁴¹。また、ジョイント・ベンチャーの資産が初期投資以降に高騰した場合、後続者はそうした高騰した価格を基準に分担分を支払うことを求められるべきである¹⁴²。」

第3に、「*Silver v. New York Stock Exchange*¹⁴³の最高裁意見により、ジョイント・ベンチャーへのアクセスは、排除された当事者に告知聴聞の機会を与える等、特定の手続を踏まない限り、拒絶できないと考えられてきた¹⁴⁴。しかし、*Northwest Wholesale*¹⁴⁵において、最高裁は、そうした先例を限定したようにみえる。すなわち、告知聴聞は、証券取引法の自主規制条項とシャーマン法の相互作用が働くようなケースにだけ要求される¹⁴⁶。通常の場合では、アクセス制限は、告知聴聞とは関係なく、適法にもなり、違法にもなる¹⁴⁷。」

2 分析

上記1のとおり、Pitofskyは、ジョイント・ベンチャーのセオリーオブハームについて、①潜在的競争減少、②競争抑制、③スピル・オーバー効果、④付随的制限合意、⑤アクセス制限を挙げている。上記①乃至⑤は、Pitofskyのジョイント・ベンチャーの定義（2以上の

¹³⁶ Supra note 112 at 903 (Pitofsky).

¹³⁷ Id. 903.

¹³⁸ Id. 903.

¹³⁹ Id. 903.

¹⁴⁰ Id. 903.

¹⁴¹ Id. 903-904.

¹⁴² Id. 904.

¹⁴³ 373 U.S. 341 (1963).

¹⁴⁴ Supra note 112 at 904 (Pitofsky).

¹⁴⁵ *Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co.*, 105 S. Ct. 2613 (1985).

¹⁴⁶ Supra note 112 at 904 (Pitofsky).

¹⁴⁷ Id. 904.

者が協力して商業的な目標を達成するための事業体)の広さにも鑑みると、出資を伴わない業務提携だけではなく、共同出資会社にも該当する一般的な議論だと思われる。

このうち、①は、出資又は合意により、潜在的な競争者が単独での参入を取止めにしてしまうという因果関係であるから、出資起因アプローチからも、合意起因アプローチからも、整理することができる。

③は、出資起因アプローチとも、合意起因アプローチとも評価できそうである。つまり、共同出資会社により、市場参加者が、(通常の競争では得られない)超競争的な利益を得るために、黙示又は明示に協調する能力及びインセンティブに影響を与えることにより、協調的な反競争効果が生じる可能性があるという点からすると、出資起因アプローチの枠組みでとらえられないこともない。一方で、出資により生じたそうした環境があるということだけでなく、明示又は黙示の合意により実際の協調行動を行ったということであれば、合意起因アプローチの枠組みでとらえられないこともない。

これに対し、②、④及び⑤は、必ずしも、出資起因アプローチの枠組みではとらえられないように思われる。②、④及び⑤は、共同出資会社を(まだ開始していないが)これから開始する予定であるという利害が発生した結果、反競争的な合意をしたともいえなくもない。しかし、米国水平的合併ガイドラインでは、利害発生型は、取得会社が被出資会社に対する持分を取得することにより、被出資会社の損失に持分割合を乗じたものが出資会社の損失にもなることから、利害が共通化し、出資会社が積極的に被出資会社と競争しなくなると説明されており、②、④及び⑤は、こうしたフロー(出資「により」インセンティブが変化するというフロー)には厳密には、整合しない。一方で、②、④及び⑤は、合弁の設計自体に係る問題であり、利害発生型よりも直接的に、競争に影響を与える性質のものであるように思われる。したがって、どちらかというところ、合意起因アプローチに親しみやすい。

したがって、①及び③は、出資起因アプローチ、合意起因アプローチのいずれの観点での検討にも親和的だが、②、④及び⑤は、合意起因アプローチと親和的であると思われる。

第3項 ガイドライン

米国水平的合併ガイドラインは、その内容から、出資起因アプローチの影響を受けていると思われる。

一方で、Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors issued by the Federal Trade Commission and the U.S. Department of Justice April 2000 (以下「米国協調ガイドライン」という。)及び Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (2011/C 11/01) (以下「EU 水平的協調ガイドライン」という。)は、その内容から、合意起因アプローチの議論の影響を受けていると思われる。そこで、本稿では、これらのガイドラインの内容にも触れながら、共同出資会社において、どのような形で、競争の実質的制限(セオリーオブハーム)が生じるのかについて検討したい。

1 米国協調ガイドライン

(1) 概要

米国協調ガイドラインは、次のとおり規定する。

「同ガイドラインが適用される合意については、当該合意が反競争的効果を生じないかが検討されることになる。たとえば、そのような合意は、生産、重要な資産、価格、販売量若しくは競争上センシティブな変数において、独立した意思決定を限定することにより、又は支配若しくは経済的利益を結合（combine）することにより、協同体又はその参加者による市場支配力を形成し若しくは増加させ、又はその行使を促進するかもしれない。独立した意思決定を限定し若しくは支配又は経済的利益を結合する合意は、独立して競争する能力又はインセンティブを減少させるかもしれない。また、そのような合意は、明示又は暗黙の共謀を促進することにより、競争上の機微情報の交換、市場集中度の増加等を通じて、市場支配力を行使する可能性を増加させるかもしれない。」（para. 3.31）

「競争者による提携は、共謀を促進し得る。競争者間の提携は、参加者が反競争的な条件について議論し合意する又はその他反競争的な共謀をする機会を提供するかもしれない、及び共謀を損なう逸脱行動を検知し罰する能力を高めるかもしれない。たとえば、販売、生産及び購入提携は、参加者が価格、販売量、需要者、販売地域又はその他競争上センシティブな変数について共謀する機会を提供するかもしれない。しかし、研究開発は、それらに比べ、研究開発活動に係る共謀を促進させにくい。研究開発はしばしば秘密裏に行われ、研究開発を協調するという合意を監視することが困難かもしれないからである。加えて、提携は、関連市場における市場集中力を高めることができるため、提携事業及びその参加者を含む、会社間の共謀の可能性を高める。」（para. 3.31(b)）

「共謀を促進する合意は、情報の交換又は開示に関わることがある。競争当局は、競争者間の情報交換が競争促進的であること、しばしば提携事業からの競争促進的な利益を達成するのに合理的に必要であることを認識している。たとえば、特定の技術、ノウハウ又はその他知的財産権を共有することが研究開発提携の競争促進的な利益を達成するのに欠かせないかもしれない。それにもかかわらず、提携が運営する市場又は参加者が実際の又は潜在的な競争者である市場に係る情報交換が価格、販売量又はその他競争上センシティブな変数についての共謀の可能性を増加させるかもしれない。競争上の懸念は、共有された情報の性質による。他の条件が等しければ、価格、販売量、コスト又は戦略的な計画に関わる情報は、その他競争上よりセンシティブでない変数と比べ、競争上の懸念を生じさせる可能性がより高い。同様に、他の条件が等しければ、現在の運営又は将来の事業計画についての情報交換は、ヒストリカルな情報の共有と比べ、競争上の懸念をより生じさせやすい。最後に、他の条件が等しければ個別データを共有することは、受領者に個別データを特定されないような合算データを共有するのと比べ、競争上の懸念をより生じさせやすい。」（para. 3.31(b)）

「競争当局は、提携事業又はその参加者の競争する能力及びインセンティブに係る考慮要素として、次の6点に注目することが多い。(a)当該契約が、参加者が提携事業を行う市場において提携事業外で独立して競争する可能性が高いかという観点で、どの程度、非排他的か、(b)参加者が競争に必要な資産について、どの程度、独立の支配を有しているか、(c)提携事業又は参加者相互における参加者の経済的利益は、どのような性質で、どの程度か、(d)提携事業が競争上重要な意思決定を支配しているか、(e)反競争的な情報交換の可能性はどの程度か、(f)提携期間はどの程度か。」(para. 3.34)

「競争当局は、当該合意にかかわらず、参加者が互いに及び提携事業に対し、別個独立した事業運営又は他の提携事業への参加を通じ、競争を継続できるか、どの程度できるか、どのような方法でできるかを検討する。競争当局は、提携が名目だけでなく実際にも非排他的か否かを調査し、また、費用その他提携事業と競争するのに障害となるものを考慮する。合意がすでに実施されている場合に排他性を検討する際には、競争当局は、参加者が実際に互いに及び提携事業との間で競争を継続しているか、どの程度しているか、どのような方法で行っているかを検証する。一般的に、競争上の懸念は、参加者が別個独立の事業運営又は他の提携事業への参加を通じて、実際に競争を続けている限度で減じられる可能性が高い。」(para. 3.34(a))

「競争当局は、当該合意が参加者に提携事業に対し、従前そのおかげで提携事業から影響を受ける市場において効果的で独立の競争者でいられた、又は今後そのおかげでそのような競争者でいられる、重要資産を拠出するよう求めるかを問う。そうした資源が提携事業に拠出されないければならず、容易に代替できないような特殊なものである場合、参加者が契約上の権利を保持していたとしても、参加者は互いに及び提携事業と競争する能力の全て又は一部を失うかもしれない。一般的に、そうした特殊資産を多く求められれば求められるほど、独立競争できる参加者が少なくなる。」(para. 3.34(b))

「競争当局は、提携事業における各参加者の経済的利益、及び当該利益の参加者が独立して提携事業と競争するインセンティブに対する潜在的な影響を検討する。潜在的な影響は、経済的利益の大きさ及び性質(たとえば、経済的利益が債権なのか、出資持分なのか)に依り、変化する。一般的に、提携事業における経済的利益が大きいほど、参加者は提携事業と競争しなくなる。また、競争当局は、参加者間での直接出資を検証する。そのような投資は、参加者が互いに競争するインセンティブを減じるかもしれない。こうした分析は、提携事業により影響される市場での参加者が独立した事業運営に投資したレベルと提携事業又は他の参加者に保有する経済的利益レベルのどちらがどの程度大きいかに影響される。」(para. 3.34(c))

「競争当局は、参加者及び提携事業が独立に競争する能力及びインセンティブの程度を検討するにあたり、提携事業が組成され又は管理される方法について考慮する。このため、競争当局は、提携事業のガバナンス構造上、提携事業が独立した意思決定者としてどの程度行動できるかを検討する。たとえば、競争当局は、参加者が提携事業の取締役構成員を選任

することを許容されるか（法人が設立されている場合）、又は提携事業に対しその他重要な支配力を行使することが許容されるかを問う。一般的に、参加者が提携事業の価格、販売量及びその他競争上重要な意思決定を支配する場合、提携事業が独立して競争する可能性が減少する。」(para. 3.34(d))

「競争当局は、提携事業の意思決定が参加者の支配下にある限度で、当該支配が共同して行使されるかを検討する。提携事業の価格及び販売量レベルの共同支配は、市場支配力を形成し又は増加し、競争上の懸念を提起し得る。また、提携事業の性質によっては、研究開発努力及び投資のレベルや範囲等、競争上重要な決定に係る共同支配により、競争上の懸念が生じるかもしれない。対照的に、参加者が独立して提携事業から買い取る価格及び数量を決定している限度で、合意の反競争効果は減少する。」(para. 3.34(d))

「競争当局は、提携事業によって影響を受ける市場に係る競争上の機微情報が開示される可能性の程度を評価する。当該可能性は、特に、提携事業の性質、組織及びガバナンス、並びにかかる開示を妨げる又は最小化するために実施されるセーフガード次第である。たとえば、参加者は、営業担当者に研究開発提携を担当させないかもし、又は参加者それぞれの運営に係る競争上の機微情報へのアクセスを特定の者だけに又は独立した第三者だけに限定するかもしれない。同様に、購買提携が、参加者の投入物要件又はその他競争上の機微情報が開示される可能性のある交渉を行うに際し、独立した第三者を使うかもしれない。一般的に、情報交換を管理する適切なセーフガードが置かれていれば、提携事業が競争上のセンシティブな変数（生産、重要な資産、価格、販売量等）について共謀を促進する可能性は低い。」(para. 3.34(e))

「競争当局は、参加者が互いに及び提携事業に対して競争する能力及びインセンティブを検討する際、提携期間を検討する。一般的に、提携期間が短ければ短いほど、参加者が互いに及び提携事業に対して競争する可能性は高まる。」(para. 3.34(f))

「参入が容易であることは、当該合意が無ければ普及していた可能性が高い価格よりも高く維持することで、又はそのような可能性が高い販売量、品質、サービス、イノベーションよりも低く維持することで、利益を得ることを妨げる。当該合意の性質並びに市場シェア及び市場集中度データが、競争継続により十分に緩和できない反競争効果の可能性を示す場合、競争当局は、参入が適時に行われる可能性が高いか、その規模、特徴及び範囲において、懸念される反競争効果を妨げるのに十分な参入かを問う。そうであれば、当該合意は通常更なる分析を必要としない。」(para. 3.35)

「一般論として、競争当局は、約束された参入のタイムライン、可能性及び十分性を、水平的合併ガイドラインの第 3 条に規定された原則の下で、検証する。しかし、合併と異なり、競争者間の提携は、通常、他の点では参加者の競争を維持しつつ特定の事業活動のみを制約し、また、限定された期間経過後に終了するよう設計される。結果として、合意がどの程度参入を引き起こす機会を形成し及びその特定を可能にするか、並びに参入の容易性がどのような条件の下で反競争効果を妨げるかは、合併よりもより複雑で、より非直接的かも

しれず、関連する合意の性質により幾分変わるかもしれない。たとえば、参入可能性は、潜在的な参入者が反競争的な合意の期間がどの程度のものだと信じるかによって、影響を受けるかもしれない。他の条件が同じであるならば、期待される反競争合意の期間が短ければ短いほど、潜在的な参入者が利益を得る機会小さくなり、反競争的な合意により参入が約束される可能性は低くなる。他の相違点は以下のとおりである。」(para. 3.35)

「当該提携にとって参入が十分であるといえるかは、参入者が反競争的な合意に参加する可能性によって影響される。提携事業への参加が反競争効果を妨げるために必要な参入規模のレベルを上昇させる、参入者にとって参入に必要な資産が販売機会に完全に応じるのに十分に利用可能でない、その他参入を規模、特徴及び範囲において不適切にするような事情があるのであれば、十分な参入はより確保し難くなる。」(para. 3.35)

「研究開発提携においては、研究開発能力が広がり、イノベーションの成果物によって大きな利益が得られるかもしれないため、参入が促進され、それにより、研究開発努力の反競争的な制限を妨げる可能性が高まる。しかし、かかる状況がいつでも生じるわけではない。競争当局は、参入の可能性、タイムライン及び十分性を考慮しつつ、参入が反競争的な研究開発の減少を妨げるか検討する。」(para. 3.35)

「タイムリーな参入となるためには、反競争効果を妨げるに十分にスピード感のあるものでなければならない。競争当局は、潜在的な参入者が①競争力のある研究開発を可能にする、他の競争者に真似できないような核となる能力（及び必要な特殊資産を取得する能力）をどの程度有しているか、②競争力のある研究開発を行うインセンティブをどの程度有しているかに基づき、参入の可能性を評価する。参入の十分性は、参入者の研究開発努力の特徴及び範囲が、同じタイムフレームにおいて類似のイノベーションを達成する可能性が高く、又はその他研究開発を怠ることで利益を生み出さなくなるするほど、反競争的な研究開発提携と十分に近接しているか次第である。」(para. 3.35)

(2) 分析

以上から、米国競争当局が、(共同出資会社のパターンに限られない) ジョイント・ベンチャーの能力及びインセンティブを検討するにあたり、(a)当該契約が、参加者が提携事業を行う市場において提携事業外で独立して競争する可能性が高いかという観点で、どの程度、非排他的か、(b)参加者が競争に必要な資産について、どの程度、独立の支配を有しているか、(c)提携事業又は参加者相互における参加者の経済的利益は、どのような性質で、どの程度か、(d)提携事業が競争上重要な意思決定を支配しているか、(e)反競争的な情報交換の可能性はどの程度か、(f)提携期間はどの程度かを考慮していることが分かる。

こうした考慮要素は、基本的に提携合意に伴う合意起因アプローチからの整理であるが、出資を伴う場合には、当該出資との関係で、(c)及び(e)は出資起因アプローチでも同様の考慮がされる ((c)は利害発生型、(d)は重要影響型、(e)は情報入手型)。そうだとすると、出資起因アプローチと合意起因アプローチとは、原因事実は異なるものの、利害発生、重要影響

又は情報入手という反競争効果に至るその後の因果関係については、同様に考慮できると思われる。

その他、(a)、(b)、(f)は、提携合意に関するリスクの有無程度との関係性が強く、合意起因アプローチとして整理し得る。

2 EU 水平的協調ガイドライン

(1) 概要

EU 水平的協調ガイドラインは、次のとおり規定する。

「情報交換が、当事者共同の、合意、協調行為（concerted practice）又は決定を形成し又は情報交換がそれらの一部になる場合、情報交換は、TFEU101 に基づいてのみ規制され得る。当事者共同の、合意、協調行為の又は決定が存在するからといって、当該存在がTFEU101(1)との関係で、競争を制限すると判断されるわけではない。欧州裁判所の先例によれば、協調行為は、合意が正式に締結される段階に達することなく、当事者が知りながら合意に相当する競争上のリスクを生じさせる形態を含む概念である。協調行為の存在を判断するのに必要な協調及び協力の程度は、実際の計画がどのような結果になったかとは関係なく、欧州条約の競争に係る条項（各社は、当該条項に従い、欧州市場で採用するポリシー及び顧客に提示しようとする条件を独自に採用しなければならない）に内在する概念と平仄を取りつつ、理解される。」（Para. 60）

「こうした考え方は、企業から情報活動により既存又は予期される競争者に彼ら自身を適応させる権利を奪うものではない。しかし、競争者間の直接又は間接の接触、その目的若しくは効果が問題となっている市場の通常の（提供される製品若しくはサービス、当事者の規模及び数、当該市場の規模に係る）競争条件と調和しない競争条件を形成するものを排除するものである。したがって、市場における競争戦略上の不確実性を減じ、それにより共謀を促進する場合（交換されたデータが競争戦略に関わるものであった場合）、情報交換は協調行為を構成し得る。結果的に、競争者間で競争戦略に係るデータを交換することは、集中（concentration）に相当する。なぜならば、それは、市場での競争者の行為の独立性を減じ、競争する動機を消滅させるからである。」（Para. 61）

「一当事者のみが戦略上の情報を競争者に開示し、競争者がそれを受け入れるような状況は、協調行為を構成し得る。たとえば、このような開示は、郵便、電子メール、電話、会合等を通じ、起こり得る。一当事者のみが一方的に競争者に意図する市場での振る舞いについて伝えるか、又は全参加当事者が互いに考え及び意図について伝えるかは、（筆者注：協調行為を構成するか否かに）無関係である。一当事者が単独で競争者に将来の商業ポリシーに係る戦略上の情報を明かした場合、当該行為は、関与する全当事者にとっての将来の市場のオペレーションに係る戦略上の不明確さを減じ、かつ、競争を限定し、共謀して行動するリスクを増加させる。たとえば、企業がその価格設定に係る計画を競業者に開示するような

会合への単なる出席は、価格を上げるという明確な合意がなくとも、TFEU101 で補足され得る。企業が戦略上のデータを競争者から（会合、郵便又は電子的であっても）受領する場合、明確にかかる情報を受領したくないと明確に言明しない限り、情報を受領し、当該情報に従い市場での行動を採用したことが推認される。」(Para. 62)

「企業が真に公な形で（たとえば、新聞）一方的な公表をする場合、TFEU101(1)の意味では、通常は協調行為を構成しない。しかし、当該事案の事実関係によっては、協調行為が認められる可能性は除外できない。たとえば、このような（筆者注：一方的な）公表の後に他の競争者の公表が続くような場合がそうである。互いの公表に対する競争者の戦略上の応答（たとえば、競争者によってなされた公表を踏まえ、従前の自身の公表を再調整するようなもの）は、競争条件の共通理解に至るための戦略だと証明され得るからというのが1つの理由である。」(Para. 63)

「戦略的情報の交換は、市場において、人為的に透明性が増加させられることにより、企業の競争的態度の協調（つまり、提携）を促進し、競争制限効果につながる。こうした事象は、異なる経路で生じ得る。」(Para. 65)

「その1つが、情報交換を通じ、企業が協調する条件について、共通の理解に達し、市場での共謀的な結果をもたらすかもしれないというものである。情報交換は、市場に現在する不確実性に関し、相互に一致する期待を作り出し得る。このように、企業は、明確な協調合意が無くとも、競争的態度について協調する条件について共通の理解に達することができる。将来の行為に係る意図についての情報交換は、企業がそうした共通理解に達する可能性を最も高める方法である。」(Para. 66)

「情報交換が競争制限的な効果を生じさせ得る第2の経路は、市場における共謀的な結果の内部的な安定性を増加させることによるものである。こうした効果は、特に、関係する企業が逸脱行為を監視できるようにすることで、達せられ得る。すなわち、情報交換は、共謀する企業が、他社が共謀の結果から逸脱していないかを十分に監視でき、及びいつ報復すべきか知ることができるほど十分に、市場に透明性を与え得る。現在及び過去のデータの交換もこうした監視メカニズムを構成し得る。これにより、企業が市場においてそうでなければできなかった共謀的な結果を達成すること、又は市場に既に現在する共謀的な結果の安定性を高めることを可能になる」(Para. 67)

「情報交換が競争制限的な効果を生じさせ得る第3の経路は、市場における共謀的な結果の外部的な安定性を増加させることによるものである。市場の透明性を十分に高める情報交換は、共謀する企業がどこで及びいつ他の会社が市場に参入しようとしているかを監視することができ、新規参入者を標的にすることができるようになる。これは、69乃至71項で議論する反競争的な市場閉鎖とも結びつく。現在及び過去のデータの交換もこうした監視メカニズムを構成し得る。」(Para. 68)

「情報交換は、共謀を促進するのとは別に、反競争的な市場閉鎖にも結び付く。」(Para. 69)

「排他的な情報交換は、当該情報交換がなされた市場において、反競争的な市場閉鎖につながる。これは、商業上の機微情報の交換が当該交換に関与しない競争者を、関与する競争者と比べて、競争上有意に不利な立場に置くときに生じる。この種の市場閉鎖は、関係する情報が競争にとって非常に戦略的であり、関連市場の相当な部分をカバーする場合にのみ可能である。」(Para. 70)

「情報交換が関連市場における(競争者以外の)第三者の反競争的な市場閉鎖につながる可能性は排除できない。たとえば、川上市場で情報交換をする当事者(たとえば垂直統合した会社)は、情報交換により十分な市場支配力を得ることにより、川下市場に供給される主要部品の価格を上げることができるかもしれない。これにより、川下市場のライバルのコストを上げ、川下市場において反競争的な市場閉鎖につながり得るかもしれない。」(Para. 71)

(2) 分析

EU 水平的協調ガイドラインは、出資の有無にかかわらず業務提携一般を射程としつつ¹⁴⁸、情報交換により、どのような形で、反競争効果が生じるかにつき、3つの経路(①情報交換による共謀的な結果の発生、②そうした結果を内部的に安定させるメカニズム及び③そうした結果を外部的に安定させるメカニズム)を示している。

また、情報交換から生じる市場閉鎖についても述べており、参考になる。Pitofsky がアクセス制限による市場閉鎖について言及しているが、EU 水平的協調ガイドラインは、情報交換から市場閉鎖につながり得る場合について、分析している。

3 日本

(1) 業務提携報告書

ア 概要

日本では、比較的最近、ガイドラインではないが、公正取引委員会の競争政策研究センター(CPRC)『業務提携に関する検討会報告書』(令和元年7月10日)(以下「業務提携報告書」という。)が公表されており、そこでは、次のとおり、述べられる(第5の3(1)ア)。

「業務提携が競争に与える影響を評価する際は、まず、提携当事者間において事業活動がどの程度一体化しているかに着目して検討する。具体的には、水平的な業務提携では、提携当事者が競争関係にあるため、業務提携によって提携当事者間の競争がどの程度制限されるかを検討する。なお、一般的には、提携当事者間の競争関係に与える影響が小さい場合、市場全体に与える影響も大きくはならないことが多い。これらを踏まえ、提携当事者の事業

¹⁴⁸ なお、情報交換等の間接事実による競争の実質的制限の推認についても触れられているが、事実認定の問題は、本稿がテーマとするセオリーオブハームの要件論と異なるため、この点については、本稿では、これ以上は触れない。

活動の一体化の程度について評価する際には、主に以下の判断要素を総合的に勘案することとなる。」

「○ 重要な競争手段に係る意思決定の一体化

生産・販売等の多段階で包括的に提携する場合など、業務提携の内容として、生産数量や価格といった重要な競争手段に係る意思決定の一体化が図られている場合には、提携当事者間での競争の余地が減殺される可能性がある。また、業務提携により提携当事者双方のコスト構造が共通化されると、提携当事者間において、コスト削減という点で、重要な競争手段に係る意思決定が一体化し得る」

「○ 協調的な行動を助長する可能性

提携当事者間で情報交換・共有が行われると、通常、協調的な行動が助長されやすくなる」、「また、競争者の行動を予測しやすい市場において、各提携当事者のコスト構造が共通化されると、同様に、通常、協調的な行動が助長されやすくなる」

「○ 実施期間など業務提携の広がり

業務提携の期間や提携当事者に制限を課す期間が長期にわたるものか短期で終了するものかといった点、また、対象商品等のうち実際に提携対象となるものの割合（たとえば、全量OEM供給か一部OEM供給にとどまるか）や、提携を認める地理的範囲（たとえば、全国を地理的市場とする商品等につき、一部の地域のみでの提携にとどまるか）も考慮される。一般論として、業務提携の広がりが大きい場合は、競争に与える影響が大きい。」

(イ) 分析

業務提携報告書は、このように、水平的な業務提携では、提携当事者が競争関係にあるため、業務提携によって提携当事者間の競争がどの程度制限されるかを検討する上で、①重要な競争手段に係る意思決定の一体化、②協調的な行動を助長する可能性、③実施期間など業務提携の広がりという考慮要素を挙げている。

①のうち、「業務提携により提携当事者双方のコスト構造が共通化されると、提携当事者間において、コスト削減という点で、重要な競争手段に係る意思決定が一体化し得る」とするコスト構造の共通化の議論は、EU 水平的協調ガイドライン（後記第4章の各提携類型の議論）でも触れられている。②については、米国協調ガイドライン及びEU 水平的協調ガイドラインでも触れられている。③のうち提携期間については、米国協調ガイドラインでも触れられている。但し、③の地理的範囲については、米国協調ガイドライン及びEU 水平的協調ガイドラインでは、明示的には触れられていない。

