九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

独禁法上の合併について(二)

丹宗, 昭信

https://doi.org/10.15017/1500

出版情報：法政研究. 32 (1), pp.69-89, 1965-11-15. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

独禁法上の合併について（二）

丹　宗　昭　信

一、合併問題の今日的意義
二、独禁法一五条にいう合併概念（以上三十一巻四号）
三、合併（一五条）の私的独占（三条前段）との関連（本号）
四、独禁法上の合併の本質（以下続号）
五、合併禁止の判断基準
六、合併に関するその他の問題点

三、合併（一五条）の私的独占（三条前段）との関連

右に、一五条にいう合併が、商法上にいう新設ないし対等合併と吸収合併とを含み、資産取得や株式取得をも含むアメリカ反トラスト法上のマージャー概念と異ることを指摘した。

ところで独禁法は、一五条一項一号で、「一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる場合」に合併を禁止するとして、「公共の利益に反して競争を実質的に制限すること」を禁止する私的独占の規定と同じような違法判断基準をおいている。かような点を根拠としてであろうが、合併（のみならず第四章の実体規定）は、私的独占の補完規定とか予防規定と呼ばれている。(二) しかし予防規定といわれる場合の意味も甚だ瞬昧であり、合併や私的

独占の法構造を正確に理解しないで用いられている場合も往々にして見受けられる。両者の関係を明らかにすることは、合併及び私的独占の規定の各々の構造を理解する上にも非常に有効であると思われるので、本章ではこの問題の検討には入って行くことにする。一五条の解釈上からも合併制限規定の変遷をみておくことは有益であると思われるので、最初にその変遷を簡単に辿り、しかる後に私的独占と合併規定との構造を分析対比することにより、両者の関係を明らかにして行きたいと思う。

（一）現行一五条に至るまでの合併規定の変遷

昭和二二年制定当初の独禁法は、一五条一項で、合併には公取委の認可を要する旨を謳い、二項で、公取委は前項の申請があった場合において、当該合併が左の一号に該当し、公共の利益に反すると認めるときは、これを認可してはならない、と規定した。

一、当該合併が生産販売又は経営の合理化に役立たない場合
二、当該合併によって不当な事業能力の較差が生ずることとなる場合
三、当該合併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虞がある場合
四、当該合併が不公正な取引方法によって強制されたものである場合

右の厳格な合併禁止規定も、二・一ストを境として、アメリカの占領政策が転換し始めるや、昭和二四年には早くも財閥解体政策が緩和され、外資導入のための地均しともいうべき国際協定の緩和（六条）並びに企業結合に関する第四章の規定の緩和がなされるに至った。この二四年改正で、合併規定は次のように改められた。先づ旧法二項一号（合理化に役立たない場合）が削除され、二項二号以下が一項一号二号三号に移された。かくて、一項は、

一、当該合併によって不当な事業能力の較差が生ずることとなる場合

二、当該合併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

三、当該合併が不公正な競争方法によるものである場合

国内の会社は右の何れかの一に該当する場合には合併してはならないこととされ、旧法一項の認可制が二項の届出制に変えられた。昭和二四年改正の要点は、以上のように合併規制事由中、「合併が生産、販売又は経営の合理化に役立たない場合」という規定が削除されたこと、「公共の利益に反すると認めるときは認可してはならない」という認可の判断基準が削除されると共に、認可制より事前届出制に変えられた点である。その外二項三号の「当該合併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虞がある場合」という規定が、「……実質的に制限することとなる場合」（一項二号）に改められた。ところが、それから僅か四年後の昭和二八年には独禁法の大改正が行なわれ、独占禁止政策の大幅な緩和ないし後退が行なわれた。(二)八条（不当な事業能力の較差の排除）の削除に伴い一五条一項一号（合併禁止事由中の不当較差に関する規定）が削除され、現行一五条の規定になったのである。現行一五条は、第一項において、国内の会社は、

一、当該合併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

二、当該合併が不公正な取引方法によるものである場合

には合併をしてはならないと規定している（なお二項は届出制につき、三項は届出受理の日から三〇日を経過するまでは合併をしてはならない旨四項は右三〇日の期間の短縮或は延長につき規定している）。

昭和二八年の改正以来合併制限規定の改正は行なわれていないが、昭和三二年一〇月の独禁法改正審議会の改正案(三)は、はっきりと良いトラストを認める立場にたって合併の制限される場合をごく例外的な場合に限定しようとさえ企図した。しかしこの改正案は、警職法改正問題にからんで流されてしまった。かくて合併制限規定自体は手をつけら

れぬまま今日に至っているが、その規定は殆んど運用されないままの状態にあり、半ば死文化しているといっても過言ではあるまい。産業機械部門での日本一の綜合メーカーにのし上った三菱三重工の合併の場合においてさえ、一五条が発動されなかった如きはそのよい例証である。(四) しかも自由化に判う国際競争力の強化のためと称する企業合同政策が、金融上税制上の優遇措置を誘い水として政府によって強力に押し進められている（前述特振法案はその具体例）のは合併制限規定の行政的運用を通しての緩和といっても差支えないであろう。

（一）公取委事務局編・改正独占禁止法解説（日本経済新聞社昭二九）一七一頁、岩村・正田・私的独占禁止法コンメンタール27（日評新社昭三一）二四三頁、ジュリスト三三一号（一九六五年一〇月一日号）六二―六三頁。

