

企業結合規制の再検討

山
部
俊
文

- I はじめに
- II 企業結合規制に関するわが国の通説的見解とその問題点
 - 一 わが国の通説的見解
 - 二 問題点
- III 企業結合の範囲
 - 一 G W Bにおける企業結合の範囲
 - (一) G W B二三条二項・三項による企業結合の定義
 - (二) 「競争上の一体性」
 - 二 日本法（株式保有規制）の再検討
- IV 規制基準
 - 一 総説
 - 二 G W Bの規制基準（市場支配的地位の形成又は強化）

- (一) 市場支配的地位
- (二) 市場支配的地位の主体
- 三 日本法（競争の実質的制限）の再検討
 - (一) 競争の実質的制限＝市場支配
 - (二) 市場支配の主体
- V 結語

I はじめに⁽¹⁾

一 わが国独占禁止法第四章は、一般に企業結合規制あるいは企業集中規制と呼ばれるが、企業間の組織上の結び付きに対する規制を設定している。独禁法第四章の企業結合規制は、「一定の取引分野における競争の実質的制限」を規制基準とするいわゆる「市場集中規制」（独禁法一〇条、一三条、一四條、一五條、一六條）と、一定の取引分野とは関わりなく、一般的な規制を行ういわゆる「一般集中規制」（独禁法九條、九條の二、一一條）を含んでいるが、本稿の課題は、前者の「市場集中規制」について、従来のわが国の通説的見解を取り上げて、主に理論的側面から再検討を加えることにある。また、「市場集中規制」の中でも株式保有規制（一〇條）と合併規制（一五條）を、特に前者の株式保有規制を念頭に置いている。これは実際上の重要性もさることながら、他の役員兼任・営業譲渡等の規制については、それ自体の固有の問題もあるものの、いずれも株式保有規制・合併規制の考え方を基礎にして処理が可能であると思われるからである。

二 わが独禁法の制定以来、企業結合規制が発動されたケースは極めて少ない。もちろん、独禁法が予定する規制の要件に該当しない場合には、規制が発動されることはなく、さらに、独禁法上の規制の発動が予想される企業結合については、公取委への事前の非公式な照会などを通じて企業側が自発的に当該企業結合を断念・自制したり、一定の措置を自発的にとるケースが存在することも考えられるので、(公式の)規制事例が少数であるからと言って、直ちにわが独禁法上の企業結合規制に問題があるということにはならないものの、⁽³⁾比較的整備された法制を有している米・ドイツなどと比べてわが企業結合規制の低調さはやや気になるところであり、わが国企業結合規制の解釈論さらには立法論について点検を行うことは意義があるもの⁽⁴⁾と考える。

三 なお、本稿では、次の点を中心に検討を行うこととしたい。すなわち、①規制の対象となる企業結合の範囲はどのようなものか、②どのような基準でこれに対する規制を行うかである。後者については、規制基準それ自体(競争の実質的制限・「市場支配」)の他に市場支配の主体の問題を取り上げることとしたい。企業結合規制に関しては、他にも多様な論点が存するが、より基本的な理論上の問題は上記二点にあると思われるからである。また、本稿では、わが国の企業結合規制の検討に際して、ドイツ競争制限禁止法(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen、以下、GWB)の企業結合規制を比較の対象とする。

II 企業結合規制に関するわが国の通説的見解とその問題点

一 わが国の通説的見解

はじめに、わが独禁法の企業結合規制の考え方を明らかにするとともに、その問題点を指摘しておきたい。企業結合規制について、わが国の通説的見解とされる考え方がどういふものかについて、若干不明確なところもないではないが、以下では公約数的な考え方と思われるところをまとめることとする。

一 独禁法一〇条等の市場集中規制にあつては、合併、株式保有等によって、一定の取引分野における競争を実質的制限こととなる場合に規制が加えられる。独禁法上、企業結合という統一的概念はなく、各結合の形態ごとに規制が加えられることとなるが、規制の対象となる「結合」の範囲に関しては、主として独禁法一〇条の株式保有規制において問題とされてきた。すなわち、株式保有による結合関係の成立の有無の判断にあたって、保有会社による被保有会社の事業活動の支配を可能とする程度の株式保有が必要であるとする「支配的影響」説と、保有会社が被保有会社に対して相当程度の影響力を有していれば足りるとする「相当程度の影響」説がかねてより主張され、現在では、後者の「相当程度の影響」説がほぼ通説的見解となっている状況にある。実務においても公取委の「会社の株式所有の審査に関する事務処理基準」（昭和五六年九月二日公取委事務局、改正平成六年八月一日、以下、「株式事務処理基準」）が「相当程度の影響」説を採っている（第一本文）。

二 そのような企業結合が禁止されるのは、企業結合によって「一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる場合」である。通説の見解は、この「(一定の取引分野における)競争の実質的制限」を、「市場支配」の状態ないし「市場支配力」の形成(維持・強化)として説明してきた。この「市場支配」ないし「市場支配力」は、東宝スバル事件東京高裁判決(東京高判昭和二六年九月一九日・審決集三卷一八三頁以下)で示された「特定の事業者ないし事業者集団が、その意思である程度自由に、価格、品質、その他各般の取引条件を左右する」(力)という意味で概ね理解されてきている。また、この点に関して公取委の「会社の合併等の審査に関する事務処理基準」(昭和五七年七月一五日公取委事務局、改正平成六年二月一日、改正平成六年八月一日。以下、「合併事務処理基準」)及び「株式事務処理基準」は次のように述べている

「(1)『競争を実質的に制限する』とは、『競争自体が減少して、特定の事業者又は事業者集団がその意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる状態をもたらしこと』……をいい、

(2)『合併(株式所有)により競争を実質的に制限することとなる』とは、当該合併(株式所有)によって、市場構造が合併(株式所有)前と比較して非競争的に変化し、合理的にみて実効性ある競争が期待できなくなる状態が、形成・維持・強化されることとなる場合をいう。」(1)・(2)及びカッコ書きは筆者の付加⁵⁾

言うまでもなく、前半部分(1)部分)は東宝スバル事件の東京高裁判決を引用するものであり、後半部分(2)部分)はそれを企業結合規制について展開したもののようであるが、(1)と(2)が単なる言い換えであるかどうか、(1)と(2)の関係についてはやや疑問もある。とりあえずここでは(1)に着目し、「(一定の取引分野における)競争の実質的制限」が

(1)の意味での「市場支配」ないし「市場支配力」という要素を中心に理解されていることを確認しておきたい。

三 以上述べたことを踏まえ、株式保有規制を念頭に置いて、企業結合規制において想定されている基本的考え方を若干の補充を加えて図式化すれば、次のようになる。すなわち、

①企業が株式保有によって相当程度の影響（あるいは支配的影響）を他の企業に与えることによって「結合関係」が形成され、

② a 当該結合の当事者である企業が（合併の場合を念頭に置けば、合併企業と言ってもよい）、

b 一定の取引分野においてある程度自由に価格・産出量などの条件を左右できる地位・力、つまり、市場支配力を形成（維持・強化）する場合に、

当該結合は規制される（場合によっては、個人及び法人に刑事罰の制裁が加えられる）、というものである。この場合の規制の内容は、基本的に①の「結合関係」を除去するということになる。合併であれば、合併を阻止し、株式所有であれば、株式の処分を命じることとなる。

ここでは、便宜的に数字を付して整理したが、このような図式はすでに株式保有規制において従来からなされてきた整理と基本的に異なるところはない。①は事業支配要件（第一要件）、②は市場支配要件（第二要件）として整理されてきたものである。⁽⁶⁾今、これらを簡単に性格付けると、①は結合関係の成否の問題、②は市場支配（力）の成否、あるいは、市場支配力の程度の問題である。

二 問題点

一 上記①②については、各々独自に問題点を見出すことができる。まず、①の結合関係の成否については、合併、営業譲渡、資産取得の場合には特に問題とはならず、先に述べたように、株式保有規制について「支配的影響」説と「相当程度の影響」説の対立がある（同様の問題は、役員兼任についても生じる）。また、学説上は、広く独禁法第四章の規制の対象となる「結合」について、「統一的意思決定」という考え方で説明する場合もあり、企業結合規制の対象となる「結合」がどのようなものが議論されている。なお、株式保有規制におけるこの①の論点については、従来は、独禁法一〇条による規制の先決問題として、つまり、一〇条適用の要件の第一のものとして把握されてきたが、現在では、要件としてではなく、競争の実質的制限の存否について判断する「作業の第一段階」、「作業の手順」として説明される場合もある。⁽⁸⁾ もっとも、作業の手順と説明するとしても、結合関係の成立を要求している以上、適用要件として把握する立場と実際上の差異がどのような点にあるかは明らかでない。

二 次いで②についてであるが、まず、(1)一定の取引分野、すなわち、市場の画定の問題がある。また、(2)法文上の規制基準である（一定の取引分野における）「競争の実質的制限」を「市場支配」ないし「市場支配力」と解するのはどのような論拠によるのかという点が問題とされ得るし、(3)その「市場支配」ないし「市場支配力」の意味内容はどうのようなものかという点も問題とされよう。この点については、すでに「市場支配」ないし「市場支配力」という概念が、従来、必ずしも明確ではなかったことが指摘されており、一部には「市場支配」ないし「市場支配力」とい

う概念が独禁法解釈にとって不適当なものとなっているとの指摘もなされてきた。また、「市場支配」ないし「市場支配力」という概念を中心に「競争の実質的制限」を理解するとしても、(4)のような場合にそれが認定されるのか、あるいは、どの程度の市場力・地位をもって「市場支配」ないし「市場支配力」と評価するのかという問題がある。これらのうち、(1)及び(4)が、「一定の取引分野における競争の実質的制限」すなわち「市場支配」・「市場支配力」に関して、従前より学説において議論が重ねられてきた論点であったと言えよう。本稿では、このうち(3)及び(4)の問題を取り上げている。