上記のような相違はあるものの、米国協調ガイドラインやEU 水平的協調ガイドラインとは、大きな観点での整理は類似していると解される。

(2) コスト構造の共通化

ア 概要

業務提携報告書は、コスト構造の共通化について、以下のように整理する（第4の2(1)、(2)）¹⁴⁹。

「提携当事者間でコスト構造が共通化されると、提携当事者間で相互にコスト情報が共有されることとなり、これにより、...提携当事者間において、協調的な行動からの逸脱に対する監視が可能になり、逸脱行動があった場合に適時に報復を行うことができるようになる場合があると考えられる。このため、コスト構造の共通化により、通常、提携当事者間において協調的な行動が助長されやすくなるという問題がある。」

「また、コスト構造の共通化は、提携当事者間でのコストの一定部分の同一化を意味するところ、提携当事者双方のコスト削減を図るという重要な競争手段に係る意思決定について、これらが一体化することにもなる。」

「以上のように、コスト構造が共通化することにより、独占禁止法上の問題が生じる場合も想定されるが、業務提携においては、その態様は案件ごとに様々である。たとえば、共同生産を行う場合においては、製品の単位当たりの製造コストに占める共通化される部分の割合や、生産量全体に占める共同生産される製品の割合も、それぞれ様々であり、それらを掛け合わせた総合的なコストの共通化割合も、事案により高いものから低いものまで様々である。」

「また、市場の状況も、透明性が高い、集中度が高い（寡占的）、安定的である（需給の変動が少ない）、対称性が高い（コスト構造、シェア、製造する製品等が同質的）といった、事業者の行動を予測しやすい市場もあれば、そうでない市場もある。したがって、仮にコスト共通化割合が低くとも、そうした市場の状況や、その他の情報交換・共有が活発に行われることにより、監視や報復が容易になる場合も想定し得る。」

「さらに、コスト構造の問題がどの程度重要な競争手段に関わるかについても、個別具体的な事案により変わり得る。一般にコストは重要な競争手段の具体的な要素であるが、たとえば、品質、デザイン、ブランド等の非価格競争手段が重視される場合や、製品差別化の程度が高く需要者にとって価格差の把握が難しい場合等においては、コスト自体が持つ競争上の重要性は相対的に低下すると考えられる。」

「このため、コスト共通化割合は、前記のように、協調的な行動を助長しやすくする要素及び重要な競争手段に係る意思決定を一体化し得る要素の一つであるといえるが、その高低のみから当該業務提携の独占禁止法上の問題の有無を判断することは適当でなく、他の

¹⁴⁹ こうした記述については、業務提携報告書が、コスト構造が共通化されると、①相互にコスト情報が共有されることにより、提携当事者間での予測可能性が高まり、協調的な行動が助長されやすくなること、②コストの部分的な同一化により、コスト削減を図るという重要な競争手段に係る意思決定が一体化することを競争制限効果と捉えている点は重要であるという指摘がある（泉水文雄『独占禁止法』（有斐閣、2022年）254頁）。本稿では、コスト構造の共通化は、出資会社相互間の協調関係の関係で、企業結合規制上の弊害要件として検討するという理論構造を想定しているところ、こうした指摘は、本稿の想定に沿うものである。

要素（市場の状況、情報交換の頻度等の情報交換・共有の態様等）と併せて、総合的に考慮されることになる。」

イ 分析

コスト構造の共通化は、後記第4章第2節第2項2のEU協調ガイドラインの記載等も踏まえると、コスト構造の共通化は、本来は、企業結合にあたらぬ業務提携における典型的な分析要素であると考えられる。

しかし、コスト構造の共通化は、出資会社相互間の協調関係に係る分析においても考慮されている（後記第4章第2節第3項の平成22年度主要な企業結合事例1「ビーエイチピー・ビリトン・ピーエルシー及びビーエイチピー・ビリトン・リミテッド並びにリオ・ティント・ピーエルシー及びリオ・ティント・リミテッドによる鉄鉱石の生産ジョイント・ベンチャーの設立」）。

これは、企業結合にあたらぬ業務提携での考慮要素（合意起因アプローチ）が、企業結合にあたる業務提携（共同出資会社）でも検討され得ることを示す例であると思われる。

(3) 情報交換

ア 概要

業務提携報告書は、情報交換について、「提携当事者間で情報交換・共有が行われると、通常、協調的な行動が助長されやすくなる。」とする（第5の3(1)ア）。また、「交換・共有される情報の内容、交換・共有の態様及び市場の構造によっては、競争者間の協調的な行動を助長し、競争制限に係る合意形成に至りやすい環境が醸成される特性があることから、事業者においては、業務提携の準備や実施に際して交換・共有される情報の内容や取扱い等には注意が必要である」とした上（第4の1(4)）、以下のように、更に詳しく述べる（第4の1(2)）。¹⁵⁰

「業務提携には、情報交換・共有に伴って市場の透明性が高まり、提携当事者が相互の行動を予測しやすくなることにより、通常、協調的な行動が助長されやすくなるという側面がある。」

「すなわち、情報交換・共有を通じて市場の透明性が高まり、提携当事者が相互の行動を予測しやすくなると、まず、提携当事者間で協調的な行動を採ることができる条件（互いのような取引条件〔価格設定等〕であれば協調的な行動を採ることができるか等）について共通認識を持つようになる可能性がある。また、提携当事者が互いに協調的な行動からの逸脱があったかどうかを監視することができるようになり、逸脱行動があった場合に、それ

¹⁵⁰ 公正取引員会の事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針（事業者団体ガイドライン）において、事業者団体の事業活動について、競争関係にある事業者間において、現在又は将来の事業活動に係る価格等の重要な競争手段の具体的な内容に関して、相互間での予測を可能にするような効果を生じる場合には独占禁止法違反となるおそれがあるとされている（第2の9）。

に対する報復を適時に行うことが容易になる。このような状況下において、提携当事者が長期的視点で利益を確保していこうとするときは、通常、単独で自己の利益の最大化を図るよりも、互いに協調して行動することにより共同の利益を最大化し、その利益を分け合った方が得られる利益が大きくなるため、協調的な行動が助長されやすくなるとされている。一般的に、交換・共有される情報の内容が、価格、数量、コストや需要等、競争上重要な情報であるほど、事業者が相互の行動を予測しやすくなり、また、情報交換・共有の態様として、情報交換・共有の頻度が高いほど、事業者間で相互の行動を予測しやすくなる¹⁵¹。」

「また、一般的に、協調的な行動が助長されやすい市場の構造として、たとえば、透明性が高い、集中度が高い（寡占的）、安定的である（需給の変動が少ない）、対称性が高い（コスト構造、シェア、製造する製品等が同質的）、といった要素を備える市場が考えられる。そのような場合に、情報交換・共有により、市場の透明性が高まり、協調的な行動が助長されるおそれも一層高まると考えられる¹⁵²。」

「業務提携では、その円滑な実施のために一定程度の情報交換・共有が行われることが通常であると考えられることから、前述のように、交換・共有される情報の内容、交換・共有の態様、市場の構造といったことを踏まえつつ、提携当事者間での協調的な行動が助長され得るかどうかを考慮する必要がある。また、情報交換・共有の競争に与える影響については、情報交換・共有がなかった場合にどのような競争が行われたかを検討することも有益である。」

イ 分析

以上の内容は、米国協調ガイドライン及びEU水平的協調ガイドラインで述べられた内容と概ね重複する。

¹⁵¹ 平成 28 年度主要な企業結合事例 3「出光興産(株)による昭和シェル石油(株)の株式取得及び J Xホールディングス(株)による東燃ゼネラル石油(株)の株式取得」は、協調的行動を容易にするその他の事情として、「LPガスは、商品の同質性及び費用条件の類似性が認められる商品であること、各LPガス元売業者が関連会社としてLPガス卸売業者を持ち、当該卸売業者が自社の関連会社たるLPガス元売業者及びそれ以外のLPガス元売業者からの複数購買を通じて他社の価格情報を入手し得ること等から、LPガス元売業者が、互いの行動を高い確度で予測することが容易であり、協調的な行動に関する共通認識に至ることが容易であると考えられる。また、LPガスについては小口・定期の取引が行われているため、例えば、あるLPガス元売業者が卸売価格を引き下げて売上げの拡大を図るといった逸脱行為を行うことによって得られる利益が小さいため、協調的行動を採る誘因が大きいと考えられる。さらに、小口・定期の取引が行われているため逸脱行為を監視することが一定程度可能であると考えられること及びLPガス元売 4 社には十分な供給余力があるため相互に報復することも容易であると考えられることから、協調的行動を採る誘因が大きいと考えられる。」と述べるが、同趣旨の整理である。

¹⁵² この点は、EU水平的協調ガイドラインの para. 77（「会社は、十分に透明性があり、事情集中度が高く、複雑でなく、安定的で、均斉のとれた市場において、共謀的結果を達成する可能性がより高い。そうしたタイプの市場においては、会社は、協調条件についての共通理解に達し、逸脱行動を首尾よく監視し及び罰することができる。しかし、情報交換無にはそのようなことができないような市場環境であっても、会社は、情報交換により、共謀の結果を達成することができる。それゆえ、情報交換は、市場での透明性を増加させ、市場の複雑さを減少させ、不安定さを緩和し、又は不均斉を補完することで、共謀の結果を促進できる。この文脈において、情報交換の競争上の帰結は、情報交換が行われる市場の当初の特徴（例えば、市場集中度、透明性、安定性、複雑性等）だけでなく、情報交換がこうした特徴を変化させ得るかにも左右される。」）は、同様の記載である。

第4項 小括

以上のように、共同出資会社においては、出資会社間の合意に起因する反競争効果として、潜在的競争減少、競争抑制（共謀）、情報交換を含むスピル・オーバー効果、付随的制限合意及びアクセス制限が挙げられる。

また、こうした反競争効果（特に共謀）の発生可能性又はインパクトを判断する上では、①3要素（重要影響型、利害発生型、情報入手型）、②コスト構造の共通化、③共同出資会社との競争可能性、④提携期間といった要素を考慮することができる。①、③については、出資起因アプローチの考慮要素とも重複する。

以上の検討により、大きな視点の検討は示したものの、共同出資会社は多種多様であるから、こうした合意起因アプローチが協調類型別にどのように考慮されるのか個別に検討するのが有益だと思われる。以下、そうした観点で、検討する。

なお、第2節第3項で述べたとおり、出資会社間の協調関係は、共同出資会社のセオリーオブハームの文脈で検討されるべきものと考えられるが、セオリーオブハーム分析は、全て出資会社間の協調関係の枠組みでとらえられるわけではない。すなわち、出資会社間の協調関係は、出資因果アプローチにせよ、合意因果アプローチにせよ、出資又は合意により、出資会社間の能力又はインセンティブが変化し、これにより両社が協調的な行動を取る可能性があるかという観点から認定される。たとえば、コスト構造の共通化については、出資会社間の合意による構造変化により、両社が価格設定等を協調する可能性が生じるというフローである。

一方で、市場閉鎖のような問題については、協調関係が生じる結果、市場閉鎖という反競争行動を行うおそれがあるというフローになるのではないと思われる。この意味では、市場閉鎖がトリガーとなって協調行動が促進されるというわけではないので、厳密には、協調行動での検討というよりは、協調行動がなされた結果、市場閉鎖が行われるおそれがあるという分析が正確であると思われる。もっとも、こうした反競争効果について、協調関係で認定するか、その枠外のセオリーオブハームとして認定するかは形式的な区別に過ぎないため（結論に影響を与えないため）、本稿では、議論を複雑にしないため、厳密に区別した分析は行っていない。

第4章 協調類型別の考察

第1節 はじめに

企業結合ガイドラインの協調関係との関係で検討される反競争効果には様々な形が存在し、ジョイント・ベンチャーの類型ごとに、反競争効果の特徴も変わる。そのため、本稿では、共同生産、共同販売、共同購入、共同研究、標準化といった代表的な類型に分類して検討する。

第2節 共同生産

第1項 Brodley

1 視点

Brodley は、次のとおり述べる。

「投入物ジョイント・ベンチャーには、親会社の競争者が必要な投入物をジョイント・ベンチャーから得られず、市場から排除されるというリスク（市場閉鎖）がある。しかし、投入物ジョイント・ベンチャーは、親会社が市場支配力を有している場合、共謀の問題も生じさせる¹⁵³。」

Brodley のいうジョイント・ベンチャーとは、一定の条件を満たす、2以上の会社間のオペレーションの統合を指す¹⁵⁴。当該条件とは、「①会社が出資会社による共同支配化にあること、②各出資会社はジョイント・ベンチャーに相当な貢献をしていること、③会社が出資会社とは別の事業法人として存在していること、及び④ジョイント・ベンチャーが新製造能力、新技術、新製品又は新市場への参入の観点から、重要な新しい会社の能力を作出すること」である。

こうした定義からすれば、Brodley は、共同出資会社を念頭に置いて議論をしていると思われる。もっとも、Brodley の記載ぶりからは、出資によって能力又はインセンティブが変化したことをとらえてセオリーオブハームを論じているのか、出資に伴う合意をとらえてセオリーオブハームを論じているのかは、必ずしも明らかではない。下記で挙げられる投入物ジョイント・ベンチャーにおける市場閉鎖、共謀リスクについては、出資による構造変化から生じるともいえるし、合弁合意によって生じるともいえるから、両アプローチを包含するものと考えられると思われる。

なお、投入物ジョイント・ベンチャーについて定義されいない。Brodley が投入物ジョイント・ベンチャーとして挙げている例からすれば¹⁵⁵、当該ジョイント・ベンチャーが投入物を生産した上、川下の出資会社に供給するようなものを想定しているように思われる。

2 市場閉鎖

「共同行為による市場閉鎖は、効率性及び公正性の両方に、脅威を及ぼす¹⁵⁶。市場閉鎖は、競争者となるべき会社による、事業上の競争者を排除し又は差別的に不利に扱うことで、直接に競争条件を制御するための努力である¹⁵⁷。市場閉鎖が必要不可欠でない場合、それは異

¹⁵³ Joseph F. Brodley, Joint Ventures and Antitrust Policy, Harvard Law Review Vol. 95 No.7, 1560 (1982).

¹⁵⁴ Id. 1526.

¹⁵⁵ Id. 1562.

¹⁵⁶ Id. 1564.

¹⁵⁷ Id. 1564.

議の余地のある又は利己的な競争態度である¹⁵⁸。市場支配的な競争者グループ又は市場支配力を有しているグループに必要な投入物をその競争者に提供しないことを許容する唯一の理由は、他の方法でジョイント・ベンチャーによって作り出された効率性を達成できないことである¹⁵⁹。ジョイント・ベンチャーの参加者は、必要性の証明責任を負担する¹⁶⁰。なぜならば、彼らは、競争者を排除しなければならない理由を示す最も適切な地位にあるからである¹⁶¹。」

「結論として、このような投入物ジョイント・ベンチャーのリスクは、(i)ジョイント・ベンチャーが自然独占的であり、又は相当の規模の経済を有し、(ii)親会社の競争者が平等な競争を行うために、ジョイント・ベンチャーの投入物を必要とし、かつ、(iii)親会社が40%以上の市場シェア又は市場支配力を有する場合、注視されることになる¹⁶²。」

こうした市場閉鎖の議論は、Pitofskyのアクセス制限の議論と重なり得るような内容である。Pitofskyは、提携類型別の検討は示していないものの、アクセス制限の議論を本節のような共同生産に係る共同出資会社との関係で検討した場合には、Brodleyと類似の検討になり得ると考えられる。

また、Brodleyの指摘する市場閉鎖は、「出資」→「合意」→「市場閉鎖」という因果（出資起因アプローチ）なのか、「(出資と同時になされる)合意」→「市場閉鎖」という因果（合意起因アプローチ）なのかは、明らかではないが、両方あり得そうである。実務では、出資に伴い、詳細な合弁合意がなされるのが通常であるので、こうした観点では、実際には、合意起因アプローチとして整理されることが多いのではないかと思われる。

3 共謀

「投入物ジョイント・ベンチャーは、親会社への投入物をコントロールすることによって、共謀の道具として機能し得る¹⁶³。共謀は、ジョイント・ベンチャーが親会社の販売量と正比例で使用される、必要不可欠な投入物を親会社に供給する場合に、最も生じやすい¹⁶⁴。親会社がジョイント・ベンチャーから投入物を調達しなければならない場合、ジョイント・ベンチャーからの供給は効果的に親会社の製造販売を制御することになる¹⁶⁵。さらに、ジョイント・ベンチャーの生産レベルを確立する際に、親会社は必然的にその製造販売計画を明かし、かつ、それにより（特に集中した）市場における効果的な競争に必要な不確実性を消滅させことになる¹⁶⁶。親会社が市場支配力を有する場合、かかるジョイント・ベンチャーは、深刻なカルテルリスクを作出する¹⁶⁷。」

¹⁵⁸ Id. 1564.

¹⁵⁹ Id. 1564.

¹⁶⁰ Id. 1564-1565.

¹⁶¹ Id. 1564.

¹⁶² Id. 1564.

¹⁶³ Id. 1560.

¹⁶⁴ Id. 1560.

¹⁶⁵ Id. 1560.

¹⁶⁶ Id. 1560-1561.

¹⁶⁷ Id. 1561.

「また、共謀目的は、ジョイント・ベンチャーから親会社への販売に係る移転価格を制御することによっても達せられ得る¹⁶⁸。高額の移転価格を設定し、かつ、それにより利益のほとんどをジョイント・ベンチャーに留保することで、最終製品市場で価格競争を行う動機が減じられ又は消滅させられる¹⁶⁹。個別に値下げを行う親会社は、最終製品市場における値下げにより生じる収入減の全てを引き受けることになる一方で、ほとんどの経済的利益は他の親会社と配分することになるから、価格カルテル的なアレンジから逸脱する動機が急激に減少する¹⁷⁰。」

「このような投入物ジョイント・ベンチャーのリスクは、(i)ジョイント・ベンチャーが、親会社が比例的に製造販売に用いる投入物を供給し、(ii)親会社は、ジョイント・ベンチャーのアレンジの下で、他の供給源から投入物を調達することを許容されず（又は従前そうした実務が存在せず）、かつ、(iii)親会社が市場支配力を有する競争者又は潜在的競争者である場合、注視されることになる¹⁷¹。」

Brodley の指摘する共謀は、「出資」→「合意」→「共謀」という因果（出資起因アプローチ）なのか、「（出資と同時になされる）合意」→「共謀」という因果（合意起因アプローチ）なのかは、明らかではないが、両方あり得そうである。実務では、出資に伴い、詳細な合弁合意がなされるのが通常であるので、こうした観点では、実際には、合意起因アプローチで考察されることが多いのではないかと思われる。

第2項 ガイドライン

1 米国

米国協調ガイドラインは、次のとおり規定する（para. 3.31(a)）。

「競争者間の提携は、第三者に販売する又は参加者が投入物として使用する製品を共同生産する合意に関わるかもしれない。こうした合意はしばしば競争促進的である。参加者は、提携事業が商品をより効率的に生産できるように又は一参加者のみでは生産できない商品を生産するため、補充的技術、ノウハウ又は他の資産を結合するかもしれない。しかし、生産提携は、販売量若しくは重要資産の使用、製品が提携事業により販売される価格、又はその他競争上センシティブな変数（品質、サービス、販売促進戦略等）の合意に関わるかもしれない。反競争効果の結果を生じさせ得る。そのような合意は、独立の意思決定を限定することにより、又は提携事業若しくは参加者において、一部若しくは全部の生産若しくは重要資産のコントロール、又は本来は独立にコントロールされていたはずの重要な競争変数に係る決定を結合することにより、市場支配力を形成し若しくは増加させ、又はその行使を促進させるかもしれない。そのような合意は、①それぞれの参加者の競争に必要な資産へのコン

¹⁶⁸ Id. 1561.

¹⁶⁹ Id. 1561.

¹⁷⁰ Id. 1561.

¹⁷¹ Id. 1561.

トロールを減じ得、それにより、独立に競争する能力を減じ得、又は②経済的利益を結合することで独立して競争するインセンティブを減じ得る（①及び②両方の場合もある。）」

米国協調ガイドラインは、上記のように、共同生産提携により、独立して競争する能力又はインセンティブを減じるメカニズムに言及している。

2 欧州

EU 水平的協調ガイドラインは次のとおり規定する。

「共謀的結果の可能性は、当事者の市場支配力及び関連市場の特徴による。共謀的結果は、（それら以外から生じることもあるが）特に生産提携によってもたらされる、コスト共通化又は情報交換から生じる。」（Para. 175）

「生産提携がコスト共通化（当事者が共通に有する可変コストの割合）を、当事者が共謀することができる水準にまで高める場合、市場支配力を有する当事者間の生産提携は競争制限的な効果を有する。関連するコストは、生産提携の当事者が競争する製品の可変コストである。」（Para. 176）

「当事者が既に高い割合の可変コストを共通化している場合、生産提携は、共謀的結果の可能性をより高める。なぜならば、提携による追加の増分により、状況が共謀の結果に振れ得るからである。逆に、当該増分が大きければ、当初のコスト共通化の水準が低くとも、共謀的結果のリスクは高まる。」（Para. 177）

「コスト共通化は、生産コストが関係する可変コストの大部分を占める場合にのみ、共謀的結果のリスクを増大させる。たとえば、製品販売に多額の費用を要する場合は、そうではない。そのような製品販売に多額の費用を要する場合の例としては、高額の販売促進費用や運送費を有するような新製品や非同質的な製品が挙げられる。」（Para. 178）

「コスト共通化が共謀的結果につながる別のケースは、当事者が川下市場で競争する最終製品の可変コストの大部分に相当する中間製品の共同生産を合意するという場合である。当事者は生産提携を利用し、自身の製品に製造に必要な原材料を値上げできる。これは川下市場での競争を弱め、かつ、最終製品の値上げにつながり得る。利益は、川下から川上にシフトし、ジョイント・ベンチャーを通じて当事者間で分配される。」（Para. 179）

「同様に、コスト共通化は、委託者が受託者から購入する原材料が、両者が競合する最終製品の可変費用の大部分を占める場合、水平的な業務委託の反競争リスクを増加させる。」（Para. 180）¹⁷²

「情報交換から生じる負の効果は、それ自体を切り離すのではなく、提携の全体への影響の観点で評価する。生産提携は、それが共謀的結果や反競争的な市場閉鎖につながるような商業戦略上の情報交換に関わる場合、競争制限的な効果を生じる。」（Para. 181）

¹⁷² コスト構造の共通化について、(a)コスト構造が共通化される商品が当該市場において占める割合（市場シェア）が高く、かつ、(b)共通化するコストの販売価格に占める割合が高い場合に、競争制限効果が生じやすいという指摘がある（泉水・前掲注(149)254頁）。EU 水平的協調ガイドラインの Para. 180 と同様の指摘である。

「情報交換が生産提携の対象製品の共同生産に必要なデータの共有を超えなければ、たとえ情報交換が TFEU101(1)の競争制限効果を有したとしても、同(3)の例外要件を満たす可能性が、共同生産に必要なデータの共有を超えたケースより、高い。このケースにおいて、共同生産に紐づく効率性の獲得は、当事者の行動の協調という競争制限効果を上回り得る。逆に、生産提携の文脈において、共同生産に必要なデータのないデータの共有、たとえば価格や販売に関する情報の共有は、TFEU101(3)の例外要件を満たす可能性は低い。」 (Para. 182)

上記のとおり、EU 水平的協調ガイドラインは、コスト共通化について、可変コストに着目して、可変コストの共通化の度合いが大きければ大きいほど、反競争的なリスクが生じやすいと説明している。また、当該製品だけではなく、中間製品を共同生産する場合等でも、反競争効果が生じるとしている。情報交換については、前記第 3 章の整理を共同生産の文脈にあてはめただけであり、特に新しい指摘はない。

3 日本

業務提携報告書は、「生産提携は、提携当事者間で対象商品の仕様や生産方法、数量等の条件を決定した上で実施される場所、コスト、数量、品質等の重要な競争手段に係る意思決定が一体化される懸念がある。特に、提携により供給される対象が完成品に近くなるほど、また、供給量が全量に近くなるほど、品質やコストといった重要な競争手段に係る意思決定が一体化される程度は強まる。なお、提携当事者の生産・供給余力が限られている場合は、当該数量を提携当事者間で割り当てることになるところ、これは、販売市場における供給数量の調整にもなり得る。」

「また、原価や数量等の競争上重要な情報が、生産提携実施時に必要的に交換・共有され得るため、これらが販売部門等に共有されないよう情報遮断措置等を講ずる必要がある。また、コストの共通化割合(製品の単位当たりの製造コストに占める共通化される部分の割合)と“生産量全体に占める共同生産される製品の割合”を掛け合わせたもの)が高くなり、提携当事者間の行動が予測しやすくなる場合は、協調的な行動が助長されやすくなる。」とする。(別紙 5-1)

これは、情報交換及びコスト構造の共通化に関する記述である。同ガイドラインにない(より洗練された)視点として、①提携により供給される対象が完成品に近くなるほど、また、供給量が全量に近くなるほど、品質やコストといった重要な競争手段に係る意思決定が一体化される程度は強まること¹⁷³、②提携当事者の生産・供給余力が限られている場合、当該数量を提携当事者間で割り当てることになり、これが、販売市場における供給数量の調整にもなり得ること、③コストの共通化割合について、「製品の単位当たりの製造コストに占

¹⁷³ EU 水平的協調ガイドラインは、当事者が川下市場で競争する最終製品の可変コストの大部分に相当する中間製品の共同生産を合意するというケースを挙げているので、同様の視点は持っていると思われるが、業務提携報告書の記載の方がより明確な視点を示しているように思われる。

める共通化される部分の割合」×「生産量全体に占める共同生産される製品の割合」という定量的な分析を加えていることが挙げられる。

第3項 事例

1 平成22年度主要な企業結合事例1「ビーエイチピー・ブリトン・ピーエルシー及びビーエイチピー・ブリトン・リミテッド並びにリオ・ティント・ピーエルシー及びリオ・ティント・リミテッドによる鉄鉱石の生産ジョイント・ベンチャーの設立」