（二）今村教授は、二八年の改正は「独禁法を経済憲法の地位から引きずりおろし」、独禁法の性格転化を遂行したものであるといわれる〔私的独占禁止法の研究（有斐閣昭三一）一一六頁〕。この改正で、四条のカルテル的共同行為の禁止、六条の国際カルテル禁止の条項の改正、第四章企業結合の制限の大幅な緩和的改正、事業者団体法の改正等独禁法の最も重要な部分の換骨奪胎が行なわれた。

（三）資料的意味も兼ねて、改正案が一五条をどのように考えようとしたかを知るため、改正案一五条を紹介しておく。(1)公取委への届出。(2)届出受理後三〇日を経過するまでの合併禁止。その期間の短縮又は延長について。(3)公取委は、当該合併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及び当該合併が不公正な取引方法によるものである場合には、第九条に規定する手続に従い、当該合併の禁止、営業の一部譲渡その他これらの事態を排除するため、必要な措置を命ずることができる。(4)公取委が審判開始決定をし、又は勧告する場合の、期間の短縮延長について。(5)公取委は、当該合併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って、当該会社が、第一項の規定による届出に際して、公取委規則の定めるところにより、合併後実施しようとする生産過程における合理化の計画の概要を記載した書面を提出した場合においては、当該合併が右の各号の要件に適合すると認めるときは、当該会社に対し、第三項の措置を命じなければならない。一、当該合併により企業規模を拡大することが生産技術の向上、生産方式の改善、その他生産過程における合理化を遂行するために特に必要であって、他の方法によってはその合理化を遂行

することが困難であること。二、一般消費者及び関連中小企業者、関連農林漁業者その他の関連事業者の利益を不当に害するおそれがないこと。(6)当該合併が前項各号の要件に適合するときの公取委の処置。(7)前項の規定による通知の延期について。(8)会社が第六項の規定による通知に係る期限までに、通知に係る事項を実施しなかった時の措置。(9)略　(10)公取委は、合併しようとする会社が、第一項の届出に際して、第五項に規定する書面を提出したときは、当該合併が第一号の要件に適合するものであるか否かについて当該事業の主務大臣の意見をきかなければならない。

（四）岡谷栄一「三重工合併の波紋」経済評論一九六四年五月号八二頁以下、その他多くの雑誌によって種々意見が出された。

（二）合併（一五条）と私的独占（三条前段）との関係

(1) 私的独占の規定の分析――合併と私的独占との関係を検討するため、先づ私的独占の規定の構造を明らかにすることから始めたい。私的独占とは、「事業者が、単独に、又は他の事業者と結合し、若しくは通謀し、その他いかなる方法を以てするかを問わず、他の事業者の事業活動を排除し、又は支配することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限することをいう」（二条五項）。私的独占の態様は、単独の場合もあるが、日本ではむしろ結合形態による場合が多い。典型的にはトラスト、コンツェルンという企業集中形態がそれである。ところが第二次大戦後は、支配集中による私的独占の形態は一層複雑化し、トラスト、コンツェルンに加え、新財閥、企業集団、系列化等の新形態を編み出してきた。これは集中排除法による財閥解体や独禁法による持株会社の禁止（一〇条）等により、旧い型の企業集中形態（財閥）が禁止されたため、新しく生み出されてきた集中支配の形態である。いかに複雑な新しい形態の集中支配であれ、要するに私的独占とは、「経済力の集中集積に基く優越した事業能力を有する事業者による市場支配の形態」である。そして、かよう企業の結合の種類としては、一般に、かたい結合（close combination）とゆるい結合（loose combination）があげられる。ゆるい結合は、カルテルの場合が典型であるが、その外寡占の場合の事業者の共同行為による私的独占や、垂直的結合（コングロメレイトコンビネーション）による競争事業者の排

除等も私的独占になる場合がある。[二] かたい結合は、一般に解体困難な結合を指し、例えば、会社の合併（一五条）、株式保有（一〇条、一一条、一四条）、役員兼任（一三条）等「企業組織上の手段による結合の形式をとる。その結果、既存の独立事業者が統合されて、それらの事業活動の全体が統一意思の支配の下おかれるに至る」[三] 場合である。かたい結合の場合、「同業者の水平的結合はトラストと呼ばれ、垂直的結合はコンツェルン、企業集団、財閥等と呼ばれる」。以上は私的独占における結合の態様であるが、独禁法上の私的独占とは、かような結合の態様を通して、事業者が他の事業者の事業活動の「排除」又は「支配」を行なう場合がこれに当る。経済学上の私的独占は「排除」「支配」等の行為を特別問題とすることなく、資本の集中集積による市場支配が問題であろうが、独禁法上の私的独占は集中集積のために、或は集中集積の結果他の事業者の「排除」「支配」という行為が存在することが必要である。独占は本来市場支配（market control）に結びついた観念であるが、独禁法上禁止されているのは、「monopoly ではなく、monopolize であるから、結果として現われた市場支配の状態を指すのではなく、市場を支配する行為が問題となる」[四] といわれる程、私的独占については市場支配の行為を強調する説もあるが、しかし他方では、市場支配力の存在そのものを非難に価いするものとして、その獲得維持を直ちに違法とする説もある。