また、競争の実質的制限を「市場支配」ないし「市場支配力」と解する場合、その主体の問題が生じる。従来は、この「市場支配」の主体の問題が必ずしも明確に認識されてきたとは言えない状況にあった。通説的見解では、この「市場支配」の主体は、先に示した通り、企業結合の当事者であることがいわば自明のこととして前提とされてきた(前記②b)。しかし、結合の当事者ではない企業が(問題となる企業結合によって)市場支配力・地位を獲得・維持・強化する場合にも規制ができるのか、という点が問題とされ得る。

以下、これらの点について、ドイツ法を比較検討の対象としつつ、検討を加えることとする。

III 企業結合の範囲

一 G W Bにおける企業結合の範囲

まず、企業結合規制の対象となる企業結合の範囲について検討を加えることとする。G W Bは、わが国独禁法とは

異なり、「企業結合」を統一的に定義しており、法形式の上でわが国とは異なる。この点で、講学上の作業から言われる日本法の「企業結合」とは状況が異なる。また、これが結合の成否ないし程度に関するわが国での議論とドイツでの議論の仕方が異なる理由となっている。しかしながら、ドイツGWBにおいて「企業結合」と言うのも、その内容を具体的に見れば、わが独禁法の規制対象となる行為と同一の行為が挙げられており（合併、株式Ⅱ持分取得等）、その意味では大差はないと言い得る。

(一) GWB二三条二項・三項による企業結合の定義

一 GWBの企業結合規制の対象となる「結合」(Zusammenschluss)は、GWB二三条二項・三項に定義されている。「結合」とは、そこで掲げられている種々の企業の一定の結び付きを総称する上位概念である。GWB二三条自体は、企業結合の(事後)報告義務に関する規定であり、この報告義務制度は、GWB二四条による企業結合の禁止を内容とする規制とは別個独立の制度という側面を有しているが、そこで定義される企業結合概念は、報告義務にとどまらず、GWBの企業結合規制全体について共通の前提を提供する。「結合」の存在は、GWB二四条による規制の発動の前提要件である。GWB二三条二項・三項で定義される「結合」が成立しなければ、規制が発動されること⁽⁹⁾はない。しかし、GWBの企業結合規制は、右に見たように、GWB二三条の企業結合の報告義務の制度(形式的企業結合規制 formelle Zusammenschlusskontrolle)とGWB二四条による企業結合の禁止を内容とする規制(実質的企業結合規制 materielle Zusammenschlusskontrolle)からなることに注意する必要がある。すなわち、企業結合の報告義務制度は、広く企業集中現象に関する情報を規制当局及び国民に提供する目的も有している。この場合、その対象となる企業結合を広範に設定しても、企業側には直接の不利利益はなく、また、情報収集という観点からは企業

結合の範囲を広範に設定することが要請されているとも言い得る。いずれにせよ、二三条二項・三項で定義される企業結合が成立しなければ、報告義務も発生せず、また、二四条による実質的規制も発動されることはないことになる。

二 G W B 二三条二項が「結合」として掲げるのは、次のような企業の結び付きである。

(1) 資産取得

合併、組織変更又はその他の手段による他の企業の資産の全部又は重要部分の取得（一号）

(2) 持分取得

a 他の企業の資本又は議決権の二五％以上の取得（二号一文 a）

b 他の企業の資本又は議決権の五〇％以上の取得（同 b）

c 株式会社一六条一項の意味での多数参加がもたらされる場合（同 c）

(3) 契約

a 株式会社一八条の意味でのコンツェルンが形成され、又は、コンツェルン企業の範囲が拡大される契約（三号 a）

b ある企業が自らの事業を他の企業の計算で行う契約、又は、利益の全部又は一部を他の企業に供出する契約

（同 b）

c 経営の全部又は重要部分の委任契約又は賃貸借契約（同 c）

(4) 人的結合

監査役会、取締役会又はその他の業務執行機関の構成員の半数以上が、同一人で構成される場合（役員兼任）

（四号）

(5) 支配的影響力を伴うその他の結合

単数又は複数の企業が、間接的に又は直接的に他の企業に支配的影響力を行使し得るその他の全ての結合 (Verbindung) (五号)

(6) 競争上重大な影響力を伴うその他の結合

持分取得 (上記(2))、役員兼任 (上記(4))、又はその他の結合 (上記(5)) であって、各々の基準によっては企業結合は成立しないものの、単数又は複数の企業が直接的に又は間接的に他の企業に対して競争上重大な影響力を行使し得る場合 (六号)

GW Bにおいて「結合」とは以上のような企業の結び付きである。その他、GW Bでは、一定の場合に、「企業結合」の範囲を拡大し又は縮小している。企業結合の範囲が拡大される第一のケースは共同企業 (Gemeinschaftsunternehmen) (ジョイントベンチャー) における親会社間の結合の擬制である。複数の企業が (上記(2)) の範囲で他の企業の持分を取得する場合は、当該他の企業が活動する市場に関しては、それら複数の企業間に企業結合が成立するとされる (二三条二項二号三文)。企業結合の範囲の拡大の第二のケースは、従属企業間の結合の擬制である。

二以上の企業が結合する場合は、それらに従属する企業間にも結合が成立するとされる (二三条三項四文)。もっとも、これらの擬制による企業結合概念の拡大は、直接には、形式的企業結合規制 (二三条一項の報告義務) について機能するものとされる。⁽¹⁰⁾ 企業結合の範囲が縮小されるのは、次の二つのケースである。第一のケースは、既存の企業結合の強化に関するものであるが、すでに二三条二項各号の企業結合が存在する場合は、当該既存の結合の実質的強化が生じない限り、新たな企業結合は成立しないとされるものである (二三条三項一文)。第二のケースは、金融機関の証券業務に関わるものである (二三条三項二文)。これらのケースでは、GW B二三条二項各号に該当する結合が

(新たに)なされても、企業結合は成立しないとされる(従って、報告義務も発生しないし、規制を受けることもない)。右に見たように、ここで言う企業結合の範囲の拡大・縮小は、GWB二三条二項各号の企業結合の形態それ自体の拡大・縮小ではなく、それらを前提とした上で、一定の場合について、企業結合を擬制し、あるいは、企業結合の成立を否定するものである。従って、企業結合の基本形態に変更をもたらすものとは言えず、GWBにおける企業結合概念はあくまでもGWB二三条二項各号を対象に検討することでさし当たりは十分である。ここでは、本稿の課題との関連から、(2)持分取得、(5)支配的影響力を伴うその他の結合、(6)競争上重大な影響力を伴うその他の結合について、若干の補足説明を行うこととしたい。

三 まず、持分取得について言えば、GWBにおける持分取得による企業結合については、その持分取得の程度まで明文で規定されている点に特徴がある。GWB二三条二項二号では、持分取得が二五%、五〇%、過半数に達するときに、企業結合が成立し、規制の対象となる。仮に、すでに二五%の持分を取得していた企業が、さらに二四%の持分を追加取得したとしても、この二四%の追加取得分については、少なくとも二三条二項二号による企業結合は成立せず、この意味で当該持分取得は規制を受けることはない。⁽¹¹⁾

四 次に、二三条二項五号及び六号のその他の結合についてであるが、二三条二項一号ないし四号が具体的な結合の形態を規定するのに対し、五号及び六号は一般条項的な規定の仕方を探っている。もっとも、五号は「その他」(sonstige)の結合として、一号ないし四号に規定される企業結合の方式(例えば持分取得)のみによる支配的影響力の獲得は、五号の射呈外であるとするのが支配的影響の見解であり、五号の結合が成立するには別個の付加的⁽¹²⁾

な事情の存在を必要とする。また、支配的影響力の獲得は法的な根拠、特に会社法的な根拠を必要とするか（例えば、持分の取得と併せてなされる議決権拘束契約などによる支配的影響力の獲得）どうかについては見解が分かれている。⁽¹³⁾ 支配的影響力の意義については、五号の規定が（法文上の明示はないものの）ドイツ株式法一七条に由来することから、株式法上の支配従属概念と実質的に同一の意味で理解し、高度の支配可能性を要求するのが判例・学説の立場であると考えられるが、その意味内容については、論者によって見解が分かれている。一方の企業が他方の企業に対して重大な決定（例えば、投資・生産等）に際してその意思を強制し、敵対的行動を採ることを阻止することができるが問題となる見解がある一方で、⁽¹⁴⁾ 株式法の目的が従属会社の株主及び債権者の保護にあるのに対して、GWBの企業結合規制が企業間の競争の維持を図るものであることから、一方の企業が他方の企業の営業政策を全般的に決定し、その決定を実施し得る場合には支配的影響力の存在が肯定されるとする見解もあり、⁽¹⁵⁾ さらに、経営資源（Resource）の協調的な投入を招く程度の影響力でも支配的影響力に足りるとする見解もある。⁽¹⁶⁾ 五号の支配的影響力という概念が、株式法一七条に由来するとしても、その異なる法目的に照らして、株式法の支配従属関係の解釈をそのままGWBの企業結合規制に導入することにはやや疑問がある。独禁法（GWB）的な視点からは、当該企業の決定単位としての独立性が排除されるかどうかということを基準に支配的影響力の有無が判断されるべきであろう。⁽¹⁷⁾

五 次いで、GWB二三条二項六号の結合であるが、これは一九八九年の第五次GWB改正によって新設された企業結合の形態である。六号の新設は、それ以前の規定による企業結合の把握が不十分であったとの認識に基づくものである。具体的には、GWB二三条二項二号aの二五％の持分取得に満たない持分取得（24.9％ Fallと呼ばれる）の把握がその主たる狙いである。政府草案理由書によれば、競争上重大な影響は、企業間の編み細工のような関係

(Beziehungsgesichts) のために、その間の競争が実質的に制限され、それらもはや市場において独立して出現しなくなる場合に認められるとする⁽¹⁸⁾。また、六号による結合にあっても、会社法的な根拠を要するかどうかについて議論があるが、純粹に事実上の根拠に基づいた結合では足りない⁽¹⁹⁾と解されている。