事案の内容は次のとおりである。「本件は、鉄鉱石などの採掘及び販売に係る事業を営むビーエイチピー・ブリトン・ピーエルシー及びビーエイチピー・ブリトン・リミテッド（以下「BHPブリトン」という。）並びにリオ・ティント・ピーエルシー及びリオ・ティント・リミテッド（以下「リオ・ティント」という。）が、西オーストラリアにおける鉄鉱石の生産ジョイント・ベンチャー（以下「本件JV」という。）の設立を計画したものである。…本件JVでは、BHPブリトン及びリオ・ティントの西オーストラリアにおける鉄鉱石の生産事業について、両当事会社の出資により設立された管理会社に管理運営を委託する仕組みとなっている。また、生産能力の拡張については、投資額が2億5000万米ドルを超える場合、一方の当事会社が当該生産能力の拡張を希望し、他方の当事会社が希望しないときは、一方の当事会社が単独で生産能力の拡張を行うこと（以下「単独拡張」という。）が可能である。本件JVにより生産された鉄鉱石は、大要、次の①～④の方法に従って各当事会社に配分される。

- ① 管理会社は、銘柄ごとに、各期（6か月間）の最大生産能力の見積りを両当事会社に通知
- ② 各当事会社は、①の管理会社からの通知を受けて、当該期間に引受けを希望する銘柄ごとの最大生産能力に対する割合を管理会社に通知
- ③ 管理会社は、②の各当事会社からの通知に基づき、一定のルール（両当事会社がともに最大生産能力の50%以上の引受けを希望する場合には、最大生産能力の50%ずつを配分する等）に従って銘柄ごとの鉄鉱石を各当事会社に配分
- ④ 各当事会社への配分比率にかかわらず、各当事会社は生産に要する費用を50%ずつ負担」

こうした事案の下で、公正取引委員会は、「本件JVのスキームでは、各当事会社の各期（6か月）の引受量は、各期の開始時点で決定される。このため、各当事会社は、6か月間の引受量を所与の引受量以上に増加することができず、かつ、相手の引受量も所与の引受量以上に増加することができないことを相互に認識することになる。これまでは、ユーザーに対する価格交渉に際して、一方の当事会社がユーザーに対し強硬に値上げを主張する一方で、他方の当事会社がそれに同調せず、需要者の求めに応じて供給量を増加させるといった行動がみられたが、本件JVの設立により、このような行動は困難になるものと考えられ

る。」「本件 J V の設立に伴い、両当事会社は同じ銘柄の鉄鉱石を割り当てられることとなることから、両当事会社の間での品質競争が行われなくなると考えられる。また、両当事会社は同じ銘柄の鉄鉱石を販売することから、インデックス方式（特定の市場における取引価格を指数化した指標〔インデックス〕を用いて鉄鉱石の価格を決定する方式。以下同じ。）の下でどのような価格計算方法を用いるべきかについて、両当事会社での利害が一致し、本件 J V 設立前と比較して、各当事会社が競争的な販売行動を採るインセンティブが著しく減退すると考えられる。」「本件 J V の設立により、両当事会社の塊鉱と粉鉱に係る生産活動の全てが統合されることとなること、販売事業についての総費用のうち多くの割合を占める生産費用が完全に共通化し、両当事会社の鉄鉱石事業の費用構造の大部分が共通化する。このため、両当事会社が望ましいと考える価格水準が一致しやすくなると考えられ、インデックス方式の下でどのような価格計算方法を用いるべきかについて、両当事会社の利害が一致し、本件 J V 設立前と比較して、各当事会社が競争的な行動を採るインセンティブが著しく減退すると考えられる。」とした上、「本件 J V の設立により、販売面において各当事会社が競争的な行動を採るインセンティブが著しく減退すると考えられる」と認定する。

本件については、公正取引委員会の担当者から、「この生産ジョイント・ベンチャーの仕組みでは、6 か月ごとの両会社、BHP ビリトンとリオ・ティントの相互の生産量がお互いにほぼ分かってしまう仕組みになっておりまして、かつ別々に生産していたのと違しまして、鉄鉱石のブレンドを行って品質を統一するというのも予定されているものですから、品質競争や品質の相違を価格に反映する上での算定方法における競争がなくなってしまう。さらには、販売における最大の費用であります生産費用が共通化することによりまして、鉄鉱石事業の費用構造の大部分が共通化してしまいます。両会社は、販売面に競争が残っていると主張しますけれども、販売競争できる余地がほとんどないことから、競争的な行動が販売面においてとられにくいということを認定しました。」として、「協調関係」が認められるから、「BHP ビリトンとリオ・ティントは一体として事業活動を行う」と認定されたと説明がなされている¹⁷⁴。

¹⁷⁴ 「今回は生産ジョイント・ベンチャーということでございますので、当事会社の方は生産を統一するだけで販売は別々に行うので、競争への影響は小さいということを主張してきておりますけれども、通常の企業結合の審査の一つ前の段階として、生産ジョイント・ベンチャーの設立が販売面において本当に影響がないのか、販売面が協調的になるのかということをもまず審査したわけでございます。そこで、生産能力の拡張面と、6 か月ごとの供給量の決定面とか販売面といったもので、競争的行動をとるインセンティブが残るのかどうかということを見たわけでございます。一例を挙げますと、生産はジョイント・ベンチャーで共通して行いますが、各種の情報遮断措置を採りまして、販売は別々にして競争を維持する仕組みであるというスキームを提案されたわけでございます。この生産ジョイント・ベンチャーの仕組みでは、6 か月ごとの両会社、BHP ビリトンとリオ・ティントの相互の生産量がお互いにほぼ分かってしまう仕組みになっておりまして、かつ別々に生産していたのと違しまして、鉄鉱石のブレンドを行って品質を統一するというのも予定されているものですから、品質競争や品質の相違を価格に反映する上での算定方法における競争がなくなってしまう。さらには、販売における最大の費用であります生産費用が共通化することによりまして、鉄鉱石事業の費用構造の大部分が共通化してしまいます。両会社は、販売面に競争が残っていると主張しますけれども、販売競争できる余地がほとんどないことから、競争的な行動が販売面においてとられにくいということを認定しました。その他、生産能力拡張面とか供給量の決定面につき

本件では、原材料の共同生産に係る共同出資会社の設立により、①互いの生産計画が判明すること、②両出資会社が販売する鉄鉱石の品質が統一されること、かつ、③コスト構造の大部分が共通化することから、競争インセンティブが減少し、出資会社間の協調関係が生じると認定されている。

このうち、③コスト構造の共通化は、(合弁契約等による)合意により作出された事業内容等の共同出資会社の構造により原材料の費用が共通化する等し、その結果、出資会社が協調して反競争的な行動をする可能性が高まったという意味で、合意起因アプローチから整理される。また、生産計画の判明や鉄鉱石の品質の統一も出資ではなく合弁合意によって設計されたものであるから、本件では、合意起因アプローチから、協調関係が認定されていると評価できる。

また、①及び②も、合意により、生産計画が判明し又は鉄鉱石の品質が統一されることになり、その結果、その結果、出資会社が協調して反競争的な行動をする可能性が高まったという意味で、③と同様に、合意起因アプローチから整理することができる。

2 平成22年度主要な企業結合事例3「旭化成ケミカルズ(株)と三菱化学(株)による水島地区におけるエチレン等製造事業の統合」

同事例に係る事案の内容は次のとおりである。「本件は、化学品の製造販売事業を営む旭化成ケミカルズ株式会社...と、同事業を営む三菱化学株式会社...が、共同出資により有限責任事業組合(以下「本件組合」という。)を設立することによって、両社がそれぞれ水島地区において行っているエチレン等の石油化学基礎製品の製造事業を本件組合において一体化することを計画したものである(当事会社は、本件行為後においても、石油化学基礎製品の販売事業をそれぞれ独自に行うこととしている。)」

こうした事案の下で、公正取引委員会は、生産ジョイント・ベンチャーが販売で協調することを問題とし、協調関係を検討した。「両当事会社が、誘導品の原料となる石油化学基礎製品の製造を本件組合を通じて一体化することにより、誘導品の市場において当事会社グループ間に協調関係が生じるおそれがある。しかしながら、本件行為によって共通化すると考えられる誘導品の原料の製造コストは、両当事会社グループが製造販売する誘導品の製造コストの一部を占めるにすぎず、直ちに、誘導品の価格にまで反映されるおそれは低いと考えられる。また、両当事会社が本件組合の運営を通じて得ることとなる情報から、両当事会社グループがお互いの誘導品事業の内容を推測することは困難であると考えられる。し

ましても、それぞれ認定を行いまして、このジョイント・ベンチャーの設立により競争的な行動をとるインセンティブが減退し、両当事会社間はその協調関係、つまり同じような事業行動をとることになると判断いたしました。したがって、いろいろと考えられた仕組みではございますけれども、両者、BHP ビリトンとリオ・ティントは一体として事業活動を行うとみまして、競争に及ぼす影響を評価することが適当であるとなります。」(独占禁止懇話会第189回会合議事録19頁〔小林企業結合課長発言〕)(筆者注：議事録上、小林企業結合課長の名前の記載がないため、姓のみ記載した。)

たがって、本件行為により、誘導品市場における当事会社グループ間に協調関係が生じることとはならない」と認定する。

本決定は、生産ジョイント・ベンチャーの事案であり、原材料のコスト構造が共通化されることで、川下市場での共謀がなされることが懸念されたものである。しかし、コスト構造の共通化の程度が低い等、最終製品の戦略的な情報の共有の可能性が低いことが考慮され、結論として、協調関係を否定している。ここでも、コスト構造の共通化は、出資会社間の協調関係との関係で検討されている。また、情報交換についても、出資会社間の協調関係との関係で検討されている。コスト構造の共通化については、合意起因アプローチから、また、報共有については、出資因果、合意因果の両アプローチいずれからも整理できると思われる。

3 勧告審決昭和 50・12・11 審決集 22 巻 101 頁（日本油脂事件）

本審決では、日本油脂株式会社ほか 5 社の計 6 社が、共同出資で設立した四国アンホ（当初は 6 社の出資だったが事後に 3 社出資に変更）を通じて、四国向けの硝安油剤爆薬の製造販売を行うこととし、四国アンホが、原則として、当該 6 社以外に硝安油剤爆薬を販売しないことなどを約束したものである。市場閉鎖による反競争効果が問題になったとの整理も可能だと思われる。

すなわち、四国アンホのストラクチャーに関与した 6 社の硝安油剤爆薬の合計販売量は日本における総販売量のほとんどを占めているところ、四国アンホに四国地方での需要に係る製造販売を行わせることとした上、四国アンホは、原則として、6 社以外に、硝安油剤爆薬を販売しないこととした。こうした行為により、6 社以外の者は、四国アンホから、硝安油剤爆薬を購入できず、硝安油剤爆薬を販売市場から締め出されてしまう。こうした状況が市場閉鎖にあたり得る。

こうした市場閉鎖は、出資自体というよりは（出資と同時になされる）販売制限に係る仕組みについての合意により生じるものであるから、「出資」→「合意」という因果ではなく（出資起因アプローチ）、出資と同時になされる合意（合意起因アプローチ）から説明した方が分かりやすいと思われる。

4 相談事例集

相談事例集中、生産提携に関する事例を下記に挙げた。相談事例は、企業結合にあたらぬ業務提携に関する分析を示すであり、結合規制とは異なる視点で分析がされている。もっとも、これまでの分析のとおり、企業結合にあたらぬ業務提携での考慮要素（合意起因アプローチによる検討）が、企業結合（共同出資会社）でも考慮されることがあり得るため、検討する価値があると思われる。

事例	判断等
----	-----

<p>令和3年度相談事例2「窯業製品メーカーの競争者間における相互 OEM 供給」</p>	<p>「イ（ア） 2社は、本件取組の開始後においても、それぞれ独自に本件製品を販売し、互いに販売価格、販売数量、取引先等には一切関与しない。</p> <p>また、本件製品の製造コストに関しては、2社の本件製品に係る製造工場はいずれも1か所のみであるところ、2社は、本件取組の対象となる本件製品を各自で製造し、うち等量の一定数量を物々交換の方法で相手方に引き渡すこととしているため、本件取組が行われても、基本的に5地域において供給される2社の本件製品の製造コストの額に変化が生じることはなく、当該製造コストが共通化することにもならない。そして、本件製品の供給に要するコストの面で本件取組によって変動が生じるのは、運送費、すなわち、2社の工場からそれぞれの物流拠点までの運送に係る費用であるが、2社は当該運送を各自で行うため、運送費が2社間で共通化することもない。</p> <p>加えて、2社の工場には供給余力が十分ある。</p> <p>（イ） 本件取組の際、2社は互いの本件製品に係る製造コスト及び運送費に関して情報交換を行うことはしないので、本件取組の実施に伴ってこれらのコストに関する情報が2社間で共有されることにはならない。また、相手の工場に取りに行き自社の物流拠点に運ぶので、お互いの納入先や納入価格等は分からない。</p> <p>（ウ） 以上のことからすると、本件取組が行われても、本件製品の製造販売を巡る競争は制限されない。</p> <p>ウ 本件取組においては、2社間でそれぞれの事業活動を一方的又は相互に制約・拘束する取決めは、特段行われぬ。</p> <p>エ したがって、本件取組は、一定の取引分野における競争を実質的に制限するものではなく、独占禁止法上問題となるものではない。」</p> <p>（分析）</p> <p>本件の対応では、提携合意によっても、製造コスト、物流コストが共通化せず、コスト構造が共通化しないと認定されている。これは、これまで述べたコスト構造の共通化の視点である。</p>
---	--

	<p>2社の工場に供給余力があるかという点については、上記第2項で指摘した「提携当事者の生産・供給余力が限られている場合は、当該数量を提携当事者間で割り当てることになる」との観点での検討である。</p> <p>最後に、本提携により、競争上の機微情報の交換がなされないことも認定されている。</p>
<p>令和3年度相談事例3「容器メーカーによる競争者に対する容器の一部のOEM供給」</p>	<p>「イ（ア） 2社の容器Aの販売分野における合計市場シェアは約50パーセントであるものの、他に約30パーセントのシェアを有する有力な競争者が存在し、隣接市場からの競争圧力もある。</p> <p>（イ） 2社は、本件取組の開始後においても、それぞれ独自に容器Aを販売し、互いに販売価格、販売数量、取引先等には一切関与しない。</p> <p>また、本件取組により、Y社がOEM供給を受ける容器Aの数量等に関する情報がX社にも共有されることになるが、X社は、社内での情報遮断措置の対策を講じる。</p> <p>（ウ） 以上のことからすると、本件取組が行われても、容器Aの販売を巡る競争は制限されない。</p> <p>ウ また、本件取組においては、2社の間でそれぞれの事業活動を一方的又は相互に制約・拘束する取決めは、特段行われない。</p> <p>エ 以上によれば、本件取組は、一定の取引分野における競争を実質的に制限するものではなく、独占禁止法上問題となるものではない。」</p> <p>(分析)</p> <p>本件では、情報遮断措置を取ることで、提携合意の遂行過程で生じ得る情報交換による反競争効果を減殺できることを示す点で意義がある。市場シェア、競争圧力についての分析もなされているが、これは、本稿がテーマとする企業結合規制においても、セオリーオブハームを考慮する上で、当然の考慮要素になる。</p>
<p>令和2年度相談事例5「工作機械に係る消耗品のメ</p>	<p>「イ(ア) 2社は、本件取組の開始後においても、それぞれ独自に商品 a1 を販売し、互いに販売価格、販売数量、販売先等</p>

一カーによる競争者に対する半製品の全量供給」

には一切関与しないため、本件取組によって商品 a1 に係る 2 社間の競争が減殺されることにはならない。

また、本件取組によって 2 社間の商品 a1 の製造における特定半製品に関する費用が共通化するものの、その割合は約 15 パーセント程度にすぎない上に、商品 a1 の場合、第 2 工程における特定半製品の加工の仕方によって完成品の形状や性能が大きく異なっており、当該加工によって商品の差別化が図られているため、コスト削減の面での当該費用の共通化に係る競争手段としての重要性は、それほど高いものではないと認められる。

このため、本件取組が行われても、2 社間で商品 a1 の重要な競争手段に係る意思決定の一体化が図られることにはならない。

(イ) 本件取組は、特定半製品の製造コストに関する情報及び Y 社が購入する特定半製品の数量に関する情報が 2 社間で共有されることになるので、商品 a1 の製造販売に関して、2 社が相互の行動を予測しやすくなるという面がある。

しかし、本件取組の対象となるのは、商品 a1 の製造工程のうちの特定制品の製造に係る第 1 工程のみであり、第 2 工程においては、2 社が別々に製造を行うこととされている。そして、商品 a1 の場合、第 2 工程での加工による商品差別化の程度が大きく、品質等の販売条件について 2 社間で競争する余地が大きい。

このため、本件取組が行われても、2 社が互いに協調して行動するようにはならないと認められる。

(ウ) 以上のことからすると、本件取組が行われても、2 社間で商品 a1 の製造販売を巡る競争は制限されない。」

(分析)

本件では、提携合意の遂行過程で情報交換がなされないこと、コスト構造の共通化がなされないことが分析されている。

コスト構造の共通化について、「製品の単位当たりの製造コストに占める共通化される部分の割合」×「生産量全体に占める共同生産される製品の割合」という枠組みを前提とした評価がなされている。こうした評価は、企業結合規制の文脈、具

	<p>体的には、出資会社間の協調関係での分析でも、行うことができるため、参考になる。</p>
<p>令和元年度相談事例 2 「空調設備メーカーの競争者間における相互 OEM 供給」</p>	<p>「イ 本件取組の場合、相互 OEM 供給の開始後の 2 社の市場シェアの合計は、約 11 パーセントと小さい。また、X 社からみた相互 OEM 供給の開始に伴う市場シェアの増分は、約 1 ポイントにすぎない。さらに、2 社の市場シェアの順位については、X 社は第 3 位と中位にあるが、Y 社は第 5 位と低く、相互 OEM 供給によって X 社の順位が上昇することもない。</p> <p>ウ 空調設備 A の製造販売分野において、2 社間の競争や 2 社の行動が市場全体の競争を牽引してきたという状況が認められる場合であって、本件取組によってこうした状況が期待できなくなるときには、本件取組が競争に及ぼす影響は大きなものとなる。しかし、本件取組に関しては、そのような状況の存在は、特に認められない。</p> <p>また、2 社は、本件取組の開始後においても、それぞれ独自に空調設備 A を販売し、互いに販売価格、販売数量、販売先等には一切関与しないため、本件取組によって 2 社間の競争がなくなるというものでもない。</p> <p>エ 2 社と同等以上の市場シェアを有する競争者としては、市場シェア約 55 パーセント(第 1 位)の P 社、市場シェア約 25 パーセント(第 2 位)の Q 社が存在している。</p> <p>オ これらの点に鑑みれば、本件取組が空調設備 A の製造販売分野における競争に与える影響は、小さいといえる。</p> <p>カ したがって、本件取組は、一定の取引分野における競争を実質的に制限するものではなく、独占禁止法上問題となるものではない。」</p> <p>(分析)</p> <p>提携合意の遂行過程で情報交換がなされないこと、市場シェア等が考慮されているが、特に目新しい分析は見当たらない。</p>
<p>令和元年度相談事例 3 「建設工事用の接着剤の</p>	<p>「イ A1-1 式接着剤以外の A 工法用の接着剤(以下「その他の A 工法用接着剤」という。)の市場シェアは、約 80 パーセントに上る。このため、X 社及び Z 社が販売する A1-1 式接</p>

<p>メーカーによる競争者に対する全量製造委託」</p>	<p>着剤に対しては、その他の A 工法用接着剤からの競争圧力が働くと認められる。</p> <p>ウ 加えて、本件製造委託における秘密保持契約によって、Y 社が A1-1 式接着剤の製造を受託する X 社及び Z 社の情報は両者の間で遮断され、X 社と Z 社は、本件製造委託後においても、従来どおり、それぞれ独自に A1-1 式接着剤の販売活動を行うこととされている。</p> <p>エ 以上によれば、本件取組は、一定の取引分野における競争を実質的に制限するものではなく、独占禁止法上問題となるものではない。」</p> <p>(分析)</p> <p>提携合意の遂行過程で情報交換がなされないこと、市場シェア等が考慮されているが、特に目新しい分析は見当たらない。</p>
<p>平成 29 年度相談事例 10 「競合する建設資材メーカーからの製品及び半製品の供給」</p>	<p>「本件取組は、X 社が競争者である Y 社に対して建設資材 A 及び半製品 α を供給するものであるところ、甲ブロックにおける 2 社の合算市場シェアは、建設資材 A の製造販売市場において約 50 パーセント、建設資材 B の製造販売市場において約 40 パーセントであり、本件取組により、Y 社の製造コストに占める X 社からの調達割合は、建設資材 A が約 90 パーセント、建設資材 B が約 50 パーセントとなるが、</p> <p>① 2 社は、本件取組後においても、建設資材 A 及び建設資材 B の販売自体はそれぞれ独立して行い、互いに販売価格、販売数量、販売先等には一切関与しないこと</p> <p>② 建設資材 A の製造販売市場については、有力な競争者が複数存在すること</p> <p>③ 建設資材 B の製造販売市場については、本件取組後の Y 社の製造コストに占める X 社からの調達の割合は約 50 パーセントとなり 2 社間において一定の価格競争の余地があることに加え、有力な競争者が複数存在すること</p> <p>から、甲ブロックにおける建設資材 A 及び建設資材 B の各製造販売分野における競争を実質的に制限するものではなく、独占禁止法上問題となるものではない。」</p>

	<p>(分析)</p> <p>提携合意の遂行過程で情報交換がなされないこと、市場シェア、競争圧力が考慮されているが、これらは目新しい分析ではない。</p> <p>一方で、コスト共通化について、建設資材 B について約 50% を競争者から調達することについて、競争圧力等も勘案して許容している点は、興味深い。</p>
<p>平成 28 年度相談事例 5 「競合するメーカーによる原料の相互供給」</p>	<p>「本件は、今後、我が国の部材 A の製造販売分野において非常に高いシェアを占める可能性のある 2 社による取組であって、想定される部材 A の販売価格に占める原材料 α の製造に要する費用の割合は相当程度大きくなる可能性がある。</p> <p>ア 工場の被災、事故等の緊急時に原料 α が不足する場合の相互供給は、継続的・恒常的な取組ではなく、原料 α の製造能力が復旧するまでの間の不足分を供給するものであり、部材 A の販売価格や販売数量には相互に一切関与しないことから、我が国の部材 A の製造販売分野における競争を実質的に制限するものではなく、独占禁止法上問題となるものではない。</p> <p>イ 他方、上記以外で原料 α が不足する場合の相互供給は、現時点において部材 A の市場が確立しておらず、部材 A の代替品、輸入品等についての情報が得られないことから、独占禁止法上の問題の有無を判断することは困難である。」</p> <p>(分析)</p> <p>本件は、提携合意によって作出されるコスト構造の共通化が相当大きい場合でも、工場の被災、事故等の緊急時等例外的な場合には、独占禁止法上の問題が生じないとしている点が、注目される。ただ、本稿がテーマとする企業結合の場合には、被災、事故の救済のための一時的な結合は通常はないと思われる。この意味では、企業結合規制との関係ではあまり参考にはならない。</p>
<p>平成 26 年度相談事例 8 「加工製品メーカーによる」</p>	<p>「本件は、競合する加工製品 A メーカー 2 社の間において、X 社が、製造設備を削減し、Y 社から削減分の OEM 供給を受けるものであるが、</p>

<p>る製造設備の削減及び削減分の OEM 供給」</p>	<p>[1] 我が国の加工製品 A の販売数量における 2 社の合算シェアは約 20 パーセントであり、他に多数の有力な競争事業者が存在すること</p> <p>[2] X 社の加工製品 A の販売数量に占める OEM 供給量の割合は約 10 パーセントであり、製造コストの共通化による影響は小さいこと</p> <p>[3] 2 社は、本件取組後もそれぞれ独自に加工製品 A を販売し、互いに販売価格、販売数量、販売先等には一切関与しないこと</p> <p>[4] 本件取組は、2 社の製造の効率化を図り、製造コストの削減効果を有すること</p> <p>から、我が国の加工製品 A の製造販売分野における競争を実質的に制限するものではなく、独占禁止法上問題となるものではない。」</p> <p>(分析)</p> <p>本件では、OEM 供給量の割合は約 10 パーセントであり、製造コストの共通化による影響は小さいと認定されており、参考になる。</p>
<p>平成 24 年度相談事例 4 「加工製品販売業者と加工業者との間におけるコスト分析情報の共有等」</p>	<p>「本件は、</p> <p>[1] 同一系列内の加工業者間での取組であること</p> <p>[2] 原材料 α の購入費についての情報交換は行わないため、本件取組によって情報交換されるのは、加工製品 A のコストの一部に関するものととどまること</p> <p>[3] 有力な加工製品 A の製造販売業者が複数存在しており、X 社の系列加工業者のシェアは約 12 パーセント、第 5 位にとどまっていること</p> <p>から、加工製品 A の販売分野における競争を実質的に制限することとはならないため、独占禁止法上問題となるものではない。」</p> <p>(分析)</p> <p>いずれも上記で検討した内容と重複し、目新しい分析は見当たらない。</p>

<p>平成 19 年度相談事例 2 「競合する建築資材メーカー間の相互 OEM 供給」</p>	<p>「本件取組により、建設資材 A の OEM 供給分については、契約当事者間で生産数量等の情報が共有化され、相互に製造設備の利用制限を課すことになり、また、建築資材 A の総原価の相当の部分占める製造コストが共通化されることになるが、</p> <p>ア X 社及び Y 社は、従来どおり独自に販売を行い、互いに販売価格や販売先等には一切関与しないとしている</p> <p>イ X 社及び Y 社が相互に OEM 供給する数量は、それぞれ自社の生産数量の約 3 パーセントないし約 6 パーセント程度にすぎず、製造コストの共通化により販売市場に与える影響は小さいと考えられる</p> <p>ウ X 社及び Y 社の工場の年間稼働率によれば、OEM 供給を行ったとしても十分な生産余力があることから、本件取組が、生産数量に関する調整を行うための手段に利用されるおそれは小さいと考えられる</p> <p>エ 建設資材 A の製造販売市場については、X 社及び Y 社以外に有力な競争事業者が複数存在する</p> <p>オ 建築資材 A の製造販売市場への参入は容易であると認められる</p> <p>ことから、本件取組により、我が国における建築資材 A の製造販売市場における競争が実質的に制限される状況が生じるとは認められない。」</p> <p>(分析)</p> <p>いずれも上記で検討した内容と重複し、目新しい分析は見当たらない。</p>
<p>平成 17 年度相談事例 7 「競合する電子部品メーカー間の部品の供給」</p>	<p>「(1) 本件の対象製品は、部品 X のみであるが、部品 X が単体で販売されることはなく、部品 Y と組み合わせた電子部品甲として販売されることから、本件では、電子部品甲の販売における競争に及ぼす影響について検討する。</p> <p>(2) 一般に、競争事業者間における部品の供給が直ちに独占禁止法上問題となるものではない。但し、当事者間で製造に係る情報が共有されることで価格や供給量、販売先の調整がなされたり、一方当事者と競争関係にある事業者との間の部品の購入や供給契約の締結等について他方当事者に制限を課す</p>

