

ドイツ競争制限禁止法における市場支配的企業の
濫用行為の規制について

山
部
俊
文

I はじめに

II 規制の概要と沿革

一 規制の概要

二 規制の沿革

三 規制の状況

III 濫用行為

一 規制の目的

二 妨害的濫用

(一) 一般的基準（アプローチ）

- 1 「二つの基準」説
 - 2 「独占行為」説
 - 3 「弾力的基準」説
- (一) GWB二三条四項二文一号
 - (二) 妨害的濫用行為の類型
 - (三)
 - 1 低価格販売
 - 2 リベート
 - 3 結合(抱き合わせ)取引・排他的取引
- 三 搾取的濫用
 - (一) 総説
 - (二) 濫用認定の基準
 - (三) 比較市場
 - 1 総説
 - 2 地理的比較市場
 - 3 商品比較市場
 - 4 時間的比較市場(ソツケル理論)
- (四) 取引条件の濫用
 - (五) 価格・取引条件の差別
- 四 その他の濫用行為
- IV 規制の方法(法的効果)

一 行政手続

(一) 概要

(二) 禁止処分・契約の無効宣言

二 過料手続

三 民事法的効果

V むすびにかえて

I はじめに

一 本稿は、ドイツ競争制限禁止法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 以下、GWBと略記する) 二条の市場支配的企業の濫用行為の規制を取り上げて検討を加えるものである。

二 市場支配的企業の濫用行為の規制という制度は、ドイツをはじめとするヨーロッパの独占禁止法制において重要な位置付けが与えられている。⁽¹⁾ W・メッシュェルによれば、市場支配的企業の濫用行為を包括的に規制するGWB二二条は、GWBの体系上、「中心的規定」であり、⁽²⁾ ①GWB一条による水平的競争制限(カルテル)契約の規制及びGWB一五条以下の垂直的競争制限契約の規制、⁽³⁾ ②GWB二三条以下による合併・株式取得等の企業結合の規制と並んで、GWBの「第三の柱」(dritte Säule)である。⁽⁴⁾

もっとも、GWB二二条に言う「市場支配的地位の」「濫用」は、不明確な概念である(文献では、《extrem unbestimmter Rechtsbegriff》(極度に不明確な法的概念)という表現が多用される⁽⁵⁾)。もとより、ドイツ立法府及び

学説も、「濫用」の概念の具体化・明確化の努力を重ねてきているが、結論から言えば、度重なるGWB改正による立法的な手当にも拘らず、また、学説の努力にも拘らず、市場支配的企業のどのような行為が「濫用」と評価されるのかは、必ずしも明らかにされていないのが現状である。本稿の目的の第一は、このGWB二二条の「濫用」概念の具体化をめぐる理論状況を示すことにある。

三 一方、わが独占禁止法は、米国反トラスト法を継受母法としており、ドイツ（ないしヨーロッパ）の独占禁止法制とは、その体系をかなり異にしている。米国反トラスト法には、GWBの市場支配的企業の濫用行為の規制に（少なくとも直接的に）対応する規制はなく、それはわが独占禁止法についても同様である（強いて言えば、その対応関係は、わが独占禁止法の私的独占の規制及び不公正な取引方法の規制の両者に及んでいる）。この意味で、市場支配的企業の濫用行為の規制は、ドイツ（ヨーロッパ）の独占禁止法制に特徴的な規制であり、あるいは、ドイツ（ヨーロッパ）の伝統に根ざす規制と言い得るかも知れない。

もちろん、個々の規制類型を見れば、米国反トラスト法やわが独占禁止法にもそれに対応する規制が存在する場合もある（例えば、不当廉売等）。しかしながら、ドイツ（ヨーロッパ）と米国の個別の規制類型の比較対照の前提として、ドイツにおける市場支配的企業の濫用行為の規制を全体として把握する作業も決して意味のないことではあるまい。そこで、本稿は、右の観点から、GWB二二条による市場支配的企業の濫用行為の規制全般を取り上げることとした。

四 もっとも、ドイツにおける市場支配的企業の濫用行為の規制は、GWB二二条だけではなく、GWB二六条二項ないし四項の規制（差別行為・妨害行為等の禁止）、さらには不正競争防止法（Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb）（以下、UWGと略記する）による規律（特にUWG一条）も視野に入れる必要がある（例えば、不当廉売行

為は、GWB二二条、同二六条、UWG一条の全てに関わってくる。また、近時のヨーロッパ統合の進展からすれば、GWB二二条と直接的な対応関係にあるヨーロッパ独占禁止法の規制（EEC条約八六条）についても検討を加える必要がある。しかし、GWB二二条は、一応、それ自体で完結した規制と見ることができ、本稿では、さし当たりGWB二二条による規制に焦点を絞って検討を加えることとし、GWB二六条による規制、UWG一条等による規制、さらにはEEC条約八六条による規制をも含めた考察は、今後の課題としたい。

五 また、GWB二二条の規制は、①規制の対象となる企業、つまり、市場支配的企業の認定、②その「濫用」行為の認定、という二段階の作業からなるが、①の市場支配的地位の問題については、その形成又は強化が規制基準となる企業結合規制（GWB二三条ないし二四a条）との関係で、すでに検討を加えたことがあり、ここでは①の問題については簡単に触れるにとどめ、②の「濫用」行為の問題を中心に論じることとする。なお、GWB二二条の規制には、もちろん市場支配的な需要者（買手）の「濫用」行為も含まれるが、需要者については市場の画定及びその市場支配的地位の認定について特別の考慮が必要となる場合があり、本稿では、専ら市場支配的な供給者の側からの「濫用」行為を取り上げることとする。⁽⁷⁾

(1) 参照、正田彬『EC独占禁止法』（一九九〇）一八九頁。

(2) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, *GWB, Kommentar zum Kartellgesetz*, 2. Auflage, 1992 (以下、Immenga/Mestmäcker, *GWB, Kommentar* と略記す), § 22 Rdnr. 1; W. Möschel, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, 1983 (以下、W. Möschel, *Wettbewerbsbeschränkungen* と略記す), Rdnr. 500; Monopolkommission, *Mehr Wettbewerb auf allen Märkten, Hauptgutachten X*, 1992/1993, 1994, Tz. 496.

(3) 例え、Kl.-P. Schultz, in: E. Langen/H.-J. Bunte, *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 7.

Aufgabe, 1994 (以下「Langen/Bunte, Kommentar zur Wettbewerbs-Gesetzgebung」), § 22 Rn. 71.

- (4) H.-J. Ruppelt, in Langen/Bunte, Kommentar, § 22 Rn. 3.
- (5) G W B O 二六条二項ないし四項の規定は次の通り(マル数字、カッコ書きは筆者による付加)。
- (二) 二項一文 ①市場支配的企業、②二条ないし八条、九九条一項一、二号及び同二項、一〇〇条一項及び同七項、一〇二条ないし一〇三条の意味での企業の団体、及び、③一六条、一〇〇条三項又は一〇三条一項三号によって価格を拘束している企業は、同種の企業が通常行うことのできる (zugänglich) 取引において、他の企業を直接的又は間接的に不当に妨害し、又は、客観的に正当な理由なしに、同種の企業に対して直接的又は間接的に差別的取り扱いをしてはならない。(二文以下は省略)
- (三) 二項一文 市場支配的企業及び二項一文に掲げる企業の団体は、客観的に正当な理由なしに、その市場地位を、取引において自己に有利な条件を付与するように他の企業を誘引することに利用してはならない。(二文省略)
- (四) 項) 中小の競争者に対して有力な市場地位 (überlegene Marktmacht) を有する企業は、その市場力を、中小の競争者を直接的又は間接的に不当に妨害することを利用してはならない。
- (6) 参照、山部俊文「市場支配的地位と結合規制」一橋論叢九五巻二号(昭和六〇)一四五頁、同「西ドイツ競争制限禁止法における推定規定と企業結合規制」一橋論叢九六巻三号(昭和六一)八七頁、同「西ドイツ競争制限禁止法における寡占的市場支配と企業結合規制」一橋研究二巻四号(昭和六三)三七頁、同「ドイツ競争制限禁止法第五次改正と企業結合規制」一橋論叢一〇六巻一号(平成三)一一五頁。
- (7) ドイツ G W B O 二二条の市場支配的企業の濫用行為の規制を取り上げる近年の邦語文献としては、岸井大太郎「ドイツ競争法における『業績競争理論』(一)・(二)」法学志林八三巻一号(昭和六〇)一頁・同四号(昭和六一)六一頁(以下、岸井・前掲①として引用する)、同「西ドイツ競争制限禁止法における『価格濫用』規制」経済法学会年報七号(一九八六)(以下、岸井・前掲②として引用する)一五四頁、田中裕明「経済力濫用規制の研究(一)」(5・完)「そのうち特に(3)」追手門経済論集二四巻一号(平成元)一一〇頁・同三号(平成二)八八頁・同二五巻三号(平成二)一〇八頁・同二六巻二号(平成三)五一頁・同二七巻二号(平成四)一五六頁、服部育生「競争制限禁止法における市場支配力濫用の3行為類型」名古屋

学院大学論集・社会科学編二七卷三号（一九九一）二二五頁などがある。（なお、本稿の校正の段階で、外崎忠「競争制限禁止法における市場支配的又は市場有力な地位の濫用概念」千葉商大論叢三三卷四号（一九九六）三三三頁に接した。）

II 規制の概要と沿革

本節では、まず、GWB二二条の規制の概要、立法・改正の経緯を取り上げ、次いで、規制の現状を概観することとしたい。なお、規制の方法（規制の法的効果）については、本稿IVで取り上げることとする。

一 規制の概要

一 GWB二二条の構成は、二つの部分に分かれる。すなわち、①規制の対象となる者（「名宛人」(Adressat)と呼ばれる）、つまり市場支配的企業に関する規定（一項ないし三項）と、②その濫用行為に対してカルテル官庁の規制権限を定める規定（四項ないし六項）である。

二 まず、前者の市場支配的企業についてであるが、GWBは市場支配的地位を、単独の企業によるものか（単独市場支配 Einzelmarktbeherrschung）、複数の企業によるものか（共同市場支配 gemeinsame Marktbeherrschung）ないし寡占的市場支配 Oligopol-Marktbeherrschung）に区別して規定する。この市場支配的企業は、GWB二六条の差別行為・妨害行為の禁止の名宛人ともなっており、また、GWB二三条以下の企業結合規制においても、市場支配的地位の形成又は強化が規制基準となっている。GWB二二条で定義される市場支配的地位は、これらの規制についても共通の前提を提供する。

GW B 二二条一項一号によれば、(ア)ある企業が競争者を有していない場合、又は、(イ)ある企業が実質的競争に直面していない場合、当該企業は市場支配的であるとされる。前者(ア)は、いわゆる「完全独占」(Vollmonopol)であり、ある市場において一企業しか活動していない場合を意味する。(イ)のケースは「準独占」(Quasi-Monopol)と呼ばれるが、学説はこの実質的競争の欠如による市場支配の意義を次のように説明する。すなわち、当該企業が他の市場参加者(競争者・取引相手方)を特に考慮することなく、その市場行動を概ね決定できる場合が、この類型の市場支配に該当するとされる。⁽⁸⁾ 次いで、GW B 二二条一項二号(前段)によれば、ある企業が競争者との関係で優越的市場地位(übertragende Marktstellung)を有する場合も、当該企業は市場支配的であるとされる。この場合、市場占拠率、資金力、販売市場又は購入市場へのアクセス、他の企業との結び付き(Verflechtungen)等が考慮されなければならぬとされている(同二号後段)。学説・判例は、この優越的市場地位による市場支配について、当該企業がその市場戦略を展開するに際して、又は、個々の行動パラメーター(価格・品質等)の投入に際して、優越的(一方的)な「行動の自由」(Verhaltensspielraum)を有するか、あるいは、競争によって十分なコントロールを受けられない「行動の自由」を有する状態として説明している。⁽⁹⁾ その有無は、GW B 二二条一項二号後段に掲げられる考慮事項に照らして判定されることとなるが、学説・判例上、優越的市場地位の認定については、右の考慮事項を含むあらゆる関連事実の包括的・総合的評価によって行われるとされている(総合的考察方法 Gesamtbetrachtungsweise)。⁽¹⁰⁾

GW B 二二条一項一号後段の実質的競争の欠如による市場支配と同二号の優越的市場地位による市場支配の関係について、連邦通常裁判所は、それらが独立した択一的関係にあり、実質的競争が存在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の認定が可能であるとしており、同二号の優越的市場地位の方が同一号の実質的競争の欠如よりも競争制限の程度が低い段階で市場支配地位を認定するもの(つまり、同二号の優越的市場地位が市場支配的

地位の下限を示す」と把握されているようであるが、この点に関しては異論もあり、両者の関係については余り明確なものとはなっていない。もっとも、濫用規制に関して言えば、実質的競争が存在する場合には、濫用行為を認定する余地はないと言われている。

さらに、GWB二二条二項によれば、複数企業も、その間に実質的競争が存在せず、かつ、当該複数企業が全体としてGWB二二条一項の要件を充足する場合は、市場支配的であるとされる。また、GWB二二条三項によれば、(ア)一企業が三分の一以上の市場占有率を有する場合、(イ)三(又は五)以上の企業が二分の一(又は三分の二)以上の市場占有率を有する場合に、当該企業が市場支配的地位(ア)の場合が単独企業の市場支配的地位、(イ)の場合が複数企業の市場支配的地位)を有することが推定される。もっとも、「推定」と言っても、私法上の推定とは異なり、もっぱらカルテル官庁の規制手続の開始を動機付ける着手基準として理解されている。

三 以上、GWBにおける市場支配的地位の意味内容について概観したが、GWB二二条四項・五項による規制は、この市場支配的地位の存在が前提となる。すなわち、GWB二二条一項二号の優越的市場地位に関して言えば、競争による十分なコントロールを受けず、各種の行動パラメーター(価格・品質等)の投入に際して「行動の自由」を有する企業が前提となっている。そのような企業による一定の行為が「濫用」としての評価を受けることとなる。

また、二二条一項ないし三項で問われているのは、当該企業の特定の市場における地位であり、当該企業の有するいわば絶対的な地位ではないことにも留意する必要がある(いわゆる「市場力概念」(Marktmachtkonzept))。これは市場支配的企業の側から見れば、その活動領域の一部に着目するものであり、当該企業全体の絶対的な経済規模・地位は原則として問題とはならないことを意味する。もっとも、先に見たように、市場支配的地位の認定においては、資金力(Finanzkraft)等の企業それ自体に関連する事項も考慮事項として掲げられており(GWB二二条一

項二号後段)、当該企業の市場での地位を評価する要素という形で企業それ自体の地位・力も勘案されることとなる。

四 次いで、GWB二二条四項ないし六項が二二条固有の規制となる。GWB二二条四項一文は、一般条項的なカルテル官庁⁽¹²⁾の介入要件を規定する。すなわち、「当該商品又は役務もしくは他の商品又は役務に関する市場において、市場支配的企業がその地位を濫用的に利用する (missbräuchlich ausnutzen) 場合」、カルテル官庁は当該行為を禁止し、契約の無効を宣言することができる。同項二文には、濫用行為の内容を具体化した次のような例示規定が置かれている。

(GWB二二条四項二文)

一文の意味での濫用は、特に市場支配的企業が一定の種類の商品又は役務の供給者又は需要者として以下の各号に掲げる行為をする場合に認められる。

- 1 当該市場における競争にとって重大な態様で他の企業の競争の可能性 (Wettbewerbsmöglichkeiten) を客観的に正当な理由なしに侵害する場合。
- 2 有効な競争が存在すれば高い蓋然性で生ずるであろうものとは異なる対価又はその他の取引条件を要求する場合。この場合、有効な競争が存在する比較可能な市場 (vergleichbarer Markt) での企業の行動が考慮されるものとする。

3 市場支配的企業自身が比較可能な市場において同種の購入者に対して要求するよりも不利な対価又はその他の取引条件を要求する場合。ただし、その差異が客観的に正当化される場合はこの限りでない。

この規定の分析は、節を改めて行うこととするが、ここでは若干の用語について予め説明を加えて置く。GWB二二条における濫用行為は、一般に、「妨害的濫用」(Behinderungsmissbrauch) と「搾取的濫用」(Ausbeutungs-

mißbrauch) に整理分類されている。妨害的濫用とは、他の経済主体（通常の場合は競争者）の自由な競争行為を制約するタイプの濫用行為であり、搾取的濫用とは、取引相手方（「市場の相手方」(Marktegensetzte)）という用語がしばしば用いられる）を搾取する、つまり、相手方に不当に不利な価格・取引条件を設定するタイプの濫用行為である。⁽¹³⁾このような整理は、一九六五年の第一次GWB改正後に一般化したものである。それ以前の段階では、契約締結の際の濫用と事実的（行為による濫用という区別）・整理が行われていた。⁽¹⁴⁾これは、当時のGWB二二条と二六条に対応した整理である。第一次改正によるGWB二二条への一般条項（現行四項一文）の導入により、右のような意味での形式的整理は意味を失い、濫用行為の内容による整理・分類が追求されることとなり、そこで出現したのが、主として競争者に対するヨコの関係での妨害的濫用行為と、専ら買手（及び売手）に対するタテの関係での搾取的濫用行為という分類である。もちろん、結合取引（抱き合わせ取引）のように、両者が交錯する場合もある。その後一九八〇年の第四次GWB改正によって例示規定が導入された後も、原則的に、この整理分類は維持されている。

右に掲げたGWB二二条四項二文一号ないし三号の規定に照らして言えば、一号が妨害的濫用に該当し、二号及び三号が搾取的濫用に該当する。⁽¹⁵⁾もっとも、三号については、妨害的濫用と搾取的濫用の両者の要素を有しており、搾取的濫用とは別に「価格・構造的濫用」(Preis-Strukturmißbrauch) あるいは「価格・条件差別」(Preis- und Konditionenpaltung) として整理分類する立場も見られる。⁽¹⁶⁾

二 規制の沿革

一 GWB二二条による市場支配的企業の濫用行為の規制は一九五七年のGWB制定時から存在しているが、この規定は改正を重ねて現在に至っている。ここでは主として現行GWB二二条四項の規定の文言の変遷を中心にその経緯

