慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	独占禁止法上の破綻会社の抗弁と因果関係論に対する一考察
Sub Title	Analyzing failing firm defense in Japanese antimonopoly act
Author	野﨑, 光駿(Nozaki, Mitsutoshi)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2020
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.126, (2020. 9) ,p.205- 234
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20200915-0205

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

独占禁止法上の破綻会社の抗弁と因果関係論に対する一考察

野﨑光駿

一　序論
二　競争法上の因果関係論に係る概観と議論の整理
三　競争法上の因果関係論を基礎とした事件処理等との整合性に係る検証
四　主たる要因と従たる要因の峻別という考え方を採用する妥当性に係る検証
五　結語

一　序論[1]

独占禁止法の目的は市場における競争[2]の確保・促進にある。事業者はその競争過程で様々な経済活動を展開しているが、同法第四章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に企業結合[3]を禁止している。競争法上の企業結合とは「力の獲得[4]」である。事業者らは企業結合を通じて他の事業者らとの間における結合関係を形成・維持・強化することによって容易に市場支配力を形成・維持・強化することが理論上可能[5]であり、同力の発揮は当該結合体に単独で、もしくは、他の事業者らと協調して健全な市場メカニズムの機能を制限し種々の弊害をもたらすことが可能となることが危惧される[6]ため、前者は単独効果[7]として、後者は協調効果として、それぞれ企業結合規制に際する競争法上の懸念を構成する[8]。このような懸念につき十分警戒すべき旨は、独占禁止法第四章において「一定の取引分野における競争を全体としてみて、その機能を実質的に制限する[9]」ことを意味する「一定の取引分野における競争の実質的制限」なる文言により明らかにされている。「市場のもつ競争機能に、どのような影響を及ぼすか…（筆者中略）…すなわち、競争の量的減少ではなく、質的変化」に関して企業結合審査は行われる。その過程で発見された競争自体が減少することによって有効競争をもはや確保できなくさせるような企業結合は、一般的に企業結合というものが市場構造を競争的にも非競争的にも変化させ得る[10]と考えられるにもかかわらず、かかる非競争的な変化をもたらすような場合、先述したような競争法上の懸念ある企業結合として、原則、事前に禁止されることとなるのである[11]。

しかし、かかる原則の例外として、そのような問題ある企業結合も例外的に正当化される余地がある。例えば、本稿が取り扱う競争法上の破綻会社の抗弁は、かかる企業結合を例外的に正当化する法理の一つとして国際的に認識さ

れている。[12] この理はわが国の独占禁止法における企業結合規制に係る現行ガイドラインにも法的枠組として現れている。[13] 例えば、現行ガイドライン第4の2（8）を見ると、事業能力の評価に係る業績不振等について定めた同アの弱い競争者の抗弁[14]と対をなすように、競争を実質的に制限することとなるおそれは小さい場合について定めた同イが存在し、競争法上の破綻会社の抗弁について定めた同①および破綻部門の抗弁について定めた[15]同②の存在を確認できる。これらの明文が示す通り、事業能力という競争法上の懸念の有無を認定する際の考慮要素の一つにすぎない前記アの記載部分とは異なり、前記イは、競争の実質的制限すなわち競争法上の懸念の存在を前提に反証[16]として取り扱われる。例えば同イ①[18]に関して言えば、①破綻状態の認定、および、②競争法上のＬＲＡ[19]性の具備という二要件の充足、すなわち、一方当事者が破綻状態に陥り、これを当事者らが申し出た救済的な企業結合によって救済するという計画のほかより競争制限的でない他の選び得る手段が存在しない場合、競争法上の懸念ある企業結合が例外的に正当化される余地が僅かながら存在する[20]。また、水平型企業結合の単独効果の審査につき述べられたこれら記載部分は協調効果の審査に準用され[21]、垂直型および混合型の企業結合にも同記載部分が準用されるため[22]、同部分に対する研究が独占禁止法における企業結合規制に際して問題となる経営状況の考慮の実態解明に繋がり得る。本稿は、この競争法上の破綻会社の抗弁なる法理につき検討する。

ただ、同法理は依然不透明なものと評価し得る。ここに非常に大きな問題が所在する。とりわけ、なぜ前記二要件を充足すればそのような例外的な正当化が可能なのかという点に大きな疑問が残り得よう。勿論、競争法上の破綻会社の抗弁は競争法上の懸念ある企業結合さえ例外的に正当化するという一般的な理解は既に存在する[23]。問題は、その正当化根拠[24]につき諸氏の見解が一致を見ない点である。本稿ではその正当化根拠を①事業能力低下に求める説、②因果関係の不存在に求める説、③因果関係の存在を前提とした正当化に求める説をさしあたり明示する。

例えば、田辺＝深町（二〇一四）[25]は、同正当化根拠を現行ガイドライン第4の2（8）アと同様に①事業能力の低

下に求める。ただ、「競争に与える影響」[26]に注目して企業結合の前後を比べる反実仮想分析を用いて競争状況に実質的な差異がない点に正当化根拠を求めようとする考え方は、次に述べるような一般的な競争法上の因果関係論の問題とも位置付けられ得る[27]。また、現行ガイドラインの英訳版における前記アは「ability」[28]の問題、同イは「possibility」[29]の問題とされ、同ア所定の事業能力の問題と競争法上の破綻会社の抗弁を定めた同イ所定の可能性の問題が書き分けられていることからも事業能力低下それのみが正当化根拠とは考え難い。

例えば、金井ほか（二〇一八）[30]は、同正当化根拠を②因果関係の不存在に求め、この理は欧米[31][32]も同旨と考えられる[33]。ただ、これも企業結合規制に際する競争法上の因果関係論の検討に際して求められる企業結合の前後で競争状況に実質的な差異が存在しないことを理由とした事業者による何らかの行為と競争法上の懸念発生という結果との間にある因果関係の不存在を認定し、そのように法的評価が可能であると説明するために因果関係につき触れているに止まるため、競争法上の懸念発生という結果をもたらした真の原因の解明という作業が前記例外的な正当化とは直接関係ないものとして存置され得るという課題を残している。同解明に係る作業が近時わが国の独占禁止法における企業結合規制に際して、競争法上の因果関係論による事件処理を図る際、問題ある企業結合の前後を比べても競争状況に実質的な差異が存在しないことを認定するための反実仮想分析の過程で行われるということが近時明らかとなった。すなわち、現時点では通説とも考えられるこの見解は、現在、さらなる深化の可能性を秘めていると考えられ、本稿は同可能性に係る仮説を提示し今後の議論にその当否を委ねることを目的としている。

また、白石（二〇一九）[34]は、現行ガイドライン第4の2（8）イ①所定の前記「二つの条件を満たす場合には、企業結合行為と行為後の反競争性との間に因果関係がある場合でも、正当化理由があり違反なしとする」[35]とし、③因果関係とは別の正当化理由がその正当化根拠に数えられる、すなわち、前記「企業結合ガイドラインの二つの条件を満たせば因果関係の成否を問わず違反なしとする考え方」[36]を示した。これは「業績不振会社の需要者の利便性や業績不

振会社の倒産の社会的影響の防止などに着目した一種の正当化理由によって違反なしとするものである、と位置付ける[37]」説である。ただ、需要者の不利益は回復すべき失われる競争の問題[38]と構成し問題解消措置により回復可能[39]とも解され、また、社会的な影響の考慮は競争それ自体とは無関係、すなわち、いわゆる外在的考慮[40]として企業結合規制に際しては射程外とされる余地も存し得る[41]。加えて、競争法の保護法益はあくまで有効競争の確保・促進と仮定すると、「かりに、業績不振の会社が倒産して市場から退出する場合には、その需要者のほとんどが救済会社の顧客となるとは限らず、相応の数の者が他の競争事業者の顧客となることもあり得…（筆者中略）…業績不振の会社を救済する行為を行う場合と行わない場合とで状況が同じとなるとは限らない[42]」場合すなわち企業結合の前後で完全に従来と同一の競争状況が存在すると法的に評価することができないうえに当該破綻会社の市場からの退出により予期せぬ利益を得ることとなる事業者が存在するような場合であっても、有効競争が一定程度確保され、競争法上の懸念を惹起させるに足る程度の競争の減少が検討対象となっている市場につき確認できないような場合には、勿論失われる競争は極力実効的な各種問題解消措置により回復すべきであるという基本的な理解を前提に、依然として競争法上の因果関係論の範疇において企業結合の前後を比べても市場における競争状況に実質的な差異はないものとみなすとする競争法上の法的評価を差し支えなく行うことも可能と解する余地が存する。ただ、白石（二〇二〇）には、右のような見解ではなく、競争法上の破綻会社の抗弁の問題は因果関係論として処理可能とある[43]点は留意すべきである。しかしながら、前記の通り、外在的考慮が困難とはいえ、同考慮こそが競争法上の破綻会社の抗弁適用に際して要求されるべき考慮要素であるとする見解も確かに存在する[44]ため、本稿では充実した議論を行うための基礎的な先行研究として指摘すべきと考えるに至りここに諸見解の一つとして右の通り記した。