などして、当該製品の販売市場における競争が減殺される場合には、不当な取引制限（独占禁止法第 3 条）又は不公正な取引方法（第 13 項・拘束条件付取引）として問題となるおそれがある。

(3) 電子部品甲の販売市場は、当事会社を含めた 5 社のみが供給する寡占市場である。このような状況で、本件部品の供給が実施されることにより、A 社及び B 社の間で部品 X に係る情報が共有され、さらに B 社における部品 X の供給能力が限界に達するおそれもあることから、両社間において価格や生産数量の調整を容易にすることが懸念される。

(4) 本件部品の供給により、A 社の電子部品甲の販売価格のうち、B 社から供給を受ける部品 X の購入価格が占める割合は 60%にのぼることから、両社間において電子部品甲の販売価格の調整等を容易にすることも懸念される。しかし、A 社が販売する電子部品甲に用いる部品 X のうち、B 社から供給を受ける数量の割合は 15%にとどまり、残りの部分については何ら B 社からの影響を受けるものではない。

また、電子部品甲は、最終製品であるデジタル家電機器乙に用いられるところ、デジタル家電機器乙においては、同等の機能を有するデジタル家電機器丙や丁との間で、性能や価格等における熾烈な競争が行われている状況にある。

さらに、A 社及び B 社は、互いに販売価格や取引先などには一切関与せず、また他社から部品を購入したり、他社との部品の供給契約を結ぶことについて制限を課すものではない。

(5) また、本件部品の供給により、A 社は自社の追加投資を要せずに供給量を増加させることができ、B 社においても自社工場の稼働率の向上が見込めることから、両社のコスト削減効果が、最終的にデジタル家電機器乙の価格の低下につながるなど、消費者利益の向上も期待される。

(6) 以上の状況を勘案すれば、本件部品の供給によって電子部品甲の販売に係る公正な競争が阻害されるおそれがあるとは認められず、直ちに独占禁止法上問題になるものではない。

但し、本件部品の供給を契機として、両社間で電子部品甲の生産数量の調整等の競争回避的な行為がなされる場合には、独占禁止法上問題となるおそれがある。」

	<p>(分析)</p> <p>コスト構造の共通化について、「製品の単位当たりの製造コストに占める共通化される部分の割合」×「生産量全体に占める共同生産される製品の割合」という枠組みを前提とした評価がなされている。前者が60%で後者が15%の場合（乗じると9%）に、他の事情と総合考慮した上、独占禁止法上の問題がないものとした。</p> <p>こうした他の事情のうち、両社のコスト削減効果による消費者利益の向上に言及したことが注目される。反競争効果の減殺効果として取り扱われているものと思われるが、こうした効果は企業結合規制でも考慮し得るとと思われる。但し、企業結合規制においては、一度、競争の実質的制限が認定されてしまうと、これを覆す要素にはならないというのが通常理解だと思われる。</p>
<p>平成 13 年度相談事例 7 「食品の原材料メーカーの相互的 OEM 供給」</p>	<p>「相談の場合において、A 社と B 社（以下「2 社」という。）は 5 割弱のシェアを有し、甲製品について相互に OEM 供給を行うことにより、製造コストなど企業活動を行う上で重要な情報を互いに知り得ることになるが、</p> <p>ア 2 社が相互に OEM 供給する数量は、それぞれ自社販売数量の数%ないし 10%程度にすぎず、コストの共通化によって販売分野での競争が減殺されるおそれは小さいこと</p> <p>イ 2 社は、従来どおり独自に販売を行い、互いに販売価格や取引先などには一切関与しないとしていること</p> <p>ウ 甲製品市場については、有力な競争事業者が複数存在していること</p> <p>エ 仮に相互に OEM 供給を行うことにより、生産能力を上回ることになれば、2 社の間において生産数量の調整を行う必要が生じ、競争を制限するおそれがあるが、相談の場合においては、2 社において甲製品の製造を受託できる生産余力があり、生産能力を上回ることはないこと</p> <p>から、2 社が相互に OEM 供給を行うことは直ちに甲製品の販売分野における競争を実質的に制限するものとはいえず、独占禁止法上問題ないと考えられる。」</p>

	<p>(分析)</p> <p>いずれも上記で検討した内容と重複し、目新しい分析は見当たらない。</p>
--	---

第4項 小括

以上をまとめると、共同生産においては、生産計画等の情報交換による共謀、(投入物閉鎖の形での)市場閉鎖も問題になるが、特に、提携合意により作出されるコスト構造の共通化からの検討が特徴的である。

コスト構造の共通化については、EU 水平的協調ガイドラインでも言及されているが、日本の業務提携報告書の分析は、これに比較しても、洗練されているように思われる。

第3節 共同販売

第1項 Brodley

ア 概要

Brodley は、次のとおり述べる。

「親会社にジョイント・ベンチャーを通じた排他的な販売を義務付ける販売ジョイント・ベンチャーは、販売における親会社間の競争を妨げることから、重大な共謀リスクを生じさせる¹⁷⁵。また、ジョイント・ベンチャーが規模の経済又は他の戦略上の優位性を有している場合、取引を拒絶することにより又は不利な条件を要求することにより、親会社の競争者を排除又は阻害するかもしれない(市場閉鎖)¹⁷⁶。最後に、ジョイント・ベンチャーが設立されなければ、親会社が市場に参入したかもしれない又は参入するという脅威になっていたかもしれない場合、潜在的な競争を排除するかもしれない(潜在的競争の消滅効果)¹⁷⁷。販売ジョイント・ベンチャーとの関係では、このうち、共謀リスクが、最も深刻な反競争的な脅威となる¹⁷⁸。」

「このようなジョイント・ベンチャーを通じた排他的な販売に関わる販売ジョイント・ベンチャー(筆者注:親会社にジョイント・ベンチャーを通じた排他的な販売を義務付ける販売ジョイント・ベンチャー)のリスクは、(i)親会社が競争者であり、かつ、(ii)それらのいずれかが市場支配力を有し、又は相当な市場シェアを有する場合、注視すべきことになる。」

「一方で、ジョイント・ベンチャーを通じた排他的な販売に関わらない購入ジョイント・ベンチャー(筆者注:親会社にジョイント・ベンチャーを通じた排他的な販売を義務付けな

¹⁷⁵ Supra note 153 at 1555 (Brodley).

¹⁷⁶ Id. 1555.

¹⁷⁷ Id. 1555.

¹⁷⁸ Id. 1555.

い販売ジョイント・ベンチャー)のリスクは、(i)親会社が市場支配力を有する競争者であり、かつ、(ii)ジョイント・ベンチャーが親会社の販売製品ラインのうち相当のシェアを販売する能力を有する場合にのみ、注視されることになる¹⁷⁹。」

イ 分析

こうした Brodley の議論のうち、市場閉鎖の議論は、Pitofsky のアクセス制限の議論と重なる内容である。また、潜在的競争の消滅についても、Pitofsky の分析と重複する。

第2項 ガイドライン

1 米国

ア 概要

米国協調ガイドラインは、次のとおり規定する (para. 3.31(a))。

「競争者による提携は、共同して又は独立に生産された商品又はサービスを共同して販売し、流通させ、促進する合意に関わるかもしれない。そのような合意は、たとえば、補完関係にある資産が結合されることによりより早くかつ効率的に製品を市場に供給することができる場合、競争促進的かもしれない。しかし、販売提携は、価格、販売量又はその他競争上重要な変数、又は競争上重要な資産（たとえば、広範な販売網）の使用についての合意に関わるかもしれないことから、反競争効果の結果を生じさせ得る。そのような合意は、独立の意思決定を限定する結果、市場支配力を形成し若しくは増加させ、又はその行使を促進させるかもしれない。独立の意思決定は、提携事業若しくは参加者において、競争上重要な資産若しくは本来は独立にコントロールされていたはずの競争上重要な変数に係る決定をコントロールすることにより、又は独立して競争するインセンティブを損なう形で経済的利益を結合させることにより、限定される。たとえば、共同販売は、それまでと比べ、広告を減少させ又は除去するかもしれず、それにより、需要者への価格及びその他競争上センシティブな変数に係る情報が制限される結果、競争が侵害され得る。」

イ 分析

上記の整理によれば、販売提携は、価格、販売量等の機微情報、又は競争上重要な資産（たとえば、広範な販売網）の使用についての合意に関わるため、他の類型に比べて情報交換のリスクが高いと解される。

なお、米国協調ガイドラインは、後記2で触れるEU水平的協調ガイドラインが言及するようなコスト共通化については触れていない。

¹⁷⁹ Id. 1556.

2 欧州

ア 概要

EU 水平的協調ガイドラインは次のとおり規定する。

「競争者間の（筆者注：共同販売等の）共同商業化提携は、当事者がある程度の市場支配力を有する場合、競争を制限する効果を生じさせ得る。当該契約当事者の合算市場シェアが15%を超えない場合、ほとんどのケースで、市場支配力が存在する可能性は低い。いずれにしても、当事者の合算市場シェアが15%を超えなければ、TFEU101(3)（筆者注：の免責要件）を充足する可能性が高い。」(Para. 240)

「共同商業化提携が当事者の可変費用の共通化を共謀的結果につながり得る水準まで増加させる場合、価格固定に関わらない共同商業化提携も競争制限効果を生じさせる。当事者が既に高い割合の可変コストを共通化している場合、共同商業化提携は、共謀的結果の可能性を高める。提携による追加のコスト共通化の増分により、共謀的結果によりつながりやすい状況になり得るからである。逆に、当該増分が大きければ、当初のコスト共通化の水準が低くとも、共謀的結果のリスクは高まる。」(Para. 242)

「共謀的結果の可能性は、当事者の市場支配力及び関連市場の特徴による。コスト共通化は、当事者が市場支配力を有し、かつ、販売コストが関係製品に係る可変コストの大部分を占める場合にのみ、共謀的結果のリスクを増大させる。たとえば、最も高いコストの要因が生産コストであるような同質性のある製品については、こうしたことは妥当しない。しかし、販売提携が販売コストの大きい製品（たとえば、高額の販売促進費用や運送費）に関わる場合、販売コストの共通化は、共謀的結果のリスクを増大させる。結論として、共同広告又は共同販促提携も、そうしたコストが主要な費用要因である場合、競争阻害効果を生じさせ得る。」(Para. 243)

「共同商業化は、一般的に、商業的な機微情報（特に、販売促進戦略及び価格）の交換に関わる。ほとんどの販売提携において、提携を実施するために、ある程度の情報交換が必要である。このため、情報交換が協力の範囲内外の当事者の活動に、共謀的結果を生じさせ得るかどうかが確認する必要がある。情報交換から生じる負の効果は、それ自体を切り離すのではなく、提携の全体への影響の観点で評価する。」(Para. 244)

「たとえば、共同広告提携の当事者が価格情報を交換する場合、共同広告する製品の販売に関し、共謀的結果を生じさせ得る。どのような場合であっても、共同公告の文脈におけるそのような情報交換は、当該提携を実施するのに必要な範囲を超えるものである。情報交換が商業化提携の文脈で競争制限的な効果を生じさせ得るかは、市場の特徴及び共有されるデータによって左右される。」(Para. 245)

イ 分析

EU 水平的協調ガイドラインは、上記のとおり、共同販売を含む商業化契約による販売コストの共通化によるコスト共通化が共謀を促進させる可能性を指摘する。また、同ガイドラインは、共同商業化が、一般的に、商業的な機微情報（特に、販売促進戦略及び価格）の交換についても指摘するところ、これは米国協調ガイドラインと同様の指摘である。

3 日本

ア 概要

業務提携報告書は、次のとおり、規定する（別紙 5-2）。

「販売事務の共同化，販売促進活動（販売促進イベントの開催，景品企画の実施等）の共同実施等にとどまらず，販売価格等の決定といった重要な競争手段に係る意思決定が一体化される場合には競争に与える影響は大きい。」

「販売数量，販売先等の競争上重要な情報が，販売提携の実施や準備に当たって交換・共有される場合には，提携当事者間の協調的な行動が助長されやすくなる。また，たとえば，販売価格，コストといった販売提携の実施に必ずしも要さない情報は交換・共有されないように留意する必要がある。」とする。

イ 分析

業務提携報告書は、情報交換について触れるが、コスト構造の共通化には触れない。しかし、EU 水平的協調ガイドラインが整理するように、共同生産で述べたようなコスト構造の共通化は、共同販売の局面でも生じ得るから、同じく考慮されるべきである。

第 3 項 事例

相談事例集中、共同販売に関する事例を下記に挙げた。

事例	判断
平成 29 年度相談事例 7 「旅客輸送事業者による 特定旅行者向け共通利用 券の共同販売等」	「本件取組は、海外からの旅行者の利便性向上等を目的として、X 協会の会員が、旅客輸送事業について当該旅行者向けに共通利用券を共同して販売し、X 協会が精算業務等を行うものであるところ、 ① X 協会の会員は、運行路線の発着地が共に重複しておらず、基本的に互いに競争関係にはないこと ② X 協会の会員の中には、互いに運行路線が近接する会員が存在するものの、本件取組は、当該運行路線（近隣路線）を含む個別の運行路線の運賃等を共同して決定するものではなく、個別の運行路線間の競争を制限することにはつながらな

	<p>いこと</p> <p>③ X 協会の会員による旅客輸送と代替的な旅客輸送の手段が複数存在すること</p> <p>④ 本件取組の対象は、従来 X 協会の会員による旅客輸送をほとんど利用していない海外からの旅行者向けに限定されており、利用期間及び利用回数に制限が設けられていること</p> <p>⑤ X 協会は、共通利用券の精算業務に従事するだけであり、本件取組への参加を会員に強制したり、また、特定の会員を本件取組から排除したりするものではないことから、独占禁止法上問題となるものではない。」</p> <p>(分析)</p> <p>当事者が競争関係にないこと、直接的なカルテル的な合意が行われていないこと、範囲・期間が限定されていること、競争圧力等が考慮されている。なお、⑤の考慮要素は、Brodley の市場閉鎖 (Pitofsky のアクセス制限) の議論の要素も含むものと思われる。また、提携の範囲・期間が限定されていることも考慮されている。</p>
<p>平成 28 年度相談事例 8 「競合する事業者による共通回数券の導入」</p>	<p>「本件区間において合算で 8 割の運行本数を占める 2 社が、両者の運行便をいずれも利用できる同一運賃の共通回数券を導入することは、2 社が共同して対価を決定することにほかならず、本件区間における旅客輸送事業の取引分野における競争を実質的に制限するものであり、独占禁止法上問題となる。」</p> <p>(分析)</p> <p>直接的なカルテル的合意が問題とされている。</p>
<p>平成 22 年度相談事例 4 「販売価格の共同決定」</p>	<p>「6 社及び Y 社が、法人ユーザーに対する映像コンテンツ A の販売価格の下落を避けるため、共同して法人ユーザー向けの販売価格表を作成し、それに基づき Y 社に営業活動を行わせることは、映像コンテンツ A の法人ユーザー向け販売市場における価格競争を制限するものであり、不当な取引制限 (独占禁止法第 2 条第 6 項, 第 3 条) として、独占禁止法上問題となるおそれがある。」</p>

	(分析) 直接的なカルテル的合意が問題とされている。
--	-------------------------------

第4項 小括

以上からすれば、共同販売においては、情報交換、コスト構造の共通化による検討要素が考慮され得る。この点、共同販売においては、販売という商流段階に関わることから、互いの競争上センシティブな変数（販売価格の設定等）に触れる可能性がより高いことに留意が必要である。

また、Brodley が指摘する市場閉鎖、すなわち、ジョイント・ベンチャーが規模の経済又は他の戦略上の優位性を有している場合、取引を拒絶することにより又は不利な条件を要求することにより、親会社の競争者を排除又は阻害するかもしれないリスクについても、注意が必要である。相談事例の中でも、類似した考慮を行ったものがあった（平成 29 年度相談事例 7「旅客輸送事業者による特定旅行者向け共通利用券の共同販売等」）。

第4節 共同購入

第1項 Brodley

1 概要

Brodley は、次のとおり述べる。

「共同購入グループは、製造販売価格を上げるのではなく、各参加企業に係る投入物の調達コストを下げるという（筆者注：競争促進的な）目的において、通常の共謀の形と異なる¹⁸⁰。そうではあるが、共同購入グループは、価格に係る明確な合意に関わり、かつ、競争促進効果が競争阻害効果を上回る場合にのみ、シャーマン法の制裁を逃れる¹⁸¹。裁判所は、米国国内の商流において、参加者が小規模な企業で、市場支配力を欠いており、かつ、共同購入が購入における効率性を達成するのに必要に思われる場合、購入グループを認容している¹⁸²。それらのケースでは、裁判所は、小規模な会社がより効率的により大規模な競争者と競争するために、グループ購入を行うことを許容している¹⁸³。国内の購入グループが（筆者注：川下市場において）独占的な市場支配力を有している場合、投入物購入市場における独

¹⁸⁰ Supra Note 153 at 1569 (Brodley).

¹⁸¹ Id. 1569.

¹⁸² Id. 1569

¹⁸³ Id. 1569

占又はカルテル条件に対応する場合であり、かつ、消費者にとってより安価な価格につながり得る場合であっても、共同購入は禁止される¹⁸⁴。」

「共同購入を許容する経済的な合理性は、参加者が再販売業者として、市場支配力を有する場合、疑問が生じる¹⁸⁵。こうした条件の下では、購入グループは、たとえ川上段階での独占又はカルテルに対応するものであっても、競争を促進せず、反対に、川上に加えて第2の又は川上・川下双方での独占を作出する¹⁸⁶。よくても、ジョイント・ベンチャーの利益を最大化するため、川上又は川下のうちのいずれか一つの市場で顧客から得る利益をコントロールし、分け合うことによって、両市場の参加者が協調することになる¹⁸⁷。悪くすると、各参加は、それぞれ独占者として行動し、川上・川下の両市場で連続寡占的な価格を設定し、両市場において製造販売量を減少させる¹⁸⁸。このため、反カルテルとして機能する共同購入グループは、競争を改善することになりにくく、かつ、既存の川上市場の独占又はカルテルを安定化及び補強させるのみであるかもしれない¹⁸⁹。このような共同購入グループのリスクは、同グループが市場における全部又はほとんどの購入能力を有し又は買主として独占的な市場支配力を行使できる場合、反競争的な懸念を持って、注視されることになる¹⁹⁰。」

2 分析

上記において、**Brodley** が、購買グループが市場支配力を有する場合には、競争法上許容されないというのは、買手独占の観点からの指摘だと思われる¹⁹¹。

また、**Brodley** は、川上での独占に対抗して、買手独占を構成した場合でも、川上、川下の両方で、反競争的な価格又は販売量の調整がなされる等、買手独占が与える反競争的な影響は排除されず、許容されるものではないとしている。こうした指摘は、買手独占に係る議論で一般的になされている内容である¹⁹²。

第2項 ガイドライン

1 米国

(1) 概要

米国協調ガイドラインは、次のとおり規定する (para. 3.31(a))。

¹⁸⁴ Id. 1569

¹⁸⁵ Id. 1569

¹⁸⁶ Id. 1569-1570

¹⁸⁷ Id. 1570

¹⁸⁸ Id. 1570

¹⁸⁹ Id. 1570

¹⁹⁰ Id. 1570

¹⁹¹ 渚川和彦「米国反トラスト法における買い手市場支配力規制：企業結合規制を中心として」法学政治学研究第95巻（2012年）4頁参照。

¹⁹² 渚川・前掲注(191)4頁参照。

「競争者による提携は、必要な投入物を共同購入する合意に関わるかもしれない。多くのそうした合意は、競争法上の懸念を生じさせず、競争促進的かもしれない。たとえば、購入提携は、参加者が発注を集約化し、保管業務又は流通機能をより効率的に結合し、又はその他の効率性を達成することを可能にする。しかし、そのような合意は、市場支配力（購入者の場合は「買手独占力」と呼ばれる。）を形成し若しくは増加させ、又は購入した製品の価格を引き上げ、それにより販売量をそうした合意がなければ販売されていたはずである販売量よりも少なくする能力又はインセンティブを増加させることにより、その行使を促進させるかもしれない。また、購入提携は、参加者のコストを共通化することにより、又は投入物の購入情報を通じて参加者の販売量水準を予測し若しくは監視する能力を高めることにより、促進させるかもしれない。」

(2) 分析

米国協調ガイドラインは、買手独占力を形成し若しくは増加させるという川上市場でのセオリーオブハームに加えて、①「購入提携による川上市場での買手独占力の形成又は増加」→②「川下市場での独占的価格設定等の能力又はインセンティブの増加」→③「川下市場での買手独占力の行使の促進」というセオリーオブハームを説明しているように思われる。①と②の間の因果関係が定かでないが、川上市場で買手独占力を有するほどの購入提携であれば、川下市場でも市場支配力を有する又は強化されるという論理関係だと思われる。

また、購入提携が、コスト共通化につながることに指摘していることが注目される。米国協調ガイドラインは、生産提携や販売提携の文脈では、コスト共通化について指摘していない。

2 欧州

(1) 概要

EU 水平的協調ガイドラインは次のとおり規定する。

「共同購入提携の当事者が市場支配力を有しており、そのため共同購入提携が TFEU101(1)の意味する競争制限効果を生じさせる可能性が高いとみなし得る絶対的な閾値は存在しない。しかし、共同購入提携の当事者の購入市場又は販売市場における合算市場シェアが 15%を超えない場合、ほとんどのケースで、市場支配力が存在する可能性は低い。いずれにしても、当事者の合算市場シェアが 15%を超えなければ、TFEU101(3)を充足する可能性が高い。」 (Para. 208)

「共同購入提携は、それが販売市場での当事者間の協調を促進する場合、共謀的結果につながる。こうした事態は、当事者が市場支配力を有し、かつ、市場の特徴が協調の結果を受けやすい場合に、当事者が共同購買を通じ高い水準のコスト共通化を達成することで生じる。」 (Para. 213)

「共同購入提携の当事者の川下市場における可変費用のかなりの部分が共通である場合、競争制限的な効果がより生じやすい。たとえば、小売業者が同じ小売市場で活動しており、小売りする製品のかなりの量を共同して購入する場合のようなケースである。また、最終製品について競合する製造業者と（製造）販売業者が高い割合で原材料を共同購入する場合にも同様にあてはまる可能性がある。」(Para. 214)

「共同購入アレンジの実施は、商業上の機微情報（購入価格及び購入量等）の交換を必要とするかもしれない。かかる情報の交換は、販売価格及び販売量に係る協調を促進し、その結果、販売市場における共謀的結果につながるかもしれない。たとえば、共同購入提携の当事者に情報が渡されない共同購入アレンジにより、データが収集され組み込まれている場合、商業上の規模情報の交換から生じるスパイル・オーバー効果は、最小化できる。」(Para. 215)

「情報交換から生じる負の効果は、それ自体を切り離すのではなく、提携の全体への影響の観点で評価する。情報交換が購入提携の文脈で競争制限的な効果につながるかは、第2章（筆者注：General Principal on the Competitive Assessment of Information Exchange）で述べた指針¹⁹³に従い判断される。情報交換が購入提携の対象製品の協働購入に必要なデータの共有を超えなければ、たとえ情報交換が TFEU101(1)の競争制限効果を有したとしても、同条3項の例外要件を満たす可能性が、共同購入に必要なデータの共有を超えたケースより高い。」(Para. 216)

(2) 分析

このように、EU水平的協調ガイドラインは、コスト共通化及び情報交換について述べる。コスト共通化については、米国協調ガイドラインより詳しいが、生産提携等で述べている内容と大きく変わらない。一方で、買手独占の問題には触れていない。

3 日本

(1) 概要

業務提携報告書は、購入市場における影響評価について、「購入提携実施時に購入条件（購入価格、購入数量、購入先等）が提携当事者間で一体的に決定される場合も多いが、この点をもって直ちに問題となるものではなく、購入市場における提携当事者のシェアが高まるなどして当該市場における市場支配力が生じる場合に、購入カルテルや他の購入先の排除の問題が生じ得る」と述べる（別紙5-3）。

また、同報告書は、販売市場における影響評価について、「原価や数量等の競争上重要な情報が、購入提携の実施・準備に当たって交換・共有される場合も多いため、これらが販売部門等に共有されないよう、情報遮断措置等を講ずる必要がある。また、コストの共通化割合（“販売する商品の販売価格（又は製造原価）に占める共同購入される原材料等に係るコ

¹⁹³ 前記第3章第3節第3項2(1)にその一部を引用しているので（para.60-71）、参照されたい。

ストの割合”と“販売量全体に占める共同購入される原材料等を用いた商品の割合”を掛け合わせたもの)が高くなり(たとえば、購入した商品をそのまま転売するような場合等)、提携当事者間の行動が予測しやすくなる場合は、協調的な行動が助長されやすくなる。また、前記「購入市場における影響評価」の購入市場における提携当事者のシェアが高い場合には、販売市場における競争者がその原材料等につき十分な供給を受けられなくなり、販売市場から排除される可能性もあり得る」とする。(別紙 5-3)

(2) 分析

以上のとおり、業務提携ガイドラインは、購入市場における影響評価、販売市場における影響評価に分けて、セオリーオブハームについて、記述しており、欧米のガイドラインに比べて、その点が丁寧である。購入市場については、同市場での買手独占の問題に言及されている。販売市場については、情報交換とコスト共通化について述べている。いずれも、生産提携等の内容と大きな違いはない。コスト共通化について、欧米のガイドラインよりも、定量的に踏み込んだアプローチをしていることも同様である。