を概観することとした⁽¹⁷⁾。

二 G W B 制定時の二二三項（現四項）は、二つの局面における濫用行為を規定していた。すなわち、①契約の締結の際の価格の要求又は提示もしくは取引条件の設定における濫用（三項一文一号）、そして、②市場支配的地位の濫用的利用による結合取引（抱き合わせ取引）の強制である（同二号⁽¹⁸⁾）。これらの規定について、政府草案理由書は、まず、一般論として、「市場支配的企業がその独占力を濫用して、正当化されない価格（ungerechtfertigter Preis）を要求又は提示する場合、正当化されない取引条件を用いる場合、あるいは、許容されない結合取引（Kopplungsgeschäft）を行う場合」に規制が許容されるとする。そして、右の①に関しては、「価格又は取引条件が、有効な競争がある場合において存在するであろう状態と著しく異なっており、この差異について経済的な正当性（Rechtfertigung）が欠如している」ことをカルテル官庁が証明する必要性を指摘し⁽¹⁹⁾、濫用の認定にあたって後述する「仮想競争」（Als-ob-Wettbewerb）という考え方を採ることが示されている。また、右の②の結合取引（抱き合わせ取引）については、連邦上院修正提案及び経済政策委員会報告書は、それが「常に」濫用行為を構成するとしており⁽²⁰⁾、とりたてて濫用の認定の基準に触れていない。

三 一九五七年に成立したG W B は、一九六五年に第一次の改正が行われ、G W B 二二条の市場支配的企業の濫用規制についても重大な改正が加えられることとなった。その契機となったのは、一九六二年の連邦経済省学術顧問団の報告書である。同報告は、市場支配的企業の濫用行為の規制が有効に機能していないと評価し、当時のG W B 二二条三項が契約締結の局面に濫用行為を限定していることを「狭すぎる」（zu eng）として、一般条項化によって規制の射程を広げることを主張した。また、濫用行為は、市場支配的企業が属する市場でのみ行われるとは限らない旨も指摘する⁽²¹⁾。これを受けて、一九六五年の第一次G W B 改正は、一九五七年法二二三項一号・二号を廃し、一般条項を

導入することとなる。また、市場支配企業が属する市場（被支配市場）(beherrschter Markt) と表現される場合が多い）だけではなく、当該市場支配的企業が影響を及ぼす別の市場（「第三市場」(dritter Markt)）における濫用行為についても規制が可能となるような修正も行われた。⁽²³⁾ 第一次改正によって導入された一般条項は、そのまま現行の二二条四項一文に引き継がれている。このような一般条項への改編は、法適用を困難なものとする一面があることは否定できないが、連邦カルテル庁は、この改正を受けて、はじめてGWB二二条（のみ）に基づく規制を試みることとなった。⁽²³⁾

四 次いで、一九七三年の第二次GWB改正では、規制の対象となる市場支配的企業に関する規定に対して大幅な修正が加えられることとなった。すでに一九六七年の連邦カルテル庁年次報告に対する連邦政府見解において、連邦カルテル庁及び裁判所が市場支配的地位の認定に極めて慎重である旨が指摘され、⁽²⁴⁾ 第二次改正では市場支配的地位の認定の困難の軽減という濫用の行為主体の面からの規制の実効性の改善が試みられることとなる。⁽²⁵⁾ 具体的には、前述したGWB二二条一項二号の優越的市場地位という類型の市場支配的地位の定義規定が新たに導入され、同三項に専ら市場占拠率に基づく市場支配的地位の存在に関する推定規定が新設されることとなった（これを受けて、従来の三項が四項に移動している）。もっとも、この一連の改正（特に優越的市場地位の導入）を市場支配的企業の濫用行為の規制の強化の視点のみから把握するのは適切ではない。すなわち、この第二次GWB改正によって、GWB制定時からの懸案であった（実質的な）企業結合規制（materielle Zusammenschlußkontrolle）（企業結合の禁止を内容とする規制）が市場支配的地位の形成又は強化を規制基準として導入されたからである。

第二次改正後、カルテル官庁による二二条に基づく濫用行為の規制（特に搾取的濫用としての高価格販売の規制）が活発に行われるようになる。もっとも、カルテル官庁による正式の処分に至るケースは少なく、また、正式の処分

が行われた場合も裁判所によって最終的に否定されている。

五 一九八〇年の第四次GWB改正では、再び濫用行為の内容に関する改正が行われる。濫用行為の例示規定が新設され(二二条四項二文一号ないし三号)、これが現行法となっている。GWBにおける市場支配的企業の濫用行為の規制に関する立法・改正作業は、この第四次改正によって一応完結したと見ることが出来る。ここでは、当初の一九五七年法と同様、再び濫用行為の内容が規定されることとなった。

一九七六年六月二六日付GWB改正に関する政府声明は、市場支配的企業に対する濫用規制を改善する必要がある(26)とし、翌一九七七年の独占委員会第一次一般報告に対する政府見解において、濫用概念の内容を法律で具体的に規定することを改正の検討課題とすることが示された。(27) もっとも、当初の政府草案段階では、二二条四項の改正案は含まれておらず、制裁手段の改善(後述する「過剰収入」の徴収)が盛り込まれていただけである。現行GWB二二条四項二文は、その後の経済委員会の審議において導入されることとなる。経済委員会は次のように述べる。(28) すなわち、まず、「市場支配的企業に関する濫用規制は、その実際の運用の困難にも拘らず、競争がその制御機能をもはや有効に發揮していない市場における経済力の規制のための不可欠の手段である」との認識を示した後、「政府草案が企図する制裁の欠如の除去にとどまらず、……濫用の認定について例示規定による具体的な基準をカルテル官庁に提供し、GWB二二条の適用を容易に行えるようにすることが、濫用(規制)の実効性を改善するために適切である……」とする。そして、「判例がこのような濫用形態に関して展開してきた諸原則に基づいて」、GWB二二条四項二文一号に妨害的濫用の内容が例示され、同二号・三号に(経済委員会報告の表現によれば)価格・条件濫用(Preis- und Konditionenmißbrauch)(=搾取的濫用)の内容が例示されることとなった。また、経済委員会報告書は、これらがあくまでも例示規定であって、市場支配的企業の行為が右の各号の類型に該当しない場合も、一般的な濫用概念(GW

B二二条四項一文に照らして濫用行為とされることがあり得る旨を述べている。

六 一九八九年の第五次GWB改正では、濫用行為自体に係わる改正はなく、GWB二二条四項はそのまま維持されたが、二二条一項の単独企業の市場支配的地位の定義について若干の改正が行われている。すなわち、GWB二二条一項二号の優越的市場地位の認定に際しての考慮事項の追加・新設である。新設された考慮事項は、専ら商業分野における買手側の市場支配的地位（大規模小売業者を念頭に置いている）の認定に手がかりを与え、当該分野での企業結合規制の実効性を高めることを狙ったものである。²⁹⁾

七 以上、GWB二二条に関する立法・改正の経緯を概観したが、度重なる改正の目的は、端的に言うならば、規制の実効性を高めることに尽きる。では、その成果はどうか。次に、実際の規制の状況を見ることとしたい。

三 規制の状況

一 GWB二二条による市場支配的企業の濫用行為の規制は、少なくとも公式のカルテル官庁の処分の数から見れば、必ずしも活発な状況にはない。一九五七年のGWB制定時から一九六五年の第一次改正までの期間では、GWB二二条（のみ）に基づく規制事例は存在しない。第一次改正から一九七三年の第二次改正までの期間では、GWB二二条による公式の規制は三件を数えるのみである。しかし、GWB第二次改正の後、カルテル官庁による規制は活発化し、特に搾取的濫用のケース（高価格販売）が積極的に取り上げることとなる。高価格販売規制に関するこの時期の著名なケースとしてはバリウム（Barium）事件（後述）があるが、これを含め連邦カルテル庁の禁止処分（価格引き下げ命令Ⅱ上限価格の指示）は最終的に連邦通常裁判所によって否定されるに至っている。その結果、搾取的濫用行為（高価格販売）に対する規制は、現在ではほぼ停止状態にあると言われている。³⁰⁾ また、GWB二二条における「濫用」

のもう一つの形態である妨害的濫用のケースについては、一九七七年以降、連邦カルテル庁の運用姿勢が積極的なものとなり、連邦カルテル庁の最近の規制は、もっぱらこの妨害的濫用行為に向けられていると言われている。⁽³¹⁾

二 統計的な数字を掲げると、第四次GWB改正のあった一九八〇年までに連邦カルテル庁が手続開始をしたケースは九四八件に達するが、禁止処分が確定したケースは一件もない。一方で、企業側による自発的な当該行為の中止が一二〇件に達している。州カルテル庁の場合は、手続開始が一、九六七件、確定した禁止処分が三件、企業側の自発的中止が二五二件とされている。⁽³²⁾ 最近の状況を見れば、次の通りである。⁽³³⁾

連邦カルテル庁		州カルテル庁			
手続開始	禁止処分	行為の中止	手続開始	禁止処分	行為の中止
一九八九年	〇件	〇件	二八件	〇件	六件
一九九〇年	六件	一件	三件	四一件	〇件
一九九一年	一五件	一件	三件	三三件	〇件
一九九二年	二二件	〇件	〇件	七九件	三件
一九九三年	九件	〇件	〇件	八二件	〇件
一九九四年	八件	〇件	四件	七三件	〇件
					一一件

三 右のような数字等から、ドイツにおいても、GWB二二条による濫用規制は低調傾向にあると評価されているが、その理由・原因としては、次のようなことが指摘されている。すなわち、①市場の国際化に伴って、競争が活発化していること、②一定の産業分野に対しては特別の規制が施されていること（例えば、金融・保険の分野）、③GWB二二条の規制とその守備範囲が広範に重なり合うGWB二六条の規制（妨害行為・差別行為の禁止）により、二二条

に基づく規制の発動に至らない場合があること等である。⁽³⁴⁾ もっとも、問題とされた濫用行為について、先に見たように、正式の行政処分ということではなく、(正式の手続開始の前後を問わず) 企業側がカルテル官庁の意向を受けて、あるいは勧告 (GWB 二二条五項二文) によって自発的に中止したケースも (おそらくは多数) あることに注意する必要がある。このようないわば非公式の規制もあることを念頭に置けば、正式処分の数 (のみ) を手がかりにして GWB 二二条による規制の状況を評価することは適切でない。規制の状況をどのように評価すべきか一概に言えないところがある。

- (8) 例えば、Fr. Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5. Auflage, 1995 (以下、Fr. Rittner, Kartellrecht と略記する), S. 288 (§ 12 Rdnr. 19).
- (9) 例えば、連邦通常裁判所一九七六年七月三日決定・WuW/E BGH 1435, 1439 (Bitamin-B-12) ; W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 53.
- (10) 例えば、連邦通常裁判所一九七六年十一月一六日決定・WuW/E BGH 1445, 1449 (Valium) ; W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 54.
- (11) 例えば、連邦通常裁判所一九七六年七月三日決定・WuW/E BGH 1445, 1449 (Valium) ; W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 44 ; Ph. Jebens, Der Ausbeutungsmißbrauch nach § 22 GWB, 1995 (以下、Ph. Jebens, Der Ausbeutungsmißbrauch と略記する), S. 17.
- (12) カルテル官庁には、連邦カルテル庁 (Bundeskartellamt) と各州のカルテル庁がある。本稿では、両者を併せて言う場合、カルテル官庁と表記する。
- (13) 参照 U. Loewenheim/R. Belke, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 4. Auflage, seit 1977 (以下、Loewenheim/Belke, Kommentar と略記する), § 22 Rdnr. 49.

- (14) 参照 Ph. Jebens, Der Ausbeutungsmißbrauch, S. 27.
- (15) 例えは W. Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 540.
- (16) 例えは V. Emmerich, Kartellrecht, 7. Auflage, 1994 (以下 V. Emmerich, Kartellrecht と略記する), S. 258; J. Burkhardt, Kartellrecht, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Europäisches Kartellrecht, 1995 (以下 J. Burkhardt, Kartellrecht と略記する) Rdnr. 357 など。
- (17) G W B 二二条の濫用規制の沿革を述べた邦語文献として、参照、舟田正之「取引における力の濫用(一)——西独における『購買力濫用』問題を素材として——」立教法学二七号(一九八六)一一頁以下。
- (18) 一九五七年 G W B 制定時の二二条三項(現四項)は、次の通り。
 (一文) カルテル官庁は、以下の場合において、市場支配的企業に対して四項に掲げる権限(筆者注・禁止処分及び契約の無効宣言)を有する。
 1 当該商品又は役務に関する契約の締結に際して、市場支配的企業が価格の要求又は提示もしくは取引条件の設定においてその市場支配的地位を濫用的に利用する場合、又は、
 2 市場支配的企業が、市場支配的地位の濫用的な利用によって、当該商品又は役務に関する契約の締結に際して、客観的に付随しない商品又は役務もしくは通常の商取引にあっては付随しない商品又は役務を契約相手方に受け入れさせざる場合。
 (二文) 市場支配的地位が濫用的に利用されているかどうかの評価に際しては、あらゆる事情が考慮されなければならない。
 (19) Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1952, Bundestags-Drucksache I/3462, S. 20, 33, など。政府草案と成立した G W B 二二条とは文言が異なる部分があるが、実質的には同一である。
 (20) Änderungsvorschläge des Bundestages, 1954, Bundestags-Drucksache I / 3462, Anlage 2, S. 67; Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, 1953, Bundestags-Drucksache II/3644, S. 26.
 (21) Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundeswirtschaftsministerium, 23. Juli 1962, Bundestags-

- Drucksache IV/617, S. 96 (Tz. 45 f.).
- (22) 参照' Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1964, Bundestags-Drucksache IV/2564, S. 15.
- (23) 連邦カルテル庁一九六七年一〇月二日決定・WuW/E Bkarta 1189 (Handpreisauszeichnungsgerät)。この連邦カルテル庁の処分は、ケルリン控訴院一九六九年二月一八日決定・WuW/E OLG 995 にて支持されている。参照' 舟田・前掲(注17)一八頁、服部・前掲(注一)一三五頁。
- (24) Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in dem Jahr 1967, Stellungnahme der Bundesregierung, Bundestags-Drucksache V/2841, S. 3.
- (25) 参照' Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1971, Bundestags-Drucksache VI/2520, S. 21, 23; Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft, 1973, Bundestags-Drucksache 7/765, S. 2.
- (26) 参照' H.-Chr. Kersten, in H. Glassen, u. a., Frankfurter Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Auflage, seit 1986, § 22 Tz. 27.
- (27) Monopolkommission, Mehr Wettbewerb ist möglich, Hauptgutachten I, 1973/75, 1976, Tz. 63.
- (28) Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, 1980, Bundestags-Drucksache 8/3690, S. 24 f.
- (29) 参照' Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1989, Bundestags-Drucksache 11/4610, S. 10, 17 ff.
- (30) 参照' V. Emmerich, Kartellrecht, S. 272 (§ 17, 14, a), aa)).
- (31) 参照' W. Möschel, in Immenga/Mesimäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 4; V. Emmerich, Kartellrecht, S. 231 (§ 17, 2).
- (32) 鈴木孝之「西ドイツ競争制限禁止法の論理(六)」公正取引三八九号(一九八三)五六頁。 Bericht des Bundeskartell-

amtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1979/80, Bundestags-Drucksache IX/565, S. 275 ff.

(33) 連邦カルテル庁の各年次報告書から抜粋した。Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1989/1990, Bundestags-Drucksache 12/847, S. 140 f.; Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1991/1992, Bundestags-Drucksache 12/5200, S. 167 f.; Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1993/1994, Bundestags-Drucksache 13/1660, S. 170 f.

(34) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 4.

(35) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 4.

Ⅲ 濫用行為

前節で概観したGWB二二条の規制の構成・沿革等を踏まえ、本節では濫用行為そのものの検討に進むこととするが、まず、規制の目的を取り上げることとしたい。濫用概念の具体化にとって、その規制目的の把握が重要な意義を持つからである。

一 規制の目的

一 GWBでは、市場支配的地位の存在それ自体は原則的に許容されている。市場支配的企業の出現は、それが合併等の企業結合によるもの以外は規制されていない。つまり、企業の内部的成長を通じた市場支配的地位の獲得・強化は、GWBにおいては許容されている。⁽³⁶⁾ GWBの規制は、この点で、米国反トラスト法の独占行為 (monopolizing) の規制とは異なっていると理解されている。⁽³⁷⁾ また、市場支配的地位の単なる利用は、GWB上、許容されており。⁽³⁸⁾ G

WBが介入するのは、市場支配的企業がその地位を「濫用」する場合である。

二 G WBにおける「濫用」(Missbrauch)の概念は、統一的に把握可能な概念ではない。⁽³⁹⁾それは二種類の「濫用」に分けられている。第一のタイプの「濫用」は、適用除外カルテルのように本来は規制されるべき競争制限的「行為」を一定の要件の下で許容した上で、その「濫用」を監視するというものである。その場合の「濫用」の認定は、本来は規制されるべき競争制限行為を許容する目的に照らして判断されることとなる(例えば、GWB 一条・二二条)。第二のタイプの「濫用」は、そのような特定の許容目的とは結び付いていない「濫用」であり、GWB 二二条における「濫用」はこのタイプに属する。従って、第一のタイプのように特定の許容目的を基準にして「濫用」の有無を導くことはできないとされる。⁽⁴⁰⁾

三 市場支配的企業の濫用行為を規制するGWB 二二条の基礎には、L・ミックシュ (Leonhard Misch)、『W・オイケン (Walter Eucken) などに代表されるドイツのネオリベラリズム (新自由主義 Neoliberalismus) ないしフライブルク学派の思想がある』⁽⁴¹⁾とされる。その内容について、F・リットナーは次のようにまとめている。すなわち、市場は可能な限り広範な競争によって規律され、「完全競争」(vollständiger Wettbewerb)の状態に置かれるべきであるが、それが不可能な場合、つまり、独占が存在する場合のように不完全な競争しか存在しない場合には、市場はあたかも完全な競争が存在しているかのような状態で構成されなければならない、そして、そのような場合には、国家が競争の役割と機能を代替しなければならず、競争による間接的な規律の代わりに、市場価格と市場条件を直接にこの仮想的競争の基準に従って確定しなければならぬ、とされる。⁽⁴²⁾右に述べたような「あたかも競争があるかのように」という視点からするアプローチは、「仮想競争原理」(Prinzip des als-ob-Wettbewerbs)あるいは単に「仮想原理」(Als-ob-Prinzip)と呼ばれている。

四 もっとも、W・メッシュェルなど有力学説は、右のネオリベリズム的な「仮想競争」の考え方は、少なくとも現在のGWB二二条の市場支配的企業の濫用行為の規制とは直接的に結び付いていないと評価している。ネオリベリズムにおける「仮想競争」を基準とする規制は、実質的には、いわゆる自然独占の領域を念頭に展開されている一方で、GWB二二条の規制は、このようないわば競争政策の範囲外にある例外的な領域に関わるものではなく、通常の場合における市場での競争を阻害をもたらす市場支配的地位に関して適用されるものであるからである。GWB二二条の規制は、自由競争の確保を目的とするGWBの体系に組み込まれている。また、ネオリベリズム的な一般的な形での「仮想競争」の基準は、必然的に企業活動全体の規制をもたらすこととなるが、GWB二二条は包括的な企業活動の規制を行うものではなく、特定の市場における個別具体的な行為を規制するものである。現行のGWB二二条四項二文二号が「濫用」に該当するかどうかの評価に関して採用する「比較市場」という方法（別の競争的市場との対比から当該行為が「濫用」に当たるかどうかを評価する手法のこと。詳細は後述。）も、単に個別具体的な行為に関わるものであるので、右の理解と矛盾しないとす⁽⁴³⁾る。