(二) 「競争上の一体性」

一 右に見た企業結合の存在が、企業結合規制発動の要件となる。企業結合が成立すると、それによって市場支配的地位が形成又は強化されることが予期され得る場合、連邦カルテル庁によって当該企業結合が禁止されることとなるが、二三条二項での「結合」の具体的な定義にも拘らず、そこで定義される企業結合と二四条による企業結合の実質的規制との関係については種々の議論がなされている。二三条二項で定義される企業結合には、合併のように結合の当事者が経済的・法律的に一体化するものから、二五%の持分取得(二三条二項二号a)あるいは競争上重大な影響を与える結合(二三条二項六号)のような広範な企業の結び付きを含んでいる。二三条二項において形式的に定義される企業結合は、二三条二項の報告義務にあつてはそのまま企業結合として取り扱うことに特に問題はないが、二四条の市場支配の実質審査においてどのように取り扱われるかということが、改めて問題とされている⁽²⁰⁾。

二 この点に関するドイツの学説状況はかなり複雑な様相を示しているが、ほぼ次の三つに整理することができる⁽²¹⁾。

第一説は、二四条による実質規制が行われる為には、二三条二項による企業結合が(形式的に)成立するだけでは足りず、実際に結合する一方が他方に対して支配的影響力を有するか、結合する企業が統一された意思決定の下に置かれること(指揮力の統合)、あるいは、結合する企業が「競争上の一体性」(wettbewerbliche Einheit)(経済的

一体性 wirtschaftliche Einheitとも呼ばれる)を形成するに至ることが必要であるとする見解である。⁽²²⁾この「競争上の一体性」の意義は、必ずしも明らかではないが、支配的影響力ないし指揮力の統合がある場合には、「競争上の一体性」の成立に異論はない。しかし、一般的にどのような場合に「競争上の一体性」の成立が肯定されるかについては、論者によって差異がある。結合によって結合参加企業間のすべての競争(内部競争 Binnenwettbewerb)が排除され、かつ、結合する企業が少なくとも事実上統一的な指揮の下に置かれる場合に「競争上の一体性」が生じるとする見解は、⁽²³⁾指揮力の統合のケースを想定しているようであるが、他の企業の市場行動に対して介入して指揮することができる場合又は他の企業の競争行動を決定しうるような場合に、「競争上の一体性」が成立するとする⁽²⁴⁾との見解もある。

第二説は、二三条二項で定義される企業結合があれば、この「競争上の一体性」の成立について「反駁できない推定」(unwiderlegliche Vermutung)が働くというものである。⁽²⁵⁾これは、二四条の実質的規制にあっては理論上「競争上の一体性」の成立を必要とするという点で第一の見解と同様であるが、結論的には、二三条二項で定義される全ての企業結合について、現実に「競争上の一体性」が成立するかどうかを吟味することなく、一律にそれが成立するとして処理して行く見解とすることができる。

第三説は、二三条二項における企業結合が成立する場合も、二四条の市場支配の実質審査において、個々の企業結合について、結合する企業の一方の他方に対する具体的な影響力等を評価して、市場支配的地位の形成又は強化の有無の審査をするという見解である。⁽²⁶⁾この場合、個別吟味という点では、第一の見解と同様であると言い得るが、必ずしも「競争上の一体性」の成立を規制発動の前提として要求していないとされる点で第一説とは異なる。

三 このうち、第三説が通説・判例の立場であると言われているが、いずれの見解を採るとしても、「競争上の一体性」が重要な概念として持ち出されている。それは次の理由による。つまり、企業結合による市場支配的地位の形成又は強化の有無の評価が、結合する企業の経済力・事業能力の合算 (Resourcenzurechnung) という手法によって行われるということである。端的に言えば、結合によって新たな経済主体が出現するとして、結合する企業の市場占拠率等を単純に加算して、その市場地位を評価するということである。このような手法をとる場合、結合する企業の経済力・事業能力を合算することが正当化される程度の結合が必要となる。「競争上の一体性」という概念は、この文脈から出現する。つまり、結合する企業の経済力・事業能力を合算することによって新たに生じた経済主体の市場力を評価するという手法を前提に、それを正当化するために「競争上の一体性」の成立が要求される。もっとも、「競争上の一体性」の成否が問題とされる結合の形態は、主にGWB二三条二項二号aの二五%の持分取得及び同じく少数参加による共同企業についてである。合併・資産取得、持分の過半数参加、コンツェルン契約、支配的影響力を伴うその他の結合といった形態にあつては、「競争上の一体性」の成立について異論はない。第五次GWB改正で新設された競争上重大な影響を伴うその他の結合(二三条二項六号)については、経済力・事業能力の合算を肯定する見解とこれを否定する見解が対立している状況にある。⁽²⁸⁾

四 先の第一説、第二説は、(実質的)企業結合規制にあつては、この「競争上の一体性」の必要性を少なくとも理論的に肯定する考え方として理解することができる。これに対して、企業の市場地位に評価について、必ずしも、経済力・事業能力の合算という手法を採らなくてもよいという立場に立つのが、第三説であると理解できよう。しかし、「競争上の一体性」が生じるかどうかという吟味は、第三説においても重要な作業となる。つまり、「競争上の一体

「性」が生じるような場合は、結合する企業の経済力・事業能力の合算という手法を使い、そうでなければ、そのような合算という作業は使えないとして処理するということである。そして、「競争上の一体性」が成立しないとされる。と、当該企業結合について、個々の当事企業について当該企業結合を経た市場地位を評価するということになる。しかし、この場合、一部学説は、結合する一方の企業の経済力・事業能力の他方の企業への部分的な合算を示唆しているものの、⁽²⁹⁾具体的な審査方法は、明確にし得ないでいる。このことは、実質的に、「競争上の一体性」が成立しないような企業の結び付きへの規制に対して、消極的な態度を採ることを導くおそれがある。少なくとも、「競争上の一体性」を生じさせないような企業結合による市場支配的地位の形成、⁽³⁰⁾という状況を考えるのは極めて困難であるとされる。現に、ドイツ判例は、基本的に第三説に立つものと評価されているが、「競争上の一体性」の成立しない企業結合についての規制は消極的であるとされている。

五 理論的構成としては、第三説が勝るものと思われるが、実際には、今述べたように、第三説は、第一説と同じ帰結に至る可能性が高い。というのは、「競争上の一体性」が成立しないような場合についての個々の結合参加企業の市場力についての効果的評価方法がない以上、「競争上の一体性」が成立しないような場合にその規制を否定せざるを得ないということになりかねないからである。

二 日本法（株式保有規制）の再検討

一 先に述べた通り、わが国独禁法上、「企業結合」という概念は存在しない。わが国独禁法は、ドイツ法やEU法

と異なり、実定法上「企業結合」を統一的に把握することをせず、個々の企業結合形態ごとに規制を設けている。すなわち、(1)独禁法一〇条が株式保有について(会社以外の者による株式保有は一四条)、(2)一二条が役員兼任について、(3)一五条が合併について、(4)一六条が営業譲渡(一号)・営業上の固定資産の譲渡(二号)・営業の賃貸借(三号)・経営委任(四号)・損益共通契約の締結(五号)について規定している。これらは、いずれもカルテルのような企業活動に関する特定の事項についての結び付きではなく、企業組織上の一般的な企業間の結び付きであり、さらに、「一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる場合」を統一的な基準として規制を加えていることから、企業結合規制として統一的に把握され、研究の対象とされてきた。このように「企業結合」は実定法上の概念ではなく、独禁法第四章の規定について「企業結合」規制として統一的に把握するのは、あくまでも学問上の作業の結果であるが、カルテルについても「結合」という用語が用いられる場合もあり、用語は統一されていない。

独禁法第四章の規制に関して「企業結合」という概念・用語を用いる場合、それは、さし当たり独禁法第四章による規制の対象となる行為、つまり合併、株式保有、役員兼任、営業譲渡等を総称するものと言えようが、学説は、特にカルテルとの対比において、「固い結合」という概念を用いて「企業結合」の内容を説明する場合が多い。この「固い結合」とは解体困難な結合を意味するとされ、さらに、「固い結合」は合併等の企業組織上の手段による結合であるとし、その結果、既存の独立の企業が統合されてそれらの事業活動の全体が統一意思の支配下におかれるに至るとされる。⁽³²⁾ もっとも、「固い結合」あるいは「統一的意思(決定)」という要素によって「企業結合」が説明される場合も、その論拠は明確が示されている訳でもなさそうである。⁽³³⁾

このように「企業結合」は、学説上、必ずしも明確な概念規定がなされている訳ではないが、これは先に述べたように、わが独禁法が「企業結合」を統一的に把握することをせず、各結合形態ごとに規制を用意していることも一因

であろう。ここでは各結合ごとに規制の対象となる結合が考察されることとなるが、この問題に関しては、先に述べた通り、主に一〇条の株式保有規制を受ける株式保有の程度という形で議論されてきており、「支配的影響」説と「相当程度の影響」説が主張されてきた。

二 ドイツ法の状況を踏まえて、わが国の状況について検討を加えるならば、結合関係の成否・結合の程度の問題については、従来の「相当程度の影響」説と「支配的影響」説の対立の図式について再検討を施す必要があるように思われる。

企業結合規制の対象となり得る企業結合を把握するという場面では、市場における競争に影響を与え得る企業結合・株式保有はすべて規制の対象とし得るとするのが適当であろう。³⁴⁾ 具体的には、株式保有によって当該会社（保有会社であると被保有会社であると問わない）の事業活動の態様に変化を生じるような場合は、企業結合規制の対象たる企業結合としてよいと思われる。この立場からすれば、「相当程度の影響」説が、規制の対象を取り上げるといふ趣旨で述べられているとすれば（相当程度の意味内容にもよるが）、適切な考え方であると言えよう。

しかし、企業結合の対市場効果、つまり競争の実質的制限^{II}市場支配の吟味の場面で結合の程度を問題にする場合は状況は異なってくる。その場合は、市場支配力の形成の存否の判断の文脈で結合の程度を考察することとなる。わが国独禁法の企業結合規制においても、結合する企業の経済力・事業能力を合算することによって、その市場における地位・力を評価するという手法が（少なくとも典型的な場合として）前提とされている。このような作業を前提とする以上、経済力・事業能力の合算を正当化できる程度の企業の結び付きであるかどうか重要な手掛かりとなる。「支配的影響」説を採る場合は、この経済力・事業能力の合算という手法が正当化されると言えよう。結合する企業