かかる状況下、本稿では、不透明なこの法理の内実を解明しその運用の透明性、国際的整合性、そして被規制者の予測可能性に資する研究成果の呈示を実現する。具体的には、競争法上の因果関係論を基礎とした事件処理に際して

登場する反実仮想分析の併有する機能に着眼し、破綻こそが主たる要因であり企業結合は従たる要因にすぎないため、競争法上の懸念ある企業結合も競争法上の破綻会社の抗弁により例外的に正当化が可能であるとする考え方もしくは理論構成を一つの仮説として提示する。競争法上の懸念発生という結果の原因を企業結合ではなく破綻にこそ求め得るという理論構成[45]が、後掲平成三〇年度事例一〇の事件処理において行われたと考えられる競争法上の懸念発生という結果の原因を企業結合ではなく市場構造に由来する競争維持困難性にこそ求めるという理論構成と類似し、競争法上の懸念ある企業結合を対象とした競争法上の企業結合規制に際して問題となる因果関係論を基礎とした事件処理に適合すると考えられるのである。この説は、破綻状態の認定を行う過程で救済的な企業結合ではなくむしろ破綻にこそ競争法上の懸念発生という結果の原因が求められるのではないかという疑いを生ぜしめ、破綻を主たる要因とみなし企業結合を従たる要因とみなすことが可能かという観点から、同企業結合の競争法上のＬＲＡ性具備につき審査し、より競争制限的でない他に選び得る手段が存在しないような状況下で行われる救済的な企業結合は競争法上非難に値し得ない[46]という評価が同企業結合を競争法上の懸念という結果発生との関係では従たる要因にすぎないものと位置づけさせ、主たる要因すなわち破綻にこそ同結果との間にある因果関係の存在を認めるべきであるという法的評価を可能にし、このような理論構成に基づいた事件処理を現行ガイドライン第４の２（８）イ等を通じて規制当局に可能とさせるものと考えられる。なお、競争法上の懸念ある企業結合を例外的に正当化するような事態は例えば現行ガイドライン第４の２（７）所定の効率性につき定められた部分のなお書でも想定されている[47]が、前記仮説それ自体およびその応用可能性は本稿が取り扱う法理とは異なる法理に関連する点でもあるため今後のより一層の議論を期待する旨を先だって付言する。

しかし、わが国における独占禁止法上の破綻会社の抗弁につき当該理論構成の可能性に関する仮説を提唱するためには、その正当性と妥当性を確保する前提として少なくとも代表的な先例およびそれにまつわる諸氏の見解等との整

合性が必要となろう。そこで、本稿では、競争法上の破綻会社の抗弁適用の結果に実現する競争法上の懸念ある企業結合の例外的な正当化の根拠として本稿が唱えるような因果関係論を基礎とした事件処理および理論構成、すなわち、問題ある企業結合は従たる要因にすぎずその主たる要因を破綻にこそ求め得るためかかる法的評価が可能となるという仮説[48]の正しさを考察する過程で同仮説が真に今後の議論に耐え得るかを検討し、本稿の残した研究成果とすることとしたい。

二　競争法上の因果関係論[49]に係る概観と議論の整理

企業結合が独占禁止法第四章所定の「競争の実質的制限」をもたらすこととなるかにつき因果関係論を論じようとする際に注意しなければならないのは、「一般的にいえば、当該行為と市場支配との間の因果関係を明らかにする必要がある[50]」ようにも思えるが、しかし実際には、市場における競争をめぐる様々な諸事情[51]に鑑みると、「特定の行為と市場支配との間の因果関係を具体的に指摘することは、著しく困難であるといわなくてはならない[52]」ということである。そこで、本稿が論じるような独占禁止法における企業結合規制に係る規制態度として「行為の悪性は、市場支配という結果の発生に対してというよりは、むしろ、それを可能ならしめる力の獲得に存する[53]」という見地に立って競争法上の企業結合規制における因果関係論につき考えると、「当該行為と市場支配の事実との間の個別的な因果関係を、具体的に論証する必要はない[54]」こととなる。

では、競争法上の因果関係論に基づく事件処理を試みた先例やそれに関連する諸氏の見解等に鑑みて、我々はどのようにして企業結合という行為と競争法上の懸念発生という結果の間にある因果関係の有無につき事実認定および法的評価を行ってゆくべきなのであろうか。わが国の独占禁止法を所管する公正取引委員会の事件処理およびそれに関

連する諸氏の見解を基礎としてこの点につき考えてみると、それは企業結合の前後を比べて競争状況に実質的な差異が存在しないか否かを確認する反実仮想分析の実施により達成可能と現時点では考えられる[55]。なぜなら、わが国の独占禁止法における企業結合規制に際する因果関係論を基礎とした事件処理は、独占禁止法第四章の文言に沿い正当と評価し得るためである[56]。すなわち、現行ガイドラインの文言を借りれば、企業結合規制に際する因果関係の判断は、企業結合によって減少することとなる競争もしくは消滅することとなる競争関係が市場構造を非競争的に変化させない旨を確認するという意味で前記判断基準は合理的である。企業結合規制に際する競争評価や問題解消措置の設計に関連すると評価し得る[57]同事件処理は、計画された企業結合が行われた場合とそうでない場合との間にある競争状況の実質的な差異の有無を確認するための反実仮想分析を通じて同企業結合を正当化する。なお、その際、公正取引委員会は、主に次の三類型の競争を前提にした反実仮想分析を行っているものと考えられる。すなわち、①もとより失われていた競争[58]、②失われても差し支えない競争[59]、③回復すべき失われる競争[60]の三種類である。市場画定を経て行われる競争評価に際して、①もとより競争が失われていたのであれば企業結合により競争状況に実質的な差異がないことは規制の時点で明らか[61]であり、②そもそもその存在が有効競争の確保・促進と無関係もしくは無関係と評価できるほど僅少、あるいは、他に「同等又はより激しい競争[62]」や「同等又はより活発な競争[63]」が存在する場合は失われても差し支えない競争が減少しても市場における競争はなお確保・促進され、③企業結合がもたらす競争の減少も問題解消措置により回復することが理論上可能である。

　このような審査は欧州における通常の企業結合規制で問題となるのみならず[64]、競争法上の破綻会社の抗弁の適用に際しても行われている[65]。ただ一つ留意すべきは、欧州における競争法上の破綻会社の抗弁その適用に際して問題となる競争法上の因果関係の有無に係る判断基準は、すでに競争法上の懸念を認定された問題ある企業結合（「problematic merger」[66]）を対象として行われる市場構造もしくは競争状況の悪化を前提とした審査に関連するものであって、前記

の独占禁止法における因果関係論を基礎とした事件処理とは微妙に異なる性質を有すると評価可能な点である。[67] しかし、相違点としては前記前提を所与のものとするか否かという点のみで、反実仮想分析を用いて当該企業結合の前後を比べて競争状況に実質的な差異がないかを検討し企業結合という行為と競争の減少そして競争法上の懸念発生という結果の間にある因果関係の有無を確認するという点において両者は共通する。また、反実仮想分析を中核に据える本稿が示す前記仮説につき国際的な理論的整合性を確保するための補論として、米国反トラスト法における企業結合規制とりわけクレイトン法第七条[68]等に照らして行われる違法性判断に際して仮にこのような因果関係論を採用する場合を考えると、例えば同条所定の企業結合の違法性に係る明文の部分すなわち「競争を実質的に減殺することとなりまたは独占を形成するおそれがあるとき」[69]に関して、減殺それ自体の有無や同減殺の実質性といった部分に焦点を当てながら、計画されている企業結合の前後を比べて競争状況に実質的な差異があるか否かにつき反実仮想分析を基礎に審査することになるものと考えられる。さらに考えてみると、例えばある企業結合が行われる場合とそうでない場合とを比べてみても有意な競争の減殺を確認することができないであるとか、あるいは、当該企業結合が一定程度の競争の減殺を確かにもたらしてはいるもののその結果として競争法上の懸念が発生するような場合ではないと考えられるためその減殺の実質性の存在を否定するといった法的評価の余地が考えられよう。

