

補論 2

国際的経済活動と競争法

「国際的経済活動と競争法」の問題は、直接的には WTO 協定との整合性に係るものではないが、国際法上の許容性の観点から問題となるために検討するものである。国際的経済活動が活発になる中、本来は自国の市場を規律する役割を持つ各国の競争法を、国外で生じた事象にどこまで適用で

きるのかという点は、益々重要性を増している。ルール志向の観点から、本報告書では、競争政策の名を借りて、WTO 協定その他国際ルールに違反して自国産業を保護する措置が取られていないか、という観点から、競争法その他関連法令等に関する検討を行う。

1. 域外適用をめぐる問題点

(1) 国家法の域外適用（立法管轄権の行使）と効果理論

通常、一国の法律は、その国の領土内において適用され、その効力は外国に及ばないというのが原則である。このような「属地主義」の考え方は、原則としては、各国競争法（反トラスト法、独占禁止法等）にもあてはまる。

しかし、経済活動のグローバル化の進展により、外国で行われた行為が自国市場に重大な影響を及ぼす場合が増加してきたことを受けて、厳格に「属地主義」を適用するだけでは、競争法による効果的な規制が必ずしも実現できないとされるようになった。

従来から、外国で行われた行為であっても自国の市場に競争制限的效果が及ぶ場合（例えば、自国が輸入している製品について輸出国側の企業が

価格カルテルを行っている場合）に、当該行為に対して自国の競争法を適用することが一定程度行われてきている。

特に近年、カルテル行為が国際的に禁止すべき行為である点について先進国間で一致が見られることもあり、国際カルテルによって自国の市場において影響を受けた国が自国の競争法を適用することは、米国、欧州を中心に幅広く行われるようになってきており、競争法の域外適用として問題視されてきた点も、国際カルテル抑止の流れの中で考える必要がある。

米国をはじめ EU 諸国を含めた少なからぬ国（とりわけ OECD 諸国）は、「属地主義」を拡張した「効果理論」の考え方を採用していると言われており、またこのような「効果理論」の考え方自体は、1970年代に国際法協会及び万国国際法学会といった学術団体によっても承認されている¹。国際的な学術

¹ 「効果理論」について

○国際法協会「制限的取引法委員会」

ニューヨーク総会（1972年）において、「効果理論」を国際法の原理として承認。

「効果理論…国家は、以下の要件が充足される場合には、領域外において行われ、かつ、領域内に効果を生じる行為を規制する法規範を定立する管轄権を有する。・当該行為とその効果が、当該法規範の適用対象となる活動の構成要件であること、・領域内における効果が実質的であること、及び、・その効果が、領域外の行為の直接の、かつ、主として意図された結果として生ずること。」

団体が承認していることをもって、直ちに「効果理論」の考え方が国際法上許容されると断言することはできないが、国際法の形成に重要な役割を果たしているこれらの学術団体による承認は、現在の国際的な理解の在り方を傍証するものとして捉えることができる。

我が国においても、公正取引委員会の独占禁止法涉外問題研究会報告書（1990年）が、「効果理論」に基づく競争法の域外適用については、「外国企業が日本国内に物品を輸出するなどの活動を行っており、その活動が我が国独占禁止法違反を構成するに足る行為に該当すれば、独占禁止法に違反して、規制の対象となると考えられる。」として「効果理論」を認めたが、上述の観点からは、妥当なものと言える²。

こうした状況の中、厳密な意味での域外適用の事案にあたるかどうかはともかく、実務上も、外国事業者に対して排除措置命令等を行った事例が複数ある（具体的な事例については2016年版614ページ参照）。排除措置命令等以外にも、公取委が外国企業同士のM&A（いわゆるオフショアの案件）について企業結合審査を行う事例は頻繁にみられるようになっており、問題解消措置を含むものも出てきている。このように、独占禁止法は涉外的な要素を持つ事案に適用されるようになってきている。

また、これまでは、在外に居住する者に対する独占禁止法上の書類の送達については、民事訴訟法の送達規定のうち、在外者に対する書類の送達に関する規定を準用していなかったため、外国に所在する事業者等に対して、独占禁止法上の書類を送達することはできないとされていたが、2002年の独占禁止法改正により、在外者に対する書類送達については、民事訴訟法の外国における送達規定等を新たに準用するとともに、一定の場合に

は公示送達することができることとされ、執行管轄権上の問題を生じさせない形で手続を進めることが可能となった（在外者に対する書類の送達手続等の実務については2016年版615ページ参照）。

（2）効果理論に基づく競争法の域外適用の限界、米国の競争法（反トラスト法）の「過度な」域外適用

各国の競争法は、本来その国の市場における公正かつ自由な競争の確保、更にはその国の消費者利益の確保を保護法益としているため、競争法の域外適用は、上述した「効果理論」の考え方に拠って、国外で行われた行為が、国内市場の競争に直接かつ実質的な効果をもたらす場合等に限り、行うことが可能であると考えられる。

しかし、国外で行われた行為が、国内市場の競争に直接的かつ実質的な効果をもたらさない場合（例えば、輸入国側で行われている輸入カルテルによって、輸出国側の「輸出者の利益」が害されている場合）にも、競争法の域外適用を行うことは、国際的に許容される範囲を超えるものであることに留意すべきである。このような場合では、輸出国側の「輸出者の利益」を云々する以前に、当該行為によって、輸入国側の国内市場の競争が損なわれていると考えられるので、当該輸入国の競争法の問題と考えることが適当である。

米国は、1982年に米国議会がFTAIA（外国取引反トラスト改善法）（Foreign Trade Antitrust Improvements Act）という域外適用（立法管轄権）に関する法律を制定したものの、米国の輸出者の利益を害する国外の反競争的行為であっても、米国の消費者に直接影響を与えないかぎり、反トラスト法の執行を行わない方針を一旦は示したが、1992年、方針転換し、自国の輸出を制限する領域

○万国国際法学会

オスロー総会（1977年）において、多国籍企業の競争制限的行為を規制する管轄権を、効果理論（意図された、少なくとも予見可能な、実質的な、直接的かつ即時的な効果を領域内に及ぼす領域外の行為に対する適用）によって基礎づけることとした。

¹外務省の委託研究報告書（「競争法の域外適用に関する調査研究」2001年3月）においても、「国家は、ある事項が自国と密接、実質的、直接かつ重要な関連があるため、係る事項を対象とすることが国際法及びその他の様々な側面（諸国家の慣行、不干渉及び相互主義の原則並びに相互依存の要請も含む）に合致する場合には立法管轄権を有する」という「密接関連性」を域外適用の可否を判断する際の基本の1つとすることが適当と考えられるとの見解が述べられている。