独禁法上の私的独占が、何を違法基準としているかを明らかにするため、二条五項にいう私的独占の観念をその主要な要素に分って検討すると、私的独占の中で何を違法要素とみるかについては主として次の三つの考え方に分類されうる。私的独占の構成要素としては、排除・支配行為＋市場支配力→市場支配状態←反公共の利益、の四要素があげられる。公共の利益要件をどのように考えるかは、後の考察に廻すこととして、ここでは前の三つの構成要素の各々にアクセントをおいて考える三説について検討する。

(1)　一定の取引分野における排除・支配行為が存在する時は、私的独占となると解する説（行為説）。

(2) 市場支配力の存在そのものを違法とする説（支配力説）。

(3) 排除・支配行為十市場支配力→市場支配状態の過程を経ることにおいて、市場支配状態が生じた場合に始めて違法とする説（状態説）の三説である。第一説は、一定の取引分野つまり市場において他の事業者を排除・支配する行為があれば、私的独占に該当すると主張するが、いかに排除・支配行為があっても、市場支配状態を生じなければ（つまり私的独占とはmonopolyではなくmonopolizeだとはいっても、独占力や独占状態と無関係に）、排除・支配行為だけで果して私的独占といえるかどうか疑問である。この説はわが国で最も有力な学説であるといえよう。[五] もっとも行為説の立場でも、排除・支配行為が独占状態を生ずることが要件とされているようでもあるが、その場合でも私的独占として規制されるのは、排除・支配行為だとみる考えのようである。[六] これに対し第二説は、市場支配力の存在そのものを違法とする説で、アメリカでは第二アメリカン・タバコ事件の判決がこの立場にたっている[七]（日本ではこの立場にたつ説はみかけない）。第三説は、市場支配状態の出現をもって私的独占に該当するという立場であるが[八]、もちろんこの状態説の場合でも、行為を全く無視するわけではなく行為の結果生じた市場支配状態に重点をおくにすぎない。第一説と第三説の相違は、違法判断基準を行為におくか状態におくかの相違にすぎないようにも見え、第一説と第三説を分つことは不当なようにも考えられるが、例えばスラスト・アポン・モノポリー（押しつけられた独占）（thrust upon monopoly）といわれる経営内容がよく市場から他の競争者を排除・支配する行為をなさずに自然に成立してきた独占を、どう評価するかという場合に両者の差異が顕著に現われるのである。[九] 行為説の立場では、独占の意思や排除・支配行為のないスラスト・アポン・モノポリーの場合には違法とならないと考えるのに対し市場支配状態に重点をおく説では、独占状態の存在によって排除・支配行為が存在すると推定し、したがって違法とするのである。わが国では野田醤油事件におけるプライス・リーダーシップによる市場支配事件の評価をめぐって、この両説が鋭く対立して

いる。例えば、野田醤油KKの私的独占事件についての審決が、被審人野田醤油KKは「自己の製造販売するしょう油の再販売価格を指示し、これを維持しもって小売価格を斉一ならしめることにより他のしょう油生産者の価格決定を支配し、東京都内におけるしょう油の取引分野の競争を実質的に制限している」とし、右の価格決定の支配が「他の事業者の事業活動の支配」に当るとし、東京高裁もこれを認めた事件に対して今村教授は次のように批判される。(一〇)

『「一定の取引分野における競争の実質的制限」すなわち市場支配ということは、他の事業者が自由に事業活動をなしえない状況にあることであり、その意味ではそこには、常に他の事業者の事業活動の支配が存在する。例えば、プライス・リーダーの価格決定に他の事業者が追随するということは、経済的にみれば、プライス・リーダーが他の事業者の価格決定を支配するということは、野田が市場支配を行なっているという状態以外の何ものでもなく、これをもって私的独占行為の内容すなわち「他の事業者の事業活動の支配」と解することは正当ではない。問題はかかる状態をもたらすために、どのような「他の事業者の事業活動の支配」にあたる行為があったかであり、本件の場合は、小売業者に対し再販売価格の維持を強制したことが これに当ると解すべきである。』「単なるプライス・リーダーにはかかる行為がないから私的独占とはならぬのである」と。ここに私的独占において排除・支配という行為を強調する行為説の立場がはっきりと示されている（押しつけられた独占までも違法としない判決としてはアメリカのアルコア判決（一九四五））。(一一) これに対し、同事件における東京高裁の判決が状態説の典型的な考え方を示している。それは、野田の再販売価格維持行為による他の三印（山佐・ひげた・丸金の同業三社）の価格決定の支配を、「他の事業者の事業活動の支配」と認める原審の審決を支持したのであるが、本件では、野田の他の三印に対する直接の支配行為は必ずしも明らかでない。そこで審決は、「直接支配を目的としこれを指向する行為による場合に限らず、結果としてある事業者の行為が他の事業者の自由な事業活動を制約する一切の場合に支配が生ずるものと解さねばならない。」といい、判決