右の通り、その分析が競争法上の因果関係論と整合的なものであるということを確認したうえで、ここでは計画された企業結合が行われた場合とそうでない場合との間にある競争状況の実質的な差異の有無を確認するための反実仮想分析の精緻化のために競争を類型化して把握するという考え方につき再度確認し、同様の考慮が欧州における競争法上の破綻会社の抗弁適用に際しても問題となるという共通点につき確認した。前者が競争法上の懸念の有無を問わずすべての企業結合に対して行われ得るのに対して、後者のそれは競争法上の懸念の存在を前提に当該問題ある企業結合を例外的に正当化する際に焦点の当たる要件であるという違いについては留保が必要ではあるものの、反実仮想

分析を用いて企業結合の前後を比較し競争状況に実質的な差異が存在するか否かを判断するという点において両者は共通していた。これらのことは、競争法上の反実仮想分析が少なくともわが国の独占禁止法における企業結合規制、そして、EU競争法上の企業結合規制において用いられ、前者に係る競争法上の破綻会社の抗弁その運用に関しては不透明ではあるが、後者にかかる同抗弁の運用には通常の企業結合規制における因果関係論を基礎とした事件処理と若干異なる視座に立って行われる判断でありながらも反実仮想分析がやはり用いられる旨を示している。次章以降では、この点についても意識しながら論証を行ってゆく。

三　競争法上の因果関係論を基礎とした事件処理等との整合性に係る検証

前記の反実仮想分析は企業結合に係る競争法上の懸念の有無を問わず因果関係の有無の判断に供される。ただ、因果関係の不存在を理由として競争法上の懸念ある企業結合を問題なしとする場合、それでは一体いかなる原因が当該結果を発生させたと評価し得るのであろうかという疑問が当然浮上する。計画されていた企業結合により当該結果が発生していないのであれば、何故当該結果が発生しているのか、その結果発生の真の原因とは何なのかという点が当然疑問の対象となるであろう。検討対象の企業結合が競争法上の懸念を発生させると一度は考えられたのであれば、より一層同疑問は重要となろう。これは本稿の示す仮説が従来の通説に対して投げかける新規性ある問いである。実際、公正取引委員会は因果関係論を基礎とした事件処理に際して用いた反実仮想分析の過程で、単に企業結合の前後で競争状況に実質的な差異が存在しないことのみならず、何故そのような法的評価が可能となるかをも確認している。例えば、後掲平成三〇年度事例一〇の事件では、後述する通り、競争法上の懸念が認定されるような計画された企業結合が行われる場合でもそうでない場合でも独占状態となるという意味において、①競争状況に実質的な差異がない

ことを確認し、②その原因を複数事業者による競争を維持することが困難な市場構造に認めている。これらの事情に鑑みると、因果関係論を基礎とした事件処理に際して用いられる反実仮想分析は①競争状況に実質的な差異がないことを確認するという機能と②競争法上の懸念発生の原因を探求する機能を併有するという仮説が浮上する。後者②の機能に着眼すると競争法上の懸念ある企業結合の例外的な正当化に際して必要となる因果関係論を基礎とした事件処理につき序論で示した仮説も提示可能と考えられるのである。

では、このような仮説は真に今後の運用を支え諸氏の議論に耐え得るのか。ここでは、さしあたり、本稿の序論で提示した前記仮説の正当性と妥当性に係る盤石な検証を期すべく、わが国における独占禁止法上の破綻会社の抗弁その運用の現状をふりかえる。具体的には、①破綻状態の認定および②競争法上のＬＲＡ性の具備により競争法上の懸念ある企業結合も例外的に正当化する法理である競争法上の破綻会社の抗弁に係る前記法的枠組、ならびに、現行ガイドライン第４の２（８）所定の経営状況の考慮に際して問題となり得るのは、同ア所定の①弱い競争者の抗弁、同イ①所定の②破綻会社の抗弁、同イ②所定の③破綻部門の抗弁であるという前記基礎理解を前提とした概観を行うと、例えば「平成一〇年度以降の公表事例において、企業結合審査にあたり、「当事会社グループの経営状況」を考慮した[70]」「公表事例において当事会社グループの経営状況が考慮された例[71]」として枚挙されている複数の事例に鑑みると[72]、競争法上の破綻会社の抗弁が機能して例外的に企業結合を正当化し得ると考えられる事例は次の二件を除き存在しなかった[73]。

まず、平成二二年度事例五の東洋アルミニウム㈱による昭和アルミパウダー㈱の株式取得事件[74][75]では、水平型企業結合が競争に与える影響について判断する過程で「当事会社の経営状況等[76]」を考慮し、「当事会社である昭和アルミは、国内需要の減少等を背景とする経営状況の悪化から、平成一九年頃以降、親会社による継続的な財務支援等を受け、経営を維持しているものであるところ、平成二〇年度末決算以降において資本の欠損の状況が続いており、現在、債

務超過の状況にあることが認められ、収益にも大きな改善はみられていない」[77]と認めつつ、「ヒアリング等によると、東洋アルミ以外の国内外のメーカーのうち、昭和アルミを企業結合により救済可能なメーカーの存在は認められない」[78]とされた。ただ、これらの事情もふまえ行われた本件水平型企業結合の独占禁止法上の評価を見ると、同事情はあくまで有力な競争事業者が存在すること等と同様に競争法上の懸念の不存在を基礎づける考慮要素となっている[79]。したがって、このような事情に鑑みると、やはり本件は経営状況の考慮が単に競争法上の懸念の不存在を基礎づける考慮要素として機能したにすぎず、競争法上の懸念ある企業結合の存在を前提とした破綻会社の抗弁適用が直接問題となった事例とは考えられないため、先に列記した各事例と同様に、前記ア所定の弱い競争者の抗弁が考慮された事例と評価し得る。ただ、前記イ①所定の二要件充足によるいわゆる「破綻認定」[80]により競争法上の懸念ある企業結合の例外的な正当化が競争法上の破綻会社の抗弁適用によっても理論上可能ではあったが、他の考慮要素との総合考慮の結果に同適用をあえて行う必要がなかった点は留意されたい[81]。

右のような代表的な事例のなか、唯一競争法上の破綻会社の抗弁が機能するか否かにつき特に問題となった事件と評価することができるのは平成三〇年度事例七の㈱ＵＳＥＮ―ＮＥＸＴ　ＨＯＬＤＩＮＧＳによるキャンシステム㈱の株式取得事件[82][83]である。近時登場した本件においては、計画された企業結合に競争法上の懸念を認めつつ[84]、「キャンシステムは、実質的に債務超過に陥っていると認められるほか、同社の財務資料を基に実施した安全性分析…（筆者中略）…の結果やキャンシステムの事業の見通しを踏まえると、本件行為がなければ、同社は近い将来において倒産し、市場から退出する蓋然性が高いと認められる」[85]と単なる業績不振ではなく破綻状態の認定を行いつつ、「キャンシステムの上記経営状況等を踏まえると、ＵＳＥＮグループ以外の第三者がキャンシステムを企業結合により救済する可能性は低い」[86]とした。ただ、そのような認定部分に続いて、「しかしながら、キャンシステムが他社との企業結合を実際に検討した状況に鑑みれば、キャンシステムがＵＳＥＮグループ以外の第三者と企業結合を行う可能性を十

分に検討したとは認められず、キャンシステムを企業結合により救済することが可能な事業者で、本件行為よりも競争に与える影響が小さいものの存在が認め難いとまではいえない[87]」と認定し第二要件の充足を否定した。これは本件企業結合の競争法上のＬＲＡ性具備に係る立証に際して「誠実な努力[88]」を怠ったために競争法上の破綻会社の抗弁適用が認められなかったとも解し得る可能性があるという点については付言しておきたい[89]。なお、本件企業結合が競争法上のＬＲＡ性を具備していたか、主に企業結合の相手となった事業者の観点から疑問とする見解も存在する[90]。ただ、競争法上の破綻会社の抗弁適用が認められなかった本件企業結合も、当事会社が申し出た問題解消措置を前提とすれば「本件行為の有無により、業務店向け音楽放送・配信業における競争状況に実質的な差異は生じない[91]」として最終的に同企業結合は認められている点は留意されたい。本件を契機として同抗弁適用の余地は拡大されない旨の見解[92]を示した事務総長の定例会見に加え、まず計画された企業結合につき競争法上の懸念の存在を認定し、所定の法的枠組に照らし競争法上の破綻会社の抗弁適用可否を検討する点が欧州における運用と同様[93]である点は興味深い。