²外務省の委託研究報告書（「競争法の域外適用に関する調査研究」2001年3月）においても、「国家は、ある事項が自国と密接、実質的、直接かつ重要な関連があるため、係る事項を対象とすることが国際法及びその他の様々な側面（諸国家の慣行、不干渉及び相互主義の原則並びに相互依存の要請も含む）に合致する場合には立法管轄権を有する」という「密接関連性」を域外適用の可否を判断する際の基本の1つとすることが適当と考えられるとの見解が述べられている。

外での行為について、「効果理論」の解釈を拡大し、領域内市場に実質的効果を及ぼすかどうかにかかわらず、「領域内の輸出者に悪影響を与えている」として、競争法（反トラスト法）の適用を行う方針を発表、維持している³。自国の輸出を実質的に制限する国外での行為に対して、自国の輸出者に効果を与えているとして、自国の競争法を域外適用していく米国の方針は、国際的にコンセンサスのある「効果理論」の考え方の枠を超え、他の国には全く例がないものである。

（3）「執行管轄権」の限界による実質的な域外適用の制約

上記にあるように、「効果理論」に基づく競争法の域外適用に関する国際的なコンセンサスはできつつあるものの、競争当局者が競争法を外国に所在する事業者（外国事業者）に対して直接的に執行することが国際的に許容されているわけではない点に留意すべきである。これは、国家管轄権の中に、「法の定立（とその適用）」の側面を有する「立法管轄権」と「国境を越えた公権力の行使」の側面を有する「執行管轄権」とは別であり、上記で述べてきた効果理論の考え方はこのうち立法管轄権の根拠であって、外国事業者に対して執行管轄権を行使できるか否かは別の問題である。外国に所在する企業に対して直接に執行管轄権を行使することは、競争法を域外適用する場合（領域外において行われた行為に対して適用する場合）だけに限られず、領域内において当該外国企業が行った行為に適用する場合にも想定される。

領域外での執行については、「他国の領域内において、その国の政府の同意を得ずに公権力の行使にあたる行為を行ってはならない。」という一般国際法上の基本原則が、国際的に承認されている⁴。A国がB国内の企業を対象としてA国の法律を適用する際に、当該企業に対する排除措置、罰

金徴収等の強制措置をB国政府の同意を得ずにB国内で実施することはもとより国際法違反であるし、そのような強制措置に関する手続の一環としてB国内の当該企業に対してのコンタクトを行うことも、上記基本原則に違反する「公権力の行使」にあたるおそれがある。特に近年、競争法の執行にあたり、外国事業者に電話により国境を越えて直接事情聴取する等の事例が生じており、執行管轄権についての問題が浮上ってきている。

こうした問題を避けるために、外国事業者に対して調査を行う場合、後述する協力協定の活用により当該事業者が存する国の競争当局への協力を仰ぐほか、自国内に存在する子会社や支店、代理人等を名宛人とする等の方法がとられることがあるが、子会社及び支店については、そもそも対象となる外国事業者を代理する権限があるのかどうか疑問がある。

（4）問題点に対する対応

米国の反トラスト法の域外適用の方針は、前述のように、「効果理論」の考え方に基づく競争法の域外適用に関する国際的なコンセンサスの範囲を超えるおそれの高いものであり、その範囲を超えた場合には、競争法の「過度な」域外適用に当たるといふべきものである。

競争法の過度な域外適用は、問題の解決につながるよりむしろ相手国との間により深刻な紛争を惹起する可能性が高い。

我が国としては、前記1. (2) の1992年の米国司法省の方針変更（米国の輸出を制限する海外の行為をも反トラスト法の規制対象とする）の際、「国際法上許容されない米国内法の域外適用にあたる」との立場から遺憾の意を表明するとともに、運用面における慎重な対応を要請している。

また、感熱紙カルテル事件（1999年）⁵において日本政府はアマカスブリーフを提出し、米国の反

³ 米国における域外適用をめぐる経緯は2016年版615ページ参照。

⁴ 上記に関する著名な先例である常設国際司法裁判所「Lotus号事件」判決（1927年）は、“the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that, failing the existence of a permissible rule to the contrary, it may not exercise its power in any form in the territory of another State...”と述べている。また、本分野の代表的な学術書であるOppenheim’s International Law (Robert Jennings及びArthur Watts著9th ed.1992)は、“a State is not allowed...to exercise an act of administration or jurisdiction on foreign territory, without permission.”と述べている。

⁵ 米国競争法の刑事規定の域外適用について争われた初の事例。対米輸出をしていたFAX用感熱紙の値上げを1990年頃行った我が国製紙メーカーのうち1社が、日本国内においてカルテル行為に加担していたとして、1995年12月に米国司法省によって起訴された。控訴裁判所は、民事事件と刑事事件で別異

トラスト法の刑事罰規定を域外適用するという司法省の主張は国際法上許容されないとする立場を表明している。2004年6月の連邦最高裁判所の判決では、ドイツ、カナダ、日本が提出した意見書を引用し、米国反トラスト法による三倍賠償を外国における行為に適用することに対しては、外国政府から主権の侵害との懸念が伝えられている旨言及している。

更に、ビタミン剤カルテル訴訟(2000年)⁶においても、日本政府はアミカスブリーフを提出し、外国取引反トラスト改善法(FTAIA: シャーマン法の域外適用)は、米国外の市場における外国会社からの商品の米国外の購入者に対して、反トラスト法に基づく損害賠償請求のために米国裁判所に訴訟を提起することができると解釈されるべきではないとする立場を表明している。日本政府の他、カナダ、英国、ドイツ、オランダ、アイルランド、ベルギーの各政府も、同様に連邦控訴裁判所の判断に反対する旨の意見書を提出している。同じく、2003年にベネズエラ、フィリピン、台湾、ドイツの米国外企業4社が、化学調味料に関する国際カルテルによって損害を受けたとして、反トラスト法に基づき日本企業を含む化学調味料メーカー10社を提訴した案件⁷においても、日本政府は連邦控訴裁判所へ意見書を提出し、ビタミン剤カルテル訴訟と同様の主張を行った。

今後も、競争法の「過度な」域外適用を行おうとする相手国に対しては、一方的に自国法を域外適用することを慎むよう積極的かつ継続的に主張していくとともに、競争法違反行為の防止・排除のために、多国間協力又は二国間協力を進めていくことが重要である。なお、英国、豪州等におい

