

独禁法による企業結合規制に関する一管見

——その趣旨・目的と規制対象・規制基準について——

山 部 俊 文*

- I はじめに
- II 沿革から見た企業結合規制の趣旨・目的
- III 企業結合行為の独禁法上の評価
- IV 規制基準—競争の実質的制限—
- V 結びにかえて

I はじめに

近年、独禁法上の企業結合規制をめぐる実務・学界においてかなりの動きが見られる。まず、2002年5月に企業結合規制のうち一般集中規制について大規模事業会社の株式保有の総額規制の撤廃などの法改正が行われた。2003年2月には経済産業省に置かれた「競争政策研究会」（座長：鶴田俊正・専修大学経済学部教授）により「産業再生に向けた企業結合審査の迅速化・透明化」の題名を付した中間報告書が発表され、企業結合規制（市場集中規制）の公取委の事前相談実務の分析に基づいて実体面・手続面の両面においてルールの明確化に向けた提言が行われている¹⁾。さらに、同年10月の日本経済法学会大会では「企業結合規制の再検討」をテーマとしてシンポジウムが開催されている。

今年（2004年）に入ってから、3月に公取委の「企業結合ガイドライン」（「株式保有、合併等に係る『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』の考え方」）改定原案が公表され、いくつかの点について修正の上、5月末日に新しいガイドライン（「企業結合審査に関する独占禁止法上の運用指針」）として公表されている²⁾。また、本年1月にはEU企業結合規則が改定

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

【一橋法学】（一橋大学大学院法学研究科）第3巻第2号2004年6月 ISSN 1347-0388

- 1) 同中間報告書の解説あるいは増補版とでも言うべきものとして、鶴田俊正ほか編『産業再生と企業結合／課題・政策・ルール』（NTT出版・2003）がある。
- 2) 持株会社の「解禁」以降の企業結合規制をめぐる主要な動向をまとめると次のよ

されるなど³⁾、海外にも大きな動きが見られる。

本稿は、これら近時の動向を踏まえつつ、企業結合規制の全体に係る基本的な論点について（確認の意味を込めて）若干の検討を加えるものである。まず、企業結合規制の趣旨・目的についてドイツの企業結合規制導入の経緯を題材に概観し（Ⅱ）、次いで規制対象となる企業結合行為の競争上の観点からの性格付けの問題（Ⅲ）、さらに企業結合規制の対市場効果の要件の問題（Ⅳ）を取り上げる。

うになる。

- 1997年6月 持株会社の「解禁」などを内容とする独禁法改正。
1997年12月 持株会社ガイドライン（「事業支配力が過度に集中することとなる持株会社の考え方」（公取委））の公表。
1997年12月 「独占禁止法第11条の規定による金融会社の株式保有の認可についての考え方」（公取委）の公表。
1998年5月 株式保有に関する報告・合併等の届出の範囲を縮小すること等を内容とする独禁法改正。
1998年12月 企業結合ガイドライン（「株式保有、合併等に係る『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』の考え方」（公取委））の公表。
1999年8月 産業活力再生特別措置法（産業（活力）再生法）公布。
2000年5月 会社分割制度導入の商法改正に伴う商法改正整備法による独禁法改正。
2001年11月 金庫株解禁等の商法改正に伴う商法改正整備法による独禁法改正。
2002年3月～4月 JAL・JASの経営統合事前相談。
2002年3月 「独占禁止法第11条の規定による金融会社の議決権の保有等の認可についての考え方」（公取委）の公表。
2002年5月 大規模会社の株式保有の総額規制の撤廃などを内容とする独禁法改正。
2002年11月 「事業支配力が過度に集中することとなる会社の考え方」（公取委）、
「独占禁止法第11条の規定による銀行又は保険会社の議決権の保有等の認可についての考え方」（公取委）の公表。
2002年12月 「企業結合に関する事前相談に関する対応方針」（公取委）の公表。
2003年2月 「競争政策研究会」（経済産業省）の「中間報告書」公表。
2003年4月 合併対価の柔軟化などの商法特例の拡充等を内容とする産業（活力）再生法改正。
2003年4月 「企業・産業再生に係る事案に関する企業結合審査について」（公取委）の公表。
2004年5月 新しい企業結合ガイドライン（「企業結合審査に関する独占禁止法上の運用指針」（公取委））公表。

- 3) Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 24, 29.1.2004. この新しい企業結合規則を解説するものとして、杉浦保友「新しいEU合併規則について」国際商事法務32巻5号（2004）567頁。

すでに独禁法上の企業結合規制の運用実務が積み重なっていることから、今さら企業結合規制の趣旨・目的等を検討することを疑問とし、あるいはそれらは明々白々であるとする向きもあろうが、企業結合規制の原点とでも言うべき論点を改めて検討・確認しておくことは、今後の企業結合規制の運用についての視座を得るために有用であると考ええる。

II 沿革から見た企業結合規制の趣旨・目的

まず、企業結合規制が独禁法に導入された経緯を概観し、その趣旨・目的を歴史的に捉えることとしたい。もともと、わが国の独禁法はその制定時から（現行法よりも厳格な）企業結合規制を有していた。これは各国・地域の独禁法制と対比すると異例の部類に属する。各国・地域の独禁法制に企業結合の直接的な規制が設けられたのは、各々の独禁法制定時から一定の年月を要している場合が多い。

米国の場合は、改めて言うまでもなく、1890年のシャーマン法制定後24年を経た1914年に制定されたクレイトン法により株式取得の規制が導入され、1950年のセラー・キーフォーバー改正法により資産取得が規制対象に加えられ、さらに1976年のハート・スコット・ロディノ反トラスト強化法により事前届出制が導入され、企業結合規制が確立された。クレイトン法制定以前も、企業結合に対してはシャーマン法による規制が可能とされていたが、それでは不十分であるとの認識によったものである。

