

企業結合規制に関する独禁法上の刑事罰について

Penalty against Illegal Combination of Companies under Japanese Anti-Trust Act

小林 一 于

KOBAYASHI, Kazuo

1. はじめに

独禁法の法目的の実現手段（エンフォースメント）の一つとして、刑事罰が用意されているが、従来刑事告発に消極的であった公正取引委員会（公取委）は、平成2年の日米構造問題協議を受けて、

- ① 一定の取引分野における競争を実質的に制限する価格カルテル、供給量制限カルテル、市場分割協定、入札談合、共同ボイコットその他の違反行為であって国民生活に広範な影響を及ぼすと考えられる悪質かつ重大な事案
- ② 違反を反復して行っている事業者・業界、排除措置に従わない事業者等にかかわる違反行為のうち、公取委の行う行政処分によっては独禁法の目的が達成できないと考えられる事案

については積極的に刑事処罰を求めて告発を行うこととされた¹⁾。

しかし一方で

- ① 独禁法違反行為がいわゆる「法定犯」であり、「自然犯」ではないことから、違反者に罪の意識が希薄であると考えられること
- ② 独禁法の保護法益は、自由競争経済秩序の維持とされており、かかる抽象性ゆえに一般人の理解が浸透しているとは言い難いと考えられること
- ③ 違反者の故意の立証（事実の認識と違法性の意識）が困難であること

1) 平成2年6月20日、独占禁止法違反に対する刑事告発に関する公正取引委員会の方針

- ④ 行為主体の大半が法人であるが、その法人につき刑事責任能力がないとされていること²⁾

により刑事告発が見送られるケースもあり、活性利用されているとは言いきれない状況にある³⁾。

しかし法定犯だから罪の意識が希薄である、あるいは独禁法の抽象的法益が理解されにくいといっても、これは絶対的事由ではなく、一般市民の法意識なり世論の動向、変化、成熟度等との相対的關係で論ぜられるべき問題であって、過去をそのまま延長して議論することは出来ない。特に最近悪質な政・官・財（民）を巻き込んだ談合事件が次から次へと発覚、摘発されるにつれ、一般市民意識はますます研ぎ澄まされてきており、独禁法の厳正なる刑事制裁活用の要請は日に日に高まり、喫緊の課題となっている。

独禁法の法目的は、市民感覚的にも体内に沁み込んできており、独禁法と一

- 2) (座談会)「独占禁止法と刑事罰」ジュリスト1020号18頁(1993年)

法人の犯罪能力に関し芝原邦爾教授は、「刑事責任の本質は非難であって、その非難の前提としては、誰かの故意・過失の存在が要求される。そのときに刑法上組織体全体の故意・過失ということが言えるかどうかですが、それを直接考えることは困難である。そこで結局、まず、自然人である個人の故意・過失を問題とせざるを得ない」と刑法学者からの意見を述べている。

同趣旨は、(座談会)「独占禁止法の刑事罰強化をめぐる問題」公正取引508号45, 46頁(1993年)西田典之教授の発言にも見られる。

なお、企業の犯罪行為に関し、まず最初に個人の責任を考えるとする刑法の理解は実態に合致しないから、企業を犯罪行為の主体と認めるべきとする船田正之教授の主張に対し、伝統的な刑法理論を展開する西田教授とのやりとりは、独禁法における刑事罰の立法的課題を示唆するものである。

- 3) 郷原信郎「独占禁止法の刑事罰適用をめぐる諸問題(上)(下)」公正取引510号, 511号(1993年)は、独禁法上の刑事告発の道のりが平坦でなかった原因として、「独禁法違反の犯罪が一般の犯罪と較べてかなり特殊な性格を有しているにもかかわらず、それが必ずしも十分に認識されていない」ことがあげられるとし、その特殊性の由来するところは独禁法違反行為の「抽象性」にあり、その要素として「保護法益が抽象的であること」、「行為の内容自体が漠然としており、抽象的だということ」、「行為主体が事業者であり、多くの場合、法人という抽象的存在だということ」を挙げられている。

般市民の距離は着実に近づいてきているのである⁴⁾。

かかる市民意識の高揚、世論の趨勢を見るとき、独禁法の行政的制裁（排除措置命令、課徴金）、損害賠償訴訟、差止請求に加え、刑事制裁の厳正かつ適切な運用を図り、独禁法違反の未然防止機能の一層の強化が求められるのである。

