

補論 1

国際的経済活動と競争法

競争法は、米国で 1890 年に導入されて以降、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。2016 年時点では既に 130 を超える国及び地域で競争法が導入されていると言われている¹。

競争法の問題は、本来は、各国競争法上の規律、ないし一般的に共有されている競争法・競争政策の論理の下で処理されるべきものであり、直接的には WTO 協

定との整合性に係るものではないが、状況によっては競争政策の名の下に公平な審査、調査を志向しながらも、実際の適用の際には、例えば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る場合もありうる。ルール志向の観点からは、このように、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。

1. 域外適用をめぐる議論と国際協調

(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（いわゆる「属地主義」）である。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。

そうした状況を踏まえ、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。例えば、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は多くの国の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、欧州のみならず、新興国を含む多くの国において、幅広く行われるようになってきている。

かかる実務の背景には、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）が採用しているといわれ、日本も認めているとされる「効果理論」の考え方がある²。例えば、米国では、判例上、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米国反トラスト法の適用を認める原則を確立させている。

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

¹ 平成 28 年 3 月 9 日公正取引委員会事務総長定例会見（http://www.jftc.go.jp/houdou/teirei/h28/1_3/kaikenkiroku160309.html）。

² 効果理論をめぐる国際的な議論の詳細等については、2017 年版 525、526 頁参照。我が国においても、「効果理論」に基づく競争法の域外適用について、「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」を認めているとされている（公正取引委員会の独占禁止法渉外問題研究会報告書（1990 年））。

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得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年に方針転換し、自国の輸出を制限する領域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な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し、その後も維持している³。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広がっており、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展開がみられる。⁴このように、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、他の国には例がないものである。

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、我が国の公取委が、独占禁止法違反の事件として、外国事業者に対して排除措置命令等を行った事例は、多数存在している（具体的な事例については2016年版614ページ参照）。また、後述するとおり、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ところであり、そのうち、外国企業が、問題解消措置として具体的な措置をとることを前提として認可をする事例⁵もある。また、不公正な取引方法等の単独行為についても、海外当局における同種の調査に歩調を合わせた事件処理を行い、公取委として外国企業への命令を出し得ることを前提にした調査を行う場合も出てきている⁶。

（2）「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ない点に留意すべきである。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」とは別である。上記で述べてきた効果理論の考え方は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とは別の問題である。

「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に基づき、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

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 詳細については2016年版618頁参照。

⁵ 近年の例として、ジェイエックス・メタルズ・ドイチェラント・ゲーエムペーハーによるエイチ・シー・スタルク・タンタラム・アンド・ニオビウム・ゲーエムペーハーの株式取得(2018年)、ブロードコム・リミテッドとブロードコム・コミュニケーションズ・システムズ・インクの統合(2017年)、ダウとデュボンの統合(2016年)等。

⁶ 例えば、公取委による2017年8月15日付アマゾン・サービス・インターナショナル・インクからの電子書籍関連契約に関する報告についての公表等。

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、外国事業者やその担当者にファックスやメールを突然送信し、それにより調査を開始する等の外国競争当局の事例もあり、執行管轄権についての問題が浮上してきている。

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。しかし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⁷。

(3) 問題点に対する対応

立法管轄権、執行管轄権の行使は、いずれについても、「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場合には、競争法の「過度な」域外適用に当たるといえるべきものである。そして、「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。

米国の反トラスト法の域外適用の例でみると、我が国は、1992年の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米国司法省の方針変更に対し、「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⁸。その他、個別事案の裁判において、政府としてアミカスブリーフを提出し、米国の反トラスト法の域外適用に関する米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する等の対応をとっている。

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）。

2. 国際協調を通じた「域外適用」への謙抑への期待

(1) 「国際礼譲」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「国際礼譲」が考慮されている。国家法の域外適用の局面で「国際礼譲」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⁹。

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、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。

(2) 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決めがなされてきた¹⁰。その他、競争法の執行に関する国際協力の合意としては、ハードコアカルテル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譲を定めた OECD 理

⁷ 在外会社に対する送達手続等については2017年版526頁参照。

⁸ 感熱紙カルテル事件（1999年）、2004年6月の連邦最高裁判所の判決、ビタミン剤カルテル訴訟（2000年）等での日本政府の意見書については、2017年版527、528頁を参照。

⁹ 国際礼譲の原則自体は、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、積極的礼譲も消極的礼譲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、国際礼譲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。

¹⁰ 例えば、多国間の取り決めとして、通報・協議手続制度の活用が明記された「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）がある。

事会勧告¹¹や、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 OECD 理事会勧告¹²がある。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 OECD 理事会勧告」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、各国の制裁金等減免制度（リニエーション・アムネ스티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¹³。

また、二国間の協力協定も、米、EU を中心に既に 10 以上の協定が締結され¹⁴、国際的な広がりを持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が合意されている。

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。またカナダとの協定の実施細則として、後述の豪州当局との取決めと同様に、当局間の執行活動の情報伝達に関する協力取決めに 2017 年 5 月に締結したほか、EU との間でも、同様の情報交換を可能とすることを目指した協定の改正交渉を 2017 年 10 月に開始した。

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」を締結したが、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）旨が定められる等、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¹⁵。同様に、相互に情報交換を行うことを内容とする取決めは、ベトナム競争庁、モンゴル公正競争・消費者保護庁及びカナダ競争局とも締結している。