も、「原則としてなんらかの意味において他の事業者に制約を加え、その事業活動における自由な決定を奪うことをいうものと解するを相当とする。しかしこのことから一定の客観的条件の存するため、ある事業者の行為が結果として他の事業者の事業活動を制約することとなる場合は、すべてここにいう支配に当らないとするのは狭きに失する」[一二]と した。これは違法な状態から支配行為を演繹した例である。本判決に対して今村教授は、『これはその前提たる他の事業者の事業活動の支配」の意義の誤解から発したもので、正当ではない。」したがって、「他の事業者の事業活動を支配するというのは、相手方に強圧を加えて、自己の意思に従わせることであるという方が正しい』と批判される。[一三]

右に紹介した野田醤油事件の審・判決の立場と、それを批判した今村教授の立場とは、行為説と状態説の見解を代表した典型的な意見である。行為説も状態説も、行為か結果（状態）の一方をとるのでなく、どちらに重点をおくかの相違にすぎないようにも見えるが、現実の解釈論としては、右の論議からも知られるように、かなり大きな差異が生じてくるのである。ところで、私は右の何れの説にも組することができない。何故なら行為説は、私的独占行為を把えることを強調する余り、市場支配状態との関連を切り離して、排除・支配行為のみを私的独占に該当するとする議論に陥っているからである（スラスト・アポン・モノポリーやプライス・リーダシップによる独占状態そのものは違法ではなく、排除・支配行為のみが違法であるというに至っている）。当然違法（イリーガルパーシー）に当る行為類型の存しない私的独占における排除・支配行為に対して、市場支配状態が達成されない場合にも、果してそれら（排除・支配）が私的独占に該当するといいうるであろうか？　市場支配状態に達しない排除・支配行為は、私的独占の未遂かせいぜい不公正な取引方法（二条七項）の何れかに該当するにすぎないと考える。

状態説は、「……結果としてある事業者の行為が他の事業者の自由なる事業活動を制約する一切の場合に支配が生ずるものと解さねばならない」として、結果たる状態から逆に支配行為を導き出してくる。私的独占は、排除・支配行

為の結果市場支配状態が生ずるに至った場合に適用される違法行為類型であって、市場支配状態から支配が導き出されると説くのは論理の逆立ちである。市場支配状態は、必ずしも私的独占の場合に限らず、不当な取引制限や合併会社の株式保有等の結果生ずる場合もあるのであって、何故市場支配状態の存在から私的独占の構成要件である支配行為だけが導き出されうるかの論理も明らかでない。その意味で、市場支配状態から私的独占の構成要件たる排除・支配行為を任意に導き出すような状態説には賛成しえない。しかし排除・支配行為と市場支配状態との牽連関係を切断して、排除・支配行為のみが私的独占に該当すると説く行為説にも満足することはできない。排除・支配行為を通して市場支配状態を惹起した場合に始めて私的独占に該当すると考える点で、私も状態説の立場にたつものといえる。しかしその場合は、あくまで行為と結果(状態)との牽連関係において把えるべきものと考える。この点で、スラスト・アポン・モノポリーやプライス・リーダーシップによる管理価格のような問題を、どう処理するかという困難に逢着する。ここで私は、排除・支配行為と市場支配状態の間に、市場支配力なる中間項を挿入して考えたいと思う。排除・支配行為が市場支配力を惹起し、或は市場支配力と結合して市場支配状態を惹起した場合に、その排除・支配行為は私的独占に該当するといえる（排除・支配行為＋市場支配力→市場支配状態）。スラスト・アポン・モノポリーの場合は、排除・支配行為（或は意思）が存在しなかったにも拘らず、自由な競争の結果、市場におけるシェアーを何時の間にか三〇パーセント以上支配しうる力をもつに至っていた場合、そこには独占しようとする違法な意思ないし行為は存在しないため、かりに三〇パーセント以上の市場占拠率を占めるに至った場合でも、それは私のいう市場支配状態ではない。それは意思ないし行為が欠如し、単に市場支配力のみが存在している場合で、違法な市場支配状態が存在しているとはいえない。したがって私的独占には該当しない。排除・支配行為が市場支配力を生じ、市場支配状態を惹起した場合に始めて私的独占に該当すると考える。ユー・エス・スティール判決でいわれた「法は単なる大

きさを犯罪としない。すなわち行使されない力の存在を犯罪としない」[一四]いう考え方と一致しよう。私は、私的独占を右のように行為の結果たる状態との関連で把えるべきものと考えるが、この考え方は、合併問題を考える場合にも一層合理的な説得性をもちうるように思う。そのために、私的独占の規定の構造に詳しく立ち入ってきた次第である。以上で私的独占の意義ないし構造と違法判断基準の問題の説明を終ったので、合併規定の分析に移りたいと思う。

(2) 合併規定の分析と私的独占との対比

今日私的独占を、モノポリー（monopoly）ではなくモノポライズ（monopolize）という行為形態で把える傾向の強いことは、右に説明した通りである。そして、「押しつけられた独占の理論は、モノポリーとモノポリゼーションを区別するとともに、モノポリゼーションのうちには、いわゆる掠奪的行為以外の行為（すなわちその行為自体では必ずしも違法とはいえない行為）も含まれている」とし、「そのような行為の一つに合併がある」[一五]という。ここでは合併はモノポリゼーションの一形態として把えられている。かようなはっきりした位置づけではないが、合併（のみならず第四章の規定）を私的独占に対する予防的性格の規定として把える見解が、わが国では一般である。言葉の厳密な意味において、果して合併は右にのべた私的独占の一形態といえるであろうか？　またいかなる意味で私的独占の予防規定といいうるであろうか？　右の設問は、問題自体としてはそれ程重要な意味をもつものではないが、右の問題の解明は、合併と私的独占との構造を理解する上に非常に有益であると思われるので、先づ問題点を摘示した後、合併の法的構造を私的独占のそれとの対比において分析して行くことにする。