ては、主として米国の反トラスト法の域外適用を念頭に置いて、域外適用国の判決の承認・執行を拒否することを内容とする対抗立法が制定されている(対抗立法には、外国政府又は裁判所からの文書提出命令等に従うことを禁じ得ることも含まれている)。

(5) 米国における効果理論の新展開

米国においては、アルコア事件控訴審判決やハートフォード火災保険事件最高裁判決等を通じて、米国反トラスト法は、米国外で行われた行為であっても、米国に効果を与える意図をもってなされ、かつ実質的に効果を与える行為について適用されるという原則が確立されている。また、前記1.(2)のとおり、FTAIAによれば、米国反トラスト法は、輸入行為だけではなく、米国内の取引及び米国への輸入取引に、直接的、実質的かつ合理的予見可能な弊害をもたらすシャーマン法に違反する行為、また、米国からの輸出取引について米国の輸出者に直接的、実質的かつ合理的予見可能な弊害をもたらすシャーマン法に違反する行為に適用される。これらの点について、経済がグローバル化するとともに、部品の製造拠点、最終製品の組み立て工場、最終製品の販売拠点が世界中へと散らばっており、また、汎用製品を中心に各地域の価格の連動性はますます高まっているという事情をふまえ、米国において、ポタシュ国際カルテル訴訟における第7巡回区控訴審大法廷判決(2012年)、TFT-LCD国際カルテル訴訟における各判決等、裁判例を中心に効果理論の注目すべき新展開がみられる。詳細については2016年版618頁参照。

に解する理由はないとして地裁判決を覆し、更に1998年1月連邦最高裁も上訴を認めず却下した。これによって、刑事法的にも米国が反トラスト法の域外適用を行うことが確認された。

⁶ 日本企業6社や米独企業等を含むビタミン剤の製造業者等46社の国際カルテルにより損害を被ったとして、2000年11月に米国反トラスト法に基づき、米国外のビタミン剤購入事業者12社(エクアドル、パナマ、メキシコ、ベルギー、英国、インドネシア、豪州及びウクライナ等)が米国内外の購買者を代表して集団訴訟を提起した。訴訟の内容は、被告が共謀して、米国を含む世界的規模での市場の割当価格協定(国際カルテル)によって生じた被害について三倍賠償を求めるといったものである。

2006年1月、連邦最高裁判所は連邦高等裁判所の判決(カルテルにより米国外において生じた被害と米国内で生じた被害とは独立したものであり、事물관轄権は認められないと判断)を妥当とし、原告の上告受理申立てを却下し、本訴訟に関して、米国連邦裁判所の事물관轄権は認められないとする連邦高等裁判所の判決が確定した。事案の詳細については、2016年版617ページ参照。

⁷ 本件においても上記ビタミン剤訴訟と同様に米国内裁判所の事물관轄権が問題となった。2006年2月、控訴裁判所は、カルテルにより米国外において生じた被害と米国内で生じた被害との間に直接的な関連性は認められない、として事물관轄に関する原告の主張を退けた。

2. 国際協調を通じた「域外適用」の謙抑への期待

(1) 「国際礼讓」と域外適用

競争法等の国内法を域外適用することによって生じる管轄権の抵触を巡る国際紛争を防止するため、従来から「国際礼讓」が考慮されている。国家法の域外適用の局面で「国際礼讓」を考慮するというのは、相手国で行われた行為に対して、自国法を域外適用するための管轄権があるにもかかわらず、国際関係上の配慮に基づき相手国に一定の敬意を払って、自国の管轄権の行使を抑制するという（特に英米において伝統的な）考え方である。

但し、国際礼讓の原則自体は、個別の条約、又は条約上の共助枠組みにおいてそれが採用されれば別であるが、積極的礼讓も消極的礼讓も国際法上の義務ではなく各国の政策問題であり、二国間で特に合意されていない限り、国際礼讓を払わないことがあっても、道義上や政治上の非難を受けることはあっても法的な責任は生じない。

(2) 国際協調に向けた動き

競争法の域外適用によって生じる管轄権の重複ないし抵触の問題については、国家間で条約又は国際協定を締結することによって実質的な解決を図ることが考えられる。しかし、関係国間の競争法に関して調和が図られていない現状では、係る条約ないし国際協定の効果にも限界がある。したがって、競争法の執行面での国際協力と同時に、競争法そのもののハーモナイゼーションを図ることが問題解決にあたって重要である。

① 競争法の執行面での国際協力

競争法の執行面での国際協力については、1970

年代から多国間又は二国間で、通報・情報提供等の協力に関する取り決めがなされてきた。多国間の取り決めとしては、「国際通商に影響を及ぼす反競争的慣行についての加盟国間の協力に関するOECD理事会勧告」（1979年、1986年、1995年改訂）で通報・協議手続制度の活用が明記された。更に1998年3月には、ハードコアカルテルについて、競争法の最も悪質な違反であることを考慮し、当該行為を禁止する各国の法律の収斂を進めることとあわせて、執行における国際協力と礼讓を定めた「ハードコアカルテルに対する効果的な措置に関するOECD理事会勧告」が採択された。

2005年3月には、国際的な企業結合の審査における当局間の調整・協力等を定めた「合併審査に係る2005年OECD理事会勧告」が採択された。

また、二国間の協力協定としては、米、EUを中心に既に10以上の協定が締結されている（米・独間（1976年）、米・豪間（1982年、1999年追加）、米・加間（1984年、1995年改正、2004年追加）、独・仏間（1984年）、米・EU間（1991年、1998年追加）、豪・NZ間（1994年、2007年改正）、米・イスラエル間（1999年）、EU・加間（1999年）、米・ブラジル間（1999年）、米・墨間（2000年）、加・豪・NZ（2000年）、加・墨（2001年））。このうち、1998年6月に米・EU間で締結された協定では、相手国に競争法執行を要請し、相手国が仮に執行活動を開始した場合は、要請国が自らの執行活動を控えあるいは中断する可能性がある旨の積極的礼讓プロセスが定められた。これらの協定は、国際的な広がりをもつ反競争的行為に対し、関係国が、競争法の域外適用によって生じ得る衝突を回避しつつ、協力して対処するための枠組みを提供している⁸。さらに、2014年9月には「競争法の審査及び手続きに関する国際協力にかかる