確かに、右の批判が指摘するように、当初のネオリベリズムにおける独占企業に対する包括的な規制の基準としての「仮想競争」の考え方は、そのままの形でGWB二二条に採用されている訳ではなく、GWB二二条の採る個別具体的な行為の規制に合致するように変容していると言えよう。⁽⁴⁴⁾GWB制定時の政府草案理由書も、独占企業に対する規制において「仮想競争」という手法を採用することについて態度を留保している⁽⁴⁵⁾一方で、先に見たように、当時のGWB二二条三項一号に関しては、「価格又は取引条件が、有効な競争がある場合において存在するであろう状態と著しく異なっており、この差異について経済的な正当性が欠如している」ことをカルテル官庁が証明する必要性を指摘し、個別具体的な行為の規制について「仮想競争」を濫用の有無の基準とすることが示されている。また、この（変

容を受けた)「仮想競争」の考え方は、GWB二二条の濫用規制のうち、もっぱら搾取的濫用に関わる理論と言えよう。

五 GWB二二条の濫用の有無を判断する基準について、先に触れた一九六二年の連邦経済省学術顧問団の報告は、「競争経済の秩序原理 (Ordnungsprinzip einer Wettbewerbswirtschaft)」から引き出され得る」としている。⁽⁴⁶⁾この「競争経済の秩序原理」がどのような意味内容を有しているのかは、同報告書にそれ以上の記述がなく、必ずしも明らかではないが、「競争」経済の秩序原理ということで、GWB二二条における「濫用」は、あくまでも「競争」の視点から具体化されることが学説上強調されている。例えば、物価の安定等の経済政策的視点から「濫用」概念を具体化することはできない。⁽⁴⁷⁾また、同報告書は、右に引用した説明に続いて、「そのような行為は、良俗違反ということで濫用とされるのではない」と述べており、「良俗違反」(Sittenwidrigkeit)という視点から「濫用」概念を把握するのは適当ではないことも示されている。従って、前世紀末から今世紀初頭にかけて、ライヒ裁判所 (Reichsgericht) が BGB 一三八条 (良俗違反の法律行為の無効)、同八二六条 (良俗違反行為による不法行為責任) に基づいて展開したいわゆる独占的濫用行為に対する判例理論を GWB 二二条の規制に持ち込むことはできないとされる。⁽⁴⁸⁾もっとも、W・メッシュェルは、「良俗違反」と「競争」とが無関係と言う訳ではないとする。自由競争秩序も道徳的な価値を基礎に置いているからである。GWB 二二条によって規制されるべき濫用行為においても、その単なる対市場効果と区別された「行為の悪性」(Verhaltensunrecht)が必要かどうか、必要であるとしてどの程度必要なのかという点が問題となり得るとする。⁽⁴⁹⁾

六 このようにGWB二二条があくまでも「競争」の視点から「濫用」行為を規制していること、また、その場合の行為主体の地位(市場支配的地位)を前提として、通説的見解は、GWB二二条の濫用規制の目的を次の三つの方向

において把握している。すなわち、①当該市場支配的企業と異なる取引段階において活動する企業、つまり、供給側と需要側の段階で活動する企業の経済活動の自由を市場支配的企業の力の行使から保護すること、②市場支配的企業と同じ取引段階の企業、つまり、競争者を市場支配的企業による妨害から保護し、潜在的競争者の市場参入を保護すること、③市場支配的企業による第三市場での経済力の濫用的投入を阻止すること、である。⁽⁵⁰⁾ また、独占委員会は、GWB二二条の濫用規制の課題を、より簡潔に、「競争によるコントロールを受けない(市場支配的企業の)行動の自由が第三者の不利になるように利用されることを阻止する」⁽⁵¹⁾ ことにあるとする。このように把握されるGWB二二条の目的は、一般条項の性格の強い二二条四項に規定される濫用行為の具体化にとつて、重要な意義を持つ。右のような規制目的の把握を踏まえて、以下では、「濫用」を妨害的濫用と搾取的濫用に分けて、その内容を見ることがしたい。

- (36) GWBにおいて市場支配的地位の獲得・強化が規制されるのは、合併や株式取得などの企業結合(いわゆる「外的成長」(externes Wachstum))を通じてそれが実現される場合であり、それ以外の企業の「内的成長」(inneres Wachstum)による市場支配的地位の形成又は強化は規制されない。同じく市場支配的地位を形成・強化するにも拘らず、合併のような外的成長によるものと内的成長によるものと異なる取扱いをする根拠は次の点に求められている。すなわち、①合併等による外的な企業の成長は、新規の生産能力等を増大させる訳ではなく、単に既存の生産能力等の帰属先を変更し、再編成するだけであること、②企業結合の禁止は企業の分割よりもコストが低いこと、③企業結合が禁止されたとしても、企業には内的成長の可能性が開かれてくることである。E.J. Mestmäcker, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, Vor § 23 Rdnr. 28.
- (37) W. Möschel, Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 1; J. Burkhardt, Kartellrecht, Rdnr. 321.
- (38) O.-Fr. von Gamm, Kartellrecht, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und zu Art. 85, 86

EWGV, 2. Auflage, 1990, § 22 Rdn. 1, 32.

- (86) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 6; Loewenheim/Belke, Kommentar, § 22 Rdnr. 42. 細田健治の著「独占禁止法と競争政策」の巻末に K. Ballerstedt, Zur Systematik des Mißbrauchsbegriffs im GWB, in Festschrift für Wolfgang Hefermehl, 1976, S. 37, 46 を参照。参照 田中・植塚(社一)・関手監査院編集「独占禁止法」一〇四(社一)。
- (87) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 6; R. Müller-Urri, Kartellrecht (GWB), mit Anhang: Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften, 1989 (以下「R. Müller-Urri, Kartellrecht」を記す), Rdnr. 214.
- (88) Fr. Rittner, Kartellrecht, S. 281 (§ 12 Rdnr. 1).
- (89) Fr. Rittner, Kartellrecht, S. 281 (§ 12 Rdnr. 1). 参照 田中・植塚(社一) 関手監査院編集「独占禁止法」一〇四。
- (90) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 3, 44 ff. この項のテキストは関手監査院の関心のあるこの条の差違を最初と認識したの故に E.-J. Mestmäcker, Verpflichtet § 22 die Kartellbehörde, marktbeherrschenden Unternehmen in Verhältnenaufzulegen, als ob Wettbewerb bestünde?, Der Betrieb 1968, S. 1800 ff. を参照。参照 Ph. Jebens, Der Ausbeutungsmissbrauch, S. 118 f.
- (91) 参照 Ph. Jebens, Der Ausbeutungsmissbrauch, S. 119.
- (92) Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1962, Bundestags-Drucksache I/3462, S. 16, 44 ff. 参照 中田・前掲(社一)一四四。
- (93) Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundeswirtschaftsministerium, 23. Juli 1962, Bundestags-Drucksache IV/617, S. 96 (Tz. 46).
- (94) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 9.
- (95) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 10. この時期のドイツ裁判所の独占的濫用行為

に関する判例の影響を受けたと思われるのが国の裁判例として、大審院昭和十五年八月三〇日判決・民集一九卷一五二二頁（台湾バナナ事件）がある。

- (48) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, *GWB Kommentar*, § 22 Rdnr. 10.
- (50) W. Möschel, *Wettbewerbsbeschränkungen*, Rdnr. 502; W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, *GWB Kommentar*, § 22 Rdnr. 11; R. Müller-Urli, *Kartellrecht*, Rdnr. 214.
- (51) Monopolkommission, *Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle*, Sondergutachten I, 1975, Tz. 19.

二 妨害的濫用

(一) 一般的基準（アプローチ）

どのような場合に妨害的濫用が成立するかという点について、はじめに、一般的に考えることとしたい。妨害的濫用が成立するかどうかの一般的基準ないしアプローチに関する理論は、次の三つに整理される。すなわち、①「二つの基準」説、②「独占行為」説、③「弾力的基準」説である。⁽⁵²⁾以下、分説する。

1 「二つの基準」説

一 ヘルリン控訴院の判例の立場とされるのが「二つの基準」説（Zweischrankenheorie）である。⁽⁵³⁾ *Kombinations-tarif*（抱き合わせ料金）事件決定において、ヘルリン控訴院は、問題とされる市場支配的企業の行為が「濫用」と評価されるためには、①当該行為がUWGにおいて不正競争とされる範囲の前段階（Vorfeld）あるいはグレーゾーン（灰色の領域）（Grauzone）という意味での「非業績競争」（Nichtleistungswettbewerb）として位置づけられ

②それによって市場支配的企業の属する市場(被支配市場)において残存する競争(「残存競争」(Restwettbewerb))が消滅(Erliegen)するか又は多大に侵害されるおそれがあることが必要であるとした。⁽⁵⁴⁾ この二つの条件は、より簡潔に、①当該行為が「非業績競争」であること、②それによって市場構造の悪化(Verschlechterung der Marktstruktur)がもたらされることを要する、という形で定式化される場合も多い。⁽⁵⁵⁾ いずれにせよ、濫用が認定されるのに上記①②の二つの条件を要することから、「二つの基準」説と呼ばれる。⁽⁵⁶⁾

二 まず、第一の要素(右の①の要素)についてであるが、そこに掲げられる「非業績競争」、あるいは、逆に「業績競争」(Leistungswettbewerb)⁽⁵⁷⁾とはどのような意味内容を有するのかが問題となる。「業績競争」―「非業績競争」という概念は、専ら不正競争(防止法)の領域において展開されてきたものであり、その後、一九七三年の第二次GWB改正によって二八条に「業績に適合する競争」(leistungsgerechter Wettbewerb)という文言が導入され⁽⁵⁸⁾、現在では、GWB(カルテル法)の領域においても実定法上の手がかりを有するに至っている。

「業績競争」の意味内容は、一応、次のように説明されている。すなわち、業績競争は、「商品の品質の良さおよび価格の低さを目指して各事業者が努力し、市場において、おのおのが達成しえた業績(品質と価格)を提示して、顧客の比較・判断の対象とするという過程から成立する。すなわち、各事業者は、一定の商品または役務を自己の業績(ないし『成果』―Leistung)として市場に提示し、それが、他の競争者の業績と、価格、品質、条件、サービス等の行為パラメーターをめぐって比較に供されるところに」成立する、⁽⁵⁹⁾と云うものである。逆に、「非業績競争」とは、「消費者が競合する給付について客観的(sachlich)ないし公正(fair)に比較することを妨げるあらゆる行為」などと説明される。⁽⁶⁰⁾ また、前記Kombinationsstarif事件決定後の年次報告書において、連邦カルテル庁は「非業績競争」について次のように説明している。すなわち、「非業績競争」は、構成要件的には(fatbestandsmäßig)

「市場行動と市場（への）効果」の結合として把握され、反業績的（Leistungsrend）な行為とは、「他の市場参加者自身の業績の提供を阻止するか又は業績の比較それ自体を——少なくとも部分的に——失わせる行動」であるが、「その一般的な競争阻害性のために当然にGWBやUWGの規定により禁止される」訳ではなく、従って、「競争法のグレーゾーン（灰色の領域）（Grauzone）にある」とする。⁽⁶¹⁾

三 ドイツ競争法における「業績競争」——「非業績競争」概念をめぐる議論を見通すことは筆者の手に余るが、筆者なりにまとめて言えば、「業績競争」とは、価格（の低さ）・品質（の良さ）・サービス（の良さ）をめぐる行われる競争であり、わが国で言うところの「能率競争」という概念に概ね対応するものと言えようか。⁽⁶²⁾そこで問われているのは、主に競争手段・競争行為それ自体の妥当性・公正さでも言うべきものである。もっとも、「業績競争」——「非業績競争」概念の意義及びその機能については様々が議論があり、その区別についても明確な基準が設定されている訳でもない。後述するように、この点が「二つの基準」説を批判する根拠の一つとなっている。

四 第二の要素（前記②の要素）は、右に述べた「反業績」的行為のいわば対市場効果に言及している。この対市場効果の要素について、先の連邦カルテル庁年次報告は次のような見解を述べている。まず、反業績的行為は、「それが時間的に限定されるか又は僅かな影響しか有していない場合、あるいは、市場の復元作用にさらされている場合には容認できるが、当該企業が市場で有力であるために又は模倣・伝播（Nachahung）の危険によって、あるいは、他の理由から、競争の存続又は競争の秩序機能に対して危険性を有する場合には不正又は濫用となる」とする。そして、「反業績的行為の禁止を正当化する基準をどこに設定すべきか」は明らかではないが、その基準は、「一般的にはなく、事例類型に従って確定され得る」とする。もっとも、連邦カルテル庁はさらに次のような指摘も行っている。すなわち、GWBにあっては、右の基準を「高く設定してはならない。というのは、そうでなければ（＝高く設定

すれば)、回復不可能な市場構造の侵害が生じてしまった後でしか、カルテル官庁は介入できなくなるからである」とする。このようにして、連邦カルテル庁は対市場効果に関する条件を一般論としては、「低く」設定することを主張したが、先に見たように、ベルリン控訴院の Kombinationstarif 事件決定は、当該市場での競争が消滅するか又は多大に侵害されるおそれがあることが必要であるとして、比較的「高い」基準を設定した。

五 その後、ベルリン控訴院は、Rama-Madchen 事件決定で、この第二の要素(前記②)について、「単なる一時的なものではない、残存競争への重大な危険⁽⁶³⁾」として、基本的に Kombinationstarif 事件決定を維持したが、続く Ferigfutter 事件決定に至って次のように述べて、その立場を修正するに至った。すなわち、当該行為の「市場関係の侵害についての客観的な適性 (objektive Eignung) が肯定される場合には、市場の競争構造に対する重大な否定的影響の確認は問題とならない⁽⁶³⁾」としたのである。つまり、当該行為がそれ自体に客観的な競争侵害的性格が認められれば、市場の競争構造への否定的作用の具体的な証明を不要とし、「二つの基準」説の先の第一・第二の要素に照らし例えば、第二の要素である当該行為によって具体的な市場構造の悪化が生ずる必要があるという条件を課すことを実質的に放棄したのである⁽⁶⁴⁾ (正確には、第二の要素(前記②)が第一の要素(前記①)に包含されたと言わなければならない)。この考え方は、「修正された二つの基準」説 (modifizierte Zweischranken-theorie) と呼ばれる。その結果、「二つの基準」説は、第一の要素(前記①)に凝縮されることとなり、行為がそれ自体の性格を問題とする方向が強まったと言えよう。

六 「二つの基準」説は、当初より多くの学説の批判を受けてきた。まず、第二の要素(前記②)である市場構造の悪化という点については、そこで要求される程度の市場構造の悪化が証明されるケースはほとんどなく、その結果、重大な市場構造の悪化が生じた後に、いわば妨害的濫用行為が成功した場合にそれがようやく証明され得ることが問

題とされてきた。⁽⁶⁶⁾ もっとも、「修正された二つの基準」説がそれに応える形で展開されてきたことは、右に述べた通りである。

第一の要素(前記①)に関して言えば、まず、先にも述べたように、「業績競争」と「非業績競争」の区別に関して適切な基準が存在しないことが指摘される。現状では、どのような行為が「非業績競争」となるのかがはっきりしない。第二に、競争的な市場では問題とならず、「反業績的」ではない行為であっても、市場支配的企業が行えばその地位の濫用であると評価される行為があり得るのではないか、という点である。⁽⁶⁶⁾ 「二つの基準」説による以上、ある行為が「反業績的」ではないと評価される場合は、第一の要素(前記①)が否定され、そのような行為は、それによって市場の競争条件の悪化のおそれがある場合であっても、「業績適合的」であるという行為自体の性格から、許容されることとなる。市場支配的企業の側に他の行動(市場構造の悪化をもたらさない行動)を採る余地がある場合も、当該行為が「業績競争」に合致すると評価される以上、濫用とはならない点も問題とされる。⁽⁶⁷⁾ 逆から言えば、「二つの基準」説は、「業績競争」に適合する行為を、GWB二二条の濫用規制の対象から除外するものである。さらに、第四次GWB改正時の経緯も指摘されている。第四次GWB改正時の経済委員会報告は、「GWB二二条が前提とするような高度の市場力が存在する場合は、競争的な市場であれば問題とならない行為、とりわけGWB二八条二項の意味での『反業績的』(Leistungswidrig)ではない行為によって、競争的な市場構造の悪化のおそれが生じ得る」としており、ここから、立法府はベルリン控訴院の「(修正された)二つの基準」説を明確に否定している、と評価する論者も存在する。⁽⁶⁸⁾ さらに、このような一般的な(不正)競争法上の視点をカルテル法上の評価に導入することは、体系上の問題を生じさせる点も指摘される。カルテル法上の市場支配的企業の濫用行為の規制の場合は、市場支配的企業の行為それ自体が問題となると言うよりは、むしろ、当該行為による市場への作用・効果が問題となる

からである。⁽⁶⁹⁾

七 「二つの基準」説によれば、「業績競争」に合致する競争行動は、たとえそれによって競争力の弱い企業が市場から駆逐され、市場構造を反競争的に変化させるとしても、市場支配的地位の濫用行為とは認められない。⁽⁷⁰⁾ 前記 Kombi-nationsarif 事件決定は、当該行為が、業績の改善や、より良好な消費者への供給をもたらす場合には、市場力の利用は原則自由であるとする。⁽⁷¹⁾ 端的に言うならば、競争者よりも低廉な価格での販売、競争者より良好な品質の製品やサービスの提供は、市場支配的地位の濫用行為には該たらないこととなる。⁽⁷²⁾

2 「独占行為」説

第二の考え方は、「独占行為」説 (Idee der monopolisierende Einzelverhaltensweisen) である。W・メッシュェルによれば、その意味内容は、独占行為、つまり、競争者、供給者又は需要者に不利益をもたらす競争制限的な行為が「濫用」との評価を受けるといふものである。⁽⁷³⁾ G W B 二二条の妨害的濫用を競争制限行為の文脈で把握することは、歴史的な観点から見て、⁽⁷⁴⁾ また、G W B 二二条の保護目的からしても妥当であり、また、妨害的濫用を競争制限行為に限定することは、競争政策上望ましい効率の高い行動を規制の対象から除外することになるとされる。そこでは、規制の根拠が「客観的な行為の不当性」(objektives Verhaltensunrecht) (競争制限的性格) に求められ、また、それは行為の自由を基礎とする私法システムにも適合するとされる。しかし、W・メッシュェルによれば、結論的には、このアプローチも問題があるとする。すなわち、この見解は、当該行為が競争制限的なものかどうかを基準とするが、それがどのような市場の状況において行われるのかによって競争上の評価は異なるし、また、競争促進的行為であっても、市場支配的企業がそれを行う場合は、当然にその市場力による効果を伴うことを考慮すれば、このアプローチ