が経済的に一体化して市場に出現すると評価できるからである。ただ、株式の相互保有などの場合は、一方の企業が他方の企業に対して支配的影響を有するとは言えず、この場合のより一般的な基準としては、支配的影響をもたらすかどうか、というよりは、そのような経済力・事業能力の合算を正当化し得る程度まで結合する企業が経済的に一体化しているかどうかという点に求められるべきである。

いずれにせよ、この意味で株式保有が支配的影響をもたらすかどうかの吟味は有用な作業となり得るが、それは市場支配力の形成の有無の吟味の局面で有用であるということであって、規制の適用の前提要件として理解するのは適当でないことになる。

三 これに対して、「相当程度の影響」説の場合は、市場支配の吟味において、結合する企業の（全）経済力・事業能力の合算を念頭に置いて主張されているかどうかが必ずしも明確ではないところがある。そこでは、結合当事者の協調関係の醸成ということが指摘されており、⁽³⁵⁾結合する企業の経済力・事業能力の合算を正当化する程度にまで至っていない結合もその射呈におさめていると思われる。ただ、「相当程度の影響」説が経済力・事業能力の合算を正当化する程度にまで至っていない株式保有もその射呈におさめているとしても、市場支配力の形成という基準で規制を行うとすれば、結合する企業の市場地位・市場力の強化として把握される必要がある。もちろん、結合する企業の経済力・事業能力が合算され得ないような程度の株式保有であっても、結合する企業の一方が当該株式保有によってその市場地位を拡大することは肯定され得る。このような場合、ドイツ一部学説は、結合する一方の企業への他方の企業の事業能力の部分的加算という手法を示唆し、わが国においてもそれと同様の見解が主張されているが、⁽³⁶⁾この場合の市場支配力の形成の有無の判断に際しての明確な手法は確立されていない。「相当程度の影響」説は、その程度

の企業の結び付きについても規制の可能性があり、規制対象から排斥してはならないという文脈で理解するのが適当であると思われる。

四 この点に関連して、現在のわが国の通説的見解であるとされる「相当程度の影響」説では、保有会社と被保有会社間の競争の消滅・協調行動の醸成ということが言われている。しかし、結合する企業間での対内的な競争の消滅・協調行動の醸成は、結合する企業の経済力・事業能力の拡大、つまり、結合の対外的な作用に直接的に関わるものではない。企業結合規制がこのような点についてまで、その射呈においているとすれば、競争の実質的制限＝市場支配という解釈についても問題とする余地があろう。

IV 規制基準

一 総説

次いで、企業結合の規制基準を取り上げて検討を加えることとしたい。

一 企業結合に対する規制に関しては、一般的禁止というような極端な手法は、従来、少なくとも独禁法上は採られてこなかった。⁽³⁷⁾ と言って、一律に許容するという立場も、独禁法上は採られない。いずれにせよ、両者の中間的な段階で、規制基準が策定される。もっとも、規制の様々な態様（事前規制か事後規制か等々）によって、規制基準の策定も影響を受けることとなろうが、純粹に（独禁法上の）規制基準のみを考える場合、Möschelによれば、従来の

立法例における規制基準として次の四つが指摘されている。⁽³⁸⁾ すなわち、①企業結合による競争制限的作用を規制基準とするもの、②企業結合による市場支配的地位（の形成・強化）を規制基準とするもの、③企業結合の一定の規模をもって規制基準とするもの、④企業結合を市場支配的地位の濫用行為として把握し、濫用に当たるかどうかを規制基準とするもの、である。Möschelによれば、①は米国クレイトン法のそれを念頭に置いたものである。②はGWB（及びE U合併規制規則）の採る基準であるが、Möschelの評価によれば、それは米国法のそれよりもより競争制限の程度が高い段階で企業結合に対して介入するものであると見られていると見ているようである。③は米国で一時その導入が検討されたこととされ、また、ドイツにおいて一九八〇年の第四次GWB改正で導入された二三a条一項二号の「大規模合併推定」が、この規制基準への方向性を示しているとされるが、要は、市場における競争とは直接の結び付きを考えず、あるレベル以上の大規模企業結合を一律に規制するというものである。④は企業結合規制導入以前のGWB及びE U独禁法が採った立場である。

二 米国・ドイツ・E Uにおいて実際に行われているのは、①・②の規制基準による規制ということになるが、ここで注意されるべき点の第一は、米国クレイトン法の規制基準（競争を実質的に減殺するおそれがある場合、又は、独占を形成するおそれがある場合）とドイツ（及びE U）のそれが異なる規制基準として把握されていることである。このことは、GWB第四次改正（一九八〇年）、同第五次改正（一九八九年）に際して、企業結合の規制基準を市場支配概念から切り離し、「競争条件の実質的侵害」に置き換えるべきであるとの提案が繰り返し返されたことからも窺えるところである。さらに、次のことも指摘されるべきであろう。すなわち、これらの規制基準によるとしても、それら一般条項的な基準にあっては、結局、規制当局及び裁判所によってその具体化が図られることである。その場合、

①と②の規制基準が、実際には、類似して来ることが考えられる。実際、米国、ドイツ、EU及び日本においても、規制の可否に関して考慮される事情や目安となる市場占拠率基準は類似して来ている。

二 G W Bの規制基準（市場支配的地位の形成又は強化）

（一）市場支配的地位

一 G W B二四条一項・二項によれば、企業結合によって市場支配的地位が形成又は強化されることが予期され得る場合には、衡量条項を充足しない限り、当該企業結合は連邦カルテル庁によって禁止されることになる。G W Bにおける企業結合の中心的な規制基準は「市場支配的地位」に結び付いているが、この市場支配的地位について、G W Bは定義規定と推定規定を設けている。⁽⁴⁶⁾ G W Bは市場支配的地位を、それが単独の企業のものであるのか、複数の企業によるものであるのかで分けて規定している。前者は単独市場支配 (Einzelmarktbereichung) ないし独占的市場支配 (Monopol-Marktbereichung)、後者は共同市場支配 (gemeinsame Marktbereichung) ないし寡占的市場支配 (Oligopol-Marktbereichung) と呼ばれる。

二 G W B二二条一項一号前段によれば、ある企業が競争者を有していない場合、当該企業は、市場支配的である。この場合の市場支配の形態は、いわゆる「純粹独占」(echte Monopol) あるいは「完全独占」(Vollmonopol) であると考えられている。つまり、問題とされる市場に、単一の企業しか存在していない状態である。その唯一の企業が市場支配的企業となる。市場支配の形態としては単純なものであり、その認定も、当該市場が画定されると、この

形態の市場支配に該当するか否かが判明する。当該市場で活動する企業が一つしかなければ、この「純粹独占」の意味での市場支配的地位が成立する。

GW B二二条一項一号後段によれば、ある企業が実質的競争 (wesentlicher Wettbewerb) に含まれていない場合、当該企業は市場支配的である。この場合の市場支配の形態は、前記「純粹独占」に対して「準独占」(Quasi-Monopol) あるいは「部分独占」(Teil-Monopol) と呼ばれる。純粹独占が市場で活動する企業がひとつしか存在しない市場支配の形態であるのに対して、この実質的競争の欠如による市場支配は、一定の市場において二以上の企業の存在が前提となる。それらの企業は、同一市場で活動する以上、競争関係にあると言い得るが、もちろん単に競争関係があるということでは、実質的競争の存在が肯定される訳ではない。学説・判例は、この実質的競争の欠如による市場支配的地位の意義について、次のように説明する。すなわち、ある企業が市場参加者(競争者及び取引相手方)に特別な考慮 (besondere Rücksicht) を払うことなく、その市場行動を概ね (im großen und ganzen) 自ら決定することができる場合には、当該企業は実質的競争にさらされていない、とする。⁽⁴¹⁾

市場占拠率が九〇%超にも達する企業が存在するような場合は、まさに「準独占」であり、その認定には余り問題はないが、「市場において多数の企業が様々な市場地位を占めており、そのうちの有力な企業がなお実質的な競争にさらされているかどうか直ちに判明しない場合には」実質的競争の有無の評価は困難であるとされ、⁽⁴²⁾ このような認識から、一九七四年の第二次GW B改正によって二二条一項二号の優越的市場地位という市場支配的地位の形態が新たに規定されることとなった。

三 GW B二二条一項二号によれば、競争者との関係で優越的市場地位 (überlegende Marktstellung) を有する

企業は、市場支配的企業となる。その認定に際しては、市場占拠率、資金力 (Finanzkraft)、購入または販売市場へのアクセス (Zugang)、他の企業との結び付き (Verflechtungen)、市場参入障壁、他の商品・役務へ供給又は需要を転換する可能性、相手方が他の企業に取引を回避する可能性等を考慮しなければならぬ (同後段)。

学説・判例はこの優越的市場地位による市場支配的地位の意義を次のように述べる。すなわち、ある企業が自らの市場戦略を展開する上で、または、個々行動パラメーターの投入において優越的 (一方的) な行動の自由 (übertragender (einseitiger) Verhaltensspielraum) を有する場合、さらには企業が競争によってはもはや十分にはコントロールされていない行動の自由を有する場合に、優越的市場地位による市場支配的地位が成立する⁽⁴³⁾とする。この優越的 (一方的) な行動の自由という概念も余り明確なものとは言えないが、政府草案理由書は、例えば、ある企業が単に行動パラメーター (価格、品質等) の投入によって競争者に対抗するのではなく、自らの資金力に基づいて他の市場戦略 (例えば、広告) を用いて企業目標 (Unternehmensziele) の達成を促進できるような場合に、また、個々の行動パラメーター、例えばは価格に関して、自らの市場地位を脅かすことなく引き上げ得る場合に、そのような行動の自由が存在しているとする⁽⁴⁴⁾。このような行動の自由の存否は、二二条一項二号後段で列挙される主として市場構造上の考慮事項を手掛かりに吟味されることとなるが、優越的市場地位の存在の認定は、二二条一項二号後段に掲げられる考慮事項の他、すべての市場関係の包括的、総合的な評価によって行われる (総合的考察方法 Gesamtdbe-trachtungsweise)⁽⁴⁵⁾。従って、優越的市場地位の有無の判断は、個々のケースに沿ってなされ、一般的な基準、一律の基準を示すことはできないこととなる。例えば、考慮事項として二二条一項二号後段が最初に掲げる市場占拠率は、当該企業の市場での地位を評価するのに最も重要なメルクマールであるが、それでも先の総合的考察方法の下では、突出した意義が置かれる訳ではない。例えば、市場参入障壁が低い場合、または買手に対する従属性のある場合は、