ドイツの場合は、1957年の競争制限禁止法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen）（以下、GWB）制定後16年を経た1973年の第2次GWB改正により、企業結合の禁止を内容とする実質的企業結合規制が導入されている⁴⁾。EC/EUにおいては、1951年のヨーロッパ石炭鉄鋼共同体条約（ECSC条約）及び1957年のヨーロッパ経済共同体設立条約（EEC条約）において競争に関する規定が設けられたものの、直接的・本格的な企業結合規制が導入されたの

4) 第2次GWB改正以前は一定規模以上の企業結合について報告義務を課すだけであった。なお、ドイツにおいても第2次GWB改正以前から主に市場支配的地位の濫用行為の規制として企業結合を規制することが可能と考えられてきた。

は、1989年の理事会規則（企業結合規則）⁵⁾においてである。

このような各国・地域の企業結合規制導入の経緯からすると、企業結合規制は、独禁法制において必ずしも不可欠のものとは考えられていなかったことが窺われないではない⁶⁾。どのような経緯・状況の下で、当初からの企業結合規制の導入が見送られ、そして、その後企業結合規制が導入されるに至ったのか。ここでは従来わが国に紹介されることの少なかったドイツの状況について概観することとしたい⁷⁾。

まず、企業結合規制の導入を見送ったGWB制定時の状況であるが、議会で提出された政府草案の段階では、本格的な企業結合規制の導入が盛り込まれていた⁸⁾。その規制基準は、現在のGWBのそれとほぼ同じく、「市場支配的な企業の地位の獲得」である（草案19条1項）。この企業結合規制の導入が見送られた主たる理由は、企業結合規制が「国民経済的視点から望ましい最適な企業経営規模への移行」を妨げるとされたことによる。また、「法によって非難されるのは、企業結合それ自体ではなく、企業結合により生じ得る経済力の濫用である」とも

-
- 5) Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 395, 30. 12. 1989. 企業結合規則は1997年に改定され、冒頭で述べたように、本年1月に新しい企業結合規則が制定されている。
 - 6) 企業結合規制の導入について、一種のタイムラグがあること、そして、わが国はその例外であること等は、筆者も末席に加えて戴いている（財）日弁連法務研究財団の企業結合規制に関する研究会での江口公典・慶應義塾大学教授のご指摘に基づくものである。その他にも、本稿執筆に際して、同研究会における的確なご指摘に啓発された部分がある。もちろん、本稿の内容については筆者が全面的に責任を負うものであるが、この場を借りて江口教授をはじめとする研究会のメンバーの方々にお礼を申し述べたい。
 - 7) ドイツの企業結合規制導入の経緯に関する研究としては、江口公典「西ドイツ・競争制限禁止法における企業結合規制規定の展開」『岡山大学創立三十周年記念論文集・法学と政治学の現代的課題』（有斐閣・1982）347頁がある。また、GWB全体の制定時の状況については、高橋岩和『ドイツ競争制限禁止法の成立と構造』（三省堂・1997）が詳細である（企業結合規制については、特に163頁以下・236頁以下）。
 - 8) Entwurf eines Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bundestagsdrucksache II/1158.
 - 9) Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik（ドイツ連邦議会経済政策委員会の報告書）、Bundestagsdrucksache II/3644, zu Drucksache 3644, S. 27.

された⁹⁾。そこでは、企業結合それ自体は競争上の観点からして「悪性がない」、あるいは「企業結合は競争上中立的である」という、現在わが国でも主張される企業結合の性格の把握に通ずる指摘がなされている。さらに、企業結合が効率の増進等の点で肯定的に評価できる側面を有するという、これも現在につながる主張がすでに行われていたことが判明する。

それが一転して第2次GWB改正において企業結合規制が導入されたのは次のような経緯・理由に基づく。すなわち、1960年代後半にドイツにおいて企業結合が進展し、経済力集中への危惧が生じたことである。ドイツ政府は一方では企業結合の有し得る積極的側面を認めつつも、企業結合規制の導入の準備を進めることとなった。その際、GWB改正に関する作業の一環として企業規模と効率性・技術革新・輸出力の関係について調査が行われ、企業規模とそれら（効率性・技術革新など）とに明確な相関関係は存在しないことが判明したとされた¹⁰⁾。

企業結合規制の導入に際して、政府草案理由書は、競争政策及び企業結合規制の意義について概ね次のように述べている。すなわち、競争政策は自由かつ社会的な経済秩序と社会秩序の実現のために中心的な意義を有するとした上で、市場経済秩序は最大限の良好な経済成果と消費者への低廉な商品供給を実現するだけでなく、すべての市民に最大限の経済活動の自由を保障するとし、この二つの側面で、競争は重要な制御機能（Kontrollfunktionen）を有するとする。次いで、競争政策の課題は、可能な限りあらゆる経済分野において競争を貫徹し、（経済的）覇権（Vormachtung）を防ぐことにあるとの認識を示した上で、市場の開放性の維持、自由な貿易、特権・統制・不当な優遇措置の廃止、及び中小企業の発展の可能性とその競争機会の改善によって、競争は最大限促進されるとする。そして、競争の確保のためには、経済の展開と競争政策上の経験に応じた装置が必要であり、競争政策の課題は、もはやカルテルではなく、企業結合であるとする。経済的・技術的な進歩のために企業結合が必要な場合もあるが、他方で過度の集中の阻止と市場支配力の有効な規制の必要性も増大し、自由な市場経済秩序の最

10) Begründung zu dem Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB 第2次改正政府草案理由書), Bundestagsdrucksache VI/2520, S. 18.