右の通り、わが国の独占禁止法における企業結合規制に際する経営状況の考慮に係る代表的な先例の殆どは、競争法上の懸念のない企業結合につき単に事業者の事業能力低下を追加的に確認するという現行ガイドライン第４の２（８）ア所定の①弱い競争者の抗弁の運用例にすぎなかった。先述の通り、同抗弁は競争法上の懸念を前提にせずとも考慮され得る考慮要素の一つをなすが、同イ①および②に示された②破綻会社の抗弁、および、③破綻部門の抗弁は競争法上の懸念の存在認定後に考慮されるという点に明確な差異がある。この差異を明らかにした事例こそ競争法上の破綻会社の抗弁適用が実際に問題となった前記平成三〇年度事例七の㈱ＵＳＥＮ―ＮＥＸＴ　ＨＯＬＤＩＮＧＳによるキャンシステム㈱の株式取得事件であり、審査過程に現れたその運用の有り体はまさに欧州における競争法上の破綻会社の抗弁適用に係るそれと共通点を有すると評価可能なものであった。また、平成二二年度事例五の東洋アルミニウム㈱による昭和アルミパウダー㈱の株式取得事件は競争法上の破綻会社の抗弁のみによって企業結合を例外

的に正当化可能とも考える余地があった点についても再度指摘しておかなければならないだろう。なお、③破綻部門の抗弁に関する事例は確認できなかったが、同抗弁は現行ガイドライン第4の2（8）イをその基礎とするため同部分のより詳細な運用と解明が今後も期待される。

右の通り、独占禁止法上の破綻会社の抗弁は、①競争法上の懸念ある企業結合をその適用の対象とし、②現行ガイドライン所定の二要件充足をその例外的な正当化のための条件としていることがその運用においても確認された。しかし、序論でも触れた同正当化の根拠として語られる競争法上の因果関係論は次に示すような深化可能性を保持したままであった。かかる状況下、独占禁止法上の企業結合規制全般に関して、わが国の企業結合ガイドラインは二〇一九年一二月一七日付で改定を経た。その際、当初改定予定となり実際に改定が行われた部分[94]について、競争法上の破綻会社の抗弁に関連する要素が含まれているのではないかという議論があった[95]。ただ、公正取引委員会の応答には「企業結合ガイドライン第4の2（8）「当事会社グループの経営状況」は、複数の事業者による競争を維持することが可能な状況において、一方当事会社の経営状況が悪化した場合に、当該一方当事会社を企業結合により救済する場合の考え方を示しているのに対し、同（9）「一定の取引分野の規模」は、複数の事業者による競争を維持することが困難な場合の考え方を示したものであるという点で、両者は視点が異なります[96][97]」と明記されていた。つまり、当初改定が予定されていた部分は本稿が取り扱う競争法上の破綻会社の抗弁等が問題となる救済的な企業結合を想定したものではなく、あたかも独占を容認したかのように思われる企業結合規制につき独占禁止法はそのような事態も当然想定して運用される旨を示すいわば注意規定のような文言が現行ガイドラインの明文には求められていたということのようである。「なお、企業結合ガイドライン第4の2（9）は、複数の事業者による競争が困難な場合であり、必然的に企業結合により一社になる場合にのみ適用されます[98]」とする応答部分からも先述した注意規定のような明文の必要性を読み取り得る。ここで同応答にも部分的に明示され[99]、最小最適規模の観点から因果関係が否定される場合と

も一般的に理解され、反実仮想分析[100]が採用された[101][102]平成三〇年度事例一〇の㈱ふくおかフィナンシャルグループによる㈱十八銀行の株式取得事件[103][104]に再度焦点を当てる。同事件では、対馬等三経済圏につき「実質的な競争事業者は存在せず、競争事業者からの競争圧力は認められない[105]」として計画された企業結合に競争法上の懸念が認められている。ただ、同事件においてはこれに続き、「一般的に、各事業者にとって最も効率的な供給量（最小最適規模[106]：事業者にとって平均費用が最低となる供給量）との関係で一定の取引分野における市場規模が十分に大きくなく、複数の事業者で需要を分け合うと効率的な事業者であっても採算が取れず、複数の事業者による競争を維持することが困難な場合（このような場合には、事業の譲受けにより競争事業者を創出しようにも、不採算を理由に事業の譲受先が見つからないと考えられる。）には、当該複数の事業者が企業結合を行い一社となったとしても、当該企業結合により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はならない[107]」とし、「対馬等三経済圏は、市場規模が極めて小さく…（筆者中略）…、当事会社グループは店舗等の合理化を図ってきたにもかかわらず[108]採算が取れていない状況にあるため、複数の事業者による競争を維持することが困難であると認められる。また、競争事業者に対するヒアリングによれば、競争事業者の創出のため、仮に対馬等三経済圏の店舗が譲渡されるとしても、当該店舗の譲受けを希望しない[109]」と認定し、「対馬等三経済圏では、本件統合により競争を実質的に制限することとはならないと認められる[110]」とされた。仮に市場における競争単位がすべて最小最適規模を目指さざるを得ないような状況に置かれ、やむを得ず独占を形成するような企業結合の必要に駆られた際、結合体を形成しようとする事業者らの責めに値しない事情によって競争法上の懸念が発生する場合も存在するという理解を同事件処理から読み取り得る旨は後に別途詳述する。また、計画された企業結合につき競争法上の懸念は存在しないとしながらも競争上の懸念を指摘した一見すると不可解な状態を因果関係論に基づいた事件処理により解決した点も別途詳細な考察の対象とする。いずれにせよ「企業結合ガイドライン第４の２（９）の場合において、企業結合と競争の実質的制限の間に因果関係がない[111]」とする理解は前記のような事件処理を

念頭に置いたものと現時点では考えられるのである。つまり、因果関係論を基礎とした事件処理は反実仮想分析の併有する機能の発揮等の深化を経たと考えることができるのである。このことを前提理解として、次章以降では、本稿の唱える仮説に関するさらなる試論を慎重に展開する。

四　主たる要因と従たる要因の峻別という考え方を採用する妥当性に係る検証

右の通り、因果関係の不存在を理由に競争法上の懸念ある企業結合を例外的に正当化することとなった前記平成三〇年度事例一〇の事件ではあったが、しかし、客観的な事実として、「実質的な競争事業者は存在せず、競争事業者からの競争圧力は認められない」[112]ため、同企業結合の結果「ほぼ独占状態となることから、その弊害が生じないよう所要の措置が講じられることが望ましい」[113]こととなった[114]。ただ、事実上の独占を形成する必要が生じたのは事業者らの責めに値しない事情、すなわち、「企業結合がなくても複数の事業者による競争を維持することが困難」[115]となるような市場構造が存在したためであろう。そこで、本稿は、あくまで競争法上の懸念が認定された企業結合を検討対象としているような例外的な場合に限って[116]、主たる要因と従たる要因という整理もしくは法概念を用いてこのような例外的な正当化が説明可能なのではないかという仮説を序論で提示したことにつき今一度留意されたい。同留意を前提に、次のような試論を展開する。

それでは、競争法上の破綻会社の抗弁に係る因果関係論が右の因果関係論から学び取れることとは一体何なのか。前記の通り、客観的には企業結合がなければ競争法上の懸念は発生しなかったが、競争法上の因果関係論に照らした法的評価の結果として、企業結合というよりはむしろ企業結合をせざるを得ない状態に事業者らを追いやった市場構