高い市場占拠率を有するとしても、その意味は小さなものとなり得る。逆に、低い市場占拠率と言えども他の要因と相まって優越的市場地位を導くこともあり得る。

四 G W B 二二条一項一号と二号の市場支配的地位の関係について、連邦通常裁判所は両者は各々が独立した択一的関係にあり、実質的競争に直面している場合であっても、優越的市場地位による市場支配的地位が成立する場合があること旨を判示しており、学説も多くはこれを支持する⁽⁴⁷⁾。この意味で二号の新設によって、市場支配概念が拡張されたとはい得る。しかしながら、先に触れた総合的考察方法の下で、二号の下でも、市場行動要因を含むあらゆる市場関係から優越的市場地位の存否が判断される。従って、二号の優越的市場地位による市場支配的地位と一号の実質的競争の欠如による市場支配的地位との区別は、余り明確なものとはなっていないようである。

五 また、G W B 二二条二項は、複数企業による共同の市場支配的地位を規定する。それによれば、複数の企業は、その間に事実上の理由から実質的競争が存在せず、当該複数の企業が全体として二二条一項の要件に該当するような場合は、市場支配的であるとされる。この規定は、寡占における市場支配を内部関係と外部関係に分けて規定している。このうち問題とされてきたのは、前者の内部関係における実質的競争の欠如である。市場関係を包括的に考察することによって実質的競争の欠如を認定することとなるが、これが認められたケースは極めて少なく、この点がネックとなつて複数企業の共同の市場支配的地位はほとんど認められていないのが現状である⁽⁴⁸⁾。

六 なお、G W B は市場支配的地位の存在ないし市場支配的地位の形成又は強化についていくつかの推定規定を有し

ている（二二条三項・二三a条）。これらの推定規定は、主に市場占拠率基準によって市場支配的地位の存在等を推定しているが、私法上の推定とは異なり、実質的証明責任の転換と結び付いた規制当局の手続の開始を動機づける着手基準として理解されており、その機能は限定されている。

（二） 市場支配的地位の主体

一 企業結合によって右に見た市場支配的地位が形成又は強化されることが予期される場合は、連邦カルテル庁は、原則として、当該企業結合を禁止することとなる。この場合、企業結合による市場支配的地位の形成又は強化は、結合の当事者である「結合参加企業」(am Zusammenschluß beteiligte Unternehmen) において生じる必要があるとするのがドイツの通説的見解・判例である。⁽⁴⁹⁾ つまり、企業結合によってある企業の市場支配的地位の形成又は強化が生じるとしても、その企業が「結合参加企業」ではない限り規制することはできない。⁽⁵⁰⁾ ここで言う「結合参加企業」という概念は、GWBにおける実定法上の概念であり、その範囲をめぐっては、GWBの企業結合規制の個々の規定について詳細な議論が展開されているが、端的に言えば、問題となる企業結合の当事者である企業のことを意味する。但し、この市場支配的地位の主体に関する議論においては、当該企業結合の当事者である企業とGWB二三条一項二文（結合条項）の意味で結び付いている企業、つまり、結合する当事者である企業の支配企業・従属企業及びコンツェルン構成企業もそれに含めて考えられている。⁽⁵¹⁾ 結合の当事者である企業及びそれと支配従属関係等にある企業において市場支配的地位の形成又は強化が生じなければ、当該企業結合を規制することはできない。このような帰結は、次の二つの局面で問題とされている。第一は、当該企業結合及び結合参加企業とは何らの関係も持たない純粹の第三者において市場支配的地位の形成又は強化がもたらされる場合であり、第二は、結合参加企業とある程度の結

び付き（持分保有や役員兼任等）を有するものの、「結合参加企業」とはされない企業において市場支配的地位の形成又は強化がもたらされる場合である。後者の例として、Aが市場支配的地位を有するBの持分をすでに二五％取得していた場合に、Aが新たにBと同一の市場で活動するCに過半数参加を行ったケースを想定すると、A・C間の結合についてBは結合参加企業ではないので、A・Cの結合によってBの市場支配的地位が強化されると評価されても、A・Cの結合を規制できない。もっとも、順序が逆になり、まず、AがCにすでに過半数参加をしており、次いでBの持分を二五％取得した場合、BはもちろんA・B間の結合について結合参加企業であるので、A・Bの結合を規制することは可能となる。これは結合参加企業の範囲をどう把握するかという問題とも関連するが、右の例のようなケースでは、例外的に規制を可能とする見解も有力である。⁽⁵²⁾

二 ドイツの通説的見解が市場支配的地位の形成又は強化が結合参加企業において生じる必要があるとする根拠としては、次のような事が挙げられている。つまり、第一に、企業結合規制の全体のシステムに照らしてこれが要求されているということである。⁽⁵³⁾確かにG・W・Bの企業結合規制の諸規定は、市場支配的地位の形成又は強化が結合参加企業において生じることを前提として構築されていると言い得る。また、第二次改正以前の企業結合規制（形式的企業結合規制のみ）の規定が参加企業の市場支配的地位を明言しており、現行法においてそれが変更されたとは考えられないことも挙げられる。さらに、行政法（警察法）上の「直接性説」（Unmittelbarkeitslehre）あるいは「帰責性」（Zurechnung）ということも根拠として挙げられている。ヘルリン高等裁判所によれば、「直接」の「妨害者」（Störer）のみが責任を負うべきであり、第三者によって間接的に「障害」（Störung）を引き起こした者は責任を負わないとされ、これを企業結合規制に当てはめれば、企業結合によって自らの市場地位を上昇させ、市場支配的地位の形成又

は強化という法が阻止しようとする状態を生じさせるような場合は、当該企業結合の当事者は、「直接的」な「妨害者」として責任を負うが、非結合参加企業が問題とされる企業結合によって市場支配的地位を上昇させ、市場支配的地位を形成し又は強化するというような場合は直接性に欠け、結合参加企業に対して責任を問うことはできないということになる⁽⁵⁴⁾。

三 これに対して、少数説は、結合参加企業以外の企業について市場支配的地位の形成又は強化が生じるような場合も、その規制を肯定している^(54a)。その根拠としては、次のようなことが挙げられている。すなわち、GWB二四条一項が主観的要素を排除しており、企業結合の規制は当該企業結合と市場構造の悪化との間に因果関係が存在することで足り、非結合参加企業において生じる事情も考慮することは可能であるとの論拠である。さらに、企業結合規制の目的は競争的な市場構造を維持することであり、問題とされる企業結合と因果関係が認められる限りどの企業に市場支配的地位の形成又は強化が生じるかは問題ではないとも言われる。要するに、どの企業において市場支配的地位が生じるかに関係なく、企業結合によってある経済主体の市場支配的地位の形成又は強化があると認められる場合には、規制を行うべきであるとの考え方である。また、立法者は「主として」結合参加企業の市場支配的地位の獲得・強化を想定していたが、それは、ほとんどのケースにおいて、實際上、結合参加企業の市場支配的地位が問題となることを明らかにしているに過ぎず、例外的なケースでは企業結合の非結合参加企業への作用も考慮されるとする^(54b)。

四 結合参加企業以外の企業において、当該企業結合によって市場支配的地位の形成又は強化が生じる例としては、ドイツ学説上、非水平的企業結合、とくに垂直的企業結合の例が挙げられることが多いが、水平的企業結合の場合も、

次のようなケースを想定し得る。例えば、Aが六〇%、Bが二〇%、C D E Fが各々五%の市場占拠率を有するとし、C D Eの三者が結合するような場合、当該市場は、Aが六〇%、Bが二〇%、そして結合する企業が「競争上の一体性」を形成するとするとして、その新たな結合企業であるXが一五%、そして残るFが五%という市場構造に変化する。市場集中度は高まるが、Xが自ら市場支配的地位を形成または強化したと評価できなければ、C D Eの結合は規制できない、という帰結になる。右の例の場合、AやBを差し置いてXが（単独の）市場支配的地位を形成又は強化したとするのは困難であろう。もっとも、先にも述べたように、ドイツ法においてこのような水平的企業結合のケースが市場支配的地位の主体の問題において想定されることは余りない。その理由は必ずしも明らかとは言えないが、一応、次のようなことが考えられる。第一に、水平的企業結合の場合は、G W B二二条二項の複数企業による共同の市場支配的地位という考え方を採ることによって、通説的見解を採る場合も市場支配的地位の主体の問題が余り顕在化・表面化しないことである。⁽⁶⁶⁾つまり、G W B二二条二項によれば、複数の企業も、その間に実質的競争が欠如し、かつ、それらが全体として二二条一項の単独の企業の市場支配的地位に該当する場合、それら複数の企業も市場支配的であるということになるが、右の例の場合、A B Xの共同の市場支配的地位が形成または強化されたことにより、X自身において市場支配的地位の形成又は強化がなされると見ることが可能となる。⁽⁶⁷⁾もっとも、どの企業の市場支配的地位の形成・強化かを問わない少数説の立場に立てば、右の例の場合において、A B Xの共同の市場支配的地位が形成・強化されると評価する場合だけでなく、Aに市場支配的地位の強化が生ずると評価されても規制は可能となる。