重要な前提条件としての競争を促進するためには、企業結合規制の導入が必要であるとされた。企業結合は、カルテルと同じく、競争を侵害し得るとされ、企業結合もまた、経済発展の促進を妨げるものであるとする。さらに、社会政策的な観点からして、経済力の過度の集中は自由な秩序の基礎を侵害し、政治的な民主主義と市場経済は経済力の非集中化なしでは考えられないとされた。

第2次GWB改正により導入された企業結合の規制基準は、現行GWBと同じく「市場支配的地位の形成又は強化が予期され得る場合」(GWB36条1項(当初は24条1項)本文)というものである。この要件が充足される場合、ドイツの競争当局である連邦カルテル庁は原則として当該企業結合を禁止しなければならない。市場支配的地位の意義については、基本的にGWB19条1項の市場支配的地位の濫用規制のそれと同じであるとされ、現在では、「(企業結合当事者が)競争によってもはや十分に制御されない行動の自由」を有していることと解されている。そして、市場支配的地位を形成又は強化するかどうかは、市場の様々な状況を総合して判断するとされている¹¹⁾。

もっとも、企業結合が有する可能性のある様々なメリットについて、GWBは無視した訳ではない。GWBの企業結合規制では、企業結合の有する競争上のメリット、および競争の観点を超えた局面でのメリットを取り込んだ規制の法的枠組みが一応整備された。すなわち、GWB36条1項但書(「衡量条項」(Abwägungsklausel)と呼ばれる)によれば、企業結合によって競争条件の改善が生じ、かつ、この競争条件の改善が市場支配の弊害を凌駕することを、企業結合に参加する企業が証明した場合には、たとえ企業結合により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であっても、禁止を免れることができる。衡量条項は、企業結合のもたらす反競争的效果(市場支配的地位の形成又は強化)と当該企業結合によってもたらされる競争上のプラスの効果を比較衡量して、後者が前者を上回る場合には、市場支配的地位の形成又は強化をもたらす企業結合であってもそれを許容するというものである。

衡量条項が競争上の観点からの比較考量を行うものであるのに対して、さらに、

11) 参照、V. Emmerich, Kartellrecht, 9. Auflage, 2001, S. 287.

GWB42条1項は、企業結合による生ずる経済全体の利益がその競争制限の弊害を凌駕する場合、又は、企業結合が顕著な公共の利益により正当化される場合には、企業側の申立に基づいて、個別審査により、禁止された企業結合（すなわち、当該企業結合が市場支配的地位を形成又は強化し、かつ、市場支配的地位の形成又は強化の弊害を凌駕する競争上のメリットがない企業結合）も、連邦経済労働大臣（Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit）が許可を行うことができる旨を規定している（「大臣許可」（Ministererlaubnis）と呼ばれる）。これは競争の観点以外からの企業結合の有し得るメリットを考慮して、企業結合の適否の最終的な判断を行うというものである。この場合、結合する企業のドイツ外での競争力（Wettbewerbsfähigkeit / competitiveness）を考慮することが義務付けられ（同項2文）、他方では、企業結合による競争制限の程度が市場経済秩序（marktwirtschaftliche Ordnung / market economy system）を脅かす場合には、許可を与えることができないとされている（同項3文）。このように、ドイツの企業結合規制の法的枠組みについては、競争上の観点での比較考量とともに、競争以外の観点（産業政策的観点を含む）からの比較衡量が行われるとされている点にその特徴を見出すことができる。もっとも、実際にこれら二つの視点からの比較衡量のルール運用において、適用免除なり許可なりが付与されたケースはごく少数にとどまっており、その意義はわずかなものでしかないと評価されることがある¹²⁾。

以上、ドイツの企業結合規制導入の経緯、さらには規制の枠組み等を概観した。そこから判明することは、まず、企業結合規制が（当然ながら）競争制限の阻止・競争の維持促進という競争上の目的を有していることであるが、それとともに注目されるのが、少なくとも企業結合規制導入時においては、（政府草案理由書の表現を用いるならば）「社会政策」（Gesellschaftspolitik）的な目的をも有していたということである。

12) V. Emmerich, a. a. O. (Fn. 11), S. 301ff., S. 306ff. ; H.- J. Bunte, Kartellrecht mit neuem Vergaberecht, 2003, S. 268ff.

この場合の社会政策的目的というのは、企業結合規制による経済力の集中の阻止が政治的な民主主義や市民の自由を守るという趣旨として理解できるが、さらに中小企業の発展の可能性やその競争機会の確保という点も、この社会政策的目的に含まれると見ることができるかもしれない。米国においても、1950年のセラ・キーフォーバー改正法当時、同様の議論がなされたことが指摘されている。すなわち、自由で民主的な社会を維持するためには、政治的権力の分散だけではなく、経済的権力の分散が不可欠であると考えられたとされる。具体的には、小企業の保護を通じて、経済活動の自由、機会均等、経済力の分散等をはかるというものである¹³⁾。

しかし、この企業結合規制のいわば立法事実あるいは立法者意思としての社会政策的目的については、少なくとも次の二つの点を指摘しておく必要がある。

まず第一に、ドイツ（や米国）において、法律の文言の上で、このような社会政策的目的は原則として反映されていないことである。そのような目的は、実際の企業結合の規制要件として設定されることはなかった。実際には、もっぱら経済上の視点、さらに言えば主として競争の視点から実体的な規制要件が設定されたと言い得る。そのような社会政策的目的を規制要件に取り入れることが立法技術的に困難であった、あるいは、そのような社会政策的目的は、解釈・運用によって考慮されることが予定されていたのかもしれない。いずれにせよ、現在のドイツの企業結合規制に関する解説においても、立法の経緯と実際の法律（の規制要件）とに齟齬があることが指摘されている¹⁴⁾。

第二に、確かに導入時には企業結合規制がそのような社会政策的目的を有して

13) 参照、金井貴嗣「反トラスト法における合併規制の変容（一）」法学新報102巻1号（1995）82頁以下（ここでは「政治経済的目的」という表現が用いられている）。米国におけるこのような議論は、反トラスト法の「非経済的目的」として、これまでもしばしば言及されてきたところである（谷原修身『独占禁止法の史的展開論』（信山社・1997）145頁以下。また、参照、宮井雅明「反トラスト法の原点」『正田彬先生古稀祝賀・独占禁止法と競争政策の理論と展開』（三省堂・1999）90頁以下）。

14) E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB-Kommentar*, 3. Auflage, 2001, Vor § 35 Rdnr. 26.