造にこそ原因があったと評価することが相当と考える余地を前記平成三〇年度事例一〇の事件処理に見出すことができ、このような理論構成が競争法上の破綻会社の抗弁に係る因果関係論にも有意な影響を与えるものと考えられるのである。すなわち、①前記企業結合は市場構造に由来する競争維持困難性を主たる要因とするものであって、競争法上の懸念発生という結果の原因との関係においては従たる要因に過ぎず、②同企業結合ではなく当事者らの責めに値しない事情により独占状態が発生したため競争法上の懸念が一度は認められた企業結合も例外的に正当化される運びとなったという理論構成を見出し得、それは単に行為と結果の間の因果関係の有無を判断するというレベルを超え、競争法上の懸念の真の原因を発見するまさに反実仮想分析の併有する機能の発揮がもたらした競争法上の因果関係論の深化であると説明可能なのである。あくまでも競争法上の懸念が認められた企業結合を例外的に正当化するという限定的な場合において、従たる要因と同懸念発生という結果との間には確かに因果関係があるようにも思われるが、しかし、従たる要因とは別に主たる要因が存在するため、法的評価を前提とした競争法上の因果関係論を基礎とした事件処理の結論としては従たる要因と同懸念発生という結果との間には因果関係を認めることはできないという序論で述べた仮説のような理論構成の可能性をここで再度指摘したい。このように①競争法上の懸念発生という結果の主たる要因は計画された企業結合以外に求められ、かつ、②同企業結合はやむを得ず選択された行為であり、主たる要因に付随する従たる要因にすぎないと評価する理論構成の可否を論じているのは、同様に競争法上の懸念ある企業結合を例外的に正当化するための法理である競争法上の破綻会社の抗弁が競争法上の因果関係論を基礎として競争法上の懸念ある企業結合を例外的に正当化するその理論構成の精緻化の余地があるということを示すためであった。つまり、序論で指摘した通り、既存の競争法上の因果関係論は単に行為と結果の間のみに着眼する法的判断の総体を指すと考えられてきたが、現時点においては、競争法上の因果関係論に際して登場する分析手法である反実仮想分析が実際に先例において原因の探求という機能をも発揮しているという事実から、前記仮説に係る正当性は一定程度確保さ

れ、同先例の示唆は主たる要因と従たる要因を区別して把握することであったのではないかという考えが生まれる。あくまで競争法上の懸念ある企業結合を例外的に正当化するという文脈において用いられているということに留意すべきでありながらも、同考えが前記反実仮想分析が併有する①競争状況に実質的な差異がないことを確認するという機能と、②競争法上の懸念発生の原因を探求する機能とも整合的なものであり、伴って競争法上の懸念ある企業結合の例外的な正当化を因果関係論によって実現する場合に依然として本稿が提示する仮説の中核を占める構成要素として妥当と考えられるのである。

五　結　語

本稿では、独占禁止法上の破綻会社の抗弁が競争法上の懸念ある企業結合を例外的に正当化するその根拠につき、新規の事例や諸見解等も参照しながら再考し、序論で述べたような仮説の正しさを確認すべく、主に諸氏の見解やこれまでの実務との理論的な整合性を確保することを目的に様々な検討を実施してきた。同仮説は、破綻こそが主たる要因であり企業結合は従たる要因にすぎないため、競争法上の懸念ある企業結合も競争法上の破綻会社の抗弁により例外的に正当化が可能であるとする考え方もしくは理論構成であった。

まず、諸氏の見解との整合性を探った結果、前記仮説は既存の諸見解とくに現時点で通説と考えられるものと比べてわが国の独占禁止法に係る新規の事例において採用された競争法上の因果関係論に基づいた事件処理の知見、具体的にいえば、そこで用いられる反実仮想分析が併有する機能に着眼して一石を投じている点に新規性が認められた。また、企業結合規制に際する競争法上の因果関係論をめぐる議論の余地が確かに存在することに留意しつつ、さしあたり、前記仮説が競争法上の懸念ある企業結合が例外的に正当化される場合にのみ問題となる法理の機能に関係する

ものであることを前提に考察を進め、欧米の法的枠組等も必要な範囲で適宜参考し本稿が構える仮説との理論的整合性を確かめた。

さらに、競争法上の破綻会社の抗弁、とりわけ、わが国における独占禁止法上のそれに係る代表的な運用例等に鑑みると、やはり同抗弁は競争法上の懸念ある企業結合を例外的な正当化の対象として機能するものであることが明らかとなった。加えて、競争法上の懸念ある企業結合を例外的に正当化する場面において用いられる因果関係の有無の判断に際して登場する反実仮想分析は、単に行為と結果の間にある因果関係の有無のみならず、同結果発生の真の原因を探求し暫定的に事件処理の過程で提示するという機能を併有しているということが事例分析の結果に明らかとなった。このような判断手法が競争法上の懸念ある企業結合を例外的に正当化する競争法上の破綻会社の抗弁適用に際して採用されるか否かについては定かではないものの、前記の通り、競争法上の懸念ある企業結合を例外的に正当化する際に問題となる因果関係論に基づく事件処理、具体的にいえば、反実仮想分析が問題となる事件処理に際しては、同様の理論構成が採用される可能性も否定はできないことを明確に示せたため、本稿が提示した仮説の正しさは一応示された。また、仮に相違点があるとすればそれは本稿脚注（67）所定の違いがみられるに止まると考えられることも明示した。右の通り、新説に係る仮説を提唱したが、同仮説の正当性と妥当性に係る一層の探求や他の法理に対する転用可能性等に関する研究は他日を期すこととしたい。

（1）本稿の主な先行研究に、泉水文雄「独禁法における破綻会社の抗弁について：企業の破綻と競争の一側面」大阪市立大學法學雑誌第四五巻三／四号（一九九九年）六一六頁、遠藤美光「破綻会社法理（The Failing Company Doctrine）の展開と課題」上智法学論集第二一巻二・三号（一九七八年）二〇五頁、等がある。なお本稿中ガイドラインや事件の引用文を多く用いるのは共通理解から不透明かつ困難な課題へと向けられる論証過程の理解を容易にするという目的に基づいたものである。

（2）　本稿中、有効競争とも表記するこの法概念に関しては、主に、根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説』（有斐閣、第五版、二〇一五年）、二五―二七頁と関連する脚注を参照。また、今村成和『独占禁止法』（有斐閣、新版、一九七八年）、六二頁には端的に「事業者相互間の自由な競争が妨げられていないこと…（筆者中略）…いかなる事業者も、その競争への参加が妨げられていないこと」が有効競争「が行われ得るため」の「二つの条件」と明記されている。また、これに関連し同書六三頁に「価格競争が行われないということは、競争の本質的利益が失われたものと解される」と明記されている点、および、「経済学的見地」から有効競争論に触れた同書六五頁も特筆に値する。

（3）　企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針（本稿中、現行ガイドライン）は、その導入部分（はじめに）において、「会社の株式（社員の持分を含む。以下同じ。）の取得若しくは所有（以下「保有」という。）（法第一〇条）、役員兼任（法第一三条）、会社以外の者の株式の保有（法第一四条）又は会社の合併（法第一五条）、共同新設分割若しくは吸収分割（法第一五条の二）、共同株式移転（法第一五条の三）若しくは事業譲受け等（法第一六条）」を「企業結合」とする旨の理解を示している。

（4）　今村・前掲注（2）、六四頁より引用。

（5）　現行ガイドライン第3の1（1）イ、および、同第3の1（2）第三文を参照。

（6）　その代表例たる独占がもたらし得る価格支配力発揮に伴う弊害、すなわち、不当な富の移転に伴って生じる厚生損失等については、例えば、小田切宏之『競争政策論――独占禁止法事例とともに学ぶ産業組織論』（日本評論社、第二版、二〇一七年）二頁図1―1を参照されたい。また、同書一―一七頁も競争の存在意義を考えるうえで有意義な旨付言する。

（7）　この点については、川濵昇「単独効果の理論的基礎――水平的企業結合規制の再検討」金井貴嗣ほか編『経済法の現代的課題：舟田正之先生古稀祝賀』（有斐閣、二〇一七年）二六一頁も別途参照されたい。

（8）　両効果の定義は、例えば、ＮＥＲＡエコノミックコンサルティング編『企業結合規制の経済分析――市場競争の評価手法と分析対応ガイダンス』（中央経済社、二〇一四年）、七〇―七七頁を参照されたい。

（9）　今村・前掲注（2）、六一頁より引用。

（10）　現行ガイドライン第1第一段落第一文を参照。

（11）　この理については、現行ガイドライン第3の1、とりわけ同（1）のイを参照。

（12）　*See* OECD, *Best Practice Roundtables on Competition Policy, The Failing Firm Defence*, DAF/COMP 38 (2009).