から妨害的濫用の一般的な認定基準を設定することは困難であると言う。競争制限的行為でなければ、当該企業が市場支配的地位を有するかどうかの問題とならないとは言えず、このアプローチにおいても、やはり市場力の程度を無視することはできないとされる。

3 「弾力的基準」説

一 通説的見解が採るのがこの「弾力的基準」説 (Theorie der bewegliche Schranken) である。その内容は、GWBの目的である自由競争の確保を考慮しつつ、当事者の利益・不利益を比較衡量して、濫用に該当するかどうかを判断する、というものである。⁽⁷⁵⁾ 連邦通常裁判所の判例も、この立場にあるとされている。⁽⁷⁶⁾ これはすでにGWB二六条の差別行為・妨害行為の禁止規定に関して判例・通説によって確立されている手法である。

二 R・ミューラーウリによれば、この場合の利益衡量は次の手順で行われる。⁽⁷⁷⁾ まず第一に、市場支配的企業の側の利益が検討される。市場支配的企業の側がGWBに反するか又はGWB及びUWGの趣旨に反するような目的を有する場合は、そのような目的は利益衡量の対象とはされない。次いで、妨害を受けた企業の側の不利益が検討される。とくに、市場への参入の自由、競争行動の機会の均等という点が検討される。また、排他条件付取引の場合は、直接に制約を受ける相手方企業以外の企業の不利益も考慮される。最後に、上記の利益・不利益が比較衡量される。

三 GWB二六条二項一文の妨害行為の禁止規定も、競争者を保護する規定であり、また、GWB二二条の濫用行為の低位類型を構成する (GWB二六条は同二二条の補完規定である) ことに異論はなく、この二六条において採られる手法は当然に二二条にも適用可能であるとされる。GWB二二条四項二文一号に言う「客観的に正当な理由」がGWB二六条二項一文にならって導入されたことも、この二六条において確立した手法を二二条に対して用いることの

根拠として挙げられる。⁽⁷⁸⁾ G W B 二二条四項二文一号が新設された第四次 G W B 改正時の経済委員会報告も、「客観的に正当な理由」の吟味にあつては、「競争構造の確保に向けられた濫用監視の目的を優先的に考慮して、競争者の利益と市場支配的企業のそれとが比較衡量されなければならない」としており、⁽⁷⁹⁾ 立法府もこの利益衡量という手法を採ることを前提としている。

四 もっとも、利益衡量というアプローチは、妨害的濫用の認定について、その手順を示すだけである。問題となるのは、利益衡量における評価の基準であるが、それは G W B の目的である「自由な競争」(Wettbewerbsfreiheit)の確保と云うことになる。⁽⁸⁰⁾

また、利益衡量となれば、予見可能性又は法的安定性の欠如の問題が出現するが、W・メッシュェルは、先の「二つの基準」説あるいは「独占行為」説のようなアプローチが、結局は、競争の硬直化を招いて二二条及び二六条の目的に反することとなるのを考えれば、利益衡量という手法による法的安定性の欠如も容認できるとしている。⁽⁸¹⁾ いずれにせよ、利益衡量という手法を採る以上、個々の事案ごとに濫用の有無が判断されることとなり、一般的な基準の設定は困難となる。学説にあつては、個々の事案を類型化し、各類型ごとに濫用の基準を検討するという手法が採られている。

(二) G W B 二二条四項二文一号

一 右の濫用認定の一般的基準(アプローチ)に関する議論を踏まえ、次いで、妨害的濫用を規定する G W B 二二条四項二文一号を取り上げて検討を加えることとしたい。

一九八〇年の第四次改正で導入・新設された G W B 二二条四項二文一号は、「市場における競争にとって重大な態

様で客観的に正当な理由なしに他の企業の競争の可能性を侵害する」ことを、市場支配的地位の（妨害的）濫用行為として例示する。ここでは、この規定を①「他の企業の競争可能性の侵害」、②「市場における競争にとって重大な態様」、③「客観的に正当な理由」（の欠如）という三つのメルクマールに分けて検討を加え、さらに、若干の解釈問題を取り上げることとする。

二 まず、①の要素であるが、「他の企業の競争の可能性の侵害」は、他の企業に対して不利な影響を与えるという意味で理解される。従って、他の企業に不利な影響を与えるあらゆる行動がここで言う「他の企業の競争の可能性の侵害」というメルクマールを満たすこととなる。ここでは、市場支配的企業の濫用的行動による不利な影響とともに、競争的行動による不利な影響も含まれる。つまり、「他の企業の競争の可能性の侵害」には反競争的という意味での否定的な価値判断は含まれておらず、価値中立的なものと把握されている。「他の企業の競争の可能性の侵害」の有無は、当該行為が「濫用」と評価されるかどうかの問題にとって無色 (colorless) であるとされる。⁸²⁾

三 次に②の要素であるが、「市場における競争にとって重大な態様で」とされていることから、当該行為が市場全体の競争に与える影響が問題となることが示されている。そこで検討されるべき課題は、市場全体への影響がどの程度でなければならぬか、ということであり、それが「重大な」という文言で示される。先に見た「弾力的基準」（利益衡量）説の立場からは、一般的な解答は示されず、当該企業の市場力の程度やその行為の態様を考慮して個々のケースにおいて判断せざるを得ない。「修正された二つの基準」説の場合は、当該行為の客観的な競争侵害的性格からこの②の要素の充足を図るものと言えよう。また、ここで言う「市場」には、市場支配的企業の属する市場だけではなく、それ以外の市場（第三市場）も含むものと解されている。

四 「濫用」に該当するかどうかについての実質的判断に関わるのが③の「客観的に正当な理由」の欠如という要素

である。右に呼べたように、「他の企業の競争の可能性の侵害」は、競争上望ましい行為をも包含し、「濫用」の有無を判断する根拠を提供するものではない（白地的性質 *Leertformelcharakter*）。濫用の有無の判断は、通説的見解である「弾力的基準」説の立場からは、先にも述べたように、自由競争の確保という目的を考慮した上で、不利益を受ける企業（主に競争者）と当該市場支配的企業の利益・不利益の比較衡量によることとなる。このような通説の立場からすれば、「客観的に正当な理由」の欠如というメルクマールには、特別の意義はないこととなる⁽⁸³⁾。あるいは、右のメルクマールは、この利益衡量に対応するものと言うこととなる⁽⁸⁴⁾。先に引用したように、GWB二二条四項二文一号が導入された第四次改正時の経済委員会報告も、「客観的に正当な理由が存するかどうかの吟味にあっては、競争構造の確保に向けられた濫用監視の目的を優先的に考慮して、競争者の利益と市場支配的企業のそれとが比較衡量されなければならない」としており⁽⁸⁵⁾、右の理解と同様の立場にある。

五 また、GWB二二条四項二文一号に関する解釈問題として、市場支配的地位と濫用行為との間に（どのような因果関係の存在を要するかという問題がある。GWB二二条四項二文一号は、市場支配的企業が他の企業の競争可能性を市場における競争にとって重大な態様で侵害することを（妨害的）濫用として掲げる。そこでは、因果関係の存在を要するかどうかは明示されていない。

学説は、市場支配的地位と濫用行為との間に一定の因果関係の存在を要求するものの、問題とされる行為が市場支配的企業によってのみ可能となるという意味での因果関係の存在までは要求していない。もちろん、この意味での因果関係が存在する場合も、右の一定の因果関係の一態様として理解される。しかし、市場支配的企業であるが故に可能となる行為以外の行為、つまり、競争市場で活動する（市場支配的でない）企業にとって可能な行為も、それが市場支配的企業によってなされた場合と競争市場においてそれが行われた場合とは、その競争上の意味は異なる。そ

ここで、市場支配的地位を有していない企業にとっても可能な行為ではあるが、市場支配的地位を有する企業が行うことによって市場における競争に悪影響を与えるという関係があれば、右の一定の因果関係を充足し、規制の発動によって十分であると考えられている。⁽⁸⁶⁾これは次のように言うこともできる。当該行為が濫用行為として評価されるかどうかにとつて、当該企業の有する市場力が重要な要素となり得るということである。

(三) 妨害的濫用行為の類型

妨害的濫用の具体的形態には様々なものがあり得る。他の企業の競争可能性を侵害する行為は全て妨害的濫用となる可能性を有する。先の「弾力的基準」説の下では、妨害的濫用の成否は、個々のケースでの利益衡量によることとなり、一般的基準は示されない。学説は、事案を類型化して、妨害的濫用の成否を検討するという方法を採用している。実務・学説では、妨害的濫用の類型として、一応、①低価格販売、②リベート、③結合（抱き合わせ）取引、④排他的取引、⑤供給拒絶・差別的取扱、⑥妨害的投資、⑦広告、⑧購買力の投入などが取り上げられている。⁽⁸⁷⁾ここでは、右の①～④を取り上げて、概観することとしたい。

1 低価格販売

一 まず、低価格販売であるが、その規制については、それが競争の最も重要な要素とされる価格競争の発現であるという積極的側面と、それによって引き起こされる競争者の排除という否定的側面のどちらを重視するかという点で、規制の強弱に関する基本的な対立が生ずる。また、ドイツの廉売規制には、中小企業（中小の小売業者）の保護という視点が入り込んでいる。V・エマリヒは、ドイツ立法府は、従来、基本的に廉売行為を容認する態度を採っていた

とするが、中小企業保護という観点から、その立場を徐々に変容させていると見る。⁽⁸⁸⁾ すなわち、一九八〇年の第四次GW B改正による旧三七a条三項の新設、一九八六年のUWG改正による二重価格表示等を規制する六d条及び六e条の新設（一九九四年改正により削除）と言った立法上の手当がなされた他、一九八三年には、大規模小売業者が連邦カルテル庁長官との会合において組織的な仕入価格以下の販売を止めることを確約したいわゆる「ベルリンの誓い」(Berliner Gelöbnis)が行われ、⁽⁸⁹⁾ さらに、一九八九年の第五次GW B改正による旧三七a条三項の法律上の直接の禁止規定への改正（現行GW B二六条四項）など、濫用行為を抑止する方向での一連の動きが見られる。しかしながら、実際には、GW B二六条、UWG一条によるものも含め、裁判所の判決・決定あるいは正式の行政処分によって規制を受けたケースは皆無に近いのが現状である。

二 低価格販売について、GW B二二条（及び二六条）において濫用（あるいは不当な妨害行為）と評価されるかどうかの問題とされるのは、「攻撃的低価格」(gezielte Kampfpreisunterbietung) と呼ばれるものである。「攻撃的低価格」は、競争者を排除する目的で行われる低価格販売を意味する。⁽⁹⁰⁾

低価格販売が濫用行為に該当するかどうかについては、①主観的要素としての競争者を排除する意図 (Ver-nichtungsabsicht) の有無、②客観的要素としての原価 (Selbstkosten) ないし仕入価格 (Einkaufspreis) を下回る価格での販売、という二つの条件をめぐって議論が展開されている。⁽⁹¹⁾ まず、①主観的要素としての排除意図であるが、当事者の意図の証明の困難さが指摘されるとともに、競争秩序の維持をはかるGW Bにとっては、当事者の主観的な意図は問題とはならず、それ自体では濫用行為の成否の基準としないと考えられている。⁽⁹²⁾ ②原価又は仕入価格という要素も、そのような基準が静的な競争システムを前提としていることや、個別の製品の原価を算定することが困難であることなどから、それを下回る価格での販売が濫用を構成することには異論が多い。⁽⁹³⁾ また、複数の

商品を併せて損益を算出するいわゆる「混合計算」(Mischkalkulation)が行われる場合には、企業にとってはそれを併せた全体の売上高が全体の原価を上回る事が重要であり、個別製品についての原価を問題とすることは適当でない⁽⁹⁴⁾。原価という要素は、廉売行為の全体的な評価における一つの判断要素として扱えられる⁽⁹⁵⁾。

例外的に低価格販売が濫用に該当する場合として、学説が挙げるのは、先にも述べた攻撃的低価格と呼ばれるものである。とくに、支配的地位を有している市場で獲得した利益を別市場に投入して、競争者を排除する目的で行う低価格販売(いわゆる「濫用的(資金)移転」(MiBrauchstransfer))のケースが濫用に該当すると考えられている⁽⁹⁶⁾。

三 連邦カルテル庁は、市場支配的企業が行う原価又は仕入れ価格を下回る価格での組織的な販売は、原則として、濫用に該当するとの立場にあるようであるが⁽⁹⁷⁾(参照、前記「ベルリンの誓い」)、判例はそのような立場を採っていない。GWB二六条に関する事案であるが、連邦通常裁判所は、同条二項一文の不当な妨害(unbillige Behinderung)が成立するには、他の企業を「市場から排除し、その存在を抹殺する(vernichten)ために、商人としての原則(kaufmännische Grundsätze)を無視した資金力の投入」を行うことを要するとした⁽⁹⁸⁾。もっとも、連邦通常裁判所は、「混合計算」及び原価割れ販売は、商人としての原則を無視することとはならないとする⁽⁹⁹⁾。判例もまた、低価格販売の規制には消極的である。

2 リベート

一 次いで、各種のリベートもGWB二二条の下で問題とされている。ここでは「忠誠リベート」と「(年間)売上ボーナス」と呼ばれるものを取り上げる。

「忠誠リベート」(Treuerabatt)は、買手側がその需要の全部(又は一部)を特定の供給者から購入することを条

件として当該供給者から割引（リベート）を受けるシステムである。「忠誠リベート」は、買手側（販売業者）の経済的な機能（例えば、購入量）に対して付与されるのではなく、買手側がその購入先（仕入先）を他の企業に変更することを困難にし、別の製造業者が新たに当該市場に参入することを阻止する効果を有する。その競争制限的な効果において、また、必然的に買手間の差別を生ずることから、GWB二二条四項の意味での濫用行為としての評価を受けるのが通常である⁽¹⁰⁾。逆に、買手側の購入量に応じたりべート（数量リベート Mengenrabat）は、原則として、濫用との評価は受けない。また、「忠誠リベート」については、その「反業績的」性格も指摘される⁽¹¹⁾。

二 「年間」売上ボーナス（Jahres-Umsatzboni）とは、ある一定の期間（例えば一年間）における買手側の購入数量の多寡に応じて段階的・累進的に提供されるリベートである。ベルリン控訴院は、このようなリベートのシステムについて、右の期間がある程度長期に設定されている（少なくとも一年を超えるような）場合には、濫用行為となるとしている。というのは、そのような場合は、先の忠誠リベートと同様に、買手側の需要を当該市場支配的供給者に集中させることについて、「反業績的」な誘引を与え、それによって買手側の購入先の選択を歪曲するからである。短期の期間設定の場合は、買手側にとって購入先の変更が可能であり、また、それが期待できるので、濫用とはならないとされる⁽¹²⁾。もっとも、「業績競争」という考え方を採らない通説的立場から、このシステムは、一般の（許容されている）数量リベートと異ならないとして、その実態が忠誠リベートではない限り、原則として、濫用とはならないとする見解もある⁽¹³⁾。

3 結合（抱き合わせ）取引・排他的取引

一 市場支配的企業が行う結合（抱き合わせ）取引（別の商品又は役務を購入することを義務づける取引。参照、G

WB 一八条一項四号)は、当該企業が有する市場支配力を別市場に拡大し、そこでの競争者を排除するものであり、原則として、二二条四項一号の妨害的濫用行為に該当すると考えられている⁽¹⁰⁾。

この抱き合わせ取引として、実務でしばしば取り上げられたのが、新聞社によるいわゆる「組み合わせ料金」(Kombinationstarif)と呼ばれるシステムである。先に取り上げた Kombinationstarif 事件では、ベルリン地区の新聞購読及び新聞広告市場で支配的地位を有するシュプリンガー (Springer) 社 (以下、シュ社) が、新たに発行した「デイ・ヴェルト」《Die Welt (Berlin)》紙の販売を増大させるために、従来の「ベルリナー・モルゲンポスト」《Berliner Morgenpost》紙への広告掲載料金と「デイ・ヴェルト」紙のそれとを抱き合わせて、個々の広告掲載者料金よりも割安な料金を設定したことが、妨害的濫用に当たるとかどうかが問題とされた。ベルリン控訴院は、シュ社のこのような行為が、UWG の意味での不正競争とはならないものの、「自己の良好な業績による販売活動の遂行という本来の業績競争」とはかけ離れたものであり、そのことによって「濫用監視の手掛かりとなる」としたが、市場構造の悪化をもたらすものではないとして、妨害的濫用の成立を否定した⁽¹⁰⁾。もっとも、このような理由付けは、通説の採る立場でないことは先に述べた通りである。

二 市場支配的企業が行う排他的取引 (競合する商品又は役務を第三者から購入又は第三者に販売することを制限する取引。参照、GWB 一八条一項二号) も、原則として、GWB 二二条四項二文一号の濫用に該当すると考えられている⁽¹⁰⁾。市場支配的企業がその販売先に排他的な購入 (仕入れ) を課す場合は、市場支配的企業の競争者は、その販売ルートを失うこととなり、市場支配的企業 (製造業者) が特定の販売業者にのみに供給する場合は、それ以外の販売業者の市場からの排除をもたらすからである。

- (22) W. Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 541 ff.; W. Möschel, in Immenga / Mestmäcker, *GWB Kommentar*, § 22 Rdnr. 101 ff. のような整理は必ずしも一般的なものとは言えない。通常は、本文で掲げる①「二つの基準」説と②「弾力的基準」説の対立が強調される。③「独占行為」説は W・メッシェル独自の整理であると評する。
- (23) W. Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 541; W. Möschel, in Immenga / Mestmäcker, *Kommentar*, § 22 Rdnr. 101.
- (24) ヘルリン控訴院一九七七年一月二六日決定・WuW/E OLG 1767, 1772 (Kombinationstarif).
- (25) ヘルリン控訴院の「二つの基準」説の内容については、論者によってまとめ方に若干の相違がある。ここでは、主に J. Burkhardt, *Kartellrecht*, Rdnr. 359 に従った。
- (26) 《Zweischranken》の訳は「二本の柵」と言ったところであらうが、ここでは「二つの基準」とした。後述するように、現時点の「修正された二つの基準」説に照らせば、内容的には「業績競争」説あるいは「非業績競争」説とした方が判りやすい。現に、そのように呼ぶ例もある（「非業績競争」説 (These vom Nichtleistungswettbewerb) (Möschel, in Immenga / Mestmäcker, *GWB Kommentar*, § 22 Rdnr. 101)）。
- (27) その他「反業績競争」に関しは、《Leistungstrend》(業績とは異なる)等の用語が、「業績競争」に関しは、《Leistungskonform》(業績に適合した)等の用語も用いられる。
- (28) GWB 二八条は事業者団体による競争の自主ルール(競争規約)の認定に関する規定である。その内容は次の通りである。
- (一) 項 経済団体及び職業団体は、その活動領域に関して競争規約を設定することができる。
- (二) 項 公正な競争 (lauterer Wettbewerb) の原則又は業績適合的な競争の有効性に反する競争行為を抑制し、かつ、これらの諸原則に合致する競争行為を促進する目的で企業の競争行為を規律する規約は、本条以下の規定における競争規約である。
- (三) 項 経済団体及び職業団体は、カルテル官庁に競争規約の認定を申請することができる。(四) 項以下省略)
- (29) 「業績競争」と「非業績競争」の区別は、今世紀初頭の A・ローベの業績を嚆矢として (A. Lobe, *Die Bekämpfung des un-*