一五条一項の合併制限規定では、「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」（一号）と、不公正な取引方法という手段を用いて合併する場合（二号）とが禁止されているが、私的独占との関係で合併が問題となるのは、主として一号の場合だけであるので以下一号について検討する。私的独占の違法判断基準は、「排除・支

配行為により……公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」（二条五項）であるのに対し、合併のそれは、「……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」（一五条一項一号）であることは前述した。合併が私的独占の一形態といわれたり予防規定といわれたりする理由の一半は、両者の違法判断基準における右のような類似性の中にあるといえよう。それはともかく、両者の対比から次の三点が問題として取り上げられうる。(1)「制限すること」と「制限することとなる場合」という両規定の法解釈上の差異。(2)「こととなる」というのは、将来の予測であるが、かような一種の仮説の上に設定される合併の違法判断基準と、私的独占の違法判断基準との差異。(3)合併制限規定における「公共の利益」要件の欠如の意味づけ、の三点である。その中でも、合併規定の基本的特色は「制限することとなる」場合に合併を禁止しようとする違法判断基準と、「公共の利益」要件の欠如の二点に求められるであろう。

(A)　先づ「こととなる」場合の意味から考察して行こう。前にのべたように、制定当初の独禁法では、「競争を実質的に制限することとなる虞がある場合」に合併が禁止されることになっていたが、昭和二四年の改正で、「こととなる場合」に改められた。「制限することとなる虞がある場合」という表現は、合併による市場支配の可能性（possibility）を表わすものとして一般には解されてきたが、「こととなる場合」は、合併を認めれば、市場支配という事態を生ずることが予想されるという蓋然性（provability）を表わすものと解されるに至った。(一六) 右の二つの考え方の中では、前者が合併に対して厳しい制限となることはいうまでもない。何故なら蓋然性は可能性より事態の生ずる確率が高いことを表わすもので、市場支配の可能性ある場合に禁止されたのが、市場支配の蓋然性ある場合に始めて合併は禁止されることになったわけで、合併制限規定の緩和の一環たるゆえんである。しかし「こととなる」場合についても、今日なお、市場支配の可能性ある場合とする解釈と、蓋然性がある場合とする解釈とがあるようであるが、右にのべた独禁法改正の経違からも、蓋然性ある場合と解するのが通説と解して差支えなかろう。(一七) かように

「こととなる場合」が蓋然性を意味すると解することから、「合併はじめ第四章関係の規定が、行為をその効果の発生前において、いわば予防的に禁止している」と解する考えがある。確かに「こととなる場合」には、結果の発生前において把えるという意味で、予防的といえるかも知れないが、しかしそれは、「一定の取引分野における競争の実質的制限」（市場支配）の発生の予防ではあっても、排除・支配行為の結果出現する「私的独占」の予防ではないし、いわんや排除・支配という独占行為（行為説）の予防でもないことはいうまでもない。私的独占なる観念を二条五項の規定する違法行為類型として厳格に解する場合には、合併を私的独占の一形態と考えたり、予防規定と解する説は、正しくないのである（何故ならそれは、市場支配という観念を私的独占と同義に用いたり、経済学的独占の意味と混同したりしているから）[一八]。

(B) 次に合併と私的独占の違法判断基準を対比してみたいと思う。これまで説明してきた両規定の構造を簡単に図示すると、

私的独占＝排除・支配行為（手段）＋市場支配力→市場支配状態（結果）→反公共の利益

合　併＝合併行為→市場支配力→（状態発生の蓋然性のみで実際の結果未発）→反公共の利益なし

（不公正な取引方法による合併は市場支配とは直接関連がないので省く）

右に図示したところから、「制限することとなる場合」と「制限すること」という合併と私的独占との差異が、違法判断基準の構造を根本的に相違せしめていることが知られよう。私的独占の場合には、行為(手段)が市場支配の状態を現にもたらしていなければ、私的独占には該当しないが、合併の場合は将来そうなるであろうと認められる蓋然性があるということだけで違法とされる。違法判断の一要素としての、「一定の取引分野における競争の実質的制限」＝「市場支配」という要件も、私的独占の場合には市場支配という結果の発生を必要とする（つまり市場支配状態を基準