しかるに独禁法を改めて観察するとき、規定上刑事罰についていくつかのアンバランスが認められ、まず、独禁法規定の整理・再編と解釈変更が、刑事罰制裁適用の前提作業になるのではないかと考え、以下企業結合規制と刑事罰の関係に限って、小論をまとめるものである。

2. 企業結合規制違反の罪の概括

独禁法第91条企業結合規制違反の罪を概括してみると次の通りである。

① 金融業以外の大規模会社による株式保有規制（第9条の2）

第91条第1号により

1年以下の懲役又は2百万円以下の罰金（以下刑事罰Bという）

② 会社による株式保有規制（第10条）

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は、

第91条第2号により 刑事罰B

③ 金融会社による株式保有の規制（第11条）

第91条第3号により 刑事罰B

④ 役員兼任の規制（第13条）

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は、

4) なお、金子晃「独占禁止法違反行為と刑事罰」『国際化時代の独占禁止法の課題』523頁以下 日本評論社（1993年）は、刑事罰強化の必要性として、①市場原理の有効性・妥当性の再確認 ②消費者の利益の確保、国民生活のより一層の充実の要請 ③わが国市場の一層の開放 ④競争条件の国際的調和の必要性、を挙げている。

第91条第4号により 刑事罰B

⑤ 会社以外の者による株式保有の規制 (第14条)

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は、

第91条第5号により 刑事罰B

上記①—⑤のパターンの規制につき脱法行為を行なった者 (第17条) は、

第91条第6号により 刑事罰B

以上5つのパターンの企業結合規制については、いずれも刑事罰が明記されているが、同じ企業結合であっても、次の企業結合形態については、刑事罰が明記されていない。

⑥ 持株会社規制 (第9条)

平成9年の独禁法第9条第1項及び第2項の改正により、持株会社は、いわゆる「全面禁止」から「原則解禁」になった。旧法第9条第1項及び第2項違反は、旧第91条第1号により、

1年以下の懲役又は2百万円以下の罰金 (上記刑事罰Bに相当) であったが、これが改正に伴い削除されたことにより、現行の第9条第1項「事業支配力が過度に集中することとなる持株会社は、これを設立してはならない」又は同条第2項「会社 (外国会社を含む。以下同じ) は、国内において事業支配力が過度に集中することとなる持株会社となつてはならない」に違反しても刑事罰はないものと解釈されている⁵⁾。

⑦ 合併規制 (第15条)

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合併、及び不公正な取引方法による合併は禁止されているが (第15条第1項

5) たとえば岸井大太郎, 向田直範, 和田健夫, 内田耕作, 稗貫俊文「経済法」(第3版補訂) (以下「経済法」という) 42頁 有斐閣 (2001年) には次の記載がある。

「公正競争阻害性を要件とする不公正な取引方法の禁止, 事前届出制をとる合併・営業譲渡の規制および届出・報告制をとる持株会社の規制には直接的な罰則の定めはない。」

第1号及び第2号),

同条違反による合併についても刑事罰の定めはない。

定めのない理由については、同条第2項において、合併計画の公取委に対する事前届出規制があるので、違法な合併は法律上存在しえないとする説⁶⁾と、事前届出・審査制の対象になっているからだとする説⁷⁾がある。

- ⑧ 共同新設分割・吸収分割規制（第15条の2）についても同条違反による刑事罰の定めはない。
- ⑨ 営業の譲受け等の規制（第16条）についても同条違反による刑事罰の定めはない。

以上刑事罰の定めのない、上記4パターンの企業結合規制に共通している規制方法は、公取委に対する届出義務を課していることである。

以下その届出規制と刑事罰の関係を見てみると次のとおりである。

- ① 持株会社規制（上記⑥）については、一定以上の総資産額の持株会社につき、第9条第6項、第7項で公取委に報告書の提出又は届出義務

6) 糸田省吾「(事例) 独占禁止法 (新版)」331頁 青林書院 (1995年) は、次のように言う。「会社の合併に関する15条1項違反についても罰則の定めがない。これは、会社の合併について、事前届出制をとっており、同項に違反する合併は事前に規制され、法律上存在しえないからである。」