⁸ 米・EU間では、企業結合問題について両者の協力強化に関する作業グループが設置され、初期段階からの情報交換を通じ、緊密な協力が進められている。また、企業結合案件以外においても、協力協定の枠組みに基づいて解決されたマイクロソフト社事件が挙げられる。これは、マイクロソフト社がとったライセンス契約締結の際の市場支配的地位の濫用行為に対し、米国司法省と欧州委員会が協力して双方の市場の調査を行い、1994年7月に同社と排他的取引慣行の排除等を内容とする和解協定を締結したケースである。これは、競争法に違反する多国籍企業の行為に対し、協力して積極的に取り組む両当局の姿勢を示すものと評価されている。更に、協力協定の「積極的礼讓」を踏まえて初めて行われた調査の例としては、航空券のコンピューター予約システムに関する差別的な取扱についての調査がある。これはアメリカンエアラインズの提訴を受け、司法省が欧州委員会に調査を依頼したものであるが、こ

OECD 理事会勧告」⁹が採択された。この勧告は、競争当局間における情報の自由な交換を促進し、また、リニエンシー・アムネスティ制度間の整合を図るよう加盟国に促すことにより、加盟国の競争当局間の協調を一層進めるものである。今後、本理事会勧告は加盟国の競争当局同士の協調のあり方や二国間協定の制定や改定に影響を与えるものと考えられる。なお、2014年12月に発効した欧・スイス間の協力協定¹⁰では、いわば本理事会勧告を先取る形で競争当局間での機密情報の扱いが定められている¹¹。

これらの世界的な国際協調の進展を背景に、我が国でも、まず1999年10月に、米国との間で「反競争的行為に係る協力に関する協定」が締結された。この協定の発効により、国際的な広がりを持つ反競争的行為に対する我が国競争法の執行の強化、日米競争当局間の協力関係の発展、米国の反トラスト法の域外適用を巡る問題への対処等が実現した。EUとの間では、2003年8月に、カナダとの間でも、2005年10月に、日米協定とほぼ同様の協定が発効している。なお、公正取引委員会は2016年3月に欧州委員会と協議した結果、審査過程で入手した情報を交換できるよう、EUとの独占禁止協力協定を改正する準備を始めることとなった。

経済連携協定の枠組みにおいても、競争政策分野の協力に向けた取組が行われている。具体的には、2002年11月に発効した「日・シンガポール新時代経済連携協定」をはじめ、日・メキシコ(2005年4月発効)、日・マレーシア(2006年7月発効)、日・チリ(2007年9月発効)、日・タイ(2007年11月発効)、日・インドネシア(2008年7月発効)、日・フィリピン(2008年12月発効)、

日・スイス(2009年9月発効)、日・ベトナム(2009年10月発効)、日・インド(2011年8月発効)、日・ペルー(2012年3月発効)、日・豪(2015年1月発効)、日・モンゴル(2016年6月発効)の経済連携協定がそれぞれ締結されたが、これらにも、協力のレベルに違いはあるものの、競争政策に関する締約国間の協力規定が盛り込まれている。このうち、日・豪間の経済連携協定の実施細則として、両国の競争当局は、2015年4月、「日本国公正取引委員会とオーストラリア競争・消費者委員会との間の協力に関する取決め」を締結した。本取決めでは、反競争的行為に対する取組協力として通報や執行調整等を定めることに加え、執行における情報交換として、一方の競争当局が審査過程において違反被疑事業者等から入手した情報を(実行可能な場合で、かつ、自国の法令によって許容される限りにおいて)他方の競争当局に対して提供することを適切に考慮する(第4.3条)旨が定められた。本取決めは、上記「競争法の審査及び手続きに関する国際協力にかかる OECD 理事会勧告」(2014年9月)を踏まえたものと考えられるが、これにより、従来我が国が締結している独占禁止協定及び経済連携協定等協力枠組と比して、より一層競争当局間の協力や連携を進めるものとなっている。

また、我が国と他国の競争当局との間で、必要に応じ情報交換を行うなどの国際協力を行っている¹²。

公正取引委員会は、競争当局間の協力に関する覚書等を、2014年4月にブラジル、7月に韓国、2015年10月に中国国家発展改革委員会、2016年4月に中国商務部、6月にケニアとの間でそれぞれ締結している。

れを受けて、欧州委員会はエールフランスに対して正式調査を開始し、それを契機に当事者間(エールフランスとアメリカンエアラインズのコンピュータ予約システム SABRE 間)で改善策の合意に達し、問題解決に至った事例(2000年)である。

⁹ 2014 OECD Recommendation of the Council concerning International Co-operation on Competition Investigations and Proceedings

¹⁰ AGREEMENT between the European Union and the Swiss Confederation concerning cooperation on the application of their competition laws, OJ L 347/4 (3.12.2014) (欧・スイス協力協定)

¹¹ 欧・スイス協力協定第7条-第9条

¹² 最近では、マリンホースの製造販売業者による談合事件(我が国の調査開始:2007年5月)、テレビ用ブラウン管の製造販売業者らによるカルテル事件(同2007年11月)、自動車用ワイヤーハーネス等の見積り合わせの参加業者らによる談合事件(同2010年2月)、自動車用オルタネータ等の自動車用部品の見積り合わせの参加業者らによる談合事件(同2011年7月)において、それぞれ米国司法省、欧州委員会等とほぼ同時期に調査を開始し、必要に応じ情報交換を行った。企業結合案件については、パナソニック株式会社による三洋電機株式会社の株式取得(2009年)において米国連邦取引委員会及び欧州委員会と、アジレント・テクノロジーズによるバリアンの株式取得(2010年)において米国連邦取引委員会と、BHP ピリトン及びリオ・ティントによる鉄鉱石の生産ジョイントベンチャーの設立(2010年)において豪州 ACCC (Australian Competition and Consumer Commission)、欧州委員会、ドイツ連邦カルテル庁及び韓国公正取引委員会と、エーエスエムエル・ユーエス・インクによるサイマー・インクの株式取得(2013年)において米国司法省、韓国公正取引委員会等と、サーモフィッシャーサイエンティフィック・インクとライフ・テクノロジーズ・コーポレーションの経営統合(2014年)において米国連邦取引委員会・欧州委員会と、それぞれ必要に応じ情報交換を行った。

反競争的行為が刑事罰の対象となる場合には、自国の刑事手続に使用する証拠を入手するため、他国に協力を求める共助条約（MLAT）等の国際捜査共助手続を利用する動きが進んできている。競争法の協力協定は行政目的の達成に必要な情報提供が行われるのに対し、国際捜査共助は刑事事件の証拠の提供が行われるものである。日米間においても、2003年8月にMLATが締結されたが、それ以前でも日本では国際捜査共助法に基づき、米国政府からの外交ルート上の要請により一定の条件の下での捜査協力を行っている。例えば、上述した感熱紙カルテル事件でも、米国政府からの捜査共助依頼によって、国内事業者に対して東京地方検察庁が捜査を行った¹³。