また、寡占市場での下位企業の水平的結合では、上位企業への対抗力が形成されると見ることができるところもあり、その場合、下位企業の結合は、むしろ競争促進的な企業結合と評価し得ることである。いずれにせよ、水平的企業結

合の場合は、結合参加企業と市場支配的地位の主体の乖離の問題が顕在化しにくいこととなる。

三 日本法（競争の実質的制限）の再検討

（一） 競争の実質的制限Ⅱ市場支配

一 わが独禁法の企業結合の規制基準は、「（一定の取引分野における）競争の実質的制限」であるが、先にも述べたように、この「競争の実質的制限」を、通説は「市場支配」の状態ないし「市場支配力」の形成（維持・強化）と同義であると解しているとされる。では、この「市場支配」はどのような意味内容で主張されているのであろうか。従来は「市場支配」の内容を特に示すことなく、「競争の実質的制限」Ⅱ「市場支配」とする傾向があった旨が指摘されているが、⁽⁵⁸⁾現在では、「市場支配」の意味内容については、先に述べたように、東宝スバル事件判決の説示に沿って理解するのが一般的となっている。⁽⁵⁹⁾すなわち、「競争の実質的制限」とは、特定の事業者（集団）がある程度自由に価格等を左右すること、ないし、そのような地位・力であり、それが「市場支配」ないし「市場支配力」の意味内容となる。⁽⁶⁰⁾もっとも、判決の言う「ある程度自由に」というのがどの程度のことを指すのかは明らかではなく、「競争の実質的制限」Ⅱ「市場支配」に関する議論は、主としてどの程度の市場力・地位で「市場支配」すなわち「競争の実質的制限」が成立するのか、あるいは、その認定に際してどのような点を考慮するのかという点をめぐって行われてきた。「合併事務処理基準」に列挙されている考慮事項は、その集大成と言える。また、そこで示される重点審査基準としての市場占拠率が（一般的な基準としては二五%（第2・1①））、⁽⁶¹⁾「市場支配力」の一応の目安となり得る。

もつとも、競争の実質的制限の解釈としての「市場支配（力）」という概念も、東宝スバル事件判決の説示（価格等の取引条件を左右する（力））を中心としつつ、他の意味でも用いられている。すなわち、競争者の排除・市場の開放性を妨げることや、「有効競争」の欠如、市場における全体としての競争の機能の侵害という意味でも「市場支配（力）」が理解されている。⁽⁶²⁾この点で「市場支配（力）」の意味内容はやや拡散していることは否めない。⁽⁶³⁾

二 また、「競争の実質的制限」を「市場支配」と解することについては、次のような問題点が指摘されている。⁽⁶⁴⁾①「市場支配力」の存在する状態は、「競争機能の発揮が妨げられた状態」の典型ではあるものの、その部分集合に過ぎないこと、②「市場支配力」の主体を特定できないような場合が規制の対象とならなくなる⁽⁶⁵⁾こと、③行為主体自身が「市場支配力」を獲得・維持・強化しないような場合には規制がでなくなることなどである。さらに、通説のように、競争の実質的制限を市場支配力の形成と説明すると、④「支配」の語感から（合併企業が）当該市場を制圧する必要があるとの理解や、他の事業者の事業活動を制約・支配したり、市場での競争圧力から「全く」自由に価格・産出量を左右できる場合のみが規制対象となるとの解釈も導かれ得ること、⑤当該合併により寡占的相互依存関係が成立・強化され競争の停滞が生ずるような場合（合併企業が首位でない場合）⁽⁶⁶⁾には、当該合併企業のみが市場支配力を形成・強化すると言うことはできず、規制の対象とならなくなることなどが指摘されている。このような立場からは、「競争の実質的制限」の解釈において「市場支配」ないし「市場支配力」概念を用いるのではなく、「市場における競争機能の発揮を妨げること」ないし「有効な競争を期待することが殆ど困難な状態をもたらすこと」と解釈し、あるいは、（合併規制についてであるが）「合理的にみて、合併後の市場構造の下で実効性ある競争が期待できなくなる⁽⁶⁷⁾こと」と理解することとなる。

三 右の指摘のうち、④はいわば誤解を招くおそれがあるということである。②③⑤はいずれも市場支配の主体に關連する問題であるが、⑤（おそらく②も）の指摘については、右の見解に言う「寡占的相互依存關係」を成立・強化させるような場合について、学説は、結論としてはそのような場合にも規制をすべきであることで一致している。ただ、その場合は、どの企業が市場支配力を形成（強化）するのかがはっきりしないこととなり、それら寡占企業が全体として市場支配力を有するとの構成を採ることが考えられ、通説的立場からは現にそのような説明がなされている。また、③の行為主体と市場支配力の主体の乖離の問題も、寡占市場の場合にあっては、当該寡占企業に行為主体である企業が含まれていれば、問題が表面化することはなく、さらに、行為主体以外の事業者の「市場支配力」が形成（強化）される場合も規制が可能であるとの構成を採ればとりたてて問題となることはない。⁽⁶⁶⁾「市場支配（力）」という考え方から、行為主体が「市場支配（力）」の主体でもなければならぬという帰結が必然的に導き出されるものではない。「競争の実質的制限」＝「市場支配」という考え方にとって、より重要な問題は、①の論点にありそうであるが、「競争機能の發揮が妨げられた状態」のうち「市場支配力」が存在しない場合として、論者がどのようなケースを想定しているのかは余り明確ではない。

四 ドイツGWBにあっては、企業結合の規制基準として、市場支配的地位の形成又は強化が明文で規定されており、その内容も法的に規定されている。この点で、「競争の実質的制限」の解釈として主張される「市場支配」に対比して、その態様は明確であるが、特定の市場という枠組みにおいて把握される企業の地位・力（ドイツ法で言うところのMarktmachtkonzept）に着目するものである点で、わが国独禁法の競争の実質的制限の解釈としての「市場支

配」の概念と、少なくとも形態的には同一の状況を念頭に置いているとすることができる。⁽⁶⁹⁾つまり、市場支配と評価される「力」あるいは「地位」を、特定の（単独又は複数の）企業が有しているという状況である。市場において卓越した（単数又は複数の）企業が存在するという形態の競争制限と言い換えることもできよう。⁽⁷⁰⁾もちろん、どの程度の市場地位・市場力をもって、市場支配的地位なり市場支配力と評価するのかということについては、GWBと独禁法は慎重に比較されるべきであろうが、先に見たGWBにおける市場支配概念の説明、つまり、競争者及び取引先に特別な考慮を払うことなく自らの市場行動を決定できること、あるいは、優越的（一方的な）行動の自由という説明からすると、わが国独禁法の解釈で用いられる「市場支配（力）」（ある程度自由に価格等の条件を左右する（力））の考え方と概ね合致しているようにも思われる（もっとも、このような抽象的な説明を照らし合わせても余り意味はないであろう）。

五 市場占拠率基準にあっても、単独企業にあつては、ドイツでは二〇%、三分の一が一応の目安となる。前者は報告義務の内容として二〇%を超える場合は、その算定の根拠とともに連邦カルテル庁に報告するというものであり（二三条五項・二二三号）、後者は規制基準である（単独企業の）市場支配的地位の存在を「推定」するものである（二二条三項一文一号）（なお、支配的地位の形成又は強化という規制基準を有するEU合併規制規則では、単独企業の場合で二五%という市場占拠率が、共同市場との適合性を根拠付けるものとして挙げられている（規則前文二五項））。わが国の場合は、重点審査基準という意味で一般的基準として二五%という市場占拠率が挙げられているが（合併事務処理基準第2・1①）、ドイツ（及びEU）と比較しても、概ね妥当な数値基準ではないかと思われる。

六 企業結合の規制基準として、(競争の実質的制限の解釈論としての)「市場支配」・「市場支配力」の適否をにわかに判断することはできないが、上記二で示した②③⑤の市場支配力の主体に関わる問題や、結合当事者の経済力・事業能力の合算を正当化し得ない程度の企業結合に対する規制の実効性という観点からは、競争の実質的制限を市場支配力の形成として解釈することには疑問もないではない。「市場における競争の機能の侵害」あるいは「合理的にみて、合併後の市場構造の下で実効性ある競争が期待できなくなる」という競争の実質的制限の解釈の方がこれらの状況に対してより柔軟に対処できると思われる。

(二) 市場支配の主体

一 次いで市場支配の主体の問題であるが、これは、企業結合の規制基準を市場支配として理解することから導き出される問題である。そして、通説のシナリオによれば、市場支配力の主体は、結合する企業ということになる。しかし、ドイツ法におけると同様、当該企業結合を行なった企業の市場地位しか問題とされないのかどうか問題となり得る。まず、結合当事者である企業と親子関係・資本参加等の何らかの企業組織上の結び付きのある企業において市場支配力が形成・強化される場合の処理が、さらに、結合当事者である企業とは何らの結び付きのない企業の市場支配力が形成・強化されるような場合の処理が問題となる。

二 市場支配力の主体の問題がわが国において独自の論点として認識されているかどうかはやや疑問もあるが、寡占市場における下位企業の企業結合の規制の可否をめぐる議論の中で、結果的に、結合の当事者とは何らの結び付きを持たない企業の市場支配力の問題が議論されてきている。

従来の通説的見解は、市場支配力の主体が合併会社であることを前提に、合併以前に市場で首位の企業であるか、合併によって首位となる場合にのみ規制を可能としてきた。二位以下の企業が（首位企業を差し置いて）市場支配力を有するとは考えられないからである。⁽¹²⁾しかし、市場における下位の企業の合併によって首位企業のプライスリーダーたる地位が強化されるような場合にも規制を加えるのが適当であるとの考えから、市場支配力の主体が合併会社であるかどうかを問わないという見解が主張されることとなった。⁽¹³⁾もっとも、ドイツ法について先に述べたようにIV二（一）四、合併会社を含む複数の寡占企業が全体として市場支配力を有するとの構成を採れば、市場支配力の主体を合併会社とする図式は維持されることとなる。そのような場合は、合併会社自身の市場地位が問題となっておりと見ることができるところである。ドイツ法におけるのと同様、わが国においても複数企業の市場支配力という構成を採ることが広く主張されている。⁽¹⁴⁾もっとも、複数企業による寡占的な市場支配力がどのような場合に成立するのか、さらに理論的・実証的検討が加えられる必要がある。