いたとしても、それは米国で言えば、19世紀末から20世紀初頭、あるいは遅くとも1950年代～70年代までの状況であり、また、ドイツでも同じく1950年代～70年代の状況であって、その後の学問上の進展や社会状況・経済状況・法制度等の変遷に照らして、現在において、立法時に認識されていた趣旨・目的をそのままの形で受け継ぐ必要はないかもしれない、ということである¹⁵⁾¹⁶⁾。

Ⅲ 企業結合行為の独禁法上の評価

先に言及したように、企業結合については、「競争上中立的」であるとの主張がなされるのが一般的である¹⁷⁾。不当な取引制限（カルテル）は、その行為に「悪性」があるとされたり¹⁸⁾、また、私的独占の場合も、排除行為や支配行為について「反競争的」な行為とされる場合があるが¹⁹⁾、企業結合についてはそのようなことはない。

この場合の「悪性」という表現が何を意味しているのかは必ずしも明確ではない。「悪性」の通常の語感からすると、それは倫理的な非難、あるいは社会的な非難というものになりそうであるが、独禁法的な文脈で用いられる「悪性」は、やはり独禁法的な価値、すなわち公正かつ自由な競争の維持促進という競争上の

15) そもそも経済学において、不完全競争の理論が展開されたのは1920年代～1930年代のこととされている（参照、泉田成美「産業組織論の系譜」公正取引635号（2003）13頁以下）。他方で、米国においてシャーマン法が制定されたのは1980年代であり、直接的な企業結合規制が導入されたのは1914年のクレイトン法が制定時である。しかし、時期的に企業結合規制の導入以降に展開された経済学上の不完全競争に関する知見をそれ以前から存在する企業結合規制の趣旨・目的の議論に取り入れることが許されない訳ではないであろう。

16) 補足的にさらに二点を指摘しておく、まず第一に、わが国の企業結合規制においては、このような目的は、企業結合規制のうち市場集中規制ではなく、主として一般集中規制の領域で議論されてきたと思われることである。第二に、実際にこのような立法時の目的を取り込んで規制を行うとすると、おそらくはより厳格な企業結合規制の実施をもたらすと思われることである。

17) 例えば、根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説〔第2版〕』（有斐閣・2003）89頁（「……株式保有や合併等はそれ自体としては反競争的（anti-competitive）でも、親競争的（pro-competitive）でもない、いわば競争中立的な性格を持っている……」）。

18) 実方謙二『独占禁止法〔第4版〕』（有斐閣・1998）153頁以下。

19) 根岸＝舟田・前掲註17）73頁・89頁など。

観点から否定的に評価されるという趣旨で理解されるべきものであろう。

このように「悪性」を理解する場合、企業結合には「悪性」、すなわち独禁法の価値に照らして否定的に評価されるべき要素はないのであろうか。企業結合は「競争上中立的」である、あるいは企業結合には「悪性」はない、ということについて検討の余地はないであろうか。企業結合それ自体が競争上中立的であるとすれば、企業結合規制の趣旨・目的は、その実体的規制基準である「競争の実質的的制度」、すなわち「市場支配力の形成・維持・強化」（この点については後述）を防止すること（のみ）にある、となりそうである。しかし、そもそも独禁法制は市場支配力の形成・維持・強化それ自体を、換言すれば、市場支配力を形成・維持・強化するあらゆる行為を阻止しようとしているのであろうか。

わが国独禁法の違反要件の組み立てを見ると、行為要件と市場要件（対市場効果の要件、あるいは弊害要件とも言われる）とに整理して捉えるのが一般的であるように思われる。行為要件が設定されているのは、独禁法が特定の行為により市場支配力の形成・維持・強化が達成されることを阻止するものであり、市場支配力の形成・維持・強化それ自体を阻止しようとしているのではないことを示していると見ることができる。独禁法が問題とするのは、ある一定の行為によって、市場支配力を形成・維持・強化することである。

では、企業結合規制において規制対象となる行為（企業結合）はどのような性格のものであるのか。企業結合を独禁法による規制対象行為の類型とすることを正当化する根拠は何であろうか。競争上の観点から見ると、企業結合（水平的企業結合）はカルテルと同様の競争回避の側面を有し得ることについて異論はないであろう。極端な例であるが、市場の全供給者の価格引き上げカルテルと、それらの合併とを比較すればよい。むしろ、企業結合による組織上の結び付きの方が、カルテル（合意・協調）によるよりも安定的・永続的であり、より危険な側面があると見ることができなくはない。もちろん、市場の全供給者が合併するというような極端な例は現実には（あり得ないではないが）ほとんどないであろうが、理屈の上からは、企業結合（水平的企業結合）には競争の回避という側面があることは否定できないように思われる。

また、確かに、企業結合にあっては、カルテルと異なり、当事企業の効率性の

向上、規模の経済性や範囲の経済性の実現、さらに有利な投資等を目的として行われることもあり、主観的に競争制限的な動機・目的を当然に伴うものでもない。しかし、企業結合規制において重視されるのは、客観的な競争制限的作用であるとする、そのような当事者の有する行為の目的といった主観的要素は重要ではないと思われる。