- lauteren Wettbewerbs, I. Band, Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung, 1907) 膨大な研究の蓄積があり、ドイツにおいて「業績競争」―「非業績競争」概念の意義・機能について定説があるとは言えない状況にある。ここでは金子晃他『新・不公正な取引方法』（昭和五八）七〇頁（舟田正之）に掲げられている説明を引用した。なお、参照、舟田正之「不公正な取引方法と消費者保護」加藤一郎・竹内昭夫編『消費者法講座・第3巻・取引の公正―価格を中心に』（一九八四）一一二頁以下、杉浦市郎『西ドイツ競争制限禁止法における差別禁止規定について』愛知大学法経論集・法律篇二〇八号（昭和六〇）三頁、V. Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 4. Auflage, 1995, (以下「V. Emmerich, Wettbewerbsrecht」と略記する) S. 56 ff. (§5, 8, a, b) ; A. Baumbach/W. Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 17. Auflage, Einleitung UWG Rdn 97 ff.; O. Fr. von Gamm, Wettbewerbs- und Wettbewerbsverfahrensrecht, Systematische Gesamtdarstellung für die Praxis, 5. Auflage, Band 1, Wettbewerbsrecht, 1987, S. 57 (3. Kapitel Rdn. 17) 等、キダノニーンの「業績競争」論の全体に「ご」参照、岸井・前掲①（注7）。
- (60) V. Emmerich, Wettbewerbsrecht, S. 57 f. (§5, 8, b)。
- (61) Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1977, Bundestags-Drucksache 8/1925, S. 35 f. 参照、岸井・前掲①（注7）法学志林八三巻四号七八頁。
- (62) 岸井・前掲①（注7）法学志林八三巻二号二頁。「能率競争」という用語・概念について、わが国ではとりたてて議論はないものの、一般に、「価格・品質（・サービス）」による競争」として理解されている（実方謙二『独占禁止法』（第3版）（一九九五）三六一頁）。今村成和『独占禁止法（新版）』（昭和五三）九六頁では、「公正な競争」の理想型の要素として、「能率による競争」を掲げ、「良質廉価な商品又は役務の提供を唯一の手段として、顧客を獲得しようとする」と説明される。また、独占禁止法研究会報告「不公正な取引方法に関する基本的考え方」（昭和五七）第一部（2）では、能率競争について、「自由な競争が価格・品質・サービスを中心としたもの」と説明している。
- (62a) ヘルリン控訴院一九七八年四月一四日決定・WuW/E OLG 1983, 1985 (Rama-Mädchen)。
- (63) ヘルリン控訴院一九八〇年一月二二日決定・WuW/E OLG 2403, 2410 (Fertigfutter)。

- (76) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, *GW B Kommentar*, § 22 Rdnr. 102.
- (79) R. Bechtold, *Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 1993 (以下「R. Bechtold, *Kartellgesetz*」を略記する), § 22 Rdnr. 55.
- (80) V. Emmerich, *Kartellrecht*, S. 261 (§ 17, 13, a), aa)).
- (81) R. Müller-Urli, *Kartellrecht*, Rdnr. 230 (S. 227).
- (82) V. Emmerich, *Kartellrecht*, S. 261 (§ 17, 13, a), aa)).
- (83) R. Bechtold, *Kartellgesetz*, § 22 Rdnr. 55.
- (84) R. Müller-Urli, *Kartellrecht*, Rdnr. 230 (S. 226).
- (85) ヘルシンキ裁判院一九七三年一月二六日決定・WuW/OLG 1767, 1772 (Kombinationstarif).
- (86) R. Müller-Urli, *Kartellrecht*, Rdnr. 230 (S. 226).
- (87) 参照: W. Möschel, *Wettbewerbsbeschränkungen*, Rdnr. 543; W. Möschel, Immenga / Mestmäcker, *GW B Kommentar*, § 22 Rdnr. 15.
- (88) *GW B* 二条は「歴史的には、一九一三年「経済的地位の濫用を禁止する命令(カルテル令)」(Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen (Kartellverordnung)) 九条に由来するとされる。カルテル令九条は「カルテル契約等に基づく制裁措置の実施についてカルテル裁判所の承諾を要するとし、それが利害関係人の経済活動の自由を不当に制限する等の場合には、カルテル裁判所は右の承諾を拒否しなければならないとされていた。近藤充代「ワイマール・ドイツにおけるカルテル規制—カルテル令の性格をめぐって—」*東京都立大学法学会雑誌*二七巻一号(一九八六)四二—頁。
- (89) 参照: W. Möschel, *Wettbewerbsbeschränkungen*, Rdnr. 544; W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, *GW B Kommentar*, § 22 Rdnr. 16, 106. 《bewegliche Schranken》の訳は「動く柵」と言ふたよりむしろあつが「つらば」は「弾力的基準」とした。これは「W・メッシェルが付けた名称であり、徐々に定着しているようである。内容から見れば、「利益衡量」説とした方が判りやすい。

- (76) 連邦通常裁判所一九六九年三月三日決定・BGHZ 52, S. 65, 72; 連邦通常裁判所一九八一年九月二二日決定・WuW/E BGH 1829, 1834 ff (Original-VW-Ersatzteil II). など。ただし、連邦通常裁判所一九八五年二月一〇日決定・WuW/E BGH 2195, 2199 (Abwehrlatt II) 等(のWBI二六条二項における)利益衡量による場合の「業績競争に基づく妨害はGWBに於いて認容をなすもの」とな前提となる」と判示した「業績競争」論(「二つの基準」説)への接近が見られる。現在の連邦通常裁判所の立場は必しも明確ではない。
- (77) R. Müller-Uri, Kartellrecht, Rdnr. 230 (S. 226)。また、參照して G. Rinck/E. Schwark, Wirtschaftsrecht, 6. Auflage, 1986 (以下「Rinck/Schwark, Wirtschaftsrecht」)と野田(1987), Rz. 453 ff。服部・前掲(註1)一三三頁。
- (78) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 16
- (79) Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, 1980, Bundestags-Drucksache 8/3690, S. 25.
- (80) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 15.
- (81) W. Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 547; W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 109 ff.
- (82) W. Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 549; W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 114。なお、第四次改正時の法務委員会報告は、現行二二条四項「文一節及び二つ」無用であり、受け入れる必要はない」としてその「 Stellungnahme des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, 16. 01. 1980, Bundestags-Drucksache 8/3690, Anlage, S. 35.
- (83) 野田(註1) R. Müller-Uri, Kartellrecht, Rdnr. 230 (S. 225 f).
- (84) Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, 1980, Bundestags-Drucksache 8/3690, S. 25.
- (85) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 116。M・メミンナルが「この点に関する「規

轉的因果關係」(normative Kausalität)に當り。

- (87) 原被告 R. Müller-Uri, Kartellrecht, Rdnr. 230 (S. 227 ff.) ; W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 121 ff.
- (88) V. Emmerich, Kartellrecht, S. 263 (§ 17, 13, b), aa).
- (89) 參照 W u W 1983, S. 843.
- (90) Rinck/Schwarz, Wirtschaftsrecht, Rz. 449.
- (91) 參照 R. Müller-Uri, Kartellrecht, S. 228 (§ 6, 7, b) bb) ; 服部・龍雄(註)「三三三頁以下」。
- (92) W. Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 552 ; W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 121.
- (93) W. Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 552 ; W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 122 ; R. Müller-Uri, Kartellrecht, Rdnr. 230 (S. 227 f.).
- (94) R. Müller-Uri, Kartellrecht, Rdnr. 230 (S. 227 f.) ; J. Burkhardt, Kartellrecht, Rdnr. 360.
- (95) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 122.
- (96) V. Emmerich, Kartellrecht, S. 265 (§ 17, 13, b), bb), (2)) ; W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 125. « Минимум支配的地位を定むる手段として濫用的態態格や前課に同じことなすべからず »。
- (97) Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1983/84, Bundestag Drucksache 10/3550, S. 25 f. ; Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1985/86, Bundestag Drucksache 11/554, S. 21 f.
- (98) 連邦通常裁判所一九八五年一月一〇日決定・WuW/E BGH 2195, 2199 (Abwehrblatt II)°。なす 連邦通常裁判所は「 GWB二六条による濫用行為の評価は U W G 一条によるそれと異ならざる旨を認むべし »。
- (99) 連邦通常裁判所一九八八年一月十七日決定・WuW/E BGH 2547, 2549 (Kampfreis)。
- (100) R. Müller-Uri, Kartellrecht, Rdnr. 230 (S. 228 : § 6, 7, b), bb)) ; V. Emmerich, Kartellrecht, S. 266 (§ 17, 13, d), aa)) ;

J. Burkhardt, Kartellrecht, Rdnr. 363.

(10) 参照 R. Müller-Uri, Kartellrecht, Rdnr. 230 (S. 228).

(102) ヘルリン控訴院一九八〇年一月二二日決定・WuW/E OLG 2403 (Fertigfutter).

(103) V. Emmerich, Kartellrecht, S. 267 (§ 17, 13, d, bb)).

(104) V. Emmerich, Kartellrecht, S. 265 f (§ 17, 13, c)); J. Burkhardt, Kartellrecht, Rdnr. 361; W. Möschel, in

Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 132.

(105) ヘルリン控訴院一九七〇年一月二六日決定・WuW/E OLG 1767. もともと、本件の場合は、「ディ・ヴェルト」紙への広告掲載を義務付けていた訳ではない。なお、参照 服部・前掲(注7)一三五頁、岸井・前掲①(注7)法学志林八三巻四号八〇頁。

(106) V. Emmerich, Kartellrecht, S. 267 (§ 17, 13, d, cc)); J. Burkhardt, Kartellrecht, Rdnr. 365; W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 131.

三 搾取的濫用

(一) 総説

一 次いで、市場支配的企業の濫用行為のうち、第二のタイプである「搾取的濫用」(Ausbeutungsmißbrauch) について検討を加えることとする。

GWB 二三条四項二文二号に規定される搾取的濫用行為の形態は、①買手に対する不当な高価格での販売(市場支配的企業が買手側の場合は、不当な低価格での購入)、②相手方に不当に不利な取引条件を設定することである。ここでは、不当な高価格販売を中心に検討を加えることとし、不当な取引条件については、最後に取り上げることとし

たい。

二 学説一般は、従来より（特に第一次GWB改正後は）、GWB二二条による市場成果、とりわけ価格水準に対する規制も可能であると解してきた。⁽¹⁰⁾その後一九八〇年の第四次GWB改正による二二条四項二文二号の新設という立法的な手当により、成果規制・価格規制の可能性は明確に肯定されることとなる。カルテル官庁の実務においても、一九七三年の第二次GWB改正後、高価格販売の規制がいくつかのケースで試みられ、一九八〇年の第四次改正までに四件の禁止処分が出された。連邦通常裁判所も、ビタミンB12事件決定・バリウム事件決定⁽¹⁰⁾において、GWB二二条による高価格販売の規制の可能性を認めるに至った。もっとも、ビタミンB12事件・バリウム事件では連邦カルテル庁による価格引き下げ命令を結論的には否定している。いずれにせよ、GWB二二条による成果規制・価格規制の可否については、それを肯定することで現時点ではすでに解決済みである。

三 一方で、学説は、GWB二二条による高価格販売規制それ自体は認容するものの、次のような問題点を根拠にして、その実際の発動には慎重な態度を採るべき旨を主張している。⁽¹⁰⁾

まず、第一に、体系上の疑問が挙げられる。すなわち、高価格販売は、当該市場への参入や価格競争を困難にする競争制限の帰結であって、それ自体はGWBによる規制の対象とはならないのではないか、という点である。W・メツシエルは、次のように言う。すなわち、価格規制（成果規制）はゲームのルールを設定するのではなく、ゲームの結果を高権的に修正するものである。⁽¹⁰⁾と。第二に、実際の法適用上の困難が挙げられる。濫用的な高価格販売かどうかは、先に述べた「仮想競争」論に基づいて、比較市場における価格を基礎として算定される「想定競争価格」(Als-ob-Wettbewerbpreis)に照らして判断されるが、その算定には不確実性・恣意性が避けられないというものである。第三に、価格規制の対症療法的性質が挙げられる。すなわち、より根本的な解決策としての妨害的濫用の規

制の方が、対症療法としての価格規制よりも適當ではないか、ということである。第四点として規制手法の限界が挙げられる。すなわち、濫用的な高価格販売の場合に行われる処分（価格引き下げ命令Ⅱ上限価格の指示）は、カルテル官庁による当該処分の時点あるいは裁判所における最終の口頭弁論の時点で確定された事実関係を前提としているが、この事実関係が変化した場合、とくに、賃金上昇、経済政策等によって状況が変化した場合、当該処分（価格引き下げ命令Ⅱ上限価格の指示）の有効性が失われることである。市場における経済状況は常に変動しているので、結局、カルテル官庁による処分（価格引き下げ命令Ⅱ上限価格の指示）は長期的に実施することができない実効性のない処分とならざるを得ない。第五点として、価格規制によって競争制限的な効果が生ずることが挙げられる。高価格販売の規制、つまり価格の引き下げは、当該市場支配的企業の地位を逆に強化し得ることである。当該市場支配的企業の高価格政策によって誘引される新規参入や競争者による対抗的な競争行動は、カルテル官庁の介入（価格引き下げ）によって抑制されるおそれがある。第六に、回避行動が行われることが挙げられる。価格規制を行なった場合も、それを品質、サービス、設備投資等々に転嫁させることによって規制を実質的に回避することができる。

このうち学説が重視するのは、規制によって逆に競争制限的な効果が生ずる点である（右に掲げる第五点）。価格引き下げによる市場への新規参入の抑制や、競争者による対抗行動の抑制作用、さらには競争者の市場からの脱落・退出、そして、市場支配的企業の地位の安定化は、中長期的観点から見れば、GWBの目的に反する状況となる。確かに、短期的な視点からすれば、価格引き下げは、特に消費者の利益となるが、GWBは競争を通じて消費者利益を図るものであり、中長期的な視点から、競争上の考慮を優先させるのが適當であるとされる。

四 右に掲げた問題点を踏まえ、学説は、高価格販売規制を政策的にも規範的な要請としても補充的な規制と把握すべきであるとする。高価格販売規制は、それが有する競争制限的作用を無視できるような場合、つまり、競争的な市

場構造が侵害され、競争の自立的回復力が失われたような場合にのみ肯定される。

このように、まず市場構造的な規制と妨害的濫用の規制を優先させ、高価格販売規制の発動を最後の手段として把握する考え方は、「三段階理論」(Dreistufenheorie)あるいは(価格規制の)「緊急避難」説(These vom Nothelf (der Preisüberhöhungskontrolle))と呼ばれる。

(一) 濫用認定の基準

一 高価格販売を濫用行為と認定する基準となるのは、「仮想競争」という考え方に基づく「想定競争価格」(Alsob-Wettbewerbspreis)である。「想定競争価格」は、当該市場において有効な競争が存在すると仮定した場合の価格である(「競争類似価格」(wettbewerbsanaloger Preis)と呼ばれる場合も多い)。GWB第四次改正は、この「想定競争価格」という評価基準を二二条四項二文二号前段において法文上明示することとなった。そして、「想定競争価格」を探る実際的手法として採用されているのが、「比較市場」(Vergleichsmarkt)という考え方である。つまり、他の市場(比較市場)での価格を基礎にして「想定競争価格」を算定するという手法である。GWB二二条四項二文二号後段も、この「比較市場」という手法をとることを明文で示している。

二 もっとも、GWB二二条四項二文の文言(濫用行為は特に以下の各号の場合に存在する)、及び、仮想競争原理を濫用行為の認定における第一的⁽¹⁰⁾な基準とするとした第四次GWB改正時の経済委員会報告⁽¹¹⁾からして、高価格販売の規制について、想定競争価格あるいは競争類似価格以外の基準によることも可能であると解⁽¹²⁾されている。

では、「仮想競争」——「想定競争価格」という考え方以外にどのような考え方が高価格販売という形態の濫用行為の規制基準となり得るのか。W・メッシェルの整理に従って概観すれば、次の四つの考え方があ⁽¹³⁾る。

① 経済運営の視点。W・メッシュェルによれば、GWB二二条を現在の混合経済体制における全体制御 (Globalsteuerung) の文脈に組み入れる傾向が一部に見られるとする。しかし、W・メッシュェルはGWB二二条の濫用規制について、このような視点を取り入れることは疑問であると言う。ドイツの経済運営の基本事項を定める「経済の安定及び成長を促進する法律」(安定法) (Gesetz über Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft (Stabilitätsgesetz)) 一条は、「市場経済秩序の枠内で」、「価格(物価)の安定」、「雇用水準の向上」、「対外経済の均衡」、「恒常的かつ適度の経済成長」(いわゆる「魔法の四角形」(magisches Viereck)) を経済運営の目標として掲げるが、この安定法一条について言えば、GWBは上記の目標に直接に関わるものではなく、むしろ、その前提である市場経済秩序に関わるものである。上記の目標に適合しない企業の行動あるいは経済全体の目標に反する企業の行動も、それを理由にして、GWB二二条の意味での濫用行為とすることはできないとされる⁽¹⁴⁾。

② 消費者保護。右の①とも関係するが、W・メッシュェルによれば、GWB二二条によって直接的に消費者保護政策を進めることを主張する見解が一部に見られるとされる。しかし、GWBはあくまでも自由競争の確保を通して消費者保護を実現するものであり、このような消費者保護という政策的視点をGWB二二条に直接的に取り入れた場合には、競争秩序の枠組が破壊されるとする⁽¹⁵⁾。