とする）のに対して、合併の場合には、予測される蓋然性ある市場支配という観点から合併の適法違法が判断されるわけである。ここでは、両者に共通な「一定の取引分野における競争の実質的制限」＝「市場支配」という要件が内容的に多少異って来ていることに気付く。すなわち、私的独占の場合の違法判断の基準たる「市場支配」は、市場支配の状態を意味しているのに対し、合併の違法判断基準としての「市場支配」は、あくまで抽象的な市場支配力を意味しているといえよう。私的独占が、排除・支配行為＋市場支配力→市場支配状態という手段→結果の牽連関係において成立し、その何れをも欠きえなかったのに対し、合併の場合はさような手段→結果の関係とは逆に、抽象的に想定された市場支配力に照らして合併行為が規制されるのである（ここで、私の状態説は破綻を来すように見えるが、合併が規制されるのは、単なる市場支配力に対してではなく、合併により形成される市場支配力がシェアー拡大のための排除・支配行為と結合する危険性が極めて高いためで、その意味では、市場支配力＋予想される排除・支配行為→予想される市場支配状態を防止するためである。合併規制基準もかように市場支配状態を背後に想定しているといえよう。この意味で状態説は貫かれているといえよう）。　かように両概念の違法判断基準は、手段→結果の牽連関係が逆の形になっている点において基本的に異っている。この点を明確に認識することが、合併と私的独占との違法判断基準を統一的に理解し、ひいて独禁法における「一定の取引分野における競争の実質的制限」＝「市場支配」の意義を統一的に理解するための重要な鍵となるように思われるので、問題提起の意味も兼ねて、この点をもう少し追及してみたいと思う。

前にものべたように、スラスト・アポン・モノポリーや野田醤油事件におけるプライス・リーダーシップの違法性の有無については、今村教授や公取委は、かなり徹底した行為説の立場にたって、違法な私的独占は支配・排除行為だけであって、市場支配（力ないし状態の何れをさすか必ずしも明らかでない）そのものは違法でないと説いた。か

ような行為説の立場にたって合併の違法判断基準を考える場合には、私的独占の違法判断基準との関係において、一つの困難に逢着せざるをえないのではないかと思われる。というのは合併の違法判断基準は明らかに「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」だけである。かりに「こととなる場合」という文言の解釈を措いて考えても、「競争の実質的制限」＝「市場支配」（力ないし状態）が、私的独占においては違法でなく、単に・排除支配行為のみが違法であるという観点にたつならば、合併の場合にのみ、何故単なる予測される蓋然性にすぎない市場支配力（ひいて予想される支配状態）が、違法とされるのであろうか？　私的独占におい違法でないものが、合併の場合にのみ何故違法とされるのか理由は明らかでない。しかも「公共の利益」を違法成立要件と解する場合には、「公共の利益」要件を欠く合併規定では、「競争の実質的制限」の蓋然性ある場合には常に違法とされ、私的独占の場合と較べて極度に厳格な制限規定とならざるをえない。更にまた今村教授や公取委が、合併の違法判断基準として強調するいわゆる構造的基準は、明らかに市場支配力ないし支配力の行使される場合の支配状態の代表的具体例の網羅的列挙にすぎないのである。合併の場合には、かような抽象的な市場支配力ないし支配状態が違法判断基準とされるのに対し、私的独占の場合には、排除・支配行為のみを違法とする行為説の見解は明らかに均衡を失するものと考える。私的独占と合併の違法判断基準との間の、かような矛盾をとくために、私は排除・支配行為＋市場支配力↓市場支配状態の図式を基礎として次のように考えたい。

例えば、スラスト・アポン・モノポリーの場合は、私の立場では、単に市場支配力が形成されただけで、そこには悪性を伴う独占意思ないし行為が存在せず、したがって競争は制限されておらず、消費者を利しこそすれ害することはないのであるから、その市場支配力そのものは最初から違法ではない。いわゆる市場支配の潜在力が存在するのみで、悪性をおびた行為が存在しない場合には、それは違法ではない。したがって、スラスト・アポン・モノポリーにおいては、公共の利益要件によって違法性を阻却すべき必要は最初から全く存在しない。(二〇) つまり、私の立場は、行為

説と異り、くり返しのべてきたように排除・支配行為＋市場支配力→市場支配状態が発生した場合に始めてその排除・支配行為は私的独占に該当する違法行為となる。私的独占の違法判断基準を右のように考えると、合併の場合に「競争を制限することとなる場合」といういわゆる市場支配力の観点に合併判断基準をおくことは、私の行為＋力→結果（状態）の図式に反するという批判がなされるかも知れない。これまでの説明でその点の説明も一応尽くされていると思うが、念のため要約すると、合併の違法判断基準は、独禁法の規定上は、市場支配力におかれているが、そもそも合併制限の規制がなされるのは、単に合併により形成される市場支配力を抑制することではなく、その市場支配力の行使による市場支配状態の出現を抑制するためであると考える。合併の違法判断基準においては、市場支配力が表面に出て、予想される支配力の行使行為と予想される市場支配状態が背後に退いているにすぎない。かくて合併の場合にも合併規制の動機には行為＋力→状態の論理は貫いていると考えられるが、一五条の規定の構造よりみる限り、合併により発生する力＋行為→状態となることを防止するための規定となっている点が、私的独占の行為＋力→状態と異っている。しかも一五条の規定では、「力」が表面に出て「行為→状態」が後景に退いている点に、構造的基準が最も重要な違法判断基準として浮び上って来る形となっている。かように解することによって、合併と私的独占とに共通する違法判断基準たる「一定の取引分野における競争の実質的制限」＝「市場支配」なる観念を統一的に理解しうるように考える。

(C)「反公共の利益」の欠如の解釈――制定当初の合併制限規定にみられた「公共の利益」要件が、昭和二四年の改正で削除されるに至ったことは前述したが、合併を右のように解した場合、果して現行一五条における公共の利益要件の欠如はどのように解釈されるべきであろうか？