(13) *See* Japan Fair Trade Commission, Guidelines to application of the antimonopoly act concerning review of business combination, (8)B (2004, revised 2019), available at, https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/191217GL.pdf (last visited, July 10, 2020).

(14) 泉水・前掲注(1)、六二三頁、六二五頁、六四八頁。また、越知保見『日米欧独占禁止法』(商事法務、二〇〇五年)、六五九頁、および、ジャック・ビュアール＝元芳哲郎「破綻企業の抗弁――欧州における実務の分析と、日本の企業結合ガイドラインとの比較」NBL第九三二号(二〇一〇年)三四頁、三七頁脚注一六も参照されたい。*See also* Mika Oinonen, *Mergers with a financially distressed company in the United States and European Union: alike, but not the same*, vol. 34, issue 10, E. C. L. R. 538, 542-544 (2013).

(15) 村上政博『独占禁止法』(弘文堂、第八版、二〇一七年)、三五六頁。

(16) ビュアール＝元芳・前掲注(14)、三七―四〇頁。

(17) 例えば、川濵昇ほか『企業結合ガイドラインの解説と分析』(商事法務、二〇〇八年)、一八六頁脚注三九［泉水文雄執筆部分］。また、効率性の抗弁の文脈ではあるが、林秀弥『企業結合規制――独占禁止法による競争評価の理論』(商事法務、二〇一一年)、一七五―一七六頁も参照されたい。

(18) この点については、補足資料として、例えば、白石忠志『独禁法講義』(有斐閣、第九版、二〇二〇年)、七一―七二頁を参照されたい。

(19) この点、白石・前掲注(18)、七二頁にてLRAに対して述べられた、「この基準に完全に依拠してしまうと、目的の実現に必要な範囲内の手段であっても、さらにLRAが見つかればやはり違反となるかのようであり、少々神経質な法適用となって予測可能性も失われるおそれがある」とする部分は同基準の運用に係る特に重要な示唆と考えられる。

(20) 例えば、泉水・前掲注(1)、六四七頁の(イ)を参照されたい。

(21) 現行ガイドライン第4の3(4)。

(22) 垂直型企業結合に関する単独効果につき現行ガイドライン第5の2(3)、協調効果につき現行ガイドライン第5の3(2)。混合型企業結合に関する単独効果につき現行ガイドライン第6の2(3)、協調効果につき現行ガイドライン第6の3。

(23) 例えば、山根裕子『合併審査：米欧の事例と日本の課題』(NTT出版、二〇〇二年)、一九五―一九八頁を参照されたい。

（24）例えば、欧州における競争法上の破綻会社の抗弁を契機としてこの点につき論じた論文の一つに、野﨑光駿「競争法上の破綻会社の抗弁とその正当化根拠に対する一考察」法学政治学論究第一二四号（二〇二〇年）一八七頁がある。

（25）田辺治＝深町正徳編著『企業結合ガイドライン』（商事法務、二〇一四年）、一六〇頁［内山遼執筆部分］より引用。

（26）同右、一六〇頁［内山遼執筆部分］より引用。

（27）同右、一六〇頁［内山遼執筆部分］、一六一―一六二頁［内山遼執筆部分］。

（28）*Supra* note 13, at (8) A.

（29）*Id.* at (8) B.

（30）金井貴嗣ほか編著『独占禁止法』（弘文堂、第六版、二〇一八年）、二三三頁［武田邦宣執筆部分］。

（31）例えば、山根・前掲注（23）、一九五―一九八頁。

（32）例えば、松永博彬「独禁法事例速報 いわゆる「破綻企業の抗弁」がほぼ唯一の争点となった企業結合［公取委令和元6．19発表］」ジュリスト第一五三八号（二〇一九年）六頁、七頁。

（33）この点については、白石・前掲注（18）、七九頁には、ＨＨＩの増分が少ないことも因果関係の不存在を基礎づける考慮要素を形成すると指摘されている点は注目に値する。

（34）白石忠志「平成30年度企業結合事例集の検討（特集 最近の企業結合規制の動向）」公正取引第八二五号（二〇一九年）一三頁、一八―二二頁。

（35）同右、二一頁より引用。

（36）同右、二〇頁より引用。

（37）同右、一九頁より引用。

（38）深町正徳「平成30年度における企業結合関係届出の状況及び主要な企業結合事例（特集 最近の企業結合規制の動向）」公正取引第八二五号（二〇一九年）四頁、四頁。

（39）この点は、例えば、さしあたり、長谷部恭男ほか編集代表『有斐閣判例六法　令和２年版』（有斐閣、二〇一九年）、二一三五頁事件番号六九―七一所定の各事例を参照。

（40）金井ほか編著・前掲注（30）、二三四頁［武田邦宣執筆部分］。

（41）野﨑・前掲注（24）、一九八―一九九頁。競争法上の企業結合規制に際する外在的考慮は、わが国の独占禁止法に関して

いえば依然困難と思料される。

(42) 白石・前掲注（34）、一九頁より引用。

(43) 白石・前掲注（18）、七九―八〇頁。

(44) *See* Ioannis Kokkoris, *Failing Firm Defence in the European Union. A Panacea for Mergers?*, vol. 27, issue 9, E. C. L. R. 494, 509; 同見解等に係る詳細については、さしあたり、野崎・前掲注（24）、一九八頁脚注九〇に委ねることとしたい。

(45) 野崎光駿「競争法上の破綻会社の抗弁と資産の不可避的な流出に対する一考察」法学政治学論究第一二一号（二〇一九年）一〇九頁、一三三―一三四頁脚注二八。

(46) この点、類似する問題として考えられる強制の観点と独禁法違反については、例えば、白石忠志『独占禁止法』（有斐閣、第三版、二〇一六年）、一七五頁を参照。

(47) 例えば、越知保見「独占禁止法における因果関係」川濵昇ほか編『根岸哲先生古稀祝賀　競争法の理論と課題　独占禁止法・知的財産法の最前線』（有斐閣、二〇一三年）三一頁、五〇―五一頁は、競争法上の懸念の不存在を基礎づけるための単なる効率性考慮と、競争法上の懸念ある企業結合の例外的な正当化という局面で問題となる規制者ではなく被規制者側から主張されるべき効率性の抗弁に係る問題を区別し、因果関係論との関係を示唆した。事業者の自助努力では如何ともしがたい市場構造に強制されたものと法的に評価可能な行為に対する法的非難を差し控えるための因果関係論または法理の存在が窺える。

(48) 同説の萌芽は去る二〇一八年に野崎光駿「競争法上の破綻会社の抗弁と因果関係の判断基準――一九九八年フランス共和国事件判決を素材として――」法学政治学論究第一一九号（二〇一八年）三〇九頁、三二二頁に現れた。本稿はこれを受け、二〇二〇年現在確認できる新規の事例等を再考し、同論文同頁に示された競争の減少「の原因を問題となっている企業結合に求めることができない」旨を確認するための理論構成に係る仮説の正当性と妥当性を先例およびそれに関連する見解等を基礎とした検証を通じて確認する。

(49) 法学一般における「因果関係」は、さしあたり、高橋和之ほか編集代表『法律学小辞典』（有斐閣、第五版、二〇一六年）、三九―四〇頁を参照。本稿ではあくまで競争法上の法概念として「因果関係」を取り扱う点に留意されたい。同法概念に係る前記区別や議論の便宜のため、今後登場する論拠以外にも、さしあたり、平山賢太郎「ビジネスを促進する独禁法の道標（第8回）「因果関係」から眺める独禁法」Business law journal 第七巻六号（二〇一四年）八二頁を参照されたい。また、

本稿執筆中、島村健太郎「ドイツ競争制限禁止法における市場支配的なデジタルプラットフォーム事業者の濫用行為規制について：Facebook事件を素材として」一橋法学第一八巻二号（二〇一九年）三八七頁に接した。同論文四〇三―四〇四頁にはドイツ連邦共和国の競争法に関する因果関係論が示されており今後の議論の充実に寄与し得るとも考えられたため、ここに付記しておきたい。