三 市場支配の主体の問題は、「競争の実質的制限」を「市場支配」と考える以上、必要な要素となるが、それが結合する企業でなければならないという帰結は、必然的に導かれるものではない。競争政策の視点から見れば、ドイツにおける少数説のように、市場支配力の担い手として特定の企業が存在すれば十分であって、その特定の企業が結合する企業でなければならぬとする必要はないとした方が適当であろう。⁽¹⁵⁾通説のとる市場支配の主体が結合する企業であるとの考え方は、結果的に、企業結合規制に過剰な制約を加えている可能性がある。しかも、その根拠付けについては、従来、ほとんどなされてこなかった。それは、大した検討もなく、いわば自明の前提として設定されていたところがあると思われる。もっとも、ドイツ法においても、この点はわが国通説と同様に考えられていることは前述

の通りである。

四 なお、市場支配の主体の問題に関連して、帰責性の問題がある。先に見たように、ドイツGWBの議論では、行政法（警察法）上の「直接性説」あるいは帰責性が市場支配的地位の形成又は強化が結合参加企業において生じる必要があるとの根拠として挙げられていた。わが国においては、市場支配力（の主体）の問題について帰責性の観点からの検討は殆ど加えられていない。競争政策的には、先にも述べたように、当該結合が市場支配力を形成する原因である限りで、規制を行うことが適当であろうが、確かに、ある企業の行為（結合）によって第三者に市場支配力が形成されるような場合に、当該結合を規制する（結合の当事者である企業に不利益を課す）のは問題があるようにも思われる。今後の検討課題であろう。

V 結語

一 以上、本稿では、わが国通説の採る競争の実質的制限 \parallel 市場支配という考え方を前提にして、企業結合の範囲及び規制基準の問題に検討を加えてきた。企業結合規制において典型的なケースとして想定されているのは（わが国でもドイツでも）、結合する企業が経済的に一体化して、その結合体が新たな経済主体として一定の市場である程度以上の市場力（わが国の場合で言えば、価格等の取引条件をある程度左右し得るような力、つまり、市場支配力）を獲得・強化する場合に、当該企業結合は規制されるというものである。しかし、典型的には、この図式が妥当するとしても、結合の程度や市場支配の主体の面で、必ずしも、この図式に当てはまらない場合もあり、いわば企業結合規制

の外縁部には検討を要する問題点が多い。

二 まず、企業結合の範囲・結合の程度の問題については、それが何を目的としているのかが問われるべきである。規制の対象となり得る企業結合を問題とする場合は、その範囲を広く把握する方が適切であろう。規制対象となり得る「企業結合」を統一的に把握する場合、あるいは、立法論として統一的な「企業結合」の定義を考察する場合は、市場における競争に影響を与える可能性を有する企業結合を全て拾い上げるといふ視点に立つのが適当であると思われる。また、この場合、ドイツGWB二三条二項六号に即して「競争上重大な影響を与える」という点を中核として概念を規定するなり、定義規定を構成するのが適当であると思われる。もっとも、競争の実質的制限^{II}市場支配という解釈の下では、少なくとも典型的な場合として、結合する企業の経済力・事業能力を合算するという手法が前提となり、そのような手法をとる以上、結合する企業が経済的に一体化するかどうかということが重要な手掛かりとなる。規制の入口としては、そのような程度にまで結合の強度を求める必要はないと思われるが、実際上は、結合する企業が経済的に一体化すると評価される程度の結合かどうか、具体的には、相手方企業への支配的影響力、指揮力の統合、さらには意思決定の統一と言った要素を中心に結合の程度が吟味されることとなる。

三 次に、規制基準の問題であるが、競争の実質的制限を市場支配力の形成と解することについては、寡占市場における下位企業の結合の規制に不都合が生じる等、市場支配力の主体に関連して種々の問題点が指摘されている。もっとも、複数企業による市場支配という考え方で対処可能な場合もある。また、協調関係を醸成する程度の企業結合に対する規制についても問題のあることは指摘した通りである。これらからすると、競争の実質的制限を市場支配力

の形成と解することに確かに疑問がないではない。さらに、市場支配力の主体の問題については、結合当事者以外の企業が市場支配力を形成・強化する場合の規制に可否について、競争政策的な視点からは、規制は肯定されるべきである。ところが、帰責性という視点からの検討も必要となる。この帰責可能性という視点からの検討は従来殆どなされていない。今後の課題である。

(1) 本稿は、筆者の経済法学会における報告（山部俊文「独禁法による企業結合規制の基本構造について」経済法学会年報一四号（一九九三）九七頁）に、その後の検討を踏まえて、加筆・補充を施したものである。なお、本稿Ⅳの三については、山部俊文『競争の実質的制限』と『市場支配』、『田中誠二先生追悼論文集／企業の社会的役割と商事法』所収予定も併せて参照されたい。

(2) 独禁法一〇条等の「市場集中規制」は、当該企業結合が不正な取引方法によって実行される場合も規制しているが、この規制基準については本稿の検討課題から除外する。

(3) このような公取委の非公式な処理については、何ら公表されておらず、問題があることは否めない。

(4) 最近の企業結合規制全般に関する論文として、川越憲治「合併と独占禁止法」『松下満雄先生還暦記念／企業行動と法』（平成七）七九頁、松下満雄「独禁法による企業合併規制の国際比較」『鴻常夫先生古希記念／現代企業立法の軌跡と展望』（平成七）七五四頁、正田彬「合併・株式取得等による企業集中の規制について」公正取引五三七号（一九九五）一二頁がある。

(5) 合併事務処理基準「はじめに」2、株式事務処理基準「はじめに」2。両事務処理基準の該当部分にあつては、「合併」と「株式所有」の用語が異なるだけで、他に相違はない。

(6) 例えば、奥島孝康・独禁法審決判例百選（第三版）（一九八四）など。

(7) 実方謙二「独占禁止法（新版）」（一九八七）八一頁。

- (8) 実方・前掲二二〇頁(＊)。
- (9) この意味で「企業結合」の存在は、GWB二四条によるその実体規制の体系上「取り上げ基準」(Aufgreifkriterium) (の二)として位置づけられる。
- (10) 共同企業における親会社間の結合規制で言えば、そこに結合が擬制されることによって、親会社間にも独立した企業結合があることとなり、その擬制された企業結合について、二三条一項の要件を充足する限りで、報告義務が発生する。これらの企業結合の擬制が二四条の実体規制に対してどのような関係にあるのかは、種々の議論がある。参照' Emmerich, Kartellrecht, 7. Auflage, 1994 (im folgenden KartR), S. 368.
- (11) もともと二三条一項中および二四条一項中による企業結合が成立するところ余地はない。
- (12) 例えど' Bechtold, Kartellgesetz: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Kommentar, 1993, § 23 Rdnr. 27. への一般的な解釈は反対である(の二)に、例えど' Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983 (im folgenden RWB), Rdnr. 754.
- (13) 参照' Möschel, RWB Rdnr. 755; Emmerich, KartR, S. 374; Ruppelt, in: Langen / Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 7. Auflage, 1994, § 23 Rn. 41.
- (14) Emmerich, KartR, S. 374.
- (15) Ruppelt, a. a. O., § 23 Rn. 42.
- (16) Möschel, RWB Rdnr. 755.
- (17) 参照' Möschel, RWB Rdnr. 755; Ruppelt, a. a. O., § 23 Rn. 42.
- (18) Begründung zum Regierungsentwurf 1989, BT-Drucks. 11/4610, S. 20.
- (19) 参照' Emmerich, KartR, S. 376; Ruppelt, a. a. O., § 23 Rn. 47; Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Auflage, 1991, § 23 Rdnr. 244.
- (20) 連邦通常裁判所は、二三条一項および定義された企業結合を二四条一項の実質規制における企業結合と区別する必要性

- を採りて (WuW/E BGH 2112, 2114 ff. Gruner + Jahr/Zeit 事件)。
- (21) この点については整理はケルン訴訟に於いて必ずしも一般的なものではなく、訴訟の整理は、論者によって差異がある。
- (22) Huber, Das Entstehen oder Verstärken einer marktbeherrschenden Stellung durch einen Zusammenschluß, insb. durch Bildung eines Gemeinschaftsunternehmens, WuW 1975, S. 371, 373 ff.; Autenrieth, Fusionsentwicklung und wettbewerbliche Einheit, BB 1982, S. 753.
- (23) Montag/Dohms, Minderheitsbeteiligung im deutschen und EG-Kartellrecht, WuW 1993, S. 94.
- (24) Autenrieth, a. a. O., BB 1982, S. 753.
- (25) 例として Möschel, RWB, Rdnr. 836.
- (26) 例として Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, 2. Auflage, 1989, § 24 Rdnr. 35.
- (27) 参照: Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 24 Rdnr. 39; Emmerich, KartR, S. 361; Harms, in: Müller-Henneberg, u. a., Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Gemeinschaftskommentar, 4. Auflage, 9. Lieferung, 1985 (im folgenden GK), § 24 Rdnr. 70.
- (28) 参照: Emmerich, KartR, S. 377; Montag/Dohms, a. a. O., WuW 1993, S. 94.
- (29) Harms, in: GK § 24 Rdnr. 70.
- (30) 参照: Montag/Dohms, a. a. O., WuW 1993, S. 94.
- (31) 今村成和『独占禁止法入門 (第三版)』(一九九二)三九頁。
- (32) 例えば、今村成和『独占禁止法 (新版)』(昭和五二)一六四頁、七〇頁、実方・前掲八一頁など。もっとも、解体困難な企業間の結合という意味で「固い結合」という用語を用いるならば、例えば、株式保有、役員兼任、経営委任契約等は、それ自体では比較的容易に解消が可能な場合もあり、独禁法第四章の規制の対象全般について「固い結合」という用語を用いるのは余り適当ではあるまい。