第3項 事例

相談事例集中、共同購入に関する事例を下記に挙げた。

事例	判断
令和元年度相談事例 4 「医薬品メーカーによる 医薬品の研究開発用化合物の共同購入及び共同利用」	<p>「本件取組は</p> <p>ア 10社は、パブリックライブラリを利用して得た研究成果をコンソーシアム及び他の参加者に開示する義務を負わず、本件取組の実施後においても、各社が独自に医薬品の研究開発を行うこと</p> <p>イ パブリックライブラリで共同利用する特定化合物の数は、推計では、国内の医薬品メーカーが所有する特定化合物全体の約1割程度であり、また、コンソーシアムに参加する場合であっても、特定化合物の独自購入及びパブリックライブラリ以外の化合物ライブラリの利用は一切制限されないこと</p> <p>ウ 10社の間でパブリックライブラリ内の特定化合物の利用状況に関する情報を共有しないようにする措置が講じられること</p> <p>エ 10社によるパブリックライブラリの利用は基礎研究の初期段階で行われるものであるところ、10社の間で共通化するコストが医薬品の製造コスト全体に占める割合は小さく、医薬品の価格への影響は限定的であると推測されること</p>

	<p>から、一定の取引分野における競争を実質的に制限するものではなく、独占禁止法上問題となるものではない。」</p> <p>(分析)</p> <p>付随的競争制限、買手市場支配力、情報交換、コスト構造の共通化を考慮しているところ、いずれも競争に与える影響がない又は限定的であると認定した上、独占禁止法上の問題が生じないとしている。</p>
<p>平成 29 年度相談事例 9 「競合する素材メーカーによる原料の共同調達」</p>	<p>「本件共同調達は、3社がS地域で生産される素材Aの原料αを共同で調達するものであるところ、</p> <p>① 我が国の素材Aの製造販売市場における3社の合算市場シェアが約75パーセントと高く、原価率も約85パーセントと高いものの、3社の調達量全体に占める本件共同調達の割合が約5パーセントと低いこと</p> <p>② 3社は、素材Aの販売価格や販売数量について情報交換を行わず、個別に決定すること</p> <p>から、我が国の素材Aの製造販売市場における競争を実質的に制限するものではなく、独占禁止法上問題となるものではない。」</p> <p>(分析)</p> <p>買手市場支配力、情報交換を考慮しているところ、いずれも競争に与える影響がない又は限定的であると認定した上、独占禁止法上の問題が生じないとしている。</p>
<p>平成 24 年度相談事例 3 「乳業メーカー2社による製造委託等」</p>	<p>「本件は、牛乳及び乳製品の各販売分野において競争関係にある2社が業務提携を行おうとするものであるが、</p> <p>[1] 2社による業務提携は、ア 製造余力のある相手方に対する一部の商品の製造委託、イ 一部地域における物流拠点の相互利用、ウ 一部の包装材料等の共同購入等を行うことについて、いずれも部分的な業務提携に限られており、また、それぞれの牛乳及び乳製品の生産数量等を制限するものではないこと</p> <p>[2] 2社は、互いの牛乳及び乳製品の販売価格、販売数量等に関する情報交換をせず、これらの情報も共有しないこと</p>

	<p>[3] 牛乳及び乳製品の各販売分野において有力な競争者がおり、輸入品も販売されていることから、我が国の牛乳及び乳製品の各販売分野における競争を実質的に制限することとはならないため、独占禁止法上問題となるものではない。」</p> <p>(分析) 買手市場支配力、情報交換、競争圧力を考慮した上、独占禁止法上の問題が生じないとしている。</p>
<p>平成 14 年 1 月～16 年 3 月相談事例 6「保養所における食材の共同購入」</p>	<p>「本件については、(1)甲地区宿泊施設全体に占める共同購入に参加する保養所の収容人員及び利用人員の割合は数%であり、また、宿泊提供コストに占める共同購入の予定品目の購入予定額の割合も数%であること、(2)さらに、共同購入の対象となる食材の甲地区における需要全体に占める共同購入参加者のシェアは数%であることから、競争に与える影響は小さく、独占禁止法上問題ないと考えられる。」</p> <p>(分析) コスト構造の共通化、買手市場支配力を考慮しているところ、いずれも競争に与える影響がない又は限定的であると認定した上、独占禁止法上の問題が生じないとしている。</p>
<p>平成 14 年 1 月～16 年 3 月 7「自動車部品メーカーの原材料の共同購入」</p>	<p>「本件相談においては、(1)共同購入に参加する 5 社の a 部品市場におけるシェアは約 50%であるが、a 部品の製造コストに占める共同購入を予定している各原材料の購入予定額の割合は 1%以下であること、(2)共同購入の対象となる原材料の需要全体に占める 5 社のシェアは 1%以下となっていることから、競争に与える影響は小さく、独占禁止法上問題ないと考えられる。」</p> <p>(分析) 上記同様の検討構造である。</p>

<p>平成 13 年度相談事例 9 「資材購入のための電子 商取引サイトの設立」</p>	<p>「ア 共同購入については、一般に、製品の販売分野における参加者のシェアが高く、製品製造に要するコストに占める共同購入の対象となる資材の購入額の割合が高い場合には製品の販売分野において、また、共同購入の対象となる資材の需要全体に占める共同購入参加者のシェアが高い場合には当該資材の購入分野について、それぞれ独占禁止法上問題が生じる。</p> <p>イ 相談の場合におけるオークションは、A 社が提供する調達サイト上で、B 社及び C 社（以下「2 社」という。）が甲製品の製造に要する資材を取りまとめて購入するものであることから、共同購入の一形式と考えられる。</p> <p>2 社は、甲製品の製造に要する資材の購入市場において 6 割のシェアを占めるところ、2 社が本件調達サイトを利用して当該資材を購入するのが一般的な場合には、当該資材の共同購入を行うことにより 2 社が市場支配力を行使することとなるおそれが強く、当該資材の取引における競争が制限され、独占禁止法上問題となるおそれがある。</p> <p>なお、2 社は甲製品の販売についてほとんど競争関係にはないことから、共同購入による甲製品の販売市場の競争に与える影響は小さいものと考えられる。</p> <p>(3) また、共同購入を行わない場合においても、A 社が提供する調達サイトには、甲製品の製造に要する資材の取引に関する情報が集まることとなる。このため、C 社が A 社に出資して役員又は従業員を派遣する場合には、A 社に出向している役員等を通じて、当該資材の購入数量、購入価格等について、2 社間で相互に情報が交換され、共通の意思が形成されるおそれがある。このような場合には、当該資材の取引における競争が制限されるおそれがあり、独占禁止法上問題となる。</p> <p>但し、A 社、B 社及び C 社それぞれの間において、厳格な情報遮断のための措置を講じた上で、2 社が、個別に A 社が提供する調達サイトにおいてオークション方式によって資材購入を行うことは、独占禁止法上問題ないと考えられる。」</p> <p>(分析)</p> <p>本件は、共同購入については、製品の販売分野（川下）と、資材の購入分野（川上）の二段階に分けて分析していることを明記しているのが特徴である。製品の販売分野においては、市</p>
--	---

	<p>場シェアとコスト共通化について、資材の購入分野においては、買手市場支配力の観点で検討する。買手市場支配力について、6割のシェアについて共同調達することを問題としている点が参考になる。なお、情報交換についても触れられている。</p>
<p>平成 12 年度事業者の活動に関する相談事例 10 「輸送用機械の資材及び部品の共同購入」</p>	<p>「本件相談においては、製品の販売分野についてみると、 (1)A 社ら 4 社の製品製造に要する資材及び部品の購入額に占める共同購入による購入額の割合は 7~8%と低く、製品製造コスト全体に占める割合は更に低くなること、(2)その他の生産活動、販売活動等については各社独自に実施すること、(3)共同行為に参加していない有力なメーカーが存在することから、製品の販売分野における競争に与える影響は小さく、独占禁止法上問題ないものと考えられる。</p> <p>イ また、資材及び部品の購入分野についてみると、 (1) 共同購入の対象となる資材及び部品は汎用品等であること、(2) 当該資材及び部品のメーカーの A 社ら 4 社への依存度が低いことからすれば、当該資材及び部品の需要全体に占める A 社ら 4 社の共同購入に係るシェアの合計は低くなるものと考えられることから、独占禁止法上問題ない。」</p> <p>(分析) 上記同様、製品の販売分野と資材及び部品の購入分野に分けて、上記と同様の分析を行っている。</p>
<p>平成 12 年度事業者の活動に関する相談事例 12 「企業間電子商取引市場の設立」</p>	<p>「本件については、現時点での情報に基づく限り、調達サイトの設立そのものが直ちに独占禁止法上問題となるものではないが、以下の点に留意する必要がある。</p> <p>なお、調達サイトの具体的な仕組みに未定の部分があり、それらが今後明らかになることや、調達サイトの今後の運用の在り方によっては、新たな事実が生じてくることもあり得るが、その場合には、当該事実を踏まえた上で改めて独占禁止法上の問題点を検討することとなる。</p> <p>(1) オークション方式について、その対象となる原材料等の需要全体に占める共同購入参加者のシェアが高い場合又は製品の販売分野における参加者のシェアが高く、製品製造に要するコストに占める共同購入の対象となる原材料等の購入</p>

	<p>額の割合が高い場合には、独占禁止法上問題が生じる。</p> <p>カタログ購買方式について、当該原材料等の需要全体に占める共同購入参加者のシェアが高い場合、当該参加者が運営会社の価格決定過程に関与することは、独占禁止法上問題が生じる。</p> <p>(2) 運営会社に集中するネット取引に係る価格、数量等重要な競争手段に関する情報について、参加者が他社に関する情報にアクセスすることができないよう、適切な秘密保護措置を講じる必要がある。</p> <p>(3) 運営会社が、参加者に対しサイトの利用を義務付けたり、他の調達サイトの利用を制限する場合又は特定の事業者に対しサイトの利用を制限する場合には、独占禁止法上問題が生じる。」</p> <p>(分析)</p> <p>(1)では、オークション方式について、原材料等の購入分野と製品の販売分野に分けて、上記同様の分析が行われている。なお、カタログ購買方式については、原材料等の需要全体に占める共同購入参加者のシェアが高い場合に、共同購入過程に関与すると、買手市場支配力の観点で問題が生じるとしたものである。</p> <p>(2)は、情報交換、(3)は、付随的制限又はアクセス制限の問題を意識するものと思われる。</p>
--	--

第4項 小括

業務提携報告書が最も明確に記載しているが、共同購入においては、川上の原材料等の市場と、川下の製品市場に分けて考える必要がある。川上市場では、買手独占が問題になり、川下では売手の市場支配力が問題になる。後者では、コスト共通化が重要であるが、この点については、欧米のガイドラインもその点指摘しているものの、生産提携等と同様に、業務提携報告書の分析が最も緻密である。

その他、情報交換が問題になるのは、他の類型と同様であるが、販売提携固有の情報交換リスクは特にないように思われる。また、平成12年度事業者の活動に関する相談事例12「企業間電子商取引市場の設立」が、付随的制限又はアクセス制限についても触れているが、これも、購入提携に固有の考慮要素ではないと思われる。

第5節 共同研究、標準化

第1項 Brodley

1 概要

Brodley は、次のとおり述べる。

「研究ジョイント・ベンチャーは、程度は異なるにしても、投入ジョイント・ベンチャーと類似の反競争的リスクを生じさせる¹⁹⁴。ジョイント・ベンチャーが不可欠な知識を親会社に供給し、かつ、当該知識を親会社の競争者に供給しない場合、市場閉鎖効果が生じる¹⁹⁵。また、イノベーション競争の段階（ジョイント・ベンチャーにより抑制され得る）又は川下の製造販売段階（最終製品の競争が抑制され得る）のいずれかにおいて、共謀効果が生じる¹⁹⁶。親会社が研究の関係する最終製品の製造販売市場で競争者である場合に、最も共謀リスクが高い¹⁹⁷。」

「こうした研究ジョイント・ベンチャーの反競争リスクは、それが基礎研究又は改良研究のいずれに関わるかに左右される¹⁹⁸。ジョイント・ベンチャーが基礎研究に関わる場合、反競争的な懸念は、ジョイント・ベンチャーが研究分野の全ての競争を消滅させ得ると思われる場合にのみ生じる¹⁹⁹。このため、基礎研究に関わるジョイント・ベンチャーに係る懸念は、合理的な帰結として、(i)現在、当該研究分野に競争がなく、かつ、(ii)ジョイント・ベンチャーの参加者のほか、誰も重要かつ有意な研究者が当該分野に従事しておらず、市場に参入するプロセスにも存在しないというケースに、限定されると一応言い得る²⁰⁰。」

「改良研究に関わるジョイント・ベンチャーは、基礎研究に関わるそれより慎重な審査が必要である²⁰¹。改良研究に関わるジョイント・ベンチャーを熱心に摘発したとしても改良研究が一掃されるリスクは基礎研究に比べより小さい²⁰²。改良研究と商業利用は近い関係にあるからである²⁰³。一方で、そのようなジョイント・ベンチャーは、基礎研究より大きな反競争リスクにさらされる²⁰⁴。改良研究では、基礎研究で問題となったリスクであるイノベーション競争の喪失に加え、研究に関わる最終製品における製造販売競争の潜在的な喪失もリスクとなるからである²⁰⁵。このような改良研究に関わるジョイント・ベンチャーのリスクは、(i)一又は両方の親会社が既に当該研究分野に従事しており、また、各親会社がジョイン

¹⁹⁴ Supra note 153 at 1572 (Brodley)

¹⁹⁵ Id. 1572.

¹⁹⁶ Id. 1572.

¹⁹⁷ Id. 1572.

¹⁹⁸ Id. 1572.

¹⁹⁹ Id. 1572.

²⁰⁰ Id. 1572.

²⁰¹ Id. 1572.

²⁰² Id. 1572.

²⁰³ Id. 1572-1573.

²⁰⁴ Id. 1573.

²⁰⁵ Id. 1573.

ト・ベンチャーのない場合でも当該研究を行い得、(ii)当該研究に関し、他の競争者がほとんど存在せず、かつ、(iii)親会社が当該市場において市場支配力を有する競争差である場合、注視されることになる²⁰⁶。こうした条件の下、改良発明ジョイント・ベンチャーは、当該研究に欠くことができない媒体（vehicle）を提供するという競争促進性を相殺することなく、イノベーション及び製品市場の両方の競争を減じる重大なリスクに関わるかもしれない²⁰⁷。」

2 分析

Brodley によれば、共同研究開発の反競争効果は、市場閉鎖²⁰⁸、及び共謀によるイノベーション又は最終製品の競争抑制である。

また、現在ではごく一般的な指摘であるが、基礎研究よりも改良研究の方が、反競争効果が高いとする。イノベーション競争の喪失に加え、研究に関わる最終製品における製造販売競争の喪失がリスクとなるからである。

第2項 ガイドライン

1 共同研究

(1) 米国

ア 概要

米国協調ガイドラインは、次のとおり規定する（para. 3.31(a)）。

「競争者間の提携は、共同研究開発に従事する合意に関わるかもしれない。ほとんどのそうした合意は、競争促進的であり、それらは、通常、合理の原則の下で分析される。補完的な資産、技術又はノウハウを結合させることを通じ、研究開発提携は、参加者がより早く効率的に新しい又は改良された商品、サービスまたは製造工程を研究及び開発することを可能にする。しかし、共同研究開発合意は、独立の意思決定を限定し、又は提携事業若しくは参加者において、競争上重要な資産又は参加者のそれぞれの競争的な研究開発努力の全部若しくは一部をコントロールすることにより、市場支配力を形成し若しくは増加させ、若しくはその行使を促進させ得る。また、研究開発提携は、共同研究開発努力に係る暗黙の共謀を促進するかもしれないが、共謀を達成し、監視し、又は逸脱を罰することは、研究開発の文脈では、ときに困難である。」

²⁰⁶ Id. 1573.

²⁰⁷ Id. 1573.

²⁰⁸ Pitofsky のアクセス制限の議論と同様の指摘であると思われる。

「市場支配力の行使は、イノベーションを本来のレベルより減少させ、これにより、需要者の選択肢をより少なくし若しくは消滅させる、製品品質を下げる、又は本来より需要者に供給されるよりも遅く製品が供給されることにより、需要者を害するかもしれない。また、市場支配力の行使は、研究開発提携から派生する商品、サービス又は製造工程に係る市場における独立した競争者の数を減少させ、これにより価格を上昇させ、販売量、品質又はサービスを減少させることにより、需要者を害するかもしれない。本質的な問題は、当該合意が、（たとえば、研究開発力が追及されてきたペースを遅らせることにより）独立して又は提携事業を通じて追及されてきた研究開発努力を減少させる能力又はインセンティブを反競争的に増加させるかである。研究開発合意は、他の考慮要素が同様であれば、提携事業又はその参加者がすでに既存製品に係る市場支配力を約束するような拠り所を保有しており、かつ、新しい研究開発努力が既存製品の競争上優位を確保することで得られている売上げと共食いするかもしれない場合、競争上の懸念をより増加させる可能性が高まる。加えて、一般的に、研究開発が特殊な特徴若しくは資産（たとえば、知的財産権）を有する会社に限定されている場合、又は規制上の承認が遅れて参入した者がすでに研究開発に従事している競争者に追従する能力を限定する場合、反競争効果がより生じやすい。」

また、同ガイドラインは、通常は問題にならない態様として、次のとおり、記載する。

「競争上の影響を受け得る各関連市場において提携事業及びその参加者の合算市場シェアが 20%を超えない場合、特段の事情がない限り、競争当局は、競争者間の提携に異議を申し立てない。しかし、当該セーフハーバーは、当然違法に該当する合意、市場シェアの詳細な分析が行われない場合、又は企業結合分析が適用される場合には適用されない。」(para. 4.2)

「特段の事情がない限り、競争当局は、3以上の独立にコントロールされた研究が、必要な専門的資産又は特徴及び当該共同研究開発活動を代替するような研究開発に従事するインセンティブを有しているイノベーション市場においては、競争者間の協調について、反競争効果の観点から、異議を述べない。共同研究開発に代替的な独立にコントロールされた研究開発が存在するかを決定するに際し、競争当局は、特に、性質、範囲、当該研究開発のインパクト、財務的支援へのアクセス、知的財産権、技術者又は専門的資産へのアクセス、時期、及び単独で又は第三者を通じてイノベーションを商業化する能力を考慮する。これらの分析は、当然違法になる合意、又は企業結合規制が適用される競争者間の協調には適用されない。」(para. 4.3)

イ 分析

上記のとおり、米国協調ガイドラインは、共同研究開発による共謀リスクのほか、潜在的競争の減少について述べる。また、同ガイドラインは、3以上の研究ソースがあれば共同研究を問題にしないとしており、Brodley の分析をより精緻化しているように思われる。

また、共食い（新しい研究開発努力が既存製品の競争上優位を確保することで得られている売上げと共食いする場合）、参入障壁（知的財産権等、研究開発が特殊な特徴又は資産を有する会社に限定されている場合、又は規制上の承認が遅れてきた参入者がすでに研究開発に従事している競争者に追隨する能力を限定する場合）の視点は、参考になると思われる。

(2) 欧州

ア 概要

EU 水平的協調ガイドラインは、共同研究に関し、次のとおり規定する。

「ほとんどの研究開発契約は TFEU101(1)には該当しない。これは、成果物の利用から非常に遠い初期的段階の研究開発提携に関する多くの契約について妥当する。」(para. 129)

「従前内製化していた研究開発をアウトソーシングする場合、多くは、成果物を利用しない特定の会社、研究機関又は学術機関によってなされる。かかる契約は、通常、ノウハウの移転や成果物に係る排他的な供給条項を伴うが、協働当事者の補完的な性質上、TFEU101(1)との関係で競争制限効果を生じさせない。」(para. 131)

「ライセンス、生産、販売等による成果物の共同利用を含まない研究開発提携は、TFEU101(1)との関係で競争制限効果を生じさせることはほとんどない。こうした提携は、それによりイノベーションが認識し得るほど減少し、競合する確かな研究開発の主体数が減少するような場合のみ競争上の問題を生ずる。」(para. 132)

「研究開発が既存製品や技術の改良又は向上に向けられている場合、かかる既存製品や技術の関連市場に影響が及び得る。もっとも、価格、販売量、品質、品種又はイノベーションに与える効果は、当事者が共同して強力な地位を有しており、参入が困難で、かつ、他のイノベーション活動が検知できない場合に限って可能性が生じる。さらに、研究開発が最終製品への比較的重要性の低い寄与に留まる場合、最終製品に係る競争への影響は、あるとしても非常に限定的である。」(para. 136)

「一般的に、純粋な研究開発契約と成果物利用の各種段階に係る、より包括的な協力（つまり、ライセンス、生産、販売）を定める契約との間の区別が必要である。132 のとおり、純粋な研究開発契約は、TFEU101(1)との関係で競争制限効果を生じさせることはほとんどない。これは、特に既存製品又は技術の限定的な改良に向けられた研究開発に妥当する。そうしたケースにおいて、研究開発協力は、第三者へのライセンスのみによる共同利用が含まれる場合には、市場閉鎖（foreclosure）等の競争制限効果の可能性は低い。しかし、限定的な改良製品又は技術の共同生産、販売活動が含まれる場合、かかる協力が競争に与える影響はより詳細に検討されなければならない。強い競争者が関わる場合、既存市場における値上げ又は減産の形での競争制限的な効果はより生じやすくなる。」(para. 137)

「研究開発が新市場を創出する完全に新しい製品（又は技術）に向けられている場合、価格及び販売量が既存市場に影響を与える可能性はやや低い。分析は、たとえば将来の潜在的

な製品若しくは技術の品質若しくは品種又はイノベーション速度に係る潜在的なイノベーションの制限に焦点をあてられなければならない。これらの競争制限効果は、新製品開発に従事する3、4社のうち2又は3社がそれぞれ独立して当該製品の事業化にやや近い段階で協力を開始する場合に生じる。かかる効果は典型的に当事者間の契約の直接の結果である。しかし、一般的に、限られた数であれ、確かな代替の研究開発主体が存在しなくなる限り、完全に新しい製品に係る研究開発協力は競争制限効果を及ぼす可能性は低い。この原則は、成果物の共同利用、共同販売が関わる場合でも、大きくは変わらない。かかる状況では、共同利用の論点は重要技術からアクセスできなくなる場合でなければ、競争制限効果を及ぼさない。しかし、こうした問題は、第三者が効果的に競争できるようなライセンスを第三者に付与する限り問題にならない。」(para. 138)

「多くの研究開発契約は137と138の二つの状況の間のどこかに位置付けられる。このため、多くの研究開発契約は、イノベーションへの効果及び既存市場への影響を有するかもしれない。結論として、既存市場及びイノベーションへの影響の双方が当事者の合算での、市場での地位、市場集中度、競争者又はイノベーターの数、及び参入条件に係る評価に関連し得る。いくつかのケースでは、既存市場での値上げ又は販売量、品質、品種若しくはイノベーションの減少という形、又は開発の遅延によるイノベーションへの負のインパクトという形での競争制限的效果が存在し得る。たとえば、既存の技術市場における重要な競争者が将来既存製品に取って代わるような新技術の開発協力をを行う場合、かかる協力は、当事者が既存市場において市場支配力を有し、かつ、研究開発について強い地位も有しているときには、新技術の開発を遅延させるかもしれない。類似の効果は、既存市場の主要な競争者が、自身と比べ非常に小さい又は潜在的競争者であっても、既存の競争者を危険にさらすかもしれない新しい製品又は技術を開発する直前であるような者と協力する場合にも生じる。」(para. 139)

イ 分析

上記の整理は、市場閉鎖について触れられていること以外は、概ね、米国協調ガイドラインの内容と重複する。

(3) 日本

ア 共同研究ガイドライン

(ア) 概要

公取委は、共同研究に関する独占禁止法上の指針(1993年)を公表している(以下「共同研究開発ガイドライン」という。)。共同研究開発ガイドラインは、以下のように定める(第1)。

まず、基本的考え方として、次のように述べる（第 1-1）。

「研究開発の共同化によって参加者間で研究開発活動が制限され、技術市場又は製品市場における競争が実質的に制限されるおそれがある場合には、その研究開発の共同化は独占禁止法第 3 条（不当な取引制限）の問題となり得ると考えられる。共同研究開発が事業者団体で行われる場合には独占禁止法第 8 条の、また、共同出資会社が設立される場合には独占禁止法第 10 条の問題となることがある。

研究開発の共同化が独占禁止法上主として問題となるのは、競争関係（潜在的な競争関係も含む。以下同じ。）にある事業者間で研究開発を共同化する場合である。競争関係にない事業者間で研究開発を共同化する場合には、通常は、独占禁止法上問題となることは少ない。事業者は、その製品、製法等についての研究開発活動を通じて、技術市場又は製品市場において競争することが期待されているところであるが、競争関係にある事業者間の共同研究開発は、研究開発を共同化することによって、技術市場又は製品市場における競争に影響を及ぼすことがある。

共同研究開発は、多くの場合少数の事業者間で行われており、独占禁止法上問題となるものは多くないものと考えられるが、例外的に問題となる場合としては、たとえば、寡占産業における複数の事業者が又は製品市場において競争関係にある事業者の大部分が、各参加事業者が単独でも行い得るにもかかわらず、当該製品の改良又は代替品の開発について、これを共同して行うことにより、参加者間で研究開発活動を制限し、技術市場又は製品市場における競争が実質的に制限される場合を挙げることができる。」

次に、判断にあたっての考慮要素として、次のように述べる（第 1-2）。

「(1) 研究開発の共同化の問題については、個々の事案について、競争促進的効果を考慮しつつ、技術市場又は製品市場における競争が実質的に制限されるか否かによって判断されるが、その際には、以下の各事項が総合的に勘案されることとなる。

[1] 参加者の数、市場シェア等

参加する事業者の数、市場シェア、市場における地位等が考慮されるが、一般的に参加者の市場シェアが高く、技術開発力等の事業能力において優れた事業者が参加者に多いほど、独占禁止法上問題となる可能性は高くなり、逆に参加者の市場シェアが低く、また参加者の数が少ないほど、独占禁止法上問題となる可能性は低くなる。

製品市場において競争関係にある事業者間で行う当該製品の改良又は代替品の開発のための共同研究開発についていえば、参加者の当該製品の市場シェアの合計が二〇%以下である場合には、通常は、独占禁止法上問題とならない。さらに、当該市場シェアの合計が二〇%を超える場合においても、これをもって直ちに問題となるというわけではなく、[1]から[4]までの事項を総合的に勘案して判断される。

○ 研究開発の共同化に関連する市場としては、製品とは別に成果である技術自体が取引されるので、技術市場も考えられる。技術市場における競争制限の判断に当たっては、参加者の当該製品についての市場シェア等によるのではなく、当該技術市場において研究開