7) たとえば根岸哲、船田正之「独占禁止法概説」308頁 有斐閣 (2000年)
「合併・営業の譲受等の禁止規定違反の場合には、刑事罰の定めがない。」「合併や営業の譲受等の場合には事前届出・審査制の対象となっていることが刑事罰の対象とされていない理由であろう。」

岸井他「経済法」42頁 前掲 (注5) 参照。

服部育生「比較・独占禁止法」(第3版) 342頁 泉文堂 (2000年)

「合併等の制限に関わる規定の違反行為には、罰則の定めがない。」「合併等は事前届出が要求され、これらの規定の違反に対して罰則が定められていることによる。」

を課しており、その提出又は届出をせず又は虚偽の記載をした報告ないし届出書を提出した者は、第91条の2 第3号及び第4号により、
2百万円以下の罰金（以下刑事罰Cという）に処せられる。

- ② 合併規制（上記⑦）については、第15条第2項で、合併計画に事前届出制が規定されており、同第4項では、「届出を行った会社は」（即ち、届出を行わない会社は対象外であることに要注目）届出受理の日から30日を経過するまでは合併をしてはならないとされている。

これら第15条第2項（事前届出違反）及び第4項違反（合併待機期間違反）の者は、第91条の2 第6号及び第7号により、刑事罰Cに処せられる。

- ③ 共同新設分割・吸収分割規制（上記⑧）については、第15条の2 第2項で共同新設分割計画の事前届出義務、第3項で吸収分割計画の事前届出義務、第6項で「届出を行った会社は」（同じく届出を行わない会社は対象外である）、届出受理の日から30日を経過するまでは、共同新設分割又は吸収分割をしてはならないとされている。

これら第15条の2 第2項、第3項、第6項違反の者は、第91条の2 第8号及び第9号により、刑事罰Cに処せられる。

- ④ 営業の譲受等（上記⑨）については、第16条第2項で、営業又は営業上の固定資産の譲受に関する計画の事前届出義務が、第5項で「届出を行った会社は」（同じく届出を行わない会社は対象外である）、届出受理の日から30日を経過するまでは、営業の譲受等をしてはならないとされている。

これら第16条第2項、第5項違反の者は、それぞれ第91条の2 第10号、第11号により、刑事罰Cに処せられる。

以上9つの企業結合規制にあって、

- 刑事罰のないもの——・持株会社規制
- ・合併規制

- ・共同新設分割・吸収分割規制
- ・営業の譲受等規制

ただしこれら4つの企業結合パターンは、いずれも届出制で規制され、届出違反が刑事罰の対象とされている。(この場合、いずれも刑事罰C)

- 刑事罰のあるもの——
- ・金融業以外の大規模会社による株式保有規制
 - ・会社による株式保有規制
 - ・金融会社による株式保有規制
 - ・役員兼任規制
 - ・会社以外の者による株式保有規制
- (いずれも刑事罰B)

以上でわかるとおり、最も重い刑事罰の対象となる、私的独占、不当な取引制限の罪を規定する第89条による、3年以下の懲役又は5百万円以下の罰金(以下刑事罰Aという)にあたるものは、企業結合規制違反の罪としては見当たらないようである。

3. 罪状の重さ

企業結合は、市場支配力を獲得するための市場支配行為であると理解されているから、企業結合規制を、独禁法禁止行為形態の3本柱である、私的独占、不当な取引制限、不公正な取引方法のうち、私的独占規制を補完し、予防する規制ととらえるのが通説の考え方である⁸⁾。

それにもかかわらず、以上見てきたとおり、企業結合規制違反行為には、私的独占違反行為に課せられる刑事罰Aは課せられない規定構成になっているものと考えられる。

しかるに、企業結合違反の罪状の重さを見ると、組織結合力の強度から判

8) たとえば、今村成和「独占禁止法(新版)」164頁 有斐閣(1978年)

断して、何といたってもその筆頭に立つのは、従来全面禁止とされてきた持株会社規制違反であることは異論のないところであろう。

次が合併であり、共同新設分割・吸収分割である。その次に一連の株式保有規制、営業の譲受等と続き、最後に役員兼任規制となるのが順当ではあるまいか。

筆頭と目される持ち株会社規制に刑事罰がなく、合併にもなく、共同新設分割・吸収分割にもなく、次の一連の株式保有規制に刑事罰Bがあり、営業の譲受等ではなく、役員兼任規制に刑事罰Bがあるというのは、あまりにもバランスを失しているとは言えないだろうか。