私的独占や不当な取引制限における「公共の利益」を、単なる宣言的意味しか持たないものと解する立場からは、

「予防規定においては、公共の利益に反してという規定がなくても変らない」[二一]ということとなろう。若し「公共の利益」を、私的独占と不当な取引制限の成立要件と解するならば、合併規定における「公共の利益」要件の欠如は、凡ての競争制限を伴う合併を違法として禁止していることとなり、私的独占や不当な取引制限よりも厳格に合併を規制していることとなり、私的独占よりも合併を害悪の度の強いものと解しているといわざるをえなくなる。ところが実際の法の運用では、これまでの八千件の合併事例に対し、公取委がストップをかけたケースは一件もない過去の実績よりみて、右のようには解されないし、また昭和二四年の独禁法の緩和的改正の趣旨からも、そのように理解することは妥当でないであろう。

また合併を私的独占の一形態と考える立場からは、「公共の利益」要件がなくても、私的独占に類比して考えうることとなり、特に論ずる必要もないこととなろうが、私は合併を私的独占（という違法行為類型）の一形態と考える説に組みしないので、この立場の解釈にも賛成しえない。

私は「公共の利益」を違法阻却事由と解するが[二二]、その立場からは、一五条における「公共の利益」要件の欠如を次のように解しうる。合併の違法判断の基準は、予想される市場支配力＋合併後行使される排除・支配行為→予想される市場支配状態という図式で示された。つまり市場支配の蓋然性＋予想される排除・支配行為（これは合併の意思の中に推定される）が、一五条にいう「制限することとなる場合」の意義であると解釈する。

そして、「制限することとなる場合」は、合併は禁止されるが、「制限することとならない場合」には、合併は許されるわけである。事業者は「私的独占や不当な取引制限は（凡て）＝補註丹宗）してはならない」という三条の規定に対しては、自然独占に固有な行為（二一条）、事業法命に基く正当な行為（二二条）、一定の組合の行為（二四条）や二四条三、四の不況カルテルや合理化カルテル等々の如き特定の独占やカルテルによる競争制限を認めるための論

拠として公共の利益要件が必要であった。ところが一五条では、「競争を制限することとならない場合」には、併合は認められることの趣旨が裏側に意味されているのであって、別に「公共の利益」要件で違法性を阻却する必要はないのである。

要するに一五条は、商法上の合併行為をなす会社は、合併の結果が「競争の実質的制限」をもたらすこととなるか否かのスクリーンにかけられねばならぬことを示した規定で、違法な合併についての適用除外は認められないことを示していると解すべきである。かくて「公共の利益」という文言の欠如も、独禁法体系からみて何ら解釈論的に不当ではないといえよう。繰返して結論をのべれば、競争を「制限することとなる場合」には「合併をしてはならない」という一五条の文言の中に、合併（という行為）により形成される市場支配力が、市場支配状態を生ずる（意思＋力→状態）蓋然性がある場合には、競争秩序に反しかつ消費者の利益に反するものとして、「公共の利益に反する」故当該合併をしてはならない。そうでない限り合併は許される、と規定しているものと解する場合には、一五条の規定には違法阻却事由としての「公共の利益」概念は不必要となっていると解される。かりに、国際競争力強化等の必要から巨大事業の成立を認める必要がある場合でも、それは精々カルテルや事業法令に基く独占として、私的独占やカルテルの適用除外例として認めればよいのであって、合併禁止の原則をこえてそれの適用除外としての巨大企業を認める必要は全く存在しないであろう。合併の適用除外を必要とする巨大企業を要する場合には、もはや私的企業としてではなく、国有企業として行なうべきものであろう。

(D)　最後に、合併と私的独占との関係について、多少繰返しになることをいとわずもう一、二点のべておきたい。一つは、対等合併は私的独占に該当しないが、吸収合併はそれに該当するという説についてであり、もう一つは、合併を私的独占の一形態とみる説についてである。先づ第一点についてであるが、対等合併は私的独占に該当しな

いが、吸収合併はそれに該当するといわれる場合、[二三] 対等合併や吸収合併なる概念を商法上の合併概念としてではなく、独禁法上の合併概念として使用されているのかどうか明らかでない。商法上の対等合併（新設合体）とは、合併に際して両会社が対等の立場で（ここでいう対等とは商法上の意味で法主体として対等ということで、実質上の対等とは必ずしも関係ない）、新しい第三の会社を作ることをいうのに対し、吸収合併は一方の会社が他方の会社（他の法主体）に吸収される形での合併である。商法上の対等合併でも事実上の支配関係や支配行為は存在しうるのであって、対等合併には支配はないが、吸収合併には支配あり、したがって私的独占に該当するということにはならないと考えられる。手段と結果の牽連関係において私的独占という違法類型をとらえようとする立場からは、その現実的な牽連関係を欠く合併は、私的独占の一形態としては把えられない。わが独禁法の解釈としても、しいて合併を私的独占の一形態と解釈する必要もないし、実益もない。したがって合併においては、排除・支配行為を問題とする必要はなく、単に（商法上といわれる）合併が競争の実質的制限となる蓋然性があるか否か、不公正な取引方法によるものであるか否かを判断すればよいのである。確かに現実の合併過程においては、排除・支配行為を伴う私的独占と同じ過程を辿ることもありえよう。その場合には、私的独占の規定を適用すればよいのである。認可制から事前届出制への変化はあったにせよ、一五条が合併制限規定を設けているのは、要するに商法上の合併行為を行なう場合に、それらが独禁法上の競争秩序に触れるおそれがないかを公取委の審査（スクリーン）（届出制なるもなお実質上審査していることになっている）にかける趣旨として制定されたものと解する。この点が、資産取得や株式取得等を含めて、私的独占の一形態として把えられるアメリカのマージャー概念と日本の合併概念のニュワンスの差異ではないであろうか。その意味でも、わが独禁法上の合併は、私的独占とは別個の違法類型と考えるのが妥当であると考える。