発の主体が相当数存在するかどうか基準となる。その際、技術はその移転コストが低く、国際的な取引の対象となっていることから、当該技術市場における顕在的又は潜在的な研究開発主体としては、国内事業者だけでなく、外国事業者をも考慮に入れる必要があり、通常は相当数の研究開発主体が存在することが多く、そのような場合には、独占禁止法上問題となる可能性は低い。

[2] 研究の性格

研究開発は、段階的に基礎研究、応用研究及び開発研究に類型化することができるが、この類型の差は共同研究開発が製品市場における競争に及ぼす影響が直接的なものであるか、間接的なものであるかを判断する際の要因として重要である。特定の製品開発を対象としない基礎研究について共同研究開発が行われたとしても、通常は、製品市場における競争に影響が及ぶことは少なく、独占禁止法上問題となる可能性は低い。一方、開発研究については、その成果がより直接的に製品市場に影響を及ぼすものであるため、独占禁止法上問題となる可能性が高くなる。

[3] 共同化の必要性

研究にかかるリスク又はコストが膨大であり単独で負担することが困難な場合、自己の技術的蓄積、技術開発能力等からみて他の事業者と共同で研究開発を行う必要性が大きい場合等には、研究開発の共同化は研究開発の目的を達成するために必要なものと認められ、独占禁止法上問題となる可能性は低い。

なお、環境対策、安全対策等いわゆる外部性への対応を目的として行われる共同研究開発については、その故をもって直ちに独占禁止法上問題がないとされるものではないが、研究にかかるリスク、コスト等にかんがみて単独で行うことが困難な場合が少なくなく、そのような場合には、独占禁止法上問題となる可能性は低い。

[4] 対象範囲、期間等

共同研究開発の対象範囲、期間等についても共同研究開発が市場における競争に及ぼす影響を判断するに当たって考慮される。すなわち、対象範囲、期間等が明確に画定されている場合には、それらが必要以上に広汎に定められている場合に比して、市場における競争に及ぼす影響は小さい。

(2) なお、上記の問題が生じない場合であっても、参加者の市場シェアの合計が相当程度高く、規格の統一又は標準化につながる等の当該事業に不可欠な技術の開発を目的とする共同研究開発において、ある事業者が参加を制限され、これによってその事業活動が困難となり、市場から排除されるおそれがある場合に、例外的に研究開発の共同化が独占禁止法上問題となることがある（私的独占等）。

○ たとえば、参加者の市場シェアの合計が相当程度高く、研究開発の内容等からみて成果が当該事業分野における事実上の標準化につながる可能性が高い共同研究開発については、当該研究開発を単独で実施することが困難であり、これによって生産、流通等の合理化に役立ち、需要者の利益を害さず、かつ、当該技術によらない製品に関する研究開発、生

産、販売活動等の制限がない場合には、研究開発の共同化は認められる。

この場合においても、当該共同研究開発について、ある事業者が参加を制限され、成果に関するアクセス（合理的な条件による成果の利用、成果に関する情報の取得等をいう。以下同じ。）も制限され、かつ、他の手段を見いだすことができないため、その事業活動が困難となり、市場から排除されるおそれがあるときには、独占禁止法上問題となる。

しかしながら、参加を制限された事業者に当該共同研究開発の成果に関するアクセスが保証され、その事業活動が困難となるおそれがなければ、独占禁止法上問題とはならない。」

（イ）分析

上記のとおり、共同研究開発ガイドラインは、競争の実質的制限に関し、考慮要素として、①参加者の数、市場シェア等、②研究の性格、③共同化の必要性、④対象範囲、期間等を挙げる。

①及び②については、上記の欧米のガイドラインでも明記されている。③については、効率性、公共性を含む競争促進効果であるが、これは欧米の合理の原則型の比較衡量でも考慮される要素である。④のうち、期間は、米国水平ガイドラインが総論で指摘している要素でもある。

また、同ガイドラインは、製品市場において競争関係にある事業者間で行う当該製品の改良又は代替品の開発のための共同研究開発について、参加者の当該製品の市場シェアの合計が20%以下である場合には、通常は、独占禁止法上問題とならないとしており、一定の基準を示している。20%という基準は、欧米とも同水準である（欧州では25%、米国では20%）²⁰⁹。

イ 業務提携報告書

（ア）概要

業務提携報告書は、ガイドラインではないものの、イノベーションについて、以下のよう
に整理する（第4の3）。

「共同研究開発は、一般的には、提携を通じて研究開発活動を活発で効率的なものとし、技術革新を促進するものと考えられるが、個別の状況によっては、提携当事者又は他の事業者のイノベーションを阻害する場合もあり得る。すなわち、一般に、研究開発に係る業務提携はイノベーションや効率性の達成に資すると考えられ、多くの場合、独占禁止法上問題を生じることとはならないと考えられる。他方で、たとえば、提携当事者間で、共同研究開発のテーマ以外のテーマの研究開発を合理的理由なく制限したり、共同研究開発の成果（技

²⁰⁹ 米国については米国協調ガイドライン（para. 4.2）で20%という水準が示されており、欧州については、R&D Block Exemption Regulation（Article 4 及び5）で25%という水準が示されている。

術)を利用した別途の研究開発を制限したりする場合には、研究開発活動を不当に拘束し、イノベーションに悪影響を与えることとなる。」

「独占禁止法では、公正かつ自由な競争の促進により、「事業者の創意を發揮させ」ることに価値を認めており、事業活動において重要な要素である研究開発活動や、それによって促進されるイノベーションが阻害される場合には、独占禁止法上問題となり得る。実際、我が国の企業結合事案では、当事会社が研究開発に関する他の事業者の情報を入手し、それが製品の開発に用いられることで、当事会社が当該製品の製造販売市場において不当に有利になることが懸念され、そのような懸念を他の事業者が持つことにより、他の事業者が共同研究開発の意欲を失うことを考慮しているものがある。」

「業務提携(という行為)を行うことでイノベーションが阻害された場合に、それにより影響を受ける製品や技術がどのようなものであるか不明なものもあれば、それまでの提携当事者の研究開発活動、既に保有している技術や生産している製品等から推測可能なものや、相当な確度で具体的に市場への投入が見込まれるため市場化されたとみなせるものまで、様々あると考えられる。これまで、そして現に提携当事者が行っている研究開発活動、保有している技術や生産している製品、現に活動している市場における他の事業者の研究開発活動等の状況などから、当該業務提携によって提携当事者や他の事業者の研究開発活動の意欲が減退するなどした場合に、どのような技術や製品について、どのような悪影響が生じるかを相当程度具体的に予見できる場合は、競争に与える影響の評価において、これを考慮することができると考えられる。」

「たとえば、海外事例にみられるように、参入障壁が高く、1つの技術や製品の研究開発に高いコストと長い年月がかかり、プレーヤーも限られており、当該研究開発によってどのような新技術・新商品が世の中に出てくることになるのかについて予測可能性が高いような場合は、そのような新技術・新商品で市場を画定することが可能な場合もあり、業務提携によって見込まれる競争促進的な効果も勘案しつつ、当該研究開発の意欲が減退し、イノベーションへの悪影響が生じることで、当該市場における競争が制限されると評価できる場合もあると考えられる。このような場合は、参入障壁の高さや競争者の数といった事情に加え、これまで提携当事者間で活発な競争が行われてきたかどうか、また、市場全体における競争者のイノベーションを起こす力などが競争に与える影響等も判断要素になるのではないかと考えられる。」

「他方で、将来生み出される商品やサービスが具体的に予見できるとまではいえない状態であっても、事業者間で活発な研究開発活動が行われている場合もある。そのような状況において、業務提携の内容が研究開発の意欲を減退させ、イノベーションに悪影響を与えるようなものである場合には、独占禁止法上問題にすべきとも考えられる(この場合、現に生じている取引や市場における競争に与える影響によって評価するという従来の独占禁止法上の解釈との整理が必要となる)。具体的な判断は事案ごとに事実に基づいて行われるが、たとえば、業務提携によって、新しい商品やサービスの開発や抜本的な改良などといったイ

ノベーションに必要な投入物（資金、データ、技術、人材等）が提携当事者に集積され、他の事業者には入手困難となることで、イノベーションが阻害されるような場合は、当該業務提携によって見込まれる競争促進的な効果も勘案しつつ、そのような提携は研究開発競争を制限する効果があると評価されることがあると考えられる。そのような場合は、資金、データ、技術、人材等がイノベーションに必要とされる程度やその提携当事者への集積の状況、他の事業者の利用可能性などが、競争に与える影響の判断要素になるのではないかと考えられる。」

さらに、業務提携報告書は、技術市場と、製品市場に分けて、以下のように分析する。（別紙 5-5）

技術市場に関し、「研究開発提携自体が重要な競争手段である製品や技術の研究開発活動について一定の共同化を行うものであるところ、研究開発の共同化の必要性の観点から、提携事業者が単独でも行い得るものかどうかを考慮される。研究開発に係るリスク又はコストが膨大で単独での負担が困難な場合や、自己の技術的蓄積、技術開発能力等からみて共同で研究開発を行う必要性が大きい場合等には、問題となる可能性が低くなる。」

製品市場に関し、「共同で研究開発を行う部分が多いほど、また、その期間が長いほど、提携当事者間の競争の余地が小さくなる。また、対象範囲、期間等が明確に画定されている場合には、それが必要以上に広汎に定められている場合に比して、競争に及ぼす影響は小さくなる。」「提携当事者に寡占産業における複数の事業者が含まれている場合や製品の販売市場における提携当事者の市場シェアの合計が高い場合、また、研究の性格としてより直接的に製品の販売市場に影響を及ぼし得る場合には、製品の販売市場における競争を実質的に制限し得る（不当な取引制限）。」

（イ）分析

上記の分析は、これまでみてきた、欧米のガイドライン又は共同開発ガイドラインに沿うものと思われる。

ウ 事例

相談事例集中、共同研究に関する事例を下記に挙げた。

事例	判断
令和2年度相談事例7「産業用機械メーカーによる基礎技術に係る共同研究の実施」	<p>「(2)ア(ア) 産業用機械 A の基礎技術に係る顕在的又は潜在的な研究開発主体としては海外の産業用機械 A メーカー、国内外の大学等が存在しており、その数は相当な数に上ると考えられる。</p> <p>(イ) 本件取組は、産業用機械 A の基礎技術の研究に関するものであり、特定の製品の開発を対象とするものではない</p>

ため、6社の中で製品の開発競争が損なわれる可能性は低い。また、一般に、製品の共同開発の場合には、開発過程における知識の共有等を通じて製品の発売に伴う価格、数量、仕様等に関する情報が共有され、事業者間に協調が生じる可能性があるが、本件取組は基礎技術に係る共同研究であるので、6社間で知識が共有されても、そのような協調が生じるおそれは低い。

(ウ) 産業用機械 A の基礎技術の研究に関しては、多額の資金を要する上に、製品化して市場への発売に成功するものは一部に限られるため、投資した資金を回収できるかどうか分からないという不確実性があり、メーカーにおいて研究に割くことができるリソースが限定的であることから、6社が共同して行う必要があると認められる。

(エ) 本件取組においては、共同研究の範囲に関して技術 α 、技術 β 及び技術 γ という 3 つの研究項目を定めており、また、共同研究の実施期間は 5 年間に限定されている。

(オ) 以上の状況を総合的に勘案すれば、我が国における産業用機械 A の製造販売分野における 6 社の市場シェアの合計が約 80 パーセントに上ること及び 6 社がいずれも技術開発力に優れていることを考慮しても、本件取組によって産業用機械 A に係る技術市場又は製品市場における競争が実質的に制限されることにはならないといえる。

イ 本件取組については、基礎技術の研究に関するものではあるものの、産業用機械 A の製造に不可欠な技術の開発に結び付くことはあり得る。その意味で、本件取組は、産業用機械 A の製品市場における競争に影響を与える可能性はある。

もっとも、6 社以外の産業用機械 A メーカーは、国内に産業用機械 A の生産拠点を置いている場合であって、共同研究のパートナーたり得る相応の技術力を有しているときは、本件取組に参加することができる。また、本件取組に参加できないメーカーも、本件取組による研究の成果を無償又は合理的な対価で利用することができる。

このため、本件取組によって 6 社以外の産業用機械 A メーカーが産業用機械 A の製品市場から排除されることにはならない。

	<p>ウ 以上によれば、本件取組は、不当な取引制限、私的独占等として独占禁止法上問題となるものではない。」</p> <p>(分析)</p> <p>本件では、他に代替的な研究組織が相当数あること、基礎研究であること、情報交換が行われないこと、共同研究開発を行う必要性、対象・期間の限定を考慮し、提携事業者の産業用機械 A の市場シェアが 80%超であっても、競争が実質的に制限されることにはならないとされている。また、不合理な参加条件が設定されていないこと、非参加者も合理的な対価で成果を利用できることを理由に、アクセス制限による問題は生じないと結論付けている。</p>
<p>平成 28 年度相談事例 2 「競合するメーカーによる共同研究」</p>	<p>「本件は、我が国の輸送機械 A の製造販売分野における合算シェアが約 90 パーセントとなる 8 社による共同研究であり、また、一定の成果が得られた場合には、共同研究を継続することとしているものの、</p> <p>[1] 共同研究の対象は、部品 α の性能向上につなげるための基礎研究に限られること</p> <p>[2] 8 社が独自かつ自由に行う部品 α に関する技術の研究活動並びに共同研究の成果を利用した製品の開発及び製造について、特段の制限を設けるものではないこと</p> <p>[3] 共同研究は、実施に当たり多くの人的資源等が必要となる一方、その成果が確実に得られるとは限らないため、個別各社では行いにくいものであり、共同して行う必要性が認められること</p> <p>[4] 共同研究の成果について、共同研究の非参加者に対しても合理的な対価で提供し利用を制限しないとしていること</p> <p>から、我が国の輸送機械 A の製造販売分野及び部品 α に関する技術の取引分野における競争を実質的に制限するものではなく、独占禁止法上問題となるものではない。」</p> <p>(分析)</p> <p>本件では、共同研究の対象が基礎研究であること、同一対象について共同研究活動以外の独自の活動を認めること、共同研究開発を行う必要性、アクセス制限がなされていないこと</p>

	<p>を考慮し、提携事業者の輸送機械 A の市場シェアが 90%超であっても、競争が実質的に制限されることにはならないとされている。</p>
<p>平成 25 年度相談事例 8 「輸送機械メーカー5 社による共同研究」</p>	<p>「本件は、輸送機械 A の製造販売分野における合算シェアが約 90 パーセントとなる 5 社による共同研究であるが、</p> <p>[1] 本件共同研究の対象は、輸送機械 A のエンジンに係る現象研究に限られること</p> <p>[2] 研究期間は 3 年を上限とすることから、必要以上に広汎にわたるものとは認められないこと</p> <p>から、輸送機械 A 及びそのエンジンにおける製造販売市場及び技術市場の競争に与える影響は小さいと考えられ、独占禁止法上問題となるものではない。」</p> <p>(分析)</p> <p>本件では、基礎研究に限られていること、期間が限定されていることから、問題がないとされている。</p>
<p>平成 16 年度相談事例 6 「建築資材メーカー3 社による共同研究開発」</p>	<p>「本件は競争事業者間の共同研究開発であり、建築資材 X の市場に占める 3 社のシェア合計は 30%と高いものであるが、本件共同研究開発の結果、3 社の建築資材 X についての自由な価格設定が困難となるものではなく、また、生産コストの低減や利用者ニーズへの対応などの効果も期待され、さらに、共同研究開発の対象範囲も確定されていることから、本件共同研究開発は直ちに独占禁止法問題となるものではない。</p> <p>但し、このような共同研究開発を契機として、3 社が、建築資材 X の生産及び販売に関して競争回避的な行為をとることのないよう十分な注意が必要である。」</p> <p>(分析)</p> <p>本件では、建築資材 X の市場に占める提携事業者のシェア合計は 30%と高いものの、価格設定を拘束しないこと、コスト削減等の競争促進効果が認められること、範囲が限定されていることから、独占禁止法上の問題は直ちに生じないとした。</p>

	<p>もともと、当該共同研究開発を契機に、競争回避的な行為をとることのないよう注意を要すとも述べている。黙示又は明示による合意により競争能力又はインセンティブに変化が生じる場合を想定した言及だと思われる。</p>
<p>平成 12 年度事業者の活動に関する相談事例 8 「保険商品の共同研究開発」</p>	<p>「本件相談については、研究開発の性格としては市場に与える影響は直接的なものであり、対象範囲の点からも市場に対する影響があるものといえるが、第 3 分野という市場環境が大きく変化することが予想される市場における新商品の開発、つまり新規参入であり、共同化の必要性が認められ、期間も限定的であり、現時点の両社の市場シェアからして市場に与える影響も小さいと考えられ、かつ、競争促進的な効果も期待できることから、独占禁止法上問題ない。」</p> <p>(分析)</p> <p>本件では、応用研究の範疇に当たる共同研究開発であるものの、新規参入であり共同化の必要性が認められること、期間が限定的であること、市場シェアが小さいこと、競争促進的な効果が期待されることから、独占禁止法上の問題はないとしている。いずれも、上記にみてきた検討要素と重複する。</p>

(3) 小括

以上より、共同開発研究においては、イノベーション又は最終製品に係る協調行動がなされるか、競争上重要な資源等が独占されてしまわないか（市場閉鎖）が重要な考慮要素になる。こうした考慮をするにあたっては、基礎研究より改良研究の方が、また、対象範囲・期間が広範・長期の方が、競争上の懸念が大きいことという視点が重要である。

2 標準化

(1) 米国協調ガイドライン

米国協調ガイドラインは、標準化については、特段記述していない。

(2) EU 水平的協調ガイドライン

(ア) 概要

EU 水平的協調ガイドラインは、標準化に関し、次のとおり規定する。

「標準化提携が競争制限効果を生じさせるかは、標準化を進める組織のメンバーが自由に合意された標準と整合しない代替的な標準又は製品を開発できるかに左右される。たとえば、標準化設定提携がメンバーに当該規約を遵守する製品のみを製造させる場合、潜在的な負の競争効果のリスクは顕著に増加し、ある特定の場面では、「目的による競争制限 (a restriction of competition by object)」まで生じさせ得る。同様に、最終製品のマイナーな側面又は部分を射程とする標準化は、包括的な標準化よりも競争への懸念を生じさせにくい。」 (para. 293)

「提携が競争を制限するか否かの評価は、標準へのアクセスにも焦点を当てる。標準化成果物 (標準を遵守するための明細及び (もしあれば) 標準を実施するための主要知的財産権) にまったくアクセスできない場合、又はメンバーと第三者 (関連する標準化設定組織の非メンバー) とが差別的な条件でのみアクセスが可能な場合、市場を、区別、閉鎖又は (地理的な適用範囲に従い) 区分し、それにより、競争を制限し得ることになる。しかし、複数の競合する標準がある、又は標準に依拠せずとも効果的な競争が可能である場合、限定的なアクセスは競争制限効果を生じさせないかもしれない。」 (para. 294)

「標準化によって影響を受ける競争者 (、ステークホルダー) が標準の選択及び設計に参加することができるという意味で、標準化設定過程に参加することが自由である場合、特定の会社を標準の選択及び設計への関与から排除しないことにより、競争制限効果を生じさせるリスクを低下させることができる。標準化によるあり得る市場へのインパクトが大きくなるほど、かつ、潜在的な適用領域が広がるほど、標準化設定過程への平等なアクセスを許容することがより重要になる。しかし、足元の実事が複数の標準と標準化設定組織との間に競争がある (かつ、産業全体が同一の標準を提供する必要がない) ことを示す場合、競争制限効果はないかもしれない。また、参加者の数を限定に標準を採用することができない場合、かかる提携は、TFEU101(1)との関係では、競争制限効果につながりにくい。あるケースでは、参加者を限定することによる潜在的な負の効果は、ステークホルダーが仕掛りの標準化成果物の情報を与えられ、相談されることを確保することにより、除去又は少なくとも減じられるかもしれない。標準を採用する手続きが透明になるほど、採用された標準が全てのステークホルダーの利益を考慮したことになりやすい。」 (para. 295)

「標準化提携の効果を評価するには、標準化に基づく商品又はサービスの市場シェアが考慮されねばならない。初期段階では当該標準が実務上業界の大部分に採用されるか、又は当該標準が関連産業のごくわずかな部分によってのみ用いられる標準なのかを一定の確度をもって評価することは常に可能ではないかもしれない。いかなる場合でも、標準の開発に参加した会社の関連市場の市場シェアは、当該標準のあり得る市場シェアを評価するための代替指標として、利用され得る。標準化設定に参加した会社はほとんどのケースで標準を実施する利害を有しているからである。しかし、標準化提携の効果は、しばしば、標準の設

定又は適用に係る産業のシェアと比例的であるから、当事者が標準により影響される市場で保有する高い市場シェアは、必ずしも標準が競争制限効果を生じ得るとの結論にはならない。」(para. 296)

「参加又は潜在的メンバーに対し明らかに差別的な標準化設定提携は競争制限効果につながり得る。たとえば、標準化設定組織が明らかに川上（原材料）企業（川下生産市場で活動していない企業）のみを排除する場合、潜在的なより良い技術を排除することになり得る。」(para. 297)

「286 で記載された知的財産権開示モデル（筆者注：開発中の標準を実施するのに必須の知的財産権について善意で開示するモデル）と異なる標準化提携に関しては、問題となっている開示モデル（たとえば、知的財産権開示を要求せず単に推奨するだけの開示モデル）が標準へのアクセスを保証するか、個別事例ごとに評価されなければならない。言い換えれば、特定の文脈で、情報を与えられた上での、技術と関連する知的財産権のうちどれを選択するかということが、実務的に、知的財産権開示モデルによって阻害されないかが評価されなければならない。」(para. 298)

「最後に、最も制限的なライセンス条件の事前開示を要求する標準設定提携は、原則として、TFE101(1)との関係で、競争を制限しない。これに関し、標準の選定に関わった当事者が利用可能な技術的選択枝及び関連する知的財産権だけではなく、当該知的財産権のコストに関しても完全に情報を与えられていることが重要である。このため、標準化設定組織の知的財産権ポリシーが、知的財産権者がそれぞれ最も制限的なライセンス条件（請求されるロイヤリティの最大レート等）を標準の採用前に開示することを規定することを選択する場合、通常は、TFE101(1)との関係で、競争の制限につながらない。かかる一方的な最も制限的なライセンス条件の事前開示は標準化設定組織が、異なる代替技術の長所・短所（技術的な観点だけではなく、価格の観点でも）に基づき、情報を与えられた上での意思決定をすることを可能にする一つの方法である。」(para. 299)

「問題となる標準条件が競争制限効果を生じ得るかを判断するにあたっては、標準条件の制定及び利用は、適切な経済文脈において、かつ、関連市場の状況を視野に入れて、評価されなければならない。」(para. 300)

「関連市場における競争者が標準条件の制定に実際に（業界団体への参加又は直接の参加のいずれかにより）参加することが制約されない限り、かつ、制定された標準条件に法的拘束力がなく、かつ、誰からも効果的にアクセスできるものである場合、かかる提携は、競争制限効果を生じさせにくい（但し、303、304、305 及び 307 の例外に服する）。」(para. 301)

「消費者向け商品又はサービスの販売に係る、効果的にアクセス可能で法的拘束力がない標準条件は、それらが価格へ影響しないという前提であれば、一般的に、競争制限効果を有しない。それらは品質、品種又はイノベーションにつながりにくいからである。しかし、これには、より深い評価を必要とする二つの例外が存在する。」(para. 302)

「第1に、標準条件が消費者に販売される製品範囲を定義し、かつ、それにより製品選択を限定するリスクがより顕著になるような消費者向け商品又はサービスの販売に係る標準条件は、当該条件の適用が事実上の提携になる場合、TFEU101(1)との関係で、競争制限効果を生じさせ得る。これは、標準条件の利用が広まったことで、事実上イノベーション及び品種の限定が生じるような場合である。たとえば、これは、保険契約の標準条件が顧客の主要な契約要素（保険で付保される標準リスク等）の実際の選択を限定する場合に生じる。標準条件の利用が強制されていなくとも、それらは競争者が製品の多様性につき競争する動機を損なうかもしれない。」(para. 303)

「標準条件が製品選択を限定することにより競争制限効果を有し得るリスクが認められるかを評価する場合、市場における既存の競争等の要素が考慮されなければならない。たとえば、小規模の競争者が大部分を占める場合、製品選択の限定は、3、4のより大きな競争者しかいない場合よりも、生じにくいように思われる。標準条件の制定に参加する企業の市場シェアは、標準条件の利用の可能性又は標準条件が市場の大部分で利用される可能性に示唆を与えるかもしれない。しかし、この点に関しては、当該標準条件が市場の大部分で利用され得るのかという事実だけではなく、当該標準条件が製品の一部をカバーするだけでなく製品全体をカバーするのかという事実（標準条件が広範囲でないほど、一般的に、標準条件は製品選択の制限につながりにくくなる）も評価に関わってくる。さらに、標準条件の制定なしには特定の製品を提供することができない場合、かかる標準条件は、TFEU101(1)との関係では、競争制限効果につながりにくい。こうしたケースでは、標準条件の制定により、製品選択は減少するのではなく、増加する。」(para. 304)

「第2に、標準条件が最終製品の実際の範囲を定義しなくとも、別の理由で、当該標準条件が顧客との取引の決定的な部分となるかもしれない。オンラインショッピングがその一例である。オンラインショッピングでは、顧客の信頼感が欠かせない（たとえば、安全な支払いシステムの利用における、適切な商品紹介、明確で透明性のある価格設定ルール、返品ポリシーの柔軟性）。顧客はこれらの要素について明確に評価するのは難しいため、広く普及した実務を好む傾向があり、こうした要素に係る標準条件は、企業が市場で販売する際に遵守すべき事実上の標準となり得る。法的拘束力が無くとも、こうした標準条件は、事実上の標準となり、その効果は法的拘束力がある標準条件に非常に近くなるため、そのような観点で評価する必要がある。」(para. 305)

「標準条件の利用が法的に強制される場合（特に、標準条件が市場全体に法的拘束力を及ぼすものである場合）、品質、品種及びイノベーションへのインパクトを評価する必要がある。」(para. 306)

「さらに、標準条件（法的拘束力の有無にかかわらず）が価格に係る競争に負の影響を与える条件（たとえば、支払われるべきリベートの種別を定義する規定）を含む場合、TFEU101(1)との関係で、競争制限効果を生じさせ得る。」(para. 307)