いずれにせよ、企業結合が独禁法の規制対象行為として私的独占や不当な取引制限と同じく違反行為のカタログに載ることとなったのをどのように説明できるであろうか。この問題を考える場合には、企業結合と同じく企業規模や事業範囲を拡大するという効果を持ちながら、企業結合によらないそれらの拡大であるいわゆる「内部成長」と対比して検討するのが有用であると思われる。「内部成長」によっても市場支配力の形成・維持・強化が達成されることがあり得るものの、独禁法はそれを違法として捉えることはしないからである。

この点に関しては、従来、次のようなことが主張されてきた。すなわち、企業結合による企業規模なり事業範囲の拡大は、市場での競争のテストを受けたものではないことである。内部成長によるそれらの拡大は、市場での競争に打ち勝った結果であり、その競争上の視点からの正当性及び経済的合理性が競争に打ち勝ったということで根拠付けられるものの、企業結合にはそのような意味での正当化の理由は存しないということである²⁰⁾。つまり、企業結合は、価格・品質といった能率競争によらない手段による企業規模・事業範囲の拡大と言い得る。企業結合により市場支配力を形成・維持・強化する場合で言えば、能率競争によらない手段による市場支配力の形成・維持・強化をもたらすのが企業結合であると言える。競争とは他者を排して顧客の獲得を目指して行われる努力(様々な活動)である。例えば、一方の企業が他方の企業を買収する(営業・資産・支配株式などを買収する)ことを考える場合、取得企業にとっては、被取得企業の従来の顧客は、顧客の獲得を目指す競い合いによって得られたものではない。企業結合による顧客の拡大は、低廉な価格と良好な品質により顧客を獲得するという能率競争の結果として顧客を獲得したとは言えない側面を有する。その

20) 実方・前掲註18) 81頁(注**)、参照、W. Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rdnr. 710.

点に、独禁法的文脈において企業結合を規制対象行為とする契機を見出すことができるように思われる。また、「悪性」の定義にもよるが、この点に、企業結合の独禁法的文脈での「悪性」を見出すこともできなくはないように思われる。このような考え方に立つと、企業結合が独禁法により規制を受けるのは、それが単に市場支配力を形成・維持・強化するからだけではなく、手段行為である企業結合が独禁法的文脈において完全に価値中立的とは言えないからであるとの理由付けが考えられることとなる²¹⁾。

もっとも、企業結合について、経済合理性の観点からのテストが全く存在しない訳ではない。それは企業買収市場あるいは企業支配権市場の存在である。企業結合（企業買収）は、この企業買収市場・支配権市場において、競争のテストを経ていると言えなくはない。企業買収市場・支配権市場を通じた経済合理性の観点から、もっぱら企業が生産・販売する商品・役務の市場を念頭においてきた独禁法の企業結合規制の文脈にどのように組み込まれるのかは明らかではないが、学説上は企業買収市場・支配権市場の現状からして、それを積極的・肯定的には評価できない旨が指摘されている²²⁾。

いずれにせよ、（企業買収などの典型的な）企業結合については、商品・役務市場での競争のテストによって正当化されない、能率競争の結果としてではない

21) この点に関して、企業結合をも念頭に置いたものかどうかは明確ではないが、独禁法は「競争過程を侵害する態様」で市場支配力を形成・維持・強化することを問題とするものであるとの指摘がなされる場合がある（川濱昇「『競争の実質的制限』と市場支配力」『正田彬先生古稀祝賀・独占禁止法と競争政策の理論と展開』（三省堂・1999）116頁）。

22) 実方・前掲註18）80頁（特に注*）。

23) このような考えに立つと、企業結合による効率性の向上が（市場支配力の形成・維持・強化をもたらす）企業結合を正当化し得るのか、といういわゆる「効率性の抗弁」の議論について一定の帰結が得られるかもしれない。すなわち、その主張が企業規模や事業範囲の拡大に基づいた効率性の向上である場合には、市場支配力を形成・維持・強化する企業結合を正当化するものとはならないであろう、ということである。というのは、それは内部成長によっても可能であるからである。「効率性の抗弁」は、（効率性の観点企業が企業結合の正当化の根拠として考慮されるとしても）企業結合を通じてのみ可能である種類の効率性の向上について考慮されるべきもの（林秀弥「独禁法における企業結合規制の理論的整理」公正取引628号（2003）13頁）であろう。

企業規模の拡大や事業範囲の拡大をもたらす点で、独禁法の規制対象行為のカタログに列挙され得る行為として把握することができると思われる²³⁾。

なお、内部成長との対比では、企業結合による企業規模なり事業範囲の拡大は企業の生産能力等を新たに生み出すものではないという点が指摘されることもある²⁴⁾。確かに、企業結合は既存の生産能力等の帰属先を変更あるいは統合するに過ぎない。この点で、企業結合は市場での競争を促進する契機を有するものではないと言い得る。もっとも、企業結合は新規の事業能力を生み出す訳ではないという視点は、企業結合という手段による企業規模や事業範囲の拡大よりも内部成長によるその拡大の方が独禁法的文脈においては望ましいことを導くものの、企業結合がそれ自体として否定的に評価されることまでをも導くものとは言えないように思われる。

IV 規制基準—競争の実質的制限—

1 「市場支配」概念の整理

改めて言うまでもなく、わが国独禁法の企業結合の実体的規制基準は、「(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」である²⁵⁾。この実体的規制基準は、私的独占及び不当な取引制限と(ほぼ)同じである。私的独占及び不当な取引制限と異なるのは、企業結合規制の場合は、「こととなる(場合)」という文言が付加されていることである。「こととなる」については、後で触れることとして、まず、「競争を実質的に制限する(こと)」(以下「競争の実質的制限」と表現する)の解釈について若干の検討を加えることとしたい。

わが国独禁法上、「競争の実質的制限」は、私的独占・不当な取引制限・企業結合・事業者団体の4種類の規制において共通の実体的規制基準として設定されている。「競争の実質的制限」をそれぞれの規制において別異の内容を持つとして解釈する手法もあり得ないではないが、学説の大勢は、各規制において「競争の実質的制限」に至るプロセスやその成否の判断手法において相違が現れるとし

24) E.-J. Mestmäcker, a. a. O. (Fn. 14), Vor § 35 Rdnr. 28; W. Möschel, a. a. O. (Fn. 20), Rdnr. 710.