さらに刑事罰がない上記各種企業結合パターンに対しては、届出義務違反を捉えて、それに刑事罰Cで対応するという考え方にも合点が行かない。

この考え方の裏に潜む思想は、次のようなものであろうかと推測される。

いみじくも前述の糸田説⁹⁾の言うように、事前届出制があるから、違法合併は事前規制され、「法律上存在しえない」(根岸・船田説¹⁰⁾、「経済法」説¹¹⁾及び服部説¹²⁾は、そこまではっきり言及していないので、同様の前提なり、考え方に立脚しているのか否か、必ずしも明確ではない)ということであるが、そもそも届出をしない違法な合併を事前にどう発見し、摘発出来るのだろうか(「法律上存在しえない」ということが、「独禁法が100%遵守されておれば、違法合併は存在しえない」ということを単に意味しているのであるとするならば、独禁法違反行為に対する対処方法には全く言及していないことになるので、かかる単純かつ無意味な所説を述べておられるものとは考えられない)。

たとえば、合併10年後になって、違法合併が発覚し、摘発されても、事前届出違反ということだけで2百万円の罰金(刑事罰C)というのでは、いわ

9) 前掲 注6) 参照

10) 前掲 注7) 参照

11) 前掲 注5) 参照

12) 前掲 注7) 参照

ゆる感銘力はおろか、刑事罰による独禁法違反行為に対する予防的機能の発揮は、到底期待できないのではなかろうか（刑事訴訟法第250条第5号による公訴時効3年は、違法合併による届出違反が継続犯と考えられるので、適用されないであろう）。

あるいは、どのような手掛かりにより、排除命令を下し、無効の訴えを起こすことが出来るのであろうか（第17条の2、第18条）。事前に合併計画の届出を要する会社の規模は、総資産額基準でそれぞれ100億円以上、10億円以上であるが、この程度の中小規模の会社は無数に存在するからである¹³⁾。

合併計画の事前届出違反の会社は、刑事罰Cである。事前「届出を行った会社」が合併待機期間違反により合併すると、刑事罰Cである。

逆にいえば、合併計画の事前届出を行っていないことが発覚しない会社は、そもそも何の刑事罰の対象にもならないで済まし得るのであり、さらには、排除命令、無効の訴え等行政制裁の対象にもならない可能性があるということである。ここが問題なのである。

真面目に届出を行った者が馬鹿をみるシステムである。届出を行えば網にかかるが、届出を行わなければ網にかからないで済むこともあり得るということである。

以上の考え方の前提は何かと推測すれば、「ダメなものはダメなのだから、ダメなものはありえない」という思い込み、ないしは性善説論理、あるいは取り締まる側からの論理の陥穽におちいってしまっていると言えるのではなかろうか。かかる思い込みないし論理を法律の前提にすると、法律に期待されている違法行為の摘発が出来なくなるばかりか、違法行為の未然防止・予防機能の発揮、さらには今後最も傾注されるべき摘発手段・ノウハウ開発の努力も、期待できなくなるのではないかと懸念されるところである。

13) 総資産ベースでの本邦法人数を明らかにする適当な資料が見当たらないが、資本金ベースでは、「平成11年分 税務統計から見た法人企業の実態」国税庁企画課編、（平成12年12月）、10頁によれば、平成11年分 全国法人数252万7,224社のうち、資本金10億円以上の法人は、6,601社あり、資本金1億円以上10億円未満の法人は、29,981社ある。従い総資産ベースでは、この数を上回るものと考えられる。

企業結合のうち最も罪状が重いと見られる持株会社規制は、それよりも軽いと見られる合併、共同新設分割・吸収分割あるいは営業の譲受等に対する「事前規制」(事前届出規制)ではなくて、「事後規制」(第9条第6項及び第7項による報告書の提出ないし届け出)となっているが、これでよいのか、はなはだ疑問である(方法論的に事前規制とすることが出来ないことではないと考えられる。実質事前規制とするやり方は、対象となる会社数が限られているから、創案することは実践的に困難ではなかろう)。