(イ) 分析

以上のとおり、EU 水平的協調ガイドラインは、①メンバーによる代替標準の開発許容性、②メンバー外のアクセス制限（差別的なアクセス条件も含む。）の有無・態様、③ほかに参加可能な複数標準の存在の有無、④当該標準の範囲、⑤市場シェア等の考慮要素を挙げている。

特に、アクセス制限について、様々な観点から検討を行っている点が注目される。たとえば、競争者を含むステークホルダーが標準の選択及び設計に参加する等して、標準を採用する手続きが透明にし、採用された標準が全てのステークホルダーの利益を考慮したものとする事で反競争的効果のリスクが低下するという指摘がなされている。また、当該手続きを実質化するため、標準に係る知的財産権のライセンス条件等を適切に開示することが重要であることが指摘されている。また、アクセス制限がなくとも、市場の特徴により、事実上広く普及する標準になる場合には、競争制限効果が生じる場合もあることが指摘されている。

(3) 日本

ア 標準化・パテントプールガイドライン

(ア) 内容

公取委は、標準化に伴うパテントプールの形成等に関する独占禁止法上の考え方（2005年）（以下「標準化・パテントプールガイドライン」という。）を公表している。標準化・パテントプールガイドラインは、標準化活動自体に関する独占禁止法の適用に関し、以下のよう

に定める（第2-2）。
「標準化活動は、製品の仕様・性能等を共通化するなどにより参加者の事業活動に一定の制限を課すものであるが、一方で、製品間の互換性が確保されることなどから、当該規格を採用した製品の市場の迅速な立上げや需要の拡大が図れるとともに、消費者の利便性の向上に資する面もあり、活動自体が独占禁止法上直ちに問題となるものではない。

しかしながら、たとえば、標準化活動に当たって以下のような制限が課されることにより、市場における競争が実質的に制限される、あるいは公正な競争が阻害されるおそれがある場合には独占禁止法上問題となる。

(1) 販売価格等の取決め

標準化活動に参加する事業者が、策定された規格を採用した製品等の販売価格、生産数量又は製品化の時期等について共同で取り決める（不当な取引制限等）。

(2) 競合規格の排除

標準化活動に参加する事業者が、相互に合理的な理由なく競合する規格を開発することを制限する又は競合する規格を採用した製品の開発・生産等を禁止する…（不当な取引制限、拘束条件付取引等）。

(3) 規格の範囲の不当な拡張

標準化活動に参加する事業者が、規格を策定する際に相互に製品開発競争を回避することを目的として、互換性の確保など標準化のメリットを実現するために必要な範囲を超えて製品の仕様・性能等を共通化する（不当な取引制限等）。

(4) 技術提案等の不当な排除

標準化活動に参加する一部の参加者が、規格を策定する過程で、不当に、特定の事業者の技術提案が採用されることを阻止する又は規格が技術改良の成果を踏まえた内容に改定されることを阻止する（私的独占、共同行為による差別取扱い）。

(5) 標準化活動への参加制限

標準化活動に参加しなければ、策定された規格を採用した製品を開発・生産することが困難となり、製品市場から排除されるおそれがある場合に、合理的な理由なく特定の事業者の参加を制限する（私的独占等）。」

(イ) 分析

上記のうち、(1)乃至(3)及び(5)は、EU 水平的協調ガイドラインでも言及されている要素である。

イ 業務提携報告書

業務提携報告書は、次のような考慮要素を示している。「標準化提携自体が重要な競争手段である製品等の仕様・性能等について一定の共通化を行うものであるところ、互換性の確保など標準化のメリット実現に必要な範囲を超えて規格を策定（仕様・性能等の共通化）する場合は、競争に与える影響は大きいとされる。また、特定の事業者の技術提案の不採用や技術改良の成果を踏まえた規格内容へ改定をしないことを共同して決定する場合も同様である。」（別紙 5-7）

こうした指摘は、上記の各ガイドラインの指摘と重複する。

(4) 小括

上記によれば、標準化においては、アクセス制限が最も重要な考慮要素になるが、EU 水平的協調ガイドラインの記述が最も詳細であり、共同出資会社ストラクチャーにおけるセオリーオブハームを検討する上でも、参考になる。

第5章 問題解消措置

第1節 はじめに

本稿で取り上げるような共同出資会社の場合、出資会社間や出資会社と共同出資会社の間に結合関係や協調関係が生まれ、当該協調関係により、反競争効果が生じる可能性があるとして認定されることがある。上記で検討したとおり、こうした結合関係や協調関係は、出資起因アプローチに基づく3要素（重要影響型、利害発生型、情報入手型）のほか、合意起因アプローチによる考慮がなされる可能性がある。

すなわち、共同出資会社においては、セオリーオブハームの分析として、両アプローチが検討される場所、こうしたセオリーオブハームを遮断する措置としての問題解消措置についても、両アプローチからの検討可能性があることになる。

この点、企業結合ガイドラインは、「共同出資会社の運営を通じ出資会社相互間に協調関係が生じることのないよう措置が講じられている場合には、競争に及ぼす影響はより小さいと考えられる」とし（第4の2(1)ウ）、①出資会社相互間及び出資会社と共同出資会社間の情報遮断措置（ファイアーウォール）²¹⁰、及び②共同資材調達禁止など出資会社の事業の独立性を確保する措置に言及する（第6の2(2)イ）。こうした情報遮断措置及び事業の独立性維持措置は、出資起因アプローチ、合意起因アプローチいずれに係る反競争効果についても、効果がある。

本章では、米国の議論にも言及しながら、そうした典型的な問題解消措置以外に、上記で主に検討した合意起因アプローチの観点で、共同出資会社に有用な問題解消措置があるのかについて検討する。

第2節 Brodley

Brodley は、次のとおり、類型ごとに、ジョイント・ベンチャーの問題解消措置 (Remedies) を論じる。

第1項 水平的ジョイント・ベンチャー

Brodley は、次のように述べる。

²¹⁰ なお、米国実務上のベストプラクティスとして挙げられる情報遮断措置としては、以下のようなものがある (ABA ANTITRUST LAW SECTION, Joint Ventures, at 148 (ABA, 3rd ed. 2020))。

- (a) 情報共有の制限を反競争ガイドライン (内規) で明示すること (関連するガバナンス書類に別紙として綴じ込むこともあり得る)
- (b) 競争上の機微情報にアクセスできる従業員の数を限定する、当該アクセスに関しパスワードその他暗号化の手段を用いる等のプロテクション措置を採用すること
- (c) 競争上の機微情報への関わりが強ある従業員 (典型的には、日々の販売、販売促進活動に従事しており、価格又は販売量の責任・権限を有する従業員) に秘密保持契約を締結させること
- (d) 競争上の機微情報に触れる機会が多いため従業員のための競争法コンプライアンス研修を他の従業員よりも厳格に実施すること
- (e) 定期的に遵守状況をモニタリングすること (例えば、従業員に内規の遵守を宣誓させ確認する、文書を検閲する等)

「水平的ジョイント・ベンチャーは、深刻な共謀リスクを生じさせるため、(外部株主を参加させること等の) 当事会社のインセンティブの修正をするよりは、禁止するのが適切な問題解消措置となるのが原則である²¹¹。但し、ジョイント・ベンチャーから得られる利便が当該リスクを正当化するような例外的な場合には、ジョイント・ベンチャーの期間を限定することが、最も効果的な救済策となる²¹²。将来競争することになるという見込みは、特に終了日が迫っている場合には、内部の共謀アレンジの安定性を損ねやすいからである²¹³。」

このように、Brodley は、水平的ジョイント・ベンチャーの一般的な救済策として、期間限定を挙げるが、こうした救済策は、共同出資ストラクチャーにおける出資起因アプローチで議論される反競争効果にも合意起因アプローチで議論される反競争効果にもあてはまると思われる。

第2項 投入物ジョイント・ベンチャー²¹⁴

1 投入物のコントロール

投入物ジョイント・ベンチャーのリスクは、次のような問題解消措置で改善され得る²¹⁵。すなわち、(i)外部の少数株主の追加、(ii)競争を誘発する運営ルール、及び(iii)ジョイント・ベンチャーの参加者を限定することである²¹⁶。

まず、(i)外部の少数株主の追加だが、これは、「親会社の競争を制限するために、ジョイント・ベンチャーが投入物を制限することを制約する²¹⁷。なぜならば、外部株主は他の出資者が得る利益には関係がないからである²¹⁸。このため、外部株主は、ジョイント・ベンチャーが生産した物を、より少なくするのではなく、より多く供給することを望む²¹⁹。しかし、外部株主利益は、ジョイント・ベンチャーに経済的利益を移転させ、それにより親会社間の競争を鈍らせるため、移転価格の操作を防止できない²²⁰。外部株主は、経済的利益をジョイント・ベンチャーに集中させることで、利益を得るからである²²¹。さらに、親会社の所在する川下市場に競争が無く、かつ、ジョイント・ベンチャーがその川上市場で市場支配力を有している場合、外部株主利益を作り出すことは、川上、川下に連続する独占状態を作り出すかもしれない²²²。このため、外部株主利益による問題解消措置は、ジョイント・ベンチャーの反競争的な傾向を制御するのに十分でない可能性がある²²³。また、当該問題解消措置は、

²¹¹ Supra note 153 at 1554 (Brodley).

²¹² Id. 1554.

²¹³ Id. 1554.

²¹⁴ 研究 (Research) ジョイント・ベンチャーについては、問題解消措置に触れられていない。

²¹⁵ Supra note 153 at 1561 (Brodley).

²¹⁶ Id. 1561.

²¹⁷ Id. 1561.

²¹⁸ Id. 1561.

²¹⁹ Id. 1561.

²²⁰ Id. 1561.

²²¹ Id. 1561-1562.

²²² Id. 1562.

²²³ Id. 1562.

川上、川下に連続する独占状態を作り出すおそれがない場合に、市場の状況が他の問題解消措置を補充するものでしかないのが通常である²²⁴。」

次に、(ii)競争を誘発する運営ルールであるが、このルールの下では、「ジョイント・ベンチャーの共謀的利用は、(ア) 親会社が増加分を購入し、及び追加の投資コストを負担することを条件に、親会社がジョイント・ベンチャーの生産量を増加するよう求めることを許容することにより²²⁵、及び(イ) ジョイント・ベンチャーの収益の分配が購入量と比例するようにするよう定期的に親会社の持分利益を調整することにより、阻止される^{226 227}。」

最後に、(iii)競合するジョイント・ベンチャーの形成を誘発するためジョイント・ベンチャーの参加者を限定することであるが、「合計の市場支配力を減じるため、ジョイント・ベンチャーへの参加者数を限定し得る²²⁸。これにより経済的効率性が犠牲にならない限度で、当該問題解消措置は、最適である。当該問題解消措置は、別の潜在的競合会社を作り出すからである²²⁹。」

上記によれば、共同生産、共同研究開発等の投入物ジョイント・ベンチャー型の業務提携では、問題解消措置として、①外部株主の追加、②競争を誘発する運営ルール、③参加者の限定が考えられる。

また、競争を誘発する運営ルールについては、競争単位性が残るという提携の特徴に起因する救済策であるが、こうした議論は、合併等とは異なり、完全に一体化するわけではないという共同出資会社ストラクチャーにも適用できる考え方である。実際、平成22年度主要な企業結合事例1「ビーエイチピー・ビリトン・ピーエルシー及びビーエイチピー・ビリト

²²⁴ Id. 1562.

²²⁵ 共同出資会社ストラクチャーではないが、日之出水道機器(株)事件（公正取引委員会平成5年9月10日審判審決）では、日の出のもつ知的財産権が地方公共団体の仕様に入っているために、地方公共団体により知的財産権のライセンスを約束させられ、一定量を競争者のために生産するとともに、それを超える分は、競争者の求めに応じてコストベースで生産するスキームとなっている。当該スキームも、競争性を確保し、生産調整しないようにする類似のものだと思われる。

²²⁶ Supra note 153 at 1562 (Brodley).

²²⁷ なお、平成22年度主要な企業結合事例1「ビーエイチピー・ビリトン・ピーエルシー及びビーエイチピー・ビリトン・リミテッド並びにリオ・ティント・ピーエルシー及びリオ・ティント・リミテッドによる鉄鉱石の生産ジョイント・ベンチャーの設立」で、本②と類似の主張（一定額を超える投資を要するような生産能力の拡張について、一方当事会社が生産能力の共同拡張を希望し、他方の当事会社が希望しない場合には、単独拡張を行うことが可能な仕組みとなっていること）が、当事会社からなされたが、公正取引委員会は、「そのような単独拡張が実際に行われる蓋然性は低いと考えられる。」として、当該主張を排斥している。理由は、以下のとおりである。「単独拡張が行われるのは両当事会社の共同拡張に係る見解に食い違いがある場合であるが、本件JVの設立により、両当事会社は、鉄鉱石の銘柄、供給量、コストなど供給面の特徴が共通化された企業となるため、望ましいと考える生産能力についても、両当事会社の見解は一致しやすくなると考えられる。仮に、両当事会社の間で将来の需要予測が大きく異なる場合には、望ましい生産能力について見解が異なることは考えられるが、本件JVにおける活動を通じて、事実上、両当事会社の需要予測は同一のものに収れんしていくと考えられる。また、一方の当事会社が単独拡張を試みる場合、他方の当事会社にとっては当該拡張に伴う利益をシェアすることが常に利益になるため、両当事会社は本件JVの下での共同拡張を選好すると考えられる。以上のような本件JVによる生産能力拡張の仕組みに鑑みれば、一方の当事会社がいつの時点でどのような拡張を行うのかという点について不確実性が無くなることから、他方の当事会社がこれに先駆けて生産能力を拡張しようとするインセンティブが著しく減退し、両当事会社が生産能力拡張面で協調的に行動することとなると考えられる」。

²²⁸ Supra note 153 at 1562 (Brodley).

²²⁹ Id. 1562.

ン・リミテッド並びにリオ・ティント・ピーエルシー及びリオ・ティント・リミテッドによる鉄鉱石の生産ジョイント・ベンチャーの設立」において、一定の条件の下で一方の当事会社単独で生産能力の拡張を行うことが可能であるという設計との関係で、②の検討がなされている（但し、結果的として、公正取引委員会の反競争性に係る判断を覆す要素にはならなかった）。

2 市場閉鎖

「市場閉鎖リスクを減じるためには、ジョイント・ベンチャーへの開かれたアクセスを確立し、又は、直接のアクセスを付与しなければならない²³⁰。このため、適切な問題解消措置には、(i)外部の少数株主の追加、(ii)所有者と同様の条件でアクセスを認めること、及び、(iii)非所有者のアクセスを裁判所が直接規制することが含まれる²³¹。」

まず、(i)外部少数株主であるが、「外部少数株主は、市場閉鎖に反対するインセンティブを提供する²³²。なぜならば、外部株主は、投入物の買主を拒絶しても、又は、親会社を優遇する差別的に廉価な価格で販売しても、利益を得られないからである²³³。このため、外部少数利益に十分に影響力がある場合、この問題解消措置は、市場閉鎖及び差別的なアクセス制限への効果的な対抗措置になる²³⁴。それにもかかわらず、外部少数利益は、親会社が市場支配力を有している場合、欠点を有している²³⁵。投入物ジョイント・ベンチャーにおいて、自然寡占的なジョイント・ベンチャーの外部利益を作り出すことは、各生産段階での利益を最大化するインセンティブを生み出し、それにより川上・川下両方での独占が生じ得る²³⁶。かかる条件が現前にある場合でも、他の問題解消措置が現実的でない場合には、なお有用かもしれない²³⁷。」

(ii)所有者と同様の条件でアクセスを認める方法として挙げられるのは、「親会社が市場支配力を有する場合、より効果的な問題解消措置は、ジョイント・ベンチャーの親会社と同様の非差別的な条件で全ての利用者の利用を許諾することである²³⁸。アクセスに係るルール設定は、共同で所有されている輸送施設又はパイプライン（しばしば自然的独占の特徴を有するもの）に係る場合に、特に適切である²³⁹。こうした問題解消措置を考慮する際、裁判所は、当該問題解消措置がジョイント・ベンチャーの形成を禁止しないよう、ただ乗りされる機会を最小化するよう、留意しなければならない²⁴⁰。」

²³⁰ Id. 1565.

²³¹ Id. 1565.

²³² Id. 1565.

²³³ Id. 1565.

²³⁴ Id. 1565.

²³⁵ Id. 1565.

²³⁶ Id. 1565-1566.

²³⁷ Id. 1566.

²³⁸ Id. 1566.

²³⁹ Id. 1566.

²⁴⁰ Id. 1566.

最後に、(iii) 非所有者のアクセスを、裁判所が、直接、包括的に強制する方法だが、この場合、「特定の条件で非所有者にアクセスさせているかにつき、(条件変更等を含め) 裁判所が継続的に監視しなければならないことになり得るため、他のより緩やかな問題解消措置が現実的でない場合に限られる²⁴¹。」

上記のように、市場閉鎖に関し、外部株主の追加、及びアクセス制限の観点から、救済策の提案がなされている。

外部株主の追加に関しては、投入物ジョイント・ベンチャーにおいて限界がある。つまり、親会社が（製品市場において）市場支配力を有している状況で、投入物ジョイント・ベンチャーに係る外部利益を作り出した場合、投入物購入市場及び（投入物を利用した）製品販売市場の両方で、反競争的な価格設定等が生じる結果になり得るということである（いわゆる *successive monopoly* の問題）。

アクセス制限については、いわゆるフリーライド問題とのバランスを取りつつ、不当な制限が行われないようにすることがポイントとなる。なお、*Brodley* は、アクセス制限として、裁判所による継続的なモニタリングの方法も想起しているようであるが、日本では、馴染みがなく、近いものとして、公正取引委員会への定期報告があるだけのように思われる。

3 共同購入グループ

Brodley は、「適切な問題解消措置は、購入における規模の経済を許容するものの、グループの買主としての市場支配力を排除するため、ジョイント・ベンチャーのメンバーの数を制限することである²⁴²。」と述べる。

これは、上記で検討した、買手独占に対応する問題解消措置である。

第3項 販売ジョイント・ベンチャー

Brodley によれば、現実的な問題解消措置として、(i)ジョイント・ベンチャーを通じた排他的販売を禁じること、(ii)ジョイント・ベンチャーの期間を限定すること、(iii)ジョイント・ベンチャー参加企業の市場支配力を減じるため、参加企業を限定することが挙げられる²⁴³。

(i)によれば、「親会社がジョイント・ベンチャーと競合する製品又はサービスを販売することを許容することで、排他的販売アレンジで課される価格一体化を損なわれるかもしれない²⁴⁴。」(ii)によれば、「競争の見込みを想定することで、同様に、共謀が損なわれる²⁴⁵。」(iii)によれば、「ジョイント・ベンチャーのメンバーを限定することで、又は、共同販売する製品又はサービスの割合を限定することで（これらによりグループは、反競争効果を生じさせる市場支配力もはや有さない）、反競争的な懸念の根源を消滅させることができる²⁴⁶。」

²⁴¹ Id. 1566.

²⁴² Id. 1570.

²⁴³ Id. 1557.

²⁴⁴ Id. 1557.

²⁴⁵ Id. 1557.

²⁴⁶ Id. 1557.

上記(i)は、前記第4章第2節第3項3で触れた日本油脂事件の10条事件でも、取られた措置である。

第3節 ガイドライン

企業結合ガイドラインは以下のように述べる。

「イ 当事会社グループの行動に関する措置

…当事会社グループの行動に関する措置を講じることにより、企業結合によって一定の取引分野における競争が実質的に制限されることとなるという問題を解消することができると判断される場合がある。

たとえば、商品の生産は共同出資会社において行うが、販売は出資会社がそれぞれ行うこととしている企業結合の場合、出資会社相互間及び出資会社と共同出資会社間において当該商品の販売に関する情報の交換を遮断すること、共同資材調達の禁止など独立性を確保する措置を講じることにより、企業結合によって一定の取引分野における競争が実質的に制限されることとなるという問題を解消することができると判断される場合がある…。また、事業を行うために不可欠な設備の利用等について、結合関係にない事業者を差別的に取り扱うことを禁止することにより、市場の閉鎖性・排他性の問題が生じることを防止することができると判断される場合がある。」

また、ガイドラインではないものの、業務提携報告書は、情報遮断措置について、以下のとおり、記述する（第4の1(5)）。

「たとえば、競争者同士で相互OEM供給を行う場合に、製造コストに関する情報が販売部門に共有されると、業務提携の相手方の販売価格を推測することが容易になり、提携当事者双方の販売担当者間において協調的な行動が助長される場合があり得る。このように、業務提携において情報が交換・共有されることにより、当該情報を用いて競争制限的な行為が行われやすくなることが考えられる。」

「そのため、提携当事者においては、情報交換・共有を行おうとするときは、カルテル等の問題を誘発しないよう適切な情報管理（情報遮断措置等）を講じることが重要となる。業務提携における情報遮断措置として、たとえば、部門間におけるファイアーウォールの設置、業務提携に関係する者との秘密保持契約の締結、業務提携に従事する者の情報へのアクセスの制限などが過去の相談事例に見られるほか、情報管理者の設置、業務提携に従事する者を一定期間関係部門に配置しない人事上の対応等を探ることが考えられる。」

「また、企業結合については、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に、当事会社が一定の適切な措置（問題解消措置）を講じることによって、その問題を解消することがある。企業結合ガイドラインでは、問題解消措置の類型の一つとして情報交換・共有を遮断することが例示されており、実際に情報遮断措置が採られることを前提に独占禁止法上の判断を行っている例もある。」

第4節 事例

第1項 情報遮断措置

日本において、共同出資会社に関し、企業結合に係る問題解消措置として、情報遮断措置の措置が採られたものとして、以下の事例がある。

事例	措置
<p>平成 21 年度主要な企業結合事例 3「三井金属・住友鉱山伸銅品事業統合」</p>	<p>「[1] 三井金属及び本件共同出資会社は、本件行為により、当事会社間で電気銅地金に関する情報が共有されることを防ぐため、情報遮断措置の設計、実行及び監視を責任を持って行う体制を構築すること</p> <p>[2] 三井金属及び本件共同出資会社は、電気銅に係る秘密情報（注2）（電気銅の研究、開発、製造、販売及びマーケティングに係る非公知の情報をいう。以下同じ。）に接する必要性のある者（以下「アクセス者」という。）がそれ以外の者に対して電気銅に係る秘密情報を開示又は漏洩すること及び目的外に使用することを禁止するとともに、アクセス者以外の者による電気銅に係る秘密情報へのアクセスを禁止し、パスワード管理、施錠管理等により、アクセス者以外の者によるアクセスを防止すること</p> <p>[3] 当事会社は、上記[2]に違反した者に対する懲戒事項を設けること</p> <p>[4] 当事会社は、PPC と本件共同出資会社との間で、一方の会社の役員である者（過去に役員であった者を含む。）を他方の会社の役員に選任しないこと及び一方の会社のアクセス者のうち電気銅に係る秘密情報を知得した者は、他方に出向又は転籍させないこと（注3）</p> <p>（注2）三井金属においては、PPC において営む電気銅事業に係る秘密情報を指し、本件共同出資会社においては、住友鉱山において営む電気銅事業に係る秘密情報を指す。</p> <p>（注3）過去に一方の会社のアクセス者であった者については、原則として、他方の会社に出向又は転籍させないこととし、やむを得ず出向又は転籍させる必要がある場合には、電気銅に係る秘密情報を知得した最後の日から起算して5年を経過した日以降に、出向又は転籍させることとしている。」</p>

	<p>(分析)</p> <p>出資又は合意により生ずる合弁の設計上、情報交換がなされないかが検討されている。この意味では、出資起因アプローチからも、合意起因アプローチからも説明可能な検討がなされていると思われる。</p>
平成 27 年度主要な企業結合事例 1「日本製紙・特殊東海製紙段ボール原紙等の共同販売会社設立等」	<p>「本件製造会社において、情報遮断措置を講じ、①筆記・図画用紙、②その他特殊印刷用紙及び③その他加工原紙に関する製造原価等の競争上有意な情報について日本製紙に開示しないこと」</p> <p>(分析)</p> <p>同上。</p>
平成 17 年度主要な企業結合事例 1「新日鐵・中山製鋼所普通線材事業の生産共同化」	<p>「当事会社は、販売面における独立を確保するため、販売価格、数量、ユーザー等に関する情報の交換を行わないこと」</p> <p>(分析)</p> <p>同上。</p>
平成 6 年度主要な企業結合事例 3「旭化成・トクヤマ共同生産会社設立」	<p>「炭化水素系イオン交換膜の受委託数量・価格についての情報を知り得る新会社の役職員については、新会社の運営に必要な範囲を超えて当該情報を他方の当事会社に開示しない旨の秘密保持契約を締結すること」</p> <p>(分析)</p> <p>同上。</p>

しかし、当該情報遮断措置は、その有効性が否定されることもあり、ケースバイケースでの判断が必要である。平成 22 年度主要な企業結合事例 1「ビーエイチピー・ブリトン・ピーエルシー及びビーエイチピー・ブリトン・リミテッド並びにリオ・ティント・ピーエルシー及びリオ・ティント・リミテッドによる鉄鉱石の生産ジョイント・ベンチャーの設立」では、「なお、両当事会社は、本件 J V においては各種の情報遮断措置を講ずることから、販売面における両当事会社間の競争関係は維持されるとしているが、本件 J V 設立で販売競争のインセンティブが著しく減退することから、仮に 両当事会社間で販売に関する情報を

遮断したとしても、そのことのみをもって、両当事会社の間で販売面の協調関係が生じることがないような措置が講じられているとは認められないと考えられる。」との認定がなされている。コスト共通化による反競争効果が大きく、情報遮断措置がなされてたとしてもその効果は限定的だという判断を行ったと思われる。