③ 「利益限度」の考え方 (Konzept der Gewinn (spannen) begrenzung)。これは欧州裁判所が Chiquina (United Brands) 事件判決で採った考え方である⁽¹⁶⁾。その意味内容は、市場支配的企業による商品の販売価格とコストを比較して、価格がコストを不当・過度に上回っている場合に、濫用を認定するというものである⁽¹⁷⁾。W・メッシュェルは、この考え方がスコラ哲学的な伝統における「正しい価格」(iustum pretium) というものを基礎として、「妥当な」コスト、資本投下に対する「妥当な」収益、リスク負担によるコストの「妥当な」調整等々の確定を前提としており、

必然的に企業行動をその全体として規制するに至るとする。また、この考え方は、コストと利益の関係を評価する基準を必要とするが、競争市場における利益自体も多大の変動にさらされており、利益が過大であると評価する基準が存在しないことが指摘される。⁽¹⁸⁾さらに、コストの算定は多分に操作が可能であるとともに、その算定が困難な場合もあり、「想定競争価格」という基準に比べて実際的ではないとされる。⁽¹⁹⁾

④対資本利益率。これは③の一種とも言えるが、英国の独占規制において一時採られていた考え方と言われる。その意味内容は、当該市場支配的企業が投入した総資本から得られる収益(率)を取り上げ、当該産業の一般のそれとを比較するというものである。⁽²⁰⁾しかし、特定の市場との関連性において市場支配的企業の濫用行為を規制するGWB二二条にあつては、投下資本に対する収益という面だけではなく、個別商品における収益というものを考える必要があり、この考え方も実際的ではないとされる。⁽²¹⁾

結局、W・メッシュェルは、右に見た考え方が「仮想競争」―「想定競争価格」という考え方よりも評価基準として優れているとは認められないと結論づけている。⁽²²⁾

(三) 比較市場

1 総説

一 先にも述べたように、想定競争価格あるいは競争類似価格の算定において、GWB二二条四項二文二号後段は、有効な競争が存在する比較可能な市場での企業の行動を考慮すべき旨を規定しており、「比較市場」という手法が用いられることとなる。なお、市場支配的企業自身の比較可能な市場における行動については、同三号の類型の濫用行

為として別に規定されている。

二 「比較市場」であることから、当該市場支配的企業が属する市場とは異なる市場がその対象となり、市場画定の要素（地理的要素・商品の要素・時間の要素）に従って、①地理的に異なる市場（地理的比較市場）、②商品が異なる市場（商品比較市場）が比較市場となる。時間的に異なる市場（端的に言えば、市場支配的企業が属する市場の過去の状況）については、別の市場と言えるかどうかは微妙なところがある（つまり過去の同一市場）。もっとも、GWB二二条四項二文二号後段の比較市場には当たらないとしても、同規定は、別の市場としての「比較市場」という手法以外の方法を排除するものでもなく（文言上「この場合、特に、比較市場での企業の行動が……」とされる）、学説においては、通常、比較市場ということで時間的要素によるそれも含めて取り上げられている（③時間比較市場。ただし、後述するように、時間的比較市場として議論されているのは、本来の意味での時間的比較市場とは異なっている）。

比較対象とされる比較市場の価格は、比較市場における一企業の価格であってもよいが、後述するバリウム事件におけるように、比較対象とされた企業がわずか〇・七％の市場占拠率しか有していないような場合は、それが比較市場での価格であることとの説得力に欠ける。また、比較市場での価格を、そこで活動する企業の販売価格の平均価格とすることにも異論がある。それよりも高い価格を設定する企業が比較市場で存在する以上、平均価格を濫用の基準とすることはできないとされる⁽¹²⁾。

三 いずれの比較市場を採る場合も、問題とされる市場（市場支配的企業の属する市場）の状況とできるだけ近似する市場を比較市場としなければならない⁽¹³⁾。比較市場と問題とされる市場の状況との差異が大きいということであれば、比較市場での価格の評価基準としての意味は希薄化する。いずれにせよ、比較市場と当該市場の状況とが完全に合致

するということは考えられず、想定競争価格ないし競争類似価格の確定にあたっては、比較市場での価格に対して一定の調整を行う必要が生ずる。この調整は、供給側の市場支配的企業による高価格販売のケースでは、「調整加算」(Korrekturzuschläge oder Sicherheitszuschläge)と呼ばれ、需要側の市場支配的企業による低価格購入のケースでは、「調整減額」(Korrekturabschläge oder Sicherheitsabschläge)と呼ばれる⁽¹⁰⁾。この価格調整にあたっては、当該市場と比較対象となる市場との構造的な条件の差異のみが考慮され、個々の企業の特性と違った要素は考慮されない⁽¹¹⁾。しかし、このような調整作業によって想定競争価格の確定に恣意性・人為性が入り込むことは避けられない。また、この調整額が大きければ、比較市場という手法の利用それ自体の有効性にも疑問が生ずることとなる。さらに、外国市場を比較市場とする場合には(地理的比較市場)、ドイツのカルテル官庁(及び裁判所)によって当該外国市場の状況を詳細に調査解明することが困難な場合もある。比較市場という手法の有効性は、この点でも制約があることは否めない⁽¹²⁾。

四 また、市場支配的企業による当該商品の販売価格が想定競争価格を超える場合、直ちに濫用的な高価格販売と評価されるかどうかが問題とされている。連邦通常裁判所は、バリウム事件において、当該価格が濫用的な高価格であることを確実に認定するためには、算定された競争価格を多大に(erheblich)上回る必要があるとして、その超過が直ちに濫用的な高価格販売とはならないとした⁽¹³⁾。そこから、一部学説は、先に述べた比較市場の構造上の差異に基づく「調整加算」とは別個の加算の必要性を指摘する。このような加算は、「濫用加算」(Mißbrauchszuschläge)あるいは「重大性の加算」(Erheblichkeitszuschläge)と呼ばれる⁽¹⁴⁾。バリウム事件の差戻審で、ベルリン控訴院は、比較市場での価格に対する市場構造上の差異による「調整加算」五〇・三六％とは別に、そこで算定された競争価格に対して、さらに二五％の(ここで言う)「濫用加算」を行い、結局、総計で比較市場での価格に対して八七・九五

％の加算を行った（ $115.0 \cdot 36\% \times 115.5\%$ ）。

五 さらに、連邦通常裁判所は、同じくバリウム事件において想定競争価格を多大に超過する場合であっても、そのような価格設定について正当化事由が存するときは、濫用的な高価格販売とはならない旨を判示した。⁽¹³⁾ この正当化事由の検討に際しては、当該市場支配的企業自身の個別的な事情、例えば、そのコスト構造や、特許を有するかどうかと言った事情が考慮される。⁽¹⁴⁾ たとえ、想定競争価格を多大に超過する高価格販売であったとしても、それが当該市場支配的企業にとっては原価割れ販売であるような場合は、濫用とはならないとされる。⁽¹⁵⁾

2 地理的比較市場

一 比較可能な（別市場である）地理的市場としては、国内の部分市場及び外国市場が考えられる。実務では、通常、この地理的に異なる市場を比較市場とすることが行われてきた。GWB二二条四項二文二号後段は、「有効な競争が存在する比較可能な市場」での企業の行動を考慮するものとしているが、学説・判例は、市場支配的企業の属する市場におけるよりも競争の程度が強ければ比較市場として十分であるとしている。⁽¹⁶⁾

問題は、言うまでもなく、その比較可能性（近似性）である。比較市場との市場構造上の相違は、先に述べた調整加算（減額）によってカバーされることとなる。ここでは、今まで断片的に引用してきたバリウム事件の全体の概要を述べ、（地理的比較市場による）価格規制の実際を見ることとしたい。⁽¹⁷⁾

二 連邦カルテル庁は、世界的な医薬品製造業者である Hoffman-La Roche (Hoffmann La Roche) 社のドイツ子会社に対して、GWB二二条五項に基づいて、精神安定剤であるバリウムとトリプリウムについてその価格を四〇％ないし三五％引き下げを命じた。その根拠となったのは、同製品の価格の国際比較（ロッシュ社のドイツで

の販売価格は、イギリス市場の三倍、フランス、イタリア市場よりも五〇%高いとされる」とロッシュ社の利益の大きさである。連邦カルテル庁はイタリア市場での販売価格を手掛かりに価格引下げを命じた。ベルリン控訴院は、連邦カルテル庁の処分を基本的に支持し、同製品の価格を二八%引下げを命じたが、イタリア、フランス、イギリス市場は、その構造的な差異から（特許による保護の有無（イタリアでは特許が認められていない）、為替の変動によるマルク換算価格の上昇、国家による価格統制の有無など）、比較市場として不適當であるとされた。代わってオランダ市場において最も安い価格で販売していたセントラファーム（Centrafarm）社（以下、セ社）の販売価格が比較対象とされたが、両市場におけるコスト構造の差異などからセ社の価格に対して約六〇%の調整加算がなされた。次いで、連邦通常裁判所は、ベルリン控訴院の算定した価格について研究開発費などが考慮されていない等、ロッシュ社による濫用的な高価格販売の立証が不十分であるとして、ベルリン控訴院に事案を差戻した。差戻審において、ベルリン控訴院は、先に述べたように、比較市場とされたオランダ市場の価格を研究開発活動を行っていないセ社の価格に求めたことから、研究開発のコストについて三五・三六%の加算を行い、さらに、ドイツ市場における少量包装による販売等の各種の販売コストの増加要因に対して一五%の加算を行い、合計で五〇・三六%の調整加算を行って、競争類似価格を算定し、それに対してさらに二五%の「濫用加算」を行って、結局、二四%の価格引き下げを命じた。これに対して連邦通常裁判所は、ベルリン控訴院の決定を破棄し、連邦カルテル庁の処分の取消した。連邦通常裁判所は、その理由として、①セ社のオランダ市場での地位が極めて低く（市場占拠率〇・七%）、オランダでの同製品の供給者の半数は、ロッシュ社と同水準の価格で販売していたこと、②比較市場の価格（と言ってもこの場合はセ社のみの価格）の五〇%を超える調整加算は適當でないことを挙げている。

右に述べたような展開を経て、「一大スペクトル」（spektakulär）と形容されたバリウム事件はようやく終結する

こととなったが、比較市場の中でも最も実用的であると考えられる地理的比較市場による高価格販売規制も実際には困難であることが示される形となった。

3 商品比較市場

商品比較市場は、比較可能な別の商品（又は別の役務）の市場を比較市場とするものである。価格規制のケースに照らして言えば、市場支配的企業が属する市場におけるA商品の価格と別市場であるB商品の価格が比較に供されることとなる。従来の実務では、余り重視されておらず、補足的に持ち出されるに過ぎないとされる。⁽¹³⁾ ビタミンB12事件で、ベルリン控訴院は、市場支配的企業の同一商品の病院薬局向けの販売価格とともに、他のビタミン剤の価格を参照している。⁽¹⁴⁾ この商品比較市場による企業行動の吟味がほとんど行われていないのは、異なる商品ということから必要とされる価格調整によって競争価格の算定が恣意的なものとなる度合いが高まるからである。⁽¹⁴⁾

4 時間的比較市場（ゾッケル理論）

一 時間的比較市場は、市場支配的企業が属する市場の過去の状況を比較対象とするものである。（本来の）時間的比較市場の下では、有効な競争が存在した時点での過去の同一市場（これが有効な競争が存在する比較市場となる）での価格を基礎として、価格調整を通じて競争価格が確定され、それを基準として現時点での当該市場支配的企業の価格設定が濫用に該当するかどうかを検討されることとなる。

二 連邦カルテル庁は、一九七〇年代に、多くの事案について、市場支配的企業の過去の価格を手掛かりにして規制手続を開始したが、その際、連邦カルテル庁は、当該市場支配的企業自身の過去の価格を基準として、価格引上げが

その後のコスト変動（コスト上昇）によって正当化されるかどうかによって濫用の有無を判断するという手法を採った。この連邦カルテル庁の採った手法は、本来の（時間的）比較市場という考え方と言うよりは、むしろ、過去の一時点での価格（従前価格）を出発点として、時系列的な価格—コストの関係に着目する手法（あるいは利益の大きさに着目する手法）⁽⁴⁴⁾ということができる。この連邦カルテル庁の採った手法は、「ゾッケル理論」(Socketheorie)と呼ばれることも多い⁽⁴⁵⁾。なお、連邦カルテル庁の規制手続が開始された事案のうち、正式の禁止処分に至ったのは一件に過ぎず、それもベルリン控訴院によって取消されている⁽⁴⁶⁾。

三 この連邦カルテル庁の採った手法（ゾッケル理論）については学説上多くの問題点が指摘されている⁽⁴⁷⁾。まず、市場支配的企業の過去の価格設定が競争的な価格行動であったかどうかが吟味されていないことである。そこでは、過去の任意の時点の価格を選択することができるが、それが競争的価格でない場合、あるいは、コストを下回る価格であった場合もあり得る。ゾッケル理論では、当該市場支配的企業の従前の価格行動が競争的であったことが「仮定」されていることとなる。また、有効な競争が存在する場合には、果たしてコスト変動（コスト上昇）に基づく価格引上げが可能となるのかどうかは疑問であるし、コスト変動の検討を一定の期間（過去の基準となる時点から現時点まで）に限定することも問題点として指摘されている。さらに、価格—コスト関係に着目するゾッケル理論においては、需給関係の変化（需要の増大）による価格引上げをどう把握するのかという問題もある。仮に、このような場合も濫用として価格引き上げを阻止する場合には、それは価格統制・統制経済につながるおそれがある旨が指摘される。市場支配的企業の側についても、いったん確定された価格—コスト関係が固定化され、コスト変動（コスト上昇）があれば価格引き上げが正当化されることとなり、合理化等の望ましい行動への誘引が失われることとなる。

四 以上のように、ゾッケル理論は、学説からの激しい批判を受け、一九七〇年代後半以降、連邦カルテル庁はこの

理論に基づく規制を行っていない。V・エマリヒは、これがゾッケル理論との「永遠の別れであることが望まれる」とまで言う。⁽¹⁶⁾

(四) 取引条件の濫用

一 G W B 二二条四項二文二号は、価格とともに取引条件の濫用についても規定している。つまり、市場支配的企業が、有効な競争が存在する場合に高い蓋然性でもって生ずるであろうものとは異なる相手方に不利な取引条件を設定する場合に、取引条件の濫用が成立する。その場合、同じく有効な競争の存在する比較市場での取引条件が考慮されることとなる。

二 一九七〇年代の実務においては、市場支配的企業がとりたてて理由もなく相手方に不利となるような任意法の規定と異なる取引条件を要求する場合が問題とされてきたと言われる⁽¹⁶⁾。その場合、民法典などの任意法の規定の内容が濫用の有無を判断する手掛かりとなる。しかし、「仮想競争」―「比較市場」という考え方が取引条件の濫用に関しても明示的に G W B 二二条四項二文二号に導入された結果、価格規制におけるのと同様、比較市場での取引条件に基づく競争市場でのいわば「想定取引条件」あるいは「競争類似取引条件」との対比で濫用の有無が判断されることとなった。もともと、その場合、個々の取引条件を取り上げて比較することはできない。相手方に不利な条項が、相手方に有利な他の条項(さらには有利な価格)によって調整されている場合があるからである。この点に関して、連邦通常裁判所は、濫用の有無を判断する場合、価格及び取引条件を全体(給付の束(Leistungs-bündel))として考察する必要があるとした。⁽¹⁷⁾ そのような形で価格は含むいわば取引全体の比較は不可能ではないか、あるいは少なくとも極めて困難であると思われるが、連邦通常裁判所は、競争的な取引条件(及び価格)は単に「高い蓋然性」で生

ずるであろうものでよいので、そのような困難は軽減されるとしている。

三 いずれにせよ、右の判例理論によって、取引条件の濫用規制は、實際上、停止状態にあると言われる（もっとも、価格規制についても同様であるが）。これに対して、学説では、取引条件の濫用に関しては、任意法規を基準とすることが主張されている（この場合、約款規制法（Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen）（とくに九条二項）を手掛かりとすることが主張される⁽¹⁶⁾）。任意法規は、競争によって達成される市場における取引関係の均衡状態の下での利益調整についてのモデルあるいはひな型としての性格を認めることができるので、自由競争秩序を確保するGWBによる規制においても、任意法規を基準とすることが正当化される余地があると思われる⁽¹⁷⁾。また、任意法規を手掛かりとする濫用の認定方法は、先の「給付の束」理論を前提とした価格を含む取引全体の比較という判例の採る手法よりも実用的である。もっとも、このように任意法規を基準として設定する場合の法文上の根拠は、「仮想競争」——「比較市場」という考え方を採るGWB二条四項二文二号ではなく、同一文の一般条項に求められることとなる⁽¹⁸⁾。

(五) 価格・取引条件の差別

一 GWB二条四項二文三号は、市場支配的企業が比較可能な市場における同種の購入者に対するよりも不当な対価又は取引条件を要求する場合であって、その差異が客観的に正当化されない場合を濫用の類型として掲げる。この類型の濫用は、（価格）構造的濫用（Preis/Strukturmissbrauch）とも呼ばれるが、差別的価格設定によって不利な価格（高価格）が設定されるという側面から、搾取的濫用の一種として理解される⁽¹⁹⁾。もっとも、差別的価格設定における低価格の方に着目すれば、妨害的濫用の一形態としても理解可能であり、両者の濫用形態の性質を有している。

二 この類型の濫用行為も、GWB二二条四項二文二号後段と同様、比較市場が問題とされるが、三号の比較市場は、二号後段における地理的比較市場という考え方の一態様として理解される。ただ、比較対象が当該市場支配的企業自身の価格行動となる。三号の比較市場としては、国内の部分市場・外国市場が考えられる。例えば、市場支配的企業が外国市場において安い価格で販売し、当該市場（国内市場）では高く販売すると言ったケースがその典型例である。もちろん、比較市場（外国市場）において価格統制が行われており、市場価格が存在しないような場合は、比較市場としても意味はない⁽⁸³⁾。従来のも事実でも、例えば、バリウム事件では、ロッシュ社の外国市場での価格行動が、ビタミンB12事件では、部分市場としての国内の病院薬局向けの販売価格が考慮されている。

三 GWB二二条四項二文二号後段における比較市場との差異は、まず、同三号では供給者側の濫用行為しか対象としていない点が挙げられる。同三号は比較市場の同種の「購入者」に対するよりも不当な対価又は取引条件を要求することを濫用類型としている。また、比較市場における「同種」の購入者に対する価格との比較のみが取り上げられている点でも異なる。この場合の「同種」の購入者は、GWB二六条二項一文に言う「同種」の企業と同じく、供給者（二二条の場合は市場支配的企業である供給者）との関係で実質的に同一の機能を有する購入者という意味で理解される⁽⁸⁴⁾。一般消費者がここに言う同種の購入者に当たることについて異論はない。さらに、明文はないが、異なる価格（又は取引条件）を同時に提示する場合のみが三号に該当すると解される⁽⁸⁵⁾。以上の点で、GWB二二条四項二文三号における比較市場は、同二号後段における比較市場よりも絞りがかけられている。他方で、文言から明らかなように、GWB二二条四項二文三号の比較市場では、有効な競争が存在している必要はない。当該企業が比較市場で市場支配的地位を有してもよい。

四 価格（又は取引条件）の差異についての客観的に正当な理由としては、両市場における構造的な競争条件の相違

などがあり、これもGWB二六条二項一文における「客観的に正当な理由」と同じであると解されている。二六条との差異は、「客観的に正当な理由」の存否についての実質的証明責任が、一二条の場合は、その条文構成からして(Ges sei denn……) (但書形式をとる)、市場支配的企業の側にあると解されることであるが、このような解釈には異論もある。⁽¹⁰⁾

結局、GWB二二条四項二文三号の類型の濫用行為は、実質的にGWB二六条二項一文の差別禁止規定と重複していると同解されている。⁽¹¹⁾ 両規定の差異は、二二条の場合は、先にも述べたように、供給側の市場支配的企業の行為しか規制対象となっていないこと、企業ではない者(一般消費者)に対する差別的取扱いもその射程内にあることである。

五 GWB二二条四項二文三号に関する事例として正式の禁止処分が行われたケースはないようであるが、近年の連邦カルテル庁の活動状況が低調という訳でもない。燃料・薬品といった分野で多く手続が開始されている。⁽¹²⁾

やや古いのが、ガソリンの価格差別のケースを掲げると、石油会社がスタンドへのガソリンの販売価格を引き下げたものの、地域によって下げ幅に差異があり、その結果、地域によってガソリンの販売価格に一リットルあたり一〇ないし一一ペニヒの価格差が生じたという事案で、連邦カルテル庁が調査を開始し、GWB四六条による報告請求の決定を行った。これに対して、ベルリン控訴院は、右の差別的な販売価格はいずれも原価を下回る価格であり、そのような場合の差別的価格設定は、全体としての損失を減少させる試みであるとして、GWB二二条四項二文二号・三号の濫用行為の嫌疑を否定している。⁽¹³⁾

(10) 参照 W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 148; Westrick/Loewenheim,

Kommentar, § 22 Rdnr. 54.