それとも持株会社規制に引っかかるのは、巨大グループ会社だから、事後規制でも取りこぼしはないというのなら、その考え方は極めて危険である。

違法な持株会社になる前の予防規定(刑事罰)が、是非とも必要である。

4. 一つの立法論と解釈論

以上総合勘案し、

- ① 持株会社、合併、共同新設分割・吸収分割、営業の譲受け等、4つの届出規制違反(手続法違反)に加え、それらに対応する各種企業結合違反(実体法違反)についての刑事罰を定めるべきである。
- ② さらに、独禁法違反となる持株会社は、「事業支配力が過度に集中することとなる」わけであり、それは即ち「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」につながる蓋然性は極めて高いものと考えられるから、かかる蓋然性が必然性に近くまで高められた持株会社には、第89条 私的独占の罪(刑事罰A)が適用されると解釈することは、決して不自然ではなく、かえってそれにより他の企業結合規制との刑事罰上のバランスが、スムーズに取れてくるものと考えられるのである。

平成9年の独禁法改正により、旧法第91条第1号の廃止により、持株会社違反ないし同設立違反に対して刑事罰(刑事罰Bに相当)はなくなったと、単純に解釈すべきではないのである。なくなった

のは「持株会社」一般に対する刑事罰であって、「事業支配力が過度に集中することとなる持株会社」に対する刑事罰は、かえって強化され、刑事罰Aが適用されることもあり得ると解釈出来るよう改正されたのだと考えるべきなのである。

5. 不公正な取引方法に対する刑事罰について

不公正な取引方法に関しては、刑事罰がないというのが通説である¹⁴⁾。

実方教授は、不公正な取引方法に関して刑事罰がないのは、母国アメリカで、それが刑事罰の対象になっていないという沿革的な理由からだと説明されており、かかる罰則の定めがないのは、均衡を欠くものであると述べら

14) たとえば、今村成和「独占禁止法入門」(第4版)192頁 有斐閣(1995年)は、「不公正な取引方法の禁止違反の行為や、不公正な取引方法を構成要件に含む禁止規定違反の行為については、その定めはない。これは、不公正な取引方法の多くは、取引社会において普通に行われている取引方法が、公正競争阻害のおそれがある場合に違法とされるものであることところから処罰の対象とする程の悪性はない、と解されたことによるものであろう。」としている。

実方謙二「独占禁止法」(第4版)447頁 有斐閣(1998年)は、「独占禁止法の実体規定違反(不公正な取引方法を除く)と審決違反などの手続規定違反に対しては、89条以下に罰則の定めがある。」と記述している。

根岸、船田 前掲 注7)は、「不公正な取引方法の場合には、公取委の告示によって初めて違法とされる行為であり、しかもその内容が必ずしも明確でなく、あらかじめどのような場合に違法となるかを知ることが困難なことが多いこと」が刑事罰の対象とされない理由とする。

白石忠志「独禁法講義」(第2版)30頁 有斐閣(2000年)は、刑事罰は、「事実上、不当な取引制限だけである」とし、不公正な取引方法には一覽表上○付けされていない。

村上政博「独占禁止法」(第2版)516頁 弘文堂(2000年)

「不公正な取引方法については罰則の定めはない。」

佐藤一雄、川合克倭、地頭所五男編「テキスト独占禁止法」78頁 青林書院(2000年)
「不公正な取引方法を用いた場合については、罰則の定めはない。」

れている¹⁵⁾。

比較法的にわが国の独禁法をみても、たとえば、商品もしくは役務の対価に係るもの又は実質的に商品もしくは役務の供給量を制限することによりその対価に影響がある不当な取引制限をしたときは、課徴金が課せられ、かつ刑事罰を課するという法構造は、アメリカにはないわが国特有の構造であるから、アメリカで不公正な取引方法が刑事罰の対象になっていないという理由だけで、当然わが国でもならないとする理由にはならない。

確かに「公正な競争を阻害するおそれがある」という厳格性に欠ける定義では、刑事罰を課せるかどうかという、構成要件上の問題があることは否定できないが、それは上記独禁法の沿革的事由とは別問題である。