② 競争法のハーモナイゼーション

競争法のハーモナイゼーションについては、OECD・WTO等の多国間協議の場を通じて競争法のコンバージェンスの検討を進めるとともに、未だ競争政策の確立していない国々に対し、技術援助を通じ適切な競争法の導入を図ることも有益であろう。これらは、不適切な競争法の設計や運用を抑止することにもつながり得るものであり、その意味でも重要である。

WTOでは、1997年7月より貿易と競争政策の相互作用に関する作業部会において、貿易措置が競争に与える影響等について検討が進められた。第4回閣僚会合（2001年11月）では、競争政策に関するルール策定について、第5回閣僚会合以降交渉を開始できるように準備作業を開始することが合意され、以後、透明性や無差別性といった主要原則、ハードコアカルテルに関する条項、任意での協力のためのモダリティ、開発途上国における競争制度の漸進的強化等に焦点を絞った作業が行われていた。しかし、第5回閣僚会合（2003年9月）では、WTOで新たな分野を扱うことに対する開発途上国の反発などによって交渉開始には至ら

ず、その後、2004年7月の枠組み合意において、貿易円滑化、投資、競争、政府調達透明性の4つの新しい交渉分野のうち、貿易円滑化を除いた競争を含むその他の3分野については今次ラウンドでは、交渉開始に向けた作業は行わないこととされた。

また、2001年には、米・EUを中心として先進国等10数か国の競争当局により、競争法及び政策の国際的な協調、協力を目指した国際競争ネットワーク（International Competition Network「ICN」）が発足した。これは公的な機関ではなくあくまで任意に参加した当局によるボランティアな組織で、ここでコンセンサスに到達した場合にもそれを履行するかどうかは各当局の自主性に委ねられるが、複数の競争法の管轄が及ぶ事項に対する執行の機会が増大する中で、手続面及び実体面の問題解決に取り組み、広く関係者の意見交換の場となっている。2016年3月末時点で、120か国・地域から133の競争当局が参加し、カルテル作業部会、企業結合作業部会などの作業部会を設けて検討を続けている。

他方、我が国の独占禁止法においても累次の法改正の中で国際的ハーモナイゼーションに配慮した改正事項が見られる。具体的には、2005年の独占禁止法改正において、米国、EU等に比し低い水準になっているカルテル等に対する課徴金の算定率を6%から10%（製造業等の場合）に引き上げるとともに、米国・EU等においてカルテルの摘発に成果を上げている課徴金減免制度（リニエーション）を我が国においても導入するなどの制度改正が行われている。また、2009年の改正においては、諸外国に比して低水準であった不当な取引制限（カルテル）等の罪に係る自然人に対する罰則を、3年以下の懲役から5年以下の懲役に引き上げるとともに、企業結合審査について、株式取得の事後報告制を改めて事前届出制を導入し、届出要件を総資産基準から国内売上高基準にすること、国

¹³ 感熱紙カルテル事件（前掲注8参照）については、裁判段階において日本政府より「日本企業が米国領域外で行った行為につき米国国内法による刑事管轄権を行使することは国際法上許容されない」と主張したが、それ以前の段階において米国政府からの共助要請に応じて、東京地方検察庁が搜索差押処分を行う等協力を行っている。これは、米国政府からの共助要請の時点で、要請受入れの判断を行うにあたっては、国際捜査共助法に従って手続を行うことが定められているが、同法上は、外国からの共助要請を受け入れない要件として、双罰性の欠如、相互主義の保障の不在等が規定（同法第2条）されているにとどまり、本件はこの要件に合致しなかったために共助が行われたと考えられる。この双罰性の判断にあたっては、抽象的双罰性で足りるとされており、本件の場合、対象たるカルテル行為が、我が国独占禁止法上も刑法上の処罰の対象となっているということによって、抽象的双罰性があると判断されたと解される。

内売上高の算定において企業結合集団を基本単位とすること等の改正が行われた。さらに 2013 年 12 月には、公正取引委員会における審判制度を廃止し、同委員会による排除措置命令等の行政処分に係る不服申立てを裁判所に対し直接行うこととし、適正手続を確保するための手続面の改正が行われた。他方、競争上の問題を公正取引委員会と事業者との間の合意により自主的に解決する制度

(確約手続) の導入を内容とする独占禁止法の一部改正を含む「環太平洋パートナーシップ協定の締結に伴う関係法律の整備に関する法律」が 2016 年 12 月 9 日に成立したことに伴い、公正取引委員会は、同法の施行に必要な準備も進めている。今後も競争法の国際的ハーモナイゼーションに配慮した制度改正の進展が期待される。

3. 競争法の恣意的・差別的な適用に対する規律

(1) 競争法の恣意的・差別的適用をめぐる問題点

競争法は米国で 1890 年に導入されて以降、限られた国々にしか導入されていなかったが、自由主義市場経済の世界的な広がりの中で、特に 1990 年以降、多くの途上国でも導入されるようになった。現在では既に 100 を超える国及び地域で競争法が導入されており、2000 年以降のアジア地域を見ても、インドネシア (2000 年施行)、インド (2003 年施行)、パプアニューギニア (2002 年施行)、ラオス (2004 年施行)、ベトナム (2005 年施行)、シンガポール (2005 年以降順次施行、2007 年完全施行)、中華人民共和国 (2008 年施行)、マレーシア (2012 年施行)、フィリピン (2015 年施行)、香港 (2015 年施行) 等、多くの国々が導入を進めている。

途上国が競争法の導入を進める背景には、市場経済体制の導入で成功した国々が多く出たことがあると思われる。これらの国々の成功から、企業・産業の競争力を強化していく上で市場競争が有効であるとの認識が広がったと考えられる。また、途上国が競争法を導入することへの国際社会の期待が高まっていることも一因といえる。

他方、競争政策の名の下に公平な審査を志向しながらも、実際の適用の際には国内産業保護を目的とした判断がなされているのではないかとの懸念を生じさせている国もみられる。個々のケースについて批判が適切か否かについては慎重な検討

を要するが、とりわけ、新興国における企業結合審査や、知的財産権のライセンス契約に対する介入については、競争法的な観点に基づくものと説明されているが、実際には国内産業保護を目的としてなされているのではないかとの懸念がある。

各国の競争法は、その国特有の経済構造・市場慣行等を前提として制度設計され運用されるものであり、国毎に違うことそれ自体をもって不公正であると非難することは当報告書のアプローチではない。しかし、ルール志向の観点からは、競争政策の名を借りて、WTO 協定その他国際ルールに違反して自国産業を保護する措置が取られていないかを注視する必要がある。