- (100) 連邦通商裁判所一九七六年十月三日決定・WuW/E BGH 1435, 1439 (Bitamin-B-12) 連邦通商裁判所一九七六年十一月六日決定・WuW/E BGH 1445, 1450 (Valium)。
- (101) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, *GWB Kommentar*, § 22 Rdnr. 12, 149, 參照 Ph. Jebens, *Der Ausbeutungsmißbrauch*, S. 34 ff. 岸井・前掲②(注一)一五五頁以下。
- (111) W. Möschel, *Wettbewerbsbeschränkungen*, Rdnr. 503; W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, *GWB Kommentar*, § 22 Rdnr. 12.
- (112) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, *GWB Kommentar*, § 22 Rdnr. 12, 參照岸井・前掲②(注一)一五五頁。
- (113) *Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft*, 1980, Bundestags-Drucksache 8/3690, S. 25.
- (114) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, *GWB Kommentar*, § 22 Rdnr. 153.
- (115) Monopolkommission, a. a. O. (oben Fn. 51), *Sondergutachten 1*, 1975, Tz. 19; W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, *GWB Kommentar*, § 22 Rdnr. 154.
- (116) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, *GWB Kommentar*, § 22 Rdnr. 155.
- (117) EuGHE (判例集) 一九七八年一〇七頁 = WuW/E EWG/MUV 425, 參照村上政博『EU競争法 [EU競争法]』(平成七年)一四一頁以下。
- (118) V. Emmerich, in M. A. Dauses (Hrsg), *Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts*, 1993, HI Rdnr. 247.
- (119) V. Emmerich, a. a. O. (oben Fn. 117), Rdnr. 248.
- (120) V. Emmerich, a. a. O. (oben Fn. 117), Rdnr. 248.
- (121) W. Möschel, *Wettbewerbsbeschränkungen*, Rdnr. 562; W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, *GWB Kommentar*, § 22 Rdnr. 156. もともとこの「利益限度」の考え方は「仮想競争」—「比較市場」という枠組みにおいて、濫用行為の存在についての指標としての役割を果たすことが認められている。連邦カルテル庁は「ハリウム事件において、市場支配的企業

の国内市場での利益と他の同種企業の利益との比較を行う、濫用行為の認定の根拠の一つとした。

- (121) 参照 W. Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 562; W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 157; Monopolkommission, a. a. O. (oben Fn. 51), Sondergutachten 1, 1975, Tz. 41.
- (122) W. Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 562; W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 157.
- (123) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 153; W. Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 562.
- (124) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 163 f.
- (125) R. Bechtold, Kartellgesetz, § 22 Rdnr. 62. 《Vergleichbar》は「比較可能」という意味であるが、「比較可能な市場」(vergleichbarer Markt)という場合も「ほぼ」に近い。「近似する」という意味で理解した方が判らざる。
- (126) Kl.-P. Schultz, in Langen/Bunte, Kommentar, § 22 Rn. 83. 参考 同 (121)。
- (127) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 162.
- (128) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 163.
- (129) 連邦通常裁判所一九七六年一月十六日決定・WuW/E BGH 1445, 1454 (Valium).
- (130) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 158; Kl.-P. Schultz, in Langen/Bunte, Kommentar, § 22 Rn. 84.
- (131) なお、「確実性のための加算」(Sicherheitszuschläge)という場合も、主として本稿で言う「調整加算」を指すものと思われるが、「濫用加算」も含まれる。価格の修正を総称する用語と思われる。
- (132) スルリン控訴院一九七八年一月十六日決定・WuW/E OLG 2053, 2065 f (Valium).
- (133) 連邦通常裁判所一九七六年一月十六日決定・WuW/E BGH 1445, 1454 (Valium).
- (134) 参照 R. Müller-Ur, Kartellrecht, Rdnr. 231 (S. 231).

- (135) Ki.P. Schulz, in Langen/Bunte, Kommentar, § 22 Rn. 86.
- (136) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 161; ヘルリン控訴院一九八二年一月二日決定・WuW/E OLG 2935, 2939 (BAT Am Biggenkopf Sud). 場合によつては、他の市場における独占企業の行動も考慮の対象となる。連邦通常裁判所一九八六年一〇月二日決定・WuW E/BGH 2309, 2311 (Glockenheide).
- (137) 連邦カルテル庁一九七四年一〇月二六日決定・WuW/E Bkarta 1526 (Valium-Librium) ヘルリン控訴院一九七六年一月五日決定・WuW/E OLG 1645 (Valium-Librium) 連邦通常裁判所一九七六年二月一六日決定・WuW/E BGH 1445 (Valium) ヘルリン控訴院一九七八年八月二四日決定・WuW/E OLG 2053 (Valium) 連邦通常裁判所一九八〇年二月一日決定・WuW/E BGH 1678 (Valium II)。シリウム事件は、わが国でもしばしば取り上げられている。岸井・前掲②(注7)一五七頁、田中・前掲(注7)追手門経済論集三三卷三号一四四頁、服部・前掲(注7)一四〇頁など。
- (138) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 165.
- (139) ヘルリン控訴院一九七五年二月一九日決定・WuW E/OLG 1599, 1610 (Vitamin-B-12)。
- (140) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 165.
- (141) Ph. Jebens, Der Ausbeutungsmissbrauch, S. 122; W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 166.
- (142) 《Socket》とは、土台・彫刻の)台座・ソケットとらう意味であるが、《Sockelpreis》《Preissocket》と言つ場合、
「従前価格」を意味するようである。本文中述べた連邦カルテル庁のマプローチについて、ここではそのまま「ソケット理論」とする。
- (143) ヘルリン控訴院一九七四年五月一四日決定・WuW/E OLG 1467 (BP).
- (144) R. Müller-Urli, Kartellrecht, Rdnr. 234; V. Emmerich, Kartellrecht, S. 275 (§ 17, 14, b, bb); W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 166.
- (145) V. Emmerich, Kartellrecht, S. 275 (§ 17, 14, b, bb)).

- (146) V. Emmerich, Kartellrecht, S. 277 (§ 17, 15, a)).
- (147) 連邦通常裁判所一九八四年一月六日決定・WuW/E BGH 2103, 2105 (Favorit).
- (148) V. Emmerich, Kartellrecht, S. 277 (§ 17, 15, a)). なお、V・ヘーリヒは「取引条件の濫用に対するこのような「仮想競争」―「比較市場」という考え方は、その判例の展開はごく僅か「酷然とせざる」(verblüffend) という形容を用いて批判する。
- (149) V. Emmerich, Kartellrecht, S. 277 (§ 17, 15, a)) : W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 172.
- (150) 参照 W. Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 573 ; W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 172.
- (151) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 172.
- (152) W. Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 570.
- (153) K1.-P. Schultz, in Langen/Bunte, Kommentar, § 22 Rn. 88.
- (154) K1.-P. Schultz, in Langen/Bunte, Kommentar, § 22 Rn. 88 ; R. Müller-Ur, Kartellrecht, Rdnr. 235 ; W. Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 570.
- (155) K1.-P. Schultz, in Langen/Bunte, Kommentar, § 22 Rn. 88.
- (156) K1.-P. Schultz, in Langen/Bunte, Kommentar, § 22 Rn. 89 ; R. Müller-Ur, Kartellrecht, Rdnr. 235 (S. 236).
- (157) W. Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 570.
- (158) 参照 K1.-P. Schultz, in Langen/Bunte, Kommentar, § 22 Rn. 91 ff. 一九九〇年に、連邦カルテル庁は、ハンブルク地域の石油製品の販売価格について、他の地域の価格の展開とは異なっているとして、GWB五六条による価格引き下げの仮命令を行ったが、ヘルリン控訴院によって取消されている(一九九〇年十二月一日決定・WuW/E OLG 4640 (Hamburger Benzinpriese))。
- (159) スルリン控訴院一九八二年三月二二日決定・WuW/E OLG 2617 (regional unterschiedliche Tankstellenpreise). 参照

服部・前掲(注7) 一四三頁 R. Müller-Urri, Kartellrecht, Rdmr. 235 (S. 236)。

四 その他の濫用行為

一 G W B 二二条四項二文一号ないし三号に掲げられる濫用行為の類型は、「特に」(insbesondere) という文言が示すように、例示規定であり、それ以外の行為が二二条四項一文の一般条項の下で濫用行為として把握されることを否定するものではない。⁽⁶⁾ もっとも、G W B 二二条四項二文各号に掲げる以外の行為で濫用行為として把握される行為は、確かに理論的にはあり得るが、規制を受けるのは極めて小さな領域であると考えられている。学説上、①品質等に関する濫用行為、②U W G 違反行為、③市場構造の悪化をもたらす行為、④他の規定の脱法的行為などが挙げられている。以下では、①③について概観する。

二 G W B 二二条四項二文二号は、価格と取引条件に関する搾取的濫用を取り上げるが、その他の市場成果に関する濫用行為も考えられる。例えば、低品質の商品の供給、技術革新の抑制などである。⁽⁶⁾ この点に関して、ヨーロッパ独占禁止法では明文の規定を有している。すなわち、E E C 条約八六条二文bは、「需要者の利益を害する生産、販売又は技術革新の制限」を濫用行為の例示として掲げている。いずれにせよ、価格以外の市場成果の規制にあっても、高価格販売の規制と同様、まず比較市場という手法によって濫用の有無が判断されることとなるが、低品質商品の供給・技術革新の抑制といったケースは、理論上は考えられるものの、価格規制(高価格販売の規制)の現状に照らして、実際にそのような行為が規制を受けると言うことは考えにくい。⁽⁶⁾

三 次いで、U W G 違反行為であるが、市場支配的企業によるU W G 違反行為がG W B 二二条四項の意味での濫用行為となるかどうかについては、議論が分かれる。連邦カルテル庁の実務においては、このような方向性を有するもの

がないではないが、⁽¹⁸⁾ G W B が G W B 以外の法規定に反する行為に対してそれを理由に介入するとは考えられず、学説は市場支配的企業による U W G 違反行為が当然に G W B 二二条の濫用行為となるとは考えていない。G W B 二二条の濫用行為は、企業の市場支配力によってはじめてその不正競争行為が可能となる場合、または、市場支配力によって当該不正競争行為が市場全体における競争にとって否定的効果を有するに至る場合に（のみ）成立するとされる。⁽¹⁹⁾ もっとも、市場支配的企業による U W G 違反行為は、実際には、多くのケースにおいて、G W B 二二条の濫用が認められるとも言われる。⁽²⁰⁾

四 最後に、市場構造の反競争的变化をもたらす行為であるが、特に合併等の企業結合が G W B 二二条の濫用行為として規制され得るかどうかが問題とされてきた。一九七三年の第二次 G W B 改正以前は、企業結合の阻止を内容とする企業結合規制が存在しなかったことから、この問題は実際上も重要な意義を有していたが、第二次 G W B 改正による企業結合規制の導入により、そのような意味は失われている。

いずれにせよ、通説的見解においては、一方の企業が濫用的な妨害行為によって他の企業に対して企業結合を強制するところ「攻撃的企業集中」(aggressive Konzentrationsformen) という類型について、G W B 二二条による規制が可能であると考えられている。⁽²¹⁾

(18) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, G W B Kommentar, § 22 Rdnr. 177; J. Burkhardt, Kartellrecht, Rdnr. 377.

(19) Kl.-P. Schultz, in Langen / Bunte, Kommentar, § 22 Rn. 98; W. Möschel, in Immenga / Mestmäcker, G W B Kommentar, § 22 Rdnr. 178.

(20) Kl.-P. Schultz, in Langen / Bunte, Kommentar, § 22 Rn. 98; W. Möschel, in Immenga / Mestmäcker, G W B

Kommentar, § 22 Rdnr. 178.

(163) 連邦カルテル庁一九七二年一月二八日決定・WuW/BKartlA 1433 (Deutscher Fußball-Bund).

(164) 参照 W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 179.

(165) V. Emmerich, Kartellrecht, S. 279 (§ 17, 15, d, bb)).

(166) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 183.

IV 規制の方法（法的効果）

最後に、GWB二二条の規制の方法を取り上げることとしたい。市場支配的企業の濫用行為については、各種の法的効果が発生する。第一のものは、カルテル官庁の行政手続による処分である。同じくカルテル官庁による手続として、過料手続も存するが、これは専ら秩序違反法 (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) に基づくものである。また、私法上の効果も問題となる。以下、手続きを含め分説する。

一 行政手続

(一) 概要

一 市場支配的企業がその地位を濫用した場合、カルテル官庁は、二二条五項によって市場支配的企業に対して当該濫用行為を禁止し (untersagen) 、専らに、契約の無効を宣言する (Verträge für unwirksam erklären) ことができる。法文上は、「できる」(können) となっており (いわゆる kann 規定)、処分を行うかどうかは、基本的にカ

カルテル官庁の裁量に委ねられている⁽¹⁰⁾。この点に関して、市場支配的企業の濫用行為によって不利益を受ける企業がカルテル官庁に対して行政手続の開始を求める権利があるかどうかが議論されているが、通説・判例は、このような権利の存在を否定する⁽¹¹⁾。独占委員会は、立法論として、手続開始の決定に重大な利害関係を有する者に、カルテル官庁に対して二二条の手続開始を申立てる権利を付与することを提案しているが、⁽¹²⁾具体的な立法の動きはない。

また、カルテル官庁は予め問題とされる行為を中止するよう勧告 (abmahnung) しなければならぬ (GWB 二二条五項二文)。この事前勧告を行わずになされた行政処分は瑕疵のある行政処分となる⁽¹³⁾。事前勧告によって、当該行為が中止され、濫用行為に対する正式の行政処分に至ることなく、事案が終了する場合がある。また、それ以外に、問題とされる行為について、企業側が自発的に中止する場合もある。従って、正式処分による規制の件数が少ないことでもって、直ちに規制が低調であるとの評価を行うことは適当でないことは先に述べた通りである。

二 カルテル官庁の市場支配的企業の濫用行為に対する措置は、GWB 五一条以下に規定される手続に従って行われる。その概要につき、GWB の規定を中心述べて次の通りである。

まず、管轄に関しては、濫用行為による市場への影響が一州 (Land) の領域を超えて生ずる場合は、連邦カルテル庁 (Bundeskartellamt) の管轄となり、それが一州内にとどまる場合は、各州カルテル庁 (Landeskartellbehörde) の管轄となる (参照、GWB 四四条一項一号⁽¹⁴⁾)。

カルテル官庁には、広範な調査権限が認められている (GWB 四六条・五四条・五五条)。カルテル官庁は、①企業・企業の団体に対して「経済事情」(wirtschaftliche verhältnisse) の報告を求め、②「営業書類」(geschäftliche Unterlagen) を通常の営業時間内に閲覧・検査し、③経済団体等に対して定款・決議・メンバーの数及び名称についての報告を求めることができる (GWB 四六条一項一号ないし三号)。カルテル官庁の報告聴取は、正式の行

政処分により行われるが、通常の場合、カルテル官庁は、まず、正式の行政処分としてではなく、非公式な形で報告を求め、企業側がそれに応じないか、あるいは、不十分な内容であるとの印象を持った場合に、正式の報告聴取の決定を行うとされる⁽¹²⁾。これらのカルテル官庁の調査は、GWBが規定する行為の存在（二二条で言えば、濫用行為の存在）について具体的な事実に基づく嫌疑があることが前提となる⁽¹³⁾。さらに、カルテル官庁は、区裁判所（Amtsgericht）の裁判官の命令に基づいて、搜索（Durchsuchung）を行うこともできる（GWB四六条四項一文）。その他、カルテル官庁は、GWB五四条により、「必要なあらゆる調査を行い、証拠を収集することができる」。

カルテル官庁の調査権限としては、さらに「押収」（Beschlagnahme）がある。カルテル官庁は、証拠方法として重要となり得る物件を押収することができる（GWB五五条一項）。搜索時だけではなく、立ち入り検査の時に押収は可能である。押収については事前の裁判官の命令は要しない。

三 行政手続は職権又は申立（GWB二二条の場合は職権による）によって開始され（GWB五一条一項）、準司法的（Justizförmlich）⁽¹⁴⁾手続によって行われる。カルテル官庁は、当事者に意見を表明する機会を与えなければならず、一の当事者からの申立がある場合には口頭の審理（mündliche Verhandlung）を行わなければならない（GWB五三条一項）。もっとも、この口頭の審理については、GWB二二条による濫用規制の場合は、当事者の申請がなくても公開の口頭審理を行わなければならない（同三項一文前段）⁽¹⁵⁾。このような特別規定が置かれたのは、審理を公開することによって濫用行為の予防的効果が期待されること、そして、市場支配的企業の重大な濫用行為に対する世人一般の関心に応えることにある⁽¹⁶⁾。また、証拠調べに関しては、前述のように、GWB五四条一項により、「カルテル官庁は必要なあらゆる調査を行い、あらゆる証拠を収集できる」とされ、いわゆる「職権探知主義」（Amtsermittelungsgrundsatz）が採られている。カルテル官庁は、当事者の主張や証拠申出に拘束されず、職権により事実関係を明ら