25) その他に、株式の取得などが「不公正な取引方法による」場合も、規制を受けるが、本稿では、この不公正な取引方法による規制基準については取り上げない。

ても、「競争の実質的制限」自体が異なる意味内容を有しているとは見ていないようである²⁶⁾。そして、これも周知のことであるが、通説的見解は、「競争の実質的制限」を「市場支配」という概念を中核として理解している。その「市場支配」の意味については、①東宝・スバル事件東京高裁判決（東京高判昭26年9月19日・審決集3巻183頁）及び②東宝・新東宝事件東京高裁判決（東京高判昭28年12月7日・審決集5巻118頁）の「競争の実質的制限」についての判示（②判決についてはその前半部分）に即して理解されている。公取委の新しい企業結合ガイドラインも、②判決の該当部分を引用して「競争の実質的制限」を説明する。すなわち、「競争の実質的制限とは、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すことをいう」とする（企業結合ガイドライン第3の1(1)イ²⁷⁾）。

ところで、学説にあっては、「競争の実質的制限」の解釈について「市場支配力の形成・維持・強化」として説明するのが一般的である²⁸⁾。そこでは「市場支配」に、「力」・「形成・維持・強化」と言った文言が付加されている。さらに、学説において「市場支配」に言及される場合には、様々な付加語を伴うことが多い。通説である「市場支配力の形成・維持・強化」をはじめとして、「市場支配の状態」、「市場を支配することができる状態」、「市場支配力の行使」等々である。近時は、「市場支配力の行使の容易化」というような表現も用いられる。論者によるその定義が明確ではないこともあり、これらの用語の意味を整理するのは難しいところがあるが、概ね次のようになると思われる²⁹⁾。

26) 和田健夫「『一定の取引分野における競争の実質的制限』について」丹宗暁信ほか『論争独占禁止法』（風行社・1994）50頁。

27) なお、②判決は、不当な取引制限・共同行為の規制に係るものである。また、本文では公取委の企業結合ガイドラインが②判決の判示として引用する部分を転載したが、②判決の原文では「事業者又は事業者集団」の部分が「事業者又は事業者団体」となっている。

28) 例えば、根岸=舟田・前掲註17) 46頁。

29) この点に関する学説の整理については、和田・前掲註26)48頁以下に詳細な分析がある。なお、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』（経済法令研究会・1995）489頁以下。

まず、②判決が言う「特定の事業者又は事業者集団が、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」が「市場支配」(そのもの)であると理解されてきたようである³⁰⁾。また、②判決では、「価格」以外の様々な取引条件が掲げられ、最後に「その他各般の条件」とされているが、これらが選択的なものであるのかどうかは明確ではない。学説にあっては、これらのうち価格を重視して、価格(のみ)を左右することでもって、市場支配に足りると解されてきたようである³¹⁾。すると、中核となる「市場支配」の概念は、要するに価格を左右することである、と(一応)まとめることができそうである。さらに、「市場支配力」ないし「市場支配的地位」は、このように価格等を左右することを可能とする力(ないし地位)であり、実際にそれらを左右している(例えば、価格を引き上げる)ことが「市場支配力の行使」とであると理解できよう。

以上の整理・検討からすると、「競争の実質的制限」の解釈として主張される「市場支配力の形成・維持・強化」とは、「特定の事業者(集団)が、市場において価格を中心とする取引条件をある程度自由に左右できる力(ないし地位)を形成し、維持し、あるいは強化することである」と言うことができそうである。

最後に、「こととなる」についてであるが、公取委の新しい企業結合ガイドラインによると、「企業結合により、競争の実質的制限が必然ではないが容易に現出し得る状態がもたらされることで足りるとする蓋然性を意味する」とされている(ガイドライン第3の1(2)。この表現は、旧ガイドラインと同じである)。この説明については、「容易に現出し得る状態がもたらされる」の部分について、ややその趣旨が明確でないようにも思われるが、要は、企業結合によって「競争の実質的制限」＝「市場支配力の形成・維持・強化」が成立することについて蓋然性があれば足りる(あるいは蓋然性が必要である)ということとして理解できる³²⁾。

30) 参照、今村成和『独占禁止法〔新版〕』(有斐閣・1978)66頁(注三)。

31) 今村成和『私的独占禁止法の研究(四)I』(有斐閣・1976)224頁。

32) 「こととなる」の解釈に関する学説の整理については、参照、根岸・前掲註17)88頁。

2 市場支配力の形成・維持・強化

前節で企業結合の実体的規制基準である「競争の実質的制限」の解釈の状況を見たが、それを踏まえると、企業結合規制の目的は、結局のところ、その実体的規制基準である「競争の実質的制限」の企業結合を通じた出現を防止すること、すなわち、企業結合による市場支配力の形成・維持・強化を阻止すること（あるいは、市場支配力の形成・維持・強化をもたらす企業結合を阻止すること）にあると言い得る。そして、その場合の市場支配力とは、価格を中心とする取引条件をある程度自由に左右できる事業者（集団）の力、とまとめることができる。