(50) 今村・前掲注（2）、六三頁より引用。

(51) 事業者による何らかの行為のほか不可抗力により生ずる事象も含まれると解される。

(52) 今村・前掲注（2）、六四頁より引用。

(53) 同右、六四頁より引用。

(54) 同右、六四頁より引用。同頁脚注七所定の競争それ自体に係る減少に着眼した考え方を指摘した部分も併せて参照されたい。

(55) この点、独占禁止法に関して行為と結果の間にある競争法上の因果関係の有無に係る判断基準につき議論を展開することが理論上可能としても、例えば、「競争の実質的制限」の文言を契機とした違法性判断の過程で競争法上の因果関係論は当然行われると考えることも可能とも考え得る。例えば、泉水文雄「ふくおかフィナンシャルグループによる十八銀行の株式取得事例の検討」公正取引第八二〇号（二〇一九年）五三頁、五八頁には「因果関係」に関する言及が存在しないものの企業結合「により」違法な結果は発生しないという理論構成が提示されている。また、同氏が、結合関係を要件として考えるか否かについて主に論じている部分ではあるが、企業結合規制と因果関係の間にある関係性について直接触れた、同『経済法入門』（有斐閣、二〇一八年）二三頁および脚注五も参照されたい。さらに、同氏は過去すでに、同「単独行為規制をめぐる問題（特集 単独行為規制をめぐる問題）」公正取引第八〇六号（二〇一七年）二頁で「競争の実質的制限をもたらすプロセスないし発生のメカニズム」（同論文四頁より引用）の重要性を説いており、これは独占禁止法における企業結合規制にも通底し得る示唆と思料されるためこちらの論文も別途参照されたい。一方で、野崎・前掲注（24）、二〇九―二一〇頁脚注四六所定の記述もその正当性と妥当性に関する評価をしているが、例えば、白石・前掲注（34）、一九―二二頁は独占禁止法第四章各所定の「により」に因果関係論そして「こととなる」に失われる競争を回復するための問題解消措置の存立根拠をそれぞれ見出し得るため前記違法性のレベルではなくそれは独立した要件であるとも位置付け得る説が存在する。これに加えて、同じく競争法上の因果関係論の問題として、白石・前掲注（46）、一三七―一三八頁には不当な取引制限に関

してたとえいわゆるハードコアカルテルが問題となる場合であっても因果関係論は必然的に問題となり得るとの指摘がある点も注目に値する。

さらに、法的評価の次元の論点として、例えば、越知・前掲注（47）、五二頁に示されるような競争法上の因果関係論は違法性判断の段階で評価し尽くされる問題とする見解と、例えば、白石忠志「独禁法における因果関係」伊藤眞ほか編集委員『経済社会と法の役割：石川正先生古稀記念論文集』（商事法務、二〇一三年）三六九頁、三九四―三九五頁に示されるような競争法上の因果関係論は行為が違法な結果に与えた寄与度を判断する際に有益とする見解とが並存していることについては留意すべきである。

（56）白石・前掲注（46）、一四〇―一四二頁、四七五―四七六頁、五一一頁。

（57）白石・前掲注（34）、一四―二二頁。深町・前掲注（38）、一〇―一二頁。

（58）白石・前掲注（46）、一四〇―一四二頁。白石・前掲注（34）、一八頁。伊永大輔「債権譲渡の問題解消措置により長崎県の地銀統合が承認された事例［公正取引委員会平成30．8．24審査結果］」新・判例解説 watch：速報判例解説第二四巻（二〇一九年）二三三頁、二三五頁。

（59）白石忠志「平成24年度企業結合事例集等の検討（特集 最近の企業結合規制の動向）」公正取引第七五五号（二〇一三年）一〇頁、一三頁。

（60）現行ガイドライン第7の1第二段落第一文を参照されたい。

（61）泉水（二〇一九年）・前掲注（55）、五八頁。

（62）公正取引委員会「（平成24年度：事例9）㈱ヤマダ電機による㈱ベスト電器の株式取得」二〇一三年六月五日（https://www.jftc.go.jp/dk/kiketsu/toukeishiryo/keiei/h24jirei09_files/h24jirei09.pdf 二〇二〇年七月一〇日最終閲覧）、六頁第4の7第二段落より引用。

（63）公正取引委員会「（平成25年：事例9）イオン㈱による㈱ダイエーの株式取得」二〇一四年六月一一日（https://www.jftc.go.jp/dk/kiketsu/toukeishiryo/keiei/h25jirei09_files/h25jirei09.pdf 二〇二〇年七月一〇日最終閲覧）、四頁第5の4より引用。

（64）Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ C 31/5, para. 9.

（65）*See* Case COMP/M.6796, AEGEAN/ OLYMPIC II [2013] C 6561 final, paras. 834-841；野﨑光駿「競争法上の破綻会社の

抗弁に関する規制の現状と課題に対する一考察」法学政治学論究第一二三号（二〇一九年）九五頁、一〇五―一〇六頁。併せて、野崎・前掲注（24）、一九四―一九五頁も参照されたい。

（66）　*Supra* note 64, at para. 89.

（67）　例えば、中島菜子「海外注目事例からみえてくる競争法実務の着眼点（第一三回）欧州：企業結合審査において、効率性の向上を認めた上で、事業部門について破綻企業の抗弁を認めた事例 COMMISSION DECISION of 02.09.2013 Case No COMP/M.6360-NYNAS/SHELL/HARBURG REFINERY」ＮＢＬ第一〇九八号（二〇一七年）七八頁、八〇―八一頁は「ＥＵ２００４年水平型企業結合ガイドラインには、企業結合と結果発生の因果関係に関する一般的な規定が置かれているが…（筆者中略）…破綻企業の抗弁の場合について特記」されたものが同パラグラフ九に対する同パラグラフ八九の存在意義と説く。確かに、同パラグラフ八九で行われる競争法上の因果関係論による事件処理の際に行われる反実仮想分析は、同部分が示す通り、企業結合の前後を比べても競争の減少は発生するものの同減少が最小限となるよう抑制するという目的の下に反実仮想分析が行われている。また、この理解を支えるような事件処理が行われた主な先例に係る先行研究としては、さしあたり、野崎・前掲注（65）、一〇五―一〇六頁を参照されたい。

（68）　15 U.S.C. §18. 同条文の邦訳については、さしあたり、松下満雄＝渡邉泰秀編『アメリカ独占禁止法』（東京大学出版会、第二版、二〇一二年）、九―一〇頁を参照。

（69）　松下＝渡邉・前掲注（68）、九頁より引用。

（70）　公正取引委員会「公表事例において当事会社グループの経営状況が考慮された例」（https://www.jftc.go.jp/dk/kiketsu/toukeishiryo/keiei/index.html、二〇二〇年七月一〇日最終閲覧）の2より引用。

（71）　同右より引用。

（72）　なお、以下で再考する事例の公表期日の情報は、公正取引委員会「一定の取引分野の例」二〇一八年六月六日（https://www.jftc.go.jp/dk/kiketsu/toukeishiryo/1906torihikibunnya.pdf、二〇二〇年七月一〇日最終閲覧）の資料内カッコ書き内部に示された表記に依拠した。

（73）　この検討過程の詳細な展開については紙幅の限界を考慮し他日を期す。本稿が取り上げた二件の事例以外の事例に関する主な共通点は、競争法上の懸念ある企業結合をそれのみの機能によって例外的に正当化する競争法上の破綻会社の抗弁が機能した事例と評価することはできない事情を確認することができたという点である。これは本稿中でも示した前記弱い競争

者の抗弁が問題となった事例と考えるのが現時点では妥当と考えられる。

(74) 本件のさらなる詳細に関しては紙幅の限界もふまえ主に次の資料に委ねたい。菅久修一編著『独占禁止法』（商事法務、第三版、二〇一八年）、二九九頁。大泉玄之助＝小野曜子「平成22年度における主要な企業結合事例について」公正取引第七三〇号（二〇一一年）三七頁、四三頁。白石忠志「平成22年度企業結合事例集の検討」公正取引第七三三号（二〇一一年）六一頁、六七頁。

(75) 公正取引委員会「（平成22年度：事例5）東洋アルミニウム㈱による昭和アルミパウダー㈱の株式取得」二〇一〇年六月二二日（https://www.jftc.go.jp/dk/kiketsu/toukeishiryo/yunyuu/h22jirei05_files/H22jirei05.pdf、二〇二〇年七月一〇日最終閲覧）。