独禁法上の企業結合規制と不公正な取引方法との関連をみると次のとおりである。

① 第9条 持株会社については、不公正な取引方法という文言そのもの

糸田 前掲 注6) 330頁は、「不公正な取引方法を用いた場合については罰則の定めがない。これは、不公正な取引方法の違法性が『公正な競争を阻害するおそれ』にかかっており、これはその時々々の経済環境、業種の特性、当該事業者の属する市場構造、取引の相手方との相対的な関係等を総合勘案して判断されるものであり、そのため、その構成要件は、法律で規定するよりは公正取引委員会の指定に委ねることの方が適当であるとされているところからも明らかのように、抽象的にならざるを得ないところから、いわば罪刑法定主義的な観点から、罰則になじまないと考えられたものといえよう。」としている。

岸井他 前掲 注5) 参照

服部 前掲 注7) 「不公正な取引方法およびそれを構成要件に含む禁止規定——の違反行為には、罰則の定めはない。」これについては「処罰の対象とするほどの悪性がない」ことよるとしている。

15) 実方 前掲 注14) 448頁は、「不公正な取引方法のうちには、他の事業者の事業活動の明白な制約など、罰則の対象行為と同様な悪性をもつ行為もあり、一方、株式保有の制限などの政策的、技術的な規制の違反についても罰則の定めがあるから、不公正な取引方法の全体について罰則の定めがないのは均衡を欠くものである。」とする。

がない。

- ② 第9条の2 金融業以外の大規模会社による株式保有の規制についても、不公正な取引方法なる文言はない。
- ③ 第10条 会社による株式保有規制については、刑事罰Bを定める第91条第2号で、不公正な取引方法による株式保有が、刑事罰の対象にならないよう、意識的に規定されている。
- ④ 第11条 金融会社による株式保有規制については、不公正な取引方法なる文言はない。
- ⑤ 第13条 役員兼任規制では、刑事罰Bを定める第91条第4号で、不公正な取引方法による役員兼任は、刑事罰の対象にならないよう意識的に規定されている。
- ⑥ 第14条 会社以外の者による株式保有規制でも、刑事罰Bを定める第91条第5号で、不公正な取引方法による会社以外の者による株式保有は、刑事罰の対象にならないよう意識的に規定されている。
- ⑦ 第15条 合併規制では、同条第1項第2号で、不公正な取引方法による合併が存在することは規定されているが、それに対応する刑事罰の定めはない。
合併計画事前届出違反に対する刑事罰という、手続法上の刑事罰規定となっている。
- ⑧ 第15条の2 共同新設分割・吸収分割では、同条第1項第2号で、不公正な取引方法による共同新設分割・吸収分割が存在することは規定されているが、それに対応する刑事罰の定めはない。事前届出違反に対する刑事罰という、手続法上の刑事罰規定となっている。
- ⑨ 第16条 営業の譲受等では、第1項で不公正な取引方法による営業の譲受等が存在することは規定されているが、それに対応する刑事罰の定めはない。
事前届出違反に対する刑事罰という、手続法上の刑事罰規定となっている。

以上のように、不公正な取引方法と各種企業結合規制違反の刑事罰との関連は、

- ① 不公正な取引方法には全く触れないもの。
 - ・ 持ち株会社規制
 - ・ 金融業以外の大規模会社による株式保有規制
 - ・ 金融会社による株式保有規制
- ② 不公正な取引方法による企業結合規制違反に対する刑事罰を、意識的に排除しているもの。
 - ・ 会社による株式保有規制
 - ・ 役員兼任規制
 - ・ 会社以外の者による株式保有規制
- ③ 不公正な取引方法による企業結合の存在は認めているが、それに対する刑事罰を規定していないもの。(事前届出違反に対する手続法上の刑事罰のみを課するもの。)
 - ・ 合併
 - ・ 共同新設分割・吸収分割
 - ・ 営業の譲受等

に3分類されるが、法律上の整備が、以下の通り、不十分、不徹底であることは、明らかである。

特に合併、共同新設分割・吸収分割、営業の譲受等については、不公正な取引方法による企業結合規制違反があることを法令上認めている以上、それに対応する実体法違反にかかわる明確な規定を設けるべきであると考えられる。規定されていないから刑事罰は当然ないのだとする理解は、必ずしも成り立たないことを以下に示したい。