ここで諸外国・地域の状況を見ると、まず、米国においても、（企業結合による）市場支配力の形成等の阻止が企業結合規制の目的として捉えられている。例えば、1992年の水平合併ガイドライン³³⁾は、「本ガイドラインの一貫した主題（theme）は、市場支配力（market power）を形成もしくは強化する企業結合、又はその行使を容易にする企業結合が許容されてはならないということである」（ガイドライン0.1）としている。ここに言う市場支配力（market power）とは、同ガイドラインによれば、「相当の期間、利益を確保しながら（profitably）、競争水準を超えた価格を維持することができる能力（ability）」（同0.1）のことを意味する³⁴⁾。

ドイツでは、先に見たように、「市場支配的地位の形成又は強化（が予期され得ること）」が実体的規制基準であり、「市場支配的地位」の意味は、企業結合当事者が「競争によってもはや十分に制御されない行動の自由」を有することであると解されている。また、EU企業結合規則（2004年改正後）の実体的規制基準は、「とりわけ支配的地位の形成又は強化の結果として、有効な競争を相当程度侵害することとなる」場合である（2条3項）。改正後の規則については、それ

33) 1992 Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines. その邦訳として、J. H. シェネフィールド他（金子晃ほか訳）『アメリカ独占禁止法—理論と実務—』（三省堂・1999）181頁以下。

34) なお、米国における主要な企業結合規制の規定であるクレイトン法7条は、「競争を実質的に減殺するおそれがあるか、又は独占を形成するおそれがある」（may be substantial to lessen competition, or to trend to create monopoly）場合に、企業結合（株式・資産の取得）を禁止している。

以前の規定と（似てはいるものの）相違があり、どのような解釈が展開されて行くのか未だ明らかではない。ここでは2004年改正前の規則について述べると、旧規定は次のような規制基準を設定していた。すなわち、「その結果として効果的な競争が相当程度侵害されることとなる支配的地位を形成し又は強化する」ことである（改正前2条3項）。そこには、規制基準として二つの要素が含まれている。すなわち、①支配的地位の形成又は強化と、②効果的な競争が相当程度侵害されることである。①の支配的地位は、EC条約82条の支配的地位と同じ意味とされ、競争者・供給者及び需用者から独立して行動することができる地位のことであると解されてきた³⁵⁾。②の意味については、かねてより不明確であるとされ、これまでの規制実務に照らして、単に一時的な支配的地位の形成・強化では企業結合の禁止に不十分であることを示す、あるいは、「相当程度」(significantly)の文言を重視して、企業結合によって生ずる競争制限の程度について一定の大きさ（例えば、市場シェアの5%~10%程度の上昇）が必要であることを示したものと見解が主張されていた³⁶⁾。いずれにせよ、EUの企業結合規制は基本的にドイツと同様、市場支配的地位を実体的規制基準とし、その意味としては、「競争者や他の市場参加者から独立して行動できる」ことであると理解してよいと思われる。

わが国独禁法解釈で言われる「市場支配力の形成・維持・強化」、米国のガイドラインで述べられる「市場支配力 (market power) の形成もしくは強化、又は行使の容易化」、EU・ドイツで言われる「支配的地位の形成又は強化」が同じ内容であるのか、それとも何かしらの相違があるのかは、必ずしも明らかではない。しかし、(少なくとも) わが国においては、これらが同じである (あるいは類似している) ことを前提として³⁷⁾、議論が進められることが多いようである。また、この点に関しては、次のように主張されることもある。すなわち、比較法的に見

35) V. Emmerich, a. a. O. (Fn. 11), S. 469f.

36) V. Emmerich, a. a. O. (Fn. 11), S. 472. なお、参照、山根裕子「合併審査の国際比較」経済法学会年報24号 (2003) 51頁以下、山根裕子「合併審査—欧米の事例と日本の課題—」(NTT出版・2002) 159頁以下。

37) 例えば、山根・前掲註36) (「合併審査—欧米の事例と日本の課題—」) 6頁・14頁(注10)・160頁など。

38) クレイトン法7条の規定については、前掲註34)。

ると、企業結合規制における実体的規制基準は、米国型の「競争の実質的減殺」基準（クレイトン法7条³⁸⁾と、EU型の「支配的地位」基準に区別されるとしつつ、今日では、こういった実体上の規制基準の相違に関わらず、市場支配力の形成・維持・強化・行使の容易化防止が企業結合規制の目的であると捉える方向で各国の独禁法制は収斂しつつあり、さらに、企業結合規制において重要なのは、市場支配力の概念ではなく、市場支配力行使のいかなるシナリオを想定するのかである、との主張である³⁹⁾。

企業結合規制の実体的規制基準において「競争の実質的減殺」基準をとる米国型と、「支配的地位」基準をとるEU（及びドイツ）型があるとして⁴⁰⁾、わが国の企業結合規制はいずれの型に属するのか。米国においては企業結合規制は伝統的にカルテル規制の延長線上に位置づけられてきたとされる⁴¹⁾。すなわち、協調的寡占についてカルテル規制では限界があることから、それを補完・予防するというものである。他方で、EU・ドイツでは、企業結合の規制基準が「(市場) 支配的地位の形成又は強化」であることから、もっぱら市場支配的地位の濫用規制との関連で企業結合規制が位置づけられてきたと言い得る。これは、EUにおいては、協調的寡占における支配的地位（複数の企業による共同の支配的地位、あるいは集合的な支配的地位）の成否が長らく問題とされてきたことから窺えるところである⁴²⁾。わが国の独禁法は、米国法を母法としているとされるが、企業結