（一）企業の集中合併の方式には種々ある（井上朗「欧米産業界における企業集中合併の諸方式」雑誌公正取引一五一号（一九

六三年四月号)二六―三七頁)。例えば買収、系列化、吸収合併、対等合併、大合同(多数企業の合同)、合弁出資会社の設立、企業間協定提携等。しかし独禁法上の結合の態様としては多く「ゆるい結合」と「かたい結合」に分けられるのが普通である。今村・前掲「研究」六頁、二五頁。今村・独禁法(有斐閣昭三六法律学全集52)六〇頁―六一頁でよく整理されている。

(二) この型の結合の典型的ケースとしては、Brown Shoe Co. v. U.S. 370 294. 828. St. 1502(1962)である。このような垂直的で多角的結合が果して私的独占たりうるかについては、「市場」における「競争の実質的制限」があることになるか等について問題あり。Donald, F. Turner, Conglomerate Mergers and Section 7 of Clayton Act. Harv. L. Rev. vol. 78. No. 7 (1965. 3)

(三) 今村・前掲独占禁止法六〇頁引用

(四) 今村・前掲独占禁止法四七頁引用、なおReport of the Attorney General's National Antitrust Law(1955) P.43でいうmonopolize, monopolyは、独占状態・独占行為と理解してよいのか多少疑問をもつ。何故なら、Reportでは、monopolize=monopoly+Deliberatenessとされ、monopolyは単に状態をさしているというのは、多少ニュワンスが異る点もあるような気がするが、この論文では十分検討する余裕をもたなかったので、後日検討したいと思う。

(五) 今村・前掲独占禁止法四七頁、公取委編・「解説」一一七頁

(六) 今村・前掲「研究」五四頁(註1参照)

(七) American Tobacco Co. et al. v. U. S. 328 U. S. 781.

(八) 野田醤油事件における東京高裁の判決の立場。

(九) Report of, A. G. N. C. Antitrust Committee PP. 55. 56.

(一〇) 野田醤油独占事件　昭和三〇年十二月審決・審決集(七)一〇八頁以下。東京高裁判決　昭和三二年行政裁判例集八巻一二号二三〇〇頁以下。

(一一) U. S. v. Aluminum Co. of America. 2 Cir. 148 F. 2d. 416. 428.

(一二) 前掲東京高裁判決・行政裁判集例八巻一二号。

(一三) 今村・前掲独占禁止法　六四頁参照。

（一四）U. S. Steel Corp. v. U. S.223 Fed. 55 (1915)

（一五）今村・前掲独禁法一四一頁はかような観点に近いようである。

（一六）「独禁法と会社の合併」研究会㈡（一九六五年・ジュリスト三三一号）今村教授の発言の中にあり。六〇頁参照。

（一七）今村・前掲研究会・ジュリスト　六〇頁参照。

（一八）前掲ジュリスト三三一号での研究会の中でも数カ所さような発言がみられる。例えば六三頁にだけでも二カ所。三代川氏や今村教授は合併を私的独占の一形態と考えられているようであるが、大雑把ないい方としてはさ程誤りではない場合もあろうが、違法類型としては構成要件も異るし、安易に一形態といわない方がよいと思う。この点については(D)において詳しく触れた通りである。

（一九）日本では市場支配、市場支配力、市場支配状態等の観念がまだはっきりした用法に慣熟していない。殊に市場支配という表現が市場支配力を意味したり、支配状態を意味したりして用いられている。日本では市場支配力という観念は余り用いられていない。その点アメリカでは'monopoly power という観念はよく用いられる。前掲 Report of A. G. N. C. は、The existence of monopoly power —— "monopoly in the concrete", Standard Oil Co. of New Jersey v. US.——does not by itself prove the offense of monopolization (p. 55) といって monopoly power, monopolization の関係を示している。S. C. Oppenheim, Federal Antitrust Laws (1959) p. 65 でも。かなり詳しく規定されている'私が本稿にいう市場支配力と monopoly power とが完全に同義か否か疑わしい。

（二〇）今村教授は、押しつけられた独占には、排除行為があるとみられ、それを公共の利益要件で違法性を阻却するとされる。今村外・独占・公正取引経営法学全集12（ダイヤモンド社昭四〇年）八一頁—八二頁。私は、市場支配力のみでは、排除・支配の違法行為はないので、違法性が阻却される必要はないと考える。

（二一）矢沢淳・前掲ジュリスト研究会㈡　七七頁。

（二二）今村教授も反公益性を違法阻却事由と解される。前掲独占・公正取引七九頁、なお矢沢教授も結論は同じように思える。前掲ジュリスト研究会㈡七七頁、二段目参照。

（二三）今村・前掲ジュリスト研究会㈡六三頁。