さらに、公正取引委員会は、競争当局間の協力に関する覚書等を、2013 年 8 月にフィリピン、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、2017 年 6 月にシンガポールとの間でそれぞれ締結している。

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。

¹¹ 「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」（1998 年 3 月採択）

¹² 「合併審査に係る 2005 年 OECD 理事会勧告」（2005 年 3 月採択）

¹³ 例えば、2014 年 12 月に発効した欧・スイス間の協力協定¹³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。

¹⁴ 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）

¹⁵ 具体的な情報交換の事例については、2017 年版 530 頁注 12 参照

(3) 競争法のハーモナイゼーション

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、立法支援を通じ適切な競争法の導入を図ることも、競争法のハーモナイゼーションの観点から有益であろう。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、貿易円滑化、投資、競争、政府調達透明性の4つを新分野としてWTO体制に取り組むかが検討された（シンガポール・イシュー¹⁶）が、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。

他方で、競争当局間の協調は進んでおり、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。2019年3月現在で、126か国・地域から139の競争当局が参加している。

他方、我が国の独占禁止法においても課徴金算定率、課徴金減免制度（リニエンスー）の導入、審判制度の廃止等、調査協力による課徴金減算制度等、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¹⁷。

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月に成立し、環太平洋パートナーシップ協定（TPP）の発効に伴い施行された。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

競争法はアメリカで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り、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、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、競争政策の名の下に公平な審査や規制を志向しながらも、実際の適用の際には国内産業保護を目的とした判断や制度設計がなされているのではないかと懸念を生じさせているケースもみられる。

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

¹⁶ 2017年版825頁参照

¹⁷ 詳細は、2017年版531、532頁参照。

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。

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ず、モノ・サービスの輸出入、更には投資など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などが国内政策一般に対して規定する規律に服する。競争法に適用されうる規律としては、内外無差別を規定する内国民待遇義務、特定国の優遇を禁止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。

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。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。もっとも、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¹⁸。

企業側にとっては、M&A プランニングにおいて、企業結合審査スケジュールが非常に重要な問題となる。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、企業結合審査が必要以上に長期化するという問題は、M&A 全体のスケジュールを遅延させ、合併によるシナジー効果を妨げ、費用の増加や株価の下落をもたらさう。また、そもそも、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、これを自国の

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ある。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¹⁹。

多くの新興国においても競争法の整備が進んでいる近年、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、必要に応じて、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

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ための

¹⁸ 詳細は、2017 年版 536、537 頁参照。

¹⁹ 具体的な問題意識については、2017 年版 537 頁も参照。

届出の受理を行わない実務²⁰、②正式受理に先立ち競争当局との間での長期にわたるやりとりが前提とされている実務²¹、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²²、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、仮に、合理的な理由なき企業結合審査の遅延がみられる国との間で、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²³が締結されている場合には、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。

(参考 1) 国家安全保障の観点からの外資規制

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、スケジュールの遅延要因は、競争法に基づく企業結合審査に限られない。近年、特に存在感を増している、国家安全保障上の観点からの外資規制も、スケジュールに大きく影響を及ぼしている。例えば、米国でのエクソン・フロリオ条項（大統領に対して、米国の安全保障を害するおそれのある取引を停止または禁止するために適切な措置を適切な時期にとる権限を与える条項）に基づく対米外国投資委員会（CFIUS）による対内資本買収の審査²⁴は、近年、規制強化の方向に舵を切っている。同様の動きは、他国でも広まっており、例えば英国やドイツでも、CFIUS に類似した外資規制の強化が議論されている。

このような国家安全保障を理由とした外資規制は、

判断基準が必ずしも明確ではなく、審査の経過が不透明なものとなったり、特定の国を差別的に扱うという可能性を有する。国際的な企業結合において、円滑な取引を不合理に制約する要因とならないように、その動向を注視していく必要がある。

(参考 2) 新しい企業結合の形とルール整備

昨今、所謂 GAFA と呼ばれる巨大な IT 企業が、その有望性を評価されたスタートアップ企業の買収を行う事例が増えてきている。本来、将来の競争制限効果が想定されない限り競争法により企業結合が規制されることはないが、そもそもスタートアップの企業の競争力及び将来の競争に与える影響の認定は容易ではない上、このような買収の場合、買収されたスタートアップ企業の今後の成長が妨げられる可能性すらある。従来の企業結合規制においては、ある程度競争力を既に確立した企業同士の統合が規制対象となることが多かったが、デジタル経済等の産業構造の変化により、このように現状大きな競争力を持つ事業者と潜在的な競争力を持つ事業者の統合の事例も増え、こうした市場状況の変化への対応も急がれる。この点、2019 年 12 月には、公正取引委員会において「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」が改訂されるなどの動きがあるが、経済産業省としても、ルール整備のための取り組みを進めているところである。

²⁰ 中国においては、現状、原則として、最終契約を締結するまでは届出を提出できない取扱いとなっている。

²¹ 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。またこのやりとりの長短で、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 Samsung HDD 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）。

²² 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。

²³ 例えば、日－クウェート投資協定、日－コロンビア投資協定等。

²⁴ CFIUS については、本報告書 61 頁参照。また、同様の外国投資に関する規制は、従来より、豪州、カナダ、南アフリカ等の資源国で従来より導入されているが、豪州などでは、実際の取引においても、積極的に運用されている。