(2) 法的規律の概要

① 検討の枠組

本文において、競争法の管轄権を超える立法・適用の問題について検討したが、競争法に適用される国際ルールは国家管轄権の限界にとどまらない。競争法は、モノ・サービスの輸出入、更には投資に影響を及ぼす可能性のある規制法令の一つとして、WTO 協定、経済連携協定及び投資保護協定が国内政策一般に対して規定する規律に服する。競争法に適用される規律としては、内外無差別を規定する内国民待遇義務、内外無差別を規定する最恵国待遇義務のほか、公正衡平待遇義務、国内政策措置の透明性を求める GATT10 条などがありうる。自国産業保護のために利用されているの

ではないか、という現時点での懸念に照らし、内国民待遇義務を中心に概観する。

なお、以下の分析が示すとおり、競争法については GATS 及び TRIPS 協定（ライセンス規制）、さらに投資協定との関係がとりわけ重要であるが、内国民待遇義務についての基本的な考え方は、GATT の先例においてより詳しく示されていることを考慮して、GATT から論じている。

② WTO 協定

WTO 協定に含まれる GATT、GATS 及び TRIPS 協定は、それぞれ製品の貿易自由化、サービスの貿易自由化及び知的財産権の保護といった観点から内国民待遇義務及び最恵国待遇義務を規定している。それぞれの規定は、重疊的に適用されることから、加盟国の競争法は、上記すべての義務に合致していなければならない。

(a) GATT

GATT においては、3 条が内国民待遇を規定しており、同 4 項が、製品の販売等に影響する法令又は要件において輸入品を同種の国産品との関係で差別することを禁止している。先例上、製品の原産地で取扱いを変える法的差別のみならず、形式的には原産地では区別していなくても事実上の差別として内国民待遇義務違反とされる可能性があることが認められている。チリー酒税事件などの先例は、市場において競合する輸入品及び国産品に対して異なる取り扱いをする場合、輸入品が被る不利益の度合いが高く、措置の客観的構造、例えばその区別の基準が政策目的に照らして合理的ではない場合に内国民待遇義務違反とされる余地があることを示しているように思われる。また、GATT には 20 条に一般的例外の規定が設けられており、これに該当すれば GATT 協定の適用外であるとされているが、ここに競争政策を目的とする措置は挙げられていない。このことから、競争政策を目的とする措置は 20 条例外の対象ではなく、内国民待遇義務違反を正当化する余地はない。

例えば、自国に輸出している外国生産者間の企業結合の審査において、外国企業の輸出が国内生産者に及ぼす影響を考慮して、国内生産者の製造

する産品を保護するため競争政策の観点からは合理性を認められない条件を付すような場合、例えば、企業結合を承認するための条件として、自国に対する製品の輸出量に上限を定めたり、生産量や将来の設備投資に制限を課すことで事実上自国への輸出量を抑制したりするような場合は、輸入品に対する事実上の差別として GATT 上の内国民待遇義務違反とされる可能性は否定できないであろう（GATT が禁止している数量制限措置にも該当すると考えられる）。

なお、当該企業結合が管轄権を肯定するに十分な関連性が自国との関係において存在しない場合には、当該企業結合に対して条件を付すこと自体が管轄権の過剰な行使であるとしてそもそも問題となり得る。この問題は上記 1. (1) において論じたとおりである。

(b) GATS

GATS は、17 条で内国民待遇義務を規定しているが、最恵国待遇義務と異なり、全てのサービス分野ではなく、加盟国が自ら約束したサービス分野において、かつ約束表において定める条件及び制限に従って内国民待遇義務を負い（ポジティブリスト方式）、加盟国は、外国のサービス又はサービス提供者を不利に扱ってはならないとされる。その際、与える待遇が形式的に同一であるか異なるかにかかわらず、競争条件が他国の同種のサービス又はサービス提供者と比較して自国のサービス又はサービス提供者が有利となる場合には内国民待遇義務違反になり得ることが明文で認められている（17 条 3 項）。実質的に外国法人や外資法人を自国の法人に比して不利に取扱った場合には、内国民待遇に違反を構成することになる。

(c) TRIPS

TRIPS 協定は、3 条 1 項で内国民待遇義務を規定している。この義務は、「知的所有権の保護」に関する限りにおいて適用され、他の加盟国の国民を内国民よりも不利に扱わないというものである。「知的所有権の保護」は、「この協定に特に取り扱われる知的所有権の使用に関する事項を含む」とされている。21 条は、加盟国が「商標の使

用許諾に関する条件を定めることができる」とし、28 条 2 項は、特許権者は「実施許諾契約を締結する権利」を有するものとしており、したがって、商標権又は特許権のライセンス契約に対する競争法上の規制は、TRIPS 協定上の内国民待遇義務の対象となる。

例えば、国内事業者同士のライセンス契約を制限しないが、外国事業者をライセンサーとし国内事業者をライセンシーとするライセンス契約についてのみ制限を課すことは、TRIPS 協定の内国民待遇義務規定に整合していないとの疑義が生じうる。なお、過去には、日本の独占禁止法でも国内事業者と外国事業者との間のライセンス契約のみに届出義務を課していたが、現在では届出義務は無くなっている。

TRIPS 協定上の内国民待遇義務における内国民か否かの区別については、「国籍」(nationality)を基準とするものとされ、会社等の私法人については、設立準拠法、本店所在地等当該国の法によって決定されることを前提とした先例がある(EC-地理的表示パネル報告書、EC の場合には設立準拠法と認定された)。この先例によれば、ライセンス規制が商標権又は特許権者すなわちライセンサーの国籍、法人の場合は設立準拠法又は本店所在地などによって規制を加重することは法的差別として内国民待遇義務違反となる。さらに、WTO の先例上、TRIPS 協定 3 条の内国民待遇義務は、パリ条約 2 条 (1) の内国民待遇義務とは異なり、外国民に対して内国民と形式的に同一の保護を付与している、違反が成立する可能性があるものとされている。EC-地理的表示のケースでは、EC 域外の地理的表示を EC において登録するにあたって、当該外国の政府の承認を得る等域内の地理的表示の登録には必要とされていない要件が課されていること等の TRIPS 整合性が争われた。EC 域外の地理的表示を登録しようとする者は、その国籍を問わず、上記要件をクリアしなければならないので形式的には国籍による差別をするものではないとも言える。また現実にも、EC 域外の地理的表示の使用は外国人に限定されていないし、EC 域内の地理的表示の使用が内国民に限定されるわけでもない。しかし、パネルは、GATT3 条の