39) 宮井雅明「市場支配力の法的分析」日本経済法学会年報24号（2003）20頁以下。

40) この両者の基準の差異については、実質的な違いがないとする見方もあるが（U. Böge, Kommentar: Muss die EU zum SLC-Test wechseln?, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2002, S. 825）、基本的に、「支配的地位」基準の方がより高い程度の競争制限を規定したもものとして理解され、また、そのために過剰規制に陥るリスクが小さいこと等が指摘されてきた（EUの企業結合規制導入前の文献であるが、W. Möschel, a. a. O. (Fn. 18), *Rdnr.* 729）。なお、両者の基準については、次のような差異があると説明される場合もある。すなわち、「支配的地位」基準では、企業結合により市場支配的地位（と評価される市場地位）が形成あるいは強化されることが禁止の要件であり、企業結合によって企業結合以前の競争状態がより制限的になったとしても、市場支配的地位のレベルに達しない限り、企業結合は許容されることとなるが、他方で、「競争の実質的減殺」基準では、企業結合以前の競争状態の悪化が生ずることとなれば、当該企業結合は禁止される、というものである（I. Schmidt, Kommentar: SLC- oder Marktbeherrschungstest als Eingreiffkriterium in der Fusionskontrolle?, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2003, S. 115）。

41) 金井・前掲註13) 84頁、宮井・前掲註39) 35頁。

42) ドイツGWBでは、複数の企業による共同市場支配について明文の規定を有しているが（19条2項2文・同3項2文）、実際にそれが認定されたケースは少ない。

合規制については、かねてより私的独占の系列に属するとの理解が示され、また、寡占的協調について企業結合規制の役割が明確に認識されたのもそんなに古いことではない⁴³⁾。この点で、わが国の独禁法の企業結合規制の実際の解釈運用は、どちらかと言うとEU・ドイツ型（に近いもの）であった可能性がある⁴⁴⁾。

3 市場支配力の認定

先に触れたように、近時、「市場支配力の行使の容易化の防止」を企業結合規制の目的として捉えることが有力に主張されている⁴⁵⁾。この「市場支配力の行使の容易化」（の防止）は、米国の水平合併ガイドラインで企業結合規制の「主題」（theme）として掲げられている表現でもある。

従来の企業結合規制における市場支配力の理解からすると、実体的規制基準は、市場支配力の（せいぜい）形成・維持・強化であって、それを実際に行使するかどうかは問題にならないと解されてきた⁴⁶⁾。もっとも、具体的にどのような事実によりこの市場支配力の形成・維持・強化を認定し、あるいは立証するのかは、困難な問題とされ、結局のところ、市場の様々な事情を考慮して総合的に判断するというのが理論的な枠組みであったと思われる。その場合も、市場シェアであるとか、参入障壁といった、市場構造上の要素が特に重視されてきたと言い得よう。市場支配力が実際に行使される必要はないとの解釈がとられてきたこと背景には、市場支配力（の形成・維持・強化）の成否は、上述した市場構造（特に市場シェア）から、いわば客観的・抽象的に認定・立証できるとの発想があったように思われなくてもない。しかし、市場支配力の認定・立証において市場シェアの要素が有していた一種の「神通力」が失われ、その市場支配力認定における

43) この点については、参照、今村成和『私的独占禁止法の研究（五）』（有斐閣・1985）314頁以下。

44) もちろん、このような事実認識の適否については検討の余地があるが、仮にそうであるとすれば、米国法を母法とするわが国の独禁法の企業結合規制の解釈運用がなぜEU・ドイツ型に近いものとなったのか、興味を引く問題である。

45) 宮井・前掲註39）20頁以下。

46) 根岸＝舟田・前掲註17）46頁。

47) 参照、宮井・前掲註39）29頁以下。

比重が低下したこと⁴⁷⁾、さらには伝統的な市場構造—市場行動—市場成果のパラダイムの説得力が減じたこととの関連で、市場支配力の認定・立証はより困難あるいは複雑になったように思われる。市場支配力の形成・維持・強化について蓋然性のある認定を行うためには、どのような「シナリオ」において、つまりどのような経過をたどって価格が引き上げられ、あるいは産出量が削減されるのかを解明しなければならない状況が生まれつつあるようである。

そこでは、実体的規制基準の文脈においては不要とされたはずの「市場支配力の行使」が、市場支配力の形成・維持・強化についての認定・立証という局面において必要とされる状況が生み出されている。近時の企業結合規制に関する論稿で、「精緻な経済分析」が必要であるとの主張が行われること⁴⁸⁾が多く見られるのは、そのような状況を反映したものと考えられる。最新の経済学の知見を用いるなどした「精緻な経済分析」の利用は今後も進展して行くものと思われるが、それに基づく市場支配力行使の「シナリオ」について、それが市場支配力を否定するにせよ肯定するにせよ、どれ程の信頼性を持ち得るのか、ここではその評価を行うことは控えざるを得ない。いずれにせよ専門家（エコノミスト）の知見が法的判断手続の中に適切に組み込まれ、的確な規制が行われるべきことには、もとより異論はない。また、その前提として、企業結合規制に関して、正規の法的手続がとられる必要があることも当然であろう。

V 結びにかえて

以上、本稿では、企業結合規制の趣旨・目的の問題をはじめとして、企業結合（行為）の性格付けや実体的規制基準の問題について若干の検討を行ってきた。企業結合規制の基本的な考え方について筆者なりの交通整理を施したつもりであるが、企業結合の概念や、市場画定など取り上げなかった重要問題も多い。また、取り上げた論点についても検討の精粗がある。特に実体的規制基準についての検

48) 例えば、小田切宏之「企業結合規制への経済学的接近」経済法学会年報24号（2003）124頁、林・前掲註23）10頁など。

討にあつては、単なるまとめや疑問及び印象論の提示に終わっているところも多い。それら積み残した課題の検討とともに、企業結合の具体的事例についての検討を筆者のさしあたりの宿題としたい。

*本稿は平成16年度科学研究費補助金（基盤研究(C)2）（課題番号15530039）による研究の一部である。