- (33) この「統一的な意思決定」をもって結合関係の形成の理論的判断基準とする見解にあっても、論者は株式保有により相手方会社に相当の影響を与える場合には、實際上意思決定の一体関係が形成されるとしており（実方・前掲二二〇頁**）、少なくとも株式保有規制にあつては「相当程度の影響」説と同じ立場をとるものと思われる。
- (34) 参照、経済法学会編『独占禁止法講座Ⅱ』一五〇頁以下（福岡博之）。
- (35) 参照、福岡・前掲一五〇頁。
- (36) 植松勲『合併・株式保有と独占禁止法』一五四頁では、結合関係が相当程度の影響を与えることができる程度である場合には、合併と同一に扱うことにはやや問題があり、状況によっては「若干割引いて」評価することが必要となるとする。
- (37) 米国司法省の一九六八年合併ガイドラインが、実質的には、この一律禁止に近いものであったとされる（Möschel, RWB, Rdnr. 726）。
- (38) Möschel, RWB, Rdnr. 726 ff.
- (39) 参照、Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1981/1982, S. 110; Bergmann, Nachfragemacht in der Fusionskontrolle, 1989, S. 120.
- (40) 市場支配的地位の定義及び市場支配的地位の存在に関する推定の一部は、市場支配的企業の濫用行為を規制するGWB二二条で規定されているが、同条は「本法の意味で」市場支配的地位を定義しており、二四条一項の企業結合規制においても、二二条で定義される市場支配的地位が前提となる。
- (41) Rithner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 3. Auflage, 1989, S. 336; Fickentscher, Wirtschaftsrecht Bd. II, 1983, S. 333; Möschel, Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1974, S. 165; WuW/E BGH 1949, 1961 (Braun-Almo 事件) など。
- (42) Begründung zum Regierungsentwurf 1971, BT-Drucks. VI/2520, S. 21.
- (43) 例として WuW/E BGH 1453, 1439 (Vitamin-B-12 事件); WuW/E OLG 2120, 2124 (Mannesmann-Brueninghaus 事件); Möschel, RWB, Rdnr. 519.

- (44) Begründung zum Regierungsentwurf 1971, BT-Drucks. VI/2520, S. 22.
- (45) 参照' WuW/E BGH 1794, 1754 f. (Kloekner-Becorit 事件)
- (46) 参照' WuW/E BGH 1501, 1502 (Kfz-Kupplungen 事件); Emmerich, Fusionskontrolle 1982/1983, Die AG 1983, S. 317, 320.
- (47) 例えは' WuW/E BGH 1445, 1449 (Valium 事件); Möschel, RWB, Rdnr. 516.
- (48) 参照' Emmerich, KartR, S. 253.
- (49) 例えは' Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, 2. Auflage, 1989, § 24 Rdnr. 20 f.; Harms, in: GK § 24 Rz. 168; WuW E/OLG 2259, 2261 (Siegerlänger Transportbeton 事件)
- (50) ここで取り上げる市場支配力の主体の問題は、「企業結合の第三者への効果」の一面という形で議論されているが、それはGWBの企業結合規制の体系上、企業結合と市場支配的地位の形成又は強化の因果関係の問題として位置付けられるのが一般的である。例えは' Harms, in: GK § 24 Rdnr. 165 ff.; Emmerich, KartR, S. 386f.
- (51) 例えは' Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 24 Rdnr. 19.; Möschel, RWB, Rdnr. 850.
- (52) 例えは' Emmerich, KartR, S. 387; Möschel, RWB, Rdnr. 851.
- (53) 例えは' Mestmäcker, in: I/M § 24 Rdnr.
- (54) ヘルリン高裁は' Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht III, 4. Auflage, 1978, § 127 Rn. 10を引用する。それによれば、「直接性説」なら「修正等価説」(modifizierte Äquivalenztheorie) には、警察責任の有無に関し、危険 (Gefahr) 又は障害 (Störung) を直接に引き起こした原因のみを警察法上意味のあるものとする考え方である。自らの行為によって危険を直接に引き起こした者のみが「妨害者」(Störer) として責任を負う (参照' Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Auflage, 1988, Rn. 192)。警察責任に関する因果関係の理論である「直接性説」がGWBの企業結合規制についてそのまま妥当するものかどうかは、検討の余地もあろうが、非結合参加企業に市場支配的地位の形成又は強化が生じる場合の規制がでないとする根拠として、この直接性説に明示的に言及するのは、先のヘルリン高等裁判所決定及びHarms, in: GK § 24

Rz. 170である。Harmsは、通説的見解の根拠として、この「直接性説」を強調する。また、Möschel, RWB, Rdnr. 850は、「直接性説」には言及していないが、GWBの企業結合規制は結合参加企業への「帰責性」(Zurechnung)を前提としているとする。なお、警察責任に関する因果関係を扱う邦語文献として、参照、東平好史「警察責任の研究(二)」神戸法学雑誌一六巻四号(一九六七)七四九頁以下。

(54 a) Ruppelt, a. a. O., § 24 Rn. 24f.

(54 b) Neiser, Die Praxis der deutschen Fusionskontrolle, 1981, S. 154. もともと Neiserは、結合参加企業と何らかの結び付き(持分の少数参加など)を有する非結合参加企業において市場支配的地位が形成・強化されるケースを想定しているようである。

(55) 例えば、A(売手)が異なる取引段階のB(買手)と企業結合をし、Aの供給が内部化されて、市場での取引の対象から消滅する場合、Aの競争者であるA'が(すでに)市場支配的地位にあるとすれば、A'の市場占拠率は必然的に上昇する。これをA'の市場支配的地位の強化であると評価するとしても、それは結合参加企業であるAまたはBにおいて市場支配的地位の形成又は強化が生じたのではないことから、このような企業結合を禁止することはできないことになる。

(56) 参照: Neiser, a. a. O., S. 155 (Fn. 45).

(57) しかし、「複数企業による共同の市場支配的地位」という考え方は、本文でも示した通り、当該複数の企業の間での実質的競争の欠如という要件の充足が困難であり、判例においてもその認定はほとんどなされていないのが現状である。その点で、水平的企業結合についても、この市場支配的地位の主体の問題は、実際上も問題となり得る。

(58) 参照、伊徒寛「一定の取引分野における競争の実質的制限の解釈について」『今村成和教授退官記念/公法と経済法の諸問題(下)』(昭和五七)一九八頁(注19)。

(59) 例えば、丹宗暁信ほか『論争独占禁止法』(一九九四)四四頁(和田健夫)。

(60) 参照、伊徒・前掲一九二頁。

(61) もちろん、現実の市場では、各企業は市場に対してある程度の影響力を有しているが、これがすべて「市場支配力」とし

て評価される訳ではない。当該影響力がどの程度に達すれば「市場支配力」として独禁法上否定的評価を受けるかは、相対的な問題であって一般的な評価基準を設定することは困難であるとされる。

(62) 参照、根岸哲『独占禁止法の基本問題』(一九九〇)三三三頁、今村成和『独占禁止法入門(第三版)』(一九九二)一五頁以下、田中誠二／久保欣哉『新版経済法概説(三全訂版)』(平成二)一一三頁、今村成和他編著『注解経済法(上巻)』(昭和六〇)六九頁(根岸哲)など。

(63) 丹宗他・前掲二二五頁(向田直範)は、「市場支配概念そのものに何か意味があるわけではなく、競争の実質的制限の単なる置き換えに過ぎない」とされる。

(64) 詳細は、参照、山部俊文『競争の実質的制限』と『市場支配』、『田中誠二先生追悼論文集／企業の社会的役割と商事法』所収予定。

(65) 三輪芳朗『独禁法の経済学』(昭和五七)四七頁、五三頁、五三頁以下、六八頁以下、七二頁、七三頁。

(66) 実方・前掲一三二頁。なお、参照、同書七五頁以下。

(67) もっとも、この見解は、「市場構造を問題とする接近方法と合併企業の市場支配力の形成・強化を問題とする接近方法は、この両面を別の方向から説明したものにすぎない」とし、(当該合併によって)寡占的相互依存関係が成立・強化されるような場合も、寡占企業が全体として市場支配力を有する、と構成することが可能であるともしている(実方・前掲七五頁)。

(68) この点は、三輪・前掲六八頁以下も認めている。もっとも、後述する帰責性の問題が出てくる。

(69) 参照、江口公典「競争制限禁止法と企業結合の規制基準―日独比較研究のために―」岡山大学法学会雑誌三三三巻二号(昭和五八)二頁以下。ここでは、「競争の実質的制限」が市場支配力の形成と解されると言う意味で、西ドイツ法における「市場支配的地位」と同じ類型の構成要件である、とされる(傍線・引用者)。ただ、「同じ類型」の構成要件ということで、競争制限の程度のことを念頭に置いておられるようである。

(70) 参照、三輪芳朗『独禁法の経済学』(昭和五七)七一頁。

(71) 参照、三輪・前掲五二頁、今村成和『私的独占禁止法の研究(五)』(昭和六〇)三三三頁(注三)。

- (72) 参照、浅沼武ほか「独禁法と会社の合併(二)」ジュリスト三三三一号(一九六五)六二頁(今村成和発言)、今村成和『私的独占禁止法の研究(二二)』(昭和四四)一七二頁。
- (73) 例えば、河村穰／土原陽美「独禁法上の合併の規制基準(下)」公正取引一九七号(昭和四二)四頁。
- (74) 例えば、実方・前掲一三三頁(*)。
- (75) 服部育生「企業結合と独占禁止法(一)」名古屋大学法政論集97(一九八三)二二二頁。
- (76) 鈴木孝之「私的独占の行為概念と構成要件の解釈」『正田彬教授還暦記念論文集／国際化時代の独占禁止法の課題』(一九九三)四〇七頁は、行為者と行為の結果との関係に有責・非難可能性の存することが必要であり、市場支配の考え方から行為規制の機能が限定される場合があってもやむを得ないとされるが、どのようなケースを想定されているのか明らかではない。