定める内国民待遇義務と同じく事実上の差別も違反となるとし、EC 域外の地理的表示を使用する者の圧倒的多数が外国人であることを理由に、地理的表示を登録しようとする EC 域内国籍を有する個人と外国人との比較において後者が不利に扱われているとして、パリ条約 2 条 (1) の内国民待遇義務の違反は認めなかったものの、TRIPS 協定 3 条の内国民待遇義務違反を認めた。

この先例に従えば、海外からのライセンス契約に対してのみ届出義務を課し、又はライセンサーの権利を弱める方向で規律を加重するのは、事実上の差別として TRIPS 協定上の内国民待遇義務違反とされる余地があることになる。外国人又は外国法人にのみ適用されるものではないとしても、海外からのライセンサーの多くが外国で設立された又は外国に本店所在地を有する法人であると想定されるからである。

ただし、TRIPS 協定 40 条を根拠として、加盟国は、反競争的な行為を規制することができ、内国民待遇義務もこの規定と整合的に解釈する必要がある。ただし、同条は、「競争に悪影響を及ぼす知的所有権の濫用となる」行為を規制することを許すのみで、形式的には競争法の名の下に実質は競争政策として合理性を説明できない規制まで許容するものではない。GATT 上の内国民待遇義務についても、チリー酒税ケースで見られたように、措置の構造が政策目的と合理的関係を有しないことは違反認定の方向に働く要素として認識されている。したがって、競争法という名称の法令に基づくものであっても、実際には競争政策の観点から説明できない規制については、TRIPS3 条の内国民待遇義務に違反する可能性を否定できないと考える。

また、そもそも、TRIPS 協定は、ライセンスの権利を含め、知的財産権として保護すべき権利の内容を規定している。競争法の名の下に実質的には競争政策として合理性を説明できない規制によってこれらの権利を制限することは、TRIPS 協定 27 条 (商標権の例外) 及び 30 条 (特許権の例外) などの例外に該当しない限り、TRIPS 協定に違反することになる。

③ 経済連携協定／投資保護協定

(a) 内国民待遇義務

経済連携協定においては、貿易及び投資に関して内国民待遇原則が規定されており、外国産品、外国サービス、外国サービス提供者又は外国投資家を不利に扱うことは禁止されている。たとえば、日本とシンガポールとの間の経済連携協定では、13条がモノの貿易一般について、60条がサービスについて約束表における約束の範囲で、73条が投資について、それぞれ内国民待遇義務を規定している。投資保護協定においては、投資に関して内国民待遇義務が規定されており、たとえば外国投資家を不利に扱うことは禁止されている。

貿易に係る内国民待遇義務は、GATT/GATSと同様の規定であって既に述べた検討が当てはまる。これに対して、投資に係る内国民待遇義務は、「同様の状況における」国内投資家との関係で外国投資家を不利に扱わないとするものである。先例に照らすと、同じ経済・事業分野に属する投資家同士の取扱いは少なくとも比較されるが、異なる取扱いが合理的な政策判断に拠るものであると立証される場合には違反とならない可能性が高い。(本書第Ⅲ部第5章「投資」〈参考〉投資協定仲裁に係る主要ケース②(a)において言及した各先例参照)よって、ここでも、競争法の名の下に行われる規制であって、形式的には投資家の国籍によって区別していないとしても、競争政策として合理的な説明がなされない場合には事実上の差別として内国民待遇義務違反を問う余地がないとはいえない。

例えば企業結合審査において、国内企業間の届出基準と外国企業が自国企業を買収する場合の届出基準の差がある場合に、投資前の内国民待遇を留保無しに約束していれば、競争政策上としての合理性を説明できない限り、内国民待遇義務違反となる可能性が高い。

さらに、審査に適用される実質基準に差があることが立証できるならば、内国民待遇義務違反を問うことができるであろう。

(b) 公正衡平待遇義務

我が国が締結した経済連携協定における投資章

及び投資保護協定においては、いわゆる公正衡平待遇義務が規定されている。この義務は、内国民待遇義務と異なり、国内投資家に付与される待遇との関係で決まる相対的なものではなく、絶対的に細付される待遇の水準を規定するものである。外国投資家に対して、途上国においても先進国と同等の処遇を与えなければいけないという原則ではないが、途上国であっても、当該国のレベルに即した、一定水準の措置をとる義務を負っており、概ね、不合理な措置、例えば差別的又は不透明な措置を執ってはならない義務であると理解される。例えば、Saluka Investments BV 対チェコのケースにおいては、投資家が明らかに矛盾した、不透明な、不合理な又は差別的な態様で行動しないことを期待する権利があるとされた。(本書第Ⅲ部第5章「投資」〈参考〉投資協定仲裁に係る主要ケース②(c)において言及したその他の先例も参照)

したがって、競争法の名の下に行われる規制であったとしても、競争政策としての合理性を説明できない場合には、国内投資家よりも不利に扱われているか否かを問わず、公正衡平待遇義務違反が認められる可能性があるということになる。

(3) まとめ

WTO 協定上、輸入品、外国サービス、外国サービス提供者又は外国の特許権者又は商標権者が規定上不利に取り扱われている場合には、WTO の内国民待遇義務に違反するとされる。表面上は内外無差別の措置、たとえば輸入品と国産品とに対して同一の規律を課していたとしても、輸入品が同種の国産品よりも重い負担を負っており、かつその差異が競争政策からは合理的説明が困難な場合には、事実上の差別として内国民待遇義務に違反する可能性があるのではないかと。外国投資家が相対的に重い負担を負わされる場合も同じであり、内国民待遇義務に違反する可能性があるのではないかと。また知的財産権や外国投資家の事業活動を競争法の名の下に実は競争政策としては合理性を説明できないような制限を課している場合にも、TRIPS 協定の関連規定や投資保護協定の公正衡平

待遇義務に違反する可能性があるのではないか。

他方、上記検討は、当該制度自体が独自のものであり、世界的に類似したものが無いことそれ自体を問題とするものではない。競争政策として合理的説明が可能な範囲に留まる限り、WTO 協定等の国際ルールの問題とし難いであろう。特異な競争政策の考え方から生じている問題に対処する

には、競争当局間その他の政府間協議によって適切な処理がなされることを期待せざるを得ず、その観点から、競争当局間の情報交換・協議プロセスなどの国際ルールを整備していくことが考えられる。また適用準則及び個別ケースにおける判断の透明性を高める努力も有用であろう。