かにすることとなる⁽¹⁷⁾。行政手続は、処分 (Verfügung) 又は打ち切り (Einstellung) によって終了する。処分は理由を付さなければならぬ (GWB 五七条一項)。また、カルテル官庁は、GWB 二二条の濫用規制に関しては、最終的な処分の決定までの間に、仮命令 (einstweilige Anordnung) を出すことができる (GWB 五六条三号)。

四 カルテル官庁の処分については不服のある当事者は、上級地方裁判所に対してその取消を求めて抗告することができる (GWB 六二条一項) (連邦カルテル庁についてはベルリン控訴院の専属管轄)。抗告が行われた場合、GWB 二二条五項による処分については、カルテル官庁による処分の即時執行の命令がない限り、その効力は停止される (GWB 六三条一項二号・六三 a 条一項)。抗告裁判所での審理も、同じく「職権探知主義」が採られ (GWB 六九条一項)、手続の全体から得られた自由な心証に基づいて決定を行う (GWB 七〇条一項)。手続の経過とともに、事実関係の変化も生じ得るが、処分の適否の判断の基準となるのは、GWB 二二条五項の処分に関して言えば、抗告訴訟の最終の口頭弁論の時点となる⁽¹⁸⁾。また、GWB 二二条の濫用規制に関する特別規定として、GWB 七〇条三項がある。それによれば、GWB 二二条五項による処分が、その後の事実関係の変化その他により終結 (erledigen) している場合、抗告裁判所は、申立に基づいて、当該処分がどの範囲において、また、どの時点まで理由のあったものかを確認する。これは後述する「過剰収入」の徴収及び損害賠償に関わってくる。抗告裁判所の決定に対しては、当該裁判所がそれを認めた場合に、連邦通常裁判所に対して上告が可能である (GWB 七三条)。抗告裁判所では法律問題とともに事実問題も審理対象となるが、連邦通常裁判所にあつては法律問題のみが審理の対象となる。連邦通常裁判所は、原則として、上級地方裁判所の事実認定に拘束される (GWB 七五条四項)。

五 GWB 二二条五項の処分に関しては、一九八〇年の第四次改正で導入された「過剰収入」の徴収 (Mehrerlöse-abschöpfung) という措置がある。企業が、故意又は過失により、カルテル官庁が二二条五項の処分を禁止した行

為によって、処分の送達後に「過剰収入」(Mehrerlös)を得た場合には、カルテル官庁は、当該処分の確定後、企業に対して当該収入に相当する金額をカルテル官庁に支払うことを命じることができる(GWB三七b条一項一文)。ここで言う「過剰収入」とは、カルテル官庁の処分を無視して得られた収入と、同一の期間においてカルテル官庁の処分を遵守した場合に得られたであろう収入との差額を意味する。⁽¹⁰⁾この差額がない場合(つまり、カルテル官庁の処分を遵守しても、遵守しなかった場合と同じ収入が得られたであろう場合)は、ここで言う「過剰収入」は存在しない。また、「収入」(Erlöse)とは、利益ではなく、売上を意味する。⁽¹¹⁾ただし、GWB三五条による損害賠償の支払分又は過料の支払分は、そこから減額されることとなっている(GWB三七b条一項二文)。先に述べた、処分後の事実関係の変化等によって当該処分が終結(erledigen)している場合も、当該処分が理由のあった時期の「過剰収入」の徴収があり得る。

(二) 禁止処分・契約の無効宣言

一 GWB二三条五項一文によれば、カルテル官庁が行うことができる処分は、禁止処分と契約の無効宣言である。カルテル官庁が行うことのできる処分はその二つであり、何らかの積極的行為を行うように命令することはできない⁽¹²⁾。この点に関して問題となるのが、高価格販売に対する価格引き下げの命令(上限価格の指示)である。ベルリン控訴院は、ビタミンB12事件決定、パリウム事件決定において、上限価格(その価格以下の販売)を指示することは、GWB二三条五項一文に言う禁止処分として可能であるとの判断を示した。⁽¹³⁾というのは、仮に濫用行為とされる高価格での販売を禁止したとしても、当該価格から僅かに低い価格での販売が可能となり、高価格販売行為の禁止の意味が実質的に失われてしまうからである。連邦通常裁判所もベルリン控訴院のこの判断を支持する。⁽¹⁴⁾すなわち、

「……(処分の) 射程及び意義は、その外形ではなく、その(場合によっては理由付けを参照した) ……内容に従って確定される」とし、当該処分は、その内容から見れば、処分を受ける企業に対して上限価格よりも高い価格で販売することを禁止するものであり、それによって特定の将来の市場行動を積極的に命じたものではないとする。

二 また、契約の無効宣言は、濫用行為が契約の締結又はその履行として行われるような場合に問題となる。争いがあるが、禁止処分との整合性等を根拠に、無効宣言は契約の将来の効力を否定するだけであり、過去については無効の効果は及ばないと解されている。従って、濫用行為とされた過去の契約に基づいて生じた履行義務は、契約の無効宣言の後も残存する。⁽¹⁸⁾ もっとも、後述のように、BGB一三八条(良俗違反の法律行為の無効)に基づいて無効とされる場合も考えられる。契約の無効宣言は、必要かつ適切な範囲に限定されなければならないと解されており、場合によっては、諸契約のうちの一部の契約の無効あるいは契約の一部無効が宣言されることとなる。⁽¹⁹⁾

二 過料手続

過料手続は、秩序違反行為(Ordnungswidrigkeit)に対する手続であり(行政手続ではない)、秩序違反法(Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) (及びそれが準用する刑事訴訟法)に基づいて行われる。GWBにおいて秩序違反となる行為は、三八条・三九条に列挙されているが、それによれば、二二条四項の市場支配的地位の濫用行為は、秩序違反を構成せず、過料手続の対象とはならない。GWB二二条四項に言う濫用行為に対しては過料の制裁はないが、それに対するGWB二二条五項に基づくカルテル官庁の処分には違反した場合は、秩序違反として過料の制裁を受けることとなる。すなわち、市場支配的企業がカルテル官庁の確定した契約無効宣言の処分を故意又は過失により無視した場合(GWB三八条一項二号)、又は、故意又は過失により確定した禁止処分に違反した場合(GWB三

八条一項四号)である。また、故意又は過失により仮命令に違反した場合も同様である(GWB三八条一項五号)。法文から明らかなように、GWB二二条は、市場支配的企業の濫用行為を直接に禁止している訳ではない。GWBにあっては、市場支配企業の濫用行為は、あくまでもカルテル官庁の処分権限を基礎づけるだけである。これに対して、GWB二六条は差別・妨害行為を直接に禁じており、その違反は過料の制裁を伴う(GWB三八条一項八号)。過料の上限は、一〇〇万マルクであるが、秩序違反行為によって獲得された「過剰収入」の三倍額まで引き上げることができる(GWB三八条四項一文)。

三 民事法的効果

一 濫用行為の民事法的な効果としては、契約の無効の問題と損害賠償・差止請求の問題がある。まず、契約の無効の問題であるが、学説上、契約が市場支配的地位の濫用の手段として用いられる場合、それがGWB二二条四項の濫用に該当することを理由に契約の無効を導くことはできないが、当該契約がBGB一三八条の良俗違反の法律行為として無効となる場合があることは肯定されている。⁽¹⁸⁾この点に関して、濫用的な結合(抱き合わせ)契約について、通常の場合、良俗違反ともなるとした判例もある。⁽¹⁹⁾

二 次いで、損害賠償・差止請求の問題であるが、GWB三五条一項一文は、「故意又は過失により、本法の規定又は本法に基づくカルテル官庁又は裁判所の処分違反した者は、当該規定又は処分が他の者の保護を目的とする場合には、違反から生じた損害を賠償する責に任ずる」と規定する。GWB二二条の濫用行為についても、このGWB三五条一項一文により損害賠償及び差止請求(法文上、差止請求権には触れられていないが、三五条三項が団体の差止請求権を規定することから、同一項一文についても差止請求権の存在は当然に認められている)⁽²⁰⁾が認められるかどうかどう

かが問題となる。この点に関して、判例は、GWB二二条四項が三五条に言う「他の者の保護を目的とする」規定（保護法規）（Schutzgesetz）ではないとしており、通説も、GWB二二条の保護法益は制度としての競争（Wettbewerb als Institution）であって、個別企業の利益を保護するものではないとし、その「保護法規」性を否定する⁽¹⁶⁷⁾。一方で、GWB二二条四項・五項に基づくカルテル官庁の処分については、それが「保護処分」であることが肯定され、その違反に対しては損害賠償及び差止請求を認めるのが通説である。競争者に対する妨害行為又は取引相手方の搾取を禁止するカルテル官庁の処分にあつては、通常、これらの競争者や取引相手方の保護も目的とされているからであると言われる⁽¹⁶⁸⁾。

三 以上、GWB二二条の濫用規制の方法を概観したが、そこでの特徴を挙げれば、それがほぼ純粹の行政規制として構成されていることである。濫用行為によって不利益を受ける企業がイニシアティヴを採る場面はない。GWB二六条の差別行為・妨害行為の規制が法律上の直接の禁止規定として構成され、それによって不利益を受ける企業側のイニシアティヴが確保されていることとの差異は大きなものがあると言えよう。

(167) Kl.-P. Schultz, in Langen/Bunte, Kommentar, § 22 Rn. 125.

(168) 例えば、連邦通常裁判所一九七八年一〇月三十一日決定・WuW/E BGH 1556, 1560 (Weichschaum III); W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 189 f. 肯定説を述べ、V. Emmerich, Kartellrecht, S. 280.

(169) Monopolkommission, a. a. O. (oben Fn. 51), Sondergutachten I, 1975, Tz. 64.

(170) W. Möschel, Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 187; Kl.-P. Schultz, in Langen/Bunte, Kommentar, § 22 Rn. 125.

(171) GWB四六条は、GWB第四部「手続」（五一一条以下）ではなくGWB第三部「官庁」の中に規定されている。これは行

- 政手続とともに過料手続についてもその適用を予定していたからであると言われる。もっとも、実際には、過料手続は秩序違反法（及びそれが準用する刑事訴訟法）に基づいて行われ、GWB四六条は行政手続についてのみ適用される。参照、R. Bechtold, Kartellgesetz, § 46 Rdnr. 1.
- (172) R. Bechtold, Kartellgesetz, § 46 Rdnr. 9.
- (173) R. Bechtold, Kartellgesetz, § 46 Rdnr. 4.
- (174) R. Müller-Urri, Kartellrecht, Rdnr. 314 (S. 339).
- (175) 当事者の同意がある場合は口頭の審理を経ずに処分を行うことができ（GWB五三条三項一文後段）、また、当事者の申請又は職権により、公の秩序（とくに国家の安全保障）又は重要な企業秘密に係わる場合には、審理の全部又は一部を非公開にするのができる（同一文）。
- (176) Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1964, Bundestags-Drucksache IV/2564, S. 18; K. Schmidt, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 53 Rdnr. 17.
- (177) 参照、大内義三「カルテル庁における手続（2）」高岡法学四卷一号（一九九二）一三頁。
- (178) K. Schmidt, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 70 Rdnr. 8.
- (179) R. Bechtold, Kartellgesetz, § 37b Rdnr. 2.
- (180) R. Bechtold, Kartellgesetz, § 37b Rdnr. 2.
- (181) 例として、W. Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 579; W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr.191; R. Bechtold, Kartellgesetz, § 22 Rdnr. 70.
- (182) ヘルリン控訴院一九七五年三月十九日決定・WuW/E OLG 1599, 1600f. (Vitamin-B-12); ヘルリン控訴院一九七六年一月五日決定・WuW/E OLG 1645, 1646 f. (Valium-Librium).
- (183) 連邦通常裁判所一九七六年七月三日決定・WuW/E BGH 1435, 1436 (Vitamin-B-12); 連邦通常裁判所一九七六年一月六日決定・WuW/E BGH 1445, 1446 (Valium).

- (87) W. Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 580; W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 195; J. Burkhardt, Kartellrecht, Rdnr. 383.
- (88) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 195; J. Burkhardt, Kartellrecht, Rdnr. 383; Kl.-P. Schultz, in Langen/Bunte, Kommentar, § 22 Rn. 124.
- (89) W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 200.
- (90) LG München WuW/E LG/AG 501 (Trabrennkalendar).
- (91) 例えは、R. Bechtold, Kartellgesetz, § 35 Rdnr. 8.
- (92) 例えは、連邦通常裁判所一九七三年一〇月二二日判決・WuW/E BGH 1299, 1300 (Strombezugspreis); J. Burkhardt, Kartellrecht, Rdnr. 383. もしくは、GWB二二条とその規制の射程が広範に重なり合う(特に妨害的濫用行為に於て)二六条に於ては「保護法規」であることと異論はなく、この意味で、GWB二二条が「保護法規」でない位置づけたとしても、損害賠償及び差止請求に関して実際上の差異はほとんどないと思われる。
- (93) 例えは、W. Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 202.

V むすびにかえて

一 本稿では、ドイツGWB二二条の市場支配的企業の濫用行為の規制について、濫用行為の具体化・明確化をめぐる理論状況を探るという視点を中心にしつつ、規制全般にわたって検討を加えてきた。以下、搾取的濫用と妨害的濫用に分けて、若干のコメントを付して、本稿の結びとしたい。

二 ドイツの市場支配的企業の濫用行為の規制は、GWBの中心的規定の一つと位置づけられ、ドイツ立法府は規制

の実効性を高める努力を重ねてきたが、その成果については、疑問とせざるを得ない状況にある。とりわけ、価格規制（成果規制）については、その体系上の問題から、また、規制によってかえって競争制限的状況を招き得ることから、学説のいわば嫌悪感も強く、学説（及び裁判所）はカルテル官庁の実務の動きに歯止めをかける役割を果たしてきたと言えよう。それを受けて、実務においても一九七〇年代の活発な動きは終息し、現在では、価格規制（成果規制）はほぼ停止状況にあると言われている。V・エマリヒは、一九七〇年代のカルテル官庁による積極的な価格規制の動きについて、「ユーフォリア euphoria」、いわば陶醉状態にあったと形容している⁽⁹⁾。

もっとも、価格規制（成果規制）をGWBの枠内に取り入れるとすれば、その判断基準は、「競争」に求めざるを得ず、その意味では、当初のネオリベリズムにおける独占企業に対する包括的規制の基準としての「仮想競争」を転用したことは、賢明な選択であったはずである。しかしながら、このようにいわば理論的には妥当な規制基準を前提に、比較市場の手法を用いて行われたGWBの枠内での価格規制（成果規制）という「実験」は、結局、それが最後の手段（緊急避難）、つまり通常は発動されることがない規制として位置付けられるという帰結をもたらすことになった。このような展開から価格規制（成果規制）の試みが「失敗」したと見るべきかどうかは、一概には言えない。むしろ、当然の結果と見るべきかも知れない。実務（連邦カルテル庁）にあつては、機能麻痺を起こした「比較市場」という手法から、不当な利益に着目する（本稿で言う「利益限度」）手法を採用する傾向にあることが指摘されるものの、この「利益限度」の手法による規制がより適切なものであるかどうかも疑問である。

GWB二二条における価格規制（成果規制）の今後をどう見るかは、にわかには判断することはできないが、いわば「酔いから醒めた Ernüchterung」⁽¹⁰⁾（と言っても相当以前にであるが）現在の状況は当分変わりそうにないと思われる。

三 次いで、妨害的濫用に対する規制であるが、この規制には、価格規制（成果規制）とは異なり原理的・体系的な問題は存在しない。実務が価格規制（成果規制）よりも妨害的濫用の規制に重心を移していることとされるのは、その意味でごく自然の流れと言えるし、今後この傾向は持続すると思われる。

そこでの課題は、規制されるべき濫用行為と許容される行為とを適切に区切る基準の展開である。GWBは市場支配的企業の存在自体を禁止しているのではない。むしろ、それを容認している。その場合、市場支配的企業のあらゆる行為は、当然ながらその市場支配力による作用を発生させることとなる。仮に市場支配的企業による市場における競争条件の悪化あるいは競争者への悪影響をもたらす行為をすべて濫用行為として規制するとすれば、市場支配的企業のあらゆる行為が濫用行為と評価されるおそれが出てくる。市場支配的企業と言えども競争的行動をとることが認められなければならない。⁽¹⁸⁾では、対市場効果を切り離して、行為それ自体を問題にすればどうか。「(修正された)二つの基準」説、さらには「独占行為」説は、このような文脈で理解することができる。そこでは、基本的に、行為それ自体の性格が問われる。市場構造の悪化がもたらされても、「業績競争」に適合するいわば公正な競争行為であれば、それは市場支配的企業にも（正確に言えば、どんな企業にも）許容される。しかし、業績競争と非業績競争の区別は一義的に定まらず、また、たとえ業績競争に適合する行為であっても、市場の競争条件への悪影響が重大であり容認できない場合もあり得るのではないか。

通説（「弾力的基準」説）はこの両者の中間を探るものと言えようか。そこでは、自由競争の確保という視点を軸にして、当事者の利益・不利益の比較衡量がなされ、行為と市場（支配）力との相関関係の中で「濫用」の成否が吟味される。言い換えれば、一義的な基準を設定しないということである。この点で、濫用の成否の基準が不明確であることはある意味で当然のこととなる。結局、いずれの考え方も、濫用概念の具体化という面から見れば、弱点を有

していると言えようか。⁽¹⁸⁾

四 最初に述べたように、本稿は、ドイツ（ヨーロッパ）における経済力の濫用行為規制全体の展望する作業の第一段階をなすものである。GWB二六条、UWG一条等、さらにはEEC条約八六条を踏まえた上でのドイツ（ヨーロッパ）の経済力濫用行為の規制とわが国独占禁止法との比較検討は今後の課題である。

- (18) V. Emmerich, Kartellrecht, S. 272 (§ 17, 14, a), aa).
- (19) 岸井・前掲②(注7)一六五頁。
- (20) V. Emmerich, Kartellrecht, S. 272 ff (§ 17, 14, a), bb)).
- (21) V. Emmerich, Kartellrecht, S. 272 (§ 17, 14, a), aa)).
- (22) 参照 W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 13.
- (23) 参照 W. Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 22 Rdnr. 13.