(76) 同右、五頁第3の1（7）より引用。

(77) 同右、五頁第3の1（7）第一段落より引用。

(78) 同右、五頁第3の1（7）第二段落より引用。

(79) 同右、六―七頁第4の1（1）および（2）。とりわけ、両部分における「加えて」なる文言を参照されたい。

(80) 菅久編著・前掲注（74）、二九九頁および三〇〇頁より引用。

(81) 同右、三〇〇頁。

(82) 本件のさらなる詳細に関しては紙幅の限界もふまえ主に次の資料に委ねたい。石垣浩晶「合算市場シェアが高くてもクリアランスのチャンスあり 平成30年度主要企業結合事例にみる公取委の判断基準と審査対応策」ビジネス法務第一九巻一一号（二〇一九年）九二頁、九三頁。白石・前掲注（34）、一八―二二頁。深町・前掲注（38）、一〇―一一頁。渕川和彦「経済法判例研究会（Number 282）㈱ＵＳＥＮ―ＮＥＸＴ ＨＯＬＤＩＮＧＳによるキャンシステム㈱の株式取得［公取委令和元6．19発表］」ジュリスト第一五四〇号（二〇二〇年）八三頁。松永・前掲注（32）。

(83) 公正取引委員会「（平成30年度：事例7）㈱ＵＳＥＮ―ＮＥＸＴ ＨＯＬＤＩＮＧＳによるキャンシステム㈱の株式取得」二〇一九年六月一九日（https://www.jftc.go.jp/dk/kiketsu/jirei/30nendo_files/h30jirei07.pdf、二〇二〇年七月一〇日最終閲覧）。

(84) 同右、五頁第3の5。本件におけるＧＵＰＰＩの取扱いは、主に、渕川・前掲注（82）、八五頁、および、深町・前掲注（38）、一〇頁を参照されたい。

（85）公正取引委員会・前掲注（83）、五頁第4の1第二段落より引用。
（86）同右、五頁第4の1第三段落第一文より引用。
（87）同右、五頁第4の1第三段落第二文より引用。
（88）服部育生「倒産寸前企業の再建合併と独禁法－上－」公正取引第四五七号（一九八八年）六二頁、六六頁、泉水・前掲注（1）、六二二頁、六三七頁脚注三八、ビュアール＝元芳・前掲注（14）、三九頁脚注二一より引用。
（89）松永・前掲注（32）、七頁。
（90）渕川・前掲注（82）、八六頁。
（91）公正取引委員会・前掲注（83）、七頁第5第二段落第一文より引用。
（92）公正取引委員会「事務総長定例会見記録」二〇一九年六月一九日（https://www.jftc.go.jp/houdou/teirei/2019/apr_jun/kaikenkiroku190619.html#cms40BA6、二〇二〇年七月一〇日最終閲覧）、質疑応答部分の一点目の応答部分。
（93）この点については、さしあたり、野崎・前掲注（48）四八、三一四頁、三二八―三二九頁を参照されたい。
（94）現行ガイドライン第4の2（9）にそのまま新設された次の部分を指す。
「（9）一定の取引分野の規模　複数の事業者が事業活動を行うと、効率的な事業者であっても採算が取れないほど一定の取引分野の規模が十分に大きくなく、企業結合がなくても複数の事業者による競争を維持することが困難な場合には、当該複数の事業者が企業結合によって1社となったとしても、当該企業結合により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はならないと通常考えられる。」
（95）その主な例として、さしあたり、田平恵「経済法判例研究会（Number 275）債権譲渡が問題解消措置とされた長崎県における地銀統合事例［公取委平成30．8．24発表］」ジュリスト第一五三二号（二〇一九年）八七頁、九〇頁。中野雄介「独禁法事例速報 債権譲渡等の問題解消措置が条件とされた地銀関連企業結合案件［公取委平成30．8．24発表］」ジュリスト第一五二六号（二〇一八年）六頁、七頁。
（96）公正取引委員会「「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」（案）及び「企業結合審査の手続に関する対応方針」（案）に対する意見の概要及びそれに対する考え方」二〇一九年一二月一七日（https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2019/dec/191217_kiketu.html、二〇二〇年七月一〇日最終閲覧）、別紙3の一八頁回答番号四〇の考え方の欄より引用。
（97）同様の見解を当初より示していた資料の主な例として、さしあたり、白石・前掲注（34）、一七頁。伊永・前掲注（58）、

二三五頁。

(98) 公正取引委員会・前掲注（96）、別紙3の一八頁回答番号四〇の考え方の欄より引用。

(99) 同右、別紙3の二二頁回答番号四六の考え方の欄を参照。

(100) Counterfactual に係る分析を指す。深町・前掲注（38）、五―六頁、一〇頁を参照。

(101) 深町・前掲注（38）、一一―一二頁。

(102) なお、EU競争法上の規制にも同分析が登場する旨は特に本稿脚注（67）で述べたが、同法に係る通常の企業結合規制に際する同分析と破綻会社の抗弁の適用に際して問題となる同分析の間には微妙な差異を見出すことが可能という点につき重ねて注意を促したい。

(103) 本件のさらなる詳細に関しては紙幅の限界もふまえ主に次の資料に委ねたい。田平・前掲注（95）。中野・前掲注（95）。伊永・前掲注（58）。藤田稔「独占禁止法判例研究会（第50回）株式会社ふくおかフィナンシャルグループによる株式会社十八銀行の株式取得に関する審査結果：公正取引委員会平成30年8月24日発表／公取委HP」NBL第一一三八号（二〇一九年）九〇頁。泉水（二〇一九年）・前掲注（55）。また、地銀の再編と統合につき、林・前掲注（17）、四九五頁脚注一九七も参照されたい。

(104) 公正取引委員会「（平成30年度：事例10）㈱ふくおかフィナンシャルグループによる㈱十八銀行の株式取得」二〇一八年八月二四日（https://www.jftc.go.jp/dk/kiketsu/jirei/30hendo_files/h30jirei10.pdf 二〇二〇年七月一〇日最終閲覧）。

(105) 同右、一五頁第5の2（2）ウ第一段落第三文より引用。

(106) *See* Alison Jones et al., Jones & Sufrin's EU Competition Law Text, Cases, and Materials 6–7 (7th ed. 2019); *see also* Herbert Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and Its Practice 35–39 (5th ed. 2016).

(107) 公正取引委員会・前掲注（104）、一五頁第5の2（2）ウ第二段落より引用。

(108) この点につき、競争維持困難性を理由とした競争法上の懸念ある企業結合の例外的な正当化に際しては、あたかも破綻会社の抗弁適用に際する要件と同様のものであるかの如く、当該企業結合の他に選び得るより競争制限的でない手段の有無の確認すなわち当該企業結合に係る競争法上のLRA性の有無という要件を見出し得る旨を仮説として付言しておきたい。

(109) 公正取引委員会・前掲注（104）、一五頁第5の2（2）ウ第三段落より引用。

(110) 同右、一五頁第5の2（2）ウ第四段落より引用。

(111) 公正取引委員会・前掲注（96）、別紙3の一八頁回答番号四一の考え方の欄より引用。
(112) 公正取引委員会・前掲注（104）、一五頁第5の2（2）ウ第一段落第三文より引用。
(113) 同右、一五頁第5の2（2）ウ第四段落より引用。
(114) 本件事件処理のうち競争上の懸念に係る金融庁による債権譲渡までの間で暫定的に実施される金利に係るモニタリング措置については、例えば、田平・前掲注（95）、八九頁が指摘するように競争上の懸念を解消するための適切で実効的な措置であると評価する見解が存在する反面、例えば、中野・前掲注（95）、七頁には競争法上の懸念との間に因果関係がなく競争法違反が存在しないのであれば同措置は不要であるとする見解も存在する点については留意されたい。
(115) 現行ガイドライン第4の2（9）より引用。
(116) 越知・前掲注（47）四七、五二頁には、競争評価の過程で原因に主従の区別を行うことへの警句が示されている。本稿はこのことも踏まえ、同評価を終えた後に例外的な正当化が行われようとする局面につき論じている。

野﨑　光駿（のざき　みつとし）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程
専攻領域　競争法
主要著作　「競争法上の破綻会社の抗弁と因果関係の判断基準――一九九八年フランス共和国事件判決を素材として――」法学政治学論究第一一九号（二〇一八年）
「競争法上の破綻会社の抗弁と資産の不可避的な流出に対する一考察」法学政治学論究第一二一号（二〇一九年）
「競争法上の破綻会社の抗弁に関する規制の現状と課題に対する一考察」法学政治学論究第一二三号（二〇一九年）