4. 企業結合審査の設計・運用上の問題

(1) 問題の所在

各国の競争当局は、競争法の枠組みの中、合併や株式取得のような各種 M&A が当該国の競争政策上問題をもたらさないかを審査し、問題があると判断した場合には事業の譲渡や一定の価格での供給等を義務づける問題解消措置を命じ、あるいは、問題となる M&A を禁止することがある。このように、一般に各種 M&A が競争政策の観点から望ましいかを審査するため競争法に基づき、企業結合審査を行っている。

企業結合審査を含む各国の競争法は、その国特有の経済構造・市場慣行等を前提として制度設計・運用されるものであり、ルール整合性の観点から、国ごとに制度・運用が異なること自体をもって「不公正である」とはいえないことは当然である。もっとも、上記 3. 「競争法の恣意的・差別的な適用に対する規律」でも触れたとおり、競争法の設計・運用が、恣意的・差別的な場合には、GATT や GATS、TRIPS 協定といった WTO 協定、さらには、経済連携協定や投資保護協定上の問題となる余地がある。また、自国との関連性が希薄であるにもかかわらず、これに競争法を適用する場合には、管轄権の過剰な行使となるという問題も生ずる。各国競争当局が採用する企業結合審査の設計やその運用は、多くの場合は競争法・政策として適切かという問題として解消されるものと思われるが、一定の場合には、WTO 協定や投資保護協定、管轄権の問題となる余地がある。

近年、多くの新興国においても競争法の整備が

進む中、外国政府による企業結合審査の設計・運用のあり方を監視し、必要があれば、外国政府に対し、設計や運用の改善を働きかけていくことも視野に入れる必要がある。そこで、以下、企業結合審査の設計と運用と WTO 協定や投資保護協定、管轄権の問題の関係について整理する。

(2) マーケット・アクセスの阻害

M&A プランニングにおいて、スケジュールは非常に重要な問題である。合併によるシナジー効果を十分に発揮するためには迅速な M&A の実行が必要であるし、スケジュールの遅延はしばしば費用の増加や株価の下落をもたらす。輸出企業や国際的に拠点を有する会社の関係する M&A においては、諸外国の企業結合審査の事前審査に服することが通例であるが、企業結合審査が迅速に開始されない、企業結合審査が長期化するといった問題に直面することがある。企業結合審査の開始の遅れや長期化の原因が、当局の審査員の不足、企業側の協力姿勢の欠如、複雑な競争法上の問題の分析が必要となる場合などは、これを WTO 協定や投資保護協定の問題と整理することは適切でないと思われる。

一方で、企業結合審査を行っている国に所在する企業を買収するような案件において、合理的な理由なく企業結合審査の開始の遅れや長期化がみられる場合には、これを外国企業の市場参入・投資を阻害する措置であると論ずる余地がある。実務的に問題となり得る遅延の態様として、たとえ

ば、①M&Aの最終契約を締結するまでは審査の届出の受理を行わない実務、②正式受理に先立ち競争当局との間で長期にわたるやりとりが前提とされている実務¹⁴、③政治的問題がある場合に届出を受理しない・審査を遅延する実務、④国際的標準に照らして長期の審査期限が設けられており¹⁵、合理的理由なく審査が長期間に及ぶ実務等が考えられる。合理的理由なき企業結合審査の遅延に関しては、当該M&Aが、GATSにおいて当該国がマーケット・アクセスを保障している分野に関係する場合には、GATSの自由化約束に違反するのではないかを検討する余地がある。また、企業結合審査を遅延している国との間で投資自由化の側面を有するいわゆる自由化型の投資保護協定が締結されている場合には¹⁶、自由化義務に反しないかを検討する余地がある。ただし、いずれの場合も、遅延が生じるのみで禁止されなかった場合にも、自由化約束に反するといえるかはさらに精査が必要である。

(3) 外国企業に対する差別的適用の問題

企業結合審査については、競争法の観点から不合理な禁止措置や問題解消措置が外国企業に対して差別的に適用され、結果として保護主義的な企業結合審査の運用が行われているのではないかが問題となる。(この点、中国における企業結合審査の運用に関する具体的な事例については、2016年版 630頁参照)

競争政策の観点から不合理な禁止や問題解消措置が課される場合には、競争政策以外の理由、特に自国産業の保護等の保護主義的な理由で企業結

合審査が運用されているのではないかが懸念される。仮にそのような保護主義的な運用により、投資家事業活動の制限や事業の譲渡等が不合理に求められる場合には、投資保護協定で保護の対象となる「投資」に関する措置であり、内国民待遇や公正公平待遇義務に反するものではないかを検討する余地がある。また、自由化型の投資保護協定が存在する場合にはM&Aが不合理に禁止された場合には自由化約束に反するものではないかを検討する余地がある。さらに外国企業に対して自国企業へのライセンスアウトを条件とするような場合には、TRIPS協定上の内国民待遇義務に抵触しないかを検討する余地がある。

(4) 過度な域外適用の問題

あるM&Aが自国との関連性が希薄であるにもかかわらず、これを企業結合審査の対象とし、さらには、これに問題解消措置を付したり、禁止したりする場合には、管轄権の過剰な行使となるのではないかという問題も生ずる。届出に服させることだけで、競争法の過度な域外適用といえるかについてはさらに精査を要するが、最終的にはM&Aが承認されるとしても、企業結合審査の対象とするだけでも応じる側の企業には相当なコストがかかる点に留意しなくてはならない。例えば、届出要件として内国市場との関連性については資産及び売上高とも非常に低い閾値を設ける国などもあり、届出要件の基準が自国市場における競争への影響という観点から適切に考慮した上で設計されているか問題とする余地があるように思われる。

¹⁴ EUにおいては、申請者が当局へ届出を行うに当たり、原則としてForm COと呼ばれる様式を用いるところ、届出の正式な受理に先立ち、届出書の記載事項に不備がないか確認するため申請者と当局との間で下書きのやり取りが要請されている(Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings パラグラフ 5-7 [2004年1月20日])。このやり取りを経ることで正式な受理までに数か月程度の期間を要するとされる。またこのやり取りの長短で、正式届出日が先後することがあり、結果的にこの差が、その後の企業結合審査の帰趨に決定的な意味を持つ場合がある(SeagateによるSamSungHDD事業買収とWestern Digitalによる旧日立系HDD事業買収に関する事例を参照)。

¹⁵ 我が国の企業結合審査において審査期間の上限は、届出受理から120日間又は全ての報告等を受理した日から90日間のいずれか遅い方となっているところ、規定上は、ブラジルでは届出受理から330日間、ロシアでは同じく270日間、インドでは210日間となっており、長期の審査期限が設けられている。ただし、実際には問題の少ない案件についてはより短い期間で認可されている。

¹⁶ たとえば、日-クウェート投資協定、日-コロンビア投資協定など。