第2項 事業活動の独立性維持

日本において、共同出資会社に関し、企業結合規制として、事業活動の独立性維持が採られたものとして、以下の事例がある。

事例	措置
平成 15 年度主要な企業結合事例 2「昭和電工・協和発酵酢酸エチル共同生産会社設立」	<p>「当事会社は、新会社設立後においても、販売活動はそれぞれ独立して行うとしているところ、販売事業の独立性を確保するため、当事会社と新会社との間において所要の情報遮断措置を講ずることとしている。また、新会社は昭和電工の子会社となるものの、協和発酵工業が新会社から購入する酢酸エチルの数量は一定の数量を上限にしてその範囲内の必要数量が必ず確保されるとともに、その供給価格も新会社が酢酸エチルの製造に要する総原価と同等となるよう設定されることとなっており、昭和電工が協和発酵工業に対し裁量的な供給数量制限等を行うことは困難であると考えられることから、当事会社の販売事業における独立性は確保できると認められる。」</p> <p>(分析)</p> <p>(分析)</p> <p>出資又は合意により生ずる合弁の設計上、事業が独立して行われるか(共謀リスクが無いか)が検討されている。この意味では、出資起因アプローチからも、合意起因アプローチからも説明可能な検討がなされていると思われる。</p>
平成 14 年度主要な企業結合事例 3「北海道国際航空・全日本空輸業務提携」	<p>「ANA (全日本空輸(株)) は、既存の CRS (ANA の既存のコンピューター予約システム) を変更し、営業上の秘密に対する情報遮断措置を講じること」</p> <p>「ANA の販売代理店や予約案内センターは、ADO (北海道国際航空(株)) 便の予約・発券等の代理業務を行うにすぎず、運賃の設定等については ADO が独自に行うこと」</p>

	<p>(分析) 同上。</p>
平成 12 年度主要な企業結合事例 8「日立電線・住友電工共同出資会社設立による電力用電線事業統合」	<p>「電力用電線の研究開発及び生産については統合の対象とするが、電力会社等に対する販売事業については、引き続き、両社（日立電線及び住友電気工業）がそれぞれ行うこと」</p> <p>(分析) 同上。</p>
平成 11 年度主要な企業結合事例 4「東芝・三菱電機大容量電動機の共同生産会社設立」	<p>「大容量電動機の販売にあたって、エンジニアリング面での提案を含む受注活動が重要な役割を有しているが、当事会社はこうした受注活動を引き続き独自に行うこととし、共同生産会社の設立後においても、当事会社間の販売活動の独自性を保持するための具体的措置を講じること」</p> <p>(分析) 同上。</p>
平成 8 年度主要な企業結合事例 4「広島ガスプロパン他 4 社共同出資会社設立」	<p>「海田充填所を共同利用するに当たり、元売業者・卸売業者の間で LP ガスの充填数量を調整することなく、5 社はそれぞれ独自に充填量を決定する」</p> <p>「5 社間で LP ガスの卸売価格を決定することなく、独自に卸売価格を決定する」</p> <p>「出資者は、他の出資者及び共同利用者に対し、海田充填所の利用を強制したり、海田充填所の共同利用において新規参入業者を不当に差別的に取り扱わない」</p> <p>「海田充填所を利用する LP ガスの元売業者及び卸売業者は、それぞれ個別にファミリーガスと委託契約を締結し、また委託手数料についても、それぞれが個別の交渉の上決定する」</p> <p>(分析) 同上。</p>

平成 6 年度主要な企業結合事例 8「生コンクリート製造事業者共同生産会社設立」	<p>「3 社（名寄コンクリート、名寄高圧コンクリート興行及び真鍋コンクリート）は、上川北部協組合による割決によって受注した生コンクリートを同協同組合に独自に販売委託すること」</p> <p>（分析） 同上。</p>
--	--

第 5 節 小括

企業結合ガイドラインは、共同出資会社を念頭に、情報遮断措置及び事業活動の独立性確保の問題解消措置に言及している（第 7 の 2(2)イ）。こうした問題解消措置は、出資起因アプローチ、合意起因アプローチのセオリーオブハームのいずれの観点からも整理可能な措置である。

しかし、Brodley の議論を踏まえると、そうした情報遮断措置及び事業活動の独立性確保に加え、共同出資会社の問題解消措置として、以下の視点もあり得る。すなわち、共同生産、共同購入、共同研究開発に係る共同出資会社については、①外部の少数株主の追加、②競争を誘発する運営ルール、及び③共同出資会社の参加者を限定することが考えられる。また、市場閉鎖については、④外部の少数株主の追加、⑤所有者と同様の条件でアクセスを認めること、及び、⑥非所有者のアクセスを裁判所が直接規制することが考えられる。最後に、共同販売に係る共同出資会社については、⑦共同出資会社を通じた排他的販売を禁じること、⑧共同出資会社の期間を限定すること、⑨ジョイント・ベンチャー参加企業の市場支配力を減じるため、参加企業を限定することが考えられる。

こうした Brodley の挙げる問題解消措置は、出資起因アプローチで検討した反競争効果との関係でも、出資起因アプローチで検討した反競争効果との関係でも、検討し得る内容である²⁴⁷。

また、Brodley とは別の視点として、前記第 4 章で述べたほか、共同出資会社の類型ごとのセオリーオブハームに応じた問題解消措置も考えられる。

すなわち、①共同生産では、合意により設計された共同出資会社のストラクチャーにより、出資会社のコスト構造が共通化し、その結果、販売価格協調等の反競争効果が生じるのが特徴的である。こうしたコスト構造の共通化による反競争効果については、「製品の単位当たりの製造コストに占める共通化される部分の割合」×「生産量全体に占める共同生産される

²⁴⁷ Brodley は、出資を伴う共同出資会社を射程として議論しているところ、Salop 及び米国水平的合併ガイドラインのように出資だけによるインセンティブ又は能力の変化だけを分析するのではなく、共同出資会社に付随又は関係する黙示又は合意によるインセンティブ又は能力の変化についても分析の射程にしていると思われる。

製品の割合」という業務提携報告が示す計算式に基づく算定結果がより小さくなるよう、共同生産する製品の範囲を限定するような問題解消措置が考えられる。

②共同販売では、共同生産と同様に、コスト構造の共通化のほか、販売価格等競争上の機微情報に触れやすいことから出資会社間の情報交換が（他の類型でも問題になるものの）より問題になりやすい。コスト構造の共通化は共同生産と同様であり、情報交換については情報遮断措置が有用である。

③共同購入は、川上市場で買手独占の問題が生じ得るほか、川下市場でのコスト構造の共通化が注目される。コスト構造は共同生産と同様だとして、注目されるのが買手独占である。買手独占については、共同購買グループが川下市場で占める市場シェアが低くなるように参加者を限定するという問題解消措置が適切だと考えられる。

④共同研究及び標準化では、（他の類型でも市場閉鎖は問題になり得るが）特にアクセス制限が重要な要素となる。これに対しては、フリーライド防止とのバランスを取りながら、公正なアクセス権を付与する仕組みが問題解消措置になり得る。

こうした問題解消措置は、企業結合ガイドラインで述べられている情報遮断措置及び事業の独立性維持措置とは別の視点であり、合意起因アプローチによる分析を行うことで、従来あまり意識されていなかったものがより明確に意識できるようになるといえる。

第6章 不当な取引制限規制との関係

第1節 問題意識

これまでの検討で本稿が主張するとおり、企業結合規制を共同出資会社に適用するに際し、出資起因アプローチと合意起因アプローチからのセオリーオブハームが検討されるところとした場合、企業結合規制の中で、カルテル規制の観点でも検討がなされることになる。企業結合規制で、（合意起因アプローチという）カルテル的な考慮もされた上、それに加えて、同様の合意について、独占禁止法3条後段の規制が及ぶとすると、重畳適用となり、独占禁止法による規制を過度に及ぼすものではないかが問題になる。

第2節 検討

日本においては、共同出資会社に対する不当な取引制限の適用の際の判断基準や立証方法に係る判断基準についても議論が蓄積されていないため、不当な取引制限について、企業結合ガイドラインに準拠したような形で判断すべきなのか、欧米の合理の原則のような比較衡量型の基準²⁴⁸で判断すべきなのかが明らかではない。

仮に、不当な取引制限の分析において、（業務提携報告書はこれに近い立場かもしれないが）企業結合ガイドラインに（一部）準拠すべきだとすると、不当な取引制限と企業結合規制については、当然違法に近い判断がなされるようなハードコアカルテルのような場合を

²⁴⁸ デビッド・ガーバー著（白石忠志訳）『競争法ガイド』（東京大学出版会、2021年）62-63頁参照。

除けば、結論には違いが出ないと思われる。また、欧米の合理の原則のような比較衡量型の基準で判断すべきだとしても、合理の原則のような比較衡量型が（より効率性を斟酌しやすいのか等の議論を含め）企業結合規制よりも被規制者との関係で有利なのか不利なのか等について、明確な議論はなされていないように思われる。

したがって、現時点では、企業結合規制と不当な取引制限規制とでいずれが被規制者に有利なのかは判然とせず、カルテル的な考慮を行う合意起因アプローチを取り入れたからといって、従前、不当な取引制限と比して軽い規制であった企業結合規制が不当に重くなってしまふとはいいい切れないと思われる。

かえって、以下のような重畳適用を認める利点さえ存在する。第1に、業務提携に基づく子会社設立が競争の実質的制限をもたらすと判断され、排除措置命令によってこの計画を解消させる必要がある場合を考える。独占禁止法10条1項違反の排除措置において株式の処分だけでなく、基礎となっている契約等の廃棄を命ずることができるかは必ずしも明確ではないが、もしそれができない場合には、独占禁止法3条後段違反を問う必要性が出てくる²⁴⁹。10条1項と3条後段とでは、実体判断はいずれでも変わらないのに対し、エンフォースメントとしては10条1項違反の排除措置において株式の処分だけでなく、基礎となっている契約等の廃棄を命ずることができないとするのは不合理だからである²⁵⁰。

第2に、出資等、企業結合は一旦生じると、単なる契約関係よりも元の状態に戻しにくいという性質は否定できない。企業結合規制の適用範囲と事前届出の範囲は必ずしも一致しないが、重なる部分が多いことから、事前届出の段階で、企業結合規制を及ぼすことで、効果的に規制するという意義がある。一方で、企業結合規制で一度クリアランスを出した後で、競争環境等に変化があった場合に、一定の規制を及ぼす必要が生じることもあるから、企業結合規制の対象となった事例であっても、3条後段の適用を排除しない意義もある。

なお、欧米でも、重畳適用がなされる可能性が無いわけではないと思われる。欧州の企業結合規制では、本稿のいう合意起因アプローチの観点から、黙示又は明示の合意によりカルテル的な弊害が生じないかが、企業結合規制の中で検討される²⁵¹。米国でも、クレイトン法7条と、シャーマン法1条又はFTC法5条が同時に主張されることもある^{252 253}。

²⁴⁹ 日本油脂事件は、そのような事例だと思われる。

²⁵⁰ 和田健夫「共同子会社と独占禁止法：3条後段と10条の関係に関する覚書」商学討究47巻4号70頁（1997）。

²⁵¹ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) Article 4(2).

²⁵² Supra note 2 at 565 (O'Brien & Salop).

²⁵³ なお、米国水平的協調ガイドライン（Para.1.3）は、以下の条件を満たす提携については、（企業結合でなくとも）企業結合基準（に準じて）審査すると規定する。

- ①当事会社が関連市場において競争関係にあること
- ②業務提携が関連市場の経済活動の効率性を向上させる統合であること
- ③統合が関連市場における当事会社の全ての競争を消滅させるものであること
- ④提携が短期間（原則として10年間が基準となる）で終了しないことが特定かつ明確な契約条件とされていること

もつとも、重畳適用が被規制者の予測可能性を害することもある。たとえば、企業結合規制でクリアランスを得、かつ、当時と事情に変化がないにもかかわらず、企業結合後に、3条後段の処分がなされるようなケースである。この点に関しては、公正取引委員会において、企業結合規制の時点と事情が変わらなければ、判断が変わることはないという運用が確保でき²⁵⁴、かつ、企業審査規制審査において独占禁止法3条後段のどの範囲まで審査をしたのかを明確にできれば、実務的な解決が可能かもしれない。

欧州では、企業結合規制の対象となったジョイント・ベンチャーに付随する競争制限的合意（ジョイント・ベンチャーを行うために必要かつ直接関連する競争制限的合意）については、企業結合審査においてクリアランスの対象になる²⁵⁵。こうした制度を参考に、日本でも、企業結合ガイドラインを改正する等の対応が考えられる。

具体的には、欧州と同様、企業結合審査において、共同出資会社にクリアランスを付与する場合、当該共同出資会社を行うために必要かつ直接関連する競争制限的合意（ancillary restrictions）についても（企業結合と同時に）クリアランスを受けたこととするようガイドラインを改正することが考えられる²⁵⁶。

もつとも、欧州では、フルファンクションのジョイント・ベンチャーのみが対象になっており、日本で企業結合規制の対象となる共同出資会社よりも狭い範囲で企業結合規制が適用されているため、そうした相違も考慮に入れる必要がある。

第7章 おわりに

第1節 本稿の検討の要約

前記のとおり、本稿では、競争者を出資会社とする共同出資会社におけるセオリーオブハームについて、検討してきた。セオリーオブハーム検討においては、当事会社間の黙示又は明示の合意（典型的には、出資会社間の合弁契約）を前提としない出資起因アプローチと、そうした合意を前提とする合意起因アプローチという2つのアプローチに分けて議論を進めた。

出資起因アプローチは、部分取得におけるO'Brien & Salopを出発点として、出資により（出資会社に係る）経済的利益及び（被出資会社に係る）会社支配の観点から、当事会社間のインセンティブ又は能力が変化すること、当該変化が共同出資会社にも適用できる可能性があることを示した。

²⁵⁴ 泉水文雄「デジタル市場における企業結合規制」公正取引844号（2021年）16頁注50参照。

²⁵⁵ Supra note 251 Article 6(1)(b), 8(1), 8(2) and Ancillary Restraints Notice, OJ 2005 C56/24.

²⁵⁶ なお、公正取引委員会の実務として、企業結合審査で検討した事情（たとえば、株式取得届出書と共に提出された合弁契約に表れている事情）については、事情変更がない限り、企業結合後に、不当な取引制限として別途問題にしないという実務を行っているかは不明だが、そのような実務を行っていたとしても、ガイドラインでそうした実務を公表することは、当事者の予測可能性を担保する上で、意義があると考えられる。

もっとも、企業結合ガイドライン（「出資会社相互間に協調関係が生じるか否かについては、共同出資会社に係る出資会社間の具体的な契約の内容や結合の実態，出資会社相互間に取引関係がある場合にはその内容等を考慮する。」と規定している。）は、共同出資会社の協調関係について、出資起因アプローチだけではなく、合意起因アプローチからの検討が可能であることを示している。また、公正取引委員会は、平成22年度主要な企業結合事例1「ビーエイチピー・ビリトン・ピーエルシー及びビーエイチピー・ビリトン・リミテッド並びにリオ・ティント・ピーエルシー及びリオ・ティント・リミテッドによる鉄鉱石の生産ジョイント・ベンチャーの設立」で検討されているように、セオリーオブハームの検討において合弁契約上の取決めに起因するコスト構造の共通化を考慮している。しかし、企業結合規制が適用されるような共同出資会社との関係では、こうした合意起因アプローチについては、従前焦点を当てられてこなかったと思われる。そこで、本稿では、こうした合意起因アプローチについて、共同出資会社の類型別の整理を行い、どのような形で、こうしたアプローチが考慮できるのかを検討した。

また、上記の2つのアプローチの観点から、企業結合規制とカルテル規制の重畳適用の是非、及び問題解消措置についても、検討を行った。

第2節 得られた結論

そうした検討から、共同出資会社については、企業結合規制適用にあたって、出資起因アプローチのほか、合意起因アプローチの視点での検討の余地があることが示された。こうした2つのアプローチから、セオリーオブハーム及び問題解消措置を検討することで、より充実した検討が可能になる。

すなわち、①共同生産では、合意により設計された共同出資会社のストラクチャーにより、出資会社のコスト構造が共通化し、その結果、販売価格協調等の反競争効果が生じるのが特徴的である。②共同販売では、共同生産と同様に、コスト構造の共通化のほか、販売価格等競争上の機微情報に触れやすいことから出資会社間の情報交換が（他の類型でも問題になるものの）より問題になりやすい。③共同購入は、川上市場又は川下市場で買手独占の問題が生じ得るほか、川下市場でのコスト構造の共通化が注目される。④共同研究及び標準化では、（他の類型でも市場閉鎖は問題になり得るが）特にアクセス制限が重要な要素となる。

共同出資会社においては、企業結合ガイドラインでも記述されているように、従前、情報遮断措置及び事業活動の独立性維持という観点からのものが論じられてきた。しかし、合意起因アプローチの観点からは、当該アプローチに特有なセオリーオブハームが指摘できるところ、そうしたセオリーオブハームに応じた問題解消措置を検討することで、より緻密な分析が可能になる。すなわち、①共同生産では、合意により設計された共同出資会社のストラクチャーにより、出資会社のコスト構造が共通化し、その結果、販売価格協調等の反競争効果が生じることによる反競争効果については、「製品の単位当たりの製造コストに占める共通化される部分の割合」×「生産量全体に占める共同生産される製品の割合」という業務

提携報告が示す計算式に基づく算定結果がより小さくなるよう、共同生産する製品の範囲を限定するような問題解消措置が考えられる。②共同販売では、共同生産と同様に、コスト構造の共通化の視点での問題解消措置が想起できる。また、販売価格等競争上の機微情報に触れやすいという問題については、情報遮断措置での対応が可能である。③共同購入は、コスト構造は共同生産と同様だとして、注目されるのが買手独占である。買手独占については、共同購買グループが川上市場又は川下市場で占める市場シェアが低くなるように参加者を限定するという問題解消措置が適切だと考えられる。なお、販売提携では機微情報のやり取りがなされるリスクが高いが、この点は情報遮断措置による問題解消が検討できる。④共同研究及び標準化で注意されるアクセス制限に対しては、共同研究（特に応用研究）や標準化の範囲を限定すること、フリーライド防止とのバランスを取りながら公正なアクセス権を付与すること等の仕組みが問題解消措置になり得る。

第3節 本稿の提言

本第7章第1節でも引用したとおり、企業結合ガイドラインにおいては、出資会社間の協調関係を判断するに際し、「出資会社相互間に協調関係が生じるか否かについては、共同出資会社に係る出資会社間の具体的な契約の内容や結合の実態、出資会社相互間取引関係がある場合にはその内容等を考慮する。」と記述されている。ここで挙げられている考慮要素は、出資に起因する競争行動の変化という観点（出資起因アプローチ）と、合意に起因する競争行動の変化という観点（合意起因アプローチ）の両要素が含まれていると思われる。

これに対し、企業結合規制が適用される共同出資会社における出資会社間の協調関係等の認定にあたり、合意起因アプローチからの検討がなされ得ることがあまり明確に議論されてこなかったように思われる。しかし、合意因果アプローチを意識することによって、セオリーオブハームの認定がより精緻になり、また、それにより反競争効果の問題を解消する措置についても事案に事案に応じたより妥当な措置を検討し得ると思われる。

たとえば、出資会社間の協調行動によるセオリーオブハームについては、コスト構造の共通化の分析がなされ得るが、この際、業務提携報告書等でカルテルの観点での分析が緻密になされている。共同出資会社に対する企業結合規制の審査においても、こうしたカルテルの観点での分析を取り入れることを明確に意識するべきである。

また、出資因果アプローチと合意因果アプローチでは、米国水平的合併ガイドラインの分析で明らかになったとおり（前記第3章第3節第3項1(2)）、ともに3要素（重要影響型、利害発生型、情報入手型）の考え方をを用いることができるが、特に情報入手型については、欧米のガイドライン等、合意因果アプローチの検討の方が緻密である。このため、合意因果アプローチの議論を出資因果アプローチにも応用できると思われる。

このように、共同出資会社ストラクチャーにおけるセオリーオブハーム分析（特に出資会社間の協調行動）については、出資起因アプローチ及び合意起因アプローチからの分析が可能であるが、こうした視点は問題解消措置にも敷衍できると思われる。たとえば、企業結合

規制審査において、コスト構造の共通化による反競争効果が懸念される場合、コスト構造の共通化がどのようなセオリーオブハームで生じるかを明確に分析できれば、過大又は過小に至らないより適切な問題解消措置の設計に寄与し得る。業務提携の議論では、コスト構造の共通化について、「製品の単位当たりの製造コストに占める共通化される部分の割合」×「生産量全体に占める共同生産される製品の割合」により定量的な分析が可能になるから、こうした計算式を念頭に、コストの共通化の割合を減少させるという思考が可能になる。

また、こうした合意因果アプローチによる分析を行う結果、企業結合規制とカルテル規制の重畳適用が問題になる。共同出資会社を検討する企業結合規制審査において出資会社間の黙示又は明示の合意が検討されるとすれば、独禁禁止法 3 条後段で検討されるべきカルテル合意が審査対象になるからである。この点、欧州の整理のように、合併に付随する競争制限的な合意について、一定範囲でクリアランスを与えることが考えられる。但し、クリアランスを与える場合に、どの範囲でクリアランスを与えるかが問題となるため、こうした範囲の参考になるようなガイドラインを策定する必要があると思われる。これについては、欧州の *Ancillary Restraints Notice*, OJ 2005 C56/24 が参考になる。もっとも、欧州では、フルファンクションのジョイント・ベンチャーのみが対象になっており、日本で企業結合規制の対象となる共同出資会社よりも狭い範囲で企業結合規制が適用されているため、こうした相違も考慮に入れる必要があるが、本稿では具体的な内容までは検討できていない。

最後に、合意起因アプローチが、カルテル規制だけでなく、企業結合規制でも考慮されるとすると、カルテル規制についてのセオリーオブハームの重要性がより高まることになる。こうした重要性を認識することで、当該論点の議論を行う動機をより高めるのではないかと考えられる。業務提携報告書は、業務提携とカルテル規制の関係性について一定の試みをしているものの、ガイドラインではない（公正取引委員会の公式見解ではない）という限界があるため、ガイドライン化を含め、議論をさらに活発化させていくことが必要になる。

第4節 本稿の学術的な意義

本稿は、日本の企業結合規制との関係で、共同出資会社のセオリーオブハームの分析するに際し、出資起因アプローチ及び合意起因アプローチという2つの視点に言及した。こうした大きな視点を示したことで、従来、企業結合規制とカルテル規制が必ずしも明確に分けられない性質を有する共同出資会社の性質により即した検討の枠組みの可能性を提示したことに学術的な意義があると考えている。

白石説や早川説が指摘するように、部分出資及び共通株主問題の企業結合審査において出資起因アプローチの3要素（重要影響型、利害発生型、情報入手型）から、結合関係又はセオリーオブハームが考察されてきた。また、川濱説からもうかがわれるように、共同出資会社において、同様の視点でのアプローチ（出資起因アプローチ）での議論がなされていると考えられる。こうした3要素からの議論については、従前から指摘されていたが、これが、米国水平的合併ガイドラインに影響された議論であることを O'Brien & Salop 及び欧州

の議論とも関連付けて、整理した点に意義が認められる。また、こうした部分出資における出資起因アプローチが共同出資会社にも適用され得ることを示唆した点にも意義があると考えられる。

また、共同出資会社の実務においては、そもそも企業結合ガイドラインが出資会社間の協調関係について出資会社間の提携契約等の合意を考慮することを明らかにしており、かつ、合弁契約等、出資会社間で合弁会社の運営に関して詳細な合意がなされるのが通常であるから、共同出資会社の検討にあたっては、合意起因アプローチによる検討が可能であり、また、反競争効果を有する合意が形成される点で出資起因アプローチより直接的な反競争効果を有し得るという点で、合意起因アプローチの方が重要であるように思われる。こうした当事者間の合意に着目するという視点を改めて確認したことに意義があると考えられる。

さらに、本稿の検討の結果、共同出資会社の企業結合審査において、出資起因アプローチと合意起因アプローチとを区別することで、セオリーオブハーム及び問題解消措置の検討をより緻密に行える可能性があることを（視点の設定だけではなく）具体的に提示できたと考えられる。これに関連し、日米欧のガイドライン及びそれらの議論に影響を与えたと思われる議論（Pitofsky 等）を整理することにより、合意起因アプローチによる検討を行うための考慮要素を幅広く提供できた点でも意義がある。

最後に、業務提携報告書の公表に代表されるように、業務提携とカルテル規制の整理について注目が集まり、議論が活発化している。しかし、そうした議論においては、カルテル規制と共同出資会社に係る企業結合規制の境界や重複について、詳細な分析は必ずしも十分になされていないようにも思われる。本稿は、議論が活発化していながら、そうしたあまり焦点が当てられていなかった問題点について、検討を試みるものであり、その点も意義があると思われる。

第5節 残された課題

本稿では、共同出資会社に係るセオリーオブハームの検討においては、出資起因アプローチと合意起因アプローチという2つの観点が重要であることを示し、その区別がこれまでのセオリーオブハーム及び問題解消措置の分析をより明確化できることを示すべく検討を行ってきた。こうした検討は大きな視点でのアプローチであるため、検討素材として、一定の議論が集約されており、整理しやすい各国のガイドライン又はそれに準じる報告書を用いている。しかし、個別評価が必要な決定、裁判例等のケース（特に欧米におけるもの）については、検討を完了するには至っていない。本稿で、一定の検討視点を示し、それなりの結果を得たことから、次の段階として、こうした視点が、実際のケースを整合的に説明できるかについて、実証的に研究することが必要になると考えられる。

また、本稿では、合意起因アプローチにより重点を置いた構成となっている。すなわち、合意起因アプローチについては、共同出資会社の個別類型（共同生産等）に分けて、より具体的に分析した。一方で、出資起因アプローチについては、部分出資の議論を検討し、そう

した議論が共同出資会社にも適用できることまでは示しはしたものの、具体的な個別類型においてどのような適用の仕方がなされるのかについては、十分な検討を行っていない。この点、Bresnahan & Salop²⁵⁷は、共同生産に係る共同出資会社について、出資起因アプローチからの具体的な検討を行っており、こうした議論を含め、検討余地が残されていると考えられる。

最後に、本稿では、合意起因アプローチの（又は親和的な）代表的な論者として、Pitofsky 及び Brodley の議論を取り上げているが、こうした議論が示された論文が公表されたのは、1980 年代のことであり、かなり古い議論である。これらの議論は、その内容から、米国協調ガイドライン及び EU 水平的協調ガイドラインに影響を及ぼしているものと推測されるものの、同人らの議論とこれらのガイドラインの間には、20 から 30 年の隔離があるため、こうした期間についての議論の展開についてさらに詳細な検討を行う余地がある可能性が否定できない²⁵⁸。この点についても、残された課題として挙げておきたい。

以 上

²⁵⁷ Supra note 1 (Bresnahan & Salop).

²⁵⁸ 筆者が調査した限り、Pitofsky らの後になされたもので、かつ、同人らの議論を大きく修正する方向の議論は、見当たらなかった。