たとえば不公正な取引方法と合併との関係を、前述の糸田説¹⁶⁾に従って刑

16) 糸田 前掲 注6) 参照

事罰の関係からみると、次のようになるのではなかろうか。

糸田説では、違法合併は事前届出性があるから「法律上存在しえない」とされる。

この理解は、事前届出違反という手続法違反の措置が既に用意されているので、実体法違反の措置を敢えて規定する必要はなかったのだとする所説と同理になる（前述の通り、根岸・船田説¹⁷⁾、「経済法」説¹⁸⁾および服部説¹⁹⁾が、同様の所説に立っているか否かは、必ずしも明確ではない）。

換言すれば、手続法違反に対して刑事罰（第91条の2第6号、第7号）があるのだから、本来ならば実体法違反に対しても当然刑事罰を用意すべきところ、手続法違反で実体法違反はすべて摘発できるのであるから、敢えて実体法違反の刑事罰を用意する必要がなかったのだとの解釈にたどり着く。

特に第15条第2項、第4項の手続法違反及びそれによる刑事罰（第91条の2第6号、第7号）が、第15条第1項第2号による不公正な取引方法による合併形態（同項第1号による競争を実質的に制限することとなる合併形態ではなく）の手続法違反及びそれによる刑事罰（同上）を排除していないことは、最も注目を要する点である。即ち、不公正な取引方法による合併に関する手続法違反は、明らかに刑事罰の対象になっているのである。

以上、手続法違反規定の存在により、実体法違反の規定を省略したのだとする理解から、不公正な取引方法による合併の事前届出違反に対して刑事罰がある以上（手続法違反）、不公正な取引方法による合併そのもの（実体法違反）についても当然刑事罰が前提とされていたのだと理解することは、不自然ではなかろう。

即ち、現行独禁法上、不公正な取引方法について、刑事罰が暗黙の前提とされているのだとする法解釈は、一つの解釈として十分成り立ち得るのである。

17) 根岸, 船田 前掲 注7) 参照。

18) 岸井他 前掲 注5) 参照。

19) 服部 前掲 注7) 参照。

同じことは、不公正な取引方法による共同新設分割・吸収分割に関する手続法違反及び不公正な取引方法による営業の譲受け等に関する手続法違反が、刑事罰の対象から排除されていないことから演繹できるのである。

不公正な取引方法は、そもそも刑事罰の対象ではない、と最初から決めてかかることは、極めて危険である所以である。

6. おわりに

違法な企業結合の上記9パターンについて、刑事罰のあるもの、ないもの及びないものについて事前規制とするもの、事後規制とするものが混在しており、合理的にしてかつ明確なる区分基準が示されていない。

各パターンの罪状の重さに応じた、実体法違反行為に対する、バランスある刑事罰の創設が望まれる。

さらに「事業支配力が過度に集中することとなる持株会社」については、現行独禁法でも刑事罰を課すことは可能であり、かかる方向での運用が今後望まれるところである。

次に不公正な取引方法による企業結合規制違反に関する刑事罰規定については、両者の関係に一切触れないもの、意図的に刑事罰を排除するもの、不公正な取引方法による違法行為があることは認めるが実体法違反行為の刑事罰を規定せず、手続法違反の刑事罰規定にとどめるもの等があり、一貫した法的論理構成のもとでの明確なる合理的体系化がなされていない。しかし独禁法の解釈上、不公正な取引方法による一部の企業結合違反にたいして刑事罰で臨むことは全く出来ないとは言い切れない状況である。

独禁法の厳格、適切なる運用が、一般消費者の利益を確保し、国民経済の民主的で健全な発達を促進させるとする法目的からして、今ほど求められて

20) 滝川敏明「独禁法違反の刑事罰—国際比較からの検討」ジュリスト983号42, 43頁(1991年)は、「刑事罰を有効に活用するためには、現行の法規定と解釈の変更が必要になる。さらに、法規定の改善にとどまらず、公取委と検察庁が、実際に毎年着実に刑事罰適用例を積み重ねていくことが望まれる。」と、つとに指摘されている。

いる時期はないのである。

かくして、独禁法の法目的のより一層の実現のためにも、最も予防的制裁力を発揮する刑事罰の、合理的にして体系的な整理・見直し、解釈と、厳正にして積極的な適用が以上の通り、期待されるところである²⁰⁾。

以 上